



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبحان

للغافل



عليه
صباح
الرمضان

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

موسوعة الأمام الخوئي

المجلد الثاني

الموسوعة الفقهية الإسلامية
المجلد الثاني

١٣٧٧-١٤١٣ هـ

٢١

موسوعة الأمام الخوئي

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المستند فى شرح العروه الوثقى (موسوعه الامام الخوئى)

كاتب:

آيت الله سيد ابوالقاسم خوئى

نشرت فى الطباعة:

موسسه احياء آثار الامام الخوئى

رقمى الناشر:

مركز القائميه باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
١٩	المستند فى شرح العروه الوثقى (موسوعه الامام الخوئى) المجلد ٣١
١٩	اشاره
٢٠	المقدمه
٢١	كتاب المضاربه
٢١	اشاره
٢١	[تمهيد]
٢٥	[شروط المضاربه]
٢٥	اشاره
٢٥	[الإيجاب و القبول]
٢٥	[البلوغ، و العقل، و الاختيار و عدم الحجر لفس]
٢٧	[الأول: أن يكون رأس المال عيناً]
٣١	[الثانى: أن يكون من الذهب أو الفضة المسكوكين بسكه المعامله]
٣٤	[الثالث: أن يكون معلوماً قدرأ و وصفاً]
٣٥	[الرابع: أن يكون معيناً]
٣٦	[الخامس: أن يكون الربح مشاعاً بينهما]
٣٨	[السادس: تعيين حصه كل منهما من نصف أو ثلث أو نحو ذلك]
٣٨	[السابع: ان يكون الربح بين المالك و العامل]
٣٩	[الثامن: ذكر بعضهم أنه يشترط أن يكون رأس المال بيد العامل]
٣٩	[التاسع: أن يكون الاسترباح بالتجاره]
٤١	[العاشر: أن لا يكون رأس المال بمقدار يعجز العامل عن التجاره به]
٤٨	[مسائل]
٤٨	[مسأله ١: لو كان له مال موجود فى يد غيره، أمانه أو غيرها فضاربه عليها صح]
٥٠	[مسأله ٢: المضاربه جائزه من الطرفين]

- ٥٩ [مسألة ٣: إذا دفع إليه مالاً و قال: اشتر به بستاناً مثلاً]
- ٦١ [مسألة ٤: إذا اشترط المالك على العامل أن تكون الخساره عليهما كالريح]
- ٦٣ [مسألة ٥: إذا اشترط المالك على العامل أن لا يسافر مطلقاً]
- ٧٠ [مسألة ٦: لا يجوز للعامل خلط رأس المال مع مال آخر، لنفسه أو غيره]
- ٧٠ [مسألة ٧: مع إطلاق العقد يجوز للعامل التصرف على حسب ما يراه]
- ٧٢ [مسألة ٨: مع إطلاق العقد و عدم الإذن في البيع نسيئه]
- ٧٣ [مسألة ٩: في صورته إطلاق العقد لا يجوز له أن يشتري بأزيد من قيمه المثل]
- ٧٣ [مسألة ١٠: لا يجب في صورته الإطلاق أن يبيع بالنقد]
- ٧٥ [مسألة ١١: لا يجوز شراء المعيب، إلّا إذا اقتضت المصلحه]
- ٧٥ [مسألة ١٢: المشهور على ما قيل أن في صورته الإطلاق يجب أن يشتري بعين المال]
- ٧٥ اشاره
- ٧٥ [ثم إنَّ الشراء في الذمه يتصور على وجوه]
- ٧٥ اشاره
- ٧٦ [أحدها: أن يشتري العامل بقصد المالك]
- ٧٦ [الثاني: أن يقصد كون الثمن في ذمته من حيث إنه عامل و وكيل عن المالك]
- ٧٧ [الثالث: أن يقصد ذمته نفسه و كان قصده الشراء لنفسه]
- ٧٨ [الرابع: كذلك، لكن مع قصد دفع الثمن من مال المضاربه حين الشراء]
- ٨٠ [الخامس: أن يقصد الشراء في ذمته من غير التفات إلى نفسه و غيره]
- ٨٠ [مسألة ١٣: يجب على العامل بعد تحقق عقد المضاربه ما يعتاد بالنسبه إليه]
- ٨١ [مسألة ١٤: قد مر أنه لا يجوز للعامل السفر من دون إذن المالك]
- ٨٢ [مسألة ١٥: المراد بالنفقة ما يحتاج إليه من مأكول و ملبوس و مركوب]
- ٨٢ [مسألة ١٦: اللازم الاقتصار على القدر اللائق]
- ٨٢ [مسألة ١٧: المراد من السفر العرفي لا الشرعي فيشمل السفر فرسخين أو ثلاثه]
- ٨٤ [مسألة ١٨: استحقاق النفقه مختص بالسفر المأدون فيه]
- ٨٥ [مسألة ١٩: لو تعدد أرباب المال كأن يكون عاملاً لاثنتين أو أزيد]
- ٨٦ [مسألة ٢٠: لا يشترط في استحقاق النفقه ظهور ربح]

- ٨٦ ----- [مسأله ٢١: لو مرض في أثناء السفر]
- ٨٧ ----- [مسأله ٢٢: لو حصل الفسخ أو الانفساخ في أثناء السفر]
- ٨٨ ----- [مسأله ٢٣: قد عرفت الفرق بين المضاربه و القرض و البضاعه]
- ٩٢ ----- [مسأله ٢٤: لو اختلف العامل و المالك في أنها مضاربه فاسده أو قرض]
- ٩٦ ----- [مسأله ٢٥: إذا قال المالك للعامل: خذ هذا المال قراضاً و الزبح بيننا، صح]
- ٩٧ ----- [مسأله ٢٦: لا فرق بين أن يقول: خذ هذا المال قراضاً و لك نصف ربحه]
- ٩٨ ----- [مسأله ٢٧: يجوز اتحاد المالك و تعدد العامل مع اتحاد المال]
- ٩٩ ----- [مسأله ٢٨: إذا كان مال مشتركاً بين اثنين، فقارضا واحداً و اشترطا له نصف الربح]
- ١٠١ ----- [مسأله ٢٩: تبطل المضاربه بموت كل من العامل و المالك]
- ١٠٣ ----- [مسأله ٣٠: لا يجوز للعامل أن يوكل وكيلاً في عمله]
- ١٠٣ ----- [مسأله ٣١: إذا أذن في مضاربه الغير، فأما أن يكون بجعل العامل الثاني عاملاً للمالك]
- ١٠٦ ----- [مسأله ٣٢: إذا ضارب العامل غيره مع عدم الإذن من المالك]
- ١٠٨ ----- [مسأله ٣٣: إذا شرط أحدهما على الآخر في ضمن عقد المضاربه مائلاً أو عملاً]
- ١١٢ ----- [مسأله ٣٤: يملك العامل حصته من الزبح بمجرد ظهوره من غير توقّف على الإنضاض]
- ١١٥ ----- [مسأله ٣٥: الزبح وقايه لرأس المال، فملكه العامل له بالظهور متزلزله]
- ١١٧ ----- [مسأله ٣٦: إذا ظهر الزبح و نض تمامه أو بعض منه]
- ١٢٠ ----- [مسأله ٣٧: إذا باع العامل حصته من الربح بعد ظهوره، صحّ مع تحقق الشرائط]
- ١٢٠ ----- [مسأله ٣٨: لا إشكال في أنّ الخساره الوارده على مال المضاربه تجبر بالربح]
- ١٢٣ ----- [مسأله ٣٩: العامل أمين. فلا يضمن إلاً بالخيانه]
- ١٢٥ ----- [مسأله ٤٠: لا يجوز للمالك أن يشتري من العامل شيئاً من مال المضاربه]
- ١٢٧ ----- [مسأله ٤١: يجوز للعامل الأخذ بالشفعه من المالك في مال المضاربه]
- ١٢٨ ----- [مسأله ٤٢: لا إشكال في عدم جواز وطء العامل للجاريه التي اشتراها بمال المضاربه]
- ١٣٣ ----- [مسأله ٤٣: لو كان المالك في المضاربه امراً، فاشتري العامل زوجها]
- ١٣٥ ----- [مسأله ٤٤: إذا اشترى العامل من ينعق على المالك]
- ١٤١ ----- [مسأله ٤٥: إذا اشترى العامل أباه أو غيره ممن ينعق عليه]
- ١٤٦ ----- [مسأله ٤٦: أن المضاربه من العقود الجائزه]

- إشاره ١٤٦
- الأولى: إذا كان الفسخ أو الانفساخ و لم يشرع في العمل و لا في مقدماته] ١٤٨
- الثانية: إذا كان الفسخ من العامل في الأثناء قبل حصول الربح، فلا اجره له لما مضى من عمله] ١٤٩
- الثالثة: لو كان الفسخ من العامل بعد السفر بإذن المالك] ١٥٠
- الرابعة: لو حصل الفسخ أو الانفساخ قبل حصول الربح و بالمال عروض] ١٥١
- الخامسة: إذا حصل الفسخ أو الانفساخ بعد حصول الربح، قبل تمام العمل أو بعده، و بالمال عروض] ١٥٣
- السادسة: لو كان في المال ديون على الناس، فهل يجب على العامل أخذها] ١٥٤
- السابعة: إذا مات المالك أو العامل، قام وارثه مقامه] ١٥٥
- الثامنة: لا يجب على العامل بعد حصول الفسخ أو الانفساخ، أزيد من التخليه بين المالك] ١٥٥
- مسأله ٤٧: قد عرفت أن الربح وقايه لرأس المال] ١٥٨
- مسأله ٤٨: إذا كانت المضاربه فاسده، فإما أن يكون مع جهلهما بالفساد، أو مع علمهما] ١٦٢
- مسأله ٤٩: إذا ادعى على أحد أنه أعطاه كذا مقداراً مضاربه و أنكر] ١٦٧
- مسأله ٥٠: إذا تنازع المالك و العامل في مقدار رأس المال الذي أعطاه للعامل] ١٦٨
- مسأله ٥١: لو ادعى المالك على العامل أنه خان، أو فوط في الحفظ فتلف] ١٦٩
- مسأله ٥٢: لو ادعى العامل التلف و أنكر المالك] ١٧٢
- مسأله ٥٣: إذا اختلفا في مقدار حصه العامل] ١٨٠
- مسأله ٥٤: إذا ادعى المالك أنى ضاربتك على كذا مقدار و أعطيتك فأنكر أصل المضاربه] ١٨٠
- مسأله ٥٥: إذا اختلفا في صحه المضاربه الواقعه بينهما و بطلانها] ١٨٣
- مسأله ٥٦: إذا ادعى أحدهما الفسخ في الأثناء و أنكر الآخر] ١٨٣
- مسأله ٥٧: إذا ادعى العامل الرد و أنكره المالك] ١٨٤
- مسأله ٥٨: لو ادعى العامل في جنس اشتراه أنه اشتراه لنفسه] ١٨٤
- مسأله ٥٩: لو ادعى المالك أنه أعطاه المال مضاربه] ١٨٤
- مسأله ٦٠: لو اختلفا في القرض و المضاربه] ١٨٦
- مسأله ٦١: لو ادعى المالك الإيضاع، و العامل المضاربه، يتحالفان] ١٨٧
- مسأله ٦٢: إذا علم مقدار رأس المال، و مقدار حصه العامل و اختلفا في مقدار الربح الحاصل] ١٨٩
- مسائل آخر] ١٩٠

- إشاره ١٩٠
- الأولى: إذا كان عنده مال المضاربه فمات] ١٩٠
- الثانيه: ذكروا من شروط المضاربه التنجيز] ٢٠٣
- الثالثه: قد مّر اشتراط عدم الحجر بالفلس في المالك] ٢٠٧
- الرابعه: تبطل المضاربه بعروض الموت] ٢٠٧
- الخامسه: إذا ضارب المالك في مرض الموت، صح] ٢٠٩
- السادسه: إذا تبين كون رأس المال لغير المضارب] ٢٠٩
- السابعه: يجوز اشتراط المضاربه في ضمن عقد لازم] ٢١٢
- التاسعه: يجوز للأب و الجد الاتجار بمال المولى عليه بنحو المضاربه بإيقاع عقدها] ٢١٥
- العاشره: يجوز للأب و الجد الإيضاء بالمضاربه بمال المولى عليه] ٢١٦
- الثالثه عشره: إذا أخذ العامل مال المضاربه و ترك التجاره به إلى سنه مثلاً] ٢٢٢
- الرابعه عشره: إذا اشترط العامل على المالك عدم كون الربح جابراً للخسران مطلقاً] ٢٢٢
- الخامسه عشره: لو خالف العامل المالك فيما عيّنه جهلاً أو نسياناً أو اشتهاهاً] ٢٢٤
- السادسه عشره: إذا تعدّد العامل، كأن ضارب اثنين بمائه مثلاً بنصف الربح بينهما متساوياً] ٢٢٥
- السابعه عشره: إذا أذن المالك للعامل في البيع و الشراء نسيته فاشترى نسيته و باع كذلك] ٢٢٨
- امتمم العشرين: لو ضاربه على ألف مثلاً، فدفع إليه نصفه فعامل به] ٢٣٠
- [كتاب الشركه] ٢٣٢
- إشاره ٢٣٢
- مسأله ١: لا تصح الشركه العقديه إلّا في الأموال بل الأعيان] ٢٤٠
- مسأله ٢: لو استأجر اثنين لعمل واحد بأجره معلومه، صح] ٢٤٥
- مسأله ٣: لو اقتلعا شجره، أو اغترفا ماءً بآنيه واحده] ٢٥٠
- مسأله ٤: يشترط على ما هو ظاهر كلماتهم في الشركه العقديه مضافاً إلى الإيجاب و القبول] ٢٥١
- مسأله ٥: يتساوى الشريكان في الربح و الخسران مع تساوى المالين] ٢٥٥
- مسأله ٦: إذا اشترطا في ضمن العقد كون العمل من أحدهما أو منهما] ٢٦١
- مسأله ٧: العامل أمين، فلا يضمن التلف ما لم يفرط أو يتعدّ] ٢٦٣
- مسأله ٨: عقد الشركه من العقود الجائزه] ٢٦٣

- مسأله ٩: لو ذكر في عقد الشركه أجلاً لا يلزم] ٢٦٦
- مسأله ١٠: لو ادعى أحدهما على الآخر الخيانه أو التفريط في الحفظ فأنكر] ٢٦٦
- مسأله ١١: إذا ادعى العامل التلف، قُبِلَ قوله مع اليمين] ٢٦٦
- مسأله ١٢: تبطل الشركه بالموت] ٢٦٦
- مسأله ١٣: إذا اشترى أحدهما متاعاً و ادعى أنه اشتراه لنفسه] ٢٧٢
- [كتاب المزارعه] ٢٧٣
- اشاره ٢٧٣
- [تمهيد] ٢٧٣
- [و يشترط فيها أمور] ٢٧٨
- اشاره ٢٧٨
- [أحدها: الإيجاب و القبول] ٢٧٨
- [الثاني: البلوغ، و العقل، و الاختيار، و عدم الحجر لسفه أو فلس] ٢٨٢
- [الثالث: أن يكون النماء مشتركاً بينهما] ٢٨٣
- [الرابع: أن يكون مُشاعاً بينهما] ٢٨٤
- [الخامس: تعيين الحصة] ٢٨٥
- [السادس: تعيين المده بالأشهر و السنين] ٢٨٥
- [السابع: أن تكون الأرض قابله للزرع و لو بالعلاج] ٢٨٨
- [الثامن: تعيين المزروع من الحنطه و الشعير و غيرهما مع اختلاف الأغراض فيه] ٢٨٨
- [التاسع: تعيين الأرض] ٢٨٨
- [العاشر: تعيين كون البذر على أئى منهما] ٢٩٣
- [مسائل] ٢٩٥
- مسأله ١: لا يشترط في المزارعه كون الأرض ملكاً للمزارع] ٢٩٥
- مسأله ٢: إذا أذن لشخص في زرع أرضه على أن يكون الحاصل بينهما بالنصف أو الثلث أو نحوهما] ٢٩٦
- مسأله ٣: المزارعه من العقود اللآزمه] ٢٩٩
- مسأله ٤: إذا استعار أرضاً للمزارعه (١) ثم أجرى عقدها لزم] ٣٠٦
- مسأله ٥: إذا شرط أحدهما على الآخر شيئاً في ذمته أو في الخارج] ٣٠٩

- مسأله ٦: إذا شرط مده معينه يبلغ الحاصل فيها غالباً] ٣١٣
- مسأله ٧: لو ترك الزارع الزرع بعد العقد و تسليم الأرض إليه] ٣١٧
- مسأله ٨: إذا غصب الأرض بعد عقد المزارعه غاصب و لم يمكن الاسترداد منه] ٣٢١
- مسأله ٩: إذا عتین المالك نوعاً من الزرع] ٣٢٢
- مسأله ١٠: لو زارع على أرض لا ماء لها فعلاً] ٣٢٨
- مسأله ١١: لا فرق في صحه المزارعه بين أن يكون البذر من المالك] ٣٣٠
- مسأله ١٢: الأقوى جواز عقد المزارعه بين أزيد من اثنين] ٣٣٣
- مسأله ١٣: يجوز للعامل أن يشارك غيره في مزارعته] ٣٣٥
- مسأله ١٤: إذا تبين بطلان العقد، فإما أن يكون قبل الشروع في العمل، أو بعده] ٣٣٨
- مسأله ١٥: الظاهر من مقتضى وضع المزارعه ملكيته العامل لمنفعه الأرض بمقدار الحضه المقرره له] ٣٤٢
- مسأله ١٦: إذا حصل ما يوجب الانفساخ في الأثناء قبل ظهور الثمر أو بلوغه] ٣٤٥
- مسأله ١٧: إذا كان العقد واجداً لجميع الشرائط و حصل الفسخ في الأثناء] ٣٤٥
- اشاره ٣٤٥
- [فذلكه] ٣٥٠
- مسأله ١٨: إذا تبين بعد عقد المزارعه أن الأرض كانت مغصوبه فمالكها مخير بين الإجازة] ٣٥٢
- مسأله ١٩: خراج الأرض على صاحبها] ٣٦٠
- مسأله ٢٠: يجوز لكل من المالك و الزارع أن يخرص على الآخر بعد إدراك الحاصل بمقدار منه] ٣٦٣
- مسأله ٢١: بناءً على ما ذكرنا من الاشتراك أول الأمر في الزرع يجب على كل منهما الزكاه] ٣٦٩
- مسأله ٢٢: إذا بقي في الأرض أصل الزرع بعد انقضاء المده و القسمه] ٣٧٠
- مسأله ٢٣: لو اختلفا في المده و أنها سنه أو سنتان مثلاً] ٣٧١
- مسأله ٢٤: لو اختلفا في اشتراط كون البذر أو العمل أو العوامل على أيهما] ٣٧٢
- مسأله ٢٥: لو اختلفا في الإعاره و المزارعه] ٣٧٣
- مسأله ٢٦: لو ادعى المالك الغصب، و الزارع ادعى المزارعه فالقول قول المالك] ٣٧٧
- مسأله ٢٧: في الموارد التي للمالك قلع زرع الزارع، هل يجوز له ذلك] ٣٧٨
- مسأله ٢٨: يستفاد من جمله من الأخبار أنه يجوز لمن بيده الأرض الخراجيه] ٣٧٩
- [مسائل متفرقه] ٣٧٩

- إشاره ٣٧٩
- الأولى: إذا قصر العامل في تربيته الزرع فقلّ الحاصل] ٣٧٩
- الثانية: إذا ادّعى المالك على العامل عدم العمل بما اشترط في ضمان عقد المزارعه من بعض الشروط] ٣٨٠
- الثالثة: لو ادّعى أحدهما على الآخر شرطاً متعلقاً بالزرع، و أنكر أصل الاشتراط] ٣٨١
- الرابعة: لو ادّعى أحدهما على الآخر الغبن في المعامله] ٣٨١
- الخامسة: إذا زارع المتولى للوقف الأرض الموقوفه بملاحظه مصلحه البطون إلى مده، لزم] ٣٨١
- السادسه: يجوز مزارعه الكافر، مزارعاً كان أو زارعاً] ٣٨٣
- السابعه: في جملة من الأخبار النهى عن جعل ثلث للبذر و ثلث للبقر و ثلث لصاحب الأرض] ٣٨٤
- الثامنه: بعد تحقّق المزارعه على الوجه الشرعى، يجوز لأحدهما بعد ظهور الحاصل أن يصلح الآخر عن حصّته] ٣٨٤
- التاسعه: لا يجب في المزارعه على أرض إمكان زرعها من أوّل الأمر] ٣٨٥
- العاشره: يستحب للزارع كما في الأخبار الدعاء عند نثر الحبّ] ٣٨٧
- [كتاب المساقاه] ٣٨٨
- إشاره ٣٨٨
- [معنى المساقاه] ٣٨٩
- أو يشترط فيها أمور] ٣٩٠
- إشاره ٣٩٠
- الأوّل: الإيجاب و القبول] ٣٩٠
- الثانى: البلوغ و العقل و الاختيار] ٣٩٢
- الثالث: عدم الحجر، لسفه أو فلس] ٣٩٣
- الرابع: كون الأصول مملوكه عيناً و منفعه] ٣٩٣
- الخامس: كونها معيّنه عندهما، معلومه لديهما] ٣٩٣
- السادس: كونها ثابتة مغروسه] ٣٩٣
- السابع: تعيين المدّه بالأشهر و السنين] ٣٩٤
- الثامن: أن يكون قبل ظهور الثمر، أو بعده و قبل البلوغ] ٣٩٥
- التاسع: أن تكون الحصّه معيّنه مشاعه] ٣٩٦
- العاشر: تعيين ما على المالك من الأمور] ٣٩٧

- مسائل] - - - - - ٣٩٧
- مسأله ١: لا إشكال في صحه المساقاه قبل ظهور الثمر] - - - - - ٣٩٧
- مسأله ٢: الأقوى جواز المساقاه على الأشجار التي لا ثمر لها] - - - - - ٣٩٩
- مسأله ٣: لا يجوز عندهم المساقاه على أصول غير ثابتة] - - - - - ٣٩٩
- مسأله ٤: لا بأس بالمعامله على أشجار لا تحتاج إلى السقى] - - - - - ٣٩٩
- مسأله ٥: يجوز المساقاه على فسلان مغروسه] - - - - - ٤٠١
- مسأله ٦: قد مز أنه لا تصخ المساقاه على ودى غير مغروس] - - - - - ٤٠٢
- مسأله ٧: المساقاه لازمه لا تبطل إلا بالتقابل] - - - - - ٤٠٢
- مسأله ٨: لا تبطل بموت أحد الطرفين] - - - - - ٤٠٤
- مسأله ٩: ذكروا أن مع إطلاق عقد المساقاه، جمله من الأعمال على العامل] - - - - - ٤٠٤
- مسأله ١٠: لو اشترطا كون جميع الأعمال على المالك] - - - - - ٤٠٦
- مسأله ١١: إذا خالف العامل فترك ما اشترط عليه من بعض الأعمال] - - - - - ٤٠٨
- مسأله ١٢: لو شرط العامل على المالك أن يعمل غلامه معه صح] - - - - - ٤١٠
- مسأله ١٣: لا يشترط أن يكون العامل في المساقاه مباشراً للعمل بنفسه] - - - - - ٤١١
- مسأله ١٤: إذا شرطا انفراد أحدهما بالثمر بطل العقد] - - - - - ٤١٣
- مسأله ١٥: إذا اشتمل البستان على أنواع] - - - - - ٤١٤
- مسأله ١٦: يجوز أن يفرد كل نوع بحصه مخالفه للحصه من النوع الآخر] - - - - - ٤١٥
- مسأله ١٧: لو ساقاه بالنصف مثلاً إن سقى بالناضح، و بالثلث إن سقى بالسيح] - - - - - ٤١٦
- مسأله ١٨: يجوز أن يشترط أحدهما على الآخر شيئاً من ذهب أو فضه] - - - - - ٤١٨
- مسأله ١٩: في صورته اشتراط شىء من الذهب و الفضه أو غيرهما على أحدهما] - - - - - ٤١٨
- مسأله ٢٠: لو جعل المالك للعامل مع الحصه من الفائده] - - - - - ٤٢٥
- مسأله ٢١: إذا تبين في أثناء المده عدم خروج الثمر أصلاً] - - - - - ٤٢٨
- مسأله ٢٢: يجوز أن يستأجر المالك أجيراً للعمل، مع تعيينه نوعاً] - - - - - ٤٢٨
- مسأله ٢٣: كل موضع بطل فيه عقد المساقاه يكون للمالك] - - - - - ٤٣١
- مسأله ٢٤: يجوز اشتراط مساقاه في عقد مساقاه، كأن يقول: ساقيتك على هذا البستان بالنصف] - - - - - ٤٣٢
- مسأله ٢٥: يجوز تعدد العامل كأن يساقى اثنين بالنصف له و النصف لهما] - - - - - ٤٣٤

- مسأله ٢٦: إذا ترك العامل العمل بعد إجراء العقد ابتداءً] ----- ٤٣٤
- مسأله ٢٧: إذا تبرع عن العامل متبرع بالعمل جاز إذا لم يشترط المباشرة] ----- ٤٣٨
- مسأله ٢٨: إذا فسخ المالك العقد بعد امتناع العامل عن إتمام العمل] ----- ٤٤٠
- مسأله ٢٩: قد عرفت أنه يجوز للمالك مع ترك العامل العمل أن لا يفسخ] ----- ٤٤١
- مسأله ٣٠: لو تبين بالبينة أو غيرها أن الأصول كانت مغصوبه] ----- ٤٤٣
- مسأله ٣١: لا يجوز للعامل في المساقاه أن يساقى غيره مع اشتراط المباشرة] ----- ٤٤٩
- مسأله ٣٢: خراج السلطان في الأراضي الخراجيه على المالك] ----- ٤٥١
- مسأله ٣٣: مقتضى عقد المساقاه ملكيه العامل للحضه من الثمر من حين ظهوره] ----- ٤٥١
- مسأله ٣٤: إذا اختلفا في صدور العقد و عدمه فالقول قول منكره] ----- ٤٥٨
- مسأله ٣٥: إذا ثبت الخيانه من العامل بالبينه أو غيرها] ----- ٤٥٩
- مسأله ٣٦: قالوا المغارسه باطله] ----- ٤٦٠
- مسأله ٣٧: إذا صدر من شخصين مغارسه و لم يعلم كيفيتها] ----- ٤٦٥
- اشاره ----- ٤٦٥
- [تذنيب] ----- ٤٦٧
- [كتاب الضمان] ----- ٤٦٨
- اشاره ----- ٤٦٨
- [معنى الضمان] ----- ٤٦٨
- [و يشترط فيه أمور] ----- ٤٦٨
- اشاره ----- ٤٦٨
- [أحدها: الإيجاب] ----- ٤٦٩
- [الثاني: القبول من المضمون له] ----- ٤٦٩
- [الثالث: كون الضامن بالغاً عاقلاً] ----- ٤٧٤
- [الرابع: كونه مختاراً] ----- ٤٧٦
- [الخامس: عدم كونه محجوراً لفسه] ----- ٤٧٦
- [السادس: أن لا يكون الضامن مملوكاً غير مأذون من قبل مولاه] ----- ٤٧٩
- [السابع: التنجيز] ----- ٤٨٢

- الثامن: كون الدّين الذى يضمّنه ثابتاً فى ذمّه المضمون عنه] ٤٨٦
- التاسع: أن لا تكون ذمّه الضامن مشغوله للمضمون عنه بمثل الدّين الذى عليه] ٤٨٨
- العاشر: امتياز الدّين و المضمون له و المضمون عنه عند الضامن] ٤٩٠
- [مسائل] - ٤٩١
- مسأله ١: لا يشترط فى صحّه الضمان العلم بمقدار الدّين] ٤٩١
- مسأله ٢: إذا تحقّق الضمان الجامع لشرائط الصحّه انتقل الحقّ] ٤٩٥
- مسأله ٣: إذ أبرأ المضمون له ذمّه الضامن برئت ذمّته و ذمّه المضمون عنه] ٤٩٦
- مسأله ٤: الضمان لازم من طرف الضامن و المضمون له] ٤٩٧
- مسأله ٥: يجوز اشتراط الخيار فى الضمان للضامن و المضمون له] ٥٠٣
- مسأله ٦: إذا تبين كون الضامن مملوكاً و ضمن من غير إذن مولاه أو بإذنه] ٥٠٤
- مسأله ٧: يجوز ضمان الدّين الحالّ حالاً] ٥٠٤
- مسأله ٨: إذا ضمن الدّين الحالّ مؤجّلاً بإذن المضمون عنه] ٥٠٧
- مسأله ٩: إذا كان الدّين مؤجّلاً فضمّنه الضامن كذلك] ٥٠٨
- مسأله ١٠: إذا ضمن الدّين المؤجلّ حالاً بإذن المضمون عنه] ٥٠٨
- مسأله ١١: إذا ضمن الدّين المؤجلّ بأقلّ من أجله و أذاه] ٥٠٩
- مسأله ١٢: إذا ضمن بغير إذن المضمون عنه برئت ذمّته] ٥٠٩
- مسأله ١٣: ليس للضامن الرجوع على المضمون عنه فى صورته الإذن] ٥١٠
- مسأله ١٤: لو حسب المضمون له على الضامن ما عليه خمساً أو زكاه أو صدقه] ٥١٢
- مسأله ١٥: لو باعه أو صالحه المضمون له بما يساوى أقلّ من الدّين] ٥١٣
- مسأله ١٦: إذا دفع المضمون عنه إلى الضامن مقدار ما ضمن قبل أدائه] ٥١٤
- مسأله ١٧: لو قال الضامن للمضمون عنه: ادفع عنى إلى المضمون له ما علىّ من مال الضمان] ٥١٦
- مسأله ١٨: إذا دفع المضمون عنه إلى المضمون له من غير إذن الضامن برئاً معاً] ٥١٨
- مسأله ١٩: إذا ضمن تبرّعاً، فضمن عنه ضامن بإذنه و أدى] ٥١٩
- مسأله ٢٠: يجوز أن يضمّن الدّين بأقلّ منه برضا المضمون له] ٥١٩
- مسأله ٢١: يجوز الضمان بغير جنس الدّين] ٥٢١
- مسأله ٢٢: يجوز الضمان بشرط الرهانه] ٥٢٢

- مسأله ٢٣: إذا كان على الدَّين الذى على المضمون عنه رهن] ٥٢٤
- مسأله ٢٤: يجوز اشتراط الضمان فى مال معين على وجه التقييد] ٥٢٥
- مسأله ٢٥: إذا أذن المولى لمملوكه فى الضمان فى كسبه] ٥٢٨
- مسأله ٢٦: إذا ضمن اثنان أو أزيد عن واحد] ٥٢٩
- مسأله ٢٧: إذا كان له على رجلين مال] ٥٣٤
- مسأله ٢٨: لا يشترط علم الضامن حين الضمان بثبوت الدَّين على المضمون عنه] ٥٣٨
- مسأله ٢٩: لو قال الضامن: على ما تشهد به البيئه] ٥٤١
- مسأله ٣٠: يجوز الدَّور فى الضمان بأن يضمن عن الضامن] ٥٤٣
- مسأله ٣١: إذا كان المديون فقيراً يجوز أن يضمن عنه بالوفاء] ٥٤٥
- مسأله ٣٢: إذا كان الدَّين الذى على المديون زكاه أو خمساً] ٥٤٦
- مسأله ٣٣: إذا ضمن فى مرض موته، فإن كان يأذن المضمون عنه] ٥٤٧
- مسأله ٣٤: إذا كان ما على المديون يعتبر فيه مباشرته لا يصح ضمانه] ٥٤٨
- مسأله ٣٥: يجوز ضمان التفقه الماضيه للزوج] ٥٤٩
- مسأله ٣٦: الأقوى جواز ضمان مال الكتابه] ٥٥٣
- مسأله ٣٧: اختلفوا فى جواز ضمان مال الجعاله قبل الإتيان بالعمل] ٥٥٥
- مسأله ٣٨: اختلفوا فى جواز ضمان الأعيان المضمونه] ٥٥٦
- مسأله ٣٩: يجوز عندهم بلا خلاف بينهم ضمان درك الثمن للمشتري] ٥٦٢
- مسأله ٤٠: إذا ضمن عهدته الثمن فظهر بعض المبيع مستحقاً] ٥٦٨
- مسأله ٤١: الأقوى وفاقاً للشهيدين] ٥٦٩
- مسأله ٤٢: لو قال عند خوف غرق السفينه: القى متاعك فى البحر و على ضمانه] ٥٧١
- انتتمه فى صور التنازع] ٥٧٢
- اشاره ٥٧٢
- مسأله ١: لو اختلف المضمون له و المضمون عنه فى أصل الضمان] ٥٧٣
- مسأله ٢: لو اختلف الضامن و المضمون له فى أصل الضمان] ٥٧٦
- مسأله ٣: لو اختلف الضامن و المضمون عنه فى الإذن و عدمه] ٥٧٧
- مسأله ٤: إذا أنكر الضامن الضمان فاستوفى الحق منه بالبيئه] ٥٧٨

- مسأله ۵: إذا ادعى الضامن الوفاء و أنكر المضمون له و حلف] ۵۸۲
- مسأله ۶: لو أذن المديون لغيره في وفاء دينه بلا ضمان فوفى] ۵۸۳
- [كتاب الحوالة] ۵۸۵
- اشاره ۵۸۵
- [من شروطها] ۵۸۵
- اشاره ۵۸۵
- [أحدها: الإيجاب و القبول] ۵۸۹
- [الثاني: التنجيز] ۵۹۳
- [الثالث: الرضا من المحيل و المحتال بلا إشكال] ۵۹۴
- [الرابع: أن يكون المال المحال به ثابتاً في ذمه المحيل] ۵۹۷
- [الخامس: أن يكون المال المحال به معلوماً جنساً و قدراً للمحيل و المحتال] ۵۹۹
- [السادس: تساوى المالكين أى المحال به و المحال عليه جنساً و نوعاً] ۶۰۰
- [مسائل] ۶۰۳
- مسأله ۱: لا فرق في المال المحال به بين أن يكون عيناً في الذمه، أو منفعه] ۶۰۳
- مسأله ۲: إذا تحققت الحوالة برئت ذمه المحيل] ۶۰۴
- مسأله ۳: لا يجب على المحتال قبول الحوالة و إن كانت على مليء] ۶۰۷
- مسأله ۴: الحوالة لازمه] ۶۰۷
- مسأله ۵: الأقوى جواز الحوالة على البرىء] ۶۱۰
- مسأله ۶: يجوز اشتراط خيار الفسخ لكل من الثلاثه] ۶۱۱
- مسأله ۷: يجوز الدور في الحوالة] ۶۱۱
- مسأله ۸: لو تبرع أجنبي عن المحال عليه برئت ذمته] ۶۱۳
- مسأله ۹: لو أحال عليه فقبل و أدى ثم طالب المحيل بما أذاه] ۶۱۳
- مسأله ۱۰: قد يستفاد من عنوان المسأله السابقه حيث قالوا: (لو أحال عليه فقبل و أدى)] ۶۱۹
- مسأله ۱۱: إذا أحال السيد بدينه على مكاتبه بمال الكتابه المشروطه] ۶۲۲
- مسأله ۱۲: لو باع السيد مكاتبه سلعه فأحاله بثمانها صح] ۶۲۶
- مسأله ۱۳: لو كان للمكاتب دين على أجنبي فأحال سيده عليه من مال الكتابه صح] ۶۲۷

مسأله ١٤: لو اختلفا فى أن الواقع منهما كانت حواله أو وكاله [----- ٦٢٧

مسأله ١٥: إذا أقال من له عليه دين على المشتري بالثمن [----- ٦٣٠

مسأله ١٦: إذا وقعت الحواله بأحد الوجهين، ثم انفسخ البيع بالإقاله [----- ٦٣٢

مسأله ١٧: إذا كان له عند وكيله أو أمينه مال معين خارجى فأقال دائنه عليه [----- ٦٣٥

تعريف مركز [----- ٦٣٨

المستند فی شرح العروه الوثقی (موسوعه الامام الخوئی) المجلد ۳۱

اشاره

سرشناسه : خوئی، سید ابوالقاسم، ۱۲۷۸ - ۱۳۷۱.

عنوان و نام پدید آور : المستند فی شرح العروه الوثقی / [محمد کاظم یزدی]؛ تقریرا الایحاث ابوالقاسم الموسوی الخوئی؛ تالیف مرتضی البروجردی.

مشخصات نشر : قم: موسسه احیاء آثار الامام الخوئی (قدس)، ۱۴۰۱.ق. = ۲۰۲۰.م. = ۱۳۰۱.

مشخصات ظاهری : ج.

فروست : موسوعه الامام الخوئی.

شابک : ج. ۱۱، چاپ دوم: ۹۶۴-۶۸۱۲-۴۴-۹؛ ج. ۱۱، چاپ سوم: ۹۶۴-۶۸۱۲-۴۳-۰؛ ج. ۱۲، چاپ سوم: ۹۶۴-۶۸۱۲-۴۴-۴۴-۹؛ ج. ۱۳، چاپ سوم: ۹۶۴-۶۸۱۲-۴۶-X؛ ج. ۱۴: ۹۶۴-۶۸۱۲-۵۰-۳؛ ج. ۱۵: ۹۶۴-۶۸۱۲-۵۳-۸؛ ج. ۱۶، چاپ سوم ۹۶۴-۶۳۳۷-۰۰-۴؛ ج. ۱۷، چاپ سوم: ۹۶۴-۶۳۳۷-۰۴-۷؛ ج. ۱۸، چاپ سوم: ۹۶۴-۶۳۳۷-۰۳-۹؛ ج. ۱۹، چاپ سوم ۹۶۴-۶۳۳۷-۰۲-۰:

وضعیت فهرست نویسی : برون سپاری

یادداشت : عربی.

یادداشت : کتاب حاضر قبلا تحت عنوان "مستند العروه الوثقی" به چاپ رسیده است.

یادداشت : فهرست نویسی بر اساس جلد یازدهم: ۱۴۲۱.ق. = ۲۰۰۰.م. = ۱۳۷۹.

یادداشت : ج. ۱۱ (چاپ دوم: ۱۴۲۶.ق. = ۲۰۰۵.م. = ۱۳۸۴).

یادداشت : ج. ۱۱-۱۸ (چاپ سوم: ۱۴۲۸.ق. = ۲۰۰۷.م. = ۱۳۸۶).

یادداشت : ج. ۱۴ (چاپ سوم: ۱۴۲۱.ق. = ۱۳۷۹).

یادداشت : ج. ۳۰ (چاپ؟: ۱۴۲۲.ق. = ۱۳۸۰).

یادداشت : ج. ۳۰ (چاپ سوم: ۱۴۲۸.ق. = ۲۰۰۷.م. = ۱۳۸۶).

یادداشت : عنوان عطف: شرح عروه الوثقی.

یادداشت : کتابنامه.

مندرجات : ج. ۱۱ الصلاة. - ج. ۳۰. الاجاره.

عنوان عطف : شرح عروه الوثقی.

عنوان دیگر : العروه الوثقی. شرح.

عنوان دیگر : شرح العروه الوثقی.

موضوع : یزدی، محمد کاظم بن عبدالعظیم، ۱۲۴۷؟ - ۱۳۳۸؟ ق. عروه الوثقی -- نقد و تفسیر

موضوع : فقه جعفری -- قرن ۱۴

شناسه افزوده : یزدی، سید محمد کاظم بن عبدالعظیم، ۱۲۴۷؟ - ۱۳۳۸؟ ق.

شناسه افزوده : بروجردی، مرتضی، ۱۹۲۹ - ۱۹۹۸ م

شناسه افزوده : موسسه احیاء آثار الامام الخوئی (ره)

رده بندی کنگره : BP۱۸۳/۵ ی ۴۰۲۱۳۷۷ ۴۰۲۱۳۷۷ ی ۱۳۰۰ ی الف

رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۴۲

شماره کتابشناسی ملی : م ۷۹-۲۱۱۶۷

المقدمه

□
الحمد لله رب العالمين، و الصلاة والسلام على

محمّد و آلّه الطيبين الطاهرين، و اللّعنه الدائمه على أعدائهم أجمعين إلى قيام الدّين.

و بعد، فمن دواعى سرورى و اعترازى أن التقى بالقارئ الكريم مرّه أُخرى، فى محاوله اخرى لشرح جانب آخر من الجوانب المهمّه للفقّه الإسلامى الشامل.

و إذا كانت الدرّاسه الاولى كتاب النّكاح ذات أهميه كبيره، بالنظر لاشتمالها على نظام تكوّن المجتمع و تنظيم نسب أفراده و انتماءاتهم، فالدرّاسه الثانيه الكتاب الذى بين يديك لا تقل أهميه عنها لأنها المكتمل الأساسى فى نظام المجتمع السعيد.

فإنّ كلا- من نظام ارتباط الافراد بعضهم ببعض و النظام الاقتصادى يعتبر مقوّمًا أساسياً للمجتمع فى حياته و كيانه، بعد نظام العبادات الذى يقوم بربط العبد بمولاه و يكون الطريق المفتوح بين المخلوق و خالقه. فإنّ المجتمع إذا كان لا يستقيم إلّا بنظام يتحكّم فى انتساب الأفراد و شخصيتهم، فهو لا يستقيم أيضاً إلّا بقواعد تتحكّم فى معاملاتهم و إداره شؤون أموالهم.

و على أىّ حال فالكتاب الذى بين يديك درّاسه اقتصاديه فقهيه مهمّه، تشتمل على كتاب المضاربه الذى يعتبر أحد الأركان الأساسيه لنظام الاقتصاد الإسلامى و ما يعرف بالمصطلح الحديث بنظام المصرف اللّاربوى.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٢

.....

□
و هى تقرير للمحاضرات التى ألقاها سماحه آيه الله العظمى الإمام السيد الوالد (دام ظلّه) و قد حظى هذا الجزء كسابقه بفائق لطفه و عنايته (حفظه الله) حيث أولاه اهتماماً خاصّاً فطالعه بتمامه.

□
حفظ الله سيّدنا (دام ظلّه) مناراً للإسلام و المسلمين، و أسأله التوفيق لنشر ما بقى من المحاضرات التى كان لى شرف حضورها و تدوينها، و الله ولىّ التوفيق.

النجف الأشرف ٢٠/ ذق / ١٤٠٦ هـ محمّد تقى الخوئى

كتاب المضاربه

إشارة

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٣

[تمهيد]

□
بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب المضاربه و تسمى قراضاً عند أهل الحجاز. و الأول من الضرب، لضرب العامل في الأرض لتحصيل الربح، و المفاعله باعتبار كون المالك مسيئاً له و العامل مباشراً (١).

(١) ما أفاده (قدس سره) إنما هو لتوجيه صدق المفاعله في المضاربه، حيث إنَّ باب المفاعله يقتضى صدور الفعل من اثنين، و هو غير متحقّق في المقام، فإنَّ القرض إنّما يكون من المالك خاصّه، و الضرب من العامل فقط.

غير إنّنا ذكرنا في مباحث المكاسب، أنّ هيئه المفاعله و إن اشتهر وضعها للدلاله على صدور المادّه من اثنين، إلّا أنه لا أساس له. فإنها لا تدلّ إلّا على قيام الفاعل و تصدّيه نحو تحقيق الماده في الخارج، سواء أتحقّق ذلك أم لم يتحقّق، فيقال: خادعته فلم ينخدع. و الشواهد على ذلك كثيره، حيث تستعمل هذه الهيئه و لا يراد منها سوى تصدى الفاعل و لوحده للفعل، فيقال: سايرته و دافعته و لو كان الطرف الآخر واقفاً لا يتحرك و طالعت و ناولته إلى غير ذلك.

نعم، قد تقتضى المادّه في بعض الموارد القيام في اثنين، كالمساواه و المقابله و المحاذاه و المشاركه و غيرها، حيث إنّها لا تتحقّق إلّا بطرفين، غير أنّ ذلك أجنبي عن الهيئه و إنما هو من خصوصيات المادّه.

و الذى يدلّنا على ما ندّعيه قوله تعالى «يُخَادِعُونَ اللَّهَ وَ الَّذِينَ آمَنُوا وَ مَا يَخْدَعُونَ إِلَّا أَنفُسَهُمْ وَ مَا يَشْعُرُونَ» (١). فإنها تدلّنا على عدم اتحاد مفهوم (خادع)

(١) سورة البقره ٢: ٩.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٤

و الثانى من القرض، بمعنى: القطع، لقطع المالك حصّه من ماله و دفعه إلى العامل ليَتَّجِرَ به. و عليه العامل

مقارض بالبناء للمفعول، و على الأَوَّل مضارب بالبناء للفاعل.

و كيف كان، عبارته عن دفع (١) الإنسان مالاً إلى غيره ليُتجر به، على أن يكون الربح بينهما، لا أن يكون تمام الربح للمالك، و لا أن يكون تمامه للعامل.

و توضيح ذلك: أن من دفع مالاً إلى غيره للتجاره:

تاره على أن يكون الربح بينهما، و هي مضاربه.

و تاره على أن يكون تمامه للعامل، و هذا داخل في عنوان القرض إن كان بقصده (٢).

و تاره على أن يكون تمامه للمالك، و يسمّى عندهم باسم البضاعه.

مع مفهوم (خدع) حيث إنَّ الثاني ظاهر في تحقُّق الماده في الخارج، في حين إنَّ الأَوَّل لا يدلُّ إلَّا على تصدّي الفاعل و إرادته لذلك، من غير اعتبار لتحقُّقه في الخارج.

و على هذا الأساس فلا حاجة لتحمل عناء ما ذكر من التأويلات لتصحيح صدق المفاعله على المضاربه، فإنها صادقه عليها حقيقه و من غير حاجة إلى التأويل، نظراً لقيام المالك مقام الضرب و تصدّيه للقرض.

(١) بل هو عقد بين المالك و العامل.

(٢) و إلَّا فيبقى المال في ملك المالك، و مقتضى قانون تبعيه الربح لرأس المال كونه بأكمله للمالك.

و بعبارته اخرى: إنَّ القرض يتوقف على القصد. فإن قصداً ذلك كان المال ملكاً للعامل، و حينئذٍ فتكون الأرباح و بمقتضى القاعده ملكاً له أيضاً. و إلّا، بأنَّ قصد المالك إبقاء المال على ملكه، كانت المعامله من المضاربه الفاسده، فتجرى عليها أحكامها. و ذلك لأنَّ كون تمام الربح للعامل غير ممضى شرعاً، لعدم الدليل عليه و مقتضى القاعده تبعيه الربح للمال.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٥

و تاره لا يشترطان شيئاً، و على هذا أيضاً يكون تمام الربح للمالك (١) فهو داخل في عنوان البضاعه.

و عليهما

يستحقّ العامل أجره المثل لعمله (٢) إلّا أن يشترطاً عدمه، أو يكون العامل قاصداً للتبرّع. و مع عدم الشرط و عدم قصد التبرع أيضاً، له أن يطلب الأجره، إلّا أن يكون الظاهر [١] منهما في مثله عدم أخذ الأجره، و إلّا فعمل المسلم محترم ما لم يقصد التبرع.

(١) بموجب القاعده، حيث إنّ كون بعضه أو كلّه للعامل يحتاج إلى جعل من المالك و إمضاء من الشارع، و هما معاً مفقودان.

(٢) ما أفاده (قدس سره) بالنسبه إلى القسم الثالث البضاعه ينافى ما التزم به في المسأله الرابعه عشره من كتاب المساقاه، حيث صرح بعدم استحقاق العامل للأجره فيما إذا اشترط المالك انفراده بالثمر، لكونه حينئذ متبرّعاً، فإنّ المسألتين من وادٍ واحد.

و الظاهر أنّ ما ذكره (قدس سره) في باب المساقاه هو الصحيح. فإنّ لهذا الكلام اعنى طلب العمل على أن لا يكون له من الربح شىء ظهوراً عرفياً في التبرّع و العمل المجاني. و عليه فلا يكون له بإزاء عمله شىء، لا من الربح للتصريح بعدمه، و لا أجره المثل للتبرع بالعمل.

و أما ما أفاده بالنسبه إلى القسم الأخير، فهو تامّ و متين. و ذلك لأن أمر الغير بعمل له قيمه و ماليه لدى العرف، تاره يكون ظاهراً في المجانيه، فحينئذ لا أجره للعامل، نظراً لكون الأمر متعلقاً بحصه معينه هي العمل المجاني، فكأنّ العامل قد فعل هذا الفعل من غير أمر.

و أخرى لا يكون له ظهور في المجانيه. و في هذا الفرض إنّ قصد العامل التبرّع

[١] كما هو كذلك في البضاعه، و قد التزم (قدس سره) في باب المساقاه بعدم استحقاق العامل الأجره فيما إذا اشترط المالك انفراده بالثمر.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٦

و يشترط فى المضاربه

[الإيجاب و القبول]

الإيجاب و القبول (١). و يكفى فيهما كل دالٌّ، قولاً، أو فعلاً (٢). و الإيجاب القولى كأن يقول: ضاربتك على كذا، و ما يفيد هذا المعنى فيقول: قبلت.

و يشترط فيها أيضاً بعد

[البلوغ، و العقل، و الاختيار و عدم الحجر لفلس]

البلوغ، و العقل، و الاختيار (٣) و عدم الحجر لفلس (٤) [١]

و المجانيه، فلا يستحقُّ الأجره عليه أيضاً، لأنه متبرع به، و بذلك فقد فوت على نفسه ما كان يستحقُّه من الأجره. و إن أتى به بقصد الأجره كما هو الغالب فى أكثر المعاملات الخارجيه، فيؤمر الحمال بحمل المتاع من غير تحديد للأجره فحينئذٍ و بطبيعته الحال و بمقتضى السيره العقلانيه القطعيه يستحقُّ العامل عليه الأجره، فيكون الأمر ضامناً لها.

بل و كذا الحال فيما لو كان لمتعلق الأمر ماله، كأمر الخباز بإعطاء الخبز للفقير فإنه لو لم يكن للأمر ظهور فى المجانيه و قصيد الدافع أخذ الثمن، كان الأمر مطالباً به.

و على هذا ففيما نحن فيه، إذا فرض أنه لم يكن أمر المالك للعامل بالتجاره ظاهراً فى المجانيه، كما هو الغالب فى أكثر الأوامر المتعلقه بالأعمال، فللعامل المطالبه بأجره مثل عمله فيما لم يقصد التبرع، سواء أتحقق الربح أم لم يتحقق، على ما تقتضيه القاعده.

(١) ليتحقق بهما مفهوم العقد و المعامله، كما هو الحال فى سائر العقود.

(٢) لما عرفت غير مرّه من أنه مقتضى القاعده فى العقود، حيث لا يعتبر فيها إلّا الاعتبار النفسانى و إبرازه بمبرز فى الخارج، و هو متحقق فى المقام.

نعم، لا بدّ من رفع اليد عن القاعده فيما دلّ الدليل على اعتبار لفظ خاصّ فيه كالطلاق، أو مطلق اللفظ كالنكاح.

(٣) بلا خلاف فيها، فإنها من الشرائط العامه المعتبره فى كل عقد.

(٤) مقتضى إطلاق العبارة أنّ المفلس لا تصحّ منه

المضاربه، سواء أ كان مالكا أم عاملاً. إلا أن الإطلاق غير مراد جزماً، فإنه لا محذور في كونه عاملاً، و سيجى ء منه (قدس سره) التصريح بصحتها حينئذ.

[١] هذا في المالک، و سیأتى منه (قدس سره) عدم اعتباره في العامل.

موسوعه الإمام الخوئی، ج ٣١، ص: ٧

أو جنون [١] (١) أمور:

[الأول: أن يكون رأس المال عيناً]

الأول: أن يكون رأس المال عيناً (٢) فلا تصح بالمنفعه [٢]، و لا بالدين. فلو كان له دين على أحد، لم يجز أن يجعله مضاربه إلا بعد قبضه. و لو أذن للعامل في قبضه، ما لم يجدد العقد بعد القبض.

(١) لا يبعد أن يكون مراده (قدس سره) منه السفه، لأن حملة على معناه الحقيقي أى ما يقابل العقل، يوجب كونه مستدرکاً، لأنه (قدس سره) قد اعتبر فيها العقل صريحاً.

ثم بناءً على الأول، مقتضى إطلاق كلامه (قدس سره) اعتبار عدمه في كلا طرفي المضاربه، و قد صرح بذلك بعضهم، غير أن أكثر الفقهاء لم يتعرضوا لذلك في كتاب المضاربه، و إنما اقتصروا على ما ذكروه في باب الحجر، من أن السفیه محجور عليه في ماله.

و كيف كان، فاعتباره بالنسبه إلى المالک مما لا خلاف فيه، فإنه ليس للسفيه أن يعقد المضاربه مع العامل، لكونه محجوراً عن التصرف في أمواله.

و أما اعتباره بالنسبه إلى العامل فلا وجه له، إذ لا يعتبر قبول ذلك منه تصرفاً في أمواله كما هو واضح، بل و لا عمله الذي هو بحكم المال، و ذلك لأن العامل لا يملك المالک عمله، و إنما المضاربه عقد شبيه بالوكالة كما عن المحقق (قدس سره) «١» أو الجعالة.

و عليه فلا وجه لاعتبار عدم السفه فيه، فإنه غير ممنوع منهما، بل ذكر غير واحد منهم أن له

أخذ عوض الخلع، لكونه من تحصيل المال لا التصرف في أمواله.

(٢) اعتبره غير واحد من الفقهاء، نظراً لاختصاص أدلتها الخاصة بالعين، فلا

[١] لعله يريد به السفه، وإلا فهو من سهو القلم، و على الأول فإنما يعتبر عدمه في المالك دون العامل.

[٢] على الأحوط.

(١) الشرائع ٢: ١٦١.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٨

نعم، لو وكَّله على القبض والإيجاب من طرف المالك والقبول منه، بأن يكون موجباً قابلاً، صحَّ.

يمكن الحكم بالصحة في المنفعة والدين، لعدم الدليل عليها.

و خالف فيه بعضٌ فالتزم بالصحة، تمسكاً بالأدلة العامة و عمومات التجاره بدعوى أنّ مقتضاها نفى اشتراط ما يحتمل اعتباره في العقد.

و قد أشكل عليه في بعض الكلمات، بأنّه لا مجال للتمسك بهذه العمومات في نفى اعتبار ما يحتمل اعتباره بالنسبه إلى العقد.

و الذي ينبغي أن يقال: أن العقد الواقع في الخارج قد يكون من قبيل البيع والإجاره و نحوهما، مما يكون التمليك من كل من الطرفين للآخر تملكاً لما يملكه. و فيه لا مانع من التمسك بعمومات التجاره، و قد تمسكنا بها لإثبات صحة المعامله المعاطاتيه.

و قد لا يكون كذلك، بأن لا يكون فيه تمليك من أحد الطرفين ماله للآخر كالمضاربه و المزارعه و المساقاه، حيث لا يملك المالك العامل إلّما حصّه من الربح، و هي غير متحققه بالفعل، لأنه لا يملك إلّا أصل ماله، فكيف يصحّ تمليكها لغيره؟ و فيه فالقاعده تقتضى البطلان، و لا عموم يقتضى صحته. و عليه فيكون تمام الربح للمالك نظراً لتبعيه المنافع للأصل.

و كون بعضه للعامل رأساً و ابتداءً على خلاف القاعده في العقود، إذ مقتضاها كون العوض لمن له المعوض فمن يبذل المثلن له الثمن، و العكس

بالعكس، فلا وجه لكون بعضه للعامل.

و انتقاله آنأ ما إلى ملك المالك و من ثم إلى العامل و إن كان معقولأ، إلمأ أنه على خلاف قانون المضاربه و المزارعه و المساقاه. على أنه من تمليك ما لا يملك فعلاً، إذ ليس له الآن السلطنه عليه. و لذا لم يستشكل أحد فى بطلان العقد إذا لم تكن حصه العامل من ربح ما يتجر به، بأن يقول له المالك: أتجر بهذا المال و لك الربح من أرباح تجارتي الخاصه، أو من ثمر بستانى فى العام القادم.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٩

.....

و الحاصل أن الصحه فى هذه الموارد التى ليس فيها شىء مملوك للمملك بالفعل يملكه لغيره، تحتاج إلى دليل خاص، فإن كان فهو، و إلا فالقاعده تقتضى البطلان. نظير ما تقدم فى إجاره الأرض بحاصلها، أو بيع ما سيرته من مورثه، فإنها غير مشموله لأدله التجاره عن تراض، و صحتها على خلاف القاعده، فلا بد لإثباتها من دليل خاص، و إلا فهى محكومه بالفساد.

على أن المضاربه تزيد على غيرها فى الإشكال، بأنها لا- تنحصر غالباً بالتجاره مره واحده، بل تكون من التجاره المستمره و المتعدد.

و على هذا فلو فرض أن رأس المال مائه دينار و كان للعامل نصف الربح، فاتجر العامل به و اشترى سلعه بمائه دينار ثم باعها بمائتى دينار، كان مقتضى العقد اختصاص المالك بمائه و خمسين ديناراً و اختصاص العامل بخمسين ديناراً فقط.

فلو اشترى بعد ذلك شيئاً بمائتى دينار ثم باعه بأربعمائه دينار، فمقتضى العقد ان يكون للعامل مائه و خمسون ديناراً و للمالك مائتان و خمسون ديناراً. و هو مخالف للقاعده من حيث أن المائتين ديناراً الحاصله من التجاره الثانيه، إنما هى

ربح لمجموع خمسين ديناراً حصّه العامل، و مائه و خمسين ديناراً حصّه المالك. و مقتضى القاعده أن يكون ربع هذا المبلغ له، و الثلاثه أرباع الباقيه بينه و بين المالك.

و هذا يعنى أن يكون للعامل من مجموع الأربعمائه مائه و خمسه و سبعون ديناراً و للمالك منه مائتان و خمسه و عشرون ديناراً فقط، و الحال أنه لا يأخذ إلّا مائه و خمسين ديناراً. و لازمه أن يكون ربح العامل أيضاً مناصفه بينه و بين المالك، و هو على خلاف القاعده، حيث إنّ المالك لم يعمل فيه شيئاً، بل ذلك المال حصّه العامل بتمامه و العمل فيه من العامل، فلا وجه لأن يكون للمالك نصف ربحه.

و من هنا فلو كنا نحن و القاعده، و لم يكن هناك دليل على الصحه، لالتزمنا بفساد عقد المضاربه بقول مطلق، و إنما قلنا بالصحه فيها للنصوص الخاصّه. و عليه فلا بدّ في تحديد ما يعتبر في الحكم بالصحه من اتّباع دلالتها، فبمقدار تلك الدلاله يحكم بالصحه، و الباقي بما في ذلك المشكوك يبقى على أصل الفساد.

و عليه فنقول: أما بالنسبه إلى الدّين، فيكفى في الحكم بفساد المضاربه به معتبره

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ١٠

و كذا لو كان له على العامل دين، لم يصحّ جعله قراضاً (١) إلّا أن يوكله في تعيينه، ثمّ إيقاع العقد عليه بالإيجاب و القبول بتولّي الطرفين.

□
السكوني عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: «قال أمير المؤمنين (عليه السلام) في رجل له على رجل مال فيتقاضاه و لا يكون عنده، فيقول: هو عندك مضاربه، قال: لا يصلح حتى تقبضه منه» (١).

على أنّ المذكور في أدلّه المضاربه عنوان (إعطاء المال) و هو ظاهر في دفع

العين فلا تشمل الأدلّه الدّين. و يكفينا في ذلك الشكّ، حيث عرفت أن مقتضى الأصل البطلان.

و أما بالنسبة إلى المنفعة، فالمعروف و المشهور بينهم هو عدم الجواز. لكن يمكن أن يقال: إنّ التعبير في أدلّه المضاربه بالمال، لا سيما ما ورد في الوصيه بالمضاربه بمال أولاده، شامل للمنفعة أيضاً، حيث لا دليل على بطلان المضاربه بها، خلافاً للدّين.

إلّا أنه مردود بأنّ الظاهر من نصوص المضاربه، أنّ موضوعها إعطاء المالك ماله للعامل كي يعمل به على أن يكون رأس المال محفوظاً و الربح بينهما على حسب ما يتفقان عليه، و هو لا ينطبق على المنفعة حيث إنها غير قابله للبقاء نظراً إلى أنها تتلف بنفسها، و من هنا فكل ما يكون في قبالتها يكون بأجمعه ربحاً. و لذا قالوا في باب الخمس إنّ كل ما يقع بإزاء المنافع سواء الأعيان و غيرها يكون متعلقاً للخمس و ليس ذلك إلّا لكونه بأجمعه ربحاً، لا أن الأصل محفوظ و الباقي هو الربح.

إذن فما ذكره المشهور من عدم صحه المضاربه بالمنفعة، إن لم يكن أقوى فهو أحوط.

هذا بناءً على جواز المضاربه بمطلق المال و إن لم يكن من الأثمان. و أما بناءً على عدم جوازه، فلا ينبغي الإشكال في عدم جواز المضاربه بالمنفعة.

(١) للقاعده و معتبره السكوني، على ما تقدّم.

(١) الوسائل، ج ١٩ كتاب المضاربه، ب ٥ ح ١.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ١١

[الثاني: أن يكون من الذهب أو الفضة المسكوكين بسكه المعامله]

الثاني: أن يكون من الذهب أو الفضة المسكوكين بسكه المعامله، بأن يكون درهماً أو ديناراً. فلا تصحّ بالفلوس، و لا بالعروض، بلا خلاف بينهم، و إن لم يكن عليه دليل سوى دعوى الإجماع. نعم، تأمّل فيه بعضهم، و هو في محلّه لشمول العمومات، إلّا

أن يتحقق الإجماع، و ليس ببعيد [١] (١) فلا يترك الاحتياط.

(١) الظاهر أنّ الإجماع المدعى من الإجماع المنقول، فلا يمكن الاعتماد عليه، لا سيما بعد خلق كلمات غير واحد من الأصحاب من التعرض إليه.

و كيف كان، فالأصل في هذه الدعوى كلام القاضى فى الجواهر، إلّا أنّ عبارته صريحه فى دعوى الإجماع على صحّحه المضاربه بالدرهم و الدنانير «١» و أين هذا من دعوى الإجماع على بطلانها فى غيرهما؟ فإن بينهما بوناً بعيداً.

و منه يظهر أن الإجماع، بمعنى الاتفاق الكاشف عن رأى المعصوم (عليه السلام) غير متحقق فى المقام.

و معه فلا موجب لرفع اليد عن إطلاقات الأدله المعتمده للمال فى المضاربه، حيث لم يثبت تقييد بكونه من الدرهم أو الدنانير، فإنّ هذا العنوان كما يصدق عليهما، يصدق على غيرهما من الأثمان و الأموال المتمحصه فى المالىه.

نعم، الحكم لا يعمّ العروض، باعتبار أنّ الربح و الخسران إنما يلاحظان بالنسبه إلى ما هو متمحص فى المالىه، و هو الأثمان التى يتحفظ بها أولاً، ثم يلاحظ ربحها و خسارتها.

إذن فما اختاره صاحب الحدائق (قدس سره) من عدم اعتبار هذا الشرط «٢» هو الصحيح.

[١] الظاهر أنّ الإجماع لم يثبت، و عبارته القاضى فى الجواهر تدلّ على تحقق الإجماع على صحّحه المضاربه بالدرهم و الدنانير، لا على عدم صحّحتها فى غيرهما، فالظاهر جواز المضاربه بما يكون فى حكم النقدين من الأوراق النقديّه و غيرها.

(١) الجواهر ٢٦: ٣٥٦ ٣٥٧.

(٢) الحدائق ٢١: ٢٠٤.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ١٢

و لا بأس بكونه من المغشوش الذى يعامل به (١) مثل الشاميات و القمرى و نحوها. نعم، لو كان مغشوشاً يجب كسره، بأن كان قلباً، لم يصحّ (٢) و إن كان له قيمه، فهو مثل

و لو قال للعامل: بع هذه السلعه و خذ ثمنها قراضاً، لم يصحّ [١] (٣) إلّا أن يوكله فى

(١) إذ العبره بناءً على اعتبار كونه من الذهب و الفضه المسكوكين بصدق الدرهم و الدينار، و هو صادق على المغشوش على حد صدقه على الخالص، بل الخالص منهما إما لا يكون أو يكون نادراً جداً، و قد تقدّم الكلام فيه مفصلاً فى باب الزكاه.

نعم، لو كان الغش بحدّ يمنع صدق الاسم عليه، منع من صحه المضاربه به، بناءً على القول باعتبار كون مال المضاربه درهماً و ديناراً.

(٢) بأن كان الغش فى الهيئه لا ماده، بأن صب الذهب و الفضه بشكل الدراهم و الدينانير، فإنه لا يكون حينئذ من الأثمان، و تقدّم اعتبار كون مال المضاربه منها. و بذلك يظهر الفرق بينه و بين الفلوس.

(٣) و كأنه لأن الذى يعطيه المالك للعامل ليس بالفعل درهماً أو ديناراً، و قد اعتبر كون مال المضاربه منهما. و ثمنه و إن كان منهما، إلّا أنه حين إعطائه له لم يكن مالاً لذلك، و إنما يملكه بعد البيع.

و فيه ما لا يخفى. فإننا و إن سلّمنا عدم صحه المضاربه بالعروض، إلّا أنه إذا قصد المعطى المضاربه بالبدل و الثمن كما هو صريح عبارته، كان ذلك فى الحقيقه توكيلاً للعامل فى جعل الثمن قراضاً، كما هو الحال فى سائر موارد الأمر بالأمر بالأمور المترتبه، كأن يقول: بع دارى و اصرف ثمنه على الفقراء، فإنه توكيل فى الصرف عليهم لا محاله.

و من هنا فإذا نضد العامل ذلك فباع المتاع، ثم تصدى للتجاره بالثمن، كان فعله هذا إيجاباً للمضاربه بالوكاله من المالك، و قبولاً منه هو.

[١] فيه إشكال، بل لا تبعد الصحه.

تجديد العقد عليه بعد أن نض الثمن.

[الثالث: أن يكون معلوماً قدرًا و وصفًا]

الثالث: أن يكون معلوماً قدرًا و وصفًا (١) [١].

و محذور كونها مضاربه معاطيته، مدفوع بأنه لا إشكال فيها، حيث عرفت أن مقتضى العمومات عدم اعتبار اللفظ في صحه العقد إلا ما خرج بالدليل.

(١) ذكر صاحب الجواهر (قدس سره) في وجهه: أن الجهالة تمنع من تحقق الربح الذي ينبغي أن يكون مشتركاً بين المالك و العامل، و حيث إنه روح هذه المعاملة فيحكم بطلانها «١».

و فيه: إنا لو سلّمنا عموم النهي عن الغرر للمضاربه أيضاً، فالمقام خارج عنه تخصصاً، إذ لا- غرر في هذه المعاملة من ناحيه المضاربه. فإنه لو أعطى المالك العامل كيساً مملوءاً بالدنانير و أمره بالمضاربه بها من دون أن يعلم مقدارها أو وصفها، لم يكن ذلك غررياً، من جهه تمكن العامل من عدّها بعد ذلك و إخبار المالك به فيرتفع جهلهما، لكونه أميناً عنده.

على أن لو لم يتمكن من عدّها، فيكفي في رفع الغرر أن المعاملة بذلك المال يستلزم علمه و لو تدريجاً بمقداره، فإنه كلما يشتري شيئاً ليتجر به يعرف ما أخرج بإزائه من الكيس إلى ان ينتهي كل ما فيه، و حينئذ يرتفع غرره و يعلم بما كان في الكيس حين قبضه.

ثم لو فرضنا عدم ذلك أيضاً، فالربح يكون مشتركاً بين العامل و المالك، و حينئذ فيمكن حلّ المشكله بالرجوع إلى التصالح إن أمكن، و إلا فيحلّها الحاكم و لو بالقرعه.

و ليس في شيء من ذلك أي غرر، حيث إنه عباره عن الخطر المالي أو العرضي أو النفسى، و كلها مفقود في المقام، فإنّ الربح لكلّ منهما مضمون.

إذن فالظاهر عدم اعتبار هذا الشرط في عقد المضاربه، نظراً لعدم الدليل عليه.

(١) الجواهر.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ١٤

و لا تكفي المشاهده و إن زال به معظم الغرر (١).

[الرابع: أن يكون معيناً]

الرابع: أن يكون معيناً [١] (٢). فلو أحضر مالين و قال: قارضتك بأحدهما، أو بأيهما شئت، لم ينعقد إلا أن يعين ثم يوقعان العقد عليه.

نعم، لا فرق بين أن يكون مشاعاً أو مفروزاً (٣) بعد العلم بمقداره و وظيفه. فلو كان المال مشتركاً بين شخصين، فقال أحدهما للعامل: قارضتك بحصتي في هذا المال، صح مع العلم بحصته من ثلث أو ربع. و كذا لو كان للمالك مائة دينار مثلاً، فقال: قارضتك بنصف هذا المال صح.

(١) خلافاً لما حكى عن الشيخ (قدس سره) من الاكتفاء بها، لما ذكره «١». و قد ظهر الحال فيه مما تقدّم.

(٢) لم يظهر لنا وجهه.

فإن دعوى أن أحدهما و الفرد المبهم لا وجود له في الخارج، إذ الموجود في الخارج إنما هو الفرد المعين المشخص، فلا تصح المضاربه به.

مدفوعه بما ذكرناه في مبحث الواجب التخييري من المباحث الأصولية، من أن الفرد المردد و إن لم يكن له وجود في الخارج، إلا أن الجامع الذي هو عبارته عن عنوان أحدهما موجود في الخارج لا محاله، فإنه موجود بوجود الفردين. و لذا يقال: إنه يعلم بنجاسه أحد الإناءين، و الحال أن الذي لا وجود له كيف يعلم بنجاسته؟.

إذن فلا مانع من إيقاع المضاربه على أحدهما، فإنه مشمول للعنوان الوارد في النصوص، أعني دفع المال للتجاره. و حينئذ فيكون التخيير للعامل أو المالك على حسب ما يتفقان عليه.

(٣) لصدق المال المذكور في النصوص عليهما على حد سواء.

[١] على الأحوط، و لا يبعد عدم اعتباره.

(١) المبسوط ٣: ١٦٨.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ١٥

[الخامس: أن يكون الربح مشاعاً بينهما]

الخامس: أن يكون الربح مشاعاً بينهما (١). فلو جعل لأحدهما مقداراً معيناً و البقيه للآخر، أو البقيه مشتركه بينهما، لم يصح

(١) لتقوم مفهوم المضاربه به، وإلا فيكون داخلاً في مفهوم الإجاره أو الجعاله. و على كلا التقديرين يحكم بطلان العقد، لأن غير المملوك بالفعل لا يصلح أن يكون اجره أو جعلاً بإزاء عمل العامل.

(٢) ما أفاده (قدس سره) إنما يتم فيما إذا لم يكن وثوق بزياده الربح عن المقدار الذي جعل لأحدهما تعييناً، فإنه حينئذٍ تخرج المعامله عن المضاربه، حيث إن معه لا يبقى للآخر شيء من الربح.

و أما إذا كان هناك وثوق بزياده الربح عن المقدار المعين، فقد استدلل للبطلان فيه بأن ظاهر كون الربح مشتركاً بين المالك و العامل على ما دلت عليه النصوص، هو اشتراكهما في كل جزء منه على نحو الإشاعه. و من هنا فاختصاص أحدهما بجزء منه دون الآخر يكون على خلاف مفهوم المضاربه، فلا يشملها دليلها، و القاعده تقتضى البطلان.

و فيه: أنه لا يستفاد من أدله المضاربه كون كل جزء من الربح مشتركاً بينهما كما قيل، و إنما المستفاد منها أن مجموع الربح يكون بينهما في قبال اختصاص أحدهما به و هو صادق في المقام أيضاً. فإنه إذا استثنى المالك لنفسه عشره دنانير مثلاً على أن يكون باقى الربح بينهما مناصفه، كان مرجع ذلك إلى المضاربه بالمال على أن يكون للعامل نصف الربح إلا خمسه دنانير، و هو لا محذور فيه مع الوثوق بزياده الربح على عشره دنانير، لصديق كون الربح بينهما مشتركاً و مشاعاً.

و قد التزم الماتن (قدس سره) بجواز ذلك في المساقاه، مع أن المضاربه و المزارعه و المساقاه من هذه الجهه من وادٍ واحد و لا فرق بينهما.

إذن فالحكم بالبطلان في هذه الصوره لا يخلو عن إشكال، بل منع.

إذا علم أنّ الربح يزيد على المقدار المعين، و قد التزم (قدس سره) في باب المساقاه بالصّحّه في نظير المقام.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ١٦

[السادس: تعيين حصّه كلّ منهما من نصف أو ثلث أو نحو ذلك]

السادس: تعيين حصّه كلّ منهما (١) من نصف أو ثلث أو نحو ذلك، إلّا أن يكون هناك متعارف ينصرف إليه الإطلاق (٢).

[السابع: ان يكون الربح بين المالك و العامل]

السابع: ان يكون الربح بين المالك و العامل. فلو شرطاً جزءاً منه للأجنبي عنهما، لم يصحّ (٣) إلّا أن يشترط عليه عمل متعلّق بالتجاره (٤).

(١) فإنّ الملك لا بدّ و أن يتعلق بأمر معيّن، فإنّ الشىء الذى لا واقع له لا يصلح أن يكون مملوكاً لأحدهما. و حيث إن النسبه المجهوله لا واقع لها، فلا يصلح تملكها للعامل.

هذا إذا كانت النسبه مجهوله و مردّده في الواقع. و أما إذا كان لها واقع لكنهما لم يكونا يعلمان بها، كما لو ضاربه بالنسبه التي اتفقا عليها في السنه الماضيه مع نسيانها لها، فهل يحكم بصحتها أم لا؟ قيل بالثاني، من جهه استلزامه للغرر.

إلّا أنّك قد عرفت ما فيه، حيث لا خطر على العامل في الربح، و إنما الشك في زيادته و نقصانه. على أنه لم يثبت نهيه (صلّى الله عليه و آله و سلم) عن مطلق الغرر.

إذن فلا مانع من الالتزام بصحتها، إذ يصدق معه أنّ المالك أعطى ماله للعامل ليّتجر به، على أن يكون الربح مشتركاً بينهما بنحو الإشاعه على النسبه المعينه في الواقع.

لكن لا يخفى أنّ ظاهر عباره الماتن (قدس سره) هو القسم الأوّل، فإنه (قدس سره) غير ناظر إلى فرض كون النسبه معلومه في الواقع.

(٢) حيث به يحصل العلم بالمقدار.

(٣) و ذلك لأن مقتضى القاعده و كما عرفت هو تبعيه المنافع بأكملها لرأس المال في الملكيه، و إنما خرجنا عنها في المضاربه حيث يكون بعض الربح للعامل بالدليل الخاصّ. و حيث لا دليل على جواز جعل للأجنبي يكون باطلاً لا محاله، بعد

أن لم يكن له شىء من رأس المال أو العمل.

(٤) لأنها فى الحقيقه ترجع إلى المضاربه مع اثنين.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ١٧

نعم، ذكروا أنه لو اشترط كون جزء من الربح لسلام أحدهما صحّ. ولا بأس به، خصوصاً على القول [١] بأن العبد لا يملك، لأنه يرجع إلى مولاه. وعلى القول الآخر يشكل. إلا أنه لما كان مقتضى القاعده صحّ الشرط حتى للأجنى (١) و القدر المتيقن من عدم الجواز ما إذا لم يكن غلاماً لأحدهما، فالأقوى الصحه مطلقاً. بل لا يبعد القول به فى الأجنى أيضاً وإن لم يكن عاملاً، لعموم الأدله (٢).

[الثامن: ذكر بعضهم أنه يشترط أن يكون رأس المال بيد العامل]

الثامن: ذكر بعضهم أنه يشترط أن يكون رأس المال بيد العامل، فلو اشترط المالك أن يكون بيده لم يصح. لكن لا دليل عليه (٣) فلا مانع أن يتصدى العامل للمعامله مع كون المال بيد المالك، كما عن التذكرة.

[التاسع: أن يكون الاسترباح بالتجاره]

التاسع: أن يكون الاسترباح بالتجاره. و أما إذا كان بغيرها، كأن يدفع إليه

(١) مراده (قدس سره) من القاعده هى العمومات و الإطلاقات. غير انك قد عرفت منا غير مرّه إنكار ذلك، حيث ليس لدينا أى عموم أو إطلاق يشمل تملك ما لا يملك. و لذا لو اشترط شيئاً من الربح للأجنى فى غير عقد المضاربه، لم يصح جزماً، لأنه من تملك المعدوم.

إذن فالصحيح أن جعل للأجنى غير جائز، سواء أ كان الأجنى عبداً لأحدهما بناءً على ملكيه العبد كما هو الصحيح، أم لم يكن.

(٢) ظهر الحال فيه مما تقدّم.

(٣) إذ المضاربه إنما تكون باعتبار صدور العمل من العامل، و رجوع الربح إليه و إلى المالك مشتركاً على النسبه المتفق عليها. و أما كون المال بيد العامل فلم يدلّ عليه دليل، بل ربّما لا يكون فى العامل وثوق فيبقى المالك ماله فى يده تحفظاً عليه.

نعم، بعض النصوص تضمن التعبير ب (يعطى مالاً) «١» و هو ظاهر فى الدفع إليه

[١] لا يبعد ابتناء صحّهِ الاشتراط على هذا القول إذا كان الشرط من شرط النتيجة كما هو المفروض، و أمّا الاشتراط للأجنبي فالظاهر عدم صحّته.

(١) الوسائل، ج ١٩ كتاب المضاربه، ب ١ ح ١، ٢.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ١٨

ليصرفه في الزراعه مثلاً و يكون الربح بينهما، تشكل صحته (١) إذ القدر المعلوم من الأدلّه هو التجاره. و لو فرض صحه غيرها للعمومات، كما لا يبعد [١] (٢)

لا يكون داخلاً في عنوان المضاربه.

[العاشر: أن لا يكون رأس المال بمقدار يعجز العامل عن التجاره به]

العاشر: أن لا يكون رأس المال بمقدار يعجز العامل عن التجاره به، مع اشتراط المباشره من دون الاستعانه بالغير، أو كان عاجزاً حتى مع الاستعانه بالغير، وإلا فلا يصح [٢] (٣) لاشتراط كون العامل قادراً على العمل. كما أن الأمر كذلك في الإجاره للعمل، فإنه إذا كان عاجزاً تكون باطله.

و حينئذ فيكون تمام الربح للمالك، و للعامل اجره عمله

و جعله في يده، إلا أن التقييد وارد في كلام السائل دون جوابه (عليه السلام)، فلا يدل على اعتبار كونه في يد العامل، و عدم صحتها عند الخلاف.

على أن بعض النصوص مطلقه. ففي بعضها: (الرجل يقول للرجل: ابتاع لك متاعاً و الربح بيني و بينك) «١». و في بعضها: (الرجل يعمل بالمال مضاربه) «٢» و غيرها. فإن هذه التعابير إن لم تكن ظاهره في كون المال في يد المالك، فلا أقل من كونها عامه لكلا الطرفين.

(١) لاختصاص المضاربه، على ما يستفاد من نصوصها، بالاسترباح بالتجاره.

(٢) بل هو بعيد، لما عرفت من عدم تماميه العمومات، و احتياج الحكم بالصحه في هذه المعاملات إلى الدليل الخاص، و حيث انه مفقود، فالقاعدته تقتضى البطلان.

(٣) فيه إشكال، بل منع. فإن المضاربه كغيرها من العقود تنحل إلى عقود متعدده على أجزاء رأس المال، و إن كانت بحسب الإنشاء واحده حالها في ذلك حال سائر العقود.

[١] بل هو بعيد.

[٢] لا تبعد الصحه في المقدار الذي يقدر العامل على الاتجار به.

(١) الوسائل، ج ١٩ كتاب المضاربه، ب ٣ ح ١.

(٢) الوسائل، ج ١٩ كتاب المضاربه، ب ١ ح ٣.

و من هنا فحيث إنّ المفروض أن العامل ليس بعاجز عن التجاره بجميع

أجزاء ذلك المال و إن كان عاجزاً عن الاتجار بمجموعه، فلا- موجب للحكم بالبطلان من رأس و فى جميع المال، بل يتعين الحكم بالصحة فيما يقدر عليه، و البطلان فيما يعجز عنه. فإنه لا محذور فيه سوى توهم أن الجهالة بالمقدار المقدور يستتبع الغرر الموجب لبطلان العقد، إلا أنك قد عرفت ما فى هذا التوهم، حيث لا غرر فلا موجب للحكم بالفساد.

نعم، لو كانت أجره المثل فى الخارج أقل من الربح المجعول للعامل، و كان المالك حين العقد جاهلاً بعجز العامل عن الاتجار ببعض المال، كان له الخيار فى فسخ العقد من رأس، لتخلف الشرط، و هو انضمام المضاربه بكل جزء بالمضاربه بالجزء الآخر كما هو الحال فى سائر موارد تبعض الصفقه. فيثبت للعامل أجره مثل عمله حينئذٍ، أو إمضاء العقد فى ذلك الجزء، فىكون له ما اتفقا عليه من النسبه. و أما الحكم بالبطلان من رأس كما أفاده الماتن (قدس سره)، فلا وجه له و لا يمكن مساعدته عليه.

و بعبارة اخرى نقول: إن المقدار المقدور، تاره يكون متميزاً عن غير المقدور و أخرى لا يكون كذلك.

ففى الأول: لا ينبغى الشك فى صحة معامله بالنسبه إلى المقدار المقدور، فإنه من ضم المعامله الصحيحه إلى المعامله الفاسده. نظير بيع الخنزير و الشاه جمله، أو بيع ماله و مال غيره كذلك، فإنها تتبعض لا محاله، فتبطل فى الخنزير و مال الغير، و تصح فى الشاه و ماله.

و هذا جارٍ فى الإجاره أيضاً، فإنه لو أجره لعملين أحدهما مقدور و الآخر غير مقدور دفعه، صحّت بالنسبه إلى المقدور، و بطلت بالنسبه إلى غيره.

و الحاصل إنَّ ضمَّ معامله صحيحه إلى أخرى فاسده، لا يوجب البطلان بالنسبه إلى الصحيحه، بل

تنحلّ المعامله الواحده إلى معاملتين، فتصحّ بالنسبه إلى الواجده للشرائط، و تبطل بالنسبه إلى غيرها.

و منه يتّضح فساد ما ذكره (قدس سره) من عدم استحقاق العامل شيئاً من الربح فإنّ له النسبه المتّفقَ عليها من ربح ما أتجر به، لانكشاف كونه مقدوراً و صحيحاً.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٢٠

مع جهله بالبطلان (١) و يكون ضامناً

و في الثاني: فيحكم بالصحة في المقام أيضاً، و إن كنا نحكم بالفساد في الإجاره باعتبار أنه يعتبر فيها معلوميه العمل بخلاف المضاربه، حيث قد عرفت أنه لا يعتبر فيها معرفه مقدار المال، لعدم الغرر في الجهل به. و على تقديره، فلا دليل على نفيه بقول مطلق.

إذن فلا موجب للحكم فيه بالبطلان فيما ظهر مقدوريته بعد ذلك من رأس، بعد أن كانت المضاربه عقداً جائزاً و لم يتضمّن التمليك من الابتداء، و لا مجال لقياسها بالإجاره التي هي من العقود اللازمه المتضمنه للتمليك من الطرفين. بل المتعين هو الحكم بثبوت النسبه المعينه من الربح للعامل، فيما إذا لم يكن المالك جاهلاً بعجزه عن المضاربه بالجميع من أول الأمر. و إلّا فهو بالخيار، إن شاء أبقى المعامله كما كانت فيأخذ العامل نصيبه من الربح. أو فسخ، لتبعض الصفقه، فيكون للعامل اجره مثل عمله.

(١) ما أفاده (قدس سره) متفرع على اختياره لبطلان المضاربه في المقام، فلا تثبت له الحصّه المعينه من الربح. و أما بناءً على ما اخترناه من صحّتها بالنسبه إلى المقدور، فلا موضوع لهذا الكلام كما عرفت.

و كيف كان، فكأنّ الوجه فيما أفاده (قدس سره) من استحقاق العامل لأجره مثل عمله عند جهله بالبطلان خاصّه، هو عدم إقدام العامل حينئذٍ على التبرع بعمله و المجانيه، بخلاف ما لو كان عالمًا

بالفساد و عدم استحقاقه للنصيب المعين، فإنه و بإقدامه بعد ذلك على العمل يكون مقدماً على التبرع بالعمل و المجانيه.

إلّا أنك عرفت في مبحث الإجاره، أنّ العلم بالفساد لا يعنى إقدام العامل على العمل مجاناً، بل غايه ما يقتضيه هو العلم بعدم إمضاء الشارع المقدس للعقد و عدم استحقاقه للنصيب المعين، و هو لا يعنى التبرع بعمله و الإقدام على المجانيه. و لذا يضمن كلُّ من المتبايعين ما قبضاه بالعقد الفاسد، حتى مع علمهما بالفساد.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٢١

لتلف المال [١] (١) إلّا مع علم المالك بالحال (٢).

و عليه فلا- وجه للقول بعدم استحقاق العامل لأجره مثل عمله على تقدير علمه بفساد العقد، بل هو مستحقّ لها على كلا التقديرين، نظراً لعدم إقدامه على المجانيه.

نعم، استحقاقه لأجره المثل إنما هو في فرض عدم زيادتها عن الحصّه المعينه في المضاربه الفاسده، و إلّا فليس له إلّا ذلك المقدار، لإقدامه على العمل بذلك المقدار و إلغاء احترامه بالنسبه إلى الزائد.

(١) فيه إشكال، بل منع. فإنّ الضمان إنما يثبت ببناء العقلاء، أو ضمّ الدليل الشرعي إليه، أو التبعيد المحض في موارد خاصّه، من تعدّد، أو تفريط، أو أخذ مال الغير بغير رضاه، أو الإلتلاف، أو إقدام الآخذ على الضمان كما هو الحال في العقود الضمانيه، أو عاريه الذهب و الفضة.

و لا شىء من هذه العناوين متحققه في المقام. فإنّ المفروض عدم التعدى أو التفريط. و كلمه الآخذ ظاهره في القهر و الغصب، فلا تشمل ما إذا كان برضاه أو اختياره. و الإلتلاف العمدي مفروض العدم. و ليس الآخذ مقدماً على الضمان، بل و لم يسلمه المالك المال في المقام على أن يكون دركه عليه. و لا

نصّ خاص يقتضى الضمان فى المقام.

و من هنا فمقتضى كون اليد أمانه مالكيه، عدم الضمان فى المقام.

و يقتضيه مضافاً إلى ذلك، تسالمهم على ما ذكره الشيخ الأعظم (قدس سره) على أنّ «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده»
و بالعكس. فإنّ مقتضاه عدم ثبوت الضمان فيما نحن فيه، لأنّ المضاربه الصحيحه غير مضمونه، فتكون فاسدتها كذلك.

(٢) ظهر مما تقدّم أنه لا وجه لتقييد عدم الضمان بفرض علم المالك بالحال، فإنّ أدلّه الضمان قاصره عن شمول المقام، سواء علم المالك بالحال أم جهل.

[١] الظاهر أنّه لا يضمن مطلقاً.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٢٢

و هل يضمن حينئذ جميعه، لعدم التميز مع عدم الإذن فى أخذه على هذا الوجه. أو القدر الزائد، لأن العجز إنما يكون بسببه، فيختصّ به. أو الأوّل إذا أخذ الجميع دفعه. و الثانى إذا أخذ أوّلاً بقدر مقدوره، ثم أخذ الزائد و لم يمزجه مع ما أخذه أوّلاً؟ أقوال، أقواها الأخير.

و دعوى أنه بعد أخذ الزائد يكون يده على الجميع، و هو عاجز عن المجموع من حيث المجموع، و لا ترجيح الآن لأحد أجزائه، إذ لو ترك الأوّل و أخذ الزيادة لا يكون عاجزاً (١)، كما ترى، إذ الأوّل وقع صحيحاً، و البطلان مستند إلى الثانى و بسببه (٢)

(١) و بعبارة اخرى: إنّ الدفعين الأوّل و الثانى لما كانا مبنيين على المضاربه الواقعه على الجميع، و المحكوم عليها بالفساد بالنسبه إلى جميع المال أيضاً المقدور و غير المقدور كما هو المفروض، لم يكن للتفصيل و ترجيح الأوّل على الثانى وجه، فإنّ العقد واحد، و نسبه كل واحد من الدفعين إليه واحده أيضاً.

(٢) و توضيحه أن يقال: إنّ عقد المضاربه لما كان جائزاً من

الطرفين، و كان المالك غير ملزم بدفع المال إلى العامل بعد العقد، حيث إنه ليس له مطالبتة به كما أنه ليس للمالك إلزام العامل بالعمل، فلا- وجه لأن يقال إن تسليم المالك للعامل من الجرى على المعاملة الفاسده، و نسبه تلك المعامله إلى كلا الدفعين واحده.

فإنه إنما يتم في العقود اللازمه، حيث لا يكون التسليم بعد الحكم بالفساد بنفسه مصداقاً لإنشاء ذلك العقد، فيتعين كونه جرياً على العقد الفاسد. و أما في العقود الجائزه التي يكون العمل بعد العقد الفاسد بنفسه مصداقاً لذلك العقد، فلا مجال لأن يكون العمل بعده جرياً على العقد السابق، بحيث يرى المالك نفسه ملزماً به، بل هو بعينه يكون مصداقاً لذلك العقد.

فلو أكره شخص آخر ليهب ماله إليه، فوهب و من ثم سَلَّم المال باختياره إليه، لم يكن ذلك من الجرى على الهبه الفاسده، و إنما كان التسليم بنفسه مصداقاً للهبه.

و ما نحن فيه من هذا القبيل. فإن دفع المالك للمال بعد فساد المضاربه إلى العامل

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٢٣

و المفروض عدم المزج (١).

هذا و لكن ذكر بعضهم أن مع العجز المعامله صحيحه، فالربح مشترك، و مع ذلك يكون العامل ضامناً مع جهل المالك. و لا وجه له، لما ذكرنا، مع أنه إذا كانت المعامله صحيحه لم يكن وجه للضمان.

لا يمكن أن يكون جرياً على المعامله الفاسده، و إنما هو مضاربه حقيقه انشئت بالفعل لا اللفظ، حيث إن المالك بدفعه للمال قاصد لمتاجره العامل به على أن يكون الربح بينهما على النسبه التي اتفقا عليها، فيحكم بصحته حيث لا موجب للحكم بالفساد فإن مجرد كون العقد السابق اللفظي محكوماً بالفساد، لا يقتضى الحكم بالبطلان فيما أنشأ بعده

بالفعل.

و على هذا الأساس يتضح وجه ما أفاده الماتن (قدس سره) من التفصيل. فإن المقدار المقذور المقبوض أولاً مضاربه مستقلة عن المضاربه بالمقدار الثانى، حيث يكونان من الجرى على المضاربه القولية الفاسده، فيحكم بصحة الأولى حيث لا- موجب للبطلان، و فساد الثانيه لكونها غير مقدوره.

و الظاهر أنّ ما ذكرناه هو مراد الماتن (قدس سره) من قوله: إذ الأول وقع صحيحاً، فإنه محمول على أنّ الأول مضاربه معاطاتيه صحيحه، و إلا فالجرى على العقد السابق فعل خارجى لا معنى لوصفه بالصحة و الفساد.

و بالجملة فالمتعين بناءً على القول ببطلان تمام المضاربه عند عدم قدره على بعضها، و الحكم بضمان العامل لتلف المال مع جهل المالك بالحال كما بنى عليها الماتن (قدس سره)، هو ما أفاده (قدس سره) من التفصيل بين قبض المال جملة و تدريجاً.

(١) لم يظهر لنا وجه تقييد عدم الضمان فى المقدار المقذور المقبوض أولاً، بما إذا لم يمزج الثانى به، بحيث لو مزجه لكان ضامناً للجميع. فإنّ المزج و عدم التمييز لا يقتضى ثبوت الضمان فيما لم يكن مضموناً من قبل، فإنه لا موجب للضمان فيه، لا سيما و إنّ المالىن ملك للمالك واحد.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٢٤

ثمّ إذا تجدد العجز فى الأثناء، و جب عليه ردّ الزائد (١) و إلا ضمن.

[مسائل]

[مسألة ١: لو كان له مال موجود فى يد غيره، أمانه أو غيرها فزاربه عليها صحّ]

[٣٣٩٠] مسألة ١: لو كان له مال موجود فى يد غيره، أمانه أو غيرها فزاربه عليها صحّ (٢). و إن كان فى يده غضباً أو غيره، مما يكون اليد فيه يد ضمان، فالأقوى أنه يرتفع الضمان بذلك، لانقلاب اليد حينئذ [١]، فينقلب الحكم (٣).

و دعوى أن الضمان مغياً بالتأديه (٤) و لم تحصل، كما ترى (٥).

(١) يظهر وجهه مما تقدّم.

فإنّ هذا المال بعد العجز عن المضاربه به يكون أمانه شرعيه في يد العامل، و عليه ردّه إلى مالكة في أقرب أزمنه الإمكان.

(٢) إذلا يعتبر في المضاربه أن يكون المال عند المالك كي يقبضه إلى العامل.

(٣) فإنّ موضوع الحكم بالضمان إنما هو اليد الضمانيه، كيد الغاصب أو العاريه المضمونه. و حيث إنّ هذا الموضوع تبدل بيد الأمانه و المضاربه، ينتفى الضمان قهراً و يكون من السالبه بانتفاء الموضوع.

(٤) لقوله (صلى الله عليه و آله و سلم): «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» «١» حيث إنّ مقتضاه ثبوت الضمان إلى حين الأداء و التسليم.

(٥) فإنّ هذه الروايه نبويه لم تثبت، و العبره في الضمان إنما هي ببناء العقلاء أو المتشرعه عليه، و لا شىء منهما متحقق في المقام.

على أنّ موضوع هذا النصّ هو الاستيلاء على مال الغير على نحو يوجب الضمان كالغصب و العاريه المضمونه، و المفروض عدم بقائه لأنه تبدل إلى الأمانه، و معه فلا

[١] مرّ أنّه لا يعتبر في المضاربه كون المال بيد العامل، و عليه فلا دلالة لعقدها على رضا المالك ببقاء المال في يد الغاصب من دون قرينه، إلّا أنّ عقد المضاربه من المالك على ذلك المال قرينه عرفيه على رضاه ببقاء هذا المال في يده و تصرّفه فيه، و عليه فلا ضمان، نعم لو لم تكن هنا قرينه على ذلك فالصحيح ما ذكره الجماعه من بقاء الضمان.

(١) مستدرک الوسائل: باب ١ من كتاب الوديعه ح ١٢.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٢٥

و لكن ذكر جماعه بقاء الضمان، إلّا إذا اشترى به شيئاً و دفعه إلى البائع، فإنّنه يرتفع الضمان به، لأنه قد قضى دينه بإذنه (١). و ذكروا نحو

ذلك في الرهن أيضاً و أن العين إذا كانت في يد الغاصب فجعله رهناً عنده أنها تبقى على الضمان. و الأقوى ما ذكرنا في المقامين، لما ذكرنا.

[مسألة ٢: المضاربه جائزه من الطرفين]

[٣٣٩١] مسأله ٢: المضاربه جائزه من الطرفين، يجوز لكل منهما فسخها (٢)

مجال لبقاء الحكم الأول. نظير ما لو تبدل عنوان الغصب أو العاريه المضمونه بالإجاره و نحوها، فإنّ معه أ فيحتمل الحكم ببقاء الضمان من دون موضوع؟!.

بل لو تنزلنا عن هذا أيضاً، فإطلاق هذا النص معارض بإطلاق ما دلّ على عدم ضمان الأمين. حيث إنّ المال و بعد إجاره المالك أمانه بيد العامل، و مقتضى إطلاق أن الأمين لا يضمن عدم ضمانه، بلا فرق فيه بين ما إذا كان مضموناً قبل ذلك و عدمه. و حينئذ فيتعارض الإطلاقان، و من ثمّ يتساقطان، و النتيجة هو الحكم بعدم الضمان.

إذن فالصحيح هو الحكم بعدم الضمان، تبعاً للماتن (قدس سره).

و لكن لا بدّ من تقييد ذلك بما إذا قامت القرينه على رضاه ببقاء المال عند العامل و إلّا فمجرد عقد المضاربه لا يقتضى سقوط الضمان و رضاه ببقائه عنده، إذ قد عرفت فيما تقدّم أنه لا يعتبر في عقد المضاربه كون المال بيد العامل.

نعم، الظاهر أنّ إجراء المالك لعقد المضاربه مع الغاصب مع عدم مطالبته به، قرينه عرفيه على رضاه ببقاء ذلك المال في يده و تصرّفه فيه، فينتفى الضمان.

(١) فيكون في فعله هذا كالوكيل، فيسقط الضمان عنه، لأنه أداء لحقّه حقيقه.

(٢) و ليس الوجه فيه هو الإجماع، كى يناقش بأنه غير معلوم. و إنّما هو قصور أدلّه اللّزوم عن شمول العقود الإذنيه التي لا يكون فيها أى التزام من أحدهما بشىء كى يشمل «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» «١» و إنّ من التزم

(١) سورة المائدة ٥: ١.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٢٦

سواء كان قبل الشروع فى العمل أو بعده، قبل حصول الربح أو أو بعده (١) نض المال أو كان به عروض، مطلقه كانت أو مع اشتراط الأجل و إن كان قبل انقضائه (٢).

نعم، لو اشترط فيها عدم الفسخ إلى زمان كذا، يمكن أن يقال بعدم جواز فسخها قبله، بل هو الأقوى، لوجوب الوفاء بالشرط. و لكن عن المشهور بطلان

إباحه و إذن فى التصرف من أحدهما و قبول من الآخر كالعاريه. و عليه فمتى ما رجع الأذن فى إذنه، لكونه مسلطاً على ماله يتصرف فيه كيف يشاء، ارتفع الموضوع، و معه ينتفى الحكم لا محاله.

(١) يريد بذلك جواز الفسخ بالنسبه إلى المعاملات المتأخره عن المعامله الواقعه التى ظهر فيها الربح. و أما بالنسبه إليها فلا خلاف و لا إشكال فى اللزوم، و إن الربح و بطبيعته الحال يكون مشتركاً بينهما، و ليس للمالك أن يفسخ العقد ليأخذ تمام الربح و يدفع للعامل اجره المثل.

و الوجه فيه واضح. فإنّ العقد لما كان محكوماً بالصحه و ممضى من الشارع، كان مقتضاه اشتراك المالك و العامل فى الربح الحاصل على النسبه المتفق عليها و بمجرد ظهوره، و ليس للمالك أن يفسخ العقد لينزعه منه من غير رضاه.

نعم، قد يثبت له ذلك من جهه أخرى، كتخلف العامل عن شرط اشترط عليه إلا إنه خارج عن محلّ كلامهم.

(٢) حيث إنّ التأجيل لا- يعنى إلما تحديد الإذن بالأجل و تقييد جواز التصرف بالمال به، بحيث لا يكون العامل مأذوناً فيه بعد ذلك. و ليس معناه اشتراط عدم الفسخ فى تلك الفتره، كما توهمه بعض،

فإن لكل منهما فسخ العقد متى شاء. و من هنا يندفع ما قيل من أنه إذا لم يصحّ اشتراط عدم الفسخ، لم يصحّ اشتراط التأجيل أيضاً.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٢٧

الشرط المذكور، بل العقد أيضاً [١]، لأنه منافٍ لمقتضى العقد. و فيه منع، بل هو منافٍ لإطلاقه (١). و دعوى أن الشرط في العقود الغير اللازمه

(١) و فيه ما لا يخفى.

و ذلك أما إذا كان الشرط هو عدم مالكيته للفسخ، أو عدم الفسخ خارجاً بعد ظهور الربح، فقد ظهر لك مما تقدّم عدم منافاته للعقد أو إطلاقه، بل كونه تأكيداً محضاً لمقتضاه، لكونه ثابتاً قبل الاشتراط.

و أما إن كان الشرط هو عدم مالكيته للفسخ أو عدم الفسخ خارجاً في محلّ الكلام أعنى قبل ظهور الربح فهو خارج عن مقتضى العقد أصلاً و إطلاقاً، إذ الجواز و اللزوم حكمان شرعيان خارجان عن العقد و ليسا من مقتضياته.

إذن فلا مجال للحكم بفساد العقد من هذه الناحية.

و أما من سائر النواحي، فقد ذكرنا في طي أبحاثنا الفقهيه غير مرّه أن الشرط في العقد ليس مجرّد مقارنة التزام بالتزام أو أمر آخر، و إنما هو نحو ارتباط بين الشرط و المشروط، و هو يكون على نحوين على سبيل القضييه مانعه الخلو إذ قد يجتمعان معاً.

[١] ذكرنا في محلّه أنّ اشتراط العقد بشي ء ليس معناه مجرّد مقارنة التزام مع التزام آخر، بل هو يختلف باختلاف الموارد، فقد يكون معنى الشرط في ضمن العقد تعليق الالتزام بالعقد و الوفاء به عليه كما إذا اشترط في بيع عبد مثلاً كونه كاتباً أو عادلاً أو ما شاكل ذلك، و قد يكون معناه تعليق نفس العقد على الالتزام بشي ء كما إذا اشترطت المرأه

فى عقد النكاح السكنى فى بلد معين مثلاً أو نحو ذلك، وقد يكون كلاً- الأمرين معاً كما إذا اشترط الباع أو المشتري على الآخر خياطه ثوب أو كتابه شىء مثلاً، ثم إنَّ الاشتراط فيما نحن فيه ليس من قبيل الأوّل حيث إنّه لا التزام هنا بالعقد حتى يعلّق على شىء آخر، بل هو من قبيل الثانى بمعنى أنّ المعلّق على الالتزام بشىء إنما هو عقد المضاربه نفسه، و عليه ففيما نحن فيه إن كان المعلّق عليه هو لزوم العقد و وجوب الوفاء به فهو باطل، و إن كان هو الالتزام بعدم فسخه خارجاً فهو صحيح و يجب عليه الوفاء به و لكن لا يلزم وجوب العقد وضعاً، و من هنا إذا فسخ كان فسخه نافذاً و إن كان غير جائز، و كذا الحال فيما إذا اشترط فى ضمن عقد آخر، و بذلك يظهر الحال فى سائر فروض المسأله.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٢٨

.....

فقد يكون الشرط بمعنى تعليق المنشأ و نفس العقد على التزام المشروط عليه بشىء، بحيث لو لم يلتزم به لما كان الأوّل منشئاً لذلك العقد، كاشتراط الزوجه الاستقلال فى السكنى أو عدم إخراجها من بلد أهلها، فيصحّ بقبول الآخر، و لا يضّر مثله لأنه من التعليق على أمر حاصل حال العقد، و يجب عليه الوفاء به لقوله (صلّى الله عليه و آله و سلم): «المؤمنون عند شروطهم» «١».

إلّا أنه لا يترتب عليه غير إلزامه به، إذ التعليق إنما كان على نفس التزامه و قد حصل و لم يكن على الفعل فى الخارج.

و قد يكون الشرط بمعنى تعليق التزامه بالمنشأ و الوفاء به على شىء فى الخارج فيكون العقد فيه مطلقاً و

غير معلق، و إنما المعلق التزامه و وفاؤه به، و يرجع هذا في الحقيقة إلى جعل الخيار لنفسه عند فقدان ذلك الوصف المطلوب، كاشتراط الكتابه أو العداله في قبول بيع العبد.

و قد يجتمعان معاً، كما إذا اشترط أحد طرفي العقد على الآخر عملاً معيناً كخياطه ثوب أو كتابه شىء، فإنه يكون من تعليق نفس العقد على التزام الآخر بذلك العمل و تعليق التزامه بذلك العقد و الوفاء به على تحقق ذلك العمل في الخارج.

إذا اتضح ذلك فما نحن فيه لا يمكن أن يكون من قبيل الثاني، حيث إن المضاربه على ما عرفت من العقود الإذنيه، حيث ليس فيها أى التزام من الطرفين المالك و العامل كى يكون الاشتراط فيها من تعليق الالتزام بشىء، فلا محاله يكون الاشتراط من قبيل الأول، بمعنى تعليق نفس إذن المالك في التصرف بالمال أو قبول العامل على ذلك.

و حينئذ فتاره يفرض كون المعلق عليه هو اللزوم و عدم مالكيته للفسخ.

و أخرى يفرض كونه هو التزام الآخر بعدم الفسخ خارجاً.

ففى الأول: فيما أن المعلق عليه غير حاصل في الخارج، باعتبار أن عقد المضاربه عقد جائز حيث إن كلاً من المالك و العامل مالك للفسخ بحكم الشارع و لا ينقلب إلى

(١) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب المهور، ب ٢٠ ح ٤.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٢٩

غير لازم الوفاء، ممنوعه (١).

نعم، يجوز فسخ العقد، فيسقط الشرط، و إلا فما دام العقد باقياً يجب الوفاء بالشرط فيه. و هذا إنما يتم في غير الشرط الذى مفاده عدم الفسخ، مثل المقام

اللازم بالاشتراط، يكون هذا العقد تبعاً للشرط محكوماً بالبطلان، لأن المالك لم يقدم على تجاربه بماله على الإطلاق، و إنما أذن فيها

على تقدير عدم ثبوت ملك الفسخ للآخر، وحيث إنه ثابت فالملك لم يأذن فيها.

و في الثاني: فحيث إنَّ الفسخ فعل سائغ وجوداً و عدماً، فليس فيه أى محذور، إذ الالتزام بعدمه كالالتزام بسائر الأمور المباحه من الخياطه و الكتابه و غيرهما.

فحيث لم يكن يجب على المالك أو العامل الفسخ أو عدمه و كان كل منهما سائغاً و جائزاً فى حقه، لم يكن فى الالتزام به محذور بل يصح الشرط و العقد معاً.

إذن فالصحيح فى المقام هو التفصيل، بين اشتراط عدم ملك الفسخ فيحكم فيه بفساد الشرط و العقد، و بين اشتراط عدم الفسخ خارجاً فيحكم بصحتهما.

□

(١) لعموم قوله (صلى الله عليه و آله و سلم): «المؤمنون عند شروطهم» (١). فإنه غير مختص بالشروط فى ضمن العقود اللازمه، بل يعم كل ما يصدق عليه الشرط، سواء أ كان فى ضمن عقد لازم أم جائز. بل لو لم يكن الشرط ظاهراً فى نحو ارتباط شىء بشىء، لقلنا بوجوب الوفاء بالشروط الابتدائيه، لكن الأمر ليس كذلك باعتبار أنّ الشرط الابتدائى ليس شرطاً فى الحقيقه، و إنما هو وعد محض.

و دعوى أنّ الشرط لا يزيد على المشروط، فإذا لم يكن لازماً فلا يكون الشرط لازماً أيضاً، بالأولويه.

مدفوعه بأنها صدى محض لا واقع لها. إذ لا مانع من كون وجوب الوفاء بالشرط مشروطاً بأمر جائز، كما هو الحال فى أكثر الواجبات المشروطه، كالسفر بالنسبه إلى القصر فى الصلاه، أو قصد الإقامة بالنسبه إلى التمام. فإنه وفى حين إنه لا يجب السفر

(١) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب المهور، ب ٢٠ ح ٤.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٣٠

فإنه يوجب لزوم ذلك العقد (١).

هذا و لو شرط عدم فسخها

يجب القصر على تقديره، فللمكلف أن يبقى السفر فيجب عليه القصر، و له أن ينهائ و يرجع إلى أهله فينتفى موضوعه. و من هنا فلا ملازمه بينهما، و لا أولويه.

و عليه فى المقام، فللمكلف أن يلغى العقد فينتفى الشرط، و له أن يبقيه فيجب عليه الوفاء به، فإبقاء العقد و إن لم يكن واجباً، إلّا أنه على تقدير إبقائه يجب الوفاء بالشرط.

و ما قد يقال من أنّ ما دلّ على جواز العقد، دالّ على جوازه بتوابعه، و منها الشرط.

مدفوع بأنّ دليل الجواز فى عقد المضاربه، إما هو الإجماع كما ذهب إليه المشهور و هو يختص بنفس العقد. و إما هو ما ذكرناه من عدم الدليل على اللزوم فيه، فهو مختص بالعقد أيضاً و لا يعمّ الشرط، لأنه واجب الوفاء، لقوله (صلى الله عليه و آله و سلم): «المؤمنون عند شروطهم» فلا يمكن أن يقال إنه لا دليل على لزومه.

و بالجملة فالصحيح أنّ الشروط مطلقاً، سواء أ كانت فى ضمن عقد لازم أم كانت فى ضمن عقد جائز، يجب الوفاء بها ما دام العقد باقياً، فإذا ارتفع العقد انتفى الموضوع.

ثمّ إنّ لزوم الشرط هذا إنما هو لزوم تكليفى محض و لا يترتب عليه أى أثر وضعى، باعتبار أنّ دليله، أعنى قوله (صلى الله عليه و آله و سلم): «المؤمنون عند شروطهم» لا يقتضى أزيد من ذلك. و من هنا فإذا تخلف المشروط عليه نفذ فعله و إن فعل حراماً.

(١) قد عرفت أنّ العمل بالشرط و إن كان لازماً، إلّا أنه لا يوجب لزوم العقد فإن اللزوم محض تكليف و لا يترتب عليه أى أثر وضعى.

ثمّ إنه ذكر بعضهم:

إن وجود العقد إذا كان شرطاً في لزوم العمل بالشرط، امتنع أن يكون لزوم العمل بالشرط مقتضياً لوجود العقد و مانعاً من فسخه.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٣١

الشرط (١) و لزومه. و هذا يؤيد ما ذكرنا من عدم كون الشرط المذكور منافياً

و بعبارة اخرى: إن وجوب العمل بالشرط لما كان منوطاً ببقاء العقد، كان لا بدّ من التفصيل في اشتراط عدم فسخ المضاربه بين ما يكون في نفس العقد، و ما يكون في عقد جائر آخر. ففي الثاني يصح الشرط و يجب الوفاء به ما دام العقد الثاني باقياً و أما إذا فسخ انتفى الشرط لانتفاء موضوعه. و أما في الأوّل فينبغي الحكم بعدم صحه الشرط، و ذلك لأنه لما كان فرع بقاء العقد، لم يعقل أن يكون بقاء العقد معلولاً له.

و فيه ما لا يخفى. إذ إن توقّف وجوب العمل بالشرط على بقاء العقد ليس مستنداً إلى دليل خاص، من إجماع أو نص أو غيرهما، و إنما هو من جهة قصور الشرط بنفسه عن إثبات الأزيد من ذلك. فإنّ المتفاهم العرفي من اشتراط شيء على الغير في المعامله، هو العمل بالشرط ما دام العقد باقياً. و لذا لو فسخ العقد بخيار المجلس أو غيره، لم يجب على المشروط عليه العمل بالشرط، بدعوى أنه يجب الوفاء به. و كذا لو اشترطت المرأه على الرجل النفقه في النكاح المنقطع. فإنّ المتفاهم العرفي في جميع ذلك هو العمل بالشرط ما دام العقد باقياً، بلا فرق في ذلك بين عقد المضاربه و غيره.

هذا كله إذا كان الشرط عملاً خارجياً. و أما إذا كان الشرط هو عدم الفسخ فحيث إنّه لا معنى لأن يكون متوقفاً على بقاء العقد،

إذ لا معنى للقول بأنّ عدم الفسخ متوقف على بقاء العقد، وجب العمل على وفق ذلك الشرط و الوفاء به مباشرة.

و ملخّص الكلام: إن المستفاد من قوله (صلى الله عليه وآله وسلم): «المؤمنون عند شروطهم» هو وجوب العمل بكل شرط سائغ و ممكن بقول مطلق.

نعم، قد يكون وجوب العمل ببعض الشروط مشروطاً ببقاء الموضوع من جهة المتفاهم العرفي، إلّا أنّ ذلك لا- يعنى توقف وجوب الوفاء على بقاء العقد دائماً.

إذن فما ذكر من التفصيل لا يمكن المساعدة عليه، و الصحيح هو القول بصحّ الشرط على التقديرين.

(١) في إطلاقه إشكال بل منع، إذ يجرى فيه ما ذكرناه من التفصيل في الشرط.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٣٢

لمقتضى العقد، إذ لو كان منافياً لزم عدم صحته في ضمن عقد آخر أيضاً.

و لو شرط في عقد مضاربه، عدم فسخ مضاربه أخرى سابقة، صحّ (١) و وجب الوفاء به، إلّا أن يفسخ هذه المضاربه فيسقط الوجوب. كما أنه لو اشترط في مضاربه مضاربه أخرى في مال آخر، أو أخذ بضاعه منه، أو قرض، أو خدمه أو نحو ذلك، وجب الوفاء به ما دامت المضاربه باقيه، و إن فسخها سقط الوجوب.

و لا بدّ أن يحمل ما اشتهر من أنّ الشروط في ضمن العقود الجائزه غير لازمه الوفاء على هذا المعنى، و إلّا فلا وجه لعدم لزومها مع بقاء العقد على حاله، كما اختاره صاحب الجواهر (قدس سره).

فإن كان الشرط هو عدم الفسخ خارجاً، تم ما أفاده (قدس سره)، نظراً لكون فعله سائغاً فيجب بالشرط، لقوله (صلى الله عليه وآله وسلم) و آله و سلم): «المؤمنون عند شروطهم». لكن يبقى هذا الوجوب تكليفاً محضاً، و لذا لو عصى و فسخ لكان

فسخه نافذاً، و إن ثبت بذلك للشارط الخيار فى العقد اللازم الآخر لتخلف الشرط.

و إن كان الشرط هو لزوم المضاربه و عدم مالكيته للفسخ، فهو باطل، لكونه مخالفاً للسنة. حيث إن عقد المضاربه جائز، فلا ينقلب بالشرط إلى اللزوم، فإن الحكم الشرعى لا يتغير به.

و حينئذٍ فهل يسرى فسادُه إلى العقد، أم لا؟ فيه خلاف، و الصحيح عندنا هو الثانى، فيبقى العقد و يبطل الشرط.

(١) على التفصيل المتقدم حرفاً بحرف، بالقياس إلى صحة الشرط و فسادُه. و أما العقد المشروط فيه، فيختلف الحال فيه فى المقام عن الحال فى العقد اللازم، فإن بطلان الشرط هناك لم يكن يوجب فساد العقد. و هذا بخلاف المقام، فإن بطلانه يوجب بطلان العقد لا محاله، لأن الإذن فى التصرف إنما كان معلقاً على الشرط، فإذا انتفى ينتفى هو أيضاً، و معه فلا يجوز للمشروط عليه التصرف فيه.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٣٣

بدعى أنها تابعه للعقد لزوماً و جوازاً، بل مع جوازه هى أولى بالجواز و إنها معه شبه الوعد. و المراد من قوله تعالى «أوفوا بالعقود» اللمازُ منها لظهور الأمر فيها فى الوجوب المطلق. و المراد من قوله (صلى الله عليه و آله و سلم): «المؤمنون عند شروطهم» بيان صحته أصل الشرط، لا اللزوم و الجواز. إذ لا يخفى ما فيه (١).

[مسألة ٣: إذا دفع إليه مالاً و قال: اشتر به بستاناً مثلاً]

[٣٣٩٢] مسألة ٣: إذا دفع إليه مالاً و قال: اشتر به بستاناً مثلاً، أو قطعاً من الغنم.

فإن كان المراد الاسترباح بهما بزيادة قيمه، صح مضاربه.

و إن كان المراد الانتفاع بنمائها بالاشتراك، ففى صحته مضاربه و جهان: من أن الانتفاع بالنماء ليس من التجاره فلا يصح، و من أن حصوله يكون بسبب الشراء فيكون بالتجاره. و الأقوى البطلان

هذا فيما إذا كان الشرط لزوم العقد و عدم مالكيه المشروط عليه الفسخ. و أما إذا كان الشرط هو عدم الفسخ خارجاً، و تخلف المشروط عليه عن شرطه و فسخ العقد، فإذا كان ذلك قبل ظهور الربح في المعامله الثانيه المشروطه، فلا أثر لتخلف الشرط، فإن العقد جائز في نفسه. و أما إذا كان بعد ظهور الربح في المعامله الثانيه فللمشروط له أن يفسخ العقد من جهه تخلف الشرط، فيكون تمام الربح للمالك و للعامل اجره المثل.

(١) أما الأول فيرده ما ذكرناه في مباحث المكاسب عند التعرض لما يقتضيه الأصل عند الشك في لزوم عقد أو جوازه، من أن الوفاء إنما هو بمعنى الإتمام و الإنهاء فالوفاء بالشئ عباره عن إنهائه و عدم فسخه. و حيث إنه يقطع بعدم حرمه الفسخ تكليفاً، فلا بد من حمل الأمر بالوفاء على الإرشاد إلى اللزوم و عدم نفوذ الفسخ و الرجوع.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٣٤

ما يكون الاسترباح فيه بالمعاملات و زياده قيمه، لا مثل هذه الفوائد (١). نعم لا بأس بضمها إلى زياده قيمه (٢).

و إن لم يكن المراد خصوص عنوان المضاربه، فيمكن دعوى [١] صحته للعمومات (٣).

إذن فالآيه الكريمه دليل للزوم كل عقد نشك في لزومه و جوازه و لم يقم دليل على جوازه، لا أن موضوعها العقد اللازم.

و أما الثاني فلما عرفت من أنه إنما يتضمن حكماً تكليفاً صرفاً، نظير قولهم (عليهم السلام) «المؤمن عند عدته» لا الصحه، و إنما هي تستفاد بالملازمه من الحكم التكليفي، و ليس هذا موضوعاً للجواز أو اللزوم، بل مقتضاه وجوب الوفاء بكل شرط سائغ في ضمن أي عقد من العقود كان الجائزه أو

اللازمه و لا مانع من الالتزام بذلك.

(١) و بعبارة اخرى: إن هذا العقد غير مشمول لأدله المضاربه. حيث إنَّ الاستفادة من أدلتها اعتبار كون الاسترباح و ما ينتفع به كل من المالك و العامل كلَّ حسب حصَّته، حاصلًا بالتجاره بحيث يعد ربح التجاره، و هو غير صادق على النماء، فإنه ليس بربح التجاره.

(٢) بلا- خلاف فيه بينهم. فإنَّ الإِذْنَ فِي التِّجَارَةِ بِبَيْعٍ وَ شِرَاءٍ مَا لَهُ نَمَاءٌ إِذْنٌ فِي بَيْعِ النَّمَاءِ أَيْضًا، فَيَشْتَرِكُ فِي رِبْحِهِ. وَ لَا يَنَافِيهِ عُنْوَانُ الْمِضَارَبَةِ، لِأَنَّهُ اشْتَرَاكَ فِي الرِّبْحِ الْحَاصِلِ مِنَ التِّجَارَةِ، وَ إِنْ كَانَ مَالُ التِّجَارَةِ يَزِيدُ أَيْضًا.

(٣) ك «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» وَ «تِجَارَةٌ عَنْ تِجَارَةٍ». بِدَعْوَى أَنَّهَا وَ بِمَقْتَضَى عَمُومِهَا تَقْتَضِي الْحُكْمَ بِصِحِّهِ كُلِّ مَعَامَلَةٍ تَنشَأُ بَيْنَ طَرَفَيْنِ، سِوَا مَا كَانَتْ مِنَ الْمَعَامَلَاتِ الْمُتَعَارَفَةِ الْمَعْهُودَةِ أَمْ لَمْ تَكُنْ.

[١] لکنها بعیده، و قد تقدّم نظیر ذلك.

موسوعه الإمام الخوئی، ج ٣١، ص: ٣٥

[مسألة ٤: إذا اشترط المالك على العامل أن تكون الخساره عليهما كالربح]

[٣٣٩٣] مسأله ٤: إذا اشترط المالك على العامل أن تكون الخساره عليهما كالربح، أو اشترط ضمانه لرأس المال، ففي صحته وجهان، أقواهما الأول [١] (١) لأنه ليس شرطاً منافياً لمقتضى العقد كما قد يتخيل، بل إنما هو مناف لإطلاقه، إذ مقتضاه كون الخساره على المالك، و عدم ضمان العامل إلّا مع التعدي أو التفريط.

غير أنك قد عرفت غير مرّه، أنّ هذه العمومات لا تصلح لأن تشمل مثل هذه المعاملات. فإنَّ التملك لا بدّ و أن يتعلق إما بشي ء خارجي مملوك له بالفعل، و إما بشي ء في ذمّته. باعتبار أنه مسلط عليهما و هما تحت سلطانه. فإذا أنشأ المالك تملك شي ء من هذين، شملته العمومات لا محاله.

و أما إذا تعلق إنشاء التملك بأمر معدوم ليس بمملوك له فعلاً، فلا

يصحّ بأى مملك كان، و لذا لم يلتزموا بصحّته فيما إذا كان ذلك في ضمن عقد آخر. و اشتراط أن يكون ملكاً له في ظرفه غير صحيح أيضاً، إذ الملكيه لا تكون بغير سبب مملك.

إذن فهذا النحو من المعامله الذى يتضمن تمليك أمر معدوم غير صحيح، و إنما قلنا بصحّته في المزارعه و المضاربه و المساقاه و الوصيه لأجل الدليل الخاص، و إلّا فمقتضى القاعده فيه هو البطلان.

(١) بل الأقوى هو التفصيل، بين ما إذا كان الشرط هو الضمان و كون الخساره في عهده العامل فيبطل، و بين ما إذا كان هو التدارك الخارجى فيصحّ.

أمّا الأول: فليس ما ذكرناه من جهه كونه منافياً لمقتضى العقد، إذ الضمان و عدمه كالجواز و اللزوم خارجان عن مقتضى العقد أصلاً و إطلاقاً، فإنّ مقتضاه ليس إلّا عمل العامل بالمال و تصرّفه فيه على أن يكون الربح بينهما على ما اتفقا عليه. و إنما

[١] هذا إذا كان الاشتراط راجعاً إلى لزوم تدارك العامل الخساره من كيسه، و أمّا إذا رجع إلى اشتراط رجوع الخساره إليه فالأظهر بطلان الشرط، و بذلك يظهر الحال في اشتراط ضمانه لرأس المال.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٣٦

.....

ذلك من جهه ملاحظه أن العامل أمين، و مقتضى ما دلّ على أن الأمين لا- يضمن، و لا- سيما بعض النصوص الوارده في خصوص المضاربه، هو عدم الضمان.

و عليه فيكون اشتراط الضمان من الشرط المخالف للسنة، حيث إنّ مقتضاه عدم ضمان الأمين، سواء اشترط ذلك عليه أم لم يشترط، فيبطل لا محاله.

و أمّا الثانى: فحيث أن تدارك العامل للخساره و التلف من ماله الخاص، لا- على نحو الضمان، أمر سائغ و فعل جائز قبل الاشتراط، فلا

مانع من اشتراطه عليه، و عنده فيجب الوفاء به.

و من الغريب فى هذا المقام ما صدر من بعضهم، من القول بانقلاب عقد المضاربه عند اشتراط الضمان على العامل قرضاً، فيكون جميع الربح للعامل، و لا يكون للمالك إلا رأس ماله، و ذلك للنص المعمول به لدى الأصحاب.

و كأنه صحيحه محمد بن قيس عن أبى جعفر (عليه السلام) فى حديث:- «إنّ علياً (عليه السلام) قال: من ضمن تاجراً فليس له إلا رأس ماله، و ليس له من الربح شىء» (١).

لكنها و إن كانت صحيحه بحسب السند، إلا أنها أجنبيه بحسب الدلاله عن محلّ الكلام، فإنّها وارده فى التضمين من أول الأمر، لا اشتراط الضمان عند التلف الذى هو محلّ كلامنا.

فإننا ذكرنا فى مبحث الفرق بين البيع و الدين من مباحث المكاسب، أنّ البيع عبارته عن مبادله المال بالمال، بحيث إنّ كلّ من المتبايعين يعطى شيئاً بإزاء أخذ شىء من صاحبه. فى حين إنّ القرض لا يتضمن أى مبادله بين المالىين، و إنما هو تمليك للمال مع الضمان، بمعنى إثباته فى عهده الآخر و نقله إلى ذمته، كما هو الحال فى الغاصب مع التلف. فليس القرض تبديل مال بمال غيره، و إنما هو جعل المال المعين بعينه فى ذمّه الآخر، و هذا ما يعبر عنه بالضمان المطلق.

(١) الوسائل، ج ١٩ كتاب المضاربه، ب ٤ ح ١.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٣٧

[مسأله ٥: إذا اشترط المالك على العامل أن لا يسافر مطلقاً]

[٣٣٩٤] مسأله ٥: إذا اشترط المالك على العامل أن لا يسافر مطلقاً، أو إلى البلد الفلانى، أو إلى البلد الفلانى، أو لا يشتري الجنس الفلانى، أو إلى الجنس الفلانى، أو لا يبيع من زيد مثلاً، أو إلى من زيد، أو لا يشتري من شخص،

أو إلما من شخص معين، أو نحو ذلك من الشروط. فلا يجوز له المخالفه (١) و إلّا ضمن المال لو تلف بعضاً أو كلاً، و ضمن الخساره مع فرضها.

و مقتضى القاعده (٢) و إن كان كون تمام الربح للمالك على فرض إرادته القيديه (٣) إذا أجاز المعامله، و ثبوت خيار تخلف الشرط على فرض كون المراد من الشرط الالتزام فى الالتزام، و كون تمام الربح له على تقدير الفسخ، إلّا أنّ الأقوى

إذن فهذه الصحيحه لما كانت ناظره إلى الضمان المطلق، أعنى دفع ماله إلى غيره ليكون فى عهده من أوّل الأمر، كانت الروايه أجنبيه عن محل الكلام، فإنها وارده فى القرض ابتداءً، لا فى انقلاب المضاربه إلى القرض بالاشتراط. فالصحيحه، بناءً على ما ذكرناه و اختاره صاحبنا الوافى «١» و الحدائق «٢» غير وارده فى المضاربه، و إنما هى وارده فى التضمين الفعلى، و أين ذلك من اشتراط الضمان عند التلف؟.

فما ذكره هذا القائل من كون الصحيحه معمولاً بها، غير تامّ بالقياس إلى المعنى الذى ذكره.

(١) عملاً بشرط المالك، و اقتصاراً على مورد إذنه.

(٢) باعتبار أنّ العامل حينئذٍ فضولى. فإن أجاز المالك ما صدر من المعامله منه صحّ العقد و كان تمام الربح له، و إلّا حكم ببطلان المعامله الصادره منه.

(٣) يمتاز القيد من الشرط فى العقود الالتزاميه التمليكيه كالبيع، بأنّ الشرط فيها

(١) الوافى ١٨: ٨٨٠.

(٢) الحدائق ٢١: ٢٠٧ ٢٠٨.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٣٨

.....

قد يكون أمراً خارجياً أجنبياً عن المبيع و الثمن كالخياطه. ففى مثله لا- يمكن أن يكون قيداً لمتعلق العقد، إذ المبيع وجود و الشرط وجود آخر، و النسبه بين الوجودين هى التباين، فلا معنى لأن يكون أحدهما مقيداً للوجود الآخر،

فيقال: إن الحنطه مقيده بخياطه الثوب.

نعم، من الممكن جعله قيداً للمنشأ، بمعنى تعليق نفس البيع لا المبيع على الخياطه إلا أنه باطل جزماً، لأنه من التعليق في العقود، و هو موجب لبطلانه.

و من هنا فينحصر أمره في أن يكون شرطاً في العقد، بمعنى تعليق الالتزام بالعقد على الخياطه، فيكون من الالتزام في ضمن الالتزام.

وقد يكون وصفاً لمتعلق العقد، و هو تاره يكون من الأوصاف الذاتيه المقومه للذات، فهو قيد لا محاله، كأن يقول: بعتك هذا الموجود الخارجى على أن يكون ذهباً. و عليه فلو تخلف الوصف لكان البيع محكوماً بالبطلان لا محاله، و ذلك لأن ماله الأشياء إنما هي بفصولها و ما يمتاز به كل صنف عن الآخر من الصفات، و حيث إن الجامع بين الصنفين فاقد لها فلا ماله له.

و العبره في اختلاف الصنف و النوع إنما هي بالنظر العرفى لا الدقه العقليه الفلسفيه. فإنه إذا باع المملوك على أنه أمه فبان عبداً، حكم ببطلان البيع، إذ العرف يراهما نوعين، و إن كانا بنظر العقل واحداً، باعتبار أن الذكوريه و الأنثويه من العوارض للإنسان.

و أخرى لا يكون مقوماً للذات، كما لو باع العبد على أنه كاتب، و مثله لا يصلح أن يكون قيداً. فإن الموجود الخارجى لا إطلاق له لكى يكون مقيداً بالكتابه في بعض الأحيان، و إنما هو موجود واحد، إما هو كاتب بالفعل أو ليس بكاتب كذلك.

و حيث لا يجوز أن يكون من تعليق نفس البيع عليه، لأنه من التعليق المبطل جزماً، ينحصر أمره في كونه شرطاً، أعنى تعليق الالتزام بالعقد على كونه كاتباً فيكون له الخيار على تقدير عدمه.

هذا كله بالنسبه إلى المائز بين القيود و الشروط فى الأعيان الخارجيه،

أنه يختلف باختلاف الشرط.

و من هنا يتضح أنّ العبره في الفرق بينهما إنما هو بواقع الشرط لا التعبير، فلا فرق بين أن يقول: بعتك هذا العبد الكاتب، أو: بعتك هذا على أن يكون كاتباً، فإنّ الحال فيهما واحده.

و أما إذا كان متعلق العقد كلياً في الذمّه، فحيث إنّ وجود الكلي ينحصر في وجود أفراده إذ لا وجود له إلّا في ضمنها، كان الاشتراط مقوّماً كان الشرط أو غيره موجباً لتعدد الوجود و امتياز المقيد عن غيره. و من هنا يكون الشرط قيداً في متعلق المعامله لا محاله، بحيث يكون متعلقها خصوص الحصّه المقيّده دون غيرها، لاقتضاء أخذ الوصف تخصص الكلي لا محاله. و عليه فلو سلّمه غيرها لم تبرأ ذمّته، و وجب عليه أداء الحصّه التي اتفقا عليها.

و بهذا يفترق الكلي عن العين الخارجيه.

و كذا الحال إذا كان متعلق العقد عملاً من الأعمال، فإنّه عرض من الأعراض، و هو يختلف و يتعدّد في الوجود بما له من صفات، فهو موجود بوجودين واجد الصفه و فاقدها.

و من هنا فأخذ صفه في ضمن العقد، يعنى كون متعلق المعامله خصوص تلك الحصه، فلو أتى الأجير بغيرها لم تفرغ ذمّته.

و ليس هذا من موارد الخيار، و إنما هو من موارد عدم تحقق متعلق العقد في الخارج.

و الحاصل أنّ باب الكلي في الذمّه و الأعمال من جهه، يغير باب الأعيان الخارجيه التي تكون متعلّقه للعقد من جهه أخرى.

هذا كله في العقود الالتزاميه التملكيه. و أما في عقد المضاربه الذي ينحلّ في الحقيقه إلى أمرين: إذن المالك للعامل في العمل و التزامه بأن يكون الربح بينهما، فهو من العقود الإذنيه بلحاظ الجهه

الأولى، و من العقود الالتزامية بلحاظ الجبهه الثانيه.

فإذا اشترط المالك على العامل ما يرجع إلى خصوصيه فى المبيع أو الشراء، كان

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٤٠

اشتراكهما فى الربح على ما قُرر، لجمله من الأخبار الدالّه على ذلك (١). و لا داعى

ذلك من تقييد الإذن لا محاله، فيكون راجعاً إلى الجبهه الأولى فى المضاربه. و مقتضى ذلك أنّ مخالفه الشرط توجب انتفاء الإذن فى التصرف فيه، و عليه فيحكم بعدم استحقاق العامل شيئاً. و أما ما وقع من العمل خارجاً فهو معامله فضوليه، إن أجازه المالك كان الربح أو الخسران له، و إلّا فهو محكوم بالفساد من أصله.

و أما إذا كان الشرط أمراً خارجياً، كالخياطه و الكتابه و نحوهما، فيمكن أن يكون راجعاً إلى الجبهه الأولى، فيكون من تعليق الإذن فى التجاره و التصرف بالمال على ذلك الفعل المعين، كما هو الحال فى الإباحات. و لا يقدر فيه التعليق، لأن الممنوع إنما هو التعليق فى العقود التمليكيه، و المضاربه من العقود الإذنيه.

و يمكن أن يكون راجعاً إلى الجبهه الثانيه، أعنى التزامه بكون الربح بينهما على النسبه المعينه، و هذا هو الأظهر فى الشروط التى لها ماليه.

و عليه فعند تخلف العامل عن الشرط، فللمالك أن يرفع يده عن التزامه هذا، و إن كان إذنه فى أصل التجاره باقياً، فيأخذ تمام الربح، و يكون للعامل اجره مثل عمله.

هذا تمام الكلام بالنسبه إلى ما تقتضيه القاعده، و منه يظهر الحال فى بعض ما أفاده الماتن (قدس سره) فى هذا المقام.

□
(١) كصحيحه جميل عن أبى عبد الله (عليه السلام) فى الرجل دفع إلى رجل مالاً يشتري به ضرباً من المتاع مضاربه، فذهب فاشترى به غير الذى أمره، قال:

«هو ضامن و الربح بينهما على ما شرط» (١).

و صحيحه الحلبي عنه (عليه السلام) أيضاً، في الرجل يعطى الرجل مالاً مضاربه فيخالف ما شرط عليه، قال: «هو ضامن و الربح بينهما» (٢). و غيرهما من النصوص.

(١) الوسائل، ج ١٩ كتاب المضاربه، ب ١ ح ٩.

(٢) الوسائل، ج ١٩ كتاب المضاربه، ب ١ ح ٥.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٤١

إلى حملها على بعض المحامل (١) و لا إلى الاقتصار على مواردها، لاستفاده

ثم إنَّ أغلب هذه الروايات و إن كانت وارده في مخالفه العامل للمالك في الخروج من البلد و المكان الذي حدده له في التجاره، و صحيحه جميل وارده في مخالفته للمالك في جنس ما عينه له، إلَّا أنه يمكن إثبات الحكم بشكل عام و التعدى عن المورد، بدعوى الأولويه القطعيه. حيث إنه إذا ثبت اشتراك العامل و المالك في الربح على النسبه المعينه، مع مخالفه العامل للمالك في جنس المتاع و المخالفه ذاتيه، كان ثبوته في مورد مخالفته للشرائط الأخر العائده إلى الاختلاف في الأوصاف أو الأزمان، بطريق أولى.

و إن أبيت عن قبول ذلك، يكفينا في إثبات الحكم في سائر الموارد إطلاق صحيحه الحلبي المتقدمه، حيث إنَّ مقتضى إطلاق قوله: (فيخالف ما شرط عليه) عدم الفرق بين كون المخالفه من حيث الجنس أو الزمان أو الوصف.

(١) حمل بعضهم المخالفه في هذه النصوص على المخالفه الصوريه. بدعوى ان قصد المالك حين إعطائه لرأس المال للعامل إنما هو الاسترباح، غايه الأمر انه كان يتخيل انه إنما يكون بشراء الأعمه مثلاً، لكن العامل لما يعلم انفعيه شراء الحيوان مثلاً فيشتره، فلا يمكن ان يقال انه كان من غير إذن المالك، لأنه لما كان قصده الاسترباح كان راضياً

بكل معاملة فيها ربح. و من هنا تكون المعاملة صحيحة، و الربح بينهما بالنسبة لا محاله، باعتبار ان المخالفه صوريه لا حقيقيه.

و عليه فالمتحصل ان هذه النصوص لا تتضمن حكماً تعدياً مخالفه للقاعده، و إنما تتضمن حكماً تقتضيه القواعد بنفسها.

و فيه: انه لو تم فهو إنما يتم فى صورته وجود الربح فى المعامله التى أتى بها العامل. و أما مع الخساره فمقتضى القاعده كون المعامله فضوليّه، ان أجازها المالك كانت الخساره عليه و إلا استحق نفس ماله و عينه، لا الحكم بصحتها مطلقاً مع تحمل العامل للخساره، فإنه لا ينطبق على أى قاعده من القواعد.

على انه إنما يختص بما إذا كان ربح المعامله التى قام بها العامل، أزيد أو لا أقل

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٤٢

العموم من بعضها الآخر (١).

مساوياً لربح المعامله التى أمر بها المالك. و أما مع قلته بالنسبه إليه، فكيف يمكن أن يقال: ان المالك راضٍ بها و ان المخالفه صوريه؟ و الحال ان هذه النصوص مطلقه و غير مقيدّه بفرض تساوى الربحين، أو زياده ربح الثانى عما أمر به المالك.

هذا كله مضافاً إلى ان العبره فى صحه التصرف فى مال الغير، انما هى بكون العقد الصادر منسوباً إلى المالك، و هو لا يكون إلا بإذنه السابق أو إجازته اللاحقه. و لا- يكفى مجرد الرضا الباطنى التقديرى، فإنّ كل إنسان يرضى باطناً بالربح، لكن أفهل يصحح ذلك أخذ ماله و التصرف من غير إذنه؟!.

إذن فهذه المخالفه حقيقه واقعيه و ليست بصوريه، و مقتضى القاعده الحكم ببطلان ما صدر من العامل، غير أنّ النصوص تضمنت صحته تعدياً، و كون الربح بينهما و الخساره على العامل.

(١) على ما تقدّم بيانه.

نعم، الظاهر

أنها إنما تختص بمخالفة العامل للشرط الراجع إلى الجبهه الأولى في المضاربه، أعنى الإذن في التصرف في المال، و لا تشمل مخالفته لما يرجع إلى الجبهه الثانيه و كون الربح بالنسبه المعينه بينهما.

و ذلك لانصراف هذه النصوص عن مثل هذه المخالفات، إذ الظاهر أنها ناظره إلى عمل العامل عملاً لم يأذن فيه المالك و صدور العمل على خلاف الشرط، لا ما إذا كان العمل مأذوناً فيه؛ غاية الأمر أنه لم يف بشرط خارجي اشترط عليه بلحاظ جعل الربح له، على ما يشهد له ملاحظه سائر النصوص الوارده في مخالفه العمل، فإنها تقيد ما ظاهره الإطلاق لا محاله.

بل الظاهر أنه لا حاجه إلى ذلك أيضاً، إذ الظاهر من صحيحه الحلبي المتقدمه ترتب الأثر على العمل بخلاف ما شرط عليه، و لو بملاحظه مناسبه الحكم و الموضوع، حيث إن مجرد عدم العمل بالشرط لا يقتضى الضمان، و إنما يقتضيه العمل

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٤٣

[مسألة ٦: لا يجوز للعامل خلط رأس المال مع مال آخر، لنفسه أو غيره]

[٣٣٩٥] مسألة ٦: لا- يجوز للعامل خلط رأس المال مع مال آخر، لنفسه أو غيره (١) إلّا مع إذن المالك عموماً، كأن يقول: اعمل به على حسب ما تراه مصلحه، إن كان هناك مصلحه، أو خصوصاً. فلو خلط بدون الإذن ضمن التلف إلّا أنّ المضاربه باقيه و الربح بين المالين على النسبه (٢).

[مسألة ٧: مع إطلاق العقد يجوز للعامل التصرف على حسب ما يراه]

[٣٣٩٦] مسألة ٧: مع إطلاق العقد يجوز للعامل التصرف على حسب ما يراه، من حيث البائع و المشتري و نوع الجنس المشتري. □ لكن لا- يجوز له أن يسافر من دون إذن المالك (٣) إلّا إذا كان هناك متعارف ينصرف إليه الإطلاق. و إن خالف فسافر، فعلى ما مرّ في المسأله المتقدمه (٤).

و التصرف على خلاف ما أذن فيه المالك و شرط على العامل. و هذا غير متحقق في الشرط الخارجى، لأن الأثر غير مترتب على العمل بخلاف ما شرط، و إنما هو مترتب على عدم العمل بالشرط.

فالأثر هناك مترتب على الفعل، و هنا على الترك، و البون بينهما بعيد. و لما لم يكن الثانى مورداً للروايات، فلا بدّ فيه من الرجوع إلى القواعد، و هى تقتضى الحكم بصحّه المضاربه مع ثبوت الخيار للمالك، فإن أجاز كان الربح بينهما، و إن فسح أخذ تمام الربح و دفع للعامل اجره مثل عمله.

(١) لكونه على خلاف ما أذن فيه المالك، حيث إنّ ظاهر كلامه عند تجرّده عن القرينه هو الاتجار بالمال بشخصه، لا مع خلطه بغيره.

(٢) كلّ ذلك للنصوص المتقدمه، حيث إنها غير قاصره الشمول لمثل المقام.

(٣) يظهر الوجه فيه مما تقدّم في المسأله السابقه. فإنه على خلاف ظاهر كلامه حيث إنه منصرف إلى الاتجار في البلد، فيما إذا لم يكن الاتجار في خارج البلد

أمراً متعارفاً كما كان الحال في الأزمنة السابقة.

(٤) من كون الربح بينهما، و الخسران على العامل، للنصوص المطلقة الشاملة للمقام، بل و جملة من النصوص الواردة في خصوصه.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٤٤

[مسألة ٨: مع إطلاق العقد و عدم الإذن في البيع نسيئه]

[٣٣٩٧] مسألة ٨: مع إطلاق العقد و عدم الإذن في البيع نسيئه، لا يجوز له ذلك (١) إلا أن يكون متعارفاً ينصرف إليه الإطلاق.

و لو خالف في غير مورد الانصراف، فإن استوفى الثمن قبل اطلاع المالك فهو (٢).

و إن اطلع المالك قبل الاستيفاء، فإن أمضى فهو (٣) و إلا فالبيع باطل (٤). و له الرجوع على كل من العامل و المشتري، مع عدم وجود المال عنده، أو عند مشترٍ آخر منه (٥).

(١) لأنه على خلاف ظاهر إذنه.

(٢) حيث يحكم بصحة المضاربه و العقد الذي صدر من العامل، بلا خلاف فيه و لا إشكال.

و عليه فإن كان هناك ربح فهو بينهما على النسبة التي اتفقا عليها، و إن كانت و ضيعه فهي على العامل، على ما تضمنته النصوص. حيث إن المقام من مصاديق مخالفه العامل للمالك فيما شرط عليه، إذ أنه قد اتجر تجاره لم يأذن المالك فيها، فيكون مشمولاً لها لا محاله.

(٣) حيث يحكم بصحة المعاملة، لانتسابها بالإجازة إليه.

(٤) لأنها معاملة غير مأذون فيها، و لا- تشملها النصوص السابقة، لظهورها في كون المال عند العامل بالفعل، بحيث لو طالب المالك برأس ماله لأخذه مع الربح، أو مع تدارك العامل للخسران. و هذا غير متحقق في المقام، حيث إن المال عند المشتري، و لا يلزمه الوفاء قبل الأجل.

و عليه فيحكم ببطالها عند عدم إجازة المالك لها.

(٥) و بعبارة أخرى: إنه إن كانت العين موجوده، كان للمالك مطالبتها من كل من وضع يده

عليها. و إن كانت تالفه، كان له تغريم أى منهم شاء بالمثل أو قيمه، على ما هو الميزان فى باب الضمانات.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٤٥

فإن رجع على المشتري بالمثل أو قيمه، لا- يرجع هو على العامل (١) إلّا أن يكون مغروراً من قبله و كانت قيمه أزيد من الثمن، فإنه حينئذٍ يرجع بتلك الزيادة عليه (٢). و إن رجع على العامل، يرجع هو على المشتري بما غرم (٣) إلّا أن يكون مغروراً منه و كان الثمن أقلّ، فإنه حينئذٍ يرجع بمقدار الثمن.

[مسألة ٩: فى صوره إطلاق العقد لا يجوز له أن يشتري بأزيد من قيمه المثل]

[٣٣٩٨] مسألة ٩: فى صوره إطلاق العقد لا- يجوز له أن يشتري بأزيد من قيمه المثل، كما أنه لا- يجوز أن يبيع بأقلّ من قيمه المثل (٤) و إلّا بطل. نعم إذا اقتضت المصلحه أحد الأمرين لا بأس به (٥).

[مسألة ١٠: لا يجب فى صوره الإطلاق أن يبيع بالنقد]

[٣٣٩٩] مسألة ١٠: لا يجب فى صوره الإطلاق أن يبيع بالنقد، بل يجوز أن

و قد ذكرنا فى مبحث تعاقب الأيادى من مباحث المكاسب، أنه لا مانع من اعتبار المال الواحد فى ذمم أشخاص متعددين، بمعنى أن يكون لمالكه مطالبه أيهم شاء، و إن استقر الضمان على من تلف المال بيده.

(١) لأن المال قد تلف بيده، أو يد من أعطى المال له. و من هنا فلو رجع على العامل، رجع هو عليه، لأن المفروض أنه قد أخذ منه.

(٢) كما هو الحال فى غير المضاربه من العقود أو التمليكات المجانيه، نظراً لكون السبب أقوى من المباشر.

(٣) فإنّ ماله لا يذهب هدرًا، بل و بالمعاوضه القهريه ببناء العقلاء يملك المال التالف بمجرد دفع عوضه، و حينئذٍ فله مطالبه كل من ترتبت يده لاحقاً عليه ببدله و هكذا يرجع كل من السابق على اللاحق.

(٤) و الوجه فى ذلك كله هو أنّ عقد المضاربه مبنى على كون التجاره بالبيع و الشراء بالقيمه المتعارفه و فى معرض تحصيل الربح، فلا يشمل صوره علم العامل بالخساره، بأن يشتري بأزيد من ثمن المثل، أو يبيع بالأقلّ منه.

(٥) فإن العبره إنما هى بالمصلحه، كما لو خاف تلف المال أو سرقة عند بقائه فباعه بأقلّ من ثمنه، فإنه يحكم بصحته بلا إشكال.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٤٦

يبيع الجنس بجنس آخر (١). وقيل بعدم جواز البيع إلّا بالنقد المتعارف، ولا وجه له، إلّا

إذا كان جنساً لا رغبة للناس فيه غالباً (٢).

[مسألة ١١: لا يجوز شراء المعيب، إلّا إذا اقتضت المصلحه]

[٣٤٠٠] مسأله ١١: لا يجوز شراء المعيب، إلّا إذا اقتضت المصلحه (٣). و لو اتفق، فله الرد أو الأرش، على ما تقتضيه المصلحه.

[مسألة ١٢: المشهور على ما قيل أن في صورته الإطلاق يجب أن يشتري بعين المال]

إشاره

[٣٤٠١] مسأله ١٢: المشهور على ما قيل أن في صورته الإطلاق يجب أن يشتري بعين المال، فلا يجوز الشراء في الذمه.

و بعبارة اخرى: يجب أن يكون الثمن شخصياً من مال المالك، لا كلياً في الذمه. و الظاهر أنه يلحق به الكلي في المعين أيضاً.

و علّل ذلك بأنه القدر المتيقّن. و أيضاً الشراء في الذمه قد يؤدى إلى وجوب دفع غيره، كما إذا تلف رأس المال قبل الوفاء، و لعلّ المالك غير راضٍ بذلك. و أيضاً إذا اشترى بكلي في الذمه، لا يصدق على الربح أنه ربح مال المضاربه. و لا يخفى ما في هذه العلل (٤).

و الأقوى كما هو المتعارف جواز الشراء في الذمه، و الدفع من رأس المال.

ثمّ إنهم لم يتعرضوا لبيعه. و مقتضى ما ذكره و وجوب كون المبيع أيضاً شخصياً لا- كلياً، ثمّ الدفع من الأجناس التي عنده. و الأقوى فيه أيضاً جواز كونه كلياً و إن لم يكن في التعارف مثل الشراء.

(١) لعدم الدليل على اعتبار النقد، فضلاً عن النقد المتعارف. و اقتضاء الإطلاق جواز كل عقد يكون في معرض الربح و في مصلحه المالك.

(٢) فلا يجوز، لكونه على خلاف مبنى عقد المضاربه.

(٣) ظهر وجهه مما تقدّم، فإنّ العبره في الصحه إنما هي بوجود المصلحه، و كون التجاره في معرض الربح.

(٤) فإنها مخالفه لإطلاقات أدلّه المضاربه المقتضيه للصحه، و لا موجب لرفع اليد عنها.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٤٧

[ثمّ إنّ الشراء في الذمه يتصور على وجوه]

ثم إنَّ الشراء في الذمَّة يتصوّر على وجوه:

[أحدها: أن يشتري العامل بقصد المالك]

أحدها: أن يشتري العامل بقصد المالك و في ذمّته من حيث المضاربه (١).

[الثاني: أن يقصد كون الثمن في ذمّته من حيث إنه عامل و وكيل عن المالك]

الثاني: أن يقصد كون الثمن في ذمّته من حيث إنه عامل و وكيل عن المالك. و يرجع إلى الأوّل، و حكمها الصّحّه، و كون الربح مشتركاً بينهما على ما ذكرناه (٢). و إذا فرض تلف مال المضاربه قبل الوفاء، كان في ذمّه المالك [١] يؤدّي من ماله الآخر (٣).

(١) بمعنى قصده لأداء الثمن من مال المضاربه.

(٢) لما تقدّم من عدم اعتبار كون الشراء أو البيع شخصياً، و جواز كونهما في الذمّه.

(٣) اعتبره في المسالك من المسلّمات «١» و استدل عليه في الجواهر بأنه مقتضى إطلاق إذن المالك «٢».

وفيه: أما التسالم فلم يثبت. و على تقديره فلا- يمكن المساعدة عليه، إذ كيف يمكن إلزام المالك بالدفع من ماله الخاص، و الحال أنه لم يأذن فيه، فإن إلزامه بذلك تعسّف محض و بلا موجب، فإنّ المالك إنما أذن بالشراء من ماله إما شخصياً أو كلياً على أن يدفع بدله من المال المعين للمضاربه، و لم يأذن في غيره.

و أما دعوى الإطلاق فهو واضح الاندفاع، حيث إنّ المالك إنما أذن في التصرف بالمال المعين، و لم يجز في الزائد منه كي يكون مضموناً في ماله الخاص.

و عليه فالصحيح هو الحكم ببطلان هذه المعامله. فإنّ الثمن و إن كان كلياً في الذمّه لكنه لما كان مقيداً بالدفع من المال الخارجى المعين و تعذر ذلك، كان من مصاديق تلف الثمن قبل قبضه، فيحكم بانفساخ العقد و رجوع مقابله إلى مالكه الأصلي. و لا

[١] في إطلاقه إشكال بل منع.

(١) مسالك الافهام ٤: ٣٥١.

(٢) الجواهر ٢٦: ٣٦٠.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٤٨

[الثالث: أن يقصد ذمّه نفسه و كان قصده الشراء لنفسه]

الثالث: أن يقصد ذمّه نفسه و كان قصده الشراء لنفسه، و لم يقصد الوفاء حين الشراء من

مال المضاربه، ثم دفع منه. و على هذا الشراء صحيح (١) و يكون عاصياً في دفع مال المضاربه من غير إذن المالك، إلا إذا كان مأذوناً في الاستقراض و قصد القرض.

[الرابع: كذلك، لكن مع قصد دفع الثمن من مال المضاربه حين الشراء]

الرابع: كذلك، لكن مع قصد دفع الثمن من مال المضاربه حين الشراء، حتى يكون الربح له، فقصد نفسه حيله منه. و عليه يمكن الحكم بصحة الشراء (٢) و إن كان عاصياً في التصرف في مال المضاربه من غير إذن المالك، و ضامناً له بل ضامناً للبائع أيضاً، حيث إن الوفاء بمال الغير غير صحيح.

و يحتمل القول بطلان الشراء (٣) لأن رضى البائع مقيد بدفع الثمن، و المفروض

موجب للحكم بالصحة، مع تحمل العامل أو المالك للضرر، بدفع عوضه من ماله الخاص.

(١) بلا إشكال فيه. فإن البيع أو الشراء أمر، و الأداء الخارجى أمر آخر، فيصح الشراء لكونه فى الذمه، و يبطل الأداء لكونه تصرفاً فى مال الغير بغير إذنه. و من هنا فلا تبرأ ذمته من الثمن بالنسبه إلى البائع، فى حين أنه ضامن للعين بالنسبه إلى المالك لتصرفه فيها من غير إذنه.

و بالجملة حال الدفع من مال المضاربه فى هذه الصوره، حال الأداء من غير مال المضاربه من أموال الغير، كمال الوديعه أو الغصب فإن الحال فىهما واحد.

(٢) لأنه قد اشتراه لنفسه، و نيته لأداء ثمنه من مال القراض أمر خارج عن حقيقه البيع، فإنه عباره عن مبادله مال بمال، فلا تكون موجبه لفساده.

(٣) و فيه: أن التقييد لم يثبت بدليل. فإن معنى البيع على ما عرفت إنما هو المبادله بين المالىين، و المنشأ إنما هو ملكيه كل منهما لمال الآخر، و أما الزائد عنه فلم يثبت بدليل. و دفع الثمن شرط ضمنى يوجب

تخلفه الخيار لا غير، و ليس هو مقوّمًا للبيع، و إلّا لوجب القول بالبطلان فى الصوره السابقه أيضاً، إذ لا فرق بينهما من هذه الجهه حيث إنّ القيد

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٤٩

أنّ الدفع بمال الغير غير صحيح، فهو بمنزله السرقة (١) كما ورد فى بعض الأخبار أن من استقرض و لم يكن قاصداً للأداء فهو سارق (٢).

و يحتمل صحّه الشراء، و كون قصده لنفسه لغواً بعد أن كان بناؤه الدفع من مال المضاربه، فإنّ البيع و إن كان بقصد نفسه و كلياً فى ذمّته، إلّا أنه ينصبّ على هذا الذى يدفعه، فكأنّ البيع وقع عليه (٣).

و الأوفق بالقواعد الوجه الأوّل، و بالاحتياط الثانى (٤) و أضعف الوجوه الثالث و إن لم يستبعده الآقا البهبهانى.

متخلف فيهما، فلا مبرر للفرق.

(١) لأنه ناوٍ لعدم دفع الثمن.

(٢) النص ضعيف، و لا أقل من كونه مرسلًا. و لعلّه محمول على عدم قصده للدين من أوّل الأمر، حيث يكون اختلاصاً و سرقة.

ثمّ إن نصوص المقام غير منحصره فيما أشار إليه الماتن (قدس سره)، إلّا أن جميعها لا يخلو من ضعف فى السند، أو قصور فى الدلاله.

(٣) و فيه: أنّ مجرد قصده للأداء من مال الآخر، كيف يجعله منصباً عليه و يجعل البيع له، مع عدم قصد العامل الشراء له بالمره؟ فإنّ العقد لا ينقلب عما وقع عليه و الأداء وفاء للمعامله و خارج عنها. و لذا لو قصد المشتري الأداء من مال غير مال المضاربه، غضباً كان أم وديعه أم غيرهما، لم يحكم بكون العقد لصاحب المال.

و من هنا يظهر الحال فيما أفاده شيخنا الأستاذ (قدس سره) فى تعليقه، من أنه ليس ببعيد، فإنه بعيد جداً بل لم

نعرف له وجهاً.

(٤) و وجهه غير واضح. فإنَّ كلاً من الأمرين على حد سواء، و ليس أحدهما أحوط من الآخر، إذ الأمر دائر بين ملكيه المبيع للمشتري أو البائع أو مالك المال و مع احتمال كل منها لا وجه للقول بأن الثاني موافق للاحتياط.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٥٠

[الخامس: أن يقصد الشراء في ذمته من غير التفات إلى نفسه و غيره]

الخامس: أن يقصد الشراء في ذمته من غير التفات إلى نفسه و غيره. و عليه أيضاً يكون المبيع له (١) و إذا دفعه من مال المضاربه يكون عاصياً. و لو اختلف البائع و العامل في أن الشراء كان لنفسه، أو لغيره و هو المالك المضارب، يقدم قول البائع، لظاهر الحال (٢). فيلزم بالثمن من ماله، و ليس له إرجاع البائع إلى المالك المضارب.

[مسألة ١٣: يجب على العامل بعد تحقق عقد المضاربه ما يعتاد بالنسبه إليه]

[٣٤٠٢] مسألة ١٣: يجب على العامل بعد تحقق عقد المضاربه ما يعتاد بالنسبه إليه و إلى تلك التجاره، في مثل ذلك المكان و الزمان، من العمل، و تولّى ما يتولاه التاجر لنفسه، من عرض القماش و النشر و الطي و قبض الثمن و إيداعه في الصندوق، و نحو ذلك مما هو اللائق و المتعارف. و يجوز له استئجار من يكون المتعارف استئجاره، مثل الدلال و الحمال و الوزان و الكيال و غير ذلك، و يعطى الأجره من الوسط.

و لو استأجر فيما يتعارف مباشرته بنفسه، فالأجره من ماله (٣). و لو تولّى بنفسه ما يعتاد الاستئجار له، فالظاهر جواز أخذ الأجره إن لم يقصد التبرع. و ربّما يقال بعدم الجواز. و فيه: أنه منافٍ لقاعده احترام عمل المسلم المفروض عدم وجوبه عليه (٤).

(١) فإنَّ كونه للغير يحتاج إلى مئونه زائده، فما لم يقصده المنشئ يحكم بكون العقد لنفسه، كما هو الحال في سائر الوكلاء.

(٢) فإنَّ ظاهر الإنشاء انتسابه إلى نفسه و كونه هو المسئول عن بدله، بحيث يكون هو طرف العقد و المطالب به، كما يقتضيه بناء العقلاء و السيره الجاربه.

(٣) لكونه على خلاف مقتضى عقد المضاربه، حيث إنه يقتضى كون تلك الأفعال على العامل نفسه.

(٤) تقدّم غير مرّه أن هذا المقدار من

التعليل لا يكفي في جواز أخذ العامل للأجره، بل لا بدّ في إثباته من إضافة أنّ العمل صادر بإذنه و مستند إليه، و إلّا فلو لم يكن العمل صادراً بأمره لم يكن وجه لإثبات الأجره عليه.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٥١

[مسأله ١٤: قد مر أنه لا يجوز للعامل السفر من دون إذن المالك]

[٣٤٠٣] مسأله ١٤: قد مر أنه لا يجوز للعامل السفر من دون إذن المالك. و معه فنفتحه في السفر من رأس المال (١) إلّا إذا اشترط المالك كونها على نفسه (٢). و عن بعضهم كونها على نفسه مطلقاً، و الظاهر أنّ مراده فيما إذا لم يشترط كونها من الأصل. و ربّما يقال له تفاوت ما بين السفر و الحضر. و الأقوى ما ذكرنا (٣) من جواز أخذها من أصل المال بتمامها، من مأكّل و مشرب و ملبس و مسكن و نحو ذلك، مما يصدق عليه النفقه.

ففي صحيح علي بن جعفر عن أخيه أبي الحسن (عليه السلام) في المضارب: «ما أنفق في سفره فهو من جميع المال، فإذا قدم بلده فما أنفق فمن نصيبه».

هذا و أما في الحضر فليس له أن يأخذ من رأس المال شيئاً (٤) إلّا إذا اشترط على المالك ذلك.

فصدور العمل عن أمر المالك مقوم لثبوت الأجره عليه. و هو متحقق في المقام فإنّ العمل لما كان الاستئجار عليه أمراً متعارفاً، كان مقتضى إذن المالك في المضاربه الإذن في الاستئجار و دفع الأجره بإزائه، و مقتضى إطلاق هذا الإذن عدم الفرق بين كون الأجير هو العامل أو غيره. فإنه و كما يجوز للعامل استئجار عبده للقيام بذلك الفعل فتكون الأجره له قهراً، كذلك يجوز له القيام به مباشرة ليأخذ الأجره بلا واسطه.

(١) لأنها من لوازم السفر، و الإذن بالشئ ء و بالدلاله

الالتزاميه إذن في لوازمه. و يقتضيه مضافاً إلى ذلك السيره القطعيه الجاربه.

(٢) فيتبع الشرط بلا كلام. و يقتضيه قولهم (عليهم السلام): «المؤمنون عند شروطهم» بعد أن كان الفعل في حدّ نفسه سائغاً.

(٣) إذ أن القولين الآخرين مضافاً إلى منافاتهما لإطلاق الإذن، و السيره القطعيه الجاربه بالترام الأمر لجميع نفقات المأمور في سفره منافيان لصحيحه على بن جعفر المذكوره في المتن.

(٤) للسيره و صحيحه على بن جعفر المتقدمه.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٥٢

[مسألة ١٥: المراد بالنفقة ما يحتاج إليه من مأكول و ملبوس و مركوب]

[٣٤٠٤] مسألة ١٥: المراد بالنفقة ما يحتاج إليه من مأكول و ملبوس و مركوب و آلات يحتاج إليها في سفره، و أجره المسكن و نحو ذلك. و أما جوائزه و عطاياه و ضيافته و مصانعاته، فعلى نفسه (١) إلّا إذا كانت التجاره موقوفه عليه.

[مسألة ١٦: اللّازم الاقتصار على القدر اللائق]

[٣٤٠٥] مسألة ١٦: اللّازم الاقتصار على القدر اللائق، فلو أسرف حسب عليه (٢). نعم، لو قتر على نفسه، أو صار ضيفاً عند شخص، لا يحسب له (٣).

[مسألة ١٧: المراد من السفر العرفي لا الشرعي فيشمل السفر فرسخين أو ثلاثة]

[٣٤٠٦] مسألة ١٧: المراد من السفر العرفي لا الشرعي (٤) فيشمل السفر فرسخين أو ثلاثة. كما أنه إذا أقام في بلد عشره أيام أو أزيد كانت نفقته من رأس المال، لأنه في السفر عرفاً. نعم، إذا أقام بعد تمام العمل لغرض آخر مثل التفرج، أو لتحصيل مال له أو غيره، مما ليس متعلقاً بالتجاره فنفقته في تلك المدّه على نفسه (٥).

و إن كان مقامه لما يتعلّق بالتجاره و لأمر آخر، بحيث يكون كل منهما علّه مستقله لولا الآخر: فإن كان الأمر الآخر عارضاً في البين، فالظاهر جواز أخذ تمام النفقه من مال التجاره (٦). و إن كانا في عرض واحد، ففيه وجوه [١] (٧) ثالثها

(١) لعدم صدق النفقه عليه.

(٢) لخروجه عن المأذون من قبل المالك.

(٣) إذ العامل لا يملك على المالك مقدار نفقته كي يأخذه على كل تقدير، و إنما يجوز له التصرف من رأس المال بمقدار نفقته، فإذا لم يصرف لم يبق موضوع للحكم.

(٤) فإنَّ المراد به ما يقابل كونه في بلده.

خويي، سيد ابو القاسم موسوي، موسوعه الإمام الخوئي، ٣٣ جلد، مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئي، قم - ايران، اول، ١٤١٨ هـ ق

موسوعه الإمام الخوئي؛ ج ٣١، ص: ٥٢

(٥) لأن نفقته حينئذٍ ليست بما أنه عامل مضارب، فلا يشملها دليل خروجها من أصل المال.

(٦) لإطلاق الدليل بعد صدق كون مقامه للتجاره.

(٧) أقواها جواز الإنفاق، حيث لا قصور في شمول الأدلّه للمقام، بل يقتضيه

[١] لا يبعد أن يكون الأخذ من مال التجاره هو الأظهر.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١،

التوزيع، و هو الأحوط فى الجملة (١) و أحوط منه كون التمام على نفسه. و إن كانت العله مجموعهما، بحيث يكون كل واحد جزءاً من الداعى، فالظاهر التوزيع (٢).

[مسأله ١٨: استحقاق النفقه مختصّ بالسفر المأذون فيه]

[٣٤٠٧] مسأله ١٨: استحقاق النفقه مختصّ بالسفر المأذون فيه (٣). فلو سافر من غير إذن، أو فى غير الجهه المأذون فيه، أو مع التعدى عما اذن فيه، ليس له أن يأخذ من مال التجاره.

السيره القطعيه الجاريه، حيث يتحمل المرسل نفقات الرسول، من غير فرق بين أن يكون للعامل فى البلد المرسل إليه شغل غيره و عدمه.

(١) أى بالنسبه إلى العامل.

(٢) و يقتضيه الارتكاز العرفى. فإنه إذا كان تمام المقام مستنداً إلى المالك و لأجله كان تمام نفقه العامل عليه. فإذا لم يكن غير بعضه له، كان عليه من النفقات بحساب ذلك البعض إلى المجموع.

و بحسب هذا الارتكاز يمكن استفاده الحكم من صحيحه على بن جعفر المتقدمه أيضاً. إذ العامل فى سفره هذا يجمع بين صفتين، فهو عامل مضاربه و غيره، حيث إن سفره أو مقامه مستند إليهما معاً، فله أن يطالب المالك من النفقات بمقدار ما هو عامل مضارب.

(٣) على ما يقتضيه الارتكاز العرفى. فإنّ ثبوت النفقه كان بملاك أن الإذن فى الشىء إذن و بالدلاله الالتزاميه فى لوازمه، و مع انتفاء أصل الإذن لا تبقى دلاله التزاميه.

و من هنا و بحسب الارتكاز أيضاً، يكون مورد صحيحه على بن جعفر المتقدمه مختصاً بفرض الإذن، فلا تعم صوره الغصب، فإنّ معه كيف يمكن للعامل الصرف من مال المالك؟

على أنا لو سلمنا إطلاقها، فمقتضى ما دلّ على ضمان العامل عند مخالفته لأمر المالك، هو ضمان العامل لما ينفقه عند مخالفته لإذنه.

[مسألة ١٩: لو تعدد أرباب المال كأن يكون عاملاً لاثنتين أو أزيد]

[٣٤٠٨] مسألة ١٩: لو تعدد أرباب المال كأن يكون عاملاً لاثنتين أو أزيد، أو عاملاً لنفسه و غيره توزع النفقه (١). و هل هو على نسبة المالكين، أو على نسبة العملين؟ قولان [١] (٢).

و من هنا فإن قلنا بتقدم القاعده عليها و لو من جهه الفهم العرفي، فهو المطلوب. و إن قلنا بمعارضتها بالعموم من وجه و تساقطهما، فالمرجع هو عمومات ما دلّ على أن من أتلف مال غيره فهو له ضامن، فإنها شامله للمقام بلا إشكال، و مقتضاها ضمان العامل لما يتلفه بالإنفاق، و هو يعني عدم جواز صرفه من مال المالك.

(١) على ما يقتضيه الارتكاز العرفي و القاعده و صحيحه على بن جعفر، على ما تقدّم بيانه.

(٢) ذهب المشهور إلى الأوّل، بل و كأنه المتسالم عليه بينهم. و نسب إلى بعض القول الثاني، إلّا أنه لم يعرف قائله.

و كيف كان، فهو الحق. و ذلك لعدم ملاحظه قيمه و الماليه في المضاربه عند إخراج نفقات العامل، فإنه يأخذ نفقات سفره بتمامها و كمالها بإزاء عمله، من غير فرق بين قلّه مال المضاربه و كثرتها. كما لو أرسل كل من تاجرين رسولاً إلى بلد لقيامه بعمل معين، و كان رأس مال أحدهما أضعاف رأس مال الآخر، فإنّ كلا منهما سيخسر من النفقات بمقدار ما يخسره الآخر منها إذا تساوت نفقتهما، و الحال أنّ رأس مال أحدهما أضعاف رأس مال صاحبه. و ليس ذلك إلّا لكون العبره في إخراج نفقته من رأس المال، بالعمل و السفر لأجله، دون كثره مال المضاربه أو قلّتها.

و إذا كان الأمر كذلك في أصل المطلب، يكون الأمر كذلك عند التوزيع أيضاً فيلحظ العملين دون المالكين.

و الحاصل أن سبب استحقاق النفقه

إنما هو العمل دون المال، فإنه أجنبي بالمره عنه، و لعل هذا هو المرتكز في الأذهان.

[١] لا يبعد أن يكون القول الثاني هو الأظهر.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٥٥

[مسألة ٢٠: لا يشترط في استحقاق النّفقه ظهور ربح]

[٣٤٠٩] مسأله ٢٠: لا يشترط في استحقاق النّفقه ظهور ربح (١) بل يُنْفَق من أصل المال و إن لم يحصل ربح أصلاً. نعم، لو حصل الربح بعد هذا تُحسب من الربح، و يعطى المالك تمام رأس ماله، ثمّ يقسّم بينهما (٢).

[مسألة ٢١: لو مرض في أثناء السفر]

[٣٤١٠] مسأله ٢١: لو مرض في أثناء السفر، فإن كان لم يمنعه من شغله فله أخذ النّفقه (٣) و إن منعه ليس له (٤). و على الأول لا يكون منها ما يحتاج إليه للبرء من المرض (٥).

(١) للسيرة القطعية. فإنّ العامل يؤدّي اجره ذهابه إلى تلك البلده من رأس المال و الحال أنه لا ربح عند ذاك، بل و كذا نفقاته من المأكل و المشرب في الطريق، بل و في البلده عند بدو الوصول إليها، بل و بعد وصوله إلى قبل اشتغاله بالتجاره، بل و في بعض مراحلها أيضاً. فإنه وفي كل تلك المراحل يصرف من رأس المال و قبل ظهور الربح.

(٢) على ما يقتضيه النص، فإنّ «جميع المال» المذكور فيه ليس إلّا كلّ ما تحت يد العامل من الأصل و الربح. فتخرج النفقات منه، ثمّ يستثنى رأس المال، و الباقي يكون بينهما بمقتضى ما دلّ على أنّ الربح بينهما على ما اتفقا عليه.

نعم، حكى عن الرياض القول بخروجها من أصل المال من غير تدارك من الربح بعد ذلك، ناسباً له إلى الأصحاب «١».

إلّا أنه غير قابل للتصديق، فإنه خلاف خروجها من «جميع المال» و ظاهر النص و الارتكاز العرفي استثنائها من الربح على تقدير ظهوره.

(٣) بلا إشكال فيه، لشمول الأدلّه له.

(٤) فإن الصرف من مال التجاره في مورد يكون القصور من قبله، لا لوجود مانع، ليس مشمولاً للنص، و لا يدخل في الارتكاز

(٥) قد يقال: إنّ الحكم فى هذه المسأله مبنى على الخلاف فى شمول النفقات

(١) رياض المسائل ١: ٦٠٦، ٦٠٧.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٥٦

[مسأله ٢٢: لو حصل الفسخ أو الانفساخ فى أثناء السفر]

[٣٤١١] مسأله ٢٢: لو حصل الفسخ أو الانفساخ فى أثناء السفر، فننقه الرجوع على نفسه [١] (١) بخلاف ما إذا بقيت و لم تنفسخ، فإنها من مال المضاربه.

الواجبه كنفقه الزوجه لمثل نفقات العلاج، و عدمه بدعوى اختصاصها بالمسكن و الملبس و المأكل و المشرب.

إلا أنه فى غير محلّه، و لا يمكن المساعده عليه. فإن كلاً من الأمرين تابع لدليله. و قد اخترنا فى مسأله نفقات الزوجه و جوب نفقه العلاج بكل ما يكون دخيلاً فى قوام حياتها، كالحمام للتنظيف على الزوج، باعتبار أن الوارد فى النصوص عنوان «يقيم ظهرها» [١] و هو شامل لكل ما تحتاج إليه فى حياتها المتعارفه.

و أما فيما نحن فيه، فلا دليل على و جوب نفقه العلاج على المالك. فإن الارتكاز العرفى مختصّ بما هو المتعارف و ما يعد نفقه للمسافر فى سفره، فلا يعمّ ما يحتاج إليه من غير جهه السفر، كالديه لو وجبت عليه، فإنها غير مشموله للارتكاز العرفى جزماً.

و كذا الحال بالنسبه إلى صحيحه على بن جعفر، حيث إن المذكور فيها: «ما أنفق فى سفره» و هو ظاهر فيما ينفقه لأجل سفره فلا تشمل ما كان أجنبياً عنه.

و من هنا فالصحيح هو القول بتحمل العامل بنفسه لها، إذ لا موجب لإخراجها من أصل المال أو الربح.

(١) فيما إذا انفسخ العقد بموت أو غيره، أو جاء الفسخ من قبل العامل. و أما إذا كان بفعل المالك، فالالتزام بكون مصرف الرجوع على العامل نفسه مشكل جداً. فإنّ صحيحه على بن جعفر و إن لم تكن شامله

لها، باعتبار أنّ موضوعها هو العامل المضارب و هو غير متحقق في المقام، إلّا أنه لا موجب لرفع اليد عن الارتكاز العرفي و التزام المالك بكون نفقاته في سفره عليه.

[١] و فيه أنّ الأمر كذلك في فرض الانفساخ و فيما إذا كان الفسخ من قبل العامل، و أمّا فيما إذا كان الفسخ من قبل المالك ففي كون نفقه الرجوع على نفسه لا يخلو عن إشكال قوي.

(١) الفقيه ٣: ٢٧٩ / ١٣٣١، الوسائل ٢١: ٥٠٩ أبواب النفقات ح ٢٧٧١٤.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٥٧

[مسألة ٢٣: قد عرفت الفرق بين المضاربه و القرض و البضاعه]

[٣٤١٢] مسأله ٢٣: قد عرفت الفرق بين المضاربه و القرض و البضاعه. و أنّ في الأوّل الربح مشترك، و في الثاني للعامل، و في الثالث للمالك.

فإذا قال: خذ هذا المال مضاربه و الربح بتمامه لي، كان مضاربه فاسده (١) إلّا إذا علم أنه قصد الإبضاع (٢) فيصير بضاعه. و لا يستحقّ العامل أجره (٣) إلّا مع

و بعبارة اخرى: إن أساس المضاربه قائم على أن لا تتوجّه خساره على العامل بوجه من الوجوه. فهو إما أن يأخذ شيئاً و ذلك على تقدير ظهور الربح، و إما أن لا يكون له شيء، و إما تحمّله للخساره من كيسه الخاص فهو خارج عن عنوان المضاربه.

نعم، لو كان الفسخ من قبله تحمل هو نفقات رجوعه، حيث إنه جاء من قبله و المالك لم يلتزم بنفقاته حتى على تقدير فسخه هو للعقد.

(١) لفساد الشرط، حيث إنه مخالف لمقتضى العقد و لا يجتمع معه، و ليس هو كاشتراط أمر خارجي حتى لا يكون فساد سارياً إلى العقد نفسه، فإنّ بينهما بوناً بعيداً. فإنّ في المقام لما لم يكن المنشئ قد أنشأ العقد مطلقاً و إنما أنشأه مع شرطٍ

منافٍ، كان ذلك من إنشاء أمر لا- يتحقق في الخارج، فهو في إنشائه فرض عدمه، حيث اعتبر عنوان المضاربه و كون الربح مشتركاً بينهما على أن لا يتحقق ذلك في الخارج، فيحكم بطلانه حيث لا يقبل الإمضاء.

و من هنا يظهر أن البحث الكلى في سرايه الفساد من الشرط إلى العقد و عدمه غير شامل للشرط المخالف لمقتضى العقد، فإنه محكوم بالبطلان جزمًا، نظرًا لاعتبار المالک عدمه في ضمن وجوده، لأنه أنشأه على أن لا يتحقق في الخارج.

(٢) فيحكم بصحته، لأنه حينئذ ليس بمضاربه، و إنما أتى المنشئ بلفظها غلطاً أو مجازاً أو جهلاً بمفاهيم الألفاظ.

(٣) باعتبار أن العمل لم يصدر عن أمره الضمانى، فإنه لم يأمر به بضمان و إنما أمره به مجاناً، فلا وجه لاستحقاق العامل الأجره عليه.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٥٨

الشرط، أو القرائن الدالّة على عدم التبرع (١). و مع الشكّ فيه و فى إرادته الأجره يستحقّ الأجره أيضاً [١]، لقاعده احترام عمل المسلم (٢).

و إذا قال: خذه قراضاً و تمام الربح لك، فكذلك مضاربه فاسده (٣) إلّا إذا علم أنه أراد القرض (٤).

و لو لم يذكر لفظ المضاربه، بأن قال: خذه و اتجر به و الربح بتمامه لى، كان بضاعه (٥) إلّا مع العلم بإرادته المضاربه، فتكون فاسده (٦).

و لو قال: خذه و اتجر به و الربح لك بتمامه، فهو قرض، إلّا مع العلم بإرادته المضاربه، ففاسده.

و مع الفساد فى الصور المذكوره [٢]، يكون تمام الربح للمالك (٧) و للعامل اجره عمله [٣] (٨)

(١) فتثبت اجره المثل، لصدور العمل عن الأمر مع الضمان.

(٢) و فيه: أنّ مجرد ذلك لا يقتضى ثبوت الأجره عليه، بعد ما كان الإبضاع ظاهراً فى العمل

مجاناً، كما يظهر ذلك من اشتراط كون تمام الربح له، و قصد العامل لعدم التبرع لا أثر له، بعد ان لم يكن الأمر قد أمر بضمان.

(٣) لمنافاته لمقتضى العقد على ما عرفت.

(٤) ظهر وجهه مما تقدّم.

(٥) لظهوره فيه.

(٦) لما تقدّم.

(٧) لتبعيه النماءات و الأرباح للأصل، فهي لمالك المال.

(٨) قد يفرض فساد المضاربه لسبب غير اشتراط ما ينافى مقتضى العقد، كما لو

[١] لا- يبعد عدم الاستحقاق، لظهور الكلام في العمل مجاناً، و أمّا قاعده الاحترام فهي بنفسها لا تفي بالضمان و لو علم أنّ العامل لم يقصد التبرع بعمله.

[٢] الظاهر أنّه أراد بها غير الصورة الأولى حيث إنّ (قدس سره) قد بين حكمها بتمام شقوقها.

[٣] الظاهر ثبوته في فرض علمه أيضاً.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٥٩

.....

كان رأس المال ديناً. و قد يفرض فساد من جهة اشتراط ما يخالف مقتضاه.

و الحكم في الأوّل كما أفاده (قدس سره). فإنّ الربح بتمامه يكون للمالك، و لا يعطى للعامل منه شيء، باعتبار أنه لا أثر لجعل النسبه المعينه منه له، فإنه قد بطل بعدم إمضاء الشارع للعقد. لكن لما كان العمل بأمر من المالك لا على نحو المجانيه، و استيفاء العمل المحترم بضمان يوجب الضمان، كان عليه دفع اجره مثل العمل إلى العامل.

و أما في الثاني، فلا بدّ من التفصيل بين ما إذا كان الشرط المخالف لمقتضى العقد هو كون تمام الربح للعامل، و بين ما إذا كان الشرط كون تمامه للمالك.

ففى الأؤل فالحكف ما تقؤءم أفضاً. فإنّ تمام الربح يكون للمالك؁ لكن لما كان عمل العامل عملاً محترماً و صادراً بأمر المالك على نحو الضمان؁ تثبت أجره المثل لا محاله. و هذا بخلاف الثانى؁ حيث لا وجه

فيه للضمان بالمرّة، فإنّ وجهه في العقود الفاسده إنما هو الإقدام عليه و أمر الغير بعمل له اجره من غير ظهور في المجانيه، و هو غير متحقّق في المقام، لظهور أمره في التبرع و المجانيه، كما يظهر من اعتبار كون تمام الربح له. و معه فكيف يكون ضامناً؟ بل حال هذه الصوره حال البضاعه عند عدم القرينه على الأجره، و هو الموافق للقاعده الكلّيّه: «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده».

ثمّ إن في إطلاق استحقاق العامل لأجره المثل في فرض فساد العقد، بأى وجه كان، نظراً بل منعاً.

إذ الضمان في مثل هذه الموارد لم يثبت بدليل لفظى كى يتمسك بإطلاقه، و إنما هو ثابت ببناء العقلاء، و القدر المتيقن منه هو استحقاقه للأجره فيما إذا كانت مساويه للمقدار الذى جعل له فى العقد الفاسد أو أنقص منه. فلو كان الفساد من جهه اشتراط كون تمام الربح للعامل، و فرضنا أنه كان مائه دينار، فهو لا يستحق فى فرض الفساد إلّا ذلك المقدار من اجره المثل.

و أما إذا فرض زياده الأجره عليه، فلم يثبت بناء منهم على لزوم دفعها بتمامها، بل لا ينبغى الشك و الريب فى عدم وجوب دفع ما زاد عن الربح إليه، لأنه الذى ألغى احترامه فيه.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٦٠

إلّا مع علمه بالفساد (١).

[مسألة ٢٤: لو اختلف العامل و المالك فى أنها مضاربه فاسده أو قرض]

[٣٤١٣] مسأله ٢٤: لو اختلف العامل و المالك فى أنها مضاربه فاسده أو قرض، أو مضاربه فاسده أو بضاعه، و لم يكن هناك ظهور لفظى و لا قرينه معينه، فمقتضى القاعده التحالف [١] (٢).

و الحاصل أن إطلاق لزوم دفع اجره مثل عمل العامل فى فرض فساد المضاربه إنما يتمّ فيما إذا كانت الأجره أنقص أو مساويه لما

اتفقا عليه من الربح، و أما إذا كانت أزيد منه فلم يثبت بناءً منهم على استحقاقه للزائد.

(١) تقدّم نظيره في عدّه من أبواب المعاملات، وقد تكلمنا حوله في مبحث الإجاره مفصّلاً، حيث قد عرفت أنّ العلم بالفساد و عدمه سيان من هذه الجهة. فإنّ علمه بالفساد ليس إلّا العلم بعدم إمضاء الشارع لهذا العقد، و هو لا يلازم قصده التبرع و المجانيه، بل هو قاصد للربح و لو بغير استحقاق شرعاً. فإذا كان قصده كذلك، و لم يكن أمر الأمر ظاهراً في المجانيه، فلا وجه للحكم بعدم استحقاقه للأجره.

و الحاصل أنّ العلم بالفساد لا يلازم قصد التبرع و المجانيه في العمل، و إنما هو من هذه الناحيه مع عدمه سيان.

(٢) ذكرنا في محلّه من كتاب القضاء، أن النصوص الوارده في التخاصم على كثرتها لم تتعرض لبيان المدعى و المنكر. و من هنا فلم تثبت لهما حقيقه شرعيه و لا متشرعيه، بل هما باقيان على معناهما اللغوي المفهوم عرفاً.

و المراد بالمدعى كل من يدعى شيئاً و يكون هو المطالب بإثباته عند العقلاء.

[١] هذا إنّما يتم فيما إذا ادّعى المالك القرض و ادّعى العامل المضاربه الفاسده، و أمّا إذا انعكست الدعوى فالظاهر أنّ الحلف يتوجّه إلى المالك لإنكاره القرض، و ليس في دعواه المضاربه الفاسده إلزام للعامل بشيء ليتوجّه الحلف إليه أيضاً، و إذا اختلفا في أنّها مضاربه فاسده أو بضاعه فلا أثر له بناءً على استحقاق العامل اجره المثل في البضاعه، و ذلك لاتفاقهما على كون الربح للمالك و استحقاق العامل اجره المثل على عمله، نعم، بناءً على عدمه كما اخترناه يتوجّه الحلف إلى المالك لإنكاره المضاربه الفاسده، و كيف كان فلا مجال للتحالف.

موسوعه الإمام

و هو يتحقق في موردين: ادعائه على غيره شيئاً من مال أو حق. أو اعترافه بثبوت حق لغيره عليه مع دعواه الأداء و الوفاء، كما لو أقرّ بدين لغيره على نفسه و ادعى الأداء فإنّ المطالب و إن كان هو المقرض و لو ترك ترك، إلّا أنه لما اعترف الطرف الآخر به كان هو المدعى و الملزم بالإثبات لدى العقلاء.

و من هنا فإن كان هذا من طرف واحد فهو المدعى، و الطرف الآخر هو المنكر. و إن كان من الطرفين، بحيث يدعى كلّ منهما على الآخر شيئاً و هو ينكره، فهو التداعى، فيلزم كلّ منهما ببناء العقلاء بإثبات ما يدعيه، فلا بدّ من التحالف. فإن حلفا سقطت كلتا الدعويين، و إلّا فدعوى الذي لم يحلف خاصه.

هذا كله بحسب كبرى المسألة. و أما بلحاظ تطبيقها على المقام، فقد يفرض أن المالك يدعى القرض و العامل يدعى المضاربه الفاسده، و كانت المعامله خاسره، فبناءً على ما تقدّم منه (قدس سره) من استحقاق العامل لأجره المثل في المضاربه الفاسده مطلقاً و إن ناقشنا فيه على تفصيل تقدّم فهو من مصاديق التداعى، حيث يطالب كلّ منهما الآخر بشىء. فالمالك يدعى القرض و يطالب العامل بتمام المال من دون أن يتحمل شيئاً من خساره، و العامل يدعى المضاربه الفاسده و يطالب المالك بأجره مثل عمله، فيتحالفان لا محاله.

و أما لو انعكس الأمر بأن كانت التجاره مربحه، و المالك يدعى المضاربه الفاسده كى يكون تمام الربح له، و العامل يدعى القرض ليحرمه منه، فليس المورد من التداعى فى شىء. و ذلك لأنّ المالك بدعواه المضاربه الفاسده لا يطالب العامل بشىء كى يكون عليه إثباته، و إنما يكفيه

عدم ثبوت ما يدّعيه العامل، لأنّ انتقال الربح التابع لرأس المال قهراً إلى العامل بالقرض هو الذى يحتاج إلى الإثبات، فإن أثبتته بالبينه كان الربح له، وإلّا حلف المالك وأخذه بتمامه.

و بعبارة اخرى: إنّ المالك لا يحتاج فى أخذ الربح إلى إثبات كون العقد مضاربه فاسده، فإنه لا يلزم العامل بشىء، وإنما يطالبه بربح ماله بعد أن يثبت كونه قرضاً.

و من هنا فالنماء له حتى ولو لم يدع المضاربه الفاسده، حيث يكفيه مجرد إنكاره للقرض.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٦٢

وقد يقال بتقديم قول من يدّعى الصحه. وهو مشكل، إذ مورد الحمل على الصحه (١) ما إذا علم أنهما أوقعا معامله معينه و اختلفا فى صحّتها و فسادها، لا مثل المقام الذى يكون الأمر دائراً بين معاملتين على إحداهما صحيح و على الأخرى باطل، نظير ما إذا اختلفا فى أنهما أوقعا البيع الصحيح أو الإجاره الفاسده مثلاً. و فى مثل هذا مقتضى القاعده التحالف. و أصاله الصحه لا تثبت كونه بيعاً مثلاً لا إجاره، أو بضاعه صحيحه مثلاً لا مضاربه فاسده.

و على هذا فالعامل هو المدّعى، و المالك هو المنكر.

و أوضح من هذا ما لو ادّعى أحدهما البضاعه و الآخر المضاربه الفاسده، بناءً على ما اختاره (قدس سره) من ثبوت اجره المثل للعامل فى كلا الفرضين، مع كون الربح بتمامه للمالك. فإنه لا وجه لجعله من موارد التداعى، إذ لا نزاع بينهما بالمره، لاتفاقهما على ثبوت الربح للمالك و استحقاق العامل اجره المثل على التقديرين، فليس هناك نزاع بينهما إلّا فى الصوره، و إلّا فليس فى الواقع مدّعٍ و منكر.

نعم، بناءً على ما اخترناه من عدم استحقاق العامل الأجره

فى البضاعه، فلو اذعى العامل المضاربه الفاسده و المالك البضاعه، كان العامل هو المدعى و المالك منكرأ، لأنه لا يلزمه بشىء، و لا تصل النوبه إلى التداعى.

(١) على ما تقدم بيانه من غير مره، فإن أصله الصّحه تجرى فى موردين:

الأول: حمل فعل المؤمن على الصّحه و أنه لا يرتكب فعلاً على خلاف وظيفته و الأصل فى هذا المورد ثابت بدليل لفظى، و أنه لا ينبغى أن يتّهم بل ينبغى حمل فعله على أحسنه.

و من هنا فلا يختلف الحال فيه بين إحراز عنوان العمل و عدمه. فلا فرق فى وجوب الحمل على الصّحه بهذا المعنى، بين أن يرى مفطراً فى شهر رمضان مع احتمال كونه مسافراً أو مريضاً، فيحمل عمله على الصّحه و لا يتهم بالإفطار فى شهر رمضان عمداً، و بين ما لو صدر منه كلام مردد بين الشتم و السلام، فيحمل على الصحيح و لا يظن به السوء.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٦٣

[مسأله ٢٥: إذا قال المالك للعامل: خذ هذا المال قراضاً و الربح بيننا، صحّ]

[٣٤١٤] مسأله ٢٥: إذا قال المالك للعامل: خذ هذا المال قراضاً و الربح بيننا، صحّ و لكلّ منهما النصف (١).

و إذا قال: و نصف الربح لك، فكذلك (٢).

بل و كذا لو قال: و نصف الربح لى، فإنّ الظاهر إنّ النصف الآخر للعامل.

و لكن فرق بعضهم بين العبارتين، و حكم بالصّحه فى الأولى، لأنه صرح فيها بكون النصف للعامل و النصف الآخر يبقى له، على قاعده التبعية. بخلاف العبارة الثانية، فإن كونه النصف للمالك لا ينافى كون الآخر له أيضاً، على قاعده التبعية

إلا أن أصله الصّحه بهذا المعنى لا تثبت لوازمها و أنه قد سلّم، و من هنا فلا يجب الجواب عليه.

الثانى: الحمل على الصّحه، بمعنى ترتيب آثارها على الفعل. فإذا

صدر منه بيع أو طلاق أو غيرهما من العقود، و شككنا فى اشتماله على شرائط الصحه و عدمه، كان مقتضى أصاله الصحه الحكم بالصحه و ترتيب آثارها عليه. فهى كقاعده الفراغ فى العبادات.

و هذا الأصل لا دليل عليه سوى السيره القطعيه، و التسالم عليه بين المسلمين. و مورده ما إذا كان العنوان معلوماً، و كان الشك فى الصحه و الفساد فقط.

و أما إذا كان العمل مجهولاً، كما لو دار الأمر بين طلاق زوجته طلاقاً صحيحاً أو إجاره داره إجاره فاسده، فلم تثبت السيره منهم على البناء على الصحه و ترتيب آثار الطلاق الصحيح عليه، إذ لم يحرز عنوان الطلاق كى يحكم بصحته.

(١) لأنه ظاهر الكلام، حيث إن مثل هذا التعبير ظاهر عرفاً فى التساوى، و خلافه هو الذى يحتاج إلى الإثبات. كما هو الحال فى سائر الموارد، كالوصيه بشىء واحد لاثنين، فإنها ظاهره فى تساويهما فيه. و لأجل هذا الظهور يحكم بصحه المعامله، و إن كانت قد تبدو لأوّل وهله مجمله.

(٢) حيث إن ظاهره كون تمام النصف الآخر للمالك، باعتبار أن النماء بتمامه تابع للعين، فما لم يجعله المالك لغيره يكون بطبيعته الحال له، لأنه نماء ملكه.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٦٤

فلا دلالة فيها على كون النصف الآخر للعامل. و أنت خير بأن المفهوم من عبارته عرفاً كون النصف الآخر للعامل (١).

[مسأله ٢٦: لا فرق بين أن يقول: خذ هذا المال قراضاً و لك نصف ربحه]

[٣٤١٥] مسأله ٢٦: لا- فرق بين أن يقول: خذ هذا المال قراضاً و لك نصف ربحه، أو قال: خذ قراضاً و لك ربح نصفه، فى الصحه و الاشتراك فى الربح بالمناصفه.

و ربّما يقال بالبطلان فى الثانى. بدعوى أن مقتضاه كون ربح النصف الآخر بتمامه للمالك، و قد يربح النصف فيختص به أحدهما،

أو يربح أكثر من النصف فلا تكون الحصه معلومه، و أيضاً قد لا يعامل إلا في النصف.

و فيه: أن المراد ربح نصف ما عومل به و ربح (٢) فلا إشكال.

[مسألة ٢٧: يجوز اتحاد المالك و تعدد العامل مع اتحاد المال]

[٣٤١٦] مسأله ٢٧: يجوز اتحاد المالك و تعدد العامل (٣) مع اتحاد المال، أو تميز مال كل من العاملين. فلو قال: ضاربتكما و لكما نصف الربح، صح و كانا فيه سواء. و لو فضل أحدهما على الآخر، صح أيضاً و إن كانا في العمل سواء، فإن غايته اشتراط حصه قليله لصاحب العمل الكثير، و هذا لا بأس به. و يكون العقد الواحد بمنزله عقدين مع اثنين، و يكون كما لو قارض أحدهما في نصف المال بنصف، و قارض الآخر في النصف الآخر بربع الربح، و لا مانع منه.

و كذا يجوز تعدد المالك و اتحاد العامل. بأن كان المال مشتركاً بين اثنين

(١) باعتبار أن ظاهر الكلام هو كون النصف تمام ما له من الربح و تحديد ما يستحقه بذلك، و هو يقتضى كون الباقي للعامل، و إلا لما كان تمام ما للمالك هو النصف.

(٢) فالمراد ربح نصف المقدار الذى وقع مورداً للتجاره، فهو نصف الربح فيما اتجر به لا ما لم يتجر كما يشهد له الفهم العرفى، كما هو الحال فى التعبير الأول أيضاً.

(٣) لإطلاق الأدله، و انحلال المضاربه فى الحقيقه و الواقع إلى مضاربتين أو أكثر فهو كما لو ضارب المالك كلياً منهما بنصف المال رأساً، فإن الاتحاد فى مقام الإنشاء لا ينافى التعدد فى الواقع و اللب.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٦٥

فقارضا واحداً (١) بعقد واحد، بالنصف مثلاً متساوياً بينهما، أو بالاختلاف بأن يكون فى حصه أحدهما بالنصف و فى حصه الآخر بالثلث

أو الربح مثلاً.

و كذا يجوز مع عدم اشتراك المال. بأن يكون مال كل منهما ممتازاً، و قارضا واحداً مع الإذن في الخلط، مع تساوى في حصّيه العامل بينهما، أو الاختلاف بأن يكون في مال أحدهما بالنصف و في مال الآخر بالثلث أو الربع.

[مسألة ٢٨: إذا كان مال مشتركاً بين اثنين، فقارضا واحداً و اشترط له نصف الربح]

[٣٤١٧] مسأله ٢٨: إذا كان مال مشتركاً بين اثنين، فقارضا واحداً و اشترط له نصف الربح، و تفاضلا في النصف الآخر، بأن جعل لأحدهما أزيد من الآخر مع تساويهما في ذلك المال، أو تساويا فيه مع تفاوتهما فيه.

فإن كان من قصدهما كون ذلك النقص على العامل بالنسبه إلى صاحب الزيادة، بأن يكون كأنه اشترط على العامل في العمل بماله أقل مما شرطه الآخر له، كأن اشترط هو للعامل ثلث ربح حصّيته، و شرط له صاحب النقيصه ثلثي ربح حصّيته مثلاً، مع تساويهما في المال، فهو صحيح، لجواز اختلاف الشريكين في مقدار الربح المشترط للعامل (٢).

و إن لم يكن النقص راجعاً إلى العامل بل على الشريك الآخر، بأن يكون المجمعول للعامل بالنسبه إليهما سواء، لكن اختلفا في حصّيتهما بأن لا يكون على حسب شركتهما، فقد يقال فيه بالبطلان، لاستلزامه زياده لأحدهما على الآخر مع تساوى المالين، أو تساويهما مع التفاوت في المالين، بلا عمل من صاحب الزيادة، لأنّ المفروض كون العامل غيرهما، و لا يجوز ذلك في الشركه.

و الأقوى الصّحّه (٣) لمنع عدم جواز الزيادة لأحد الشريكين بلا مقابلتها لعمل

(١) لما تقدّم من الإطلاق، و انحلال المضاربه بعدد الملاك.

(٢) و الوجه فيه واضح، بعد ما عرفت من انحلال المضاربه الواحده في الواقع إلى مضاربتين مستقلّتين بنصفي المال، على أن يكون للعامل في إحداهما ثلثا الربح و للمالك الثلث، و في الأخرى بالعكس.

(٣) بل

الأقوى هو القول الأوّل و هو البطلان، لعدم نفوذ مثل هذه الشروط، على

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٦٦

منه، فإنّ الأقوى جواز ذلك بالشرط [١]. و نمنع كونه خلاف مقتضى الشركه، بل هو مخالف لمقتضى إطلاقها. مع أنه يمكن أن يدعى الفرق [٢] بين الشركه و المضاربه و إن كانت متضمّنه للشركه (١).

ما تقدّم بيانه غير مرّه. فإنّ أدلّه نفوذ الشروط، كقولهم (عليهم السلام): «المؤمنون عند شروطهم» غير شامله له، لأن هذا الشرط و إن لم يكن مخالفاً لمقتضى العقد، إلّا أنه مخالف للسنة.

و الوجه فيه ما عرفت من أن أدلّه نفوذ الشروط غير مشرعه، و إنما هي دالّه على لزوم العمل بكل شرط سائغ في نفسه، فما لم يكن سائغاً بنفسه قبل الاشتراط لا يكون سائغاً بالشرط.

فإنّ الاشتراط لا يوجب انقلاب الحكم الشرعي، و لا يقتضى تحليل الحرام أو تحريم الحلال.

و من هنا فحيث إنّ مقتضى تبعيه النماء للعين في الملك، كون ربح مال كل أحد له يكون اشتراطه لغيره محتاجاً إلى الدليل الخاص. و لذا لم يلتزموا بصحّه هذا الشرط في غير عقد الشركه و المضاربه، كما لو باع متاعه لشخص على أن يكون ربحه من تجارته الأخرى له، على نحو شرط النتيجة كما هو المفروض في المقام، فإنه يكون باطلاً جزماً.

إذن فهذا الشرط مخالف للسنة، و أدلّه نفوذ الشرط لا تشمله لأنها غير مشرعه.

(١) ما أفاده (قدس سره) مبنيّ على ثبوت إطلاق في أدلّه المضاربه، يقتضى جواز جعل بعض الربح للأجنبي، كما اختاره (قدس سره) في أول الكتاب، فإنّ المقام من صغريات تلك الكبرى، حيث إنّ كلّاً من الشريكين أجنبي بالنسبه إلى حصّه شريكه

[١] فيه إشكال إذا كان الشرط من

شرط النتيجة، ولا بأس به إذا كان من شرط الفعل، لكنّه خلاف المفروض في المقام.

[٢] هذا الفرق مبتن على ما تقدّم منه (قدس سره) من جواز اشتراط كون جزء من الربح للأجنبي، وقد تقدّم المنع عنه.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٦٧

[مسأله ٢٩: تبطل المضاربه بموت كل من العامل و المالك]

[٣٤١٨] مسأله ٢٩: تبطل المضاربه بموت كل من العامل و المالك. أما الأوّل، فلاختصاص الإذن به (١). و أما الثاني، فلانتقال المال بموته إلى وارثه فإبقاؤها يحتاج إلى عقد جديد بشرائطه (٢). فإن كان المال نقداً صحّ، و إن كان عروضاً فلا (٣) لما عرفت من عدم جواز المضاربه على غير النقدين [١].

و هل يجوز لو ارث المالك إجازة العقد بعد موته؟ قد يقال بعدم الجواز، لعدم علقه له بالمال حال العقد بوجه من الوجوه، ليكون واقعاً على ماله أو متعلق حقّه. و هذا بخلاف إجازة البطن السابق في الوقف أزيد من مدّه حياته، فإنّ البطن اللاحق يجوز له الإجازة، لأنّ له حقاً بحسب جعل الواقف.

و أما في المقام، فليس للوارث حق حال حياه المورث أصلاً، و إنّما ينتقل إليه المال حال موته. و بخلاف إجازة الوارث لما زاد من الثلث في الوصيه، و في المنجز حال المرض على القول بالثلث فيه، فإنّ له حقاً فيما زاد، فلذا يصحّ إجازته.

الآخر.

لكنك قد عرفت منا عدم ثبوت مثل هذا الإطلاق. و من هنا فالظاهر عدم جواز هذا الاشتراط، بلا فرق في ذلك بين الشركه و المضاربه.

نعم، لو كان هذا الاشتراط على نحو شرط الفعل لا شرط النتيجة، لصحّ و وجب الوفاء به، لأنه فعل سائغ في نفسه. إلّا أنه خارج عن محلّ الكلام، حيث إنّ المفروض في المقام ملكيه أحد الشريكين لبعض حصّه شريكه

بمجرد الشرط.

(١) فيرتفع بموته، وورثته أناس أجنب عنه فليس لهم التصرف في المال من دون إذن مالكة.

(٢) لما تقدم من بطلان العقود الإذنيه الجائزه بموت أحد الطرفين.

(٣) على خلاف تقدم في محله، وقد عرفت أن الأتوى جواز المضاربه بغير النقدين، فراجع.

[١] مرّ أن جواز المضاربه على غير النقدين من الأوراق النقدية و نحوها هو الأظهر.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٦٨

و نظير المقام إجاره الشخص ماله مدّه مات في أثنائها، على القول بالبطلان بموته، فإنه لا يجوز للوارث إجارتها. لكن يمكن أن يقال [١]: يكفي في صحّه الإجازة كون المال في معرض الانتقال إليه، و إن لم يكن له علقه به حال العقد (١) فكونه سيصير له كافٍ، و مرجع إجازته حينئذ إلى إبقاء ما فعله المورث (٢) لا قبوله، و لا تنفيذه.

فإنّ الإجازة أقسام: قد تكون قبولاً لما فعله الغير، كما في إجازة بيع ماله فضولاً. و قد تكون راجعاً إلى إسقاط حق، كما في إجازة المرتهن لبيع الراهن

(١) و فيه: أنّ الكلام في إجازة الوارث للمضاربه بعد موت المالك لا في حال حياته، و من هنا فكونه في معرض الانتقال إليه أجنبي عن الموضوع بالمره، لأنه إذا ثبت له حق الإجازة كان له ذلك، سواء أ كان في معرض الانتقال إليه أم لم يكن، إذ لا فرق في المجيز بين كونه وارثاً و كونه أجنبياً، كما لو انتقل إليه المال بالشرء أو الصداق، فإنّ الكلام في ثبوت حق الإجازة له هو الكلام في ثبوته للوارث.

(٢) لم يتحصل لما أفاده (قدس سره) وجه محصل. فإنّ الموت يوجب بطلان المضاربه، و معه كيف يمكن الحكم ببقائها؟ بل إن كانت هناك مضاربه فهي مضاربه

جديده غير التي كانت بين المالك الأول و العامل.

على أن لازم بقاء المضاربه الأولى و عدم كون هذه المضاربه الثانيه مضاربه جديده، هو تدارك الخسران الواقع في زمن المالك الأول من الربح في عهد المالك الجديد، و بالعكس؛ و هو يعنى حرمان العامل في إحدى المضاربتين عن بعض الربح و تحميله لبعض الخساره، و هذا مما لا يمكن الالتزام به، لمنافاته لما دلّ على عدم تحمّل العامل لشيء من الخسران.

إذن فما أفاده (قدس سره) لا يمكن المساعده عليه، و الصحيح هو الحكم بالبطلان.

[١] إلّا أنّه لا دليل عليه، بل الدليل قائم على عدمه.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٦٩

و إجازة الوارث لما زاد عن الثلث. و قد تكون إبقاءً لما فعله المالك كما في المقام.

[مسألة ٣٠: لا يجوز للعامل أن يوكل وكيلاً في عمله]

[٣٤١٩] مسأله ٣٠: لا- يجوز للعامل أن يوكل وكيلاً في عمله، أو يستأجر أجيراً، إلّا بإذن المالك (١). نعم، لا- بأس بالتوكيل أو الاستئجار في بعض المقدمات، على ما هو المتعارف (٢). و أما الإيكال إلى الغير و كاله أو استئجاراً في أصل التجاره، فلا يجوز من دون إذن المالك، و معه لا مانع منه. كما أنه لا يجوز له أن يضارب غيره إلّا بإذن المالك.

[مسألة ٣١: إذا أذن في مضاربه الغير، فأما أن يكون يجعل العامل الثاني عاملاً للمالك]

[٣٤٢٠] مسأله ٣١: إذا أذن في مضاربه الغير، فأما أن يكون يجعل العامل الثاني عاملاً للمالك، أو يجعله شريكاً معه في العمل و الحصه، و أما يجعله عاملاً لنفسه.

أما الأول فلا مانع منه، و تنفسخ مضاربه نفسه على الأقوى (٣). و احتمال

(١) لفتح التصرف في مال الغير بغير إذنه، و خروجه عن عنوان المضاربه.

(٢) كاستئجار الحمال على نقل البضائع، أو الصانع لمساعدته في بعض العمل. و الوجه فيه أن التعارف قرينه على رضا المالك بذلك التصرف.

(٣) بل الأقوى البقاء، بل لم يظهر للانفساخ وجه صحيح. فإنّ المضاربه من العقود الإذنيه الجائزه و لا تتضمن أيّ تمليك أو تملك، و إنما هي عبارة عن الإذن في التصرف بالمال، و نتيجتها كون الربح مشتركاً بينهما. و معه فما هو المانع من مضاربه

اثنين من بادئ الأمر؟ فيكون لكل منها الاتجار بذلك المال، فإن سبق أحدهما و اتجر به انتفى موضوع المضاربه الثانيه، فإن ظهر ربح كان بين المالك و العامل.

ولا تقاس هذه بالإجاره أو المزارعه حيث إنهما يتضمنان التمليك، و لا يصح أن يكون العمل الواحد مملوكاً لشخصين، أو يصدر العمل الواحد من اثنين على نحو الاستقلال كي يكونا مالكين للأجره، بل المقام من قبيل التوكيل، حيث لا مانع من توكيل

المتعددین فی العمل الواحد.

موسوعه الإمام الخوئی، ج ۳۱، ص: ۷۰

بقائها مع ذلك، لعدم المنافاه، كما ترى [۱]. و يكون الربح مشتركاً بين المالك و العامل الثاني، و ليس للأول شيء (۱) إلا إذا كان بعد أن عمل عملاً و حصل ربح فيستحق حصته من ذلك (۲). و ليس له أن يشترط [۲] على العامل الثاني شيئاً من الربح (۳) بعد أن لم يكن له عمل بعد المضاربه الثانيه.

و الحاصل أنه لا وجه لما أفاده (قدس سره) بعد إمكان اجتماع المضاربتين على المال الواحد.

(۱) لخروجه عن حدود المضاربه، لأنه ليس بمالك لرأس المال و لا عامل فيه.

(۲) عملاً بالمضاربه التي اتفقا عليها هو و المالك.

(۳) ما أفاده (قدس سره) إنما يتم بناءً على ما اخترناه من عدم جواز جعل شيء من الربح للأجنبي، نظراً إلى كون الحكم في المضاربه على خلاف القاعده، باعتبار أن مقتضى تبعيه النماء لأصل المال هو كون الربح بأكمله للمالك، فكون بعضه لغيره على خلاف القاعده، و من هنا يحتاج نفوذه إلى الدليل، و هو مختص بما إذا اشترط البعض للعامل.

و أما أدله الوفاء بالشروط فقد عرفت أنها ليست بمشرعه، فلا تشمل مثل هذا الشرط المخالف للسنه.

و أما بناءً على ما أفاده (قدس سره) من جواز اشتراط بعض الربح للأجنبي تمييزاً بما ادّعاه من عموم «المؤمنون عند شروطهم» فلا وجه للقول بعدم نفوذ الشرط في المقام، إذ العامل الأول أجنبي بالنسبه إلى المضاربه الثانيه، فلا مانع من أن يستحق شيئاً من الربح بالاشتراط.

[۱] لا- أرى فيه شيئاً بعد ما كانت المضاربه من العقود الإذنيه، و عليه فلكل من العاملين أن يتجر بالمال، و الربح يكون مشتركاً بين العامل و المالك.

[۲] لا مانع

منه بناءً على ما تقدّم منه (قدس سره) من عدم استبعاد جواز جعل جزء من الربح للأجنبي.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٧١

بل لو جعل الحصّه للعامل في المضاربه الثانيه أقل مما اشترط له في الأولى، كأن يكون في الأولى بالنصف و جعله ثلثاً في الثانيه، لا يستحقّ تلك الزيادة، بل ترجع إلى المالك. و ربّما يحتمل جواز اشتراط شىء من الربح، أو كون الزيادة له. بدعوى أنّ هذا المقدار، و هو إيقاع عقد مضاربه ثم جعلها للغير، نوع من العمل يكفى في جواز جعل حصّه من الربح له. و فيه: إنه و كاله لا مضاربه (١).

و الثاني أيضاً لا مانع منه (٢). و تكون الحصّه المجمعوله له في المضاربه الأولى مشتركه بينه و بين العامل الثاني، على حسب قرارهما.

و أما الثالث فلا يصحّ (٣) من دون أن يكون له عمل مع العامل الثاني، و معه يرجع إلى التشريك.

[مسأله ٣٢: إذا ضارب العامل غيره مع عدم الإذن من المالك]

[٣٤٢١] مسأله ٣٢: إذا ضارب العامل غيره مع عدم الإذن من المالك، فإن أجاز المالك ذلك كان الحكم كما في الإذن السابق في الصور المتقدمه، فيلحق كلّاً حكمه (٤). و إن لم يجز بطلت المضاربه الثانيه.

و حينئذ فإن كان العامل الثاني عمل و حصل الربح، فما قرّر للمالك في المضاربه

و منه يظهر الحال فيما أفاده (قدس سره)، فيما لو جعل الحصّه للعامل في المضاربه الثانيه أقل مما اشترط له في الأولى، فإنه من مصاديق اشتراط بعض الربح لنفسه أيضاً.

(١) و بعبارة اخرى: إنّ مطلق العمل لا يوجب استحقاقه شيئاً من الربح، و إنما الذي يقتضيه هو العمل تجاره مع ظهور الربح فيه، و ليس هذا منه.

(٢) فإنّ العقد الثاني لما كان و بحسب الفرض بإذن المالك و

رضاه، كان مرجعه إلى تعدد العامل المضارب في المضاربه الأولى بعد أن كان متحداً حدوداً.

(٣) فإنَّ العامل أجنبي عن مال المضاربه، فلا يحقُّ له تسليط الغير عليه بإنشاء العقد عليه معه، فإنَّ ذلك من مختصات المالك أو من يقوم مقامه.

(٤) لانتساب العقد الصادر فضوله بالإجازة إلى المجيز، فيكون العقد عقده، و من ثمَّ يترتب عليه الآثار.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٧٢

الأولى فله. و أما ما قُرِّر للعامل، فهل هو أيضاً له، أو للعامل الأوَّل، أو مشترك بين العاملين؟ وجوه و أقوال، أقواها الأوَّل، لأنَّ المفروض بطلان المضاربه الثانيه، فلا يستحقُّ العامل الثاني شيئاً، وإنَّ العامل الأوَّل لم يعمل حتى يستحقَّ فيكون تمام الربح للمالك إذا أجاز تلك المعاملات الواقعة على ماله. و يستحقُّ العامل الثاني أجره عمله مع جهله بالبطلان (١) على العامل الأوَّل، لأنَّه مغرور من قبله. و قيل: يستحقُّ على المالك (٢). و لا وجه له، مع فرض عدم الإذن منه له في العمل.

هذا إذا ضاربه على أن يكون عاملاً للمالك. و أمَّا إذا ضاربه على أن يكون عاملاً له، و قصد العامل في عمله العامل الأوَّل فيمكن أن يقال: إنَّ الربح للعامل الأوَّل، بل هو مختار المحقق في الشرائع.

و ذلك بدعوى أنَّ المضاربه الأولى باقيه بعد فرض بطلان الثانيه، و المفروض أن العامل قصد العمل للعامل الأوَّل، فيكون كأنه هو العامل فيستحقُّ الربح و عليه أجره عمل العامل إذا كان جاهلاً بالبطلان، و بطلان المعامله لا يضرُّ بالإذن الحاصل منه للعامل له.

(١) و أمَّا إذا كان عالمًا بالحال، فالأظهر أنه لا ضمان، لا على المالك و لا على العامل. و لا ينافيه ما تقدّم منا في غير مورد أنه لا

فرق في الضمان بين علم العامل بفساد العقد و عدمه، فإن بينه و بين المقام من الفرق ما لا يكاد يخفى.

فإنّ المفروض في غير المقام صدور العمل من العامل بأمر الأمر لا على نحو المجانيه، فهو بأمره قد التزم للعامل بالأجره، فلا يضرّ علم العامل بالفساد.

و هذا بخلاف المقام، حيث لم يلتزم العامل الأوّل للثاني بشىء، و إنما أخبره عن ضمان المالك له، و حيث إنّ العامل يعلم كذبه و أنه ليس بوكيل عنه، فلا وجه للحكم بضمانه، بل يكون حاله حال من استأجر غيره للعمل في ملك الغير على أن تكون أجرته على المالك، مع علم الأجير بعدم كونه وكيلاً عنه.

(٢) و كأنه لأنّ المالك قد استفاد من فعله، و هو قد عمل على طبق نفعه، و عمل المسلم محترم.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٧٣

لكن هذا إنما يتمّ إذا لم تكن المباشرة معتبره في المضاربه الأولى (١). و أما مع اعتبارها فلا- يتمّ، و يتعيّن كون تمام الربح للمالك [١] (٢) إذا أجاز المعاملات، و إن لم تجز المضاربه الثانيه.

[مسألة ٣٣: إذا شرط أحدهما على الآخر في ضمن عقد المضاربه مالاً أو عملاً]

[٣٤٢٢] مسألة ٣٣: إذا شرط أحدهما على الآخر في ضمن عقد المضاربه مالاً أو عملاً، كأن اشترط المالك على العامل أن يخيّط له ثوباً أو يعطيه درهماً أو نحو ذلك، أو بالعكس، فالظاهر صحّته. و كذا إذا اشترط أحدهما على الآخر بيعاً أو قرضاً، أو قراضاً أو بضاعة، أو نحو ذلك.

و دعوى أنّ العقد المتيقّن ما إذا لم يكن من المالك إلّا رأس المال، و من العامل إلّا التجاره. مدفوعه بأن ذلك من حيث متعلق العقد، فلا ينافى اشتراط مال أو عمل خارجي في ضمنه، و يكفي في صحّته عموم أدلّه الشروط.

و عن

الشيخ الطوسي فيما إذا اشترط المالك على العامل بضاعه، بطلان الشرط دون العقد في أحد قوليه، و بطلانهما في قوله الآخر. قال: لأن العامل في القراض لا يعمل عملاً بغير جعل ولا قسط من الربح، وإذا بطل الشرط بطل القراض

إلا أن فساده أوضح من أن يخفى. فإن احترام عمل المسلم لا يقتضى أن يكون لغيره ضمان بالنسبه إليه، ما لم يكن العمل بأمره و إذنه.

(١) فإنه حينئذ تصح المضاربه الأولى، و يكون للعامل الأول ما قرراه من الربح و للثاني اجره مثل عمله على الأول مع جهله بالفساد، بل مع علمه به أيضاً على ما تقدم، لأن العمل قد استوفاه العامل الأول، و التزم بعوضه للثاني، فيضمنه عند ظهور فساد العقد معه.

(٢) لأن الأول لم يعمل شيئاً، و الثاني و إن عمل إلا أن عمله لم يكن بأمر المالك فلا يستحق شيئاً.

[١] و أمياً الأخبار الدالة على أنّ الربح يشترط فيه العامل و المالك عند مخالفه الشرط أيضاً فهي غير شامله للمقام، كما يظهر بالتأمل.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٧٤

لأنّ قسط العامل يكون مجهولاً (١). ثم قال: و إن قلنا أنّ القراض صحيح، و الشرط جائز لكنه لا يلزم الوفاء به، لأنّ البضاعه لا يلزم القيام بها، كان قوياً.

و حاصل كلامه في وجه بطلانهما: أن الشرط المفروض منافٍ لمقتضى العقد فيكون باطلاً، و ببطلانه يبطل العقد، لاستلزامه جهاله حصه العامل من حيث إنّ للشرط قسطاً من الربح، و ببطلانه يسقط ذلك القسط، و هو غير معلوم المقدار.

و فيه: منع كونه منافياً لمقتضى العقد، فإنّ مقتضاه ليس أزيد من أن يكون عمله في مال القراض بجزء من الربح، و العمل الخارجى ليس عملاً

و توهم استحقاق العامل الأول لما قرر فى المضاربه الأولى، باعتبار أن المقام من مصاديق تخلف الشرط، و قد دلت النصوص على استحقاقه للحصه المعينه من الربح عند ظهوره.

مدفوع بأن النصوص إنما وردت فى عمل العامل على خلاف شرط المالك، كما لو اشترط التجاره فى البلد فتاجر فى غيره، و أين هذا من صدور العمل من أجنبى عن حدود المضاربه بالكليه؟.

و بعباره اخرى: إن المفروض فى هذه النصوص صدور التجاره من العامل فاقداً لشرط المالك، فلا تشمل صورته صدور الفعل من غيره، كما هو الحال فى المقام.

(١) و ذلك لأن المالك إنما رضى بجعل النسبه المعينه من الربح للعامل، لاشترطه عليه عملاً آخر مجاناً. فهو إنما أعطاه النصف مثلاً لاشترطه عليه خياطه ثوبه مجاناً و لولاها لما كان يجعل للعامل النصف، و هذا يعنى مقابله بعض الحصه المجعوله للشرط.

و من هنا فإذا فسد الشرط فسد ما يقابله قهراً، و حيث إنه مجهول يكون ما يازاء نفس عمل المضاربه مجهولاً أيضاً. و حينئذ فيبطل العقد، إذ يعتبر فى عقد المضاربه تحديد حصه العامل من الربح.

(٢) و بعباره اخرى: إن مقتضى عقد المضاربه أن لا يكون عمل العامل فى مال المضاربه مجاناً و بلا عوض، بل لا بد من جعل شىء من الربح يازائه، و أما كون عمله

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٧٥

هذا مع أن ما ذكره من لزوم جهاله حصه العامل بعد بطلان الشرط ممنوع، إذ ليس الشرط مقابلاً بالعوض فى شىء من الموارد، و إنما يوجب زياده العوض، فلا ينقص من بطلانه شىء من الحصه حتى تصير مجهوله.

و أما ما ذكره فى قوله: و إن قلنا...، فلعل غرضه أنه

إذا لم يكن الوفاء بالشرط لازماً يكون وجوده كعدمه، فكأن لم يشترط، فلا يلزم الجهالة في الحصه. وفيه: أنه على فرض إيجابه للجهالة لا يتفاوت الحال بين لزوم العمل به وعدمه، حيث إنه على التقديرين زيد بعض العوض لأجله.

هذا وقد يقرّر في وجه بطلان الشرط المذكور: أنّ هذا الشرط لا أثر له أصلاً، لأنه ليس بلازم الوفاء، حيث إنه في العقد الجائز، ولا يلزم من تخلفه أثر التسليط على الفسخ، حيث إنه يجوز فسخه ولو مع عدم التخلف.

وفيه أوّلاً: ما عرفت سابقاً من لزوم العمل بالشرط في ضمن العقود الجائزه ما دامت باقيه و لم تفسخ، وإن كان له أن يفسخ حتى يسقط وجوب العمل به.

و ثانياً: لا نسلم إنّ تخلفه لا يؤثر في التسلّط على الفسخ، إذ الفسخ الذي يأتي من قبل كون العقد جائزاً إنما يكون بالنسبه إلى الاستمرار، بخلاف الفسخ الآتي من تخلف الشرط فإنه يوجب فسخ المعامله من الأصل [١] (١).

في مال آخر غيره بعوض أيضاً، فلا يقتضيه عقد المضاربه ولا دليل عليه، بل مقتضى عمومات الوفاء بالشرط صحّه هذا الشرط.

(١) و الفرق بينهما: أنّ الجواز الآتي من قبل الشرط جواز وضعي حتى قابل للإسقاط من قبل المتعاقدين، في حين إنّ الجواز المضاف إلى العقد مباشره جواز حكمي لا يقبل الإسقاط.

[١] و الفرق بينهما هو أنّ الجواز الآتي من قبل تخلف الشرط جواز وضعي، و الجواز في العقد الجائز جواز حكمي.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٧٦

فإذا فرضنا أنّ الفسخ بعد حصول الربح، فإن كان من القسم الأول اقتضى حصوله من حينه، فالعامل يستحقّ ذلك الربح بمقدار حصّته. وإن كان من القسم

الثانى يكون تمام الرّيح للمالك، و يستحقّ العامل اجره المثل لعمله، و هى قد تكون أزيد من الرّيح [١] (١) و قد تكون أقل. فيتفاوت الحال بالفسخ و عدمه إذا كان لأجل تخلف الشرط.

[مسألة ٣٤: يملك العامل حصّته من الرّيح بمجرد ظهوره من غير توقّف على الإنضاض]

[٣٤٢٣] مسأله ٣٤: يملك العامل حصّته من الرّيح بمجرد ظهوره من غير توقّف على الإنضاض أو القسمة، لا نقلًا و لا كشفًا، على المشهور، بل الظاهر الإجماع عليه، لأنه مقتضى اشتراط كون الرّيح بينهما (٢) و لأنه مملوك و ليس للمالك

(١) إنما يستحقّ العامل زياده الأجره عن الحصّه المعيّنه من الرّيح على تقدير الفسخ، فيما إذا لم يكن التخلف من نفسه، كما لو جاء الفسخ نتيجة لتخلف المالك عما شرط عليه. و أما إذا كان الفسخ نتيجة لتخلف العامل عن الشرط، فهو إنما يستحقّ أقلّ الأمرين، من اجره المثل و ما اتفقا عليه من الحصّه. و لا يستحقّ الزيادة، لإقدامه على العمل فى المضاربه بأقلّ من ذلك المقدار، فهو قد ألغى احترام ماله فيه.

(٢) فإنّ مقتضاه مع ملاحظه إطلاقات أدلّه المضاربه ملكيه العامل للرّيح بمجرد ظهوره، و من غير توقّف على أمر آخر غيره.

و قد ذكرنا فى مبحث الخمس تبعاً للماتن (قدس سره)، أنّ ارتفاع القيمه السوقيه قد يفرض فى الأموال التى لم تعد للتجاره و الاكتساب كالمعدات المتخذة للانتفاع الشخصى، و قد يفرض فيما يتخذ للانتفاع بماليته.

فى الأوّل لا- يعد ترقى القيمه ربحاً عند العقلاء، نظراً إلى أنّ الغايه من ملكيته لها ليست هى التجاره كى تكون مورداً لصدق الرّيح و الاستفادة. فمن يشتري دار سكناه بألف ثمّ ترتفع القيمه السوقيه بمرور الزمان فتصبح خمسه آلاف، لا يعد لدى العقلاء

[١] إذا كان تخلف الشرط من قبل العامل فهو و

إن كان يستحقّ أجره المثل إلّا أنّه لا بدّ أن لا يكون أزيد من الربح، و إلّا فلا يستحقّ الزائد.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٧٧

فيكون للعامل، و للصحيح (١): رجل دفع إلى رجل ألف درهم للمضاربه فاشتري أباه و هو لا يعلم، قال: «يقوم فإن زاد درهماً واحداً انعتق، و استسعى في مال الرجل» إذ لو لم يكن مالكاً لحصّته لم ينعتق أبوه.

نعم، عن الفخر عن والده أنّ في المسألة أربعة أقوال، و لكن لم يذكر القائل و لعله من العامّة.

أحدها: ما ذكرنا.

الثاني: أنه يملك بالإنضاض، لأنه قبله ليس موجوداً خارجياً، بل هو مقدّر موهوم.

الثالث: أنه يملك بالقسمه، لأنه لو ملك قبله لاختص بربحه، و لم يكن وقايه لرأس المال.

أنه قد ربح أربعة آلاف ما دام هو يحتفظ بداره و لم يبيعها، و إنما هو يملك دار سكنائه فقط. نعم، لو باعها صدق الرّبح عند ذلك.

و هذا بخلاف الثاني، حيث إنّ زياده القيمه فيه تعتبر ربحاً لدى العقلاء، سواء أ باعه أم لم يبعه، فإنه رابح و مالك للزياده بالفعل.

و دعوى أنه أمر موهوم، واضح الفساد. فإنه أمر اعتباري ثابت ببناء العقلاء على حدّ ثبوت أصل الماليه، و إلّا فلا نعرف أيّ فرق بين الذهب و الحديد. فتاجر الحنطه و إن لم تزد حنطته عيناً، إلّا أنها لما كانت تباع في آخر السنه بأكثر مما كانت تباع به في أوّلها، يصدق عليه أنه ربح كذا مقداراً.

و عليه ففيما نحن فيه، العبره في صدق الرّبح عرفاً إنما هو بصدق الرّبح لدى العقلاء، و حيث إنك قد عرفت صدقه عند ظهوره في الأموال التجاريه حقيقه و بالاعتبار العقلائي، يكون العامل مالكاً لحصّته. و لو لا ذلك

لما كان له مطالبه المالك بالقسمه، و كان للمالك أن يفسخ العقد من دون أن يعطيه شيئاً.

(١) رواه الكليني، عن علي بن إبراهيم، عن أبيه، عن ابن أبي عمير، عن محمد بن

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٧٨

الرابع: أن القسمه كاشفه عن الملك سابقاً، لأنها توجب استقراره.

و الأقوى ما ذكرنا، لما ذكرنا. و دعوى أنه ليس موجوداً، كما ترى (١). و كون القيمة أمراً وهمياً، ممنوع. مع أنا نقول: إنه يصير شريكاً في العين الموجوده بالنسبه، و لذا يصح له مطالبه القسمه، مع أن المملوك لا يلزم أن يكون موجوداً خارجياً، فإن الدين مملوك مع أنه ليس في الخارج.

و من الغريب (٢) إصرار صاحب الجواهر على الإشكال في ملكيته، بدعوى أنه حقيقه ما زاد على عين الأصل، و قيمه الشيء أمر وهمي لا وجود له، لا ذمّه و لا خارجاً، فلا يصدق عليه الرّبح. نعم، لا بأس أن يقال: إنه بالظهور ملك أن يملك، بمعنى أن له الإنضاض فيملك. و أغرب منه أنه قال: بل لعل الوجه في خبر عتق الأيب ذلك أيضاً، بناءً على الاكتفاء بمثل ذلك في العتق المبني على السرايه، إذ لا يخفى ما فيه (٣).

□

ميسر (قيس)، قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام) «١».

(١) ظهر وجهه و وجه ما يليه مما تقدّم منا بيانه.

(٢) استغرابه (قدس سره) في محلّه، بعد ما عرفت صدق الرّبح عند العقلاء حقيقه.

(٣) لوضوح دلالة الصحيحه، بعد توقّف العتق و بحسب الارتكاز العرفي على الملك، فلو لم يكن العامل مالكاً لجزء من أبيه بالشراء، فلا وجه لانتعاق مال الغير على العامل. على أن قوله (عليه السلام): «و استسعى في مال الرجل» دليل على أن العتق

إنما بدأ من حصّه العامل و ملكه، حيث يعلم من هذا التعبير أنّ مال الرجل غير المقدار الذى انعتق، و لو كان الجميع للمالك لوجب الاستدعاء فى جميع قيمته لا فى خصوص مال الرجل.

(١) الوسائل، ج ١٩ كتاب المضاربه، ب ٨ ح ١.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٧٩

مع أن لازم ما ذكره كون العين بتمامها ملكاً للمالك حتى مقدار الربح، مع أنه ادعى الاتفاق على عدم كون مقدار حصّه العامل من الربح للمالك، فلا ينبغي التأمل فى أن الأقوى ما هو المشهور.

نعم، إن حصل خسران أو تلف بعد ظهور الربح، خرج عن ملكيه العامل (١) لا أن يكون كاشفاً عن عدم ملكيته من الأول.

و على ما ذكرنا يترتب عليه جميع آثار الملكيه، من جواز المطالبه بالقسمه و إن كانت موقوفه على رضى المالك، و من صحّه تصرّفاته فيه من البيع و الصلح و نحوهما، و من الإرث، و تعلق الخمس و الزكاه، و حصول الاستطاعه للحج و تعلق حقّ الغرماء به، و وجوب صرفه فى الدين مع المطالبه، إلى غير ذلك.

[مسأله ٣٥: الربح وقايه لرأس المال، فملكيه العامل له بالظهور مترلزله]

[٣٤٢٤] مسأله ٣٥: الربح وقايه لرأس المال، فملكيه العامل له بالظهور مترلزله. فلو عرض بعد ذلك خسران أو تلف، يجبر به إلى أن تستقرّ ملكيته (٢).

(١) على ما سيأتى بيانه فى المسأله القادمه.

(٢) بلا خلاف فيه بينهم، بل و عليه التسالم، مضافاً إلى كونه مقتضى عقد المضاربه من أول الأمر، فإنّ إرجاع رأس المال بتمامه عند عدم الخسران أمر مفروغ عنه فى أصل عقد المضاربه.

و معنى هذا أخذ المالك لرأس ماله بعد الانتهاء من التجاره، على أن يكون الزائد على تقدير وجوده مشتركاً بينه و بين العامل. و من هنا فإذا خسرت التجاره

أولاً ثم ربحت، لم يكن للعامل المطالبه بحصّه من الرّبح إذا لم يكن زائداً عما خسرتّه أولاً و على هذا الارتكاز العرفي.

و بعبارة اخرى: إنّ المجعول في عقد المضاربه للعامل ليس هي الحصّه من الرّبح في كل معاملة بعينها، و إنما هي الحصّه من الرّبح من حيث مجموع التجارات. و عليه فما دامت التجاره باقيه و مستمره، يكون الخسران بأجمعه وارداً على الرّبح السابق عليه و منجبراً بالذى يحصل بعده، نظراً لعدم صدق ربح مجموع التجاره، من حيث إنه مجموع على الزائد قبل ذلك، كما هو واضح.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٨٠

و الاستقرار يحصل بعد الإنضاض و الفسخ و القسمة (١) فبعدها إذا تلف شيء لا يحسب من الرّبح (٢) بل تلف كل على صاحبه.

و لا يكفي في الاستقرار قسمة الرّبح فقط مع عدم الفسخ (٣) بل و لا قسمة الكل كذلك [١] (٤) و لا بالفسخ مع عدم القسمة (٥). فلو حصل خسران أو تلف أو ربح كان كما سبق، فيكون الرّبح مشتركاً و التلف و الخسران عليهما، و يتم رأس المال بالرّبح.

نعم، لو حصل الفسخ و لم يحصل الإنضاض و لو بالنسبه إلى البعض و حصلت القسمة، فهل تستقرّ الملكيه أم لا؟ إن قلنا بوجود الإنضاض على العامل

و من هنا فلا حازه في الحكم إلى الدليل الخاص، إذ يكفي فيه كونه مقتضى عقد المضاربه بحدّ ذاته.

(١) بلا خلاف فيه، بل يظهر من بعض الكلمات دعوى الإجماع عليه. و يقتضيه إنهاء العقد، و تسلط كل على ما يختص به.

(٢) لانتهاء العقد، و وقوع التلف على أمر غير متعلق للعقد بالفعل، فيختص الخسران بمالكه.

(٣) لعدم ارتفاع عقد المضاربه، فيبقى حكمه، اعنى جبر الخساره بالرّبح،

سواء تحققت قسمه الربح أم لم تتحقق.

(٤) بان يرجع الأصل إلى المالك و يكون الربح بينهما على ما اتفقا عليه. إلّا ان الالتزام بذلك مشكلاً جداً، حيث ان الفسخ لا يتوقف على اللفظ، بل يحقق بالفعل أيضاً. و من أظهر مصاديقه إعطاء العامل للمالك رأس ماله مع حصّته من الربح و أخذه هو حصّته منه أيضاً، فإنه فسخ فعلي و إنهاء لعقد المضاربه. و معه فلا وجه لجبران الخساره بالربح السابق.

(٥) لعدم وصول رأس المال معه إلى مالكة، فيكون الخسران محسوباً من الربح لا محاله.

[١] الظاهر أنها فسخ فعلي، فلا يكون التلف بعدها محسوباً من الربح.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٨١

فالظاهر عدم الاستقرار (١). و إن قلنا بعدم وجوبه، ففيه وجهان [١]، أقواهما الاستقرار (٢).

و الحاصل أنّ اللّازم أوّلماً دفع مقدار رأس المال للمالك، ثمّ يقسم ما زاد عنه بينهما على حسب حصّتهما، فكلّ خساره و تلف قبل تمام المضاربه يجبر بالربح و تماميتها بما ذكرنا من الفسخ و القسمة.

[مسألة ٣٦: إذا ظهر الربح و نض تماماً أو بعض منه]

[٣٤٢٥] مسألة ٣٦: إذا ظهر الربح و نض تماماً أو بعض منه، فطلب أحدهما قسمته، فإن رضی الآخر فلا مانع منها، و إن لم يرض المالك لم يجبر عليها، لاحتمال الخسران بعد ذلك و الحاجه إلى جبره به (٣).

و بعبارة اخرى: ان العبره انما هي بوصول ما أعطاه المالك رأس المال إليه، فما لم يتحقق ذلك يكون الخسران منجبراً بالربح خاصة، و لا وجه لجعله في مال المالك أو المجموع منه و من الربح.

(١) لعدم انتهاء العقد، نظراً لبقاء المتم له.

إلّا أنّ هذا القول لا وجه له. إذ القول بوجوب الإنضاض على العامل بعد رضا المالك بقسمة العروض، و من ثم إلغاء حقه في

المطالبه بالإنضاض كما هو مفروض المسأله، بعيد جداً و لا موجب له، نظراً لعدم كونه من الواجبات التعبدية.

(٢) لانتهاء عقد المضاربه بالقسمه، و عدم كون الإنضاض متمماً له، فإنّ معه لا يبقى وجه للقول بعدم الاستقرار.

(٣) الظاهر أنّه (قدس سره) لا يريد بهذا التعليل دعوى كونها ضرريه عليه، كى يورد عليه بأنّه لا ضرر عليه فى القسمه، لإمكان أخذ الكفيل و نحوه على المال مما يطمئن معه بعدم الضرر. و إنما يريد به ما ذكره (قدس سره) فى المسأله السابقه، من كون الربح وقايه لرأس المال، فإنّه و إن كان يملك بمجرد ظهوره، إلّا أن ذلك لا يعنى أنّ للعامل أخذ حصّته من الربح فى كل معامله شخصيه، فإنه غير جائز، لما عرفت من أن العبره فى الربح إنما هى بالنتيجه.

[١] الظاهر أنّه لا إشكال فى عدم وجوبه مع فرض رضا المالك بالقسمه قبله كما هو المفروض.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٨٢

قيل: و إن لم يرض العامل فكذلك أيضاً، لأنه لو حصل الخسران و جبّ عليه ردّ ما أخذه، و لعله لا يقدر بعد ذلك عليه لفواته فى يده، و هو ضرر عليه. و فيه: أنّ هذا لا يعدّ ضرراً (١). فالأقوى أنه يجبر إذا طلب المالك.

و كيف كان، إذا اقتسماه ثم حصل الخسران، فإن حصل بعده ربح يجبره فهو و إلّا ردّ العامل أقلّ الأمرين من مقدار الخسران و ما أخذ من الربح، لأنّ الأقل إن كان هو الخسران فليس عليه إلّا جبره و الزائد له، و إن كان هو الربح فليس عليه إلّا مقدار ما أخذه (٢).

و يظهر من الشهيد أنّ قسمه الربح موجب لاستقراره و عدم جبره للخساره الحاصله بعدها، لكن قسمه

مقداره ليست قسمه له من حيث إنه مشاع في جميع المال، فأخذ مقدار منه ليس أخذاً له فقط.

حيث قال على ما نقل عنه: إنَّ المردود أقلَّ الأمرين مما أخذه العامل من رأس المال لا من الربح. فلو كان رأس المال مائه و الربح عشرين، فاقسما العشرين

و بعبارة اخرى: إنَّ الملكيه و إن كانت حاصله من الأوّل حين حصول الربح.

و معه فكيف يكون للعامل المطالبه به و أخذه و إتلافه و إن كنا على ثقة بعدم تضرر المالك؟ فإنَّ الربح و بحكم الاشتراط متعلق لحق المالك، فلا يجوز التصرف فيه بغير إذنه.

إذن فلا بدّ للعامل حينئذ من كسب رضى المالك، أو انتظار انتهاء الأمد، أو انفساخ المضاربه.

(١) لإمكان تحفظه على المال و عدم التصرف فيه حتى يتبين الأمر. و على تقدير تعديه بالتصرف فيه، فدفع بدله لا يعدّ ضرراً.

على أننا لو سلّمنا كونه ضرراً في بعض الأحوال، فهو لا يوجب سقوط سلطنه المالك عن ماله، لأنه ضرر عليه أيضاً.

(٢) على ما يقتضيه عقد المضاربه، كما ظهر مما تقدّم.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٨٣

فالعشرون التي هي الربح مشاعه في الجميع، نسبتها إلى رأس المال نسبة السدس فالمأخوذ سدس الجميع، فيكون خمسه أسداسها من رأس المال و سدسها من الربح. فإذا اقتسماها استقرّ ملك العامل على نصيبه من الربح، و هو نصف سدس العشرين و ذلك درهم و ثلثان، يبقى معه ثمانية و ثلث من رأس المال. فإذا خسر المال الباقي ردّ أقلَّ الأمرين، مما خسر و من ثمانية و ثلث.

و فيه: مضافاً إلى أنه خلاف ما هو المعلوم من وجوب جبر الخسران الحاصل بعد ذلك بالربح السابق إن لم يلحقه ربح و أن عليه غرامه ما

أخذه منه، أنظار آخر.

منها: أنّ المأخوذ إذا كان من رأس المال، فوجوب ردّه لا يتوقف على حصول الخسران بعد ذلك.

و منها: أنه ليس مأذوناً في أخذ رأس المال، فلا وجه للقسمه المفروضه.

و منها: أنّ المفروض أنّهما اقتسما المقدار من الربح بعنوان أنه ربح، لا بعنوان كونه منه و من رأس المال.

و دعوى أنه لا يتعين لكونه من الربح بمجرّد قصدهما، مع فرض إشاعته في تمام المال.

مدفوعه بأنّ المال بعد حصول الربح يصير مشتركاً بين المالك و العامل، فمقدار رأس المال مع حصّه من الربح للمالك، و مقدار حصّه الربح المشروط للعامل له، فلا وجه لعدم التعيين بعد تعيينهما مقدار ما لهما في هذا المال. فقسمه الربح في الحقيقه قسمه لجميع المال، و لا مانع منها.

[مسألة ٣٧: إذا باع العامل حصّته من الربح بعد ظهوره، صحّ مع تحقق الشرائط]

[٣٤٢٦] مسأله ٣٧: إذا باع العامل حصّته من الربح بعد ظهوره، صحّ مع تحقق الشرائط، من معلوميه المقدار و غيره. و إذا حصل خسران بعد هذا لا يبطل البيع (١) بل يكون بمنزله التلف، فيجب عليه جبره بدفع أقلّ الأمرين، من مقدار قيمه ما باعه و مقدار الخسران.

(١) أما إذا كان البيع بإذن المالك، فلا ينبغي الشك في صحّته، لكونه بمنزله التقسيم و عدم ما يقتضى منعه منه، فإن «الناس مسلّطون على أموالهم» و للمالك التصرف فيما

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٨٤

[مسألة ٣٨: لا إشكال في أنّ خساره الوارده على مال المضاربه تجبر بالربح]

[٣٤٢٧] مسأله ٣٨: لا- إشكال في أنّ خساره الوارده على مال المضاربه تجبر بالربح (١) سواء كان سابقاً عليها أو لاحقاً، ما دامت المضاربه باقيه و لم يتمّ

يملكه كيفما يشاء. فإن ظهرت هناك خساره بعد ذلك، فلا بدّ من تداركها بالبدل لا محاله، لتلف العين المملوكه بالملك المترزّل.

و أما إذا كان البيع بغير إذن المالك، فقد يقال ببطلانه، نظراً لكون الربح متعلقاً لحق المالك. و من هنا فالخساره، إما ان تكشف

عن عدم ملكية العامل للحصه المبيعه من أول الأمر، و إما أن تكشف من تعلق حق المالك بها، فلا يصح التصرف فيها بغير إذنه.

لكن الظاهر أن هذه المسأله لا تقاس بمسأله عدم إلزام المالك بالقسمه عند طلب العامل ذلك.

و الوجه فيه أن مطالبه العامل بالقسمه مطالبه لتمييز حقه ليستقل به، و هو أمر على خلاف أساس المضاربه، حيث إنه عقد قائم على أساس كون الربح وقايه لرأس المال و تداركاً للخساره المحتمله، و هذا بخلاف تصرف العامل فيما يستقل به و يملكه. فإنه و إن كان على خلاف ما شرط عليه، إلا أنه لا يوجب بطلان التصرف الصادر منه و

إنما غايته ثبوت الخيار للمالك في فسخ عقد المضاربه، نظراً لتخلف الشرط. فإن فسخ فهو، وإلا الزم العامل بتدارك خساره من ماله بدلاً عما أتلفه من الربح بالبيع بدفع أقلّ الأمرين من قيمه ما باعه و مقدار الخسران.

و أما احتمال بطلان بيع العامل، فلا موجب له بعد ما كان البيع واقعاً على ما يملكه بالفعل.

و كذا الحال في احتمال كشف خساره اللاحقه عن عدم ملكيه العامل للمبيع من بادئ الأمر، فإنه موهون و لا وجه له، إذ الملك يحصل بمجرد ظهور الربح، و يستقلّ به العامل من غير أن يكون هناك أى حق للمالك فيه.

و من هنا فتصرفه فيه لا يكون إلا مخالفة للشرط، و هي لا تقتضى إلا الحكم التكليفي بالحرمه، و ثبوت الخيار للمالك.

(١) على ما يقتضيه عقد المضاربه بنفسه.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٨٥

عملها. نعم، قد عرفت ما عن الشهيد من عدم جبران خساره اللاحقه بالربح السابق إذا اقتسماه، و أنّ مقدار الربح من المقسوم تستقر ملكيته.

و أمّا التلف، فإما أن يكون بعد الدوران في التجاره، أو بعد الشروع فيها، أو قبله. ثم إما أن يكون التالف البعض، أو الكل. و أيضاً إما إن يكون بآفه من الله سماويه أو أرضيه، أو بإتلاف المالك أو العامل أو الأجنبي على وجه الضمان.

فإن كان بعد الدوران في التجاره، فالظاهر جبره بالربح (١) و لو كان لاحقاً مطلقاً، سواء كان التالف البعض أو الكل (٢) كان التلف بآفه أو بإتلاف ضامن من العامل أو الأجنبي. و دعوى أنّ مع الضمان كأنه لم يتلف، لأنه في ذمه الضامن كما ترى (٣). نعم، لو أخذ العوض يكون من جملة المال (٤).

بل الأقوى ذلك إذا كان

بعد الشروع في التجاره و إن كان التالف الكلّ (٥). كما إذا اشترى في الذمّه و تلف المال قبل دفعه إلى البائع فأداه المالك، أو باع العامل المبيع و ربح فأدى.

كما أن الأقوى في تلف البعض الجبر و إن كان قبل الشروع أيضاً (٦). كما إذا سرق في أثناء السفر قبل أن يشرع في التجاره، أو في البلد أيضاً قبل أن يسافر.

(١) لاقتضاء أصل المضاربه ذلك، حيث إنها مبنيه على بقاء رأس المال و عوده إلى المالك و عدم تضرره فيه.

(٢) حيث يقوم الباقي مقام رأس المال إن كان مساوياً له، فيختص به المالك، لما تقدّم. و كذا الحال إذا كان أنقص منه، حيث يأخذه المالك و لا شيء للعامل.

(٣) إذ العبره إنما هي بأخذ المالك و تسلّطه على ما أعطاه للعامل من رأس المال و هو غير متحقّق في المقام. و مجرد وجوده في ذمّه ضامن، لا يوجب عدم صدق التلف عليه، فإنّ التلف صادق وجداناً و إن كانت الملكيه محفوظه.

(٤) فيكون مشتركاً بينهما على ما اتفقا عليه.

(٥) لما تقدّم من اقتضاء العقد له.

(٦) لما عرفت من كون أساس المضاربه على عدم ورود النقص على مال المضاربه

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٨٦

و أمّا تلف الكلّ قبل الشروع في التجاره، فالظاهر انه موجب لانفساخ العقد إذ لا يبقى معه مال للتجاره حتى يجبر أو لا يجبر. نعم، إذا أتلّفه أجنبي و ادّى عوضه، تكون المضاربه باقيه. و كذا إذا أتلّفه العامل.

[مسأله ٣٩: العامل أمين. فلا يضمن إلّا بالخيانه]

[٣٤٢٨] مسأله ٣٩: العامل أمين (١). فلا يضمن إلّا بالخيانه (٢) كما لو أكل بعض مال المضاربه، أو اشترى شيئاً لنفسه فأدى الثمن من ذلك، أو وطئ الجاريه المشتراه، أو نحو ذلك.

أو التفريط، بترك الحفظ. أو التعدي، بأن خالف ما أمره به أو نهاه عنه، كما لو سافر مع نهيته عنه أو عدم إذنه في السفر، أو اشترى ما نهى عن شرائه، أو ترك شراء ما أمره به. فيانه يصير بذلك ضامناً للمال لو تلف و لو بآفه سماويّه، و إن بقيت المضاربه، كما مرّ. و الظاهر ضمانه للخساره الحاصله بعد ذلك أيضاً (٣).

و إذا رجع عن تعديّه أو خيانتته فهل يبقى الضمان أو لا؟ وجهان. مقتضى الاستصحاب بقاءه، كما ذكرنا في باب الوديعه أنه لو أخرجها الودعي عن الحرز

و أخذ المالك لتمام رأس المال، و كون الاشتراك في الزائد خاصّه.

(١) بلا خلاف فيه و لا إشكال، بل و عليه الإجماع.

(٢) على ما استفاد من جمله من النصوص الوارده في الضمان، بل و النصوص الوارده في خصوص المضاربه، حيث علقت الضمان على المخالفه و التعدي، فيكون مفهومها عدم ضمان العامل عند تلف مال المضاربه من غير تعدُّ أو تفريط.

نعم، عند التلف بالتعدّي أو التفريط يكون ضامناً له بلا خلاف، لقاعده اليد حيث خرج منها عنوان الأمين و يد العامل هذا ليست منه. مضافاً إلى النصوص الكثيره الدالّه على ضمان العامل عند مخالفته لما اشترط عليه. و قد تقدمت في المسأله الخامسه، فراجع.

(٣) لإطلاق النصوص، حيث إنّ مقتضاه كون الوضيعه على العامل حينئذ ما لم يصل مال المالك بتمامه إليه، بلا فرق في ذلك بين كونها حال المعامله أو بعدها.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٨٧

بقي الضمان و إن ردّها بعد ذلك إليه. و لكن لا يخلو عن إشكال، لأن المفروض بقاء الإذن، و ارتفاع سبب الضمان (١).

و لو اقتضت المصلحه بيع الجنس في زمان و لم

بيع، ضمن الوضعية إن حصلت بعد ذلك (٢). و هل يضمن بنيه الخيانه مع عدم فعلها؟ وجهان [١] (٣): من عدم كون مجرد التيه خيانه، و من صيروره يده حال التيه بمنزله يد الغاصب. و يمكن الفرق بين العزم عليها فعلاً و بين العزم على أن يخون بعد ذلك (٤).

[مسأله ٤٠: لا يجوز للمالك أن يشتري من العامل شيئاً من مال المضاربه]

[٣٤٢٩] مسأله ٤٠: لا- يجوز للمالك أن يشتري من العامل شيئاً من مال المضاربه، لأنه ماله (٥). نعم، إذا ظهر الربح يجوز له أن يشتري حصه العامل منه

(١) و بذلك ينتفى موضوع الاستصحاب، أعنى التعدى أو التفريط، و معه فلا مقتضى للحكم بالضمان. هذا مضافاً إلى عدم جريان الاستصحاب فى الأحكام الكليه، على ما بيناه فى محله.

و منه يظهر الحال فيما ذكره فى باب إخراج الودعيّ للوديعة من الحرز.

(٢) و تقتضيه الأخبار الوارده فى مخالفه العامل لما شرط عليه. فإنّ إبقاء المال عنده على خلاف المصلحه على خلاف ما شرط عليه و مبنى عقد المضاربه من كون المال متخذاً للاسترباح.

(٣) أقربهما عدم الضمان، نظراً لكون المستفاد من النصوص الوارده فى المقام دوران الضمان مدار المخالفه الفعلية و الخيانه الخارجيه فيكون مقتضى مفهومها عدمه عند عدمها.

و دعوى أنّ التيه توجب انقلاب اليد من الأمانه إلى الغصب، أول الكلام و عهدتها على مدعيها، فإنّ التيه المحضه لا أثر لها.

(٤) بالالتزام بالضمان فى الأول، باعتبار كون يده فى ذلك الحين يداً غصبيه. و عدمه فى الثانى، لبقاء يده حين التيه على وصف الأمانيه. لكن ضعفه يظهر مما تقدّم.

(٥) و معه فلا تتحقق المعاوضه، و لا يصدق كونه مبادله مال بمال، كما هو واضح.

[١] لا يبعد أن يكون الوجه الأول أقرب.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٨٨

مع معلوميه قدرها

(١). ولا يبطل بيعه بحصول الخساره بعد ذلك، فإنه بمنزله التلف (٢). و يجب على العامل رد قيمتها لجبر الخساره (٣) كما لو باعها من غير المالك.

و أما العامل فيجوز أن يشتري من المالك قبل ظهور الربح (٤) بل و بعده، لكن يبطل الشراء بمقدار حصته من المبيع، لأنه ماله. نعم، لو اشترى منه قبل ظهور الربح بأزيد من قيمته، بحيث يكون الربح حاصلًا بهذا الشراء، يمكن الإشكال فيه، حيث إن بعض الثمن حينئذ يرجع إليه من جهه كونه ربحاً، فيلزم من نقله إلى البائع عدم نقله من حيث عوده إلى نفسه.

و يمكن دفعه بأن كونه ربحاً متأخر عن صيرورته للبائع، فيصير أوّلاً للبائع الذى هو المالك من جهه كونه ثمنًا، و بعد أن تمت المعامله و صار ملكاً للبائع و صدق كونه ربحاً، يرجع إلى المشتري الذى هو العامل على حسب قرار المضاربه، فملكه البائع متقدّمه طبعاً.

و هذا مثل ما إذا باع العامل مال المضاربه الذى هو مال المالك من أجنبى بأزيد من قيمته، فإن المبيع ينتقل من المالك و الثمن يكون مشتركاً بينه و بين العامل. و لا بأس به، فإنه من الأوّل يصير ملكاً للمالك، ثم يصير بمقدار حصه العامل منه له بمقتضى قرار المضاربه.

(١) لما عرفت فيما سبق، من ملكيه العامل لخصته من الربح بمجرد ظهوره.

(٢) على ما تقدم بيانه فى المسأله السابعه و الثلاثين مفصلاً، فراجع.

(٣) لأنّ مجرد الإذن فى البيع و جواز الإتلاف، لا يقتضى عدم ضمانه و وجوب تداركه عند ظهور الخساره.

(٤) لعدم اتحاد مالك العوض و المعوض، فتصدق المعاوضه حقيقه، حيث ينتقل المال المشتري من المالك إلى العامل، فى حين ينتقل الثمن من العامل إلى المالك.

لكن هذا على ما هو المشهور [١] (١) من أن مقتضى المعاوضه دخول المعوض في ملك من خرج عنه العوض و أنه لا يعقل غيره. و أما على ما هو الأقوى من عدم المانع من كون المعوض لشخص، و العوض داخل في ملك غيره، و أنه لا ينافي حقيقه المعاوضه، فيمكن أن يقال: من الأول يدخل الربح في ملك العامل بمقتضى قرار المضاربه، فلا تكون هذه الصوره مثالاً للمقام و نظيراً له.

[مسألة ٤١: يجوز للعامل الأخذ بالشفعه من المالك في مال المضاربه]

[٣٤٣٠] مسأله ٤١: يجوز للعامل الأخذ بالشفعه من المالك في مال المضاربه (٢)

(١) بل هو المتعين، لما ذكرناه في مباحث المكاسب من أن حقيقه البيع مبادله بين المالين و تبديل للمال، و إلغاء للخصوصيه في العوضين. فمن يشتري الكتاب مثلاً بدينار أو يبيعه به، يبدل ماله بشيء آخر يقوم مقامه في الماليه، و إن لم يكن مشتملاً على ما اشتمل عليه ماله من الخصوصيات.

و على هذا فحقيقه البيع متقومه بالأخذ و العطاء في قبالة بحسب المرتكز العرفي و حيث إن هذا المعنى غير متحقق في المقام، فقد يشكل الحكم بصحته.

إلما أنه مندفع بما في المتن، من أن حصه العامل من الربح في المضاربه لا تدخل في ملكه ابتداءً، بل تدخل في ملك البائع المالك آنأ ما، ثم تنتقل و بموجب عقد المضاربه إليه.

و هذا مما لا محيص عن الالتزام به، إذ به يتحقق الجمع بين مقتضى العقدين: البيع المقتضى لدخول المعوض في ملك من خرج منه العوض، و المضاربه المقتضيه لملكه العامل للحصه المعينه من الربح.

(٢) لوجود المقتضى و انتفاء المانع. فإن المالك لما أصبح شريكاً للعامل في المال بشرائه حصه شريكه، شملته أدله الشفعه من غير معارض،

فإنه شريك و له الأخذ بالشفعه فى حصّه شريكه المبيعه لغيره.

[١] و هو صحيح.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٩٠

و لا يجوز العكس (١). مثلما إذا كانت دار مشتركه بين العامل و الأجنبى، فاشتري العامل حصّه الأجنبى بمال المضاربه، يجوز له إذا كان قبل ظهور الربح أن يأخذها بالشفعه (٢) لأن الشراء قبل حصول الربح يكون للمالك، فللعامل أن يأخذ تلك الحصّه بالشفعه منه. و أما إذا كانت الدار مشتركه بين المالك و الأجنبى، فاشتري العامل حصّه الأجنبى، ليس للمالك الأخذ بالشفعه، لأن الشراء له فليس له أن يأخذ بالشفعه ما هو له.

[مسأله ٤٢: لا إشكال فى عدم جواز وطء العامل للجاريه التى اشتراها بمال المضاربه]

[٣٤٣١] مسأله ٤٢: لا إشكال فى عدم جواز وطء العامل للجاريه التى اشتراها بمال المضاربه بدون إذن المالك، سواء كان قبل ظهور الربح أو بعده، لأنها مال الغير، أو مشتركه بينه و بين الغير الذى هو المالك. فإن فعل كان زانياً يحدّد مع عدم الشبهه كاملاً إن كان قبل حصول الربح (٣) و بقدر نصيب المالك إن كان بعده (٤). كما لا إشكال فى جواز وطئها إذا أذن له المالك بعد الشراء، و كان

(١) لانتفاء موضوعها فيه. فإنّ المال و بشراء العامل حصّه شريك المالك له يصبح و بتمامه مملوكاً للمالك، و معه فلا مجال لأخذه بالشفعه، لأنها إنما تثبت لأحد الشريكين فى الحصّه المبيعه لشريكه الآخر من غيره، و هو منتفٍ فى المقام.

(٢) مقتضى مفهوم هذه القضيه، عدم ثبوت الشفعه للعامل إذا كان بعد ظهور الربح. و لم يظهر لنا وجه ذلك، فإنّ أدلّه الشفعه شامله للمقام من غير معارض، حيث إنّ الحصّه المبيعه حصّه شريك العامل، فله أن يأخذ بالشفعه حتى بعد ظهور الربح.

نعم، إنه يملك بعض تلك الحصّه من

جبهه ظهور الربح بمقتضى عقد المضاربه، لكنه لا يمنع من الأخذ بالشفعه فى غيره، و لعله (قدس سره) نظر إلى عدم جواز أخذ الجميع بالشفعه، و إلا فلا وجه لما ذكره.

(٣) لتمحض الجاريه فى الرقيه لمولاها و انفراده فى ملكها.

(٤) لاشتراكهما فى ملكيتها.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٩١

قبل حصول الربح (١) بل يجوز بعده، على الأقوى (٢) من جواز تحليل أحد الشريكين صاحبه و طء الجاريه المشترکه بينهما.

و هل يجوز وطؤها بالإذن السابق فى حال إيقاع عقد المضاربه، أو بعده قبل الشراء، أم لا؟ المشهور على عدم الجواز، لأن التحليل إما تملك أو عقد، و كلاهما لا يصلحان قبل الشراء (٣).

و الأقوى كما عن الشيخ فى النهايه الجواز، لمنع كونه أحد الأمرين، بل هو إباحه (٤) و لا- مانع من إنشائها قبل الشراء إذا لم يرجع عن إذنه بعد ذلك، كما إذا

(١) حيث تكون محلله من قبل المالك.

(٢) تقدّم الكلام فى هذا الفرع فى المسأله الحاديه و العشرين من فصل نكاح العبيد و الإمام. و قد عرفت أنّ مقتضى القاعده فى المقام و إن كان هو المنع و الحرمة، باعتبار أنّ الملققه من التحليل و الملك لا يشملها شىء من أسباب الحلّ المذكوره فى الآيه الكريمه و النصوص، إلا أنه لا محيص عن رفع اليد عنها و الالتزام بالجواز.

و ذلك لصحيحه محمد بن قيس عن أبى جعفر (عليه السلام)، قال: سألته عن جاريه بين رجلين دبراها جميعاً، ثم أحلّ أحدهما فرجها لشريكه، قال: «هو حلال و أيهما مات قبل صاحبه فقد صار نصفها حراً من قبل الذى مات و نصفها مدبراً» الحديث «١»، فإنها صريحه فى جواز و طء الجاريه المشترکه بإذن الشريك.

و هذه الصحيحه و

إن لم تكن وارده في المضاربه، إلا أن الحكم ثابت فيما نحن فيه أيضاً، للقطع بعدم وجود خصوصيه للتدبير، فإن الحكم ثابت للأمه المشتركه بما هي مشتركه.

(٣) لعدم ملكيته لها، و من هنا فلا أثر لتمليكه وطأها لغيره أو العقد عليها له.

(٤) وفيه: أن الوطاء و إن كان من منافع الأمه، فيمكن تمليكه للغير بإباحتها له و يدخل ذلك في قوله تعالى «أَوْ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ» * «٢» إلا أنه لا دليل على جوازه.

(١) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ٤١ ح ١.

(٢) سورة المؤمنون ٢٣: ٦.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٩٢

قال: اشتر بمالي طعاماً ثم كل منه (١).

هذا مضافاً إلى خبر الكاهلي [١] (٢) عن أبي الحسن (عليه السلام)، قلت: رجل

على أن الظاهر من الآيه الكريمة كون المجوز للوطء هو ملكيه عين الأمه، فلا تشمل ملكيه منفعتها.

و بعبارة اخرى: إنه لو كنا نحن و الآيه الكريمة لقلنا بعدم جواز وطء الأمه المحلله حيث إنها ظاهره في حصر سبب الحل في الزوجيه و ملك اليمين، و التحليل خارج عنهما.

غير أننا التزمنا بجوازه به للنصوص الخاصه الداله عليه، فإنها تكون مخصّصه لعموم الآيه الكريمة.

لكن هذا لا- يعنى الموافقه على ما أفاده الماتن (قدس سره) في مقام التعليل. فإن هذه النصوص و إن كانت داله على حليه الجاريه بالتحليل، إلا أنها ظاهره في حليتها بالتحليل الصادر من المالك بالفعل، فلا تشمل المقام، حيث لا يكون الأذن مالكا لها حين إذنه و إنما سيملكها بعد ذلك.

(١) قياسه (قدس سره) للمقام على ما ذكره من المثال، قياس مع الفارق. فإن جواز الأكل في المثال على القاعده، حيث لا يعتبر في أكل مال الغير

والتصرّف فيه إلّا تحصيل رضاه و طيب نفسه و لو باطناً، فيجوز التصرف فيه حتى مع عدم الإذن الإنشائي بالمرّه، فضلاً عن وجوده في مرحله سابقه على ملكيته له.

و أين هذا من المقام، أعنى باب التحليل، حيث يعتبر فيه الإنشاء و لا يكفي مجرد إحراز رضا المالك؟! و الحاصل أنّ المؤثر في حلّيه الجاربه إنّما هو إنشاء المالك لحليتها له، و من هنا فلا أثر لإنشاء غيره و إن كان سيملكها فيما بعد، لعدم الدليل عليه.

(٢) رواه الشيخ (قدس سره) بإسناده عن الحسن بن محمد بن سماعه، عن محمد

[١] هذا هو العمده، و إلّا فللمناقشه فيما ذكره مجال.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٩٣

سألني أن أسألك: أنّ رجلاً أعطاه مالاً مضاربه يشتري له ما يرى من شىء و قال له: اشتر جاربه تكون معك، و الجاربه إنّما هي لصاحب المال، إن كان فيها و ضيعه فعليه و إن كان ربح فله، فللمضارب أن يطأها؟ قال عليه السلام: «نعم». و لا يضر ظهورها في كون الشراء من غير مال المضاربه من حيث جعل ربحها للمالك لأنّ الظاهر عدم الفرق بين المضاربه و غيرها في تأثير الإذن السابق و عدمه.

□
ابن زياد، عن عبد الله بن يحيى الكاهلي، عن أبي الحسن (عليه السلام) «١».

و هذه الروايه هي العمده في الاستدلال، فإنها إن تمّت أمكن الالتزام بالجواز في المقام، و إلّا فمقتضى القاعده هو المنع. و ما ذكره الماتن (قدس سره) أوّلاً لا يصلح دليلاً.

و كيف كان، قد أورد على هذه الروايه تاره بضعف السند، و أخرى بضعف الدلاله.

أمّا الأوّل: فلأنّ المذكورين في السند و إن كانوا بأجمعهم ثقات، إلّا أنّ طريق الشيخ (قدس سره) إلى الحسن

بن محمد بن سماعه على ما فى الفهرست ضعيف بأبى طالب الأنبارى و على بن محمد بن الزبير «٢».

وفيه: أن الأمر و إن كان كذلك، فإنّ طريق الشيخ (قدس سره) فى الفهرست إلى الحسن بن محمد بن سماعه ضعيف، خلافاً لما ادعاه الأردبيلى (قدس سره) من صحّته «٣»، إلّا أن ذلك لا يمنع من القول بصحّ الروايه بعد وجود طريق آخر صحيح للشيخ (قدس سره) إلى الحسن بن محمد بن سماعه، و هو ما ذكره (قدس سره) فى المشيخه «٤».

و الحاصل أن صحّ طريقه (قدس سره) فى المشيخه إلى الحسن بن محمد بن

(١) التهذيب ٧: ١٩١/٨٤٥، الوسائل / ج ١٩ كتاب المضاربه، ب ١١ ح ١.

(٢) الفهرست ص: ٥١ ٥٢ رقم ١٩٣.

(٣) جامع الرواه ٢: ٤٧٢.

(٤) التهذيب ١٠: ٧٥ من المشيخه.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٩٤

.....

سماعه، تكفى فى الحكم بصحّ هذه الروايه، و إن كان طريقه (قدس سره) فى الفهرست إليه ضعيفاً.

إذن فالروايه صحيحه من حيث السند.

و أما الثانى: فقد أورد على دلالتها بإيرادين:

الأول: ما ذكره (قدس سره) فى المتن من كونها أجنبيه عن محل الكلام، نظراً لتضمنها الحكم بكون الربح بأجمعه للمالك.

وفيه: ما أفاده (قدس سره) من عدم وجود فرق بين المضاربه و غيرها من هذه الناحيه، فإذا كان التحليل قبل الملكيه مجوّزاً لوطء الجاريه فى غير مال المضاربه لكان مجوّزاً له فى مال المضاربه أيضاً.

الثانى: ما ذكره غير واحد من كونها مضطربه من حيث المفهوم و الدلاله و متروكه أو مهجوره من قبل الأصحاب. و ذلك لظهورها فى كون الجاريه وديعه عنده، حيث لم يرد فيها ما دلّ على تحليله إياها له، و هذا المعنى مما يقطع ببطلانه و

لم يلتزم أحد بجوازه. و من هنا فلا بد من رد علمها إلى أهلها.

و فيه: منع عدم دلالتها على التحليل، فإن كلمه: (تكون معك) ظاهره فيه، فإنها بمعنى المصاحبه، و هي في المقام كناية واضحة عن جواز وطئها باتخاذها زوجة أم أمه محلله له، على ما يشهد استعمالها في القرآن الكريم فيه.

قال تعالى «يَوَدُّ الْمُجْرِمُ لَوْ يَفْتَدِي مِنْ عَذَابٍ يَوْمئِذٍ بِبَنِيهِ. وَ صَاحِبَتِهِ وَ أَخِيهِ» (١).

و قال تعالى «يَوْمَ يَفِرُّ الْمَرْءُ مِنْ أَخِيهِ. وَ أُمِّهِ وَ أَبِيهِ. وَ صَاحِبَتِهِ وَ بَنِيهِ» (٢).

و الحاصل أنّ الروايه وارده في المقام، أعنى تحليل الرجل الأمه لغيره قبل أن يملكها.

(١) سورة المعارج ٧٠: ١١ ١٢.

(٢) سورة عبس ٨٠: ٣٤ ٣٦.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٩٥

و أما وطء المالك لتلك الجاربه، فلا بأس به قبل حصول الربح (١) بل مع الشك فيه، لأصالة عدمه. و أما بعده، فيتوقف على إذن العامل، فيجوز معه، على الأقوى من جواز إذن أحد الشريكين صاحبه.

[مسألة ٤٣: لو كان المالك في المضاربه امرأه، فاشترى العامل زوجها]

[٣٤٣٢] مسألة ٤٣: لو كان المالك في المضاربه امرأه، فاشترى العامل زوجها، فإن كان بإذنها، فلا إشكال في صحته (٢) و بطلان نكاحها (٣) و لا ضمان عليه (٤) و إن استلزم ذلك الضرر عليها بسقوط مهرها [١] و نفقتها (٥). و إلّا ففي المسألة أقوال:

البطلان مطلقاً، للاستلزام المذكور، فيكون خلاف مصلحتها.

و أما دعوى إعراض المشهور عنها، فقد عرفت منّا غير مرّه أنه لا يوجب رفع اليد عن الروايه و طرحها بعد تماميه سندها.

إذن فما ذهب إليه الماتن (قدس سره) من الجواز هو الصحيح، حيث لا موجب لرفع اليد عن صحيحه الكاهلي، و إن كان ما استند إليه (قدس سره) أوّلًا قابلاً للمناقشه.

(١) لاستقلاله حينئذ في ملكيتها.

(٢) بلا

خلاف فيها، كما لو باشرت هي ذلك بنفسها.

(٣) و يدلّ عليه مضافاً إلى النصوص العديده الإجماع و تسالم الأصحاب عليه. و قد تقدّم بيان ذلك مفصّلاً في المسأله السابعه من فصل نكاح العبيد و الإمام من كتاب النكاح، فراجع.

(٤) لصدور الفعل عن إذنها.

(٥) أما الأخير فلا ارتفاع موضوعها، أعنى الزوجيه.

[١] إنّ الشراء إن كان بعد الدخول فلا إشكال في عدم سقوط المهر، و إن كان قبل الدخول ففي سقوطه كلام يأتي في المسأله السابعه من نكاح الإمام، و لعلّ الماتن (قدس سره) أراد هذه الصوره.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٩٦

و الصحه كذلك، لأنّه من أعمال المضاربه المأذون فيها في ضمن العقد، كما إذا اشترى غير زوجها.

و الصحه إذا أجازت بعد ذلك. و هذا هو الأقوى، إذ لا فرق بين الإذن السابق و الإجازة اللاحقه (١).

فلا- وجه للقول الأوّل، مع أن قائله غير معلوم، و لعله من يقول بعدم صحه الفضولي إلّما فيما ورد دليل خاص. مع أن الاستلزام المذكور ممنوع، لأنها لا- تستحقّ النفقه إلّما تدريجاً، فليست هي مالاً لها فوّته عليها، و إلّا لزم غرامتها على من قتل الزوج. و أما المهر فإن كان ذلك بعد الدخول فلا سقوط، و إن كان قبله فيمكن أن يدعى عدم سقوطه أيضاً بمطلق المبتل، و إنما يسقط بالطلاق فقط (٢). مع أنّ

و أمّا الأوّل، فإن كان ذلك بعد دخوله بها، فلا إشكال في عدم سقوطه و استقراره به. و إن كان قبله، ففيه أقوال: السقوط مطلقاً، و عدمه كذلك، و التنصيف إلحاقاً له بالطلاق.

و قد عرفت في المسأله السابعه من فصل نكاح العبيد و الإمام أن القاعده تقتضى الثاني. إذ السقوط ينحصر بالفسخ الكاشف عن عدم ثبوت

العقد من حينه، فإلحاق غيره من موجبات البطلان كالرضاع ونحوه به، يحتاج إلى الدليل وهو مفقود. كما لا وجه لقياسه على الطلاق، حيث ثبت فيه التنصيف بالدليل التعبدى الخاص.

(١) بناءً على ما هو الصحيح من كون صحّحه العقد بالإجازة اللاحقة على القاعده. و أما لو قلنا بأن صحّته على خلاف القاعده، فلا بدّ من الاقتصار فى الحكم بصحّحه العقد الفضولى على القدر المتيقن منه، حيث ليس فى المقام دليل خاص يقتضى صحّته.

(٢) ما أفاده (قدس سره) من سهو القلم جزءاً، إذ لا قائل بسقوط المهر بالطلاق و إنما به ينتصف المهر. و حقّ العبارة أن يبدل كلمه (الطلاق) ب (الفسخ).

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٩٧

المهر كان لسيدّها (١) لا لها [١].

و كذا لا وجه للقول الثانى بعد أن كان الشراء المذكور على خلاف مصلحتها لا من حيث استلزام الضرر المذكور (٢) بل لأنها تريد زوجها لأغراض أخرى و الإذن الذى تضمنه العقد منصرف عن مثل هذا.

و مما ذكرنا ظهر حال ما إذا اشترى العامل زوجه المالك، فإنه صحيح مع الإذن السابق أو الإجازة اللاحقه، و لا يكفيه الإذن الضمنى فى العقد، للانصراف.

[مسألة ٤٤: إذا اشترى العامل من ينعق على المالك]

[٣٤٣٣] مسأله ٤٤: إذا اشترى العامل من ينعق على المالك، فإما أن يكون بإذنه، أو لا.

فعلى الأول، و لم يكن فيه ربح، صح و انعق عليه (٣) و بطلت المضاربه بالنسبه إليه، لأنه خلاف وضعها و خارج عن عنوانها، حيث إنها مبنيّه على طلب الربح المفروض عدمه، بل كونه خساره محضه، فيكون صحّحه الشراء من حيث الإذن من المالك، لا من حيث المضاربه. و حينئذ فإن بقى من مالها غيره بقيت بالنسبه إليه (٤) و إلّا بطلت من الأصل (٥)

و للعامل اجره عمله إذا لم يقصد التبرع (٤).

(١) و هو من سهو القلم أيضاً، فإنّ الكلام فى الحرّه التى يكون زوجها عبداً.

(٢) لما عرفت من عدم ثبوته. فإنّ ارتفاع النفقه بعد ارتفاع موضوعها و كونها تدريجياً، لا يعدّ ضرراً. و سقوط المهر لا نقول به.

(٣) جزماً و بلا خلاف فيه، فإنّه كما يصحّ للمالك مباشرته لشرائهم، يصحّ له شراؤهم بالواسطه.

(٤) لعدم المقتضى للبطلان بالقياس إليه.

(٥) لانتفاء موضوعها بذهاب رأس المال بأجمعه.

(٦) لاستيفاء المالك عمله المحترم الصادر عن أمره من غير قصد للمجانين و التبرع.

[١] مفروض المسأله رقيه الزوج دون المرأه، و عليه فلا موقع لهذا الكلام.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٩٨

و إن كان فيه ربح، فلا إشكال فى صحّته. لكن فى كونه قراضاً فيملك العامل بمقدار حصّته من العبد (١) أو يستحقّ عوضه على المالك للسرايه (٢) أو بطلانه مضاربه و استحقاق العامل اجره المثل لعمله (٣) كما إذا لم يكن ربح، أقوال، لا يبعد ترجيح الأخير لا لكونه خلاف وضع المضاربه، للفرق بينه و بين صورته عدم الربح (٤) بل لأنه فرع ملكيه المالك [١] المفروض عدمها (٥).

و دعوى أنه لا بدّ أن يقال: إنه يملكه آناً ما تمّ ينعق، أو تقدر ملكيته حفظاً لحقيقه البيع، على القولين فى تلك المسأله، و أى منهما كان يكفى فى ملكيه الربح.

مدفوعه بمعارضتها بالانعتاق الذى هو أيضاً متفرع على ملكيه المالك، فإن لها أثرين فى عرض واحد: ملكيه العامل للربح و الانعتاق، و مقتضى بناء العتق على التغليب تقديم الثانى. و عليه فلم يحصل للعامل ملكيه نفس العبد، و لم يفوت المالك عليه أيضاً شيئاً، بل فعل ما يمنع عن ملكيته. مع أنه يمكن أن

يقال: إن التفويت من الشارع لا منه.

لكن الإنصاف أنّ المسأله مشكله، بناءً على لزوم تقدّم ملكيه المالك و صيرورته للعامل بعده، إذ تقدّم الاعتاق على ملكيه العامل عند المعارضه فى

(١) و كأنّ الوجه فيه عموم أدلّه المضاربه مع عدم القول بالسرايه.

(٢) لكون الاعتاق عليه، فيكون و كأنه هو المعتقد له بالمبارسه.

(٣) لصدوره عن أمره من غير قصد للتبرع.

(٤) إذ مع وجود الربح لا يمكن أن يقال إنه خلاف كونه فى مقام الاسترباح.

(٥) بل الصحيح فى التعليل أن يقال: إنّ عدم استحقاق العامل للحصّه من الربح ناشئ عن عدم تحقّقه واقعاً فى المقام، و ذلك لتوقف ملكيه العامل لها على كون المعامله رابحه بالنسبه إلى المالك، و هو غير متصور فيما نحن فيه، إذ الملكيه آنأ ما قبل الاعتاق القهرى لا يعدّ ربحاً، كى يقال باستحقاق العامل منه شيئاً.

[١] بل لأنّ هذه المعامله لم يربح المالك فيها لتكون حصّه منه للعامل.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٩٩

محل المنع [١] (١).

نعم لو قلنا: إنّ العامل يملك الربح أوّلاً بلا توسط ملكيه المالك بالجعل الأولى حين العقد، و عدم منافاته لحقيقه المعاوضه، لكون العوض من مال المالك و المعوض مشتركاً بينه و بين العامل كما هو الأقوى [٢] - (٢) لا يبقى إشكال.

و بعباره اخرى: إن أدلّه المضاربه لما كانت صريحه فى تقسيم الربح بين المالك و العامل على ما اتفقا عليه، و كان ذلك متوقفاً على صدق الربح و تحقّقه فى الخارج و هو مفقود فى المقام، حيث لا أثر للربح التقديرى و إنما العبره بالربح الفعلى، فلا مجال لشمولها له.

إذن فالصحيح فى التعليل هو نفي تحقّق الربح فى المقام، لا نفي تحقّق ملكيه المالك.

جهه أن دليل صحّه المضاربه ملكه للعمودين، فلا يشمل ما إذا لم يكن ملكه مستقراً حتى مع عدم دليل الانعتاق.

و بعبارة اخرى: إنّ ظاهر دليل الانعتاق هو عدم استقرار ملكه للعمودين على نحو بحيث لولاه لكان مستقراً، فلا يشمل المقام الذى لا يكون الملك مستقراً حتى و لو فرض عدم الدليل على الانعتاق القهرى، حيث إنّ الحصّه المعينه تنتقل إلى ملك العامل بمقتضى قانون المضاربه، و لا تكون مستقره فى ملك المالك.

و فيه: أنه إنما يتمّ فيما إذا لم نلتزم بكون ملكيه العامل مترتب على ربح المالك فى المعامله، و إلّا فلا- وجه للمنع من تقدّم الانعتاق عليها، نظراً لما عرفت من عدم صدق الربح بالملك التقديرى عرفاً مع كفايته فى الانعتاق.

و من هنا تكون أدلّه الانعتاق شامله للمقام من غير مزاحم، لعدم شمول أدلّه المضاربه له، باعتبار أن أساسها مبنى على الاسترباح، و هذه المعامله خاسره بالقياس إلى المالك من بادئ الأمر.

(٢) بل الأقوى خلافه، على ما تقدّم بيانه غير مرّه، باعتبار أنّ حقيقه المعاوضه

[١] لا وجه للمنع بعد كون ملكيه العامل مترتب على ربح المالك فى المعامله.

[٢] تقدّم أنّ الأقوى خلافه.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ١٠٠

فيمكن أن يقال بصحّته مضاربه، و ملكيه العامل حصّته من نفس العبد على القول بعدم السرايه، و ملكيته عوضها إن قلنا بها.

و على الثانى أى إذا كان من غير إذن المالك فإنّ أجاز فكما فى صورته الإذن (١) و إن لم يجز بطل الشراء. و دعوى البطلان و لو مع الإجازة، لأنه تصرف منهى عنه، كما ترى، إذ النهى ليس عن المعامله بما هى، بل لأمر خارج (٢) فلا مانع من صحّتها مع الإجازة.

و لا فرق

فى البطلان مع عدمها بين كون العامل عالمًا بأنه ممن ینعتق على المالك حین الشراء، أو جاهلاً. و القول بالصحة مع الجهل، لأن بناء معاملات

و المبادله بدخول العوض فى كیس من خرج منه المعوض و بالعكس، و إلا لما كانت معاوضه.

(١) حیث ینتسب العقد بالإجازة إلیه، و حاله فى ذلك حال سائر العقود الفضولیة. و بذلك ینكون كالعقد الصادر عن إذنه السابق، فیلحقه حكمه حرفاً بحرف.

(٢) الصحیح فى الجواب أن ینقال: إن المعاملة الخارجیة المفروضه قد تقع على شخص مال المضاربه، بأن یشترى العامل أبا المالك بعین مال المضاربه. و قد تقع على الذمه بأن یشترى العامل أبا المالك فى ذمته قاصداً الأداء من مال المضاربه.

أما فى الثانى فالحكم واضح، حیث لا نهى مولوى فى البین و لا حرمة شرعیة مطلقاً، بل غایه ما هناك عدم نفوذ المعاملة قهراً على المالك و توقفها على إذنه.

و أما فى الأول فالأمر كذلك، إذ المعاملة بما هى لیست بمحرمة شرعاً، و إنما المحرم التصرف فى مال الغير بتسليمه إلی البائع بغير إذن المالك.

فالحكم فى هذه المعاملة هو الحكم فى بیع الغاصب لنفسه، حیث یتعلق التحريم بتصرفه فیه و لو بإبقاء المال عنده.

إذن فالحرمة فى المقام لم تتعلق، لا بالمعاملة نفسها، و لا لأمر خارج عنها.

هذا مضافاً إلی ما تقدم غیر مرّه، من أن النهى حتى و لو كان متعلقاً بعنوان المعاملة لا یوجب الفساد.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ١٠١

العامل على الظاهر، فهو كما إذا اشترى المعیب جهلاً بالحال، ضعيف، و الفرق بین المقامين واضح (١).

ثم لا فرق فى البطلان بین كون الشراء بعین مال المضاربه، أو فى الذمه بقصد الأداء منه و إن لم يذكره لفظاً.

نعم، لو

تنازع هو و البائع فى كونه لنفسه أو للمضاربه قدم قول البائع، و يلزم العامل به ظاهراً (٢) و إن وجب عليه التخلص منه (٣). و لو لم يذكر المالك لفظاً و لا قصداً، كان له ظاهراً و واقعاً (٤).

(١) إذ إن أمر الشراء منوط بنظر العامل، و لما كان شراء المعيب أمراً متعارفاً حيث يتحقق فيه الاسترباح أيضاً، كان داخلاً تحت عقد المضاربه و مشمولاً لإذن المالك، غاية ما هناك أنه إذا جهل العيب كان له الخيار فى فسخ المضاربه أو أخذ الأرض. و هذا بخلاف المقام، حيث إن شراء من ينعق على المالك ليس أمراً متعارفاً كى يشمل الإذن، بعد كون مبنى عقد المضاربه على الاسترباح، و كون هذه المعامله متمحّضه فى الخساره.

(٢) لاقتضاء الظهور الحالى ذلك، حيث إن الظاهر من إقدام كل إنسان على عقد كونه له، ما لم ينصب القرينه على الخلاف.

(٣) لبقائه على ملك مالكة.

إلا أنه قد يقال بجواز أخذه له مقاصه، باعتبار أنه قد أخذ منه الثمن قهراً.

لكنه مدفوع بأن أدله التقاص مختصه بما إذا كان المقتص منه ظالماً أو مماطلاً، فلا تشمل المقام، حيث يكون أخذ البائع للثمن منه بمقتضى الموازين الشرعيه.

نعم، لا بأس بالالتزام بذلك من جهه أنه ليس للبائع الجمع بين الثمن و المثلن معاً و على هذا يكون أخذه للثمن مبرزاً لرضاه بتملك العامل للمثلن بإذائه، فيجوز للعامل التصرف فيه من هذه الجهه.

(٤) لما تقدم من الظهور الحالى، حيث يكفى فى كونه لنفسه واقعاً إقدامه على الشراء من دون إضافته إلى الغير، فإن إضافته إلى غيره تحتاج إلى مئونه زائده و بيان.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ١٠٢

[مسأله ٤٥: إذا اشترى العامل أباه أو غيره ممن ينعق عليه]

[٣٤٣٤] مسأله ٤٥: إذا اشترى العامل أباه

أو غيره ممن ينعق عليه، فإن كان قبل ظهور الربح ولا ربح فيه أيضاً (١) صحّ الشراء و كان من مال القراض (٢).

و إن كان بعد ظهوره أو كان فيه ربح، فمقتضى القاعده و إن كان بطلانه (٣) لكونه خلاف وضع المضاربه، فإنها موضوعه كما مر للاسترباح بالتقليب فى التجاره، و الشراء المفروض من حيث استلزامه للانعتاق ليس كذلك، إلّا أن المشهور بل ادعى عليه الإجماع صحّته. و هو الأقوى فى صوره الجهل بكونه ممن ينعق عليه، فينعق مقدار حصّته من الربح منه، و يسرى فى البقيه، و عليه عوضها [١] للمالك مع يساره،

(١) الفرق بين الفرضين يكمن فى أن الأوّل ناظر إلى الربح السابق على هذا الشراء و المشترك بين المالك و العامل بمقتضى قانون المضاربه، بحيث يكون العامل قد اشترى من ينعق عليه من ربح التجارات السابقه. فى حين أن الثانى ناظر إلى وجود الربح فى نفس هذا الشراء، بحيث تكون هذه المعامله بنفسها رابحه.

و الحاصل أن مراده (قدس سره) من هذه المقابله بيان اعتبار عدم كون شراء من ينعق على العامل من أرباح التجارات السابقه عليه، و عدم كونه بنفسه تجاره رابحه فى الحكم بصحّه هذا الشراء.

(٢) لاستقلال المالك فى ملكيه العبد، إذ لا موجب لاشتراك العامل معه فى ذلك و من ثمّ الحكم بعقده.

(٣) و فيه: أنّ البطلان مبنى على القول بالسرايه و تغليب جانب العتق مطلقاً، و من دون فرق بين صورتى العلم و الجهل. إلّا أن الأمر ليس كذلك، فإنّ صحيحه محمد بن قيس مختصّه بصوره الجهل و لا- تشمل صوره العلم، و معه فلا يبقى وجه للقول بالسرايه مع علم العامل بالحال.

نعم، ورد فى بعض النصوص أنّ

عتق أحد الشريكين لحصته من العبد المشترك موجب لانعتاق الباقي و سرايه العتق فيه.

[١] لا دليل عليه، بل الظاهر عدم الفرق بين يساره و إعساره.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ١٠٣

.....

إلّا أنه أجنبي عن محلّ الكلام، حيث إنه يختصّ بالعتق الاختياري الناشئ من إنشاء أحد الشريكين له بالنسبه إلى حصته من العبد المشترك، فلا مجال للتعدى عنه إلى موارد الانعتاق القهري مطلقاً، سواء أ كان بمقدمات اختياريه كالشراء، أو غيرها كالإرث.

و الحاصل أنّ النصّ إنما يختص بالعتق الاختياري بالمباشره، فلا يشمل موارد الانعتاق القهري حتى و لو كان بمقدمات اختياريه.

و من هنا يكون مقتضى القاعده في المقام هو الالتزام بصحّه الشراء مع التبويض في العتق، بالقول بانعتاق حصّه العامل، مع بقاء حصّه المالك على صفته، أعني كونه مال المضاربه.

على أنا لو التزمنا بالسرايه حتى في مورد الانعتاق القهري، لا سيما بناءً على ما ذكره (قدس سره) من كفايه حصول الربح في البعض الآخر من أموال المضاربه، كان لازمه بطلان الشراء مضاربه حتى في الفرض الأول.

و ذلك فإنّ بناء المضاربه كما عرفت إنما هو على الاسترباح، و لا يتصوّر ذلك في شراء العبد في مفروض الكلام. فإنه إما أن لا

يكون بعد ذلك زياده في قيمه العبد و لا في غيره من أموال المضاربه، و إما أن يكون ذلك، و على التقديرين لا يكون ربح في

هذه المعامله. أما على الأوّل فواضح، و كذا على الثاني، فإنّ حصّه العامل من الربح في العبد ينعتق عليه، و يسرى العتق إلى

الباقي فيكون خساره على المالك، و معه كيف يمكن أن يقال إنه يصح الشراء و يكون من مال القراض؟.

خويي، سيد ابو القاسم موسوي، موسوعه الإمام الخوئي، ٣٣

و بالجمله إن القول ببطلان الشراء مضاربه بحسب القاعده في مفروض كلامه (قدس سره)، إنما يتم بناءً على القول بالسرايه مطلقاً، حيث يكون الشراء حينئذ متمحضاً في الخساره، و أساس المضاربه على الاسترباح. و أما بناءً على ما هو الصحيح من اختصاص السرايه بالعتق الاختياري بالمباشره، فلا وجه للحكم بالبطلان فيما نحن فيه، حيث يكون الانعتاق قهرياً.

ثم إن مما ذكرنا يظهر أنّ أساس المضاربه و إن كان على الاسترباح، إلّا أنه يكفي فيها إمكان استرباح المالك، و إن حصل الجزم بعدم حصول الربح للعامل.

و يستسعى العبد فيه مع إعساره (١).

لصحيحه ابن أبي عمير عن محمد بن قيس عن الصادق (عليه السلام)، في رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربه فاشترى أباه و هو لا يعلم، قال (عليه السلام): «يقوم، فإن زاد درهماً واحداً انعتق، و استسعى في مال الرجل». و هي مختصه بصوره الجهل المنزل عليها إطلاق كلمات العلماء أيضاً.

و اختصاصها بشراء الأب لا يضّر، بعد كون المناط كونه ممن ينعتق عليه (٢). كما أن اختصاصها بما إذا كان فيه ربح لا يضّر أيضاً، بعد عدم الفرق بينه و بين الربح السابق (٣). و إطلاقها من حيث اليسار و الإعسار في الاستسعاء أيضاً منزل على الثاني، جمعاً بين الأدلّه [١] (٤).

هذا كلّه بالنسبه إلى ما تقتضيه القاعده في المقام، إلّا أنه لا بدّ من الخروج عنها في خصوص فرض الجهل من المقام، حيث دلّت صحيحه محمد بن قيس على السرايه فيه.

(١) لا دليل على ما أفاده (قدس سره) من التفصيل. فإنّ

صحيحه محمد بن قيس مطلقه، و مقتضاها سعايه العبد في عوض حصّه المالك، سواء أ كان العامل موسراً أم معسراً. و سيأتي مزيد بيان عند تعرضه (قدس سره) له ثانياً في هذه المسأله.

(٢) إذ العبره إنما هي بمالكيه العامل، و من حيث إنه لا يمكن أن يكون مالكاً له ملكيه مستقره.

(٣) ظهر وجهه مما تقدّم في التعليقه السابقه. فإنّ العبره إنما هي بمالكيه المالك حيث إنّ الموجب للانعتاق هو دخول العبد في ملكه. و لا فرق في ذلك بين حصول الربح في نفس الشراء، أو شرائه من الربح الحاصل سابقاً.

(٤) و فيه: أنه لا تعارض بين الأدلّه كى يحتاج إلى الجمع بينها بما ذكر، فإنّ أدلّه التفصيل مختصه بعنق الشريك حصّته من العبد المشترك اختياراً، فلا تشمل موارد الانعتاق القهرى. و من هنا فيتعين العمل في هذه الموارد بإطلاق صحيحه محمد بن

[١] لا- دليل على ضمان العامل مع يساره في مفروض الكلام، و الدليل على التفصيل يختص بعنق الشريك حصّته من العبد اختياراً.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ١٠٥

هذا و لو لم يكن ربح سابق، و لا كان فيه أيضاً، لكن تجدد بعد ذلك قبل أن يباع، فالظاهر أنّ حكمه أيضاً الانعتاق و السرايه، بمقتضى القاعده [١] (١). مع إمكان دعوى شمول إطلاق الصحيحه أيضاً للربح المتجدد فيه، فيلحق به الربح [٢] الحاصل من غيره، لعدم الفرق (٢).

قيس، الدال على استسعاء العبد في عوض حصّه المالك في الفرضين، حيث لا موجب لرفع اليد عنه.

(١) لكنك قد عرفت أنّ القاعده لا تقتضى السرايه في المقام، و إنها إنما تقتضى السرايه في خصوص موارد العتق بالمباشره.

نعم، دعوى شمول صحيحه محمد بن قيس له غير بعيدة. فإنّ

مقتضى إطلاق قوله (عليه السلام) فيها: «يقوم، فإن زاد درهماً واحداً انعتق، و استسعى في مال الرجل» عدم اختصاص التقويم بزمان البيع، بل متى ما قوم و كانت قيمته زائده و لو بدرهم عن قيمه شرائه بحيث كان العامل شريكاً فيه، انعتق و سرى العتق.

و الحاصل أن العبره على ما يستفاد من الصحيحه، إنما هي بشركه العامل للمالك في العبد في أى زمان تحققت.

(٢) ما أفاده (قدس سره) مبنى على اشتراك العامل مع المالك في جميع أموال المضاربه، لا في خصوص ما يكون فيه ربح.

إلا أنه لم يثبت بدليل، بل ينافيه إطلاق مفهوم صحيحه محمد بن قيس المتقدمه حيث إن مقتضاه عدم انعتاق الأب إذا لم تزد قيمته، حتى و لو زادت قيمه سائر أموال المضاربه.

ثم إنّه لو انعكس الأمر، بأن حصلت النقيصه في سائر أموال المضاربه، فهل يمنع ذلك من انعتاق الأب عند ظهور الربح فيه بخصوصه، أم لا؟

[١] في كون ذلك بمقتضى القاعده إشكال بل منع، نعم لا يبعد شمول الصحيحه للمقام.

[٢] في الإلحاق إشكال، بل منع، بعد عدم شمول النص لذلك.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ١٠٦

[مسأله ٤٦: أن المضاربه من العقود الجائزه]

اشاره

[٣٤٣٥] مسأله ٤٦: قد عرفت أن المضاربه من العقود الجائزه، و أنه يجوز لكل منهما الفسخ (١) إذا لم يشترط لزومها (٢) في ضمن عقد لازم، بل أو في ضمن

الصحيح في المقام هو التفصيل: فإنّ الخساره إما أن تكون سابقه على الربح، أو مقارنه له، أو متأخره عنه.

ففي الأوليين، لا ينبغي الشكّ في عدم الانعتاق إذا لم يكن الربح الحاصل فيه زائداً عن الخساره الحاصله، فإنّ الصحيحه منصرفه عن هذا جزءاً، إذ الانعتاق إنما هو بملاك ملكيه العامل لجزء من أبيه. و من الواضح أنّه

مع فرض الخسران السابق يكون الربح و بمقتضى قانون المضاربه بإزائه، و لا شىء للعامل كى ينعتق عليه.

نعم، لو زاد الربح عن الخسران السابق، كان للعامل حصّته من الزيادة و ينعتق الأب عليه، على ما تقدّم تفصيله.

و أما فى الفرض الثالث، فلا إشكال فى كون الربح السابق جابراً للخسران اللاحق، لما عرفت من كون الملاك فى صدق الربح و عدمه مجموع المعاملات لا خصوص كل معاملة على حدّه.

إلّا أنّ هذا لا يكشف عن عدم تحقق العتق من الأوّل، فإنّه متحقق، غاية أنه يجب على العامل تدارك خساره اللاحقه من سائر أمواله. فيكون المقام من قبيل طرو خساره بعد إتلاف العامل لما ملكه من الربح.

و مما يدلّ على ما ذكرناه إطلاق صحيحه محمد بن قيس المتقدّمه، حيث إنّ مقتضاه تحقق الانعتاق عند ظهور الربح فيه، سواء طرأت خساره بعد ذلك على المضاربه أم لم تطرأ.

(١) تقدّم الكلام فيه فى المسأله الثانيه. و قد عرفت أنّ جواز الفسخ إنّما هو بالنسبه إلى ما يأتى من المعاملات، لا بالنسبه إلى ما سبق منها، فإنها بالنسبه إليها لازمه و لا بدّ لها من العمل على وفق ما اتفقا عليه، فليس للمالك فسخ العقد و أخذ الربح كله فى قبال إعطاء أجره المثل.

(٢) قد عرفت فى المسأله الثانيه، أنّ اشتراط اللزوم إنّما ينفع فيما إذا كان على نحو

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ١٠٧

عقدها أيضاً [١]. ثمّ قد يحصل الفسخ من أحدهما. و قد يحصل البطلان و الانفساخ لموت أو جنون، أو تلف مال التجاره بتمامها، أو لعدم إمكان التجاره لمانع، أو نحو ذلك.

فلا بدّ من التكلم فى حكمها من حيث استحقاق العامل للأجره و عدمه، و من حيث

وجوب الإنضاض عليه و عدمه إذا كان بالمال عروض، و من حيث وجوب الجبايه عليه و عدمه إذا كان به ديون على الناس، و من حيث وجوب الردّ إلى المالك و عدمه، و كون الأجره عليه أوّلاً.

فنقول: إما أن يكون الفسخ من المالك أو العامل، و أيضاً إما أن يكون قبل الشروع فى التجاره أو فى مقدماتها أو بعده، قبل ظهور الربح أو بعده، فى الأثناء أو بعد تمام التجاره، بعد إنضاض الجميع أو البعض أو قبله، قبل القسمة أو بعدها. و بيان أحكامها فى طى مسائل.

[الأولى: إذا كان الفسخ أو الانفساخ و لم يشرع فى العمل و لا فى مقدماته]

[٣٤٣٦] الأولى: إذا كان الفسخ أو الانفساخ و لم يشرع فى العمل و لا فى مقدماته، فلا إشكال و لا شىء له و لا عليه (١). و إن كان بعد تمام العمل و الإنضاض فكذلك. إذ مع حصول الربح يقتسمانه. و مع عدمه لا شىء للعامل و لا عليه إن حصلت خساره، إلّا أن يشترط المالك كونها بينهما، على الأقوى من صحّحه هذا الشرط [١] (٢) أو يشترط العامل على المالك شيئاً إن لم يحصل

شرط الفعل، أعنى اشتراط عدم إعمال سلطنته على الفسخ. و أما إذا كان على نحو شرط النتيجة، بأن يكون العقد لازماً و لا يكون له حقّ الفسخ، بمعنى أن لا يملك الفسخ، فهو فاسد و مفسد للعقد أيضاً.

(١) لعدم المقتضى له.

(٢) بل الأقوى هو التفصيل بين شرط النتيجة و شرط الفعل.

[١] مرّ الكلام فيه [فى المسأله ٣٣٩١].

[١] فيه تفصيل قد تقدّم [فى المسأله ٣٣٩٣].

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ١٠٨

ربح (١). و ربّما يظهر من إطلاق بعضهم ثبوت أجره المثل مع عدم الربح. و لا- وجه له أصلاً، لأن بناء المضاربه على عدم استحقاق

العامل لشيء سوى الربح على فرض حصوله (٢) كما في الجعالة.

[الثانيه: إذا كان الفسخ من العامل في الأثناء قبل حصول الربح، فلا أجره له لما مضى من عمله]

[٣٤٣٧] الثانيه: إذا كان الفسخ من العامل في الأثناء قبل حصول الربح، فلا أجره له لما مضى من عمله. و احتمال استحقاقه لقاعده الاحترام، لا وجه له أصلاً (٣). و إن كان من المالك، أو حصل الانفساخ القهري،

ففي الأول: كما لو اشترط عليه كون بعض الخساره في عهده، يبطل لأنه ليس بمشروع، و مضمونه مخالف للسنه الداله على عدم ضمان الأمين.

و في الثاني: كما لو اشترط عليه أن يعطيه شيئاً من أمواله، يصح حيث لا محذور فيه، لأنه و بحد نفسه فعل سائغ، فإذا وقع متعلقاً للشرط وجب الوفاء به، و مجرد كونه في ضمن عقد جائز لا يمنع من وجوب العمل به، لما عرفت من كونه لازماً بالنسبه إلى ما مضى من المعاملات.

نعم، له رفع اليد عن العقد بالقياس إلى ما يأتي، فيرتفع معه موضوع وجوب الوفاء.

و قد تقدّم تفصيل الكلام في المسأله الرابعه، فراجع.

(١) على التفصيل المتقدم.

(٢) و معه فلا تشمل قاعده احترام عمل المسلم، لأنه الذي فوّت على نفسه ذلك حيث أقدم على العمل مجاناً عند عدم الربح.

(٣) فإنّ القاعده لا تقتضى الضمان. فإنّ معنى احترام عمل المسلم إنما هو عدم جواز جبره على شيء بلا مقابل و مجاناً، فلا تشمل المقام حيث يكون العمل صادراً منه باختيار رجاء للربح. على أنّ القاعده لو اقتضت الضمان في حدّ نفسها فلا تقتضيه في المقام، باعتبار أنّ العامل هو الذي فوّت على نفسه الربح بفسخه لعقد المضاربه.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ١٠٩

ففيه قولان (١) أقواهما عدم أيضاً، بعد كونه هو المقدم على المعامله الجائزه التي مقتضاها عدم استحقاق شيء إلا الربح، و

لا ينفعه بعد ذلك كون إقدامه من حيث البناء على الاستمرار.

و دعوى اقتضاء الأمر له، حيث إنّ العمل قد صدر عن أمره و استوفى هو منفعتة.

مدفوعه بأنها إنما تتم لو كان الأمر قد التزم على نفسه بشئ ء غير الحصّه من الربح، فلا تعمّ المقام، حيث لم يلتزم الأمر بدفع شئ ء بإزاء العمل سوى الحصّه من الربح على تقدير ظهوره.

و من هنا فيكون العامل في فرض عدمه و من غير هذه الجهة، متبرعاً و مقدماً على العمل مجاناً.

(١) ظاهر كلامه (قدس سره) اختيار بعض الأصحاب للضمان حتى في فرض الانفساخ القهري، إلّا أننا لم نعثر على قائل به، حيث لم ينسب إلى أحد من الأصحاب.

و كيف كان، فالحكم فيه واضح، لعين ما تقدّم في فسخ العامل، حيث لا موجب للضمان. و توهم اقتضاء قاعده الاحترام، أو صدوره عن أمره له، مدفوع بما تقدّم.

نعم، في فرض الفسخ من قبل المالك، ذهب جماعه من الأصحاب إلى الضمان من أجل التفويت، حيث فوّت المالك بفسخه للعقد الربح على العامل، فيجب عليه أداء أقلّ الأمرين، من اجره المثل و الربح المترقب من التجارات الآتية.

و فيه: أنه لا- دليل على الضمان عند التفويت و المنع عن الاسترباح، فإنه إنما يترتب على إتلاف المال الموجود بالفعل أو الاستيلاء عليه، فلا يعمّ ما ليس بمال بالفعل، و إنما يترقب أن يكون كذلك في المستقبل.

على أنه من التفويت بحق، لبناء عقد المضاربه عليه، لأنه عقد جائز، فيكون من قبيل الشرط في ضمن العقد، و معه فلا موجب للضمان بعد إقدام العامل عليه.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ١١٠

[الثالثه: لو كان الفسخ من العامل بعد السفر بإذن المالك]

[٣٤٣٨] الثالثه: لو كان الفسخ من العامل بعد السفر بإذن المالك و صرف جملة من رأس

المال فى نفقته، فهل للمالك تضمينه مطلقاً، أو إذا كان لا لعذر منه؟ وجهان أقواهما العدم [١] (١) لما ذكر من جواز المعامله و جواز الفسخ فى كل وقت، فالمالك هو المقدم على ضرر نفسه.

[الرابعه: لو حصل الفسخ أو الانفساخ قبل حصول الربح و بالمال عروض]

[٣٤٣٩] الرابعه: لو حصل الفسخ أو الانفساخ قبل حصول الربح و بالمال عروض، لا يجوز للعامل التصرف فيه بدون إذن المالك (٢) بيع و نحوه، و إن احتمل تحقق الربح بهذا البيع، بل و إن وجد زبون يمكن أن يزيد فى الثمن فيحصل

(١) فيه إشكال بل منع. و ذلك لأن إعطاء المالك للمال إلى العامل و الإذن له فى صرفه خارج عن العقد بينهما، و إنما العامل يصرف ذلك المال بإذن المالك فى مقدمات العقد الذى يقصد به الاسترباح. إلا أن الظاهر كون إعطاء المالك للمال و الإذن فى التصرف فيه، مشروطاً بشرط متأخر و هو تحقق التجاره الخارجيه.

و بعباره اخرى: إن دفع المالك للمال إليه و الإذن فى التصرف له لم يكن مطلقاً، و إنما هو مقيد بحصول التجاره بعد ذلك. و من هنا فإذا لم يحصل الشرط، لم يكن صرفه مأذوناً فيه، و بذلك فيكون ضامناً لإتلافه مال غيره بغير إذنه.

و لا- يبعد أن يكون هذا من المرتكزات الأولى فى باب المضاربه و غيرها، كإرسال الرسل و المبعوثين. فإنه هل يمكن أن يقال بعدم ضمانهم لما صرفوه فى سفرهم مع عدم قيامهم بما كلفوا به من مهام، بدعوى أنه كان بإذنه؟ كلا، فإن الإذن فى ذلك مقيد بانتهاء السفر إلى العمل المعين، فعدمه يكشف عن عدم الإذن لا محاله.

نعم، ما أفاده (قدس سره) إنما يتم لو كان الفسخ من قبل المالك، أو حصل الانفساخ القهرى، حيث لا موجب

للقول بضمان العامل، باعتبار أنه لم يلتزم بشيء في صرفه للمال، ولم يقصر في شيء مما هو عليه بعد أن كان الصرف بإذن المالك.

(٢) لكونه بأكمله ملكاً للمالك، وقد ارتفع إذنه في التصرف بالفسخ أو الانفساخ.

[١] في القوه إشكال، و الاحتياط لا يترك.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ١١١

الربح (١).

نعم، لو كان هناك زبون بان على الشراء بأزيد من قيمته، لا يبعد جواز إجبار المالك على بيعه منه، لأنه في قوه وجود الربح فعلاً. ولكنه مشكل مع ذلك، لأن المناط كون الشيء في حد نفسه زائد القيمة (٢) و المفروض عدمه.

و هل يجب عليه البيع و الإنضااض إذا طلبه المالك، أو لا؟ قولان، أقواهما عدمه (٣). و دعوى أن مقتضى قوله (عليه السلام): «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» [١] وجوب رد المال إلى المالك كما كان، كما ترى (٤).

(١) لما تقدم من كونه تصرفاً في مال الغير، فلا يجوز إلّا بإذنه.

(٢) و بعبارة اخرى: إنّ الملاك في اشتراك العامل للمالك إنما هي الزيادة في المال و العبره فيها إنما هي بارتفاع القيمة السوقية، و لا يكفي فيها وجود مشترٍ يشتري المال بأكثر من قيمته السوقية، فإنه لا يوجب زياده في مال المضاربه، كما لا يخفى.

على أنه سيأتي في المسألة القادمة من هذه المسائل، أنه لو حصل الفسخ أو الانفساخ و كان في المال عروض تزيد قيمته على رأس المال، فليس للعامل إجبار المالك على بيع العروض و إن كان شريكاً له في ذلك، و إنما له إجباره على القسمة خاصة، نظراً إلى أن جواز التصرف في مال الغير بغير إذنه يحتاج إلى الدليل. و هو مفقود.

فإذا كان الحال هذا في فرض

وجود الربح بالفعل، فعدم الجواز في فرض عدمه يكون بطريق أولى.

(٣) لعدم الدليل عليه.

(٤) إذ مع الإغماض عن سندها، و المناقشه في صدق الأخذ على مثل المقام بدعوى انصرافه إلى ما يكون بالقهر، فهو غير شامل لما نحن فيه، لأنه إنما يجب على

[١] المستدرک ١٤: ٧ کتاب الوديعه باب ١ ح ١٢، عوالی اللآلی ج ٢: ٣٤٤ ح ٩.

موسوعه الإمام الخوئی، ج ٣١، ص: ١١٢

[الخامسه: إذا حصل الفسخ أو الانفساخ بعد حصول الربح، قبل تمام العمل أو بعده، و بالمال عروض]

[٣٤٤٠] الخامسه: إذا حصل الفسخ أو الانفساخ بعد حصول الربح، قبل تمام العمل أو بعده، و بالمال عروض. فإن رضيا بالقسمه كذلك، فلا إشكال (١).

و إن طلب العامل بيعها، فالظاهر عدم وجوب إجابته (٢) و إن احتمل ربح فيه خصوصاً إذا كان هو الفاسخ.

و إن طلبه المالك، ففي وجوب إجابته و عدمه وجوه، ثالثها التفصيل بين صوره كون مقدار رأس المال نقداً فلا يجب، و بين عدمه فيجب، لأن اللازم تسليم مقدار رأس المال كما كان، عملاً بقوله (عليه السلام): «على اليد...».

و الأقوى عدم الوجوب مطلقاً (٣) و إن كان استقرار ملكيه العامل للربح موقوفاً على الإنضاض و لعله يحصل الخساره بالبيع، إذ لا منافاه (٤). فنقول: لا يجب عليه الإنضاض بعد الفسخ، لعدم الدليل عليه. لكن لو حصلت الخساره

العامل ردّ ما أخذه بعينه ما دام هو باقياً في ملكه، و أما إذا خرج عنه بإذن المالك فلا يجب عليه ردّه بعينه جزماً، بل غايه ما يجب عليه هو ردّ بدله. فهو كمن غصب الدار ثمّ باعها بإذن المالك، حيث لا يجب عليه إلّا ردّ الثمن خاصه.

(١) لا شتراكهما في المال، فالحق لا يعدو هما.

(٢) فإنّ المالك مسلّط على ماله، غايه الأمر أنّ للعامل مطالبته بحصّته من الربح فيعطيه المالك

من أمواله، أو يطالبه بالقسمه فيأخذ من العروض.

(٣) نظراً لانتفاء عقد المضاربه، و عدم الدليل على الوجوب.

و قاعده اليد مضافاً إلى قصور سندها، لا دلالة لها على الوجوب في المقام، فإنّ الواجب إنما هو ردّ مال الغير إليه، سواء أ كان عروضاً أم غيره.

و بعبارة اخرى: إنّ المعاملات الصادره من العامل لما كانت بإذن المالك، كانت موجه لتبدّل مال المالك لدى العامل من النقد إلى العروض، فهى التى تكون مال المالك بالفعل. و من هنا فإنّ الزامه بتبديله إلى النقد ثانياً، يحتاج إلى الدليل و هو مفقود.

(٤) لما عرفت من أن مقتضى عقد المضاربه وصول رأس المال إلى المالك، على أن

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ١١٣

بعده قبل القسمه، أو بعدها، يجب جبرها [١] (١) بالربح، حتى أنه لو أخذه يسترد منه.

[السادسه: لو كان فى المال ديون على الناس، فهل يجب على العامل أخذها]

[٣٤٤١] السادسة: لو كان فى المال ديون على الناس، فهل يجب على العامل أخذها و جبايتها بعد الفسخ أو الانفساخ، أم لا؟

وجهان، أقواهما العدم [٢] (٢) من غير فرق بين أن يكون الفسخ من العامل أو المالك.

يكون الزائد عنه مشتركاً بينه و بين العامل. و من هنا فلو حصل تلف فى المال كان محسوباً على العامل و المالك حتى بعد تماميه المضاربه ما لم يصل رأس المال إلى المالك و هذا لا يستلزم بالطبع لزوم إجابه العامل له فى طلب البيع، كما هو واضح.

(١) تقدّم فيما مضى أنّ جبر الخساره بالربح إنما يكون قبل الفسخ أو الانفساخ. و أما بعدها فلا، لا سيما بعد تحقق القسمه، لانتفاء عقد المضاربه و وصول رأس المال إلى المالك، فيكون إثباته محتاجاً إلى الدليل و هو مفقود.

و بعبارة اخرى: إنّه لا وجه لجبر الخساره بعد الفسخ أو

الانفساخ فضلاً عن القسمة بالربح السابق، بعد وصول كلٍّ من الحصّتين إلى مالّكها و تملّكها لها مستقلاً و بعينه.

(٢) بل الوجوب، على ما هو المشهور. و ذلك لابتناء عقد المضاربه من الأوّل على تسليم العامل لما أخذه من المالك إليه، فإنه أمر مفروغ عنه فى عقدها. و من هنا فيكون من الشرط فى ضمن العقد، فيجب عليه الوفاء به، و ليس له إرجاع المالك على المدينين.

و بالجمله فتسليم العامل للمال إلى المالك أمر مفروغ عنه فى عقد المضاربه، فيجب عليه الوفاء به، و ردّ ما أخذه منه، ثمّ إن كان ربح فهو مشترك معه فيه.

[١] فيه إشكال و لا سيما إذا كانت الخساره بعد القسمة.

[٢] فيه إشكال، و الوجوب إن لم يكن أقوى فهو أحوط.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ١١٤

[السابعه: إذا مات المالك أو العامل، قام وارثه مقامه]

[٣٤٤٢] السابعه: إذا مات المالك أو العامل، قام وارثه مقامه [١] فيما مرّ من الأحكام (١).

[الثامنه: لا يجب على العامل بعد حصول الفسخ أو الانفساخ، أزيد من التخليه بين المالك]

[٣٤٤٣] الثامنه: لا يجب على العامل بعد حصول الفسخ أو الانفساخ، أزيد من التخليه بين المالك و ماله، فلا يجب عليه الإيصال إليه.

نعم، لو أرسله إلى بلد آخر غير بلد المالك و لو كان بإذنه، يمكن دعوى

(١) فى إطلاقه إشكال، بل منع. إذ لا- دليل على قيام الوارث مقام الميت فى جميع الأمور و بقول مطلق، و إنما المنتقل إليه خصوص ما تركه من الأموال و الحقوق القابله للانتقال، بحيث لا تكون متقومه بشخص خاص، و هو مما لا خلاف فيه.

و من هنا فلا بدّ من ملاحظه الأحكام المتقدمه، لتشخيص ما تنطبق عليه هذه الضابطه، فنقول:

أما إلزام المالك للعامل بتحصيل الديون بعد حصول الفسخ أو الانفساخ، فالظاهر عدم كونه من الحقوق، و إنما هو حكم مترتب على الملك، من باب تسلط المالك على ماله و وجوب ردّ الأمانه إلى أهلها. و من هنا فإذا مات المالك و انتقل المال إلى

ورثته كان لكل منهم مطالبه العامل برّد حصّته منه إليه، حتى مع فرض رضى غيره ببقاء حصّته ديناً فى ذمّه المديون.

و لو كان هذا حقاً لما وجب على العامل فى الفرض شىء، إذ الحقّ أمر واحد بسيط ثابت لمجموع الورثه من حيث المجموع، فلا يقبل التجزئه، لعدم ثبوته للبعض بخصوصه.

نعم، لو قلنا بأنّ المالك له إجبار العامل على بيع العروض بعد الفسخ بالاشتراط، كان لهم جميعاً إجباره على ذلك، لأن حق الشرط قابل للانتقال، فلا مانع من الالتزام به بالنسبه إلى الوارث أيضاً.

[١] فى إطلاقه إشكال بل منع، و إنّما المنتقل إلى الوارث هو المال أو الحق القابل للانتقال

وجوب الردّ إلى بلده [١] (١). لكنه مع ذلك مشكل، وقوله (عليه السلام): «على اليد ما أخذت» أيضاً لا يدلّ على أزيد من التخليه. وإذا احتاج الردّ إليه إلى الأجره فالأجره على المالك (٢) كما في سائر الأموال.

نعم، لو سافر به بدون إذن المالك إلى بلد آخر، وحصل الفسخ فيه، يكون حاله حال الغاصب في وجوب الردّ والأجره (٣) وإن كان ذلك منه للجهل بالحكم الشرعي، من عدم جواز السفر بدون إذنه.

و أما حق العامل في بيع المتاع بعد الفسخ بناءً على القول به، فهو حكم تكليفي محض يختصّ به، فلا يقبل الانتقال إلى ورثته. والحاصل أنّ ما أفاده الماتن (قدس سره) لا يمكن المساعدة عليه، لأنّ المنتقل إلى الوارث ينحصر في المال والحقوق القابله للانتقال، وهي لجميعهم لا لكل فرد فرد. وأما الحكم فهو يختصّ به، ولا ينتقل إلى الوارث.

(١) وهذا القول هو الصحيح، والإشكال عليه في غير محلّه.

و ذلك لأنّ الإذن في الإرسال لم يكن مطلقاً، فإنه إنما أذن فيه للاتجار على ما يقتضيه عقد المضاربه وهذا يعني لزوم ردّه إلى المالك نقداً أو عروضاً بعد الاتجار به أو لا معه، فهو مفروض في عقد المضاربه.

و من هنا فإذا فسخ العقد، كان مقتضى كون المال أمانه عنده، واقتضاء عقد المضاربه للردّ، لزوم الردّ إليه.

نعم، لو رضى المالك ببقاء ماله في ذلك البلد، فليس للعامل إرجاعه، لكونه مسلطاً على ماله، فلا يجوز التصرف فيه بغير إذنه، كما هو ظاهر.

(٢) لعدم الموجب للإلزام العامل بشيء من الأجره، بعد فسخ المضاربه و كون المال أمانه في

(٣) على ما تقتضيه قاعده اليد و الضمان.

[١] الظاهر صحّحه هذه الدعوى.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ١١٦

[مسألة ٤٧: قد عرفت أنّ الربح وقايه لرأس المال]

[٣٤٤٤] مسألة ٤٧: قد عرفت أنّ الربح وقايه لرأس المال، من غير فرق بين أن يكون سابقاً على التلف أو الخسران أو لاحقاً، فالخساره تجبر بالربح اللاحق، و بالعكس (١).

و لا يلزم أن يكون الربح حاصلًا من مجموع رأس المال، و كذا لا يلزم أن تكون الخساره وارده على المجموع. فلو اتّجر بجميع رأس المال فخرس، ثمّ اتّجر ببعض الباقي فربح، يجبر ذلك الخسران بهذا الربح. و كذا إذا اتّجر ببعض فخرس ثمّ اتّجر ببعض الآخر أو بجميع الباقي فربح. و لا يلزم في الربح أو الخسران أن يكون مع بقاء المضاربه حال حصولها، فالربح مطلقاً جابر للخساره [١] و التلف مطلقاً (٢) ما دام لم يتمّ عمل المضاربه.

ثمّ إنّه يجوز للمالك أن يستردّ بعض مال المضاربه في الأثناء (٣)

(١) على ما يقتضيه عقد المضاربه، حيث قد عرفت أنّ مقتضاه كون رأس المال محفوظاً، بمعنى إرجاعه إلى المالك و الاشتراك في الربح خاصه.

(٢) قد عرفت فيما تقدّم أنّ جبر الخسران بالربح إنما يختص بفرض بقاء عقد المضاربه. و أما بعد ارتفاعه، و استقرار ملكيه كل من المالك و العامل على ماله و حصّته فلا وجه للتدارك بالمّرّه.

(٣) فإنّه ماله و ملكه، و العقد جائز، فله التصرف فيه كيفما يشاء.

و الإشكال عليه بأنّ العقد الواحد كيف يجوز فسخه في بعضه دون بعض، و الحال أنّه لم يلتزم الفقهاء به في باب الخيارات.

مدفوع بالفرق بين المقامين.

إذ الجواز قد يكون حقياً كالخيارات، حيث يكون العقد بطبعه الأولى لازماً، لكن الشارع يجعل الخيار لهما أو لأحدهما، ابتداءً كخيار المجلس، أو إمضاءً

[١] قد تقدّم أنّ الربح إنّما يكون جابراً إذا كانت المضاربه باقيه، و مع عدم بقائها قد استقرت ملكيه كل من المالك و العامل و لا وجه للجبر.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ١١٧

و لكن تبطل بالنسبه إليه، و تبقى بالنسبه إلى البقيه (١) و تكون رأس المال. و حينئذٍ فإذا فرضنا أنه أخذ بعد ما حصل الخسران أو التلف بالنسبه إلى رأس المال مقداراً من البقيه، ثمّ اتّجر العامل بالبقيه أو ببعضها، فحصل ربح، يكون ذلك الربح جابراً للخسران أو التلف السابق بتمامه (٢).

مثلاً إذا كان رأس المال مائه فتلف منها عشره أو خسر عشره و بقي تسعون ثمّ أخذ المالك من التسعين عشره و بقيت ثمانون، فرأس المال تسعون. و إذا اتّجر

و قد يكون حكماً، حيث يكون العقد بطبعه الأوّلي جائزاً، كالهبه و الوديعة و العاريه و المضاربه إلى غيرها من العقود الجائزه.

ففي الأوّل حيث إنّ ظاهر الدليل تعلّق الخيار بالعقد على ما وقع عليه لا أبعاضه بما هي، فليس لمن له الخيار التبويض، بل أما أن يفسخ في الجميع أو يلتزم به، فإنّ الإنشاء واحد و إن كان البيع منحللاً إلى بيوع متعدده، و ظاهر دليل الخيار ثبوت الحقّ له في فسخ ما أنشأ. و من هنا فلا يجوز له التبويض.

و بالجملة فدليل الخيار قاصر الشمول للفسخ في البعض خاصه.

و هذا بخلاف الثاني، فإنّ العقد لما كان منحللاً إلى عقود متعدده، كان جواز الفسخ في البعض على القاعده، فإنّ كل عقد من هذه العقود جائز في حدّ نفسه، و له الفسخ بأيّ مقدار شاء، لإطلاق الدليل.

و الحاصل أنّ قياس ما نحن فيه على باب الخيارات، قياس مع الفارق. فإنّ

العقد في المقام جائز في حدّ نفسه، و المالك مسلط على ماله، غايه الأمر أنه أذن للغير في التصرف فيه، فله رفع إذنه في أى مقدار منه شاء، كما هو الحال في الوكالة.

(١) قد عرفت وجهه مما تقدّم.

(٢) لأنّ عقد المضاربه من الأوّل مبنى على وصول رأس المال المدفوع إلى العامل بتمامه إلى المالك و من دون ورود أى نقص عليه مع فرض ما يمكنه جبره، سواء أ كانت التجاره بجميع رأس المال أم بعضه.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ١١٨

بالتمانين فصار تسعين، فهذه العشره الحاصله ربحاً تجبر تلك العشره، و لا يبقى للعامل شىء .

و كذا إذا أخذ المالك بعد ما حصل الربح مقداراً [١] من المال (١) سواء كان بعنوان استرداد بعض رأس المال، أو هو مع الربح، أو من غير قصد إلى أحد الوجهين. ثمّ اتجر العامل بالباقي أو ببعضه، فحصل خسران أو تلف، يجبر بالربح السابق بتمامه، حتى المقدار الشائع منه فى الذى أخذه المالك، و لا يختصّ الجبر بما عداه، حتى يكون مقدار حصّه العامل منه باقياً له.

مثلاً إذا كان رأس المال مائه فربح عشره، ثمّ أخذ المالك عشره، ثمّ اتجر العامل بالبقية فخسر عشره أو تلف منه عشره، يجب جبره بالربح السابق حتى المقدار الشائع منه فى العشره المأخوذه، فلا يبقى للعامل من الربح السابق شىء .

و على ما ذكرنا فلا- وجه لما ذكره المحقق و تبعه غيره، من أن الربح اللاحق لا يجبر مقدار الخسران الذى ورد على العشره المأخوذه، لبطلان المضاربه بالنسبه

و بعباره اخرى: إنّ مقتضى أصل عقد المضاربه رجوع ما يدفعه المالك بعنوان رأس المال إليه من غير نقص فيه، حتى و لو لم تكن التجاره بكل ذلك

المال، بل و مع الفسخ فى بعضه و انحصار المضاربه فى الباقي، لأنه لا يعنى عدم كون المضاربه الأصلية مبيته على رجوع رأس المال بتمامه إليه، حتى على تقدير استرداده للبعض.

(١) و فيه ما لا يخفى.

فإنه لا وجه للجبران فى المقام، نظراً إلى أنّ ما يأخذه المالك إن كان بعنوان استرداد بعض المال، فهو فسخ للمعامله بالنسبه إلى ذلك المقدار، فينحصر رأس المال بالباقي لا محاله، و حينئذٍ يكون العامل مالكاً لحصّته من الربح فى ذلك المقدار و معه لا وجه لجبران ما يطرأ من الخساره على رأس المال الجديد، فإنّ الفسخ موجب لاستقرار ملكه فيه، كما هو الحال فى فسخ العقد فى الجميع.

[١] فيه إشكال و لا تبعد تماميه عمل المضاربه بالإضافه إلى المقدار المأخوذ، فلا يجبر خسران الباقي بربحه.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ١١٩

إليها، فمقدار الخسران الشائع فيها لا ينجبر بهذا الربح، فرأس المال الباقي بعد خسران العشره فى المثال المذكور لا يكون تسعين، بل أقل منه بمقدار حصّه خساره العشره المأخوذه، و هو واحد و تسع، فيكون رأس المال الباقي تسعين إلّا واحد و تسع، و هى تسعه و ثمانون إلّا تسع.

و كذا لا- وجه لما ذكره بعضهم فى الفرض الثانى، أن مقدار الربح الشائع فى العشره التى أخذها المالك لا يجبر الخسران اللّاحق، و أن حصّه العامل منه يبقى له و يجب على المالك ردّه إليه (١) فاللّازم فى المثال المفروض عدم بقاء ربح للعامل بعد حصول الخسران المذكور، بل قد عرفت سابقاً أنه لو حصل ربح و اقتسماه فى الأثناء و أخذ كلُّ حصّته من ثمّ حصل خسران، أنّه يستردّ من العامل مقدار ما أخذ، بل و لو كان

الخسران بعد الفسخ [١] (٢) قبل القسمة، بل أو بعدها إذا اقتسما العروض و قلنا بوجوب الإنضاض [٢]

و إن كان بعنوان كونه من مجموع رأس المال و الربح، فالأمر كذلك، إذ الربح الحاصل عند الفسخ في البعض ينقسم على ذلك و الباقي بالنسبة، و معه يكون للعامل حصّه فيما أخذه المالك لا محاله، و يعتبر ذلك ديناً في ذمته.

و عليه فإذا خسرت المعامله في الباقي بعد ذلك، لم يكن وجه لإرجاع ما ملكه العامل و أقرضه للمالك إلى رأس المال و جبر الخساره به.

و الحاصل أنه لا وجه لجبران الخسران اللاحق بالربح السابق على الفسخ، بلا فرق فيه بين كون الفسخ في الكل أو البعض.

(١) لكنك قد عرفت أنه الصحيح، و لا مناص من الالتزام به.

(٢) إلّا أنّك قد عرفت فيما مضى أنه لا وجه للجبران، لا سيما إذا كانت الخساره بعد القسمة، حيث يستقر ملك كل منهما على ما في يده.

[١] تقدّم أنه لا يتدارك الخسران بعد الفسخ بالربح السابق مطلقاً حتى قبل القسمة.

[٢] مرّ أنه لا إشكال في عدم وجوبه في هذا الفرض، ثمّ إنّ ظاهر كلامه أنّ تدارك الخسران هنا منوط بوجوب الإنضاض على العامل، و قد تقدّم منه عدم وجوبه.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ١٢٠

على العامل (١) و أنه من تتمات المضاربه.

[مسألة ٤٨: إذا كانت المضاربه فاسده، فإنّما أن يكون مع جهلها بالفساد، أو مع علمها]

[٣٤٤٥] مسأله ٤٨: إذا كانت المضاربه فاسده، فإنّما أن يكون مع جهلها بالفساد، أو مع علمها، أو علم أحدهما دون الآخر. فعلى كلّ التقادير الربح بتمامه للمالك، لإذنه في التجارات (٢) و إن كانت مضاربه باطله. نعم، لو كان الإذن مقيداً بالمضاربه توقّف ذلك على إجازته (٣) و إلّا فالمعاملات الواقعه باطله (٤). و على عدم التقيد أو

الإجازة يستحق العامل مع جهلهما لأجره عمله (٥).

و هل يضمن عوض ما أنفقه في السفر على نفسه، لتبين عدم استحقاقه النفقه أو لا- لأنَّ المالك سلَّطه على الإنفاق مجاناً؟
وجهان، أقواهما الأوَّل [١] (٦) و لا

(١) ظاهر كلامه (قدس سره) في المقام إناطه تدارك الخسران بوجوب الإنضاض على العامل، بحيث لو لم نقل به لما وجب التدارك. و هو ينافي ما تقدّم منه (قدس سره) في الفرع الخامس من المسألة السادسة و الأربعين، من عدم كونه منوطاً به، حيث اختار (قدس سره) عدم وجوب الإنضاض على العامل، و مع ذلك قال بوجوب التدارك عليه.

(٢) و هو يكفي في صحّتها، حيث إنَّها لا- تتوقّف على صحّحه عقد المضاربه، إذ الذي يتوقف عليها إنما هو استحقاق العامل للحصّه المعيّنه من الربح.

(٣) على ما تقتضيه القاعده في العقد الفضولي.

(٤) لفقدانها الإذن و الإجازة معاً.

(٥) لاستيفاء المالك عمل الغير الصادر عن أمره لا على نحو المجانيه، فإنه موجب لضمّانه له بدفع بدله، أعني أجره المثل، على ما تقتضيه السيره القطعيه، على تفصيل في المقام يأتي.

(٦) بل الثاني. فإنّ إذن المالك له بالسفر و الصرف من ماله، لما لم يكن مقيداً بصحّحه عقد المضاربه، كان مقتضى القاعده عدم الضمان، إذ الضمان إنما يختص بفرض

[١] بل أقواهما الثاني فيما إذا أذن المالك في الإنفاق مجاناً كما في فرض عدم التقييد.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ١٢١

يضمن التلف و النقص (١).

التصرّف فيه بالتعدى أو التفريط، و هو مفقود. و في المقام تفصيل ستعرفه.

(١) ظاهر عبارته (قدس سره) ترتب الأحكام الثلاثه استحقاق أجره المثل و عدم ضمّانه لما أنفقه في السفر على نفسه، و عدم ضمّانه للتلف و النقص على فرضي عدم

كون الإذن في المعاملات مقيداً بصحة عقد المضاربه، و التقييد مع إجازته للمعاملات بعد ذلك، معاً و من دون فرق بينهما.

إلا أنّ الظاهر هو التفصيل بين الفرضين.

فعلى الأوّل: يستحقّ العامل اجره المثل قطعاً، لاستيفاء المالك عمل مسلم محترم صادر عن أمره من دون قصد التبرع و المجانيه، على ما تقتضيه السيره القطعيه الممضاه من قبل الشارع المقدس، حيث لم يرد الردع عنها.

كما لا يضمن العامل ما أنفقه على نفسه في سفره، حيث إنّه قد صدر عن إذنه و إجازته و إن كان عقد المضاربه فاسداً.

و عليه فلا موجب لحكمه (قدس سره) بالضمان، فإنه لو كان العقد صحيحاً لما كان فيه ضمان، ففاسده يكون كذلك لنفس الملاك، أعني صدوره عن إذنه.

و منه يظهر الحال فيما يتلف في يد العامل من الأموال، فإنه لا موجب للحكم بالضمان بعد كون هذه الأموال أمانه في يده، و لم يكن العامل متعدّياً أو مفرطاً.

و على الثاني: بحيث لولا الإجازة المتأخره لبطلت المعاملات الصادره من العامل فحكم هذه الصور حكم باقى العقود الفضوليه، فلا يستحقّ العامل شيئاً من الربح و لا اجره المثل، باعتبار أنّ المالك لم يأمره بشىء، بل و لم يستوف من عمله شيئاً، و إنما هو استوفى الربح بعمل نفسه بإجازته للعقد.

و من هنا فحكمه (قدس سره) باستحقاقه لأجره المثل حتى في هذه الصوره على ما يظهر من عبارته لا يمكن المساعده عليه.

و كذا الحال فيما صرفه العامل في سفره، فإنه لا موجب لحسابه على المالك بعد أن لم يكن كلّ ذلك بإذن منه.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ١٢٢

و كذا الحال إذا كان المالك عالماً دون العامل (١) فإنه يستحق الأجره، و لا يضمن التلف و النقص.

إن كانا عالمين، أو كان العامل عالماً دون المالك، فلا أجره له [١]، لإقدامه على العمل مع علمه بعدم صحّة معامله (٢). و ربّما يحتمل في صورته علمهما أنه يستحقّ حصّته من الربح من باب الجعالة [٢]. وفيه: أنّ المفروض عدم قصدتها (٣). كما أنه ربّما يحتمل استحقاؤه أجره المثل إذا اعتقدا أنه يستحقها

و منه يظهر الحال فيما يتلف في يد العامل، فإنه ضامن له لا محاله بعد أن لم تكن يده يد أمانه، حيث إنّ المالك لم يأذن له في التصرف مطلقاً، و إنما أذن له فيه مقيداً بصحّة عقد المضاربه، فإذا انتفى القيد كان المقيد مثله.

(١) يظهر الحال فيه مما تقدّم. فإنّ الكلام في هذا الفرض، هو الكلام في الفرض السابق من حيث الأدلّة و التفصيل حرفاً بحرف.
(٢) لكنك قد عرفت غير مرّه، أنّ العلم بالفساد شرعاً لا يلازم الإتيان بالعمل مجاناً و بغير عوض، فإنّ العامل قاصد للعوض و إن كان يعلم بأنّ الشارع لم يمضه. و مقتضى السير العقلائيّ القطعيه اقتضاء استيفاء عمل الغير الصادر عن أمره للضمان مطلقاً، علم العامل بالفساد أو جهل، فإنّ العبرة في عدم الضمان إنما هو بالتبرّع به و هو غير متحقق.

(٣) ظاهر هذا التعليل أنّ عدم الاستحقاق ناشئ من عدم القصد إلى الجعالة.

و فيه: أنه لا أثر للقصد و عدمه، و ذلك لما تقدّم مراراً من عدم صحّة تمليك الإنسان ما لا يملكه بالفعل إلّا ما خرج بالدليل، إذ ليس له بالفعل مال و ملك كى

[١] فيه إشكال بل منع، فإنّ العلم بفساد معامله شرعاً لا يستلزم الإقدام على العمل مجاناً.

[٢] المضاربه و إن كانت نوعاً من الجعالة إلّا أنّهما تفرقان في أنّ

العامل في باب المضاربه يشترك مع المالك في الربح، و هذا بخلاف العامل في باب الجعالة فإنه لا يشترك مع المالك في الربح و إنما يستحق الأجره التي جعلت له.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ١٢٣

مع الفساد، و له وجه (١) و إن كان الأقوى خلافه.

هذا كله إذا حصل ربح و لو قليلاً. و أما مع عدم حصوله، فاستحقاق العامل الأجره و لو مع الجهل مشكل [١] (٢) لإقدامه على عدم العوض لعمله مع عدم حصول الربح.

ينقله إلى غيره و يجعله هو المالك.

و عليه فحيث لا دليل على صحته في الجعالة، فلا بدّ في الجعل من كونه مالاً مملوكاً للجاعل في الخارج أو في الذمه بالفعل، و لما لم يكن الربح من هذا القبيل حيث لا وجود له حين الجعل، فلا يصلح للجعل، سواء تحقق القصد إلى الجعالة أم لم يتحقق.

فالبطلان غير ناشئ من جهه عدم قصده لها في عقد المضاربه، فإنه باطل حتى مع القصد.

على أنه قد تقدّم أنّ المضاربه عين الجعالة، و ليست شيئاً في قبالها. نعم، تمتاز هي عن سائر أفراد الجعالة بالصحة مع مجهوليه الجعل.

(١) عرفته فيما تقدّم.

(٢) الظاهر أنه لا- ينبغي الإشكال في عدم استحقاق العامل للأجره في الفرض. و ذلك لأن الضمان في هذه الموارد لم يثبت بدليل لفظي، كي يتمسك بإطلاقه في إثبات أجره المثل في مثل المورد أيضاً، و إنما هو قد ثبت بالسيره العقلانيه القائمه على اقتضاء الأمر بعمل ذي أجره المثل في مثل المورد أيضاً، و إنما هو قد ثبت بالسيره العقلانيه القائمه على اقتضاء الأمر بعمل ذي أجره لا مجاناً لثبوتها في ذمه الأمر.

و من هنا يكون المتبع في الحكم هو السيره القطعيه. و

حيث إنه لا ينبغي الشك في عدم ثبوت شىء على الأمر غيره بعمل مجاناً و من غير أجره مطلقاً أو على تقدير دون تقدير، سواء أقصد العامل التبرع أيضاً أم لم يقصده إذ لا أثر لقصده، فلا ينبغي

[١] الظاهر أنه لا إشكال في عدم استحقاقه.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ١٢٤

و على هذا ففي صورته حصوله أيضاً يستحق أقل الأمرين، من مقدار الربح و أجره المثل (١). لكن الأقوى خلافه، لأن رضاه بذلك كان مقيداً بالمضاربه (٢). و مراعاة الاحتياط في هذا و بعض الصور المتقدمه أولى.

[مسألة ٤٩: إذا ادعى على أحد أنه أعطاه كذا مقداراً مضاربه و أنكر]

[٣٤٤٦] مسألة ٤٩: إذا ادعى على أحد أنه أعطاه كذا مقداراً مضاربه و أنكر، و لم يكن للمدعى بينه، فالقول قول المنكر مع اليمين (٣).

الإشكال في عدم ثبوت الأجره للعامل في المقام. فإن المالك إنما جعل له الحصه من الربح على تقدير تحققه، و لم يجعل له شيئاً من ماله الخاص، و هو إنما يعنى أن المالك إنما أمره بالعمل على تقدير عدم الربح مجاناً و بغير عوض، و معه فلا يكون وجه للضمان.

و الحاصل أن الضمان إنما يثبت عند الأمر بالعمل لا مجاناً، و أما مع كون الأمر به مقيداً بالمجانیه و لو على تقدير على فرض تحققه فلا موجب للضمان.

(١) ظهر وجهه ما تقدم. فإن الأمر إنما يقتضى الضمان بالمقدار الذى التزم به الأمر و أما الزائد عنه فلا دليل عليه. و أما مع زياده الأجره عن الحصه، فلا إقدام العامل على العمل على أن لا يستحق الزائد عن هذا المقدار.

(٢) إلا أنك قد عرفت أن العبره إنما هى بما التزم به الأمر على نفسه، لا برضا العامل و عدمه. على أننا لو التزمنا بكون رضا

العامل مقيداً بصحة المضاربه، لكان لازمه القول بعدم استحقاق العامل شيئاً بالمره، لأنّ كون رضا العامل مقيداً بها يستلزم كون رضا المالك و أمره له مقيداً بها أيضاً، وهذا يعنى فساد جميع العقود الصادره منه لكونه فضولياً و توقف صحتها على الإجازة، فإذا أجاز صحت المعاملات بها، و معه فلا يستحق العامل شيئاً من الربح أو اجره المثل، على ما تقدّم.

(٣) على ما تقتضيه قواعد القضاء. فإن أقام المدعى البيئه فهو، و إلّا فله إخلاف المنكر. فإن حلف فهو، و إن نكل عن اليمين و لم يردها على المالك أيضاً، ألزم بدفع المال إن كانت عيناً معينه، و إلّا فبدله.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ١٢٥

[مسأله ٥٠: إذا تنازع المالك و العامل فى مقدار رأس المال الذى أعطاه للعامل]

[٣٤٤٧] مسأله ٥٠: إذا تنازع المالك و العامل فى مقدار رأس المال الذى أعطاه للعامل، قدّم قول العامل بيمينه مع عدم البيئه (١) من غير فرق بين كون المال موجوداً أو تالفاً مع ضمان العامل، لأصالة عدم إعطائه أزيد مما يقوله و أصاله براءه ذمته إذا كان تالفاً بالأزيد.

هذا إذا لم يرجع نزاعهما إلى النزاع فى مقدار نصيب العامل من الربح. كما إذا كان نزاعهما بعد حصول الربح و علم أن الذى بيده هو مال المضاربه، إذ حينئذٍ النزاع فى قلّه رأس المال و كثرته يرجع إلى النزاع فى مقدار نصيب العامل من هذا المال الموجود. إذ على تقدير قلّه رأس المال، يصير مقدار الربح منه أكثر، فيكون نصيب العامل أزيد. و على تقدير كثرته، بالعكس. و مقتضى الأصل كون جميع هذا المال للمالك، إلّا بمقدار ما أقربه للعامل (٢).

و على هذا أيضاً لا فرق بين كون المال باقياً أو تالفاً بضمن العامل، إذ بعد الحكم بكونه

للمالك إلا كذا مقداراً منه، فإذا تلف مع ضمانه لا بد أن يغرم المقدار الذي للمالك.

[مسألة ٥١: لو ادعى المالك على العامل أنه خان، أو فرط في الحفظ فتلف]

[٣٤٤٨] مسألة ٥١: لو ادعى المالك على العامل أنه خان، أو فرط في الحفظ فتلف، أو شرط عليه أن لا يشتري الجنس الفلاني، أو لا يبيع من زيد أو نحو ذلك. فالقول قول العامل في عدم الخيانه و التفريط، و عدم شرط المالك

(١) لما تقدّم.

(٢) و لا- يرد عليه أنّ العامل ذو اليد حيث إنّ المال بأجمعه في يده بالفعل، و مقتضى القاعده كونه بأجمعه له إلا ما أقرّ به للمالك.

فإنه إنما يتمّ فيما إذا لم يكن ذو اليد معترفاً بانتقاله إليه من المالك، و أما معه فلا أثر لليد، حيث ينقلب المدعى منكرًا و المنكر مدعيًا، فيلزم بالاثبات، و إلا فالمال للمالك بمقتضى اعترافه، و لا يستحق إلا ما يقرّ به المالك.

نعم، للعامل إحلاف المالك في الفرض، على ما تقتضيه قواعد القضاء.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ١٢٦

عليه الشرط الكذائي [١] (١) و المفروض أن مع عدم الشرط يكون مختاراً في الشراء و في البيع من أي شخص أراد.

نعم، لو فعل العامل ما لا يجوز له إلا بإذن من المالك، كما لو سافر أو باع

(١) فيه إشكال، بل منع.

و ذلك لما ذكرناه في مبحث الإطلاق و التقييد من المباحث الأصوليه، من أنّ النسبه بين الإطلاق و التقييد بحسب مقام الثبوت هو التضاد، حيث إنّ الإهمال أمر غير معقول. فإن المنشئ إذا التفت إلى انقسام متعلق حكمه أو موضوعه، فإما أن يكون لإحدى تلك الخصوصيات الموجهه للانقسام دخل في ثبوت ذلك الحكم المنشأ أو لا يكون، و لا ثالث لهما لامتناع ارتفاع التقييد. و الأول هو المقيّد، و يسمّى

بالطبيعه بشرط شىء إن كان القيد وجودياً، والطبيعه بشرط لا إن كان عدمياً. والثانى هو المطلق، ويسمى بالطبيعه لا بشرط القسمى. والإهمال غير معقول لاستحاله ارتفاع النقيضين.

و بعباره اخرى: إنَّ حال الأمر لا يخلو بحسب الواقع، إما من لحاظ الطبيعه الساريه، أو لحاظ الطبيعه المقيده ببعض الخصوصيات الوجوديه أو العدميه. و من هنا فتكون النسبه بينهما هى نسبه التضادّ، حيث إنَّ كلّاً منهما لحاظ الدخل و لحاظ عدمه أمر وجودى.

و أما بحسب مقام الإثبات، فالنسبه بينهما إنما هى نسبه العدم و الملكه. فإنَّ المتكلم إن لم يكن فى مقام البيان، فالقضيّه مجمله مهمله، لا مطلقه و لا مقيده. و إن كان فى مقام البيان، فإنَّ ذكر القيد فالقضيّه مقيده، و إلّا فهى مطلقه.

[١] هذا الشرط و ما بحكمه يرجع إلى تقييد متعلّق عقد المضاربه، و عليه فالعامل يدعى الإطلاق كما أنّ المالك يدعى التقييد، و أصاله عدم تقييد المتعلّق معارضه بأصاله عدم إطلاقه على ما بيّنا فى محلّه من أنّهما متضادّان فى مقام الثبوت، و أمّا استصحاب عدم التقييد فى مقام الإثبات فلا- يترتب عليه الإطلاق فى مقام الثبوت، و أمّا أصاله الإطلاق فلا مجرى لها فى أمثال المقام و نتيجته ذلك كلّه أنّ القول قول المالك لأصاله عدم إذنه فيما يدعى العامل إذنه فيه.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ١٢٧

.....

ثمَّ إنَّ الإطلاق فى هذا المقام، يكشف عن عدم التقييد فى مقام الثبوت و كون مراده هى الطبيعه الساريه، و إلّا لكان متكلماً على خلاف ما هو المتعارف لدى الناس فى مقام التفاهم.

و مما ذكرنا يظهر الوجه فى كون النسبه بينهما بحسب هذا المقام هو العدم و الملكه فإنَّ الإطلاق عباره

عن عدم تقييد ما هو قابل للتقييد.

و من هنا فما ذكر في كلمات الأصحاب من كون المقابله بينهما من تقابل العدم و الملكه صحيح، لكنه بالقياس إلى مقام الإثبات فقط.

و على ضوء هذا، ففيما نحن فيه:

إذا اعترف المالك بكون عقد المضاربه حين وقوعه مطلقاً، كشف ذلك عن إطلاقه في مقام الثبوت أيضاً. فإن ادعى أنه قد منع العامل بعد ذلك عن الاتجار بنحو معيّن بحيث يكون مقيّداً منفصلاً و رافعاً لحجيه ظهور ذلك الإطلاق مع بقاء أصل الظهور على حاله، و أنكر العامل ذلك، فالأمر كما أفاده (قدس سره) من تقديم قول العامل. فإنّ إطلاق كلامه بمقتضى اعترافه حجّه عليه، ما لم يثبت أنه أقام حجّه أخرى.

لكن الظاهر أنّه (قدس سره) لا ينظر إلى فرض دعوى قيام الحجّه المنفصله، و أنه ناظر إلى فرض دعوى الحجّه المتصله، بمعنى ادعاء المالك لمنع العامل عن التجاره المعيّنه حين المضاربه، و خيانه العامل بمخالفته لذلك، و إنكار العامل لذلك.

و في هذا الفرض لا يتم ما أفاده (قدس سره)، حيث إنّ العامل حينئذ يدعى الإطلاق و المالك يدعى التقييد، و في مثله لا يمكن تقديم قول العامل، لأنه مدّع أيضاً. لأنّ أصله عدم التقييد، إن أُريد بها استصحاب العدم الأزلي لو قلنا به كما هو الصحيح فلا أثر له في المقام، حيث لا يثبت الإطلاق. و إن أُريد بها أصله الإطلاق الثابته ببناء العقلاء، فلا مورد لها في المقام، فإنها إنما تجرى فيما إذا أحرز الإطلاق في مقام الإثبات، و كان الشكّ في مطابقه مقام الثبوت له، فلا تجرى في فرض الشكّ في أصل ثبوت الإطلاق.

و الحاصل أنّه بعد الشكّ في الإطلاق و التقييد في المقام، لا وجه لإثبات

بالنسيئه و ادعى الإذن من المالك، فالقول قول المالك فى عدم الإذن (١).

و الحاصل أنّ العامل لو ادعى الإذن فيما لا يجوز إلّا بالإذن قدّم فيه قول المالك المنكر. و لو ادعى المالك المنع فيما يجوز إلّا مع المنع، قدّم قول العامل المنكر له.

[مسألة ٥٢: لو ادعى العامل التلف و أنكر المالك]

[٣٤٤٩] مسأله ٥٢: لو ادعى العامل التلف و أنكر المالك، قدّم قول العامل، لأنّه أمين [١] (٢) سواء كان بأمر ظاهر أو خفى.

المالك ما لم يُثبت هو التقيّد، لما عرفت من أنّهما من المتضادّين، بل لا بدّ على العامل من إثبات ذلك، و إلّا فهو له ضامن.

ثمّ إنّ هذا الكلام لا يختصّ بالمقام بل يجرى فى موارد كثيره، منها الوقف إذا شك فى عمومه و خصوصه، فإنّه لا بدّ من الاقتصار على القدر المتيقن ما لم يعلم أنّ الصادر من المنشأ هو المطلق.

(١) حيث إنّ العامل مدّع و المالك منكر، و القول قول المنكر ما لم يثبت المدعى دعواه بالبيّنه، أو حلف اليمين المردوده.

(٢) تقدّم التعرّض لهذه المسأله فى مسائل تنازع المالك و المستأجر من كتاب الإجاره. و حيث إنّها لا تخلو عن غموض، فلا بأس بإعادة التعرّض لها ثانياً، لبيان ما هو الحقّ فى المقام و يقتضيه التحقيق جلياً.

فقول: لهذه المسأله صور أربع:

الأولى: ما إذا كان العامل غير مأمون، و ادعى تلف المال بغير تفريط حتى ينفى عن نفسه الضمان للمالك، و ادعى المالك فى قبالة إتلافه للمال عمداً أو تفريطه فى تلفه أو عدم تلفه أصلاً، فطالبه بالعين أو ببدلها.

و المشهور فى هذه الصوره بل ادعى عليه الإجماع، أنه ليس على العامل إلّا اليمين و على المالك المدعى للضمان إقامه البيّنه

على خلاف ما يدّعيه العامل.

غير أنّ الشهيد الثاني (قدس سره) نسب في المسالك إلى المشهور مطالبه العامل

[١] هذا إذا لم يكن متّهماً، وإلا فيستحلف.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ١٢٩

.....

بالبينة «١».

أقول: لا- يخفى أنّ الموافق لقواعد القضاء و عمومات كون البينة على المدّعي و اليمين على من ادّعى عليه، هو ما ادّعى عليه الإجماع، نظراً لكون المالك هو المدّعي للضمان على العامل.

إلّا أنّ الاستفادة من النصوص الخاصّة، كون المطالب بالبينة في محل الكلام هو العامل. و عليه فيتعين رفع اليد عن العمومات، و الحكم بإلزام العامل بالبينة.

بيان ذلك: أنّ الروايات الواردة في المقام على ثلاث طوائف:

الطائفة الأولى: ما دلّ على ضمان العامل، و أنّه لا بدّ له في دفع الضمان عن نفسه من إثبات مدّعه. و هي عدّه روايات:

□
منها: صحيحه الحلبي عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال في الغسال و الصبّاغ: ما سرق منهم من شيء، فلم يخرج منه على أمر بين إنه قد سرق و كل قليل له أو كثير فإن فعل فليس عليه شيء. و إن لم يقيم البينة و زعم أنه قد ذهب الذي ادّعى عليه، فقد ضمنه إن لم يكن له بينه على قوله «٢».

□
و منها: صحيحه ابن مسكان عن أبي بصير عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: سألته عن قصّار دفعت إليه ثوباً فزعم أنه سرق من بين متاعه، قال: «فعلية أن يقيم البينة أنه سرق من بين متاعه و ليس عليه شيء، فإن سرق متاعه كله فليس عليه شيء» «٣».

□
و منها: معتبره السكوني عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: «كان أمير المؤمنين (عليه السلام) يضمن الصبّاغ و القصّار و الصانغ احتياطاً على أمتعته الناس»

و منها: صحيحه الحلبي عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: سئل عن رجل جمّال

(١) مسالك الافهام ٤: ٣٧٤ ٣٧٥.

(٢) الوسائل، ج ١٩ كتاب الإجاره، ب ٢٩ ح ٢.

(٣) الوسائل، ج ١٩ كتاب الإجاره، ب ٢٩ ح ٥.

(٤) الوسائل، ج ١٩ كتاب الإجاره، ب ٢٩ ح ٦.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ١٣٠

.....

استكرى منه إبلاً و بعث معه بزيت إلى أرض، فزعم أنّ بعض زقاق الزيت انخرق فأهراق ما فيه، فقال: «إن شاء أخذ الزيت، و قال: إنه انخرق، و لكنه لا يصدق إلّا بيّنه عادله» (١).

و منها: صحيحته عنه (عليه السلام) أيضاً، في رجل حمل مع رجل في سفينته طعاماً فنقص، قال: «هو ضامن» الحديث (٢). و نحوها غيرها.

فإنّ هذه الروايات المعتبره تدلّ و بوضوح على ضمان العامل في فرض دعواه التلف، ما لم يقيم بيّنه عادله على صدق ما يقوله.

الطائفة الثانيه: ما دلّ على عدم ضمان العامل عند دعواه التلف. و هي عدّه روايات:

منها: معتبره يونس، قال: سألت الرضا (عليه السلام) عن القصار و الصائغ أ يضمنون؟ قال: «لا يصلح إلّا أن يضمنوا» (٣).

و هذه الروايه معتبره سنداً و إن كان في طريقها إسماعيل بن مرار، فإنه ثقّه على الأصحّ لوروده في إسناد تفسير علي بن إبراهيم. و قد دلّت على عدم تضمين العامل مطلقاً، إلّا أن يشترط عليه الضمان في ضمن العقد.

و منها: صحيحه معاويه بن عمار عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: سألته عن الصبّاغ و القصار، فقال: «ليس يضمنان» (٤).

الطائفة الثالثه: ما دلّ على التفصيل بين المتهم و غيره، حيث يضمن الأول دون الثاني. و هي عدّه روايات أيضاً:

منها: صحيحه الحلبي عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال:

«كان أمير المؤمنين (عليه السلام) يضمن القصار و الصائغ احتياطاً للناس، و كان أبى يتطوّل عليه إذا كان

(١) الوسائل، ج ١٩ كتاب الإجاره، ب ٣٠ ح ١، ٢.

(٢) الوسائل، ج ١٩ كتاب الإجاره، ب ٣٠ ح ١، ٢.

(٣) الوسائل، ج ١٩ كتاب الإجاره، ب ٢٩ ح ٩.

(٤) الوسائل، ج ١٩ كتاب الإجاره، ب ٢٩ ح ١٤.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ١٣١

.....

مأموناً» (١). حيث دلّت على تضمينه (عليه السلام) لمن لم يكن مأموناً.

□

و منها: معتبره أبى بصير عن أبى عبد الله (عليه السلام)، قال: «كان على (عليه السلام) يضمن القصار و الصائغ، يحتاط به على أموال الناس. و كان أبو جعفر (عليه السلام) يتفضّل عليه إذا كان مأموناً» (٢). و هى فى الدلاله كسابققتها.

و منها: صححه جعفر بن عثمان الرواسى الثقفه قال: حمل أبى متاعاً إلى الشام مع جَمال فذكر أنّ حملاً منه ضاع، فذكرت ذلك لأبى عبد الله (عليه السلام) فقال: «أ تتهمه»؟ قلت: لا. قال: «فلا تضمّنه» (٣). و هى تدلّنا بمنطوقها و مفهومها على أنّ التضمين إنما يختصّ بصوره الاتهام، و لا يثبت فى غيرها.

□

و منها: معتبره أبى بصير عن أبى عبد الله (عليه السلام) فى الجمال يكسر الذى يحمل أو يهريقه، قال: «إن كان مأموناً فليس عليه شىء، و إن كان غير مأمون فهو ضامن» (٤). و لا إشكال فى أن السؤال فى هذه المعبره إنما هو عن حكم التلف، و إلّا فلا فرق فى ضمان المتلف بين المأمون و غيره جزماً.

□

و مما يؤيد هذا الطائفه روايه خالد بن الحجاج كما فى الكافى، أو الحجال كما فى التهذيب، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الملاح أحمله الطعام ثم

أقبضه منه فينقص، قال: «إن كان مأموناً فلا تضمّنه» (٥).

فإنها و إن كانت صريحه في المدعى، إلّا أنها قاصره من حيث السند، فإنّ خالد بن الحجال لا وجود له على الإطلاق، لا في كتب الرجال ولا في كتب الحديث، ما عدا نسخة التهذيب من هذه الرواية و المظنون قوياً وقوع التحريف فيها، و الصحيح ما في الكافي فإنّ الكليني أضبط في النقل. و خالد بن الحجاج لم يُوثَّق. و من هنا فلا تصلح هذه الرواية إلّا لتأييد هذه الطائفة.

(١) الوسائل، ج ١٩ كتاب الإجاره، ب ٢٩ ح ٤، ١٢.

(٢) الوسائل، ج ١٩ كتاب الإجاره، ب ٢٩ ح ٤، ١٢.

(٣) الوسائل، ج ١٩ كتاب الإجاره، ب ٣٠ ح ٦، ٧.

(٤) الوسائل، ج ١٩ كتاب الإجاره، ب ٣٠ ح ٦، ٧.

(٥) الوسائل، ج ١٩ كتاب الإجاره، ب ٣٠ ح ٣.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ١٣٢

.....

ثمّ إنّ الطائفتين الأوليين و إن كانتا متعارضتين بالتباين، حيث دلّت الاولى على الضمان في حين صرّحت الثانية بعدمه، إلّا أنّ الطائفة الثالثة تقيّد كلّاً منهما، و بذلك يرتفع التعارض بينهما. و تكون النتيجة عدم ضمان العامل فيما إذا كان مأموناً من غير أن يطلب منه الإثبات بإقامه البيّنه على دعواه، بخلاف ما إذا كان متّهماً حيث يطالب بإثبات ما ادعاه و إلّا تعيّن الضمان عليه.

بقي الكلام في أنه هل للمالك، في فرض كون العامل متّهماً، مطالبته بالحلف بدلاً عن مطالبته بالبيّنه؟

و بعبارة أخرى: هل المالك في صورة اتهام العامل مخيّر بين مطالبته بإقامه البيّنه على التلف و بين مطالبته بالحلف عليه، أم إنه ليس للمالك إلّا مطالبته العامل بالإثبات؟

الظاهر هو الأول، و ذلك لوجوه:

الأول: إنّ جواز مطالبته المالك العامل بالبيّنه

حقّ له، و له أن يرفع اليد عنه و يرضى بحلفه بدلاً عنه.

نعم، لا يترتب على هذا الوجه إلزامه العامل بالحلف، فإنّ للعامل الامتناع عنه و إقامة البينة على ما يدّعيه.

الثاني: عمومات ما دلّ على أن البينة على المدّعى و اليمين على المدعى عليه، فإنّها غير قاصره عن شمول محلّ الكلام، لأنها و إن خصّصت فيه بالنسبه إلى مطالبه المدّعى بالبينة، حيث دلّت النصوص الخاصه على مطالبتها من المدّعى عليه، إلّا أنها لم تدلّ على عدم جواز مطالبه الحلف منه، فتبقى العمومات على حالها و سليمه عن المخصص من هذه الناحيه، و بذلك فيثبت للمالك مطالبه العامل باليمين.

نعم، يختص هذا الوجه بما إذا كان المالك مدّعياً لخلاف ما يدّعيه العامل جزماً و إلّا فليس له حقّ الدعوى عليه بمقتضى العمومات.

□
الثالث: صحيحه أبي بصير يعنى المرادى عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: «لا يضمن الصانع و لا القصار و لا الحائك إلّا أن يكونوا متهمين، فيخوف بالبينة

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ١٣٣

.....

و يستحلف لعله يستخرج منه شيئاً». الحديث «١».

وجه الدلالة: أن جملة «و يستحلف» معطوفه على جملة «فيخوّف» فتدلّ الصحيحه أنه كما يخوّف العامل بالبينة يُطلب منه اليمين.

بل لو كنا نحن و هذه الصحيحه، لحكمنا بأنّ وظيفه العامل هو الحلف فقط، لكننا و بلحاظ الروايات السابقه نحكم بتخيير المالك بين مطالبه البينه و الحلف.

و أمّا ما تقدّم منّا فى كتاب الإجاره من المناقشه فى دلالة الصحيحه على جواز الاستحلاف، فلم يكن فى محلّه، و الظاهر هو التخيير كما عرفت.

□
و مما يؤيد ذلك ما رواه الشيخ بإسناده عن بكر بن حبيب، قال: «قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): أعطيت جبه إلى القصار فذهبت بزعمه،

قال: ان اتهمته فاستحلفه و إن لم تتهمه فليس عليه شىء «٢».

و ما رواه أيضاً عنه عن أبى عبد الله (عليه السلام)، قال: «لا يضمن القصار إلّا ما جنت يده، و إن اتهمته أحلفته» «٣».

الصورة الثانية: ما إذا كان العامل غير مأمون و ادعى التلف بغير تفريط، و لم يدع المالك عليه شيئاً لعدم جزمه بكذب العامل فى دعواه و احتمال صدقه.

و فيها لو كنا نحن و لم تكن الروايات الخاصة المتقدمه، لحكمنا بعدم ضمان العامل حيث لا يدعى المالك عليه الضمان.

غير أنّ الروايات الخاصة المتقدمه، و الداله على ضمان العامل إذا كان متهماً فى نفسه و غير مأمون، غير قاصره الشمول عن هذه الصورة. و عليه فيكون حكمها حكم سابقتها فى تخير المالك بين مطالبه العامل بالبيئه أو اليمين، و إلّا فالعامل ضامن للمال.

الصورة الثالثه: ما إذا كان العامل مأموناً و ادعى التلف بغير تفريط و لم يدع المالك عليه شيئاً.

(١) الوسائل، ج ١٩ كتاب الإجاره، ب ٢٩ ح ١١.

(٢) الوسائل، ج ١٩ كتاب الإجاره، ب ٢٩ ح ١٦.

(٣) الوسائل، ج ١٩ كتاب الإجاره، ب ٢٩ ح ١٧.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ١٣٤

و كذا لو ادعى الخساره، أو ادعى عدم الربح (١) أو ادعى عدم حصول المطالبات فى النسيئه، مع فرض كونه مأذوناً فى البيع بالدين.

و لا فرق فى سماع قوله بين أن تكون الدعوى قبل فسخ المضاربه أو بعده (٢). نعم، لو ادعى بعد الفسخ التلف بعده، ففى سماع قوله لبقاء حكم أمانته، و عدمه لخروجه بعده عن كونه أميناً، وجهان [١] (٣).

و فيها لا إشكال فى عدم ضمان العامل، و أنه لا يلزم بشىء من الحلف أو إقامه البيئه، إذ لا

مقتضى لشيء منهما بعد عدم توجه دعوى إليه من قبل المالك، بل الروايات المتقدمه واضحة الدلاله على عدم التضمن في هذه الصوره.

الصوره الرابعه: ما إذا كان العامل مأموناً في نفسه و ادعى التلف بغير تفريط، إلّا أن المالك اتهمه و ادعى عليه الإلتلاف أو التلف بتعداً أو تفريطاً.

و فيها يكون المالك هو المطالب بالبيئه، إلّا أنّ له إحلاف العامل، على ما تقتضيه موازين القضاء.

و ما تقدّم من الروايات الدالّه على التضمن قاصره الشمول لمثل هذه الصوره مضافاً إلى أنّ صحيحه جعفر بن عثمان المتقدمه دلت على جواز التضمن في فرض الاتهام.

(١) في خصوص الفرض، حيث يكون التنازع في أمر زائد عن رأس المال فللمالك إقامه الدعوى إن كان جازماً بما يدعيه، إذ بدونه ليس له حق الدعوى.

و عليه فإن أقام البيئه فهو، و إلّا فله إحلاف العامل. فإن حلف فهو، و إلّا فله ردّه على المالك، و إلّا الزم به، على ما تقتضيه موازين القضاء.

(٢) لإطلاق الأدلّه.

(٣) أظهرهما الأول. إذ لم يظهر وجه خروج يده عن الأمانه، فإنّ المالك هو الذى سلّمه المال و سلطه عليه، ليكون أمانه عنده حتى يردّه إليه، و مقتضاه كونه كذلك

[١] أظهرهما الأول.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ١٣٥

و لو أقرّ بحصول الربح، ثم بعد ذلك ادعى التلف أو الخساره، و قال: إنى اشتبهت فى حصوله، لم يسمع منه، لأنه رجوع عن إقراره [١] الأول (١). و لكن لو قال: ربحت ثم تلف، أو ثم حصلت الخساره، قبل منه (٢).

[مسأله ٥٣: إذا اختلفا فى مقدار حصّه العامل]

[٣٤٥٠] مسأله ٥٣: إذا اختلفا فى مقدار حصّه العامل، و أنه نصف الربح مثلاً أو ثلثه، قدّم قول المالك (٣).

[مسأله ٥٤: إذا ادعى المالك أنى ضاربتك على كذا مقدار و أعطيتك فأنكر أصل المضاربه]

[٣٤٥١] مسأله ٥٤: إذا ادعى المالك أنى ضاربتك على كذا مقدار و أعطيتك فأنكر أصل المضاربه، أو أنكر تسليم المال إليه،

حتى بعد الفسخ و قبل الردّ.

نعم، لو طالبه المالك به و امتنع، خرجت يده عن الأمانه و اتصفت بالعدوان لا محاله، إلّا أنه خلاف المفروض فى المقام.

(١) فى كون هذا رجوعاً عن الإقرار السابق إشكال، بل منع. فإنه ليس من الإنكار بعد الإقرار، حيث لا يتحد مورده مع ما ورد عليه الإنكار، و إنما هو من الدعوى على خلاف ظاهر الكلام، فإنّ ظاهر كلّ كلام صادر من عاقل شاعر ملتفت هو صدوره عن جدّ و من غير غلط فيه.

و بعبارة اخرى: إنّ دعوى الاشتباه فى المقام إنما يصطدم مع ظهور كلامه فى الجد و عدم الغلط، و لا يصطدم مع إقراره السابق.

إلّا أن هذا لا- يعنى سماع دعواه فى ذلك، بل لا بدّ له من الإثبات نظراً لحجيه ظهور الكلام لدى العقلاء. فإن أثبت سمعت دعواه، و إلّا فلا.

(٢) إذا لم يكن متهماً على ما تقدّم.

(٣) و على العامل الإثبات، على ما تقتضيه موازين الدعوى.

و قد يتوهم كون المقام من التداعى، باعتبار أنّ المتيقن فى استحقاق كلّ منهما من

[١] هذا ليس رجوعاً عن إقراره، بل هو دعوى على خلاف ظاهر كلامه و هى لا تسمع ما لم تثبت شرعاً.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ١٣٦

فادعى العامل تلفه، لم يُسمع منه [١] و أخذ بإقراره المستفاد من إنكاره الأصل (١). نعم، لو أجاب المالك بأنى لست مشغول الذمّه لك بشىء،

المال هو ما يعترف الآخر له. فالمتيقن من حصه المالك هو ما يعترف به العامل، و من حصه العامل هو ما يعترف به المالك، و يكون الباقي هو محل الخلاف بينهما، فكل منهما يدعيه، و بذلك فيكون من التداعي.

إلا أنه في غاية الضعف. و ذلك لما ذكرناه في باب القضاء، من أن الروايات الواردة فيه على كثرتها لم تتعرض لتحديد المدعى و المنكر، حيث لم يرد في ذلك و لا نص ضعيف.

و من هنا فلا بد من الرجوع إلى العرف، و مقتضاه كون المطالب بالإثبات هو المدعى و صاحبه المنكر.

و على ضوء هذا ففيما نحن فيه، تكون الأرباح بأكملها و بمقتضى قانون تبعيه النماء للعين للمالك إلا ما أخرجه عنه باختياره، و حيث إن المتيقن فيه هو ما يعترف به المالك، فعلى العامل الإثبات في الزائد عنه. و عليه فلا مجال للتحالف.

(١) حيث إن إنكار المضاربه أو تسلّم المال تكذيب لدعواه التلف، لأنه فرع تسلّمه منه، إذ لا يمكن إتلاف المعدوم.

و عليه فللمالك مطالبته بأداء نفس العين، لخروج يده عن وصف الأمانه، ما لم يثبت تلفه بالبينه، و إلا فينتقل الأمر إلى مطالبه البديل لا محاله، لامتناع ردّها بنفسها.

هذا و قد يقال: إنه لا أثر للبينه في المقام، نظراً لاعتراف العامل بعدم التلف، فإنه بإنكاره تسلّم المال معترف بعدمه لتوقّفه عليه، فلا تسمع بينته، لأنها لا تكون حجه في مقابل الإقرار. و عليه فيلزم العامل بردّ العين، و إلا فيحبس، على ما هو مقتضى القضاء.

و فيه: أن تكذيبه لنفسه في دعوى التلف ليس تكذيباً على الإطلاق، فإن العامل

[١] فللمالك أن يطالبه بنفس العين، نعم إذا أقام العامل البينه على التلف، طالبه

المالك بدفع البدل.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ١٣٧

التلف، قُبل منه، لعدم المنافاه بين الإنكار من الأول و بين دعوى التلف (١).

[مسألة ٥٥: إذا اختلفا في صحّة المضاربه الواقعه بينهما و بطلانها]

[٣٤٥٢] مسأله ٥٥: إذا اختلفا في صحّة المضاربه الواقعه بينهما و بطلانها قدّم قول مدعى الصحّة (٢).

[مسألة ٥٦: إذا ادعى أحدهما الفسخ في الأثناء و أنكر الآخر]

[٣٤٥٣] مسأله ٥٦: إذا ادعى أحدهما الفسخ في الأثناء و أنكر الآخر، قدّم قول المنكر (٣).

إنما اعترف بعدم التلف من باب القضيّه السالبه بانتفاء الموضوع خاصه، و أما التلف على نحو القضيّه السالبه بانتفاء المحمول فلم يعترف به و لم ينكره أيضاً، فإنّ كلامه ساكت عن هذه الناحيه أعنى التلف أو عدمه على تقدير ثبوت أخذه للمال.

و عليه فاللأزم على العامل أوّلاً هو أداء العين بنفسها لاستصحاب بقائها عنده، إلّا أنه إذا أثبت تلفها بالبيّنه طولب بالبدل.

و الحاصل أنه ليس معنى عدم سماع قوله، مطالبته بالعين مطلقاً و على كل تقدير كما يظهر ذلك من عبارته الماتن (قدس سره). و إنما معناه أنه ليس كسائر العملاء في القول بعدم ضمانه مطلقاً على ما اختاره الماتن (قدس سره)، أو مع عدم التهمه على ما اخترناه، لأن يده قد خرجت عن الأمانه و اتصفت بالخيانة و العدوان، فلا يقبل قوله إلّا مع إقامه البيّنه على التلف فيطالب ببدلها.

(١) و حينئذ فيكون الحكم ما تقدّم في المسأله الثانيه و الخمسين، من سماع قوله مطلقاً على ما اختاره الماتن (قدس سره)، أو في خصوص فرض عدم التهمه على ما اخترناه.

(٢) لأصالة الصحّة الثابته المتشرعه بلا خلاف، و المقتضيه لحمل العقد على الصحّة و ترتيب آثارها عليه، ما لم يثبت الطرف الآخر مدّعا.

(٣) أما بالنسبه إلى الحاله الفعلية، فنفس دعوى الفسخ يكفي في انفساخ العقد. نظير دعوى الزوج الرجوع في أثناء العده الرجعية، حيث تكون بنفسها رجوعاً.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ١٣٨

و كلّ من يقدّم قوله في المسائل المذكوره لا بدّ له

[مسألة ٥٧: إذا ادعى العامل الرد و أنكره المالك]

[٣٤٥٤] مسألة ٥٧: إذا ادعى العامل الرد و أنكره المالك، قُدِّم قول المالك (٢).

[مسألة ٥٨: لو ادعى العامل في جنس اشتراه أنه اشتراه لنفسه]

[٣٤٥٥] مسألة ٥٨: لو ادعى العامل في جنس اشتراه أنه اشتراه لنفسه و ادعى المالك أنه اشتراه للمضاربه، قُدِّم قول العامل. و كذا لو ادعى أنه اشتراه للمضاربه، و ادعى المالك أنه اشتراه لنفسه. لأنه أعرف ببيته (٣) و لأنه أمين فيقبل قوله. و الظاهر أن الأمر كذلك لو علم أنه أدَّى الثمن من مال المضاربه (٤) بأن ادعى أنه اشتراه في الذمه لنفسه ثم أدى الثمن من مال المضاربه، و لو كان عاصياً في ذلك.

[مسألة ٥٩: لو ادعى المالك أنه أعطاه المال مضاربه]

[٣٤٥٦] مسألة ٥٩: لو ادعى المالك أنه أعطاه المال مضاربه، و ادعى

و أما بالنسبة إلى المعاملات السابقه، فلا يسمع قول مدعى الفسخ ما لم يثبت بالبينه، و ذلك لاستصحاب بقائه.

نعم، لو ادعى مدعى الفسخ علم الطرف الآخر به، كان له إحلافه عليه.

(١) على ما تقتضيه قواعد القضاء، فإنَّ على المدعى البينه و اليمين على من أنكر.

(٢) بيمينه، لكونه منكرًا.

و قد يقال بتقديم قول العامل، نظراً لكونه أميناً.

إلما أنه في غير محلّه جدّاً. فإنَّ الدليل على قبول قوله يختص بمورد ادعائه التلف و من هنا فيكون باقى الموارد مشمولاً لعموم: «البينه على المدعى و اليمين على من أنكر». و بما أن العامل هو المدعى، حيث يعترف بالأخذ و يدعى الردّ، فيلزم بالبينه لا محاله.

(٣) للسيره العقلانيه القطعيه، المعبر عنها في الكلمات ب «إن من ملك شيئاً ملك الإقرار به» باعتبار أن الأمر بيده فله أن يشتري لنفسه و له أن يشتري للمضاربه فالقول قوله، و ليس لدعوى المالك أثر ما لم يثبتها بالبينه.

(٤) لكونه أمراً خارجاً عن العقد الصادر عنهما، فلا ينافى قبول قوله في مدعاه.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ١٣٩

القابض أنه أعطاه قرضاً، يتحالفان (١). فإن حلفا أو

نكلا للقبض أكثر الأمرين من أجره المثل [١] و الحصه من الربح (٢) إلّا إذا كانت الأجره زائده عن تمام الربح فليس له أخذها، لاعترافه بعدم استحقاق أزيد من الربح.

[مسألة ٦٠ لو اختلفا في القرض والمضاربه]

[٣٤٥٧] مسأله ٦٠: إذا حصل تلف أو خسران، فادعى المالك أنه أقرضه و ادعى العامل أنه ضاربه، قدّم قول المالك مع اليمين (٣).

(١) وفيه: أنّ المقام ليس من موارد التداعي كى يثبت التحالف، فإنه إنما يكون فيما إذا كان كلّ منهما ملزماً للآخر بشىء و هو ينكره، فلا يعمّ المقام حيث يختصّ الإلزام بطرف واحد خاصه. فإنّ المالك لا يلزم العامل بشىء و إنما يطلب منه المال و ربحه و إنما العامل يلزمه بأنه ملكه المال بالقرض، فلا بدّ له من الإثبات، و إلّا فله إحلافه و إلّا فمقتضى الأصل و هو كون المال مال المالك و الربح تابعاً له كونه بجميعة له.

نعم، يخرج منه ما يعترف به هو من الحصه.

و الحاصل أنّ المقام من قبيل سائر موارد الدعاوى، حيث يدعى العامل انتقال مال الغير إليه و هو ينكره، فعلى العامل الإثبات و إلّا فله مطالبه المالك باليمين، و أين هذا من التداعي و التحالف!

(٢) وفيه: أنه لا- موجب لملا-حظه أجره المثل فى المقام بالمزّه، زادت عن الربح أم نقصت، بعد اتفاقهما على عدم استحقاق العامل لها فى هذه المعامله، لأنّ المالك يدعى المضاربه و أنّ العامل إنما يستحق الحصه من الربح خاصه، و العامل يدعى القرض و كون الربح بتمامه له. فملاحظه أجره المثل مما لا وجه له أصلاً.

(٣) لأنّ التصرف فى مال الغير و التجاره به، متوقّف على ثبوت إذنه فى الإبقاء أو التجاره، فما لم يثبت الإذن يكون الاستيلاء عليه

[١] لا موقع لملاحظتها بعد اتفاق المالك و العامل على عدم استحقاقها، كما أنه لا موقع للتحالف بعد عدم إلزام عقد المضاربه العامل بشىء، و عليه فالعامل يدعى ملكيه العين و تمام الربح، و المالك يعترف له بمقدار من الربح فيكون العامل مدّعياً و المالك منكرًا، فيقدم قول المالك.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ١٤٠

[مسألة ٦١: لو ادعى المالك الإبضاع، و العامل المضاربه، يتحالفان]

[٣٤٥٨] مسألة ٦١: لو ادعى المالك الإبضاع، و العامل المضاربه، يتحالفان [١] (١). و مع الحلف أو النكول منهما يستحق العامل أقلّ الأمرين من الأجره و الحصه من

و بعباره اخرى: إنَّ القرض و إن كان أمراً وجودياً و الأصل عدمه، إلّا أن هذا الاستصحاب لا أثر له، حيث لا يثبت كون العقد مضاربه. و هذا بخلاف استصحاب عدم المضاربه، فإنه يثبت عدم إذن المالك في إبقائه عنده و التصرف فيه، و هو كافٍ في إثبات الضمان.

و الحاصل أنه لا- حاجه في إثبات الضمان إلى إثبات ما يدعيه المالك من القرض كي يقال بعدم تكفل استصحاب عدم المضاربه لإثباته، و إنما يكفي فيه مجرد نفي الإذن في التصرف، و هو حاصل بنفي المضاربه. بخلاف إثبات عدم الضمان، حيث يحتاج إلى إثبات المضاربه، و هو لا يتحقق باستصحاب عدم القرض.

و مما يؤكد ذلك صحيحه إسحاق بن عمار، قال: سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن رجل استودع رجلاً ألف درهم فضاغت، فقال الرجل: كانت عندي وديعه، و قال الآخر: إنما كانت لي عليك قرضاً، فقال: «المال لازم له، إلّا أن يقيم البينه أنها كانت وديعه» (١).

فإنه إذا ثبت الحكم في الوديعه التي هي لمصلحه المالك فقط، فثبوتها في المضاربه على ما يدعى العامل التي تكون لمصلحتها معاً، لعله يكون بالأولويه.

و كيف كان،

فيكفينا الأصل في المقام.

(١) لأنَّ العامل يلزم المالك بالحصَّه المعينه من المال المعين، و المالك يلزمه بقبول ما يدعيه من الأجره من أى مال شاء أن يدفعه.

ثمَّ إنَّ هذا كله بناءً على مختار الماتن (قدس سره) من ثبوت اجره المثل في

[١] لاتفاقهما على استحقاق العامل بعمله شيئاً، لكن المالك يلزمه بقبول اجره المثل، كما أنه يلزم المالك بإعطاء ما يدعيه من الحصَّه من الربح. نعم إذا قلنا بعدم ضمان المالك في فرض الإبضاع، قدّم قوم المالك لأنّه منكر للمضاربه.

(١) الوسائل، ج ١٩ كتاب الوديعة، ب ٧ ح ١.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ١٤١

من الربح (١). و لو لم يحصل ربح، فادعى المالك المضاربه لدفع الأجره، و ادعى العامل الإبضاع، استحق العامل بعد التحالف اجره المثل لعمله [١] (٢).

الإبضاع. و أما بناءً على ما هو الصحيح من عدم ثبوتها فيه، فالمقام من موارد المدعى و المنكر لا التداعي، إذ المالك حينئذ لا يلزم العامل بشيء و إنما العامل يلزمه بدفع الحصَّه، فيكون هو المدعى و المالك منكرًا.

(١) مقتضى ظهور كلامه (قدس سره) بل صريحه، أن اجره المثل قد تكون أقل من الحصَّه التي يدعيها العامل، و قد تكون أكثر منها.

و الحال أنه لا يتصوّر معنى للترافع و التنازع و وصول الأمر إلى التحالف، فيما إذا كانت اجره المثل أكثر مما يدعيه العامل من الحصَّه، بعد أن لم يكن للمالك و العامل نظر في خصوصيه المال كما هو الغالب. و ذلك لعدم وجود الإلزام من الطرفين حينئذ، فإنَّ المالك يعترف باستحقاق العامل أكثر مما يدعيه هو، و العامل يعترف بعدم استحقاقه سوى الأقل مما يدعيه المالك، فكل منهما يعترف للآخر شيئاً و هو ينكره.

و معه

فلا وجه للتحالف، إذ لا يدعى أحدهما على الآخر شيئاً كي يقيم البينه عليه، أو يطلب منه اليمين. بل يجب حينئذٍ أن يعمل كلّ منهما على حسب تكليفه واعتقاده، فعلى المالك إيصال الزائد إلى العامل كيف حصل، وعلى العامل أن لا يأخذه.

و لا يبعد أن يكون هذا سهواً من قلمه (قدس سره)، فإنّ النزاع إنما يختصّ بفرض نقصان أجره المثل عن الحصّه المدعاه من قبل العامل.

(٢) وفيه: أنه كيف يمكن فرض المقام من التداعى بعد أن لم يكن المالك ملزماً للعامل بشىء، حيث إنه لا يطالبه إلا بما بقى من رأس ماله، وإنما العامل هو الذى يدعى عليه استحقاق أجره المثل. بل الظاهر أنّ المقام من المدعى والمنكر، حيث

[١] الظاهر أنه لا مجال للتحالف فى الفرض، لأنّ العامل يدعى أجره المثل على المالك بناءً على ثبوتها فى الإبضاع و المالك ينكرها، فإذا حلف لم يستحقّ العامل عليه شيئاً.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ١٤٢

مسألة ٦٢: إذا علم مقدار رأس المال، و مقدار حصّه العامل و اختلفا فى مقدار الربح الحاصل

[٣٤٥٩] مسأله ٦٢: إذا علم مقدار رأس المال، و مقدار حصّه العامل و اختلفا فى مقدار الربح الحاصل، فالقول قول العامل (١). كما أنّهما لو اختلفا فى حصوله و عدمه كان القول قوله.

و لو علم مقدار المال الموجود فعلاً بيد العامل، و اختلفا فى مقدار نصيب العامل منه، فإن كان من جهه الاختلاف فى الحصّه أنّها نصف أو ثلث، فالقول قول المالك قطعاً (٢).

و إن كان من جهه الاختلاف فى مقدار رأس المال، فالقول قوله أيضاً، لأنّ المفروض أنّ تمام هذا الموجود من مال المضاربه أصلاً و ربحاً، و مقتضى الأصل كونه بتمامه للمالك إلا ما علم جعله للعامل، و أصله عدم دفع أزيد من

مقدار كذا إلى العامل لا تثبت كون البقيه ربحاً (٣) مع أنها معارضه بأصالة عدم حصول الربح أزيد من مقدار كذا. فيبقى كون الربح تابعاً للأصل إلّا ما خرج.

[مسائل آخر]

إشارة

مسائل

[الأولى: إذا كان عنده مال المضاربه فمات]

[٣٤٦٠] الأولى: إذا كان عنده مال المضاربه فمات، فإن علم بعينه فلا إشكال (٤).

يدعى العامل على المالك اجره المثل، و هو ينكره.

هذا كله بناءً على ثبوت اجره المثل في الإيضاع. و أما بناءً على عدمه على ما عرفت أنه الصحيح، فالأمر واضح، فإنه ليس للعامل شيء على كلا التقديرين.

(١) لأصالة عدمه. فالمالك هو المدعى و العامل هو المنكر، فعلى المالك الإثبات و إلّا فالعامل أمين و يقبل قوله بيمينه.

(٢) لكون المال بأجمعه أصلاً و نماءً له، فلا يخرج عنه إلّا فيما يعترف به هو، أو يثبته العامل بالبيّنه. و قد تقدّم بيانه مفصلاً في المسألة الثالثة و الخمسين.

(٣) إذ لا نقول بحجيه الأصل المثلث.

(٤) و لا خلاف في وجوب ردّه إلى مالكة، و ليس للورثة فيه حق.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ١٤٣

و إلّا فإن علم بوجوده في التركة الموجوده من غير تعيين، فكذلك. و يكون المالك شريكاً مع الورثة بالنسبه [١] (١). و يقدم على الغرماء ان كان الميت مديوناً، لوجود عين ماله في التركة.

(١) على ما هو المشهور بين الأصحاب. إلّا أنه لا يمكن المساعدة عليه، و ذلك لما سيأتى في باب الشركه من أنها إنما تكون بأحد أمرين:

الأول: العقد. فإنهما إذا تعاقدتا عليها و حصل الامتزاج الخارجى، كانا شريكين فى أبعاض كلِّ مال من تلك الأموال، و بذلك يكون تلف بعضه محسوباً عليهما معاً. و تسمى هذه الشركه العقديه.

الثانى: الامتزاج. فإنه لو اختلط المالان على نحو بحيث أصبحا شيئاً واحداً، كان صاحباهما شريكين فى الممتزج، سواء أ كان المالان من جنس واحد كالماءين، أم من جنسين كالماء و السكر. و تسمى هذه الشركه بالشركه القهريه.

و أما إذا لم يكن لا هذا

و لا- ذلك، كما فيما نحن فيه حيث لا- عقد و لا- امتزاج، فإنّ كلّاً من المالين متميز عن الآخر؛ غاية الأمر أنه لا يمكن تعيين ما للمالك منهما و ما للورثة فلا- موجب للقول بالاشتراك. فإنّ مجرد الاختلاط الخارجى و عدم إمكان التشخيص لا يحقّق الشركه، و لا- يوجب انتقال مقدار من مال كلّ منهما إلى الآخر بإزاء انتقال مقدار من مال الآخر إليه، فإنّه لا دليل عليه. بل المتعيّن هو التصالح، و إلّا فالقرعه لأنها لكلّ أمر مشكل.

و ممّا يؤيد ذلك ما ورد فى الودعيّ الذى يكون لأحد عنده درهمان و لآخر درهم واحد، ثمّ تلف أحد تلك الدراهم، حيث حكم (عليه السلام) بكون درهم و نصف لصاحب الدرهمين، و نصف درهم لصاحب الدرهم «١». فإنّ عدم التشخيص لو كان موجباً للاشتراك، لكان المتعين هو الحكم بكون ثلثى الدرهمين لصاحب الدرهمين و ثلثاً منهما لصاحب الدرهم.

[١] فى ثبوت الشركه بعدم تميّز المال و لا سيما مع اختلاف الأجناس إشكال بل منع.

(١) الوسائل، ج ١٩ كتاب المضاربه، ب ١٣ ح ١.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ١٤٤

.....

و الحاصل أن الجهل فى مقام التعيين لا يوجب قلب الواقع، و إخراج مقدار من ملك كلّ منهما إلى الآخر فى قبال خروج مقدار من ملك الآخر إليه.

ثمّ لو تنزّلنا و قلنا بحصول الشركه بالاختلاط، فغايتة الالتزام بها فيما إذا اتحدت الأموال جنساً، بأن اختلطت شياها مال المضاربه بشياها مال العامل. و أما إذا اختلفت فلا- موجب للقول بها فى فرض الجهل، مع تمييز الأجناس وجوداً و جنساً، إذ لا موجب لاشتراك المالك مع الورثه فى مختصّات الميت مما لا يتحد مع جنس مال المضاربه، كداره و ثيابه

و كتبه، فإنها مما يقطع باستقلال الورثه فيها.

ثم إنه قد يستدلّ على تحقّق الشركه فى المقام بمعتبره السكونى، عن جعفر عن أبيه عن آبائه عن على (عليهم السلام): «انه كان يقول: من يموت و عنده مال المضاربه قال: إن سمّاه بعينه قبل موته فقال: هذا لفلان، فهو له. و إن مات و لم يذكر فهو أسوه الغرماء» (١).

بدعوى أنّ المستفاد منها كون حال المالك حال الغرماء فى ذلك، فكما أنهم يشتركون مع الوارث، فكذلك هو يشترك معهم أيضاً.

إلّا أنه ضعيف جداً. فإنّ الغرماء لا يشتركون مع الوارث جزماً، بل غاية الأمر أنّ لهم حقاً فى المال، بل قد عرفت فى بعض المباحث المتقدّمه أن لا حقّ لهم فى التركة أيضاً، لعدم الدليل عليه، إذ غاية ما دلّ عليه الدليل هو كون الانتقال إلى الورثه بعد أداء الديون، فليس لهم التصرف فيه إلّا بعده. و حينئذ فمقتضى القاعده الالتزام ببقاء التركة على ملك الميت، و عدم انتقالها إلى الورثه إلّا فى الزائد عن الدين، لا القول باشتراك الغرماء معهم فيها.

و مما يؤيد ما ذكرناه، من عدم ثبوت الحقّ للغرماء فى التركة فضلاً عن اشتراكهم معهم فيها، أنه يجوز للوارث الأداء من خارج التركة، بل للأجنبي التبرع به من عنده، من دون أن يكون لهم حق المطالبه بعين التركة.

و على هذا فليس معنى قوله (عليه السلام): «فهو أسوه الغرماء» كونه شريكاً

(١) الوسائل، ج ١٩ كتاب المضاربه، ب ١٣ ح ١.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ١٤٥

و إن علم بعدم وجوده فى تركته و لا فى يده، و لم يعلم أنه تلف بتفريط أو بغيره، أو ردّه على المالك، فالظاهر عدم ضمانه، و كون جميع تركته للورثه،

و إن كان لا يخلو عن إشكال بمقتضى بعض الوجوه الآتية (١).

و أمّا إذا علم ببقائه فى يده إلى ما بعد الموت، و لم يعلم أنه موجود فى تركته الموجوده أولاً، بأن كان مدفوناً فى مكان غير معلوم، أو عند شخص آخر أمانه أو نحو ذلك. أو علم بعدم وجوده فى تركته، مع العلم ببقائه فى يده، بحيث لو كان حياً أمكنه الإيصال إلى المالك. أو شك فى بقاءه فى يده و عدمه أيضاً. ففى ضمانه فى هذه الصور الثلاث و عدمه خلاف و إشكال على اختلاف مراتبه و كلمات العلماء فى المقام و أمثاله كالرهن و الوديعة و نحوهما مختلفه.

للورثه فى المال، و إنما معناه أنّ حاله كحالهم فى عدم انتقال التركة إلى الورثه إلّا بعد أداء مالهم، فكما أنها لا تنتقل إليهم إلّا بعد أداء الديون، فكذلك هى لا تنتقل إليهم إلّا بعد أداء مال المضاربه.

و من غرائب الكلام ما صدر عن صاحب الوسائل (قدس سره) فى المقام، حيث عنون باب هذه الروايه بقوله: إنّ من كان بيده مضاربه فمات، فإن عيّنها لواحد بعينه فهى له، و إلّا قسّمت على الغرماء بالحصص «١».

و هو كالصريح فى استفادته (قدس سره) منها كون المال معلوماً و المالك مجهولاً. فإنه على خلاف المقطوع به، فإنه لو كان المالك مجهولاً لوجب إخراجه فى مصرف مجهول المالك، لا إعطاؤه إلى الغرماء بالحصص.

و الحاصل أنّ الروايه و إن كانت معتبره من حيث السند، لما تقدّم مراراً من أنّ الأظهر وثاقه كلّ من النوفلى و السكونى، إلّا أنها أجنبيه عن محلّ الكلام بالمره.

(١) مراده (قدس سره) منه هى قاعده اليد، حيث يراها (قدس سره) مثبتة للضمان بقول مطلق، إلّا

فى صورتى التلف القهرى أو دعوى التلف مع الحلف. و سياتى الحديث فى شمول القاعده للمقام و عدمه.

(١) الوسائل ١٩: ٢٩.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ١٤٤

و الأقوى الضمان فى صورتين الأوليين [١] (١) لعموم قوله (عليه السلام): «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» حيث إن الأظهر شموله للأمانات أيضاً. و دعوى خروجها، لأن المفروض عدم الضمان فيها. مدفوعه بأن غايه ما يكون خروج

(١) بل الأقوى عدم الضمان فيهما إلما مع ثبوت التفريط. و ذلك فلائ روايه «على اليد» نبويه لم تثبت من طرفنا، فلا تصلح للاعتماد عليها فى إثبات الضمان، على ما تقدم غير مزه.

و دعوى انجبارها بالشهره، ممنوعه صغرى و كبرى.

بل الدليل على الضمان إنما هى السيره العقلانيه القطعيه، و هى غير شامله لموارد يد الأمين جزماً.

إذن فليس هناك عموم يصح التمسك به لإثبات الضمان فى المقام.

على أننا لو تنزلنا و قلنا بصحة قاعده اليد من حيث السند، فهى غير شامله للمقام جزماً، فإن يد الأمين خارجه عنها قطعاً، إذ لا معنى لأن يقال بأن أخذه موجب للضمان، غايته أنه يرتفع بالتلف من غير تعدد أو تفريط. فإن الضمان غير ثابت من حين أخذه، و إنما هو يثبت بتعديده أو تفريطه، و حيث إنه لم يثبت فلا مجال للقول بضمانه.

و الحاصل أنه حيث لا دليل على الضمان فى المقام، فأصالة البراءه عنه محكمه.

هذا و قد يقال بالتفصيل بين صورتين، باختيار الضمان فيما إذا احتمل وجود مال المضاربه فى ضمن التركة، و عدمه فيما إذا علم بعدم وجوده فى ضمنها.

بدعوى أن الضمان و إن لم يكن يثبت بقاعده «على اليد» باعتبار أن يد العامل يد أمانه، إلا أن ذلك لا يعنى جواز تصرف

الورثه

[١] بل الأقوى عدمه إلما مع ثبوت التفريط و لو من جهة ترك الوصية به، و أمّا التمسك بعموم الحديث لإثبات الضمان فمخدوش من وجوه.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ١٤٧

.....

المضاربه فيها، إذ أن يد العامل هذه لا تكشف عن ملكيته لهذا المال، لاحتمال كونه لغيره. و مقتضى العلم الإجمالى بكون مال الغير هذا أو غيره، عدم جواز تصرفهم فيه و لزوم المصالحة عليهم مع المالك و تخليص التركة من حقه قبل تصرفهم فيها.

و بعبارة اخرى: إن الضمان فى المقام ليس من جهة يد الميت و ضمانه لما أخذه، و إنما هو من جهة أن يد الميت هذه لا تكشف عن ملكيته لتلك الأموال، للعلم بكون مال المضاربه تحت يد العامل إلى حين موته، فللميت على المال يدان، و معه يشك فى كون ما تحت يده ملكاً له، فلا يجوز للورثة التصرف فيه.

و بالجملة فالعلم الإجمالى بكون مال المضاربه فى ضمن التركة أو غيرها، يسقط اليد عن الكشف عن الملكيه. و معه يكون المال مردداً من حيث المالك بين الميت و صاحب مال المضاربه، و من هنا فلا يجوز للورثة التصرف فيه، حيث لم يثبت كونه ملكاً للميت و فى جملة ما ترك.

و هذا لا يجرى فيما إذا علم بعدم وجود مال المضاربه فى ضمن التركة، فإنّ معه لا مجال للشك فى استقلال الورثة بالتركة، و جواز التصرف لهم كيفما شاؤوا.

إلّا أنه لا يمكن مساعدته عليه.

و ذلك فلأن العلم الإجمالى بعدم كون يد الميت على بعض ما فى يده يد المالك و إن كان محرراً بالوجدان، إلّا أنه غير منجز، نظراً لخروج بعض أطرافه عن محل الابتلاء. فإنه و

بعد احتمال كون المضاربه فى غير التركه، بحيث تكون هى بأكملها للورثه كما هو المفروض، فلا مانع من إجراء قاعده اليد الكاشفه عن الملك فى التركه، حيث لا تعارضها قاعده اليد فى المال الآخر الذى هو خارج عن محل الابتلاء.

و توهم أنّ اعتبار كون أطراف العلم الإجمالى محلاً للابتلاء إنما يختص بالأصول دون الأمارات التى منها قاعده اليد، فإنها لا يعتبر فى حجيتها كون أطراف العلم الإجمالى بأكملها محلاً للابتلاء. و لذا لو قامت البينه على كون التركه هى مال المضاربه، و قامت اخرى على كونه فى غيرها، تعارضتا حتى مع خروج الثانى عن محل الابتلاء، و تعين الرجوع إلى ما تقتضيه القواعد و الأصول.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ١٤٨

.....

مدفوع بما ذكرناه فى المباحث الأصوليه، من أنه لا فرق فى اعتبار كون أطراف العلم الإجمالى محلاً للابتلاء فى تنجيزه و سقوط الأصول بين الأمارات و الأصول فإنهما على حدّ سواء فى ذلك. و إنما يعتبر ذلك فى الإخبارات كالبينه و خبر الثقة خاصه، حيث تثبت لوازمها بالدلاله الالتزاميه. و أما غيرها فهى لا تثبت اللانزم العقلى، سواء فى ذلك الأصول و غيرها، لقصور دليل حجيتها عن ذلك. فالالتزام بثبوت القبلة مثلاً بالظن، لا يثبت لازمه أعنى دخول الوقت لمن أراد الصلاه باعتبار أنّ الدليل إنما تكفل إثبات جواز الصلاه فقط، و أما لازمه فلا.

و بعباره اخرى: إنّ الإخبارات تختلف عن غيرها بأنها تتضمن إثبات لوازمها بالدلاله الالتزاميه، و من هنا تكون معارضه للخبر الآخر من دون اعتبار أن يكون الطرف الآخر محلاً للابتلاء، بخلاف غيرها حيث لا يتضمن إثبات اللوازم، و من هنا فلا بدّ فى تنجيزه من كون أطراف العلم محلاً للابتلاء، و

هو مفقود في المقام.

إذن فقاعده اليد فيما تركه الميت سالمه عن المعارض، حيث لا علم لنا في وجود رأس المال في ضمن التركة، و معه فتنقل إلى الوارث بلا ضمان، و يجوز لهم التصرف فيها.

و الذي يتحصّل من جميع ما تقدّم، أن الصحيح في المقام هو الحكم بعدم الضمان مطلقاً ما لم يعلم تعديه أو تفريطه، سواء في ذلك العلم بعدمهما أو الشك فيهما. أما مع الأوّل فواضح. و أما مع الثاني فلأن الشبهه مصداقيه و لا يصحّ التمسك بالعلم فيها، و مقتضى أصاله البراءه عدمه.

نعم، مع إحراز التعدي أو التفريط يحكم بضمانه، لكن لا من جهه قاعده اليد، و إنما من جهه التعدي أو التفريط، و لو بعدم إخباره للورثه بمكان مال المضاربه و إيصائه به مع علمه بجهلهم به، فإنه أمانه في يده و لا بدّ له من إيصاله إلى مالكه و لو بتعيين مكانه، فإذا قصر فيه كان مفترطاً فيضمن لا محاله.

و بالجملة فحكمنا بعدم الضمان إنما يختصّ بما إذا لم يحرز تعديه أو تفريطه و لو من ناحيه عدم إيصائه به، بأن كان موته فجأه أو نحوها، و إلّا فهو ضامن لا محاله.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ١٤٩

بعض الصور منها (١) كما إذا تلفت بلا تفريط، أو ادّعى تلفها كذلك إذا حلف (٢). و أما صوره التفريط و الإلتلاف و دعوى الردّ في غير الوديعة [١] (٣) و دعوى التلف [٢] و النكول عن الحلف (٤) فهي باقيه تحت العموم. و دعوى أن الضمان في صوره التفريط و التعدي من جهه الخروج عن كونها أمانه، أو من جهه الدليل الخارجى، كما ترى لا داعى إليها.

و يمكن أن يتمسك بعموم ما

دلّ على وجوب ردّ الأمانة (٥) بدعوى أن الردّ أعم من ردّ العين [٣] و ردّ البديل (٦) و اختصاصه بالأوّل ممنوع. ألا ترى أنه يفهم

(١) قد عرفت ما فيه مما تقدّم، فإنّ يد الأمين غير مشموله لها من الأوّل، و إنما الضمان يثبت بتفريطه أو تعدّيه.

(٢) تقدّم أنّ الأقوى في هذه الصورة قبول قوله بغير يمين ما لم يكن متّهماً.

(٣) الظاهر عدم الفرق بين الوديعه و غيرها، فإنه لا دليل على استثنائها إلّا الإجماع المدعى، و هو غير ثابت.

(٤) قد عرفت أنّ مقتضى النصوص قبول دعواه بغير يمين ما لم يكن متّهماً.

(٥) كقولهِ تعالى «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا» (١). و قوله تعالى «فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمَانَتَهُ وَ لِيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ» (٢).

(٦) و فيها: أنّ الردّ إنّما تعلق بنفس العين لا ببديلها، فإنّ الأمانة اسم للعين الخارجيه التي تودع عند الغير، و من هنا فلا دلالة لهذه الأدلّه على ردّ البديل، و إنّما

[١] بل لا تسمع دعوى الردّ في الوديعه أيضاً.

[٢] الظاهر سماع دعوى التلف مطلقاً إذا لم يكن المؤتمن متّهماً.

[٣] هذه الدعوى فاسده فإنّ وجوب الردّ تكليفي، و متعلقه نفس الأمانة، مضافاً إلى أنّه قد ثبت عدم الضمان مع عدم التفريط، فلا مجال للتمسك بالعموم و الشبهه مصداقيه.

(١) سورة النساء ٤: ٥٨.

(٢) سورة البقره ٢: ٢٨٣.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ١٥٠

من قوله (عليه السلام): «المغصوب مردود» [١] وجوب عوضه عند تلفه (١). هذا مضافاً إلى خبر السكوني [٢] عن علي (عليه السلام): «أنه كان يقول: من يموت و عنده مال المضاربه قال: إن سَمَاه بعينه قبل موته، فقال: هذا لفلان، فهو له. و

إن مات و لم يذكر، فهو أسوه الغرماء» [٣].

و أما الصورة الثالثة، فالضمان فيها لا يخلو عن قوه [٤] (٣) لأن الأصل بقاء يده عليه إلى ما بعد الموت (٤) و اشتغال

هي تتضمن حكماً تكليفاً محضاً متعلقاً بنفس العين.

و لو تنزلنا عن ذلك، فحال هذه الأدله حال قاعده الضمان باليد، حيث يحتاج إثباته بها إلى إحراز التعدى أو التفريط، و إلّا فالحكم هو عدم الضمان حتى مع الشك حيث أن الشبهه مصداقيه و لا يصح التمسك بالعام فيها.

(١) و فيه: أنه مستفاد من الخارج، و إلّا فاللفظ لا يقتضى إلّا ردّ العين خاصه.

(٢) تقدّم أنّ الروايه و إن كانت معتبره إلّا أنها أجنبيه عن محلّ الكلام، باعتبار أنّ موردها فرض العلم بوجود مال المضاربه فى التركة، و محلّ كلامنا هو فرض العلم بعدمه أو احتمال وجوده فيها.

(٣) بل الأقوى فيها عدم الضمان أيضاً، لعدم تماميه شىء مما ذكره (قدس سره) على ما ستعرف، فتكون أصاله البراءه سالمه عن المعارض.

(٤) و فيه: أنه و إن كان تاماً فى حدّ نفسه إلّا أنه لا أثر لإجرائه، حيث لا يثبت به

[١] الوسائل، ج ٢٥ كتاب الغصب، ب ١ ح ٣.

[٢] الخبر لا دلالة له، فإنّ مورده العلم بوجود مال المضاربه فى التركة، فلا يشمل مورد الكلام.

[٣] الوسائل، ج ١٩ كتاب المضاربه، ب ١٣ ح ١.

[٤] بل الأقوى فيها أيضاً عدم الضمان، و أمّا التمسك باستصحاب بقاء يده عليه إلى ما بعد الموت فيردّه أنّ الضمان غير مترتب عليه ما لم يثبت التفريط، و أمّا التمسك باستصحاب اشتغال ذمته بالردّ عند المطالبه فيردّه أنّه من الاستصحاب التعليقى و لا نقول به، مضافاً إلى أنّ المتيقّن لا يحتمل بقاؤه

بعد الموت لأنّه تكليفي محض، و على تقدير التسليم لا- يترتب عليه وجوب أداء البدل، و عليه فأصالة البراءة من الضمان بلا معارض.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ١٥١

ذمته بالردّ عند المطالبه (١) و إذا لم يمكنه ذلك لموته يؤخذ من تركته بقيمته. و دعوى أن الأصل المذكور معارض بأصالة براءة ذمته من العوض، و المرجع بعد التعارض قاعده اليد المقتضيه للملكيته. مدفوعه بأن الأصل الأوّل حاكم على الثاني (٢). هذا مع أنه يمكن الخدشه في قاعده اليد بأنها مقتضيه للملكيه إذا كانت مختصه، و في المقام كانت مشتركه [١] (٣)، و الأصل بقاؤها على الاشتراك.

الضمان، لما عرفت من أنه غير مترتب في باب الأمانات على اليد كي يثبت باستصحاب بقاء يده عليه، و إنما هو ثابت من جهة التعدي و التفريط؛ و استصحاب بقاء يده عليه لا يثبتهما.

(١) و فيه: أنه من الاستصحاب التعليقي، حيث إنّ وجوب الردّ مشروط بالمطالبه و لا نقول بحجتيه.

على أنّ وجوب الرد في الأمانات وجوب تكليفي محض كما عرفت، فلا يحتمل بقاؤه بعد الموت لسقوط التكاليف بالموت. و من هنا فلا مجال لاستصحابه، لأنّ المتيقن مرتفع قطعاً، و المحتمل وجوب الردّ على الوارث لم يكن متيقناً سابقاً.

هذا كله مضافاً إلى ما قد عرفت، من أنّ وجوب الردّ لا يقتضى وجوب دفع البدل عند امتناع ردّ العين نفسها.

إذن فأصالة البراءة من الضمان محكمه من غير معارض.

(٢) لكنك قد عرفت أنّ الأوّل غير جارٍ في المقام، فجريان الثاني يكون من غير معارض.

(٣) الظاهر عدم كون المقام من موارد الاشتراك في اليد في شىء. فإنه إنما يكون في موارد ثبوت يدين على مال واحد، كالصندوق المشترك ما فيه بين اثنين، فإنه حينئذٍ

لا- يمكن الحكم بملكيه صاحبه لما فيه، على ما دلّ عليه النص. و أما إذا كان يـدان لشخص واحد، بأن كان له يد على أمواله الخاصه و يد على أموال غيره، فلا مجال

خويي، سيد ابو القاسم موسوي، موسوعه الإمام الخوئي، ٣٣ جلد، مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئي، قم - ايران، اول، ١٤١٨ هـ ق
موسوعه الإمام الخوئي؛ ج ٣١، ص: ١٥١

[١] الظاهر عدم كون المقام من موارد الاشتراك في اليد.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ١٥٢

بل في بعض الصور يمكن أن يقال: أن يده يد المالك [١] من حيث كونه عاملاً له كما إذا لم يكن له شيء أصلاً فأخذ رأس المال و سافر للتجاره، و لم يكن في يده سوى مال المضاربه، فإذا مات يكون ما في يده بمنزله ما في يد المالك (١) و إن احتمال أن يكون قد تلف جميع ما عنده من ذلك المال، و أنه استفاد لنفسه ما هو الموجود في يده. و في بعض الصور يده مشتركه بينه و بين المالك، كما إذا سافر و عنده من مال المضاربه مقدار و من ماله أيضاً مقدار (٢). نعم، في بعض الصور لا يعد يده مشتركه أيضاً. فالتمسك بقاعده اليد بقول مطلق مشكل.

ثم إن جميع ما ذكر إنما هو إذا لم يكن بترك التعيين عند ظهور أمارات الموت

للحكم بالاشتراك، بل مقتضى القواعد الحكم بملكيته لجميع ما تحت يده، إلا ما عرف كونه للغير بعينه.

و لعل ما نذكره من الأمور الواضحه لدى الجميع، و إلا فقلّ من يخلو من وجود الأمانه أو الوديعة أو مال الغير بشتى العناوين تحت يده، أ فهل يحتمل أن يكون ذلك موجباً للاشتراك في اليد و مانعاً

عن انتقال تركته عند موته!

(١) ما أفاده (قدس سره) إنما يتم فيما إذا كان مال المضاربه بعينه و لو بدلاً موجوداً و معروفاً في الخارج، فإنه حينئذٍ تكون يد العامل هي يد المالك بعينها. و أما إذا شك في وجوده، بحيث كان احتمال تلفه معتداً به، فإنه لا مجال لأن يقال بأن يد العامل على المال الموجود تحت يده حين الموت هي بعينها يد المالك، فإنه متى كان مالاً لهذا المال كي تكون يد العامل عليه هي بعينها يده! بل الصحيح هو الحكم بملكه العامل لذلك المال بمقتضى قاعده اليد السالمة عن المعارض.

(٢) قد عرفت الحال فيه مما تقدّم، فلا نعيد.

[١] هذا فيما إذا علم ببقاء مال المضاربه بعينه، و إلا فقاعده اليد محكمه.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ١٥٣

مفرطاً، و إلا فلا إشكال في ضمانه (١).

[الثانيه: ذكروا من شروط المضاربه التنجيز]

[٣٤٦١] الثانيه: ذكروا من شروط المضاربه التنجيز، و أنه لو علقها على أمر متوقّع بطلت. و كذا لو علقها على أمر حاصل إذا لم يعلم بحصوله (٢). نعم، لو علق التصرف على أمر صحّ و إن كان متوقّع الحصول.

(١) على ما تقدّم بيانه مفصلاً.

(٢) و تفصيل الكلام في المقام: إنّ القضيّه الخارجيه، إما أن تكون جملة إنشائيه و إما أن تكون جملة خبريه. و في كليهما لا يعقل أن يكون الإنشاء أو الإخبار معلقاً على شيء، بل هما منجزان دائماً. و ذلك لما عرفت في المباحث الأصوليه، من أنّ الأوّل عبارته عن إبراز أمر نفساني غير قصد الحكايه، في حين أن الثاني عبارته عن إبراز قصد الحكايه و إظهاره. و حيث إنّ من الواضح أنّ الإظهار و الإبراز من الأمور الخارجيه فلا معنى لتعليقه، فإنها إما أن تتحقق

خارجاً أو لا تتحقق.

و من هنا فلا مجال للبحث في صحّة التعليق في العقود و الإيقاعات أو فسادده، فإنه بحث لا موضوع له، حيث لا مجال للتعليق في نفس الإنشاء و الإخبار، بل التعليق إما أن يكون في المنشأ أو المخبر به، فإنه قد يكون مطلقاً و قد يكون معلقاً على تقدير بحيث يكون الإنشاء و الإخبار متعلقاً بالحصّه على ذلك التقدير.

و قد ذكر العلماء أنّ صدق الجملة الشرطيّه الخبريه و كذبها تابع لصدق الملازمه و عدمه، من دون أن يكون لصدق الطرفين أو كذبهما تأثير في ذلك. فإذا صدقت الملازمه، كانت الجملة صادقه حتى مع فرض كذب الطرفين، كقوله تعالى «لَوْ كَانَ فِيهِمَا آلِهَةٌ إِلَّا اللَّهُ لَفَسَدَتَا» (١) فَإِنَّ الْجُمْلَةَ صَادِقَهُ مَعَ كَذِبِ الطَّرْفَيْنِ، وَ إِلَّا فَهِيَ كَاذِبَةٌ.

ثمّ إنّ التعليق في العقود و الإيقاعات قد لا يكون راجعاً إلى الإنشاء أو المنشأ، بل يكون راجعاً إلى أمر خارج عن مدلول العقد بالكليه. كما لو ضارب المالك عاملاً على حصّه معيّنه من الربح، ثمّ نهاه عن تصرف على تقدير معين، كشراء الشيء

(١) سورة الأنبياء ٢١: ٢٢.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ١٥٤

.....

المعيّن في اليوم المعين أو الفصل المعين. و فيه لا- ينبغي الإشكال في صحّته، فإنه مالك و له أن يأذن أو يمنع العامل من التصرف في ماله مطلقاً، كما له ذلك على تقدير دون تقدير.

و من هذا القبيل ما ذكروه في باب الوكاله، فإنّ للموكل أن يقيد تصرفات الوكيل بما يشاء، حتى و لو كانت وكالته حين صدورها مطلقه.

و كذا الحال من حيث الحكم بالصّحه بلا إشكال فيما إذا كان التعليق في مدلول العقد، لكن كان المعلق عليه أمراً يتوقف العقد بحسب طبعه

عند العقلاء أو الشارع عليه، كتعليق الطلاق على الزوجية أو البيع على المالك أو بلوغ المشتري. فإنه خارج عن محل كلامهم في التعليق من حيث النفي والإثبات جزماً، باعتبار أن هذا التعليق ليس أمراً زائداً عما هو معلق عليه في الواقع، و من هنا فوجوده و عدمه سيان.

و أما إذا كان التعليق على أمر أجنبي عما يكون العقد معلقاً عليه بطبعه، كما لو كان المنشأ أمراً متأخراً، أو فعلياً معلقاً على أمر مشكوك الوجود، فالمشهور و المعروف هو اعتبار التنجيز من كلتا الناحيتين، الجزم و التنجيز.

إلّا أنه لا دليل لهم على ذلك سوى الإجماع، حيث لم ينسب الخلاف فيه إلى أحد. و قد علل اعتبار الثاني في بعض الكلمات، بأنّ التعليق في المنشأ ليس أمراً متعارفاً.

و فيه: أنه لا أثر له بعد شمول الإطلاقات و العمومات له أيضاً، فالعمده في المقام هو الإجماع.

لكن الذي ينبغي أن يقال إنه مختصّ بالعقود اللازمه. و أما العقود الجائزه الإذنيه كالوكالة و المضاربه و نحوهما، فلم يثبت إجماع على اعتبار التنجيز فيها، بل صرح المحقق القمي (قدس سره) في موضعين من كتابه (جامع الشتات) بصحّح التعليق في الوكالة « ١ ». و هو الصحيح، حيث لا مانع فيها من التعليق بكلا معنييه، بعد أن لم يكن فيها إلزام أو التزام.

و الحاصل أنه لا مانع من التعليق فيما هو إذن محض، حيث لا ظنّ بالإجماع فضلاً

(١) جامع الشتات ١: ٢٧٣ و ٣٠٦.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ١٥٥

و لا دليل لهم على ذلك إلّا دعوى الإجماع على أن أثر العقد لا بدّ أن يكون حاصلًا من حين صدوره. و هو إن صحّ إنما يتمّ في التعليق على المتوقع، حيث أن

الأثر متأخر. و أما التعليق على ما هو حاصل فلا يستلزم التأخير، بل في المتوقع أيضاً إذا أخذ على نحو الكشف، بأن يكون المعلق عليه وجوده الاستقبالي لا يكون الأثر متأخراً.

نعم، لو قام الإجماع على اعتبار العلم بتحقيق الأثر حين العقد، تمّ في صورته الجهل. لكنه غير معلوم.

ثمّ على فرض البطلان، لا مانع من جواز التصرف و نفوذه من جهة الإذن (١).

عن القطع به، بل لا- يبعد دعوى السيره عليه، إذ ما أكثر التعليق في الوكاله، فتراه يوكل غيره عند سفره في بيع داره أو طلاق زوجته إن لم يرجع إلى سنه، و ما إلى ذلك. بخلاف التعليق في العقود اللازمه، حيث لم يتعارف فيها التعليق، باستثناء ما ثبت في التدبير و الوصيه.

و توهم صحّه التعليق في الإجاره و تعارفه لدى الناس، فيؤجر داره لمدّه سنه من بعد شهر، أو بعد انتهاء إجاره المستأجر الأوّل.

واضح البطلان، فإنه أجنبي عن محل الكلام، إذ لا تعليق فيها بالمرّه، فإنّ الملكيه منجزه و فعليه، غايه الأمر أنها متعلقه بالمنفعه المتأخره، فالمستأجر و من حين العقد يملك تلك المنفعه المتأخره. و أين هذا من التعليق في الملكيه الموجب للبطلان! و بعبارة أخرى: لا بدّ من التفريق بين التعليق في الملكيه، و بين كون الملكيه المنجزه متعلقه بأمر متأخر. فإنّ الذي يقتضى البطلان إنما هو الأوّل، و أما الثاني فلا موجب للحكم فيه بالبطلان، بل لا ينبغي الإشكال في صحّته.

(١) لما عرفت من عدم الملازمه بين بطلانها و بطلان المعاملات الصادره من العامل، فإنّها صحيحة حتى على فرض بطلان المضاربه، ما لم يكن إذن المالك فيها

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ١٥٦

لكن يستحق حينئذ أجره المثل لعمله (١) إلّا

أن يكون الإذن مقيداً بالصحة، فلا يجوز التصرف أيضاً.

[الثالثة: قد مرّ اشتراط عدم الحجر بالفلس في المالك]

[٣٤٦٢] الثالثة: قد مرّ اشتراط عدم الحجر بالفلس في المالك (٢). و أما العامل فلا يشترط فيه ذلك، لعدم منافاته لحقّ الغرماء (٣). نعم، بعد حصول الربح منع من التصرف إلّا بإذن من الغرماء، بناءً على تعلّق الحجر بالمال الجديد (٤).

[الرابعة: تبطل المضاربه بعروض الموت]

[٣٤٦٣] الرابعة: تبطل المضاربه بعروض الموت (٥) كما مرّ، أو الجنون، أو الإغماء (٦)، كما في سائر العقود الجائزه.

مقيداً بصحة المضاربه، و إلّا فهي كسائر العقود الفضوليه متوقفه على إجازته.

(١) لأنّ عمل المسلم الصادر عن أمر الغير لا على وجه المجانيه، لا يذهب هدراً و حيث لم تسلم له الحصه المعينه ثبت له اجره المثل لا محاله.

لكنك قد عرفت فيما مضى، أنه إنما يتمّ فيما إذا لم تزد اجره المثل عن الحصه المعينه من الربح، و إلّا فله الأقلّ خاصه لإقدام العامل على إهدار الزائد.

هذا كله فيما إذا لم يكن إذن المالك مقيداً بصحة المضاربه، و إلّا فلا شىء له، لعدم صدور شىء من المعاملات عن أمر المالك، و كون استيفاء المالك للربح مستنداً إلى إجازته.

(٢) و هو واضح، لكونه ممنوعاً من التصرف في أمواله مطلقاً، سواء بالمباشره أو الاستنابه.

(٣) نظراً لعدم كونه تصرفاً في أمواله.

(٤) لكنك قد عرفت في محلّه، أنّ الصحيح اختصاص الحجر بالمال الموجود حين الحكم، و عدم تعلقه بما يتجدد بعد ذلك.

(٥) لكونها عقداً جائزاً إذنياً، فلا معنى لقيام الوارث مقام الميّت منهما، لأنه إن كان المالك فإذنه قد انتفى بموته و انتقل المال إلى غيره، و إذا كان العامل فإذن المالك كان له لا لورثته، فلا يجوز لهم التصرف فيه من غير إذن مالكة.

(٦) بلا إشكال فيهما. فإن الحكم بصحة المعاملات الصادره من العامل إنما يكون

موسوعه الإمام الخوئي،

و ظاهرهم عدم الفرق بين كون الجنون مطبقاً أو أدوارياً، وكذا الإغماء بين قصر مدته و طولها. فإن كان إجماعاً، و إلّا فيمكن أن يقال بعدم البطلان (١) في الأدوارى و الإغماء القصير المدّة، فغايه الأمر عدم نفوذ التصرف حال حصولهما. و أما بعد الإفاهه فيجوز، من دون حاجه إلى تجديد العقد، سواء كانا في المالك أو العامل.

و كذا تبطل بعروض السفه لأحدهما [١] (٢) أو الحجر للفلس في المالك، أو العامل أيضاً إذا كان بعد حصول الربح (٣) إلّا مع إجازة الغرماء.

فيما إذا كان المباشر أهلاً لذلك، و كان المالك قابلاً لاستنادها إليه. و حيث لا مجال لذلك، مع فرض الجنون أو الإغماء في أحدهما، فلا ينبغي الإشكال في بطلانها.

(١) بل هو الصحيح، لعدم الدليل على البطلان. فإنّ الاستفادة من الأدلّه عدم صحّحه العقد الصادر من المجنون، أو المغمى عليه، أو المنتسب إليهما، في ذلك الحال خاصّه. و أما إذا كان المنشأ في حال الصحّحه هي الوكاله الدائمه و المستمره في جميع الأزمنه فارتفاعها في بعض الأزمنه لا يستلزم ارتفاعها فيما بعد ذلك من الأزمنه الآتيه أيضاً بعد إمضاء الشارع لها و الحكم بصحّتها حين صدورها.

(٢) أمّا في جانب المالك، فالأمر كما أفاده (قدس سره)، فإنّ السفه يوجب الحجر عليه، و هو يمنع من التصرف في أمواله. و أما في جانب العامل، فقد تقدّم الكلام فيه في أوّل هذا الكتاب، و قد عرفت أنه لا دليل على اعتبار عدمه فيه ابتداءً، فضلاً عن عروضة له في الأثناء. نعم، لو حصل له شىء من الربح لم يكن له التصرف فيه لكونه محجوراً عليه.

(٣) لكونه كسائر أمواله يتعلّق به حق الغرماء، و

كذلك الحال بالنسبة إلى الريح المتأخر، بناءً على عموم الحجر للمال الجديد أيضاً.

[١] مَرَّ أَنَّهُ لَا يُعْتَبَرُ فِي صِحَّتِهَا عَدَمُ الشَّفْهِ مِنَ الْعَامِلِ.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ١٥٨

[الخامسة: إذا ضارب المالك في مرض الموت، صحّ]

[٣٤٦٤] الخامسة: إذا ضارب المالك في مرض الموت، صحّ وملك العامل الحصّه وإن كانت أزيد من اجره المثل، على الأقوى من كون منجزات المريض من الأصل. بل و كذلك على القول بأنها من الثلث، لأنه ليس مفوّتاً لشيء على الوارث [١] (١) إذ الربح أمر معدوم، وليس مالاً موجوداً للمالك، وإنما حصل بسعي العامل.

[السادسة: إذا تبين كون رأس المال لغير المضارب]

[٣٤٦٥] السادسة: إذا تبين كون رأس المال لغير المضارب، سواء كان غاصباً أو جاهلاً بكونه ليس له، فإن تلف في يد العامل أو حصل خسران (٢) فلما لكان الرجوع [٢]

(١) وفيه: أنّ الحصّه المعينه التي ستوجد فيما بعد، وإن لم تكن مملوكة للعامل و للمالك إذ لا معنى لملكيه المعدوم، إلّا أنها و في ظرف وجودها تكون مملوكة للعامل نتيجة لجعل المالك ذلك له، إذ لولاه لكان الربح بتمامه مملوكاً للمالك، بمقتضى قانون المعاوضه المقتضى لانتقال تمام الثمن إلى مالك المثلث، على ما تقدّم بيانه غير مرّه. و من هنا فانتقال الحصّه من المالك إلى العامل، يكون في ظرفه انتقالاً للمال الموجود بالفعل و إن لم يكن كذلك حين العقد.

و عليه فإذا جعلنا منجزات المريض من الثلث، كان حال هذا النقل كحال سائر ما يصدر منه من التصرفات المنجزه، فيمنع منه إذا زاد عن ثلث تركته لا محاله، و الذي يهوّن الخطب أنّ منجزات المريض تخرج من الأصل لا الثلث.

(٢) لا- مجال لفرض الرجوع في الخسران في المقام. فإنّ العقود الصادره من العامل لما لم تكن عن إذن المالك كانت فضوليه لا محاله، و من ثمّ فإن لم يجزها المالك كان له الرجوع بتمام ماله على من يجدها في يده، و إن أجازها فقد رضى بها،

[١] فيه نظر واضح، و الذى يسهل الخطب أنّ منجزات المريض تكون من الأصل.

[٢] ليس للمالك الرجوع فى خساره وحدها، فإنّه إن أجاز معامله صحّت و ليس له الرجوع حينئذ على أحد، و إلّا رجع بتمام ماله.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ١٥٩

على كلّ منهما (١). فإن رجع على المضارب، لم يرجع على العامل (٢). و إن رجع على العامل، رجع إذا كان جاهلاً على المضارب و إن كان جاهلاً أيضاً، لأنه مغرور من قبله [١] (٣). و إن حصل ربح كان للمالك إذا أجاز المعاملات الواقعه

(١) بلا- إشكال فيه، لوقوع ماله فى يد كل منهما، و مقتضى ضمان اليد لزوم خروج كل منهما عن عهده، فيكون كل منهما ضامناً له على نحو تعاقب الأيدي. و لا مانع من ضمان شخصين أو أكثر لمال واحد، بحيث يكون كل منهما مطالباً به، و المال ثابت فى ذمته على نحو الواجب الكفائى. و كون يد العامل يد أمانه لا ينفع فى سقوط الضمان عنه فى المقام، بعد أن لم يكن المال أمانه عنده من قبل المالك، و إنما هو أمانه من قبل المضارب و لا أثر لذلك.

(٢) لأنه قد دفع إليه المال على أن لا يكون له حق الرجوع عليه عند تلفه بغير تعدّد أو تفريط، فالعامل غير مسؤول فى قبال الدافع على التلف فى غير هاتين الحالتين.

(٣) فى تعليل الحكم بالغرور إشكال، بل منع. فإنه مضافاً إلى عدم ثبوت القاعده، يتوقف صدقه على علم المضارب و جهل العامل، إذ بدونه يكون كلّ منهما معذوراً، و لا يصدق الغرور عرفاً.

إلّا أنّ هذا لا يعنى عدم موافقتنا للماتن (قدس سره) فى الحكم، فإنّ للعامل

أن يرجع على المضارب و إن كان جاهلاً، فيما لو رجع المالك عليه.

و ذلك لما ذكرناه في مباحث تعاقب الأيدي من المكاسب، من أن الضمان فيها إنما هو على نحو الواجب الكفائي، حيث يضمن كل منهم المال التالف و يكون للمالك الرجوع على أي منهم شاء. فإذا أدى أحدهم لعوضه، كان و باعتبار العقلاء مالكاً لذلك التالف بقاءً، بحيث يكون التلف بقاءً من ماله. و من هنا فله مطالبه كل من

[١] لا- يصدق الغرور مع جهل المضارب إلما أنه مع ذلك يرجع العامل عليه، لأنه بأدائه يملك المال الثابت في ذمه المضارب على ما شئدنا أركانه في محله.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ١٦٠

على ماله (١) و للعامل اجره المثل على المضارب مع جهله (٢).

و الظاهر عدم استحقاقه الأجره عليه [١] مع عدم حصول الربح، لأنه أقدم على عدم شىء له مع عدم حصوله (٣). كما أنه لا يرجع عليه إذا كان عالماً [٢] بأنه ليس له، لكونه متبرعاً بعمله حينئذ (٤).

الأيادي المتأخره عنه بملكه و ماله إن وجد بعينه و بدله عند تلفه، و ليس له مطالبه الأيادي المتقدمه عنه لأدائهم المال إليه.

و هذا الكلام يجرى بعينه في المقام. فإنّ العامل و بأدائه للعوض إلى المالك، يصبح مالكاً للعين التالف بقاءً، و من هنا فله الرجوع على المضارب و مطالبته بأداء ماله إليه.

و لا يقدح في ذلك أنّ المفروض أداء المضارب للمال إلى العامل و تسليمه له، فإنه إنما كان على نحو عدم ضمانه للتلف. فهو نظير ما ذكره فيما إذا غصب شخص طعاماً و قدمه إلى غيره فأكله، فرجع المالك على الآكل فضمنه، فإنه يرجع إلى الغاصب بلا إشكال، لأنه قد وقع

فى ىده. و لىس له الاعذار بأنه قد سلمه إىله، لأنه إنما أباحه له و سلمه إىله مجاناً، فلا يكون موجباً لسقوط الضمان.

(١) حالها فى ذلك حال سائر العقود الفضولىه الصادره بغير رضا المالك.

(٢) لصدوره عن أمره لا مجاناً.

(٣) فىكون من مصاديق القاعده المعروفه: «ما لا يضمّن بصحىحه لا يضمّن بفساده».

و لا يخفى أنّ ما أفاده (قدس سره) من المقام منافٍ لما أفاده فى المسأله الثامنه و الأربعىن، حىث استشكل فى الحكم و لم يجزم به.

و كىف كان، فالصحيح ما أفاده (قدس سره) فى المقام.

(٤) تقدّم غير مرّه أنه لا ملازمه بىن العلم بالفساد و عدم استحقاقه للمجعول

[١] هذا هو الصحيح إلا أنه تقدّم منه (قدس سره) فى المسأله الثامنه و الأربعىن خلافه.

[٢] تقدّم أنه لا فرق بىن صورتى العلم و الجهل.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ١٦١

[السابعه: يجوز اشتراط المضاربه فى ضمن عقد لازم]

[٣٤٦٦] السابعه: يجوز اشتراط المضاربه فى ضمن عقد لازم، فىجب على المشروط علىه إيقاع عقدها مع الشارط، و لكن لكلّ منهما فسخه بعده [١] (١).

شرعاً و بىن قصد التبرع و المجانىه، فهو مقدم على العمل بعوض معىن، و حىث لم يسلم ذلك له يكون له اجره المثل، للسیره العقلانىه، فإنّ العمل المباح فإنّ المحرّم إنما هو التصرف فى مال الغير لا إجراء العقد علىه الصادر عن أمر الغير موجب للضمان.

(١) ما أفاده (قدس سره) و إن كان مما لا بأس به فى حدّ نفسه، إلا أن الظاهر و بحسب المنصرف العرفى من هذا الشرط، هو الجريان علىه و الاستمرار على مقتضاه، لا إيقاع مجرد العقد و صرف التلفظ به.

فىكون هذا الاشتراط نظىر اشتراط الهبه فى عقد لازم، حىث أنّ المتفاهم العرفى منه هو الالتزام بها و

إتمامها دون مجرّد إنشائها، بحيث يكون له حقّ الرجوع بعد إجراء العقد و لو بلحظه.

و عليه فإذا فسخ المشروط عليه العقد صحّ فسخه، إلّا انه موجب لثبوت الخيار للطرف الآخر، نظراً لتخلف الشرط.

ثمّ إنّ هذا الاشتراط يمكن أن يتصور على نحو آخر، هو اشتراط الفعل الخارجي أعنى الاتجار على أن يكون الربح بينهما على ما يتفقان عليه، نظير اشتراط الخياطة أو الزياره أو نحوهما من الأفعال الخارجيّه في ضمن العقد.

و هو أيضاً صحيح و لا بأس به، لأنه أمر سائغ في حدّ نفسه، فلا مانع من أخذه شرطاً في ضمن العقد، و يجب على المشروط عليه الوفاء به. إلّا أنه لا معنى للبحث عن جواز فسخه و عدمه، فإنه فعل من الأفعال الخارجيّه، و ليس بعقد كي يبحث عن جواز فسخه و عدمه.

و الظاهر أنه خارج عن موضوع كلام الماتن (قدس سره)، حيث إنّ المفروض فيه

[١] الظاهر أنّ متعلّق الاشتراط عرفاً ليس مجرّد إجراء العقد، و عليه فلا يجوز للمشروط عليه الفسخ قبل الجرى على العقد خارجاً.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ١٦٢

و الظاهر أنه يجوز اشتراط عمل المضاربه على العامل، بأن يشترط عليه (١) أن يتّجر بمقدار كذا من ماله إلى زمان كذا على أن يكون الربح بينهما، نظير شرط كونه وكيلاً في كذا في عقد لازم. و حينئذ لا يجوز للمشروط عليه فسخها (٢) كما في الوكالة.

[٣٤٦٧] الثامنة: يجوز إيقاع المضاربه [١] بعنوان الجعالة (٣) كأن يقول: إذا

كون المضاربه شرطاً، فيكون شرطيه الاتجار خارجه عنه.

و كيف كان، ففيه لا- ينبغى الإشكال في وجوب الوفاء به على المشروط عليه و يكون تخلفه عنه موجباً لثبوت الخيار للشارط. كما لا ينبغى الإشكال في جواز

إسقاطه من قبل الشارط، فإنه حق من حقوقه.

(١) على نحو شرط النتيجة.

(٢) لتحققها بتحقيق نفس العقد اللازم و في ضمنه و كأنه جزء منها، فلا يجوز رفع اليد عنها و فسخها.

(٣) و هو إنما يتم بناءً على الالتزام بكون صحه المضاربه على القاعده.

و أما بناءً على ما ذكرناه، من كون مقتضى القاعده هو الحكم بالبطالان فيها حتى و لو كانت مستكملة لجميع الشرائط، باعتبار أنه ليس للإنسان أن يملك غيره ما لا يملكه هو بالفعل على ما تقدّم بيانه غير مرّه و لذا قلنا في الإجاره أنه لا يجوز إجاره الأرض بحاصلها أو حاصل غيرها إذا لم يكن موجوداً بالفعل، فلا مجال للمساعده على ما اختاره الماتن (قدس سره) في المقام، لأننا إنما خرجنا عن القاعده في المضاربه و المزارعه و المساقاه و التزمنا بصحّتها للدليل الخاص، و حيث إنه مفقود في المقام إذ لم يتم دليل على الصحه في الجعالة الفاقده لشرائط المضاربه، فلا يمكن القول بصحّتها، بل مقتضى القاعده هو الحكم بالبطالان.

[١] فيه إشكال بل منع، فإنّ الذي يملكه العاقل في المضاربه غير مملوك للمضارب فعلاً، و إنّما التزمنا بصحّته لقيام الدليل على ذلك، و لم يتم دليل على ذلك في الجعالة إذا كانت فاقده لشرائط المضاربه، إذن فمقتضى القاعده البطلان.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ١٦٣

اتّجرت بهذا المال و حصل ربح فلك نصفه، فيكون جعالة تفيد فائده المضاربه. و لا يلزم أن يكون جامعاً لشروط المضاربه (١) فيجوز مع كون رأس المال من غير النقدين، أو ديناً، أو مجهولاً جهاله لا توجب الغرر. و كذا في المضاربه المشروطه في ضمن عقد بنحو شرط النتيجة (٢) فيجوز مع كون رأس المال من غير

[التاسعة: يجوز للأب و الجد الاتجار بمال المولى عليه بنحو المضاربه بإيقاع عقدها]

[٣٤٦٨] التاسعه: يجوز للأب و الجد الاتجار بمال المولى عليه بنحو المضاربه بإيقاع عقدها، بل مع عدمه أيضاً (٣) بأن يكون بمجرّد الإذن منهما [٢] (٤). و كذا

و الحاصل أنه لا- وجه للحكم بصحّه مثل هذه الجعالة، فإنّ الربح لا- يمكن أن يكون ملكاً للعامل، بعد أن لم يكن مملوكاً للمالك.

(١) و كأنه لخروج المقام عن عقد المضاربه، فإنه إيقاع مجرّد يفيد فائده المضاربه و أدلّه الشروط إنما دلّت على اعتبارها في المضاربه لا في غيرها.

لكنك قد عرفت ما فيه، حيث إنّ القاعده تقتضى البطلان في الجميع، و إنما خرجنا عنها في المضاربه للنص، و حينئذٍ فلا بدّ من مراعاة الشروط المعتمده.

و من هنا فيشكل الحكم بصحّتها، مع كون رأس المال من غير النقدين، بناءً على اعتبار ذلك في المضاربه.

(٢) يظهر الحال فيه مما تقدّم. فإنّ الحال فيه هو الحال في إيقاع المضاربه بعنوان الجعالة، فإنّ مثل هذا الشرط محكوم بالفساد، إذ لا يصحّ تمليك ما لا يملكه بالفعل.

(٣) بأن يتجر به ناوياً المضاربه و كون الربح بينهما، و ذلك لعموم ولايته ما دام إنّ الفعل في مصلحة المولى عليه.

(٤) لا- يخفى ما في العبارة من المسامحة، فإنّّه لا معنى لإذن الإنسان لنفسه في الفعل الصادر منه، كما هو المفروض. و من هنا فإنّما أن يحمل الإذن على القصد و التيه، بأن

[١] فيه إشكال بناءً على اشتراط المضاربه بكون رأس المال من النقدين.

[٢] لعله (قدس سره) أراد به القصد و التيه، و إلّا فهو من سهو القلم.

للوصى فى مال الصغير، مع ملاحظه الغبطه و المصلحه و الأمن من هلاك المال.

[العاشره: يجوز للأب و الجد الإيضاء بالمضاربه بمال المولى عليه]

[٣٤٦٩] العاشره: يجوز للأب و الجد الإيضاء بالمضاربه بمال المولى عليه (٢)

يقال إن مراده (قدس سره) إنما هو جواز ذلك إذا كان الولي أباً كان أو جدّاً قاصداً بتصرّفه هذا المضاربه، و إلّا فهو من سهو القلم لا محاله.

(١) لعموم ولايتهما، و عدم الفرق بين صدور الفعل عنهما بالمباشره أو التسبيب ما دام أنه فى مصلحه الصغير.

(٢) و الذى يمكن أن يستدلّ به على هذا المدعى، مع قطع النظر عن النص الخاص، أحد أمرين:

الأول: شمول دليل الولاية له، بدعوى أنه غير مختص بتصرفاته فى حياته و عمومه لما يكون متأخراً عن وفاته أيضاً.

الثانى: إطلاقات أدلّه نفوذ الوصيه، و دعوى شمولها لوصيتهما بالتجار بمال الصبى بعد موتهما، فإن مقتضاها صحّه مثل هذه الوصيه و نفوذها.

و الذى يظهر من الماتن (قدس سره) هنا و فى ذيل المسأله، أن مستنده فى ذلك إنما هو الأمر الثانى دون الأول، إذ لا إطلاق و لا عموم يشمل تصرفاتهما بعد موتهما، بل لهما التصرف فى مال الصغير ما دام على قيد الحياه، و أما بعد موتهما فلا ولاية لهما عليه فى شىء.

و مما يشهد لذلك أعنى كون مستنده (قدس سره) فى ذلك هو الأمر الثانى أنه (قدس سره) لم يخصّ الحكم بالصغار، بل عمّمه للكبار أيضاً، مع الالتزام بثبوت الخيار لهم باعتبار أنّ المضاربه من العقود الجائزه، و الحال أنه لا ولاية لهما على الكبار جزماً.

و كيف كان، فما أفاده (قدس سره) لا يمكن المساعدة عليه بالنسبه إلى الصغار

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ١٦٥

بإيقاع الوصى عقدها لنفسه أو لغيره، مع تعيين الحصّه من الربح أو

إيكاله إليه. و كذا يجوز لهما الإيضاء بالمضاربه فى حصّه القصير من تركتهما بأحد الوجهين (١).

كما أنه يجوز ذلك لكلّ منهما بالنسبه إلى الثلث المعزول لنفسه (٢) بأن يتجر الوصى به، أو يدفعه إلى غيره مضاربه، و يصرف حصّه الميت فى المصارف المعينه للثلث.

فضلاً عن الكبار، إذ لا يوجد فى أدلّه الوصيه إطلاق يشمل الوصيه التى لا ترجع إلى الميت و أمواله، فإنها و بأجمعها وارده فى الوصايا الراجعه إلى الميت نفسه و أمواله.

و من هنا فلا تنفذ إلّا فى الثلث مما يملك، و أما الزائد عنه فهو وصيه فى مال الغير على ما دلّت عليه النصوص. و لذا لم يلتزم أحد بنفوذ الوصيه بالحج مجاناً، أو الوصيه بالاتجار بما يصل إليه منه بالشىء المعين، فإنه لا يلزمه شىء من ذلك إجماعاً، و ليس ذلك إلّا لكونها وصيه متعلقه بمال الغير.

و من هنا فلا مجال للالتزام بصحّه مثل هذه الوصيه و نفوذها بالنسبه إلى الصغار فضلاً عن الكبار، فإنها إذا لم تتم بالنسبه إليهم، فعدم تماميتها فى الكبار يكون بطريق أولى.

هذا كله بالنسبه إلى ما تقتضيه القواعد الأوليه، و مع قطع النظر عن النصوص الخاصه. و أما مع الالتفات إليها، فلا بأس بما التزم به (قدس سره) بالنسبه إلى الصغار خاصه، على ما سيأتى بيانه عند تعرضه (قدس سره) للروايات.

(١) الفرق بين هذه الصوره و سابقتها يكمن فى أنّ متعلق الوصيه فى الأولى هى أموال الصبى الموجوده حال الوصيه، فى حين أنّ متعلقها فى الثانيه هو خصوص ما ينتقل إليه من الأب أو الجد بالإرث.

و كيف كان، فالحكم فى الصورتين واحد.

(٢) بلا خلاف فيه. و يقتضيه ما عرفت من شمول أدلّه نفوذ الوصيه له.

موسوعه الإمام

بل وكذا يجوز [١] الإيضاء منهما بالنسبه إلى حصّه الكبار أيضاً (١). ولا يضّرّ كونه ضرراً عليهم من حيث تعطيل مالهم إلى مدّه، لأنّه منجبر (٢) بكون الاختيار لهم في فسخ المضاربه وإجازتها، كما أنّ الحال كذلك بالنسبه إلى ما بعد البلوغ في القصير فإنّ له أن يفسخ أو يجيز (٣).

وكذا يجوز لهما الإيضاء بالتّجار بمال القصير على نحو المضاربه (٤) بأن يكون هو الموصى به، لا إيقاع عقد المضاربه، لكن إلى زمان البلوغ أو أقلّ. و أما إذا جعل المدّه أزيد، فيحتاج إلى الإجازة بالنسبه إلى الزائد (٥).

ودعوى عدم صحّه هذا النحو من الإيضاء، لأنّ الصغير لا مال له حينه و إنما ينتقل إليه بعد الموت، ولا دليل على صحّه الوصيه العقديه في غير التمليك، فلا

(١) فيه إشكال بل منع، ينشأ مما تقدّم من كونه خلاف القواعد الأوّليه، و عدم شمول الأدلّه الخاصه له، على ما سيأتى بيانه.

(٢) في التعبير بالانجبار مسامحه واضحه، و الصحيح منع دعوى الضرر، لكون العقد جائزاً و أمره بيد الوارث، إن شاء أبقاه و إن شاء فسّخه، فلا- يكون ضرراً عليه لا- أنه ثابت، غايه الأمر أنه منجبر بالخيار، و إلّا لكان مقتضاه هو الحكم بالبطان لا ثبوت الخيار، فإنّ الحكم الضرري مرفوع، و الانجبار لا يوجب الحكم بالصّحه.

(٣) فإنّ ما صدر منهما إنما يصح و يلزم الصغير ما دامت الوصيه نافذه و الولايه ثابتة عليه. و حيث إنهما يرتفعان ببلوغه، إذ لا وصايه حينئذٍ عليه و لا ولايه، و العقد إذنى محض، فلا مجال للإلزامه به، بل لا بدّ من إذنه فيه. فإن أجاز فهو، و إلّا فلا

يجوز التصرف في ماله.

(٤) لشمول التعليل المذكور في الرواية له.

(٥) لانتفاء الولاية عليه بعد البلوغ، و العقد إذني، فيحتاج إلى إذنه لا محاله، كما تقدم.

[١] فيه إشكال بل منع.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ١٦٧

يصح أن يكون إيجاب المضاربه على نحو إيجاب التملك بعد الموت؛ مدفوعه بالمنع (١). مع أنه الظاهر من خبر خالد بن بكر الطويل (٢) في قضيه ابن أبي ليلى و موثق محمد بن مسلم (٣) المذكورين في باب الوصيه.

(١) لعموم النص له.

(٢) رواه محمد بن يعقوب، عن محمد بن أبي عمير، عن عبد الرحمن بن الحجاج عن خالد بن بكير (بكر نسخه) الطويل، قال: دعاني أبي حين حضرته الوفاة فقال: يا بني، قبض مال إخوتك الصغار و اعمل به، و خذ نصف الربح و أعطهم النصف و ليس عليك ضمان. فقدمتني أم ولد أبي بعد وفاه أبي إلى ابن أبي ليلى، فقالت: إن هذا يأكل أموال ولدي، قال: فاقصصت عليه ما أمرني به أبي، فقال لي ابن أبي ليلى: إن كان أبوك أمرك بالباطل لم أجزه، ثم أشهد عليّ ابن أبي ليلى إن أنا حرّكته فأنا له ضامن. فدخلت على أبي عبد الله (عليه السلام) فقصصت عليه قصتي، ثم قلت له: ما ترى؟ فقال: «أما قول ابن أبي ليلى فلا أستطيع رده، و أما فيما بينك و بين الله عزّ و جلّ فليس عليك ضمان» (١).

و هو مضافاً إلى ضعف سنده بخالد بن بكير (بكر) وارد في الصغار، فالتعدى عنهم إلى الكبار يحتاج إلى دليل، و هو مفقود.

(٣) رواه محمد بن يعقوب، عن أحمد بن محمد، عن علي بن الحسن، عن الحسن ابن علي بن يوسف، عن مثنى بن الوليد، عن

محمد بن مسلم، عن أبي عبد الله (عليه السلام) أنه سئل عن رجل أوصى إلى رجل بولده و بمال لهم، و أذن له عند الوصيه أن يعمل بالمال و أن يكون الربح بينه و بينهم، فقال: «لا بأس به من أجل أن أباهم قد أذن له في ذلك و هو حي» «٢».

(١) الوسائل، ج ١٩ كتاب الوصايا، ب ٩٢ ح ٢، الكافي ٧: ٦١.

(٢) الوسائل، ج ١٩ كتاب الوصايا، ب ٩٢ ح ١.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ١٦٨

.....

ثم إن في الفقيه علي بن الحسين الميثمي «١» بدلاً من علي بن الحسن علي ما في الكافي و التهذيب «٢» و الوسائل و هو ابن فضال الذي يروي عنه أحمد بن محمد و هو من سهو قلمه الشريف أو غلط النساخ جزماً، إذ لا وجود لعلي بن الحسين الميثمي لا في الروايات و لا في كتب الرجال.

نعم، روى (قدس سره) في بعض الموارد عن علي بن الحسن الميثمي، إلا أنه غلط أيضاً و الصحيح علي بن الحسن التيمي.

و كيف كان، فهو غير علي بن الحسين الميثمي.

ثم إن صاحب الوسائل قد جعل المروي عنه لعلي بن الحسن هو الحسن بن علي ابن يونس، و جعل كلمه يوسف نسخه بدل ليونس.

و هو من الغلط جزماً، فإن الحسن بن علي بن يونس لا وجود له في الروايات و كتب الرجال أيضاً، فالصحيح هو الحسن بن علي بن يوسف علي ما في الكافي و الفقيه و التهذيب و هو ابن بقاح الثقه.

و كيف كان، فالروايه معتبره من حيث السند. و أما من حيث الدلاله فهي واضحه الدلاله، و مقتضى إطلاق كلمه (المال) فيها عدم الفرق بين ما كان يملكه الصغير

حين الوصيه و ما يملكه بعد ذلك، كما أن مقتضى التعليل عدم الفرق بين الوصيه بالمضاربه و الوصيه بالاتجار. فإنه على جميع هذه التقادير تنفذ الوصيه و تلزم الصبي ما دام هو كذلك، و أما إذا بلغ فهو بالخيار بين إبقائه و رفعه.

هذا كله بالنسبه إلى الصغير. و أما بالنسبه إلى الكبير، فحيث لم يرد نص فيه، فلا موجب للالتزام بصحة الوصيه بالنسبه إليه.

نعم، قد عرفت أن الماتن (قدس سره) إنما يستند في ذلك إلى أدله نفوذ الوصيه لكنك قد عرفت ما في العبارة و المطلب معاً.

(١) الفقيه ٤: ١٦٩ / ٥٩٠.

(٢) الكافي ٧: ٦٢، التهذيب ٩: ٢٣٦ / ٩٢١.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ١٦٩

و أمّا بالنسبه إلى الكبار من الورثه، فلا يجوز بهذا النحو (١) لوجوب العمل بالوصيه و هو الاتجار فيكون ضرراً عليهم (٢) من حيث تعطيل حقهم من الإرث و إن كان لهم حصّتهم من الربح، خصوصاً إذا جعل حصّتهم أقل من التعارف.

[٣٤٧٠] الحاديه عشره: إذا تلف المال في يد العامل بعد موت المالك من غير تقصير، فالظاهر عدم ضمانه (٣). و كذا إذا تلف بعد انفساخها بوجه آخر (٤).

[٣٤٧١] الثانيه عشره: إذا كان رأس المال مشتركاً بين اثنين، فصاربا واحداً ثم فسخ أحد الشريكين، هل تبقى بالنسبه إلى حصّه الآخر، أو تنفسخ من الأصل؟ وجهان، أقربهما الانفساخ [١] (٥). نعم، لو كان مال كل منهما متميزاً

(١) ما أفاده (قدس سره) في جانب الكبار من التفصيل، بين كون متعلق الوصيه هو عقد المضاربه و بين كونه الاتجار، تامّ و متين على تقدير شمول أدله الوصيه للمقام فإنه حينئذ لا محيص عن الالتزام بهذا التفصيل، إلّا أنك قد عرفت منه أصل المبنى فإن أدله

نفوذ الوصيه قاصره الشمول لمثله.

(٢) حيث لا يكون لهم حق الفسخ، نظراً لعدم وجود عقد في البين، فإن الوصيه إنما تعلقت بالعمل و هو الاتجار، فإذا قلنا بوجوبه عليهم كان ضرورياً لا محاله.

و من هنا يظهر الفرق بين المقام و صورته تعلق الوصيه بالمضاربه. فإن الثانيه عقد المضاربه قابله للرفع حتى بناءً على القول بنفوذ الوصيه، بخلاف الاولى.

(٣) لكون يده على المال يد أمانه، فلا يضمن إلّا بالتعدى أو التفريط، و المفروض عدمهما.

(٤) لما تقدّم.

(٥) بل أقربهما عدمه. إذ لا وجه لاعتبار هذا العقد عقداً واحداً، فإن تعدد المالك يستلزم تعدد المضاربه لا محاله، فيكون العامل عاملاً للأول في نصف المال و للآخر في

[١] بل أقربهما عدمه.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ١٧٠

و كان العقد واحداً، لا يبعد بقاء العقد بالنسبه إلى الآخر (١).

[الثالثه عشره: إذا أخذ العامل مال المضاربه و ترك التجاره به إلى سنه مثلاً]

[٣٤٧٢] الثالثه عشره: إذا أخذ العامل مال المضاربه و ترك التجاره به إلى سنه مثلاً، فإن تلف ضمن (٢) و لا يستحق المالك عليه غير أصل المال (٣) و إن كان آثماً في تعطيل مال الغير.

[الرابعه عشره: إذا اشترط العامل على المالك عدم كون الربح جابراً للخسران مطلقاً]

[٣٤٧٣] الرابعه عشره: إذا اشترط العامل على المالك عدم كون الربح جابراً للخسران مطلقاً، فكلّ ربح حصل يكون بينهما، و إن حصل خسران بعده أو قبله. أو اشترط أن لا يكون الربح اللاحق جابراً للخسران السابق، أو بالعكس.

النصف الثاني كما هو واضح، و إن اتحد الإنشاء، فإنه لا يستلزم اتحاد المضاربه بوجه.

و هذا الكلام غير مختص بالمضاربه، بل يجري في جميع العقود. فإنه لو وهب الشريكان مالهما المشترك بإنشاء واحد لشخص

واحد، ثم رجع أحدهما في ذلك، لم يكن ذلك إلّا رجوعاً وفسخاً للهبه في حصّته دون حصّته صاحبه.

هذا على أنّ الماتن (قدس سره) قد التزم في المسأله السابعه والأربعين، بجواز فسخ المالك للمضاربه ببعض المال واسترداده له، من دون أن يكون ذلك مخلّماً لبقائها في الباقي. فإنّ هذا الفسخ بالنسبه إلى بعض المال إذا كان جائزاً مع اتحاد المالك فجوازه مع تعدده يكون أوضح و بطريق أولى.

و الحاصل أنّ الصحيح هو عدم السرايه مطلقاً، سواء أ كان المالك واحداً أم متعدداً، كان المال متميزاً أم لم يكن كذلك.

(١) لما عرفت من تعدد المضاربه حقيقه وإن اتحدت إنشاءً.

(٢) لتعدييه و تفريطه بإهماله للمال، و إبقائه كذلك عنده من غير إذن المالك، حيث إن الإذن مختصّ بإبقائه عنده للاتجار خاصه لا مطلقاً.

(٣) باعتبار أنّ الربح لم يكن موجوداً خارجاً، كى يكون العامل بإهماله للمال متلفاً و من ثمّ ضامناً له، غايه الأمر أنه بفعله حرم المالك

من الربح بحيث لم يدعه يربح، و هو لا يوجب الضمان.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ١٧١

فالظاهر الصحه. و ربّما يستشكل بأنه خلاف وضع المضاربه، و هو كما ترى (١).

[الخامسه عشره: لو خالف العامل المالك فيما عيّنه جهلاً أو نسياناً أو اشتهاً]

[٣٤٧٤] الخامسه عشره: لو خالف العامل المالك فيما عيّنه جهلاً أو نسياناً أو اشتهاً، كما لو قال: لا تشتري الجنس الفلاني أو من الشخص الفلاني فاشتره جهلاً، فالشراء فضولي [١] (٢) موقوف على إجازة المالك.

(١) و ذلك لأنّ عنوان المضاربه متقوم بجعل مقدار من الربح للعامل، و هو متحقق في المقام.

نعم، ذلك قد يلحظ بالقياس إلى مجموع المعاملات كما هو الغالب في باب المضاربه، و قد يلحظ بالقياس إلى كل معامله. إلّا أنه أمر خارج عن مفهوم المضاربه فإنّه أعمّ من هذا و ذاك، و عليه فلا مانع من شمول الإطلاقات له.

و دعوى منافاته لقوله (عليه السلام): الربح بينهما، و الوضيعه على المال «١».

مدفوعه بأنّ كون الربح بينهما أعمّ من كونه من مجموع التجارات أو كلّ تجاره فإنّه أمر تابع للجعل و خارج عن مفهوم المضاربه.

(٢) أرسله غير واحد من الأصحاب إرسال المسلمات، و علّله بعضهم بعدم إذن المالك، لكن الظاهر أنه لا يخلو من إشكال. و ذلك لأنّ ما أفاده (قدس سره) و إن كان مقتضى القاعده إلّا أنه لا مجال للاستناد إليها بعد دلاله جملة كثيره من النصوص و أكثرها صحاح، على صحه معامله عند مخالفه العامل لما عيّن له شرطاً أو قيداً على كل تقدير، مع كون الربح بينهما على ما اتفقا عليه و الخسران على العامل فقط لتعديده و مخالفته «٢»، فإنّ هذه النصوص غير قاصره الشمول للمقام، و قد عمل بها الماتن (قدس سره) و غيره في صورته علم العامل

[١] فيه إشكال، لأنه وإن كان مقتضى القاعده، إلا أن إطلاق جملة من النصوص الواردة في بيان حكم مخالفه العامل لما عین له شرطاً أو قيداً يعم المخالفه غير العمديّه أيضاً، نعم شراء من ينعق على المالك خارج عن عمل المضاربه بلا إشكال، إذ لا تصح المضاربه فيه مع إذن المالك فضلاً عن عدمه.

(١) الوسائل، ج ١٩ كتاب المضاربه، ب ١.

(٢) الوسائل ١٩: ١٥ كتاب المضاربه، ب ١.

موسوعه الإمام الخوئی، ج ٣١، ص: ١٧٢

و كذا لو عمل بما ينصرف إطلاقه إلى غيره، فإنه بمنزله النهی عنه. و لعل منه ما ذكرنا سابقاً من شراء من ينعق على المالك (١) مع جهله بكونه كذلك. و كذا الحال إذا كان مخطئاً في طريقه التجاره، بأن اشترى ما لا مصلحه في شرائه عند أرباب المعامله في ذلك الوقت، بحيث لو عرض على التجار حكموا بخطائه.

[السادسه عشره: إذا تعدّد العامل، كأن ضارب اثنين بمائه مثلاً بنصف الربح بينهما متساوياً]

[٣٤٧٥] السادسة عشره: إذا تعدّد العامل، كأن ضارب اثنين بمائه مثلاً بنصف الربح بينهما متساوياً أو متفاضلاً، فاما أن يميز حصّه كل منهما من رأس المال (٢) كأن يقول: على أن يكون لكل منه نصفه،

و من الواضح أنه لا- خصوصيه لفرض العلم، إذ لا قصور في هذه النصوص عن شمول فرض الجهل أيضاً، فإن المفروض فيها مخالفه العامل للمالك فيما إذا اشترط عليه أو أخذه قيداً في المعامله، و أما كون ذلك عن عمد أو جهل فلا تعرض لها إليه و مقتضى الإطلاق ثبوت الحكم في الصورتين.

نعم، ورد في بعض تلك النصوص أخذ عنوان العصيان «١» و هو لا يشمل فرض الجهل، إلا أنه ضعيف من حيث السند فلا مجال للاعتماد عليه.

إذن فالصحيح هو الحكم بصحّه هذه المعاملات في المقام، مع الالتزام

بكون الربح بينهما و الخسران على العامل.

و لعل غفله المعلقين عن التعليقه على هذا الحكم فى المقام، ناشئه عن غفلتهم عن هذه النصوص، و الله العالم. □

(١) فى خصوص هذا الفرض الأمر كما أفاده (قدس سره)، لخروجه عن عنوان المضاربه، فإنها مبنيه على الاسترباح، و هذه المعامله لا يمكن فيها الاسترباح، فلا تصح مضاربه مع إذن المالك فضلاً عن عدمه، و قد تقدّم بيانه مفصلاً.

(٢) بحيث تكون المضاربه متعدده حقيقه، بأن تكون مع كلّ منهما مضاربه مستقلّه عن المضاربه مع الآخر، و إن اتحدتا إنشاءً.

(١) الوسائل ١٩: ٢٠ كتاب المضاربه، ب ٦.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ١٧٣

و إقياً لا يميز (١). فعلى الأوّل الظاهر عدم اشتراكهما فى الربح و الخسران و الجبر (٢) إلّا مع الشرط [١] (٣) لأنه بمنزله تعدّد العقد. و على الثانى يشتركان فيها و إن اقتسما بينهما فأخذ كلّ منهما مقداراً منه (٤)

(١) بأن تكون المضاربه مضاربه واحده معهما معاً، بحيث يكونان بمنزله العامل الواحد، و يكون كلّ منهما عاملاً مضارباً فى جميع المال.

(٢) لعدم الموجب له، بعد تعدد المضاربه و استقلال كلّ منهما عن الآخر.

(٣) بل و معه أيضاً، إذا كان على نحو شرط النتيجة كما هو المفروض. و ذلك لما عرفت غير مرّه من أن الشروط ليست مشرعه، و من هنا فصحتها تكون محتاجه إلى الدليل، و إلّا فمقتضى عقد المضاربه كون الربح بين العامل و المالك خاصه.

و بعباره اخرى: إنّ جبر ربح مضاربه شخص لخسران شخص آخر يحتاج إلى الدليل، و لا يكفى فى إثباته أدلّه الشروط، لأنها ليست مشرعه. و من هنا فيكون حال هذا الفرع حال اشتراط الربح للأجنبى، بل هذا من مصاديقه حيث إنّ العامل

الآخر أجنبي عن هذه المعامله.

(٤) لأنّ التقسيم خارجاً لا يجعل المضاربه الواحده مضاربتين مستقلّتين. وهذا مما لا كلام فيه، وإنما الكلام ينبغى أن يقع فى صحّه مثل هذه المضاربه، حيث تتحد المضاربه و يتعدد العامل.

و الذى يظهر من كلمات الأصحاب أنّ صحّتها أمر مفروغ عنه و متسالم عليه. إلّا أننا لو كنا و الروايات الوارده فى المضاربه للزم الحكم ببطلان هذه المعامله، إذ لا يوجد فيها ما يدلّ على صحّه المضاربه مع اثنين، و إنما الوارد فيها عنوان الرجل و هو ظاهر فى العامل المتحد.

نعم، ذكر صاحب الجواهر (قدس سره) أنّ المراد بالرجل و العامل فى لسان النصوص إنما هو الجنس، و من هنا فيصدق على الواحد و المتعدد «١».

[١] بل مع الشرط أيضاً على ما تقدّم.

(١) الجواهر ٢٦: ٣٧٠.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ١٧٤

إلّا أن يشترط عدم الاشتراك فيها [١] (١).

فلو عمل أحدهما و ربح، و عمل الآخر و لم يربح أو خسّر، يشتركان فى ذلك الربح و يجبر به خسران الآخر. بل لو عمل أحدهما و ربح، و لم يشرع الآخر بعد فى العمل، فانفسخت المضاربه، يكون الآخر شريكاً (٢) و إن لم يصدر منه عمل لأنه مقتضى الاشتراك فى المعامله. و لا يعدّ هذا من شركه الأعمال كما قد يقال، فهو نظير ما إذا آجر نفسهما لعمل بالشركه، فهو داخل فى عنوان المضاربه لا الشركه كما إن النظر داخل فى عنوان الإجاره.

و هذه الدعوى و إن كانت قابله للتصديق إمكاناً، إلّا أنها خلاف الظاهر جدّاً فتحتاج فى مقام الإثبات إلى الدليل و هو مفقود.

و الذى يمكن أن يقال فى هذا المقام: إنّ المضاربه ليست من المعاملات الشرعيه المحضه، بحيث

يكون الشارع المقدس هو المؤسس لها ابتداءً، و إنما هي معامله عقلائية ثابتة و متعارفه لدى العقلاء قبل التشريع، و قد أمضاها الشارع المقدس و أقرّ العقلاء على فعلهم ذلك.

و من هنا فحيث إن هذه المعاملة غير مقيّده لدى العقلاء باتحاد العامل فإنها كما تتحقّق مع العامل الواحد تتحقّق مع تعدد العملاء، حاله في ذلك حال الأجير فإنّ المالك قد يجعل أجيّراً واحداً، و قد يجعل اجراء متعددين، كفى دليل الإمضاء في الحكم بصحّه هذه المعاملة، حيث لم يدلّ على اعتبار وحده العامل.

و بعبارة اخرى: إنّ عدم ورود الردع عن تعدّد العامل في شىء من أدلّه إمضاء عقد المضاربه، بعد قيام السيره العقلائية عليه، يكفي في الحكم بصحّه هذه المعاملة، و حمل عنوان الأجير في لسان الأدلّه على الجنس.

(١) الظاهر أنه لا أثر لهذا الاشتراط، فإنّ الشرط لا يكون مشرعاً، و لا بدّ من دليل يقتضى ذلك و هو مفقود.

(٢) لاتحاد المضاربه و كونهما بمنزله العامل الواحد.

[١] في صحّه هذا الشرط إشكال بل منع.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ١٧٥

[السابعه عشره: إذا أذن المالك للعامل في البيع و الشراء نسيئه فاشترى نسيئه و باع كذلك]

[٣٤٧٦] السابعه عشره: إذا أذن المالك للعامل في البيع و الشراء نسيئه فاشترى نسيئه و باع كذلك، فهلك المال، فالدين في ذمّه المالك (١). و للديان إذا علم بالحال أو تبين له بعد ذلك الرجوع على كل منهما (٢). فإن رجع على العامل و أخذ منه رجوع هو على المالك (٣).

و دعوى أنه مع العلم من الأوّل ليس له الرجوع على العامل، لعلمه بعدم اشتغال ذمّته. مدفوعه بأن مقتضى المعامله ذلك (٤) خصوصاً في المضاربه (٥) و سيما إذا علم أنه عامل يشتري للغير، و لكن لم يعرف ذلك الغير أنه من هو و من

(١) بلا إشكال فيه. فإنَّ المعامله الصادره من العامل بإذنه معامله له، فيكون مطالباً بعوضها لا محاله.

(٢) أما المالك، فلما عرفت. و أما العامل، فلكونه مسؤولاً عن المعامله و طرفاً لها فإنه ليس كالوكيل فى إجراء الصيغه خاصه حيث لا- يتحمل شيئاً من مسؤوليه العقد بل هو طرف له حقيقه، لا- سيما إذا كان المالك جاهلاً بما يقوم به كما هو الحال فى وكالات التجار بيعاً و شراءً، فإنَّ الوكيل يقوم بتلك المعاملات على وفق ما يراه صالحاً، من دون إخبار الموكل بجزئيات كلِّ منها قبل إيقاعها.

و من هنا فيتحمل العامل مسؤوليته فى المعامله، باعتبار أنَّ إقدامه على البيع و الشراء إقدام على الضمان و كونه مسؤولاً عنه، على ما تقتضيه سيره القطعيه، فإنَّ المشتري يرجع على الذى باشر العقد و كان طرفاً له و مسؤولاً عنه، من غير التفات إلى كونه و كَيْلاً أو مالِكاً.

(٣) لاستقرار الضمان عليه، باعتبار أنَّ المعامله له و هو الطرف الحقيقى فيها.

(٤) لإقدامه على الضمان و كونه مسؤولاً عنها كما عرفت، مضافاً إلى سيره العقلانيه القطعيه.

(٥) حيث يكون العامل شريكاً للمالك فى الربح.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ١٧٦

و لو لم يتبين للديان أن الشراء للغير، يتعين له الرجوع على العامل فى الظاهر (١) و يرجع هو على المالك.

[٣٤٧٧] الثامن عشره: يكره المضاربه مع الذمى، خصوصاً إذا كان هو العامل، لقوله (عليه السلام): «لا ينبغي للرجل المسلم ان يشارك الذمى، و لا يبضعه بضاعه، و لا يودعه وديعه، و لا يضافيه المودّه» (٢).

و قوله (عليه السلام): «إنَّ أمير المؤمنين (عليه السلام) كره مشاركه اليهودى و النصرانى و المجوسى، إلّا أن تكون تجاره حاضره لا يغيب عنها المسلم» (٣). و

يمكن أن يستفاد من هذا الخبر (٤) كراهه مضاربه من لا يؤمن منه في معاملاته من الاحتراز عن الحرام.

[٣٤٧٨] التاسعه عشره: الظاهر صحه المضاربه على مائه دينار مثلاً كلياً فلا يشترط كون مال المضاربه عيناً شخصيه، فيجوز إيقاعهما العقد على كلى ثم تعيينه فى فرد. و القول بالمنع، لأن القدر المتيقن العين الخارجى من النقدين

(١) لظهور كونه له، و إن كان فى الواقع لغيره.

□
(٢) رواه محمد بن يعقوب، عن عدّه من أصحابنا، عن أحمد بن محمد، عن ابن محبوب، عن ابن رثاب، قال: قال أبو عبد الله (عليه السلام) «١». و الروايه معتبره.

□
(٣) رواه محمد بن يعقوب، عن على بن إبراهيم، عن أبيه، عن النوفلى، عن السكونى، عن أبى عبد الله (عليه السلام) «٢». و هى كسابقته معتبره من حيث السند فإن النوفلى و السكونى ثقتان على ما تقدّم غير مرّه.

(٤) حيث لا يبعد دعوى كون النهى نهياً إرشادياً إلى عدم وثاقتهم، كما يشهد له استثناء التجاره الحاضره.

فمن هنا يمكن تعديده الحكم إلى كل من لا يكون محلاً للوثوق، فتكون المضاربه معه مكروهه تنزيهاً أو منهيّاً عنها إرشاداً.

(١) الوسائل، ج ١٩ كتاب الشركه، ب ٢ ح ١.

(٢) الوسائل، ج ١٩ كتاب الشركه، ب ٢ ح ٢.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ١٧٧

ضعيف [١] (١). و أضعف منه احتمال المنع حتى فى الكلى فى المعين (٢) إذ يكفى فى الصحه العمومات.

[متمم العشرين: لو ضاربه على ألف مثلاً، فدفع إليه نصفه فعامل به]

[٣٤٧٩] متمم العشرين: لو ضاربه على ألف مثلاً، فدفع إليه نصفه فعامل به ثم دفع إليه النصف الآخر، فالظاهر جبران خساره أحدهما بربح الآخر، لأنه مضاربه واحده (٣). و أما لو ضاربه على خمسمائه فدفعها إليه و عامل بها، و فى أثناء التجاره زاده و

(١) لا وجه لتضعيف هذا القول، بل هو المتعين بعد عدم شمول الروايات الواردة في المضاربه له، حيث لا يصدق عنوان إعطاء المال له عليه، بل يقتضيه ما دلّ على عدم جواز المضاربه بالدين ما لم يقبض، فإنه يقتضى عدم جواز المضاربه بالكلية في الذمه ما لم يتشخص في الخارج.

إذن فالظاهر في المقام هو عدم صحه مثل هذه المضاربه. و يكفينا في ذلك الشك نظراً لاحتياج صحه المضاربه إلى الدليل الخاص، و عدم كفايه العمومات في إثبات صحتها.

(٢) بلا إشكال فيه، لصدق عنوان إعطاء المال عليه، و من ثم شمول النصوص له.

(٣) و هو واضح، إذ لا عبره بتعدد التسليم و القبض، و إنما العبره بوحده المضاربه و تعددها.

[١] لا يبعد قوه هذا القول لأن صحه عقد المضاربه تحتاج إلى دليل خاص و لا يكفي فيها العمومات و لا دليل على جواز ذلك، بل ما دلّ على عدم جواز المضاربه في الدين حتى يقبضه دليل على العدم، نعم لا بأس بالمضاربه في الكلّي في المعين لشمول أدلتها لها.

[٢] هذا يتصور على نحوين: أحدهما: أن تكون الثانيه مضاربه مستقله في مقابل الاولى، كما إذا فرض أن في المضاربه الأولى كان الربح بينهما على النصف و في الثانيه كان على الثلث، ففي هذه الصورة لا أثر للمزج. الثاني: أن تكون الثانيه بنحو التتميم للأولى، فعندئذ كانتا مضاربه واحده فلا فرق أيضاً بين صورته المزج و عدمه.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ١٧٨

بربح الأخرى (١) لأنهما في قوه مضاربتين. نعم، بعد المزج و التجاره بالمجموع تكونان واحده.

(١) و فيه: أنّ الخمسمائه الثانيه إذا كانت متممه للمضاربه الاولى و توسعه لها،

فحالها حال الصورة الأولى حيث تكون المضاربه واحده، غايه الأمر أنها كانت عند بدئها ضيقه النطاق فاتسعت بعد ذلك، كما يتفق ذلك كثيراً في التجارات حيث تبدأ برأس مال بسيط، لاعتبارات قد يكون منها اختبار قدره العامل أو قلّه المال، ثم تتسع مع إحساس المالك بالربح. و حينئذ يكون الربح جابراً للخسران لا محاله، بلا فرق بين مزج المالين و عدمه، نظراً لاتحاد المضاربه و عدم تعددها، حيث لم تلحظ الثانيه مستقله عن الأولى و في قبالتها.

و أما إذا كانت الخمسمائه الثانيه مضاربه مستقله و منحازه عن المضاربه الأولى، كما لو اختلفت نسبه الربح فيهما بأن كان للعامل في الأولى النصف و في الثانيه الثلث أو بالعكس، كان الربح في الثانيه غير جابر للخسران في الاولى لا محاله، بلا فرق في ذلك بين فرض مزج المالين و عدمه، فإنّ الامتزاج لا يوجب اتحاد المضاربتين، كما لو كان عاملاً لشخصين و اختلط مالهما في يده، فإنه لا يوجب اتحادهما و جبر خسران إحداهما بربح الأخرى.

□
و الحمد لله أولاً و آخراً

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ١٧٩

[كتاب الشركه]

اشاره

كتاب الشركه

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ١٨١

فصل في أحكام الشركه و هي عبارته عن كون الشيء الواحد لاثنين أو أزيد، ملكاً أو حقاً (١).

و هي إما واقعيه قهريه [١]، كما في المال أو الحق الموروث.

و إقياً واقعيه اختياريه، من غير استناد إلى عقد، كما إذا أحيى شخصان أرضاً مواتاً بالاشتراك، أو حفرا بئراً، أو اغترفا ماءً، أو اقتلعا شجراً.

(١) لا- يخفى أنّ لفظ الشركه في كلمات الفقهاء مستعمل في معناه اللغوي، و هو ما يقابل الاختصاص، و ليس لديهم هناك اصطلاح خاص فيه.

نعم، كلامهم (قدس سرهم) في المقام يختص

بحصه خاصه منها.

فإنها قد تفرض في الأمور التكوينية الخارجيه، كالحفر و القتل. و بهذا المعنى جاء في الكتاب العزيز «وَلَمْ يَكُنْ لَهُ شَرِيكٌ فِي الْمُلْكِ» (١) حيث دلت على انحصار السلطه الحقيقيه و الاستيلاء الخارجى به تعالى.

و قد تفرض في الأمور الاعتباريه من ملكيه أو حقّ، فإنهما قد يختصان بواحد و قد يكونان للمتعددين فيكونون شركاء فيهما. و هذا القسم هو محل الكلام بين الفقهاء (قدس سرهم).

[١] لا- معنى للشركه الظاهريه، مع العلم بعدم الاشتراك واقعاً. فالصحيح في موارد الامتزاج القهري أو الاختيارى أنّ الشركه واقعیه إذا كان الممتزجان يعدّان شيئاً واحداً عرفاً. و إلّا فلا شركه أصلاً كخلط الدراهم بمثلها.

(١) سوره الفرقان ٢٥: ٢.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ١٨٢

و إمّا ظاهريه قهريه، (١) كما إذا امتزج مالهما من دون اختيارهما و لو بفعل أجنبي، بحيث لا يتميز أحدهما من الآخر، سواء كانا من جنس واحد، كمزج حنطه بحنطه، أو جنسين كمزج دقيق الحنطه بدقيق الشعير، أو دهن اللوز بدهن الجوز، أو الخل بالدبس.

(١) و فيه: أنه لا معنى للشركه الظاهريه قهريه كانت أم اختياريه بعد العلم بعدم الاشتراك واقعاً، فإنّ الأحكام الظاهريه إنما هي مجعوله في فرض الشك و الجهل بالحكم الواقعي، فلا معنى لثبوتها مع العلم به.

و دعوى أنّ المراد من الشركه الظاهريه، هو ترتيب آثارها في مقام العمل و إن لم تكن هناك شركه في الواقع.

مدفوعه بأنّه لا موجب لإجراء أحكام الشركه، بعد العلم بعدمها واقعاً و استقلال كل منهما في ماله.

إذن فالصحيح أن يقال: إنّ الامتزاج إذا كان على نحو يعد الممتزجان شيئاً واحداً عرفاً و أمراً ثالثاً مغايراً للموجودين السابقين، كما في مزج السكر بالخلّ حيث يوجب ذلك انعدامهما

معاً و تولد شىء جديد مغاير لهما يسمى بالسكنجين، ففيه تكون الشركه شركه واقعيه حقيقيه. فإنّ الموجود بالفعل مال واحد نشأ عن المالكين فيكون ملكاً لهما معاً، إذ لا موجب لاختصاص أحدهما به. وهذا الكلام يجرى في كل مزيج يعد موجوداً واحداً لدى العرف، فإنه يكون مشتركاً واقعاً.

ولا ينافى ذلك أنه لو اتفق تفكيكهما بوجه من الوجوه، لكان كل منهما مختصاً بمالكه الأول، إذ الشركه الواقعيه في المقام مشروطه ببقاء الامتزاج و كونه موجوداً واحداً بنظر العرف، فاذا امتازا انفسخت الشركه لا محاله.

و أما إذا كان الامتزاج بنحو يكون الموجود بالفعل عباره عن موجودات متعدده غير قابله للتمييز خارجاً، كما في مزج الدراهم بمثلها، فلا موجب للقول بالشركه أصلاً، فإنّ كل درهم موجود مستقلّ عن الآخر و محفوظ في الواقع.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ١٨٣

و إنا ظاهريه اختياريه، كما إذا مزجا باختيارهما لا بقصد الشركه، فإنّ مال كل منهما في الواقع ممتاز عن الآخر، ولذا لو فرض تمييزهما اختص كل منهما بماله. و أمّا الاختلاط مع التميز، فلا يوجب الشركه و لو ظاهراً (١) إذ مع الاشتباه مرجعه الصلح القهري (٢) أو القرعه.

و لا يبعد أن يكون مزج الحنطه بالحنطه و الحنطه بالشعير من هذا القبيل، حيث تكون كل حبه من الخليط مملوكه لصاحبها، و لا موجب للقول بالشركه، بعد أن لم يكن العرف يراه موجوداً واحداً في قبال الموجودين السابقين.

نعم، في دقيقتها لا يبعد حكم العرف بوحدته الموجود بالفعل.

و الحاصل ففي فرض عدم اعتبار العرف للموجود الخارجى بالفعل موجوداً واحداً، يبقى كلّ من المالكين على ملك مالكة. و حينئذ فلا بدّ في مقام التمييز من الرجوع إلى الصلح القهري، أو

القرعه، على ما سيأتي.

(١) كما هو واضح، لعدم الموجب لها.

(٢) والمراد به إجبار الحاكم لهما على الصلح بالتراضى، وإلا فالصلح لا يكون قهراً. فإن تعاندا ينتهى الأمر إلى القرعه، حيث إنها لكل أمر مشكل، ومع إمكان التصالح لا إشكال. و أما احتمال اشتراكهما فيه فبعيد جداً ولا موجب له.

و تفصيل الكلام فى المقام أن يقال: إنه إذا امتزج المالان، فإن أمكن الفرز و التمييز فلا خلاف و لا إشكال، حيث يجب ذلك و لا تصل النوبه إلى الشركه أو الصلح أو القرعه.

و إن لم يمكن التخليص إلا بكلفه بالغه، كما إذا امتزج طنّ من الحنطه بطنّ من الشعير، حيث قد تزيد اجره الفرز عن قيمه المالين معاً. و حينئذٍ فإن تصالح المالكان فهو، وإلا أجبرهما الحاكم عليه، و يكون ذلك صلحاً قهرياً. فإن امتنعاً باشر الحاكم ذلك بنفسه، حفظاً لمال المسلم عن التلف، حيث يريد كل منهما إتلاف مال الآخر بمنعه من التصرف فيه و أخذه لنفسه.

و أما القرعه فى المقام فلا موضوع لها، لأنها لرفع الاشتباه، و لا اشتباه فى المقام بعد

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ١٨٤

و إما واقعيه مستنده إلى عقد غير عقد الشركه، كما إذا ملكا شيئاً واحداً بالشراء أو الصلح أو الهبه أو نحوها.

و إما واقعيه منشأه بتشريك أحدهما الآخر فى ماله، كما إذا اشترى شيئاً فطلب منه شخص أن يشركه. و يسمّى عندهم بالتشريك، و هو صحيح لجمله من الأخبار (١).

و إما واقعيه منشأه بتشريك كلّ منهما الآخر فى ماله (٢). و يسمّى هذا بالشركه العقديه، و معدود من العقود.

فرض امتياز كل من المالين عن الآخر، فإنّ كل حبه من الحنطه مملوك لمالك

الحنطه و كل حبه من الشعير مملوك لمالك الشعير.

هذا كله فيما إذا كان المالك معلوماً. و أما إذا كان هو مجهولاً، كاشتباه الشاتين و العباتين و الكتابين و ما شاكلها حيث لا يعرف مالك كل منهما بعينه، ففيه لا مجال للشركه أيضاً، حيث يكون المالان ممتازين في الخارج، بل إن تصالحا بالاختيار فهو وإلا فالقرعه لأنها لكل أمر مشكل. و لا مجال للصلح القهري، نظراً لعدم الموجب له بعد جهاله المالكين و عدم معرفتهما.

إذن فموضوع كل من الصلح القهري و القرعه مغاير للآخر، إلا أنهما قد يجتمعان في فرض واحد، كما لو امتزج أحد المالكين بالآخر على نحو لا يمكن تخليصهما مع جهاله المالك، بحيث لا يعلم من هو مالك الأول و من هو مالك الثاني. و حينئذٍ فإن تصالحا فهو، و إلا فالقرعه أولاً، ثم المصالحة القهرية.

□
(١) ففي صحيحه هشام بن سالم عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: سألته عن الرجل يشارك في السلعه، قال: «إن ربح فله، و إن وضع فعليه» (١). و غيرها، مضافاً إلى السيره العقلائيّه.

(٢) و هذا القسم هو المعروف و الشائع من الشركه العقديه، و هو محل الكلام في المقام.

(١) الوسائل، ج ١٩ كتاب الشركه، ب ١ ح ١.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ١٨٥

ثم إنَّ الشركه قد تكون في عين، و قد تكون في منفعه، و قد تكون في حقّ. و بحسب الكيفيه إما بنحو الإشاعه، و إما بنحو الكلّي في المعين (١). و قد تكون على

(١) كما لو باع منّا من الصبره المعينه لزيد، فإنّ المنّ الكلّي يكون لزيد و الباقي للمالك البائع، و بذلك يكونان شريكين في الصبره المعينه.

و قد ذكر صاحب الجواهر (قدس

سره) أنه لا إشكال في صدق الشركه معه ولا إشاعه. اللهم إلا أن يراد منها عدم التعيين، لا خصوص الثلث و الربع و نحوها «١».

و قد أورد عليه في بعض الكلمات، بأنّ الفرض خارج عن موضوع الشركه، فإنها إنما تتحقق فيما إذا كان المال الواحد مملوكاً لشخصين أو أكثر على نحو الإشاعه بأن يكون لكل منهما حصّه في كل جزء من ذلك المال، لا- ما إذا كان مال كل منهما مستقلاً عن مال الآخر و إن كانا بحسب الوجود واحداً، كما في البيت الواحد إذا كان طابوقه لشخص و حصه لآخر و خشبه لثالث، فإنه لا تتحقق الشركه فيه، لاستقلال كل واحد منهم بجزء منه.

و ما نحن فيه من هذا القبيل. فإنّ المالك يملك شيئاً و المشتري يملك شيئاً آخر حيث يملك الأول الصبره الخارجيه، في حين يملك الثاني الكلي فقط. و معه فلا معنى للشركه.

لكن الصحيح هو ما ذهب إليه صاحب الجواهر (قدس سره). فإنّ قياس المقام على مثال الدار من القياس مع الفارق، إذ العبره في تحقق الشركه إنما هي بوحده الوجود في الخارج بنظر العرف، و هي غير متحققه في مثال الدار، بخلاف ما نحن فيه حيث لا يكون وجود الكلي منحازاً في الخارج عن وجود الفرد الخارجى، بل الكلى موجود بوجود الفرد. و من هنا فالموجود الواحد في الخارج بالفعل مضاف إلى مالكين و لكن بنحوين من الإضافه، فإنه و بلحاظ الأفراد مملوك بتمامه للمالك، و بلحاظ الكلى الذى هو الثانى موجود بوجود الأفراد مضاف و مملوك للمشتري.

(١) الجواهر ٢٦: ٢٩٣.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ١٨٦

وجه يكون كل من الشريكين أو الشركاء مستقلاً في التصرف، كما في شركه الفقراء

و الحاصل أنّ الوجود الواحد لما كان مضافاً إلى شخصين، تحققت الشركه بينهما فيه، و إن اختلف نحو الإضافه إليهما.

(١) ورد التعبير بذلك فى بعض النصوص. ففى معتبره أبى المغراء عن أبى عبد الله (عليه السلام)، قال: «إِنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَ تَعَالَى أَشْرَكَ بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ وَ الْفُقَرَاءِ فِي الْأَمْوَالِ فَلَيْسَ لَهُمْ أَنْ يَصْرِفُوا إِلَى غَيْرِ شُرَكَائِهِمْ» (١).

إلّا أنّ التعبير بالشركه فى هذه الموارد مبنى على نوع من المسامحه و من باب الاستعاره، و إلّا فلا شركه فى الواقع، على ما تقدّم بيانه فى محلّه من كتاب الزكاه مفضيلاً. فإنّ الموارد المذكوره فى باب مستحقّي الزكاه إنما هى من باب المصرف لا الملكيه، فالفقير مثلاً مصرف للزكاه، و إلّا فهو لا يملك شيئاً منها. و من هنا كان التزام الأصحاب بعدم وجوب البسط و الاستيعاب، إذ لو كانت ملكاً لهم لوجب ذلك، إيصالاً للمال إلى مالكه.

ثمّ على فرض الالتزام بالملكيه، تحفظاً على ظهور اللام فى قوله تعالى «إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَ الْمَسْكِينِ» (٢) فيها، فلا مجال للالتزام بها فى المقام أيضاً، إذ الملكيه على تقديرها إنما تكون للكلّى الجامع و الطبيعى الشامل للأفراد، لا للأفراد بما هى.

و من هنا فلا يملك الفرد بما هو و كل واحد منهم بشخصه شيئاً، و إلّا لوجب البسط على جميع أفراد الصنف الواحد، و هو غير واجب جزماً، بل غير ممكن فى الخارج حتى بناءً على وجوب البسط بين الأصناف.

إذن فلا معنى لأن يقال إنّ لبعض الشركاء فى الزكاه التصرف فى المال المشترك

(١) الوسائل، ج ٩ كتاب الزكاه، أبواب المستحقين للزكاه، ب ٢ ح ٤.

(٢) سوره التوبه ٩: ٦٠.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ١٨٧

مستقلاً، إذ لا شركة حقيقه و فى الواقع، و إنما عتبر عما فرضه الله لهم فى مال الأغنياء بها مسامحه و من باب ضيق التعبير.

ثم إن بعضهم (قدس سرهم) قد علق على كلام الماتن (قدس سره) فى المقام، بأن ما أفاده من كون كل من الفقراء مستقلاً بالتصرف فى الزكاه غريب، إذ لا يجوز لفقير التصرف فى الزكاه بدون إذن الولي، و هو المالك أو الحاكم الشرعى، فضلاً عن أن يكون مستقلاً بالتصرف.

و ما ذكره (قدس سره) ناشئ من التخييل بأن مراد الماتن (قدس سره) مما أفاده هو شركة الفقراء للمالك فى المال و جواز تصرفهم فيه مستقلاً. إلا أنه غير صحيح فإنه (قدس سره) لا يقصد بما أفاده شركة الفقراء للمالك، و إنما يعنى به شركة الفقراء بعضهم لبعض فى الزكاه. و عبارته (قدس سره) واضحة فى ذلك، فإنه إنما عتبر بشركة الفقراء فى الزكاه، و لم يعبر بشركتهم فى المال الزكوى المال المشتمل على الزكاه.

و الحاصل أن الشركة إنما هى بين الفقراء أنفسهم لا بينهم و بين المالك، و موردها هى الزكاه بنفسها لا المال الزكوى. و من هنا فلا وجه للإيراد عليه، بأنه لا يجوز لهم التصرف إلا بإذن المالك.

و عليه فكلام الماتن (قدس سره) سالم عن الإشكال من هذه الناحية، و إن كان هو بحد ذاته مبنياً على المسامحه، كما عرفت.

(١) التعبير بالشركة فى الخمس لم يرد فى شىء من النصوص، إلا أنه و كما ذكرنا فى محلّه لما كان بدلاً عن الزكاه على ما ورد فى النصوص، حيث جعله الله بدلاً للهاشميين عنها «١» كان الكلام فيه هو الكلام فى الزكاه، فإنهم لا يملكونه و إنما هم مصرف له

خاصه، و لذا لا يجب بسطه عليهم و استيعابهم فى القسمة.
و على تقدير الالتزام بملكيتهم، لظاهر اللام فى قوله تعالى:

(١) وسائل الشيعه ٩: ٥٠٩ أبواب قسمة الخمس باب ١.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ١٨٨

و الموقوف عليهم فى الأوقاف العامه (١) و نحوها (٢).

[مسأله ١: لا تصحّ الشركه العقديه إلّا فى الأموال بل الأعيان]

[٣٤٨٠] مسأله ١: لا تصحّ الشركه العقديه إلّا فى الأموال (٣) بل الأعيان.

فلا تصحّ فى الديون (٤) فلو كان لكلّ منهما دين على شخص، فأوقعا العقد على كون كل منهما بينهما، لم يصحّ.

«وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَ لِلرَّسُولِ وَ لِذِي الْقُرْبَىٰ...» (١) فالملكه إنما هى للجامع الكلى دون الأفراد.

(١) الوقف قد يكون على نحو الانتفاع فقط، كوقف المدارس و المساكن و نحوهما.

و قد يكون على نحو الصرف دون التمليك، كوقف البستان على أن يصرف وارداته على الفقراء.

و قد يكون على نحو التمليك، كما لو أوقف البستان على أن يكون منافعه ملكاً للفقراء.

فى الأولين: لا- موضوع للشركه كما هو واضح، إذ لا- ملك لأحد كى يكون شريكاً لغيره؛ غايه الأمر أن له حق الانتفاع فى الأول، و يكون مصرفاً للوقف فى الثانى.

و أمّا الثالث: فالملكه و إن كانت متحققه، إلّا أن طرفها هو الكلى و الجهه العامه و أمّا الفرد بما هو فلا يملك شيئاً كى يكون شريكاً لصاحبه.

و الحاصل أنّ ما أفاده الماتن (قدس سره) من شركه الأفراد فى الزكاه و الخمس و الوقف مبنى على المسامحه، و إلّا فشركه الأفراد غير متحققه بالمّرّه، و إن تحققت شركه الكلى و الجهه العامه فى بعض الموارد و على بعض التقادير.

(٢) كالوصيه، و الحال فيها هو الحال فى الأوقاف حرفاً بحرف.

(٣) وهى القدر المتيقن من الشركه

(٤) أما بناءً على اعتبار الامتزاج في عقد الشركه، فالأمر واضح، نظراً لعدم إمكانه، إذ لا معنى لامتزاج دين كل منهما بدين الآخر، فإنَّ كلاً منهما مستقلٌّ في

(١) سورة الأنفال ٨: ٤١.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ١٨٩

و كذا لا تصحّ في المنافع (١) بأن يكون لكل منهما دار مثلاً، و أوقعا العقد على أن يكون منفعه كل منهما بينهما بالنصف مثلاً. و لو أرادا ذلك صالح أحدهما الآخر

الوجود و منحاز عن الآخر.

و أما بناءً على عدم اعتباره، كما لم يستبعده الماتن (قدس سره) نظراً لعدم الدليل عليه غير الإجماع المدعى في كلمات بعض على ما سيأتي في المسأله الرابعه إن شاء الله فالأن حقيقه الشركه هذه ترجع إلى تمليك كل من المتعاقدين حصّه مما له في ذمّه مدينه للآخر، بإزاء تمليكه له حصّه مما له في ذمه مدينه، فهي في الحقيقه معاوضه بلفظ الشركه.

□
و هي ممنوعه لنهي النبي (صلّى الله عليه و آله و سلم) عن بيع الدين بالدين، فإنّ المنصرف منه هو النهي عن المعاوضه بالدين مطلقاً و من غير اختصاص بعنوان البيع كما يشهد له ما ورد في جمله من النصوص من النهي عن قسمه الدين، بأن يجعل تمام ما في ذمه المدين الأوّل لأحد الورثه في قبال كون تمام ما في ذمه المدين الثاني للوارث الآخر، فإنها تؤكد منع الشارع المقدس عن تعويض الدين بالدين و مبادلتته بمثله تحت أي عنوان من العناوين كان.

(١) أما بناءً على اعتبار الامتزاج، فالأمر واضح، لعدم إمكان تحققه فيما نحن فيه.

و أما بناءً على عدمه، فقد تفرض الشركه في المنفعه، بمعنى كون كل منهما شريكاً في الأجره الحاصله من استيفاء منفعه عين الآخر،

و هي محكومته بالبطلان جزماً، لأنه من تملك المعدوم حيث لا يملك كل منهما الأجره بالفعل، و قد تقدّم غير مرّه أنه يحتاج إلى الدليل، و هو مفقود.

و قد تفرض الشركه فى نفس المنفعه، أعنى قابليه الدار للسكنى التى هى موجوده بالفعل.

و فيه: إن لم يكن الزمان محدوداً و معيناً، بأن ملك كل منهما صاحبه نصف منفعه داره مطلقاً و من غير تحديد بحدّ معين، حكم ببطلانها لا محاله، لعدم صحه تملك المنفعه بقول مطلق مطلقاً و بكافه أنواع المملكات، و ذلك للجهاله و الغرر و عدم

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ١٩٠

نصف منفعه داره بنصف منفعه دار الآخر (١) أو صالح نصف منفعه داره بدينار مثلاً و صالحه الآخر نصف منفعه داره بذلك الدينار.

و كذا لا تصحّ شركه الأعمال (٢). و تسمى شركه الأبدان أيضاً. و هى أن يوقعا

معلوميه مقدار المنفعه المملوكه، إذ قد يتفق تلف إحدى العينين قبل الأخرى بزمن طويل.

و أما إذا كان زمان التملك محدوداً و معلوماً، فإن تمّ إجماع على البطلان فيه فهو و إلا فلا نرى محذوراً فى الحكم بصحتها، فإنها و فى الحقيقه ترجع إلى تملك كل منهما الحصه من منفعه داره لصاحبه، بإزاء تملك صاحبه الحصه من منفعه داره له، و هى بمنزله الإجاره.

و يظهر من المحقق الأردبيلى (قدس سره) الميل إلى الصحه فى هذه الموارد. فإنه (قدس سره) و إن لم يذكر هذا الفرض بخصوصه، إلا أنه (قدس سره) ذكر أنه لم يظهر دليل على عدم الجواز إلا الإجماع، فإن كان فهو، و إلا فلا مانع منه «١».

و من هنا يظهر أنّ ما ارتكبه الماتن (قدس سره) من الحكم بالبطلان فى المقام، مع عدم اعتباره

للامتزاج، في غير محلّه.

و لعله لهذه الجهة لم يتعرض المحقق و صاحب الجواهر (قدس سرهما) إلى اعتبار كونه من الأعيان، فإنهما لم يعتبروا إلّا كونه من الأموال «٢» و مقتضاه صحة الشركة في المنافع أيضاً، لكونها منها جزءاً.

(١) قد عرفت الحال فيه مما تقدّم.

(٢) إن أرادوا بذلك عقد الشركة في الأجرتين اللتين تحصل لهما من عملهما، كما هو غير بعيد من ظاهر كلماتهم، فلا ينبغي الإشكال في بطلانها. و ذلك لما تقدّم غير مرّه من عدم الدليل على صحة تمليك المعدوم، فإنه ليس للإنسان أن يملك غيره ما لا يملكه بالفعل.

(١) مجمع الفائدة و البرهان ١٠: ١٩٨.

(٢) شرائع الإسلام ٤: ١٢٩، الجواهر ٢٦: ٢٨٩.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ١٩١

العقد على أن يكون اجره عمل كل منهما مشتركاً بينهما، سواء اتفق عملهما كالخياطه مثلاً أو كان عمل أحدهما الخياطه و الآخر النساجه، و سواء كان ذلك في عمل معين أو في كل ما يعمل كل منهما. و لو أراد الاشتراك في ذلك صالح أحدهما الآخر نصف منفعتة المعينه أو منافعه إلى مدّه كذا بنصف منفعه أو منافع الآخر أو صالحه نصف منفعتة بعوض معين و صالحه الآخر أيضاً نصف منفعتة بذلك العوض.

و لا تصحّ أيضاً شركة الوجوه (١). و هي أن يشترك اثنان و جيهان لا مال لهما بعقد الشركة على أن يتتاع كل منهما في ذمته إلى أجل، و يكون ما يتتاعه بينهما فيبيعانه و يؤديان الثمن و يكون ما حصل من الربح بينهما. و إذا أرادا ذلك على الوجه الصحيح و كل كل منهما الآخر في الشراء، فاشترى لهما و في ذمتهما.

و شركة المفاوضه أيضاً باطله (٢). و هي أن يشترك اثنان أو أزيد على

أن يكون كل ما يحصل لأحدهما من ربح تجاره أو زراعه أو كسب آخر أو إرث أو وصية أو نحو ذلك مشتركاً بينهما، و كذا كل غرامه ترد على أحدهما تكون عليهما.

و إن أرادوا بها الشركة في نفس المنفعة، بأن يملك كل منهما نصف خياطته مثلاً في ذلك اليوم لصاحبه في قبال تمليك صاحبه نصف خياطته في ذلك اليوم له، فلا نعلم وجهاً لبطلانها، فإنها من شركة المنافع، و قد عرفت صحتها بناءً على عدم اعتبار الامتزاز.

و قد ذكر صاحب الجواهر (قدس سره) أن المحكى عن الأردبيلي (قدس سره) صحة شركة الأعمال، ما لم يتم إجماع على البطلان «(١)».

(١) و الوجه فيه واضح، إذ لا معنى لأن يشترك الإنسان في ثمن ما يختص بغيره و مثل هذا العقد داخل في تمليك المعدوم، و هو غير جائز.

(٢) و الوجه فيه أوضح من سابقه، فإنه من تمليك ما قد يملكه في المستقبل، و هو باطل جزماً.

(١) الجواهر ٢٦: ٢٩٩.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ١٩٢

فانحصرت الشركة العقدية الصحيحه بالشركة في الأعيان المملوكة فعلاً (١). و تسمى شركة العنان.

[مسألة ٢: لو استأجر اثنين لعمل واحد بأجره معلومه، صحّ]

[٣٤٨١] مسألة ٢: لو استأجر اثنين لعمل واحد بأجره معلومه، صحّ (٢)

(١) بل و المنافع، إن لم يتم إجماع على اعتبار الامتزاز.

(٢) بل أظهر البطلان، لجهل المستأجر بمقدار العمل الذي يملكه في ذمه كل من الأجيرين، و جهلهما بما يخص كلا منهما من الأجره في ذمه المستأجر، فإنه قاذح في الصحة لا محاله. و العلم بمجموع الأجرتين و العمليين لا ينفع في الصحة، بعد الجهاله بما لكل واحد منهما و ما عليه.

و لا يقاس المقام ببيع الصفقه، حيث يحكم فيه بالصحة للعلم بمجموع المبيع و مجموع الثمن، و لا

يقدر فيه الجهل بما يقابل كل جزء من الثمن، فإنه من القياس مع الفارق. فإن البيع فعل واحد صادر من بائع واحد لمشتري واحد متعلق بمجموع شيئين بثمن واحد، فكل من المبيع و البائع و المشتري و الثمن معلوم، غايه الأمر أن تقسيم الثمن على أجزاء الثمن مجهول، و هو غير قاذح بعد علم كل من البائع و المشتري بمقدار ما يملكه بإزاء ما يدفعه بمقتضى العقد.

و أين هذا من المقام، حيث يكون المملوك لكل من المستأجر و الأجيرين مجهولاً فإنّ المستأجر لا يعلم بمقدار ما يملكه في ذمه الأجير الأوّل و ما يملكه في ذمه الأجير الثاني، كما أنّ كلا منهما لا يعلم بما يملكه في ذمه المستأجر.

و بعبارة اخرى: إنّ الإجاره لما كانت واقعه مع أجيرين، كانت في الحقيقة بمنزله إجارتيين. و من هنا فلا يكفي معلوميه مقدار مجموع العمل، بل لا بدّ من العلم بمقدار ما يملكه المستأجر على كل منهما مستقلاً، و حيث إنه غير حاصل، فلا محيص عن الحكم ببطلان مثل هذا العقد.

و بذلك يظهر الفرق بين المقام و بيع الصفقه و إن كانت الصفقه لمالكين، كما إذا باع الوكيل ماله و مال موكله صفقه واحده. فإنّ مجموع الصفقه و الثمن معلوم للبائع

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ١٩٣

.....

و المشتري، و إنّ ما انتقل إلى المشتري هو تمام الصفقه، كما إنّ ما انتقل إلى كل من مالكي الصفقه من الثمن متعين في الواقع، بنسبه ما يملكه كل منهما إلى مجموع الصفقه. و هذا قد يكون مجهولاً للبائع و المشتري حين البيع، إلّا أنه لا يضرّ بالصحة، إذ لا يترتب عليه أي غرر، و لا يعتبر في صحة البيع العلم

بمقدار ما يقع من الثمن بإزاء كل جزء من المبيع.

و أما في المقام فما يملكه المستأجر على كل من الأجيرين، و ما يملكه عليه من الأجره، فلا تعين لهما حتى في الواقع و نفس الأمر، و ما يصدر منهما من العمل فيما بعد و إن كان متعيناً في علم الله، إلا أنه لا يكشف عن أن المملوك من الأول كان بهذا المقدار، كما هو ظاهر. و لأجل ذلك يحكم بالبطلان لا محاله.

هذا و لكن المنصرف عرفاً من إجاره شخصين لعمل واحد بأجره واحده، هو إرادته توزيع العمل بينهما نصفين متساويين، فيكون مرجع إجارتها كذلك إجاره كل منهما على نصف العمل بنصف الأجره.

و هذه الإجاره و إن كانت صحيحه، إلا أنه لا يتفرع عليها ما ذكره الماتن (قدس سره) بعد الحكم بالصحه.

بل الصحيح حينئذ أن يقال: إنهما إن أتيا بالعمل كذلك نصفين متساويين استحق كل منهما نصف الأجره. و إن أتى أحدهما بنصيبه مع زياده بحيث قام ببعض واجب الآخر أيضاً، لم يؤثر ذلك في زياده استحقاقه من الأجره على حساب صاحبه، بل لكل منهما نصف الأجره أيضاً. فإنه لا يستحق صاحب الزيادة بإزائها شيئاً، لا من المسمى لخروج عمله الزائد عن متعلق إجارتها، و لا اجره المثل لعدم الأمر به من المستأجر أو الأجير الثاني، و بذلك فيذهب عمله الزائد هدرًا لا محاله.

و أما العامل الآخر الآتي بالأقل فيستحق تمام النصف، لأنه ملكه بالعقد و قد هيأ نفسه للإتيان بما وجب عليه من العمل، فسبقه الغير بالإتيان ببعضه و بذلك قد فوت عليه موضوعه، على ما تقدم تحقيقه مفصلاً في كتاب الإجاره، فراجع.

و الحاصل أن الإجاره هذه، إن وقعت على أن توزع الأجره بينهما بنسبه

.....

منهما إلى المجموع، بطلت لمجهوليه ما يملكه كلّ منهما على الآخر، و عدم الجدوى في العلم بمقدار المجموع في أمثال المقام.

و إن وقعت على ما هو المنصرف إليه في مثل المقام، من الاشتراك في العمل و الأجره بالمنصفه، صحّت و استحقّ كلّ منهما نصف الأجره، و إن اختلفا في مقدار العمل.

نعم، لو فرض أنّ الأجيرين اتفقا فيما بينهما بعقد الجعالة، على أن يكون لمن يقوم ببعض عمل الآخر بنسبه ما أتى به إلى مجموع العمل من الأجره، صحّ و استحق من أتى بعمله و زياده نصف المسمى بعقد الإجاره، و ما قابل الزيادة بالنسبه من حصّه صاحبه بعقد الجعالة.

و حينئذٍ، فإن علم بتساوي العملين استحقّ كلّ منهما النصف، و لم يبق لعقد الجعالة موضوع.

و إن علم بزيادة عمل أحدهما بعينه على الآخر و علم مقدار الزيادة، استحقّ زيادة على النصف الذي يأخذه بعقد الإجاره من الجعل بالنسبه.

و إن شك في التساوي و الزيادة، كان المورد من موارد الشك في استحقاقه على الآخر شيئاً، و مقتضى الأصل عدمه.

و نحوه ما إذا علم بالزيادة و شك في مقدارها، حيث يؤخذ بالمتيقن منها و ينفي الزائد عنه بالأصل.

و كذا لو شك في زيادة عمل كل منهما على الآخر و عدمها.

بل و كذا لو علم بأصل الزيادة و لكن جهل صاحبها. فإنه و إن تحقق العلم الإجمالي باستحقاق أحدهما على الآخر شيئاً بالجعل، إلّا أنه لا أثر لهذا العلم الإجمالي لدورانه بين مكلفين لا تكليفين لمكلف واحد. و حينئذٍ فينفي كل منهما استحقاق الآخر شيئاً عليه بالأصل، و بذلك يأخذ كل منهما نصف الأجره لا محاله.

و مما ذكرنا يظهر أنه لا

مورد في الفرض المذكور للقرعه و لا- الصلح القهري، حيث يدور أمر المكلف بين كونه مشغول الذمه للغير، و كون الغير مشغول الذمه له. و في

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ١٩٥

و كانت الأجره مقسمه عليهما بنسبه عملهما. و لا يضر الجهل بمقدار حصّه كل منهما حين العقد، لكفايه معلوميه المجموع. و لا يكون من شركه الأعمال التي تكون باطله، بل من شركه الأموال، فهو كما لو استأجر كلاً منهما لعمل و أعطاهما شيئاً واحداً بإزاء أجرتهما.

و لو اشتبه مقدار عمل كل منهما، فإن احتمل التساوي حمل عليه، لأصالة عدم زياده عمل أحدهما على الآخر [١] (١). و إن علم زياده أحدهما على الآخر فيحتمل القرعه في المقدار الزائد (٢) و يحتمل الصلح القهري.

مثله فإن لم يدع أحدهما على الآخر شيئاً فهو، وإلا فإن ادعى أحدهما الزيادة خاصه كان المورد من قبيل المدعى و المنكر، و إن ادعى معاً كان من التداعي، و على كلا التقديرين لا بدّ من الرجوع إلى القواعد المذكوره في باب القضاء.

هذا و ما ذكرناه من ظهور استتجار اثنين لعمل واحد في المناصفه غير مختص بالمقام، بل يجري في سائر الأبواب أيضاً، و قد تعرض له الفقهاء (قدس سرهم) في بعضها، كأبواب الهبه و الوصيه و البيع و نحوها. فإنه لو أوصى بداره لاثنين كان بينهما بالتصيف، و ليس ذلك إلا لفهم العرف من تشريك اثنين في الهبه كون المال بينهما نصفين.

(١) لا يخفى أنه لا مجال للتمسك بهذا الأصل في المقام، بناءً على ما أفاده الماتن (قدس سره) من الصحه و استحقاق كلّ من العاملين من الأجره بمقدار ما يقع بإزاء عمله بالنسبه، فإنه حينئذ لا أثر شرعي

يترتب على الزيادة و عدمها، إذ الأثر إنما يترتب على مقدار نسبه عمل كل منهما إلى المجموع، و هي لا تثبت بأصالة عدم الزيادة. على أنها معارضة بأصالة عدم التساوى، حيث إن كلاً منها أمر حادث.

و عليه فلا بدّ من الرجوع إلى القرعه أو الصلح القهرى.

(٢) قد عرفت أنه لا مجال للرجوع إلى القرعه أو الصلح القهرى عند الشك فى

[١] لا مجرى لها، لأنها معارضة بأصالة عدم تساويهما فى العمل، فالأحوط الرجوع إلى الصلح.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ١٩٦

[مسألة ٣: لو اقتلعا شجره، أو اغترفا ماءً بآنيه واحده]

[٣٤٨٢] مسألة ٣: لو اقتلعا شجره، أو اغترفا ماءً بآنيه واحده، أو نصباً معاً شبكه للصيد، أو أحبباً أرضاً معاً، فإن ملك كل منهما نصف منفعة بنصف منفعة الآخر اشتركا فيه بالتساوى، و إلما فلكل منهما بنسبه عمله و لو بحسب القوه و الضعف. و لو اشتبه الحال، فكالمسألة السابقه (١). و ربّما يحتمل التساوى [١] مطلقاً (٢) لصدق اتحاد فعلهما فى السببيه

مقدار الزيادة، إذا كان استحقاق الآتى بالزيادة من جهه الجعالة لا بأصل الإجاره و أما إذا كان بأصل الإجاره كما ذهب إليه الماتن (قدس سره)، فالرجوع إلى القرعه إنما يكون فيما إذا كانت أطرافها معلومه. و أما مع جهالتها، كما لو كثرت جداً بأن دار أمر الزيادة بين جزء من ألف جزء إلى مائه جزء من ألف جزء، فحيث لا يمكن تعيين المحتمل بالقرعه، فلا محيص عن الرجوع إلى الصلح القهرى و إن لم يمكن الاختيارى منه.

(١) من الحمل على التساوى عند احتمالها، و القرعه أو الصلح القهرى عند العلم بالزيادة. و قد تقدّم الكلام فيه آنفاً.

(٢) ذكره صاحب الجواهر (قدس سره)، لاستناد الفعل إليهما معاً، و من دون ترجيح فى ذلك

لأحدهما على الآخر «١».

و ما أفاده (قدس سره) صحيح في الجملة لا مطلقاً، فإنه لا بد من التفصيل في هذه الموارد و موارد الجعالة مما تكون الملكيه مسببه عن العمل الخارجى، بين كون العمل الصادر من الاثنين مركباً ذا أجزاء، و بين كونه بسيطاً لا جزء له.

ففي الأول كالكتابه و الخياطه و البناء، لا- محيص عن الالتزام بملكيه كل منهما بنسبه عمله، و لا وجه للتنصيف بعد فرض اختلاف مقدار عمل أحدهما عن الآخر.

و في الثانى يتم ما أفاده (قدس سره)، إذ العمل الواحد البسيط مستند إليهما معاً لا محاله على حد سواء و إن كان أحدهما أقوى من الآخر، إذ لولا كل منهما لما تحقق

[١] لا يبعد ذلك.

(١) الجواهر ٢٦: ٢٩٠.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ١٩٧

و اندراجهما في قوله: «من حاز ملك» [١] (١) و هو كما ترى.

[مسأله ٤: يشترط على ما هو ظاهر كلماتهم في الشركه العقديه مضافاً إلى الإيجاب و القبول]

[٣٤٨٣] مسأله ٤: يشترط على ما هو ظاهر كلماتهم في الشركه العقديه مضافاً إلى الإيجاب و القبول، و البلوغ و العقل، و الاختيار، و عدم الحجر لفلس أو سفه امتزاج المالين (٢) سابقاً على العقد أو لاحقاً، بحيث لا يتميز أحدهما من

نهائياً. ففي مثل القلع و اغتراف مقدار معين من الماء دفعه و ما شاكلهما، لا يتحقق هذا الفعل الوحدانى إلّا بهما معاً، فهو مستند إليهما و حاصل بفعلهما معاً، و من هنا يشتركان في ملكيته على حد سواء و إن كان أحدهما أقوى من صاحبه. و كذا الحال في الصيد فإنّ نصب الشبكه المؤدى إلى الاستيلاء على السمكه أثر وحدانى بسيط يستند إليهما على حدّ سواء، و إن اختلفا في نسبه صنعها فإنه لا أثر له.

و على ما ذكرنا جرى الأصحاب في موارد

الضمانات و غيرها. فذكروا أنه إذا أتلّف اثنان مال ثالث ضمناه بالسويه، بحيث يكون على كلّ منهما نصف قيمته مطلقاً، و إن كان فعل أحدهما أقوى من صاحبه، كما لو كانت ضربته أقوى من ضربه الآخر. و ذكروا أيضاً أن القاتلين لثالث يشتركان في قصاصه أو ديته، و إن كان القتل حاصلًا من ضربه واحده من أحدهما و ضربتين من الآخر.

و ليس ذلك إلّا لكون الإتلاف و القتل فعلاً بسيطاً مستنداً إليهما على حد سواء.

فكلامهم (قدس سرهم) هذا في أبواب الضمانات و القصاص و الديات يشهد بما اخترناه، من الحكم بالتنصيف مع بساطه الفعل فيما نحن فيه من موارد سببيه الفعل للملك، لوحده المناط في المقامين، و هو كون الفعل الصادر سبباً لأثر يرتبط بفاعله.

(١) هذه الجملة و إن لم ترد في النصوص، إلّا أن أصل الحكم متسالم عليه بينهم و يدلّ عليه قولهم (عليهم السلام): «للعين ما رأت و لليد ما أخذت».

(٢) و الكلام فيه ينبغي أن يقع في مقامين

[١] هذه الجملة لم نعثر عليها في الروايات بل الوارد فيها قوله (عليه السلام): «للعين ما رأت و لليد ما أخذت».

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ١٩٨

.....

الأول: في مقام الثبوت، و إمكان أخذ الامتراج شرطاً في الشركه العقديه.

الثاني: في مقام الإثبات، و الدليل على اعتبار هذا الشرط.

أمّا المقام الأول: فإن كان مرادهم (قدس سرهم) من الامتراج في كلماتهم هو الامتراج المتقدم في أول هذا الفصل و الذي يكون سبباً للشركه القهريه، سواء أحصل عن الاختيار و القصد أم لا، كمزج الدهن بالدهن، فلا يعقل كونه شرطاً في الشركه العقديه. لأنه إن تقدّم على العقد، كان هو تمام السبب في تحقّقها، و لا يكون العقد

من بعده إلّا كوضع الحجر فى جنب الإنسان. و إن تأخر عنه، كان العقد لغواً محضاً، لتحقق الشركه بالمزج، سواء سبقه العقد أم لم يسبقه.

و دعوى أنّ المزج المتأخر يكون كاشفاً عن تحقق الشركه بالعقد السابق، فلا يكون لغواً، على ما احتمله صاحب الجواهر (قدس سره) «١».

تكلف بلا موجب، و حمل لكلماتهم على خلاف ظاهرها، فإنّ ظاهر كلمات المعتبرين للمزج عدم تحقق الشركه إلّا بعده، و من هنا فلا- موجب لحمله على الكاشفيه، بل هو شرط مقارن فى نظرهم. و معه فيرد عليه أنه تمام السبب لها، و بذلك فلا يكون العقد السابق إلّا لغواً محضاً.

نعم، لو كان مرادهم (قدس سرهم) من المزج غير ذلك، بأن أرادوا به ما يوجب الشركه الظاهريه على ما التزم به الماتن (قدس سره)، كمزج الدرهم بمثلها، فهو أمر معقول و لا بأس به.

و لعله هو مراد الجماعه من الامتزاج، لا سيما من لم يشترط فيه اتحاد الجنس و الوصف، بأن يقال بأنّ الامتزاج هذا و إن لم يكن موجباً للشركه الواقعيه، إلّا أنه حيث لحق العقد أو لحقه العقد أوجب الشركه بينهما حقيقه.

أمّا المقام الثانى: فالظاهر عدم انعقاد الإجماع على اعتباره، و إن ورد ذلك فى كلمات بعض كالعلامه (قدس سره) «٢».

(١) الجواهر ٢٦: ٢٩١ ٢٩٢.

(٢) مختلف الشيعه ٦: ٢٠١.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ١٩٩

الآخر، من النقود كانا أو من العروض. بل اشترط جماعه اتحادهما فى الجنس

و الذى يكشف عن صحّه ما ذكرناه عدم تعرّض أكثر القدماء من الأصحاب لهذه المسأله بالمّرّه، إذ لم يرد فى كلمات كثير منهم ذكر لها.

نعم، تعرض لها جمله منهم، إلّا أن عباراتهم قاصره عن إثبات الإجماع على اعتبار الامتزاج.

فقد ذكر القاضى (قدس سره)

سره) فى (الجواهر) أن صحّه الشركه مع الامتراج إجماعى، و لا إجماع على صحتها مع عدمه «١». و عبارته (قدس سره) كما تراها قاصره عن إثبات الإجماع على اعتبار الامتراج فى صحه الشركه العقديه، إذ غاية ما تدل عليه هو انعقاد الإجماع على صحه الشركه مع الامتراج، لا بطلانها مع عدمه، و بينهما بون بعيد.

و مثله المحكى عن الشيخ (قدس سره) «٢».

و اعتبر ابن زهره (قدس سره) فى الغنيه الامتراج، إلّا أنه لم يتعرّض لدعوى الإجماع على اعتباره «٣».

نعم، تعرض ابن حمزه (قدس سره) فى الوسيله إلى هذا الشرط و اعتبره، و ادّعى عليه الإجماع «٤».

إلّا ان الشهيد (قدس سره) فى اللمعه، و المحقق (قدس سره) فى الشرائع، لم يتعرضا له بالمره، و إنما ذكرا أن المزج سبب قهرى للشركه، سواء أحصل بالاختيار أم لا به «٥». و هو كما تراه أجنبى عن محل الكلام.

(١) الجواهر ٢٦: ٢٩٩.

(٢) الخلاف ٣: ٣٢٧.

(٣) الغنيه: ٢٦١.

(٤) الوسيله: ٢٦٢.

(٥) الشرائع ٢: ١٥٠، اللمعه الدمشقيه ٤: ١٩٧.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٢٠٠

و الوصف. و الأظهر عدم اعتباره (١) بل يكفى الامتراج على وجه لا يتميز أحدهما من الآخر كما لو امترج دقيق الحنطه بدقيق الشعير و نحوه، أو امترج نوع من الحنطه بنوع آخر، بل لا يبعد كفايه امتراج الحنطه بالشعير.

و ذلك للعمومات العامه، كقوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ». و قوله (عليه السلام): «المؤمنون عند شروطهم» و غيرهما.

بل لولا- ظهور الإجماع على اعتبار الامتراج أمكن منعه مطلقاً، عملاً بالعمومات. و دعوى عدم كفايتها لإثبات ذلك، كما ترى. لكن الأحوط مع ذلك أن يبيع كل منهما حصّه مما هو له بحصه مما للآخر، أو يهبها كل منهما للآخر أو نحو ذلك،

فى غير صورته الامتزاج الذى هو المتيقن.

هذا و يكفى فى الإيجاب و القبول كل ما دلّ على الشركه من قول أو فعل.

[مسأله ٥: يتساوى الشريكان فى الربح و الخسران مع تساوى المالىن]

[٣٤٨٤] مسأله ٥: يتساوى الشريكان فى الربح و الخسران مع تساوى المالىن. و مع زياده فنسبه الزياده ربحاً أو خسراناً (٢) سواء كان العمل من

هذا و قد صرح صاحب الحدائق (قدس سره) بعدم الدليل على اعتبار اتحاد الجنس و الوصف و الامتزاج، و اعتبره منافياً لإطلاقات الآيات الكريمه و النصوص الشريفه «١».

و الذى يتحصل مما تقدّم أنه لا طريق لإحراز الإجماع التعبدى على اعتبار الامتزاج. و حينئذٍ فمقتضى القاعده، كما مال إليه الماتن (قدس سره)، هو القول بعدم اعتباره فى الشركه بقول مطلق.

(١) لأنه و إن ذكر فى كلمات بعضهم، إلّا أن جمله منهم كالشيخ (قدس سره) لم يعتبره صريحاً. و من هنا فإثباته بالدليل مشكل جداً، لفقدان الدليل اللفظى، و عدم تماميه الإجماع، بل و مخالفته للعمومات.

(٢) و هو واضح، لقاعده تبعيه النماء و الربح فى الملك للأصل، نظراً لكون نسبتها إلى المالىن على حد واحد.

(١) الحدائق ٢١: ١٥٤.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٢٠١

أحدهما أو منهما، مع التساوى فيه أو الاختلاف أو من متبرع أو من أجير. هذا مع الإطلاق. و لو شرطاً فى العقد زياده لأحدهما، فإن كان للعامل منهما، أو لمن عمله أزيد، فلا إشكال و لا خلاف على الظاهر عندهم فى صحته (١).

أمّا لو شرطاً لغير العامل منهما، أو لغير من عمله أزيد، ففي صحته الشرط و العقد، و بطلانها، و فى صحه العقد و بطلان الشرط فيكون كصوره الإطلاق أقوال، أقواها الأول [١] (٢). و كذا لو شرطاً كون الخساره على أحدهما أزيد (٣). و ذلك لعموم

«المؤمنون عند شروطهم».

و دعوى أنه مخالف لمقتضى العقد، كما ترى [٢]. نعم، هو مخالف لمقتضى إطلاقه (٤). و القول بأن جعل الزيادة لأحدهما من غير أن يكون له عمل يكون في

(١) بل ادعى عليه الإجماع في بعض الكلمات صريحاً. و الوجه فيه رجوعه إلى اشتراط عقد المضاربه في ضمن عقد الشركه، و هو لا- محذور فيه حتى و لو كان رأس المال من غير النقدين، إذ إن اعتباره فيها إنما كان للإجماع الذي ادعى عليه، و هو في المقام مفقود، بل الإجماع قائم على عدم اعتباره في المقام، حيث لم ينسب الخلاف في صحته إلى أحد من الأصحاب.

و الحاصل أنه لا ينبغي الإشكال في صحة هذا العقد مع الشرط، لأنه شرط سائغ و مشروع في حد ذاته، و اعتبار كون رأس المال من النقدين إن تم فهو إنما يعتبر في المضاربه المستقله، دون ما كان في ضمن عقد الشركه.

(٢) بل الأخير، لمخالفه الشرط لمقتضى السنه، على ما سيأتى بيانه.

(٣) الحال فيه كالحال في سابقه حرفاً بحرف.

(٤) الصحيح في الجواب أن يقال: إن عقد الشركه أجنبي عن الربح بالمزّه. فإن

[١] بل أقواها الثالث، و كذا الحال فيما بعده.

[٢] لكنّه من الشرط المخالف للسنّه، فإن تملك شخص ربح مال غيره بلا سبب شرعى مخالف لها، و الشرط لا يكون مشروعاً لحكم غير مشروع، و بذلك يظهر بطلان اشتراط كون تمام الربح أو الخساره من أحدهما.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٢٠٢

.....

مقتضاه الاشتراك في المالين بنسبتهما إلى المجموع فقط، فلو اشترط خلاف ذلك، بأن يكون لأحدهما ثلثا المجموع و للآخر الثلث مع تساويهما في المالين، حكم ببطلانها لمخالفه الشرط لمقتضى عقدها. و أما الربح فعقد الشركه أجنبي

عنه تماماً، و تساويهما فيه بالنسبه إنما ثبت بدليل خارجي، هو ما دل على تبعيه النماء لأصل المال في الملكيه، لا بعقد الشركه.
و من هنا فإن كانت هناك مخالفه في الشرط فهي مخالفته للسنة، لا لمقتضى العقد كى يقال إنه ليس مخالفاً له و إنما هو مخالف لإطلاقه.

و على ضوء هذا يتضح وجه عدولنا عما اختاره الماتن (قدس سره)، من أقوائيه القول الأوّل إلى أقوائيه القول الأخير.

فإنّ هذا الشرط من الشرط المخالف للسنة، حيث إن مقتضاها تبعيه الربح للمال في الملك و كونه لصاحبه، فاشترط كونه كلّاً أو بعضاً لغيره، يكون من الشرط المخالف لها.

و بعبارة اخرى: إنّ الربح المشترط كونه للغير، إذا كان موجوداً بالفعل و مملوكاً له، كما لو كان ربحاً لتجاره سابقه، فلا مانع من أخذه في العقد، لأنه شرط سائغ و المالك مسلط على ماله يتصرف فيه كيف يشاء.

و أما إذا لم يكن كذلك، كما هو الحال فيما نحن فيه حيث إن ربح التجارات الآتية أمر معدوم و لا وجود له بالفعل، فلا يصحّ أخذه شرطاً إذ لا يصح تملك المعدوم و كان من الشرط المخالف لمقتضى السنة، إلّا ما أخرجه الدليل، كالمضاربه و المزارعه و المساقاه.

و لذا لم يتوقف أحد في بطلان هذا الشرط إذا أخذ في ضمن عقد آخر، كالبيع و الإجاره و نحوهما، بأن يشترط البائع على المشتري في عقد بيع الدار مثلاً أن تكون أرباح بستانه له، فإنه فاسد جزماً، إذ الشرط لا يكون مشروعاً، و إنما أدلته تنظر إلى لزوم الوفاء به فيما يكون سائغاً و مشروعاً في نفسه.

و الحاصل أن اشتراط أحد الشريكين الزيادة في الربح من دون أن يكون ذلك في

موسوعه الإمام الخوئي،

قبال عمل أو زياده فيه، من الشرط المخالف و محكوم بالفساد لا- محاله، إلما أن ذلك لا يؤثر على العقد شيئاً فإنه محكوم بالصحة، لما عرفته في محلّه من أنّ التحقيق يقتضى عدم سرايه فساد الشرط إلى العقد نفسه.

ثم إنه قد يفصل في المقام، بين ما إذا كان الشرط ملكيه أحدهما الزيادة ابتداءً و بنفس العقد، بحيث ينتقل ذلك المقدار من الربح إليه مباشرة، فيحكم ببطلانه لمخالفته للسنة. و بين ما إذا كان الشرط تملك الشريك ذلك المقدار بعد تملكه هو له، بحيث يكون انتقاله منه إليه لا- من المشتري مباشرة، فيحكم بصحته لعدم مخالفته للسنة نظراً لعدم منافاته لقانون تبعيه الربح لأصل المال في الملكيه. فإنّ كلّاً منهما يملك من الربح بنسبه ماله إلى المجموع، ثم ينتقل ما اشترط من الزيادة من المشروط عليه إلى المشروط له.

إلّا أنّ فساده يظهر مما تقدّم. فإنّه مخالف للكتاب و السنه أيضاً، حيث إنّهُ يتضمن تملك المعدوم بالفعل و هو غير جائز، فإنه ليس للإنسان أن يملك غيره ما لا يملكه؛ بالفعل، و بذلك يكون اشتراطه من اشتراط أمر غير جائز، فيحكم بفساده لا محاله لأن أدلته ليست بمشرعه.

و الحاصل أنه لا- فرق في الحكم ببطلان هذا الاشتراط بين كون الشرط هو انتقال الزيادة إلى الشريك مباشرة، و انتقالها إليه بواسطة مالكها و بعد انتقالها إليه. فإنّ ما لا يكون مشروعاً في حدّ نفسه لا يكون كذلك بالشرط، لأنّ الاشتراط لا يغيّر الأحكام الإلهيه، لكن ذلك لا يوجب فساد العقد أيضاً، فإنه محكوم بالصحة.

و يقتضيه مضافاً إلى ما بيناه في محلّه صحيحه رفاعه، قال: سألت أبا الحسن موسى (عليه السلام) عن رجل شارك رجلاً في

جاريه له و قال: إن ربحنا فيها فللك نصف الربح، و إن كانت و ضيعه فليس عليك شىء، فقال: «لا أرى بهذا بأساً إذا طابت نفس صاحب الجاريه» (١).

فإنها دأله على صحه العقد فى ظرف فساد الشرط المأخوذه فيه، و إن لم أر من

(١) الوسائل، ج ١٩ كتاب الشركه، ب ١ ح ٨.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٢٠٤

مقابلتها ليس تجاره، بل هو أكل بالباطل، كما ترى باطل (١).

و دعوى أن العمل بالشرط غير لازم لأنه فى عقد جائز. مدفوعه.

أولاً: بأنه مشترك الورود، إذ لازمه عدم وجوب الوفاء به فى صوره العمل

تعرض لها فى المقام. و ذلك لأنّ المشار إليه بقوله (عليه السلام): «لا أرى بهذا بأساً» لا يمكن أن يكون هو نفس عقد الشركه، لاستلزامه المنافاه مع قوله (عليه السلام): «إذا طابت نفس صاحب الجاريه» فإنه يكون لغواً محضاً، لأنّ المفروض أنه هو الذى طلب من الآخر ذلك. بل المشار إليه بأداه الإشاره إنما هو نتيجة الشرط، أعنى احتساب تمام الوضيعه على نفسه و عدم تحميل صاحبه شيئاً منها.

و من هنا تكون الروايه دأله على فساد الشرط، إذ لولاه لكان مجبوراً على ذلك سواء أطابت نفسه به أم لا.

و بعباره اخرى: إن إناطه الحكم بطيب النفس و عدمه، كاشف عن عدم لزوم الشرط و نفوذه عليه، بمعنى كونه غير مجبور على الوفاء به بل الأمر بيده، فإن طابت نفسه به فله ذلك، و إلّا فله الامتناع عنه. و هذه عباره أخرى عن فساد الشرط، و إلّا فلا وجه لاعتبار طيب النفس فى الحكم.

إذن تكون الروايه دأله على أنّ فساد الشرط و عدم نفوذه، لا يتنافى مع كون أصل العقد صحيحاً.

(١) لأنّ التمليك

برضا كل من المتعاملين، و الأكل المستند إليه لا يكون من الأكل بالباطل جزءاً، فإن التمليك بالرضا ينافيه.

و لذا لو كان متعلق الشرط في المقام غير الزيادة في الربح، بأن اشترط أحدهما على الآخر عملاً أو مالاً معيناً، لم يكن من الأكل بالباطل جزءاً.

و الحاصل أنّ الأكل المستند إلى التمليك بالرضا في ضمن عقد سائح، مع وجوب الوفاء به، لا يكون من الأكل بالباطل.

و من هنا فلو كان عموم: «المؤمنون عند شروطهم» شاملاً له، لكان الشرط محكوماً بالصحة بلا إشكال.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٢٠٥

أو زيادته (١).

و ثانياً: بأن غايه الأمر جواز فسخ العقد فيسقط وجوب الوفاء بالشرط (٢) و المفروض في صورته عدم الفسخ، فما لم يفسخ يجب الوفاء به. و ليس معنى الفسخ حل العقد من الأول، بل من حينه (٣) فيجب الوفاء بمقتضاه مع الشرط إلى ذلك الحين.

هذا و لو شرط تمام الربح لأحدهما بطل العقد، لأنه خلاف مقتضاه (٤). نعم، لو شرط كون تمام الخساره على أحدهما،

(١) و الحال أنك قد عرفت، أنه لم ينسب الخلاف في صحته إلى أحد من الأصحاب.

(٢) على ما عرفت بيانه مفصلاً في كتاب المضاربه.

(٣) و لذا ذكرنا في كتاب المضاربه، أن الفسخ لا يؤثر بالنسبه إلى الأرباح السابقه عليه شيئاً، بل يوزع الربح بينهما بالنسبه التي اتفقا عليها في العقد.

(٤) لم يظهر لنا وجه التفصيل بين اشتراط تمام الربح لأحدهما و اشتراط بعضه فإنه يجري فيه ما قيل في اشتراط البعض من أنه ليس منافياً لمقتضى العقد، وإنما هو منافٍ لمقتضى إطلاقه خاصه، فلا فرق بينهما من هذه الجهه.

على أنك قد عرفت أنه ليس منهما معاً. فإن العقد أجنبي عن الربح تماماً، فإنه

لا يقتضى إلّا اشتراكهما فى المالىن، فى قبال اختصاص كلّ منهما بأحدهما.

نعم، ببقى فىه ما ذكرناه فى اشتراط البعض من كونه منافياً للسنة، حىث يقتضى المنع من تملىك المعدوم بالفعل، فإنه لولا هذه الجهة لوجب الالتزام بصحّه الشرط و العقد معاً، كما التزم به الماتن (قدس سره) فى اشتراط البعض.

ثمّ إنه لو قلنا بفساد الشرط لمخالفته لمقتضى العقد كما أفاده الماتن (قدس سره)، لم يكن محيص عن الالتزام بفساد العقد أيضاً، إذ لا يجرى فىه أنّ فساد الشرط لا يسرى إلى العقد، فإنه إنما يتمّ فى الشروط الخارجيه عن مفاد العقد. و أما الشروط المنافيه لمقتضاه، ففسادها يستدعى فساد العقد لا- محاله، لرجوعه إلى إنشاء أمرين متناقضين، كما لو باعه الدار على أن لا يملك، و هو يرجع فى الحقيقه إلى عدم البيع.

خوبى، سيد ابو القاسم موسى، موسوعه الإمام الخوئى، ۳۳ جلد، مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئى، قم - ايران، اول، ۱۴۱۸ هـ ق

موسوعه الإمام الخوئى؛ ج ۳۱، ص: ۲۰۶

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۱، ص: ۲۰۶

فالظاهر صحته (۱) لعدم كونه منافياً.

[مسألة ۶: إذا اشترط فى ضمن العقد كون العمل من أحدهما أو منهما]

[۳۴۸۵] مسألة ۶: إذا اشترط فى ضمن العقد كون العمل من أحدهما أو منهما، مع استقلال كل منهما أو مع انضمامهما، فهو المتبع، و لا يجوز التعدى. و إن أطلقا، لم يجر لواحد منهما التصرف إلّا بإذن الآخر. و مع الإذن بعد العقد أو الاشتراط فىه، فإن كان مقيداً بنوع خاص من التجاره، لم يجر التعدى عنه، و كذا مع تعيين كيفية خاصه (۲). و إن كان مطلقاً، فاللزام الاقتصار على المتعارف (۳) من حيث النوع و الكيفيه. و يكون حال المأذون حال العامل فى المضاربه، فلا يجوز البيع بالنسيئه، بل و لا الشراء

بها، و لا يجوز السفر بالمال، و إن تعدى عمّا عين له

(١) بل الظاهر بطلانه. و ذلك لا لكونه منافياً لمقتضى العقد، إذ قد عرفت أنّ مفهوم الشركه أجنبي عنها و عن الربح بالمره، فإنه ليس إلّا تبديل عنوان الاختصاص بعنوان الاشتراك فقط، و أما كون الربح أو الخساره بينهما فهو أمر خارج عنه و لا علاقه له به. بل لكونه منافياً للكتاب و السنّه، فإنّ كون خساره مال أحد و تلفه على غيره، من غير ما يوجب الضمان من تلف أو إتلاف، يحتاج إلى الدليل و هو مفقود.

و لذا لا يلتزمون بصحته في غير هذا العقد.

إذن فالظاهر في جميع هذه الموارد اشتراط الربح تماماً أو بعضاً، و الخساره كذلك، لأحدهما أو عليه بطلان الشرط خاصه و من دون سرايه إلى العقد نفسه و بذلك يكون حال هذه الصور حال صور الإطلاق، حيث يتقاسم الشريكان الربح و الخسران بنسبه ماليهما إلى المجموع.

(٢) لاختصاص الإذن بها و انتفائه عن غيرها.

(٣) للانصراف إليه عند عدم التعيين.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٢٠٧

أو عن المتعارف ضمن الخساره و التلف [١] (١) و لكن يبقى الإذن بعد التعدّي (٢) أيضاً، إذ لا ينافي الضمان بقاءه. و الأحوط مع إطلاق الإذن ملاحظه المصلحه، و إن كان لا يبعد كفايه عدم المفسده (٣).

(١) أما مع التلف فلا ينبغي الإشكال في ضمانه. فإنه و بتصرفه تصرفاً غير مأذون فيه، يكون متعدّياً و متلفاً لمال الغير، فيضمنه لا محاله. إلّا أن معه لا مجال لبقاء الإذن على حاله، لارتفاعه بارتفاع موضوعه، أعنى تلف المال.

و أما مع الخساره فما أفاده (قدس سره) لا يمكن المساعده عليه، إذ لا وجه لضمانه لها بالمرّه. فإنّ العقد الصادر

على خلاف ما عيّن له أو المتعارف، لما لم يكن عقداً مأذوناً فيه، كان عقداً فضولياً لا محاله. و معه فيتخيّر المالك الشريك بين إجازته و قبض الثمن المسمى خاصه، و بين ردّه و المطالبه بماله على تقدير كونه موجوداً، و بدله على تقدير تلفه. و على كلا التقديرين، فلا يضمن الشريك البائع الخساره.

نعم، ضمان العامل للخساره في فرض التعدي، حكم ثابت في المضاربه على خلاف القاعده للنصوص الخاصه، حيث دلّت على صحه المعامله عند مخالفه العامل المضارب لصاحب المال فيما اشترط عليه، مع كون الربح على تقديره بينهما و الخساره عليه خاصه.

إلّا أن التعدي عنها إلى كل مورد يتصرف فيه أحد في مال غيره بغير إذنه، يحتاج إلى الدليل و هو مفقود.

(٢) في غير التلف، حيث عرفت أنه لا مجال لبقائه معه، نظراً لانتفاء موضوعه.

(٣) اختاره صاحب الجواهر (قدس سره) «١» و وجهه ظاهر. فإن مقتضى إطلاق الإذن فيه، عدم تقييده بما يقترن بالمصلحه للمالك، بل يكفي فيه ما يخلو عن المفسده

[١] لو أجاز الشريك معاملة شريكه المتعدّي فلا ضمان في الخساره، و إلّا بطلت المعامله في حصّته و يرجع بعين ماله أو بدله.

(١) الجواهر ٢٦: ٣٠٢.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٢٠٨

[مسألة ٧: العامل أمين، فلا يضمن التلف ما لم يفرط أو يتعدّ]

[٣٤٨٦] مسألة ٧: العامل أمين، فلا يضمن التلف ما لم يفرط أو يتعدّ (١).

[مسألة ٨: عقد الشركه من العقود الجائزه]

[٣٤٨٧] مسألة ٨: عقد الشركه من العقود الجائزه (٢). فيجوز لكل من

له، فإنه الخارج عن الإذن خاصه، و يكون الأمر في الباقي بما في ذلك ما لا مصلحه فيه بيد العامل المأذون له بالتصرف.

و أوضح من ذلك في الجواز ما إذا كان أصل البيع مقروناً بالمصلحه، و كان الفرد المختار من بين سائر الأفراد فاقداً لها، بحيث

لم يكن فيه مصلحة زائده على مصلحة أصل البيع. فإنه لا ينبغي فيه الإشكال في الجواز، فإنّ تطبيق الكلّي على الأفراد الخارجيه بيد العامل المأذون جزماً، و لا يحتاج فيه إلى وجود المصلحة قطعاً.

(١) و هو واضح. فإنّ الضمان إنما يثبت بالإتلاف أو اليد إذا كانت عدوانيه، فلا يثبت مع كونها يد أمانه و عدم استناد التلف إليه.

(٢) توضيح الحال في المقام: أنّ الشركه إن لوحظت بالقياس إلى أصل المال و كونه غير مختصّ بأحدهما سواء في ذلك الشركه الاختياريه أو غير الاختياريه مع القصد أو لا- معه فهي لا تنفسخ ما لم تتحقق القسمة في الخارج، و لا تتبدل الملكيه الاشتراكيه بالملكيه الاختصاصيه إلّا بها.

و لكلّ منهما المطالبه بذلك في جميع مواردّها، بلا إشكال فيه و لا خلاف.

و تدلّ عليه السيره القطعيه العقلائيّه و المتشرعيه المتصله بعهد المعصوم (عليه السلام). فإنه ليس لبعض الورثه الامتناع من التقسيم، و المطالبه ببقاء الشركه على حالها بعد مطالبه غيره به، بل لا بدّ من استجابته إليه.

و من هنا يظهر أنه ليس معنى الجواز في المقام هو ارتفاع الشركه و زوالها بالفسخ فإنها موجوده ما لم تتحقق القسمة في الخارج، و إنما هو بمعنى جواز مطالبه كلّ

منهما بالقسمه، و عدم جواز امتناع صاحبه منها.

و إن لوحظت بالقياس إلى الربح الحاصل من التجاره. فحيث إن استحقاق الربح لم يكن من جهة عقد الشركه و مقتضاها، و إنما كان من جهة الإذن في التصرف في ماله

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٢٠٩

الشريكين فسخه، لا بمعنى أن يكون الفسخ موجباً للانفساخ من الأول أو من حينه بحيث تبطل الشركه، إذ هي باقيه ما لم تحصل القسمه، بل بمعنى جواز رجوع كل منهما عن الإذن في التصرف الذي بمنزله عزل الوكيل عن الوكالة، أو بمعنى مطالبه القسمه.

و إذا رجع أحدهما عن إذنه دون الآخر فيما لو كان كل منهما مأذوناً لم يجز التصرف للآخر، و يبقى الجواز بالنسبه إلى الأول. و إذا رجع كل منهما عن إذنه لم يجز لواحد منهما. و بمطالبه القسمه يجب القبول على الآخر. و إذا أوقعا الشركه على وجه يكون لأحدهما زياده [١] في الربح أو نقصان في الخساره، يمكن الفسخ (١) بمعنى إبطال هذا القرار، بحيث لو حصل بعده ربح أو خسران كان بنسبه المالين على ما هو مقتضى إطلاق الشركه.

على ما تقدم بيانه، و ليس في المقام ملزم للآذن بإبقاء إذنه، كان له رفع اليد عنه متى شاء، كما هو الحال في سائر موارد الإذن. و ليس للعامل التصرف في المال بعد ذلك لأنه من التصرف في مال الغير بغير إذنه.

و عليه فمعنى الجواز هنا، عدم كون الآذن ملزماً بإبقاء إذنه، و جواز رفعه له متى شاء ذلك.

(١) و ذلك بإسقاط من له الشرط الشرط، فإنه من الحقوق و لصاحبه إسقاطه، أو رفع من عليه الشرط يده عن الإذن في التصرف، إذ به يرتفع موضوع كون الزيادة

للشارط، نظراً لكونها تابعه لجواز التصرف في المال و صحة معامله.

لكنك قد عرفت في المسأله السادسه بطلان هذا الاشتراط من أساسه، نظراً لكونه مخالفاً للسنة. و من هنا فيكون الربح أو الخسران بينهما على نسبة المالين، من غير حاجة إلى الطريقتين السابقتين.

[١] تقدّم بطلان هذا الشرط.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٢١٠

مسأله ٩: لو ذكر في عقد الشركه أجلاً لا يلزم

[٣٤٨٨] مسأله ٩: لو ذكر في عقد الشركه أجلاً لا يلزم، فيجوز لكل منهما الرجوع قبل انقضائه (١) إلا أن يكون مشروطاً في عقد لازم فيكون لازماً (٢).

مسأله ١٠: لو ادعى أحدهما على الآخر الخيانه أو التفريط في الحفظ فأنكر

[٣٤٨٩] مسأله ١٠: لو ادعى أحدهما على الآخر الخيانه أو التفريط في الحفظ فأنكر، عليه الحلف مع عدم البيئه (٣).

مسأله ١١: إذا ادعى العامل التلف، قبل قوله مع اليمين

[٣٤٩٠] مسأله ١١: إذا ادعى العامل التلف، قبل قوله مع اليمين، لأنه أمين (٤).

مسأله ١٢: تبطل الشركه بالموت

[٣٤٩١] مسأله ١٢: تبطل الشركه بالموت (٥)

(١) و الوجه فيه ظاهر. فإن الشركه من العقود الإذنيه، و لا ملزم للشريك للبقاء على إذنه، بل له رفع اليد عنه متى شاء، كما هو الحال في الوكالة. و تعيين الأجل في العقد الإذني يرجع إلى تعيين الأجل للإذن، و لا ريب في عدم لزومه، فيجوز الرجوع قبل انقضائه.

(٢) لكونه حينئذ من توابع العقد و شؤونه فيلزم بلزومه، و معه فلا أثر لرجوع المالك عن إذنه.

(٣) على ما تقتضيه قواعد الدعوى. فإن المدعى يلزم بالبيئه، و إلا فليس على المنكر إلا اليمين.

(٤) على ما هو المشهور بين الأصحاب. لكنك قد عرفت في كتاب الإجاره عند التعرض لدعوى الأجير تلف مال الإجاره، أن

مقتضى النصوص الواردة فى دعوى الأمان التلف، هو التفصيل بين كونه متهماً و عدمه. ففى الأول يلزم بالبدل ما لم يتم البينه على العدم، فى حين يقبل قوله فى الثانى مع يمينه ما لم يتم المدعى البينه.

(٥) بلا إشكال فيه و لا خلاف. فإنّ جواز تصرف العامل فى المال مستند إلى إذن المالك، و حيث إنّ المال قد انتقل من الأذن إلى ورثته و بذلك بطل إذنه، فلا يجوز له التصرف فيه إلّا بإذن شريكه الجديد الورثه.

و كذا الحال فيما لو كان العقد مع ولى شريكه. فإنّ موته يمنع من جواز التصرف فى المال المشترك ما لم يأذن الولى الجديد فى ذلك، فإنّ إذن الأول إنما يختص بدور

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٢١١

و الجنون (١) و الإغماء (٢) و الحجر بالفسل أو السفه (٣). بمعنى: أنه لا يجوز للآخر التصرف،

و أما أصل الشركه فهى باقيه (٤). نعم، يطل أيضاً ما قرّاه [١] من زياده أحدهما فى النماء بالنسبه إلى ماله أو نقصان خساره كذلك (٥).

و إذا تبين بطلان الشركه، فالمعاملات الواقعه قبله محكومہ بالصحة، و يكون

ولايته، فإذا انتفت بموته و انتقلت إلى غيره بطل إذنه، و احتاج جواز التصرف فيه إلى إذن من له الولايه على الشريك بالفعل.

(١) فإن حكم المجنون حكم الحيوانات من حيث فقدانه للأهليه. و حيث إن جواز التصرف متوقف على الإذن بقاءً، و هو منتفٍ فى المقام نظراً لانعدام أهليته، فلا محيص عن الالتزام ببطلان الشركه، و عدم جواز تصرف الآخر فى المال المشترك.

و الحاصل أنه إنما يحكم على الإذن الصادر من أحد بالبقاء فيما إذا صح منه الإذن فعلاً، و حيث إن المجنون ليس كذلك، فيبطل إذنه السابق و لو كان صادراً حال عقله و أمانته.

(٢) فإنه ملحق بالمجنون، فإنه لا يقاس بالنائم على ما هو المتسالم عليه بينهم. فإن الإذن السابق لا أثر له، و اللأحق ساقط عن الاعتبار، لانتفاء أهليه المجيز.

(٣) يظهر وجهه مما تقدّم. فإن جواز الإذن متوقف على صلاحية الآذن و أهليته للقيام بذلك التصرف مباشره، و حيث إنه مفقود فى المقام، فلا اعتبار بإذنه.

و بعبارة اخرى: ان العقود الجائزه متقومه بالإذن حدوداً و بقاءً، فتنتفى بمجرد انتفائه. و حيث إن المحجور عليه ليس له التصرف فى ماله، فليس له حق الإذن فى ذلك فعلاً بقاءً أيضاً. و معه فلا يجوز للمأذون سابقاً التصرف فيه، لانتفاء الإذن الفعلى، و عدم تأثير الإذن السابق.

(٤) غايه الأمر أنها فى فرض الموت تكون بينه و بين الورثه، لانتقال المال إليهم.

(٥) لاختصاصه على تقدير صحته بالإذن السابق و المفروض

[١] تقدّم أنّ هذا الشرط في نفسه باطل و لو كان عقد الشركه صحيحاً.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٢١٢

الربح على نسبة المالمين، لكفايه الإذن المفروض حصوله (١). نعم، لو كان مقيداً

عرفت أنّ هذا الشرط باطل على كل تقدير.

(١) و قد تقدّم نظيره في المضاربه، حيث ذكرنا أنّ بطلانها لسبب من الأسباب لا ينافي صحه المعاملات الواقعه على مال المالك بعد أن كانت صادره عن إذنه.

نعم، لا- يستحقّ العامل في الفرض الحصّه المعيّنه له في العقد، فإنه فرع صحته و المفروض بطلانه. إلا أنّ ذلك لا يعنى ذهاب عمله هدرًا، فإنه عمل مسلم محترم صدر عن أمر الغير لا على وجه المجانيه، فيكون ضامناً له لا محاله، و بذلك فيستحقّ العامل اجره المثل.

و هذا الكلام بعينه يجرى في المقام. فإنّ صحه العقد الصادر من الشريك العامل غير متوقفه على صحه عقد الشركه بالمزّه، و إنما هي متوقفه على تحقق الإذن من الشريك الثاني في التصرف المفروض وجوده، فيحكم بصحته لا محاله، و بذلك يستحقّ العامل اجره المثل على عمله، نظراً لصدوره عن أمر الغير لا على وجه التبرع كما إذا اشترط الزيادة للعامل. و أما مع عدمه، فلا يستحقّ شيئاً، لأنه متبرع بعمله.

بقي إن نعرف في المقام أن فساد عقد الشركه، قد يفرض من جهه فقدان العاقد لبعض الشروط المعتمره في صحته، كالبلوغ و العقل. و قد يفرض من جهه فقدان العقد لبعض الشروط المعتمره فيه، كالمزج بناءً على القول باعتباره.

و الظاهر أنّ موضوع كلام الماتن (قدس سره) في المقام هو الثاني، و إن كان ذلك لا يلتئم مع سياق عبارته، إذ فيه يأتي ما ذكره (قدس سره) من فساد عقد

الشركة مع صحة المعاملات الصادرة من العامل و استحقاقه اجره المثل.

إلّا أنه يرد عليه أنه لا وجه لتقييد الحكم بالمعاملات الواقعة قبل تبين بطلان الشركة و العلم به، بل ينبغي الحكم بالصحة مطلقاً، كانت المعامله صادرة قبل العلم بالبطلان أو بعده. فإنه لا أثر لذلك بعد أن كان المعيار فيه هو صدورها عن إذن

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٢١٣

بالصحة، تكون كلّها فضولياً بالنسبه إلى من يكون إذنه مقيداً (١). و لكلّ منهما اجره مثل عمله (٢) بالنسبه إلى حصّه الآخر إذا كان العمل منهما، و إن كان من أحدهما فله اجره مثل عمله.

المالك، فإنه موجود في كلا الفرضين على حدّ سواء، إذ لا منافاه بين العلم بالفساد و بقاء الإذن.

نعم، لو كان موضوع كلامه (قدس سره) هو الأوّل، على ما يشهد له سياق عبارته (قدس سره) حيث ذكر ذلك بعد تعرضه للبطلان بفقد شىء من الشرائط المعبره في العاقد، فما أفاده (قدس سره) من بطلان المعاملات الواقعة بعد العلم بالفساد و إن كان صحيحاً، إلّا انه يستلزم انعكاس الإشكال السابق، حيث أنّ لازم ذلك الحكم بفساد المعاملات الصادرة منه قبل العلم بالفساد أيضاً، إذ لا عبره بإذن المجنون أو الصغير أو المحجور عليه، فإنه من هؤلاء مساوق للعدم.

و الحاصل أنه لا وجه لما أفاده (قدس سره) من التفصيل، بين المعاملات الصادرة من العامل قبل العلم بفساد عقد الشركة، و الصادرة بعد العلم به، فإنّ الحكم على كلا التقديرين واحد. فإنّ الفساد إذا كان ناشئاً من جهه فقدان العاقد لبعض الشروط المعبره فيه، تعين الحكم ببطلان المعاملات الصادرة من العامل، سواء في ذلك الصادرة منه قبل علمه بالفساد أم بعده. و إن كان ذلك

ناشئاً من جهه فقدان العقد لبعض الشروط المعتره فيه، تعين الحكم بصحتها مطلقاً، صدرت منه قبل علمه بالفساد أم بعده.

(١) لفقدانه لإذن المالك. و من هنا فإن أجاز العقد بعد ذلك فهو، وإلا حكم بطلانها.

(٢) الظاهر رجوع هذه الفقرة إلى فرض عدم بطلان المعاملات، أعني عدم كون الإذن مقيداً بصحة الشركة. فإن الشريك العامل حينئذ يستحق أجره مثل عمله بالنسبة إلى حصه صاحبه، مضافاً إلى ما يأخذه من ربح حصته، كما عرفت.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٢١٤

.....

و عليه فيكون قوله (قدس سره): (نعم، لو كان مقيداً... يكون إذنه مقيداً) جملة معترضه، وإلا فلا وجه لإثبات أجره المثل في فرض عدم الإذن في المعامله و كونها فضوليه محضه، إذ لا موجب لضمان المالك حتى على تقدير إجازته لتلك المعاملات و الربح فيها، على ما عرفته مفصلاً في كتاب المضاربه.

و مما يشهد لما ذكرناه أنه (قدس سره) لم يفرض الفضوليه من الطرفين، فقد يكون أحدهما كذلك و الآخر مأذوناً، و معه فلا وجه لاستحقاق كل منهما الأجره بالنسبه إلى حصه صاحبه، فإنه إنما ينسجم مع كون الإذن من كل منهما غير مقيد بصحة الشركة.

على أن إطلاق استحقاق كل منهما أجره مثل عمله، يعمّ فرض إجازة المالك للعقد الفضولي و عدمها. و هو مما لا يمكن الالتزام به في فرض الردّ جزماً، و إن التزم (قدس سره) به في فرض الإجازة في كتاب المضاربه. و قد عرفت منّا منعه، نظراً لعدم صدور المعاملات عن أمره، و كون ما يصل إليه من الربح حاصلًا من فعله أعني الإجازة.

و الحاصل أن في المقام يستحقّ كلّ من العاملين على صاحبه أجره مثل عمله في حصته إذا كان

العمل منهما معاً، وإلّا فالعامل منهما خاصه، لصدوره عن أمره به لا على سبيل التبرع و المجانيه إذ لا يذهب عمل المسلم هدرًا، حيث لم يسلم له شرط الزيادة فى الربح، نظرًا لفساده بفساد العقد.

إلّا أن هذا إنما يتمّ فيما إذا كانت الزيادة مشروطه للعامل منهما. و أما لو اشترطت لمن لا عمل له، و قلنا بصحّه هذا الشرط فى نفسه، فلا يستحقّ العامل فى فرض الفساد شيئاً زائداً عن ربح حصّته، و ذلك لإقدامه على التبرع بعمله و الإتيان به مجاناً.

ثمّ إنه وفى فرض اشتراط الزيادة له، فهو إنما يستحقّ أجره المثل فيما إذا لم تزد عن الزيادة التى كانت له على تقدير الصحه، و إلّا فلا يستحقّ الزائد عنها، لإقدامه على عدم استحقاقه و التبرع بهذا المقدار، فهو فى الحقيقه إنما يستحقّ أقلّ الأمرين من الزيادة و أجره المثل.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٢١٥

[مسأله ١٣: إذا اشترى أحدهما متاعاً و ادّعى أنه اشتراه لنفسه]

[٣٤٩٢] مسأله ١٣: إذا اشترى أحدهما متاعاً و ادّعى أنه اشتراه لنفسه و ادّعى الآخر أنه اشتراه بالشركه، فمع عدم البينه القول قوله مع اليمين، لأنه أعرف بنيته (١). كما أنه كذلك لو ادّعى أنه اشتراه بالشركه، و قال الآخر أنه اشتراه لنفسه، فإنه يقدم قوله أيضاً، لأنه أعرف، و لأنه أمين (٢).

(١) بل لظهور إطلاق البيع و العقد و بطبعه الأولى فى كونه للعاقده نفسه، و كونه للغير تقييد يحتاج إلى مئونه زائده. و من هنا فعلى مدّعيه الإثبات، و إلّا فالأصل عدمه.

(٢) بل للسيره العقلائيه و المتشرعيه القطعيه على قبول قول الوكيل فيما هو وكيل فيه، و دخوله تحت قاعده: «من ملك شيئاً ملك الإقرار به» التى أرسلت فى كلماتهم إرسال المسلّمات.

نعم، لو ادّعى الشريك

كذبه في ذلك كان له إخلافه، على ما تقتضيه قواعد الدعوى.

و الحمد لله أولاً و آخراً

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٢١٧

[كتاب المزارعه]

إشارة

كتاب المزارعه

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٢١٩

كتاب المزارعه

[تمهيد]

و هي المعامله على الأرض بالزراعه بحصّه من حاصلها. و تسمّى: مخابره أيضاً. و لعلّها من الخبره بمعنى النصيب، كما يظهر من مجمع البحرين.

و لا إشكال في مشروعيتها، بل يمكن دعوى استحبابها، لما دلّ على استحباب الزراعه بدعوى كونها أعمّ من المباشرة و التسبيب (١).

ففي خبر الواسطي، قال: سألت جعفر بن محمد (عليه السلام) عن الفلّاحين قال: «هم الزارعون كنوز الله في أرضه، و ما في الأعمال شيء أحبّ إلى الله من الزراعه، و ما بعث الله نبياً إلّا زارعاً، إلّا إدريس (عليه السلام) فإنه كان خياطاً» [١].

و في آخر عن أبي عبد الله (عليه السلام): «الزارعون كنوز الأنعام يزرعون طيباً أخرجهم الله عز و جل، و هم يوم القيامة أحسن الناس مقاماً و أقربهم منزله يدعون المباركين» [٢].

(١) هذه الدعوى عهدتها على مدعيها. فإن الظاهر من كلمه «الزراعه» إنما هو الفعل الخارجى بنفسه، بحيث يباشر المكلف الإتيان به. و من هنا فإثبات كون الإتيان بسببه محبوباً أيضاً، يحتاج إلى الدليل و هو مفقود.

نعم، لا يبعد دعوى استحبابه من باب كونه مقدمه لأمر مستحب في نفسه و إعانه عليه، فيدخل في قوله تعالى «و تَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَ التَّقْوَى» [١]. إلّا أنه خارج عن

[١] الوسائل، ج ١٧ كتاب التجاره، أبواب مقدمات التجاره، ب ١٠ ح ٣.

[٢] الوسائل، ج ١٩ كتاب المزارعه و المساقاه، ب ٣ ح ٧.

(١) سوره المائده ٥: ٢.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٢٢٠

و في خبر عنه (عليه السلام) قال: «سُئِلَ النَّبِيُّ (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَ سَلَّمَ) أَيُّ الْمَالِ خَيْرٌ؟ قَالَ: زَرَعٌ زَرَعَهُ صَاحِبُهُ وَ أَصْلَحَهُ وَ
أَدَّى حَقَّهُ يَوْمَ

حصاده. قال: فأى المال بعد الزرع خير؟ قال: رجل فى غنم له قد تبع بها مواضع القطر يقيم الصلاة و يؤتى الزكاه. قال: فأى المال بعد الغنم خير؟ قال: البقر تغدو بخير و تروح بخير. قال: فأى المال بعد البقر خير؟ قال: الراسيات فى الوحل، المطاعم فى المحل، نعم المال النخل، من باعه فإنما ثمنه بمنزله رماد على رأس شاهق اشتدت به الريح فى يوم عاصف، إلا أن يخلف مكانها. قيل: يا رسول الله (صلى الله عليه و آله و سلم)، فأى المال بعد النخل خير؟ فسكت فقام إليه رجل فقال له: فأين الإبل؟ قال: فيها الشقاء و الجفاء و العناء و بعد الدار، تغدو مدبره و تروح مدبره، لا يأتى خيرها إلا من جانبها الأشم، أما أنها لا تعدم الأشقياء الفجره» [١].

و عنه (عليه السلام): «الكيمياء الأكبر الزراعه» [٢].

و عنه (عليه السلام): «إن الله جعل أرزاق أنبيائه فى الزرع و الضرع، كيلا يكرهوا شيئاً من قطر السماء» [٣].

و عنه (عليه السلام)، أنه سأله رجل فقال له: جعلت فداك أسمع قوماً يقولون: إن المزارعه مكروهه؟ فقال: «أزرعوا و اغرسوا، فلا و الله ما عمل الناس عملاً أحلّ و لا أطيّب منه» (١).

محل الكلام، فإنّ الكلام إنما هو فى استحبابه بعنوان المعامله و المزارعه، لا استحبابه مطلقاً و تحت أى عنوان كان، و لو كان ذلك هو عنوان الإعانه على أمر محبوب و مرغوب عند الشارع المقدس.

(١) هذه الروايه قد رواها المشايخ الثلاثة، غير أنّ الصدوق (قدس سره) قد رواها

[١] الوسائل، ج ١١ كتاب الحج، أبواب أحكام الدواب، ب ٤٨ ح ١.

[٢] الكافي ٥: ٢٤١.

[٣] الوسائل، ج ١٩ كتاب المزارعه و المساقاه، ب ٣ ح

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٢٢١

و يستفاد من هذا الخبر ما ذكرنا [١] من أن الزراعة أعم من المباشرة و التسييب (١).

عن ابن سيابه «١»، و الكليني و الشيخ (قدس سرهما) قد رواها عن سيابه «٢»، و كذا في الوافي و الوسائل «٣».

و الظاهر أنّ نسخه الصدوق (قدس سره) خطأ، إذ لا وجود لابن سيابه بهذا العنوان في غير هذا الموضع من كلامه (قدس سره) فضلاً عن غيره.

نعم، لسيابه ولدان عبد الرحمن و صباح و الأوّل أكثر روايه من أخيه إلّا أنه لم يرد في شيء من النصوص ذكرهما بعنوان ابن سيابه بقول مطلق، و إنما هما يذكران باسمهما الخاص: عبد الرحمن بن سيابه، و صباح بن سيابه.

إذن فالصحيح هو سيابه صاحب الكتاب وفاقاً للكليني (قدس سره) الذي هو أضبط نقلًا من الصدوق (قدس سره)، لا سيما بعد موافقه الشيخ (قدس سره) له في موضعين من التهذيب.

و عليه فتكون الروايه ضعيفه السند، نظراً لعدم وثاقه سيابه.

و كيف كان، فالموجود في الكتب الثلاثه: (أسمع قومًا يقولون: إنّ الزراعة مكروهه) بدلاً عن (أسمع قومًا يقولون: إنّ المزارعه مكروهه) و لا أدري أنّ الماتن (قدس سره) من أين أتى بهذه النسخه.

و من هنا فيكون حال سائر النصوص الوارده في المقام، من حيث الدلاله على استحباب الزراعة، بمعنى مباشره الإنسان للفعل بنفسه، و قد عرفت أنها أجنبيه عن محل الكلام.

(١) قد عرفت منع ذلك، و أنّ هذه الروايه ليست روايه مستقلة بإزاء تلك النصوص السابقه، و إنما هي مثلها.

[١] لا يستفاد ذلك لأنّ المذكور في الخبر: «أسمع قومًا يقولون: إنّ الزراعة مكروهه».

(١) الفقيه ٣: ١٥٨ / ٦٩٤.

(٢) الكافي ٥: ٢٦٠، التهذيب ٦: ٣٨٤ / ١١٣٩.

و أمّا ما رواه الصدوق مرفوعاً عن النبي (صلى الله عليه و آله و سلم): «أنه نهى عن المخابره، قال: و هى المزارعه بالنصف أو الثلث أو الربع» [١] فلا بدّ من حملة على بعض المحامل، لعدم مقاومته لما ذكر [٢] (١). و فى مجمع البحرين: و ما روى من أنه (صلى الله عليه و آله و سلم) نهى عن المخابره، كان ذلك حين تنازعوا فنهاهم عنها [٢].

[و يشترط فيها أمور]

اشاره

و يشترط فيها أمور:

[أحدها: الإيجاب و القبول]

أحدها: الإيجاب و القبول (٢). و يكفى فيهما كل لفظ دالّ (٣) سواء كان حقيقه أو مجازاً مع القرينه، ك (زارعتك أو سلّمت إليك الأرض على أن تزرع على كذا).

(١) إلّا أنك قد عرفت عدم تماميه شىء مما تقدّم فى الدلاله على استحباب المزارعه بعنوانها المستقل، و من هنا فلا تكون معارضه لهذه الروايه.

إلّا أن هذا لا- يعنى التزامنا بالحكم بالكراهه، فإنّ هذه الروايه ساقطه من حيث السند، نظراً لكونها مرفوعه. و معه فلا تصلح للاستدلال بها على شىء.

أذن فالصحيح أنّ عقد المزارعه فى نفسه و كمعامله مستقله، غير متصف بشىء من الاستحباب أو الكراهه، حاله فى ذلك حال سائر العقود، كالبيع و الإجاره و نحوهما. و إنّما يتصف بالأحكام الخمسه، بلحاظ ما يقترن به و يعرض عليه من الأوصاف و العناوين الخاصه، فإنه و بهذا اللحاظ قد يكون واجباً، و قد يكون مستحباً، و قد يكون حراماً، و قد يكون مكروهاً، و قد يكون مباحاً أيضاً.

(٢) بلا خلاف فيه. فإنّ عقد المزارعه لما كان موجباً لاستحقاق كل من مالك الأرض و العامل على الآخر شيئاً، كان لا بدّ فيه من اعتبار كل منهما ذلك لصاحبه و رضاه به مع إبرازه فى الخارج، على ما تقتضيه قضيه كونه من العقود.

(٣) و ذلك لما ذكرناه فى المباحث الأصوليه و غير مورد من المباحث الفقهيّه، من

[١] معانى الأخبار ج ٢ باب المحافله و المزاينه و ... /٢٧٧.

[٢] الروايه ضعيفه، و تقدّم أنّه ليس فيما ذكر دلالة على الاستحباب.

[٢] مجمع البحرين ١: ٤٩٠ مادّه خبر.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٢٢٣

.....

أن حقيقه الإنشاء فى قبال الأخبار ليست إلّا إبراز أمر نفسانى، غير قصد

الحكايه عن وقوع شىء فى الخارج أو عدمه.

فإنّ هذا الاعتبار إذا صدر ممن له الأهليه، كان موضوعاً لترتب الآثار عليه.

و من هنا فيصح الإنشاء بكل ما يكون مبرزاً و مظهراً لذلك الاعتبار عرفاً، سواء فى ذلك عقد المزارعه و غيره. فيصح الإنشاء بصيغه الماضى و المضارع و الأمر بالعربيه و غيرها، و لذا يصح إنشاء الملكيه فى الهبه بصيغه الأمر، حيث يكتفى فيها بقول الواهب للموهوب له: (خذ هذا) و نحوه.

و الحاصل أنّ العبره إنما هى بدلاله اللفظ على الأمر الاعتبارى الكامن فى النفس فإنه لو تمت دلالتة صدق العقد عليه، و شملته أدله إمضاء ذلك العقد من قبل الشارع.

هذا مضافاً إلى كفايه إطلاقات أدله صحه المزارعه فى المقام، فإنها و بمقتضى عدم تحديدها بلفظ خاص، شامله لكل ما يصدق عليه عنوان المزارعه، أعنى اتفاق مالك الأرض و العامل على أن يعمل الثانى فى أرض الأوّل بشرط أن يكون الربح بينهما سواء أ كان ذلك بالجمله الفعلية أو الماضويه أو العربيه أم لم يكن.

□
كما ورد ذلك فى المساقاه، حيث دلت صحيحه يعقوب بن شعيب على جواز إنشائها بصيغه الأمر. فقد روى عن أبى عبد الله (عليه السلام) فى حديث قال: سألته عن رجل يعطى الرجل أرضه و فيها ماء أو نخل أو فاكهه، و يقول: اسق هذا من الماء و اعمره و لك نصف ما أخرج الله عز و جل منه؟ قال: «لا بأس» «١».

و الذى يتحصل مما تقدّم أنه ما لم يدلّ دليل خاص على اعتبار لفظ معين فى وقوع معامله، فمقتضى مطلقات المزارعه فى خصوص المقام وقوع معامله بكل لفظ يكون كاشفاً عن ذلك الاعتبار النفسانى، و لو كان ذلك الكاشف جمله اسميه،

فضلاً عن كونها فعليه بصيغه المضارع أو الأمر.

(١) الوسائل، ج ١٩ كتاب المزارعه و المساقاه، ب ٩ ح ٢.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٢٢٤

و لا- يعتبر فيهما العرييه (١) و لا- الماضويه (٢). فيكفي بالفارسي و غيره، و الأمر كقوله: (ازرع هذه الأرض على كذا) أو المستقبل، أو الجملة الاسميه مع قصد الإنشاء بها.

و كذا لا يعتبر تقديم الإيجاب على القبول. و يصح الإيجاب من كل من المالك و الزارع (٣).

(١) لعدم اختصاص عقد المزارعه بالعرب خاصه، فهو عقد عقلائي يصدر من العرب و من غيرهم على حد سواء. و حيث إنّ من الواضح أنّ ما يصدر من غيرهم لا يكون بالعرييه، يكون مقتضى أدله إمضاء عقد المزارعه من قبل الشارع من غير تقييد، صحه العقد المنشأ بغير العرييه.

(٢) لإطلاق دليل الإمضاء، بعد كون العقد بحدّ نفسه عقداً عقلائياً يقع كثيراً و يتعارف فيه الإنشاء بغير الماضويه، فإنّ عدم التعرض إلى اعتبارها في مقام البيان دليل على عدم الاعتبار.

هذا كله مضافاً إلى إطلاقات أدله المزارعه، حيث لا قصور فيها عن شمول العقد الفاقد لها.

و توهم دلالة عمومات التجاره و الوفاء بالعقود على عدم اعتبارها أيضاً.

مدفوع بما تقدّم غير مرّه من عدم شمولها للعقود التي تتضمن تملك أمر معدوم بالفعل، حيث تحتاج صحتها إلى دليل خاص.

(٣) بهذا يمتاز عقد المزارعه عن سائر العقود.

و الوجه فيه أنّ المزارعه عقد يملك كل من طرفيه الآخر شيئاً و يلتزم به، فالعامل يملك ربّ الأرض العمل فيها، و هو يملكه الحصّه المعينه من حاصلها. و من هنا فيصح أن يقول المالك للعامل: زارعتك، كما يصح أن يقول العامل له ذلك، لاتحاد نسبه كل منهما إليه، فإنهما بالقياس إليه على

حد سواء.

و ليس هو كسائر العقود من البيع و الإجاره و غيرهما، حيث تختلف نسبه طرفيها

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٢٢٥

بل يكفي القبول الفعلي بعد الإيجاب القولي على الأقوى (١). و تجرى فيها المعاطاه، و إن كانت لا تلزم [١] إلّا بالشروع في العمل (٢).

[الثاني: البلوغ، و العقل، و الاختيار، و عدم الحجر لسفه أو فلس]

الثاني: البلوغ، و العقل، و الاختيار، و عدم الحجر لسفه أو فلس، و مالكيه التصرف (٣) في كل من المالك و الزارع. نعم، لا يقدح حينئذ فلس الزارع إذا لم

إليها، و إنما هو نظير ما ذكرناه في مسأله تمييز البائع عن المشتري في المكاسب، من فرض عقد يتضمن مبادله الكتاب بالعباءه، حيث يتساوى نسبه مالكيهما إلى ذلك العقد، من دون أن يتصف أحدهما بعنوان البائع و الآخر بعنوان المشتري.

(١) لصدق العقد عليه بعد إبراز الفعل لاعتباره النفساني.

(٢) على ما هو المعروف و المشهور بينهم، حيث ذكروا أنّ العقد المعاطاتي يكون جائزاً ما لم يتصرف أحدهما فيما يتعلق به، و أن اللزوم إنّما يختص بالعقد اللفظي.

إلّا أننا قد ذكرنا في مباحث المكاسب، أنه لا دليل على هذا الحكم سوى الشهره بل مقتضى العمومات و ما دلّ على لزوم العقود في غير المقام و أدلّه الإمضاء في المقام أعنى السيره القطعيه المتصله بعهد المعصومين (عليهم السلام) من دون ردع عنها هو اللزوم مطلقاً، من غير فرق بين ما كان باللفظ و ما كان بالمعاطاه.

إذن فالمعامله المعاطاتيه هذه محكومها بالصحه و اللزوم، حالها في ذلك حال المعامله المنشأه باللفظ.

(٣) و المراد به تمكّن كل من المالك و الزارع من التصرف، زائداً على اعتبار البلوغ و العقل و الاختيار و عدم الحجر، بل و مالكيته للعين. فإنّ كل ذلك لا ينفع فيما

إذا لم يكن متمكناً من التصرف بالفعل، كما لو كان عمل العامل في تلك الفترة مملوكاً لغيره بالإجاره أو غيرها، أو كانت منفعه الأرض كذلك، أو كانت مرهونه لدى الغير.

فإن هذه الأمور وغيرها، مما يسلب مالكيه أحد الطرفين للتصرف، تمنع من صحه المزارعه.

[١] فيه إشكال، و اللزوم غير بعيد.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٢٢٦

يكن منه مال، لأنه ليس تصرفاً مالياً (١).

[الثالث: أن يكون النماء مشتركاً بينهما]

الثالث: أن يكون النماء مشتركاً بينهما، فلو جعل الكل لأحدهما لم يصح مزارعه (٢).

(١) و الحجر عليه مختص بالتصرفات الماليه في أمواله خاصه، و إلّا فله التصرف في مال الغير بإذنه، بل و فيما يعود إلى نفسه فيما لا يكون تصرفاً مالياً، كالأستدانه و إنشاء عقد الإجاره و المزارعه و غيرهما.

(٢) و تدلّ عليه جملة من النصوص المعتبره، كصحيحه الحلبي عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: «لا- تقبل الأرض بحنطه مسماه، و لكن بالنصف و الثلث و الربع و الخمس لا بأس به»، و قال: «لا بأس بالمزارعه بالثلث و الربع و الخمس» (١).

و صحيحه عبد الله الحلبي عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: «لا بأس بالمزارعه بالثلث و الربع و الخمس» (٢). و غيرهما.

حيث يستفاد منها تقوم المزارعه بكون الحاصل و ما يخرجه الله من الأرض مشتركاً بينهما بالنصف و الثلث و نحوهما.

و مع قطع النظر عن دلالة هذه النصوص يكفينا في إثبات الحكم في المقام ما ذكرناه غير مرّه، من عدم شمول عمومات و إطلاقات الوفاء بالعقد للمزارعه و نحوها من المعاملات التي تتضمن تملك المعدوم بالفعل، فإنّ عدم الدليل دليل على الفساد في مثله.

و عليه فالحاصل، و بحكم قانون تبعيه النتاج للبذر، يكون لمالك البذر منهما.

و من

هنا، فإن كان البذر لمالك الأرض، و كان الشرط كون النماء بأكمله له، كان مقتضى فساد العقد كون النتاج له، لكن لا للشرط لما عرفت فساده، وإنما لقانون التبعيه. و لا يستحق العامل شيئاً، أما من النتاج فواضح، و أما اجره المثل فلا إقدامه

(١) الوسائل، ج ١٩ كتاب المزارعه و المساقاه، ب ٨ ح ٣.

(٢) الوسائل، ج ١٩ كتاب المزارعه و المساقاه، ب ٨ ح ٧.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٢٢٧

[الرابع: أن يكون مُشاعاً بينهما]

الرابع: أن يكون مُشاعاً بينهما. فلو شرطاً اختصاص أحدهما بنوع كالذى حصل أوّلاً و الآخر بنوع آخر، أو شرطاً أن يكون ما حصل من هذه القطعه من الأرض لأحدهما، و ما حصل من القطعه الأخرى للآخر، لم يصحّ (١).

على التبرع بعمله على ما كان يقتضيه عقد المزارعه بينهما.

و إن كان الشرط كون النماء للعامل، فهو و بحكم فساد العقد يكون كالعدم، و بذلك يكون النتاج كله للمالك. إلّا أن عمل العامل فى هذا الفرض لا يذهب هدرًا، لأنه لم يقدم على التبرع به و المجانيه و إنما أقدم على أن يكون النتاج له، و حيث إنه لم يسلم له فله اجره مثل عمله ما لم تزد على تمام النتاج، و إلّا فله الأقل منهما.

و إن كان البذر للعامل، فإن كان الشرط كون النماء له، أخذ تمام النماء من جهة تبعيه النتاج للبذر لا الشرط لفساده. و لا يستحق المالك عليه شيئاً، لإقدامه على إعطاء الأرض له للزرع مجاناً و بلا عوض.

و إن كان الشرط كون النماء لمالك الأرض، كان النتاج للعامل لما عرفت من فساد الشرط بفساد العقد، و تبعيه النتاج للبذر فى الملك، إلّا أنّ للمالك اجره مثل أرضه على العامل

إذا لم تزد على تمام النتاج، لأنه لم يقدم على المجانيه.

و الحاصل أنه على جميع التقادير المذكوره يكون العقد باطلاً، لفقدانه شرط اعتبار كون النماء مشتركاً بينهما، و عندئذٍ يكون النتاج بأكمله لمالك البذر لقانون التبعية و يستحق صاحبه عليه اجره المثل فى بعض الفروض، على التفصيل المتقدم.

ثم إنّ مما ذكرناه كله يظهر الحال فيما يأتى من المسائل مما حكم فيها الماتن (قدس سره) بالطلان.

(١) و يقتضيه كل ما تقدّم فى وجه اشتراط الاشتراك فى النماء، فإنّ الظاهر من الصحيحتين المتقدمتين تقوم المزارعه بالإشاعه فى النماء بالنصف أو الثلث و نحوهما.

و مع الإغماض عنها يكفى فى الحكم بالفساد عدم شمول العمومات و المطلقات الأولى لمثل هذه المعاملات، فإنّ عدم الدليل على الصحه يكفى فى الحكم بطلانها.

و عليه فيجرى فيه ما تقدّم فى الفرع السابق، من التفصيل فى استحقاق اجره المثل على العمل أو الأرض.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٢٢٨

[الخامس: تعيين الحصه]

الخامس: تعيين الحصه، بمثل النصف أو الثلث أو الربع أو نحو ذلك. فلو قال: ازرع هذه الأرض على أن يكون لك أو لى شىء من حاصلها، بطل (١).

[السادس: تعيين المده بالأشهر و السنين]

السادس: تعيين المده بالأشهر و السنين (٢) فلو أطلق بطل.

(١) لظهور الأدله فى معلوميه الحصه بالنصف أو الثلث و نحوهما.

على أنه يكفى فى الحكم بالطلان عند عدم التعيين، عدم الدليل على الصحه، نظراً لما عرفت من عدم شمول عمومات و إطلاقات الوفاء بالعقد له.

□
هذا مضافاً إلى قصور العقد عن قابليه الحكم بالصحه. فإنّ ما لا تعيّن له فى الواقع و علم الله غير قابلٍ للتملك فى نفسه، فإنه أمر تابع للاعتبار و جعل المملك، فإذا لم يكن معلوماً و لو فى علم الله، فلا معنى لتعلق الاعتبار به و تملكه لغيره.

إذن فمثل هذا العقد باطل فى حدّ نفسه، لقصوره فى مقام الثبوت، فضلاً عن عدم الدليل عليه فى مقام الإثبات.

(٢) أما اعتباره فيما يقابل دورانه بين الأقل والأكثر من حيث نوع الزرع ومدته فهو واضح ولا خلاف فيه، إذ لا يمكن الحكم بصحة عقد يكون متعلقه فاقداً للتعين في الواقع، فإن الالتزام بمجهول لا واقع له حتى في علم الله باطل بطبعه، ولا تشمله أدلة المزارعه، والعمومات والمطلقات بناءً على شمولها لمثل هذا العقد في حد نفسه.

و أما اعتباره بمعنى تحديد سنه الزراعه بعد معلوميه نوع الزرع، في مقابل إيقاعهما العقد على الزراعه المعينه في الأعم من هذه السنه و السنه الآتیه مثلاً، بحيث يكون العمل معلوماً و المدّه مجهوله في الجملة لوقوع العقد على الجامع، فهو كذلك، فإن متعلق الحق و المملوك إذا كان كلياً، كان تعيينه بيد من عليه

الحق كما هو واضح. و من هنا فقد يختلف الطرفان من حيث المدّة، فيختار المالك السنه الأولى مثلاً و الزارع السنه الثانيه. و حيث لا يمكن فى مثله الحكم بالوفاء به على أحد الطرفين على الإطلاق، فإنه كيف يمكن أن يقال بلزوم الوفاء بما عينه صاحبه مع أن له الامتناع عنه، فلا محاله يحكم بطلانه.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٢٢٩

نعم، لو عين المزرع، أو (١) مبدأ الشروع فى الزرع، لا يبعد صحته (٢) إذا لم يستلزم غرراً. بل مع عدم تعيين ابتداء الشروع أيضاً إذا كانت الأرض ممّا لا يزرع فى السنه إلا مرّه، لكن مع تعيين السنه (٣) لعدم الغرر فيه. و لا دليل على اعتبار التعيين تعبدًا، و القدر المسلم من الإجماع على تعيينها غير هذه الصوره (٤).

و بعبارة أخرى نقول: يعتبر فى صحه العقد أن يكون على نحو يمكن إلزام كلا طرفيه بالوفاء به و الالتزام بمضمونه. و حيث إنّ هذا مفقود فى المقام، فإنّ الواجب على العامل القيام بالزراعة فى إحدى تينك الستين مع كون الخيار له فى التعيين و الواجب على المالك تسليم أرضه للزراعة فى إحدى الستين مع كون الخيار فى التعيين له أيضاً، فلا يجب على أحدهما إطاعه الآخر فيما عينه، و يحكم بفساده لا محاله.

(١) كلمه «أو» غلط جزماً، و الصحيح «الواو». و يشهد له قوله (قدس سره) بعد هذا: بل مع عدم تعيين ابتداء الشروع أيضاً.

(٢) إذ بانتهاء الزرع و حصول النتاج، يقسم الحاصل بينهما على ما اتفقا عليه من النسبه، و تلغى الفتره الزائده قهراً. و معه فلا يبقى للعامل حقّ فى التصرف فى الأرض بعد ذلك، لانتهاء المزارعه به.

(٣) بلا إشكال فيه. فإنّ

المزارعه لما كانت زراعته واحده، وقد أعطى المالك العامل الحق فيها مره واحده متى شاء، حكم بصحتها، لعدم فوات شىء على المالك.

(٤) ظاهر كلامه (قدس سره) أنّ الدليل على اعتبار تعيين المدّه بالأشهر و السنين إنما هو الإجماع و دليل نفي الغرر.

و من هنا فقد يورد عليه بعدم الدليل على المنع من الغرر مطلقاً، إذ الثابت إنما هو النهى عن البيع الغررى خاصه. و عليه فإن تمّ إجماع محض فهو، و إلا فلا عبره بالإجماع المنقول.

إلا أنك قد عرفت أننا فى غنى عن إثبات الإجماع أو الدليل على نفي الغرر مطلقاً

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٢٣٠

و فى صورته تعيين المدّه لا بدّ و أن تكون بمقدار يبلغ فيه الزرع (١) فلا تكفى المدّه القليله التى تقصر عن إدراك النماء.

[السابع: أن تكون الأرض قابله للزرع و لو بالعلاج]

السابع: أن تكون الأرض قابله للزرع و لو بالعلاج. فلو كانت سبخه لا يمكن الانتفاع بها، أو كان يستولى عليها الماء قبل أوان إدراك الحاصل أو نحو ذلك، أو لم يكن هناك ماء للزراعته و لم يمكن الاكتفاء بالغيث، بطل (١).

[الثامن: تعيين المزروع من الحنطه و الشعير و غيرهما مع اختلاف الأغراض فيه]

الثامن: تعيين المزروع من الحنطه و الشعير و غيرهما (٣) مع اختلاف الأغراض فيه، فمع عدمه يبطل، إلا أن يكون هناك انصراف يوجب التعيين، أو كان مرادهما التعميم (٤) و حينئذٍ فيتخير الزارع بين أنواعه.

[التاسع: تعيين الأرض]

التاسع: تعيين الأرض (٥)

و إن كان الظاهر تحقّق الإجماع فإنّ نفس أدلّه المزارعه قاصره عن شمول ما لا تعيين فيه بالمعنيين السابقين.

(١) بلا خلاف فيه. فإنّ فرضها أقل من فتره بلوغ الحاصل، خلاف جعل المزارعه و المقصود منها، فيكون مثل هذا الإقدام لغواً، لكونه إقداماً على أمر لا يتحقّق فى الخارج، فإنّ النتاج لا يحصل فى المدّه المعينه، فى حين لم يلتزم المالك بإعطاء شىء له إزاء ما يحصل خارج تلك الفتره.

(٢) كما هو ظاهر. فإنّ مفهوم المزارعه متقومّ بإمكان تحقّق الزرع و قابليه الأرض له، و خروج شىء منها يكون بينهما على ما اتفقا عليه من النسبه.

(٣) فى قبال قصد كل منهما نوعاً غير ما قصده الآخر، إذ معه لا يتحقق مفهوم العقد، و إلاً فلا دليل على اعتبار تعيين النوع فى حد ذاته، كما يشهد له قوله (قدس سره) بعد هذا: أو كان مرادهما التعميم، فإنه لولا ما ذكرناه لكان منافياً لما ذكره (قدس سره) من اعتبار تعيين المزروع.

(٤) فإنه نوع من التعيين بالمعنى الذى ذكرناه.

(٥) و تفصيل الكلام فى المقام أنه لا ينبغى الإشكال فى صحه المزارعه، فيما إذا

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٢٣١

.....

كانت الأرض معلومه معينه.

وكذا الحال فيما لو كانت كلياً فى معين، فإنه لا قصور فى أدله المزارعه عن شموله. فقد ورد فى صحيحه الحلبي عن أبى عبد الله (عليه السلام): «لا بأس بالمزارعه بالثلث و الربع و الخمس» «١» فإن مقتضى

إطلاقها عدم الفرق بين العقد الواقع على العين الخارجييه و الواقع على الكلى فى معين.

بل الإطلاقات شامله للعقد الواقع على الكلى فى الذمه، إذ يصح فيه أن يقال: إنَّ المالك زارع العامل على أن يكون ما يخرجهُ الله بينهما.

نعم، لو زارعه على إحدى القطعتين المختلفتين فى الصفات، بحيث تكون المزارعه فى إحداها أيسر و أسهل من الأخرى، فقد يقال كما ذهب إليه الماتن (قدس سره) بالبطلان، نظراً للزوم الغرر.

إلّا أنّ للمناقشه فيه مجالاً واسعاً. فإنه لا وجه للحكم بالبطلان فيه، بعد البناء على صحه المزارعه فى الكلى فى المعين، فإنه من مصاديقه، فإنَّ عنوان إحدى هاتين القطعتين كلى قابل للانطباق على كل منهما.

و دعوى لزوم الغرر.

مدفوعه بأنه إنما يكون فيما إذا كان العوض أمراً معلوماً و معيناً، كما لو باعه أحد الثوبين المختلفين من حيث الجنس و الوصف بخمسه دنانير، حيث لا يعلم المشتري ما يملكه بإزاء ما يدفعه ثمناً، فلا يتم فى مثل المقام حيث يكون العوض هو النسبه المعينه من الحاصل من الأرض التي يعمل فيها، فإنه لا غرر فيه على الإطلاق، و لا يكون إقدام العامل عليه إقداماً غررياً، فإنه سيأخذ الحصة المعينه مما أخرجهُ الله تبارك و تعالى من الأرض. فحال العامل فى هذه الصوره، هو الحال فى إقدامه على المزارعه و العمل فى الأرض المعينه.

على إنك قد عرفت غير مرّه، أنه لا دليل على اقتضاء الغرر لبطلان المعاملات بقول مطلق، إذ المسلم منه هو بطلان البيع الغررى خاصه.

(١) الوسائل، ج ١٩ كتاب المزارعه و المساقاه، ب ٨ ح ٧.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٢٣٢

.....

و عليه فإن تمَّ إجماع فى المقام على بطلان عقد المزارعه عند عدم تعيين الأرض فهو

المستند، وإلا كما هو الظاهر فلا وجه لاعتبار هذا الشرط.

و بعبارة أخرى: إن القطعتين إذا كانتا متساويتين من حيث النسبه و الحصه، بحيث كان العقلاء يقدمون على زراعه كل منهما بتلك الحصه من حاصلها، فلا- ينبغى الريب فى صحه العقد، إذ لا- غرر فيه على المالك أو العامل، فإنه إنما يكون مع تعيين العوض بحيث يكون مالاً معيناً معلوماً لا مع النسبه. و لا يضرّ فى ذلك كون حاصل إحداهما أقلّ من الأخرى، بعد أن كانت كل منهما تعطى بنفس تلك النسبه التى تعطى بها الأخرى.

و أما إذا اختلفتا من حيث النسبه، بأن كانت إحداهما تزارع على أن يعطى للمالك النصف من الحاصل و الأخرى على ان يكون له الثلث، فالأمر كذلك أيضاً فيما لو وقع العقد على كلى القطعتين بأقل الحصتين الثلث للمالك، إذ لا غرر عليهما معاً.

فإنّ المالك إن عيّن القطعه التى تزارع على الثلث للمالك فهو ما أقدم عليه العامل و إن عيّن الأخرى كان ذلك من جانب العامل، حيث أخذ ما يعطى بالنصف من الحاصل للمالك بالثلث له، فلا غرر عليه بالمرّه. و أما المالك، فحيث إنّ الخيار فى التعيين بيده، و تطبيق الكلى على أى الفردين شاء منوط بنظره، فلا يكون فيما يختاره خطر عليه.

نعم، لو أقدم العامل على العقد بأكثر الحصتين للمالك احتمل الخطر عليه، لأنه قد يختار الأرض التى تعطى بالأقل، فيكون ضرراً عليه.

إلا أنّ هذا لا يقتضى البطلان، إذ لا دليل على المنع من الغرر مطلقاً، و إنما الدليل يختص بالبيع و ما يلحق به كالإجاره للإجماع. و من هنا فمقتضى الإطلاقات هو الحكم بالصحه.

و معه فيكون الخيار فى التعيين بيد المالك لأنّ الحقّ عليه، لأنه

الذى ملك العامل الكلى فى المعين. و أما العامل فهو و إن كان قد ملك كلى العمل فى إحدى القطعتين، إلا أنه لا خيار له، لأنه إنما ملك كلى العمل فى إحدى القطعتين اللتين يكون الخيار فى

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٢٣٣

و مقدارها (١). فلو لم يعينها بأنها هذه القطعة أو تلك القطعة، أو من هذه المزرعة أو تلك، أو لم يعين مقدارها، بطل مع اختلافها، بحيث يلزم الغرر (٢). نعم، مع عدم لزومه لا يبعد الصحة، كأن يقول: (مقدار جريب من هذه القطعة من الأرض) التى لا اختلاف بين أجزائها، أو (أى مقدار شئت منها) (٣). و لا يعتبر كونها شخصيه، فلو عين كلياً موصوفاً على وجه يرتفع الغرر،

تعيينها بيد المالك، فهو فى الحقيقه قد ملك المالك عمله فيما يختار المالك من القطعتين.

و من هنا يظهر عدم صحه قياس مسألتنا على مسأله تعيين المده بالأشهر و السنين، حيث حكمنا بالبطلان نظراً لعدم شمول أدلّه اللزوم لها، حيث يملك المالك العامل كلى حق التصرف فى الأرض، فى قبال تمليك العامل له كلى العمل فى إحدى السنتين.

(١) بلا-ريب فيه. فإنّ المردد بين الأقل و الأ-كثّر غير قابل للتمليك، لعدم التعين له فى الواقع و نفس الأمر، فلو قال المالك: (زارعتك على مقدار من الأرض) من غير تحديد لم تصح. فإنّ المزارعه تشتمل على حقين، حق المالك و حق العامل، فلا بدّ فيها من التعيين فى الواقع، بحيث يتعلق التزام كل منهما بأمر له واقع، و إلا فلا يقبل التمليك و التملك، كما تقدّم غير مرّه.

(٢) قد عرفت أنّ الغرر غير متحقق، و على فرضه فلا دليل على اقتضائه للبطلان. و أن الصحيح عدم

اعتبار التعيين بالنسبة إلى أصل الأرض، و اعتبارها بالنسبة إلى المقدار.

(٣) ما أفاده (قدس سره) من الصحة في المثال الأخير، ينافي اعتباره (قدس سره) لتعيين مقدار الأرض و الالتزام ببطلانها عند عدمه.

□
اللهم إنا أن يكون المراد به الإشارة الإجمالية إلى ما سيعين من قبله أو قبل العامل بعد ذلك، بحيث يكون الاختيار بيده، فإنه معه يرتفع محذور الإبهام و عدم التعيين الواقعي، لكونه معلوماً في علم الله.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٢٣٤

فالظاهر صحته (١) و حينئذ يتخير المالك في تعيينه.

[العاشر: تعيين كون البذر على أي منهما]

العاشر: تعيين كون البذر على أي منهما (٢) و كذا سائر المصارف و اللوازم، إذا لم يكن هناك انصراف مغن عنه و لو بسبب التعارف.

(١) لإطلاق أدله المزارعه، على ما تقدّم بيانه مفصلاً.

(٢) فإذا لم يعيننا بطل العقد، لانتفاء موضوع المزارعه بانتفاء البذر، نظراً لعدم وجوب بذله على كل منهما.

و ذهب بعض إلى كونه على العامل حينئذ، لأنه المأمور بالعمل فتكون مقدماته عليه، نظير ما يذكر في باب الإجاره من كون الخيط عند عدم التعيين على الخياط.

بل ربّما يستشكل في جعله و لو بالتعيين على المالك، لولا الإجماع على صحته.

□
و ذلك لصحيحه يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: سألته عن الرجل تكون له الأرض من أرض الخراج، فيدفعها إلى الرجل على أن يعمرها و يصلحها و يؤدّي خراجها، و ما كان من فضل فهو بينهما؟ قال: «لا بأس» إلى أن قال: و سألته عن المزارعه، فقال: «النفقه منك، و الأرض لصاحبها، فما أخرج الله من شيء قسم على الشطر، و كذلك أعطى رسول الله (صلى الله عليه و آله و سلم) خبير حين أتوه، فأعطاهم إياها على أن يعمروها و

لهم النصف مما أخرجت» (١).

حيث إنّ الاستفادة منها تقوّم المزارعه بكون البذر و غيره من النفقه على العامل، في قبال كون الأرض من صاحبه.
و من هنا فقد ذكر بعضهم أنه لو اشترط كون البذر على المالك، خرج العقد عن حقيقه المزارعه، و من ثمّ حكم بطلانه.
لكن الظاهر عدم تماميه شيء من الأمرين: كون البذر عند الإطلاق على العامل و بطلان العقد عند جعله على المالك.
و ذلك لأن الواجب على العامل بمقتضى عقد المزارعه هو العمل خاصه، و أما

(١) الوسائل، ج ١٩ كتاب المزارعه و المساقاه، ب ١٠ ح ٢.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٢٣٥

.....

مقدماته فإثبات كونها عليه أيضاً يحتاج إلى الدليل، و هو مفقود.

فالمقام نظير ما ذكرناه في تكفين الميت، من أنّ الواجب على المسلمين القيام بالعمل خاصه، و أما إيجاد الموضوع و تحصيل الكفن فلا- دليل على وجوبه عليهم. و من هنا فلا- يجب على أحد منهم بذله، بل إن كان للميت مال فمنه، و إلّا فمن الزكاه و نحوها، فإن لم يوجد دفن عارياً، إذا لم يحصل من يتبرع به عن طوع رغبتة و إرادته.

و من هنا فما نحن فيه أشبه شيء بالبناء، حيث لا يجب على العامل إلّا العمل بالمواد دون تحصيلها.

و صحيحه يعقوب بن شعيب و إن كانت دالّه على كون البذر من العامل و تقوّم المزارعه بذلك، إلّا أنه لا بدّ من رفع اليد عن ظهورها هذا و حملها على بعض المحامل ككون ذلك هو المعهود في ذلك الزمان و نحوه، و ذلك لجمله من النصوص الدالّه على عدم اعتباره من حيث فرض فيها كون البذر من غير العامل.

ففي معتبره محمد بن مسلم عن أحدهما (عليهما السلام)، قال:

سألته عن رجل استأجر أرضاً بألف درهم ثم آجر بعضها بمائتي درهم، ثم قال له صاحب الأرض الذي آجره: أنا أدخل معك بما استأجرت فننقق جميعاً، فما كان من فضل بيني وبينك، قال: «لا بأس بذلك» (١).

فإنه (عليه السلام) حكم بصحة العقد، مع كون المفروض فيها مشاركة المالك للعامل في الإنفاق عليها.

و في صحيحه سماعه، قال: سألته عن مزارعه المسلم المشرك، فيكون من عند المسلم البذر و البقر و تكون الأرض و الماء و الخراج و العمل على العليج، قال: «لا بأس به» (٢). حيث فرض فيها كون البذر على غير العامل صريحاً.

و أصرح من الكل خبر إبراهيم الكرخي، قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): أشارك العليج، فيكون من عندى الأرض و البذر و البقر و يكون على العليج القيام

(١) الوسائل، ج ١٩ كتاب المزارعه و المساقاه، ب ١٥ ح ٢.

(٢) الوسائل، ج ١٩ كتاب المزارعه و المساقاه، ب ١٢ ح ١.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٢٣٦

[مسائل]

[مسألة ١: لا يشترط في المزارعه كون الأرض ملكاً للمزارع]

[٣٤٩٣] مسألة ١: لا- يشترط في المزارعه كون الأرض ملكاً للمزارع، بل يكفي كونه مسلطاً عليها بوجه من الوجوه، كأن يكون مالكاً لمنفعتها بالإجاره أو الوصيه أو الوقف عليه، أو مسلطاً عليها بالتولية كمتولّي الوقف العامل أو الخاصّ و الوصى، أو كان له حق اختصاص بها بمثل التحجير و السبق و نحو ذلك أو كان مالكاً للانتفاع بها، كما إذا أخذها بعنوان المزارعه فزارع غيره أو شارك غيره. بل يجوز أن يستعير الأرض للمزارعه (١).

نعم، لو لم يكن له فيها حق أصلاً لم يصحّ مزارعتها، فلا يجوز المزارعه في الأرض الموات مع عدم تحجير أو سبق أو نحو ذلك، فإنّ المزارع و العامل فيها

نعم، يصحّ الشركه في زراعتها مع اشتراك البذر أو بإجاره أحدهما نفسه للآخر في مقابل البذر أو نحو ذلك. لكنه ليس حيثنذ من المزارعه المصطلحه.

و السقى و العمل فى الزرع حتى يصير حنطه أو شعيراً، و تكون القسمه، فيأخذ السلطان حقه و يبقى ما بقى على أنّ للعلج منه الثلث و لى الباقي، قال: «لا- بأس بذلك». قلت: فلى عليه أن يرد علىّ ممّا أخرجت الأرض البذر و يقسم ما بقى؟ قال: «إنما شاركته على أنّ البذر من عندك، و عليه السقى و القيام» (١).

إلّا أنه ضعيف السند، فلا يصلح إلّا شاهداً لما ذكرناه.

على أنّ المزارعه من العقود العرفيه المعهوده التى يكتر تحققها فى الخارج، بحيث جرت عليها سيره العقلاء قاطبه فضلاً عن سيره المتشرعه المتصله بعهد المعصوم (عليه السلام). و من هنا فلو كان اعتبار كون البذر من العامل شرطاً فيها، لوجب أن يكون من الواضحات، فكيف و قد قام الإجماع على خلافه!

(١) كل ذلك لعدم الدليل على اعتبار الملك، بل و قيام الدليل على ما ستعرف على خلافه.

(١) الوسائل، ج ١٩ كتاب المزارعه و المساقاه، ب ١٠ ح ١.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٢٣٧

و لعل هذا مراد الشهيد فى المسالك من عدم جواز المزارعه فى الأراضى الخراجيه التى هى للمسلمين قاطبه، إلّا مع الاشتراك فى البذر أو بعنوان آخر. فمراده هو فيما إذا لم يكن للمزارع جهه اختصاص بها (١) و إلّا فلا إشكال فى جوازها بعد الإجاره من السلطان، كما يدلّ عليه جملة من الأخبار.

[مسألة ٢: إذا أذن لشخص فى زرع أرضه على أن يكون الحاصل بينهما بالنصف أو الثلث أو نحوهما]

[٣٤٩٤] مسألة ٢: إذا أذن لشخص [١] فى زرع أرضه على أن يكون الحاصل بينهما بالنصف أو الثلث أو نحوهما، فالظاهر صحّته و إن لم يكن

(١) ذكره صاحب الجواهر (قدس سره) أيضاً «١» إلّا أنه بعيد جداً، إذ الشهيد (قدس سره) قد رتب حكمه هذا على اعتبار الملكيه صريحاً «٢».

إذن فالصحيح أن يقال: إنّ ما أفاده الشهيد (قدس سره) في المسالك من سهو قلمه الشريف. إذ لا دليل على اعتبار الملكيه في المزارعه، بل الدليل قائم على عدمه ففي صحيحه محمد بن مسلم المتقدمه الحكم بصحة المزارعه على الأرض المستأجره. بل و في نصوص المزارعه في الأرض الخراجيه، ما فيه الكفايه لإثبات المدعى.

و الحاصل أنّ المتعين في جميع الموارد المذكوره في المتن هو الحكم بالصحة، ولا وجه لما أفاده الشهيد (قدس سره) من الحكم بالبطلان.

(٢) إلّا أنك قد عرفت غير مرّه، عدم إمكان التمسك بالعمومات و المطلقات لإثبات الصحة لمثل هذه المعامله، تحت أى عنوان كانت الجعاله أو غيرها، و إنّ صحتها تحتاج إلى دليل خاص.

و الوجه فيه أن التزام مالك البذر إذا كان متعلقاً بكون الحاصل مشتركاً و من حين حدوثه و حصوله بينه و بين صاحبه كما هو مقتضى الأدله في الزكاه فهو باطل و لا

[١] إذا كان مالك الأرض قاصداً بذلك إنشاء عقد المزارعه صحّ و لزم بقبول الزارع و لو قبولاً فعلياً و أمّا إذا كان قاصداً مجرد الإباحه لم يصح بعنوان المزارعه، و بذلك يظهر الحال في الفروض الآتيه.

(١) الجواهر ٢٧: ٣٣.

(٢) مسالك الافهام ٥: ١٢.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٢٣٨

بل لا يبعد كونه منها أيضاً (١). و كذا لو أذن لكل من يتصدى للزرع و إن لم

أثر له، فإنه غير مشروع في نفسه لمخالفته للكتاب و السنّه، فإن التناج تابع للبذر في الملكيه، فلا يمكن ان يكون و

لو بعضاً ملكاً للغير حين حدوثه.

فهو نظير ما لو التزم أحد في عقد بكون ما يتركه أبوه عند وفاته كلاً أو بعضاً لغيره، فإنّ هذا الالتزام لا يكون نافذاً، ولا يشمل قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ».

وإن كان التزامه متعلقاً بتمليك ما سيملكه بعد ذلك، بأن يلتزم بانتقال نصف الحاصل مثلاً إلى صاحبه بعد انتقاله بتمامه إليه أوّلاً، بحيث يملك صاحبه من الآن الأمر المتأخر، فهو وإن لم يكن مخالفاً للكتاب والسنة، إلّا أنه القدر المتيقن من إجماعهم على بطلان التعليق في العقود. بل لم يقع مثله إلّا في الوصية، حيث إنها ولإطلاقات أدلتها تعمّ ما يملكه الموصى بعدها إلى حين الوفاة، وأما في غيرها فلم يقع بتاتاً حتى في التعبير، إذ لا يصح أن يقول: العبد الذي سأملكه غداً حر بعد وفاتي.

وهذا الكلام غير مختص بباب المزارعة، فإنه كما لا يجوز فيها لا يجوز في غيرها من أنواع المعاملات أيضاً حتى ولو كان ذلك بعنوان الجعالة، فلا يصح أن يجعل لمن يرجع عبده إليه ثلث ما سيملكه في المستقبل أو ثلث ما ستخرجه أرضه.

ومن هنا تكون صحتها محتاجة إلى دليل خاص، ولا يكفي فيها التمسك بالعمومات والإطلاقات، فإنها غير شاملة له. وحيث لا دليل على الصحة إلّا في المضاربه والمزارعة والمساقاة، فلا بدّ من الحكم بالبطلان، لعدم المخرج له عن عموم المنع.

ولذا لم يلتزم أحد من الأصحاب فيما نعلم بصحة مثل ذلك في غير المزارعة من العقود.

والحاصل أنّ الصحيح في المقام هو الحكم بالبطلان، لعدم الدليل على الصحة. ومن هنا فلا يستحقّ العامل إلّا أجره مثل عمله.

(١) بل هو

فى غاية البعد. فإنّ المزارعه من العقود اللازمه على ما سيأتى -

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٢٣٩

يعين شخصاً.

و كذا لو قال: (كلّ من زرع أرضى هذه أو مقداراً من المزرعه الفلانيه فلى نصف حاصله أو ثلثه) مثلاً، فأقدم واحد على ذلك، فيكون نظير الجعالة (١). فهو كما لو قال: (كل من بات فى خانى أو دارى فعليه فى كل ليله درهم) أو (كل من دخل حمامى فعليه فى كل مره ورقه) (٢). فإنّ الظاهر صحّته للعمومات [١]، إذ هو نوع من المعاملات العقلانيه، ولا- نسلم انحصارها فى المعهودات، ولا- حاجه إلى الدليل الخاص لمشروعيتها، بل كل معامله عقلائيّه صحيحه إلّا ما خرج بالدليل الخاص، كما هو مقتضى العمومات (٣).

[مسأله ٣: المزارعه من العقود اللازمه]

[٣٤٩٥] مسأله ٣: المزارعه من العقود اللازمه (٤).

و يتضمّن التزاماً من الطرفين مع وجوب الوفاء عليهما، بحيث لا يكون لكل منهما رفع اليد عنه. و هذا كلّ مفقود فى المقام، فإنه من موارد الإذن و الإباحه بالتصرف الخارجى، و ليس من العقد الذى يجب الوفاء به فى شىء.

و الحاصل أنّ الإذن المجرد مغاير للعقد اللازم بالضروره، فلا وجه لجعله منها.

(١) التنظير إنما يتمّ فيما إذا كان البذر من المالك، إذ المالك حينئذٍ يجعل على نفسه شيئاً للغير عند قيامه بالعمل المعين. و أما إذا كان البذر من العامل فلا وجه لتنظيره بالجعالة، حيث إنّ المالك حينئذٍ يجعل لنفسه شيئاً على الغير، أعنى الحصّه من النتاج الذى يكون تابعاً للبذر فى الملكيه، و لا يلتزم على نفسه شيئاً للغير.

(٢) و هو من القياس مع الفارق. فإنه أجنبى عن المزارعه بالمره، إذ المال الذى يجب دفعه على الداخل أمر معلوم معين، فيدخل فى عنوان الإباحه بالعوض،

و هي أجنبيه عن باب المعاملات كليه.

(٣) قد عرفت أنها لا تعمّ المعاملات التي تتضمن تملك المعدوم بالفعل.

(٤) بلا خلاف فيه، بل ادعى عليه الإجماع في كلمات غير واحد، لأصالة اللزوم في العقود، التي استدل عليها الشيخ الأعظم (قدس سره) بوجوه عديدة.

[١] العمومات لا تشمل الموارد التي يكون التملك و التملك فيها متعلقاً بأمر معدوم حال العقد.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٢٤٠

.....

منها: ما يختص بالبيع و تملك الأعيان، كقوله تعالى ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ (١). فَإِنَّ أَخْذَ الْمَالِ ثَانِيًا بَعْدَ تَمْلِيكِهِ لِلغَيْرِ مِنْهُ قَهْرًا عَلَيْهِ، تِجَارَةً مِنْ غَيْرِ تَرَاضٍ وَ أَكْمَلَ لِلْمَالِ بِالْبَاطِلِ. وَ قَوْلُهُمْ (عَلَيْهِمُ السَّلَامُ): «الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَفْتَرَقَا» (٢).

و منها: ما هو عام لجميع العقود، كاستصحاب بقاء الملكيه، و قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (٣).

و في الأوّل مما يعمّ محل الكلام بحث طويل و عريض، من حيث كونه استصحاباً كلياً أو شخصياً، و أنّه من قبيل الشك في المقتضى أو الشك في الرفع.

فقد أورد عليه المحقق الخراساني و السيد اليزدي (قدس سرهما) بأنه من الأوّل (٤) لكننا قد أوضحنا في محله أنه ليس منه، و أنه من الشك في الرفع.

لكنك قد عرفت هناك أيضاً، أنه لا أثر لهذا الاستصحاب، لأنه من استصحاب الأحكام الكليه الإلهيه، و هو غير تامّ على ما بيناه في محله.

نعم، الاستدلال الثاني تام و متين، و مقتضاه لزوم العقد في المقام و غيره.

و ذلك لأنّ الأمر بالوفاء ليس أمراً تكليفياً محضاً، إذ لا يحتمل كون الفسخ على تقديري ثبوته و عدمه من المحرمات الإلهيه، و إنما هو أمر إرشادي إلى عدم ثبوت حق رفع اليد عنه له، فإنّ معنى الوفاء

بالعقد إنهاؤه و إتمامه و الالتزام بمقتضاه.

و من هنا فتدلل الآيه الكريمة على لزوم العقد، و عدم تأثير الفسخ فيه. و بما أنّ المزارعه من العقود المتعارفه المعهوده من قبل التشريع و إلى الآن، و ممضاه من قبل الشارع المقدس بالسيره القطعيه، فتشملها الآيه الكريمة لا محاله.

هذا مضافاً إلى إمكان التمسك بأدله إمضاء العقود، كقوله تعالى:

(١) سورة النساء ٤: ٢٩.

(٢) الوسائل، ج ١٨ كتاب التجاره، أبواب الخيار، ب ١.

(٣) سورة المائده ٥: ١.

(٤) العروه الوثقى ٢: ٤٨٦.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٢٤١

لا تبطل إلّا بالتقاييل (١) أو الفسخ بخيار الشرط، أو بخيار الاشتراط (٢) أى تخلف

«أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» (١) و ما دلّ على جواز الصلح بين المسلمين.

و ذلك لأنّ الإلزام و الالتزام الصادر من المتعاقدين، لا يخلو حاله من كونه مطلقاً من حيث الزمان كالبيع، أو مقيداً بزمان معين كالنكاح المنقطع، إذ الإهمال غير معقول فى الأمور الواقعيه، على ما تقدّم بيانه غير مرّه.

و من هنا فإذا أنشأ المكلف الملكيه الدائميه بالبيع و نحوه، أو المقيد به بزمان الإجاره و نحوها، كان معنى إمضاء الشارع لما أنشأه الحكم بتحقيق الملكيه المطلقه فى الفرض الأوّل، و المقيد به بذلك الزمان فى الثانى للطرف الآخر، و مقتضى إطلاق دليل الإمضاء عدم ارتفاعها بالفسخ، فإنه منافٍ له و لا يصار إليه إلّا لدليل خاص.

و الحاصل أنّ دليل الإمضاء يكفى فى إثبات اللزوم، لأنه إنما يكون على طبق ما أنشأه المنشئ، و بذلك فيكون رفعه محتاجاً إلى دليل خاص مقيد للإطلاق، و إلّا فمقتضاه عدم الارتفاع.

و لعل هذا الوجه خير الوجوه التى يمكن بها إثبات أصاله اللزوم، فلاحظ.

(١) على ما هو الحال فى جميع العقود التى يكون مدلولها من قبيل

الحق للطرفين كالبيع و نحوه، فإنّ الحق لا يعدوهما، فلهما رفع اليد عنه برضاهما، و يكون ذلك من قبيل البيع الثانى.

نعم، لا مجال لذلك فيما يكون مدلوله من قبيل الحكم الشرعى كالنكاح، فإنه لا مجال لرفعه بالتقاييل من الطرفين.

(٢) لا يبعد أن يكون ذكره (قدس سره) لهذين الخيارين من باب المثال، و إلاً فموجبات الفسخ فى المقام لا تنحصر فيها، إذ يمكن تصوّرها فى الغبن و نحوه.

و قد ذكرنا فى بحث الخيارات، أنّ خيار الغبن ليس خياراً مستقلاً فى قبال سائر الخيارات، و إنما هو راجع فى الحقيقة إلى خيار تخلف الشرط، نظراً لما هو المرتكز فى

(١) سورة البقره ٢: ٢٧٥.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٢٤٢

بعض الشروط المشترطه على أحدهما. و تبطل أيضاً بخروج الأرض عن قابليه الانتفاع (١) لفقد الماء أو استيلائه، أو نحو ذلك. و لا تبطل بموت أحدهما (٢) فيقوم وارث الميت منهما مقامه.

المعاملات من تبديل الشخص و العين مع التحفظ على المالىه و القيمه السوقيه، فإنه أمر مفروغ عنه لدى العقلاء فى جميع العقود التى منها النقل مع غبن بوضيعة من أحد الطرفين.

و من هنا فإذا ثبت خلاف ذلك، كان للآخر الخيار، نظراً لتخلف الشرط الضمنى فى العقد.

و عليه فيكون الحكم بثبوت الخيار عند ظهور الغبن حكماً على القاعده، و لا حاجه للتمسك فى إثباته بالإجماع، أو دليل نفى الضرر.

هذا و يمكن الفسخ بخيار تعذر تسليم العوض عند موت العامل، مع عدم قيام الوارث مقامه، على ما سيأتى بيانه.

(١) بلا- خلاف فيه. إذ لا- معنى للعقد على أمر غير ممكن التحقق فى الخارج و الاتفاق على حصّه من زرع لا- يحصل، فإنه لا يعدو اللغو المحض.

(٢) أما مع موت

المالك، فلأن الأرض و إن كانت تنتقل إلى الورثة، إلّا أنها إنما تنتقل إليهم متعلقه لحق الغير، و مسلوبه المنفعة في الفتره المعينه بإزاء الحصه المعينه لهم. نظير موت المالك المؤجر بعد إنشاء عقد الإجاره، فإن العين المستأجره و إن انتقلت إلى الورثه، إلّا أنها تنتقل مسلوبه المنفعه حيث إنها تكون للمستأجر.

و أما مع موت العامل، فلقيام وارثه مقامه. إلّا أن هذا ليس بمعنى إلزامه بالعمل على طبق ما جعل، فإنه لم يكن طرفاً في العقد و المعاهده، و إنما هو بمعنى لا بدّيه استئجاره أحداً من مال الميت إن كان له مال لقيامه بالعمل الثابت في ذمه الميت مقدّمه لإرثه لما ترك، حيث إنه إنما يكون بعد إخراج الديون.

و بعباره اخرى: إنّ الوارث لا يرث شيئاً إلّا بعد أداء ديون الميت، لأنه إنما يرث ما

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٢٤٣

نعم، تبطل بموت العامل مع اشتراط مباشرته للعمل (١) سواء كان قبل خروج الزرع أو بعده.

و أمّا المزارعه المعاطيئه، فلا تلزم إلّا بعد التصرف [١] (٢).

تركه الميت، و ما يقابل الديون ليس منه.

و من هنا فحيث إنّ العمل في الأرض دين ثابت في ذمه الميت، يكون مانعاً من إرث الوارث، فلا بدّ مقدّمه للإرث من قيامه بالعمل مباشره، أو باستئجاره لغيره من مال الميت.

و عليه فلو لم يكن للميت مال بالمّرّه، لم يجب على الوارث التبرع به من ماله الخاص، بل يبقى العمل ديناً في ذمه الميت.

و حينئذٍ فحيث يتعذر تسليم العمل، يثبت للمالك خيار الفسخ، و يسمّى هذا بخيار تعذر تسليم العوض الذي مرّت الإشارة إليه.

(١) سواء أ كان ذلك بعنوان التقيّد أو الاشتراط، حيث ذكرنا في المباحث الأصوليه أنّ تقييد الكلى

الطبيعي بشرط يوجب تخصصه لا محاله، فيكون المطلوب هو الحصه الخاصه المتصفه بكذا.

و من هنا فالشرط فى الكليات الوضعيه منها و التكليفه يرجع إلى التقييد لا محاله فتكون المزارعه واقعه على الحصه الخاصه من العمل، و هى فى المقام ما يصدر من العامل مباشره.

و عليه فلو مات العامل، كشف ذلك عن بطلانها من الأول، لانكشاف تعلّقها بأمر ممتنع الوجود فى الخارج.

(٢) ما أفاده (قدس سره) مبنى على ما اشتهر بينهم، من جواز العقد المعاطاتى قبل التصرف، بل يظهر من كلمات بعضهم أنه لا يفيد الملكيه أصلاً، و إنما يفيد الإباحه خاصه، و قد حملها بعض على الملكيه المترزله.

[١] مرّ آنفاً أنّ اللزوم غير بعيد.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٢٤٤

و أما الإذنيه فيجوز فيها الرجوع دائماً (١). لكن إذا كان بعد الزرع، و كان البذر من العامل، يمكن دعوى لزوم إبقائه إلى حصول الحاصل، لأن الإذن فى الشىء إذن

و كيف كان، فقد تعرّضنا لهذا البحث فى مباحثنا الفقيهيه التى ألقيت تعليقاً على كتاب المكاسب لشيخنا الأعظم الأنصارى (قدس سره)، و قد عرفت أنّ جميع ما استدللّ به على لزوم العقود و ما ذكرناه أخيراً من إطلاق دليل الإمضاء، غير مختص بالعقد اللفظى و شامل للعقد المعاطاتى على حد سواء.

و من هنا فإن تمّ إجماع على جواز المعامله المعاطاتيه فهو، و إلّا كما هو الظاهر و يكفى فيه الشك فمقتضى القاعده هو اللزوم.

(١) تقدّم الكلام فيها فى المسأله الثانيه مفصلاً، و قد عرفت أن هذه المعامله خارجه عن العقد فضلاً عن كونها من المزارعه المصطلحه، فإنها لا تتجاوز الوعد المجرد. و من هنا فيحكم بفسادها لا محاله، لاشتمالها على تمليك المعدوم، و هو غير جائز ما

لم يدلّ عليه دليل خاص، حيث لا تكفى العمومات و الإطلاقات فى الحكم بصحّه مثل هذه المعاملات.

إلّا أنّ الماتن (قدس سره) قد التزم فى تلك المسأله بصحّتها و إن لم تكن من المزارعه المصطلحه، بل لم يستبعد (قدس سره) كونها منها أيضاً.

و على ضوء هذا المبني، يقع الكلام فى لزوم هذه المعامله و جوازها.

فنقول: أما إذا كان الرجوع قبل الزرع و العمل، فلا ينبغى الإشكال فى جوازه، إذ ليس هناك إلّا الإذن فى التصرف، و هو غير ملزم به، فله الرجوع عنه متى شاء.

و إن كان بعد عمل المقدمات و قبل الزرع ككرى الأنهار و نحوه، ففى جوازه و عدمه وجهان.

اختار الماتن (قدس سره) الأوّل، حيث خصّ المنع بما إذا كان بعد الزرع.

إلّا أن الصحيح هو الثانى، و ذلك لتضرّر العامل، حيث يذهب عمله هدرأ و يفوت حقه من دون عوض، فيشمله التعليل المذكور فى معتبره محمد بن الحسين، قال:

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٢٤٥

فى لوازمه [١]. و فائده الرجوع أخذ أجره الأرض منه حينئذٍ، و يكون الحاصل كلّ للعامل (١).

كتبت إلى أبى محمد (عليه السلام): رجل كانت له رحى على نهر قرية، و القرية لرجل، و أراد صاحب القرية أن يسوق إلى قريته الماء فى غير هذا النهر و يعطل هذه الرحى، أله ذلك أم لا؟ فوَّع (عليه السلام): «يتقى الله، و يعمل ذلك بالمعروف، و لا يضرّ أخاه المؤمن» [١]. حيث إنّ الاستفادة منه أنه ليس للمالك رفع اليد عن إذنه للتغيير فى التصرف، إذا كان ذلك موجباً لتضرره.

فالتصرف الواقع فى ملك الغير بإذنه لا يذهب هدرأ، و ليس للمالك منعه منه و مطالبته برفعه.

و عليه ففى المقام حيث لم يكن

العمل الصادر من العامل مجاناً و متبرعاً به، فليس للمالك رفع اليد عن إذنه، لاستلزامه لتفويت حق العامل و إهدار عمله.

و أوضح من ذلك ما لو كان الرجوع بعد الزرع و العمل، فإنه ليس للمالك ذلك جزماً، لكونه من أوضاع مصاديق التعليل فى الصحيحه المتقدمه، فيلزم بإذنه إلى حين بلوغ الزرع.

(١) الكلام فى هذا الفرع بناءً على القول بصحّه المعامله و جواز الرجوع للمالك ينبغى أن يقع فى صورتين:

الاولى: فيما يكون على المالك عند رفع يده عن الإذن، بعد إتيان العامل بالمقدمات خاصه.

الثانيه: فيما يكون عليه عند رفع يده عن الإذن، بعد قيام العامل بالزرع.

أمّا فى الصوره الاولى، فيجب على المالك دفع اجره مثل عمل العامل له، نظراً

[١] و مقتضاه عدم جواز الرجوع لعموم التعليل فى روايه الرّحى، و على تقدير جواز الرجوع فإذا رجع غرم للعامل بدل البذر و أجره المثل لعمله.

(١) الوسائل، ج ٢٥ كتاب احياء الموات، ب ١٥ ح ١.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٢٤٦

[مسأله ٤: إذا استعار أرضاً للمزارعه (١) ثم أجرى عقدها لزمت]

[٣٤٩٦] مسأله ٤: إذا استعار أرضاً للمزارعه (١) ثم أجرى عقدها لزمت لكن للمعير الرجوع فى إعارته [١] (٢) فيستحق أجره المثل لأرضه على المستعير

لصدوره عن أمره لا بقصد التبرع و المجانيه.

و أما فى الصوره الثانيه، فعليه مضافاً إلى أجره مثل العمل، عوض البذر مثلاً أو قيمه، حيث يكون تالفاً بسببه.

نعم، لو كان البذر للمالك، لم يكن عليه للعامل إلّا أجره مثل عمله.

و من هنا يظهر أنه لا- وجه لما ذكره (قدس سره)، من إلزام المالك للعامل بأجره مثل أرضه فتره بقاء الزرع بعد الرجوع. بل العامل بالخيار بين قبول ذلك، و بين الإعراض عن زرعه و مطالبته المالك بأجره مثل عمله و عوض بذره،

حيث تلف نتيجته للزرع في الأرض المعينه.

فالمتحصل أنه بناءً على جواز الرجوع في هاتين الصورتين: فإن كان الصادر من العامل شيئاً غير الزرع، فليس له على المالك إلّا أجره مثل عمله. وإن كان المأتي به هو الزرع، فله مضافاً إلى أجره مثل عمله، المطالبه بعوض البذر.

هذا لكنك قد عرفت أنّ الصحيح بناءً على صحه هذه المعامله، هو لزومها و عدم جواز الرجوع للمالك، و بذلك فيترتب عليه آثاره.

(١) لا ينبغي الإشكال في صحه الإعاره هذه، فإنّ الانتفاع بالأرض قد يكون بالمباشره كزراعتها من قبله، و قد يكون بالتسيب و الواسطه بالاتفاق مع الغير.

(٢) الكلام في هذا الفرع من هذه المسأله هو الكلام في المسأله السابقه حرفاً بحرف، فإنّ التعليل المذكور في صحيحه محمد بن الحسين المتقدمه شامل له أيضاً، فإنه ليس للمالك الرجوع عن الإذن و فسخ العاريه فيما إذا استلزم تضرر العامل.

نعم، بناءً على جواز الرجوع للمالك، فلا بأس بما ذكره (قدس سره) من استحقاقه لأجره مثل أرضه فتره بقاء الزرع على المستعير.

[١] لا يبعد عدم جواز رجوعه.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٢٤٧

كما إذا استعارها للإجاره (١) فأجرها، بناءً على ما هو الأقوى [١] من جواز كون العوض لغير مالك المعوض.

و لا يقاس هذا بالمزارعه الإذنيه. فإنّ المالك في المقام أجنبي عن الزرع بالمره، فإنه لم يصدر عن أمره كى يكون ضامناً له، و إنما أتى العامل مجاناً و تبرعاً ليستفيد هو بنفسه.

فإذا رجع، فإنّ تصالحا على شىء فهو، و إلّا فله المطالبه بأجره مثل أرضه في الفتره الباقيه، لرجوع منفعه تلك المده إليه. و معه فلا يجوز للعامل التصرف فيها و استيفائها، بل لا بدّ له إما من رفع يده عن

زرعه و رضاه بتلفه، أو استجابته في دفع أجره مثل أرضه إليه.

و هذا بخلاف الفرض السابق، حيث كان عمله بأمر من المالك لا بقصد التبرع و المجانية.

(١) و قد استشكل في صحته هذه الإجاره بوجهين:

الأول: أن العاربه متقومه باستفاده المستعير من عين المال، فإذا آجرها من غيره حكم ببطلانها، نظراً لانتفاعه بالأجره حينئذ و هي غير معاره له، فإن الأجره عين أخرى أجنبيه عن العين المعاره، و ليست هي منفعه لها.

الثاني: ما أشار إليه الماتن (قدس سره) من أن المستعير إنما يملك الانتفاع بالعين دون منفعتها، فإنها باقيه على ملك المالك المعير. و من هنا فإذا انتقلت بالإجاره إلى ملك المستأجر، حيث تتضمن الإجاره تملك المنفعه، كان لازم ذلك دخول العوض في كيس غير من خرج منه المعوض، فإن المنفعه تخرج من ملك المعير، في حين يدخل العوض في كيس المستعير، و هو أمر غير جائز.

إلا أن كلا هذين الإشكاليين قابل للدفع.

أما الأول، فيردّه أن الانتفاع بالعين المعاره لا يلزم أن يكون من المنفعه مباشره

[١] مرّ أن الأقوى خلافه، و المسأله غير مبتنيه عليه.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٢٤٨

.....

بمعنى كونه من نفسها و عينها، بل يجوز أن يكون ببدلها مع إجازة المالك، بلا إشكال بل لعله مما لا خلاف فيه أيضاً. و لذا يجوز له دفع العين المعاره إلى غيره بإزاء انتفاعه بعين الآخر مع رضی المالك.

و مما يشهد له جواز استعاره اللحاف و ما شاكله للضيوف، فإنه مما لا ينبغي الإشكال في جوازها، و الحال أن المستعير لا يستفيد من العين المعاره بالمباشرة، فإنه ليس إلا لكون استفاده الضيف انتفاعاً للضيف، حيث إنه من عياله و لا بدّ له من القيام بشؤونه

و واجباته، و منها تهيئه الغطاء له.

فإذا صحَّ ذلك مجَّاناً صحَّ مع العوض أيضاً، فإنه لا ينافي حقيقه الاستعاره، فإنَّ الأجره بدل عن منفعه الأرض، فيصحَّ أن يقال للمستعير المستفيد منها أنه مستفيد من منفعه الأرض.

و أما الثانى، فقد ردّه الماتن (قدس سره) بأن الأقوى جواز كون العوض لغير مالك المعوض.

إلّا أنك قد عرفت منا غير مرّه، أنّ ما أفاده (قدس سره) ممنوع كبروياً، فإنَّ مفهوم المعاوضه متقوم بدخول العوض فى ملك مالك المعوض، و إلّا فلا يكون عوضاً له، بل كل منهما يعتبر هبه مجانيه و بلا عوض.

و من هنا فلا يصلح ما أفاده (قدس سره) جواباً للإشكال.

فالصحيح فى مقام الجواب هو المنع الصغرى. فإنَّ مسأله جواز الإعاره للإجاره غير مبنيه على هذا الاعتبار، أعنى جواز كون العوض لغير مالك المعوض، فإنها جائزه حتى بناءً على ما هو المشهور و الصحيح، من اعتبار دخول العوض فى ملك من يخرج منه المعوض.

و قد ظهر وجهه مما تقدّم فى جواب الإشكال الأوّل، فإنَّ العاريه نوع تملك و ليست بإباحه محضه.

نعم، ذكر الأعلام أنها تملك للانتفاع. إلّا أنه لا يمكن المساعده عليه، فإنَّ الانتفاع من أفعال المستعير، فلا معنى لتمليكه من قبل الغير، إذ لا معنى لتمليك أحد غيره فعل

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٢٤٩

[مسأله ٥: إذا شرط أحدهما على الآخر شيئاً فى ذمته أو فى الخارج]

[٣٤٩٧] مسأله ٥: إذا شرط أحدهما على الآخر شيئاً فى ذمته أو فى الخارج من ذهب أو فضه أو غيرهما مضافاً إلى حصّته من الحاصل صحّ (١). و ليس قراره مشروطاً بسلامه الحاصل (٢) بل الأقوى صحّ استثناء [١] مقدار معين من

نفسه الغير فإنه مالك لعمله و فعله واقعاً و من دون حاجه إلى التملك.

إذن فتعبيرهم (قدس سرهم) بأنها تملك

الانتفاع، لا يخلو من المسامحة الواضحة. فإنها في الحقيقة من تملك المنفعة حالها في ذلك حال الإجاره، غاية الأمر أنها ليست مثلها من حيث تضمنها لتمليك المنفعة على الإطلاق، فإنها العاريه أنما تتضمن تملك حصه خاصه من المنفعه، هي المنفعه من حيث استعدادها للانتفاع المستعير. و لذا فلا تنتقل إلى ورثته بعد موته، كما إنه ليس له نقلها إلى غيره بغير إجاره المالك.

و على ضوء هذا يتضح أنّ الإجاره في المقام محكوم به بالصحة فيما إذا كانت صادرة عن رضا المالك المعير، فإنّ المنفعه لما كانت ملكاً للمستعير بحكم العاريه، كان العوض الأجره داخلاً في كيس من خرج منه المعوض لا محاله.

و بهذا فلا يبقى محذور يمكن أن يستند إليه في مقام المنع عن صحة هذا العقد، فإنه مستكمل لجميع شرائط الصحة، بما في ذلك اعتبار كون العوض داخلاً في ملك من يخرج منه المعوض.

(١) بلا- كلام فيه. فإنّ الشرط لا يتضمن مخالفه للعقد، لأنه لا يتقوم إلاّ بكون الأرض من أحدهما و العمل من الآخر على أن يكون النتاج بينهما، و من هنا فتشمله عمومات وجوب الوفاء بالشرط.

(٢) نظراً لعدم ارتباط كل من الأمرين بالآخر، فإنّ دليل وجوب الوفاء بالشرط أجنبي عن دليل العقد الذي اقتضى كون النتاج بينهما و التالف عليهما. و من هنا فحيث

[١] في القوه إشكال بل منع، لأنّ العمومات كما عرفت لا تشمل مثل هذه المعاملات، و الدليل الخاص غير موجود، و كذا الحال في استثناء مقدار البذر.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٢٥٠

الحاصل لأحدهما (١) مع العلم ببقاء مقدار آخر ليكون مشاعاً بينهما، فلا يعتبر إشاعه جميع الحاصل بينهما على الأقوى.

كما يجوز استثناء مقدار البذر لمن كان منه (٢)

التزام المشروط له بالعقد معلقاً على التزام صاحبه بالشرط، وقد تحقق منه ذلك وجب عليه الوفاء به لأدله لزوم الوفاء بالشرط، وإن لم يتم الحصول.

(١) فيه نظر بل منع، يظهر وجهه مما تقدم. فإن العمومات والإطلاقات غير شاملة لمثل هذا العقد الذي يتضمن تمليك المعدوم بالفعل، و من هنا فلا بد في الحكم بصحتها من الدليل الخاص. و حيث إن المورد خارج عن مورد النصوص الواردة في المزارعه، باعتبار أنها إنما تضمنت الصحة فيما إذا كان الحاصل مشاعاً بينهما، وهذا مفقود في المقام فإن أحدهما يختص بمقدار منه و يكون الباقي مشاعاً بينهما، يحكم ببطلانه بمقتضى القاعده لا محاله.

ثم لا بأس بما أفاده (قدس سره) بناءً على مختاره، من شمول العمومات والإطلاقات لمثل هذه المعاملات.

(٢) ظاهر تشبيهه (قدس سره) لاستثناء الأبطال المعلومه باستثناء مقدار البذر هو كون الحكم بالصحة في الثاني مفروغاً عنه.

إلّا أن الأمر ليس كذلك. فإنّ الحال في البذر هو الحال في الأبطال المعلومه من حيث القاعده، فينبغي الحكم فيه بالبطلان أيضاً.

نعم، ادعى بعضهم الصحة في المقام، حتى مع القول بالبطلان في استثناء الأبطال المعلومه، خروجاً عن القاعده لأجل النصّ الخاص.

□
و استدللّ عليه بصحيحه يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: سألته عن الرجل تكون له الأرض من أرض الخراج، فيدفعها إلى الرجل على أن يعمرها و يصلحها و يؤدّي خراجها، و ما كان من فضل فهو بينهما، قال: «لا بأس» «١».

(١) الوسائل، ج ١٩ كتاب المزارعه و المساقاه، ب ١٠ ح ٢.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٢٥١

.....

□
و خبر إبراهيم الكرخي، قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): أشارك العليج فيكون من عندى الأرض

و البذور و البقر و يكون على العليج القيام و السقى (السعى) و العمل فى الزرع حتى يصير حنطه أو شعيراً، و تكون القسمة، فيأخذ السلطان حقه و يبقى ما بقى على أن للعليج منه الثلث و لى الباقي، قال: «لا بأس بذلك». قلت: فلى عليه أن يرد على مما أخرجت الأرض البذر و يقسم ما بقى؟ قال: «إنما شاركته على أن البذر من عندك، و عليه السقى و القيام» (١).

إلّا أنّ الاستدلال بهما محلّ نظر، بل منع.

أما الصحيحه فهى أجنبيه عن محلّ الكلام بالمره، إذ ليس فيها أيه دلالة أو إشعار على إخراج البذر من الحاصل، بل هى كسائر نصوص الباب دالّه على إشاعه الحاصل بينهما، كما يقتضيه قوله (عليه السلام): (و ما كان من فضل فهو بينهما). فما أفيد من دلالتها على المدعى غير واضح.

على أننا لو سلّمنا دلالتها على إخراج البذر من الحاصل، كان مقتضاه خروج البذر من الحاصل مطلقاً، سواء اشترط ذلك ضمن العقد أم لم يشترط. و هو مقطوع البطلان، حيث لا قول به بل لا وجه له، فإنه لا يستثنى منه من غير الشرط جزماً و إنما الكلام فى استثنائه على تقدير الاشتراط.

و أما الخبر فهو مضافاً إلى ضعف سنده بإبراهيم الكرخى، حيث لم يرد فيه مدح فضلاً عن التوثيق قاصر الدلالة أيضاً، فإنّ ظاهر قوله (عليه السلام): «إنما شاركته على أن البذر من عندك و عليه السقى و القيام» أنّ النتاج الحاصل إنما هو وليده أمرين معاً، البذر من جهه و العمل من جهه أخرى. و من هنا يكون الحاصل لهما معاً على حد سواء، من غير اختصاص لأحدهما به كلّاً أو بعضاً.

إذن فالاستدلال بهذا الخبر على بطلان

الاشتراط، أولى من الاستدلال به على صحته، فلاحظ.

(١) الوسائل، ج ١٩ كتاب المزارعه و المساقاه، ب ١٠ ح ١.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٢٥٢

أو استثناء مقدار خراج السلطان (١) أو ما يصرف في تعمير الأرض (٢) ثم القسمة. و هل يكون قراره في هذه الصورة مشروطاً بالسلامه كاستثناء الأبطال في بيع الثمار، أو لا؟ وجهان [١] (٣).

[مسألة ٦: إذا شرط مدّه معينه يبلغ الحاصل فيها غالباً]

[٣٤٩٨] مسأله ٦: إذا شرط مدّه معينه يبلغ الحاصل فيها غالباً، فمضت و الزرع باقٍ لم يبلغ، فالظاهر أنّ للمالك الأمر بإزالته بلا أرش، أو إبقاءه و مطالبه الأجره إن رضی العامل بإعطائها. و لا يجب عليه الإبقاء بلا أجره، كما لا يجب عليه الأرش مع إرادته الإزاله، لعدم حقّ للزارع بعد المده، و «الناس مسلّتون على أموالهم» (٤). و لا فرق بين أن يكون

(١) على ما دلّت عليه صحيحه يعقوب بن شعيب المتقدمه و غيرها.

(٢) فيدخل في عنوان الإعمار و الإصلاح المذكورين في الصحيحه المتقدمه.

(٣) كونها محموله على الإشاعه، فيحسب التالف على الشارط و المشروط عليه بالنسبه. و كونها من قبيل الكلّي في المعين، فلا ينقص من الشرط شيء.

و الأول هو الأقوى. فإنّ نسبه المستثنى الحصّه المعينه و المستثنى منه إلى المجموع واحده، فلا يختص أحدهما بملك الشخص و الآخر بملك الكلّي، بل ملكهما معاً على نحو واحد، و الموجود بالفعل مضاف في الملك إليهما على حدّ سواء.

و مما يدلّنا على ذلك، أنه لو تلف جميع الحاصل و لم يبق منه إلّا مقدار البذر أو الشرط، لم يمكن أن يقال بكونه للمشروط له. فإنه مخالف لوضع المزارعه و قانونها حيث إنّ مقتضاها لزوم بقاء مقدار من الناتج لكل منهما بعد إخراج الشرط، بحيث لا يبقى أحد

منهما فاقداً للنصيب مع وجود الحاصل حتى مع الاشتراط. و هو انما ينسجم مع القول بكون الحصه على نحو الإشاعه، لا الكلى فى المعين. و عليه فيتعين القول بها.

(٤) إلاً أنه قد يقال: بأنّ قاعده السلطنه محكومہ لدليل «لا ضرر» فإنّ فى قلع

[١] لا يبعد قرب الوجه الأوّل، فلو تلف نصف الحاصل مثلاً يحسب التالف على المستثنى و المستثنى منه بالنسبه.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٢٥٣

.....

المالك للزرع من دون دفع الأرض إلى العامل ضرراً عليه، حيث يوجب ذهاب عمله أو هو مع البذر على تقدير كونه منه هدراً، فيشمله دليل لا ضرر، و هو حاكم على جميع الأدله بما فى ذلك قاعده السلطنه.

و من هنا فليس للمالك إلزام العامل بقلع الزرع. لكنه حيث لا يذهب مال المسلم هدراً، لم يجب على المالك إبقاؤه فى أرضه مجاناً، بل له مطالبه العامل بأجره الأرض فى الفتره الباقيه.

و بهذا فيكون العامل فى الحقيقه بالخيار، بين دفع اجره مثل الأرض فى الفتره الباقيه للمالك، و بين تنازله عن زرعه و قبوله لقلعه من غير أرش.

لكنك قد عرفت أنّ عند التعرض لقاعده «لا ضرر» أن نفى الضرر فى الإسلام كنفى الحرج و سائر المنفيات و المرفوعات، و ارد مورد الامتنان على الأّمه المرحومه. و من هنا يجب أن يكون الحكم المنفى امتنائياً على جميع المكلفين على حدّ واحد لا البعض دون البعض الآخر، فإنه لو كان فى رفع الحكم امتنان على بعض و ضرر على غيره لم يثبت، لمنافاته للامتنان و التفضل من الشارع المقدّس.

و عليه ففى المقام حيث يكون منع المالك من التصرف فى أرضه و الحجر عليه فى ماله ضرراً عليه، فلا يشمله المقام دليل نفى الضرر،

و لو قلنا بشموله لمثل ذلك، لوجب القول به فيما لو اشتبه أحد فزرع في أرض الغير خطأً، ثم تبين له الحال و لم يرض المالك ببقائه في أرضه. و الحال أنه لا يمكن الالتزام في هذه الصورة بلزوم إبقاء المالك لزراع الغير أو بنائه، و انتفاء سلطنته على ماله.

بل و ينبغي أن يقال به في صورة العمد و الغصب أيضاً، إذ في أمر المالك بالقلع ضرر على الغاصب، و هو مرفوع في الشريعة المقدسه.

و دعوى أن الغاصب بفعله مقدم على الضرر، لعلمه بغصبه و عدم جوازه له و حديث نفى الضرر لا يشمل موارد الإقدام عليه.

مدفوعه بأن الإقدام على الضرر إنما يكون فيما إذا كان فعل المكلف ضرراً بنفسه و قد أقدم عليه مع الالتفات إليه، كما لو باع ماله الذي يسوى بمائه بعشره مع التفاته إلى ذلك. فإنه لا يمكن الحكم حينئذ ببطلان هذه المعامله، أو ثبوت الخيار له، تمسكاً

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٢٥٤

.....

بدليل نفى الضرر، فإن الضرر إنما أتى من قبل نفسه بإقدامه عليه. بل شمول دليل نفى الضرر لمثله يكون على خلاف الامتنان، فإن نقض الشارع لما يختاره المكلف لنفسه لا يعد امتناناً عليه، بل هو على خلاف الامتنان، كما لا يخفى.

و أما إذا لم يكن الفعل بنفسه ضررياً، إلّا أنه كان مقدّمه لحكم شرعي ضرري كان مشمولاً لدليل نفى الضرر جزماً و بلا إشكال فيه، حيث إنّ الضرر إنما جاء من قبل حكم الشارع لا من قبل فعل المكلف نفسه.

و لذا لا يمكن أن يقال بوجوب الغسل أو الوضوء على من يكون استعمال الماء له ضررياً، إذا أجنب نفسه عمدًا أو نقض وضوءه كذلك، بدعوى أنه

هو الذى أقدم عليه. فإنه لم يقدم على الغسل أو الوضوء، و إنما أقدم على مقدمه حكم الشارع بوجوبهما، و الإقدام عليها لا يعتبر إقداماً على الضرر نفسه، بل يبقى الضرر ناشئاً من حكم الشارع خاصة، و إن تحقق موضوعه بفعل المكلف اختياراً.

و الحاصل أنّ مقتضى التمسك بدليل لا ضرر، هو القول بشموله لمورد الغصب أيضاً. فإن الغاصب لم يقدم على الضرر مباشرة، و إنما أقدم على الزرع فى أرض الغير و هو بحدّ نفسه بضررى ليس عليه، و إنّما الضرر يحصل من حكم الشارع بالقلع، فينبغى أن يقال بانتفائه، و الحال أنّ بطلان هذا الحكم يكاد أن يكون من الضروريات.

إذن فالصحيح أن يقال بعدم شمول دليل لا ضرر للمقام، نظراً لمنافاته للامتنان. و حينئذٍ فمقتضى دليل السلطنة، جواز إلزام المالك له بالقلع من غير ضمان.

و هل للمالك مباشرة إزاله الزرع بنفسه، أم لا؟

قيل بالأوّل، لأنه لما كان له إلزام العامل بالقلع، كان له مباشرة ذلك بنفسه.

و فيه: أنه لا ملازمه بين الأمرين، فله أن يطالبه بالإزالة و ليس له تصديه لذلك فإنه إتلاف لمال الغير بلا موجب.

و لذا لو دخل حيوان الغير إلى داره، كان للمالك إلزامه بإخراجه و لو بذبحه عند تعذّر إخراجه حيناً. و ليس له مباشرة ذلك بنفسه، و لو فعل كان ضامناً له، لأنه تصرف فى مال الغير و إتلاف له من غير رضاه.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٢٥٥

□
ذلك بتفريط الزارع أو من قبل الله (١) كتأخير المياه أو تغيير الهواء.

و قيل بتخيره بين القلع مع الأرش، و البقاء مع الأجره. و فيه: ما عرفت (٢) خصوصاً إذا كان بتفريط الزارع، مع أنه لا وجه للإلزامه العامل بالأجره بلا

رضاه. نعم، لو شرط الزارع على المالك إبقاءه إلى البلوغ بلا أجره أو معها إن مضت المدّة قبله لا يبعد صحته (٣) و وجوب الإبقاء عليه.

نعم، لو امتنع العامل من القلع، كان له رفع أمره إلى الحاكم الشرعى لإجباره عليه، و عند تعذره يتولاه عدول المؤمنين، و عند تعذرهم يصل الدور إلى نفسه، على ما تقتضيه قواعد المرافعات و مطالبه الحقوق.

(١) إذ لا أثر لذلك في قاعده «سلطنه الناس على أموالهم».

(٢) من كونه منافياً لسلطنه المالك على ماله.

(٣) خلافاً لجملة من الأصحاب، حيث حكموا بفساد الشرط، و آخرون بسرأيته للعقد أيضاً.

و استدللّ للأوّل، بأن إبقاء الزرع بعد المده إذا كان معلقاً على عدم بلوغه فيها حكم ببطلانه لمكان التعليق.

في حين استدللّ للثاني، بأنه لا بدّ في المزارعه من تعيين المده، فإذا ترددت بين الفتره المعينه و ما بعدها إلى حين بلوغ الزرع، حكم ببطلانها لجهاله المدّه.

إلّا أنّ في كليهما نظراً، و ما ذهب إليه الماتن (قدس سره) هو الصحيح. فإنّ مرجع هذا الشرط إنما هو إلى جعل مدّه المزارعه هي فتره بلوغ الحاصل و إدراك الزرع تحقق في المده المعينه فهو، و إلّا فالى حين حصوله. و لا ريب في صحه العقد مع تعيين المده بالبلوغ و إدراك الحاصل، إذ لا يعتبر في عقد المزارعه تعيين المده الزمانيه. و لا تضرّ مثل هذه الجهاله، فإنها إنما تبطل بلحاظ الغرر، و هو منتفٍ في المقام.

و من هنا يظهر الحال في دعوى البطلان من جهه التعليق، فإنه لا- تعليق حقيقه و في الواقع، مضافاً إلى أنه لا دليل على البطلان عند التعليق في التوابع و الشروط.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٢٥٦

[مسألة ٧: لو ترك الزارع بعد العقد و تسليم الأرض إليه]

[٣٤٩٩] مسأله ٧: لو ترك

الزراع الزرع بعد العقد و تسليم الأرض إليه حتى انقضت المدّة، ففي ضمانه اجره المثل للأرض، كما أنه يستقر عليه المسمى في الإجاره. أو عدم ضمانه أصلاً، غايه الأمر كونه آثماً بترك تحصيل الحاصل. أو التفصيل بين ما إذا تركه اختياراً فيضمن، أو معذوراً فلا. أو ضمانه ما يعادل الحصّه المسّمّاه، من الثلث أو النصف أو غيرهما بحسب التخمين في تلك السنه. أو ضمانه بمقدار تلك الحصّه من منفعه الأرض من نصف أو ثلث، و من قيمه عمل الزارع. أو الفرق بين ما إذا اطلع المالك على تركه للزرع فلم يفسخ المعامله لتدارك استيفاء منفعه أرضه فلا يضمن، و بين صوره عدم اطلاعه إلى ان فات وقت الزرع فيضمن، وجوه، و بعضها أقوال [١] (١).

فظاهر بل صريح جماعه الأوّل، بل قال بعضهم يضمن النقص [٢] الحاصل بسبب ترك الزرع إذا حصل نقص. و استظهر بعضهم الثاني. و ربما يستقرب الثالث. و يمكن القول بالرابع. و الأوجه الخامس. و أضعفها السادس.

(١) و قد ذكر بعضهم وجهاً سابعاً، هو ضمان العامل للمالك قيمه العمل، لأنه قد ملكه عليه بعقد المزارعه، فإذا أتلفه بتركه ضمنه بقيمته.

و التحقيق أن يقال: إنّ الأصل في المقام يقتضى القول الثاني، أعنى عدم الضمان مطلقاً. فإنّ إثبات الضمان يحتاج إلى الدليل، و إلّا فمقتضى الأصل العدم.

و من هنا فلا بدّ من ملاحظه الوجوه المذكوره، و ما يمكن أن يقال في توجيهها.

فنقول: أما ضمان العامل لقيمته العمل كلا كما هو الوجه الأخير، أو بعضاً على ما هو مختار المصنف (قدس سره)، فلا وجه له بالمرّه. فإنّ عقد المزارعه على ما يستفاد من نصوصها ليس إلّا معامله بين طرفين، على أن يبذل أحدهما الأرض و

[١] الظاهر هو التفصيل بين ما إذا كانت الأرض بيد الزارع و ما إذا كانت بيد المالك، و على الثانى فقد يطلع المالك على ترك العامل للزرع و قد لا- يطلع إلى فوات وقته، ففى الصورة الأولى و الثالثه يثبت الضمان على العامل لأجره المثل، و لا ضمان فى الثانیه.

[٢] و لعله هو الصحيح على التفصيل المزبور آنفاً.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٢٥٧

.....

العمل و اشتراكهما فى الحاصل، و من دون أن يكون كل منهما مالكاً على الآخر شيئاً. فليس صاحب الأرض مالكاً للعمل على المزارع، كما لا يملك هو منفعه الأرض على صاحبها، بل كل منهما يبذل الذى عليه من الأرض أو العمل مجاناً و بإزاء لا شىء، إلا الشركه فى النتيجة و الحاصل.

و ما ذكرناه فيما لو كان البذر من العامل أوضح مما لو كان من صاحب الأرض فإنه حينئذٍ إنما يعمل فى بذره و يكون عمله له، غاية الأمر أنه يجعل نصيباً من الحاصل للمالك بإزاء تصرفه فى أرضه. و معه فما معنى أن يقال بأن المالك يملك على المزارع العمل، فإنه لم يعمل إلا لنفسه.

لكن هذا لا يعنى خفاء الحكم فيما لو كان البذر من صاحب الأرض، فإنّ الحال فيه هو الحال فى فرض كون البذر من المزارع، لأنه إنما يعمل لكى يكون النصيب المعين و الحصه المفروضه من الحاصل له، لا- أن تكون له منفعه الأرض، كى يقال بأن المالك يملك عليه بإزاء ذلك العمل.

و أما الضمان من جهه الأرض فلا بدّ فيه من التفصيل، بين ما لو سلّمها المالك إليه بحيث كانت تحت يد المالك، و بين ما لو خلى السبيل بينها و بين العامل.

ففى الأول، لا بدّ

من الحكم بالضمان، للقاعده. فإنَّ تصرف العامل في الأرض بالاستيلاء عليها تصرّف عدواني، لفقده إذن المالك و رضاه، لأنه إنما أذن له في الاستيلاء عليها مقيداً بالعمل فيها، فإذا لم يعمل كما هو المفروض كان استيلاؤه فاقداً لرضاه، فيحكم بالضمان لا محاله، حاله في ذلك حال سائر موارد الغصب. من غير فرق في الحكم بين علم المالك بالحال و جهله به، و بين كون ترك العمل لعذر و عدمه، فإنَّ الضمان بقاعده اليد غير مشروط بجهل المالك أو عدم العذر للمستولي.

بخلاف الثاني، حيث يختص ضمانه بفرض جهل المالك بالحال. فإنه لا مجال لإثبات الضمان في هذا الفرض بقاعده اليد إذ المفروض بقاؤها تحت يد المالك، و إنما لا بدّ في إثباته من التمسك بقاعده الإلتلاف، و مقتضاها اختصاص الضمان بفرض جهل المالك بالحال حتى فوات أوان الزراعة، فإنه حينئذٍ يستند تلف المنفعة إلى ترك

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٢٥٨

ثمّ هذا كلّه إذا لم يكن الترك بسبب عذر عام، و إلّا فيكشف عن بطلان المعامله (١).

و لو انعكس المطلب، بأن امتنع المالك من تسليم الأرض بعد العقد، فللعامل الفسخ (٢). و مع عدمه، ففي ضمان المالك ما يعادل حصّته من منفعة الأرض، أو ما يعادل حصّته من الحاصل بحسب التخمين، أو التفصيل بين صورته العذر و عدمه أو عدم الضمان حتى لو قلنا به في الفرض الأوّل، بدعوى الفرق بينهما، وجوه [١] (٣).

الزارع للزراعة فيها، إذ لو كان عالماً بالحال لاستند الفوات إلى تركه المالك الانتفاع بأرضه، بعد علمه بترك العامل للعمل في أرضه.

إذن فالصحيح في المقام هو التفصيل على النحو الذي ذكرناه، من الفرق بين ما لو كانت الأرض تحت يد العامل فيضمن

منفعتها مطلقاً، و بين ما لو كانت تحت يد المالك فالتفصيل بين علمه بالحال و جهله به، فيضمن في الأوّل دون الثاني.

ثمّ إنّ مما ذكرنا يظهر الحال في الآثار المترتبة على ترك الزرع، كما لو فرضنا تضرّر الأرض بذلك، فإنّ العامل يضمنه مضافاً إلى ضمان المنفعة، على التفصيل المتقدم حرفاً بحرف.

(١) لما تقدّم من اعتبار إمكان الزراعه، إذ مع عدمه لا معنى لإيقاع عقد تكون نتيجته الاشتراك في الحصول.

و عليه فلا ضمان في المقام، فإنّ العين أمانه في يده، و فوات المنافع غير مستند إليه.

(٢) بموجب خيار عدم التسليم، و معه يفرض العقد كأن لم يكن.

خويي، سيد ابو القاسم موسوي، موسوعه الإمام الخوئي، ٣٣ جلد، مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئي، قم - ايران، اول، ١٤١٨ هـ ق

موسوعه الإمام الخوئي؛ ج ٣١، ص: ٢٥٨

(٣) أقواها الأخير.

و يظهر وجهه مما تقدّم. فإنّ ضمان العامل لمنفعة الأجره إنما كان بملاك قاعده اليد عند استيلائه على الأرض، أو قاعده الإلتلاف عند جهل المالك بالحال مع عدم استيلاء العامل عليها. و حيث أنه لا شىء منهما متحقّق في المقام، إذ المالك لم يفوّت

[١] أقربها الأخير.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٢٥٩

[مسألة ٨: إذا غصب الأرض بعد عقد المزارعه غاصب و لم يمكن الاسترداد منه]

[٣٥٠٠] مسألة ٨: إذا غصب الأرض بعد عقد المزارعه غاصب و لم يمكن الاسترداد منه، فإن كان ذلك قبل تسليم الأرض إلى العامل تخيّر بين الفسخ و عدمه (١)، و إن كان بعده لم يكن له الفسخ (٢).

و هل يضمن الغاصب تمام منفعه الأرض في تلك المدة للمالك فقط. أو يضمن له بمقدار حصّته من النصف أو الثلث من منفعه الأرض، و يضمن له أيضاً قيمه حصّته من عمل العامل حيث فوّته عليه، و يضمن للعامل أيضاً مقدار

حصّته من منفعة الأرض؟ وجهان [١] (٣). و يحتمل ضمانه لكلّ منهما، ما يعادل حصّته من الحاصل بحسب التخمين.

على العامل شيئاً، لأنه لم يكن يملك حصّته من منفعة الأرض على ما عرفت بيانه مما تقدّم، باعتبار أنّ عقد المزارعه مبنّى على بذل كل من الطرفين ما يجب عليه مجاناً بإزاء اشتراكهما في النتيجة خاصة، فلا وجه للحكم بضمانه لحصّته من منفعة الأرض. و أوضح من ذلك في الفساد القول بضمانه للحصه من الحاصل تخميناً، فإنها ليست مملوكة للعامل بالفعل كي يضمنها المالك له.

نعم، إنه كان سيملكها على تقدير ظهورها، و قد منع المالك من تحققها برفع موضوعها، إلّا أنه غير موجب للضمان جزماً.

و ممّا تقدّم يظهر الحال في التفصيل بين العذر و غيره، فإنه لا موجب له بالمرّه، بعد عدم شمول دليل الضمان للمقام.

نعم، المالك آثم بتركه التسليم، لامتناعه عما هو واجب عليه.

(١) لما تقدّم من ثبوت الخيار عند عدم التسليم.

(٢) لتمايمه العقد به.

(٣) ظهر مما تقدّم في المسألة السابقة، أن الأقوى في المقام هو القول الأوّل. فإنّ العامل لا يملك شيئاً من منفعة الأرض كي يضمن له نتيجة لفواته بالغصب بموجب

[١] أقربهما الأوّل.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٢٦٠

[مسألة ٩: إذا عيّن المالك نوعاً من الزرع]

[٣٥٠١] مسألة ٩: إذا عيّن المالك نوعاً من الزرع، من حنطه أو شعير أو غيرهما، تعيّن و لم يجز للزارع التعدي عنه (١).

و لو تعدّى إلى غيره [١]، ذهب بعضهم إلى أنه إن كان ما زرع أضرّ مما عيّنه المالك، كان المالك مخيّراً بين الفسخ و أخذ اجره المثل للأرض، و الإمضاء و أخذ الحصّه من المزروع مع أرش النقص الحاصل من الأضرّ. و إن كان أقلّ ضرراً لزم و أخذ الحصّه منه. و قال

بعضهم يتعين أخذ أجره المثل للأرض مطلقاً، لأن ما زرع غير ما وقع عليه العقد، فلا يجوز أخذ الحصه منه مطلقاً.

و الأقوى (٢) أنه إن علم أنّ المقصود مطلق الزرع و أنّ الغرض من التعيين

قاعده الإلتلاف، كما أنّ المالك لا يملك شيئاً من عمل العامل كى يضمن له بالإلتلاف أيضاً، فإنّ كلا منهما متبرع بالذى عليه للاشتراك فى النتيجة.

و من هنا يظهر الحال فى الوجه الأخير أيضاً. فإنه لا معنى لضمنان الغاصب ما لم يكن لمملوك بالفعل، فإنّ الضمان إنما يختص بما يعد مآلاً بالفعل، و أما ما سيكون كذلك فى المستقبل فلا يثبت الضمان برفع موضوعه و المنع من تحقيقه، كما هو واضح.

إذن فالصحيح هو ضمان الغاصب للمالك خاصه منفعه أرضه الفائته بالغصب لعموم قاعده الضمان للمنافع كالأعيان.

(١) لوجوب الوفاء بالعقد عليه، و انتفاء الإذن فى التصرف فى غيره.

(٢) بل الأقوى هو ان يقال: إنه قد يفرض انكشاف الحال للمالك بعد تماميه الزرع

[١] الصحيح أن يقال: إنه إذا علم به بعد بلوغ الحاصل فليس له إلّا المطالبه بأجره مثل المنفعه الفائته من الأرض، و أمّا الحاصل فهو للعامل إن كان البذر له، و إن كان للمالك فله المطالبه ببدله أيضاً، و على تقدير البذل كان الحاصل للعامل أيضاً و ليست له مطالبه المالك بأجره العمل مطلقاً، و إذا علم به قبل بلوغ الحاصل فله المطالبه ببدل المنفعه الفائته و إلزام العامل بقلع الزرع أو إبقائه بالأجره أو مجاناً إذا كان البذر له، و أمّا إذا كان للمالك فله المطالبه ببدل المنفعه الفائته و بدل البذر أيضاً، فإن دفع بدله كان حكمه حكم ما إذا كان البذر له من أول الأمر، هذا كلّه إذا

كان التعيين بعنوان التقييد، و أما إذا كان بعنوان الاشتراط فإن تنازل المالك عن شرطه فهو، وإلا فسخ العقد و جرى عليه حكم التقييد.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٢٤١

.....

الذى تعدى الزارع به و بلوغ الحاصل، و قد يفرض انكشافه فى أثناء العمل و قبل بلوغ النتاج.

ثم و على كلا التقديرين، إما أن يكون ما عينه المالك على نحو التقييد، و إما أن يكون على نحو الشرطيه، فإنه أمر ممكن و إن كان على خلاف المرتكزات العرفيه حيث إنها قائمه على كون التعيين على نحو التقييد و إن كان ظاهره هو الاشتراط.

فإن كان على نحو التقييد، فحيث إن ما وقع عليه العقد لم يتحقق فى الخارج و ما تحقق لم يتعلق به العقد، كان الزارع بتصرفه هذا معتدياً و متصرفاً فى مال الغير بغير إذنه، و بذلك يضمن ما يستوفيه من منفعه الأرض. و ليس هناك ضمان آخر لهذه المنفعة غير هذا الضمان، فإن المنفعة الواحده لا يكون لها إلا ضمان واحد، و سيأتى مزيد توضيح له إن شاء الله.

هذا كله فيما يتعلق بضمان الأرض و استيفاء الزارع لمنفعتها.

و أمّا البذر فإن كان للمالك، فله أن يسقط ضمان العامل الثابت عليه بوضعه ليده عليه بغير إذنه، و بذلك فيكون له جميع الحاصل، على ما تقتضيه قاعده تبعيه النتاج للبذر. كما أن له مطالبه العامل بالبذر، لأنه قد أتلفه عليه بالزرع، فإذا بذله له و خرج عن عهده ملك الحاصل قهراً تبعاً للبذر، على ما يقتضيه بناء العقلاء و يساعد عليه الارتكاز العرفى، فإنهم يعاملون مع المؤدى لبذل التالف معامله المالك له بقاءً، على ما ذكرناه مفصلاً فى مسأله ضمان الأيدى المتعدده من مباحث المكاسب.

هذا

كله فيما إذا انكشف الحال للمالك بعد تماميه الزرع و بلوغ الحاصل. و أما إذا كان ذلك في أثناء المدّه، فالأمر كما تقدّم بالقياس إلى المده الفائته، فإن العامل يضمن له اجره مثل أرضه في تلك الفتره.

و أمّا البذر فإن كان للعامل، فللمالك إزمه بتخليه أرضه و إخراج بذره كيفما كان و ليس للعامل إزمه ببقائه في أرضه في مقابل الأجره فضلاً عن المجانيه.

و إن كان للمالك فالكلام فيه هو الكلام فيما لو انكشف الحال له بعد تماميه الزرع و بلوغ الحاصل حرفاً بحرف. فإنّ له أن يسقط ضمان العامل و يرضى ببقائه في ملكه

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٢٦٢

ملاحظه مصلحه الأرض و ترك ما يوجب ضرراً فيها، يمكن أن يقال أنّ الأمر كما ذكر من التخيير بين الأمرين في صوره كون المزروع أضرباً و تعين الشركه في صوره كونه أقلّ ضرراً. لكن التحقيق مع ذلك خلافه.

و إن كان التعيين لغرض متعلق بالنوع الخاص لا لأجل قله الضرر و كثرته فإما أن يكون التعيين على وجه التقييد و العنوانيه، أو يكون على وجه تعدّد المطلوب و الشرطيه (١).

فعلى الأوّل، إذا خالف ما عيّن فبالنسبه إليه يكون كما لو ترك الزرع أصلاً حتى انقضت المدّه، فيجرى فيه الوجوه الستة المتقدمه في تلك المسأله (٢). و أمّا

فيكون الحاصل له. و له أن يطالب العامل بضمانه، و بعده فله الخيار أيضاً، بين رضاه ببقائه في قبال الأجره، أو أمره بالقلع من غير أرش.

ثمّ إنّ هذا كله فيما إذا كان التعيين على نحو التقييد. و أما لو كان على نحو الاشتراط خلافاً للمرتكزات العرفيه بالتصريح أو القرينه، فالمالك بالخيار بين إسقاط شرطه و رضاه بالمزروع بالفعل، فيكون

الحاصل على ما قرراه فى العقد. و بين فسخ العقد من جهه تخلف الشرط، و حينئذ فيكون حاله حال التقييد، حيث يفرض العقد كأن لم يكن، و بذلك فيضمن العامل اجره مثل الأرض، لتصرفه فيها بغير إذن مالكةا.

و حكم البذر ما تقدم من التفصيل بين كونه للمالك أو العامل تماماً، فراجع.

(١) تقدم منّا غير مرّه، أنّ ذلك و إن كان ممكناً فى حدّ ذاته، إلّا أنه على خلاف المرتكزات العرفيه جداً. فإنّ الاشتراط فى الكلى بملاحظتها تقييد لها لا محاله، و إن كان ظاهر التعبير هو الشرطيه، فإنّ معناه كون مورد العقد خصوص الحصّه المعينه من الزرع دون الطبيعى أينما سرى.

نعم، ما يؤخذ فى الأعيان الخارجيه كالكتابه فى العبد، يكون شرطاً لا محاله و إن ذكر بنحو القيديه، إذ لا مجال لتصور الإطلاق فيها كى يتصور التقييد.

(٢) و قد عرفت أن أقواها هو ضمان العامل لمنفعه الأرض، فيما إذا كان قد استلمها من المالك بحيث أصبحت تحت سلطانه، أو كان المالك جاهلاً بالحال.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٢٦٣

بالنسبه إلى الزرع الموجود، فإن كان البذر من المالك فهو له، و يستحق العامل اجره عمله (١) على إشكال فى صورته علمه بالتعيين و تعمده الخلاف، لإقدامه حينئذ على هتك حرمة عمله. و إن كان البذر للعامل كان الزرع له، و يستحق المالك عليه أجره الأرض مضافاً (٢) إلى ما استحقه من بعض الوجوه المتقدمه. و لا يضرّ استلزامه الضمان للمالك من قبل أرضه مرتين على ما بيناه فى محلّه، لأنه من جهتين، و قد ذكرنا نظير ذلك فى الإجاره أيضاً.

□

(١) و الذى أظنه و الله العالم أنه (قدس سره) قد غفل عما أفاده فى غير مورد

من عدم استحقاق العامل للأجره عند علمه بفساد العقد.

فإن ما أفاده (قدس سره) في تلك الموارد وإن لم يكن تاماً في نفسه، لما عرفته من عدم مدخليه العلم بالفساد في ارتفاع الضمان لعدم ملازمته للتبرع و قصد المجانيه، إلّا أنه و على تقدير تماميته إنما يختص بما إذا كان صادراً عن أمر الغير، كالإجاره الفاسده و نحوها. و أما إذا لم يكن العمل واقعاً عن أمر الغير، فلا وجه لأن يقال بأنّ للعامل أجره مثل عمله على الغير فيما إذا كان جاهلاً بالحال، فإنه لم يكن قد صدر عن أمره كي يكون ضامناً له.

فالصحيح هو الحكم بعدم الضمان مطلقاً، سواء أ كان العامل عالماً أم جاهلاً.

(٢) و فيه: أنّ الضمان من جهه الترك لم يكن ضمناً من جهه الحاصل أو عمل العامل في الأرض، و إنما كان ضمناً من جهه تفويته لمنفعه الأرض، تمسكاً بقاعده اليد أو الإلتاف.

و حيث أنّ في المقام لا شىء وراء الاستيفاء، حيث لم يفت من المالك إلّا منفعه أرضه، سواء استوفاهها العامل بزرع بذره أم لا، فلا وجه للضمان الثانى. فإن من يغصب الدار أو غيرها لا يضمن منفعتها إلّا بضمان واحد سواء أسكنها أم لا، و ليس عليه مضافاً إلى ذلك على تقدير سكنه فيها أجره المثل لتلك المده.

و من هنا يظهر أنّ قياسه (قدس سره) للمقام على الإجاره، فيما إذا استأجر العين لاستيفاء منفعه معينه كالدابه للركوب عليها إلى كربلاء مثلاً فترك ذلك و ركبها إلى

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٢٦٤

و على الثانى، يكون المالك مخيراً (١) بين أن يفسخ المعامله لتخلف شرطه فيأخذ أجره المثل للأرض (٢) و حال الزرع الموجود حينئذٍ ما ذكرنا

من كونه لمن له البذر، و بين أن لا يفسخ و يأخذ حصّته من الزرع الموجود بإسقاطه حق شرطه و بين أن لا يفسخ و لكن لا يسقط حق شرطه أيضاً (٣) بل يغرم العامل على بعض الوجوه الستة المتقدّمة. و يكون حال الزرع الموجود كما مرّ من كونه لمالك البذر.

[مسألة ١٠: لو زارع على أرض لا ماء لها فعلاً]

[٣٥٠٢] مسأله ١٠: لو زارع على أرض لا- ماء لها فعلاً، لكن أمكن تحصيله بعلاج من حفر ساقيه أو بئر أو نحو ذلك فإن كان الزارع عالمًا بالحال صحّ و لزم (٤) و إن كان جاهلاً كان له خيار الفسخ (٥). و كذا لو كان الماء مستولياً

الكوفه، حيث يضمن المنفعتين معاً، قياس مع الفارق.

فإنّ المنفعتين في باب الإجاره لما كانتا متضادتين و جب ضمانهما معاً، فإنه يضمن الأجره المسماه بإزاء ملكيته لمنفعه ركوب الدابه إلى كربلاء و التي فوّتها على نفسه بتركه لها اختياراً، كما يضمن منفعه ركوبها إلى الكوفه لاستيفاء منفعه لم يكن يملكها.

و أين هذا من المقام، حيث تنحصر الفائده بالتي فوّتها العامل على المالك تاره بالاستيفاء و اخرى مع عدمه؟

(١) لتعليقه التزامه بالعقد على التزام الآخر بالزرع المعين، فمع عدمه ثبت له الخيار.

و قد تقدّم الكلام غير مرّه في حقيقه الشرط و بيانها.

(٢) حيث يفرض العقد حينئذٍ كالعدم، و من هنا فيترتب عليه ما ذكر في فرض التقييد.

(٣) هذا الاحتمال لا- وجه له بالمره، بعد ما عرفت مراراً من أنّ الاشتراط لا- يؤثر إلّا في ثبوت الخيار عند تخلفه، فهو إما أن يفسخ، و إما أن يبقى العقد على حاله.

(٤) لتماميه أركان العقد و انتفاء المانع.

(٥) لانتفاء شرط ضمنى، هو إمكان زرع الأرض بلا مئونه خارجه عن فعل

عليها و أمكن قطعه عنها. و أما لو لم يمكن التحصيل في الصورة الأولى أو القطع في الثانية، كان باطلاً (١) سواء كان الزارع عالماً أو جاهلاً (٢). و كذا لو انقطع في الأثناء و لم يمكن تحصيله، أو استولى عليها و لم يمكن قطعه. و ربّما يقال بالصحة مع علمه بالحال (٣). و لا وجه له (٤) و إن أمكن الانتفاع بها بغير الزرع لاختصاص المزارعه بالانتفاع بالزرع (٥).

الزرع، فإنه أمر مفروغ عنه، فبتخلفه يثبت للزارع الخيار إذا كان جاهلاً بالحال.

(١) لما تقدّم في الشرط السابع من اعتبار إمكان الزرع في صحه المزارعه، إذ بدونه لا معنى للاتفاق على كون الحاصل بينهما بالنسبة المعيّنه، فإنه لغو محض.

(٢) و ذلك لأنّ اعتبار إمكان الزرع شرط واقعي في صحه العقد، و من هنا فلا يختلف الحال فيه بين صورتى العلم و الجهل.

(٣) نسب ذلك إلى المحقّق و العلّامه (قدس سرهما) «١».

(٤) لما عرفت من كون شرطيه إمكان الزراعه واقعيه لا تتأثر بالعلم و الجهل.

نعم، لا يبعد حمل كلامهما (قدس سرهما) على الصورة الأولى، أعنى إمكان إيصال الماء إلى الأرض أو قطعه عنها. فيلتزم فيها بالتفصيل، بين علم العامل بالحال فتصحّ و جهله به فتبطل.

إلّا أنه يشكل أيضاً من جهة أنّ الجهل إنما يقتضى ثبوت الخيار، فلا موجب للحكم بالبطلان، كما عن الإرشاد «٢».

و الحاصل أنّ ما أفاده (قدس سرهما) لا يمكن المساعده عليه على كلا التقديرين عمومه لصوره إمكان تحصيل الماء و عدمها، و اختصاصه بصوره الإمكان.

(٥) على ما تقتضيه حقيقه المزارعه و يتقوّم به مفهومها.

(١) شرائع الإسلام ٤: ٣٤٢ ٣٤٣ شرح عبد الزهراء الحسينى.

(٢) مختلف الشيعة ٦: ١٥٤.

نعم، لو استأجر أرضاً للزراعة مع علمه بعدم الماء، و عدم إمكان تحصيله أمكن الصحة، لعدم اختصاص الإجاره بالانتفاع بالزرع، إلا أن يكون على وجه التقييد (١) فيكون باطلاً أيضاً.

[مسألة ١١: لا فرق في صحة المزارعه بين أن يكون البذر من المالك]

[٣٥٠٣] مسأله ١١: لا فرق في صحة المزارعه بين أن يكون البذر من المالك، أو العامل، أو منهما (٢).

(١) بأن استأجر أرضاً للزراعة خاصه. فإنه حينئذٍ إن أمكن الانتفاع بها في الزراعة بالعلاج، فالتفصيل المتقدم من حيث علم المستأجر بالحال و جهله به. و إن لم يمكن فالحكم بالبطلان رأساً، لانكشاف عدم تملك صاحبها للمنفعه التي ملكها بالعقد للمستأجر.

(٢) بلا خلاف فيه و فيما يليه من الأركان بين الأصحاب. و يستفاد من ضمّ بعض النصوص إلى بعضها الآخر.

ففي صحيحه سماعه، قال: سألته عن مزارعه المسلم المشرك، فيكون من عند المسلم البذر و البقر و تكون الأرض و الماء و الخراج و العمل على العلق، قال: «لا بأس به» «١».

حيث فرض فيها كون البذر و البقر خاصه على المزارع، و مع ذلك حكم (عليه السلام) بالصحة.

و حمل هذه المعامله على معاملة مستقله عن المزارعه و في قبالتها، فلا تدلّ على الجواز فيما نحن فيه؛ حمل لا موجب له، و لا سيما بعد أخذ عنوان المزارعه فيها صريحاً.

و الحاصل أنّ المستفاد منها، أنه لا يعتبر في المزارعه كون العمل على المزارع فيجوز أن يكون على صاحب الأرض.

و في صحيحته الأخرى: قال: سألته عن المزارعه، قلت: الرجل يبذر في الأرض

(١) الوسائل، ج ١٩ كتاب المزارعه و المساقاه، ب ١٢ ح ١.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٢٦٧

.....

مائه جريب أو أقل أو أكثر طعاماً أو غيره، فيأتيه رجل فيقول: خذ مني نصف ثمن هذا البذر الذي زرعت في

الأرض، و نصف نفقتك عليّ، و اشركني فيه. قال: «لا بأس» «١».

حيث دلت على جواز كون نصف البذر من مالك الأرض.

و هي و إن كانت وارده في جواز ذلك بعد الزرع، إلّا أنها تكفي لإثبات الجواز قبله أيضاً، فإنه إذا أجاز ذلك بعد الزرع، جاز قبله بطريق أولى.

□
و يؤيدهما رواية إبراهيم الكرخي، قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): أشارك العلج، فيكون من عندى الأرض و البذر و البقر و يكون على العلج القيام و السقى (و السعى) و العمل فى الزرع حتى يصير حنطه أو شعيراً، و تكون القسمة، فيأخذ السلطان حقه و يبقى ما بقى على أنّ للعلج منه الثلث و لى الباقي، قال: «لا بأس بذلك». قلت: فلى عليه أن يردّ عليّ مما أخرجت الأرض البذر و يقسم ما بقى؟ قال: «إنما شاركته على أنّ البذر من عندك، و عليه السقى و القيام» «٢».

و هي و إن كانت صريحه فى كون البذر و البقر على صاحب الأرض، إلّا أنها ضعيفه السند بإبراهيم الكرخي حيث لم يرد فيه مدح فضلاً عن التوثيق، فلا مجال للاعتماد عليها.

و الحاصل إنّ الاستفادة من ضمّ النصوص بعضاً إلى بعض، أنه لا يعتبر فى مفهوم عقد المزارعه إلّا اشتراك الطرفين فى الأركان الأربعة لهذه المعاملة فى الجملة، من غير اختصاص لأحدهما بشىء معين من حيث النوع و الكمية.

□
هذا و لكن الاستفادة من صحيحه يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله (عليه السلام) فى حديث قال: سألته عن المزارعه، فقال: «النفقه منك، و الأرض لصاحبها فما أخرج الله من شىء قسم على الشطر، و كذلك أعطى رسول الله (صلّى الله عليه و آله و سلم) خبير حين أتوه، فأعطاهم

(١) الوسائل، ج ١٩ كتاب المزارعه و المساقاه، ب ١٣ ح ١.

(٢) الوسائل، ج ١٩ كتاب المزارعه و المساقاه، ب ١٠ ح ١.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٢٦٨

.....

أخرجت» «١». اعتبار كون النفقه على العامل، لانه (عليه السلام) إنما ذكر ذلك في جواب السؤال عن حقيقه المزارعه، فيكون ظاهراً في الحصر.

و من هنا فتصطدم مع الصحيحتين المتقدمتين.

إلّا أنه لا بدّ من رفع اليد عن ظهورها هذا، و حملها على بيان المزارعه الخارجيه التي صدرت من النبي (صلّى الله عليه و آله و سلم) لا مطلق العقد، بأن يقال إنّ العقد الذي أوقعه النبي (صلّى الله عليه و آله و سلم) مع يهود خيبر كان على هذا النحو، و إلّا فمفهوم المزارعه غير متقوم به، كما يشهد له قوله (عليه السلام) في ذيلها: «و كذلك أعطى رسول الله (صلّى الله عليه و آله و سلم) خيبر».

و ذلك لصراحه الصحيحتين المتقدمتين في عدم اعتباره، و جواز كونها على صاحب الأرض.

هذا مضافاً إلى تسالم الأصحاب، حيث لم ينقل الخلاف في جوازه من أحد الأصحاب مطلقاً.

أضف إلى ذلك كله إطلاقات أدلّه المزارعه فإنها شامله للمقام، حيث إنّ مفهومها لا يتقوم إلّا بالاشتراك في الزرع و تحصيل النماء، من غير تخصيص لأحدهما بشيء و صاحبه بآخر. كما هو الحال في المزارعات الخارجيه، فإنها تختلف باختلاف البلاد و المناطق، فقد يكون المتعارف في مكان كون البذر على العامل، في حين يكون المتعارف في مكان آخر هو العكس. فيتبع في كل منطقه ما هو المتعارف فيها عند الإطلاق، و إلّا فما اتفقا عليه.

و هذا ديدن المزارعين فعلاً و عليه سيرتهم متصلًا بزمان المعصوم (عليه

السلام) فيكشف ذلك كله عن عدم تقوّم مفهوم المزارعه بكون شىء بخصوصه على أحدهما بعينه.

إذن: فلا بدّ من حمل صحيحه يعقوب على المزارعه الخارجيه التي وقعت بين النبي (صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ) و اليهود، بأن يقال إنها كانت على الوصف المذكور فى الصحيحه و إلّا فظاهرها لا يمكن الالتزام به.

(١) الوسائل، ج ١٩ كتاب المزارعه و المساقاه، ب ١٠ ح ٢.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٢٦٩

و لا بدّ من تعيين ذلك (١) إلّا أن يكون هناك معتاد ينصرف إليه الإطلاق (٢). و كذا لا فرق بين أن تكون الأرض مختصّه بالمزارع، أو مشتركه بينه و بين العامل. و كذا لا يلزم أن يكون تمام العمل على العامل، فيجوز كونه عليهما. و كذا الحال فى سائر المصارف.

و بالجمله هنا أمور أربعة: الأرض، و البذر، و العمل، و العوامل. فيصحّ أن يكون من أحدهما أحد هذه و من الآخر البقيه، و يجوز أن يكون من كل منهما اثنان منها، بل يجوز أن يكون من أحدهما بعض أحدها و من الآخر البقيه، كما يجوز الاشتراك فى الكلّ. فهى على حسب ما يشترطان.

و لا يلزم على من عليه البذر دفع عينه، فيجوز له دفع قيمته. و كذا بالنسبه إلى العوامل. كما لا يلزم مباشره العامل بنفسه، فيجوز له أخذ الأجير على العمل، إلّا مع الشرط.

[مسألة ١٢: الأقوى جواز عقد المزارعه بين أزيد من اثنين]

[٣٥٠٤] مسألة ١٢: الأقوى جواز عقد المزارعه بين أزيد من اثنين (٣) بأن تكون الأرض من واحد، و البذر من آخر، و العمل من ثالث، و العوامل من رابع.

(١) على ما تقدّم بيانه فى الشرط العاشر.

(٢) فإنّ الإيكال إليه و عدم التعيين نوع من التعيين.

(٣) الكلام فى هذه المسألة يقع

فى مقامين:

الأول: فى تعدد العامل، أو المالك، أو هما معاً.

الثانى: فى اشتراكهما مع غيرهما.

أمّا المقام الأول: فلا ينبغى الإشكال فى صحته، إذ لا يعتبر فى العقد انحصار أطرافه بين اثنين خاصه، فيجوز كون الشىء الواحد مشتركاً بين أكثر من اثنين، من حيث ملك العين أو المنفعه أو الانتفاع، و هو أمر طبيعى جداً يقع فى الخارج كثيراً. و من هنا فيحكم بصحة عقد المزارعه عليها، حاله فى ذلك حال سائر العقود.

و كيف كان، فالظاهر أنه لا خلاف فى صحه الاشتراك فى الأرض، و صحه المزارعه على الأرض المشتركة.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٢٧٠

.....

□

و من غير البعيد دعوى كون إعطاء النبى (صلّى الله عليه و آله و سلم) لأرض خبير لليهود مزارعه من هذا القبيل، إذ من البعيد جداً دعوى اختصاص كل قطعه منها بشخص بعينه، إذ الأراضى غالباً ما تكون مشتركه بين جماعه بسبب الإرث أو غيره.

بل لا يبعد دعوى كون الغالب فى العامل هو التعدد.

و أمّا المقام الثانى: فقد ذهب الماتن (قدس سره) و جماعه إلى الجواز و الصحه بدعوى صدق المزارعه عليه، و شمول الإطلاقات له. فى حين اختار صاحب المسالك (قدس سره) و جماعه البطلان، لوجهين:

الأول: دعوى لابدئيه تركب العقد من طرفين الموجب و القابل خاصه.

و قد أجاب عنه الماتن (قدس سره) بأنه أول الدعوى. و الأمر كما أفاده (قدس سره)، حيث لم يرد دليل على اعتبار ذلك، بل العقد قد يكون بين أكثر من اثنين، كما هو الحال فى الشركه.

الثانى: ما ذكره فى المسالك من أنّ العقود توقيفيه، فلا بدّ من الاقتصار فى الحكم بصحتها على ما دلّ عليه النصّ، و حيث إنّه مفقود فى المقام، فلا محيص عن الحكم

بالبطلان.

و ما أفاده (قدس سره) في محله جداً، لما عرفت من توقّف صحه هذه العقود على الدليل الخاص و عدم إمكان إثباتها بالعمومات، و حيث لم يرد في شيء من النصوص الحكم بالصحة في المزارعه المعقوده بين أكثر من طرفين الموجب و القابل فلا بدّ من الحكم بفساده للقاعده.

نعم، بناءً على ما اختاره الماتن (قدس سره) من شمول العمومات للمقام، فلا بأس بالحكم بالصحة هنا. إلا أنك قد عرفت ما فيه. و أنها لا تشمل العقود التي تتضمن تمليك المعدوم بالفعل، و لذا لم نعهد فقيهاً التزم بصحة ذلك في غير هذه الموارد.

إذن فالصحيح في المقام هو ما ذهب إليه الشهيد (قدس سره) في (المسالك) حيث لا إطلاق للأدله الوارده في المقام يشمل هذا العقد، و العمومات قاصره في نفسها.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٢٧١

بل يجوز أن يكون بين أزيد من ذلك، كأن يكون بعض البذر من واحد، و بعضه الآخر من آخر، و هكذا بالنسبه إلى العمل و العوامل؛ لصدق المزارعه، و شمول الإطلاقات، بل تكفي العمومات [١] العامه (١).

فلا وجه لما في (المسالك) من تقويه عدم الصحة (٢) بدعوى أنها على خلاف الأصل، فتتوقف على التوقيف من الشارع، و لم يثبت عنه ذلك. و دعوى أن العقد لا بدّ أن يكون بين طرفين موجب و قابل، فلا يجوز تركه من ثلاثه أو أزيد على وجه تكون أركاناً له. مدفوعه بالمنع، فإنه أول الدعوى.

[مسألة ١٣: يجوز للعامل أن يشارك غيره في مزارعته]

[٣٥٠٥] مسألة ١٣: يجوز للعامل أن يشارك غيره في مزارعته [٢] (٣) أو

(١) ظهر لك الحال مما تقدّم.

(٢) بل قد عرفت أنه هو الصحيح و المتعين في المقام.

(٣) و المراد به إن كان نقل ماله من الحصه إلى غيره

على نحو ما سيجيء منه (قدس سره) بعد هذا، فهو في حيز المنع على ما ستعرف، فإنه ليس لأحد نقل الزرع قبل ظهوره و تحقّقه. على أنه لا دليل على ملكية العامل لشيء قبل ظهور الحاصل فإنه إنما يملك الحصّة المعيّنه له منها، فلا شيء له قبل ظهور الزرع.

نعم، فيما لو كان البذر له، لم يجر هذا الإشكال بخصوصه.

و إن كان المراد به هي المزارعه في حصّته، فهو عين الشق الثاني في كلامه (قدس سره) و ليس قسيماً له.

إذن فالصحيح أنه ليس في المقام إلّا قسم واحد، هو مزارعه العامل لغيره في حصّته.

[١] تقدّم أنّ العمومات لا تشمل مثل هذه المعاملات، و الدليل الخاص غير موجود، و من هنا فالأقوى عدم جواز عقد المزارعه بين أزيد من اثنين.

[٢] إن أُريد به نقل بعض حصّته إلى غيره فهو محل منع قبل ظهور الحاصل، و إن أُريد به اشتراك غيره في مزارعه فهو عين قوله: أو يزارعه في حصّته.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٢٧٢

يزارعه في حصّته (١) من غير فرق بين أن يكون البذر منه أو من المالك (٢) و لا يشترط فيه إذنه. نعم، لا يجوز تسليم الأرض إلى ذلك الغير إلّا بإذنه [١] (٣) و إلّا

(١) بلا خلاف فيه، بل كاد أن يكون إجماعاً.

و ذلك لما عرفته منا من أنّ عقد المزارعه يجعل لكل من الطرفين حقاً في إلزام صاحبه بما عليه، فللعامل إلزام المالك بتسليم الأرض، و للمالك إلزام العامل بالعمل. و لذا صحّ أن يقوم ورثتهما مقامهما عند موتهما من دون حق الاعتراض للطرف الآخر، فليس لورثه المالك منع العامل عن العمل عند انتقالها إليهم، لأنها إنما انتقلت إليهم بهذا الوصف، أعنى

ثبوت حق التصرف له فيها.

و من هنا فإذا كان هذا الحق قابلاً للانتقال بالإرث، كان قابلاً للانتقال بالمعاملة أيضاً.

على أن أدله المزارعه غير قاصره الشمول لمثلها. فإنك قد عرفت في المسألة الأولى من هذه المسائل، أنه لا يعتبر في صحة المزارعه مالمالكه المزارع للأرض، بل يكفي كونه مالكاً للتصرف فيها. و حيث إنه متحقق في المقام، فإن المزارع يملك هذا الحق و له الولاية على ذلك، فله أن يزارع غيره فيجعله في مقامه، من غير توقف على اعتبار ملكيته للمنفعة.

(٢) فإن للمزارع العامل حق التصرف في هذا البذر مطلقاً، بالمباشرة أو بغيرها.

ولا يختص ذلك بصوره الإطلاق، بل له ذلك حتى مع اشتراط المباشرة عليه لعدم المنافاه بين اشتراط المباشرة عليه و كون المزارعه لغيره، فينقل حصته إلى الغير بحيث يصبح ذلك الغير هو المزارع، لكنه يبقى هو العامل في الأرض، و البذر مجاناً أو بعوض يتقاضاه من المشتري.

(٣) تقدم الكلام في ذلك في كتاب الإجاره، و قد عرفت أنه لا وجه له. فإن يد

[١] الكلام فيه كما مرّ في الإجاره [في صفحته ٣٩٧ فصل في أحكام عقد الإجاره التعليقه، (١)].

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٢٧٣

كان ضامناً، كما هو كذلك في الإجاره أيضاً. و الظاهر جواز نقل مزارعته إلى الغير (١) بحيث يكون كأنه هو الطرف للمالك، بصلح و نحوه، بعوض و لو من خارج أو بلا عوض. كما يجوز [١] نقل حصته إلى الغير (٢) سواء كان ذلك قبل ظهور الحاصل أو بعده. كل ذلك لأن عقد المزارعه من العقود اللازمه الموجه لنقل منفعه الأرض نصفاً أو ثلثاً أو نحوهما إلى العامل (٣) فله نقلها إلى الغير بمقتضى قاعده السلطنه.

العامل على الأرض

يد أمانه، فلا تضمن إذا سلمها إلى أمين مثله، إذ الاستئمان لا يقتضى بوجه مباشره الأمين للسلطنه على المال و وضع اليد عليه، فإن تسليمه إلى أمين مثله يعدّ من شؤون الأمانه و من أنحاء المحافظه على المال.

و بعباره اخرى: إنّ تسليم الأرض إلى العامل الثانى الأمين، لا يعدّ تعدياً أو تفريطاً فى مال الغير، بعد فرض كون المزارعه مطلقه من حيث المباشره و التسبيب.

و عليه فلا مجال للحكم بالضمان فى فرض التلف.

(١) لما تقدّم من ملكيه العامل لحقّ التصرف فى الأرض و ولايته على ذلك فيكون له نقله إلى الغير و جعله فى مقامه.

(٢) فتكون نتيجته نتيجة المزارعه، حيث يكون المزارع الثانى شريكاً للمالك فى الحاصل، بالنسبه المجمعوله للعامل الأول.

لكن الظاهر عدم جوازه فيما إذا كان النقل قبل ظهور الحاصل، إذ لا يجوز نقل الزرع أو الثمر قبل ظهورهما، على ما يذكر مفصلاً فى كتاب البيع.

نعم، يجوز ذلك فى موردين:

الأول: بيع الثمر لأكثر من سنه.

و الثانى: بيعه مع الضميمه، على تفصيل يذكر فى محله.

(٣) قد عرفت غير مرّه، أنّ المزارعه لا تتضمن تملك العامل منفعه الأرض، كما

[١] فيه منع إذا كان النقل قبل ظهور الحاصل.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٢٧٤

و لا فرق فيما ذكرنا بين أن يكون المالك شرط عليه مباشره العمل بنفسه أو لا، إذ لا منافاه بين صحه المذكورات و بين مباشرته للعمل، إذ لا يلزم فى صحه المزارعه مباشره العمل، فيصح أن يشارك أو يزارع غيره، و يكون هو المباشر دون ذلك الغير.

[مسأله ١٤: إذا تبين بطلان العقد، فإما أن يكون قبل الشروع فى العمل، أو بعده]

[٣٥٠٦] مسأله ١٤: إذا تبين بطلان العقد، فإما أن يكون قبل الشروع فى العمل، أو بعده و قبل الزرع بمعنى نثر الحبّ فى الأرض أو بعده

و قبل حصول الحاصل، أو بعده.

فإن كان قبل الشروع، فلا بحث و لا إشكال (١).

و إن كان بعده و قبل الزرع، بمعنى الإتيان بالمقدمات من حفر النهر و كرى الأرض و شراء الآلات و نحو ذلك، فكذلك [١]
(٢).

لا- تتضمن تملك المالك حصه عمل العامل، و إنما هي عقد لا تتضمن إلّا تبرع كل من الطرفين بما عليه، في قبال الحصه المعينه من الحاصل أن تحقق.

و من هنا فما ذكره (قدس سره) لا يمكن المساعدة عليه. و الصحيح في توجيه الحكم هو ما أشرنا إليه سابقاً، من تضمن العقد حقاً للعامل قابلاً للنقل يجعل له نوعاً من التولية و السلطنه في التصرف و إلزام المالك بتسليم أرضه له، فإذا قام العامل بنقل هذا الحق إلى غيره حكماً بصحته، لكونه تصرفاً فيما هو ملك له.

(١) إذا لم يفت من أحد شيء، و لم يرد ضرر على أحدهما بسببه.

(٢) فيه إشكال، بل منع. و الأقوى ثبوت اجرة مثل عمله له على المالك، لقاعده احترام عمل المسلم، فإنه و بعد صدوره عن أمر الغير يتبع أمره بأصل العمل لا بقصد التبرع مجانيه، لا يذهب هدراً، سواء استفاد المالك من العمل أم لا.

[١] يشكل ذلك، بل لا يبعد استحقاقه اجرة مثل عمله إذا كان البذر للمالك باعتبار أنه أتى به بأمر صاحب الأرض، و لا فرق فيه بين حصول وصف في الأرض و عدم حصوله، و أمّا إذا كان البذر للعامل فلا يستحق شيئاً على المالك مطلقاً.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٢٧٥

نعم، لو حصل وصف في الأرض يقابل بالعوض، من جهه كريها أو حفر النهر لها، أو إزاله الموانع عنها، كان للعامل قيمه ذلك الوصف (١). و إن

و بعبارة أخرى: لا تأثير لاستفاده المالك و عدمها، في ضمانه للعمل الصادر من غيره عن أمره لا بقصد المجانيه، فإن الأمر مع هذا القصد موجب للضمان على كلا التقديرين.

هذا كله فيما إذا كان البذر للمالك. فإنه و حيث كان عمل العامل في ماله صادراً عن إذنه لا مجاناً، و قد تبين فساد العقد، يثبت عليه الضمان بأجره المثل، كما هو الحال في سائر العقود الفاسده.

و أما إذا كان البذر للعامل. فحيث أنّ المالك لم يلتزم له على نفسه بشىء مطلقاً عدا تسليمه للأرض و تسليطه عليها، بل العامل هو الذى قد التزم للمالك بالحصه المعينه من ماله الناتج بإزاء زرعه في أرضه، فلا وجه لضمانه لشيء، فإن العمل لم يصدر عن أمره بإزاء شىء و الالتزام بحصه من ماله.

(١) و فيه: أنّ الأوصاف على ما ذكرناه مفضيلاً في المكاسب لا تقابل بالقيمه مطلقاً، و لا استقلاله لها في المالىه، فليست هى مالاً في قبال مالىه الموصوف، و إنّما المالىه لنفس الموصوف بلحاظ وجود الوصف و عدمه.

و عليه فليس الحال في الأوصاف هو الحال في المنافع، حيث تعتبر أموالاً في قبال مالىه العين يبذل بإزائها المال مستقلاً، و إنّما هى أمور تؤثر في زياده قيمه الموصوف و نقصانها من دون أن تقابل هى بشىء منها.

و من هنا فليس الوصف مملوكاً للعامل كى يصح رجوعه على المالك بقيمته، فإنه و على ضوء ما بيناه لم يأت إلّا بعمل يوجب زياده قيمه مال المالك، و من دون أن يكون له شىء منه.

نعم، حيث يكون عمله صادراً عن أمره لا بقصد المجانيه فلا يذهب هدرًا فيستحق عليه اجره مثله، ساوت الزيادة الحاصله في الأرض بسبب العمل

أم زادت عليها أم نقصت.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٢٧٦

و كان العمل لغواً، فلا شىء له (١). كما أن الآلات لمن أعطى ثمنها.

و إن كان بعد الزرع كان الزرع لصاحب البذر (٢). فإن كان للمالك كان الزرع له، و عليه للعامل أجره عمله و عوامله. و إن كان للعامل كان له، و عليه أجره الأرض للمالك. و إن كان منهما كان لهما على النسبه نصفاً أو ثلثاً، و لكلّ منهما على الآخر أجره مثل ما يخصّه من تلك النسبه. و إن كان من ثالث (٣) فالزرع له و عليه للمالك أجره الأرض، و للعامل أجره عمله و عوامله.

و لا- يجب على المالك إبقاء الزرع إلى بلوغ الحاصل (٤) إن كان التبين قبله، بل له أن يأمر بقلعه، و له أن يبقى بالأجره إذا رضى صاحبه، و إلّا فليس له إلزامه بدفع الأجره.

هذا كله مع الجهل بالبطلان. و أما مع العلم فليس للعالم منهما الرجوع على الآخر بعوض أرضه أو عمله، لانه هو الهاتك لحرمة ماله أو عمله، فكأنه متبرع به [١] (٥) و إن كان الآخر أيضاً عالماً بالبطلان.

(١) و قد عرفت الإشكال فيه.

(٢) على ما تقتضيه القاعده، فإنّ النماء تابع للبذر.

(٣) بناءً على ما ذهب إليه فى المسأله الثانيه عشره، من جواز عقد المزارعه بين أكثر من اثنين.

(٤) على ما تقدّم بيانه مفصلاً فى المسأله السادسه، فراجع.

(٥) تقدّم مراراً أنه لا أثر للعلم بالفساد و الجهل به فى استحقاق أجره المثل، لأنه لا يلزم هتك حرمة المال أو العمل و التبرع به، بل العامل مقدم على العمل بإزاء العوض لا مجاناً و إن علم أنّ الشارع لم يمضه، فعلمه بذلك شىء و كون

[١] مَرَّ أَنَّ الْعِلْمَ بِالْبَطْلَانِ لَا يَسْتَلْزِمُ التَّبَرُّعَ بِالْعَمَلِ، وَبِهِ يَظْهَرُ الْحَالُ فِيمَا بَعْدَهُ.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٢٧٧

و لو كان العامل بعد ما تسلم الأرض تركها في يده بلا زرع، فكذلك يضمن أجرتها للمالك مع بطلان المعامله، لفوات منفعتها تحت يده (١) إلّا في صورته علم المالك بالبطلان، لما مرّ (٢).

[مسألة ١٥: الظاهر من مقتضى وضع المزارعه ملكيه العامل لمنفعه الأرض بمقدار الحصه المقرره له]

[٣٥٠٧] مسأله ١٥: الظاهر [١] (٣) من مقتضى وضع المزارعه ملكيه العامل لمنفعه الأرض بمقدار الحصه المقرره له، و ملكيه المالك للعمل على العامل بمقدار حصته، و اشتراك البذر بينهما على النسبه، سواء كان منهما أو من أحدهما أو من ثالث.

فإذا خرج الزرع صار مشتركاً بينهما على النسبه. لا أن يكون لصاحب البذر إلى حين ظهور الحاصل، فيصير الحاصل مشتركاً من ذلك الحين، كما ربّما يستفاد من بعض الكلمات. أو كونه لصاحب البذر إلى حين بلوغ الحاصل و إدراكه، فيصير مشتركاً في ذلك الوقت، كما يستفاد من بعض آخر. نعم، الظاهر جواز إيقاع العقد على أحد هذين الوجهين، مع التصريح و الاشتراط به من حين العقد.

و يترتب على هذه الوجوه ثمرات؛

(١) على تفصيل مرّ في المسأله السابعه، فراجع.

(٢) و قد عرفت الحال فيه.

(٣) قد عرفت فيما تقدّم مراراً، أنّ عقد المزارعه لا يقتضى إلّا بذل كل من الطرفين ما عليه مجاناً في قبال الاشتراك في الناتج. فليس المالك يملك شيئاً من منفعه الأرض للعامل، و لا العامل يملك شيئاً من عمله للمالك، بل المالك يبذل أرضه مجاناً كما يعمل العامل فيها كذلك، ليشتركا في الحاصل و يكون بينهما على النسبه التي اتفقا عليها على ما يساعد عليه الفهم العرفي و يفهمه المزارعون من المزارعه.

لا- يملك كل من المالك و العامل على الآخر شيئاً غير إلزامه بما التزم به من تسليمه الأرض أو العمل و غير ذلك، و مع ذلك فالظاهر أنّهما يشتركان من حين خروج الزرع إلّا أن يشترط خلاف ذلك.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٢٧٨

منها: كون التبن أيضاً مشتركاً بينهما على النسبه على الأوّل دون الأخيرين (١) فإنه لصاحب البذر.
و منها: في مسأله الزكاه (٢).

نعم، من غير البعيد دعوى مساعده الارتكاز العرفي على اشتراك الطرفين من أوّل خروج الزرع و إن لم يدرك فإنه و عندئذ يرى كل منهما أنه مالك لبعضه و شريك لصاحبه فيه.

هذا و يمكن التمسك في إثبات المدعى بإطلاقات النصوص، فإنّ عنوان (ما أخرجته الأرض) صادق على الزرع بمجرد خروجه.

ثمّ إنّ هذا كله بالقياس إلى صورته إطلاق العقد و عدم التصريح بنحو معين. و أما معه فلا ريب في إمكان الصور الثلاث جميعاً، نظراً لإطلاقات أدلّه المزارعه، حيث لم يؤخذ في شيء منها كون الشركه بينهما من زمان معين، من حين نثر البذر أو خروج الزرع أو إدراكه. فيكون الأمر بيد الطرفين يتفقان عليه كيفما شاءا، فلهما تحديد ذلك بالنثر بحيث يكون البذر مشتركاً بينهما، كما أنّ لهما التحديد بخروج الزرع أو بلوغه حيث يصدق على الجميع عنوان المزارعه.

(١) لأنه يكون قبل ظهور الحاصل، و لا اشتراك على الأخيرين حينئذ، فيختص به مالك البذر.

(٢) فإنها على الأولين لا تجب على كل منهما، إذا لم يبلغ نصيب كل منهما النصاب و إن بلغ المجموع ذلك، فإنّ الحاصل لم يدرك بأكمله على ملك أحدهما خاصه، و إنما أدرك على ملكهما معاً، فلم يحصل شرط الزكاه، أعنى بلوغ النصاب و إدراكه على ملك واحد.

و هذا

بخلاف الالتزام بالوجه الثالث، حيث تجب على مالك البذر إذا بلغ المجموع النصاب، إذ الحاصل و عند الإدراك و صدق عنوان الحنطه أو الشعير أو غيرهما عليه ملك له لو حده و قد بلغ النصاب، فتجب عليه دون صاحبه.

و سيأتى التعرّض لهذا الفرع ثانياً فى المسأله الحاديه و العشرين.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٢٧٩

و منها: فى مسأله الانفساخ أو الفساخ فى الأثناء قبل ظهور الحاصل [١] (١).

و منها: فى مسأله مشاركه الزارع مع غيره (٢) و مزارعته معه (٣).

و منها: فى مسأله ترك الزرع إلى أن انقضت المدّه (٤). إلى غير ذلك.

(١) حيث يكون العامل شريكاً فيه على الأولين دون الأخير، حيث يختص به صاحب البذر و لا شىء لآخر.

و سيأتى التعرّض إليه فى المسأله السابعه عشره، و ستعرف عدم تماميه هذه الثمره.

(٢) فعلى الأول يكون للعامل إشراك غيره فى حصّته، و نقل مقدار منها إليه بصلح أو غيرهه. و على الأخيرين فلا يجوز، لاختصاص مالك البذر به قبل ظهور الحاصل أو بلوغه، فلا شىء للعامل عندئذ كى ينقله إلى شريكه.

إلّا أنك قد عرفت فى المسأله الثالثه عشره، أنه لا يجوز نقل الزرع مطلقاً إلّا فى موردين تقدّم ذكرهما.

(٣) لم يظهر وجه الثمره فى المقام. فإنّ مزارعته مع الغير لا تتوقف على كون العامل مالكاً للأرض أو البذر كما عرفت، فإنّ عقد المزارعه يحدث للعامل حقّاً فى التصرف فى الأرض بالزرع سواء أ كان البذر منه أم من المالك، على أن يكون الحاصل مشتركاً بينهما بالنسبه، و بذلك فله نقله إلى الغير على ما تقدّم وجهه على جميع التقادير.

و الحاصل أنه لا فرق فى جواز نقله لحقه فى مزارعه الأرض، بين الالتزام بكون مشاركته لمالك

الأرض من حيث نثر البذر، أو ظهور الحاصل، أو بلوغه و إدراكه. فإنه و على جميع هذه التقادير يجوز له ذلك.

و من هنا فلم يظهر وجه جعل الماتن (قدس سره) لهذا الفرد من مصاديق ثمرات هذه الأقوال.

(٤) فإنه على الأول يكون العامل شريكاً لصاحب البذر فيه، بناءً على ما اختاره

[١] لا ثمره فيها على ما سيتبين وجهه في كتاب المساقاه.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٢٨٠

مسألة ١٦: إذا حصل ما يوجب الانفساخ في الأثناء قبل ظهور الثمر أو بلوغه

[٣٥٠٨] مسأله ١٦: إذا حصل ما يوجب الانفساخ في الأثناء قبل ظهور الثمر أو بلوغه كما إذا انقطع الماء عنه و لم يمكن تحصيله، أو استولى عليه و لم يمكن قطعه، أو حصل مانع آخر عام فالظاهر لحوق حكم تبين البطلان من الأول (١) على ما مرّ، لأنّه يكشف عن عدم قابليتها للزرع، فالصحة كانت ظاهرية، فيكون الزرع الموجود لصاحب البذر (٢). و يحتمل بعيداً كون الانفساخ من حينه، فيلحقه حكم الفسخ في الأثناء على ما يأتي فيكون مشتركاً بينهما [١] على النسبه (٣).

مسألة ١٧: إذا كان العقد واجداً لجميع الشرائط و حصل الفسخ في الأثناء

إشاره

[٣٥٠٩] مسأله ١٧: إذا كان العقد واجداً لجميع الشرائط و حصل الفسخ في الأثناء، إمّا بالتقاييل، أو بخيار الشرط لأحدهما، أو بخيار الاشتراط بسبب تخلف ما شرط على أحدهما.

فعلى ما ذكرنا من مقتضى المزارعه و هو الوجه الأول من الوجوه المتقدمه-

(قدس سره) من اقتضاء عقد المزارعه تمليك كل منهما الحصّه مما عليه للآخر، فإنّ العامل يكون شريكاً للمالك في البذر بأصل العقد، فيبقى كذلك رغم تركه للعمل في الأرض. بخلاف الأخيرين، حيث لا تكون الشركه إلّا بعد ظهور الحاصل أو إدراكه إذ يختص به صاحب البذر قبل ذلك.

(١) لتقوم حقيقه عقد المزارعه بالاشتراك في الحاصل. و حيث إنه متوقف على قابليه الأرض له و إمكان حصوله، يكون العقد عند انكشاف عدم قابليتها له من المعاقده على أمر ممتنع التحقّق في الخارج، فيحكم بفساده لا محاله.

(٢) لقانون تبعيه النماء للبذر.

(٣) و ستعرف فى المسأله الآتیه، أنه لا وجه لاشتراكهما فى الزرع، حتى بناءً على القول بالانفساخ من حینه.

[١] سیأتى فى المسأله الآتیه أن الأمر لیس كذلك.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٢٨١

فالزرع الموجود مشترك بينهما على النسبه [١] (١) و لیس لصاحب

(١) وفيه: أنّ تأثير الفسخ وإن كان من حينه، إلّا أنّ معناه لما كان رفع العقد و فرضه كأن لم يقع بالمرّه، كان مقتضاه إرجاع كلّ من الطرفين ما وصله من صاحبه إليه عيناً أو بدلاً. و حيث كان المختار في مبدأ الاشتراك هو حين خروج الزرع، كان مقتضى الفسخ رجوع هذه الحصّه التي ملكها مالك البذر إياه إليه، كما يقتضيه فرض العقد كأن لم يكن، فإنّ فرضه كذلك يعني كون الزرع بأكمله لمالك البذر بقانون التبعية.

نعم، بناءً على ما اختاره الماتن (قدس سره) من كون مبدأ الاشتراك هو البذر يتم ما أفاده (قدس سره) من الاشتراك في الزرع، فإنّ مالك البذر إنّما ملك صاحبه الحصّه منه، و لم يملكه الزرع و إنّما هو قد حصل في ملكه.

و من هنا فإذا انفسخ العقد لم يكن لصاحب البذر المطالبه بالزرع الموجود بتمامه فإنّ حصّه صاحبه منه لم يكن هو قد ملكها إياه كي يستردّها بالفسخ، و إنّما الواجب على صاحبه ردّ البذر إليه. و حيث إنه ممتنع بعينه لتلفه نتيجة للزرع، تعين عليه ردّه بمثله إن كان مثلياً، و قيمته إن كان قيمياً. و لا أثر للفسخ حينئذٍ في كون الزرع لأحدهما خاصّه، فإنه و على هذا التقدير لهما سواء أ كان هناك فسخ أم لم يكن فإنّ الاشتراك في الزرع ثابت و على كلا التقديرين الفسخ و عدمه، و حينئذٍ فيجوز ما ذكره (قدس سره) تفريراً على ذلك من أحكام.

و الحاصل أنّ ما ذكره (قدس سره) إنّما يتم بناءً على ما ملكه من إيجاب عقد المزارعه كون البذر مشتركاً بين الطرفين، بمعنى ملكيه الطرف الآخر للحصه منه

الفسخ يوجب ارتفاع العقد و فرضه كأن لم يكن، و تأثير الفسخ و إن كان من حينه إلّا أنه يوجب رجوع كل من العوضين أو ما بحكمهما إلى من انتقل عنه، و عليه فبناءً على ما ذكرناه من حصول الشركه من حين خروج الزرع رجوع الزرع إلى مالك البذر، فإن كان هو العامل لزم عليه للمالك اجره مثل المنفعة الفائته من الأرض و مع ذلك كان المالك مخيراً بين إبقاء الزرع مجاناً أو بالأجره و إلزام العامل بقلعه، و إن كان هو المالك استحقّ العامل عليه اجره المثل.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٢٨٢

العامل أجره أرضه (١) و لا للعامل اجره عمله بالنسبه إلى ما مضى، لأن المفروض صحه معامله و بقاؤها إلى حين الفسخ. و أما بالنسبه إلى الآتي فلهما التراضي على البقاء إلى البلوغ بلا اجره أو معها، و لهما التراضي على القطع قصيلاً. و ليس

أيضاً، فإنه حينئذ يكون الزرع مشتركاً بينهما، سواء أحصل الفسخ أم لم يحصل.

و كان عليه (قدس سره) أن ينبه على رجوع البذر بتمامه بالفسخ إلى مالكة، حيث إنه يوجب فرض العقد كأن لم يكن، فيجب على أخذه إرجاعه إليه، إلّا أنه لما لم يكن يمكن إرجاعه بعينه لتلفه، تعين ردّه بالمثل أو قيمه، كما هو الحال في سائر موارد الفسخ.

و بعبارة اخرى: إنّ حصّه الطرف الثاني من الزرع لا ترجع بالفسخ إلى مالك البذر، فإنّه لم يملكه إياه و إنما أعطاه البذر خاصه، و ملك الطرف الثاني الزرع بقانون تبعيه النماء للبذر. و عليه فإذا حصل الفسخ، لم يجب على الطرف الآخر إلّا إرجاع ما أخذه من البذر، و حيث إنه ممتنع بعينه ينتقل الأمر إلى البذل.

نعم، بناءً

على ما ذكرناه من كون مبدأ الاشتراك بينهما هو خروج الزرع، فلا يمكن المساعدة على ما أفاده (قدس سره)، لما عرفت من أنّ المنقول من صاحب البذر إلى صاحبه إنما هو الزرع، وهو قابل للرجوع إليه بالفسخ.

و هذه ثمره واضحه بين المسلكين.

(١) فيه منع واضح، يظهر وجهه مما تقدّم. فإنه لما كان الفسخ موجبا لرجوع كل مال إلى صاحبه و كأن العقد لم يكن، كانت منافع الأرض للمالك لا محاله. و حيث إنّ العامل قد استوفاهما بزرع بذره فيها على تقدير كون البذر منه فعليه ضمانها بأجره المثل.

نعم، لو كان البذر للمالك لم يكن على العامل شىء من جهه الأرض، إلّا أنه لما لم يكن أقدم على العمل مجاناً و إنما أقدم عليه ليكون بإزاء ذلك الحصه المعينه من الحاصل، و كان عمله صادراً عن أمر المالك و قد استوفى منافعه، فعليه المالك أن

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٢٨٣

للمزارع الإبقاء إلى البلوغ بدون رضی المالك (١) و لو بدفع أجره الأرض، و لا- مطالبه الأرض إذا أمره المالك بالقلع (٢). و للمالك مطالبه القسمة و إبقاء حصته في أرضه إلى حين البلوغ و أمر الزارع بقطع حصته قصباً (٣).

هذا و أمّا على الوجهين الآخرين، فالزرع الموجود لصاحب البذر (٤). و الظاهر عدم ثبوت شىء من اجره الأرض أو العمل (٥) لأن المفروض صحه معامله إلى هذا الحين، و إن لم يحصل للمالك أو العامل شىء من الحاصل، فهو كما لو بقى الزرع إلى الآخر و لم يحصل حاصل من جهه آفه سماويه أو أرضيه (٦).

يرجع إليه العامل ما يعادل بدل عمله، أعنى أجره مثله في تلك المده.

و الحاصل أنّ تأثير الفسخ و

إن كان من حينه، إلّا أن مدلوله إنما هو فرض العقد كأن لم يكن، و عليه فيرجع كل شىء إلى صاحبه.

لكن هذا لا يعنى ذهاب حق الطرف الثانى هدرًا، فإنّ البذر إن كان للمالك أخذ تمام الزرع و ضمن للعامل أجره مثل عمله، لأنه قد استوفاه بأمر منه لا مجانًا. و إن كان من العامل ضمن للمالك أجره أرضه.

(١) و قد ظهر الوجه فيه فى المسأله السادسه، فراجع.

(٢) لأنه قلع بحق.

(٣) ظهر الحال فيما تقدّم.

(٤) حالهما فى ذلك حال الوجه الأوّل، لعين ما مرّ. فإنّ الفسخ يوجب ارتفاع العقد و فرضه كأن لم يكن، و من هنا فيعود كل شىء إلى محلّه الأوّل.

(٥) و قد عرفت ما فيه فلا نعيد.

(٦) قياس ما نحن فيه، بصوره عدم حصول شىء نتيجة لآفه سماويه أو أرضيه قياس مع الفارق. فإنّ كلًّا من المتعاقدين لم يلتزم لصاحبه فى العقد بشىء زائدًا على الاشتراك فى الحصول إن كان، و من هنا فليس لأحدهما مطالبه صاحبه بشىء عند

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٢٨٤

و يحتمل ثبوت الأجره عليه إذا كان هو الفاسخ (١).

[فذلكه]

فذلكه: قد تبين مما ذكرنا فى طيّ المسائل المذكوره أنّ ههنا صورًا:

الاولى: وقوع العقد صحيحًا جامعًا للشرائط و العمل على طبقه إلى الآخر حصل الحاصل، أم لم يحصل، لآفه سماويه أو أرضيه (٢).

الثانيه: وقوعه صحيحًا مع ترك الزارع للعمل إلى أن انقضت المدّه (٣) سواء زرع غير ما وقع عليه العقد أو لم يزرع أصلًا.

الثالثه: تركه العمل فى الأثناء بعد أن زرع اختيارًا أو لعذر خاص به (٤).

انتهاه أمر الزرع و عدم تحقّق شىء نتيجة لآفه سماويه أو أرضيه، على ما يستفاد ذلك من النصوص الوارده فى

المقام مضافاً إلى الاتفاق، فإنَّ الاستفادة منها قسمه ما يخرج من الأرض بينهما خاصه، و من دون أن يكون لأحدهما على الآخر شىء على تقدير العدم، و أين هذا من الفسخ بالاختيار و فرض العقد كأن لم يكن!

(١) لاستيفاء المنفعة العائده إلى غيره، إما بالزرع فى أرضه، أو عمل الغير له فيضمنه لا محاله.

(٢) و قد ظهر حكمها مما تقدّم فى صور الكتاب، من أنّ عقد المزارعه عقد لازم يوجب اشتراك العامل و صاحب الأرض فى الحاصل إن كان، و إلّا فلا شىء لأحدهما على الآخر.

(٣) و قد تقدّم حكمها فى المسأله السابعه و التاسعه، فراجع.

□
(٤) لم يظهر حكم هذه الصوره مما تقدّم منه (قدس سره)، فإنه (رحمه الله) لم يتعرّض إليها فيما تقدّم.

و دعوى كون حكمها حكم ما لو ترك العامل العمل بالمره، مما لا وجه لها، فإنَّ الأمر ليس كذلك، و المسألتان مختلفتان.

و كيف كان، فالحكم فى هذه الصوره هو ثبوت الخيار للمالك، بين إجبار العامل

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٢٨٥

الرابعه: تبين البطلان من الأوّل (١).

الخامسه: حصول الانفساخ فى الأثناء، لقطع الماء أو نحوه من الأعذار العامه (٢).

السادسه: حصول الفسخ بالتقاييل أو بالخيار فى الأثناء (٣).

و قد ظهر حكم الجميع [١] فى طى المسائل المذكوره، كما لا يخفى.

على إتمام العمل، لما عرفت من اقتضاء عقد المزارعه جواز إلزام كلّ منهما للآخر بأداء ما عليه، و لو بالرجوع إلى الحاكم الشرعى، و إلّا فالعدول من المؤمنين، و إلّا فبنفسه.

و بين فسخه للعقد. و حينئذٍ فإنَّ كان البذر للعامل، كان للمالك مطالبته بأجره الأرض للفترة الماضيه، و يأمره بالقلع بلا ضمان، أو إبقائه مجاناً أو بأجره، مع التراضى بالنسبه إلى الآتى.

و إن كان

للمالك، رجع بتمامه إليه. و في مثله لا يبعد الالتزام بعدم وجوب شىء عليه للعامل، فيقال بذهاب عمله هدرًا، لأنه الذى فوّته على نفسه بترك الإكمال.

و الوجه فيه أنّ الضمان فى هذه الموارد إنما كان بملاك صدور العمل عن أمر الغير لا مجانًا، و أنّ هذا الملاك غير متوفر فيما نحن فيه، فإنّ عمل العامل هذا لم يصدر عن أمر صاحب البذر، فإنه إنما أمره بالعمل مستمرًا إلى الآخر، و أما العمل الناقص فلم يكن مأمورًا به من قبله، فلاحظ.

و سيأتى مزيد توضيح لذلك عند التعرض لنظير هذه المسألة فى المساقاه.

(١) و قد عرفت حكمها فى المسألة الرابعه عشره.

(٢) و قد تقدّم حكمها فى المسألة السادسه عشره.

(٣) و قد عرفت حكمها فى المسألة السابعه عشره.

[١] لم يظهر حكم الصوره الثالثه ممّا تقدّم، و أنّ حكمها حكم الصوره الثانيه.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٢٨٦

[مسألة ١٨: إذا تبين بعد عقد المزارعه أن الأرض كانت مغصوبه فمالكها مخير بين الإجازه]

[٣٥١٠] مسألة ١٨: إذا تبين بعد عقد المزارعه أن الأرض كانت مغصوبه فمالكها مخير بين الإجازه، فتكون الحصّه له، سواء كان بعد المدّه أو قبلها فى الأثناء أو قبل الشروع فى الزرع، بشرط أن لا يكون هناك قيد أو شرط لم يكن معه محل للإجازه (١).

و بين الردّ. و حينئذٍ فإن كان قبل الشروع فى الزرع فلا إشكال (٢) و إن كان بعد التمام فله اجره المثل لذلك الزرع (٣) و هو لصاحب البذر [١]. و كذا إذا كان فى

(١) كما لو غصبت المرأه أرضاً، و زارعت رجلاً اشترط عليها فى ضمن العقد التزوج منه. أو غصب الطيب أرضاً، و زارع غيره و اشترط عليه مباشرته لعلاج مريض. إلى غير ذلك من الشروط التى لا يبقى معها مجال للإجازه المالك، و

من ثم لا يمكن الحكم بالصحة، لأنها مع الإجازة إما أن تكون مع الشرط أو لا معه.

و الأول ممتنع، لفرض عدم قابليته للإجازة. و الثاني لا مجال للمصير إليه، لأنّ العقد إنما أنشئ مقيداً به، فلا يمكن تصحيحه من دونه، فإنّ المطلق لم ينشأ.

و الحاصل أنّ هناك من الشروط ما لا يمكن الوفاء به بالقياس إلى المالك الحقيقي و حينئذٍ فلا محيص عن الحكم بالبطلان، و عدم قابلية العقد للحقوق الإجازة.

(٢) فإنّه يحكم ببطلان العقد، و لا شيء لأحدهما على الآخر، لعدم تحقّق ما يوجبه.

(٣) و تفصيل الكلام في المقام:

أنّ الأرض قد يفرض كونها بيد الغاصب و تحت سلطنته، بحيث يكون هو الأمر لغيره بزرعها. و قد يفرض كونها بيد غيره جهلاً بالحكم، أو مع العلم بالحال، فيكون هو المزارع لغيره دون الغاصب.

و على التقديرين، فقد يكون البذر من العامل، و قد يكون من الأمر.

أما إذا كانت الأرض بيد الغاصب و تحت سلطانه، كان للمالك تضمين كل من

[١] لكنّه إذا كان للمزارع يرجع الزارع إليه بأجره عمله.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٢٨٧

.....

الأمر و العامل، لتعاقب يديهما على ملكه، فله الرجوع على أيهما شاء.

ثمّ لو كان البذر للعامل كان النتاج بعد الحكم بفساد العقد بتمامه له، لقانون تبعيه النماء للبذر.

و حينئذٍ فلو رجع عليه المالك بأجره الأرض، لم يكن له الرجوع على الغاصب الأمر بها، و إن كان هو ضامناً أيضاً و للمالك الرجوع عليه مباشرة. و ذلك لأنّ العامل لم يقدم على أخذ الأرض من صاحبه مجاناً و من دون الضمان، و إنما أقدم عليه بإزاء إعطاء الحصّة المعيّنه من النماء له. و حيث إنّها لم تسلم له لحكم الشارع بفساد العقد و

نظراً لاستيفاء العامل المنفعة، يلزم بدفع أجره المثل.

و من هنا يظهر حكم ما لو رجع المالك على الغاصب فباشره و ألزمه بدفع أجره المثل عن أرضه، فإنّ له الرجوع على العامل و أخذها منه، لاستقرار الضمان عليه نظراً لاستيفائه منفعة الأرض بعد الإقدام على أخذها مع الضمان.

و إن كان البذر للغاصب، فالأمر كذلك أيضاً. فإنّ النماء لصاحب البذر بقانون التبعية، و المالك مخير في الرجوع بعوض منافع أرضه أجره مثلها بين الرجوع عليه أو الرجوع على العامل، على ما يقتضيه قانون تعاقب الأيدي على المال المغصوب.

و من هنا فإنّ رجع على الأمر لم يكن له الرجوع على العامل، فإنّ الضمان مستقر عليه، لأنه إنما سلّمها إليه على أن لا يكون عليه شىء، فهو قد أقدم على أخذها مجاناً و بإزاء لا شىء عليه، بل على أن يكون له النصيب المعين من النماء.

فهو العامل لم يتعهد للمالك بشىء كى يقال بضمانه لإقدامه على أخذها لا مجاناً بل الأمر بالعكس من ذلك تماماً، فإنه إنما أقدم على أن يكون له شىء من مال صاحب البذر الحصّة من النماء.

و من هذا يظهر أنّ للعامل الرجوع على صاحب البذر و مطالبته بأجره عمله، لأنه قد صدر عن أمره لا مجاناً، حيث كانت بإزائه الحصّة من الزرع، فإذا لم تسلم له نتيجة للفساد، تعيّن دفع أجره مثل العمل له.

و الحاصل إنّ استقرار الضمان إنما يكون على الذى سلّم الأرض إلى صاحبه بعنوان

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٢٨٨

.....

المجانیه، حيث ذكرنا فى مبحث تعاقب الأيدي أنّ الذى يخسر نتيجة لأخذ المالك منه البديل، يملك المال التالف ببناء العقلاء، و لذا يكون له الرجوع على الذى بعده إلى أن يستقر على

الذى استوفاه و تلف عنده، ما لم يكن قد سلمه إليه بعنوان المجانيه، فإنه حينئذٍ لا حق له فى الرجوع عليه.

ثم إن مما ذكرناه يظهر حكم ما لو رجع المالك على العامل مباشرة، فإن له الرجوع على الغاصب صاحب البذر بأجره مثل عمله مضافاً إلى ما غرمه للمالك.

هذا كله فيما إذا كانت الأرض بيد الغاصب و تحت سلطانه. و إلا كما لو كان المزارع قد استلمها من غيره، فليس للعامل الرجوع عليه فيما إذا كان البذر له العامل بما غرمه للمالك من أجره الأرض، ما لم يكن مغروراً من قبله إجماعاً، فإن الأرض لم تقع تحت يده كى يلزمه ضمانها بأجره مثلها. و أما إذا كان مغروراً من قبله، فقد قيل بأن له الحق فى الرجوع عليه لقاعده الغرور، إلا أنك ستعرف قريباً أنه لا أساس لهذه القاعده يعتمد عليه.

ثم إن هذا كله من جهة ضمان الأرض و البذر، و أما ضمان العمل فلم يتعرض له الماتن (قدس سره). و الحق فيه أن يقال: أما إذا كان البذر للعامل، فلا يضمن له أحد بإزاء عمله شيئاً، لأنه إنما كان لنفسه و مجاناً، و قد استوفى منافعه أيضاً حيث كان النتاج له. و من هنا فلا معنى لأن يرجع به على غيره.

و إن كان البذر للآمر، فلا- يذهب عمل العامل فيه هدرأ، لأنه عمل مسلم محترم صدر عن أمر الغير بإزاء الحصه المعينه من الحاصل فلم يكن مجانياً، و قد استوفاه الأمر فلا بد من ضمانه.

إلا أن مقدار الضمان يختلف باختلاف الفرض.

فقد يفرض أنه ليس للعامل إلا العمل المجرد، بأن يكون المالك قد رجع عليه بأجره مثلها، أو يكون قد رجع على العامل لكنه قد رجع

عليه و أخذها منه.

و حينئذٍ فلا- يكون له إلّا قيمه العمل المجرد فقط، يرجع بها على الأمر الذى استوفى المنافع بأكملها بما فى ذلك الحصىه المجموعه للعامل، نظراً لفساد العقد.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٢٨٩

الأثناء (١) و يكون بالنسبه إلى بقية المدّه الأمر بيده فإمّا يأمر بالإزاله، و إما يرضى بأخذ الأجره، بشرط رضا صاحب البذر. ثمّ المغرور من المزارع و الزارع يرجع فيما خسره على غارّه [١] (٢) و مع عدم الغرور فلا رجوع.

و قد يفرض أنّ للعامل العمل فى الأرض المضمونه عليه، بأن يكون المورد من الموارد التى لا يكون له حق الرجوع بأجره مثل الأرض التى غرمها للمالك على الأمر، نظراً لعدم كونها تحت يده.

و حينئذٍ فله الرجوع على الأمر بقيمه العمل الواقع فى أرض مضمونه عليه و تكون مسؤوليتها عليه.

و هذه القيمه تزيد على قيمه العمل المجرد طبعاً، و بهذه الزيادة تتدارك خساره العامل التى خسرها للمالك، أعنى أجره مثل الأرض، و إن لم يكن له الرجوع بها بعنوانها على الأمر.

و الحاصل أنّ قيمه العمل فى هذا الفرض، تتدارك خساره العامل من جهه أجره الأرض لا محاله، و إن لم يكن ذلك بهذا العنوان مباشره.

(١) الكلام فى هذه الصوره هو الكلام فى صوره تبين الفساد بعد التماميه. فإنّ للمالك مطالبه من له الزرع بأجره مثل أرضه عن الفتره السابقه. و له الخيار بالنسبه إلى الفتره الباقية، بين أمره بالقلع و تفريره أرضه من غير ضمان لأنه إلزام بحق حيث لم يكن الزرع بإذنه، و بين إبقائه مع الأجره، كما ليس لصاحبه إلزامه بذلك.

و أما الزرع فهو تابع فى الملكيه للبذر، على ما تقدّم بيانه.

و كذا الحال فى أجره العمل، فإنّ

الكلام فيه هو الكلام فى الفرض السابق.

نعم، لو طالب مالك الأرض مالك البذر بالقلع و تضرر بذلك، كان له فى فرض الغرر الرجوع إلى الغار، بناءً على تماميه قاعده الغرور، و إلا بأن لم يكن غرور، أو لم تتم قاعده الغرور فلا رجوع له على أحد، لعدم الموجب له.

(٢) لقاعده الغرور.

[١] لا فرق فى جواز الرجوع و عدمه بين فرض الغرور و عدمه.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٢٩٠

و إذا تبين كون البذر مغصوباً، فالزرع لصاحبه [١] (١) و ليس عليه أجره الأرض

لكننا قد ذكرنا فى مبحث المكاسب أن هذه القاعده و إن اشتهرت فى ألسن الأصحاب و كلماتهم، إلا أنها مما لا أساس لها بالمرة، فإن أسباب الضمان معدوده محدود و ليس منها الغرور.

و كلمه «المغرور يرجع على من غر» لم ترد حتى فى روايه ضعيفه فضلاً عن المعتمده.

نعم، قد يستند فيها إلى روايه محمد بن سنان، عن إسماعيل بن جابر قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل نظر إلى امرأه فأعجبته، فسأل عنها فقيل: هى ابنه فلان، فأتى أباه فقال: زوّجنى ابنتك، فزوّجه غيرها فولدت منه، فعلم بها بعد أنها غير ابنته و أنها أمه، قال: «ترد الوليده على موالىها و الولد للرجل، و على الذى زوّجه قيمه ثمن الولد يعطيه موالى الوليده كما غر الرجل و خدعه» (١). حيث إنّ ظاهر التعليل كون التدليس موجباً للضمان.

إلا أن هذه الروايه، و إن عبّر عنها بالصحيحه فى كلمات بعضهم، ضعيفه السند بمحمد بن سنان حيث لم يثبت توثيق الرجل.

إذن فهى ساقطه عن الاعتبار، و لا يمكن الاعتماد عليها فى شىء. و حيث لا دليل غيرها على القاعده، فلا مجال للاستدلال بها.

(١) على

ما تقتضيه قاعده تبعيه الحاصل للبذر.

إلّا أنه من غير الخفى أنه إنما يتمّ فيما إذا لم يطالب صاحب البذر الغاصب ببذل بذره التالف نتيجة للزرع، فإنه له ذلك على ما تقتضيه قاعده الضمان. وإلّا فالذى يغرم للمالك قيمه البذر، يملكه وبالسيره القطعيه البذر التالف قهراً، على ما تقدّم بيانه غير مرّه. وحينئذٍ فيكون الزرع له دون صاحبه.

[١] هذا فيما إذا لم يؤدّ بدله.

(١) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب العيوب والتدليس، ب ٧ ح ١.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٢٩١

و لا اجره العمل (١). نعم، إذا كان التبين فى الأثناء كان لمالك الأرض الأمر بالإزاله (٢).

هذا إذا لم يكن محل للإجازة كما إذا وقعت المعامله على البذر الكلى لا المشخص فى الخارج أو نحو ذلك أو كان و لم يجر. و لو كان له محلّ و أجاز، يكون هو الطرف للمزارعه [١] (٣) و يأخذ الحصّه التى كانت للغاصب.

(١) لعدم صدور العمل عن أمره، كما هو واضح.

(٢) على ما تقتضيه قاعده السلطنه بعد وقوع الفعل من دون إذنه.

(٣) هذا فيما إذا كان البذر مذكوراً فى عقد المزارعه مستقلاً بحيث يكون صاحبه طرفاً للعامل، كما إذا كان البذر على العامل و قد زارع غيره فى حصّته على أن يكون البذر على الغير. أو للمالك، كما لو بذل أحد البذر و زارع غيره على أن يكون الأرض و العمل و العوامل من الغير، ثمّ بانّ كون البذر المبذول من الطرف الأوّل مغصوباً، فإنّ مالكة يكون طرفاً لصاحب الأرض فى المعامله. أو لهما معاً، بأن يكون من أحدهما الأرض، و من الآخر العمل و العوامل، و من الثالث البذر خاصه، بناءً على ما

اختاره الماتن (قدس سره) من صحه عقد المزارعه بين أكثر من اثنين.

فإنه و على تقدير تبين الفساد بانكشاف غصبيه البذر، يصبح ملكه بالإجازة للمعامله.

و أما فى غير هذه الصوره، كما لو زارع المالك غيره على أن يكون البذر من الثانى فغصب البذر من غيره و زرع، فلا مجال للإجازة مالك البذر المعامله، لأنه ليس بطرف للعقد، و يعتبر فى صحه العقد الفضولى بالإجازة أن يكون المجيز طرفاً له.

[١] هذا إذا كان باذل البذر طرفاً للعقد مع العامل أو مالك الأرض بل مع كليهما أيضاً بناءً على القول بصحّه عقد المزارعه بين الأكثر من اثنين، و أمّا إذا كان العقد بين المالك و العامل مع اشتراط البذر على الثانى فلا محلّ للإجازة كما هو ظاهر، و بذلك يظهر الحال فيما إذا كانت العوامل أو نحوها مغصوبه و كان صاحب العوامل طرفاً للمعامله.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٢٩٢

و إذا تبين كون العامل عبداً غير مأذون فالأمر إلى مولاه (١). و إذا تبين كون العوامل أو سائر المصارف مغصوبه فالمزارعه صحيحه (٢) و لصاحبها اجره المثل أو قيمه الأعيان التالفه (٣).

و فى بعض الصور (٤) يحتمل جريان الفضولىه و إمكان الإجازة، كما لا يخفى.

و الحاصل أنه لا مجال للمساعدته على إطلاق كلام الماتن (قدس سره) من صحه العقد بالإجازة إذا كان البذر مشخّصاً، فإنه قد يكون مورداً للإجازة كما فى الصور الأول المتقدّمه، و قد لا يكون مورداً لها كما فى الصوره الأخيره.

فالصحيح هو التفصيل، بين ما إذا كان باذل البذر طرفاً للمعامله فيصحّ العقد بالإجازة، و عدمه فلا يصح.

(١) إن شاء أجاز، و إن شاء فسخ. فإن فسخ بطلت المعامله، و إن أجاز كانت المزارعه له.

و على الأوّل يستحق على المستفيد أجره مثل العمل، لكونه قد استوفى منفعه ملك الغير.

(٢) يظهر الحال فيه مما تقدّم. فإنّ الغصب في جميعها لا يضرّ بصحّة المعامله، فإنها إنما تتحقق بإباحه البذر و الأرض، و أما غيرهما فهو يرجع إلى المقدمات، و لا أثر لها في الحكم بالصحه.

و الحاصل أنّ الغصبيه في هذه الأمور لا تضرّ بالصحه، فإنّ الجعل إنما عين على الزرع، و هو إنما يتحقق بالأرض و البذر، و ما عداهما يرجع إلى مقدمات التحصيل و لا أثر لها.

(٣) على ما تقتضيه قاعده الضمان.

(٤) كما لو فرض وقوع العقد مع باذل هذه الأمور بحيث يكون طرفاً فيه، حيث تقدّم جواز كون أحد الأركان الأربعة خاصه على أحدهما و الباقي على الآخر. فلمالك هذه الأمور حينئذٍ أن يمضى المعامله و يكون طرفاً لها، كما هو الحال في مالك البذر بعينه.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٢٩٣

[مسأله ١٩: خراج الأرض على صاحبها]

[٣٥١١] مسأله ١٩: خراج الأرض على صاحبها (١). و كذا مال الإجاره إذا كانت مستأجره (٢).

و الحاصل أنه يختلف الحال في المسأله، بين كون مالك المغصوب طرفاً مستقلاً للعقد فتصح منه الإجاره، و عدمه فلا تصح.

ثم إنّ الماتن (قدس سره) لم يتعرّض لأجره الأرض و أجره العمل بالنسبه إلى المتعاملين عند عدم إمضاء مالك البذر للعقد. و الحق في المقام أن يقال: إنّ الغصب قد يكون منهما معاً، بحيث يتفقان على غصب البذر من ثالث على أن ينثر في أرض أحدهما و يعمل فيه الآخر ليشتركا في الحاصل. ففيه لا شيء لأحدهما على صاحبه إطلاقاً، فإنّ كلا منهما إنما أقدم على بذل ما عليه مجاناً و من غير عوض بإزاء اقتسامهما لمال الغير، أعنى الحاصل التابع في

الملكيه للبذر، فلم يضمن أحدهما لصاحبه شيئاً في ضمن العقد كي يكون لصاحبه الرجوع عليه.

و إن كان الغصب من أحدهما خاصه، فإن كان هو مالك الأرض بأن غصب البذر من غيره و سلمه إلى العامل ليزرعه في أرضه بإزاء النصيب المفروض، فعليه للعامل أجره مثل عمله، حيث إنه لم يصدر منه مجاناً و إنما وقع عن أمره بإزاء الحصه المعينه و حيث إنها لم تسلم له لفساد العقد و أخذ المالك للتناج، ينتقل إلى أجره المثل لا محاله.

و ليس للعامل الرجوع على مالك البذر بأجره مثل عمله، و لا لمالك الأرض الرجوع عليه بأجره مثل أرضه، حيث لم يكن شىء من العمل عن أمره.

و إن كان هو العامل، بأن غصب البذر و زارع مالك الأرض على الحصه المعينه كان لمالك الأرض تغريمه بأجره مثل أرضه، حيث إنه لم يقدم على استيفاء منفعتها مجاناً و بلا عوض، فتكون مضمونه عليه لا محاله.

(١) بلا خلاف فيه، لأنه موضوع على الأرض، و جواز التصرف فيها و إمكانه خارجاً متوقّف على أدائه.

و بالجملة فالمسأله إجماعيه، و تدلّ عليها النصوص صريحاً، على ما سيأتى.

(٢) فإن العامل أجنبي عنه بالمره، و على باذلهما تسليم الأرض للعامل خاليه عن

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٢٩٤

و كذا ما يصرف في إثبات اليد عند أخذها من السلطان (١) و ما يؤخذ لتركها في يده (٢). و لو شرط كونها على العامل بعضاً أو كلاً صحّ (٣) و إن كانت ربّما تزداد و ربّما تنقص، على الأقوى، فلا يضرّ مثل هذه الجهاله، للأخبار (٤).

جميع ما يترتب عليها و يمنع العامل من مزاوله العمل.

(١) لعين ما تقدّم.

(٢) إذ لا فرق فيما ذكرناه، من لزوم تسليمها

خاليه عن جميع ما يترتب عليها، بين الحدوث و البقاء.

(٣) لما عرفته في صدر الكتاب من صحه الاشتراط في عقد المزارعه، حتى و لو كان ذلك مقداراً من الذهب أو الفضة.

و هذا كله مضافاً إلى دلاله النصوص، على ما ستعرفها في التعليقه الآتیه.

□
(٤) ففي صحيحه داود بن سرحان عن أبي عبد الله (عليه السلام)، في الرجل تكون له الأرض عليها خراج معلوم و ربّما زاد و ربّما نقص، فيدفعها إلى الرجل على أن يكفيه خراجها و يعطيه مائتي درهم في السنه، قال: «لا بأس» (١).

و مثلها صحيحه يعقوب بن شعيب (٢).

و مورد هاتين الصحيحتين و إن كان الإجاره، إلّا أن ثبوت الحكم فيها، مع كونها مبنیه على تعيين العوضين الأجره و المنفعه، يقتضى ثبوته في المزارعه المبتیه على الجهاله في الجملة.

□
و أوضح منها صحيحه يعقوب بن شعيب الأخرى عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: سألته عن الرجل تكون له الأرض من أرض الخراج، فيدفعها إلى الرجل على أن يعمرها و يصلحها و يؤدّي خراجها، و ما كان من فضل فهو بينهما، قال: «لا بأس» (٣).

(١) الوسائل، ج ١٩ كتاب المزارعه و المساقاه، ب ١٧ ح ١.

(٢) الوسائل، ج ١٩ كتاب المزارعه و المساقاه، ب ١٧ ح ١.

(٣) الوسائل، ج ١٩ كتاب المزارعه و المساقاه، ب ١٠ ح ٢.

موسوعه الإمام الخوئی، ج ٣١، ص: ٢٩٥

و أمّا سائر المؤمن كشقّ الأنهار، و حفر الآبار، و آليات السقى، و إصلاح النهر و تنقيته، و نصب الأبواب مع الحاجه إليها و الدولاب، و نحو ذلك مما يتكرّر كل سنه أو لا يتكرّر فلا بدّ من تعيين كونها على المالك أو العامل (١) إلّا إذا كان

فإنّ مقتضى إطلاقها عدم

الفرق بين كون الخراج الذي اشترط عليه أداءه معلوماً مضبوطاً، و كونه ربما يزيد أو ينقص، و لعله يكون هو المتعارف خارجاً، على ما يستفاد من الصحيحتين الأوليين.

هذا و مع قطع النظر عن النصوص، يدلنا عليه اختصاص اعتبار عدم الغرر بالبيع فقط، إذ لا دليل على اعتباره في سواه، لا سيما في الشروط، إذا لم يسر الغرر منه إلى المشروط.

بل حتى و لو قلنا باعتبار عدمه فيها أيضاً، فإنّ الجهالة في مثل هذه الأمور التي لها ضابط خارجي معين، لا يعدّ غرراً عرفاً. فإنّ استيجار الدار بشرط أن تكون الضريبة على المستأجر، لا يعدّ معاملة غررية لمضبوطيه مقدارها و إن لم يعلمه المتعاملان بالفعل، فإنّ الزيادة و النقيصة في هذه الموارد مغتفره، و لا تبلغ عادة حدّ الغرر.

(١) خلافاً للشرائع، حيث جعلها على العامل مع عدم الاشتراط «١» و تبعه عليه غيره «٢». بدعوى أنه لما كان العمل واجباً عليه، وجب عليه تحصيلها مقدمه لأداء الواجب عليه.

و فيه: ما عرفته في كتاب الإجارة، من أنّ كيفية وجوب العمل و نحوه من حيث الإطلاق و الاشتراط تابع للجعل و القرار، فليس هناك وجوب مطلق ابتداءً و بحسب جعل الشارع المقدس في المقام خارجاً عن اتفاق المتعاملين، بل الأمر بيدهما من هذه الجهة تماماً.

(١) شرائع الإسلام ٢: ١٧٥.

(٢) المسالك ٥: ٢٤.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٢٩٦

هناك عادة ينصرف الإطلاق إليها (١).

و أمّا ما يأخذه المأمورون من الزارع ظمناً من غير الخراج، فليس على المالك (٢) و إن كان أخذهم ذلك من جهة الأرض.

[مسألة ٢٠: يجوز لكل من المالك و الزارع أن يخرص على الآخر بعد إدراك الحاصل بمقدار منه]

[٣٥١٢] مسألة ٢٠: يجوز لكل من المالك و الزارع أن يخرص على الآخر (٣) بعد إدراك الحاصل بمقدار (٤) منه، بشرط القبول و

فقد يجعل وجوب العمل على الزارع على نحو يقتضى قيامه بمقدماته أيضاً، فيكون من قبيل الواجب المطلق. وقد يجعل على نحو لا يقتضى إلّا قيامه بالعمل فى المواد المستحضره من قبل المالك، كما هو المتعارف فى البناء، حيث لا يجب على العامل إلّا العمل فى المواد التى يحضرها المالك، فيكون من قبيل الواجب المشروط.

و من هنا فلا- يمكن إعطاء ضابط كلى لمن يكون عليه تهيئه المقدمات خارجاً عن قرار المتعاقدين و اتفاقهما، فيجب عليهما التعيين، و إلّا بطل العقد.

(١) حيث يكون الاعتماد عليها فى مقام الاتفاق و العقد نوعاً من التعيين، فيغنى عن الذكر صريحاً.

(٢) إذ لا يجب عليه تدارك ما ورد على العامل من ظلم و ضرر، فإنه أجنبي عنه بالمره.

نعم، لو أخذ الغاصب من عين الحاصل حسب عليهما معاً، لأنه ضرر توجه عليهما، و من غير اختصاص لأحدهما به دون صاحبه.

(٣) بلا خلاف فيه بين الأصحاب، إلّا من ابن إدريس حيث منع منه «١» لبعض الوجوه الآتية.

(٤) لكونه من العقود.

(٥) على ما سيأتى بيان الوجه فيه.

(١) السرائر ٢: ٤٥٠.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٢٩٧

الأخبار (١) هنا و فى الثمار، فلا يختص ذلك بالمزارعه و المساقاه (٢) بل مقتضى الأخبار جوازه فى كل زرع مشترك أو ثمر مشترك (٣). و الأقوى لزومه بعد القبول (٤) و إن تبين بعد ذلك زيادته أو نقيصته، لبعض تلك الأخبار، مضافاً إلى العمومات العامة. خلافاً لجماعه.

□

(١) كصحيحه يعقوب بن شعيب فى حديث قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجلين يكون بينهما النخل فيقول أحدهما لصاحبه: اختر، إما ان تأخذ هذا النخل بكذا و كذا كيلاً مسمى، و تعطينى نصف

هذا الكيل إما زاد أو نقص، وإما أن آخذ أنا بذلك، قال: «نعم، لا بأس به» «١».

(٢) على ما يظهر ذلك من صحيحه يعقوب بن شعيب المتقدمه، حيث لم يفرض فيها كون ذلك في المزارعه أو المساقاه، أو حصل الاشتراك نتيجة لإرث أو شراء أو غيرهما.

هذا و لو تنزلنا عن دلالة النصوص، فيكفينا في الإثبات كون الحكم على القاعده فإنّ أمر المال المشترك بينهما لأى سبب كان لا يعدو هما بل هو بيدهما، فلهما أن يقسماه بالتراضى كيف شاءا.

(٣) لما تقدّم.

(٤) كما هو الحال فى سائر موارد القسمة، كتنقسم الإرث بالتراضى، فإنه يمنع من الرجوع و مطالبه الشركه، فإنّ المال و بالتقسيم قد خرج من الاشتراك إلى الاختصاص، و معه فلا يجوز لهما الرجوع، لأصالة اللزوم فى كل عقد بمقتضى وجوب الوفاء بالعقد، و دليل صحته، فإنّ إطلاقه على ما عرفته غير مرّه يقتضى اللزوم و عدم جواز الفسخ لكل من المتعاقدين.

(١) الوسائل، ج ١٨ كتاب التجاره، أبواب بيع الثمار، ب ١٠ ح ١.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٢٩٨

و الظاهر أنه معامله مستقله (١) و ليست بيعاً (٢) و لا صلحاً معاضياً (٣). فلا يجرى فيها إشكال اتحاد العوض و المعوض (٤) و لا إشكال النهى عن المحاقله و المزابنه (٥) و لا إشكال الرّبا (٦) و لو بناءً على ما هو الأقوى من عدم اختصاص حرمة بالبيع و جريانه فى مطلق المعاوضات، مع أن حاصل الزرع و الشجر قبل الحصاد و الجذاذ ليس من المكيل و الموزون (٧).

و مع الإغماض عن ذلك كلّه يكفى فى صحتها الأخبار الخاصه. فهو نوع من معامله عقلايه ثبت بالنصوص، و اتسم بالتقبّل. و حصر المعاملات فى المعهودات

(١) لأنها إنما تتضمن إخراج المال من الإشاعه و الاشتراك إلى الإفراز و الاختصاص.

(٢) كما يشهد له الفهم العرفى.

(٣) نعم، الصلح بمعناه اللغوى صادق عليه، فإنه أيضاً متضمن للتسالم و الاتفاق إلّا أنه غير مختص به، فإنه و بهذا المعنى صادق على جميع المعاملات.

(٤) فإنه لا بيع فى المقام كى يستلزم اتحاد العوض و المعوض.

و على تقدير تحقق البيع فلا استلزم، إذ العوض إنما هو من حصّه أحدهما و المعوض من حصّه الآخر، فكل منهما يتنازل لصاحبه عن حصّته المشاعه فى جزء معين من المال، بإزاء تنازل صاحبه له عن حصّته المشاعه فى الجزء الآخر.

(٥) فإنهما من بيع الثمر من النخيل أو السنبل من الحنطة بالحاصل من ذلك النخل و الزرع، و أين هما مما نحن فيه من إخراج المال المشترك بينهما من الاشتراك إلى الإفراز و الاختصاص؟.

(٦) لاختصاصه بالمعاوضات و المقام ليس منها، كما عرفت.

(٧) و حرمه الربا مختصه بهما.

(٨) على ما تقدّم منا بيانه فى مباحث المكاسب، كالمبادلات المالىه. فإنّ تبديل

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٢٩٩

نعم، يمكن أن يقال: إنها فى المعنى راجعه إلى الصلح الغير المعاضى. فكأنهما يتسالمان على أن تكون حصّه أحدهما من المال المشترك كذا مقداراً و البقيه للآخر، شبه القسمة أو نوع منها. و على ذلك يصحّ إيقاعها بعنوان الصلح على الوجه المذكور، مع قطع النظر عن الأخبار أيضاً، على الأقوى من اغتفار هذا المقدار من الجهاله فيه إذا ارتفع الغرر بالخرص المفروض، و على هذا لا يكون من التقبل و التقبل.

ثم إنّ المعامله المذكوره لا تحتاج إلى صيغه مخصوصه، بل يكفى كلّ لفظ دالّ على التقبل، بل الأقوى عدم الحاجه إلى الصيغه أصلاً، فيكفى فيها

مجزّد التراضى [١] (١) كما هو ظاهر الأخبار.

و الظاهر اشتراط كون الخرص بعد بلوغ الحاصل و إدراكه (٢) فلا يجوز قبل ذلك. و القدر المتيقن من الأخبار كون المقدار المخروص عليه من حاصل ذلك

العباءه بالكتاب مثلاً، معامله عقلائيّه و ليست هى من البيع، حيث لا يختص فيها نظر أحدهما إلى المالىه و الآخر إلى الخصوصيه، كى يعتبر الأول بائعاً و الآخر مشترياً فإنّ نسبتها إليهما على حدّ سواء.

(١) مع وجود مبرز له فى الخارج، كى يتم معنى الإنشاء و العقد، على ما بيّناه فى محلّه من الأصول.

(٢) لا لكونه مورد النصوص، إذ قد عرفت أنّ الحكم على القاعده و لا حاجه فيه إلى النص، و إنما لاقتضاء القاعده ذلك، فإنّ صحه تقسيم المعدوم تحتاج إلى الدليل لأنه إنما يتعلق بأمر موجود بالفعل، فلا أثر للتقسيم قبل تحقق العنوان، و صدق كونه حنطه أو شعيراً أو غيرهما بلحاظ حال التحقق.

نعم، لو فرضنا إرادتهما تقسيم الزرع الموجود بالفعل، بناءً على ما اخترناه من كون مبدأ الشركه بينهما هو زمان تحقّق الزرع، فلهما ذلك، و تكون صحه القسمة على

[١] إذا كان له مبرز فى الخارج.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٣٠٠

الزّرع (١) فلا يصحّ الخرص و جعل المقدار فى الذمه من جنس ذلك الحاصل. نعم لو أوقع المعامله بعنوان الصلح، على الوجه الذى ذكرنا، لا مانع من ذلك فيه (٢) لكنه كما عرفت خارج عن هذه المعامله.

ثمّ إنّ المشهور بينهم أنّ قرار هذه المعامله مشروط بسلامه الحاصل، فلو تلف بآفه سماويه أو أرضيه كان عليهما. و لعله لأنّ تعيين الحصّه فى المقدار المعين ليس من باب الكلى فى المعين، بل هى باقيه على إشاعتها [١] (٣) غايه

القاعده، إلّا أنه ليس من قسمه الحنطه و الشعير على ما هو محل الكلام.

(١) لأن التقسيم على ما ذكرنا إخراج للمال عن الإشاعه و الاشتراك إلى الإفراز و الاختصاص، و هو غير صادق مع كون البديل أمراً ثابتاً في الذمه، فإنه من المبادله لا محاله، فيدخل في عنوان البيع أو الصلح.

(٢) إذ ليس هناك ما يوجب البطلان إلّا محذور الرّبا. و يدفعه عدم كون الحنطه و الشعير قبل الجذاذ من المكييل أو الموزون، و الرّبا مختص بهما.

نعم، لو كانت هذه المعامله بعد الجذاذ و الحصاد لم تصح، لاستلزامها الربا على تقدير عدم التساوى، إلّا أن هذا الفرض خارج عن محل كلامه (قدس سره).

(٣) و فيه: أنه لا مجال لتصور الإشاعه مع فرض التعيين، فإنهما لا يجتمعان إطلاقاً، إذ الإشاعه تعنى اشتراكهما في كل جزء، و هو ينافى التعيين الذي يعنى اختصاص كل منهما بشىء خاص.

إذن فليس المقام إلّا من قبيل الكلّي في المعين، فإنّ شخص المال بأجمعه لمالك البذر و لصاحبه المقدار المعين على نحو الكلّي في ضمنه.

[١] لا معنى للإشاعه مع تعيين المقدار، و لكنّه مع ذلك يحسب التلف عليهما على أساس أنّ المقدار المعين إنّما لوحظ بالإضافة إلى مجموع الحاصل، فكلمّا نقص عن الحاصل بآفه سماويه أو أرضيه نقص عن ذلك المقدار بالنسبه، و لعلّ الماتن (قدس سره) أراد بالإشاعه هذا المعنى.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٣٠١

مقدار معين. مع احتمال أن يكون ذلك من الشرط الضمني بينهما. و الظاهر أن المراد من الآفه الأرضيه ما كان من غير الإنسان، و لا يبعد (١) لحوق إتلاف متلف من الإنسان أيضاً به.

و هل يجوز خرص ثالث حصّه أحدهما أو كليهما في مقدار؟

إلّا أن هذا لا يعنى مخالفتنا للمشهور فيما ذهبوا إليه، فإنه هو الصحيح فى المقام حتى بناءً على ما اخترناه. و ذلك لأنّ الملحوظ فى تعيين المقدار إنما هو نسبته إلى المجموع، فحينما يخرص الناتج بمائه رطل و يجعل لأحد الطرفين خمسين رطلاً فإنما يعنى ذلك جعل النصف له، و هكذا فى باقى المقادير. فإنه إنما يدفع له المقدار المعين بلحاظ كون المجموع كذا مقداراً و بالقياس إليه، فالمقدار إنما يلحظ كمشير للنسبه لا غير.

و من هنا يكون التالف محسوباً عليهما، حيث إنه يؤثر على المقدار العائد إليه لا محاله، نتيجة لنقصان ما تخرج منه النسبه.

و لعل مراده (قدس سره) من الإشاعه من المقام هذا المعنى، و إلّا فالتعيين يتلاءم معها.

ثمّ إنّ مما ذكرنا يظهر أنه لا فرق فى التالف بين كونه بأفه سماويه أو أرضيه، فإنّ الحكم فى الجميع واحد، لو حده الملاك، أعنى كون الملحوظ فى الحقيقه هى النسبه فإنه يوجب اشتراكهما فى تحمل التالف.

(١) ظهر وجهه مما تقدّم.

(٢) لم يظهر لنا وجهه بعد ما تقدّم منه (قدس سره) و منّا، من كون صحه هذه المعامله على القاعده لكونها معامله عقلاييه، فلا تحتاج إلى الدليل الخاص، و إن لم تكن من المعاملات المعهوده.

فإنه و بناءً على هذا، لا وجه لتخصيص الجواز بما إذا كان الخارص أحد الشريكين، فإنه ثابت حتى و لو كان الخارص شخصاً ثالثاً، كما لو كان من أهل

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٣٠٢

[مسأله ٢١: بناءً على ما ذكرنا من الاشتراك أوّل الأمر فى الزرع يجب على كلّ منهما الزكاه]

[٣٥١٣] مسأله ٢١: بناءً على ما ذكرنا من الاشتراك أوّل الأمر فى الزرع يجب على كلّ منهما الزكاه (١) إذا كان نصيب كل منهما بحدّ النصاب، و على من بلغ نصيبه إن بلغ

نصيب أحدهما. وكذا إن اشترط الاشتراك حين ظهور الثمرة، لأنّ تعلق الزكاه بعد صدق الاسم و بمجرد الظهور لا يصدق. و إن اشترط الاشتراك بعد صدق الاسم و حين الحصاد و التصفيه، فهي على صاحب البذر منهما، لأنّ المفروض أن الزرع و الحاصل له إلى ذلك الوقت، فتتعلق الزكاه في ملكه.

[مسأله ٢٢: إذا بقي في الأرض أصل الزرع بعد انقضاء المدّه و القسمه]

[٣٥١٤] مسأله ٢٢: إذا بقي في الأرض أصل الزرع بعد انقضاء المدّه و القسمه، فثبت بعد ذلك في العام الآتي، فإن كان البذر لهما فهو لهما (٢) و إن كان لأحدهما فله (٣) إلّا مع الإعراض، و حينئذٍ فهو لمن سبق (٤). و يحتمل أن يكون لهما مع عدم الإعراض [١] مطلقاً، لأنّ المفروض شركتهما في الزرع

الخبره و الوثوق. و مجرد كون مورد الروايات هو الأول، لا يدلّ على اختصاص الحكم به. فالظاهر هو الجواز مطلقاً.

(١) و كذا بناءً على ما اخترناه من كون الاشتراك من أول حصول الزرع، لتحقق ملاك وجوب الزكاه فيه أيضاً.

(٢) على ما تقتضيه قاعده تبعيه النماء للبذر في الملكيه، فإنّ النماء الحاصل لما كان نماء لملكهما معاً كان كذلك أيضاً.

(٣) لما تقدّم.

(٤) ما أفاده (قدس سره) مبنى على اقتضاء الإعراض لسقوط ملكيه المعرض بالكسر عن المعرض عنه و زوالها.

إلّا إنك قد عرفت غير مرّه، أنه لا دليل على زوال الملكيه و سقوطها بالإعراض فإنه يحتاج إلى الدليل و هو مفقود، بل مقتضى دليل الملك بقاءه و عدم زواله بالإعراض، ما لم يكن تصرّف الغير فيه متوقفاً على الملك.

[١] بل مع الإعراض أيضاً، لأنّ الإعراض لا يوجب الخروج عن الملك.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٣٠٣

المفروض شركتهما في الزرع واصله [١] (١) و إن كان البذر لأحدهما أو لثالث،

و هو الأقوى.

و كذا إذا بقي في الأرض بعض الحبّ فنبت، فإنه مشترك بينهما (٢) مع عدم الإعراض (٣). نعم، لو كان الباقي حبّاً مختصّاً بأحدهما اختص به (٤).

ثمّ لا يستحقّ صاحب الأرض أجره لذلك الزرع النابت على الزارع، في صورته الاشتراك أو الاختصاص به، وإن انتفع بها، إذ لم يكن ذلك من فعله، و لا

(١) و هو مبنى على ما أفاده (قدس سره)، من كون مبدأ الاشتراك بين العامل و المالك هو من حين نثر البذر بحيث يكون الحب مشتركاً بينهما، أو يكون ذلك بالاشتراط حيث تقدّم جواز تعيينه كيفما يشاء!.

و أما على غير هذين الوجهين، كالوجهين الأخيرين اللذين ذكرهما (قدس سره) أو الوجه الذي ذكرناه من كون مبدأ الاشتراك أوّل أزمته حصول الزرع، فحيث إنّ عقد المزارعه لا يقتضى إلّا الاشتراك في الحاصل، فلا وجه للاشتراك في المقام، حيث إن البذر حينئذٍ يختصّ بإذله سواء أ كان هو الزارع أو مالك الأرض.

و الحاصل أنّ حال هذه الصورة، أعنى كون النماء نماء للأصول الباقية مع اختصاص البذر بأحدهما، حال صورته كون النماء نماء للحبّ المختص بأحدهما الآتيه من غير فرق.

(٢) لتبعيه الحاصل للبذر في الملك، فإنه لما كان مشتركاً كان النماء مشتركاً لا محالة أيضاً.

(٣) بل معه أيضاً، على ما تقدّم.

(٤) لما تقدّم.

[١] هذا إنّما يكون بالاشتراط، و إلّا فعقد المزارعه لا يقتضى أزيد من الاشتراك في الحاصل كما مرّ.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٣٠٤

من معاملته واقعه بينهما (١).

[مسألة ٢٣: لو اختلفا في المدة و أنها سنه أو سنتان مثلاً]

[٣٥١٥] مسألة ٢٣: لو اختلفا في المدة و أنها سنه أو سنتان مثلاً، فالقول قول منكر الزيادة (٢). و كذا لو قال أحدهما أنها سته أشهر، و الآخر قال إنها ثمانية أشهر. نعم،

لو ادعى المالك مدّه قليله لا تكفى لبلوغ الحاصل و لو نادراً، ففي تقديم قوله إشكال (٣). و لو اختلفا في الحصه قلّه و كثره، فالقول قول صاحب البذر المدعى للقلّه (٤).

هذا إذا كان نزاعهما في زياده المدّه أو الحصه و عدمها. و أما لو اختلفا في تشخيص ما وقع عليه العقد و أنه وقع على كذا أو كذا، فالظاهر التحالف [١] (٥) و ان كان خلاف إطلاق كلماتهم. فإن حلفا أو نكلا، فالمرجع أصاله عدم الزيادة.

(١) فلا موجب للضمان، لأنه إنما يكون فيما إذا صدر الفعل عن أمره أو مباشرته له، فلا يثبت في مورد يكون ذلك خارجاً عن اختياره و إرادته حتى مع استيفائه للمنفعه، فإنه رزق ساقه الله إليه من حيث لم يحتسب.

(٢) لأنّ جواز تصرف الزارع في أرض المالك و ملكه في الزائد، أو إلزام المالك له بالعمل فيه، يحتاج إلى الدليل و الأصل عدمه.

(٣) من جهة أنّ دعواه حينئذٍ ترجع إلى ادعاء فساد العقد، لأنه يدعى المزارعه في فتره غير قابله لتحقيق الحاصل، فيتقدم قول صاحبه، لأصاله صحه العقد.

(٤) ظهر وجهه مما تقدّم.

(٥) بل الظاهر أنّ القول قول من يدعى القله حتى في هذه الصوره. و ذلك لما عرفته منّا غير مرّه، أن نصوص القضاء و الدعوى على كثرتها لم تتعرض لتحديد المدعى و المنكر، بل النصوص تعرّضت لذكرهما تاركه تفسيرهما للفهم العرفي.

و من هنا فلا بدّ من الرجوع إليه في تحديدهما، و مقتضاه اعتبار من يلزم بإثبات ما

[١] بل الظاهر أنّ القول قول من يدعى القله.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٣٠٥

[مسألة ٢٤: لو اختلفا في اشتراط كون البذر أو العمل أو العوامل على أيّهما]

[٣٥١٦] مسألة ٢٤: لو اختلفا في اشتراط كون البذر أو العمل أو العوامل على أيّهما، فالمرجع

التحالف (١). و مع حلفهما أو نكولهما تنفسخ المعامله (٢).

[مسألة ٢٥: لو اختلفا في الإعاره و المزارعه]

[٣٥١٧] مسأله ٢٥: لو اختلفا في الإعاره و المزارعه، فادعى الزارع أن المالك أعطاه الأرض عاريه للزراع، و المالك ادعى المزارعه، فالمرجع التحالف أيضاً. و مع حلفهما أو نكولهما ثبت اجره المثل للأرض. فإن كان بعد البلوغ فلا إشكال [١] (٣).

يقوله مدّعياً و صاحبه الذى لا يطالب به منكرًا، من غير نظر لمصّب الدعوى. فمن يلزم بالإثبات هو المدعى و عليه البينه، بأى صيغه كان التعبير و إظهار الدعوى.

و عليه ففى المقام حيث يكون مدعى الزيادة ملزماً بالإثبات لدى العرف، لأنه يدعى على صاحبه جواز تصرّفه فى المده الزائده فى مال المالك، أو استحقاقه للعمل على العامل فيها، أو ملكيته لبعض أمواله، فهو المدعى و يلزم بالإثبات عرفاً من دون أن يكون على صاحبه شىء، فإنه لا يلزم عرفاً بإثبات العدم.

و من هنا يتضح أنه لا وجه لاعتبار المقام من موارد التداعى و القول بالتحالف فيه.

(١) لأنّ كلا- منهما يدعى على صاحبه شيئاً و يلزمه به و هو ينكره، فيكون كلّ منهما ملزماً بالإثبات لدى العرف، و هو ضابط التداعى.

(٢) لعدم إمكان تحقق المزارعه بدون ذلك، و عدم إمكان إلزام كلّ منهما به ظاهراً. و عليه فيكون العقد كأن لم يكن، نظراً لما تقدّم فى البيع من أنّ اختلاف المتعاقدين فى المبيع يوجب الحكم بفساده ظاهراً.

(٣) الظاهر أنه لا وجه لعدّ هذه الصوره من باب التداعى، ثمّ القول بالتحالف فيها. و ذلك لما تقدّم من غير مرّه من أنّ الملاك فى اعتبار مورد من التداعى، إنما هو

[١] الظاهر أنه لا وجه للتحالف فى هذه الصوره لأنّ الزارع لا يدعى على المالك شيئاً. و أمّا

المالك فهو يدعى الاشتراك في الحاصل فعليه الإثبات.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٣٠٦

.....

بإلزام كل من طرفي النزاع لصاحبه بشي ء و إنكاره لما يدّعيه الآخر. فإنّ هذا الملاك إذا تحقق في مورد، كان ذلك المورد من التداعي و ثبت فيه التحالف، و إلّا فهو أجنبي عنه.

و عليه ففيما نحن فيه، فحيث إنّ الإلزام يختص بطرف واحد خاصة و هو المالك حيث يلزم العامل و بحسب دعواه للمزارعه بدفع الحصّه من النتاج له، دون العكس فإنّ العامل و بحسب دعواه للعاريه لا يلزم المالك بشي ء إطلاقاً، غايه الأمر أنه ينكر عليه ما يدّعيه خاصة، فالمورد خارج عن باب التداعي و داخل في باب المدّعي و المنكر، فعلى المدّعي الإثبات و على المنكر اليمين.

و مجرد كون كل منهما يدّعي أمراً وجودياً، لا يجعل المقام من التداعي.

و الحاصل أنّ الإلزام في المقام لما كان يختص بطرف واحد فقط، لم يكن وجه لجعله من مصاديق التداعي، و من ثمّ إثبات اليمين على الطرفين فيه. فإنه من مصاديق المدّعي و المنكر، و لا بدّ فيه من الرجوع إلى القواعد المذكوره له في باب القضاء و مقتضاها أنّ المدّعي إذا تمكن من إثبات دعواه بالبينه أو اليمين المردوده فهو، و إلّا فالتناج بأجمعه للمنكر.

و أما مسأله ثبوت اجره مثل الأرض على العامل للمالك، لكونه قد تصرف فيها و استوفى منفعتها، فقد تعرض لها (قدس سره) في كتاب الإجاره في مسأله ما إذا ادّعى الساكن للدار العاريه و ادّعى المالك الإجاره. و قد عرفت أنه لا موجب لها بالمّرّه، لأنّ ضمان المنافع إنما يثبت بالعقد و الالتزام، أو بوضع اليد و التصرف في مال الغير بغير إذنه.

و لا شي ء منها موجود في

المقام، أما الأول، فلعدم ثبوته كما هو المفروض. و أما الثاني، فلا حراز عدمه، لكون تصرفه العامل في المال بإذن المالك جزءاً، و إن تردد كونه في ضمن المزارعه أو العاربه.

و قد تعرّضنا لتحقيق المسأله مفصّلاً في كتاب الإجاره، فراجع.

بل في المقام خصوصيه زائده تقتضى ثبوت اجره المثل حتى و لو قلنا بثبوتها في

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٣٠٧

و إن كان في الأثناء، فالظاهر جواز الرجوع للمالك (١). و في وجوب إبقاء الزرع إلى

الإجاره، و هي اعتراف مالك الأرض بعدم ثبوتها. فإن هذه الخصوصيه موجوده في المقام و مفقوده في باب التنازع في الإجاره، إذ هناك يطالب المالك الساكن بالأجره غايه الأمر أنه يراها المقدار الذي يدّعيه، فإذا لم يثبت ما يدّعيه فلقول بثبوت اجره المثل وجه و إن لم نكن نرتضيه. في حين إنه في المقام يعترف بعدم استحقاقه لها بالمرّه لأنه إنما يدّعي عليه الحصّه من الحاصل خاصّه. و من هنا فلا وجه لثبوتها، حتى مع القول بها في الإجاره.

نعم، قد يكون ادعاؤه للحصه غير مستلزم لاعترافه بعدم استحقاقه الحصّه المعينه، كما لو ادّعى المالك علم العامل بالحال، بحيث يكون إنكاره ناشئاً عن الجحود و غصبه لحصته لا الخطأ و النسيان. فإنّ ادعاءه للمزارعه حينئذٍ لا يلازم اعترافه بعدم استحقاقه لها، فإنّ له أخذها لكن لا بعنوانها و بما هي أجره مثل أرضه، و إنما بعنوان التقاص و استيفاء حصّته المغصوبه.

و الحاصل أنّ سبب الضمان منحصر في أمرين: العقد و التصرف، و كلاهما مفقود في المقام. فإنّ التصرف إنما كان عن إذن المالك قطعاً، و العقد لم يثبت و إن ادّعاها المالك.

إذن فالصحيح في هذه الصوره هو الحكم باختصاص الزارع بالحاصل، و

من دون أن يكون عليه شىء لمالك الأرض مطلقاً، ما لم يثبت المالك مدعاه بالبينه أو اليمين المردوده.

(١) لأنَّ المقام من التداعى، حيث إنَّ كلا منهما يلزم صاحبه بشىء و هو ينكره. فالمالك بدعواه المزارعه يلزم العامل بالعمل فى البذور و الأرض، كى يحصل الناتج و يكون مشتركاً بينهما. فيما يلزمه العامل بدعواه العاربه بإبقاء زرعه فى أرضه، و عدم مزاحمته فى هذه الجهه حتى تحقق الحاصل، باعتبار أنه ليس للمالك الرجوع فى عاربه فى أثناء العمل، لاستلزامه تضرر العامل.

و بذلك يتحقق ضابط باب التداعى، و من ثمَّ فيثبت التحالف. فإن حلفاً أو نكلاً معاً، انفسخ العقد و كان كأن لم يكن.

هذا كله بناءً على ما اخترناه من لزوم العاربه فى المقام، على ما أوضحناه فى

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٣٠٨

البلوغ عليه مع الأجره إذا أراد الزارع، و عدمه و جواز أمره بالإزاله، و جهان (١).

المسأله الرابعه. و أما بناءً على ما ذهب إليه الماتن (قدس سره) من جواز رجوع المالك فى الأرض المستعاره للمزارعه، فلا وجه لاعتبار هذه الصوره من التداعى فإنَّ الادعاء و الإلزام حينئذٍ إنما يختص بطرف واحد هو المالك، حيث يلزم العامل بالحصه من الحاصل، و أما العامل فلا يلزمه بشىء على الإطلاق. و من هنا فيكون المقام من المدعى و المنكر.

نعم، بناءً على وجوب إبقاء المالك للزرع فى هذه الصوره حتى البلوغ عند طلب الزارع ذلك على ما سيأتى التعرض إليه فى الفرع القادم فالمقام من التداعى أيضاً حيث إنَّ الإلزام لا يختص بالمالك، بل العامل أيضاً يلزمه بالإبقاء بالأجره.

و الحاصل أنَّ اعتبار المقام من التداعى ثمَّ إثبات التحالف فيه، يتوقف إمّا على القول بلزوم العاربه هنا، أو القول

بلزوم إبقاء الزرع مع الأجره عند طلب الزارع. وإلّا فالمقام من موارد المدعى و المنكر، حيث يختص الإلزام بطرف واحد، هو المالك فقط.

خويي، سيد ابو القاسم موسوي، موسوعه الإمام الخوئي، ٣٣ جلد، مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئي، قم - ايران، اول، ١٤١٨ هـ ق
موسوعه الإمام الخوئي؛ ج ٣١، ص: ٣٠٨

(١) من «سلطنه الناس على أموالهم» بعد عدم ثبوت دعوى العامل، فلا يجب عليه الصبر إلى البلوغ حتى مع الأجره. و من دليل «لا ضرر» حيث يستلزم قلعه الضرر على العامل، باعتبار أنّ الزرع حينئذٍ إنما يباع بقيمه العلف خاصّه.

و الصحيح هو الأوّل. و الوجه فيه ما ذكرناه في غير مورد، من أنّ دليل لا ضرر لما كان وارداً مورد الامتتان على العباد و الرأفه على الأمه، لا يعمّ موارد استلزام رفع الحكم عن أحد تضرر غيره، كما فيما نحن فيه. فإنّ شموله للمقام، يستلزم تضرر المالك بقطع سلطنته على ماله، و هو خلاف الامتتان. نظير ذلك إذا ما وقع مقدار من الحب المملوك لأحد في أرض غيره، بفعل الريح أو الصبي أو المجنون، أفهل يحتمل فيه أن يقال بأنّ لمالك البذر إلزام مالك الأرض بإبقاء الزرع في أرضه بالأجره، باعتبار أنّ قلعه مستلزم لتضرره! فإنه مما لا نظن أن يقول به فقيه.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٣٠٩

و إن كان النزاع قبل نثر الحب، فالظاهر الانفساخ بعد حلفهما أو نكولهما (١).

[مسألة ٢٦: لو ادّعى المالك الغصب، و الزارع ادّعى المزارعه فالقول قول المالك]

[٣٥١٨] مسألة ٢٦: لو ادّعى المالك الغصب، و الزارع ادّعى المزارعه فالقول قول المالك (٢)

و الحاصل أنّ العقد لما فرض في حكم العدم نتيجة لتحالف، لم يكن وجه لإلزام مالك الأرض بإبقاء الزرع في أرضه بإزاء الأجره، فإنه منافٍ لسلطنته، و دليل

لا ضرر لا يشمل مثله.

هذا كله بالنسبة إلى أجره الأرض بالقياس إلى زمن ما بعد التحالف. و أما بالقياس إلى الفتره الماضيه قبل التنازع فلم يتعرض لها (قدس سره)، و الظاهر أنّ حكمها حكم صورته التنازع بعد البلوغ و إدراك الحاصل، فبناءً على ما اختاره (قدس سره) لا بدّ في المقام من القول بثبوتها أيضاً، و بناءً على ما اخترناه فلا.

(١) يظهر حكم هذه الصوره ممّا ذكرناه في الصوره الاولى، أعنى التنازع بعد بلوغ الحاصل و إدراكه، فإنّ الحكم هنا أوضح منه هناك. إذ لا وجه لعدّ المقام من باب التداعي، فإنّ العامل لا يلزم المالك بشىء مطلقاً و إنّما هو يدعى العاربه، و لما كانت دعواه هذه قبل الشروع في العمل، فهو معترف بجواز العقد و صلاحيه المالك لفسخه. و حيث إنّ المالك منكر له، كفى ذلك في انفساخ ما يدّعيه العامل، على تقدير ثبوته واقعاً.

و من هنا فليس للعامل التصرف في الأرض من حيث دعواه العاربه، حتى بناءً على صدقه واقعاً.

و عليه فتبقى دعوى المالك عليه المزارعه، حيث يلزمه بالعمل في الأرض، خاليه عن المعارض. و بذلك فيكون من مصاديق المدعى و المنكر، و لا بدّ من إجراء أحكامه فإن أثبت مدعاه بالبينه أو اليمين المردوده فهو، و إلّا فليس على العامل شىء.

(٢) لأنّ وضع اليد على مال الغير و التصرف فيه بغير إذنه، محرم شرعاً و موجب للضمان. و من هنا فعلى العامل في إسقاط الضمان على نفسه من إثبات مدّعاه، و إلّا فعليه اجره المثل، لتصرفه في أرض الغير الذى لم يثبت كونه عن إذن المالك، و الأصل عدمه.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٣١٠

مع يمينه على نفى المزارعه (١).

[مسأله ٢٧: في الموارد التي للمالك قلع زرع الزارع، هل يجوز له ذلك]

[٣٥١٩]

مسأله ٢٧: فى الموارد التى للمالك قلع زرع الزارع، هل يجوز له ذلك بعد تعلق الزكاه و قبل البلوغ؟ قد يقال بعدم الجواز، إلاً أن يضمن حصتها للفقراء، لأنه ضرر عليهم. و الأقوى الجواز، و حق الفقراء يتعلّق بذلك الموجود (٢) و إن لم يكن بالغاً.

[مسأله ٢٨: يستفاد من جملة من الأخبار أنه يجوز لمن بيده الأرض الخراجيه]

[٣٥٢٠] مسأله ٢٨: يستفاد من جملة من الأخبار (٣) أنه يجوز لمن بيده الأرض الخراجيه، أن يسلمها إلى غيره ليزرع لنفسه و يؤدى خراجها عنه. و لا بأس به.

(١) على ما تقتضيه قواعد القضاء.

ثم إن تقييده (قدس سره) لسماع قوله بنفى المزارعه، إنما هو من جهة انحلال ادعاء المالك فى الحقيقة إلى دعويين:

الاولى: دعوى عدم المزارعه، و كون تصرف الزارع فى أرضه تصرفاً بغير إذنه.

الثانية: دعوى كونه غاصباً، و كون تصرفه محرماً و على خلاف الموازين الشرعيه.

فدعوى المالك للغصب إنما تسمع فيما يعود إلى الشقّ الأول خاصّه، حيث إنّ التصرف فى مال الغير يتوقّف على إذنه، و هو غير ثابت بل الأصل عدمه، فيضمن العامل لأجره المثل لا محاله.

و أمّا فيما يعود إلى الشقّ الثانى، فلا تسمع دعواه. و من هنا فلا يعامل الزارع معاملة الغاصب، فلا يحكم بفسقه، كما لا يثبت عليه التعزير للغصب.

(٢) بمعنى أنّ حق الفقراء إنما تعلق بالمال بما هو هو و بما عليه من الحال، أعنى المال الذى للمالك الأرض حق قلعه. و من هنا فلا يكون حقهم مانعاً من استعمال المالك لحقه، و هو ظاهر.

(٣) ففى صحيحه يعقوب بن شعيب عن أبى عبد الله (عليه السلام)، قال: سألت عن الرجل تكون له الأرض من أرض الخراج، فيدفعها إلى الرجل على أن يعمرها

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٣١١

[مسائل متفرّقه]

اشاره

مسائل متفرّقه

[الأولى: إذا قصر العامل فى تربيته الزرع فقلّ الحاصل]

[٣٥٢١] الأولى: إذا قصّر العامل في تربيته الزرع فقلّ الحاصل، فالظاهر ضمانه التفاوت [١] (١) بحسب تخمين أهل الخبرة، كما صرّح به المحقق القمي (قدس سره) في أجوبه مسأله.

و يصلحها و يؤدي خراجها، و ما كان من فضل فهو بينهما، قال: «لا بأس» (١). و نحوها غيرها.

على أنّ الحكم على القاعده و لا حاجه في إثباته إلى النص، فإنّ حق الزراعه و العماره ثابت لمن الأرض بيده فعلاً، فله أن ينقله إلى غيره مجاناً، أو بعوض معلوم أو الحصّه من الحاصل.

(١) و قد استشكل فيه بعضهم، بدعوى أنه لا دليل على ضمان النقص إلّا قاعده الإلتلاف، و هي تختصّ بالنقص الطارئ على المال الموجود بالفعل، فلا تشمل صورته عمل العامل شيئاً يوجب قله الحاصل و وجوده ناقصاً.

نعم، في هذه الصوره يكون للمالك الخيار، فإن فسخ رجع بأجره مثل أرضه، و بدل بذره على تقدير كونه منه.

و فيه: أنّ ظاهر كلامه (قدس سره) وجود الزرع بالفعل و كون التقصير في تربيته خاصّه، و هو موجب للضمان، لأنّ الزارع بتقصيره في التربيته قد أوجب نقصاً و عيباً في المال الموجود بالفعل، و تلف الوصف كتلف العين موجب للضمان. إلّا أنّ حقّه لا ينحصر في ذلك، فله فسخ العقد لتخلف العامل عن تربيته الزرع.

[١] لا يبعد ذلك فيما إذا كان التقصير بعد ظهور الزرع، و أمّا إذا كان التقصير قبل ظهوره فلا وجه له، نعم للمالك حينئذ الفسخ و المطالبه بأجره المثل لمنفعه الأرض و قيمه البذر إذا كان البذر للمالك.

(١) الوسائل، ج ١٩ كتاب المزارعه و المساقاه، ب ١٠ ح ٢.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٣١٢

[الثانيه: إذا ادّعى المالك على العامل عدم العمل بما اشترط في ضمان عقد المزارعه من بعض الشروط]

[٣٥٢٢] الثانيه: إذا ادّعى المالك على العامل عدم العمل بما

اشترط في ضمان عقد المزارعه من بعض الشروط، أو ادعى عليه تقصيره في العمل على وجه يضرّ بالزرع، و أنكر الزارع عدم العمل بالشرط أو التقصير فيه، فالقول قوله لأنه مؤتمن في عمله (١). و كذا لو ادعى عليه التقصير في حفظ الحاصل بعد ظهوره و أنكر (٢).

[الثالثه: لو ادعى أحدهما على الآخر شرطاً متعلقاً بالزرع، و أنكر أصل الاشتراط]

[٣٥٢٣] الثالثه: لو ادعى أحدهما على الآخر شرطاً متعلقاً بالزرع، و أنكر أصل الاشتراط، فالقول قول المنكر (٣).

و الحاصل أنّ المالك في هذه الصوره بالخيار، بين فسخه للعقد، و بين إبقائه على حاله و تضمين العامل للوصف الفائق.

نعم، لو كان التقصير قبل وجود الزرع و تحققه بالإشكال و ارد، فإنه ليس بمال بالفعل، و معه فلا موجب للضمان.

إذن فالصحيح في المقام هو التفصيل، بين كون التقصير بعد خروج الزرع و تحققه فيضمن، و بين كونه قبله فلا يضمن.

(١) خلافاً للقاعده، حيث تقتضى كون الإثبات على العامل، إلّا أننا قد خرجنا عنها لوجود الدليل على تقديم قول العامل، و هو مضافاً إلى ما يستفاد من جمله من النصوص من قبول قول الأمين و عدم مطالبته بالإثبات ما لم يثبت خلافه، السيره العمليه القطعيه المتصله بعهد المعصومين (عليهم السلام)، حيث جرى بناء العقلاء من المتشرعه و غيرهم على قبول قول الوكيل فيما هو وكيل فيه، فتراهم يعتمدون على قوله في إجراء العقد إذا كان وكيلاً فيه و يرتبون عليه الأثر من غير أن يلزم بالإثبات.

و إلى هذا الدليل الكلمه المعروفه في ألسنتهم «من ملك شيئاً ملك الإقرار به».

(٢) لما تقدّم.

(٣) لكون الشرط أمراً زائداً على ما يقتضيه عقد المزارعه، و الأصل عدمه، كما هو الحال في سائر العقود.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٣١٣

[الرابعه: لو ادعى أحدهما على الآخر الغبن في المعامله]

[٣٥٢٤] الرابعه: لو ادعى أحدهما على الآخر الغبن في المعامله، فعليه إثباته (١) و بعده له الفسخ (٢).

[الخامسه: إذا زارع المتولى للوقف الأرض الموقوفه بملاحظه مصلحه البطون إلى مدّه، لزم]

[٣٥٢٥] الخامسه: إذا زارع المتولى للوقف الأرض الموقوفه بملاحظه مصلحه البطون إلى مدّه، لزم و لا تبطل بالموت (٣). و أما

إذا زارع البطن المتقدم من الموقوف عليهم الأرض الموقوفه، ثم مات في الأثناء قبل انقضاء المدّه فالظاهر بطلانها من ذلك

الحين، لانتقال الأرض إلى البطن اللاحق (٤). كما أن الأمر كذلك في إجارته لها (٥).

لكن استشكل فيه المحقق القمي (قدس سره) بأن عقد المزارعه لازمه، لا تنفسخ إلّا بالتقاييل أو ببعض الوجوه التي ذكروها، و لم يذكروا في تعدادها هذه الصورة، مع أنهم ذكروا في الإجاره بطلانها إذا آجر البطن المتقدم ثم مات في أثناء المده. ثم استشعر عدم الفرق بينهما بحسب القاعده، فالتجأ إلى أن الإجاره أيضاً لا تبطل بموت البطن السابق في أثناء المده، و إن كان البطن اللّاحق يتلقى الملك من الواقف لا من السابق، و أنّ ملكيه السابق كانت إلى حين موته. بدعوى أنه إذا آجر مده لا تزيد على عمره الطبيعي و مقتضى الاستصحاب بقاؤه بمقداره، فكما أنها في الظاهر محكوم به بالصحة كذلك عند الشارع و في الواقع فبموت السابق ينتقل ما قرره من الأجره إلى اللّاحق، لا الأرض بمنفعتها إلى

(١) إذ العقد بطبيعته الأوّليه يقتضى اللزوم، و عدم جواز رفع اليد لكل منهما عنه. و من هنا فعلى مدعى الغبن الإثبات، لرجوع دعواه إلى ثبوت حق رفع اليد عما التزم به، و فرض العقد كأن لم يكن.

(٢) على ما يقتضيه خيار الغبن.

(٣) فإنّ عقده نافذ عليهم، لكونه مالكاً لذلك التصرف بحسب توليته.

(٤) فيكون العقد بالنسبه إليهم فضولياً، إن شأوا

أجازوا وإلا حكم بطلانه.

(٥) على ما مرّ بيانه مفصلاً في كتاب الإجاره.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٣١٤

آخر ما ذكره من النقض والإبرام. وفيه ما لا يخفى (١). ولا ينبغي الإشكال في البطلان بموته في المقامين.

[السادسه: يجوز مزارعه الكافر، مزارعاً كان أو زارعاً]

[٣٥٢٦] السادسة: يجوز مزارعه الكافر، مزارعاً كان أو زارعاً (٢).

(١) فإنّ الاستصحاب حكم ظاهري صرف لا يوجب أيّ تعديل في الواقع، و من هنا فلا مجال للتمسك به بعد انكشاف الخلاف و كون العقد واقعاً على ملك الغير و متعلقاً به، بل لا محيص عن الحكم ببطلانه.

ولذا لا يلتزم أحد بصحة العقد فيما لو باع المالك داره، مستنداً إلى استصحاب بقائه على ملكه، ثمّ تبين بيع و كيله له قبل ذلك. فإنه لا يحتمل أن يقال بنفوذ عقد المالك على المشتري من الوكيل، بحيث يكون الثمن المسمى في العقد له، لمجرد أنه استند إلى الاستصحاب، فإنّ بطلانه من أوضح الواضحات.

و أوضح منها في البطلان قياس المقام على موت المالك في أثناء مده الإجاره، فإنّ الذي ينتقل من المورث إلى الوارث إنما هو تركته. و من هنا فإذا كان المورث قد استوفى المنفعة في حياته، حيث يكون له ذلك لأنه مالك للمنافع إلى الأبد لا المنفعة ما دام حياً كما هو الحال في ملكية البطن الموجود لمنفعه العين الموقوفه، بإجارته للعين فتره تزيد على حياته، فلم تبق تلك المنفعة على ملكه كي تنتقل إلى الورثة، فإنّ الانتقال إليهم فرع كونها مما تركه الميت، و هو منتفٍ مع استيفائه لها في حياته.

□
و كيف كان، فما أفاده المحقق القمي (قدس سره) يعد غريباً منه رحمه الله.

(٢) بلا إشكال فيه، و تدلّ عليه مضافاً إلى إطلاقات الأدلّه كما هو

الحال فى سائر المعاملات من البيع والإجاره و غيرها، موثقه سماعه، قال: سألته عن مزارعه المسلم المشرك، فىكون من عند المسلم البذر و البقر و تكون الأرض و الماء و الخراج و العمل على العليج، قال: «لا بأس به» (١).

فىستفاد من فرض كون الأرض من الكافر صحه كونه مزارعاً للمسلم، و من فرض كون العمل عليه صحه كونه زارعاً.

(١) الوسائل، ج ١٩ كتاب المزارعه و المساقاه، ب ١٢ ح ١.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٣١٥

[السابعه: فى جملة من الأخبار النهى عن جعل ثلث للبذر و ثلث للبقر و ثلث لصاحب الأرض]

[٣٥٢٧] السابعه: فى جملة من الأخبار (١) النهى عن جعل ثلث للبذر و ثلث للبقر و ثلث لصاحب الأرض، و إنه لا- ينبغى أن يسمّى بذراً و لا بقرأ، فإنما يحرم الكلام. و الظاهر كراهته (٢) و عن ابن الجنيد و ابن البراج حرمة [١] (٣) فالأحوط الترك.

[الثامنه: بعد تحقق المزارعه على الوجه الشرعى، يجوز لأحدهما بعد ظهور الحاصل أن يصلح الآخر عن حصّته]

[٣٥٢٨] الثامنه: بعد تحقق المزارعه على الوجه الشرعى، يجوز لأحدهما بعد ظهور الحاصل أن يصلح الآخر عن حصّته (٤) بمقدار معين من جنسه أو غيره بعد التخمين بحسب المتعارف، بل لا بأس به قبل ظهوره أيضاً [٢] (٥). كما أنّ

(١) ففى صحيحه عبد الله بن سنان، أنه قال فى الرجل يزارع فيزرع أرض غيره فيقول: ثلث للبقر، و ثلث للبذر، و ثلث للأرض، قال: «لا يسمّى شيئاً من الحب و البقر، و لكن يقول: ازرع فيها كذا و كذا، إن شئت نصفاً، و إن شئت ثلثاً» (١).

و فى صحيحه سليمان بن خالد، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يزرع أرض آخر فيشترط للبذر ثلثاً و للبقر ثلثاً قال: «لا ينبغى أن يسمّى بذراً و لا بقرأ، فإنما يحرم الكلام» (٢). و نحوهما غيرهما.

(٢) لا وجه لهذا الظهور بعد صحه إسناد الروايات و وضوح دلالتها على المنع إلّا دعوى إعراض الأصحاب عنها، لكنك خبير بعدم تماميه هذه الدعوى، فإنه لا يوجب وهناً فى الروايه ما لم يتم الإجماع القطعى على الخلاف.

(٣) و مال إليها صاحب الجوهر (قدس سره) «٣» و هو الصحيح لما عرفت.

(٤) فإنه مالك لها بالفعل، و له التصرف فيها و نقلها إلى الغير كيف شاء.

(٥) و فيه ما لا يخفى. فإنّ الزرع قبل ظهوره أمر معدوم لا وجود له، فلا يصلح للمصالحه

عليه، فإنها إنما تقع على المملوك دون غيره.

[١] و عن غيرهما أيضاً، و هو الأظهر.

[٢] فيه إشكال إلا إذا كان مع الضميمة.

(١) الوسائل، ج ١٩ كتاب المزارعه و المساقاه، ب ٨ ح ٥.

(٢) الوسائل، ج ١٩ كتاب المزارعه و المساقاه، ب ٨ ح ٦.

(٣) الجواهر ٢٧: ٣٥.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٣١٦

الظاهر جواز مصالحه أحدهما مع الآخر عن حصيته في هذه القطعه من الأرض بحصه الآخر في الأخرى (١) بل الظاهر جواز تقسيمهما بجعل إحدى القطعتين لأحدهما و الأخرى للآخر. إذ القدر المسلم لزوم جعل الحصه مشاعه من أول الأمر و في أصل العقد (٢).

[التاسعه: لا يجب في المزارعه على أرض إمكان زرعها من أول الأمر]

[٣٥٢٩] التاسعه: لا يجب في المزارعه على أرض إمكان زرعها من أول الأمر، و في السنه الاولى، بل يجوز المزارعه على أرض باثره لا يمكن زرعها إلا بعد إصلاحها و تعمیرها سنه أو أزيد (٣).

و بعباره اخرى: إن مصالحه الموجود بالمعدوم محكوم به بالفساد، نظراً لاختصاصها بما يعدّ مالاً و يكون مملوكاً بالفعل.

نعم، في خصوص بيع الزرع قبل ظهوره، ثبت جوازه مع الضميمة بالنص الخاص، فيكون تخصيصاً لحكم القاعده، كما هو الحال في بيع الأبق مع الضميمة. فيمكن إثبات الحكم في المقام و التزام جواز المصالحه على الزرع المعدوم بالفعل مع الضميمة بالأولويه القطعيه، فإنه إذا جاز بيعه كذلك جاز الصلح عليه بطريق أولى.

إذن فالصحيح هو التفصيل، بين خلو العقد عن الضميمة فيحكم بطلانه، و اقترانه بها فيحكم بصحته.

(١) فإنه و إن كان يعتبر في عقد المزارعه كون الحاصل مشتركاً و مشاعاً بينهما، إلا أنه و بعد الحكم بصحة العقد و ملكيه كل

منهما مقداراً من الناتج، لا بأس بنقل حصّته إلى غيره و تقسيم المال المشترك بينهما بالصلح أو

غيره ما لم يمكن ذلك قبل ظهور الزرع.

(٢) على ما تقدّم توضيحه.

(٣) فإنّ ذلك يرجع فى الحقيقة إلى جعل العقد بعد الفتره المستثناه للإصلاح و التعمير أو غيرهما و كأنه لا عقد قبلها، مع تسليم الأرض للزارع من الآن لينتفع بها وحده كشرط مأخوذ فى العقد، فإنه لا بأس به ما دام سائغاً، حيث قد عرفت جواز الاشتراط فيها.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٣١٧

و على هذا إذا كانت أرض موقوفه (١) وفقاً عاماً أو خاصاً و صارت بائره، يجوز للمتولى أن يسلمها إلى شخص بعنوان المزارعه إلى عشر سنين أو أقل أو أزيد حسب ما تقتضيه المصلحه، على أن يعمرها و يزرعها إلى سنتين مثلاً لنفسه، ثم يكون الحاصل مشتركاً بالإشاعه بحصّه معينه.

[العاشره: يستحب للزارع كما فى الأخبار الدعاء عند نثر الحب]

[٣٥٣٠] العاشره: يستحب للزارع كما فى الأخبار الدعاء عند نثر الحب بأن يقول: «اللهم قد بذرنا و أنت الزارع فاجعله حباً متراكماً» (٢).

و فى بعض الأخبار: «إذا أردت أن تزرع زرعاً، فخذ قبضه من البذر و استقبل القبله و قل «أَفَرَأَيْتُمْ مَا تَحْرُثُونَ. أَأَنْتُمْ تَزْرَعُونَهُ أَمْ نَحْنُ الزَّارِعُونَ» ثلاث مرّات. ثم تقول: بل الله الزارع، ثلاث مرّات.

ثم قل: اللهم اجعله حباً مباركاً و ارزقنا فيه السلامه، ثم انثر القبضه التى فى يدك فى القراح» (٣).

و ممّا ذكرناه يظهر أنه لا وجه للإيراد عليه، بأن اختصاص الزرع فى الفتره المستثناه بالعامل ينافى وضع المزارعه و مبناها.

فإنّ عقد المزارعه إنما هو واقع فى الحقيقة على الأرض بعد تلك المدّه، و أما قبلها فلا مزارعه، و كون الأرض فى يد المزارع أمر خارج عن المزارعه ثبت بالاشتراط.

(١) لا وجه لتخصيص ذلك بالوقف، كما يظهر من عبارته (قدس سره). فإنه يجوز فى الملك

الخاص أيضاً، كما لو زارع المالك غيره على أن يكون الزرع بعد فتره محدد لإصلاح الأرض و تـعميرها، تكون الأرض فيها بيد الزارع بالاشتراط.

□
(٢) ورد ذلك في روايه شعيب العـقـرقوفى عن أبى عبد الله (عليه السلام) «١».

□
(٣) كما ورد في روايه ابن بكير عن أبى عبد الله (عليه السلام) «٢».

(١) الوسائل، ج ١٩ كتاب المزارعه و المساقاه، ب ٥ ح ٢.

(٢) الوسائل، ج ١٩ كتاب المزارعه و المساقاه، ب ٥ ح ٣.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٣١٨

و فى خير آخر: «لَمَّا اهبط آدم (عليه السلام) إلى الأرض احتاج إلى الطعام و الشراب، فشكا ذلك إلى جبرئيل، فقال له جبرئيل: يا آدم كُن حَزَانًا، فقال (عليه السلام): فعَلَّمَنى دعاء، قال: قُل: اللَّهُمَّ اكفنى مؤنـه الدنـيا و كلِّ هول دون الجنـه، و ألبسنى العافيه حتى تهتنى المعيشه» (١).

□
(١) رواه مسمع عن أبى عبد الله (عليه السلام) «١».

□
تم كتاب المزارعه، و له الحمد و المنه، و الحمد لله رب العالمين.

□
هذا آخر ما أردنا إيراده فى هذا الجزء، و سيتلوه كتاب المساقاه إن شاء الله تعالى.

(١) الوسائل، ج ١٩ كتاب المزارعه و المساقاه، ب ٥ ح ١.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٣١٩

[كتاب المساقاه]

إشاره

كتاب المساقاه

كتاب المساقاه [فصل في معنى المساقاه و شرائطها]

[معنى المساقاه]

و هي معامله على أصول ثابتة بحصّه من ثمرها. و لا إشكال في مشروعيتها في الجملة.

و يدلّ عليه، مضافاً إلى العمومات (١)، خبر يعقوب بن شعيب (٢) عن أبي عبد الله (عليه السلام)، سألته عن الرجل يعطى الرجل أرضه و فيها رَمِيان أو نخل أو فاكهه، و يقول: اسق هذا من الماء و اعمره و لك نصف ما أخرج، قال (عليه السلام): «لا بأس» [١].

و جملة من أخبار خبير، منها صحيح الحلبي، قال: أخبرني أبو عبد الله (عليه السلام): «أنّ أباه حدّثه، أنّ رسول الله (صلّى الله عليه و آله و سلم) أعطى خبيراً بالنصف أرضها و نخلها، فلمّا أدركت الثمره بعث عبد الله بن رواحه...».

[فصل في معنى المساقاه و شرائطها]

(١) قد عرفت غير مرّه أنّ العمومات و الإطلاقات لا تشمل المعاملات التي تتضمّن تملك المعدوم، فإنه أمر غير جائز، و لذا لا نعهد فقيهاً يلتزم بصحة ذلك في غير المضاربه و المزارعه و المساقاه «١».

و من هنا فلا مجال للتمسك بها، و لا بدّ في الحكم بالصحة من التمسك بالدليل الخاص.

(٢) الروايه صحيحه السند، و واضحه الدلاله «٢».

[١] مرّ أنّ العمومات لا تشمل مثل هذه المعامله.

(١) الوسائل ١٩: ٤٤ كتاب المزارعه و المساقاه ب ٩ ح ٢.

(٢) الوسائل، ج ١٨ كتاب التجاره، أبواب بيع الثمار، ب ١٠ ح ٢.

هذا مع أنّها من المعاملات العقلانيه، و لم يرد نهى عنها (١) و لا غرر فيها حتى يشملها النهى عن الغرر.

ويشترط فيها أمور:

[الأول: الإيجاب والقبول]

الأول: الإيجاب والقبول (٢). و يكفي فيهما كل لفظ دالّ على المعنى المذكور (٣) ماضياً كان أو مضارعاً أو أمراً، بل الجملة الاسمية مع قصد الإنشاء، بأيّ لغة كانت. و يكفي القبول الفعلي بعد الإيجاب القولي، كما أنه يكفي المعاطاه (٤).

(١) ظهر الجواب عن ذلك فيما تقدم. فإنّ كلّ معاملة لا تكون من التجاره عن تراض، تكون منهيّاً عنها بمقتضى قوله تعالى «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» (١). و لمّا لم تكن هذه المعاملة منها، لما عرفته من تضمنها لتمليك المعدوم، كانت محكومته بالفساد لا محاله.

(٢) على ما يقتضيه كونها من العقود، فإنها متقومه بالإيجاب والقبول والمعاطاه من الطرفين.

(٣) إذ ليس الإنشاء إلّا إبراز الاعتبار النفساني بمرز في الخارج، فيكفي كلّ ما قام بهذا الدور، ما لم يرد الدليل على اعتبار لفظ معيّن بخصوصه.

(٤) و هو بناءً على ما اخترناه، من كون صحه المعاطاه على القاعده، واضح. و أمّا بناءً على خلاف ذلك، فالقول بصحتها في المقام يحتاج إلى الدليل الخاص.

و من هنا فقد استشكل فيها بعضهم، من جهه أنها ليست كسائر المعاملات، فإنها تختلف عنها بلحاظ غريرتها، و احتمال عدم تحقق الحاصل فيها بالمره أو قلته.

و قد أُجيب عنه في بعض الكلمات بكفايه العمومات و الإطلاقات للحكم بصحتها في الفرض، فإنها شامله لها على حدّ شمولها لسائر المعاملات.

إلّا أنه مردود بما عرفته غير مره، من أنّ العمومات و الإطلاقات لا تشمل مثل هذه المعامله المتضمنه لتمليك المعدوم بالمره. و عليه فلا يمكن التمسك بها لإثبات مشروعيتها، فضلاً عن القول بعدم اعتبار اللفظ فيها.

الثانى: البلوغ و العقل و الاختيار (١).

و من هنا فلا بدّ من ملاحظه مقدار دلالة النصوص الخاصه الوارده فى المقام على المدعى، فنقول:

أمّا صحيحه يعقوب بن شعيب فلا إطلاق فيها ليشمل العقد المعاطاتى، حيث إنّ المفروض فيها إنشاء العقد باللفظ، فالتعدى عنه إلى الفعل يحتاج إلى الدليل.

نعم، حيث إنّ اللفظ و هو قوله: (اسق هذا من الماء و اعمره ...) و ارد فى كلام السائل دون الإمام (عليه السلام)، فمن القريب جداً دعوى أنّ المنصرف العرفى من ذكره و المتفاهم منه، كونه لمحض إنه أسهل طريقه لإبراز ما فى نفسه من الاعتبار و المعاهده مع الطرف الآخر خاصه، من دون أن يكون فيه أى خصوصيه تلزمه، و إلّا للزم الاقتصار فى مقام الإنشاء على هذا اللفظ الوارد خاصه كما هو الحال فى الطلاق بل و عدم كفايه ترجمته أيضاً، و هو مما لا يقول به أحد.

و الحاصل أنّ المتفاهم العرفى من صحيحه يعقوب بن شعيب، كون ذكر اللفظ المعين مبرزاً من المبرزات، من دون أن تكون له خصوصيه ملزمه.

و من هنا تكون هذه الصحيحه مطلقه من هذه الجهه.

ولو تنزلنا عن ذلك، و قلنا بعدم دلالة صحيحه يعقوب بن شعيب على المدعى فالروايات المعبره الوارده فى إعطاء النبى (صلّى الله عليه و آله و سلم) لأرض خبير كافيّه فى إثباتها، حيث لم يذكر فى جمله منها لفظ مطلقاً، و إنما المذكور فيها أنه (صلّى الله عليه و آله و سلم) أعطاهم أرض خبير، و هو كافٍ فى إثبات المدعى.

هذا كلّه مضافاً إلى إمكان الاستدلال عليه بالأولويه القطعيه، فإنه إذا جاز إنشاء المعاملات المبنيه على الضبط و الدقه بالفعل، جاز إنشاء المعاملات المبنيه على التسامح به

بطريق أولى.

(١) و هي شروط المتعاضين في جميع العقود بقول مطلق، سواء في ذلك البيع و الإجاره و المزارعه و المساقاه و غيرها. و قد عرفت أدلتها في كتاب البيع. فإنّ الصبي لا يجوز أمره حتى يحتلم، و المجنون بحكم البهائم، و المكره غير ملزم بشي ء.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٣٢٤

[الثالث: عدم الحجر، لسفه أو فلس]

الثالث: عدم الحجر، لسفه أو فلس [١] (١).

[الرابع: كون الأصول مملوكة عيناً و منفعة]

الرابع: كون الأصول مملوكة عيناً و منفعة، أو منفعة فقط. أو كونه نافذ التصرف فيها، لولايه أو وكاله أو توليه (٢).

[الخامس: كونها معيّنه عندهما، معلومه لديهما]

الخامس: كونها معيّنه عندهما، معلومه لديهما (٣).

[السادس: كونها ثابتة مغروسه]

السادس: كونها ثابتة مغروسه، فلا تصحّ في الودي (٤) أي الفسيل قبل الغرس.

(١) لما تقدم. غير أنه كان على الماتن (قدس سره) التنبيه على اختلاف نحو شرطيه هذا عمّا تقدم عليه. فإنّ الشروط الأوّل مشتركه بين المالك و العامل، حيث تعتبر فيهما معاً. في حين إنّ هذا مختص بالمالك دون العامل، فإنّ المفلس و السفيه إنّما هما ممنوعان من التصرف في مالهما خاصه، دون الكسب و تحصيل المال، إذ لا حجر عليهما من هذه الجهه.

(٢) إذ لولاها كان العقد فضولياً محكوماً بالبطلان.

(٣) لا لاستلزام عدمها الغرر، حتى يقال إنّها معامله مبيته عليه و على الجهاله و إنما لعدم الدليل على صحتها في هذه الصور، فإنّ عمده الدليل على صحه المساقاه منحصره و كما عرفت في صحيحه يعقوب بن شعيب، و أخبار إعطاء رسول الله (صلى الله عليه و آله و سلم) لأرض خبير. و حيث إنّ موردها جميعاً معلوميه الأرض لدى الطرفين، فلا يبقى دليل على صحتها مع عدم المعلوميه، حتى و لو لم نلتزم بنفي الغرر في جميع الموارد، و التزمنا باختصاص دليله بالبيع كما هو الصحيح.

(٤) و هو ينافي ما سيأتى منه (قدس سره) في المسأله السادسه، من الالتزام بصحتها للعمومات، و إن لم تكن من المساقاه المصطلحه.

و كيف كان، فما ذكره فى المقام هو الصحيح. فإن العمومات و الإطلاقات غير شامله لما يتضمن تملك المعدوم بالفعل، على ما تقدم غير مره.

[١] هذا إنما يعتبر فى المالك دون العامل.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٣٢٥

[السابع: تعيين المده بالأشهر و السنين]

السابع: تعيين المده بالأشهر و السنين (١) و كونها بمقدار يبلغ فيه الثمر غالباً (٢). نعم، لا يبعد جوازها فى العام الواحد إلى بلوغ الثمر من غير ذكر

الأشهر، لأنه معلوم بحسب التخمين، و يكفى ذلك فى رفع الغرر (٣) مع أنه الظاهر من روايه يعقوب بن شعيب المتقدمه (٤).

[الثامن: أن يكون قبل ظهور الثمر، أو بعده و قبل البلوغ]

الثامن: أن يكون قبل ظهور الثمر، أو بعده و قبل البلوغ (٥) بحيث كان يحتاج بعد إلى سقى أو عمل آخر.

(١) لما تقدّم، ولأنّ ما لا تعيّن له فى الواقع لا يمكن الإلزام أو الالتزام به، فإنه غير قابل له كما هو واضح.

نعم، لا يبعد الحكم بصحة العقد إذا أنشئ على نحو الدوام. ولعله هو الظاهر من أخبار خبير، حيث لم يرد فى شىء منها تحديد فتره كون الأرض بيدهم، بل و فى بعض روايات العامه أنه (صلى الله عليه و آله و سلم) جعل لنفسه الخيار و أنه متى أراد أن يخرجهم من الأرض كان له ذلك «١» فإنه كالصريح فى التأييد و عدم التحديد بمدّه معينه.

و الحاصل أنه لا يبعد شمول النصوص لمثل هذا العقد و إن كان غير معيّن عند الطرفين، إذ يكفى فيه كونه معيناً فى الواقع.

و لعلّ هذا هو المتعارف فى العقود الخارجيه فى المزارعه و المساقاه معاً، فإنّ أرباب الأراضى و البساتين يعطون أراضيههم و بساتينهم إلى الفلاحين ليزرعوها و يسقوها من غير تحديد للمعامله بحدّ معين.

(٢) و إلّا حكم ببطلان العقد للغويته، نظراً للعمل بعدم تحقّقه فى الخارج.

(٣) على أنه لا دليل على استلزامه للبطلان فى غير البيع.

(٤) حيث لم يذكر فيها تحديد المده بحدّ معين.

(٥) على ما يقتضيه إطلاق صحيحه يعقوب بن شعيب، فإنّ مقتضاه عدم الفرق بين ظهور الثمر و عدمه.

(١) انظر صحيح مسلم ٣: ١١٨٦ ح ١٥٥١.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٣٢٦

و أمّا إذا لم يكن كذلك، ففى صحتها إشكال

[١] (١) و إن كان محتاجاً إلى حفظ أو قطف أو نحو ذلك.

[التاسع: أن تكون الحصّة معيّنه مشاعه]

التاسع: أن تكون الحصّة معيّنه مشاعه (٢). فلا تصحّ مع عدم تعيينها إذا لم يكن هناك انصراف. كما لا تصحّ إذا لم تكن مشاعه، بأن يجعل لأحدهما مقداراً معيّناً و البقيه للآخر. نعم، لا يبعد [٢] جواز أن يجعل لأحدهما أشجاراً معلومه و للآخر اخرى (٣). بل و كذا لو اشترط [٣] اختصاص

(١) و لعل وجه احتمال الصحه هو التمسك بالعمومات و الإطلاقات، و إلّا فالروايات الوارده فى المقام لا تشمل مثله، حيث إنّ جميعها وارده فى مورد حاجه الزرع و الثمر للسقى و العماره، فلا تشمل الحفظ و القطف.

□
و سيأتى التعرض إلى المسأله ثانياً إن شاء الله.

(٢) لعدم الدليل على صحتها من دونهما. فإنّ الدليل على ما عرفت منحصر فى صحيحه يعقوب بن شعيب و أخبار خبير، و هى بأجمعها وارده فى مورد وجود القيدىن. على أنه مع عدم التعيين، لا يكون العقد قابلاً للإلزام به من الطرفين، فيحكم ببطلانه من هذه الجهه أيضاً.

(٣) تعرّض (قدس سره) لنظير هذا الفرع فى المزارعه أيضاً، و قد صرح فيه بالبطلان لعدم الإشاعه.

و من هنا فيردّ عليه (قدس سره) عدم وضوح الفرق بين المقامين، مع تصريحه باعتبار الإشاعه أيضاً. فإنه إن صحّ التمسك بالعمومات و الإطلاقات فهو غير مختصّ بالمقام، و إن لم يصحّ كما هو الصحيح و جب الحكم بالفساد فى المقامين.

و كيف كان، فالصحيح هو الحكم بالبطلان فى المقام و فى المزارعه معاً، لعدم الدليل على الصحه.

[١] الظاهر عدم الصحه.

[٢] فيه إشكال، و قد التزم بعدم الصحه فى مثله فى المزارعه.

[٣] فيه إشكال بل منع، كما تقدم فى المزارعه فى المسأله الخامسه.

موسوعه الإمام

أحدهما بأشجار معلومه (١) و الاشتراك في البقيه، أو اشترط لأحدهما مقدار معين مع الاشتراك في البقيه، إذا علم كون الثمر أزيد من المقدار و أنه تبقى بقيه.

[العاشر: تعيين ما على المالك من الأمور]

العاشر: تعيين ما على المالك من الأمور، و ما على العامل من الأعمال (٢) إذا لم يكن هناك انصراف.

[مسائل]

[مسألة ١: لا إشكال في صحه المساقاه قبل ظهور الثمر]

[٣٥٣١] مسألة ١: لا إشكال في صحه المساقاه قبل ظهور الثمر (٣). كما لا خلاف في عدم صحتها بعد البلوغ و الإدراك، بحيث لا يحتاج إلى عمل غير الحفظ و الاقتطاف (٤). و اختلفوا في صحتها إذا كان بعد الظهور قبل البلوغ (٥) و الأقوى (٦) كما أشرنا إليه صحتها، سواء كان العمل ممّا يوجب الاستزاده أو لا، خصوصاً

(١) التزم (قدس سره) بذلك في المزارعه أيضاً. لكنك قد عرفت هناك أنّ دليل الصحه إنّما يقتضى صحتها فيما إذا كان النتاج بأجمعه مشتركاً بينهما، فلا يشمل صورته اختصاص أحدهما ببعضه و كان الباقي مشتركاً بينهما، و الإطلاقات و العمومات لا تنفع في تصحيحها.

و الأمر في المقام كذلك أيضاً، فإنّ النصوص بأجمعها وارده في فرض إشاعه الحاصل بأجمعه بينهما و كونه مشتركاً كذلك، و من هنا فلا تشمل ما نحن فيه.

(٢) على ما تقدّم بيان الوجه فيه في المزارعه، حيث لا يمكن إلزام كلّ من الطرفين بشيء، فيحكم بطلان العقد لا محاله.

(٣) فإنّها القدر المتيقّن من المساقاه الصحيحه.

(٤) نسبته (قدس سره) إلى عدم الخلاف، ينافى ما تقدّم منه في الشرط الثامن من الاستشكال في صحتها.

و كيف كان، فالصحيح هو الحكم بالبطلان، لقصور نصوص صحه المساقاه عن شمول مثلها، فإنّ جميعها وارده في فرض احتياج الأصول إلى العمل فيها.

(٥) بحيث يكون الثمر محتاجاً للعمل، و لو بلحاظ كونه موجِباً لوجودته.

(٦) لإطلاق صحيحه يعقوب بن شعيب، فإنّ مقتضى ترك استنصاله (عليه السلام) هو عدم الفرق بين كون احتياجه للعمل بعد

ظهور الثمر أو قبله، على ما تقدّم.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١،

إذا كان في جملتها بعض الأشجار التي بعد لم يظهر ثمرها (١).

[مسألة ٢: الأقوى جواز المساقاة على الأشجار التي لا ثمر لها]

[٣٥٣٢] مسأله ٢: الأقوى جواز المساقاة [١] على الأشجار التي لا ثمر لها و إنما ينتفع بورقها (٢) كالتوت و الحناء و نحوهما.

[مسألة ٣: لا يجوز عندهم المساقاة على أصول غير ثابتة]

[٣٥٣٣] مسأله ٣: لا- يجوز عندهم المساقاة على أصول غير ثابتة، كالبطيخ و الباذنجان و القطن و قصب السكر و نحوها، و إن تعددت اللقطات فيها كأولين. و لكن لا يبعد الجواز [١] للعمومات (٣) و إن لم يكن من المساقاة المصطلحة، بل لا- يبعد الجواز في مطلق الزرع كذلك. فإن مقتضى العمومات الصحة بعد كونه من المعاملات العقلانية، و لا يكون من المعاملات الغررية عندهم، غاية الأمر أنها ليست من المساقاة المصطلحة (٤).

(١) فتكون محتاجة للعمل قبل ظهور الثمر، و بذلك فيكون المورد من مصاديق القسم الأول المتين صحته.

(٢) تمسكاً بالعمومات و الإطلاقات، حيث إن مقتضاها عدم الفرق في الصحة بين ما له ثمر، و ما لا ينتفع إلا بورقه.

إلا أنك قد عرفت غير مره، أنها لا تشمل مثل هذه المعاملات لتضمنها لتمليك المعدوم بالفعل، فلا بد من الرجوع إلى الأدلة الخاصة، و هي قاصره الشمول للمقام. فإن صحيحه يعقوب بن شعيب و إردده في الأشجار المثمرة، فلا تشمل الأشجار التي ينتفع بورقها، فضلاً عن الزرع المثمر أو غير المثمر. و في أخبار خبير أنه (صلى الله عليه و آله و سلم) أعطاهم أرض خبير و فيها النخيل و الأشجار، فلا تشمل غيرها.

(٣) قد عرفت الحال فيه في المسألة السابقة، فلا نعيد.

(٤) ظهر الحال فيه مما تقدم.

[١] فيه إشكال، و الاحتياط لا يترك.

[١] لا يترك الاحتياط فيه و في مطلق الزرع، و قد تقدم أن العمومات لا تشمل أمثال هذه المعاملات.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٣٢٩

[مسألة ٤: لا بأس بالمعاملة على أشجار لا تحتاج إلى السقي]

[٣٥٣٤] مسأله ٤: لا- بأس بالمعامله على أشجار لا- تحتاج إلى السقى، لاستغنائها بماء السماء أو لمصّ أصولها من رطوبات الأرض، و إن احتاجت إلى إعمال أخر. و

لا يضرّ عدم صدق المساقاه حينئذٍ، فإنّ هذه اللفظه [١] لم ترد في خبر من الأخبار (١) و إنما هي اصطلاح العلماء، و هذا التعبير منهم مبنى على الغالب، و لذا قلنا بالصحة إذا كانت المعامله بعد ظهور الثمر و استغنائها من السقى. و إن ضويق نقول بصحتها و إن لم تكن من المساقاه المصطلحه (٢).

[مسأله ٥: يجوز المساقاه على فسلان مغروسه]

[٣٥٣٥] مسأله ٥: يجوز المساقاه على فسلان مغروسه، و إن لم تكن مثمره

(١) و فيه: أنها وردت في صحيحه يعقوب بن شعيب التي ذكرها الماتن (قدس سره) في صدر الكتاب، فإنه ورد فيها (و يقول: اسق هذا من الماء و اعمره ...)، فما أفاده (قدس سره) يعدّ غريباً منه.

إلّا أنّ ذلك لا ينافي القول بالجواز في المقام. فإنّ المتفاهم العرفي من هذه الكلمه مقدمه لتحصيل المطلوب، فالمعامله في الحقيقه إنما هي لأجل العمران و تهيئه مقدمات حصول الثمر، و ليس السقى إلّا كمقدمه من تلك المقدمات و إلّا فلا خصوصيه له بذاته. و لذا لا يحكم بالبطلان فيما إذا كانت محتاجه إلى السقى قبل المعامله، ثم ارتفع الاحتياج بعدها لكثرة المطر و نحوها.

و مما يشهد لما ذكرناه الاطمئنان بعدم احتياج جميع بساتين النخيل في خبير إلى السقى، فإنّ النخل و بفضل عمق عروقه في الأرض يكون مستغنياً عن السقى غالباً.

و الحاصل أنّ ورود لفظ «السقى» في النصوص لا يوجب الحكم بالبطلان في المقام فإنّ الصحيح هو القول بالصحة، فإنّ اللفظ محمول على كونه من مقدمات العماره و حصول الثمر، من دون أن تكون له خصوصيه تحتم وجوده.

(٢) و قد تقدّم الكلام فيها غير مره. و قد عرفت أنّه لو لم يكن الدليل الخاص على صحة المعامله في الموارد الخاصه،

لما أمكن إثبات صحتها بالعمومات، و لذا لا يقول أحد من الأصحاب بصحتها في غير هذه الموارد تمسكاً بالعمومات. كما لو كان له

[١] قد ورد لفظ (السقى) في الرواية، و لكن الظاهر أنه لا موضوعيه له.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٣٣٠

إلّا بعد سنتين (١) بشرط تعيين مده تصير مثمره فيها (٢) و لو خمس سنين أو أزيد.

[مسألة ٦: قد مرّ أنه لا تصحّ المساقاه على ودى غير مغروس]

[٣٥٣٦] مسألة ٦: قد مرّ أنه لا- تصحّ المساقاه على ودى غير مغروس، لكن الظاهر جواز إدخاله في المعامله على الأشجار المغروسة، بأن يشترط (٣) على العامل غرسه في البستان المشتمل على النخيل و الأشجار، و دخوله في المعامله [١] بعد أن يصير مثمرًا. بل مقتضى العمومات (٤) صحّحه المعامله على الفسلان الغير المغروسة إلى مده تصير مثمره، و إن لم تكن من المساقاه المصطلحه.

[مسألة ٧: المساقاه لازمه لا تبطل إلّا بالتقابل]

[٣٥٣٧] مسألة ٧: المساقاه لازمه (٥) لا تبطل إلّا بالتقابل، أو الفسخ بخيار

قطيخ من الغنم، فأعطاه إلى غيره ليرعاه و يقوم بواجباته من العلف و غيره، على أنّ له النصف من حاصلها من الحليب و الأولاد.

(١) على ما يقتضيه إطلاق صحيحه يعقوب بن شعيب، حيث لم يفرض فيها كون الثمر في نفس سنه العقد. بل و كذا أخبار خبير، حيث لا- يحتمل عادة أن تكون بساتينه و بأجمعها مثمره في سنه الإعطاء، فإنها لا تخلو من الفسلان و هي لا تثمر إلّا بعد مرور سنتين.

(٢) على ما تقدم بيانه في الشرط السابع.

(٣) تقدّم غير مره، أنّ دليل نفوذ الشرط لا يدل على لزوم الوفاء به فيما إذا كان سائغاً في نفسه و مع غضّ النظر عن الاشتراط، و إلّا فالشروط غير مشرّعه.

و عليه فحيث إنّ تملك المعدوم أمر غير مشروع في نفسه، فلا يمكن تصحيحه بالاشتراط.

(٤) تقدّم الكلام فيها، فراجع.

(٥) و يقتضيه مضافاً إلى أدلّه لزوم الوفاء بالعقد، إطلاقات دليل صحّته، على ما تقدم منّا بيانه غير مره.

[١] العمومات لا تشمل ذلك كما عرفت، و بالشرط لا يصير مساقاه، فلا بدّ إذن من معامله جديده بعد الغرس، و بذلك يظهر أنّ العمومات لا تشمل ذلك بعنوان معامله مستقله على الفسلان.

موسوعه

الشرط، أو تخلف بعض الشروط، أو بعروض مانع عام موجب للبطلان، أو نحو ذلك.

[مسألة ٨: لا تبطل بموت أحد الطرفين]

[٣٥٣٨] مسألة ٨: لا تبطل بموت أحد الطرفين (١). فمع موت المالك ينتقل الأمر إلى وارثه (٢). ومع موت العامل يقوم مقامه وارثه، لكن لا يجبر على العمل (٣) فإن اختار العمل بنفسه أو بالاستئجار فله، وإلا فيستأجر الحاكم من تركته (٤) من يباشره إلى بلوغ الثمر، ثم يقسم بينه وبين المالك (٥).

نعم، لو كانت المساقاة مقيّده بمباشرة العامل تبطل بموته (٦). و لو اشترط عليه (٧) المباشرة لا بنحو التقييد، فالمالك مخير بين الفسخ لتخلف الشرط و إسقاط حق الشرط و الرضا باستئجار من يباشره (٨).

(١) على ما يقتضيه كون العقد لازماً، فإن مقتضاه بقاء العقد على حاله و قيام وارث الميت منهما مقامه.

(٢) فإن البستان إنما ينتقل إلى ورثته متعلقاً لحق الغير، فيكون حالهم في ذلك حال المورث، فلهم مطالبه العامل بالعمل و ما تعهد به.

(٣) إذ المنتقل إلى الورثة إنما هو ما للميت خاصة دون ما عليه.

(٤) لأن العامل إنما مات مطلوباً للغير بحقه، فإذا لم يبق الوارث بفكه يبقى الحق متعلقاً بتركته لا محاله.

(٥) على ما يقتضيه قانون المساقاة. فإن الحاصل إنما يكون مشتركاً بين مالك البستان و العامل، فإذا مات أحدهما قام وارثه مقامه، و ليس للأجير إلا الأجره المسماة.

(٦) لعدم إمكان الوفاء بها من قبل الوارث.

(٧) بالتصريح أو نصب القرينه، و إلا فظاهر الاشتراط في هذه الموارد كونه على نحو التقييد.

(٨) على ما يقتضيه قانون الخيار عند تخلف الشرط.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٣٣٢

[مسألة ٩: ذكروا أنّ مع إطلاق عقد المساقاة، جملة من الأعمال على العامل]

[٣٥٣٩] مسألة ٩: ذكروا أنّ مع إطلاق عقد المساقاة، جملة من الأعمال على العامل، و جملة منها على المالك. و ضابط الاولى

ما يتكرر كلّ سنه، و ضابط الثانيه ما لا

يتكرر نوعاً و إن عرض له التكرار في بعض الأحوال.

فمن الأمول: إصلاح الأرض بالحفر فيما يحتاج إليه، و ما يتوقف عليه من الآلات، و تنقيه الأنهار، و السقى و مقدماته كالدلو و الرشا و إصلاح طريق الماء و استقائه إذا كان السقى من بئر أو نحوه، و إزاله الحشيش المضرة، و تهذيب جرائد النخل و الكرم، و التلقيح، و اللقاط، و التشميس، و إصلاح موضعه، و حفظ الثمره إلى وقت القسمة.

و من الثانى: حفر الآبار و الأنهار، و بناء الحائط و الدولاب و الداليه، و نحو ذلك مما لا يتكرر نوعاً.

و اختلفوا فى بعض الأمور أنه على المالك أو العامل، مثل البقر الذى يدير الدولاب، و الكش للتلقيح، و بناء الثلم، و وضع الشوك على الجدران، و غير ذلك.

و لا دليل على شىء من الضابطين (١). فالأقوى أنه إن كان هناك انصراف فى كون شىء على العامل أو المالك فهو المتبع (٢) و إنما فلا بد من ذكر ما يكون على كل منهما رفعاً للغرر. و مع الإلتحاق و عدم الغرر يكون عليهما معاً [١]، لأن المال مشترك بينهما، فيكون ما يتوقف عليه تحصيله عليهما (٣).

(١) لأنهما و إن ذكرا فى كلمات الأصحاب، إلا أنه لم يدلّ عليهما و لا خبر ضعيف.

(٢) لكونه بمنزله التعيين.

(٣) تبع (قدس سره) فى ذلك صاحب الجواهر (قدس سره) «١». و المراد به أنّ العقد لما كان لازماً و جب الوفاء به على كل منهما بحيث لا بدّ لهما من الإلتزام به

[١] فيه إشكال بل منع، و قد مرّ منه اعتبار التعيين فى المزارعه.

(١) الجواهر ٢٧: ٦١.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٣٣٣

[مسألة ١٠: لو اشترط كون جميع الأعمال على المالك]

[٣٥٤٠] مسأله ١٠: لو اشترط كون جميع

الأعمال على المالك، فلا خلاف بينهم في البطلان، لأنه خلاف وضع المساقاه (١).

نعم، لو أبقى العامل شيئاً من العمل عليه و اشترط كون الباقي على المالك، فإن كان يوجب زياده الثمره فلا إشكال في صحته (٢) و إن قيل بالمنع من جواز جعل العمل على المالك و لو بعضاً منه، و إلا كما في الحفظ و نحوه ففي صحته قولان

و إنّهائه، فإذا كان متوقفاً على شىء نسبتة إليهما على حدّ سواء، و جب عليهما تحصيله تحقيقاً للوفاء بالعقد و إنّهائه.

و من هنا فلا يرد عليه ما في بعض الكلمات، من أنّ الإلزام ليس من آثار الشركه و لذا لا يجب على الشركاء في دار فعل ما يقتضى بقاؤها من تعمير و نحوه. فإنّ هذا ليس من باب الشركه، و إنما هو من باب لزوم العقد و وجوب الوفاء به.

نعم، يرد عليه أنه فرع اللزوم و وجوب الوفاء بالعقد و هو أول الكلام، فإنه إنما هو فيما التزم به خاصه دون غيره، فلا يشمل ما نحن فيه. فإنّ المالك قد فعل ما التزم به بتسليم الأرض و الأشجار للعامل ليعمل فيها، و كذا العامل فعل ما عليه بالسقى و الرعايه، و أمّا الباقي كتهيئه المقدمات و نحوها فلم يلتزم كلّ منهما بشىء منها. و من هنا فلا وجه لالتزامهما بها و إجبارهما عليها.

فالصحيح في المقام هو الحكم بالبطلان مع عدم التعيين، لعدم إمكان إلزام كلّ منهما بها، كما التزم به الماتن (قدس سره) في نظير المقام من المزارعه.

(١) فإنه إذا قام المالك بعمران بستانه، كان جعله لبعض الحاصل للعامل من الوعد بالنتيجه خاصه، فيحكم ببطلانه لكونه من تمليك المعدوم، و لا يكون ذلك من تخلف الوعد، لأنه

ليس من الوعد بالفعل كى يكون عدمه موجياً لتخلف الوعد.

(٢) فإنه لا- دليل على اعتبار كون تمام العمل على العامل، و إنما العبره بصدق العمران و تربيته الأشجار إذ قد عرفت أنه لا خصوصيه للسقى بما هو و لو بنحو الموجه الجزئيه، فإنه إذا صدق ذلك كان العقد مشمولاً لصحيحه يعقوب بن شعيب المتقدمه.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٣٣٤

أقواهما الأول [١] (١).

و كذا الكلام (٢) إذا كان إيقاع عقد المساقاه بعد بلوغ الثمر و عدم بقاء عمل إلّا مثل الحفظ و نحوه، و إن كان الظاهر فى هذه الصوره عدم الخلاف فى بطلانه، كما مرّ.

[مسألة ١١: إذا خالف العامل فترك ما اشترط عليه من بعض الأعمال]

[٣٥٤١] مسألة ١١: إذا خالف العامل فترك ما اشترط عليه من بعض الأعمال فإن لم يفت وقته فللمالك إجباره على العمل (٣)، و إن لم يمكن فله الفسخ [٢] (٤).

و يؤكد ذلك، الحكم بصحة العقد جزماً فيما إذا أوقعه المالك بعد قيامه بعمل بعض ما له دخل فى تربيته الأشجار، مع بقاء الحاجه إليه بعد ذلك أيضاً، فإنه مشمول لصحيحه يعقوب بن شعيب جزماً و بلا خلاف. و إذا صحّ ذلك فى طول الزمان و بنحو الترتيب، صحّ فى عرض الزمان أيضاً.

(١) بل الثانى، لما عرفته فيما سبق من عدم شمول الدليل الخاص لمثله، و العمومات و الإطلاقات قاصره عن إثبات الصحة فيما يتضمن.

(٢)

(٣) لأنه حق له بموجب الشرط و العامل ملزم به.

(٤) بل مع التمكن من الإجبار أيضاً، إذ لا موجب لتقييد حقّ الفسخ بصوره تعدّر الإجبار. و ذلك لما تقدم منّا غير مرّه، من أنّ مرجع اشتراط العمل و حقيقته إنما هو إلى تعليق الشارط التزامه بالعقد على التزام المشروط عليه بالعمل المشروط، و معنى ذلك جعل

الخيار لنفسه عند عدم تحقق العمل في الخارج. و من هنا فله الفسخ، سواء تمكن من إجبار العامل على العمل أم لم يتمكن، و لا وجه لتقييده بعدم التمكّن منه فإنهما في عرض واحد.

[١] بل أقواهما الثاني، و كذا الحال فيما بعده.

[٢] بل مع التمكّن من الإيجاب أيضاً.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٣٣٥

و إن فات وقته فله الفسخ بخيار تخلف الشرط (١). و هل له أن لا يفسخ و يطالبه بأجره العمل بالنسبة إلى حصته (٢) بمعنى أن يكون مخيراً بين الفسخ و بين المطالبه بالأجره؟ وجهان، بل قولان، أقواهما ذلك [١] (٣).

و دعوى أنّ الشرط لا يفيد تمليك العمل المشروط لمن له على وجه يكون من أمواله، بل أقصاه التزام من عليه الشرط بالعمل و إجباره عليه، و التسلط على الخيار بعدم الوفاء به.

مدفوعه: بالمنع من عدم إفادته التمليك. و كونه قيداً في المعامله لا جزءاً من العوض يقابل بالمال، لا ينافي إفادته لملكه من له الشرط إذا كان عملاً من الأعمال على من عليه.

و المسألة سيّاله في سائر العقود. فلو شرط في عقد البيع على المشتري مثلاً خياطه ثوب في وقت معين و فات الوقت، فللبائع الفسخ أو المطالبه بأجره الخياطه، و هكذا.

(١) لانتفاء موضوع الإيجاب، فينحصر حقه في الفسخ خاصة.

(٢) تخصيصه (قدس سره) لمطالبته بالأجره بما يقابل حصّيته، ناشئ من اختصاص محل كلامه (قدس سره) بالعمل المتعلق بالمساقاه. و إلّا فلو كان العمل أجنياً عنها، كما لو اشترط فيها خياطه ثوبه مثلاً، فله المطالبه بتمام قيمه، بناءً على ثبوت أصل الحكم.

(٣) بل أقواهما عدمه، و قد ظهر وجهه مما تقدم. فإنه لا بدّ للملكيه من سبب فإنها لا تحصل من دونه

إطلاقاً، وحيث لا سبب لها في المقام فلا يمكن الالتزام بها فإنّ الاشتراط في الأعمال كما عرفت ليس إلّا تعليق الالتزام بالالتزام، و تخلفه لا يوجب غير الخيار.

و الحاصل أنّ الملكيه لما لم تكن طرفاً للعقد و لم تنشأ من قبلهما بل و لم يلتزما بها لأنهما لم يجعلها إلّا العمل في البستان في قبال الحصة من النماء، فلا وجه للالتزام بها.

[١] بل أقواهما عدمه هنا و في سائر العقود.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٣٣٦

[مسألة ١٢: لو شرط العامل على المالك أن يعمل غلامه معه صحّ]

[٣٥٤٢] مسأله ١٢: لو شرط العامل على المالك أن يعمل غلامه معه صحّ (١). أما لو شرط أن يكون تمام العمل على غلام المالك، فهو كما لو شرط أن يكون تمام العمل على المالك، و قد مرّ عدم الخلاف في بطلانه، لمنافاته لمقتضى وضع المساقاه (٢).

و لو شرط العامل على المالك أن يعمل غلامه في البستان الخاص بالعامل، فلا ينبغي الإشكال في صحته. و إن كان ربّما يقال بالبطلان، بدعوى أنّ عمل الغلام في قبال عمل العامل، فكأنه صار مساقياً بلا عمل منه، و لا يخفى ما فيها (٣).

و لو شرط أن يعمل غلام المالك للعامل تمام عمل المساقاه، بأن يكون عمله له بحيث يكون كأنه هو العامل، ففي صحته وجهان لا يبعد الأوّل [١] (٤) لأنّ الغلام حينئذٍ كأنه نائب عنه في العمل بإذن المالك و إن كان لا يخلو عن إشكال مع ذلك.

و المسأله سيّاله في جميع العقود.

(١) فإنّه فعل سائغ في نفسه، فلا مانع من أخذه شرطاً في العقد، و قد تقدّم الجواز في اشتراطه على المالك نفسه.

(٢) فإنّ العامل حينئذٍ لم يلتزم بشيء على الإطلاق، فإنّ الأشجار من المالك و العمل من الغلام، و

من هنا فلا يصدق عليه المساقاه.

(٣) فإنَّ عمل الغلام في بستانه الخاص أجنبي عن المساقاه بالنسبه إلى هذا البستان المتعلق للعقد بين المالك و العامل، إذ الحَصَّه من الثمره إنما جعلت في قبال العمل في هذا البستان دون غيره، فالواجب في تحقق العقد و الحكم بصحته كون العمل فيه بما يوجب عمارته على العامل و لو على نحو الموجبه الجزئيه، و أمَّا البستان الآخر فهو أجنبي عنه بالمره.

(٤) بل هو بعيد جدًّا، و الصحيح هو القول بالبطلان، لعدم الدليل على الصحه بعد عدم التزام العامل بشىء مطلقاً.

[١] بل هو بعيد جدًّا.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٣٣٧

و لازم القول بالصحه الصحه في صورته اشترط تمام العمل على المالك بعنوان النيايه عن العامل.

[مسأله ١٣: لا يشترط أن يكون العامل في المساقاه مباشراً للعمل بنفسه]

[٣٥٤٣] مسأله ١٣: لا يشترط أن يكون العامل في المساقاه مباشراً للعمل بنفسه (١). فيجوز له أن يستأجر في بعض أعمالها أو في تمامها و يكون عليه الأجره. و يجوز أن يشترط كون أجره بعض الأعمال على المالك، و القول بالمنع لا-وجه له (٢). و كذا يجوز أن يشترط كون الأجره عليهما معاً في ذمتهما (٣) أو الأداء

و بعبارة اخرى: إنَّ العقد لما كان متقوِّماً بصدور الالتزام من الطرفين، فإن فرض تحقق التزام العامل بالعمل فلا بدَّ من الحكم بالصحّه، و إن قام المالك بعد ذلك بالعمل بنفسه أو بغلامه رأفه بحال العامل أو لغير ذلك من الأسباب. أمّا إذا لم يتحقق الالتزام من العامل من الأوّل، كما هو الحال في المقام، فإنه و بالاشترط يسقط حقّ المالك في إلزامه به و يجعل ذلك على العامل، فلا محيص عن الحكم بالبطلان، لكونه خارجاً عن مدلول دليل الصحه.

(١) إذ لا يجب عليه إلّا

إيجاد العمل في البستان و تحقيق الرعايه للأشجار بما يؤدي إلى ظهور الثمر أو زيادتها، و أمّا مباشرته لذلك بنفسه فلا دليل على اعتبارها، ما لم تكن قد أخذت شرطاً في ضمن العقد.

(٢) الظاهر ابتناء القول بالجواز و المنع في المقام، على القول بجواز اشتراط كون بعض الأعمال على المالك و عدمه. فعلى الأول يتعين القول بالجواز في المقام أيضاً و على الثاني فالصحيح هو المنع من جواز هذا الاشتراط.

لكنك قد عرفت فيما تقدم أنّ الصحيح هو الأول، و عليه فيتعين القول بجواز هذا الاشتراط في المقام.

(٣) بلا إشكال فيه، بناءً على عدم لزوم كون جميع الأعمال على العامل.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٣٣٨

من الثمر [١] (١).

و أمّا لو شرط على المالك أن يكون اجره تمام الأعمال عليه أو في الثمر، ففي صحته وجهان:

أحدهما: الجواز، لأنّ التصدي لاستعمال الاجراء نوع من العمل، و قد تدعو الحاجه إلى من يباشر ذلك لمعرفته بالآحاد من الناس و أمانتهم و عدمها، و المالك ليس له معرفه بذلك.

(١) و كأنه لمعلومه مقدار الأجره فيما إذا كانت معينه، إلّا أنّ الصحيح هو القول بالبطلان، حتى بناءً على القول بجواز كون الأجره مجهوله. و ذلك لأنّ الإجاره و كما تقدّم بيانها في محله إنما تتضمن التملك من الطرفين، فالأجير إنما يملك عمله للمستأجر في حين إنّ المستأجر يملكه الأجره، فهي في الحقيقه مبادله بينهما. و من هنا فلا بدّ في المالكين من كونهما قابلين للتمليك بالفعل، و حيث أنّ الثمره غير موجوده بالفعل فلا يجوز تملكها، لامتناع تملك المعدوم ما لم يقم عليه دليل خاص.

و لذا لم يستشكل أحد في بطلان مثل هذه الإجاره في غير المساقاه، كما لو آجره

لخياطه ثوب بإزاء مقدار معين من حاصل أرضه التي لم تُزرع بالفعل، أو التي زرعت و لم تنتج.

و من هنا يظهر الحال فيما ذكره (قدس سره) في فرض كون الأجره حصّه مشاعه من الثمره، فإنه لا حاجة لتوجيه البطلان فيه بجهاله مقدار مال الإجاره، فإنّ هذا العقد محكوم بالبطلان و إن قلنا بصحة الإجاره مع جهاله الأجره، و ذلك لتضمن الإجاره التمليك الفعلى و هو لا يتعلق بالأمر المعدوم.

و الحاصل أنّ الصحيح هو القول بالبطلان في كلا الفرضين: كون الأجره مقداراً

[١] إن أُريد بذلك اشتراط أداء الأجره الثابته في الذمه من الثمر، فهو و إن كان صحيحاً إلّا أنه خلاف ظاهر المقابله في العبارة. و إن أُريد بذلك جعل الأجره في الثمر كما هو ظاهر العبارة، فهو غير صحيح لأنّ الثمر معدوم حين العقد فلا يصحّ جعله اجره، و من ذلك يظهر حال ما بعده.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٣٣٩

الثاني: المنع، لأنه خلاف وضع المساقاه. و الأقوى الأوّل [١] (١).

هذا و لو شرط كون الأجره حصه مشاعه من الثمر بطل، للجهل بمقدار مال الإجاره (٢) فهي باطله.

[مسألة ١٤: إذا شرط انفراد أحدهما بالثمر بطل العقد]

[٣٥٤٤] مسألة ١٤: إذا شرط انفراد أحدهما بالثمر بطل العقد (٣) و كان جميعه للمالك (٤). و حينئذٍ فإن شرط انفراد العامل به استحق اجره المثل لعمله (٥). و إن

معيناً من الثمر و كونها حصّه مشاعه منه، سواء صحّت الإجاره مع جهاله الأجره أم بطلت.

نعم، لو رجع الاشتراط هذا إلى أداء الأجره الثابته في الذمه من الثمر، حكم بصحته من جهه أنّ الأجره أمر ثابت في الذمه بالفعل، فلا يكون العقد متضمناً لتمليك المعدوم.

(١) بل الثاني، إذ ليس قيام العامل بمطلق العمل موجباً للحكم بصحة المساقاه

و إنما العبره فيها على ما عرفت بالعمل الذى له دخل فى تربيته البستان، بمعنى ظهور ثمره أو زيادته.

و الحاصل أنّ الأدلّه الخاصّه قاصره الشمول للمقام، و العمومات و الإطلاقات لا تشمل ما يتضمن تملك المعدوم.

(٢) بل لما عرفته من اشتغالها على تملك المعدوم.

(٣) لعدم الدليل على صحته، بعد عدم شمول الأدلّه الخاصّه و العامّه له.

(٤) لتبعيه الثمر للأشجار فى الملك.

(٥) لأنه لم يقدم على العمل مجاناً، و إنما أقدم عليه لقاء أخذه للحاصل. و حيث إنه لم يسلم له، لبطلان العقد و استيفاء المالك

لمنفعه و عمله الصادر عنه بأمره، يضمن له المالك أجره المثل لا محاله.

و الحاصل أنّ أمر الغير بالعمل لا على نحو المجانيه موجب للضمان.

[١] بل الثانى هو الأقوى.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٣٤٠

شرطاً انفراد المالك به لم يستحق العامل شيئاً، لأنه حينئذ متبرع بعمله (١).

مسأله ١٥: إذا اشتمل البستان على أنواع

[٣٥٤٥] مسأله ١٥: إذا اشتمل البستان على أنواع، كالنخل و الكرم و الرمان و نحوها من أنواع الفواكه، فالظاهر عدم اعتبار العلم

بمقدار كلّ واحد (٢) فيجوز المساقاه عليها بالنصف أو الثلث أو نحوهما و إن لم يعلم عدد كلّ نوع، إلّا إذا كان الجهل بها

موجباً للغرر [١] (٣).

(١) و توهم أنه إنما عمل تخيلاً منه لزوم ذلك عليه من باب وجوب الوفاء بالعقد فهو غير قاصد للتبرع بعمله.

مدفوع بأنّ الموجب للضمان ينحصر فى العقد الصحيح، و وقوع العمل عن أمر الغير لا بقصد التبرع. و حيث إنّ كليهما مفقود

فى المقام: أمّا الأوّل فهو المفروض، و أمّا الثانى فلكون أمره بالعمل على نحو المجانيه، فلا موجب للقول بالضمان.

(٢) بلا إشكال فيه. و تقتضيه صحيحه يعقوب بن شعيب المتقدمه، فإنّ مقتضى إطلاق قوله:

(و فيها رمان أو نخل أو فاكهه) عدم الفرق بين كون أشجار ذلك البستان من سنخ واحد، و كونه مشتماً على أصناف متعددة.

(٣) و فيه مضافاً إلى ما تقدّم من عدم الدليل على اعتبار نفى الغرر في المعاملات مطلقاً، فإنّ الدليل عليه إنما يختص بالبيع و لا مجال للتعدى عنه إلى غيره: أنّ عقد المساقاه مبنّى على الغرر من هذه الجهة أعنى مقدار الثمر، إذ لا-علم لكل من الطرفين بمقدار الثمر في تلك السنه، و هل إنه سيكون كثيراً أو قليلاً، فهذا الجهل معفو عنه جزماً.

و هكذا الحال بالنسبه إلى عدد الأشجار، إذ لا-يعتبر في عقد المساقاه حتى مع اتحاد سنخ الأشجار فضلاً عن اختلافه العلم بعددها، فإنّ العقد مبنّى على الجهاله من هذه الناحيه.

[١] لا وجه لهذا الاستثناء، حيث إنّ هذه المعامله مبيّته على عدم العلم بعدد الأشجار و الفواكه و إن استلزم الغرر، و بذلك يظهر الحال في المسائل الآتية.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٣٤١

[مسألة ١٦: يجوز أن يفرد كل نوع بحصّه مخالفه للحصّه من النوع الآخر]

[٣٥٤٦] مسأله ١٦: يجوز أن يفرد كل نوع بحصّه مخالفه للحصّه من النوع الآخر، كأن يجعل النخل بالنصف و الكرم بالثلث و الرمان بالربع مثلاً، و هكذا (١). و اشترط بعضهم في هذه الصوره العلم بمقدار كل نوع. و لكن الفرق بين هذه الصوره و صوره اتحاد الحصّه في الجميع غير واضح (٢).

على أنه لا مجال لتصور الغرر من هذه الجهه. فإنّ عمل العامل لما كان يقابله الحصّه من الثمر، لم يمكن تصور فوات شىء منه إطلاقاً، فإنه مضمون على كل تقدير لأنه تابع له في القلّه و الكثره. فإن كثرت الأشجار و كثر عمل العامل كثر ما يكون له من الحاصل، و إن قلت

الأشجار و قلّ عمله قلّ حاصله أيضاً.

و من هنا فلا وجه لاعتبار عدم الغرر هنا، فإنه لا يتصور فيه أصلاً. و على تقديره فهو معفو عنه، لا ابتناء العقد عليه.

بل عقد المساقاه على هذا البستان، إنما هو في الحقيقة كالعقد على مجموع بساتين يختص كلّ منها بسنخ معيّن، الذي لم يشك أحد في صحّته. فإن ما نحن فيه من قبيله غايه الأمر أنه يختلف عنه كون البساتين في الثاني معزوله مفروزه، في حين أنّ الأشجار فيما نحن فيه مختلطة و غير مفروزه، إلّا أنه لا يثر شيئاً بعد أن كان مثل هذا العقد منحلًا في الحقيقة إلى عقود متعدده و مستقلّه.

(١) لما تقدّم من انحلال هذا العقد المركب إلى عقود متعدده في الحقيقة، و حينئذٍ فلا يبقى محذور في الحكم بالصحة.

(٢) يمكن التفريق بين صورتين، يكون حصّه العامل في فرض اتحادهما في الجميع معلومه، فإنه و على كلّ تقدير يأخذ النسبه المجهوله له من الحاصل من غير زياده أو نقصان. و هذا بخلاف ما نحن فيه، فإنّ حصّته و بالقياس إلى المجموع تبقى مجهوله لاحتمال زياده الصنف و قلّته.

فإنه إذا جعل له النصف من الرمان و الثلث من التمر مثلاً، فكان الحاصل من الرمان مائه رطل و من التمر تسعين، كان له خمسون رطلاً من الرمان و ثلاثون من التمر، و هذا يعنى أنه قد أخذ بالنتيجه ما يعادل ثمانى حصص إلى تسع عشره حصّه من مجموع حاصل البستان. و أما لو انعكس الأمر، فكان حاصل الرمان تسعين

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٣٤٢

و الأقوى الصحة (١) مع عدم الغرر (٢) في الموضوعين، و البطلان معه فيهما.

[مسأله ١٧: لو ساقاه بالنصف مثلاً إن سقى بالناضح، و بالثلث إن سقى بالسبح]

[٣٥٤٧] مسأله ١٧: لو ساقاه بالنصف مثلاً إن

سقى بالناضح، و بالثلث إن سقى بالسبح، ففي صحته قولان، أقواهما الصّحه [١] (٣) لعدم إضرار مثل هذه

و حاصل التمر مائه رطل، فله من الرمان خمسه و أربعون رطلًا و من التمر ثلاثه و ثلاثون و ثلث، و هذا يعنى أنّ حصّته في النتيجة لم تكن إلّا سبعة و ثمانيه أعشار و ثلث العشر من أصل تسع عشره حصّه.

و هكذا فإنّ المشروط فيه أقلّ الجزئين، قد يكون أكثر الجنسين فتنقص الحصّه و قد يكون أقلهما فتزيّد. و بذلك فيحصل الغرر و الجهاله، فيحكم ببطلان العقد.

إلّا أنك خير بأنّ هذا المقدار من الفرق لا يكفي في الحكم بالبطلان في المقام، بعد ما عرفته من أنّ هذه المساقاه و إن كانت واحده بحسب الإنشاء، إلّا أنّها منحلّه في الحقيقه إلى عقود متعدده و مساقاه على كلّ صنف مستقلا.

نظير ما ذكرناه في كتاب البيع من ضمّ مبيع إلى غيره، فإنه لا عبره بتعدّد المبيع و إنما العبره بواقع الاعتبار و التمليك. و لذا يلتزم فيما لو باع ماله و مال غيره بصحه البيع بالنسبه إلى ماله، و توقّفه على الإجازة بالنسبه إلى مال الغير. في حين إنه لو كانت العبره بالإنشاء، لوجب القول ببطلان العقد بالنسبه إلى المالين معاً على تقدير عدم إجازة الآخر.

فما نحن فيه من هذا القبيل. فإنّ هذا العقد الواحد عبارته في الحقيقه عن عقود متعدده جمعها إنشاء واحد فقط، و حيث إنّ الحصّه في كلّ عقد من تلك العقود معلومه، فلا وجه للحكم بالبطلان، و احتمال زياده المجموع و نقصانه لا يضرّ بعد ذلك.

(١) لما تقدّم.

(٢) بل و معه أيضاً، لما تقدّم في المسأله السابقه حرفاً بحرف.

(٣) بل العدم. فإنّ المساقاه و إن لم

تكن تتضمن التملك و التملك إلا أنها تتضمن

[١] بل الأقوى البطلان، كما فى الإجاره المرذده.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٣٤٣

الجهاله، لعدم إيجابها الغرر مع أنّ بناءها على تحمله. خصوصاً على القول بصحة مثله فى الإجاره (١) كما إذا قال: إن خطت رومياً فبدرهمين، و إن خطت فارسياً فبدرهم.

[مسألة ١٨: يجوز أن يشترط أحدهما على الآخر شيئاً من ذهب أو فضة]

[٣٥٤٨] مسأله ١٨: يجوز أن يشترط أحدهما على الآخر شيئاً من ذهب أو فضة أو غيرهما (٢) مضافاً إلى الحصه من الفائده. و المشهور كراهه اشتراط المالك على العامل شيئاً من ذهب أو فضة، و مستندهم فى الكراهه غير واضح. كما أنه لم يتضح اختصاص الكراهه بهذه الصوره أو جريانها بالعكس أيضاً، و كذا اختصاصها بالذهب و الفضة أو جريانها فى مطلق الضميمة، و الأمر سهل.

[مسألة ١٩: فى صوره اشتراط شىء من الذهب و الفضة أو غيرهما على أحدهما]

[٣٥٤٩] مسأله ١٩: فى صوره اشتراط شىء من الذهب و الفضة أو غيرهما على أحدهما، إذا تلف بعض الثمره هل ينقص منها شىء أو لا؟ وجهان، أقواهما العدم (٣) فليس قرارهما مشروطاً بالسلامه.

نعم، لو تلفت الثمره بجميعها أو لم تخرج أصلاً، ففى سقوط الضميمة و عدمه أقوال. ثالثها الفرق بين ما إذا كانت للمالك على العامل فتسقط، و بين العكس

الالتزام و الإلزام، و الأمر المررد لا يصلح أن يكون متعلقاً للالتزام الفعلى الذى يترتب عليه الأمر بالوفاء به.

و الحاصل أنّ الأمر المررد لا يمكن فيه الإلزام و الالتزام و الحكم بوجود الوفاء به.

(١) و قد تقدم هناك أنّ الصحيح هو البطلان، لأنّ الإجاره تملك فلا بدّ و أن يكون متعلقه معلوماً، و المررد غير معلوم.

(٢) لكونه سائغاً فى نفسه، فيلزم باشتراطه فى ضمن عقد لازم بمقتضى أدله لزومه.

(٣) و الحقّ فى هذه المسأله هو الالتزام بتفصيل لا يرجع إلى شىء مما أفاده (قدس سره).

و حاصله أنه قد يفرض الكلام فى فرض عدم خروج الثمره، و قد يفرض فى صورته تلفها بعد الحصول و التحقق.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٣٤٤

.....

و على كلا التقديرين، فقد يفرض الكلام فى جميع الثمره بأن لم يحصل شىء أصلاً أو يحصل و يتلف جميعه،

و قد يفرض فى بعضه.

أمّا فى فرض عدم خروج الثمره بالمره، فالمتعين هو الحكم بطلان المساقاه، لأنها معاوضه بين الطرفين على ما يستفاد من النصوص و يأتى بيانه فإذا لم تخرج الثمره بالمره كشف ذلك عن بطلانها من الأول، و بذلك فىكون الشرط فى ضمنه شرطاً فى ضمن عقد فاسد فلا يؤثر شيئاً.

و مما يؤكد ذلك أنه لو انكشف الحال قبل العمل أو فى الأثناء، لم يجب على العامل الاستمرار فى السقى و الإتمام على ما سيأتى منه (قدس سره) أيضاً فى المسأله الحاديه و العشرين فإنه لا وجه لذلك غير انكشاف بطلان المعامله.

إلّا أنّ هذا لا ينافى القول بعدم استحقاق العامل لأجره المثل عندئذٍ، إذ لا ملازمه بين بطلان العقد و استحقاق العامل لأجره المثل، لأنه إنما أقدم على العمل على أساس أن لا يضمن المالك له شيئاً سوى الحصّه من الثمره على تقدير ظهورها، و من هنا صحّ أن يقال أنه متبرع من جميع الجهات غير الحصّه على تقدير ظهور الثمره.

و أمّا فى فرض عدم خروج بعض الثمره و نقصانها عن المتعارف، و هى الصوره التى لم يتعرض لها الماتن (قدس سره).

فقد يفرض كون النقصان قليلاً جداً إلى حدّ لا يعتنى به عند العقلاء، كما لو فرض عدم إثمار شجره واحده فقط من مجموع البستان الذى يحتوى على مائه شجره فما فوق، فإنه لا يبعد أن يقال إنه متعارف فى كلّ بستان. و حينئذٍ فحيث إنه مما يتسامح فيه فهو فى حكم العدم، و عليه فيحكم بصحة المساقاه و وجوب الوفاء بالشرط كاملاً.

و قد يفرض كونه معتداً به، كربع الأشجار أو ثلثها. و حينئذٍ فيتعين الحكم بطلان المساقاه بالقياس إلى التى لم تثمر،

لأنها منحلّه إلى عقود متعدده بعدد الأشجار الموجوده فى البستان، فإن ثمره كلّ شجره منها إنما هى للمالك و العامل معاً بإزاء ما قدّمه العامل من خدمات لها.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٣٤٥

.....

هذا بالنسبه إلى أصل العقد. و أمّا الشرط، فهل يحكم بوجود الوفاء به بتمامه، أو يقال بسقوط ما يقابل الجزء الذى حكم بفساده من العقد فيكون مشمولاً للتبعيض أيضاً، أو يقال بسقوطه بقول مطلق؟ أو جه، أفواها الأخير، لأنّ الشرط إنما لوحظ بإزاء مجموع ما وقع عليه العقد لا بلحاظ كلّ جزء جزء منه، فهو ليس إلّا التزاماً واحداً بإزاء هذه المعامله على تقدير صحتها، فإذا لم تصح و لو فى بعضها حكم ببطلانه، لعدم تحقق موضوع الالتزام و ما كان معلقاً عليه.

و مما يؤكد ذلك عدم قابليه بعض الشروط للتبعيض و الانحلال، كشرط الصوم يوماً أو الصلاه ركعتين عن أبيه، و ما شاكلهما من الأمور البسيطة أو المركبه الارتباطيه، فإنه هل يمكن أن يقال بتبعيض الشرط فيه أيضاً! فإنّ ملاحظه مساواه هذا النحو من الشرط مع ما يكون متعلقه قابلاً للتفكيك، بلحاظ كونهما على حدّ سواء، مما يؤكد ما التزمنا به من سقوط الشرط بقول مطلق.

و الحاصل أنّ حال الشرط فى المقام هو الحال عند عدم خروج الثمر بالمره، فإنه يحكم بسقوطه، لكون التزامه مقيداً بصحة العقد، فإذا لم يصحّ و لو بعضاً لم يثبت شىء من الالتزام.

هذا كله بالنسبه إلى صورته عند خروج الثمر بكلا فرضيه.

و أمّا صورته تلف الثمره بعد حصولها و تحققها فى الخارج، فلا وجه للحكم ببطلان العقد فى كلا فرضيه هذه الصوره. فإنّ الملك قد حصل، و التلف إنما عرض على ملكهما معاً، و معه فلا وجه

لسقوط شىء من الشروط.

نعم، لو كان الشرط مقيداً بسلامه تمام الثمر و عدم تلفه و لو بعضاً، لم يجب الوفاء بالشرط عند تلف بعضه، لعدم تحقق المعلق عليه.

و الحاصل أنّ نفوذ الشرط فى المقام تابع لكيفية الجعل من حيث الإطلاق و التقييد فإن كان الاشتراط معلقاً على سلامه الجميع سقط بتلف البعض، و إلاً وجب الوفاء به بأجمعه لعدم الموجب لسقوطه.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٣٤٤

فلا تسقط (١). رابعها [١] الفرق بين صوره عدم الخروج أصلاً فتسقط، و صوره التلف فلا (٢). و الأقوى عدم السقوط مطلقاً (٣) لكونه شرطاً فى عقد لازم فيجب الوفاء به.

و دعوى أنّ عدم الخروج أو التلف كاشف عن عدم صحته المعامله من الأوّل لعدم ما يكون مقابلاً للعمل. أما فى صوره كون الضميمة للمالك، فواضح. و أما مع كونها للعامل، فلأنّ الفائده ركن فى المساقاه، فمع عدمها لا يكون شىء فى مقابل العمل، و الضميمة المشروطه لا تكفى فى العوضيه، فتكون المعامله باطله من الأوّل، و معه لا يبقى وجوب الوفاء بالشرط.

مدفوعه مضافاً إلى عدم تماميته بالنسبه إلى صوره التلف (٤) لحصول العوض

(١) أمّا الأوّل، فلأنّ المفروض ذهاب عمل العامل سدى حيث لم يحصل بإزائه على شىء، فإذا عزم مضافاً إلى ذلك شيئاً كان ذلك من الأكل بالباطل.

و أمّا الثانى فلأنّ الشرط عليه قد وجب بالعقد فلا وجه لسقوطه.

و فيه: ما عرفته من تبعيه بقاء الشرط لكيفية جعله، من دون فرق بين كونه على المالك أو العامل.

(٢) لانكشاف بطلان العقد على الأوّل، فلا يجب الوفاء به. بخلاف الثانى، حيث عرض التلف على الثمره بعد حصول الملك و تحقق موضوع الشرط.

و فيه: ما عرفته من التفصيل فى الصورتين معاً.

بل الأقوى ما عرفته من الوجه الخامس، على ما تقدّم بيانه.

(٤) و هو غير وارد على ما اخترناه، نظراً لالتزامنا بعدم البطلان مع التلف

[١] بل هنا وجه خامس، و هو أنّ المساقاه في فرض عدم ظهور الثمر أصلاً باطله، لأنه لم تكن معاوضه في هذا الفرض إلّا صورتها، و لذا لو علم من الخارج بعد عقد المساقاه أنّ الثمره لا تخرج أصلاً لم تكن شبهه في بطلانه، و عليه فلا أثر للشرط المزبور لأنه شرط ضمن عقد باطل. و أما في صورته التلف كلّاً أو بعضاً، فنفوذ الشرط و عدم نفوذه تابع لكيفيه جعله إطلاقاً أو تقييداً، فإذا لم يكن دليل على التقييد و لو من جهه الانصراف و جب العمل بالشرط من دون فرق بين أن يكون الشرط على العامل أو على المالك.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٣٤٧

بظهور الثمر و ملكيتها و إن تلف بعد ذلك، بأننا نمنع (١) كون المساقاه معاوضه بين حصّه من الفائده و العمل، بل حقيقتها تسليط من المالك للعمل على الأصول للاستئمان له و للمالك، و يكفيه احتمال الثمر و كونها في معرض ذلك. و لذا لا يستحق العامل اجره عمله (٢) إذا لم يخرج أو خرج و تلف بآفه سماويه أو أرضيه في غير صورته ضمّ الضميمه، بدعوى الكشف عن بطلانها من الأوّل و احترام عمل المسلم. فهي نظير المضاربه، حيث إنها أيضاً تسليط على الدرهم أو الدينار للاسترباح له و للعامل، و كونها جائزه دون المساقاه لا يكفي في الفرق.

كما إنّ ما ذكره في الجواهر من الفرق بينهما، بأنّ في المساقاه يقصد المعاوضه

المتأخر.

(١) و هو في غير محلّه جدّاً. فإنه منافٍ لما أفاده (قدس سره) في

تعريف المساقاه حيث فسّرها بأنها (معامله على أصول ثابتة بحصّه من ثمرها) فإنها ظاهره في كون الحصّه عوضاً عن العمل في الأصل.

بل و يتنافى مع ما هو المرتكز في الأذهان من كون العمل في مقابل الحصّه، و هي في مقابل العمل، بحيث يكون عوضاً و معوضاً، و إن لم يكن هناك تمليك و تملك و مبادله مال بمال فعلاً. إلّا أنّ ذلك لا يضرّ شيئاً، و لذا لو سئل العامل أنه هل يعمل مجاناً لأجاب بالنفي صريحاً.

و مما يدلّنا على ذلك الأخبار الواردة في المقام، فإنّ ظاهر قوله في صحيحه يعقوب بن شعيب: (اسق هذا من الماء و اعمره و لك نصف ما أخرج) و قوله في صحيحه الحلبي الواردة في إعطاء النبي (صلّى الله عليه و آله و سلم) لخبير: (أعطى خبيراً بالنصف) هو المعاوضه، فإنكارها بعد ذلك يكون من إنكار الأمر الواضح.

و مما يدلّنا على ذلك، حكمهم بعدم لزوم الإتمام على العامل، فيما إذا ظهر ذلك قبل العمل أو في الأثناء.

(٢) ظهر الحال فيه مما تقدّم، و أنّ عدم استحقاق العامل حينئذ شيئاً إنما هو لإقدامه على التبرع من غير جهه الحاصل، بحيث أقدم على الفعل على أن لا يضمن

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٣٤٨

بخلاف المضاربه التي يراد منها الحصّه من الربح الذي قد يحصل و قد لا يحصل و أمّا المساقاه فيعتبر فيها الطمأنينه بحصول الثمره و لا يكفي الاحتمال، مجرد دعوى لا يبيّنه لها.

و دعوى أنّ من المعلوم أنه لو علم من أوّل الأمر عدم خروج الثمر لا يصح المساقاه، و لا زمه البطلان إذا لم يعلم ذلك ثمّ انكشف بعد ذلك (١).

مدفوعه بأنّ الوجه في عدم الصحّه كون المعامله

سفهيه [١] (٢) مع العلم بعدم الخروج من الأوّل بخلاف المفروض.

فالأقوى ما ذكرنا من الصّحّه (٣) و لزوم الوفاء بالشرط، و هو تسليم الضميمة و إن لم يخرج شىء أو تلف بالآفه.

نعم، لو تبين عدم قابليه الأصول للثمر، أمّا ليسها أو لطول عمرها أو نحو

المالك له شيئاً سوى الحصّه من الحاصل على تقديره.

(١) لأنّ الحكم بالصّحّه حينئذٍ، إنّما كان حكماً ظاهرياً فقط، فيرتفع بانكشاف الواقع.

(٢) ليس الوجه فى البطلان ما ذكره (قدس سره)، إذ لا دليل على بطلان المعامله السفهيه، فإنّ الدليل على البطلان إنّما يختصّ بمعامله السفهيه، فلا مجال لتعميمه للمعامله السفهيه الصادره من العاقل.

بل الوجه فى البطلان، مضافاً إلى ما تقدّم من كون المساقاه من العقود المعاوضيه عدم تحقق القصد الجدى إلى المعامله، بعد العلم بعدم تحقق ما جعل للعامل بإزاء عمله.

(٣) بل الأقوى ما ذكرناه من التفصيل، على ما عرفت بيانه.

[١] ليس هذا هو الوجه، إذ لا دليل على بطلان المعامله السفهيه، بل الوجه فى البطلان مع العلم بعدم الخروج من الأوّل مضافاً إلى ما تقدم، هو امتناع تعلق القصد الجدى بالمعامله.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٣٤٩

ذلك، كشف عن بطلان المعامله من الأوّل (١) و معه يمكن استحقاق العامل للأجره [١] إذا كان جاهلاً بالحال (٢).

[مسأله ٢٠: لو جعل المالك للعامل مع الحصّه من الفائده]

[٣٥٥٠] مسأله ٢٠: لو جعل المالك للعامل مع الحصّه من الفائده، ملك حصّه من الأصول مشاعاً أو مفروزاً، ففى صحته مطلقاً، أو عدمها كذلك، أو التفصيل بين أن يكون ذلك بنحو الشرط فيصحّ، أو على وجه الجزئيه فلا، أقوال و الأقوى الأوّل [٢] (٣)

(١) فإنه يعتبر فى المساقاه قابليه الشجر للثمر، إذ بدونها يكون العقد لغواً محضاً.

(٢) ظهر الحال فيه مما تقدّم. فإنه لا موجب

للضمان بعد أن كان العقد مبيئاً على عدم ضمان المالك لشيء يازاء عمله، غير الحصه من الثمر على تقدير حصوله.

نعم، لو كان المالك عالماً بالحال، وقلنا بقاعده الغرور، صحّ الرجوع عليه. إلّا أنك قد عرفت غير مرّه عدم تماميه هذه القاعده.

إذن فلا موجب للقول بضمان المالك للعامل اجره المثل في الفرض.

(٣) بل الأخير.

فإنه لو كان الجعل على نحو الشرطيه صحّ بلا إشكال فيه، لرجوعه في الحقيقه إلى وقوع عقد المساقاه على غير تلکم الشجرات المستثناه، و معه فلا- وجه للقول بعدم الجواز، بل يصحّ العقد و يلزم الجعل، بمقتضى قولهم (عليهم السلام): «المؤمنون عند شروطهم» «١» كما هو الحال في سائر أمواله. بل هو نظير مساقاته على بستان بشرط أن يكون بستانه الآخر بتمامه للعامل، فإنه صحيح جزماً، لأن اشتراط الملكيه في

[١] لا وجه لذلك. نعم، إذا كان المالك عالماً بالحال و العامل جاهلاً به، يمكن القول بالاستحقاق لقاعده الغرور، و لكنها غير تامّه عندنا.

[٢] بل الأقوى الأخير، إذ الجعل على وجه الجزئيه لا يتصور إلّا بجعل العمل للمالك و العامل معاً، و معه لا تصحّ المساقاه.

(١) التهذيب ٧: ٣٧١/١٥٠٣، الإستبصار ٣: ٢٣٢/٨٣٥، الوسائل ٢١: ٢٧٦ كتاب النكاح ب ٢٠ ح ٤.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٣٥٠

للعومات (١).

ضمن العقد لا يقتضى الفساد.

و هذا بخلاف ما لو كان الجعل على نحو الجزئيه، فإنه لا محيص عن القول بالفساد لمنافاته لوضع المساقاه. فإن العقد قائم على اشتراكهما في الثمر، بعد اختصاص الأصول بأحدهما و كون العمل و لو على نحو الموجه الجزئيه من الآخر، فلا يصحّ فيما إذا كانت الأصول و العمل بتمامه من أحدهما، كما هو الحال فيما نحن فيه. فإن

العامل لما كان مالکاً للمقدار المجعول له بالشرط، كان عمله فيه من عمل المالك في ملكه، و هو موجب للبطلان.

و لذا لا نعهد من يحكم بصحة العقد فيما لو اشترط المالك على العامل اشتراكه في بستانه المختص به، و ليس ذلك إلا لأن عمله في ذلك البستان إنما هو لنفسه، فلا يصح بعد فرض كون الأصل له أيضاً.

و بعبارة اخرى: إنه لا بدّ في المساقاة من كون الأصول من أحدهما، و العمل و لو بعضاً من الآخر. فلو كانا معاً من واحد، لم يصحّ العقد و لا يحصل الاشتراك في الحاصل، و لذا لم يصح اشتراط تمام العمل على المالك.

و الحاصل أنه مع تعدد مالك الأشجار، لا يصحّ اشتراط كون ثمر الجميع مشتركاً بينهم، فإنّ العمومات غير شامله لمثل هذا العقد على ما عرفته غير مرّه و الأدلّة الخاصه وارده في غير هذا المورد.

فالصحيح في المقام هو التفصيل، بين ما إذا كان الجعل على نحو الشرطيه المحضه بأن تجعل ملكيه تلکم الأشجار المعينه للعامل من دون أن تكون داخله في عقد المساقاه، بحيث يكون العقد واقعاً على غيرها، فيحكم بالصحة. و بين ما لو كان على نحو الجزئيه، بأن تكون هذه الأشجار المجعول ملكيتها للعامل داخله في العقد أيضاً بأن تكون الأصول للعامل و الثمار مشتركاً بينهما، فيحكم ببطلانه.

(١) و قد عرفت ما فيها.

موسوعه الإمام الخوئی، ج ٣١، ص: ٣٥١

و دعوى أنّ ذلك على خلاف وضع المساقاه، كما ترى (١) كدعوى أنّ مقتضاها أن يكون العمل في ملك المالك (٢) إذ هو أوّل الدعوى.

و القول بأنه لا يعقل أن يشترط عليه العمل في ملك نفسه. فيه: أنه لا مانع منه إذا كان للشارط فيه غرض

أو فائده كما في المقام، حيث إن تلك الأصول و إن لم تكن للمالك الشارط، إلا أن عمل العامل فيها ينفعه في حصول حصّه من نمائها.

و دعوى أنه إذا كانت تلك الأصول للعامل بمقتضى الشرط، فاللازم تبعيه نمائها لها. مدفوعه بمنعها، بعد أن كان المشروط له الأصل فقط في عرض تملك حصّه من نماء الجميع.

نعم، لو اشترط كونها له على وجه يكون نماؤها له بتمامه، كان كذلك. لكن عليه تكون تلك الأصول بمنزله المستثنى من العمل، فيكون العمل فيما عداها مما هو للمالك، بإزاء الحصّه من نمائه مع نفس تلك الأصول.

[مسألة ٢١: إذا تبين في أثناء المدّة عدم خروج الثمر أصلاً]

[٣٥٥١] مسأله ٢١: إذا تبين في أثناء المدّة عدم خروج الثمر أصلاً، هل يجب على العامل إتمام السقي؟ قولان، أقواهما العدم (٣).

[مسألة ٢٢: يجوز أن يستأجر المالك أجيراً للعمل، مع تعيينه نوعاً]

[٣٥٥٢] مسأله ٢٢: يجوز أن يستأجر المالك أجيراً للعمل، مع تعيينه نوعاً

(١) عرفت أن هذه الدعوى في محلّها ولا شىء فيها.

(٢) على ما تقدّم بيانها، حيث قد عرفت أنه لا يصحّ كون الأصول و العمل معاً من أحدهما.

(٣) على ما تقدّم بيانه في المسأله التاسعه عشره. فإنّ عقد المساقاه مبنى على المعاوضه بين عمل العامل و الحصّه مما يخرج من الثمر، فإذا علم بعدمه انكشف عدم العوض، و معه فيحكم بالبطلان.

إلّا أنّ ما أفاده الماتن (قدس سره) هنا، لا ينسجم مع ما ذكره هناك من وجوب الوفاء به، لعدم بناء العقد على خروج الثمر. فهو (قدس سره) بعد بنائه على وجوب الوفاء هناك، مطالب بالدليل على عدم وجوب الإتمام هنا.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٣٥٢

و مقداراً بحصّه من الثمره أو بتمامها بعد الظهور و بدو الصلاح (١) بل و كذا قبل البدو (٢) بل قبل الظهور أيضاً [١] إذا كان مع الضميمة الموجوده أو عامين (٣).

و أما قبل الظهور عاماً واحداً بلا- ضميمة فالظاهر عدم جوازه، لا- لعدم معقوليه تملك ما ليس بموجود (٤) لأننا نمنع عدم المعقوليه بعد اعتبار العقلاء

(١) فإنه حينئذ مال موجود بالفعل، فيصحّ جعله عوضاً لعمل محترم.

(٢) لما تقدّم، سواء اشترط عليه البقاء حتى يدرك أم لا، فإنه و بوضعه الحالى أمر موجود بالفعل فتصحّ المعاوضه عليه.

(٣) تقدّم التعرّض لهذه المسأله فى كتاب الإجاره. و قد عرفت أنّ الصحيح هو القول بالمنع، لعدم الدليل على صحه هذه المعامله فى مقام الإثبات، فإنّ الإجاره تبديل للمنفعه أو العمل

من جهه و الأجره من جهه أخرى، فلا تصحّ مع كون الأجره معدومه و المستأجر غير مالك لها بالفعل.

و الحاصل أنّ الإجاره إنما تتضمن التمليك، و هو لا يتعلق إلّا بالموجود فى الخارج أو فى الذمه لأنه بحكم الموجود الخارجى. و أمّا ما لا وجود له بالفعل، فلا يصحّ تعلق الملكيه به. و لذا لا يذهب أحد إلى صحه إجاره شخص على عمل، بإزاء ما سيرته من أبيه عند موته.

و مما ذكرناه يظهر أنه لا مجال لإثبات حكم البيع لما نحن فيه و القول بالصّحه مع الضميمة، فإنه قياس محض و لا مجال لقبوله.

(٤) فإنه أمر معقول فى نفسه، فإنّ التمليك أمر اعتبارى و هو سهل المئونه، فيصحّ تعلقه بالمعدوم، كما يصحّ أن يكون المالك غير شاعر أو كلى، كملكيه المسجد لأثائه و الساده للخمس و الفقراء للزكاه، على القول بملكيتهم لها.

بل الوقوع خير دليل على الإمكان، حيث يصحّ بيع الثمار مع الضميمة. إلّا أنّ الإشكال و كما عرفت ليس من هذه الجهه، و إنما هو من حيث مقام الإثبات، إذ

[١] فيه إشكال، و إسراء حكم البيع إلى الإجاره قياس.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٣٥٣

وجوده لوجوده المستقبلى، و لذا يصحّ مع الضميمة أو عامين، حيث إنهم اتفقوا عليه فى بيع الثمار، و صرح به جماعه ههنا. بل لظهور اتفاقهم على عدم الجواز، كما هو كذلك فى بيع الثمار.

و وجه المنع هناك [١] خصوص الأخبار الدالّه عليه، و ظاهرها أنّ وجه المنع الغرر، لا عدم معقوليه تعلق الملكيه بالمعدوم. و لو لا ظهور الإجماع فى المقام، لقلنا بالجواز (١) مع الاطمئنان بالخروج بعد ذلك، كما يجوز بيع ما فى الذمه مع عدم كون العين

موجوداً فعلياً عند ذبيها، بل و إن لم يكن فى الخارج أصلاً.

و الحاصل أنّ الوجود الاعتبارى يكفى فى صحّته تعلق الملكيه، فكأنّ العين موجوده فى عهده الشجر، كما أنّها موجوده فى عهده الشخص.

[مسأله ٢٣: كل موضع بطل فيه عقد المساقاه يكون الثمر للمالك]

[٣٥٥٣] مسأله ٢٣: كل موضع بطل فيه عقد المساقاه يكون الثمر للمالك (٢) و للعامل اجره المثل لعمله (٣). إلّا إذا كان عالمياً بالبطلان و مع ذلك أقدم على

لا دليل على صحه هذه المعامله.

(١) قد عرفت أنّ وجه المنع إنما هو عدم الدليل على صحه هذه المعامله، و من هنا فلا وجه للالتزام بصحتها حتى مع عدم تماميه الإجماع و انتفاء الغرر.

(٢) لتبعيته للشجر فى الملك.

(٣) لأنه عمل محترم صدر عن أمر الغير به مجاناً، حيث إنه إنما أتى به بإزاء الحصة من الثمر، فإذا لم يسلم له ذلك العوض لاستيفاء المالك للثمر بأكمله نظراً لفساد العقد فلا بد للمالك من تدارك عوضه بدفع اجره مثل عمله له كى لا يذهب سدى.

نعم، لا بد من تقييد إطلاق الحكم بما إذا لم تكن الأجره أكثر من الحصه المجمعوله له، و إلّا فليس له إلّا الأقل، لإقدامه على إلغاء احترام ماله بالنسبه إلى الزائد عن ذلك المقدار.

[١] تقدم وجه المنع فى بحث الإجاره.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٣٥٤

العمل [١] (١) أو كان الفساد لأجل اشتراط كون جميع الفائده للمالك (٢) حيث إنه بمنزله المتبرع فى هاتين الصورتين، فلا يستحقّ اجره المثل على الأقوى و إن كان عمله بعنوان المساقاه.

(١) قد عرفت غير مره، أنّ العلم بالبطلان لا يعنى بالضروره الإقدام على المجانيه فالفساد إنما هو بلحاظ الحكم الشرعى لا بلحاظ بناء المتعاقدين، فإنّ عدم إمضاء الشارع له شىء، و إقدام العامل على العمل

مجاناً شىء آخر.

إذن فالصحيح هو القول بالضمان، سواء علم العامل بالبطلان أم جهل به. فإن المالك قد استوفى عملاً محترماً صادراً عن أمره لا بقصد التبرع، فيكون ضامناً له لا محاله بعد أن لم يسلم له العامل المسمى فى العقد.

(٢) فإنه و بذلك يدخل فى كبرى: «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفسده». و ليس الوجه فيه إلا أن عمل العامل فى هذه الصورة لم يكن مضموناً على المالك باعتبار أن الأمر به إنما كان على نحو التبرع و المجانية.

هذا و قد ناقش فيه صاحب الجواهر (قدس سره)، بدعى أن العامل إنما قام بالفعل اعتقاداً منه للزوم العقد عليه و وجوب الوفاء به، و معه فلا يكون رضاه بالعمل رضى منه به مجاناً «١».

وفيه: إن مجرد اعتقاده بذلك لا- يوجب ثبوت العوض على المالك، فإن الملاك إنما هو بصدور الفعل عن أمره لا مجاناً، و حيث إنه غير متحقق فى المقام فلا موجب لثبوت الضمان عليه، و لذا لم يلتزم أحد بالضمان فيما لو تخيل العامل إجاره فقام بالفعل بذلك الاعتقاد.

و الحاصل أنه لا وجه لإثبات الضمان فى المقام، بعد أن كان العقد على تقدير صحته يقتضى عدمه.

[١] العلم بالبطلان لا يوجب تبرع العامل بعمله، و قد مرّ نظيره فى المضاربه و المزارعه. نعم الأمر كما ذكر فيما إذا اشترط كون تمام الفائدة للمالك.

(١) الجواهر ٢٧: ٦٨.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٣٥٥

[مسألة ٢٤: يجوز اشتراط مساقاه فى عقد مساقاه، كأن يقول: ساقيتك على هذا البستان بالنصف]

[٣٥٥٤] مسألة ٢٤: يجوز اشتراط مساقاه فى عقد مساقاه، كأن يقول: ساقيتك على هذا البستان بالنصف على أن أساقيك على هذا الآخر بالثلث. و القول بعدم الصحة لأنه كالبيعين فى بيع المنهى عنه (١) ضعيف، لمنع كونه من هذا القبيل (٢).

فإنَّ المنهَى عنه البيع حالاً بكذا و مؤجلاً بكذا، أو البيع على تقدير كذا بكذا، و على تقدير آخر بكذا (٣). و المقام نظير أن يقول: بعتك دارى بكذا على أن أبيعك بستانى بكذا، و لا مانع منه، لأنه شرط مشروع فى ضمن العقد.

و كذا الحال فيما لو كان الفساد من جهة عدم خروج الثمر على ما اخترناه، و إن ذهب الماتن (قدس سره) إلى صحته، فإنه مشمول لقاعده «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده».

و الوجه فيه ما ذكرناه، من أن الضمان إنما يكون لأمرين: العقد الصحيح، و الأمر بالعمل لا على نحو المجانيه و التبرع، و لا شىء منهما متحقق فى المقام. فإنَّ المفروض فساد العقد، و المالك لم يضمن للعامل وراء الحصه مما أخرج الله من الأرض شيئاً بحيث كان العامل متبرعاً بعمله من غير هذه الناحيه، فلا وجه للقول بالضمان.

(١) روى الصدوق (قدس سره) عن شعيب بن واقد، عن الحسين بن زيد، عن الصادق (عليه السلام)، عن آبائه (عليهم السلام)، فى مناهى النبى (صلّى الله عليه و آله و سلم)، قال: «و نهى عن بيعين فى بيع» (١).

و روى الشيخ (قدس سره)، أنه «نهى رسول الله (صلّى الله عليه و آله و سلم) عن سلف و بيع، و عن بيعين فى بيع» (٢).

(٢) و على تقدير تسليم كونه من هذا القبيل، فالتعدى عن البيع إلى المساقاه و إثبات حكمه فيها، ليس إلّا قياساً محضاً.

(٣) و يحتمل أن يكون المراد به البيع إلى أجلين مختلفين، بأن يبيعه الكتاب مؤجلاً

(١) الفقيه ٤: ١/٤ و أورده فى الحديث ١٢ من الباب ١٢ من أبواب عقد البيع و شروطه، الوسائل ١٨: ٣٨ كتاب

(٢) التهذيب ٧: ٢٣٠ / ١٠٠٥، الوسائل ١٨: ٣٧ كتاب التجاره ب ٢ ح ٤.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٣٥٦

[مسأله ٢٥: يجوز تعدد العامل كأن يساقى اثنين بالنصف له و النصف لهما]

[٣٥٥٥] مسأله ٢٥: يجوز تعدد العامل (١) كأن يساقى اثنين بالنصف له و النصف لهما، مع تعيين عمل كل منهما بينهم أو فيما بينهما (٢) و تعيين حصه كل منهما (٣).

و كذا يجوز تعدد المالك و اتحاد العامل، كما إذا كان البستان مشتركاً بين اثنين فقالا لواحد: ساقيناك على هذا البستان بكذا.

و حينئذٍ فإن كانت الحصه المعينه للعامل منهما سواء كالنصف أو الثلث مثلاً صحَّ، و إن لم يعلم العامل كيفيه شركتهما (٤) و أنها بالنصف أو غيره. و إن لم يكن سواء كأن يكون في حصه أحدهما بالنصف و في حصه الآخر بالثلث مثلاً فلا بدّ من علمه بمقدار حصه كل منهما، لرفع الغرر و الجهاله في مقدار حصته من الثمر (٥).

[مسأله ٢٦: إذا ترك العامل العمل بعد إجراء العقد ابتداءً]

[٣٥٥٦] مسأله ٢٦: إذا ترك العامل العمل بعد إجراء العقد ابتداءً أو في

إلى سته أشهر بخمسه دنانير، و إلى سنه بعشره.

(١) بلا إشكال فيه و لا خلاف.

(٢) إذ المعتبر في صحه المساقاه إنما هو تعيين حصّتهما في قبال حصه المالك، بحيث يكون نصيب كل من العامل و المالك معلوماً. و أمّا معرفه المالك بحصه كل منهما فيما بينهما فهى أمر غير معتبر جزماً، فإنه لا علاقه للمالك بكيفيه قسمه العاملين للحصه المشتركه بينهما بعد معلوميه حصتهما في قبال حصته.

(٣) فيما بينهما.

(٤) إذ لا دخل لكيفيه شركتهما في الحصه المجموله له، فإنه و على كل تقدير يأخذ الحصه المجموله له من الجميع، فلا يكون جهله هذا موجباً لجهاله حصته، كما هو واضح.

(٥) و قد استشكل فيه بعضهم، بأنه إن تم إجماع على البطلان مع الجهل فهو، و إلّا فالقول به مشكل، لعدم الدليل على قرح الغرر في المقام.

وفيه: أنّ الظاهر في المقام

هو البطلان، سواء أقلنا باختصاص نفي الغرر بالبيع كما

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٣٥٧

الأثناء، فالظاهر أنّ المالك مخير بين الفسخ أو الرجوع إلى الحاكم الشرعي (١) فيجبره على العمل. وإن لم يمكن استأجر من ماله من يعمل عنه، أو بأجره مؤجله

هو الصحيح، أم قلنا بعمومه للمقام أيضاً.

و ذلك لما أشار إليه الماتن (قدس سره) من استلزامه الجهل بمقدار الحصّه، فإنه لا بدّ في المساقاه على ما يستفاد من صحيحه يعقوب بن شعيب و أخبار خبير من معلوميه حصّه كلّ من المالك و العامل من الثمر. و لذا لو ساقاه على أن يكون له في مقدار من البستان النصف و في مقدار آخر منه الثلث من غير تعيين، لما حكم ببطلانه جزماً.

خويي، سيد ابو القاسم موسوي، موسوعه الإمام الخوئي، ٣٣ جلد، مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئي، قم - إيران، اول، ١٤١٨ هـ ق

موسوعه الإمام الخوئي؛ ج ٣١، ص: ٣٥٧

و حيث إنّ هذا الشرط غير متوفّر في المقام، لأنه إذا ساقى أحدهما على النصف و الآخر على الربع و كان مجموع النتاج مائه و عشرين رطلماً، اختلف مقدار حقه من المجموع باختلاف مقدار نصيب كل منهما، فإذا كان نصيب صاحبه الأوّل من البستان الثلثين و نصيب الثاني الثلث كان له من المجموع خمسون رطلماً، و إذا انعكس الأمر كان له أربعون رطلماً، فلا بدّ من الحكم بالبطلان.

و الحاصل أنّ مساقاه المالكين المتعددين مع اختلاف مقدار الحصّه المجعوله للعامل و جهل نصيب كل منهما في البستان، لما كان موجّباً لجهاله ما يحصل للعامل، محكوم به بالفساد.

(١) لأنه ولي الممتنع. فإنّ وظيفه الولاه و إن كانت في الأصل إجراء الأحكام الصادره من القضاء، إلّا أنّ استقرار نظام

المعاش و حفظه يقتضى قيامه فى عصر الغيبه مقام القاضى فيما هو شأنه، حفظاً لحقّ المظلوم و إقامه للنظام و القانون، و لكى لا يلزم من تركه الهرج فى الاجتماع.

و بعبارة اخرى: إنّ نظام المعاش يقتضى وجود ولى يأخذ بحقّ المظلوم من الظالم و يقيم العدل فى الاجتماع. و عليه فإن كان الوليّ الحقيقى موجوداً فالأمر إليه، له التصدى له بالمباشره أو بنائبه الخاص، و لا- حقّ لأحد فى الاعتراض عليه. و إلّا فالأمر للحاكم الشرعى، لأنه القدر المتيقّن فى ذلك. و مع عدم إمكانه فالأمر للعدول

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٣٥٨

إلى وقت الثمر فيؤدّيها منه، أو يستقرض عليه و يستأجر من يعمل عنه. و إن تعذّر الرجوع إلى الحاكم أو تعسّر، فيقوم بالأمر المذكوره عدول المؤمنين (١). بل لا يبعد جواز إجباره بنفسه (٢) أو المقاصّه من ماله [١] (٣) أو استئجار المالك عنه (٤) ثمّ الرجوع عليه أو نحو ذلك.

و قد يقال بعدم جواز الفسخ إلّا بعد تعذّر الإجماع (٥) و أنّ اللازم كون الإجماع

من المؤمنين، حيث إنهم يقومون مقام الحاكم الشرعى حيث يتعسّر أو يتعذّر الرجوع إليه، لكونهم القدر المتيقّن منه، بعد المفروغيه عن لادّيه أخذ حقّ المظلوم و إقامه نظام العدل فى الاجتماع و المنع من الهرج و الفوضى.

(١) لما تقدّم.

(٢) كما يقتضيه لزوم العقد، و كونه مالكاً لحقّ الإجماع.

(٣) و فيه: إنها إنما تختص بالأموال، فلا- وجه لإثباتها فى المقام و نحوه من موارد ثبوت الحقّ خاصّه، حيث لا يملك المالك على العامل مالاً شخصياً أو كلياً فى الذمّه و إنما يملك عليه حقّ الإجماع خاصّه.

و الحاصل أنه لا دليل على ثبوت المقاصه فى موارد الحقوق.

(٤) فيه إشكال

بل منع، إذ لا- دليل على ولايه المظلوم على خصمه، فإنَّ الاستئجار تصرّف عن الغير، و نفوذه عليه من دون رضاه يحتاج إلى الدليل، و هو مفقود.

إذن فالصحيح هو انحصار حقه في الفرض في الفسخ، أو إجباره بنفسه، أو مراجعه الحاكم الشرعي، و مع عدم إمكانه فعدول المؤمنين.

(٥) تعرّضوا لهذا الشرط في باب الخيارات. و قد عرفت في محله أنه لا موجب للقول بالترتب و الطوليه، فإنَّ مقتضى دليل الفسخ ثبوته حتى مع التمكن من إجبار الممتنع، إذ لا معنى لجعل الشرط إلّا تعليق الالتزام بالعقد على وجوده.

[١] في جوازها و جواز استئجار المالك عنه إشكال بل منع.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٣٥٩

من الحاكم مع إمكانه (١). و هو أحوط، و إن كان الأقوى التخيير بين الأمور المذكوره (٢).

هذا إذا لم يكن مقيداً بالمباشره، و إلّا فيكون مخيراً بين الفسخ و الإيجاب (٣) و لا- يجوز الاستئجار عنه للعمل (٤). نعم، لو كان اعتبار المباشره بنحو الشرط (٥) لا القيد، يمكن إسقاط حق الشرط (٦) و الاستئجار عنه أيضاً.

[مسأله ٢٧: إذا تبرّع عن العامل متبرّع بالعمل جاز إذا لم يشترط المباشره]

[٣٥٥٧] مسأله ٢٧: إذا تبرّع عن العامل متبرّع بالعمل جاز إذا لم يشترط المباشره (٧)

(١) و لا- دليل عليه. فإنَّ لمن له الحق المطالبه به و أخذه من الممتنع إن أمكنه ذلك كما أنّ له رفعه إلى الحاكم الشرعي و الاستعانه به في استرداده، بلا فرق في ذلك بين الحقوق و الأموال الشخصيه و الكلّيه.

(٢) لما عرفته من عدم الدليل على الطوليه و الترتب.

(٣) على ما يقتضيه تخلف العامل عنه من جهه، و كونه ملزماً عليه من جهه أخرى.

(٤) لامتناع صدور متعلق العقد، أعنى العمل المقيد كونه من العامل، من غيره.

(٥) بالتصريح أو إقامه القرينه،

و إلاً فقد عرفت أنّ المتفاهم العرفي من الاشتراط في هذه المقامات هو التقييد.

(٦) فيكون حال العقد حينئذٍ حال القسم الأول، أعني الإطلاق و عدم اشتراط شيء، و إلاً فحاله حال القسم الثاني أعني التقييد.

و الحاصل أنّ أمر هذا القسم يدور بين القسمين الأولين الإطلاق و التقييد، فهو إما أن يكون بالنتيجة من الأول أو الثاني.

(٧) إذ الواجب عليه حينئذٍ إنما هو تحقيق العمل في الخارج، و هو كما يحصل بفعله يحصل بفعل الغير نيابة عنه، مجاناً أو بعوض.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٣٦٠

بل لو أتى به من غير قصد التبرع عنه أيضاً كفي (١) بل و لو قصد التبرع عن المالك كان كذلك أيضاً [١] (٢) و إن كان لا يخلو من إشكال، فلا يسقط حقه من الحاصل.

و كذا لو ارتفعت الحاجة إلى بعض الأعمال، كما إذا حصل السقي بالأمطار و لم يحتج إلى النرح من الآبار، خصوصاً إذا كانت العادة كذلك. و ربّما يستشكل بأنه نظير الاستتجار لقلع الضرس إذا انقلع بنفسه، فإنّ الأجير لا يستحق الأجره لعدم صدور العمل المستأجر عليه منه. فاللازم في المقام أيضاً عدم استحقاق ما يقابل ذلك العمل.

و يجاب بأنّ وضع المساقاه و كذا المزارعه على ذلك، فإنّ المراد حصول الزرع و الثمره، فمع احتياج ذلك إلى العمل فعله العامل، و إن استغنى عنه بفعل الله أو بفعل الغير سقط و استحقّ حصّته. بخلاف الإجاره، فإنّ المراد منها مقابله العوض بالعمل منه أو عنه.

(١) فيه إشكال بل منع فيما إذا صدر جميع العمل من المتبرع، فإنه حينئذٍ لا وجه لاستحقاقه شيئاً من الحصّه.

نعم، لو بقي عليه بعض العمل استحقّ الحصّه، إذ لا يجب عليه القيام بجميع الأعمال،

و إنما الواجب عليه قيامه بما تحتاجه الأرض.

و الحاصل أنّ حال هذا الفرض، هو حال ارتفاع الحاجه بنفسها و من غير قيام أحد بها الآتى حيث اختار (قدس سره) فيه ما ذكرناه هنا، فإنه لا فرق بينهما بالمره.

(٢) فيه إشكال يظهر مما تقدم.

[١] هذا فيما إذا كان المأتي به بعض عمل المساقاه. و أما إذا كان جميعه، ففي كفايته في غير ما إذا قصد التبرع به عن العامل، إشكال بل منع.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٣٦١

و لا بأس بهذا الفرق فيما هو المتعارف سقوطه أحياناً كالأستقاء بالمطر مع بقاء سائر الأعمال. و أمّا لو كان على خلافه، كما إذا لم يكن عليه إلّا السقى و استغنى عنه بالمطر أو نحوه كليه، فاستحقاقه للحصّه مع عدم صدور عمل منه أصلاً، مشكل (١).

[مسألة ٢٨: إذا فسخ المالك العقد بعد امتناع العامل عن إتمام العمل]

[٣٥٥٨] مسأله ٢٨: إذا فسخ المالك العقد بعد امتناع العامل عن إتمام العمل، يكون الثمر له (٢) و عليه اجره المثل [١] (٣) للعامل بمقدار ما عمل.

هذا إذا كان قبل ظهور الثمر. و إن كان بعده، يكون للعامل حصّته [٢] (٤)

(١) بل ممنوع، كما عرفت.

(٢) على ما يقتضيه الفسخ، كما ستعرف بيانه.

(٣) فيه إشكال بل منع تقدم وجهه غير مره. فإنّ سبب الضمان ينحصر في العقد الصحيح و استيفاء العمل الصادر عن أمره لا مجاناً، و حيث إنّ كليهما منتفٍ في المقام فإنّ العقد قد ارتفع بالفسخ، و الأمر إنّما كان متعلقاً بالمقدمه الموصله، فلا موجب للقول بالضمان.

و بعبارة اخرى: إنّ الضمان من جهه العقد منتفٍ، لانتهاء العقد بالفسخ. و الضمان من جهه الأمر غير ثابت، بلحاظ عدم مطابقه المأتي به للمأمور به، إذ الأمر إنّما كان متعلقاً بالعمل المستمر إلى حين حصول

النتاج، و هو لم يتحقق فى الخارج، و ما تحقق فى الخارج من العمل الناقص لم يكن متعلقاً للأمر.

(٤) الظاهر أنه لا فرق فى كون الثمره بتمامها للمالك، بين فرض الفسخ قبل ظهور الثمر و فرضه بعده. و ذلك لأن تأثير الفسخ و إن كان من حينه، إلا أنه لما كان يتعلق بالعقد من الأوّل بحيث يفرض و كأن لم يكن، كان مقتضاه رجوع كلّ من العوضين فى

[١] الظاهر أنه لا يستحق اجره المثل، لأنّ هذا العمل لم يقع عليه العقد حتى يكون بأمر المالك فإنّ الواقع عليه العقد هو العمل المنتهى إلى وصول الثمر لا مطلقاً.

[٢] الظاهر أنّ حكم الفسخ بعده حكمه قبله.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٣٦٢

و عليه الأجره للمالك (١) إلى زمان البلوغ إن رضى بالبقاء، و إلاّ فله الإيجاب على القطع بقدر حصّته، إلاّ إذا لم يكن له قيمه أصلاً، فيحتمل أن يكون للمالك كما قبل الظهور (٢).

[مسألة ٢٩: قد عرفت أنه يجوز للمالك مع ترك العامل العمل أن لا يفسخ]

[٣٥٥٩] مسأله ٢٩: قد عرفت أنه يجوز للمالك مع ترك العامل العمل أن لا يفسخ و يستأجر عنه و يرجع عليه، أمّا مطلقاً كما لا يبعد [١] (٣) أو بعد تعذّر الرجوع إلى الحاكم. لكن يظهر من بعضهم اشتراط جواز الرجوع عليه بالإشهاد

العقود المعاوضيه إلى صاحبه، و كأن لم يكن قد انتقل عنه إلى غيره بالمره. و حيث إنّ الحصّه من الثمر إنما جعلت فى عقد المساقاه بإزاء عمل العامل و عوضاً عنه، كان مقتضى الفسخ رجوعها إلى المالك حتى و لو كان الفسخ بعد ظهور الثمر و إدراكه.

و مما يؤكّد ذلك، أنه لو فسخ العقد بعد إدراك الثمر، بسبب تخلف العامل عن شرط اشترط عليه أو غير ذلك، لم يكن

يعطى إليه الحصه المقرره من الثمر جزماً، وإلّا لكان الفسخ لغواً محضاً.

و الحاصل أنه ليس معنى الفسخ بقاء العقد على حاله بالنسبه إلى تملك الحصه للعامل، وإلّا لكان الفسخ لغواً واضحاً، وإنما معناه فرض العقد كأن لم يكن، ورفع اليد عنه من أول الأمر.

(١) ظهر مما تقدم وجه النظر فيه. فإنّ الحصه و بعد الفسخ لا تبقى على ملك العامل، كى يستحق المالك عليه اجره مثل أرضه، فإنها و بأكملها تعود حينئذٍ ملكاً للمالك، و عليه للعامل الأجره لكون عمل العامل صادراً عن إذنه لا مجاناً. فإنه وفى هذا الفرض قد أتى بالفعل المأمور به، و حيث إنه لم تسلّم له الحصه المجمعوله نتيجة لفسخ العقد، يضمن له المالك اجره مثل عمله.

(٢) بل هو كذلك حتى بعد الظهور، كما عرفت.

(٣) قد مر الإشكال فيه، و قد عرفت أنه مما لا دليل عليه.

[١] و قد مر الإشكال فيه.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٣٦٣

□
على الاستئجار عنه، فلو لم يشهد ليس له الرجوع عليه حتى بينه و بين الله. و فيه ما لا يخفى (١).

فالأقوى أنّ الإشهاد للإثبات ظاهراً، و إلّا فلا يكون شرطاً للاستحقاق، فمع العلم به أو ثبوته شرعاً يستحقّ الرجوع و إن لم يكن أشهد على الاستئجار.

نعم، لو اختلفا فى مقدار الأجره، فالقول قول العامل فى نفي الزيادة. و قد يقال (٢) بتقديم قول المالك، لأنه أمين. و فيه ما لا يخفى.

و أمّا لو اختلفا فى أنه تبرع عنه أو قصد الرجوع عليه، فالظاهر تقديم قول المالك، لاحترام ماله و عمله، إلّا إذا ثبت التبرع، و إن كان لا يخلو عن إشكال، بل يظهر من بعضهم تقديم قول العامل.

(١) فإنه

مقطوع البطلان، حيث لا يحتمل مدخلية الإشهاد في ثبوت الولاية بناءً على القول بها، و لو لا هذه الجهة لكان مقتضى القاعده القول باعتبارها، فإنه يكفي في إثباته مجرد الشك و الاحتمال، إذ لا- دليل لفظي على ثبوت الولاية كي يتمسك به في نفي الاعتبار.

و كيف كان، فالأمر فيه سهل، بعد ما عرفت من عدم الدليل على ثبوت الولاية للخصم بنفسه.

(٢) التشكيك في هذا الفرع و الذى يليه، إنما يتجه بناءً على ما اخترناه من عدم ثبوت الولاية للخصم نفسه. فإنه حينئذٍ يكون مجال للبحث في تقديم قول المالك في زياده الأجره و عدم التبرع، أو العامل في النقصان و التبرع.

و أما بناءً على ما اختاره الماتن (قدس سره) من ثبوت الولاية له عند تعذر الرجوع إلى الحاكم، فلا مجال لهذا من أساسه، إذ لا وجه للتشكيك في تقديم قول الولي، فإنه مقدم على دعوى الخصم جزماً، للسيره العقلائيه القطعيه التى يعبر عنها في كلمات الأصحاب بقاعده: «من ملك شيئاً ملك الإقرار به».

و الحاصل أنّ حال الخصم على هذا التقدير يكون هو حال الحاكم عند وجوده و لا- أظنّ أنّ أحداً يمكنه زعم تقديم قول الخصم على الحاكم، لأصالة عدم الزيادة أو

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٣٦٤

[مسألة ٣٠: لو تبين بالبينه أو غيرها أنّ الأصول كانت مغصوبه]

[٣٥٦٠] مسألة ٣٠: لو تبين بالبينه أو غيرها [١] (١) أنّ الأصول كانت مغصوبه، فإن أجاز المغصوب منه المعامله صحّت المساقاه (٢)

أصالة عدم الضمان.

(١) مما تكون حجيته مطلقه أيضاً و غير مختصه بأحد الطرفين، كحصول القطع أو الشيع المفيد للعلم. و إلّا فلو كانت حجيته مختصه بأحدهما، كإقرار المساقى حيث لا يكون حجه إلّا عليه، فلا وجه للحكم بفساد العقد عند عدم إمضاء المالك بحسب إقرار

المساقى له، فإنّ الإقرار إنّما ينفذ في حقّ المقرّ خاصّه دون العامل الجاهل بالحال.

و من هنا فلا مبرر لانتزاع الحصّه المجموعه له، في العقد المحكوم بالصحه ظاهراً بالقياس إليه، منه.

نعم، يثبت ذلك بالقياس إلى المقرّ، لاعترافه ببطلان العقد، لوقوعه على ملك الغير و عدم استحقاقه لها.

و عليه للمقرّ له قيمه ما أخذه العامل من الحصّه، لاعترافه بكونه هو المتلف له بجعله للعامل في المعامله المحكوم به بالصحه ظاهراً.

نظير ما لو وهب شيئاً بالهبة اللازمه لشخص ثمّ اعترف بكونه غصباً، فإنه لا يلزم الموهوب له ردّه، و إنّما على المقرّ أن يغرم للمقرّ له قيمته.

و من هذا القبيل أيضاً ما لو أقرّ بالمال لأحد ثمّ أقرّ به لثانٍ ثمّ لثالث و هكذا، حيث يجب عليه دفع عينه إلى الأوّل، و يغرم لكل من الباقيين قيمته، لاعترافه بإتلاف المال العائد له.

و لعل مراد الماتن (قدس سره) من كلمه (أو غيرها) غير البينه من الحجج المطلقه و إلّا فالإشكال مستحکم.

(٢) بينه و بين العامل، لأنّ إجازته لها بمنزله مباشرته للعقد بنفسه، بناءً على

[١] هذا إذا كان حجه مطلقاً، و أما مثل اعتراف المساقى فلا أثر له بالإضافه إلى العامل.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٣٦٥

و إلّا بطلت (١) و كان تمام الثمر للمالك المغصوب منه (٢) و يستحق العامل اجره المثل على الغاصب (٣) إذا كان جاهلاً بالحال (٤) إلّا إذا كان مدّعياً عدم الغصبيه و أنها

ما حَقَّقناه في محلّه من كون صحه العقد الفضولي عند إجازته من له الأمر على القاعده نظراً لانتساب الأمور الاعتباريه التي يكون قوامها بالاعتبار إلى الموكل على حد انتسابها إليه عند مباشرته لها بنفسه، فإنه وفي التقديرين يكون حقيقياً و خالياً عن

التسامح و العناية.

فانتساب هذا العقد للمالك كما يحصل بالإذن السابق منه فيه، يحصل بإبرازه للرضا به و إمضائه للفعل الصادر من غيره. فليس حال هذا حال الأمور الخارجيه الحقيقيه حيث لا يصح إسنادها في غير القبض إلى الموكل إلا بالعنايه و المجاز.

و الحاصل أن إمضاء المالك للالتزام الصادر من الغاصب، يجعل ذلك الالتزام السابق مستنداً إليه حقيقه، و كأنه قد باشر بنفسه من الأول.

(١) على ما تقتضيه القاعده، حيث وقع العقد على أصول الغير من غير رضاه.

(٢) لقانون تبعيه الثمر للأصول.

(٣) لأن عمله إنما صدر عن أمره لا بقصد المجانيه و التبرع، فلا يذهب سدى.

(٤) إذ لو كان عالماً بالحال لكان فعله و تصرفه في الأرض و الأصول محرماً لوقوعه في ملك الغير مع علمه به. و معه فلا يستحق عليه الأجره، لأنه لا يكون حينئذٍ محترماً.

و من هنا يظهر أنه لا مجال لقياس المقام بما ذكرناه في غير مورد، من أنه لا فرق في الضمان بين علم العامل بالفساد و جهله به، لأن العلم به لا يلازم التبرع و قصد المجانيه، فإن ذلك فيما إذا لم يكن العلم موجباً لتنجز حرمه الفعل في حقه كما هو الحال في المقام، و إلا فلا وجه لإثبات الضمان و الأجره للفعل الحرام.

و الحاصل أن استحقاق العامل لأجره مثل عمله إنما يختص بفرض جهله بالحال و غصبيه الأصول، إذ يكون عمله عندئذٍ مباحاً محترماً، و معه فله المطالبه بعوضه من

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٣٦٦

كانت للمساقى، إذ حينئذٍ ليس له الرجوع عليه، لاعترافه بصحة المعامله و أن المدعى أخذ الثمره منه ظلماً.

هذا إذا كانت الثمره باقيه. و أمّا لو اقتسماها و تلفت عندهما، فالأقوى أن للمالك

الرجوع [١] بعوضها على كل من الغاصب و العامل بتمامه (١) و له الرجوع على كل

الآمر به لا مجاناً. و لا ينافيه الحكم ببطلان العقد، إذ لا ملازمه بينهما. فهو نظير ما لو استأجر لحمل صندوق فحمه ثم بان كونه خمرًا، فإنّ الحكم بفساد تلك الإجاره لا يوجب الحكم بذهاب عمله هدرًا، غاية الأمر أنه يستحق أجره المثل بدلًا عن الأجره المسّماه فى العقد.

(١) الظاهر أنه لا- وجه لرجوع المالك على العامل بعوض تمام الثمر مطلقاً، فإنه لا- يقاس المقام بباب تعاقب الأيدي، حيث حكمنا بجواز رجوع المالك على كلّ منهم و قلنا أنه لا مانع من تعدد الضمانات على المال الواحد نظير الواجب الكفائى.

و ذلك لعدم ثبوت يد العامل و سلطنته على إتمام الثمر كى يكون ضامناً له، فإنّ هذا العنوان لا يصدق على مثل تصرف العامل فى جميع الثمر بسقى أصولها و نحو ذلك، و إن كان فعله مع علمه بالحال محرماً.

و بعبارة اخرى: إنّ دليل الضمان فى أمثال المقام منحصر ببناء العقلاء، إذ قد عرفت غير مره أنّ قاعده «على اليد» لا يجوز الاعتماد عليها، لعدم ثبوت كونها روايه فضلاً عن دلالتها. و حيث إنه بناء العقلاء غير ثابت فيما نحن فيه، لتوقفه على تحقق عنوان السلطنة و كون المال تحت تصرفه، و هو مفقود لعدم صدق ذلك بسبب ما للعامل من التصرفات، فلا وجه لإثبات ضمان تمام المال عليه.

فشأن تصرف العامل فى غير حصّته شأن الأجير الذى يقوم بكنس الدار المغصوبه، فإنه أ فهل يحتمل القول بضمانه للدار فى فرض علمه بالحال فضلاً عن الجهل

[١] لا وجه لرجوعه على العامل إلّا بالمقدار الذى وقع من الثمر تحت يده و سلطانه،

و هو خصوص حصته منه لا جميعه. نعم، له الرجوع بتمام عوضها على الغاصب فقط.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٣٦٧

منها بمقدار حصّته (١). فعلى الأخير لا إشكال (٢). وإن رجع على أحدهما بتمامه رجع على الآخر بمقدار حصّته (٣) إلّا إذا اعترف بصحّحه العقد، و بطلان دعوى المدعى للغصبيه، لأنه حينئذٍ معترف بأنه غرمه ظلماً.

وقيل: إنّ المالك مخير بين الرجوع على كلّ منهما بمقدار حصّته، و بين الرجوع على الغاصب بالجميع (٤) فيرجع هو على العامل بمقدار حصّته. و ليس له الرجوع

به؟ كلا، و ليس ذلك إلّا لعدم صدق عنوان السلطنه و كون المال تحت تصرفه و يده بمثل هذا التصرف و إن كان حراماً.

إذن فالصحيح هو عدم جواز رجوع المالك على العامل بتمام الثمر، في فرض علمه بالحال فضلاً عن الجهل به، فإنه لا فرق بين الصورتين من هذه الناحية.

و قد ذكر الأصحاب نظير هذا في باب الضمان فيما إذا اشترك غير واحد في السرقة بحيث صدرت السرقة الواحد منهم جميعاً و على نحو الاشتراك، حيث حكموا بأنه ليس للمالك الرجوع على كلّ منهم إلّا فيما يقابل جريمته، فليس له مطالبه أحدهم بتمام المتاع. و من الواضح أنه ليس ذلك إلّا لعدم استقلال كلّ واحد منهم في السلطنه على المال و جعله تحت يده و تصرفه.

نعم، ما أفاده الماتن (قدس سره) يتمّ بالقياس إلى الغاصب، حيث يجوز للمالك الرجوع عليه بتمام الثمر، لثبوت يده عليه بتبع ثبوتها على الأصل، فيصحّ الرجوع عليه به و إن لم يكن الثمر قد تلف عنده، فإنه لا أثر لذلك بعد ثبوت سلطنته التامه عليه و وقوعه بتمامه تحت يده.

(١) لسلطنته عليه و وقوعه تحت يده،

فيكون ضامناً له ببناء العقلاء.

(٢) حيث يتحمل كل منهما ما غرمه للمالك، و لا يرجع به على صاحبه، لعدم المبرر له.

(٣) لما تقدّم.

(٤) وقد تقدّم وجه الحكم في كلا الشقين.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٣٦٨

على العامل بتمامه، إلّا إذا كان عالماً بالحال (١). و لا وجه له بعد ثبوت يده على الثمر بل العين أيضاً.

فالأقوى ما ذكرناه (٢) لأنّ يد كل منهما يد ضمان و قرار الضمان على من تلف في يده العين. و لو كان تلف الثمره بتمامها في يد أحدهما كان قرار الضمان عليه.

هذا و يحتمل (٣) في أصل المسألة كون قرار الضمان على الغاصب مع جهل العامل، لأنه مغرور من قبله [١]. و لا ينافيه ضمانه لأجره عمله، فإنه محترم

(١) عرفت فيما تقدّم، أنه لا وجه للتفصيل بين صورتى علمه بالحال و جهله به، فإنّ الحكم فيهما واحد.

(٢) بل عرفته منا.

(٣) إلّا أنه لا أساس له بالمره حتى على تقدير تسليم قاعده الغرور.

و ذلك فلايّ حال المقام حال سائر العقود الفاسده من جهه الغصب، حيث لا غرور بقول مطلق، فإنه إنما يكون إذا كان تسلّم العامل للحصّه من الثمر بعنوان المجانيه، فإنّ معه إذا غرم للمالك شىء جاز له الرجوع به على الغاصب جزماً، لما ذكرنا غير مره من بناء العقلاء على معاملة مؤدّى بدل التالف معاملة المالك له بقاءً فله أن يرجع عليه ليطالبه بعوض ماله، و ليس للغاصب الاعتذار بكونه هو المتلف له، لأنه إنما أقدم على إعطائه له مجاناً و من غير ضمان. فهو نظير من يغصب الشاه ثمّ يطعمها لمالكها، حيث لا يوجب ذلك سقوط الضمان.

و أين هذا من المقام، حيث لم يكن تسلّمه للحصّه بعنوان

المجانیه، بل الغاصب إنما جعلها له و سلمها إليه لتكون عوضاً و بدلاً عن عمله في الأصل، فإذا حكم بضمان بدلها للمالك لم يكن مغروراً من قبل الغاصب، لرجوعه عليه بأجره مثل عمله.

فهو نظير رجوع المالك على المشتري من الغاصب بعوض المبيع التالف، إذ لا يرجع المشتري على البائع إلا بضمان واحد هو ما دفعه إليه بعنوان المسمى، من دون

[١] أي غرور في المقام مع أنه أقدم على تملك حصته المجمعوله له بإزاء عمله لا- مجاناً، و المفروض أنه يرجع على المالك بأجره مثله، فالاحتمال المزبور ضعيف جداً.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٣٦٩

و بعد فساد المعامله لا تكون الحصه عوضاً عنه، فيستحقها، و إتلافه الحصه إذا كان بغرور من الغاصب لا يوجب ضمانه له.

مسألة ٣١: لا يجوز للعامل في المساقاه أن يساقى غيره مع اشتراط المباشره]

[٣٥٦١] مسأله ٣١: لا يجوز للعامل في المساقاه أن يساقى غيره مع اشتراط المباشره (١) أو مع النهي عنه (٢).

و أما مع عدم الأمرين، ففي جوازه مطلقاً كما في الإجاره و المزارعه و إن كان لا يجوز تسليم الأصول إلى العامل [١] الثاني إلا بإذن المالك (٣) أو لا- يجوز مطلقاً و إن أذن المالك، أو لا- يجوز إلا مع إذنه، أو لا يجوز قبل ظهور الثمره و يجوز بعده (٤) أقوال، أقواها الأول (٥).

أن يكون له الرجوع بما غرمه للمالك أيضاً بدعوى كونه مغروراً من قبله.

(١) لمنافاته للشرط الواجب عليه الوفاء به، لكونه مأخوذاً في ضمن عقد لازم.

(٢) لأنه يدل بالدلاله الالتزاميه على اعتبار المباشره، فيكون بمنزله الشرط.

(٣) على إشكال فيه تقدم في الإجاره و المزارعه، و يأتي بيانه قريباً.

(٤) الظاهر عدم كون هذا التفصيل قولاً في المسأله، إذ الذي ينبغي أن يكون محلاً للكلام هو خصوص فرض

ما قبل ظهور الثمر. و أما بعده فلما كان العامل مالكا للحصه منها بالفعل على ما سيأتي منه قدس سره أيضا فله أن يتصرف فيها و ينقلها بأي ناقل شاء و بإزاء أى عوض اختار، فإن العمومات و الإطلاقات غير قاصره الشمول لمثله.

(٥) نظراً لأن دليل صحه المساقاه يقتضى ثبوت حق للعامل فى التصرف فى ذلك البستان بإزاء الحصه المعينه من الثمر، و معه فنقله إلى الغير لا يحتاج إلى الدليل الخاص، لكفايه العمومات و الإطلاقات فى إثبات جوازه، فإن «الناس مسلطون على أموالهم» (١).

[١] الحكم فيه كما مرّ فى المزارعه و الإجاره.

(١) عوالى اللثالى ١: ٢٢ ح ٩٩.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٣٧٠

و لا دليل على القول بالمنع مطلقاً أو فى الجملة بعد شمول العمومات (١) من قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و «تِجَارَةٌ عَنِ تِجَارَةٍ» و كونها على خلاف الأصل (٢) فاللازم الاقتصار على القدر المعلوم (٣) ممنوع بعد شمولها (٤).

نعم، لو كان الشك فى صحه المساقاه من أساسها، لكان إثباتها محتاجاً إلى الدليل الخاص، لعدم وفاء العمومات و الإطلاقات بها، لما عرفته مراراً من عدم شمولها لما يتضمن تملك المعدوم.

إلا أن المقام ليس من هذا القبيل. فإن صحه العقد ثابتة و حق العامل فى البستان أمر لا يقبل الإنكار، فلم يبق إلا نقل هذا الحق كلاً أو بعضاً إلى الغير، و إثباته لا يحتاج إلى الدليل الخاص.

و الحاصل أن أصل ثبوت الحق للعامل يحتاج إلى الدليل الخاص، حيث لا يمكن إثباته بالعمومات و الإطلاقات. و أما بعد ثبوته، فجواز نقله إلى الغير يكون على القاعده، و لا يحتاج إلى الدليل الخاص.

ثم إن مقتضى ما ذكرناه، هو الالتزام بجواز تسليم الأصول إلى العامل

الثانى مطلقاً أيضاً، و من غير توقف على إذن المالك فى ذلك، على ما تقدم بيانه فى باب الإجاره و المزارعه أيضاً. فإنه لما لم تكن المباشره شرطاً فى المساقاه، و كان يجوز للعامل الأول أن يشرك غيره فى العمل و التصرف، جاز له تسليم الأرض إلى غيره أيضاً، و يكون ذلك مقتضى إطلاق العقد.

(١) فى شمولها لمثل المقام ما لا يخفى.

(٢) لاشتمالها لتمليك المعدوم، و هو غير جائز.

(٣) و هو ما إذا كان المالك هو طرف المعامله مع العامل.

(٤) بل لما تقدم، من أن المقام من نقل الحق الثابت للعامل، لا من إثبات الحق له كى يحتاج إلى الدليل الخاص.

ثم إن من دليل البطلان هذا يظهر عدم تماميه التفصيل بين صورتى إذن المالك فى ذلك و عدمه، إذ لا أثر لإذن المالك فى المعامله التى لم يقم دليل على صحتها.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٣٧١

و دعوى أنه يعتبر فيها كون الأصل مملوكاً للمساقى، أو كان و كيلاً عن المالك أو ولياً عليه، كما ترى، إذ هو أول الدعوى (١).

[مسأله ٣٢: خراج السلطان فى الأراضى الخراجيه على المالك]

[٣٥٦٢] مسأله ٣٢: خراج السلطان فى الأراضى الخراجيه على المالك (٢) لأنه إنما يؤخذ على الأرض التى هى للمسلمين، لا الغرس الذى هو للمالك، و إن أخذ على الغرس فبملاحظه الأرض، و مع قطع النظر عن ذلك أيضاً كذلك، فهو على المالك مطلقاً (٣) إلّا إذا اشترط كونه على العامل (٤) أو عليهما بشرط العلم بمقداره.

[مسأله ٣٣: مقتضى عقد المساقاه ملكيه العامل للحصه من الثمر من حين ظهوره]

[٣٥٦٣] مسأله ٣٣: مقتضى عقد المساقاه ملكيه العامل للحصه من الثمر من حين ظهوره. و الظاهر عدم الخلاف فيه (٥) إلّا من بعض العامه، حيث قال بعدم ملكيته له إلّا بالقسمه، قياساً على عامل القراض، حيث إنه لا يملك الربح إلّا بعد الإنضاض. و هو ممنوع عليه حتى فى المقيس عليه (٦).

(١) حيث يكفى فى الصحه كونه ذا حق فيها، بحيث يجوز له ذلك التصرف.

(٢) لا- بمعنى أنه إن أخذ من العامل قهراً كان له الرجوع به على المالك، فإنه مما لا دليل عليه. و إنما هو بمعنى أنه إذا أخذه من المالك لم يكن له الرجوع به، كلاً أو بعضاً، على العامل.

(٣) لاقتضاء عقد المساقاه له، حيث لا يكون على العامل إلّا العمل بما فيه مستزاد الثمره، و أمّا الأرض و الأصول فهما بشؤونهما من واجبات المساقى.

(٤) فيجب عليه الوفاء من باب لزوم الشرط، لا اقتضاء العقد بنفسه له.

(٥) و تدلّ عليه قبل كلّ شىء صحیحہ يعقوب بن شعيب المتقدمه فى أوّل الكتاب، حيث إنّ المذكور فيها عنوان (ما أخرج) و من الواضح أنه صادق على الثمره قبل الإدراك، فإنها مما أخرجته الأرض، فيكون للعامل منها الحصّه المعينه المجعوله له.

(٦) لما عرفته فى المضاربه، من اشتراك العامل مع المالك فى الربح و ملكيته للحصّه منه بمجرد ظهوره، و

من غير توقف على الإنضاض فضلاً عن القسمة.

نعم، تكون هذه الملكيه قبل القسمة متزلزله، نظراً لكون الأرباح وقياه لرأس

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٣٧٢

نعم، لو اشترطا ذلك فى ضمن العقد لا يبعد صحته [١] (١)، و يتفرع على ما ذكرنا فروع.

منها: ما إذا مات العامل بعد الظهور قبل القسمة مع اشتراط مباشرته للعمل، فإن المعامله تبطل من حينه [٢] و الحصه تنتقل إلى وارثه على ما ذكرنا (٢).

المال، حيث تجبر به الخساره الطارئه.

إذن فالحكم غير ثابت فى المضاربه. و على تقدير ثبوته فيها، فإثباته فى المقام قياس محض، و لا نقول به.

(١) بل هى بعيده جداً، لما عرفته غير مره من أن دليل الشرط ليس مشرعاً، فإنه لا- يقتضى إلّا لزوم الوفاء بما ثبت جوازه و مشروعيته فى نفسه و قبل أخذه شرطاً فى ضمن العقد، فما لم يكن كذلك لا مجال لإثبات صحته بالشرط.

و حيث إنّ المقام من قبيل الثانى، باعتبار أنّ الملكيه بعد الإدراك أو القسمة من تمليك المعدوم و هو غير سائغ فى نفسه، فلا وجه لإثبات صحته بالشرط.

فالصحيح هو القول بالبطلان، لقصور أدلّه الشروط عن إثبات صحته، بعد عدم شمول أدلّه المساقاه لمثله، نظراً لكونها على خلاف القاعده، فلا يمكن التعدى عن موردها الاشتراك من حين ظهور الثمر إلى غيره.

(٢) و فيه: أنه لا وجه لجعل الحصه للورثه بعد الحكم ببطلان العقد، فالصحيح هو الحكم ببطلان العقد من أصله، لامتناع تحقق متعلقه، حيث لا يمكن الإتيان بالأعمال الباقية من العامل. و عليه فيكون الثمر بأجمعه للمالك و من دون أن ينتقل منه شىء إلى الميت أو ورثته، لأنّ الحصه إنما جعلت له بإزاء مجموع عمله و تمامه، و حيث

إنه لا يمكنه الوفاء به فلا يستحق شيئاً منها.

و الحاصل أنّ ملكيه العامل للحصّه و إن كانت من حين الظهور، إلّا أنها مشروطه

[١] بل هي بعيدة.

[٢] بل من أصله، و يستحق العامل اجره المثل، و بذلك يظهر الحال في الفروع الآتية.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٣٧٣

و منها: ما إذا أفسخ أحدهما بخيار الشرط [١] أو الاشتراط بعد الظهور (١) و قبل القسمة، أو تقايلا.

و منها: ما إذا حصل مانع عن إتمام العمل بعد الظهور (٢).

و منها: ما إذا خرجت الأصول عن القابليه لإدراك الثمر، لبيس أو فقد الماء أو نحو ذلك بعد الظهور، فإن الثمر في هذه الصور مشترك بين المالك و العامل و إن لم

بشرط متأخر، هو إنهاء العامل للعمل حتى يبلغ و يدرك. و من هنا فإذا امتنع تحقق هذا الشرط في الخارج، كان لازمه الحكم ببطان العقد من الأوّل، و انتقال الثمر بأكمله إلى المالك، و من دون أن يكون للعامل منه شىء.

نعم، لما كان عمل العامل هذا عملاً محترماً صادراً عن أمر الغير لا بقصد المجانيه ثمّ لم يسلم له العوض المجعول له للحكم ببطان العقد، كان له اجره المثل عليه، سواء أقلنا بملكيتته للحصّه من حين الظهور أو بعد الإدراك.

إذن فلا وجه لجعل ما ذكره (قدس سره) ثمره للنزاع. فإنّ المعامله باطله على التقديرين، و الثمره بأكملها تكون للمالك من دون أن يكون شىء منها لورثه العامل.

(١) فساد الثمره في هذا الفرع أوضح منه في سابقه، لأنه و إن كان ذلك بعد بلوغ الثمره و إدراكها، إلّا أن نتيجه الفسخ إنما هي فرض العقد كأن لم يكن و رجوع كلّ من العوضين إلى مالكة، فيكون الثمر بأجمعه للمالك

على كلا القولين، و للعامل اجره مثل عمله لما تقدّم.

(٢) يظهر الحال فيه مما تقدّم في الفرع الأول. فإن حال العجز عن الإتمام مع اشتراط المباشرة عليه هو حال الموت مع الشرط، فيحكم ببطلان العقد من الأول و يكون الثمر بتمامه للمالك، و للعامل اجره مثل عمله.

[١] مرّ أنّ الفسخ يوجب تملك المالك للثمر و استحقاق العامل اجره المثل، و قد مرّ نظيره في المزارعه.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٣٧٤

يكن بالغاً [١] (١).

و منها: في مسأله الزكاه. فإنها تجب على العامل أيضاً إذا بلغت حصّته النصاب، كما هو المشهور، لتحقق سبب الوجوب، و هو الملكيه له حين الانعقاد أو بدو الصلاح على ما ذكرنا، بخلافه إذا قلنا بالتوقّف على القسمه (٢).

نعم، خالف في وجوب الزكاه عليه ابن زهره هنا و في المزارعه، بدعوى أنّ ما يأخذه كأجره. و لا يخفى ما فيه من الضعف، لأنّ الحصّه قد ملكت بعقد المعاوضه أو ما يشبهه المعاوضه، لا بطريق الأجره (٣). مع أنّ مطلق الأجره لا تمنع من وجوب الزكاه، بل إذا تعلق المالك بها بعد الوجوب، و أمّا إذا كانت مملوكه قبله فتجب زكاتها كما في المقام.

(١) هذا فيما إذا صدق عليه عنوان الثمر كما هو الظاهر من كلامه (قدس سره) كالحصرم بالنسبه إلى العنب، فإنه ثمر موجود قابل للانتفاع به و الاستفاده منه، و إن لم يكن قد بلغ الحدّ المقصود و أدرك. فإنه حينئذٍ يصحّ جعله ثمره للقولين، فإنه على الأول يكون مشتركاً بينهما، في حين يختصّ به المالك على الثاني، و هو واضح.

و أمّا إذا كان ذلك قبل صدق عنوان الثمر عليه، فالظاهر اتحاد النتيجة على القولين فإنّ الموجود و بأكمله يكون للمالك

و من دون أن يكون للعامل شىء، لأن مبدأ الاشتراك إنما هو من حين ظهور الثمر، فمع انتفائه لا يكون للعامل شىء، و بذلك ينكشف بطلان المساقاه من الأول، لابتنائها على إمكان خروج الثمر على ما مرّ فبطل بامتناعه.

(٢) حيث تكون على المالك خاصه، لتحقق سبب الوجود بالقياس إليه فقط دون العامل، لأنه إنما ملكه بعد الانعقاد و بدو الصلاح.

(٣) فإنّ المالك لا يملك عمل العامل بالعقد كى تكون الحصّه المجعوله له اجره له و إنما المساقاه على ما تقدّم بيانها معاملة مستقلة تجعل لكلّ من الطرفين حقّ إلزام

[١] هذا إذا صدق عليه الثمر، و إلّا فالحكم بصحة المساقاه مشكل.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٣٧٥

و كما لو جعل مال الإجاره لعمل زرعاً قبل ظهور ثمره، فإنه يجب على المؤجر زكاته إذا بلغ النصاب، فهو نظير ما إذا اشترى زرعاً قبل ظهور الثمر.

هذا و ربّما يقال بعدم وجوب الزكاه على العامل فى المقام، و يعلل بوجهين آخرين:

أحدهما: أنها إنما تجب بعد إخراج المؤن، و الفرض كون العمل فى مقابل الحصّه فهى من المؤن. و هو كما ترى (١) و إلّا لزم احتساب اجره عمل المالك و الزارع لنفسه أيضاً، فلا نسلم أنها حيث كانت فى قبال العمل تعدّ من المؤن.

الثانى: أنه يشترط فى وجوب الزكاه التمكن من التصرف، و فى المقام و إن حصلت الملكيه للعامل بمجرد الظهور، إلّا أنه لا يستحقّ التسلم إلّا بعد تمام العمل. و فيه: مع فرض تسليم عدم التمكن من التصرف [١] أنّ اشتراطه مختصّ بما

الآخر بما تعهد به.

(١) حيث قد عرفت فى مسأله استثناء المؤن فى باب الزكاه، أنه و إن كان هو المشهور و المعروف بينهم إلّا

أنه لا دليل عليه بالمره، فإنّ الدليل على الاستثناء إنما يختص بالخمسة، فلا وجه لإثبات الحكم في الزكاة أيضاً. و عليه فمقتضى إطلاقات وجوب العشر أو نصفه في الحاصل، وجوب الزكاة في الجميع.

على أننا لو قلنا بالاستثناء تنزلاً، فالتعبير بالمثونه لا يعمّ العمل الذي يقوم به الإنسان في سبيل تحصيل الثمر، فإنها ليست إلّا الأموال الخارجيه التي يبذلها الإنسان في سبيل تحصيله. كما هو الحال في الخمسة أيضاً، حيث يتعلق الخمسة بالفاضل عن مثونه سنه العامل مما جمعه من أجور عمله، من دون استثناء شيء بعنوان عمله وهكذا.

و عليه فحيث إنّ العامل في المقام لم يصرف شيئاً من أمواله الخاصه في سبيل

[١] الصحيح عدم تسليمه، و إلّا فقد تقدّم في محله عدم اختصاص الاشتراط بما يعتبر الحول في زكاته.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٣٧٦

يعتبر في زكاته الحول كالتقدين و الأنعام لا في الغلات (١) ففيها و إن لم يتمكن من التصرف حال التعلق يجب إخراج زكاتها بعد التمكن على الأقوى، كما بيّن في محله.

و لا يخفى أنّ لازم كلام هذا القائل عدم وجوب زكاة هذه الحصّه على المالك أيضاً (٢) كما اعترف به. فلا يجب على العامل لما ذكر، و لا يجب على المالك لخروجها عن ملكه.

تحصيل الزرع، و إنما صرف العمل خاصه، فلا وجه لاستثناء شيء له بعنوان المثونه.

(١) تقدّم الكلام في هذا الفرع في كتاب الزكاة مفصلاً. و قد عرفت هناك أنّ الصحيح اعتبار التمكن من التصرف بقول مطلق و من غير اختصاص له بالتقدين و الأنعام، فإنّ مجرد ملكيه العين لا يوجب تعلق الزكاة بها حتى و لو لم يمكن المالك التصرف فيها و إن كانت من الغلات.

و من

هنا فالصحيح في الجواب أن يقال: إنَّ عدم التمكّن من التصرف الذي يكون مانعاً من تعلق الزكاه بالعين، لا يعمّ العجز الناشئ من الحكم التكليفي، فإنَّ المراد به إنما هو العجز الخارجي الناشئ من خروج المال عن تحت سلطانه، بالغصب أو السرقة أو ما شاكلهما. و أمّا العجز الناشئ من الحكم التكليفي و لو من جهه النذر و نحوه، فلا يوجب انتفاء الزكاه عن العين، و إلّا لما وجبت الزكاه على المالك أيضاً لعدم جواز تصرفه في المال المشترك، بل و عدم وجوبها في مطلق المال المشترك باعتبار أنّ كلّاً من الشركاء يكون ممنوعاً من التصرف في المال المشترك من دون إذن سائر الشركاء، و هو مقطوع البطلان و لا يمكن الالتزام به.

(٢) بل و في حصّته أيضاً، بل و في مطلق المال المشترك و إن لم يكن الاشتراك من جهه المساقاه، حيث لا يجوز لأحد من الشركاء التصرف في المال المشترك قبل إذن سائر الشركاء، كما تقدّم.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٣٧٧

[مسأله ٣٤: إذا اختلفا في صدور العقد و عدمه فالقول قول منكره]

[٣٥٦٤] مسأله ٣٤: إذا اختلفا في صدور العقد و عدمه فالقول قول منكره (١) و كذا لو اختلفا في اشتراط شىء على أحدهما و عدمه (٢). و لو اختلفا في صحّته العقد و عدمها، قدم قول مدعى الصحّته (٣). و لو اختلفا في قدر حصّته العامل، قدم قول المالك المنكر للزيادة (٤) و كذا لو اختلفا في المدّه (٥).

و لو اختلفا في قدر الحاصل، قدم قول العامل (٦) و كذا لو ادّعى المالك عليه سرقة أو إتلافاً أو خيانه (٧) و كذا لو ادّعى عليه أنّ التلف كان بتفريطه إذا كان أميناً له، كما هو الظاهر.

و لا يشترط في سماع دعوى

(١) فإنَّ إلزام الغير بشيء جواز التصرف في بستانه أو العمل في الأصول يحتاج إلى الإثبات، وإلا فالأصل عدمه.

(٢) لما تقدّم، فإنه أمر زائد على العقد، فالزامه به يحتاج إلى الإثبات، كما هو الحال في سائر العقود.

(٣) لأصالة الصحة المستفاده من السيره العمليه القطعيه.

(٤) لقانون تبعيه النماء للأصل في الملكيه، فإنَّ مقتضاه كون جميع النماء للمالك، وإنما خرجنا عنه في خصوص القدر المتيقن لثبوت الجعل بالنسبه إليه في العقد الصحيح فيبقى الباقي على ملك المالك بمقتضى القاعده.

(٥) فإنَّ إلزام مدعى الأقل بالفترة الزائده يحتاج إلى الإثبات.

(٦) لم يظهر لنا ثمره هذا النزاع، كى يقال بتقديم قول العامل أو المالك. فإنَّ مجرد النزاع في قدر الحاصل بوحده لا أثر له ما لم يرجع إلى الدعوى الآتية، من الاتهام بالإنلاف أو السرقة أو الخيانه، أو التلف مع التفريط، أو الاستيلاء عليه من غير إذن المالك ولو اشتباهاً، وإلا فأصل النزاع لا يجدى شيئاً بعد أن كان الاشتراك في أصل الثمار لا بدلها.

(٧) للأصل.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٣٧٨

هو الأقوى من سماع الدعوى المجهوله (١) خلافاً للعلامة في التذكرة في المقام.

[مسألة ٣٥: إذا ثبت الخيانه من العامل بالبينه أو غيرها]

[٣٥٦٥] مسأله ٣٥: إذا ثبت الخيانه من العامل بالبينه أو غيرها، هل له رفع يد العامل على الثمره أو لا؟ قولان، أقواهما العدم [١]

(٢) لأنه مسلط على ماله. و حيث إنّ المالك أيضاً مسلط على حصّته، فله أن يستأجر أميناً يضمّه مع العامل، و الأجره عليه لأنّ

ذلك لمصلحته. و مع عدم كفايته في حفظ حصّته، جاز رفع يد العامل (٣)

(١) لإطلاقات أدلّه القضاء بالبينات و الايمان و أنّ على المدعى البيّنه و

اليمين على من أنكر، فإن مقتضاها عدم اختصاص ذلك بكون الدعوى محدوده المقدار، بل تسمع حتى ولو ادعى السرقة على الإطلاق و من غير تحديد للكمية المسروقه.

(٢) بل أقواهما الجواز. و ذلك لأنّ في عقد المساقاه خصوصيه تمتاز بها عن سائر موارد الشركه، إلا و هي تصرف العامل في البستان و الملك الخاص للمالك زائداً عن تصرفه في الأصول و الثمر، و هذا التصرف إنما كان العامل مأذوناً فيه ما دام كان يقوم به لحفظ الثمره و تربيتها مجرداً عن الخيانه و التعدي، فإذا تغيرت الحاله و ثبت خيانه العامل كان للمالك رفع اليد عن إذنه في هذا التصرف، و معه فلا يجوز للعامل الدخول إلى البستان.

و بعبارة اخرى: إنّ العامل إنما هو مأذون في حصّه خاصّه من الدخول و التصرف في البستان، و هي ما يكون لصالح الثمر من الحفظ و التريه مجرداً عن الخيانه، فإنّ هذه الحصّه من التصرف هي التي التزم المالك بها، فإذا تجاوز العامل تلك الحدود و قام بخيانه المالك كان له رفع يده عن إذنه و منعه من التصرف فيه، و مجرد سلطنه العامل على الثمره لا يقتضى لزوم الإذن على المالك للعامل في التصرف في ماله الخاص به أعني البستان.

(٣) و كأنه لدليل نفى الضرر الحاكم على قاعده السلطنه. فإنّ سلطنه العامل على

[١] فيه إشكال.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٣٧٩

و استئجار من يحفظ الكلّ، و الأجره على المالك أيضاً (١).

[مسأله ٣٦: قالوا المغارسه باطله]

[٣٥٦٦] مسأله ٣٦: قالوا المغارسه باطله [١] (٢). و هي أن يدفع أرضاً إلى غيره ليغرس فيها على أن يكون المغروس بينهما، سواء اشترط كون حصّه من الأرض أيضاً للعامل أو لا. و وجه البطلان

الأصل بعد كون ذلك على خلاف القاعده، بل ادعى جماعه الإجماع عليه.

ماله إذا كانت موجه لتضرر شريكه المالك كان مقتضى حكومه لا ضرر على قاعده السلطنه، ثبوت الحق للشريك فى منعه منه و رفع يده عن المال.

فليس للشريك أن يضرّ بشريكه و إن كان مسلطاً على ماله، فإنّ ذلك لا يعنى جواز الإضرار بالشريك على ما يستفاد ذلك من قضيه سمره بن جندب مع الأنصارى، حيث كان له عذق فى بستانه فكان يدخل و يخرج من غير استئذان مما كان يسبب إزعاجاً للأنصارى و عائلته، فشكا عند رسول الله (صلى الله عليه و آله و سلم) فأمر الرجل بالالتزام بما لا يوجب تضرر الأنصارى، لكنه لما امتنع عن امتثاله أمر (صلى الله عليه و آله و سلم) الأنصارى بقلع الشجره و إلقائها «١».

و هذا التوجيه تامّ و متين. إلّا أنّ مقتضاه عدم اختصاص الحكم بصوره عدم كفايه ضمّ الأمين إلى العامل فى حفظ الحصه، و ثبوته حتى مع التمكن من الاستئجار، لأنّ الاستئجار من أجل منع صاحبه من الخيانه حكم ضرورى أيضاً، فلا وجه لإلزام المالك به.

و من هنا فلا يبعد الحكم بجواز رفع المالك ليد العامل عن الحصه، سواء تمكن من استئجار من يضمّه إلى العامل أم لم يتمكن. و حينئذ فيلزم المالك بحفظ المال المشترك حذراً من التلف.

(١) لما تقدّم.

(٢) و هو الصحيح، على ما ستعرف بيان الوجه فيه.

[١] و قولهم هو الصحيح.

(١) الكافى ٥: ٢٩٢/٢، الوسائل ٢٥: ٤٢٨ كتاب إحياء الموات ب ١٢ ح ٣.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٣٨٠

نعم، حكى عن الأردبيلى و صاحب الكفايه الإشكال فيه، لإمكان استفاده الصحه من العمومات. و هو فى محلّه (١) إن لم

(١) بل الصحيح هو القول بالفساد، لعدم إمكان التمسك بالعمومات في المقام من جهات:

الاولى: إنّ ظاهر العمومات و الإطلاقات اتحاد زمان الإنشاء و المنشأ، بحيث يكون الأثر فعلياً و متحققاً مقارناً للإنشاء في زمانه، و لذا قلنا بعدم صحه بيع داره في غير الآن أو إطلاق زوجته كذلك.

و حيث إنّ هذا الشرط غير متوفّر في المقام، إذ المغارسة على ما هو ظاهر تعريف الماتن (قدس سره) و غيره لها إنما تقتضى استقلال مالك الفسلان بملكيتها قبل غرسها و كون شركتهما في المغروس، و هو من إنشاء ملكيه الأمر المتأخر حيث يكون الإنشاء فعلياً في حين إنّ المنشأ الملكيه إنما يكون بعد الغرس، فلا تشمل العمومات و لا يمكن الحكم بصحتها.

و بعبارة اخرى: إنّ ظاهر العمومات اعتبار اتصال المنشأ و ما يحكم بانتقاله بموجب العقد، بالإنشاء و العقد نفسه. و حيث إنّ هذا مفقود في المغارسة، باعتبار أنها مستلزمة للتفكيك بين الإنشاء و المنشأ، فلا تشمل العمومات.

و لا يقاس ذلك باب الإجاره، حيث لا خلاف في صحّه إجاره الدار أو غيرها في الشهر القادم أو السنه القادمه من الآن.

فإنه توهم فاسد، إذ لا انفكاك بين الإنشاء و المنشأ و العقد و الملكيه فإنهما متحدان زماناً، غايه الأمر أنّ المملك بالفتح بالعقد هو المنفعه المتأخره، و لا ضمير في ذلك بعد أن كانت المنافع بأجمعها الموجوده بالفعل و اللّاحقه مملوكه للمالك.

الثانيه: جهاله فتره الملكيه، حيث لا حدّ للعمل الذي التزم به الغارس بالنسبه إلى الأشجار، فإنه غير موقت بوقت معين. و من هنا فإن كان مبهماً فلا مجال للحكم بصحّه ما لا واقع له، و إن كان موقتاً ببقاء الأشجار حكم بطلانها لمجهوليه تلك الفتره.

ثمّ على البطلان يكون الغرس لصاحبه (١). فإن كان من مالِك الأرض، فعليه اجره عمل الغارس (٢) إن كان جاهلاً بالبطلان [١] (٣). و إن كان للعامل، فعليه

و دعوى أنّ الجهاله في غير البيع لا تقتضى البطلان، لعدم الدليل عليه.

مدفوعه بأنّ ذلك إنما هو فيما لا دخل له في ماليه الشئ، و إلّا فلا يصحّ العقد معها.

الثالثه: مجهوليه المنفعه التي يسلمها المالك للغارس بالتملك أو الإذن، فيما إذا كان عوض عمله منحصراً في انتفاعه بالأرض بحيث لم يكن قد اشترط له الحصّه من الأرض، فإنّ هذه المنفعه مجهوله لعدم تحديدها بحدّ معيّن. و معه فلا مجال للحكم بصحتها.

و الحاصل أنّ الحكم بصحة المغارسة يحتاج إلى الدليل الخاص، و حيث أنه مفقود فالأصل هو الفساد.

ثمّ إنّ الحكم بالصحة على تقدير تسليمه، إنما يتمّ فيما إذا كانت الأشجار معلومه من حيث الكمّ و الجنس، و إلّا فلا مجال للحكم بها، إذ لا موقع للحكم بصحة ما لا واقع له أصلاً.

(١) لعدم الموجب لانتقاله عنه إلى غيره، فإنّ السبب المتصوّر إنما هو العقد و المفروض الحكم ببطلانه و عدم تأثيره شيئاً.

(٢) لصدور عمله المحترم عن أمره لا بقصد المجانيه. و حيث لم يسلم له العوض المسمّى، تثبت له اجره المثل، لثلا يذهب عمله المضمون هدرًا.

(٣) بل و مع العلم به أيضاً، لما عرفته في غير موضع من أنّ العلم بالفساد لا يلزم تبرع العامل بالعمل، فإنه إنما يقدم على القيام بالعمل مضموناً على المالك، حتى مع علمه بعدم إمضاء الشارع لذلك العوض.

نعم، حيث حكم على العقد بالبطلان، لا يستحقّ العامل العوض المسمّى و الضمان المعيّن في العقد، و إنما ينتقل حقه إلى بدل عمله

[١] بل مع العلم به أيضاً فيه و فيما بعده.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٣٨٢

أجره الأرض للمالك (١) مع جهله به (٢). و له الإبقاء بالأجره (٣) أو الأمر بقلع الغرس (٤) أو قلعه بنفسه (٥) و عليه أرش نقصانه إن نقص من جهه القلع (٦).

(١) لاستيفائه لمنافعها و تصرفه فيها مضموناً عليه.

(٢) ظهر الحال فيه مما تقدم في نظيره.

(٣) أو مجاناً مع التراضي. فإن الملك لهما، فالأرض للمالك و الغرس للعامل، فالحق لا يعدوهما.

(٤) لسلطته على أرضه، فله مطالبته بتخليه ملكه عن مال لا يعود إليه.

(٥) فإن جواز تخليته لملكه عن مال الغير من حقوق المالك المملوكة له، فله مباشرتها بنفسه و ليس للغارس منعه عنها، كما هو الحال في غير الأشجار من الأموال.

ثم هل يكون هذا الحق في طول أمره للعامل بالتخليه و امتناعه عنها، أو في عرضه بحيث يكون له مباشرتها ابتداءً و قبل مراجعه العامل؟

الظاهر هو الثاني، فإنه مسلط على ماله، و ليس للغارس حق في الإبقاء كي يتوهم منافاه التخليه لسلطته على الأشجار. فهو نظير ما يذكرونه فيما إذا دخل مال الغير في ملكه بغير إذنه، كما لو دخل بعض القطيع إلى داره، فإنه يجوز له إخراجه ابتداءً و قبل مراجعه مالكة و أمره بذلك، و لا يعد ذلك منافياً لسلطته صاحبه عليه، بعد أن لم يكن لصاحبه حق و سلطان في إبقائه في ذلك المكان.

(٦) هذا إذا لم يباشر العامل القلع بنفسه، و إلا فلا وجه للضمان، فإن العيب إنما حصل بفعله هو، فلا يكون مضموناً على غيره و إن كان ذلك نتيجة لمطالبته إيّاه و أمره به، فإنه حق له فليس لأحد منعه منه.

الحال فيما إذا امتنع العامل عن تخليه أرضه، فرفع أمره إلى الحاكم ليجبره عليه، فأمره الحاكم بالتخليه. فإنه أيضاً لا يستتبع الضمان، نظراً لأنَّ الحاكم وليّ الممتنع، فيكون حال الفعل الصادر منه عن أمره، حال مباشره العامل للقلع بنفسه.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٣٨٣

و يظهر من جماعه أنّ عليه تفاوت ما بين قيمته قائماً و مقلوعاً. و لا دليل عليه بعد كون المالك مستحقاً للقلع (١). و يمكن حمل كلام بعضهم على ما ذكرنا من أرش النقص الحاصل بسبب القلع إذا حصل، بأن انكسر مثلاً بحيث لا يمكن غرسه في مكان آخر. و لكن كلمات الآخريين لا- تقبل هذا الحمل، بل هي صريحه في ضمان التفاوت بين القائم و المقلوع، حيث قالوا: مع ملاحظه أوصافه الحاليه من كونه في معرض الإبقاء مع الأجره أو القلع.

و من الغريب ما عن المسالك، من ملاحظه كون قلعه مشروطاً بالأرّش لا- مطلقاً، فإنّ استحقاقه للأرّش من أوصافه و حالاته، فينبغي أن يلاحظ أيضاً في مقام التقويم. مع أنه مستلزم للدور (٢) كما اعترف به.

ثمّ أنه إن قلنا بالبطلان، يمكن تصحيح المعامله بإدخالها تحت عنوان الإجاره أو المصالحه أو نحوهما، مع مراعاة شرائطهما (٣). كأن تكون الأصول مشتركه بينهما، إمّا بشرائنها بالشركه، أو بتمليك أحدهما للآخر نصفاً منها مثلاً إذا كانت من أحدهما. فيصالح صاحب الأرض مع العامل بنصف منفعه أرضه مثلاً أو بنصف عينها على أن يشتغل بغرسها و سقيه إلى زمان كذا، أو يستأجره للغرس و السقى إلى زمان كذا بنصف منفعه الأرض مثلاً.

[مسألة ٣٧: إذا صدر من شخصين مغارسه و لم يعلم كيفيتها]

إشاره

[٣٥٦٧] مسأله ٣٧: إذا صدر من شخصين مغارسه و لم يعلم كيفيتها و أنّها على الوجه الصحيح أو الباطل بناءً على البطلان يحمل

(١) و بعبارة اخرى: إنه لا وجه لملا حظه قيمه الغرس قائماً، بعد أن لم يكن بقاء الشجرة فى الأرض و كونها فيها من حقوق الغارس، و لذا لم يجب شىء فيما إذا لم تتعيب الشجرة بالقلع، بحيث كانت قابله للغرس فى مكان آخر.

(٢) لأخذه (قدس سره) الأرش و التفاوت فى موضوع وجوب الأرش، لاعتباره أرش ما بين الشجرة قائمه و الشجرة مقلوعه مع الأرش.

(٣) من معلوميه المده و المنفعه إلى غير ذلك، مما هو دخيل فى صحه المعامله.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٣٨٤

الصحة [١] (١) إذا ماتا أو اختلفا فى الصحة و الفساد.

(١) تمسكاً بأصالة الصحة فى العقود و الإيقاعات.

إلا أنك قد عرفت غير مرّه، أنّ أصالة الصحة هذه لم تثبت بدليل لفظى كى يتمسك بإطلاقه عند الشك، و إنما هى قد ثبتت بالسيره العمليه القطعيه المتصله بعهد المعصومين (عليهم السلام) من غير خلاف فيها بين الفقهاء و المتشرعه، حيث لا يعتنى أحد باحتمال فساد العقد من جهه احتمال فقده لبعض الشروط أو احتفاهه ببعض الموانع.

و على هذا الأساس فلا بدّ من الاقتصار على القدر المتيقن، و هو ما إذا كان عنوان العقد معلوماً و محرزاً فى الخارج، و كان الشك فى وقوعه صحيحاً أو فاسداً. و أمّا مع الجهل بأصل العنوان و عدم إحرازه، كما لو دار أمر العقد الواقع فى الخارج بين النكاح الصحيح و الوقف الباطل، أو البيع الصحيح و المساقاه الباطله، فلا مجال للتمسك بأصالة الصحة لإثبات الصحيح منهما، بحيث يقال إنّ الواقع فى الخارج هو النكاح دون الوقف أو البيع دون المساقاه، و من ثمّ ترتيب آثار ذلك العقد عليه.

و حيث إنّ مقامنا من قبيل الثانى، باعتبار أنّ

أمر العقد يدور بين عنوانين أحدهما صحيح و الآخر فاسد، لأنه إما هي إجاره أو صلح صحيحين أو مغارسه فاسده، فلا مجال للتمسك بأصالة الصحه لإثبات العنوان الصحيح من العنوانين و كونه هو الواقع في الخارج، ليرتب عليه آثاره. فإنه لم تثبت سيره عمليه على ذلك في الخارج، بل المحرز بالوجدان خلافه.

□
و الحمد لله رب العالمين

[١] لا موقع لأصالة الصحه إذا ادعى أحدهما المغارسه و الآخر معامله صحيحه غيرها.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٣٨٥

[تذنيب]

تذنيب:

□
في الكافي عن أبي عبد الله (عليه السلام): «من أراد أن يلقح النخل إذا كان لا- يوجد عملها و لا يتبع النخل، فليأخذ حيتاناً صغاراً يابسه فيدقها بين الدقّين، ثم يذر في كل طلعه منها قليلاً، و يصرّ الباقي في صرّه نظيفه ثم يجعله في قلب النخل تنفع بإذن الله تعالى» (١).

□
و عن الصدوق في كتاب العلل بسنده عن عيسى بن جعفر العلوي عن آبائه (عليهم السلام): «إنّ النبي (صلى الله عليه و آله و سلم) قال: مرّ أخى عيسى بمدينة فإذا في ثمارها الدود، فشكوا إليه ما بهم، فقال (عليه السلام): دواء هذا معكم و ليس تعلمون، أنتم قوم إذا غرستم الأشجار صببتم التراب و ليس هكذا يجب، بل ينبغي أن تصبوا الماء في أصول الشجر ثم تصبوا التراب لكيلا يقع فيه الدود، فاستأنفوا كما وصف فأذهب عنهم ذلك» (٢).

□
و في خبر عن أحدهما (عليهما السلام)، قال: «تقول إذا غرست أو زرعت: و مثل «كَلِمَةً طَيِّبَةً كَشَجَرَةٍ طَيِّبَةٍ أَضْمَلَهَا نَابٌ وَ فَرَعُهَا فِي السَّمَاءِ تُؤْتِي أَكْلَهَا كُلَّ حِينٍ بِإِذْنِ رَبِّهَا» (٣).

و في خير آخر: «إذا غرست غرساً أو نبتاً، فاقراً على كلّ عود أو حبه: سبحان الباعث الوارث، فإنه

- (١) الكافي ٥: ٢٤٣/٥، الوسائل ١٩: ٣٨ كتاب المزارعه و المساقاه ب ٦ ح ١.
- (٢) علل الشرائع ٥٧٤/١، الوسائل ١٩: ٣٢ كتاب المزارعه و المساقاه ب ٢ ح ١.
- (٣) الوسائل ١٩: ٣٨ كتاب المزارعه و المساقاه ب ٥ ح ٥.
- (٤) الوسائل ١٩: ٣٨ كتاب المزارعه و المساقاه ب ٥ ح ٤.
- موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٣٨٧

[كتاب الضمان]

اشاره

كتاب الضمان

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٣٨٩

كتاب الضمان [فصل فى معنى الضمان و شرائطه]

[معنى الضمان]

و هو من الضمن (١) لأنه موجب لتضمّن ذمّه الضامن للمال الذى على المضمون عنه للمضمون له، فالنون فيه أصليّه كما يشهد له سائر تصرّفاته من الماضى و المستقبل و غيرهما. و ما قيل (٢) من احتمال كونه من الضمّ، فيكون النون زائده واضح الفساد، إذ مع منافاته لسائر مشتقاته (٣) لازمه كون الميم مشدّده. و له إطلاقان:

إطلاق بالمعنى الأعمّ، الشامل للحواله و الكفاله أيضاً، فيكون بمعنى التعهد بالمال أو النفس.

و إطلاق بالمعنى الأخصّ، و هو التعهد بالمال عيناً أو منفعه أو عملاً، و هو المقصود من هذا الفصل.

[و يشترط فيه أمور]

اشاره

و يشترط فيه أمور:

أحدها: الإيجاب (٤). و يكفي فيه كل لفظ دال، [فصل في معنى الضمان و شرائطه]

(١) بلا خلاف فيه عندنا، على ما هو صريح عبارات الأصحاب في المقام. إلا أن التعبير بكون الضمان مشتقاً منه كالتعبير بكونه مشتقاً من الضمان، لا يخلو عن مسامحة واضحة، فإنهما معاً مصدران على حد واحد، فيقال: ضمن يضمن ضمناً و ضمناً و ليس أحدهما أصلاً و مبدأً للآخر.

(٢) ذهب إليه أكثر العامة، حيث التزموا بأنه عبارة عن ضمّ ذمّه إلى ذمّه.

(٣) حيث تبقى النون و لا- تحذف، و لو كانت زائده للزم حذفها، كما هو الحال في المشتقات مما تكون النون فيها زائده، كالنزوان و الجريان و الجولان.

(٤) لعدم تحقّق مفهوم الضمان و صدقه في الخارج، قبل التزام الضامن بذلك و تعهده

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٣٩٠

بل يكفي الفعل الدالّ (١) و لو بضميمه القرائن، على التعهد و الالتزام بما على غيره من المال.

[الثاني: القبول من المضمون له]

الثاني: القبول من المضمون له (٢). و يكفي فيه أيضاً كل ما دلّ على ذلك من قول أو فعل.

و على هذا فيكون من العقود المفتقره إلى الإيجاب و القبول، كذا ذكره.

و لكن لا يبعد (٣) دعوى عدم اشتراط القبول على حدّ سائر العقود اللّازمه

في نفسه مع الإبراز في الخارج.

و بعباره اخرى: إنه بدون الإيجاب لا يصدق عنوان الضمان، و لا يصحّ أن يضاف إلى الفاعل فيقال إنه ضمنه.

(١) لما عرفته غير مرّه، من أنه لا- يعتبر في الإنشاء و الإيجاب غير إبراز الاعتبار النفساني بما يصلح أن يكون مبرزاً له، سواء في ذلك اللفظ و غيره، ما لم يقدّم الدليل الخاص على اعتبار اللفظ فيه، كالطلاق و نحوه.

(٢) ليصحّ معه صدق العقد.

بعيد جداً، لعدم الدليل على كفايه الرضا الباطني المجرد عن المبرز له في الخارج في انتقال الدين من ذمه شخص إلى ذمه غيره، فإنّ الانتقال يحتاج إلى العقد بين الضامن و المضمون له على حدّ العقد الواقع على المال الخارجي، حتى يستند ذلك إلى المالك المضمون له، إذ ليس الضامن ولياً عنه كي يقوم به قهراً عليه.

و حيث إنّ من الواضح عدم صدق العقد على الرضا الباطني المجرد، فلا- تشمله عمومات الوفاء به. و عليه فلا بدّ في القول بكفايته في المقام من الدليل الخاص، و حيث إنه مفقود، فالمتعيّن هو القول باعتبار المبرز للرضا الباطني.

و أما دعوى دلاله صحّحه عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله (عليه السلام)، في رجل يموت و عليه دين فيضمن ضامن للغرماء، فقال: «إذا رضى به الغرماء، فقد برئت ذمه الميت» (١) «على كفايه الرضا المجرد.

(١) الوسائل، ج ١٨ كتاب الضمان، ب ٢ ح ١.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٣٩١

بل يكفي رضا المضمون له [١] سابقاً أو لاحقاً، كما عن الإيضاح و الأردبيلي، حيث قال: يكفي فيه الرضا، و لا يعتبر القبول العقدي. بل عن القواعد: و في اشتراط قبوله احتمال (١). و يمكن استظهاره من قضيه الميت المديون، الذي امتنع النبيّ

مدفوعه بأنّ كلمه «الرضا» في هذه الصحّحه و بفضل الفهم العرفي من قوله: (فيضمنه ضامن للغرماء) مستعمله في الرضا العقديّ المبرز في الخارج، كما يشهد له إضافته للغرماء، لا طيب النفس المجرد عن الإظهار.

و بعبارة اخرى: إنّ الرضا يستعمل في معنيين: مجرد طيب النفس. و طيب النفس المبرز في الخارج، و هو ما يعبر عنه بالرضا العقديّ أو المعاملّي.

فإن كان متعلّق الرضا أمراً خارجياً، كجواز الدخول

فى ملكك الغير أو التصرف فى ماله، فالظاهر منه وبحسب ملاحظه مناسبه الحكم و الموضوع إرادته المعنى الأول، بمعنى اعتبار طيب النفس و إن لم يظهره فى الخارج. و إن كان متعلقه من الأمور العقديه الاعتباريه المتعلقة بأموال النفس و حقوقهم، فالظاهر منه إرادته المعنى الثانى، إذ لا بدّ له من إظهاره حتى يستند العقد إليه.

ثمّ لو فرضنا أنّ كلمه «الرضا» ليست ظاهره فيما ذكرناه، يكفينا كونها مجمله من هذه الناحيه، حيث لا بدّ معه من الحكم بالفساد فى موارد خلوّ الرضا عن المبرز له فى الخارج استناداً إلى القاعده، نظراً لعدم الدليل على صحه المعامله، فإنّ عنوان العقد غير صادق عليه، فإنه ليس من ضمّ الالتزام بالالتزام.

(١) ظهر الحال فى هذا القول مما تقدّم، فإنّ اعتبار القبول أمر متعين، و لا يكفى فيه الرضا الباطنى المجرد كما عرفت، فضلاً عن القول بعدم اعتباره بالمره.

و يدلّ عليه، مضافاً إلى دلالة النص السابق، أنّ نقل مال الغير من ذمّه إلى أخرى تصرف فى سلطانه، فلا يجوز من دون إذنه، كما هو الحال فى تبديل عين ماله الخارجيه بعين أخرى، أو نقلها من مكان إلى مكان آخر.

[١] هذا إذا أبرزه فى الخارج بمبرز.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٣٩٢

□
(صلّى الله عليه و آله و سلم) أن يصلّى عليه حتى ضمنه على (١). و على هذا فلا يعتبر فيه ما يعتبر فى العقود، من الترتيب و الموالاه و سائر ما يعتبر فى قبولها.

(١) ذكرها الشيخ (قدس سره) فى الخلاف، تاره عن أمير المؤمنين (عليه السلام) «١» و أخرى عن أبى قتاده «٢» إلّا أنه أورد على الاستدلال بالروايتين بضعف السند.

لكن الظاهر أنه فى غير محلّه. فإنّ سند

هاتين الروايتين وإن كان ضعيفاً، إلا أن أصل القضية مما ثبت تحققه في الخارج، و ذلك لما رواه معاوية بن وهب في الصحيح عن أبي عبد الله (عليه السلام) من غير ذكر فيها لأمر المؤمنين (عليه السلام) و أبي قتاده «٣».

إذن فالصحيح في الجواب أن يقال: إن هذه الروايات إنما تتضمن قضية شخصيه في واقعه، فلا يمكن جعلها دليلاً على عدم اعتبار القبول في الضمان، و لعلّ الدائن في تلك القضية كان حاضراً و رضى بذلك.

على أن الضمان المذكور فيها أجنبي عن الضمان المبحوث عنه في المقام، فإنّ الكلام إنما هو في الضمان بمعنى نقل ما في ذمّه شخص إلى ذمه غيره على نحو تبرأ ذمّه الأوّل و هذا المعنى غير ثابت في هذه النصوص، إذ لم يرد في شيء منها براءة ذمّه الميت.

□
فيكشف ذلك على أن الضمان هنا إنما هو بمعنى التعهد بالأداء، ليطمئن الرسول (صلى الله عليه و آله و سلم) بعدم بقاء ذمه الميت مشغوله، و عدم ذهاب حق الدائن هدرًا. و استعماله في هذا المعنى كثير و متعارف، فالصديق يضمن لصديقه القيام بما يشغل باله و يمنعه من السفر أو القيام بأمر أهمّ، و ليس ذلك إلا بمعنى تعهده المجرد به.

(١) الخلاف ٢: ٧٩، الوسائل، ج ١٨ كتاب الضمان، ب ٣ ح ٢.

(٢) الخلاف ٢: ٨٠، الوسائل، ج ١٨ كتاب الضمان، ب ٣ ح ٣.

(٣) الوسائل، ج ١٨ كتاب الضمان، ب ٢ ح ٢.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٣٩٣

و أمّا رضا المضمون عنه فليس معتبراً فيه (١) إذ يصحّ الضمان التبرعي، فيكون بمنزله وفاء دين الغير تبرعاً، حيث لا يعتبر رضاه. و هذا واضح فيما لم يستلزم الوفاء أو

الضمان عنه ضرراً عليه [١] أو حرجاً (٢) من حيث كون تبرع هذا الشخص لوفاء دينه منافياً لشأنه، كما إذا تبرع وضيع ديناً عن شريف غنى قادر على وفاء دينه فعلاً.

[الثالث: كون الضامن بالغاً عاقلاً]

الثالث: كون الضامن بالغاً عاقلاً. فلا يصح ضمان الصبي (٣)

(١) فإنه أجنبي عن المال بالمره، ولا سلطنه له عليه. و من هنا فكما يجوز للمالك أن يبيع ماله هذا إلى غيره من غير إذنه، يجوز له أن ينقله إلى ذمه أخرى بغير رضاه أيضاً.

و بعبارة أخرى: إن ذمه المضمون عنه ليست إلّا ظرفاً و وعاءً للمال هذا، و إلّا فلا سلطنه له عليه مطلقاً، و إنما أمره بيد مالكة فله نقله إلى أى ذمه شاء.

(٢) و ربما يعلل ذلك كما فى بعض الكلمات، بنفى الضرر فى الشريعة المقدّسه، فإنه مانع عن الحكم بصحة الضمان فى المقام.

و فيه ما لا يخفى. إذ لا مهانه و لا ضرر على الشريف فى الحكم بسقوط ما فى ذمته بوفاء الوضيع لدينه أو ضمانه له، و إنما هما فى تصدى الوضيع لذلك و مباشرته، و من هنا فىكون فعله من مصاديق الإضرار بالشريف و إلقاءه فى المهانه فىكون محرماً تكليفاً. إلّا أنّ من الواضح أنّ الأحكام التكليفية لا تلازم الأحكام الوضعيه، فثبوت الحرمة فى المقام لا يعنى عدم نفوذ الضمان أو الإبراء.

و الحاصل أنّ الحكم فى المقام تكليفى محض، باعتبار أنّ فعل الوضيع من صغريات عنوان الإضرار بالغير و هو محكوم بالحرمة. و حيث إنه غير ملازم للفساد، فلا وجه لاستثناء هذه الصوره من الحكم بعدم اعتبار رضا المضمون عنه فى نفوذ الضمان.

(٣) كما هو الحال فى سائر المعاملات، فإنه لا يجوز أمره حتى يحتلم على ما جاء

[١] بل و لو استلزم ذلك، فإنَّ التكليف لا يرتبط بالوضع.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٣٩٤

و إن كان مراهقاً (١) بل و إن أذن له الوليُّ على إشكال [١] (٢). و لا ضمان المجنون (٣) إلَّا إذا كان أدوارياً في دور إفاقته (٤). و كذا يعتبر كون المضمون له بالغاً عاقلاً (٥). و أمَّا المضمون عنه فلا يعتبر فيه ذلك (٦)، فيصحَّ كونه صغيراً أو مجنوناً. نعم لا ينفع إذنهما في جواز الرجوع بالعوض (٧).

في النصوص «١» فلا يكون فعله موضوعاً لحكم من الأحكام الشرعية.

(١) لإطلاق الأدلّه.

(٢) و الأقوى الجواز. فإنه إذا صحَّ ذلك للوليِّ بالمباشره فيما إذا اقتضت مصلحة الطفل له، صحَّ له ذلك بالتسبب أيضاً.

و بعباره اخرى: إنه ليس حال الصبي كالمجنون من حيث سلب عبارته، فإنَّ عبارته الصبي غير مسلوبه، و لذا يجوز له القيام بالبيع أو النكاح أو غيرهما من العقود و الإيقاعات بالوكاله عن الغير، بل غايه ما هناك أنه لا يجوز أمره بمعنى عدم نفوذ عقده بالإضافة إليه بحيث يستقلُّ به و يكون الأمر أمره، و هذا لا- ينافي نفوذه بالإضافة إلى الولي، بحيث يكون كأنه هو الذي قام بالعقد و إن كان المباشر له هو الصبي.

(٣) لرفع القلم عنه، و قصور عبارته، فلا يترتب عليها أثر شرعي.

(٤) لكونه حينئذٍ عاقلاً كسائر العقلاء، فلا موجب للمنع عن نفوذ أمره.

(٥) لما تقدّم في الضامن حرفياً.

(٦) لما عرفت من كونه أجنبيّاً عنه، فلا يعتبر وجوده في الخارج، كما دلّت عليه صحيحه ابن سنان المتقدمه الوارده في الضمان عن الميت، فضلاً عن رضاه.

(٧) لأنَّ الأمر إنما يوجب الضمان على الأمر فيما إذا كان صادراً ممن له أهليه ذلك الفعل، فإذا لم

يكن متّصفاً بذلك لم يكن أمره موجباً للضمان.

[١] الظاهر الجواز إذا كانت فيه مصلحة و إن كان هذا الفرض نادراً، و أولى بالجواز ما إذا كان المضمون له صيباً.

(١) انظر المبسوط ٢: ٣٢٣.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٣٩٥

[الرابع: كونه مختاراً]

الرابع: كونه مختاراً (١) فلا يصح ضمان المكره [١] (٢).

[الخامس: عدم كونه محجوراً لسفه]

الخامس: عدم كونه محجوراً لسفه (٣) إلّا بإذن الولي، و كذا المضمون له (٤). و لا- بأس بكون الضامن مفلساً (٥) فإنّ ضمانه نظير اقتراضه، فلا يشارك المضمون له مع الغرماء. و أما المضمون له فيشترط عدم كونه مفلساً (٦). و لا بأس بكون المضمون عنه (٧) سفياً أو مفلساً،

و بعبارة اخرى: إنه لما كان أمر الصبيّ و المجنون بمنزلة العدم، كان الضمان عنهما ضمناً تبرّعياً حتى في فرض أمرهما به، و معه فلا يثبت للضامن جواز الرجوع بالمال عليهما.

(١) فإنه لا- عبره بفعل المكره، فإنه بمنزلة العدم و كأنه لم يكن. و يدلّ عليه، مضافاً إلى حديث الرفع، النصوص الواردة في الموارد الخاصّة كالطلاق و نحوه.

(٢) و كذلك الحال في المضمون له، لما تقدّم في الضامن حرفاً بحرف.

(٣) لكونه محجوراً عليه، فلا يصح ضمانه من غير إذن الولي.

(٤) لكون قبوله بانتقال ماله من ذمّه إلى أخرى تصرف، و هو ممنوع منه بمقتضى أدلّه الحجر.

(٥) فإنّ الحجر إنما يختص بأمواله دون ذمّته، فلا بأس بتصرّفاته العائده إليها غايه الأمر أنّ المضمون له لا يشترك مع الغرماء في الضرب في أمواله الموجوده بالفعل، فإنها تختص بما عداه من الغرماء، لتعلق حقّهم بها قبل الضمان، فيكون حال ضمانه هذا

حال القرض الجديد.

(٦) لكونه ممنوعاً من التصرف في أمواله، بنقل أو إبراء أو غيرهما من الأسباب. وحيث إنّ دَينَه هذا من جملة أمواله، فلا يجوز له التصرف فيه بنقله من ذمّه إلى أُخرى.

(٧) لما عرفته من كونه أجنبياً عن العقد بالمره. فإنّ المال للغير و أمره بيده، فله أن

[١] و كذلك المضمون له.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١،

لكن لا ينفع إذنه في جواز الرجوع عليه [١] (١).

يتصرّف فيه كيفما يشاء، و ذمّه المضمون عنه ليست إلّا وعاءً لهذا المال فلا سلطنه له عليه.

(١) ظاهر العبارة أنه ليس للضامن الرجوع على المضمون عنه السفية أو المفلس. و هو مما لا يمكن المساعدة عليه بإطلاقه، فإنه إنما يتمّ بالنسبة إلى السفية، و أما المفلس فلا وجه للقول بعدم جواز الرجوع عليه، بعد أن كان الضمان بأمره و طلبه.

و ذلك لأنه و بضمانه هذا، يملك ما كان للدائن الأوّل المضمون له في المال الموجود بالفعل و المحكوم عليه بالحجر، لأنه يقابل الدين، فينتقل إلى ملك من ملك الدين و انتقل إليه.

و بعبارة اخرى: إنّ أمر المضمون عنه بالضمان لا يعدّ تصرفاً في ماله و تعلق به حق الغرماء، لأنه لا يوجب إلّا المبادله بين تمام دين المضمون عنه و نصيبه من المال الموجود، فإنّ الدين ينتقل إلى ذمّه الضامن و بإزاء ذلك يكون له نصيب الدائن الأوّل من المال المحجور عليه، لكونه عوضاً عنه.

نعم، بالنسبة إلى المقدار الزائد عن نصيب المضمون له في المال الموجود، لا مجال لمشاركة الضامن للغرماء في نصيبهم، فإنه مختصّ بهم قبل الضمان، فيكون حاله في ذلك حال الدّين الجديد، حيث قد عرفت أنه يثبت في الذمّه.

و الحاصل: إنّ الضمير في قول الماتن (قدس سره): (لكن لا- ينفع إذنه في جواز الرجوع عليه) إذا كان راجعاً إلى السفية و المفلس معاً، فهو مما لا يمكن المساعدة عليه، لعدم ثبوت ذلك بالنسبة إلى الثاني. و إن كان راجعاً إلى خصوص السفية، كما يحتمل إرادته واقعاً و إن كان بعيداً عن ظاهر العبارة جدّاً، فالأمر كما أفاده (قدس سره).

نعم، لو كان

المراد من العبارة نفى جواز الرجوع على المفلس فيما إذا ضمنه بأمره في غير الدين الذي حجر عليه لأجله، بمعنى أن يكون الضمان لدين جديد متأخر عن

[١] أى فى أمواله الموجوده التى تكون مورداً للحجر.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٣٩٧

[السادس: أن لا يكون الضامن مملوكاً غير مأذون من قبل مولاه]

السادس: أن لا يكون الضامن مملوكاً غير مأذون من قبل مولاه على المشهور لقوله تعالى «لَا يَفْعَلُ عَلَى شَيْءٍ» (١). و لكن لا يبعد صحّحه ضمانه و كونه فى ذمّته يتبع به بعد العتق، كما عن التذكرة و المختلف. و نفى القدره منصرف عمّا لا ينافى حقّ المولى (٢). و دعوى أنّ المملوك لا ذمّه له، كما ترى، و لذا لا إشكال فى ضمانه لمتلفاته.

الحجر، فهو صحيح و لا ريب فيه، إلّا أنه لا بدّ من تقييد إطلاقه بأمواله التى وقع الحجر عليها، و إلّا فالمال ثابت فى ذمّته، و للضامن الرجوع عليه به فى غير تلك الأموال.

و كيف كان، ففى خصوص تقدير أمر المفلس غيره بضمان دين خارج عما اقتضى الحجر، يصحّ القول بعدم ثبوت حق الرجوع للضامن عليه فى الجملة.

(١) بدعوى أنّ إطلاقها، و خصوصاً بما لحظه استشهاد الإمام على (عليه السلام) بها فى صحيحه زراره على نفى قدرته على الطلاق «١» شامل لجميع العقود و الإيقاعات الصادره منه.

(٢) مراده (قدس سره) من هذه الدعوى، أنّ تصرفات العبد تكون على نحوين: فإنها قد تكون فى نفسه بما هو عبد و متصرف بالمملوكيه للغير، و قد تكون فى نفسه لا بما هو كذلك بل بما هو إنسان من الناس.

فالنحو الأوّل من التصرفات محكوم بالبطلان و عدم النفوذ، لكونه تصرفاً فى سلطان المولى، فتشمله الآيه الكريمة، فإنها لا تختص بتصرفه فى الأموال كما توهمه

بعضهم، بل تعمّ حتى تصرفاته في نفسه بوصف كونه عبداً مملوكاً للغير.

و من هذا القبيل الطلاق. فإنه إنما يصدر منه بعنوان كونه مملوكاً للمولى و عبداً له فلا يصحّ حتى و لو كان التصرف عائداً إلى نفسه.

و أما النحو الثاني، فحيث إنه لا يعدّ تصرفاً في سلطان المولى، لأنه إنما يقوم به بما هو إنسان، فلا وجه للحكم بعدم نفوذه.

(١) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب مقدمات الطلاق، ب ٤٥ ح ١.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٣٩٨

هذا و أمّا إذا أذن له مولاه، فلا إشكال في صحّ ضمانه (١). و حينئذ فإن عيّن كونه في ذمّته نفسه، أو في ذمّ المملوك يتبع به بعد عتقه، أو في كسبه، فهو المتّبع (٢). و إن أطلق الإذن، ففي كونه في ذمّ المولى، أو في كسب المملوك، أو في ذمّته يتبع به بعد عتقه، أو كونه متعلقاً برقبته، وجوه و أقوال. أو جهها الأوّل لانفهامه عرفاً (٣) كما في إذنه في الاستدانه لنفقته أو لأمر آخر، و كما في إذنه في التزويج حيث إنّ المهر و النفقه على مولاه.

و دعوى الفرق بين الضمان و الاستدانه، بأنّ الاستدانه موجب لملكيته و حيث إنه لا قابليه له لذلك يستفاد منه كونه على مولاه، بخلاف الضمان حيث إنه لا ملكيه فيه.

و من هذا القبيل الضمان. فإنّ العبد إنما يقوم به بما هو إنسان له ذمّه و أجنبى عن المولى بالمرّه، حيث يثبت المال في ذمّته يتبع به بعد العتق، و معه فلا تشمل الآيه الكريمة.

(١) بلا إشكال فيه و لا خلاف، إذ العبد ليس كالمجنون قاصر العبارة، بل حاله في ذلك حال العقلاء من الأحرار، غايه الأمر أنّ تصرفه غير نافذ

لاحتفاه بمانع عبوديته و مملوكيته للغير، فيصحّ مع إذن المولى له فى ذلك.

(٢) أما الأول فواضح، و أما الأخيران فلرجوع التعيين إلى تقييد إذنه له فى الضمان بذلك.

(٣) و ليس المراد به أن الإذن بمنزله التوكيل، فيكون الضامن فى الحقيقة هو الأمر و أما العبد فلا يقوم إلا بدور الإنشاء، حتى يشكل عليه بما فى الجواهر، من كونه خلفاً و خروجاً عن محل الكلام «١» إذ الكلام إنما هو فى ضمان العبد بإذن المولى بتوكيل العبد فيه، فإنّ فيه لا ينبغى الإشكال فى ثبوته فى الذمه كما هو الحال فى جميع موارد الوكاله، فإنّ العوض و البديل إنما يثبت على الموكل دون الوكيل.

و إنما المراد به كما هو ظاهر العبارة، ضمان العبد بإذن مولاه، بحيث يكون العبد هو

(١) الجواهر ٢٦: ١١٦.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٣٩٩

مدفوعه بمنع عدم قابليته للملكيه (١). و على فرضه أيضاً لا يكون فارقاً بعد الانفهام العرفى (٢).

الضامن بالأصالة، و مع ذلك يقال بثبوت المال فى ذمه المولى.

و كيف كان، فالأمر كما ذكره (قدس سره). و ذلك لأنّ العبد قد يضمن لشخصه بما هو شخص و إنسان مع قطع النظر عن كونه عبداً مملوكاً للغير، و قد يضمن الغير بوصف كونه مملوكاً للغير و عبداً له.

فى الأول: بناءً على صحته كما اخترناه، لا مجال للقول بثبوته فى ذمه المولى، بل المتعين هو القول بثبوته فى ذمه العبد يتبع به بعد العتق و الحرية، إذ قبله يكون هو و ما فى يده مملوكاً للغير، فلا يصحّ مطالبته بشىء ما دام هو كذلك.

و فى الثانى: يتعين القول بكونه فى ذمه المولى، و أنه هو المطالب به و كأنه هو الضامن له،

ما لم تكن هناك قرينه على الخلاف.

إلّا أنّ ضمانه هذا إنما يكون في طول ضمان العبد نفسه لا في عرضه، فإنّ العبد يملك و من هنا فهو المطالب أولاً بما ضمنه، لكن ضمانه هذا لما كان بوصف كونه عبداً للغير و كان المولى يملك العبد و ما يملكه، كان هو المطالب به في طول مطالبه العبد به.

نظير استدانه العبد لنفسه بإذن المولى، فإنّه يكون في ذمّه المولى، و يكون هو المطالب به في طول مطالبه العبد به. و الحاصل أنّ العبد لما كان مديناً بوصف كونه مملوكاً للغير، كان المولى هو المطالب بدينه، لأنه يملكه و يملك ما في يده.

إذن فالصحيح في المقام هو القول بضمان المولى لما ضمنه عبده بإذنه بوصف كونه عبداً و مملوكاً له، ما لم يقيد المولى إذنه بكونه في ذمته يتبع به بعد العتق، على ما يقتضيه الفهم العرفي.

(١) حيث قد عرفت أنّ الصحيح أنّه يملك، و أنّ مالكيه المولى لتلك الأموال إنما هي في طول ملكيته العبد لها أولاً.

(٢) لما عرفته من أنّ مقتضاه ضمان المولى لما ضمنه عبده بإذنه، بوصف عبوديته له.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٤٠٠

[السابع: التنجيز]

السابع: التنجيز (١). فلو علق الضمان على شرط، كأن يقول: أنا ضامن لما على فلان إن أذن لي أبي، أو ضامن إن لم يف المديون إلى زمان كذا، أو إن لم يف أصلاً، بطل على المشهور [١]. لكن لا دليل عليه، بعد صدق الضمان و شمول العمومات العامه، إلّا دعوى الإجماع في كلّ العقود على أنّ اللازم ترتّب الأثر عند إنشاء العقد من غير تأخير، أو دعوى منافاه التعليق للإنشاء (٢). و في الثاني

(١) التنجيز في الاصطلاح يقابل أمرين على

فتاره يستعمل بمعنى الفعلية فى قبال التعليق و تأخر زمان المنشأ عن زمان الإنشاء، بحيث يكون الإنشاء فعلياً فى حين لا يحصل المنشأ إلّا عند تحقّق المعلّق عليه فى ظرفه، و إن كان أمراً معلوم الحصول عندئذ كالتعليق على طلوع الشمس فى يوم غد، بحيث لا يكون ضامناً بالفعل و إنما ينتقل المال من ذمّة المدين إلى ذمته عند تحقّق المعلّق عليه، و بذلك يكون هذا العقد فى الحقيقة من إنشاء الضمان المتأخر على نحو الشرط المقارن.

و أخرى يستعمل فيما يقابل تعليق العقد الفعلى على أمر آخر، معلوم الحصول أو مجهوله.

و قد يجتمع الأمران معاً، فيكون المنشأ متأخراً عن الإنشاء زماناً، كما يكون المعلّق عليه أمراً مشكوك الحصول.

و كيف كان، فالذى لا ينبغى الإشكال فيه هو عدم البطلان فى فرض تعليق العقد الفعلى على أمر معلوم الحصول و التحقق لدى الطرفين بالفعل، لأنه فى الحقيقة ليس من التعليق فإنه منجز، و إنما الإنشاء صيغ بصوره تشبه التعليق.

و أما القسمان الآخران تعليق المنشأ على أمر متأخر، و تعليق العقد الفعلى على أمر مجهول فسيظهر حالهما مما سيأتى.

(٢) فإنه عندهم بمعنى الإيجاد، و هو متّحد مع الوجود حقيقه و إن اختلفا اعتباراً.

[١] فيه إشكال، و الاحتياط لا يترك.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٤٠١

ما لا يخفى (١). و فى الأوّل منع تحقّقه فى المقام (٢).

و من هنا فلا يمكن فرض الإيجاد بالفعل مع فرض عدم الوجود كذلك، بأن يكون معلّقاً على أمر سيتحقق فى المستقبل.

(١) فإنّ الإنشاء و على ما حققناه مفصلاً فى المباحث الأصوليه، ليس من الإيجاد فى شىء و إن ذهب إليه غير واحد من الأصحاب. و على تقدير تسليمه، فليس التعليق هنا

فى الإيجاد و نفس الإنشاء، و إنما هو فى الأمر الاعتبارى أعنى المعتبر، فإنه قد يفرض مطلقاً و قد يفرض مقيداً.

فإنّ الاعتبار و الإنشاء كما يتعلقان بالأمر المطلق يتعلقان بالأمر المقيد، فقد يُنشئ الإنسان الملكيه المطلقه و قد يُنشئ الملكيه المقيده، فهما من هذه الناحيه أشبه شىء بالواجب المطلق و الواجب المشروط.

و لا يلزم من ذلك أى انفكاك بين الإنشاء و المنشأ و الاعتبار و المعتبر، فإنّ الملكيه المقيدّه موجوده بالفعل بالاعتبار، كما هو الحال فى الوصيه و التدبير.

بل يمكن القول بذلك فى الوجود الحقيقى أيضاً، إذ يصحّ تعلّق اللحاظ و التصوّر بالأمر الاستقبالى كقيام زيد فى يوم غد و نحوه، فإنّ قيامه كذلك موجود بالفعل بالوجود الذهنى، و الحال أنّ الوجود الذهنى نوع من الوجود الحقيقى.

و الحاصل أنّ التعليق فى المقام ليس فى نفس الإنشاء و الاعتبار، و إنما هو فى المنشأ و المعتبر. و لا مانع منه، فإنّ كلّاً منهما موجود بالفعل، و ليس المفقود إلّا فعليه الملكيه.

(٢) فى قبال المقام الأوّل، أعنى تعليق العقد على الأمر المتأخر و إن علم حصوله فإنه لا يبعد القول بتحقيقه فيه.

بل و لو لم يتمّ ذلك، فالحكم بالصحه فيه مشكل أيضاً، نظراً لعدم شمول العمومات له، لما عرفته من ظهورها فى اعتبار كون الوفاء من حين العقد، و عدم انفكاك المعتبر عن حين الاعتبار.

و لا يبعد دعوى كون بناء العقلاء على ذلك أيضاً فى غير الوصيه و التدبير -

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٤٠٢

و ربّما يقال: لا يجوز تعليق الضمان، و لكن يجوز تعليق الوفاء على شرط مع كون الضمان مطلقاً. و فيه: إنّ تعليق الوفاء عين تعليق الضمان، و لا يعقل التفكيك (١).

نعم، فى المثال

الثانى يمكن أن يقال [١] بإمكان تحقق الضمان منجزاً مع كون

حيث لم يعهد صدور مثله منهم، بأن يجرى عقد النكاح مع المرأه الآن على أن تكون هى زوجه له من غد، و هكذا.

و أما فى المقام، أعنى التعليق على أمر فعلى مشكوك الحصول ككونه هاشمياً و نحوه، فلم يتم إجماع على إيجابه لفساد العقد، و لا سيما فى الضمان حيث لا يتضمّن أى نوع من التمليك و التملك.

(١) لأنّ الوفاء إذا كان مقيّداً بشىء كان مرجعه إلى عدم الضمان عند عدم ذلك التقدير، إذ لا معنى لعدم الوفاء إلّا عدم الضمان، و إلّا فلا معنى لكون الضمان مطلقاً مع تعليق الوفاء على أمر غير متحقق.

نعم، لا بأس بالتعليق على أمر معدوم التحقق بعد ذلك، فإنه خارج عن محلّ الكلام لا يتمّ فى خصوص المثال الثانى، أعنى تعليق الضمان على عدم وفاء المدين. فإنه لا بدّ من القول فيه بالبطلان حتى بناءً على القول بصحة التعليق فى الضمان، و ذلك لأنّ مرجع التعليق على عدم الوفاء بقاء الدّين فى ذمّه المدين إلى حين الأداء، و هو ينافى مذهبنا فى الضمان و كونه نقل ذمّه إلى أُخرى، و إنما ينسجم مع مذهب العامّه من كونه ضمّ ذمّه إلى أُخرى.

[١] لعله يريد بذلك أنّ الضمان فى مورد تعليق الوفاء على عدم وفاء المديون، ليس بمعنى النقل إلى الذمه ليرجع تعليق الوفاء عليه إلى تعليق الضمان، بل هو بمعنى تعهد ما فى ذمّه الغير على حذو تعهد العين الخارجيه، و عليه فالضمان فعلى و أثره الانتقال إلى الذمه على تقدير عدم وفاء المديون، كما أنّ أثره فى ضمان العين الخارجيه ذلك على تقدير تلفها. و على هذا فلا بأس

بما أفاده (قدس سره)، ولا يبعد أن يكون الضمان بالمعنى المزبور من المرتكزات العرفية.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٤٠٣

الوفاء معلقاً على عدم وفاء المضمون له (١) لأنه يصدق أنه ضمن الدّين على نحو الضمان في الأعيان المضمونه، إذ حقيقته قضيه تعليقيه. إلا أن يقال بالفرق بين الضمان العقدي و الضمان اليدى.

[الثامن: كون الدّين الذى يضمه ثابتاً فى ذمه المضمون عنه]

الثامن: كون الدّين الذى يضمه ثابتاً فى ذمه المضمون عنه، سواء كان مستقراً كالقرض و العوضين فى البيع الذى لا خيار فيه، أو متزلزلاً كأحد

(١) و لعل مراده (قدس سره) من كلامه هذا يرجع إلى إرادته معنى آخر غير المعنى المصطلح من الضمان، أعنى نقل ما فى ذمه إلى أخرى.

وقد يكون هذا المعنى هو التعهد بالمال و كون مسؤوليته عليه من دون انتقاله بالفعل إلى ذمته، كما هو الحال فى موارد ضمان العاربه مع الشرط، أو كون العين المستعاره ذهباً أو فضه. فإنّ ضمانها ليس بالمعنى المصطلح جزماً، إذ لا ينتقل شىء بالعاربه إلى ذمه المستعير، فإنّ العين لا تقبل الانتقال إلى الذمه و هو غير مشغول الذمه ببدلها قبل تلفها، فليس ضمانها إلا بمعنى كون مسؤوليتها فى عهدته، بحيث يكون هو المتعهد بردها و لو مثلاً أو قيمه عند تلفها، و نتيجه ذلك إلزام المستعير بردها عيناً أو مثلاً أو قيمه.

و بهذا المعنى يستعمل الضمان فى موارد كثيره، كقولهم: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» «١» و «أنّ الغاصب ضامن» «٢». فإنه لا يراد به إلاّ التعهد و كونه هو المسئول عن المال، و إلاّ فهو غير مشغول الذمه ببدله فعلاً.

و كيف كان، فإذا صحّ مثل هذا الضمان فى الأعيان الخارجيه كموارد اليد و العاربه فليكن ثابتاً فى الأمور الثابته

فى الذمه أفضاً، فإنه لا يبعد دعوى كونه متعارفاً كثيراً فى الخارج، فإن أصحاب الجاه و الشأن يضمون المجاهيل من الناس من دون أن يقصد بذلك انتقال المال بالفعل إلى ذمهم، و إنما يراد به تعهدهم به عند تخلف المضمون عنه عن أدائه.

(١) الوسائل ٢٥: ٤٦١ كتاب اللفظه، ب ١٦ ذيل الحديث ٢.

(٢) انظر الوسائل ٢٨: ٢٦٥ ٢٦٦ كتاب الحدود و التعزيرات، ب ١٠ ذيل الحديث ٥.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٤٠٤

العوضين فى البيع الخيارى، كما إذا ضمن الثمن الكلى للبائع أو المبيع الكلى للمشتري أو المبيع الشخصى [١] قبل القبض (١) و كالمهر قبل الدخول و نحو ذلك. فلو قال: أقرض فلاناً كذا و أنا ضامن، أو بعه نسيئه و أنا ضامن، لم يصح على المشهور (٢) [٢] بل عن التذكرة الإجماع، قال: لو قال لغيره مهما أعطيت فلاناً

و الحاصل أن الضمان فى المقام غير مستعمل فى معناه المصطلح. و عليه فلا مجال للإيراد عليه، بأنه يتضمن التعليق الباطل، أو أنه من ضمّ ذمه إلى أخرى لا من نقل ما فى ذمه إلى ذمه أخرى. و إنما هو مستعمل فى التعهد و المسؤولىه عن المال، و هو أمر متعارف عند العقلاء، فتشمله العمومات و الإطلاقات، فإنه عقد يجب الوفاء به.

(١) الظاهر أن ذكره من سهو قلمه الشريف، فإنه لا محلّ له فى مورد الكلام عن اعتبار الثبوت فى الدين المضمون، لأنه أجنبى عنه بالمره.

و كيف كان، فإن كان المراد من ضمانه هو الضمان بالمعنى المصطلح و إن كان احتمالاً بعيداً جداً بمعنى جعل الشىء فى عهده عند تلفه و انتقاله من ذمه البائع إلى ذمه الضامن، فهو باطل جزماً، نظراً إلى أن التلف

قبل القبض يوجب انفساخ العقد و رجوع المال إلى ملك مالكة البائع آنأ ما كى يكون خسارانه عليه، و معه فلا يبقى موضوع للضمان.

و إن كان المراد به تعهيد الضامن بتسليم العين عند احتمال امتناع البائع عنه لا تعهيد تداركه عند تلفه، فيجب عليه تسليم العين عند الإمكان و إلأ فيلزم بدلها، فهو صحيح و لا بأس به، حيث قد عرفت فى المسأله السابقيه أن مثل هذا الضمان من المرتكزات العرفيه و واقع كثيراً فى الأعيان الشخصيه الخارجيه و الديون.

و الحاصل أن أصل الحكم فى المقام صحيح و فى محله، إلأ أن ذكره فى المقام من سهو القلم، لأن الكلام فى اعتبار الثبوت فى الدين عند ضمانه.

(٢) على إشكال ستعرفه.

[١] لا موقع لذكره فى المقام، فإن الكلام إنما هو فى ضمان الدين.

[٢] فيه إشكال، و الاحتياط لا يترك، و لا يبعد تفرع هذا الشرط على سابقه.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٤٠٥

فهو على، لم يصح إجماعاً. و لكن ما ذكره من الشرط ينافى جمله من الفروع الآتية.

و يمكن أن يقال (١) بالصحة إذا حصل المقتضى للثبوت و إن لم يثبت فعلاً، بل مطلقاً، لصدق الضمان و شمول العمومات العامه، و إن لم يكن من الضمان المصطلح عندهم (٢) بل يمكن مع عدم كونه منه أيضاً.

[التاسع: أن لا تكون ذمه الضامن مشغوله للمضمون عنه بمثل الدين الذى عليه]

التاسع: أن لا تكون ذمه الضامن مشغوله للمضمون عنه بمثل الدين الذى عليه، على ما يظهر من كلماتهم فى بيان الضمان بالمعنى الأعم، حيث قالوا إنه بمعنى التعهد بمال أو نفس. فالثانى الكفاله. و الأول إن كان ممن عليه للمضمون عنه مال فهو الحواله، و إن لم يكن فضمان بالمعنى الأخص.

(١) إلأ أنه لا يتم بناءً على مذهبنا فى الضمان

وأنه نقل ذمّه إلى أخرى، فإنه إذا لم تكن الذمه الأولى مشغولة بشيء لم يكن لنقله إلى ذمه أخرى معنى محصل، و معه كيف يمكن التمسك بالإطلاقات لإثبات صحته.

نعم، لا يبعد تفرّع هذا الشرط أعني ثبوت الدين في الذمه بالفعل، على الشرط السابق أعني التنجيز. فإنه لو لم نقل باعتبار التنجيز كما احتملناه، أمكن التمسك بالإطلاقات والحكم بصحة الضمان في المقام و بمعناه المصطلح على نحو الضمان المتأخر بأن يكون الإنشاء فعلياً و الانتقال بعد الدين و الإعطاء، فالضامن في الحقيقة إنما ينشأ الانتقال إلى ذمته بعد الدين من الآن.

و الحاصل أنه إن تمّ إجماع على اعتبار التنجيز في الضمان، فلا محيص عن الحكم بالبطلان في المقام، و إلا فلا بأس بالتمسك بالإطلاقات و إثبات صحته الضمان بمعناه المصطلح. و حيث إنّ الماتن (قدس سره) ممن يعتبر التنجيز، فلا وجه لتمسكه بالإطلاقات في المقام.

(٢) بأن يكون بمعنى التعهد بالدين المتأخر على حدّ التعهد بالأعيان الخارجيه.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٤٠٦

و لكن لا دليل على هذا الشرط (١). فإذا ضمن للمضمون عنه بمثل ما له عليه يكون ضمناً، فإن كان بإذنه يتهاثران [١] بعد أداء مال الضمان (٢) و إلا فيبقى الذي للمضمون عنه عليه، و تفرغ ذمته مما عليه بضمان الضامن تبرّعاً. و ليس من الحوالة، لأنّ المضمون عنه على التقديرين لم يحل مديونه على الضامن حتى تكون حوالة. و مع الإغماض عن ذلك، غاية ما يكون أنه يكون داخلاً في كلا العنوانين، فيترتب عليه ما يختص بكلّ منهما مضافاً إلى ما يكون مشتركاً.

(١) فإنّ الحوالة و الضمان يختلفان في الطرفين المقومين لهما. حيث إنّ الأول يتقوم بالمحيل و المحال، فتبرأ ذمّه

الأول بمجرد الحوالة على مشغول ذمه له، من غير دخل لرضا المحال عليه في ذلك. في حين إنَّ الضمان يتقوم برضا الضامن، و المضمون عنه هو الأجنبي عن العقد حيث تفرغ ذمته عن الدين بالضمان، سواء أ رضى به أم لم يرض.

و الحاصل أنَّ مع اختلاف طرفي العقد الموقومين له في الموردین الضمان و الحوالة لا مجال للقول باتحادهما و دخول أحد العنوانين في الآخر، خصوصاً إذا كان الضمان تبرعياً و لم يكن عن رضا المضمون عنه.

إذن فمجرد اشتغال ذمه الضامن للمضمون عنه بمثل الدين الذي ضمنه، لا يعنى دخول العقد في عنوان الحوالة.

(٢) هذا إذا كان الدينان ما في ذمته للمضمون عنه، و ما كان للمضمون له على المضمون عنه حالين معاً أو مؤجلين مع وحده الأجل فيهما، و إلا فلا مجال للتهاثر لعدم تساوى الدينين. و من هنا فلو كان ما عليه للمضمون عنه مؤجلاً، و قد ضمن ما على المضمون عنه حالاً بأمره، كان له الرجوع عليه بما ضمنه بالفعل، و تبقى ذمته مشغولة بالدين إلى الأجل المعين.

[١] هذا إذا كان كلاهما حالين أو كلاهما مؤجلين بمدته متساويه، و إلا فلا وجه للتهاثر.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٤٠٧

[العاشر: امتياز الدين و المضمون له و المضمون عنه عند الضامن]

العاشر: امتياز الدين و المضمون له و المضمون عنه عند الضامن، على وجه يصحّ معه القصد إلى الضمان. و يكفي التميز الواقعي و إن لم يعلمه الضامن (١) فالمضّر هو الإبهام و الترديد. فلا يصحّ ضمان أحد الدينين و لو لشخص واحد على شخص واحد على وجه الترديد مع فرض تحقق الدينين، و لا ضمان دين أحد الشخصين و لو لواحد، و لا ضمان دين لأحد الشخصين و لو على واحد.

و لو قال:

ضمنت الدين الذى على فلان، و لم يعلم أنه لزيد أو لعمر، أو الدين الذى لفلان، و لم يعلم أنه على زيد أو على عمرو، صحّ [١] (٢) لأنه متعين واقعاً. و كذا لو قال: ضمننت لك كل ما كان لك على الناس، أو قال: ضمننت عنك كل ما كان عليك لكل من كان من الناس.

و من الغريب ما عن بعضهم، من اعتبار العلم بالمضمون عنه و المضمون له بالوصف و النسب، أو العلم باسمهما و نسبهما. مع أنه لا دليل عليه أصلاً، و لم يعتبر ذلك فى البيع الذى هو أضيق دائره من سائر العقود.

(١) و هو إنما يتمّ فيما إذا لم يستلزم فقدان شرط آخر.

و منه يظهر الإشكال فى بعض الصور الآتية مما حكم فيها الماتن (قدس سره) بالصحة، نظير الجهل بالمضمون له و أنه زيد أو عمرو، أو ضمان ما للناس عليه. فإنه إنما يصحّ مع انحصار المضمون له فى أشخاص و قبولهم للضمان، و إن لم يميّز المضمون له بشخصه، و إنما فالحكم بالصحة مشكل جداً، نظراً لاعتبار رضا المضمون له بالعقد جزءاً، فإنه طرف من طرفى العقد فى الضمان، فلا يصحّ من دون رضاه.

إذن فما ذكره (قدس سره) من كفايه التعيين الواقعى، إنما يتمّ مع إحراز سائر الشروط المعتره فى الضمان.

(٢) على إشكال تقدّم بيانه.

[١] هذا مع قبول المضمون له، و إلا فلا يصح، و بذلك يظهر حال ما بعد هذا الفرع.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٤٠٨

[مسائل]

[مسألة ١: لا يشترط فى صحّ الضمان العلم بمقدار الدين]

[٣٥٦٨] مسألة ١: لا يشترط فى صحّ الضمان العلم بمقدار الدين، و لا بجنسه. و يمكن أن يستدلّ عليه، مضافاً إلى العمومات العامه (١) و قوله (صلّى الله عليه و آله و

سلم): «الزعيم غارم» (٢) بضمان علي بن الحسين (عليه السلام) لدين عبد الله بن الحسن، و ضمانه لدين محمد بن أسامه (٣).

لكن الصحه مخصوصه بما إذا كان له واقع معين، و أمّا إذا لم يكن كذلك

(١) بل عمومات أدله الضمان، حيث لم يعتبر في شىء منها كون الدين معلوماً و من هنا فمقتضاها الصحه حتى مع الجهل بالدين.

و هذا الدليل هو العمده في الحكم، و إلا فسائر الأدله لا تخلو عن المناقشه، كما ستعرفها.

(٢) الروايه نبويه لم تثبت عن طرفنا، بل في معتبره الحسن بن خالد تكذيب ذلك فقد ورد في روايته عن أبي الحسن (عليه السلام) أنه قال له: جعلت فداك، قول الناس الضامن غارم، قال: فقال: «ليس على الضامن غرم، الغرم على من أكل المال» (١).

و من هنا فلا مجال للاعتماد عليها و الاستدلال بها.

□
(٣) أمّا الأول فقد رواه الصدوق في الفقيه مرسلًا، حيث قال (قدس سره): روى أنه احتضر عبد الله بن الحسن فاجتمع إليه غم ماؤه فطالبوه بدين لهم، فقال لهم: ما عندي ما أعطيكم، و لكن ارضوا بمن شئتم من أخي و بنى عمى علي بن الحسين أو عبد الله بن جعفر. فقال الغرماء: أمّا عبد الله بن جعفر فملى مطول، و أمّا علي بن الحسين فرجل لا مال له صدوق و هو أحبهما إلينا، فأرسل إليه فأخبره الخبر، فقال (عليه السلام): «أضمن لكم المال إلى غله» و لم يكن له غله، فقال القوم: قد رضينا فضمنه فلما أتت الغله أتاحت الله له المال فأداه» (٢).

(١) الوسائل، ج ١٨ كتاب الضمان، ب ١ ح ١.

(٢) الوسائل، ج ١٨ كتاب الضمان، ب ٥ ح ١.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٤٠٩

كقولك: ضمنت

شيئاً من دينك فلا يصح (١). و لعله مراد من قال: إنَّ الصَّحَّه إنما هي فيما إذا كان يمكن العلم به بعد ذلك. فلا يرد عليه ما يقال: من عدم الإشكال في الصحه مع فرض تعيينه واقعاً. و إن لم يمكن العلم به فيأخذ بالقدر المعلوم.

هذا و خالف بعضهم فاشترط العلم به، لنفي الغرر و الضرر. و ردّ بعدم العموم في الأوّل، لاختصاصه بالبيع أو مطلق المعاوضات (٢)

□
و أما الثاني فقد رواه فضيل و عبيد عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: «لما حضر محمد بن أسامه الموت دخل عليه بنو هاشم، فقال لهم: قد عرفتم قرابتي و منزلتي منكم، و عليّ دين فأحبّ أن تقضوه عنيّ، فقال علي بن الحسين (عليه السلام): ثلث دينك عليّ، ثم سكت و سكتوا. فقال علي بن الحسين (عليه السلام): عليّ دينك كلّه ثم قال علي بن الحسين (عليه السلام): أما إنه لم يمنعني أن أضمنه أوّلاً، إلّا كراهه أن يقولوا سبقنا» (١).

□ □ □
إلّا أنّ الإرسال في الروايه الأولى، و وقوع عبيد الله الدهقان المردد بين عبيد الله بن أحمد الدهقان المجهول و عبيد الله بن عبد الله الدهقان الذي ضعّفه النجاشي صريحاً (٢) يمنعان من الاعتماد عليهما و التمسك بهما في مقام الاستدلال.

على أنهما لا- يتضمّنان إلّا بيان قضيه في واقعه، فلا إطلاق لهما كي يتمسك به في مقام نفي الشرط المشكوك، و لعله (عليه السلام) كان يعلم بمقدار الدين الذي عليهما.

(١) بلا خلاف فيه بين الأصحاب، إذ يستحيل فراغ ذمّه المضمون عنه و اشتغال ذمّه الضامن بالنسبه إلى ما لا تعين له واقعاً.

(٢) حيث ألحقها الفقهاء بالبيع، فلا يشمل الضمان و نحوه مما لا يتضمّن المعاوضه.

على أنه لا

غرر في المقام بالمرة. فإن الضامن سيأخذ بمقدار ما يدفعه إلى الدائن من المدين قلّ أو كثر و من غير أن ينقص منه شيء على الإطلاق، حاله حال القرض

(١) الوسائل، ج ١٨ كتاب الضمان، ب ٣ ح ١.

(٢) رجال النجاشي: ٢٣١ ترجمه رقم ٦١٤.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٤١٠

و بالإقدام في الثاني (١).

و يمكن الفرق [١] بين الضمان التبرعي و الإذني، فيعتبر في الثاني دون الأول، إذ ضمان علي بن الحسين (عليه السلام) كان تبرعياً (٢). و اختصاص نفي الغرر بالمعاضات ممنوع، بل يجري في مثل المقام الشبيه بالمعاضة (٣) إذا كان بالإذن مع قصد الرجوع على الآذن. و هذا التفصيل لا يخلو عن قرب.

حيث يصح إقراض ما في الكيس حتى مع الجهل بمقداره اتفاقاً. و من غير أن يشمله دليل نفي الغرر، إذ لا خطر على الدائن في المقام بعد ثبوت معادل ما يأخذه في ذمه المدين.

و الحاصل أنه لا أثر للعلم أو الجهل بالمقدار في الحكم بالبطلان و تحقّق الغرر. فإنّ الخطر إنما يتصوّر في مثل البيع مما يختلف فيه العوضان، و يكون مبناه على المغابنه بمعنى الاسترباح و دفع الأقل بإزاء أخذ الأكثر، حيث يحتمل فيه الخساره. و لا يتصوّر في مثل المقام، حيث يستوفى الضامن بمقدار ما يدفعه إلى المضمون له.

(١) فإنّ دليل «لا ضرر» إنما ينظر إلى ارتفاع الأحكام الإلزاميه به، فلا دلالة فيه على عدم جواز إلقاء النفس في الضرر، و لذا لم يستشكل أحد في صحّه الهبه و نحوها باعتبار استلزامها للضرر.

و الحاصل أنّ دليل «لا ضرر» بنفسه قاصر عن شمول الضمان قلّ أو كثر، فإنه لا يدلّ إلّا على نفي إلزام الشارع بالحكم الضرري.

(٢) قد

عرفت الإشكال فيه فيما تقدّم.

(٣) فيه إشكال ظهر مما تقدّم. فإنه لا عموم لدليل نفى الغرر، على أنه لا غرر في المقام إطلاقاً، حيث إنه سيأخذ من المضمون عنه بمقدار ما يؤدّيه للمضمون له.

و الحاصل أنه لا فرق في عدم عموم الدليلين نفى الضرر و نفى الغرر للضمان بين

[١] لكنه بعيد.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٤١١

[مسألة ٢: إذا تحقّق الضمان الجامع لشرائط الصحّة انتقل الحقّ]

[٣٥٦٩] مسأله ٢: إذا تحقّق الضمان الجامع لشرائط الصحّة انتقل الحقّ من ذمّه المضمون عنه إلى ذمّه الضامن، و تبرأ ذمّه المضمون عنه، بالإجماع و النصوص (١). خلافاً للجمهور، حيث إنّ الضمان عندهم ضمّ ذمّه إلى ذمّه. و ظاهر كلمات الأصحاب عدم صحّته ما ذكروه، حتى مع التصريح به على هذا النحو. و يمكن الحكم [١] بصحّته حينئذ، للعمومات (٢).

كونه تبرعياً أو إذنياً، فإنهما و على كلا التقديرين غير شاملين له.

و عليه فالقول بالجواز مطلقاً هو الأقرب.

(١) كصحيحه عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله (عليه السلام)، في الرجل يموت و عليه دين فيضمنه ضامن للغرماء، فقال: «إذا رضى به الغرماء، فقد برئت ذمّة الميت» (١).

(٢) لم يظهر مراده (قدس سره) من العمومات في المقام. فإن أدلّه الضمان و بأجمعها وارده في نقل الدّين من ذمّه إلى أخرى، و ليس فيها ما يقتضى صحّته حتى على نحو ضمّ ذمّه إلى أخرى كي يتمسك به في المقام.

و العمومات العامه غير شامله له أيضاً. فإن اشتغال ذمّه شخص الضامن بالنسبه إلى غيره مجاناً و بلا عوض، غير داخل في عنوان التجاره، و لا يشمل الأمر بالوفاء بالعقود، إذ العقد ربط للالتزام الطرفين المتعاقدين، فلا يصدق على ما يكون الالتزام فيه من طرف واحد خاصّه. و لو صحّ ذلك

لزم القول بصحته في غير موارد الدين كموارد الالتزام الابتدائي، والحال أنه باطل و لم يقل بصحته أحد على الإطلاق.

فإن اشتغال الذمه ليس أمراً اختيارياً للمكلف بحيث يكون له ذلك كيفما شاء وإنما هو متوقف على أسبابه الخاصة، من تجاره أو استيلاء أو إتلاف أو الشرط في ضمن العقد بناءً على أنه يوجب الملكيه فلا يحصل من دونها.

خويي، سيد ابو القاسم موسوي، موسوعه الإمام الخوئي، ٣٣ جلد، مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئي، قم - ايران، اول، ١٤١٨ هـ ق

موسوعه الإمام الخوئي؛ ج ٣١، ص: ٤١١

[١] لكنه ضعيف جداً.

(١) الوسائل، ج ١٨ كتاب الضمان، ب ٢ ح ١.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٤١٢

[مسألة ٣: إذ أبرأ المضمون له ذمه الضامن برئت ذمته و ذمه المضمون عنه]

[٣٥٧٠] مسألة ٣: إذ أبرأ المضمون له ذمه الضامن برئت ذمته و ذمه المضمون عنه (١). و إن أبرأ ذمه المضمون عنه لم يؤثر شيئاً، فلا تبرأ ذمه الضامن، لعدم المحل للإبراء بعد براءته بالضمان، إلّا إذا استفيد منه الإبراء من الدين الذي كان عليه، بحيث يفهم منه عرفاً إبراء ذمه الضامن.

و أما في الضمان بمعنى ضمّ ذمه إلى ذمه، فإن أبرأ ذمه المضمون عنه برئت ذمه الضامن أيضاً، و إن أبرأ ذمه الضامن فلا تبرأ ذمه المضمون عنه. كذا قالوا.

و الحاصل أن إثبات اشتغال الذمه يحتاج إلى الدليل، و هو مفقود في غير الدين حيث اقتضت أدلّة الضمان الصحه فيها.

نعم، لا بأس بتصحيح هذا الضمان بالمعنى الذى سبق متنا بيانه فى الشرط السابع أعنى التعهّد بالوفاء به على تقدير عدم وفاء المديون، نظير التعهد بالأعيان الخارجيه فإنه لا بأس به حيث لم يكن بمعنى اشتغال الذمه.

(١) أمّا الأول فواضح. و أمّا الثانى، فالإبراء فيه إنما هو بمعنى عدم جواز

رجوع الضامن عليه و مطالبته بما انتقل إلى ذمته نتيجة للضمان، و ذلك لأنه من مختصات الأداء عن أمره، فلا يثبت مع فقد أحد الشرطين.

و ما ذكرناه في معنى براءة ذمّه المضمون عنه هو المتعين في التفسير، و إلّا فذمّه المضمون عنه بالقياس إلى المضمون له الدائن بريئه حتى قبل الإبراء، على ما يقتضيه مذهبنا في الضمان.

و بعبارة اخرى: لا بدّ من حمل عبارته الماتن (قدس سره) على الضمان الإذني حيث يصحّ معه التعبير ببراءة الذمّتين، نتيجة لإبراء المضمون له لذمّه الضامن. أمّا ذمّه الضامن فلإبراء، و أمّا ذمّه المضمون عنه فلعدم أداء الضامن شيئاً، و معه فلا يثبت له الضامن حقّ الرجوع عليه المضمون عنه و بهذا المعنى صحّ التعبير ببراءة ذمّته.

و إلّا بأن كان الضمان تبرعياً، فحيث لا أثر لإبراء المضمون له لذمّه الضامن في

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٤١٣

و يمكن أن يقال ببراءة ذمّتهما على التقديرين (١).

[مسألة ٤: الضمان لازم من طرف الضامن و المضمون له]

[٣٥٧١] مسألة ٤: الضمان لازم من طرف الضامن و المضمون له (٢). فلا يجوز

براءة ذمّه المضمون عنه، فإنها بريئه و غير مشغوله لأحد بنفس الضمان، سواء في ذلك قبل الإبراء و بعده، فلا يصحّ التعبير ببراءة الذمّتين نتيجة لإبراء المضمون له لذمّه الضامن، فإنه لا يؤثر إلّا في براءة ذمّه الضامن فحسب، و أمّا ذمّه المضمون عنه فهي بريئه قبل ذلك.

(١) و هو الصحيح.

أمّا مع إبراء الضامن، فلأنّ الإبراء لا يعني رفع اليد عن الضمّ و الضمان خاصّه، كي يقال بأنّ معه يبقى الدّين على حاله و يكون المضمون عنه مدينياً بعد الإبراء كقبله، فإنّ هذا المعنى غير مراد جزمًا، إذ الضمان من العقود اللازمه و هي لا تقبل الرفع حتى مع رضا

الطرفين. على أنه ينافي مفهوم الإبراء، فإنه مساوق لإسقاط الدين، على ما ستعرف.

و إنما الإبراء بمعنى رفع اليد من الدين من أساسه، على ما يساعد عليه ظاهر اللفظ. و معه فلا مجال للقول ببقاء ذمّه المضمون عنه مشغوله، فإنّ الدين ليس إلّا ديناً واحداً، فلا يقبل البقاء و السقوط في آن واحد بالقياس إلى الذمّتين.

و بعبارة اخرى: إنّ إبراء إحدى الذمّتين من الدين الثابت فيهما على نحو الضمّ، إنما هو بمنزلة استيفائه منها كما هو واضح، و لذا يذكر في باب المهور أنّ الزوجه إذا أبرأت ذمّه زوجها من المهر فطلّقها قبل الدخول رجع عليها بنصف المهر، فلا وجه للتفكيك بين الذمّتين بالقياس إليه و القول بثبوته في ذمّه دون اخرى.

و أمّا مع إبراء المضمون عنه، فلائنّ مرجعه إلى إسقاط الدين و إفراغ ذمّه منه و معه فلا يبقى مجال لضمّ ذمّه أخرى إليها فيه.

(٢) فإنّ إرجاع الدين إلى ذمّه المضمون عنه ثانياً و فراغ ذمّه الضامن، بعد الحكم بصحّه الضمان و انتقال الدين إلى ذمّه الضامن و فراغ ذمّه المضمون عنه بالمرّه، يحتاج

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٤١٤

للضامن فسخه حتى لو كان ياذن المضمون عنه و تبين إعساره (١) كذا لا يجوز للمضمون له فسخه و الرجوع على المضمون عنه، لكن بشرط ملاءه الضامن حين الضمان أو علم المضمون له بإعساره (٢).

بخلاف ما لو كان معسراً حين الضمان و كان جاهلاً بإعساره، ففي هذه الصورة يجوز [١] له الفسخ على المشهور، بل الظاهر عدم الخلاف فيه، و يستفاد من بعض الأخبار أيضاً (٣).

إلى الدليل و هو مفقود. و مقتضى أصالة اللزوم، المستفاده من إطلاقات أدلّه صحّه العقود و العمومات، بقاء الحكم الأوّل

على حاله.

(١) فضلاً عما لو كان ضمناً تبرعياً و من غير إذن المضمون عنه.

(٢) لعين ما تقدّم في سابقه.

(٣) و هو موثقه الحسن بن الجهم، قال: سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن رجل مات و له عليّ دين و خلف ولدًا رجلاً و نساءً و صبياناً، فجاء رجل منهم فقال: أنت في حلّ مما لأبي عليك من حصّتي، و أنت في حلّ مما لإخوتي و أخواتي و أنا ضامن لرضاهم عنك، قال: «يكون في سعه من ذلك و حلّ» قلت: فإن لم يعطهم؟ قال: كان ذلك في عنقه. قلت: فإن رجع الورثه عليّ فقالوا: أعطنا حقنا؟ فقال: «لهم ذلك في الحكم الظاهر، فأما بينك و بين الله فأنت منها في حلّ إذا كان الذي حلّك يضمن لك عنهم رضاهم فيحمل لما ضمن لك». قلت: فما تقول في الصبي، لأمه أن تحلل؟ قال: «نعم، إذا كان لها ما ترضيه أو تعطيه». قلت: فإن لم يكن لها؟ قال: «فلا». قلت: فقد سمعتك تقول: إنه يجوز تحليلها؟ فقال: «إنما أعنى بذلك إذا كان لها» الحديث «١».

و هي و إن كانت معتبره سنداً، إلّا أنها أجنبيه من حيث الدلاله عن المدعى. فإنها وارده في تحليل بعض الورثه لحصّته من الدّين بالفعل مع الالتزام بتحصيل رضا سائر

[١] و لكن للمناقشه فيه مجال واسع، و ليس في المسأله روايه تدلّ على الخيار و جواز الفسخ.

(١) الوسائل، ج ١٨ كتاب الضمان، ب ٤ ح ١.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٤١٥

.....

الوراث أيضاً، و أين ذلك من الضمان الذي هو محل الكلام؟.

و بعبارة اخرى: إنّ مورد المعتبره هو التحليل و هو عقد قائم بين المدين و شخص آخر، في حين إنّ مورد

كلامنا هو الضمان الذي هو عقد قائم بين الدائن و شخص آخر، فلا مجال لإثبات الحكم الثابت في أحدهما للآخر.

على أنّ هذه المعتره لو تّمت من حيث الدلالة في المقام، فمن الواضح أنّ مقتضاها بطلان الضمان مع عدم الملاءه لا ثبوت الخيار، و هو مما لا يقول به أحد.

على أنه لا بدّ من ردّ علم هذه المعتره إلى أهلها حتى موردها التحليل لأنها تضمّنت صحّحه التحليل من الأجنبي و حصول فراغ الذمّه واقعاً به، و هو أمر لا يمكن الالتزام به، إذ التحليل من الأجنبي لا يعدو كونه تحليلاً فضولياً يتوقف على إجازه من له الأمر واقعاً.

إذن فلا مجال للتمسك بالمعتره في المقام على كلّ تقدير، فإنها لو تّمت دلالة و أمكن العمل بها في موردها، فإنّ ثبات حكمها في المقام لا يعدو القياس.

هذا و قد استدلّ صاحب الجواهر (قدس سره) على المدعى بما دلّ على اعتبار الملاءه في المحال عليه، بدعوى أنّ الحواله أخت الضمان، فيثبت فيه ما ثبت فيها «١».

و هو كما تراه قياس محض. فإنّ الحكم بالخيار عند إعسار المحال عليه حين الحواله مع جهل المحال إنّما ثبت بالنصّ الخاص، فالتعدّي عنها إلى غيرها لمجرّد اشتراكهما في جهه لا يخرج عن حدّ القياس.

على أنّ بينهما فرقاً واضحاً. فإنّ الحواله معامله قائمه بين الدائن و المدين، في حين إنّ الضمان معامله بين الدائن و شخص ثالث، فالحواله معامله معاوضيه بخلاف الضمان، فإنّ الدائن في الحواله على مشغول الذمّه مشترٍ ما لعمر و مثلاً في ذمّه بكر بماله في ذمّه المدين.

بل و كذا لو كانت الحواله على برىء الذمّه، فإنها معاوضه و تبديل لذلك المبلغ في

(١) الجواهر ٢٦: ١٢٨.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٤١٦

المدار كما أشرنا إليه في الإعسار و اليسار على حال الضمان، فلو كان موسراً ثم أعسر لا يجوز له الفسخ (١) كما أنه لو كان معسراً ثم أيسر يبقى الخيار (٢). و الظاهر عدم الفرق في ثبوت الخيار مع الجهل بالإعسار، بين كون

ذمه المحال عليه بماله في ذمه المدين، غاية الأمر أن المحال عليه لما كان برىء الذمه بالنسبة إلى المحيل كان العقد فضولياً و متوقفاً على إجازته.

و من هنا فحيث إن العشره مثلاً في ذمه المعسر لا تساوى من حيث المالىه بنظر العقلاء العشره في ذمه الموسر كما هو واضح، و المعاملات مبنيه على التساوى فى المالىه بحيث يكون ذلك من الشرط الضمنى، كان تخلفه موجباً لثبوت الخيار على القاعده، على ما تقدم بيانه مفصلاً فى مبحث خيار الغبن.

و أين هذا من الضمان الذى لا يعدّ من المعاوضات بالمّرّه، لأنه ليس إلّا اشتغال ذمه بلا عوض و مجاناً، سواء فى ذلك ما كان إذنياً أو تبرّعياً، لأنهما لا يختلفان إلّا من حيث جواز الرجوع على المدين الأول و عدمه.

و الحاصل أنّ التعدى من الحواله إلى الضمان قياس مع الفارق و إن اشتركا فى جهه من الجهات.

و على ضوء ما تقدم يظهر أنه لا دليل يمكن الاعتماد عليه فى القول بالخيار فى المقام.

و من هنا فإن تمّ إجماع على ذلك فهو، و إلّا كما هو الصحيح إذ غاية الأمر عدم وجدان الخلاف فللمناقشه فيه مجال واسع، و مقتضى أصاله اللزوم عدمه.

(١) لعدم شمول دليل الخيار بناء على تماميته للإعسار المتأخر، فإنّ الإجماع غير ثابت فيه، و معتبره الحسن بن الجهم ناظره إلى حال الضمان، و الحكم فى الحواله مختصّ بالإعسار حينها أيضاً.

(٢) و هو إنما

يتمّ فيما إذا كان مستند الخيار في المقام هو معتبره الحسن بن الجهم فإنه لا بأس بالتمسك بإطلاقها بعد تسليم دلالتها لإثبات الخيار في الفرض أيضاً.

و أما إذا كان المستند هو الإجماع، فالحكم بثبوت الخيار في المقام مشكل جداً

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٤١٧

المضمون عنه أيضاً معسراً أو لا؟ (١). و هل يلحق بالإعسار تبين كونه مماطلاً مع يساره في ثبوت الخيار أو لا؟ وجهان [١] (٢).

نظراً لكون القدر المتيقن منه هو المعسر المستمر.

(١) لكونه أجنبياً عن العقد.

(٢) من اختصاص أدلّة الخيار من الإجماع و النص و ما ذكره صاحب الجواهر (قدس سره) بالإعسار، فيكون التعدي عنه محتاجاً إلى الدليل و هو مفقود، و مقتضى أصله لزوم العدم.

و من التمسك بقاعده نفي الضرر، فإنّ الحكم بلزوم هذا العقد ضررى على الدائن فينفي بالقاعده، على ما مرّ تفصيله في خيار الغبن.

و الأقوى هو الأوّل، لما عرفته غير مرّه من اختصاص دليل «لا ضرر» بنفي الأحكام الضرريه من الأحكام المجعوله في الشريعة المقدسه، و عدم شموله للضرر الحاصل من فعل المكلف نفسه، كما أنه لا يتكفل جبر الضرر الحاصل كذلك.

و حيث إنّ مقامنا من هذا القبيل، لأنّ المضمون عنه إنما وقع في الضرر نتيجة لفعل نفسه، أعنى رفع يده عن دينه الثابت في ذمّه المدين في قبال اشتغال ذمّه الضامن به فلا يلزم الشارع المقدس تداركه بجعل الخيار له، فإنّ دليل نفي الضرر قاصر الشمول عن مثل هذه الموارد.

على أنّ دليل نفي الضرر لو شمل المقام لكان لازمه الحكم ببطلان الضمان من رأس، لا الحكم بصحّته مع ثبوت الخيار.

و تمام الكلام فيه موكول إلى محله.

إذن فالأظهر في المقام هو عدم الخيار حتى و لو قلنا

بثبوتة على تقدير ظهور إعساره فضلاً عن إنكاره، كما هو المختار.

[١] أو جههما العدم.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٤١٨

[مسألة ٥: يجوز اشتراط الخيار في الضمان للضامن والمضمون له]

[٣٥٧٢] مسألة ٥: يجوز اشتراط الخيار [١] في الضمان (١) للضامن و المضمون له، لعموم أدلّه الشروط (٢).

(١) على إشكال فيه بل منع. فإنّ الضمان لا يقاس بسائر العقود، و الفرق بينهما ظاهر.

فإنّ نتيجة العقد إذا كانت راجعه إلى طرفيه خاصه، كان لهما رفع اليد عنه بعد ثبوتة و لزومه و من غير حاجة للخيار، و هو المعبر عنه في الاصطلاح بالتقاييل. إلّا في بعض العقود الذي ثبت فيه عدمه بالنص الخاص كالنكاح، حيث لا يرفع إلّا بالطلاق أو أحد موجبات الفسخ. و إذا جاز لهما ذلك بالنتيجة، جاز لهما جعل هذا الحقّ في ضمن العقد من الأوّل، و هو المعبر عنه في الاصطلاح بشرط الخيار. و ليس ذلك كلّه إلّا لكون العقد عقدهما و الحقّ لا يعدوهما، فلهما أن يتصرفا كيفما شاء ما لم يرد منه منع من الشارع المقدس.

و هذا بخلاف ما إذا كانت نتيجة العقد ترتبط بشخص ثالث بحيث يكون الحقّ يعدوهما إليه، فإنه لا يكون لهما ذلك، لعدم الولاية لهما على الثالث.

و حيث إنّ مقامنا من هذا القبيل، فإنّ عقد الضمان و إن كان قائماً بين الضامن و المضمون له، إلّا أنّ الحقّ فيه يعدوهما إلى المضمون عنه حيث تبرأ ذمّته عن الدّين فلا يصحّ اشتراط الخيار فيه، إذ لا موجب لاشتغال ذمّه المضمون عنه ثانياً و بعد الفراغ لمجرّد رضا أحد الطرفين أو هما معاً به، فإنه أمر يحتاج إلى الدليل و هو مفقود.

و الحاصل أنّ باب الضمان لا يقاس بباقي المعاملات التي ترجع نتائجها إلى المتعاملين نفسيهما، فإنّ اشتغال ذمّه

المضمون عنه ثانياً يحتاج إلى الدليل و هو مفقود.

(٢) وفيه: إنَّ أدلّه الشروط لا تفي بإثبات صحّه جعل الخيار في المقام، نظراً لما

[١] فيه إشكال بل منع، و كذا في ثبوت الخيار عند تخلف الشرط. و الوجه فيه أن انفساخ عقد ما إذا لم يمكن في نفسه و لو بالتقابل، فأدلّه الشروط لا تفي بصحة جعل الخيار فيه، و بذلك يظهر الحال في المسألة الآتية.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٤١٩

و الظاهر جواز اشتراط شىء لكلّ منهما (١) كما إذا قال الضامن: أنا ضامن بشرط أن تخط لي ثوباً، أو قال المضمون له: أقبل الضمان بشرط أن تعمل لي كذا. و مع التخلف يثبت للشارط خيار تخلف الشرط (٢).

[مسألة ٦: إذا تبين كون الضامن مملوكاً و ضمن من غير إذن مولاه أو بإذنه]

[٣٥٧٣] مسأله ٦: إذا تبين كون الضامن مملوكاً و ضمن من غير إذن مولاه أو بإذنه، و قلنا إنه يتبع بما ضمن بعد العتق، لا يبعد ثبوت الخيار للمضمون له (٣).

[مسألة ٧: يجوز ضمان الدّين الحالّ حالاً]

[٣٥٧٤] مسأله ٧: يجوز ضمان الدّين الحالّ حالاً (٤)

تقدّم مراراً من أنها ليست بمشرعه، و لا تفيد إلّا لزوم ما هو سائغ في نفسه و مع قطع النظر عن الاشتراط. و حيث إنّ جعل الخيار في المقام ليس من هذا القبيل، باعتبار أن اشتغال ذمّه المضمون عنه ثانياً يحتاج إلى الدليل و لا يتمّ باتفاق المتعاقدين عليه، فلا يمكن إثباته بالاشتراط و التمسك بعموم أدلّه الشروط.

(١) لعموم أدلّه الشروط بعد أن كان الشرط سائغاً في نفسه، بحيث كان للمشروط عليه فعلة ابتداءً و من غير اشتراط.

(٢) بل الظاهر أنّ هذا الاشتراط لا يوجب إلّا الحكم التكليفي المحض مع جواز إلزامه به، نظير الاشتراط في ضمن عقد النكاح.

و ذلك لما عرفته من أنّ ثبوت حقّ الفسخ في المقام، بمعنى اشتغال ذمّه الغير ثانياً و بعد فراغها و براءتها، أمر خارج عن صلاحية المتعاقدين، و يحتاج إلى الدليل الخاص و هو مفقود، و أدلّه الوفاء بالشرط لا تنهض لإثباته.

(٣) بل هو بعيد. و يظهر وجهه ممّا تقدّم في المسألة السابقة، إذ الالتزام باشتغال ذمّه الغير بالدّين ثانياً بعد فراغها منه جزماً على خلاف الأصل، و يحتاج إلى الدليل الخاص، و هو مفقود.

(٤) بلا إشكال فيه، و يقتضيه ما دلّ على كون الضمان نقل الدّين من ذمّه إلى أخرى.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٤٢٠

و مؤجلاً (١) و كذا ضمان المؤجل حالاً و مؤجلاً، بمثل ذلك الأجل أو أزيد أو أنقص (٢). و القول بعدم صحّحه الضمان

إلّا مؤجّلاً (٣) و أنه يعتبر فيه الأجل كالسلم ضعيف (٤) كالقول بعدم صحّه ضمان الدّين المؤجّل حالاً (٥) أو بأنقص. و دعوى

(١) اتفاقاً، حيث لم ينسب الخلاف فيه إلى أحد من أصحابنا، بل و قد حكى في كلماتهم الإجماع عليه.

(٢) لما ستعرفه من أنّ الضمان إنّما يتعلق بنفس الدّين، و أمّا الحلول و التأجيل و قصر المدّة و طولها فهي تثبت بالاشتراط.

(٣) قال الشيخ (قدس سره) في النهاية: و لا يصحّ ضمان مال و لا نفس إلّا بأجل «١» كما نسب ذلك في بعض الكلمات إلى غيره أيضاً.

(٤) لعدم الدليل عليه، بل لاقتضاء أدلّه الضمان خلافه، على ما تقدّم.

(٥) و استدللّ عليه باستلزامه زياده الفرع على أصله.

و فيه: إنّ الضمان و إن كان فرع الدّين، إلّا أنّ متعلقه هو نفس الدّين دون الأجل فإنه أمر خارج عنه و يثبت بالاشتراط في ضمنه. و بعبارة اخرى: إنّ الضمان متعلق بعين ما اشتغلت به الذمّه و من غير زياده أو نقيصه، فإنّ التقديم و التأخير أمران خارجان عنه كليّه.

على أنه لو صحّ ما ذكر، لزم منه صحّته في عكسه أيضاً و القول بالبطلان في ضمان الدّين الحال مؤجّلاً، نظراً لنقصان المؤجل عن الحال، في حين إنّ مقتضى أدلّه الضمان انتقال مثل ما في ذمّه المضمون عنه إلى ذمّه الضامن و من غير زياده أو نقيصه. و الحال أنّ هذا ممّا لا يمكن أن يلتزم به، و ليس ذلك إلّا لكون التقديم و التأخير خارجين عن حقيقته.

ثمّ إنّ ممّا ذكرنا يظهر بطلان ما ذكره فخر المحققين و استحسنة العلامة (قدس سره) في المختلف، من كونه ضمان ما لا يجب، نظراً لزياده ماليه الدّين الحال عن ماليه

(١) النهاية

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٤٢١

أنه من ضمان ما لم يجب، كما ترى (١).

[مسألة ٨: إذا ضمن الدَّين الحالَّ مؤجلاً بإذن المضمون عنه]

[٣٥٧٥] مسأله ٨: إذا ضمن الدَّين الحالَّ مؤجلاً بإذن المضمون عنه فالأجل للضمان لا للدَّين. فلو أسقط الضامن أجله و أدى الدَّين قبل الأجل، يجوز له الرجوع على المضمون عنه (٢) لأنَّ الذي عليه كان حالاً و لم يصر مؤجلاً بتأجيل

الدَّين المؤجَّل، و حيث إنَّ هذه الزيادة غير واجبه على المديون و لا ثابتة في ذمته، كان ضمانها من ضمان ما لم يجب «١». و وجه البطلان أنَّ الضمان إنما تعلق بنفس الدَّين من غير زياده فيه أو نقيصه و الحلول و التأجيل إنما يثبتان بالاشتراط في ضمنه. و منه يظهر جواز اختلاف الأجلين من حيث الزيادة و النقيصه.

إذن فالصحيح هو ما ذهب إليه الماتن (قدس سره)، وفقاً للمشهور، من جواز ضمان الدَّين المؤجَّل حالاً.

(١) لما تقدّم من الوجه في بطلانها.

(٢) لأداء دينه بإذنه، و الضمان و إن كان مؤجلاً إلّا أنَّ الأجل حقٌّ للضامن لا له إذ المفروض كون دينه حالاً و هو و إن سقط بالضمان إلّا أنَّ أمره و إذنه فيه أوجب الضمان، فيصح الرجوع عليه على تقدير الأداء متى ما حصل.

و الحاصل أنَّ الأجل إنما هو بالنسبة إلى الضمان، لا للدَّين فإنه حال، و لا ملازمه بينهما من هذه الجهة.

نعم، لو كان إذنه في الضمان مقيداً بكون الأداء في وقت كذا، حيث لا مانع من تقييده أو تعليقه، كان أداء الضامن له قبل ذلك الوقت تبرّعاً محضاً، فليس له الرجوع عليه بعد الأجل فضلاً عمّا قبله، إذ المقيد عدم بانعدام قيده. إلّا أنَّ هذا خارج عن محلّ الكلام.

(١) مختلف الشيعة ٥: ٤٨٧ مسأله ١٥٦.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص:

الضمان. و كذا إذا مات قبل انقضاء أجله و حلّ ما عليه و أخذ من تركته، يجوز لو ارثه الرجوع على المضمون عنه. و احتمال صيروره أصل الدّين مؤجلاً حتى بالنسبه إلى المضمون عنه، ضعيف (١).

[مسألة ٩: إذا كان الدّين مؤجلاً فضمنه الضامن كذلك]

[٣٥٧٦] مسأله ٩: إذا كان الدّين مؤجلاً فضمنه الضامن كذلك، فمات و حلّ ما عليه و أخذ من تركته، ليس لو ارثه الرجوع على المضمون عنه إلّا بعد حلول أجل أصل الدّين، لأنّ الحلول على الضامن بموته لا يستلزم الحلول (٢) على المضمون عنه. و كذا لو أسقط أجله و أدّى الدّين قبل الأجل، لا يجوز له الرجوع على المضمون عنه إلّا بعد انقضاء الأجل (٣).

[مسألة ١٠: إذا ضمن الدّين المؤجل حالاً بإذن المضمون عنه]

[٣٥٧٧] مسأله ١٠: إذا ضمن الدّين المؤجل حالاً بإذن المضمون عنه، فإن فهم من إذنه رضاه بالرجوع عليه يجوز للضامن ذلك، و إلّا فلا يجوز إلّا بعد انقضاء الأجل (٤). و الإذن في الضمان أعمّ من كونه حالاً.

(١) و هو مشكل جدّاً، إذ لا وجه لجواز أمره بذلك الأداء. فإنّ المفروض أنه إنما أمر الضامن بأداء دينه المؤجل في حينه، فما لم يكن الأداء كذلك سواء أ كان ذلك بفعل الضامن نفسه أم غيره، لم يكن للمؤدى الرجوع عليه. لأنهما في الواقع عقدان مستقلان، فلا وجه لإثبات الأجل المأخوذ في أحدهما في الآخر.

(٢) لما عرفته من اختلاف العقدين حقيقه، و عدم الملازمه بينهما في الأجل و الحلول.

(٣) إذ لا وجه لجواز رجوعه عليه بعد عدم تعلّق أمره بذلك الأداء بالمّرّه، فإنه إنما أمره بأداء دينه المؤجل في حينه، فما لم يكن الأداء كذلك لم يكن له الرجوع عليه.

و بعبارة اخرى: إنّ أصل الأداء و إن كان بأمر من المضمون عنه، إلّا أنّ خصوصيه التقديم لما لم تكن بأمره، لم يكن للضامن الرجوع عليه قبل الأجل، فالحلول زياده من الضامن لم يلتزم به المضمون عنه.

(٤) لكون الحلول حينئذ زياده من الضامن نفسه، فلا يلزم به المضمون عنه.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص:

[مسألة ١١: إذا ضمن الدَّين المؤجل بأقل من أجله و أدّاه]

[٣٥٧٨] مسأله ١١: إذا ضمن الدَّين المؤجل بأقل من أجله و أدّاه، ليس له الرجوع على المضمون عنه إلّا بعد انقضاء أجله (١). و إذا ضمنه بأزيد من أجله فأسقط الزائد و أدّاه، جاز له الرجوع عليه، على ما مرّ من أنّ أجل الضمان لا يوجب صيروره أصل الدَّين مؤجلاً. و كذا إذا مات بعد انقضاء أجل الدَّين قبل انقضاء الزائد فأخذ من تركته، فإنه يرجع على المضمون عنه (٢).

[مسألة ١٢: إذا ضمن بغير إذن المضمون عنه برئت ذمته]

[٣٥٧٩] مسأله ١٢: إذا ضمن بغير إذن المضمون عنه برئت ذمته، و لم يكن له الرجوع عليه و إن كان أدّاه بإذنه أو أمره (٣). إلّا أن يأذن له في الأداء عنه تبرّعاً منه في وفاء دينه، كأن يقول: أدّ ما ضمننت عني و ارجع به عليّ، على إشكال [١] (٤) في هذه الصورة أيضاً، من حيث إنّ مرجعه حينئذٍ إلى الوعد الذي

(١) لما تقدّم.

(٢) لما عرفته من كون الأجل للضمان دون الدَّين، فلا يجوز للمضمون عنه تأخير دفعه بعد أداء الضامن له عند حلول أجله، و إن بقي من أجل الضمان ما بقي.

(٣) لكونه أمراً له بما اشتغلت ذمته الضامن به، نظير أمر الغير بأداء الدَّين الثابت عليه المأمور في نفسه، فإنه لا يوجب الضمان قطعاً، لكونه أمراً بما هو واجب عليه في نفسه، و مع قطع النظر عن الأمر.

(٤) الظاهر أنه لا وجه للاستشكال في المقام. و ليس مرجع الأمر هذا إلى الوعد و إنما مرجعه إلى إنابه المضمون عنه الضامن في أداء الضمان عنه تبرّعاً و كأنه هو الذي باشر ذلك بنفسه، فإنه موجب للضمان و رجوع النائب على الأمر بلا خلاف.

و بعبارة اخرى: إنّ حال الضامن في المقام هو حال الأجنبي

الثالث الذى يؤمر بأداء ما على زيد من الديون نيابه عن الأمر، فإنه لا فرق بين الضامن وغيره من هذه الناحيه و هما على سواء فيها. فكما أن أمر الأجنبي بذلك يوجب الضمان و جواز رجوع المأمور بعد الأداء إلى الأمر، فكذا الحال فى الضامن أيضاً، لوحده الملاك و هو الأمر

[١] الظاهر أنه لا إشكال فيه، و ليس مرجعه إلى الوعد.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٤٢٤

لا- يلزم الوفاء به. و إذا ضمن بإذنه، فله الرجوع عليه بعد الأداء (١) و إن لم يكن بإذنه، لأنه بمجرد الإذن فى الضمان اشتغلت ذمته من غير توقّف على شىء. نعم، لو أذن له فى الضمان تبرّعاً فضمن، ليس له الرجوع عليه، لأن الإذن على هذا الوجه ك (لا إذن).

[مسألة ١٣: ليس للضامن الرجوع على المضمون عنه فى صورته الإذن]

[٣٥٨٠] مسألة ١٣: ليس للضامن الرجوع على المضمون عنه فى صورته الإذن إلّا بعد أداء مال الضمان (٢) على المشهور، بل الظاهر عدم الخلاف فيه. و إنما يرجع عليه بمقدار ما أدى، فليس له المطالبه قبله.

أمّا لأنّ ذمّه الضامن و إن اشتغلت حين الضمان بمجرد، إلّا أنّ ذمّه المضمون عنه لا تشتغل إلّا بعد الأداء و بمقداره. و أمّا لأنها تشتغل حين الضمان لكن بشرط الأداء، فالأداء على هذا كاشف عن الاشتغال من حينه. و أمّا لأنها و إن اشتغلت بمجرد الضمان، إلّا أنّ جواز المطالبه مشروط بالأداء. و ظاهرهم هو الوجه الأوّل [١].

و على أى حال لا- خلاف فى أصل الحكم، و إن كان مقتضى القاعده جواز المطالبه و اشتغال ذمته من حين الضمان (٣) فى قبال اشتغال ذمّه الضامن، سواء أدى أم لم يؤدّ. فالحكم المذكور على خلاف القاعده، ثبت بالإجماع،

بإتلاف مال محترم بالنيابه

عنه و كأنه هو المباشر له.

(١) بلا إشكال فيه و لا خلاف، و تدلّ عليه الروايات الكثيره الوارده فى المقام.

(٢) لما تقدّم.

(٣) بل مقتضى القاعده هو الأوّل، إذ لا بدّ فى اشتغال ذمّه الغير من سبب له، من عقد أو إتلاف أو تلف فى بعض الموارد، و إلّا فالضمان من غير سبب و موجب لا يمكن تصحيحه بوجه.

[١] و هو الذى تقتضيه القاعده.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٤٢٥

و خصوص الخبر: عن رجل ضمن ضمناً ثمّ صالح عليه، قال: «ليس له إلّا الذى صالح عليه» (١) بدعوى الاستفاده منه أن ليس للضامن إلّا ما خسر.

و يتفرّع على ما ذكره: أنّ المضمون له لو أبرأ ذمّه الضامن عن تمام الدّين

و من هنا فحيث إنّ الأمر بالضمان و إقدام الضامن عليه، لا يعنى إلّا براءه ذمّه المدين من الدّين و اشتغال ذمّه الضامن به، فلا وجه للقول باقتضائه بنفسه للضمان و اشتغال ذمّه المضمون عنه تجاه الضامن، إذ لا ملازمه بينهما بالمرّه.

و دعوى استلزام ذلك لتضرر الضامن، فيشملة حديث «لا ضرر».

واضح الفساد، لما عرفت من قصور هذا الدليل عن شمول موارد الإقدام على الضرر، كما نحن فيه.

بل الضمان إنما يثبت فى موارد أداء الضامن للدّين بالسيره العقلانيه القطعيه، فإنّ مقتضاها حتى مع الإغماض عن النصوص لزوم جبران الأمر للخساره و النقص الواردين على مال الضامن المستندين إلى أمره، فإنّ هذه الناحيه هى العمده فى الدليل على اشتغال ذمّه المضمون عنه للضامن فى المقام.

هذا مضافاً إلى كون هذا المطلب هو المستفاد من النصوص الوارده فى المقام، على ما ستعرف بيانه.

□

(١) و هو موثّق عمر بن يزيد، قال: سألتُ أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل ضمن عن رجل

ضماناً ثم صالح عليه، قال: «ليس له إلا الذي صالح عليه» (١).

و نحوه موثقه ابن بكير (٢).

حيث إنَّ الاستفادة من قوله (عليه السلام): «ليس له إلا الذي صالح عليه» كون المصالحة و أدائه للأقل هي السبب في الضمان و اشتغال ذمّه المضمون عنه له، و هو ما يعنى براءة ذمته قبل المصالحة و الأداء كما هو واضح، و إلا لكان الحكم إسقاطاً لما ثبت في ذمّه الغير، و هو ما ياباه ظاهر النص.

(١) الوسائل، ج ١٨ كتاب الضمان، ب ٦ ح ١.

(٢) الوسائل، ج ١٨ كتاب الضمان، ب ٦ ح ٢.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٤٢٦

ليس له الرجوع على المضمون عنه أصلاً (١). و إن أبرأه من البعض، ليس له الرجوع بمقداره. و كذا لو صالح معه بالأقل، كما هو مورد الخبر. و كذا لو ضمن عن الضامن ضامن تبرعاً فأدى، فإنه حيث لم يخسر بشىء لم يرجع على المضمون عنه و إن كان ياذنه (٢). و كذا لو وفاه عنه غيره تبرعاً.

[مسألة ١٤: لو حسب المضمون له على الضامن ما عليه خمساً أو زكاه أو صدقه]

[٣٥٨٢] مسألة ١٤: لو حسب المضمون له على الضامن ما عليه خمساً أو زكاه أو صدقه، فالظاهر أن له الرجوع على المضمون عنه (٣) و لا يكون في حكم الإبراء. و كذا لو أخذه منه ثم رده عليه هبه (٤). و أما لو وهبه ما في ذمته، فهل هو كالإبراء أو لا؟ وجهان [١] (٥). و لو مات المضمون له فورثه الضامن، لم يسقط

(١) حيث لم يخسر الضامن نتيجة لضمانه شيئاً، فلا يكون له الرجوع عليه.

(٢) لما عرفته من أن العبره إنما هي بأدائه و خسارته، لا بأصل الضمان.

(٣) إذ المستحق يملك ما في ذمته أولاً بالاحتساب ثم يسقط الدين، بحيث

يكون السقوط متفرعاً على الملكيه، و بذلك فيكون التلف من ماله و الخساره عليه، لأنه الذى أذاه بماله الذى ملكه خمساً أو زكاه أو صدقه، فيصح له الرجوع عليه.

(٤) بلا إشكال فيه، إذ الضامن قد خسر الدين بأدائه للمضمون له، فيكون له الرجوع على المضمون عنه على طبق القاعده. و ملكيته للمال ثانياً ملكيه جديده و فائده أجنبيه عن الخساره السابقه، فلا وجه لمنعها من الرجوع عليه.

(٥) أقواهما الثانى، إذ لا مانع من ملكيه الإنسان لما فى ذمته هبه، كما لا مانع من ملكيته لما فيها بالإجاره أو الإرث.

و القبض المعتبر فى الهبه متحقق أيضاً، لكونه مسلطاً على ذلك المال، باعتبار أنه فى ذمته لا فى ذمه الغير.

و من هنا فيعتبر هذا فى الحقيقه تملكاً له لا إبراءً لذمته، و عليه فيصح له الرجوع

[١] لا يبعد أن يكون ثانيهما أقرب.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٤٢٧

جواز الرجوع به على المضمون عنه (١).

[مسأله ١٥: لو باعه أو صالحه المضمون له بما يساوى أقل من الدين]

[٣٥٨٢] مسأله ١٥: لو باعه أو صالحه المضمون له بما يساوى أقل من الدين، أو وفاه الضامن بما يساوى أقل منه، فقد صرح بعضهم بأنه لا يرجع على المضمون عنه إلا بمقدار ما يساوى. و هو مشكل بعد كون الحكم على خلاف القاعده [١] (٢) و كون القدر المسلم غير هذه الصور و ظاهر خبر الصلح الرضا من

على المضمون عنه، لأن الخساره قد وقعت فى ماله، و السقوط كان بعد تملكه لذلك المال.

نعم، لو بنينا على عدم صحه الهبه فى الذمه، و أنّ الإنسان لا يملك ما فى ذمه نفسه تعين الحكم بعدم جواز رجوعه عليه، لانحصار القضيه حينئذ فى الإبراء المحض.

(١) لكونها خساره وارده عليه بسبب الضمان، لأن انتقال ما فى

ذمته إليه بمنزله الأداء، فيرجع به عليه.

بل وكذا لو كانت ملكيته له بعقد، كما لو استأجره المضمون له على عمل بما في ذمته من المال، أو كان الضامن امرأه فتزوجها المضمون له جاعلاً ما في ذمته صداقاً لها. فإنّ له الرجوع عليه جزماً، لثبوت ملكية الضامن لذلك المال الثابت في ذمته في مرحله سابقه على سقوط الدين و حصول البراءة، فإنه يملكه أولاً بالعقد ثم يسقط عنه الدين قهراً. و بهذا يصدق عليه أنه خسر ذلك المال، لخسارته لمقداره في قبال عمله الذي أداه، أو صداقها في النكاح.

و الحاصل أنه يصحّ للضامن الرجوع على المضمون عنه، كلما صحّت نسبة الخسران الناشئ من الضمان إليه، بحيث يكون وارداً على ماله و مأخوذاً منه، بلا فرق في ذلك بين الصور جمعاء.

(٢) وفيه: ما عرفته في محله من كون الحكم على القاعده، حيث لا- موجب لإثبات الضمان قبل الأداء، فإنّ الأمر إنما يوجبه بشرط الوفاء خارجاً، باعتبار أنّ خساره

[١] الظاهر أنه لا إشكال فيه، و الحكم على طبق القاعده، و خير الصلح مطلق.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٤٢٨

الدين بأقلّ منه (١) لا ما إذا صالحه بما يساوي أقلّ منه. و أمّا لو باعه أو صالحه أو وفّاه الضامن بما يساوي أزيد، فلا إشكال في عدم جواز الرجوع بالزياده (٢).

[مسألة ١٦: إذا دفع المضمون عنه إلى الضامن مقدار ما ضمن قبل أدائه]

[٣٥٨٣] مسألة ١٦: إذا دفع المضمون عنه إلى الضامن مقدار ما ضمن قبل أدائه، فإن كان ذلك بعنوان الأمانة ليحتسب بعد الأداء عما عليه، فلا إشكال و يكون في يده أمانه، لا يضمن لو تلف إلّا بالتعدى أو التفريط (٣).

و إن كان بعنوان وفاء ما عليه، فإن قلنا باشتغال ذمته حين الضمان و إن لم

يجب عليه دفعه إلّا بعد أداء الضامن، أو قلنا باشتغاله حينه بشرط الأداء بعد ذلك على وجه الكشف، فهو صحيح و يحتسب وفاءً، لكن بشرط حصول الأداء من الضامن على التقدير الثاني.

تكون عليه حينئذ بالسيره القطعيه.

(١) وفيه: أنه لا- وجه له. فإنّ النصّ مطلق، و مقتضى قوله «صالح عليه» عدم الفرق بين كون ما صالح به من جنس الدّين كى يستلزم الإسقاط و الرضا من الدّين بأقلّ منه، و بين كونه من غير جنسه فيكون وفاءً له.

نعم، النصّ مختصّ بالصلح و لا- يعتمّ البيع، إلّا أنه لا- ينبغى الشكّ فى عدم الخصوصيه له، و كون العبره بما يخسره الضامن للمضمون له نتيجة للضمان.

إذن فالصحيح ما ذهب إليه المشهور، من كون رجوع الضامن على المضمون عنه فى المقام بمقدار ما يسوى، لا مقدار الدّين.

(٢) لأنّ أمر المضمون عنه بالضمان، لا يوجب إلّا ضمانه عند أداء المأمور له بمقدار ما أمر به. و أمّا الزائد عنه فلما لم يكن عن أمره، كان الضامن متبرعاً به، و معه فلا يصحّ له الرجوع عليه.

(٣) على ما تقتضيه قواعد الأمانه.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٤٢٩

و إن قلنا أنه لا تشتغل ذمّته إلّا بالأداء و حينه، كما هو ظاهر المشهور (١) فيشكل صحّته وفاءً، لأنّ المفروض عدم اشتغال ذمّته بعد، فيكون فى يده كالمقبوض بالعقد الفاسد (٢). و بعد الأداء ليس له الاحتساب إلّا بإذن جديد، أو العلم ببقاء الرضا به (٣).

(١) و تقتضيه القواعد، على ما عرفت.

(٢) كما هو الحال فيما لو دفع إلى غيره مألّاً بتوهم كونه مديناً له، فإنه لا يعدّ وفاءً لعدم مصادفته لاشتغال الذمّه، بل يبقى المال على ملك مالكة الأول الدافع و يكون

فى يد الثانى من قبيل المقبوض بالعقد الفاسد، فىكون تصرفه فىه موجباً للضمان، نظراً لكونه تصرفاً فى مال الغير بغير حق، كما هو الحال فى سائر موارد المقبوض بالعقد الفاسد.

(٣) ظاهر تقييده (قدس سره) للحكم بالعلم ببقاء الرضا به، عدم كفايه الاستصحاب فى مورد الشك. و هو الصحيح، إذ لا مجرى للاستصحاب فى المقام، لتبدل الموضوع. فإن ما كان متيقناً فى السابق، الإذن فى احتسابه فى ذلك الوقت، لا أثر له بالفعل لفوات ظرفه. و ما له أثر بالفعل، الإذن فى الاحتساب بعد الأداء، لم يكن ثابتاً فى زمان كى يستصحب إلى حاله الشك.

فهو نظير إذن زيد لعمر و فى سكنى دار لم يكن يملكه حين الإجازة ثم ملكه، فإنه لا مجال للقول بكفايته لسكناه بالفعل لاستصحاب بقائه. فإن ما كان ثابتاً فى السابق لا أثر له بالمره لكونه فى غير محله، و ما ينفع بالفعل لم يكن ثابتاً فى زمان كى يستصحب بقاؤه.

و بعبارة اخرى: إن الأعراض و الأفعال تختلف عن الجوهر فى تعددها و تغايرها بحسب الأزمنة. فالقيام فى هذا اليوم و القيام فى اليوم السابق فردان من القيام مختلفان بخلاف وجود زيد فى هذا اليوم و وجوده فى اليوم السابق، فإنهما ليسا بوجودين مختلفين، و إنما هما وجود واحد لشخص واحد.

و من هنا فلا مجال لإجراء الاستصحاب فى الأول، و إثبات الفعل الثابت فى الزمان

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٤٣٠

[مسألة ١٧: لو قال الضامن للمضمون عنه: ادفع عنى إلى المضمون له ما على من مال الضمان]

[٣٥٨٤] مسأله ١٧: لو قال الضامن للمضمون عنه: ادفع عنى إلى المضمون له ما على من مال الضمان، فدفعت برئت ذمتها معاً. أما الضامن فلأنه قد أدى دينه، و أما المضمون عنه فلأن المفروض أن الضامن لم يخسر. كذا قد يقال.

الأوجه أن يقال: إنَّ الضامن حيث أمر المضمون عنه بأداء دينه، فقد اشتغلت ذمته بالأداء (١). و المفروض أن ذمه المضمون عنه أيضاً مشغوله له، حيث إنه أذن له في الضمان. فالأداء المفروض موجب لاشتغال ذمه الضامن من حيث كونه بأمره، ولاشتغال ذمه المضمون عنه حيث إنَّ الضمان بإذنه، وقد وقي الضامن (٢). فيتهاثران، أو يتقاصان [١] (٣). وإشكال صاحب الجواهر في اشتغال

السابق يقيناً في الزمان المشكوك. بخلاف الثاني، حيث لا مانع من التمسك بالاستصحاب، لإثباته في الزمان المشكوك.

و حيث إنَّ الاحتساب من الأفعال، يكون متعدداً بحسب الزمان لا محاله فالاحتساب في هذا الزمان غير الاحتساب في الزمان السابق و مغاير له، فلا يمكن إحرازه في الزمان المشكوك بالاستصحاب.

(١) لأنَّ الأمر بالدفع لا على وجه المجانية موجب للضمان بالسيرة العقلائية القطعية، على ما عرفته غير مرّه مفصلاً.

(٢) بدفع المضمون له للدين بأمره، فإنه يجعل الأداء مستنداً إليه و كأنه هو الذي باشره بنفسه.

(٣) التعبير بالتقاص من سهو القلم أو غلط النساخ جزماً. إذ لا موضوع له في المقام بالمره، لاختصاصه بمورد ظلم من عليه الحق، و هو غير متصوّر في المقام لحصول التهاثر القهري بين الدينين و فراغ الذمّتين معاً بالنتيجة.

و حملة عليه، بأن يقال أنّ المراد به هو التهاثر القهري و قد جىء به تأكيداً، إنما يتمّ فيما إذا كان العطف بالواو كما هو الحال في عبارته المسالك «١» فلا يمكن القول به فيما نحن

[١] لا موقع للمقاصه في المقام، و براءة الذمّتين إنما هي من جهة التهاثر.

(١) مسالك الافهام ٤: ٢٢٤.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٤٣١

ذمه الضامن بالقول المزبور (١) في غير محلّه (٢).

فيه، حيث كان العطف ب

و كيف كان، فما أفاده (قدس سره) إنما يتم في فرض تماثل الدينين من جميع الجهات، بأن يكونا معاً حالين أو مؤجلين إلى أجل متحد. فلو فرض اختلافهما من بعض النواحي، بأن كان أحدهما حالاً و الآخر مؤجلاً، أو كانا مؤجلين و اختلف أجلهما، لم يكن للتهاتر موضوع أصلاً. كما هو الحال في غير الضمان أيضاً، فإن المتلف لمال مدينه بالدين المؤجل يخسر بدل التالف حالاً، و ينتظر بدينه إلى أجله، كما هو أوضح من أن يخفى.

و عليه ففيما نحن فيه، إنما يصح القول بالتهاتر في صورته تماثل الدينين خاصه. فلو اختلفا و لو من حيث الحلول و التأجيل أو مقدار الأجل، بأن كان الدين مؤجلاً فضمنه الضامن كذلك ثم أسقط الأجل و أمر المضمون عنه بالأداء حالاً، فلا مجال للتهاتر، بل يرجع المضمون عنه على الضامن بما أذاه بأمره، في حين ينتظر الضامن في الرجوع عليه حلول الأجل، كما هو الحال فيما لو باشر الضامن الأداء بنفسه، على ما تقدم في المسألة العاشره.

(١) قال في الجواهر ردّاً على التزام المسالك بالتهاتر القهري، ما هذا لفظه:

و فيه: إنّ أداء دين الضامن المأذون بمال المضمون عنه بإذن الضامن، لا يقتضى اشتغال ذمه الضامن بمثله، إذ ليس هو قد صار بذلك قرضاً عليه مع عدم قصده و عدم توقف وفاء الدين على كونه مملوكاً للمديون، كما أنه لا يستحق رجوعاً على المضمون عنه، لعدم حصول الأداء منه، فلا تقاص حينئذ، لعدم ثبوت المالين في ذمه كل منهما، فتأمل «١».

(٢) لعدم توقّف ذلك على عنوان القرض كى يرد عليه أنه غير مقصود، فإنّ الأمر

(١) الجواهر ٢٦: ١٣١.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٤٣٢

[مسألة ١٨: إذا دفع المضمون عنه إلى المضمون له من غير إذن الضامن برئاً معاً]

[٣٥٨٥] مسألة ١٨: إذا

دفع المضمون عنه إلى المضمون له من غير إذن الضامن برئاً معاً (١) كما لو دفعه أجنبي عنه.

[مسألة ١٩: إذا ضمن تبرّعاً، فضمن عنه ضامن بإذنه و أدى]

[٣٥٨٦] مسألة ١٩: إذا ضمن تبرّعاً، فضمن عنه ضامن بإذنه و أدى، ليس له الرجوع على المضمون عنه (٢) بل على الضامن (٣). بل و كذا لو ضمن بالإذن فضمن عنه ضامن بإذنه (٤) فإنه بالأداء يرجع على الضامن، و يرجع هو على المضمون عنه الأوّل (٥).

[مسألة ٢٠: يجوز أن يضمن الدّين بأقلّ منه برضا المضمون له]

[٣٥٨٧] مسألة ٢٠: يجوز أن يضمن الدّين بأقلّ منه برضا المضمون له (٦). و كذا يجوز أن يضمّنه بأكثر منه [١] (٧).

بالإتلاف لا على نحو المجانية موجب لضمان الأمر بالسيره العقلانيه القطعيه، فيثبت اشتغال ذمّه كلّ منهما تجاه الآخر، فيحصل التهاتر قهراً.

(١) أما الضامن، فلأداء الدّين من قبل غيره. و أمّا المضمون عنه فبراءه ذمّته إنّما هي بمعنى عدم رجوع الضامن عليه بالمال، و إلّا فذمّته بريئه بنفس الضمان، على ما عرفته في أوّل الكتاب.

(٢) الأوّل، حيث لم يكن ضمانه عن أمره و إذنه.

(٣) لكونه ضمانه بإذنه، فيرجع عليه بعد الأداء، لاقتضاء الأمر لذلك.

(٤) حيث لم يكن ضمان هذا الضامن الثاني بإذنه، و إن كان ضمان الأوّل بإذنه، فلا يكون له حقّ الرجوع عليه.

(٥) على ما تقتضيه قاعده الضمان بالإذن، فإنّ كلا منهما يرجع على خصوص الذي أمره بذلك.

(٦) بلا- إشكال فيه. و مرجعه إلى إسقاط المضمون له للزائد، و كأنه قد رضى ببراءه ذمّه المدين عن ذلك المال، في قبال اشتغال ذمّه الضامن بالأقلّ.

(٧) للمناقشه في صحّته مجال واسع، بل الظاهر عدم صحّته. فإنّ الضمان على

[١] فيه إشكال بل منع.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٤٣٣

و في الصورة الاولى لا يرجع على المضمون عنه مع إذنه في الضمان إلّا بذلك الأقلّ (١). كما أنّ في الثانيه لا يرجع عليه إلّا

بمقدار الدين (٢) إلّا إذا

ما تقدّم في أوّل الكتاب ليس إلّا نقل الدّين من ذمّه إلى ذمّه أُخرى، و هو لا يقتضى إلّا اشتغال ذمّه الضامن بما اشتغلت به ذمّه المضمون عنه، فيبقى الاشتغال بالزائد بلا موجب يقتضيه، فلا يصحّ بعنوان الضمان.

و دعوى رجوعه إلى اشتراط الزيادة للمضمون عنه، بأن يكون قبوله للضمان مشروطاً بتحمّله للزيادة.

مدفوعه بأنّ ثبوتها إن كان على نحو شرط النتيجة، ففيه: إنه بلا موجب، حيث إنّ اشتراط الاشتغال بلا سبب من بيع أو نحوه، لا يوجب الاشتغال بما اشترط.

و إن كان على نحو شرط الفعل، بأن يلزمه دفع مقدار زائد على الدّين في مقام الأداء، ففيه: إنه إن صحّ فلا يوجب اشتغال ذمّته بأكثر من الدّين، فإنّ اشتراط الفعل لا- يوجب إلّا الحكم التكليفي و لزوم الوفاء به، و من الواضح أنه أجنبي عن اشتغال ذمّته بالمشروط بالفعل.

على أنه غير صحيح في نفسه، باعتبار أنّ مرجعه إلى اشتراط الزيادة في الدّين و هو ربا محرم. إذ لا فرق في اشتراط الزيادة بين كونه بإزاء بقاء الدّين في ذمّه المدين و بين كونه بإزاء نقله إلى ذمّه أُخرى، فإنّ الكل ربا محرم.

إذن فالصحيح عدم صحّحه هذا الضمان بقول مطلق، سواء أ كانت الزيادة مأخوذة على نحو الاشتراط، أم على نحو اقتضاء الضمان بنفسه لها.

(١) إذ الزائد عنه قد سقط بإسقاط المضمون له، و لم يخسره الضامن، فلا وجه لرجوعه به عليه.

(٢) لخروجه عن مورد إذنه.

(٣) لاقتضاء الأمر ذلك بالسيره العقلانيه القطعيه، على ما تقدّم بيانه غير مرّه.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٤٣٤

[مسألة ٢١: يجوز الضمان بغير جنس الدّين]

[٣٥٨٨] مسألة ٢١: يجوز الضمان بغير جنس الدّين [١] (١). كما يجوز الوفاء بغير الجنس (٢). و

ليس له أن يرجع على المضمون عنه إلا بالجنس الذي عليه (٣) إلا برضاه.

[مسألة ٢٢: يجوز الضمان بشرط الرهانه]

[٣٥٨٩] مسأله ٢٢: يجوز الضمان بشرط الرهانه [١] فيرهن بعد الضمان (٤).

(١) على إشكال تقدّم في الضمان بالزيادة، إذ لا موجب لاشتغال ذمّه الضامن بغير ما اشتغلت ذمّه المضمون عنه.

و الحاصل أنه لا فرق في الزيادة الممنوعه في الضمان، بين كونها في مقدار المال أو خصوصيه من خصوصياته. فإنّ إثبات كلّ منهما في ذمّه الضامن، من إثبات أمر زائد عما اشتغلت به ذمّه المضمون عنه. و من هنا فلا تشمله أدلّه الضمان و لا يكون بعنوانه و حيث لا طريق غيره لإثباته، فلا محيص عن الالتزام ببطلانه.

(٢) بلا إشكال فيه، على ما تقتضيه الأدلّه و القواعد.

(٣) و الظاهر أنّ الوفاء من غير جنس الدّين إن كان بأمر المضمون عنه، كان للضامن الرجوع عليه بما أدّاه، لاقتضاء الأمر لذلك بالسيره العقلائيّه، كما عرفت.

و إن لم يكن بأمره، فليس له الرجوع عليه بغير جنس الدّين. فإنّ الخصوصيه هذه الجنس إنما كانت عن تبرّع الضامن محضاً، و لم تكن متعلقه لأمر المضمون عنه في وقت، فإنه لم يأمر إلا بأداء أصل الدّين.

نعم، لو كان ثمن ما أدّاه من الجنس بدلاً عن الدّين أقلّ منه، لم يكن له الرجوع إلا بمقدار ما صالحه عليه و أدّاه، و ليس له أخذ التفاوت، فإنه لم يخسره كي يكون له الرجوع به عليه.

(٤) ظاهر كلامه (قدس سره) فرض صحّه ذلك أمراً مفروغاً عنه، لكنه لا يخلو عن إشكال بل منع.

[١] فيه إشكال بل منع.

[١] هذا إنما يتمّ فيما إذا كان الشرط بنحو شرط النتيجة، و أما إذا كان الشرط بنحو شرط الفعل فلا يصحّ، لأنّ مرجعه إلى جعل

الخيار فيه وقد تقدّم أنّ الخيار لا يدخل في عقد الضمان.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٤٣٥

بل الظاهر جواز اشتراط كون الملك الفلاني رهناً بنحو شرط النتيجة في ضمن عقد الضمان (١).

فإنّ مرجعه إن كان إلى تعليق الضمان بالشرط المتأخر الرهان فهو باطل جزماً، إذ التعليق مبطل لجميع العقود إلّا ما خرج بالدليل، كالوصيه والتدبير.

وإن كان مرجعه إلى تعليق التزامه بالضمان على ذلك الفعل بحيث يكون التزامه به منوطاً و مشروطاً بتحقيق الفعل خارجاً، و الذي يرجع إلى جعل الخيار لنفسه على تقدير التخلف، كما هو الغالب و المتعارف في موارد أخذ الأفعال شرطاً في العقود، فهو باطل أيضاً، لما تقدّم في المسألة الخامسة من هذا الكتاب من عدم قابلية عقد الضمان لجعل الخيار فيه، نظراً إلى تجاوز الحقّ فيه لطرفيه.

فإنّ الأمر لا يتعلق بالضامن و المضمون له خاصّه كي يقررا ما شاء، و إنما هو متعلق بالمضمون عنه أيضاً حيث يستلزم الضمان براءه ذمّته، فإنّ اشتغالها ثانياً لمجرد رضا أحد الطرفين أو هما معاً به، أمر يحتاج إلى الدليل و هو مفقود.

نعم، لو رجع هذا الاشتراط إلى مجرد الحكم التكليفي المحض و وجوب الوفاء على المشروط عليه و جواز إلزامه به كما هو الحال في الاشتراط في ضمن عقد النكاح بحيث يكون رضا المشروط له بالعقد معلقاً على التزام المشروط عليه بالشرط و لكن من غير ثبوت خيار له على تقدير التخلف، فلا بأس به.

و لا يرد عليه أنه من تعليق أصل العقد، فإنه لا يقتضى البطلان، ما دام أنّ التعليق إنّما هو على أمر حاصل بالفعل الالتزام.

إلّا أنه خلاف المتعارف و الشائع في العقود جدّاً، فلا يمكن حمل الاشتراط عليه

إلّا بالإحراز، و لو من جهه نصب القرينه عليه أو التصريح به.

(١) بلا إشكال فى صحته. لما عرفته مراراً من أنه كل ما كان للمكلف إنشاءه مستقلاً و إيجاده بالفعل من غير اعتبار سبب خاص فيه، كان له إنشاءه بالشرط فى ضمن عقد آخر، إذ لا يعتبر فى الإنشاء إلّا الاعتبار النفسانى المقرون بالمبرز خارجاً كيفما كان، و من غير تقييد بكونه إنشاءً مستقلاً أو شرطاً فى ضمن عقد من العقود.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٤٣٦

[مسأله ٢٣: إذا كان على الدين الذى على المضمون عنه رهن]

[٣٥٩٠] مسأله ٢٣: إذا كان على الدين الذى على المضمون عنه رهن، فهل ينفك بالضمان أو لا؟ يظهر من المسالك و الجواهر انفكاكه [١] (١) لأنه بمنزله الوفاء. لكنه لا يخلو عن إشكال. هذا مع الإطلاق، و أمّا مع اشتراط البقاء

و هو متحقق فى المقام. فإنه لا يعتبر فى عقد الرهن إنشاءه بالصيغه و اللفظ فضلاً عن اعتبار صيغه خاصه فيه، بل يكفى فى تحققه مجرد اعتباره فى النفس مع إبرازه بمبرز ما، و لو كان هو الشرط فى ضمن العقد.

نعم، هذا لا- يجرى فى العقود التى يعتبر فى إنشائها لفظ مخصوص، كالنكاح و الطلاق و نحوهما، فلا يصح إنشاءها باشتراطها فى ضمن عقد آخر على نحو شرط النتيجة.

ثم إنّ كلام الماتن (قدس سره) و إن كان مختصاً باشتراط المضمون له الرهانه على الضامن، بحيث لم يكن يقبل بضمانه إلّا بها، كما يظهر ذلك من قوله (قدس سره): فيرهن بعد الضمان، إلّا أنّ الظاهر عدم اختصاص الحكم به، و جريان الكلام بعينه فى اشتراط الضامن الرهانه على المضمون عنه، بحيث لا- يقبل بضمان دينه إلّا بعدها فيجرى فيه ما تقدّم فى الفرض الأوّل من التفصيل بين شرط الفعل

و شرط النتيجة.

(١) و هو الصحيح، لتعدد الدَّين في المقام. فإنَّ ما في ذمَّة الضامن من الدَّين، ليس هو ما كان في ذمَّة المضمون عنه قبل الضمان، بل هما فردان متغايران، غايه الأمر أنَّ أحدهما يقوم مقام الآخر، بمعنى سقوط دين المضمون عنه و انعدامه بإزاء حدوث الدَّين الجديد في ذمَّة الضامن.

و التعبير بانتقال الدَّين من ذمَّة المضمون عنه إلى ذمَّة الضامن تعبير مسامحى جزماً، فإنَّ الموجود في ذمَّته بالفعل ليس هو الدَّين الأوَّل و الذي كان ثابتاً في ذمَّة المضمون عنه بحيث يكون قد انتقل من مكان إلى آخر، و إنما هو فرد جديد وجد بعد انعدام الأوَّل و سقوطه.

[١] و هو الصحيح.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٤٣٧

أو عدمه فهو المتبع (١).

[مسألة ٢٤: يجوز اشتراط الضمان في مال معين على وجه التقييد]

[٣٥٩١] مسأله ٢٤: يجوز اشتراط الضمان في مال معين على وجه التقييد [١] (٢)

و حيث إنَّ الرهن إنما كان بإزاء الأوَّل و المفروض ارتفاعه و سقوطه، فلا محيص عن القول بانفكاكه و ارتفاعه أيضاً، لانتفاء موضوعه.

و لعلَّ إلى هذا يشير صاحب الجواهر (قدس سره) بقوله: لأن الضمان أداء «١» فإنه أداء بلحاظ انتفاء الدَّين الأوَّل و ارتفاعه، فلاحظ.

(١) لعموم أدلَّة الوفاء بالشرط.

(٢) لم يظهر معنى متحصّل للتقييد في المقام.

لأنه إن رجع إلى نفس الضمان و اشتغال الذمَّة بهذا المال بخصوصه و دون غيره بحيث يجعل الضامن اشتغال ذمَّته مشروطاً و منوطاً بهذا المال، ففيه: إنه لا معنى لتقييد ما في الذمَّة بالأمر الخارجي، فإنهما أمران متغايران لا يصلح كلّ منهما مقيداً للآخر.

و إن رجع إلى تعليق الضمان بالأداء من هذا المال المعين، أو بجعل المضمون له قبوله للضمان معلّقاً على ذلك، فهو و إن كان

ممكناً في حد ذاته و معقولاً

فى نفسه، إلاً أنه باطل جزماً لرجوعه إلى تعليق الضمان، و هو مبطل إجماعاً.

و بعبارة اخرى: إن تقييد شىء بشىء، إنما يصح فيما كان من قبيل تقييد الكليات بالأفراد أو الحالات، فلا يصح فى الأمور الأجنبية المتباينة، فإنه لا معنى للتقييد فيها إلاً التعليق فى الإيجاب أو القبول، و هو مبطل فى حد نفسه.

و إن رجع إلى تقييد ما ينتقل إلى ذمته المضمون بحيث يجعله مقيداً بذلك الشىء، فهو كسابقه، فإن ما فى الذمّة أجنبى عن الأداء الذى هو فعل خارجى، فلا يمكن تقييده به.

[١] لا- يظهر معنى متحصل للتقييد فى المقام، فينحصر الأمر فى الاشتراط و لا يترتب عليه إلاً وجوب الوفاء بالشرط، لما مر من الإشكال فى ثبوت الخيار بتخلفه.

(١) الجواهر ٢٦: ١٣٢.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٤٣٨

أو على نحو الشرائط فى العقود من كونه من باب الالتزام فى الالتزام (١). و حينئذٍ يجب على الضامن الوفاء من ذلك المال (٢) بمعنى صرفه فيه.

و على الأول، إذا تلف ذلك المال يبطل الضمان (٣) و يرجع المضمون له على المضمون عنه. كما أنه إذا نقص يبقى الناقص فى عهده.

و على الثانى، لا يبطل بل يوجب الخيار (٤) لمن له الشرط، من الضامن أو

و الحاصل أن التقييد لما كان فى قبيل الإطلاق، باعتبار أنه عبارة عن جعل المطلوب حصه خاصه منه، فلا يصح إلاً فى مورد يصح فيه الإطلاق. و حيث إن إطلاق ما فى الذمّة بالقياس إلى الفعل الخارجى غير متصور، لكونه أجنبياً عنه، فلا يمكن تقييده به.

(١) بأن يكون التزامه بالأداء من المال المعين، فى ضمن التزامه بالضمان المطلق.

(٢) لعموم أدله وجوب الوفاء بالشرط.

(٣) بل قد عرفت بطلانه حتى مع بقاء المال،

لعدم رجوع التقييد في مثل المقام إلى معنى محصل.

(٤) إلما أنه على خلاف المرتكزات العرفية في مثل هذه الموارد. فإنها إنما تساعد على رجوع الشرط هذا إلى التزام الطرف المقابل به، و جواز إلزامه على تقدير تخلفه عنه كما هو الحال في الشرط في عقد النكاح من غير أن يرجع إلى جعل الخيار في شيء.

على أن جعل الخيار غير متصور في الضمان، لما عرفته من عدم قابليته له، نظراً لتجاوز الحق فيه لطرفيه.

إذن فالصحيح أن تلف المال المعين على تقدير الاشتراط، كما لا يوجب بطلان العقد، لا يوجب ثبوت الخيار لمن الشرط له. و إنما غايه ما هناك وجوب الوفاء عليه بالشرط، و أداء الضمان من ذاك المال المعين ما دام موجوداً، فإذا تلف أداءه من غيره لتعذر الأداء من المعين.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٤٣٩

المضمون له أو هما. و مع النقصان يجب على الضامن الإتمام (١) مع عدم الفسخ.

و أما جعل الضمان في مال معين من غير اشتغال ذمه الضامن، بأن يكون الدين في عهده ذلك المال، فلا يصح (٢).

[مسألة ٢٥: إذا أذن المولى لمملوكه في الضمان في كسبه]

[٣٥٩٢] مسأله ٢٥: إذا أذن المولى لمملوكه في الضمان في كسبه، فإن قلنا إن الضامن هو المولى، للانفهام العرفي (٣) أو لقرائن خارجيه، يكون من اشتراط الضمان في مال معين، و هو الكسب الذي للمولى. و حينئذٍ فإذا مات العبد، تبقى ذمه المولى مشغوله إن كان على نحو الشرط في ضمن العقود (٤) و يبطل إن كان على وجه التقييد [١] (٥).

(١) لأنه ضامن لجميع الدين على نحو الإطلاق، غايه الأمر أنه كان متعهداً بأدائه من المال المعين، فإذا تلف بعضه رجع فيه بخصوصه إلى غيره، لتعذر أداء ذلك المقدار من المال المعين.

(٢)

لاستلزامه انتفاء حق المضمون له بالمرة، و فراغ ذمّتي الضامن و المضمون عنه معاً قبل أداء الدّين. و هو غير معقول، لأننا إذا فرضنا فراغ ذمّه المضمون عنه بأصل الضمان، و ذمّه الضامن لعدم اشتغالها بشيء، نظراً لكون الضمان في نفس العين و هي ما لم تؤدّ باقيه على ملك مالکها، لزم منه انتفاء دين المضمون عنه، لخلو الذمّتين و العين الخارجيه عنه، و هو أمر لا محصل له و لا يمكن فرضه في الخارج.

و الحاصل أنه لا بدّ في الضمان من فرض اشتغال ذمّه أحد بالدّين قبله و بعده، فلا يصحّ فرضه فيما كان لازمه براءة الذمّتين معاً.

(٣) نظير أمره له بالاستدانه، حيث يفهم العرف منه كونه هو المستدين و كأنه هو المباشر له.

(٤) لثبوتها في ذمّته من بادئ الأمر، و تعدّر الشرط لا يوجب السقوط، فيجب عليه أدائه من سائر أمواله، كما هو واضح.

(٥) تقدّم الكلام فيه في المسألة السابقة. و قد عرفت أنّ التقييد في مثل هذه الموارد

[١] مرّ آنفاً أنه لا محصّل له في المقام.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٤٤٠

و إن انعتق يبقى وجوب الكسب عليه [١] (١).

و إن قلنا أنّ الضامن هو المملوك، و أنّ مرجعه إلى رفع الحجر عنه بالنسبه إلى الضمان، فإذا مات لا يجب على المولى شيء

(٢) و تبقى ذمّه المملوك مشغوله يمكن تفرّغه بالزكاه و نحوها. و إن انعتق يبقى الوجوب عليه (٣).

[مسألة ٢٦: إذا ضمن اثنان أو أزيد عن واحد]

[٣٥٩٣] مسألة ٢٦: إذا ضمن اثنان أو أزيد عن واحد (٤) فإما أن يكون على التعاقب، أو دفعه.

لا يرجع إلى معنى محصّل، إلّا التعليق المبطل للعقد في حدّ نفسه، و من هنا فلا بدّ من حمله على الاشتراط لا محاله.

(١)

عملاً بمقتضى الشرط، كذا قيل. إلا أنه مشكل جداً، و الظاهر أنّ حال العتق حال الموت، فكما ينقطع سلطان المولى عن العبد و منافعه بالموت، فكذلك ينقطع بالعتق، فما يكسبه العبد بعد ذلك إنما هو له و ملكه و لا سلطان لمولاه عليه. و من هنا فلا وجه لإلزامه بأداء دين مولاه السابق من ممتلكاته الخاصّة.

بل الظاهر كون المولى هو المطالب بالدين فلا بدّ له من أدائه من ماله، و جواز أدائه من كسب العبد إنما كان ثابتاً له باعتبار ملكيته له و لمنافعه، فإذا انتفى ذلك بالعتق و التحرر فلا مجال للحكم ببقائه أيضاً، فإنه لا يكون إلّا من أداء الدين بمال الغير.

(٢) لكون المولى أجنبياً عنه فلا يلزم به، كما هو الحال في سائر ديون العبد و ضماناته غير العقديه.

(٣) فيجب عليه الاكتساب و الخروج عن عهده المال، عملاً بالشرط و تفرغاً لذمته.

(٤) الظاهر كون مفروض الكلام في ضمان الاثنين أو الأزيد لواحد على نحو الاستقلال، لا ضمان المجموع كما لا يبعد دعوى كونه هو المتعارف في الخارج، و إلّا فلا

[١] بل تبقى ذمه المولى مشغوله كما في الموت.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٤٤١

فعلى الأوّل، الضامن من رضى المضمون له بضمانه (١). و لو أطلق الرضا بهما كان الضامن هو السابق. و يحتمل قوياً (٢) كونه كما إذا ضمنا دفعه [١] خصوصاً بناءً على اعتبار القبول من المضمون له، فإن الأثر حاصل بالقبول نقلًا لا كشفًا.

و على الثانى، إن رضى بأحدهما دون الآخر فهو الضامن (٣). و إن رضى بهما معاً، ففي بطلانه كما عن المختلف و جامع المقاصد و اختاره صاحب الجواهر، أو التقسيط بينهما بالنصف أو بينهم بالثلث إن

ينبغي الإشكال في صحته، لرجوعه إلى ضمان بعض الدّين من قبل كلّ منهما، و هو صحيح جزماً. فيتعين تقسيط المال عليهم بالنسبه، و عدم جواز رجوع المضمون له على أحدهم بتمامه.

(١) لاعتبار رضاه في تحقق الضمان جزماً، و إن لم نقل باعتبار قبوله.

(٢) بل هو المتعين. فإنّ الضمان إنما يتمّ برضاه أو قبوله، فقبله لا ضمان و عند تحققه يكون نسبه إليهما على حدّ سواء، فيجری فيه ما يجىء في ضمانهما دفعه.

و الحاصل أنّ حال هذه الإجازة حال إجازة المالك للعقدين الفضوليين الواقعين على ماله على التعاقب، حيث يحكم بطلانها معاً و من غير أن يكون لسبق إيجاب أحدهما على الآخر أثر، فإنّ الأثر إنما هو لسبق العقد على غيره لا سبق إيجابه على إيجاب غيره، من غير فرق في ذلك بين القول بالنقل كما هو الصحيح في المقام، أو الكشف كما هو الصحيح في باب الإجازة بناءً على ما اخترناه من الكشف الحكمي فإنّ الحكم إنما يكون من الآن.

نعم، بناءً على القول بالكشف الحقيقي و جعل القبول معرّفاً محضاً، يمكن القول بصحّه السابق خاصّه، إلّا أنه احتمال غير وارد على ما عرفته في محلّه.

(٣) لتماميه الضمان بالنسبه إليه دون صاحبه.

[١] هذا هو المتعين.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٤٤٢

منهما فللمضمون له مطالبه من شاء كما في تعاقب الأيدي، وجوه [١] أقواها الأخير (١).

(١) بل الأول.

إذ الثاني لا وجه له بالمرّه. فإنّ الضمان إنما تعلق بتمام المال، فلا وجه للحكم بصحّه كلّ منهما في مقدار و البطلان في مقدار آخر، فإنه ليس إلّا التفكيك في مدلول كلّ عقد بلا مبرر.

و أمّا الأخير، فهو و إن كان معقولاً في حدّ

نفسه و ممكناً بحسب مقام الثبوت، فإنه و كما يمكن تصوّره في الأحكام التكليفية الواجب الكفائي يمكن تصوّره في الأحكام الوضعية أيضاً، إلّا أنّ الكلام في الدليل عليه في مقام الإثبات، فإنه لا دليل عليه بالمزّه.

و قياسه على ضمان الأعيان و المنافع باطل. فإنّ متعلق الضمان في باب تعاقب الأيدي لما كان هو العين، كانت مسؤوليتها و بفضل عموم «على اليد» على من يأخذها و تصل إليه، فهي في عهده كلّ من يأخذها و يكون مسؤولاً عنها، على ما ذكرناه في معنى ضمان الأعيان. و من هنا فإن أمكن ردّها و جب، و إلّا تعيّن ردّها مثلًا أو قيمه.

و نسبه هذا المعنى إلى جميع الأيادي سواء، فإنه و بمقتضى عموم «على اليد» ثابت على الأخير على حدّ ثبوته على الأوّل، فإذا أدّى أحدهم بدلها ملك العين التالفه بالسيره العقلانيه.

و من هنا يكون له الرجوع على من تأخّر عنه دون من تقدّم عليه، لأنها انتقلت منه إليه، فلا معنى لرجوعه عليه ببدلها أيضاً.

و أين هذا من ضمان ما في الذمّه، حيث لا دليل على انتقال المال الواحد إلى ذمّتين

[١] هذا إذا لم يكن ضمان المتعدد من ضمان المجموع، و إلّا فلا ينبغي الشك في لزوم التقسيط، و أما إذا كان بنحو ضمان المتعدد استقلالاً فهو باطل على الأظهر.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٤٤٣

.....

معاً، بحيث يكون ماله الواحد ثابتاً في كلّ من الذمّتين أو الذمم على نحو الاستقلال بأن يكون له الرجوع إليهما معاً، و مطالبه كلّ واحد منهما بتمام ماله في عرض مطالبته للآخر.

و بعبارة أخرى: لا دليل على تضاعف دين المضمون له و ثبوته في كلّ من الذمّتين بل إنّ ثبوته في كلّ

منهما ملازم لبراء ذمّه الآخر.

و أما ثبوته في ذمتهما على نحو البدل، نظير الواجب الكفائي، فلم يدلّ على صحّته دليل، فإنّ الضمان على البدل كالوجوب على البدل، إنما يتصوّر على نحوين لا ثالث لهما، على ما ذكرناه مفصلاً في مبحث الواجب الكفائي من المباحث الأصولية.

الأوّل: أن يكون المخاطب و المكلف به هو الجامع. فإنّ الواجب لما كان من الأمور الاعتبارية، صحّ توجيهه إلى الجامع كما يصحّ تعلقه به، كما هو الحال في موارد الواجبات التخيرية.

الثاني: أن يكون الخطاب متوجهاً إلى كلّ واحد منهما على نحو الواجب المشروط بحيث يكون كلّ واحد منهما مخاطباً به على تقدير عدم إتيان الغير به، فيرجع الوجوب الكفائي إلى الوجوب المشروط.

و هذان المعنيان كما يمكن تصوّرهما في الأحكام التكليفية، يمكن تصوّرهما في الأحكام الوضعية أيضاً. فيكون المخاطب بالضمان هو الجامع، أو كلّ منهما على تقدير عدم أداء الآخر.

إلّا أنّ الكلام في إثباته بالدليل، و الظاهر عدم إمكان إثبات شيء منهما.

أمّا الأوّل، فواضح. فإنّ الضمان إنما صدر من كلّ منهما بشخصه، فلا وجه لإثباته للجامع. فالذي صدر منه الضمان الفرد لم نقل بضمانه على الفرض، و الذي نقول بضمانه لم يصدر منه ضمان، فلا وجه للالتزام به.

و أمّا الثاني، فالأمر فيه كسابقه. فإنّ المنشأ من قبل كلّ من الضامنين، إنما هو الضمان المطلق دون المقيد بعدم أداء غيره، فحملة عليه إمضاء لما لم ينشئه. نظير ما ذكرناه في كتاب الإجارة، فيما إذا آجر من يجب الحجّ عليه نفسه للحجّ نيابة عن

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٤٤٤

و عليه إذا أبرأ المضمون له واحداً منهما برئ دون الآخر (١) إلّا إذا علم إرادته إبراء أصل الدّين، لا خصوص ذمّه ذلك الواحد.

[٣٥٩٤] مسألة ٢٧: إذا كان له على رجلين مال، فضمن كل منهما ما على الآخر بإذنه، فإن رضى المضمون له بهما صح (٢). وحينئذ فإن كان الدينان متماثلين جنساً و قدراً، تحوّل ما على كل منهما إلى ذمّة الآخر. و يظهر الثمر في الإعسار

غيره، حيث حكمنا فيه ببطلان الإجاره، باعتبار أنه و إن أمكن تصوّر ذلك صحيحاً على نحو الترتب إلّا أنه خلاف ما أنشأه المنشئ، فيكون من مصاديق ما أنشئ لم يَمْضَ شرعاً و ما يمكن إمضاؤه لم يُنشأ.

على أننا لو فرضنا التصريح بالثاني، أعنى الضمان على تقدير عدم أداء الآخر، لم ينفع ذلك لاستلزامه التعليق المبطل للعقود.

إذن فلا دليل على صحّة الضمان البدلي بجميع تقاديره. فإنّ غايه أدلّه الضمان إثبات صحّة انتقال الدّين من ذمّة المضمون عنه إلى ذمّة الضامن، و أمّا انتقاله من ذمّته إلى ذمّة ما و من غير تعيين فلم يدلّ على صحّته دليل.

و الحاصل أنّ القول بانتقال الدّين الواحد إلى الذمّتين معاً و جمعاً غير ممكن، و إليهما على البدل و إن كان ممكناً إلّا أنه لا دليل عليه.

و من هنا فيتعيّن القول الأوّل و الحكم بالبطلان فيهما معاً، كما ذهب إليه غير واحد من الأصحاب.

(١) و هو يناقض ما تقدم منه (قدس سره) في المسألة الثالثة، من الحكم ببراءة الذمّتين على تقدير القول بأن الضمان ضمّ ذمّة إلى ذمّة.

و كيف كان، فبراءة الذمّتين معاً بإبراء إحداهما هو الصحيح، لما عرفته في تلك المسألة من رجوع الإبراء إلى إسقاط الدّين و رفع اليد عنه أساساً، لا خصوص الضمّ فقط، فراجع.

(٢) لتماثيه الضمان في كلّ من الجانبين.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٤٤٥

و اليسار (١) و في كون أحدهما

عليه رهن دون الآخر، بناءً على افتككاه الرهن بالضمان. و إن كانا مختلفين قدرًا أو جنسًا، أو تعجيلًا و تأجيلًا، أو فى مقدار الأجل، فالثمر ظاهر.

و إن رضى المضمون له بأحدهما دون الآخر، كان الجميع عليه (٢). و حينئذٍ فإن أدّى الجميع رجوع على الآخر بما أدّى، حيث إنَّ المفروض كونه مأذونًا منه. و إن أدّى البعض، فإن قصد كونه مما عليه أصلًا، أو مما عليه ضمانًا، فهو المتبع (٣) و يقبل قوله إن ادعى ذلك (٤). و إن أطلق و لم يقصد أحدهما، فالظاهر التقييط [١]. و يحتمل القرعه. و يحتمل كونه مخيّرًا فى التعيين بعد ذلك. و الأظهر الأول (٥).

(١) بناءً على ما ذهب إليه المشهور و اختاره هو (قدس سره)، من ثبوت الخيار للمضمون له عند ظهور إيسار الضامن حين الضمان. فإنه و على هذا التقدير، لو ظهر إيسار أحد الضامين، كان للمضمون له فسخ ضمانه خاصه، و بذلك يثبت المال بتمامه فى ذمّه صاحبه. إلّا أنك قد عرفت فى محله عدم تماميه هذا القول.

(٢) أمّا دين نفسه، فلعدم صحّه ضمانه من قبل صاحبه، نظرًا لعدم قبول المضمون له به. و أمّا دين صاحبه، فلصحّه ضمانه له.

(٣) فإنّ المال ماله و الولاية فيه له، فله أن يعين أى الدينين شاء.

(٤) للسيره العقلانيه القطعيه على قبول قول من له الولاية على شىء فيه و المعروفه اختصارًا فى كلماتهم بقاعده: «من ملك شيئًا ملك الإقرار به».

نعم، لو كذبه المضمون عنه، انتهى الأمر إلى الترافع لا محاله.

(٥) بل هناك احتمال رابع هو أظهر الكلّ. و حاصله احتسابه عما فى ذمّته بالأصالة

[١] بل الظاهر أنّه يقع وفاءً لما فى ذمّته أصلًا، فلا يجوز له الرجوع

على المضمون عنه ما لم يقصد وفاء ما وجب عليه من قبله. و الوجه في ذلك أن الرجوع عليه من آثار أداء ما ثبت في ذمته من قبله، فما لم يقصد بخصوصه لا يترتب أثره، وبذلك يظهر حال نظائر المسألة.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٤٤٤

.....

خاصّه، و عدم رجوعه بشيء منه على المضمون عنه.

و الوجه فيه إن اشتغال الذمه بواجبين متماثلين، سواء في ذلك الواجبات التكليفية و الوضعية، يكون على أنحاء:

فقد يفرض عدم وجود الخصوصية لهما معاً، بأن يكون المطلوب من المكلف هو فردان من الطبيعي، من غير تقييد بهذا أو ذاك، أو تمايز بينهما. نظير من فاته يومان من رمضان، أو صلاتان متماثلتان من يومين، أو كان عليه دينان لشخص واحد بأن يكون قد استقرض منه مرتين. حيث لا مائز بين الواجبين في هذه الموارد بحسب الواقع و علم الله، بل الواجب عليه هو فردان من طبيعي ذلك الواجب، من غير تحديد بأحدهما دون الآخر.

و قد يفرض وجود الخصوصية لأحدهما دون الآخر، كما لو كان عليه صيام يومين، يوم عمّا فاته في السنة السابقة، و يوم عمّا فاته من السنة التي هو فيها. حيث إن الأول لا خصوصية له، في حين إن من خصوصية الثاني وجوب الفديه عند عدم الإتيان به إلى رمضان القادم. و كذا الحال في دينين بإزاء أحدهما رهانه، حيث يكون من خصوصية ما بإزائه رهانه افتكاك الرهانه بأدائه، في حين لا خصوصية في أداء صاحبه.

و قد يفرض وجود الخصوصية لهما معاً، بأن يكون المطلوب منه هو الفردين الممتازين أحدهما عن الآخر، كما لو كان عليه صيام يومين، يوم عن الكفاره و الآخر قضاء، أو كان كلّ منهما نيابه عن

شخص معين.

و عليه فإذا أتى المكلف بأحد الواجبين الثابتين في ذمته، من غير تعيين له و قصد إليه بحسب الواقع.

فإن كان من قبيل الأول، سقط الواحد لا بعينه و بقى الآخر لا بعينه، إذ لا خصوصية تميز أحدهما عن صاحبه، و الجامع قابل للانطباق على كل منهما، فيسقط أحدهما لا محاله و يبقى الآخر. فلو كان قد صام يوماً من الیومین أو أدى أحد الدینین، سقط يوماً و بقيت ذمته مشغولة بیوم آخر، و كذا الدین.

موسوعه الإمام الخوئی، ج ۳۱، ص: ۴۴۷

.....

و إن كان من قبیل الثانی، تعین الاحتساب عما لا خصوصیه فیہ و بقاء الذمه مشغوله بذی الخصوصیه، نظراً إلى أنّ الاحتساب من الأول لا یحتاج إلّا إلى قصد أصل الطبیعی و هو حاصل، بخلاف الثانی حیث یحتاج الاحتساب عنه إلى قصد الخصوصیه و هو مفقود.

و بعبارہ اخرى: إنّ الاحتساب عن ذی الخصوصیه لا یكون إلّا مع قصده بعینه فإنه من الأمور القصدیه، و ما لم یقصد لم یسقط أمره و لم یتحقق امتثاله. بخلاف صاحبه، حیث لا یتوقف احتسابه عنه على قصد زائد عن قصد أصل الطبیعی.

فالجامع ینطبق على ما لا- خصوصیه فیہ من الواجبین قهراً، لكفایه القصد إلى أصل الطبیعی فیہ. و لا- ینطبق على ما فیہ الخصوصیه، لعدم قصدها.

و إن كان من قبیل الثالث، اختلف الحال فیہ بالنظر إلى ما یقبل التقسیط و ما لا یقبله.

ففى الأول یتعین التقسیط، كما لو ضمن لشخص دینین له على رجلین فأدى مقداراً منه، فإنه یحسب منهما لا محاله و إن لم یکن قد قصد إحدى الخصوصیتین حین الأداء، فإنّ دفعه عما فی ذمته من قصد المجموع قهراً، لأنه لم یدفعه تبرّعاً و مجاناً. فلیس

هذا فى الحقيقه من عدم قصد الخصوصيه، بل هو من قصد الخصوصيتين معاً فيحسب عليهما لا محاله.

و فى الثانى يتعين الحكم بالبطلان، لعدم إمكان الاحتساب عليهما بالنسبه، و بطلان الترجيح بلا مرجح. كما لو كان عليه صوم يومين عن شخصين، فصام يوماً واحداً من غير تعيين للمنوب عنه، فإنه لا محيص عن الحكم ببطلانه، لعدم قابليته للتقسيت بينهما.

إذا عرفت ذلك كله، فحيث إن ما نحن فيه أداء الضامن المديون لبعض المجموع من غير تعيين من قبيل القسم الثانى أعنى وجود الخصوصيه فى أحدهما خاصه باعتبار أن ثبوت الرجوع على المضمون عنه من خصوصيات الأداء عنه، تعين الحكم فيه بالاحتساب عن نفسه و جعله بتمامه وفاءً عن دينه، لعدم احتياجه إلما إلى أصل قصد الطبيعى. بخلاف الأداء عن الغير، حيث يتوقف على قصد الخصوصيه.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٤٤٨

و كذا الحال فى نظائر المسأله (١). كما إذا كان عليه دين و عليه رهن و دين آخر لا رهن عليه فأدى مقدار أحدهما، أو كان أحدهما من باب القرض و الآخر ثمن المبيع، و هكذا. فإن الظاهر فى الجميع التقسيط.

و كذا الحال إذا أبرأ المضمون له مقدار أحد الدينين، مع عدم قصد كونه من مال الضمان أو من الدين الأصلى. و يقبل قوله إذا ادعى التعيين فى القصد (٢) لأنه لا يعلم إلما من قبله.

[مسأله ٢٨: لا يشترط علم الضامن حين الضمان بثبوت الدين على المضمون عنه]

[٣٥٩٥] مسأله ٢٨: لا يشترط علم الضامن حين الضمان بثبوت الدين على المضمون عنه (٣). كما لا يشترط العلم بمقداره (٤) فلو ادعى رجل على آخر ديناً فقال: على ما عليه، صح. و حينئذٍ فإن ثبت بالبينه يجب عليه أدائه، سواء كانت

و الحاصل أن الجامع منطبق على دينه الأصلى انطباقاً قهرياً،

فيكون ما أداه وفاءً عنه، و تبقى ذمته مشغوله بالدين الضماني، لأن انطباقه عليه يحتاج إلى القصد، و هو مفقود.

و من هنا يظهر أنه لا وجه في المقام للقول بالتقسيط أو القرعه أو الرجوع في التعيين إليه، لانتفاء موضوعها بعد تعين الاحتساب عليه قهراً.

(١) ظهر الحال فيها مما تقدّم، فإنّ ما ذكرناه من القاعده سياله فيها أجمع.

(٢) بالسيره العقلانيه القطعيه، على ما تقدّم.

(٣) على ما هو المعروف و المشهور بين الأصحاب. و قد نسب الخلاف فيه إلى بعض، بدعوى استلزامه الغرر المنفي.

إلّا أنك قد عرفت في المسأله الاولى من هذا الكتاب، الإشكال منّا في عموم دليل القاعده لغير البيع و في صدق الغرر في المقام، فراجع.

هذا مضافاً إلى رجوع الشكّ في المقدار إلى الشكّ في أصل الوجود بالنسبه إلى الزائد، فإذا صحّ الضمان في الأوّل صحّ في الثاني أيضاً، و لا وجه للتفكيك بينهما.

(٤) لعمومات أدلّه الضمان، على ما تقدّم بيانه في المسأله الاولى من الكتاب.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٤٤٩

سابقه أو لاحقه (١). و كذا إن ثبت بالإقرار السابق على الضمان، أو باليمين المردوده (٢) كذلك (٣).

و أمّا إذا أقرّ المضمون عنه بعد الضمان، أو ثبت باليمين المردوده، فلا يكون حجّه على الضامن إذا أنكره (٤) و يلزم عنه بأدائه في الظاهر (٥).

و لو اختلف الضامن و المضمون له في ثبوت الدين أو في مقداره، فأقرّ الضامن أو ردّ اليمين على المضمون له فحلف، ليس له الرجوع على المضمون عنه إذا كان

(١) لعدم اختصاص حجيه اليئنه بما يكون قبل الضمان.

(٢) من المضمون عنه المنكر، على المضمون له المدعى.

(٣) أي قبل الضمان.

(٤) أمّا الأوّل، فلا اختصاص حجّيته بالمقر دون غيره، فما يكون عليه يلزم بإقراره،

و أمّا ما يكون له أو على غيره فلا أثر لإقراره. و ما نحن فيه من هذا القبيل حيث إنّ إقراره إنّما هو في حق الغير، فلا وجه للقول بنفوذه.

و أمّا الثاني، فلاختصاص أثره و حجّيته بمن ردّ اليمين على الحالف، فهو الملزم بمقتضى اليمين دون غيره.

(٥) أى يلزم المضمون عنه أداء المال إلى المضمون له عن الضامن ظاهراً.

و قد أورد عليه في بعض الكلمات بما حاصله نفى المقتضى لهذا اللزوم، باعتبار أنّ إقراره هذا كالعدم، للقطع بفراغ ذمّته و عدم اشتغالها بشىء، لأنه إن كان كاذباً في إقراره فالأمر واضح فإنه برىء الذمّه قبل الضمان و بعده، و إن كان صادقاً فقد برئت ذمّته بانتقال ما فيها إلى ذمّه الضامن بحكم الضمان. و من هنا فمطالبه المضمون له بالمال و أخذه منه، ليس إلّا من أخذ ما يعلم بعدم استحقاقه له.

و فيه: إنه يمكن تقريب ما أفاده الماتن (قدس سره) بأحد وجهين:

الأوّل: إنّ إقراره لما كان حجه في ثبوت الدّين عليه أوّلاً لزمه أدائه، نظراً إلى ان الضمان و إن اقتضى نقله إلى ذمّه الضامن، إلّا أنه لما لم يكن إثبات الدّين في حال سابق

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٤٥٠

منكراً (١) و إن كان أصل الضمان بإذنه. و لا بدّ في البيّنه المثبته للدّين أن تشهد بثبوتة حين الضمان. فلو شهدت بالدّين اللاحق أو أطلقت و لم يعلم سبقه على

على الضمان بدليل معتبر، و من ثمّ لم يكن الضامن ملزماً بأدائه، كان لازم سقوطه من المضمون عنه أيضاً ذهاب مال المسلم هدرًا، و هو أمر لا يمكن المصير إليه فإنّ ماله كدمه لا يذهب هدرًا.

و من هنا فلا بدّ للمضمون عنه المعترف

بثبوت الدّين عليه أوّلاً الخروج عن عهده، و حيث لم يكن بدفعه عن نفسه مباشرة لاعتراف المضمون له ببراءه ذمّته فلا بدّ له من دفعه وفاءً عن الضامن، حيث به يصل المال إلى صاحبه.

الثانى: الالتزام بفساد الضمان، فيبقى الدّين على حاله ثابتاً فى ذمّه المدين الأوّل و من هنا فيجب عليه الأداء وفاءً.

و ذلك لا- لأجل توقف صحّحه الضمان على العلم بالدّين فإنه أمر غير صحيح، بل لإناطه صحّحه الضمان بثبوت الدّين شرعاً كإناطتها بثبوتها الواقعى و هو غير قادح لكونه تعليقاً على ما يتقوّم به فإنه ليس إلّا أخذه فى العهده، و هو إنما يكون فيما إذا ثبت وجوده شرعاً، فما لم يثبت ذلك لم يكن المعلق عليه الضمان حاصلًا فيحكم بفساده.

و هذا الاحتمال و إن كان هو الأوجه، إلّا أنّ من غير الخفى كون الأوّل هو الأوفق بعبارته (قدس سره).

(١) لعدم نفوذ إقرار الضامن أو يمينه المردوده على خصمه فى المضمون عنه.

ثمّ إنّ اختلاف الضامن و المضمون له فى أصل ثبوت الدّين و إنكار المضمون عنه لذلك بعد ثبوتها بإقرار الضامن أو اليمين المردوده، مع فرض كون الضمان بأمر المضمون عنه، إنما يتصور فى موارد الإذن فى الضمان على نحو كلى، بأن يقول المضمون عنه للضامن: (اضمن عنى ديونى). فإنه حينئذ يمكن فرض إنكار المضمون عنه لدين معين مع كون أصل الضمان عن إذنه، و إلّا فلو كان الإذن شخصياً بأن أذن له فى ضمان الدّين المعين لم يكن لهذا البحث مجال، إذ لا- يمكن الجمع بين الاعتراف بأصل الدّين

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٤٥١

الضمان أو لحوقه لم يجب على الضامن أدائه (١).

[مسألة ٢٩: لو قال الضامن: على ما تشهد به البيّنه]

[٣٥٩٦] مسألة ٢٩: لو قال الضامن: على ما

تشهد به البينه، وجب عليه أداء ما شهدت بثبوتها حين التكلم بهذا الكلام، لأنها طريق إلى الواقع و كاشف عن كون الدّين ثابتاً حينه.

فما في (الشرائع) من الحكم بعدم الصحّة لا وجه له، و لا للتعليل الذي ذكره بقوله: لأنه لا يعلم ثبوته في الذمه (٢). إلا أن يكون مراده في صورته إطلاق البينه المحتمل للثبوت بعد الضمان (٣).

و أمّا ما في الجواهر، من أنّ مراده بيان عدم صحّة ضمان ما يثبت بالبينه من حيث كونه كذلك (٤) لأنه من ضمان ما لم يجب، حيث لم يجعل العنوان ضمان ما في ذمته لتكون البينه طريقاً (٥) بل جعل العنوان ما يثبت بها، و الفرض وقوعه قبل

الناشئ من إذنه في ضمانه شخصياً مع إنكاره لأصله.

و الحاصل أن إذنه المضمون عنه في ضمان الدّين المعين الشخصي اعتراف منه به و بثبوتها عليه، و معه فلا مجال لإنكاره له بعد ذلك.

(١) إذ لا بدّ في جواز الرجوع عليه و إلزامه بما ضمنه، من ثبوت الدّين في ذمه المضمون عنه شرعاً حال الضمان، لينتقل به منها إلى ذمه الضامن.

(٢) حيث قد عرفت في المسألة السابقة، عدم اعتبار علم الضامن بثبوت الدّين حين الضمان، فلا بأس في الضمان على تقدير الثبوت. و لا يقدح التعليق فيه، لكونه تعليقاً على الموضوع و العنصر المقوم للمفهوم.

(٣) بمعنى إنشاء الضمان المتأخر من الآن، فإنه باطل جزماً. إلا أنه احتمال بعيد جداً عن ظاهر عبارته (قدس سره) و خارج عن محل الكلام.

(٤) بمعنى تعلق الضمان بالدّين المقيد بقيام البينه عليه، فإنه من ضمان ما لم يجب باعتبار أنه غير موجود حين الضمان، و إنما يحدث عند قيام البينه عليه.

(٥) أي لم يجعل المضمون هو

الدّين الواقعي على إطلاقه مع جعل البيئه كاشفه له

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٤٥٢

ثبوتها بها. فهو كما ترى لا وجه له (١).

[مسأله ٣٠: يجوز الدّور في الضمان بأن يضمن عن الضامن]

[٣٥٩٧] مسأله ٣٠: يجوز الدّور في الضمان (٢) بأن يضمن عن الضامن

كى يقال إنه كان ثابتاً و موجوداً حين الضمان. و إنما جعل المضمون هو الدّين المقيّد بقيام البيئه عليه، و هو لا يعقل وجوده قبل قيام البيئه عليه.

(١) أمّا أوّلاً: فلعدم انطباق ما ذكره (قدس سره) على ما علل به المحقق (قدس سره) الفساد في الشرائع، فإنه (قدس سره) إنما علله بعدم العلم باشتغال ذمّه المضمون عنه بالدّين «١». في حين إنّ مقتضى كلام صاحب الجواهر (قدس سره) كون اشتغال ذمّه المضمون عنه بالدّين حين الضمان معلوم العدم، لأنه مقيّد بقيام البيئه و هو غير موجود حين الضمان.

و بعبارة اخرى: إنّ تعليل صاحب الجواهر (قدس سره) البطالان بكونه من ضمان ما لم يجب «٢»، أجنبي عن عبارته المحقق (قدس سره)، فلا مجال لحملها عليه.

و ثانياً: إنّ تعليل البطالان بكونه من ضمان ما لم يجب، غير صحيح في نفسه، و مع قطع النظر عن انطباقه على عبارته المحقق (قدس سره) و عدمه. و ذلك لعدم قابلية الدّين الثابت في الذمّه للتقييد بقيام البيئه عليه و عدمه، فإنّ الدّين الثابت في الذمّه فرد واحد للدّين قد تقوم عليه البيئه و قد لا تقوم، و ليس أحدهما مغايراً للآخر، كى يقال بأن ما قامت عليه البيئه لم يكن موجوداً حين الضمان، و ما كان موجوداً حينه لم يتعلّق به الضمان.

و بعبارة اخرى: إنّ قيام البيئه على الدّين لا يجعل الفرد الواحد فردين مختلفين و متغايرين، بل هو فرد واحد يشتمل على الوصف تاره

و يفقده اخرى.

فيكون هذا الضمان من ضمان الدين على تقدير ثبوته، فيحكم بصحته، لكونه من التعليق على أمر مقوم له، و لا وجه لأن يقال بأنه غير موجود حين الضمان.

(٢) إذ لا فرق في صحته الضمان بحسب أدلته بين دين و آخر، سواء أ كان ذلك من

(١) الشرائع ٢: ١٢٥.

(٢) الجواهر ٢٦: ١٣٣.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٤٥٣

ضامن آخر، و يضمن عنه المضمون عنه الأصيل. و ما عن (المبسوط) من عدم صحته لاستلزامه صيروره الفرع أصلاً و بالعكس (١) و لعدم الفائده لرجوع الدين كما كان.

مدفوع بأن الأول غير صالح للمانعيه (٢) بل الثاني أيضاً كذلك (٣). مع أنّ الفائده تظهر في الإعسار و اليسار (٤) و في الحلول و التأجيل، و الإذن و عدمه. و كذا

جهه الشراء أو القرض أو الإلتاف أو الضمان أو غيرها من الأسباب، فإنّ أدلّه الضمان شامله للكّل على حدّ سواء.

(١) فإنّ المدين الأول الأصل ينقلب فرعاً في الضمان الثاني، حيث يتلقى الدين من الضامن الأول. في حين إنّ الفرع في الأول الضامن يصبح أصلاً، لانتقال الدين منه إلى الضامن الجديد المضمون عنه الأول.

(٢) فإنه كلام صوري لا محصل له. فإنّ انقلاب الفرع أصلاً و بالعكس لا يتصور في معامله واحده، فإنهما من المتضادين، و هما لا- يجتمعان في شخص واحد في آن واحد و بالقياس إلى معامله واحده. و تصوّرهما في معاملتين و إن كان أمراً ممكناً، بأن يكون الأصل في المعامله الأولى فرعاً في الثانيه، إلّا أنه لا محذور فيه بالمزّه. فيجوز لمن باع داره من زيد ثمّ باعه زيد من عمرو أن يشتريه منه إجمالاً، و الحال أنه موجب لاتصافه بالبائع و المشتري بلحاظ معاملتين.

(٣)

فإنه كيف يمكن نفي الفائدة في الثاني، مع استلزامه لاشتغال ذمّة المضمون عنه الأوّل بالدين بعد أن كانت بريئه منه! فإنّ ما يملكه المضمون له ينتقل إلى ذمّته و يكون هو الملزم به.

فهو نظير ما لو اشترى داره ثانياً، أو وهبه الموهوب له العين الموهوبة، و هل يصحّ أن يقال بطلانها لعدم الفائدة فيهما؟!!

(٤) بناءً على ما اختاره الماتن (قدس سره) وفقاً للمشهور، من ثبوت الخيار للمضمون له عند ظهور إفسار الضامن حين العقد.

و أما بناءً على ما اخترناه من عدم ثبوت الخيار، فلا مجال لهذه الثمره.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٤٥٤

يجوز التسلسل بلا إشكال (١).

[مسألة ٣١: إذا كان المديون فقيراً يجوز أن يضمن عنه بالوفاء]

[٣٥٩٨] مسأله ٣١: إذا كان المديون فقيراً يجوز أن يضمن عنه بالوفاء، من طرف الخمس أو الزكاه أو المضالم أو نحوها من الوجوه التي تنطبق عليه (٢) إذا كانت ذمّته مشغوله بها فعلاً، بل و إن لم تشغل فعلاً، على إشكال [١].

(١) لما تقدّم في الدور بعينه. فإنّ مقتضى أدلّه الضمان صحّه ضمان كلّ دين، مع قطع النظر عن منشأه و سببه.

(٢) و فيه ما لا يخفى. لأنه (قدس سره) إن أراد به كون الضمان على ما في ذمّته من الحقوق الشرعيه، بأن يكون الشخص برىء الذمّه و يكون المال هو المدين و المتعهد به، فقد عرفت فساده في كتاب الزكاه، عند ما جوّز الماتن (قدس سره) الاقتراض للزكاه للصرف في الأمور الخيرية اللازمه، فتكون هي المدينه و يؤدّى دينها بعد ذلك مما يحصل منها.

حيث ذكرنا أنه مما لا يمكن تصوّره و تعقله، فإنّ الدين و المدين أمران متغايران لا يمكن اتحادهما. فمعنى الاستدانه لها كونها هي المدينه و المكلفه بالأداء، بحيث يجب عليها الوفاء مما تملكه، و

من الواضح أنّ هذا لا ينسجم مع كون الأداء من نفسها.

و بعبارة اخرى: إنّ الحكم باشتغال الحقوق الشرعيه بالدين، لا يتلاءم مع الحكم بكون الأداء منها. فإنّ مقتضى الأوّل كون الأداء من غيرها، فى حين إنّ مقتضى الثانى كونها غير مدينه هى بنفسها، إذ لا يعقل اتحاد الدين و المدين.

و على هذا الأساس كان التزامنا فى تلك المسأله بلا بدّيه استدانه الحاكم لنفسه لكن لا بما هو هو و إنما بما هو حاكم و ولى، و صرفه فى الأمور اللّازمه، و من ثمّ تأديه دينه هذا من الزكاه.

و من هنا فلا يكون هو بما هو هو مشغول الذّمه بشىء، و لذا لا يخرج شىء من ذلك من تركته، بل يكون المقام و المنصب هو المتعهد بالدين.

[١] لا يبعد عدم الجواز فيه، بل و فى سابقه.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٤٥٥

[مسأله ٣٢: إذا كان الدين الذى على المدينون زكاه أو خمساً]

[٣٥٩٩] مسأله ٣٢: إذا كان الدين الذى على المدينون زكاه أو خمساً، جاز أن يضمن عنه ضامن للحاكم الشرعى (١)

على أننا لو تعقلنا الاستدانه للزكاه و قلنا بكونها أمراً ممكناً، فلا دليل على ثبوت الولاية لغير الحاكم فى ذلك. و عليه فلا مجال لما ذكره (قدس سره) من جوازه لمن عليه الحق، فإنّ غايه دليله ثبوت الولاية له فى إخراجها و أدائها خاصه، و أمّا جعلها هى المدينه بحيث يكون الضمان فى عهدتها، فلا دليل على ثبوت الولاية له فيه.

و تفصيل الكلام قد تقدّم فى محله من مباحث الزكاه، فراجع.

و إن أراد به كون المكلف هو المتعهد بالدين، بحيث يجعل نفسه هو مشغول الذّمه به، لكن على أن يؤديه من الزكاه.

ففيه: إنه لا يجوز له بالمّرّه، فإنها إنما تصرف فى أداء دين الغارم الفقير، فلا

موجب لأداء دينه منها مع كونه غنياً موسراً، وإن كان المضمون عنه فقيراً، فإنَّ الدَّين بالفعل دينه لا دين المضمون عنه.

و بالجمله فما أفاده (قدس سره) من جواز الضمان عن الفقير بالوفاء من الحقوق الشرعيه، مما لا أساس له ولا يمكن المساعده عليه.

(١) إذ لا يعتبر في المضمون له كونه مالكا للمال، بل يكفي فيه كون أمره بيده بحيث يكون نقله منوطاً برضاه، سواء أ كان مالكاً أو وكيلاً أو ولياً. و حيث إنَّ الحاكم الشرعي ولى على الحقوق الشرعيه، كفى قبوله في صحَّه الضمان و نقل الدَّين من ذمّه إلى أُخرى.

إلّا أنّ هذا الذي أفاده (قدس سره) لا يتمّ على إطلاقه إلّا في بعض الموارد. فإنه إذا لم يكن الحقّ الثابت في ذمّه المدين أمراً عبادياً متوقفاً على قصد القربه كما هو الحال في الكفارات و المظالم تمّ ما ذكره (قدس سره) على إطلاقه، حيث يصحّ ضمان الغير له برضا الحاكم الشرعي مطلقاً.

و أمّا إذا كان الحقّ أمراً عبادياً متوقفاً على قصد القربه كالزكاة و الخمس فلا

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٤٥٦

بل و لأحد الفقهاء، على إشكال [١] (١).

[مسألة ٣٣: إذا ضمن في مرض موته، فإن كان بإذن المضمون عنه]

[٣٦٠٠] مسأله ٣٣: إذا ضمن في مرض موته، فإن كان بإذن المضمون عنه

يتمّ ما ذكره (قدس سره) على إطلاقه، بل لا بدّ من التفصيل فيه بين الضمان التبرعي و الإذني، و الحكم بالبطلان في الأوّل و الصحّ في الثاني.

و ذلك لما ذكرناه في مبحثي الخمس و الزكاة، من أنّ أداء دين الغير و إن لم يكن يتوقّف على رضا المدين، فيصحّ أداء الغير و يكون مسقطاً له، لعدم الدليل على اعتبار كون المؤدّي هو المدين. إلّا أنّ هذا الكلام لا يتمّ

فى الخمس و الزكاه و ما يشبههما من الحقوق الشرعيه، باعتبار كونهما من الأمور العباديه، فلا بدّ فى أدائهما من استناد الفعل إلى من وجب عليه الحقّ مع قصده للقربه، و من هنا فلا يصحّ التبرع بهما من الغير.

نعم، تعتبر فيهما المباشرة. فيجوز الإعطاء مع التسبب و التوكيل، فيأمر به قاصداً فيه القربه، كى يحصل المقومان معاً، الاستناد إليه مع قصد القربه.

و عليه ففيما نحن فيه حيث يكون الدّين أمراً عبادياً، لا يصحّ الضمان التبرعى، و لا يكون دفعه الضامن للمال مسقطاً للواجب فى ذمّه المديون، إذ لا- يكفى فيه مجرد الأداء الخارجى، بل المعتبر هو الأداء المقرون بالاستناد إليه مع قصد القربه، و هو أمر غير متحقق.

نعم، لو أمر بالضمان قاصداً القربه به، صحّ و برئت ذمته بأداء الضامن، لاستناد الفعل إليه.

و الحاصل أنّ الصحيح هو التفصيل فى المقام، بين الديون الشرعيه غير العباديه فيصحّ ضمانها بإذن الحاكم الشرعى مطلقاً، و الديون الشرعيه العباديه حيث يصحّ الإذنى منه دون التبرعى.

(١) واضح، حيث لم يظهر لجوازه وجه أصلاً. فإنّ آحاد الفقهاء أجنب عن المال

[١] لا وجه لجوازه.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٤٥٧

فلا إشكال فى خروجه من الأصل، لأنه ليس من التبرعات، بل هو نظير القرض و البيع بضمن المثل نسيئه (١). و إن لم يكن بإذنه، فالأقوى خروجه من الأصل كسائر المنجزات (٢). نعم، على القول بالثلث يخرج منه.

[مسألة ٣٤: إذا كان ما على المديون يعتبر فيه مباشرته لا يصحّ ضمانه]

[٣٦٠١] مسألة ٣٤: إذا كان ما على المديون يعتبر فيه مباشرته لا يصحّ ضمانه (٣). كما إذا كان عليه خياطه ثوب مباشره، و كما إذا اشترط أداء الدّين من مال معين للمديون (٤).

بالمزّه، و ليس لهم وكاله أو ولايه عليه فضلاً عن أن يكونوا

مالكين له، و لذا لا تجب إجابتهم عند طلبهم له. و معه فكيف يمكن الحكم بصحة الضمان و انتقال المال من ذمه المدين إلى ذمه غيره! بلا فرق في ذلك بين الديون العباديه و غيرها.

(١) و غيرهما من التصرفات المنجزه غير المبتئيه على التسامح و النقيصه، حيث تخرج من الأصل جزماً، لكونه مالكاً له و له التصرف فيه كيف شاء.

(٢) على ما حققناه مفصلاً في محله.

(٣) فإنه يعتبر في الضمان قابليه انتقال الدين الثابت في ذمه المدين إلى ذمه أخرى، إذ بدونها لا يتحقق مفهوم الضمان بالمعنى المبحوث عنه في المقام. و حيث إن العمل المقيد بالمباشره غير قابل للانتقال إلى ذمه أخرى و صدوره من غير من اشترطت المباشره عليه، باعتبار أن العمل القائم بشخص الأجير مغاير للعمل الصادر من غيره، فلا يصح ضمانه.

و بعبارة اخرى: إن الذي يقبل الانتقال من ذمه المدين إلى ذمه أخرى و هو طبعي العمل، غير ثابت في ذمه المدين كى ينقل إلى ذمه غيره بالضمان. و ما هو ثابت في ذمه المدين و هو العمل المقيد بالمباشره، غير قابل للانتقال إلى ذمه الغير و صدوره منه.

(٤) فإنه غير قابل للانتقال إلى ذمه الغير، إذ لا يعقل اشتغال ذمه شخص بالأداء من مال غيره، فإن اشتغال ذمه المكلف إنما يقتضى كون الأداء من ماله، فاعتبار الأداء من غيره منافٍ لاشتغال ذمته به.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٤٥٨

و كذا لا يجوز ضمان الكلى في المعين (١) كما إذا باع صاعاً من صبره معينه، فإنه لا يجوز الضمان عنه و الأداء من غيرها مع بقاء تلك الصبره موجوده.

[مسألة ٣٥: يجوز ضمان النفقه الماضيه للزوجه]

[٣٦٠٢] مسأله ٣٥: يجوز ضمان النفقه الماضيه للزوجه، لأنها دين على الزوج

(٢). و كذا نفقه اليوم الحاضر لها إذا كانت ممكنه فى صبيحته، لوجوبها عليه

نعم، لو رجع قبول المضمون له للضمان إلى إسقاط شرطه، بحيث وافق على انتقال أصل الدَّين إلى ذمَّه الضامن مجرداً عن الشرط، فلا بأس بالالتزام بصحَّته.

و الحاصل أنَّ ضمان الدَّين المقيد بكون أدائه من مال معين للمديون، إنما لا يصحَّ فيما إذا أصرَّ المضمون له صاحب الشرط على بقاء شرطه و عدم رفع اليد عنه فإنه حينئذٍ يحكم بطلانه، لعدم قابليته للانتقال إلى ذمَّه الغير. و أمَّا إذا وافق على إسقاط شرطه و انتقال الدَّين مجرداً عنه، فلا مانع من الالتزام بصحَّته، و إن كان أصل الدَّين مقيداً بالأداء من مال معين.

(١) فإنَّ المبيع عين خارجيه و إن كانت كليته من حيث جواز تطبيق البائع له على أى جزء من الصبره شاء فلا يقبل الانتقال إلى عين اخرى فضلاً عن الذمَّه.

و بعبارة اخرى: إنَّ المبيع لما كان موجوداً خارجياً و إن لم يكن شخصياً حيث إنه كلى لكنه مقيد بالموجود فى ضمن الصبره المعينه لم يصحَّ ضمانه، لعدم ثبوت شىء فى الذمَّه كى يقبل النقل إلى غيرها.

(٢) تنقسم النفقات إلى قسمين: نفقه الزوجه و نفقه الأقارب.

و المعروف و المشهور فى الاولى، بل لا- يبعد دعوى الإجماع عليه كونها على نحو التمليك. بخلاف الثانيه، حيث إنَّ وجوبها حكم تكليفى محض، لا يترتب على مخالفته غير العصيان و الإثم.

و يدلُّ على الحكم فى الأولى، مضافاً إلى ما سيظهر من بعض النصوص، قوله «و عَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَ كِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» «١». فإنَّ الرزق عباره عما يرتزق به

(١) سورة البقره ٢: ٢٣٣.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٤٥٩

.....

و اسم للعين الخارجيه مما يؤكل أو

يشرب، و الكسوه اسم لما يلبس، فيكون معنى الآيه الكريمه: أنّ على الرجل الطعام و الشراب و اللباس بالمعروف.

و قد ذكرنا فى مبحث النفقات من كتاب النكاح أنّ متعلق (عليك) أو (عليه) أو غيرهما مما يدلّ على الإلزام، إذا كان عيناً خارجياً كان معناه التملك، فيقال: عليه الدينار أو الدرهم و ما شاكل ذلك. و هذا بخلاف ما لو كان متعلقه الفعل كالصلاه و الصيام، فإنّ ظاهره الإلزام به و وجوبه عليه تكليفاً محضاً لا غير.

و حيث إنّ الآيه الكريمه من قبيل الأوّل، باعتبار أنها أثبتت نفس الأعيان الخارجيه على الرجل، كان ظاهرها ثبوت تلك الأعيان فى ذمّته، و هو ما يعنى ملكيه الزوجه لها عليه.

و تقدير الفعل فى الآيه الكريمه، بدعوى كون المراد: عليه إعطاء الرزق و الكسوه خلاف الظاهر و لا شاهد يعضده.

و احتمال كون الرزق و الكسوه مصدرين، كما جاء فى بعض الكلمات، بعيد غاية. فإنّ الأوّل من الأفعال المتعدّيه و مصدره الرزق بفتح الراء و أوضح منه فساداً الثانى، فإنه اسم للعين و ليس بمصدر جزمًا، فإنّ مصدره الكسو.

إذن فما ذهب إليه المشهور بل لا يبعد دعوى عدم الخلاف فيه، من ملكيه الزوجه لنفقتها، هو الصحيح.

هذا كلّه فى الزوجه. و أمّا الأقارب فلا- دليل على ملكيتهم لنفقتهم بالمزّه، حيث لم يرد فى شىء من نصوصها ما يستفاد منه ذلك، بل الأمر بالعكس من ذلك، حيث إنّ ظاهر نصوصها كون الإنفاق عليهم حكماً تكليفاً محضاً.

و عليه فلو عصى المكلف و لم ينفق عليهم، لم يكن عليه غير الإثم. و أمّا اشتغال ذمّته بها لهم، حتى لو مات أخرجت من تركته كسائر الديون الذى عليه، فلا.

نعم، ليس هذا الحكم التكليفى كسائر الأحكام التكليفيه

بالمعنى الأخص، و هو ما يصطلح عليه في كلماتهم بالحكم، و إنما هو من الحقوق حيث يقبل الإسقاط، كما هو الحال في سائر موارد الحقوق.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٤٦٠

حينئذٍ (١) و إن لم تكن مستقره، لاحتمال نشوزها في أثناء النهار، بناءً على سقوطها بذلك. و أمّا النفقة المستقبلة فلا يجوز ضمانها عندهم، لأنه من ضمان ما لم يجب (٢). و لكن لا يبعد صحته [١] (٣) لكفايه وجود المقتضى و هو الزوجيه.

و من هنا فلو امتنع من يجب عليه الإنفاق منه، جاز لواجب النفقة رفع أمره إلى الحاكم و له إجباره عليه، فإن امتنع جاز له الأخذ من ماله و الإنفاق على من تجب نفقته على الممتنع، لكونه ولي الممتنع.

إذا عرفت ذلك كله، ظهر الوجه في صحه ضمان النفقه الماضيه للزوجه، فإنها دين حقيقه ثابت في ذمه الزوج بالفعل، فلا مانع من نقله بالضمان إلى ذمه غيره.

كما ظهر الوجه في عدم جواز ضمان النفقه الماضيه للأقارب، إذ الإنفاق عليهم ليس إلّا حكماً تكليفاً محضاً، فلا يترتب على عصيانه ثبوته ديناً في ذمته.

(١) بناءً على ما هو المعروف و المشهور بينهم من ملكيه الزوجه لنفقتها في أول النهار، فإنه حينئذ يصح ضمانها، لثبوتها في ذمته بالفعل.

و كذا بناءً على القول بملكيتها لنفقه كل وقت في حينه، بحيث تملك نفقه الصبح صباحاً و نفقه الظهر عنده و العشاء ليلاً، فإنه يصح ضمانها في حينها، لثبوتها في ذمه الرجل عند ذلك.

(٢) و حيث لا تملك الزوجه شيئاً بالفعل في ذمه زوجها، فهو غير مدين إليها بالفعل، كي يصح الضمان و نقل ذلك الدين إلى ذمه غيره.

(٣) بل هو بعيد جداً، بل لم يظهر وجه لاحتمال الصحه في المقام بالمره. فإنّ الضمان كما عرفته نقل الدّين من ذمه إلى أخرى، فما لم يكن الدّين ثابتاً بالفعل فلا موضوع لنقله.

و بعبارة اخرى: إنّ الضامن إن أنشأ اشتغال ذمته بالدّين فعلاً، فهو غير صحيح لعدم ثبوته في ذمه المضمون عنه كي ينقل إلى ذمته. و إن أنشأ اشتغالها به عند اشتغال

[١] مر الكلام فيه.

و أمّا نفقه الأقارب فلا- يجوز ضمانها بالنسبه إلى ما مضى، لعدم كونها ديناً على من كانت عليه (١). إلّا إذا أذن للقريب أن يستقرض و ينفق على نفسه (٢) أو أذن له الحاكم في ذلك (٣) إذ حينئذ يكون ديناً عليه. و أمّا بالنسبه إلى ما سيأتي فمن ضمان ما لم يجب. مضافاً إلى أنّ وجوب الإنفاق حكم تكليفيّ و لا- تكون النفقه في ذمته. و لكن مع ذلك لا يخلو عن إشكال [١] (٤).

[مسألة ٣٦: الأقوى جواز ضمان مال الكتابه]

[٣٦٠٣] مسأله ٣٦: الأقوى جواز ضمان مال الكتابه، سواء كانت مشروطه أو مطلقه، لأنه دين في ذمه العبد (٥) و إن لم يكن مستقراً، لإمكان تعجيز نفسه.

ذمه الزوج به، فهو من التعليق الباطل.

و كيف كان، فمجرد وجود المقتضى للدّين لا يصحّ ضمانه، ما لم يكن هو ثابتاً بالفعل في الذمه.

و هذا قد تقدّم الكلام فيه في الشرط الثامن من شروط الضمان، عند احتماله (قدس سره) للصحّ في موارد وجود المقتضى خاصّه، فراجع.

(١) على ما تقدّم بيانه في أوّل المسأله.

(٢) حيث يثبت الدّين عليه بالاستقراض عن أمره، فيصحّ ضمانه من هذه الجهه

لا من باب كون نفقه الأقارب قابله للضمان.

(٣) لكونه ولي الممتنع كما عرفت، فيثبت الدّين عليه و يصحّ ضمانه بهذا الملا-ك، و إنّما فأصل وجوب الإنفاق لا يخرج عن كونه وجوباً تكليفاً محضاً.

(٤) إنّما أنه ضعيف و موهون جدّاً، فإنّ وجوب الإنفاق عليهم ليس وجوباً تمليكياً، على أنه على تقدير تسليمه من ضمان ما لم يجب.

(٥) فيصحّ نقله إلى ذمّه غيره بالضمان، و بذلك ينعتق العبد، لأنه أداء نظير إبراء المولى له.

[١] لا ينبغي الإشكال في بطلان الضمان.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٤٤٢

و القول بعدم الجواز مطلقاً (١) أو في خصوص المشروطه (٢) معللاً بأنه ليس بلازم و لا يؤول إلى اللّزوم، ضعيف كتعليقه (٣). و ربّما يعلّل بأنّ لازم ضمانه لزومه، مع أنه بالنسبه إلى المضمون عنه غير لازم، فيكون في الفرع لازماً مع أنه في الأصل غير لازم. و هو أيضاً كما ترى (٤).

(١) على ما نسبه المحقّق (قدس سره) في الشرائع إلى الشيخ (قدس سره) في المبسوط «١».

(٢) على ما نسبه الشهيد (قدس سره) في المسالك إليه «٢».

(٣) أمّا التعليل ففيه: منعه صغرى و كبرى. فإنّ المكاتبه بقسميها لازمه من الطرفين، فيجب على العبد الكسب و لا يجوز له تعجيز نفسه.

نعم، لو عجز انتقاماً أو عصى فعجز نفسه رجع رفقاً كما كان، إنّما أنه أجنبي عن القول بجوازه له ابتداءً، كما هو واضح.

على أنه لا دليل على اعتبار اللزوم في الدّين الثابت بالفعل، بل يصحّ ضمان الدّين الجائر قطعاً، كما هو الحال في موارد ضمان البيع الخيارى كبيع الحيوان و بيع الخيار.

و أمّا التعليل الثانى، فغايه ما يقال في تقريبه: أنّ الضمان و إن كان يصحّ في العقد الجائر، إنّما أنه

إنما يختصّ بما يؤول إلى اللزوم، نظير بيع الخيار و نحوه مما يرتجى لزومه في زمان، فلا- يصحّ فيما لا- يرتجى لزومه أصلاً، كالمكاتبه المشروطه بناءً على جوازها فإنها لا تؤول إلى اللزوم أبداً، فإنها ما لم يؤدّ الدين جائزه و عند أدائه ينعق العبد و ينتفى الموضوع من أساسه.

إلّا أنه لا يرجع إلى محصل و لا دليل عليه بالمرّه، بل مقتضى عمومات الضمان بعد ثبوت أصل الدّين صحّته.

(٤) إذ قد عرفت أنّ الصحيح لزوم الأصل أيضاً، و على تقدير تسليم جوازه فلا دليل على اعتبار عدم زياده الفرع على الأصل، بل الثابت خلافه، فإنه يصحّ ضمان

(١) شرائع الإسلام ٢: ١٢٦.

(٢) مسالك الافهام ٤: ١٩٠.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٤٦٣

[مسألة ٣٧: اختلفوا في جواز ضمان مال الجعالة قبل الإتيان بالعمل]

[٣٦٠٤] مسأله ٣٧: اختلفوا في جواز ضمان مال الجعالة قبل الإتيان بالعمل و كذا مال السبق و الرّمايه، فقبل بعدم الجواز، لعدم ثبوته في الذّمه قبل العمل.

و الأقوى وفاقاً لجماعه الجواز [١] (١) لا لدعوى ثبوته في الذّمه من الأوّل و سقوطه إذا لم يعمل، و لا لثبوته من الأوّل بشرط مجيء العمل في المستقبل، إذ الظاهر أنّ الثبوت إنما هو بالعمل، بل لقوله تعالى «وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ» [٢] (٢)

الموسر لدين المعسر و يجوز مطالبته به جزماً، و إن لم يكن يجوز مطالبه المضمون عنه به لإعساره.

و الحاصل أنّ كلّ حكم تابع لموضوعه سعه و ضيقاً، و ليس عدم زياده الفرع على أصله قاعده ثابتة يجوز التحويل عليها في تخصيص عمومات الأحكام و إطلاقاتها.

بل ذكر في الجواهر أنّ الصحّحه هنا أولى منها في العقود الجائزه كبيع الخيار و نحوه حيث لا مجال فيما نحن فيه لإعمال

الخيار بعد الضمان، نظير انعقاد العبد به مباشرة، وإعمال الخيار فرع عبوديته. بخلاف الحال في العقود الجائزه، حيث يجوز له أعمال خياره حتى بعد الضمان، فيرتفع العقد و يبطل الضمان.

(١) بل الأقوى هو التفصيل بين الجعالة من جهة و السبق و الرمايه من جهة أخرى، على ما سيأتي تفصيله.

(٢) وفيه: إن الآيه الكريمه أجنبيه عن محل الكلام. إذ الكلام إنما هو في الضمان بالمعنى المصطلح، أعنى نقل المال الثابت في ذمه شخص إلى ذمه غيره، و المستلزم لتغاير الضامن و المضمون عنه الجاعل في الفرض. في حين إن ظاهر الآيه الكريمه اتحاد الضامن و الجاعل، و من هنا فلا بدّ من حمل الضمان فيها على تأكيد الجعل و التزامه به، فتكون خارجه عن المعنى المبحوث عنه، كما هو واضح.

ثم لو تنزلنا و سلمنا دلالتها على المدعى في الضمان، فالتعدى عن موردها إلى غيره

[١] فيه إشكال، و الاحتياط لا يترك.

[٢] سورة يوسف ١٢: ٧٢.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٤٦٤

و لكفايه المقتضى للثبوت في صحه الضمان (١) و منع اعتبار الثبوت الفعلى كما أشرنا إليه سابقاً.

[مسألة ٣٨: اختلفوا في جواز ضمان الأعيان المضمونه]

[٣٦٠٥] مسألة ٣٨: اختلفوا في جواز ضمان الأعيان المضمونه كالغصب و المقبوض بالعقد الفاسد و نحوهما على قولين، ذهب إلى كلّ منهما جماعه.

مما يكون مشابهاً له، لا يخرج عن حدّ القياس الباطل.

(١) تقدّم الكلام فيه غير مرّه، و قد عرفت أنه مما لا يمكن المساعده عليه. فإنه و بعد الاعتراف بعدم اشتغال ذمه الجاعل و العاقد بشىء بالفعل، كيف يمكن الامتزام بصحّه الضمان بالمعنى المصطلح، أعنى نقل الدّين من ذمه إلى غيرها، فإنه ليس إلّا من السالبه بانتفاء الموضوع.

و دعوى عدم الدليل على بطلان ضمان ما لم

يجب، حيث لم يرد فيه نص، و لم يثبت عليه الإجماع، على ما سيأتى منه (قدس سره) فى المسأله الآتیه.

واضح الاندفاع، فإنّ بطلانه الضمان من القضايا التى قياساتها معها، و لا حاجه فى إثباته إلى النص أو التمسك بالإجماع. فإنه و بعد تسليم أنّ الضمان نقل للدين من ذمّه إلى أخرى، و الاعتراف بعدم ثبوت شىء فى ذمّه الجاعل و العاقد بالفعل، فلا موضوع له بالمزّه كى يكون إثبات بطلانه محتاجاً إلى النص أو الإجماع.

نعم، بناءً على عدم اشتراط التنجيز فى الضمان، لا- بأس بالالتزام بصحّه ضمانها على وجه التعليق، إلّا أنه واضح الفساد كما لا يخفى.

و كيف كان، فالصحيح هو التفصيل بين ضمان مال الجعالة و ضمان مال السبق و الرمايه، و الالتزام فى الأول بالصحّه و فى الثانى بالبطلان.

و ذلك لرجوع ضمان مال الجعالة قبل العمل إلى أمر الضامن للعامل بالعمل المحترم لا مجاناً، بل مع الأجره المسماه الجعل لكن على تقدير عدم وصول حقّه إليه من الجاعل المضمون عنه.

و هذا ليس من الضمان المصطلح، كى يرد عليه بأنه من ضمان ما لم يجب، نظراً لفراغ ذمّه المضمون عنه بالفعل. و إنما هو من التعهد بالجعل فى طول تعهد الجاعل به

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٤٦٥

و الأقوى الجواز [١] (١) سواء كان المراد ضمانها بمعنى التزام ردها عيناً و مثلها أو

فإنّ أمره به يوجب الضمان، إلّا أنّ التزامه به إنما هو عند عدم وصول حقّ المجعول له بعد العمل إليه، و لا بأس بالالتزام بصحّته، لبناء العقلاء و شمول عمومات الأمر بالوفاء بالعقود له.

إلّا أنّ هذا إنما يختص بضمن مال الجعالة بالمعنى الذى ذكرناه، حيث إنه من العقود المتعارفه التى عليها

بناء العقلاء. و لا يتم في مال السبق و الرمايه، فإنهما و بحدّ ذاتهما من أظهر مصاديق القمار، أكل المال بالباطل كما هو ظاهر، و إنما صحّ بالدليل الخاص لبعض الاعتبارات الملزمه.

و من هنا يجب الاقتصار في الحكم على مقدار دلالة الدليل عليه خاصّه، و الحكم فيما زاد عنه بالبطلان.

و حيث إن دليل صحّتهما إنما تضمن صحّتهما بالقياس إلى طرفي العقد، صحّ أكل أحدهما لمال الآخر و إن كان بحسب القاعده الأوليه هو البطلان، و يبقى الأجنبي الضامن الذي لا يعود العقد بالنفع عليه على كلّ تقدير و لا يرتبط به في شيء على القاعده المقتضيه للبطلان.

و الحاصل أنّ ثبوت الضمان بالأمر فرع صحّ العمل المأمور به و إباحته. و حيث لا دليل عليها بالقياس إليه، و إن كان صحيحاً بالقياس إلى طرفي العقد، يتعين الرجوع إلى قاعدته الأوليه المقتضيه للبطلان، من حيث كون العمل قماراً، و أكل المال بإزائه أكلاً للمال بالباطل.

(١) بل الأقوى هو التفصيل، فإنّ المنشأ من قبل الضامن

[١] الظاهر فيه التفصيل. فإنّ المنشأ إذا كان هو التعهّد الفعلي للعين المضمونه ليرتب عليه وجوب ردّها مع بقائها و دفع البديل عند تلفها، فلا بأس به للعمومات، و لا سيما أنه متعارف في الخارج. و إذا كان اشتغال الذمّه بالبديل فعلاً على تقدير تلفها و اشتغال ذمّه الضامن الأوّل به متأخراً فهو واضح الفساد، بل صحّته غير معقوله. و إذا كان اشتغال الذمّه بعد اشتغال ذمّه الضامن الأوّل به على نحو الواجب المشروط، فصحته مبتنيه على عدم اعتبار التنجيز. و بذلك يظهر الحال في ضمان الأعيان غير المضمونه.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٤٦٦

.....

تاره يكون هو الضمان المصطلح، أعني التزامه لصاحب المال

باشتغال ذمته من الآن بالبدل، فيما إذا تلفت العين بعد ذلك و اشتغلت ذمه المضمون عنه الغاصب أو القابض بالعقد الفاسد به.

و أخرى يكون اشتغال ذمته به على نحو الواجب المشروط، أعنى إنشاء الضمان المتأخر و المعلق على التلف من الآن.

و ثالثه يكون بمعنى كون المال فى عهده، و كونه هو المسئول عن رده ما دام موجوداً، و ردّ بدله مثلاً أو قيمه عند تلفه. كما هو الحال فى الغاصب نفسه، فإنّ ضمانه ليس بمعنى وجوب ردّ بدله عليه بالفعل، إذ العين ما دامت موجوده لا وجه لاشتغال ذمته بالبدل، بل هو بمعنى كونه مسؤولاً عن العين و كون العين فى عهده، بحيث يجب عليه ردها ما دامت موجوده و ردّ بدلها عند تلفها.

و الأول: باطل جزماً، لكونه من ضمان ما لم يجب. و قد عرفت فى المسأله السابقه أنّ بطلانه لا يحتاج إلى دليل خاصّ من نص أو إجماع، فإنه من القضايا التى قياساتها معها. إذ لو لم تكن ذمه المضمون عنه مشغوله بشىء بالفعل، كما هو مفروض الكلام فأى شىء هو ينتقل بالضمان من ذمته إلى ذمه غيره؟

و الثانى: و إن كان ممكناً فى نفسه، إلّا أنه محكوم بالبطلان قطعاً، للإجماع على اشتراط التنجيز فى الضمان و عدم صحه التعليق فيه.

و الثالث: و إن كان خارجاً عن الضمان بالمعنى المصطلح المبحوث عنه فى المقام، إذ لم تشتغل ذمه أحد بالمال كى ينتقل إلى ذمه غيره، إلّا أنه لا مانع من الالتزام بصحته لعمومات الأمر بالوفاء بالعقود، بل و جريان السيره العقلائيه عليه خارجاً.

و عليه فيحكم على هذا النحو من الضمان بالصحه و اللزوم، و مقتضاه ثبوت حق المطالبه للمضمون له من الضامن بالعين

ما دامت موجوده و بالبدل إذا تلفت.

ثم إن هذا الضمان ليس من الضمان على مذهب العامه، فإنه ليس من ضمّ ذمّه إلى ذمّه أُخرى، إذ لا اشتغال للذمّه الاولى فضلاً عن الثانيه كى تضمّ إليها. وإنما هو من

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٤٦٧

قيمتها على فرض التلف أو كان المراد ضمانها بمعنى التزام مثلها أو قيمتها إذا تلفت، و ذلك لعموم قوله (صلى الله عليه وآله و سلم): «الزعيم غارم» [١] (١)

ضمّ ضمان إلى ضمان آخر و إن اختلف سببهما، فضمن الغاصب و القابض بالعقد الفاسد فعلياً، في حين إن ضمان الضامن عقديّ. و هو ضمّ ضمان إلى ضمان لا محذور فيه بالمرّه، بل هو ثابت بالإجماع في غير مورد من الفقه، كالأيدى المتعاقبه على المغصوب أو المقبوض بالعقد الفاسد.

و الذى يتحصل مما ذكرناه أنّ الحقّ في المقام هو التفصيل، بين إرادته الضمان بالمعنى المبحوث عنه، و بين إرادته التعهد و تحمل المسئوليه. فإنّ الأوّل باطل، لدورانه بين ضمان ما لم يجب الباطل على القاعده، و التعليق الموجب للبطلان في حدّ نفسه. و الثانى محكوم بالصّحّه، للعمومات و السيره.

(١) و فيه: إنّ الروايه نبويه لم تثبت من طرفنا، بل في معتبره الحسين بن خالد قال: قلت لأبى الحسن (عليه السلام): جعلت فداك، قول الناس: الضامن غارم، قال: فقال: «ليس على الضامن غرم، الغرم على من أكل المال» «١» تكذيبه.

على أنّ مدلول النبويه بحسب تفسير المعتبره لها أجنبي عن محل الكلام، فإنّ ظاهرها أنّ الناس كانوا يتخيلون استقرار خساره في الضمان على الضامن نفسه فأنكر ذلك الإمام (عليه السلام) و حكم باستقرارها على المضمون عنه، و أين هذا عن محلّ الكلام؟

على أننا لو

تنزلنا عن جميع ذلك، فلا دلاله للنبويه على موارد صحه الضمان أو عدمها، فإنها لو صحّت إنما تدلّ على استقرار الغرم على الضامن عند صحه الضمان و تحقّقه، و لا تتكفل بيان صحه الضمان فى الأعيان الخارجيه المضمونه.

[١] مستدرک الوسائل ١٣: ٤٣٥ كتاب الضمان ب ١ ح ١، فقه الرضا (عليه السلام) ص ٣٤.

(١) الوسائل، ج ١٨ كتاب الضمان، ب ١ ح ١.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٤٦٨

و العمومات العامه (١) مثل قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ».

و دعوى أنه على التقدير الأول يكون من ضمان العين بمعنى الالتزام بردها مع أنّ الضمان نقل الحقّ من ذمّه إلى أخرى. و أيضاً لا إشكال فى أنّ الغاصب أيضاً مكلف بالردّ، فيكون من ضمّ ذمّه إلى أخرى، و ليس من مذهبنا. و على الثانى يكون من ضمان ما لم يجب، كما أنّه على الأول أيضاً كذلك بالنسبه إلى ردّ المثل أو قيمه عند التلف.

مدفوعه بأنه لا مانع منه بعد شمول العمومات، غايه الأمر أنه ليس من الضمان المصطلح. و كونه من ضمان ما لم يجب، لا يضرّ بعد ثبوت المقتضى (٢) و لا- دليل على عدم صحه ضمان ما لم يجب من نصّ أو إجماع (٣) و إن اشتهر بين الألسن. بل فى جملة من الموارد حكموا بصحّته، و فى جملة منها اختلفوا فيه، فلا إجماع.

و أمّا ضمان الأعيان غير المضمونه كمال المضاربه و الرهن و الوديعة قبل تحقّق

و على هذا فهى نظير قولنا: مشترى الحيوان بالخيار إلى ثلاثه أيام، حيث لا يدلّ إلّا على ثبوت الخيار عند صحه البيع، و أمّا تعيين موارد الصحه و إنه هل يحكم بصحّته البيع عند الشكّ فيه لجهه من الجهات، فهو

أجنبى عنه بالمرّه.

(١) يظهر الحال فيها مما ذكرناه من التفصيل. فإنّ التمسك بها لإثبات صحّه الضمان إنما يصحّ بناءً على إرادته المعنى الذى ذكرناه من الضمان، وإلا فهو بالمعنى الأول غير معقول و بالتانى باطل جزماً، و معه فلا مجال للتمسك بالعمومات.

(٢) تقدّم الكلام فيه غير مرّه. و قد عرفت أنّ ثبوت المقتضى لا يصحّح الضمان بعد أن كان عبارة عن نقل الدّين من ذمّه إلى أخرى، فإنه ما لم يكن الدّين ثابتاً لا يعقل نقله إلى ذمّه أخرى.

(٣) ظهر الحال فيه فى المسأله السابقه. فإنّ بطلانه من الوضوح إلى حدّ لا يحتاج إلى الدليل، فإنه أمر غير معقول فى نفسه، إذ النقل من ذمّه إلى غيرها متوقّف على الثبوت فى الأولى، وإلا فلا مجال لتصور الضمان كى يحكم بصحّته.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٤٦٩

سبب ضمانها من تعدّد أو تفريط فلا خلاف بينهم فى عدم صحّته. و الأقوى بمقتضى العمومات صحّته أيضاً (١).

[مسأله ٣٩: يجوز عندهم بلا خلاف بينهم ضمان درك الثمن للمشتري]

[٣٦٠٦] مسأله ٣٩: يجوز عندهم بلا خلاف بينهم ضمان درك الثمن للمشتري إذا ظهر كون المبيع مستحقاً للغير، أو ظهر بطلان البيع لفقد شرط من شروط صحّته إذا كان ذلك بعد قبض الثمن كما قيد به الأكثر، أو مطلقاً كما أطلق آخر، و هو الأقوى (٢).
قيل: و هذا مستثنى [١]

(١) بل الأقوى هو التفصيل المتقدم فى الأعيان المضمونه، فيقال بالصحّه فيما إذا كان المراد من ضمانها تحمّل مسؤوليتها و التعهد بها.

و الحاصل أنه لا- فرق فى الحكم بالصحّه أو الفساد بين يد الضامن و غيرها. فإن كان هو بمعنى اشتغال ذمّه الضامن بالبدل بالفعلى أو عند تلف العين، حكماً بطلانه فى الموردین، لعدم صحّته ضمان ما لم يجب

و الضمان التعليقي. و إن كان بمعنى تحمّل المسئوليّه خاصّه، قلنا بصحّته، لبناء العقلاء، و شمول أدلّه لزوم الوفاء بالعقد له.

و عليه فيكون الضامن مسؤولاً عن ردّ العين إن أمكن، و البدل مثلاً أو قيمه عند تلفها.

(٢) لما عرفته في المسأله السابقه من كون صحّحه هذا الضمان بالمعنى الذى ذكرناه على القاعده، و عدم توقّفه على وجود ضامن سابق للمال.

بل لا يبعد دعوى كون الحكم بصحّحه الضمان قبل القبض أولى منه بعده. فإنّ ضمانه قبل القبض يستلزم و بالطبع أمره للمضمون له البائع أو المشتري بالإقباض، إذ أنّ ضمانه لعهدّه الثمن أو المثلن ليس إلّا أمر مالكه بدفعه إلى صاحبه، مع التزامه و تعهدّه الضامن بتدارك ما يوازئه عند ظهور كونه مستحقاً للغير.

و هذا بخلاف الضمان بعد القبض، فإنه لما لم يكن الإقباض عن أمره، يكون الحكم بصحّحه تعهدّه أخفى منه فى الأوّل.

[١] الاستثناء لم يثبت، بل الحال فيه هو الحال فى ضمان بقيه الأعيان الخارجيه، و بذلك يظهر حال بقيه المسأله.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٤٧٠

من عدم ضمان الأعيان (١).

هذا و أمّا لو كان البيع صحيحاً، و حصل الفسخ بالخيار أو التقايل أو تلف المبيع قبل القبض، فعلى المشهور لم يلزم الضامن فيرجع على البائع، لعدم ثبوت الحق وقت الضمان (٢) فيكون من ضمان ما لم يجب. بل لو صرّح بالضمان إذا حصل

(١) و فيه: أنّ الضمان إن كان بالمعنى المصطلح، فهو غير قابل للحكم بصحّته مطلقاً، لدورانه بين ضمان ما لم يجب الذى عرفت عدم معقوليته، و الضمان المعلق الذى عرفت بطلانه بالإجماع، بلا فرق فيه بين المقام و غيره.

و إن كان بالمعنى الذى ذكرناه، فصحّته، على القاعده مطلقاً أيضاً، و لا

وجه لجعل هذا الفرد مستثنى مما سبق.

و الحاصل أنه لا وجه للاستثناء فى المقام على التقديرين. فإنه إن صحَّ ضمان الأعيان الخارجيه بحمله على المعنى الذى ذكرناه، فالصَّحَّه هنا على القاعده أيضاً، و إنما فالضمان فى المقام أيضاً محكوم بالبطلان، إذ لا يختلف فيما لا يعقل أو المجمع على بطلانه بين المقام و غيره.

(٢) إذ الثمن قد انتقل من ملك المشتري إلى ملك البائع جزماً، كما انتقل المثلث من ملك البائع إلى ملك المشتري قطعاً، فانقطعت علاقته كلَّ منهما عما كان يملكه قبل العقد و أصبح ملكاً لصاحبه ظاهراً و واقعاً، غايه الأمر أنه يمكن أن يعود إلى ملكه ثانياً بالفسخ فى حينه. و معه فلا معنى لضمائه، لأنه بمعنى اشتغال ذمَّته به بالفعل غير معقول، و بمعنى اشتغال ذمَّته به فى ظرف الفسخ من التعليق الباطل، بلا فرق فيه بين إقباضه للثمن و عدمه.

نعم، لو كان البيع و إقباض الثمن و المثلث عن أمر الضامن، ملتزماً بتدارك ما يترتب عليه من الضرر و المفسده عند تحقق الفسخ و رجوع كلَّ من المالكين إلى مالكة الأول، لم يبعد الحكم بصحَّته فى المقام. فإنه لما كان الإقباض عن أمره، كانت الإضرار المتوجَّهه إلى البائع أو المشتري المضمون له متوجهه إلى الأمر الضامن فإنه داخل فيما جرت عليه السيره العقلايه و مشمول لعمومات الوفاء بالعقود.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٤٧١

الفسخ، لم يصحَّ بمقتضى التعليق المذكور.

نعم، فى الفسخ بالعيب السابق أو اللآحق اختلفوا فى أنه هل يدخل فى العهده و يصحَّ الضمان أو لا؟ فالمشهور على العدم (١). و عن بعضهم دخوله، و لازمه الصَّحَّه مع التصريح (٢) بالأولى. و الأقوى فى الجميع الدخول مع الإطلاق و

الصَّحَّة مع التصريح و دعوى أنه من ضمان ما لم يجب، مدفوعه بكفايه وجود السبب (٣).

هذا بالنسبة إلى ضمان عهده الثمن إذا حصل الفسخ. و أما بالنسبة إلى مطالبه الأرش، فقال بعض من منع من ذلك بجوازها، لأنَّ الاستحقاق له ثابت عند العقد (٤) فلا يكون من ضمان ما لم يجب. و قد عرفت أنَّ الأقوى صحَّه الأوَّل

(١) لدورانه بين التعليق و ضمان ما لم يجب الباطلين.

□
اللَّهِمَّ إِلَّا أَنْ يَرَادَ بِهِ الضَّمَانُ بِالْمَعْنَى الَّتِي ذَكَرْنَا، فَيَحْكُمُ بِصِحَّتِهِ لَمَّا تَقَدَّمَ.

(٢) قد ظهر الحال فيه مما سبق.

(٣) لكنك قد عرفت ضعفه و عدم معقوليته مما ذكرناه في المسائل السابقة.

(٤) و فيه: أنه لا ينبغي الشك في بطلان هذا الضمان، حتى بناءً على القول بصحَّته في الأعيان الخارجيه، كما هو المختار.

و الوجه فيه ما عرفت في ضمن المسائل السابقة، من أنَّ الضمان إنما يصحَّ في موردين لا ثالث لهما.

الأوَّل: ضمان الدَّين الثابت في الذمَّه بالفعل، فإنه القدر المتيقَّن من صحَّه الضمان و هو الضمان بالمعنى المصطلح الذي عليه تسالم الأصحاب.

الثاني: ضمان الأعيان الشخصية بالمعنى الذي ذكرناه.

الفرق بينهما يكمن في كون الأوَّل متضمناً لاشتغال ذمَّه الضامن بالدَّين بالفعل، في حين إنَّ الثاني لا يعنى إِلَّا كون العين في عهده و مسؤوليتها عليه.

و كيف كان، فحيث لا دليل على صحَّه الضمان في غير هذين الموردين، أعنى ما

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٤٧٢

.....

كان ديناً ثابتاً بالفعل أو عيناً خارجياً، فلا وجه للحكم بالصَّحَّة في ضمان الأرش فإنه خارج عنهما معاً.

و ذلك لما ذكرناه في مباحث خيار العيب مفضيلاً و تطرَّقنا إليه في كتاب الإجاره أيضاً، من أنَّ ثبوت الأرش في موارد العيب

ليس حكماً على القاعده و يقتضيه نفس

العقد، فإن وصف الصّحّه لا يقابل بالمال بتاتاً، فليس المبيع مركباً من أصل الثمن و وصف الصّحّه، كى يقال باقتضاء القاعده لبقاء ما قابله على ملك المشتري، نظراً لتخلف هذا الجزء و بطلان العقد بالنسبه إليه، بل الثمن واقع بتمامه بإزاء أصل المبيع فقط، و إنما هو وصف الصّحّه يوجب زياده مقداره لا غير. و لذا لا يحكم عند تخلفه ببطلان العقد بالنسبه إليه.

و الحال أنّ المبيع لو كان مركباً منه و من ذات السلعه، للزم القول ببطلان العقد بالنسبه إليه، و وجوب إرجاع البائع لما قابله من الثمن بعينه إلى المشتري، سواء طالب بذلك أم لم يطالب، و هو باطل جزماً و لا يقول به أحد من الأصحاب. فإنه يجوز دفع الأرش من غير الثمن حتى مع وجود عينه، كما لا يجب على ورثه البائع لو مات قبل ظهور العيب إخراج الأرش من تركته.

بل الأرش إنما ثبت بالنصوص الخاصّه على خلاف القاعده فى البيع خاصّه.

و عليه فإن أمكن بعد الفسخ ردّ العين بنفسها سالمه فهو. و إن لم يمكن لمانع عقلى أو شرعى انتقل الأمر إلى مطالبته بالأرش، فإن طالبه به لزم البائع دفعه من أى مال شاء حتى مع وجود عين الثمن، و إن لم يطالبه فلا شىء عليه، و ليس بمشغول الذمّه له بشىء.

و عليه ففى المقام، حيث لا- يكون متعلّق الضمان ديناً فعلياً ثابتاً فى ذمّه البائع عند الضمان و لا عيناً خارجياً، فلا محيص عن رجوع ضمانه إلى ضمان ما لم يجب الغير المعقول لامتناع انتقال المعدوم إلى ذمّه الغير، أو الضمان على نحو الواجب المشروط الباطل إجماعاً لاعتبار التنجيز فيه.

و الحاصل أنّ المتعين فى المقام هو الحكم بالبطلان، و

إن قلنا بصحة ضمان الأعيان الخارجيه بالتقريب المتقدم فإنَّ الأرش خارج عنه، و عن الدَّين الثابت بالفعل في

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٤٧٣

أيضاً، و أنّ تحقّق السبب حال العقد كافٍ (١). مع إمكان دعوى أنّ الأرش أيضاً لا يثبت إلّا بعد اختياره و مطالبته (٢) فالصحة فيه [١] أيضاً (٣) من جهه كفايه تحقّق السبب. و مما ذكرنا ظهر حال ضمان درك المبيع للبائع (٤).

[مسأله ٤٠: إذا ضمن عهده الثمن فظهر بعض المبيع مستحقاً]

[٣٦٠٧] مسأله ٤٠: إذا ضمن عهده الثمن فظهر بعض المبيع مستحقاً فالأقوى اختصاص ضمان الضامن بذلك البعض (٥). و في البعض الآخر يتخيّر المشتري بين الإمضاء و الفسخ، لتبعض الصفقه، فيرجع على البائع بما قابله. و عن الشيخ جواز الرجوع على الضامن بالجميع، و لا وجه له (٦).

ذمه المضمون عنه.

(١) لكنك قد عرفت عدم معقوليته و امتناعه.

(٢) بل هو المتعين، على ما عرفت توضيحه فيما تقدّم.

(٣) و قد عرفت إشكاله، و أنّ الأقوى بل المتعين هو الحكم بالبطلان.

(٤) فإنّ حاله حال ضمان درك الثمن للمشتري حرفاً بحرف، فيبطل ضمانه بالمعنى المصطلح، و يصحّ على القاعده بالمعنى الذى ذكرناه.

(٥) إذ إنّ ضمان الكلّ ينحلّ إلى ضمان كلّ جزء جزء، و حيث قد ظهر استحقاق البعض خاصّه تمّ الضمان فيه دون الباقي.

(٦) إذ المفروض ضمانه لخصوص درك الثمن، لا- الثمن بجميع عوارضه و طوارئه. و من هنا فيختصّ الضمان بالنصف الذى ظهر مستحقاً للغير، لشمول ضمان درك الثمن له. و لا- يعمّ النصف الآخر، الذى رجع إلى البائع بفسخ المشتري للعقد بخيار تبعض الصفقه، فإنه خارج عن ضمان درك درك الثمن.

نعم، لو كان الضامن ضامناً للثمن بجميع عوارضه و طوارئه، بحيث كان ضمانه عاماً للفسخ بالخيار فى المقام أيضاً، صحّ

[١] لا وجه للصحة لفرض أنّ الذمّه غير مشغوله بالأرش إلّا بعد المطالبه، و عليه فلا يصحّ ضمانه لأنّه من ضمان ما لم يجب.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٤٧٤

[مسأله ٤١: الأقوى وفاقاً للشهيدین]

[٣٦٠٨] مسأله ٤١: الأقوى (١) وفاقاً للشهيدین [١] صحّه ضمان

خارج عن محل الكلام، أعنى ضمان درك الثمن خاصّه.

(١) بل الأقوى ما ذهب إليه المشهور.

و الوجه فيه ما عرفته في المسائل السابقه، من عدم معقوليته إذا أنشئ على نحو الفعلية، بأن أنشأ الضامن اشتغال ذمته بالفعل بما ستشغل به ذمه البائع بعد ذلك، فإنّ المعدوم غير قابل للانتقال إلى ذمه الغير و ثبوته فيها، و بطلانه من القضايا التي قياساتها معها.

نعم، لو أنشئ على نحو الواجب المشروط و الضمان المتأخر، فهو و إن كان معقولاً في حدّ ذاته إلّا أنه باطل بلا خلاف، للتعليل المجمع على بطلانه.

ثمّ بناءً على ما اخترناه من بطلان الضمان على البائع، فهل يصحّ ضمانه لا من قبل البائع، بأن يتعهد الأمر تحمّل خساره بنفسه و من غير رجوع على البائع بها؟

الأقوى فيه البطلان، حيث لم يثبت بناء من العقلاء على الضمان الأمرى فيما يرجع إلى الأمور به وحده، فإنّ الغرس و البناء و ما شاكلهما من المضمون له فيما يعتقده أرضه، عمل متمحض له و لا يرتبط بغيره في شيء.

و من هنا فإنّ الأمر به أمر بما يرجع إليه و يخصه، نظير أمره بالتجاره لنفسه مع التعهد بتحمّل خساره عنه، و لم يثبت فيه بناء من العقلاء على الضمان.

و الحاصل أنّ الضمان عن البائع محكوم بالفساد، لدورانه بين أمر معقول، و أمر قام بالإجماع على بطلانه. و الضمان عن نفسه من جهه أمره بفعل

ربّما يترتب عليه الضرر غير ثابت.

ثم إنّ الكلام في هذه المسألة إنما يتم في فرض كون البائع غازاً للمشتري، والقول بثبوت قاعده الغرور. وأمّا لو لم يكن البائع غازاً له بأن كان معتقداً لملكيته للأرض أو قلنا بعدم ثبوت قاعده الغرور على نحو الكليته كما هو المختار، فلا ضمان على البائع

[١] فيه إشكال، والاحتياط لا يترك.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٤٧٥

ما يحدثه المشتري من بناء أو غرس في الأرض المشتراه إذا ظهر كونها مستحقّه للغير وقلع البناء و الغرس، فيضمن الأرض، و هو تفاوت ما بين المقلوع و الثابت عن البائع. خلافاً للمشهور، لأنه من ضمان ما لم يجب. و قد عرفت كفايه السبب.

هذا و لو ضمنه البائع، قيل لا يصحّ أيضاً كالأجنبي، و ثبوته بحكم الشرع لا يقتضى صحّه عقد الضمان المشروط بتحقق الحقّ حال الضمان.

و قيل بالصّحّه (١) لأنه لازم بنفس العقد فلا مانع من ضمانه، لما مرّ من كفايه تحقق السبب. فيكون حينئذٍ للضمان سببان: نفس العقد، و الضمان بعقده.

و تظهر الثمره فيما إذا أسقط المشتري عنه حقّ الضمان الثابت بالعقد، فإنه يبقى الضمان العقديّ، كما إذا كان لشخص خياران بسببين فأسقط أحدهما. و قد يورد عليه بأنه لا معنى لضمان شخص عن نفسه، و المقام من هذا القبيل. و يمكن أن يقال [١]: لا مانع منه مع تعدّد الجبهه (٢). هذا كلّه إذا كان بعنوان عقد الضمان، و أمّا

بلا- خلاف و لا- إشكال فيه. فإنّ المشتري يتحمّل حينئذ الخساره بنفسه، لكونه هو الذي أوقع نفسه في الضرر، بالتصرف في الأرض معتقداً ملكيته لها.

(١) إلّا أنه لا يمكن توجيهه بوجه. فإنّ الضمان لما كان نقل ما

فى ذمه إلى غيرها كان ذلك متوقفاً على تعدد الذمم لا محاله، و حيث إنه مفقود فى المقام، فتصوره غير معقول، فإنه من أين ينتقل الدين و إلى أين؟! نعم، تعدد أسباب الضمان الواحد أمر معقول فى حد ذاته، إلا أنه غير ممكن فى خصوص المقام، لعدم معقوليه ضمان المدين لنفسه عن نفسه، كما هو الحال فى سائر موارد الدين.

(٢) إلا أنك قد عرفت عدم معقوليته، فإن تعدد الجهه لا يوجب تغاير الذمّتين و نقل الدين من إحداهما إلى الأخرى.

[١] لكنه بعيد، بل لا وجه له أصلاً.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٤٧٦

إذا اشترط فلا بأس به، و يكون مؤكداً لما هو [٢] لازم العقد (١).

مسألة ٤٢: لو قال عند خوف غرق السفينه: القى متاعك فى البحر و على ضمانه

[٣٦٠٩] مسأله ٤٢: لو قال عند خوف غرق السفينه: القى متاعك فى البحر و على ضمانه، صحّ بلا خلاف بينهم، بل الظاهر الإجماع عليه (٢) و هو الدليل عندهم. و أما إذا لم يكن لخوف الغرق، بل لمصلحه أخرى من خفه السفينه أو نحوها، فلا يصحّ عندهم. و مقتضى العمومات صحته [٢] أيضاً (٣).

(١) و فيه: إن الشرط إن كان على نحو شرط النتيجة، بمعنى اشتغال ذمه الضامن بالفعل بما تشتغل به ذمه البائع فى وقته، فهو باطل لعدم معقوليته، على ما عرفت.

و إن كان على نحو شرط الفعل، بمعنى اشتراط المشتري على البائع أداء مقدار خساره، فهو و إن كان صحيحاً إلا أنه غير مؤكّد لما هو لازم العقد، فإنّ الثابت بالشرط هو التكليف المحض، فى حين إنّ الثابت بنفس العقد هو الوضع و اشتغال الذمه.

و الحاصل: إنّ الأمر فى المقام يدور بين عدم الصحه و عدم التأكيد، فإما لا صحه و إما لا تأكيد، فالجمع بينهما مما

لا يمكن مساعدته عليه.

(٢) بل الظاهر اتفاق المسلمين عليه، حيث لم يظهر الخلاف فيه إلّا من أبي ثور خاصه.

(٣) بل الظاهر أنه لا حاجة للتمسك بالعمومات كي يورد عليه بالمناقشه في صدق العقد على هذا الضمان، باعتبار أنه ليس فيه إلّا أمر من الأمر و عمل من المأمور و هما لا يشكّان العقد، كما هو الحال في جميع موارد الأمر بشي ء و امتثال المأمور له.

فإنّ السيره العقلانيه القطعيه مستقرّه على الضمان في موارد الأمر بإعطاء أو إتلاف الأموال المحترمه لغرض عقلائي يخرجّه عن كونه فعل حرام، إذا لم يكن لكلامه ظهور

[٢] هذا الشرط إن كان بعنوان شرط النتيجة فهو غير صحيح، و إن كان بعنوان شرط الفعل فهو و إن كان صحيحاً إلّا أنه لا يكون مؤكداً.

[٢] بل السيره القطعيه العقلانيه قائمه على الصحه.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٤٧٧

تتمّه في صور التنازع

اشاره

تتمّه [في صور التنازع] قد علم من تضاعيف المسائل المتقدمه الاتفاقيه أو الخلافيه: أنّ ما ذكره في أوّل الفصل من تعريف الضمان، و أنه نقل الحقّ الثابت من ذمّه إلى أخرى، و أنه لا يصحّ في غير الدّين، و لا في غير الثابت حين الضمان، لا وجه له، و أنه أعمّ من ذلك حسب ما فصل (١) [١].

في المجانيه أو يقصد المالك به التبرع، كما هو الحال في الأمر بالأعمال المحترمه حرفاً بحرف، إذ لا فرق فيه بين الأمر بالعمل و إعطاء مال أو إتلافه، فإنّ كلا من ذلك موجب للضمان عند امتثال الأمر من قبل المأمور ببناء العقلاء و السيره القطعيه، ما لم يكن هناك ظهور لكلام الأمر لقرينه أو انصراف أو غيرهما في المجانيه، أو يقصد العامل أو المالك التبرع به.

و ما

ذكرناه لا يختص بمورد السفينه، بل يجرى حرفياً في جميع موارد الأمر بالإتلاف لغرض عقلائي، فإنه موجب للضمان جزماً مع قطع النظر عن متعلقه.

و من هنا يظهر عدم اختصاص الحكم بالضمان بصورة تصريح الأمر بضمانه له، فإنه ثابت في فرض اقتضاره على الأمر بإلقاء المتاع أيضاً، إذ الأمر على النحو الذي ذكرناه كافٍ بوحده لإثبات الضمان.

[في صور التنازع]

(١) حيث قد عرفت التفصيل بين الضمان المصطلح وغيره، و اعتبار ما ذكره

[١] قد مرّ التفصيل.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٤٧٨

[مسألة ١: لو اختلف المضمون له و المضمون عنه في أصل الضمان]

[٣٦١٠] مسأله ١: لو اختلف المضمون له و المضمون عنه في أصل الضمان (١) فادعى أنه ضمنه ضامن و أنكره المضمون له، فالقول قوله (٢). و كذا لو ادعى أنه ضمن تمام ديونه و أنكره المضمون له، لأصالة بقاء ما كان عليه (٣).

و لو اختلفا في إفسار الضامن حين العقد و يساره (٤) فادعى المضمون له إفساره، فالقول قول المضمون عنه [١] (٥).

(قدس سره) في الأوّل دون الثاني، فإنه يصحّ في الأعيان الخارجيه، و موارد عدم ثبوت الحقّ حين الضمان مما قامت السيره العقلانيه عليه، كدرك الثمن أو المثل.

(١) لا- يخفى ما في التعبير ب: اختلاف المضمون له و المضمون عنه في أصل الضمان من المسامحه إذ مع إنكار الأوّل من أساسه كيف يصحّ التعبير عنه بالمضمون له. و حقّ العبارة أن يقال: لو اختلف الدائن و المدين في أصل الضمان.

(٢) بلا إشكال فيه و لا خلاف. فإنه لا بدّ للمدين من إثبات براءة ذمّته من الدّين و إلّا فهو ملزم بالخروج عن عهده.

(٣) خرجنا عنها بالنسبه إلى ما يعترف به المضمون له القدر المتيقن لفراغ ذمّته منه جزماً، و لا بدّ له بالنسبه

إلى الزائد ما يدعيه هو من إثبات البراءة، وإلا فهو ملزم بالخروج من عهده، كما عرفت.

(٤) بناءً على ما ذهب إليه المشهور، من ثبوت الخيار للمضمون له عند ظهور إعساره حين العقد. وأما بناءً على ما اخترناه من عدم الدليل على الخيار حينئذ، فلا أثر لهذا الاختلاف بالمره، فإنّ المضمون عنه برىء الذمه من الدين السابق على التقديرين اليسار والإعسار والضامن هو الملزم به.

(٥) الكلام في هذا الفرع: تارة يفرض مع سبق يسار الضامن، وأخرى مع سبق إعساره، و ثالثه مع تضادّ الأمرين، بأن يعلم بيساره في بعض شهر الضمان وإعساره في بعضه الآخر، مع الجهل بالمتقدم والمتأخر.

[١] هذا فيما إذا لم يثبت إعساره سابقاً.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٤٧٩

.....

أما الصورة الأولى: فالأمر كما أفاده (قدس سره) من تقديم قول المضمون عنه كما هو واضح. فإنّ دعوى المضمون له للإعسار مقدّمة لإثبات الخيار محتاجه إلى الدليل، وإلا فمقتضى الاستصحاب هو إثبات اليسار حين الضمان.

أمّا الصورة الثانية: فالظاهر تقديم قول المضمون له، وإلزام المضمون عنه بإثبات اليسار، فإنّ استصحاب العسر إلى زمان الضمان، يثبت موضوع الخيار للمضمون له.

والحاصل أنّ الأصل في هذه الصورة يقتضى الجواز، فيكون الإثبات على مدعى اللزوم لا محاله.

و من هنا فلا يمكن المساعدة على إطلاق كلام الماتن (قدس سره) من تقديم قول المضمون عنه، الشامل لهذه الصورة أيضاً.

ولعلّ هذه خارجه عن محط نظره و غير مراده له (قدس سره).

و أما الصورة الثالثة: فلا مجال فيها للتمسك باستصحاب العسر و اليسر معاً، سواء لما ذكره صاحب الكفايه (قدس سره) من عدم وجود المقتضى لعدم اتصال زمان اليقين بزمان الشك «١» أو

لما اخترناه من وجود المانع. فإنَّ النتيجة في المقام واحده و إن اختلف المبيان في غيره، على ما حققناه مفضيلاً في المباحث الأصوليه.

و عليه فهل يقَدِّم قول المضمون له، أو المضمون عنه، أو يكون المقام من التداعى؟

ظاهر إطلاق كلامه (قدس سره) هو الثانى، و على المضمون له الإثبات.

و قد أورد عليه في بعض الكلمات، بأنه لا موجب لجعل المضمون له مدعياً و إزماءه بالإثبات، و المضمون عنه منكرًا و قبول قوله، بعد أن كان قول كل منهما مخالفاً للأصل.

لكنَّ الظاهر أنَّ ما ذكره الماتن (قدس سره) هو الصحيح.

و الوجه فيه ما ذكرناه في مباحث القضاء، من أنَّ الروايات الواردة في أبواب القضاء و حلّ الخصومات لم تتعرض على كثرتها لتحديد المدعى و المنكر على

(١) كفايه الأصول.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٤٨٠

.....

الإطلاق. و هل المدعى من خالف قوله الأصل أو الظاهر، و المنكر من وافق قوله للأصل أو الظاهر، أم لا؟ و إنما ذلك مذکور في كلمات الأصحاب (قدس الله أسرارهم) خاصه. و هو إن كان صحيحاً بحسب الغالب، إلّا أنه لا دليل على ثبوته على نحو الكبرى الكليه.

و من هنا فلا محيص عن الرجوع إلى العرف لتحديد المفهومين، و من الواضح أنَّ مقتضاه كون من يطالب غيره بشىء و يلزمه به و يكون مطالباً لدى العقلاء بالإثبات مدعياً، و خصمه الذى لا يطالب بشىء منكرًا.

نعم، يستثنى من ذلك ما إذا اعترف الخصم بأصل الحقّ و ادعى وفاءه، كما إذا اعترف بالاستقراض مدعياً أداءه و فراغ ذمته. فإنه حينئذ و إن كان الدائن هو المطالب غيره بالمال و الملزم له به، إلّا أنه يعتبر منكرًا و على خصمه إثبات الأداء و ذلك لاعترافه بأصل

الدَّيْنِ، فإنه يوجب انقلاب المدعى لولا الاعتراف منكرًا و المنكر لولاه مدعيًا.

و الحاصل أنه لا- أثر لموافقه الأصل أو الظاهر أو مخالفته لهما في تحديد المدعى و المنكر، إذ لا دليل على شىء مما ذكره الأصحاب في كلماتهم في المقام، و إنما العبرة بما ذكرناه من الرجوع إلى العرف و تحديد المدعى و المنكر على ضوء الفهم العرفي.

و عليه ففي المقام و إن كان قول كل منهما مخالفًا للأصل الموضوعي، إلا أن ذلك لا يمنع من كون المضمون له هو المدعى، باعتبار أنه الذى يطالب خصمه المضمون عنه بالمال نتيجة للفسخ بالخيار، بعد اعترافه ببراءة ذمته و فراغها منه بالضمان و يكون هو الملزم بالإثبات لدى العقلاء.

و بعبارة اخرى: إن اشتغال ذمته المضمون عنه ثانياً نتيجة للفسخ من قبل المضمون له بالمال و رجوع الدين إليها من ذمته الضامن، لما كان محتاجاً لدى العقلاء إلى الإثبات، كان المضمون له هو المدعى لا محاله، فإن أمكنه الإثبات فهو، و إلا فالقول قول المضمون عنه.

إذن فالصحيح أن المقام من موارد المدعى و المنكر، لاختصاص المطالبة و الإلزام بأحد الطرفين دون الآخر، و ليس من موارد التداعى كما توهمه بعضهم.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٤٨١

و كذا لو اختلفا في اشتراط الخيار للمضمون له و عدمه (١) فإنّ القول قول المضمون عنه (٢). و كذا لو اختلفا في صحه الضمان و عدمها (٣).

[مسألة ٢: لو اختلف الضامن و المضمون له في أصل الضمان]

[٣٦١١] مسألة ٢: لو اختلف الضامن و المضمون له في أصل الضمان، أو في ثبوت الدين و عدمه، أو في مقداره، أو في مقدار ما ضمن، أو في اشتراط تعجيله، أو تنقيص أجله إذا كان مؤجلاً، أو في اشتراط شىء عليه زائداً على أصل الدين،

فالقول قول الضامن (٤).

و لو اختلفا فى اشتراط تأجيله مع كونه حالاً، أو زياده أجله مع كونه مؤجلاً أو وفاء أو إبراء المضمون له عن جميعه أو بعضه، أو تقييده بكونه من مال

و الذى يتحصّل من جميع ما تقدّم، أنّ ما أفاده الماتن (قدس سره) من تقديم قول المضمون عنه عند اختلافه مع المضمون له فى يسار الضامن حين الضمان و إعساره بناءً على القول بثبوت الخيار له عند ظهور إعساره، إنّما يتمّ فى الصورتين الاولى و الثالثه خاصّه. و أمّا فى الصوره الثانيه، فالظاهر تقديم قول المضمون له، لثبوت موضوع الخيار بالاستصحاب.

(١) بناءً على صحّحه هذا الاشتراط كما اختاره الماتن (قدس سره) و جماعه، و إلّا كما اخترناه فالشرط باطل من أساسه، و لا أثر لهذا النزاع.

(٢) لكونه منكرًا، باعتبار أنّ خصمه المضمون له هو الذى يطالبه بشىء و يلزمه الإثبات عند العقلاء.

(٣) لأصالة الصحّحه بعد إحراز أصل وقوع العقد.

(٤) كما هو واضح، فإنّ المضمون له مدّع فعليه الإثبات. و إلّا فمقتضى أصاله عدم الضمان أو الدّين، أو الزائد عما يعترف به الضامن من الدّين أو الضمان، أو تعجيله أو تنقيص الأجل، أو الأمر الزائد عن أصل الدّين، تقديم قول الضامن المنكر.

نعم، للمضمون له تحليفه على ذلك، على ما تقتضيه قواعد القضاء.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٤٨٢

معين (١) و المفروض تلفه، أو اشتراط خيار الفسخ للضامن (٢) أو اشتراط شىء على المضمون له، أو اشتراط كون الضمان بما يساوى الأقلّ من الدّين، قدّم قول المضمون له (٣).

[مسأله ٣: لو اختلف الضامن و المضمون عنه فى الإذن و عدمه]

[٣٦١٢] مسأله ٣: لو اختلف الضامن و المضمون عنه فى الإذن و عدمه، أو فى وفاء الضامن حتى يجوز له الرجوع و عدمه، أو فى مقدار

الدَّيْنِ الَّذِي ضَمَّنَ وَ أَنْكَرَ الْمَضْمُونِ عَنْهُ الزِّيَادَةَ، أَوْ فِي اشْتِرَاطِ شَيْءٍ عَلَى الْمَضْمُونِ عَنْهُ (٤) أَوْ اشْتِرَاطِ الْخِيَارِ لِلضَّامِنِ (٥) قُدِّمَ قَوْلَ الْمَضْمُونِ عَنْهُ (٤).

(١) بِنَاءً عَلَى مَخْتَارِهِ (قَدَسَ سِرَّهُ) مِنْ بَطْلَانِ الضَّمَانِ حِينَئِذٍ وَ انْتِقَالَ الدَّيْنِ إِلَى ذِمَّةِ الضَّامِنِ.

لَكِنَّا كُنَّا قَدْ عَرَفْنَا فِي الْمَسْأَلَةِ الرَّابِعَةَ وَالْعِشْرِينَ، أَنَّهُ لَا مَعْنَى مَتَحَصِّلٍ لِلتَّقْيِيدِ فِي الْمَقَامِ بِالْمَرَّةِ، وَ أَنَّ مَرْجِعَهُ إِلَى الْإِشْرَاطِ لَا مَحَالَهُ.

(٢) بِنَاءً عَلَى مَا اخْتَارَهُ (قَدَسَ سِرَّهُ) مِنْ صَحِّحَةِ اشْتِرَاطِ الْخِيَارِ فِي الضَّمَانِ، لَكِنَّا كُنَّا قَدْ عَرَفْنَا مِنَ الْإِشْكَالِ فِيهِ.

(٣) كَلَّ ذَلِكَ لَكُونَ الضَّامِنِ مَدْعِيًّا فِي قَوْلِهِ فَعَلِيهِ الْإِثْبَاتُ، وَ إِلَّا فَمَقْتَضَى أَصَالَهُ عَدَمَ كَلِّ ذَلِكَ لَزُومِ الْخُرُوجِ عَنِ عَهْدِهِ الدَّيْنِ الثَّابِتِ فِي ذِمَّتِهِ بِأَصْلِ الضَّمَانِ.

(٤) عِنْدَ أَمْرِهِ بِالضَّمَانِ وَ قَبُولِهِ لَهُ. فَإِنَّ الشَّرْطَ سَائِعٌ فِي نَفْسِهِ، وَ الضَّمَانُ فَعْلٌ مُحْتَرَمٌ فَيَصَحُّ لِلضَّامِنِ عِنْدَ أَمْرِ الْمَضْمُونِ عَنْهُ بِالضَّمَانِ وَ قَبُولِهِ لَهُ، اشْتِرَاطِ شَيْءٍ مَبَاحٌ عَلَيْهِ بِإِزَائِهِ.

وَ مِنْهُ يَظْهَرُ فُسَادُ مَا قِيلَ مِنْ أَنَّ الْمَضْمُونِ عَنْهُ لَيْسَ طَرَفًا فِي عَقْدِ الضَّمَانِ، كَمَا يَصَحُّ الْإِشْرَاطُ عَلَيْهِ فِيهِ. فَإِنَّ الْإِشْرَاطَ إِنَّمَا هُوَ عِنْدَ أَمْرِهِ لَهُ بِالضَّمَانِ وَ قَبُولِهِ لِدَلَالَتِهِ، وَ لَيْسَ فِي عَقْدِ الضَّمَانِ كَمَا تَوَهَّمُ.

(٥) بِنَاءً عَلَى صَحِّحَةِ هَذَا الْإِشْرَاطِ، كَمَا اخْتَارَهُ الْمَاتِنُ (قَدَسَ سِرَّهُ).

(٦) لَكُونِهِ مُنْكَرًا لَمَا يَدَّعِيهِ الضَّامِنُ، فَإِنَّ اشْتِغَالَ ذِمَّتِهِ بِالدَّيْنِ ثَانِيًا بَعْدَ فِرَاقِهَا مِنْهُ

مُوسَوِعَةُ الْإِمَامِ الْخَوَئِصِيِّ، ج ٣١، ص: ٤٨٣

وَ لَوْ اخْتَلَفَا فِي أَصْلِ الضَّمَانِ، أَوْ فِي مِقْدَارِ الدَّيْنِ الَّذِي ضَمَّنَهُ وَ أَنْكَرَ الضَّامِنُ الزِّيَادَةَ، فَالْقَوْلُ قَوْلَ الضَّامِنِ (١).

[مَسْأَلَةٌ ٤: إِذَا أَنْكَرَ الضَّامِنُ الضَّمَانَ فَاسْتَوْفَى الْحَقَّ مِنْهُ بِالْبَيِّنَةِ]

[٣٦١٣] مَسْأَلَةٌ ٤: إِذَا أَنْكَرَ الضَّامِنُ الضَّمَانَ فَاسْتَوْفَى الْحَقَّ مِنْهُ بِالْبَيِّنَةِ، لَيْسَ لَهُ الرَّجُوعُ عَلَى الْمَضْمُونِ عَنْهُ الْمُنْكَرِ لِلْإِذْنِ أَوْ الدَّيْنِ [١] (٢) لِاعْتِرَافِهِ بِكَوْنِهِ أَخَذَ مِنْهُ ظُلْمًا.

نَعَمْ، لَوْ كَانَ مَدْعِيًّا مَعَ

ذلك للإذن في الأداء بلا ضمان، و لم يكن منكرًا لأصل الدَّين، و فرض كون المضمون عنه أيضاً معترفاً بالدَّين و الإذن في الضمان (٣) جاز له الرجوع عليه، إذ لا منافاه بين إنكار الضمان و ادعاء الإذن في الأداء

قطعاً يحتاج إلى الإثبات، و إلّا فمقتضى أصاله عدمه تقديم قوله في كل ذلك.

(١) فإنَّ اشتغال ذمته بأصل الدَّين أو الزيادة عما يعترف به يحتاج إلى الدليل و الأصل يقتضى عدمه.

(٢) مقتضى تقييده (قدس سره) للحكم بعدم رجوع الضامن على المضمون عنه بفرض إنكاره للإذن أو الدَّين، اختصاصه به و عدم ثبوته عند اعتراف المضمون عنه بالإذن أو الدَّين.

غير أن من الظاهر عدم الفرق بين الفرضين. فإنَّ مجرد ثبوت الدَّين أو الإذن في الضمان لا يكفي في جواز رجوع الضامن عليه، إذ يعتبر فيه مضافاً إلى الإذن تحقق الضمان و الأداء بعد ذلك خارجاً، فما لم يتحقق أحد هذه الأمور لا يكون للضامن الرجوع على المضمون عنه.

و من هنا فحيث إنَّ الضامن في المقام منكر لأصل الضمان و تحققه في الخارج أو الدَّين، فكيف يجوز له الرجوع على المضمون عنه، مع القطع بإذنه له فيه فضلاً عن اعترافه به.

(٣) ظهر الحال فيه مما تقدّم. فإنه لا فرق بين فرضي الإنكار و الاعتراف من حيث

[١] الظاهر أنه لا فرق بين صورتى الإنكار و عدمه.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٤٨٤

فاستحقاقه الرجوع معلوم [١] (١) غايه الأمر أنه يقول إنَّ ذلك للإذن في الأداء، و المضمون عنه يقول إنه للإذن في الضمان. فهو كما (٢) لو ادعى على شخص أنه يطلب منه عشر قرانات قرضاً، و المدعى ينكر القرض و يقول: إنه يطلبه من باب ثمن المبيع،

فأصل الطلب معلوم. و لو لم يعترف المضمون عنه بالضمان أو

عدم جواز الرجوع عليه، فإنه ليس من آثار الإذن المجرد، وإنما هو من آثاره منضمّاً إلى تحقق الضمان و الأداء في الخارج، و حيث إنّ المأخوذ منه منكر لتحقيق الضمان، فلا وجه لرجوعه به عليه.

(١) قد عرفت مما تقدّم أنّ الأمر في المقام ليس كذلك. فإنّ أصل الاستحقاق ليس معلوماً على كلّ تقدير، فإنّ المضمون عنه إنما يكون مشغول الذمّة للمأخوذ منه فيما لو كان قد أذن له في الأداء، فإنه حينئذٍ يجوز له الرجوع عليه لخسارته للمال، و إن كان ذلك بسبب مقدمه كاذبه أعنى ادعاء الضمان عليه، فإنّ ذلك لا يضرّ شيئاً بعد ما كان أصل وجوب الأداء ثابتاً عليه.

و أمّا لو كان قد اذن له في الضمان، فاشتغال ذمّته له غير ثابت بل الثابت عدمه لأنّ جواز الرجوع و كما عرفت ليس من آثار أصل الضمان، و إنما هو من آثار تحققه في الخارج و انتقال الدّين من ذمّة المضمون عنه إلى ذمّته و من ثمّ أدائه خارجاً. و حيث إنّ المفروض عدمه بحسب اعتراف الضامن نفسه، فلا-وجه لرجوعه عليه بدعوى أنّ أصل الاستحقاق و اشتغال ذمّة المضمون عنه معلوم.

(٢) قياس ما نحن فيه على المثال من القياس مع الفارق. فإنّ أصل الاستحقاق و اشتغال الذمّة فيه معلوم و إن كان سببه مجهولاً، و أين هذا مما نحن فيه حيث عرفت عدم ثبوت أصل الاستحقاق.

[١] فيه إشكال. فإنّ الإذن في الضمان لا يقتضى الرجوع على الآذن إلّا مع تحقق الضمان و الوفاء به خارجاً، و المفروض في المقام أنّ الضامن ينكر الضمان و يعترف بأنّ ما أخذ منه إنما أخذ

ظلماً و معه كيف يكون استحقاقه الرجوع معلوماً. نعم، لا بأس بالرجوع على المضمون عنه مقاصه لما أخذ منه قهراً بإذن الحاكم الشرعى.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٤٨٥

الإذن فيه، و ثبت عليه ذلك بالبينه، فكذلك [١] يجوز له الرجوع عليه مقاصه عما أخذ منه (١).

و هل يجوز للشاهدين على الإذن فى الضمان حينئذ أن يشهدا بالإذن من غير بيان كونه الإذن فى الضمان، أو كونه الإذن فى الأداء؟ الظاهر ذلك [٢] (٢) و إن كان

(١) فى العبارة تشويش ظاهر، و لعل فيها سقطاً، فإنها لا ترجع إلى محصل، إذ لا أثر لثبوت الإذن فى الضمان شرعاً بالمره، فإنه إنما يترتب على تحققه هو فى الخارج و تحقق الأداء بعده، على ما تقدم.

نعم، لو كان من أخذ منه المال معترفاً بثبوت الدين فى ذمه المضمون عنه، كان له الرجوع عليه بإذن الحاكم الشرعى و الأخذ منه مقاصه.

و ذلك لأن الأخذ لما أخذ المال من الضامن قهراً عليه و ظلماً، كان ذلك المال ثابتاً فى ذمته للمأخوذ منه فهو مدين له به. و لما كانت ذمه المضمون عنه مشغوله للأخذ بعد، نظراً لعدم انتقال ما بذمته إلى ذمه غيره، كان للمأخوذ منه الأخذ منه تقاصاً و أخذ ما يملكه الأخذ بدلاً عما أخذه منه ظلماً. و لكن لما كان مال الأخذ فى ذمه المضمون عنه كلياً، احتاج التقاص منه إلى إذن الحاكم الشرعى.

بلا فرق فى ذلك بين اعتراف المأخوذ منه بالضمان و عدمه، أو اعتراف المضمون عنه بالإذن و عدمه، فإنه من هاتين الجهتين سيان.

(٢) بل الظاهر عدمه. و ذلك لما عرفته من اختلاف أثر الأذنين شرعاً بل اختلافهما من حيث أصل وجود الأثر و عدمه،

إذ لا أثر للإذن في الضمان ما لم يتحقق هو و من بعده الأداء في الخارج، بخلاف الأذن في الأداء، حيث يكفي في جواز رجوع المأذون عليه مجرد تحقق الأداء خارجاً.

[١] في العبارة تشويش، فإن جواز الرجوع على المضمون عنه مقاصه بإذن من الحاكم الشرعي لا يرتبط بثبوت الضمان أو الإذن فيه بالبينة، بل المناط فيه اعترافه بالدين و بعدم الضمان.

[٢] بل الظاهر عدمه، و يظهر وجهه مما مرّ.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٤٨٦

لا يخلو عن إشكال. و كذا في نظائره (١).

كما إذا ادعى شخص على آخر أنه يطلب قرضاً و بيته تشهد بأنه يطلبه من باب ثمن المبيع لا القرض، فيجوز لهما أن يشهدا بأصل الطلب من غير بيان أنه للقرض أو لثمن البيع، على إشكال [١].

[مسألة ٥: إذا ادعى الضامن الوفاء و أنكر المضمون له و حلف]

[٣٦١٤] مسأله ٥: إذا ادعى الضامن الوفاء و أنكر المضمون له و حلف ليس له الرجوع على المضمون عنه إذا لم يصدقه في ذلك (٢). و إن صدقه جاز له الرجوع إذا كان بإذنه (٣) و تقبل شهادته له بالأداء (٤) إذا لم يكن هناك مانع من

و الحاصل أنّ خصوصيه الإذن في مجرد الأداء أو الإذن في الضمان لما كانت دخيله في ترتب الأثر، أعني جواز رجوع المأذون له على الأذن بعد الأداء، لم يكن للشاهدين إطلاق الشهاده بالإذن و السكوت عنها.

(١) مما لا تكون للخصوصيه دخل في ترتب الأثر عليه، كما هو الحال في المثال المذكور في المتن. فإنّ الدين ثابت على كلّ حال، و ذمه المدين مشغوله بالمال المعين للدائن من غير أثر لخصوصيه القرض أو الشراء، فإنه لا أثر لهما كما أنه لا أثر لسائر الخصوصيات من الزمان و المكان.

و لكن أين هذا

من محلّ الكلام و نظائره مما يختلف الأثر فيه باختلاف الخصوصيات، فإنّ تنظير أحدهما بالآخر ليس إلّا من القياس مع الفارق.

(٢) لما عرفته من توقف رجوعه عليه على تحقق الوفاء خارجاً. و حيث إنه غير متحقق، بل المتحقق بحسب القواعد الشرعيه عدمه، فلا موجب لجواز رجوعه عليه.

(٣) أخذاً له باعتراؤه و إقراره، فإنه بتصديقه له في الأداء يعترف بتحقيق موجب الرجوع عليه، و إن لم يثبت الأداء بالنسبه إلى المضمون له، إذ لا منافاه بين الأمرين.

(٤) على ما تقتضيه قواعد الشهاده.

[١] الظاهر أنه لا إشكال فيه.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٤٨٧

تهمه (١) أو غيرهما ممّا يمنع من قبول الشهاده.

[مسأله ٦: لو أذن المديون لغيره في وفاء دينه بلا ضمان فوفى]

[٣٦١٥] مسأله ٦: لو أذن المديون لغيره في وفاء دينه بلا ضمان فوفى، جاز له الرجوع عليه (٢). و لو ادّعى الوفاء و أنكر الآذن قبل قول المأذون، لأنه أمين

(١) ذكر هذا الاستثناء في جمله من النصوص المعتره و غيرها و قد ذكره غير واحد من الأصحاب أيضاً، كالمحقق (قدس سره) في الشرائع «١» و غيره.

إلّا أنّ الكلام في المراد منه، إذ الذي يعتبر في باب الشهاده جزءاً أن لا يكون الشاهد طرفاً في الدعوى، بحيث تكون شهادته راجعه إلى نفسه بجلب نفع أو دفع ضرر. كما لو ادّعى الوصى المفوض في صرف الثلث على غيره ديناً للميت، فإنه لا تقبل شهادته عليه، لاستلزامها دخول ثلث المبلغ المدّعى تحت تصرفه. أو شهد المضمون عنه للضامن بالأداء بعد ظهور إعسار الضامن من حين الضمان، بناءً على مذهب المشهور من ثبوت الخيار حينئذ للمضمون له، فإنّ شهادته هذه لما كانت تدفع عن نفسه ضرر إبطال العقد و رجوع الدّين ثانياً إلى ذمّته لم تكن مسموعه.

و من هنا

فإن أريد بالتهمه ما يقابل الوثوق بدينه و أمانته، فاشتراط عدمها ليس إلّا تعبيراً آخر عن شرطيه العدالة في الشاهد، و ليس هو أمراً زائداً عليها و في قبالتها.

و إن أريد من اشتراط عدمها اعتبار أن لا تكون الشهاده لدوافع القرابه أو الصداقه أو نحوهما، فهو غير معتبر جزماً، حيث تصحّ شهاده الأقرباء بعضهم لبعض و إن كان هناك احتمال كون الصلّه دخيله فيها، فإنه لا أثر له بعد فرض توفر سائر الشروط.

إذن فالمتعيّن حمل هذه الكلمه في لسان النصوص على المعنى الأوّل. و من هنا فلا وجه لجعل عدمها في قبال سائر الشروط المعتمره في الشاهد و التي منها العدالة.

(٢) لما ذكرناه في غير موضع، من قيام السيره العقلايه القطعيه الممضاه شرعاً على ثبوت الضمان بالأمر بإتلاف مال محترم على نحو مباح أو القيام بعمل محترم.

(١) شرائع الإسلام ٢: ١٢٨.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٤٨٨

من قبله (١). و لو قيد الأداء بالإشهاد و ادعى الإشهاد و غيبه الشاهدين قبل قوله أيضاً (٢). و لو علم عدم إشهاده ليس له الرجوع (٣). نعم، لو علم أنه وفّاه و لكن لم يشهد يحتمل جواز الرجوع عليه [١] (٤) لأنّ الغرض من الإشهاد العلم بحصول الوفاء و المفروض تحقّقه.

نعم، لا بدّ من تقييد ذلك بعدم ظهور الأمر في الاستدعاء المجاني، كما هو الحال في طلب الفقير ممن عليه الحقّ الشرعي من الخمس أو الزكاه أداء دينه، أو طلب مرجع الحقوق منه ذلك، بل الأمر كذلك بالنسبه إلى طلب الولد من أبيه ذلك، فإنه ظاهر في الأداء المجاني لكون الأب متكفلاً بشؤون ابنه، بل و كذا الحال في طلب سائر أفراد العائله منه ذلك.

كما ينبغي تقييده بعدم

قصد المأمور التبرع في عمله، إذ معه لا- يجوز له الرجوع عليه حتى و إن لم يكن لكلام الأمر ظهور في المجانيه، باعتبار أنه هو الذي قد أتلّف ماله بداعٍ من نفسه و من غير قصد امتثال الأمر.

- (١) فهو في ذلك بمنزله الوكيل، و مرجع العمل فعلاً و تركاً إليه، فيسمع قوله ما لم يثبت خلافه، على ما تقتضيه السيره القطعيه.
- (٢) لما تقدّم، إذ لا فرق في تصديقه بين كون المأمور به هو الأداء المطلق أو المقيّد بالإشهاد أو غيره، فإنّ قوله حجّه فيما يرجع أمره إليه ما لم يثبت خلافه.
- (٣) لعدم تحقق ما يتوقف عليه جواز الرجوع.

(٤) إلّا أنه بعيد غايته، بل هو ممنوع. فإنّ الإشهاد لما كان قيّداً للمأمور به كما هو المفروض لم يكن الأداء المطلق بمأمور به لا محاله و من غير تأثير لما هو الداعي له على هذا التقييد، و معه فكيف يجوز له الرجوع عليه.

(تمّ كتاب الضمان)

[١] لكنه بعيد في فرض التقييد كما هو المفروض.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٤٨٩

[كتاب الحواله]

اشاره

كتاب الحواله

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٤٩١

كتاب الحواله و هي عندهم تحويل المال من ذمّه إلى ذمّه. و الأولى أن يقال: إنها إحاله المديون دائنه إلى غيره، أو إحاله المديون دينه من ذمّته إلى ذمّه غيره. و على هذا فلا- ينتقض طرده بالضمان، فإنه و إن كان تحويلاً من الضامن للدين من ذمّه المضمون عنه إلى ذمّته، إلّا أنه ليس فيه الإحاله المذكوره (١) خصوصاً إذا لم يكن بسؤال من المضمون عنه.

[من شروطها]

اشاره

و يشترط فيها مضافاً إلى البلوغ [١] و العقل و الاختيار (٢)

(١) فإنَّ الفرق بينهما واضح. فإنَّ المعامله هنا إنما هي بين الدائن و المدين، حيث إنَّ الثاني ينقل ما في ذمته إلى ذمه غيره. بخلاف الضمان، حيث تكون المعامله بين الدائن و الأجنبي، و يستلزم نقل ما في ذمه الغير إلى ذمته.

(٢) و هذه هي الشروط العامه المعتبره في جميع العقود، و قد تقدّم بيان أدلتها في مورده. غير أنّ من غير الخفى أن هذه الشروط إنما تعتبر فيمن يكون طرفاً للعقد خاصّه، و لا تعتبر في الأجنبي عنه.

و من هنا فحيث إنَّ الحواله عقد قائم بين المحيل و المحتال الدائن و المدين فقط و أما المحال عليه في فرض اشتغال ذمته أجنبي عنها بالمرّه، فلا وجه لاعتبار هذه الشرائط فيه. فإنه لا مانع من الحواله على الصغير و المجنون و من لم يرض بها، إذ لمن يملك المال في ذمهم أن يملكه لغيره و ينقله إليه كيفما يشاء ببيع أو صلح أو حواله أو غيرها، و من دون أن يكون لمن عليه الحقّ أيّ اعتراض في ذلك، فإنه لا يعتبر رضاه به جزءاً، باعتبار كونه أجنبياً عن المعامله.

اعتبار شىء من ذلك فى المحال عليه إلّا إذا كانت الحوالة على البرىء، فإنه يعتبر فيه الأمور المذكوره غير الفليس.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٤٩٢

و عدم الشّفه (١)

و على تقدير احتمال اعتباره و إن كان بعيداً جداً، فهو أمر خارجى لا محاله، و ليس من الرضا المعاملى فى شىء كى يعتبر فى صاحبه الشروط المذكوره.

نعم، لو كانت الحوالة على البرىء، و جب توفر الشروط المذكوره غير الفليس فى المحال عليه أيضاً، نظراً لكونها غير ملزمه بالنسبه إليه، إذ المفروض أنّ المحيل لا يستحق عليه شيئاً. و من هنا فلا بدّ فى صحّتها من رضاه و قبوله، لانتقال الدّين من ذمّه المحيل إلى ذمّته.

و حيث إنه لا عبره برضا فاقد هذه الشروط، فإن رضا الصغير كالعدم و عمدّه كالخطأ، و لا أثر لقبول المجنون و المكروه، و ليس للسفيه إشغال ذمّته بشىء من دون إذن وليه، اعتبر فى صحّتها توفر الشروط لا محاله.

نعم، لا- يعتبر فيه عدم الحجر للفليس، باعتبار اختصاص دليل الحجر عليه بالتصرف فى أمواله الخارجيه خاصّه، و عدم شموله لإشغال ذمّته بشىء، فإنّ الدليل قاصر الشمول لمثله، و لذا يصحّ إجارتة لنفسه بل و استقراضه أيضاً. فليس هو كالفقيه، حيث يكون ممنوعاً من التصرف فى ذمّته و إشغالها فضلاً عن أمواله الخارجيه.

نعم، لا- يشارك الدائن الجديد الغرماء السابقين فى أمواله، فإنها و بحكم حجر الحاكم عليها تختصّ بالغرماء حين الحجر دون غيرهم، بلا فرق فى ذلك بين كون سبب الدّين اختيارياً كالاقتراض، أو قهرياً كالإتلاف.

و الحاصل أنّ إطلاق الحكم باعتبار هذه الشروط فى المحال عليه مما لا يمكن المساعدة عليه، فإنّه إن كان مشغول الذمّه للمحيل لم يعتبر فيه أى شرط على الإطلاق،

و إن كان برى ء الذمه بالنسبه إليه اعتبر فيه البلوغ و العقل و الاختيار و عدم الحجر عليه لسفه خاصه.

(١) أما بالنسبه إلى المحال عليه فقد عرفت الحال فيه.

و أما بالنسبه إلى المحيل نفسه، فالظاهر أنه كاعتبار عدم الحجر عليه لفلس لا وجه

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٤٩٣

في الثلاثه [١] من المحيل (١) و المحتال (٢)

له، فيما إذا كانت الحوالة على برى ء الذمه.

أما عدم اعتبار عدم السفه فيه، فلأن السفه إنما هو ممنوع من التصرف في أمواله و إشغال ذمته بشى ء، و من الواضح خروج المعامله الموجبه لإسقاط ما ثبت في ذمته و إشغال ذمه الغير به عنهما معاً، فلا يشمل دليل المنع.

و أما عدم اعتبار عدم الفلس فيه، فلاختصاص الحجر عليه بالتصرف في ماله خاصه، و حيث إن المفروض براه ذمه المحال عليه بالنسبه إليه و عدم ملكه لشى ء في ذمته، فلا تكون الحوالة عليه تصرفاً في ماله، فإنها ليست إلّا إشغالاً لذمه الغير بما ثبت في ذمته هو.

نعم، لانزم ذلك جواز الرجوع عليه بعد الأداء، إلّا أنّ ذلك لا يضر شيئاً بعد ما عرفته من عدم مشاركته للغرماء في الأموال الموجوده، حاله في ذلك حال الدين الجديد.

و الحاصل أنّ اعتبار هذه الشرائط بأكملها في المحيل إنما يتم في الحوالة على مشغول الذمه، إذ ليس للصغير و لا المجنون و لا المكره و لا المحجور عليه لسفه أو فلس التصرف في أمواله الموجوده بالفعل، و منها دينه الثابت في ذمه المحال عليه.

و أما لو كانت الحوالة على البرى ء، فلا يعتبر فيه سوى البلوغ و العقل و الاختيار إذ لا أثر لعقد الصغير و المجنون و المكره، دون عدم الحجر عليه لسفه أو

(١) على تفصيل عرفته.

(٢) بلا إشكال فيه، إذ الحوالة نقل لدينه و ماله الثابت في ذمّه المحيل، و هو تصرّف فيه جزماً فتتوقف صحّته على رضاه، و يعتبر فيه توفر الشروط بأجمعها، إذ لا أثر لرضا الصغير و المجنون و المكره و غير الرشيد و المفلس بالنسبة إلى ماله الموجود بالفعل.

[١] الظاهر أنّ حكم الحجر بالسفه حكمه بالفلس.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٤٩٤

و المحال عليه (١) و عدم الحجر بالسفه [١] (٢) في المحتال (٣) و المحال عليه (٤) بل و المحيل، إلّا إذا كانت الحوالة على البرى ء فإنه لا بأس به (٥) فإنه نظير الاقتراض منه أمور:-

[أحدها: الإيجاب و القبول]

أحدها: الإيجاب و القبول، على ما هو المشهور بينهم، حيث عدّوها من العقود اللّازمه. فالإيجاب من المحيل، و القبول من المحتال. و أمّا المحال عليه فليس من أركان العقد و إن اعتبرنا رضاه مطلقاً أو إذا كان بريئاً، فإنّ مجرد اشتراط الرضا منه لا يدلّ على كونه طرفاً و ركناً للمعامله. و يحتمل أن يقال: يعتبر قبوله أيضاً [٢] (٦) فيكون العقد مركّباً من الإيجاب و القبولين.

و على ما ذكره يشترط فيها ما يشترط في العقود اللّازمه، من الموالاه بين الإيجاب و القبول و نحوها، فلا تصحّ مع غيبه المحتال أو المحال عليه أو كليهما

(١) على إشكال قد عرفت تفصيله.

(٢) ذكر السفه من سهو القلم أو غلط النساخ جزماً، و الصحيح: الفلس، كما هو أوضح من أن يخفى.

(٣) لما تقدّم.

(٤) على إشكال بل منع، كما عرفته. فإنه لا يعتبر فيه عدم الحجر للفلس مطلقاً سواء أ كان مشغول الذمّه للمحيل أم لم يكن.

(٥) لما عرفته من اختصاص الحجر عليه بالتصرف في ماله، و الحوالة على البرى ء

خارجة عنه.

(٦) إلما أنه بعيد جداً، فإنه لا دليل عليه، بل لا وجه له بالمره، فإنه خارج عن المعاقده بالكليه، فإن العقد إنما هو بين المحيل و المحتال خاصه، و لا دور للمحال عليه فيه أصلاً.

[١] هذه الكلمه من سهو القلم أو غلط النسخ، و صحيحها: بالفلس.

[٢] لكنه بعيد جداً.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٤٩٥

بأن أوقع الحواله بالكتابه (١).

فإنه إذا كان مشغول الذمه للمحيل بالجنس الذي أحال غيره عليه فالأمر واضح فإن أمر المال بيد مالكة المحيل و له نقله كيفما يشاء و بأي سبب يختاره، من بيع أو صلح أو هبه أو غيرها، من دون أن يكون لمن اشتغلت ذمته به حق في الاعتراض عليه. و من هنا فلا يعتبر رضاه فضلاً عن قبوله.

و أمّا إذا كان برىء الذمه بالنسبه إليه، أو كانت الحواله بغير جنس الدّين، فيعتبر رضاه لا محاله، إذ ليس للمحيل سلطنه على إشغال ذمه المحال عليه بأصل المال أو الجنس الخاص بعد فرض فراغها منه.

إلما أنّ اعتبار رضاه هذا ليس على حدّ جعله طرفاً للمعاقده و الإيجاب و القبول بل غايته اعتباره في صحه العقد، بمعنى عدم صحته بدونه، كما هو الحال في العقد الفضولي، و من الواضح أنه لا يستلزم كونه طرفاً للعقد و احتياج الإيجاب الواحد إلى قبولين.

و منه يظهر ما في كلام صاحب الجواهر (قدس سره)، من عدم وجدان القائل بتركب العقد من إيجاب و قبولين، و إن كان هو مقتضى ما تسمعه من دليلهم «١».

إذ لم يظهر له وجه، فإنّ الدليل إنما اقتضى توقف اشتغال ذمه المحال عليه بأصل المال أو الجنس المخصوص على رضاه و عدم صحته من دونه، و أمّا كونه طرفاً للعقد

فلم يدل عليه دليل على الإطلاق.

و الحاصل أنه لا- دليل على اعتبار القبول من المحال عليه و جعله طرفاً للعقد، إذ غاية دلالة اعتبار رضاه، و هو لا يقتضى كونه طرفاً فيه.

و من هنا فلا يعتبر فى رضاه ما يشترط فى الإيجاب و القبول من الموالاه و نحوها.

(١) على إشكال ستعرفه.

(١) الجواهر ٢٦: ١٦٢.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٤٩٦

و لكن الذى يقوى عندى كونها من الإيقاع [١] (١) غاية الأمر اعتبار الرضا من المحتمل أو منه و من المحال عليه، و مجرد هذا لا يصيره عقداً، و ذلك لأنها نوع من وفاء الدّين، و إن كانت توجب انتقال الدّين من ذمّته إلى ذمّه المحال عليه فهذا النقل و الانتقال نوع من الوفاء. و هو لا- يكون عقداً و إن احتاج إلى الرضا من الآخر، كما فى الوفاء بغير الجنس، فإنه يعتبر فيه رضا الدائن و مع ذلك إيقاع. و من ذلك يظهر أنّ الضمان أيضاً من الإيقاع، فإنه نوع من الوفاء. و على هذا فلا يعتبر فيهما شىء مما يعتبر فى العقود اللّازمه، و يتحقّقان بالكتابه و نحوها (٢).

(١) و فيه ما لا يخفى من فساد مبناه. فإنّ النقل من ذمّه إلى أخرى ليس وفاءً للدّين على الإطلاق، و إنّما هو تبديل لمكان الدّين و ظرفه لا أكثر، إذ المحيل ينقل ما فى ذمّته للمحتمل إلى ذمّه المحال عليه.

و منه يظهر الحال فيما ذكره (قدس سره) من عدّ الوفاء بغير الجنس من الإيقاع فإنه فاسد قطعاً، لرجوعه إلى تبديل المال الثابت فى ذمّته بالمال الجديد، و المعاوضه بين المالىين، و هو من العقود جزماً.

كما يظهر الحال فى عدّه (قدس سره) للضمان و الوكاله من

الإيقاع أيضاً.

إذن فالصحيح فى المقام هو ما ذهب إليه المشهور، من كون الحوالة عقداً بين المحيل و المحتال، لكونها تبديلاً لما فى ذمته للمحتال بماله فى ذمه المحال عليه.

(٢) إلّا أنّ تحققهما بها و نحوها لازم أعم لكونهما إيقاعاً، فإنهما يصحّان بها حتى مع كونهما عقداً، و ذلك لتحقيق إبراز الاعتبار النفسانى بها.

بل يمكن الالتزام بصحّتهما بها مع عدم الموالاه أيضاً، إذ لا دليل على اعتبارها و لا سيّما فيما هو متعارف خارجاً من الحوالة بالرسائل. فإنه لو كان التزام المحيل باقياً إلى

[١] بل الأقوى خلافه كما أنّ الأمر كذلك فى الضمان و الوكالة. نعم، لا يبعد جواز الاكتفاء فى جميعها بالكتابة و عدم اعتباره الموالاه بين الإيجاب و القبول.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٤٩٧

بل يمكن دعوى أنّ الوكالة أيضاً كذلك (١) كما أنّ الجعالة كذلك و إن كان يعتبر فيها الرضا من الطرف الآخر. ألا ترى أنه فرق [١] (٢) بين أن يقول: أنت مأذون فى بيع دارى، أو قال: أنت وكيل، مع أنّ الأول من الإيقاع قطعاً.

حين وصول الرسالة إلى المحتال و قبوله الحوالة، تحقق العقد و انضمام التزام إلى التزام لدى العرف و العقلاء و حكم بصحّته لا محاله.

إذن فلا- يمكن جعل تحققهما بالكتابة و نحوها من آثار كونهما من الإيقاعات، لما عرفته من كون ذلك لازماً أعم لكونهما من الإيقاعات و كونهما من العقود.

(١) إلّا أنها بعيدة غاية البعد. فإنّ الوكالة إعطاء سلطنه للغير و إقامته مقام نفسه و لا بدّ فيها من القبول، و من هنا فهى من العقود قطعاً.

(٢) بل الفرق بينهما ظاهر. فإنّ الإذن ترخيص محض ممن بيده الأمر فى متعلقه من الأمور التكوينية كالأكل،

أو الاعتبارية كالباع. بخلاف الوكالة، فإنها سلطنة اعتبارية يمنحها الموكل إلى غيره ولا بد من قبوله، كما ولا بد من تعلقها بالأمر الاعتبارية، إذ لا معنى للتوكيل في الأمور التكوينية، كالأكل والركوب وما شاكلهما.

نعم، يستثنى من ذلك القبض حيث يصح فيه التوكيل، فيكون قبض الوكيل قبضاً للموكل. وقد تعرّضنا إليه في بعض المباحث السابقة أيضاً.

ثم إنَّ الوكالة تفتقر عن الإذن في جملة أمور:

منها: ارتفاع الوكالة بفسخ الوكيل، فإنها عقد جائز و يصح للوكيل فسخه، فإذا فعل ذلك أصبح أجنبياً عن متعلقاتها، ويكون تصرفه فيه تصرفاً فضولياً لا يترتب عليه أثر بالنسبة إلى الموكل. بخلاف الإذن، حيث إنه غير قابل للرفع من قبل المأذون، لعدم توقفه على قبوله. ومن هنا فلو أذن له في شيء و رفض المأذون ذلك ثم بدا له القيام به كان له ذلك، لكونه مأذوناً فيه بعد، لبقاء الإذن و عدم ارتفاعه بالرفض.

[١] الفرق ظاهر. فإنَّ الإذن في بيع الدار مثلاً ليس ترخيصاً محضاً، و أمّا الوكالة فهي إعطاء سلطنة على التصرف و له آثار خاصة لا تترتب على مجرد الترخيص.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٤٩٨

[الثاني: التنجيز]

الثاني: التنجيز، فلا تصح مع التعليق على شرط أو وصف، كما هو ظاهر المشهور. و لكن الأقوى عدم اعتباره (١) كما مال إليه بعض متأخري المتأخرين.

ثم إنَّ الماتن (قدس سره) و إن لم يلتزم بهذا الفرق بين الوكالة و الإذن عند تعرضه إليه في كتاب الوكالة من ملحقات العروه، حيث اختار (قدس سره) عدم بطلان الوكالة بعزل الوكيل نفسه معلماً ذلك بأنها من الإيقاعات لا العقود، إلّا أنه يكفينا في الإشكال عليه عدم انسجام ذلك مع التزامه (قدس

سره) باعتبار رضا الوكيل، إذ إنَّ لازم كونها إيقاعاً و الحكم بعدم انعزال الوكيل بعزل نفسه، الالتزام بعدم اعتبار رضاه في صحه الوكاله. فالجمع بين الحكمين في غير محله، و لا يمكن مساعدته عليه.

و منها: إن الوكاله قد تكون لازمه بالعرض، بحيث لا يكون للموكل رفع اليد عن توكيله، كما إذا أخذت شرطاً في ضمن عقد لازم، حيث تكون لازمه بتبع العقد باعتبار أنه إنما يكون لازماً بجميع شؤونه و توابعه و منها الوكاله. بخلاف الإذن، حيث لا يمكن فرضه لازماً و غير قابل للرفع حتى و لو أخذ في ضمن عقد لازم، فإنه أمر تكويني يرتفع برفعه من قبل الآذن وجداناً، غايه الأمر ثبوت الخيار للمأذون في العقد الذي أخذ شرطاً في ضمنه، نظراً لتخلف الشرط.

و منها: نفوذ تصرف الوكيل حتى مع ظهور عزله عن الوكاله حين صدوره منه ما لم يبلغه الخبر، على ما دلَّ عليه النصّ الصحيح «١». بخلاف تصرف المأذون بغير سلطنه اعتباريه بالوكاله، حيث لا يكون تصرفه نافذاً فيما لو ثبت رجوع الآذن عن إذنه حين التصرف.

إلى غير ذلك من الفروق.

إذن فالقول بعدم الفرق بينهما مجازفه لا يمكن مساعدته عليها بوجه.

(١) تقدّم الكلام منا في اعتبار التنجيز غير مرّه في مباحث المكاسب و غيرها، و قد عرفت فقدان الدليل اللفظي على اعتباره، و إنه إنما ثبت بالإجماع عليه خاصّه.

(١) الكافي ٥: ١٠٤ ح ٢ حسنه زراره عن الباقرين (عليهما السلام): «إذا أبرأه فليس له أن يرجع...».

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٤٩٩

[الثالث: الرضا من المحيل و المحتال بلا إشكال]

الثالث: الرضا من المحيل و المحتال بلا إشكال (١). و ما عن بعضهم من عدم اعتبار رضا المحيل فيما لو تبرع المحال عليه بالوفاء، بأن قال للمحتال:

(أحلت بالدين الذى لك على فلان على نفسى) و حينئذٍ فيشترط رضا المحتمل و المحال عليه دون المحيل، لا وجه له، إذ المفروض لا يكون من الحوالة بل هو من الضمان (٢).

و كذا من المحال عليه إذا كان بريئاً، أو كانت الحوالة بغير جنس ما عليه (٣). و أما إذا كانت بمثل ما عليه ففيه خلاف [١] (٤).

و من هنا فلا بد في الحكم باعتباره من تتبع موارد ثبوته، ففي كل مورد تم الإجماع على اعتباره فهو، و إلا فلا موجب للالتزام باعتباره حتى و لو كان ذلك مشهوراً، إذ لا حججه للشهره. و لذا التزمنا بصحة الوكاله المعلقه، مستشهدين على عدم تحقق الإجماع على اعتبار التنجيز فيها بتصريح المحقق القمي (قدس سره) في جامع شتاته به «١».

و حيث إن الحوالة أيضاً كذلك إذا لم يتم الإجماع على اعتباره فيها، كما يشهد له عدم تعرض جملة ممن ذكروه شرطاً في باقى العقود له إلى اعتباره فيها، فلا موجب لاعتباره. و يكفي في ذلك الشك في تحقق الإجماع.

(١) نظراً لكون الحوالة عقداً يقتضى انتقال الدين الثابت للمحتال في ذمه المحيل إلى ذمه المحال عليه، فيتوقف على رضا طرفيه لا محاله.

(٢) فإن الحوالة و كما عرفتها عقد بين الدائن و المدين، في حين إن هذا عقد بين الدائن و الأجنبي، فيكون ضماناً و إن عبّر عنه بالحواله.

(٣) إذ لا سلطنه للمحيل على إشغال ذمه المحال عليه، بأصل المال أو الجنس الخاص، بعد أن كانت بريئه منه.

(٤) نسب إلى المشهور القول باعتباره، بل عن الأردبيلي (قدس سره) دعوى عدم الخلاف فيه بل احتمال بعضهم كونه طرفاً للعقد، كما تقدم.

[١] الأقوى عدم الاعتبار، و التفصيل لا محصل له، و

(١) جامع الشتات ١: ٢٠٧ حجري.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٥٠٠

ولا يبعد التفصيل (١) بين أن يحول عليه بما له عليه، بأن يقول: (أعطه من الحقّ الذي لى عليك) فلا يعتبر رضاه، فإنه بمنزله الوكيل في وفاء دينه (٢) وإن كان

لكنّه لو تمّ ما نُسب إلى المشهور لا وجه له. فإنّ المال ملك للمحيل و له نقله إلى من شاء و بأيّ سبب يختاره، من بيع أو صلح أو هبة أو حوالة أو غيرها، و من غير أن يكون لمن عليه الحقّ الاعتراض عليه، فإنه أجنبي عن المال و عليه أدائه إلى مالكة.

نعم، قد يعلل ذلك باختلاف الناس في الاقتضاء من حيث السهولة و الصعوبة. و حيث إنه مما يؤثر مباشرة على المحال عليه، فلا بدّ من اعتبار رضاه بنقل المال من ملك المحيل إلى ملك المحتال.

إلّا أنه واضح الاندفاع، إذ لا يعتبر في صحّته النقل تساوى الطرفين في الاقتضاء. و لذا لم يذهب إليه أحد في بيع الدّين على الإطلاق، فإنه يصحّ سواء أرضى المدين أم لم يرض به، سواء أ كان المشتري سهلاً في الاقتضاء أم صعباً.

على أنه لو تمّ ما ذكر لكان لازمه تخصيص الحكم باعتبار رضا المحال عليه، بما لو كان المحتال شديد المطالبة و صعباً في الاقتضاء، كما هو واضح.

(١) بل هو بعيد جدّاً، بل لم يظهر له وجه محصّل.

فإنه لو أحاله عليه مقيداً بكونها غير ما يطلبه، كما لو صرح بكونها أجنبيه عما له في ذمّته، فلا إشكال في بقاء ذمّه المحال عليه مشغوله بما كان للمحيل عليه أوّلاً، فإنه من الحوالة على البرىء جزماً و خارج عن محلّ الكلام، إذ المفروض

الحواله على المدين بوصف كونه مدينًا، وهذه حواله على المدين مقيداً بعدم هذا الوصف.

و أما لو أحاله عليه بمثل ما عليه من الحق، لكن من غير تقييد بكونها من الحق الذي له عليه أو عدمه، فلا ينبغي الإشكال أيضاً في انطباقه على الفرد الذي له عليه قهراً و انتقال ملكيه المال إلى المحتال، و بذلك فيكون حالها حال الحواله المقيده بكونها من الحق الذي عليه.

(٢) التعليل بكون المحال عليه بمنزله الوكيل يعدّ غريباً منه (قدس سره) و لعله من

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٥٠١

بنحو اشتغال ذمته للمحتال و براءة ذمه المحيل بمجرد الحواله، بخلاف ما إذا وكله (١) فإنّ ذمه المحيل مشغوله إلى حين الأداء. و بين أن يحوله عليه من غير نظر إلى الحق الذي له عليه على نحو الحواله على البرىء، فيعتبر رضاه، لأنّ شغل ذمته بغير رضاه على خلاف القاعده (٢).

و قد يعلّل باختلاف الناس في الاقتضاء فلا بدّ من رضاه. و لا يخفى ضعفه كيف و إلّا لزم عدم جواز بيع دينه على غيره مع أنه لا إشكال فيه (٣).

[الرابع: أن يكون المال المحال به ثابتاً في ذمه المحيل]

الرابع: أن يكون المال المحال به ثابتاً في ذمه المحيل، سواء كان مستقراً أو متزلزلاً (٤). فلا تصحّ في غير الثابت، سواء وجد سببه كمال الجعالة قبل العمل

سهو قلمه الشريف، إذ المحال عليه بعد تماميه الحواله إنما يفى الدّين عن نفسه، لاشتغال ذمته به للمحتال بعد براءة ذمه المحيل بالحواله. و هو لا ينسجم مع كونه وكيلاً فيه فإنّ الوكيل إنما يؤدّي عن غيره، في حين إنّ المحال عليه إنما يفى عن نفسه، كما هو واضح.

على أنه لو كان وكيلاً للزم اعتبار رضاه مطلقاً حتى بناءً على مختاره

(قدس سره) من كون الوكالة من الإيقاعات، و هذا يتنافى مع تصريحه (قدس سره) بعدم اعتبار رضاه في هذه الصورة.

(١) إذا كان المراد من هذه الصورة الأولى التوكيل في الأداء، فلا ينبغي الإشكال في عدم فراغ ذمه المحال عليه من الدين، إلّا أنه خارج عن محل الكلام، فإنّ الحوالة باب و الوكالة باب آخر، و لا يجوز الخلط بينهما.

(٢) لكنك قد عرفت الإشكال فيه، و أنّ الانطباق حينئذ قهري.

(٣) مضافاً إلى ما ذكرناه من لزوم تخصيص الاعتبار بفرض صعوبة المحتال في الاقتضاء.

(٤) لتوقف صدق الحوالة و نقل الدين من ذمه إلى أخرى عليه، إذ المعدوم لا يقبل الانتقال إلى وعاء آخر.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٥٠٢

و مال السبق و الرمايه قبل حصول السبق، أو لم يوجد سببه أيضاً كالحوالة بما يستقرضه.

هذا هو المشهور، و لكن لا يبعد [١] كفايه حصول السبب كما ذكرنا في الضمان (١).

(١) و قد تقدّم الإشكال عليه هناك مفصلاً، حيث قد عرفت أنّ بطلان ضمان ما لم يجب من القضايا التي قياساتها معها. إذ الضمان الفعلي، بمعنى اشتغال ذمه الضامن قبل اشتغال ذمه المضمون عنه، أمر غير معقول، فإن المعدوم لا يعقل انتقاله إلى ذمه الغير و انقلابه موجوداً، فما لا ثبوت له في ذمه المضمون عنه لا يمكن نقله إلى ذمه الضامن ليثبت فيها بالفعل.

و الضمان على نحو الواجب المشروط، بمعنى إنشاء انتقال المال من ذمته إلى ذمه الضامن في ظرفه و بعد ثبوته، و إن كان أمراً معقولاً في حد ذاته إلّا أنه باطل، لعدم تعارفه بين العقلاء. مضافاً إلى عدم شمول أدله الصحه له، نظراً لظهورها في ترتب الأثر على العقد بالفعل و من حين الإنشاء، فلا

تشمل العقود المقتضيه لترتب الأثر عليها بعد مرور فتره من وقوعها، إلّا ما خرج بالدليل كالوصيه.

و هذا الذى تقدّم فى الضمان يجرى بعينه و حرفياً فى الحواله أيضاً. فإنّ الحواله الفعلية، بمعنى انتقال الدّين بالفعل من ذمّه المحيل إلى ذمّه المحال عليه، أمر غير معقول لاستحاله انتقال المعدوم. و الحواله على نحو الواجب المشروط و إن كان أمراً معقولاً إلّا أنها محكوم به بالبطلان، لعدم شمول أدلّه الصّحّه لها.

إذن فما ذكره (قدس سره) من كفايه حصول السبب للدّين فى صحّحه الحواله قبل ثبوته فى الذمّه، بعيد غايته و لا- يمكن المساعده عليه بوجه.

و الصحيح ما ذهب إليه المشهور من اعتبار ثبوته بالفعل فى صحّتها، من غير فرق بين كونه مستقراً أو مترزلاً.

[١] فيه إشكال بل منع، و كذا فيما بعده.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٥٠٣

بل لا يبعد الصّحّه (١) فيما إذا قال: (أقرضنى كذا و خذ عوضه من زيد) فرضى و رضى زيد أيضاً، لصدق الحواله، و شمول العمومات، فتفرغ ذمّه المحيل و تشتغل ذمّه المحال بعد العمل و بعد الإقراض.

[الخامس: أن يكون المال المحال به معلوماً جنساً و قدراً للمحيل و المحتال]

الخامس: أن يكون المال المحال به معلوماً جنساً و قدراً للمحيل و المحتال، فلا تصحّ الحواله بالمجهول على المشهور، للغرر.

و يمكن أن يقال بصحّته إذا كان آنثلاً إلى العلم (٢) كما إذا كان ثابتاً فى دفتره، على حدّ ما مرّ فى الضمان من صحّته مع الجهل بالدّين. بل لا يبعد الجواز مع عدم أوّله إلى العلم بعد إمكان الأخذ بالقدر المتيقّن (٣). بل و كذا لو قال: (كل ما شهدت به البيئه و ثبت خذه من فلان) (٤).

نعم، لو كان مبهماً كما إذا قال: (أحد الدّينين اللّذين لك علىّ خذه من فلان) بطل (٥).

و كذا لو قال: (خذ شيئاً من دينك من فلان). هذا و لو أحال الدينين على

(١) بل هي بعيدة غايه البعد، لما عرفته في سابقه. فإنه من أظهر مصاديق ضمان ما لم يجب، المحكوم بعدم المعقوله على تقدير، و البطلان على تقدير آخر.

(٢) إذ لا- دليل على اعتبار نفى الغرر مطلقاً و في جميع الموارد، فإنّ الثابت اعتباره في خصوص البيع، و قد ألحق به الأصحاب الإجاره و ما شاكلها من العقود.

على أنه لا- غرر في المقام. فإنّ الحواله ليست إلّا تبديلاً لمكان الدين و نقله من ذمّه المحيل على واقعه إلى ذمّه المحال عليه، و هو لا- يستلزم خطراً على أحد طرفي العقد فإنّ المحتمل سيأخذ ما كان له بحسب الواقع على المحيل، و ينقص ذلك من دين المحيل على المحال عليه.

(٣) لما تقدّم.

(٤) لما تقدّم أيضاً.

(٥) إذ المردد و المبهم مما لا واقع له حتى في علم الله تبارك و تعالى، و ما هو كذلك لا يقبل النقل من ذمته إلى ذمّه غيره، إذ الثابت في الذمّه أمر معين غير مردّد.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٥٠٤

نحو الواجب التخييري أمكن الحكم بصحّته (١) لعدم الإبهام [١] فيه حينئذ.

[السادس: تساوي المالين أي المحال به و المحال عليه جنساً و نوعاً]

السادس: تساوي المالين أي المحال به و المحال عليه جنساً و نوعاً و وصفاً على ما ذكره جماعة، خلافاً لآخرين.

و هذا العنوان و إن كان عاماً إلّا أنّ مرادهم بقرينه التعليل بقولهم: تفضيلاً من التسلّط على المحال عليه بما لم تشتغل ذمته به، إذ لا يجب عليه أن يدفع إلّا مثل ما عليه فيما كانت الحواله على مشغول الذمّه بغير ما هو مشغول الذمّه به، كأن يحيل من له عليه دراهم على من له عليه

(١) فيما إذا تساوى الدينان كماً و كيفاً. كما لو كان المحيل مديناً لزيد بعشره دنانير عن ثمن مبيع اشتراه منه، و بعشره اخرى عن دين استقرضه منه، فأحاله على عمرو بعشره دنانير خاصه، فإنها محكومہ بالصحة جزماً، حيث لا خصوصيه فى الدين من حيث سببه و أنه بسبب القرض أو الشراء، فتكون الحواله متعلقه بالجامع قهراً.

و بعباره اخرى: إن الحواله فى هذا الفرض متعلقه بالمعين دون المردد، فإنها إحاله للمحتال على المحال عليه بنصف ماله عليه المحيل.

و أما إذا اختلف الدينان، فالفرض عين فرض الدين مبهماً و مجهولاً و ليس هو شيئاً آخر فى قبالة، فإنه مبهم و مردد و لا واقع له حتى فى علم الله عزّ و جلّ، و معه فلا وجه للحكم بصحتها.

و الحاصل أنّ استثناء الحواله على نحو الواجب التخييري مع الحكم ببطلان الحواله بالدين المبهم، فى غير محله و لا- يمكن المساعده عليه. فإنها مع تساوى الدينين خارجه تخصصاً لكونها حواله بالمعين و إن جهل سببه، و مع عدم التساوى عين الحواله بالمجهول بحسب الواقع.

[١] هذا إنما يتمّ فيما إذا تساوى الدينان كماً و كيفاً، و إلّا فهو عين الفرض الذى حكم فيه بالبطلان.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٥٠٥

فلا يشمل ما إذا أحال من له عليه الدراهم على البرىء بأن يدفع الدنانير (١) أو على مشغول الذمه بالدنانير بأن يدفع الدراهم (٢). و لعلّه لأنه وفاء بغير الجنس برضا الدائن. فمحلّ الخلاف ما إذا أحال على من عليه جنس بغير ذلك الجنس.

و الوجه فى عدم الصحة ما أُشير إليه من أنه لا يجب عليه أن يدفع إلّا مثل ما عليه، و أيضاً الحكم

على خلاف القاعده. و لا إطلاق في خصوص الباب، و لا سيره كاشفه، و العمومات منصرفه إلى العقود المتعارفه.

و وجه الصحه أنّ غايه ما يكون أنه مثل الوفاء بغير الجنس، و لا بأس به [١] و هذا هو الأقوى (٣).

ثمّ لا يخفى أنّ الإشكال إنما هو فيما إذا قال: (أعط مما لى عليك من الدنانير دراهم) بأن أحال عليه بالدراهم من الدنانير التي عليه. و أمّا إذا أحال عليه

(١) فإنها محكومہ بالصحة قطعاً بعد رضا كلّ من المحتال و المحال عليه بها، فإنها ترجع إلى مبادله بين الدائن المحتال و المدين المحيل أوّلاً بتبديل ما في ذمته للمحال بالجنس الجديد، ثمّ إحالته به على المحال عليه البرى ء، فيحكم بصحتها لعدم شمول دليل المنع لها، إذ لا منافاه فيها لسلطنه المحتال أو المحال عليه بالمره، كما هو واضح.

(٢) فترجع إلى المعاوضه بين المحيل و المحال عليه، بتبديل ما للأول على الثانى بالجنس الجديد الذى للمحتال على المحيل أوّلاً، ثمّ إحاله المحتال بذلك عليه، فتكون الحواله بالجنس الذى له عليه لا محاله.

(٣) فيما إذا رضى المحال عليه بها، إذ أنها ترجع حينئذ إلى معامله معاوضيه بين المحيل و المحال عليه، بتبديل ماله عليه بالجنس الجديد ثمّ إحاله المحتال عليه. و هى محكومہ بالصحة جزماً، إلّا أنها ليست من الوفاء بغير الجنس كما ذكره (قدس سره). فإنّه و بعد ثبوت الجنس الجديد بالمعامله الجديده فى ذمّه المحال عليه بدلاً عن الذى

[١] غايه الأمر أنه يعتبر حينئذ رضا المحال عليه.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٥٠٦

بالدراهم من غير نظر إلى ما عليه من الدنانير، فلا ينبغى الإشكال فيه، إذ هو نظير إحاله من له الدراهم على البرى ء بأن

يدفع الدنانير. و حينئذٍ فتفرغ ذمّه المحيل من الدراهم، و تشتغل ذمّه المحال عليه بها، و تبقى ذمّه المحال عليه مشغوله بالدنانير، و تشتغل ذمّه المحيل له بالدراهم، فيتحاسبان بعد ذلك.

و لعلّ الخلاف أيضاً مختصّ بالصورة الاولى، لا ما يشمل هذه الصورة أيضاً (١). و على هذا فيختصّ الخلاف بصورة واحده، و هى ما إذا كانت الحوالة على مشغول الذمّه بأن يدفع من طرف ما عليه من الحقّ بغير جنسه، كأن يدفع من الدنانير التى عليه دراهم.

[مسائل]

[مسألة ١: لا فرق في المال المحال به بين أن يكون عيناً في الذمّه، أو منفعه]

[٣٦١٦] مسأله ١: لا- فرق في المال المحال به بين أن يكون عيناً في الذمّه، أو منفعه، أو عملاً لا يعتبر فيه المباشره (٢) و لو مثل الصلاة و الصوم و الحج و الزياره و القراءه (٣)

كان ثابتاً عليه، تكون الحوالة به حوالة بالجنس لا محاله.

و أمّا لو لم يرض المحال عليه بها، فلا مقتضى للحكم بصحتها، إذ لا موجب لالتزام المدين بغير ما هو مشغول الذمّه به.

إذن فالصحيح هو التفصيل، بين رضا المحال عليه بها فتصحّ، و عدمه فيحكم بطلانها.

(١) فإنها معامله مستقلة عن الدّين الثابت في ذمّه المحال عليه، فتكون من قبيل الحوالة على البرى ء تصحّح مع رضا المحال عليه بها.

(٢) للقواعد العامه المقتضيه للصحه، مضافاً إلى إطلاق جمله من نصوص الباب حيث لم يرد فى شى ء منها تقييد المحال به بكونه عيناً في الذمّه. فإنّ الأجير لما كان مديناً بالعمل أو المنفعه للمستأجر، كان له نقله إلى ذمّه الغير بالحواله و جعل ذمّه الغير هى مشغوله به.

(٣) فإنّ جميع ذلك و إن لم يكن مذكوراً فى النصوص، إلّا أنه يكفينا فى الحكم

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٥٠٧

سواء أ كانت على البرى ء أو على

مشغول الذمه بمثلها (١). و أيضاً لا- فرق بين أن يكون مثلياً كالطعام، أو قيمياً كالعبد و الثوب (٢). و القول بعدم الصحه في القيمي للجهاله، ضعيف، و الجهاله مرتفعه بالوصف الرافع لها (٣).

[مسأله ٢: إذا تحققت الحواله برئت ذمه المحيل]

[٣٦١٧] مسأله ٢: إذا تحققت الحواله برئت ذمه المحيل (٤) و إن لم يبرئه المحتال (٥).

بصحتها كونها على القاعده فتشملها العمومات.

(١) غايه الأمر اعتبار رضا المحال عليه في الأول، كما عرفت.

(٢) لما تقدّم من العمومات، و اقتضاء بعض الأدله الخاصه له.

(٣) إذ لا- ملازمه بين الجهاله في القيميّات و بين الإبهام الموجب للبطلان، فإنه يمكن رفع الإبهام بتعيين المحال به القيمي بالأوصاف. و لو لا- ذلك لما أمكن تصحيح بيعه أيضاً، فإنّ ما لا تعين له في الواقع لا يقبل جعله عوضاً أو معوضاً و نقله إلى الغير، و إنّما صحّ ذلك لارتفاع الإبهام بذكر المواصفات المميزه له عن غيره.

و من هنا فإذا صحّ بيعه و اشتغلت ذمه البائع به، صحّ نقله إلى ذمه الغير بالحواله لنفس الملاك، فيكون المحال عليه كأنه هو البائع في اشتغال ذمته به للمحتال.

نعم، لو كانت الجهاله موجباً للإبهام المطلق، بحيث لا- يكون للمحال به تعيين حتى في الواقع و علم الله تبارك و تعالى، تعين الحكم ببطلانها لا محاله، لعدم شمول أدله الإمضاء له، و عدم معقوليه الحكم باشتغال الذمه بما لا تعين له في الواقع.

(٤) لأنّ مقتضاها نقل الدين عن ذمه المحيل إلى ذمه المحال عليه، كما عرفت في معنى الحواله، و هو يعنى فراغ ذمه المحيل منه و اشتغال ذمه المحال عليه به. و معه فإثبات اشتغال الذمه للمحيل ثانياً بعد فراغها من الدين يحتاج إلى الدليل، لعدم السلطنه للمحتال عليه، و هو

(٥) إذ لا حاجة إليه بعد تحقق البراءة من دونه، فاعتباره لا يرجع إلّا إلى تحصيل الحاصل.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٥٠٨

و القول بالتوقف على إبرائه، ضعيف (١). و الخبر (٢) الدالّ على تقييد عدم الرجوع على المحيل بالإبراء من المحتال، المراد منه القبول، لا- اعتبارها بعده أيضاً. و تشتغل ذمّه المحال عليه للمحتال فينتقل الدّين إلى ذمّته، و تبرأ ذمّه المحال عليه للمحيل إن كانت الحوالة بالمثل بقدر المال المحال به، و تشتغل ذمّه المحيل للمحال عليه إن كانت على برىء أو كانت بغير المثل، و يتحاسبان بعد ذلك.

(١) لما تقدّم.

(٢) و هي معتبره زواره عن أحدهما (عليهما السلام) في الرجل يحيل الرجل بمال كان له على رجل آخر فيقول له الذي احتال: برئت مما لى عليك، فقال: «إذا أبرأه فليس له أن يرجع عليه، و إن لم يبرئه فله أن يرجع على الذي أحاله» (١).

و هي معتبره سنداً و واضحة دلالة، إلّا أنها معارضة بما دلّ على عدم الاعتبار.

□
ففى صحيحه أبى أيوب أنه سأل أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يحيل الرجل بالمال، أ يرجع عليه؟ قال: «لا يرجع عليه أبداً إلّا أن يكون قد أفلس قبل ذلك» (٢).

و نحوها صحيحه منصور بن حازم (٣).

و فى روايه عقبه بن جعفر عن أبى الحسن (عليه السلام)، قال: سألته عن الرجل يحيل الرجل بالمال على الصيرفى ثم يتغير حال الصيرفى، أ يرجع على صاحبه إذا احتال و رضى؟ قال: «لا» (٤).

و العمده فى المعارضه هي الصحيحتان الأوليان و إلّا فالروايه الأخيره لا تعدو كونها مؤيده لضعف سندها حيث دلّتا على انحصار حق الرجوع على المحيل بفرض الإفلاس كما يظهر ذلك من قوله (عليه

(١) الوسائل، ج ١٨ كتاب الضمان، ب ١١ ح ٢.

(٢) الوسائل، ج ١٨ كتاب الضمان، ب ١١ ح ١.

(٣) الوسائل، ج ١٨ كتاب الضمان، ب ١١ ح ٣.

(٤) الوسائل، ج ١٨ كتاب الضمان، ب ١١ ح ٤.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٥٠٩

.....

الداله صريحاً على جواز الرجوع قبل الإبراء. و عندئذ يكون التقدّم معهما، لرجحانهما عليهما بموافقتهما للكتاب العزيز، حيث إنّ مقتضى عمومات الوفاء بالعقود الحكم باللّزوم و عدم جواز رجوع المحتال على المحيل ثانياً.

على أننا لو غضضنا عن صحیحته أبي أيوب و منصور بن حازم، لم يكن مجال للعمل بمعتبره زواره في حدّ نفسها و القول باعتبار الإبراء في تحقق براءة ذمّه المحيل فإنّ هذه المعتبره متضمنه لما لا يمكن الالتزام به، و لا بدّ من ردّ علمها إلى أهله.

و ذلك فلائح الحواله: إمّا أن تكون في نفسها و قبل الإبراء من المحتال صحیحته و موجه لنقل ما في ذمّه المحيل إلى ذمّه المحال عليه، و إمّا أن تكون فاسده غير مؤثره في النقل و الانتقال.

فعلى الأوّل، فاعتبار الإبراء من تحصيل الحاصل، لتحقق البراءه بحسب الفرض قبله، فإنّ الدّين إذا انتقل عن ذمّه المحيل برئت ذمّته لا محاله و إلّا لما كان الدّين منتقلاً.

و على الثاني، فالإبراء و إن كان موجباً لبراءه ذمّه المحيل حينئذ كما هو واضح لعدم تحققها قبله، إلّا أن معه لا وجه لرجوع المحتال على المحال عليه، نظراً لعدم انتقال المال إلى ذمّته و عدم اشتغالها به له.

فالجمع بين الحكمين جواز رجوع المحتال عليه بموجب الحواله و اعتبار إبرائه في براءة ذمّه المحيل جمع بين المتنافيين و لا يمكن المساعده عليه.

و بعبارة اخرى: إنّ

الإبراء الذى هو بمعنى إسقاط المحتال للدين الثابت فى ذمّه المحيل إمّا أن يكون بعوض و بإزاء اشتغال ذمّه المحال عليه به، و إمّا أن يكون مجاناً.

فعلى الأول، فهو عين القبول و ليس شيئاً فى قبالة، فإنّ قبول المحتال للحواله إنما يعنى موافقته على ما أنشأه المحيل من براءة ذمّته و اشتغال ذمّه المحال عليه. و مما يساعد على إرادته هذا المعنى من الإبراء، أنه لم تذكر فى الروايه قبولاً للمحتال بغير هذا العنوان الإبراء.

و على الثانى، فإن كانت الحواله هذه محكومته بالصّحّه و انتقال ما فى ذمّه المحيل إلى ذمّه المحال عليه، فلا موضوع للإبراء المجانى، لعدم اشتغال ذمّه المحيل حينئذٍ بشىء.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٥١٠

[مسألة ٣: لا يجب على المحتال قبول الحواله و إن كانت على ملّى]

[٣٦١٨] مسألة ٣: لا يجب على المحتال قبول الحواله و إن كانت على ملّى (١).

[مسألة ٤: الحواله لازمه]

[٣٦١٩] مسألة ٤: الحواله لازمه (٢) فلا يجوز فسخها بالنسبه إلى كلّ من الثلاثه. نعم، لو كانت على معسر مع جهل المحتال بإعساره، يجوز له الفسخ و الرجوع على المحيل (٣). و المراد من الإعسار أن لا يكون له ما يوفى دينه زائداً

و إن لم تكن كذلك فالإبراء و إن كان صحيحاً و فى محله، إلّا أنه لا وجه لرجوع المحتال على المحال عليه لأخذ المال منه، إذ المفروض عدم انتقال المال إلى ذمّته و عدم اشتغالها بشىء له.

و من هنا إمّا أن يقال بسقوط المعتره، أو تحمل على بعض المحامل و إن كان بعيداً.

ثمّ إنّ العبره فى رجوع المحتال على المحيل إنما هو بإفلاس المحال عليه حين الحواله و هذا و إن لم يذكر فى صحيحى أبى أيوب و منصور بن حازم بل إنّ ظاهرهما قد يوهم كون العبره بإفلاس المحيل نفسه، إلّا أنه لا محيص عن الحمل عليه لقيام القرينه على كون المراد ما ذكرناه و فهمه الأصحاب، إذ لا دخل لإفلاس المحيل حين الحواله فى جواز الرجوع عليه بل الأمر على العكس تماماً، فإنّ القول بعدم جواز الرجوع عليه حينئذٍ أولى منه فيه إذا كان غنياً.

(١) بلا خلاف فيه. و الوجه فيه واضح، إذ الحواله معامله معاوضيه تقتضى تبديل مال المحتال الثابت فى ذمّه المحيل بمال غيره فى ذمّه المحال عليه، فإنّ المحتال إنما يرفع اليد عن ماله الأول بإزاء اشتغال ذمّه المحال عليه بمثله.

و من هنا فلا يلزم بقبولها، فإنه غير مجبور على إجراء معامله على ماله كما هو الحال فى سائر المعاوضات.

أصالة اللزوم و عمومات صحّح العقد ذاته، مضافاً إلى بعض النصوص المتقدّمة، حيث حكم (عليه السلام) بعدم جواز رجوع المحتال على المحيل بعد تماميه الحواله.

(٣) على ما دلّت عليه صحيحتنا أبي أيوب و منصور بن حازم المتقدمان، حيث

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٥١١

على مستثنيات الدّين، و هو المراد من الفقر في كلام بعضهم، و لا يعتبر فيه كونه محجوراً (١). و المناط الإعسار و اليسار حال الحواله و تماميتها (٢). و لا يعتبر الفور في جواز الفسخ (٣). و مع إمكان الاقتراض و البناء عليه يسقط الخيار

قيّد (عليه السلام) الحكم بعدم جواز رجوع المحتال على المحيل ثانياً بعدم ظهور الإفلاس قبل ذلك.

(١) لإطلاقات الأدلّه، حيث إنّ مقتضاها كون العبره في الحكم بنفس الإفلاس مع قطع النظر عن الحجر عليه لذلك و عدمه.

(٢) لإطلاقات و عمومات أدلّه اللزوم، بل و تقييده (عليه السلام) للإفلاس في المعبرتين السابقتين بقبل الحواله، فإننا و إن لم نرتض ثبوت المفهوم للوصف إلّا أننا ذكرنا في محلّه أنّ أخذ الوصف في الحكم يدلّ على عدم ثبوته للطبيعي، و إلّا لكان ذكره لغواً محضاً.

و تؤيده روايه عقبه بن جعفر المتقدمه الصريحه في عدم جواز الرجوع في فرض تغير الحال بعد الحواله.

إلّا أنها ضعيفه السند بعقبه بن جعفر، لكونه مجهول الحال، و لم ترد له في مجموع الكتب الأربعة و لا روايه واحده غير هذه.

(٣) خلافاً لما ذهب إليه بعض، بدعوى الاقتصار على القدر المتيقن في رفع اليد عن إطلاقات و عمومات لزوم الوفاء بالعقود من الكتاب و السنه.

فإنّ هذا لو تمّ و لنا فيه كلام طويل ذكرناه في مباحث الخيارات فهو إنّما يتمّ فيما لو لم يكن لدليل الخيار إطلاق،

و إلاً تقدّم إطلاق دليل الخيار على عمومات اللزوم و إطلاقاته قطعاً.

و حيث إنّ المقام من قبيل الثانى، فإنّ دليل الخيار فيه، أعنى قوله (عليه السلام): «إلاً أن يكون قد أفلس قبل ذلك» مطلق و غير مقيد بزمان معين، فلا وجه للرجوع إلى أدلّه اللزوم و القول بفوريه الخيار.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٥١٢

للانصراف، على إشكال [١] (١). و كذا مع وجود المتبرّع.

[مسألة ٥: الأقوى جواز الحوالة على البرى ء]

[٣٦٢٠] مسألة ٥: الأقوى جواز الحوالة على البرى ء (٢) و لا يكون داخلاً فى الضمان (٣).

(١) قوى جداً. و وجهه ظاهر، فإنّ الانصراف إنما يوجب رفع اليد عن الحكم فى غير المنصرف إليه، فيما إذا كان الكلام مجملاً أو له ظهور عرفى فى المنصرف إليه، و إلاً بأن كان الكلام مطلقاً و غير ظاهر فى المنصرف إليه فالتمسك بالانصراف لا يعدو الاستحسان العقلى المحض.

و حيث إنّ الإطلاق فى المقام ثابت، فإنّ مقتضى قوله (عليه السلام): «إلاً إذا كان قد أفلس قبل ذلك»، كون إفلاس المحال عليه حين الحوالة موجباً لتخير المحتال سواء تمكّن بعد ذلك أم لا، فالتمسك بالانصراف للحكم بعد ثبوت الخيار عند التمكّن من الأداء بوجه بعد الإفلاس حين العقد، من التمسك بالاستحسان لا الانصراف.

(٢) و تقتضيه مضافاً إلى كونها من المعاملات المتعارفه بين العقلاء خارجاً و لا سيما بين الأقرباء، حيث يحيل الابن دائنه على أبيه أو أخيه، و لم يرد ردع عنها من الشارع المقدّس إطلاقاً و عمومات أدلّه الصحّ، فإنها عقد من العقود يقتضى تبديل ما فى ذمّه المحيل بما فى ذمّه المحال عليه.

بل و يمكن دعوى شمول النصوص الواردة فى الباب لها أيضاً، حيث لم يرد فى جملة منها ذكر كون المحال عليه مديناً للمحيل.

نعم،

يعتبر في صحتها رضا المحال عليه جزماً، لعدم سلطنه المحيل على إشغال ذمته، كما تقدّم.

(٣) و إن توهمه المحقق (قدس سره) في الشرائع «١». و ذلك لافتراقهما في طرفي العقد

[١] أظهره عدم السقوط.

(١) الشرائع ٢: ١٢٩.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٥١٣

[مسألة ٦: يجوز اشتراط خيار الفسخ لكل من الثلاثة]

[٣٦٢١] مسأله ٦: يجوز اشتراط خيار الفسخ لكل من الثلاثة (١).

[مسألة ٧: يجوز الدور في الحوالة]

[٣٦٢٢] مسأله ٧: يجوز الدور في الحوالة (٢). و كذا يجوز الترامي (٣) بتعدّد المحال عليه و اتحاد المحتال (٤) أو بتعدّد المحتال و اتحاد المحال عليه (٥).

فإنّ الضمان عقد بين الدائن و الأجنبي المضمون له و المضمون عنه في حين أنّ الحوالة عقد بين الدائن و المدين المحيل و المحتال و ليس المحال عليه طرفاً فيه و إن اعتبر رضاه في بعض الصّور.

خويي، سيد ابو القاسم موسوي، موسوعه الإمام الخوئي، ٣٣ جلد، مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئي، قم - ايران، اول، ١٤١٨ هـ ق

موسوعه الإمام الخوئي؛ ج ٣١، ص: ٥١٣

و تظهر الثمره في جملة من الموارد، منها ما لو كان المحيل فاقداً لأهليه العقد كما لو كان صغيراً أو مجنوناً، فإنها تبطل على مختارنا حيث تعتبر في المحيل أهليته للعقد، في حين تصحّ على مختار المحقق (قدس سره) حيث لا تعتبر في المضمون عنه أهليته له.

(١) بلا خلاف فيه. فإنّ عقد الحوالة و إن كان لازماً على ما تقتضيه أصاله اللزوم في العقود إلّا ما خرج بالدليل، إلّا أنّ اللزوم فيه

حَقِّي لا حكمي كما هو الحال في النكاح، حيث ثبت عدم ارتفاعه إلَّا بالطلاق أو الموت أو الفسخ بأحد موجباته الخاصه.

و من هنا فلما كان للمتعاقدين رفع اليد عنها بعد ثبوتها كان لهما اشتراط ذلك في ضمن العقد، و إذا جاز ذلك جاز جعله لغيرهما أيضاً، فإنَّ الحقَّ لا يعدوهما و لهما التصرف على ضوء ما يتفقان عليه.

(٢) لإطلاقات أدلتها، فإنها غير قاصره الشمول لحواله المحال عليه المال ثانياً على المحيل، و لا خصوصيه فيها للحواله الأولى أو غيرها.

(٣) بلا إشكال فيه،

لما تقدّم.

(٤) بأن يحيل المحال عليه الأوّل المحتال على غيره، و يحيله ذلك الغير على غيره أيضاً و هكذا، حيث يبقى المحتال هو المحتال الأوّل، و يكون التعدد فى المحال عليه خاصّه.

(٥) بأن يحيل المحتال غيره على المحال عليه، و يحيل ذلك الغير المحتال الثانى غيره عليه و هكذا، فيكون التعدّد فى المحتال دون المحال عليه.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٥١٤

[مسألة ٨: لو تبرّع أجنبي عن المحال عليه برئت ذمّته]

[٣٦٢٣] مسألة ٨: لو تبرّع أجنبي عن المحال عليه برئت ذمّته (١). و كذا لو ضمن عنه ضامن (٢) برضا المحتال (٣). و كذا لو تبرّع المحيل عنه (٤).

[مسألة ٩: لو أحال عليه فقبل و أدّى ثمّ طالب المحيل بما أدّاه]

[٣٦٢٤] مسألة ٩: لو أحال عليه فقبل و أدّى ثمّ طالب المحيل بما أدّاه، فادعى أنه كان له عليه مال و أنكر المحال عليه، فالقول قوله مع عدم البيّنه (٥) فيحلف على براءته و يطالب عوض ما أدّاه، لأصالة البراءة (٦) من شغل ذمّته للمحيل. و دعوى أنّ الأصل أيضاً عدم اشتغال ذمّه المحيل بهذا الأداء.

مدفوعه بأنّ الشكّ فى حصول اشتغال ذمّته و عدمه، مسبب عن الشكّ فى اشتغال ذمّه المحال عليه و عدمه (٧)

(١) لما ثبت بالضرورة القطعيه من جواز أداء دين الغير من غير توقف على رضاه.

(٢) لعموم أدلّه الضمان له.

(٣) لما تقدّم فى كتاب الضمان من اعتبار رضا المضمون له.

(٤) لما تقدّم من جواز أداء دين الغير، فإنه لا خصوصيه لكون المؤدّى هو المحيل أو غيره.

(٥) على ما تقتضيه قواعد القضاء.

(٦) بل لاستصحاب عدم شغل ذمّته، فإنه أصل موضوعى حاكم على أصالة البراءة قطعاً. فإنّ المحال عليه لم يكن فى زمان مشغول الذمّه للمحيل جزماً، فإذا شككنا فى اشتغال ذمّته له بعد ذلك، كان مقتضى الاستصحاب الحكم بعدم اشتغالها، و به

يتحقق موضوع الضمان، أعنى أداءه لما لم يكن بثابت في ذمته بأمر من المحيل.

(٧) إذ لو كان المحال عليه مشغول الذمه للمحيل لكانت ذمه المحيل بريئه قطعاً لحصول التهاثر بين ما في الذمتين قهراً. وهذا بخلاف ما لو كانت ذمته بريئه له، فإن أداء الحوالة من قبل المحال عليه موجب لاشتغال ذمه المحيل بمثله له.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٥١٥

و بعد

جريان أصاله براءه ذمته [١] (١) يرتفع الشك.

هذا على المختار من صحه الحواله على البرى ء. و أما على القول بعدم صحتها فيقدم قول المحيل، لأن مرجع الخلاف إلى صحه الحواله و عدمها، و مع اعتراف المحال عليه بالحواله يقدم قول مدعى الصحه و هو المحيل.

و دعوى أن تقديم قول مدعى الصحه إنما هو إذا كان النزاع بين المتعاقدين و هما فى الحواله المحيل و المحتال، و أما المحال عليه فليس طرفاً و إن اعتبر رضاه فى صحتها.

مدفوعه أولاً: بمنع عدم كونه طرفاً، فإن الحواله مركبه من إيجاب و قبولين [٢] (١).

و ثانياً: يكفى اعتبار رضاه فى الصحه (٢) فى جعل اعترافه بتحقق المعامله حجه عليه بالحمل على الصحه.

نعم، لو لم يعترف بالحواله، بل ادعى أنه أذن له فى أداء دينه، يقدم قوله لأصاله البراءه من شغل ذمته (٣) فيأذنه فى أداء دينه له مطالبه عوضه، و لم

(١) بل الاستصحاب عدم شغل ذمته، فيثبت موضوع الضمان، أعنى أداءه لما لم يكن بثابت فى ذمته بأمر من المحيل.

(١) و فيه: إنه منافٍ لما ذكره (قدس سره) فى الشرط الأول صريحاً من كون الحواله إيقاعاً لا عقداً.

(٢) و هو منافٍ أيضاً لما تقدم فى الشرط الثالث من عدم اعتبار رضا المحال عليه فى صحه الحواله، باعتبار كونه أجنبياً عن المال بالمره، و إنما أمره بيد مالكة المحيل فله نقله كيفما شاء بالحواله أو البيع أو غيرهما من الأسباب.

(٣) أقول: لا يخفى أنه بناءً على جريان أصاله الصحه فى أمثال المقام، فكما أنه

[١] الصحيح التمسك فى المقام باستصحاب عدم اشتغال ذمته، فإنه يحرز الموضوع دون أصاله البراءه.

[٢] مرّ أنّها ليست كذلك.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٥١٦

يتحقق هنا

حواله بالنسبه إليه حتى تحمل على الصّحه، و إن تحقّق بالنسبه إلى المحيل و المحتمل لا اعترافهما بها.

لا فرق بين كون دعوى الفساد من أحد المتعاقدين أو الأجنبي، فإنه يحمل العقد على الصحيح و يترتب عليه أثره حتى مع عدم وجود الدعوى خارجاً بالمرّه كما لو شكّ الأجنبي في صحّته رأساً، لا فرق بين اعتراف المحال عليه بالحواله و عدمه، إذ العبره في جريانها إنما هي بثبوت العقد لا اعتراف الخصم به.

و عليه فلو ثبتت الحواله في مورد النزاع بالوجدان أو البيئه الشرعيه، جرت أصاله الصّحه بناءً على تسليم جريانها في أمثال المقام، سواء اعترف المحال عليه بالحواله أم لم يعترف.

إلّا أنّ الذي يهوّن الخطب أنّ أصاله الصّحه غير جاريه في أمثال المقام أصلاً. و ذلك لما ذكرناه في مبحث أصاله الصّحه من المباحث الأصوليه، أنها لما لم تكن ثابتة بدليل لفظي و إنما الدليل عليها هي السيره العقلانيه القطعيه المتصله بزمان المعصوم (عليه السلام) من غير ردع، حيث جرت عادتهم على الحكم بصّحه العقد المشكوك صحّته نظير قاعده الفراغ الجاريه في عمل الشخص نفسه، فإنهما متحدتان من حيث المدلول تماماً و إنما الفارق بينهما اختصاص الاولى بعمل الغير و الثانيه بعمل الشخص نفسه، كان اللازم الاقتصار فيها على القدر المتيقن، و هو خصوص فرض الشكّ في صحّحه العمل المستكمل لجميع الأركان و المقومات، من جهه الشكّ في توفّر بعض الشروط أو مزاحمه بعض الموانع الشرعيه.

فإنّ هذا الفرض هو المورد المتيقن من بناء العقلاء على الصّحه فيه، و إلّا فلو كان الشكّ في صحّحه العمل ناشئاً من الشكّ في تحقّق أركان العقد و مقوماته، فلم يثبت من العقلاء بناء على التمسك بهذا الأصل فيه، كما لو

باع زيد دار عمرو بادعاء الوكاله عنه، فإنه لا يمكن الحكم بصحته تمسكاً بالأصل، للشك في سلطنته على البيع، بل لا بد له من إثبات الوكاله و السلطنه على هذا التصرف في الحكم بالصحة. نعم، لو كانت الدار تحت يده بحيث كان ذا يد بالنسبه إليها، حكمنا بصحة بيعه باعتبار حججه

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٥١٧

.....

قول ذى اليد.

و كذا الحال لو ادعى أحد المتعاقدين كون الثمن مما لا ماله له شرعاً كالخمر، فإنه لا يمكن إثبات صحة العقد و إلزام مدعى البطلان بما يقوله الآخر لأصالة الصحة لأنها لا تجرى في موارد الشك في تحقق أركان العقد و ما يتوقف عليه عنوانه.

و حيث إن مقامنا من هذا القبيل، باعتبار أن الشك في صحة الحوالة إنما هو من جهه الشك في سلطنته المحيل لإحاله الدّين على غيره، فلا يمكن التمسك بأصالة الصحة و الحكم ببراءه ذمه المحيل و اشتغال ذمه المحال عليه له.

و الحاصل أن اشتغال ذمه الغير المحال عليه لما كان من قوام الحوالة، بناءً على عدم صحة الحوالة على البرىء، فلا يمكن التمسك في مورد الشك فيه بأصالة الصحة لإثبات صحة العقد و اشتغال ذمه الغير بالمال.

ثم إن هذا كله لا يعنى المخالفه فى أصل الحكم، فإن ما ذكره الماتن (قدس سره) من أخذ المحال عليه باعترافه صحيح و لا غبار عليه، إنما أن ذلك لا- لما أفاده من التمسك بأصالة الصحة، فإنك قد عرفت عدم جريانها فى أمثال المقام، بل لحججه الظهورات اللفظيه فى مداليلها الالتمزايه، فإن الاعتراف بالحواله لما كان مدلولاً لفظياً كان حججه فى لازمه، أعنى اشتغال ذمته بالمال للمحيل.

و توضيحه: أنا قد ذكرنا فى مبحث الأصول المثبتة من

الاستصحاب، أنّ المشهور بين الأصحاب و إن كان هو التفصيل في حجّيه اللوازم بين الأمارات و الأصول بالالتزام في الأولى بالحجّيه دون الثانيه، إلّا أنه مما لا- يمكن المساعدة عليه و إثباته بدليل، إذ إنّ حال الأمارات حال الأصول في اقتصار حدود التعيّد الشرعي بالنسبه إلى ثبوت نفس الموضوع دون لوازمه. و لذا لا يصحّ الاعتماد في دخول الوقت على تجاوز الشمس عن الجبهه التي يظنّ كونها القبلة عند الجهل بها، و الحال أن الظنّ حجّيه شرعيه بالنسبه إليه بالقياس إلى تحديد نفس القبلة جزماً.

و بعبارة اخرى: إنّ الأماره كالأصل لا- يترتب عليها إلّا إثبات الموضوع الذي قامت عليه و جرت فيه، و بذلك تثبت الصغرى لكبرى الحكم الثابت لذلك العنوان. فلو شككنا في خمريه مائع و قامت الأماره على خمريته أو تمسّكنا لإثباتها باستصحاب الحاله السابقه، تثبت بذلك الصغرى لكبرى: «و كلّ خمير حرام» خاصّه

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٥١٨

.....

و من غير تعرّض لشيء من اللوازم على كلا التقديرين.

نعم، يستثنى من ذلك ما لو كانت الأماره من قبيل الإخبار سواء في ذلك اللفظ و غيره كالبيّنه و قول ذي اليد، بل مطلق الثقه على القول بحجّيته، فإنه يلتزم فيها بثبوت اللوازم و حجّيتها بلا إشكال فيه.

و ذلك لما ذكرناه في محلّه من عدم اختصاص دليل حجّيه البيّنه أو قول ذي اليد أو مطلق الثقه بالدلالات المطابقه، فإنه كما يشمل المداليل المطابقه يشمل المداليل الالتزاميه أيضاً. فإذا أخبرت البيّنه عن جهه القبلة مثلاً، كان ذلك بعينه إخباراً عن دخول الوقت عند تجاوز الشمس عن تلك الجبهه، إذ الإخبار عن الملزوم إخبار عن اللازم قهراً و لا محاله.

و من هنا فلو اعترف المحال عليه

بالحواله كان ذلك اعترافاً منه باشتغال ذمته للمحيل لا محاله، إذ الظاهر الاعتراف بالحواله الواقعيه لا الصوريه المحضه كما هو الحال فى سائر موارد الاعتراف و المفروض أنها لا تصح إلا عن مشغول الذمه للمحيل.

لكن إثبات المدعى بهذا الطريق إنما يتم فى الجملة لا مطلقاً، فإنه إنما يصح فيما إذا كان المخبر ملتفتاً إلى الملازمه، فإنه حينئذ يصح أن يقال إن إخباره عن الملزوم إخبار عن اللازم بعينه.

و أمّا إذا لم يكن المخبر ملتفتاً إلى الملازمه أو كان معتقداً لعدمها، لم يصح دعوى كون إخباره عن الملزوم إخباراً عن اللازم، فإن الإخبار من الأمور القصدية فلا يتحقق مع الغفله و عدم الالتفات إليه.

و مما يدل على ما ذكرناه مضافاً إلى وضوحه فى نفسه اتفاقهم على عدم الحكم على منكر ضرورى من ضروريات الدين بالكفر إذا لم يكن المنكر عالماً بكونه من الضروريات و أنّ إنكاره يستلزم تكذيب النبى (صلّى الله عليه و آله و سلم)، فضلاً عما لو كان معتقداً لعدمه.

إذن فتقديم قول المحيل فى المقام و إلزام المحال عليه باعترافه، إنما يتم فيما إذا كان

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٥١٩

[مسألة ١٠: قد يستفاد من عنوان المسأله السابقه حيث قالوا: (لو أحال عليه فقبل و ادى)]

[٣٦٢٥] مسأله ١٠: قد يستفاد من عنوان المسأله السابقه حيث قالوا: (لو أحال عليه فقبل و ادى) فجعلوا محلّ الخلاف ما إذا كان النزاع بعد الأداء، أنّ حال الحواله حال الضمان فى عدم جواز مطالبه العوض إلا بعد الأداء، فقبله و إنّ حصل الوفاء بالنسبه إلى المحيل و المحتال، لكن ذمه المحيل لا تشتغل للمحال عليه البرى ء إلا بعد الأداء.

و الأقوى حصول الشغل بالنسبه إلى المحيل [١] بمجرد قبول المحال عليه (١) إذ

المحال عليه ملتفتاً إلى الملازمه بين الحواله و اشتغال ذمته

بالمال، وإلّا فلا وجه لجعل اعترافه بها اعترافاً باشتغال ذمّته.

و كيف كان، فالصحيح في وجه حجه المثبتات في باب الألفاظ خاصّه، هو التمسك بحجّيه الظهورات في الدلالات الالتزاميه على حدّ حجّيتها في الدلالات المطابقه للسيره العقلائيه القطعيه. فلو أخبرت البيه عن شرب زيد من الماء المعين مع عدم التفاتها إلى كفره أو اعتقادها إسلامه، كفى ذلك الإخبار في حكمنا بنجاسه ذلك الماء لعلمنا بكفره، إذ البيه حجّه في المدلول الالتزامى على حدّ حجّيتها في المدلول المطابقى.

و على هذا الأساس فيدخل المقام تحت حجّيه الظهورات اللفظيه الثابته ببناء العقلاء في المداليل المطابقه و الالتزاميه لا حجّيه الأخبار.

و تفصيل الكلام في مبحث الأصل المثبت من المباحث الأصوليه، فراجع.

(١) بل الأقوى ما ذهب إليه المشهور من توقف الشغل على الأداء.

و تفصيل الكلام في المقام: إنّ الحواله قد تكون على مشغول الذمّه بمثل ما أُحيل عليه، و قد تكون على البرى ء.

ففى الأول: لا إشكال و لا خلاف في اشتغال ذمّه المحال عليه للمحال، و انتقال

[١] بل الأقوى أنّ ذمه المحيل لا- تشتغل للمحال عليه إلّا بعد الأداء، إذ به يتحقق استيفاءه لماله بأمره، و عليه يترتب أنّ حال الحواله حال الضمان في بقيه الجهات المذكوره في المتن.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٥٢٠

كما يحصل به الوفاء بالنسبه إلى دين المحيل بمجردّه، فكذا في حصوله بالنسبه إلى

الدين من ذمّه المحيل إلى ذمّه المحال عليه بمجرد الحواله، كما لا- إشكال في براءه ذمّه المحال عليه للمحيل بمجردّها، فلا يكون له الرجوع بالمال عليه، لانتقال ما كان له في ذمّته إلى ملكيه المحال.

و بعباره اخرى: إنّ الدين لما كان ديناً واحداً غير متعدد، لم يمكن فرض المحال عليه مديناً للمحيل

و المحال معاً، بل هو مدين لأحدهما خاصه على النحو الذى ذكرناه، أعنى للمحيل قبل الحوالة، و للمحال بعدها.

و فى الثانى: فإن رفض المحال عليه الحوالة أو قبلها و لكن قلنا بفساد الحوالة على البرىء، فلا ينبغى الإشكال فى عدم اشتغال ذمه المحال عليه للمحال و عدم اشتغال ذمه المحيل له المحال عليه.

و إن قلنا بصحتها على البرىء كما هو الصحيح و قبل المحال عليه الحوالة، فلا إشكال فى اشتغال ذمه المحال عليه للمحال بمجرد قبوله للحوالة، فيجوز له الرجوع عليه و مطالبته بها.

و إنما الكلام فى اشتغال ذمه المحيل حينئذٍ للمحال عليه، و جواز رجوعه عليه بمجرد الحوالة و قبل الأداء.

فالمشهور العدم، إلا أن الماتن (قدس سره) قد اختار جواز الرجوع عليه، بدعوى أن اشتغال ذمه المحال عليه للمحال لا يكون مجاناً، بل لا بد و أن يقابله اشتغال ذمه المحيل له.

لكن الصحيح ما ذهب إليه المشهور. فإن اشتغال الذمه يحتاج إلى الدليل، و مجرد لزوم المجانية فى اشتغال ذمه المحال عليه للمحال، لا يصلح دليلاً لإثبات اشتغال ذمه المحيل للمحال عليه، بعد أن لم يكن يترتب عليه أى ضرر أو نقص مالى بالنسبة إليه المحال عليه قبل الأداء فى الخارج، إذ الضرر إنما يترتب على أدائه للمال، حيث يستلزم ذلك نقصاً فى ماله مستنداً إلى أمر المحيل، فيصح له الرجوع عليه لكونه من

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٥٢١

دين المحال عليه للمحيل إذا كان مديوناً له، و حصول شغل ذمه المحيل له إذا كان بريئاً (١).

و مقتضى القاعده فى الضمان أيضاً تحقق شغل المضمون عنه للضامن بمجرد ضمانه (٢) إلا أن الإجماع و خبر الصلح دلاً على التوقف على الأداء فيه، و

فى المقام لا إجماع و لا خبر، بل لم يتعرّضوا لهذه المسأله.

و على هذا فله الرجوع على المحيل و لو قبل الأداء (٣) بل و كذا لو أبرأه المحتال

موجبات الضمان بالسيره العقلائيه القطعيه، على ما تقدّم بيانه غير مرّه.

و الحاصل أنه ما لم يؤدّ المحال عليه الحواله خارجاً، لا يصحّ له الرجوع على المحيل و مطالبته بها، نظراً لعدم تحقق الخسران و النقص المالى له، و عدم الدليل على اقتضاء مجرّد الأمر الضمان، فإنّ السيره إنما ثبتت فى خصوص ما لو أدّى المأمور ما أمر به و تحمّل الخسران نتيجة الأمر.

و بعبارة اخرى: إنّ اشتغال الذمه يحتاج إلى الدليل من نصّ أو سيره أو معاوضه تقتضى ذلك، و حيث إنه لا شىء منها موجود بالقياس إلى المحيل، فلا وجه للحكم باشتغال ذمته.

إذن فالصحيح انحصار الضمان فى فرض أداء المحال عليه للحواله، و عليه فيكون حال الحواله حال الضمان فى عدم جواز رجوع المأمور على الأمر إلّا بعد الأداء بمقتضى القاعده، و إن كان النصّ الوارد مختصاً بالضمان.

(١) بمعنى أنّ شغل ذمه المحال عليه للمحال لا يمكن أن يكون مجاناً بل يقابله شغل ذمه المحيل للمحال عليه، كما أنّ حصول الوفاء بالنسبه إلى دين المحيل للمحال يقابله حصول الوفاء بالنسبه إلى دين المحال عليه للمحيل.

(٢) و قد عرفت فى محلّه عدم الدليل عليه، لانحصاره فى السيره العقلائيه، و هى لا تقتضى إلّا الاشتغال بعد الأداء.

(٣) ظهر الحال فيه و فيما يتلوه من الفروع مما تقدّم، فإنّ الحال فيها هو الحال فى الضمان حرفاً بحرف.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٥٢٢

أو وفاه بالأقلّ، أو صالحه بالأقلّ، فله عوض ما أحاله عليه بتمامه مطلقاً إذا كان بريئاً.

[مسأله ١١: إذا أحال السيد بدينه على مكاتبه بمال الكتابه المشروطه]

مسأله ١١: إذا أحال السيد بدينه على مكاتبه بمال الكتابه المشروطه أو المطلقه صحّ (١) سواء كان قبل حلول النجم أو بعده، لثبوتة في ذمته. و القول بعدم صحته قبل الحلول لجواز تعجيز نفسه، ضعيف، إذ غايه ما يكون كونه مترزلاً (٢) فيكون كالحواله على المشتري بالثمن في زمن الخيار. و احتمال عدم اشتغال ذمه العبد، لعدم ثبوت ذمه اختياريه له فيكون وجوب الأداء تكليفيًا، كما ترى (٣).

(١) على القاعده. فإنّ أمر الدّين بيد الدّائن و المدّين، فلهما أن يبداه برضاهما بالمال الثابت في ذمه العبد أو غيره مما تعود ملكيته إلى المدّين.

(٢) و هو غير قادح، إذ لا يعتبر في صحه الحواله كون اشتغال ذمه المحال عليه للمحيل على نحو اللزوم، بل يكفي ثبوت أصل الاشتغال و إن كان جائزاً.

هذا مضافاً إلى عدم الدليل على جواز تعجيز العبد نفسه عن أداء مال الكتابه، بل الثابت عدمه. فإنّ الكتابه من العقود اللازمه، و كما لا يجوز للمولى رفع اليد عنها لا يجوز للعبد تعجيز نفسه، بل يجب عليه السعى لتحصيل المال و أداء ما وجب عليه نتيجة العقد.

(٣) إذ لا مانع من اشتغال ذمه العبد على حدّ اشتغال ذمه الأحرار، كما هو الحال في إتلافاته و ضماناته، غايه الأمر أنه في غير الكتابه يتبع به بعد العتق، لعدم جواز مزاحمه حقّ المولى. و حيث إنّ هذا المانع مفقود في الكتابه، فلا محذور في اشتغال ذمته للمولى بمجرد عقد الكتابه و للمحتال بالحواله الصادره من المولى، فيحكم بانتقال الدّين الثابت في ذمه المولى إلى ذمه العبد.

على أنه لو صحّت هذه الدعوى لكان لازمها الحكم بطلان الحواله على العبد مطلقاً، و من غير تفصيل بين حلول النجم

و عدمه، إذ لا أثر للحلول في قابلية ذمّ العبد للاشتغال و عدمه، و الحال أنّ القائل بهذا التفصيل و هو الشيخ (قدس سره)

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٥٢٣

ثمّ إنّ العبد بقبول الحوالة يتحرّر [١] (١) لحصول وفاء مال الكتابه بالحواله (٢) و لو لم يحصل الأداء منه (٣) فإذا أعتقه المولى قبل الأداء بطل عتقه (٤).

و ما عن (المسالك) من عدم حصول الانعتاق قبل الأداء، لأنّ الحوالة ليست في حكم الأداء، بل في حكم التوكيل. و على هذا إذا أعتقه المولى صحّ و بطلت الكتابه، و لم يسقط عن المكاتب مال الحوالة، لأنه صار لازماً للمحتال، و لا يضمن السيد ما يغرمه من مال الحوالة.

فيه نظر من وجوه (٥).

على ما تُسب إليه «١» لم يلتزم بذلك في فرض الحلول.

(١) لا وجه لتقييد الحكم بقبول العبد للحوالة، فإنّ قبوله و عدمه في ذلك سيان، إذ المفروض كون الحوالة على مشغول الذمّه للمحيل، و قد عرفت عدم اعتبار قبول المحال عليه عند ذلك، لأنه ليس إلماً وعاءً و ظرفاً لمال المحيل، فلا يملك حقّ منع تصريف المالك في ماله.

و كان الأولى إبدال كلمه (القبول) بكلمه (التحقّق) فيقال: ثمّ إنّ العبد بتحقيق الحوالة يتحرر.

(٢) نظراً لاستلزامها لفراغ ذمّه المحال عليه العبد من دين المولى، في قبال اشتغال ذمّته بمثله للمحال.

(٣) فإنّ براءة ذمّه العبد إنّما تحققت بمجرد الحوالة و اشتغال ذمّته للمحيل.

(٤) لانعتاقه قبله بتحقيق الحوالة و براءة ذمّه العبد من الدّين بالنسبه للمولى.

(٥) الأوّل: إنه لو كانت الحوالة توكيلاً، لما كان وجهه للالتزام ببراءة ذمّه المحيل من دين المحتال و انتقاله إلى ذمّه المحال عليه، فإنّ الوكالة لا تقتضى إلّا قيام الوكيل مقام

أنه لا يتوقف على قبوله لها، إذ المفروض أنه مديون للمولى، فيتحقق الحوالة تبرأ ذمته و تشتغل للمحتال.

(١) انظر المبسوط ٢: ٣١٣.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٥٢٤

و كأنّ دعواه أنّ الحوالة ليست في حكم الأداء [١] إنما هي بالنظر إلى ما مرّ (١) من دعوى توقّف شغل ذمّة المحيل للمحال عليه على الأداء كما في الضمان فهي وإن كان كالأداء بالنسبة إلى المحيل و المحتال، فبمجرد ما يحصل الوفاء و تبرأ ذمّة المحيل، لكن بالنسبة إلى المحال عليه و المحيل ليس كذلك. و فيه منع التوقّف المذكور كما عرفت، فلا فرق بين المقامين في كون الحوالة كالأداء، فيتحقّق بها الوفاء.

□
الموكل في الأداء خاصّه مع بقاء الموكل هو مشغول الذمّة بالدين، و الحال أنه (رحمه الله) قد سلّم براءة ذمّة المولى المحيل بالتزامه باشتغال ذمّة العبد المحال عليه.

الثاني: إنه لا وجه للحكم باشتغال ذمّة العبد بالمال بعد الحكم بصحّة العتق و بطلان الكتابه مع التزام كون الحوالة توكيلاً، إذ التوكيل إنما تعلق بالأداء من مال الكتابه، و المفروض انتفاء موضوعه نظراً لبطلانها، و معه فلا مبرر لبقاء اشتغال الذمّة.

الثالث: لو سلّمنا اشتغال ذمّة العبد للمحتال من ماله الخاص، نظراً لانتفاء موضوع مال الكتابه، كان لازم ذلك الحكم بضمان السيد لما يغرمه و جواز رجوع العبد عليه بما أذاه للمحتال، و ذلك للسيره العقلائيه القطعيه على ضمان الأمر لما يغرمه المأمور بسبب أمره، فإنّ سبب خسران العبد للمال لما كان هو أمر المولى و حوالته عليه كان موجباً لرجوعه عليه به.

(١) و فيه: إنّ كلّاً من المسألتين أجنبيه عن الأخرى و لا ارتباط بينهما. فإنّ النزاع السابق إنما كان في الحوالة على البرىء دون مشغول الذمّة،

وإلا فقد عرفت عدم الخلاف في انتقال الدين من ذمه المحيل إلى ذمه المحال عليه بمجرد الحوالة، و عدم جواز

[١] هذه الدعوى و إن كانت باطله في نفسها لأنها تستلزم عدم براءة ذمه المحيل عن دين المحتال بمجرد الحوالة، و هو خلاف المفروض إلا أنها غير مبتنية على الدعوى الثانية، فإنّ مورد الثانية هي الحوالة على البرىء لا على المديون.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٥٢٥

[مسألة ١٢: لو باع السيد مكاتبه سلعه فأحاله بثمانها صحّ]

[٣٦٢٧] مسألة ١٢: لو باع السيد مكاتبه سلعه فأحاله بثمانها صحّ (١) لأنّ حاله حال الأحرار، من غير فرق بين سيده و غيره. و ما عن الشيخ من المنع ضعيف (٢).

رجوع الأخير على الأوّل إذا كان مشغول الذمه له بمثل ما أحيل عليه. في حين إنّ محلّ نزاعنا في هذه المسألة مع الشهيد (قدس سره) إنما هو في الحوالة على مشغول الذمه، حيث إنّ العبد مشغول الذمه لمولاه بسبب الكتابه. فلا وجه لجعل إحداهما مبتنيه على الأخرى.

(١) بلا إشكال فيه، لتماثيه أركان البيع و الحوالة. فإنّ العبد مرخص و مأذون في الاكتساب لتحصيل مال الكتابه، سواء في ذلك مولاه و غيره، فإذا اشترى من المولى شيئاً أصبح مشغول الذمه له بثمانه، و معه يصحّ للمولى إحاله دائنه عليه لاستيفاء دينه منه.

(٢) لوضوح فساد ما استدلل له على مدّعا، من أنّ المكاتبه لما كانت من العقود الجائزه، فإذا باع المولى من عبده شيئاً و قلنا بصحّته و بثبوت الثمن في ذمّته، كان لازمه القول باشتغال ذمه العبد لسيدته بعد فسخ المكاتبه، و هو محال لأنّ العبد و ما في يده لمولاه.

و وجه الفساد ما عرفته من عدم المحذور في الالتزام باشتغال ذمه العبد، سواء في ذلك للمولى و

غيره، كما هو الحال فيما لو أتلّف العبد مال مولاه، فإنه موجب لضمانه و اشتغال ذمّته به، غايه الأمر أنه يتبع به بعد العتق.

على أنك قد عرفت في المسأله السابقه أنه لا أساس لكون المكاتبه من العقود الجائزه، فإنها عقد لازم و لا يجوز للعبد تعجيز نفسه.

و لو تنزلنا عن ذلك كله، فغايه ما يلزم منه الحكم بانفساخ البيع عند انفساخ المكاتبه، لاستلزام بقائه اشتغال ذمّه العبد لمولاه و هو غير ممكن على الفرض، لا الحكم ببطلانه رأساً من الأول، فإنه لا مبرر له بعد ما كان العبد مرخصاً في معاملاته.

على أنّ كلامنا في المقام إنما هو في صحّحه الحواله و عدمها، و هو يعنى فرض صحّحه

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٥٢٦

[مسأله ١٣: لو كان للمكاتب دين على أجنبي فأحال سيّده عليه من مال الكتابه صحّ]

[٣٦٢٨] مسأله ١٣: لو كان للمكاتب دين على أجنبي فأحال سيّده عليه من مال الكتابه صحّ (١) فيجب عليه تسليمه للسيّد (٢) و يكون موجباً لانتعاقه، سواء أدى المحال عليه المال للسيّد أم لا (٣).

[مسأله ١٤: لو اختلفا في أنّ الواقع منهما كانت حواله أو وكاله]

[٣٦٢٩] مسأله ١٤: لو اختلفا في أنّ الواقع منهما كانت حواله أو وكاله، فمع عدم البيّنه يقدم قول منكر الحواله، سواء كان هو المحيل أو المحتال، و سواء كان ذلك قبل القبض من المحال عليه أو بعده، و ذلك لأصالة بقاء اشتغال ذمّه المحيل للمحتال و بقاء اشتغال ذمّه المحال عليه للمحيل، و أصالة عدم ملكيه المال المحال به للمحتال (٤).

و دعوى أنه إذا كان بعد القبض يكون مقتضى اليد ملكيه المحتال، فيكون المحيل المنكر للحواله مدعياً، فيكون القول قول المحتال في هذه الصوره.

مدفوعه بأنّ مثل هذه اليد لا يكون أماره على ملكيه ذمها (٥). فهو نظير ما إذا

البيع أمراً مفروغاً عنه، و إلّا فالكلام في صحّحه البيع و عدمها إنما يكون في كتاب البيع لا كتاب الحواله.

(١) على القاعده، لما عرفت من أنّ أمر الدين بيد مالكه فله نقل ملكيته إلى المحتال برضاه، لأنّ الحق لا يعدوهما.

(٢) لكونه المالك الجديد.

(٣) لحصول الوفاء و فراغ ذمّه المحيل بالنسبه إلى المحتال بمجرد الحواله.

(٤) و جمع الكلّ أصله عدم تغير الواقع عما كان عليه. فإنّ مقتضى استصحاب بقاء ما كان على ما كان، الحكم ببقاء اشتغال ذمّه المحيل للمحتال و ذمّه المحال عليه للمحيل، و عدم ملكيه المال المحال به للمحتال. و لازم ذلك كله عدم الحواله، لاقتضائها براءه الذمّتين و ملكيه المحتال للمال المحال به على عكس الوكاله.

(٥) لقصور أدلّه حجّيه اليد و إثباتها للملكيه عن شمول موارد اعتراف ذى اليد

بسبق الملك لغيره مدعياً الانتقال إليه، فإنه لم يثبت كون مثل هذه اليد أماره على

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٥٢٧

دفع شخص ماله إلى شخص و ادعى أنه دفعه أمانه، و قال الآخر: دفعتهى هبه أو قرضاً، فإنه لا يقدم قول ذى اليد.

هذا كله إذا لم يعلم اللفظ الصادر منهما. و أما إذا علم و كان ظاهراً فى الحوالة أو فى الوكالة فهو المتبع.

و لو علم أنه قال: (أحلتك على فلان) و قال: (قبلت) ثم اختلفا فى أنه حوالة أو وكالة، فربما يقال إنه يقدم قول مدعى الحوالة، لأن الظاهر من لفظ (أحلت) هو الحوالة المصطلحه، و استعماله فى الوكالة مجاز، فيحمل على الحوالة.

و فيه: منع الظهور المذكور [١] (١). نعم، لفظ الحوالة ظاهر فى الحوالة المصطلحه، و أما ما يشتق منها كلفظ: (أحلت) فظهوره فيها ممنوع. كما أن لفظ

ملكه ذيهما، بل الثابت عدمها. و من هنا فيلزم ذا اليد الإثبات، باعتبار كونه مدعياً.

(١) و فيه ما لا يخفى. فإنّ النقل مأخوذ فى مفهوم الحوالة بجميع اشتقاقاته، لأنها و كما عرفت فى أول الكتاب مأخوذه من الإحالة و التحويل، و هما فى اللغة بمعنى النقل من مكان إلى مكان أو حال إلى حال أو زمان إلى زمان، كما هو الحال فى تحويل السنه. فالنقل دخيل فى المبدأ و جميع اشتقاقاته و مأخوذ فى مفهومها، و معه فلا يصح حمل بعض المشتقات على الوكالة التى هى خاليه عن النقل بالمره.

و ما عن الشهيد الثانى (قدس سره) من دعوى تضمن الوكالة لنقل حقّ مطالبه الدين الثابت للدائن إلى الوكيل «١».

واضح الفساد، إذ الوكالة لا تقتضى انتقال حقّ الموكل فى المطالبه إلى الوكيل بحيث يمنع هو من

المطالبه بدينه، فإن غاية ما في الأمر إعطاء الموكل حقاً للوكيل في مقابل حقه نفسه، بحيث يكون لكل منهما المطالبه بالدين.

و الحاصل أنّ حقّ المطالبه لا ينتقل من الموكل إلى الوكيل، فإنه باقٍ له كما كان

[١] في المنع إشكال.

(١) مسالك الأفهام ٤: ٢٢٨.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٥٢٨

الوصية ظاهر في الوصية المصطلحه، و أما لفظ: (أوصيت) أو (أوصيك بكذا) فليس كذلك (١). فتقديم قول مدعى الحواله في الصوره المفروضه محل منع.

[مسأله ١٥: إذا أحال من له عليه دين على المشتري بالثمن]

[٣٦٣٠] مسأله ١٥: إذا أحال من له عليه دين على المشتري بالثمن، أو أحال المشتري البائع بالثمن على أجنبي برىء أو مديون للمشتري، ثم بان بطلان البيع، بطلت الحواله في الصورتين، لظهور عدم اشتغال ذمه المشتري للبائع و اللّازم اشتغال ذمه المحيل للمحتال (٢).

هذا في الصوره الثانيه. و في الصوره الأولى و إن كان المشتري محالاً عليه و يجوز الحواله على البرىء، إلّا أنّ المفروض إرادته الحواله عليه من حيث ثبوت الثمن في ذمته، فهي في الحقيقه حواله على ما في ذمته لا عليه (٣).

و لا فرق بين أن يكون انكشاف البطلان قبل القبض أو بعده. فإذا كان بعد

و معه يكون استعمال لفظ (أحلتك) فيها استعمالاً مجازياً قطعاً، فلا يصح حمله عليها.

(١) لجواز استعماله في العهد و الأمر، كما في قوله تعالى «وَأَوْصَانِي بِالصَّلَاةِ وَالزَّكَاةِ مَا دُمْتُ حَيًّا» (١).

(٢) إذ بدونه لا يكون هناك دين كي ينقل بموجب الحواله من ذمه المحيل إلى ذمه المحال عليه.

(٣) و فيه ما لا يخفى. فإنّ المحال عليه إنما هو الشخص نفسه لا الدين الثابت في ذمته، إذ لا معنى لجعل الدين محالاً عليه و ملزماً بأداء دين المحتال.

نعم، الداعى و الباعث إلى الحواله

على الشخص المعين اعتقاده كونه مديناً و مشغول الذمه له، و من الواضح أن تخلف هذا الاعتقاد لا يوجب ظهور انتفاء المحال عليه بوجه، فإنه كان ولا يزال موجوداً، غايه الأمر أن المقام يدخل في كبرى تخلف الداعي و الخطأ في التطبيق، و قد عرفت أنه لا يقتضى البطلان.

(١) سورة مريم ١٩: ٣١.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٥٢٩

القبض يكون المقبوض باقياً على ملك المشتري [١] (١) فله الرجوع به. و مع تلفه يرجع على المحتال في الصورة الأولى، و على البائع في الثانية.

[مسألة ١٦: إذا وقعت الحوالة بأحد الوجهين، ثم انفسخ البيع بالإقاله]

[٣٦٣١] مسألة ١٦: إذا وقعت الحوالة بأحد الوجهين، ثم انفسخ البيع بالإقاله أو بأحد الخيارات، فالحواله صحيحه، لوقوعها في حال اشتغال ذمه المشتري بالثمن، فيكون كما لو تصرف أحد المتبايعين في ما انتقل إليه ثم حصل

إذن فالصحيح في وجه البطلان أن يقال: إن هذه الحوالة بعد ظهور عدم اشتغال ذمه المحال عليه للمحيل تكون من الحوالة على البرىء قهراً، فتتوقف صحتها على قبول المحال عليه و رضاه لا محاله، إذ لا سلطنه للمحيل في إشغال ذمه المحال عليه البرىء للمحتال من غير رضاه.

و من هنا فحيث إن المفروض في المقام عدم رضاه، فلا محيص عن الحكم ببطلانها، فإن أداءه للمال المحال به إنما كان لأجل اعتقاد كونه مديناً للمحيل و ملزماً بالأداء شرعاً، و لم يكن من جهه قبوله للحواله بحد ذاتها.

و بعبارة اخرى: إن قبوله متفرع على اعتقاده اشتغال ذمته فلا ينفع شيئاً، باعتبار أن المطلوب في الحوالة على البرىء القبول الذى يتفرع عليه اشتغال الذمه.

و الحاصل أن المشتري لما لم يكن يقبل الحوالة بعنوانها و يرضى باشتغال ذمته و هو برىء، تعين الحكم بفسادها.

(١) و هو إنما يتم

فيما إذا لم تكن الحوالة على البرىء، وإلا فالمقبوض باقٍ على ملكه يرجع له على البائع إن كانت العين موجودة، وإلا تخير في الرجوع على كل من البائع والمشتري.

أما الأول: فلأخذه ماله على نحو التبرع والمجانبة، فإنه موجب للضمان بالسيره العقلانيه القطعيه.

[١] هذا في غير ما إذا أحال المشتري البائع على البرىء. و أما فيه فالمقبوض باقٍ على ملك البرىء فله الرجوع به، و مع تلفه جاز له الرجوع على المحيل و على المحتال، فإن رجع على المحيل جاز له الرجوع على المحتال.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٥٣٠

الفسخ، فإن التصرف لا يبطل بفسخ البيع (١).

و لا فرق بين أن يكون الفسخ قبل قبض مال الحوالة أو بعده (٢) فهي تبقى بحالها و يرجع البائع على المشتري [١] (٣) بالثمن.

و ما عن الشيخ و بعض آخر من الفرق بين الصورتين، و الحكم بالبطلان في الصورة الثانية و هي ما إذا أحال المشتري البائع بالثمن على أجنبي لأنها تتبع البيع في هذه الصورة، حيث إنها بين المتبايعين بخلاف الصورة الأولى، ضعيف (٤)

و أما الثاني: فلكون الأداء بأمر منه، و قد عرفت ضمان الأمر للخسارات الماليه الوارده على المأمور بسبب أمره.

ثم إن رجع البرىء على البائع و أخذ منه بدل ماله مثلاً أو قيمه، فليس له الرجوع على المشتري بما غرمه. و إن رجع على المشتري به، كان له الرجوع على البائع بما غرمه لاستقرار الضمان عليه، نظراً لتلف المال عنده فلا يكون له مجاناً.

و تفصيل الكلام في مبحث تعاقب الأيدي من المكاسب، فراجع.

(١) إذ الفسخ لا يقتضى رفع الآثار و البطلان من الأول، و إنما يقتضى عدم ترتب الآثار من حينه.

و الحاصل

أنّ الفسخ لا يؤثر في صحّة العقود السابقة عليه، فإنها تبقى كما كانت لصدورها من أهلها و وقوعها في محلها، و من هنا فينحصر حقّ مالك العين المنقوله ثمناً كانت أم مثمناً في الرجوع إلى البدل.

(٢) لحصول النقل و الانتقال في الدّين بمجرد تحقّق الحواله.

(٣) و هو من سهو القلم، و الصحيح: و يرجع المشتري على البائع.

(٤) فإنّ الحواله معامله مستقلّه عن المعامله الأولى البيع تماماً و إن اتّحد الطرفان فيهما، إذ العبره إنما هي بتعدد المعامله و اتّحادهما، لا تعدد الطرفين في المعاملتين و اتّحادهما.

[١] هذا من سهو القلم، و الصحيح: و يرجع المشتري على البائع.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٥٣١

و التبعية في الفسخ و عدمه ممنوعه (١). نعم، هي تبع للبيع حيث إنها واقعه على الثمن، و بهذا المعنى لا فرق بين الصورتين.

و ربّما يقال بطلانها إن قلنا أنها استيفاء، و تبقى إن قلنا أنها اعتياض.

و الأقوى البقاء و إن قلنا أنها استيفاء، لأنها معامله مستقلّه لازمه لا تنفسخ بانفساخ البيع، و ليس حالها حال الوفاء بغير معامله لازمه، كما إذا اشترى شيئاً بدراهم مكسره فدفع إلى البائع الصحاح أو دفع بدلها شيئاً آخر وفاءً، حيث إنه إذا انفسخ البيع يرجع إليه ما دفع من الصحاح أو الشئ الآخر لا الدراهم المكسره، فإنّ الوفاء بهذا النحو ليس معامله لازمه [١] (٢) بل يتبع البيع في

و الحاصل أنه لا- موجب لبطلان المعامله الثانيه و انفساخها بانفساخ البيع، فإنها معامله مستقلّه عنه، و لا علاقة لها به من حيث الفسخ.

نعم، هي تابعه له من حيث أصل الوجود باعتبار أنها واقعه على الثمن، فإذا تحقّق صحّت الحواله و لزمتم، سواء فسخ بعد ذلك أم لم

يفسخ، فإنهما سيان بالنسبه إليها.

(١) فإنَّ حالها في ذلك حال سائر التصرفات الصادره من أحد المتبايعين، حيث قد عرفت عدم تأثير الفسخ على شىء منها على الإطلاق.

(٢) فيه إشكال بل منع. فإنَّ الظاهر لزوم الوفاء مطلقاً و عدم تبعيته للبيع في الانفساخ، فإنَّ سلب ملكيه الدائن عما قبضه عوضاً عن حقه برضا المدين و وفاء منه، يحتاج إلى الدليل و هو مفقود.

و بعبارة اخرى: إنَّ أداء المدين لدينه بغير ما ثبت في ذمته وصفاً أو جنساً و قبض الدائن له برضاه و اختياره موجب لملكيته الدائن له، و من هنا فيكون تصرف المدين فيه بعد ذلك تصرفاً في مال الغير بغير رضاه و أكلاً للمال لا عن تراض. و لذا لم يلتزم أحد من الأصحاب قط بجواز رجوع المعطى فيما أعطاه قبل الفسخ ليبدله بمثله جنساً و وصفاً فضلاً عن غير المماثل له، فإنه ليس إللاً لاحتياج سلب الملكيه بعد

[١] الظاهر أنَّها معامله لازمه، فلا تتبع البيع في الانفساخ.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣١، ص: ٥٣٢

الانفساخ، بخلاف ما نحن فيه، حيث إنَّ الحوالة عقد لازم و إن كان نوعاً من الاستيفاء.

[مسألة ١٧: إذا كان له عند وكيله أو أمينه مال معين خارجي فأحال دائنه عليه]

[٣٦٣٢] مسألة ١٧: إذا كان له عند وكيله أو أمينه مال معين خارجي فأحال دائنه عليه ليدفع إليه بما عنده، فقبل المحتال و المحال عليه (١) و جب عليه الدفع إليه (٢) و إن لم يكن من الحوالة المصطلحه (٣). و إذا لم يدفع له الرجوع على

ثبوتها إلى الدليل و هو مفقود.

و الحاصل أنَّ الوفاء معامله لازمه مطلقاً، سواء في ذلك ما كان بنحو الحوالة أو غيرها.

(١) أمَّا المحتال فلا ينبغي الشك في اعتبار قوله، إذ لا يلزمه القبول بالرجوع على غير المدين، فإنَّ له

رفض ذلك و مطالبه ماله من شخصه.

و أمّا المحال عليه فلا- وجه لاعتبار قبوله، فإنّ المال لغيره و ليس هو إلّا أميناً عليه أو وكيلاً فيه، فعليه امتثال طلب المالك أداءه إلى غيره على حدّ طلبه تسليمه إلى نفسه.

و الحاصل أنّ المحال عليه ليس مخيراً في الأداء و عدمه كى يعتبر قبوله، بل يلزمه امتثال الأمر و تسليم المال إلى مالكه أو من يقوم مقامه.

و لعلّ الماتن (قدس سره) إنما أخذ هذا القيد مقدّمه لما سيأتى منه من ضمان المحال عليه، معللاً ذلك بالغرور، لعدم تحقق الغرور بغير القبول جزمًا.

(٢) فإنّ المال مال المحيل و أمره بيده و ليس المحال عليه إلّا وعاء و ظرفاً له، فيجب عليه تسليمه إلى المحتال كما كان يجب عليه تسليمه إلى نفس المحيل لو كان يطلبه منه فإنّ إعطائه له بمنزله إعطائه إليه، و ليس له التخلّف عن طلبه حتى بحجّه تسليمه إلى المحيل نفسه. بل لو فعل ذلك لكان ضامناً للمال، و خرج عن عنوان الأمين إلى عنوان المتعدّي و الغاصب.

(٣) لعدم انتقال الدّين من ذمّه المحيل إلى ذمّه المحال عليه، فإنّ المحيل يبقى بنفسه مشغول الذمّه للمحتال إلى حين وصول حقّه منه مباشرة أو من وكيله أو أمينه.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣١، ص: ٥٣٣

المحيل لبقاء شغل ذمّته. و لو لم يتمكّن من الاستيفاء منه ضمن الوكيل المحال عليه [١] (١) إذا كانت الخساره الوارده عليه مستندةً إليه، للغرور.

(١) و فيه ما لا يخفى، لمنع الغرور صغرى و كبرى.

أمّا الأوّل: فلعدم صدقه فيما إذا كان المحال عليه بانياً على الأداء و الدفع ثمّ بدا له ما يمنعه عنه، فإنّه لا يصدق عليه التغيرير قطعاً.

و كذا لو كان المحال

عليه عالماً بالتزام المحيل بدفع المال و إفراغ ذمته، فإن امتناعه حينئذ لا يوجب صدق الغرور بعد اعتقاده وصول الحق إلى صاحبه.

و أما الثاني: فلما عرفته غير مرّه من عدم إيجاب مجرّد الغرور للضمان. و لذا لم يلتزم أحد قطّ بضمان من رغب غيره في سلعه، بدعوى زياده قيمتها في المستقبل أو زياده الرغبه عليها، فظهر العكس و خسر المشتري.

و بالجمله فمجرّد الغرور ليس من أسباب الضمان، على أنّ صدقه في بعض الموارد محل منع.

و بهذا ينتهي كتاب الحوالة، و بالفراغ منه يتمّ الفراغ من كتاب العروه الوثقى بتمامه و ذلك على حسب منهج سيّدنا الأستاذ الوالد دام ظلّه في الدرس.

و إنّي إذ أحمدُ الله تبارك و تعالى على ما وفّقني لحضوره من محاضرات سيّدنا دام ظلّه و تحريرها، لأسأله أن يطيل في عمره الشريف مناراً و ملاذاً للمسلمين.

و كان الفراغ منه في يوم الثلاثاء العاشر من ربيع الأّول سنة ألف و أربعمائه و خمسه من الهجره النبويه الشريفه، و ذلك بمدرسه دار العلم العامره حتى ظهور الحجّه البالغه إن شاء الله جنب الروضه العلويه المقدّسه على مشرفها آلاف التحية و الثناء.

(تمّ كتاب الحوالة) و أنا الأقلّ: محمّد تقى الخوئي

[١] فيه إشكال بل منع.

خويي، سيد ابو القاسم موسوي، موسوعه الإمام الخوئي، ٣٣ جلد، مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئي، قم - ايران، اول، ١٤١٨ هـ ق

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ٩

المقدمة:

تأسس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامي عام ١٤٢٦ الهجرى في المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائيين والمثقفين في الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلّة المراكز القائمية بتوفير المصادر في العلوم الإسلامية وتبعثها في أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين في العلوم الإسلامية وتقديم المؤسسة مجاناً مجموعةً إلكترونيةً من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهي منظمة في برامج إلكترونية وجاهزة في مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها. وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدةً على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبي عليهم السلام
تحفيز الناس خصوصاً الشباب على دراسة أدق في المسائل الدينية
تنزيل البرامج المفيدة في الهواتف والحاسوبات واللابتوب
الخدمة للباحثين والمحققين في الحوزات العلمية والجامعات
توسيع عام لفكرة المطالعة
تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها في ملفات إلكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة
الاجتناب عن الروتين وتكرار المحاولات السابقة
العرض العلمي البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ في نشر المعلومات
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات في مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما في الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمة الانترنتى بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة (sms)

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

JAVA.١

ANDROID.٢

EPUB.٣

CHM.٤

PDF.٥

HTML.٦

CHM.٧

GHB.٨

إعداد ٤ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمة ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

ANDROID.١

IOS.٢

WINDOWS PHONE.٣

WINDOWS.٤

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتاب وكل من قدم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الإلكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب في طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية
اصبحان
الغمامة



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

