



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبحان

للغافل



عليه
صباح
الرمضان

www.

www.

www.

www.

Ghaemiyeh

.com

.org

.net

.ir

جواهر الكلام

في شرح شرائع الإسلام

تأليف

الشيخ محمد حسين الخليلي
الطبعة الثانية 1411 هـ

٢٧

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

جواهر الكلام فى شرح شرائع الاسلام

كاتب:

محمد حسن بن باقر نجفى (صاحب جواهر)

نشرت فى الطباعة:

دار احياء التراث العربى

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
١٢	جواهر الكلام فى شرح شرايع الاسلام المجلد ٢٧
١٢	اشاره
١٣	[اتمه القسم الثانى فى العقود]
١٣	اشاره
١٤	[كتاب المزارعه و المساقاه]
١٤	اشاره
١٤	[أما المزارعه]
١٤	اشاره
١٤	[تعريف المزارعه]
٢٠	[أما الشروط]
٢٠	اشاره
٢٠	[الشرط الأول أن يكون النماء مشاعا بينهما]
٢٧	[الشرط الثانى تعيين المده]
٣٣	[الشرط الثالث أن تكون الأرض مما يمكن الانتفاع بها]
٣٣	اشاره
٤٥	[تفرع لو استأجر أرضا مده معينه ليغرس فيها ما يبقى بعد المده غالبا صح]
٤٦	[أما أحكامه فتشتمل على مسائل]
٤٦	اشاره
٤٦	[المسأله الأولى إذا كان من أحدهما الأرض حسب و من الآخر البذر و العمل و العوامل صح بلفظ المزارعه]
٤٩	[المسأله الثانیه إذا تنازعا فى المده فالقول قول منكر الزیاده مع یمینه]
٥١	[المسأله الثالثه لو اختلفا فقال الزارع أعرتنیها و أنكر المالك حلف على نفي العاریه]
٥٤	[المسأله الرابعه للمزارع بالفتح أن یشارك غیره فى حصته]
٥٦	[المسأله الخامسه خراج الأرض و مؤنتها على صاحبها]

- ٦٠ [المسأله السادسة كل موضع يحكم فيه ببطلان المزارعه تجب لصاحب الأرض أجره المثل]
- ٦١ [المسأله السابعه يجوز لصاحب الأرض أن يخرص على الزارع]
- ٦٣ [أما المساقاه]
- ٦٣ اشاره
- ٦٣ [تعريف المساقاه]
- ٦٨ [الفصل الأول في العقد]
- ٧٣ [الفصل الثاني في ما يساقى عليه]
- ٧٦ [الفصل الثالث في المده]
- ٧٩ [الفصل الرابع العمل]
- ٨٤ [الفصل الخامس في الفائده]
- ٨٩ [الفصل السادس في أحكامها و هي مسائل]
- ٨٩ اشاره
- ٨٩ [المسأله الأولى كل موضع تفسد فيه المساقاه فللعامل أجره المثل]
- ٩٠ [المسأله الثانيه إذا استأجر أجيرا للعمل بحصه منها فإن كان قبل ظهورها لم يجز]
- ٩٢ [المسأله الثالثه إذا قال ساقيتك على هذا البستان بكذا على أن أساقيك على الآخر بكذا قيل يبطل]
- ٩٢ [المسأله الرابعه لو كانت الأصول لاثنتين فقالا لواحد ساقيناك على النصف صح]
- ٩٣ [المسأله الخامسه إذا هرب العامل لم تبطل المساقاه]
- ٩٥ [المسأله السادسه إذا ادعى المالك أن العامل خان أو سرق أو أتلف أو فرط فتلف و أنكر العامل فالقول قوله مع يمينه]
- ٩٧ [المسأله السابعه إذا ساقاه على أصول فيأنت مستحقه بطلت المساقاه]
- ١٠٠ [المسأله الثامنه ليس للعامل أن يساقى غيره]
- ١٠٢ [المسأله التاسعه خراج الأرض على المالك]
- ١٠٣ [المسأله العاشره الفائده تملك بالظهور]
- ١٠٦ [نتمه إذا دفع أرضا إلى رجل ليغرسها على أن الغرس بينهما كانت المغارسه باطله]
- ١٠٩ [كتاب الوديعه]
- ١٠٩ اشاره
- ١٠٩ [الأمر الأول في العقد]

- الأمر الثاني في موجبات الضمان [١٤١ -----
- اشاره ١٤١ -----
- القسم الأول في التفريط [١٤١ -----
- القسم الثاني في التعدي [١٤٩ -----
- الأمر الثالث في اللواحق و فيه مسائل [١٥٦ -----
- اشاره ١٥٦ -----
- المسأله الأولى يجوز السفر بالوديعة إذا خاف تلفها مع الإقامه [١٥٦ -----
- المسأله الثانيه لا يبرء المودع إلا بردها إلى المالك [١٥٦ -----
- المسأله الثالثه لو قدر على الحاكم، فدفعها إلى الثقة ضمن [١٥٧ -----
- المسأله الرابعه إذا أراد السفر فدفننها ضمن [١٥٨ -----
- المسأله الخامسه: لو أعاد الوديعة بعد التفريط إلى الحرز لم يبرأ [١٥٨ -----
- المسأله السادسه إذا أنكر الوديعة أو اعترف و ادعى التلف أو ادعى الرد و لا بينه فالقول قوله [١٦٠ -----
- المسأله السابعه إذا أقام المالك البينه على الوديعة بعد الإنكار فصدقها ثم ادعى التلف قبل الإنكار لم تسمع دعواه [١٦٣ -----
- المسأله الثامنه إذا أودع و لم يعين له حرزا بعيدا عنه وجبت المبادره إليه بما جرت العاده [١٦٥ -----
- المسأله التاسعه إذا اعترف بالوديعة ثم مات و جهلت عينها قيل تخرج من أصل التركه [١٦٥ -----
- المسأله العاشره إذا كان في يده وديعه فادعاها اثنان، فان صدق أحدهما قيل [١٦٦ -----
- المسأله الحاديه عشر إذا فرط و اختلفا في القيمه فالقول قول المالك مع يمينه [١٦٩ -----
- المسأله الثانيه عشر إذا مات المودع سلمت الوديعة إلى الوارث فان كانوا جماعه سلمت إلى الكل [١٦٩ -----
- [كتاب العاربه] ١٧٠ -----
- اشاره ١٧٠ -----
- الفصل الأول في المعير [١٧٤ -----
- الفصل الثاني في المستعير [١٧٥ -----
- الفصل الثالث في العين المستعاره [١٨٣ -----
- الفصل الرابع في الأحكام المتعلقة بها و فيه مسائل [١٩٧ -----
- اشاره ١٩٧ -----
- المسأله الأولى العاربه أمانه [١٩٧ -----

- المسألة الثانية إذا رد العاربه إلى المالك أو وكيله براء] ٢٠٤
- المسألة الثالثة يجوز للمستعير بيع غروسه و أبنيته في الأرض المستعاره للمعير] ٢٠٥
- المسألة الرابعة إذا حملت الأهويه أو السيول حبا مثلا إلى ملك إنسان فنبت كان لصاحب الأرض إزالته] ٢٠٦
- المسألة الخامسة لو نقصت بالاستعمال ثم تلفت و قد شرط ضمانها ضمن قيمتها يوم تلفها] ٢٠٨
- المسألة السادسة إذا قال الراكب مثلا أعرتنيها و قال المالك أجرتكها فالقول قول الراكب] ٢١٠
- المسألة السابعة إذا استعار لينتفع به في شىء فانتفع به في غيره ضمن] ٢١٤
- المسألة الثامنة إذا جحد العاربه بطل استيمانه] ٢١٥
- المسألة التاسعة إذا ادعى التلف فالقول قوله مع يمينه] ٢١٥
- المسألة العاشرة لو فرط في العاربه كان عليه قيمتها عند التلف] ٢١٦
- المسألة الحادية عشر إذا قال أعرتك حمارى مثلا لتعيرنى فرسك الأقرب الجواز] ٢١٦
- [كتاب الإجاره] ٢١٩
- اشاره ٢١٩
- [الفصل الأول العقد] ٢١٩
- [الفصل الثانى فى شرائطها] ٢٣٥
- اشاره ٢٣٥
- [الشرط الأول أن يكون المتعاقدان مالكين كاملين جائزى التصرف] ٢٣٥
- [الشرط الثانى أن تكون الأجره معلومه بالوزن أو الكيل أو العد] ٢٣٥
- اشاره ٢٣٥
- [تفريعان] ٢٥٢
- اشاره ٢٥٢
- [الفرع الأول لو قال ان خطته فارسيا فلک درهم و إن خطته روميا فلک درهمان صح] ٢٥٢
- [الفرع الثانى لو قال ان عملت هذا العمل فى اليوم فلک درهمان و فى غد درهم فيه تردد و الأظهر الجواز] ٢٥٢
- [الشرط الثالث أن تكون المنفعه مملوكه] ٢٧٤
- [الشرط الرابع أن تكون المنفعه معلومه] ٢٧٧
- اشاره ٢٧٧
- [تفريع لو استأجره لحمل عشره أقرهه من صبره فاعتبرها ثم حملها فكانت أكثر فإن كان المعتر هو المستأجر لزمه أجره المثل عن الزيادة] ٣٢٠

- الشرط الخامس أن تكون المنفعة مباحه [٣٢٤ -----
- الشرط السادس أن تكون المنفعة مقدورا على تسليمها [٣٢٥ -----
- الفصل الثالث في أحكامها وفيه مسائل [٣٣٠ -----
- اشاره [٣٣٠ -----
- المسأله الأولى إذا وجد المستأجر بالعين المستأجره عيبا كان له الفسخ [٣٣٠ -----
- المسأله الثالثه من تقبل عملا لم يجز أن يقبله غيره بنقيصه [٣٣٤ -----
- المسأله الرابعه يجب على المستأجر سقى الدابه و علفها و لو أهمل ضمن [٣٣٩ -----
- المسأله الخامسه إذا أفسد الصانع ضمن [٣٤٠ -----
- المسأله السادسه من استأجر أجيرا لينفذه في حوائجه كانت نفقته على المستأجر [٣٤٧ -----
- المسأله السابعه إذا أجر مملوكا له صانعا مثلا فأفسد كان ذلك لازما لمولاه في سعيه [٣٤٩ -----
- المسأله الثامنه صاحب الحمام لا يضمن إلا ما أودع و فرط في حفظه أو تعدى فيه [٣٥٠ -----
- المسأله التاسعه إذا أسقط الأجره بعد تحققها في الذمه صح [٣٥٢ -----
- المسأله العاشره إذا أجر عبده ثم أعتقه لم تبطل الإجاره [٣٥٢ -----
- المسأله الحاديه عشره إذا تسلم أجيرا ليعمل له صنعه فهلك لم يضمنه [٣٥٥ -----
- المسأله الثانيه عشره إذا دفع سلعه مثلا إلى غيره ليعمل له فيها عملا فان كان ممن عادته أن يستأجر لذلك العمل كالغسال و القصار فله أجره مثل عمله [٣٥٥ -----
- المسأله الثالثه عشره كل ما يتوقف عليه توفيه المنفعه فعلى المؤجر [٣٥٨ -----
- الفصل الرابع في التنازع و فيه مسائل [٣٦١ -----
- اشاره [٣٦١ -----
- المسأله الأولى إذا تنازعا في أصل الإجاره فالقول قول المالك [٣٦١ -----
- المسأله الثانيه إذا ادعى الصانع أو الملاح أو المكارى هلاك المتاع و أنكر المالك كلفوا البينه [٣٦٢ -----
- المسأله الثالثه لو قطع الخياط ثوبا قباء مثلا مدعيا الإذن من المالك و قال المالك أمرتك بقطعه قميصا فالقول قول المالك [٣٦٤ -----
- الفصل الأول في العقد [٣٦٧ -----
- الفصل الثاني في متعلق الوكاله [٣٩٧ -----
- اشاره [٣٩٧ -----
- أما ما لا تدخله النياه [٣٩٨ -----
- أما ما تدخله النياه [٤٠٢ -----

- ٤٠٧ [الفصل الثالث في الموكل]
- ٤١٣ [الفصل الرابع في الوكيل]
- ٤١٣ اشاره
- ٤٣٠ [فرع لو قال وكتكتك في قبض حقي من فلان فمات لم يكن له مطالبه الورثه]
- ٤٣٢ [الفصل الخامس فيما به تثبت الوكالة]
- ٤٣٢ اشاره
- ٤٣٧ [تفريع لو ادعى الوكالة عن غائب مثلا في قبض ماله من غريم فإن أنكر الغريم فلا يمين عليه]
- ٤٤٠ [الفصل السادس في اللواحق و فيه مسائل]
- ٤٤٠ اشاره
- ٤٤٠ [المسألة الأولى الوكيل أمين]
- ٤٤١ [المسألة الثانية إذا كان أذن لوكيله أن يوكل فإن وكل عن موكله كانا وكيلين له]
- ٤٤٣ [المسألة الثالثة يجب على الوكيل تسليم ما في يده إلى الموكل]
- ٤٤٤ [المسألة الرابعة كل من في يده مال لغيره أو في ذمته فله أن يمتنع من التسليم حتى يشهد صاحب الحق بالقبض]
- ٤٤٧ [المسألة الخامسة الوكيل في الإيداع إذا لم يشهد على الودعي لم يضمن]
- ٤٤٨ [المسألة السادسة إذا تعدى الوكيل في مال الموكل ضمنه]
- ٤٤٩ [المسألة السابعة إذا أذن الموكل لوكيله في بيع ماله من نفسه فباع جاز]
- ٤٥٢ [الفصل السابع في التنازع و فيه مسائل]
- ٤٥٢ اشاره
- ٤٥٢ [المسألة الأولى إذا اختلفا في الوكالة فالقول قول المنكر]
- ٤٥٣ [المسألة الثانية إذا اختلفا في دفع المال إلى الموكل فإن كانت بجعل كلف البينه لأنه مدع]
- ٤٥٥ [المسألة الثالثة إذا ادعى الوكيل وقوع التصرف و أنكر الموكل مثل أن يقول بعث أو قبضت]
- ٤٥٦ [المسألة الرابعة إذا اشترى إنسان سلعه، و ادعى بعد ذلك أنه وكيل لإنسان فأنكر كان القول قوله مع يمينه]
- ٤٥٧ [المسألة الخامسة إذا زوجه امرأه فأنكر الوكالة و لا بينه كان القول قول الموكل مع يمينه]
- ٤٦٠ [المسألة السادسة إذا وكله في ابتياع عبد فاشتراه بمأه فقال الموكل اشتريته بثمانين فالقول قول الوكيل]
- ٤٦١ [المسألة السابعة إذا اشترى الوكيل لموكله كان البائع بالخيار]
- ٤٦٢ [المسألة الثامنة إذا طالب الوكيل فقال الذي عليه الحق لا تستحق المطالبه لم يلتفت إلى قوله]

المسأله التاسعه تقبل شهاده الوكيل لموكله فيما لا ولايه له فيه [٤٦٣ -----

المسأله العاشره لو وكله بقبض دينه مثلا من غريم له فأقر الوكيل بالقبض و صدقه الغريم و أنكر الموكل فالقول قول الموكل [٤٦٤ -----

تعريف مركز ----- ٤٧٢ -----

شماره بازیابی : ۶-۲۱۸۴۲

سرشناسه : صاحب جواهر، محمدحسن بن باقر ۱۲۰۰؟ - ۱۲۶۶ق.

عنوان و نام پدیدآور : جواهرالكلام [چاپ سنگی] / محمدحسن نجفی [صاحب جواهر]؛ نویسنده متن: علامه حلی؛ کاتب: ابوالقاسم خوانساری؛ مصحح: موسی طهرانی

وضعیت نشر : [بی جا: بی نا]، ۱۲۷۴ق.

مشخصات ظاهری : [۵۱۸ص.، ج ۱؛ قطع: ۲۳×۳۷س م

یادداشت : زبان:عربی

آغاز، انجام، انجامه : آغاز: بسمله... الحمدلله الذى ختم الشرايع باسمهما طريقه و اوضحها حقيقه و اظهرها برهانا ... و بعد فيقول العبد القاصر العاشر محمد حسن بن المرحوم باقر احسن الله اليهما ...

انجام:.... الاصحاب الثانى و الله اعلم الحمدلله اولاً و آخراً و ظاهراً و باطناً على ما انعم و وفق لاتمام مباحث الطهاره.

انجامه:المكرم من سنه ۱۲۷۴ق. و انا الفقير الى الله الغنى ابن اسدالله ابوالقاسم خوانسارى.

یادداشت استنساخ : تاریخ کتابت: ۱۲۷۴ق.

مشخصات ظاهری اثر : نوع و درجه خط:نسخ

نوع و تزئینات جلد:جلد مقوایی، روکش تیماج قهوه ای، عطف و لچکی ها گالینگور مشکی الحاقی.

خصوصیات نسخه موجود : حواشی اوراق:تصحیحاتی اندک با نشان«صح» و توضیحاتی اندک با نشان«منه»

یادداشت تملک و سجع مهر : یادداشت های تملک:یادداشتی با خط تحریری و با مرکب مشکی " بسم الله الرحمن الرحيم و قد انتقل ذلك الكتاب مع مجلداته الاخر التي كانت عباره عن ست المجلدات مطبوعه بطبع حاجی موسی ره الى ملكی و هو مالک الملك و الرقاب من البایع المحترم الحاج شمس صاحب المكتبه فی شارع ناصر خسرو و قرینا من شمس العملاره من العاصمه تهران صانها ... من الحدثان على المبلغ الف و خمس مائه توماناً المقابل ۱۵۰۰ریالاً- و وقع هذا الانتقال فی يوم الخامس المطباق با يوم الثانى من شهر جماديا لاولى من سنه اربع مائه بعد الالف من الهجره النبويه المصادف ۲۹/۱۲/۱۳۵۸ و انا الاحقر حسين الصالحى ... النجفى و التهرانى المسكن " (ظهيره صفحه اول)

توضیحات نسخه : نسخه بررسی شد.

نمایه ها، چکیده ها و منابع اثر : منابع دیده شده: ریحانه الادب (۳: ۳۵۸) ، ملی (۲: ۲۷۷) ، ذریعه (۵۹: ۲۴)

معرفی چاپ سنگی : جواهر الکلام کتابی مشروح و استدلالی در فقه شیعه قرن سیزدهم هجری و به زبان عربی است این کتاب شرح مبسوط کتاب شرایع الاسلام (علامه حلی) است و جامعترین کتاب در موضوع فقه و استنباط و احکام است و همه ابواب فقه را در بر میگیرد. نسخه حاضر مشتمل بر کتاب الطهارة است، و عناوین مطالب در حاشیه آمده است.

عنوانهای گونه گون دیگر : جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام.

موضوع : محقق حلی، جعفر بن حسن ۶۰۲-۶۷۶ق. - شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام -- نقد و تفسیر

فقه جعفری -- قرن ۷ق.

شناسه افزوده : محقق حلی، جعفر بن حسن، ۶۰۲-۶۷۶ق. شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام. شرح

خوانساری، ابوالقاسم، قرن ۱۳ق. کاتب

طهرانی، موسی، قرن ۱۳ق. مصحح

حسینی، فروشنده

ج ۲۷، ص: ۱

[تمه القسم الثانی فی العقود]

اشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

و به نستعين

[كتاب المزارعه و المساقاه]

اشاره

كتاب المزارعه و المساقاه

[أما المزارعه]

اشاره

أما المزارعه

[تعريف المزارعه]

فهى لغه: مفاعله من الزرع و شرعا معامله على الأرض بحصه من حاصلها و لعل تحقق المعنى اللغوى فيه باعتبار مباشره أحدهما و أمر الآخر به نحو ما سمعته فى المضاربه و هل هى المخابره؟ فيه خلاف لا فائده مهمه فى تحقيقه لكن فى المسالك «قد يعبر عن المزارعه بالمخابره إما من الخبر و هو الأكار أو من الخباره و هى الأرض الرخوه أو مأخوذ من معامله النبى صلى الله عليه و آله و سلم لأهل خيبر.

و على كل حال فالمعامله فى تعريفها بمنزله الجنس الشامل للإجاره و المساقاه و غيرهما، و بالآخر يخرج الأول، لعدم صحتها بحصه من النماء كما أنه بالأول يخرج الثانى، لأنها معامله على الأصول بحصه منها و ان كانت الأرض تابعه و قد عرفت غير مره أن المراد بنحو هذا التعريف فى كلامهم التصوير و التمييز فى الذهن فى الجملة فلا يناسب الإطناب فى بيان فقده لوازم التعريف من الطرد و العكس و غيرهما كما هو واضح.

و لا ريب فى مشروعيه هذا العقد عندنا، و عند أكثر علماء الإسلام، بل نصوصا فيها و فى المساقاه مستفيضه أو متواتره.

منها

خبر أبى الربيع الشامى (١) عن أبى عبد الله عليه السلام أنه سئل عن الرجل

يزرع أرض رجل، فيشترط عليه ثلثا للبذر و ثلثا للبقر فقال: لا ينبغي أن يسمى بذرا و لا بقرا و لكن يقول لصاحب الأرض: أزرع أرضك و لك منها كذا و كذا نصف أو ثلث، أو ما كان من شرط، و لا يسمى بذرا و لا بقرا إنما يحرم الكلام».

و نحوه

خبر النضر بن سويد (١) عن عبد الله بن سنان «أنه قال: في الرجل يزرع فيزرع أرض غيره، فيقول: ثلث للبقر و ثلث للبذر، و ثلث للأرض

قال: لا يسمى شيئا من الحب و البقر، و لكن يقول: أزرع فيها كذا و كذا إن شئت نصفًا، و إن شئت ثلثًا».

و منها

صحيح يعقوب (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث «سألته عن الرجل يعطى الرجل أرضه و فيها رمان أو نخل أو فاكهه، و يقول: اسق هذا من الماء و اعمره و لك نصف ما أخرج؟ قال: لا بأس»

خلافًا للشافعي و أبي حنيفة و بعض العامة فمنعوا منه إلا في مواضع مخصوصه.

و كيف كان ف عبارته عقد ها أن يقول: الموجب و هو من بيده الأرض زارعتك أو ازرع هذه الأرض أو سلمتها إليك، و ما جرى مجراه مده معلومه، بحصه معينه من حاصلها فيقول القابل، قبلت، و جريان المعاطاه فيها على ما حققناه في محله بل حققنا الحال في اعتبار ماده لفظ مخصوص و هيئته في العقد اللازم و عدمه، و قد ذكرنا قوه الثاني و أنه يكفى في تأديته جميع ما يفيد من الألفاظ و لو على طريق المجاز إلا ما لا يتعارف أيضا في تأديه مثله من الخطاب و لو لاستهجان المجاز فيه.

و لعله على هذا توسع المصنف هنا، فذكر سلمتها و ما جرى مجراه، و صيغه الأمر، بل في جامع المقاصد و المسالك الاستدلال على جواز الأخير الذي نسبه في الروضه هنا إلى المشهور بخبري أبي الربيع و النضر بن سويد المتقدمين، و إن ناقشا

١-١ الوسائل الباب- ٨- من أبواب أحكام المزارعه و المساقاه الحديث ٥.

٢-٢ الوسائل الباب- ٩- من أبواب أحكام المزارعه و المساقاه الحديث ٢- باختلاف يسير.

فيه بعدم الدلاله فيهما، على أن هذا هو العقد، خصوصا مع عدم التصريح بالقبول، فيمكن أن يكون هذا من جمله القول الذى يكون بين المتعاقدين قبل العقد، لتقرير الأجر بينهما، و اختارا عدم الصحه، و كذا فى الرياض إلا أنه استدل عليه بخبر يعقوب السابق و ضعفه أولا: بأن غايته نفى البأس، و هو لا يدل على اللزوم المطلوب إثباته بالصيغه، و ثانيا: بعدم تضمنه القبول و لو فعلا، و هو كاشف عن أن المراد من ذكر ذلك بيان ما يصح مساقاته، لا صيغتها حتى يستدل به على ذلك.

لكن لا يخفى عليك ما فى الجميع بعد الإحاطه بما أسلفناه فى كتاب البيع، و خيرا أبى الربيع و النضر، إنما هما بصيغه المضارع، لا الأمر، و ظاهر

قوله فى أحدهما «إنما يحرم الكلام»

إرادته العقد بذلك، و نفى البأس فى خبر يعقوب بعد ظهور القول فيه فى الصيغه دال على صحتها المترتب عليه أحكامها فإذا الأقوى جواز ذلك كله لأن التحقيق عدم الإجمال فى العقد كى يقتصر فيه على المتيقن فى ماده و الهيئه.

نعم الظاهر اعتبار القول أيضا فى قبولها، كغيرها من العقود اللازمه، و ترك المصنف له هنا فى بيان عبارتها، لعدم اعتبار لفظ مخصوص فيه، بل هو جميع ما دل على الرضا بالإيجاب، فما فى المسالك من احتمال كون ذلك منه لبيان الاكتفاء فيه بالفعل كما اختاره العلامة فى القواعد فى غير محله، هذا و فى المسالك «و اعلم أنه قد استفيد من حقيقه المزارعه و من صيغتها أن المعقود عليه هو الأرض المملوكه المنتفع بها- إلى أن قال- و إنه لا- تشرع المزارعه بين المتعاملين إذا لم يكن الأرض ملكا لأحدهما كما فى الأرض الخراجيه، و إن بقى من لوازمها ما يمكن اشتراكهما فيه، لما قد عرفت أن متعلقها و المعقود عليه هو الأرض فلو اتفق اثنان على المعامله فى مثل ذلك فى الأرض الخراجيه، فطريق الصحه الاشتراك فى البذر» إلى تمام ما ذكره من الحيل الشرعيه المفيده للاشتراك فى الحاصل، على حسب ما يتفقان عليه بغير طريق المزارعه.

و قد يناقش فيه بأن صيغه المزارعه التى هى زارعتك و سلمتك و نحوهما و حقيقتها- التى هى المعامله على الأرض بالحصه من حاصلها- لا تقتضى اعتبار ملكيه

الأرض، لا عينا و لا منفعه، بل يكفى فيها الأولويه الحاصله فى أرض الخراج بالإحياء أو بالتفويض، ممن هى فى يده من حاكم الجور أو الشرع أو غير ذلك.

و من هنا جزم فى الكفايه بعدم اعتبار ذلك فى المزارعه، و ذكر جمله من النصوص الداله على جواز مزارعه أرض الخراج، ك صحیح الحلبي (١) عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث «سئل عن مزارعه أهل الخراج بالنصف و الثلث و الربع قال: نعم لا بأس به، قد قبل رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم خبير أعطاه اليهود حين فتحت عليه بالخبر و الخبر هو النصف»

و

فى خبر الفيض بن المختار (٢) «قال قلت لأبى عبد الله عليه السلام:

جعلت فداك ما تقول فى أرض أتقبلها من السلطان ثم أو أجزاها أكرتتى على أن ما أخرج الله تعالى منها من شىء كان لى من ذلك النصف أو الثلث بعد حق السلطان قال: لا بأس به كذلك أعامل أكرتتى.»

و

فى خبر يعقوب بن شعيب (٣) عن أبى عبد الله عليه السلام «سألته عن الرجل له الأرض من أرض الخراج فيدفعها إلى الرجل على أن يعمرها و يصلحها و يؤدى 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 شىء قسم على الشطر، و كذلك أعطى رسول الله صلى الله عليه و آله يهود خبير حين أتوه فأعطاهم إياها على أن يعمروها و لهم النصف مما أخرجت»

إلى غير ذلك.

قلت: قد يقال: إن مراد الشهيد ما لا ينافى شيئا مما سمعت، و ذلك لأنه لا يكاد ينكر ظهور ما ذكره من تعريف المزارعه المزبوره و من صيغتها المذكوره فى كون الأرض مملوكة العين أو المنفعه أو الانتفاع، و الا لم يكن وجه للمعامله عليها بالحصه من حاصلها التى مقتضاها تسليط العامل عليها بعوض هو الحصه من الحاصل، فهى حينئذ كالإجاره بالنسبه إلى ذلك، و إن اختلفت معها فى

١- ١ الوسائل الباب- ٨- من أبواب أحكام المزارعه و المساقاه الحديث ٨.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١٥- من أبواب أحكام المزارعه و المساقاه الحديث ٣.

٣- ٣ الوسائل- ١٠- من أبواب أحكام المزارعه و المساقاه الحديث ٢.

الأجره بل هو معنى زارعتك على هذه الأرض، أو سلمتكم إياها أو سلطتكم عليها بالحصه من حاصلها، إذ لا معنى له بدونه، فان المعاوضات التملكه لا يتصور فيها عدم ملكيه العوضين، أو أحدهما بأحد الوجوه التي ذكرناها، بل قد سمعت ما فى خبر يعقوب المسؤول فيه عن المزارعه، فقال: «النفقه منك و الأرض لصاحبها فما أخرج الله تعالى من شىء قسم على الشطر» كغيره من النصوص الظاهره فى كون الأرض فى المزارعه مملوكه عينا أو منفعه أو انتفاعا، بمعنى اعتبار السلطان على الأرض للمزارع، و أرض الخراج و إن كانت غير مملوكه العين ذاتا لكنها قد تملك منفعتها بالاستيجار من السلطان، الذى قد أجرى الشارع ذلك منه مجرى سلطان العدل أو بالتقيل أو غير ذلك مما يفيد تملك المنفعه أو الانتفاع، و كذا من سبق إليها فأحيها و قلنا: إنه بذلك يكون أحق من غيره فى الانتفاع بها، فإنه فى الحقيقه مالك الانتفاع بها، و لذا يصح له جعل مثل هذه الأحقيه ثمنا لمبيع و أجره فى الإجاره إذ هو كالتحجير و نحوه من الحقوق الماليه.

و على هذا و نحوه خرجت نصوص مزارعه أرض الخراج، لا ما إذا لم يكن لأحدهما تسلط على منفعتها، أو الانتفاع بها، فإنه لا خصوصيه لأحدهما على الآخر على وجه يكون أحدهما مزارعا و الآخر عاملا بل لا بد حينئذ فى إرادته الاشتراك فى نمائها على التساوى، أو التفاضل، من الاشتراك فى البذر كذلك، أو غير ذلك من الوجوه و الحيل التي ذكرها فى المسالك مما هو منطبق على قواعد الإجاره و الصلح أو غيرهما، لا المزارعه لفقده تسلط أحدهما على الأرض الذى هو ركن فى المزارعه، كى يدفعها إلى الآخر بالحصه من حاصلها الذى قد عرفت أنه فى المعنى إجاره.

و بذلك كله ظهر أنه لا وجه لمناقشته بما عرفت، و بمخالفته للنصوص السابقه و دعوى ظهور كلامه فى اعتبار ملكيه العين فى المزارعه مقطوع بفسادها، فان القواعد و النصوص و الفتاوى صريحه فى خلافها، و يبعد خفاء مثل ذلك على مثل الشهيد.

نعم يبقى شىء، وهو أن قضيه ما ذكرنا عدم صحه المزارعه على الأرض المستعاره و لو للزراعه على وجه يملك المستعير الحصه على المزارع، لعدم الملك عينا و منفعه و انتفاعا، فإذا وقعت المزارعه منه حينئذ فهى فى الحقيقه للمالك، و إن قصد بها نفسه فأرض الخراج التى يفوض أمرها الجائر مثلا إلى شخص مثلا على أنها له إذا زارع عليها، لا يملك الحصه، ضروره عدم ملك العين أو المنفعه أو الانتفاع بذلك، بل تكون الحصه حينئذ للمسلمين، على فرض صحه المزارعه.

نعم إذا استمر الجائر على الإباحه إلى قبض الحاصل، كان الملك حينئذ بذلك، لا بالمزارعه، فتأمل جيدا.

و على كل حال ف هو أى عقد المزارعه عقد لازم بلا خلاف بل لعل الإجماع بقسميه عليه، لقاعده اللزوم المستفاده من آيه «أَوْفُوا» و غيرها ف لا- يفسخ حينئذ اختيارا إلا- بالتقابل المطلقه أدلته، أو باشتراط الخيار و نحوه. نعم قد تنفسخ قهرا بخروج الأرض عن الانتفاع و نحوه، و لا يبطل بموت أحد المتعاقدين كغيره من العقود اللازمه، فإذا مات رب الأرض انتقل حكم العقد إلى وارثه، و إذا مات العامل قام وارثه مقامه، أو استؤجر من ماله- و لو الحصه المزبوره- على إتمام العمل.

و لكن فى المسالك و غيرها أنه ربما استثنى من ذلك ما إذا شرط المالك على العامل العمل بنفسه، فإنها حينئذ تبطل بموته، قال: «و يشكل لو كان موته بعد خروج الثمره، لأنه حينئذ قد تملك الحصه و إن وجب عليه بقيه العمل، فخروجها عن ملكه بعد ذلك بعيد، نعم لو كان قبله اتجه».

قلت: قد يقال بأن الملك حينئذ و إن حصل، لكنه مترلزل إلى حصول تمام العمل، نحو ملك العامل فى المضاربه فى بعض الأحوال، بل الظاهر حينئذ البطالان و الرجوع إلى أجره المثل على فرض القول باحترام عمله فى هذا الحال، و لا يقسط على الحصه، و إن قلنا به فى الإجاره على العمل المشروط فيه المباشره، لعدم ظهور

مقابله أجزاء العمل بأجزاء الحصة هنا، لا شرعا ولا قصدا بخلافه في الإجاره، وإلا لاتجه حينئذ ملك بعض الحصة ببعض العمل قبل ظهور شىء من الزرع، وهو معلوم البطلان كما هو واضح.

و كيف كان ف الكلام إما في شروطه أى هذا العقد وإما في أحكامه.

[أما الشروط]

إشاره

أما الشروط: فثلاثه

[الشرط الأول أن يكون النماء مشاعا بينهما]

الأول: أن يكون النماء مشاعا بينهما، تساويا فيه أو تفاضلا بلا- خلاف على ما في الرياض، بل في الغنيه الإجماع عليه، وإنه الحجه مضافا إلى قاعده الاقتصار على المتيقن من النص و الفتاوى في عقد المزارعه و المساقاه، المخالف لأصالة عدم الغرر، بل

في الصحيح (١) «لا تقبل الأرض بحنطه مسماه، و لكن بالنصف و الثلث و الربع و الخمس لا بأس به»

و في المسالك في تفسير الشرط المزبور «أى يكون مجموع النماء بينهما مشاعا، فيخرج بذلك ما لو شرط أحدهما شيئا معيناً، و

الباقى للآخر أولهما، و ما لو شرط أحدهما خاصه و غير ذلك، و الوجه في بطلان الجميع منافاته لوضع المزارعه».

قلت: لا خلاف و لا إشكال في بطلان المزارعه مع عدم الإشاعه فى شىء منها فلو شرطه أى النماء أحدهما لم يصح و كذا لو اختص كل واحد منهما بنوع من الزرع دون صاحبه كأن يشترط أحدهما الهرف أى المتقدم من الزرع و الآخر الأفل أى المتأخر منه أو ما يزرع على الجداول بمعنى الأنهار الصغار أو ما يجمع حولها من التراب من قطع الأرض و الآخر ما يزرع فى غيرها أو نحو ذلك مما لا إشاعه فى شىء منه بينهما.

و أما إذا كانت الإشاعة فى الجملة محققه و لكن بعد استثناء شىء معين كما لو شرط أحدهما قدرا من الحاصل و ما زاد عليه بينهما فإنه لم يصح أيضا عند المصنف و جماعه، بل ربما قيل: إنه المشهور، سواء كان مقدار البذر أو غيره لا لجواز أن لا تحصل الزيادة فيبقى الآخر بلا- شىء، إذ يمكن فرضه فيما يكون الغالب عادة حصولها، بل لمنافاته الثابت من شرع المزارعه الذى هو كون النماء جميعه مشاعا بينهما، خلافا لما عن الشيخ و جماعه من جواز اشتراط مقدار البذر بل عن الفاضل جواز استثناء شىء مطلقا، و رجحه فى الكفايه، و لعله للعمومات و الإطلاقات بعد منع ظهور ما دل على شرعيه المزارعه فى إشاعه جميع الحاصل بينهما بل ربما كان الظاهر منه خلاف ذلك، خصوصا إذا كان الاستثناء لأجنبى عنهما، و لعل منه استثناء قدر معين لخراج السلطان، كما أن من الأول استثناء مقدار ما يصرف على عمارتها أو لا ثم قسمه الحاصل بينهما.

بل لعل

خبر إبراهيم الكرخى (١) كالصريح فى أن المدار على الشرط، قال:

«قلت لأبى عبد الله عليه السلام: أشارك العليج فيكون من عندى الأرض و البذر و البقر، و يكون على العليج القيام و السقى و الزرع حتى يصير حنطه أو شعيرا، 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».

كظهور

خبر يعقوب بن شعيب (٢) فى استثناء غير ذلك «قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل تكون له الأرض من أرض الخراج فيدفعها إلى الرجل على أن يعمرها و يصلحها، و يؤدى خراجها، و ما كان من فضل فهو بينهما، قال: لا بأس»

إلى غير ذلك من النصوص على اختلافها فى الظهور و الاشعار بجواز ذلك الذى هو فى

الحقيقه لا ينافى الإشاعه، خصوصا إذا كان لأجنبى، و إن نافي كونه بينهما.

١- ١ الوسائل الباب- ١٠- من أبواب أحكام المزارعه و المساقاه، الحديث- ١.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١٠- من أبواب أحكام المزارعه و المساقاه الحديث- ٢.

و من الغريب بعد ذلك كله ما فى الرياض حيث أنه بعد أن حكى عن الكفايه ترجيح ذلك استنادا إلى قوله تعالى (١) «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» قال: «و هو كما ترى، إذ ليس المستفاد منه إلا الجواز مع الرضا، و هو لا يستلزم اللزوم مع فقدده و لو بعدها، كما هو المدعى، مع أنه مخصص بما مضى، مضافا إلى ما دل (٢) على النهى عن التجاره المتضمنه للغرر، و الجهاله، و منها مفروض المسأله كما مر إليه الإشاره، و به صرح فى الغنيه، فقال، بعد الاستناد إلى الإجماع: و لعله لا يسلم إلا ما قد عينه، فيبقى رب الأرض و النخل بلا شىء و قد يعطب إلا غله ما عينه، فيبقى العامل بلا شىء.

إذ لا- يخفى عليك ما فيه من عدم انحصار الدليل فى الآيه التى يكفى فى المطلوب دلالتها على الجواز و المشروعيه، و اللزوم يستفاد حينئذ من آيه (٣) «أَوْفُوا» و غيرها و ليس فيما مضى ما يصلح مخصصا، إذ ليس إلا دعوى شرعيتها على خلاف ذلك، و قد عرفت منعها على مدعيها، و أن الإطلاقات و العمومات تكفى فى إثبات شرعيتها على الوجه المزبور، و لا نهى عن مطلق الغرر على وجه يشمل هذه المعامله التى هى مبنيه عليه.

و ما فى الغنيه ظاهر فى استثناء قطعه من الأرض يختص بها العامل أو رب الأرض، و هو غير ما نحن فيه من اشتراط مقدار معين كلى من الحاصل، لأحدهما الذى قد عرفت عدم منافاته للإشاعه، حتى لو كان لأحدهما، بناء على أنه كاستثناء الأبطال المعلومه فى بيع الثمار، مع أنه قد يمنع عدم جواز ذلك أيضا، إذا كان بطريق الشرط خارجا عن أرض المزارعه، لعموم الأدله و إطلاقها، و لعل منه ما فى أيدي الناس الان من اشتراط الشكاره المختصه بالسر كار أو الفلاح أو غيرهما، و من ذلك كله يظهر الوجه فيما ذكره المصنف بقوله.

١- ١ سورة النساء الآيه- ٢٩.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٤٠- من أبواب آداب التجاره الحديث- ٣.

٣- ٣ سورة المائده الآيه- ١.

أما لو شرط أحدهما على الآخر شيئاً يضمنه له من غير الحاصل مضافاً إلى الحصه من ذهب أو فضه أو غيرهما قيل: والقائل المشهور يصح بل لعل عليه عامه من تأخر بل قد يشعر ما في المسالك و محكى غيرها بعدم الخلاف فيه، حيث لم يعلم القائل بالآخر و ان قال المصنف قيل: يبطل و على كل حال لا ريب في أن الأول أشبه بأصول المذهب و قواعده، بل في المفاتيح في بعض الأخبار عليه دلالة، قيل: و لعله ما أشار إليه في الكفايه من بعض

المعتبره(١)«عن الرجل يزرع له الحراث الزعفران و يضمن له أن يعطيه في كل جريب

أرض يمسح عليه وزن كذا و كذا درهما، فربما نقص و غرم، و ربما استفضل و زاد، قال:

لا بأس إذا تراضيا»

هذا.

و لكن في المسالك «إن قراره حينئذ مشروط بالسلامه كاستثناء أرتال معلومه من الثمره في البيع، و لو تلف البعض منه سقط منه بحسابه، لأنه كالشريك و إن كان حصته معينه».

قلت: قد يشكل ذلك بمنافاته لعموم ما دل على لزوم الشرط بعد فرض كونه في الذمه، و بذلك يفرق بينه و بين استثناء الأرتال التي هي بعض المبيع، و لا مناص عن كونه حينئذ كالشريك.

نعم قد يتم ذلك في المسأله الأولى التي هي اشتراط قدر معين من الحاصل، و لعله المراد لثاني الشهيدين، و إن توهم بعض من تأخر عنه أن مراده الأخير و تبعه عليه، إلا أنه كما ترى لا وجه له، بل لعل في الحكم بالسقوط منه بحسابه في المفروض اشكالا، عملا بالشرط الموافق لتعليل المنع في المتن و غيره، و إن كان هو الأقوى ما لم يعلم إرادته خلافه من الشرط.

و تكره إجاره الأرض المزارعه حنطه بالحنطه أو شعيراب الشعير مع ضمان ذلك في الذمه، و أما إذا كان مما يخرج منها و يحصل فيها مشخصا للثمن بذلك ف المنع أشبه (١١) بأصول المذهب و قواعده، ضروره اعتبار ملكيه

الأجره التى هى عوض المنفعة المملوكة خارجا أو ذمه، و لا شىء منهما فى الفرض.

و من ذلك يعلم عدم الفرق بين تشخيص كونه منها، أو من أرض أخرى، و لا بين استيجارها بجنس ما يريد زرعها فيها و غيره.

و إلى ما ذكرنا أشار

الصادق عليه السلام فى خبر أبى بصير(١) لا- تواجر الأرض بالحنطه و الشعير و لا- بالتمر و لا- بالأربعاء و لا بالنطاف، و لكن بالذهب و الفضة، لأن الذهب و الفضة مضمون، و هذا ليس بمضمون»

بناء على إرادته عدم إجارتها بذلك إذا كان منها حتى يصح التعليل فيه، بل منه يعلم كونه المراد من غيره من الأخبار المشتمله على النهى عن إجارتها بالحنطه و الشعير من دون تعليل، خصوصا مع ملاحظه العاده فى ذلك.

مضافا إلى خصوص

خبر أبى برده(٢) «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن إجاره الأرض المحدوده بالدراهم فقال: لا بأس قال: و سألته عن إجارتها بالطعام فقال: إن كان من طعامها فلا خير فيه».

و خبر الفضيل بن يسار(٣) «سألت أبا جعفر عليه السلام عن إجاره الأرض بالطعام قال: إن كان من طعامها فلا خير فيه»

و المناقشه فى السند أو الدلاله مدفوعه بالانجبار بالشهره العظيمه، بل لم أجد

مخالفا صريحا، إلا ما يظهر من المصنف فى النافع.

مؤيدا ذلك كله

بالحسن(٤) «عن رجل اشترى من رجل أرضا جريانا معلومه بمأه كر على أن يعطيه من الأرض قال حرام»

بناء على عدم ظهور الفرق بين ثمن المبيع و الأجره، هذا كله إذا شخص الثمن بذلك.

أما لو جعله فى الذمه و لكن شرط الأداء منها أو من أرض معينه أخرى فلا يبعد الجواز، للعمومات، و يجرى عليه حكم الشرط حينئذ، مع احتمال البطلان فيه، عملا بما سمعته من النصوص فى خصوص هذا الشرط.

و أما إذا لم يذكر لا مشخصا و لا شرطا فلا ريب فى أن الأصول و العمومات تقتضى

١- ١ الوسائل الباب- ١٦- من أبواب أحكام المزارعه الحديث- ٢.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١٦- من أبواب أحكام المزارعه الحديث ٩.

٣-٣ الوسائل الباب- ١٦- من أبواب أحكام المزارعه الحديث ٥.

٤-٤ الوسائل الباب- ١٢- من أبواب بيع الثمار الحديث- ٢.

الجواز، مضافاً إلى التعليل و المفهوم من الأخبار السابقة الحاكمين على إطلاق غيرها من النصوص الذي قد عرفت مع ذلك انسياقه إلى إرادته ما يخرج منها، من غير فرق في ذلك بين كون الأجره من جنس ما يزرع فيها، و غيره.

خلافاً لبعض فممنع منه مع كونها من جنس ما يزرع فيها ل

صحيح الحلبي (١) عن الصادق عليه السلام «لا تستأجر الأرض بالحنطه ثم تزرعها حنطه»

و فيه مع عدم وفائه بتمام المدعى - أنه يمكن حمله على إرادته ما إذا كان منها، بل لعله لا يخلو من إيماء إليه، أو يحمل النهى فيه على الكراهه.

لكن في المسالك. «فيه نظر لأن النهى فيه مطلق، و لا - منافاه بينه و بين تحريم شرطه من طعامها حتى يجمع بينهما بحمله، و التحقيق أن المطلق و المقيد متى كانا منفيين لا - يلزم الجمع بينهما، بل يحمل المطلق على إطلاقه، بخلاف المثبت و بملاحظه ذلك يخرج فساد كثير مما قررناه في مثل هذا الباب، و قد مضى مثله في النهى عن بيع الطعام قبل قبضه مع ورود نص آخر بتحريم بيع المكيل و الموزون كذلك، حيث جمع الأ - كثر فيهما بحمل المطلق على المقيد، و ليس بشىء و تحقيق ذلك في الأصول، مع أنه يمكن حمل الخبر الأول على الإطلاق كالثاني، بأن يريد بكونه من طعامها أى من جنسه، و يؤيده ظهور الكراهه منه، و لو كان من نفسه لكان اللازم التصريح بالمنع، فان عدم الخير لا يبلغ حد المنع فان المباح و المكروه لا يوصف بالخير و لا يفيده، و بينه و بين الشر واسطه، و أما النهى فالأصل فيه التحريم، فحمله على الكراهه بغير دليل أمر غير حسن، و قول ابن البراج بالمنع مطلقاً لا يخلو من قوه، نظراً إلى الروايه الصحيحه إلا أن المشهور خلاف قوله».

قلت: فيه ما لا يخفى عليك ضروره كون التعارض بينهما بمفهوم الشرط الذى هو بحكم المنطوق، و قد تقدم الكلام فى مسأله بيع الطعام قبل قبضه، و الجمع بما عرفت أولى مما ذكره من وجوه أحدها الاعتضاد بالشهره العظيمه، و ما

قد تقدم من تعليل المنع، و بالحسن المزبور، و بغير ذلك مما عرفته على وجه كشف عن إرادته ذلك

من المطلقات أجمع، حتى الخبر المزبور، بشهاده ما فى بعضها من التعليل الذى لا- ينطبق إلا- على إرادته ما إذا كان منها، فلا محيص للفقير حينئذ عن ذلك.

وقد ظهر من جميع ما قررنا وجه الحكم بالحرمه فيما إذا كان منها، بل أو من غيرها المعين، و عدمها فيما إذا لم يكن من جنس ما تزرع فيه، كما لو استأجرها بشعير فى الذمه و زرعها حنطه، بلا خلاف و لا إشكال، و أن الأصح عدمها أيضا فيه، و إن كان هو مكروها للصحيح السابق، بل لا يبعد القول بالكراهه فى مطلق استيجارها بالطعام بناء على التسامح فيها فيكفى حينئذ احتمال ارادته من المطلقات و الله العالم.

و كذا يكره أن يؤجرها بأكثر مما استأجرها به، إلا أن يحدث فيها حدثا أو يؤجرها بجنس غيره عند جماعه، بل المشهور لكن قد أشبعنا الكلام فى ذلك فى كتاب الإجاره، فلاحظ و تأمل.

[الشرط الثانى تعيين المده]

الشرط الثانى تعيين المده بلا خلاف معتد به، بل لعل الإجماع عليه بناء على عموم النهى عن الغرر، و وروده على أدله المقام و لو لرجحانه عليها، لكون المزارعه كالإجاره فى المعنى، لا كالقراض الذى هو عقد جائز لا فائده لضرب الأجل فيه بالنسبه إلى جواز الفسخ، و احتمال المزارعه الغرر بالنظر إلى الحصه لا يقتضى احتمالها إياه من غير هذه الجبهه، و كون الزرع له أمد، لا يكتفى به فى تعيين الأجل بعد فرض اعتباره، كما فى غيرها من الإجاره و نحوها.

مضافا إلى

خبر أبى الربيع الشامى (١) عن أبى عبد الله عليه السلام «سألته عن أرض يريد رجل أن يتقبلها فأى وجوه القباله أحل قال: يتقبل الأرض من أربابها بشىء معلوم إلى سنين مسماه فيعمر و يؤدى الخراج فان كان فيها علوج فلا يدخل العلوج فى قباله الأرض فإن ذلك لا يحل»

بناء على إرادته المزارعه من القباله فيه أو ما يشملها.

و منه يعلم وجه دلاله

صحيح الحلبي (٢) عنه أيضا «أن القباله أن تأتى الأرض

١- ١ الوسائل الباب- ١٨- من أبواب أحكام المزارعه الحديث- ٥.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١٨- من أبواب أحكام المزارعه الحديث ٤ باختلاف يسير.

الخربه فتقبلها من أهلها عشرين سنه أو أقل من ذلك أو أكثر فتعمرها و تؤدى ما خرج فلا بأس به»

بل صرح جماعه بوجوب كون المده فيها مما يعلم فيها إدراك الزرع و لو من جهه العاده، لأن إدراك الزرع هو الملحوظ فى المزارعه بل هو ركنها الأعظم حتى أنه ظن من جعل ذلك هو المدار من بعض النصوص عدم اعتبار المده فى المزارعه و أن إدراك الزرع هو الغايه فيها.

قال إبراهيم الكرخي (١) «قلت لأبى عبد الله عليه السلام: أشارك العالج فيكون من عندى الأرض و البذر و البقر و يكون على العالج القيام و السقى و العمل و الزرع حتى يصير حنطه أو شعيرا و يكون القسم فيأخذ السلطان حقه و يبقى ما بقى على أن للعالج منه الثلث و لى الباقي قال: لا بأس»

و إن كان المراد منه أن ذلك يكون من العالج حتى يدرك الزرع الذى هو المراد من المزارعه، و لو مع ذكر المده التى يبلغ فيها الزرع، و حينئذ فلا يجدى المده القليله التى يعلم قصورها عن الإدراك فيها، و احتمال التراضى - بعدها مع عدم لزومه عليهما غير مجدد بل و معه كما لو اشترط فى عقد لازم لكنه خلاف المعلوم المعهود من المزارعه المشروعه، بل لعل ما توهم منه الخلاف فى ذلك كالمتن و نحوه مما أطلق فيه ذلك يمكن دعوى انسياقه إلى إرادته المده التى يدرك فيها الزرع من المده التى اعتبروها شرطاً نعم ذلك متجه فى الإجاره التى لم يكن مبناها و لا المقصود منها إدراك الزرع، لاحتمال إرادته قصيله و نحوه.

و كيف كان فبناء على ما ذكرنا إذا شرط مده معينه بالأيام أو الأشهر و السنين و نحو ذلك

على وجه يدرك فيه الزرع صح لما عرفت و أما لو اقتصر على تعيين المزروع من غير ذكر المده ف فى الاكتفاء بذلك عنها وجهان:

أحدهما يصح لأن لكل زرع أمدا معتادا فيبنى حينئذ على العاده كالقراض و يكتفى به عن ذكر المده.

و الآخر يبطل، لأنه عقد لازم فهو كالإجاره فيشترط فيه تعيين المده دفعا للغرر، لأن أمد الزرع غير مضبوط، و هو مع عدم خلاف محقق فيه أشبه

بأصول المذهب و قواعده بعد القول باعتبار المده التى من المعلوم عدم الاكتفاء بمثل ذلك فى جميع ما اعتبرت فيه من الإجاره و غيرها، و قد عرفت الفرق بينها و بين القراض، كما أنك قد عرفت الشبه بينها و بين الإجاره.

و على كل حال ف لو مضت المده و الزرع باق، كان للمالك إزالته على الأشبه بأصول المذهب و قواعده التى منها قاعده «تسلط الناس على أموالها» و عدم حل مال المسلم إلا بطيب نفسه» ضروره عدم حق للزارع بعد المده التى ذلك فائده جعلها غايه.

سواء كان بسبب الزراع كالتفريط أو من قبل الله سبحانه كتأخير المياه أو تغير الأهويه و ملحوظيه إدراك الزرع لهما و ضربهما المده المذكوره لزعم إدراكه فيها لا يقتضى استحقاق بقاء الزرع بعد المده فما عن بعض - من أنه ليس له الإزاله لأنه قد حصل فى الأرض بحق، فلم يكن للمالك قلعه، و لأن للزرع أمدا معينا غير دائم الثبات، فإذا اتفق الخلل لا يسقط حق الزارع كما لو استأجر مده للزرع فانقضت قبل إدراكه- واضح الضعف، إذ الحق كان إلى غايه، فلا حق له حينئذ بعدها، و إن كان للزرع أمد معين بل و إن كان قصيرا كوضوح المنع فى المقيس عليه من الإجاره التى هى أولى بالحكم مما هنا.

اللهم إلا- أن يقال: إن الغايه هنا للمزروع لا للمزارعه، و لذا يبقى حكمها من الحصه فيما بعد الغايه، و حينئذ فالمراد أن الزرع الذى غايته كذا عاده متعلق المزارعه، و ذلك كاف فى رفع الجهاله، فإذا اتفق الخطاء بقيت المزارعه على حالها من اللزوم، فليس له الإزاله حينئذ.

نعم قد يقال: إن له الأجره لما بقى من المده على ما يخص الزارع، مع احتمال الأجره للجميع، لاستحقاق المالك عليه عوض المنفعه الأولى فى الأرض الحصه فى الزرع فكل مقدمه يحتاج إليها حينئذ الزرع تراد من العامل، خصوصا إذا كان التأخير منه لتقصير، و فيه أنه خلاف ظاهر المده المضروبه التى هى مساويه

لمده الإجاره من الإتيان بها لرفع الجهاله و الغرر فى عقد المزارعه، هذا.

و لكن فى القواعد «الأقرب أن للمالك الإزاله مع الأرض، أو التبقية مع الأجره سواء كان بسبب الزارع كالتفريط بالتأخير أو من قبل الله تعالى كتغير الأهويه و تأخير المياه».

و فيه أولا أن المناسب لما ذكره فى الإجاره- من عدم جواز القلع لو تأخر إدراك الزرع عن مده الإجاره لا بتفريط الزارع- عدم جواز القلع مع عدم التفريط هنا، إذ المزارعه أولى لأن الأصح جواز استيجار الأرض مده لزرع لا يدرك فيها، بخلافه هنا.

و ثانيا: أن المتجه على الجواز اختصاص هذا القسم بوجود الأرش دون ما إذا كان التأخير بتفريطه.

و ثالثا: أنه لا بد من تقييد قوله «أو التبقية بالأجره» بكون ذلك مع رضى العامل، لامتناع إلزامه بإثبات عوض فى ذمته من دون رضاه، و حينئذ لا وجه لإدخاله فى حيز الأقرب، ضروره كونه قطعيا على فرض رضاه، ثم إن الواجب هو أرش زرع العامل، دون المالك، فان كان البذر منه و قلنا إنه ينمو على ملكهما كما هو الظاهر و من ثم قلنا بوجود الزكاه على كل منهما إذا بلغ نصيبه نصابا فمقدار حصه المالك لا يجب أرشه و لو قلنا بأنه ينمو على ملك العامل فأرش الجميع، و منه يعلم حكم ما إذا كان البذر من المالك أو منهما، و متى قلع المالك فالمتجه وجوب أجره المثل لتلك الأرض له على العامل إذا كان التأخير بتفريطه، و لا نفع للعامل، لتضييعه منفعه الأرض على المالك.

«قيل و لو أفضى تفريطه بالتأخير إلى نقص الحاصل نقصا فاحشا مخالفا للعادة، فليس ببعيد وجوب أكثر الأمرين للمالك من الحصه و أجره المثل».

قلت: يشكل انطباقه على قاعده شرعيه يعول عليها، و الاعتبار بمجرد لا يصلح مدركا. نعم يتجه فى الأول أجره المثل التى هى الضابط فى كل منفعه تفوت على مالكةا، و الفرض عدم التمكن من معرفه الحصه التى كان يقتضيها عقد المزارعه،

و فى الثانى أورش الحاصل إن أمكن، هذا كله فى المالك.

أما العامل فلا أجره له على المالك و إن كان التأخير من الله سبحانه، قيل:

إلا إذا حكمنا بجواز القلع، فان المتجه وجوب أجره المثل عليه، لتضييع منافع مع احتمال الاكتفاء بوجوب الأرش عنها.

قلت مضافا إلى عدم ضمان منفعة الحر بمثل ذلك، و اعلم أن الأرش هو تفاوت ما بين قيمته باقيا بالأجره، و قيمته مقلوعا، و يحتمل أن يلحظ فى القيمة استحقاقه للقلع، إذا المراد بالأرض عوض نقصان ماليته باعتبار حالته التى هو عليها، و منها كونه مستحق القلع بالأرش، إذ ذلك من جملة أوصافه اللازمه له.

لكن فى المسالك «انه لا يخلو من دور» و فيه أنه ليس المقام مقام دور، فمع فرض مدخله ذلك فى قيمته يتجه ملاحظته، و إلا كما هو الظاهر فلا، و الله العالم.

و كيف كان ف ان اتفقا على التبقية جاز بعوض و غيره بلا خلاف و لا إشكال لأن الحق لا يعدو هما لكن إن شرط رب الأرض عوضا معيننا افتقر فى لزومه بعقد الإجاره إلى تعيين المده الزائده و اما الصلح فيقوى جوازه، و إن لم يعين المده كما أنه تلزمه أجره المثل إن لم يعين العوض الذى قد اتفقا عليه كما هو واضح بل لعل الحكم كذلك حتى على القول بوجوب البقاء، فإن الأقوى استحقاقه الأجره على ذلك فيتجه حينئذ ما عرفت و الله العالم.

و على كل حال ف لو شرط فى العقد تأخيره إن بقى بعد المده المشترطه، بطل العقد على القول باشتراط تقدير المده فإنه لا تقدير حينئذ، إذ المده هى مجموع المذكور منها، و المشترط المفروض عدم تقديره، بل الظاهر كفايه الجهل فى المده المشترطه خاصه فى بطلان العقد.

لكن فى المسالك «احتمال الصحه، لأن المده مضبوطه، و ما تضمنه الشرط بمنزله التابع ذكر احتياطا لاحتمال الحاجه، و جهاله التابع غير مضره كما تقدم غير مره» و فيه ما لا يخفى، بل قد يقال بالبطلان حتى مع تعيين المده المشروطه، للتعليق، و للجهاله، و لو باعتبار الترديد بين المدينين.

نعم يمكن الصحة باشتراط البقاء مده معينه على كل حال، لإرادته الاستظهار من دون تعليق له على بقاءه بعد المده غير مدرك، كما أنه يمكن القول بالصحة بناء على أن المانع الجهاله، لا- التعليق، بتنزيل إرادته أصل ثبوت استحقاق الإبقاء و لو بالأجره بالشرط المزبور، إذ مرجعه إلى اشتراط عدم القلع عليه، أو ما يقرب من ذلك مما لا إشكال في صحته، و إن وجب التراضى حينئذ بعد ذلك على تقديرها مع إرادته الإجازة الصحيحه أو أجره المثل أو غير ذلك فتأمل جيدا فإنه دقيق.

و لو ترك الزراعه حتى انقضت المده لزمه أجره المثل، و لو كان استأجرها لزمته الأجره لوضوح الفرق بينهما، بتعذر معرفه المسمى فى الأول و لذا وجب الرجوع إلى أجره المثل، بخلافه فى الأجره، و الظاهر اختصاص المالك بها، لا أنها تكون هى الحاصل، فيجرى عليه حكم ما اشترطه فى المزارعه من النصف أو الثلث، ضروره أن ذلك فى الحاصل من العمل و الأرض، و الفرض عدم العمل منه أصلا فلا وجه لاستحقاقه فيما يقابل منفعه الأرض.

و كيف كان فهذا مع تمكين المالك له منها، و تسليمه إياها، و إلا لم يستحق عليه شيئا لأن المنع من قبله، بل قد ينساق أن للعامل عليه أجره المثل، حيث أنه فوت عليه المنفعه المستحقه له، و عدم العمل منه الذى هو المقابل لمنفعه الأرض إنما كان بتفريط المالك و تضييعه، فهو حينئذ كما لو استوجر على عمل فى مده فبذله الأجير و لم يستوفه منه المستأجر فتأمل.

و على كل حال فحيث يلزم ضمان الأجره قال فى المسالك «يلزمه أرشها لو نقصت بترك الزرع كما يتفق فى بعض الأرضين لاستناد النقص إلى تفريطه كما قال فيها و هل يفرق فيها بين ما إذا ترك العامل الانتفاع اختيارا أو غيره ظاهرهم عدمه، و لا يبعد الفرق، لعدم التقصير فى الثانى خصوصا فى الأرش، و مقتضى العقد لزوم الحصه خاصه، و لم يحصل منه تقصير يوجب الانتقال إلى ما لا يقتضيه نعم يتوجه الحكم مطلقا فى الإجاره، لأن حق المالك هو الأجره عوضا عن منفعه العين تلك المده، فإذا فاتت المنفعه فإنما ذهبت على مالكها، و هو المستأجر أما المؤجر

فلا حق له فيها، إنما حقه في الأجره و لم تفت».

قلت: لا إشكال في الفرق بين الإجاره و المزارعه بذلك، بل إن لم يكن إجماع أمكن القول بعدم وجوب أجره المثل حتى في صورته التفريط، ضروره عدم بطلان العقد بذلك، و هو إنما يقتضى الحصه المعدومه التى ليست بمضمونه فى الذمه، كما سمعته فى مسأله الإجاره بشىء معين من حاصلها، و من الممكن عدم حصولها حتى لو زرع و لم يقصر فالرجوع منهما حينئذ إلى أجره المثل مما لا يرجع إلى قاعده، ضروره عدم العدوان فى يده، حتى يندرج فى

عموم «على اليد»

و عدم صدق إتلاف مال الغير، لان عقد المزارعه جعله بحكم ماله، لا مال الغير.

نعم إنما يجب عليه الاستثناء و تسليم الحصه، و ذلك إنما يترتب عليه الإثم لا الضمان، و قاعده «لا ضرر و لا ضرار» لا يستفاد منها الضمان، و لكن ترفع اللزوم، فيتسلط على الخيار، و حينئذ تكون كالمضاربه التى يترك العامل فيها العمل بلا فسخ لها.

و كذلك الكلام فيما لو كان التقصير من صاحب الأرض بعدم تسليمها إلى المزارع، بل عدم الضمان فيه أولى، لعدم صيروره منفعه الأرض ملكا له بعقد المزارعه حتى تكون يد المالك عليها عاربه يترتب عليها الضمان، و الضرر عليه بفوات انتفاعه بنفسه مثلا لا يقتضى الضمان، لأن منافع الحر لا تضمن بذلك و من ذلك كله يظهر لك الحال حتى فى الحكم بضمان النقص الذى يلحق الأرض بعدم زرعها فان ذلك من أحكام يد الضمان التى ليست هذه اليد منها فتأمل جيدا و الله العالم.

[الشرط الثالث أن تكون الأرض مما يمكن الانتفاع بها]

إشاره

الشرط الثالث: أن تكون الأرض التى تقع المزارعه عليها مما يمكن الانتفاع بها فى ذلك بان يكون لها ماء و لو تقديرا إما من نهر أو بئر أو عين أو مصنع أو غير ذلك حتى الغيث فان لم يمكن الانتفاع بها فى ذلك لعدم إمكان الماء لها لم تصح المزارعه عليها، للأصل بعد معلوميه إرادته غيرها من العمومات و الإطلاقات بل هى من معاملات السفه فى نظر العقلاء فحينئذ لو أوقعها على أرض هى كذلك حال العقد فاتفق تجدد قابليتها لم يجد ذلك العقد، و احتمال الاكتفاء بحالها فى الواقع

المستور عليها ممكن، إلا أن الأظهر خلافه.

نعم قد يقال بالصحة على الأرض التي هي حال العقد قابله لذلك، إلا أنه لم يعلم المتعاقدان بها فانكشف حالها بعد ذلك، لكن لا يخفى عليك أن مقتضى ما سمعته من الدليل مانعيه عدم قابليتها للانتفاع بذلك للصحة، لا اعتبار الإمكان، و تظهر الثمره فى المزارعه على الأرض التي لها ماء نادرا، و إن تردد فى ذلك فى التذكرة من عدم التمكن من إيقاع ما وقع عليه العقد غالبا، و من إمكان الوقوع و لو نادرا، إلا- أن المتجه الصحة، بناء على ما ذكرنا للعمومات، و لعل هذا الشرط هنا كشرط القدره على التسليم فى البيع الذى قد أطنبنا فيه فى محله، و كثير من مباحثه تأتى هنا بأدنى التفاوت فلاحظ و تأمل هذا.

و لكن فى الإرشاد «و لو زارع على ما لا ماء له بطل إلا مع علمه» و مقتضاه الصحة مع العلم إلا أن الظاهر إرادته عدم الماء فعلا، و إن كان يمكن بحفر بئر مثلا- لا أن المراد الصحة على ما لا يمكن الانتفاع بها للزرع الذى من الواضح عدم صحه المزارعه عليها، بل لا يطابق ما اعترف به هو و غيره من الشرط الثالث، إلا أن المتجه حينئذ على هذا التنزيل الخيار مع الجهل، كما تسمعه منه فى القواعد و من المصنف فيما يأتى، لا البطلان، كأنه لم يفهم منه ذلك فى الرياض، حيث أنه بعد أن ذكر الشرط المزبور قال: «لا خلاف فى اشتراطه فى الجملة و إن اختلفوا فى متعلق الشرط هل هو الصحة مطلقا كما هو ظاهر العبارة. فيبطل العقد مع عدمه مطلقا، و لو مع العلم بفقده ابتداء، أو عدمه بعد وجوده، أو فى صورته الجهل بعدمه حين العقد خاصة كما هو ظاهر الفاضل فى الإرشاد حيث حكم بالبطلان بعدمه إلا- مع العلم به، أو اللزوم فى صورته الجهل خاصة، فللعامل الخيار فيها بعد العلم، و أما صورته العلم ابتداء بعدمه حين العقد فليس بشرط أصلا بل يلزم فيها كما هو صريح القواعد، و وجهه كالسابق غير واضح بعد ما قررناه، سيما هذا و حمل على محامل- مع بعدها- لا تنطبق على شىء مما قدمناه من الأدله.

قلت: سمعت عبارة الإرشاد، و ما يمكن تنزيهه عليه، و كذا عبارة القواعد

التي هي: «الثالث: إمكان الانتفاع بالأرض في الزرع بأن يكون لها ماء إما من عين أو بئر أو نهر أو مصنع، و كذا التي أجرها للزرع و لو زارعها أو أجرها له، و لا ماء لها تخير مع الجهالة، لا مع العلم، لكن في الأجره يثبت المسمى» ضروره استبعاد إرادته الصحه مع العلم بعدم إمكان الانتفاع بها في ذلك، بعد أن ذكر ذلك عقيب اعترافه بالشرط الثالث.

نعم إنما الكلام في قول المصنف و غيره و لو انقطع الماء في أثناء المده فللمزارع الخيار، لعدم الانتفاع، هذا إذا زارع عليها أو استأجرها للزراعة، و عليه أجره ما سلف، و يرجع ب أجره ما قابل المده المتخلفه من وجوه أحدها:

أن المتجه البطان إذا خرجت بانقطاع الماء عن قابليه إمكان الانتفاع بها للزرع، لا الخيار، ضروره اتحاد المدرك لشرطه ابتداء و استدامه، و حمله على إرادته انقطاع الماء المعد لها الذي قدم عليه المزارع، لا مطلق الماء حتى حفر بئر جديد لها مثلاً جيد، ضروره إيجاب مثله الخيار في باقي العقود اللازمه، لقاعده

«لا ضرر و لا ضرار»

و غيرها، إلا أنه ينافيه ما ذكر أخيراً من وجوب الأجره عليه لما سلف من المده مع الفسخ، فان ذلك لا يتجه في المزارعه التي كان الفسخ فيها من عدم إمكان الإكمال، و ليس لها أجره مسماه، بل الحصه من الحاصل الذي تعذر، اللهم إلا أن يجعل ذلك في الإجاره خاصه، بقريته قوله «و يرجع» إلى آخره، فإنه لا يتصور في المزارعه.

نعم لا- يتجه ذلك في مثل عبارته اللغه التي هي لم يذكر فيها غير المزارعه، قال: «و لو انقطع في جميع المده انفسخت، و في الأثناء يتخير العامل، فان فسخ فعليه بنسبه ما سلف» و كذا الإرشاد، و إن أمكن توجيهه بأنه مع فرض عدم خروجها عن قابليه الانتفاع، لإمكان استنباط ماء جديد لها يكون إتلاف منفعه الأرض باختياره الفسخ، خصوصاً مع بذل المالك لما يأتي به الماء، فيضمنها كالإجاره و ان اختلفا في التقسيط باعتبار المسمى، و أجره المثل، كما أنه يتجه ضمانه- في صورته تجدد عدم قابليتها للانتفاع بالزرع أصلاً لأجره المثل عما سلف من المده، بناء على

اقتضاء ذلك الانفساخ من الأصل، بمعنى ظهور بطلان المزارعه من أول الأمر، لكون المنفعة فى يده مضمونه، و لو بالحصه التى مع بيان عدم إمكانها يقوم مقامها أجره المثل، فان ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، و احتمال إرادته الفاضل و الشهيد ذلك ينافيه تصريحهم بالخيار المقتضى لوجود الصحه فعلا فتأمل. فإنه بما ذكرنا اتضح لك الحال فى جميع صور المسأله فى المزارعه و الإجاره للزراعته التى هى مثلها فى الحكم إذا أخذت الزراعه موردا لها.

اما إذا كانت داعيا لكون الأرض معده لذلك، و معظم ما يراد منها ذلك، فاتفق تعيينها فى الأثناء، و خروجها عن القابليه لتعذر الماء مثلا، فالمتجه الخيار أيضا، لقاعده الضرر، و إمكان الانتفاع بها فى غير تلك المنفعة لا ينافيه، و إن قابلت نفع الزراعه إلا أنه قد حصل موجب الخيار بنقص الأرض عن الحال التى أقدم عليها به، و استأجرها له، و ربما تأتى لذلك تتمه إنشاء الله هذا.

و من الغريب ما فى جامع المقاصد من قوله «اعلم أن قول المصنف «لا مع العلم» يريد به عدم بطلان المزارعه و الإجاره للزرع مع العلم بأن الأرض لا- ماء لها، و هو صحيح على القول بجواز التخطى إلى غير المنفعة المشروطه مما يكون مساويا أو أقل ضررا، و حينئذ فلا شىء للمالك فى المزارعه، لعدم إمكان الانتفاع الذى حصول الحصه المشترطه متوقف عليه، أما فى الإجاره فيجب عليه المسمى لصحه الإجاره، و على البطلان فلا يجب عليه شىء» إذ لا يخفى عليك عدم احتمال ذلك فى المزارعه التى وقع عقدها على الزرع، و كذا الإجاره التى فرض موردها الزرع، و أن المتجه وجوب أجره المثل مع البطلان من رأس، كما عرفت حتى فى المزارعه.

و كيف كان ف إذا أطلق المزارعه زرع العامل الذى هو المخاطب بالزرع و مراد منه العمل ما شاء من أفراد الزرع التى ينصرف إليها الإطلاق ضروره كون هذا المطلق كغيره من المطلقات فى الانصراف إلى المعهود المتعارف إن كان، و عدمه، فما وقع من بعض الناس هنا مما ينافى ذلك فى غير محله.

نعم فى المسالك «إنما يتم ذلك، أى تخيير العامل إذا كان البذر من عنده أما لو كان من عند صاحب الأرض فالتخيير إليه بطريق أولى، لا إلى المزارع» و فيه: أنه لا منافاه بينهما بعد فرض ظهور الإطلاق فى ذلك، و أنه المخاطب المأمور بالزراع.

و على كل حال فالتخيير مع الإطلاق لصلاحية كل فرد من الأفراد التى ينصرف إليها الإطلاق لوجوده فى ضمنه، و أصرح من ذلك التعميم، لكن عن التذكرة أنه قوى وجوب التعيين مع الإطلاق، لتفاوت ضرر الأرض باختلاف جنس المزروعات، فيلزم من تركه الغرر بخلاف العموم الدال على الرضا بالأضر، و رده فى المسالك بأن المالك معه راض بذلك أيضا من حيث دخوله تحت الإطلاق المفروض رضاه به.

قال: «و ربما فرق بينهما بأن الإطلاق إنما يقتضى تجويز القدر المشترك بين الافراد، و لا يلزم من الرضا بالقدر المشترك الرضى بالأشد ضررا من غيره، إذ ليس فى اللفظ إشعار بذلك الوجه، و لا دلالة على الاذن فيه و الرضى بزياده ضرره، إذ الرضا بالقدر المشترك إنما يستلزم الرضا بمقدار الضرر المشترك بين الكل، لا على الرضا بالزائد، فلا يتناول المتوسط و لا الأشد، بخلاف العام الدال على الرضا بكل فرد فرد».

و رده فى المسالك أيضا بما حاصله أن القدر المشترك المعنى المصدري أو نفس الحقيقة، لا اللوازم اللاحقه لها، و هو مسألتنا الزرع الحاصل بكل فرد من أفراد المزروعات، لأنها مشتركة فى هذا المعنى، و إن لم تشترك فى الضرر و غيره، سواء قلنا إن المطلق هو الدال على ماهية بلا قيد، أو النكره بلا صلاحية لكل فرد، و على الثانى ظاهره و إن اختلفت فى القوه و الضعف، بل و على الأول، و لهذا حكموا بأن الأمر بالضرب مثلا يتحقق امتثاله بكل جزئى من جزئياته، كالضرب بالعصى و السوط ضعيفا و قويا و متوسطا حتى قيل إن الأمر به أمر بكل جزئى أو اذن فى كل جزئى.

قلت: لا ريب فى عدم دلالة المطلق على إرادته الأفراد، بل قد يحضر فى الذهن و يكون عنوانا و لا يحضر شىء منها فيه، و الرضا به حينئذ ليس رضا بها على اختلافها

فلا- يجتزى به فيما يعتبر فيه المعلومه و عدم الغرر، بخلاف التكاليف التى يراد فيها نفس المطلق، و الفرد إنما هو مقدمه، و لا مدخله للغرر و المعلومه فى شىء منها.

نعم قد يناقش فى أصل اعتبار المعلومه التى لا يجتزى فيها نحو المطلق هنا، ثم إنه لا يخفى عليك أن ما ذكره الفارق لا يقتضى عدم جواز المطلق، بل أقصاه الاقتصار على الأفراد المتساويه فى مقدار الضرر، دون المتوسطه و الشديده، اللهم إلا أن يدعى مجهوليه ذلك فيبطل حينئذ من هذه الجبهه، و الله العالم.

و كيف كان ف إن عين رب الأرض الزرع على العامل شخصاً أو نوعاً لم يجز له التعدى إلى الآخر قطعاً، لعموم الوفاء بالعقد و الشرط و حينئذ ف لو زرع ما هو أضر و الحال هذه كان لمالكها أجره المثل إن شاء فسخ العقد بالخيار الحاصل له بعدم الوفاء بالشرط كالبيع و الإجاره أو المسمى إن شاء لزومه مع الأرش للنقص الحاصل فى الأرض بسبب زرع الأضر فيها، كما صرح بذلك كله الفاضل.

لكن أشكله ثانى المحققين و الشهيدين و أتباعهما بأن الحصه المسماه إنما وقعت فى مقابله زرع المعين، و لم يحصل، و الذى زرع لم يتناوله العقد و لا الاذن، فلا وجه لاستحقاق المالك فيه الحصه، فوجب أجره المثل حينئذ أقوى.

قلت كان ذلك منهم بناء على تشخيص المزارعه بما وقع من التعيين و لو على جهه الاشتراط، و لا ريب فى فساده على التقدير المزبور، بل قد يقال: بعدم تشخيصها بذلك مطلقاً، و إن كل ما وقع فيها منه ليس إلا على جهه الشرطيه، فإن حقيقه المزارعه ليست إلا زرع الأرض بحصه من حاصلها، كائناً ما كان الحاصل، و انما يذكر التعيين من الشرائط، لا أنه منوع للمزارعه، فليس هو حينئذ إلا- كذكر المكان فى المضاربه التى قد عرفت ضمانه للمال مع بقاء المالك على حصته لو تعدى و خرج إلى غير ذلك المكان.

إلا أن الشرط لما كان فى عقد لازم، و قد عرفت فى كتاب البيع اقتضاء عدم

الوفاء به الخيار لمن له الشرط، اتجه حينئذ ما ذكره المصنف و الفاضل، فله الفسخ و المطالبه بأجره المثل، و عدمه فله المسمى من الزرع المخصوص الداخلة فى كلى المزارعه، و له الأرش عوض النقصان الحاصل بسببه، لعدم الأذن فيه بالخصوص و من هنا يتجه عدم انفساخ المزارعه حينئذ بتعذر المعين، خصوصا إذا كان شخصا.

أ أنه مما ذكرنا قد يظهر الوجه أيضا فى قوله و لو كان قد زرع الاقل ضررا جاز بتقريب أن المراد من التعيين مقدار الأذن فى الانتفاع بالأرض فهو كالإجاره بالنسبه إلى ذلك.

لكنه أشكله ثانى المحققين و الشهيدين أيضا بأن غرض المالك ليس منحصرًا فيما يتعلق بمصلحه الأرض، بل المقصد الذاتى له إنما هو الانتفاع بالزرع، و مصلحه الأرض تابعه لا مقصوده بالذات، و لا شك أن الأغراض تختلف فى أنواع المزروع، فربما كان غرضه بالأشد ضررا من حيث نفعه، و الحاجه إليه و إن حصل للأرض

ضرر، و لا- يتعلق غرضه بالأخف و إن انتفعت الأرض به، ألا- ترى أن الأرض لو انتفعت بترك الزرع رأسا لم يكن ذلك كافيا فى جواز ترك المزارع العمل، نظرا إلى مصلحه الأرض فالأقوى عدم التعدى لما عين مطلقا، نعم مثل هذا يجرى فى إجاره الأرض لزرع نوع معين، فان عدول المستأجر إلى زرع ما هو أخف ضررا منه متجه، لأن الغرض فى الإجاره للمالك تحصيل الأجره، و هى حاصله على التقديرين و يبقى معه زياده تخفيف الضرر عن أرضه، و أولى منه لو ترك الزرع طول المده، فإنه لا اعتراض للمالك عليه حيث لا يتوجه ضرر على الأرض، لحصول مطلوبه، و هو الأجره، بخلاف المزارعه، فإن مطلوبه الحصبه من الزرع المعين فلا يدل على الرضا بغيره و لا يتناوله بوجه.

قلت: و لعله كان لذا خيره الفاضل هنا بين الفسخ و أخذه أجره المثل، و أخذه المسمى نحو ما سمعته فى زرع الأضر إلا أنه لا أرش هنا لعدم النقص، لكن الجماعه أيضا أشكلوا بما عرفت، من عدم الوجه لأخذ المسمى من الزرع الذى لم يدخل فى عقد المزارعه، و جوابه ما علمت، بل لعل ظاهر المصنف عدم الخيار أيضا.

و التحقيق فى المسأله أن يقال: إن كان المقصود من التعيين تقدير الاذن فى الانتفاع بالأرض، فلا- ريب فى صحه ما ذكره المصنف، خصوصا فى صورته تعذر الأضر الذى هو المعين، و إن كان المقصود منه إرادته المعين، فالأصح ما ذكره الفاضل خصوصا فى صورته التعذر لما سمعته سابقا من ثبوت الخيار بنحو ذلك من الشرائط، و كذا مع اشتباه الحال، و لعل غرض المصنف الأول، ضروره كونه فى بيان الاذن فى زرع ما يراد زرعه فى صورته الإطلاق و التعيين فتأمل جيدا، فإن المسأله غير محرره فى كلامهم حتى مسأله الإجاره التى ذكرها المعترض، ضروره إمكان القول بلزوم المنفعه المخصوصه، و عدم جواز الأخف منها، خصوصا على ما عساه الظاهر من كلامهم من كون ذلك مشخصا للإجاره و فرق واضح بين الانتفاع بالأخف الذى لم تحصل الاذن فيه، و بين عدم الانتفاع أصلا، فإن ذلك ليس تصرفا فيها بغير اذن المالك، بخلاف الأول الذى يتجه عليه أجره المثل، بناء على ما ذكره، كما أن المتجه بناء على ما ذكرناه مع فرض عدم اراده التقدير بذلك الخيار، فله الفسخ و الرجوع بأجره المثل و الإمضاء و الاقتصار على المسمى.

و لو زارع عليها أو آجرها للزراعه و لا- ماء لها فعلا مع علم المزارع لم يتخير لإقدامه على ذلك و أما مع الجهاله ف له الفسخ لتضرره بانتظار الإتيان بالماء لها بحفر بئر أو غيره، مع احتمال عدم كفايته لها، و قد تقدم لك تحقيق المسأله فى ذلك، و أنه قد جزم جماعه منهم الشهيد الثانى بالبطلان، لفقد الشرط الذى هو إمكان الانتفاع بها بالزرع، من غير فرق فى ذلك بين العلم و الجهل، لا التخيير المزبور الذى هو فرع الصحه، بل لعل الحكم بالشرط المزبور لمنع التخيير المذكور من المتدافع.

لكن فى المسالك هنا بعد أن ذكر ذلك قال: «ربما تكلف للجمع بين الحكمين بحمل هذا التخيير على ما لو كان للأرض ما يمكن الزرع و السقى به، لكنه غير معتاد من جهه المالك بل يحتاج معه إلى تكلف إجراء ساقيه و نحوه، و المنع على ما لو لم يكن لها ماء مطلقا، و هو جيد لو ثبت أن مثل هذا القدر يوجب التخيير، و أن

الإطلاق كون الماء معتادا بلا كلفه، إلا أن إطلاق كلامهم يأباه فإنهم اقتصروا في الحكم بالجواز على إمكان السقى بالماء من غير تفصيل، و بالتخير على عدم الإمكان، و أيضا فإن إحداث النهر و الساقية و نحوهما لازم للمالك، سواء كان معتادا أو لا كما سيأتى التنبيه عليه و لا فرق حينئذ بين كون الماء معتادا و غيره في عدم الكلفه على الزارع، و الأقوى عدم الصحه هنا عملا بهذا الإطلاق و مثله ما لو استأجرها للزراعة».

قلت: لعل التأمل في كلام الفاضلين و اتفاقهما على القطع بالصحه في صورته العلم بلا تخيير، و انما اختلفا في صورته الجهل، ففي الإرشاد البطلان، و في المتن و القواعد التخير، يقضى بما أشرنا إليه سابقا من أنه لا إشكال في الصحه و اللزوم مع الإمكان، بمعنى القابليه فعلا و لو باحداث ماء لها.

و أما الأرض المحتمله لتحقق القابليه بسبب احتمال إيجاد ماء صالح لزراعتها و عدمه، فلا ريب في أنه يصح عقد المزارعه عليها مع العلم بحالها مراعيًا له، و أما مع الجهل فيحتمل التخير - لما في الانتظار من الضرر كما في المتن و القواعد، و لأنه بمنزله تخلف الوصف في البيع - و البطلان كما في الإرشاد لتعارف القابليه المحققه في الاقدام على أرض المزارعه، و لعل الأول لا يخلو من قوه.

أو يقال إن قول الأصحاب و لا ماء لها أعم من عدم إمكان زرعها، ضروره إمكانه بنقل الماء أو تطبيقه أو نحو ذلك، بل الظاهر بقريته ما ذكره من الشرط إحراز إمكان زراعتها، إلا أنه على ذلك الوجه لا ريب في الصحه و اللزوم حينئذ مع العلم، و الخيار مع الجهل بكون زراعتها على هذا الوجه، أو البطلان كما سمعته عن الإرشاد، لما ذكرناه من كون المقصود غيرها للعاده، هذا كله في المزارعه و في الإجاره أيضا إذا كان مورد العقد فيها الزراعة.

أما لو استأجرها مطلقا و لم يشترط الزراعة لم يفسخ و إن لم يكن عالما بحالها لإمكان الانتفاع بها بغير الزرع الذى لا يشترط في صحه إجاره الأرض إمكانه ضروره كونه نوعا من أنواع الانتفاع، و لا يشترط في استيجار شىء أن يمكن الانتفاع به في جميع الوجوه، بل يكفي إمكان مطلق الانتفاع حيث تطلق، و هو هنا

كذلك، لإمكان الانتفاع بالأرض المذكورة في وضع المتاع و جعلها مراحا و مستراحا و غير ذلك، و إن كان الغالب في الأرض الزراعه، إلا أن مطلق الغلبه لا يقيد الإطلاق إلا أن تكون على وجه يفهم إرادته ذلك من الإطلاق، و لو مع انضمام قرائن الأحوال و غيرها، و حينئذ يتجه البطلان، لا الخيار، اللهم إلا أن يكون الزرع معظم المقصود منها، و الداعى إلى استيجارها، فإنه لا يبعد الخيار حينئذ، للضرر.

و على كل حال فقد بان لك انه لا خيار مع إطلاق الإجاره الخالى عما يقتضى تقييده و كذا لو زارع أو اشترط الزراعه و جعلها موردا لعقد إجاره الأرض و لكن كانت فى بلاد تسقيها الغيوث عادة لإطلاق الأدله و عمومها التى لا فرق فيها بين كون الماء من غيث أو زياده نهر أو إجراء ساقيه أو غير ذلك كما هو واضح.

و لو استأجر للزراعه ما لا ينحسر عنه الماء و كان جاهلا بذلك لم يجز لعدم العلم بمحل الانتفاع من الأرض و لو علم الحال ف رضى بذلك أى المستأجر قيل جاز (١١) لكونه حينئذ كاستيجار الأرض التى لا- ماء لها للزراعه و (١٢) لكن لو قيل: (١٣) بالفرق بينهما فيحكم بالمنع (١٤) هنا لجهاله الأرض (١٥) بخلافه هناك كان حسنا.

(١٦) نعم لو فرض علم الأرض سابقا أو كان الماء صافيا يمكن معرفه الأرض معه، اتجه حينئذ تساوى المسألتين فى الحكم، بعد فرض إمكان الزرع فى المقام بزرع ما لا ينافى انحسار الماء، أو بعلاج حسر الماء أو غير ذلك، ضروره عدم الفرق فى عدم استعداد الأرض للزراعه بين كونه من عدم الماء لها، أو من عدم انحسار الماء عنها فتتجه الصحه بلا خيار مع العلم، و بخيار مع الجهل، نحو ما سمعته فى المسأله السابقه، و احتمال عدم الصحه فيهما- باعتبار عدم استعداد الأرض للزراعه، فليست من أرض المزارع، بل ربما كان استيجارها للزراعه أو المزارعه عليها على هذا الحال غير جار على قياس أفعال العقلاء- يدفعه عموم الأدله و إطلاقها، و أقصى ما فى هذا الحال التسلط على الخيار مع الجهل، و كذا احتمال البطلان حال الجهل خاصه، الذى سمعته من الإرشاد فى المسأله السابقه، فإنه لا يزيد تخلف المعتاد على خلاف

الوصف المسلط على الخيار، و بذلك كله ظهر لك أن مراد الأصحاب فى المسألتين بعد إحراز إمكان الزرع الذى صرحوا بشرطيته، إلا- أنه على غير الوجه المعتاد فى أرض المزارع، لا أن المراد بما ذكروه من عدم الماء أو عدم انحساره، الكنايه عن عدم إمكان زرعها، فان ذلك لا يناسبه الخيار، و لا التعليل بالجهاله، كما هو واضح بأدنى تأمل مع حسن الظن بهؤلاء الفحول.

و على كل حال ف ان كان الماء الذى لا- ينحسر قليلا يمكن معه بعض الزرع جاز و لكن يتسلط أيضا على الخيار مع فرض النقصان فى الزرع، و الجهل بحالها و لو كان الماء ينحسر عنها تدريجا لم يصح، لجهاله وقت الانتفاع و إن رضى بذلك المستأجر، ضروره عدم كفايه الرضا بفاقد شرط الصحه فيها.

لكن فى القواعد قيد المنع بعدم رضا المستأجر فلو رضى صح، و فى المسالك «هذا إنما يتم فيما يكون كالعيب المنجبر بالرضا و الخيار، لا فى الجهاله، و على تقدير إلحاقه به، نظرا إلى إمكان الانتفاع فى الجملة، إنما يوجب انقطاعه تدريجا نقصان المنفعه، فلا وجه للحكم بعدم الصحه، بل ينبغى تخيير المستأجر مع الجهل، و حينئذ فما أطلقه المصنف أوضح.

قلت: إن ثبت أن مثل هذا الجهل يقدر فى الإجاره، خصوصا بعد معلوميه انحساره عنها فى وقت صلاحيه الزرع فى الجملة، و الفرض استيجارها مده تشتمل على ذلك، و إن لم يتشخص أول وقت الانحسار أو وسط أو آخره، و لعل العلامه رحمه الله لحظ ذلك فحكم بالصحه مع الرضا، أما حكمه بالفساد مع الجهل فلما عرفته غير مره، من احتمال انصراف العقد إلى الأرض المستعده للزرع على الوجه المعتاد، و إن كان الذى يقوى ثبوت الخيار مع ذلك، لا الفساد، لكون المفروض وقوع العقد على الأرض المشخصه، فتأمل جيدا.

ثم لا- يخفى عليك جريان هذه الاحكام فى المزارعه على الأرض المذكوره، فكان ذكرها فى بابها أولى من استطراد حكم الأجنبى أو التعميم، و ربما قيل فى هاتين المسألتين: بأن المنع مخصوص بالإجاره أما المزارعه عليها فجازره، و الفرق ابتداء

الإجاره على المعلوميه فى الأجره فلا بد من العلم بمقدار مقابلها من المنفعه، بخلاف المزارعه التى كان العوض فيها الحصه المجهوله فيتسامح فيما يقابلها من المنفعه بما لا يتسامح بمثله فى غيرها، إلا أن ظاهر الأصحاب خلافه، و أنه لا فرق بين المزارعه والإجاره للزرع فى ذلك، و اغتفار الجهل فى الحصه فى المزارعه التى شرعت على ذلك، لا يقتضى اغتفار الجهل من جهه أخرى و الله العالم.

و لو شرط الغرس و الزرع فى استيجاره الأرض و لم يفهم من ذلك التنصيف افتقر إلى تعيين مقدار كل واحد منهما لتفاوت ضرريهما، و كذا لو استأجر لزرعين أو غرسين مختلفى الضرر للغرر الحاصل من الإطلاق الذى هو بالنسبه إلى ذلك كالمجمل، فيمكن الاقتصار معه فى الأخف على مسماه.

لكن فى المسالك هنا هذا كله إذا استأجر لهما مطلقا، أما لو استأجرها لينتفع بها منها صحح أو تخير، لأن ذلك تعميم فى الأفراد، و قدوم على الرضا بالأضر.

و فيه: أنه مناف لما ذكره سابقا- عند قول المصنف «و إذا أطلق المزارعه و زرع ما شاء»- «من أن المطلق كالعالم بالنسبه إلى ذلك، فيصح جعله العنوان فى المزارعه و الإجاره، و يكتفى بدلالته من حيث صلاحيه كل فرد لتحققه على الاذن لكل فرد من الأفراد إن تفاوت فى الضرر، إذ ذلك منه رضا بالأضر» و إن كان التحقيق خلافه و أنه لا دلالة فى المطلق على ذلك، و ليس هو جهه تعيين يكتفى به فى ذلك، بخلاف التعميم، فإنه جهه تعيين لها و لو بالعموميه، ضروره كون العموم من عوارضها، بخلاف الإطلاق، فإنه شىء خارج عن الافراد، و لا تحضر فى الذهن بحضوره.

نعم بناء على جواز جعله عنوانا فى المزارعه مثلا- يجب الاقتصار فى زرع الأفراد المتساويه فى مقدار الضرر، و لا يجوز زرع الأضر، فإنه لا دلالة فيه على الاذن به، و إن كان هو فردا للمطلق أيضا، و لعله لذا اعتبر هنا التعيين عند ذكر الزرعين و الغرسين المختلفين فى الضرر، و اكتفى بالإطلاق هناك، أو أنه فرق بين المزارعه و الإجاره، و لو فرض عدم تساوى أفراد الزرع أجمع و عدم معرفه الأقل ضررا منها، اتجه حينئذ عدم الاجتزاء فى الإطلاق.

و بالجمله فرق واضح بين المطلق و العام، كما أن من الواضح هنا البطلان فى المقام إلا مع فرض انسياق التنصيف و الله العالم.

[تفريع لو استأجر أرضا مده معينه ليغرس فيها ما يبقى بعد المده غالبا صح]

تفريع لو استأجر أرضا مده معينه ليغرس فيها ما يبقى بعد المده غالبا صح ما لم يكن سفها، لإطلاق الأدله و عمومها بل قيل: يجب على المالك إبقاؤه بالأجره أو إزالته مع الأرش لأن المستأجر غير متعد بالزرع، إذ الفرض كونه مالكا للمنفعه تلك المده، فله الزرع، و ذلك موجب على المالك ذلك، لمفهوم

قوله صلى الله عليه و آله (١) «ليس لعرق ظالم حق»

الذى حكى عن فخر المحققين إجماع الأصوليين عليه فى هذا الحديث، و إن اختلفوا فى دلاله

مفهوم الوصف فى غيره، و حينئذ وجب الجمع بين الحقيين، و هو إنما يكون بما عرفت من التخيير المزبور للمالك الذى يمكن دعوى ترجيح حقه على الآخر، فلذلك استأثر بالتخيير المزبور.

وقيل: له إزالته كما لو غرس بعد المده فلا أرش له، لأنه دخل على أن لا حق له بعد المده، إذ منفعه المده هى المبدوله فى مقابله العوض، فلا يستحق بالإجاره شيئا، و هو الأقوى عند ثانى الشهيدين لا الأول الذى هو أشبه عند المصنف، قال: «و عدم تعدى المستأجر بزرعه فى المده لا يوجب له حقا بعدها، مع استناد التقصير إليه، و المفهوم ضعيف، و دعوى الإجماع هنا على العمل به لم تثبت، و على تقدير صحته نمنع من كونه بعد المده غير ظالم، لانه واضح عرقه فى أرض لا حق له فيها، و إلزام المالك بأخذ الأجره أو الأرش على خلاف الأصل، فلا يصار إليه بمثل ذلك».

قلت: لكن قد يقال بعد عدم معلوميه فساد دعوى الإجماع المزبور- بل هو

قد عمل به فيما لو استأجر للزرع مده يدرك فيها غالبا، لكن اتفق عدم إدراكه فيها لا لتقصيره، بل لكثرة الأمطار أو تغير الأهويه أو غيره، فأوجب الجمع بين الحقين بالإبقاء بالأجره- إن الظاهر من الخبر ثبوت الحق لمن كان له أصل وضع عرقه بحق، وانتهاء الحق من حيث الإجاره لا- ينافى ثبوته من الخبر المزبور، بل إن لم يكن إجماع لأمكن ظهوره فى استحقاق الإبقاء على وجه يجب على المالك إجابته مع دفع الأجره، و ليس له القلع حينئذ و إن بذل الأرش، إلا- أن الظاهر كون التخيير المزبور بيد المالك و ربما زاد بعضهم فى وجوه التخيير دفع قيمه الغرس ليملكه، إلا انه كما ترى، و ان كان فى بعض الاخبار نوع شهاده له و الله العالم.

[أما أحكامه فتشتمل على مسائل]

إشارة

و اما أحكامه فتشتمل على مسائل.

[المسألة الأولى إذا كان من أحدهما الأرض حسب و من الآخر البذر و العمل و العوامل صح بلفظ المزارعه]

الأولى: إذا كان من أحدهما الأرض حسب، و من الآخر البذر و العمل و العوامل صح بلفظ المزارعه، و كذا لو كان من أحدهما الأرض و البذر، و من الآخر العمل، أو كان من أحدهما الأرض و العمل، و من الآخر البذر و بالجملة جميع الصور المتصوره فى هذه الأربعة كلاً أو بعضاً بين المزارع و المزارع جائزه نظراً الى العموم و الإطلاق أت بلا خلاف أجده فى شىء منها عندنا، بل ربما ظهر من بعضهم الإجماع عليه.

نعم فى القواعد «فى صحه كون البذر من ثالث نظر، و كذا لو كان البذر من ثالث، و العوامل من رابع» و فى المسالك و جامع المقاصد ينشأ من عموم الأمر بالوفاء بالعقود، و الكون مع الشرط، و من توقف المعامله سيما التى هى على خلاف الأصل على التوقيف من الشارع، و لم يثبت منه مثل ذلك، و الأصح فى المزارعه قصه خبير(١) و مزارعه النبى صلى الله عليه و آله اليهود على أن يزرعوها، و لهم شرط ما يخرج منها، و له شرطه الآخر و ليس فيها أن المعامله مع أكثر من واحد، و كذلك باقى النصوص التى وردت من طرفنا، و لأن العقد يتم باثنين، موجب و هو صاحب الأرض، و قابل،

فدخول ما زاد يخرج العقد عن وضعه، و يحتاج إثباته إلى دليل، بل فى الأول منهما:

الأجود عدم الصحة.

و أنكر عليه فى الحدائق حاكيا له عن الأردبيلى أيضا بمنافاه ذلك لإطلاق الأدله، و لما يفهم من خبر قصه خبير، و أن اليهود كانوا كثيرين، و قد زارعهم النبى صلى الله عليه و آله، و لما هو معلوم جوازه فى باقى العقود من تعدد الموجبين و القابلين إلا أن الجميع كما ترى، ضروره عدم تناول الإطلاق لما هو المفروض الذى هو تركب العقد من ثلاثه أو أربعة على وجه تكون أركانها له، و أن المزارعه حيثئذ مركبه من مالك أرض، و من ذى عمل، و من ذى عوامل، و من ذى بذر، فإنه لم يعهد فى شىء من العقود كذلك، لا- أن المراد عدم صحه وقوع المزارعه من أكثر من اثنين، بمعنى عدم جوازها من الشركاء فى أرض مثلا أو عدم جوازها لجماعه على وجه الشركه فى عمل الزراعه، فإن ذلك لا يتصور منعه ممن له أدنى

دره، بل يمكن القطع به من ملاحظه نصوص (١) الأ-كره و العلوج و غيرهما، و قصه خبير إنما هو من ذلك لا من محل الفرض الذى لا دليل على جوازه.

بل قد يستفاد من

قول الصادق عليه السلام فى خبر أبى الربيع الشامى (٢) و غيره المفروض فيه التسميه للبذر ثلثا و للبقر ثلثا «لا ينبغى أن يسمى بذرا و لا بقرا، و لكن يقول لصاحب الأرض: أزرع أرضك، و لك منها كذا و كذا نصفا أو ثلثا، أو ما كان من شرط و لا يسم بذرا و لا بقرا، فإنما يحرم الكلام»

عدم جواز ذلك و إلا كان ما فى هذه النصوص ساقطا، إذ لم أر أحدا أفتى بمضمونها سوى ما يحكى عن ابن الجنيد قال: «و لا بأس باشتراك العمال بأموالهم و أبدانهم فى مزارعه الأرض و إجارتها إذا كان على كل واحد قسط من المؤنه، و له جزء من الغله، و لا يقول أحدهم ثلث للبذر، و ثلث للبقر، و ثلث للعمل، لأن صاحب البذر يرجع إليه بذره و ثلث الغله من الجنس، و هذا ربا، فان جعل البذر دينا جاز ذلك».

١-١ الوسائل الباب ١٤ و ١٢ من أبواب أحكام المزارعه و المساقاه.

٢-٢ الوسائل الباب -٨- من أبواب أحكام المزارعه و المساقاه الحديث - ١٠.

و عن ابن البراج لا- يجوز أن يجعل للبذر ثلثا، و للبقر ثلثا، و يمكن إرادتهما أيضا ما ذكرناه، لكن فى المختلف بعد أن ذكر النصوص المشتمله على ذلك «و الوجه الكراهه

و لا ربا هنا، إذ الربا إنما يثبت فى البيع خاصه».

قلت: ينافى الكراهه التعليل فى النصوص بأنه

«إنما يحرم الكلام»

المراد منه بحسب الظاهر الحرمة و الفساد مع هذه التسميه و التوزيع، بخلاف ما لو جعل الحصه فى مقابله الزراعه، و إن كانت هى فى الواقع ملحوظه فى مقابله ذلك كما هو واضح، و ليس المراد الربا حقيقه، بل المراد صورته أو فى خصوص ما لو جعله قرضا مشترطا ذلك، و إلا فلا ربا قطعا فى ثلث البقر مثلا كما هو واضح.

و من الغريب ما فى حواشى المجلسى من أن قوله «للبذر ثلثا» إلى آخره يحتمل وجهين أحدهما: إن اللام للتمليك، فالنهي لكونهما غير قابلين للملك، و ثانيهما: أن يكون المعنى ثلث بإزاء البذر، و ثلث بإزاء البقر، فالنهي لشائبه الربا فى البذر.

إذ هو كما ترى و لا ريب فى أن الأولى حمل هذه النصوص على إرادته عدم جواز توزيع المزارعه، و إنما شرعيتها جعل الحصه على عمل الزرع، بل مقتضى ذلك عدم جواز بعض الصور التى قد سمعت أنها مجمع عليها، كتتحقق المزارعه بدفع بقره أو بعضها أو البذر أو بعضه، إلا أن الإجماع أخرجنا عن ذلك.

و أما ما فى أيدى الناس الآن من اشتراك المالك و الفلاح و صاحب البذر أثلاثا فقد يقال إنها بعقدين لا عقد واحد، بمعنى أن المزارعه تكون بين صاحب الأرض و البذر، ثم صاحب البذر الذى هو المزارع يزارع الفلاح على النصف من حصته مثلا أو تكون بين صاحب الأرض و الفلاح، ثم هو يزارع صاحب البذر بالنصف من حصته مثلا، لما ستعرف من أن للمزارع أن يزارع، و إلا كانت محل اشكال، اللهم إلا أن يجعل مثلا ذلك سيره كاشفه عن جواز مثل ذلك.

لكن لا- ريب فى أن الأحوط خلافه، بل لعل الأحوط عدم الاكتفاء فى تحقق المزارعه، بدفع بعض العوامل، كما يستعمله أهل القرى من إعطاء الدابه بالسدس

و كيف كان ف لو كان العقد على النحو المزبور بين الاثنيين بلفظ الإجاره لم يصح، لجهاله العوض الذى هو الثلث و الربع، و لا يجوز مثله فى الإجاره كما ستعرف بخلاف المزارعه.

أما لو آجره بمال معلوم مضمون فى الذمه أو معين موجود من غيرها أو منها جاز و لو كان المضمون من جنس ما يزرع فيها، كما عرفت الكلام فى ذلك مفصلاً، بل قد عرفت أن الأصح عندنا جواز ذلك مزارعه و إن كان بلفظ الإجاره بناء على جواز العقد بالمجاز الدال على المراد فى العقود اللازمه و الله العالم.

[المسأله الثانيه إذا تنازعا فى المده فالقول قول منكر الزياده مع يمينه]

المسأله الثانيه: إذا تنازعا أى المزارع و رب الأرض فى المده فالقول قول منكر الزياده مع يمينه سواء كان العامل أو المالك، لأصاله عدم استحقاقها لمدعيها و كذا لو اختلفا فى قدر الحصه فادعى المالك قلتها، و ادعى العامل زيادتها فالقول قول صاحب البذر و إن كان هو مدعى الزياده لأصاله تبعيه النماء بلا خلاف أجده فى شىء من الحكمين، لما عرفت، و لأن مدعى الزياده فيهما لو ترك المنازعه لترك، فيكون مدعيها بهذا المعنى أيضاً.

لكن فى جامع المقاصد «لولا- الإجماع لأمكن أن يقال: إن اتفاقهما على عقد تضمن تعيين مده و حصه نقل عن الأصل المذكور، و كل منهما مدع لشىء، و منكر لما يدعيه، و ليس إذا ترك دعوى الزياده مطلقاً يترك، فإنه إذا ترك العمل طالبه به، نعم يجىء هذا إذا وقع الاختلاف عند انتهاء الأمر، و يجب التحالف».

و أجاب عنه فى المسالك «بأن العقد المتضمن لهما إنما أخرج عن حكم الأصل فى أصل المده، و الحصه أما فى قدر معين منهما فلا، فيبقى إنكار الزياده فيهما بحاله لم يخرج عن حكم الأصل، و المراد «بمن يترك إذا ترك» فى نفس ذلك المدعى و هو هنا المده الزائده، و الحصه الزائده أما العمل، فهو أمر خارج عن الدعوى، فلا أثر للمطالبه به فى هذه المنازعه».

قلت: لا ريب في عدم التحالف في مسأله المده لو كانت الدعوى في نفس استحقاق الزائد منها، من دون تعرض في الدعوى، لسببه، ضروره كون إنكارها على مقتضى الأصل.

أما لو كانت الدعوى في سبب استحقاقها بعد اتفاقهما على كونه عقدا مشخضا و وقع النزاع في كيفية تشخيصه، فقال المالك مثلا: إنه بمداه قليله، و قال العامل:

أنه بمداه كثيره، فلا- ريب في ان المتجه التحالف، لكون كل منهما مدعيا و منكرا و دعوى كل منهما مخالفه للأصل، و القله و الكثره بالنسبه إلى تشخيصهما العقد، على حد سواء، في مخالفه الأصل، إلا ان ظاهر الأصحاب هنا تقديم قول مدعى القله حتى لو كانت الدعوى على الفرض المزبور.

و اما الحصه فالقول فيها قول صاحب البذر، و إن كانت الدعوى كذلك، لأصالة تبعيه النماء، اللهم إلا ان يقال: إن التملك هنا لعقد المزارعه المفيد تشريكا للعامل و المالك في نماء البذر و منفعة الأرض، و العمل و العوامل، سواء كان البذر من المالك أو العامل، فلا- أثر حينئذ لتبعيه النماء هنا، فإنه يفيد التملك لو لم يكن ثم عقد مزارعه، أما معه فالتملك مستند إليه لا إلى التبعيه المزبوره، حتى بالنسبه إلى صاحبه، و حينئذ يتجه التحالف لولا ظهور اتفاق الأصحاب، على ان القول قول صاحبه، نعم لو فرض خروجه عنهما اتجه التحالف حينئذ لكنه كما ترى، ضروره عدم تملك عقده المزارعه ما هو ملك للإنسان نفسه، إذ النماء جزء من الأصل.

نعم قد يقال: إذا فرض كون الدعوى في تشخيص العقد المتفق على وقوعه بينهما فلا ريب في اقتضاء الأصل، نفى كل منهما، و موافقه مدعى القله إذا كان البذر له لأصالة التبعيه لا تقتضى ترجيحه على وجه يكون به منكرا، خصوصا مع إمكان معارضته بأصالة عدم استحقاق منفعة الأرض مثلا، بما ادعاه من الحصه لو كان البذر للعامل الذي يفرض دعواه القله، بل لعل صاحب الأرض هو كصاحب اليد بالنسبه إلى ما يكون فيها.

و أما ما ذكره في المسالك في الرد على المحقق الثاني في توجيه كونه مدعيا بأنه «يترك إذا ترك» فهو في محله، ضروره أنه يترك مطالبته بالعمل بالنسبه إلى ما ادعاه من الزيادة، لا غيرها من المده التي اعترف بثبوتها عليه، و لو في ضمن الزيادة التي ادعاها كما هو واضح. هذا كله مع قطع النظر عن كلام الأصحاب، و إلا فلا محيص عن موافقتهم عليه بعد ثبوت إجماعهم عليه، بل قد يتكلف موافقته للقواعد أيضا بعد التأمل.

و على كل حال فإن أقام كل منهما بينه على ما ادعاه، بنى الحكم على تقديم بينه الداخلة و الخارج، و الأقوى الثاني و هو فيما نحن فيه مدعى الزيادة في المده و الحصة لو لم يكن له البذر و حينئذ متى قامت البيتان على مقدار الحصة قدمت بينه العامل مع فرض خروجه بكون صاحب البذر المالك.

و قيل: يرجعان إلى القرعة التي هي لكل أمر مشكل و لا ريب في أن الأول أشبه بأصول المذهب و قواعده التي منها (١)

«البينه على المدعى و اليمين على من أنكر»

و بها حينئذ يرتفع الإشكال الذي هو وصف موضوع حكم القرعة إنما الكلام في إطلاق المصنف تقديم قول العامل، و كذا ما في المختلف قال:

«لو اختلفا في الحصة فالقول قول صاحب البذر مع يمينه، فإن أقام كل بينه قدمت بينه العامل، لأنه الخارج، و لأن القول قول المالك، فالبينه بينه العامل، و قيل: يرجعان إلى القرعة و ليس بجيد» و يمكن تنزيله على ما إذا كان المالك صاحب البذر، أو يقال بتقديم بينه العامل هنا و إن كان صاحب البذر، لأنه و إن كان داخلا بالنسبه إلى قبول قوله عند عدم البينه، لأصالة التبعية، لكنه خارج عند قيام البينه، لكون صاحب الأرض هو ذو اليد على ما فيها، و الأصل عدم خروج منفعتها إلا بقوله، فيكون العامل حينئذ خارجا فتأمل جيدا.

[المسألة الثالثة لو اختلفا فقال الزارع أعرتنيها و أنكر المالك حلف على نفى العاربه]

المسألة الثالثة: لو اختلفا فقال الزارع: أعرتنيها، و أنكر المالك حلف على نفى العاربه و إن ادعى مع ذلك الحصة أو الأجره و لا بينه له

فإنه منكر بالنسبة إلى نفي العاربه على كل حال، وحينئذ فالقول قوله أى صاحب الأرض بالنسبة إلى ذلك و لكن تثبت له أجره المثل المساويه لما ادعاه أو الأقل منه لا الزائده على ما ادعاه من الحصة و الأجره المسماه إلا أنه مع يمين الزارع على نفيهما، حيث يحتاج إليه كما لو فرض زيادتهما عن أجره المثل أما مع فرض قلتها عن ذلك، فلا حاجه إليه، ضروره وجوب ذلك عليه يمين صاحب الأرض على نفي العاربه فإنه يثبت له الأقل من أجره المثل، و مما ادعاه، لأنه مع فرض زياده أجره المثل عنه قد اعترف المالك أنه لا يستحق أزيد مما ادعاه من الحصة و الأجره، و حينئذ يتجه يمين الزارع على نفيهما مع فرض زيادتهما على ذلك، أما مع المساواه أو القله فلا فائده فيه، لوجوب تأديته ذلك على كل حال.

نعم لو فرض تعلق غرض مخصوص بكون الأجره عيناً مشخصه مثلاً- أو لإيراده عدم الإعطاء من خصوص الزارع، اتجه حينئذ يمينه على نفي دعوى المالك، و الرجوع إلى أجره المثل.

و من الغريب ما فى الحدائق «من كون المتجه فى المسأله ثبوت أجره المثل و إن زادت على دعوى المسمى، محتجاً بأن التحالف يسقط الدعوى و يبطلها، و ينزلها منزله العدم، فلا يؤخذ المالك باعترافه بالإجاره بالأقل، إذ هو غلط فاحش، ضروره اقتضاء اليمين نفي ما يكون على الحالف، لا إسقاط مقتضى حكم الإقرار فى حق من له اليمين كما هو واضح، و أفحش منه ما عن الأردبيلى فى نظير المسأله من أن القول قول مدعى العاربه لأصله براءه الذمه، و لان اليمين على نفي الإجاره و المزارعه يوجب سقوط الأجره و الحصة، و عوضهما الذى هو أجره المثل لذهاب اليمين بما فيها».

و فيه أن أصل البراءه مقطوع بقاعده الضمان، المستفاده من قوله (١)«من

أُتلف»(١)

و «على اليد»

و نحوهما، و إلا للزم عدم ضمان كل متلف، لكل مال شخص بدعوى الهبه، بل لا يحتاج إلى الدعوى بأصالة البراءة و التزامه واضح الفساد و الفرق بين المنفعة و العين أوضح فسادا، و ذهاب اليمين بما فيها إنما هو بالنسبة إلى خصوص ما نفته من الحصة و الأجره المسماه، لا غيرها كما هو واضح.

و على كل حال فقد ظهر لك ضعف ما قيل: في أصل المسأله من أنه تستعمل القرعه لكل أمر مشكل و لا إشكال بعد ما عرفت فلا ريب في أن القول الأول أشبه بأصول المذهب و قواعده، بل لم نعرف القائل بالقرعه هنا بالخصوص.

و كيف كان ف للزارع تبقية الزرع إلى أوان أخذه بلا خلاف و لا إشكال معتد به لأنه مأذون

فيه باتفاق منهما، فيكون له حق البقاء، بناء على العمل بمفهوم

قوله (٢) «لا حق لعرق ظالم»

بل ليس للمالك المطالبه بالقلع، إلزاما له بدعواه الإجاره و المزارعه.

نعم ليس له منعه لو أراد الزارع أخذه قصيلا، لعدم ثبوت حق له فيه بعد فرض يمينه على نفى المزارعه، كما أنه ليس للعامل حق الإبقاء بناء على جواز الرجوع بالعاريه و إن كانت للزرع، أخذا له بإقراره بدعوى العاريه كما هو واضح، هذا كله مع كون الدعوى على الفرض المزبور.

أما لو قال: المالك في جوابه غصبتنيها حلف المالك على نفى العاريه و كان له إزالته و المطالبه بأجره المثل، و أرش الأرض إن عابت، و طم الحفر إن كان غرسا (١١) لكونه حينئذ بحكم الغاصب الذي يترتب عليه ذلك. و لم يكن ثم إقرار من المالك يلزم به، و ليس هو من التداعى الأول الذي يتوجه فيه يمين على مدعى العاريه، فما عن التذكرة- من أنه يحلف العامل على نفى الغصب- في غير محله خصوصا بعد اعترافه بترتب الأحكام المزبوره التي يكفى فيها عدم تحقق الاذن من

١-١ المستدرک ج ٢ ص ٥٠٤.

٢-٢ الوسائل الباب- ٣٣ من أبواب الإجاره الحديث- ٣ المستدرک ج ٣ ص ١٤٩.

المالك، الحاصل بيمينه على نفى العاريه التي يدعيها الزارع كما هو واضح.

[المسأله الرابعه للمزارع بالفتح أن يشارك غيره فى حصته]

المسأله الرابعه: للمزارع بالفتح أن يشارك غيره فى حصته و أن يزارع عليها غيره بحصته أو أقل منها و لا يتوقف ذلك على إذن المالك بلا خلاف أجده فى شىء من ذلك، بل عن ظاهر الغنيه الإجماع عليه، لانتقال المنفعه إليه بعقد المزارعه(١) و

«الناس مسلطون على أموالهم».

نعم ليس له تسليم الأرض إلا بإذن المالك على الوجه الذى تسمعه فى كتاب الإجاره، و

فى موثق سماعه(٢) دلالة على ذلك فى الجمله «قال سألته عن المزارعه قلت:

الرجل يبذر فى الأرض مأه جريب أو أقل أو أكثر طعاما أو غيره، فيأتيه رجل فيقول له: خذ منى نصف ثمن هذا البذر الذى زرعت فى الأرض و نصف نفقتك على، و أشركنى فيه قال: لا بأس، قلت: و إن كان الذى بذر فيه لم يشتره بثمان، و إنما هو شىء كان عنده، قال: فليقومه قيمه كما يباع يومئذ، ثم ليأخذ نصف الثمن، و نصف النفقه و يشاركه».

و لعله لذا اشترط بعضهم فيما حكى عنه فى جواز المزارعه و المشاركه كون البذر منه، ليكون تملك الحصه منوطا به، قال: و به يفرق بينه و بين عامل المساقاه، حيث لا يصح له أن يساقى غيره كما سيأتى، و لأن البذر إذا كان من صاحب الأرض، فالأصل أن لا يتسلط عليه إلا مالكة، أو من أذن له، و هو

المزارع، و استحسنة فى المسالك فى المزارعه، قال: «أما المشاركه فلا- لأن المراد بها أن يبيع بعض حصته فى الزرع مشاعا بعوض معلوم، و هذا لا مانع منه، لملكه لها فيتسلط على بيعها كيف يشاء، بخلاف ابتداء المزارعه، إذ لا حق له حينئذ إلا العمل، و به يستحق الحصه مع احتمال الجواز مطلقا، لأن لزوم عقدها اقتضى تسلطه على العمل بنفسه و غيره و تملكه للمنفعه و التصرف فى البذر بالزرع و إن لم يكن بنفسه، حيث لا يشترط عليه الاختصاص، فيجوز نقله إلى الغير كما يجوز الاستنابه، و يضعف بأن البذر

١- ١ البحار ج ٢ ص ٢٧٤- الطبعه الحديثه.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١٣- من أبواب أحكام المزارعه الحديث- ١.

حينئذ ليس ملكا له، وإنما هو مأذون في التصرف بالزرع فيه، و به يملك الحصة و قد يقال: إن هذا كاف في جواز مزارعه الغير، لأنها عبارته عن نقل حقه في ذلك إليه و تسليطه على العمل فيجوز له كما يجوز له التوكيل فيه و الاستتابة بغيرها من الوجوه- ثم قال: هذا كله إذا لم يشترط المالك عليه العمل بنفسه، و إلا لم يجز المشاركة و لا المزارعه بحيث يصير العمل كله أو بعضه متعلقا بغيره، و لا يرد أن ذلك يقتضى منع المالك من التصرف فيما له، فيكون منافيا للمشروع، لأن

«الناس مسلطون على أموالهم»

لأن ذلك حيث لا يعارضه حق غيره، و إلا لم تتم الكليه، ضروره تخلفها في كثير كالأهـن و المفلس».

قلت: قد تبع بذلك كله أو أكثره ما في جامع المقاصد، لكن لا يخفى عليك ما في تفسيرهما المشاركة المذكوره في المتن و غيره، خصوصا بعد قول المصنف و غيره لو شرط المالك الزرع بنفسه لزم، و لم تجز المشاركة إلا بإذنه ضروره أنه لا معنى لمنعها، بناء على أنها عبارته عن شراء بعض حصه العامل بعد ظهورها، و ملكه إياها، لعدم منافاه ذلك لاشتراط الزرع بنفسه، حتى لو احتاجت بعد إلى العمل الذى يمكن شراء الحصة منه، مع المحافظه على البقاء على العمل بنفسه الذى هو فى الحقيقه لحصته و حصه رب الأرض، فليس هو مستحقا له أجمع، و الفرض كون الشركه فى حصته.

و من هنا أنكر الأردبيلي فيما حكى عنه على التفسير المذكور، و قال: «إن ظاهر العبارات أعم من ذلك، بل غير ذلك و هو شركه غيره معه بالعمل المشروط له عليه ببعض الحصة المشروطه له، فكأنه يرجع إلى المزارعه فى البعض، و هو جيد و لا ينافيه حينئذ ذكر المزارعه بعدها المحمول على إرادته عدم شركته معه فى العمل، بل يكون المزارع الثانى هو المستقل، و يكون للاول من نفس منفعه الأرض مثلا.

أو يقال: إن المراد الشركه معه فى العمل ببعض الحصة بطريق الصلح.

و من التأمل فيما ذكرنا يظهر أنه لا- وجه للمنع من مزارعه الغير حتى مع اشتراط الاختصاص فى العمل، إذ لا- يعتبر فى تحقق المزارعه العمل من المزارع كما

عرفته سابقا، بل يكفي فيها دفع العوامل أو بعض البذر، بل يمكن مزارعه الغير على وجه يكون هو الأجير له في العمل.

و لعله لذا اقتصر المصنف على عدم جواز المشاركة مع اشتراط الزرع بنفسه بخلافه في القواعد حيث قال: «و للمزارع أن يشارك غيره، و أن يزارع عليها غيره و إن لم يأذن المالك».

نعم لو شرط الاختصاص لم تجز المشاركة و لا المزارعه، اللهم إلا أن يريد الاختصاص بالحصه أيضا، لكن في صحه هذا الشرط حينئذ بحث، لعموم تسلط الناس، و لما حكى من الإجماع في كتاب البيع على عدم صحه مثل هذا الشرط، و قياس ذلك على الراهن و المفلس في غير محله، و كان الذي أوقع ثانى المحققين، و الشهيدين في الترام ذلك تفسيرهم الشركه هنا بما سمعت، و فيه ما عرفت، كما أنه لا يخفى عليك ما في الوسوسه في عدم اعتبار كون البذر منه في جواز المزارعه أيضا، ضروره كون ذلك مقتضى العمومات، و المنع في المساقاه- إن كان الإجماع أو غيره- لا يقتضى المنع هنا، بل عن ظاهر الغنيه الإجماع عليه، بل لم نعرف القائل به بالخصوص، عدا ما في الحواشى المنسوبه إلى الشهيد من نسبه إلى عميد الدين، و لا ريب في ضعفه لما عرفته من كفايه عقد المزارعه في تملك الحصه من غير حاجه إلى ملك البذر، كالمزارع الأول و الخبر الأول لا دلالة فيه على ذلك بل لعله خارج عما نحن فيه، بكون المراد منه السؤال عن المزارعه بهذا الوجه، أى تملك الزرع بالطريق المذكور، لا أن المراد عقد المزارعه و لا أن العامل باعه ما ملكه بالمزارعه فتأمل جيدا.

[المسأله الخامسه خراج الأرض و مؤنتها على صاحبها]

المسأله الخامسه: خراج الأرض و مؤنتها كأجرتها و نحوها على صاحبها لأصله براءه ذمه العامل الذى لم يوجب عليه عقد المزارعه ذلك و نحوه بل

في خبر سعيد الكندى (١) «قلت لأبى عبد الله عليه السلام: إنى آجرت قوما أرضا فزاد السلطان عليهم، قال: أعطهم فضل ما بينهما، قلت: أنا لم أظلمهم و لم أزد عليهم قال: إنهم إنما زادوا على أرضك».

وإن قال في الرياض: «فيه قصور من حيث السند، ومخالفه في المتن لقاعده «لا- تَزْرُ وَاِزْرَهُ وَزُرَّ أُخْرَى» ولذا قال الراوى ما سمعت، ثم قال: ويستفاد من التعليل انسحاب الحكم في كل موضع يشابه مورده، كما يتفق كثيرا في بلادنا من الظلم على سكنه الدور بمال يكتب عليها، فمقتضى الأصل والقاعده براءه ذمه أربابها و صرف الغرامه إلى السكنه: فان المظلوم من ظلم، و لكن الحال في السند كما

ترى، و لا أجد له جابرا، فيشكل الحكم به هنا أيضا».

قلت: لعل ما فى الخبر المزبور من الخراج الذى هو على مالك الأرض، ضروره عدم تقديره بقدر فقد يزيد السلطان فيه، و قد ينقص، لاختلاف الأزمنه و الرجوع به على المالك إنما هو باعتبار أخذ السلطان العوض عنه، فكأنه قد اشترى من السلطان ذلك إلا ان يشترطه على الزارع فيلزم حينئذ.

لكن فى المسالك «لو شرط عليه الخراج فزاد السلطان فيه زياده، فهى على صاحب الأرض، لأن الشرط لم يتناولها، و لم تكن معلومه، فلا- يمكن اشتراطها و لو شرطا ذلك أو بعضه عليها، أو إخراجها من الأصل و الباقي بينهما فهو كما لو شرط المالك زياده على العامل، لأنه بمعناه».

و أشكله بعض الناس بأنه مناف لما يفيد ظاهر جملة من النصوص من اغتفار مثل هذه الجهاله، ف

فى صحيح داود بن سرحان (١) عن أبى عبد الله عليه السلام «فى الرجل تكون له الأرض يكون عليها خراج معلوم، و ربما زاد و ربما نقص فدفعها الى الرجل على أن يكفيه خراجها، و يعطيه مأتى درهم فى السنه، قال: لا بأس».

و فى صحيح يعقوب بن شعيب (٢) عنه أيضا «سألته عن الرجل تكون له الأرض من أرض الخراج فيدفعها إلى رجل على أن يعمرها و يصلحها و

يؤدى خراجها، و ما كان من فضل فهو بينهما. قال: لا بأس».

بل فى الحدائق أنه ورد فى النصوص ما هو أعظم من ذلك و هو إجارتها أو قبالتها

١- ١ الوسائل الباب- ١٧- من أبواب أحكام المزارعه الحديث- ١.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١٠- من أبواب أحكام المزارعه الحديث- ٢.

بما عليها من الخراج قل أو أكثر،

قال إبراهيم بن ميمون (١) «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قرية لأناس من أهل الذمه لا أدرى أصلها لهم أم لا، غير أنها في أيديهم و عليهم خراج، فاعتدى عليهم السلطان فطلبوا إلى فأعطوني أرضهم و قريتهم على أن أكفيهم السلطان بما قل أو أكثر ففضل لي بعد ذلك فضل بعد ما قبض السلطان ما قبض قال:

لا بأس بذلك، لك ما كان من فضل».

و فى صحيح أبى برده بن رجا (٢) قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن القوم يدفعون أرضهم إلى رجل فيقولون: كلها و أد خراجها قال: لا بأس إذا شأوا أن يأخذوها أخذوها».

و خبر أبى الربيع (٣) قال أبو عبد الله عليه السلام فى رجل يأتى على قرية و قد اعتدى عليهم السلطان فضعفوا عن القيام بخراجها و القرية فى أيديهم، و لا- يدرى هى لهم أم لغيرهم فيدفعونها إليه على أن يؤدى خراجها فأخذها منهم، و يؤدى خراجها و يفضل بعد

ذلك شىء كثير قال: لا بأس بذلك إذا كان الشرط عليهم بذلك».

لكن فى الرياض بعد أن ذكر صحيح ابن سرحان قال: «و نحوه غيره، و فى الدلالة ضعف، فان غايته نفى البأس الغير الملازم للزوم الذى هو المطلوب، لأعميته منه، فقد يجمع جواز الرجوع، و يكون المطلوب من نفى البأس حينئذ بيان الجواز مع حصول التراضى، ألا ترى إلى الصحيح، أى صحيح أبى برده (٤) قد حكم فيه بنفى البأس عن نحو ذلك، مع تصريحه بجواز الرجوع، فظهر أن المراد من نفى البأس حيث يطلق. إنما هو بيان الجواز المطلق لا- اللزوم، إلا- أن يقال: بأن المقصود من التمسك بنفى البأس إنما هو إثبات الجواز، دفعا لما يتوهم من النهى عنه الناشى من الجهالة، و حيث ثبت الجواز ثبت اللزوم، حيث يذكر فى العقد اللازم عملا بما دل على لزومه، و هذا هو السر فى تمسك الأصحاب فى القول بلزوم كثير من الشروط

١- ١ الوسائل الباب- ١٧- من أبواب أحكام المزارعه الحديث- ٢.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١٧- من أبواب أحكام المزارعه الحديث- ٣.

٣- ٣ الوسائل الباب- ١٧- من أبواب أحكام المزارعه الحديث- ٤.

٤- ٤ الوسائل الباب- ١٧- من أبواب أحكام المزارعه الحديث- ٣.

فى العقود اللآزمه بالنصوص التى غآيتها نفى البأس عنها، لا الحكم بلزومها، و لكن هذا يتم لو دلت النصوص على نفى البأس عنها و إن ذكرت فى العقد اللآزم، و إلا فآلتمسك بها لذلك محل إشكال، إذ المناط فى نفى البأس حىث يذكر فى غير العقود اللآزمه هو حصول المراضاه، و الغرر و الجهاله لعلهما معتفران معها فيما عداها، لجواز الرجوع بعد

ظهور الغرر دونها، لعدم جوازه فيها للزومها، و لعله لذا نهى عنها، و نصوص المسأله لعلها من هذا القبيل. إذ لم يذكر فيها وقوع اشتراط ذلك فى عقد لآزم، فكيف يستدل بها على الجواز و لو ذكر فيه، إلا أن يتمسك بإطلاق نفى البأس الشامل لصورتى وقوع الشرط فى ضمن العقد اللآزم و غيره، إلا أن فى الخروج بمثله عن عموم ما دل على النهى عن الغرر و الجهاله إشكالا.

قلت: لعل الوجه فى إطلاق النص و الفتوى صحه هذا الشرط أنه من اشتراط كون حق الخراج عليه، نحو اشتراط حق الزكاه على مشترى الثمره مع عدم العلم بمقدارها فلا يقدرها جهاله ما يؤديه عن ذلك، إذ ليس هو اشتراط قدر، بل هو اشتراط حق، و ربما لا يؤدى عنه شيئاً، و مرجعه إلى صيروره الزراع كالمالك فى تعلق هذا الحق به، الذى لا إشكال فى صحه اشتراطه عليه، و لو مؤكداً و مثل ذلك ليس من الجهاله فى شىء كما هو واضح.

و لعله لذا أطلق المصنف و غيره صحه الشرط المزبور مع معلوميه كون الخراج قد يزيد و ينقص، كما سمعت التصريح به فى النص، و اعتبار المعلوميه إنما وقع فى كلام بعض المتأخرين، و أنكروه عليه بعض من تأخر عنه، فمن الغريب ما سمعته من فاضل الرياض من التردد فى ذلك.

ثم إن المراد بالمؤنه على ما استظهره فى المسالك ما يتوقف عليه الزرع، و لا يتعلق بنفس عمله و تنميته كإصلاح النهر و الحائط و نصب الأبواب إن احتيج إليها، و إقامة الدولاب و ما لا يتكرر كل سنه، كما فصلوه فى المساقاه، و المراد بالعمل الذى على الزراع ما فيه صلاح الزرع و بقاءه مما يتكرر كل سنه كالحرث و السقى و آلاتهما و تنقيه النهر من الحمأه و حفظ الزرع و حصاده و نحو ذلك، ثم قال: «فكلامهم فى

هذا المحل قاصر جدا، هذا كله إذا لم يشترط ذلك على الزارع، فان شرط عليه لزم إذا كان القدر معلوما، وكذا لو شرط بعضه معينا أو مشاعا مع ضبطه».

قلت: لا إشكال في كون المرجع فيما ذكره مع الإطلاق تعارف ما هو على المالك أو العامل، وإلا أشكل الحال.

وقد يقال: إن المراد بمؤنه الأرض - بقريته ذكرهم لها مع الخراج - ما كان مثله من أجره الأرض عوض قبالتها، ونحو ذلك مما هو سبب في الاستيلاء على كون الأرض بيده، إجاره وزراعه وغيرهما، ولعل هذا أقرب عند التأمل والله العالم.

[المسألة السادسة كل موضع يحكم فيه ببطان المزارعه تجب لصاحب الأرض أجره المثل]

المسألة السادسة: كل موضع يحكم فيه ببطان المزارعه تجب لصاحب الأرض أجره المثل إن كان البذر من العامل الذي يكون منه الحاصل حينئذ، كما أنه لصاحبها إن كان البذر منه، ولكن عليه أجره مثل العامل والعوامل، ولو كان البذر منهما فالحاصل بينهما على النسبه، ولكل منهما على الآخر أجره مثل ما يخصه على نسبه ما للآخر فيه من الحصة، فإذا كان البذر بينهما مثلا، رجع المالك بنصف أجره أرضه، والعامل بنصف أجره عمله وعوامله وآلاته.

وعلى هذا قياس باقى الأقسام، ولو كان البذر من ثالث فالحاصل له، وعليه أجره مثل الزرع وباقى الأعمال وآلاتهما، بلا خلاف فى شىء من ذلك أجده، كما اعترف به فى الرياض، ووجهه ما تقدم غير مره، وخصوصا فى قاعده «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» بل فى الرياض هنا «إن إطلاق العبارة كغيرها يقتضى عدم الفرق فى ثبوت الأجره لمن ليس له البذر على الآخر فى مقابله أرضه أو عمله بين أن يكون هناك حاصل أم لا.» وهو كذلك مع فرض شغل الأرض بالبذر، والعمل من العامل، أما مع فرض عدم استعمال العامل الأرض، لاقدام منه على مخالفه عقد المزارعه الذى بان فساده، أو لعلمه بالبطلان أو غير ذلك فقد يشكل ضمانه الأجره حينئذ، بأصالة براءة الذمه مع فرض عدم منع المالك منها، خصوصا مع علمه بالبطلان، اللهم إلا أن يفرض كونها فى يده التى هى يد ضمان، ضروره عدم الاذن فى ذلك، لفرض انحصارها فى العقد

المفروض بطلانه، فتبقى الأرض حينئذ في يده بحكم الغصب.

لكن مع ذلك لا يخلو من نظر و تأمل، كما أنه لا يخلو إطلاقهم الأجره الشامل لصورتى علمهما و جهلهما، و علم أحدهما خاصه- من تأمل، خصوصا بعد ما تسمعه منهم فى المساقاه من التصريح بعدم الأجره للعامل مع العلم ببطلانها، لكونه حينئذ متبرعا، و المسأله من واد واحد، و لولا ذلك لأمكن توجه الإطلاق هنا بأنه لا ملازمه بين العلم بالبطلان و المجانيه، بعد فرض كون دفع الأرض و العمل بعنوان تلك المزارعه الباطله، فتبقى حينئذ على قاعده «احترام مال المسلم و عمله»، كما صرح به بعضهم فى غير المقام، كالبيع الفاسد و الإجاره الفاسده، و كذا لا يخلو الإطلاق المزبور من اشكال بعد تقييدهم له فى المساقاه بما إذا لم يكن البطلان من اشتراط عدم الحصه، و إلا كان متبرعا، فان نظيره هنا أيضا آت، و إن كان يمكن أن يقال:

إن رضاه بعدمها إنما كان بعنوان العقد الذى قد فرض فساد، فلا إذن حينئذ فيبقى تحت القاعده التى ذكرناها فلاحظ و تأمل.

[المسأله السابعه يجوز لصاحب الأرض أن يخرص على الزارع]

المسأله السابعه: يجوز لصاحب الأرض أن يخرص على الزارع، و الزارع بالخيار فى القبول و الرد، فان قبل كان استقرار ذلك مشروطا بالسلامه، فلو تلف الزرع بآفه سماويه أو أرضيه، لم يكن عليه شىء كما أوضحنا ذلك كله مع باقى فروع المسأله فى بيع الثمار، فلاحظ و تأمل هذا.

و لكن بقى هنا أمور لم يذكرها المصنف، منها: ان البذر مع إطلاق المزارعه من العامل أو الهالك، صرح الفاضل فى القواعد بالأول، و عن بعض العامه الثانى، و ظاهر موضع من التذكره وجوب التعيين.

قلت: لا كلام مع فرض انصراف للإطلاق، فإنه المتبع حينئذ من غير فرق بين البذر و غيره، و أما مع عدمه فيحتمل التعيين- و إلا بطل العقد للغرر- و أن يكون على العامل، ل

قوله عليه السلام (١) فى جواب السؤال عن المزارعه «النفقه منك، و الأرض لصاحبها»

فيكون حينئذ كالأصل الشرعى فى ذلك.

و منها أن الحب الثابت فى الأرض فى العام الأخر الذى هو غير عام المزارعه إن كان لأحدهما كان النماء له، و عليه أجره الأرض إن كان لغير مالكةا، و إن كان من مال المزارعه كان بينهما على حسب النسبه، و يخصه من الأجره مقدار نصيبه، لكن مع فرض كون الحب من الذى هو معرض عنه على وجه يجوز للملتقط التقاطه فهل هو كذلك لأنه لا- يزول عن الملك بالاعراض، بل به مع الاستيلاء، و الفرض عدمه إلى أن صار زرعاً، و الفرض عدم الاعراض عنه فى هذا الحال، أو أنه يكون لصاحب الأرض، لأنه من توابعها و نمائها، بل لعل كونه فيها نوع استيلاء من المالك عليه و جهان، إلا أنه جزم فى التذكرة بأنه بينهما على كل حال، خلافا لبعض العامه.

و منها: أن ما جاء فى النصوص هنا من قبالة الأرض بشىء معلوم، سنين معلومه، و عليه خراجها و عمارتها أو قبالتها بخراجها و

عمارتها، أو بغير ذلك مما تضمنته اخبار المقام هل هو عقد برأسه، و إن أفاد فائده المزارعه و الإجاره و الصلح فى بعض الموارد، أو أن المراد من لفظ التقبيل هنا ما ينطبق على ذلك المورد من العقود المعهوده و لو الصلح و جهان، أو قولان، أقواهما الثانى كما أوضحناه فى مسأله الخرص فى بيع الثمار، لعدم أفراد الأصحاب بابا للقباله على وجه يعرف به كونها من العقود المتعارفه فى ذلك الزمان، و لم يتعرضوا لألفاظ هذا العقد، و لا لشرائطه و لا لأحكامه و لا لموارده، و ذلك كله قرينه على أنهم فهموا من لفظ التقبيل ما ذكرناه، فالتعبير به حينئذ كالتعبير بالأخذ و التناول و نحوهما مما يعلم عدم إرادته كونه عقد برأسه، و دعوى عدم صلاحية جميع العقود لبعض مواردھا، فيدل على أنها عقد برأسه قد أوضحنا فسادھا فى مسأله الخرص من بيع الثمار، فلاحظ و تأمل.

و منها: أنه حيث يستحق المالك قلع الزرع فهل يضمن الزكاه لمستحقها لو فرض بلوغه حد تعلقها إذا قلعه؟ و جهان بل قولان، لأن ظاهر المحكى عن ابن الجنيد الأول، و ظاهر الفاضل فى المختلف الثانى، و الله العالم هذا كله فى المزارعه.

[أما المساقاه]

إشاره

و أما المساقاه

[تعريف المساقاه]

فهى جائزه بالإجماع من علمائنا و أكثر العامه، خلافا لأبى حنيفه و زفر، فأنكرها للجهاله و الغرر، و لا ريب فى ضعفه، للنصوص المرويه من الطرفين فى قصه خير(١) و غيرها، بل لعلها من طرقنا متواتره أو مقطوع بمضمونها.

نعم ليس فى شىء منها تصريح بلفظ المساقاه، إلا أنها داله صريحا أو ظاهرا على مشروعيه معامله على سقى أصول ثابتة بالثناء المثلثه أو بالنون كالنخل و الشجر بحصه من حاصلها و لا نعى بالمساقاه إلا ذلك.

بل أظن بعض الأفاضل فى أن تسميه هذه معامله بالمساقاه اصطلاح جديد حدث بعد زمان الشارع، بل قال: إنه بعد زمان الصحابه و التابعين، فإن المساقاه فى اللغه كما صرح به فى القواعد و غيره مفاعله من السقى، كما يقتضيه اشتقاق الصيغه و لم يذكر أحد من اللغويين ورود المساقاه فى اللغه بالمعنى الذى ذكره الفقهاء، و لا وجدنا ذلك فى استعمال العرب، و لو كان ثابتا لذكره أهل اللغه، كما ذكروا المزارعه و غيرها من ألفاظ المعاملات الثابته فى اللغه، و نقلها إلى هذا المعنى فى عرف الشارع أو الأئمه عليهم السلام غير ثابت، إذ لا ذكر للمساقاه فى الكتاب و السنه، و لا فى الأحاديث المرويه عن أهل البيت عليهم السلام، و لذا لم يعقد أحد من أصحاب الحديث كالكلينى و الصدوق بابا للمساقاه، و إنما أوردوا الأحاديث المتعلقة بها فى باب المزارعه، و النقل إلى المعنى فرع الاستعمال فيه، فما لم يثبت الاستعمال لم يثبت النقل، و ثبوته عند

الفقهاء إنما يقتضى الحقيقه الشرعيه على القول بثبوتها لو ثبت استعمال الشارع إياها فى المعنى المعروف، لا مطلقا، إذ لا ريب فى أن للفقهاء و المتكلمين و الأصوليين اصطلاحات كثيره، ليست بحقائق شرعيه فلا يلزم من كون المساقاه حقيقه فى هذا المعنى فى عرف

المتشرعه أن تكون حقيقه فيه عند الشارع، و ذلك ظاهر، و قولهم سميت بذلك لأن أكثر حاجه أهل الحجاز إلى السقى، لأنهم يسقون من الآبار لا إشعار فيه بتعيين زمان الوضع أصلا، لاحتمال تجدد الوضع بعد الشارع بهذه العله، و نسبه القول بها إلى الصحابه و التابعين، و دعوى الإجماع عليها من السلف لا يقتضى تسميتها بالمساقاه عندهم، لجواز أن يكون المراد أنهم قالوا بصحة المعامله المسماه عند الفقهاء بهذا الاسم، و أجمعوا عليها، و إن وقع التعبير عنها فى زمانهم بلفظ آخر، و ما ذكره الفقهاء- من أن الإيجاب لا بد أن يكون بلفظ المساقاه و ما يؤدى معناها و أن أظهر الصيغ فى هذا العقد ساقيتك، أو عقدت معك عقد المساقاه محمول على العقود الواقعه فى زمانهم، أعنى زمان النقل، و ليس المراد جواز العقد بلفظ المساقاه و لو فى عصر الشارع، حتى يجب القول بوضعه فيه، حذرا من لزوم استعمال الألفاظ الغير الصريحه فى العقود، (لا يقال) قول الأصحاب «المساقاه شرعا معامله» إلى آخره يقتضى كون هذا المعنى هو معنى اللفظ فى الشرع، و كفى بقولهم هذا دليلا على النقل (لأننا نقول):

قد ذكر الاشكال فيما ذكره الفقهاء من ألفاظ المعاملات من أنها لغه كذا، و شرعا كذا، و أن هذا القول بظاهره لا يستقيم فى الأكثر، و إن بعض المتأخرين حمل التحديدات الشرعيه فى المعاملات على تحديدها بحسب عرف المتشرعه دون الشارع، فان صح ذلك، و إلا أمكن الحمل على إرادته المعنى الثابت شرعا، و إن كان الواضع فيه غير الشارع.

و على كل حال فلا ريب فى إرادته أحد المعنيين هنا إن لم يتعين ذلك فى غيره، لما عرفت من عدم ورود المساقاه فى الكتاب و السنه و لا فى أحاديث الأئمه عليهم السلام و الحقيقه لا تثبت بدون الاستعمال قطعا، و احتمال ثبوت الاستعمال فى عصر الشارع أو الأئمه عليهم السلام مع عدم النقل إلينا خلاف الأصل و إن كان هذا كله منه قليل الجدوى بعد فرض عدم وجود لفظ المساقاه عنوانا لحكم فى شىء مما وصل إلينا من النصوص، مضافا

إلى ما فيه من إمكان المناقشه فى جملة مما ذكره، و إلى ما فى صحيح يعقوب بن شعيب (١) من تضمن الإيجاب بلفظ «اسق» لكن قال: إنه أمر من السقى، دون المساقاه، و المراد منه المعنى اللغوى دون العرفى، و فيه ما عرفت من أنه لا-وجه لإنشائه الإيجاب بلفظ الأمر مرادا منه المعنى اللغوى، بل لا بد من ملاحظه

المعنى الشرعى فيه، كما تقدم نظيره فى المضاربه، و إذا جاز العقد بلفظ الأمر فى ذلك الزمان، جاز بلفظ «ساقيتك» بطريق أولى، بل هو مقتضى لوضع مبدأ الاشتقاق بالمعنى المتشرعى، إذ لا وجه لإرادته معنى من المشتق دون المشتق منه.

و من ذلك و غيره يظهر عدم انحصار فائده البحث عن معنى المساقاه فى كلام الأصحاب و معاهد إجماعاتهم و نحو ذلك، دون استنباط أحكام المساقاه من الخطابات الشرعيه كما ذكره الفاضل المزبور، هذا.

و ربما ظهر من كلام بعض أن المزارعه تطلق فى الأخبار على ما يشمل المساقاه، فيمكن استفادته أحكام المساقاه منها، و فيه: منع كونه حقيقه، إذ غايته ثبوت الاستعمال الذى هو أعم، خصوصا بعد أن كان المفهوم عرفا من المزارعه المعامله على الأرض بحصه من حاصلها، و قد صرح أهل اللغه بأن ذلك هو معنى المزارعه، و إن أريد الإطلاق و لو على سبيل المجاز فهو مسلم، لكن يتبع وجود القرينه الصارفه عن إرادته الخصوصيه، و دعوى ثبوتها فى جميع موارد استعمال المزارعه فى الروايات غير مسلم، بل مقطوع بفساده.

نعم قد ذكر بعض الفقهاء أن المخابره المتكرره فى الأخبار- من المعامله مع أهل خير قال ابن الأعرابى أهل المخابره من خير، لأن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم كان أقرها فى أيدي أهلها على النصف فقيل خابره أى عاملهم فى خير، و هى بهذا المعنى- تعم المساقاه قطعا، لكن فيه إن تفسير المخابره بذلك ليس بثابت أيضا، فإن أبا عبيده نص على أن المخابره من الخير و هو الأكار، و فى الصحاح الخير

الأكار، و منه المخابره، و هى المزارعه. و عن المصباح المنير خبرت الأرض شقققتها للزراعه، فأنا خير، و منه المخابره، و هى المزارعه، و قيل، هى من الخبره و هى النصيب، و قيل: من الخيار، و هى الأرض اللينه، و قيل: المخابره المعامله على الأرض ببعض ما يخرج منها، و البذر من العامل، و المزارعه هى هذه و البذر من المالك، و المشهور أنهما بمعنى واحد، و حينئذ فلا يصح الاستدلال بالمخابره على المساقاه التى قد عرفت فساد دعوى دخولها فى مفهوم المزارعه.

و كيف كان فهى معامله كغيرها من عقود المعاوضات لكنها على أصول لا كالمزارعه التى هى معامله على زرع بل ينبغى أن تكون أصولاً ثابتة بالثاء المثلثه لا كالخضروات و لا كالودى غير المغروس، و نحو ذلك بل لا بد أن تكون أيضا بحصه مشاعه من ثمرها كالأجاره التى يعتبر فيها أن تكون بأجره معلومه معينه أو مضمونه.

نعم يراد من الثمره هنا مطلق نماء الشجر. فيدخل فيه ما يقصد ورده و ورقه، بناء على جواز المساقاه عليه، و إن كان ستمتع تردد المصنف فيه هذا.

و لكن ظاهر المصنف و غيره أن هذه المعامله بهذه القيود لا تكون إلا مساقاه، و قد يناقش بإمكان دعوى جريان الصلح فيها و قيامه مقامها، بناء على قبوله لمثل هذا العوض، إلا أنه يسهل الخطب أن المراد من أمثال هذه التعريفات التصوير فى الجمله كما ذكرناه غير مره.

ثم إنه قد يتوهم من قول المصنف و غيره هنا «معامله» عدم كونها بمعنى العقد المزبور، بل هى لما يشمله و المعاطاه كما عن التذكره التصريح به، و لكنه ليس كذلك، لذكره نحو ذلك فى المزارعه، و لقوله بعد ذلك متصلا به الأول فى العقد.

نعم الكلام فى صحه المعاطاه فيها على حسب ما سمعته فى البيع بناء على إلحاقها به ضروره عدم الفرق بينها و بينه و الإجاره و غيرهما، حتى بالنسبه إلى دعوى السيره القطعيه الداله على مشروعيه المعاطاه.

لكن فى المسالك تبعا لجامع المقاصد استبعاد جريان المعاطاه فى هذا العقد، لما فيه من الغرر و جهاله العوض، بخلاف البيع و الإجاره، فينبغى الاقتصار فيه على

موضع اليقين، إلا أنه كما ترى، إذ الاشتغال على الغرر ليس قادحاً في جواز المعاطاة بعد قيام الدليل، كما في المساقاة العقدية. نعم بناء على ما اخترناه من الإباحة في البيع ففي جريانها في المقام و نظائره نظر، و لعل الجواز لا يخلو من قوه مع فرض قيام السيره الصالحه لإثبات مثل ذلك.

و على كل حال فتمام النظر فيه أى في هذا الكتاب يستدعى فصولاً.

[الفصل الأول فى العقد]

الأول: فى العقد ولا ريب بل ولا خلاف فى صحه صيغه الإيجاب لهذا العقد ب أن يقول ساقيتك أو عاملتك أو سلمت إليك أو ما أشبهه فى الصراحة فى المعنى المزبور، و لو بضميمه القيود التى ليست قرائن مجاز، لعدم تعيين الشارع فى المساقاه لفظا بخصوصه.

نعم ناقش بعض الناس فى مساواه هذه الألفاظ للفظ المساقاه بأن المعامله و العمل و التسليم أعم منها، لا مساويه لها.

و دفعه: بأن المراد مساواتها لها بعد ذكر المتعلقات و القيود، و ليس هذا من المجاز فى شىء إذ المفروض أن الألفاظ مستعمله فى معانيها الحقيقيه، و أن الخصوصيه مراده من القيود لا منها.

و إن كان قد يناقش أولا: بأن إطلاقهم العقد بهذه الألفاظ شامل للعقد بها على الوجهين.

و ثانيا: بأنها حال العقد بها لا بد من استعمالها فى إنشاء معنى خصوص ذلك العقد منها، و القيود كلها قرينه على ذلك. و إلا لم يكن وجه لعقد ذلك العقد بها مع استعمالها فى المعنى الأعم منها المراد منه الخصوص، كما هو واضح بأدنى تأمل. و منه يظهر النظر فى دعوى الإجماع على عدم جواز استعمال المجاز، و إن كان صريحا فى عقد العقد اللازم.

و على كل حال فقد يظهر من قول المصنف و غيره أو ما أشبهه اعتبار الماضويه فى الصيغه هنا كما صرح به ثانى المحققين و الشهيدين، بل قال الأخير منهما لا وجه لإخراج هذا العقد اللازم من بين نظائره، و قد نوقش فى الاكتفاء فى المزارعه بلفظ الأمر مع الاستناد فيها إلى النص، و هو متنف هنا، و إن كان فيه ما لا يخفى، إذ قد عرفت فيما تقدم أن الموجود فى النص فى المزارعه لفظ المضارع، و أما لفظ الأمر فهو

فى المساقاه فى صحيح يعقوب بن شعيب (١) و حملة على المقاوله السابقه على المعامله تكلف من غير ضروره، و لعله لذا جزم فى التذكره بتحقيق عقد المساقاه بلفظ تعهد نخلى بكذا، أو أعمل فيه بكذا، دون المزارعه، لورود النص فيها دونها فإن الأخبار الوارده فى المزارعه كما عرفت إنما دلت على الوقوع بصيغه المضارع، و هو خلاف المقصود، إلا أنه لما كان قوله أزرع هذه الأرض بكذا صريحاً فيها أيضاً مع معلوميه اتحاد أحكام المزارعه و المساقاه أمكن القول به فيها أيضاً، إلا أنه قطع به فى المساقاه لما عرفت بل قواه الفاضل الطبائى فى مصابيح أيضاً، قال: «لأن قول القائل اسق هذا النخل و لك نصف

الحاصل مثلاً صريح فى إنشاء المساقاه، و القصد إلى إيقاع المعامله بنفس هذا اللفظ كقوله ساقيتك و عاملتك، بخلاف مثل قوله: بعنى مثل هذا و صالحنى أو آجرنى، فإن المفهوم من ذلك طلب البيع و الصلح و الإجاره مثلاً، دون إنشاء وقوعها، و مثل ذلك ما لو قال ساقنى أو عاملنى على هذا النخل، فإنه لا يقع العقد به، لأن مقتضاه طلب المساقاه دون وقوعها، و لا يلزم من وقوع العقد بصيغه الأمر فى الجملة وقوعه بكل أمر، و لا من الجواز فى المساقاه الجواز فى كل عقد، إذ المدار على صراحه الصيغه فى إنشاء المعامله المقصوده، لا على خصوص صيغه معينه، لعدم الوضع الشرعى، و انتفاء ما يقتضى التعيين، فمتى تحققت الصراحه المطلوبه صح العقد و إن كان بغير الماضى، و إن انتفت كان العقد فاسداً و إن كان بصيغه الماضى، ألا ترى أن الفقهاء صرحوا فى الرهن بجواز مثل «هذا وثيقه» أو رهن مع اشتراطهم الماضويه فى العقود، و ليس إلا لصراحه الصيغه فى عقد الرهن، و إن المطلوب فى العقود صراحه الألفاظ، و إنما اعتبرت الماضويه فيها لقرب الماضى من الإنشاء، و بعده عن احتمال الوعد و الطلب، كما فى المستقبل و الأمر على ما صرح به غير واحد منهم، فإذا فرض مساواتها للماضى فى الصراحه صح فيها كما صح هو أيضاً» و إن كان لا يخفى عليك ما فى هذا الكلام إذا أحطت خبراً بما ذكرناه فى غير موضع من هذا الكتاب من أنه إن لم يكن إجماع جاز عقد جميع العقود لازماً و غيره بجميع ما يدل على ذلك من حقيقه أو مجاز بصيغه الماضى

و غيرها، و تكفى الصراحه الحاصله من قرائن المجاز، كالقرائن المشخصه للمشترك المعنوى، و الصراحه فى الماضى الحاصله بالقرينه المخرجه له عن احتمال الخبر، كالقرائن المخرجه لاحتمال الطلب، و الوعد فى الأمر و المضارع، فان جميعها عند إرادته العقد بها تخرج عن إرادته الفعلية و الزمانيه منها.

و بذلك يظهر لك ما فى دعوى الصراحه فى اسق و ازرع، فان غايتها الصراحه فى المعنى اللغوى، و هو غير معنى العقديه المساوى لحال ساقيت عند إرادته، كما هو واضح بأدنى تأمل، و من الغريب غفلته رحمه الله عن ذلك.

و أغرب منه ما وقع للمحقق الثانى هنا- من أن صيغ العقود اللازمه حيث كانت محتاجه إلى التوقيف من الشارع، و قد وضع لها الشارع صيغه الماضى لكونها أصرح صيغ الإنشاء، و جب الاقتصار عليها فى هذه المعامله المشتمله على الغرر و الجهاله، عملا باليقين، إذ هو كما ترى مجرد دعوى، خاليه عن الدليل، فإنه ليس فى الأدله الشرعيه ما يقتضى الوضع، بل فيها ما يقضى بخلافه فى كثير من المواضع التى منها ما سمعته فى المزارعه و الرهن و غير ذلك، و كذا دعوى ثانى الشهيدين من عدم صراحه الأمر فى الإنشاء. و عدم النص.

و بالجملة كلام الجميع فى المقام غير تام، كما لا يخفى على من تفضل الله عليه فى أحكامه بنوع من الإلهام، بل مما ذكرنا يظهر لك النظر فى مواضع آخر لم يذكرها فى مصابيح العلامه الطباطبائى و غيرها هذا.

و فى القواعد «لو قال: استأجرتك لتعمل لى فى هذا الحائط مده كذا بنصف حاصله لم يصح، على إشكال ينشأ من اشتراط العلم بالأجره إذا قصدت، أما إذا تجوز بلفظها عن غيرها فلا» و الظاهر أن مراده الإشكال فى عدم صحه هذا القول حال عدم العلم بحال قائله، من جهه احتمال إرادته المساقاه بلفظ آجرتك، و حينئذ يكون صحيحا لعدم اعتبار العلم بالعوض فيها، و ظاهره حينئذ جواز عقد المساقاه بالمجاز مع قرينه، و هو مؤيد لما ذكرناه سابقا.

نعم الأقوى فيه الفساد حملا للفظ على حقيقته، و الصحه لا تكون قرينه على إرادته

غيره، وحيثذ يكون إجاره فاسده لا مساقاه صحيحه، و بذلك يظهر ما فى كلام الكركى حيث قال: «إنه لا دلالة لعدم اشتراط العلم مع التجوز بلفظ الإجاره فى المساقاه على صحه المساقاه بلفظ الإجاره» ثم احتمل فى العبارة معنى آخر، و هو أن يكون قوله، و لو قال: استأجرتك مرادا به الإجاره، و قوله أما إذا قصدت شرطا للحكم فى ذلك بعدم الصحه على إشكال، و قوله ينشأ من اشتراط العلم بالأجره، بيانا لأحد وجهى الإشكال مع ترك الأخر لظهوره، و معنى قوله إذا تجوز بلفظها عن غيرها فلا أن الاشكال فى عدم الصحه إذا قصد بالإجاره معناها، فإذا قصد بها التجوز فى غيرها و هو المساقاه فلا إشكال فى عدم الصحه، لامتناع المجازات فى العقود اللازمه، فإنه كما ترى.

و على كل حال ف هى لازمه كالإجاره بلا خلاف أجده فيه عندنا، بل إجماع علمائنا، و أكثر العامه على ذلك، للأصل و عموم قوله تعالى (١) «أَوْفُوا» خلافا للمحكى عن أحمد فى إحدى الروايتين من القول بالجواز، قياسا على المضاربه، و لما

روى (٢) «أن اليهود لما سألوا رسول الله صلى الله عليه و آله أن يقرهم بخبير على أن يعمروها و يكون لرسول الله، صلى الله عليه و آله و سلم شرط ما يخرج منها، قال لهم: «نقركم على ذلك ما شئنا»،

و لو كان لازما لوجوب تحديد المده، و لم يجز التقدير بالمشيئه و القياس باطل عندنا، مع أنه ليس بأولى من قياسها على الإجاره كما أومى إليه المصنف، و الروايه غير ثابتة، و لو صححت فليس فيها ما يدل على التقدير فى المشيئه فى متن العقد، فيحمل على المرضاه قبله كما عن التذكرة التصريح به، أو على اشتراط الخيار فى مدتها متى شاء، و الله العالم.

و كيف كان فلا إشكال كما لا خلاف نصا و فتوى فى أن المساقاه تصح قبل ظهور الثمره بل

الإجماع بقسميه عليه، كما أنها لا تصح كذلك بعد ظهورها

١-١ سورة المائدة الآية ١.

٢-٢ سنن البيهقى ج ٤ ص ١١٤.

و كمالها بحيث لم تحتج بعد إلى عمل تزيد به كما أو كيفاً و إن احتاجت إلى عمل كالجداذ و النقل و الحفظ من السارق و نحو ذلك، لعدم موضوع شرع المساقاه حينئذ و هل تصح بعد ظهورها مع بقاء عمل كسقى أو حرث و غيرهما مما تزيد به الثمره كما أو كيفاً فيه تردد من أصاله الفساد. بعد الشك في تحقق موضوع شرع المساقاه، لعدم إطلاق أو عموم بالخصوص فيها يتمسك به في تنقيح موردها، بل قد يشك في تناول (١) «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (٢) «وإِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» لذلك، على وجه يقضى بشرعيه الفرد المشكوك فيه من العقد المخصوص الذي قد فرض عدم ما يصلح شارعا فيه بالخصوص لجميع أفراده من عموم أو إطلاق، ضروره احتمال إرادته بيان اللزوم خاصه من الآيه الأولى في العقود المتعارفه، كاحتمال إرادته بيان شرعيه التجاره المعروفه في الخروج عن أكل المال بالباطل، لا أن المراد بيان شرعيه كل عقد و كل تجاره على وجه يشمل المقام، و الإجماع إنما هو على شرعيه المساقاه في الجملة، لا كل ما يصدق عليه ذلك، و صحيح ابن شعيب (٣) و قصه خبير (٤) ظاهران فيما قبل

الخروج و من أن المفروض أولى بالمشروعيه من غير الخارج، لكونه أبعد عن الغرر بالوثوق بالثمره، و لحصول حكمه مشروعيه المساقاه و فائدتها في المفروض.

و لعله لذا و نحوه كان الأظهر عند المصنف و غيره الجواز بشرط أن يبقى للعامل عمل و إن قل مما تستزاد به الثمره و إن كان لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطه بما ذكرناه، فالأولى و الأحوط مع إرادته ذلك الرجوع إلى الصلح أو الإجاره خصوصا فيما لو كان العمل بحيث لولاه لاختل حال الثمره إلا أنه لا تحصل به زياده.

١-١ سورة المائدة الآيه- ١.

٢-٢ سورة النساء الآيه- ٢٩.

٣-٣ الوسائل الباب- ١٠- من أبواب أحكام المزارعه الحديث- ٢.

٤-٤ الوسائل الباب- ٨- ٩- ١٠- من أبواب أحكام المزارعه.

و إن قال فى جامع المقاصد: «إن أمكن تحقق هذا الفرض ينبغى القول بالصحة لأنه لم يتحقق تناهى بلوغ الثمره، فتحققت الزيادة، لأن كمال البلوغ و نهايه الإدراك زياده فيها.

لكن فى المسالك بعد أن فرضه فى مثل حفظها من فساد الوحش و نحوه قال:

«مقتضى القاعده عدم الجواز» و هو كذلك بعد الإحاطه بما عرفت مما يشكل معه تحقق المساقاه بعد ظهور الثمره، و إن حصل بعمله نفسه نمو لها فى الكم أو الكيف، فضلا عن مثل هذا الفرض و الله العالم.

و على كل حال ف لا- تبطل المساقاه بموت المساقى و لا- بموت العامل على الأشبه بأصول المذهب و قواعده التى منها استصحاب صحه العقد و لزومه كغيره من العقود اللازمه التى قد عرفت ذلك فى المزارعه منها، كما أنك قد عرفت الحكم هناك فيما لو كان اشترط عليه العمل بنفسه مع ظهور الثمره و بعده، فلاحظ، فان المسألتين من واد واحد، مع أنه سيأتى بعض ذلك أيضا فى مسأله ما لو هرب العامل، خلافا للمحكى عن الشيخ من البطلان بالموت كالإجاره، و فيه بعد تسليم ذلك فى المقيس عليه أنه غير جائز عندنا.

[الفصل الثانى فى ما يساقى عليه]

الفصل الثانى: فى ما يساقى عليه و هو كل أصل ثابت له ثمره ينتفع بها مع بقاءه لا نحو البطيخ و الباذنجان و قصب السكر و القطن و نحوهما مما هو ملحق بالزرع، فان هذه و ما شابهها ليست كذلك و إن تعددت اللقطات، بل و إن بقى القطن أزيد من سنه، لكن أصول هذه لا بقاء لها غالبا، و اضمحلها معلوم عاده، و لا دليل على جواز عقد المساقاه عليها، إذ ليس هو إلا ما وقع من النبى صلى الله عليه و آله و سلم فى خيبر (١) و صحيح يعقوب بن شبيب (٢) و لا عموم

١- ١ الوسائل الباب- ٩- و ١٠- من أبواب أحكام المزارعه.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٩- و ١٠- من أبواب أحكام المزارعه.

فيها، سيما بالنسبة إلى ذلك و(١) «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (٢) و«إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» لا يثبت بهما شرعيه الأفراد المشكوكه من المعامله المعهوده التي لها أفراد متعارفه، وإنما المراد من الأول بيان اللزوم، و من

الثاني عدم أكل المال بالباطل إذا كان بالتجاره المتعارفه، لا أن المراد شرعيه كل عقد و كل تجاره يقع الاتفاق عليها من المتعاقدين، كما هو واضح بأدنى تأمل، فما عن الشيخ من جواز المساقاه على ما يجر مره بعد أخرى واضح الضعف.

و على كل حال ف قد بان لك أنه تصح المساقاه على النخل و الكرم و باقى شجر الفواكه بل ذلك هو الثابت مما وصل إلينا من نصوص مشروعيته التي ليست فى شىء منها إطلاق يقتضى شرعيه كل فرد منها، و قياسها على المزارعه أ و استنباط حكمها منه لا يخفى عليك ما فيه خصوصاً بعد الإحاطه بما ذكرنا.

نعم فيما لا ثمره له من الأشجار إذا كان له ورق ينتفع به كالتوت بالتاء المثناه و الحناء على تردد من كونها من الأشجار، و غلبه الظن بوجوده فى خيبر، بل فى جامع المقاصد كاد يكون معلوماً، و مساواه الورق لغيره فى كونه ثمره، و

فى بعض الاخبار (٣) «أن النبي صلى الله عليه و آله و سلم عامل أهل خيبر بشرط ما يخرج من النخل و الشجر»

و ما من أدوات العموم- و مما عرفت من أن هذه المعامله على خلاف الأصل، و فيها من الغرر ما ليس فى غيرها، فالمتجه الاقتصار فيها على المتيقن، خصوصاً بعد ما عرفت من عدم الإطلاق.

و لو قيل بالتفصيل بين المساقاه على هذه تبعاً لغيرها من أشجار الفواكه فيجوز و مستقلة فلا يجوز، لكان وجهها، كالتفصيل فى التوت بين كونه فى بلاد يكون ورقه ثمره، و غيرها، فيجوز فى الأول دون الثانى كما فى بلادنا الان، و المراد منه الذكر لا

١-١ سورة المائدة الآية- ١.

٢-٢ سورة النساء الآية- ٢٩.

٣-٣ المستدرک ج ٢ ص ٥٠٢.

الأثنى الذى له ثمر معلوم و الله العالم.

و كيف كان فقد ظهر لك مما ذكرناه أنه لو ساقى على ودى أى غير المغروس من فسيل النخل أو الصغار أو على شجر غير ثابت لم يصح بلا- خلاف أجده فيه بيننا اقتصارا فى المعامله المخالفه للأصول على موضع الوفاق و على الثابت من النصوص التى قد عرفت أما لو ساقاه على ودى مغروس إلى مده يحمل مثله فيها غالبا صح و إن لم يحمل فيها قيل: لأن مبنى المساقاه على تجويز ظهور الثمره، و ظنه بحسب العاده، فإذا حصل المقتضى صح، و إن تخلف كما لو ساقاه على الشجر الكثير و اتفق عدم ثمره، بل لا- أجره له على عمله، لأنه أقدم على ذلك، بل فى المسالك «انه يجب عليه إتمام العمل فى باقى المده، و إن علم بالانقطاع قبلها، و مثله ما لو تلفت الثمار كلها أو أكلها الجراد أو غصبها غاصب، فإنه فى جميع ذلك يجب على العامل إكمال العمل، و لا أجره له و إن تضرر، كما يجب على عامل القراض إنضاض المال و إن ظهر الخسران، بل هنا أقوى، للزوم العقد و وجوب العمل، و احتمال فى التذكرة انفساخ العقد لو تلف الثمار بأسرها، و استشكل الحكم فى القراض، فارقا بينهما بأن المباشر للبيع و الشراء فى القراض العامل، فكان عليه إنضاض المال، بخلاف عامل المساقاه، و يندفع بأن المساقاه عقد لازم فلا يؤثر فيه تلف العوض، بخلاف القراض فإذا وجب على عامل القراض مع جوازه، و كون تغييره للمال باذن المالك، فهنا أولى.

و يمكن أن يقال: إن تلف الثمره هنا يكون كتلف العوض المعين قبل القبض المقتضى للبطلان فى البيع و نحوه و فيه نظر.

قلت: لا- ريب فى أن الموافق للضوابط الشرعيه الانفساخ بعدم خروج الثمره، لاعتبار العوض فى هذه المعامله، و قد انكشف عدمه، و جواز الاقدام ظاهرا اعتمادا على المعتاد لا يقتضى الصحه، فضلا عن اللزوم بعد الانكشاف، و ليس العوض فيها الثمره من حيث كونها مظنونه، بل العوض فيها الحصره من الثمره واقعا، و عدم بطلان البيع فى بعض الصور الخاصه بعدم خروج الثمره مع القول به بدليل خاص، كالتعليل فى بعض

النصوص (١) بأنه إن لم يخرج في هذه السنه يخرج في السنه الأخرى و غيره، بل قد يقال:

البطلان بالتلف السماوى لها بعد الظهور قبل الإدراك، بناء على أن العوض الثمره مدركه، و بالجمله لا ينكر أصاله ذلك فى عقود المعاوضه التى من المعلوم عدم كون القراض منها، و إن كان هو شبهه المعاوضه فى المعنى مع حصول الربح، لا أنه عقد معاوضه قد لوحظ فيه معنى

التعويض و المقابله، و لعله لذا احتمل فى التذكرة ما سمعت، بل فى جامع المقاصد- فى فرع ذكره فى أثناء مسأله ما لو ظهر استحقاق الأصول- «الجزم بعدم وجوب إكمال تمام العمل عليه تمام المده مع عدم خروج الثمره» إنما الكلام فى أنه انفساخ من حينه أو انكشاف وجهان: و لعل أولهما هو الظاهر من الحكم بالصحة فى المتن و غيره من كتب الأصحاب، مع احتمال اراده الحكم بها ظاهرا.

و على كل حال فالظاهر عدم استحقاقه الأجره، لا قدامه على نحو ذلك اقدم عامل القراض، مع احتمال الأجره على الثانى هذا كله فيما يحمل مثله عادة.

و أما إن قصرت المده المشترطه عن ذلك غالبا عادة أو كان الاحتمال على السواء لم يصح لأصاله الفساد، بعد ما عرفت من عدم إطلاق أو عموم يقتضى الصحة فى نحو الفرض، حتى لو اتفق حصول الثمره فيها فى تلك المده على خلاف العاده مع فقد الوثوق بالحصول.

نعم لا إشكال فى الصحة فيما لو ساقاه مثلا عشر سنين، و كانت الثمره لا تتوقع فى العاده إلا فى العاشره، لصيروره الثمره حينئذ فيها مقابله للعمل فى جميع المده، و لا يقدر خلو غيرها من السنين، فان المعبر حصول الثمره فى مجموع المده، لا فى جميعها كما هو مقتضى السيره و غيرها و الله العالم.

[الفصل الثالث فى المده]

الفصل الثالث فى المده و لا خلاف معتد به أجده باعتبارها فيها و يعتبر فيها أى المده

شرطان أحدهما أن تكون مقدره بزمان لا يحتمل الزيادة و النقصان كقدوم الحاج و إدراك الغله و إن كانت هي الغله المعامل عليها على المشهور، كما في المسالك، وقوفا- فيما خالف الأصل، و احتمال الغرر و الجهالة- على موضع اليقين، و اكتفى ابن الجنيد بتقديرها بالثمره المساقى عليها، نظرا إلى أنه بالنسبه إلى ثبوته عاده كالمعلوم، و لأن المقصود منها هو العمل إلى إكمالها، و لأن العقد مبنى على الغرر و الجهالة، فلا يقدرحان فيه، و الأجود الأول، و إن كان كلامه لا يخلو من وجه، و اعلم أن الاتفاق على تقديرها في الجملة كما قررناه، و أما تركها رأسا فيبطل العقد قولاً واحداً، و لأن عقد المساقاه لازم كما تقدم، و لا معنى لوجوب الوفاء به (١) [دائما و لا] إلى مده غير معلومه، و لا إلى سنه واحده، لاستحاله الترجيح بلا مرجح.

نعم من قال من العامه بأنها عقد جائز لا يعتبر عنده تعيين المده، لانتفاء المحذور الذى ذكرنا.

قلت: مضافا إلى ما فى قصه خبير من ظهور ذكر المده باعتبار كون المحكى منها أن الواقع قد كان مزارعه و مساقاه بعقد واحد، و على كيفية واحده، و قد عرفت هناك النصوص الداله على اعتبار المده فى المزارعه، فيكون الواقع منه عليه السلام مذكورا فيه المده، و

الأصل عدم مشروعيه غيره، مع ما فيه و فى غيره من إيماء كونهما على كيفية واحده بالنسبه إلى ذلك و غيره، إلا أن تلك بحصه من الزرع، و هذه من الشجر و النخل، بل و ظهور كونهما بمعنى الإجاره المعلوم فيها اعتبار ذلك.

و الانصاف أن العمده الإجماع الذى سمعته، و إلا فلزومها لا ينافى عدم اعتبار ذكر المده فيها، فيكون المساقى له استحقاق فى الثمره أبداً، و يستحق عليه الأعمال المشروطه أو المتعارفه خصوصا و

صحيح يعقوب بن شعيب (٢) الذى هو دليل مشروعيه المساقاه مع قصه خبير خال عن ذكر المده قال فيه: «سألته- أى الصادق عليه السلام- عن الرجل يعطى الرجل أرضه فيها الرمان و النخل و الفاكهه فيقول: اسق هذا من الماء

١- ١ هكذا فى النسخ و الظاهر زياده «دائما و لا».

٢- ٢ الوسائل الباب- ٩- من أبواب أحكام المزارعه الحديث- ٢.

و اعمره و لك نصف ما خرج، قال: لا بأس»

بل لعل ذلك هو الظاهر من الإسكافي لا ما حكاه هو و غيره عنه، فإن الذى عثرنا عليه من كلامه فى المختلف أنه قال: «و لا بأس بمساقاه النخل و ما شاكلة سنه و أكثر من ذلك إذا حصرت المده أو لم تحصر»، فان مراده نفي البأس فى المساقاه عن السنه و الأكثر مع ذكر المده، و عنها مع عدم ذكر مده أصلا، و لا تعرض فيه لبلوغ ثمره و غيرها، فيمكن قوله بلزومها و الاستحقاق دائما و أبدا مع عدم حصر المده، إلا أن يكون هناك تعارف ينزله على سنه العقد خاصه.

نعم لا اشكال بل و لا خلاف معتد به باعتبار تقديرها مع التعرض لها بما لا يحتمل الزيادة و النقصان، كما فى كل عقد جى ء بها فيه، من غير فرق بين ما كانت معتبره فى صحته كالإجاره، و بين غيره كمهر النكاح و ثمن البيع و نحوهما فتأمل جيدا.

و على كل حال فالشرط الثانى أن تكون المده المذكوره فى المساقاه مما تحصل فيه الثمره غالبا و إن قلت كما إذا ساقاه فى آخر العمل بحيث يبقى منه يسير مما فيه مستزاد للثمره يكفى فيه الشهر مثلا، و على هذا المدار فى جانب القله، و قد تقدم فى المزارعه البحث فيما دون ذلك، مع إمكان دعوى الفرق بين المقام و بينها و بين الإجاره للزرع، بالقول أن الثابت من شرعيتها ذلك دون غيره، مع عدم إطلاق أو عموم يقتضيه بخلافه فيهما، أما الكثره فلاحد لها عندنا، خلافا للشافعى حيث شرط أن لا تزيد على ثلاثين سنه، و هو تحكم.

و قد تقدم الكلام أيضا فى المزارعه فيما لو فرض اتفاق قصور المده عن الإدراك على غير الأسباب العاديه فلاحظ و تأمل، بل منه يعلم الحال أيضا فيما لو اتفق عدم خروج الثمره أصلا فى المده الذى قد صرح بعضهم فيه هنا بأنه لا شى ء له، لا أجره مثل و لا غيرها، حتى لو خرجت الثمره بعد المده على غير المتعارف و الله العالم.

[الفصل الرابع العمل]

الفصل الرابع العمل الذى لا يعتبر فيه أن يكون سقيا وإن كان قد يتوهم من لفظ المساقاه المراد منها الأعم من ذلك و من غيره، فيجوز عقدها حينئذ على ما لا حاجة إلى السقى كما قد صرح به غير واحد نعم قد ذكر غير واحد من العامه و الخاصه أن إطلاق المساقاه يقتضى قيام العامل بكل ما يتكرر كل سنه بما فيه زياده النماء فى الكم أو الكيف من الرفق بحرث الأرض و حفرها المحتاج إليه، و ما يتوقف عليه من الآلات و العوامل من البقره و خشبه الحرث و السكه و المساحى و نحو ذلك، بل فى جامع المقاصد: لا- نعلم فى وجوب ذلك خلافا هنا و فى المزارعه، و إصلاح الأجاجين أى الحفر التى يقف الماء فيها فى أصول الشجر و إزاله الحشيش المضر بالأصول و تهذيب الجرائد بقطع ما يحتاج إلى القطع منها، و كذا زياد الكرم و تهذيب الشجر من غير فرق فى ذلك بين الجزء اليابس و غيره و السقى و مقدماته المتكرره فى سنه كالدلو و الرش و إصلاح طريق الماء و تنقيتها من الحمأه و نحوها، و استقاء الماء و فتح رأس الساقيه و سدها عند الفراغ على ما تقتضيه الحاجه و التلقيح و العمل بالناضح و تعديل الثمره بإزاله ما يضر بها من الأغصان و الورق ليصل إليها الهواء و ما تحتاج إليه من الشمس، و ليتيسر قطعها عند الإدراك، و وضع الحشيش و نحوه فوق العناقيد صونا لها عن الشمس المضره بها و رفعها عن الأرض كذلك، و اللقاط للثمره بحسب نوعها و وقتها مما يؤخذ للزبيب، يقطعه عند حلاوته فى الوقت الصالح له، و ما يعمل دبسا فكذلك، و ما يؤخذ يابسا فعند يبسه و إصلاح موضع التشميس (١١) المحتاج اليه و نقل الثمره اليه (١٢) و تقليبها فيه و حفظها (١٣) على أصولها و (١٤) فى بيدرها، و طريق إيصالها إلى المالك إن لم يكن هو المتولى إلى غير ذلك مما ذكره بالنسبه إلى العامل، كما أنهم قد ذكروا أيضا أن إطلاقها أيضا يقتضى قيام صاحب الأصل

بناء الجدار و عمل ما يستقى به من دولا ب أو داليه و إنشاء النهر و البئر و نحو ذلك مما لا يتكرر فى كل سنه فإنه الضابط فيه أيضا و إن عرض له التكرار فى بعض الأحوال.

نعم فى القواعد «فى البقر التى تدير الدولا ب تردد» و لعله من أنها مال لا عمل، و لا يتكرر كل سنه، و من أنها تراد للعمل، فأشبهه بقر الحرث، و لأن الإيداره واجبه على العامل، فتجب مقدمته، و عن الشيخ و الفاضل فى المختلف الأول، و عن ابن إدريس الثانى، و توقف فيه فى جامع المقاصد.

و كذا الكلام فى الكش للتلييح و نحوه فإنه قيل كما عن ابن إدريس : يلزم ذلك العامل و هو حسن عند المصنف لأن به يتم التلييح و قيل: على المالك كما عن الأكثر لأنه ليس من العمل، و إنما هو من الأعيان التى تصرف إلى مصلحه الثمره، و كذا ترددوا فى بناء ثلم الجدران و وضع الشوك عليه فى أنه على المالك، أو على العامل، إلى غير ذلك من كلماتهم التى قد يشكل الفرق فيها بين عوامل الحرث و عوامل الاستقاء، بل بينها و بين الكش أيضا، فإن الجميع مال من العامل بل قد يشكل الحكم بوجوب مالا مدخله له فى زياده الثمره و لا فى إصلاحها كالحفظ و النقل و نحوهما.

و أما ما ذكروه من الضابطين فلا أثر له فى شىء من الأدله، فالمتجه حينئذ الرجوع فى مثل ذلك إلى المتعارف فى إطلاق عقد المساقاه مما يجب على العامل و المالك.

و أما غيره فيتبع الشرط، و إلا- كان عليهما إذا أراداه، لأن المال مشترك بينهما، أو أن الأصل فيه وجوبه على العامل، لنحو ما سمعته فى المزارعه من

صحيح يعقوب بن شعيب (١) عن أبى عبد الله عليه السلام الذى فيه «سألته عن المزارعه فقال: النفقه منك، و الأرض لصاحبها فما أخرج الله من شىء قسم على الشطر، و كذلك أعطى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم خير حين أتوه، فأعطاهم إياها على أن يعمروها، و لهم النصف

«مما أخرجت»

فإن ظاهر تشبيهه عليه السلام يقتضى كون وضع المساقاه على الوجه المزبور، فليس على المالك حينئذ إلا دفع الأصول، كما أنه ليس على المزارع إلا دفع الأرض، اللهم إلا أن يكون هناك تعارف أو شرط.

و على كل حال ف لو شرط المالك شيئاً من ذلك مما عليه مع الإطلاق أو جميعه على العامل صح بعد أن يكون معلوماً على وجه يرتفع معه الغرر المنافى للعقد، لعموم (١).

«المؤمنون عند شروطهم»

. و أما لو شرط العامل على رب الأصول جميع عمل العامل له بطلت المساقاه، لأن الفائدة لا تستحق إلا بالعمل و لعدم ما يدل على صحتها على هذا الوجه، بل الظاهر من الثابت منها اعتبار ماله مدخليه فى زياده الثمره أو صلاحها من العمل فى استحقاق الحصة.

و من هنا لو أبقى العامل عليه شيئاً من عمله الذى له المدخلية المزبوره فى مقابله الحصة من الفائدة و شرط الباقي على رب الأصول جاز (١١) للعموم المذكور، خلافاً للمحكى عن المبسوط من عدم الجواز معللاً له بأنه خلاف وضع المساقاه، و هو ممنوع مع أنه منقوض لما اعترف بجوازه فيما سيأتى، من اشتراط عمل غلام المالك معه الذى هو بمنزله عمله.

نعم لو أبقى العامل ما لا تحصل به مستزاد الثمره كالحفظ لم يصح، لمنافاته وضع المساقاه الثابت من الشرع، كما لو ساقاه و قد بقى من العمل ذلك، لكن لو أراد ذلك و جعله معقد الإجاره مثلاً جاز.

فتحصل مما ذكرناه أنه مع الشرط يعمل عليه إلا إذا كان منافياً لمقتضى العقد، إلا أن هذا كله فى اشتراط المخالف لمقتضى الإطلاق، أما إذا شرط ما اقتضاه كان تأكيداً، و لو شرط بعضه كان تأكيداً له، بل ربما كان له ثمره

من حيث الاشتراط، و وجب الإتيان بالباقي الذى تقتضيه الإطلاق، اللهم إلا أن يفهم من نفس الاشتراط

أو من قرينه أخرى إرادته عدم الالتزام بغير المشروط هذا.

و في جامع المقاصد «أنه متى أخل العامل بالعمل المشروط عليه تخير المالك بين فسخ العقد، و التزامه بأجره مثل العمل، نص عليه في التحرير، فان فسخ قبل عمل شىء فلا شىء له، و إن كان بعده قبل الظهور فالأجر له، و إن كان بعد ظهور الثمره، فكذلك قضيه للاشتراط، و لو أخل بالأعمال الواجبه مع الإطلاق أو ببعضها فعلى ما سبق فى الإجاره يتجه أن للمالك الفسخ فى الجميع، و هل يضمن له أجره مثل ما عمل، يحتمل ذلك، و يحتمل العدم، و فى البعض إن أتى بشىء و له الإلزام بالأجره، و لم أظفر بتصريح فى ذلك يعتد به، و نحوه فى المسالك مع زياده أنه لو حصل على الأرض نقص بسبب التقصير لزمه الأرش، و الظاهر أن الثمره كذلك.

قلت: لا- يخفى عليك ما فى إلزام العامل بأجره مثل العمل المشروط مع فرض فوات محله، و كذا فى صورته الإطلاق، و فى صورته اشتراط العامل على المالك، و صورته الإطلاق بالنسبه إليه، فإن جميع ذلك مبنى على تمليك الشرط العمل المشروط لمن له على وجه يكون من أمواله، و هو ممنوع، فإن أقصاه التزم من عليه الشرط بالعمل، و إجباره عليه و التسلط على الخيار بعدم الوفاء به، لا كونه مالا له، خصوصا مع اشتراكهما فى فائده الشرط كما هنا.

بل لا- يخفى عليك أيضا محل النظر فى غير ذلك من الكلام المزبور، حتى ما فى المسالك من ضمان النقص الحاصل فى الثمره و فى الأرض بعدم فعل الشرط، و ما اقتضاه الإطلاق مع دفع أجره المثل القائم مقام العمل، و حيثئذ فالمتجه عدم اختصاص المالك بها، ضروره كونها عوض العمل الذى يعود نفعه إليهما، فلا بد من ملاحظه ما يخصه منه، إما بمراعاة نسبه حصه العامل إلى حصته أو بغير ذلك، كما أن أرش نقصان الثمره لا يختص به، لكونها مشتركه بينهما، بل يقتصر على أرش حصته، نحو ما سمعته فى المزارعه، فيتجه حيثئذ الاستغناء بذلك عن أجره مثل العمل، فتأمل جيدا. فإن المسأله محتاجه إلى تنقيح.

و كيف كان فقد بان لك مما ذكرناه أنه لو شرط العامل أن يعمل

غلام المالك معه جاز لأنه أولى من عمل المالك معه، ولأنه في الحقيقة ضم مال إلى مال نحو اشتراط عامل القراض على المالك دفع راحلته مثلا لحمل مال القراض، نعم لو شرط عليه قيام غلامه بجميع العمل كانت المساقاه باطله.

أما لو شرط أن يعمل الغلام لخاص العامل بمعنى عمله في الملك المختص بالعامل لم يجز عند الشافعي لصيروره عمل الغلام حينئذ مقابله لعمله، فتصير الفائدة له بلا عمل و لكن فيه تردد من ذلك و من عدم منافاه ذلك للمساقاه إذ هو شرط خارج عنها و من هنا كان الجواز أشبه بأصول المذهب و قواعده.

و عن فخر المحققين أن المراد بما في العبارة اشتراط كون عمل الغلام للعامل يختص به، و رده في جامع المقاصد بأنه حينئذ لم يحتج إلى قوله «لخاص العامل»، بل كان يكفي عنه قوله «للعامل»، على أنه لا- محصل له فان عمل غلام المالك في بستان المالك كيف يشترط كونه للعامل، و كيف يشترط مال شخص لآخر، و أى فائده لهذا الشرط.

قلت: قد يريد الفخر أن عمل الغلام للعامل بمعنى كونه قائما مقامه في العمل عنه، على وجه لو لم يعمل العامل و عمل الغلام وحده كان جائزا، و حينئذ يكون وجه البطلان واضحا، و لعل قول المصنف أن الجواز حينئذ أشبه، لأن الفرض كون عمل الغلام معه، فلا- يقصد كون عمل الغلام له، على معنى أنه لو كان له حصه كان للعامل، لا للمالك، إذ هو لا يزيد على عمل المالك معه، فتأمل جيدا و الله العالم.

و كذا في كون الجواز أشبه بأصول المذهب و قواعده لو شرط (١١) العامل على المالك (١٢) مثلا أجره الأجراء (١٣) الذين يعينونه على العمل مع فرض كونها معينه أو شرط خروج أجرتهم صح منهما (١٤) معا إذا كان مع ذلك للعامل عمل مقابل الحصه من الفائدة، خلافا للمحكي عن الشيخ من البطلان، لمنافاته موضوع المساقاه الذي هو ليس إلا دفع الأصول من المالك، و فيه منع واضح، ضروره عدم ما يدل على اعتبار ذلك حتى بالشرط و نحوه.

و أما تفسير العبارة و ما شابهها بأن المراد اشتراط العامل على المالك الأجره

على جميع العمل، على وجه لا يبقى للعامل إلا الاستعمال و السمسره، ففيه: إن المتجه في مثله الفساد، لا الجواز، ضروره عدم ما يدل على الصحه بعد أن كان مثل ذلك خارجا عن عمل المساقاه المعتاد، و دعوى كونه عملا تدعو الحاجه إليه، فإن المالك قد لا يهتدى إلى الدهقنه و استعمال الاجراء، و لا يجد من يباشر الأعمال أولا يأت منه، فيحتاج إلى مساقاه من يعرف ذلك، لينوب عنه في الاستعمال كما ترى.

نعم لا بأس باشتراط العامل ذلك على أن تكون الأجره منه بمعنى اشتراط عدم مباشره العامل، فان ذلك لا يمنع صحه المساقاه حتى مع اشتراط عمل المالك بأجره منه عنه، فضلا عن غيره، ضروره عدم اشتراط المباشره في المساقاه. و الله العالم.

[الفصل الخامس في الفائدة]

الفصل الخامس في الفائدة أى الثمره و لا- خلاف في أنه لا- بد أن يكون للعامل جزء منها مشاعا بينه و بين المالك مساو أو مفاضل على نحو ما سمعته في المزارعه، لأن ذلك هو الثابت من مشروعيتها دون غيره، فلو أضرب عن ذكر الحصه بطلت المساقاه حينئذ قطعا و كذا لو شرط أحدهما الانفراد بالثمره مطلقا أو سنه لم تصح المساقاه التى هى خلاف الأصل المقتصر فيما ينافيه على المتيقن، و ليس ذلك منه، بلا خلاف و لا إشكال، بل قضيه ما سمعته سابقا في المزارعه من جماعه أنه كذلك تبطل المساقاه لو شرط لنفسه شيئا معينا و ما زاد بينهما.

بل و كذا لو قدر لنفسه أرطالا معلومه و للعامل ما فضل، أو عكس بل و كذا لو جعل حصه ثمره نخلات بعينها (١١) له و للآخر ما عداها (١٢) الى غير ذلك مما ينافى الإشاعه في مجموع الفائدة الحاصله من الأصول التى وقع عقد المساقاه عليها، الذى صرح فى المسالك باعتباره هناك. و إلا لأمكن خلو أحدهما عنها مع عدم حصول غير المعين، لكن قد عرفت البحث فيه سابقا على وجه لا يخفى

عليك جريانه فى المقام، بناء على اتحاد المزارعه و المساقاه بالنسبه إلى ذلك.

نعم يمكن الفرق بينهما بأن فى النصوص السابقه هناك ما ينافى اعتباره بالمعنى المذكور بخلافه هنا، فإنه ليس فى أدله مشروعيتها إلا الإشاعه فى الجميع عدا قوله تعالى (١) «أَوْفُوا» (٢) و «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» و قد عرفت سابقا الإشكال فى إثبات شرعيه الفرد المشكوك فيه من المعامله المتعارفه المعلوم شرعيه غيره من أفرادها، اللهم إلا أن يؤخذ على طريق الشرطيه كى يستدل حينئذ على مشروعيتها بأدله الشروط، لا- على وجه الجزئيه فى عقد المساقاه كما أوأنا إليه فى المزارعه فلاحظ و تأمل.

و كيف كان فلا- خلاف و لا- إشكال فى أنه يجوز أن يفرد كل نوع بحصه مخالفه للحصه من النوع الآخر كالنصف من ثمره النخل، و الربع من الكرم مثلا لعدم منافاته للإشاعه فى مجموع الفائده، لكن إذا كان العامل عالما بمقدار كل نوع من النوعين حذرا من الغرر و الجهاله، فإن المشروط فيه أقل الأمرين قد يكون أكثر الجنسين.

لكن لا يخفى عليك تحقق الجهاله أيضا مع عدم إفراد كل نوع بحصه، بل كانت فى الجميع متحداه، فما عساه يظهر من العبارة من اختصاص اشتراط ذلك فى صوره الإفراد خاصه لا يخلو من نظر، اللهم إلا أن يدعى باستفاده اغتفار الجهاله فى الثانى، دون الأول من الأدله، إلا- أنه كما ترى، أو يقال، إن الجهل الناشى من الافراد غير الجهل، بأصل الحديقته، فقد يعلم بها من حيث المساقاه عليها بالنصف من حاصلها أجمع، و إن لم يعلم مقدار كل نوع منها، بخلاف ما لو أفرد كل نوع بحصه مخالفه للحصه من الآخر فتأمل فإنه لا يخلو من دقه و الله العالم.

و لو شرط مع الحصه من النماء ملك حصه من الأصل الثابت لم يصح لأن الثابت من مقتضى المساقاه جعل الحصه من الفائده خاصه دون غيرها

١- ١ سورة المائده الآيه- ١.

٢- ٢ سورة النساء الآيه- ٢٩.

الباقى على أصاله عدم المشروعيه، مضافا إلى أن الحصه من الأصول تدخل فى ملكه حينئذ فلا يكون العمل المبذول فى مقابله الحصه واقعا فى ملك المالك، ولا واجبا بالعقد، إذ لا يعقل أن يشترط عليه العمل فى ملك نفسه، و هو المحكى عن الأكثر كالطوسى و الحلوى و غيرهما، بل فى الرياض «لم أقف على مخالف صريحا و لا ظاهرا».

قلت و لكن الانصاف مع ذلك أن فيه ترددا مما عرفت، و من عموم (١) «أَوْفُوا» و

(٢) «المؤمنون عند شروطهم»

و نحو ذلك الذى جزموا بصحه اشتراط الذهب و الفضة و غيرهما كما ستعرفه، و احتمال الفرق بينهما- بأنه فى الفرض قد جعل الحصه من النماء فى مقابل العمل بجميع المال المعقود عليه، و مع فرض صيروره جزء من المال له بالشرط، لم يكن العمل بجميع المال المملوك للمالك فلم يستحق مجموع الحصه المشترطه له، لإخلاله بالشرط و هو العمل بالجميع، فيبطل العقد- يدفعه أن الاشتراط المزبور كالاستثناء من العمل بجميع المال، بل هو بيان لاستحقاق الحصه بالعمل فيما يخص المالك، و الباقى بتبعيه النماء للملك.

و التحقيق البطلان مع أخذ الحصه من الأصول عوضا على حسب الحصه من الفائده، لعدم ثبوت شرعيه المساقاه على هذا الوجه، و لا صلاحيتها لتمليك عوض غير الحصه من الفائده من غير فرق بين الحصه من الأصول، و الذهب و الفضة و غيرهما.

أما لو أخذ على جهه الشرطيه التى هى سبب أيضا فى التمليك، فالظاهر الصحه لعموم الأدله الذى لا فرق فيه بين ذلك و بين اشتراط

الذهب و الفضة، و لعله بذلك يلتزم الكلام أجمع و الله العالم.

و لو ساقاه بالنصف مثلا إن سقى بالناضح، و بالثلث إن سقى بالسائح بطلت المساقاه، لأن الحصه لم تتعين مع التريد و التعليق و لكن فيه تردد من ذلك، و من أنها معينه على كل من تقديرين، فهى كالإجاره على خياطه الثوب بدرهم إن كان روميا، و بدرهمين إن كان فارسيا، بل المساقاه فى الحقيقه

١- ١ سورة المائده الآيه- ١.

٢- ٢ الوسائل الباب ٢٠ من أبواب المهور الحديث- ٤.

قسم من الإجاره.

و لكن لا يخفى عليك أن الأشبه بأصول المذهب وقواعده الأول لعدم كون ذلك تعيينا رافعا للجهاله، بل ولا جزما، و جوازه فى الإجاره لو قلنا به لدليل خاص لا يقتضى الجواز هنا، بعد حرمة القياس، و معلوميه استقلال عقد المساقاه عن عقد الإجاره كما هو واضح و الله العالم.

و يكره أن يشترط رب الأرض على العامل مع الحصة شيئا من ذهب أو فضه بلا خلاف أجده كما اعترف به غير واحد، و لعل مثل ذلك كاف فى ثبوتها المتسامح فيه.

لكن لا إشكال فى أصل الجواز عندنا، فلا ينبغى التوقف فيه لعموم (١)

«المؤمنون»

مع عدم كونه منافيا لمقتضى العقد و لا للشرع، فيجوز حينئذ و يجب الوفاء بالشرط هذا.

و قد ذكر غير واحد من الأصحاب أنه لو تلفت الثمره أجمع بآفه سماويه أو ارضيه لم يلزم الوفاء به و كذا إذا لم تخرج و إلا كان أكل مال بالباطل، لامتناع استحقاق أحد العوضين أو بعضه بدون ما يقابله من العوض الآخر، فان الشرط جزء من العوض.

لكن فى جامع المقاصد «إن الحكم فى الصوره المفروضه واضح، أما العكس و هو الشرط من العامل على المالك فظاهر إطلاق عباره التذكره و التحرير أنه كذلك، و فيه نظر، لأن العوض من قبل العامل و هو العمل قد حصل، و الشرط قد وجب بالعمل، فكيف يسقط بغير مسقط، فان تلف أحد العوضين لا يوجب سقوط البعض الآخر مع سلامه العوض الآخر، و تبعه فى المسالك.

قلت: قد يقال: إن المدرك لذلك هو بطلان المساقاه الذى يتبعه بطلان الشرط باعتبار فوات الفائده التى هى ركن فى المساقاه، و عدم بطلان البيع فى بعض الصور الخاصه بعدم خروج الثمره لدليل مخصوص، لا يقتضى الجواز هنا، كما أن الاقدام

عليه معدوما للعادة، لا يقتضى الصحة مع تخلفها، وربما شهد لذلك فى الجملة ما اعترف به فى جامع المقاصد فى فرع ذكره فى مسأله هرب العامل «أنه لا يجب عليه إكمال العمل تمام المده مع عدم خروج الثمره أو تلفها» كما عن التذكرة احتمالاه أيضا إذ لا وجه له إلا انفساخها بذلك، وإلا لوجب الإكمال كما هو خير المسالك ظاهرا مشبها له بعامل القراض الذى لم يربح مع وجوب الإنضااض عليه إلا أنه احتمال أخيرا كونه كتلف العوض المعين فى البيع قبل قبضه الموجب للانفساخ، ثم قال:

«و فيه نظر.» قلت: بل النظر فى غيره، ضروره قصد المعاوضه فى المساقاه بخلافه فى المضاربه التى يراد منها الحصه من الربح الذى قد يحصل وقد لا يحصل، بخلاف المقام المعتبر فيه الطمأنينه بحصول الثمره، و لا يكفى الاحتمال عندهم، و حينئذ فلا إشكال فى الحكم المزبور، إنما الكلام فى تلف البعض، فقد يظهر من المصنف عدم سقوط شىء من الشرط به، لظهور كلامه فى اعتبار تلف الجميع فى السقوط.

لكن فى القواعد «و فى تلف البعض أو قصور الخروج إشكال» و فى جامع المقاصد «ينشأ من أن الشرط محسوب من أحد العوضين، و لا ريب فى أن مجموع أحد العوضين مقابل بمجموع الآخر فيقابل الأجزاء بالأجزاء فإذا تلف بعض أحد العوضين وجب أن يسقط مقابله من العوض الآخر، و من ثم لو لم تخرج الثمره أصلا أو تلف جميعها سقط المشروط كله، و من أن مقابله الأجزاء بالأجزاء فى عوض المساقاه منتفيه، لأن الفئات و التالف عند حصول التلف أو نقصان الخروج غير معلوم، فلو تحققت المقابله لم يكن الساقط فى مقابله معلوما، و لذلك لو تلف بعض الثمره أو نقص الخروج عن العاده لم يسقط شىء من العمل أصلا، و لأن العامل يملك حصته من الثمره بالظهور، فإذا تلف بعضها تلف فى ملكه بعد استحقاقه إياه بالمعاوضه، فلا يسقط بتلفه بشىء من العوض الآخر.

لا يقال: فعلى هذا إذا تلف الجميع يجب أن لا يسقط الشرط لعين ما ذكر.

لأننا نقول: ذلك ضرر فينفى بالحديث (١) و اعلم أن الاشكال في قصور الخروج لا وجه له أصلا لأن العوض هو ما يخرج قليلا كان أو كثير الا- ما يتوقع خروجه بحسب العاده، فكيف يعقل سقوط شىء من المشروط بتخلف العاده، أما تلف البعض فإن الإشكال فيه و إن كان لا يخلو من وجه إلا أن عدم سقوط شىء أقوى، لما قررناه، و يؤيده عموم (٢) «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (٣) و

«المؤمنون عند شروطهم»

و تبعه على ذلك كله في المسالك.

قلت: لعله أيضا مبني على ما عرفت من بطلان المساقاه في خصوص الفأث.

فيكون من تبعض الصفقه في المساقاه، و بالجمله إن فائت الفائده لو كان معلوم الحال وقت العقد لم تكن المساقاه عليه صحيحه، و الجهل بحاله من أول لا يصير سببا للصحة في الواقع.

نعم هذا كله في عدم الخروج مثلا- أما التلف بعده فقد يقال: إن مبناه اعتبار الإدراك في الفائده التي هي ركن في المساقاه، لعدم النفع بها دونه و عدمه، فعلى الأول يتجه البطلان بخلاف الثاني.

و على كل حال فليس للعامل في مقابله عمله إلا ما حصل من الفائده كما أنه ليس له شىء مع فرض عدمها أصلا لإقدامه على ذلك فتأمل جيدا و الله العالم.

[الفصل السادس في أحكامها و هي مسائل]

إشاره

الفصل السادس: في أحكامها أى المساقاه و هي مسائل:

[المسأله الأولى كل موضع تفسد فيه المساقاه فللعامل أجره المثل]

الأولى كل موضع تفسد فيه المساقاه أى يعلم فساد أصل انعقادها فللعامل أجره المثل لأصالة احترام عمل المسلم الواقع بالأذن

١- ١ الوسائل الباب- ١٧- من أبواب الخيار الحديث- ٣ و ٤ و ٥.

٢- ٢ سورة المائدة الآية- ١.

٣- ٣ الوسائل الباب ٢٠ من أبواب المهور الحديث ٤.

ممن استوفاه، و الثمره لصاحب الأصل المملوك له فيتبعه نماؤه مع فرض عدم الناقل له شرعا عنه، من غير فرق في ذلك بين العلم بالفساد و الجهل به، و بين كون الفساد من اشتراط كون الثمره للمالك و غيره كما هو مقتضى إطلاق المصنف و غيره، بل في المسالك «نسبته إلى الأكثر» و وجهه ما عرفت من أصاله احترام عمل المسلم، بعد العلم بعدم كون ذلك من المتبرع المسقط للأجره له، أو الشك فيه، و الرضا بالعقد الفاسد أو بالعقد المتضمن لعدم الأجره، ليس رضا بالعمل بلا أجره، فإن الحيثيه ملاحظه، بمعنى كون المتشخص منه في الخارج الرضا بالعقد الذي لا يترتب عليه ذلك، و العمل الصادر منه إنما هو من حيث انه مقتضى العقد الفاسد، لا أنه رضى منه بالعمل في حد ذاته و في نفسه بلا عوض، فمع فساد العقد الذي قد وقع العمل على مقتضاه معاملا معاملا معامله الصحيح، يبقى احترام العمل بنفسه.

فما في المسالك - تبعا لجامع المقاصد من تقييد إطلاق المصنف و غيره بما إذا لم يكن العامل عالما بالفساد، و بما إذا لم يكن الفساد باشتراط كون الثمره أجمع للمالك لكونه في الصورتين متبرعا لا يستحق على عمله شيئا كما ترى، لا يخلو من نظر، و أولى منه في ذلك ما عن الشهيد من أن الواجب له حيث يجب له أقل الأمرين من الحصه و أجره المثل، لا قدامه على التبرع بما زاد عليها مع نقصانها عن أجره المثل، إذ لا يخفى أن إقدامه على العقد المقتضى لذلك بعد فرض فساده لا يقتضى إلزامه و ترتيب حكمه عليه، فيبقى احترام عمله في نفسه على ما تقتضيه الضوابط الشرعيه، من ضمانه بأجره المثل كما هو واضح بأدنى تأمل و الله العالم.

[المسأله الثانيه إذا استأجر أجيرا للعمل بحصه منها فإن كان قبل ظهورها لم يجز]

المسأله الثانيه: إذا استأجر أجيرا للعمل بحصه منها أي الثمره فإن كان قبل ظهورها لم يجز قولاً واحداً، لكونها معدومه، و جواز جعلها عوضاً في المساقاه للدليل لا يقتضى الجواز هنا بعد حرمة القياس و إن كان بعد بدو الصلاح جاز بلا خلاف و لا إشكال، لعموم الأدله و إطلاقها السالمين عن معارضه ما يقتضى المنع، و إن كان بعد ظهورها و نمو لها مقطوعه و قبل بدو الصلاح بشرط القطع، صح إن استأجره بالثمره أجمع قيل بناء على اعتبار ذلك في البيع الذي

قد عرفت قوه جواز ذلك فيه، بدون الشرط المزبور الذى يمكن إرادته الكنايه به عن ملاحظتها نفسها حال العقد، لا حال بدو صلاحها الآتى مثلا، و إلا فاشترط القطع من حيث كونه اشترطا، لا مدخليه له فى ماليتة على وجه يصلح كونه مبيعا و أجره، فلا بأس حينئذ مع شرط القطع أو شرط البقاء مده معلومه، و لا يكون بذلك مبيعا أو أجره حال إدراكه الذى هو معدوم الان، و إنما يكون حالا طارئا على ملكه.

و بذلك يظهر أن مدرك الجواز، الأصول و القواعد، لا القياس على البيع الممنوع عندنا، و لعله لذا لم يذكر المصنف الجواز مع الضميمه، أو العامين كما ذكره فى البيع، فإنه مع فرض المنع بدون اشترط القطع إلا مع الضميمه أو العامين يختص البيع بالجواز، لدليله، و لا يقاس عليه ما هنا مع احتمال، بل جزم به فى المسالك قال «و تركه المصنف اتكالا على ما ظهر من ذكر الجواز بشرط القطع من اتحاد الحكم فى المقامين.

و لو استأجره ببعضها قيل: لا يصح لتعذر التسليم لإمكان عدم إذن الشريك، فيتعذر القطع المعتبر اشترطه فى الصحة و الوجه الجواز كما فى المسالك قال: «لإمكان القطع و التسليم بالأذن، كما فى كل مشترك، و لو فرض امتناع الشريك تمكن باذن الحاكم».

قلت: مع فرض كون الشريك المستأجر يتجه حينئذ الصحة، للتمكن من اشترط القطع عليه برضاه، و التزامه به، أما إذا كان غيره و قلنا بعدم جواز القسمة بالخرص و التخمين، و عدم جواز الإيجابار على القطع قبل الإدراك، لما فيه من الضرر، يشكل الجواز حينئذ، بعدم إحراز الشرط المعتبر فى الصحة، بناء على اعتباره، و إن كان قد عرفت قوه عدمه إلا إذا أريد به الكنايه عما ذكرنا.

و قد تقدم لنا فى بيع الثمار ما ينفع ملاحظته فى المقام، خصوصا فى الفرق بين النخل و غيره من الأشجار، مع أن المصنف لم يشر إلى شىء من ذلك، و كان غرضه المعظم الفرق بين المساقاه و الإجاره، من جواز الأولى بحصه منها قبل الظهور،

لكونها مشروعته على ذلك، بخلاف الثانيه التي هي باقيه على مقتضى القواعد، من اعتبار المعلوميه في الأجره، و لذا اقتصر على اشتراط القطع دون الضميمه و العامين، المحتمل كون جوازهما في البيع، للدليل الخاص من الإجماع أو غيره و الله العالم.

[المسأله الثالثه إذا قال ساقيتك على هذا البستان بكذا على أن أساقيك على الآخر بكذا قيل يبطل]

المسأله الثالثه: إذا قال: ساقيتك على هذا البستان بكذا، على أن أساقيك على الآخر بكذا قيل: و القائل الشيخ فيما حكى عنه يبطل لأنه كالبيعين في بيع، و لعدم لزوم هذا الشرط الذي هو بمنزله الوعد، و الفرض أنه سبب في زياده العوض أو نقصانه، و لم يعرف مقدار ذلك فيتجهل و يبطل، و كذا الكلام في بعثك هذا العبد بكذا، على أن تبينى عبدك بكذا. نعم لو ساقاه على الحديقتين صفقه صح، و إن اختلفت الحصه.

و لكن لا يخفى أن الجواز أشبه بأصول المذهب و قواعده، ضروره عدم كونه من ذلك المفسر بالبيع بثمانين إلى أجلين مثلا، أو على تقديرين، و تناول «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» التي منها المشتمله على الشرائط للمفروض، مضافا إلى عموم (١)

«المؤمنون عند شروطهم»

فيجب الوفاء حينئذ به، و إن سلم كونه وعدا لم يقدح، و إن صار داعيا لزياده العوض أو نقصانه كما هو واضح.

و أضعف منه ما عن ابن الجنيد حيث قال: «لا اختار إيقاع المساقاه صفقه واحده على قطع متفرقه بعضها أشق عملا من بعض، إلا أن يعقد

ذلك و يشترط في العقد، العقد على الأخرى» إذ هو كما ترى أيضا لا دليل عليه، فالتحقيق الجواز في صورتين و الله العالم.

[المسأله الرابعه لو كانت الأصول لاثنين فقالا لواحد ساقيناك على النصف صح]

المسأله الرابعه: لو كانت الأصول لاثنين مثلا فقالا لواحد مثلا ساقيناك على أن لك النصف مثلا صح، و إن لم يعلم نصيب كل واحد منهما، لعدم مدخلية ذلك في العلم بحصته، و ليس إلا تعدد المالك، و هو غير مانع كباقي الصور المتصوره في المقام بالنسبه إلى اتحاد المالك و العامل، و تعددهما.

نعم لو قال له على أن لك من حصه فلان النصف، و من حصه الآخر الثلث صح أيضا و لكن بشرط أن يكون عالما بقدر نصيب كل واحد منهما و حينئذ لو كان جاهلا بطلت المساقاه لتجهيل الحصه كما هو واضح هذا.

و قد ذكر في المسالك بعض الصور لبيان كيفية القسمة بينهم، للتدريب لا فائده في ذكرها. و الله العالم.

[المسألة الخامسة إذا هرب العامل لم تبطل المساقاه]

المسألة الخامسة: إذا هرب العامل غير المعين في أثناء العمل لم تبطل المساقاه قطعا لأصالة صحتها، بل ظاهر الأصحاب هنا بقاؤها على اللزوم ف ليس للمالك الفسخ بمجرد ذلك، خصوصا إن بذل العمل عنه باذل و إنما يرفع أمره إلى الحاكم فيطلبه و يجره على العمل، فان تعذر ذلك استأجر من ماله من يعمل عنه، أو بأجره مؤجله إلى وقت الثمره، و مع فرض ظهورها و بدو صلاحها استأجر بحصته أجمع أو بعضها، أو بالاقتراض عليه.

أو دفع إليه الحاكم من بيت المال ما يستأجر عنه و لو على وجه القرض عليه أو بغير ذلك من الصور التي يحصل بها الحق ممن عليه إلى من هو له، لأنه ولى كل ممتنع، لقوله تعالى (١) «إِنَّمَا وَثِقُكُمُ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَالَّذِينَ آمَنُوا» و حينئذ متى حصل أحدهما فلا خيار للمالك لعدم الضرر عليه مع أصالة اللزوم.

و لكن قد يقال: إنه مناف لما يستفاد منهم في غير المقام، كالخيار بعدم الوفاء بالشرط، و كالخيار بتأخير الثمن، و بالامتناع عن العمل و تسليم العين المستأجره، و نحو ذلك من ثبوت الخيار بمجرد حصول شئ من ذلك، من غير مراجعه إلى الحاكم، بل ظاهرهم أنه متى حصل من أحد المتعاقدين بعقد لازم ما ينافى استحقاق الآخر عليه من حيث اللزوم، شرع له الشارع الفسخ، و كان العقد في حقه جائزا دفعا لضرره بذلك، لقاعده (٢).

«لا ضرر و لا ضرار».

١-١ سورة المائدة الآية ٥٥.

٢-٢ الوسائل الباب -١٧- ص أبواب الخيار الحديث -٣-٤-٥.

نعم لو لم يختر الفسخ رفع أمره إلى الحاكم في تحصيل حقه، كما أنه قد يمنع وجوب فعل الصور المزبوره على الحاكم، و إن ظهر ذلك من عباراتهم، ضروره كون قيام الحاكم في هذه الأمور من باب الحسبه و الإحسان الذى لا يجب عليه مراعاته و على كل حال فقد ذكروا هنا أنه إن تعذر فعل شىء من ذلك الذى قدمنا ذكره، بل و لو لعدم إمكان إثبات الحق عند الحاكم على ما فى المسالك أو لعدم إمكان الوصول اليه، كان له الفسخ لتعذر العمل حينئذ عليه، فينحصر دفع ضرره بذلك.

و لو لم يفسخ و تعذر الوصول إلى الحاكم و لو على الوجه المزبور كان له أن يشهد أنه يستأجر عنه و حينئذ له أن يرجع عليه لكونه كالحاكم فى الولاية عنه بالنسبه إلى ذلك (١) إذ «الْمُؤْمِنُونَ (وَ الْمُؤْمِنَاتُ) بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ» لكن على تردد مما عرفت، و من الشك فى ثبوت الولاية له على الوجه المزبور فى هذا الحال.

و على كل حال لو لم يشهد لم يرجع إذا أنكره العامل، للأصل و الفرض عدم البيئه على الاستيجار عنه، بل لعل ظاهر العبارة عدم الرجوع حتى لو صدقه العامل، بل و حتى لو كان الاشهاد متعذرا لكونه أى الاشهاد حينئذ بمنزله الحاكم، بل فى المسالك أنه أحد الأقوال فى المسألة، و الثانى: لا- يرجع مع التمكن منه، و الثالث: الرجوع مطلقا، و أشكله تبعاً للكركى بأنه لا مدخله للإشهاد فى

ثبوت الحق فى نفسه، و لو لإرادته المقاصه، و إنما أقصاه توقف الإثبات عليه، لا الثبوت.

و من هنا كان الأقوى الثالث، بل احتمال قبول قوله بيمينه، لأن الأصل عدم تبرع الإنسان بعمل يحصل فيه غرامه عن الغير، و إن كان هو كما ترى، ضروره عدم كون ذلك أصلاً أصيلاً.

نعم قد يقال بذلك، بناء على ثبوت ولايته عنه فى ذلك فى هذا الحال، لما عرفت كما أنه قد يقال: إن مراد المصنف بالإشهاد الذى جزم بعدم الرجوع مع عدم

إحضار عدول المؤمنين على ذلك، لأن الولايه لهم مع عدم الحاكم، بل قد ذكرنا فى غير المقام، إمكان ثبوت أمثال هذه الولايات التى هى من الحسب و الإحسان لفساق المؤمنين مع تعذر العدول، فلاحظ و تأمل، هذا كله فى العامل غير المعين.

أما هو فالمتجه ثبوت الخيار بمجرد تعذر مباشرته و إن وجد المتبرع، بل لو تبرع عنه متبرع لم يقع العمل له، و لم يستحق بذلك الحصة و إن قصد إتمام العمل عنه، بخلاف غير المعين، فان الظاهر كونه على حصته مع إتمام المتبرع و إن لم يقصد العمل عنه، لأن عقد المساقاه ملكه الحصة مع حصول العمل منه أو من غيره، كما لو استغنى بماء المطر عن السقى، كما صرح بذلك فى جامع المقاصد.

لكن قد يناقش فى الثانى بعدم استحقاقه الحصة التى هى عوض العمل منه أو عنه، فأما إذا لم يكن منه و لا عنه لم يستحقها، نحو من استأجر على عمل فاتفق حصوله من غيره لا بقصد النيابة عنه.

و تدفع بأن عقد المساقاه اقتضى كون العمل فى ذمته، فمتى وقع كان عنه و له، لعدم تصور كونه عن من ليس فى ذمته، على أن المساقاه لا ريب فى بقائها على الصحة التى معناها ترتب الأثر الذى هو ملك الحصة، و تكليف العامل بأجره المثل للمالك مع حصول العمل له تاماً لا وجه له، فلس حينئذ إلا ما ذكرنا.

لكن الانصاف مع ذلك كله عدم خلو الحكم عن اشكال، باعتبار عدم ظهور الفرق بينه و بين من استوَجِر على عمل فاتفق حصوله من غيره، كقلع الغرس فانقلع لنفسه، و كالاستيجار على إزاله قمامه فاتفق إطراره الريح لها، و نحو ذلك، و احتمال الالتزام بالأجره فيها صعب.

اللهم إلا أن يقال: إن وضع المساقاه و المزارعه و مشروعيتها على ذلك، فان المراد حصول الزرع و الثمره الصالحه كما و كيفاً، فمع احتياج ذلك إلى العمل فعله العامل، و إن استغنى عنه بفعل الله أو بفعل الغير سقط عنه، و استحق حصته بخلاف الإجاره، فإن المراد منها مقابله العوض بالعمل منه أو عنه و الله العالم.

[المسأله السادسه إذا ادعى المالك أن العامل خان أو سرق أو أتلف أو فرط فتلف و أنكر العامل فالقول قوله مع يمينه]

المسأله السادسه: إذا ادعى المالك أن العامل خان أو سرق، أو أتلف

أو فرط فتلف أو نحو ذلك و أنكر العامل ف لا ريب في أن القول قوله أى العامل مع يمينه لأنه منكر بموافقته للأصل سواء كان أميناً له أم لا.

نعم ضمانه بالتفريط يتوقف على أمانته، فلا تتوجه الدعوى به إلا فى صورته كونه أميناً له، و على كل حال فالقول قوله أيضاً فى عدمه، للأصل، و كان ظاهر المتن و غيره سماع الدعوى بذلك مع الجهل بالمقدار، لعموم قوله عليه السلام (١).

«البينه على المدعى و اليمين على من أنكر».

لكن فى التذكرة «لم تسمع دعواه حتى يحررها ببيان المقدار» مع أن المحكى عنه فى باب القضاء سماع الدعوى المجهوله، و يأتى إنشاء الله التحقيق فى ذلك.

و كيف كان ف بتقدير ثبوت الخيانه بالبينه أو بغيرها هل ترفع يده أو يستأجر من يكون معه من أصل الثمره؟ ظاهر المصنف احتمال الأول و لعله لأن إثبات يده على حصته، يستدعى إثباتها على حصه المالك التى له دفع يده عنها.

و فيه: منع توقفه على ذلك، لإمكان وضع المالك أميناً لحفظ ما يرجع إليه معه، إلا أنى لم أجده قولاً لأحد من أصحابنا، بل و لا غيرهم.

نعم عن المزنى يستأجر عليه من يعمل معه، و فى موضع آخر يضم إليه أمين يشرف عليه و هو المحكى عن مالك، و فى الإسعاد شرح الإرشاد للشافعيه يلزمه الحاكم بأجره مشرف يراقبه و لا تزال يده، لأنه مستحق للعمل و يمكن استيفاؤه منه بهذا الطريق، فتعين جمعا بين الحقيين.

و الوجه المطابق لأصولنا أن يده لا- ترفع عن حصته من الربح أى الثمره لعموم (٢) «تسلط الناس على أموالها» و (١١) لكن للمالك رفع يده عما

١- ١ الوسائل الباب- ٢٥ ص أبواب أحكام الدعوى المستدرک ج ٣ ص ١٩٩.

٢- ٢ البحار ج ٢ ص ٢٧٢.

عداه بل له أيضا ذلك مع عدم الخيانه و حيثئذ ف لو ضم أى المالك إليه أمينا لحفظ ما يرجع اليه كانت أجرته على المالك خاصه كما فى القواعد و التذكره و جامع المقاصد و المسالك، لرجوع مصلحته اليه.

لكن قد يشكل مع فرض كون الحفظ على العامل، بأنه من الأعمال الواجبه عليه الذى يتجه الاستيجار عليه، مع فرض عدم قيامه به، و قد يدفع لمنع كون ذلك من عمل المساقاه، و إن وجب الحفظ عليه إذا كان أمانه فى يده، و إن سلم فالمراد به الحفظ من الغير، و أما الحفظ منه فهو من تحريم الخيانه و السرقة، لا من حيث المساقاه، على أنه بثبوت الخيانه

منه فى الجملة لا دليل على عدم قبول الحفظ منه مع بذله له.

و على كل حال فلو لم يمكن الحفظ منه و لو مع الحافظ ففى القواعد «الأقرب رفع يده من الثمره، و إلزامه بأجره عامل» و اختاره فى المسالك، و لعل الأول، لأن للمالك أن يحفظ ماله قطعا و لا يتم إلا برفع يد العامل، لأنه الفرض، و الثانى أن العمل واجب عليه و قد تعذر فعله بنفسه، فيكون كما لو هرب، مضافا إلى قاعده الضرر، و حيثئذ يتجه الفسخ مع التعيين، و مع غيره إذا لم يمكن الاستيجار عنه على حسب ما سمعته فى الهارب، كما صرح به الشهيد فى حواشى القواعد، و هو الذى صرح به فى الإسعاد و الإرشاد من كتب الشافعيه.

لكن قد يناقش بما فى جامع المقاصد من أن الحق الثابت لشخص إذا كان لا يتم إلا بإسقاط حق شخص آخر و ازاله يده عن ملكه، فلا دليل على سقوط ذلك و ازاله يده، و بعدم تعذر العمل منه لأن مجرد الخيانه غير كاف فى ذلك، بل لو جوزنا رفع يده عن الجميع بسببها أمكن أن يقال: إن التعذر حيثئذ بسبب المالك، فلا- يجب على العامل شىء، و لذا قال فى جامع المقاصد: للتوقف فى الموضوعين مجال، و هو فى محله و الله العالم.

[المسأله السابعه إذا ساقاه على أصول فبانت مستحقه بطلت المساقاه]

المسأله السابعه: إذا ساقاه على أصول جاهلا- بحالها فبانت بأحد الطرق الشرعيه أنها مستحقه بطلت المساقاه مع عدم إجازة المالك، و

لا ريب فى أن الثمره للمستحق لأنها نماء ملكه، و لم يحصل ما يقتضى نقلها عنه، و للعامل الأجره على المساقى الذى هو غار له، بدفع عوض لم يسلم له عن عمله لا على المستحق.

نعم لو كان عالما بالحال لم يرجع بناء على عدم غروره مع علمه، بل هو إقدام منه على ذلك، و الفرق- بين ظهور استحقاق الثمره و بين عدم خروجها أو هلاكها حيث ثبت أجره للعامل فى الأول، دون الثانى أن الاستحقاق يوجب فساد العقد.

حيث لم يخبر المالك، و أصاله احترام عمل المسلم بعد فساد العقد تقتضى الرجوع إلى الأجره على حسب ما عرفته سابقا، بخلاف هلاك الثمره و عدم خروجها و ما شاكلهما، فان العقد معهما صحيح، فلا يستحق العامل سوى الحصه و إن فاتت، لأن ذلك مقتضى عقد المساقاه على تقدير صحته، و لا- ينافى ذلك ما ذكرناه سابقا من الانفساخ بذلك، فإنه انفساخ من حينه، للاكتفاء فى الصحه بالاستعداد المزبور حتى يتبين الحال، بل لو قلنا بالانفساخ من أصل العقد أمكن الفرق بين ما بناء المساقاه عليه من أمثال هذه الأمور، و بين الاستحقاق، و نحوه من الأمور المقتضيه لفساده فتأمل و الله العالم.

و على كل حال فمع وجود الثمره و بقاؤها عنده دفعت إلى مستحقها و لو اقتسماها مثلا أى الثمره و تلفت كان للمالك الرجوع على الغاصب بدرك الجميع بناء على أن غصبه العين يقتضى ثبوت يده على ثمرتها، و إن كان قد نقلها عنه، لكن ذلك من يده عليها.

و لكن يرجع الغاصب على العامل بما حصل له من الحصه التى بان عدم استحقاقه إياها، فهو ضامن لها لمستحقها، لعموم (١) «من أتلف» و الفرض أن يده عليها كانت يد ضمان، لأنها عوض العمل و لذا كان للعامل على الغاصب أجره عمله كما عرفت لا أنها يد مجان بغرور من الغاصب فهو فى الحقيقه الضامن

لها، لأن التلف قد كان في يده، وإن جاز للمالك مطالبه الغاصب بالأداء عنه بسبب غضبه، وليس هو في ذمته، إذ لا وجه بشغل ذمتين بمال واحد و لو على البديل فمع فرض دفع العوض عنها له صارت له، لعدم ملك المالك العوض و المعوض، و عدم استحقاق لها و ليس هو من التبرع بوفاء الدين، كى تبرء ذمه العامل، و لا- يستحق الغاصب الرجوع عليه، بل هو من التكليف الشرعى للغاصب بالأداء عن العامل مع مطالبه المالك، و ذلك يقوم مقام الاذن ممن عليه الحق بالأداء.

و بالجمله هو من المعاوضات الشرعيه المستقله بنفسها التى لا تدخل فى صلح عقدى أو حواله أو نحوهما، و لعل دليل ذلك الإجماع منهم، كما يظهر من إرسالهم إرسال المسلمات، و لولاه لأشكال رجوع الغاصب عليه بعد براءه

ذمته من مال المالك بالدفع عنه من الغاصب، و لو للخطاب الشرعى إذ انتقال المال الذى قد كان فى ذمته للمالك للغاصب يحتاج إلى ناقل من النواقل المعهوده، و الفرض عدمه، فليس حينئذ إلا المعاوضه الشرعيه.

و كيف كان فلا يخفى أن ذلك كله مقيد بما إذا لم يبق الغاصب ظاهرا مقرا على دعوى الملكيه، و إلا لم يكن له الرجوع على العامل، مؤاخذه له بإقراره و اعترافه بكونه مظلوما بأخذ المالك منه ذلك، و المظلوم لا يظلم غيره كما أن رجوع العامل بالأجره مقيد بنحو ذلك، و الا لم يصح له الرجوع بعد اعترافه بخطأ البيئه، و أن الغاصب ظاهرا هو المالك، فهو حينئذ مالك للحصه و إن ظلم و أخذت منه، لكن لا يظلم غيره لما عرفت، و لو اختلفا فى ذلك جرى على كل منهما حكم إقراره و أخذ به، و لا يلتزم به الآخر كما هو معلوم من القواعد الشرعيه.

و على كل حال فقد بان لك الوجه فى أن للمالك الرجوع على الغاصب أو يرجع على كل واحد منهما بما حصل له من الثمره التى قد تلفت فى يده لحصول سبب الضمان من كل منهما، و لا رجوع لأحدهما على الآخر فى ذلك إلا للعامل بالأجره مع جهله، و قيل: له أيضا الرجوع على العامل بالجميع إن شاء

لأن يده عاديه(١)و

«على اليد ما أخذت حتى تؤدي»

و لكن يرجع هو حينئذ على الغاصب بما حصل له على نحو ما تقدم.

و الأصول أى الاقتصار على الرجوع على الغاصب أو على كل منهما بحصته أشبه بأصول المذهب و قواعده عند المصنف إلا بتقدير أن يكون العامل عالما به و لكن لا يخفى عليك ما فيه، ضروره عدم مدخليه الجهل و العلم فى صدق ثبوت اليد و عدمه، إذ العامل من حيث كونه عاملا إن لم يكن له يد على الثمره و إنما هو مراعى لها و نائب عن المساقى، فهو كذلك مع علمه أيضا، و إلا كان ذا يد فى الحالين.

و الظاهر الثانى، خصوصا مع كون بعض أعماله كالتلقيح و التركيس و نحوهما متعلقا بها، و لكن هذه اليد لا ترفع يد المساقى الغاصب أيضا، و لذا كان له الرجوع على كل منهما بالجميع و بما حصل له، كما هو واضح بأدنى تأمل، فالثانى هو الأشبه، لا الأول، من غير فرق بين تلفها بالاقتسام أو بآفه أو بغيرهما لأن المسألة من توارد اليد على العين المغصوبه. و الله العالم.

[المسألة الثامنة ليس للعامل أن يساقى غيره]

المسألة الثامنة: ليس للعامل غير المعين فضلا عنه أن يساقى غيره بخلاف المزارعه و الإجاره، لا لما أظن فيه فى المسالك تبعا للمحقق الثانى مما لا- حاصل له، أو مخالف للضوابط الشرعيه، بل لأن المساقاه على خلاف القواعد. باعتبار الغرر و الجهاله، و الثابت من الأدله أنها إنما تصح على أصل مملوك عينا أو وكاله أو ولايه للمساقى دون ما عداه، إذ ليس فى شىء من نصوصها إطلاق يرجع إليه، و «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»(٢) و «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ (٣)» لا يصلح لإثبات مشروعيه مثل ذلك، و لا فرق فيما ذكرنا بين حالى ظهور الثمره و عدمه.

نعم له الإجاره على القيام بعمله المراد منه، أو الصلح بشىء من الثمره أو غيره

١-١ المستدرک ج ٢ ص ٥٠٤.

٢-٢ سورة المائدة الآيه- ١.

٣-٣ سورة النساء الآيه- ٢٩.

و بذلك و نحوه يظهر لك فساد ما أظن به في المسالك من الفرق بين المزارعه و المساقاه و غيره، إذ كون المساقاه معامله على الأصول. لا تقتضى عدم جوازها من المساقى بعد معلوميه إرادته سقيها، و نحو ذلك من المعامله عليها، فهي حينئذ كالأرض في المزارعه و الحصبه قد استحقها بالعقد، فلا ريب حينئذ في أنه لا مانع من ذلك بحسب القواعد الشرعيه لو كان هناك مقتضى للصحه من إطلاق و نحوه، و على تقديره فلا محيص عنه كما يحكى عن بعض أفاضل متأخري المتأخرين.

بل لعله ظاهر المحكى عن الإسكافى أيضا في الجملة، قال: «لو شارك المساقى غيره جاز إذا لم يكن شرط عليه أن يتولى العمل بنفسه، و كان شريكا للمساقى بجزء من حصته لا- بجزء من الأصل إذا عملا جميعا، فان تفرد المساقى الثانى بالعمل كله، و لم يكن رب المال جعل إلى المساقى أن يساقى غيره و لا فوض ذلك إليه، لم يكن للمساقى الأول أن يأخذ جزء من الغله و كان له أجر مثله، فان عمل فيها جاز».

لكن فيه أنه لا- أجر له مع فرض عدم العمل منه، بل عليه أجره المثل للمساقى الثانى لغروره إياه، اللهم إلا أن يكون بذلك يستحق الأجره على المالك، لصيروره العمل له بأداء الأجره عنه، إلا أن المتجه استحقاقه الحصبه لحصول العمل و لو من أجيره، لا- الأجره، و لذا قال ابن البراج فيما حكى عنه «إذا دفع إنسان إلى غيره نخلا- معامله هذه السنه بالنصف، و قال له: اعمل فيه رأيك، أو لم يقل ذلك و دفعه العامل إلى آخر فعامله بعشرين و سقا مما يخرج من الثمره، فعمل على هذا، كان الخارج بين الأول و مالك النخل نصفين، و للآخر على الأول أجر عمله، و لو كان الشرط في المعامله الأولى عشرين و سقا لأحدهما بعينه، و فى الثانى النصف، كان الخارج لمالك النخل، و للآخر على الأول أجر عمله، و للاول على صاحب النخل أجره ما عمل الآخر، و لا ضمان عليه فى ذلك، و كان الوجه بطلان المساقاه، فالنماء كله للمالك، إلا أنه على الأول أجره عمل الثانى، فيستحقها حينئذ الأول على صاحب النخل».

و لكن فى المختلف بعد أن حكى ما سمعت عن ابنى الجنيد و البراج قال:

«و التحقيق أن المالك إن أذن للأول فى مساقاه الثانى صحت، و كان الأول كالوكيل لا حصه له فى النماء، و إن لم يأذن فالثمره للمالك، و عليه أجره المثل للثانى، و لا شىء للأول».

و فيه أنه لا وجه لوجوبها عليه له، مع فرض عدم الاذن منه فى عمله، و عدم شىء للأول اللهم إلا أن يريد لا شىء له فى مستقر الأمر، بمعنى رجوع الثانى على الأول، و الأول على صاحب النخل، ففى الحقيقه الأجره للثانى، و لا شىء للأول فتأمل.

و على كل حال فكلامه فى خصوص ما سمعته من ابن البراج، لا فى أصل المسأله، ضروره أنه لا وجه للأذن مع فرض عدم مشروعيه المساقاه من المساقى الأول و كونه كالوكيل بالنسبه إلى ذلك لا معنى له مع فرض كون مساقاته للمساقى الثانى فى مساقاته المستحقه عليه.

لكن فى جامع المقاصد بعد أن ذكر الوجه فى عدم جواز المساقاه للمساقى و الفرق بينها و بين المزارعه قال: «و هذا إذا لم يأذن المالك، فإذا أذن للعامل فى المساقاه صح و كان الثانى هو العامل، و الأول وكيل عن المالك» و فيه ما لا يخفى بعد لزوم عقد المساقاه للأول الذى لا يصلح مع ذلك للنيابه عنه فيما أوجه عليه نفسه عقد المساقاه.

كما أن من ذلك يعلم أن عدم جواز المساقاه للعامل، لعدم حصول الشرط شرعا أو لعدم مقتضى الصحه، لا لعدم حصول الاذن من المالك، فى تصرف غير العامل الأول كما عساه يظهر من جامع المقاصد و المسالك، ليتوهم الصحه بفرض الاذن.

نعم لو أن المانع من المساقاه عدم جواز التصرف لغير الأول أمكن حينئذ ارتفاع ذلك بالإذن حينئذ، و لا يكون وكيلا، بل هو مساق حقيقه و تجرى عليه أحكام المساقاه كما هو واضح.

[المسأله التاسعه خراج الأرض على المالك]

المسأله التاسعه: خراج الأرض مغروسه و غير مغروسه على المالك

للغرس الكائن فيها بسبب انتفاعه بها في ذلك، وحق المسلمين فيها، وإن ضرب على الشجر الذي فيها، فإنما هو بواسطتها، و
العامل إنما يستحق الحصة بواسطه عمله، فلا إشكال حينئذ في أن الخراج على المالك.

إلا أن يشترط على العامل أو بينهما فيجب حينئذ على حسب الشرط، لعموم (١).

«المؤمنون»

و لكن يجرى عليه حكم الشرائط، بل قد سمعت في المزارعه اعتبار معلوميه مقداره في صحه اشتراطه، و قد سلف منا هناك ماله
نفع في المقام فلاحظ و تأمل، كما أنه تقدم آنفا حكم الشرائط مع عدم خروج الثمره أو تلفها، و الفرق أيضا بين المذكور شرطا
و جزء للعقد مع الحصة و الله العالم.

[المسألة العاشرة الفائدة تملك بالظهور]

المسألة العاشرة: الفائدة تملك بين العامل و رب الأصول بالظهور بلا خلاف أجده فيه، بل في التذكرة نسبتة إلى علمائنا، بل في
المسالك الإجماع على عدم تأخر ملك العامل إلى بلوغ الثمره و إدراكها.

قلت: فليس حينئذ إلا الملك بينهما بالظهور، مضافا إلى أن ذلك هو مقتضى تبعيه النماء في الملك، و المشروع من عقد
المساقاه المقتضى لملك العامل الحصة، و ملك رب الأصول العمل عليه، فما عن بعض العامه- من عدم ملك العامل إلا
بالقسمه، قياسا على عامل القراض- واضح الفساد حتى في المقيس عليه عندنا، كما تقدم في محله، مع وضوح الفرق بينهما، بأن
الربح هناك وقايه لرأس المال، فلا ربح حينئذ إلا بعد وصول رأس المال إلى المالك بخلاف الثمره هنا.

و حينئذ ف تجب الزكاه فيها على كل واحد منهما إذا بلغ نصيبه نصابا كما هو المشهور، لتحقق سبب الوجوب و هو النماء على
ملكهما مع فرض بلوغ النصاب، خلافا لابن زهره هنا، و في المزارعه فأوجبها على مالك البذر و الأصول خاصه، لأنه نماء ملكه،
و ما يأخذه الزارع و المساقى كالأجره عن عمله، قال:

«و لا- خلاف في أن الأجره لا تجب فيها الزكاه و كذا إن كان البذر للمزارع، لأن ما يأخذه مالك الأرض كالأجره عن أرضه،
فإن كان البذر منهما فالزكاه على كل

واحد منهما إذا بلغ مقدار سهمه النصاب».

و بالغ ابن إدريس فى التشنيع عليه، و قال: «إنى راجعته فى هذا الحكم و كاتبته إلى حلب و نبهته على فسادة، فلم يقبل و تعذر بأعذار واضحة، و أبان بها أنه ثقل عليه الرد، و لعمرى إن الحق ثقيل كله و مات رحمه الله و هو على ما قاله، و وافقه على ذلك جميع من تأخر عنه».

نعم فى المختلف بعد أن استجود قول ابن إدريس قال: «قول ابن زهره ليس بذلك البعيد من الصواب» لكن فى الحدائق «الظاهر أن الحامل له على ذلك كثره تشنيع ابن إدريس عليه، و إلا فهو فى غاية البعد من الصواب» و نحوه فى المسالك بعد أن قال: «ضعفه ظاهر، لأن الحصه قد ملكت هنا بعقد المعاوضه فى وقت يصلح لتعلق الزكاه بها لا بطريق الأجره».

ثم لو سلم كونها كالأجره، فمطلق الأجره لا تمنع من وجوب الزكاه، بل إذا تعلق الملك بها بعد الوجوب، إذ لو استأجره بزرع قبل بدو صلاحه، أو أجر المالك الأرض بالزرع كذلك، لوجب الزكاه على مالك الأجره، كما لو اشترى الزرع كذلك. نعم لو كان يذهب إلى أن الحصه لا يملكها من لا بذر له بالظهور، بل بعد بدو صلاح الثمره و نحوه، أمكن ترتب الحكم، لكنه خلاف إجماع الأصحاب و مع ذلك لا يتم تعليقه بالأجره، بل بتأخر ملكه عن الوجوب».

و فى جامع المقاصد بعد أن حكى ما سمعته من المختلف قال: «و هو أعلم بما قال، و الظاهر عندنا أنه لا وجه له أصلاً إلا على القول بأن استحقاقه و تملكه إنما يكون بعد بدو الصلاح و تعلق الزكاه، و هذا خلاف ما نقله المصنف عن علمائنا، فكيف يكون خلافه قريباً من الصواب» و لعله يريد أن ذلك محتمل و غير مقطوع ببطلانه، فلا يأتى على ناقله كل ما ذكره ابن إدريس من التشنيع.

قلت: لعل ابن زهره لحظ عدم الوجوب فى الأجره عن العمل باعتبار عدم استحقاق تسلمها إلا بعد تمام العمل و الزكاه يعتبر فيها التمكن من التصرف فى المال المملوك، أو أنه لحظ وجوبها بعد المؤنه، و الفرض كون العمل فى مقابلها، فهو

حينئذ مؤنته، و لذا أو للأول نفى الخلاف عن عدم وجوبها على الأجره.

و منه يعلم ما فى المسالك من وجوبها فيما لو آجر أرضا بزراع إذا أراد عدم احتساب مقدار أجره المثل من المؤنه، و كذلك أجره مثل العمل، و بذلك يظهر الفرق بين المقام، و بين عمل المالك لثمرته مع أنه ربما قيل أيضا باحتساب أجر فعله مؤنه، و كذا ما يتلفه من ثياب و نحوها فى ذلك، و إن كنا لم نوافق عليه، لكن المقام فى العمل المقابل بعوض، و هو الزرع، و دعوى الفرق- بين العوض فى المساقاه و المزارعه، و بين الأجره- واضح الفساد.

و لعله إلى ذلك و نحوه أوماً الفاضل فى المختلف بنفى البعد عن الصواب، لا- ما سمعته من جامع المقاصد و المسالك و الحدائق، و يقال: مما لا- يناسب حمل مثله عليه، و حينئذ فالمتجه سقوط زكاتها عنهما معا، لخروجها بالظهور عن ملك رب الأرض و الأ-صول، و عدم تماميه الملك للعامل، أو كونها بمقابله العمل صارت من جملة المؤن، و الزكاه إنما هى على العفو أى الزائد، لقول الله تعالى (١) «وَيَسْئَلُونَكَ مَاذَا يُنْفِقُونَ قُلِ الْعَفْوَ» و غيره مما تقدم فى محله، بل لو أن السيد يرى ملك العامل بعد بدو الصلاح أو بالقسمه، فالمتجه أيضا عدم الوجوب على المالك، فضلا عن العامل لأنه من جملة المؤن، و ان لم ينثلم النصاب بها.

نعم لو لم نقل باستثناء المؤن اتجه وجوب الزكاه عليه، كما فى المسالك قال:

«لا-ن انتقالها عن ملكه حصل بعد تعلق الوجوب، كما تجب الزكاه على البائع لو باع الثمره بعد بدو الصلاح، لكن قد يشكل بالفرق بينهما بالخروج عن ملكه قهرا مجانا فى الأول، بخلاف الثانى، على أن تماميه الملك معتبره فى الزكاه و هى هنا منتفيه بتعلق حق العامل المانع له عن التصرف، و إن لم نقل بملكه:

[تمه إذا دفع أرضا إلى رجل ليغرسها على أن الغرس بينهما كانت المغارسة باطله]

تمه إذا دفع أرضا إلى رجل ليغرسها على أن الغرس بينهما كانت المغارسة باطله عندنا، لأن الأصل الفساد، و ما عساه يظهر من بعض النصوص، محمول على وقوع ذلك بعقد صلح أو إجاره جامعه للشرائط، لا- على مشروعيه هذا العقد على نحو عقد المزارعه، فإن الإجماع بقسميه على بطلانه.

و حينئذ ف الغرس لصاحبه لعدم حصول ما اقتضى نقله عنه و لصاحب الأرض إزالته بعد بطلان المعامله

«فإن الناس مسلطون على أموالهم»(١)

و له الأجره عوضا عما مضى من منفعه الأرض لفوات ما حصل له الاذن بسببه من الشركه فى الغرس باعتبار فساد المعامله، و الفرض عدم دفعه الأرض مجانا و لكن عليه أرش النقصان الحاصل على الغرس ب سبب القلع (١١) و إن استحق له فان استحقاقه لا- يرفع ضمانه لما يحصل بفعله، بعد أن لم يكن الغارس ظالما، كى لا يكون لعرقه حق، و إنما أقصاه فساد المعامله التى وقع التراضى منهما بها.

و لكن الكلام فى كيفية تأريشه، ففى المسالك «إن المراد به هنا تفاوت ما بين قيمته فى حالتيه، على الوضع الذى هو عليه، و هو كونه حال غرسه باقيا بأجره و مستحقا للقلع بالأرش، و كونه مقلوعا لان ذلك هو المعقول من أرش النقصان، لا تفاوت ما بين قيمته قائما مطلقا، و مقلوعا، إذ لا حق له فى القيام كذلك، ليقوم بتلك الحاله، و لا تفاوت ما بين كونه قائما بالأجره، و مقلوعا لما ذكرنا من أن استحقاقه للقلع بالأرش من جمله أوصافه، و لا- تفاوت ما بين كونه مستحقا للقلع، و مقلوعا لتخلف بعض أوصافه أيضا، كما بيناه، و لا بين كونه قائما مستحقا للقلع بالأرش و مقلوعا لتخلف وصف القيام بالأجره، و هذه الوجوه المنفيه ذهب إلى كل منها

بعض، إلى أن قال: و الأول مع سلامته مما فيها لا- يخلو من دور، لأن معرفه الأرش فيه متوقفه على معرفته، حيث أخذ في تحديده، و الظاهر أن القيمه لا تختلف باعتباره، و أن تقديره كذلك كتقديره معلوما و قائما بأجره فلا يضر مثل هذا الدور و لهذا الأرش نظائر كثيره، تقدم بعضها.

قلت: قد يقال: إنها أو أكثرها مبنية على ملاحظه بقاءه إلى منتهى عمره في قيمته و لذا لاحظ البقاء بالأجره، مع أنه لا يخفى عليك عدم استحقاق بقاءه أصلا، لا مجانا و لا بالأجره و إنما ذلك يتبع التراضى بينهما، فقد يرضى معه المالك بالأجره أو بالمجانیه، فليس هو من أوصاف قيمته.

نعم لو قلعه غير المالك المستحق لقلعه، أمكن حينئذ تقويمه عليه بنحو ذلك، أما هو فقلعه له باستحقاقه، و لكن يضمن أرش نقصانه الحاصل بالقلع، بمعنى أنه إذا الحقه من حيث القلع نفسه نقصان، ضمنه له، و حيث لا يلحقه لم يضمن له شيئا، و هو المراد للمصنف و للشهيد في اللغه، «و لو نقص بالقلع ضمن أرشه» لا أن المراد تقويمه من حيث بقاءه الذي هو غير مستحق له أصلا، و من الغريب ملاحظه كونه مستحقا للقلع بالأرش في أرشه، مع أنه لا- يكاد يحصل له معنى محصل بالنسبه إلى قلع المالك له.

و بالجمله فالمراد ضممانه النقص الحاصل من حيث القلع إن حصل، من غير ملاحظه للبقاء، بمعنى أن هذه الشجره لما قلعت نقصت بسبب القلع عن حال قيامها لا من حيث بقاءها، و من ذلك يظهر لك ما في جمله من كتب الأساطين فلاحظ و تأمل.

و كيف كان فكما يجب على المالك أرش النقصان الحاصل بالقلع، كذلك يجب على العامل أرش نقصان الأرض. و طم الحفر و قلع العروق المتخلفه من المقلوع. ثم إنه لم يفرق الأصحاب كما في المسالك و غيرها في جميع ما سمعت بين العلم بالبطلان و الجهل به، بل تعليلهم كالصريح في ذلك، و هو مؤيد لما قلناه سابقا في المساقاه الباطله مع العلم بالفساد، و كان ثانى الشهيدین رجع عما ذكره هناك، حيث أنه بعد أن اعترف

بما سمعت قال هنا: «و لا يبعد الفرق بينهما، فلا أجره لصاحب الأرض مع علمه، و لا أرش لصاحب الغرس مع علمه، أما الأول فللاذن فى التصرف فيها بالحصه مع علمه بعدم استحقاقها، و أما الثانى فلظلمه بالغرس مع علمه بعدم استحقاقه، ثم قال:

و يمكن دفعه بأن الأمر لما كان منحصرًا فى الحصه أو الأجره، لم يكن الاذن من المالك تبرعا فله الأجره لفساد المعامله، و الغرس لما كان باذن المالك، و إن لم يكن بحصه معروفه فعرقه ليس بظالم، فيكون مستحقًا للأرش».

قلت: و هو قريب لما ذكرنا سابقا من انهما بنيا المعامله على الضمان، و إن علما بفسادها، و عدم ترتب ما تضمنته، لكن مثل ذلك لا يقضى بالتبرع كما هو واضح.

و لو كان الغرس من مالك الأرض فله الأجره عليه بعد فساد المعامله، و لو ركب الغارس فيه نوعا آخر، كما فى شجر التوت و نحوه، فان كان المركب للغارس نفسه فنماؤه له مدته بقاءه، و عليه أجره تركيبه على الأصل الذى لصاحب الأرض، و له إزالته مع الأرش على حسب ما مر، ضروره عدم الفرق فى الغرس بين كونه فى أرضه أو فى شجرته و الله العالم.

و على كل حال ف لو دفع مالك الأرض القيمه للغارس ليكون الغرس له، لم يجبر الغارس للأصل، و عموم (١) «تسلط الناس على أموالها» و كذا لو دفع الغارس الأجره لم يجبر صاحب الأرض على التبقية لما عرفت أيضا وقاعده

«لا ضرر و لا ضرار»

لا تقتضى الجبر فى الافراد التى فيها هدم القواعد الشرعيه و الله العالم.

[كتاب الوديعه]**اشاره**

كتاب الوديعه واحده الودائع قال الكسائى على ما فى الصحاح: يقال: أودعته مالا أى دفعته إليه يكون وديعه عنده، و أودعته أيضا: إذا دفع إليك ما لا يكون وديعه عندك، فقبلتها، و هو من الأضداد.

و كيف كان ف النظر فى هذا الكتاب يقع فى أمور ثلاثه:

[الأمر الأول فى العقد]

الأول: فى العقد و هو لفظ يقتضى استنابه فى الحفظ و الظاهر كون لفظ الوديعه كلفظ البيع و الصلح و الإجاره و نحوها، فىأتى البحث حينئذ فى أنها أسماء للعقود أو لآثارها و غاياتها المترتبه عليها، أو للمعنى الصادر من الموجب، و هو النقل فى البيع و الاستنابه فى الحفظ هنا، و قد تقدم لك التحقيق فى محله و أن الأصح الأخير، أو أن مرجع الجميع الى معنى واحد.

نعم قد ذكرنا هناك أن بعضهم ادعى حصول هذه الأسماء بواسطه العقد و غيره، فالبيع مثلا يحصل بالعقد و غيره، و هو المسمى فى عرفهم بالمعاطاه، و الظاهر أن الأمر هنا عنده كذلك، لاشتراكها فى دعوى السيره القطعيه على وقوعها بغير العقد، على أنها وديعه، و إن كان قد يقال: بل يقوى أن ما يقع بغير ما ذكره من عقدها المتوسع فيه و فى غيره من العقود الجائزه أمانه، لا وديعه، بحيث يجرى عليه حكمها المختص بها، كقبول دعوى الرد فيها و نحوه، و إن كان يطلق عليه اسم الوديعه تسامحا، أو لعدم تمييز بين العنوانات الشرعيه، نحو إطلاقهم اسم البيع على إباحه العين من كل وجه بعوض عنها كذلك.

ثم إن الظاهر من تعريفهم العقد اختصاص مسماه بالألفاظ، دون الافعال و المركب منها و من الأقوال، لكن قد يظهر من المصنف و جماعه بل هو صريح بعضهم تحقق العقد الجائز بالإيجاب اللفظى و القبول الفعلى، و لم نجد له شاهدا فان

المتعارف من لفظ العقد تركيبه من الإيجاب القولى و القبول القولى، و ألفاظهما هى المسماه بصيغ العقود نعم لا ينكر تحقق اسم الامانه مثلا بالمفروض و غيرهه من الفعلين، و ذلك لا يقتضى تحقق اسم العقد، بل و لا اسم الوديعه.

و على كل حال فلا خلاف ممن يعتد به و لا إشكال فى اعتبار إنشائه الربط بين الإيجاب و القبول فى الوديعه مثلا، سواء كانت بالأقوال أو الأفعال، بناء على تحققها بها، نحو البيع و الصلح و الإجاره و غيرها من العقود لا أنها من الاذن و الإباحه التى لم يلحظ فيها الربط بين القصدين، و الرضا من الطرفين، نحو إباحه الطعام.

و تظهر الثمره فى أمور، منها: انفساخ الوديعه بفسخ كل منهما، فليس له الرجوع إليها بدون تجديد، بخلاف الاذن، فإن له الرجوع إليها ما لم تظهر تقيدها، و إن رفع يدا عنها أولا، إذ لا فسخ بالنسبه إليها، و لم يحصل ما يقتضى رفع الأثر الحاصل منها كما هو واضح.

ثم إن تعريف المصنف العقد بما سمعت، فيه ما لا يخفى.

نعم يمكن أن يكون تعريفا للوديعه كما فى النافع لا عقدها، اللهم إلا أن يريد لفظا يقتضى استنابه فى الحفظ كما سمعته منا فى تعريفه، و لا- يرد عليه أنه ينبغى ضم القبول معه حينئذ، و ذلك لمعلوميه توقف تحقق الاستنابه على النيابة، نحو تعريفهم البيع بالنقل، كما أنه لا يرد عليه الوكاله على بيع شىء فى يد الوكيل مثلا، لكون المراد هنا الاستنابه بالذات، بخلاف الوكاله التى يقصد فيها شىء آخر، و يتبعه الحفظ لكونه أمانه.

و على كل حال فلا إشكال فى أنه يفتقر إلى إيجاب و قبول كما فى كل عقد، بل قد عرفت ان ما هو كالمعاطاه فيها بناء على مشروعيته محتاج إلى معنى الإيجابيه و القبوليه المقصود فيهما الإنشاء من الطرفين، مع ربط رضا كل منهما و قصده بالآخر، فضلا عن العقد.

و لكن ينبغى أن يعلم أن عقدها هنا يقع بكل عباره دلت على معناه

حقيقه أو مجازا سواء ذلك في الإيجاب و القبول، و ذلك للتوسع فيها عندهم، بل قد تقدم لنا بيان قوه الاكتفاء بذلك في العقود اللازمه، فضلا عن الجائزه، بل ذكر المصنف و غيره هنا أنه يكفي الفعل الدال على القبول و ظاهرهم الاكتفاء به في تحقق العقديه، قالوا لكونه أصرح من اللفظ، و يجب به الحفظ و الضمان مع سببه، بخلاف القول، لكن قد عرفت ما فيه.

و أغرب من ذلك ما عن بعضهم من الاكتفاء بنحو ذلك في طرف الإيجاب قياسا على الوكاله التي لم يثبت فيها ذلك، و ربما يحتمل ذلك في قول المصنف بعد ذلك «و لو طرح» إلى آخره كما تسمعه في شرحه.

نعم يمكن دعوى تحقق الوديعه بالفعلين من الجانبين، فضلا عن أحدهما، بناء على تحقق البيع و غيره بذلك، فضلا عنها، لا تحقق العقد الذى هو اصطلاحا المركب من الإيجاب و القبول اللفظيين، و إن كان قد عرفت ما فيه أيضا من تحقق الإباحه و الأمانه بذلك، لا- البيع و الوديعه، كما أنه يمكن إرادته المصنف فى المقامين ذلك، لا- عقدها، و إن كان خلاف ظاهره فى القبول، فيكون حاصله تحقق الوديعه بالعقد الذى يكفي فى إيجابه و قبوله كل عبارته، و تقع بالأفعال من الجانبين، و بالمركب منهما، و إن لم يسم ذلك عقدا اصطلاحا، و هذا و إن كان أهون من الأول إلا أن فيه ما تقدم.

و كيف كان فقال و لو طرح ال عين التي يريد جعلها وديعه عند من قصد استيادتها من ه لم يلزمه حفظها إذا لم يقبلها قولاً و لا فعلاً، لعدم تحقق الوديعه التي لا إشكال فى اعتبار القبول أو ما فى معناها فيها، سواء كانت بعقد أو بغيره مما فى حكم المعاطاه بناء على مشروعيتها فيها، فلو تركها حينئذ و ذهب لم يكن عليه ضمان، للأصل.

لكن فى المسالك «يأثم إن كان ذهابه بعد ما غاب المالك، لوجوب الحفظ من باب المعاونه على البر و إعانه المحتاج، فيكون واجبا على الكفايه» و فيه ما لا يخفى، أما إذا قبلها كذلك جرى عليها حكم الوديعه، من وجوب الحفظ و غيره، بل قد

يحتمل من المسالك ضمانها لو تركها حينئذ و المالك حاضر، فإنه بعد أن حكى عن التذكرة أن ذلك رد للوديعة، قال: «و يشكل تحقق الرد بمجرد الذهاب عنها مع حضور المالك، لأصالة بقاء العقد، و كون الذهاب أعم منه ما لم ينضم إليه قرائن تدل عليه، و إن كان قد يناقش حينئذ بأنه و إن كان الذهاب أعم من ذلك إلا أن الظاهر عدم ضمانه بالذهاب المزبور، لعدم صدق التفريط، و الأصل براءة الذمه» و لعله لا يريد الضمان، و إنما يريد عدم انفساخ العقد بذلك.

ثم لا يخفى ظهور العبارة المحكى مثلها عن التذكرة و الإرشاد و التحرير و اللمعه و الروضه في تحقق الوديعة بالطرح المزبور مع القبول فعلا- أو قولا- نعم لا- دلالة فيها على تحقق العقد بذلك، فما في المسالك من إنكار ذلك، باعتبار أن وجوب الحفظ المترتب على القبول أعم من كونه بسبب الوديعة، لأنه قد يكون بسبب التصرف في مال الغير- في غير محله ضروره ظهور العبارة في تحقق الوديعة بالقبول، و يتبعه وجوب الحفظ.

نعم لا- دلالة فيها على كون ذلك عقدا و هو متجه، بناء على تحققها بدونها، على قياس معاطاة البيع و الصلح و الإجاره و غيرها التي هي منها، هذا كله في الطرح بعنوان الاستيداع.

أما إذا كان مجردا عن ذلك فلا- تتحقق الوديعة مع القبول قولا- أو فعلا- لعدم تحقق إيجابها المتوقع عليه تأثير القبول، و إن وجب عليه الحفظ في الثاني إذا كان قد قبضه، لعموم (١)

«على اليد»

بل الظاهر وجوب ضمانه عليه، لعدم تحقق الاذن له في قبضه.

و مما ذكرناه يظهر لك الحكم في جميع صور المقام و إن أطنب فيها في المسالك لكن مع تشويش في كلامه في الجملة، و ربما ظهر منه اعتبار التلفظ بما يدل على إرادته الإيداع مع الطرح في تحقق الوديعة، و لا ريب في فساد بناء على صدقها مع دلالة غيره من الإشاره المفهمه و الكتابه و غيرهما و إن لم يتحقق بذلك عقدها،

لكن يتحقق معاطاتها كما سمعته سابقا فلاحظ و تأمل هذا.

و قد يحتمل فى عبارته المتن إرادته بيان عدم وجوب الحفظ على المستودع و إن حصل عقد الوديعه إذا لم يقبل قبضها، لمعالمه عدم لزوم العقد، كى يترتب عليه بعد حصوله ذلك، و ربما يومئ إطلاق لفظ الوديعه المقتضى تحقق الوصف فيها بإجراء عقدها فيما بينهما، و من ذلك ينقذ حينئذ اعتبار القبض فى ترتب أحكام الوديعه من الحفظ و غيره، بل الظاهر عدم وجوب القبض عليه و لو شرطيا، مع احتمال

كون الشرط القبض و الفسخ، كما تسمعه إنشاء الله فى نظيره، بل قد يتوقف فى جواز القبض بدون الاذن من المالك و إن حصل العقد بينهما، مع احتمال حصول الاذن منه بالعقد.

و لكن قد يشكل بناء على اشتراطه فى الصحه بعدم اقتضاء ذلك، إذ هو حينئذ كالقبض فى الهبه. نعم لو قلنا بعدم كونه شرطا فى ذلك اتجه عدم الاذن فيه، و لم أجد تحريرا فى كلام أحد لذلك، و ربما يأتى له تتمه عند قوله «و إذا استودع» الى آخره.

و كذا لو أكره المودع أو غيره المستودع على قبضها وديعه لم تصر وديعه بذلك لمعالمه اعتبار الاختيار فى قبولها، و حينئذ ف لا- يضمنها لو أهمل حفظها. نعم لو رضى بذلك بعد الإكراه على وجه الإجازة للاول صارت وديعه، بناء على تأثير إجازة المكروه، لا- أن رضاه و وضع يده المتجددين يكون قبولا- جديدا باعتبار عدم اعتبار مقارنه هذا القبول للإيجاب كما فى المسالك، و إن كان هو ممكنا أيضا، لكن مع قصده، لا مع حصول الرضا بما وقع سابقا على نحو بيع المكروه و نكاحه، و تظهر الثمره فى الضمان بالتفريط السابق و غيره، بل قد يقال:

بعدم صحته حتى مع القصد المزبور، و ذلك لأن العقد الأول بعد حصول الارتباط فيه بين الإيجاب و القبول إما أن يجاز فيصح، أو لا فيبطل هو و إيجابه، و لا يجدى القبول المتجدد.

و على كل حال فمما ذكر يظهر لك الحال فيما فى المسالك، حيث قال:

«يجب تقييد ما فى المتن بما إذا لم يضع يده عليها بعد زوال الإكراه مختارا، فإنه حينئذ يجب عليه الحفظ باليد الجديده، و إن لم يجب بالإكراه، و هل تصير بذلك

وديعه أم أمانه شرعيه، يحتمل الأول، لأن المالك كان قد أذن له، واستنابه في الحفظ، غايته أنه لم يتحقق معه الوديعة، لعدم القبول الاختياري، وقد حصل الآن و المقارنه بين الإيجاب و القبول غير لازمه، و من إلغاء الشارع ما وقع سابقا، فلا يترتب عليه أثره و يشكل بأن إلغاءه بالنظر إلى القابض، لا بالنظر إلى المالك، و يمكن الفرق بين وضع اليد عليها اختيارا بنيه الاستيلاء و عدمه، فيضمن على الثاني، دون الأول، إعطاء الكل واحد حكمه الأصلي.

مضافا إلى ما في ذيل كلامه مما يظهر منه كون المفروض أولا مجرد وضع يد جديده بعد زوال الإكراه، و من المعلوم عدم تحقق الوديعة بذلك، لما علمت من اعتبار القبول فيها، و هو غير متحقق بذلك قطعا.

بل و منه أيضا يعلم ما في الرياض الذي قد تبع فيه المسالك، بل ظاهره الحكم بالضمان باليد الجديده حتى لو قلنا بكونه وديعه، قال فيه: «و كذا لو أكره على القبض لم يضمن مطلقا إلا مع الإلتلاف، أو وضع يده على بعد ذلك مختارا فيضمن حينئذ جدا، لعموم الخبر المتقدم، و هل تصير بذلك حينئذ وديعه لا- يجب ردها إلا مع طلب المالك، أو من يقوم مقامه أو أمانه شرعيه يجب إيصالها إلى المستحق فورا، و بدونه يضمن مطلقا، و جهان» ثم ذكر ما سمعته من المسالك من الاحتمال إلى أن قال: «و الأول لا يخلو من وجه، و إن كان الثاني أوجه».

كأنه مناف لما سمعته سابقا من الضمان حتى على تقدير كونه وديعه، فلاحظ و تأمل بل مما ذكرنا يظهر لك الحكم أيضا فيما لو كان المودع و المستودع مكرهين و إن وجب على المستودع حينئذ الحفظ باعتبار استيلاء اليد، لا- لكونها وديعه كما هو واضح. بل قد يقال: بوجوب الحفظ عليه من هذه الحيثيه، حتى في صورته إكراه المستودع أو المودع، خصوصا مع كون المكره أجنبيا و خصوصا مع كون وجوب حفظ مال الغير من المعاونه على البر فتأمل جيدا. و الله العالم.

و إذا استودع و قبل ذلك وجب عليه الحفظ بلا- خلاف أجده، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه، مضافا إلى ما في عدمه من الخيانه المحرمه كتابا، و

عقلا، و سنه متواتره، و إجماعا بقسميه، و إلى كونه مقدمه لوجوب أداء الأمانه و ردها

إلى مالكةا، و لا ينافى ذلك جواز الوديعه، فإن المراد ما دام مستودعا، أو التخيير بينه، و بين الرد إلى المالك.

إنما الكلام فيما فى المسالك «من أن قبول الوديعه الذى يتفرع عليه حكم الحفظ قد يكون واجبا، كما إذا كان المودع مضطرا إلى الاستيداع، فإنه يجب على كل قادر عليها واثق بالحفظ قبولها منه كفايه، و لو لم يوجد غير واحد تعين عليه الوجوب، و فى هذين الفردين وجوب الحفظ واضح، و قد يكون مستحبا مع قدرته و ثقته من نفسه بالأمانه، و كون المودع غير مضطر، لما فيه من المعاونه على البر الذى أقل مراتب الأمر به الاستحباب، و قضاء حوائج الاخوان و قد يكون محرما كما إذا كان عاجزا عن الحفظ، أو غير واثق من نفسه بالأمانه، لما فيه من التعرض للتفريط فى مال الغير، و هو محرم، و مثله ما لو تضمن القبول ضررا على المستودع فى نفسه أو ماله أو بعض المؤمنين و نحو ذلك، و بهذا التقسيم يظهر وجوب الحفظ و عدمه».

و فيه: أن الحفظ إلى أن يرده على المالك على كل حال واجب حتى فى الصوره المحرمه التى لا تقتضى فساد عقد الوديعه باعتبار كونها لأمر خارج، مع أنه قد يناقش فى أصل الوجوب فيما فرضه، لأصاله براءه الذمه من وجوب حفظ مال الغير كما أنه قد يناقش فى الحرمة فى صوره عدم الوثوق بنفسه، ضروره تكليفه بعدم الخيانه، كما هو واضح و الله العالم.

و كيف كان ف لا يلزمه أى المستودع دركها لو تلفت من غير تعد فيها و لا تفريط أو أخذت منه قهرا بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، مضافا إلى الأصل، و قاعده الايمان المعلوم من الكتاب و السنه و الإجماع و العقل عدم استتباعها الضمان.

نعم لو كان هو الساعى فى أخذها قهرا منه، توجه الضمان حينئذ لصدق الخيانه و التفريط معه، بل ربما ظهر من ثانى المحققين الضمان بمجرد إخباره بها و إن لم

يكن على وجه السعاه، و من آخر ذلك أيضا بأخبار اللص، و إن لم يعين له مكانها، إلا- إذا صادفها اللص مصادفه، خلافا لمحكى التذكرة، فلم يضمه مع عدم تعيين المكان، بخلاف ما إذا عينه.

و التحقيق الحكم ببراءة ذمه الأمين، و خصوصا الودعي مع الشك في تحقق سبب الضمان، و لو للشك في الاندراج تحت ما جعلوه عنوانا له من التعدي و التفريط، لأن عموم على اليد و نحوه مخصص بقاعده الايمان، و بذلك حينئذ ظهر لك المعيار الذي يرجع إليه في جميع هذه الافراد، و هو المراد من الفقيه تحريره، لا خصوص الجزئيات التي لا انضباط لمشخصاتها الحالية و غيرها.

ثم لا فرق في الأخذ قهرا بين أن يتولى أخذها من يده، و بين أن يأمره بدفعها إليه بنفسه، فيدفعها له كرها، لصدق الإكراه و عدم التفريط فيهما، و لا- ضمان عليه فيهما، و إنما ضمان المال على الظالم، فليس للمالك حينئذ مطالبته بوجه، و فاقا للأشهر، بل المشهور، و خلافا للمحكى عن أبي الصلاح، و أبي المكارم، و الفاضل في التذكرة، و محكى التحرير من جواز رجوع المالك عليه مع مباشرته الدفع بنفسه إلى من أمره الظالم، لأنه باشر تسليم مال الغير بيده، فيشمله عموم (١).

«على اليد»

و إن كان قرار الضمان على الظالم.

إلا أنه كما ترى مناف لإطلاق ما دل على عدم ضمانه مما عرفت، بل و القاعده الإحسان و غيرها التي قد عرفت تحكيمها على قاعده اليد.

نعم لا- إشكال في رجوعه لو أمره بمباشرة إتلافه بنفسه، و لو على جهة الانتفاع به، لقاعده الإلتلاف التي لم يثبت تخصيصها بقاعده الايمان لكن من جهة قوه السبب هنا على المباشر، كان قرار الضمان عليه، لا أصل جواز الرجوع، و ما عساه يقال:

بأنه مناف لقاعده عدم ضمان الأمين بغير التعدي و التفريط، و خصوصا الوديعه

قال زراره في الصحيح (٢) «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن وديعه الذهب و الفضه قال: فقال:

١- ١ المستدرک ج ٢ ص ٥٠٤.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٤ من أبواب أحكام الوديعه الحديث- ٤.

كل ما كان من وديعه و لم تكن مضمونه لا تلزم»

بناء على إرادته غير المشروط ضمانها من قوله «مضمونه» أو الأعم منه و من التعدى و التفريط - يدفعه أن ذلك كله منزل على التلف في غير الفرض.

و من ذلك يظهر حينئذ قوه قول الفاضل بناء على أن تسليمها إلى الظالم من أقسام الإلتلاف أيضا فتأمل.

و على كل حال فقد ظهر لك الوجه في عدم الضمان بالأخذ منه قهرا نعم لو تمكن من الدفع اللائق به و جب بلا خلاف أجده فيه لأنه مقدمه للحفظ المأمور به على جهة الإطلاق، و حينئذ لو لم يفعل ذلك مع قدرته عليه ضمن لأنه تفريط حينئذ و كذا لو أمكن الدفع ببعضها فلم يفعل، لكن الظاهر ضمانه ما يزيد على ما يندفع به منها، لا الجميع، و إن احتمل للتفريط، إلا أنه واضح الضعف، لأن بعض المدفوع واجب على التقديرين.

و ما في الرياض من الفرق بينهما - بكونه بأمر الشارع على الأول، و بدونه على الثانى و هو فرق واضح و إن هي إلا كما لو فرط فيها فتلف بغيره، و قالوا فيها بضماتها، مع أنها ذاهبه على التقديرين فتأمل - يدفعه أنها عند الشارع كالوديعتين التي أراد الظالم أخذهما، و كان يمكن دفعه بإعطاء أحدهما فلم يفعل، فإنه لا ريب في ضمانه الثانيه، فإن الأولى ذاهبه على كل حال منضمه إلى الأخرى، أو مستقلة، فالتفريط حينئذ في الثانيه لا فيهما معا، كما هو واضح.

و لو توقف الدفع على بذل شىء من ماله، فلا - إشكال في جوازه، بل في جامع المقاصد «أنه لا يبعد القول بوجوب مصانعه الظالم بشىء يرجع به على المالك، و ربما مال إليه في الرياض لوجوب الحفظ، فيجب ما لا يتم إلا به، و الضرر يندفع بنيه الرجوع على المالك مع فرض عدم التمكن من استيدانه أو وليه».

قلت: لم أقف في النصوص على ما يدل على وجوب الحفظ على جهة الإطلاق و إن صرح به في المسالك، اللهم إلا ان يكون إجماعا و لم نتحققه و الأمر بأداء الأمانة يراد منه عدم الخيانه، كما لا يخفى على من لاحظ نصوصه، فهو حينئذ

بالنسبة إلى المال واجب مشروط، للأصل، و لو سلم فالمتجه وجوب بذل مالا يضر بحاله من المال، كغيره من تكاليفه المطلقة، و لا يرجع به على المالك، لأن دفعه حينئذ مقدمه لامثال تكليفه، نحو غيره من الأفعال التي يفعلها مقدمه للحفظ، و لا يرجع بأجره المثل في شيء منها.

نعم لو فرض الضرر الكثير لم يجب عليه، لسقوط باب المقدمه حينئذ لقاعده نفي الضرر، مع إمكان القول حينئذ باندفاعها، بالدفع بنيه الرجوع مع عدم التمكن من استيذان المالك، لكونه وليا حينئذ بالنسبة إلى ذلك، و هل التمكن من الحاكم يقوم مقام التمكن منه، وجهان أحوطهما الأول.

و كيف كان فلا خلاف و لا إشكال في انه لا يجب تحمل الضرر الكثير بالدفع، كالجرح و أخذ المال الجزيل الذي لا يرجع به على المالك، و غيرهما مما يختلف باختلاف الأشخاص شرفا و ضعه و غيرهما، إلا أن ما عساه يظهر من المصنف من كون مطلق أخذ المال و إن قل ضررا كثيرا واضح المنع، و إلا لسقط في غير هذه المقدمه، و هو معلوم العدم.

نعم قد عرفت سابقا إمكان القول بأنه لم يثبت وجوب الحفظ على الإطلاق، بحيث يشمل بذل المال، و الأمر بأداء الأمانه الذي هو بمعنى عدم خيانتها لا يقتضى ذلك، اللهم إلا أن يكون مستنده الإجماع الذي قد عرفته سابقا و لكن يتجه حينئذ تقييد المال بكونه مضرا بالحال، بل لو قلنا باندفاع ضرره بالرجوع على المالك و جب حينئذ دفع الكثير منه هذا.

و في المسالك: «ثم إن كان المطلوب الذي لا يندفع عنها بدونه بقدرها لم يجب بذله قطعا لانتفاء الفائدة، لكن لو بذله بنيه الرجوع به هل يرجع؟ يحتمله، لأن الوديعة لولاه ذاهبه فيكون بذله قدرها كبذلها، و عدمه، لأن القدر المأذون فيه شرعا ما يترتب عليه مصلحة المالك و هو هيهنا منتف، فلا يكون شرعيا، و على هذا فيمكن عدم الرجوع بجميعه لما ذكر، و بجزء منه ليقصر عنها و تترتب الفائدة، إذ الفرض عدم إمكان ما قصر عنه، و يبعد كونه يرجع بمقدار ما ينقص عن قدرها بدرهم مثلا.

و لا يرجع بشىء أصلاً مما يساويها، فان غير المأذون فى المساوى إنما هو القدر الذى تنتفى الفائده معه، لا جميع المبدول، و لم أقف فى هذا الحكم على شىء فىنبغى تحريره.

قلت: قد يقال: إن الوديعه إن كانت عينا كفرس و كتاب و نحوهما يمكن تعلق غرض المودع بها عينا، فلا ريب فى أن المتجه جواز الرجوع، و إن بذل تمام القيمه. أما إذا لم تكن كذلك فلعل المدار على عدم المفسده على المودع، لا اعتبار المصلحه، فيرجع حينئذ على التقديرين بتمام ما بذل و إن كان مستوعبا، و لو توقف حفظهما على الكذب جاز بل و جب، و إلا كان ضامنا.

نعم لو تمكن من التوريه المخرجه له عن الكذب عند المخاطب و جب أيضا، لتمكنه من امتثال التكليفين، و إلا ورى بما يخرج به عنه فى نفسه، بأن يقصد نفى الوديعه مثلا- يوم كذا أ و فى مكان كذا، بل لو أنكرها فطوب باليمين ظلما جاز الحلف و لو بالبراءه أو يمين الصادق المعروفه، بل و جب، فان لم يفعل ضمن.

و لكن يحلف موريا بما يخرج به عن الكذب على الوجه الذى عرفته مع الإمكان، لعدم حرمة حينئذ، فلا إشكال فيه من أصله، ضروره اقتضاء باب المقدمه وجوبه، لا أنه فى هذا المقام محرم جاز للمقدمه، و كان ذلك هو الوجه فى اقتصارهم على الكذب دون غيره من المحرمات، و إلا فمن المعلوم سقوط مقدمه كل واجب مع فرض توقفها على المحرم، و خصوصا إذا كان محرما أصليها، و المعارض له واجب مقدمى كما هو واضح.

و من هنا لم يذكروا إباحه غيره من المحرمات مع توقف حفظ الوديعه عليها، من غير فرق بين كونها متعلقه بالخالق أو المخلوق.

و كيف كان هى أى الوديعه عقد جائز من طرفيه بلا إشكال و لا خلاف، بل الإجماع بقسميه عليه، و هو الحجه فى تخصيص الآيه و غيرها من أدله اللزوم، و حينئذ ف يبطل بموت كل واحد منهما و بجنونه و إغمائه، و نحو ذلك مما يخرج به ماله عن ملكه، أو ولايته عنه كما هو الشأن فى نحوه من العقود الجائزه للإجماع، أو لأنه بالموت ينتقل المال عن المودع، كما أنه لا عقد مع وارث

الودعى، فلا يجوز بقاءه على حكم الوديعة، و بالجنون مثلا و نحوه تنتقل ولايه تصرفه إلى غيره، و لا عقد مع غير الودعى فلعله لذلك كانت الأهليه معتبره فيهما فى الابتداء و الاستدامه.

و على كل حال مع البطالان تكون العين حينئذ فى يد الودعى أو فى يد من وضع يده عليها حسبه أمانه شرعيه، لعدم إذن المالك الصورى، و حصول الاذن من المالك الحقيقى فى الاستيلاء عليها للرد حسبه، و حينئذ يلحقها حكم غيرها من الأمانات الشرعيه من نحو وجوب ردها إلى مالكها، أو ولى أمره، أو إعلامه على القولين فورا على وجه لو لم يبادر لا لعذر شرعى ضمن، و لم يبق لها شىء من أحكام الوديعة حتى قبول صاحبها فى ردها، فإنه لا يقبل لما عرفت من انفساخ عقد الوديعة.

نعم لو كان تأخيرها مثلا- فى صورته موت المودع، لعدم العلم بانحصار الوارث المعلوم كونه وارثا، أو للشك فى كونه وارثا، و لم يكن حاكم يرجع إليه، ففى المسالك «الأقوى عدم الضمان، خصوصا مع الشك فى كون الموجود وارثا، لأصالة عدمه، و أما مع العلم بكونه وارثا فالأصل أيضا عدم استحقاقه جميع المال، و العلم بكونه مستحقا فى الجمله لا يقتضى انحصار الحق فيه، و أصالة عدم وارث آخر معارض بالأصل المزبور، فيبقى الحكم فى القابض، و وجوب البحث عن المستحق كظائره من الحقوق، و مثله يأتى فيما لو أقر بمال المورث زيد، فإنه لا يؤمر بتسليم جميع المقربه إليه إلا بعد البحث، حتى لو ادعى انحصار حق الإرث فى الموجود مع الجهل، ففى جواز تمكينه من دفعه إليه و جهان، من اعترافه بانحصار الحق فيه، فيلزم بالدفع إليه، و من أنه إقرار فى حق الغير حيث يمكن مشاركته غيره له فيه إلى ان قال:- و لو أقر تسليم الوديعة إلى الوارث ليبحث عن وصيه الميت أو إقراره بدين و نحوه، فالأقرب الضمان، لأصالة عدمه، بخلاف الوارث.» لكنه كما ترى خصوصا ما ذكره فى الإقرار الذى لا ريب فى حجتيه على المقر الذى هو مخاطب بإيصال المال، و البحث فيه و فى سابقه مع عدم حصول العلم به لا يجعل

به الأصل حينئذ حجه، و الامتناع بعده يقتضى تعطيل المال عن مستحقه.

نعم له التروى و البحث دفعا لضرر الغرامه عن نفسه، لا لمعارضه أصاله عدم وارث آخر بأصاله عدم استحقاقه الجميع، ضروره وروده عليه و انقطاعه به، على أنه لم يتضح لنا الفرق بين احتمال الوارث، و احتمال الوصيه الذى ذكره أخيرا، فالمدار و المدرك حينئذ ما عرفت، و لا عبره بالاحتمالات الخارجه عن مذاق العقلاء كما هو واضح. و الله العالم.

و تحفظ الوديعه، بما جرت العاده بحفظها به كالثوب و الكتب فى الصندوق و الدابه فى الإصطبل، و الشاه فى المراح، أو ما يجرى مجرى ذلك فى الحرز لمثلها فى العاده، كما هو الضابط فى كل ما لا حد له فى الشرع الذى منه ما نحن فيه، ضروره كون الوديعه استنابه فى الحفظ، و ليس له فى الشرع حد مخصوص، فلا- مناص عن الرجوع فيه إلى العاده فى حفظ مثل هذه الوديعه على وجه لا يعد الوديع مضيعا و مفرطا و خائنا و مهملا و متعديا، و لا فرق فيما ذكرنا بين علم المودع بوجود حرز مثلها عند الوديع أولا، فإن العلم بالعدم لا يقتضى الإذن له فى الوضع بغير حرزها، بل عليه تحصيل الحرز لها مقدمه للحفظ الواجب عليه.

نعم الظاهر اختلافه باختلاف الأزمنه و الأمكنه، كاستيداع الدابه فى الباديه عند أهلها و نحو ذلك، كما أن من المعلوم إرادته الحفظ لها فى الأماكن المخصوصه، إذا فرض كونها حرزا لها فى العاده، فلا يكفى الصندوق المشترك بينه و بين غيره من دون قفل و نحوه، بل هو أيضا لا يكفى إذا كان فى بيت كذلك، مع فرض عدم كونه حرزا فى نفسه لمثلها.

و يلزمه سقى الدابه و كل حيوان محترم خصوصا آدمى و علفها بلا خلاف و لا إشكال، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه بمعنى عرض ذلك عليها على حسب العاده، لأنه من مقدمات الحفظ المأمور به، أمره المالك بذلك أو لم يأمره كغيره من المقدمات المتعلقة بالوديعه من حيث كونها وديعه، فلو قصر حينئذ فى شىء من ذلك ضمن، للتفريط، بل هو كذلك و إن عاد إلى القيام به، كما تسمعه

فيما يأتي.

و أما وجوب بذل عين النفقه من الماء المحتاج إلى قيمه و العلف كذلك، فظاهر الأصحاب المفروغيه من وجوب بذلها عليه، كما في المسالك و غيرها، بل حكى بعضهم الإجماع عليه تاره، و نفى الخلاف عنه اخرى، و لعله كذلك.

لكن على هذا الترتيب و هو التوصل إلى ذلك باستيدان المالك أو وكيله فيه، فان تعذر رفع أمره إلى الحاكم، ليأمره به إن شاء أو يستدين عليه، أو يبيع بعضه للنفقه، أو ينصب أمينا عليه، فان تعذر الحاكم أنفق هو، و أشهد عليه، و يرجع مع نيته، و لو تعذر الاشهاد اقتصر على نيه الرجوع، و القول قوله في مقدار النفقه، كما أن القول قول المالك في مقدار زمانها، و الكلام في اعتبار الاشهاد في وجوب الرجوع و عدمه تقدم في باب المزارعه هذا.

و في المسالك «و في حكم الحيوان، الشجر الذي يفتقر إلى السقى و غيره من خدمه، و في حكم النفقه على الحيوان ما يفتقر إليه من الدواء لمرض» و ظاهره بل صريحه كغيره الوجوب من حيث الوديعة، فيضمن حينئذ مع التقصير فيه، إلا أنه إن لم يكن إجماعا أمكن المناقشه فيه، بعدم اقتضاء إطلاق الوديعة الحفظ بنحو ذلك، و كونه حيوانا محرما لا يسوغ إتلافه بغير الوجه المأذون فيه، لا- يقتضى ترتب الضمان المتوقع على التعدى و التفريط في الوديعة من حيث كونها وديعه بمعنى التقصير فيما اقتضاه إطلاق عقدها، لا التقصير في الحكم الشرعى الثابت عليه و إن لم يكن ودعيا.

على أنه لا يتم فيما سمعته من المسالك من إلحاق الشجر الذي هو ليس بذى نفس محترمه، و لو قلنا بوجوب حفظ كل مال في نفسه على المالك و غيره، إلا أن ذلك لا يقتضى الضمان مع التقصير فيه، ضروره كون الحفظ من جهته من مقتضى إطلاق عقدها، اللهم إلا أن يعده التقصير فيه باعتبار كون المال في يده خيانه، و أنه هو المتلف للمال، لكنه كما ترى.

و على كل حال ف يجوز أن يسقيها بنفسه و بعلامه، اتباعا للعاده

القائمه مقام إذن المالك فيه، مع عدم صدق التعدى و التفريط، و ليس هو من إيداع الوديعه غيره عرفا، كما هو واضح، لكن فى المسالك «إن مقتضى العاده جواز تولى الغلام سواء كان المستودع حاضرا عنده أم غائبا، و سواء كان الغلام أمينا أم لا، و ليس كل ذلك جائزا هنا، بل إنما يجوز تولى الغلام لذلك مع حضور المستودع عنده، فيطلع على قيامه بما يجب، أو مع كونه أمينا، و إلا- لم يجر، و لا- فرق فى ذلك بين وقوع الفعل فى المنزل و خارجه، فلو توقف سقيها على نقلها و لم يكن أمينا فلا بد من مصاحبه فى الطريق، و إنما تظهر الفائده فى نفس مباشره الغلام لذلك، و كذا لا فرق فى ذلك كله بين الغلام و غيره ممن يستتبه المستودع، و عباره المصنف لا- تنافى ما قيدنا، لانه لم يجوز إلا- تولى السقى، و هو أعم من كونها مع ذلك فى يد المستودع و عدمه، و العام لا يدل على الخاص، فيمكن تخصيصه إذا دل عليه الدليل، و هو هنا موجود بما أطبقوا عليه، من عدم جواز إيداع الودعى مع الإمكان و هذا فى معناه، و ربما قيل: بأن ذلك فيمن يمكن مباشرته لذلك الفعل عاده، أما ما لا يكون كذلك، فيجوز له التوليه كيف كان، و هو ضعيف».

و فيه أن ذلك لا يعد إيداعا، بل هو قيام بالعمل الذى يراد من الوديع الذى لا يجب عليه مباشرته فيما دلت القرائن مباشره غيره له، لرفعه شأنه، أو عجزه، أو نحو ذلك، و خصوصا فيما قضت به العاده مما هو ليس بتعد و لا تفريط.

و منه يعلم ما فى قول المصنف أيضا و لا يجوز إخراجها من منزله لذلك، إلا مع الضروره، كعدم التمكن من سقيها أو علفها فى منزله، أو شبه ذلك من الأعذار ضروره عدم الفرق بين ذلك و بين ما تقدم، مع فرض قضاء العاده به، و لم يكن ثم ما يقتضى التفريط بها.

و من الغريب أنه فى المسالك وافق هنا على ذلك، مع أنه قد سمعت منه ما مضى فإنه بعد أن ذكر هنا عدم الفرق فى المنع من إخراجها لذلك بين كون الطريق أمنا و عدمه، لأن النقل تصرف فيها و هو غير جائز مع إمكان تركه، و عدم الفرق بين كون العاده مطرده بالإخراج لذلك و عدمه، لما ذكر، و عدمه أيضا بين كونه متوليا لذلك

بنفسه، و غلامه مع صحبته له و عدمه، لاتحاد العله فى الجميع، قال: «و استقرب فى التذكرة عدم الضمان لو أخرجها، مع أمن الطريق و إن أمكن سقيها فى موضعها، محتجا باطراد العاده بذلك، و هو حسن مع اطرادها بذلك لا مطلقا.

ثم إنه لا يخفى عليك ما فى إطلاق الجواز للضروره و إن كان الطريق مخوفا، الذى وجهه كون ذلك من ضروريات الحيوان، فالضرر اللاحق بتركه أقوى من خطر الطريق فإنه قد يشكل فى بعض الصور بما إذا كان التأخير إلى وقت آخر أقل ضررا أو خطرا من إخراجها حين الحاجة، و نحو ذلك، فينبغى مع اشتراكهما فى الضرر مراعاة أقل الضررين، اللهم إلا أن يقال: بعدم إرادته هذه الصورة من الإطلاق المزبور و الأمر سهل بعد ظهور الحال فى أصل المسألة و هو أن المدار فى حفظها و فى حرزها على المعتاد، الذى لا- يعد عرفا مع مراعاته مفرطا و متعديا، بل قد سمعت قيام العاده مقام الاذن من المالك فى ذلك. و الله العالم.

و لو قال المالك لا- تعلقها أو لا- تسقها لم يجز القبول لكونه ذا كبد حرى و نفس محترمه، و واجب النفقه على المالك، بل يجب عليه سقيها و علفها مراعاة لحق الله تعالى شأنه، و إن أسقط الأدمى حقه، بل مع امتناع المالك و رفع الأمر إلى الحاكم و أمره بالنفقة من ماله، يتجه الرجوع له عليه، و كذا لو كان بأمر عدول المؤمنين أو به مع الإشهاد أو بدونه مع نية الرجوع على حسب ما تقدم سابقا.

نعم لو أخل بذلك و الحال هذه أثم و لم يضمن لأن المالك أسقط الضمان بنهيه، كما لو أمره بإلقاء ماله فى البحر خلافا لبعض فأجرى حكم الوديعه مع النهى، فضلا عن غيره حتى فى غير الحيوان، إلا أنه كما ترى، للأصل بعد انصراف دليل الضمان إلى غيره، و خصوصا فيما لو كانت الوديعه غير حيوان، كشجر و بناء و نحوهما، بل فى المسالك «الأقوى عدم وجوب حفظه، فضلا عن عدم الضمان، لأن حفظ المال إنما يجب على مالكة، لا على غيره، و إنما وجب الإنفاق فى الحيوان لكونه ذا روح، فيأثم بالتقصير فى حقه، فيجب دفع ألمه».

نعم يبقى إشكال فى أصل صحه الوديعه على هذا الوجه المقتضى سفاهه المالك،

فيصير المال حينئذ في يده أمانه شرعيه يجب ردها إلى المالك أو وليه اللهم إلا أن يفرض في وجه لا سفه فيه، أو يقال: إن السفه لا يؤثر فسادا بدون تحجير الحاكم.

نعم قد يقال: إن الاشكال في صحه الوديعه المأذون فيها بالتفريط مطلقا، أو في شىء خاص كما أنه قد يقال بوجوب الحفظ على من في يده المال، و إن أذن المالك بإتلافه، كما قد أشرنا إليه سابقا والله العالم.

و لو عين له موضع الاحتفاظ اقتصر عليه لأصالة حرمة التصرف في مال الغير بغير إذنه و حينئذ ف لو نقلها عنه ضمن لأنه عاد إلا إذا كان النقل إلى أحرز بل أو مثله على قول قوى إذا فهم إرادته المثل مما عينه، و لو بقريته ظهور كون الغرض له الاحتفاظ كتعيين الزرع و الراكب و نحوهما في المزارعه و الإجاره.

أما إذا لم يفهم ذلك فالأقوى الضمان حتى في النقل إلى الأحرز، فضلا عن المساوى، سواء فهم إرادته الخصوصية منه، أو أطلق و لم يكن قرينه على الإرادة المزبوره، لتحقق المخالفه حينئذ، اللهم إلا أن يقال: إن الإيداع كان يقتضى التخيير في أفراد الحرز، و تعيين موضع الاحتفاظ إنما يقتضى عدم الاذن في الأذن، أما غيره فيبقى على مقتضى الإطلاق الذى لم يتقيد بالتعيين المذكور، بعد فرض عدم ظهوره في إرادته التقييد.

نعم لو فرض أن حصول الإيداع قد كان بتعيين موضع الاحتفاظ، اتجه حينئذ الاقتصار عليه ما لم يظهر إرادته المثل، و دعوى حصول مفهوم الموافقه في الأحرز واضحه المنع، مع أنه قد يمنع ذلك أيضا، بدعوى ظهور التقييد بتعيين موضع الاحتفاظ، كما في غيره من أفراد المطلق و المقيد.

و لعله لذا جزم في المسالك بعدم جواز التخطى في الفرض حتى إلى الأحرز، بل حكاه جماعه منهم الشهيد في حواشيه على القواعد، بل احتمال في النسبه إلى القول التي في المتن و القواعد- المشعره بالتوقف، و أن القول الآخر بخلافه- رجوعها

إليهما معاً، لا خصوص الأخير، بل في المفتاح نسبته إلى ظاهر النهايه و التبصره، و موضع من السرائر و الغنيه، و صريح النافع و الكركى و الأردبيلى، و ميل التحرير و إيضاح النافع. و بذلك يظهر لك ما فى دعوى الإجماع على الجواز فى الأحرز، و أن الخلاف إنما هو فى المساوى دون الأحرز.

و على كل حال فلا ريب فى أنه متجه. بناء على أن ذلك من موضوع الإطلاق و التقييد، كما يشهد له قول المصنف و غيره ف لا- يجوز نقله إلى ما دونه، و لو كان حرزا إلا مع الخوف من إبقائها فيه بل فى المسالك «الإجماع على عدم جواز نقلها إلى ما دونه» و ما ذاك الا لفهم التقييد من التعيين المزبور، و لا ريب فى عدم الفرق حينئذ بين ما دونه و ما فوقه، مع فرض عدم قرينه تدل على ذلك، كما أنه لا- إشكال فى ظهور ذلك حال كونه حرزا لمثلها، أما مع فرض عروض الخوف عليها فيه فلا تقييد للإطلاق، و حينئذ يجوز نقلها إلى غيره، و إن كان أدون مع فرض كونه حرزا بل مقتضى إطلاق العبارة و غيرها جواز النقل إليه و إن تمكن من المساوى و الأحرز و لعل وجهه حينئذ بقاء الإطلاق على حاله فى الفرض، و هو يقتضى التخيير المزبور خلافا لثانى الشهيدين فأوجب المساوى فما فوق مع التمكن، و إلا فالأدنى، مع أن مذهبه عدم ظهور المثال فى التعيين المزبور.

و كيف كان فالمتجه عدم الضمان، حيث يجوز له النقل، سواء تلف بانهدامه أو بغيره، لما عرفت من أن مبنى الجواز حصول الأذن من المودع، و هو يقتضى عدم الضمان، فما عن بعض - من الحكم بالضمان مع جواز النقل إلى الأحرز و المساوى و عن آخر من الفرق بين التلف بالنقل كالانهدام مثلا- و غيره فيضمن فى الأول دون الثانى - لا- يخلو من نظر، و لعل وجه الأول أن جواز النقل إليهما إنما هو من الفحوى التقديرية التى يجوز بها الاقدام، و لكن لا ترفع الضمان الحاصل من المخالفه، و الثانى بأن انتفاء الضمان معه و إن جاز النقل إليه، مراعى بعدم ظهور الخطأ فى كونه مساويا أو أحرز، فمع فرض ظهور عدمه بالانهدام يتحقق الضمان، أما التلف بغيره فلم يتبين له ظهور الخطأ، إلا أن الجميع كما ترى.

و على كل حال فقد بان لك مما ذكرنا أنه لو قال: لا تنقلها من هذا الحرز ضمن بالنقل كيف كان إلى مساو أو أحرز، لتحقق التعدى فيها حينئذ بالمخالفة، لتهيئه المقتضى عدم جواز ذلك له إجماعاً، إلا أن يخاف تلفها فيه فيجوز له حينئذ النقل حسبه إلى المساوى و الأحرز، و إلا فالأدون كما فى المسالك أو إلى حرز مثلها مطلقاً كما هو الأقوى على ما عرفته سابقاً فى نظيره.

و على كل حال يجوز ذلك له و لو كان قد قال : لا تنقلها عن هذا المكان و إن تلفت فيه، لعدم ثبوت هذه السلطنة له من السلطان الحقيقى، بل حرم عليه إضاعه المال و إتلافه فى غير وجهه، و من ذلك «النهى عن التبذير»،^(١) و «عن تمكين السفهاء من الأموال التى جعلها لنا قواماً»^(٢).

و لكن لا يخفى عليك عدم بقائها حينئذ فى يده وديعه، بل هى أمانه شرعيه، لعدم الاستنابه من المالك فى ذلك، فيضمنها حينئذ بعدم الرد إلى المالك أو وليه فوراً أو الاعلام، كما أنه لا يخفى عدم وجوب ذلك عليه، و إنما هو جائز له.

فما فى المسالك- من وجوب النقل، لأن الحفظ واجب عليه، و لا يتم إلا بالنقل، و للنهى عن إضاعه المال فلا يسقط هذا الحكم بنهى المالك و إن صرح بقوله و إن تلفت، لكن هنا لو ترك نقلها أثم، و لا ضمان لإسقاط المالك له عنه كما مر لا يخفى ما فيه، بناء على أنه بناء على بقاء حكم الوديعة، و لذا وجب الحفظ، ضروره أصاله براءه الذمه منه، مع قطع النظر عنها، إذ هو إن سلم فعلى المالك لا غيره،

ضروره عدم الإذن من المالك فى ذلك، بل الفرض نهيه.

و ربما قيل: إن وجهه دعوى كون المراد للمالك بالنهى المزبور للاستظهار فى حفظه، بزعم كون المكان المزبور أنه أحرز، إلا انه بان خطأه أو تجدد ما نأفى ظنه الذى هو فى الحقيقة مقيد ببقاء ذلك المكان حرزاً له.

و فيه: إن المتجه على هذا التقدير ضمانها بعدم النقل، مع الخوف للتفريط

١- ١ سورة الإسراء الآية ٢٦.

٢- ٢ سورة النساء الآية- ٥.

كما عن الشيخ فى المبسوط، مع أنك قد عرفت تصريحه بعدمه و إن أثم.

نعم قد يقال: إن عدم ضمانه بذلك، للأصل المقتصر فى خلافه على التفريط الذى لم يأمر المالك به، و أما الإثم بعدم النقل، فباعتبار وجوب حفظ ما فى يده من مال غيره عليه و حرمة إضاعته عليه، و إن قلنا بعدم وجوب حفظ مال الغير- الذى لم يكن فى يده- عليه، و هذا الوجوب و الحرمة لا يستعقب ضمانا، و إنما هى حرمة شرعية، نحو الحرمة على المالك.

هذا كله بناء على سقوط حرمة نهى المالك فى الفرض، و ربما يناقش فيها بعموم (١) «تسلط الناس على أموالهم» و ليس هو من السفه و التبذير مع فرض احتمال غرض معتد به فى ذلك وقت نهيه، و خصوصا مع حضوره فى البلد، و إمكان مراجعته أو مراجعته الحاكم، أو عدول

المؤمنين، و بعد التسليم ففى تصديقه بحصول ما يقتضى جواز مخالفته النهى أو وجوبه و جهان: لا يخلو ثانيهما من قوه،

لعموم (٢) «البينه على المدعى»

بعد الشك إن لم يكن الظن فى اندراجه تحت الأمين المصدق فى ذلك فلا يبعد حينئذ الحكم بضمانه حتى تقوم البينه على حصوله بل قد يحتمل الضمان مع قيامها أيضا فى كل مال مقبوض بلا إذن من المالك، فضلا عن النهى و إن كان خلاف المشهور بين من تعرض له، لعموم على اليد، و الحسبه و الإحسان يجوزان الاقدام و لا- يرفعان الضمان الحاصل من خطاب الوضع، و نفى السبيل على المحسن إنما هو بالنسبه إلى ما فعله من الإحسان، فليس له الاعتراض عليه فى ذلك.

و لعله عليه يبنى ما عن التذكرة من أنه لو نقلها إلى غير المعين و توقف النقل إليه على أجره لا- يرجع بها، لأنه متبرع بها، و استحسنة فى المسالك، لكنه احتمال أيضا مع ذلك الرجوع مع نيته لإذن الشارع له فى ذلك، فتقدم على إذن المالك، و لأن فيه جمعا بين الحقيقين، مع مراعاة حق الله تعالى فى امتثال أمره بحفظ المال، و

١- ١ بحار الأنوار ج ٢ ص ٢٧٢ الطبعة الحديثه.

٢- ٢ الوسائل الباب ٣٠- من أبواب الحكم و الدعوى.

لعله لا يخلو من وجه لو كان باذن الحاكم أو عدول المؤمنين و الله العالم.

و لا- تصح وديعه الطفل و لا المجنون لاعتبار الكمال فى طرفى عقدها كغيرها من العقود بلا خلاف، بل الإجماع بقسميه عليه، من غير فرق بين ماليهما و غيرهما و دعوى الاذن و عدمها، بل لا يصح حتى لو علم الاذن لهما، لقصور عبارتهما عن مباشره العقد كما هو واضح.

نعم لو علم الاذن اكتفى فى الوديعه حينئذ بفعل المرسل لهما فى أيديهما، بناء على الاكتفاء بمثل ذلك فيها، لعدم اعتبار مقارنه القبول فيها للإيجاب، و إلا فإنشاء عقد الوديعه منهما سواء كان عنهما أو عن غيرهما باطل.

و لا يجوز وضع اليد عليها بل يضمن القابض لذلك منهما

لعموم (١) «على اليد ما أخذت»

و غيره و لا يبرأ بردها إليهما للحجر عليهما، و إنما يبرأ بالرد إلى وليهما الخاص، أو العام مع تعذره، بل مقتضى إطلاق العبارة و غيرها ذلك، و إن كان قد فعل ذلك حسبه للخوف من التلف و نحوه، و هو مؤيد لما ذكرناه سابقا من أن الإحسان لا يرفع الضمان.

لكن فى المسالك و عن غيره الأقوى أنه لو قبضها منهما مع خوف هلاكها بنيه الحسبه فى الحفظ لم يضمن، لانه محسن، و ما على المحسنين من سبيل، لكن يجب عليه مراجعه الولي فى ذلك، فان تعذر قبضها، و ترتب الحكم. و فيه ما عرفت.

و كذا لا يصح أن يستودعا، و إن كان لو أودعا لم يضمننا بالإهمال وفاقا للمشهور لأن المودع لهما فى الحقيقه هو ال متلف ماله بإيداعه مثلها الذى لم يجب عليه الحفظ و أداء الأمانه، فنسيته فى الإلتلاف أقوى من تفريطهما فيه، و لا دليل على ضمانهما بذلك، بعد ظهور

قوله عليه السلام (٢) «على اليد ما أخذت حتى تؤدى»

فى غير الفرض، بسبب تفريط المالك، لا ما فى المسالك «من

١-١ المستدرک ج ٢ ص ٥٠٤.

٢-٢ المستدرک ج ١٧ ص ٨٨.

أن «على» ظاهره فى وجوب الدفع و التكليف بالرد، فيكون مختصا بالمكلف» لما ستعرفه.

نعم لو أتلفا المال مباشرة بأكل و نحوه، أو تسببا بإحراق و نحوه، اتجه ضمانها مع تمييزهما، و أطلق فى المسالك و غيرها قال: لعموم (١) «من أتلف» الشامل للمكلف و غيره، فيؤدى حينئذ من مالهما إن كان و إلا تخلصا منه بعد التكليف، و فيه ما لا يخفى من أن السبب هنا أقوى من المباشر الذى هو كالحيوان بالجنون و عدم التمييز، و لذا يحكى عن بعضهم عدم الضمان مطلقا، كما لا يخفى ما فى الذى ذكره سابقا فى اليد، ضروره أن

قوله «على اليد»

أيضا من خطاب الوضع الشامل للمكلف و غيره من حيث تسيب الضمان، و إن وجب الأداء بعد البلوغ، و لفظ «على» إنما يراد منها الإثبات فى الذمه، لا تقييد موضوع ذلك بما إذا كان مكلفا.

نعم ربما فرق بين المميز و غيره، فحكم بضمن الأول، دون الثانى الملحق، بالمجنون، لعدم قصد غيره إلى الإلتلاف، فكان كالدابه. لكن نظر فيه فى المسالك «بأن المقتضى و هو الإلتلاف موجود، و المانع غير صالح للمانع، أما القصد فلا مدخل له فى الضمان و عدمه. كما يعلم من نظائره، و أما تسليط المالك فإنه انما وقع على الحفظ، لا على الإلتلاف، غاية ما فى الباب أنه عرض ماله له، بسبب عدم صلاحيتهما للحفظ، و هو غير كاف فى سقوط الضمان عنهما لو باشراه، بخلاف ما لو تركا الحفظ، و الأقوى الضمان مطلقا.

قلت: لا يخفى ما فيه بعد الإحاطه بما ذكرناه، و التحقيق أن يقال: إن اليد بغير إذن شرعيه، من أسباب الضمان قطعا، من غير فرق بين المكلف و غيره، فلو أودع صبي صبيا أو مجنون صبيا أو مجنون فتلف هى فى يدهما كانا ضامنين لذلك، و الفرق بينهما و بين الدابه، أن لهما ذمه و ملكا، و غيرهما بخلافها، و اى فرق فى أسباب الوضع بين ذلك، و بين الجنايه و الحدث و غيرهما.

نعم فى الفرض قد يتوقف فى ضمانهما بالإهمال، لا لعدم ضمانهما باليد، بل من حيث حصول التلف للمال بسببين، أحدهما من المالك، و هو أقوى من الواقع من أحدهما، خصوصا مع عدم التمييز، فيقوم ذلك مقام الإلتلاف منه فى أيديهما، كما أوماً إليه المصنف، بخلاف ما لو باشرا التلف مع تمييزهما، فإنه لا إشكال فى أن ما وقع منهما فى إيجاد التلف فى الخارج أقوى مما وقع منه، الذى هو إيداعهما، لا تسليطهما على تلفه و حينئذ فالميزان ذلك، و هو الحكم بضمانهما باليد إلا أن يحصل من المالك مباشرة تلف أو تسبب أقوى من تفريطهما، و لعله يختلف باختلاف التمييز و نحوه مما له مدخله فى عله التلف و إيجاده لا ما ذكره ثانى الشهيد من عدم ضمانهما باليد، لعدم الدليل الذى قد عرفت إمكان دعوى القطع بفساده، خصوصا فيما يأخذانه بأنفسهما من دون علم من المالك بسرقة و نحوهما، كما لا يخفى على من له أدنى خبره بفقهاء أهل البيت عليهم السلام و الله الموفق و العالم.

و أما العبد إذا استودع فأُتلف فالأقرب أنه يتبع به بعد العتق، و إن كان الاستيداع باذن مولاه، إذ هى لا تقتضى التزام المولى بذلك حتى فى كسب العبد، للأصل و غيره.

و إن كان بالإهمال مع فرض عدم كون القبول باذن المولى، فعن بعضهم لا شىء للمالك، لعدم جواز قبولها و عدم وجوب الحفظ عليه، فالتضييع للمال من المالك.

و فيه ما عرفت من اقتضاء اليد الضمان، فيتجه حينئذ اتباعه به بعد العتق، كما عن التذكرة و التحرير التصريح به، كما لو كان القبول باذن المولى، و لا رجوع بوجه على المولى حتى بالنسبة إلى كسب العبد، إذ هو أولى من صورته الإلتلاف التى قد عرفت أن الحكم فيها ذلك نعم لو كان تفريط العبد من المولى، و لو بمنعه من الحفظ فالضمان عليه، كما عن بعضهم التصريح به و الله العالم.

و إذا ظهر للمودع أماره الموت و جب الأشهاد بها كما صرح به غير واحد، بل لا أجد فيه خلافا بينهم، نعم فى القواعد إبدال ذلك بالوصية بها، و لعله يريد ذلك ضروره انحصار وجه وجوب ذلك فى لزوم الحفظ، و حرمة التفريط بها،

و ترك ذلك يقتضى ذلك، فان الوارث بدونه يستحق بإرثه جميع ما كان يده عليه، و كذا الديان، و الوصيه بها مع عدم الاشهاد لا يرفع ذلك، فلا محيص حينئذ عن إرادته معنى الاشهاد عليها من الوصيه بها كالعكس، بل هما بمعنى عند التأمل بعد معلوميه انتفاء المعنى المعلوم من الوصيه الراجعه إلى الثلث و نحوه، و من هنا يتجه القول بوجود ما يرفع ذلك و نحوه عنها، من غير تخصيص بالإشهاد و نحوه.

نعم هو قد يجب فى الجملة و ذلك حيث يتوقف رفع ذلك عليه، و إلا- كان مخيرا بينه و بين غيره، و من ذلك يعرف ما فى بعض كتب الأصحاب خصوصا ما فى المسالك و على كل حال فمتى أدخل بما وجب مما يتوقف عليه الحفظ من ذلك ضمن، لكن فى التذكرة و المسالك لا- يستقر الضمان إلى أن يموت، فيعلم التفريط فى أول زمان ظهر فيه أماره الموت، سواء كان ذلك فى ابتداء المرض، أم فى أثنائه.

و فيه أنه يقتضى سقوط الضمان بالإشهاد فى آخر الأزمنه و إن فرط فى أولها، و هو مناف لما تسمعه إنشاء الله من ضمان المفرط بتفريطه، و إن عاد بعد ذلك الى ما يراد منه من الحفظ، و دعوى عدم تحقق التفريط إلا بترك الاشهاد فى جميع الزمان إلى حصول الموت، يقتضى عدم الضمان حينئذ فى أول الأزمنه، بل بالأخير منها الذى تحقق به التفريط، و هو خلاف ما ذكره، فالمتجه حينئذ تحقق الضمان بأول أزمنه التفريط، و إن أشهد بعد ذلك.

هذا كله بناء على جواز بقائها وديعه عنده مع ظن الوفاء، و إلا فقد يقوى وجوب الرد على المالك مع الإمكان و إلا فالحاكم، و إلا- فعدول المؤمنين، و مع فرض التعذر يشهد عليها حينئذ و يوصى بردها، و ذلك لإطلاق وجوب رد الأمانه إلى أهلها، و الخطابات المطلقة فتضيق بظن الوفاء، لعدم الوثوق حينئذ بزمان غيره لامثالها، و التضيق بالمطالبه لا ينافى التضيق بذلك؟

و دعوى اشتراط أصل الوجوب بالمطالبه، يدفعها إطلاق أدله التأديه و الرد و نحوهما، مؤيدا بمعلوميه انفساخ أمانته بموته، و صيروره المال فى يد غيره، و لم يأذن المالك إلا بوضعه فى يديه، و مباشره حفظه بنفسه، و الاشهاد و الوصيه لا ترفع

ذلك، بل قد يؤيده أيضا إيجاب الرد عند السفر، ولا ريب في أولويه المقام منه.

و لعله لذا وغيره حكى عن التذكرة و أكثر الشافعية ذلك، أو ما يقرب منه لكن قيل: إنه رجع عنه بعد ذلك إلى الاكتفاء بالوصية، و ظنى أنه ليس رجوعا، بل كان ذلك منه لبيان الاكتفاء في الجملة و لو في بعض الأحوال، و منه يعلم عدم منافاه ما ذكرنا لإطلاق الأصحاب و جوب الاشهاد المحمول على إرادته بيان القضية المهملة للقطع بعدم إرادته تعيين ذلك على كل حال، فإنك قد عرفت عدم انحصار الطريق فيه، و لعدم الدليل على وجوبه تعبدا كما هو واضح بأدنى تأمل.

و منه يعلم ما في المسالك و غيرها من كتب الأصحاب، بل لعل ما فيها لا يخلو من تناف فلاحظ و تأمل.

و لو لم تظهر له أماره الموت بل مات فجأه مثلا لم يكن عليه ضمان قطعا، لعدم التفريط، خلافا للمحكي عن إيضاح الفخر من الحكم به أيضا، لأن الوصية و الاشهاد سبب في منع الوارث من جحودها، و في جوب أدائها ظاهرا إن علم بها، و في نفس الأمر إن لم يعلم، و ذلك كله سبب للحفظ، فتركه ترك سبب الحفظ، و لا معنى للتفريط إلا ذلك.

و فيه منع كونه مع ذلك سببا عقلا أو شرعا أو عرفا و إلا لوجب الاشهاد على الوديعه من أول قبضها كى لا يكون مفرطا ضامنا، و هو معلوم البطلان، و الاحتمال إذا لم يكن جاريا مجرى العقلاء لا يلتفت إليه كما هو واضح بأدنى تأمل.

نعم حيث يخشى عليهما التلف على وجه جار مجرى العقلاء كما إذا ظهرت أماره الموت اتجه حينئذ جوب الاشهاد و الإيضاء الذى يكون به حفظ الوديعه، من غير فرق بين الوارث و الأجنبي، و لا- عبره بغيره كالأيضاء إلى فاسق، أو بلا- إشهاد أو نحو ذلك، كما لا عبره بالإيضاء بها بلا تعيين لها و لا لمكانها كقول (عندى وديعه)، أو لفلان، أو ذكر الجنس و أبهم الوصف، كما لو قال عندى ثوب لفلان، ضروره عدم حفظها بشىء من ذلك، فيتجه حينئذ ضمانه لها مع فرض معلوميتها عنده إلى الموت

و أن كيفية إشهاده بها كانت كذلك، إذ هو حينئذ كما إذا لم يشهد، من غير فرق مع ذكره الجنس، بين أن لا يوجد في تركته ذلك الجنس، أو يوجد متعددًا أو متحدًا، لحصول التقصير بترك البيان على كل حال، والوجود في التركة لا يقتضى كونه الوديعه، و أصاله بقائها لا تقتضى كونها المشخصه، كى يكون شريكا مع التعذر و مختصا به مع الاتحاد.

و بذلك يظهر لك ما فى المسالك من أنه على تقدير التعدد فهو بمنزله خلطها بماله حيث لا- يتميز، فيكون تفريطا يوجب الضمان ثم قال: و لا يكون الموصى له شريكا فى الثياب الموجوده، لأصاله عدم استحقاقه شيئا فى تركه الودعى، و إن كان ضامنا لحقه، فيرجع إلى المثل أو القيمه، و يحتمل كونه شريكا لأصاله البقاء و إن حكم بالضمان، كما لو مزجه بماله و لو وجد ثوب واحد ففى الحكم به للمالك و جهان، مأخذهما أصاله بقاء حقه الثابت بالإقرار، فيستصحب إلى أن يعلم التلف حملا لإطلاقه على الموجود، لأصاله عدم غيره، و أن الموجود محكوم به تركه ظاهرا و تقصيره فى التمييز اقتضى ضمانها، أما كونها الموجود فلا و لاحتمال أن يكون هو الوديعه- فلا يحكم بها مع قيام الاحتمال، و ترك العمل بظاهر اليد، و على تقدير عدم الحكم له به، هل يحكم بضمان وديعته، قيل: لا، لجواز تلفها بغير تفريط قبل الموت، و الإقرار به لا ينافيه، و قيل: نعم، لأصاله البقاء» إذ لا- يخفى عليك ما فيه، ضروره عدم صلاحيه الأصول للتشخيص، على أن الاحتمال فى الصوره الأخيره آت فى الصورتين الأولتين اللتين جزم بالضمان فيهما، بل جعله فى أولهما ظاهرا، بل قد يقتضى التأمل فى أطراف كلامه أنه غير محرر لموضوع المسأله، و أنه الوديعه المعلومه عنده إلى حال الموت، لكنه ترك الاشهاد بها أصلا، أو ترك المثمر منه، لا الوديعه فى الجملة، فإن ذلك لا يقتضى الضمان بأصاله بقائها، و أصاله عدم الاشهاد بها، فيكفى حينئذ فى ضمان كل وديعه ادعى بها على ميت و أقيمت البينه على أصل استيداعه، و إن احتمل الرد و التلف بغير تعد و لا- تفريط، و نحو ذلك، بدعوى أن ذلك هو مقتضى أصاله بقائها، و أصاله عدم ردها، و أصاله عدم

الاشهاد فيتفتح حينئذ كونه مفرطاً ضامناً، و هو كما ترى لا ينبغي صدوره ممن له أدنى مسكه، ضروره توقف إثبات هذه الأصول ذلك على وسائط تقتضى الأصول عدمها، على أن التفريط من الأمور الوجوديه التي لا يمكن إثباته بالأصول، و إن تقوم بعض أفراده بالعدم، و لكنه ليس هو إلا تعريض المال للتلف، و لو بعدم فعل ما يقتضى حفظه كما هو واضح.

فالتحقيق حينئذ الحكم بالضمان مع العلم بترك الاشهاد فى الوديعه التي هى عنده حال الموت الذى هو التعريض لتلفها، و بعدمه مع قيام احتمال التلف بغير تفريط و لو بعد الإقرار بها عند قيام أماره الموت، بناء على أن الضمان إنما يكون بترك الإشهاد إلى حال الموت، و يمكن أن يكون عدمه لحصول التلف بغير تفريط، لأن الأصل البراءة.

و بذلك بان لك الوجه فى قول المصنف ف لو لم يشهد و أنكر الورثه، كان القول قولهم، و لا يمين عليهم إلا أن يدعى عليهم العلم كما هو الضابط فى الحلف على نفى فعل الغير، سواء كان المراد إنكار أصل الوديعه، أو التفريط بترك الاشهاد، لاحتمال تلفها بغير تفريط، كما اعترف به فى المسالك هنا، قال:

«لو أقر الورثه بالوديعه و لكن لم توجد فى التركه، و ادعى المستودع أنه قصر فى الاشهاد، و قال الورثه: لعلها تلفت قبل أن ينسب إلى التقصير، فالقول قولهم، عملاً بظاهر براءه الذمه»، و قال أيضاً: «يمكن أن يكون المراد إنكار الورثه وجودها فى التركه حيث لم يشهد عليها، و لعلها تلفت قبل حصول ما يوجب الاشهاد» فادعى المالك بقاءها و تقصيره فى الاشهاد، و الحكم فى المسألتين واحد.

و هو صريح فيما ذكرنا، من أن عدم الاشهاد مع العلم بوجود أصل الوديعه لا يقتضى الضمان، لاحتمال كونه للتلف بغير تفريط. و كيف كان ف تجب إعاده الوديعه على المودع أو وليه أو وكيله مع المطالبه فى أول أوقات الإمكان، بلا خلاف، بل الإجماع بقسميه عليه، مضافاً إلى ما دل من الكتاب و السنه على الأمر بأداء الأمانه إلى أهلها، و إلى عدم

جواز وضع اليد على مال الغير بغير إذنه، و الفرض عدمها هنا، لانقطاع الاولى بالمطالبه.

نعم لا ريب فى اعتبار الإمكان عقلا بل و شرعا ضروره عدم التكليف أصلا فى الأول، بل و الثانى، لأن المانع شرعا كالمانع عقلا إذا فرض رجحان مراعاته على وجوب رد الوديعه، بل فى المسالك «و المراد بالإمكان ما يعم الشرعى و العقلى و العادى، فلو كان فى صلاه واجبه أتمها أو بينها وبينه حائل من مطر مانع و نحوه صبر حتى يزول، أو فى قضاء حاجه فإلى أن ينقضى الضرورى منها، الى أن قال: «و هل يعد إكمال الطعام و الحمام و صلاه النافله و انقطاع المطر غير المانع عذرا، وجهان: و استتقرب فى التذكرة العدم، مع حكمه فى باب الوكاله بأنها أعتذار فى رد العين، و ينبغى أن يكون هنا أولى، و هل التأخير ليشهد عليه عذرا؟ قيل: نعم، ليدفع عن نفسه النزاع و اليمين لو أنكر الرد، و قيل: لا، لأن قوله فى الرد مقبول فلا حاجه إلى البيئه، و لأن الوديعه مبنيه على الإخفاء غالبا، و فصل آخرون تفصيلا جيدا فقالوا: إن كان المالك وقت الدفع قد أشهد عليه بالإيداع فله مثله، ليدفع عن نفسه التهمه، و إن لم يكن أشهد عليه عنده لم يكن له ذلك».

قلت: لم أجد فى شىء من النصوص اعتبار الإمكان كى يرجع فى صدقه إلى العرف و لا- العذر حتى يكون الأمر فيه أيضا كذلك، و قد عرفت عدم جواز وضع اليد على مال الغير بغير إذنه.

نعم قد يتعارض وجوب الرد مع الواجبات فيفزع إلى ترجيح، و ربما يرجح رد الوديعه فيما لو كان قد نذر الاعتكاف مثلا سنه فى مكان مخصوص، للضرر على المودع بحبس ماله عليه.

اللهم إلا أن يقال بترجيح كل ما سبق تعلقه عليه، و فيه منع، لان السبق لا يقتضى تأخير امتثال الخطاب الآخر الذى هو مطلق. و لا تخصيصه بذلك: فتأمل.

كما أنه قد يقال: إن إطلاق الأمر بالتأديه يرجع فيه إلى المتعارف فى رد الودائع، فلا يجب عليه شدة الإسراع بركض و نحوه، و إن اقترحه عليه المالك، و كذا قطع الأكل و الحمام و النافله و نحوها، و لعله لذا و نحوه يراد الفوريه العرفيه

لا العقليه فى نفس التأديه.

و بذلك يظهر لك أن الميزان ما ذكرناه، لا الرجوع إلى صدق الإمكان و العذر بعد ان لم يوجد عنوانا فى شىء من الأدله، و تظهر الثمره فى الضمان و عدمه مع التأخير الجائر له و غير الجائر.

و كيف كان يجب الرد و لو كان المودع كافرا لإطلاق الأدله، و خصوص خبر الصيقل و غيره من النصوص المستفيضه (١) و المتواتره المأمور فيها برد الأمانه على صاحبها، و إن كان قاتل على أو الحسين عليهم السلام أو أولاد الأنبياء أو مجوسيا أو شاميا أو حروريا، المعمول بها بين الأصحاب، عدا ما يحكى عن أبى الصلاح من أنه إذا كان المودع حربيا و جب على الودعى أن يحمل ما أودعه إلى سلطان الإسلام، و رماه بعضهم بالشذوذ.

لكن ينبغى النظر فى مثل الفرض المزبور- بعد معلوميه جواز تملك مال الحربى، و أنه فىء للمسلمين، و أنه كالأموال المباحه، و أن له التوصل إليه بكل طريق من الربا و السرقة و غيرهما أنه لا يجوز للودعى تملكه فى هذا الحال، فيكون ذلك خارجا من الرخصه فى تملكه، أو انه و إن جاز له ذلك إلا- أنه يجب عليه رده له و إن ملكه، عملا بالدليلين معا، إلا أنه لا يخفى صعوبه الالتزام بكل منها بل قد يتأمل فى دلاله أدله المقام على مثل ذلك و انما هى مساقه لبيان وجوب رد الوديعه على البر و الفاجر و المسلم و الكافر الذى يمكن تنزيله على محترم المال نحو النصوص فى المقام أيضا الداله على احترام أموال المخالفين معلله بانا معهم فى دار هده الى ان يظهر صاحب الأمر عليه السلام فالمراد حينئذ وجوب رد الوديعه حينئذ على كل محترم المال فى الدنيا للهدنه فيها و ان كان كافرا لا ان المراد وجوب ردها حتى على غير

محترم المال من الكافر الحربى و نحوه مما جاز تملك ماله أو ممن كان للودعى عنده مال غاصب له و أراد المقاصه من وديعته أو نحو ذلك مما تطابقت عليه الأدله على جوازه، و لا أقل من التعارض فى الأدله من وجه، و لا ريب فى

رجحان أدله المقاصه و أدله حليه مال الكافر الحربى مثلا، خصوصا بعد ظهور التعليل فى بعض أدله المقام «بانا معهم فى دار هذنه» فى محترمى المال و بعد إمكان حمل ما هنا على الكراهه من حيث الائتمان بخلاف تلك الأدله.

بل قد يشكل رد المال على الحربى بكونه محكوما بأنه فى ء للمسلمين، و ملك لهم، و لعله لذا سمعت الرجوع فيه إلى سلطان العدل من أبى الصلاح، و بالجملة قد ظهر لك من ذلك كله أنه إن لم يكن إجماع على وجوب الرد حتى على الحربى و حتى على من عليه حق المقاصه و غيرهم، أمكن المناقشه فيه بما عرفت. فتأمل جيدا و الله العالم.

نعم لا- إشكال فى وجوب الرد على من لم يكن كذلك إلا أن يكون المودع غاصبا لها ف انه لا يجب بل لا يجوز ردها عليه، لعدم الوديعه شرعا بل يمنع منها، و لو مات فطلبها وارثه و جب الإنكار مع توقف الحفظ.

و يجب إعادتها على المغصوب منه إن عرف، و إن جهل عرفت سنه، ثم جاز التصديق بها عن المالك، و يضمن المتصدق إن كره صاحبها ل

خبر حفص بن غياث (١) المنجبر ضعفه بعمل الأ-كثر «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل من المسلمين أودعه رجل من اللصوص دراهم أو متاعا، و اللص مسلم فهل يرد عليه قال: لا- يرد، فإن أمكنه أن يرده على صاحبه فعل، و إلا كان فى يده بمنزله اللقطه يصيبها فيعرفها حولا، فإن أصاب صاحبها ردها عليه، و إلا تصدق بها، و إن جاء بعد ذلك خيره بين الأجر و الغرم فان اختار الأجر فله و إن اختار الغرم غرم له، فكان الأجر له.»

خلافًا للحلبى و الحلّى - فأوجبا ردها إلى إمام المسلمين، و مع التعذر يبقى أمانه ثم يوصى بها إلى عدل إلى حين التمكن من المستحق، و عن الفاضل فى المختلف أنه قواه، لأنه أحوط، و لضعف الخبر الذى قد عرفت انجباره،- و للمفيد و الديلمى

فأوجبا إخراج الخمس قبل التصدق، و لم يذكر التعريف، و للفاضل فى الإرشاد، و تبعه الشهيد الثانى فخير بين الصدقه بها- بعد الياس و التعريف- مع الضمان، و إبقائها أمانه، بل لعله ظاهر المصنف.

إلا أن الجميع كما ترى خصوصا بعد ما سمعت من الخبر المعمول به بين الأصحاب الموافق للمعلوم من حكم مجهول المالك الذى ما نحن فيه فرد منه، و لا ينافيه التعريف سنه الذى هو حكم اللقطه، لا مجهول المالك الذى حد التعريف به اليأس لا السنه، لإمكان حمل الخبر

المزبور على إرادته حصول اليأس بذلك غالبا، أو على إرادته بيان أن الفرض مثل اللقطه التى عرفت حولا فى أصل التصدق بها و الضمان بقربنه قوله «و إلا» المراد منه عدم إمكان رده على صاحبه، حتى بالتعريف لحصول اليأس منه.

و لعل ذلك على سبيل الوجوب، للأمر به، و كونه طريقا من طرق الإيصال اللهم إلا أن يكون المراد بالأمر الرخصه فى ذلك، لأنه فى مقام توهم الحظر، و لأن الأمر به على حسب الأمر به فى اللقطه، المخير فيها بينه و بين إبقائها أمانه. و لأن فى الوجوب ضررا عليه، باحتمال الغرم.

و لعله لذا كان خيره الفاضل و ثانى الشهيدين ما عرفت، و لعل الأولى من ذلك دفعه إلى إمام المسلمين أو نائبه الذى هو ولى من لا- ولى له، ليسلم به من الضمان، و هو الذى لمح الحلبى و الحللى، و لا- مانع منه على إرادته الجواز أما الوجوب فهو مناف لظاهر أمر من فى يده بالصدقه به.

ثم إن الضمان على تقديره هل هو بمعنى رده على صاحبه لو جاء و لم يجز أو بمعنى كونه كسائر الديون، فيجب الإيضاء به، و يجب على الورثه، وجهان: أو لهما أنسب بأصل البراءه، و ثانيهما أنسب بقاعده «على اليد» و «من أتلف» و «عدم إجازته الفضولى».

و على كل حال ف لو كان الغاصب مزجها بماله، ثم أودع الجميع فإن أمكن المستودع تمييز المالىن، رد عليه ماله و منع الآخر بلا خلاف و لا إشكال،

و ان لم يمكن تمييزهما و لو بالقسمه الإجباريه و جب إعادتهما على الغاصب عند الأصحاب على ما نسبه إليهم غير واحد، بل عن الغنيه و السرائر الإجماع عليه، تقديمًا لاحترام المال المعلوم مالكة، على غيره الذى لا يمكن معرفته ليرد على صاحبه.

لكن فى المسالك و تبعه عليه غيره «إن الأوفى بالقواعد رده على الحاكم مع إمكانه، ليقسمه و يرد على الغاصب ماله، و مع تعذره يحتمل قويا جواز تولى الودعى القسمه إن كان مثليا، و قدر حق الغاصب معلوما، جمعا بين الحقين، و القسمه هنا إجباريه، للضروره، تنزيلا للودعى منزله المالك، حيث قد تعلق بضمانه، و للحسبه، و لو امتزج على وجه لا يعلم القدر أصلا ففيه إشكال، و يتوجه حينئذ ما أطلقه الأصحاب إن لم يمكن مدافعه الغاصب على وجه يمكن معه الاطلاع على الحق، و يحتمل عدم جواز الرد مطلقا مع إمكانه، إلى أن يعترف الغاصب بقدر معين، أو يقاسم لاستحاله ترجيح حقه على حق المغصوب منه، مع تعلق الودعى بالحقين».

قلت: لعل المتجه أولا قيام عدول المؤمنين مقام الحاكم مع تعذره و وكيله، فان تعذروا فالودعى أو غيره ممن يقوم مقامهم فى الحسب، كما أن المتجه الرجوع إلى الحاكم فى صوره عدم العلم بالقدر، بل لعلها أولى من الأولى التى يمكن دعوى خروجها عن موضوع كلام الأصحاب، المفروض فيه عدم إمكان التمييز حتى بالقسمه بعدم العلم بالقدر، و ربما يكون المتجه حينئذ ضمان الغاصب له بالمثل أو القيمه أو الرجوع إلى الصلح معه من الحاكم أو من يقوم مقامه مع تعذر المالك، و حينئذ يكون هو الوجه فى الأمر برد الجميع على المالك، مضافا إلى الإجماع المزبور.

[الأمر الثاني في موجبات الضمان]

إشاره

الأمر الثاني: في موجبات الضمان و ينظمها قسمان: التفريط و التعدى بل قسم واحد، و هو التقصير و إن حصرها بعضهم في سته: الانتفاع بها، و الإيداع، و التقصير في دفع المهلكات، و المخالفه في كيفية الحفظ، و التضييع بأن يلقيا في مضيعه، و الجحود، و الأمر سهل بعد معلوميه عدم ضمانها بدونهما إجماعا بقسميه و نصوصا، و الضمان مع كل منهما كذلك، لصدق الخيانه المقابله للايتمان المجمعول في النصوص سببا أو عنوانا لعدم الضمان، و لصدق الإلتلاف و التضييع في الأول منهما، و النصوص المتقدمه(١) في باب الرهن و المضاربه المشتمله على الضمان بالتعدى و الاستهلاك، بعد معلوميه اشتراك الجميع في الحكم المزبور، باعتبار كونها أمانه.

و ما في بعض النصوص (٢) من عدم ضمان الثوب المرهون إذا تلف بترك نشره، معرض عنه، و إن أفتى به بعضهم، لكنه شاذ مع إمكان حمله على ما إذا لم يكن تفريطا، أو بنهى المالك عنه، أو غير ذلك مما لا بد منه، للجمع بين النصوص

التي لا خلاف معتد به في الفتوى بها بالنسبه إلى ضمان كل أمانه بهما.

مضافا إلى

مكاتبه محمد بن الحسن (٣) أبا محمد عليه السلام «رجل دفع إلى رجل وديعه فوضعها في منزل جاره، فضاعت هل يجب عليه إذا خالف أمره و أخرجها عن ملكه فوقع عليه السلام هو ضامن لها إنشاء الله».

و كيف كان فقد فرق بينهما في المسالك بأن التعدى فعل ما لا يجوز فعله كلبس الثوب و نحوه و

[القسم الأول في التفريط]

أما التفريط فأمر عدمي، و هو ترك ما يجب فعله من الحفظ

١- ١ الوسائل الباب- ٧- من أبواب أحكام الرهن و الباب- ١- من أبواب أحكام المضاربه.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٦- من أبواب أحكام الرهن الحديث- ١.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٥- من أبواب أحكام الوديعة الحديث ١.

و نحوه، قلت: قد عبر عنه فى نصوص الرهن بالاستهلاك و التضييع و نحو ذلك مما هو أمر وجودى أيضا، و إن تقوم بعض أفراده بالعدم، فلا- يكفى حينئذ فى إثباته بالأصل كما أشرنا إليه سابقا و لذا جعل المصنف و غيره من أمثله أن يطرحها فيما ليس بحررر و يذهب عنها، و لم يبق مراعىا لها بعينه التى هى حررر أيضا، و لا ريب فى أنه وجودى.

نعم قوله أو يترك سقى الدابه أو علفها، أو يترك نشر الثوب مثلا الذى يفتقر إلى النشر

قد يتوهم منه ذلك، لكن المراد استهلاكه و تضييعه بترك ذلك، لا أن مجرد عدم ذلك و لو لإكراه و نحوه تفريرر منه، فىكون حينئذ وجوديا، و لعل الأمر فى ذلك كله سهل بعد الاتفاق على عدم قبول دعوى المودع عليه بذلك من دون بينه، و لو لأنه أمين يصدق فى دعوى عدم التفريرر، أو لأن قوله موافق لأصله البراءه من الضمان الذى هو غير محتاج إلى واسطه، بخلاف عدم نشر الثوب الذى هو واسطه فى إثبات الضمان.

و كيف كان فهو سبب من أسباب الضمان بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، فلا تفاوت حينئذ بين التلف به أو بغيره كيد العدوان التى هى سبب فيه و إن تلف بآفه سماويه، و ليس ذلك لانفساخ الوديعه، بل هى باقيه، للأصل، و عدم المنافاه بذلك فى الأثناء لها، نحو ما سمعته فى مال المضاربه الذى قد تعدى فيه العامل، فإنه يقتضى الضمان و إن بقى العامل على مضاربهته، و تسببه الضمان على هذا الوجه، إما للإجماع، أو للخيانه، أو للمكاتبه المزبوره أو لنصوص الرهن و المضاربه المشتمله على الضمان به و بالتعدى، من غير تقييد بالتلف فى خصوص ما صدر منه من التفريرر و التعدى، و اختصاص المورد فى بعض النصوص لا- يقتضى تخصيص الوارد، إنما الكلام فى اقتضاء ذلك الضمان منه، حتى لو كان الجهل باحتياج الوديعه لذلك أو نسيان أو اكراه أو نحو ذلك مما يكون الودعى معذورا فيه شرعا، و جهان و فى القواعد «و لو ضيع بالنسيان فالأقرب الضمان» كما عن التحرير و الإيضاح

و جامع المقاصد، و هو متجه لو ثبت تسببه على وجه يشمل الغافل و الناسى و نحوهما ممن هو غير مكلف، و بذلك يفرق بين الإلتلاف و بينه، بناء على ثبوت من أتلّف أو نحوه مما يشمل هؤلاء أجمع.

و دعوى اقتضاء إطلاق (١)

«على اليد»

ذلك، إنما خرج الوديع الذى لم يقع منه ذلك و لو نسيانا.

يدفعها أنه ليس بأولى من القول بأن إطلاق ما دل على عدم ضمان الأمين يقتضى العموم، و أقصى ما خرج منه العامد الآثم، دون غيره، و لعل هذا أولى، و لا أقل من الشك، و الأصل البراءة.

لكن الإنصاف إمكان ما يقضى بتسبب مباشره الإلتلاف و نحوه، مما يصح النسبه معه حتى مع الغفله و النسيان، و لعل هذا هو المدار فى التفريط و التعدى فما كان من أفرادهما كذلك ضمن حتى مع النسيان، و إلا فلا و الله العالم.

و كيف كان فلا إشكال فى الضمان فى الجملة بما سمعت من أمثله التفريط أو يودعها من غير ضروره و لا إذن فإنه كذلك، للخبر السابق (٢) و للتعدى فيها، من غير فرق بين الزوجه و العبد، و الخادم و نحوهم، مع فرض

عدم قرائن حاله أو مقالیه تقتضى الإذن بذلك و لا بين الثقة و غيره، و لا بين أن يجعل ذلك الغير مستقلا بها و شريكا فى الحفظ، بحيث يغيب عن نظره.

و فى المسالك «هو موضع وفاق، و لأنه تصرف فى مال الغير بغير إذنه لأن المالك لم يرض بيد غيره و أماتته- بل قال:- و فى حكم مشاركه غيره فى الوديعه وضعها فى محل مشترك فى التصرف، بحيث لا- يلاحظها فى سائر الأوقات، سواء كان خارجا عن داره أم غير خارج، نعم لو كان عند مفارقتة لضروراته يستحفظ من يثق به، و يلاحظ المحرز فى عوراته، رجح فى التذكرة اغتفاره لقضاء العاده به، و لأنه إيداع عند الحاجة».

١-١ المستدرک ج ٢ ص ٥٠٤.

٢-٢ الوسائل الباب- ١٨- من أبواب اللقطه الحديث ١.

قلت: لعله كذلك فيه و في كل ما جرت العاده به في الودائع التي يمكن دعوى بناء العقد على ذلك، و على فهمها من الإطلاق، و الأمر سهل.

إنما الكلام في الضروره التي ذكرها المصنف قال في المسالك: «لو حصل ضروره الإيداع بأن خاف عليها من سرق أو حرق أو نهب أو أراد سفرا و تعذر ردها إلى المالك أو وكيله، دفعها إلى الحاكم، و لا يسمى ذلك إيداعا، فان تعذر أودعها العدل، و هذا هو الخارج بالقيد، فلا يجوز إيداعها للضروره ابتداء، بل على الوجه الذي فصلناه، و سيأتي في كلامه التنبيه عليه» إلى غير ذلك من كلامهم الظاهر في جعل الضروره عنوانا لجواز الإيداع لكن ليس في شيء من النصوص ذلك كي يرجع في مصداقها إلى العرف، و أن السفر للدنيا أو للآخرة أو للزاهه و نحوها منها أولا.

ثم إنه مع تعذر الحاكم ينبغي الرجوع الى عدول المؤمنين القائمين مقامه في الحسب ليكون علم الرد للمالك لا إيداعا للضروره كما سمعته من المسالك، و احتمال إرادته ذلك من إيداع العدل يدفعه قوله: إن هذا هو الخارج بالقيد إلى آخره، على أنه مع تسليمه قد يناقش بعدم كونه إيداعا عرفا أيضا مع فرض عدم إذن المالك له، و رخصه الشارع له فيه لا تصيره وديعه عرفا، و دعوى حصول الإذن من المالك له في هذا الحال واضح المنع، فليس حينئذ إلا القول بأنه مخاطب بحفظها من جهتين، إحداهما من حيث كونه وديعه، و الأخرى من حيث أنها مال محترم، فمع فرض الضروره يتعين عليه ملا حظه الجبهه الثانيه، فيودعها لذلك، و ليس هذا وديعه اصطلاحا، إذ هي استنابه من المالك في الحفظ، و إنما هو وضع منه لحفظها، في يد غيره لأن له ولايه عليها بالنسبه إلى حفظها و إن لم يكن له ولايه على مالها.

فاستثناء الضروره حينئذ من عدم جواز الإيداع بهذا المعنى، لا أن المراد جواز الإيداع من حيث كونه وديعه، لكن حال الضروره على معنى صيروره الإيداع حالها من أفراد الحفظ الذي قد استفيد الإذن فيها من عقد الوديعه، فتأمل جيدا فإنه يترتب على ذلك ثمرات.

و به يظهر الفرق بين حالى الضروره، و الإذن الذى مرجعه إلى الرخصه من المالك فى حفظ الوديعه بهذا الفرد الذى لم يفهم من الإطلاق، و هل يكون الوديع الثانى حينئذ وديعا للمالك فلا يفسخ بموت الوديع الأول مثلا أو أنه وديع له لا المالك.

ثم إنه هل يحكم بالضمان مثلا بمجرد الإيداع، حتى يعلم الضروره أو الإذن، أو يحكم بالبراءه حتى يعلم عدم الضروره و الإذن، وجهان: و فى تصديق الأمين فى دعوى الضروره و الأذن وجه، و إن كان يقوى خلافه فى الأخير، كما أنه قد يقوى الحكم بالضمان بمجرد الإيداع مثلا أو السفر بها مع عدم ثبوت الضروره و الإذن و لو بدعواه ذلك، بناء على تصديقه لموت و نحوه فتأمل.

و على كل حال فقد ظهر لك أن من التفريط أو التعدى أن يودعها على الوجه المزبور.

أو يسافر بها كذلك بلا ضروره و لا إذن مع خوف الطريق و أمنه بلا خلاف أجده فيه، لعدم تناول إطلاق العقد السفر الذى هو نوع تغير بها إلا مع القرينه، كما لو أودعه فى حال السفر أو نحو ذلك، و البحث فى الضروره و الإذن على نحو ما سمعته فى الإيداع، حتى بالنسبه إلى الرد على المالك أو وكيله أو الحاكم، بل فى التذكرة «لو سافر بها مع القدره على صاحبها أو وكيله أو الحاكم أو الأمين ضمن عند علمائنا أجمع، سواء كان السفر مخوفا أو غير مخوف» بعد أن صرح بعدم لزوم المقام عليه، لحفظ الوديعه، لأنه متبرع بإمساكها، و إنما يلزمه حينئذ الرد إلى المالك أو الوكيل أو الحاكم أو الأمين كما أنه فى محكى المبسوط نفى الخلاف عن عدم الضمان بالرد إلى الحاكم أو العدل، إذا أراد السفر، قال: «لأن السفر مباح، فلو قلنا: ليس له ردها لمنعاه من المباح الذى هو السفر».

نعم فى المسالك هنا «فان تعذر أودعها العدل، فان فقد فلا يخلو إما أن يخاف عليها مع إبقائها فى البلد أو لا فان خاف جاز السفر بها كما سيأتى، و هو الموافق لمفهوم عبارته هنا، و إن لم يخف عليها فمفهوم قوله كذلك أى كالسابق، و هو عدم

الضروره و الإذن أنه لا يجوز السفر بها حينئذ، و هو كذلك، لأن الإذن مع الإطلاق إنما يتناول الحفظ فى الحضر عملا بالعادة، و لان السفر لا يخلو من خطر فى الجملة، و للخبر إلى آخره» و الخبر هو

قوله عليه السلام (١) «إن المسافر و ماله لعلى تلف إلا ما وقى الله»

لكن هل يجب عليه الإقامة حينئذ مع عدم كون السفر ضروريا له، أو يجوز له السفر بها ضامنا لها و المحكى عن التذكرة بل و التحرير التخيير بين الأمرين الإقامة، أو السفر بها ضامنا لها.

قلت: قد يقال: إن المتجه الأول للمقدمه، و إليه يرجع ما فى المسالك حيث أنه بعد أن حكى عن التذكرة ما سمعت، قال: «و الأجد

المنع» لكن الإنصاف أنه ينبغى التقييد بما إذا لم يتمكن من حفظها فى محلها و إن سافر عنها، على وجه لا يعد كونه مفرطا فيها و مضيعا لها، و إلا جاز له السفر مع ذلك، بل قد يقال: بأن له مصاحبتها فى سفره حافظا لها مع فرض عدم إمكان حفظها مع السفر عنها، و لا تجب الإقامة معها، و لا ضمان عليه إذا لسفر أن لم يكن ضروريا له، حال ضروره تجوز له مصاحبته، كما جوزت له إيداعها من الثقة الذى قد عرفت عدم جوازه إلا مع الإذن أو الضروره التى منها اراده السفر و ان لم يكن ضروريا، فتأمل.

و من ذلك يعلم أنه لو فرض كون السفر ضروريا له أو ضروريا لها سافر بها حينئذ، و لا ضمان عليه قال فى التذكرة: «لو اضطر الى السفر بالوديعة بأن يضطر الى السفر و ليس فى البلد حاكم و لا ثقته، و لم يجد المالك و لا وكيله، أو اتفق جلاء لأهل البلد، أو وقع حريق أو غاره أو نهب، و لم يجد المالك و لا وكيله و لا الحاكم و لا العدل، سافر بها و لا ضمان إجماعا، لأن حفظها حينئذ فى السفر بها، و الحفظ واجب، فإذا لا يتم الا بالسفر بها كان السفر واجبا، و لا نعلم فيه خلافا».

و فى محكى المبسوط إذا كان البلد مخوفا بفرع من النهب و الحريق فله أن يسافر بها، و لا ضمان عليه بلا خلاف.

و لعل المحصل من كلامهم مسائل، منها: ان له السفر و ان لم يكن ضروريا له، و لا يحرم عليه السفر من جهتها كما سمعته من المبسوط و التذكرة، إلا أنه يجب عليه الرد المزبور، و قد يناقش فيه أن لم يكن إجماعا بأنه مخالف للسيره المستمره فى جميع الأعصار و الأمصار على السفر من الوديعين بدون ذلك، و الإكتفاء ببقائها فى حرزها اللائق بها فى داره التى بيد زوجته و أولاده و عياله، و ليس ذلك ايداعا لها عندهم، بل هو نحو اللبث أيا ما عديده لما دون المسافه للاعتكاف و غيره، و الوديعه فى حرزها بيد الناظر لها و لداره من عياله و غيرهم، و مع التسليم يتجه وجوب القيام عليه مقدمه للحفظ الواجب عليه.

و احتمال أن له فسخها فى كل وقت، باعتبار كونها عقدا جائزا فيردها حينئذ إلى المالك أو وكيله أو الحاكم، أو يودعها إلى الأمين.

يدفعه ما تسمعه من المصنف و غيره من عدم جواز دفعها الى الحاكم مع عدم العذر، و أنه يضمن بذلك، و ما تقدم سابقا من عدم جواز إيداعها إلى الثقة إلا لضروره، و الفرض عدمها مع عدم كون السفر ضروريا له.

و منها وجوب السفر بها مع الخوف عليها مقدمه للحفظ الواجب عليه، و قد يناقش بعدم ثبوته على الإطلاق، كى يكون ذلك واجبا عليه للمقدمه، و لعله لذا جزم فخر الإسلام فيما حكى عنه بعدمه، قال «لا يجب السفر عليه لأجلها و إن خاف تلفها بدونه، بل إن اختار السفر وجب عليه استصحابها فلا- يكون السفر واجبا، و إنما يجب مصاحبها لو اختاره» بل لعله ظاهر كل من عبر بجواز السفر، كالمصنف فيما يأتى و غيره، و دعوى إرادته الأعم من الوجوب ممنوعه فتأمل جيدا و ربما يأتى لذلك تتمه إنشاء الله.

و منها التخيير بين السفر بها ضامنا لها أو لا و الإقامة مع تعذر النفقه و قد عرفت الحال فيه.

و من التفريط أو التعدى أيضا طرح الأقمشه أو الكتب و نحوهما فى المواضع التى تعفنها أو تفسدها مده تكون به كذلك عادة، بل فى المسالك «يمكن

اعتبار كونه ضررا لها مطلقا، فلا يجوز وضع الثوب في موضع يعفنه و إن عزم على نقله قبل الفساد، نظرا إلى أنه ليس بحرر له عادة» و إن كان هو كما ترى، ضروره ملاحظه طول المكث و قصره في الحرز عاده كما هو واضح.

و كذا يضمن لو ترك سقى الدابه و علفها مده لا تصبر عليها مثلها في العاده فماتت به لتحقق التفريط، بخلاف موتها قبل ذلك فإنه لم يتحقق التفريط، و الأصل البراءه من الضمان.

نعم لو اتفق بقاؤها و عدم فوتها بذلك كانت داخله في ضمانه، كما أنه لو نقصت بالترك المزبور ضمن النقص.

قال في التذكرة لو امتنع المستودع من ذلك، و عن السقى و العلف حتى مضت مده تموت مثل تلك الدابه في مثل تلك المده نظر، إن ماتت ضمنها، و إن لم تمت دخلت في ضمانه، و ان نقصت ضمن النقصان، فان ماتت قبل مضى تلك المده لم يضمها» و مرجعه إلى ما ذكرناه من عدم تحقق التفريط قبل مضيتها كما أن مرجع ما ذكره المصنف إلى ذلك، لا إلى إرادته اختصاص الضمان بالموت به، كي يكون منافيا للمعلوم المقطوع به عندنا، من ضمان ما تحقق به التفريط إن تلفت بأى سبب يكون.

و بذلك يعرف ما في المسالك، فإنه بعد أن ذكر ذلك قال: «فتعليق المصنف الحكم على موتها بسبب ترك ذلك مده لا تصبر عليه عاده، إن أريد به هذا المعنى، فلا إشكال من هذه الحثيه، لكن يشكل اختصاص حكم الضمان بموتها، مع أنها قد صارت مضمونه بالتفريط، و من شأن المضمون أن لا يفترق الحال بين تلفه و نقصه بذلك السبب و غيره و سيأتي له نظائر كثيره في كلامه، و إن أراد به معنى آخر أخص مما ذكرناه كما هو الظاهر، أشكل الحكم مما سبق، و من توقف الضمان على ترك هذه المده، مع أن الواجب القيام بالمعتاد منه و بتركه يتحقق التفريط.

إذ لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطه بما ذكرناه، من أن مراد المصنف العلم بتحقيق التفريط بذلك، إذ ترك المعتاد مع فرض عدم التعريض به لتلف مثل هذه الدابه لا يعد تفريطا قطعيا، و إن قلنا بوجوبه عليه للعاده، ثم قال: «و في عبارته

العلامه ما هو أبلغ مما هنا، فإنه قال فى التذكره و حكى ما حكيناه ثم قال: هذه عبارته، و قد علق الضمان فيها كما ترى على ترك ذلك مده يموت فيها عاده، لا- تأخيرها زياده على المعتاد، و لا زياده على ما تصبر عليه عاده، مع أنك قد عرفت معنى عباره المصنف، و أن مرجعها إلى ما ذكرناه من عدم تحقق التفريط بدونه، و عدم الضمان بالموت قبله.

[القسم الثانى فى التعدى]

القسم الثانى فى التعدى الذى قد عرفت تسببه الضمان و هو مثل أن يلبس الثوب مثلا للانتفاع به أو بلا قصد لا أن يلبسه لحفظه أو يركب الدابه كذلك أو يخرجها من حرزها لينتفع بها نعم لو نوى الانتفاع لم يضمن بمجرد النيه للأصل و عدم صدق الخيانه بالعزم على الانتفاع بها فيما يأتى من الزمان، و لكن لم يفعل، و لم يغير نيته فى قبضه عن المالك.

أما لو نوى الغصب فى استدامه القبض صار ضامنا و غاصبا لكونه كما لو قبضها من أول الأمر على وجه الخيانه، لا الأمانه على ما اعترف به فى المسالك، إلا أنه قال بعد ذلك: و فى تأثير النيه فى استدامه الأخذ كما يؤثر فى ابتدائه وجهان: من ثبوت اليد فى الموضوعين مقترنا بالنيه الموجب للضمان، و من أنه لم يحدث فعلا مع قصد الخيانه، و الشك فى تأثير مجرد القصد فى الضمان، و تردد فى التذكره، و يتحقق ذلك فى صور منها: أن ينوى الأخذ و لم يأخذ أو الاستعمال و لم يستعمل أو أن لا يرد الوديعة بعد طلب المالك و لم يتلفظ بالجحود، و غير ذلك فقد جزم المصنف فيما سبق بأنه لو نوى الانتفاع لم يضمن بمجرد النيه».

قلت: لا- يخفى عليك انفساخ الوديعة بتجديد النيه فى استدامه القبض أنه له لا للمالك، فان قبول الوديعة كاجابها محتاج إلى استدامه النيه السابقه، و لذلك قال الفاضل فى القواعد فى كتاب الغصب: «ان المودع إذا جحد أو عزم على المنع فهو

من وقت الجحود و العزم غاصب» و وافقه عليه غيره، مع أنك ستسمع فى الضمان بالجحود ما يؤكد ذلك.

كما أنه مما ذكرنا ظهر لك الفرق بين نيه الانتفاع بمعنى العزم عليها فيما يأتى من غير تغيير فى استدامه القبض عن المالك، و بينها مع التغيير المزبور، و به يجمع بين كلام الفاضل فى الغصب الذى سمعته، و كلامه هنا، و هو «لو نوى الأخذ للانتفاع و لم يأخذ به لم يضمن، بخلاف الملتقط الضامن بمجرد النيه، لأن سبب أمانته مجرد النيه، و كذا أى يضمن لو جدد الإمساك لنفسه، أو نوى بالأخذ من المالك الانتفاع».

و لعله أولى مما ذكره الشهيد فى المحكى عن حواشيه من الجمع بينهما إن لم يرد ما قلناه، فلاحظ و تأمل فيه، بل و فى ما ذكره الفاضل من الفرق بين اللقطه و الوديعة، و الأمر سهل بعد معرفه التحقيق فى أصل المسأله.

و على كل حال ف لو طلبت منه فامتنع من الرد فى أول أوقات الإمكان الذى هو بمعنى التمكين منها مع قدره عقلا و شرعا و عرفا على الوجه الذى تقدم سابقا ضمن لانقطاع الإذن بالاستتابة فى حفظها، و تغيير يد الايمان حينئذ بيد العدوان كما عرفته فيما مضى مفصلا.

و كذا يضمنها لو جردها بعد طلبه منها ثم قامت عليه بينه أو اعترف بها لما عرفت من انقطاع الإذن ببقائها بالطلب، فهى حينئذ فى يده مضمونه عليه، مضافا إلى خيانتة بجحوده، و لو جردها ابتداء أو عند سؤال غيره ففى المسالك «لم يضمن لأن الوديعة مبنيه على الإخفاء فإنكاره لها بغير طلب يوجب الرد أقرب إلى الحفظ و هو كذلك مع العلم بأن جحوده لها لذلك.

أما إذا علم كونه لإرادته غصبها فالمتجه الضمان، لانقطاع قبولها وديعه حينئذ بل قد يقال بذلك بجحوده الذى لا يعلم حاله، أخذا بظاهره، إلا أن أصله البراءة و استصحاب الامانه و غيرهما يقتضى العدم، و لعله الأقوى.

و لو لم يطلبها المالك، لكن سأله عنها أو قال: لى عندك وديعه، فأنكر، ففى

أحدهما: العدم كما عن التذكرة، لأنه لم يمسكها لنفسه، و لم يقر يده عليها بغير رضا المالك، حيث لم يطلبها و مجرد السؤال لا يبطل الوديعة، و لا يرفع الأمانة بخلاف الطلب.

و الثانى ثبوته لأن جوده يقتضى كون يده ليست عن المالك، لأن نفي الملزوم يقتضى نفي لازمه من حيث هو لازمه، فلا يكون أمينا عنه، فيضمن كما عن الفخر و الكركى، و قد عرفت فيما مضى قوته، و أنه لذلك يكون غاصبا، و لو أظهر بجوده عذرا بنسيان و نحوه لم يضمن إن صدقه المالك، و إلا ضمن عملا بظاهر الحال، و أصاله عدم النسيان، و ستسمع فى المسألة السابعه فى اللواحق ما يؤكد ذلك.

نعم لو كان الجود لمصلحه الوديعة بأن يقصد به دفع ظالم أو متغلب و نحو ذلك لم يضمن، ضروره بقاء يده على الأمانة. و زياده الإحسان فى الفرض و الله العالم.

و يضمن لو خلطها بماله بحيث لا يتميز بلا خلاف أجده، للتعدى بالتصرف الذى لا إذن فيه، سواء كان بأجود أو مساو أو أردى، بل لو خلطها بمال للمودع كذلك ضمن أيضا، سواء كان وديعه أيضا عنده أو أمانه أو غصبا، و منه يعلم أن سبب الضمان العدوان، لا الشركه.

نعم فى المسالك و غيرها عدم الضمان مع تمييز المالكين إن لم يستلزم المزج تصرفا آخر غير المزج منها عنه (١)، كما لو كان المال فى كيس مختوم و نحو ذلك، فالضمان المنفى على تقدير الامتياز من حيث المزج، و إن أوجبا الضمان من حيثيه أخرى و لعله كذلك، للأصل، ان لم نقل بتحقيق العدوان فى نفس الخلط و المزج، باعتبار كونه تصرفا فى الوديعة غير ما هو نائب فيه، و لا من مقدماته، و إلا ففيه إشكال.

و كذا يضمن لو أودعه مالا فى كيس مختوم أو فى صندوق مقفل أو مدفونا ففتح ختمه و قفله و نبشه و إن لم يكن بقصد أخذ شىء منه، و كذا ما أشبه الختم فى الدلالة على قصد المالك الإخفاء كالخياطه و نحوها.

نعم فى المسالك و محكى التذكرة عدم الضمان فى حل ما يقصد به المنع من الانتشار و إن كان للأخذ و لم يأخذ، مع إمكان المناقشه فىه، بأنهما معا تصرف غير مأذون فىه، فهو تعد عما هو نائب فىه، فىضمن أيضا كما اعترف به فى جامع المقاصد اللهم إلا أن يقال بكون العدوان الذى يتبعه الضمان خصوص ما يصدق علىه الخيانه عرفا من التصرف، لا مطلقا و إن أثم به، باعتبار عدم الإذن فىه.

و لعله لذا جزم الأردبىلى فىما حكى عنه «بأنه لا ضمان فى شىء من ذلك، حتى فى فتح الختم، للأصل، و عدم التصرف و التقصير فى الحفظ، و لم يثبت كون هتك الحرز موجبا للضمان، و لا بد له من دليل»، و هو جيد إن لم يكن دليله الإجماع على الضمان بالتعدى الذى هو التجاوز عما يقتضيه إطلاق عقد الوديعه، و إن لم يصدق به الخيانه أو أنها تتحقق به، مضافا إلى ما يمكن دعوى استفادته من نصوص الرهن و المضاربه من الضمان بالتعدى مطلقا، هذا كله فى الختم من المالك.

أما إذا كان من الوديع ففتحه لم يضمن على ما صرح به غير واحد، إلا إذا كان بأمر المالك بعد الاستيداع أو قبله، فإنه كختم المالك، و من ذلك يعلم الحال فىما قيل: من أن المراد بالضمان فى المتن و غيره ضمان المظروف، كما صرح به جماعه، و أما الظرف فى ضمانه وجهان، و استقر فى التذكرة العدم، لأنه لم يقصد الخيانه فى الظرف، مع انه حكى عنها التوقف فى الضمان بعد الدراهم الغير المختومه أو وزنها أو ذرع الثوب من انه تصرف فى الوديعه، و من أنه لم يقصد الخيانه و رد بأن المعترف فى الضمان التعدى بالتصرف فى الوديعه بما لا يقتضيه إطلاق عقدها، لا قصد الخيانه، و لا يخفى عليك بعد الإحاطه بما ذكرنا وجه الكلام فى المسأله.

و منه يعلم ما عن المبسوط و التذكرة و التحرير، و فى المسالك من أنه «لو خرق الكيس، فان كان الخرق تحت موضع الختم فهو كفض الختم، و إن كان فوقه لم يضمن إلا نقصان الخرق».

و كذا يعلم منه الحال أيضا فىما لو أودعه كيسين فمزجهما بآخر حتى مع اتحاد المالك، بل فى المسالك «يمكن إرادته تعميم الحكم بالضمان بمطلق المزج،

لاستلزامه التصرف فى المالىن بغير اذن المالك، حيث اقتضى إخراج أحدهما من كيسه و صبه على الآخر، و الظاهر أنه يضمن المخرج مطلقا، و أما الأخير فإن كان مختوما ضمنه، و إلا فلا مع بقاء التمييز لأنه لم يحدث فيه تصرفا ممنوعا منه مع احتمال الضمان و هو قول لبعض الأصحاب.

قلت: قد عرفت الوجه فى جميع ذلك، و ربما كان فى كلامه هنا منافاه لما ذكره سابقا فى الخلط، هذا كله إذا كان الكيسان للمودع أما إذا كانا للوديع فلا- ضمان مع بقاء التمييز، لان له نقل الوديعه من محل إلى غيره، و له تفرغ ملكه، و لا يتعين عليه الحفظ فيما وضع فيه أولا.

و لو أتلّف بعض الوديعه المتصل ضمن الباقي، كما لو قطع يد العبد و بعض الثوب و لو كان منفصلا أو الإتلاف خطأ ففى القواعد «ضمنه خاصه كما لو أخرج بعض الدراهم و قد يشكل مع صدق الاتحاد عرفا بتحقيق الخيانه، بل قد يدعى أن المدار فى الاتحاد إيداع الجميع بعقد واحد، إلا أنه لا يخلو من بحث و الله العالم.

و كذا يضمن الأمين على الدابه مثلا لو أمره بإجارتها لحمل أخف، فأخرها لأثقل أو لأسهل فأجرها لأشق كالقطن و الحديد بلا خلاف و لا- إشكال، لصدق التعدى و الخيانه، بل فى المسالك «احتمال تحققه بمجرد العقد لتسليطه على الانتفاع العدوانى فيخرج عن كونه أمينا كما يضمن بجحوده بل بمجرد نيته على قول مع عدم فعل ما يوجب الضمان» و إن كان لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطه بما ذكرناه سابقا.

كما أنه لا يخفى عليك ما ذكره أيضا فيها من أن المضمون على تقدير المخالفه هو الجميع على التقديرين، لتحقق العدوان فى ذلك الانتفاع، مع احتمال التقسيط خصوصا فى حمل الأثقل، لأن القدر المأذون فيه ليس بمضمون، و إنما التعدى بالزائد فيقسط الزائد عليهما، و على هذا فيعتبر فى الآخر ما يساوى المأذون من الضرر، مع احتمال ضمان الجميع هنا و إن قلنا به ثم، لان مجموع الحمل مغاير للمأذون،

بخلاف الأثقل إذا كان الثقل مستندا إلى زياده المقدار مع اتحاد الجنس، كما لو أذن له في حمل قفيز فأجرها لقفيزين، ضروره كون مراد المصنف ضمان نفس العين التي لا ينبغي التوقف في ضمانها أجمع بالتعدى المزبور، و أما المنفعه فللبحث فيها مقام آخر و الله العالم.

و لو جعلها المالك في حرز مقفل، ثم أودعها ففتح المودع الحرز و أخذ بعضها ضمن الجميع لصدق التعدى و الخيانه بذلك، بل قد عرفت تحققهما بالفتح و إن لم يكن للأخذ، بل ربما قيل بذلك بنيه الأخذ و لو لم تكن مودعه في حرز، أو كانت مودعه في حرز للمودع بفتح الدال فأخذ بعضها ضمن ما أخذ خاصه بأخذه و إن لم يصرفه، لصدق التعدى و الخيانه فيه دون غيره، و الفتح إنما هو في ملكه، و لا أقل من الشك، و الأصل بمعانيه عدم الضمان.

لكن قد تقدم ما يعلم منه البحث في ذلك، كما أنه قد تقدم ما يعلم منه حكم الشد بأمر المالك بعد الاستيداع و قبله و حكم نيه الأخذ من الوديعه في الأثناء و الابتداء.

لكن في المسالك هنا «أنه لو نوى التصرف في الوديعه عند أخذها بحيث أخذها على هذا القصد كانت مضمونه عليه مطلقا، لأنه لم يقبضها على وجه الأمانه، بل على سبيل الخيانه، و في تأثير النيه في استدامه الأخذ كما تؤثر في ابتدائه و جهان: من ثبوت اليد في الموضوعين مقرونا بالنيه الموجب للضمان، و من أنه لم يحدث فعلا مع قصد الخيانه، و الشك في تأثير مجرد القصد في الضمان، و تردد في التذكرة، و يتحقق ذلك في صور، منها: أن ينوى الأخذ و لم يأخذ أو الاستعمال و لم يستعمل، أو أن لا يرد الوديعه إذا طلب المالك، و لم يتلفظ بالجحود و غير ذلك، و قد جزم المصنف فيما سبق بأنه لو نوى الانتفاع لم يضمن بمجرد النيه».

قلت: لكن قد عرفت الفرق بين العزم على الانتفاع مع بقاء القبض عن المالك و بينه مع نيه كون القبض له، ضروره تحقق الغصب في الثانى كما اعترف به في القواعد

و جامع المقاصد و غيرهما، بخلاف الأول.

و على كل حال لو أعاد بدله لم يبرأ إلا مع إجازة المالك. لعدم صيرورته بدلا بدون قبض المالك، و حينئذ ف لو أعاده و مزجه بالباقي ضمن ما أخذه خاصة مع التمييز، بل الجميع في وجه تقدم سابقا.

و أما لو أعاد بدله و مزجه ببقية الوديعة مزجا لا يتميز ضمن الجميع قطعا لما سمعته من تحقق التعدي بذلك، و لو أعاد عين المأخوذ لم يزل الضمان عنه، كما لم يزل بالرجوع عن كل تفريط و تعد و لا يتعدى إلى الباقي و إن مزجه بحيث لا يتميز، لأن الجميع مال المالك، غايته أن بعضه مضمون، و بعضه غير مضمون و لأن هذا الاختلاط كان حاصلًا قبل الأخذ، و على هذا لو كان الجميع عشرة دراهم و أخذ منها درهما ثم رده إليها و تلف بغير تفريط لم يلزمه إلا- درهم، و لو تلف منها خمسة لزمه نصف درهم، و هكذا.

قلت: قد يتوقف في تنقيح قاعده تقتضى ذلك، اللهم إلا أن تكون هي قاعده الاشتراك في الملك بالمزج القهري، و في العين بقيام الاحتمال منهما مع عدم الترجيح و إلا فقاعده «على اليد» تقتضى ضمان المأخوذ حتى يعلم أدائه إلى مالكه، فيلزمه حينئذ ضمان الدرهم مع تلف الخمسة أيضا، لعدم العلم بالأداء مع دفع الباقي إلى المالك هذا.

و الظاهر أنه لا فرق في جميع ما ذكرنا بين الأخذ بقصد العدوان، و بينه بقصد القرض، بعد فرض عدم جوازه له، لعدم الإذن و لو فحوى، لكن

في خبر الخثعمي (١) عن الصادق عليه السلام «قلت له: الرجل يكون عنده المال وديعه يأخذ منه بغير إذن صاحبه فقال: لا يأخذ إلا أن يكون له إذن، قال: قلت: أ رأيت إن وجد من يضمنه، و لم يكن له وفاء و أشهد على نفسه الذي يضمنه يأخذ منه؟ قال: نعم».

و في خبر علي بن جعفر (٢) عن أخيه موسى عليه السلام المروي عن قرب الإسناد و

١- ١ الوسائل الباب - ٨- من أبواب أحكام الوديعة الحديث - ١.

٢- ٢ الوسائل الباب - ٨- من أبواب أحكام الوديعة الحديث - ٢.

مستطرفات السرائر «سألته عن رجل كانت عنده وديعه لرجل فاحتاج إليها هل يصلح له أن يأخذ منها، و هو مجمع أن يردّها بغير إذن صاحبها؟ قال: إذا كان عنده وفاء فلا بأس أن يأخذها و يردّها».

إلا أنه لم أجد عاملاً بشيء منهنّما، لمنافاتهما أصول المذهب، ضروره عدم اقتضاء عقد الوديعة الوكاله فى القرض و الاستيفاء، فلا محيص عن طرحهما أو حملهما على الفحوى أو نحو ذلك و الله العالم.

[الأمر الثالث فى اللواحق و فيه مسائل]

إشاره

الأمر الثالث:

فى اللواحق: و فيه مسائل.

[المسأله الأولى يجوز السفر بالوديعة إذا خاف تلفها مع الإقامه]

الأولى: يجوز السفر بالوديعة، إذا خاف تلفها مع الإقامه و قد تعذر الرد إلى المالك أو وكيله أو الحاكم أو الإيداع إلى الأمين، أو لا يرتفع الخوف عليها به، بل قيل: إنه يجب عليه السفر بها حينئذ، و قد عرفت البحث فيه سابقاً.

ثم إنه على كل حال لا يضمن لعدم كونه متعدياً و مفرطاً فى هذا الحال و لكن لا يجوز السفر بها حينئذ مع ظهور أماره الخوف ضروره عدم كونه حفظاً لها، إذ السفر فى نفسه مخاطره، كما

قال النبى صلى الله عليه و آله و سلم (١) «المسافر و ماله على تلف إلا أن يشاء الله».

و حينئذ ف لو سافر و الحال هذه ضمن للتعدى و التفريط، نعم لو فرض كونه فى هذا الحال أحرز لها من البقاء، ارتفع الضمان حينئذ.

[المسأله الثانيه لا يبرء المودع إلا بردها إلى المالك]

المسأله الثانيه: لا يبرء المودع إلا بردها إلى المالك أو وكيله العام أو الخاص فان فقدهما فالى الحاكم الذى هو ولى الغائب فى حفظ ماله لكن مع العذر (١١) للوديع كالعجز عن حفظها، أو عرض له خوف يفتقر معه إلى السير المنافى لرعايتها، أو خاف عليها من السرقة أو الحرق أو النهب أو نحو ذلك من

الضروريات.

و مع عدم العذر لم يجز له دفعها، فلو دفعها حينئذ يضمن لان المالك لم يرض بيد غيره، و الفرض عدم الضروره لإخراجها من يده، فيجب عليه حينئذ حفظها إلى أن يجد المالك، أو يتجدد له عذر، و في المسالك «هكذا ذكره الأصحاب و لا نعلم فيه خلافا بينهم، و واقفهم جماعه من العامه، و لكن قد يقال: إن لم يكن إجماعا بعد جواز فسخ الوديعة له في كل وقت، و حينئذ تكون أمانه شرعيه في يده يجب ردها على المالك أو وكيله أو وليه و هو الحاكم و إن لم يكن ضروره، بل قد عرفت سابقا من إطلاق

كلامهم، بل هو صريح بعضهم جواز السفر عنها و إن لم يكن لضروره، إلا أنه يدفعها إلى المالك أو وكيله أو الحاكم أو العدل، بل قد عرفت أيضا غير ذلك مما يظهر بعد التأمل في ملاحظه ما في كلام الأصحاب من التشويش في جملة من الأمور، فلا حظ و تأمل.

و على كل حال فحيث يجوز دفعها إلى الحاكم هل يجب عليه القبول لأنه ولي الغائب و منصوب للمصالح، أولا، للأصل، و لعل الأول أقوى، و كذا لو حمل اليه المديون الدين مع غيبه المدين و المغصوب و نحو ذلك.

و لو فقد الحاكم و خشى تلفها مثلا جاز إيداعها من ثقه و لو تلفت لم يضمن لعدم صدق التعدي و التفريط في الفرض الذي هو أحد أفراد الحفظ المأمور به في هذا الحال، لكن قد عرفت فيما مضى أن ذلك فسخ للوديعة، و الدفع إلى العدل باعتبار قيامه مقام الحاكم في الحساب، أو أنها باقيه على الوديعة عنده و لكن جاز له ان وجب عليه حفظها بهذا الطريق في هذا الحال و ان لم يجز اختيارا و كذا الكلام في

[المسأله الثالثه لو قدر على الحاكم، فدفعها إلى الثقه ضمن]

المسأله الثالثه التي هي لو قدر على الحاكم، فدفعها إلى الثقه ضمن ضروره مرجع الجميع إلى وجوب هذا الترتيب، و قد قدمنا سابقا ما يستفاد منه التوقف في وجوب ردها مع السفر على الوجه المزبور و أن السير و الطريقه على خلاف ذلك بل قد يقال حتى لو كان المالك حاضرا و لم يطلبها،- و ما يستفاد منه أيضا عدم اعتبار كون السفر ضروريا، و أن الرد إلى العدل مع فرض عدم كونه لقيامه مقام الحاكم،

كما هو صريح ما سمعته سابقا من المسالك بل و غيرها،- لا دليل على وجوب تعيينه، ضروره كونه حينئذ أحد أفراد الحفظ، المخير فيها في هذا الحال بعد فرض جواز السفر له، بل ربما يتفق الأحرز منه و بهذا يظهر لك النظر في.

[المسألة الرابعة إذا أراد السفر فدفنها ضمن]

المسألة الرابعة و هي إذا أراد السفر فدفنها في حرز أو غيره أعلم بها العدل أو لا ضمن إلا أن يخشى المعاجله كما في القواعد و الإرشاد، ضروره ابتناء ذلك على ما سمعته من وجوب الرد على الترتيب المزبور، و الدفن مناف له، و الإعلام ليس ردا و لا ايداعا، و فيه ما عرفت من عدم الدليل على إيداع العدل بخصوصه، بل هو أحد أفراد الحفظ، كما أنه لو خشى المعاجله، أى خاف عليها من معاجله السارق و الظالم لم يضمن حينئذ بالدفن المراعى مقدار ما يتمكن منه من الحرزیه و الإعلام و نحوهما، لانحصار طريق حفظها حينئذ بذلك، و كذا لو كان السفر ضروريا له و خاف معاجله الرفقه، فدفنها مراعى ما سمعت بعد تعذر ما وجب عليه من الرد على الوجه المزبور، و لكن قد تقدم لك ما يعرف منه وجه النظر في ذلك و الله العالم.

[المسألة الخامسة: لو أعاد الوديعة بعد التفريط إلى الحرز لم يبرأ]

المسألة الخامسة: لو أعاد الوديعة بعد التفريط أو التعدى بأن لبس الثوب ثم نزعه إلى الحرز لم يبرأ من الضمان للأصل و غيره و لو جدد المالك له الاستيمان بأن فسخ العقد السابق و رجع المال إلى يده ثم أودعه جديدا أو قلنا بكفايه تجديد العقد و إن لم يرجع المال إلى يده على حسب ما سمعته في رهن المغصوب برء من الضمان أيضا بلا إشكال.

و أما لو قال أذنت لك في حفظها أو أودعتها أو استأمتك عليها أو نحو ذلك مع عدم فسخ العقد الأول فالأقوى عدم البراءة من الضمان، للأصل و عدم صيرورته وديعه جديده بذلك، إذ هو بالتفريط السابق لم يفسخ عقد أمانته، و لم يرتفع الإذن له في حفظها و إنما صارت به وديعه مضمونه، فما في المسالك- من توجيه عدم الضمان بأنه إنما كان لحق المالك و قد رضى بسقوطه بإحداثه ما يقتضى الأمانه- لا يخفى

ما فيه، كما أن قوله فيها أيضا «و يمكن بناء ما نحن فيه على مسأله أن الغاصب إذا استودع هل يزول الضمان عنه أم لا» كذلك أيضا، لما عرفت من عدم انفساخ العقد الأول المقتضى لبقائها وديعه مضمونه بالسبب الذى اقتضى الضمان، لا الفسخ، بل و كذا ما ذكره فيها أخيرا من أن الأقوى هنا زوال الضمان، لأن المستودع نائب عن المالك، بخلاف الرهن، ضروره اتحاد الرهن و الوديعة من حيث النيابة عن المالك فى الحفظ، فالمتجه حينئذ ما عرفت، إلا أن يراد بذلك البراءة من الضمان، و حينئذ يكون ذلك من القسم الثالث الذى أشار إليه المصنف بقوله:

و كذا لو أبرأه من الضمان و لكن فيه إشكال بعدم دليل صالح لقطع أصاله الضمان، ضروره عدم ثبوت مال فى الذمه يكون موردا للإبراء فإن المراد من الضمان اشتغال ذمته لو تلفت بالمثل أو القيمة، فهو كما لو قال للغاصب أبرأتك من ضمان المال المغصوب فى يدك، و نحوه مما هو إبراء عما لم يجب بعد.

و دعوى- كون المراد من الإبراء إسقاط الحق الذى هو تأهل الذمه للاشتغال على تقدير التلف- يدفعها منع سقوطه بذلك، للأصل، و لظاهر ما دل على سببيه الضمان، الشامل لصوره الإسقاط السالم عن معارضه ما يقتضى صحه هذا الإسقاط على وجه يترتب عليه السقوط لمثل ما نحن فيه، المحتمل كونه كحق التحجير و نحوه و الله العالم.

و كيف كان ف لو اكره على دفعها إلى غير المالك، دفعها و لا ضمان وفاقا للمشهور نقلا إن لم يكن تحصيلا، لضعف المباشرة و قوه السبب، و لأصاله البراءة، و للضرر بترك التسليم، فيباح له شرعا، و يكون مندرجا فى نبوى (١)الرفع، المقتضى رفع الحكم و ضعا و تكليفا إلا ما خرج، خلافا للمحكى عن أبى الصلاح، فأوجب الضمان لكونه متلفا، إذ الفرض أنه باشر الدفع بنفسه، لا أن

المكره باشر الأخذ فيشملة عموم من أتلف، و نحوه، و ان كان له الرجوع على المكره باعتبار قوته، فقرار الضمان عليه.

لكن قد يشك في تناول الأدله لمثل الفرض الذى هو فيه من المحسنين الذين لم يجعل الله عليهم سبيلا، فضلا عن الضرر البين حال عدم التسلط على المكره، و قد تقدم سابقا الكلام فى المسأله فى الجملة و الله العالم.

[المسأله السادسه إذا أنكر الوديعه أو اعترف و ادعى التلف أو ادعى الرد و لا بينه فالقول قوله]

المسأله السادسه إذا أنكر الوديعه أو اعترف و ادعى التلف أو ادعى الرد، و لا بينه، فالقول قوله بلا خلاف و لا إشكال فى الأول،

لعموم (١)«البينه على المدعى و اليمين على من أنكر»

و على المشهور فى الثانى شهره عظيمه كادت تكون إجماعا، سواء أسنده إلى سبب أولا، و سواء كان ظاهرا كالغرق و الحرق، أو خفيا كالسرقة و نحوها، بل فى التذكرة نسبتة إلى علمائنا، بل لم يحك الخلاف فيه إلا من الشيخ فى المبسوط، فلم يقبل قوله إلا بالبينه فى التلف بأمر ظاهر، لعموم البينه، لكن رماه بعضهم بالشذوذ، و العموم المزبور يجب

تخصيصه بالإجماع الظاهر، أو المحقق المحكى أو المحصل.

و

المرسل (٢) فى المقنع عن الصادق عليه السلام «عن المودع إذا كان غير ثقة هل يقبل قوله؟ قال: نعم و لا يمين عليه»

ولأنه أمين محسن، قابض لمصلحة المالك فهو أولى من المضارب الذى قد يظهر من جملة من النصوص المفروغيه من تصديقه فى ذلك، و لذا احتيل للاستيثاق بجعل المال بعضه قرضا.

مضافا إلى

قول أبى جعفر عليه السلام (٣)«لم يخنك الأمين، و لكن ائتمنت الخائن»

بناء على أن المراد من هذا و شبهه الحكم شرعا بعدم خيانه كل أمين لك، و أنه متى ائتمنت كان غير خائن لك شرعا، و لكن إذا خونته فاللوم عليك حيث إنك ائتمنت

١- ١ المستدرک ج ٣ ص ١٩٩ الوسائل الباب ٢٥ من أبواب أحكام الدعوى الحديث- ٣.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٤- من أبواب أحكام الوديعه- الحديث- ٧.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٤- من أبواب أحكام الوديعه- الحديث- ٨.

و إلى

قول الصادق عليه السلام في خبر مسعده بن صدقه (١) «ليس لك أن تأتمن من خانك، ولا تتهم من ائتمنت»

و خبر مسعده بن زياد (٢) عنه عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال: «ليس لك أن تتهم من قد ائتمنته، ولا تأتمن الخائن و قد جربته»

فتأمل.

بل عن أبي علي و أبي الصلاح أنه لا يمين عليه إلا مع التهمه

للمرسل (٣) «لا يمين عليه إذا كان ثقه غير مرتاب»

بل عن الصدوق و الشيخ في النهايه و ابن حمزه أنه لا يمين عليه مطلقا، بل في الفقيه قضى مشايخنا رضى الله عنهم على أن قول المودع مقبول، فإنه مؤتمن و لا يمين عليه، و لكن الأقوى الأول، لقاعده انحصار ثبوت الدعوى بالبينه و اليمين.

و كذا يصدق لو ادعى الرد إلى المالك أو وكيله على المشهور، بل عن جماعه الإجماع عليه، بل أرسلوه في غير المقام إرسال المسلمات، و هو الحجج، مضافا إلى كونه أمينا و إلى غير ذلك مما سمعته في دعوى التلف مما يمكن إجراؤه هنا، فما في القواعد و غيرها من النظر في ذلك في غير محله. نعم لا يقبل قوله في ذلك في الرد على الوارث، لأنه لم يأت منه.

و على كل حال ف للمالك حينئذ إحلافه على الأشبه بأصول المذهب و قواعده أما لو دفعها إلى غير المالك و ادعى الأذن من المالك في

ذلك فأنكر المالك فلا ريب في أن القول قول المالك مع يمينه لعموم

قوله (٤) «البينه على المدعى و اليمين على من أنكر»

الذي هو المالك هنا، لأنه هو الموافق للأصل.

ثم المدفوع إليه إن كذبه فالقول قوله أيضا، لأن الأصل عدم الدفع، و إن صدقه ردت العين إن كانت باقيه، و إن كانت تالفه، كان المالك بالخيار بين الرجوع

- ٢-٢ الوسائل الباب-٤- من أبواب أحكام الوديعه الحديث- ١٠.
- ٣-٣ الوسائل الباب-٤- من أبواب أحكام الوديعه الحديث- ٧.
- ٤-٤ المستدرک ج ٣ ص ١٩٩.

على من شاء منهما.

و لو صدقه أى المالك على الإذن و أنكر التسليم فكدهوى الرد الذى عرفت الحال فيه، ضروره كونه حينئذ وكيلا، و دعوى الرد عليه كدهوى الرد على الموكل.

و أما لو صدقه على التسليم أيضا لمن أذن له لم يضمن الوديع بإنكار المأذون و إن ترك الإشهاد على الأشبه بأصول المذهب و قواعده، حتى لو قلنا به بالنسبه إلى وفاء الدين، لأن مبنى الوديعه على الإخفاء، و فى المسالك عن بعضهم الضمان فى الدين و الوديعه، كما عن آخر نفيه فيهما، و لعله لا يخلو من قوه لعدم تحقق التفريط و الله العالم.

[المسألة السابعة إذا أقام المالك بينه على الوديعه بعد الإنكار فصدقها ثم ادعى التلف قبل الإنكار لم تسمع دعواه]

المسألة السابعة: إذا أقام المالك بينه على الوديعه بعد الإنكار لأصل الإيداع فصدقها ثم ادعى التلف قبل الإنكار لم تسمع دعواه المنافيه لإنكاره الأول الذى هو بمنزله الإقرار بالنسبه إلى ذلك فى حقه، فيتناقض حينئذ كلاماه و لا يتوجه له يمين و لا إقامه بينه بعد أن كذبها بإنكاره الأول، و لا نه قد حصل منه بإنكاره سبب اشتغال ذمته بالضمان فلا تسمع دعواه، لكونه كالإقرار منه بالضمان ثم الرجوع عنه.

و لكن فى المتن و لو قيل تسمع دعواه و تقبل بينته كان حسنا لعموم

قوله (١) «البيته على المدعى»

و لجواز استناده إلى النسيان، بل عن الفاضل فى التذكرة اختياره، كما عنه فى المختلف أنه لا تسمع يمينه، و لا تقبل بينته، لكن له إحلاف الغريم، و هو نوع من سماع دعواه، فيكون فى المسألة أقوال ثلاثه، الا أنه لا يخفى عليك ما فى الأخيرين المنافيين لأصاله عدم النسيان.

و فى المسالك «إن فيها قولاً رابعاً، و هو أنه إن أظهر لإنكاره تأويلاً، كقوله ليس لك عندي وديعه يلزمني ردها أو ضمانها و نحو ذلك، قبلت دعواه، و سمعت

بينته، و ان لم يظهر له تأويلا لم يقبل» و عن الشهيد الأول اختياره.

و لكن فيه أنه خروج عن مفروض المسأله بناء على إرادته إبراز دعواه بالعباره المزبوره، و إن كان المراد إظهار التأويل بعد أن ذكر العباره التي ظاهرها إنكار أصل الإيداع لم يسمع ذلك منه، عملا بظاهر كلامه.

و من هنا قال فى المسالك بعد أن ذكر الأقوال أجمع «هذا كله إذا كان الجحود بإنكار أصل الإيداع، أما لو كانت صورته لا يلزمنى شىء أو لا يلزمنى تسليم شىء إليك، أو مالك عندى وديعه، أو ليس لك عندى شىء، فقامت البينه بها، فادعى التلف أو الرد سمعت دعواه و بينته، لعدم التناقض بين كلاميه» و نحوه ما فى القواعد قال:

«و إن أقيمت عليه البينه فادعى الرد أو التلف من قبل، فان كان صيغه جحوده إنكار أصل الوديعه لم يقبل قوله بغير بينه، و لا معها على الأقوى، لتناقض كلاميه، و إن كان صيغه الجحود لا يلزمنى شىء، قبل قوله فى الرد و التلف مع البينه، و بدونها فى الأخير، و فى الأول على رأى، و لو أقر بها له بتلفها قبل الجحود من الحرز فلا ضمان، و فى سماع بينته بذلك إشكال، نعم تقبل لو شهدت بالإقرار و الظاهر أن قوله «و فى سماع» تكرر لما ذكره أو لا.

و قال فى الإرشاد فى باب الوكاله: «و لو ادعى على الوكيل قبض الثمن، فجحده فأقام بينه على القبض فادعى تلفا أوردنا قبل الجحود لم يقبل قوله، لخيانته، و لا بينته لعدم سماع دعواه، و لو ادعى بعد الجحود ردا سمعت دعواه، و لا يصدق لخيانته و تسمع بينته، و لو ادعى التلف لبراءه من العين، و لكنه خائن فيلزمه الضمان» و هو جيد جدا إلا فى الأخير المبني على تصديق الغاصب فى تلف العين، و قد ذكرنا البحث فيه سابقا.

و على كل حال فمن التأمل فيما ذكرناه يظهر لك ما فى المسالك فإنه قال:

«و حيث قلنا بقبول بينته إن شهدت بتلفها قبل الجحود برىء من الضمان. و إن شهدت بتلفها بعده ضمن لخيانته بالجحود، و منع المالك عنها» إذ ظاهره أن دعواه التلف بعد الجحود من المسأله السابقه بالنسبه إلى قبول بينته و عدمها، و لا يخفى

عليك خروجها عن ذلك، إذ لا إشكال في قبولها بالرد و التلّف كما سمعته من الإرشاد بل هو واضح و الله العالم.

[المسألة الثامنة إذا أودع و لم يعين له حرزا بعيدا عنه وجبت المبادره إليه بما جرت العاده]

المسألة الثامنة إذا أودع و لم يعين له حرزا مخصوصا وجبت المبادره إلى حرزها المعتاد المتعارف و إذا عين له حرزا بعيدا عنه وجبت المبادره إليه بما جرت العاده في المسارعه للوصول اليه، مع فرض عدم القرينه الداله على خلاف ذلك، لعدم الاذن في وضعها في غيره زائدا على ذلك، و حينئذ فإن آخر عن ذلك مع التمكن عقلا و شرعا بل و عاده على معنى مراعاة المبادره إليه عاده نحو ما سمعته في فوريه أدائها عند طلب المالك لها ضمن بلا خلاف و لا إشكال بالتعدى بالوضع في غير ما عينه له المالك، بل الأقوى بقاؤه على الضمان و إن وضعه بعد ذلك بالحرز مع احتمال عدمه حينئذ، بل عن بعضهم القول به، إلا أن استصحاب الضمان بالسبب الأول شاهد للأول، كما أنه قد يقوى الضمان في كل فرد شك في تحقق المبادره به، لعدم معلوميه الأذن معه، مع احتمال عدمه للأصل، و لو سلمها إلى زوجته على وجه الاستقلال بها أو الشركه أو ولده أو خادمه أو غيرهم لتحرزها و لو في ذلك المكان إلا أن تكون كالأله المشاهده منه و نحوها ضمن لعدم الإذن له في ذلك، اللهم الا أن يكون هناك قرائن حاله أو مقالیه تدل على ذلك، و التوكيل عنه في ذلك مع عدم الإذن من المالك في وضع يد الغير عليها لا وجه له.

[المسألة التاسعه إذا اعترف بالوديعة ثم مات و جهلت عينها قيل تخرج من أصل التركه]

المسألة التاسعه: إذا اعترف بالوديعة ثم مات و لكن قد جهلت عينها بالخصوص لتعدد أفرادها قيل: تخرج (١١) الوديعة قيمه أو مثلا من أصل التركه (١٢) على نحو غيرها من الديون لتحقق ضمانها بعدم تعيينها المصير لها بمنزله التالفه و (١٣) حينئذ ف لو كان له غرماء و ضاقت التركه حاصهم المستودع.

(١٤) و لكن لا يخفى عليك بعد الإحاطه بما ذكرناه سابقا عند قوله و (١٥) إذا ظهر للمودع أماره الموت ما فيه (١٦) من تردد

(١٧) و بحث و نظر إذا كان المراد من المتن و ما شابهه الحكم بالضمان بمجرد الاعتراف بها، من احتمال الرد

إلى المالك و التلف بلا تعد و لا تفريط و غير ذلك، لأصالة البقاء و عدم التلف و غير ذلك من المحتملات، فيتحقق بقاؤها بل ضمانها بعدم الإشهاد على شخصها، كما حكى عن الأكثر أو المشهور بين الأصحاب، و إن كنا لم نتحققه.

بل لعل الظاهر خلافه عند من تأمل كلامهم، خصوصا الفاضل فى القواعد و غيره، فإنك قد عرفت عدم صلاحية ما ذكره، لإثبات الضمان الذى مقتضى أصل البراءة بلا واسطه عدمه، و على اليد مخصوص بالأمانه المستصحب حكم عدم الضمان فيها، بل هو مقتضى إطلاق الدليل، و خبر السكونى مع أنه فى مال المضاربه قد عرفت الحال فيه سابقا، و أنه ظاهر فى المعلوم بقاؤه فى التركة، و لم يثبت تقصيره بعدم الإشهاد خصوصا مع ملاحظه حال المسلم المحمول على الوجه الصحيح فعلا و تركا، و مع التسليم فالمتجه الشركه أو القرعه أو الصلح القهرى فى وجهه، أو نحو ذلك مما يتقدم به على الغريم الذى حقه متعلق بتركة وديعه، لا- مال الغير المشتبه بمال الوديع، و بالتأمل فيما ذكرنا هنا و هناك بل و فى باب المضاربه يظهر لك التشويش فى كلام جملة من الأعلام، و عدم تنقيح موضوع ما حكموا به من الضمان على إشكال، و عدمه كذلك فى أصله أو فى كفيته فلاحظ و تدبر.

[المسألة العاشرة إذا كان فى يده وديعه فادعاها اثنان، فان صدق أحدهما قبل]

المسألة العاشرة: إذا كان فى يده وديعه فادعاها اثنان، فان صدق أحدهما قبل و أحلف للآخر على البت، كما أنه يحلف المقر له أيضا، فيستقر حينئذ ملكه على العين، و إن نكل الودعى عن اليمين أحلف المدعى إن لم يقض بالنكول و أغرم له المثل أو القيمة وقت الإقرار أو وقت الحلف على الأقوى، بناء على أن اليمين المردوده كالإقرار أو أصل برأسه، بل فى المسالك الحكم بذلك و إن قلنا بكونها كالبينه، إذ هى فى حق المتداعيين الذى اقتضى تغريم المثل أو القيمة بسبب حيلولته بالإقرار الأول، لا فى حق الثالث.

و فيه بحث يظهر من تفريعهم مسألة رد الوكيل على البيع اليمين على مدعى الفسخ مثلا بالنسبه إلى الرجوع بالثمن على الموكل أو الوكيل على كونه كالإقرار أو البينه، و الموكل ثالث عنهما، و لو أقر بها لهما على سبيل الاشتراك فقد كذب

كل واحد منهما فى دعوى الجميع و صدقه فى البعض فيقسم بينهما، و يكون حكم التصديق و التأكيد فى النصف كما فى الجميع بالنسبة إلى الودعى و بالنسبة إليهما، و يبقى النزاع بينهما فى النصف، فان حلفا أو نكلا قسم بينهما، و إن حلف أحدهما خاصة قضى له به، و لا- خصومه للناكل مع الودعى و ان أكذبهما معا فكذلك فى انتفاء دعوتهما، لأن اليد له، و لكل منهما إحلافه على البت أيضا، فإن نكل عن اليمين ردت عليهما، و صارا فى الدعوى سواء، لأن يدهما خارجه، فان حلفا أو نكلا قسمت بينهما، و إن حلف أحدهما خاصة اختص بها، و إن قال: هى لأحدهما و لا أدرى من هو على التعيين، فان صدقاه فى نفى العلم فلا خصومه لهما معه، و تبقى الخصومه بينهما و الحكم كالسابق.

لكن هنا يحتمل جعلهما بمنزلة ذى اليد، لا- الخارج، بخلاف الأول، و الفرق عدم اليد لأحدهما فى الأول حتى بالنسبة إلى اعتراف الودعى، فهما خارجان عنها على التقديرين، بخلافه هنا، فان ذا اليد يعترف بأن اليد لأحدهما، و ليس أحدهما أولى من الآخر على تقدير الاشتباه، و يحتمل مساواته للاول، لعدم ثبوت اليد لأحدهما، بل لعله الأقوى، و تظهر فائده اليد و عدمها عند تعارض البيئات على ما سيأتى إنشاء الله.

و إن كذبا فى عدم العلم فادعى كل واحد منهما علمه بالمالك فالقول قوله مع يمينه، لكن الحلف هنا على عدم العلم، و يكفى يمين واحد فى وجه، لان المدعى شىء واحد، و هو علمه بكون المال لمعين، بخلاف السابق فإنه ينفى استحقاق كل واحد فيحلف له، و قيل: يحلف لكل منهما يمينا فان كلا- منهما مدع، فيدخل فى عموم الحديث السابق، و لعله الأقوى، خلافا للمسالك فى الأول.

و على كل حال فإذا حلف لهما بقيت المنازعة بينهما، و اختلف هنا: فقيل:

يقرع بينهما فمن خرج اسمه و حلف سلمت إليه، و قيل: يوقف حتى يصطلحا، و القولان محكيان عن الشيخ، إلا أنه قد يتوقف فى اليمين على من خرج اسمه، بل لعل الأقوى أنهما يحلفان، و يقسم بينهما، لتكافؤ الدعويين و تساويهما فى الحجة

و هو يقتضى القسمة كذلك، و لا يكون الأمر مشكلا، و الإيقاف حتى يصطلحا ضرر و الاصطلاح غير لازم.

و لو نكل عن اليمين و حلفا على علمه أغرم القيمه مع العين، لان يمينيهما اقتضتا أن يكون عالما بالعين لكل واحد بخصوصه، و بإنكاره حصلت الحيلولة بين المستحق و حقه، فوجب أن يغرم القيمه، و لما كان سواء فى اليمين لم يكن لأحدهما رجحان على الآخر، فيجعل العين و القيمه معا فى أيديهما، و هل يقسم بينهما بحلفهما كذلك أو توقف حتى يصطلحا، القولان.

و فى المسالك «يمكن أن يقال هنا: بأن القسمة بينهما يتوقف على حلفهما ثانيا بالاستحقاق، لان اليمين الاولى لم تتناوله، و إنما أثرت غرمه القيمه لهما، و لو كان حلفهما ابتداء على الاستحقاق قسمت العين بينهما فقط».

و إن قال: لا- أدرى أ هى لكما، أم لأحدكما، أم لغيركما، و ادعيا عليه العلم، فالقول قوله فى نفيه كما مر، فإذا حلف أقرت فى يده حتى يثبت لها مالك و ليس لأحدهما تحليف الآخر، لأنهما لم يثبت لهما، و لا لواحد منهما عليها يد، و لا استحقاق، بخلاف الصورة السابقة.

و إن ادعيا أو أحدهما علمه بصحة الدعوى كان عليه اليمين و لو نكل عن اليمين ففى تسليمها إليهما- مع حلفهما على الاستحقاق و غرامته لهما القيمه لو حلفا على علمه- احتمال، لانحصار الحق فيهما ظاهرا، و لا منازع لهما الآن، و يحتمل العدم، لعدم حصر ذى الحق فيهما.

ثم إن ما فى المتن من الإقرار فى يده قيل: إنه شامل للقسمين المشتملين على عدم علمه بخصوص المالك، و هو جيد فى الأخير، لأن يده يد أمانه، و لم يتعين لها مالك يجب الدفع إليه، و الحق ليس منحصرا فيهما، حتى يتوهم سقوط أمانته بمطالبتها، و أما إقرار يده فى القسم الأول فعن الشيخ أنه كذلك أيضا، لعدم تعين المالك، لكن قد يشكل بانحصار الحق فيهما، و مطالبتهما معا إياه، و لذا حكى عن الشيخ أيضا القول بانتزاعها منه، و لكن ضعفه فى المسالك بأن المطالبة المقتضية

للغزل هي التي يجامعها التسليم، و هنا ليس كذلك، فلا يترتب عليه دفع الامانه، و فيه منع واضح. نعم يتجه ما عن المختلف من رد الأمر إلى الحاكم و استحسنة في المسالك. و الله العالم.

[المسألة الحادية عشر إذا فرط و اختلفا في القيمة فالقول قول المالك مع يمينه]

المسألة الحادية عشر: إذا فرط أو تعدى و تلف المال و اختلفا في القيمة فالقول قول المالك مع يمينه لخروجه عن الأمانه المقتضيه لسماع قوله و للمرسل (١) و قيل: القول قول الغارم مع يمينه، و هو أشبه بأصول المذهب و قواعده، لأصالة البراءة و الخروج عن الامانه لا يخرججه عن حكم المنكر، و لذا كان الحكم كذلك في الغاصب أيضا، و لم يثبت خبر صالح لمعارضته لقاعده المدعى و المنكر كما هو واضح. و الله العالم.

[المسألة الثانية عشر إذا مات المودع سلمت الوديعة إلى الوارث فان كانوا جماعه سلمت إلى الكل]

المسألة الثانية عشر: إذا مات المودع، سلمت الوديعة إلى الوارث، فان كانوا جماعه سلمت إلى الكل، أو إلى من يقوم مقامهم بوكاله أو ولايه و لو سلمها إلى البعض، من غير إذن ضمن حصص الباقيين بلا خلاف و لا إشكال و الله العالم.

و الحمد لله أولا و آخرا و ظاهرا و باطنا.

[كتاب العاربه]

اشاره

كتاب العاربه بتشديد الياء وقد تخفف نسبه إلى العار، أى العيب، أو العاره مصدر ثان لأعرته، و عن بعض مأخوذه من عار يعير إذا جاء و ذهب، و منه قيل للبطال عيار، لتردده فى بطالته، سميت عاربه لتحولها من يد إلى يد، و عن آخر أنها مأخوذه من التعاور و الاعتوار، و هو أن يتداول القوم الشىء بينهم.

و على كل حال ف هى عقد يعتبر فيه إنشاء الربط بين الإيجاب و القبول، لا إيقاع يكفى فيه الإذن فى الانتفاع من المالك، إذ هو حينئذ من الإباحه التى منها الانتفاع بظروف الهدايا بالأكل و نحوه، مما جرت السيره به، و انتفاع الضيف فى الدار و الفرض و الأوانى و نحوها، لا العاربه المزبوره، اللهم إلا أن يقصد ذلك لضيف مخصوص، و يقبله فعلا أو قولاً بهذا العنوان.

نعم هى على حسب ما سمعته فى العقود اللازمه تقع بالإيجاب و القبول اللفظيين و هما العقد بالمعنى الأخص، و ربما قيل: منه أيضا ما إذا كان القبول فعليا، و أما إذا كانا فعليين أو كان الإيجاب فعليا فهو من المعاطاه، بناء على مشروعيتها فيها بدعوى السيره المستمره بعنوان العاربه، و إن كان الأقوى أنها إباحه لا بعوض، كما سمعته مرارا.

و أما احتمال أنها من العقد فلا ينبغى أن يصغى إليه، فمن الغريب دعوى بعضهم أن الانتفاع بظروف الهدايا من العاربه، لأنه انتفاع بملك الغير باذنه و إن لم يكن لفظ، بل بشاهد الحال، ضروره عدم الاكتفاء بذلك فى تحقق العاربه من دون إنشاء قصدها من الطرفين، و جواز الانتفاع بالإذن أعم منها كما هو واضح. و خصوصا ما لو كان بطريق الفحوى القطعيه أو بشاهد الحال.

و من ذلك يظهر لك ما فى التذكرة و الروضة و الرياض و غيرها خصوصا الأخير منها، و الاذن فى الانتفاع بأعيان الصديق المفهوم من فحوى الاذن شرعا بالأكل من بيته مع التسليم ليس من العاربه قطعاً، و إنما هو من الإباحه الشرعيه على حسب الحال فى غيره من البيوت التى قد تضمنتها الآية(١) نعم قد يستفاد من ذلك التسامح فى عقد العاربه التى ثمرته إباحه المنفعه التى اكتفى فيها بشاهد الحال و نحوه كما أو ما إليه الفاضل فى التذكرة فلاحظ و تأمل.

و على كل حال فقد ذكر المصنف فى تعريفها أنها عقد ثمرته التبرع بالمنفعه و يقرب منه ما وقع لغيره، و لكن قد ذكرنا غير مره أن أكثر التعاريف للأصحاب فى أكثر المعاملات يشبه التعاريف اللغويه التى يراد منها التمييز فى الجملة لإتمام الإطراد و الانعكاس.

فمن الغريب نقض طرد تعريف المصنف هنا بالسكنى و العمرى و الحبس و الوصيه بالمنفعه و أغرب منه التزام الجواب عن ذلك بأنها فى معنى العاربه، و إن كانت لازمه و غايته انقسام العاربه إلى جائزه و لازمه كالاعاره للرهن، ضروره كون هذه العقود فى الاصطلاح متباينه مختلفه اللوازم و الصيغ، فإدخال بعضها فى بعض بمجرد المشاركة فى بعض الخواص اصطلاح مردود، هذا.

لكن فى المسالك بعد أن ذكر ذلك قال: «و لو أضيف إلى ذلك قيد الجواز فقيل: ثمرته التبرع بالمنفعه مع بقاء الجواز و نحوه خرجت هذه العقود، و بقيت السكنى المطلقه، فإنه يجوز الرجوع فيها متى شاء السكنى كما سيأتى إنشاء الله، و قد يلتزم فيها بأنها

عاربه لتحقيق المعنى فيها مطلقاً، و لا يقدر الصيغه، لأن العاربه لا تختص بلفظ، بل كل ما دل على تسويغ الانتفاع بالعين تبرعا و السكنى المطلقه تقتضى ذلك، و لكن تبقى العاربه اللازمه خارجه، فيحتاج إدخالها إلى قيد آخر أو التزام جواز الرجوع فيها بالنسبه إلى المستعير و إن لم يؤثر بالنسبه إلى المرتهن، و تظهر الفائده فى وجوب السعى على الراهن و تحصيلها بما أمكن، و وجوب المبادره

إلى ردها عند الفك على الفور بالمطالبه السابقه، و لو قلنا أنه لا أثر لها، و أنها لازمه من طرفه مطلقا، انتفت هذه اللوازم، و الأول ليس ببعيد من الصواب» و هو كما ترى من غرائب الكلام، خصوصا بعد اعترافه بالمباينه بين هذه العقود مفهوما، و الجواز و اللزوم إنما هما أمران خارجان، و من المعلوم أن مفهوم الرقبى و السكنى و العمرى واحد، و أن الاختلاف إنما هو فى التقييد و الإطلاق، فلا فرق فى المباينه بين السكنى و غيرها، خصوصا على القول باقتضاء الملك للمنفعه كما عن الشيخ التصريح به، على أن التحقيق فى الفرق بين كثير من أفراد مفاهيم المعاملات بالقصد الذى هو المشخص فى اندراج الفرد فى مفهومه، نحو تشخيصه الفعل المشترك، إذ ليس فرق فى العقد بين الصلح عن العين الجامعه لشرائط البيع مثلا، و بين بيعها بالنسبه إلى إنشاء قصد النقل بعوض معلوم فى كل منهما إلا بقصد الصلحيه أو البيعيه المدلول عليها بذكر الصيغه أو غيره من القرائن، و كذا بالنسبه إلى الفرق بين الصلح على المنفعه التى تتعلق بها الإجاره، و بين عقد الإجاره، و كذا ما نحن فيه، فان قصد السكنى و العاريه كاف فى تشخيص كل منهما بعد تباينهما ذاتا، كتابين الصلح و البيع فالترام كون السكنى عاريه لمشاركتها لها فى الجواز لا- ينبغى صدور من مثله، كما لا- ينبغى صدور الجواب عما أورده على نفسه من العاريه اللانزمه الذى لا يتم فى نحو عاريه الدين، و انما التحقيق فيه أن بناءها على الجواز الذى لا- ينافيه عروض اللزوم من جهه أخرى، كتعلق حق الغير و نحوه، كما لا ينافى لزوم البيع عروض الجواز له بسبب من أسباب الخيار.

و بذلك و غيره مما ذكرناه هنا و فى غير المقام تعرف ما فى جمله من كلام الاعلام حتى ما أورده بعضهم هنا على التعريف بأنه ينتقض بأعرتك حمارى مثلا- لتعيرنى فرسك، لعدم التبرع فيه، إذ هو كما ترى، ضروره أنه إذا فرض إرادته العوضيه فيه على وجه ينافى التبرع لم يكن عاريه صحيحه، و إلا فلا ينافى التبرع و ستسمع تحقيق الحال فيه إنشاء الله فى آخر كتاب العاريه كما أن منه أيضا ظهر لك أن عقدها يقع لكل لفظ يشتمل على الأذن فى الانتفاع بعنوان العاريه من طرف الموجب، و يدل

على قبول ذلك من طرف القابل، و أما معاطاتها فبغير ذلك، إلا فى صورته فعلية القبول و لفظية الإيجاب، فقد عرفت احتمال كونها من العقد أيضا، و تقدم فى الوديعه ما يزيدك تحقيقا فى المقام.

و كيف كان فهذا العقد ليس بلازم لأحد المتعاقدين بلا خلاف معتد به أجده، بل لعل الإجماع بقسميه عليه، من غير فرق بين الموقت و غيره، خلافا للمحكى عن ابن الجنييد من الحكم باللزوم من طرف المعير فى إعاره الأرض القراح مده للغرس أو البناء، و لا ريب فى ضعفه.

نعم قد استثنى من ذلك مواضع، منها: العاربه للرهن التى قد تقدم بعض الكلام فيها آنفا و فى كتاب الرهن، و منها: عاربه الأرض لدفن الميت المسلم و من فى حكمه التى سيذكرها المصنف، و منها: ما يترتب على الرجوع بها ضرر لا يستدرك كعاربه اللوح للسفينه فى لجه البحر المستلزم رجوعه للغرق للأنفس و الأموال، و منها: عاربه الحائط لوضع طرف الخشبه عليه المثبت طرفها الآخر فى ملك المستعير مثلا، و منها عاربه الأرض للزرع، و منها: عاريتها للبناء و الغرس مده معلومه.

إلا- أن الجميع كما ترى، ضروره عدم اقتضاء امتناع فسخ الارتهان الواقع باذن المالك، و حرمة النباش و الإضرار بالغير برجوع العين لزوم العقد، ضروره إمكان بقاء العقد على الجواز، و تحقق الانفساخ و ان منع مانع خارجى من رد العين إلى مالكةا، كما لو فرض فى بعض أمثله الإجاره التى فسخت بتقاييل أو خيار أو نحو ذلك فإنه لا إشكال فى تحقق الفسخ حيثنذ، و ان منع من رد العين مانع آخر و ربما ترتب له الإجاره فى بعض الافراد، و بالجملة إن دعوى لزوم عقد العاربه فى الأمثله المزبوره- على وجه تكون به كغيره من العقود اللازمه لهذه التعليقات المذكوره فى كلامهم من عدم فسخ عقد الرهن و حرمة النباش و الإضرار و نحو ذلك مما لا مدخله له، بعد التسليم فى البعض، إلا فى عدم رد العين- و اضحه الفساد، و لعله لذا أطلق المصنف و غيره جواز هذا العقد من غير استثناء لهذه الافراد حتى من معقد الإجماع مع ذكر المصنف حكم هذه الافراد فيما يأتى، لكن لا بعنوان دعوى لزوم عقد العاربه فيها فلاحظ

و تأمل إذ يمكن إرادته مدعى اللزوم فيها أو في بعضها عدم السلطنة على استرداد العين و تفرينها مما فيه، لوجود المانع منه، لا إرادته لزوم نفس العقد، و بهذا الاعتبار استثناءه، بل لعل ذلك مقطوع به، إذ احتمال أن لهم دليلاً على اللزوم لم يصل إلينا في غاية البعد، خصوصاً بعد تصريحهم بالاستدلال على اللزوم بما عرفت مما لا يقتضى لزوم العقد و الله العالم.

و كيف كان ف الكلام في فصول أربعة.

[الفصل الأول في المعير]

الأول: في المعير و لا بد أن يكون مكلفاً جائز التصرف فلا يصح إعاره الصبي و لا المجنون لما لهما لسلب عبارتهما و فعلهما في المعاملات، و كذا لا- يصح إعاره المحجور عليه لفلس أو سفه، بناء على عدم جواز مثل هذا التصرف لهما، و كان الأولى الاستغناء بجواز التصرف عن التكليف الذي اقتصر المصنف في التفريع عليه، و الأمر سهل.

إنما الكلام في قول المصنف و لو أذن الولي جاز للصبي مع مراعاة المصلحة كالمحكي عن الإرشاد، و إنما تصح من جائز التصرف، و لو أذن الولي للطفل صح أن يعير مع المصلحة، و في التحرير و اللعنه و غيرهما «يجوز للصبي أن يعير إذا أذن له الولي» و عن التحرير تقييده بالميز فإن الإذن لا يجعل المسلوب غير مسلوب كما هو مفروغ منه في غير المقام، و كون العاربه من العقود الجائزه لا يقتضى ذلك، و إلا لجازت مضاربه و وكالته بإذن الولي.

و دعوى كون الإذن من المالك بمنزله الإيجاب منه لأن المدار في العاربه على رضا المالك و هو الولي هنا- يدفعها عدم الفرق حيثئذ بين المميز و غيره، بل و بينه و بين المجنون، بل بين هذا العقد و غيره من العقود الجائزه، بل و بينه و بين المعاطاه في البيع و غيره، ضروره رجوع ذلك إلى كون الصبي حيثئذ آله و الإيجاب و الإنشاء بفعل الولي الذي هو الإذن، و إرسال الصبي و نحو ذلك.

نعم ينبغي اعتبار قصد الولي إنشاء الإيجاب بذلك، و هو خلاف ظاهر العبارات السابقه المبني على اختصاص العاربه بهذا الحكم، و لو يجعل إذن الولي و أمره فعل

الصبي فعلا- للولى، كما جعل أمره له بأفعال الحج موجبا للصحة فى الجملة، إلا أن ذلك متوقف على دليل اختصاص العاربه بذلك، و لعله للسيره المعتضده بهذه الكلمات من الأصحاب، و إرسالهم إرسال المسلمات و لكن ينبغى حينئذ اختصاص ذلك بإذن الولى فى عاربه ماله مثلا أما توليتها عن غيره فلا يجوز، و لعله لذا أطلق المصنف متصلا بما سمعته من الكلام السابق و كما لا يليها أى العاربه عن نفسه كذا لا يصح ولايته عن غيره لما عرفت من سلب قوله و فعله فى ذلك، حتى مع إذن الغير الذى هو المالك، بل و مع الإذن من الولى أيضا، بناء على اختصاص السيره بعاربه ماله بإذن الولى دون مال غيره، اللهم إلا أن ينزل ذلك من المصنف بقريته ما تقدم له على حال عدم الإذن من الولى، أما معها فلا فرق، و حينئذ يتجه تعميم الحكم، لكن الإنصاف عدم خلو المسأله من إشكال حتى فى الأول.

[الفصل الثانى فى المستعير]

الفصل (الثانى فى المستعير) و لا بد أن يكون مكلفا فلا يصح استعاره الصبى و المجنون، لما عرفت من سلب عبارتهما و فعلهما، فلو استعارا فى ضمانهما ما تقدم فى الوديعه، بل لا بد أن يكون معينا أيضا، فلو قال: أعرت أحد هذين لم يصح، للأصل بعد قصور تناول الأدله لمثل ذلك.

نعم لو أريدا من ذلك و قبلا معا، أمكن الصحة، كما لو قال: أعرت كتابى هذا لهؤلاء العشره و قبلوا جميعا، فإنه يصح بالنسبه إلى كل منهم، بمعنى أن له الانتفاع مستقلا، إذ لا- مانع من إجراء حكم المستعير على كل منهم، فإن العاربه قسم من الإباحه الصالحه لذلك، فيحمل عليه، إلا أن يصرح بإرادته الاجتماع، و هكذا فى غيره من العقود التى تقبل ذلك.

نعم فى مثل البيع و الإجاره و نحوهما مما لا يقبل ثمرته الانتقال لكل منهما، لعدم معقوليه ملك كل منهما لتام المبيع و تمام المنفعه، ينزل على الشرکه، بخلاف

ما نحن فيه.

و على كل حال فلا إشكال فى صحه العاريه فى الفرض، لعموم الأدله، بل فى التذكره «تصح العاريه لغير المحصور من العدد، نحو كل الناس، و أى أحد من الأشخاص، و من دخل الدار، لأن الكلى معين، و إن لم يكن عاماً كأى رجل و أى داخل، بخلاف أحد الشخصين أو الأشخاص، فإنه مجهول».

و إن كان قد يناقش بمنع تحقق العقديه أو ما فى حكمها من المعاطاه بمثل ذلك، ضروره عدم قصد الربط بين الإيجاب و القبول من الجانبين، و ليست العاريه حينئذ إلا-إباحه، على أنه قد صرح فى موضع منها بالفرق بين من بسط بساطاً مخصوصاً لضيف مخصوص، و بين من كان له بساط معد لمن يأتيه من الضيوف، فجعل الأول عاريه، و الثانى إباحه، لعدم قصد انتفاع شخص بعينه، و عدم اعتبار المقارنه بين الإيجاب و القبول فى العاريه لا يقتضى جوار ذلك فى الوكاله و الوديعه و غيرهما على وجه تحقق عقدها بذلك.

و كيف كان ف له أى المستعير الانتفاع بما جرت العاده به فى الانتفاع بالمعار فإنها المرجع فى نوعه و قدره و صفته، فلو اعاره بساطاً اقتضت فرشته، أو لحافاً التغطيه به، أو حيواناً للحمل، اقتضت تحميله القدر المعتاد بالنسبه إلى ذلك الحيوان و ذلك المحمول، و ذلك الزمان، و ذلك المكان، و لو تعددت منفعه العين و لم يكن ثم انصراف إلى بعضها فان عين نوعاً منها تعين، و إن عمم جاز الانتفاع بجميع الوجوه، بل لعله كذلك مع الإطلاق أيضاً على الأقوى، وفاقاً للمسالك ما لم تكن قرينه على خروج البعض.

و لو نقص من العين شىء أو تلفت بالاستعمال من غير تعد لم يضمن و إن كان هو مباشر التلف أو كان سبباً فيه إلا أن يشترط ذلك فى العاريه بناء على اعتبار مثل هذا الشرط، للنص و الإجماع على ما يشبهه كما تعرفه إنشاء الله، و لعل الوجه فى ذلك واضح، لانه استعمال مأذون فيه، و بناء العاريه على النقص بالاستعمال.

قول الصادق عليه السلام في صحيح ابن سنان (١)المسؤول فيه عن العاربه «لا غرم على مستعير عاريه إذا هلكت إذا كان مأمونا»
و لعله لذا قطع به المصنف من دون نقل قول، هذا.

و لكن في المسالك «ما قطع به المصنف هو أصح القولين، وفيه وجه آخر، و هو ضمان المتلف في آخر حالات التقويم، لان الظاهر عدم تناول الإذن للاستعمال المتلف، و إن كان داخلا في الإطلاق. نعم لو كان قد شرط الضمان في العاربه ضمن، و سيأتي الكلام فيه.

و نحو ذلك وقع له في الروضه عند شرح قول الشهيد في اللمعه «و لو نقصت بالاستعمال لم يضمن» قال: «و تقييده بالنقص قد يفهم منها أنها لو تلفت به ضمنها و هو أحد القولين في المسأله، لعدم تناول الإذن للاستعمال المتلف عرفا، و إن دخل في الإطلاق، فيضمنها آخر حالات التقويم، و قيل لا يضمن أيضا كالنقص، لما ذكر من الوجه، و هو الوجه».

و الظاهر أن الذى أوقعه في ذلك المحقق الثانى، فإن الفاضل في القواعد قال «و يجب رد العين مع الطلب و الممكنه، فإن أهمل ضمن، و لو تلف بالاستعمال كثوب انمحق باللبس فأشكال ينشأ من استناد التلف إلى مأذون فيه، و من انصراف الاذن غالبا إلى استعمال غير متلف، فإن أوجبنا، ضمن بالقيمه آخر حالات التقويم، و كذا لو اشترط الضمان، فنقصت بالاستعمال ثم تلفت، أو استعمالها ثم فرط، فإنه يضمن القيمه يوم التلف، فان النقص غير مضمون على اشكال، و للمستعير

الانتفاع بما جرت العاده، فلو نقص من العين شىء أو تلفت بالاستعمال فلا ضمان إلا أن يشترط ذلك في العاربه».

فقال في شرحه: «لا يخفى أن هذا مناف لما سبق في كلامه من الإشكال في كل من المسألتين، و لو حملت العبارة السابقه على استعمال غير مأذون فيه، و هذه على

مأذون فيه لم يتجه الاشكال، بل يتعين الضمان قطعاً و لو حملت هذه العبارة على أن الباء التي في قوله بالاستعمال بمعنى مع، فيكون التلف لا بسبب الاستعمال لاندفع التنافي، إلا أنه بعيد عن الظاهر».

و قال في شرح العبارة السابقه «الذى يقتضيه النظر أن الاستعمال المتلف متى كان بحيث يتناوله عقد العاريه لا يستعقب ضماناً» و اختاره في التحرير و فيه قوه.

نعم لو شك في تناول اللفظ إياه فالضمان قوى، و لا- استبعد أن يكون من صور الثانى ما لو أذن له بلبس الثوب و لم يزد، بخلاف ما لو أذن في كل لبس، أو في لبسه دائماً، لأن إذنه في لبسه في الجملة لا تقتضى الاذن في كل لبس».

قلت: لعل التأمل الجيد تقتضى أن هنا مقامين.

أحدهما: النقص و التلف الواقعان بسبب الاستعمال المعتاد، و لو من جهه الاتفاق في مثل تلك العين، كما لو استعار دابه للركوب أو الحمل، و لم يزد على المعتاد، و اتفق تلفها بنفس ذلك الاستعمال، لعثره أو نحوها، و هذا هو المناسب للقطع بعدم الضمان فيه، للنص و الفتوى.

الثانى: التلف بالاستعمال بسبب استدامته و استمراره المقتضى لاستيفاء عمره بالنسبه إلى ذلك العين، و هذا هو المناسب للإشكال في الضمان به، باعتبار اقتضاء إطلاق عقد العاريه تناوله، و عدمه إلا مع التصريح، و لعل الضمان به حينئذ وجه كما أوضحه المحقق الثانى، و بذلك ظهر لك الفرق بين المقامين، و وجه الجزم من المصنف و الفاضل و غيرهما بعدم الضمان في الأول منهما، بخلاف الثانى الذى قد ذكر مثاله الفاضل بقوله كثوب انمحق باللبس فتأمل جيداً، فان التحقيق فى المسأله ذلك، و إن أبيت عن قبول تنزيل بعض العبارات عليه، و الله العالم.

و كيف كان فيعتبر في المستعير إثبات سلطنته على العين المستعارة ف لا يجوز للمحرم أن يستعير من محل صيدا، لانه ليس له إمساكه بل يجب عليه إرساله و حينئذ ف لو أثم و أمسكه ثم أرسله ضمنه و إن لم يشترط عليه ذلك فى العاريه، و وجوب ذلك عليه لا ينافى ضمانه لمالكه، و إن

أقدم على إعارته لمن يكون تكليفه إتلافه بالإرسال، فإن ذلك لا يقتضى ذهاب حرمه ماله، كما لا يقتضى إبطال سببيه الضمان الحاصله من عموم قوله (١) «من أتلف مال غيره فهو له ضامن» و عدم الضمان بالعاريه الفاسده لقاعده عدمه فى الصحيح منها مع تسليمها فى صورته العلم إنما تتم فى التلف بغير تفريط لا الإتلاف، و دعوى - عدمه فى المقام أيضا باعتبار كون تكليفه ذلك - يمكن منعها أولا: لإمكان دعوى وجوب تسليمه إلى صاحبه، ترجيحاً لحق المخلوق على حق الخالق، و ثانياً: بعد تسليمها بمنع ما دل على عدم ضمان العاريه فى الفرض، لا أقل من الشك، فيبقى عموم من أتلف، و أصاله احترام المال بحاله.

و على كل حال فمن ذلك ظهر لك أنه لا وجه للإشكال فى الجزم بالضمان من المصنف و الفاضل و غيرهما بعدم الدليل عليه «لقاعده مالا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده» ضروره كون المراد الضمان فى الفرض المزبور، لا ما إذا تلفت فى يده من غير تفريط فيه، كى يتوجه عليه الإشكال المزبور، و إن كان إطلاقهم يوهم ذلك، لكن من المعلوم إرادتهم الفرد الذى ذكرناه، فإنه الموافق لذكر مسأله المحرم بخصوصه.

و لو كان الصيد فى يد محرم فاستعاره المحل أى أخذه بصوره العاريه جاز أخذه للمحل للأصل و لأن ملك المحرم زال عنه بالإحرام فأخذه حينئذ منه كما يأخذ من الصيد ما ليس بملك فيملكه حينئذ بالاستيلاء أو مع نيه الملك على الوجهين فى تملك المباح، و حرمه الدفع إلى المحل على المحرم لتعين الإرسال عليه لا ينافى جواز الأخذ للمحل، و ليس هو من الإعانه

على المحرم قطعاً، و إن وجب الفداء على المحرم مع التلف فى يد المحل، و بذلك يرتفع دعوى التساهل فى عبارته المصنف، مع أن الأمر سهل بعد وضوح المقصود، و هو إرادته الفرق بين صورته العاريه من المحل للمحرم، و بالعكس كما هو واضح و الله العالم.

و لو استعار مستعير من الغاصب و هو لا- يعلم بغصبه كان قرار الضمان للمنفعه الفائته على الغاصب لغروره و إن كان للمالك أيضا إلتزام المستعير بما استوفاه من المنفعه أو فاتت في يده لعموم «من أ تلف (١)»

و «على اليد» (٢)

كما هو المشهور بين الأصحاب في المقام، و في الغصب عند ذكر حكم الأيادي المترتبه على يد الغاصب.

و لكن يرجع المستعير على الغاصب لأنه أذن (١١) له في استيفائها بغير عوض (١٢) و على ذلك أقدم، فهو غار حينئذ له، فيرجع حينئذ عليه لقاعده «المغرور يرجع على من غره» و الوجه (١٣) عند المصنف و الفاضل تعلق الضمان بالغاصب حسب (١٤) فليس له حينئذ رجوع على المستعير، لأنه أقوى في الإلتلاف، و إن حصل في يد غيره، إلا أنه لما كان جاهلا مغرورا، و الغاصب عالما غارا، صار هو أولى في نسبه الإلتلاف، و كذا لو تلف العين في يد المستعير (١٥) و لم تكن مضمونه عليه، بل

قيل إن الرجوع ظلم محض، لأنه جاهل، إلا أن ذلك كما ترى لا يقتضى عدم الرجوع على المستعير، لقاعده اليد، و الإلتلاف، و قول على في المرسل (٣)

و خبر إسحاق بن عمار (٤) عن أبي عبد الله عليه السلام، و أبي إبراهيم عليه السلام «إذا استعيرت عاريه بغير اذن صاحبها فهلكت فالمستعير ضامن»

و إنما يتوجه له الرجوع بقاعده الغرور، و هو لا ينافي أصل ضمانه، اللهم إلا أن يقال: إن قاعده «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده» تقتضى ذلك، و لعلها المدرك للمصنف و غيره في الحكم بعدم الضمان، لا ما في المسالك من الأول.

و من الغريب ما فيها من موافقته على جريانها في المقام حتى استدل بجزء الإثبات منها على ضمان الجاهل في العاريه المضمونه مع إنكاره على المصنف الحكم

١-١ قاعده استفاده من مضامين الاخبار.

٢-٢ المستدرک ج ٢ ص ٥٠٤.

٣-٣ الوسائل الباب -١- من أبواب كتاب العاريه الحديث ١١.

٤-٤ الوسائل الباب -٤- من أبواب كتاب العاريه الحديث ١.

بعدم الضمان.

نعم يمكن الرد على المصنف بإنكار الدليل عليها فى المقام، إذ من المعلوم أن المسلم من هذه القاعده ما وافق الأدله منها، ضروره عدم دليل بالخصوص عليها و ليس الفاسد من حيث كونه فاسدا يترتب عليه ما يترتب على الصحيح، بل مقتضى فساده عدم ترتب أثر الصحيح عليه، كما هو واضح. و ليس فى الأدله

ما يوافق مضمونها بل قد عرفت أن قاعده اليد و عموم من أتلّف و المرسل و الخبر الضمان، و إن اقتضت قاعده الغرور، الرجوع على الغاصب، و دعوى الإجماع عليها معلومه الفساد فى المقام، إذ المشهور بين الأصحاب الضمان هنا مع الجهل، و إن رجع بقاعده الغرور كدعوى عموم ما دل على عدم الضمان بالعاريه للمقام، لأنها اسم للأعم من الصحيح و الفاسد، ضروره تخصيص العموم بالخبر و المرسل السابقين المعتضدين بالشهره بين الأصحاب التى هى المرجحه أيضا لعموم من أتلّف و على اليد عليه، بل قد يدعى انسياق الصحيح من أكثر هذه الاحكام فلا- تعارض حينئذ، و من ذلك و غيره يعلم عدم كون المقام فردا من القاعده المزبوره، أو خارجا عنها، كحال العلم للمستعير الذى أشار إليه بقوله.

أما لو كان عالما كان ضامنا، و لم يرجع على الغاصب بشىء لعدم غروره و لانه غاصب، بل لو أغرم المالك الغاصب المعير حيث أن له الرجوع عليه رجع هو على المستعير الذى استقر الضمان عليه بحصول التلف عنده مع عدم غروره، بل الظاهر أنه يرجع عليه أيضا بقيمه العين لو رجع عليه المالك و إن كان جاهلا، إذ كان قد أقدم على العاريه مضمونه باشتراط الضمان أو كانت ذهبا أو فضه، لعدم غروره حينئذ، بل هو كذلك لو صدر منه ما يقتضى الضمان من تعد أو تفريط.

نعم لا يرجع على المالك بعوض المنافع التى استوفاه المستعير بعنوان العاريه لو رجع عليه المالك، لإقدامه عليها مجانا، بل هو يرجع على المعير الغاصب لو رجع المالك عليه بها لقاعده الغرور.

لكن قد يناقش بما عرفت من ظهور أدله ضمان العاربه المشترط فيها الضمان و إذا كانت ذهابا أو فضه فى الصحيح منها، أما الفاسده فلا- يترتب على الشرط فيها و لا على كونها ذهابا و فضه ضمان من هذه الجهه، و إنما يترتب الضمان بقاعده اليد، و الخبرين السابقين، و حينئذ رجوع المعير عليه بقيمه العين باعتبار صيرورتها عوضا شرعا عما أداه عنها برجوع المالك عليه، و الفرض عدم الغرور منه.

لا يقال:- إن ذلك يقتضى رجوع المستعير على المعير أيضا لو رجع عليه المالك فى العاربه المضمونه و إن لم يكن ثم غرور، لكنه بأدائه قيمه العين المضمونه عليه للمالك، نحو ما سمعته فى رجوعه عليه- للفرق الواضح بينهما، بحصول التلف فى يده الذى هو سبب فى شغل ذمته بالقيمه للمالك، بخلاف الأول المخاطب فى الحقيقه برد العين أو قيمتها ممن هى فى يده، إذ لا وجه لخطابهما بقيمتين، و البدليه المتشخصه بالخيار لا- دليل عليها، بل ظاهر الأدله خلافها، فليس حينئذ إلا ما ذكرنا من كون القيمه فى ذمه من حصل التلف فى يده، و الأخر مخاطب بإرجاع ذلك منه و إلا- فبالغرامه عنه، فإذا أدى صار ما فى ذمته له عوضا شرعيا، إذ لا- وجه لملك الغاصب، فقام الإذن الشرعى بالأداء عنه مقام الاذن منه بذلك، بخلاف ما لو أدى هو فإنما يؤدى عن نفسه، و بذلك اتضح وجه الرجوع على من حصل التلف فى يده من ذى الأيدى المتعاقبه دونه، إلا إذا كان مغرورا، فإنه يستحق الرجوع بما يغرمه بقاعده «المغرور يرجع على من غره».

و بذلك اتضح لك هنا رجوع المعير على المستعير العالم لو رجع عليه، دونه و كذا الجاهل بالقيمه إذا كانت العين مضمونه عليه إذ المسأله فرد من أفراد مسأله تعاقب الأيدى فتأمل جيدا، فإنك لا تجد تحقيق ذلك فى غير هذا الكتاب، بل هو التحقيق فى أطراف المسأله.

و منه يعلم التشويش فى جمله من كلماتهم، خصوصا ما يحكى عن تذكره الفاضل فى تذييب ذكره من أنه «لو استعار من غير المالك عالما أو جاهلا ضمن، و استقر الضمان عليه، لان التلف حصل فى يده، و لا يرجع على المعير، و لو رجع المالك على المعير

كان للمعير الرجوع على المستعير» إذ هو كما ترى مناف لقاعده الغرور في الجاهل.

و كذا ما حكاه في المسالك عنها و عن القواعد في مسأله المستعير من المستعير، من إطلاق الإشكال في رجوع المستعير على المعير لو رجع المالك عليه مطلقاً، و في رجوع المعير على المستعير الجاهل، مع حكمه في المستعير من الغاصب بخلاف ذلك، فإنه لا يخفى عليك ما في ذلك، و لا ما في الذى ذكره في المسالك و غيرها هنا من الدليل، بعد الإحاطه بما ذكرناه الذى هو من فصل الخطاب المودع عند أئمه أولى الألباب، و الله الهادى إلى الصواب.

[الفصل الثالث فى العين المستعاره]

الفصل (الثالث، فى العين المستعاره) و ضابطها المستفاد من الفتوى و معقد الإجماع و نفي الخلاف و الاقتصار على المتيقن من إطلاق النص، عدا ما خرج من المنحه بدليله هى كل ما يصح الانتفاع به شرعاً مع بقاء عينه منفعه معتدا بها عند العقلاء، و لو غير معتاده من تلك العين كالثوب و الدابه و الدار و الدراهم للترين بها، أو لارهانها و نحوها، لا مثل الأطمه و الأشربه و نحوهما لإرادته الانتفاع بها بالأكل و الشرب و نحوهما، مما يكون منفعه بإتلاف عينه، و لا مثل أوانى الذهب و الفضة، للأكل و الشرب، و كلب الصيد للهو و الطرب، و الجوارى للاستمتاع بهن، بلا خلاف و لا إشكال فى شىء من ذلك.

نعم فى الرياض «إلا- فى المقصود بقولهم لا- يجوز إعاره ما لا- يمكن الانتفاع به إلا بإتلافه فإنه غير واضح إن ظهر من المعير الرضا بإتلاف العين بقوله أعرتكه مع القرينه، فإن المعيار فى جوازه هو رضاه به، و قد حصل فى محل الفرض، و إن هو إلا كالهبة و الإباحه، و إن عبر عنهما بلفظ العاربه، و لا مدخل للفظ الفاسد معناه فى اللغه و العرف.

نعم حيث لا يعلم الرضا بالإتلاف إلا به، اتجه ما ذكروه، لاشتراط استفادته

منه بدلالته عليه، و لو بالالتزام، و دلالة لفظ العاربه بمجردة على الإلتلاف فاسده، لعدم استنادها إلى عرف أو لغه، لأن وضع العاربه فيها بحكم الوضع و التبادر إنما هو لما لا يتم الانتفاع به إلا مع بقاء عينه، و لعل هذا هو مراد الأصحاب.

قلت يمكن أن يكون مرادهم ترتب الضمان على الإلتلاف المزبور، و إن كان بالإذن، إلا- أنها بعنوان العاربه، زعما منه عموم موضوعها أو تشريعا، و دعوى- كونه هبه أو اباحه و ان كان الدفع بهذا العنوان- واضحه البطلان، إلا- أن ينصب قرينه على إرادتهما من اللفظ المزبور، و قد ذكرنا سابقا أن كثيرا من أفراد العقود يميزها القصد، فمتى وقع منه بهذا العنوان، و الفرض عدم كونه فردا منه لم يجز عليه شىء من حكمه، بل يجزى عليه ما تقتضيه القواعد فى مثله.

نعم قد يتوقف فى ضمانه من غير تعد. و لا تفريط من قاعده «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده» و من خروجه عن أصل موضوع العاربه حتى الفاسد، و لعل الأخير هو الأقوى فى النظر.

و كيف كان فلا إشكال فى أنه تصح استعاره الأرض للزراعة و الغرس و البناء و لكن يقتصر المستعير على القدر المأذون فيه كما هو صريح المسالك و الروضه و غيرهما، و ظاهر الدروس و اللمعه، لأصالة حرمة التصرف فى مال الغير بغير اذنه فلا يجوز التعدى إلى الأدنى فضلا عن المساوى.

و قيل كما عن المبسوط و الغنيه و السرائر يجوز أن يستبيح ما دونه فى الضرر لا ما فوقه كأن يستعير أرضا للغرس فيزرع فيها لا العكس، بل عن الأول نفى الخلاف فيه بل فى القواعد و عن التذكرة و التحرير التصريح بجواز المساوى أيضا، بل عن جامع المقاصد ظاهر كلامهم أن الحكم بذلك إجماعى.

و لكن لا ريب فى أن الأول أشبه بأصول المذهب و قواعده، المقتضيه عدم جواز التعدى عن غير المأذون، و إن كان أدون أو مساويا، بعد فرض عدم حضوره فى الذهن عند الاذن، و دعوى الانتقال إليه من الاذن فى المعين للمساواه أو الأولويه واضحه المنع، فإن المساواه فى الانتفاع بالنسبه إلى الأرض أو الدون لاقتضى المساواه

فى الاذن كما هو واضح.

نعم لو أريد من التعيين التقدير فى الاذن فى المنفعه و لو بالقرينه اتجه حينئذ التخطى، و الا- فلا، من غير فرق بين المساوى و الأدنى، فما فى الرياض- من الفرق بينهما بالأولويه فى الثانى دون الأول- واضح المنع.

نعم قد يعلم من الفحوى الاذن فى بعض المنافع، لكن ذلك لا يدخلها فى العاريه إلا إذا كانت و لو بالقرينه من حيث الإعاره للمنفعه المعينه فى العقد على إشكال، بخلاف الفحوى من غير ذلك، إذ هو حينئذ كغيره من الأعيان المتناوله بالفحوى، و كان هذا هو السر فى اشتباه بعض الاعلام فى المقام. و الله الحافظ من زلل الاقدام و الأقلام هذا كله مع الإطلاق، و إلا فلا إشكال فى عدم الجواز مع النهى.

و على كل حال فلو تعدى و فعل الأضر فعليه الأجره للمالك تامه على الأقوى بمعنى أنه لا يسقط منها ما قابل قدر المأذون فيه من المنفعه، للأصل السالم عن المعارض من غير فرق فى ذلك بين المخالفه للنهى، أو للإطلاق المفروض عدم تناوله.

لكن فى القواعد «و لو أذن فى زرع الحنطه تخطى إلى المساوى و الأذون، لا- الأضر، و لو نهاه حرم، و عليه الأجره لو فعله، و الأقرب عدم إسقاط التفاوت مع النهى، لا الإطلاق» و فيه أن التخطى فى الحالين غير مأذون فيه، أقصاه أنه فى إحداهما نص على المنع و فى الأخرى جاء المنع من أصل الشرع، فهو كمن استوفى منفعه ملك غيره بغير إذنه، أو مع نهيه بالنسبه إلى استحقاق الأجره.

اللهم إلا أن يقال: إنه مع النهى يحصل تقييد المنفعه المأذون بغير المنهى عنها، أما مع الإطلاق فله استيفاؤها فى ضمن أى فرد، و لو ما لا يدخل فى المطلق، إلا أنه يضمن حينئذ الزائد عليها، لكنه كما ترى.

نعم لو أذن له فى تحميل دابه قدرا معيننا فزاد عليه ضمن أجره الزائد قطعاً. و تسقط أجره قدر المأذون، كما صرح به غير واحد، بل قطع به بعضهم، و مثله لو زرع المأذون و غيره، و ما لو ركبها و أردف غيره، مع أن السقوط لا يخلو أيضا

من نظر، ضروره ظهور تقييد الاذن في الأقل بعدم دخوله في ضمن الأكثر، فيستحق حينئذ أجره الجميع، و الاولى جعل المدار على ما يفهم من العبارة، و لعله مختلف و الأصل اختصاص الغرامه بالزائد، و هو مراد الجماعه و الله العالم.

و كذا يجوز استعاره كل حيوان له منفعه كفحل الضراب و ان استلزم إتلاف عين مائه، إلا أنه من التوابع للنزو و إدخال الفرج و نحوهما التي لا تقدح، أو علم بالسيره جوازها، و الكلب و السنور و غيرها من الحيوانات المملوكه و إن لم يكن لها منفعه يصح التكسب بها، ضروره وضوح الفرق بين سفه التكسب و الإباحه بلا عوض و العبد للخدمه، و المملوكه و لو كان المستعير أجنبيا منها و كانت شابه جميله، بلا- خلافاً أجده فيه عندنا، خلافاً لبعض العامه، فمنع عاربه الشابه جميله لمن لا يوثق به، لبعض الوجوه الاستحسانيه التي ليست من مدارك الأحكام الشرعيه عندنا.

نعم قيل: يكره إعارتها للأجنبي، و تتأكد إذا كانت حسناء خوف الفتنة، بل عن التذكرة و غيرها تأكدها في الشابه لمن لا يوثق به، كما صرح غير واحد كراهه استعاره الأبوين للخدمه، و بالاستحباب للرفاهيه، و الأمر سهل.

و لا- خلافاً ظاهراً كما اعترف به بعضهم في أنه يجوز استعاره الشاه للحلب و هي المسماه ب المنحه بل عن بعض متأخري المتأخرين الإجماع عليه و هو إن تم كان الحجه في مخالفه الضابط السابق، لا الأصل المقطوع بما سمعت، و لا تسلط الناس على أموالها الذي لا يقتضى مشروعيه العاربه، و لا كونه كالوكالة في الانتفاع، و لا الحاجه إليها كي يناسب شرعها سهوله المله و سماحتها، و لا- غير ذلك مما ذكر في كلام بعض متأخري المتأخرين مما لا يصح لإثبات مشروعيتها عاربه المنافى للضابط السابق، بناء على أن المنفعه إذا كانت عينا لا تدخل، و إن سميت منفعه و صح تسيلها في الوقف، إلا أن مورد الإجاره و العاربه ما ليس بعين من المنافع إلا ما خرج بالدليل، للإجماع بحسب الظاهر على ذلك، و لانه المتيقن من النص و الفتوى

و حينئذ فلا بد لعاريه المنحه من دليل، و ليس إلا الإجماع إن تم، إذ لم نجد فى شىء من نصوصنا الداله عليها.

نعم فى التذكره الاستدلال عليها ب

ما عن النبى صلى الله عليه و آله (١) «العاريه مؤداه، و المنحه مردوده، و الدين يقضى، و الغريم غارم»

و هو مع أنه من طرق العامه لا- دلالة فيه الا- على مشروعيه المنحه التى يمكن استفادتها من السيره المستقيمه أيضا، و هو لا يقتضى كونها عاريه، بل لعله ضرب من الإباحه، بل لعل الخبر المزبور ظاهر فى كونها ليست من العاريه، و أغرب من ذلك الاستدلال عليه ب

حسن الحلبي عن الصادق عليه السلام (٢) «فى الرجل يكون له الغنم يعطيها بضره سنه شيئا معلوما أو دراهم معلومه من كل شاه كذا

و كذا قال: لا بأس بالدراهم و لست أحب أن يكون بالسمن»

و صحيح ابن سنان (٣) «سأله أيضا عن رجل دفع الى رجل غنمه بسمن و دراهم معلومه، لكل شاه كذا و كذا فى كل شهر، قال: لا بأس بالدراهم و أما السمن فما أحب ذلك الا أن تكون حوالب فلا بأس بذلك»

بتقريب أنه إذا جاز مع العوض فبدونه أولى، إذ هو كما ترى لا يقتضى الجوار عاريه، كما أن جوازه مع العوض إما لكونه قسما من الصلح، أو أن ذلك بخصوصه مشروع.

و على كل حال فلا- دليل سوى الإجماع المدعى إن تم، و ظنى أنه مأخوذ من معلوميه مشروعيه المنحه من الفتاوى و السيره المستمره لكنه كما عرفت لا- يقتضى الجواز عاريه، و لعله قسم من الإباحه، و حينئذ يتجه التعدى إلى غير الشاه، كما هو المتعارف فى هذا الزمان فى البقر، و إلى غير اللبن كالصوف و الشعر و الوبر، أما على العاريه فلا- وجه للتعدى المزبور مع مخالفته للضابط السابق، كما لا يتعدى من جوازه عاريه إلى جوازه إجاره، بعد اتحادها مع العاريه فى الضابط السابق، و ربما تختص الإجاره بالجواز للرضاع فى الإنسان بخلاف العاريه، فلا يجوز استعاره الأمه له حينئذ، و إن جاز استيجارها، و أغرب من ذلك ما عن الغنيه فى باب الهبه «و من

١- ١ المستدرک ج ٢ ص ٤٨٩ و فيه و الدين مقضى.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٩- من أبواب عقد البيع و شروطه الحديث- ١.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٩- من أبواب عقد البيع و شروطه الحديث- ٤.

منح غيره بقره أو ناقه أو شاه لينتفع بلبنها مده لزمه الوفاء بذلك، إذا قصد بها وجه الله تعالى شأنه» إذ هو كما ترى لا يدخل في الهبه قربه إلى الله تعالى لتجده الحلب آنا فآنا، كما لا دليل على لزومها منحه أو عاريه ما لم يكن ملزم خارجي من عهد أو نذر أو يمين أو اشتراط في عقد لازم كما هو واضح. هذا.

و في بعض نسخ الكتاب و لا يستباح وطى الأمه بالعاريه، و في استباحتها بلفظ الإباحه تردد، و الأشبه الجواز و تعرف الكلام فيه إنشاء الله تعالى في كتاب النكاح عند تعرض المصنف له و الله العالم.

و كيف كان فلا-خلاف و لا إشكال في أنها تصح الإعارة مطلقه و مده معينه لإطلاق الأدله، لكن المراد بصحتها مده، عدم الاذن فيما بعدها، لا-لزومها إليها نحو ما سمعته في عقد القراض، و حينئذ ف للمالك في الحالين الرجوع بها لما عرفت من كونها عقدا جائزا.

و من ذلك ما لو أذن له في البناء أو الغرس مطلقا أو إلى مده، ثم أمره بالإزاله وجبت الإجابته خلافا للمحكي عن أبي على فلم يوجبها قبل انقضائها في خصوص عاريه الأرض القراح للغرس و البناء، بل في محكي المبسوط إذا أذن له أي في الغرس إلى سنه و رجع قبلها لم يلزمه القلع بلا خلاف، إلا أنه مع عدم كونه خلافا في جواز العاريه، لما عرفته سابقا من أعميه عدم وجوب القلع لذلك ضروره تحقق انفساخها بالفسخ و إن لم يلزمه الإجابته، لكن تتعين عليه الأجره مثلا.

و كذا الكلام ف (١١) ي عاريه الأرض للزرع (١٢) فان له الرجوع و لو قبل إدراكه على الأشبه (١٣) بأصول المذهب و قواعده التي منها معلوميه جواز عقد العاريه الذي منه محل البحث، خلافا للمحكي عن الشيخ و ابن إدريس من وجوب الوفاء على المعير في الزرع إلى حين إدراكه، لأذن له وقتا ينتهي إليه، و ظني أن مرجع كلامهما إلى عدم وجوب الإزاله، لا إلى عدم جواز العاريه، و بينهما فرق واضح.

و الذى يقتضيه النظر فى المسأله أنه لا ينبغى التأمل فى جواز عقد العاريه هنا لعموم ما دل عليه، و

عموم (١) «تسلط الناس على أموالها»

و أنها قسم من الإباحه و البر و الإحسان و غير ذلك، إنما الكلام فى حكم الغرس و البناء و الزرع بعد فسخها ضروره رجوع الأمر حينئذ إلى تراحم الحقوق، إذ المستعير ليس ظالماً فى عرقه و قاعده لا ضرر و لا ضرار جاريه فى المقام بالنسبه إليهما معا.

و من هنا قال المصنف و غيره و على الآذن الأرش فاحتمال تسلط المعير على الإزاله مطلقاً بلا أرش للأصل، و لأن المستعير هو الذى أدخل الضرر على نفسه بإقدامه على العاريه التى يجوز فسخها فى كل وقت، لا يخفى عليك ما فيه، لانقطاع الأصل بما عرفت من القاعده، و الاقدام على العاريه أعم من الاقدام على الضرر

المبنى على اقتضاء التسلط بفسخها على ذلك، و هل هو الا مصادره؟

و من هنا نفى الخلاف بعضهم عن وجوب الأرض فى المقام و إن استشكل فيه بعضهم إلا أن الاشكال ليس خلافاً، كما أنه يمكن نفيه أيضاً عن تقديمه على المستعير و إن بذل الأجره، و لعل ذلك كاف فى ترجيحه على الآخر عند المزاحمه لو أراد بذل الأجره للبقاء، أو القيمه للأرض، و لذا كان المتجه فيهما التراضى لدفع صاحب الأرض قيمه الغرس.

أما موثق

محمد بن مسلم (٢) عن أبى جعفر عليه السلام - «فى رجل اكرى داراً و فيها بستان فزرع فى البستان و غرس نخلاً و أشجاراً و فواكه و غير ذلك، و لم يستأمر صاحب الدار فى ذلك، فقال: عليه الكرى و يقوم صاحب الدار الزرع و الغرس قيمه عدل، فيعطيه الغارس إن كان استأمره فى ذلك، و إن لم يكن استأمره فى ذلك فعليه الكراء و له الغرس و الزرع و يقلعه و يذهب به حيث شاء»

- فلم أجد عاملاً به، عدا ما عن المبسوط من إجبار الغارس على القبول مع دفع القيمه، مع أنه مضطرب، لأنه على ما فى الكافى بعد قوله فيعطيه الغارس، «و إن كان استأمره فعليه الكرى و له الغرس

١- ١ البحار ج ٢ ص ٢٧٢ الطبعه الحديثه.

٢- ٢ الوسائل الباب - ٣٣ من أبواب أحكام الإجاره الحديث - ١.

و الزرع يقلعه و يذهب به حيث شاء» و حينئذ يكون دالا- على أن لصاحب الأرض المغصوبه تملك ما زرعه الغاصب فيها و غرسه، كما عن أبي على رحمه الله.

و لا ريب فى منافاته حينئذ لأصول المذهب و قواعده، و يأتى إنشاء الله تمام الكلام فى ذلك فى كتاب الغصب. و لكن لا كلام هنا فى ترجيح جانب المعير على حسب ما عرفت و الله العالم.

إنما الكلام فى أمرين أحدهما: عدم التسلط على الإزالة إلا بعد دفع الأرش و لعله الظاهر من قول المصنف و ليس له المطالبه بالإزالة من دون الأرش بل جزم به فى المسالك و ظاهره الإجماع عليه، قال: «لا- تجب اجابته الى القلع قبل دفعه و ان بذله لاحتمال تعذر الرجوع عليه بإفلاس أو غيبه و نحوهما، فيضيع حق المستعير و يلزم الضرر، بخلاف ما لو دفع أولا، فإن غايته أن يهرب المستعير أو يتعذر مباشرته للقلع، فيباشره المعير باذن الحاكم مع إمكانه، أولا معه مع تعذره، و تعذر اذن المالك، فلا يحصل الضرر، ثم قال: لكن هذا الدفع نوع من المعاوضه، و من شأنها أنهما مع الاختلاف يجبران على التقابض معا من غير أن يسبق أحدهما الآخر، و انما حكم هنا بسبق دفع الأرش، لأن المعيه غير ممكنه، و فى بسط الدفع على الأجزاء حرج و عسر، و الضرر عن الدافع مندفع، بخلاف العكس، فلذلك حكموا بتقدمه».

قلت يمكن اراده المصنف عدم السلطنه له على المطالبه بإزالته مجانا، و ليس هو بصدد سبق الدفع و تأخره و مقارنته، ضروره كون ذلك من الأحكام لا المعاوضات، بمعنى تسلط المعير على طلب الإزالة من المستعير، و عليه الأرش، فلكل منهما حق على الآخر لا مدخليه له فيه، و عصيان أحدهما فيه لا يقتضى الجواز للآخر، و كلام المصنف و ما شابهه انما هو فى عدم استحقاق الإزالة بدون استحقاق الأرش، لا- بدون سبق دفع الأرش الذى لم يقم عليه دليل معتبر، بل لعل ظاهر الأدله خلافه، و الأمور الاعتباريه مع انها غير تامه لا تصلح لان تكون مدركا شرعيا و الله العالم.

ثانيهما: أن المراد بالأرش على ما فى المسالك هو تفاوت ما بين كونه منزوعا من

الأرض و ثابتا قال: «و هل يعتبر فيه مجانا أو بأجره؟ كلام الشيخ صريح فى الأول و هو الظاهر من كلام المصنف و الجماعة، مع احتمال اعتبار الثانى، بل اختاره بعد ذلك، و حكاه عن التذكرة قال: لان جواز الرجوع فى العاربه لا معنى له، الا أن تكون منفعه الأرض ملكا لصاحبها لا حق لغيره فيها، و حينئذ فلا يستحق الإبقاء فيها الا برضاة بالأجره، و حق المستعير يجبر بالأرض، كما أن حق المعير يجبر بالتسلط على القلع، و يأخذ الأجره لو اتفقا على إبقائها».

قلت: قد أطنبنا سابقا فى نظير المسأله و قلنا إنه لا وجه لاعتبار البقاء مجانا أو بالأجره فى التقويم بعد فرض عدم استحقاق شىء منهما لذى الغرس أو البناء، بل هو فى بعض الأفراد كمال الضرر على المعير، خصوصا مع ملاحظه البقاء مجانا فى التقويم.

فالمتمجه حينئذ أن المراد بالأرض هو تفاوت حالى الشجره بالقلع و عدمه إن كان، و نقص آلات البناء بسبب الهدم، بمعنى ضمان نقصها الحاصل بالقلع و الهدم من حيث كونه قلعا و هدمًا، من غير ملاحظه البقاء مغروسا و مبنيا، الذى هو غير مستحق للمستعير لا مجانا و لا بأجره.

و لعله المراد فيما حكى عن المبسوط و غيره من أنه التفاوت بين كونها مقلوعه و قائمه من غير مراعاة للبقاء، بل يكون المعير حينئذ مع استحقاقه القلع كالعاصب فى الغرامه، بل ربما استغرقت قيمه بملاحظه ذلك، خصوصا مع المجانيه أضعاف قيمه الأرض كما هو واضح بأدنى تأمل هذا.

و قد يتوهم من إطلاق المصنف عدم الفرق فيما ذكره من الأرض بين انقضاء الوقت فى الموقته و بين الرجوع قبله، و وجهه فى الثانى واضح، ضروره كون الرجوع قبل الوقت كالرجوع فى المطلقه، أما ثبوته فى الموقته بعد انقضاء الوقت فقد يشكل، بأن فائده التوقيت ذلك.

و من هنا جزم فى القواعد و محكى التحرير و جامع المقاصد بأن له الإلزام

بالقلع مجاناً.

لكن عن التذكرة أن فائده التوقيت تجديد الغرس للمستعير في كل يوم إلى انقضاء المدة، إلى أن قال: «ثم للمالك الرجوع في العاربه قبل انقضاء المدة بالأرش و بعدها مجاناً إن شرط المعير القلع، أو نقص البناء بعد المدة، أو شرط عليه القلع متى طال به عملاً بالشرط، فإن فائدته سقوط الغرم، فلا يجب على صاحب الأرض ضمان ما نص الغرس بالقلع - وإن لم يكن شرط القلع و اختاره المستعير كان له ذلك، و إن لم يختار القلع و أراد المعير فلا بد من الأرش».

إلا- أنه لا- يخفى عليك ما فيه من منافاته لا صالته براءة الذمه السالمة عن المعارض ضروره عدم حق له بعد انتهاء المدة، و لا مدخله لاشتراط القلع و عدمه، كما لو استأجر منه أرضاً لذلك مده فانتهدت، و أراد المالك تفريغ أرضه.

نعم قد يتوقف فيما لو أعاره للزرع مده معينه، فانقضت و لما يدرك، لا لتقصير منه بل لهبوب الرياح و قصور الماء و نحوهما مما هو ليس من تقصير المستعير، بل عن التذكرة الجزم باستحقاق الأرش كالعاريه المطلقه، و لعله باعتبار أن له مده تنتظر فلا يعتد بالتأقيت القاصر عنها.

لكن لا ريب في أن المتجه أيضاً

عموم «تسلط الناس على أموالهم (١)»

و «أن المؤمنين عند شروطهم (٢)»

و لم يصدر الإباحه من المالك إلا إلى الأمد المخصوص الذي قد دخل المستعير على القلع

عند انقضائه، كما عن المحقق الثاني اختياره.

بل قال: ضعف الأول ظاهر لا يخفى، كما أنه قال: إن موضع الإشكال إذا لم يكن عدم الإدراك مستنداً إلى تقصير المستعير، فإن آخر باختياره حتى ضاق الوقت و جب القلع مجاناً قطعاً و الله العالم.

و لو أعاره أرضاً للدفن لميت محترم فدفنه فيها لم يكن له إجباره

١-١ البحار ج ٢ ص ٢٧٢ الطبعه الحديثه.

٢-٢ الوسائل الباب- ٢٠- من أبواب المهور الحديث- ٤.

على قلع الميت و نبشه و إخراجة إلى أن يطمئن باندراسه بالنسبه إلى تلك الأرض على وجه لا ينافى احترامه، بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه.

و لعل ذلك هو المراد ممن حكاها على لزومها، لا ان المراد عدم جواز فسخها، فان له ذلك باعتبار كونها عقدا جائزا، و تظهر الثمره فيما لو اتفق نبشه من نابش فان إعادته حينئذ تحتاج إلى إذن جديده، و الأجره، بناء على استحقاقها فى مثله و فى غير ذلك.

لكن من المعلوم أن ذلك بعد تحقق الدفن الذى يحرم معه النباش أما الرجوع قبل الحفر أو بعده قبل وضع الميت فلا كلام فى ترتب حرمة الدفن حينئذ عليه، بل صرح غير واحد من الأصحاب بأنه كذلك بعد الوضع قبل الموارد، لعدم صدق النباش حينئذ.

اللهم إلا- أن يقال: إنه و إن كان كذلك إلا أنه يمكن دعوى مساواته له، لما فى الإخراج من هتك الحرمه، و لذا أمروا بقرض نجاسه الكفن فيه إذا لم يمكن غسلها، بل قيل: لم يجوزوا نقله إلى قبر آخر.

لكن الإنصاف عدم الاكتفاء بذلك دليلا لمثل ذلك، بل لولا الإجماع هنا على حرمة النباش لأمكن القول بجوازه، لعموم «تسلط الناس» و لأولويته من جمله من الأمور التى جوزوا النباش لها، مع أنه لا- إطلاق و لا- عموم على حرمة، كى يتمسك بهما إلا الإجماع الذى لولا اعتضاده بما هنا، لأمكن المناقشه فى تناول معقده لما هنا.

هذا كله إذا لم يكن للمستعير جهة جواز للنباش، و إلا- لا-تجه إلزامه به، و لو للنقل إلى المشاهد المشرفه بناء على جوازه لها و للمستعير أن يدخل إلى الأرض التى استعارها للغرس و البناء و الزرع للنتزه و لغيره. و لأن يستظل بشجرها فى نوم و يقظه لأن ذلك كله و نحوه من توابع مثل هذه العاريه فى العاده، و قد سمعت سابقا أن له الانتفاع بما جرت العاده به.

فما عن المبسوط و غيره من عدم الجواز فى غير محله، و إن وافقه عليه فى الجملة فى التذكرة و القواعد، و جامع المقاصد، و المسالك، و الروضه، فلم يجوزوا دخوله

للتفرج، لأن الاستعارة وقعت لمنفعه معينه، فلا يتعداها. وإنما يجوز الدخول له لسقى الشجر و مرمة الجدر و نحوهما مما فيه مصلحة المال و صونه عن التلف.

إلا أنه كما ترى، بل لا يبعد أن يكون ذكر المصنف لذلك تعريضا بما سمعته عن المبسوط.

و منه يعلم ما فى المسالك فإنه قد أظن فى بيان انفراد المصنف فى ذكر هذا الحكم للمستعير على ما وجدته فى النسخ. قال: «و حقه أن يقول: للمعير. على ما وجدته فى سائر كتب الفقه التى تعرضوا فيها لهذه المسألة من كتبنا و كتب غيرنا».

و النكته بالنسبة إلى المعير واضحة، كما ذكرناه، و أما المستعير فعلى تقدير جواز استغلاله لا نكته فى تخصيصه من بين الوجوه التى ينتفع بها، ثم ساق جملة مما وجدته من عبارات الأصحاب، إلى أن قال: نعم ذكر الشهيد فى اللمعة جواز استغلال كل منهما بالشجر، هو أجود من الاقتصار على المستعير إلا أن يجعل نكته الاقتصار عليه بيان الفرد الأخرى».

قلت: قد عرفت أن غرض المصنف و الشهيد التعريض بمن لم يجوز ذلك للمستعير، و اختصاصه بالمعير، باعتبار كونه مالكا للأرض، فله الدخول إليها و الاستغلال بما فيها، لعدم كونه تصرفا بغير أرضه، كالأستغلال بحائط الغير، و إنما يمنع من التصرف بالبناء أو الغرس، بخلاف المستعير الذى ليس له التصرف إلا فى المنفعة التى أباحها المالك له، و هى الغرس و البناء و الزرع و توابعها مما يصلحها و يحرسها عن التلف.

و لا يخفى عليك بعد الإحاطة بما ذكرناه وجه النظر فى ذلك بل و فى انتفاع المعير فى البناء و الغرس من دون إذن المالك، بناء على أن مثله تصرف، كما جزم به بعض مشايخنا فأبطل الصلاة تحت السقف المغصوب، كما ذكرناه فى كتاب الصلاة، و لكن قد منعنا كونه تصرفا صلاتيا، ثم هو انتفاع به حال الصلاة.

و لعل كلام الأصحاب هنا مؤيد لما قلناه، بل ظاهرهم عدم حرمه ذلك مطلقا على المعير، إذ ليس هو إلا تصرفا فى أرضه، و إن قارن ذلك انتفاع له على نحو

الاستضاءه بنار الغير، و هو جالس فى ملكه.

إلا أن الانصاف عدم خلو ذلك من اشكال، مع فرض قصد استيفاء منفعة الاستظلال بالسقف دفعا للمطر و الحر و نحوهما، إذ هو إن لم يكن تصرفا فيه فلا ريب فى كونه انتفاعا به على وجه يضمن أجرته للمالك، هذا.

و ربما ظهر من بعضهم أن موضوع الحكم هنا ما إذا رجع المعير فى العاربه، و أن المراد بيان أن له قبل دفع الأرش و حصول القلع الدخول إلى أرضه و التصرف فيها و ان استلزم الاستظلال و نحوه بغرس الغير و بنائه، و ليس للمستعير الدخول إلا لمصلحه ماله و حفظه من سقى و مرمره بناء و نحوهما، بل ربما ظهر من بعضهم التوقف فى ذلك من دون استيدان أو لا.

و لكن لا يخفى عليك أنه مخالف لظاهر أكثر عبارات الأصحاب، و إن كان الحكم فى حد ذاته ممكنا، و الأمر سهل بعد فرض معلوميه الحكم على كل حال.

و كيف كان فقد تقدم فى كتاب الصلح من المصنف أنه لو أعار جداره لطرح خشبه و وضعها و طالبه بعد ذلك بإزالتها لم يكن له ذلك، لان المراد به التأيد، ثم استحسّن الجواز، و قد ذكرنا هناك ما عندنا.

لكن قال هنا كان له ذلك، إلا أن تكون أطرافها الأخر مثبتة فى بناء المستعير ف ليس له إلزامه بالإزاله، و إن بذل الأرش، لانه يؤدى إلى خرابه، و إلى إجباره على إزاله جذوعه عن ملكه أى المستعير، و هو المحكى عن مبسوط الشيخ و السرائر و الدروس.

و لكن فيه تردد من ذلك، و من معلوميه جواز عقد العاربه المقتضى لوجوب تفرغ ملك المعير، و إن توقف على تخريب ملكه، بل قيل: انه الذى أقدم على ذلك بإقدامه على العاربه، فهو فى الحقيقه الذى أدخل الضرر على نفسه.

نعم لما لم يكن ظالما فى وضعه، جبره الشارع بالأرش، و دعوى لزوم هذه العاربه باعتبار بنائها على التأيد و الدوام لا ترجع إلى محصل، يجوز الاعتماد عليه شرعا، بل لو بذل الأجره لم يلزم صاحب الجدار اجابته، ترجيحا لحق صاحب الجدار عليه

لفحوى ما سمعته فى الغرس و البناء الذى قد وافق الخصم عليه هناك، هذا و قد تقدم فى كتاب الصلح ماله نفع فى المقام فلاحظ و تأمل، و الله العالم.

و لو أذن له فى غرس شجره مثلاً- فغرسها، و بقيت مده ف اتفق أنها ماتت أو انقلعت لهواء خارق و نحوه، جاز عند بعض أن يغرس غيرها استصحاباً للإذن الأول التى لم يتعقبها رجوع.

و قيل: يفتقر إلى إذن مستأنف، و هو أشبه بأصول المذهب و قواعده المقتضيه حرمة التصرف فى مال الغير بغير إذنه، إذ الأولى قد انتهت بحصول مقتضاها، و غرس الشجره الأخرى شىء جديد، بل إن لم يكن ثم قرينه يشكل إعاده غرسها، إذ الظاهر أن الإذن فى الغرس كالأمر به تحقق بالمره.

نعم فى التذكرة: «لو انقلع القصيل المأذون له فى زرعه فى غير زمنه المعتاد، أو سقط الجذع كذلك و قصر الزمان جدا فالأولى أن يعيده بغير تجديد الإذن، و لعله لأنه من الإذن الأولى، لعدم تحقق مقتضاها المأذون فيه. كما هو واضح.

بل هذه المسائل و نحوها مما لاحظ للفقيه فيها، لاختلافها باختلاف القرائن الحاليه، فضلاً عن غيرها.

و لا- إشكال كما لا خلاف عندنا فى أنه لا يجوز إعاره العين المستعاره، إلا بإذن المالك ضروره اقتضاء عقد العاربه الإباحه لخصوص المستعير لا تملكه إياها.

و كذا لا يجوز له إجارتها (١١) بل هو أولى منه، خلافا لما عن بعض العامه من جوازه، قياساً على الإجاره، و هو مع بطلانه فى نفسه مع الفارق، فلا- ريب فى عدم جوازه و لا- غيره من النواقل أو المبيحه ل (١٢) ما عرفت من أن المنافع ليست مملوكه للمستعير، و إن كان له استيفؤها (١٣) بنفسه أو وكيله على وجه يعود الانتفاع له، مع كون العين فى يده أو فى يد الوكيل باذن المالك، و ليس هو من الإعاره.

ثم إن الظاهر كون الإعاره الثانيه مع فرض إذن المالك إنما هي من الأول مع فرض كون الإذن على هذا الوجه، فإنه يصير حينئذ وكيلا و نائبا، فلا يقدر حينئذ جنونه و نحوه في بقائها.

نعم إذا أذن له في الإعاره لنفسه اتجه حينئذ كون الإعاره منه، و احتمال عدم مشروعيه هذا القسم باعتبار اشتراط كون المعير مالكا يدفعه إطلاق الأدله، و المسلم منه مع عدم إذن المالك، فيكون بالشرط حينئذ مالكا أو مأذونا.

و قد سمعت التسامح في العاربه التي ذكر فيها المصنف صحه العاربه من الصبي بإذن وليه و ستسمع إنشاء الله في الوكاله بإذن الموكل أنها تقع على وجهين، الوكاله عن الموكل، و الوكاله عن الوكيل نفسه، نحو ما سمعته في العاربه هنا، و لعل مثله يأتي في الوديعة، و قد تقدم منا سابقا بحث فيه.

إنما الكلام فيما يستفاد من إطلاق الإذن، و لعل العاربه من المستعير نفسه أظهر الفردين منه، و لعل منه عاربه الدار مثلا على أن يدخل فيها من شاء من عياله و غيرهم، فإن الإعاره لهم منه، لا من المعير، أو يقال: إن من انتفاعه انتفاعهم على نحو انتفاع دوابه، و الأمر سهل.

و كيف كان فلو خالف و أعار الغير فلا- ريب في فساد العاربه، و لكن الكلام- في رجوع المالك على من شاء منهما بالعين و المنفعه، مع ضمان العين و عدمها- ما سمعته في العاربه من الغاصب، و ما عن الفاضل من الفرق بينهما في الجملة لا يخلو من إشكال كما أوضحنا ذلك كله هناك فتأمل و الله العالم.

[الفصل الرابع في الأحكام المتعلقة بها و فيه مسائل]

إشاره

الفصل الرابع: في الأحكام المتعلقة بها و فيه مسائل

[المسأله الأولى العاربه أمانه]

الأولى لا خلاف و لا إشكال في أن العاربه أمانه كما

قال الصادق عليه السلام في صحيح الحلبي (١) «صاحب العاربه و الوديعة مؤتمن»

و نحوه غيره، و حينئذ فهي كغيرها من الأمانات لا تضمن إلا بالتفريط في الحفظ أو

التعدى أو باشتراط الضمان زياده على الوديعة للإجماع بقسميه، و النصوص (٢).

٢-٢ الوسائل الباب - ١- من أبواب أحكام العاربه.

و لا ينافى ذلك بناؤها على التبرع حينئذ، كما لا ينافى كونه شرطا فى عقد جائز إذ هو كالاتجاه فى مقابله النص.

و كذا تزيد على الوديعه بأنها تضمن إذا كانت ذهبا أو فضه و إن لم يشترط الضمان، بلا خلاف أجده فيه فى الدراهم و الدينار منها، بل الإجماع بقسميه عليه و النصوص.

إنما الكلام فى غيرهما من المصوغ و غيره الذى هو كذلك أيضا فى صريح اللغه و المهذب و جامع المقاصد و المسالك و الروضه و مجمع البرهان على ما حكى عن بعضها، و فى ظاهر المتن و النافع و غيرهما ممن عبر كعبارته، كما عن المقنع و النهايه و المبسوط و فقه الراوندى، و التحرير و الإرشاد و المختلف و قواعد الشهيد.

بل لعله ظاهر الوسيله و التبصره المعبر فيهما بالثمن المراد منه مطلق الذهب و الفضه، كما فى تعريف الصرف، أو الورق و العين المعبر بهما فى محكى المقنعه و المراسم و الكافى و الغنيه و السرائر، بناء على إرادته الفضه من أولهما، كما عن القاموس و النهايه و كتب التفسير، أو هى مع الدراهم المضروبه، كما عن مجمع البحرين و الدينار و الذهب من ثانيهما كما عن القاموس أيضا.

نعم عن الصحاح تفسير العين بما ضرب من الدينار، و الورق بما ضرب من الدراهم، و لعله لذا نسب الحكم فى المختلف إلى الشهره بين الأصحاب، و إلا فلم أجد خلافا صريحا قبله، و إنما هو من الفخر و القطفى و الكفايه و الرياض على ما حكى عن بعضها.

و على كل حال فهو الأقوى ل

صحيح زراره (١) «قلت: لأبى عبد الله عليه السلام العاربه مضمونه، فقال: جميع ما استعرتته فتوى فلا يلزمك تواه، إلا الذهب و الفضه، فإنهما يلزمان إلا أن تشترط أنه متى توى لم يلزمك تواه، و كذلك جميع ما استعرت فاشترط عليك لزمك، و الذهب و الفضه لازم لك و إن لم يشترط عليك».

و إسحاق بن عمار عنه (٢) أيضا أو عن أبى إبراهيم عليه السلام «العاربه ليس على

١- ١ الوسائل الباب- ٣- من أبواب أحكام العاربه الحديث ٢.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٣- من أبواب أحكام العاربه الحديث ٤.

مستعيرها ضمان، إلا ما كان من ذهب أو فضة، فإنهما مضمونان اشترطا أو لم يشترطا».

و لا ينافى ذلك

صحيح ابن سنان (١) عنه أيضا «لا تضمن العاربه إلا أن يكون قد اشترط فيها ضمان، إلا الدنانير فإنها مضمونه و إن لم يشترط فيها ضمانا»

الذى مثله خبر ابن مسكان (٢) و لا

خبر عبد الملك بن عمرو (٣) عنه أيضا «ليس على صاحب العاربه ضمان، إلا أن يشترط صاحبها، إلا الدراهم فإنها مضمونه اشترط صاحبها أو لم يشترط».

بعد ظهور اتحاد المستثنى منه فى جميعها فى كون المراد تعدد الإخراج من العام، فهى مخصصات متعدده من عام متحد لا يقدح أخصيه بعضها من بعض إذ جميع المخصصات متحده فى الحكم الإيجابى الذى هو الضمان، فلا يحمل بعضها على بعض بعد عدم التنافى بينها.

بل و لا فى إخراجها من العام، ضروره أن الخاص إذا اخرج من العام لا يزيد دلالته على ما بقى من الأفراد على دلالته الأصلية، فليس حينئذ إلا خروج الخاص من العام.

و بذلك ظهر لك المراد من النصوص التى ما بين دال على عدم ضمان العاربه أصلا، و ما بين مستثنى الذهب و الفضة، و ما بين مستثنى الدراهم، و ما بين مستثنى الدنانير.

خصوصا بعد اتفاهم على عدم التنافى بين خبرى الدراهم و الدنانير، إذ ليس هو إلا باعتبار ظهورهما فى إرادته تعدد الإخراج من العام الذى هو بملاحظه كل واحد منهما لا يقتضى عدم قابليه العام لإخراج غيره، بل أقصاه بقاء ما عداه على دلاله العام الأول، فإذا جاء ما يقتضى إخراج فرد آخر ضم إلى الفرد الآخر، و هكذا.

١-١ الوسائل الباب-٣- من أبواب أحكام العاربه الحديث ١- و ذيله-٣.

٢-٢ الوسائل الباب-٣- من أبواب أحكام العاربه الحديث ١ ذيله.

٣-٣ الوسائل الباب-٣- من أبواب أحكام العاربه الحديث ٣.

فهو بمنزله أن يقول أكرم الرجال، ثم يقول: لا- تكرم زيدا منهم، و أخرى لا- تكرم عمروا و ثالثه لا- تكرم الجهال، و فى الواقع كان زيد و عمرو من أفراد الجهال فإنه لا- يشك من له أدنى فهم بالخطابات العرفيه إرادته إخراج الجهال من الحكم الأول، و لكن نص على زيد و عمرو للتأكيد، و نحوه.

و بذلك ظهر لك ما فى كلام فخر المحققين من حمل الذهب و الفضة على الدرهم و الدينار باعتبار أنهما عامان بالنسبه إليهما أو مطلقين، إذ قد عرفت أنه لا تنافى بين حكم الجميع الذى هو الضمان.

فلا- مقتضى للحمل المزبور، كما أنه لا تنافى أيضا بين المستثنى منه فى الجميع إذ هو ليس إلا عدم ضمان العاربه الذى هو مضمون القسم الأول من النصوص، و هذا واضح و إن أظن فى رده فى جامع المقاصد، و زاد فى الأطناب ثانى الشهيدين فى المسالك.

نعم فى الكافيه و تبعه فى الرياض «أن تحقيق المقام حصول التعارض فى النصوص المزبوره بين المستثنى منه فى خبر الدراهم و الدينار، و حاصله لا ضمان فى غير الدراهم و الدينار، و بين المستثنى فى خبر الذهب و الفضة، و النسبه بين الموضوعين عموم من وجه يمكن تخصيص كل منهما بالآخر.

فان خص الأول بالثانى كان الحاصل لا ضمان فى غير الدراهم و الدينار إلا أن يكون ذهباً أو فضه، و إن خص الثانى بالأول كان الحاصل كل من الذهب و الفضة مضمون إلا أن يكون غير الدراهم و الدينار.

فالأمر المشترك بين الحكمين ثابت، و هو حصول الضمان فى الدراهم و الدينار فلا بد من استثناء هذا الحكم من عموم الأخبار الداله على عدم الضمان، و تبقى تلك الأخبار فى غير ذلك سالمه عن المعارض، فان المتجه الحكم بعدم الضمان فى غير الدراهم و الدينار من الذهب و الفضة».

لكن لا- يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطه بما ذكرنا، ضروره عدم كون المستثنى منه فى خبرى عبد الملك و ابن سنان غير الدراهم و الدينار، بل لا يصلح لأن يكون

ذلك مستثنى منه لهما، وإن أراد الحاصل من المستثنى منه فيهما مع المستثنى، فليس هو إلا ضمان الدراهم و الدنانير لا غيرهما. وليس بين مجموع ذلك و بين الذهب و الفضة تعارض العموم من وجه، إذ لا اختصاص في خبرى الذهب و الفضة بالدلاله على عدم ضمانهما حتى يكون ذلك وجه افتراق لهما عن خبرى عبد الملك و ابن سنان.

على أن ذلك كله منا مماشاه لكشف فساد المغالطه المزبوره، و إلا فالواجب ملاحظه التعارض بين نفس الأدله من غير تقدير شىء ناشئ من الاجتهاد فيها، و لا ريب فى عدم التفاوت بين مضمون الجميع إلا باقتضاء الضمان فى الحلبي و نحوها من خبر الذهب و الفضة، و عدمه فى خبر الدراهم و الدنانير، و لكن من حيث حصر الضمان فيهما فلا ينافى حينئذ إخراج غيرهما بدليل آخر.

فليس حينئذ التعارض إلا بالعموم و الخصوص المطلق، على هذا التقدير، إذ ليس دليل سلب الضمان عما عداهما إلا هو مضمون القسم الأول من النصوص، و هو عدم الضمان فى العاربه مطلقا الذى لا ينافى الإخراج بخبرى الذهب و الفضة كما هو واضح بأدنى تأمل.

و أما تقدير غير الدرهم و الدينار و ملاحظته مهملا عن إخراجهما مع موضوع الذهب و الفضة الشاملين لهما و جعل التعارض بينهما من وجه إلى آخر ما سمعته فهو شىء خارج عن النصوص، صاغه الوهم، فصار مغالطه على الأفهام الرديه التى لا تفرق بين مفاهيم الألفاظ و مصاديقها، إذا كان فيها نوع خفاء.

و حينئذ لا- يحتاج إلى رده بالترجيح بالشهره العظيمه بين الأصحاب، و لا بأن أهل العرف لا يفهمون من ذلك إلا تخصيص الأول بالثانى، و لا

بعموم (١) «على اليد ما أخذت حتى تؤدى»

و لا باستلزام العكس إخراج لفظ الذهب و الفضة عن الحقيقه بخلاف الأول الذى فيه تكثير أفراد إخراج المخصص بعد العلم بالتخصيص فى الجمله، و لا إلى غير ذلك مما عرفت الاستغناء عنه.

و حينئذ فلا محيص عما عليه الأصحاب من ضمان مطلق الذهب و الفضة، بل الظاهر كونهما كذلك سواء كان معهما غيرهما، أو لا، مزجا أو غيره، إلا أن يشترط سقوط الضمان فيسقط حينئذ للأصل، و الاقتصار في الخروج عن عموم عدم الضمان على المتيقن الذى لم يشترط فيه ذلك، و

عموم (١) «المؤمنون»

و خصوص صحيح زراره (٢) المتقدم القاطع للشك في ذلك.

نعم قد يشك في اعتبار الشرط المزبور في الضمان بالتعدى و التفريط في ابتداء عقد العاربه باعتبار أنه إسقاط للواجب قبل وجوبه، و منافاته لإطلاق ما دل على تسبيبهما ذلك، مع أنه لا يخلو من قوه، لأنه في قوه الإذن في الإلتلاف، و للشك في السببيه معه، و الأصل براهه الذمه.

أما ما قيل - من عدم اعتباره أيضا في عاربه مال الغير، و في عاربه المحل للصيد للمحرم، - ففيه ما عرفت، من عدم كونهما عاريتين صحيحتين، على أن الثانيه منهما إن أريد بعدم اعتبار الشرط فيها بالنسبه إلى الفداء، فهو حق، لعدم كون ضمانه بالعاربه، بل هو شبه الحكم الشرعى، و إن أريد به بالنسبه إلى الغرامه للمالك، فالظاهر إتيان البحث السابق فيه.

و مما ذكرنا يعلم أنه لا وجه لذكر هذين القسمين في العاربه المضمونه، ضروره معلوميه إرادته القسم الصحيح منها، و من هنا تركهما المصنف، و اقتصر على ما عرفت. كما أنه لا وجه لعد العاربه من المحرم للمحل من قسم العاربه التى لا تضمن، حتى إذا اشترط فيها الضمان، إذ قد عرفت أنها ليست عاربه، و أن المستعير يملكه، لعدم ملك المحرم له.

نعم لم يذكر المصنف عاربه الرهن، و لعله للاكتفاء بما ذكره في الرهن، أو أنه ليس من العاربه عنده، كما أشبعنا الكلام فيه في كتاب الرهن، و بذلك ظهر لك

١- ١ الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المهور الحديث - ٤.

٢- ٢ الوسائل الباب - ٣ - من أبواب أحكام العاربه الحديث - ٢.

عدم الحاصل فيما ذكره فى المسالك من هذه الأقسام، و حسن اقتصار المصنف فى الضمان للعاريه على ما ذكره من الأسباب.
و أما ما يحكى عن ابن الجنييد من ضمان عاربه الدابه أيضا، فلم نجد له دليلا صالحا للخروج عن الأصل، فضلا عن عموم عدم ضمان العاربه المؤيد بعموم عدم ضمان الأمانه. و الله العالم.

[المسأله الثانيه إذا رد العاربه إلى المالك أو وكيله براء]

المسأله (الثانيه) لا خلاف و لا إشكال فى أن المستعير إذا رد العاربه إلى المالك أو من يقوم مقامه من وكيله أو وليه العام أو الخاص براء على حسب غيرها من الأمانات و نحوها، كما أنه لا إشكال و لا خلاف عندنا فى أنه لو ردها إلى الحرز الذى كانت فيه بلا يد للمالك و لا إذن منه لم يبرأ بل هو ضامن لها مع التفريط بها.

و كأنه عرض بذلك للرد على المحكى عن أبى حنيفه من أن رد العاربه إلى ملك المالك كردها إليه. لأين رد العوارى فى العاده بذلك، و هو كما ترى.

و لو استعار الدابه إلى مسافه معينه مثلا فجاوزها ضمنها عينا و منفعه للتعدى و لو أعادها إلى المسافه الأولى (١١) المأذون فيها لم يبرأ (١٢) من ضمان العين الذى قد حصل بالتعدى، للأصل و غيره، أما المنفعه فلا ضمان فيها لعدم انفساخ العاربه بذلك، إذ الفرض عدم تصريح أو ظهور فى عقد العاربه يقتضى تقييده بعدم التعدى أو التفريط، فالمنفعه التى اقتضى عقد العاربه إباحتها غير مضمونه.

نعم بالتعدى المزبور تدخل العين فى ضمانه بالتعدى الأول، و لو تلفت منه حال استعماله المأذون فيه بلا تعد متجدد أو تفريط كما هو واضح.

و إن أشكل الحال على المحدث البحرانى بالنسبه إلى الفرق بين الحكم بضمن العين بالمسافه المأذون فيها دون المنفعه، و ذلك لان العاربه إن انفسخت

بالتعدى المزبور اتجه ضمان العين و المنفعه مطلقا، و إلا لم يتجه ضمان العين بعد العود إلى المأذون فيه.

و فيه ما لا يخفى من حصول سبب الضمان، و هو التعدى المزبور الذى ليس فى الأدله ما يقتضى انفساخ العاربه به و بالتفريط، فهو حينئذ على مقتضى تسببه الضمان حتى فى المأذون فيه، إذ لا تنافى بين العاربه و الضمان بسببه. أما المنفعه فهى على إذن العاربه و الله العالم.

[المسأله الثالثه يجوز للمستعير بيع غروسه و أبنيته فى الأرض المستعاره للمعير]

المسأله (الثالثه) لا خلاف أيضا و لا إشكال فى أنه يجوز للمستعير بيع غروسه و أبنيته فى الأرض المستعاره للمعير و بالعكس، و للأجنبى بل يجوز بيع المستعير لغيره أى المعير مع الإذن و بدونها بل مع النهى على الأشبه بأصول المذهب و قواعده التى لا ينافيها احتمال قلع المعير له و هدمه إياه، فإنه لا يخرج عن المالىه المسوغه لبيعه.

بل هو أولى مما جوزوا بيعه من الحيوان المشرف على التلف، و العبد المستحق للقتل قصاصا، فما عن أحد وجهى الشافعيه من المنع لذلك واضح الفساد.

نعم عن مبسوط الشيخ أن الأقوى عدم الجواز، لانه لا يمكن تسليمه، بل عنه فيما سلف عدم جواز دخول المستعير لغير السقى و نحوه، و من هنا بنى فى التحرير جواز البيع و عدمه على جواز الدخول و عدمه، لكن فيه أولان: أن التسليم فى مثله التخليه، و الانتفاع ممكن باستيذان المعير، أو الاستيجار منه و نحو ذلك.

و حرمة الدخول على المشتري- و الانتفاع به باعتبار اقتضاء عقد العاربه الإذن للاول- لا ينافى جواز الشراء، و إن وجب عليه حينئذ الاستئذان فى البقاء من حينه، فإن لم يحصل كانت الأصول و الآلات فى مقابله ثمنه.

و على كل حال فهو أمر خارجى لا مدخليه له فى صحه البيع للمال المملوك

الذى يمكن تسلمه باقيا و مقلوعا، بل الظاهر صحه البيع حتى مع جهل المشتري بالحال، و إن تسلط على الخيار حينئذ، لظهور البيع فى استحقاق البقاء، فيتسلط على الخيار لقاعده الضرر.

و لو باع المستعير و المعير الأرض و ما فيها بئمن واحد، صح و يوزع الثمن على قيمه مال كل منهما، فيقوم الغرس و البناء فى أرض مستعاره، و الأرض مشغوله عاريه بذلك. نعم يلحظ النسبه بينهما، و يوزع الثمن عليها كما هو واضح و الله العالم.

[المسأله الرابعه إذا حملت الأهويه أو السيول حبا مثلا إلى ملك إنسان فنبت كان لصاحب الأرض إزالته]

المسأله (الرابعه إذا حملت الأهويه أو السيول حبا مثلا- إلى ملك إنسان فنبت كان لصاحب الأرض إزالته بعد فرض امتناع المالك عنها، من غير مراجعه للحاكم و لا- يضمن له الأرش بل ربما استحق عليه الأجره على ما تسمع كما فى مسأله أغصان الشجره البارزه إلى ملكه التى تقدم تفصيل الكلام فيها فى كتاب الصلح، فإن ظاهر المصنف اتحاد الحكم فى المسألتين.

و لكن كشف الحال فى المقام هو أن هذا الحب لا يخلو إما أن يكون معرضا عنه، أو لا، و على التقديرين إما أن يعلم المالك أو يجهل فى منحصر أو غيره.

و على كل حال فإما أن يكون متمولا، أو قليلا غير متمول، فمع فرض الإعراض فلمالك الأرض و غيره تملكه، و له طرحه من أرضه كغيره من المال المعرض عنه و إن كان كثيرا.

لكن فى المسالك «أنه يجوز للمالك الرجوع ما دامت العين باقيه، لأن ذلك بمنزله الإباحه» و فى غيرها التصريح بأن له ذلك. و إن تملكه أحد، إلا أنه قد يشكل بأصالة اللزوم بعد حرمه القياس على الهبه، و منع كونه أولى، بل ينبغى الجزم بذلك، بناء على صيرورته كالمباحات بالإعراض.

و على كل حال فالظاهر ممن تعرض لذلك عدم تسلط صاحب الأرض على جبره على القلع، بعد تحقق الإعراض عنه.

و لكن قد يشكل إذا فرض حصول الإعراض بعد اشتغال الأرض به، بل و قبله

بناء على عدم خروجه عن الملك بذلك، إذ هو حينئذ نحو ما قيل فيما لو ترك الحب صاحبه لصاحب الأرض و لم يقبله، ففي المسالك في وجوب الإزالة وجهان.

نعم حكى فيها عن التذكرة القطع بسقوط مؤنه نقله، و أجرته عنه، لأنه حصل بغير تفريطه و لا عدوانه، و كان الخيار لصاحب الأرض المشغولة إن شاء أخذه لنفسه، و إن شاء قلعه.

إلا أنه لا يخفى عليك ما فيه، بناء على وجوب تخليص ملك الغير منه، ضروره أن الإعراض عنه بعد عدم الخروج عن ملكه به أو البذل لصاحب الأرض مع عدم القبول لا يرفع الوجوب المزبور عنه الذي قد صرح به غير واحد في الصورة الأخرى، و هي: ما لو علم المالك بعينه و لم يكن منه إعراض و لا- بذل، معللين له بأن ملكه قد شغل أرض غيره بغير حق، فيجب تخليصه منه و التسويه و طم الحفر.

بل صرح بعضهم بوجوب الأجره عليه للمده، بعد امتناعه، لأنه كالغاصب حينئذ، بل عن ظاهر السرائر وجوبها عليه للمده السابقه التي استظهر بعضهم عدمها، لعدم تقصيره في القلع، و عدم تفريطه في أصل اشتغال الأرض به، فأصل البراءه بحاله.

اللهم إلا- أن يقال: إنه و إن لم يكن مقصرا لكن لا- تبرع أيضا من صاحب الأرض، و الأصل احترام مال الغير الذي منه المنفعه المزبوره.

لكنه كما ترى، بل قد يناقش في الأجره مطلقا، للشك في وجوب التخليص عليه، بعد أن لم يكن الشغل منه، للأصل، و كونه مالكا لا يقتضى ذلك نعم لصاحب الأرض بعد امتناع المالك، إزالته عن ملكه، كما عبر به المصنف.

و لو كان المالك مشتبه في منحصرين ففي المسالك «وجب عليهم أجمع التخلص بالصلح، أو التملك و نحوه، و يجب على صاحب الأرض مراجعتهم فيما يراجع فيه المالك المعين».

وفيه: ان هذا الوجوب لا- وجه له، لتمسك كل منهم بأصل البراءه السالم عن معارضه باب المقدمه في الفرض المعلوم عدمها فيه، فالمتجه حينئذ إزالته نفسه

عن ملكه بعد مراجعته الحاكم، أو بدونه، و لكن يسلم المال للحاكم.

و لو لم يكن محصورا ففى المسالك أيضا « كان بمنزله اللقطة » و فيه: أنه إلى مجهول المالك أقرب منه إليها، لعدم تحقق كونه مالا ضائعا، و لو بقرينه، بل هو كالثوب الذى أطارته الريح.

و لو كان قليلا لا يتمول كنواه واحده و حبه كذلك و المالك معلوم، احتمال بعضهم عدم وجوب رده، و أن له تملكه، لانتفاء حقيقه المالىه فيه، و التقويم إنما حصل فى أرضه، و فيه: أنه مناف لأصول المذهب و قواعد المقتضيه وجوب رده إلى صاحبه على حسب ما تقدم، و بذلك كله بان لك الحال فى جميع أطراف المسأله.

نعم بقى شىء و هو أنه لم أجد أحدا احتمل هنا وجوب الانتظار فى الزرع الذى له أمد، و لا دفع الأرش فيه أو فى الشجر كما ذكره فى العاريه و نحوها، بل صريح بعضهم عدمه، مع أنك قد سمعت أن بناء ذلك فى العاريه على تراحم الحقوق و عدم كونه ظالما فى عرقه، و إلا فالإذن له يجوز له الرجوع فيها، لأنها حصلت فى ضمن عقد جائز.

و إجراء قاعده تراحم الحقوق، و مراعاة الأكثر ضررا، و القرعه و نحوها فى المقام إن لم يكن أولى من ذلك المقام، فهو مساو له مثل دابه وضعت رأسها فى قدر شخص أو دخلت دار الغير فاحتاج إخراجها إلى خراب الباب مثلا و نحو ذلك.

فلا بد من ملاحظه الفرق بين المقامين، و لعله قاعده أخرى و هى وجوب تخليص ملك الغير عما اشتغل فيه من ملك آخر و الله العالم.

[المسأله الخامسه لو نقصت بالاستعمال ثم تلفت و قد شرط ضمانها ضمن قيمتها يوم تلفها]

المسأله (الخامسه لو نقصت العين المستعاره ب سبب الاستعمال المأذون فيه ثم تلفت و قد شرط ضمانها ضمن قيمتها يوم تلفها كما عن المبسوط و التذكرة و المختلف و الحواشى لأن النقصان المذكور غير مضمون فى نفسه و لا مندرج فى إطلاق

الضمان المشروط.

نعم لو نص عليه في الشرطية اتجه ضمانه، ولا ينافي تبرع العاربه، ضروره عدم كونه ضمانا للمنفعه، بل هو شىء و هو شىء آخر، و المنافى للعاربه اشتراط ضمانها لا ضمانه، بل لعله كذلك و إن كان من لوازم الاستعمال.

لكن لو فرض اتحاد الانتفاع بالعين مع النقص الحاصل منه بمعنى كون المنفعه المأذون فيها هي نفس النقص المزبور، اتجه حينئذ عدم صحه اشتراط ضمانه، إلا أنه كما ترى مجرد تصور وهمى.

و على كل حال فالتردد في ضمانه في صورته إطلاق من بعضهم- بل في جامع المقاصد «لا أستبعد ضمانه، لأنه ليس من لوازم أصل الاستعمال، النقص، و لأنه لا- منافاه بين كون الاستعمال مأذونا فيه، و النقص مضمونا، و هذا قوى جدا» و نحوه في المسالك.

بل عن فخر المحققين أنه الأصح بعد أن حكاه عن أبي على، و أبي الصلاح- في غير محله.

و

خبر وهب (١) الذى ذكره بعضهم دليلا لذلك عن جعفر عن أبيه عليهما السلام «ان عليا عليه السلام قال: من استعار عبدا مملوكا لقوم فعيب فهو ضامن، و من استعار حرا صغيرا فهو ضامن»

المحمول على المضمون بالشرط، أو التعدى أو التفريط.

مع أنه مؤل ظاهر في غير محل الفرض الذى هو النقصان الناشئ من نفس الاستعمال، كانمحاق الثوب و نحوه، لا اتفاق تلف بعض أجزائه بحرق و نحوه، فإنه لا شك في اندراجه في إطلاق

الضمان المشروط الذى هو الجملة و الاجزاء كما هو واضح.

و حينئذ لا فرق في عدم ضمانه بين تلف العين و بين ردها ناقصه.

و من الغريب ما يظهر من بعض الكلمات من الفرق، فإنه لا وجه له، كما أنه لا وجه للفرق بين المقام، و بين الضمان بالتعدى و التفريط ثم تلفت بعد نقصها

بالاستعمال بعد ذلك، فإنه لا يضمن إلا القيمة يوم التلف، لعدم انفساخ العاربه بذلك، فهو حينئذ مأذون فيتبعه النقص الحاصل منه، فما عن بعضهم من الفرق في غير محله.

نعم يضمن النقص الحاصل من التعدى نفسه الذى لم يأذن فيه، وكذا التفريط و أما الحاصل بعد العود إلى استعمال العاربه المأذون فيها فلا، وإن كانت العين مضمونه فى يده لكن قيمتها. هذا.

ولا يخفى عليك أنه حيث يضمن النقص الحاصل من الاستعمال فلا بد من ملاحظته من حين القبض إلى حين التلف، لمكان ذهاب الاجزاء على التدريج كالثوب يلبس و ينمحق شيئاً فشيئاً كما هو واضح و قد وقع فى بعض الكتب المتأخره هنا ما لا ينبغي أن يسطر فلا تغفل و الله العالم.

[المسألة السادسة إذا قال الراكب مثلاً أعرتنيها و قال المالك آجرتكها فالقول قول الراكب]

المسألة (السادسة إذا قال الراكب مثلاً أعرتنيها و قال المالك: آجرتكها فالقول قول الراكب مع يمينه، عند الشيخ و ابن زهره و أول الشهيدين و الأردبيلي و الخراساني على ما حكى عن بعضهم لان المالك مدع للأجره و الراكب ينفيتها، فهو مع أصل البراءه السالم عن معارضه الإقرار بالاستيفاء مثلاً، بعد أن اتفقا على كونه بالاذن التى تقع على وجوه، فهى أعم من الاستحقاق، فليس المالك حينئذ إلا مدعياً صرفاً.

وقيل كما عن ابن إدريس و اجاره المهدب، بل لعله المشهور لما ستعرف من رجوع غيره إليه، القول قول المالك فى عدم العاربه التى ادعاها الراكب فإذا حلف حينئذ سقطت دعوى الراكب و تثبت عليه أجره المثل لا المسمى الذى نفاه الراكب أيضاً بيمينه، إذ هو منكر بالنسبه إليه.

ولا- ينافى ذلك ثبوت أجره المثل التى هى قيمه المنفعه التى قد اعترف باستيفائها و هى كالعين بالنسبه إلى المالىه، و الأصل احترام مال المسلم كدمه و عرضه، بمعنى

الحكم بضمانه على من هو عنده، حتى يثبت ما يقتضى عدمه من عاريه و إباحه مجانيه، ضروره أن طيب نفسه شرط فى حل ماله، و الشك فيه شك فى الشرط، و هو الموافق

لعموم (١) «من أئلف» (٢)

و «على اليد»

و غيرهما، و عليه بنى تقديم قول مدعى القرض على مدعى الوديعه فى صحيح إسحاق بن عمار (٣) و مدعى الغصب على مدعى العاريه أيضا.

نعم تكون على الراكب أجره المثل إذا صارت مساويه للمسمى أو أقل منه، لا إذا كانت أزيد، لاعترافه حينئذ بدعواه المسمى بعدم استحقاقها، و إن انتفت دعواه بيمين الراكب، لكن انتفاؤها بالنسبه إلى إلزامه بها، لا ما يعود منها إلى المدعى الذى هو مقتضى التزامه بإقراره.

و لا- ينافى ذلك إطلاق المصنف أجره المثل المنزل على مساواتها للمسمى غالبا أو على إرادته بيان أصل ثبوت الأجره أو نحو ذلك.

و بذلك ظهر انقطاع أصله البراءه بالقاعده المزبوره، كما أنه ظهر الجواب عن اشكال استحقاق الأجره بعد انتفاء دعواه الإجاره بيمين الراكب، باعتبار حصر استحقاقه باعترافه بالإجاره المفروض انتفاؤها بيمين الراكب، إذ هو معارض أيضا بانتفاء المجانيه التى ادعاها الراكب باعتبار حصر سببها باعترافه بالعاريه المفروض انتفاؤها بيمين المالك، فلما انتفيا معا رجع الحاكم إلى أصل آخر يقتضى غرامه الراكب، و هو أصله ضمان مال الغير، فحكم بأجره المثل غرامه، عوض منفعه مال الغير التى اعترف باستيفائها.

و لا حرمه على المالك فى قبضها، لعدم تضمن دعواه ما يقتضى حرمتها عليه، حتى إذا ادعى كون المسمى عينا مخصوصه فإن له أخذها حينئذ مقاصه، على الوجه الذى ذكرناه.

١-١ قاعده مستفاده من مضامين الاخبار.

٢-٢ المستدرک ج ٢ ص ٥٠٤.

٣-٣ الوسائل الباب ٧ من أبواب أحكام الوديعه الحديث - ١.

و به بان أن القول الأخر الذى ذكروه قولاً- ثالثاً- و هو أن القول قول المالك أيضاً، و لكن يرجع بأقل الأمرين من المسمى و أجره المثل لا أجره المثل مطلقاً، كما فى المتن- هو قول المصنف بعد تنزيل إطلاقه على ما عرفت.

كما أن المذكور قولاً رابعاً و هو التحالف، إذ قد يكون المسمى الذى يدعيه المالك أزيد من أجره المثل، فلا بد فى نفيه من يمين الراكب، لا ينبغى أن يكون قولاً ليس كذلك، ضروره أن ذلك راجع إلى المالك، إن أراد طالبه باليمين المحتمل نكوله عنها، لا أن الحكم له بأجره المثل موقوف على ذلك، فإن له عدم الدعوى، و إسقاط حق اليمين الذى له، و المطالبه بأجره المثل التى هى مقتضى حلفه على نفي العاربه، و يكفى ذلك فى إلزام الراكب بها.

فليس حينئذ فى المسأله إلا قولان، منشؤهما ثبوت الأصل المزبور و عدمه، و الظاهر أنه مفروغ منه فى غير المقام، كما لا يخفى على من أحاط خبراً بأفراد المسأله فى الأبواب المتفرقه.

نعم يحكى عن الشيخ قول ثالث، و هو استعمال القرعه فى تعيين المنكر منهما فىكون القول قوله بيمينه، لكنه كما ترى، خصوصاً إذا أراد ذلك حتى بالنسبه إلى إثبات المسمى الذى ادعاه المالك، على أن مورد القرعه المشكل، و لا اشكال بعد القاعده المزبوره.

و أغرب منه ما يحكى عن غيره من الحكم بأجره المثل بلا- يمين من المالك على نفي العاربه، و لا- من الراكب على نفي الإجاره، لكن ظنى أنه اشتباه من الحاكي ضروره انحصار سقوط الدعوى باليمين و اليمين.

و على كل حال فلا ريب فى أن القول الثانى هو الأشبه بأصول المذهب و قواعده التى قد عرفت أن منها أصاله عدم خروج مال المسلم من يده إلا بقوله، و لا فرق فى التنازع بينهما بين أن يكون بعد مضى مده الإجاره المدعاه، أو فى أثناءها، و إن وجب فى الثانى، أقل الأمرين من قسط المسمى و أجره المثل، كما أنه لا فرق فيه بين بقاء العين و تلفها، لأنها إن كانت باقيه ردها على المالك

مع الأجره المزبوره.

لكن فى المسالك «ان فى انتزاع العين بناء على الاكتفاء بحلف المالك على نفي الإعارة، و كون النزاع فى الأثناء نظر، من إنكار المستعير الإجاره، و إذن المالك على وجه التبرع قد انتفى بإنكاره، فيرتجع، و من اعتراف المالك بعدم استحقاقه ارتجاعها إلى أن تنقضى المده التى يدعيها.

قال: و هذا مما يؤيد القول بالتحالف، لأن هذا نزاع آخر لم يتحرر من يمين المالك، كالنزاع فى الزائد من المسمى».

و فيه أنه على تقدير التحالف و عدمه ليس له انتزاع العين إلا- من باب المقاصه التى ينبغى مراعاته نسبه أجره المثل فيها مع المسمى الذى يدعيه على الراكب، ضروره عدم اقتضاء التحالف الانفساخ واقعا، فله حينئذ انتزاعه عنه بعد انتفاء دعوى الراكب على كل تقدير، و أما الزائد من المسمى فقد عرفت انحصار الحق فيه به فله الدعوى، و له تركها كما هو واضح.

و إن كانت العين تالفه، فحكم الأجره ما ذكر، و أما العين فإن كانت أمانه كما لو كانت الإعارة التى يدعيها الراكب غير مضمونه، فلا شىء على الراكب، لاتفاقهما على كونها فى يده أمانه إما بالإجاره أو بالإعارة.

و إن كانت مضمونه ففى المسالك «أن مدعى الإعارة يعترف بثبوت قيمه فى ذمته، و المالك ينكره، لعدم اقتضاء الإجاره الضمان، فيتوقف إلى أن يتفقا عليه».

قلت: الظاهر أن له المقاصه بما أخذ منه من أجره المثل، و الزائد يجب عليه التوصل إلى إيصاله إليه بأحد الطرق الممكنه، هذا كله فيما لو كان الاختلاف بعد مضى المده أجمع، أو البعض الذى يكون له أجره مثل.

و أما لو كان الاختلاف عقيب العقد من غير انتفاع فلا خلاف و لا إشكال فى أنه كان القول قول الراكب فى عدم الإجاره لأن المالك يدعى عقدا و هذا ينكره و الفرض عدم دعوى من المالك فى استيفاء منفعه، فليس حينئذ

إلا دعواه أن له أجره عليه، و الراكب ينكره، و الأصل براءة ذمته، فيكون القول قوله، كما هو واضح.

و لو انعكست الدعوى بأن ادعى المالك الإعارة المضمونه، و الراكب ادعى الإجاره، و الفرض تلف العين، فإن اتفقت الأجره و القيمه أخذها المالك بغير يمين و إن زادت القيمه أخذها باليمين، بناء على ما عرفته من الأصل المزبور.

و هذا غير دعوى الضمان فى العاربه بعد اتفاقهما عليها، لأن الأصل عدم الاشتراط هناك فيتحقق حينئذ من المالك ما لا يترتب عليه ضمان، بخلافه فى الفرض الذى بعد التحالف يبقى أصاله احترام مال المسلم.

كذا لو كان الاختلاف بينهما فى المضمون عاربه بالذات كالذهب فادعاهما المالك و ادعى الآخر أنه إجاره، بل هو أوضح، و لو فرض عدم تلف العين انتزعتها المالك باليمين، و ليس له عوض المنفعه شىء لاعترافه بالعاربه، و إن وجب على الآخر إيصال الأجره أو القسط إليه بأحد الطرق كما هو ظاهر و الله العالم.

[المسأله السابعه إذا استعار لينتفع به فى شىء فانتفع به فى غيره ضمن]

المسأله (السابعه):

إذا استعار لينتفع به فى شىء فانتفع به فى غيره مما لا تدل عليه إذن المعير ضمن العين لتعديده المقتضى لذلك، فإن كان له أجره لزمته أجره مثله التى هى القيمه للمنفعه المفروض استيفائها بدون إذن المالك، بل فى المسالك «من غير فرق بين كون المنفعه التى استوفاهما أشق من المأذون فيها و مساويه و أدنى إذا كانت مخالفه لها فى الجنس، و لو اتفقا فى الجنس كأنواع الزرع و فيه ما مر من الاشكال».

قلت: قد عرفت فيما تقدم من المصنف فى الفصل الثالث التصريح بعدم جواز الزرع فى الأرض المستعاره للغرس و إن كان أقل ضررا، مضافا إلى إطلاقه فى المقام و فى المزارعه التصريح بجواز زرع الأقل ضررا، و لعله فى الإجاره كذلك، بل أولى.

و كان وجه الفرق بين العاريه و الإجاره مثلا أن مقتضى الثانيه ملك المنفعه، و هو إنما يتشخص بما يقتضى تنويعه، كالركوب و التحميل و نحوهما إلا مع الشرط فيجب حينئذ من حيث الاشتراط لا من حيث ملك خصوص تلك المنفعه.

فلو استأجر دارا مثلا لربط دابه مخصوصه فماتت تلك الدابه لم تبطل الإجاره بل له ربط غيرها فيه مما هي أقل ضررا أو مساويا، و كذا ركوب الدابه و سكنى الدار و نحو ذلك، ضروره اقتضاء الملك ما ذكرناه مما لا خصوصيه فيه إلا مع الشرط فإنه يكون حينئذ نحو اشتراط المباشره فى الأجير المقتضيه انفساخ العقد بفواتها.

أما العاريه فهى ليست إلا إباحه لا فرق فيها بالنسبه إلى ذلك، فمع فرض الاقتصار فيها على شىء مخصوص بحيث لا ينقل منه إلى غيره لم يجز له التعدى و لو إلى الأقل من الجنس، فضلا عن غيره، و لعله لذا أطلق المصنف هنا فتأمل جيدا و الله العالم.

[المسأله الثامنه إذا جحد العاريه بطل استيمانه]

المسأله الثامنه:

إذا جحد العاريه بعد طلب المالك لها بطل استيمانه، و لزمه الضمان مع ثبوت الإجاره بل و بدون طلبه كما عرفت الكلام فيه مفصلا فى الوديعه، فإن المسأله من واد واحد و الله العالم.

[المسأله التاسعه إذا ادعى التلف فالقول قوله مع يمينه]

المسأله التاسعه:

إذا ادعى التلف فالقول قوله مع يمينه لأن ذلك مقتضى ائتمانه كما عرفته مفصلا فى الوديعه، و كذا فى عدم التفريط و التعدى و أما لو ادعى الرد فالقول قول المالك مع يمينه لقاعده «البينه على المدعى و اليمين على من أنكر» و الايمان لا يقتضى تصديقه فى الرد، و قبوله فى الوديعه للنص، لا لذلك، و لا لأنه قبض لمصلحه المالك بخلافه هنا، و إلا لاقتضى فى الوكيل بدون جعل ذلك، فالعمده حينئذ ما ذكرناه كما أوضحناه فى الوديعه و الله العالم.

[المسألة العاشرة لو فرط في العاربه كان عليه قيمتها عند التلف]

المسألة العاشرة:

لو فرط في العاربه أو تعدى و تلفت كان عليه قيمتها عند التلف إذا لم يكن لها مثل و إلا- كان عليه مثلها، و قيل أعلى القيم السوقيه من حين التفريط إلى وقت التلف أخذاً له بأشق الأحوال كالغاصب الذى فيه مع ذلك أقوال أخر أيضاً.

و لكن لا ريب فى أن الأول أشبه بأصول المذهب و قواعده، لأنه وقت اشتغال الذمه بالعرض الذى هو بدل العين، و رده قائم مقام ردها. نعم لو كان التفاوت فى القيمة لنقص فى العين اتجه الضمان حينئذ كما هو واضح.

و لو اختلفا فى القيمة كان القول قول المستعير مع يمينه فى نفى الزائد الموافق لأصالة البراءة، و قيل القول قول المالك أخذاً له أيضاً بأشق الأحوال و تحصيلاً للبراءة اليقينية، و لكن الأول أشبه بأصول المذهب و قواعده فإنه لا دليل على أخذه بأشق الأحوال على وجه يشمل المقام، و الشغل بغير ما اعترف به المستعير لم يثبت كما هو واضح. و الله العالم.

[المسألة الحادية عشر إذا قال أعتك حمارى مثلاً لتعيرنى فرسك الأقرب الجواز]

المسألة الحادية عشر:

إذا قال: أعتك حمارى مثلاً لتعيرنى فرسك (١١) ففى القواعد و التذكرة و الإيضاح و جامع المقاصد كما عن بعضها أن الأقرب الجواز (١٢) لكونه شرطاً يقبله عقدها، لا عوضاً، فلا ينافى التبرع المعتبر فيها، إنما المنافى له أعتك هذا بهذا.

و فيه منع، إذ ليس فى الأدله ما يقتضى اختصاص المنافاه بمثل العوض لا الشرط بل المفهوم منها أنها نوع من البر و المعاونه و الإحسان و نحو ذلك مما ينافيه ذكر العوض و لو على طريق الشرط، نحو أعتك كتابى لتعيرنى عشرة دراهم مثلاً، بل لا فرق فيه بين اشتراط استحقاقه بعقد آخر كهبه و عاربه و نحوهما، و بين استحقاقه فى عقدها، ضروره منافاته للتبرع المزبور، كما هو واضح.

و على كل حال فعلى الصحة لا يجب على المستعير عاربه ما اشترطه المعير،

لانه شرط فى عقد جائز، كما لا يجب على أحدهما أجره.

نعم فى الكتب الأربعة أنه لو لم يعر الثانى فالأقرب أن له الأجره.

وفى الثانى منها تعليله بأن الاذن فى الانتفاع لم يقع مطلقا، بل مع سلامه النفع فإذا لم يسلم كان له المطالبه بالعوض.

وفى الثالث منها بأن كل شرط صح فى عقد يثبت الفسخ بفواته، فإذا فسخت العاربه انتفى مبيح العين بغير عوض، فوجبت الأجره.

وفيه أن ذلك إن تم فإنما يؤثر فيما سيأتى، أما ما سبق من الانتفاع قبل الفسخ فلا.

وقد أطال فى الرابع منها فى ذلك حتى جعل التحقيق فى ذلك ما حاصله، أن عقد العاربه فى غايه الضعف، ولذا يعول فيه على قرائن الأحوال كظروف الهدايا، وثمرته فى غايه الضعف، وهى الإباحه فتنتفى ثمرته بأدنى سبب، وهى انتفاء الشرط، لا أن انتفائه يسلب على الفسخ، كما فى العقد اللازم القوى الذى ثمرته التمليك مثلا و اللزوم، فان انتفاء الشرط فيه يسلب على فسخ اللزوم، بخلاف عقد العاربه المطلوب فيه مجرد الإباحه، فليس الشرط فيه إلا شرطا للإباحه، فإذا انتفى انتفت.

وهو كما ترى مرجعه إلى تعليق الاذن فى المنفعه الخاصه على الشرط المزبور فحيث يحصل تحصل، وإن انتفى انتفت، فهو تعليق محض لا يجمع صحه العقد، و خصوصا إذا كان المعلق عليه العاربه فى الزمان المتأخر مثلا، فان استيفاء المنفعه الآن قبل مجيء المعلق عليه بالإذن التى هى مقتضى صحه العقد، فلا تتعقبه أجره، وإلا لم يصح الانتفاع، ودعوى البقاء مراعى كما ترى.

وبذلك بان لك أنه ليس بشىء، فضلا عن أن يكون تحقيقا، فالمتجه حينئذ على الصحه عدم استحقاق الأجره وإن لم يعر الثانى، لعدم كونه مستحقا عليه بعقد لازم كما هو واضح.

نعم لو قال أعرتك الدابه بعلفها، أو أعرتك الدابه بعشره دراهم كان عاربه فاسده، واستحق حينئذ أجره المثل، لان المالك لم يبذل المنفعه مجانا، ولا ينافى

ذلك كون العاربه من العقود التي لا يضمن بصحتها، لما عرفت سابقا من أن هذه القاعدة تتبع الأدله في كل مقام، على أن الظاهر إرادته غير هذه الجبهه من الفساد، نحو ما قيل في الفساد بعقد المعاوضه إذا كان باشرط عدم العوض، مثل بعثك بلا ثمن، و آجرتك بلا أجره.

بل قد يقال: إن المراد منها ما لا ينافي المقام من إرادته خصوص الافراد، و لا ريب في الفرض أن العاربه لو كانت صحيحه فيه لترتب العوض فليكن كذلك على الفساد، فيكون ما نحن فيه مما يضمن على تقدير صحته و شرعيته، فيضمن على تقدير فساده و عدم شرعيته، و إن كان ذلك كما ترى.

و على كل حال فما في القواعد من أن ذلك إجاره فاسده، لا عاربه فاسده خروج عن حقيقه اللفظ بلا قرينه، فالمتجه ما قلناه، و الله العالم و الموفق و المؤيد و المسدد و الحمد لله رب العالمين أولا و آخرا و ظاهرا و باطنا.

[كتاب الإجاره]**إشاره**

كتاب الإجاره التى هى على نحو ما سمعته فى لفظ البيع من أن الأصح كونها نقل المنفعه، لا العقد، و لا الانتقال كما عرفته، و أحسن تعريف لها «أنها ما شرعت لنقل المنفعه بعوض من آخر و لو حكما» فإنه مع خلوه عن ذكر الشرائط و نحوها- فيه مما لم ينتف المحدود بانتفائها، و عن ذكر لفظ الإجاره و نحوه مما يستلزم الدور- شامل للمعاطاه فيها، بناء على كونها إجاره، و للصحيح منها و الفاسد، فإنها للأعم منهما كغيرها من ألفاظ العقود، كما أنه لا حقيقه للشارع فيها، و إنما اعتبر فى صحتها أمورا، و إلا فهى باقيه على معانيها الأصلية.

نعم قد يقال: فى خصوص لفظ الإجاره بناء على عدم كونه مصدرا، بل بمعنى الأجره على ما صرح به بعضهم، بل لعله يظهر من مجمل ابن فارس.

بل قد يظهر- من اقتصاره فى الصحاح على ذكر الأجر مصدرا لأجر، و الإيجار مصدرا لآجر ذلك أيضا- أنه منقول منه إلى النقل المزبور مع احتمال كونه مصدرا سماعيا لأجر نحو كتب يكتب كتبا و كتابه، فيتحد حينئذ مع لفظ البيع و غيره من أسماء العقود فى استعمالها فى معانيها الأصلية كما عرفت.

و على كل حال ف فيه فصول أربعه:

[الفصل الأول العقد]

الأول: العقد أى عقد الإجاره و هو اللفظ الإنشائي الدال عليها و ثمرته التى شرع لها تمليك المنفعه المعلومه ب مقابله تمليك عوض معلوم على وجه اللزوم و يفتقر فى تحقق مسماه إلى إيجاب و قبول و العبارة الصريحه عن الإيجاب باعتبار وضعها للدلاله عليه آجرتك و أكريتك هذه الدار مثلا و لا يكفى (١١) فيه ملكتك (١٢) بل هو مناف له ضروره اقتضائه تمليك المنفعه، بخلاف ملكتك هذه الدار المفيد

تمليك نفس العين التي هي ليست موردا للإجاره.

أما لو قال: ملكتك سكنى هذه الدار سنه مثلا صح بناء على الاكتفاء به في عقد البيع كما عرفت الكلام فيه و في نظائره مفصلا، بل لا تبعد الصحه في الأول أيضا مع قصد المنفعه المدلول عليه بقرائن حاله أو مقالیه، بناء على الاكتفاء في العقد بالمجازات غير المستنكره فيه، كما لا يخلو من قوه عرفتھا في باب البيع، و تعرفھا في النكاح فلاحظ و تأمل.

و كذا الكلام في أعرتك هذه الدار سنه بكذا مریدا بها معنى الإجاره لتحقق القصد حينئذ إلى نقل المنفعه إذ لم يثبت اعتبار لفظ خاص في العقد.

بل ظاهر ما وصل إلينا من الأدله في المقام و غيره كالبيع و النكاح و نحوهما التوسع فيما يعقد به العقد، و الاكتفاء بكل لفظ يدل على إنشاء المراد به حقيقه، أو مجازا غير مستنكر في أمثاله، و كفى بذلك قاطعا لأصالة عدم النقل و غيرها.

و لعل شهره عدم عقد العقود اللازمه بالمجازات محموله على المجازات المستنكره في مثل ذلك كاستعمال النكاح في البيع و بالعكس، لا- مطلقا، كما لا- يخفى على من تصفح كلماتهم، و لعل من ذلك ما في المتن و غيره، بل عن التذكرة نسبته إلى علمائنا ما لو قال: بعتك هذه الدار و نوى الإجاره لم تصح و كذا لو قال: بعتك سكنها سنه لاختصاص لفظ البيع بنقل الأعيان على وجه يستهجن استعماله في نقل المنافع مجازا.

و لكن مع هذا فعن التحرير احتمال الانعقاد به بل في المتن فيه تردد مما عرفت، و من أن البيع يفيد نقلها تبعا للأعيان، بل لعل قيامه مقامها أنسب من لفظ العاريه الذي هو حقيقه في إباحه المنفعه مجانا، إلا أن الأصح العدم، لاستهجان العقد بذلك في عرف المتشرعه كالعكس، أي عقد البيع بلفظ الإجاره.

و (١١) كيف كان ف الإجاره عقد لازم (١٢) بلا خلاف و لا إشكال، لأصالته

المستفاده من الآية (١) وغيرها ف لا تبطل حينئذ إلا بالتقاييل المشروع فيها و فى غيرها كما عرفته فى محله، أو بأحد الأسباب المقتضيه للفسخ التى ستسمع تفصيلها إنشاء الله.

و لا تبطل بالبيع للعين المستأجره، لعدم المنافاه بعد اختلاف متعلقهما.

نعم يتخير المشتري مع جهله بين الصبر إلى انتهاء مده الإجاره، و بين الفسخ باعتبار اقتضاء إطلاق العقد تعجيل التسليم للانتفاع كما هو الغالب، بخلاف العالم بذلك فإنه لا خيار له، و لو اتفق فسخ المستأجر بأحد أسبابه عادت المنفعه إلى البائع دون المشتري الذى قد استحق العين مسلوبه المنفعه إلى المده.

و على كل حال فقد عرفت عدم بطلانها بالبيع لما سمعت، بل الظاهر ذلك حتى لو كان المشتري هو المستأجر، فيجتمع حينئذ عليه الثمن و الأجره، و ملك العين إنما يستتبع ملك المنافع إذا لم يستوف ملكها بسبب آخر كما هو واضح.

و كذا لا تبطل بالعدر المانع من تمام الانتفاع المعده له العين مهما كان الانتفاع المقصود فى الجملة ممكنا و إن تخير المستأجر مع نقصان الانتفاع بين الفسخ و الإمساك بتمام الأجره، كما أنها تبطل بتعذر أصل الانتفاع، بل الظاهر بطلانها بتلف المنفعه المراده منها كما لو استأجر أرضا للزراعه فغرقت و أمكن الانتفاع بها بغيرها، ضروره كون ذلك كتلف العين، و ستسمع فيما يأتى إنشاء الله تمام الكلام فيه.

و هل تبطل بالموت المشهور بين قدماء الأصحاب نعم (١١) إذ هو خيره الشيخين فى المقنعه و النهايه و الخلاف و سلار و بنى زهره و حمزه و البراج و سعيد، بل فى الخلاف و الغنيه الإجماع عليه بل زاد فى الأول نسبه إلى أخبار الفرقه.

و قيل (١٢) و القائل الأكثر من أصحابنا على ما فى مهذب القاضى لا تبطل بموت الموجر و تبطل بموت المستأجر (١٣) و فى محكى المبسوط أنه الأظهر عند أصحابنا بعد أن حكى عنهم الانفساخ بموت كل منهما، و هو كالمتدافع.

وقال آخرون: لا تبطل بموت أحدهما و هو الأشبه بأصول المذهب و قواعده و أشهر بين المتأخرين بل هو المشهور بينهم، بل فى المسالك نسبته إليهم أجمع و لعله كذلك إلا ما سمعته من ابن سعيد، و ما يظهر من تذكره الفاضل من الميل إلى الأول مع أن خيرته فى باقى كتبه الأخير كابن إدريس، و المصنف و الفخر و الشهيدان و الآبى و السيورى، و الصيمرى و الكركى و الأردبيلى و الخراسانى على ما حكى عن بعضهم، بل نسب إلى جماعه من القدماء كالاسكافى و أبى الصلاح بل فى السرائر نسبته إلى الأكثرين المحصلين، و فى المختلف أن أكثر الأصحاب لم يفتوا بالبطلان هذا.

و ظاهر المتن و غيره كصريح آخر انحصار الأقوال فى الثلاثه، لكن فى التذكرة عن بعض علمائنا البطلان بموت المؤجر خاصه، إلا أنا لم نتحققه، و اقتصار المرتضى و ابن الجنيد على ما حكى عنهما على ذكر عدم البطلان بموت المستأجر لا يقتضى ذلك، بل لعله يقتضى العدم مطلقا بضميمه عدم القول بالفصل، و لعله لذا نسب غير واحد إليهما التسويه فى عدم الانفاسخ.

كما أنا لم نتحقق القول الثانى لأحد، و إن نسبه ابن البراج إلى الأ-كث كما عرفت، و نسبه غيره إلى الشيخ، لكن فى نهايته و خلافه ما سمعت، بل فى الأخير منهما أنه قول شاذ لا يعول عليه، و يقرب منه ما فى الغنيه.

و أما مبسوطه ففيه الموت يفسخ الإجاره سواء كان الميت المؤجر أو المستأجر عند أصحابنا، و الأظهر عندهم أن موت المستأجر يبطلها، و موت الموجر لا يبطلها و فيه خلاف و هو كما ترى.

نعم عن كشف الرموز أنه قول ابن طاوس، و يمكن إرادته كالمحكى عن الأكثر على فرض صحه الأجير الخاص، و قد ظهر بما ذكرنا انحصار الخلاف المعتد به فى القولين، الأول و الأ-خير، و لا-ريب فى قوه الثانى لعموم «أؤفوا» و الاستصحاب و كون الإجاره من العقود اللزمه التى شأنها عدم البطلان بالموت، و إطلاق ما دل على لزوم

الكرى فيها ك صحيح ابن يقطين (١) وغيره.

وقيل خصوص

خبر أحمد بن إسحاق الرازى (٢) قال كتب رجل إلى أبى الحسن الثالث عليه السلام، رجل استأجر ضيعة من رجل فباع المؤاجر تلك الضيعة التى آجرها بحضرة المستأجر و لم ينكر المستأجر البيع و كان حاضرا له شاهدا

عليه فمات المشتري و له ورثه هل يرجع ذلك فى الميراث أم يبقى فى يد المستأجر إلى أن تنقضى إجارته فكتب عليه السلام إلى أن تنقضى إجارته».

وفيه إن ذلك غير ما نحن فيه، ضروره كون الميت المشتري و هو غير موجر و لا مستأجر، و دعوى قيامه مقامه بالنسبه إلى ذلك مخالف لظاهر كلام القائل، و لا استبعاد فى التزامه الفسخ بموت أحدهما، و إن خرجت المنفعة أو العين من أيديهما بعقد لازم، إلا أنه بالنسبه إليهما خاصه لا يتعدى منه إلى العقد الذى قد صدر منهما و كذا احتمال أن الوجه فى ذلك إطلاق الجواب الذى هو مساق لغير ذلك.

نعم قد استدل عليه ب

خبر إبراهيم بن محمد الهمدانى بل صحيحه (٣) قال «كتبت إلى أبى الحسن عليه السلام و سألته عن امرأه آجرت ضيعتها عشر سنين على أن تعطى الأجره فى كل سنه عند انقضائها لا يقدم لها شىء من الأجره ما لم يمض الوقت، فماتت قبل ثلاث سنين أو بعدها، هل يجب على ورثتها إنفاذ الإجاره إلى الوقت أم تكون الإجاره منقضية بموت المرأه؟ فكتب عليه السلام: إن كان لها وقت مسمى لم تبلغه فماتت فلورثتها تلك الإجاره، و إن لم تبلغ ذلك الوقت و بلغت ثلثه أو نصفه أو شيئا منه فيعطى ورثتها بقدر ما بلغت من ذلك الوقت إنشاء الله».

وفيه - مع كونه بعد التسليم ليس دالا إلا على بطلان القول بالانفساخ مطلقا و القول به بموت الموجر دون القول به فى المستأجر خاصه، ضروره كون المفروض

١- ١ الوسائل الباب - ٧- من أبواب أحكام الإجاره الحديث - ١.

٢- ٢ الوسائل الباب ٢٤- من أبواب أحكام الإجاره الحديث - ٥ و فيه كتبت الى أبى الحسن عليه السلام.

٣- ٣ الوسائل الباب - ٢٥- من أبواب أحكام الإجاره الحديث - ١.

فيه موت الموجر.

اللهم إلا- أن يتمم بوضوح ضعف القول المزبور- أنه مبنى على إرادته مدته الإجاره من قوله «وقت مسمى» بقريته السؤال، و أن قوله «و إن لم تبلغ ذلك» إلى آخره بيان للشرطيه الاولى لا مقابل لها، و أن المراد من قوله «فيعطى ورثتها بقدر» إلى آخره أنها تعطى بنسبه ما بلغت، فإن المعطى حينئذ بقدر ما لم تبلغ لا بقدر ما بلغت، و الجميع كما ترى.

و من هنا احتمال فى الروايه معنى آخر، و هو أن يكون المراد بالوقت النجم المضروب لدفع أبعاض الأجره، و هو انقضاء السنه، و يؤيده أن وقت الإجاره مفروض فى السؤال، فلا يقبل التشكيك و الاحتمال حتى يشترط ذلك، و كذا عدم بلوغها ذلك الوقت، بل قيل: إنه على هذا التقدير لا يلزم تفكيك فى الوقت، فان المراد بالمتكرر منه معنى واحد، بخلاف الأول فإن الوقت فى قول السائل أولاً «ما لم يمض الوقت» هو وقت دفع الأجره لا وقت الإجاره.

و كذا قوله عليه السلام «إن كان لها وقت مسمى» فإن مدته الإجاره ليس لها، و إنما عليها إمضاءها، بخلاف وقت أخذ الإجاره، و كذا حسن المقابله بين الشرطين فان المراد من الأولى حينئذ موتها عند انتهاء النجم قبل أخذ الأجره، و المراد من قوله «لم تبلغه» أنها لم تبلغها أجرته، و من الثانيه موتها فى أثنايه فى الثلث أو النصف أو غيرهما، و يكون

قوله عليه السلام «فيعطى ورثتها بقدر ما بلغت من ذلك الوقت»

على ظاهره و هو أن الورثه يعطون مقدار الأجره الماضيه دون الباقيه، و على هذا فيكون مدلول الروايه ضد المطلوب.

لكن فى مصابيح العلامه الطباطبائى أن الظاهر هو المعنى الأول، و

قوله عليه السلام «إن كان لها وقت مسمى لم تبلغه»

كالصريح فى عدم بلوغ الوقت، و الحمل على عدم بلوغ الأجره فى غايه البعد، و فى بعض النسخ مكان لم تبلغه «لم تبلغ» و الدلاله فيه أظهر و أوضح، و حمل قوله «بقدر ما بلغت» على إرادته النسبه كما سمعت، ليس بهذه المثابه من البعد.

ثم قال: و يحتمل عود الضمير فى قوله «بلغت» إلى الورثه دون الامراه فيكون المراد بقيه المده التى صارت للورثه و فى قول السائل «هل يجب» إلى آخره دلالة واضحة على إرادته المده دون الأجل المضروب كدفع الأجره، و الأمر فى باقى القرائن هين».

قلت: قد يقال: إنه ظاهر بالفسخ على تقدير الأول أيضا و ذلك بأن يكون المراد إن كان للإجاره وقت مسمى و لم تبلغه المرأه أى لم تبلغ شيئا منه بقريته الشرطيه الثانيه، على معنى أنها آجرت إلى مده معلومه، فماتت حال الإجاره قبل أن تبلغ شيئا من المده، فالحكم فيه حينئذ أن لورثتها تلك الإجاره، على معنى أن لهم إمضاؤها أو فسخها، بناء على أن المراد من القول بالفسخ بالموت عدم لزوم الإجاره، على الورثه نحو ما اعترف به القائل بالصحه فيما استثناء من هذه المسئله و هو إجاره البطن الأول من الموقوف عليهم، و انتقل الوقف إلى البطن الثانى بموت الأولين فى أثناء الإجاره، فإن لهم الخيار فى إنفاذ الإجاره الأولى و فسخها، و إن أبيت عن ذلك باعتبار ظهور كلام القائل هنا فى انفساخ عقد الإجاره و بطلانه بالموت على وجه لا تنفعه إجاره الوارث، فيمكن أن يكون المراد أن الورثه إن شاؤا آجروا، و إن شاؤا لم يؤجروا.

و على كل حال فالمراد من الشرطيه الثانيه أنها إن لم تبلغ المرأه الوقت المسمى و لكن بلغت ثلثه أو نصفه مثلا، فللورثه حينئذ من الأجره مقدار ما بلغت الامراه من الوقت إن ثلثا فثلث، و إن نصفًا فنصف، ضروره أنه مقتضى انفساخ عقد الإجاره، حتى لو اشترط على الامراه تأخير الأجره إلى تمام السنه مثلا كما هو مفروض السؤال، لعدم تأثير الشرط بعد انفساخ العقد الذى ذكر فيه، و حينئذ تتضح دلالتها على الانفساخ على هذا التقدير، بل هى كذلك أيضا على نسخه «لم تبلغ».

بل لعل ما ذكرناه أولى مما سمعته، بل يمكن القطع بعدم إرادته ما ذكره فى تفسير يعطى ورثتها بقدر ما بلغت، على تقدير الدلاله على الصحه كما أنه يمكن

القطع بفساد تفسير لم تبلغه على التقدير الثاني، بأنها لم تبلغها أجرته، و اشتمال السؤال على ذكره مده الإجاره، لا ينافى عدم ملاحظته فى الجواب الذى أريد منه تفصيل الحكم بحسب الأفراد، على أن ذلك وارد على تقدير إرادته الأجره لا عقد الإجاره.

و أظرف شىء استبعاد إرادته الإجاره من الجواب، بأنه ليس لها أى المرأه مده الإجاره و إنما عليها إمضاؤها، ضروره كون المراد من ضمير لها الإجاره، لا المرأه، حتى يرد ذلك، على أن مده الأجره ليس لها أيضا بل عليها.

و على كل حال فلا ريب فى ظهور الخبر المزبور فى البطلان كما اعترف به المجلسى فيما وجدته فى حواشيه على هامش ما حضرنى من نسخه الكافى، و فاضل الرياض، و بذلك يقوى القول المزبور، خصوصا بعد الاعتضاد بما سمعته من الغنيه و الخلاف، بل فى التذكره بعد حكاية ما فى الخلاف قال: «و لا شك فى عدالته و قبول روايته مسنده، فتقبل مرسله» قلت: مضافا إلى أن نقل العدل ما هو حجه من خبر معتبر أو إجماع أو نحو ذلك حجه فتأمل.

على أنه لا- معارض لذلك، سوى عموم أو إطلاق أو استصحاب أو نحو ذلك مما يخرج عنه بأقل من ذلك، كقاعده تسلط الملا-ك الذين منهم مالک المنفعه على ملكهم، فلهم نقله مده طويله و قصيره و نحو ذلك، و كان المتأخرين لم يقفوا على الخبر المزبور، أو لم ينقحوا دلالاته، و لذا لم يتعرضوا له.

و من هنا يضعف الاعتماد على شهرتهم على أنها- مع خروج ابن سعيد منهم و الفاضل فى التذكره- معارضه بما عرفت، من كون البطلان مذهباً لمن سمعت.

و لا- ينافى ذلك ما سمعته من المبسوط، فإنك قد عرفت تدافعه، على أنا لم نتحقق ما حكاه عنهم من كون الأظهر عندهم التفصيل المزبور.

و من الغريب ما فى الرياض من دعوى معارضه الإجماعين المزبورين بما فى المبسوط من الإجماع على التفصيل، مشيراً به إلى ما سمعته من عبارته التى هى مع تدافعها و عدم الإشاره فيها إلى الإجماع لم نتحقق ما حكاه فيها من أظهره التفصيل

عندهم كما أنا لم نتحقق نسبه ابن البراج له إلى الأكثر، فإنه لم نعرفه قولاً لأحد معلوم.

و كذا ما حكاه ابن إدريس عن الأكثرين المحصلين من القول بالصحة مطلقاً، فإنه لم يعرف لأحد ممن تقدمه، سوى ما يحكى عن ابن الجنيد و المرتضى و أبى الصلاح، مع أنه لا- صراحه فى كلام الأولين منهم، لاقتصاره على عدم الانفساخ بموت المستأجر.

اللهم إلا أن يتمم بعدم القول المعتد به فى الصحة بذلك، لكنه قد يمنع الإتمام بذلك على وجه يحصل منه الإجماع المركب، خصوصاً فى أمثال القدماء الذين هم مبدء الأقوال، و مع التسليم فهم محجوجون بما عرفت.

نعم لا دلالة فى خصوص الخبر على الفسخ بموت كل منهما، بل أقصاه الفسخ بموت المؤجر، إلا أنه يمكن تميمه بعدم القول المعتد به فى الفصل بينهما فى ذلك كما عرفت.

لكن و مع ذلك كله فالاحتياط لا ينبغى تركه، كما أنه لا ينبغى تركه فيما لو آجر الولى، و لو الشرعى، أو استأجر للمولى عليه، فمات هو، فإن الفسخ بموته حينئذ و إن قلنا به فى غيره لا يخلو من إشكال بل منع بل قد يحتمل عدم الفسخ أيضاً بموت المولى عليه أيضاً، اقتصاراً فيما خالف الأصل على محل النص الذى هو المنساق من معقد الإجماعين و الفتاوى.

و كيف كان فقد استثنى القائل بعدم الانفساخ موت الأجير الخاص، و الموقوف عليهم، و من اشترط عليه استيفاء المنفعة بنفسه، و المراد بالأجير الخاص من آجر نفسه على أن يعمل بنفسه عملاً مخصوصاً، و لا ريب فى انفساخ الإجاره بموته إذا فرض تعلقها بعمله المخصوص، لا- عمل كلى فى ذمته و اشترط عليه أدائه بنفسه، فان المتجه حينئذ ثبوت الخيار للموَجَر بتعذر الشرط، لا الانفساخ، و منه يعلم المناقشه فى الثالث.

أما الثانى فالظاهر أن للبطن الثانى إنفاذ إجاره البطن الأول و عدمه، فهو

شبه الفضولى بالنسبه إليهم، لا الانفساخ و البطلان كما سيأتى الكلام فيه إنشاء الله.

نعم ينبغى تقييده بما إذا لم يكن الموجر ناظر الوقف لمصلحه الوقف و لو الشرعى، فإن الظاهر مضيه على البطون المتأخره، باعتبار ولايته على ذلك، فهو بمنزله إجارتهم، و إن احتمل فيه الانفساخ أيضا.

لكنه ضعيف كضعف احتمال مضى إجاره البطن الأول على البطون المتأخره، باعتبار كون المنفعه ملكا لهم، فهو كالعين المملوكه التى يؤجرها مالكةا، زائدا على أيام حياته.

و فيه مالا- يخفى من وضوح الفرق بين الأمرين، فإن الموقوف عليهم يتلقون الملك من الواقف، و ليس للبطن الأول منه إلا أيام حياتهم، بخلاف العين المملوكه غير الوقف، فان مالكةا يملك منفعتها إلى آخر الأبد على حسب ملكيه العين، و إن زالت بموت و نحوه، فينتقل منه حينئذ إلى ورثته، فله إخراج المنفعه عن ملكه زائدا على أيام حياته، لأنها من أملا-كه، و الناس مسلطون على أموالهم، فتنتقل إلى الوارث مسلوبه المنفعه، أما الموقوف عليهم فملكهم الذى جاء إليهم من قبل الواقف مقيد.

فمن الغريب اشتباه بعض علماء العصر فى ذلك، مع أنى لم أجد من وافقه عليه نعم ذكره بعض الأصحاب احتمالا، و ليته لم يذكره، و كذا تنفسخ لو كان الموجر موصى له فى المنفعه مده حياته فمات فى أثنائها لانتهاه استحقاقه و الله العالم.

و على كل حال فضايط مورد الإجاره أن كلما صح إعارته من حيث كونه عينا ينتفع به مع بقائه صح إجارته بلا خلاف أجده فيه نقلا و تحصيلا بل إجماعا كذلك، لما تقدم فى العاربه من أن العين المستعاره هى كلما يصح الانتفاع به مع بقاء عينه، كالثوب و الدابه و نحوهما، و ذلك بعينه مورد الإجاره عرفا، و لغه التى هى المستعمله فى نقل المنافع فى مقابل نقل البيع الأعيان، فينصرف الأمر بالوفاء بالعقود و غيره من إطلاق كل منهما إلى ذلك، فلا دليل حينئذ على

صلاحية نقل البيع للمنفعه، و الإجاره للعين، كى يخرج به عن مقتضى أصاله عدم الانتقال و نحوها.

و لا- يقدر فى هذا الضابط جواز عاريه المنحه للحلب دون الإجاره له، عكس المرأه للرضاع بعد أن كان ذلك بالدليل، مع إمكان منع كون الأول عاريه حقيقه، بل هو إباحه كغيرها من إباحات إتلاف الأعيان، و جواز المنحه أعم من كونه عاريه و إمكان منع نقل عين اللبن بها فى الثانى، و إن استلزم الإرضاع الذى هو عمل محض إتلاف اللبن.

كما لا يقدر لذلك أيضا جواز نحو استيجار الحر، دون عاريتة، فى العكس المستفاد من الكليه المزبوره، و لو بقريته إرادته ضبط مورد الإجاره منها، و لا يتم إلا بكليه العكس، على أن المراد بالضابط المزبور من حيث كونه عينا ينتفع بها مع بقائها، فلا يقدر وجود مانع آخر للعاريه أو الإجاره كما هو واضح.

نعم لا شىء مما لا تصح إعارته لعدم كونه عينا ينتفع بها تصح إجارته، بلا خلاف أجده فيه أيضا، بل الإجماع بقسميه عليه، مضافا إلى أصاله عدم الانتقال بعد معلوميه كون موردها غير ذلك عرفا و لغه على وجه تنصرف الأدله إليه، فلا شمول فى شىء منها حينئذ كى يعارض الأصل المزبور.

و أما إجاره المشاع فهى جائزه عندنا كالمقسوم كما فى المسالك و الروضه، لعموم (١) «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و خصوص إطلاقات الإجاره، و استيفاء المنفعه ممكن بموافقته الشريك.

نعم لا يسلم العين إلا باذنه، و لو أبى رفع أمره إلى الحاكم، كما إذا تنازع الشريكان، و الإشاعه لا تنافى معلوميه المشاع بحسب حاله، و لذا جاز وقوع البيع عليه و غيره من العقود، و لا- فرق فى صحه إجارته بين العلم بإشاعته و الأقدام عليها، و بين الجهل بذلك، كما إذا أقدم على استيجار الكل مثلا فبان عدم استحقاق المؤجر أزيد من النصف، و لم يجز المالك، و ان كان للمستأجر حينئذ خيار تبعض الصفقه،

و التعيب بالشركه كما هو واضح و الله العالم.

و العين المستأجره أمانه لغه و عرفا ضروره كون الاستيلاء عليها بإذن من المالك أو من يقوم مقامه، بناء على تحقق صدق الأمانه بذلك ف لا يضمنها حينئذ المستأجر إلا بتعد أو تفريط كما فى كل أمانه، للأصل المستفاد من

السنه فى عده مقامات، و الإجماع بقسميه، و به يخرج عن

عموم (١) «على اليد»

و لو كان شاملا للأمانه.

نعم لا ريب فى الضمان و لا خلاف فيه بل الإجماع بقسميه عليه أيضا معهما، مضافا إلى عموم النصوص نحو «من أتلف»

و «على اليد»

و نحوهما.

و خصوص

صحيح على بن جعفر (٢) عن أخيه عليهما السلام «سألته عن الرجل استأجر دابه فأعطاها غيره فنفتت فما عليه، قال: إن كان اشترط أن لا يركبها غيره فهو ضامن لها، و إن لم يسم فليس عليه شىء».

و فى آخر (٣) فى المتعدى فى البغل «أرايت لو عطب البغل أ ليس كان يلزمنى، قال: نعم قيمه البغل يوم خالفته، قلت: فإن أصاب البغل كسر أو دبر أو عقر فقال:

عليك قيمه ما بين الصحه و العيب يوم ترده عليه».

و فى صحيح الحلبي (٤) «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تكارى دابه إلى مكان معلوم فنفتت الدابه، قال: ان كان جاز الشرط فهو

ضامن، و إن دخل واديا و لم يوثقها فهو ضامن، و إن سقطت فى بئر فهو ضامن، لانه لم يستوثق منها»

إلى غير ذلك من النصوص الداله على ذلك.

بل و على الحكم الأول بمقتضى المفهوم، كبعض النصوص (٥) المشتمله على تعليل عدم ضمان العاربه بالأمانه، و الوارده فى عدم ضمان الأجير (٦) ما يتلف

١-١ المستدرک. ج ٢ ص ٥٠٤.

٢-٢ الوسائل الباب-١٦- من أبواب أحكام الإجاره الحديث- ١.

٣-٣ الوسائل الباب-١٧- من أبواب أحكام الإجاره الحديث- ١.

٤-٤ الوسائل الباب-١٧- من أبواب أحكام الإجاره الحديث- ٣.

٥-٥ الوسائل الباب-١- من أبواب أحكام العاريه.

٦-٦ الوسائل الباب-٣٢- من أبواب أحكام الإجاره.

فى يده إذا كان أميناً، و نحو ذلك مما يستفاد منه الأصل المزبور فى الأمانة الذى مقتضاه هنا عدم الفرق بين التلف فى المده و بعدها، إذا لم يحصل منه منع للمؤجر عن عينه إذا طلبها، بل خلى بينه و بينها، ضروره كونها أمانه أيضاً فى هذا الحال، فيجرى عليها الحكم السابق، للاستصحاب و إطلاق أدله الأمانه.

و دعوى- كونها أمانه شرعيه حينئذ فيضمنها مع الإخلال بالرد فوراً- يدفعها بعد التسليم منع وجوب الرد عليه على وجه تكون المؤنه عليه، بل أقصاه وجوب التمكين و التخليه بينها و بين المالك، فما عن الإسكافى و الطوسى من إطلاق الضمان بعد المده واضح الضعف، خصوصاً بعد أخصيه الدليل المزبور عن الدعوى كما هو ظاهر.

اللهم إلا- أن يقال: إن الأصل ضمان مال الغير إلا ما خرج بعنوان شرعى، كاللقطه و الوديعه و نحوهما، و ليس للأمانه مصداق عرفى زائد على الوديعه، و ما ورد من التعليل بالأمانه فى غيرها- يراد به كالأمانه فى الحكم و الإذن الشرعى بل و المالكى- إذا لم تدرج فى عنوان نفى عنه الضمان- لا يقتضى عدمه، كما لا يخفى على من لاحظ استقراء الموارد من المقبوض بالسوم و الطيب و البيطار، و غير ذلك.

و العين المستأجره فى المده غير مضمونه إلا بالتعدى أو التفريط، أما ما بعدها فيبقى على قاعده الضمان، اللهم إلا أن يدعى أنه شامل لهذا الحال، و لو للزومه له فى العاده. و لكنه لا يخلو من تأمل و الله العالم.

و كيف كان ف فى اشتراط ضمانها من غير ذلك أى التعدى و التفريط تردد ينشأ من قاعده «المؤمنون» و إطلاق أدله العقود، و الإجاره، و من منافاته لمقتضى العقد أو الأمانه أظهره المنع بل هو الأشهر، بل المشهور بل فى جامع المقاصد باطل قطعاً، بل لم أجد فيه خلافاً إلا ما يحكى عن الأردبيلى و الخراسانى من الميل إلى الصحه، و تبعهما فى الرياض تمسكاً بالعموم المزبور مع ضعف المعارض، لمنع منافاته على إطلاقه، بل هو حيث لم يكن هناك شرط.

الخبر(١) رجل استأجر سفينه من ملاح فحملها طعاما فاشترط عليه إن نقص الطعام فعليه، فقال: جائز، قلت: إنه ربما زاد الطعام قال: فقال: أ يدعى الملاح أنه زاد فيه شيئا؟ قلت لا، قال: لصاحب الطعام الزيادة، و عليه النقصان إذا كان قد اشترط عليه ذلك»
و غيره مما دل على نحو ذلك.

وفيه: أنه و إن لم يكن منافيا لمقتضى العقد، إلا أنه مناف لمقتضى ما دل على عدم ضمان الأمانه، الشامل بعمومه لحال الشرط، فيكون التعارض بينه و بين المؤمنون من وجه.

ولا- ريب في أن الترجيح للأول بالشهره و الأصل و غيرهما، بل قد يمنع شمول الثاني لذلك، باعتبار ظهوره في كونه ملزما كالنذر و العهد، لا شارعا جديدا نحو الصلح، فإثبات الضمان به- حينئذ مع أن أسبابه انما تستفاد من الشرع- لا يخلو من منع.

و حصوله في العاربه بدليل خاص لا تقتضى ثبوته في المقام بعد حرمه القياس، و إلا لاقتضى جواز اشتراط ضمان الوديعة و نحوها من الأمانات التي يمكن دعوى معلوميه خلافه من مذاق الشرع، و احتمال كون المراد من الضمان الإلزام بأداء مقدار مخصوص من ماله على تقدير التلف مثلا- و لو من غير تعد و لا- تفريط مخالف للفرض، ضروره كون المراد الضمان به على حسب الضمان بالتعدى و التفريط و نحوهما من الأسباب الشرعيه له، و البحث في صلاحيه عموم المؤمنون لمثل ذلك.

و أما الخبر و نحوه فهو في ضمان من أخذ الأجره، لا من دفعها، و ستعرف البحث فيه من دون شرط، فضلا عن الاشتراط، كما أن لتمام تحقيق الحال في عموم «المؤمنون» و صلاحيته لتناول أمثال ذلك و لنتائج العقود محلا آخر و الله هو العالم.

و ليس في الإجاره خيار المجلس إجماعا بقسميه بل المحكى منهما مستفيض أو متواتر، مضافا إلى قاعده اللزوم السالمه عن المعارض هنا، بعد حرمه القياس عندنا،

بل لا يجوز اشتراطه هنا و إن جوزناه فى البيع، من غير اشتراط مده لثبوته فيه كذلك، أما معها فالظاهر الجواز، لكن يكون خيار شرط، لا مجلس، كما هو واضح.

نعم لا إشكال و لا خلاف فى ثبوت خيار الشرط فيها، بل ربما استظهر من التذكرة الإجماع عليه لعموم دليله، و حينئذ ف لو شرط الخيار لأحدهما أو لهما أو لأجنبى جاز سواء كانت الإجاره على عين معينه كأن يستأجر هذا العبد أو هذه الدار أو فى الذمه كأن يستأجره لىبنى له حائطا خلافا لبعض العامه، فلم يجوزه فى المعينه و لا ريب فى بطلانه، ضروره كون الإجاره كالبيع بالنسبه إلى ذلك، و لذا كان حكم الخيار الثابت فيها من الموت و نحوه كحكم الخيار فيه.

و قد تقدم فى بحث الخيار من البيع تمام الكلام فى أحكامه و أقسامه التى منها خيار الشرط الذى من أفراده خيار المؤامره، و خيار رد الثمن و غير ذلك مما هو مذكور فى محله، فلاحظ ما هناك كى تعرف ما يجرى من ذلك هنا بل الظاهر جريان خيار الرؤيه و العيب و الغبن و الاشتراط و تبعض الصفقه، و تعذر التسليم و الفلس و التدليس، بل و الشركه و لو فى الأجره، على معنى أنه إذا آجر داره مثلا- بأجره معينه، و قبل القبض قد امتزجت بغيرها على وجه لا تتعين للاشتراك فى الدليل، بل و كذا خيار ما يفسد ليومه، أما خيار الحيوان فلا يجرى فيها، و كذا خيار التأخير ثلاثه أيام، مع احتمال جريان الأخير.

و بالجمله كل خيار فى البيع كان دليله أو من أدلته خبر الضرار و نحوه، يتجه جريانه، بخلاف ما اختص بدليل خاص لا يجوز التعدى عنه إلا بالقياس المحرم عندنا.

نعم ربما يمر عليك فى أثناء المباحث خيار لا يندرج فى الخيارات المزبوره، و لا بأس به بعد فرض قيام الدليل عليه لعدم الحصر العقلى و لا الشرعى فيها كما هو واضح.

[الفصل الثاني في شرائطها]**إشارة**

الفصل (الثاني):

في شرائطها: و هي ستة)

[الشرط الأول أن يكون المتعاقدان مالكين كاملين جائزى التصرف]

الأول: أن يكون المتعاقدان مالكين كاملين بالبلوغ والعقل والاختيار جائزى التصرف لعدم الفلس والسفه ونحوهما من أسباب الحجر، فلو آجر المجنون لم تنعقد إجارته ولو أجاز وليه بعد ذلك، وكذا الصبي الغير المميز بل وكذا المميز.

لكن في المتن هنا إلا بإذن وليه وهو مخالف لما تقدم له في البيع، بل لم نعرف به قائلًا قبله، وإن قال هنا أيضا. وفيه تردد فإنه غير خفى عليك عدم خصوص دليل في المقام يصلح فارقا بينه وبين البيع، كما أنه لا وجه معتد به للتردد في أصل ذلك في المقام وفي البيع، من غير فرق بين بلوغ الذكر عشرا عاقلا وعدمه، لما تقدم هناك فلاحظ كي تعرف ما هنا.

بل وتعرف المراد من شرطيه مثل ذلك، فإنه بالنسبه إلى بعض، شرط صحه فيفسد العقد بفقده، و بالنسبه إلى آخر شرط نفوذ العقد، فلا يفسد العقد حينئذ بفقده آنا ما، بل تبقى قابله للتأثير إلى آن حصوله، كما تقدم في عقد المكره والفضولي والسفيه والمفلس ونحوهم كما تقدم تفصيل ذلك كله في البيع الذي لم نعر على ما يصلح للفرق بينه وبين الإجاره في ذلك كله فلاحظ و تأمل.

[الشرط الثاني أن تكون الأجره معلومه بالوزن أو الكيل أو العد]**إشارة**

الشرط الثاني: أن تكون الأجره معلومه بالوزن أو الكيل أو العد فيما يكال أو يوزن أو يعد ليتحقق انتفاء الغرر (١١) و الجهاله المبطله بالإجماع كما في المختلف نحو ما سمعته في البيع الذي هو نحو الإجاره في ذلك وشبهه، وإن اختلفا في نقل الأعيان و المنافع، و هو الحجه على اعتبار العلم المزبور، مضافا إلى ما في المسالك عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه نهى عن الغرر مطلقا و إن كنا لم نتحققه، إلا انه منجبر هنا بالعمل من الأصحاب.

وقيل (١٢) و القائل جماعه كما في المسالك منهم الشيخ و المرتضى تكفى

المشاهدة فى ارتفاع الجهاله و الغرر، و هو حسن فيما ترتفع الجهاله و الغرر بها عرفا مما تكفى المشاهده فيه لا مطلقا. ضروره عدم كفايتها فى مثل الموزون و المكيل و المعدود، و إلا لكفت فى البيع المعلوم اعتبار عدمهما فيه، على وجه يرتفع معه النزاع و الخطر، و يتحقق به صدق بيع المعلوم عرفا غير المجهول، إذ لا- يكون ذلك إلا بملاحظه ما أعد عرفا لرفع الجهاله، و تحقق العلم من الوزن و الكيل و العد فيما تعارف اعتبارها فيه.

و دعوى الفرق بين الإجاره و البيع بالنسبه إلى ذلك واضحه الفساد، بعد ما سمعت من الإجماع و غيره، كدعوى كفايه المشاهده فيهما، و التمسك بآيه «أَوْفُوا» و نحوها من العموم يقضى بعدم اعتبار المشاهده أيضا فى الصحه الذى لا يقول به الخصم، فإنه على الظاهر يبطل الإجاره مع الجهاله، لكن يدعى ارتفاعها بالمشاهده، و دعوى اعتبار ما يرتفع بالمشاهده من الجهاله دون غيرها مجرد تهجس و تحكم هو واضح.

و كيف كان فلا خلاف كما لا إشكال فى أنه تملك الأجره بنفس العقد الذى مقتضاه تبادل ملك بملك، فمع فرض جامعته شرائط الصحه تترتب عليه آثاره التى منها الملك فى العوضين، لكن لا يجب تسليمها قبل المعوض الذى هو العين المؤجره أو العمل المستأجر عليه، على حسب الثمن و المثلن فى البيع الذى قد عرفت تمام الكلام فيه فى محله.

فلو كان المستأجر وصيا لم يجز له التسليم قبله إلا مع الإذن صريحا من الموصى، أو شاهد الحال، و إلا كان ضامنا حتى لو توقف الفعل على الأجره، كالحج و امتنع المستأجر من التسليم، و لم يتمكن من إجباره على ذلك كان له الفسخ، بل فى المسالك كان للأجير الفسخ أيضا، و لا يخلو من اشكال بعد فرض إقدامه على الإجاره التى مقتضاها ذلك، فتأمل جيدا.

و على كل حال فالمراد مما فى المتن و غيره من انه يجب تعجيلها أى الأجره مع الإطلاق و مع اشتراط التعجيل الذى هو كالشرط المؤكد دفعها فى أول أوقات الوجوب، و هو وقت تمام العمل، و تسليم العين المؤجره على حسب

غيرها من عقود المعاوضه، من غير فرق بين الاشتراط و عدمه، و إن كان ربما يفيد فائده، و هى التسلط على الفسخ مع عدم الوفاء به من المؤجر، أو المستأجر.

نعم لو كان هناك تعارف بعقد ثم يسلم الأجره قبل المعوض على وجه ينزل العقد عليه، اتجه وجوبه حينئذ على المستأجر، نحو المشاهده فى العكس و هو واضح.

كما أنه لو شرط المستأجر مثلا التأجيل فى الأجره صح لعموم «المؤمنون» بشرط أن يكون الأجل معلوما مضبوطا بما لا يحتمل الزيادة و النقصان كغيره من الآجال.

و كذا لو شرطها فى نجوم على وجه التقسيط فيجعل لكل أجل قسطا معلوما منها، للإطلاق، من غير فرق فى ذلك بين الإجاره الوارده على معين شخصى و المطلقه الوارده على كلى فى الذمه، خلافا لما عن بعض العامه فممنوع فى الثانيه قياسا على السلم الذى يجب فيه قبض العوض فى المجلس، و هو كما ترى.

و إذا وقف الموجر على عيب فى الأجره سابق على القبض و إن كان متأخرا عن العقد كان له الفسخ المقتضى لزوال ملكه عما قبضه، فتعود المنفعه إلى ملكه إذا استلزم ذلك فسخ الإجاره لتعذر الإبدال أو تكون له المطالبه بالعوض (١١) إذا لم يتعذر كل ذلك إن كانت الأجره مضمونه (١٢) فى الذمه.

و المناقشه- فى فسخ الإجاره فى الأول بأن الأجره كليه فى الذمه، فلا يستلزم زوال ملكيته عن الفرد المقبوض بفسخه لها فسخ أصل العقد، و إن تعذر البديل، بل ينتظر حتى يتمكن منه أو يغرّم قيمته- واضحه الفساد، ضروره منافاه التزامه بذلك الضرر المنفى، مضافا إلى الاتفاق ظاهرا على أن له الفسخ فى هذا الحال، و إلى ثبوت الخيار فى نظائره بذلك.

بل الظاهر أن له الإمساك بالأرّش فيه كما فى فوائد الشرائع و المسالك و لعله لصيرورته بتعذر البديل كالعين المعينه، فيثبت له حكمها من الفسخ أو الأرّش.

نعم المتجه عدم فسخ العقد، و عدم الأرش إذا لم يتعذر البديل، بل يختص خياره بين الإمساك مجاناً، و المطالبة بالبديل مع فسخه، للملكية الحاصل من القبض الذى لا يستلزم فسخه فسخ العقد من أصله فى هذا الحال، و إن كان هو ظاهر جماعه فى باب الصرف، إلا- أن التحقيق خلافه، كما أوضحنا ذلك فى الباب المزبور و فى باب السلم و نبهنا على اختلاف كلماتهم فى البابين فلاحظ، فإن منه يتضح لك الحال فيما هنا هذا كله فى المضمونه.

و إن كانت معينه كان له الرد أو الأرش على حسب العيب فى ثمن المبيع بلا خلاف أجده و لا إشكال، بناء على عدم اختصاص حكم العيب بالبيع.

نعم الظاهر اختصاص الحكم المزبور بما إذا لم يكن الأجره منفعه، و إلا جرى فيه ما تسمعه إنشاء الله من حكم العيب فى العين المستأجره عند تعرض المصنف له.

و لو أفلس المستأجر بالأجره فسخ الموجر إن شاء و إلا- شارك الغرماء كما تقدم الكلام فى ذلك و فى فروعه و فى فلس الموجر مفصلاً فى باب الفلس فلاحظ و تأمل.

و لا- يجوز أن يؤجر المسكن و لا- الخان و لا الأجير بأكثر مما استأجره، إلا أن يؤجر بغير جنس الأجره، أو يحدث فيه ما يقابل التفاوت كما عن ظاهر الشيخ، بل لعله ظاهر المقنعه، أيضاً، و إن اقتصر فيها على الحانوت و الدار، و على استثناء الأحداث.

إلا- أنه كالمصنف فى باب المزارعه صرح بكراهه إجاره الأرض بالأ- كثر قال فيها: و تكره إجاره الأرض بأكثر مما استأجرها الإنسان به، إلا- أن يكون قد أحدث فيها عملاً أصلحها به، ككرى نهر أو حفر ساقية أو إصلاح داليه أو كراب أرض و أشباه ذلك.

و لا- بأس أن يوجرها بأكثر قيمه مما استأجرها به إذا اختلف النوعان، فكان مال الإجاره عينا و ورقا و إجارتها حنطه أو شعيرا و إن لم يحدث فيها شيئا، و إنما يكره

ذلك فيما يتفق نوعه، أو يكون عينا و ورقا دون غيرهما من العروض.

و هذا التفصيل بين الأرض و الثلاثة أحد الأقوال في المسألة، و ربما أضيف إليها الحانوت و الرحي، بل قد عرفت أن المفيد اقتصر على أولهما مع الدار.

و على كل حال فيدل عليه من النصوص

خبر أبي الربيع الشامي (١) عن أبي - عبد الله عليه السلام «سألته عن الرجل يتقبل الأرض من

الدهاقين يؤاجرها بأكثر مما يتقبلها، و يقوم فيها بحظ السلطان قال: لا بأس به إن الأرض ليست مثل الأجير، و لا مثل البيت إن فضل الأجير و البيت حرام».

و خبر أبي المغراء (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يستأجر الأرض ثم يؤاجرها بأكثر مما استأجرها فقال: لا بأس إن هذا ليس كالحانوت و لا الأجير، إن فضل الأجير و الحانوت حرام».

و خبر إبراهيم بن ميمون (٣) «إن إبراهيم بن المثنى سأل أبا عبد الله عليه السلام و هو - يسمع - عن الأرض يستأجرها الرجل ثم يؤاجرها بأكثر من ذلك قال: ليس به بأس، إن الأرض ليست بمنزلة البيت و الأجير، إن فضل البيت حرام، و فضل الأجير حرام».

و أما الجواز مع الإحداث فلا أصل و الإجماع بقسميه، و

صحيح الحلبي (٤) عن أبي عبد الله عليه السلام «في الرجل يستأجر الدار ثم يؤاجرها بأكثر مما استأجرها قال: لا يصلح ذلك إلا أن يحدث فيها شيئا».

و صحيحه الآخر (٥) عنه أيضا «لو أن رجلا استأجر دارا بعشره دراهم فسكن ثلثها و آجر ثلثها بعشره دراهم لم يكن به بأس، و لا يؤاجرها بأكثر مما استأجرها به إلا أن يحدث فيها شيئا»

بناء على إرادته الحرمة من نفي الصلاح في السابق و لو بقريته النصوص السابقة التي لا ريب في أولويه حمله عليها من العكس، لأصرحيتها

١- ١ الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب أحكام الإجاره الحديث - ٢.

٢- ٢ الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب أحكام الإجاره الحديث - ٤.

٣- ٣ الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب أحكام الإجاره الحديث - ٥.

٤- ٤ الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب أحكام الإجاره الحديث - ٤.

٥- ٥ الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب أحكام الإجاره الحديث - ٣.

منه، بل قد يقال: بأنه للقدر المشترك في العرف السابق.

و أما الجواز مع تغاير الجنس فإنه و إن لم يذكر فيما وصل إلينا من النصوص لكن يدل عليه - مضافا إلى الإجماع المحكى عليه إن لم يكن المحصل و ظهور أن سبب المنع الربا المعلوم انتفاؤه في الفرض أصاله الجواز، بناء على عدم شمول أدله المنع له ضروره لفظ الأكثرية مما استأجرها به في اتحاد الجنس، لعدم صدق الأكثرية حقيقه في المختلف، و من هنا قيد في المقنعه و الانتصار الأكثرية فيه بالقيمه.

نعم إلحاق الرحا بها كما هو ظاهر الحر في الوسائل لا- يخلو من منع، إذ لم نعثر له على نص صالح للإخراج به عما يقتضى الجواز، سوى

خبر أبي بصير(١) قال أبو عبد الله عليه السلام: «إنى لأكره أن استأجر رحا وحدها ثم أو أجزها بأكثر مما استأجرتها به، إلا أن تحدث فيها حدثا أو تغرم فيها غرامه»

و هو لضعف سنده و قصور دلالته غير صالح للخروج به عما يقتضى الجواز.

و كذا إلحاق السفينه للخبر(٢) القاصر سندا و دلاله أيضا

«لا بأس أن يستأجر الرجل الدار أو الأرض أو السفينه ثم يؤاجرها بأكثر مما استأجرها به إذا أصلح شيئا»

ضروره أعميه ثبوت البأس من الحرمه.

و بذلك كله ظهر لك قوه القول بالتفصيل المزبور، و هو الحرمه في البيت و الدار و الحانوت و الأجير لتصريح النصوص السابقه بالفرق بين الأرض و بينها.

و لعل مراد المصنف بالخان، الحانوت، فإنه أحد معانيه كما صرح به في القاموس. فيكون حينئذ موافقا لما ذكرنا من المنع في المذكورات، خلافا لجماعه من القدماء منهم المرتضى و الحلبي في ظاهر الانتصار و الغنيه، و الشيخان و ابن الجنيد و الصدوق و ابن البراج و سلار فيما حكاه في المختلف عنهم.

و إن كان فيه ما فيه، كما لا يخفى على المتتبع، فلم يفرقوا في المنع بين

١- ١ الوسائل الباب- ٢٢- من أبواب أحكام الإجاره الحديث ٥.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٢٢- من أبواب أحكام الإجاره الحديث ٢.

المذكورات و غيرها من الأعيان المستأجرة، و لجماعه من المتأخرين بل نسب إلى أكثر علمائنا، فلم يفرقوا فى الجواز بين الجميع، لكن على كراهيه و اختاره العلامة فى المختلف حاكيا له عن والده، و الديلمى فى رسالته، و

المفيد و إن كنا لم نتحققه، إذ الموجود فى المقنعه ما عرفت، و الكركى و ثانى الشهيدين و غيرهم إلا مع الاستثنائين.

نعم عن ابن الجنييد تقييد ذلك بما إذا كان مال الإجاره ربويا، و لعله مراد غيره أيضا، كما أنه حكى فيه عن ابن البراج قولاً آخر فى الكامل، قال: «و من استأجر الأرض بعين أو ورق و أراد أن يوجرها بأكثر من ذلك فعلى قسمين: إما أن يكون قد أحدث فيها شيئاً جاز، و إن لم يكن أحدث لم يجز، لأن الذهب و الفضة مضمونان.

و إن كان استأجرها بغير العين و الورق من حنطه أو شعير أو غير ذلك جاز أن يؤجرها بأكثر من ذلك إذا اختلف النوع، و هو ظاهر، فى عدم الجواز مع اختلاف النوع فى الورق، نحو ما سمعته من المفيد فى الكراهه.

و من الغريب بعد ذلك ما فى المسالك فى شرح عباره المصنف هنا، فإنه بعد أن ذكرها قال: «هذا قول أكثر الأصحاب استناداً إلى روايات حملها على الكراهه طريق جمع بينها و بين غيرها، و فى بعضها تصريح بها، و الأقوى الجواز فى الجميع إذ قد عرفت أن التفصيل ليس قول أكثر الأصحاب كما أنك قد عرفت عدم المعارض لنصوص الحرمة فى المذكورات أصلاً، فضلاً عن الصريح فى الكراهه، و خبر الرحى مع اختصاصه فيها قد عرفت الحال فيه كحسن الحلبي فى الدار.

نعم ما ذكره لا يخلو من وجه كذلك بالنسبه إلى الأرض، فإن النصوص قد تعارضت فيها، فيرجح ما دل على الجواز فيها سنداً و دلاله، و يحمل المعارض على الكراهه، خصوصاً مع عدم كمال ظهور بعضه فى الحرمة، فضلاً عن الصراحه.

و دعوى - اقتضاء ثبوت ذلك فيها الثبوت فى غيرها لعدم القول بالفصل، و لإرادته

المثال فيها- واضحه الفساد بوجود المفصل، كما عرفت، و بعدم إمكان إرادته المثال بعد التصريح فى النصوص بالفرق بينها، و بين المذكورات كما سمعت، فلا ريب فى ضعف التعميم المزبور.

بل قيل: إنه كذلك بالنسبه إلى المنع أيضا، لعدم ما يصلح للخروج به عما يقتضى الجواز من الإطلاقات، و العمومات عدا إجماع الانتصار و الغنيه، و هو- مع عدم صراحه الأول منهما فى ذلك بل و لا ظهوره كما لا يخفى على من لاحظته- موهون بمصير من عرفت: من القائل بالجواز مطلقا، أو فى الجملة إلى خلافه، و معارض بنصوص الأرض و الرحي، و نحوها مما هو أقوى منه من وجوه.

منها: الاعتضاد بالإطلاقات و العمومات، و عدا دعوى المثاليه فى نصوص المنع فى المذكورات، و هى أوضح من الاولى فسادا، بعد تصريح النصوص بالفرق بينها و بين الأرض، و هو مناف لذلك إلا إذا أريد حينئذ شدة الكراهه و نحوها، مما هو خروج عن ظاهر الدليل بلا مقتض، و عدا دعوى أنه ربا، فيشمله ما دل على حرمة من الكتاب و السنه.

و فيها أنه لا ريب فى عدم كونه من الربا المعروف الذى هو القرض الذى يجز نفعا، أو البيع أو مطلق المعاوضه على المكمل و الموزون المتحد الجنس بأزيد منه، ضروره كون المقام ليس منه، و لا دليل معتد به كما عرفت على حرمة الزيادة مطلقا حتى يكون قسما ثالثا، بناء على أن الربا كل زياده محرمة.

نعم يتجه بناء على ذلك كونه ربا فى خصوص المذكورات، لما سمعته من الدليل على حرمة الزيادة فيها، فتزداد حينئذ أدله الحرمة فيها، بل الظاهر عدم الفرق فى ذلك حينئذ بين ربويه رأس مال الإجاره و عدمها، لإطلاق الأدله، فما عن ابن الجنيد من اعتبار ذلك فى الحرمة لا دليل عليه، هذا.

و لكن قد يستدل للتعميم المزبور ب

خبر الحلبي (١) «قلت لأبى عبد الله عليه السلام أتقبل الأرض بالثلث و الربع فأقبلها بالنصف قال: لا بأس به، قلت: فأقبلها بألف

درهم فأقبلها بألفين، قال: لا يجوز، قلت: لم؟ قال: لأن هذا مضمون و ذلك غير مضمون».

و خبر إسحاق بن عمار(١) عن أبي عبد الله عليه السلام «إذا تقبلت أرضا بذهب أو فضه فلا تقبلها بأكثر مما تقبلتها به، و إن تقبلتها

بالنصف و الثلث فلك أن تقبلها بأكثر مما تقبلتها به، لأن الذهب و الفضه مضمونان».

و نحوه خبر أبي بصير(٢) المروى فى الفقيه لكن فيه مصمتان بالصاد المهمله بدل مضمونان، و لعل المراد واحد، بعد ظهور التعليل فى الأعم إذ أحسن شىء يقال فيها:

أن المراد الفرق بين المزارعه و الإجاره، و كنى عن الثانيه بالضمان، باعتبار وجوب الأجره فيها على كل حال، بخلاف المزارعه، فإن أجرتها غير مضمونه، و من هنا جاز فيها الأكثر، سواء كانت مأخوذه بالإجاره أو المزارعه، بخلاف الإجاره، فلا يكون حينئذ للذهب و الفضه خصوصيه.

و منه يعلم أنه لا وجه للاستدلال بها على ما سمعته من المفيد، و كامل ابن البراج نعم هى على هذا التقدير تكون داله على المنع فى الأرض، إلا أنها لمعارضتها بما عرفت تحمل على الكراهه.

و لا ينافى ذلك ثبوت الكراهه فى المزارعه أيضا لو قلنا بها، ل

خبر الهاشمى (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام «سألته عن رجل استأجر من السلطان من أرض الخراج بدراهم مسماه أو بطعام مسمى، ثم آجرها و شرط لمن يزرعها أن يقاسمه النصف أو أقل من ذلك أو أكثر، و له فى الأرض بعد ذلك فضل أ يصلح له ذلك، قال: نعم إذا حفر لهم نهرا أو عمل لهم شيئا يعينهم بذلك فله ذلك».

قال: و سألته عن الرجل استأجر أرضا من أرض الخراج بدراهم مسماه أو بطعام معلوم فيؤاجرها قطعه قطعه أو جريبا بشىء معلوم فيكون له فضل فيما استأجر من السلطان، و لا ينفق شيئا أو يؤاجر تلك الأرض قطعا على أن يعطيهم البذر و النفقه

١-١ الوسائل الباب- ٢١- من أبواب أحكام الإجاره الحديث- ٢.

٢-٢ الوسائل الباب- ٢١- من أبواب أحكام الإجاره الحديث- ٦.

٣-٣ الوسائل الباب- ٢١- من أبواب أحكام الإجاره الحديث- ٣.

فيكون له في ذلك فضل في إجارته، و له تربه الأرض أو ليست له؟ فقال: إذا استأجرت أرضاً فأنفقت فيها شيئاً أو رمت فيها فلا بأس بما ذكرت».

إذ يمكن الجمع حينئذ بالحمل على شدة الكراهة في الإجاره دون المزارعه و لعله أولى من الجمع بحمل الإجاره في نصوص الجواز على المزارعه، فيبقى ما دل على المنع من هذه الروايات و غيرها بلا معارض.

و لا ينافى ذلك التصريح بالفرق بينها و بين البيت و الأجير، ضروره كون وجهه حينئذ واضحاً باعتبار عدم المزارعه فيهما دونها، و إن كان يؤيده ما عرفت سابقاً من الإجماع المحكى المعتضد بالمحكى من فتوى الأ-كثر، و كثره السؤال و الجواب في النصوص عن ذلك، فيما لو آجر بعض العين بأكثر من الأ-جره و بالمساوى و نحو ذلك مما يستشعر من المذاق فيها حكم ما نحن فيه، و غير ذلك.

إلا- أنها لعدم ظهورها في إرادته الإجاره من الضمان، فضلاً عن المصمت، بل أقصاه أنه احتمال أقرب من احتمال إرادته بيان الفساد من الضمان، باعتبار كونه إجاره بالأكثر، أو باعتبار إرادته المزارعه بالدراهم لا بالحصه المشاعه، أو نحو ذلك لا ينبغي أن يجسر بها على مخالفه الأصل بل الأ-صول، و على تعيين إرادته المزارعه من الإجاره في نصوص الجواز، و من هنا كان الحمل على الكراهه أولى.

و أما احتمال تقييد نصوص الجواز بنصوص الأحداث أو بنصوص إجاره البعض بأكثر الإجاره، كما في المختلف فواضح الفساد، خصوصاً الثانى منهما بل الأول، ضروره منافاه النص على الفرق بينها و بين البيت لذلك، كما هو ظاهر.

و من ذلك كله ظهر لك تمام الأقوال في المسأله، و مستند كل واحد منها و بطلانه هذا كله فيما لو آجر تمام العين بأزيد من الأجره.

و كذا لو سكن بعض الملك، لم يجر له أن يؤجر الباقي بزياده على الأجره و الجنس واحد إذ هو مع أنه مشمول لأدله المنع يستفاد حكمه من خبر أبى الربيع الآتى، و من الأول بالأولى و هو واضح.

نعم لا إشكال كما لا خلاف نصاً و فتوى في أنه يجوز إجاره

البعض المزبور و إن قل بأكثرها أى الأجره مع اتحاد الجنس، فضلا عن اختلافه.

إنما الكلام فى المساوى، و الأقوى الجواز للأصل بل الأصول، و

قول الصادق عليه السلام فى خبر أبى الربيع (١) المروى فى الفقيه «و لو أن رجلا استأجر دارا بعشره دراهم فسكن ثلثيها و أجر ثلثها بعشره دراهم لم يكن به بأس و لكن لا يؤجرها بأكثر مما استأجرها»

خلافًا للمحكى عن الشيخ من المنع، لكونه ربا.

و لمضمّر سماعه (٢) المشتمل على بيع المرعى بأزيد مما اشتراه أو بالمساوى، بناء على إرادته الإجاره من البيع فيه، و لما يشعر به خبر على بن جعفر (٣) و غيره مما اشتمل على السؤال عن ذكر الإجاره بالأنقص، و لو قليلا مما يظهر أنه منتهى الجواز و ربما كان ذلك هو الظاهر من عبارته المتن و ما شابهها.

لكن لا- يخفى عليك عدم صلاحية معارضه مثله للنص المزبور المعتضد بما عرفت، كسابقه الذى من المأول الذى لا يكون حجه مع عدم القرينه الصارفة و المعينه، و أما الربا فقد عرفت أنه غير الربا المتعارف، فيقتصر فيه على محل النص، و لا ريب فى عدم شموله للفرض، ضروره عدم صدق إجاره الأرض بالأزيد، الظاهر فى كون الأجره الثانيه أزيد من الأولى، و ليس ما بقى فى يده منها قطعا كما هو واضح هذا.

و ظاهر الأصحاب اختصاص الحكم المزبور فى الإجاره فى الأصل و فى الآخر أما لو كان فى الصلح أو الشرط مثلا فيهما أو فى أحدهما،

لإطلاق الأدله و هو جيد إن كان إجماعا، و إلا كان مشكلا بإطلاق حرمة الفضل فى البيت و الحانوت و الأجير مما ذكر فى وجه الفرق بين الأرض و غيرها، فلاحظ و تأمل و الله العالم.

و لو استأجره ليحمل له متاعا إلى موضع معين بأجره معينه و اشترط عليه وصوله فى وقت معين، فإن قصر عنه نقص عن أجرته شيئا معينا جاز وفاقا للأكثر نقلا و تحصيلا، بل المشهور كذلك للأصل، و قاعده «المؤمنون

١- ١ الوسائل الباب- ٢٢ من أبواب أحكام الإجاره الحديث- ٣- لكن عن الحلبي.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٢٢ من أبواب أحكام الإجاره الحديث- ٦.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٢٢ من أبواب أحكام الإجاره الحديث- ٨.

عند شروطهم».

و

الصحيح أو الموثق أو الخبر المنجبر بما عرفت عن محمد الحلبي (١) قال: «كنت قاعدا عند قاض من القضاة و عنده أبو جعفر عليه السلام جالس فأتاه رجلان فقال أحدهما:

انى تكاريت إبل هذا الرجل ليحمل لى متاعا إلى بعض المعادن و اشتريت عليه أن يدخلنى المعدن يوم كذا و كذا لأنها سوق أتخوف أن يفوتنى فإن احتبست عن ذلك حططت من الكرى لكل يوم احتسبته كذا و كذا، و إنه حبسنى عن ذلك الوقت كذا و كذا يوما، فقال القاضى: هذا شرط فاسد و فة كراه فلما قام الرجل أقبل إلى أبو جعفر عليه السلام فقال: شرط هذا جائز ما لم يحط بجميع كراه».

قيل: و ل

صحيح ابن مسلم (٢) قال: «سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: إنى كنت عند قاض من قضاة المدينة فأتاه رجلان فقال أحدهما: إنى اكرتيت هذا يوافقى بى السوق يوم كذا و كذا، و إنه لم يفعل، قال: فقال ليس له كراه. قال: فدعوته و قلت: يا عبد الله ليس لك أن تذهب بحقه، و قلت للآخر: ليس لك أن تأخذ كل الذى عليه اصطلاحا فترادا بينكما».

و فيه أنه غير محل الفرض الذى قد عرفت اشتراط النقصان فيه إن لم يوصله فيه، و ليس فيه تعرض لما عدا اليوم المعين بالأجره و لا لغيرها، بل ليس فى كلام الإمام أن اللازم فى غيره أجره المثل و لا غيرها.

بل فى حواشى ثانى الشهيدين على روضته أن ما تضمنه الخبر من الحكم مخالف للقواعد الشرعيه، لأن اللازم من تعيينه اليوم المعين و السكوت عن غيره أنه لا يستحق فى غيره الأجره، كما قال ذلك القاضى إلا بفرض اطلاعه عليه السلام على ما يوجب بطلان الإجاره فحكم عليهما بالاصطلاح، لأن الثابت أجره المثل، و هى خارجه عن المعين كما أشار إليه فى كلامه.

و إن كان قد يدفع بمنع اقتضاء ذلك عدم الأجره مطلقا حتى على نقله له فى

١- ١ الوسائل الباب-١٣- من أبواب أحكام الإجاره الحديث ٢.

٢- ٢ الوسائل الباب-١٣- من أبواب أحكام الإجاره الحديث ١.

بعض مده التعيين الذى بمقتضى عقد الإجاره، و الفرق بينه و بين الجعالة يستحق التقسيط، كما أنه يمكن منعه أيضا فيما لو أخذ التعيين شرطا لا مشخصا على وجه يكون المراد

نقل اليوم المخصوص، نحو الاستيجار مثلا على صوم أول يوم من رجب، فصام ثانيه، بل المتجه فيه مع فسخ العقد- لعدم الوفاء بالشرط- الرجوع إلى أجره المثل، و إلا فالمسمى.

لكن الظاهر حمل الخبر المزبور على التقسيط، و

رواه فى الفقيه (١) صريحا فى غير الفرض، «قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: إني كنت عند قاض من قضاه المدينه فأتاه رجلان فقال أحدهما: انى اكثريت من هذا دابه ليلغنى عليها موضع كذا و كذا فلم يبلغنى الموضع فقال القاضى لصاحب الدابه: بلغته إلى الموضع؟»

قال: لا، قد أعيت دابتى فلم يبلغ، فقال القاضى ليس لك كرى إن لم تبلغه إلى الموضع الذى اكثرى دابتك إليه، قال: فدعوتهما إلى و قلت للذى اكثرى: ليس لك يا عبد الله أن تذهب بكرى دابه الرجل كله، و قلت للآخر: ليس لك أن تأخذ كرى دابتك كله، و لكن انظر قدر ما بقى من الموضع و قدر ما ركبته، فاصطلحا عليه، ففعلا»

و هو صريح فى غير ما نحن فيه.

نعم ربما أيد ب

صحيح أبى حمزه (٢) عن أبى جعفر عليه السلام قال: «سألته عن الرجل يكثرى الدابه فيقول: اكثريتها منك إلى مكان كذا و كذا فإن

جاوزته فلك كذا و كذا زياده و يسمى ذلك قال: لا باس به كله»

بناء على كون المراد منه انه اشترط عليه فى متن العقد ذلك، لا- أنه إجاره معلقه، فيكون حينئذ كاشترط النقصان فى الخبر المزبور، إلا أنه كما ترى، و كيف كان فالعمده الموثق المذكور معتصدا بما عرفت.

لكن قد أشكل ذلك بالتعليق و الجهاله و الإبهام، و أنه كالبيع بثمنين نقدا و نسيئه مثلا، و من هنا كان خيره المحقق الثانى و غيره من المتأخرين البطلان فى

١-١ الوسائل الباب- ١٢- من أبواب أحكام الإجاره الحديث ١.

٢-٢ الوسائل الباب- ٨- من أبواب أحكام الإجاره الحديث ١.

ذلك، و طرح الخبر أو حملة على الجعالة أو نحو ذلك.

و هو- مع أنه كالاتجاه في مقابله النص الذى لا يقبل الحمل على الجهالة و لو لفهم المعظم منه الإجاره- مدفوع بمنع التعليق فى العقد، إذ ليس المراد منه الإجاره بالمقدار الناقص لو نقص، كى يكون معلقا، بل أقصاه التعليق فى الشرط و هو النقص من الأجره، و لا دليل على بطلانه فيه، إذا لم يرجع إلى التعليق فى نفس العقد.

بل قد يظهر من كلامهم فى تعليق اشتراط الخيار على رد الثمن أن الصحه فيه على مقتضى عموم

«المؤمنون عند شروطهم»

كما أن مقتضاه أيضا عدم قدح مثل هذه الجهاله فى الشروط التى يغتفر فيها من ذلك مالا يغتفر فى غيرها، و ليست راجعه إلى أحد العوضين.

و من ذلك يعلم أنه ليس كالبيع بثمانين، ضروره أن المشابه له الإجاره على تقديرين، نحو إن خطته روميا فلك درهم، و فارسيا نصفه، و ليس ذلك كذلك، كما صرح به فى المختلف، و لذا صرح بالصحه فى الفرض من لم يقل بها فى نحو المثال المزبور، ضروره كون المستأجر عليه فيما نحن فيه معينا، و إنما اشترط عليه ذلك على تقدير المخالفه مثلا، فيصح حينئذ حتى لو نقص ما اشترط عما يقتضيه التقييد لو لم يشترط، لعموم «المؤمنون» و إطلاق الموثق المعتضد بفتوى المعظم.

و لا ينافيه ما

فى الدعائم (١) عن الصادق عليه السلام «أنه سئل عن الرجل يكتري الدابه أو السفينه على أن يوصله إلى مكان كذا يوم كذا، فإن لم يوصله يوم ذلك كان الكرى دون ما عقده، قال: الكرى على هذا فاسد، و على المكترى أجر مثل حملة»

بعد ظهوره فى جهاله المسمى على تقدير عدم الإيصال فيتجه البطلان الموجب لأجره المثل، هذا كله إن اشترط النقصان.

و أما لو شرط سقوط الأجره إن لم يوصله فيه لم يجز وفاقا

للمشهور نقلا و تحصيلا، لكونه شرطا منافيا لمقتضى الإجاره، إذ مرجعه إلى استحقاق ذلك العمل عليه بعقد الإجاره بلا أجره، فيكون نحو قولك آجرتك بلا أجره، و بفساده يفسد العقد، كما هو الأصح، و إليه أشار

أبو جعفر عليه السلام في خبر الحلبي المتقدم بقوله «شرط هذا جائز ما لم يحط بجميع كراه»

و كان له حينئذ أجره المثل لقاعده ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده.

لكن في اللمعه فيه نظر لأن قضييه كل إجاره المنع من نقيضها، فيكون قد شرط قضييه العقد، فلم تبطل الإجاره، غايه ما في الباب أنه إذا أخل بالمشروط و هو نقله في اليوم المعين يكون البطلان منسوبا إلى الأجير، حيث فوت الزمان المعين، و لم يفعل فيه ما شرط عليه، فلا يستحق شيئا، لأنه لم يفعل ما استوجر عليه، و لا يكون البطلان حاصلًا من جهه العقد.

فلا وجه للحكم ببطلان الإجاره على هذا التقدير، و إثبات أجره المثل، بل اللازم عدم ثبوت شىء و ان نقل المتاع الى المكان المعين في غير الزمان، لأنه فعل ما لم يؤمر به، و لا استوجر عليه، فالشرط المزبور حينئذ مؤكد لمقتضى العقد، لا مناف له.

و في الروضه «و هذا النظر مما لم يتعرض له أحد من الأصحاب، و لا ذكره المصنف في غير هذا الكتاب، و هو متوجه، الا أنه لا يتم إلا إذا فرض كون مورد الإجاره هو الفعل في الزمان المعين، و ما خرج عنه خارج عنها، و ظاهر الروايه و كلام الأصحاب أن مورد الإجاره كالا-القسمين، و من ثم حكموا بصحتها مع إثبات أجره على كلا التقديرين، نظرا إلى حصول المقتضى و هو الإجاره المعينه المشتمله على الأجره المعينه، و إن تعددت و اختلفت لانحصارها و تعيينها كما تقدم، و بطلانها على التقدير الآخر.

و لو فرض كون مورد الإجاره هو القسم الأول خاصه و هو النقل في الزمن المعين لكان الحكم بالبطلان- على تقدير فرض أجره مع نقله في غيره- أولى لأنه خلاف قضييه الإجاره، و خلاف ما تعلق به، فكان أولى بثبوت أجره المثل و جعل

القسمين متعلقها- على تقدير ذكر الأجره، و الأول خاصه على تقدير عدمه فى الثانى مع كونه خلاف الظاهر- موجب لاختلاف الفرض بغير دليل.

و يمكن الفرق بكون تعيين الأجره على التقديرين قرينه جعلهما مورد الإجاره حيث أتى بلازمها، و هو الأجره فيهما، و إسقاطها فى التقدير الآخر قرينه عدم جعلها موردا من حيث نفى اللازم الدال على نفى الملزوم، و حينئذ تنزله على شرط قضيه العقد أولى من جعله أجنبيا مفسدا للعقد، بتخلله بين الإيجاب و القبول).

قلت: قد عرفت أن ظاهر الروايه و كلام الأصحاب عدم التعدد فى مورد الإجاره، و أن ذلك إنما ذكر على جهه الشرطيه التى لا يقتضى التعدد، و إلا لما صح لهم الحكم بالصحه مستندين فيها إلى عموم (١)

«المؤمنون»

و نحوه.

نعم قد يدفع النظر المزبور بمنع اقتضاء تعيين زمان الإيصال فى الفرض المزبور على جهه الشرطيه، عدم الأجره على مطلق النقل لو لم يوصله فيه، و لذا خالف أبو جعفر عليه السلام ما ذكره القاضى بقوله «ليس له كرى» فى صحيح ابن مسلم على ما رواه عنه فى الكافى، و إنما يسلم ذلك فيما لو كان الزمان مشخصا للعمل المستأجر عليه على وجه يكون كصوم أول يوم رجب مثلا.

أما فى الفرض الذى قد استوجر فيه على النقل إلى ذلك المكان، إلا أنه اشترط عليه الوصول فى زمان معين فلا، و إنما المتجه فيه اجراء حكم غيره من الشرائط إذا لم يف بها من اشترط عليه، من التسلط على الفسخ، و الرجوع إلى أجره المثل، أو الالتزام بالمسمى كما أن المتجه التفسير فيما لو استأجره على النقل إلى مكان معين فحمله إلى نصف الطريق و لم يوصله، كما هو واضح و الله هو العالم.

و إذا قال: آجرتك كل شهر بكذا، صح فى شهر، و له فى الزائد أجره المثل إن سكن كما فى المقنعه و النهايه مصرحا فى أولهما بما إذا لم يعين ابتداء المده و لا آخرها، فضلا عما يعين فيه ذلك، و لعله مقتضى إطلاق المتن و غيره،

اللهم إلا أن ينزل على إرادته الإطلاق المنزل على الاتصال بزمان العقد.

وقيل: و القائل جماعه بل لعله المشهور بين المتأخرين تبطل مطلقا حتى لو صرح بالاتصال فضلا عن الإطلاق، لتجهل الأجره بتجهل المنفعه المستحقه، فيبطل العقد بالنسبه إلى جميع مورده من غير فرق بين الشهر و غيره.

و الأول أشبه عند المصنف و أصول المذهب و قواعد التي منها «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^(١) و إطلاقات الإجاره و صدق المعلومه عرفا بالنسبه إلى الشهر، و فحوى صحيح أبي حمزه و غير ذلك، و لكن مع ذلك فالثاني هو الأقوى، و لو مع فرض اتصال الشهر، للجهاله المزبوره التي ينقطع بها الإطلاق المزبور و نحوه.

و دعوى- كون المراد من ذلك عرفا هذا الشهر بدرهم، و كل شهر تسكنه كذلك، فلا جهاله فيه حينئذ بالنسبه إلى الشهر يدفعها- بعد التسليم تنزيل مثل هذا الإطلاق على الاتصال المقتضى لذلك- أن أدله الجهاله تقضى بفساد العقد بمجرد الجهاله في مورده، و لو في الجملة، و ليست هي كضم غير المملوك إلى المملوك يصح في أحدهما و يبطل في الآخر، كما أوضحناه في محله، و صحيح أبي حمزه- مع أنه في الشرط الذي يمكن دعوى الاغتفار فيه ما لا يغتفر في العقد- محتمل لإرادته اشتراط مقدار الغرامه لو تعدى و تجاوز، لما هو متعارف في

التأكيد على عدم التجاوز عن المكان المعين، لا أنه إجاره على هذا التقدير.

و أوضح من ذلك فسادا ما في الغنيه من دعوى صحه العقد في غير الشهر أيضا، نحو ما عن الشيخ و ابن الجنيد، لكن قال فيها «يستحق الأجره للزمان المذكور، بالدخول فيه، و يجوز الفسخ بخروجه ما لم يدخل في الثاني، إذ هو مع ما فيه مشتمل على الإبهام باعتبار عدم علم منتهى المده، و شبه التعليق باعتبار عدم علم السكنى و غير ذلك.

هذا كله فيما ذكره من فرض الإجاره، أما لو فرض بوجه يكون كالجعله بأن يقول الساكن مثلا «جعلت لك على كل شهر أسكنه درهما» لم يبعد الصحه،

لعدم اعتبار العلم فيها أزيد من ذلك، كما أنه لم يبعد الصحة لو جعل من قبيل الإباحات بأعواض معلومه، تلمز بالتلف كما فى نظائر ذلك من الأعيان و المنافع و الله اعلم.

[تفريعان]

إشارة

تفريعان

[الفرع الأول لو قال ان خطته فارسيا فلك درهم و إن خطته روميا فلك درهمان صح]

الأول: لو قال: ان خطته فارسيا أى بدرز فلك درهم، و ان خطته روميا أى بدرزين فلك درهمان صح جعاله لإطلاق أدلتها المقتضى لاغتفار مثل هذه الجهالة و الإبهام فيها، خلافا للفاضل فى المختلف، فأبطلها لتطرق الجهالة فى الجعل، فيجب أجره المثل و فيه منع، كما تعرفه فى محله إنشاء الله.

نعم الظاهر البطلان اجاره كما اختاره جماعه منهم ابن إدريس على ما حكى عنه، للإبهام المنافى للملكيه فى المعاوضات، و خبر الحلبي قد عرفت أنه لا يدل على مثل ذلك، لكن فى اللمعه و محكى المبسوط و غيرها الصحة فى ذلك و فى

[الفرع الثانى لو قال ان عملت هذا العمل فى اليوم فلك درهمان و فى غد درهم فيه تردد و الأظهر الجواز]

الفرع:

الثانى أيضا، و هو ما لو قال: ان عملت هذا العمل فى اليوم فلك درهمان، و فى غد درهم و ان قال المصنف هنا فيه تردد و لكن أظهره عنده و عندهم الجواز لصدق المعلوميه و لآيه (١) موسى عليه السلام و خبر الحلبي (٢) و صحيح أبى حمزه (٣) المتقدمين سابقا، و فيه منع صدقها على وجه ترتفع الإبهام المنافى لملكيه المعاوضه، و آيه موسى عليه السلام ظاهره فى كون الثانى إحسانا لا- اجاره، كما يقضى به «فمن عندك» و لا- ينافيه قوله «أيمما الأجلين» و لو بقريته ذكره ذلك فى الإجاره، بعد إرادته الأجل الإجارى و الوعدى، و خبر الحلبي و الصحيح المتقدم قد عرفت عدم دلالتهما على جواز مثل هذا الإبهام.

و ما عساه يظهر من المصنف هنا- كالمحكى عن المبسوط و التحرير و الكفايه

١- ١ سورة القصص الآيه ٢٨.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١٢- من أبواب أحكام الإجاره الحديث ١.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٨- من أبواب أحكام الإجاره الحديث ١.

من الفرق فى الجملة بين المثالين - فى غير محله، ضروره اشتراكهما معا فى الإيهام المزبور، و دعوى أقربيه الثانى إلى المنصوص من الأول كما ترى، كما أنه لا- فرق على الظاهر بين قول «آجرتك كل شهر بدرهم» و قول آجرتك شهرا بدرهم فإن زاد فبحسابه.

خلافًا للفاضل فى القواعد فحكم بالبتلان فى الأول، و الرجوع الى أجره المثل، و الصحه فى الشهر فى الأخير، و البتلان فى الزائد.

و فيه: أنه مناف لقاعده اقتضاء بتلان الشرط بتلان العقد، كما أوضحناه فى كتاب البيع، فمعلوماته الشهر و الدرهم لا تجدى فى الصحه حينئذ، فضلا عما لو لم يكن الشهر معلوما، لعدم اراده المتصل منه كما هو واضح، و كأن الوجه- للقول بالصحه فى نحو هذه الأمثله مع معلوماته منافاه ما فيها من التعليق و الجهاله- الإلحاق بما فى موثق الحلبي و صحيح أبى حمزه و غيرهما، سواء كان موافقا للضوابط أو لا.

و لكن لا يخفى عليك ما فيه من عدم الانطباق أولا، و عدم جواز القياس عندنا ثانيا، بناء على كونه مخالفا للقواعد التى تجب الاقتصار على ما يخالفها بالخصوص كما هو واضح.

و كيف كان ف يستحق الأجير الأجره بنفس العمل سواء كان فى ملكه كالثوب يخطه فى بيته أم ملك المستأجر، و منهم من فرق بين الحالين و هو الشيخ فى المبسوط قال فيما حكى عنه فى أثناء كلام له فى مسأله التلف: «ان كان العمل فى ملك الصانع لا- يستحق الأجره حتى يسلم، و ان كان فى ملك المستأجر استحق الأجره بنفس العمل» و لعله لأنه فى الثانى يسلم بخلاف الأول، قيل:

و فيه منع صدق التسليم عليه قبل أن يصير فى يد المستأجر و ستعرف ما فيه.

و على كل حال فالظاهر ارادته الفرق بذلك من حيث التسليم، لا الملك الذى لا خلاف ظاهرا بحصوله بالعقد، بل عن بعضهم دعوى الإجماع عليه، بل يمكن تحصيله، مضافا الى أنه مقتضى العقد، و الأصل عدم اشتراطه بأمر آخر من التسليم و غيره،

انما الكلام فى استحقاق التسليم على أحدهما أولاً و عدمه، و قد تقدم فى كتاب البيع تحقيق الحال فى ذلك. و أنه يجب على كل منهما التسليم للأمر بالوفاء و غيره، فإذا تعاسرا أجبرا معا على التقابض.

أما لو بذل أحدهما و امتنع الآخر و لم يمكن جبره كان للباذل الحبس حتى يدفع اليه العوض، قضاء لحق المعاوضه التى بنى العقد عليها، كما أشبعنا الكلام فيه سابقا، و لا فرق بينه و بين المقام الذى هو أحد المعاوضات.

نعم قد يشكل الحال فى خصوص الإجاره على الأعمال منه، باعتبار عدم تصور التقابض فيه، لكون العمل تدريجيا، و الظاهر الإجماع على عدم استحقاق الأجير تسلم الأجره قبل العمل ما لم يشترط، أو تكون عادة على وجه تقوم مقام الاشرط، بل عن بعضهم دعواه عليه، فضلا عن نفي الخلاف من آخر، لما فيه من منافاه مقتضى المعاوضه، و الضرر على المستأجر، و غير ذلك مما يعلم منه انتفاء احتمال وجوب ذلك، تمسكا بمقتضى الملكيه التى فرض حصولها بالعقد.

و بأنه مقتضى الأمر بالوفاء، الظاهر فى أن كل شىء بحسب حاله بالنسبه الى ذلك، ضروره أنك قد عرفت تحكيم مقتضى المعاوضه، و بناؤها على مقتضى الملكيه المزبوره، و الأمر بالوفاء إنما هو بكل عقد على حسب مقتضاه، و قد فرض اقتضاؤه ما عرفت.

و لعله للإجماع المزبور، و نحوه يفرق بين المقام و بين البيع لو كان الثمن عملا، الذى قد سلف منا هناك و جوب تسلم المبيع على البائع قبل العمل على تأمل فيه، فلاحظ و تدبر.

كما أنه لا خلاف و لا إشكال فى استحقاق تسلمها بعد العمل الذى يحصل تسلمه بأكماله، كالصوم و الصلاه و الحج و الزياره و نحوها، بل الإجماع بقسميه عليه، فضلا عن النصوص و التى منها

الصحيح (١) «لا يجف عرقه حتى تعطيه أجرته»

بل

الظاهر أن منه الأعمال التي تكون في ملك المستأجر، أى فيما في يده كإصلاح جداره في داره و نحوه مما هو في يد المستأجر، و تحت سلطانه، و ان استأجر أجيرا على العمل فيه، و لعل هذا هو مراد الشيخ فيما سمعت منه سابقا، كما يشهد له التقييد بحضور المالك فيما حكاه عنه في التنقيح. و محكى التحرير.

بل و كذا لا اشكال و لا خلاف في استحقاق تسليمها بعد تسليم ما فيه أثر العمل من الثوب الذي استوجر على خياطته، و نحوه، مما هو تحت يد الأجير و سلطنته، انما البحث في وجوب تسليمها في نحو الأجير، بمجرد إكمال العمل، و الفراغ منه و عدمه، ظاهر المصنف بل صريحه الأول، خصوصا مع قوله بعد ما سمعت.

و لا يتوقف تسليم أحدهما على الآخر بل لعله ظاهر غيره أيضا ممن أطلق استحقاق الأجير أجرته بإكمال العمل، ضروره صدقه في الفرض، لإطلاق الأمر بالوفاء، و قاعده التسلط، و إطلاق «لا يجف عرقه» و بناء المعاوضه على ذلك.

لأن المراد من الإجاره فعل الخياطه الذي يتسبب منه حصول صفه المخيطه في الثوب، و قد

حصلا معا، و ليس في يد الأجير إلا الثوب الذي هو للمستأجر مع صفته، و لا شىء منهما مورد عقد الإجاره حتى يجرى عليه حكم المعاوضه إذ موردها انما هو العمل الذي تولد منه الصفه المزبوره، و ذاك تسليمه إيقاعه، لأن تسليم كل شىء بحسب حاله.

و دعوى- أن مورد الإجاره الصفه المزبوره، و الفعل إنما هو مقدمه لها، فهي حينئذ العوض، فلا يجب تسليم الأجره حينئذ إلا بتسليمها، كما هو الشأن في البيع و غيره من المعاوضات- يدفعها معلوميه كون مورد الإجاره الأعمال، و إنما العقد الموضوع لملك ذلك، و الصفه إنما يملكها صاحب الثوب تبعا للموصوف، لا أنه يملكها بعقد الإجاره، و على هذا فالمتجه فيما لو أ تلف الصانع العين بعد تمام العمل تضمينه إياه معمولا مع دفع الأجره، لا التخيير بين ذلك، و بين تضمينه إياه غير معمول مع عدم دفع الأجره، كما جزم به في القواعد، و محكى التذكرة و التحرير و جامع المقاصد، و جعل السر فيه في الأخير أن أجر العمل لا يستقر إلا بعد تسليمه

و الفرض أنه لم يتسلمه، فلا تستقر عليه أجره، و لأنه ملكه على تلك الصفة، فملك المطالبه بعوضه كذلك، فوجبت عليه أجره العمل، و هو المسمى، و لا خصوص تضمينه إياه غير معمول كما عن المبسوط، لكون الصفة التي هي عمل الأجير بمنزلة المبيع و قد تلفت قبل قبضها، فنذهب من ماله كالمبيع، فيضمن الثوب غير معمول، و لا تضمينه إياه معمولاً بدون دفع أجره، لأنه ملكه على تلك الصفة، و سقوط حق الأجير منها باعتبار عدم تسليمها لا يقتضى سقوط حق المالك، إذ ذلك كله مبني على ما عرفت فساد، بل المتجه عليه عدم سقوط الأجره، أيضا فيما لو تلفت العين بعد إكمال العمل من غير تفريط، و إن كان في ملك الأجير لما عرفت.

لكن في القواعد لم يستحق الأجره على إشكال، بل المتجه أيضا ضمانه للعين لو حبسها على تسليم الأجره، لعدم جواز الحبس له، إذ المعاوضه قد تمت بإتمام العمل، فهو غاصب حينئذ، و بذلك جزم في القواعد، و لكنه مناف لما سمعته منها و غيره.

قال فيها: «و لا يبرء الأجير من العمل حتى يسلم العين كالخياط إن كان العمل في ملكه، و لا يستحق الأجره حتى يسلمه مفروغا، فلو تلفت العين من غير تفريط بعد العمل، لم يستحق أجره على إشكال، و لو كان في ملك المستأجر براء بالعمل و استحق الأجره، و لو حبس الصانع العين حتى يستوفى الأجره ضمنها»، و لقوله في المقام و إن وقعت على عمل، ملك العامل الأجره بالعقد، لكن لا يجب تسليمها إلا بعد العمل.

و هل يشترط تسليمه الأقرب ذلك و قد تجشم المحقق الثاني في جمع هذه الكلمات بما لا يرجع إلى أمر يعتمد عليه، إذ هو كله مبني على ذلك الأصل الذي قد عرفت الحال فيه، و احتمال بناء الضمان بالحبس المزبور على عدم جوازه عنده أيضا، مناف لما ذكره هو و غيره من بناء اشتراط استحقاق الأجره على التسليم، على أنه كباقي المعاوضات التي من أحكامها جواز الحبس بالحبس.

كما ان احتمال - بنائه على أن الثوب نفسه ليس من مورد المعاوضه، و إنما

يجبس مقدمه لحبس الصفه، فينبغى ضمانه جمعا بين الحقين، و لا منافاه حينئذ بين الجواز و الضمان.

- يدفعه أولا: أنه ينبغى تخصيص الضمان بالثوب و هو غير معمول، ضروره كون حبس الصفه بحق حينئذ، فلا تضمن لو تلفت.

و ثانيا: منع الضمان أيضا للمحبوس مقدمه للحق، فإن حبسه حينئذ بحق أيضا، باعتبار توقف حبس الحق عليه، بل الحق فيه، بل الحبس المفهوم من مقضى المعاوضه لا فرق فيه بين الأمرين كما هو واضح بأدنى تأمل.

و من هنا قال الشهيد فى المحكى عن حواشيه على القواعد فى المقام «إن قول المصنف «الأقرب ذلك» مبنى على أن الصفه تلحق بالأعيان، و قد تقدم ذكره فى الفلس، بناء على أن المنافع تعد أموالا، و لهذا يصح جعلها عوضا و معوضا، كما أن المبيع يجبس حتى يتقابضا، و يسقط الثمن بتلفه قبل قبضه، فكذلك المنفعه.

و تظهر الثمره فى جواز حبس الثوب فى سقوط الأجره بتلفه فعلى ما قربه المصنف له حبسه، و إن أباه ظاهر كلامه، و لو تلف سقطت الأجره على قوله» و هو صريح فيما قلناه.

و كأنه استفاد من قوله «الأقرب تسليمه» وجوب التسليم على العامل أولا، و لذا قال: إنه يأباه ظاهر كلامه.

لكن فيه أن المراد توقف استحقاقه المطالبه بالأجره على وجه يجب على المستأجر بذلها على تسليم العمل، و هذا لا ينافى أن له الحبس لو لم يبذل المستأجر الأجره، و مثله فى البيع و باقى المعاوضات، و من هنا اعترضه فى جامع المقاصد بأنه لا حاجه إلى البناء الذى ذكره، لأن المعاوضه على المنافع أمر متفق عليه، و لا بد فى العوضين من التقابض كالبيع.

و أما عد المنافع أموالا فالذى يقتضى عدمه فيها، هو أنه لا وجود لها، و إنما هو أمر موجود بالشأن و الصلاحيه، ثم قوله إن ظاهر كلام المصنف يأبى

ذلك غير جيد، لأن قوله «الأقرب تسليمه» صريح في ذلك، و ليس مقابل الأقرب بمناف له، لأن غرضه الرد على الشيخ، فمقابل الأقرب قول الشيخ، فما ذكره غير واضح.

قلت: الظاهر أن مبنى الصراحة التي ادعاها هو ما ذكرنا، لكن قد يرد عليه أنه لا بد من البناء المزبور، إذ الاتفاق على المعاوضة على المنافع غير كاف، ضروره عدم تصور التسليم فيها بغير الإكمال، بناء على أنها نفس الاعمال، و إنما يتصور التسليم في الصفات التي تتولد من الأفعال في الأعيان، بتسليم العين الموصوفه.

نعم يرد على ذلك ما سمعته سابقا من كون التحقيق أن المملوك بالإجاره و الذى قوبل بالمال الأعمال التي يتولد منها الصفات، لا الصفات و الأعمال مقدمه من العامل إلى تحصيلها، حتى تكون هي العوض و المعوض، فيجرى عليها حكم التقابض و الحبس.

و من الغريب أن المحقق الثاني أنكر البناء المزبور عليه، و قرره هو في تلف العين من العامل بعد العمل من غير تفريط بالنسبه إلى استحقاق الأجره و عدمها، فإنه قال أولا في وجه إشكال الفاضل في ذلك أنه ينشأ من أن الإجاره معاوضه، و حق المعاوضه حصول العوضين معا للمتعاوضين، لتحقق كون كل منهما في مقابله الآخر و قد انتفى ذلك في أحدهما فانتفت المقابله، فوجب الانفساخ لتعذر مقتضى العقد، و من أن المستأجر عليه و هو العمل قد حصل، فوجبت الأجره بفعله، فإذا تلف بتلف العين بغير تفريط كان تلفه من المالك.

و يضعف بأن المستأجر عليه و إن كان العمل، لكنه قوبل بالأجره على طريق المعاوضه، فما دام لا يتحقق بتسليمه لم يتحقق معنى المعاوضه.

ثم قال ثانيا: «و ربما بنى ذلك على أن القصاره عين أو أثر، فإن قلنا أنها عين سقطت أجرته، كما يسقط الثمن بتلف المبيع قبل القبض، و إن قلنا هي أثر لم تسقط الأجره، و تنقيحه أن القصاره إن كانت كالأموال في أنها تعد مالا فالحكم

الأول، و إن كانت لا تعد مالا و إنما هي صفة فالحكم الثانى، و قد سبق فى الفلس أن المنافع تعد أموالا، و يشهد له أنها تقابل بالمال، و يعتبر فى صحة المعامله و جريان المعاوضه عليها كونها متقومه فى نفسها، و لا معنى لماليتها إلا هذا.

قلت: هو بعينه ما ذكره الشهيد هنا، لكن قد يقال: انه لا مدخله لذلك فيما نحن فيه، إذ الكلام فى أن المقابل بالأجره و المملوك بعقد الإجاره العمل الذى ينعدم شيئا فشيئا، أو الصفة التى تتولد منه، فإن كان الأول فليس تسليمه إلا إيقاعه، و إن كان الثانى فتسليمه كتسليم المبيع، و يجرى عليه حكمه من الحبس و غيره مما يجرى فى سائر المعاوضات.

كما أنه قد يناقش فيما ذكره أولا بأنه لا ريب فى أن انفساخ العقد بالتلف من غير تفريط مناف لقاعده اللزوم و غيرها، و إنما ثبت ذلك ب

قوله (١) «كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه»

لا أنه استفيد من قاعده المعاوضه، و إلا نتعدى ذلك للصلح و نحوه، و لمطلق التلف و لو من أجنبى، و غير ذلك مما هو معلوم عدمه.

و التقابض فى المعاوضه إنما هو مع إمكانه بوجود العين، أما مع تلفها فلا، و الفرض

أنها أمانه فى يده، على أنه لو سلم اقتضاؤها ذلك حتى فى صورته التلف كان المتجه ضمانه عليه، إلى أن يسلمه، فيغرم المثل أو قيمه حينئذ مع التلف، و لو بغير تفريط، لا انفساخ العقد، فلا ريب فى أن منشأ ذلك الدليل الخاص الذى هو غير شامل للمقام قطعاً، و لا إجماع على المساواه، فالقاعده تقتضى حينئذ عدم سقوط الأجره، للأصل و غيره كما هو واضح.

هذا كله بعد العمل أما قبل العمل فقد عرفت الإجماع على عدم استحقاق العامل الأجره على وجه يجب على المستأجر بذلها له، و تسليمه إياها مع عدم الشرط و العاده، مضافاً إلى الضرر عليه بتعجيل الأجره على العمل الذى لم يعلم حصوله.

١-١ قاعده مستفاده من الروايات الوسائل الباب ١٠- من أبواب الخيار و الباب ١٩ من عقد البيع و غيرها.

لكن هل يجب على العامل العمل حينئذ ثم يطالب بالأجره بعده، أو أن له الامتناع أيضا، لاحتمال الضرر عليه بحصول العمل منه، وعدم تسلم الأجره، الظاهر الثانى، ولكن لما لم يمكن التقابض هنا لم يتجه جبر الحاكم لهما عليه جمعا بين الحقين كما فى العينين فيتعين جمعه بينهما بتسلم الأجره من صاحبها ووضعها فى يده أو فى يد ثالث حتى يعمل العامل.

و ربما كان

فى خبر الغنوى (١) عن أبى عبد الله عليه السلام إشاره إليه فى الجمله «قال سألته عن رجل استأجر أجيرا و لم يأمن أحدهما صاحبه، و دفع الأجر على يدي رجل و هلك ذلك الرجل و لم يدع و فاء و استهلك ذلك الأجر؟ فقال عليه السلام: المستأجر ضامن لأجر الأجير حتى يقضى، إلا أن يكون الأجير دعاه إلى ذلك، فرضى به، فإن فعل فحقه حيث وضعه و رضى به»

باعتبار عدم تعرضه عليه السلام لعدم جواز امتناع الأجير عن العمل، إذا لم يبذل المستأجر الأجره، و لو على يد ثالث.

على أن ذلك مقتضى المعاوضه، إذ كما أن احتمال الضرر على المستأجر بتعجيل الأجره لاحتمال عدم حصول العمل، فكذلك يحتمل أيضا بتعجيل العامل العمل قبل قبض الأجره، لاحتمال عدم حصولها.

و دعوى أن بناء المعاوضه على العمل على ذلك- يدفعها وضوح منعها، بل ليس ذلك أولى من العكس، ضروره أن الأجره قد استحققت بالعقد، و ملكها الأجير به، و يمكن تسليمها له دفعه، و العمل تدريجى لا يمكن حصوله إلا بعد زمان، كما أن دعوى الإجماع على خروج ذلك عن حكم المعاوضات- فيجب على العامل أن يعمل، ثم بعد ذلك يطالب بالأجره، و هو معنى قولهم أن الأجير يستحق الأجره بعد العمل- واضحه المنع، إذ ليس فى كلام الأصحاب ما يقتضى إخراج الفرض عن حكم المعاوضه بالنسبه إلى ذلك.

بل فى جامع المقاصد و التنقيح و المسالك و الرياض و غيرها ما ينافيه، و أن حكمه حكم باقى المعاوضات، و عليه فرعوا جواز الحبس و غيره، و ليس ذكرهم للعباره المزبوره إلا كذلك بالنسبه للعين، فإنهم قالوا أيضا لا يستحق مؤجرها الأجره إلا بتسليمها للمستأجر، و غرضهم من ذلك عدم استحقاق الأجره قبل العمل الذى لا يتصور فيه التقابض على نحو العينين، و بيان الاستحقاق بالتسليم كما فى كل معاوضه، فإنه يجب بذل العوض بعد تسلّم المقابل بلا خلاف و لا إشكال.

و من هنا لم يفرقوا بين العمل و العين بالنسبه إلى ذلك، كما فى الرياض ناسبا له إليهم، و لا ريب فى بقاء حكم المعاوضه بالنسبه إلى الأول، فكذلك بالنسبه إلى الثانى و لم يشر أحد إلى خروج الأعمال عن قاعده المعاوضات بوجوب تسليم العامل عمله أولا، ثم يطالب بالأجره، و من تأمل كلامهم و لم يكتف بالمنساق فى بادى النظر، علم صحه ما قلناه، خصوصا مع عدم الدليل عليه أيضا.

و قوله عليه السلام «لا يجف عرقه حتى تعطيه أجرته»

إنما يدل على المبادره فى تسليم الأجره للعامل، إذا عمل أولا، لا على وجوب ذلك عليه مطلقا، ثم لا فرق فى جميع ما ذكرناه بين الحج و غيره من الأعمال، إلا إذا كانت هناك عاده أو شرط يقتضى تقديم العمل أو الأجره، فما عن بعضهم من الانفساخ أو أن له الفسخ فى خصوص الحج إذا لم يعجل المستأجر الأجره فى غير محله.

نعم فى الروضه أنه لو فرض توقف الفعل على الأجره كالحج و امتنع المستأجر من التسليم تسلط الأجير على الفسخ، و هو غير خاص بالحج، و مرجعه إلى عدم القدره على تسليم العمل حينئذ، و تعرف إنشاء الله فيما يأتى الحال فيه.

بقى الكلام فى استحقاق بعض الأجره ببعض العمل لم يحضرنى الآن كلام محرر فى ذلك نعم قد سلف منا فى البيع عدم وجوب التقابض على النسبه، لأنه خلاف مقتضى العقد، و لعله غير ما نحن فيه من وقوع العمل من العامل على وجه لا ربط له بما بقى، كصلاه بعض الفرائض و نحوها مما يستحق العامل به التقسيط، لو اتفق عدم

حصول التمام.

و لا ينافى ذلك قولهم لا يستحق الأجره إلا بعد العمل، المراد به تمامها لا بعضها الذى هو قسط ما وقع من العامل، اللهم إلا أن يدعى أن ذلك مقتضى المعاوضه، و فيه تأمل بل منع، لأن الأصل عدم جواز حبس المال على صاحبه المقتصر فى خلافه على غير محل الفرض.

كما انه بقى الكلام أيضا فى كيفية الجمع بين الحقين لو كان الأجره على العمل عملا أيضا، و لم يأمن أحدهما الآخر، و المتجه فيه أنه مع إمكانه بالكفيل و نحوه يجب، و إلا فالقرعه للترجيح، كما فى غيره مما تراحم فيه الحق.

و كذا بقى الكلام فى وجوب دفع الأجره لو كان العمل المستأجر عليه مؤجلا مع عدم التعرض لتعجيلها، فإنه قد يقال بالوجوب حينئذ، كما فى البيع، و لعدم الحلول الذى يوجب المطالبه للمستأجر، و لكن فيه أنه مناف لما دل على عدم وجوب تعجيل الأجره قبل العمل، و الأجل إنما أفاد زياده التأخير فيه، فلا يغير الحكم الثابت فى حال عدم الاشتراط، و بذلك يفرق بينه و بين البيع.

نعم لو كانت الأجره مؤجله بأجل انقضى قبل تمام العمل أو قبل حصوله، أمكن القول بوجوب دفعها بناء على ظهور الأجل المزبور فى رفع اليد عما تقتضيه المعاوضه فتأمل جيدا و الله هو العالم.

و كل موضع يبطل فيه عقد الإجاره يجب فيه أجره المثل مع استيفاء المنفعه أو بعضها سواء زادت عن المسمى أو نقصت عنه بلا خلاف أجده فيه فى شىء من ذلك بل قد يظهر من ارسالهم ذلك إرسال المسلمات أنه من القطعيات.

مضافا إلى مثل ذلك بالنسبه إلى قاعده «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» الشامله للمقام، و إلى قاعده «احترام مال المسلم و عمله» و قاعده

«من أتلف»

و(١)

«على اليد»

و(١)«لا ضرر»

و(٢)«لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل» و نحو ذلك مما يقضى بذلك ضروره أنه مع بطلان العقد يبقى كل من العوضين على ملك صاحبه، فيجب على كل منهما رده بعينه إذا كان موجودا، و إن كان تالفا بقيمته أو مثله، لفساد الالتزام بالمسمى بفساد العقد الذى قد وقع فيه، و منه أجره المثل فى المقام، فإنها هى قيمه المنفعه المستوفاه.

و من ذلك كله ظهر لك الوجه فى الحكم المزبور. نعم قيده الشهيد فى المحكى من حواشيه بما إذا لم يكن الفساد باشتراط عدم الأجره فى العقد، أو عدم ذكرها فيه.

لدخول العامل على ذلك، و استحسنة فى المسالك، و كان وجهه أنه متبرع بالمال و العمل مجانا، قادم على ذلك، فهو أشبه شىء حينئذ بالعقود الفاسده المجانيه، كالهبه و العاريه و نحوهما(٣)«مما لا يضمن بفسادهما، فلا يضمن بصحيحهما».

بل قد يقال بشمول هذه القاعده للفرض، بناء على إرادته أشخاص العقود منها لا أصنافها، و لا ريب فى عدم الضمان فى المقام لو فرض صحه العقد المزبور، فكذا لا يضمن به على الفساد، للقاعده المزبوره التى عرفت أن الوجه فيها إقدامهما على عدم الضمان فى التقديرين، كما أنك قد عرفت تقريره حينئذ هنا.

لكن مع ذلك كله فى جامع المقاصد بعد أن حكاه أنه صحيح فى العمل «أما مثل سكنى الدار التى يستوفيهما المستأجر بنفسه فإن اشتراط عدم العوض إنما كان فى العقد الفاسد الذى لا أثر لما تضمنه من التراضى، فحقه و جوب أجره المثل، و مثله ما لو باعه على أن لا- ثمن له، و أما لو كان مورد الإجاره منفعه الأجير، فيعمل بنفسه مع فسادها فوجه عدم استحقاقه شيئا ظاهرا، لأنه متبرع بالعمل، و هو المباشر لإتلاف المنفعه».

١- ١ الوسائل الباب ١٧ من أبواب الخيار الحديث ٤- ٥.

٢- ٢ سورة النساء الآية ٢٩.

٣- ٣ هكذا فى النسخ و الظاهر «مما لا يضمن بصحيحهما فلا يضمن بفسادهما».

و دفعه فى المسالك بما حاصله من أنه يرجع فى مثل سكنى الدار إلى العارىه، و إن عبر عنها بلفظ الإجاره، لأن التصريح بعدم الأجره أقوى من الظهور المستفاد من لفظ الإجاره، و النص مقدم على الظاهر، فيحكم بأنه عارىه، إذ هى لا تنحصر فى لفظ، بل يكفى فيها كل ما دل على التبرع بالمنفعه، مضافا إلى اعتضاد ذلك بأصل البراءه.

بل فيها الاعتراض على ما ذكره أخيرا بأنه قد لا يكون متبرعا، كما لو أمره المستأجر، فإن مقتضى الفساد عدم تأثير ما وقع من اللفظ، و حينئذ فلا- يتحقق التبرع إلا مع عمل الأجير من غير سؤال، و إلا فينبغى مع عدم ذكر الأجره ثبوت أجره المثل كما هو شأن الأمر لغيره بعمل من غير عقد، ثم قال: فإن قلت: أى فائده فى تسميه هذا عقدا فاسدا مع ثبوت هذه الأحكام، و إقامته مقام العارىه، قلت: فساده بالنسبه إلى الإجاره بمعنى عدم ترتب أحكامها اللازمه لصحيح عقدها، كوجوب العمل على الأجير و نحوه، لا مطلق الأثر.

قلت: هذا كما يرد عليه يرد على الشهيد أيضا الذى قد استحسن كلامه أولا فإن مدركه ذلك، بل هو أولى به منه، لظهور كلام الكركى فى اشتراط عدم الأجره فوجود الأمر حينئذ و عدمه على حد سواء، لا فيما إذا لم يذكر أجره، بخلاف كلام الشهيد، مع أنه يمكن دفعه عنه أيضا أولا بأن محل كلامه العمل من حيث العقد، ففرض الأمر خروج عن البحث، و ثانيا بأن الأمر بالعمل من حيث العقد لا يجدى، إذ هو حينئذ من توابع العقد الفاسد الذى فرض عدم الأجره لو أوقع الفعل بعنوان أنه مقتضاه.

بل قد يناقش فى دفعه الأول- مع أنه لا يتم فيما إذا لم يذكر الأجره- بأن محل البحث ما علم قصد الإجاره منه، و لو للجهل بأن العوض من مقوماتها، أو للإيداع أو لغير ذلك لا ما إذا ذكر ذلك و لم يعلم قصده، مع أن تنزيله على العارىه على هذا الفرض ليس بأولى من حمله على التجوز، فى استعمال لفظ الإجاره الموضوع لتمليك

المنفعة بعوض في تملكها بغير عوض، و يكون عقدا فاسدا، أو غير ذلك مما هو محتمل.

و أصل الصحة و إن نفى احتمال إرادته الفاسد، لكن الصحيح غير منحصر في العاربه، و مع فرضه و قلنا بالحمل عليها للأصل المزبور لا يحمل عليه كلام الشهيد، ضروره إرادته الاستثناء من كليه الأصحاب المزبوره، و لا يتم إلا بجعله عقد إجاره فاسد، لا عاربه، كما هو واضح.

نعم ربما نوقش الشهيد و الكركى بأنه لا وجه لمساواه عدم ذكر الأجره ذكر الأجره في الحكم المزبور، ضروره عدم دلاله ذلك على التبرع بالمنفعه، إذ قد يكون لسيان أو لجهل أو اعتقاد أنه مقرر، أو أنه معلوم أنه مع الإطلاق ينصرف إلى العرف.

و من هنا استجود في الرياض كلام الشهيد في الشق الأول مطلقا، دون الثاني كذلك، و هو جيد لو كان المراد بعدم الأجره ذلك، أو ما يشمله، لا أن المراد به هو المراد من ذكر عدم الأجره، إلا أن الفرق بينهما بالتصريح بذلك و عدمه، إذ لا ريب في ظهور آجرتك في إرادته العوض و إن لم يذكره بالخصوص، فلا وجه لسقوطه لاقدام كل منهما حينئذ عليه، و الأمر في ذلك سهل.

إنما الكلام في صحه أصل ما ذكره الشهيد، مع أن إطلاق كلام الأصحاب يقتضى خلافه في المقام، و في البيع و غيرهما، ضروره اتحاد البحث هنا، مع قول بعثك بلا- ثمن أيضا أو بعثك بلا- ذكر ثمن، بل كلامهم صريح في ثبوت أجره المثل في المسأله السابقه المشترط فيها عدم الأجره، إذا لم يصل في الزمن المعين.

و لعل الوجه فيه- بعد ذكر فرض شمول كلام الأصحاب لمثله لا أنه خارج عنه باعتبار دخول العوض في مفهوم البيع و الإجاره، و مع انتفائه لا يكون بيعا و لا إجاره كى يندرج في كليه المقام و نحوها المبنيه على صدق الإجاره، إلا أنها باطله، إذ قد يقال- بعد تسليم عدم صدق اسم الإجاره:- إن المدار في كلامهم على العقد الفاسد المراد به إجاره مثلا، و لو من حيث تملك المنفعه خاصه، إما للجهل بموضوع الإجاره، أو تشريعا أو ايداعا أو نحو ذلك، أن كل مدفوع بعنوان مقتضى العقد

الفاسد و أنه من آثاره و مما يترتب عليه على حسب الدفع بالعقد الصحيح لم يترتب عليه أثر.

و لا- يعد من العمل التبرعى و دفع المال المجانى، بل الظاهر أن أخذ المال بالعنوان المزبور من أكل المال بالباطل، بل هو من أوضح أفراده، و منافع لقاعده «الضرار، و احترام مال المسلم، ضروره كون الدفع مع فرض أنه بالعنوان المزبور كالمقيد بصحة العقد، و أنه من المؤثرات و المسببات لذلك، مضافا إلى نهى الشارع من تناول مثل المال المزبور، لأنه من الباطل، فيكون اليد عاديه عليه، نحو المدفوع عوضا من المحرمات.

و حينئذ فقاعده الضمان بحالها، مؤيده بما عرفت من قاعده الضرار، و الاحترام، و على اليد، و من اعتدى، و الحرمان قصاص، و غير ذلك، على أن المجمع عليه من عدم ضمان المتبرع به هو ما كان من جهته خاصه، لا بعنوان معامله فاسده مشتمله على إيجاب و قبول.

و إقدام القابل و الموجب على المجانيه لا ينافى ضمان المال، كما لا ينافى إقدامهما على المسمى القليل، ضمانه بالقيمه التى قد تكون أضعاف ذلك، بعد فساد العقد الذى قد تضمنه، بل لعل قيد بلا أجره فى الفرض كالمسمى فى غيره لا عبره بهما، بعد فساد العقد الذى قد وقعا فيه.

و من الغريب بعد ذلك كله دعوى صيروره الفرض و نحوه كالهبة و العاربه و كالمتبرع و نحو ذلك مما هو منافع لقواعد الشرع، من أكل المال بالباطل و غيره، و أغرب من ذلك دعوى كون المراد بالفساد إنما هو بالنسبه إلى الالتزام بالمسمى و نحوه، لا مطلق ترتب الأثر الذى منه ما سمعت، من العاربه و الهبه و أجره المثل فى مقام الالتزام بها و نحو ذلك، ضروره منافاه ذلك لما دل من الكتاب و السنه و الإجماع على حرمة أكل المال بالباطل، المقتضى عدم ترتب شىء من ذلك.

و دعوى- فرض كون الدافع قصد الهبه و العاربه و التبرع بقصد مستقل غير ملاحظ فيه العقد المزبور- خروج عن محل البحث، إذ الكلام فى المدفوع بالعنوان

المذكور معامله للفساد، معامله الصحيح، و لا وجه للهبه و العاربه و نحوهما فى ذلك.

و منه يعلم الحال فى التقييد الثانى للقاعده المزبوره، كما عن الأردبيلى و تبعه عليه غيره، بما إذا كانا جاهلين بالفساد، أما إذا كانا عالمين به أو أحدهما جاهلا و الآخر عالما فلا يتأتى فيه قاعده أجره المثل، و ضمان الأجره بل يكون المدفوع مع علم الدافع هبه إن كان عينا، فيرجع بها مع بقاء عينها و لم يكن الموهوب ذا رحم، و عاربه لو كان المدفوع منفعه عين، و تبرعا إن كان عملا، نعم لا شىء منها مع الجهل، و من هنا يتجه الضمان له.

إذ لا يخفى عليك بعد ما سمعت أنه لا فرق بين الجهل و العلم فى عدم الهبه و غيرها، بعد فرض كون الدفع بالعنوان المزبور، و عليه يدل من النصوص ما تضمن «أن ثمن الكلب حرام و سحت» و كذا الخمر و الميتة و أجر المغنيه و الزانيه و نحوها مما هو مدفوع مع العلم بالفساد، إلا أنه كان بعنوان المعاوضه الفاسده الغير المشروعه، كما هو واضح بأدنى تأمل و الله العالم.

هذا كله فى المنفعه و الأجره أما العين المستأجره فعن مجمع البرهان أنه يفهم من كلامهم الضمان مع الجهل به، بل فى الرياض و العين مضمونه فى يد المستأجر مطلقا، كما نسب إلى المفهوم من كلمات الأصحاب، و لعله لعموم

الخبر (١) بضمان «ما أخذته اليد».

و ربما يستشكل فيه فى صورته جهله بالفساد لإناطه التكليف بالعلم، و ارتفاعه مع الجهل، و هو كما ترى، فإن التلف فى اليد من جملة الأسباب لا- تختلف فيه صورتا العلم و الجهل حين وجود السبب، و التكليف برد البديل ليس حين الجهل، بل بعد العلم بالسبب.

نعم ربما يشكل الحكم فى هذه الصوره بل مطلقا لو كان الموجر عالما بالفساد، لكون

ترتب اليد على العين حينئذ بإذن المالك، فلا ينصرف الى هذه الصوره إطلاق

الخبر المتقدم، مضافا إلى ما عرفت من رجوع الإجاره في هذه الصورة إلى العاربه، و الحكم فيها عدم ضمان المستعير كما تقدم، و كذلك لو كان جاهلا به لضمان المستأجر فيه، و لو حصل الدفع فيه بالإذن أيضا، فإنه كعدمه لا بتناؤه على توهم الصحة، فيكون كالإذن المشروط بها، فإذا ظهر الفساد لم يكن ثمه اذن بالمره، و لعل مراد الأصحاب غير هذه الصورة.

قلت: لا يخفى عليك أن الذى عثرنا عليه من كلام الأصحاب فى المقام صريح فى عدم ضمان العين المستأجره فى العقد الفاسد، كما صرح به فى القواعد و جامع المقاصد، و محكى التذكرة، بل فى مفتاح الكرامه عن الرياض و المجمع التصريح بذلك أيضا فى مقام آخر من الإجاره.

و لعله لقاعده «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده» كما استدل به فى التذكرة و الجامع، بل لم أجد من صرح هنا بالضمان، و إن كان قد يوجه على تقدير صحه النسبه إلى الأصحاب بما سمعت من

عموم «على اليد»

المعارض للقاعده المزبوره من وجه، و يرجح عليها بالنسبه المزبوره، و دعوى العكس باعتضاها بقاعده الأمانه، يدفعها ما سمعته من الرياض أخيرا من أنه إذا كان الدفع بعنوان الصحة تكون الإذن كالمقيده بذلك، فمع الفساد ينكشف أن لا إذن، فلا تكون أمانه.

و من ذلك يعلم أنه لا وجه لفرقه بين العلم و الجهل حينئذ، إذا الزعم لا مدخله له فى ذلك، ضروره قيام الدفع بالعنوان المزبور مقام الزعم المذكور، على أنه قد يقال بعدم اندراج العين فى قاعده «مالا يضمن» فلا تعارض على اليد حينئذ.

و ذلك لأن المراد من الإيجاب و السلب فيها ما كان مضمونا بسبب العقد، و ما لم يكن مضمونا كذلك على معنى أن الضمان و عدمه فيه مورد العقد كالمنفعه فى الإجاره و العين فى الهبه، و لا ريب أن عدم الضمان فى العين المستأجره لا مدخله للعقد فيه، و إنما هو باعتبار كونها أمانه، فيدور الضمان فى الفاسده حينئذ عليها، لا من القاعده المزبوره.

و كذلك العين في العاريه، فمع فرض عدم الأمانه لما سمعته من تقييد الإذن بالصحه المفروض انتفاؤها يتجه ما نسباه إلى الأصحاب من الضمان حينئذ، خصوصا مع علم المستأجر بالفساد و خصوصا إذا كان الفساد من جهه الغصب و نحوه، لكن و مع ذلك فالإنصاف أنه لا يخلو دعوى عدم الأمانه مطلقا حتى في صوره الجهل منهما من بحث و نظر، كما هو واضح و الله العالم.

و يكره أن يستعمل الأجير قبل أن يقاطع على الأجره بلا خلاف أجده على الظاهر في الجواز المستفاد منه. نعم عبر في النافع و اللمعه و غيرهما بالاستحباب نحو ما عن النهايه و السرائر من أنه ينبغي للإنسان أن لا يستعمل أحدا إلا بعد أن يقاطعه على أجرته، فإن لم يفعل ترك الاحتياط المبني على الظاهر على استحباب ترك المكروه، و هو كذلك بناء على إرادته الرجحان منه، إذ لا ريب في رجحان امتثال خطاب الكراهه.

و الأمر سهل بعد انحصار الدليل

في خبر مسعده بن صدقه (١) عن أبي عبد الله عليه السلام «من كان يؤمن بالله و اليوم الآخر فلا يستعمل أجيرا حتى يعلمه ما أجره».

و صحيح سليمان بن جعفر الجعفري (٢) «أن مولانا الرضا عليه السلام ضرب غلمانة و غضب غضبا شديدا حيث استعانوا برجل في عمل و ما عينوا له أجرته فقال له سليمان:

جعلت فداك لم تدخل على نفسك فقال: انى قد نهيتهم عن مثل هذا غير مره، و اعلم أنه ما من أحد يعمل لك شيئا من غير مقاطعه ثم زدته لذلك الشىء ثلاثه أضعاف على أجرته إلا ظن أنك قد نقصته أجرته، و إذا قاطعته ثم أعطيته أجرته، حمدك على الوفاء، فإن زدته حبه عرف ذلك لك، و رأى أنك قد زدته»

المحمولين على الكراهه.

و منهما حينئذ مع السيره و إطلاق الفتوى يستفاد جواز ذلك و إن لم يكن له أجره معينه

في العاده، يجوز اتكالا على أجره المثل، إلا أن ذلك قد ينافيه اشتراط المعلوميه في الأجره، اللهم إلا أن ينزل على اختصاص ذلك بالعقد و المعاطاه بناء

١- ١ الوسائل الباب - ٣ - من أبواب أحكام الإجاره الحديث - ٢.

٢- ٢ الوسائل الباب - ٣ - من أبواب أحكام الإجاره الحديث - ١.

على أنها يعتبر فيها ما يعتبر فيه إلا- الصيغه، لكونها إجاره أيضا فيكون ذلك قسما مستقلا جائزا برأسه نحو إباحات الأعيان و المنافع بالاعواض.

و لا بأس به، للسيره المستمره، و احتمال اختصاص النص و الفتوى بذى الأجره المعلومه، كالحلاق و القصار و نحوهما، فتكون الكراهه حينئذ بسبب عدم الذكر بالخصوص كما ترى، بل لا يبعد عدم الكراهه فى مثله لكونه كالمذكور حينئذ فلا يشملته التعليل فى كلام الرضا عليه السلام هذا.

و ربما استفيد من الصحيح المزبور جواز ضرب الغلام لعدم اجتناب المكروه، و فيه أنه يمكن أن يكون للمخالفه للنهي الصادر منه لهم عن مثل ذلك غير مره، و لا ينافى كراهيته حرمة للنهي المزبور من حيث وجوب طاعه العبد للسيد فى ترك المباح، بل المستحب فضلا عن المكروه، و الأمر سهل.

و كذا يكره أن يضمن الأ-جير إلا- مع التهمه أى يغرم عوض ما يتلف فى يده مما يضمنه و لو بغير تفريط إلا مع التهمه له فى اخباره عن ذلك.

و فى الروضه «أى يغرمه عوض ما تلف بيده بناء على ضمان الصانع ما يتلف بيده، أو مع قيام البيئه على تفريطه، أو مع نكوله عن اليمين حيث يتوجه عليه إن قضينا بالنكول إلا مع التهمه له بتقصيره على وجه يوجب الضمان».

و فى جامع المقاصد فى شرح قوله فى القواعد «و أن يضمن مع انتفاء التهمه، أولت أى العبارة بأمرين: (الأول) أن يشهد شاهدان بتفريطه، فإنه يكره تضمينه إذا لم يكن متهما (الثانى): لو نكل عن اليمين و قضينا بالنكول كره تضمينه مع عدم التهمه، كذا قيل:» و الظاهر أنه أشار به الى الشهيد فى المحكى عن حواشيه ثم قال: «و ينبغى أن يقال: إذا لم يقض بالنكول يكره له تضمينه باليمين المردوده و هذا إذا قلنا بعدم التضمن إلا مع التفريط، أما على ما ميزه كثير من الأصحاب من تضمينهم إلا مع ثبوت ما يقتضى العدم فظاهر، لأن الأجير إذا لم يكن متهما يكره تضمينه إذا لم تقم البيئه بما يسقط الضمان، و ربما فسر ذلك بكراهه اشتراط الضمان، و ليس شىء

للفساد حينئذ.

و فى المسالك «فيه تفسيرات، (الأول) أن يشهد شاهدان على تفریطه، فإنه يكره تضمينه العين إذا لم يكن متهما، (الثانى) لو لم تقم عليه بينه و توجه عليه اليمين يكره تحليفه ليضمنه كذلك (الثالث): لو نكل عن اليمين المذكور و قضينا بالنكول كره تضمينه كذلك. (الرابع): على تقدير ضمانه و إن لم يفرط كما إذا كان صانعا على ما سيأتى يكره تضمينه حينئذ مع عدم تهمته بالتقصير (الخامس):

أنه يكره أن يشترط عليه الضمان بدون التفریط على القول بجواز الشرط (السادس) لو أقام المستأجر شاهدا عليه بالتفریط كره له أن يحلف معه ليضمنه مع التهمة، (السابع) لو لم يقض بالنكول يكره له أن يحلفه ليضمنه كذلك».

و الأربعة الأول سديده، و الخامس مبنى على صححه الشرط و قد بينا فساد و فساد العقد، و الأخيران فيهما أن المستأجر لا يمكنه الحلف إلا مع العلم بالسبب الذى يوجب الضمان، و مع فرضه لا يكره تضمينه، لاختصاص الكراهه بعدم تهمته، فكيف مع تيقن ضمانه.

و كيف كان فالنصوص التى يظن استفاده الحكم المزبور منها

خبر خالد بن الحجاج (١) «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الملاح أحمله الطعام ثم أقبضه منه فينقص، فقال: إن كان مأمونا فلا تضمه».

و خبر حفص بن عثمان (٢) «قال: حمل أبى متاعا إلى الشام مع جمال فذكر أن حملا منه ضاع فذكرت ذلك لأبى عبد الله عليه السلام قال: أ تهمه؟ قلت: لا، قال: لا تضمه».

و خبر أبى بصير (٣) «عن أبى عبد الله عليه السلام فى الجمال يكسر الذى يحمل أو يهريقه، فقال:

إن كان مأمونا فليس عليه شىء و إن كان غير مأمون فهو ضامن».

١- ١ الوسائل الباب - ٣٠ من أبواب أحكام الإجاره الحديث - ٣.

٢- ٢ الوسائل الباب - ٣٠ من أبواب أحكام الإجاره الحديث - ٦ عن جعفر بن عثمان.

٣- ٣ الوسائل الباب - ٣٠ من أبواب أحكام الإجاره الحديث ٧.

و

خبر الحلبي (١) قال أبو عبد الله عليه السلام: كان أمير المؤمنين عليه السلام يضمن القصار و الصائغ احتياطا للناس و كان أبي عليه السلام يتطول عليه إذا كان مأمونا»

و نحوه خبر أبي بصير (٢).

و

في خبره الآخر (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام «لا يضمن الصائغ و لا القصار و لا الحائك إلا أن يكونوا متهمين، فيخوف بالبينه و يستحلف لعله يستخرج منه شيئا و في رجل استأجر حمالا- فكسر الذي يحمل أو يهريقه فقال على نحو من العامل إن كان مأمونا فليس عليه شيء، و إن كان غير مأمون فهو ضامن».

و صحيح الصفار (٤) «كتبت إلى الفقيه عليه السلام في رجل دفع ثوبا إلى القصار ليقصره، فيدفعه إلى قصار غير ليقصره فضاع الثوب، هل يجب على القصار أن يردّه إذا دفعه إلى غيره و إن كان القصار مأمونا؟ فوقع عليه السلام هو ضامن له إلا أن يكون ثقه مأمونا».

و خبر حذيفة بن منصور (٥) «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يحمل المتاع بالأجر فيضيع المتاع فيطيب نفسه ان يغرّمه لأهله، أ يأخذونه؟ قال: فقال: أمين هو؟

قلت: نعم قال: فلا يأخذون منه شيئا».

و خبره الآخر (٦) قال له أيضا: إن معاذ بن كثير و قيسا أمراني أن أسألك عن جمال حمل لهم متاعا بأجر و أنه ضاع منه حمل قيمته ستمائة درهم و هو طيب النفس لغرّمه لأنها صناعته قال: يتهمونه؟ قلت: لا قال: لا يغرّمونه»

بناء على الإجماع على عدم التفصيل فيها، فوجب حملة في البعض على اراده عدم تحليفه للضمان، و في الآخر على ضمان ما يتلف في يده بفعله أو على نحو ذلك مما قد عرفته.

نعم لا- يخفى عليك عدم وفائها بجميع ما تقدم اللهم الا أن يفهم ذلك من فحوايها، و يمكن دعوى كون المراد من مجموعها كراهه تغريم الأجير مع أمانته و عدم تهمته في كل مقام يثبت ضمانه لتلف بفعله أو بغيره كما هو واضح، بل لعل حمل كلام الأصحاب على ذلك أولى خصوصا بعد التسامح في أدله السنن و الله العالم.

١-١ الوسائل الباب- ٢٩ من أبواب أحكام الإجاره الحديث ٤.

٢-٢ الوسائل الباب- ٢٩ من أبواب أحكام الإجاره الحديث ١٢.

- ٣-٣ الوسائل الباب- ٢٩ من أبواب أحكام الإجاره الحديث ١١.
- ٤-٤ الوسائل الباب- ٢٩- من أبواب أحكام الإجاره الحديث- ١٨.
- ٥-٥ الوسائل الباب- ٣٠ من أبواب أحكام الإجاره الحديث ١٢.
- ٦-٦ التهذيب ج ٧ ص ١٢٩ الحديث- ٣٦ طبعه النجف.

[الشرط الثالث أن تكون المنفعة مملوكة]

الشرط (الثالث: أن تكون المنفعة مملوكة) للموَجِر أو لمن هو فضول عنه كما ستعرف أو نائب عنه لو كاله أو ولايه بلا خلاف أجده فيه، بل هو من الواضحات، ضروره عدم تحقق المعاوضه فى غير المملوكة التى يكون الموَجِر و المستأجر فيها على حد سواء كمنافع الأعيان المباحه.

نعم لا- فرق فى المنافع المملوكة إما أن تكون تبعا لملك العين أو منفرده كالعين الموصى بمنفعتها و العين الموقوفه عاما بناء على كون العين فيه ملكا لله، و لا يقدر عموم الوقف جواز اجاره الحاكم و لو لبعض من هو مصرف الوقف لبعض المصالح التى ترجع إليهم أيضا كمصلحه نفس الموقوف و نحوها، كما لا- يقدر جواز بيعه بعض مال الزكاه ممن هو مصرف لها كذلك أيضا.

و على كل حال ف للمستأجر أن يؤجر من الموَجِر فضلا عن غيره و إن كان مالكا للمنفعه دون العين بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه مضافا إلى عموم الوفاء بالعقود، و عمومات الإجاره، و قاعده التسلط، و النصوص المستفيضه بل المتواتره الوارده فى الأرض و الدابه و السفينه و غيرها التى تقدم شرط منها فى مسأله الإجاره بالأكثر.

نعم يعتبر اجاره الأخف أو المساوى لا الأثقل إذا كانت المنفعه المملوكة له بعقد الإجاره ركوبه لا على وجه المباشره، بل على ملاحظته عنوانا لمن يركب، أما لو كان مطلق منفعه الدابه مثلا مملوكة له لتعينها بالزمان مثلا لم يكن بأس بركوب من شاء ما لم يكن على وجه يعد تعديا بالدابه و الأمر فى ذلك سهل.

إنما الكلام فى أن له تسليم العين من دون إذن المالك كما هو خيره المختلف و غايه المراد و الحواشى و المسالك و مجمع البرهان و المفاتيح و الرياض على ما حكى عن البعض، أولا كما هو خيره النهايه و السرائر و القواعد و جامع المقاصد على ما حكى عن البعض أيضا، و الأول إذا سلمها إلى أمين، و الثانى إذا لم يكن أمينا

كما عن ابن الجنيّد أقوال، أوسطها أوسطها، لأنها أمانة في يده و لم يكن قد أذن له المالك بتسليمها من غيره كما هو المفروض، فتبقى قاعده احترام مال الغير بحالها.

و جواز الإجاره له أعم من جواز التسليم له، ضروره عدم توقفه عليه، إذ يمكن استيفاء المنفعه، و هي في يد الأمين كما أن عقد الإجاره للأول لا يقتضى وجوب التسليم على المالك على وجه يرفع يده عنها و يجعلها أمانه عنده إذ ليس له بالعقد المزبور سوى التسلط على استيفاء المنفعه الذى لا ينافى بقاؤها في يد المالك، كما لو ركب الدابه و أراد مالکها استصحابها لحفظها أو جعلها أمانه عند غير المستأجر، فإذا آجرها المستأجر لغيره لم يتسلط بعقده على أزيد مما يتسلط عليه الأول.

نعم مباشره العين التى من مقومات استيفاء المنفعه من العين كركوب الدابه و سكنى الدار مثلا- لا- تحتاج إلى استيذان من المالك و إن استلزم أمانه في الجملة أيضا لكونها من المنفعه التى ملكها بالعقد.

و من ذلك يعرف الحال في الاستدلال للأول بأن التسليم من مقتضيات عقد الإجاره، فإذا جازت له جاز له لأن الإذن في الشيء إذن في لوازمه، فان التسليم الذى هو مقتضاها ما كان من مقومات المنفعه المستحقه له بالعقد، لا كون العين أمانه عنده، و في يده خاصه الذى محل البحث. و لعل المانع أراد الثانى، و المجوز أراد الأول فيكون النزاع لفظيا.

كما أن منه يعرف الجواب عن الإشكال، بأنه لو توقف التسليم على إذن المالك لم يجز الإجاره للمستأجر، لعدم القدره على التسليم من غير حاجه إلى الجواب عنه بأنه يكفى في حصولها الإذن المتوقعه، فيكون حينئذ كالفصولى، ضروره حصول القدره على تسليم المنفعه من غير إذن مع بقاء العين في يده، و هو المعتبر في صحه العقد، لا- التسليم على وجه تكون أمانه عند المستأجر الثانى، و هو الذى نقول بتوقفه على الإذن لمعلوميه عدم جواز ائتمان الأمين غيره إلا بالإذن من المالك.

و أما الاستدلال عليه بصحيح الصفار المتقدم سابقا فى القصار الذى دفع الثوب إلى قصار آخر فهو مع أنه مبنى على مساواه العين المستأجره للعمل فيها للعين المستأجره فى الحكم المزبور أولى بالدلاله على المطلوب بعد الإجماع على عدم التفصيل فيه، فيحمل حينئذ على كراهه الضمان مع الوثاقه، و إن كان هو ضامنا على كل حال، و ذلك منطبق على المختار.

نعم قد يدل عليه

صحيح على بن جعفر (١) عن أخيه أبى الحسن عليه السلام «قال سألته عن رجل استأجر دابه فأعطاها غيره فنفتت فما عليه؟ قال: إن كان اشترط أن لا يركبها غيره فهو ضامن لها، و إن لم يسم فليس عليه شىء».

و فيه: أن ملاحظه الجواب بالاشتراط المزبور و عدمه تقضى بأن المراد بيانه الضمان من حيث ركوب الغير و عدمه لا من حيث التسليم و عدمه الذى ليس فى الصحيح المزبور تعرض له، و الدفع فيه أعم من كون العين أمانه عنده إذ يمكن ركوب الغير لها و هى فى يد الأول.

و كذا ما عساه تشعر به النصوص الكثيره فى جواز إجاره الأرض و نحوها بالأقل و المساوى دون الأكثر، و النصوص (٢) الوارده فيمن تقبل عملا فى عين، و قبله من غيره، باعتبار عدم تعرض شىء منها لعدم جواز التسليم مع أنه المتعارف الغالب الوقوع.

بل فى النصوص المزبوره ما هو كالصریح فى تسليم العين من الغير، إذ لا يخفى على من لاحظها أنها مساقه لبيان حكم الأقل و الأكثر لا ذلك، و ليس فيها ما يقضى بالتسليم على وجه ترتفع يد الأول عنه خصوصا، و المسؤول فيها الأرض و نحوها التى لا استبعاد فى بقاء يد الامانه عليها و إن أجرها أو زارع عليها، لعدم حاجه أمانتها إلى تكلف أمور كثيره.

١-١ الوسائل الباب-١٦- من أبواب أحكام الإجاره الحديث- ١.

٢-٢ الوسائل الباب-٢٣- من أبواب أحكام الإجاره.

بل فى نصوص العمل ما هو ظاهر فى إعطاء الثوب للغلمان الذين هم تلامذته، و يعملون بحضرتة، كما يستعمله الخياطون فى زماننا، و قد ظهر من ذلك كله أنه لا يجوز التسليم الأمانى من دون إذن، كما أنه يجوز التسليم المنفى بدونها، و الله هو العالم.

و على كل حال فلا إشكال فى جواز الإجاره إلا أن يشترط عليه استيفاء المنفعه بنفسه لنفسه، فإنه لا يجوز حينئذ عملا بقاعده «المؤمنون» التى يتعذر الجمع بينها و بين الإجاره المفروضه، فيتعين بطلانها لسبق الخطاب بالأولى.

نعم لو شرط بنفسه خاصه لا- بأس بالإجاره من الغير مشترطا عليه الاستيفاء له بنفسه كحمل متاع و نحوه مما يصح استيفاؤه له ضروره عدم المنافاه حينئذ، أما إذا لم يشترط فالظاهر الفساد، و إن استوفى هو بنفسه أيضا للتنافى حينئذ بين صحه الاجارتين.

و على كل حال ف لو شرط عليه ذلك فسلم العين المستأجره إلى غيره ضمنها و لو بتسليم انتفاع لا أمانه ضروره كونه متعديا، و للصحيح المتقدم و الإجماع المحكى عن الغنيه.

نعم لو أخذ عوضا عن هذه المنفعه، و لو أجره مثل، لم يبعد ملكيته لها لأنها عوض منفعته المستحقه له، و إن كان قد اشترط عليه استيفاءها بنفسه، و كذا لو غصبها غاصب منه، و الله أعلم.

و لو أجر غير المالك تبرعا، قيل: بطلت و قيل: وقفت على اجازة المالك، و هو حسن بل هو الأصح كما أشبعنا الكلام فيه فى البيع بما لم يوجد فى كتاب، إذ التحقيق اتحاد البحث فى الفضولى فى جميع العقود فلاحظ و تأمل.

[الشرط الرابع أن تكون المنفعه معلومه]

إشاره

الشرط (الرابع: أن تكون المنفعه معلومه) بلا خلاف أجده فيه بل الإجماع بقسميه عليه، للغرر و غيره، بل قيل: إن العامه الذين اكتفوا بالمشاهده فى البيع وافقوا هنا على وجوب العلم بقدر المنفعه فلا يجوز

حينئذ على المجهوله فضلا عن المبهمه و لو بإبهام العين المستأجره بل لا- بد من التزام العين فى الذمه كما يلتزمها بالسلم و تشخيص العين.

نعم لا- بأس بها على سائر المنافع بعد العلم بها جميعها حتى مع حال عدم إمكان استيفاء إلا على جهة البدل، فإنه حينئذ يكون المستأجر مخيرا فى استيفاء أى منفعه شاء منها و إن كان مالكا للجميع بالعقد، و لو لم يكن للعين إلا منفعه واحده معلومه كفى الإطلاق فى حمل الإجاره عليها، و لو كان لها منافع متعدده و جب بيان المراد منها و لو للجميع.

و هل يكفى فى إرادته الأخير الإطلاق، يقوى ذلك كما عن التذكرة، فيخير حينئذ المستأجر أيضا على حسب ما عرفته فيما لو صرح.

و على كل حال علم المنفعه إما بتقدير العمل كخياطه الثوب المعلوم طوله و عرضه و غلظه و رفته فارسيه أو روميه من غير تعرض للزمان، و إما بتقدير المده كسكنى الدار شهرا أو العمل على الدابه مثلا مده معينه و الخياطه المعلومه يوما من غير تعرض لمقدار العمل، فإن كلا منهما ترتفع بها الجهاله عرفا التى هى المدار فى المنع و عدمه فيندرج حينئذ فاقدتها فى عموم الأدله و خصوصها.

و قد يتعين الثانى فيما لا- يمكن ضبطه إلا- به، و إن كان عملا كالإرضاع، كما أنه قيل: قد يتعين الأول فيما هو كذلك نحو استيجار الفحل للضراب، فإنه يقدر بالمره و المرتين دون الزمان.

و لو قدر المده و العمل فيما يصلح كل منهما ضابطا له مثل أن يستأجره ليخيط هذا الثوب فى هذا اليوم فلا ريب فى الصحه مع العلم بسعه المده لذلك، كما لا ريب فى الفساد مع العلم بالقصور للعجز عن العمل المفروض.

أما إذا كان محتملا ف قيل تبطل الإجاره لأن استيفاء العمل فى المده قد لا يتفق فلا يكون معلوم القدره عليه و فيه تردد ينشأ من ذلك، و من أن المسلم خروجه من عموم الأدله معلوم العجز، و لعله الأقوى، خصوصا فيما كان

كالفرض من قبيل الشرط، فتصح حينئذ، فإن عمله فيه استحق الأجره، و إن زاد الزمان، و الا تخير المستأجر فى الفسخ لفوات الشرط.

و ليس للأجير ذلك لعدم كون الشرط له، و لأن الإخلال جاء من قبله، و لأنه كما لو تعذر المسلم فيه فى وقته، فان فسخ المستأجر قسط، و قيل: بأجره المثل، و قيل: بأقلهما، و الأول أقوى، و الا طالب بالعمل بعدها، كما لو تعذر المسلم فيه فى وقته، فإن المسلم إذا لم يفسخ و اختار الصبر كان له المطالبه به عند وجوده، و كذلك فيما لو أريد التطبيق فى نحو المثل المفروض على معنى الابتداء بابتدائه و الانتهاء بانتهاؤه، فيصح مع العلم بحصوله، و يبطل مع العلم بالعدم.

و فيه تردد مع الاحتمال، و لعل إطلاق البطلان فى اللعمه و جامع المقاصد و الروضه و محكى التذكرة و شرح الإرشاد و التنقيح فى فرض التطبيق فى المثل المفروض مبنى على معلوميه غلبه عدم حصوله، قيل: و هو معنى ما فى المبسوط و المهذب و فقه القرآن و السرائر من توجيه البطلان فى المثل بأنه ربما يخيظ الثوب قبل مضى النهار، فيبقى بعض المده بلا عمل، و ربما لا يفرغ منه بيوم، و يحتاج إلى مده أخرى، و تحصيل العمل بلا مده.

و ربما حمل عبارته المتن عليه، و هو و إن كان قد يشهد له ظهور كون الإشاره بلفظ القيل فى كلامه إلى من عرفت، و أنه المراد من التقدير و المفروض باعتبار ظهوره فى إرادته الجمع بين التقديرين، لا إرادته الظرفيه من الزمان.

لكنه ينافيه التردد المزبور على هذا الفرض، بل عن التحرير و حواشى الشهيد أيضا نحو ذلك، بل عن المختلف الحكم بالصحه، ضروره وضوح البطلان حينئذ.

اللهم إلا- أن يقال: إن ترده فى التطبيق المأخوذ شرطا، فإن الصحه حينئذ يكفى فيها احتمال إمكانه، لا أنها تبطل، لأنه قد لا يتفق، كما حكاها من تعليل القائل إذ أقصاه تخلف الشرط، فيتسلط المستأجر على الخيار حينئذ.

و يمكن أن يكون التردد فى حمل الإطلاق على التطبيق دون الظرفيه، و لعله

إليه أومى فى محكى المختلف فى توجيه ما اختاره من الصحه بأن الغرض إنما يتعلق بفعله تلك المده و ذكر الانطباق للمبالغه، إذ لا ثمره مهمه فى تطبيقه على الزمان، و الفراغ أمر ممكن لا غرر فيه.

فعلى هذا إن فرغ قبل آخر الزمان ملك الأجره لحصول الغرض و هو التعجيل، و لا يجب شىء آخر، و إن انقضى الزمان قبله فللمستأجر الفسخ، فإن فسخ قبل حصول شىء من العمل فلا شىء له، و إن فسخ بعد شىء فأجره مثل ما عمل، و إن اختار الإمضاء ألزمه بالعمل خارج المده، و ليس للأجير الفسخ، و إن كنا لم نجد ذلك له فى المختلف، نعم حكى عنه فى السرائر و لعله أبدل به سهواً.

و على كل حال فلا- يتوجه الطعن عليه ممن تأخر عنه بأن ذلك خروج عن محل النزاع، باعتبار أن مفروض المسأله التطبيق لا الظرفيه، لما عرفت من أن المقصود تنقيح حال إطلاق المتعاقدين لو صدر منهما التقدير بالمده و العمل، كما هو مقتضى فرض المسأله فى كلامهم على حسب ما فى المتن، و إنما التقييد بالتطبيق أول ما صدر من الفاضل فى محكى التذكرة و الأمر سهل بعد أن علمت الحكم فى المسأله على جميع التقادير.

أما احتمال أن المراد فى مفروض المتن و غيره البطلان حتى مع إرادته الظرفيه المعلوم سعتها، فلا وجه له قطعاً، بل يمكن تحصيل الإجماع على خلافه، مضافاً الى العمومات و الخبر المتقدم سابقاً فى الإجاره على الحمل إلى مكان معلوم فى زمان معين و الله هو العالم.

و الأجير الخاص الذى رسم فى جملة من العبارات بالمنفرد هو الذى يستأجر مده معينه شخصيه على وجه الاستغراق، و التقييد للعمل لا الشرطيه، فإن المتجه فيها حينئذ الخيار لفوات الشرط لا الأحكام المزبوره، بخلاف ما إذا استأجره المده المزبوره للعمل بنفسه كذلك، فإنه يجرى فيه الاحكام التى تسمعها، سواء كان العمل مخصوصاً أو لا، و سواء كان حراً أو عبداً.

قيل: و منه أيضا من يستأجر لعمل معين أول زمانه اليوم المعين بحيث لا يتوانى فيه بعده، ضروره كونه بمنزله تعيين المده حينئذ.

و على كل حال لا يجوز له العمل المملوك عليه بعقد الإجاره لغير المستأجر فى المده المعينه إلا بإذنه بل و لا غيره من الأعمال إذا كان على وجه ينافى العمل المستأجر عليه، أما ما لا- ينافيه فلا بأس به قطعا كما لا بأس بعمله فى غير مده الإجاره كالليل حيث لا- يكون داخلا، فيجوز للخياط مثلا إذا كان أجيرا خاصا على الخياطه، التعليم و التعلم و العقد و نحو ذلك مما لا ينافيها حالها، كما يجوز للأجير على البناء فعله فى الليل الآخر إذا لم يؤد إلى ضعف فى الأول.

فما فى المسالك- من احتمال المنع، و الروضه فيه وجهان من التصرف فى حق الغير و شهاده الحال- فى غير محله، اللهم إلا أن يريد خصوص الذى تملك سائر منافعه من أفراده، لكن المتجه فيه حينئذ المنع، لكون المنفعه حينئذ مملوكه للمستأجر، و إن كان الأجير متشاغلا بغيرها له إلا مع الفحوى.

نعم قد يتوقف فى شمول بعض المنافع لو وقع العقد بلفظ مطلق مثلا، و المتجه فيه أيضا الجواز مع فرض الشك فى الإراده كما هو محرر فى نظائره.

و على كل حال فلا خلاف فى عدم الجواز فى المنافى المعلوم الاندراج نقلا و تحصيلا، بل لعله مجمع عليه كذلك، مضافا إلى

خبر إسحاق بن عمار(١) «سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الرجل يستأجر الرجل بأجر

معلوم فيبعثه فى ضيعته فيعطيه رجل آخر دراهم و يقول: اشتر بها كذا و كذا، و ما ربحت بينى و بينك؟ فقال: إذا أذن له الذى استأجره فليس به بأس»

بناء على إرادته ما يقتضى المنع من البأس فى المفهوم و الخاص من الأجير فيه، و لو بمعونه ما عرفت.

فلو آجر نفسه على العمل المستأجر عليه مثلا فإن كان بإذن وقع العقد للمستأجر و لو أذن له فيه، لأنه كالإذن ببيع ماله لآخر على أنه له، فإن البيع

لا يكون إلا لصاحب المال، فيملك هو الثمن ما لم يكن الاذن على جهة القرض و نحوه مما هو خارج عن الفرض.

نعم لو كان أجيروا خاصا على عمل خاص، و قد أذن له فى عمل غيره مما ينافيه كان العقد له دون المستأجر، لعدم كونه له، و يحتمل كونه له مطلقا، للفرق هنا بأن الأجير الخاص لم يتشخص عمله، كى يكون مملوكا للمستأجر و إنما هو معامل معاملة فى غير الفرض.

و يحتمل العدم مطلقا إلا أن يرفع يده عن الإجاره و إن كان من دون إذن، و قيل: إن يعمل للمستأجر الأول شيئا و لم يسلمه نفسه كان كالفضولى، باعتبار أنه كالعقد على ما هو لغيره، فإن أجاز أخذ المسمى من المستأجر الثانى ما لم يكن قد قبضه الأجير، و قد أجاز ذلك أيضا فيأخذه حينئذ منه حتى لو فرض كون الأجره عينا مشخصه.

نعم لو لم يجز له قبض العين المزبوره كان مخيرا بين مطالبته معا بها كما هو واضح، و إن أطلق فى الروضه مطالبه من هى فى يده، كوضوح مطالبته المستأجر خاصه بالأجره، إذا لم يجز القبض فى المطلقه، ثم هو يرجع على الأجير بما قبض مع جهله أو علمه و بقاء العين، فما فى القواعد- من إطلاق التخيير له فى المطالبه لكل منهما كأجره المثل حينئذ إذا لم يجز- فى غير محله، و إن وجه بأن الأجره لا تزيل عدوان الموجر، إلا أنه كما ترى، و إن لم يجز العقد بطل، لما عرفت.

و لأن الحكم بصحة الأولى يقتضى البطلان فى الثانية، ضروره عدم إمكان الحكم بصحتها معا، و لا وجه لبطلانها كذلك، و لا لبطلان الأولى فيتعين الأخيره فلو فرض عمله للثانى مع ذلك و قبله ثم تعقبه عدم الإجاره كان المستأجر الأول مخيرا بين فسخ عقد نفسه للتبعيض عليه، فيرجع إلى أجرته حينئذ فى صحة الإجاره الثانية حينئذ و عدمها وجهان، تقدما فى بحث الفضولى فيمن باع ملك غيره ثم ملكه، و بين عدمه فيطالب بأجره المثل، و كذا لو كان عمله بجعله مثلا.

و احتمال الانفاساخ باعتبار أنه كتلف المبيع قبل القبض - كما عن الشيخين و سلار و أبى الصلاح و المصنف فى النافع - يدفعه منع كونه منه، بل هو كغصب بعض المبيع قبل قبضه، الموجب للخيار لا الانفاساخ، بل لعله كذلك أيضا فى إتلاف البائع له فى وجه الذى هو نحو ما نحن فيه.

و على كل حال فلا- يشكل شيئا من ذلك أن الحر و إن صار أجيرا خاصا إنما يكون المملوك له العمل عليه فى الذمه، فلا يتشخص من دون نيته، بخلاف العبد و الدابة و نحوهما مما تكون المنفعة فيه مملوكة تبعا لمملك العين، و من هنا لا يضمن منافعه بالفوات.

لأننا نقول: و لا يمكن صيرورته كالعبد حينئذ بالإجازه بالنسبه إلى ملك منفعتة الخاصة. و ثانيا: انه و إن كان كليا فى ذمته إلا انه باعتبار حصره عليه بالمباشرة و المده صار كالشخصى و جرى عليه حكم الفضولييه و غيرها كما هو واضح.

و لو كان عمله للغير تبرعا و كان العمل مما له أجره فى العاده ففى الروضه «تخير مع عدم فسخ عقده- بين مطالبه من شاء منهما بأجره المثل، و إلا- فلا- شىء و فى معناه عمله لنفسه» و فيه- بعد تخصيص محل الفرض بالأجير الخاص الذى تملك سائر منافعه- ان المتجه الرجوع عليه خاصه إذا فرض كون عمله للغير من غير علم أو من غير استدعاء، فإنه لا- يزيد على عبد الغير الذى يعمل فى مال الغير بلا علم منه، أو من غير استدعاء.

بل ينبغى القطع به، كما فى الأجير الخاص الذى قد ملكت منه منفعة خاصه فعمل غيرها مما ينافيها للغير من غير استدعاء منه، بل لو كان ذلك باستدعاء منه أو بعقد إجاره و إن كان فاسدا رجع على الأجير خاصه بأجره مثل عمله الذى فوته عليه، و استحق الأجره على من عمل له بأمره أو بالإجاره الفاسده، أجره المثل للعمل الذى عمله له، لأنها عوض عمله، و لا يملكها المستأجر الأول، لأنها ليست عوض عمله الذى فات عليه.

وقال فى الروضه: أيضا «و لو حاز شيئا من المباحات بنيه التملك ملكه، و كان حكم الزمان المصروف فى ذلك ما ذكرنا أى الرجوع الى أجره المثل إن لم يفسخ العقد» و فيه أنه يمكن دعوى ملكيه المباح للمستأجر إذا كان أجيرا خاصا مملوكه سائر منافعه على وجه يندرج فيه حيازه المباحات أو كان أجيرا خاصا بالنسبه إليها لأنه حينئذ بناء على صحه الإجاره على هذا الوجه يكون العمل البارز منه مملوكا للمستأجر، و تكون يده بسبب الإجاره يد المستأجر، فيملكه حينئذ و إن نوى خلافه، لأنه بمنزله من نوى التملك فيما حازه غيره، و بمنزله حيازه العبد.

و ربما يرمى إلى ذلك فى الجمله إجراء حكم الفضوليه على عمل الأجير الخاص، كما عرفت.

هذا كله قبل عمل الأجير للمستأجر شيئا و قبل أن يسلمه نفسه، أما إذا عمل له أو سلمه نفسه ثم آجر نفسه، ففى بعض كتب بعض مشايخنا «ليس للمستأجر الأول إلا أجره المثل فيما بقى، و ليس له فسخ عقد نفسه، سواء كان المستأجر الثانى استوفى المده أو لم يستوفها مستشهدا على ذلك بما ذكره غير واحد من الأصحاب، بل جميعهم من أن غضب المؤجر و الأجنبى بعد القبض لا يسلط المستأجر على الفسخ.

ثم قال- فما وقع للشهيد الأول فى الحواشى من أن له فسخ عقد نفسه، فإن كان ذلك قبل أن يعمل الأجير له شيئا فلا شىء عليه، و إن كان بعده تبعضت الإجازة و لزمه من المسمى بالنسبه» و تبعه عليه ثانى الشهيدين و فاضل الرياض، خلاف ما تقدم لهما و لكافه الأصحاب.

و فيه أن مرادهم بالأجير الخاص الذى ذكروا فيه الحكم المزبور الحر، لأنه المنساق منه، و تسليم العمل المستأجر عليه ليس إلا بابراره، أو بتسليم نفسه حتى تمضى المده، و لا يقوم تسليم نفسه فى بعض المده مقام تسليم المنفعه بالنسبه إلى عدم الخيار، و كذا فعل بعض العمل، و حينئذ فيتجه الفرق بين ما هنا و بين ما ذكروه فى غضب العين المستأجره بعد تسليمها، و إن كان من المؤجر الذى هو كغصب المبيع

من المشتري كما هو واضح، و يأتي إنشاء الله له مزيد تحقيق.

نعم يتم ما ذكره في العبد الذي هو أجير خاص، إلا أنه غير مراد لهم بالنسبة إلى الحكم المزبور، و حينئذ فإن عمل للغير بعض المده بأجره تخير المستأجر الأول بين فسخ عقد نفسه للتبويض، و بين عدمه، فيتخير في إجازة العقد الآخر على حسب ما عرفته، و هل له فسخ عقد نفسه في خصوص المده التي عمل فيها للغير، احتمال ذلك، إلا أن الأقوى عدمه، كما في التبويض في البيع و الله أعلم.

و لو كان الأجير مشتركاً جاز عمله في الجملة من غير إذن لنفسه و لغيره بإجاره أو تبرعا و هو كما عن المبسوط و الوسيطه و التحرير و السرائر الذي يستأجر لعمل مجرد عن المده تشخيصها أو عن استغراقها أو عن المباشرة أو عن جميع القيود أو بعضها، فيكون حينئذ له أفراد متعدده، و إن اقتصر في جامع المقاصد و المسالك على ثلاثه و هي المجرده عن المده أو عن المباشرة أو عنهما، كما أنه في

خبر عمر بن خالد (١) عن زيد عن آباءه عليهم السلام الاقتصار في تفسير المشترك بعد السؤال عنه «بأنه الذي يعمل لى و لك».

و لكن يمكن إرادته الجميع مالا- ينافى ما ذكرنا، بل يمكن استفادته أكثرها من نحو المتن بحمل المده في كلامه على المده المعتمده في الأجير الخاص، و هي الشخصيه المستغرقة للعمل، و إن كان لا يشمل المجرد عن المباشرة دونها.

و الأمر سهل بعد ما عرفت القيود المعتمده في الأجير الخاص، فإن المشترك حينئذ هو فاقدها، أو بعضها كسهوله الوجه فيما سمعته، من أن حكمه الجواز، للأصل و العمومات السالمة عما يعارضها، حتى المنافاه بين الاجارتين، ضروره عدمها، لأن العمل المستأجر عليه فيه، ليس هو إلا كدين في ذمته، و لذا عرفه في محكى الانتصار و الغنيه و التذكرة و المختلف بأنه الذي يستأجر على عمل في الذمه، بل عن ظاهر

الأولين الإجماع عليه، و يقرب فيه ما عن التنقيح من أنه الذي يستأجر

لعمل مطلق معين، أو لزمان مطلق مضبوط مجرد عن المباشرة.

و ما عن مجمع البرهان من أنه الذى يعمل عملا معلوما فى زمن معين كلى، إما مع تعيين المباشرة أو مطلقا، فلا ينافيه حينئذ دين آخر عليه، بل لا ينافيه صيرورته أجيرا خاصا لآخر.

نعم قد يكون على وجه تحصل المنافاه بينهما، كأن يوجر نفسه مده حياته مع تعيين المباشرة، فلا يجوز حينئذ كما فى الرياض، للمنافاه بينه وبين عمل ما استوجر عليه للأول، و هو فى معنى الخاص بالإضافه إلى قدر المده للعمل الأول، و إن كان قد يناقش فى أصل صحه المثال بالغرر، و فى جريان ما سمعته من أحكام الأجير الخاص عليه أيضا، كالفضوليه و نحوها، بل أقصاه عدم مضى الإجاره الثانيه المنافيه بل بناء على عدم النهى عن الضد احتمال بعضهم الصحه كما ستسمعه.

و منه يعرف ما فى المحكى عن الشهيد من القول بأن الإطلاق فى كل الإجراءات يقتضى التعجيل، و أنه تجب المبادره إلى ذلك الفعل، فإن كان مجردا عن المده خاصه فبنفسه، و إلا تخير بينه و بين غيره، و حينئذ فيقع التنافى بينه و بين عمل آخر فى صوره المباشرة، و فرع عليه عدم صحه الإجاره الثانيه فى صوره التجرد عن المده مع تعيين المباشرة، كما منع، فى الأجير الخاص.

و يرشد إليه ما تقدم فى الحج من عدم صحه الإجاره الثانيه مع اتحاد زمان الإيقاع نضا أو حكما كما لو أطلق فيهما، أو عين فى إحداهما بالسنة الأولى، و أطلق فى الأخرى، إلا أنه فى الروضه بعد أن حكاه عنه قال: «و ما ذكره أحوط، لكن لا دليل عليه إن لم نقل باقتضاء مطلق الأمر الفور» و مقتضاه أن دليله واضح إن قلنا باقتضائه، مع أن فى المسالك قال: «لو سلمنا حينئذ ذلك فالأمر بالشىء إنما يقتضى النهى عن ضده العام، و هو الأمر الكلى لا الأفراد الخاصه - سلمنا لكن النهى فى غير العباده لا يدل على الفساد، و ما ذكره فى الحج ليس بحجه بمجرد و يتفرع على ذلك وجوب مبادره أجير الصلاه إلى القضاء بحسب

الإمكان، و عدم جواز إجارتة نفسه قبل الإتمام، و أما تخصيص الوجوب بصلوات مخصوصه و أيام معين فهو من الهذيانات البارده و التحكمات الفاسده».

قلت التحقيق عدم اقتضاء الإطلاق التعجيل، لعدم فهمه من العقد، و عدم الدليل عليه من الشرع، و الحجج بعد تسليمه إنما هو لدليل خاص، و لا ينافى ذلك اقتضاء العقد الحلول المقابل للتأجيل، لأنه أعم من التعجيل المزبور.

بل إن لم يكن إجماع أمكن القول بعدم وجوبه، حتى مع المطالبه المقتضيه وجوب الدفع على حسب ما اقتضاه العقد من الفعل فى أزمته الإمكان على المتعارف المستفاد من إطلاق الأمر بالوفاء، و ليس هو كالدين الذى يجب تعجيله بالمطالبه مع الإمكان، لعدم الدليل بل ظاهر إطلاق الأمر بالوفاء يقتضى خلافه، مضافا إلى سيره فى عدم التعجيل المزبور فى سائر الأعمال المستأجر عليها على وجه الإطلاق.

و لو سلم فالإنصاف اقتضاؤه الفساد فى الإجاره الثانيه، مع اعتبار المباشره فيهما، و عدم رضا الأول بالعمل لغيره بناء على النهى عن الضد، ضروره كون العمل المستأجر عليه ثانيا محرما عليه حينئذ، فلا تصح الإجاره، فما سمعته من المسالك لا يخفى ما فيه.

بل قد يقال بالفساد، و إن لم نقل بالنهى عن الضد، باعتبار اقتضاء الفوريه المفروضه عدم التمكن شرعا من غيره.

و لعله إلى ذلك أو ما فى الروضه بما سمعته منه، مع احتمال الصحه و تسلط المستأجر الثانى على الخيار إذا كان جاهلا بالحال، بل قد يحتمل ذلك أيضا بناء على النهى عن الضد، أيضا، ضروره اقتضاء ذلك الحرمة مع المنافاه دون غيرها، كما لو آجره بعد ذلك، فيتسلط المستأجر على الخيار حينئذ مع جهله بذلك.

كما أنه قيل فى حكم ما نحن فيه من الأجير المشترك إذا كان فاقد المباشره خاصه دون المده أن له إجاره نفسه من الغير إجاره مطلقه، و فى المده مع تعيين المباشره و بدونها، فإذا طالبه المستأجر الأول بما استأجره عليه أداه له بنفسه أو

بغيره، فلو عصى و لم يفعل كان له فسخ عقد نفسه، فلو لم يفسخ طالبه بأجره المثل عنه فى ذلك المده، و ليس له فسخ عقد غيره و لا مطالبته بأجره المثل، و إذا كان فاقد المده دون المباشرة فيجوز له إيقاع إجاره مطلقه.

و أما الخاصه فقد يحتمل المنع، و الأقوى الجواز إذا لم تكن على وجه تحصل المنافاه فيه، لإمكان الجمع حينئذ بفعل الأولى بعد مضى زمان الإجاره الثانيه.

نعم لو طلبه منه فلم يفعل فله فسخ عقد نفسه، و الرضى بالعمل متى ما عمله، و ليس له المطالبه بأجره المثل لكل من الموجر و المستأجر، و لا فسخ العقد، و إذا كان فاقدهما جاز له الإجاره المطلقه و الخاصه، و له فسخ عقد نفسه أيضا بالتأخير الكثير إذا طلبه منه، فلم يفعل و هو جيد.

و إن كان يمكن المناقشه فى أجره المثل فى الأول الذى تذكر المده فيه على جهه الشرطيه، و فى الخيار فيه، بل فى الثلاثه بعدم الفعل مع المطالبه، و لو مع التأخير الكثير الذى ينبغى التقييد به فى الثانى أيضا، بأن المتجه فى الأول التسلط على الخيار، لفوات الشرط، لا أجره المثل، و فى الثانى إلزام الحاكم له بالتسليم فى أول أزمته الإمكان، لا الخيار.

إلا أنه قد تدفع الأولى بأن الفرض التشخيص فى المده، لكن يتجه فيه الانفساخ حينئذ لا الخيار، و بأن الخيار هو الجابر لما يفوت من حيث المعاوضه، كما لا يخفى على من لاحظ موارد فتأمل و الله هو العالم.

و تملك المنفعه بنفس العقد كما تملك الأجره به بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، مضافا إلى أن ذلك مقتضى العقد، و المراد من إنشائه، بل هو مقتضى ما دل على إفاده العقد الملك، و تسببه له من «أَوْفُوا» و غيره، لأصالة عدم اعتبار أمر آخر عليه، كما أنه مقتضى ما دل على حصوله بالاستيجار المتحقق بالعقد، نحو الشراء و البيع، بل لم يقل أحد بالفصل بينهما.

و لا ينافى ذلك توقفه فى بعض أفراد العقد على أمر آخر، كالتبض فى الصرف و

نحوه للدليل، خلافا لبعض العامه، فزعم عدم ملك المنفعه بالعقد، لأنها معدومه، وإنما يملكها على التدرج بعد وجودها و حدوثها على ملك الموجر، و ملك الأجره تابع لملك المنفعه، فلا يملكها المؤجر إلا تدريجا، و هو كما ترى.

و هل يشترط هنا اتصال مدته الإجاره لو كانت مقدره بالعقد فلو كانت منفصله لم يصح قيل : و القائل الشيخ نعم، و لو أطلق بطلت قال فى المحكى من مبسوطه: لو أجره الدار فى شهر مستقبل بعد ما دخل حين العقد، فإنه لا يجوز، و قال فى المحكى من خلافه: إذا قال: أجرتك الدار شهرا و لم يقل من هذا الوقت و أطلق فإنه لا يجوز.

و كذا لو أجره الدار فى شهر مستقبل بعد ما دخل، فإنه لا يجوز، لأن عقد الإجاره حكم شرعى، و لا يثبت إلا بدلاله شرعيه، و ليس على ثبوت ذلك دليل.

و قيل و القائل الأكثر الإطلاق يقتضى الاتصال، و هو أشبه بمراعاة أصاله إرادته المسلم الوجه الصحيح، و لفهم أهل العرف ذلك حتى صار كأنه وضع عرفى، كما يشهد له النصوص الداله على الصحه فى المتعه مع الإطلاق، و كان غرض المصنف بهذه العبارة خصوصا بعد ذكر مسأله الانفصال التعرض لتتزيل الإطلاق على الاتصال و عدمه.

لكن فيه أن مثل ذلك لا يؤدي بمثل هذه العبارة كما هو واضح، بل ليس وظيفه الفقيه التعرض لمثله، ضروره كون المدار على الفهم العرفى.

بل يمكن أن يكون مراد الشيخ من الإطلاق الذى حكم ببطلانه الكلى الذى هو حقيقه اللفظ مفرعا له على اعتبار الاتصال فى الصحه، و الكليه أعم منه، فيبطل، فالمناسب البحث معه فى ذلك، و أنه بناء على عدم اعتبار الاتصال كما هو التحقيق تجوز الكليه، أو لا بد من التعيين و لو فى زمان متأخر عن العقد، يحتمل الأول لإطلاق الأدله و عمومها.

و ربما يشهد له جملة من كلمات الأصحاب فى مسأله أجرتك كل شهر

بدرهم، و أمثلتهم، و فى مسأله الأجر المشترك، و المختص، و أمثلتهم فى مسأله تقدير المنفعه بالعمل و المده، بل كاد يكون صريحا فى جامع المقاصد فى المقام، و الأخير و ظاهر بعضهم، و صريح آخر الثانى للجهاله و الغرر.

و قد يقوى التفصيل بين الأعيان و الأعمال فيعتبر التعيين فى المده فى الأولى، دون الثانى التى مرجع المده فيها إلى تقدير نفس العمل، بل فى محكى التذكرة نفى الخلاف من اعتبار التعيين فى الأولى و إذا أمكن تنزيل عبارته المتن على البحث عن ذلك كان أولى.

و كيف كان فلو عين شهرا معيناً متأخراً عن العقد قيل و القائل الشيخ كما سمعت و أبو الصلاح تبطل لما عرفت و لعدم القدره على التسليم و الوجه الجواز وفاقاً للمشهور، بل فى محكى التذكرة الإجماع عليه، بل عن السرائر بعد حكاية ما سمعته من المبسوط ما نصه لم يذكر يعنى فى المبسوط أن ذلك قولنا، أو قول غيرنا، و لا- يظن ظان أن ذلك قول لأصحابنا إلى آخره لعموم الأدله.

و لأن شرط الاتصال يقتضى عدمه، لأن كل واحد من الأزمنة التى تشتمل عليها مده الإجاره معقود عليه، و ليس غير الجزء الأول متصلاً بالعقد، و متى كان اتصال باقى الأجزاء غير شرط، فكذا اتصال الجميع، و القدره على تسليم المعقود عليه متحققه كما هو واضح، و الله العالم.

و كيف كان فقد عرفت أن المستأجر يملك المنفعه بالعقد، كما أن الموجر يملك الأجره به إلا أنه ملك غير مستقر، و إنما يستقر بالاستيفاء بلا- خلاف و لا إشكال أو بما هو فى حكمه كما إذا سلم العين المستأجره للمستأجر و قبضها و مضت مده الإجاره لو كانت مقدره بها أو مده يمكن فيها استيفاء المنفعه لو كانت مقدره بالعمل، سواء استوفى أم لا، لعذر أم لا، كما عن التذكرة التصريح به، فإنه إذا كان كذلك لزمته الأجره بلا خلاف معتد به، حتى لو كانت الإجاره فاسده، و إن كان اللازم فيها أجره المثل.

فما عن التذكرة و التحرير- من احتمال عدم شىء له فيها- فى غير محله، بل لا فرق فى ذلك كله بين العين الشخصيه و الكلبيه، و التقدير بالمده و العمل، لعموم الأمر بالوفاء، و استصحاب الملك، و عدم المانع من قبل الموجر، و كون العين مضمونه المنافع فى يده.

و

الخبر(١)«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل استأجر من رجل أرضاً فقال:

أجرنيها بكذا إن زرعته، أو لم أزرعها أعطيتك ذلك، فلم يزرعها الرجل قال: له أن يأخذ، إن شاء ترك و إن شاء لم يترك».

و خبر ابن يقطين (٢)«سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يكتري السفينه سنه أو أقل

أو أكثر قال: الكرى لازم إلى الوقت الذى اكرهه إليه و الخيار فى أخذ الكرى إلى ربها، إن شاء أخذ و إن شاء ترك».

و نحوه خبر على ابنه (٣) و خبر سهل (٤) و خبر ابى بصير (٥) بل الظاهر أن المراد من الحكم فيها بلزوم تمام الكرى إلى الوقت دفع و هم احتمال نقص الكرى بقدر التعطيل، لو تعطلت فى بعض المده، و إجماع الغنيه على ما إذا استأجر دابه ليركبها إلى مكان بعينه، فسلمها إليه فأمسكها مده يمكنه المسير فيها و لم يفعل، و غير ذلك.

و حينئذ فقول المصنف و فيه تفصيل فى غير محله، و إن حكى عن نسخه قرئت على المصنف أنه وجد مكتوبا عليها أن المراد إن سلم العين و كانت مقيده بمده معينه لزمت الأجره انتفع أم لا، و إن كانت على عمل كالدابه تحمل المتاع لزمت فى المده أجره المثل، و الإجاره على العمل باقيه، و هو أحد الوجوه المحتمله فيه فى المسالك، فإنه احتمال أن يكون المراد منه الفرق بين المعينه فتستقر دون المطلقه، أو بين المعينه بوقت، دون المتعلقة بالذمه مجردة عن الزمان، فتستقر فى

١-١ الوسائل الباب- ١٨- من أبواب أحكام الإجاره الحديث- ١.

٢-٢ الوسائل الباب- ٧- من أبواب أحكام الإجاره الحديث- ١ و ذيله.

٣-٣ الوسائل الباب- ٧- من أبواب أحكام الإجاره الحديث- ١ و ذيله.

٤-٤ الوسائل الباب- ٧- من أبواب أحكام الإجاره الحديث- ١ و ذيله.

٥-٥ الوسائل الباب- ٧- من أبواب أحكام الإجاره الحديث- ١ و ذيله.

الأولى دون الثانية، لأن جميع الأزمنة صالحه لها، أو بين الحر و غيره فتستقر فى الثانى دون الأول.

لكن الأولين كما ترى، و إن حكى أولهما عن الشيخ، و ثانيهما عن المهذب البارع و إيضاح النافع، و أما الثالث فليس مشمولاً للعبارة، ضروره إرادته العين المملوكه على أنه سيصرح بخلافه فى الاستيجار على قلع الضرس الشامل للحر و غيره، بل قوله.

و كذا لو استأجر داراً و تسلمها و مضت المده و لم يسكن ظاهر فى كون المراد من الأول غير المعينه بوقت فلا معنى لحمل التفصيل عليه، فيتعين حينئذ حمله على الأول.

لكن فيه أيضاً أنه إن كان المراد بالمطلقة غير المعين من الدابه، كما لو استأجر منه دابه كليه موصوفه فدفع إليه الموجر المطابقه و مضت مدته يمكن فيها الاستيفاء و لم يستوف فالتوجه حينئذ كونها كالشخصيه بالقبض، لأنه مشخص للكلى و إن أراد بالمطلقة الإجاره المطلقة بمعنى استيجاره مثلاً على حمل شىء إلى مكان معلوم من غير تعيين للحامل دابه أو غيرها، فدفع دابه لذلك و لم يستوف، فهو و إن كان يمكن منع استقرار الأجره، بمضى المده فى مثله، إلا أنه مناف لما فرض المسأله فيه، و هو تسليم العين المستأجره، ضروره عدمها فى الفرض.

اللهم إلا أن يراد بها ما يشمل ذلك، و الأمر سهل فى المراد من العبارة بعد معلوميه الحكم على كل تقدير.

و مثل التسليم فى ذلك كله بذل الموجر العين للمستأجر حتى مضت المده المزبوره، فلم يأخذها المستأجر بلا خلاف أجده فيه بين من تعرض له، للأدله السابقه.

نعم ليس هنا أجره المثل مع فرض فساد الإجاره، لعدم القبض، و لكن قد يشكل ذلك فى غير العين المشخصه المقيده بزمان، بأن الحال فيه كدفع المديون الدين، فامتنع الديان من قبضه، و قد ذكر هناك غير واحد قيام الحاكم مقام المالك فى

القبض، بل قيل: فإن لم يكن فعدول المؤمنين، وإن كان قد يناقش في قيامهم مقامه هنا بما ذكرناه في محله، فينحصر الأمر حينئذ في الحاكم، فإن لم يكن كان تلفه من الديان.

و على كل حال يتجه الحكم هنا بذلك، اللهم إلا أن يستند إلى الأدلة السابقة، مؤيدا بأن القبض الذي تدور عليه هذه الأحكام عبارة عن التخليه التي قد فرض حصولها، فلا يحتاج إلى الحاكم حينئذ، لصدق القبض حينئذ فتأمل جيدا.

و لو دفع المستأجر على عمل عينا إلى الأجير ليعمل فيها العمل، و كانت الإجاره مقدره بالزمان حقيقه أو حكما، كما لو ذكر ابتداء العمل في وقت معين، ثم لا يتوانى فيه حتى يتم فمضت المده التي يمكن فيها العمل، فلم يفعل، و طلب المالك العين فلم يدفعها له، صار غاصبا، بل و إن عمل بعد ذلك لم يستحق أجره، و إن لم يطلبه المالك.

نعم لو لم تكن مقدره بالمده فالظاهر استحقاق الأجره و ان طلبه المالك منه، بل و كذا لو كانت المده المذكوره شرطا و إن تسلط على الخيار بفوات الشرط لكنه يستحق حينئذ أجره المثل أو استأجر الحر أو عبده لقلع ضرسه، فمضت المده التي يمكن إيقاع ذلك فيها و كان الموجر باذلا نفسه له فلم يقلعه المستأجر، استقرت الأجره أما في العبد الذي قد تسلمه فواضح، لأنه من العين المستأجره التي قد عرفت الكلام فيها، و أما الحر فهو و إن كان قضيه إطلاق المتن و محكى المبسوط و السرائر و التحرير و الإرشاد ذلك فيه أيضا، بل عن التذكرة أنه الأقرب، بل في المسالك الجزم به، لبعض الأدلة السابقة.

لكن قد يشكل بما في جامع المقاصد و محكى مجمع البرهان من أن منافع الحر لا تدخل تحت اليد استقلالاً و لا تبعاً، لعدم ملكيه العين، و لذا لا تضمن إلا بالاستيفاء.

بل قيل: إنه خيره غضب الشرائع و التحرير و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد

و المسالك و الروضه و الرياض، و قد يدفع بأن منافع الحر بعد العقد عليها و استحقاقها صارت مالا، فمتى بذلها لمستحقها فلم يقبلها كان تلفها منه، نحو غيرها من الأموال.

نعم يأتي الكلام السابق فيما إذا لم تكن مقيده بزمان حقيقه أو حكما من اعتبار تعذر الحاكم و عدمه، هذا كله مع بقاء الألم الذى يقلع الضرر له عادة.

أما لو زال الألم عقيب العقد سقطت الأجره لتعذر متعلقها شرعا باعتبار عدم جواز القلع، و إدخال الألم على النفس بغير ضروره، فلا يصح الاستيجار عليه، إذ هو حينئذ كالاستيجار على قطع اليد و نحوه من غير سبب يوجهه، أما لو فرض وجود سبب كالأكله و نحوها مما يقطع بها عند العقلاء جاز بلا إشكال و لا خلاف كما هو واضح و الله العالم.

و لو استأجر شيئا معينا فتلف قبل قبضه بطلت الإجاره بلا خلاف أجده فيه كما اعترف به فى محكى التذكرة لفحوى ما دل عليه فى البيع من النبوى (١) و خبر عقبه (٢) و غيرهما، بل ظاهر الأصحاب فى المقام اتحاد الحكم فى المقامين، و أن المنفعة هنا بمنزله المبيع، و الأجره هنا بمنزله الثمن.

و من هنا يتجه جريان جميع ما تقدم هناك فى المقام، كالبحث عن تلف الثمن، المعين، و عن التلف بغير الآفه السماويه كتلف الأجنبي، و البائع و المشتري، و عن تقييد الحكم بما إذا لم يكن عدم القبض من امتناع المستحق، أو بسؤاله البقاء فى يد البائع، و غير ذلك مما تقدم هناك فلاحظ و تأمل.

لكن قد يقال هنا إن الوجه فى التعديه المزبوره مع اختصاص الدليل فى البيع هو بناء أمثال هذه العقود على المعاوضه الشرعيه و العرفيه التى هى بمعنى تبديل سلطنه بسلطنه، بل لعل ذلك من مقوماتها، فتعذره حينئذ يقتضى انتفاؤها.

١-١ المستدرک ج ٢ ص ٤٧٣.

٢-٢ الوسائل الباب - ١٠ من أبواب الخيار الحديث - ١.

لكن لا- يخفى عليك منافاه ذلك لكثير مما تقدم فى ذلك المبحث، ضروره ابتائه على أن الأصل للزوم، و أن العقد قد تم مقتضاه الذى هو حصول الملك لكل من العوضين، فتلف كل منهما حيثئذ من مال مالكة إن لم يكن بجنايه جان، و إلا فعلى المتلف، إلا أنه خرج التلف قبل القبض عن هذا الأصل بالدليل المزبور، فينبغى الاقتصار على مؤداه و يبقى ما عداه على الأصل.

اللهم إلا- أن يقال: إن التعديه عن مفاد الدليل المزبور هناك و هنا دليل على فهم أن مبناه ذلك، و إثبات الخيار فى إتلاف الأجنبى و البائع لإمكان المعارضه فى الجملة بقاعده من أتلف، المفقوده مع التلف بآفه سماويه كما أن اللزوم بإتلاف المشتري باعتبار كونه كوصول العوض إليه، لضمائه له لو انفسخ العقد، و لذا لم يثبت خيار هنا، بخلافه فى سابقه المناسب لوضع الخيار، باعتبار فوات حقيقه المعاوضه و ثبوت مجازها بقاعده من أتلف، أما الآفه السماويه فقد انتفيا معا، و لذلك انفسخ العقد.

و كأن العلامه نظر إلى ذلك فجعل التلف كاشفا للفسخ من الأصل، باعتبار أن حصول المعاوضه العرفيه شرط فى حصول المعاوضه الشرعيه، و إن كان قد يدفع بمنع ما يدل على ذلك.

بل أقصى ما يسلم أن إمكانها شرط فى صحتها، و استدامه الإمكان إلى حصول القبض شرط فى الاستدامه، و لذا كان مذهب الأكثر الانفساخ من حينه، لا من الأصل و الله اعلم.

و كذا الكلام لو تلفت عقيب قبضه بلا- فاصله، بعد ما عرفت أن المنفعه هى التى بمنزله المبيع، و لا ريب فى تحقق تلفها قبل قبضها، و إن كان بعد قبض العين التى تستوفى منها، و ليس فى الأدله ما يقضى بأن قبض العين للمنفعه بالنسبه إلى ذلك، و إن كان هو كذلك بالنسبه إلى استحقاق تسليم الأجره و نحوه.

أما لو انقضى بعض المده ثم تلف، أو تجدد فسخ الإجاره بسبب من أسبابه صح فيما مضى، و بطل فى الباقي كتلف بعض المبيع و حيثئذ ف يرجع

من الأجره بما قابل المتخلف من المده مثلا إن ثلثا فثلث، و إن نصفاً فنصف مع تساوى الاجزاء، و إلا كما لو كان أجره الشتاء غير الصيف قوم أجره مثل جميع المده ثم تقوم الأجزاء السابقه على التلف، و تنسب إلى المجموع، و يؤخذ من المسمى بتلك النسبه، و كذا الكلام فى المنفعه المقدره بالعمل.

هذا كله إذا وقع عقد الإجاره على عين مشخصه، أما إذا كانت كليه و قد دفع الموجر فردا، فتلف عند المستأجر، فالظاهر عدم انفساخ الإجاره، بل ينفسخ الوفاء المزبور، و يستحق عليه فردا آخر، و دعوى تشخيص الحق فيه ممنوعه، كما عرفته سابقا فى نظائره.

و كيف كان ف لا بد من تعيين ما يحمل على الدابه إما بالمشاهده كما صرح به جماعه، بل عن التذكرة أنها من أعلى طرق العلم. نعم فيها أيضا «أنه لو كان فى ظرف و جب أن يمتحنه باليد تخميناً لوزنه» و لعل مراده أن المحمول إذا كان فى ظرف، و لم يعلم أنه من أى جنس، و الفرض اختلاف الأجناس فى الثقل و الخفه، و جب امتحانه باليد و نحوه، أما إذا كان مشاهدا على وجه يعرف جنسه، فالظاهر الإكتفاء بها على الامتحان باليد و نحوها.

و كأنه إلى ذلك أشار فى المسالك بقوله «لما كان الضابط التوصل إلى ما يرفع الجهاله، لم يكف مطلق المشاهده، بل لا بد معها من امتحانه باليد تخميناً لوزنه إن كان فى ظرف، لما فى الأعيان من الاختلاف فى الثقل و الخفه مع التفاوت و لا فرق فى الإكتفاء بالمشاهده بين المكيل و الموزون، و بين غيرهما، و عدم الإكتفاء بها فى البيع، لكون المراد هنا القدر الذى لا تكفى هى فيه، بخلاف المقام الذى يراد فيه الحمل الموقوف على معرفه الثقل و الخفه، الذين لا مدخله لمعرفة المقدار فيهما، ضروره محسوسيتهما بالمشاهده، و الامتحان باليد و نحو ذلك كما هو واضح.

و إما بتقديره بالكيل أو الوزن أو غيرهما مما يرفع الجهاله التى هى المانع فى المقام، و لذا لم يكتف بهما أى- الكيل و الوزن- فى غير المقدار، ضروره

اختلاف الجنس أيضا في ذلك أيضا، فلا بد من معرفته معهما، إذ القطن يضر من جهة انتفاخه و دخول الريح فيه، فيزداد ثقله في الهواء، كما أن الحديد يجتمع على موضع من الحيوان، فربما عقره، بل تحميل بعض الأجناس أصعب من بعض، و يحتاج في الحفظ إلى أزيد من الآخر.

فإطلاق المصنف كالمحكي عن غيره محمول على إرادته الإكتفاء بهما من حيث المقدار، لا بالنسبه إلى مثل ذلك، على أن المصنف سيصرح بوجوب ذكر الجنس و الصفه و القدر في غير المشاهده.

و على كل حال ف لا يكفي ذكر المحمل مجردا عن الصفه و لا راكب غير معين لتحقق الاختلاف في الخفه و الثقل بل و لا بد من مشاهدتهما مع ذكر المحمل من ذكر طوله و عرضه و علوه، و هل هو مكشوف أو مغطى، و ذكر جنس غطائه بل و الوطاء و جنسه و عدمه، و في الاكتفاء بوصف الراكب بالضخامه و النحافه ليعرف الوزن تخميناً نظر.

بل و خلاف: فعن المبسوط و فقه الراوندى أنه لا يمكن العلم بالراكب إلا بالمشاهده، بل لعله ظاهر الوسيه و التحرير و الإرشاد و غيرهما، لأن الرجل قد يكون طويلاً خفيفاً و قصيراً ثقيلاً، مضافاً الى اختلاف الرجال في الحركات و السكنات، و الوصف لا يضبط ذلك كله، و لا يفيد، فيكون غرراً.

بل ربما قيل: إن المشاهده وحدها لا تفيد ذلك كله، بل لا بد معهما من ذكر الحركات و السكنات قله و كثره، و في جامع المقاصد و المسالك و عن التذكرة و الإيضاح الإكتفاء بذلك إذا كان تاماً مشتملاً على ذكر الوزن و الطول، و القصر و الضخامه و النحافه، و الحركات و السكنات و نحو ذلك.

بل لعله لا حاجة الى ذكر الأخيره، لأنها اختيارية، بل إن لم يحصل إجماع أمكن القول بما عن مالك من عدم الحاجة إلى تعيين الراكب بشيء من ذلك، لتقارب الأجسام في الغالب، و للتسامح في مثل هذا التفاوت و للسيره.

نعم لو كان خارق المعتاد فى الثقل احتج إلى المشاهده أو الوصف القائم مقامها فتأمل جيدا.

و كذا لك الكلام فيما لو استأجر دابه للحمل فإنه لا بد من تعيينه أى المحمول بالمشاهده أو ذكر جنسه و وصفه و قدره لتوقف رفع الجهاله و الغرر على ذلك، و لعل ما تقدم كان فى الدابه التى قدرت منفعتها بالمده التى مثل بها المصنف سابقا لذلك، بخلاف هذا فإنه فى الدابه المقدره بالعمل.

لكن فيه أولا- أنه ينبغى ذكر الجنس و الوصف هناك أيضا كما هنا، و ثانيا أنه قد يقال: مع التقدير بالزمان لا حاجه الى التعيين بالمشاهده، و لا إلى غيرها، فإنه يجوز إجاره الدابه للحمل مده معينه من غير تعيين للمحمول، لكن لا يتجاوز المستأجر المعتاد كما يجوز الاستيجار للخياطه يوما من غير تعيين أنها فارسيه أو روميه، لعدم الغزر.

بل هو أولى بالجواز من الاستيجار للخدمه مثلا، أو لمطلق الانتفاع به، على معنى أنه يملكه بعقد الإجاره سائر منافع مده معينه، فينتفع به المستأجر ما شاء.

نعم يعتبر التعيين مع إرادته الخصوصيه، و يمكن أن يحمل على ذلك كلام المصنف و غيره و جامع المقاصد فيما لو قدر البناء بالزمان، قال: ظاهر كلامهم أنه لا يشترط ذكر شىء من الأمور الثلاثه التى لا بد منها لو قدر بالعمل، و هى الطول و العرض و السمك، بل فيه أيضا ذكر تعيين المحل و الآله من لبن أو طين مثلا احتمالا.

و كذا صرح بعضهم بل غير واحد أيضا بعدم الحاجه فيما لو استأجره لعمل اللبن إذا قدر بالزمان إلى معرفه الغالب و نحوه، و فيما لو استأجره لحفر بئر أو نهر إلى معرفه الطول و العرض و العمق و نحوه مع التقدير بالمده فلاحظ و تأمل.

و كذا لا بد من اشتراط المعاليق أى الآلات كالقربه و الإداوه و السفره و

نحوها، إذا لم تكن هناك عادة تقضى بها بل لا يكفى حينئذ ذكرها أى الآلات المحمولة ما لم يعين قدرها و جنسها للغرر.

نعم لو شاهدها أو قدرها و عرف جنسها ارتفع الغرر، كما أنه لو كانت هناك عادة تقتضى ذلك لم يحتج إلى شىء من ذلك كما هو واضح.

و كذا الكلام فى الزاد فلا بد حينئذ من اشتراطه مع عدم العاده بل (لا يكفى اشتراط حمل الزاد ما لم يعينه) أو يشاهده على حسب ما عرفت، أما إذا كانت هناك عادة فى حملة و فى مقداره، فلا حاجة إلى الاشتراط، و إن اختلفت بالنسبة إلى طول السفر و قصره، و كثره اتباع الشخص و قلتهم و نحو ذلك. فإنه غير قادح كما لا يقدرح التفاوت اليسير فى أفراد المعتاد الذى يتسامح فى مثله.

و على كل حال ف إذا فنى كله أو بعضه بالأكل المعتاد ليس له حمل بدله من زاد فضلا عن غيره ما لم يشترطه لابتنائه فى العاده على عدم البقاء، و على عدم الابدال، فما عن المبسوط - من أنه إن أكله أو أكل بعضه كان له ابداله و إكماله على الأقوى، بل عن التحرير أنه ليس بردى - فى غير محله.

لكن فى محكى التذكرة محل النزاع ما إذا كان يجد الطعام فى المنازل المستقبلة بسعر المنزل الذى هو فيه، أما إذا لم يجده أو وجده بثمان أعلى فله الإبدال لا محاله، بل عن المبسوط و التحرير مثل ذلك، قلت: محل البحث أنه إذا استحق حمل الزاد للعاده يستحق حمل عوضه لو فنى بالأكل كغيره مما استحق نقله، أو أن العاده تقضى به على هذا الحال، فلا يستحق حينئذ الابدال.

نعم لو اشترط الإبدال صح كما أنه لو ذهب بسرقة أو سقوط أو نحوهما كان كذلك بلا خلاف فى محكى المبسوط، حتى لو أطلق اشتراط عدم الإبدال مع الأكل، ضروره تنزيله على المعتاد.

فإذا استأجر دابه معينه اقتصر على مشاهدتها فإن لم يكن مشاهده (١١) بل غائبه أو كانت كليه فلا بد من ذكر جنسها (١٢) كالإبل و وصفها (١٣) على وجه يرتفع

معه الغرر فى الإجاره بذكر النوع من العرابى و البخاتى و كذا الذكور و الأنوثة إذا كانت للركوب ضروره اختلاف الدواب بالنسبه إليه، بل فى محكى التذکره و التحرير انه إذا كان فى النوع ما يختلف مشيه جوده و رداءه و جب ذكره، و إن كانت مشاهده كالخيل التى فيها القطوف و غيره.

اللهم إلا- أن يقال: ان احتمال ذلك غير مؤد إلى الجهاله عرفا فى الإجاره خصوصا مع غلبه الكيفيه الخاصه من المشى فى النوع الخاص على وجه يكون مخالفا للأصل بمعنى الغالب، و لعله لذا أطلق المصنف و غيره الاكتفاء بالمشاهده أو الوصف الذين لا يفيدان ذلك.

بل ربما استفيد من اقتصار الإرشاد و الروض و مجمع البرهان عليهما عدم اعتبار الذكور و الأنوثة كما احتمله فى جامع المقاصد و المسالك و محكى التذکره، لأن التفاوت بينهما يسير لا- يمكن ضبطه، فلا يكون معتبرا فى نظر الشارع بخلاف الجنس و النوع، و لو وجدها بخلاف الوصف تخير مع التعيين كما فى المبيع و طالب بالبدل إذا كانت كلييه، و له الرضا بها عوضا عن حقه.

هذا كله إذا كانت للركوب و لذا قال المصنف و يسقط اعتبار ذلك إذا كانت للحمل كما صرح به فى المسالك و محكى التذکره، بل قيل: انه قضيه غيرها الا ان يكون المحمول مما تضره كثره الحركه كالزجاج و الفاكهه فلا بد من معرفه حال الدابه، كما عن التذکره التصريح به.

لكن قد يناقش بأنه لا مدخلية لذكر الغرض المخصوص فى رفع الجهاله المعتبر فى الإجاره، و لا يتوقف عليه، كالعكس، و من هنا يتجه اعتبار المشاهده أو الوصف فى المعينه، و إن كانت للحمل، كما نص عليه بعضهم.

بل لعله كذلك أيضا فى الدابه الكليه، ضروره صدق الجهاله مع عدمه، و إن لم يتضرر المستأجر، نعم لو كانت الإجاره للحمل فى ذمه المؤجر لم يحتج إلى ذكر الدابه، فضلا عن وصفها.

و كيف كان ففي محكى المبسوط وغيره انه يلزم مؤجر الدابه كل ما يحتاج إليه المستأجر فى إمكان الركوب على الوجه المعتاد فى الدابه من الرحل و الفتب و آلته و الحزام و الزمام و اللجام و السرج و الأكاف و الزامله و الخداجه و غير ذلك مما يعتاد فعله للراكب بالنسبه الى كل دابه فى رفع المحمل و شده تردد، أظهره اللزوم وفاقا للفاضل و الكركى و ثانى الشهيدين و غيرهما للعادة، بل فى القواعد و غيرها زياده حطه و رفع الأحمال و شدها و حطها و القائد و السابق.

نعم قيد ذلك فيها و فى المحكى عن تحريره بما إذا شرط المستأجر مصاحبه المؤجر، و أما إذا آجر الدابه ليذهب بها المستأجر فجميع الأفعال على الراكب، و عن التذكره أنه أطلق القول بوجوب هذه الأشياء ان كانت فى الذمه، و عدمه ان كانت معينه، و إنما يجب عليه التخليه بينها و بين المستأجر، و لا يجب أن يعينه فى الركوب و الحمل.

و عن ثانى الشهيدين أن هذه الأشياء تجب مع اشتراط المصاحبه، أو قضاء العاده بها، أو كانت الإجاره فى الذمه، أما لو كانت مخصوصه بدابه معينه ليذهب بها كيف شاء، و لم تقض العاده بذلك، فجميع ذلك على الراكب.

و التحقيق اتباع العاده فى جميع ذلك و غيره، كالدلاله على الطريق، و الإركاب مع العجز، و إيقاف الدابه للصلاه و الحاجه و نحو ذلك، و هى مختلفه باختلاف الأزمنه و الأمكنه، لا يمكن للفقيه ضبطها، بل هو ليس وظيفه الفقيه، و إنما عليه ذكر الحكم كلياً، و كل شىء لا تقضى به العاده أو شك فيه لا يجب بعد فرض عدم دلاله لفظ العقد عليه بإحدى الدلالات الثلاث، و لا دليل شرعى يقتضيه، و قد تقدم فى باب البيع فيما يندرج فى المبيع ماله نفع تام فى المقام، بل هما من واد واحد.

نعم قد يحتاج إلى النظر، تحرير كون لزوم هذه الأشياء على الاشتراط، فيتسلط المستأجر على الخيار بعدم الوفاء بها، أو بعضها، و أنها أيضا بعض المنفعه

التي وقع عليها العقد على وجه تنقسط الأجره عليها، و يثبت خيار التبويض بها، أو أنها مما وجبت بالعقد و يستحقها المستأجر، بل و يملكها، لكن على جهه التبويه، فلا يقابل حينئذ بشىء من العوض.

و لعل الأخير لا- يخلو من قوه، و مثل ذلك يجرى فى بعض توابع المبيع، و إثبات الخيار مع ذلك أيضا لا- يخلو من وجه، خصوصا فى بعض الأشياء و المسأله غير محرره فى كلام الأصحاب فلاحظ ما تقدم لنا فى كتاب البيع، فإن له نفعاً فى ذلك و غيره و الله العالم.

و لو أجرها للدوران بالدولاب، افتقر إلى مشاهدته لاختلاف حالته فى الثقل و الخفه و لو أمكن الوصف الراجع للجهاله كفى، و كذا يشترط معرفه عمق البئر بالمشاهده أو الوصف إن أمكن الضبط به، و تقدير العمل بالزمان كاليوم أو بملاء بركه معينه بالمشاهده أو المساحه. لا سقى البستان، و إن شوهد للاختلاف بقرب عهده بالماء و عدمه، و حراره الماء و الهواء و برودته.

و لو أجرها للزراعه فإن كان لحرث جريب معلوم، فلا بد من مشاهده الأرض أو وصفها لاختلافها بالصلابه و الرخاوه، و كثره الحجاره و قلتها و نحو ذلك فبدون أحدهما يحصل الغرر، بل عن التذكره أنها لا تعرف بالوصف، لأنها تختلف فبعضها صلب يصعب حرثه على البقر و مستعملها، و بعضها رخو يسهل، و بعضها فيه حجاره تتعلق بها السكه، و مثل هذا الاختلاف إنما يوقف عليه بالمشاهده، دون الوصف، لأن الصلابه تختلف بالشده و الضعف، و الحجاره تختلف بتكثُر العدد و قلتها، و إن كان قد يناقش بأن الوصف أقرب إلى الكشف من المشاهده لظاهر الأرض، الذى لا يعرف به حال ما يصل إليه العمل.

و دعوى أن المراد بالمشاهده حين حصول حرثها قبل ذلك واضحه المخالفه لظاهر كلماتهم، و التحقيق اندفاع الغرر بكل من المشاهده و الوصف التام.

و كيف كان فلا يحتاج فى مفروض المتن إلى مزيد من ذلك، بعد فرض كون

الذى يريد حرثه جريب معلوم، وقد شوهد أو وصف، و الإكتفاء بالعادة فى معرفه السكه و مقدار نزولها فى الأرض، كما عن التذكره التصريح به، بل قيل: إنه لا يحتاج إلى تعيين الثور و نحوه، إلا أن تكون الإجاره وارده على عين.

قلت: قد يقال: انها و ان كانت وارده على عين الا أنه لا مدخلية لمعرفتها بالمشاهده أو الوصف فى ذلك، نعم قد يعتبر فيها عدم الإبهام كأحد هذين و نحو ذلك، و لعل هذا هو الذى يريده القائل المزبور، هذا كله فى التقدير بالعمل.

و أما إن كان قد استوجرت الدابه لعمل مده، كفى تقدير المده عن مشاهده الأرض و وصفها نعم الظاهر وجوب معرفه الدابه كما صرح به فى القواعد و غيرها، لاختلافها فى القوه و الضعف على وجه يحصل الغرر باعتبار قله الحرث و كثرته، من غير فرق فى ذلك بين وقوع الإجاره على عين الدابه، أو فى الذمه.

و من هنا قال فى محكى التذكره و جامع المقاصد: إن كل موضع وقع العقد فيه على مده فلا بد من تعيين الظهر الذى يعمل عليه، لأن الغرض يختلف باختلاف الدابه فى القوه و الضعف، و إن وقع على عمل معين لم يحتج إلى معرفتها لأنه لا يختلف حينئذ.

بل ظاهر الفاضل فى القواعد وجوب تعيين الأرض مع ذلك بأحد الأمرين أيضا، قال: «و لو استأجرت للحرث و جب تعيين الأرض بالمشاهده أو الوصف، و تقدير العمل بتعيينها أو بالمده، و تعيين البقر، إن قدر العمل بالمده، و كان وجهه اختلاف الحرث باختلافها، فلا يرفع الغرر التعيين بالمده.

و فيه: أن العرف شاهد على ارتفاع الغرر بالضبط بالمده و إن لم تشاهد الأرض و لم توصف، و لذا جعلوا الضبط بها مقابلا للضبط بالعمل، و الأصل فى ذلك ما فى محكى المبسوط، فأما إن كان للحرث فلا بد من مشاهده الثور، أو يذكر ثورا قويا من حاله و قصته، و أن يذكر الأرض لأنها تكون صلبه و رخوه، و لا بد من ذكر المده، و فيه ما لا يخفى من عدم الاحتياج إلى المده مع تقدير العمل بتعيين الأرض، كما لا حاجة إلى تعيينها مع التقدير بالمده على الأصح.

و كذا الكلام في إجاره الدابه للسفر مسافه معينه ف إنه لا بد من تعيين وقت السير ليلا أو نهارا كما عن الإرشاد و الروض و مجمع البرهان، إلا- أن يكون هناك عاده فيستغنى بها عن ذلك لانصراف إطلاق العقد حينئذ إليها، فإذا اختلفا رجعا إليها، بخلاف ما إذا لم تكن، فان عدم التعيين مؤد إلى الغرر.

بل في القواعد و جامع المقاصد و محكى التذكرة لا بد أيضا من تعيين قدر السير، إلا أن تكون المنازل معروفه معتاده، فلا يحتاج حينئذ إلى التعيين المزبور، و يرجع عند الاختلاف إلى المعتاد أيضا، بل في محكى التحرير أنه لو لم يكن للطريق منازل معروفه فالأولى صحه العقد، و الرجوع إلى العاده في غير ذلك الطريق، كما أنه في القواعد و جامع المقاصد و محكى التذكرة تقييد تعيين الأولين بما إذا كان السفر إليهما، أما إذا لم يكن إليهما بل كانا تبعا للقافله كسفر الحج و نحوه فلا حاجه إلى تعيينها، بل لا وجه له كتعيين أول المده.

و فيه: أن المتجه حينئذ البطلان، لتحقق الغرر، كما هو قضيه المتن و غيره ممن أطلق مثله، و احتمال عدمه في خصوص الفرض أو عدم قدحه كما ترى.

نعم يمكن أن يقال: إن معلوميه صحه مثل ذلك بالسيره القطعيه تكشف عن عدم وجوب ذكر ذلك مطلقا، و أنه يكفى تقدير العمل بقطع المسافه المعينه من غير تعرض للوقت و لا- للمقدار، مثل الاستيجار على الخياطه و الحياكه و نحوهما من الأعمال التي لا غرر عرفا بعدم التعرض فيها لذلك، على وجه يكون قادحا في صحه الإجاره، و لو لأنها تحمل مالا يحمله البيع، و يكون الحكم فيها حينئذ وجوب الإجابه على كل منهما بالطلب و البذل، ما لم يكن هناك مانع أو اعتبار.

و لعله لذلك قد خلا كلام القدماء عن ذكر مثل ذلك كما قيل، بل ظاهر المحكى عن الوسيله و الكافى عدم اعتباره، قال فيه: «إذا استأجرت للركوب عين أربعة أشياء، الراكب، و الطريق، و المنزل، و الركوب بالمحمل أو الزامله أو القتب بعد رؤيه ذلك و معالقتها، و نحوه عن الكافى و ظاهرهما الحصر و هو قوى جدا.

و يجوز أن يستأجر اثنان فصاعدا جملا أو غيره للعقبه بمعنى أنهما يملكان منفعتيه مشاعه، إلا أنهما يستوفيانها على التعاقب، بلا خلاف و لا- إشكال، لإطلاق الأدله و يرجع فى التناوب حينئذ زمانا أو فرسخا إلى العاده إن كانت و يقتسمان بالسويه مع تساويهما، و إلا فعلى ما وقع بينهما من التفاوت، و يرجع فى تعيين المبتدأ إذا لم يتفقا إلى القرعه التى هى لمثل ذلك.

و ليس هذا من الجهاله فى عقد الإجاره الذى ليس مقتضاه إلا ملك المنفعه لمن تنتقل إليه و قد حصل، فما عن التذكره- من احتمال عدم الصحه مع عدم تعيينه للجهاله و التنازع- فى غير محله، و كذا ما فى جامع المقاصد و المسالك من أن القول بالقرعه بعيد، لأن محلها الأمر المشكل، و الاشكال فى عقد المعاوضه موجب للجهاله، و مفض إلى التنازع، ضروره أن الإشكال المزبور خارج عن مقتضى عقد المعاوضه، و إنما اقتضاه اختلاف الشركاء.

نعم يجب التعيين إذا كان الاستيجار لاثنين نوبا معينه بالمده، أو بالفراسخ لا على سبيل الإشاعه، و إلا كان مجهولا لا إشكال فى بطلان العقد معه، كما لا إشكال فى صحته مع التعيين، و لا يحتاج إلى قسمه فيه، لعدم الشركه، لكون المفروض ضبط نوبه كل منهما، و من ذلك كله يظهر لك ما فى مناقشه الكركى للفاضل فى القواعد فلاحظ و تأمل و الله هو العالم.

و إذا اكرت دابه مثلا فسار عليها زياده عن العاده أو ضربها كذلك أو كبجها باللجام من غير ضروره أو نحو ذلك مما هو غير جائز له ضمن بلا خلاف كما اعترف به فى محكى التذكره، بل عن الغنيه الإجماع عليه، بل و لا إشكال لأنه متعدد بفعله، و إنما له ضربها بما جرت العاده به، و كذا تكبيحها باللجام و حثها على السير، للأصل و السيره و توقف استيفاء المنفعه عليه فى الجملة و لأن

النبي صلى الله عليه و آله و سلم «نخس بغير جابر و ضربه»

و لأن ذلك من مقتضى عقد الإجاره.

بل فى القواعد و المسالك و محكى المبسوط و الخلاف و التحرير و موضع من التذكره التصريح بعدم الضمان لو تلفت بذلك، و فى جامع المقاصد أنه لا يخلو من قوه

للأصل و لاقتضاء العقد جواز الأفعال المزبوره، فهي كالمأذون بها صريحا، فلا يترتب عليها ضمان بل لا يشملها عموم من ألتلف، بعد فرض الإذن، و كون التلّف بها كالتلف باستيفاء المنفعة المعقود عليها، و من ذلك يعلم ما عن موضع آخر عن التذكرة من ضمانه الضرب، و إن كان على المعتاد، لأن الإذن منوط بالسلامه، و فيه ما لا يخفى، و الرائض للدابه يضمنها أيضا إذا خرج برياضته عن المعتاد بين الرواض، لمثل هذا المروض، أما إذا لم يخرج فعن المبسوط و التذكرة لا يضمن أيضا و كذا الراعى لا يضمن ما يراعه بضربه المعتاد، كما عن ظاهر القواعد و عن صريح غيرها، كل ذلك لبعض ما عرفت أو جميعه.

لكن صرح غير واحد بضمن المعلم إذا ضرب الصبى للتأديب، بل عن حدود المسالك نسبه ضمان الأب و الجد له لو أدباه إلى الأصحاب، فضلا عن المعلم، بل قال:

إن ظاهرهم الوفاق على ذلك، بل عنه فى موضع التصريح بالإجماع، و يمكن حمل كلامهم على ما إذا تجاوز المعتاد فى التأديب خطأ فلا ينافى ما هنا حينئذ أو يقال: إنه أجبر و الأجير يضمن بجنايته، و إن لم يقصر كالطبيب، و فيه ان الرائض حينئذ كذلك، أو يجعل الإجماع فارقا و الله هو العالم.

و لا- تصح إجاره العقار للسكنى أو للزرع أو للغرس أو للبناء أو للجميع إلا مع التعيين بالمشاهده، أو بالإشاره إلى موضع معين موصوف بما يرفع الجهاله فى الإجاره و لا تصح إجارته فى الذمه، لما يتضمن من الغرر الناشى من عزه الوجود باعتبار تعسر تحصيل الموصوف بالصفات الرافعه للجهاله فى غير المعين، و لذا لم يجز السلم فيه.

و من ذلك تعرف ما فى المسالك من النظر فيما فى المتن بأن الوصف الرافع للجهاله كيف يجمع الغرر، و الفرق بينه و بين المعين الموصوف غير واضح، و فيه ما عرفت، و لعل إطلاق القواعد و غيرها الاكتفاء بالوصف منزل على إرادته الوصف المعين، لا الكلى، لما عرفته من الغرر فيه، اللهم إلا أن يفرض ارتفاعه.

بخلاف استيجار الخياط للخياطه، و النساج للنساجه و نحوهما فإنه

تجوز الإجاره فى الذمه فيها، للأصل و لعدم الغرر المزبور فيها.

نعم إذا استأجره أى الخياط مده فلا بد من تعيين الصانع دفعا للغرر الناشى من تفاوتهم فى الصنعه بطأ و سرعه، و منه يحصل الغرر بدون التعيين، نحو ما سمعته فى الإجاره على الحرث مده، أما إذا كان التعيين بالعمل لم يحتج الى ذلك، لعدم الغرر فيه حينئذ مثل الإجاره على حرث جريب معلوم، فإنه لا يحتاج فيه الى تعيين الدابه كما عرفت.

و لو استأجر لحفر البئر أو نهر أو عين فلا اشكال كما لا خلاف فى الصحه لكن لم يكن له بد من تعيين الأرض بالمشاهده أو الوصف بالإشاره إلى موضع معين، على وجه يرتفع غرر الإجاره، و دعوى انحصار ذلك بالمشاهده واضحه الفساد بل ربما كان الوصف أشد من المشاهده فى ذلك.

و هل يعتبر فى التعيين المزبور تشخيص الأرض التى يراد حفرها بئرا، فلا تكفى مشاهده قطعه واسعه من الأرض، أو وصفها بما يرفع الغرر، ثم الاستيجار على حفر بئر مثلا فى موضع منها غير معين، و الخيار بيد المستأجر؟ لم أجد فيه تصریحا من أحد، لكن لم تبعد الصحه.

بل لا يبعد استيجار قطعه منها كذلك للزرع، و نحوه على جهه الإشاعه، أما بدونها بناء على صحه تعلق مثل الإجاره فى الكلى فى الخارج لا- على جهه الإشاعه فيمكن الصحه أيضا و فى تنزيل الإطلاق على أيهما ما تقدم فى بيع الصاع من الصبره، إذا لمسأله على الفرض المزبور من واد واحد.

نعم قد تتحمل الإجاره من الغرر مالا يتحملة البيع، و لا ينافى ذلك ما تقدم من عدم صحه إجاره العقار فى الذمه، إذ ذلك إنما هو على طريق الكلى فى السلم، لا مثل الإشاعه، بل و لا مثل الكلى المزبور فى وجهه، فتأمل جيدا.

و على كل حال فلا بد أيضا من قدر نزولها وسعتها لتوقف رفع الغرر على ذلك و لو حفرها فانهارت جميعها أو بعضها لم يلزم الأجير إزالته

للأصل وغيره، و كان ذلك إلى المالك كما لو وقع فيها دابه أو حجر أو نحو ذلك إذا لأجير قد امتثل ما وجب عليه، و لم يتضمن عقد الإجاره إخراجها، فلو فرض بقاء شىء منها غير محفور و امتنع المالك من إخراجها كان التقصير من قبله، كما لو لم يفتح باب الدار لبناء جدار فيها.

نعم لو وقع فيها من تراب الحفر لعدم ابعاد الأجير له على حسب العاده، و جب إزالته عليه، دون المستأجر، لوجوب الابعاد كذلك عليه، فهو حينئذ من فعله، بل لم يأت بالحفر المراد منه، بعد فرض انصراف العرف إلى المزبور كما هو واضح.

و لو حفر بعض ما قوطع عليه ثم تعذر حفر الباقي أو تعسر إما لصعوبه الأرض أو مرض الأجير المشروط عليه المباشره على وجه يتحقق معه العجز أو غير ذلك من الموانع التي يفسخ العقد معها أو يسلط على الخيار، و اختار الفسخ قوم حفرها و ما حفر منها ثم نسب الثانى إلى الأول و رجع الأجير عليه بنسبته المزبوره من الأجره المسماه بالعقد، إن نصفاً فنصف، و إن ثلثاً فثلث، من غير فرق بين متفاوت الأجزاء و مختلفها، بلا خلاف معتد به أجده فى شىء من ذلك، بل و لا إشكال.

فلو فرض تساوى أجره الأجزاء فله من الأجره على مقدار ما عمل، كما إذا استأجره على حفر بئر عمقه و طوله و عرضه عشره عشره فحفر بئراً عمقه و عرضه و طوله خمس خمس فله ثمن الأجره المسماه، لأنه قد عمل ثمن العمل، و ذلك لأن مضروب العشره فى العشره مائه، و هى فى العشره الثالثه ألف و مضروب الخمسه فى الخمسه خمس و عشرون و هى فى الخمسه الثالثه مائة و خمس و عشرون، و هو ثمن الألف فالأجير حينئذ لم يحفر من النصف الأسفل شيئاً و هو خمسمائه، و لا من نصف النصف الأعلى و هو مائتان و خمسون، و لا من نصف نصفه، و هو مائة و خمسه و عشرون، فهذه سبعة أثمان، لم يحفر منها شيئاً، و إنما حفر الثمن و هو مائة و خمس و عشرون هذا.

و لكن قال المصنف فى المسأله قول آخر مستند إلى روايه مهجوره

إلا أنا لم نتحققه لأحد ممن تقدمه، إذا لشيخ بعد أن ذكر ما قدمناه قال: و روى - مشيرا بها إلى ما رواه هو

فى التهذيب (١) فى باب الزيادات فى القضايا والأحكام - «عن سهل بن زياد عن معاوية بن حكيم عن أبى شعيب المحاملى قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل قبل رجلا ان يحفر له بئرا عشر قامات، بعشره دراهم، فحفر له قامه، ثم عجز قال: تقسم عشره على خمسه و خمسين جزء، فما أصاب واحدا فهو للقامه الأولى، و الاثنى للثانيه، و الثالثه للثالثه، و على هذا الحساب إلى العشره».

و هى مع عدم معرفه طريق الشيخ إلى سهل و جهاله الرفاعى - غير أنه من أصحاب الصادق عليه السلام - لم يعمل بها أحد من الأصحاب، إلا ما يحكى عن ابن سعيد فى الجامع، و مخالفته للضوابط من وجوه، فوجب طرحها، على أنه قد ردها بعضهم بأنها واقعه خاصه، و حكم فى عين، فلا - عموم لها، و إن كان هو كما ترى، ضروره أنها من ترك الاستفصال، لا من الأفعال التى لا عموم لها، نحو قضى أمير المؤمنين عليه السلام و سجن و نحوهما.

نعم يمكن حملها و إن بعد على ما إذا تناسبت القامات على وجه يكون نسبه القامه الأولى إلى الثانيه أنها بقدر نصفها فى المشقه، و الأجره، و هكذا و ذلك يقتضى جمع الأعداد الواقعه فى العشره فما بلغت قسطت عليه الأجره، و لا ريب أن الأعداد فى العشره كواحد و اثنين و ثلاثه إليها إذا جمعت بلغت ذلك.

فإن ضابطه أن تضرب عدد القامات فى نفسه فما بلغت زادت عليه عشره المسمى بجذرها فنصفته فى المسأله مضروب العشره فى نفسها ماء، و جذر ذلك عشره إذا نصفتها، كان خمسه و خمسين، و ذلك مجموع الأعداد التى تضمنتها العشره.

و على كل حال فلو عمل به احتمال تعديه، فتقسم الخمسه إلى خمسه عشر، لأن ضربها فى نفسه خمسه و عشرون فإذا زادت عليها جذر و هو الخمسه كان نصفها خمسه عشر، و لو استأجره لحفر أربع قسطت على عشر، لأن مضروبها ستة عشر،

و بزياده الجذر تكون عشرين، فنصفها عشره، و هكذا إلا أنك قد عرفت الحال فى الأصل، فضلا عن التعديه، نعم لا بأس بها بناء على الحمل المزبور و الله هو العالم.

و يجوز استيجار المرأه للرضاع مده معينه بإذن الزوج بلا خلاف أجده فيه كما اعترف به فى محكى الخلاف، و السرائر، بل فى محكى التذكره إجماع أهل العلم على جواز استيجار الظئر تاره، و أخرى الإجماع على جواز استيجارها للرضاع و الحضانه، معا، و للحضانه دون الرضاع.

مضافا إلى قوله تعالى (١) «فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ» حيث أطلق الأجر على ما يقابل الرضاع الذى هو سقى اللبن على الوجه المعروف، و إلى ما أرسله غير واحد من فعل النبى صلى الله عليه و آله و سلم و الأئمه ذلك، و إلى ما فى القواعد و محكى التذكره و الإيضاح من الاستدلال عليه أيضا بالحاجه، و إن كان قد يناقش بأنها لا تجوز ما لا يجوز.

نعم يناسب أن تكون سرا لشرعيه الحكم، كما أنها ربما تصلح سببا للشرعيه إذا انحصر الأمر فى ذلك على وجه يكون التكليف بتركه عسرا و حرجا لا يحتمل عاده، كصحه البراءه للطبيب من الضمان، بخلاف المقام الذى يمكن أن يكون بالصلح أو بالشرط أو بغير ذلك من الطرق الشرعيه التى لا تعارض قاعده الإجاره مثلا، فالأولى حينئذ الاستناد إلى ما عرفت من الإجماع و الآيه، و مقتضاهما الجواز من دون ضم الحضانه كما هو صريح جماعه و ظاهر آخرين.

فما عن بعضهم من اعتبار ضمها فى الصحه فى وجه لا وجه له، و المراد بها حفظ الولد و تربيته و دهنه و كحلته، و غسل خرقة و تنظيفه و جعله فى سريره و ربطه و سائر ما يحتاج إليه، ضروره تطابق النص و الفتوى و معقد الإجماع على جوازها للرضاع و هى غيره بل و لا من لوازمه كما هو واضح

و لقد أجاد فى جامع المقاصد حيث أنه بعد أن ذكر احتمال المنع لتناول الإجاره

الأعيان و مع ذلك فهي مجهوله و ليست موجوده قال: «و لا وجه له بعد ثبوت النص» لكن قال فيه في موضع آخر: «و لو قيل أن المستأجر عليه هو الفعل الذى لا ينفك عن إتلاف اللبن، و هو إيصاله إلى معدة الصبى و تلويث الثوب فى الصبغ، فتكون العين تابعه، و لا تخرج الإجاره عن مقتضاها أمكن» كما أنه قال فى المحكى عن التذكرة فى موضعين «الأقرب أن الذى يتناوله عقد الإجاره بالأصالة فعل المرأه، و اللبن مستحق بالتبعيه كالبئر تستأجر ليستقى منها الماء، و الدار تستأجر و فيها بئر، فإنه يجوز الاستقاء منها، بل عن فخر المحققين أن ذلك هو الذى حققه والده، و قال: إنه هو الذى تدل عليه الآيه، لأنها داله على الفعل و اللبن».

قلت: ذلك كله لا يقتضى بقاء الإجاره على مقتضاها، ضروره عدم الفرق فى خروجه عنه بين دخول اللبن و الصبغ مع الفعل، و بين استقلاله و تبعيته، مع أنه المقصود الأعظم لا تقتضى ذلك.

على أن من المعلوم صحه الاستيجار على الصبغ، و إن كان الملوث للثوب فيه المالك دون الصابغ كما قد يقوى الاستيجار للرضاع من دون فعل من المرأه، حتى وضع الثدي فى الفم بأن يضعه المستأجر فيه دونها، و الامتصاص من الطفل، فلم يكن عمل منها أصلا تستحق عوضا عليه، فضلا عن مقابله بتمام الأجره، كما أنه لو رضع الصبى منها و هى نائمه، استحققت الأجره و إن لم يكن منها فعل.

و من هنا استدلل الفاضل فى المحكى من تحريره و قواعده على أن المعقود عليه نفس اللبن باستحقاق الأجر عليه، بانفراده دون الأفعال بانفرادها، و إن اعترضه فى جامع المقاصد أيضا بأنا لا نسلم استحقاق الأجره باللبن بانفراده، ما لم تصيره المرضعه فى معدة الصبى، و لا يلزم من عدم استحقاق الأجره بالأمر الباقية، بانفرادها استحقاقها فى مقابل اللبن وحده، لم لا يجوز أن يكون فى مقابله الجميع.

بل فى المسالك الأجود أن المقصود مجموع ما ذكر من المنافع مع عين اللبن

و جوازه حينئذ مع أن بعض متعلقها عين ذاهبه، للنص و هو الآية(١)و فعل النبي صلى الله عليه و آله و سلم و الأئمة عليهم السلام.

ثم قال: و يمكن أن يقال: على تقدير كون المراد المجموع أن اللبن يكون تابعا لكثرة قيمه غيره، و قله قيمه اللبن و ان كان اللبن مقصودا من وجه آخر، و يثبت للتابع من الحكم المخالف ما لا يثبت للمتبوع، و مثله القول فى الصبغ، لكن لا يخفى عليك ما فى الجميع، خصوصا دعوى التبعية المزبوره التى هى مع أنها خلاف الواقع إن أريد بها بالنسبه إلى القصد و الفرض، خصوصا بالنسبه إلى الصبغ لا داعى إلى ارتكابها بعد الدليل، و

لو أن الإجاره بمثل ذلك تكون على مقتضاها، لا-تجه التعديه إلى غير المقام مما هو معلوم عدمه، و الآية و إن كانت بلفظ الإرضاع، لا الرضاع، إلا أنه هو المراد به، و لكن عبر به لغلبه الرضاع بالإرضاع.

و من هنا يتجه جواز استيجار الشاه لرضاع الصبى، أو سخله كما نص عليه فى القواعد، و محكى غيرها، بناء على القطع بعدم خصوصيه للمرأة، كالقطع بعدم الفرق بين الحره و الأمه و الصبى و غيره، و إن كان ظاهر الآية الأولى، بل ربما قطع بعضهم بعدم خصوصيه الرضاع، فجوز استيجار الشاه للحلب، و ربما يؤيده ما ورد فى النصوص و حكى عليه الإجماع من جواز إعارتها لذلك، و ما تصح إعارته تصح إجارته، كما عرفته فيما سبق.

نعم لا- يتعدى من ذلك إلى جواز استيجار البئر للاستقاء منها، و لذا منعه فى جامع المقاصد و محكى الحواشى، و موضع من التذكرة، و لا الشمع للإشعال و الطعام للأكل، كما صرح به فى القواعد، بل ظاهر السرائر الإجماع على ذلك.

نعم قد يجوز الاستقاء من البئر عند إطلاق إجاره البئر، للإذن فيه عاده على وجه يكون كالشرط، و كذا لا يتعدى إلى جواز إجاره الشجره لثمرتها، و الدابه لنتاجها، و لا إلى شىء من الظروف للامتصاص مما فيها، و لا إلى غير ذلك مما فيه إتلاف

عين إلا ما قام عليه الدليل مما عرفت، و من الصبغ و من استيجار الفحل للضراب الذى يمكن تحصيل الإجماع على جوازه، مضافا إلى السيره، و من استيجار الحمام و إن استلزم إتلاف الماء، كما عن الإيضاح و حواشى الشهيد التصريح به، بل ربما يكون هو المقصود.

على أنه يمكن أن يقال: إن ذلك و الحمام من اشتراط البذل للعاده، لكن فى القواعد و المحكى من جامع الشرائع «و إجاره الحمام للبث فيه و استعمال الماء تابع» و يمكن أن يريد ما ذكرنا، و إن كان يأباه لفظ التبيعه.

اللهم إلا أن يراد منها التبيعه فى عقد الإجاره، لا فى القصد.

و فى محكى التذكرة تاره أن بعض الأعيان قد يتناولها عقد الإجاره للحاجه و الضروره، كاستئجار الحمام المشتمل على استعمال الماء و إتلافه، و أخرى هل المدفوع إلى الحمامى ثمن الماء و يتطوع بحفظ الثياب و إعاره السطل، أو المدفوع أجره الحمامى و السطل و أما الماء فإنه غير مضبوط حتى يقابل بالعرض.

و كان مراده أن ما فى أيدي الناس من دفع العوض بالدخول إلى الحمام هو نقل عين، و المنافع تابعه، أو بالعكس، و لعل الأقوى الثانى، و أنه جاز للسيره، أو أنه من اشتراط البذل للعاده أو لنحو ذلك، و لا يحتاج إلى تكلف كون الجميع منافع حتى استعمال الماء، و إن استلزم ذلك إتلاف بعض أجزاء الماء، ضروره كونه كإتلاف بعض أجزاء الثوب مثلا بالاستعمال، فإن المراد الانتفاع به بعقد الإجاره مجموع أجزاء ماء الحمام، لا خصوص التالف منها، و ذلك باق، و لم يقتض عقد الإجاره إتلافه، حتى ينافى مقتضاها، و لا يقدر فى ذلك عدم ضبط المده، و لا الإجاره لأشخاص متعددين، من غير فرق بين أول داخل و غيره.

على أن ذلك لازم على تقدير كون الإجاره للحمام أيضا لكن لا يخفى عليك ان التزام ما ذكرناه أولى من ذلك كله، و لولا ظهور كلام من تعرض لذلك، فى أن الحمام من الإجازات لأمكن القول بأنه من الإباحات للأعيان و المنافع بعضو،

و هي قسم مستقل برأسها، لا تدخل تحت عقود المعاوضه، و لها أفراد كثيره كما حررناه في غير المقام.

و كيف كان فهذا كله إذا أذن الزوج فإن لم يأذن ففيه تردد بل عن المبسوط و الخلاف و السرائر عدم الجواز، لا لأنه مالك منافعها، بل لمنافاته لحق الاستمتاع بها الذى لا بد لها من التهيؤ له، فى كل وقت محتمل، إذ لم يعلم متى يريد منها، و لذا لم يجز لها الصوم من دون إذنه.

و لكن الجواز أشبه إذا لم يمنع الرضاع حقه وفاقا للكركى و الفاضل، و ثانى الشهيدين، للأصل السالم عن معارضه ما سمعت، بعد فرض وقوع الإجاره حال عدم معارضه حق الزوجه لغيبته، أو لمرضه أو لغير ذلك من موانع الاستمتاع، على وجه يوثق به عادة، ضروره اعتبار عدم استغراق الأوقات فى الاستمتاع الذى ليس للزوج غيره من باقى منافعها، فهى مسلطه عليها، و منع الصوم بدون إذنه بعد تسليم عدم تقييده بما عرفت أيضا للدليل، و لو فرض اتفاق إرادته الاستمتاع فى الزمان المزبور كان له ذلك، لوجوب تقديم حقه على حق المستأجر فتفسخ الإجاره حينئذ فى الزمان المزبور، و يتسلط المستأجر على فسخ الباقي.

و كذا الكلام فى غير الرضاع من الاعمال خصوصا غير المقيد منها بزمان، و لو فرض تقدم الإجاره على النكاح، فلا اعتراض للزوج قطعا كما صرح به غير واحد لسبق الحق، و لكن له الاستمتاع بها فيما فضل عن وقت الإرضاع، و ليس لولى الطفل منعه من الوطى مع عدم تضرر الولد به، أما إذا تضرر فله ذلك، لسبق حقه، و لو كان المستأجر للإرضاع الزوج جاز، و لو لولده منها، و كذا غيره من الاعمال.

خلافًا للمحكى عن أبى حنيفه فى الثانى، فلم يجوز للطبخ و ما أشبهه، لأنه مستحق عليها فى العاده، و لا ريب فى بطلانه.

و للمحكى عن الشيخ و أصحاب الرأى و الشافعى فى الأول، فلم يجوزوا استئجارها لإرضاع ولده منها، لأنها أخذت منه عوضا فى مقابله الاستمتاع، و آخر

فى مقابله التمكين و الحبس فلا يلزمه عوض آخر.

و فيه: مع شمول الدليل الولد من غيرها، و الانتقاض باستئجارها لغيره من الأعمال أن التمكين و الاستمتاع غير الحضانه و الإرضاع و استحقاق منفعه لا يمنع استحقاق منفعه سواها بعوض آخر، و دعوى كون اللبن للزوج واضح المنع، لعدم الدليل، و نشر الحرمة منه أعم من ذلك، و على كل حال ف لا بد من مشاهدته الصبى الذى استؤجرت لإرضاعه، بلا خلاف أجده فيه، لاختلاف الصبيان فيه باختلافهم فى الصغر و الكبر، و النهمه و القناعه، و غير ذلك مما تختلف الأجره باختلافه على وجه تتحقق الجهاله مع عدمه.

بل لو فرض عدم معرفه ذلك بالمشاهده النظرية و جب اختباره لمعرفة ذلك، بل هو كذلك فى كل ما قلنا باعتبار المشاهده فيه، بل ربما أوماً اقتصار المصنف و غيره عليها، إلى عدم الاكتفاء بالوصف، لكن عن الأردبيلى الاجتزاء به كالراكب، و لا بأس به مع فرض ارتفاع الجهاله، بل قيل ظاهر جماعه عدم اشتراط هذا الشرط من أصله، لاقتصارهم على ذكر المده، و إن كان كما ترى، ضروره إرادتهم ذلك فى مقابله الضبط بالعمل، لا ما نحن فيه، فيمكن ترك تعرضهم لوضوحه، كترك الأكثر التعرض للصبيه التى من الواضح مساواه حكمها لحكمه.

نعم لو استأجرت على وجه تستحق منافعتها أجمع التى منها الرضاع أمكن حينئذ عدم اعتبار مشاهدته الصبى.

و أما تعيين المرضعه فظاهر جماعه اشتراطه، و منهم المصنف كما ستعرفه عند قوله، فان مات إلى آخره كما أنك قد عرفت الحال فى مخالفه الرضاع قواعد الإجاره و أنه ينبغى الاقتصار فيه على المتيقن أو كالمتيقن دون المشكوك فيه و الله هو العالم.

و هل يشترط ذكر الموضع الذى ترضعه فيه قيل: و القائل الفاضل فى قواعد و المحكى من تذاكرته و ثانى المحققين و الشهيدين و محكى المبسوط و الوسيطه نعم لاختلاف المحال فى السهوله و الصعوبه، و الوثاقه فى الحفظ و عدمه، و غير ذلك

و لكن مع هذا فيه تردد مما عرفت، و من تفاوت الأغراض لا مما يتوقف عليه ارتفاع الجهاله فى الإجاره، و لذا لا يعتبر التعرض له فى باقى الأعمال المتفاوته بالنسبه إلى ذلك، بل لعل هذا هو الأقوى، و حينئذ فلها فراغ ذمتها فى أى مكان.

و على كل حال ف ان مات الصبى أو المرضعه المعينه بطل العقد بلا خلاف و لا إشكال، لتعذر المستأجر عليه حينئذ، بل ربما ظهر من إطلاق المتن كالمحكى من المبسوط و التذكرة البطلان بموت المرضعه و جوب تعيينها كالصبى، للغرر الذى لا يمكن ارتفاعه بوصف الكلى و للاقتصار فيما خالف ضابط الإجاره على المتيقن.

و دعوى القطع بعدم الفرق ممنوعه، لكن فى القواعد و جامع المقاصد و المسالك و محكى السرائر و الحواشى تقييد ذلك بما إذا كانت معينه و مقتضاه حينئذ ما صرح به فى الثلاثه الأول منها الصحه مع عدم تعيينها، و لعله الأقوى و حينئذ فلا تنفسخ بالموت كغيره من الأعمال المستأجر عليها فى الذمه، فيخرج حينئذ أجره المثل من تركتها، كما فى القواعد و غيرها.

قيل: و تدفع إلى ولى الصبى، و فيه أن المتجه بناء على ذلك الاستيجار بها عنها، لعدم انفساخ الإجاره بعدم تعذر العمل المستأجر عليه. بعد فرض كونه فى الذمه.

نعم لو تراضيا على دفع ذلك اليه عوضا عن العمل المستحق، أو كان أصل الاستيجار ممتعا لتعذره بالمره، جاز حينئذ دفعه إلى الولى مع احتمال انفساخ الإجاره فى الأخير بسبب التعذر المزبور، لصيرورته كالمعين الذى قد تعذر، و لو أطلق العقد فهل ينزل على المباشره أو على المضمون؟ وجهان، و لعل الأول لا يخلو من قوه للتبادر.

و من هنا قال فى القواعد: «إنه لو دفعت المرضعه الصبى خادمتهما فالأقرب عدم استحقاق الأجره، لعدم العمل المستأجر عليه، و التبرع بإرضاع الجاريه إذ هو حينئذ

كما لو سقته لبن الغنم، و لو اختلف المستأجر و المرضعه فى إرضاعها نفسها، و إرضاع غيرها أو عدم الرضاع، فالظاهر تقديم قولها لو ادعته، لأنها أمينه، و لأنه فعلها و تعسر الأشهاد عليه ليلا و نهارا و الله هو العالم.

و لا فرق فى جميع الأحكام المزبوره بين الأمه و الحره، فإن السيد يجوز له إجاره أمتة للإرضاع و جبرها عليه، لأنها ملكه من غير فرق بين القنه و المدبره و أم الولد. نعم الظاهر عدم ذلك فى المكاتبه و لو مشروطه، و المبعوضه إلا باذنه، لكن عن المبسوط و موضع من التحرير أن له أن يجبر المشروطه، و هو كما ترى.

نعم فى القواعد و محكى التذكرة و التحرير و جامع المقاصد أنه إن كان لاحديهن ولد لم يجز له أن يوجرها، الا ان يفضل عن ولدها و إن كان مملوكا له، لأن السيد إنما يملك فاضل حاجه مملوكه.

قلت: لا- فرق بين المملوكه و الحره إذا تعين عليها إرضاع ولدها، نعم لو أقام مرضعه غيرها ترضعه كان له إجارتها، و لو كانت الأمه مزوجه، جرى عليها ما عرفته من حكم الحره بالنسبه إلى الاستيدان و عدمه.

و كيف كان ف لو مات أبوه أى المرتضع هل تبطل بينى على القولين فى موت المستأجر إذا كانت الإجاره أصاله، و قد عرفت الحال فيهما سابقا، لكن عن السرائر البطلان هنا مع قوله بالعدم هناك، و لا نرى له وجهها، أما إذا كانت الإجاره للطفل، و إن باشر ذلك الولي فلا بطلان بموت الولي، و فى المسالك «و لو كان الولد معسرا و استأجر الأب عليه بمال فى ذمته أو ذمه الأب و لم يخلف تركه توجه جواز فسخها، لا- أنها تبطل بذلك» و هو كذلك مع عدم العلم بالحال و لكن قوله أو فى ذمه الأب لا يخلو من إجمال فتأمل. و الله هو العالم.

و لو استأجر شيئا مده معينه لم يجب ذكر تقسيط الأجره فى متن العقد على أجزائها عندنا لإطلاق الأدله سواء كانت المده قصيره أو متطاوله خلافا لبعض العامه فأوجهه إن كانت سنتين فصاعدا، حذرا من الاحتياج

إلى تقسيط الأجره على المده على تقدير لحوق الانفساخ بتلف و غيره، و ذلك مما يشق و يتعذر.

و فيه- مع انتقاضه بالناقص عن السنتين المجمع على ذكر التقسيط فيه، و بإجراء المده التي جعل لها قسطا لو تلف في أثنائها- أنه مجرد اعتبار لا يصلح معارضا للأدله الشرعيه.

نعم لا بأس بذكر ذلك مع التفاوت و بدونه لكونه حينئذ من الشرط الذي لا خلاف في جوازه، فلو تلفت العين في أثناء المده كانت أجره ما مضى بحسب ما شرط، و لو كان التلف في أثنائها قسط المسمى لها على أجزائها كما لو لم يذكر تقسيطا في العقد، و كيفيه التقسيط ما سمعته سابقا و الله أعلم.

و يجوز استيجار الأرض لتعمل مسجدا و غيره من الأفعال الراجحه بلا خلاف أجده فيه، بل عن كشف الحق نسبته إلى الإماميه، لأن ذلك غرض مقصود محلل متقوم، فيشملة إطلاق الإجاره خلافا للمحكي عن أبي حنيفه من عدم الجواز، لأن فعل الصلاه لا يجوز استحقيقه بعقد الإجاره بحال، فلا تجوز الإجاره لذلك، و هو كما ترى غلط واضح، ضروره الفرق بين الاستيجار على الصلاه و بين استيجار المكان أو اللباس للصلاه فيه.

نعم في جامع المقاصد و المسالك «لا يثبت لها حرمة المسجد، لأنه اسم للعين الموقوفه» مؤيدا لذلك، و إطلاقه على الفرض مجاز باعتبار إعدادها لما أعد له المسجد، كإطلاقه على ما يقتطعه الإنسان من داره مسجدا له و لعياله، لكن عن الأردبيلي منع كون المسجد اسما لذلك، بل هو للأعم منه و من المقام، خصوصا في المده الطويله كالمائه سنه و نحوها، و ربما يؤيد بإطلاق المعظم هنا اسم المسجد عليه، و الأصل فيه الحقيقه.

و فيه إن من المعلوم كون غرض الأصحاب في المقام الرد على أبي حنيفه المانع من استيجار المكان للصلاه فيه، فمرادهم من المسجد هنا كونه محلا للسجود،

نحو إطلاقهم في مكان المصلى أنه يستحب اتخاذ مسجد في الدار، و مرادهم إعداد مكان مخصوص للصلاه كما تقدم تحقيق ذلك في محله و الله العالم.

و يجوز استيجار الدراهم و الدنانير إن تحققت لهما منفعه حكميه مع بقاء عينهما و إن كانت نادره و لم يعد إلها غالبا كالزينة، و دفع المرء مظنه الفقر عن نفسه، و الضرب على سكتها و الوزن بها و نحو ذلك، وفاقا للمحكي عن الشيخ و الفاضل و الشهيدين و غيرهم.

بل عن مجمع البرهان أنه لا شك فيه لو حصل نفع مقصود محلل لإطلاق أدله الإجاره، و عدم السفه في ذلك بعد فرض تحقق المنفعه المزبوره.

و ليس قول المصنف «إن تحققت» إلى آخره ترددا منه في إجارتهما، بل للتردد في تحقق منفعه لهما كذلك، بل المقصود جواز إجارتهما لهذه المنفعه عند تحققها، و إلا كانت المعامله سفهيه نحو ما سمعته سابقا في بيع مالا منفعه له غالبا، لقلته أو لغيرها، من أنه يجوز إذا تحققت و إن كانت نادره، فحبه الحنطه يجوز بيعها مع الحاجه إليها لفخ و نحوه، و كذا غيرها، لكن عن الضابط المزبور الذي به تخرج المعامله عن كونها سفهيه، و هو المدار هنا و هناك على الأصح.

و احتمال عدم الجواز حتى مع تحقق المنفعه للشك في تناول مثل ذلك في غير محله، كاحتمال عدم جواز إجارتهما لعدم صحه وقفهما، و عدم ضمان منفعتهما لو غصبا.

و فيه أولا: منع الملازمه، فإن الحر و أم الولد يجوز إجارتهما، و لا يجوز وقفهما.

و ثانيا: منع عدم جواز وقفهما للمنافع المزبوره، و كذا يمنع عدم ضمان الغاصب بعد إجارتهما و مقابلتها بالمال، كمنافع الحر المستأجر أجيرا خاصا، أما مع عدم مقابلتها بمال فلعله لا ضمان لعدم تحقق المنفعه حينئذ التي تعد مالا عرفا، كمنفعه الحر التي هي كذلك، و لا يقدر ذلك في جواز الإجاره بعد

التحقق.

و من ذلك كله يعرف جواز استئجار التفاح و غيره للشتم و غيره، كالطعام لتزيين المجلس، و الشجره لنشر الثياب عليها، و ربط الدابه بها و الاستغلال بظلمها و نحو ذلك، و إن لم تكن معدة لذلك، و لا- تستأجر غالبا له، كما أن منه يعرف ما فى كلام جماعه من أصحابنا و الله هو العالم.

[تفريع لو استأجره لحمل عشره أقفزه من صبره فاعتبرها ثم حملها فكانت أكثر فإن كان المعبر هو المستأجر لزمه أجره المثل عن الزيادة]

تفريع لو استأجره لحمل عشره أقفزه من صبره مثلا فاعتبرها معتبر ثم حملها فكانت أكثر كثره معتدا بها لا يسيره نحو ما يتفاوت به الموازين فإن كان المعبر و المحمل عامدا هو المستأجر من غير علم من الموجر لزمه أجره المثل عن الزيادة، و ضمن الدابه إن تلفت لتحقق العدوان الموجب لذلك كما صرح بذلك كله الفاضل و الكركى و الشيخ فى المحكى عن مبسوطه، بل قال الثانى منهم «أنه لا بحث فيه» و لعله كذلك.

نعم فى إرشاد الأول منهم «أنه يضمن نصف الدابه، و كأنه لاستناد التلف إلى فعلين، أحدهما مأذون فيه و هو غير مضمون، و الآخر غيره، و لا ينظر إلى التفاوت بعد نسبه التلف إلى المجموع، كمن جرح نفسه جراحات، و جرحه آخر جراحه واحده فسرى الجميع، فإنه يضمن نصف الدابه».

و فيه: أنه مخالف لظاهر الفتاوى و معقد المحكى من إجماع الخلاف و الغنيه و التحرير و التذكرة، بل فى الأول نسبتة إلى الأخبار أيضا.

و لعله أشار إلى خبر أبى ولاد(١) و خبر الصيقل (٢) و خبر الحلبي (٣) و خبر

١- ١ الوسائل الباب- ١٧- من أبواب أحكام الإجاره الحديث- ٢١.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١٧- من أبواب أحكام الإجاره الحديث- ٣.

٣- ٣ الوسائل الباب- ١٧- من أبواب أحكام الإجاره الحديث- ٤.

عمرو بن خالد(١)المشتمله على ضمان الدابه بتجاوز المكان المشترك، بناء على عدم الفرق بين أسباب التعدى، و على ظهور ضمان الدابه فى مجموعها، بل فى خبر أبى ولاد منها التصريح بلزوم قيمه البغل.

و منه يظهر ما فى المسالك «من احتمال التوزيع على الأصل و الزيادة، فيضمن قسط الزيادة، لأن التلف مستند إلى الجملة فلا ترجيح، و لاستلزام التنصيف مساواه الزائد للناقص، و هو محال، و التوزيع على المحمول ممكن بخلاف الجراحات» ضروره مخالفته لما عرفت أيضا على أن التلف قد استند إلى الجمع الذى هو غير مأذون فيه أصلا.

و من هنا استوجه الأردبيلى فيما حكى عنه ضمان أجره المثل للمجموع لا- للزيادة خاصه، لأن المسمى إنما كان على العشره مثلا على أن يكون معها غيرها، فإذا كان صارت غير المستأجر عليها فيستحق أجره المثل على المجموع، قال: «و إنها ربما تكون أجره الماء رطل مجتمعه أضعاف أجره الخمسين وحدها، و استوضح ذلك فى أجره الحبه وحدها و الجفنه كذلك، فإنه لا أجره لكل حبه حبه فى

التغار، و لجميع الحبوب أجره كثيره، ثم حمل خبر أبى ولاد و كلام الأصحاب على الغالب الأكثر».

و إن كان قد يناقش (أولاً) بمخالفته لظاهر بعض النصوص المزبوره، (و ثانياً) بأن مفروض البحث الاستيجار على العشره لا بشرط، فلا تخرج عن استحقاق حملها بضم غيرها بعد صحه العقد الذى لا يترك مقتضاه حينئذ و التفاوت الذى ذكره يتدارك بملاحظه أجره المثل للزيادة مجتمعه.

و أغرب من ذلك كله ما عن المقنعه و الغنيه فى نحو المقام من أن عليه أجره الزائد بحساب ما استأجرها، بل عن ثانيهما الإجماع عليه، إذ هو مع مخالفته لقاعده ضمان الغاصب لا دليل عليه، و يمكن حمل كلامهما على غلبه موافقه المسمى لأجره المثل.

و على كل حال فقد ظهر لك قوه ما فى المتن مع التقييد الذى ذكرناه، بل الظاهر ذلك كله لو وقع منه خطأ، لعدم الفرق فى أسباب الضمان بين العمد و الخطاء.

بل هو كذلك أيضا فيما لو أمر بالتحميل أجنبيا جاهلا بالحال، بل المؤجر نفسه على غروره، بل يقوى ذلك أيضا فيما لو هياه للموجر مدلسا له عليه، بل و إن لم يقصد التدليس لعدم علمه بالحال إذا فرض وقوع ذلك منه خطأ، لتحقق الغرور بالفعل، نحو تقديم طعام الغير للأكل.

نعم لو لم يكن منه أمر و لا تدليس و لا تهيتته فحمله المؤجر ظنا منه أنه هو المستأجر عليه لم يكن عليه شىء، للأصل السالم عن المعارض.

هذا كله مع جهل الموجر بالحال، أما مع علمه فقد أطلق الفاضل و الكركى عدم ضمان الدابه بتفريط الموجر بحمل الزيادة مع علمه بها بل عن التحرير و التذكرة التردد فى لزوم الأجره للزيادة لذلك و إن كان فى محله مع فرض كون المحمل المستأجر أو الأمر، بل لعل إخباره بالكيل كذبا و تهيتته للتحميل كذلك أيضا و إن علم الموجر بكذبه و حمله هو، لأن ذلك بمنزله الاذن فى حمله، بل هو شبه المعاطاه فلا يكون الموجر متبرعا، و السكوت مع العلم ليس برضى فى جميع ذلك كما هو واضح.

فما فى المسالك «فيما لو كان الموجر عالما بالزيادة إن لم يقل المستأجر شيئا و باشر الموجر التحميل فلا شىء على المستأجر، و لا فرق بين أن يضعه المستأجر على الأرض فيحمله الموجر على الدابه و بين أن يضعه على ظهرها فيسدها الموجر، و إن أثم المستأجر فى الثانى مع احتمال الفرق»- لا يخلو من نظر.

و كذا ما فى جامع المقاصد من عدم الأجره له لتبرعه بحملها فيتجه أن يجب عليه ردها، و إن قال: مع احتمال لزوم الأجره لأنه كالمعاطاه فى الإجاره، و لو أجبره بالزيادة، و قال احملها فأجابه الموجر لزمه الأجره ما لم يظهر إرادته المجانيه من الأمر.

و إن كان قد اعتبرها الموجر و حملها هو أو أمر غير المستأجر بالتحميل

لم يضمن المستأجر أجره و لا قيمه للأصل السالم عن المعارض من غير فرق، بين الخطاء و العمد، و بين علم المستأجر و جهله، بل لو أمره نفسه فحملها جاهلا- لم يكن عليه شىء، بل لعله كذلك لو كان قد هياها للتحميل المغرور بفعل الموجر كما عن التذكرة أنه قواه، لكنه تردد فيه فى المسالك.

نعم لو كان عالما فحملها من دون أمر لزمته الأجره قطعا، كما فى جامع المقاصد، و إن كان الموجر عالما، بل لعله كذلك أيضا إذا كان جاهلا- و لم يصدر من الموجر ما يقتضى الغرور، أما لو أمره المؤجر بالحمل مع علمه أى المستأجر بالزيادة ففى لزوم الأجره نظر، كما فى جامع المقاصد.

و كيف كان فيجب رد الزيادة حيث لا- يكون إذن من صاحبها إليه، بل إلى بلد الأجره بل فى المسالك لو لم يعلم المستأجر حتى أعادها الموجر إلى البلد المنقول منه، فله أن يطالبه بردها إلى المنقول إليه، و فيه أنه لا- دليل على وجوب ذلك، بل لعل مقتضى إطلاق الأدله خلافه، بل لعله كذلك بالنسبه إلى بلد الأجره، فلا يجب حينئذ عليه إلا الرد للمالك فى أى مكان أو أى زمان، و كذا كل حق هو كذلك فتأمل جيدا.

و لو كان المعتبر و المحمل أجنبيا من غير علمهما و من غير إذنهما، فهو متعد عليهما، يضمن الدابه لصاحبها، و الطعام لمالكه و لزمته أجره الزيادة للموجر و فى ردها ما عرفت، من غير فرق فى ذلك بين عمده و خطأه، و لو تولى الحمل بعد كيل الأجنبى أحد المتعاقدين، فإن كان عالما فهو كما لو كان بنفسه، و إن كان جاهلا و قد أخبره الأجنبى كاذبا، فهو كما لو تولاه الأجنبى، و إلا فإن عددنا الكيل و الأعداد للحمل غرورا ضمن، و إلا فلا.

و فى المحكى عن مجمع البرهان و لو كان ياذنهما من دون علمهما بالمقدار فهناك احتمالان (أحدهما) أن الحكم كذلك، (الثانى) أن الضمان على الأذن فإن كان منهما فثلاثه احتمالات، أحدها: أن الحال فى ذلك كما إذا كانا

معا هما المعبرين، الثاني: أنه كاعتبار صاحب الدابه، للأصل، الثالث: أنه كاعتبار صاحب الحمل.

قلت: لا مدخلية للإذن في الضمان، ضروره كونها بالمقدار الخاص، فالزيادة لا إذن فيها، فإذا حملها بنفسه أو بغروره توجه عليه الضمان.

نعم لو حمله العالم منهما لم يكن عليه شىء، لعدم مباشرته و عدم غروره كما هو واضح، و لو اعتبرا معا و حملا- كذلك جاهلين بالزيادة ففي ضمان الدابه و أجره المثل نظر، و لو كانا عالمين فلا ضمان للدابه، و فى ضمان أجره الزيادة وجه و لو كان المحمل أحدهما فإن كان المستأجر فالظاهر مساواه حكمه لما إذا كان هو المعبر مع ذلك، و إن كان صاحب الدابه لم يكن له شىء.

و من ذلك كله ظهر لك الحال فى جميع الصور التى تتصور فى المقام، و إن ذكرنا المهم منها كظهور كون البحث فى ضمان الدابه أو نصفها أو التوزيع الذى قد تقدم سابقا إذا كان التلف بالتحميل، لا ما إذا كان بغيره، و كانت أمانه فى يد المستأجر، فإنه لا إشكال فى ضمانه الجميع من حيث التعدى فى الأمانه، كما أن الأقوى ذلك أيضا فى الأول، لما عرفت من استناد التلف إلى الضم الذى هو فعل المستأجر عدوانا، و الله هو العالم.

[الشرط الخامس أن تكون المنفعه مباحه]

الشرط الخامس أن تكون المنفعه مباحه فلو أجره مسكنا ليحرز فيه خمرا أو دكانا لبييع فيه آله محرمة أو أجيرا ليحمل له مسكرا أو جاريه للغناء أو كاتبا ليكتب له كفرا و نحوه لم تنعقد الإجاره، و ربما قيل بالتحريم و انعقاد الإجاره، لإمكان الانتفاع فى غير المحرم، و الأول أشبه، لأن ذلك لم يتناوله العقد كما تقدم الكلام فى ذلك كله فى باب

المكاسب، فلاحظ و تأمل.

و كيف كان ف هل يجوز استيجار الحائط المزوق للتنزه قيل: و القائل ابن إدريس نعم و اختاره فى التنقيح و استحسنة فى المسالك و فيه تردد كما فى القواعد بل منعه فى محكى الخلاف و المبسوط للسفة، و لأنها منفعه ليس للمالك منعها، كالاستغلال بالحائط و الحق الجواز مع عدم السفة، و كان كإجاره الكتاب الذى فيه خط جيد للتعلم منه.

[الشرط السادس أن تكون المنفعة مقدورا على تسليمها]

الشرط السادس أن تكون المنفعة مقدورا على تسليمها فلو آجر عبدا آبقا لم تصح للسفة و لو ضم إليه شىء لحرمة القياس على البيع عندنا و لكن فيه تردد من ذلك، و من أولويه الإجاره من البيع، لاحتمالها من الغرر مالا يحتمله البيع، و قد أشبعنا الكلام فى البيع على وجه يستفاد منه تفصيل المسألة هنا، فلاحظ و تأمل.

و لو استأجر شيئا ف منعه الموجر من تسلّمه (١١) أصلا و استيفاء منفعته أجمع، و لم يتمكن من جبره على أخذ العين منه، أو تمكن و لم يفعل سقطت الأجره (١٢) عند الشيخ، و فيما حكى عن التذكرة لانفساخ العقد قهرا، تنزيلا لذلك منزله التلف قبل القبض، المقتضى للانفساخ فى البيع، و فى المقام، لتعذر تحقق المعاوضه حيثئذ.

و فيه أن الأصل عدم الانفساخ، و إنما خرجنا عنه فى التلف السماوى بالنص، فيبقى غيره على الأصل.

و من هنا قال فى المسالك تبعا لجامع المقاصد الظاهر أن سقوطها مشروط بالفسخ، لتعذر حصول العين المطلوبه، فإذا فسخ سقط المسمى إن لم يكن دفعه، و إلا استرجعه»

و بهذا صرح فى القواعد.

و إليه أشار المصنف بقوله و هل له أن يلتزم و يطالب المؤجر بالتفاوت فيه تردد مما عرفت، و الأظهر نعم.

بل إن لم يكن إجماعاً أمكن القول بلزوم ذلك عليه، لأصالة اللزوم و ليس له إلا المنفعة التى قد فوتها عليه المالك الغاصب، فله قيمتها، كما أن للموَجَر المسمى، إلا- أنه لما كانت الإجاره من عقود المعاوضه التى تقتضى عوضيه ملك بملك، و قبضا بقبض، إلا أن الثانى منهما لما كان غير معتبر فى الصحه يجبر الشارع من فاته منهما بالخيار ما لم تكن تلفاً سماوياً كما لا يخفى على من اعتبر ذلك فى جميع عقود المعاوضه.

و لعل منه ما لو أتلّف المالك المبيع على المشتري قبل قبضه، فإن المشتري حينئذ بالخيار بين الفسخ و بين الإمضاء، و المطالبه بالمثل أو القيمة، و ذلك لأنه اجتمع فيه أمران أحدهما تعذر تسليم العوض، و الآخر مباشره إتلاف مال الغير، فيتخير فى الفسخ نظراً إلى الأمر الأول، و المطالبه بالقيمة أعنى أجره المثل نظراً إلى الأمر الثانى، و لو منعه بعد استيفاء بعض المنفعة، فعن التذكرة الخيار أيضاً لكن لا يخلو من نظر، لأصالة اللزوم، و الفرض حصول قبض المعاوضه.

اللهم إلا أن يقال: إنه لما كان استيفاء المنفعة تدريجياً كان قبضها كذلك لأن حصوله باستيفائها، فمنعه فى الأثناء حينئذ مفوت لقبض المعاوضه فى البعض المراد منه و المخاطب به، فيتسلط حينئذ على الخيار، لما عرفت، و بذلك يظهر الفرق بين هذه و بين المسألة الآتية، و هى منع الظالم فى الأثناء.

و كيف كان ف لو منعه ظالم عن الانتفاع بالعين، بأن غصبها منه قبل القبض كان بالخيار بين الفسخ و المطالبه بالمسمى إن كان قد دفعه، و بين الالتزام و الرجوع على الظالم بأجره المثل عوض ما استوفاه من المنفعة التى هى من أمواله، لما عرفت من فوات القبض الذى هو مقتضى المعاوضه.

و ظاهر المصنف و غيره اختصاص رجوعه بعد الالتزام بالظالم دون الموجر، و هو

كذلك، لأصالة البراءة، و إن احتمله بعضهم لكون العين في يده مضمونه عليه، حتى يتحقق القبض.

لكن فيه أن المسلم من ضمانه وجوب المسمى عليه بالانفساخ أو الفسخ، لا ضمان قيمه العين بتلف العين، و هو واضح، كما أن الظاهر أيضا عدم سقوط الخيار المزبور بعود العين للمستأجر في أثناء المده، للأصل و التضرر بالتبعض.

نعم ليس له الفسخ فيما مضى من المده خاصه، و الرجوع بقسطه من المسمى على الموجر، و استيفاء الباقي من المنفعه. لعدم جواز التبعض في العقد كما هو واضح و إن تردد فيه في القواعد، و احتمله في المسالك، إلا أنه بمكانه من الضعف.

و لو كان بعد القبض في ابتداء المده أو في أثنائها لم تبطل الإجاره قطعاً، بل ليس له الفسخ لأصالة اللزوم، و الفرض أنه كان تمام القبض من المالك و إنما له الرجوع على الظالم بأجره المثل، بل في المسالك تبعاً لجامع المقاصد أن الظالم لو كان هو الموجر فالحكم كذلك أيضاً، لكن قد سمعت ما حكيناه عن التذكرة و توجيهه و الله العالم.

و إذا انهدم المسكن مثلاً و فات أصل الانتفاع و لم يمكن إعادته انفسخت الإجاره، لتعذر المستأجر عليه، فله من المسمى حينئذ بنسبه ما فات من المنفعه، و إن لم يفت أصل الانتفاع و أمكن إزالته كان للمستأجر فسخ الإجاره مع فوات بعض المنفعه للتعب بالتبعض، إلا أن يعيده صاحبه و يمكنه منه بسرعه على وجه لم يفت الانتفاع، بل كان موصولاً بعضه ببعض، لعدم التضرر حينئذ، فيبقى أصل اللزوم بحاله.

و لكن مع هذا فيه تردد ينشأ من ذلك، و من ثبوت الخيار بالانهدام فيستصحب، بل اختاره في جامع المقاصد، و قواه في المسالك، و إن كان قد يناقش فيه بمنع ما يدل على ثبوته بالانهدام من حيث كونه انهداماً، و إن لم يفت

به شيء من المنفعه على وجه تنقطع به أصاله اللزوم، اللهم إلا أن يستبعد الفرض، و (١١) هو

خروج عن محل البحث.

نعم لو تمادى المؤجر فى إعادته على وجه قد فات بعض المنفعه، فالخيار باق، و إن أعاده كما سمعت، ف ان فسخ المستأجر حينئذ رجع بنسبه ما تخلف من الأجره إن كان سلم إليه الأجره و إلا دفع إليه منها ما قابل ما استوفاه منها، بلا خلاف و لا إشكال فى ذلك، و الله العالم.

و كيف كان فلا يخرج بالشرط المزبور الاستيجار للسنه القابله، و خصوصا إذا كانت متصله بالسنه التى هى للمستأجر، خلافا للمحكى عن الشيخ و أبى الصلاح فلا يصح لعدم الدليل، و تعذر التسليم، و فيه: أن الدليل عموم (١) «أَوْفُوا» و غيره، و التسليم واجب زمان الإجاره.

نعم لا فرق فى تعذر التسليم المانع من صحه الإجاره بين العقلى و الشرعى، فلو استأجر لقلع ضرس صحيح أو قطع يد صحيحه، أو جنبا أو حائضا بخصوصهما لكنس المسجد فى زمان حدثهما لم تصح.

أما لو كانت السن وجعه أو اليد متأكله على وجه يستحسنه العقلاء صحت، فان زال الألم قبل القلع انفسخت الإجاره و كذا لا يخرج به اجاره

الزوجه نفسها من دون إذن الزوج باعتبار استحقاقه منافعتها، ضروره أنه ليس له إلا استحقاق الاستمتاع، فتصح إجارته فيما لا يعارضه، و أما فيه فهو موقوف على إذنه.

بل فى جامع المقاصد انفساخها لو فرض إجارته بدون إذنه فى زمان مخصوص مطمئن فيه بعدم الاستمتاع فاتفق إرادته الزوج فيها ذلك على خلاف العاده، تقديمه لحقه على حق المستأجر، و لو كانت الإجاره على عمل فى الذمه كخياطه ثوب أو حمل متاع فغضب العبد الخياط و الدابه الحامله من الموجر قبل قبض المستأجر فله مطالبه المالك، لعدم ما يقتضى تعيين حقه بذلك.

نعم إن تعذر البدل فى القواعد «تخير بين الفسخ، و الإمضاء و الصبر إلى

التمكن» و تبعه فى جامع المقاصد و لا يخلو من بحث، و كذا ما فىهما أيضا من أنه لو كان الغصب بعد القبض طالب المستأجر بأجره المثل خاصه، و إن كان فى ابتداء المده فلا خيار له، لأن الغصب بعد قبض العين، و استقرار العقد، و براءة المؤجر، و لو حدث خوف منع المستأجر من الاستيفاء و الموجر من التغيرير بماله، تخيرا، بل احتمال بعضهم الانفساخ.

و لو اختص الخوف بالمستأجر تخير أيضا أو انفسخ العقد إذا كان المراد استيفاؤه بنفسه، و إلا فلا خيار لإمكانه إجارتها، و لعله المراد للفاضل فى محكى تحريره، و لا يفسخ بالعدر، فلو اكرتري جملا للحج ثم بدا له أو مرض و لم يخرج لم يكن له فسخ الإجاره.

و لذا حكى عن الشهيد فى الحواشى المنسوبه إليه عليه تقييده بالمرض الذى يتمكن من الخروج معه، قال: «أما لو لم يمكنه الخروج أصلا، و لم يجر له إجارته لغيره كان يشترط عليه استيفاء المنفعه بنفسه، فإنه يقوى الفسخ».

لكن فى جامع المقاصد «عندى فيه شىء لأن تعذر الاستيفاء إذا اختص بالمستأجر و لم يكن من قبل الموجر مانع ففى إسقاطه حق الموجر و تسليطه المستأجر على الفسخ أو الحكم بالانفساخ إضرار بالمؤجر لمصلحه المستأجر».

و فيه: أنه مثل الأجير على قلع ضرر فسكن ألمه ضروره اشتراكهما فى منع المستأجر من الفعل و إن بذل الموجر له باعتبار كونه معاونه على الإثم و العدوان فتأمل جيدا و الله العالم.

و لو استأجر دارا للسكنى مثلا فحدث خوف عام يمنع من الإقامة بذلك البلد تخير فى الأقوى، و فى القواعد نظر، و لعله فرق بين هذه المسأله و السابقه أن الخوف فى تلك على المستأجر و الدابه بخلافه هنا، فإنه على المستأجر دون الدار و لذا نظر فى هذه، و قرب الخيار فى الأولى، إلا أن الظاهر ثبوت الخيار فى المقامين لقاعده لا ضرر بعد عموم العذر شرعا عن الاستيفاء، بل ربما احتمال الانفساخ قهرا.

نعم لو اختص الخوف بالمستأجر لم يكن له خيار إلا- مع اشتراط الاستيفاء بنفسه فإنه يأتي فيه أيضا الخيار أو الانفساخ، و لو استأجره لصيد شىء بعينه ففي القواعد لم يصح، لعدم الثقة بحصوله أى فلا تكون المنفعة مقدورا على تسليمها بحسب الغالب، و قد تقدم لنا فى كتاب البيع عند البحث على اشتراط القدره على التسليم فيه ما يستفاد منه حكم ذلك و غيره فلاحظ و تأمل و الله العالم.

[الفصل الثالث فى أحكامها و فيه مسائل]

إشاره

الفصل الثالث فى أحكامها و فيه مسائل:

[المسأله الأولى إذا وجد المستأجر بالعين المستأجره عيبا كان له الفسخ]

الأولى: إذا وجد المستأجر بالعين المستأجره بالخصوص عيبا سابقا لم يعلمه كان له الفسخ كما عن المبسوط و غيره بل عن ظاهر الغنيه الإجماع عليه و عن التذكرة لا- نعلم فيه خلافا إذا كان سابقا يوجب نقضا تتفاوت به الأجره و حكى فيها عن ابن المنذر نفى الخلاف فيه أيضا، بل أكثر من الأمثله لذلك و ظاهر بعضها تجدد العيب فضلا عن سابقه، لكن تقيدهما بالمنقص مناف لإطلاق جماعه و صريح آخرين كما أنه صرح غير واحد بل لا أجد فيه خلافا بينهم.

بل لعله معقد نفى خلاف التذكرة و ابن المنذر بقريته ما ذكره من الأمثله عدم الفرق فى ثبوت الخيار المزبور بين استيفاء بعض المنفعة و عدمه، و يكون حينئذ كخيار الغبن فى عدم السقوط بالتصرف، و بذلك يفترق عن خيار العيب فى البيع الذى يتعين الأرش به، بل صريح قول المصنف كغيره أو الرضا بالأجره من غير نقصان عدم الأرش هنا أصلا.

نعم فى اللمعه «و فى الأرش نظر» و فى جامع المقاصد تاره ينبغى أن يكون هذا حيث لا- يكون العيب منقضا للمنفعة، فإنه مع ذهاب بعض العين يجب التقسيط قطعا مع الخيار، و أخرى الأصح وجوب الأرش و ثالثه لا أستبعد ثبوت الأرش كثيرا،

و استوجهه فى المسالك، و استحسنة فى الروضة.

و كأن الوجه فى ما ذكره الأصحاب أن العقد إنما جرى على هذا المجموع و هو باق، فإما أن يفسخ أو يرضى بالجميع، و ثبوت الأرش فى البيع للنص فلا تقاس عليه الإجاره، و الضرر مندفع بالخيار الذى هو المعتاد فى جبر الضرر الناشئ من لزوم العقد، و بذلك ظهر أن الثابت الخيار خاصه فى الفرض.

و لو كان العيب مما يفوت به بعض المنفعة بمعنى إذا لم يفوت به شىء أو فوات به البعض كما فى المسالك قال: «لا ما إذا كان يفوت به الجميع، لأن ذلك يبطل العقد».

قلت: يمكن أن يريد المصنف بفوات البعض فوات كمالها كالدابة العرجاء أو المجموع أو نحو ذلك مما يكون فيه أصل الانتفاع موجودا، إلا أنه ليس على الوجه المراد للمستأجر، لا أن المراد فوات بعض المنفعة أصلا كدار وجد بعض بيوتها خرابا فإن المتجه فى ذلك التقييد لو اختار اللزوم لأنه من قبيل تبعض الصفقه، و ليس مما نحن فيه من وجدان العيب فى العين المستأجره المنصرف إلى ما ذكرنا دون ذلك، و إن أطلق عليه اسم العيب توسعا.

و لعل هذا هو الذى قطع به المحقق الثانى فيما عرفت، كما أن الفرد الآخر محل للنظر فى ثبوت الأرش من جهته، و قد عرفت أن مقتضى أصول المذهب و قواعده ثبوت الخيار له من دون أرش بعد حرمة القياس عندنا، و كون ذلك عند التأمل من فوات الوصف الذى لا يوزع الثمن عليه فى البيع، و إن تفاوت قله و كثره بالنسبه إليه.

نعم يبقى الإشكال فى ثبوت الخيار بالعيب فى العين، و إن لم يكن مفوتا لشىء من كمال المنفعة، و لا فيه نقص على المستأجر باستيفاء المنفعة، كالدابة البتراء أو الجداء أو نحو ذلك.

و دعوى أن الصبر على مطلق العيب فى العين المستأجره ضرر لا دليل عليها،

كدعوى أن مورد العقد العين لاستيفاء المنفعة، فتصرف إلى الصحيحه كالبيع، و لعله إلى هذا أو ما أفاضل في التذكرة في التقييد المزبور، كما أن غيره من الأصحاب نظر إلى ما ذكرنا من العيب الذى لا يكون به تفويت لكامل المنفعة، إلا أن فيه نقصا على المستأجر باستيفاء المنفعة منه، أما إذا لم يكن كذلك، فلعله غير مراد للجميع، و يبقى على أصاله اللزوم.

اللهم إلا أن يدعى انصراف عقد الإجاره إلى العين الصحيحه كالبيع، و فيه منع، و حينئذ يتجه فيه الخيار خاصه من دون أرش، ضروره عدم النقص فى منفعتة و هو انما يتوجه فيما إذا تفاوتت اجاره العين سليمه و معيبه، فإن نسبة ذلك التفاوت من المسمى هو الأرش.

و من التأمل فيما ذكرنا بان لك الوجه فى جميع أطراف المسأله حتى ثبوت الخيار مع استيفاء بعض المنفعة، لما عرفت من عدم الأرش له أصلا، فالزامه بالعين المفروض عيها ضرر، على أن المنفعة حصولها تدريجى، فما بقى منها لم يتصرف فيه بشىء، و منه ينقدح الوجه فيما حكى عن التذكرة من ثبوت الخيار أيضا فى العيب المتجدد بعد العقد أيضا، لكونه حينئذ عيبا سابقا على القبض، و ليس قبضه للعين قبضا لها بالنسبه إلى ذلك كما هو واضح.

فإذا فسخ بعد استيفاء البعض ثبت عليه من المسمى بالنسبه، لأن الفسخ فى الحقيقه لما بقى و لذا لم يكن له فسخ لو فرض استيفاء الجميع و احتمال أن له الفسخ فيما مضى فيثبت حينئذ للموجر أجره المثل واضح الضعف.

و على كل حال فلو فسخ بالعيب و قد كان الموجر قد باع العين فالمنفعة للبائع لعدم استحقاق المشتري إياها بعد أن شراها مسلوبه المنفعة المخصوصه و بذلك انقطعت تبعيتها للعين فيستصحب و الله العالم.

هذا كله إذا كانت العين المستأجره مشخصه، أما إذا كانت مطلقه لم يفسخ العقد

و كان على المؤجر الإبدال.

نعم لو تعذر أو امتنع و لم يمكن إجباره تخير لقاعده الضرر، و قد تقدم فى كتاب السلم ما له نفع فى المقام فلاحظ و تأمل و الله العالم.

[المسألة الثانية إذا تعدى فى العين المستأجره و إن كانت أمانه فى يده ضمن قيمتها وقت العدوان]

المسألة الثانية: إذا تعدى فى العين المستأجره و إن كانت أمانه فى يده ضمن قيمتها وقت العدوان و إن تلفت بغيره، كما فى كل أمانه تعدى فيها بلا- خلاف و لا إشكال نصا و فتوى، بل الإجماع بقسميه عليه، لكن على معنى دخولها فى ضمانه من ذلك الوقت إلى حين التلف فى يده، فيضمن قيمتها وقته على الأقوى، و قيل: أعلى القيم، و قيل غير ذلك، لأن المراد ضمان قيمتها حينه، و إن تلفت بعد ذلك، و اختلفت قيمتها زياده أو نقصا كما هو ظاهر المصنف و القواعد و محكى التحرير و الإيضاح و جامع الشرائع.

و لعله لما

فى صحيح أبى ولاد(١)«فقلت: أ رأيت لو عطب البغل أو نفق أو ليس كان يلزمنى؟ قال: نعم قيمة البغل يوم خالفته» لكن فيه بعد ذلك

«قلت: فإن أصاب البغل كسر أو دبر أو عقر؟ قال: عليك قيمه ما بين الصحيح و المعيب يوم ترده».

و التحقيق ما عرفت بل لم أجد ذلك قولاً- لأحد فى غير المقام، و ربما كان فيه ضرر على المالك إذا فرض علو قيمتها يوم التلف عن يوم العدوان، و قد تقدم تحقيق المسألة و يأتى إنشاء الله تعالى.

و على كل حال فظاهر قوله قيمتها تمامها و إن كان التعدى بزياده تحميلها على المشروط، خلافا لما عن الشافعى من أنه إن كان المالك معها ضمن النصف و إلا ضمن الكل أو التوزيع على مجموع الفراسخ، بان كان التعدى بتجاوز المسافه و يعطى العدوان بالقسط.

بل فى القواعد و لو استأجر الدابه لحمل قفيز فزاد فهو غاصب ضامن للجميع و لو سلم إلى المؤجر، و قال: إنه قفيز و كذب فتلفت بالحمل ضمن النصف، و يحتمل

بالنسبه، إلا- أنه كما ترى مناف لإطلاق الضمان فى النص و الفتوى، فلا يقاس على ما ذكر فى القصاص و الديات من أنه لو جرحه زيد و عضه الأسد مثلا فسريا ضمن الجرح النصف، و كما لو جرحه واحد عمدا و آخر باستيفاء قصاص مثلا فسريا على أن يكون الجامع بينهما، إذا التلف فى مسأله التحميل مثلا قد استند أيضا إلى ما هو بحق، و هو القدر المشروط، و إلى غيره و هو الزائد.

الا أنه اجتهاد فى مقابله النص و الإجماع، بل و القواعد عند التأمل، خصوصا بعد إمكان دعوى عدم الاذن فى القدر المشروط حال انضمامه إلى ما صار به التلف من الزائد، و إن كان فيه ما عرفته سابقا.

نعم يكفى فى الضمان كون الضم من فعل المستأجر فهو فى الحقيقه كمن حمل دابه الغير زياده على ما حملها مالكةا قهرا فتلفت بمجموع ما كانت من المالك و الظالم، فتأمل جيدا. فإنه قد مر فى المباحث السابقه ما يعلم منه الحال هنا فى ذلك و فى غيره، بل و فى أصل المسأله التى يأتى الكلام فيها أيضا فى كتاب الغصب، و الله العالم.

و كيف كان ف لو اختلفا فى القيمه كان القول قول المالك، إن كانت العين المستأجره دابه و قيل: القول قول المستأجر على كل حال من غير فرق بين الدابه و غيرها و هو أشبه بأصول المذهب و قواعده التى منها أصل البراءه و غيره، و بها يكون المستأجر المنكر، بل لم يحضرنى القائل بالأول، و إن حكى عن الشيخ لكن لم أتحققه.

نعم عن الشيخ فى النهايه بل و غيره أن القول قول المالك فى مطلق المغصوب من غير فرق بين الدابه و غيرها، و وضوح ضعفه على كل تقدير يغنى عن البحث عن قائله. و الله العالم.

[المسأله الثالثه من تقبل عملا لم يجز أن يقبله غيره بنقيصه]

المسأله الثالثه: من تقبل عملا فى ذمته من غير اشتراط المباشره لم يجز أن يقبله غيره بنقيصه كما عن النهايه و السرائر و الإرشاد و التحرير بل فى

المتن على الأشهر بل فى المسالك المشهور إلا أن يحدث فيه ما يستبىح به الفضل.

ف

فى صحىح أبى حمزه (١) «عن أبى جعفر عليه السلام أنه سئل عن الرجل يتقبل بالعمل فلا يعمل فيه و يدفعه إلى آخر فيربح فيه قال: لا».

و فى صحىح محمد بن مسلم (٢) «عن أحدهما عليهما السلام أنه سئل عن الرجل يتقبل بالعمل فلا يعمل فيه، و يدفعه إلى آخر فيربح فيه قال: لا إلا أن يكون قد عمل فيه شيئاً».

و فى خبره الآخر (٣) عنه أيضا «عن الرجل الخياط يتقبل العمل فيقطعه و يعطيه من يخطه و يستفضل قال: لا بأس قد عمل»

و نحوه خبر أبى حمزه عن الباقر عليه السلام المروى عن المختلف و غايه المراد.

و

فى خبر أبى محمد الخياط (٤) «قلت لأبى عبد الله عليه السلام: أتقبل الثياب أخطها ثم أعطيها

الغلمان بالثلثين قال: أليس تعمل فيها، فقلت: أقطعها و أشتري الخيوط، قال: لا بأس»

مؤيدا ذلك كله بما مر سابقا من النصوص (٥) المتضمنه لحرمة فضل الأجير.

و لا ينافى ذلك ما

فى خبر على الصائغ (٦) «قلت لأبى عبد الله عليه السلام أتقبل العمل، ثم أقبله من غلمان يعملون معى بالثلثين، فقال: لا يصلح

ذلك إلا أن تعالج معهم فيه، قال: قلت: فإنى أذيبه لهم، قال: فقال: ذاك عمل فلا بأس»

لعدم صراحه لا يصلح فى الكراهه، بل و لا ظهورها.

كما لا ينافيه

خبر الحكم الخياط (٧) «قلت لأبى عبد الله عليه السلام: إنى أتقبل الثوب بدراهم و أسلمه بأقل من ذلك لا أزيد على أن أشقه؟

قال: لا بأس به، ثم

١- ١ الوسائل الباب- ٢٣- من أبواب أحكام الإجاره الحديث- ٤.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٢٣- من أبواب أحكام الإجاره الحديث- ١.

- ٣-٣ الوسائل الباب-٢٣- من أبواب أحكام الإجاره الحديث- ٥.
- ٤-٤ الوسائل الباب-٢٣- من أبواب أحكام الإجاره الحديث- ٦.
- ٥-٥ الوسائل الباب- ٢٠ من أبواب أحكام الإجاره.
- ٦-٦ الوسائل الباب-٢٣- من أبواب أحكام الإجاره الحديث- ٧.
- ٧-٧ الوسائل الباب-٢٣- من أبواب أحكام الإجاره الحديث- ٢.

قال: لا بأس فيما تقبلته من عمل قد استفضلت فيه»

بعد كونه مطلقاً منزلاً على المقيد الذي هو مفروض سؤاله.

و حينئذ فما وقع من ثانی الشہیدین من الجمع بین هذه النصوص بالکراهه لا یخلو من نظر، و إن وافقه علی الجواز الفاضل فی القواعد و التذکره و أول الشہیدین و ثانی المحققین و الخراسانی، إلا أن العمده للفاضل فی الجواز أنه روى صحیح أبی حمزه لا بأس، كما عن السرائر روايته كذلك، و إنما الموجود فیما حضرنا من نسخه الوسائل و الوافی ما حکیناه، و فی مفتاح الکرامه لیس له فی التهذیب عین و لا أثر، و الظاهر أنه سهو و غفله، ثم حکى عن التهذیب و مجمع البرهان و الوافی روايته كما ذکرنا.

ثم إن ظاهر النص و الفتوى الإکتفاء بمسمى الحدث و العمل فيه، و حينئذ فلا إشکال فی الجواز. و فی اللمعه لا بحث كما فی الروضه الإجماع علیه، و لم يذكر أحد هنا الجواز باختلاف الجنس.

نعم عن التذکره أنه حکى عن الشیخ عدم الجواز مع اتحاد الجنس إلا أن يعمل فيه شیئا و لم نتحققه لکن قد سلف لنا فی مسأله الأجير و البيت ما يمكن أن يكون وجهاً لذلك فلاحظ و تأمل. هذا.

و قد ينساق من النص و الفتوى أن محل البحث فی العمل بالعين كخیاطه الثوب و صياغه الخاتم و نحوهما، أما العمل الصرف كالصوم و الصلاة و الحج و نحوها فيبقى علی أصل الجواز.

اللهم إلا أن يقال: إن ذکر بعض لوازم العمل فی العين لا يقتضى تقييد ذلك به و حينئذ يعتبر فی جواز تقييله بالأقل عمل شیء منه.

و كيف كان فحيث يكون العمل فی العين لا يجوز تسليمه إلى غيره إلا بإذن المالك لأنه أمانه فی يده و حينئذ ف لو سلمها من غير إذن فتلفت ضمن للتعدى كما هو واضح.

لكن فى المسالك بعد أن فرض المسأله على تقدير القول بجواز التقييل قال:

«و الوجه حينئذ أنه مال الغير و لا يصح تسليمه إلى غير من استأمنه عليه، و جواز إجارتة لا تنافى، بل يستأذن المالك، فإن امتنع أى المالك رفع الأجير أمره إلى الحاكم، فإن تعذر احتمال جواز التسليم حينئذ لتعارض حق العامل الثانى و حق المالك، فيقدم العامل، و فاء بالعقد و يحتمل تسلطه على الفسخ لا غير، لأن المالك مسلط على ماله يعطيه من شاء، و يمنعه من شاء، و الحال أنه لم يرض بأمانته.

و لو قيل بجواز التسليم مطلقا حيث يجوز التقييل كان حسنا ل صحيحه على بن جعفر (١) عليه السلام عن أخيه موسى عليه السلام فى عدم ضمان الدابة المستأجره بالتسليم إلى الغير إذا لم يشترط عليه ركوبها بنفسه.

و إذا كان الضمان ساقطا مع تسليمها لاستيفاء المنفعة لغير المالك، فسقوطه مع كون المنفعة للمالك أولى، و إليه مال فى المختلف، و ابن الجنيد جوز التسليم من غير ضمان مع كون المتسلم مأمونا، و لكن ينبغى تقييده بكون المدفوع إليه ثقة و إلا فالمنع أوجه».

قلت: قد سلف لنا فى جواز تسليم العين ما يستفاد منه المنع هنا أيضا، و أن جواز التقييل أعم من ذلك، ضروره إمكان عمل الغير فيه، و هو فى يده و ليس له على المالك الإذن، حتى يرفع أمره إلى الحاكم، كما أنه ليس له الفسخ من هذه الجهة.

و

صحيح على بن جعفر - عن أخيه عليه السلام (٢) الذى هو «سألته عن رجل استأجر دابه، فأعطاها غيره فنفتت ما عليه؟ قال: إن كان شرط أن لا يركبها غيره فهو ضامن لها، و إن لم يسم فليس عليه شىء»

- لا صراحه فيه بل و لا ظهور فى خروج العين عن يد المستأجر الأول، و إنما المراد، السؤال عن تلفها حال ركوب الغير لها، و إن كانت هى فى يد الأول، و لا ريب فى أن الحكم فيها ما ذكره عليه السلام كما أوضحنا

١-١ الوسائل الباب-١٦- من أبواب أحكام الإجاره الحديث- ١.

٢-٢ الوسائل الباب-١٦- من أبواب أحكام الإجاره الحديث- ١.

ذلك سابقا. و على كل حال فلا ينبغي الخروج عن قواعد الشريعة بنحو ما ذكره الذى عند التأمل من غرائب الكلام.

[المسأله الرابعه يجب على المستأجر سقى الدابه و علفها و لو أهمل ضمن]

المسأله الرابعه: يجب على المستأجر سقى الدابه و علفها و حينئذ لو أهمل ضمن كما فى الإرشاد، و عن الروض و ظاهر النهايه و السرائر، إلا أنه لا يخفى عليك ما فيه إن كان المراد وجوب ذلك عليه من ماله، على وجه لا يرجع به على المؤجر، ضروره أنه إن كان المقتضى لذلك عقد الإجاره باعتبار اقتضاء العاده، ففيه منع واضح كوضوحه إذا كان باعتبار وجوب نفقه الدابه على من ملك منفعتها.

نعم إن كان وجوب ذلك باعتبار كونها وديعه و أمانه فى يده، و يجب عليه ذلك مقدمه لحفظها مع فرض عدم كون صاحبها معها، ففيه ما تقدم سابقا من أنه على فرض ذلك، و انحصار الأمر بالنفقه من ماله يرجع به على المؤجر إن كان بأمر الحاكم، أو مع الإشهاد أو بدونه كما عرفت البحث فيه مفصلا، و إن كان قد أخذوا ذلك مما تسمعه فى الأجير المنفذ فى حوائج المستأجر.

ففيه أن القياس محرم عندنا بعد تسليم الحكم فى المقيس عليه، و ستسمع البحث فيه إنشاء الله تعالى، و لعله لذلك و غيره جزم بوجوبها على المالك فى التذكرة و التحرير و المختلف و اللمعه و الحواشى و التنقيح و إيضاح النافع و جامع المقاصد و المسالك و الروضه و مجمع البرهان و الكفايه على ما حكى عن بعضها.

بل هو المحكى عن ظاهر أبى على، و الفخر أيضا لأنها تابعه للملك، و الأصل عدم وجوبها على غيره، بل يمكن حمل عباره المتن على إرادته السقى و العلف البدنى، لا المالى الذى هو واجب على المالك.

نعم لو لم يكن مالك، و كانت العين أمانه فى يده كان حكمها حكم الوديعه الذى قد سمعت تصريح غير واحد من الأصحاب به فيجب الإنفاق عليه مع غيبه المالك بإذن الحاكم، و يرجع به، و لو تعذر أشهد، فإن تعذر اقتصر على نيه الرجوع، و

كان القول قوله فى قدرها كما تقدم فى الوديعه.

لكن لا يخفى ما فيه من الاشكال إن لم يكن إجماع، إذ ليس ذلك من مقتضى عقد الوديعه، وإلا لم يحتج إلى الرجوع إلى الحاكم، كما فى غيره من أنواع حفظ الوديعه، على أنه ليس فى الأدله فضلا عن إطلاق عقد الوديعه ما يقتضى وجوب حفظ الوديعه على وجه يجب بذل المال و لو بنيه الرجوع مقدمه له، وإنما الثابت وجود الحفظ بغير ذلك، و وجوب حفظ النفس أو مال الغير ليس من أحكام الأمانه.

اللهم إلا أن يدعى صدق الخيانه مع عدم ذلك منه، و فيه منع واضح هذا، و قد سبق فى الوديعه ما يستفاد منه البحث فيه هنا، خصوصا مع اشتراطها على الموجر، على أن يكون معها، فقصر و لم يفعل. فلاحظ و الله العالم.

[المسأله الخامسه إذا أفسد الصانع ضمن]

المسأله الخامسه: إذا أفسد الصانع ضمن و لو كان حاذقا، كالقصار يحرق الثوب أو يخرق، أو الحجام يجنى فى حجامته، أو الختان يخنن فيسبق موساه إلى الحشفه أو يتجاوز حد الختان، و كذا الكحال و البيطار، مثل أن يحييف على الحافر، أو يفصد فيقتل، أو يجنى ما يضر الدابه، و لو احتاط و اجتهد من غير فرق عندنا فى جميع هؤلاء بين المشترك و الأجير الخاص منهم، و بين كون العمل فى ملكه أو ملك المستأجر، و بين حضور رب المال أو غيبته بلا خلاف أجده فى شىء من ذلك بين المتقدمين و المتأخرين منا.

بل فى محكى الانتصار الإجماع على ضمان الصانع، كالخياط و القصار و ما أشبههما لما جنته أيديهم على المتاع بتعد و غير تعد، و فى جامع المقاصد و المسالك و التنقيح الإجماع على ضمان الصانع ما يتلف بيده حاذقا كان أو غير حاذق مفرطا أو غير مفرط، و فى محكى السرائر نفى الخلاف بين أصحابنا عن ضمان الملاحين و المكاريين ما تجنيه أيديهم على السلع، و فى التنقيح نفى الخلاف عن ضمان الصانع، و فى الكفايه أنه لا يعرف فيه خلافا، و فى محكى الخلاف و الغنيه الإجماع على ضمان الختان و الحجام و البيطار.

كل ذلك مضافا إلى سببه الإلتلاف للضمان و إلى

صحيح الحلبي (١) و حسنه عن أبي عبد الله عليه السلام «فى الرجل يعطى الثوب ليصبغه فيفسده، فقال: كل عامل أعطيته أجرا على أن يصلح فأفسد فهو ضامن».

و كذا خبر السكونى (٢) و الكنانى (٣) و إلى

المرسل (٤) عن أمير المؤمنين عليه السلام «من تطب أو تبيطر، فليأخذ البراءة من وليه، و إلا فهو ضامن»

و أنه

(٥) «ضمن ختانا قطع حشفه غلام»

الذى عن المقتصران عليه عمل الأصحاب و عن تعليق النافع أن عليه العمل و ديات النافع أنه مناسب للمذهب، بل عن السرائر أنه صحيح.

و من ذلك يعلم الحال فى ضمان الحجام و الختان، و إن لم يتجاوز لمحل القطع إذا اتفق حصول التلف بفعله، لكن فى محكى السرائر لو لم يتجاوز محل القطع مع حذقتهم فى الصنعه، فاتفق التلف، فإنهم لا يضمنون، و عن الكفايه أنه غير بعيد.

و فيه أنه مناف لقاعده الإلتلاف و غيرها، و من هنا قال فى جامع المقاصد:

بعد أن حكاه عنه هذا صحيح إن لم يكن التلف مستندا إلى فعلهم، و لكن قد يناقش بعدم صدق الجنايه على ذلك، و نحوه مما بين مستأجر عليه و مأذون فيه، بل لعل ذلك هو التحقيق فى المسأله، و بين ضمان الصناع لما يجنيه أيديهم و إن كان من غير تقصير منهم، بل و كذا الطيب و البيطار إذا حصل التلف بالطبابة و البيطره، و لعل ذلك مقتضى

القاعده فضلا عن النصوص التى سمعت جملة منها.

و

فى خبر بكر بن حبيب (٦) عن أبي عبد الله عليه السلام «لا يضمن القصار إلا ما جنت يده، و إن اتهمته أحلفته»

و حيثئذ لا ضمان مع عدم الفساد من حيث الصنعه و العمل،

١- ١ الوسائل الباب - ٢٩- من أبواب أحكام الإجاره الحديث - ١٩.

٢- ٢ الوسائل الباب - ٢٩- من أبواب أحكام الإجاره الحديث - ١٠.

- ٣-٣ الوسائل الباب- ٢٩- من أبواب أحكام الإجاره الحديث- ١٣.
- ٤-٤ الوسائل الباب- ٢٤- من أبواب موجبات الضمان الحديث- ١.
- ٥-٥ الوسائل الباب- ٢٤- من أبواب موجبات الضمان الحديث- ٢.
- ٦-٦ الوسائل الباب- ٢٩- من أبواب أحكام الإجاره الحديث- ١٧.

و إن اتفق نقصان قيمه الثوب مثلا- بحصول العمل منه، و كذا الأمور بالختن و الحجامه و نحوهما، و لم يكن منه فساد و خيانه من حيث العمل المأمور به، و إن اتفق التلف به.

نعم لو كان ذلك بعنوان الطبابه و البيطره ترتب الضمان لحصول الفساد بما كان يراد منه الصلاح و إن لم يكن عن تقصير و الله العالم.

ثم إن الظاهر عدم الفرق بين البيطار و الطبيب فى كثير من الأدله السابقه و حينئذ ينبغى اتحاد حكم الطبيب معه، بل هو أحد الصناع، بل داخل فى إطلاق صحيح الحلبى و غيره من النصوص، مع أخذه الأجره على ذلك، من غير فرق بين القاصر الذى حكى الإجماع على ضمانه، و العارف المقصر الذى نفى الخلاف عنه، بل عن ظاهر ديات التنقيح الإجماع على ضمان العارف إذا عالج صبيا أو مجنونا أو

مملوكا بدون إذن الولى و المالك، و هو كذلك.

بل يقوى الضمان أيضا فى العارف الماهر علما و عملا المأذون بأجره و غيرها فأتلف، للمرسل المزبور، و قاعده الإلتلاف و القتل خطأ و انه لا يطل دم امرئ مسلم و غير ذلك، و الاذن فى العلاج لا فى الإلتلاف لا تنافى الضمان به، كما فى الصانع و غيره، و لم أجد خلافا صريحا فى ذلك إلا- من المحكى عن ابن إدريس و التحرير، فلم يضمناه للأصل المقطوع بما عرفت و دعوى سقوط الضمان بالإذن المقتضيه تسويغ الفعل فلا يستعقب ضمانا الممنوعه على مدعيها.

و من هنا اتفق من عداهما من الأصحاب على الضمان و إن خلت جمله من العبارات عن التقييد بالإذن، لكن حملها على خصوص حال عدم الإذن لا دليل عليه، و لا داعى إليه إنما الكلام فى صدق إلتافه و لا ريب فى تحققه بمباشرة العلاج بنفسه، بل و بأمره بناء على قوه السبب على المباشر فى مثله، بل و بوصفه له أن دواء كذا و كذا، كما عن التذكرة التصريح به.

بل عن بعضهم التأمل فى ضمانه لو قال: الدواء الفلانى نافع للمرض الفلانى، الا أنه كما ترى مناف لأصول المذهب و قواعده، بل الظاهر عدمه لو قال مثلا: لو

كنت مريضا بمثل هذا المرض لشربت هذا الدواء كما أن المشهور على ما قيل البراءة بأخذها من المريض أو الولي للمرسل المزبور وغيره مما تسمعه إنشاء الله في كتاب الديات الذي هو محل المسألة و توابعها.

و كيف كان فما ذكرناه في أصل المسألة إنما هو التلف و ما شابهه بيده أما لو تلف في يد الصانع لا بسببه، من غير تفريط و لا تعد لم يضمن على الأصح للأصل و كونه أمينا، لكن في المسالك «قيل: أنه كذلك في الضمان، بل ادعى عليه المرتضى الإجماع، و ما اختاره المصنف أقوى، لأصالة البراءة، ولأنهم أمناء، فلا يضمنون بدون التفريط، و في كثير من الأخبار دلالة، و الإجماع ممنوع».

قلت: خلاف المرتضى و إجماعه إنما هو في تصديق دعواه التلف، و هو غير ما نحن فيه من معلوم التلف في يده بغير تعد و لا تفريط، و ستسمع تحقيق ذلك في المسألة الثانية من الفصل الرابع، و حينئذ لم أعرف الإشارة بالأصح في المتن إلى خلاف معلوم لأصحابنا.

و كذا الملاح يضمن ما يتلف بيده و حذقه، أو ما يعالج به السفينه من الاحبال و الأخشاب، بلا خلاف أجده فيه، بل في جامع المقاصد نسبته للنص و الإجماع، و قد سمعت معقد إجماع الانتصار و نفى الخلاف في السرائر و النصوص و غير ذلك مما يندرج فيه من غير فرق بين تعديه و تفريطه و عدمهما، و بين حضور المالك و غيبته، كما عن السرائر التصريح به.

و كذا يضمن ما يتلفه المكارى آدميا و غيره بقوده و سوقه، و انقطاع الجبل الذي شد به حبله مثلا كما نص عليه غير واحد، بل في جامع المقاصد نسبته إلى النص و الإجماع، و لعله أراد النصوص السابقة، و قد سمعت نفى الخلاف في السرائر و معقد إجماع الانتصار.

بل يمكن دعوى تناول الفتاوى له، و ان وقع لفظ الصانع في بعضها، إلا- أنه يمكن اراده مطلق الأجير منه. كما سمعته في النصوص و لعله لذلك ادعى في

الجامع الإجماع بقريته احتمال كون تعثر الدابة جناية من الأجير في حال كونه معها، وإن كان يقوى القول بأنه حال عدم اعتياد قود الدابة لمكان استواء الأرض، كانكسار السفينه الذى هو ليس من فعل الملاح، و

فى خبر السكونى (١) عن أمير المؤمنين عليه السلام «أنه كان لا يضمن من الغرق و الحرق».

و على كل حال لا إشكال فى أصل ضمانهما بما عرفت، بعد وضوح الدليل عليه، كوضوحه على أنهما لا يضمنان مع عدم التلف منهما، إلا ما يتلف بتعد أو عن تفريط منهما على نحو غيرهما من الأمانة على الأشبه بل لم يحضرنى خلاف فيه، لما ستعرف من أن خلاف المرتضى و غيره فى قبول قولهما، لا فى عدم ضمانهما مع معلوميه التلف كذلك و الله العالم.

و أما الحمال فيضمن ما يسقط عن رأسه مثلا بعثرته و نحوها مما يستند به التلف إليه، للأدلة التى سمعتها، مضافا إلى

الصحيح (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام «فى رجل حمل متاعا على رأسه فأصاب إنسانا فمات أو انكسر منه شىء قال: هو ضامن»

بناء على عود الضمير المجرور إلى المتاع، و كون الحامل أجيرا مثلا، المعتضد ب

خبر زيد ابن على (٣) عن آباءه عليهم السلام «أنه أتى بحمال كانت عليه قاروره عظيمه كان فيها دهن، فكسرها فضمنها إياه، و كان يقول كل عامل مشترك إذا أفسد فهو ضامن»

الحديث و لغيره من النصوص.

و بما فى جامع المقاصد من نسبه إلى النص و الإجماع الذى لم نجد ما ينافيه، إلا ما يحكى عن كشف اللثام من أن الموافق للأصول عدم ضمانه إلا مع التفريط، أو كونه عاربه مضمونه، قيل: و نحوه عن المسالك، و فيه أن عدم ضمان الأمين إلا بذلك فيما يتلف فى يده، لا- بفعله، أما هو مما كان نحو الصانع، من الأجير و نحوه فعلى قاعده الضمان بالإتلاف، و مندرج فى النصوص السابقة و غيرها.

١- ١ الوسائل الباب- ٢٩- من أبواب أحكام الإجاره الحديث- ٦.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٣٠- من أبواب أحكام الإجاره الحديث- ١١.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٣٠- من أبواب أحكام الإجاره الحديث- ١٣.

و لو قال المالك للخياط مثلا: ان كان يكفينى قميصا فاقطعه فقطعه، فلم يكف ضمن، و لو قال هل يكفى قميصا؟ فقال: نعم، فقال: اقطعه فلم يكفه لم يضمن، كما فى القواعد و غيرها لعدم الإذن فى الأول بخلافه فى الثانى، و إن كان صدوره منه اعتمادا على قول الخياط، لكنه من الدواعى.

و عن أبى ثور الضمان بذلك، لقاعده الغرور، و فى جريانها هنا نظر واضح، بل يتوقف فى الضمان فى الصورة الأولى التى يمكن القول فيها بأن مدار الإذن على الاجتهاد فى ذلك، و الفرض أنه قد غلب على ظنه ذلك، فهو فى الحقيقة مأذون، و الأصل براءة الذمه، فتأمل جيدا و الله العالم.

و لو أتلف الصانع الثوب بعد عمله تخير المالك فى تضمينه إياه، غير معمول و لا أجر عليه، و فى تضمينه إياه معمولاً و يدفع اليه أجره معامله للعمل معامله المبيع قبل قبضه إذا أتلفه البائع، فلا يتوجه دعوى الانفساخ قهرا و تضمينه الثوب غير معمول، لأنه إنما يتم بالتلف بآفه سماويه، لا فى الإتلاف.

كل ذلك بناء على اعتبار تسلم العمل بتسلم العين فى المعاوضه، أما على القول بالاكْتفاء بإيجابه فى عين المالك، و إن لم يتسلمه المالك، اتجه حينئذ ضمانه معمولاً- فى الفرض، ضروره كونه من صفات مال المالك، كما أنه يتجه حينئذ المطالبه بالأجره مع فرض التلف بآفه سماويه، فتأمل.

و لو فرض نقصان قيمه الثوب عن الغزل كان له قيمه الثوب، للإذن فى النقص، و لا أجره للعمل، لعدم تسليمه.

و ما عساه يقال: من أنه مع فرض ثبوت الخيار له فى ذلك الذى هو المراد فى المسأله السابقه، يمكن حينئذ دعوى أن له الفسخ لعدم حصول المعاوضه، و المطالبه بقيمه الغزل التى ليس له غيرها مع فرض التلف بآفه سماويه، يدفعه أنه حيث لا يكون لعمل الأجير أثر فى زياده قيمه، و الفرض أنه أتلفه قبل القبض، فليس له المطالبه بالأجره، و ليس للمالك مطالبه الأجير بشىء عنه و إن أورث نقصا، لأنه ياذنه،

بخلاف ما لو كان له أثر في الزيادة، فإن له المطالبه به منسوجا مع دفع الأجره، و غير منسوج بدونها هذا.

و في قواعد الفاضل لو وجب ضمان المتاع المحمول تخير صاحبه بين تضمينه إياه بقيمته في الموضع الذي سلمه و لا أجر له، و تضمينه في الموضع الذي أفسده، و يعطيه الأجر إلى ذلك المكان كذلك.

و فيه أن مقتضى القواعد استحقاق الأجير أجرته إلى ذلك الموضع و ضمانه قيمه حال التلف لا التخيير المزبور، و ليس هو كالمسألة السابقه الذي يكون العمل فيها في عين المالك، الممكن دعوى اعتبار تسليمه بتسليمها، إذ ليس العمل هنا إلا الحمل و النقل، و أما وجوب تسليم العين فهو من حيث كونها أمانه في يده كما هو واضح بأدنى تأمل.

و كذا ما فيها أيضا من أنه لو استأجره لحيائه عشر في عرض ذراع فنسجه زائدا في الطول، فلا أجره له على الزيادة للتبرع و له المسمى، لا يخلو من نظر أيضا ضروره عدم إتيانه بالعمل المستأجر عليه ضروره مخالفته في آخر الطاقه الأولى من الغزل، لأنه كان عليه أن يعطفها عند بلوغ العشر حتى يعود إلى الموضع الذي بدء منه فهو مخالف فيه و فيما بعده، فلا يستحق أجرا أصلا، و كذا إن زاد فيه و في العرض، أو في العرض خاصه، و إن احتمل في القواعد هنا ذلك و المسمى أيضا كما لو نقص فيهما قال: لكن هنا إن أوجبه أسقط منه بنسبه الناقص، و فيه ما عرفت و أن المتجه في الجميع عدم الأجر، بل يضمن الأرش لو فرض نقص الغزل بذلك. و الله العالم.

[المسألة السادسة من استأجر أجيرا لينفذه في حوائجه كانت نفقته على المستأجر]

المسألة السادسة: من استأجر أجيرا لينفذه في حوائجه مثلا كانت نفقته على المستأجر إلا أن يشترط على الأجير كما في النهايه و القواعد و الإرشاد و الروض على ما في بعضها، بل في اللغه أنه المشهور و إن كنا لم نتحققه لغير من عرفت ممن تقدمه بل لعل المتحقق خلافه، إذ العكس خيره السرائر و التذكرة و المختلف و التحرير و الإيضاح و جامع المقاصد، و المسالك، و الروضه، و مجمع البرهان و التنقيح

و الكفايه على ما حكى عن بعضها، بل فى التذكرة عن ابن المنذر لا أعلم فى ذلك خلافا ساكتا عليه.

بل لعل ذلك هو الأقوى فى النظر، ضروره عدم اقتضاء عقد الإجاره من حيث هو كذلك إلا وجوب العوضين، و عدم الدليل الشرعى الدال على وجوبه تقييدا.

و

الصحيح (١) المروى فى الكافى و التهذيب عن سليمان بن سالم «سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل استأجر رجلا بنفقه و دراهم مسماه على أن يبعثه إلى أرض. فلما أن قدم أقبل رجل من أصحابه يدعوه إلى منزله الشهر و الشهرين، فيصيب عنده ما يغنيه عن نفقه المستأجر، فنظر الأجير إلى ما كان ينفق عليه فى الشهر إذا هو لم يدعه، فكافى به الذى يدعوه، فمن مال من، تلك المكافاه؟ أمن مال الأجير، أم من مال المستأجر؟ قال: إن كان فى مصلحه المستأجر فهو من ماله، و إلا فهو على الأجير، و عن رجل استأجر رجلا- بنفقه مسماه و لم يفسر شيئا على أن يبعثه إلى أرض أخرى فما كان من مؤنه الأجير من غسل الثياب و الحمام فعلى من؟ قال: على المستأجر»

مع جهل راويه فإنه على ما قيل لم يذكره علماء الرجال، و عدم الجابر لما عرفت، بل قد سمعت الاعراض عنه ممن ذكرنا- ظاهر صدرا و عجزا فى ذكر النفقه فى العقد، و هو خارج عما نحن فيه.

و حيثئذ يكون الوجه فى السؤال الأول أن الأجير المشترط نفقته إذا اتفق بذلها من صديق و نحوه يبقى على استحقاقه لها مع فرض كون ذلك البقاء لمصلحه المستأجر حتى يكون مستحقا للنفقه، و فى الثانى أن النفقه المعتبره أجره من غير تعرض لتفصيلها يدخل

فيها مثل غسل الثياب و دخول الحمام بخلاف الدواء و نحوه.

نعم هو ظاهر فى جواز اشتراط النفقه من غير تعرض لمقدارها، بل اتكالا- على تقديرها الشرعى أو العرفى، بل ظاهر فى جواز جعلها أجره أو جزؤها، و هو و إن كان منافيا لما ذكره بعضهم ممن لم ير وجوبها إلا بالشرط من وجوب التعرض لتفصيلها

تحرزا من الجهالة المفسده لعقد الإجاره- إلا أنه يمكن القول به هنا للعموم، و الخبر المزبور المعمول به فى الجملة الظاهر فى الاكتفاء بمثل ذلك فى دفع مثل هذا الغرر فى الإجاره و إن وقعت النفقه جزأ من الأجره فضلا عن أن تكون شرطا الذى قد صرح فى محكى التذكره هنا بعدم ضرر جهالته، لأنه من التوابع حينئذ كأس الجدار، كما أن ظاهر الأصحاب المفروغيه من جواز الاستيجار للإنفاذ فى حوائجه على الاجمال اتكالا على المعتاد المقذور له و اللائق بحاله من ذلك.

و حينئذ مع التشاح يجب على المستأجر بذل أقل مطعوم مثله و ملبوسه من الجنس المعتاد على حسب ما هو محرر فى تقدير النفقات الواجبه فى الشرع و لو استغنى الأجير لمرض أو بطعام نفسه لم يسقط حقه الذى قد حصل فى العقد جزأ أو شرطا، و لو أحب الأجير أن يستفضل بعض طعامه جاز و إن كان مرضعه ما لم يكن فى ذلك نقص فى منفعه المستأجر كما هو واضح.

[المسأله السابعه إذا أجر مملوكا له صانعا مثلا فأفسد كان ذلك لازما لمولاه فى سعيه]

المسأله السابعه: إذا أجر مملوكا له صانعا مثلا فأفسد كان ذلك لازما لمولاه فى سعيه فإن قصر ففى ذمته، يتبع به بعد العتق و كذا لو أجر نفسه باذن مولاه ل

لصحيح (١) عن أبى عبد الله عليه السلام «فى رجل استأجر مملوكا فيستهلك مالا كثيرا؟ فقال: ليس على مولاه شىء، و ليس لهم أن يبيعوه، و لكنه يستسعى و إن عجز فليس على مولاه شىء، و لا على العبد شىء»

المحمول عليه

الحسن (٢) «عن أبى عبد الله عليه السلام قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى رجل كان له غلام استأجر منه صانع أو غيره، قال: إن كان ضيع شيئا أو أبق منه فمواليه ضامنون».

و حينئذ فما فى النهايه و محكى الكافى- من إطلاق كون الضمان على المولى و محكى السرائر من إطلاق عدم ضمانه و تبعه فى جامع المقاصد. نعم قال: «إن كانت جنايته على نفس أو طرف كما لو كان طبيبا تعلق برقبه العبد و للمولى فداؤه

١-١ الوسائل الباب- ١١- من أبواب أحكام الإجاره الحديث- ٢.

٢-٢ الوسائل الباب- ١١- من أبواب أحكام الإجاره الحديث- ٣.

بأقل الأمرين من القيمة أو الأرش» لكن هذا لا- يتقيد بإذن المولى- و ما فى المسالك من التعلق بالكسب إن كان فى العمل الذى يعمل فىه من غير تفريط، و إن كان بتفريط تعلق فى ذمته يتبع به إذا أعتق، لأن الإذن فى العمل لا- يقتضى الإذن فى الإفساد- فى غير محله، و كالاتجاه فى مقابله النص الذى مع فرض الاعراض عنه يتجه ما سمعته من الحلى و جامع المقاصد ضروره عدم اقتضاء الإذن من المولى فى الإجاره الضمان فى كسبه مع الإفساد و لو بغير تفريط.

[المسأله الثامنه صاحب الحمام لا يضمن إلا ما أودع و فرط فى حفظه أو تعدى فيه]

المسأله الثامنه: صاحب الحمام لا يضمن إلا ما أودع و قبل الإيداع و فرط فى حفظه أو تعدى فيه بلا خلاف فى شىء من ذلك و لا اشكال، بعد حمل إطلاق عدم الضمان فى محكى المقنعه على ذلك.

ف

فى المرسل (١) عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه اتى بصاحب حمام وضعت عنده الثياب فضاعت فلم يضمنه، و قال إنما هو أمين».

و فى خبر السكونى (٢) «عن جعفر عن أبيه عليهما السلام أن عليا عليه السلام كان يقول لا ضمان على صاحب الحمام فيما ذهب من

الثياب، فإنه إنما أخذ الجعل على الحمام، و لم يأخذ على الثياب»

و نحوه خبر إسحاق بن عمار (٣) عنهم عليهم السلام أيضا بدون التعليل.

و

فى خبر أبى البخترى (٤) «عن جعفر أيضا عن أبيه عليهما السلام أن عليا عليه السلام كان لا يضمن صاحب الحمام، و قال: إنما يأخذ أجرا على الدخول إلى الحمام»

و لكن قد يفهم من الأخير و خبر السكونى الضمان باستئجاره للحفظ و إن لم يكن بتفريط، و هو مناف لقاعده الامانه، ضروره عدم الزيادة على ذلك بالاستيجار.

و ل

لصحيح (٥) «عن رجل استأجر أجيرا فأقعه على متاعه فسرق، قال: هو

- ٢-٢ الوسائل الباب- ٢٨ من أبواب أحكام الإجاره الحديث- ٣.
- ٣-٣ الوسائل الباب- ٢٨ من أبواب أحكام الإجاره الحديث- ٣- ذيله عن ابن مسكان.
- ٤-٤ الوسائل الباب- ٢٨ من أبواب أحكام الإجاره الحديث- ٢.
- ٥-٥ الوسائل الباب- ٢٩- من أبواب أحكام الإجاره الحديث- ٣.

مؤتمن».

نعم قد يقال: لا أجر له لعدم حصول العمل المستأجر عليه. والله العالم.

[المسألة التاسعة إذا أسقط الأجره بعد تحققها في الذمه صح]

المسألة التاسعة: إذا أسقط الأجره بعد تحققها في الذمه و إن لم يستحق تسلمها صح بلا خلاف و لا إشكال بعد معلوميه مشروعيه الإبراء بلفظه أو ما دل عليه من الإسقاط و نحوه نعم لو أسقط المنفعة في العين المعينه لم تسقط بلا خلاف أيضا و لا إشكال لأن الإبراء لا يتناول إلا ما هو في الذم من أجره أو عمل فيها أو منفعه كليه، و شبه ذلك مما هي محله، كما هو واضح والله العالم.

[المسألة العاشرة إذا أجر عبده ثم أعتقه لم تبطل الإجاره]

المسألة العاشرة إذا أجر عبده ثم أعتقه صح العتق قولاً واحداً لعموم أدلته و لم تبطل الإجاره أيضا كذلك للعموم أيضا، و إن حكى عن إيضاح النافع أنه قال: و ربما قيل: بطلانها فيضمنها السيد للمستأجر، إلا أن الظاهر كونه لبعض الشافعية لا لأحد من أصحابنا الذين أطبقوا على عدم بطلانها بالبيع إلا أن يكون قد باعه على المستأجر، فإن بعضهم استشكل فيه أو خالف و حينئذ تستوفي المنفعة التي تناولها العقد من العبد الذي يجب الوفاء بها إن كان مكلفاً.

و لا يرجع العبد (١١) على مولاه بأجره مثل عمله و منفعته بعد العتق التي قد أعتق مسلوباً عنها، و كانت ملكاً لمولاه و قد ملكها غيره بالإجاره.

فما عن الشافعي - في القديم من رجوعه بذلك بل احتمله جماعه من أصحابنا بل عن الشيخ و ابن إدريس حكايته قولاً، و ظاهرهما أنه لأصحابنا و إن كنا لم نتحققه - واضح الضعف.

و أضعف منه ما ذكر في توجيهه من أن إزاله الرق تقتضى ملك العبد للمنافع، فإذا سبق نقل المولى لها فأتت عليه فيرجع على المولى بأجره مثل عمله بعد العتق (١٢) بعوضها، و هو أجره المثل فكان كما لو أكرهه على عمل، إذ هو كما ترى، ضروره أن المكره متعد، و العبد لم يكن مالكا للمنافع التي قد استقر ملك المستأجر عليها، و الرق إنما زال عنه مسلوب المنافع تلك المده فلا رجوع له على أحد.

و أما نفقته مده الإجاره فهي على المستأجر قطعاً إن شرطت عليه، و إلا مع فرض عجزه عنها لعدم مال، فعلى المعق عند الفاضل فى القواعد، لأنه كالباقى على ملكه، حيث ملك بعض نفعه، و ضعفه واضح، ضروره أن المقضى لها الملك، و قد زال، أو فى بيت المال كما عنه أيضا فى التذكرة، و فى الحواشى و جامع المقاصد و إيضاح النافع و المسالك فإن لم يكن وجب على الناس كفايه، أو على العبد نفسه يكتسبها فى غير مده المستأجر، و مع فرض التعذر يسعى كل يوم بقدر النفق، و يصرف باقى اليوم للمستأجر و يحتسب ما سعى به على المستأجر من مدته.

و فيه أن نفقته حينئذ على المستأجر الذى قد عرفت عدم وجوبها عليه، و لو قيل باحتساب مقدار أجره المثل أو قيمه ما اكتسبه فى ذمه العبد للمستأجر لكان حسناً، بل لا بد من القول به مع فرض الانحصار فى ذلك، لعدم بيت المال، ضروره تقدم النفق على كل واجب فى الذمه و لو للغير و الله العالم.

و لو أجر الوصى مثلاً صبياً مده مثلاً يعلم بلوغه و رشده فيها لو كان رشيداً بطلت فى المتيقن لعدم كونه ولياً فيها فتصرفه حينئذ فضولى ان لم يعتبر فى صحه المجيز فى الحال و عليه يحمل البطلان فى المتن، و إلا كان العقد باطلاً حقيقه و صحت فى الزمان المحتمل بلا خلاف كما عن الخلاف بمعنى الحكم بصحته ظاهراً لتحقق الولاية المقتضيه لصحه ذلك.

و لو اتفق البلوغ فيه، فهل للصبى الفسخ، بعد بلوغه بمعنى عدم اجازة العقد الفضولى المفروض صحته التى هى القابليه لترتب الأثر قيل: نعم و اختاره فى المبسوط و القواعد و الإرشاد و التذكرة و السرائر و قواعد الشهيد و المختلف و جامع المقاصد و المسالك لعدم الولاية له فى هذا الحال فيكون التصرف فيه فضولاً.

و لكن فيه (١١) عند المصنف تردد (١٢) بل عن الخلاف الجزم بلزومها، لوقوع الإجاره من أهلها فى محلها فى وقت لم يعلم لها مناف، فتستصحب، و فيه ما عرفت من أنه بالنسبه إلى الحال المفروض ليس من أهلها و لا فى محلها، و الجهل لا مدخله له فى تغير حكم الموضوع واقعا.

نعم لو فرض اجاره الولي المده الزائده على سن البلوغ في مصلحة الطفل قبل بلوغه كان المتجه لزومها و كذا الكلام في ماله و ليس مفروض المسأله هنا كذلك و إنما هو إجارتها في مصلحة له مستمره باستمرار الزمان عليه و لا ريب في أن المتجه في هذا صحتها و لزومها إلى حال البلوغ و التوقف على الإجازة في غيره ضروره عدم الولاية لأحد بعد البلوغ و الرشد عليه و لو في مصالحه.

و بذلك ظهر لك الحال في موضوع المسأله فلا يشكل بان فرض موضوع الإجاره زائد على مده البلوغ إن كان في مصلحة الصبي صحت و لزمت عليه و الا- لم تصح من مثل الوصي حتى فيما قبل البلوغ إذ قد عرفت الفرق بين المصلحة للصبي حال صباه و بينها مستمره إلى ما بعد بلوغه فالأولى هي التي ينفذ معها التصرف و لو كان الإجاره فيما بعد البلوغ بسنين بخلاف الثانيه فإنها تلزم حال عدم البلوغ و يبقى الباقي على الإجاره و لا يشكل صحتها حينئذ بالجهل بالمده ضروره الاكتفاء بالعلم في الجملة في دفع الغرر.

فما في الإرشاد من الحكم بالبطالان بالبلوغ في الفرض محمول على إرادته الفضولي لا البطلان من رأس، للجهاله، و ان احتمله بعضهم مؤيدا له بما في القواعد من الحكم ببطالان استيجار العبد مده يعلم موته قبل انقضائها للجهاله، إلا أنه كما ترى.

و على كل حال ففي المفروض لو مات الولي أو انتقلت الولاية إلى غيره لم يبطل الإجاره الأولى الجامعه لشرائط الصحة و اللزوم التي هي أولى من الوكالة و لا يشكل ذلك بأن مقتضاه عدم اجاره ناظر الوقف حينئذ، فإن التزامه غير معلوم البطلان.

نعم يتجه انفساؤها مع عدم الإجازة لو مات للبطن الثاني التي لم تكن الإجاره الراجع إلى مصالحتهم، و انما هو كمفروض المسأله أنه آجر الوقف على حسب المصلحة المستمره الحاصله لأهل البطن الأول، و البطن الثاني الذي هو غير ولي عليهم في مصالحهم المقارنه لوجودهم الذي أمرها إليهم نحو ما قلناه فيما نحن فيه فتأمل فإنه

دقيق نافع.

[المسألة الحادية عشره إذا تسلّم أجيرا ليعمل له صنعه فهلك لم يضمه]

المسألة الحادية عشره: إذا تسلّم أجيرا بعقد صحيح ليعمل له عملا أو صنعه فهلك بعمله أو غير عمله لم يضمه صغيرا كان أو كبيرا حرا كان أو عبدا مع فرض عدم التفريط منه و عدم التسيب الذى يقوى على المباشره بلا- اشكال و لا- خلاف بل فى المسالك هو موضع وفاق منا و من العامه، و فى التنقيح إجماع المسلمين.

لكن عن المبسوط أنه حكى عن الشافعى فى العبد قولين و عن الخلاف عن قوم الضمان فى أصل المسألة و الأمر سهل بعد معلوميه الحال، و هو عدم الضمان من حيث كونه أجيرا، للأصل بعد فرض أن إثبات يده بحق، و هو استيفاء المنفعه التى ملكها بل لا فرق بين هلاكه فى مده الإجاره و بعدها، إذ لا يجب على المستأجر رد العين على مالکها على تقدير كونها مملوكه، و إنما الواجب عليه التخليه بينه و بينها فإذا كان حرا أولى.

نعم لو حبسه مع الطلب بعد انقضاء المده صار بمنزله المغصوب إذا كان مملوكا أما الحر فستعرف الحال فى البالغ و غير البالغ و الله العالم.

[المسألة الثانيه عشره إذا دفع سلعه مثلا إلى غيره ليعمل له فيها عملا فان كان ممن عادته أن يستأجر لذلك العمل كالغسال و القصار فله أجره مثل عمله]

المسألة الثانيه عشره: إذا دفع سلعه مثلا إلى غيره، ليعمل له فيها عملا فان كان ممن عادته أن يستأجر لذلك العمل كالغسال و القصار فله أجره مثل عمله لأصاله احترام عمل المسلم الذى لم يظهر من فاعله التبرع إذ هو كعين ماله فضلا عن أن يكون ظاهره الأجره كما فى الفرض بل الظاهر عدم اعتبار دفع السلعه فى ذلك، و من هنا جعل العنوان فى الإرشاد الأمر بالعمل الذى له أجره فى العاده بل الظاهر عدم اعتبار الأمر فى ذلك أيضا بل يكفى الإذن فيه و لو بالفعل نحو ما جلس بين يدى حلاق ليحلق رأسه أو دلاک كذلك كما نص عليه فى جامع المقاصد.

بل يمكن دعوى عدم الكراهه فى عدم تعيين مقدار الأجره فى مثل هذا باعتبار

معلوماته أجره مثله، فلا يندرج حينئذ فيما دل على النهى عن ذلك مع احتمالها.

ثم لا يخفى عليك أن ظاهر المصنف وغيره بل و مقتضى القواعد كون الثابت فى الفرض أجره المثل التى هى قيمة العمل فى مقابله العين لا- ما ضربه العامل لنفسه، و ان زاد عنها و لا ما قصده الدافع و إن قل عنها ضروره كون المقام من الضمانات لا المعاملات، و الضمان للشئ إنما هو بقيمته، أما المعامله فلا بد من موافقه على المسمى منهما كما هو واضح.

و على كل حال فلا- اشكال و لا- خلاف فى الأجره فى أصل المسأله بل و إن لم تكن له أى العامل عاده و كان العمل مما له أجره فيها فله أى العامل المطالبه لأنه أبصر بنيتة التى هى إرادته الأجره عوض عمله، أو عدم قصد التبرع فإن ذلك كاف فى تحقق الأجره للأصل المزبور، و إن أراد الدافع التبرع، و لعله المراد مما فى المتن.

نعم إن لم يكن مما له أجره بالعادة، لم يلتفت إلى مدعيها بل و إن نوى العامل الأجره بذلك لم يكن له، للأصل و عدم تقومه المانع من ضمانه، بناء على أن ذلك هو المراد من قولهم لا أجره له فى العاده.

و حينئذ فلو كان متقوما عرفا لزمته الأجره بمجرد الأمر بفعله، و إن جرت العاده بعدم أخذ الأجره عليه كاستيداع المتاع الذى احتمل منه الإجاره، إلا أنه استبعده فى جامع المقاصد، و استحسّن إرادته الأعم من ذلك و هو ما لا أجره له فى العاده سواء كان متقوما بحيث يجوز مقابله بالعوض أم لا، و قال: «إن ظاهر العبارة لا يأبى العموم».

قلت: قد عرفت أن ضمان الأجره بالإذن إنما هو لأصله احترام العمل، و عدم اعتياد أخذ الأجره عليه لا ينافى احترامه فى الواقع على وجه يجعله كالمقصود به التبرع.

و دعوى- أن عدم الأجره له فى العاده تقضى بقصد التبرع- يدفعها أن مفروض

البحث هنا بيان حكم الموضوع واقعا لا حكم التداعى ظاهرا مع أنه يمكن دعوى كون القول قول العامل أيضا لأنه أبصر بنيته، و كون العاده كذلك لا يقتضى قصد التبرع، كما أن عدم العاده للعامل فى الصورة السابقه التى حكم فيها بالأجره بلا خلاف فى ذلك.

و من هنا بان لك النظر فيما ذكره الشهيدان و غيرهما من الفرق بين ما فى المتن و محكى التذكرة و التحرير و بين ما فى قواعد الفاضل حيث اكتفى فى ثبوت الأجره بكون العمل ذا أجره فى العاده، كما لو دفع للحداد مثلا سكيننا فقال:

افتحها، و لم يكن فتحها من العمل الذى يستأجر عليه عاده لكونه ميسورا بخلاف ما فى القواعد.

أما غير هذه الصورة فمقتضاها نفيًا و إثباتًا متحد إذ قد عرفت أن عدم الضمان فيما لا أجره له فى العاده، لعدم أجره المثل له فلا يتصور ثبوت عوض له فى الذمه، و إن صح مقابلته بالعوض بالتراضى و كون الحداد ناصبا نفسه لأخذ الأجره لا يقتضى ثبوت أجره مثل للعمل المدفوعه إليه، و إن لم يكن له مثل فى الخارج، و كذا الخياط و غيرهما من الصناع فيكون المقصود للمصنف فى ذكر الأمرين بيان المفروغيه من الصورة الأولى.

و أما الصورة الثانيه فهى كذلك أيضا إلا أن فيها احتمال العدم باعتبار عدم كون العامل ممن نصب نفسه لذلك، حتى يكون قرينه على إرادتها بل لم يصرح أحد منها بها.

بل قد عرفت إمكان فرضها بما إذا خليا فى الواقع عن قصدهما، و الأصل البراءه، إلا أنك قد عرفت ثبوتها لأنها من المعاطاه، فإن الشرائط فيها مفقوده، بل من باب الضمان لاحترام عمل المسلم و مساواه منافعه مع الاستيفاء لأعيان ماله فيضمن حينئذ بذلك مع الإذن فضلا عن الأمر بأجره المثل.

و الأصل فى ذلك أن الموجود فى الخلاف و المبسوط الاقتصار على خصوص الصانع

على ما حكى قال فى الأول: «إذا سلم الثوب إلى غسل، و قال له: اغسله و لم يشترط الأجره و لا عرض له بها، فغسله لزمته الأجره» و بمعناه قوله فى المبسوط «إذا أمره بغسله كان عليه الأجره» بل عن الخلاف زياده أنه إن لم يأمره بغسله لم يكن له أجره فأراد المصنف بيان عدم اعتبار اعتياد العامل فى الأجره و لا الأمر فصرح بها فى الصورتين.

و بالتأمل فيما ذكرنا بان لك التحقيق فى جميع أطراف المسأله على وجه لا- يخفى عليك ما فى كلمات بعض الأصحاب بعد الإحاطه بذلك.

[المسأله الثالثه عشره كل ما يتوقف عليه توفيه المنفعه فعلى المؤجر]

المسأله الثالثه عشره: كل ما يتوقف عليه توفيه المنفعه الواجبه على الأجير فعلى المؤجر كالخياط فى الخياطه و المداد فى الكتابه و الأقلام فيها و الكش فى التلقيح و الصبغ فى الصباغه و إن لم يكن عاده تقضى بوجوبه على المستأجر، لدليل المقدمه.

لكن فى المسالك و الروضه و عن موضع من التذكره أنه مع انتفاء العرف أو اضطرابه فعلى المستأجر، لأن المقصود من الإجاره العمل، أما الأعيان فلا تدخل فى مفهوم الإجاره على وجه يجب أداؤها لأجلها إلا فى شواذ تثبت على خلاف الأصل كالرضاع و الاستحمام.

وفيه ما عرفت من أن وجوبها ليس للدخول فى مفهوم الإجاره، بل لمقدمه الواجب الذى الأصل فيه أن يكون مطلقا لا مشروطا، خصوصا مع ملاحظه (١) «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ».

نعم فى الحواشى و عن مجمع البرهان وجوب التعيين مع عدم العاده أو اختلافها، و إلا بطلت الإجاره، و فيه أنها من التوابع، و ليست من مورد الإجاره الذى يعتبر فيه المعلوميه.

فالتحقيق حينئذ ما ذكره المصنف من الأقوال الثلاثه فى مفروض المسأله، و

أما ما وقع من الاختلاف فى خصوص بعض الأشياء فإنما هو فى تنقيح أصل العاده فيها، و ليس هو من وظائف الفقيه.

و حينئذ ف يدخل المفتاح للغلق المثبت التابع لإجاره الدار لا مثل القفل و مفتاحه فى إجاره الدار لأن الانتفاع لا يتم الا بها و قد عرفت و جوب تسليمه على صاحب الدار فتجب مقدماته مضافا إلى تبعيته للغلق التابع للبواب التابعه للدار فى الإجاره بل فى محكى التذكرة و التحرير و جوب غيره على الموجر لو اتفق ضياعه من المستأجر لتوقف إيصال المنفعه عليه كما فى العماره، بل عن الأول و جامع المقاصد ثبوت الخيار مع عصيانه و امتناعه.

لكن فى القواعد و جامع المقاصد و عن الإرشاد و شروحه ليس له المطالبه ببدله مع ضياعه من المستأجر، و إن لم يكن ضامنا له، بل هو أمانه لعدم جبر الإنسان على إصلاح ملكه و عمارته، و حينئذ فيصنع المستأجر لحاجته إن شاء، كما أنه إن شاء الموجر من غير لزوم لأحدهما.

و فيه أن ذلك ليس لوجوب إصلاح الملك، بل لوجوب تسليم المنفعه إلى مستحقها، و لذلك و جب عليه تسليم الدار فارغه الظاهر، و كذا البالوعه و الحش و مستنقع الحمام، بل للمستأجر الخيار إذا كانت مملوءه و لم يبادر على وجه لم يفت نفع معتد به على المستأجر، بل ربما قيل بثبوتها بمجرد الامتلاء.

نعم يمنع و جوب ذلك بعد تسليم المفتاح إليه، و منه يعلم حينئذ قوه ما فى جامع المقاصد من عدم و جوب التفريغ عليه فى أثناء الإجاره للحش و البالوعه و مستنقع الحمام، و إن احتمله فى القواعد، بل عن التحرير أنه قربه، و قال ليس كل ما يتوقف عليه الانتفاع بعد تسليم العين و تمكين المستأجر منها التمكين التام يجب على المؤجر، فإن رفع يد الغاصب كذلك، مع أنه لا يجب، و الأصل البراءه مع تسليم العين فارغه.

و إن كان قد يناقش بالفرق فى موانع الانتفاع بين قصور العين فى نفسها لاتفاق خراب و نحوه، و بين الأمر الأجنبى المانع للمستأجر و إن بقيت هى على قابليتها

ضروره وجوب توفيه المنفعه الراجعه للعين نفسها فى تمام المده.

و على كل حال فلا- يجب على المستأجر إصلاح ما فسد من العين باستيفاء المنفعه الذى هو حقه و حينئذ فليس عليه التنقيه للحش و البالوعه مثلا عند انتهاء المده، و ان حكى عن ظاهر المبسوط ذلك.

نعم قد يقال: بوجوب التنقيه من الكناسه كما فى القواعد بل فيها أن رماد الأ-تون كالكناسه مع أنه استشكل فيه فى محكى التحرير قال: «لو خرجت المده و فى الدار زبل أو قمامه وجب على المستأجر تفريغه على إشكال» و فى جامع المقاصد للنظر فيه مجال، و لعله لأنه من ضرورات انتفاعه بها، فكانت كالخلاء و البالوعه، بل ينبغى الجزم بعدم وجوب كناسه ما يكون من الدار نفسها أو ما تأتى بها لرياح.

و أما كنس الثلج عن السطح فالظاهر أنه من وظيفه المالك كالعماره، بل لا يبعد ذلك فى ثلج العرصه إذا كثف و منع من الانتفاع لما عرفت. نعم لا بأس به مع عدم كثافته المانع من الانتفاع إذ هو حينئذ كالكناسه فى أثناء الإجاره المعلوم عدم وجوبها على الموجر و الله العالم.

[الفصل الرابع فى التنازع و فيه مسائل]

اشاره

الفصل الرابع: فى التنازع: و فيه مسائل

[المسأله الأولى إذا تنازعا فى أصل الإجاره فالقول قول المالك]

الأولى: إذا تنازعا فى أصل الإجاره فالقول قول منكرها الموافق للأصل سواء كان المالك أو غيره مع يمينه بلا خلاف و لا إشكال، ثم إن كان النزاع قبل استيفاء شىء من المنافع رجع كل مال إلى صاحبه و إن كان بعده أو بعد استيفاء الجميع الذى يزعم مدعى الإجاره أنه مورد العقد، فلا يخلو إما أن يكون المدعى المالك أو المتصرف.

فإن كان المالك و حلف المنكر انتفت و وجب أجره المثل، فان كانت أزيد من المسمى بزعم المالك لم يكن له المطالبه إن كان دفعه لاعترافه باستحقاق المالك، بل يجب عليه إيصاله إليه إن لم يكن دفعه.

و إن كان ليس للمالك قبضه بعد اعترافه بعدم استحقاقه إلا أن يكذب نفسه فى دعواه الأولى على قول، منشؤه انحصار الحق فيهما، و إن زاد المسمى على أجره المثل كان للمنكر المطالبه بالزائد إن كان دفعه و يسقط عنه إن لم يكن، و العين ليست مضمونه عليه فى هذه الصوره لاعتراف المالك بكونها أمانه بالإجاره.

و إن كان المدعى المتصرف فحلف المالك استحق أجره المثل، فله المطالبه إن لم يكن قبض قدرها و إن زادت عن المسمى بزعم المتصرف، و إن كان المسمى أكثر فليس له المطالبه فى الزائد إلا- أن يكذب نفسه بالقول السابق، و إن وجب على المتصرف إيصاله إليه بطريق من الطرق الشرعيه، و لو كان المتصرف قد أقبض المسمى و كان أزيد من أجره المثل فليس له المطالبه بالزائد المعترف بعدم استحقاقه إلا أن يكذب نفسه كما عرفت و إن وجب على المالك إيصاله إليه كذلك، و لكن العين هنا مضمونه إذا كان المالك منكر الأصل الإذن و إلا فلا ضمان.

و كذا لو اختلفا فى قدر المستأجر بفتح الجيم، فإن القول قول المالك الذى هو المنكر غالبا فى مثل ذلك لأصالة عدم وقوعها على أزيد مما اعترف به، و احتمال التحالف- أو القول به لأن كلا منهما مدع و منكر- ضعيف مع فرض

كون الدعوى فى أصل وقوع الإجاره كما أوضحناه فى نظائر المسأله، و قلنا ان ضابط التحالف عدم اتفاقهما على شىء من مورد العقد، بل أحدهما يقول آجرتك البيت، و الآخر يقول الدابه مثلا نحو ما سمعته فى البيع الذى لا فرق عند التأمل بينهما بالنسبه إلى ذلك.

و كذا لو اختلفا فى رد العين المستأجره فإن القول قول المالك للأصل، و حرمة القياس على الوديعه عندنا.

أما لو اختلفا فى قدر الأجره، فالقول قول المستأجر الموافق لأصل عدم الزيادة على ما اتفقا عليه من قدرها و موردها و مدتها، و منه يعلم ضعف التحالف هنا كما عرفته هناك.

[المسأله الثانيه إذا ادعى الصانع أو الملاح أو المكارى هلاك المتاع و أنكر المالك كلفوا البيئه]

المسأله الثانيه: إذا ادعى الصانع أو الملاح أو المكارى هلاك المتاع من غير تعد و لا تفريط و أنكر المالك، كلفوا البيئه على ذلك و مع فقدها يلزمهم الضمان على المشهور كما فى المسالك بل عن المرتضى دعوى أنه إجماعنا و من متفرداتنا، الا أن معقده الصانع كالقصار و الخياط و ما أشبههما إلا أنا لم نجده إلا ليونس بن عبد الرحمن على ما حكى عنه و المفيد و الشيخ فى موضعين من النهايه، مع أنا لم نتحققه للأول منهم، بل لعل ظاهر المحكى عنه يقتضى ضمانهم ما جنته أيديهم، فليس حينئذ إلا المفيد و المرتضى.

و قيل: القول قولهم مع اليمين، لأنهم أمناء و هو أشهر الروايتين عملا إن لم يكن روايه أيضا إذ هو خيره النهايه فى أول كلامه، و الخلاف، و المبسوط، و المراسم، و الكافى، و المهذب، و الوسيله، و السرائر، و جامع الشرائع، و التذكره، و التحرير، و القواعد، و الإرشاد، و المختلف، و التنقيح، و إيضاح النافع، و جامع المقاصد، و الرياض، و المسالك على ما حكى عن بعضها، بل عن السرائر نسبتها إلى الأكثرين المحصلين، و أنه الأظهر فى المذهب و عليه العمل، بل عن ظاهر الغنيه أو صريحها الإجماع عليه بل عن الخلاف عليه إجماع الفرقه و أخبارهم.

و يدل عليه مضافا إلى ذلك و إلى قاعده الأمانة

صحيح معاوية بن عمار(١)«عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن الصباغ و القصار فقال: ليس يضمنان».

و خبر بكر بن حبيب (٢)«قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أعطيت جبه إلى القصار فذهبت بزعمه، قال: إن اتهمته فاستحلفه، و إن لم تتهمه فليس عليه شيء».

و خبره الآخر(٣)عنه أيضا «لا يضمن القصار إلا ما جنت يده و إن اتهمته أحلفته».

و خبر أبي بصير المرادي (٤)عنه أيضا «لا- يضمن الصائغ و لا- القصار و لا- الحائك إلا أن يكونوا متهمين، فيخوف بالبينه و يستحلف لعله يستخرج منه شيئا».

و هي و إن كان في مقابلها أخبار آخر ك

حسن الحلبي (٥)عنه عليه السلام أيضا «في الغسال و الصباغ ما سرق منهما من شيء فلم يخرج منه على أمر بين أنه قد سرق، و كل قليل له أو كثير فهو ضامن، فإن فعل فليس عليه شيء، و إن لم يقم البيئه و زعم أنه قد ذهب الذي ادعى عليه فقد ضمنه إن لم يكن له بينه على قوله».

و خبر أبي بصير(٦)عنه عليه السلام أيضا «قال: سألته عن قصار دفعت إليه ثوبا فزعم أنه سرق من بين متاعه؟ قال: فعليه أن يقيم البيئه أنه سرق من بين متاعه و ليس عليه شيء فإن سرق متاعه كله فليس عليه شيء».

و حسن الحلبي (٧)عنه عليه السلام أيضا «أنه سئل عن رجل جمال استكرى منه إبلا و بعث معه بزيت إلى أرض فزعم أن بعض زقاق الزيت انخرق فأهراق ما فيه؟

-
- ١- ١ الوسائل الباب- ٢٩- من أبواب أحكام الإجاره- الحديث- ١٤.
 - ٢- ٢ الوسائل الباب- ٢٩- من أبواب أحكام الإجاره- الحديث- ١٦.
 - ٣- ٣ الوسائل الباب- ٢٩- من أبواب أحكام الإجاره- الحديث- ١٧.
 - ٤- ٤ الوسائل الباب- ٢٩- من أبواب أحكام الإجاره- الحديث- ١١.
 - ٥- ٥ الوسائل الباب- ٢٩- من أبواب أحكام الإجاره الحديث- ٢- ٣.
 - ٦- ٦ الوسائل الباب- ٢٩- من أبواب أحكام الإجاره الحديث- ٥.
 - ٧- ٧ الوسائل الباب- ٣٠- من أبواب أحكام الإجاره الحديث- ١.

فقال: إن شاء أخذ الزيت و قال: انه انخرق، و لكن لا يصدق إلا بينه عادله»

و نحوه خبر زيد(١) الشحام.

و فى جملة من النصوص (٢) إطلاق ضمان القصار و الصائع معللا فى بعضها بالاحتياط فى أموال الناس، و فى أخرى تقييد ذلك بما إذا لم يكونا مأمونين.

و فى

الأخرى (٣) «أن على بن الحسين و الباقر عليهما السلام كانا يتفضلان عليهم إذا كانوا مأمونين بعدم التغيريم»

و يمكن حملها أجمع على ما إذا أفسدوا بأيديهم، بل فى بعضها إيماء إلى ذلك، و قد عرفت أن الضمان متجه لعموم من أ تلف و نحوه إلا أن يجب التفضل عليهم إذا كانوا مأمونين بعدم التغيريم.

و حينئذ تكون خارجه عما نحن فيه كخروج نصوص الأجير المشترط عليه الضمان عن ذلك و النصوص المقتضية للضمان و إن أقاموا البيئه، بل لم أجد عاملا بها من أصحابنا، إلا أن النظر فى مجموع هذه النصوص و ما فيها من لفظ الأجير المشترك و نحوه و شده اختلافها، و ما حكى عن العامه مثل ابن أبى ليلا- و الثورى و أبى يوسف و الشيبانى و ابن حى و الشعبى و الليث و الأوزاعى و مالك و الشافعى فى أحد قولييه و أحمد فى إحدى الروايتين على اختلاف أقوالهم يقتضى خروجها مخرج التقيه بل ربما يحصل الجزم بذلك خصوصا مع ملاحظه اختلافها و اختلاف فهم و اتحاد بعض ألفاظها و ألفاظهم، و من هنا أعرض الأصحاب عنها إلا من عرفت، و

عملوا بالنصوص الموافقه لقاعده الأمانه و أصل البراءه و غيرها و هو الأقوى.

و كذا لو ادعى المالك عليهم التفريط بعد التصديق فى أصل التلف فأنكروا لم يكن عليهم إلا- اليمين مع التهمه خلافا لمن عرفت ممن حكم بضمنانهم إلا أن يقيموا البيئه على التلف بلا تعد و لا تفريط و قد عرفت الحال فيه.

[المسأله الثالثه لو قطع الخياط ثوبا قباء مثلا مدعيا الإذن من المالك و قال المالك أمرتك بقطعه قميصا فالقول قول المالك]

المسأله الثالثه: لو قطع الخياط ثوبا قباء مثلا مدعيا الإذن من المالك

١- ١ الوسائل الباب- ٣٠ من أبواب أحكام الإجاره الحديث- ١.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٢٩- من أبواب أحكام الإجاره الحديث- ٤- ٦- ١٢- ٢٣.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٢٩- من أبواب أحكام الإجاره الحديث- ٢٠.

بذلك وقال المالك لم آمرك بذلك و إنما أمرتك بقطعه قميصا فالقول قول المالك في عدم الإذن مع يمينه لأنه المنكر باعتبار أصاله عدم الإذن على الوجه المزبور إذ إنكار صفة الإذن كإنكار أصلها.

وقيل كما عن وكاله المبسوط و الخلاف القول قول الخياط لأصاله براءة ذمته من الأرش و لا- ريب أن الأول أشبه بأصول المذهب و قواعده بل هو المشهور بل لم يعرف الخلاف إلا من الشيخ في الباب المزبور، و إلا فالمحكى عنه هنا الموافقه، و أصاله براءة الذمه من الأرش بعد الاعتراف بحصول سببه منه الذى هو القطع، إلا أنه يدعى إسقاط ترتبه على ذلك بدعوى الإذن فيه، و أنه مستحق للأجره- لا وجه للتمسك بها، بخلاف المالك الذى لم يحصل منه إلا إنكار ذلك.

و أما قوله إنى أذنت فى قطعه قميصا فلا يقتضى إيجاب شىء على الخياط، إذ لو لم يحدث فيه حدثا لم يكن عليه بسبب الإذن المزبور ضمان، غايه ما فى الباب أنه لا يستحق أجره، و من هنا بان أنه لا وجه للتحالف و إن حكى عن الشافعى و بعض أصحابنا لعدم تحقق دعويين فى الفرض المزبور بل الدعوى مختصه بالخياط كما هو واضح.

و من الغريب ما عن الأردبيلى من أنه بعد أن استظهر التحالف استظهر أنه لا عليه أجره الخياط، و أنه يلزمه أرش النقص، ضروره أن ذلك يترتب على مجرد حلف المالك، فلا فائده فى يمين الخياط حينئذ.

نعم لو كان نزاعهما فى تعيين العمل المستأجر عليه قبل قطع الثوب اتجه التحالف و انفساخ الإجاره نحو ما سمعته فى التنازع فى تعيين المبيع، و فرق واضح بين المقامين.

و كيف كان ف لو أراد الخياط فتقه لم يكن له ذلك إذا كانت الخيوط من الثوب أو من المالك بلا- خلاف أجده بين من تعرض له، بل و لا- إشكال، لحرمة التصرف فى مال الغير، و ليس له إلا- العمل، و هو ليس عينا حقيقه يمكن انتزاعها من مال الغير، فهو حينئذ كما لو نقل ملك غيره من موضع إلى آخر

عدوانا، فإنه ليس له رده، إلا بمطالبه المالك إذ الفرض ثبوت انتفاء الاذن فيه بحلف المالك.

و لذا كان لا- أجره له، بل عليه الأرش و هو تفاوت ما بين قيمته مقطوعا قميصا و غير مقطوع، لا تفاوت ما بين قيمته مقطوعا قميصا و قيمته مقطوعا قباء، لأن قطعه قباء عدوان، لأنه عمل لم يأذن فيه المالك.

نعم لو لم يتفاوت القميص و القباء في بعض القطع أمكن أن لا يجب أرشه لكونه من جملة المأذون بل لا يبعد استحقاقه الأجره على ذلك إن كانت، و كذا الكلام فيما لو قال اقطعه قميص رجل، و قطعه قميص امرأه.

و لو كانت الخيوط للخياط كان له أخذها لقاعده «الناس مسلطون على أموالهم» و عدوانيته بظاهر الشرع لا تسقط حرمه ماله، و اعترافه أنها ملك للمالك تبعا للعمل الذى قد ادعى أنه قد استأجره عليه لا ينافى استحقاق أخذها و لو على جهه المقاصه أو لانفساخ العقد بتعذر دفع الأجره.

نعم لو حصل نقص فى الثوب باستخراجها اتجه وجوب الأرش عليه بل الظاهر عدم جبره على القبول لو دفع المالك قيمه الخيوط و ان احتمل، كما أنه لا يجبر المالك على القبول لو بذل الخياط قيمه الثوب، و لو أراد المالك شد خيط فى كل خيط حتى إذا سله عاد خيط المالك فى مكانه لم يجب الإجابة قطعا لاستلزامه التصرف فى مال الغير المتوقف على طيب النفس و الله العالم.

كتاب الوكالة بفتح الواو و كسرهما و هي التفويض، و شرعا الاستنابه المخصوصه، و لا ريب فى مشروعيتها بل لعله من ضروره الدين، فلا حاجه الى الاستدلال عليه بقوله تعالى (١) «فَلْيَأْتِكُمْ بَرِّزِقٍ مِنْهُ» (٢) «و اذْهَبُوا بِقَمِيصِي هَذَا» كى يناقش بعدم كون الثانى من الوكالة، بل و الأول المحتمل أنه من الإذن لا منها كما ستعرف تفصيل ذلك.

و على كل حال فتمام الكلام فيه يستدعى بيان فصول:

[الفصل الأول فى العقد]

الأول: فى العقد و هو ما قصد فيه الدلاله على ال استنابه فى التصرف و لو بالقول كاجراء الصيغه و نحوها، فلا يدخل فيه الوديعه و المضاربه و نحوهما مما لم يكن المقصود منه ذلك، و أما الوصايه فهى إحداث ولايه لا استنابه، كما أنه لا يشكل بخروج الوكالة فى القول عنه.

على أنك قد عرفت غير مره أن المراد من أمثال هذه التعريفات الكشف فى الجمله شبه التعريفات اللفظيه فلا جهه للإطناب فى ذلك طردا و نقضا كما أنه ذكرنا غير مره أيضا كون المراد فى نحو المقام بيان كون الوكالة من قسم العقود بالمعنى الأعم الشامل

للمعاطات بناء على مشروعيتها فيها، بمعنى أنها ليست من الإيقاع.

و أما عقدها بالمعنى الأخص فمعلوم أنه المركب من القولين إيجابا و قبولا، و أما المركب من القول فى الإيجاب و الفعل فى القبول فربما ظهر من جماعه كونه

١- ١ سورة الكهف الآية- ١٩.

٢- ٢ سورة يوسف الآية- ٩٣.

منه فى العقود الجائزه لكن إن لم يكن إجماع فىه بحث.

نعم لا- يعتبر فىه لفظ مخصوص، بل قد عرفت سابقا قوه ذلك فى العقد اللازم فضلا عن الجائز و حينئذ فما عدا ذلك من المعاطاه فى ذلك العقد التى لا ريب فى مشروعيتها بالسيره المستمره عند القائل بها، و إن كان التحقيق أنها إذن لا وكاله، و بذلك يظهر لك التشويش و الاجمال فى كلام جملة من الأصحاب حتى قول المصنف.

و لا بد فى تحقيقه من إيجاب دال على القصد كقوله: و كلتك أو استبتك أو ما شاكل ذلك. و لو قال: و كلتنى على الاستفهام التقريرى أو التحقيقى فقال:

نعم و قال: قبلت بعد قوله نعم أو أشار بما يدل على الإجابة كفى فى الإيجاب.

و أما القبول: فيقع باللفظ كقوله: قبلت أو رضيت أو ما شابهه، و قد يكون بالفعل، كما إذا قال: و كلتك فى البيع فباع فإنه إن كان المراد منه بيان العقد بالمعنى الأخص أشكل الاكتفاء بالإشاره التى هى من الافعال خصوصا بعد ظهور ما سبق منه فى غير المقام من اعتبار اللفظ فى إيجاب العقد الجائز.

و فى الحواشى المنسوبه للشهيد عن التحرير اعتبار النطق مع القدره، و الاكتفاء بالإشاره مع العجز قال: و هو الأقوى، بل قد يشكل الاكتفاء فيه بما ذكره أيضا من الجواب بنعم على الأول و لو مقصودا بها الإنشاء، فإن تحقق العقد بذلك محل منع، بناء على اعتبار تأخر القبول فيه عن الإيجاب، إذ لم نعثر على ما يدل على خصوصيه لعقد الوكاله من بين العقود الجائزه، و دعوى الاكتفاء بذلك فى جميعها لا دليل عليها، كما أنه لا خصوصيه لمفهوم العقد فى الجائز، و إنما الفرق بينه و بين اللازم اعتبار اللفظ المخصوص فيه دونه، مع انك قد عرفت البحث فى اعتباره فيه.

و حينئذ فيتحد المراد به فى الجميع، كما أنه يتحد الحكم بالمعاطاه فى غيره مع فرض اتحاد الإنشاء و القصد، و أنه لم يفقد إلا الصيغه و هذا كله واضح خصوصا بعد الإحاطه بما سلف لنا فى الكتب السابقه.

إنما الإشكال فيما عساه يظهر من التذكره و بعض الشافعيه من الاكتفاء فى

قبول عقد الوكالة بالرضا النفساني و الرغبة النفسانيه من غير حاجه إلى دال عليه من لفظ و نحوه كما ترى.

و كأن الذى دعاه إلى ذلك ما ظاهرهم الاتفاق عليه من تحقق الوكالة بما ذكره المصنف من القبول الفعلى الذى هو أثر من آثار الوكالة، بل جوازه و صحته موقوف على تحققها، فلا يصلح أن يكون قبولاً لها مصطلحاً، ضروره اقتضائه عدم تحقق الوكالة قبل تمامه، فيقع الفعل حينئذ قبل اتصافه بالوكالة.

و دعوى الاكتفاء بالمقارنه واضحه المنع، ضروره منافاتها لأصالة بقاء المال مثلاً، و ليس هو كقبول المعاطاه مثلاً فى البيع بالفعل لعدم منافاته لتمامه البيع بتمامه و كذا الوديعه و العاريه و المضاربه و غيرها بخلاف المقام الذى تتوقف صحه الفعل المفروض جعله قبولاً على تحقق الوكالة المتوقفه عليه، و من هنا احتاج العلامه إلى دعوى الاكتفاء بالقبول المزبور.

و لكن فيه أولاً: أنه مناف لما ظاهرهم الإجماع عليه من كون الوكالة من العقود التى لا يكفى فى قبولها مثل هذا القبول الذى هو كامتثال الأوامر و قضاء الحوائج و إجابته الالتماس و نحو ذلك مما هو معلوم أنه ليس قبول عقد.

و ثانياً: أن المسلم من المتفق عليه وقوع قبولها عقداً أو معاطاه بالفعل، و لا يستلزم ذلك كونه الفعل الذى هو أثر من آثار الوكالة و متعلق من متعلقاتها، بل يكون بفعل أجنبى من إشاره و فعل مقدمات الوكالة، و نحو ذلك من الأفعال التى يقصد بها قبول الوكالة و داله عليه.

و أما الأول فلا إجماع عليه، و إنما المسلم منه الصحه، و هى لا تستلزم الوكالة لما هو معلوم من مشروعيه الإذن و امتثال الأمر، و يترتب عليه ما يترتب على الوكالة من صحه البيع و نحوه، و إن لم يكن و كيلاً، و قد صرح فى التذكرة بأن قول القائل بع كتابى هذا و نحوه لا يكاد يسمى إيجاب و كاله، بل هو أمر و إذن و إعلام، بل قال فيها: إن قوله أذنت لك فى كذا ليس صريحاً فى إيجاب الوكالة و هو كذلك، و لو

سلم فقد يحمل على من و كل على أفعال متعدده، ففعل الأول منها بالإذن فيه قاصدا به إنشاء قبول الوكاله فيكون صحته مستنده إلى الإذن لا الوكاله، و ما بعده من الأفعال إلى الوكاله.

و من الغريب ما فى المسالك من تأييد قوله بحكم الأصحاب بانعزال الوكيل بعزله نفسه الذى لا إشكال فى ابتناؤه على العقدية، و إلا- فالإذن المجرده عنه لا- ينعزل المأذون بها بعزله نفسه، بل لو أراد العود إلى فعله جاز له الفعل نحو إباحه الطعام مع جهل الإذن، بل و مع علمه الذى لا ينافى بقاؤها فى ثانى حال المأذون.

إذ هو كما ترى، ضروره أن الأصحاب لم يذكروا إلا- انعزال الوكيل بعزله نفسه، و الوكاله غير منحصره فى هذا الفرد الذى اكتفى العلامه فى القبول، لما عرفت و تأييده حينئذ بتصريح المصنف و غيره من الأصحاب بكونه و كاله أولى من تأييده بالحكم المزبور الذى له مورد غير هذا على وجه لا ينافى الوكاله فيه، و اجراء حكم الاذن عليه كما هو واضح بأدنى تأمل.

و قد تلخص بما ذكرناه فى المقام و فى الوديعه و العاربه أن الوكاله من العقود بالمعنى الأعم الشامل للمعاطات التى يقصد فيها ما يقصد بالعقد و لم تفقد سوى صيغته بناء على شرعيتها فيها و كاله، فإن السيره فيها أقوى من السيره فيها فى البيع و نحوه من العقود اللازمه و حينئذ فما كان منها على كيفية غيرها من العقود من ألفاظ إيجاب و ألفاظ قبول كانت و كاله عقديه، و إلا كانت و كاله معاطاتيه.

نعم فيما كان إيجاب لفظى و قبول فعلى منها البحث السابق فى أنه من العقد أو المعاطاه، و قد ذكرنا سابقا أنه إن قام إجماع على أنه من العقد و إلا فهو معاطاه الاذن ضروره معلوميه كون العقد اسما للألفاظ من غير فرق بين الجائز و اللازم.

نعم ربما فرقوا بينهما باعتبار الصيغ المخصوصه فى الأول دون الثانى، و قد تقدم لنا المناقشه فى ذلك غير مره إن لم يكن إجماعا، و قلنا يكفى فيهما كل عباره صالحه لإنشاء الدلاله على ذلك، إذا كانت جاريه مجرى الخطاب الصحيح.

و حينئذ يكون العقد الجائز و اللازم بالنسبه إلى ذلك على حد سواء كما أن الوكاله حينئذ إما عقد أو معاطاه عقد إن قلنا بشرعيتها فيها وكاله، و ما وقع من بعض متأخرى المتأخرين - ممن لا يبالي بما هو كالضرورى عند الأصحاب من إنكار كون الوكاله من سنخ العقود أصلا- لا ينبغى الإصغاء إليه، بل تسويد الورق فى رده من السرف و التبذير.

نعم لا إشكال بل و لا خلاف فى مشروعيه الاذن و الأمر اللذين يترتب عليهما صحه الأفعال الواقعه عنهما و ليسا من الوكاله فى شىء لعدم العقد لفظا فيهما و عدم قصد معناه الذى هو الربط بين الإيجابيه و القبوليه، بل هما مجرد رخصه و أمر و إذن و إعلام فى الفعل و يترتب عليه صحه الفعل المأمور به نحو الفعل الموكل فيه، و بذلك يظهر لك التشويش فى جمله من كلمات الأصحاب اللذين لم يحرروا ذلك بهذا التحرير.

و لعل منه ما ذكره فى باب الوكاله من أنه لو تأخر القبول عن الإيجاب فيها لم يقدح فى الصحه و لو إلى سنه فصاعدا مستدلين عليه بمعلوميه الصحه نصا و فتوى فى ان الغائب يوكل و لا ريب فى أن القبول يتأخر و بالنصوص المتضمنه للأمر لأشخاص فى بلاد نائية بإنفاذ طلاق و تزويج و بيع و شراء و نحو ذلك.

و لكن فيه: إنا لم نجد فى شىء منها ما يقتضى كونه وكاله، بل يمكن أن يكون جميعه من باب الأمر و الاعلام و الإذن و نحو ذلك، فلا ينبغى أن يستفاد منه صحه تأخير القبول فى الوكاله حتى فى الحاضر الذى يقول لآخر و كلتك أو أنت و كيلى فيسكت ثم يقول بعد سنه مثلا قبلت مما هو غير جار مجرى الخطاب العربى فلا ينبغى التأمل فى فساد الاستدلال المزبور.

نعم إن تم إجماعهم و لا أظنه بل ظنى عدمه خصوصا بعد عدم تحريرهم البحث كما ذكرناه- كان هو الحجه و إلا كان مقطوعا بفساده، و ما يقع من الغائبين حينئذ بعضهم مع بعض كله من الإذن و الأمر، و الله العالم بحقيقه الحال.

و كيف كان ف من شرطها أن تقع منجزه كغيرها من العقود بلا- خلافاً أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، لمنافاته مقارنة ترتب السبب على المسبب المستفاد مما دل على تسيب العقود فلو علقت على شرط متوقع كمجىء زيد أو وقت متجدد لم تصح بل قيل: إنه كذلك فى التعليق على أمر محقق نحو إذا كانت الشمس طالعه فأنت وكيلى، لا لفوات المقارنه المزبوره، بل للشك فى تناول الإطلاقات لمثل ذلك، فىبقى حيثئذ أصل عدم ترتب الأثر بحاله.

نعم لو تجز الوكاله و شرط تأخير التصرف جاز بلا خلاف أيضاً فيه بل فى التذكرة و المسالك الإجماع عليه مضافاً إلى إطلاق الكتاب و السنه، و عموم (١)

«المؤمنون عند شروطهم»

السائغه التى لم تخالف سنه و لا كتاباً، ضروره عدم كون الفرض من التعليق فى شىء، فإن المراد به اشتراط تأخير وقوع الأثر لا استحقاق وقوعه الحاصل بعقد الوكاله، إلا أنه لما لم يظهر أثر ثبوت هذا الاستحقاق ذكر غير واحد أنه فى معنى التعليق. لكن لا دليل على البطلان به.

وفيه أن الاستنابه حصلت بتمام العقد و إن اشترط عليه عدم وقوع ما هو نائب فيه بعد شهر مثلاً نحو الوكيل الثابته و كالتة الذى أمره الموكل بعدم التصرف، فإنه لا تنافى

و كالتة التى تظهر له ثمرتها بغير ذلك كدعوى التلف و غيرها و كان هذا هو السبب فى فرق الأصحاب بينهما على وجه يقتضى أنه ليس من التعليق فى شىء و هو كذلك.

و على كل حال ففى جواز التصرف فى الوكاله المعلقه عند حصول ما علقت عليه وجهان: بل قولان: منشؤهما أعميه بطلان الوكاله من الإذن، فيصح التصرف بها و إن بطلت الوكاله للتعليق المنافى لها نحو ما قالوه فى القراض الباطل الذى حكموا فيه بأجره المثل، و من أن الإذن لم تحصل إلا فى ضمن الوكاله المفروض بطلانها،

و الجنس لا يبقى فصله، و الحكم بالقراض كذلك أيضا إن لم يكن إجماعا.

قلت: قد يقال: إنه يفهم من ذلك عرفا بقاء الإذن، و إن بطلت الوكالة، و لعله لخفاء الفرق بينهما بعد اشتراكهما فى النيابة شرعا عن المالك، و إن فقدت الاذن المراده بقصد الاستنابه التوكيليه، بل لعله لا فرق بينهما فى المعنى، و لكن ان أدبت بصوره العقد كانت وكالة و اختصت بأحكام، و الا كانت إذنا لا وكالة فمع فرض بطلان ما اقتضى كونها وكالة بالتعليق و نحوه بقيت الإذن.

و حاصل ذلك يرجع إلى أن العقد بالمعنى الأخص أو الأعم هنا من مشخصات الفرد التى مع انتفائها لا ترتفع الحقيقه ضروره أن مشخصات زيد مثلا لو ارتفعت لم ترتفع الإنسانيه عنه.

و بذلك كله ظهر لك فساد بناء المسأله على مسأله بقاء الجنس و عدمه المفروغ منها عندهم، كما أنه يظهر لك فساد المناقشه فى دعوى بقاء الاذن مع بطلان الوكالة بأنه من المعلوم أن الفاسد هو الذى لا- يترتب عليه أثر فلا يجمع صحه الآثار بطلان الوكالة ضروره اختصاص البطلان حينئذ بالآثار المترتبه على الوكالة المفروض فسادها لا كل أثر، و إن كان مشتركا بينها و بين الإذن كما هو واضح.

و دعوى الشك فى ترتب الاحكام فى مثل العقود الناقله على مثل هذا الاذن، خصوصا مع المخالفه لقاعده حرمة التصرف فى مال الغير، و أصاله بقاء المال على ملك مالكة لا محصل لها بعد فرض تحقق الإذن.

و كذا يظهر أيضا ما فى التذكرة من التشويش فى المسأله فإنه بعد أن ذكر بطلان الوكالة بالتعليق مدعيا عليه الإجماع على الظاهر، قال ما حاصله إن البطلان به إنما يتحقق فيما لو كانت بجعل، فيرجع إلى أجره المثل كما فى المضاربه، بل ربما ظهر من بعض كلماته أنه كبطلان المهر فى النكاح و الجميع كما ترى، و نحوه فى الرياض فلاحظ و تأمل.

و من شرطها أيضا عدم التوغل فى الإبهام على وجه يشك فى مشروعيه الوكالة

فيه نحو وكتك من غير تعيين، أو على أمر من الأمور، أو على شىء ما يتعلق بى ونحو ذلك، ولعله المراد مما فى الرياض لا تصح على المبهم والمجهول بلا خلاف فيما أعلم إلى آخره، بل عن المبسوط وبعض الشافعية لو وكله فى شراء عبد افتقر إلى وصفه فى الجملة لينتفى معظم الغرر وحينئذ لا يجب الاستقصاء فى الوصف إجماعاً بقسميه، بل ولا على نحو التسلم وشبهه مما اعتبر فيه العلم.

نعم لو أطلق أى وكله مطلقاً من دون أن يذكر وصفاً لم يصح للغرر وإليه أشار المصنف بقوله على قول ولكن الوجه عندنا الجواز (١١) كما هو صريح التذكرة والمختلف وغيرهما، بل لا-أجد فيه خلافاً بيننا من غيره، لإطلاق الأدلة وعمومها، وخصوص أمر النبى صلى الله عليه وآله وسلم (١)عروه البارقى بشراء شاه، بناء على أنه من التوكيل الذى هو قسم من الإذن والأمر اللذين لا-خلاف ولا-إشكال فى جواز تعلقهما بنحو ذلك، على أنه ربما يتعلق غرض بمطلق العبد والشاه الموافقين لمصلحة الموكل.

وبذلك ظهر لك بطلان ما أظن فيه فى المسالك مما هو ناش من عدم إصابه المراد فى العبارة حيث جعل قوله «و لو أطلق» مسأله مستقلة، لا أنها تمام الأولى، وأن قوله «على قول» راجع إلى الجميع، فأشكل عليه الحال، وكأنه تبع بذلك المحقق الثانى فى عبارة القواعد، لكن هى ليست مثل عبارة المتن.

قال: «الثالث أن يكون معلوماً نوعاً من العلم لينتفى أعظم الغرر، فلو وكله فى شراء عبد افتقر إلى وصفه لينتفى الغرر، و يكفى لو قال عبداً تركياً وإن لم يستقص فى الوصف، و لو أطلق فالأقرب الجواز» وإن أمكن أيضاً تنزيلها على ما ذكرنا، و مرجعها حينئذ إلى عدم اقتضاء الشرط المزبور عدم جواز ذلك، فإن كونه عبداً نوع من العلم، نحو

قول النبى صلى الله عليه وآله وسلم لعروه «اشتر لنا شاه»

و يكون ما ذكره أولاً على طريق تقرير كلام القائل، والأصل فى هذا الشرط الشافعية، وقد عرفت صحته

فى الجملة، ببعض الأمثلة التى ذكرناها، وإنما الكلام معهم فى بعض الأمثلة، كالوكالة فى شراء العبد، وقد وافقهم عليه الشيخ فى محكى المبسوط خاصة.

وربما حكى عن الشهيد أيضا موافقه بعضهم على التفصيل بين عبد القنيه، و عبد التجاره، فيعتبر الوصف فى الأول دون الثانى، و عن بعض منهم: التفصيل بين ذكر الثمن و عدمه، فيعتبر الوصف فى الثانى دون الأول، و الجميع كما ترى مناف لإطلاق الأدله و عمومها، و عدم الضابط لما ذكره من الوصف.

نعم فى القواعد موافقتهم على عدم صحه الوكالة لو قال: و كلتك على كل قليل و كثير، لتطرق الغرر و عدم الأمن من الضرر، قال: «و لو قال: بما إلى من كل قليل و كثير، إشكال» و فرق فى التذكرة بين الإضافة إلى نفسه و عدمه، فحكم بالبطلان فى الثانى دون الأول.

قال: «و لو ذكر الإضافة إلى نفسه فقال: و كلتك فى كل أمر هو إلى أو فى كل أمورى، أو فى كل ما يتعلق بى، أو فى جميع حقوقى أو فى كل قليل و كثير من أمورى، أو فوضت إليك جميع الأشياء التى تتعلق بى، أو أنت و كىلى مطلقا فتصرف فى مالى كيف شئت، أو فصل الأمور المتعلقة به التى تجرى فيها النيابة، فقال:

و كلتك على بيع أملاكى و تطليق زوجاتى و بيع عبيدى، أو لم يفصل على ما تقدم.

فالوجه عندى الصحه فى الجميع».

قلت: و هو كذلك للعموم الذى هو أحد الطرق فى رفع الإبهام، ضروره قيامه مقام الاستقصاء فى التفصيل الذى لا إشكال فى الصحه معه، فليس فى شىء من المفروض غرر الوكالة حينئذ، و لا يحتاج إلى رفعه بدعوى التقييد بالمصلحه التى هى فى غايه الخفاء فى الأمور المنتشره، فلا تصلح رافعه للغرر.

نعم يشكل عليه الفرق المزبور باتحاد المراد من العبارتين مع الإضافة إلى نفسه و عدمها، و لو بقريته التوكيل إذ لا يعقل توكيل شخص آخر فيما لا يملكه الموكل كما أنه يشكل ما فى القواعد أيضا «من أن التوكيل بالإبراء يستدعى علم الموكل بالمبلغ المبرء عنه، و لو قال: ابرء من كل قليل و كثير جاز، و لا يشترط

علم الوكيل و لا- علم من عليه الحق» بأنه لا دليل على اعتبار علم الموكل فى الوكالة على الإبراء، بل قد يظهر من المحكى عنه فى التذكرة الإجماع على ذلك.

قال: «لو وكله فى أن يبرأه من الدين الذى عليه صح، و إن لم يعلم الموكل قدره و لا- الوكيل عندنا» و نزل كلامه فى جامع المقاصد على إرادته التوكيل على قدر مخصوص من الدين، لا جميع ماله عليه، فإنه يشترط حينئذ علم الموكل بقدر الذى يريد إبراءه منه، و هو كما ترى و الأمر سهل بعد ما عرفت التحقيق فى المسألة و الله العالم.

و كيف كان ف هى عقد جائز من طرفيه بلا خلاف أجده، بل الإجماع بقسميه عليه، مضافا إلى ما استفاد من نصوص المقام، خصوصا بالنسبة إلى الموكل، و حينئذ فلو كليل أن يعزل نفسه مع حضور الموكل و مع غيبته فيعزل حينئذ و إن لم يعلم بذلك، إذ احتمال توقف انعزاله على علم الموكل مناف لأصول المذهب و قواعده، بعد اختصاص النصوص فى صوره عزل الموكل على وجه لا تقبل اندراج مثل هذه الصوره فيها، كما تسمع بعضها بل لم أجد من احتمله ممن يعتد بقوله إلا ما عساه يظهر من المسالك، و يتوهم منها فإنه لا يخلو من تشويش، و ما فى شرح الإرشاد للتونى من الميل إلى ذلك.

نعم يحتمل بقاء جواز التصرف له على نحو ما سمعته فى الوكالة المعلقة، بل فى المسالك «إن المقام لا يخلو من رجحان على ذلك، من حيث أن الإذن هنا صحيحه جامعه للشرائط، بخلاف السابق، فإنه معلق» و فى صحته ما قد عرفت.

و من ثم جزم فى القواعد ببقاء الصحه هنا، و جعل الصحه هناك احتمالا، و فى التذكرة عكس، و استقرب هناك بقاء الإذن الضمنى، و جعل بقاءه هنا احتمالا، و فى التحرير و الإرشاد أطلق القول بالطلاق فىهما كما هنا، فقد صار للعلامه (ره) فى المسئلتين ثلاثه أقوال، و ان كان فيه إن التعليق إنما هو فى الوكالة لا- الإذن التى لا- يقدح فيها، فهى مع فرض بقائها جامعه لشرائط الصحه أيضا، و قد تقدم

الوجه فى دعوى بقائها، و أنه ليس مسئله بقاء الجنس بعد ارتفاع الفصل المعلوم عدمها عندهم فى غير الوكاله من العقود، بل هو دعوى الفهم عرفا، أو دعوى عدم الفرق بين الإذن و الوكاله إلا بالعقديه، أو ما فى معناها مما هو من المشخصات الخارجيه.

فيكون الحاصل حينئذ أن الإذن إن أديت بصوره العقد أو معاطاته كانت و كاله، و إلا فهى إذن، فإذا اتفق عروض ما يفسد العقد من تعليق أو لحن أو عزل أو نحو ذلك تبقى، لعدم كونه مشخصا ذاتيا لها، و إنما هو مقارن لها سميت بسببها و كاله، و لحقها أحكام رتبها الشارع عليها، و بذلك ظهر لك الوجه فى جميع ما وقع من العلامه و غيره من دعوى تحقق الفهم عرفا فى بعض دون آخر.

نعم قد يشك فى بقاء الإذن بعد علم الموكل ما لم تقم قرينه حاله أو مقالیه ببقائها على جميع الأحوال، و إلا انقطعت متى قارنها الرد، فلا يجوز التصرف حينئذ بعده إلا بإذن جديد، و لعل ذلك مختلف باختلاف الأحوال، و إن أبيت عن ذلك كله كان التحقيق بطلان عقد الوكاله بالتعليق، و فسخ الوكيل بعد فرض عدم صدور غير اراده عقد الوكاله من العاقد.

نعم لا- بأس بذلك و نحوه فى الإذن التى هى ليست من العقود التى تبطل بذلك، لكن لما لم يتفحوا الفرق بين الإذن و عقد الوكاله ظنوا أن ذلك جائز فى عقد الوكاله، و لا ريب فى أنه اشتباه.

نعم لو أراد بما ذكره من العبارة المؤديه للنيابه ذلك، لم يكن إشكال فى البقاء، بل لو شك فى كون المراد له الإذن أو الوكاله فى المعلق مثلا، حمل على الأول، لأصل الصحه، بل لو زعم أن مثل ذلك و كاله لم يقدح فى ترتب الحكم المزبور.

و لعل هذا هو السر فيما وقع من بعض لعدم تنقيح الأمر بين الإذن و الوكاله التى هى اسم للعقد المخصوص الذى لا إشكال فى جريان أحكام العقود عليه، ضروره

عدم مخرج له عنها والله العالم.

هذا كله فى العزل من طرف الوكيل، و أما الآخر فلا خلاف أيضا و لا إشكال فى أن للموكل أن يعزله لكن بشرط أن يعلمه العزل و حينئذ ف لو لم يعلمه لم ينزل بالعزل و قيل: كما عن النهايه و القاضى و الحلبي و ابني حمزه و زهره إن تعذر إعلامه فأشهد عليه انزل بالعزل و الاشهاد بل عن الأخير الإجماع عليه.

و قيل: كما فى قواعد الفاضل أنه ينزل بالعزل أيضا و إن لم يعلمه على رأى، و قد حكاه غير واحد عنه.

و على كل حال فلا ريب فى أن الأول أظهر لا لما ذكر من بعض الاعتبارات التى هى غير تامه بل للنصوص المعتمده ك

صحيح ابني وهب و يزيد(١) عن الصادق عليه السلام «من وكل رجلا على إمضاء أمر من الأمور فالوكالة ثابتة أبدا حتى يعلمه بالخروج منها، كما أعلمه بالدخول فيها».

و صحيح ابن سالم(٢) عنه عليه السلام أيضا «فى رجل وكل آخر على وكالة فى أمر من الأمور و أشهد له بذلك شاهدين، فقام الوكيل فخرج لإمضاء الأمر، فقال:

اشهدوا أنى قد عزلت فلانا عن الوكالة، فقال: إن كان الوكيل أمضى الأمر الذى وكل فيه قبل العزل، فإن الأمر واقع ماض على ما أمضاه الوكيل، كره الموكل أم رضى، قلت: فان الوكيل قد أمضى الأمر الذى وكل فيه قبل أن يعلم بالعزل أو يبلغه أنه قد عزل عن الوكالة فالأمر على ما أمضاه؟ قال: نعم قلت: فان بلغه العزل قبل أن يمضى الأمر ثم ذهب حتى أمضاه لم يكن ذلك بشىء؟ قال: نعم إن الوكيل إذا وكل ثم قام عن المجلس فأمره ماض أبدا و الوكالة ثابتة حتى يبلغه العزل عن الوكالة بثقه يبلغه أو يشافهه بالعزل عن الوكالة».

١-١ الوسائل الباب-١- من أبواب أحكام الوكالة الحديث-١.

٢-٢ الوسائل الباب-٢- من أبواب أحكام الوكالة الحديث-١.

و صحيح العلاء بن سيبه (١) عن الصادق عليه السلام المتضمن للإنكار على من فرق في هذا الحكم بين النكاح وغيره، فينزل في الأول بالإشهاد بخلاف الثاني، فلا ينزل إلا بالعلم، و الاستدلال عليهم ب

قضاء أمير المؤمنين عليه السلام في الامراه التي استعدته و قد وكلت أخواها «فقال: يا أمير المؤمنين إنها وكلتني و لم تعلمني أنها عزلتني عن الوكاله حتى زوجها كما أمرتني.

فقال لها: ما تقولين؟ قالت: قد أعلمته يا أمير المؤمنين فقال: لها أ لك بينه بذلك؟ فقالت: هؤلاء شهودي يشهدون فقال لهم ما تقولون؟ قالوا نشهد أنها قالت اشهدوا أنني قد عزلت أخي فلانا عن الوكاله بتزويجي فلانا، و إني مالكة لأمرى قبل أن يزوجني، فقال: أشهدتكم على ذلك بعلم منه و محضره فقالوا: لا فقال: تشهدون أنها أعلمته العزل كما أعلمته الوكاله، قالوا: لا قال: أرى الوكاله ثابتة، و النكاح واقعا. أين الزوج فجاء فقال: خذ بيدها بارك الله لك فيها، فقالت: يا أمير المؤمنين أحلفه أنني لم أعلمه العزل و أنه لم يعلم بعزلي إياه قبل النكاح، قال: و تحلف؟ قال نعم: يا أمير المؤمنين فحلف و أثبت و كالتة و أجاز النكاح».

و ترك الاستفصال فيه مع إطلاق غيره حجه على المفصل، كما أن الجميع حجه أيضا على الفاضل الذي لم أعرف موافقا له على ذلك قبله، و لا دليلا معارضا للنصوص المزبوره سوى الأصل

المقطوع بها و سوى دعوى وجود روايه بذلك لم نتحققها.

فمن الغريب إعراضه عن هذه النصوص التي عمل بها في الجملة من لم يعمل بأخبار الآحاد، و ما هو إلا لكونها متواتره عنده أو قطعيه، و من هنا يمكن تنزيل كلام الفاضل على إرادته بطلان الوكاله بالعزل الذي يتبعه بطلان الجعل فيها لو كان، و إن نفذ تصرفه قبل العلم بهذه النصوص، إذ لا منافاه بين بطلانها بالعزل المزبور الذي هو مقتضى الضوابط و بين نفوذ التصرف فيما بينه و بين العلم بذلك، للنصوص، لكن

يدفعه ظهور النصوص المزبوره فى بقاء نفس الوكاله.

اللهم إلا أن يحمل على إرادته هذا المعنى، و هو مع منافاته لظاهر الفتوى لا مقتضى له، و مجرد احتمال له لا ينافى العمل بالظاهر.

و حينئذ ف لو تصرف الوكيل قبل الإعلام، مضى تصرفه على الموكل فلو وكله على استيفاء القصاص ثم عزله، فاقصص قبل العلم بالعزل وقع القصاص موقعه فضلا عن غيره مما هو أسهل منه، و المراد بالعلم فى المتن و غيره ما يشمل شهاده الشاهدين، بل و خبر العدل كما سمعته فى صحيح هشام، لكن ستعرف الكلام فيه فى الفصل الخامس عند البحث عن ثبوت الوكاله.

و هل المأذون بلا عقد و كالتة كذلك بالنسبه إلى الحكم المزبور؟ وجهان: من كون الحكم مخالفا للقاعده، فيقتصر على ما تضمنته النصوص من الوكيل، فيبقى غيره على مقتضاها، و من كونه وكيلا فى المعنى و احتمال إرادته التفويض من الوكاله فى النصوص السابقه، و لعله لا يخلو من قوه و الله العالم.

و تبطل الوكاله ب عروض الموت للوكيل قطعا، ضروره اقتضاها نيابه لا تنتقل إلى الوارث، كما أنها تبطل بموت الموكل أيضا، لما قيل: من أنه بموته ينتقل جميع ماله لوارثه، فينتفى موضوعها، و فيه: أنه يمكن بقاء مال من تركته على حكم ملكه، كثلته، و إنما العمده الإجماع. و لعله لا اعتبار استدامه الإذن فى صحه الوكاله، و بالموت يخرج عن الأهليه لذلك.

و على كل حال فلا- خلاف فيما أجده فى بطلان تصرف الوكيل حينئذ بعد الموت و إن لم يعلم موته، كما فى غيره من الفواسخ، و لا يقاس شىء منها على مسأله العزل، لحرمة القياس عندنا.

على أنه

فى المرسل (١) عن أبى عبد الله عليه السلام «فى رجل أرسل يخطب له امرأه و هو

غائب، فأنكحوا الغائب و فرضوا الصداق ثم جاء خبره أنه توفي بعد ما سيق الصداق فقال: إن كان أملك بعد ما توفي فليس لها صداق ولا ميراث، وإن كان أملك قبل أن يتوفى فلها نصف الصداق، وهي وارثه و عليها العده».

نعم فى المسالك و غيرها لا تبطل الأمانه لبطلان الوكاله هنا، فلو تلف العين الموكل فيها فى يده بغير تفريط لم يضمن، و كذا لو كان وكيلًا- فى قبض حق فقبضه بعد موت الموكل قبل العلم به، و تلف فى يده بغير تفريط، لكن يجب عليه المبادره إلى إيصال العين إلى الوارث، فإن آخر ضمن كالوديعه.

قلت: و هو كذلك لصيروره المال حينئذ فى يده أمانه شرعيه، و حكمها كذلك إلا أنه لا بد من التأمل فى قوله: «و كذا» ضروره أنه مع فرض إرادته ما يشمل الدين و نحوه قد يشكل، بأن المال المقبوض هو ملك الدافع، لانكشاف عدم وكاله القابض.

و حينئذ عدم ضمانه لصاحبه- مع أنه قد دفع على وجه خاص و هو كونه وفاء- مشكل، و إلا لاقتضى عدم ضمان المقبوض بعنوان الشراء مثلاً للموكل الذى قد تبين موته قبل الشراء، و غير ذلك من الأمثله التى يصعب على الفقيه التزامها.

و لعله من هنا غير العبارة فى الكفايه فقال: «و كذا لو وكله على قبض عين» إلى آخره فإن عدم الضمان- حينئذ مع فرض كونها للموكل- لكونها حينئذ من الأمانات الشرعيه التى لم تقبض على جهه الضمان، بخلاف المقبوض وفاء أو شراء أو نحوهما.

نعم قد يقال: إن مرجع ضمان الوكيل على الموكل، و إن بان بطلان وكالته و لتحقيق ذلك محل آخر، و إن كان الذى يقوى الآن عدمه، للأصل السالم عما يقتضى الضمان من التسبب و غيره، لكن قد يقال: إن القبض لا على جهه الضمان لا ينافى ثبوته عليه بعد حصول مسببه الذى هو «على اليد».

و دعوى- أنه أمانه شرعيه- على وجه لا يترتب عليه ضمان بعد أن كان القبض

باختياره- واضحه المنع، و إن كان زعم أنه وكيل، إذ ذلك لا ينافى الضمان الذى هو حكم وضعى يترتب على المعذور- لجهل أو استصحاب أو غيرهما، فلا يبعد الضمان حينئذ أيضا فى العين المزبوره.

نعم لا يبعد عدم الضمان فيما كان فى يده مما كان ابتداء قبضه بغير ضمان، فإن الاستداده لا تندرج فى

قوله عليه السلام «على اليد»

فيبقى أصل براءة الذمه بحاله، و كذا لو فسخ المودع الوديعه مثلا، مع عدم علم الودعى بذلك، فإنه لا ضمان عليه لو تلف بعد ذلك، و إن انفسخ عقد الوديعه، ضروره أن ذلك و نحوه من الأمانه الشرعيه، مثل الثوب الذى أطارته الريح حتى صار فى يد الإنسان قهرا، و هذا القدر المسلم من الأمانه الشرعيه التى لا ضمان فيها، باعتبار عدم حصول سبب فيها يقتضى الضمان على وجه يقطع أصل البراءه و لعل هذا هو التحقيق فى المسأله و نظائرها كالمضاربه و غيرها، و إن كان قد تقدم لنا بعض الكلام فى كتاب الإجاره.

و كيف كان فلم أعثر على من وافقه على العبارة المزبوره إلا الفاضل فى الرياض و يمكن أن يريد منهما معنى آخر. و الله العالم.

و كذا تبطل ب الجنون، و الإغماء من كل واحد منهما بلا خلاف أجده فيه، بل فى المسالك هو موضع وفاق، و لعله العمده فى ذلك، و إلا فدعوى كون ذلك من أحكام العقد الجائر، يدفعها عدم القول به فى مثل الهبه و الرهن من طرف المرتهن، بل لولا الإجماع المزبور أمكن دعوى قيام إذن الولى للموكل مقام إذنه فى بقاء عقد الوكالة، و إن أقصى ما يقتضيه عروضهما للوكيل عدم تصرفه حالهما، لا انفساخ عقد و كالتهما.

إلا أن ذلك بعد الإجماع المزبور لا فائده فيه، و لا فرق عندنا بين طول زمان الإغماء و قصره، و لا بين إطباق الجنون و أدواره و لا بين علم الوكيل بعروض المبطل و عدمه.

نعم ربما احتمل بقاء جواز التصرف للوكيل بعد زوال المانع بالاذن العام،

و إن بطلت وكالته، بناء على مثل ذلك فيما تقدم من المسائل، وقد يفرق بين المقام وبينها بأن المبطل هنا راجع إلى الإذن نفسها، لا إلى خصوص عقد الوكالة، وإنما حاصله خروج المأذون عن قابليه إذن النيابة فتأمل جيدا. والله العالم.

و كذا تبطل وكالة الوكيل بالحجر على الموكل فيما يمنع الحجر من التصرف فيه لكون الوكيل فرع الموكل، فمع فرض امتناع المباشرة له فلو كيله بطريق أولى، إلا أن الإنصاف - إن لم يكن إجماع - عدم اقتضاء ذلك بطلان الوكالة، بل أقصاه عدم نفوذ التصرف منه، فلو فرض اتفاق زوال الحجر لم يحتج إلى إعادته الوكالة حينئذ، فتأمل جيدا.

و على كل حال ففي حكم الحجر طرو الرق على الموكل، بأن كان كافرا فاسترق، و لو كان هو الوكيل صار بمنزله توكيل عبد الغير، و سيأتي الكلام فيه و الله العالم.

و لا- تبطل الوكالة بالنوم و إن تناول ما لم يصل إلى حد الإغماء، أو يخرج عن المتعارف، و لو بأن لا يستيقظ إذا أوقف لعارض من العوارض، لأصالة الصحة و معلوميه عدم معاملته الشارع النوم معاملته الجنون و نحوه في المقام و غيره.

بل في التذكرة و غيرها عدم بطلانها بالسكر أيضا لذلك، إلا إذا اقتضى فسقا و كان الوكيل مما يعتبر فيه العدالة ابتداء أو استدامه، كوكيل ولي اليتيم و نحوه، و بطلانها حينئذ من حيث الفسق، لا لخصوصه.

لكن قد يمنع اعتبار العدالة في ذلك و نحوه مما ذكره من الأمثلة، مع فرض اقتضاء المصلحة وكالة الفاسق، و لو سلم فقد يمنع اعتبارها في صحة عقد الوكالة على وجه لم تعد بعودها، بل لا بد من استيناف وكالة جديده، إذ من المحتمل كون العدالة على نحو ما احتملوه في عدالة الوصى من عدم انفساخ الوصاية بفسقه، و لكن يمنع من التصرف فمتى عادت ثبتت وصايته، و السبب في ذلك أنه لا دليل يعارض العمومات على وجه يكون شرطا في صحة عقد الوكالة، و إن قلنا بعدم نفوذ تصرفاته حال فسقه،

فتأمل جيدا.

و على كل حال ف تبطل الوكالة أيضا بتلف ما تعلقت الوكالة به كموت العبد الموكل في بيعه، و موت المرأة الموكلة بطلاقها و تلف الدينار الموكل بالشراء به، بل في المسالك لا فرق بين أن ينص على الشراء بعينه، أو يطلق بأن يقول اشتر به، لاقتضائه دفعه ثمنا، فلا يتناول بدله لو كان تلفه موجبا لضمائه.

قلت: هو كذلك مع فرض ظهور اللفظ في الشراء بعينه، فيكون الفرق بينه و بين الأول بالنص و الظهور، لكن في التذكرة «و لو وكله في الشراء مطلقا و نقد الدينار على الثمنيه، بطلت أيضا إذا تلف ذلك الدينار، لأنه إنما وكل في الشراء، و معناه أن ينقد ثمن ذلك المبيع قبل الشراء أو بعده، و قد تعذر ذلك بتلفه».

و يمكن حمل ما في المسالك على ذلك، بدعوى اقتضاء إطلاق الشراء به الأعم من جعله ثمنا في العقد أو بعده، فيكون الإطلاق حينئذ في مقابل النص على الشراء بعينه، بمعنى جعله نفسه ثمنا.

و على كل حال فقد صرح من تعرض لذلك بطلان الوكالة بالتلف، و إن كان موجبا للضمان، فإنها لم تتناول الشراء ببديله، حتى لو كان وكيلا- على استيفائه، لكن الإنصاف تناول الوكالة في صورة الإطلاق للشراء بذلك، و إن لم يكن وكيلا على الاستيفاء، و لكن اشترى به ممن أتلفه مثلا، و الأمر في ذلك سهل بعد كون المدار على المفهوم عرفا من عبارته الموكلة، و لو بقريته الحال.

و كذا تبطل الوكالة لو فعل الموكل ما تعلقت الوكالة به كما لو وكله في بيع عبد ثم باعه، أو فعل ما ينافيه، كما لو وكله على بيع عبد فأعتقه، أو بالعكس و ليس من ذلك وطى الزوجه التي قد وكل على طلاقها، فضلا عن غيره من المقدمات التي لا تصح لغير الزوج، و لا وطى السريه التي وكل على بيعها، ضروره عدم منافاه شىء من ذلك، لتعلق الوكالة، إذ ليس ما ذكرناه مبطلا لها، باعتبار ظهوره في العزل و لذا لم تبطل الوكالة لو ظهر فساد البيع أو العتق، بل لانتفاء متعلقها حينئذ.

اللهم إلا أن تقوم قرينه على إرادته إنشاء العزل بذلك، و هو خروج عما نحن فيه حينئذ، كما هو واضح.

بقي شىء: و هو أنه قد يفهم من التعبير بالبطلان و ذكر ذلك فى سياق الجنون و الموت و الإغماء و نحوها أن تلف ما تعلق به الوكاله و فعل الموكل ما وكل فيه أو ما ينافيه كذلك أيضا.

لكن قد يقال: إن الظاهر خلافه، و إلا لاقتضى انفساخ العقد بتلف بعض ما وكل فيه مثلا، ضروره عدم تبعض العقد، و إنما المراد من البطلان انتفاء موضوع الوكاله، لا انفساخ عقدها، فلا ينافى حينئذ بقاؤها فيما بقى من موضوعها.

وفيه: أنه لا مانع من التزامه على معنى البطلان فى بعض متعلقه، لتلف بعض المبيع، و المسلم من عدم تبعض العقد أنه لا يكون بعض العقد سببا، بعد أن كان مجموعه سببا، لا فى نحو المقام، و قد تقدم سابقا التحقيق فى صحه تبعض الصفقه فى ملكه و ملك الغير، بل و فى بيع الشاه و الخنزير، كما أنه تقدم صحه الإقاله فى بعض المبيع دون بعض.

نعم لا يجوز ذلك فى الخيار لا للتبعض، بل لعدم ظهور دليله فى مشروعيه ذلك، بل لعل ظاهره العدم، بخلاف نحو المقام الذى يمكن القول بجواز فسخ الوكاله فى بعض ما وكل فيه، دون بعض، و الله العالم.

ثم إنه ينبغى أن يعلم أن اقتضاء هذا القسم انزال الوكيل لا يتوقف على العلم به، بل هو يؤثر أثره لإطلاق أدلته، فينتفى موضوع الوكاله و إن لم يعلم الوكيل، فلو تصرف ينكشف بطلان تصرفه، و تسمع إنشاء الله تعالى مزيد تحقيق لذلك.

و على كل حال ف العبارة حينئذ عن العزل أن يقول: عزلتك أو أزلت نيابتك، أو فسخت، أو أبطلت، أو نقضت، أو ما جرى مجرى ذلك من كل لفظ صالح لقصد إنشاء الدلاله على ذلك، بل وكل فعل. نعم لا عبره بالفسخ النفسانى، للأصل و غيره.

و كيف كان فلا ريب في وجوب اقتصار الوكيل على ما يستفاد من الموكل، و لو بالقرائن الحاليه و المقاليه، و من هنا ذكر غير واحد من الأصحاب بل لا أجد فيه خلافاً أن إطلاق الوكاله في البيع أو الشراء مثلاً يقتضى البيع و الابتاع بثمن المثل، بنقد البلد حالاً، و أن يتناع الصحيح دون المعيب و حينئذ لو خالف في شيء من ذلك لم يصح و لم يلزم و لكن صح و وقف على إجازة المالك.

نعم لا بأس بما يتسامح به من الزيادة و النقصان في مثل ذلك المبيع، بل لعل ذلك أجمع من ثمن المثل، لعدم انضباطه بالنسبه إلى ذلك، كما أنه ينبغي تقييد ذلك أيضاً بما إذا لم يوجد البازل للأزيد و الأنقص، و إلا وجب مراعاته، للشك في الإذن له بغيره معه.

بل قد يحتمل وجوب ذلك عليه، فيما لو اتفق البازل بعد البيع أو الشراء في مده الخيار، فينفسخ مقدمه لذلك، للزوم مراعاة المصلحه للمالك، بل قد يقال:

ذلك فيما لو عين له البيع بمقدار، و الشراء كذلك، فاتفق حصول البازل للأزيد و الأنقص، حملاً للتعيين على ما هو المتعارف من عدم وجود البازل اللهم إلا أن يحتمل الغرض له به، و لعله على ذلك ينزل خبر عروه البارقي (١) لا على الفضوليه.

و على كل حال فكل تصرف من الوكيل يقع على خلاف مصلحه الموكل كالبيع بدون ثمن المثل أو به مع وجود البازل أو شراء المعيب يكون فضولياً حينئذ.

و دعوى الفرق - بين المعيب و البيع بدون ثمن المثل مثلاً فيحكم بالأول للمالك، و بالثاني بالفضوليه، لأن العيب قد يخفى بخلاف البيع بدون ثمن المثل - واضحه المنع، ضروره إمكان الخفاء في كل منهما، في كثير من أفرادهما، كما أنه لا خفاء في بعض أفرادهما على أحد.

فالمتمجه جعل المدار فى ذلك على كون العيب و الغبن فى خصوص ذلك المبيع مما يخفى على أهل النظر بعد البحث و النظر- و عدمه، فإن كان، وقع للمالك و يثبت الخيار، و إلا كان فضوليا، فما فى قواعد الفاضل- من الفرق بين المعيب و الغبن فحكم بالفضوليه فى الثانى مع العلم و الجهل، بخلاف الأول- فى غير محله، خصوصا بعد تصريحهم على ما قيل فى مسأله تلقى الركبان التى أخبارها هى الأصل فى خيار الغبن بعدم الفرق بين الوكيل و الأصيل.

و

فى دعائم (١) الإسلام عن أبى جعفر محمد بن على عليهما السلام «أنه قال: من وكل و كيلا على بيع فباعه له بوكس من الثمن جاز البيع عليه، إلا أن يثبت أنه تعمد الخيانه، أو حابى المشتري بوكس.

و كذلك إن وكله على الشراء فتغالى فيه إن لم يعلم أنه تعمد الزيادة أو خان أو حابى فشراؤه جائز عليه، و إن علم أنه تعمد شيئا من الضرر رد بيعه و شراؤه، و لو وكله على بيع شىء فباع بعضه و كان ذلك على وجه النظر فالبيع جائز».

بل هو فى محكى التذكرة فى كتاب المضاربه قد صرح بأنه لا يمكن معرفه قيم المتقومات فى الواقع، و من المعلوم وقوع الغبن من العاملين فيها، و لم يقل أحد بفساد البيع، و عدم تناول وكاله المضاربه لذلك، كما هو واضح.

إنما الكلام فى مخالفه المصلحه منه فى مثل الخيار و نحوه، فترك الفسخ مثلا فيما كان مصلحه المالك به، أو اختاره فى صوره العكس، و لعل حكم الثانى عدم مضيه على المالك، لعدم ثبوت الإذن له فيه، أما الأول فلا ريب فى تحقق الإثم عليه لكن ليس عليه إلا ذلك، فتكون المصلحه التى يجب على الوكيل مراعاتها على قسمين:

أحدهما: ما يرجع إلى تقييد الإذن فى الوكاله على وجه يكون خلافها غير الموكل فيه، كالبيع بثمان المثل مع وجود البازل.

و ثانيهما: تكليف شرعى لا مدخله له فى إذن الوكاله، و حينئذ فلو ترك الفسخ

فى مدته مع وجود الباذل، بناء على وجوبه عليه لم يترتب عليه إلا الإثم، و احتمال- وجوب جبر كل ضرر يترتب على الموكل بذلك، كاحتمال كون المبيع حينئذ فضوليا، باعتبار عدم الإذن فى بيع يكون له فيه خيار، و يوجد باذل فى أثناؤه فلم يفسخ- لم أجدهما لأحد بل لم يحضرنى تنقيح لهما على وجه يكون موافقا للقواعد الشرعية.

هذا كله بالنسبة إلى ثمن المثل، و أما النقد و الحلول فلا أجد خلافا فى اقتضاء الإطلاق إياهما، بل الظاهر عدم الإذن له فى خلافهما، حتى مع المصلحة كالبيع بدون ثمن المثل، فإنه لا يفهم من الإطلاق إلا إرادتهما، لا جميع ما تقتضيه المصلحة و لو فى غيرهما.

نعم هى معتبره فى الأفراد المأذون فيها، كاختيار الأنفع من أفراد النقد حيث لا يكون هناك غلبه فى بعضها على وجه ينصرف الإطلاق إليها، فإن انتفيا معا تخير بين أفراد النقد، و لعل منه بيع بعض المبيع للمصلحة كما سمعته فى ذيل خبر الدعائم فتأمل جيدا. و الله العالم.

و لو باع الوكيل بثمان فأنكر المالك الإذن فى ذلك القدر كان القول قوله مع يمينه سواء كان بقدر ثمن المثل أو أزيد أو أنقص، و سواء كان مستند دعواه الإذن بالخصوص أو الإطلاق المنصرف إلى ثمن المثل فما فوق، لأنه اختلاف فى صفة الوكالة التى يقبل قوله فى أصلها فكذا صفتها لأنها فعله، و هو أعرف به، و لأن الأصل عدم صدور التوكيل على الوجه الذى يدعيه الوكيل.

و القول بأن مرجع دعوى الموكل إلى خيانه الوكيل الذى هو أمينه، و الأصل عدم خيانه، إنما يتم فيما لو كان تصرفه فى الوكاله و ادعى عليه الخيانه فى بعض متعلقاتها، كما لو ادعى الموكل عليه- بعد تلف الثمن الذى باع به بمقتضى الوكاله- تأخر قبضه عن تقييض المبيع، أو التعدى فيه بوجه، لا فى نحو المقام الذى قد عرفت أن مرجع الاختلاف فيه إلى الاختلاف فى أصلها الذى من المعلوم تقديم قول المالك

فيه، كما أنه ليس من مسأله التداعى فى شىء، و ان كان جواب الموكل بل و كلتك بكذا، ضروره عدم كون ذلك دعوى منه عليه، لعدم استحقاقه عليه بذلك شيئاً، و إنما المعتر من ما تضمن إنكار دعوى الوكيل.

و من هنا كان الحكم كذلك فى صورته اختلافهما فى عين الموكل فيه، كالعبد و الفرس، و فى جنس الثمن الموكل على البيع به، أو زمانه أو مكانه، فان القول فى الجميع قول الموكل، لأنه منكر، و ليس من التداعى فى شىء، و إن حكى عن بعض الناس توهمه.

ثم بعد حلف المالك تستعاد العين من المشتري بعد فرض اعترافه بالوكالة أو حلف المالك له اليمين المردوده منه إذا ادعى عليه العلم إن كانت باقيه و مثلها أو قيمتها إن كانت تالفه، و قيل: و القائل الشيخ فى محكى من نهايته يلزم الدلال أى الوكيل إتمام ما حلف عليه المالك و هو بعيد مخالف لأصول المذهب و قواعد، و من هنا حمل على تعذر استعادته العين و مساواه قيمه لما ادعاه المالك.

و اذا كان قد تصادق الوكيل و المشتري على الثمن الذى قد ادعى الوكيل الإذن فيه، و كان قد دفع الوكيل إلى المشتري السلعه فتلفت فى يده كان للموكل الرجوع على أيهما شاء بقيمته يوم التلف إن كانت قيمه لثبوت عدوانهما معا بظاهر الشرع لكن إن رجع على المشتري لا- يرجع المشتري على الوكيل (١١) إذا لم يكن قد دفع إليه الثمن لتصديقه له فى الإذن (١٢) و فى أن الموكل ظالم له برجوعه عليه.

نعم إن كان قد دفع الثمن إليه توجه رجوعه عليه كما فى المسالك، لمعلوميه عدم استحقاقه له، و الفرض أن الموكل لا يدعيه، لعدم تعيينه ثمنه له، و قد أغرم المشتري عوض المال، فيرجع على الوكيل بما دفع إليه، لكن إن كان بقدر قيمه أو أقل فالرجوع به ظاهر، و إلا رجع بقدر ما غرم، و يبقى الباقي فى يد الوكيل

قلت: هو للموكل في الواقع بزعم الوكيل، فيجب عليه أن يتوصل إلى إيصاله إليه، بل قد يناقش في استحقاق رجوعه على الوكيل بعد فرض اعترافه بأنه للموكل في الواقع، و استحقاقه المقاصه في ماله، لا يوجب استحقاقا له على من في يده مال من ظلمه.

اللهم ألا أن يدعى في المقام ان ما أخذه المالك منه صار عوضا عنه و لو شرعا أو يقال: بوجوب التمكين منه على الوكيل، لعدم الضرر عليه من المالك الظالم بعد اعترافه بأنه ليس له.

و من هنا كان الظاهر اختصاص الحكم بالثمن المزبور المفروض كونه عوضا للسلعه في الواقع، و لو لم يكن المشتري مصدقا للوكيل في دعوى الوكالة، ففي المسالك أيضا «رجع على الوكيل بما غرمه اجمع، لغروره، و لو كان الثمن أزيد و قد دفعه إلى الوكيل رجع به لفساد البيع ظاهرا».

قلت: قد وقع له نحو هذه العبارة بل أصرح منها في كتاب البيع، و لا ريب في فساد ظاهرها، كما تقدم في محله، و أن المتجه له الرجوع بجميع ما غرمه عوض المنافع، و نحوها مما هو ليس من قيمه العين، و لم يحصل له نفع في مقابلها بل و إن حصل، و أما هي ففي رجوعه بما زاد منها على الثمن و عدمه قولان: بخلاف ما قابل الثمن منها، فإنه لا يرجع به قطعا، لعدم الغرور به، و أما ما دفعه من الثمن فلا- ريب في رجوعه به على الوكيل، سواء كان مساويا لما غرمه أو أزيد أو أنقص، لظهور فساد البيع كما هو واضح. و محرر في محله، و يمكن حمل عبارته على ذلك.

و كيف كان ف إن رجع المالك على الوكيل بقيمه ماله رجع الوكيل على المشتري بأقل الأمرين من ثمنه و ما اغترمه لأن الثمن إن كان أقل فهو يزعم أن الموكل لا يستحق سواه، و أنه ظالم بأخذ الزائد من قيمه،

فلا- يرجع به على المشتري، و إن كانت قيمه أقل لم يغرم سواها، لكن يبقى الزائد مجهول المالك ظاهراً، لأن الموكل لا يستحقه بزعمه، و موافقه الظاهر له، و الوكيل قد خرج عن الوكاله بإنكار الموكل، فليس له قبضه فينزعه الحاكم، و يتوصل إلى تحصيل مالكة، كذا في المسالك.

و لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطه بما ذكرنا بل الظاهر عدم تسلط الحاكم على انتزاعه منه، بعد علم مالكة بزعمه، فيجب عليه التوصل إلى إيصاله إليه هذا، ثم قال فيها: «و اعلم أن مقتضى السياق كون الوكيل لم يقبض الثمن بعد، و حينئذ فيتجه ما ذكره المصنف من رجوع الوكيل على المشتري دون العكس بأقل الأمرين مع تصادقهما، و يبقى الزائد على ما ذكرناه.

كما أنك عرفت الحال أيضاً لو فرض كون الوكيل قابضاً للثمن و لو لم يصدقه المشتري، بأن قال: لا أعلم و قد رجع المالك على الوكيل بقيمه العين لم يكن للوكيل مطالبه المشتري بها مع فرض زيادتها على الثمن، لاعترافه بأنه وكيل، و أن المالك ظالم بأخذ الزائد، فليس له حينئذ إلا أقل الأمرين، كما في صورته التصديق.

لكن لا- ريب في اشتغال ذمه المشتري في الظاهر بقيمه العين، و إن لم يكن للوكيل المطالبه بها، بل ليس له قبضها في الظاهر، لعدم كونها للمالك الذي غرمه بزعمه، فقد يقال: إنها من مجهول المالك، و لكن فيه أنها محكوم بها للموكل في الظاهر، و إن كان لا يجوز دفعها بعد أن غرم الوكيل، إذ لا يجمع له قيمتان لماله.

و من هنا قد يقال: إنها تدس في مال الوكيل عوض ما غرمه جبر الظلام لكن لم أجد تحريراً لذلك في كلمات الأصحاب و الله العالم.

و على كل حال فقد ذكر غير واحد من الأصحاب بل لا أجد خلافاً فيه بين من تعرض له، أن إطلاق الوكاله في البيع يقتضى الأذن في تسليم المبيع، لأنه من واجباته باعتبار اقتضائه إزاله ملك البائع عن المبيع. و إدخاله في ملك

المشترى و يجب على مدخل الملك التسليم، لأنه من حقوقه، و لكن لا- يسلمه حتى يقبض الثمن من له قبضه من المالك أو مأذونه، رعايه لمصلحه المالك، فلو سلم المبيع حينئذ قبله فتعذر أخذه من المشتري ضمن لتضييعه إياه بالتسليم.

كذا فى المسالك بل و جامع المقاصد و فيه أن المتجه تعليل ذلك بدعوى الفهم عرفا من الإطلاق، و إلا فلا ريب فى عدم دخول التسليم فى مفهوم البيع المفروض إذنه فيه، و لذا صرح فى التذكرة بصحة تصريح المالك بالنهاى عن التسليم مع الاذن فى البيع.

قال: و كون التسليم مستحقا للمشتري لا يقتضى كون المستحق هو تسليم الوكيل على البيع، فالممنوع منه غير المستحق، و إن ناقشه فى جامع المقاصد بأنه إذا سلم المشتري الثمن إلى الموكل انقطعت سلطنه الموكل عن المبيع، و وجب على من كان بيده تسليمه إلى مالكه، و كذا القول فى الثمن فى جانب الشراء فليتأمل ذلك.

لكن فيه إن ذلك خروج عن محل البحث الذى هو تسليم الوكيل من حيث الوكاله التى يكون فيها الوكيل قائما مقام الموكل، و من حيث التقابض الذى اقتضاه العقد، و إلا فهو قد صرح فى التذكرة بعد ذلك بلا فصل بما ذكره.

قال: «إذا دفع المشتري الثمن إلى الموكل أو إلى الوكيل المأذون له، أو إلى المطلق إذا جوزنا له قبض الثمن، فالوكيل يسلم المبيع، سواء أذن له الموكل أولا أو منعه، لأن المشتري إذا دفع الثمن صار قبض المبيع مستحقا، و للمشتري الانفراد بأخذه، فإن أخذه المشتري فذلك، و إن سلمه المشتري فالأمر محمول على أخذ المشتري، و لا حكم للتسليم.

و هو صريح فيما قلناه من أنه لا مدخله لذلك فيما نحن فيه من اقتضاء الإطلاق الإذن، لا مثل هذا التسليم الذى هو واجب على كل من كان بيده المال، من غير فرق بينه و بين غيره.

و حينئذ فمحل البحث فى التسليم الذى هو مقتضى التقابض فى العقد، و هذا لا ريب فى صحته نهى و كيل البيع عنه، و دعوى وجوبه على مدخل الملك من حيث

كونه مدخلا، و إن كان نائبا عن الغير فيه - واضحه المنع، فليس حينئذ إلا دعوى الفهم عرفا و قد يمنع ذلك خصوصا فيما إذا كان المبيع الذى وكل عليه فى يد الموكل.

ثم إن المراد من الضمان - لو سلم الوكيل المبيع قبل قبض الثمن فتلف، على الموكل - ضمان قيمه العين إن كانت هى و الثمن متساويين، و لو كان الثمن أكثر ففى التذكرة «لم يكن عليه الا قيمه، لأنه لم يقبض الثمن فلا يكون مضمونا عليه، و انما يضمن ما فرط فيه، و هو العين حيث سلمها قبل الإيفاء.

و لو كانت قيمه أكثر، فإن باعه بعين يحتمل تغابن الناس بمثله فالأقوى أنه يغرم جميع قيمه حيث فرط فيها كما لو لم يبع بل أتلفها، و هو أصح وجهى الشافعية، و الثانى أنه يغرم قيمه و يحط عنه قدر الغبن لصحة البيع بذلك الثمن، و لو باع بغبن فاحش باذن الموكل احتمل الوجهان: أما الأول فظاهر، و أما الثانى: فقياسه أن لا يغرم إلا قدر الثمن لصحة البيع به بالإذن، فإن قبض الوكيل الثمن بعد ما غرم دفعه للموكل و استرد ما غرمه».

قلت: قد يناقش فى أصل الضمان أولا و إنما هو مجرد إثم، و لو سلم بدعوى استفادته من قاعده «لا ضرر و لا ضرار» و من فحوى ما ورد من ضمان الدين لتمكين الهرب للمديون من يد المديان، و من تعلق حق الرهانه بقيمه الرهن لو أتلفه متلف، و صدق الخيانه و التفريط فيما هو أمين فيه من المعاوضه على الوجه المزبور، و غير ذلك.

فالمتمجه ضمان قيمه و إن كانت أكثر من الثمن إذا كان فيها احتمال رجوع للمالك بفسخ و نحوه، و إلا فله مقدار ما قابل ثمنه إذا كانت أكثر، و أما ضمان نفس الثمن فيدفعه أنه ليس وكيلا عليه حتى يكون مفرضا فيه، و إنما ضيع على المالك حق حبس العين الذى يمكن استيفاؤه منه بوضع قيمه العين قائمه مقامها ملاحظا جبر ضرر المالك بالطريق الذى ذكرناه، و به يفرق بين ما نحن فيه و بين

ما يأتي من ضمان الثمن في الوكيل على التقابض باعتبار صدق التفريط عليه في مال الموكل الذي هو الثمن فتأمل جيدا.

و لعله مما ذكرناه أخيرا دليلا للمطلوب ينقذح اختصاص الضمان- على الوجه الذي ذكرنا- بالوكيل دون الأجنبي.

نعم يتجه ذلك لو كان مدرك المسألة تضييع حق الحبس من غير فرق بين الوكيل وغيره والله العالم.

و كذا ذكروا ان إطلاق الوكالة في الشراء يقتضى الإذن في تسليم الثمن و الكلام فيه على نحو ما سمعته في تسليم المبيع لكن ظاهرهم الاتفاق على انه لا يقتضى إطلاق الإذن في البيع الإذن في قبض الثمن، لأنه قد لا يؤمن على القبض و كذا إطلاق الإذن في الشراء لا يقتضى الإذن في قبض المبيع، لأنه قد لا يؤمن عليه أيضا.

نعم إذا قامت قرائن حاله أو مقالیه على ذلك اتبع مقتضاها حينئذ، بل هو ضامن للثمن و المبيع إذا لم يقبضهما فتلفا على البائع و المشتري، لتفريطه، و ظاهرهم هنا ضمان نفس المبيع و الثمن، لا قيمه المدفوع، و لعله لما عرفت من صدق كونه مفرطا و مضيعا و خائنا فيما هو موكل فيه و الله العالم.

و للوكيل في الابتیاع مثلا أن يرد بالعيب مثلا المفروض صحه العقد عليه باعتبار خفائه لأنه من مصلحة العقد الموكل عليه، و قد عرفت أن للوكيل مراعاة المصلحة فيما هو وكيل فيه، مضافا إلى تناول إطلاق أدلته له في وجهه، فله حينئذ ذلك مع حضور الموكل و غيبته و لكن لو منعه الموكل لم يكن له مخالفته (١١) ضروره كون الحق له، و إنما كان ثبوته له بإطلاق الوكالة في الابتیاع مثلا.

و لعل المصنف أراد التنبيه بذلك على عدم ثبوته له من حيث كونه عاقدا على وجه لا مدخلية لنهي المالك عنه، نحو ما احتمل في خيار المجلس للوكيل، أو على

الفرق بينه وبين عامل المضاربه، بناء على عدم تسلط المالك في إسقاط خيار العيب الثابت له، لعدم انحصار الحق فيه.

على كل حال فما في المسالك- تبعا لجامع المقاصد من إشكال أصل ثبوت الرد بأنه إنما أقامه مقام نفسه بوكالته له في العقد، لا في

اللوازم التي من جملتها القبض والإقالة وغيرهما، وليس له مباشرتها إجماعا- لا محصل له، بعد فرض الفهم عرفا، و تناول دليل الرد له شرعا بل الظاهر ثبوت ذلك أيضا في الوكالة على شراء عين بخصوصها، ما لم يظهر من المالك إرادته على كل حال، و إن استشكل فيه في القواعد.

بل عن التذكرة الجزم بعدم الرد في الأول فضلا عن الثاني مشعرا بدعوى الإجماع عليه في وجهه و وافقه على ذلك ثاني المحققين و الشهيدين، و لعل الفهم عرفا و تناول الدليل شرعا حجه عليهم.

و حينئذ فلو استتمه البائع حتى يحضر الموكل لم يلزم إجابته، مع فرض عدم مصلحه في ذلك، فإن ادعى البائع رضى الموكل، و أنه يعلم الوكيل بذلك، استحلفه على نفي العلم، و لو رده فحضره الموكل و ادعى الرضا على وجه يقتضى سقوط خيار الرد و صدقه البائع انكشف حينئذ بطلان رد الوكيل.

لكن في التذكرة، و القواعد، و جامع المقاصد بطل الرد ان قلنا بالعزل، و ان يعلم الوكيل، بل في الأخير زياده، أما على القول بأنه لا ينعزل ما لم يعلم العزل، و هو الأصح، فإن الرد ماض و لا أثر لرضا الموكل.

و فيه أنه لا وجه لبناء ذلك على المسألة المزبوره، بل الظاهر انكشاف بطلان الرد على كل حال، ضروره انتفاء متعلق الوكالة مع فرض سبق إسقاط المالك الخيار قبل رد الوكيل به، كما هو واضح بأدنى تأمل.

و دعوى عموم أدله تلك المسألة- ك صحيحى ابن وهب و سالم [\(١\)](#) المتقدمين و

غيرهما للأعم من العزل بالقول و الفعل الشامل لما نحن فيه، فيكون ذلك منهما اختياراً في المسألة لا اشتباهاً- يدفعها استبعاد التزام مقتضاها من مراعاة كل تصرف للموكل بتصرف الوكيل، فإن كان قد وقع منه و لو بعد تصرف الموكل ما ينافيه قدم عليه، و صار سبباً لانفساخ تصرف الموكل الجامع لجميع شرائط الصحة و اللزوم، و إلا مضى.

فالوكيل حينئذ بالنسبة إلى المالك أعظم من الوليين اللذين يمضى تصرف السابق منهما، لما عرفت من مضى تصرف الوكيل و إن كان متأخراً دون الموكل، و لا ريب في منافاته لعموم (١)

«تسلط الناس على أموالهم» (٢)

«وَأَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و غيرها بل لا يلتزمه من له أدنى دربه في الفقه.

و دعوى أن التعارض بين هذه العمومات من وجه، يدفعها أولاً: ظهور أدله الوكالة في بقاء الموضوع الموكل فيه، فلا تعارض حينئذ، بل يستفاد من مجموع

قوله عليه السلام «الناس مسلطون»

إلى آخره و نحوه و من

قوله (٣) «من وكل بأمر»

إلى آخره سوى ثبوت الولاية لكل منهما على ذلك، فأيهما سبق تصرفه نفذ و إن اقترنا بطل.

بل هو مقتضى قيام الوكيل مقام المالك، و كونه نائباً منابه، و فرعاً من فروعه، و ليس في شيء منها ما يقتضى فسخ تصرف الموكل بوقوع تصرف الوكيل بعده، بل دعوى ذلك من غرائب الفقه، ضروره كون العكس مظنه ذلك.

و منه ينقدح أنه لو سلم التعارض من وجه- و إن كان هو كما ترى- فلا ريب في كون الترجيح لتلك، باعتبار معلوميه خروج مسأله الوكالة عن القواعد التي يجب الاقتصار فيها على ما هو المتيقن، و هو العزل قولاً، أو فعلاً مع بقاء العين

١-١ البحار جلد ٢ ص ٢٧٢ الطبعه الحديثه.

٢-٢ سورة المائدة الآيه- ١.

٣-٣ الوسائل الباب- ١- من أبواب أحكام الوكالة.

الموكل عليها قابله لتعلق فعل الوكيل فيها كما هو واضح.

وبذلك بان لك أن ما فى القواعد و جامع المقاصد واضح الضعف على كل حال، كما أن ما فيها أيضا من أنه لو رضى الوكيل بالعيب فحضر الموكل و أراد الرد له ذلك، لا يخلو من نظر أيضا ضروره أن فعله الموافق للمصلحه ماض على الموكل.

نعم لو قلنا بأن الالتزام و الرد للوكيل ليس من حيث الوكاله، بل للأدله الشرعيه أمكن حينئذ اشتراك حق الخيار بينهما، فلا يمضى التزام الوكيل حينئذ على الموكل، لكن فيه أنه ينبغى أيضا عدم مضى التزام الموكل على الوكيل، و قد عرفت تصريحه سابقا بخلافه، اللهم الا أن يفرق بين الموكل و الوكيل فى ذلك.

[الفصل الثانى فى متعلق الوكاله]

اشاره

الفصل الثانى فى متعلق الوكاله و قد اعتبر الفاضل فيه أمورا ثلاثه أحدها: أن يكون قابلا للنيابه، ضروره أنها روح الوكاله، فلا بد حينئذ من معرفه ما لا تصح فيه النيابه، و ما تصح فيه و المهم فى ذلك تحرير أصل يرجع إليه فى محال الشك.

و قد يستفاد من التأمل فى كلام الأصحاب أن الأصل جواز الوكاله فى كل شىء، كما يرمى إلى ذلك ذكر الدليل فيما لا تصح فيه من النص على اعتبار المباشره و نحوها، مما يمنع من الوكاله دون ما صحت فيه، و لعل مرجع ذلك إلى دعوى اشتراط المباشره و نحوها مما يمنع الوكاله، و الأصل عدمها.

ولا يكفى فى امتناعها ثبوت مشروعيتها حال المباشره، فإن ذلك لا ينافى عموم ما دل على جواز الوكاله، إنما ينافيه اعتبارها شرطا، و أصله عدم الوكاله قد انقطع بثبوت مشروعيتها، كغيره من العقود، بل الظاهر الاكتفاء فى إثبات عمومها بنحو

قول الصادق عليه السلام فى صحيح ابن سالم (١) «أن الوكيل إذا وكل ثم قام عن المجلس فأمره ماض أبداً، و الوكالة ثابتة حتى يبلغه العزل».

و قوله فى الصحيحين (٢) أيضاً «من وكل رجلاً على إمضاء أمر من الأمور فالوكالة ثابتة أبداً، حتى يعلمه بالخروج منها، كما أعلمه بالدخول فيها»

و نحو ذلك مما لا ينافى دلالة على كون الوكالة جائزاً، مسوقه لبيان توقف العزل على الإعلام، ضروره أنه دل على ذلك و على المشروعيه.

بل هو كاف فى إثبات المطلوب، ضروره تناوله لكل مورد من الموارد التى تعلقت به الوكالة من محال الشك، فإنه يصدق عليه حينئذ أنه وكل على إمضاء أمر، فلا ينزل حتى يبلغه العزل.

و بالجمله من أعطى التأمل حقه فى هذه النصوص و ما شابهها يكاد يقطع بما ذكرنا خصوصاً مع ملا حظته التمسك من الأصحاب فى كل عقد بالعمومات جائزها و لازمها، و ليس فى شىء منها سوى ما دل على مشروعيه طبيعتها، المقتضى للمشروعيه فى كل فرد من أفرادها التى حلت فيه الطبيعه، حتى يعلم فساده.

فالحكم الشرعى فى خصوص الفرد الذى هو محل الشك مستفاد من الجواز الثابت للطبيعه حينئذ، بعد فرض تحقق الإطلاق العرفى الذى لا

مدخلية للصحة الشرعيه فيه، فإنها اسم للأعم من الصحيح و الفاسد.

و بذلك ظهر لك مشروعيه الوكالة فى كل شىء إلا ما علم خروجه، و قد نبه عليه المصنف بقوله

[أما ما لا تدخله النيابة]

أما ما لا تدخله النيابة فضابطه ما تعلق قصد الشارع بإيقاعه من المكلف مباشرة بنص أو إجماع أو نحوهما فإن الوكالة حينئذ منافيه لحقيقته أو لما يعتبر فيه كالطهاره من الحدث مع القدره ترابيه كانت أو مائه و إن جازت النيابة فى غسل الأعضاء عند الضروره أو مسحها بالتراب إلا أن المتولى

١- ١ الوسائل الباب- ٢- من أبواب أحكام الوكالة الحديث- ١.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١- من أبواب أحكام الوكالة الحديث- ١.

لنفيه هو لا- النائب، و إلا- لم يصح بل فى المسالك «هذه الاستنابه ليست توكيلا- حقيقيا، و من ثم تقع ممن لا يصح توكيله كالمجنون» و فيه أنه لا يقتضى عدم صدق الوكاله فى تولى البالغ العاقل.

نعم قد يقال إنه فرد ثان للغسل المأمور به مباشره حال قدره اكتفى به الشارع، باعتبار تهيئه أعضائه و قبول الصب و نحو ذلك حال العجز، أما الطهاره من النجاسه فقد قيل إنه يجوز له الاستنابه فيه، لأن الغرض منه هجران النجاسه و زوالها كيف اتفق، و من هنا لم يعتبر فى صحته النيه و إن ترتب الثواب معها و الصلاه الواجبه ما دام حيا بالأصل إلا فى مثل ركعتى الطواف فى النيابه فى الحج عن الحى العاجز، بناء على شرعيته تبعا للمنوب فيه فضلا عن ركعتى الطواف المندوب، و ركعتى الزياده.

و أما غيرهما من النوافل و مطلق الصوم المندوب ففى المسالك «فى جواز التوكيل فيه نظر، و إطلاق جماعه من الأصحاب المنع من الاستنابه فى العبادات يشملهما، و إن تقييد الإطلاق فى غيرهما.

قلت: قد يستفاد من النصوص مشروعيه إهداء الثواب فى جميع المندوبات للحى و الميت، بل قد يستفاد منها فعلها عنه على وجه يترتب الثواب له كما أشرنا إليه سابقا فى العبادات. نعم لا- دليل على شرعيه النيابه فيه على وجه يسقط خطاب الندب عن المكلف، بل هو باق على نديته له، و إن ترتب ثواب له على فعل الغير بنيه النيابه عنه فلاحظ و تأمل.

و من ذلك يعلم الحال فى إطلاق عدم جواز النيابه فى العبادات حتى جعله فى المسالك أصلا و إن خرج منه ما خرج بالأدله الخاصه، و فيه: أنه ليس فى العباده إلا- الفعل بقصد القربه، و إن الشارع جعل ذلك سببا لترتب الثواب عليه، و هو غير مناف للنيابه فيه، فيندرج فى عمومها الذى مقتضاه مشروعيه جعل فعل الغير فعل الإنسان نفسه بالإذن و التوكيل من الطرفين.

و هذا أمر شامل للعباده و غيرها فتأمل، فإنه دقيق نافع، و إنه من ثمرات الأصل الذى ذكرناه و خصوصا بعد التأمل فيما جاز من النيايه فيها حال الحياه و بعد الموت، و خصوصا المالىه منها فتأمل جيدا و الله العالم.

و كذا الكلام فى الصوم الواجب و المندوب، و إن قال فى جامع المقاصد: «إن ظاهرهم عدم جواز النيايه فيه مطلقا، واجبا كان أو مندوبا ما دام حيا» بل و مثله الاعتكاف المعتبر فيه الصوم و الحج الواجب مع القدره أما مع العجر فقد عرفت البحث فيه فى كتاب الحج و الايمان حتى الإيلاء و النذور و الغصب و سائر المعاصى المعلوم ترتب الإثم على فاعلها كالزنا و اللواط و القسم بين الزوجات، لأنه يتضمن استمتعا و الظهار الذى صيغته مختصه بالمظاهر و منكر من القول و زور و بمعنى اليمين و اللعان الذى حقيقته الدعاء على نفسه إن كان مفتريا، أو شهاده أو يمين و قضاء العده التى هى لاستبراء الرحم و الجنايه (١١) و نحو ذلك مما علم فى بعضه عدم قبول النيايه.

و أما البعض الآخر فإن ثبت فيه إجماع و نحوه من الأدله المعتبره على منع النيايه فيه كان هو الحجه، و إلا كان محلا للنظر و التأمل و مثل الظهار الذى هو كالطلاق و الصيغه موردها المباشر إذ كان هو نحو غيرها من النذر و العهد و اليمين و نحوها مما هى من الأسباب لترتب أحكام و لا مانع من النيايه فيه، و الحرمة على المظاهر لا تقتضى الحرمة على و كيله فى إجراء الصيغه إذا كان جاهلا مثلا، على أن الإعانه لا تقتضى عدم ترتب أحكام السبب، كما أن ذلك لا ينافى عمومات الوكاله و الله العالم.

و (١٢) أما الالتقاط (١٣) المملك و الاحتطاب و الاحتشاش (١٤) فى القواعد فيه نظر، و فى التذكرة الجزم بعدم الصحه فى الالتقاط، و يمكن أن يريد به غير الذى هو بحكم المباح اما هو ففيه البحث فى حيازه المباحات، و قد ذكرنا فى المضاربه تحقيق الحال فيها و قبولها للنيايه باستئجار و غيره، لعدم ما يدل على الدخول فى

ملك المحيز قهرا حتى لو قصد عدمه، بل لعل ظاهر الدليل خلافه، خصوصا مع عدم قصد الدخول في حوزته بالاستيلاء عليه.

نعم ظاهر

قوله عليه السلام (١) «من أحيى، أو حاز»

أو نحوهما اعتبار قصد الفعل بعنوان الاستيلاء عليه، والإدخال تحت سلطانه الذى هو الملك عرفا في ترتب الملك شرعا، فهو حينئذ من الأسباب الشرعية في حصول الملك، ولا مانع من جريان النيابة فيه، كغيره من الأسباب لعموم الوكالة كما هو واضح بأدنى تأمل.

و أما الالتقاط بمعنى ترتب حكم التعريف ونحوه عليه فقد يظهر من بعضهم عدم الجواز فيه، و لعله لظهور أدلته في اعتبار المباشرة فيه، إلا أنه لا يخفى عليك ما فيه، إن لم يكن إجماعا، و قلنا بالعموم المزبور على الوجه المذكور.

نعم لا تجوز الوكالة في إقامه الشهاده إلا على وجه الشهاده على الشهاده بل هي ليس من الوكالة بل النيابة في شىء، و إنما هي شهادة على الشهاده، و لكن لها شبهة في النيابة، و من هنا صح الاستثناء، و لو جعلها من الأفراد المجازيه لها.

و أما القضاء و الحكم بين الناس و قسمه الفىء و الغنيمه ففى جامع المقاصد «أنه يصح التوكيل فيه» و مراده و لو بقربنه ما تقدم له سابقا ما فى المسالك من جواز توليه الإمام غيره فى القضاء، و كذا توليه منصوبه الخاص لغيره مع الإذن فى ذلك، و تسميه هذا النوع و كاله مجاز، و استثناءه من هذا الباب لكونه عباده، بل من أكمل العبادات، إلى أن قال: «و إنما قيدنا توليه القضاء بالإمام أو نائبه الخاص لعدم إمكان توليه منصوبه العام و هو الفقيه فى زمان الغيبه لغيره، لأن غيره إن كان جامعا لشرائط الفتوى كان مساويا للأول فى كونه نائبا للإمام فيه أيضا، و إلا لم يتصور كونه قاضيا، لما اتفق عليه الأصحاب من اشتراط جميع شرائط الفتوى فى القاضى، نعم يمكن الاستنباه فى الحلف بعد توجه اليمين.

لكن فيه مواضع للنظر كدعوى أنه من العبادات التي من شرط صحتها النية، وكدعوى عدم تصوره في زمن الغيبه لما ذكره مما يعتبر في القاضى لا- نائبه في القضاء، بمعنى جواز توليته قول حكمت الذى فيها الفصل بين المتخصصين، فهى كغيرها من الأسباب التي يصح فيها التوكيل، فالأولى الاستناد فيه إلى الإجماع على عدم قبوله للنيابه ان كان، و تسمع إنشاء الله زياده تحقيق للمسأله فى كتاب القضاء.

و فى جامع المقاصد متصلًا بالعباره السابقه «و كذا لا يجوز للحاكم أن يوكل من ينوب عنه فى الحجر و يوكل الغرماء من يطلبه منه، أما المحجور عليه فلا يصح له أن يستنيب من يحكم عليه بالحجر عنه» و مراده أن يكون النائب نفسه محجورا عليه.

و أما رد السلام فقد جزم فى جامع المقاصد بعدم صحه التوكيل فيه، و أنه متعلق بمن سلم عليه، معللا له بأن وجوبه فوري و التوكيل مؤد إلى فواته، و فيه أن مجرد ذلك لا- يصلح للمانع، لإمكان تصورهما مع عدم فواتها، و كذا الكلام فى كل فوري خيار و غيره، و أما التوكيل فى الإقرار ففيه بحث تعرفه إنشاء الله تعالى فيما يأتى، هذا كله فيما لا يدخله النيابه لمعلوميه اعتبار الشارع فيه ما ينافيها.

[أما ما تدخله النيابه]

و أما ما تدخله النيابه، فضابطه: ما جعل ذريعه إلى غرض لا يختص بالمباشرة و يكفى فى ذلك عدم العلم باعتبارها، لعموم مشروعيه الوكاله و النيابه كما عرفت، كأ نواع البيع و توابعه من قبض الثمن و دفع المثلث، و الإقاله، و إثبات الخيار و الفسخ به، و نحو ذلك.

و كذا الرهن و الصلح و الحواله و الكفاله و الضمان و الشركه و الوكاله و العاربه و فى الأخذ بالشفعه و الإبراء و الوديعه و الوصيه و قسم الصدقات و قبضها و دفعها و عقد النكاح و توابعه من فرض الصداق و الفسخ بالعيب و الخلع (١١) و المبارأه و الطلاق (١٢) و غيرها و استيفاء القصاص

و إن شرع للتشفى و قبض الديات، و فى الجهاد على وجه لأن المقصود به حمايه الدين، و حراسه المسلمين، فلا يتعلق الغرض فيه بمعين.

نعم لو فرض تعيينه بتعيين الإمام إياه لوجوده رأيه فى الحرب أو بتوقف الدفع عليه، لم يجز التوكيل فيه، و فى جامع المقاصد هذا هو المراد بقوله على وجه، و فى استيفاء الحدود مطلقا مع حضور المستحق و غيبته، و سواء كان الحد لآدمى أو لله تعالى.

و كذا يجوز التوكيل فى إثبات حدود الآدميين التى هى أحد حقوقهم، أما حدود الله سبحانه و تعالى فلا يجوز عند المصنف و الفاضل فى القواعد، بل تحريره المنع منه مطلقا، إلا فى حد القذف.

لكن فى التذكرة صرح بجوازه فى إثبات حد الله فضلا عن الآدمى، محتجا بأن

النبي صلى الله عليه و آله و سلم (١) وكل أنيسا فى إثبات الحد و استيفائه جميعا حيث قال له «فان اعترفت فارجمها»

و بدخول ذلك فى نيابه النواب الذين كانوا يرسلونهم إلى الأطراف، و لعله الأقوى فى النظر، فيجوز للإمام و نائبه العام ذلك، و لا ينافيه درء الحد بالشبهه. نعم ليس لأحد توكيل غيره فى ذلك، لاستواء المكلفين فى الحسبه، و يمكن حمل عبارته المصنف و غيره على ذلك.

و كذا يجوز التوكيل فى عقد السبق و الرمايه كغيره من العقود و العتق و التدبير و الكتابه، و فى الدعوى، و فى إثبات الحجج و الحقوق و غيرها مما لا حاجه إلى تعدادها بعد ما عرفت من الأصل الذى ذكرناه، مع أن هذا التعداد لا يفى بحصرها، كما أن الضابط المزبور لا يجدى فى أفراد الشك.

اللهم إلا أن يريدوا به ما أشرنا إليه من الاكتفاء بعدم العلم فيه، و لعله المقصود لهم، كما يومى إليه تعرضهم للدليل فى ممنوع التوكيل، بخلاف غيره مما اكتفوا فى جواز التوكيل فيه، بعدم ما يقتضى المنع، و بذلك يتم أيضا ما ذكرناه

من الأصل المزبور و الله العالم.

و الثاني من الأمور المعتره في الموكل فيه أن يكون معلوما بنوع من العلم، كما عرفت تفصيل البحث فيه سابقا على هذا الفصل، و كذا عرفت الحال فيما لو وكل على كل قليل و كثير و أنه قيل لا يصح لما يتطرق من احتمال الضرر يعتق جميع عبيده، و تطبيق جميع نسائه، و هبه جميع أملاكه و نحو ذلك، مما لا يوجه و قيل يجوز، و يندفع الاحتمال باعتبار المصلحه و لكن قال المصنف هو بعيد عن موضع الفرض الذي هو العموم المزبور.

نعم لو وكله على كل ما يملك صح لأنه يناط بالمصلحه بعد اندفاع معظم الغرر عنه بتخصيص المتعلق في الجملة.

و فيه أولا: أن العموم أولى باعتبار المصلحه المعتره في الفرد الخاص، فضلا عنه.

و ثانيا: أنه لا فرق في ضبط المصلحه بين العمومين، فان انتشار العام لا يمنع من ذلك، فان مرجع المصلحه إلى نظر الوكيل فما علم فيه المصلحه فعله، و ما اشتبه امتنع، و لأنه لو فصل ذلك العام المنتشر صح، و يقيد برعايه المصلحه على ما اعترفوا به، و ذلك مشترك بينهما و يمكن حمل كلام المصنف على إرادته البحث في صحه الوكاله ملاحظا فيه عدم التقييد بالمصلحه، و أنه يفعل كلما يشاء، و حينئذ يبقى البحث معه في ذلك، مع فرضها على وجه يصح وقوعها من الموكل و أنها لا تؤثر سلفها أو نحوه مما يمنعه من الوكاله فإنه يكون خارجا عما نحن فيه اما مع عدمه فالوجه الصحه لعموم الوكاله فتأمل جيدا.

الثالث: أن يكون مملوكا للموكل اتفاقا منا كما في جامع المقاصد «فلو وكله على طلاق امرأه سينكحها أو عتق عبد سيملكه أو بيع ثوب سيشتره لم يصح نعم لو وكله على شراء عبد و عتقه أو ثوب و بيعه جاز، و منه كما في جامع المقاصد ما لو قال: طلق زوجتي ثلاثا فإنه يكون وكيلا في الرجعتين بينهما، قال: و لكن

يرد عليه أن ذلك توكيل فى تصرف لا يملكه الموكل وقت التوكيل، فإن الرجعه انما يملكها بعد الطلاق فحقه أن لا يصح.

ثم أجاب بأنه ليس ببيع أن يقال: إن التوكيل فى مثل هذا جائز لأنه وقع تابعا لغيره، و نحوه ما لو وكله فى شراء شاتين، و بيع إحداهما أما لو وكله فيما لا يملكه استقلالا كما لو وكل فى طلاق زوجه سينكحها لم يصح، و الفرق بين وقوع الشىء أصلا و تبعا كثير، لأن التابع وقع مكملا بعد الحكم بصحة الوكالة، و استكمال أركانها، و قد وقع الإيماء إلى ذلك فى التذكرة.

قلت: و قد تبعه عليه كل من تأخر عنه، و نظروه فى الوقف على المعدوم أصله و تبعا.

لكن الإنصاف أنه ليس بشىء عند التأمل، فإن النظائر لا تصلح لأن تكون دليلا، و دعوى تناول العموم له دون الأول مجرد اقتراح، و إنكار جوازه مطلقا مكابره، بل مشروعيه المضاربه حجه عليه، فإنها من الوكالة أيضا فلا بد أن يقال ما- يرجع منها الى معنى التعليق باطل، باعتبار اقتضاء تأخير متعلقها تأخرها أما مالا يرجع إلى ذلك بان جعله و كيلا عنه و نائبا منا به فيما هو أهل له، و لو بإيجاد سببه المتأخر، عن حال العقد صح، و إن لم نجعله تابعا فى وكالة شخص خاص، بل وكل شخصا على الشراء و آخر على بيع ما يشتره ذلك، لكن على الوجه المزبور و بالجمله لا يبعد القول بمشروعيه الوكالة لما ذكرناه من عمومها فى جعل الشخص نائبا منابه و قائما مقامه فى كل ما هو أهل له، من غير فرق بين الموجود و المتجدد له من ملك و غيره.

و حينئذ له أن يبيع ما يدخله فى ملكه يارث و هبه و غيرهما، و لعل من ذلك وكلاء الأئمة و نوابهم سيما وكلاء الناحية و وكلاء المجتهدين فى زمن الغيبة على ما يتجدد من حق الخمس و الزكاه و غير ذلك مما هو راجع إلى الإمام عليه السلام فتأمل جيدا فإنه دقيق نافع لم أجد من أحاط به.

نعم احتمله الشهيد في حواشيه، و حكاه عن التذكرة هذا، و لعله بالتأمل فيما ذكرناه يظهر لك أن العنوان المزبور في الشرط المذكور في غير محله، و إن انساق إلى الذهن بعض الأفراد التي تنطبق عليه، و الأمر سهل بعد معلوميه الحال في كثير من الأفراد التي هي ممنوعه مباشره و توكيلا، بل لا يجوز له في بعضها مباشرتها للغير أيضا فلا يصح و كالتة فيها و لا توكيله، و منها ما يحرم عليه مباشرتها و إن جاز التوكيل فيها ككنس الحائض و الجنب المسجد.

و على كل حال فلو قال الموكل اشتر لي من مالك كر طعام لم يصح، إذا كان المراد جعل الثمن في العقد من مال الوكيل لما هو معلوم من عدم جواز شراء الإنسان بماله ما يملكه غيره، فيكون و كالتة فيه باطله.

نعم لو قال: اشتر لي في الذمه و اقض الثمن عنى من مالك صح، لجريان الوكالة في وفاء الدين، و لو قال اشتر لي من الدين الذى لى عليك صح، و براء بالتسليم إلى البائع الذى قد أقامه الموكل مقام نفسه، كما تسمعه من المصنف، و لا يكفى تشخيص المديون قبل قبضه بعد أن لم يكن و كيلا على ذلك.

و حينئذ فلو شخص المديون الدين بنقد خاص و اشترى به للموكل لم يكن صحيحا و احتمال بعض الأفاضل صحته، و إن كان لم يبرء تماما إلا بالتسليم إلى البائع و حاصله أنه بذلك التشخيص يكون الملك للموكل متزلزلا و يكفى في صحه البيع و لكن تمامه متوقف على تسليم البائع.

إلا أنه كما ترى لا يمكن انطباقه على القواعد الشرعيه، بعد فرض عدم و كالتة على التشخيص المزبور، و دعوى استفاده ذلك كله من عباره الموكل ممنوعه، و ستسمع زياده لذلك عند تعرض المصنف له في آخر الفصل الرابع و الله هو العالم بحقيقه الحال.

[الفصل الثالث فى الموكل]

الفصل الثالث: فى الموكل و يعتبر فيه البلوغ و العقل و أن يكون جائز التصرف فيما و كل فيه مما تصح فيه النيابة، فلا تصح و كاله الصبى لسلب عبارته و فعله فضلا عن عدم جواز تصرفه مميزا كان أو لم يكن أذن فيه و ليه أو لم يأذن، كما عرفته غير مره.

نعم و لو بلغ عشرا جاز أن يوكل فيما له التصرف فيه، كالوصيه و الصدقه و العتق و الطلاق على روايه بل فى جامع المقاصد نسبه القول بها فى الثلاثه الأول إلى الشيخ و جماعه، بل فيه «إن القول به و إن كان مشهورا إلا أن مستنده غير واضح».

قلت: ستعرف فى كتاب الوصيه أن الأقوى جوازها فيه، إذا كانت بالمعروف لأرحامه و غيرهم، وفاقا للمشهور، أما غيرها فمحل بحث و منع، و حينئذ لا بأس بتوكيله فيها، ضروره ترتب صحتها على جواز ذلك له، لأن احتمال اعتبار المباشرة فى الجواز له كما ترى، بل الظاهر بعد جوازه له، جواز توليه لغيره ممن يجوز منه صبيا أيضا و غيره، كما أومى إليه المصنف بقوله و كذا يجوز أن يتوكل فيه، لأن احتمال اختصاص اعتبار لفظه فيه نفسه بعيد عن مذاق الفقه.

و كذا لا تصح و كاله المجنون مطبقا أو أدوارا، بلا خلاف و لا اشكال، بل قد عرفت اتفاقهم ظاهرا فيما تقدم على انه لو عرض ذلك بعد التوكيل أبطل الوكاله بل و الإذن، و إن تأمل فيه المحدث البحرانى بل مال إليه، لكنه فى غير محله، كما أوضحناه سابقا.

و لعل الشرط الثالث كان مغنيا عن ذكر الأولين، ضروره عدم جواز التصرف للصبى و المجنون، فلا تصح منهما الوكاله، و من هنا عبر الفاضل عن هذا الشرط باعتبار ملك الموكل مباشره ذلك التصرف بملك أو ولايه، ثم فرع عليه عدم الجواز للصبى و المجنون و غيرهما، و الأمر سهل بعد وضوح الحال.

و أما المملوك فلا خلاف و لا إشكال فى أن للمكاتب منه المشروط و المطلق أن يوكل فى البيع و الشراء و نحوها لأنه يملك التصرف فى الاكتساب فجاز له الوكالة فيه، نعم قد يتوقف فى وكالته عن الغير فى ذلك ما لم يكن اكتسابا، و مقتضى الأصل المنع، كتوكيله فى غير التكسب، و ليس الاذن المستفاد من عقد المكاتبه فى التكسب يقتضى الإذن فى غيره. لكن ستمسح إنشاء الله تحقيق الحال فيه فى محله.

و ليس للعبد القن أن يوكل إلا- بإذن مولاه و إن قلنا بملكه، لكونه محجورا عليه فيه، نعم يجوز له التوكيل فيما يملك مباشرة بدون إذنه كالطلاق كما سيأتى و لو وكله إنسان بإذن مولاه بناء على اعتبار ذلك فى صحه و كالتة فى شراء نفسه من مولاه صح للعمومات و مغايره المشتري للمبيع يكفى فيها الاعتبار، مع أنها هنا حقيقه لأن المشتري حقيقه هو الموكل كما هو واضح.

و ليس للوكيل أن يوكل عن الموكل إلا بإذن منه بصريح اللفظ أو ظاهره، أو قرينه حال أو مقال، بلا خلاف و لا إشكال، بل الإجماع بقسميه عليه، ضروره أن مجرد وكالته على البيع مثلا لا يقتضى وكالته، بل و لا الإذن فى إيقاع عقد الوكالة عنه للغير، أو الإذن له فى ذلك كما هو واضح، و ليس هو كالوصى الذى وصايته ولايه، لا استنابه، فيجوز له الوكالة عن نفسه إلا مع نص الموصى على المنع، لعموم (١) «فَمَنْ يَدَّلَهُ» خلافا لابن حنبل فى إحدى الروايتين عنه، و ابن أبى ليلى إذا مرض أو غاب، فجزا توكيله الغير عن الموكل، و هو كما ترى، و أما وكالته عن نفسه فظاهرهم أيضا أنها كالوكالة عن الموكل متوقفه على الإذن من الموكل.

لكن قد يشكل ذلك بعدم ثبوت حق للوكيل على وجه يصح توكيله، خصوصا بعد ما اعتبروا فى الموكل أن يملك مباشرة ذلك التصرف بملك أو ولايه، فلا تجدى

الإذن من الموكل فى الوكاله عنه نفسه فى كون الأمر مستحقا كى يصح توكيله عن نفسه، و إلا- لاقتضت مجرد وكالته هذا الاستحقاق له، على وجه لا يحتاج إلى إذن الموكل فى توكيله، و صارت الوكاله حينئذ كالولاية.

و يمكن أن يكون وجهه أن له حق النيابة فيما له فعله، و هو المراد بملك الموكل له إلا- أن توقفه على إذن الموكل باعتبار توقف صيروره فعل شخص لآخر على الإذن منه فيه، و الفرض أن الوكيل الثانى يفعل الفعل عن موكله للموكل الأول، فلا يكون له إلا- مع اذنه فيه، إذ مع عدمها إنما أذن فى لفظ الوكيل الأول مثلا أن يكون لفظا له، لا و كيله. كما هو واضح و نافع، و يأتى مزيد تحقيق لذلك إنشاء الله عند تعرض المصنف له.

و لو كان المملوك مأذونا له فى التجاره عن نفسه أو مولاه- جاز له أن يوكل فيما جرت العاده بالتوكيل فيه لغيره من المأذونين كذلك، لأنه حينئذ بسبب العاده المزبوره كالمأذون فيه صريحا بلا خلاف و لا اشكال، نعم لا يجوز له أن يوكل فى غير ذلك لأنه يتوقف على صريح الأذن عن مولاه أو كالصريح فى جواز التعويل عليه من ظاهر لفظ أو غيره، و له أن يوكل فيما يجوز أن يتصرف فيه، من غير إذن مولاه مما تصح فيه النيابة كالطلاق و نحوه مما فيه المقتضى للجواز بلا مانع، إذ الرقيه فى حد ذاتها لا تمنع من التوكيل و إنما هى كالحجر لسفه أو فلس.

فيجوز للمحجور عليه أن يوكل فيما له التصرف فيه، من طلاق و خلع و ما شابهه (١١) مما هو غير داخل فى الحجر أما ما حجر عليه فيه، فلا تجوز و كالتة فيه، لعدم كونه جائز التصرف حالها، و هى استنابه.

لكن الإنصاف إن لم يكن إجماعا إمكان القول بصحتها، و إن توقف تصرف الوكيل على فك الحجر عن الموكل نحو الوكاله على طلاق امرأه و هى فى طهر المواقعه أو حال الحيض الذى لا خلاف نضا و فتوى فى جوازه، و ليس ذا من التعليق فى شىء بل

و لا- من الوكاله فى طلاق امرأه سينكحها، فما فى التذكره «من أنه من جوز التوكيل فى طلاق امرأه سينكحها، و بيع عبد سيملكه، فقياسه تجويز توكيل المحجور عليه بما سيأذن له فيه الولى و كل هذا عندنا باطل» لا يخلو من نظر.

و كيف كان ف لا- يجوز ان يوكل المحرم فى عقد النكاح و لا ابتياع الصيد بل ظاهرهم الاتفاق عليه، لعدم جواز أصل الفعل للموكل، فلا تجوز وكالته فيه، بل لا تجوز وكالته عن الغير فى ذلك كما ستعرف، لحرمة أصل الفعل عليه.

نعم هذا كله فى الوكاله لإيراده الوقوع حال الإحرام، أما لو حصلت الوكاله حالته لإيراده الوقوع حال الإحلال ففى المسالك «ظاهر العبارة منعه، و الأولى الجواز» و هو مؤيد لما قلناه سابقا، لكن فى جامع المقاصد «ظاهرهم عدم الجواز، فلا يعتمد على هذا التوكيل لعدم كونه مالكا لمباشره هذا التصرف الان. و هو شرط عندنا، فكان كما لو وكل فى طلاق امرأه سينكحها» ثم حكى عبارته التذكره السابقه، إلا أنه لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطه بما ذكرناه.

مضافا إلى خصوص

خبر الرازى (١) «قلت: لأبى عبد الله عليه السلام: رجل وكل رجلا- بطلاق امرأته إذا حاضت و طهرت، و خرج الرجل فبدا له فأشهد أنه قد أبطل ما كان أمره به. و أنه قد بدا له فى ذلك، قال: فليعلم أهله و ليعلم الوكيل».

هذا و تمام الكلام فى حكم المحرم فى محله و كذا المعتكف بناء على مساواته له فى حرمة الشراء و نحوه، فلاحظ و تأمل، و على كل حال فقد ظهر بما ذكرنا أنه لا إشكال فى صحه الوكاله مع اجتماع ما عرفت فى الموكل.

و حينئذ فلا إشكال فى أنه يجوز للأب و الجد أن يوكلا عن الولد الصغير فى كل مالهما الولايه فيه كغيرهما من الأولياء، و كذا تصح الوكاله فى الطلاق للغائب إجماعا أو ضروره لوجود المقتضى و عدم المانع، فما عن

ابن سماعه من الخلاف فى ذلك لا ينبغى الالتفات اليه، بل و للحاضر على الأظهر الأشهر بل المشهور، بل عن ابن إدريس نفى الخلاف فيه بين المسلمين، لعموم الوكاله و خصوص ترك الاستفصال فى صحيح الأعرج (١) و غيره.

خلافاً للمحكى عن الشيخ و القاضى و التقى فمنعوها فى الثانى ل

قوله عليه السلام (٢) «الطلاق بيد من أخذ بالساق»

المراد منه بقريته معلوميه جواز الوكاله فى الغائب أن أمره إليه مباشرة أو وكاله، و إطلاق

خير زرارته (٣) عنه عليه السلام «لا تجوز الوكاله فى الطلاق»

المقتصر فى تقييده على الغائب عن البلد، جمعا بينه و بين النصوص المزبوره.

إلا أنه كما ترى - مع قصور سنده و منافاه إطلاقه الإجماع و إن حكى عن ابن سماعه - لا يقاوم ما سمعت من الأدله من وجوه، خصوصا مع عدم التعرض فى شىء من النصوص لغيبه و لا حضور، و إن صرح بعضها بالجواز فى الأول، إلا أن إثباته لا ينفى ما عداه كما هو واضح، و الله العالم.

و لو قال الموكل اصنع ما شئت كان دالا على الإذن فى التوكيل عن الموكل و عن نفسه لانه تسليط على ما تتعلق به المشيئه الذى يندرج فيه الفرض فإن لفظ - ما - للعموم الذى لا فرق بينه و بين الخصوص فى الاعتبار، و إن تفاوتت فى القوه و الضعف فما فى التذكره من الخلاف فى ذلك محتجا بأن التعميم فيما يفعله بنفسه، فلا يتناول التوكيل - فى غير محله.

و يستحب استحبابا إرشاديا أن يكون الوكيل تام البصيره فيما و كل فيه عارفا باللغه التى يتحاور بها فى الموكل فيه، بحيث يكون مليا بتحقيق مراد الموكل، بل عن ابن البراج و ظاهر أبى الصلاح وجوبه، و لكنه ضعيف و الوجه الندب.

١- ١ الوسائل الباب - ٣٩ - من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه الحديث - ١.

٢- ٢ الجامع الصغير ج ٢ ص ٥٧ طبع احمد حنفى.

٣- ٣ الوسائل الباب - ٣٩ - من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه الحديث - ٥.

كما انه ينبغي للحاكم أن يوكل عن السفهاء من يتولى الحكومه و الخصومه عنه، إذا لم يباشروا، و كذا يوكل من يباشروا عنه جميع ما يقتضيه الحال من التصرف الممنوعين منه و كذا غير السفهاء ممن للحاكم ولاية عليه، و كذا الحكم فى الوصى و غيره من الأولياء، إلا- أن ينص الموصى على عدم التوكيل عنهم و لكن يكره لذوى المروات من أهل الشرف و المناصب الجليله الذين لا يليق بهم الامتهان أن يتولوا المنازعه بأنفسهم لهم فضلا عنها لغيرهم.

بل قد يستفاد مما

روى عن على عليه السلام «أن للخصومه قحما، و أن الشيطان ليحضرها، و إنى لأكره أن أحضرها»

عموم الكراهه المتسامح فيها، و إن تأكدت فيهم خصوصا، إذا كانت مع ذوى الألسنه البديه.

و لا ينافى ذلك مخاصمه النبى صلى الله عليه و آله و سلم (١) مع صاحب الناقه إلى رجل من قريش، ثم إلى على عليه السلام، و

مخاصمه على عليه السلام (٢)، مع رجل رأى عنده درع طلحه، «فقال له: إنها درع طلحه أخذت غلولا يوم البصره، فأنكره و دعاه إلى شريح القاضى فمضى عليه السلام معه إليه»

و هى مشهوره، و مخاصمه على بن الحسين عليهما السلام مع زوجته الشيبانيه لما طلقها و ادعت عليه المهر، فإن الدواعى و الضرورات الرافعه للكراهه فى حقهم عليهم السلام قائمه و الله العالم.

١-١ الوسائل الباب ١٨- من أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى الحديث ١.

٢-٢ الوسائل الباب- ١٤ من أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى الحديث ٦.

[الفصل الرابع فى الوكيل]

اشاره

الفصل الرابع فى الوكيل و يعتبر فيه البلوغ و كمال العقل بلا- خلاف و لا- إشكال، فلا تصح وكاله الصبى إلا فيما عرفت، و المجنون بعد سلب عبارتهما، و ما عن ابن البراج من استثناء الإذن فى دخول دار الغير و إيصال الهديه من سلب عباره الصبى خارج عما نحن فيه من الوكاله، مع أن ذلك مسلم بالقرائن

الداله على صدقه عمن له ذلك، لا أنه إنشاء منه، و حينئذ فتجوز وكاله البالغ العاقل، و لو كان فاسقا أو كافرا أو مرتدا للعموم، و الامتناع فى بعض الأفراد لأمر آخر لا ينافى صحتها فى الجملة.

و حينئذ ف لو ارتد المسلم لم تبطل الوكاله ل ما عرفت من أن الارتداد لا يمنع الوكاله ابتداء، فكذا استدامه بل هى أولى للأصل، نعم قد تبطل وكاله الكافر من حيث كونها على مسلم، كما ستعرف، و هو شىء غير ما نحن فيه من صحه أصل وكالته، و ظاهرهم كما اعترف به فى جامع المقاصد و المسالك عدم الفرق بين المرتد الفطرى و الملى فى ذلك، و دعوى خروج الأول عن القابليه ممنوعه، و المسلم منها بالنسبه إلى نفسه.

لكن فى حواشى الكتاب للمحقق الثانى على قوله، «الأين الارتداد» الى آخره «إلا- أن تكون الرده عن فطره و يكون رجلا أو تكون الوكاله على مسلم، فإن كانت غير فطره و الوكاله على غير مسلم روعى فى بقاء الوكاله و عدمه عوده إلى الإسلام و عدمه، فإن عاد فوكالته باقيه، و كذا سائر تصرفاته».

و هو كما ترى حتى بالنسبه إلى المراعاة التى ذكرها، لما عرفت من عدم المانع من كونه وكيلا و هو مرتد، و فى حواشى الشهيد المراعاة فى المرتد عن مله إذا كان الموكل عليه مسلما، و فيه أن المتجه حينئذ البطلان، بناء على بطلان وكالته ابتداء، فكذا استدامه، لا المراعاة.

و كيف كان فالضابط في الوكيل هو أن كل ماله أن يليه بنفسه بمعنى جواز أصل الفعل له، و لو لعدم دليل الحرمة و تصح النيابة فيه، صح أن يكون وكيلا- فيه ف تخرج العبادات و ما شابهها و إن جاز أن يليها بنفسه إلا أنه لا تصح النيابة فيها و تصح و كاله المحجور عليه لتبذير أو فلس لا- لأنهما كما في المسالك- يجوز أن يليا لأنفسهما بعض الأفعال، فتصح و كالتها فيها بل في غيرها- إذ هو كما ترى، خصوصا اضرايه، بل لأن لهما مباشرة ذلك بأنفسهما، ضروره معلوميه عدم حرمة ذلك عليهما، و إنما هما ممنوعان من التصرف في مالهما، لا أن من أحكامهما حرمة ذلك عليهما، كالمحرم الذي صح تنزيله على الضابط المزبور فقال:

و لا- تصح نيابه المحرم فيما ليس للمحرم أن يفعله، كابتياح الصيد و إمساكه و عقد النكاح لما عرفت في الضابط من «كل ماله أن يليه بنفسه» إذ هو ضابط للوكيل نفيا و إثباتا، و لذا ذكر تفريرا عليه ما دخل و ما خرج، و لا يشكل ذلك في المرتد الفطري بعدم جواز فعله ما يوقعه لغيره لنفسه، إذ قد عرفت أن المدار على حرمة المباشرة التي لا دليل عليها في المرتد من حيث ارتداده، و إنما لم يجز ذلك لعدم الملك و الذمه له شرعا، و فرق واضح بين جواز فعل الشئء بنفسه، و بينه لنفسه، كما هو واضح.

و أيضا فالمنع من تولى الشئء يتبع دليله، فإن كان مفاده المنع من مباشرته بمعنى حرمة أصل الفعل عليه، بحيث لم يجز فعله له و لغيره و كاله، و ولا-يه، و فضولا- كما في بعض محرمات الإ-حرام اتبع، و إلا اقتصر عليه، فليس مجرد الامتناع لنفسه يقتضى الامتناع عن الوكاله فيه عن الغير، بل لعل الاستقراء في كثير من الموارد و عمومات الوكاله كذلك يشهد بخلافه.

و بذلك بان أن المدار في الضابط المزبور أمران: أحدهما: كون الفعل مما يجوز وقوعه من النائب و ليس هو من المحرمات عليه، و الثاني: كون الشئء مما

تصح النيباه فيه فتأمل والله العالم.

و على كل حال فلا خلاف و لا إشكال فى أنه يجوز أن تتوكل المرأه فى طلاق غيرها لزوجها و لغيره، بلا خلاف فيه بيننا، بل لعل الإجماع بقسميه عليه، و لعمومات الوكاله، و هل تصح فى طلاق نفسها قيل و القائل الشيخ لا يجوز لاشتراط المغايره بين الوكيل و المطلقه و فيه تردد بل منع ضروره اقتضاء عمومات الطلاق الاكتفاء بمثل هذه المغايره الاعتباريه نحو ما سمعته فى غير المقام من نظائره و كذا تصح و كالتها عندنا فى عقد النكاح إيجابا و قبولا لأن عبارتها معتبره فيه عندنا للعمومات خلافا للشافعى المانع من توكلها فيه إيجابا و قبولا، كالمحرم و ليس بشىء كما ذكرناه فى محله، و حينئذ فهى مندرجه فى الضابط المزبور الذى هو مفاد العمومات، ضروره عدم حرمه شىء من ذلك عليها، و قابليته للنيابه.

و على كل حال فلا إشكال و لا خلاف فى أنه يجوز و كاله العبد إذا أذن (١١) له مولاه (١٢) للعمومات، فهو مندرج فى الضابط المزبور، أما مع عدم الإذن فظاهر المتن و غيره عدم الجواز، لحرمة التصرف فى مال الغير، و الانتفاع به بدون إذن مالكه، من غير فرق فى ذلك بين اقتضائهما منع شىء من حقوق السيد و عدمه.

لكن فى المسالك و التذكره جواز توكله بغير إذنه فى الأشياء القليله إذا لم يمنع شيئا من حقوقه.

وفيه: أن المانع إن كان ملكيه المولى للمنافع كما هو الظاهر، فلا فرق بين المنافيه لحق المولى و غيرها فى التوقف على الإذن، و إن كان المانع المنافاه لحق المولى لزمه الجواز فى غير ما ينافيها، سواء كانت قليله أو كثيره، و السيره فى مكالمته و محادثته إن تمت فلا يتعدى منها إلى غيرها.

و قد أطنب فى المسالك فى الجواب عن ذلك بما لا يرجع إلى محصل، إذ هو

إما دعوى دلالة القرائن على إذن السيد في ذلك، و هو خروج عن وظيفه الفقيه، أو دعوى الإذن شرعا فيه حتى تعلم الكراهه، للسيره المستمره، بل و إن علمت، لانه كالأستغلال بحائظ الغير، و فيهما معا منع واضح.

نعم قد يقال بترتب الصحه على عقده و إن بطلت و كالتة، مع فرض استمرار إذن المالك به بعد عدم سلب عبارته، بل لعله كذلك حتى مع نهى السيد، فإن أقصى ذلك ترتب الإثم لا الفساد.

و كيف كان فالمراد في صحه و كالتة بالإذن أن قبوله لا يؤثر إلا معها، بل الظاهر أن للسيد أن يقبل عنه فيكون و كيلا و إن لم يرض هو، سواء كان بجعل أو غيره، كما له تزويج أمته قهرا، بل ليس له عزل نفسه عن الوكالة مع نهى السيد، بل و لا مع عدم إذنه كما هو واضح.

و على كل حال ف يجوز أن يوكله مولاه في إعتاق نفسه كما جاز و كالتة في بيعها و شرائها، و ليس في الأدله ما يقتضى أزيد من المغايره الاعتباريه بين المعتق و البائع و المشتري و محل الصيغه كما عرفته سابقا و الله العالم.

و لا يشترط عداله الولي و لا الوكيل في عقد النكاح بلا خلاف فيه بيننا، بل و لا إشكال، فيجوز للأب و الجد ذلك و إن كانا فاسقين، كما يجوز الوكالة للفاسق فيه إيجابا و قبولا، للعمومات، خلافا للمحكي عن بعض الشافعيه من اشتراط العداله فيهما، و لا ريب في ضعفه.

نعم في اعتبار عدالتهم في ولايه المال خلاف على ما في المسالك، بل حكى فيها عن التذكرة القطع بأن الفاسق لا ولايه له، حتى لو كان عدلا ففسق انتزع المال منه، و أنه استشكل في ذلك في القواعد في كتاب الوصايا، و على كل حال هو بحث آخر غير ما نحن فيه كما هو واضح.

و لا يتوكل الذمي على تحصيل حق من المسلم للذمي، و لا للمسلم على القول المشهور بل في التذكرة و التنقيح و عن ظاهر المذهب و المسالك و

غيرهما الإجماع عليه، و هو إن تم، الحججه، لا الآية(١) التي لا يخفى عليك ما فى دلالتها على ذلك، خصوصا بعد ورود تفسيرها بأن المراد من السبيل الحججه، على أن ذلك هو سبيل صاحب الحق الذى فرعه الوكيل.

و لا- إشكال فى جواز مضاربه الذمى، و إن باع من مسلم و طالب بالثمن، و هى متضمنه للوكاله، أى بعد أن كان الدليل الإجماع، لا الآية، و حينئذ فلا معنى للتعدى عن مورد الإجماع اللهم إلا أن يدعى الأولويه الممنوعه. و إن جزم بها فى الرياض تبعاً للشهيد فى المسالك بل قد يقال بجواز الاذن له فى ذلك، و إن لم يكن وكاله فإنها هى مورد الإجماع المزبور.

بل قد يقال: بجواز وكاله المسلم له على استيفاء ماله فى ذمه المسلم، بما للمسلم فى يده من المال، لعدم اندراجه فى الإجماع الظاهر فى غير الفرض، كما أنه ظاهر فى الاختصاص بما إذا تضمن الوكاله نوع قهر و سلطنه للتعبير بلفظ على، و الاستدلال بالآيه.

أما غيره كالوكاله فى العقد معه أو إعطاؤه دينارا مثلاً فالمتجه الجواز، وفاقا لجماعه

من متأخرى المتأخرين، لعموم أدلته، خلافا للمحكى عن ابن زهره من المنع عن توكله على تزويج المسلمه من المسلم، و عن توكل المسلم على تزويج المشركه من الكافر، مدعيا عليه إجماع الإماميه، معللا ذلك بأنهما لا يملكان لأنفسهما ذلك، و فيه منع واضح، بل قد عرفت أن الضابط فى الوكيل جواز مباشرته بنفسه، لا جوازه لنفسه و الله العالم.

و هل يتوكل المسلم للذمى على المسلم فيه تردد و خلاف، فعن ظاهر المفيد و الشيخ فى النهايه و الديلمى و أبى الصلاح و ابن زهره المنع، بل عن الأخير منهم الإجماع عليه، و الوجه كما عن عامه المتأخرين الجواز على كراهيه

للعوم السالم عن معارضه ما يقتضى المنع حتى الآيه، فإنه ليس إثبات سبيل للكافر، بناء على كون المراد منه سبيل الوكاله، لا سبيل التوكيل، و إلا لجاز للمسلم أن يوكل الذمى على المسلم، و قد عرفت أنها إحدى الصورتين المسوغتين.

بل لعل مراد الجميع الكراهه، كما عساه يومى إليه ما عن التذكره من الإجماع على الجواز لكن على كراهه، فإنه لا يتم إلا بحمل عبارات القدماء التى هى بمرأى منه على ذلك.

و ربما يرشد إليه أيضا ما فى محكى المختلف «و يكره أن يتوكل مسلم لكافر على مسلم، و لم يكره ذلك أحد من الفقهاء، دليلنا إجماع الفرقه، و لأنه لا دليل على جوازه» فإنه و إن أشعرت عبارته الأخيره بإرادته الحرمة من الكراهه فى أولها، لكن يمكن العكس، بل لعله أولى، فيراد الجواز الخالى منها، خصوصا بعد ملاحظه ما عن مبسوطه «يكره أن يتوكل مسلم لكافر على مسلم، و ليس بمفسد للوكاله» و بعد معلوميه دليل أصل الجواز من العمومات و غيرها، و دعوى أنه من السبيل المنفى أيضا واضحه المنع.

و على كل حال فما عرفت، حكم الصور الثلاثه، أما باقى الصور الثمانيه المتصوره فى المقام لأن الموكل إما مسلم أو ذمى، و الوكيل كذلك، و الموكل عليه كذلك، فلا إشكال فى جوازها بلا كراهه، و إلى بعضها أشار المصنف بقوله و يجوز أن يتوكل الذمى على الذمى و الله العالم.

و يقتصر الوكيل فى التصرف على ما استفاد من عقد الوكاله انه أذن له فيه صريحا أو ظاهرا و لو بمعونه القرائن الحاليه أو المقاليه أ و ما تشهد العاده ب إرادته الاذن فيه من حيث تعلق الوكاله على وجه يكون وكيلا فيه، أما لو شهدت بأنه لو علم ذلك لرضى و إلا فهو حال عقد الوكاله خال عن تصور ذلك، فهو من التصرف بالفحوى، و إن كان سببها مورد الوكاله. لا الوكاله المعتر فيها قصد الإنشاء، و بذلك افترت عن الاحكام التى لم يعتبر فيها تعلق قصد الإنشاء العقديه

كما هو واضح.

اللهم إلا ان يكون قصد تعلق إنشائها بما يدل عليه متعلقها بأى دلالة تكون، و فرض الدلالة، فيتحقق الوكالة حينئذ، و لا بد من ملاحظه ذلك فى الأمثله الآتیه.

فلو أمره ببيع السلعه بدينار مثلا نسيته فباعها بدينارين نقدا صح، و كذا لو باعها بدينار نقدا إلا أن يكون هناك غرض صحيح يتعلق بالتأجيل كالخوف على الثمن مع الحلول و نحوه، فإنه حينئذ لا يجوز التعدى و إذا وقع كان فضولا، بل لعل المتجه ما فى المسالك و غيرها من عدم جواز التعدى مع احتمال الغرض الصحيح احتمالا معتدا به.

و كذا الكلام فى الشراء نسيته، بمثل ما أمره به نقدا، فلا يجوز التعدى حينئذ إلا مع تحقق عدم الغرض، و أما الثمن المعين فيمكن كون الاقتصار عليه إرفاقا بالمشتري إن كان معينا فلا يجوز بيعه بأزيد، و لو لم يكن معينا ففى المسالك جاز البيع بالأكثر مع عدم العلم بالغرض، و عدم التصريح بالنهاى عن الزائد، لندور الغرض فى الفرض المذكور، و أغلبه إرادته الأزيد، مع إمكان أن يريد الإرفاق المطلق، أو عدم الاضطاز فى البيع، أو سهوله المعامله، فإنه مندوب إليه شرعا، أو عدم زياده الربح عن مقدار معين لغرض شرعى، أو غير ذلك، لأن هذه الأمور نادره فى المطلق، فلا يلتفت إليها مع الاشتباه.

قلت: لا ريب فى عدم جواز التعدى مع فرض الاشتباه كما جزم به فى جامع المقاصد، و بأنه لا مدخله لكون الغرض أكثرىا فى أحدهما دون الآخر.

نعم لا بأس به مع فرض عدم الاعتداد بالاحتمال على وجه لا ينافى الطمأنينه عادة بإرادته المثاليه كما هو واضح.

أما لو أمره ببيعه حالا فباعه مؤجلا لم يصح و لم يمض و لو كان بأكثر مما عين، لأن الأغراض تتعلق بالتعجيل إلا ان يفهم عدم تحلل الحلول، و لو أمره ببيعه فى سوق مخصوص فباع فى غيره بالثمن الذى عين له، أو مع الإطلاق بثمان

المثل صح، إذا لغرض تحصيل الثمن فيكون ذكر السوق المخصوص حينئذ مثالا لغيره، و لو فرض احتمال الغرض له في ذلك احتمالا معتادا به لم يجز التعدي عن مفاد اللفظ، و من هنا حكى عن التذكرة اعتبار العلم بعدم الغرض في جواز التعدي.

بل قد يحتمل عدم جوازه و إن علم عدم الغرض إلا انه لم يحضر في بال الموكل إلا خصوصيه السوق المزبور، بمعنى انه لم يفهم منه إرادته المثاليه، إذ عدم الغرض أعم من ذلك، و من ذلك يعرف ما في المسالك هنا من الاكتفاء بعدم العلم بالغرض، خصوصا بعد اعتبار العلم بعدم الغرض في السابق مع عدم الفرق بين المقامين.

و كذا ما فيها أيضا من انه لو علم عدم الغرض صح البيع قطعا لكن لا يجوز نقل المبيع اليه، فلو فعله كان ضامنا، و انما الفائدة صحه المعامله لا- غير، ضروره ان الحكم فيه مثل البيع مع فرض القطع بعدم الغرض في كونه في السوق المخصوص و بإرادته المثاليه من ذكره فأى فرق بين البيع و بين نقل المبيع كما هو واضح.

فما في الرياض- من ان التجاوز بالثمن للأولويه لا تقتضى الاذن في نقل العين الى مكان آخر، فيده حينئذ عاديه، مثل البيع الزائد على المسمى الذى هو أولى- في غير محله، بل هو غير مفروض المسأله الذى هو ما علم بإرادته المثاليه من السوق فيه فتأمل، هذا كله فيما عرفت.

أما لو قال: بعه من فلان فباعه من غيره لم يصح و لو تضاعف الثمن، لأن الأغراض في الغرماء تتفاوت بتفاوت الأشخاص، فلا يجوز التخطى حينئذ مع الإطلاق قطعا سواء علم الغرض أو جهل الحال، بل في المسالك أم علم انتفاء الغرض على ما يظهر من إطلاقهم وقوفا مع الاذن، لكن فيه انه مناف لكلامهم و للواقع، مع فرض القطع بإرادته المثاليه إذ لا تفاوت في ذلك بين تعيين الثمن و الزمان و المكان و المشتري في كونه المدار.

نعم هو مؤيد لما ذكرناه سابقا من ان العلم بعدم الغرض لا يقتضى إرادته المثاليه،

بل يمكن أن يكون لعدم خطور غير تلك الخصوصية في ذهن الموكل حال إنشاء عقد الوكالة، وحينئذ يتجه الاقتصار على ذلك لعدم اقتضاء عقد الوكالة غيره، إلا أن هذا لا يخص المقام كما هو واضح.

و كذا لا يجوز التخطي فيما لو أمره بأن يشتري بعين المال بعباره صريحه أو ظاهره، كاشتر بهذا المال لاقتضاء الباء المقابله إن لم يكن عرف يصرف عن ذلك فاشترى في الذمه أو أمره بالشراء في الذمه على الوجه المزبور فاشترى بالعين بل يكون فضولا لأنه تصرف لم يؤذن فيه، و هو مما تتفاوت فيه المقاصد باعتبار خلوص المال من الشبهه، و عدم اراده بذل غيره لو تلف و بالعكس في الشراء بالذمه.

لكن لا يخفى عليك جريان كثير مما ذكرنا فيه أيضا، ضروره عدم الفرق في هذه الأمثله، بل و لا في غيرها في ذلك، و لذا لا ينبغي الإطناب في الإكثار منها و الله العالم.

و إذا ابتاع الوكيل، وقع الشراء عن الموكل الذي قصد نائبه الشراء له و لا يدخل في ملك الوكيل عندنا خصوصا إذا كان الشراء بعين مال الموكل لعدم القصد و لعدم ملكه العوض و لأنه لو دخل في ملكه لزم أن يعتق عليه أبوه و ولده لو اشتراهما، كما يعتق أبو الموكل و ولده.

و دعوى أنه في الزمن الثاني يدخل في ملك الموكل يدفعها عدم أولويه ذلك من العتق المبني على التغليب خلافا للمحكي عن أبي حنيفه من الانتقال إلى الوكيل أولا- ثم إلى الموكل لأن حقوق العقد تتعلق به في الشراء بأكثر من ثمن المثل، و لم يذكر الموكل لفظا و نحوه، و لأن الخطاب إنما جرى معه، و فيه منع تعلق الاحكام به في نفس الأمر، و إنما تعلق في المثال ظاهرا، لعدم العلم بقصده، و الخطاب إنما وقع على سبيل النيايه مع أنه كسراء الأب و الوصى الذي وافق فيه على الانتقال منه إلى المولى عليه، و غير ذلك مما هو واضح.

و لو وكل مسلم ذميا مثلا فى ابتىاع خمر لم يصح لعدم جواز شراء الخمر فى نفسه للموكل، فلا تقع النيابة فيه كالمحرم الذى لا يجوز له توكيل المحل فى نكاحه، ضروره أنه كما يعتبر فى الوكيل جواز إيقاعه الفعل الموكل فيه فى صحه كونه وكيلا، كذا يعتبر جوازه للموكل فيه أما إذا كان أصل الفعل و طبيعته محرمة عليه فلا يصح التوكيل فيه أيضا كما هو واضح.

وكل موضع يبطل فيه الشراء للموكل للمخالفة أو لغيرها فإن كان سماه عند العقد لفظا و نيه لم يقع عن أحدهما أما عن الوكيل فلأن المفروض قصد غيره، و أما عن الموكل فلغرض مخالفته، فلم يكن وكيلا عنه.

نعم يكون العقد حينئذ فضولا- و إن لم يكن سماه قضى به على الوكيل فى الظاهر المقتضى مباشرة الشراء له باعتبار كون الخطاب معه، و أما فى نفس الأمر فمع عدم إجازة الموكل تخلص بتجديد العقد مع البائع، فإن لم يتمكن أخذ المبيع مقاصه، فلو فرض زيادته توصل لإيصال الزائد للبائع.

و كذا لو كان الشراء بعين مال الموكل الذى لم يذكر فى اللفظ و لا بينه على ذلك، و حلف البائع على نفى العلم، فإنه يثبت به البيع ظاهرا و يغرم الوكيل للموكل مع تعذر رد العين، و لو ببذل أضعاف قيمتها لمخالفته و تفريطه فى دفع عينه، ثم يأخذ هو المبيع مقاصه، أو يدفعه للموكل من أول الأمر فى وجه قوى، و يغرم له ما زاد عليه إن كان، و إن فرض زيادته توصل إلى إيصاله إليه، و لو ذكر الموكل لفظا و قصد نفسه وقف على إجازة الموكل ظاهرا، لكن يكون الشراء فى الباطن للوكيل إن لم يكن الشراء بعين مال الموكل، و إلا كانت نيته لغوا و بنى الحكم على الظاهر.

بل فى المسالك الحكم بذلك فى الأول أيضا إذا كان للبائع غرض فى تخصيص الموكل، و فيه تأمل بناء على عدم اعتبار تعيين المشتري فى البيع الذى لم يرد من البائع فيه إلا قصد النقل عنه، و أما القابل فان قصد غيره كان له، أو فضولا و إلا وقع البيع

له إذا لم يقع العقد بالعين التي هي لغير القابل.

و حينئذ فلا عبره بقصد البائع كون المشتري شخصا خاصا، و بذلك افترق النكاح عن البيع و نحوه، باعتبار تعيين من له النكاح فيه فى العقد، بخلاف البيع، و به أيضا حكم بصحة البيع حال جهل البائع بكون المشتري قصد الشراء لغيره فباعه بزعم أن المبيع له، ثم بان أنه قصده لموكله، أو لمن هو ولى عنه.

اللهم إلا أن يقال: ان القصد و ان لم يكن معتبرا فى الصحة، لكن مع فرض تشخصه من البائع بالعقد يجب مطابقه قصد المشتري معه، و الا وقع العقد باطلا للاختلاف، و الحكم بالصحة فيما تقدم ممنوع مع فرض التشخص المزبور.

نعم لا بأس بتخيله ذلك مقارنة للعقد من دون تشخيص القصد به، و مع الشك يحكم بعدم التشخيص أيضا، لأصالة الصحة، و حينئذ يتم ما ذكره، الا- أنه ينبغى جعل المدار ما ذكرنا، لا خصوص تعلق الغرض بالموكل، ضروره عدم توقف التشخيص المزبور على الغرض، بل يمكن اتفاهه و ان لم يكن له غرض بذلك كما هو واضح بأدنى تأمل.

و كذا الكلام فيما لو أنكر الموكل الوكاله و حلف على ذلك أى يبطل كون الشراء له، لكن ان كان الوكيل مبطلا و لم يذكر الموكل لفظا و لانيه و كان الشراء بالذمه فالملك له أى الوكيل ظاهرا أو باطنا و ان كان محقا و نواه كان الشراء للموكل باطنا و للوكيل ظاهرا، و تفصيل الحال أنه ان كان الشراء بالعين التي هي للموكل مصرحا بذلك عند العقد، أو كان بينه تشهد على أن العين له، أو كان البائع معترفا بذلك كان العقد فضولا ظاهرا، و للموكل باطنا مع فرض صدقه كذلك.

و حينئذ فإن رجع المالك فى العين و أخذها من البائع رجع إليه مبيعه مقاصه، مع فرض تصديقه بكونه وكيلا، و ان رجع بقيمه العين أو مثلها على الوكيل، لتعذر أخذها من البائع أخذ الوكيل المبيع قصاصا، و توصل الى رد ما فضل منه

عن حقه ان كان هناك فضل، و ان تلفت تخير فى الرجوع، فان رجع على البائع، رجع على الوكيل بالمبيع مع فرض وجوده أو تلفه بتفريط.

اما لو كان قد تلف منه بلا تفريط فلا رجوع له، ضروره ظلم الموكل له بزعمه كما انه لو رجع على الوكيل لم يرجع على البائع بشىء، و لو لم يعلم البائع بالحال و لا بينه، و لم يذكر فى العقد لم يجب عليه الدفع، بل يحلف على نفى العلم ان ادعى عليه، ثم يغرم الوكيل، و يأخذ العين، اى المبيع قصاصا على الوجه المزبور.

و إن كان الوكيل كاذبا فى نفس الأمر بطل الشراء، سواء نوى المالك أو نفسه، أو لم ينو و جاء فيه التفصيل السابق بين علم البائع بذلك و عدمه.

و فى المسالك «إن كانت العين قد تلفت عند البائع و جب على الوكيل رد العين اليه، و إن كانت باقيه عنده فخلاص الوكيل أن يصلح الموكل عليها بما دفعه من المثل أو قيمه ثم يصلح البائع على العين إن أمكن».

و فيه أن مقتضاه عدم ضمان الثمن على البائع مطلقا و إلا كان المتجه الخلاص المزبور على التقديرين، و لو على قيمه الثمن أو مثله، و ليس ما نحن فيه كالثمن المدفوع عن المغصوب من العالم بغصبه الذى حكى الإجماع على عدم الرجوع به مع التلف بخلاف البقاء، و لولاه لكان الضمان فيه متجها، لفساد المعامله و كون اليد يد ضمان، و التسليط انما كان بعنوانها لا مجانا كما هو واضح.

هذا كله فى الشراء بالعين و أما إذا كان فى الذمه و ذكر الموكل لفظا و نيه وقع له باطنا إن كان محقا و بطل ظاهرا فأخذ المبيع عنه حينئذ قصاصا أو على الوجه الاتى، و ان لم يذكره لفظا و لا نيه فالشراء للوكيل ظاهرا و باطنا، و إن كان مبطلا و ذكر الموكل لفظا و نيه بطل البيع مطلقا، و إن ذكره لفظا و نوى نفسه صح له باطنا و بطل ظاهرا، و ان نواه خاصه فالسلعه للبائع باطنا مطلقا. و فى المسالك «فيشتريها منه بالثمن ان كان باقيا و إلا دفعها اليه، و لا شىء عليه» و فيه النظر السابق.

و كيف كان فلو أراد الحل واقعا في صورته صدق دعواه في الوكالة التي اشترى بها في الذمه ف طريق التخلص أن يقول الموكل إن كان لي فقد بعته من الوكيل بمقدار الثمن فيصح البيع، و لا يكون هذا تعليقا للبيع على الشرط ضروره أنه معلق عليه في الواقع، و لم يثبت اعتبار عدم هذه الصوره في التسبب المزبور بل مقتضى إطلاق الأدله خلافه.

و حينئذ يصح البيع، و لا يكون إقرارا منه بالوكالة و يتقاصان حينئذ قهرا ضروره أنه يكون للموكل بسبب البيع المزبور في ذمه الوكيل مقدار ماله في ذمه الموكل، و هو الثمن الذي أداه للبائع عنه بالوكالة المفروض صحتها واقعا، و ان لم يكن قد أدى عنه إذن له في التأديبه، و كذا لو كان المبيع في نفس الأمر للبائع فطريق تخلصه أن يقول له بعته إن كان هو لي بالثمن المزبور.

و على كل حال ف ان امتنع الموكل من البيع المزبور لم يجبر عليه لعدم وجوبه عليه كما لم يجب على الوكيل شراؤه من الحاكم، و إن صح ذلك بأن يقول له إن كان للموكل فقد بعته إياه بمقدار ما اداه من الثمن إذا فرض أنه قيمته، و الا باعه بعضه و بقي البعض الأخر يدسه الوكيل في مال الموكل كما انه لو فرض نقصانه اشتراه منه بقيمته و يتقرب مالا آخر للموكل يقاصه بما بقي له ضروره أنه كان الأمر كما ذكره الوكيل فالحاكم ولي الممتنع و الا كان العقد لغوا لكن لا يجب على الوكيل مراعاة ذلك، و إن كان هو أولى بل و لا مراعاة الطريق الأول من التخلص.

بل جاز له أن يستوفى عوض ما أداه إلى البائع عن موكله من هذه السلعه، و يرد ما يفضل عليه و لو بالدس في ماله أو يرجع بما يفضل له فيتقرب له مالا- يتمكن من المقاصه منه به بمجرد إنكار الوكالة لإطلاق أدله المقاصه من قوله تعالى (١) «فَمَنْ اَعْتَدَى» و قوله تعالى (٢) «وَ الْأَحْزَامَاتُ قِصَاصٌ» و غير ذلك و الله العالم.

١- ١ سورة البقره الآيه ١٩٤.

٢- ٢ سورة البقره الآيه ١٩٤.

و لو وكل اثنين مثلاً فإن شرط الاجتماع من كل منهما لم يجز لأحدهما أن ينفرد بشيء من التصرف و ان كان فى الخصومه، و إن شرطه لأحدهما لم يجز له خاصه الانفراد بلا خلاف و لا

اشكال لا فى الموضوع و لا فى الحكم سواء جعل الوكيل هما أو ذكر ذلك قيدها فى وكاله كل منهما ضروره عدم اعتبار الاتحاد فى الوكاله كضروره عدم جواز التصرف فى مال الغير بغير اذنه.

بل و كذا لو أطلق الوكاله لهما بأن قال و كلتكما أو أنتما و كىلاى أو نحو ذلك مما هو ظاهر فى إرادته و كالتها من حيث الاجتماع، بل لا- يبعد الاكتفاء فى ذلك بعدم ظهور اراده الانفراد، لوجوب الاقتصار على المتيقن بعد ان لم يكن ظهور فى الانفراد.

و

فى دعائم الإسلام (١) عن أبى جعفر محمد بن على عليهما السلام متصلاً بما سمعته عنه فى مسأله إطلاق الوكاله: «و ان أمر رجلين أن يبيعا له عبداً فباعه أحدهما لم يجز بيعه إلا أن يجعل البيع لكل واحد منهما على الانفراد أولهما معا إذا اجتمعا».

نعم لو وكل أحدهما ثم وكل الآخر فالظاهر استقلال كل منهما، و ليس وكاله الثانى عزلاً للأول، كما أن وكالتها لا يعتبر فيها الاجتماع، و إن ذكر بعض ذلك فى الوصيين على الوجه المزبور إلا أن الأقوى خلافه إلا بالقرينه، و حينئذ ف لو مات أحدهما بطلت الوكاله مع اشتراط الاجتماع، لانتهاء المركب بانتفاء أحد جزأيه، و الا بطلت وكاله الضميمة بموت الآخر دون العكس لما عرفت أيضاً.

و على كل حال ف ليس للحاكم أن يضم إليه أميناً لعدم ولايته على الموكل الذى قد انتفى موضوع وكالته بالموت و فى المسالك «نبه المصنف بذلك على الفرق بين الوصى و الوكيل، حيث أن موت أحد الوصيين على الاجتماع يجوز للحاكم الضم، و الفرق أنه لا- ولايه للحاكم هنا على الموكل بخلاف الوصى، لأن النظر فى حق الميت و اليتيم إليه، و إذا تعذر أحد الوصيين صار الآخر بالنسبه إلى

التصرف بمنزله عدم الوصى، إذ لم يرض برأيه منفردا فتداركه الحاكم بنصب شريك».

قلت: ما ذكره و إن كان مختار جماعه، لكن قد يقال: إن المتجه بناء على ما ذكره انتفاء الوصى حينئذ، لما عرفت من قاعده انتفاء المركب بانتفاء أحد جزأيه فينتقل الأمر إلى الحاكم، كما لو ماتا معا، لا أنه يضم مع الموجود شخص آخر لبقاء حق الوصايه له، و احتمال اراده تقييد ذلك بما إذا كان حيا يقتضى استقلال الباقي بالوصايه، كما عن الأكثر، و لا مدخليه للحاكم لعدم الولايه له على من كان له وصى. كما أوضحنا ذلك فى كتاب الوصيه.

اللهم إلا- أن يقال إن الحاكم يقوم مقام الميت الذى هو شريك لعجزه بالموت عن أداء ما تكلف به إلا أنه كما ترى، ضروره اقتضاء الموت بطلان هذه الولايات لا أنه باقيه معه حتى يقوم الحاكم، لعدم الدليل على ثبوتها بعده، بل ظاهر أدلتها اختصاصها فى حال الحياه فالتمسك بالاستصحاب حينئذ فى غير محله، بعد فرض ظهور الدليل فى اعتبار الحياه، و إن أمكن منعه لولا ظهور اتفاق الأصحاب على ذلك، هذا. و المراد باجتماعهما على العقد صدوره عن رأيهما و أمرهما معا لا إيقاع كل منهما الصيغه.

و فى المسالك «و إن كان ذلك جائزا أيضا قال: فلو وكل أحدهما فى إيقاع الصيغه أو وكلا ثالثا صح إن اقتضت وكالتهما جواز التوكيل، و إلا تعين عليهما إيقاع الصيغه مباشره، فيوقعها كل واحد مره، و يمكن أن يكون هذا من مواضع جواز توكيل الوكيل و لو أحدهما للآخر، لدلاله القرائن على أنه لا يريد مباشره الصيغه مرتين غالبا».

و فيه أنه لا داعى إلى التوكيل بعد تفسير الاجتماع بما عرفت، ضروره صدور التصرف منهما بإيقاع الواحد باطلاع الآخر و إذنه فى ذلك كما هو واضح، و لو فرض اشتراط الاجتماع فى نفس الصيغه كان المتجه صدور الإيجاب منهما دفعه أو القبول

و أما قراءه الصيغه تامه من كل واحد منهما مره مستقله فقد يشكك بالشك في تناول الأدله لمثل هذا البيع خصوصا بعد الفصل بينهما بمدته بل قد ينافيه ظاهر الأدله على نحو ما سمعته في امتناع التعليق المنافى لظاهر دليل السببيه و يمكن حمل كلامه على الأول هذا كله في الوكالة بقيد الاجتماع.

أما لو شرط الانفرد، جاز لكل منهما أن يتصرف غير مستصحب رأى صاحبه بلا خلاف و لا إشكال، بل وجب عليه مع إرادته العزيمه من الشرط، لا- الرخصه، كما ذكروا نظيره في الوصيه و كذا الحال فيما لو كان ظاهر التوكيل ذلك، و إن لم يصرح باشتراط الانفرد و الله العالم.

و يجوز وكاله الواحد عن اثنين أيضا، و لو في الخصومه بينهما مع عدم التضاد في القيام بمصلحه كل منهما، كما يجوز عن المتعاقدين و عن أحدهما مع نفسه، حتى في استيفاء القصاص من نفسه و الحد و الدين، لإطلاق الأدله و عمومها.

و لو وكل زوجته أو عبده أو عبد غيره، ثم طلق الزوجه، و أعتق العبد لم تبطل الوكالة للأصل بل في جامع المقاصد و محكى التذكرة و ظاهر المسالك عدم بطلانها بالبيع أيضا، و إن توقف فعله حينئذ على إذن المشتري إن كان غيره، كما لو وكله ابتداء، و عدم جواز التصرف بدون الإذن لا يقتضى بطلان التوكيل.

و لكن قد يناقش بعدم ما يدل على صحه مثل هذا العقد الذى لا إشكال في توقفه على الإذن المعتبر في الاستدامه، كالاتداء ضروره اتحاد مدرك اعتبارها، و فرق واضح بين وقوع العقد على عبد الغير ابتداء فإنه من الفضولى حينئذ و بين محل الفرض الذى قد وقع فيه العقد صحيحا للمالك فلا يتصور انقلابه فضولا.

و ليس هو كإجاره الموقوف عليه إذا مات في أثناءها و انتقل الوقف إلى الطبقة الثانيه التى تكفى في بقاء صحه العقد إجازتهم، باعتبار كونهم متلقين من الواقف، و العقد من أوله في الواقع على الفضولى، بخلاف ما نحن فيه و حينئذ فما قيل - من أنه لو لم يستأذن المشتري نفذ تصرفه و إن ترك واجبا- لا يخلو من اشكال، لعدم ثبوت

نعم يقع العقد منه فضولا أو صحيحا بالاذن مع فرض استمرارها، و لا فرق فيما ذكرنا بين أن يوكل عبده ثم يبيعه أو عبد غيره ثم يبيعه بل أو يشتريه هو، و منه يعلم ما فى القواعد من النظر فلاحظ. هذا كله فى الوكاله التى هى عقد على حسب ما عرفت.

أما لو أذن لعبده فى التصرف بماله على وجه الاستخدام به ثم أعتقه بطل الإذن لأنه على الوجه المزبور ليس على حد الوكاله، بل هو إذن تابع ل استخدام بالملك بخلاف عقد الوكاله الظاهر فى الاستقلال إلا مع القرينه، و كذا فى الزوجه المأذونه على حسب استخدام الرجال بأزواجهم فطلقها.

نعم لو فرض حصول الإذن لهما المساوقه للوكاله، أمكن حينئذ القول ببقائها، كالوكاله ما لم تكن قرينه على التقييد، فإنها تتبع حتى فى الوكاله أيضا، و قد أظن فى جامع المقاصد فى وجه الفرق بين الإذن و الوكاله فى الفرض.

لكن ناقشه فى المسالك «بأن الوكاله لا تنحصر فى لفظ، بل تصح بكل ما دل على الإذن فى التصرف، و حينئذ فيشكل الفرق بينهما بطلان الإذن دونها، اللهم إلا أن يستفاد ذلك من القرائن الخارجه الداله على أن مراده من الإذن ما دام فى رقه، و مراده فى الوكاله أنه مأذون مطلقا و حينئذ فلا- فرق بين كون الإذن بصيغه الوكاله و غيرها مع احتمال فترول مع الإذن المجرد لا مع التوكيل بلفظها، حملا لكل معنى على لفظه، و يضعف بما مر من أن الوكاله ليست أمرا مغايرا للإذن، بل تتأدى بكل ما دل عليه، و لا فرق بين الصيغتين».

قلت: فرق واضح بين الإذن و الوكاله، ضروره اعتبار إنشاء معنى العقديه الذى هو الربط بين الإيجاب و القبول فى الثانى دون الأول، و لذا لم تبطل الوكاله بعد تحققها إلا بالعزل، و نحوه مما تقدم سابقا باعتبار تحقق أثر العقد المستصحب بقاءه، بخلاف الإذن التى يكفى فى عدم ترتب أثرها الشك فى حصولها، و لو بسبب

طرو حال مغاير لحال ابتدائها، بل قد يقال: بكفايه احتمال تغير الداعى فى ذلك، بخلاف الوكاله والله العالم.

و إذا وكل إنسانا فى الحكومه لم يكن ذلك منه إذنا فى قبض الحق ما لم تكن ثم قرائن إذ قد يوكل من لا يستأمن على المال فلا يجوز له حينئذ ذلك، ولا يبرء من عليه الحق بتسليمه.

و كذا لو وكله فى قبض المال، فأنكر الغريم، لم يكن ذلك إذنا فى محاكمته، لأنه قد لا يرتضى للخصومه لقصوره عنها، بل و إن كان أهلا لها لأنه تعد عن الموكل فيه، كما أنه لو كان أهلا للاستئمان فى الأول لم يكن القبض له لأنه تعد كما هو واضح و كأنه عرض بذلك إلى اختلاف الشافعيه بينهم والله العالم.

[فرع لو قال وكتك فى قبض حقى من فلان فمات لم يكن له مطالبه الورثه]

فرع لو قال: وكتك فى قبض حقى من فلان فمات، لم يكن له مطالبه الورثه لعدم اندراجه فى عباره الوكاله أما لو قال: وكتك فى قبض حقى الذى على فلان كان له ذلك لعدم تعيين المقبوض منه فيدخل الوارث بل المتبرع بخلاف الأول الذى قد ذكر فيه المقبوض منه بلفظ «من» المقتضيه لحصول ابتداء القبض منه.

بل قد يشك فى وكيله، فإنه و إن كان يده يده شرعا و جزم به فى المسالك و غيرها إلا أن ذلك لا يقتضى دخوله فى عباره الموكل، و حملها على اراده ما هو الأعم منهما ليس بأولى من حملها على إرادته الأعم من ذلك و من المتبرع و الوارث، و خصوصا إذا كان هو الوصى على و فاء الدين، فإنه قبض منه شرعا حينئذ باعتبار قيامهم مقامه فى ذلك، و لكن لا يخفى عليك أن المدار الفهم العرفى فتأمل جيدا.

و لو وكله فى بيع فاسد مثلا للتأجيل بأجل غير معلوم و نحوه أو ابتياع كذلك لم يملك الوكاله فى الصحيح سواء كانا عالمين أو جاهلين أو

متفرقين، لعدم اندراجہ فیہ إلا مع القرینہ عرفا علی إرادہ الوکالہ علی أجل معین منطبق علی ذلك تقریباً.

و علی کل حال فهو غیر وکیل، لا علی الفاسد الممنوع شرعاً، و لا علی الصحيح المفروض عدم اندراجہ فی عبارہ الموکل، فلو باع بها أو اشترى و دفع المبیع أو الثمن فهو فضولی، و یضمن ما دفعه مع عدم الإجازہ، و قاعده «ما لا یضمن» قد عرفت عدم الدلیل علیہا بحیث یشمل المقام، و نحوه من الوکالہ علی مغصوب و شہبہ، أو أن ما نحن فیہ لیس من مقتضاہا، ضرورہ استناد الضمان فیہا إلی دفعہ الذی هو بلا إذن، و المسلم منها عدم ضمان نفس العین إذا كانت بفساد الوکالہ أمانہ شرعیہ فی یدہ لا مطلقاً، بناء علی عدم الضمان فیہا إذا كانت أمانہ من المالك باذن خارجہ عن اذن العقد المقتضى لكونها أمانہ، أو غیر ذلك، لا لكونه مضمونہ منه كما هو واضح بأدنی تأمل و الله العالم.

و کذا لو وکلہ فی ابتیاع معیب لا- یجوز لہ التخطی إلی شراء الصحيح لتفاوت الأغراض إلا- مع قرینہ حال أو مقال تقتضى التعدی.

و کذا لو کان لإنسان علی غیرہ دین فوکلہ أن یتباع لہ به متاعاً جاز بلا خلاف و لا إشکال و لکن لا یبرأ إلا بالتسليم إلی البائع ضرورہ عدم تشخص الدین إلا بقبض من هو لہ، أو من يقوم مقامہ، و الفرض عدم و کالہ من علیہ فی تشخيصہ، إذ لم یأمره إلا بالشراء به المقتضى للتسليم إلی البائع.

فحینئذ إذا فرض وقوع الشراء بمثل ما فی ذمتہ قدرا و جنسا مثلاً- و أراد دفع ذلك إلی البائع وفاء عما فی ذمتہ لم یبرء مما للمالك فی ذمتہ إلا- بتسليم البائع، فإن ما عینہ وفاء قبل قبضہ لم یتعین به مال المالك، بل هو باق علی ملكہ، و لو کان الابتیاع وقع بمالہ فی ذمتہ علی وجه صار ثمنا فلا- ریب فی ملكیہ البائع حینئذ، و ما یعینہ قبل قبضہ لہ لا- یكون تعیناً، إلا أن المراد بالبراء حینئذ الخلاص من عہدہ تسليم الثمن إلی بائعہ.

و أما لو عين مقداره و أوقع الشراء به فمقتضى الضوابط الشرعيه انتقال المبيع إلى من عليه الدين، ضروره كون ما عينه باقيا على ملكه، فينبغي أن يكون المبيع له، لا لمن له الدين.

إلا- أنه احتمال- في جامع المقاصد كما تقدم سابقا و تبعه في المسالك هنا- الاكتفاء بمثل هذا الإقرار في صحه البيع لمن له الدين، و إن لم يحصل تمام الوفاء إلا بتسليم البائع، للاكتفاء في الأول بنحو هذا المقدار من الملكيه، بخلاف الثاني و حاصله أنه بالإقرار المزبور يملكه من له الدين ملكا مترلزلا- و يتبعه التزلزل في براهه الذمه إلى أن يتسلم البائع ذلك منه، فتستقر البراهه حينئذ من هذه الجبهه.

الا أن ذلك مناف للضوابط الشرعيه، ضروره عدم حصول الملك و لو مترلزلا لمن له الدين بعد أن لم يكن و كيلا فيه، و دعوى استفاده ذلك من عباره الوكاله المزبوره ممنوعه، و لو سلم فالمتجه حصول تمام البراهه بإقراره و تشخيصه، لأن الفرض كونه و كيلا- في ذلك، و التسليم الى البائع أمر آخر، قد و كل فيه أيضا، فلا يقتضى عدم حصول الوفاء تماما الا بالتسليم، كما هو واضح بأدنى تأمل و الله العالم.

[الفصل الخامس فيما به ثبت الوكاله]

إشاره

الفصل الخامس فيما به ثبت الوكاله على وجه تجرى عليه جميع أحكامها و لا خلاف كما لا إشكال في أنه لا يحكم ب ثبوت الوكاله بدعوى الوكيل و ان جاز الأخذ مما في يده مع عدم المعارض و لا بموافقه الغريم و ان الزم بإقراره، الا أنه ليس إثباتا شرعيا يمضى على الموكل لو أنكر ما لم يقم بذلك بينه، و هى شاهدان جامعان للشرائط، و كذا بالاستفاضه التى لا تفيد العلم، بل في الكفايه الإشكال فيها معه، و ان كان في غير محله، ضروره أنه ما وراء العلم من شىء.

و ما أبعد ما بين ذلك و بين احتمال الثبوت بها، و ان لم تفد العلم، لدعوى عدم

الفرق بينها، و بين ما صرحوا بثبوتها، كالهلال و نحوه، و ان كان هو أيضا كما ترى بعد حرمه القياس، و بعد فرض ثبوت المقيس عليه بها و ان لم تفد العلم.

و على كل حال ف لا تثبت أيضا بشهادة النساء، و لا بشاهد واحد و امرأتين، و لا بشاهد و يمين، على قول مشهور فى الجميع، بل فى المسالك «لا أعلم به مخالفا» بل فى جامع المقاصد و التنقيح نفيه، بل فى التذكرة و مجمع البرهان الإجماع عليه، لكن فى مفتاح الكرامة عن كشف اللثام عن الشيخ فى المبسوط فى كتاب الشهادات أنه قوى قبول شاهد و امرأتين فى الطلاق و الخلع و الوكاله و الوصيه و النسب و رؤيه الأهله.

بل حكى عن الصدوق و المفيد و الشيخ فى النهايه و سلار و ابنى حمزه و زهره ما هو ظاهر فى قبول شهاده النساء فيها، و إن كان الذى تقتضيه قواعد المذهب الأول لما عرفته من الإجماعات المعترضه بنفى الخلاف، و بقاعده أصاله عدم ثبوت الحق و غيرها، فلا ريب حينئذ فى ذلك، لعدم كونها مالا، و إن تعلقت به، باعتبار كونها ولايه عليه، إلا أن ذلك لا يقتضى صحه إثباتها بالمزبورات التى ستعرف إنشاء الله فى محله اشتراط قبولها بما لا يكفى فيه مثل هذا التعليق، و إن كان فى صحيح ابن مسلم (١) الاكتفاء بالشاهد و اليمين فى حقوق الناس، إلا أن الظاهر إرادته ما لا يشمل ذلك منه فى مقابله العامه المنكرين حجيه ذلك بالمره إلا أن الإنصاف ما تسمعه إنشاء الله فى كتاب القضاء.

نعم لو ادعى جعلاً- على و كاله قد فعل مقتضاها أمكن ثبوت الجعل نفسه بها، لأنه مال دونها، و لا يستلزم ذلك تبعض مقتضى الشهاده، بل هو بمنزله دعويين ثبتت إحداهما دون الأخرى، نحو ما ذكره فى السرقة من إثبات نفس المال بذلك، دون القطع، و إن تأمل فيه فى مجمع البرهان على ما قيل.

بل عن بعض متأخرى المتأخرين أن ثبوت الجعل و المال دون الوكاله و السرقة لا ينطبق على القواعد و الأصول، بل هو مما تنكره بديهه العقول إلا أنه كما ترى،

ضروره صدق اشتغال الفرض على المال، فيشمله ما دل على حجيه ذلك فيه، و غيره مما اعتبر الشارع في إثباته شيئاً مخصوصاً و الله العالم.

و كيف كان فلا خلاف كما لا إشكال في ثبوتها بتصديق الموكل، و بالشاهدين الجامعين للشرائط المجتمعين على مشهود عليه متحد في الزمان و المكان و غيرهما من عقد خاص أو إقرار كذلك، بل الظاهر عدم الحاجه الى حكم الحاكم بهما، لعدم دليل الحجيه و للسيره، و لغير ذلك مما ذكرناه في نظائر المسأله.

أما لو شهد أحدهما بالوكاله في تاريخ و الآخر في تاريخ آخر قبلت شهادتهما نظراً إلى العاده في الإشهاد، إذ جمع الشهود لذلك في الموضوع الواحد قد يعسر و لأن المشهود عليه في الحقيقه متحد، إذ هو كونه و كيلا، و الاختلاف في تاريخ الشهاده عليه أو في مكانه لا يقتضى اختلافاً فيه، بعد أن لم يذكر سببه من إقرار أو إنشاء، على أن ذا التاريخ السابق شاهد بكونه و كيلا في اللاحق، و كذا بالنسبه إلى المكان، فلا ريب في اتحاد المشهود عليه و ان اختلف تاريخ شهادتهما أو مكانها.

و كذا لو شهد أحدهما باستفاده أنه و كله بالعجميه من الموكل و الآخر بالعربيه، لأن ذلك يكون إشاره إلى المعنى الواحد و هو الاتصاف بكونه و كيلا و ان اختلفا في طريق استفادتهما له.

لو اختلفا في لفظ العقد بأن يشهد أحدهما أن الموكل قال في عقده:

و كلتكم و يشهد الآخر أنه قال: استنتبتكم لم تقبل في المشهود لأنها شهاده على عقدين، إذ صيغه كل واحد منهما مخالفه للأخرى و الفرض عدم ثبوت كل منهما و لكن مع ذلك فيه تردد (١١) عند المصنف إذ مرجعه إلى أنهما شهدا في وقتين (١٢) على تحقق وصف الوكاله بتعدد إنشاء أو تعدد إقرار أو إنشاء و إقرار.

أما لو عدلا عن حكاية لفظ الموكل و اقتصرنا على إيراد المعنى (١٣) الذي هو كونه و كيلا جاز و إن اختلفت عبارتهما (١٤) بلا خلاف و لا إشكال، و بذلك ظهر

لك أن الاطناب من المسالك أو غيرها فى الإيراد على عباره المصنف الاولى - و أنها منافية للمشهور من عدم قبول الشهاده مع الاختلاف فى التاريخ إلا فى الإقرار الذى له نسبه فى الخارج و قد حصل المقتضى و هو اتفاقهما على الإقرار بها و الأصل عدم تعدد نسبه بخلاف الإنشاء - فى غير محله.

بل قال فى ذيل كلامه بعد الإطناب فى بيان الفرق بين الإقرار و غيره «هذا غايه ما يمكن توجيه ما ادعوه من الفرق، و مع ذلك لا يخلو من نظر. فكيف بما أطلق المصنف» إذ قد عرفت ان عباره المصنف الأولى صريحه أو كالصريحه فى إطلاق الشهاده بالوكاله، من دون تعرض للإقرار و الإنشاء، كما أن المراد من الثانيه الاختلاف فى استفاده الوكاله من الموكل بالعريه و غيرها خصوصا بعد ملاحظه تعليقه و قوله بعد ذلك «و لو اختلفا فى لفظ العقد» الذى قد أفتى به على وفق المشهور، ثم تردد فيه.

إنما الكلام فيما تردد فيه فنقول إن مبنى قبول الإقرار فى وقتين الاتفاق على حصول المقتضى مع عدم العلم بحصول الاختلاف، لا حصول الاتحاد فيهما، ضروره عدم العلم، لاحتمال كون الإقرار الثانى بوكاله جديده متعقبه لفسخ الاولى مثلا، و أصاله عدم الاختلاف لا - يقتضى العلم بحصول الاتحاد فليس المبنى حينئذ إلا ما عرفت، و هو بعينه يمكن تقريره فى الصيغتين فى وقتين المقتضى لعدم تكاذبهما فيما شهدا به، إذ ليس هو كشهادتهما باختلافهما فى الوقت الواحد المقتضى للتناقض المانع من قبول ذلك منهما.

و حينئذ مع فرض شهاده كل منهما بصيغه فى وقت، أو بصيغه واحده فى وقتين يقال أيضا: أن مقتضى التوكيل قد حصل، و قد اتفقا على حصول مقتضاهما الذى هو الوكاله، و الأصل عدم اختلاف مقتضى الثانيه مع الأولى، إذ يمكن تكريرها للاحتياط، أو إرادته الإشهاد على الإنشاء، بل قد يقال بعدم المانع فى الوكاله و نحوها من تجديد صيغتها.

و دعوى أن الثانيه بعد الاولى لغو، لا وجه لها، على أن الحكم بذلك متوقف على العلم بحصول الأولى، و حينئذ يتم المشهود عليه، و بالجملة التأمل الصادق يقتضى عدم الفرق بين الشهاده على الإقرار فى وقتين أو الإنشاء فى وقت و الإقرار فى آخر، الذى صرح فى المسالك بأنه مقتضى التعليل فى المتن و بين ما نحن فيه.

بل لعله أولى بالقبول من الأخير الذى لم يحصل شاهدان على إنشائه و لا على إقراره، إلا أنهما متفقان على حصول وصف الوكاله و هو كاف، و لعله لذلك و نحوه حكى عن الأردبيلى الجزم بموافقته المصنف على مقتضى ترده.

نعم بناء على كون الاتحاد شرطاً و يعتبر العلم به يتجه عدم القبول فيه، و فى الإقرار أيضاً و لو حمل عبارته المصنف على إرادته الشهاده على لفظ العقد فى وقت و لفظه فى وقت آخر على معنى أن الشاهد الثانى يشهد على صدوره من الموكل مكرراً له و لو بإقرار منه حينئذ يكون الوجه فى قبوله أوضح، إذ ليس فيه إلا- اختلاف الوقت فتأمل جيداً و قد يأتى فى كتاب القضاء و الشهادات ما ينفع فى المقام إنشاء الله.

و لو شهد أحدهما أنه و كله فى بيع عبده، و الآخر أنه و كله و زيدا، أو انه قال: لا تبعه حتى تستأمر زيدا فلا ريب فى عدم ثبوت أحدهما كما جزم به فى القواعد و غيرها.

لكن قد يقال: يمكن الحكم بالصحة حينئذ لو باع هو و زيد أو مستأمر لزيد على وجه يمضى على الموكل لو أنكروا، ضروره عدم نفى الأول للثانى، و حينئذ يدخل فيه و يتم اتفاقهما على هذا الفرد.

اللهم إلا أن يقال: إن ذلك منهما يقتضى الاختلاف فى العقد، و يأتى فيه الكلام السابق، و كذا لو شهد أحدهما أنه و كله فى بيع عبده و الآخر فى بيع عبده و جاريته صفقه، فإنه و إن لم يثبت الوكاله فى أحدهما بالخصوص، لكن لو باع صفقه يمكن القول بحصول الاتفاق منهما على مضى بيع العبد فى حق الموكل، دون الجاريه بعد فرض عدم أخذ الانفراد فى بيع العبد، أما إذا لم يقل صفقه فلا ريب فى ثبوت الوكاله فى العبد،

دون الجارية، كما لو شهد أحدهما في بيعه لزيد، و الآخر في بيعه له و إن شاء لعمره، و لو شهدا بوكالته ثم قال أحدهما: عزله، لم تثبت الوكالة، و لو كان الشاهد بالعزل ثالثا ثبتت الوكالة دونه، بناء على اعتبار التعدد فيه.

بل في جامع المقاصد و محكى التذكرة الإجماع على عدم ثبوته بخبر العدل، بل قال في الأول: إن المراد مما في النص و الفتوى من الاكتفاء بخبر العدل الانعزال به بعد ثبوت العزل، و فائده الاخبار حينئذ كون العزل الواقع غير نافذ لولاه لجهل الوكيل به لا ثبوت العزل به.

و لكن لا يخفى عليك ما فيه من منافاته لظاهر صحيح هشام بن سالم (١) المتقدم سابقا من ثبوت العزل به، و أنه كالمشافه فلا يبعد القول بأن الصحيح المزبور من باب الاخبار، لا الشهادة، بل لعله ظاهر بعضهم أو صريحه، و الإجماع المزبور لم نتحققه، بل لعل المتحقق خلافه كما أوضحنا بعض ذلك فيما تقدم.

و كيف كان فلا- خلاف و لا- إشكال في أنه إذا علم الحاكم بالوكالة حكم فيها بعلمه، كغيرها من حقوق الناس و حقوق الله تعالى، بل عن الانتصار و الخلاف و الغنية و السرائر الإجماع عليه، فما عن أبي علي من الخلاف في ذلك، في غير محله، بل قيل: إنه مناف لضرورى المذهب حيث أطبق الإمامية على الإنكار على أبي بكر في طلب البيه من سيده النساء التى أذهب الله عنها الرجس و طهرها تطهيرا. و الله العالم.

[تفريع لو ادعى الوكالة عن غائب مثلا فى قبض ماله من غريم فإن أنكر الغريم فلا يمين عليه]

تفريع لو ادعى الوكالة عن غائب مثلا- فى قبض ماله من غريم، فإن أنكر الغريم فلا يمين عليه بناء على عدم إلزامه بالتسليم لو صدقه فى العين و الدين

الذى ستعرف الكلام فيه، و منه تعرف ما فى كلامنا فى اليمين هنا حتى فى الدين مع فتواه بالإلزام لو صدق.

و على كل حال ف ان صدقه فإن كانت عينا لم يؤمر بالتسليم من الحاكم عند الترافع إليه لتعلق إقراره فى حق الغير الذى لم تثبت الوكالة فى حقه، لتصديقه المحتمل لكذبه، و لغيره، و لكن لا يمنعه لو دفع باعتبار عدم المعارض، و من هنا لم أجد خلافا فى شىء من ذلك إلا ما عن مجمع البرهان من التأمل فى عدم وجوب التسليم مع التصديق، و إنه إن تم لم يجر له الدفع.

و فيه أن وجوب التسليم إن قلنا به فهو فى حقه باعتبار إقراره الذى لا- كلام لنا فيه، بل قد يقال بترتب الضمان عليه من هذه الجهة، لو بان أنه وكيل إلا أنه لا يقتضى إلزام الحاكم له به على وجه الحكومه القاطعه للنزاع بحيث يترتب عليها مباشرته للدفع مع فرض الامتناع منه، و هو المراد من قول المصنف و غيره «لم يؤمر» بل لعل ذلك هو الداعى للتعبير به دون عدم الوجوب.

و ليس المقام كمن فى يده مال و ادعى الوكالة فى بيعه مثلا، فإنه يؤمر بالتسليم لو باعه، و ان كانت دعواه غير نافذه أيضا على المالك، إلا أنه لما كان يده على المال و هو يصدق فيه كان معاملا فى الظاهر معاملة الثابت، بخلاف ما نحن فيه فتأمل فإنه لا يخلو من دقه.

و كيف ف لو دفع إليه كان للمالك الذى لم يثبت فى حقه الوكالة و لو يمينه استعادتها من كل منهما للعدوان المتحقق فيهما بظاهر الشرع فان تلفت بغير تفريط كان له إلزام أيهما شاء بالكل أو البعض لذلك مع فرض إنكاره الوكالة، و لا يرجع أحدهما على الآخر لو رجع عليه، لكونه ظالما عندهما فى رجوعه، أما مع التفريط فينتجه رجوع الدافع لو رجع عليه المالك على الوكيل بعد غرامته أو قبلها بالمطالبه فى وجه.

و كذا الكلام بالنسبه إلى الأمر بالتسليم لو صدقه فيما لو كان الحق الذى ادعى الوكاله عليه دينا و لكن فيه تردد و خلاف، بل لعل الأقوى هنا أنه يؤمر بالتسليم وفاقا للمحقق الثانى و الشهيد الثانى و الخراسانى و عن الحلّى، لاختصاص الإقرار فى حقه، ضروره أنه يدفع الدين من خالص ماله، و إذا أنكر من له ذلك فهو على حجه، خلافا للمحكى عن الشيخ و يحيى بن سعيد، و الفاضل فى الإرشاد و والده و الكاشانى، من مساواته للعين، لأن تسليمه إنما يكون عن الموكل و لا ينفذ إقرار الغريم عليه باستحقاق غيره لقبض حقه، و لانه لا- يؤمر به إلا- إذا كان مبرء للذمه على وجه يطالب به بعد ذلك، و من ثم يجوز لمن عليه الحق الامتناع من التسليم للمالك للإشهاد عليه، و هنا ليس كذلك كما عرفت، و لأن الدافع على وجهه كونه مال الغائب لم يثبت ما يقتضيه، و الدفع على غير هذا الوجه غير واجب.

و الجميع كما ترى، ضروره عدم توقف الأمر بتسليمه على نفوذ إقراره فى حق الغريم، بل يكفى فيه تعلقه فى حقه من غير معارضه لحق الغير، فهو كما لو أقر بالحواله عليه من الغريم لشخص خاص، فإنه لا إشكال فى أمره بالدفع إليه.

و ان لم ينفذ ذلك فى حق الغريم، بل هو على حجه بلا خلاف أجده بين من تعرض لذلك.

نعم قد احتمل بعضهم عدم وجوب الدفع فيه أيضا، لكنه فى غير محله، بل اعترف بعضهم بأنه فى غايه الضعف، بعد أن نسب إلى الشافعى، ضروره عدم انقطاع الاحتمال حتى مع الاشهاد على المالك لإمكان موتهما و فسقهما و غيبتهما و غير ذلك، و حينئذ فاحتمال الضرر مع إمكان دفعه بطريق من الطرق لا يصلح مانعا لدفع الحق إلى وكيل مالكة باعتراف الغريم، مع أنه يمكن فرض المسأله فى حال القطع بعدم الضرر للغريم.

بل من المعلوم أن وجه البحث هنا غير ذلك، و الدفع على أنه مال الغائب يكفى فى ثبوت مقتضيه بالنسبه إلى ذلك الإقرار المزبور الذى لا يتوقف إلزامه بمقتضاه

و بوجوب دفع الحق إلى صاحبه المطالب به على نفوذه في حق الغير، كما هو واضح بأدنى تأمل.

ولكن ينبغي أن يعلم أنه على كل حال في هذا لو دفعه الغريم للوكيل و لم يكن للمالك بعد إنكاره الوكالة و عدم إجازته القبض مطالبه الوكيل، لأنه لم ينتزع عين ماله، إذ لا يتعين إلا قبض و كيله و هو ينفي كل واحد من القسمين و بذلك افترق عن العين التي عرفت مطالبه كل واحد منهما بها.

نعم للغريم أن يعود بعد غرامته أو قبلها في وجه على الوكيل إن كانت العين باقية أو تلفت بتفريط منه و لا درك عليه لو تلفت بغير تفريط لتصديقه بوكالته المقتضيه عدم ضمانه.

و قد ظهر لك بما ذكرنا أنه على المختار يجب على الغريم اليمين لو ادعى الوكيل عليه العلم بوكالته في الدين دون العين، للقاعده المشهوره المعلومه و هي كل موضع يلزم الغريم التسليم فيه لو أقر به يلزمه اليمين إذا أنكر و قد عرفت أنه يؤمر الغريم بالدفع مع التصديق، فيتوجه عليه اليمين مع إنكاره.

و من ذلك يعلم أنه لا وجه لإطلاق نفى اليمين ممن قال بأنه يؤمر بالتسليم، و كذا يجب اليمين لو ادعى عليه العلم بأنه الوارث لصاحب الحق الذي في ذمته، للقاعده المزبوره، أما إذا ادعى عليه العلم بأنه وارث في الجملة فقد قيل بعدم وجوب اليمين عليه، لأنه لا يؤمر بالتسليم لو صدقه، لعدم إمكان القسمه، و في إطلاق ذلك نظر واضح.

[الفصل السادس في اللواحق و فيه مسائل]

إشاره

الفصل السادس: في اللواحق و فيه مسائل

[المسأله الأولى الوكيل أمين]

الأولى: لا خلاف بين المسلمين و لا إشكال في أن الوكيل سواء كان بجعل أو غيره كما هو صريح بعض و ظاهر الباقيين أمين بالنسبه إلى أنه لا يضمن ما تلف في يده الا مع التفريط أو التعدي كغيره من الأمانة الذين قد عرفت الدليل على عدم ضمانهم من النص و الإجماع فيما مضى من الكتب السابقه و كذا بالنسبه إلى تصديقه بدعوى التلف، الا ما يحكى عن بعض العامه، فيما إذا ادعاه بأمر ظاهر، و أما بالنسبه إلى قبوله في الرد، و في الإقرار على الموكل و غير ذلك، فسيأتي البحث فيها.

[المسأله الثانيه إذا كان أذن لو كيله أن يوكل فإن وكل عن موكله كانا وكيلين له]

المسأله الثانيه: قد عرفت فيما مضى أنه لا اشكال ولا خلاف عندنا في أنه ليس للوكيل أن يوكل غيره، ولو عن نفسه إلا بإذن الموكل التي بها يكون قول الوكيل الثاني، حيث يكون وكيلا عن الوكيل نفسه قولاً للموكل، فهو حينئذ له تعلق بهما معا.

و حينئذ ف إذا كان أذن لو كيله أن يوكل عنه أو عن نفسه فلا اشكال و ان أطلق، فظاهر القواعد و محكى السرائر و التذكرة و صريح جامع المقاصد و محكى مجمع البرهان أنه يوكل عن الموكل، و احتمال غير واحد أنه يوكل عن نفسه لأن المراد التسهيل عليه، و لكن ظاهر المتن التخيير بينهما.

و على كل حال فإن وكل عن موكله كانا وكيلين له بلا خلاف و لا اشكال ف تبطل وكالتهما معا بموته و جنونه، و لا تبطل بموت أحدهما و لا بعزل أحدهما، صاحبه (١١) لعدم ارتباط وكاله أحدهما بوكاله الآخر، و (١٢) انما كان الأول واسطه عن الموكل في وكالته.

نعم ان وكله عن نفسه (١٣) حيث يكون له ذلك بالإذن من الموكل فيه

أو بالإطلاق بناء على اقتضائه ذلك كان له عزله و تبطل و كالتة بموته و جنونه، و بعزل الموكل له، بلا خلاف و لا إشكال، ضروره أنه فرعه، خلافا للمحكى عن الشافعى فى أحد قوليه، فلا- ينعزل بعزل الوكيل، لأن التوكيل فيما يتعلق بالموكل و باذنه يقتضى كون الحق له.

و فيه ما سلف من أن الإذن من الموكل انما هى فى صيروره فعل و كيل الوكيل فعلا له بالواسطه، فالتوسط حينئذ ملحوظ، و كالتة مركبه منهما، فإن مات الموكل أو جن أو أغمى عليه أو عزل الأول بطلت و كالتها معا و كذا ان مات و كيل الأول أو جن تبطل و كالتة الثانى و هذا كله لا- إشكال فى شىء منه، إلا- فى دعوى تعيين المراد من الإطلاق الذى هو إن كان منشؤه الانسياق منه عرفا أمكن منعه، و أنه إلى الإجمال أقرب من ذلك، حتى التغيير الذى لم نجد به قائلًا- إلا- دعوى ظهور عبارته المصنف، و استقر به فى المسالك إن كان قولًا.

قال: «فإن العبارة على تقدير انحصار الأمر فى الوجهين الأولين يمكن حملها على ما يوافقهما، بأن يجعل قوله «فإن وكل عن موكله» بأن كان مضمون توكيل الموكل له ذلك، و كذا القسم الآخر إلا أنه لا ضروره إلى ذلك، فإن المسألة محتمله، و الوجه ليس أبعد منهما».

قلت: ما ذكره فى حمل العبارة لا يصلح لتزليل الإطلاق عليه، بل يكون مبنيًا على تصريح الموكل له بذلك، و هو ليس محلا للبحث، كما ان دعوى عدم بعده لا يقتضى رجحانه على غيره مع ان كلا منهما مفهوم مغاير للآخر، و إرادتهما معا خصوصيه كخصوصيه أحدهما، و لذا حكموا ببطلان التوكيل بعدم ذكر الموكل فيه، و لم ينزلوا ذلك على الإطلاق الذى هو أحد الأفراد، و لذا كان مجملًا.

و ما نحن فيه و إن لم يكن كذلك باعتبار ذكر المتعلق، و هو توكيل الغير، إلا أنه قريب منه باعتبار عدم ذكر الموكل عنه أنه الموكل أو الوكيل، أو كل منهما، و لم يستعمل لإرادته الإطلاق، بل و لا يفهم منه إلا بالقرينه الداله على ذلك،

و لو قطع النظر عن مفاد العبارة فليس فى الأدله ما يقتضى تعيين فرد من الأفراد الثلاثة.

و التأمل فى كلامهم يعطى كمال التشويش فى مبنى ما ذكروه من التعيين و يزيده ما فى المسالك من أنه لو كان مستند الإذن فى التوكيل القرائن الحاليه يحتمل الأوجه الثلاثة، و توقف فى التذكرة، و قطع فى السرائر أن الثانى يكون وكيلا للوكيل، و هو متجه، ضروره أن الحكم فى القرائن اتباع خصوص ما دلت عليه، و مع فرض عدم دلالتها على خصوص فرد من الثلاثة فالمتجه الاجمال، لا ما ذكره عن التحرير، نعم ما ذكره من أنه «لو كان المستند فى الإذن القرينه المقاليه يكون كما لو أطلق» قد يكون له وجه، فى بادى النظر، مع أن التأمل الصادق يقتضى خلافه، مع فرض كونها قرينه، لا أنها إطلاق لفظ، و حينئذ فالمتجه اتباع ما أفادته من أحد الأفراد، و إلا فالإجمال إلا أن يثبت أصل من الشرع يقتضى الوكالة عن الموكل، أو عن الوكيل أو عنهما بمجرد الإذن فى التوكيل، هذا و قد ذكر الفاضل و غيره اعتبار الأمانه فى وكالة الوكيل، بل قيدها بعضهم بالعداله إلا أن يعين الموكل غيره، بل فى القواعد و غيرها أنه لو تجددت الخيانه و جب العزل.

و لكن لا يخفى عليك عدم الدليل الشرعى على اعتبار ذلك فى خصوص الفرض بل هو ليس إلا من مراعاة المصلحه التى هى مناط تصرف الوكيل و من المعلوم عدم اختصاصها بذلك، خصوصا فيما إذا أراد توكيله على إيقاع الصيغه و نحوها، مما لم تكن له يد على مال، كما هو واضح. و يمكن تنزيل كلامهم على ذلك فلاحظ و تأمل و الله العالم.

[المسأله الثالثه يجب على الوكيل تسليم ما فى يده إلى الموكل]

المسأله الثالثه لا خلاف و لا إشكال فى أنه يجب على الوكيل تسليم ما فى يده إلى الموكل أو وكيله مع المطالبه و عدم العذر فإن امتنع حينئذ على وجه نافي خطاب الرد عرفا من غير عذر ضمن قطعا بل و إجماعا للعدوان فى استمرار يده بعد انقطاع الاذن فى ذلك بالمطالبه.

نعم لو كان له هناك عذر لم يضمن بلا خلاف أجده فيه، كما عن

التذكرة الاعتراف به، إلا- أنك قد عرفت سابقا في الوديعة أنه ليس في شيء من النصوص تعليق الحكم وجودا و عندما على العذر كى يكون المدار عليه، و يتجه القول بأنه عذر عقلى و شرعى و عرفى و ان من الأخير التشاغل بإتمام الحمام، و الطعام، و النافله، و انتظار انقطاع المطر و نحو ذلك أولا- حتى اضطرب كلام بعضهم فيها، فحكم هنا به بأنها أعذار دون الوديعة التى تناسب السهولة فيها.

بل هى أولى بعد مثل ذلك فيها عذرا باعتبار اختصاص المصلحة فيها للمالك، بخلاف الوكيل الذى يمكن ان يكون له جعل، و ظاهرهم المفروغيه من عذريه الواجب الشرعى و إن استلزم ذلك طول التأخير، كالحج الواجب، و الاعتكاف المنذور و نحوها، إلا أنه لا يخفى عليك ما فى الجميع بعد ما عرفت من خلو الأدله عن العنوان المزبور.

فالمتجه حينئذ المحافظه على صدق الفوريه العرفيه فى الأداء التى لا ينافيها إتمام بعض الأعمال، و لا عدم الإسراع فى المشى مثلا، و على الترجيح عند التعارض مع الواجبات المنافيه لذلك، كما أوضحنا ذلك فى كتاب الوديعة.

بل إن لم يكن ثم إجماع اتجه القول بالضممان مع التأخير المنافى للفور عرفا، لعذر شرعى لأصالة الضمان فى مال المسلم المحترم كدمه، أو لقاعده على اليد التى لا ينافيها عدم الإثم فى الامتناع، و إن انفسخت الوكاله و الوديعة.

و ليس فى الأدله ما يقتضى عدم الضمان فى كل ما أذن شرعا ببقائه فى يده على وجه يشمل القرض، و قد أشرنا سابقا إلى احتمال الضمان مع تصديق الوكيل، و إن جاز له التأخير لعدم البيئه كما أنه محتمل أيضا فى التأخير لإرادته الاشهاد فتأمل جيدا فإنه يمكن القول بأن المفروض من الأمانه الشرعيه التى لا تندرج فى العموم المزبور، باعتبار عدم صدق الأخذ على الاستدامه، نحو وقوع الثوب فى اليد بإطاره الريح و نحوه فيبقى أصل البراءه سالما كما أشرنا إليه سابقا فى نظائر المقام، بعد منع أصاله الضمان الذى حصروا أسبابه فى أسباب مخصوصه و الله العالم.

و كيف كان ف لو زال العذر فأخر التسليم ضمن بلا خلاف و لا إشكال، لأنه من المغصوب باعتبار كون الاستيلاء عليه بغرض، فتندرج

فى قوله عليه السلام (١) «كل مغصوب مردود»

، أى و لو بالمثل أو القيمه كما هو واضح.

و لو امتنع مثلاً من الرد بعد المطالبه به مع الاعتراف به ثم ادعى بعد ذلك أن تلف المال قد كان قبل الامتناع، أو ادعى الرد قبل المطالبه، قيل لا تقبل دعواه، و إن أقام بينه لتكذيبه لها بالإقرار المفروض سابقاً و

اختاره جماعه و الوجه عند المصنف أنها تقبل لعموم البينه على المدعى، خصوصاً إذا أظهر لإقراره الأول وجهاً ممكنًا، كنسيان أو اعتماد على كتابه و نحوها، إلا أنه لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطه بما ذكرناه سابقاً فى الوديعه من أن المتيقن من الخبر المزبور ما إذا لم يكذبه.

على أنه معارض بما دل على حجيه الإقرار، بل هو كذلك لو أنكر أصل المال، فإنه و إن كان إنكاراً إلا أنه إقرار فى حقه، على وجه ينافى سماع بينته.

نعم إذا لم يكن حال امتناعه من الرد معترفاً بوجود المال، و لا منكرًا لأصل قبضه، و لكن كان ذلك مماطله، اتجه حينئذ سماع بينته.

نعم إذا لم يكن حال امتناعه من الرد للخبر، و لعدم صدور ما ينافيها منه كما أنه يتجه ذلك لو ادعى الرد بعد الامتناع منه، بل و التلف بالنسبه إلى عدم الإلزام بالعين، فتسمع حينئذ البينه منه، كما هو واضح.

بل قد يقال فى الأول بسماع قوله فى التلف فضلاً عن بينته، لأن ذلك المطل الذى قد كان منه لا يقتضى عدم قبول قوله فى التلف أو الرد بناء على القول به لعموم ما دل عليه أو إطلاقه و المطل المزبور يمكن أن يكون حياء من المالك أو لغير ذلك من الوجوه الصحيحه، لكن فى القواعد و محكى التذكرة و السرائر التصريح بعدم قبول غير البينه منه فى الفرض المزبور و الله العالم.

١- ١ الوسائل الباب - ١ - من أبواب الغصب الحديث - ٣ - و فيه « لان الغصب كله مردود».

[المسألة الرابعة كل من في يده مال لغيره أو في ذمته فله أن يمتنع من التسليم حتى يشهد صاحب الحق بالقبض]

المسألة الرابعة: كل من في يده مال لغيره ممن تتوجه له الدعوى به و لو غضبا لا مثل الزكاه و الخمس أو في ذمته كذلك فله أن يمتنع من التسليم حتى يشهد صاحب الحق بالقبض حال وقوعه و يستوى في ذلك ما يقبل قوله في رده و مالا يقبل إلا بينه، هربا من الجحود المفضى إلى الدررك أو اليمين.

و فصل آخرون بين ما يقبل قوله في رده كالوديعه و ما لا- يقبل كالعاريه فأوجبوا التسليم في الأول و إن لم يشهد و أجازوا الامتناع في الثاني إلا مع الأشهاد بل عن آخرين أيضا التفصيل في الثاني بين أن يكون بينه على أصله و عدمه، فيجب التسليم في الثاني لتمكنه حينئذ من الإنكار بنحو «لا تستحق عندي شيئا» و شبهه، دون الأول.

و على كل حال ف الأول أشبه عند المصنف و من تأخر عنه، بل عن بعض متأخري المتأخرين نفى القائل منا بالتفاصيل المزبوره و إنما هي للشافعيه، و إن كان فيه ما فيه، لأن الأول محكى عن المبسوط و الثاني عن يحيى بن سعيد.

بل في محكى السرائر تقييد الحكم بما إذا لم يؤد الإشهاد إلى تأخير الحق، فإن أدى إلى ذلك فالوجه وجوب الدفع فيما يقبل فيه قوله باليمين، بل عن الأردبيلي التوقف في أصل الحكم و لعله كذلك للعقل و النقل كتابا و سنه في وجوب دفع الحق إلى صاحبه مع مطالبته، و خصوصا مع الضرر العظيم في تأخيره عنه، و تعذر الأشهاد المعترف أو تعسره في كثير من المقامات، فلا يخالف ذلك الاحتمال ترتب ضرر عليه بالإنكار، مع أن الأصل عدمه، و ربما يطمئن الدافع في كثير من المقامات بعدم وقوعه منه.

على أن الإشهاد المزبور لا يرفع الاحتمال المذكور، لإمكان موت الشهود و غيبتهم و خروجهم عن تأهل الشهاده، بل يمكن أن يدعى عليه العلم بخطاء الشهود و نحو ذلك، فيتوجه عليه اليمين الذي يمكن إنكار كونها ضررا على الحالف بحيث يجوز له منع الحق عن مستحقه، إلى غير ذلك مما لا يخفى و روده على إطلاق الحكم

المزبور، و لذا سمعت من الفاضل فى التحرير التقييد المزبور، و إن كان هو غير مجد فى رفع الإشكال من أصله، كما أن التفاصيل المزبوره كذلك أيضا.

نعم قد يقال: إن من فى يده مال الغير مثلا لما كان مأمورا بدفعه و إيصاله الى من له الحق، فهو مخير فى طرق الإيصال التى لا تنافى الفوريه العرفيه، و ليس فيه ضرر على المالك، فمع فرض التشاح فيها منهما بأن أراد من عليه الحق الإيصال المشتمل على الشهاده بالوصول اليه، و أراد المالك خلافه، كان الدافع هو المقدم، لأنه المخير و الفرض عدم الضرر على المالك، مع احتمال الضرر على الدافع فى غيره.

أما حال تعذر الشهود أو تعسرهم أو نحو ذلك مما كان فيه الضرر، بتأخير الحق عن صاحبه المطالب به فلا ريب فى تقديم جانب المستحق كما سمعته من الفاضل فى التحرير، فإن أمكن حينئذ حمل كلام المصنف و غيره من الأصحاب على ذلك، أو أما يقرب منه كان له وجه، لا ما عساه يظهر منه من جواز الامتناع حتى يشهد، و إن استلزم ذلك التأخير سنه أو أزيد، لتعذر الشهود أو تعسرهم و غير ذلك مما لا ينطبق على القواعد الشرعيه من دون نص معتبر، أو إجماع كذلك، بخلاف ما قلناه المبني على ترجيح المستحق عليه على المستحق، فى اختيار بعض طرق الإيصال التى لا ضرر فيها على المالك على الوجه المزبور.

و لعل ذلك مبني القول بالتفصيل، و ان لم ينقحوه على القواعد، و لم يلحظوا قاعده تراحم الحقين، و ميزانه الموافق للضوابط فلاحظ و تأمل فإن المقام منه، بعد تسليم كون حق الإشهاد لمن عليه الحق معلوما من الكتاب و السنه و على كل حال فلا يلزمه دفع الوثيقه إذا كانت ملكا له، و قد أشهد على نفسه بالقبض، للأصل مع اندفاع الضرر.

[المسأله الخامسه الوكيل فى الإيداع إذا لم يشهد على الودعى لم يضمن]

المسأله الخامسه: الوكيل فى الإيداع إذا لم يشهد على الودعى لم يضمن إذا أنكر الودعى بلا خلاف محقق أجده فيه، و إن حكى فى المسالك القول بوجوب الإشهاد، إلا أنا لم نجد له لأحد من أصحابنا.

نعم عن التذكره الإشكال فيه، و هو فى غير محله، ضروره عدم كون ذلك

تفريطا عرفا، خصوصا في الوديعه المبنيه على الإخفاء، و لذا لم يكن تركه كتركه في ردها الى وكيل المالك، تفريطا بها، بلا خلاف أجده فيه أيضا، و لو أنكر المالك الدفع إلى الودعي، فالقول قول الوكيل الذي هو أمين على ذلك، هذا كله في وكيل الإيداع.

و أما لو كان وكيلاً في قضاء الدين فلم يشهد بالقبض ضمن لو أنكره كما عن الشيخ و الفاضل في جملة من كتبه، و ولده و الشهيدين و المحقق الثاني للتفريط و لكن في المتن فيه تردد و كذا القواعد، بل كأنه قال به في محكي المختلف، بل عن الأردبيلي الجزم بذلك و لعله لعدم صدق التفريط عرفا، لا أقل من الشك، و الأصل عدم الضمان، مضافا إلى سيره و الله العالم.

[المسألة السادسة إذا تعدى الوكيل في مال الموكل ضمنه]

المسألة السادسة: إذا تعدى الوكيل في مال الموكل بلبس و نحوه ضمنه قطعا و لكن لا تبطل وكالته على بيعه مثلا بلا خلاف أجده بين من تعرض له، إلا- ما يحكى عن أبي على و أحد وجهي الشافعية لعدم التنافي بين الضمان بسببه الشرعي، و بقاء الوكاله المستصحب المحتاج رفعه إلى فاسخ شرعي أو إنشاء عزل المالك، كما تقدم الكلام في نظائره من الرهن، و مال القراض، و العارية بل و الوديعه، و إن ظهر من بعض العبارات انفساها بذلك، لكنه في غير محله، بل الظاهر بقاء أحكام الأمانه غير الضمان.

نعم لو فرض اعتبار عدالته في وكالته، أمكن انزاله حينئذ بالفسق بالتعدى كما هو واضح، و حينئذ ف لو باع الوكيل ما تعدى فيه و سلمه إلى المشتري برىء من ضمانه (١١) بلا- خلاف أجده فيه، كما اعترف به في المسالك، بل في محكي التذكرة الإجماع عليه لانه تسليم مأذون فيه فجرى مجرى قبض المالك (١٢) المعلوم انقطاع الضمان به، و لا يكون الثمن مضمونا لعدم التعدى فيه.

نعم رجح ثانی المحققين و الشهيدين عدم زوال ضمانه بالبيع قبل القبض، لانه ربما بطل العقد بتلفه قبل قبض المشتري، فيكون التلف من ملك الموكل، و فيه أن

ذلك يقتضى الانفساخ من حينه على الأصح، فيكون قد تلف و هو ملك المشتري و إن اقتضى ذلك انفساخ البيع، كما لو رده المشتري على الوكيل بعيب، حيث يكون و كيلا- عليه أيضا بعد الرد و لو بالوكاله الأولى، فإنه قد صرح فى المسالك بعدم الضمان فيه و الفرق بينهما غير واضح.

اللهم إلا أن يكون قد بنى الأول على الانفساخ من الأصل به كما لعله- الظاهر من آخر كلامه، و بما ذكرنا يظهر لك النظر أيضا فيما عن التحرير من التوقف فى الضمان فى الأول، و الجزم به فى الثانى، كما عن التذكرة، كما أنه يظهر منه أيضا انقطاع الضمان عنه بيعه بالخيار إلى مده يفسخ فيها، فضلا عن أن يكون الفسخ من المشتري، لانقطاع أثر سبب الضمان للاول بالخروج عن ملكه و لو متزلزلا- و احتمال تبعيه وصف الضمان لتزلزله لا- دليل عليه، بعد معلوميه انقطاعه بالانتقال المزبور، فليس العود حينئذ إلا كعوده من المالك، بعد وصوله إليه فهو كالاستيمان الجديد فتأمل جيدا و الله العالم.

[المسألة السابعة إذا أذن الموكل لوكيله فى بيع ماله من نفسه فباع جاز]

المسألة السابعة إذا أذن الموكل لوكيله فى بيع ماله من نفسه فباع جاز بناء على جواز اتحاد الموجب و القابل، كما هو المشهور بل المجمع عليه بين المتأخرين بل عن التذكرة الإجماع عليه فى ثلاثه مواضع، لإطلاق الأدله و عمومها، و خصوص ما ورد منه فى الجد و الأب و الوصى و بعض النصوص الآتية.

و لكن مع ذلك فيه تردد مما عرفت، و من أن المنساق من الأدله التغاير، لا أقل من الشك، و الأصل عدم ترتب الأثر، و لذا حكى الخلاف فيه عن جماعه، بل عن غايه المراد نسبته إلى كثير من أصحابنا إلا أنه قد ذكرنا فى البيع و كذا فى النكاح أن الأصح الأول، و أنه لا شك فى تناول الأدله، إنما الكلام فيما إذا أطلق الموكل البيع أو الشراء مثلا.

فهل يدخل الوكيل- فيجوز له البيع و الشراء من نفسه من دون اعلام الموكل لصدق البيع و الشراء، فيندرج- فى الموكل فيه-

و ل

خبر إسحاق بن عمار(١) قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام يجيء الرجل بدينار يريد منى دراهم فأعطيه أرخص مما أبيع، قال: أعطه أرخص ما تجد له»

أولاً؟

لانسحاق غيره من الإطلاق، و لو لسبق التهمة إلى الذهن، أو الشك في تناوله له.

و للنصوص، ك

خبر ابن الحكم(٢) عن الصادق عليه السلام «إذا قال لك الرجل اشتر لي فلا تعطه من عندك، و ان كان الذي عندك خيرا منه.»

و خبر إسحاق(٣) «سألته عليه السلام أيضا عن الرجل يبعث الى الرجل، فيقول له:

ابتع لي ثوبا، فيطلب له في السوق فيكون عنده مثل ما يجد له بالسوق فيعطيه من عنده قال: لا تقربن هذا و لا يدنس نفسه ان الله عز و جل يقول «إِنَّا عَرَضْنَا الْأَمَانَةَ عَلَى آخِرِهِ و ان كان ما عنده خيرا مما يجد له في السوق فلا يعطيه من عنده.»

و خبر القلانسي(٤) «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل - يجيئني بالثوب فأعرضه، فإذا

أعطيت به الشيء زدت فيه و أخذته قال: لا تزده.»

و خبر ابن أبي حمزة(٥) «سمعت الزيات يسأل أبا عبد الله عليه السلام فقال: جعلت فداك اني رجل أبيع الزيت يأتيني من الشام فأخذ لنفسى مما أبيع قال: ما أحب لك ذلك، قال اني لست أنقص لنفسى شيئا مما أبيع، قال: بعه من غيرك و لا تأخذ منه شيئا، أ رأيت لو أن الرجل قال لك: لا أنقصك رطلا من دينار كيف كنت تصنع لا تقربه»

- خلاف:

فعن الفاضل في التذكرة و المختلف و النهاية و التلخيص و لو أحق رهن القواعد و ولده في الإيضاح و الشهيد في الحواشي و صريح أبي الصلاح أو ظاهره الأول، و عن المبسوط و الخلاف و الإرشاد و وكاله القواعد الثاني بل عن التذكرة أنه المشهور و لعل الأقوى الأول للصدق عرفا و إمكان حمل النصوص المزبوره بعد الغض

١- ١ الوسائل الباب- ٥- من أبواب آداب التجاره الحديث ٣.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٥- من أبواب آداب التجاره الحديث ١.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٥- من أبواب آداب التجاره الحديث ٢.

٤-٤ الوسائل الباب-٦- من أبواب آداب التجاره الحديث- ١.

٥-٥ الوسائل الباب-٦- من أبواب آداب التجاره الحديث- ٢.

عما في السند و الاجمال في الجملة في خبر القلانسي منها كما يظهر من حواشى التهذيب على ضرب من الكراهه للتهمه و نحوها، خصوصا مع اشعار قوله فيها لا يدنس و نحوه بذلك.

مضافا إلى

خبر ميسر (١) «قلت له يجيئني الرجل فيقول تشتري لى و يكون ما عندى خيرا من متاع السوق قال: إن أمنت أن لا يتهمك فأعطه من عندك، و ان خفت أن يتهمك فاشتر له من السوق»

مؤيدا ذلك كله بما ورد (٢) من جواز أن يأخذ لنفسه من وكل على تقسيم مال للمحاويج، و كان بصفتهم، و جواز حج الوصى بنفسه عمن هو وصى عنه و الله العالم.

[الفصل السابع في التنازع و فيه مسائل]

إشاره

الفصل السابع في التنازع و فيه مسائل

[المسأله الأولى إذا اختلفا في الوكاله فالقول قول المنكر]

الأولى: إذا اختلفا في الوكاله، فالقول قول المنكر لأنه الموافق ل لأصل المقتضى لاندراجه في

قوله عليه السلام (٣) «البينه على المدعى و اليمين على من أنكر»

سواء كان المنكر الموكل، أو الوكيل الذى قد يدعى غيره و كالتة لغرض من الأغراض كما لو كان قد اشترى شيئا ادعى الموكل أنه اشترى له بالوكاله عنه، فأنكر المشتري أصل الوكاله، أو كانت الوكاله مشروطه فى عقد لازم لأمر لا يتلافى حين النزاع للتوقيت أو لتلف العين التى اشترط الوكاله عليها، فادعى البائع مثلا أنه قد وكله لإرادته لزوم

العقد، و أنكر هو ذلك لإفاده التسلط على الفسخ.

و لو اختلفا فى التلف و عدمه فالقول قول الوكيل و إن كان مخالفا للأصل لأنه أمين بالنسبه إلى ذلك، بمعنى كونه مقبول القول فيه، بلا خلاف أجده، بل لعله كذلك بين المسلمين، فضلا عن صريح الإجماع فى المبسوط و السرائر

١- ١ الوسائل الباب- ٥- من أبواب آداب التجاره الحديث- ٤.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٨٤- من أبواب ما يكتسب به.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٢٥- من أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى الحديث- ٣.

و جامع المقاصد و المسالك على ما حكى عن بعضها، بل ظاهر الأكثر و معقد الإجماع و نفى الخلاف ما هو صريح بعض من عدم الفرق بين كونها بجعل و بدونه، ضروره كونه أمينا على كل حال، بل و بين كون التلف المدعى بسبب ظاهر، كالغرق و الحرق، أو خفى كالسرقة و نحوها، و إن حكى عن الشيخ فى الوديعه الخلاف فى ذلك إلا- أن المحكى عنه هنا التصريح بذلك، و لعله لذا كان ظاهر المسالك الإجماع على ذلك هنا.

و قد عرفت فيما مضى من الكتب السابقه ما يدل من النصوص و غيرها على قبول دعوى الأمين فى ذلك مطلقا، حتى فى الصنع و إن سمعت الخلاف فيه فى كتاب الإجاره، على أنه قد يتعذر إقامة البينه بالتلف غالبا فاقتنع بقوله دفعا لالتزام الأمين المحسن و غيره ب ما تعذر غالبا لقاعده العسر و الحرج و الإحسان و الأمانه.

بل قد يستفاد من التعليل فى بعض النصوص الوارده فى قبول قول الامراه فى الحيض و الطهاره منه (١) و نحو ذلك، إقعاد هذه القاعده أيضا و هى «أن كل أمر يتعذر إقامة البينه عليه غالبا أو يتعسر، يقبل قول مدعيه بيمينه» و لعله إليه أومى المصنف بما ذكره و لو اختلفا فى التفريط و لو بالتعدى فيه فالقول قول منكره، ل

قوله عليه السلام (٢) «البينه على المدعى، و اليمين على من أنكر»

كما هو واضح و الله العالم.

[المسأله الثانيه إذا اختلفا فى دفع المال إلى الموكل فإن كانت بجعل كلف البينه لأنه مدع]

المسأله الثانيه إذا اختلفا فى دفع المال الذى هو فى يد الوكيل من حيث و كالتة إلى الموكل فإن كانت الوكاله بجعل كلف البينه، لأنه مدع و قابض لمصلحه نفسه، فلا يساوى الوديعه و إن كانت بغير جعل، قيل: القول قوله كالوديعه فى الإحسان و هو قول مشهور كما عن الصيمرى و الكفيايه، بل عن غايه المراد أنه مذهب الشيخ و الاتباع، بل عن ظاهر المذهب البارع أو صريحه

١- ١ الوسائل الباب- ٤٧- من أبواب الحيض.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٢٥- من أبواب كيفيه الحكم و أحكام الدعوى الحديث- ٣.

الإجماع عليه.

وقيل كما عن ابن إدريس وجماعه من المتأخرين القول قول المالك و هو الأشبه بأصول المذهب وقواعده التي منها

«البينه على المدعى و اليمين على من أنكر»

و منها أصاله عدم الرد و غيرها، و لا ينافى ذلك قبول قوله فى الوديعه للنص و الإجماع، بعد حرمه القياس، و إن حصل الجامع الذى هو الامانه، و الإحسان، و القبض لمصلحه المالك و تأديه عدم القبول إلى انسداد باب قبول الأمانه إلا أن الجميع كما ترى، لا- يطابق المذهب بعد عدم معلوميه كون ذلك هو العله شرعا، و الأمانه أعم من قبول القول فى الرد، كما أن النهى عن الاتهام لا يقتضى ذلك، بل ظاهره خلاف ذلك.

بل و كذا قاعده الإحسان الظاهره فى نفى السبيل على المحسنين فى إحسانه، لا فى قبول دعواه، على أنه لو سلم أن من مقتضاها ما نحن فيه لانتجه القبول بلا يمين لأنه نوع سبيل، كما أوضحنا ذلك فى الوديعه و العاربه.

أما الوصى فالقول قوله فى الإنفاق على الطفل أو على دوابه أو على عقاره فضلا عن دعوى التلف من غير تعد و لا تفريط بلا خلاف أجده فيه، لأنه أمين بالنسبه إلى ذلك و لتعذر البينه فيه بل و البيع للمصلحه و القرض لها و نحو ذلك مما ادعاه حال أمانته دون دعوى تسليم المال إلى الموصى له بعد بلوغه و رشده الذى هو كدعوى الرد فى المسأله السابقه.

بل فى المسالك أن ظاهرهم عدم الخلاف فى تقديم قول الموصى له، و اليتيم فى عدم القبض هنا، و لعله كذلك للفرق بينه و بين ما تقدم بأن دعوى الرد هنا على من لم يأت منه، بخلافه هناك، و فى محكى المبسوط قد جعل ذلك ضابطا فى كل أمانه حتى فى الوديعه لو ادعى ردها على الوارث، و إن كان قد عرفت عدم الفرق عندنا بين الجميع فى أن القول قول منكر الرد إلا فى الوديعه المدعى ردها على المالك أو وكيله للنص و الإجماع لما عرفت.

و كذا القول فى الأب و الجد و من حصل فى يده ضاله أو لقطه لاتحاد المدرك فى الجميع و هو عموم

قوله «البينه على المدعى و اليمين على من أنكر»

بعد عدم اقتضاء الامانه و قاعده الإحسان القبول فى ذلك و بعد حرمة القياس على الوديعه كما عرفت الكلام فيه و الله العالم.

[المسأله الثالثه إذا ادعى الوكيل وقوع التصرف و أنكر الموكل مثل أن يقول بعث أو قبضت]

المسأله الثالثه: إذا ادعى الوكيل وقوع التصرف الذى و كل عليه و أنكر ذلك الموكل مثل أن يقول: بعث المتاع و تلف الثمن منى مثلاً- أو قال قبضت المبيع لك مثلاً و تلف منى و أنكر ذلك الموكل ليترتب على الأول غرامه الوكيل المبيع عينا أو قيمه و فى الثانى عدم غرامه الثمن من الموكل لكون المبيع قد تلف قبل قبضه فلا ثمن عليه.

قيل و القائل غير واحد ان القول قول الوكيل، لأنه أقر بماله أن يفعله فيندرج تحت الأصل المعروف الذى هو «من ملك شيئاً ملك الإقرار به» و عليه بنوا نفوذ إقرار الصبى فيما له أن يفعله كالوصيه و العتق و التصديق، و كذا قبول قول العبد المأذون فى التجاره فيما يتعلق بها، و الولى فى تصرفه بمال المولى عليه.

و لو قيل: القول قول الموكل لأصالة العدم أمكن (١١) بل فى جامع المقاصد هو أمتن دليلاً، و عن مجمع البرهان كأنه أظهر و عن موضع من التذكرة أن القول قوله خصوصاً إذا كان النزاع بعد العزل و إن كنت لم أتحققه.

و لكن (١٢) مع ذلك كله الأول أشبه (١٣) بأصول المذهب و قواعده التى منها ما سمعت، و منها أنه أمين قد نهى عن تخوينه الذى منه تكذيبه. و أنه محسن، و إن كان فى عدم تصديقه العسر و الحرج المنفيين بالايه (١) و الروايه و اختلال نظام المعاملات بانصراف رغبه الناس عن معاملات الأولياء و الوكلاء و المأذونين خصوصاً فى المضاربات، و لأنه بتوكيله أقدم على قبول قوله فيما يفعله، فيجب أن يصدقه كما

الزم بتصديقه فى دعوى التلف التى هى عند القائل ليس إلا لأنه أمين و صاحب يد على ما أوتمن عليه.

و بذلك كله ظهر لك أن تقديم قول الوكيل فى هذه المسألة ليس لأن إقراره إقرار من الموكل، ضروره عدم ما يقتضى ذلك فى شىء من الأدله بل فيها ما يقتضى خلافه، و لذا كلف باليمين بل إنما هو للنهى عن تهمه الأمين المراد منه تقديم قوله على قول المالك عند التنازع، و منه المقام الذى لم أجد خلافا صريحا فيه بل فى مصايح الفاضل الطباطبائى نسبتة إلى تصريح الأصحاب إلا من شذ بل فيها عن الصيمرى اتفاق الفتوى على ذلك، بل قد تشعر عبارته المتن بذلك أيضا حيث نسبه إلى الإمكان على تقدير القول به و ستسمع الكلام فى المسألة العاشره.

[المسألة الرابعه إذا اشترى إنسان سلعه، و ادعى بعد ذلك أنه وكيل لإنسان فأنكر كان القول قوله مع يمينه]

المسألة الرابعه: إذا اشترى إنسان سلعه، و ادعى بعد ذلك أنه وكيل لإنسان فأنكر الإنسان و كالتة كان القول قوله مع يمينه لأن الأصل عدم الوكالة و يقضى على المشتري بالثمن لظهور مباشره العقد فى كون الشراء له سواء اشترى بعين أو فى الذمه، إلا أن يكون ذكر انه يتتاع له فى حاله العقد أو قامت البيئه على ان عين الثمن للموكل أو نحو ذلك، كما تقدم الكلام فى ذلك مفصلا.

مع أنه و اضح كوضوح الحكم فيما لو قال الوكيل: ابتعت بقصد أنه لك فأنكر الموكل أو قال ابتعت بقصد أنه لنفسى فقال الموكل: بل لى فالقول قول الوكيل بيمينه لأنه أبصر بنيته المتعلقة بفعله بلا خلاف و لا اشكال، مع فرض كون الاختلاف فى النيه التى لا تعلم إلا من قبله.

بل ربما استظهر من عبارته المتن قبول قوله بلا يمين لعدم تصور الدعوى عليه إلا على القول بسماعها مع التهمه أو أن اليمين حق له على كل حال أما لو فرض إمكان الاطلاع على قصده و لو بإقراره فقد توقف بعض متأخرى المتأخرين فى قبول قول الوكيل للأصل، لكن فيه ما عرفت من لزوم تقديم قوله مع فرض التداعى معه

لأنه أمين و الله العالم.

[المسألة الخامسة إذا زوجه امرأه فأنكر الوكالة و لا بينه كان القول قول الموكل مع يمينه]

المسألة الخامسة: إذا زوجه امرأه بعنوان التوكيل كما فرضه جماعه، أو مطلقا كما هو مقتضى إطلاق المصنف وغيره، بل و الدليل خصوصا صحيح الحذاء (١) الذي تسمعه فأنكر الوكالة و لا بينه كان القول قول الموكل مع يمينه لأنه منكر بلا خلاف و لا اشكال.

و يلزم الوكيل مهرها الذى أوقع العقد عليه كما عن النهايه و الوسيله و النافع و كشف الرموز و التحرير و الإرشاد و القواعد و القاضى و الكيدرى لا لأن المهر يجب بالعقد

كملا و لا ينتصف الا بالطلاق المفقود فى المقام و قد فوته الوكيل عليها بتقصيره فى الاشهاد، و لا لأنه أقر بأنه أخرج بضعتها عن ملكها بعوض لم يسلم إليها فكان عليه الضمان، فإن كل من أقر بإخراج ملك عن غيره لعوض لم يسلم ضمنه له، لتفريطه- إذ هما كما ترى.

بل ل

خبر محمد بن مسلم (٢) عن الباقر عليه السلام «فى رجل زوجته أمه و لم يقبل فقال: إن المهر لازم»

لأنه بناء على تنزيهه على دعوى الوكالة، بل عن الشيخ و اتباعه العمل به على ظاهره، و لكن يمكن حمله على ما روى من لزوم نصف مهرها كما تسمعه فى صحيح الحذاء فتتفق النصوص جميعا حينئذ على النصف الذى عمل به الشيخ و الحللى و يحيى بن سعيد و الفاضل فى التذكرة و الفخر و غيرهم على ما حكى به فى المسالك و غيرها أنه المشهور.

ل

خبر عمر بن حنظله (٣) «عن ابى عبد الله عليه السلام فى رجل قال لآخر اخطب لى فلانته فما فعلت من شىء مما قاوت من صداق، أو ضمننت من شىء أو شرطت فذلك رضائى و هو لازم لى، و لم يشهد على ذلك، فذهب و خطب له و بذل عنه الصداق و

١- ١ الوسائل الباب- ٢٦- من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد الحديث- ١.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٧- من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد الحديث- ٣.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٤- من أبواب أحكام الوكالة الحديث- ١.

غير ذلك مما طلبوه و سألوه. فلما رجع إليه، أنكر ذلك كله، قال يغرم لها نصف الصداق عنه، و ذلك أنه هو الذى ضيع حقها، فلما لم يشهد لها عليه بذلك الذى قال له، حل لها أن تتزوج، و لا يحل للأول فيما بينه و بين الله عز و جل إلا أن يطلقها، لأن الله تعالى يقول «فَأَمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَشِيرِيحٍ بِإِحْسَانٍ» فإن لم يفعل فإنه مأثوم فيما بينه و بين الله عز و جل. و كان الحكم الظاهر حكم الإسلام و قد أباح الله عز و جل لها ان تتزوج».

و صحيح أبى عبيده (١) عنه عليه السلام أيضا «فى رجل أمر رجلا ان يزوجه امرأه من أهل البصره من بنى تميم فزوجه امرأه من أهل الكوفه من بنى تميم، قال:

خالف أمره، و على المأمور نصف الصداق لأهل المرأة و لا- عده عليها و لا ميراث بينهما فقال بعض من حضر فإن أمره أن يزوجه امرأه و لم يسم أرضا و لا- قبيله ثم جحد الأمر أن يكون أمره بذلك بعد ما زوجه، فقال: إن كان للمأمور بينه أنه كان أمره أن يزوجه كان الصداق على الأمر و إن لم يكن له بينه كان الصداق على المأمور لأهل المرأة و لا ميراث بينهما و لا عده عليها، و لها نصف الصداق إن كان فرض لها صداقا و إن لم يكن سمي لها فلا شىء لها».

و من ذيله يعلم أن المراد بالصداق أولا النصف، كما يعلم إرادة المرأة من «الأهل» فيه و إلا كان دالا على وجوب مهر و نصف و لم يقل به أحد و لا وجه له و لعله لعدم تنقيح المراد من هذا الصحيح و اشتمال الأول على التعليل الذى لا يوافق الضوابط و استبعاد الالتزام بمقتضاها الشامل للوكالة التى أخبرها بها، و للفضوليه و نحو ذلك مما لا غرور فيه و احتمالها ضمان الوكيل المهر بعد العقد و الاعتراف بالوكالة، و التنصيف حينئذ تنزيلا لانتفاء النكاح ظاهرا منزله الفسخ بالطلاق.

قيل: و إن لم نعرف القائل به غير واحد قبل المصنف يحكم ببطان العقد فى الظاهر لعدم ثبوت الوكالة و عدم غرامه شىء على أحد منهما.

نعم يجب على الموكل أن يطلقها فيما بينه وبين الله تعالى بلا خلاف أجده فيه، بل في جامع المقاصد لا ريب فيه وقد نطق به الكتاب والسنة من قوله تعالى (١) «فَأَمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ» وقاعده الضرر والضرار وحفظ الأنساب ونحو ذلك إن كان يعلم صدق الوكيل، وأن يسوق إليها نصف المهر ولا ريب في أن هذا القول قوى بحسب القواعد، بل مال إليه جماعه منهم الفاضل وولده وثنائي الشهيدين، بل جزم ثنائي المحققين بأنه أصح.

لكنه مخالف للشهره البسيطه، أو المركبه، أو الإجماع كذلك، الجابره للنصوص المزبوره التي لا أقل من الفتوى بالمتيقن منها و هو النصف فيما لو غيرها بدعوى الوكاله صريحا و عدم علمها بصدقه، دون باقى الصور، و إن دل عليه الخبران أو أحدهما.

و على كل حال فلا إشكال في صحه طلاق الموكل لها و إن لم يعترف بالزوجيه.

بل صرح غير واحد بصحته منه و إن أوقعه معلقا، كقول إن كانت زوجتى فهى طالق، لعدم كونه تعليقا مانعا، ضروره عدم اقتضائه تأخير الأثر، على أنه عالم بالحال و علقه على أمر معلق عليه فى الواقع، و إليه يرجع ما فى الروضه «لأنه أمر يعلم حاله، و كذا فى نظائره كقول من يعلم أن اليوم جمعه: إن كان اليوم الجمعه، فقد بعثك كذا أو غيره».

لكن فى الرياض «إنه كذلك إذا لم يكن الإنكار مستندا إلى نسيان التوكيل، و إلا فلا يصح» و فيه أن الظاهر الصحه حتى مع ذلك، و لعدم دليل يقتضى بطلانه كذلك بل مقتضى الإطلاقات الصحه، و من هنا أطلق من عرفت. و منه يعلم ما فى تعليل الروضه السابق.

و أما المرأه فلا- إشكال و لا- خلاف فى أن لها الترويح و إن لم يطلق الموكل إذا لم تكن عالمه بالوكاله، لأنها خليه فى ظاهر الشرع كما أفصح به الخبر المزبور.

نعم لو كانت عالمة بصحة الوكاله لم يكن لها ذلك، و ليس للحاكم إجبار الزوج عليه. نعم قد يقال: بأن له الطلاق عنه مع امتناعه من وقوعه، فيؤثر أثره حينئذ مع فرض الزوجيه فى الواقع للامتناع عن القيام بها و الطلاق، و إلا لم يحتج إلى طلاق. و ربما احتتمل أن لها الفسخ أو للحاكم، أو البقاء على الزوجيه حتى يفرج الله عنها بموت و نحوه، و لعل ما ذكرناه أولى بعد عموم ولايه الحاكم لمثل ذلك، لقاعده الضرر و غيرها، و للايه(١) و نحوها و الله العالم.

[المسأله السادسه إذا وكله فى ابتياع عبد فاشتراه بمأه فقال الموكل اشتريته بثمانين فالقول قول الوكيل]

المسأله السادسه: إذا وكله فى ابتياع عبد ف ادعى أنه اشتراه له بمأه، فقال الموكل: اشتريته بثمانين، فالقول قول الوكيل كما اختاره جماعه منهم الشيخ فى المحكى من مبسوطه لأنه مؤتمن و الفعل فعله من غير فرق بين كون الثمن من غير مال الموكل. أو فى ذمته، و لكن لو قيل:

القول قول الموكل. كان أشبه بأصالة البراه من الزائد و نحوها لأنه غارم بالأخذ من ماله المعين المجهول ثمنا أو الأداء عن ذمته، بل عن الإرشاد و مجمع البرهان اختياره، بل لعله مقتضى ما تقدم للتذكرة، إلا أنه مناف لما سمعته من المصنف فى المسأله الثالثه. و لما يأتى له فى العاشره.

و التحقيق ما عرفت و تعرف من أن التداعى إن كان بين الموكل و الوكيل كان القول قول الوكيل لما سمعت، و إن كان بين الموكل و البائع فالقول قول الموكل و ان صدق الوكيل البائع لما ستعرفه من اقتضاء الأدله تقديم قوله فى التداعى معه خاصه، لا أن إقراره إقراره مطلقا كما تسمع تفصيل الحال فيه فى المسأله العاشره.

و على كل حال فما عن أبى حنفيه من التفصيل بين الشراء بالعين فالقول قول الوكيل، لانه الغارم لما زاد على الثمانين، و الموكل إن كان الشراء فى الذمه لأنه الغارم واضح الضعف، ضروره أخذ الثمن من مال الموكل على كل حال، كما ان ما فى المسالك و غيرها من فرض موضوع المسأله بما إذا كان المبيع يساوى ماءه، و إلا لم يكن الشراء صحيحا لا يخلو من نظر، ضروره إمكان الغبن فى حق الوكيل، و لا

يقتضى خروجه بذلك عن الوكالة، و انما أفصاه الخيار كما أوضحناه في محله.

[المسألة السابعة إذا اشترى الوكيل لموكله كان البائع بالخيار]

المسألة السابعة قال في محكى المبسوط إذا اشترى الوكيل لموكله مصرحا بذلك فى العقد كان البائع بالخيار إن شاء طالب الوكيل، و إن شاء طالب الموكل و يكون دخول الوكيل فى هذا التصرف بمنزله دخول الضامن فى الضمان، فإن أعطاه كان له الرجوع بما وزن، لأنه توكل بإذنه فى الشراء، و ذلك يتضمن تسليم الثمن، و كان الاذن فى الشراء إذنا فيه و فيما يتضمنه.

و ربما أشكل بأنه لا- وجه لرجوعه على الوكيل مع فرض العلم بالوكالة، ضروره كون الثمن فيما فرضه فى ذمه الموكل، لأن الشراء له، و لا ضمان من الوكيل.

نعم مع الجهل بالوكالة يتجه مطالبه الوكيل لظهور مباشره الشراء فى كونه له، و لكن يتوجه حينئذ اختصاص المطالبه به مع فرض استمرار الجهل بذلك.

و من هنا قال المصنف و تبعه بعض الناس ان الوجه اختصاص المطالبه بالموكل مع العلم بالوكالة، و اختصاص مطالبه الوكيل مع الجهل بذلك إلى حين القبض أو مطلقا، كما احتمله فى المسالك للاكتفاء بالجهل حال العقد فى استحقاق المطالبه، و ان علم بعد ذلك استصحابا لما كان، و لإمكان عدم رضاه بمطالبه الموكل لو علم ابتداء.

و على كل حال فلا يكفى فى ثبوت الوكاله المقتضيه لسقوط حق المطالبه عن الوكيل اعتراف الموكل بها، إذ يمكن أن يكون تواطيا منهما لإسقاط حق المطالبه خصوصا إذا كان قويا.

هذا كله إذا كان الثمن فى الذمه و لم يكن قد دفعه الموكل إلى الوكيل، أما إذا كان عينا قد وقع العقد عليها، فقد صرح فى جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان و التنقيح على ما قيل بمطالبته لمن هى فى يده من غير فرق بين الوكيل و الموكل، و إن كان فى الذمه، و لكن كان قد دفع الموكل اليه ما يجعله ثمنا، ففى القواعد و محكى الكتب السابقة و التذكرة تخير فى مطالبه الوكيل لأن الثمن فى يده، و الموكل لأن

الشراء له و ما دفعه له لم يتشخص ثمننا هذا خلاصه ما حصلناه من كلماتهم.

لكن قد يقال إن من مقتضيات العقد استحقاق تسليم الثمن و المضمن من مباشره سواء كان مالكا أو وليا شرعيا و لو وكيلا عليه، و على ما يقتضيه من القبض و الإقباض لا أنه و كيل على مجرد الصيغه، و يكون الإذن حينئذ مقدمه لتحقق العقد مقتضاه لأن المباشر له بها يكون متأهلا للمطالبه بالتسليم.

و من هنا يتسلط البائع أو المشتري على الخيار بامتناع الوكيل، عن التسلم و التسليم إذا كان وكيلا على ذلك و لا يسقط خيار البائع أو المشتري بامتناع الوكيل لأن الشراء انما هو للموكل، إذ هو و إن كان كذلك إلا أن ما ذكرناه من أحكام ولى العقد و توابعه.

و لا يتوهم أن لا يقتضى اختصاص المطالبه به ضروره ثبوتها أيضا لمن كان الشراء له باعتبار ثبوت الحق عليه أيضا و لو لمباشره و كيله، و من هنا يتجه التخيير الذى ذكره الشيخ فى المحكى من مبسوطه.

بل قد يقال به أيضا فيما إذا كان الثمن عينا أيضا ضروره عدم منافاه ذلك للمطالبه بتسليمها للوكيل الذى باشر العقد إذا لم تكن فى يده أو للموكل كما هو واضح بأدنى تأمل، فلا تختص بمن كانت هى فى يده ضروره اقتضاء العقد التسليم كما عرفت بل مما ذكرنا يظهر لك ما فى إطلاق جملة من عبارات الأصحاب، و أنها محتاجه إلى التقييد ببعض القيود التى لا تخفى على من أحاط بقواعد الفقه و الله العالم.

[المسأله التامنه إذا طالب الوكيل فقال الذى عليه الحق لا تستحق المطالبه لم يلتفت إلى قوله]

المسأله الثامنه إذا طالب الوكيل الثابته وكالته بما وكل عليه فقال الذى عليه الحق: لا تستحق المطالبه لى و لم يذكر أزيد من ذلك لم يلتفت إلى قوله كما عن المبسوط و غيره لأنه مكذب لبينه الوكاله.

لكن فى القواعد «على اشكال» و لعله مما عرفت، و من أعميه ذلك من التكذيب ضروره إمكان كونه لإبراء أو لظرو عزل أو أداء إلى الموكل أو نحو ذلك، و قد يدفع بما فى جامع المقاصد و المسالك بما حاصله أنه يكفى فى سماعها عدم تحريرها بعد أن كانت مشتركه بين المسموعه و غير المسموعه فلا تعد دعوى شرعيه تستحق الجواب.

اللهم إلا يقال إن أن حجيه قول المسلم و أصاله صحه دعواه و عموم البينه على المدعى و نحوه تقضى بالقبول حتى يعلم فسادها بتكذيب للبينه و نحوه و إلا فهى مقبوله يترتب عليها توجه اليمين و اقامه البينه و نحو ذلك و الله العالم.

و لو قال: عزلك الموكل سمعت بالبينه مثلا- لأنها دعوى شرعية لكن لم يتوجه على الوكيل اليمين الا ان يدعى عليه العلم ضروره أن العزل فعل الغير و اليمين عليه انما هو على نفى العلم به و كذا لو ادعى أن الموكل أبرأه من الحق أو أداه اليه كما هو واضح.

[المسألة التاسعة تقبل شهاده الوكيل لموكله فيما لا ولايه له فيه]

المسألة التاسعه لا خلاف بيننا بل و بين كافة المسلمين و لا إشكال فى أنه تقبل شهاده الوكيل لموكله فيما لا ولايه له فيه كما تقبل عليه لعموم ما دل على قبول خبر العدل بخلاف ما هو و كيل فيه، فإنها لا تقبل فيه للتهمه كما عن الشيخ و الحلّى و الفاضل و غيرهم التصريح به بل هو المشهور بل لم أحد فيه خلافا لها و كذا صرحوا أيضا بعدم قبول شهادته فى جرح شهود المدعى على الموكل.

نعم لو عزل قبلت عندنا فى الجميع و لو فيما له ولايه عليه لعدم التهمه حينئذ و عدم الخصومه فهو كما لو شهد قبل التوكيل فى شمول أدله القبول له و ما عن بعض العامه من عدم القبول بمجرد التوكيل واضح الضعف فلا إشكال حينئذ فى القبول ما لم يكن أقام بها وردت للتهمه كما عن التحرير و غيره أو شرع فى المنازعه التى هو و كيل فيها فلا تقبل حينئذ للتهمه بإرادته إظهار ما ادعى به و لتحقق الخصومه لكن قيده بعض الناس بما إذا جرى الأمر على التواصل.

و أما إذا طال الفصل فربما استظهر من كلام الفاضل فى القواعد القبول، و فى جامع المقاصد أنه محتمل و هو كذلك اللهم الا ان يدعى خروجه بذلك عن تأهل الشهاده و قبولها، و ان زالت التهمه و ارتفعت الخصومه، و بذلك يفرق بينه و بين الفاسق إذا عاد للعداله، و الصبى إذا بلغ و الكافر إذا أسلم، فلا تقبل حينئذ شهاده الشريك لشريكه بعد ان ردت بذلك و لو صالح شريكه بعد ذلك على وجه صار الحق كله للشريك الآخر فتأمل جيدا، هذا.

و لكن عن أبي على قبول شهاده الوصى بمال اليتيم، بل عن كشف اللثام الميل إليه مؤيدا له بمكاتبه الصفار، و لعل الوكيل أولى فما عن الأخير من الجزم بعدم القبول فيه وصيله إلى القبول في الوصى في غير محله، اللهم إلا- أن يكون الوجه الجمود على مكاتبه الصفار.

و لعله لذا حكى عن الأردبيلي منع كون مطلق الوكالة و الولاية نفعا يمنع من شهاده العدل المقبول، و تبعه على ذلك صاحب الحدائق، لكنه كما ترى كالاتجاه في مقابله الإجماع، بل قد يشك في تناول الشهاده لمثله، ضروره كونه شهاده له في الحقيقه و لو من حيث الوكالة و الولاية نحو شهاده المرتهن و شبهه، و تسمع الكلام فيه في محله إنشاء الله.

[المسأله العاشره لو وكله بقبض دينه مثلا من غريم له فأقر الوكيل بالقبض و صدقه الغريم و أنكر الموكل فالقول قول الموكل]

المسأله العاشره: لو وكله بقبض دينه مثلا- من غريم له فأقر الوكيل بالقبض و صدقه الغريم و أنه تلف من يده و أنكر الموكل القبض منه فالقول قول الموكل وفاقا للمبسوط و التذكرة و القواعد و غيرها، بل في شرح الصيمرى نسبتة الى فتوى الأصحاب إلا الفخر، لأن الدعوى انما هي بين المالك و الغريم، و لا نزاع بينه و بين الوكيل، و ليس في الأدله ما يقتضى إلزام الموكل بإقرار الوكيل فيما وكل فيه مع عدم الخصومه معه، و ما تقدم في المسأله الثالثه من تقديم قول الوكيل انما هو مع كون التداعى معه.

و لكن مع ذلك قال في المتن فيه تردد و في القواعد على اشكال مما سمعت، و من نفوذ قول الوكيل على الموكل باعتبار كونه أمينه، و الفعل فعله، إلا أنه كما ترى لا دليل عليه إذا كانت الدعوى مع غيره، و تقديم قوله حيث تكون الدعوى معه لا يقتضى سقوط دعواه على الغير إذ لا يزيد تقديم قوله في ذلك على تقديم قوله في التلف بغرق أو حرق، مع أنه لا يسقط الدعوى من المالك على أجنبي بماله كما هو واضح، خصوصا إذا عرض المالك من أول الأمر عن الدعوى مع الأمين، و خص الدعوى بالأجنبي، و خصوصا في مثل المقام الذى لا- دعوى أصلا بين المالك و الوكيل، لعدم القبض منه بزعم المالك، و انما هي مختصه بينه و بين الغريم.

و دعوى أن اعتراف الوكيل بذلك و ان لم تكن الخصومه معه مسقط لدعوى المالك المقتضيه تكذيبه فيما ذكره، و قد نهى عن تهمته على وجه يراد منه عدم سماع التهمه فى حقه و إن كانت تكذيبا خاصه بلا تغريم - ممنوعه على مدعيها كل المنع، بل لا ينبغى ان تصدر من فقيه ماهر، ضروره عدم ما يقتضى أن إقرار الوكيل إقرار الموكل، بل فى الأدله ما يقتضى عدمه، خصوصا قاعده الإقرار فى حق الغير.

و تقديم قوله حال كون الخصومه معه، انما هو لكونه مؤتمنا، و صاحب يد على فعله، كتقديم قوله فى التلف فى الخصومه معه، لا لأن إقراره إقرار الوكيل، و الا لم تحتج الى اليمين كما هو واضح بأدنى تأمل، و النهى عن تهمته انما يراد منه تقديم قوله فى التداعى معه، و لو بما يقتضى تكذيبه، فضلا عن اتهامه، لا أن المراد منه عدم تكذيبه و لو بالدعوى على الغير المقتضيه لذلك.

و حينئذ فإذا حلف المالك على بقاء حقه فى ذمه الغريم أخذه، و لا - رجوع للغريم على الوكيل مع تلف المال فى يده بغير تفريط، لكونه ظالما بزعمه فى أخذه منه، و لا رجوع له بالظلم. هذا كله فى مفروض المسأله.

أما لو أمره ببيع سلعه مثلا و تسليمها و قبض ثمنها فتلف الثمن من غير تفريط على دعوى الوكيل فأقر الوكيل بالقبض، و صدقه المشتري، و أنكر الموكل فالقول قول الوكيل هنا بلا خلاف أجده فيه.

بل فى شرح الصيمرى اتفاق الفتاوى عليه لأن الدعوى هنا على الوكيل من حيث أنه سلم المبيع و لم يتسلم الثمن فكأنه يدعى الموكل ما يوجب الضمان على الوكيل باعتبار تفريطه بذلك، و الأصل براءه ذمته مع أنه أمين بالنسبه إليه، و قوله مقبول فيما أوتمن عليه و هناك أى فى المسأله الأولى الدعوى على الغريم دون الوكيل.

و لكن مع ذلك قال المصنف و تبعه غيره و فى الفرق نظر لاین الاختلاف فى المقامين فى فعل الوكيل فمع فرض كون قوله مقبولا فيه ينبغى عدم سماع دعوى المالك فى المقامين

و إلا قبلت فيهما، و قد عرفت أن الأشبه عند المصنف في المسأله الثالثه الأول، بل قد عرفت أنه تردد في قبول قول الموكل و حينئذ يكون نظره رجوع الاولى إلى الثانيه في الحكم كما عن فخر المحققين لا العكس إلا أنه لا يخفى عليك بعد الإحاطه بما ذكرنا في المسأله الثالثه و هنا تحقيق الحال.

و نزيده وضحاً بأن الدعوى متى كانت من الموكل على الوكيل لإرادته تغريمه مثلاً فالقول قول الوكيل لأنه أمينه و الفعل فعله، و متى كانت على أجنبي لم يكن إقرار الوكيل مؤثراً في عدم سماعها بل تبقى على حكم سائر الدعاوى ففي مثل المقام للمالك توجيه الدعوى على كل منهما، فإذا أعرض عن الوكيل، و وجه الدعوى على المشتري و طالبه بالثمن كان له ذلك بعد يمينه أنه باق في ذمه المشتري، و لا يكون إقرار الوكيل بالقبض مسقطاً للدعوى، بعد ان لم تكن الخصومه معه.

و لو طالب الوكيل من حيث دعوى ضمانه للثمن بتسليم المبيع قبل تسليم الثمن المفروض عدم إذنه فيه كان القول قول الوكيل هنا للأدله التي سمعتها في المسأله الثالثه و في المقام.

بل الأقوى في النظر عدم سقوط الدعوى عن المشتري مع ذلك، خلافاً للتذكرة و المسالك و غيرهما إذ لم يفد تقديم قوله على قول المالك بيمينه الا عدم ضمان الوكيل و سقوط الدعوى بالنسبه إليه خاصه لا أنه وصول للثمن واقعا على وجه يسقط الدعوى عن المشتري ضروره مساواه تقديم قوله هنا لتقديم قوله في التلف المعلوم عدم اقتضائه سقوط الدعوى لو أرادها بعد ذلك على أجنبي كما قدمناه سابقاً هذا كله في الدعوى عليهما و بدء بالوكيل.

أما إذا كانت الدعوى مختصه من الأصل بغير الوكيل كما في قبض الدين من الغريم و نحوه أو كانت مشتركه و لكن أعرض عن الوكيل، و وجه الدعوى على الغير فلا وجه لسقوط الدعوى باعتراف الوكيل الذي لم تكن خصومه بين الموكل و بينه.

و بذلك كله ظهر لك ما فى كلام المصنف و من تأخر عنه كالفاضل و ولده و المحقق الثانى و الشهيد الثانى و الصيمرى و العلامة الطباطبائى و إن أطب رحمهم الله فى مصابيحهم بذكر كلام جميع من تعرض للمسأله، اللهم إلا أن يتكلف رجوع بعض كلماتهم إلى ما ذكرنا، و الأصل فى هذه المسأله ما فى محكى المبسوط، و هو مع التأمل كالصريح فيما قلناه فى تحقيق المسأله.

قال: «إذا وكل رجل رجلا فى قبض دين له على غيره، فادعى الوكيل أنه قبضه منه و سلمه إليه، أو قال: تلف فى يدي، و صدقه من عليه الدين، و قال الموكل لم يقبضه منه، قال قوم: إن القول قول الموكل مع يمينه و لا يقبل قول الوكيل و لا المدين إلا بينه، لأن الموكل يدعى المال على المدين دون الوكيل لأنه يقول أنا لا أستحق عليك شيئا، لأنك لم تقبض المال، و إنما مالى باق على المدين، و لهذا إذا حلف طالب الذى عليه الدين و لا يثبت بيمينه على الوكيل شيئا فإذا كان كذلك كان بمنزله أن يدعى من عليه الحق دفع المال إليه، و هو ينكر، فالقول قوله، و كذلك هيها و هذا أقوى.

و إذا وكله بالبيع و التسليم و قبض الثمن فباعه، و سلم المبيع فادعى قبض الثمن و تلفه فى يده أو ادعى دفعه إليه، فأنكر الموكل أن يكون قبضه من المشتري كان القول قول الوكيل مع يمينه لأن الأصل أنه أمين، و أنه لا ضمان عليه.

و يخالف المسأله الأولى، لأن المدعى عليه فيها هو الذى عليه الدين، و هو الخصم فيه، و إذا جعلنا القول قول الموكل فى المسأله الأولى لم توجب على الوكيل غرامه، و فى المسأله الثانية توجب غرامه، فجعلنا القول قول الوكيل فى الثانية» و تبعه غيره فى ذلك.

و هو بعد تهذيبه يرجع إلى ما ذكرنا فلاحظ و تأمل جيدا لتعرف الحكم فى جميع موارد المسأله التى منها ما لو وكله على طلاق زوجته مثلا فقال الوكيل طلقت و ادعى الموكل على الزوجه عدم ذلك، كان القول قوله، لأن الدعوى بينه و بين

الزوجه، و الوكيل لا دعوى عليه، و كذا الوكالة في العتق.

أما لو كان وكيلا على القرض فقال: استقرضت لك ألفا مثلا و تلفت، أو أنفقتها فيما و كلتني فيه أيضا، و لم يكن هناك ثالث تكون الدعوى بين الموكل و بينه كان القول قول الوكيل و لو بعد عزله عن الوكالة، لأنه أمينه و هكذا.

نعم بقى شىء هل للموكل الدعوى على الأجنبي مع اخبار الوكيل بالقبض منه أو الطلاق أو العتق بأصالة العدم و نحوها و ان احتمل صدقه، أو لا بد في ذلك من العلم بتكذيب الوكيل، قد يظهر من المحكى من بعض كلمات الأردبيلي الثاني، و يحتمل الأول لعدم ما يدل على وجوب قبول خبره فيما أوتمن عليه في غير مقام التداعى معه، و إن كان له التناول باخباره و التصرف فيما يأتيه له بعنوان الوكالة و لكن لا ريب في أن الأحوط الثاني و الله العالم.

و كيف كان ف لو ظهر في المبيع عيب رده على الوكيل دون الموكل لأنه لم يثبت وصول الثمن اليه و إن سقط مطالبته به للوكيل بدعواه أنه قبضه و تلف منه مع يمينه، بل و المشتري بناء على أن ذلك يقتضى سقوط الحق عنه لاتحاده إلا أن هذا السقوط لا- يقتضى الوصول إليه، و لو قبض الوكيل، الا أنه لا يخفى عليك ما فيه، ضروره أن المال مال الموكل، لأن الفرض علم المشتري بذلك، و وصول الثمن اليه و عدمه لا مدخل له في ذلك، بل قد لا يجوز له رده على الوكيل إذا لم يكن وكيلا على قبضه على تقدير رده بالعيب.

و حينئذ فقول المصنف- و لو قيل: برد المعيب على الموكل كان أشبه و الفاضل في القواعد أقرب و الفخر في محكى الإيضاح أصح، و ثانی الشهداءین فی المسالك أقوى- في غير محله، لعدم وجه لاحتمال المنع، بل المحكى من عبارته المبسوط خال عن ذلك.

قال: «إذا وكل رجلا في بيع ماله و قبض ثمنه فادعى أنه قبض الثمن و تلف في يده أو دفعه اليه، و صدقه المشتري على ذلك، و قال الموكل ما قبضه الوكيل كان

القول قول الوكيل على أصح الوجهين، فإذا حلف براء، فإذا وجد المشتري بالمبيع عيبا كان له رده بالعيب، فإن أقام بينه على

أنه دفع ثمنه إلى الموكل أو الوكيل كان له رد المبيع على أيهما شاء و مطالبته بالثمن، وإن لم تكن بينه لم يكن له مطالبته الموكل بالثمن ورد المبيع عليه، لأنه ما أقر بقبض الثمن منه، وليس للوكيل مطالبته الموكل ويكون القول قول الموكل مع يمينه أنه لا يعلم أنه قبض الثمن من المشتري فإذا حلف لم يكن له مطالبته إلا أن يقيم بينه على ما يدعيه من قبض الثمن من المشتري و تلفه في يده أو دفعه إليه».

و هو كما ترى ظاهر أو صريح في الرد من دون مطالبته بالثمن، و أما ما ذكره من التخيير في المطالبة بالثمن مع بينه، فلعله لاقتضاء الفسخ عنده تسليم الثمن على نحو اقتضاء العقد، بخلاف ما إذا لم تكن بينه، فإنه ليس له إلا الرد على الموكل و إن سقطت المطالبة بالثمن على الوكيل و المشتري، أما المشتري فلما عرفت، و أما الوكيل فلاعترافه بوكالته و تلف الثمن في يده.

نعم له أخذ العين باطنا- أى إذا لم يعلم منه الفسخ- مقاصه عن ثمنه مع دفع الزائد إن كان للمالك و التوصيل اليه من مال الموكل و غير ذلك مع فرض النقصان هذا.

و لكن في التذكرة «فإذا حلف الوكيل أنه قبض و تلف الثمن في يده و قلنا ببراءه المشتري، ثم وجد المشتري بالمبيع عيبا، فإن رد على الموكل و غرمه الثمن لم يكن له الرجوع على الوكيل لاعترافه بأن الوكيل لم يأخذ شيئا و إن رد على الوكيل و غرمه لم يرجع على الموكل، و القول قوله مع يمينه في أنه لم يأخذ منه شيئا، و لو خرج المبيع مستحقا رجع المشتري بالثمن على الوكيل، لأنه دفعه إليه و لا رجوع له على الموكل».

و فيه مالا- يخفى من عدم جواز رجوعه على الوكيل في الأول بعد اعترافه بوكالته و تلف المال في يده، و أما رجوعه على الموكل فهو مبني على وصول ذلك إليه

بإقرار الوكيل بناء على أنه كالبينه بالنسبه إلى ذلك.

لكن على هذا ينبغي أن يكون له الرجوع عليه في الثاني، أو يختص به بناء على أن قبض الوكيل في الظاهر قبض للموكل، كما في القواعد الجزم به، فإنه بعد ان ذكر فيها أنه لو تلف المبيع في يد الوكيل بعد أن خرج مستحقا طالب المستحق البائع أو الوكيل أو الموكل الجاهلين و يستقر الضمان على البائع، و هل للوكيل الرجوع على الموكل؟ اشكال قال: «و لو قبض وكيل البيع الثمن و تلف في يده فخرج المبيع مستحقا رجع المشتري على الوكيل مع جهله، أى بالوكالة و يستقر الضمان على الموكل، و إلا فعليه» و إن كان كلامه فيها أيضا لا يخلو من نظر، ضروره منافاه الإشكال لما ذكره أولا من الرجوع على الثلاثة الذى لا وجه له فى الموكل إلا دعوى سببيه القبض من الوكيل الضمان عليه باعتبار أنه قبض له لانه وكيل عنه على قبض المبيع فى الظاهر.

بل قد يتوهم من ذلك اختصاصه بالموكل بعد العلم بكون القبض وكاله، كما هو مقتضى كلامه الأخير، و إن كان التحقيق خلافه إذ الظاهر سببيه القبض لضمانيهما معا بعد فرض كونه وكيلًا- عنه فى قبض ما هو مبيع ظاهرًا لانه و إن كان قبضه قبض الموكل، إلا أنه لا ينافى الرجوع عليه

بعموم (١) «على اليد»

و إن كان هو يرجع على الموكل.

و بذلك يظهر أنه لا وجه لاختصاص الضمان بالموكل فى الأخير مع العلم بالوكالة إذ هو كرجوع مستحق المبيع على الثلاثة و إن علم بأن الوكيل قد قبض على جهه الوكالة فتأمل جيدا فإن المسألة لا تخلو من دقه و الله العالم بحقائق أحكامه و الحمد لله أولا و آخرا.

هذا آخر كتاب الوكالة من جواهر الكلام شرح شرائع الإسلام و نسال الله بمحمد و آله الإعانه على إكماله و إتمامه و الحمد لله و صلى الله على خير خلقه محمد و آله الطاهرين.

إلى هنا تم الجزء السابع و العشرون من كتاب جواهر الكلام بحمد الله و منه و قد بذلنا غاية الجهد فى تصحيحه و مقابله للنسخه المصححه التى قوبلت بنسخه الأصل المخطوطه المصححه بقلم المصنف طاب ثراه.

و يتلوه الجزء الثامن و العشرون فى أحكام الوقوف و الصدقات إنشاء الله تعالى.

على الآخوندى

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 قدّم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آواده اى، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلى، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الإلكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب فى طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز
للبحوث والتحريرات الكمبيوترية
الغمامة اصحمان



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