



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغلام



ارسلنا
عليكم يا صابغ
الرماد

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

البرهان على صحة

بمقام الأستاذة الطاهرة

تأليف

عبد الباقى الفقيه المحدث الشيخ يوسف بن محمد بن عبد الله بن عبد الرحمن بن عبد الوهاب بن عبد البر بن عبد العزيز بن عبد الحميد بن عبد المطلب بن عبد مناف بن عبد شمس بن عبد مناف بن قصي بن كلاب بن مرة بن كعب بن لؤي بن غالب بن فهر بن مالك بن النضر بن كنانة بن خزيمة بن مدركة بن إلياس بن مضر بن نزار بن معد بن عدنان

المجلد ٢١

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحدائق الناضرة فى احكام العتره الطاهره

كاتب:

يوسف بحراني

نشرت فى الطباعة:

مجهول (بي جا ، بي نا)

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
٢٩	الحدائق الناضره فى احكام العتره الطاهره المجلد ٢١
٢٩	اشاره
٢٩	اشاره
٣١	كتاب الضمان
٣١	اشاره
٣٢	المقصد الأول فى الضمان بالمعنى الأخص
٣٢	اشاره
٣٢	البحث الأول فى الضامن
٣٢	اشاره
٣٢	أحدها فى اشتراط جواز التصرف المالى فى الضامن
٣٣	الثانى هل يشترط علم الضامن بالمضمون له، و المضمون عنه؟
٣٨	الثالث اشتراط رضا المضمون له فى صحه الضمان
٤٢	الرابع عدم اشتراط رضا المضمون عنه فى صحه الضمان
٤٣	الخامس نقل ذمه المضمون عنه إلى الضامن
٤٤	السادس اشتراط الملاءه فى الضامن أو العلم بإعساره
٤٤	السابع فى صور الضمان و حكمها
٤٨	الثامن: لو ضمن مؤجلا مع كون الدين حالا ثم مات قبل حلول الأجل
٤٩	التاسع فى رجوع الضامن إلى المضمون عنه بما دفعه
٥١	العاشر فى رجوع الضامن بأقل الأمرين فيما دفع عروضاً
٥٢	الحادى عشر [حكم ما لو ادعى الضامن الجنون حاله الضمان]
٥٢	الثانى عشر فى عدم جواز ضمان المضمون عنه عن الضامن ما ضمنه عنه
٥٤	البحث الثانى فى الحق المضمون
٥٤	اشاره

٥٤	الأولى [اشتراط كون المال المضمون ثابتا في الذمه]
٥٥	الثانيه [الخلاف في صحه ضمان مال الكتابه المشروطه] :
٥٦	الثالثه [في صحه ضمان النطقه للزوجه] :
٥٦	اشاره
٥٧	الأول
٥٧	الثاني :
٥٧	الرابعه [الخلاف في ضمان المجهول] :
٥٩	الخامسه [الخلاف في ما يرجع إليه في بيان المجهول] :
٦١	السادسه [في ضمان الأعيان المضمونه]
٦٤	البحث الثالث في اللواحق
٦٤	اشاره
٦٤	[المسأله] الأولى [في ضمان العهده]
٦٤	اشاره
٦٦	تنبهات
٦٦	الأول [المناط في ضمان العهده]
٦٦	الثاني [اشتراط اشتغال الذمه في صحه ضمان العهده]
٦٧	الثالث [دليل تسميته بضمن العهده و الدرك]
٦٨	الرابع [عدم جريان ضمان العهده لو فسخ المشتري بعيب سابق]
٦٨	المسأله الثانيه [في رجوع المشتري إلى الضامن إذا خرج المبيع مستحقا]
٧٠	المسأله الثالثه [عدم صحه ضمان درك ما يحدث من بناء أو غرس]
٧١	المسأله الرابعه-إذا اختلف الضامن و المضمون له في قبض مال الضمان
٧١	اشاره
٧١	الأولى-هذه الحال
٧١	الثانيه-أن يشهد المضمون عنه للضامن بأنه دفعه
٧١	الثالثه-أن لا يكون شهاده المضمون عنه مقبوله
٧٣	الرابعه-لو لم يشهد المضمون عنه

- ٧٣ المسأله الخامسه: إذا كان له على رجلين مال، فضمن كل منهما صاحبه
- ٧٤ المسأله السادسه- إذا رضی المضمون له من الضامن ببعض المال، أو أبرأه من بعضه
- ٧٥ المسأله السابعه [جواز ترامى الضمان و دوره]
- ٧٥ المقصد الثانى فى الحواله
- ٧٥ اشاره
- ٧٥ الأولى [تعريف الحواله] :
- ٧٦ الثانيه [أركان الحواله]
- ٧٦ اشاره
- ٧٩ تنبيهات
- ٧٩ الأول
- ٧٩ الثانى
- ٧٩ الثالث
- ٨٠ الثالثه [فى براءه المحيل من حق المحتال بمجرد الحواله]
- ٨٣ الرابعه [جواز الحواله على البرىء]
- ٨٣ الخامسه [شرايط صحه الحواله]
- ٨٧ السادسه [جواز ترامى الحوالات و دورها]
- ٨٧ السابعه- لو أحال عليه فقبل الحواله و أدى ثم رجع على المحيل بما أداه مدعيا براءه ذمته
- ٨٨ الثامنه [إذا أحال المشتري البائع بالثمن ثم رد المبيع بعيب سابق]
- ٨٨ اشاره
- ٨٨ الأول- فيما إذا أحال المشتري البائع بالثمن على شخص آخر، ثم رد المبيع بعيب سابق و فسخ العقد
- ٩٠ الثانى [فى براءه ذمه المحال عليه فيما قلنا ببطان الحواله]
- ٩١ الثالث- لو أحال البائع أجنبيا بالثمن على المشتري ثم فسخ المشتري بالعيب أو بأمر حادث
- ٩١ الرابع [فى بطلان الحواله بظهور بطلان البيع]
- ٩٢ المقصد الثالث فى الكفاله:
- ٩٢ اشاره
- ٩٣ الأول [تعريف الكفاله]

- الثاني [صححه الكفاله حاله و مؤجله] ٩٥
- الثالث-للمكفول له مطالبه الكفيل بإحضار المكفول ٩٦
- الرابع [فى حكم من ضمن غيره إلى أجل] ١٠٠
- الخامس [فى حكم إطلاق الغريم من يد صاحب الحق] ١٠٥
- السادس [وجوب كون المكفول معيناً] ١٠٧
- السابع [فى إحضار المكفول قبل الأجل] : ١٠٨
- الثامن [حكم ما لو تكفل بتسليمه فى موضع معين] ١٠٩
- التاسع-إذا كان المكفول غائباً، والكفاله حاله أو مؤجله، و حل الأجل و هو غائب - ١٠٩
- العاشر [فى تكفل رجلين ببدن رجل لرجل] ١٠٩
- الحادى عشر-لو قال الكفيل: أبرأت المكفول، فأنكر المكفول له ١١٠
- الثانى عشر [فى براءه الكفيل إذا مات المكفول] ١١١
- الثالث عشر [ترامى الكفاله] - ١١٣
- الرابع عشر [فيما يعتبر عقد الكفاله من اللفظ] - ١١٣
- كتاب الصلح ١١٦
- اشاره ١١٦
- [المطلب] الأول-فى جملة من الأحكام ١١٧
- اشاره ١١٧
- [المسأله] الأولى [فى عدم اشتراط سبق النزاع فى صحه الصلح] ١١٧
- المسئله الثانيه [فى صحه الصلح مع الإقرار و الإنكار] - ١٢٢
- المسأله الثالثه [فى صحه الصلح مع العلم بالمتنازع فيه و جهله] ١٢٤
- اشاره ١٢٤
- الأولى-أن يكون المدعى معلوما عند كل من المتصالحين ١٢٥
- الثانيه-أن يكون مجهولا عندهما و كان مما يتعذر معرفته ١٢٥
- الثالثه-أن يكون مجهولا عندهما و لكن لا يتعذر العلم به ١٢٦
- الرابعه-أن يكون مجهولا عندهما، و العلم به ممكن فى الجملة ١٢٧
- الخامسه-أن يكون مجهولا عند المستحق و معلوما عند الآخر، و هو من عليه الحق و لم يعلمه بقدره ١٢٧

- السادسه-ان يكون مجهولا عند المستحق معلوما عند من عليه الحق،و لم يعلم قدره ١٢٩
- السابعه-أن يكون مجهولا عند المستحق معلوما عند من عليه الحق، و لكن أعلمه بقدره ١٢٩
- الثامنه:أن يكون معلوما عند المستحق مجهولا عند الآخر فصالحه بأكثر من حقه ١٢٩
- التاسعه-الصوره بحالها و لكن صالحه بقدر حقه أو أنقص ١٢٩
- المسئله الرابعه [أركان الصلح] ١٣١
- المسئله الخامسه [فى اشتراط كون الربح و الخسران على أحدهما] ١٣٢
- المسئله السادسه [فى تناز عهما فيما بأيديهما] ١٣٤
- المسئله السابعه-لو صالحه على عين بعين أو على منفعه بمنفعه أو على عين بمنفعه أو بالعكس ١٤٠
- المسأله الثامنه-لو صالحه على دراهم بدنانير أو بدراهم ١٤١
- المسئله التاسعه-لو ادعى اثنان عينا فى يد ثالث ١٤٢
- المسئله العاشره [فى مصالحه المدعى عليه على سقى زرعه بمائه] ١٤٥
- المسئله الحاديه عشر [فى عدم كون قول المدعى عليه صالحنى إقرارا] ١٤٦
- الثانيه عشر ١٤٨
- اشاره ١٤٨
- أحدهما انه لو ضمن شخص عن شخص مالا باذنه ثم صالح الضامن المضمون له بأقل مما ضمنه ١٤٨
- الثانى-يجوز الصلح على تعجيل بعض الدين المؤجل بنقصان منه ١٤٨
- المطلب الثانى فى تزامم الحقوق و التنازع فى الاملاك: ١٥٠
- اشاره ١٥٠
- المقام الأول [فى جواز إخراج الرواشن و الأجنحه فى الطرق النافذه] ١٥٠
- اشاره ١٥٠
- الأول-المرجع فى الضرر الى العرف ١٥٠
- الثانى [حكم الجناح فى ملكه إذا كان مشرفا] ١٥٢
- الثالث [فى عدم مانعيه معارضه المسلم عن إخراج الرواشن] ١٥٣
- الرابع [عدم الجواز فى الطرق المرفوعه] ١٥٤
- الخامس [تعارض الجارين فى إخراج الجناح و الرواشن] ١٥٥
- السادس [فى مصالحه واضع الرواشن مع أرباب الدرب] ١٥٦

- السابع [فى بقاء حق الأولويه بعد سقوط الروشن] ١٥٧
- المقام الثانى فى الطرق ١٥٨
- اشاره ١٥٨
- الأول [حكم فتح الأبواب المستحدثه فى الطرق] ١٥٨
- الثانى [حكم فتح الروازن و الشباييك فى الطرق] ١٥٨
- الثالث [فى حكم أبواب السكه المرفوعه] ١٥٩
- الرابع [كيفية صيروره الموضع شارعاً و حكم السرداب فى الطرق] ١٦٠
- المقام الثالث فى الجدران: ١٦١
- اشاره ١٦١
- الأول-الجدار بين الملكين ١٦١
- الثانى [فى حكم الرجوع بعد وضع الخشب المعمار]: ١٦٢
- اشاره ١٦٢
- تذنيبان: ١٦٤
- الأول [فى احتياج إعاده الجذوع إلى إذن جديد و عدمه] ١٦٤
- الثانى: لو وقع الصلح بينهما على وضع الخشب أو الجذوع على الجدار بشيء ١٦٦
- الثالث-لو تداعيا جدارا ١٦٦
- الرابع [فيما لو انهدم الجدار المشترك] ١٦٨
- اشاره ١٦٨
- أحدهما-أنه لو أراد أحد الشريكين عمارة فهل يتوقف على اذن شريكه الممتنع؟ ١٦٨
- و ثانيهما [لو خالف و عمره بغير الاذن، فهل للشريك نقضه؟] ١٦٩
- الخامس [فى حكم اختلافهما فى خص] ١٧٠
- السادس [لو انهدم الجدار المشترك] ١٧١
- السابع [فى اختلاف صاحب البيت و الغرفه فى جدران البيت و سقفه] ١٧٣
- المقام الرابع فى مسائل متفرقه من هذا الباب ١٧٦
- الاولى [حكم ما لو خرجت أغصان الشجره إلى ملك الجار] ١٧٦
- الثانيه [اختلاف الشريكين فى الدرجه] ١٧٧

١٧٨	الثالثة-لو تنازع راكب الدابه و قابض لجامها
١٨٠	الرابعه [لو تنازعا ثوبا في يديهما]
١٨١	الخامسه-لو تداعيا جملا كان بيديهما
١٨١	السادسه [لو تداعيا غرفه على بيت أحدهما و بابها إلى غرفه الأخر]
١٨٣	كتاب الشركه
١٨٣	اشاره
١٨٣	[الفصل الأول-في حقيقه الشركه و ما يتبعها]
١٨٣	اشاره
١٨٣	[المسأله الأولى تعريف الشركه و أسبابها]
١٨٧	المسئله الثانيه [أركان الشركه]
١٨٧	اشاره
١٨٧	الأول-المتعاقدان
١٨٧	الثاني الصيغه
١٨٨	الثالث:المال
١٩١	المسئله الثالثه [جريان الشركه في العين و المنفعه و الحق]
١٩٤	المسئله الرابعه [في حكم أنواع الشركه]
١٩٤	اشاره
١٩٥	الأول [عدم صحه غير شركه العنان]
١٩٧	الثاني [في وجه تسميه شركه العنان]
١٩٨	الثالث [المراد بالشركه]
١٩٩	المسئله الخامسه [الأقوال في اشتراط أحدهما زياده الربح مع تساوى المالين]
١٩٩	اشاره
١٩٩	الأول-ما ذهب اليه الشيخ و ابن إدريس و المحقق
١٩٩	الثاني-ما ذهب اليه المرتضى
٢٠٠	الثالث-ما ذهب إليه أبو الصلاح
٢٠٢	المسئله السادسه [في كون الشركه بحسب الواقع توكيلا و توكلًا]

- المسأله السابعه [شرط التأجيل فى الشركه] ----- ٢٠٤
- المسئله الثامنه [فى كون الشريك أميناً] ----- ٢٠٥
- الفصل الثانى فى قسمه: ----- ٢٠٥
- اشاره ----- ٢٠٥
- الأولى [حصول الملك بالشركه] ----- ٢٠٥
- الثانيه [فى عدم جواز قسمه مع الضرر على الكل] ----- ٢٠٦
- الثالثه [تعريف متساوى الأجزاء] ----- ٢٠٨
- الرابعه [فى اعتبار القرعه فى تعيين السهام] ----- ٢٠٨
- الخامسه [فى عدم صحه قسمه الوقف] ----- ٢١٢
- السادسه [استحباب نصب القاسم للإمام] ----- ٢١٤
- الفصل الثالث فى لواحق هذا الباب: ----- ٢١٥
- اشاره ----- ٢١٥
- [المسأله] الأولى [فى مشاركته الآخر فيما استوفاه شريكه من الثمن] ----- ٢١٥
- المسأله الثانيه [فى عدم جواز الشركه بكون الجمل من أحدهما و السقاء من الآخر] ----- ٢٢٣
- [المسأله] الثالثه: لو هاش صيدا و احتطب أو حش بنيه أنه له و لغيره ----- ٢٢٥
- [المسأله] الرابعه [فى حكم بيع أحد الشريكين سلعه بينهما]: ----- ٢٢٧
- [المسأله] الخامسه [فى اختلاف المشتري و الشريك غير البائع فى القبض]: ----- ٢٣١
- [المسأله] السادسه [بطلان شركه الأبدان]: ----- ٢٣٣
- كتاب المضاربه: ----- ٢٣٥
- اشاره ----- ٢٣٥
- [المقصد] الأول: فى العقد و ما يلحق به ----- ٢٣٨
- اشاره ----- ٢٣٨
- الأولى [شروط عقد المضاربه] ----- ٢٣٨
- الثانيه [فى لزوم العمل بما شرط]: ----- ٢٤١
- الثالثه [فى أن للعامل أن يتولى ما يتولاه المالك]: ----- ٢٤٧
- الرابعه [نقحه السفر من رأس المال]: ----- ٢٤٨

- ٢٤٨ اشاره
- ٢٤٩ تنبيهات:
- ٢٤٩ الأول: المراد بالسفر
- ٢٤٩ الثاني [المراد بالنفقة]:
- ٢٤٩ الثالث: لو شرط المالك على العامل عدم النفقه
- ٢٥٠ الرابع [لزوم النفقه و لو مع عدم الربح]:
- ٢٥٠ الخامس [اشتراط الإذن في السفر في لزوم النفقه]:
- ٢٥٠ السادس: لو تعدد أرباب المال
- ٢٥٠ السابع: لو اتفق موته أو مرضه في السفر
- ٢٥١ الثامن: لو سافر بالمال للمضاربه فاتفق عزله في السفر
- ٢٥١ الخامسه [في بيان مقتضى إطلاق الإذن]:
- ٢٥٥ السادسه [في بطلان المضاربه بموت كل منهما]:
- ٢٥٥ المقصد الثاني في مال القراض:
- ٢٥٥ اشاره
- ٢٥٥ الأول [في اشتراط كون مال القراض عيناً]
- ٢٥٧ الثاني [حكم دفع آله الصيد بحصه منه]:
- ٢٥٨ الثالث [في اعتبار معلوميه مقدار مال القراض و لو مشاعاً]:
- ٢٦٠ الرابع: لو أخذ مالا للمضاربه مع عجزه عنه
- ٢٦١ الخامس [في حكم مفارضة المالك الغاصب على مال المنصوب]:
- ٢٦٥ السادس [فروع في المقام]:
- ٢٦٥ اشاره
- ٢٦٥ الأول [حكم ما لو قال: بع-هذه السلعه فإذا نض ثمنها فهو قراض]
- ٢٦٥ الثاني- لو مات رب المال و المال عروض في يد العامل
- ٢٦٦ الثالث- لو اختلف العامل و المالك في قدر رأس المال
- ٢٦٦ المقصد الثالث في الربح:
- ٢٦٦ اشاره

- الأولى [استحقاق المضارب من الربح ما وقع عليه الشرط] : ٢٦٦
- الثانية [حكم اشتراط الشيعاء فى الربح] : ٢٦٨
- الثالثه [فى صحه اشتراط أحدهما لغلامه حصه من الربح] : ٢٧٢
- الرابعه [حكم ما لو قال:لاثنين لكما نصف الربح] : ٢٧٣
- الخامسه:لو اختلفا فى نصيب العامل ٢٧٤
- السادسه [فى حكم دفع المالك مال القراض فى مرض الموت] : ٢٧٥
- السابعه [الأقوال فى تملك العامل الربح] : ٢٧٥
- اشاره ٢٧٥
- أحدها-أنه يملك بمجرد الظهور ٢٧٦
- ثانيها-أنه يملك بالإنضاض ٢٧٦
- ثالثها-أنه يملك بالقسمه ٢٧٦
- رابعها-أن القسمه كاشفه عن ملك العامل ٢٧٨
- المقصد الرابع فى اللواحق: ٢٧٩
- اشاره ٢٧٩
- [المسأله] الاولى [فى كون العامل أميناً] ٢٧٩
- الثانيه [فى شراء العامل من ينعقد على المالك بإذنه] : ٢٨٢
- اشاره ٢٨٢
- الأول-أن يكون ذلك باذن المالك ٢٨٢
- الثانى:أن يكون الشراء بغير اذن المالك ٢٨٤
- الثالثه [فى شراء العامل زوج المالك] : ٢٨٥
- المسئله الرابعه [فى شراء العامل أباه أو من ينعقد عليه] : ٢٨٧
- الخامسه [فى جواز فسخ كل من العامل و المالك القراض] : ٢٩٠
- اشاره ٢٩٠
- الأول-قولهم أنه متى فسخ المالك و كان المال ناضا و لا ربح فيه ٢٩١
- الثانى-ما ذكره فيما إذا كان الفسخ قبل الانضاض ٢٩٢
- الثالث [فى كون المال سلفا بعد فسخ المضاربه] ٢٩٣

- ٢٩٥ ----- فرع [أنفساخ العقد بموت صاحب المال] :
- ٢٩٦ ----- السادسة [فى عدم جواز مضاربه غيره إلا بإذن المالك] :
- ٢٩٩ ----- السابعه: لو أنكر العامل مال القراض
- ٣٠٠ ----- الثامنه [عدم استحقاق شيء من الربح حتى يستوفى المالك جميع رأس ماله] :
- ٣٠٢ ----- التاسعه [فى أن التالف من مال التجاره يجبر بالربح] :
- ٣٠٥ ----- العاشره [جواز تعدد كل من العامل و المالك] :
- ٣٠٧ ----- الحاديه عشر [فى شراء العامل شيئاً للقراض و تلف الثمن قبل الدفع]
- ٣٠٩ ----- الثانيه عشر [فيما دفع إليه مالا قراضا على أن يأخذ له بضاعه]
- ٣١١ ----- الثالثه عشر [فى عدم جواز وطى جاريه اشتراها للقراض]
- ٣١٣ ----- الرابعه عشر-إذا مات و فى يده أموال مضاربه
- ٣١٦ ----- كتاب المزارعه و المساقاه
- ٣١٦ ----- اشاره
- ٣١٦ ----- [المطلب] الأول-فى المزارعه
- ٣١٦ ----- اشاره
- ٣١٦ ----- [فوائد]
- ٣١٦ ----- اشاره
- ٣١٦ ----- الاولى [التعبير بالمخابره للمزارعه]
- ٣١٧ ----- الثانيه [فى وقوع المزارعه بلفظ الأمر]
- ٣١٩ ----- الثالثه [فى عدم اعتبار كون الأرض ملكا لأحدهما]
- ٣٢١ ----- الرابعه [كون المزارعه عقدا لازما]
- ٣٢٢ ----- الخامسه [فى عدم البأس بالمزارعه بالثلث أو الربع]
- ٣٢٣ ----- [المقام الأول] فى الشروط
- ٣٢٣ ----- اشاره
- ٣٢٣ ----- الأول-أن يكون النماء مشاعا بينهما
- ٣٢٣ ----- اشاره
- ٣٢٦ ----- أحدهما لو شرط أحدهما قدرا من الحاصل و الزائد عليه يكون مشتركا بينهما

- و ثانيهما-لو شرط أحدهما شيئا يضمنه كعمل يعمله مضافا إلى الحصة ٣٢٦
- إلحاق [فى إجاره الأرض للزراعة بالحنطه و الشعير] : ٣٢٧
- اشاره ٣٢٧
- الأول-هل يجوز أن يستأجر الأرض بالحنطه،و يزرعها حنطه أم لا؟ ٣٢٧
- الثانى-هل يجوز أن يستأجر الأرض بحنطه منها أم لا؟ ٣٣١
- الثالث [فى إجاره الأرض بأكثر مما استأجرت مع عدم إحداث شىء] : ٣٣٢
- الثانى [تعيين المده] ٣٤٢
- اشاره ٣٤٢
- الأول [فى اعتبار امتداد المده المذكوره إلى إدراك الزراعة و عدمه] ٣٤٤
- الثانى [فى أنه إذا مضت المده و الزرع باق] ٣٤٨
- الثالث [اشتراط تأخير الزرع الى أن يدرك] ٣٥٠
- الرابع [فيما لو ترك العامل المزارعه حتى انقضت المده] ٣٥١
- الثالث [أن يكون الأرض مما يمكن الانتفاع بها فى الزرع] ٣٥١
- اشاره ٣٥١
- الأول [لو زارعا أو أجرها له و لا ماء لها] ٣٥٢
- الثانى [فيما لو أمكن الانتفاع ثم تجدد انقطاع الماء] ٣٥٣
- الثالث [صحتها لو استأجرها مطلقا و لم يشترط الزراعة] ٣٥٣
- الرابع [حكيم ما لو فسخ أحدهما] ٣٥٤
- المقام الثانى فى الأحكام ٣٥٤
- اشاره ٣٥٤
- المسأله الأولى [فى أن إطلاق المزارعه يقتضى زراعه ما شاء] ٣٥٤
- اشاره ٣٥٤
- أحدهما [فى أن إطلاق المزارعه يقتضى زراعه ما شاء] ٣٥٤
- و ثانيهما [حكيم ما لو تعين الزرع] ٣٥٤
- الثانيه [فى إجاره الأرض للزراعة مع عدم انكشاف الماء عنها] : ٣٥٩
- الثالثه [تعيين مقدار كل واحد من الغرس و الزرع لو اشترطا فى العقد] ٣٦١

- الرابعه [فى استيجار الأرض مده لغرس ما يبقى بعدها غالباً] ٣٦٢
- اشاره ٣٦٢
- إلحاق ٣٦٥
- الخامسه [فى صحه المزارعه إذا كان من أحدهما الأرض و الباقي من الآخر] ٣٦٥
- السادسه [فى صحه وقوع المزارعه بلفظ الإجاره و عدمها] ٣٦٩
- السابعه-فى جمله من أحكام التنازع ٣٧٠
- اشاره ٣٧٠
- منها-أن يتنازعا فى المده ٣٧٠
- و منها ما لو اختلفا فى قدر الحصه ٣٧١
- و منها ما لو اختلفا فقال الزارع:انها فى يدي عاربه،فأنكر المالك ٣٧١
- الثامنه [فى جواز مشاركة العامل غيره فى العمل بالحصه المعلومه] ٣٧٦
- التاسعه [فى خراج الأرض و مؤنتها] ٣٧٩
- العاشره [لزوم أجره المثل فى موارد بطلان المزارعه] ٣٨١
- الحاديه عشر [فى أنه يجوز لصاحب الأرض أن يخرص على الزارع] ٣٨٢
- الثانيه عشر [استحقاق مطالبه قلع الزرع لو استحققت الأرض] ٣٨٦
- الثالثه عشر [فى عدم جواز جعل شئ من الحصه للبقر و نحوه] ٣٨٧
- تتميم نفعه عميم فى استحباب المزارعه و الغرس ٣٨٩
- المطلب الثانى فى المساقاه ٣٩٧
- اشاره ٣٩٧
- الفصل الأول فى الأركان: ٣٩٨
- اشاره ٣٩٨
- [المقام] الأول-العقد ٣٩٨
- اشاره ٣٩٨
- تنبيهات: ٤٠٠
- الأول [كونها من العقود اللازمه] ٤٠٠
- الثانى [الخلاف فى صحه المساقاه بعد ظهور الثمره] ٤٠١

- الثالث [فى عدم بطلان المساقاه بموت كل من المساقى و العامل] ٤٠٢
- المقام الثانى-فى المحل الذى يرد عليه عقد المساقاه ٤٠٣
- اشاره ٤٠٣
- أحدهما [فى صحه المساقاه فى كل ما يقصد ورقه أو ورده] ٤٠٣
- الثانى [فى عدم صحه المساقاه على ودى أو شجر غير ثابت] : ٤٠٥
- المقام الثالث فى المده ٤٠٧
- المقام الرابع فى العمل ٤٠٩
- اشاره ٤٠٩
- الأول [فى الأعمال المختصه مع الإطلاق بالمالك] ٤١٢
- الثانى [فى صحه اشتراط العامل أن يعمل غلام المالك معه] : ٤١٤
- الثالث [اشتراط العامل على المالك أجره الأجراء] ٤١٦
- المقام الخامس فى الفائده ٤١٦
- اشاره ٤١٦
- الأول [فى اشتراط أن يكون للعامل جزء مشاع من الحاصل] ٤١٦
- الثانى [فى جواز أن يفرد كل نوع بحصه] ٤١٧
- الثالث [لو شرط مع الحصه من النماء حصه من الأصل الثابت] ٤١٨
- الرابع [فى جواز اشتراط رب الأرض على العامل شيئا] ٤١٩
- الخامس [بطلان المساقاه لو ساقاه بالنصف ان سقى بالنواضح و بالثلث ان سقى بالسبح] ٤٢٠
- الفصل الثانى فى الأحكام: ٤٢٢
- اشاره ٤٢٢
- الأولى [لزوم أجره المثل للعامل فى كل موضع يحكم فيه بفساد المساقاه] ٤٢٢
- الثانيه [فى استيجار المالك أجيرا للعمل بجزء من الثمره] ٤٢٣
- الثالثه [إذا قال:ساقيتك على هذا الحائط بالنصف على أن أساقيك على هذا الآخر بالثلث] ٤٢٥
- الرابعه-لو كانت الأصول لمالكين فساقيا واحدا ٤٢٦
- الخامسه-إذا هرب العامل بعد العمل،وقبل إتمامه ٤٢٨
- السادسه [فى دعوى المالك أن العامل خان أو سرق أو أتلف] : ٤٣٠

- السابعه [فى ظهور الأصول المساقى عليها مستحقه للغير] ٤٣٢
- الثامنه-الخراج فى الأرض الخراجيه ٤٣٥
- التاسعه [ليس للعامل أن يساقى غيره] ٤٣٥
- العاشره [فى القول بوجود الزكاه على من كان البذر منه] ٤٣٦
- اشاره ٤٣٦
- تذنيب [فى بطلان المغارسه و الحكم المترتب عليه] : ٤٣٩
- تنبيهان : ٤٤٠
- الأول : ٤٤٠
- الثانى : ٤٤١
- كتاب الوديعه ٤٤٢
- اشاره ٤٤٢
- البحث الأول [فى أحكام الوديعه] ٤٤٢
- [مشروعيه الوديعه بالأدله الأربعة] ٤٤٢
- الأول [فى الصور الخمسه المتصوره فى طرح الوديعه عنده] ٤٤٨
- الثانى-لو أكره على قبض الوديعه ٤٤٩
- الثالث [وجوب حفظ الوديعه و عدم الدرك مع عدم التفريط] ٤٥٠
- اشاره ٤٥٠
- أحدها [دليل وجوب الحفظ] ٤٥٠
- ثانيها [دليل عدم الدرك مع عدم التفريط] ٤٥١
- ثالثها [فى عدم الضمان لو أخذت الوديعه منه قهرا] ٤٥٢
- رابعها [فى وجوب دفع الظالم عن الوديعه مع التمكن] ٤٥٦
- خامسها [فى وجوب اليمين إذا توقف الحفظ عليها] ٤٥٧
- الرابع [فى بطلان الوديعه بالموت و الجنون و الإغماء] ٤٦١
- الخامس [فى صور الأمانه الشرعيه و كيفيه حفظ الوديعه] ٤٦٣
- السادس [فى حكم الإنفاق على الدابه المودعه] ٤٦٤
- اشاره ٤٦٤

- ٤٦٥ الأولى-أن يأمره [بالإنفاق]
- ٤٦٥ الثانيه-ان ينهاه عن الإنفاق
- ٤٦٦ الثالثه:أن يطلق
- ٤٦٧ تنبيهان:
- ٤٦٧ الأول [فى جواز تولى المستودع علف الدابه و سقيها]
- ٤٦٨ الثاني [عدم جواز إخراج الدابه من المنزل إلا مع الضروره]
- ٤٦٩ السابع [فى عدم جواز نقل الوديعه عن موضع عينه المالك]
- ٤٧١ الثامن [فى عدم صحه وديعه الطفل و المجنون و لا إيداعهما]
- ٤٧٣ التاسع [فى وظيفه المستودع إذا ظهرت له أمارات الموت]
- ٤٧٥ العاشر [فى وجوب رد الوديعه إلى المالك متى طلبها]
- ٤٨٠ البحث الثاني فى موجبات الضمان:
- ٤٨٠ اشاره
- ٤٨٠ [المقام] الأول:التفريط
- ٤٨٠ اشاره
- ٤٨٠ الأول [هل الطرح فى غير الحرز من أسباب الضمان؟]
- ٤٨١ الثاني [فى أنه يضمن بترك كل ما يتوقف عليه الحفظ]
- ٤٨٢ الثالث [فى أنه يضمن مع إيداع الوديعه من غير إذن و لا ضروره]
- ٤٨٣ الرابع [فى أنه يضمن مع السفر بالوديعه]
- ٤٨٣ اشاره
- ٤٨٥ تنبيهات:
- ٤٨٥ أحدها [لو عزم المستودع على السفر فدفن الوديعه]
- ٤٨٥ و ثانيها-هل المراد بالسفر هنا هو السفر الشرعى أعى قصد المسافه أو ما هو أعم منه
- ٤٨٦ و ثالثها [وجوب القبول على الحاكم لو عزم على السفر]
- ٤٨٧ الخامس [حكم طرح الأقمشه فى المواضع التى تعفنها]
- ٤٨٧ السادس [حكم ترك سقى الدابه أو علفها]
- ٤٨٩ المقام الثاني فى التعدى:

٤٨٩ اشارة

٤٨٩ الأول [الضمان بلبس الثوب و ركوب الدابه]

٤٩١ الثاني [وجوب الرد مع الطلب]

٤٩١ اشارة

٤٩١ فروع:

٤٩١ الأول [فى جواز الامتناع و التأخير فى دفع الوديعة إلى أن يشهد]

٤٩٢ الثاني [عدم تمكن المستودع من الرد] :

٤٩٢ الثالث [الإشهاد على الإيداع]

٤٩٣ الثالث [ما يعتبر فى تحقق الضمان بالجحود]

٤٩٣ اشارة

٤٩٣ الأول-أن يكون بعد طلب المالك لها

٤٩٣ الثاني-أن لا يظهر بجحوده عذرا بنسيان أو غلط أو نحوهما

٤٩٣ الثالث-أن لا يكون الجحود لمصلحه الوديعة

٤٩٥ الرابع-ما ذكر من الضمان بالخلط بماله على وجه لا يتميز

٤٩٥ الخامس [فى حكم هتك الحرز]

٤٩٧ السادس-ما ذكره من الضمان لو أودعه كيسين فمزجها

٤٩٧ السابع [فى تعدى عما أذن له فى الإجاره]

٤٩٩ الثامن [فى فتح القفل و أخذ بعض الوديعة]

٤٩٩ اشارة

٥٠٠ تذييب:

٥٠٢ البحث الثالث فى اللواحق:

٥٠٢ اشارة

٥٠٢ الاولى [فى جواز فسخ الوديعة أى وقت شاء المستودع]

٥٠٣ الثانيه [فى عود حكم الوديعة بعد رفع اليد عن التعدى و التفريط]

٥٠٦ الثالثه [فى إنكار الوديعة أو الإقرار بها مع دعوى التلف]

٥٠٦ اشارة

- الأول-الإنكار ٥٠٦
- الثاني: ٥٠٦
- الثالث-ما لو ادعى الرد على المالك ٥١٠
- الرابعه [فى دعوى رد الوديعه إلى المأذون من المالك] ٥١١
- اشاره ٥١١
- الأول-أن يوافق المالك على ذلك ٥١١
- الثاني-أن ينكر المالك الاذن ٥١٢
- اشاره ٥١٢
- أحدها-أن يقر بالقبض و العين موجوده ٥١٢
- الثانيه-الصوره المذكوره مع تلف العين ٥١٣
- الثالثه-أن ينكر القبض الذى ادعاه المستودع ٥١٣
- الخامسه [فى إنكار الوديعه ثم الاعتراف بها مع دعوى التلف] ٥١٣
- السادسه [فى موت الودعى بعد الاعتراف بالوديعه] ٥١٥
- السابعه [فى ادعاء الاتنين الوديعه] ٥١٧
- اشاره ٥١٧
- الاولى أن يقر بها لواحد منهما خاصه ٥١٧
- الثانيه-أن يقر لهما معا على سبيل الاشتراك ٥١٨
- الثالثه-أن يكذبهما معا ٥١٨
- الرابعه-أن يقول هى لأحدكما،و لا أدرى من هو على التعيين ٥١٨
- الخامسه-أن يقول لا أدرى لمن هى لكما أو لغيركما ٥٢٠
- اشاره ٥٢٠
- تنبيه: ٥٢٠
- الثامنه-لو اختلفا فى قيمه بعد ثبوت التفريط ٥٢١
- التاسعه [تسليم الوديعه إلى الورثه بعد موت المودع] ٥٢١
- العاشره-لو كان فى يده سلعه فادعى أنها رهن و ادعى صاحبها انها وديعه ٥٢٢
- الحاديه عشر [فى اتجار الودعى بالوديعه بغير إذن المالك] ٥٢٢

٥٢٣	الثانيه عشر-لو اختلف المالك و من عنده الوديعه فى أنه وديعه أو دين
٥٢٧	كتاب العاريه
٥٢٧	اشاره
٥٢٧	الفصل الأول-فى جملة من الفوائد
٥٢٧	اشاره
٥٢٧	الاولى [تعريف العاريه]
٥٢٨	الثانيه [فى ثبوت العاريه بالكتاب و السنه و الإجماع]:
٥٣٢	الثالثه [فى اعتبار الإيجاب و القبول اللفظيين]:
٥٣٣	الرابعه [فى المواضع المستثناه عن جواز الرجوع فى العاريه]:
٥٣٧	الخامسه [فى عدم جواز الانتفاع بالعاريه فى غير الجهه المعينه]:
٥٣٩	الفصل الثانى فى المعير و المستعير:
٥٣٩	اشاره
٥٣٩	الاولى [فى شروط المعير و المستعير]:
٥٤٠	الثانيه [انتفاع المستعير بالعين المعاره]:
٥٤١	الثالثه [فى عدم جواز استعاره الصيد للمحرم]:
٥٤٣	الرابعه [فى استعاره المغصوب]:
٥٤٥	الفصل الثالث فى العين المعاره.
٥٤٥	اشاره
٥٤٥	الأولى:الضابط فى المستعار
٥٤٦	الثانيه [فى عدم جواز التخطى عن القدر المأذون فيه]:
٥٤٨	الثالثه [فى عدم جواز إعاره المنحه]:
٥٥٠	الرابعه [فى كون العاريه من العقود الجائزه]:
٥٥٢	الخامسه [فى الانتفاعات الجائزه للمعير و المستعير]:
٥٥٤	السادسه [فى عدم جواز إعاره المستعير العين بدون إذن المالك]:
٥٥٦	السابعه:لو أذن له فى غرس شجره فانقلعت،فهل يجوز له أن يغرس غيرها
٥٥٧	الفصل الرابع فيما يلحق ذلك من الأحكام فى المقام.

- ٥٥٧ اشارة
- ٥٥٧ [المسأله] الاولى [فى الروايات الداله على عدم ضمان المستعير] :
- ٥٥٧ اشارة
- ٥٦١ الأول [الاستثنائات من ضمان العاربه] :
- ٥٦١ اشارة
- ٥٦١ الأول اشتراط الضمان
- ٥٦١ الثانى:الذهب و الفضة
- ٥٦١ الثالث:التعدى و التفريط
- ٥٦١ الرابع:العاربه من غير المالك
- ٥٦٢ الخامس:ما تقدم من عاربه الصيد للمحرم
- ٥٦٣ السادس:ما نقل عن ابن الجنيد
- ٥٦٤ المورد الثانى [فى مدلول الروايات]
- ٥٦٧ المورد الثالث [فى استبعاد حمل الأمين على من لم يفرط فى الحفظ] :
- ٥٧٠ المسئله الثانيه [فى استعاره الدابه إلى مسافه مخصوصه و التجاوز عنها] :
- ٥٧٣ [المسأله] الثالثه [حمل السيل حبا للرجل و ثبوته فى أرض غيره] :
- ٥٧٣ اشارة
- ٥٧٣ الأول:لو أعرض المالك عنه
- ٥٧٣ الثانى:لو لم يعرض عنه المالك و بقى حتى ظهر له ثمر
- ٥٧٤ الثالث [حكم ما لو قلعه المالك] :
- ٥٧٤ الرابع:لو امتنع المالك من القلع
- ٥٧٤ الخامس [لو اشتبه المالك فى قوم منحصرين] :
- ٥٧٤ السادس [لو حمل السيل أرضا بشجرها فثبتت فى ملك الغير] :
- ٥٧٤ [المسأله] الرابعه [فى عدم الإشكال فى الضمان مع اشتراطه] :
- ٥٧٥ [المسأله] الخامسه [فى اختلافهما فى الإعاره و الإجاره] :
- ٥٧٥ اشارة
- ٥٨٠ إلحاق فى المقام:

- ٥٨٠ اشاره
- ٥٨٠ أحدها-أنه إذا استعار شيئاً للانتفاع به في شيء مخصوص، فانتفع بها في غيره
- ٥٨٠ ثانيها-أنه إذا جحد العاريه
- ٥٨٠ ثالثها-ما إذا ادعى التلف
- ٥٨٠ رابعها-ما إذا ادعى الرد على المالك
- ٥٨٢ خامسها-ما إذا فرط في العاريه ثم تلفت
- ٥٨٤ سادسها-ما لو اختلفا في قيمه بعد التفريط على تقدير تلفه
- ٥٨٤ سابعها-ما لو اختلفا في التفريط
- ٥٨٦ ثامنهما: ما لو اختلفا فقال المالك:
- ٥٨٧ تاسعها-ما لو ادعى الراكب الإجاره، و المالك العاريه المضمونه بعد تلف العين
- ٥٨٨ كتاب الإجاره
- ٥٨٨ اشاره
- ٥٨٨ الأول: في الإجاره و العقد، و ما يترتب عليه
- ٥٨٨ اشاره
- ٥٨٨ الأول: [في ثبوت الإجاره بالنص و الإجماع]
- ٥٩١ الثاني: [في كون الإجاره من العقود اللازمه]:
- ٥٩٦ الثالث: [في الأخبار الداله على عدم بطلان الإجاره بالبيع و الموت]:
- ٦٠٢ الرابع: [في صحه إجاره ما تصح إعارته]:
- ٦٠٣ الخامس: [كون العين أمانه و صحه اشتراط الضمان على المستأجر]:
- ٦٠٦ السادس: [صحه خيار الشرط في الإجاره]:
- ٦٠٧ المطلوب الثاني في الشروط
- ٦٠٧ اشاره
- ٦٠٧ الأول: كمال المتعاقدين
- ٦٠٧ الثاني: معلوميه الأجره
- ٦٠٨ الثالث: أن تكون المنفعه مملوكه
- ٦١٠ الرابع: أن يكون المنفعه معلومه بين المتعاقدين

- الخامس: أن تكون المنفعة مباحه ٦١٢
- اشاره ٦١٢
- الأول [تحريم اجاره البيت ليحرز فيه الخمر] : ٦١٢
- الثاني [الخلاف فى إجاره الحائط المزوق للتنزه] : ٦١٣
- السادس: أن يكون مقدورا على تسليمها ٦١٤
- اشاره ٦١٤
- الأول [فى إجاره الأبق مع الضميمه] : ٦١٤
- الثاني: لو منعه المؤجر و لم يسلمه العين المستأجره ٦١٥
- الثالث: لو منع المستأجر ظالم غير الموجر عن الانتفاع بالعين المستأجره ٦١٦
- اشاره ٦١٦
- الأول أن يمنع قبل القبض ٦١٦
- الثاني أن يمنع بعد القبض ٦١٧
- الرابع [فسخ الإجاره بانهدام المسكن] : ٦١٧
- المطلب الثالث فى الأحكام ٦١٨
- اشاره ٦١٨
- الاولى [فى عدم جواز عمل الأجير الخاص لغير من استأجره] : ٦١٨
- اشاره ٦١٨
- الأول: فى الأجير الخاص ٦١٩
- الثاني: فى الأجير المشترك ٦٢٠
- الثانيه [فى تملك الأجره بنفس العقد] : ٦٢١
- الثالثه [فى وجدان عيب فى الأجره سابق على وقت القبض] : ٦٢٣
- الرابعه [حكم إجاره العين المستأجره على غيره] : ٦٢٤
- الخامسه [فى اشتراط نقص الأجره على تقدير عدم الحمل فى الوقت المعين] : ٦٢٥
- السادسه [فى قول الموجر آجرتك كل شهر بكذا] : ٦٢٨
- السابعه [فى عدم وجوب تسليم الأجره إلا بتسليم العين المستأجره] : ٦٣١
- الثامنه [فى حكم اشتراط عدم الأجره فى العقد و تركها] : ٦٣٤

- التاسعة [فى كراهه استعمال الأجير قبل مقاطعته]: ٦٣٦
- العاشره [فى تملك المنفعه بنفس العقد كتملك الأجره]: ٦٣٩
- الحاديه عشر [فى اشتراط اتصال مده الإجاره بالعقد و عدمه]: ٦٤٠
- الثانيه عشر [لزوم الأجره مع التسليم و لو لم ينتفع المستأجر منها]: ٦٤٣
- الثالثه عشر [فى عروض تلف العين أو نقصان المنفعه]: ٦٤٥
- الرابعه عشر [فى اشتراط تعيين المحمول بالمشاهده أو الكيل أو الوزن]: ٦٤٦
- الخامسه عشر [فيما يتوقف عليه توفيه المنفعه على الموجر و المستأجر]: ٦٤٨
- السادسه عشر [اشتراط المشاهده أو الوصف لو أجر الدابه لدوران الدولا ب]: ٦٥٠
- السابعه عشر [فيما يشترط فى إجاره الدابه للسير عليها]: ٦٥١
- الثامنه عشر [فى بيان من عليه أجره الأجير]: ٦٥٦
- التاسعه عشر [حكيم ما يختلف فيه العمال بالجوده و الحسن]: ٦٦٠
- العشرون [فيما يشترط فى الإجاره على حفر البئر]: ٦٦١
- الحاديه و العشرون: فى الاستيجار للإرضاع ٦٦٣
- اشاره ٦٦٣
- الأول [فى جواز استيجار المرأه للرضاع بغير إذن الزوج]: ٦٦٣
- الثانى: هل يشترط ذكر الموضع الذى يقع فيه الإرضاع؟ ٦٦٤
- الثالث [اشتراط مشاهده الصبى المرتضع]: ٦٦٤
- الرابع [حكيم استيجار الرجل زوجته لإرضاع ولده]: ٦٦٤
- الخامس [لو استأجر ظفرا للإرضاع لم يلزمها غيره]: ٦٦٥
- السادس [بطلان الإجاره بموت الصبى المرتضع]: ٦٦٦
- السابع [صح استيجار الظفر للإرضاع بالنفقه و الكسوه مع علم المقدار]: ٦٦٦
- الثامن [فى خروج إجاره المرأه للإرضاع عن قاعده الإجاره]: ٦٦٧
- الثانيه و العشرون [فى جواز إجاره الدراهم و الدنانير]: ٦٦٨
- الثالثه و العشرون: لو وجد المستأجر بالعين المستأجر عيبا يوجب الرد ٦٧٢
- الرابعه و العشرون [فى ضمان تلف العين فى أيدى الصناع و عدمه]: ٦٧٤
- الخامسه و العشرون: فى إجاره المملوك ٦٨٨

- ٦٨٨ اشارة
- ٦٨٨ الأول: فيما إذا أجر المولى عبده أو أجر العبد نفسه باذن مولاه فأفسد
- ٦٩٠ الثانى: لو أجر السيد عبده ثم أعتقه
- ٦٩٢ الثالث [إذا استأجر العبد سنة، ثم مات بعد مضى نصفها] :
- ٦٩٣ السادس و العشرون [فى ضمان صاحب الحمام] :
- ٦٩٤ السابع و العشرون [فى إيجاب الأب أو الوصى الصبى أو شيئا من ماله] :
- ٦٩٦ الثامن و العشرون [فيمن تقبل عملا لم يجز أن يقبله غيره بنقيصه] :
- ٦٩٨ التاسع و العشرون [الخلاف فى جواز الإجاره بأكثر مما استأجر] :
- ٦٩٩ الثلاثون [الخلاف فى جواز إجاره الأرض بالحنطه و الشعير مما يخرج منها] :
- ٦٩٩ الحاديه و الثلاثون [فيمن دفع إلى غيره سلعه ليعمل له فيها عملا] :
- ٧٠٠ المطلب الرابع فى جملة من أحكام التنازع
- ٧٠٠ اشارة
- ٧٠٠ التنازع فى أصل الإجاره
- ٧٠١ التنازع فى قدر العين المستأجره
- ٧٠٣ ما لو اختلفا فى رد العين المستأجره
- ٧٠٣ ما لو اختلفا فى قدر الأجره
- ٧٠٥ ما لو اختلفا فى التلف
- ٧٠٧ و منها ما لو دفع إلى الخياط ثوبا فقطعه قباء مدعيا اذن المالك
- ٧١١ تعريف مركز

الحدائق الناضره فى احكام العتره الطاهره المجلد ٢١

اشاره

سرشناسه : بحراني، يوسف بن احمد، ق ١١٨٦ - ١١٠٧

عنوان و نام پديدآور : الحدائق الناضره فى احكام العتره الطاهره / تاليف يوسف البحراني

مشخصات نشر : قم.

وضعيت فهرست نویسی : فهرست نویسی قبلی

یادداشت : فهرست نویسی براساس جلد هجدهم

یادداشت : کتابنامه

شماره کتابشناسی ملی : ٥٥٦٠٩

ص: ١

اشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين و صلى الله على محمد خاتم النبيين و آله الطاهرين

ص: ١

اعلم أن الضمان عند الفقهاء لفظ مشترك يطلق على معنيين أحدهما أخص من الآخر و المعنى الأعم عبارته عن عقد شرع للتعهد بمال أو نفس، و التعهد بالنفس هو الكفاله و التعهد بالمال ان كان ممن في ذمته مال فهو الحواله و الا فهو الضمان بالمعنى الأخص الا ان في هذا المقام اشكالا من حيث الخلاف في الحواله، و أنه هل يشترط فيها شغل الذمه أم لا قولان: و الأقسام الثلاثه انما تتم بناء على الأول و أما على الثاني فهي داخله في الضمان بالمعنى الأخص. و المحقق في الشرائع مع قوله بعدم اعتبار شغل لذمه المحال عليه للمحيل قائل بالتقسيم إلى الأقسام الثلاثه، و هو جعل الحواله قسيما للضمان بالمعنى الأخير و هو مشكل لما عرفت و لا مخرج من هذا الإشكال إلا بجعل التقسيم مخصوصا بمحل الوفاق، أو باعتبار القسم الآخر للحواله، و هو-تعهد مشغول الذمه للمحيل، فيكون هو أحدا للأقسام الثلاثه خاصه، و يكون القسم المشترك ذا جهتين من حيث تسميته هنا ضمانا خاصا و حواله، فيسهل الخطب بذلك.

و كيف كان فالمراد هنا عندنا بالضمان هو المعنى الأخص و هو التعهد بالمال من البريء و المتبادر من إطلاق لفظ الضمان في كلامهم هو المعنى الأخص و لذا ان جمله منهم أفراد لكل من الثلاثه كتابا على حده و بعض لاحظ المعنى الأعم، و جعل الثلاثه في كتاب واحد، و قسمه الى الأقسام الثلاثه كالمحقق في الشرائع، و العلامه في الإرشاد و غيرهما في غيرهما، و على هذا النهج جرينا في هذا الكتاب، و حينئذ فالبحت في هذا الكتاب يقع في مقاصد ثلاثه

[المقصد الأول في الضمان بالمعنى الأخص]

إشاره

و هو التعهد بالمال من البريء و فيه بحوث ثلاثه:

[البحت الأول - في الضامن:

إشاره

و الكلام فيه يقع في مواضع،

أحدها [في اشتراط جواز التصرف المالى فى الضامن]

-لا- خلاف فى أنه يشترط فى الضامن جواز التصرف المالى، فلا يصح ضمان الصبى و لا المجنون، بل الغافل و الساهى أيضا، و الظاهر أنه لا خلاف فيه كما ذكره بعضهم، و الظاهر أن السفیه المحجور عليه لسفهه كذلك، و به صرح فى التذکره و غيرها.

و أما المملوك فان ضمن بغير اذن سيده ففى صحته قولان: أحدهما - و به قطع المحقق فى الشرائع من غير نقل خلاف - العدم، و هو قول الشيخ و ابن الجنيد، و استدلوا عليه بأن العبد لا يقدر على شىء - كما وصفه الله تعالى (1) و ذمته مملوكه للمولى، فلا يملك إثبات شىء فيها إلا باذنه.

و قيل: بالصحه، و اختاره العلامه فى المختلف، و قربه فى التذکره، و علل بانتفاء الضرر على المولى، لان استحقاق المطالبه له بما يستقر فى ذمته بعد العتق لا ضرر فيه، كما لو استدان بغير اذن سيده، و أجاب فى المختلف عن الآيه بأن المراد بالشىء المال، لقوله فى مقابلته: - «وَمَنْ رَزَقْنَاهُ مِنْ رِزْقًا حَسِينًا» و المسأله محل توقف و اشكال، و ان كان ضمانه باذن سيده، فإنه يصح إجماعا كما ذكره العلامه فى المختلف.

ص: ٤

لكن بقى الكلام فى أنه لو أطلق له الاذن و لم يشترط له الأداء من كسبه، و لا- الصبر الى أن يعتق، فهل يتعلق بدمته أم بكسبه، قولان: قال فى المبسوط:

قيل: انه يتعلق بكسبه، و قيل: انه يتعلق بدمته، و ان عينه فى ذمته أو كسبه أو غيرهما من أمواله تعين، و وجب قضاؤه، و لم يرجح الشيخ هنا شيئاً من القولين المذكورين، و علل القول الأول بأن إطلاق الضمان أعم من كل منهما، و العام لا يدل على الخاص، فلم يقع من المولى ما يدل على التزامه فى ملكه، و كسبه ملكه، و لأن الاذن فى الكلى ليس إذناً فى الجزئى المعين، و ان كان لا يوجد إلا فى ضمنه كما حقق فى الأصول، و علل القول الثانى بأنه انما يتعلق بكسبه، لأن إطلاق الضمان انما يحمل على الضمان الذى يستعقب الأداء، فإنه المعهود، و الأداء من غير مال السيد يمتنع، و كذا فى مال غير الكسب، و الا لكان هو الضامن لا العبد، و هو خلاف التقدير فىكون فى كسبه، قال فى المسالك: و البحث فى ذلك قريب مما لو أذن له فى الاستدانه فىنبغى ترتب قول ثالث، و هو ان الضمان يتعلق بالمولى و لا يختص بكسب العبد، و لعله أقوى. انتهى.

أقول: هذا القول الثالث مستقر على حمله هذه المسأله على مسأله الاذن فى الاستدانه، فإنه لا- إشكال فى كون ذلك على السيد، سواء كان الاستدانه للعبد أو السيد كما تقدم تحقيقه فى كتاب الديون، و حينئذ فيتجه هنا هذا القول الثالث بناء على ذلك، و هو قريب من حيث الاعتبار، لأن الاذن فى الضمان فى معنى الاذن فى الاستدانه، الا أن المسأله لخلوها من النص بجميع شقوقها محل اشكال. و الله العالم.

الثانى- هل يشترط علم الضامن بالمضمون له، و المضمون عنه؟

و معرفتهما بنسبهما أو وصفهما، قيل: نعم، و قيل: لا يشترط، و قيل: يشترط معرفه المضمون عنه دون معرفه المضمون له، و القول الأول- للشيخ فى المبسوط، و الثانى له أيضا فى الخلاف، و هو اختيار المحقق فى الشرائع، و الشهيد، و العلامه فى غير المختلف، و الشهيد الثانى فى المسالك و جماعه، و الثالث للعلامه فى المختلف، و على القول

الثانى فإنه و ان لم يشترط معرفه على الوجه المتقدم، لكن يشترط عندهم ان يمتاز المضمون عنه عند الضمان بما يصح معه القصد الى الضمان عنه.

استدل العلامة فى المختلف على اشتراط معرفه المضمون عنه قال: لنا ان المضمون عنه لا بد و أن يتميز عند الضامن، و يتخصص عن غيره ليقع الضمان عنه، و ذلك يستدعى العلم به.

و ما رواه

أبو سعيد الخدرى (١)

«قال كنا مع رسول الله (صلى الله عليه و آله و سلم) فى جنازه فلما وضعت قال (صلى الله عليه و آله): هل على صاحبكم من دين؟ قالوا: نعم، درهمان، فقال: صلوا على صاحبكم، فقال على (عليه السلام): هما على يا رسول الله و أنا لهما ضامن، فقام رسول الله (صلى الله عليه و آله و سلم) فصلى عليه، ثم أقبل على على فقال: جزاك الله عن الإسلام خيرا، و فكك رهانك كما فككت رهان أخيك».

و روى جابر بن عبد الله (٢)

«أن النبى (صلى الله عليه و آله) كان لا- يصلى على رجل عليه دين فأتى بجنازه فقال: هل على صاحبكم دين؟ فقالوا: نعم ديناران، فقال صلوا على صاحبكم فقال أبو قتاده هما على يا رسول الله قال: فصلى عليه فلما فتح الله على رسوله، قال: أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم، فمن ترك مالا فلورثته، و من ترك دينا فعلى».

و هما يدلان على صحه الضمان مع عدم العلم بالمضمون له، ثم قال: احتج الشيخ فى الخلاف بالحديثين، «فإن النبى صلى الله عليه و آله» لم يسأل عليا (عليه السلام) و لا- أبا قتاده عن صاحب الدين و لا الميت، فلا يشترط علمهما و على قوله فى المبسوط بأنه يشترط معرفه المضمون له ليعرف هل هو سهل المعامله أم لا- و مع انتفاء ذلك يتطرق الغرر، و معرفه المضمون عنه لينظر هل يستحق بذلك عليه أم لا.

ص: ٦

١- (١) الوسائل ج ١٣ ص ١٥١ الباب ٣ من أبواب أحكام الضمان الرقم ٢.

٢- (٢) الوسائل ج ١٣ ص ١٥١ الباب ٣ من أبواب أحكام الضمان الرقم ٣.

ثم قال: والجواب عن الأول القول بالموجب في المضمون له، وأما المضمون عنه فإنه متعين لتشخصه، وحضوره عنده، ولا يشترط علمه بنسبه ولا حاله، والغرر ليس بمعتبر، إذ لا يشترط علمه حال الضمان بحسن معاملته المضمون له وعدمه، وإن علمه بعينه إجماعاً فلو كان الغرر معتبراً كان العلم بهذه الوصف شرطاً، وليس كذلك بالإجماع انتهى.

أقول: وبذلك علم حجج هذه الأقوال المذكورة في المقام، وهي عند التحقيق لا اعتماد عليها في تأسيس الأحكام، أما قوله لنا: إن المضمون عنه إلى آخره، ففيه أولاً أنه مصادره محضه، لأن هذا عين المدعى، ومع تسليمه فإنه يكفي التمييز بوجه ما، كما اعترف به القائلون بعدم الاشتراط بالنسبة إلى المضمون عنه، وبه يظهر ضعف قوله وذلك يستدعي العلم به.

وأما الخبران المذكوران فإنهما وإن ذكرهما الشيخ في الخلاف، إلا أن الظاهر أنهما من روايات العامة، فإنهم كثيراً ما يستسلفون رواياتهم، ولا سيما الشيخ في الكتاب المذكور، فلا تقوم بهما حجة، ومع تسليم صحتها فهما بالدلالة على العدم—في كل من المضمون له، وعنه—أقرب، كما ذكره الشيخ في الخلاف، حيث استدل بهما على ذلك بالتقريب الذي تقدم نقله عنه. (١) وأما ما استدل به الشيخ في المبسوط فهو أظهر ضعفاً من أن يتعرض لبيانه،

و لو صح بناء الأحكام الشرعيه على مثل هذه التعليقات الواهيه لاتسع المجال و الكلام فى تشريع الأحكام مع استفاضه النصوص عن ذوى الخصوص بالمنع من القول فيها الا بما ورد عنهم (عليهم السلام) و الا فالسكوت، و ما أجاب به فى المختلف عن حجه المبسوط- بالنسبه إلى المضمون عنه بأنه متعين لتشخصه و حضوره عنده- انما يتم بالنسبه إلى مورد الخيرين، و المدعى أعم من ذلك.

و بالجمله فإن الاعتماد فى تأسيس الأحكام على مثل هذا الكلام مجازفه محضه فى أحكام الملك العلام، و العجب منهم (رضوان الله عليهم) أنهم يطعنون فى الاخبار المتفق على روايتها فى الأصول المشتهره المتعمده، بناء على الاصطلاح المحدث، و يعولون هنا على نقل هذه الروايات الواهيه التى هى كبيت العنكبوت، و أنه لأوهن البيوت مضاهيه.

و بذلك يظهر لك أن الأصح من هذه الأقوال هو القول بعدم الاشتراط مطلقا، و مما يدل صريحا على عدم معرفه المضمون له ما رواه

فى الكافى عن فضيل و عبيد (1) عن ابى عبد الله (عليه السلام) قال:

«لما حضر محمد بن أسامه الموت دخل عليه بنو هاشم فقال لهم: لقد عرفتم قرابتى و منزلتى منكم، و على دين فأحب أن تقضوه عنى، فقال على بن الحسين (عليهما السلام) ثلث دينك على، ثم سكت و سكتوا، فقال على بن الحسين (عليهما السلام) على دينك كله، ثم قال على بن الحسين (عليهما السلام) أما انه لم يمنعنى أن أضمنه أولا إلا كراهه أن يقولوا: سبقنا». و هذا الخبر كما أنه يدل على عدم اشتراط معرفه المضمون له، كذلك يدل على عدم اشتراط معرفه قدر الدين، و سيأتى الكلام فيه إنشاء الله تعالى، و الأصحاب القائلون بعدم الاشتراط مطلقا عللوا عدم اعتبار العلم بالمضمون عنه بأن الضمان وفاء دين عنه، و هو جائز عن كل مديون.

و أما المضمون له فان اعتبر فيه القبول لفظا كما هو مقتضى العقد اللازم،

ص: ٨

اقتضى ذلك تميزه و ان لم يعتبر، فإنه لا يعتبر العلم به.

أقول: الأظهر فى الاستدلال على ذلك هو التمسك بأصالة العدم حتى يقوم دليل على الاشتراط فى المضمون عنه، أو المضمون له.

و أما اعتبار القبول و أنه لا بد من عقد يشتمل عليه فقد عرفت من الخبر المذكور ما يدفعه، فإنه (عليه السلام) بمجرد اخبار محمد المذكور أن عليه ديننا ضمنه من غير فحص، و لا - علم بصاحب الدين بالكليه، و لا علم بقدر الدين، و كذلك يؤيده الخبران المتقدمان هذا.

و أما ما ذكره القائلون بهذا القول - من اشتراط امتياز المضمون عنه عند الضامن ليصح معه القصد الى الضمان عنه كما قدمنا نقله عنهم.

ف قيل: ان وجهه أن الضمان يتوقف على القصد، و هو متعلق بالمضمون عنه و الحق، فلا بد من تميزه بوجه تزول عنه الجهاله ليتمكن القصد اليه.

و أورد عليه بأنه يشكل بمنع توقف القصد على ذلك، فان المعتبر القصد الى الضمان، و هو التزام المال الذى يذكره المضمون له فى الذمه، و هو غير متوقف على معرفه من عليه الدين، و الدليل انما دل على اعتبار القصد فى العقد، لا فى من كان عليه الدين، فلو قال شخص مثلاً: انى استحق فى ذمه شخص مائة درهم، فقال له آخر: ضمنتها لك، كان قاصدا الى عقد الضمان، على أى من كان الدين عليه، و لا دليل على اعتبار ما زاد عن ذلك.

و الى ذلك مال فى التذكرة حيث قال: «و هل يشترط معرفه ما يميزه عن غيره؟ الأقرب العدم، بل لو قال: ضمننت الدين الذى لك على من كان من الناس جاز. نعم لا بد من معرفه المضمون عنه بوصف يميزه عند الضامن، بما يمكن القصد معه الى الضمان عنه، لو لم يقصد الضمان عن أى من كان. انتهى.

أقول: ما حكموا به من صحه الضمان و ثبوته فى هذه الصورة بمعنى على أى من كان من الناس لم أقف فيه على نص يدل عليه، أو يشير اليه، و المفهوم من الروايات

الوارده في هذا الباب انما هو اعتبار معرفه المضمون عنه و لو بوجه ما، و الحكم بالصحة فيما ذكره يتوقف على الدليل، لأن الأصل براءة الذمه، و الحكم باشتغالها يحتاج الى دليل واضح، و الركون الى هذه التعليقات العليله مجازفه محضه كما عرفت، و دعوى العموم في بعض روايات الضمان-على وجه يشمل هذه الصوره- ممنوعه، و بذلك يظهر أن الأظهر في الاحتجاج على اعتبار ذلك انما هو كونه هو الوارد في النصوص، لا ما عللوا به من القصد الذي تطرقت اليه هذه المناقشه.

و الله العالم.

الثالث [اشتراط رضا المضمون له في صحة الضمان]

-المشهور عند الأصحاب اشتراط رضا المضمون له في صحة الضمان، و عللوه بأن حقه يتحول من ذمه غريمه إلى ذمه الضامن، و الناس يختلفون في حسن المعامله و سهوله القضاء، فلو لم يعتبر رضاه لزم الضرر و الغرر، و نقل عن الشيخ قول بعدم اشتراط رضاه، محتجا بأن عليا(عليه السلام) و أبا قتاده ضمنا الدين عن الميت، و لم يسأل النبي(صلى الله عليه و آله) عن رضا المضمون له، و أوجب بأنها واقعه لا- عموم لها، و أن ذلك انما يدل على عدم بطلان الضمان قبل علمه و رده، و نحن نقول بموجبه، لانه صحيح، و لكن لا يلزم الا برضا المضمون له.

أقول: و الذي وقفت عليه من الاخبار المتعلقة بهذه المسأله ما رواه

ثقه الإسلام و الشيخ نور الله تعالى مرقيهما عن عبد الله بن سنان (1) في الصحيح

«عن أبي عبد الله (عليه السلام) في الرجل يموت و عليه دين فيضمنه ضامن للغرماء، فقال: إذا رضى به الغرماء فقد برئت ذمه الميت».

و رواه في الفقيه (2) عن الحسن بن محبوب عن الحسن بن صالح الثوري عن أبي عبد الله(عليه السلام) مثله، و الحسن بن صالح زيدي ضعيف، و الخبر المذكور ظاهر في الدلاله على القول المشهور، و به استدل جمله من أصحابنا المتأخرين من غير أن ينقلوا له معارضا في ذلك، مع وجود المعارض في الاخبار، بل تعدده كما

ص: ١٠

١-١) التهذيب ج ٦ ص ١٨٧ ح ١٧ و فروع الكافي ج ٥ ص ٩٩ ح ٢.

٢-٢) الفقيه ج ٣ ص ١١٦ ح ٣٣.

ستقف عليه.

و مثل هذا الخبر

قول الرضا(عليه السلام) في كتاب فقه الرضوى (1) حيث قال(عليه السلام):

«و ان كان لك على رجل مال، و ضمنه رجل عند موته و قبلت ضمانه فالميت قد برء و قد لزم الضامن رده عليك».

و منها ما رواه

الشيخ في التهذيب في الموثق عن إسحاق بن عمار (2) عن أبي -عبد الله(عليه السلام)

في الرجل يكون عليه دين فحضره الموت فيقول وليه: على دينك قال: يبرئه ذلك، و ان لم يوفه وليه من بعده، و قال: أرجو أن لا يأثم، و انما إثمه على الذي يجسه،.

و ما رواه

في الكافي و التهذيب عن الحسين بن الجهم في الموثق قال:

«سألت أبا الحسن(عليه السلام) عن رجل مات و له على دين، و خلف ولدا رجالا و نساء و صبيانا، فجاء رجل منهم فقال: أنت في حل مما لأبي عليك من حصتي و أنت في حل مما لإخوتي و أخواتي، و أنا ضامن لرضاهم عنك، قال: تكون في سعة من ذلك و حل، قلت فان لم يعطهم؟ قال: كان ذلك في عنقه، قلت: فان رجع الورثة على فقالوا: أعطنا حقنا، فقال: لهم ذلك في الحكم الظاهر، فأما بينك و بين الله عز و جل فأنت منها في حل إذا كان الرجل الذي أحل لك يضمن لك عنهم رضاهم فيحتمل الضامن لك» الحديث (3).

و الخبران المذكوران ظاهرا الدلالة، صريحا مقاله، و لا سيما الثاني في صحة الضمان و لزومه، من غير توقف على رضا المضمون له، فإن الثاني صريح في أنه مع عدم الرضا، فان الضمان لازم، و قد ذكرنا في هذا الخبر جملة من الفوائد

ص: ١١

١-١) المستدرک ج ٢ ص ٤٩١.

٢-٢) التهذيب ج ٦ ص ١٨٨ ح ٢٢.

٣-٣) فروع الكافي ج ٧ ص ٢٥ كتاب الوصايا ح ٧، و في التهذيب ج ٩ ص ١٦٧ كتاب الوصايا ح ٢٨- إذا كان الرجل الذي حللك يضمن عنهم رضاهم فيحتمل لما ضمن لك، و في الوسائل ج ١٣ ص ١٥٢ الباب ٤- من أبواب أحكام الضمان- إذا كان الرجل الذي حللك يضمن عنهم رضاهم فيحتمل لما ضمن لك.

الزائده على محل الاستدلال فى كتاب الديون.

و يدل على ذلك أيضا ما رواه

الشيخ فى الصحيح عن حبيب الخثعمى و الصدوق فى الفقيه عن ابن ابى عمير عن حبيب الخثعمى عن ابى عبد الله (عليه السلام) قال:

«قلت له: الرجل يكون عنده المال وديعه يأخذ منه بغير اذن صاحبه قال: لا يأخذ الا أن يكون له وفاء قال: قلت أ رأيت ان وجدت من يضمه و لم يكن له وفاء و أشهد على نفسه الذى يضمه يأخذ منه؟ قال: نعم» (١).

و هو كما ترى أيضا ظاهر فى صحه الضمان من غير اشتراط رضا المضمون له، و المراد من الخبر أن الضامن أشهد على نفسه بأنه ضامن، و ينبغى تقييده بملائه الضامن أيضا، و حملة على ذلك.

و لم أقف على من تعرض لنقل هذه الاخبار فى المقام، فضلا عن الجواب عنها سوى صاحب الكفايه، فإنه نقل موثقه إسحاق بن عمار، و أجاب عنها بأنها تضعف عن مقاومه الخبر الصحيح المعتضد بالشهره بين الأصحاب، و هو كما ترى، مع أن المخالفه غير منحصره فى الموثقه المذكوره كما عرفت، و المسأله عندى محل توقف و اشكال، لعدم معلوميه ما يجمع به بين هذه الاخبار (٢)

ص: ١٢

١ - ١) (فى الوسائل ج ١٣ ص ٢٣٢ كتاب الوديعه الباب ٨- قال: قلت. بغير اذن فقال. أ رأيت ان وجد من. إلخ) - (و فى من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ١٩٤ ح ٤) - (و فى التهذيب ج ٧ ص ١٨٠ ح ٥ كتاب الوديعه).

٢ - ٢) و العجب من المحدث الكاشانى فى المحججه حيث أنه ممن اختار القول المشهور فقال: -بعد ذكر المسأله خلافا للشيخ فى أحد قولييه للخبر- و هو قاصر الدلاله، و الظاهر أنه أشار بالخبر إلى موثقه إسحاق بن عمار و لا أدرى بما أراد من قصور الدلاله مع أنها واضحه الدلاله على القول المذكور فان ظاهرها أنه بمجرد قول وليه على دينك، تبرأ ذمه المضمون عنه من الدين، و تنتقل إلى ذمه الولى المذكور، من غير توقف على العلم بالمضمون له، فضلا عن رضاه بذلك، و أخرج منها روايه الحسين بن الجهم كما عرفت. منه رحمه الله.

ثم انه بناء على القول المشهور من اشتراط رضا المضمون له فهل المعتبر مجرد رضاه كيف اتفق و لو مع التراخي؟ أم لا بد من كونه بصيغه القبول، قولان:

استجود فى المسالك الثانى، قال: لانه عقد فلا بد فيه من القبول، و لأصالة بقاء ما كان من شغل ذمه المضمون عنه و سلامه ذمه الضامن، و انتفاء حق المضمون له الى أن يتحقق المزيل، و حينئذ فيعتبر فيه ما يعتبر فى سائر العقود من التواصل المعهود بين الإيجاب و القبول، و كونه بلفظ الماضى و اللفظ العربى، لأنه من العقود اللازمه.

ثم قال: و وجه العدم قصه على (عليه السلام) و أصالة عدم الاشتراط، و مخالفته لغيره من العقود المملكه، لأن الضمان لا يثبت ملكا جديدا و انما يتوثق به الدين الذى كان مملوكا، و فيه ان استحقاق المضمون له عند الضامن حقا ضرب من التملك ثم ينتقض بالرهن، فإنه فائده التوثق مع اشتراطه فيه انتهى.

أقول جميع ما ذكره و أطال به لا يخرج عن مجرد الدعوى، و لم أره استند الى دليل يدل عليه و لا برهان يلجأ اليه الا التمسك بأصالة بقاء شغل ذمه المضمون عنه، و عدم شغل ذمه الضامن، و فيه أنه و ان كان الأمر كذلك لكن يجب النظر فى الدليل المخرج عن ذلك من الاخبار الواردة فى هذا المضمار، لا مجرد الدعاوى العاربه عن الاعتبار.

و أنت خبير بأنه لم يرد فى الاخبار مما يدل على اشتراط رضا المضمون له الا صحيحه عبد الله بن سنان، و قوله «فيها إذا رضى به الغرماء فقد برئت ذمه الميت» و ظاهرها بل صريحها هو توقف ذلك على ما يدل على الرضا بأى لفظ كان، بل بغير لفظ أيضا، و فى معناها عبارته كتاب الفقه الرضوى، و من أين يفهم من ذلك اشتراط كونه عقدا مشتملا على الإيجاب و القبول بهذه الاعتبار التى أطال بها، مضافا إلى ما عرفته فى كتاب البيع من عدم دليل على هذه الأمور المذكوره، بل قيام الدليل على خلافها، و هو ممن وافق على ذلك ثمه، على أنك قد عرفت من الروايات الثلاث التى أوردناها أنه يكفى فى حصول الضمان - و انتقال المال إلى ذمه الضامن - قوله

«على دينك أو أنا ضامن لرضاهم عنك»، و نحو ذلك من الألفاظ الداله على ذلك، و بالجملة فإن كلامه هنا بمحل من الضعف الذى لا يخفى على المصنف و الله العالم.

الرابع [عدم اشتراط رضا المضمون عنه فى صحه الضمان]:

ظاهر جمله من الأصحاب أن رضى المضمون عنه غير شرط فى صحه الضمان، بل يظهر من المسالك أن ذلك موضع وفاق، حيث قال بعد قول المصنف:

و لا عبره برضا المضمون عنه، لان الضمان كالقضاء، هذا موضع وفاق، و لأن أداء الدين كما يجوز بغير اذنه فالترامه فى الذمه أولى، و لصحه الضمان عن الميت كما مر فى واقعه المصلى عليه و لا يتصور رضاه. انتهى.

و أشار بالواقعه المذكوره إلى حديثى على (عليه السلام) و أبى قتاده المتقدمين.

أقول: ما نقله هنا من الاتفاق على الحكم المذكور ينافيه ما نقله فى المختلف عن الشيخ أنه قال فى النهايه: متى تبرع الضامن من غير مسأله المضمون عنه، و قبل المضمون له ضمانه، فقد برء عهده المضمون عنه، الا أن ينكر ذلك و يأباه، فيبطل ضمان المتبرع، و يكون الحق على أصله لم ينتقل عنه بالضمان، ثم نقل عن ابن البراج أنه قال: إذا تبرع انسان بضمان حق ثم أنكر المضمون عنه ذلك كان الحق باقيا فى جهته، لم ينتقل الى المتبرع بضمان ذلك، قال: و هذا يوافق قول الشيخ من اعتبار رضى المضمون عنه فى الضمان، و به قال ابن حمزه، و هو قول شيخنا المفيد رحمه الله فى المقنعه، ثم نقل عن ابن إدريس أنه لا يعتبر رضى المضمون عنه، بل يلزم الضمان مع رضى الضامن و المضمون له، قال: و هو مذهب والدى رحمه الله، ثم استدلى على ذلك فقال: لنا

قوله (عليه السلام) (١)

«الزعيم غارم». و ما رواه

داود الرقى (٢) فى الصحيح عن الصادق (عليه السلام) قال: مكتوب فى التوراه

«كفاله ندامه غرامه».

و لانه كالقضاء فلا خيار له كما لو قضى عنه. انتهى و منه يظهر ما فى دعوى الاتفاق مع ظهور خلاف هؤلاء الأجلاء و القائلون

ص: ١٤

١- ١) المستدرک ج ٢ ص ٤٩٧.

٢- ٢) الوسائل ج ١٣ الباب ٧ من أبواب الضمان ص ١٥٥ ح ٥.

بعدم اشتراط رضى المضمون عنه، قالوا: تفريعا على ذلك: بأنه لو أنكر المضمون عنه بعد الضمان لم يبطل الضمان، وعللوه بأنه لا أثر له، فإنه إذا لم يعتبر رضاه ابتداء فلا عبره بإنكاره بعده، ثم نقلوا هنا خلاف الشيخ وجماعه حيث حكموا ببطلانه بعد إنكاره، وردوه بأنه ضعيف جدا.

أقول: إن الشيخ إنما حكم هنا ببطلان الضمان بالإنكار تفريعا على قوله باشتراط رضى المضمون عنه فى صحه الضمان، مع أنهم لم ينقلوا خلافه هناك، بل ادعوا الاتفاق، وهو يشعر بموافقته الشيخ لهم فى تلك المسأله، و تخصيص مخالفته بهذه، و من ثم نسبه الى كونه ضعيفا جدا.

و أنت خبير بأننا لم نجد لهم دليلا شافيا على ما ادعوه من عدم اشتراط رضى المضمون عنه فى صحه الضمان، الا ما يذكرونه من جواز أداء الدين عنه بغير رضاه، و غايه ما يستند اليه هنا فى أداء الدين حديث الضمان عن الميت، حيث أنه لا يتصور الرضا أو عدمه من الميت.

و ما ادعوه من جواز أداء الدين عن الحى و براءه ذمته مع عدم رضاه بذلك لم نقف له على دليل و مع وجود الدليل عليه فحمل الضمان على ذلك قياس، و ان كان مما يرجع اليه بنوع من الاعتبار و الاستناد الى الضمان عن الميت أو الأداء عنه غير دال على ما نحن فيه، لظهور الفرق بين الحى و الميت، فهو قياس مع الفارق، و ما ذكره العلامة من الدليل عليل لا يهدى الى سبيل و بالجمله فالمسأله لما عرفت محل اشكال.

الخامس [نقل ذمه المضمون عنه إلى الضامن]:

الظاهر أنه لا خلاف فى أنه متى تحقق الضمان على الوجه المعبر شرعا انتقل المال من ذمه المضمون عنه إلى ذمه الضامن، و براء المضمون عنه من حق المضمون له، و انما يبقى الحق فى ذمه الضامن إذا كان الضمان باذنه دون ما إذا كان تبرعا و خالف كاهه العامه فى ذلك حيث قالوا: بان الضمان غير ناقل، و انما هو ضم ذمه إلى ذمه، فللمضمون له مطالبه من شاء من الضامن و المضمون عنه.

و يدل على القول المذكور مضافا الى اتفاق الأصحاب (رضوان الله عليهم)، صحيحه عبد الله بن سنان، و موثقه إسحاق بن عمار، و موثقه الحسين بن الجهم المتقدمات، فإنها صريحه فى خلو ذمه المضمون عنه، و انتقال المال إلى ذمه الضامن، فعلى هذا لو أبرأ المضمون له ذمه المضمون عنه لم يفد شيئا، بل كان لغوا و ذلك لأنك قد عرفت أنه بالضمان انتقل المال إلى ذمه الضامن، و برئت ذمه المضمون عنه من حق المضمون له، فهذا الإبراء لم يصادف محلا لأنه غير مشغول الذمه له.

نعم لو أبرأ ذمه الضامن برئا جميعا، أما الضامن فلأنه مشغول الذمه له، فإذا أبرئه برئت ذمته، و أما المضمون عنه فلأن الضامن لا يرجع عليه إلا بما أداه عنه، و هو هنا لم يؤد عنه شيئا، فلا يرجع إليه بشيء، و خالف الجمهور فى ذلك، فقالوا:

ان كل واحد من الضامن و المضمون عنه ذمته مشغوله، فإذا أبرأ المضمون له المضمون عنه فقد أبرأ الضامن، لسقوط الحق كما لو أدى المال، و لو أبرأ الضامن لم يبرء المضمون عنه، لان الضامن عندهم كالوثيقه فلا يلزم من سقوطها سقوط الدين كفكك الرهن.

و الحكم المذكور اتفانى بين أصحابنا كما ذكره فى التذكرة: حيث ادعى إجماع علمائنا على ذلك، و المحقق فى الشرائع نسبه إلى قول مشهور، و ربما كان فيه اشعار بوجود مخالف منا، أو إشاره الى عدم تحقق الإجماع المدعى.

السادس [اشتراط الملاءة فى الضامن أو العلم بإعساره]:

قد صرح الأصحاب (رضوان الله عليهم) بأنه يشترط فى الضامن الملاءة أو العلم بإعساره و المراد انه شرط فى اللزوم لا فى الصحة فلو ضمن ثم بان إعساره كان للمضمون له الفسخ، قالوا: لان عقد الضمان مبنى على الارتفاق، و القصد منه استيفاء الدين من الضامن، و انما يكون ذلك إذا أمكن الأداء بإيساره، فإذا فات هذا المقصود ثبت للمضمون له الخيار بين الصبر على الضامن، و بين فسخ العقد و الرجوع على المضمون عنه.

و هل الخيار هنا على الفور أم لا لم أقف فيه على كلام لهم، و الأصل يقتضى

امتداده الى ان يثبت المزيل،و المراد بالملاءه المشترطه فى الضامن أن يكون مالكا لما يؤدى به الدين فاضلا عن المستثنيات فى البيع،و انما تعتبر الملاءه ابتداء لا استدامه فلو كان مليا وقت الضمان ثم تجدد عدمها قبل الأداء لم يبطل الضمان،و لم يجز له الفسخ،لحصول الشرط حين الضمان.

و لم يحضرنى الان خبر فى المقام الا ما رواه

ثقه الإسلام فى الكافى و الشيخ فى التهذيب عن عيسى بن عبد الله قال احتضر عبد الله بن الحسن و رواه فى الفقيه مرسلا قال:

«و روى أنه احتضر عبد الله بن الحسن فاجتمع إليه غرماؤه فطالبوه بدين لهم فقال لهم: ما عندى ما أعطيكم و لكن ارضوا بمن شئتم من أخى و بنى عمى على بن الحسين أو عبد الله بن جعفر فقال الغرماء: اما عبد الله بن جعفر فملى مطول، و اما على بن الحسين، فرجل لا مال له صدوق و هو أحبهما إلينا، فأرسل إليه فأخبره الخبر فقال عليه السلام:

أضمن لكم المال إلى غله و لم تكن له غله فقال القوم: قد رضينا و ضمنه فلما أتت الغله أتاح الله عز و جل له المال فأداه». (١).

و الخبر مع ضعف سنده و عدم إسناده الى الامام (عليه السلام) لا دلالة فيه على محل البحث، و ظنى أن الأصحاب لو جعلوا الشرط هنا رضا المضمون له بالضامن، و قبوله له مليا كان أو غير ملي لكان أظهر، فإن مجرد الملاءه مع حصول المطل كما تضمنه هذا الخبر لا تفيد فائده فى ترتب الأثر عليها.

و بالجملة فإن اشتراطهم رضا المضمون له كما هو المشهور بينهم بالضمان و الضامن كاف عن هذا الشرط هنا، مع أنه لا دليل عليه الا ما ذكروه من التعليل الذى يحصل بالرضا بالضامن، إلا أنك قد عرفت اختلاف الاخبار فى ذلك، و أن أكثر الأخبار ظاهر فى العدم. و الله العالم.

ص: ١٧

١- ١) الكافى ج ٥ ص ٩٧ باب قضاء الدين ح ٧ و فى التهذيب ج ٦ ص ٢١١ ح ١٢ و فى من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٥٥ باب الحوالة حديث ٢- (و لا يخفى ان فى النسخ اختلافًا جزئيا) و فى الوسائل ج ١٣ ص ١٥٢ ح ١.

-الحق المضمون اما أن يكون حالا- أو مؤجلا- ثم انه اما أن يضمه الضامن حالا- أو مؤجلا- و على تقدير ضمان المؤجل مؤجلا، اما أن يكون الأجل الثانى مساويا للأول، أو أنقص أو أزيد، و على التقادير اما ان يكون الضمان تبرعا، أو بسؤال المضمون عنه، فالصور اثنى عشره، و قد صرح جملة من محققى المتأخرين و متأخريهم بأنها كلها جائزه، للأصل، و عموم دلائل مشروعيه الضمان، و تحقق الغرض المطلوب منه فى الجميع، و لانه كالقضاء عن المدين، و بعض هذه الصور إجماعى، و بعضها محل خلاف، الا أن محل الخلاف فى كلامهم غير محرر.

و ظاهر كلام المحقق فى الشرائع أن الضمان المؤجل جائز إجماعا، و فى الحال تردد أظهره الجواز، و المراد من الثانى الذى هو محل التردد عنده ما لو كان الدين مؤجلا فضمه الضامن حالا.

و المنقول عن الشيخ و جماعه منع الضمان هنا، لان مبنى عقد الضمان على الإرفاق، و تسهيل الأمر على المضمون عنه، و الضمان فى هذه الصورة ينافى الغرض المذكور، لان الدين مؤجل و الضامن يريد أن يضمه حالا، و يرجع به على المضمون عنه، و وجه آخر و هو أن ثبوت المال فى ذمه الضامن فرع ثبوته فى ذمه المضمون عنه، و الفرع لا- يكون أقوى من الأصل، (1) و القائلون بالصحة أجابوا عن ذلك بأن المنتقل بالضمان هو الدين، و أما الأجل فإذا أسقطه المديون و أدى المال حالا جاز، فكذا إذا سأل الضمان كذلك، لان الضمان انما ضمن كذلك باذنه و سؤاله، فهو فى معنى الاسقاط له، لكنه لا يرجع على المضمون عنه الا بعد تمام

ص: ١٨

١ - ١) قال فى المبسوط: إذا ضمن المؤجل حالا- الأقوى أنه لا- يصح، لانه لا- يجوز ان يكون الفرع أقوى من الأصل، قال فى المختلف: بعد نقل ذلك عنه: الوجه عندى الصحة، و لا نسلم تحقق القوه هنا، فإنه يجوز للمضمون عنه دفع المال معجلا كذا يجوز الضمان معجلا، فان الضمان كالقضاء إذا ثبت هذا، فإذا ضمن حالا لم يكن له الرجوع على المضمون عنه، الا بعد الأجل و ان أخذ منه المال حالا انتهى. منه رحمه الله.

الأجل، و إن أدها حالا بمقتضى الضمان، و لو كان الضامن متبرعا بالضمان فأولى بعدم الاشتراط، إذ لا رجوع له على المضمون عنه فيكون في معنى ما لو أدى عنه - دینه المؤجل قبل الأجل، و هو جائز.

و من ذلك يظهر أن الجواز هو الأقوى و في هذه الصورة أعنى صورته الضمان حالا صورته أخرى، و هي ما إذا كان الدين حالا، و سيأتي الكلام فيها في المقام.

ان شاء الله تعالى.

و أما الصورة الأولى مما نقلناه من كلام المحقق و هي قوله ان الضمان المؤجل جائز إجماعا فهي شامله لجمله من الصور، منها ما لو كان الدين حالا فضمنه مؤجلا، و هذه الصورة مجمع عليها، و دعواه الإجماع هنا في محله، و التعليل بالارتفاق و تسهيل الأمر على المضمون عنه هنا متجه، لان الدين حال و بالضمان صار مؤجلا، قالوا: و ليس هذا تعليقا للضمان على الأجل، بل تأجيل للدين الحال في عقد لازم، (١) و من حكم هذه الصورة أن المضمون عنه لا يطالب قبل حلول الأجل.

أما من المضمون له، فلانه لا طلب له عليه، لانتقال حقه الى ذمه الضامن، و أما من الضامن فلانه ليس له المطالبة حتى يؤدي و لو كان حالا فمع الأجل أولى و ليس للمضمون له أيضا مطالبه الضامن قبل حلول الأجل عملا بمقتضى الشرط.

و من صور تلك الصورة المشار إليها ما لو كان الحق مؤجلا - مع قصور أجل الضمان أو مساواته و تعليل الشيخ و الجماعة المانعين من ضمان المؤجل حالا يقتضى المنع من هاتين الصورتين، لما عرفت من أنهم عللوا ذلك و به صرح في المختلف و غيره أيضا بأن الضمان إرفاق، (٢) فالإخلال به يقتضى تسويغ المطالبة للضامن،

ص: ١٩

١ - ١) بمعنى أنه ليس له مطالبه المضمون عنه حتى يؤدي ما ضمنه في صورته حلول الدين، فكيف في صورته الأجل، فهو بطريق أولى. منه رحمه الله.

٢ - ٢) أما لو كان أجل الضمان أزيد من أجل الحق، فإنه داخل في الإجماع، لأن الأجل الزائد يحصل فيه الارتفاق المطلوب من الضمان. منه رحمه الله.

فيتسلط على مطالبه المضمون عنه في الحال، فينتفى فائده الضمان، وهذا التعليل بعينه آت في الأجل المساوى و القاصر، و يقتضى أن الضامن لو كان متبرعا لم يضر، لا تتفاء المانع من التسلط على المضمون عنه.

و الشيخ فخر الدين منع من ضمان الحال كما ذهب اليه الشيخ، إلا أنه علله بعله أخرى قال: لأنه ضمان ما لم يجب، و هذا التعليل يجرى في الأجل القاصر عن أجل الدين، كما هو شامل للحال، و مخرج للمساوى (1) و بالجمله فإطلاق كلام الشيخ و من تبعه حيث خصوا المنع بصوره ضمان المؤجل حالا يقتضى ثبوت الإجماع المدعى في صوره الضمان مؤجلا لما كان حالا أو مؤجلا بجميع أقسامه، و بالنظر الى التعليلات يدل على اختصاصه بغير الصورتين المذكورتين، و أما الضمان حالا فان كان الدين مؤجلا فقد اتفق المانعون على منعه نصا و تعليلا كذا قيل.

و فيه أن الشيخ فخر الدين من القائلين بهذا القول، و قد تقدم تعليله بغير ما علل به الشيخ و ان كان حالا، فالشيخ فخر الدين و أتباعه جوزوه لوجوب الحق، و الشيخ و أتباعه منعه لعدم الارتفاق. و الله العالم.

الثامن: لو ضمن مؤجلا مع كون الدين حالا ثم مات قبل حلول الأجل

حل الدين المذكور، و أخذ من تركته، لما تقدم من أن الميت تحل ديونه المؤجله بموته، و هذا من جملة أفرادها، و للورثه حينئذ مطالبه المضمون عنه، لأن الدين عليه حال كما هو المفروض، و لم يحصل ما يقتضى تأجيله، و المؤجل انما هو الدين الذى فى ذمه الضامن، لا الذى فى ذمته، و الضامن انما امتنع رجوعه عليه فى حياته

ص: ٢٠٠

١ - ١) قال العلامة فى المختلف: بعد ذكر ما قدمنا نقله عنه فى الحاشيه المقدمه من نقل كلام الشيخ فى المبسوط ورده له: ما صورته و قد استخرج ولدى العزيز محمد جعلت فداه وجهها هنا يقوى قول الشيخ رحمه الله، و هو أن الحلول زياده فى الحق، و لهذا يختلف الأثمان به، و هذه الزياده غير واجبه على المديون، و لا - ثانيه فى ذمته، فيكون ضمان ما لم يجب فلا يصح عندنا انتهى. منه رحمه الله.

من حيث أنه لا- يرجع الا- بعد دفع ما ضمنه،و حيث أنه قد مات و حل عليه الدين و أخذ من تركته زال المانع من مطالبه المضمون عنه،و يأتي مثله أيضا في ما لو دفع الضامن المال في حياته قبل حلول الأجل باختياره،فان له الرجوع على المضمون عنه،لعين ما ذكر.

و هذا بخلاف ما لو كان الدين مؤجلا على المضمون عنه فضمنه الضامن كذلك، فإنه بحلوله عليه بعد الموت و أخذه من تركته لا يحل على المضمون عنه،لان الحلول عليه لا يستلزم الحلول على الآخر كما لا يحل عليه المؤجل لو ضمنه الضامن حالا على القول بذلك.

التاسع [في رجوع الضامن إلى المضمون عنه بما دفعه] :

قد صرح الأصحاب من غير خلاف يعرف بأنه متى حصل الضمان على الوجه المعتبر شرعا،فإنه يرجع الضامن على المضمون عنه بما دفعه الى المضمون له ان ضمن باذنه و لو أدى بغير اذنه،و لو ضمن بغير اذنه لم يرجع عليه،و ان أدى باذنه، و لو ضمن باذنه و أدى بإذنه فأولى بالضمان،و لو ضمن بغير اذنه و أدى بغير إذنه فأولى بعدم الضمان.

و ظاهر المحقق الأردبيلي (قدس سره)المناقشه في هذا المقام،حيث قال:

بعد ذكر عدم الرجوع مع عدم الاذن في الضمان ما صورته:و أما الرجوع مع الاذن في الضمان مع الاذن في الأداء و عدمه ففيه تأمل،إذ الاذن في الضمان و الأداء لا يدل على قبول أداء العوض،بشيء من الدلالات،و الأصل عدمه،الا أن تدل قرينه حال أو مقال على ذلك،كما في لزوم الأجره على من أمر شخصا بفعل له أجره عادة،و لهذا قال في التذكرة:لو قال:أعط فلانا ألفا ففعل لم يرجع،و كذا لو قال:أعتق عبدك أو الق متاعك في البحر عند خوف الغرق و عدمه،الا- أن ينضم إليه ما يدل على قبول العوض،مثل قوله عنى في الأولين،و على ضمائه و عوضه في الثالث،و بهذا المقدار يلزم،و هذا دليل على عدم اشتراط الصيغه الخاصه،و المقارنه و غيرهما فافهم،و لى في اللزوم مع انضمام قوله عنى أيضا تأمل،و ان قالوه الا أن ينضم إليه قرينه،و

يعلم من التذكرة الإجماع على الرجوع مع الاذن في مجرد الضمان فتأمل. انتهى أقول: ويدل على ما ذكره الأصحاب مضافا الى الإجماع المنقول عن التذكرة ما رواه

الشيخ فى التهذيب عن الحسين بن خالد قال:

«قلت لأبى الحسن عليه السلام:

جعلت فداك قول الناس الضامن غارم، قال: فقال: ليس على الضامن غرم، الغرم على من أكل المال». (١).

و هو ظاهر كما ترى فى رجوع الضامن على المضمون عنه بما اغترمه للمضمون له، و أنه لا غرم عليه، بمعنى عدم رجوعه على المضمون عنه، و لو صح ما ذكره من عدم الرجوع للزم حصول الغرم عليه، مع أنه (عليه السلام) قد نفاه عنه، و جعل الغرم على من أكل المال و هو المضمون عنه، و بالخبر المذكور يجب الخروج عن الأصل الذى استند اليه، و الخبر و ان كان مطلقا الا أنه محمول على ما إذا كان الضمان باذن المضمون عنه.

و ما رواه

الشيخ بإسناده عن عمر بن يزيد (٢) قال:

«سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل ضمن ضمانا ثم صالح على بعض ما صالح عليه قال: ليس له، الا الذى صالح عليه». و رواه

الكلينى عن عمر بن يزيد فى الموثق (٣) و رواه ابن إدريس فى مستطرفات السرائر من كتاب عبد الله بن بكير عنه (٤) قال:

«سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل ضمن عن رجل ضمانا ثم صالح على بعض ما ضمنه فقال قال: ليس له الا الذى صالح عليه». و هو أيضا ظاهر فى الرجوع، و محمول على الاذن فى الضمان، و لو كان ما توهمه من عدم الرجوع حقا لنفاه (عليه السلام) و لم يثبت له الرجوع بشيء بالكليه.

و بالجمله فإن كلامه هنا ناش عن عدم الوقوف على شيء من الاخبار المذكوره، و أما

ص: ٢٢:

١- (١) التهذيب ج ٦ ص ٢٠٩ ح ٤٨٥.

٢- (٢) التهذيب ج ٦ ص ٢٠٦ ح ٤.

٣- (٣) الكافى ج ٥ ص ٢٥٩ ح ٧.

٤- (٤) التهذيب ج ٦ ص ٢١٠ الباب ٨٤ باب الكفالات و الضمانات. و هذه الروايات فى الوسائل ج ١٣ ص ١٤٩ الباب ١ و ص ١٥٣ الباب ٦ من كتاب الضمان.

قياسه على لزوم الأجره فهو-مع كونه قياسا لا يجوز التعويل عليه في الأحكام الشرعيه- قياس مع الفارق،لأنه ان كان ذلك الفعل المأمور به يرجع الى الأمر بمعنى أنه أمره أن يفعله له-فان دعوى عدم استحقاق الأجره ممنوعه،و ان كان لا كذلك كالأمر برمي ماله فى البحر و نحوه فهو ليس من محل البحث فى شىء و الفرق بينه و بين ما نحن فيه ظاهر،و القياس عليه قياس مع الفارق كما ذكرناه. والله العالم.

العاشر [فى رجوع الضامن بأقل الأمرين فيما دفع عروضاً]:

لو دفع الضامن للمضمون له عما فى ذمته عروضاً براء الضامن مما عليه، و كان له الرجوع مع الاذن فى الضمان بأقل الأمرين من قيمه العروض و ما تباع به فى السوق،و مما كان فى ذمه المضمون عنه،لان الضامن لا يستحق أكثر مما أدى، و المضمون عنه لا يؤدي أكثر مما فى ذمته و مما أداه الضامن،فلو فرضنا أن الذى فى ذمته كان مائة درهم،و العروض التى دفعها الضامن كانت تساوى خمسين درهما فليس عليه الا الخمسين،و كذا لو فرضنا أن العروض كانت تساوى مائة و عشرين فليس عليه الا المائة.

أما الأول فلان الضامن لا يستحق الرجوع بأزيد مما دفعه،و لهذا لو أبرء المضمون له لم يرجع بشىء و لو أبرء عن البعض لم يرجع إلا بالباقي.

و أما الثانى فلان المضمون عنه لا- يجب عليه أداء أكثر مما فى ذمته اتفاقاً، و قال ابن الجنييد على ما نقل عنه فى المختلف:لو ضمن زيد لعبد الله ديناً على عمرو، فصالح زيد عبد الله عن جملة ضمانه عن عمرو،على ما يجوز التتابع به بينهما،فان كان ذلك قبل وجوب الحكم على زيد بالمال الذى ضمنه (1)لم يكن له الا قيمته، أو قدر ما أعطاه عبد الله يرجع به على عمرو،و ان كان بعد وجوب الحكم كان له الرجوع بأصل الحق على عمرو.

و أجاب عنه العلامة فقال لنا:انه وضع للإرفاق،و الرجوع بأكثر مما دفع

ص: ٢٣

١- ١) أقول:الظاهر أن مراده بوجوب الحكم على زيد كناية عن وقت المطالبة و وجوب الدفع عليه.منه رحمه الله.

مناف له، فلا- يصح ثم قال: احتج بأن الثابت في ذمه الضامن قدر المال، و دفع الأقل بعد الحكم عليه، بالأكثر ابتداء عطيه من المضمون له للضامن فلا يسقط.

و الجواب ما تقدم من منافاه الضمان لذلك، فالحكمه يقتضى عدم الصحه. انتهى أقول: و الأظهر في الجواب هو ما قدمناه سابق هذا الموضوع من روايتى عمر بن يزيد و عبد الله بن بكير الواردتين في الصلح، و انه ليس له الا الذى صالح عليه، و هى مبنيه على أنه أقل الأمرين كما هو الغالب، فان الظاهر من المصالحه هو دفع ما هو أقل من الحق و تراضى الطرفين عليه، و الا فلو كان ذلك قدر الحق كان أداء للدين، و لا يحتاج الى صلح و لا تراض عليه، و الروايه داله بإطلاقها على ذلك، سواء كان قبل الحكم الذى هو كنايه عن المطالبه، و الحكم بوجوب الدفع أو بعده، و ما ذكره العلامة طاب ثراه يكون مؤيدا لذلك. و الله العالم.

الحادى عشر [حكم ما لو ادعى الضامن الجنون حاله الضمان]:

قال الشيخ فى المبسوط: إذا ضمن باذنه كان له مطالبه المضمون عنه بتخليصه و ان لم يطالبه المضمون له، و قال أيضا فى الكتاب المذكور: إذا ادعى الضامن الجنون حاله الضمان و لم يعرف له حاله الجنون كان القول قوله، لأن الأصل براءة الذمه، و كلا الحكمين محل بحث و إشكال.

أما الأول فإن ظاهر الأصحاب هو المنع من المطالبه فى الصوره المذكوره، لأنه انما يرجع عليه بعد الأداء بما يؤديه، و الحال أنه هنا لم يؤد شيئا، و لعل المضمون له يبرؤه من الدين كلا أو بعضا فكيف يتسلط الان على المطالبه، و أما الثانى فإن ما استند اليه من أصله البراءه معارض أيضا بأن الأصل عدم الجنون، و الأصل صحه الضمان فيعارض ما ذكره من الأصل بأحد هذين الأصلين، و يبقى الأصل الثانى سالما عن المعارض.

الثانى عشر [فى عدم جواز ضمان المضمون عنه عن الضامن ما ضمنه عنه]:

قال الشيخ فى المبسوط: إذا ضمن رجل عن رجل ألف درهم و ضمن المضمون عنه عن الضامن لم يجز، لان المضمون عنه أصل للضامن، و هو فرع للمضمون عنه، فلا يجوز أن يصير الأصل فرعا و الفرع أصلا، و أيضا فلا فائده فيه.

قال فى المختلف بعد نقل ذلك: و الوجه عندى صحه ذلك لوجود المقتضى، و انتفاء المانع، أما وجود المقتضى فلان عقد الضمان صدر من أهله فى محله، و أما انتفاء المانع فليس إلا- الأصاله و الفرعيه، و ذلك لا يصح للمانع، لتحقق المال فى ذمه الضامن، و براءه ذمه المضمون عنه، فيكون كالأجنبي، قوله «لا فائده فيه» قلنا:

ممنوع لجواز أن يضمن الحال مؤجلا و بالعكس انتهى.

أقول: ظاهر كلام جملته من الأصحاب جواز التسلسل فى الضمان، بأن يضمن ضامن، ثم يضمن عنه آخر، و هكذا، و يصح دوره، كما صرح به العلامة فيسقط بذلك الضمان، و يرجع الحق كما كان، و لم يخالف فى ذلك الا الشيخ كما عرفت.

و من فروعه المترتبة عليه أنه لو وجد المضمون له الأصل الذى صار ضامنا معسرا جاز له الفسخ و الرجوع الى الضامن السابق، و منها الاختلاف، بأن يضمن الحال مؤجلا و بالعكس، كما ذكره العلامة، و به يندفع كلام الشيخ أنه لا فائده فيه.

و بالجمله فإنه لا- مخالف فى الحكم المذكور الا ما تقدم حكايته عن الشيخ، و العجب هنا من المحقق الأردبيلي حيث ادعى الاتفاق على الحكم المذكور، مع اشتهاار خلاف الشيخ، و تصريح الأصحاب به (1) و الله العالم.

ص: ٢٥

١- ١) حيث انه (قدس سره) قال بعد قول المصنف و ترامى الضمان ما صورته أى يصح أن يضمن ضامن شخصا ثم يضمنه آخر و هكذا و يسمى التسلسل و يكون حكم كل لا حق مع سابقه حكم الأولين و الظاهر عدم الخلاف عند الأصحاب فى ذلك و وجهه ظاهر مما تقدم و كأنهم يريدون الرد على بعض العامه و الظاهر تجويز دوره أيضا عندهم بخلاف العامه. انتهى و مما ذكرنا يعلم ان الأصحاب انما أرادوا بما ذكره الرد على الشيخ كما عرفت، لكنه لما غفل عن خلاف الشيخ، و ظن الاتفاق فى الحكم حمل كلامهم على الرد فى هذا المقام على العامه. منه رحمه الله.

و فيه مسائل -

الأولى [اشتراط كون المال المضمون ثابتا في الذمه]

يشترط في المال المضمون أن يكون ثابتا في الذمه و ان لم يكن مستقرا، كالثمن في مدة الخيار فيصح ضمانه، و هذا الضمان قد يكون للبائع القابض الثمن، فيضمن له عن المشتري على تقدير ظهور كونه مستحقا للغير، أو على تقدير ظهور عيب فيه، ليرجع بأرشه، و قد يكون ضمانه للمشتري على تقدير ظهور كون البيع مستحقا للغير ليرجع به، و على التقديرين فإنما هو ضمان لعهدته، لا له نفسه، و الفرق بين الضمانين ظاهر من جهة اللفظ و المعنى.

أما الفرق اللفظي فإنه في ضمانه نفسه، يقول ضمننت لك الثمن الذى فى ذمه زيد مثلا، و فى ضمان العهده يقول ضمننت لك عهده أو دركه.

و أما المعنوى فإنه بالنسبه إلى ضمانه نفسه يفيد انتقاله إلى ذمه الضامن، كما عرفت فيما تقدم، و برأيه المضمون عنه، و ضمان العهده ليس كذلك، بل انما يفيد ضمان دركه على بعض التقديرات، و فى ضمان المال ليس بلازم، و لكن يؤل الى اللزوم كمال الجعالة قبل فعل ما شرط، و مال السبق و الرمايه على خلاف.

و وجه الصحة -على ما ذكره- هو أن الجعالة و ان كانت من العقود الجائزه و المال فيها لا يلزم الا بتمام العمل، فإن بقى منه شىء و ان قل فليس له شىء الا انه يؤل الى اللزوم بتمام العمل، و قد وجد سبب اللزوم، و هو العقد فيكون كالثمن فى مدة الخيار، و أجيب عن ذلك بمنع وجود السبب، فإنه العقد و العمل معا لا العقد وحده، و انما هو جزء السبب، و لم يحصل به ثبوت و لا لزوم، حتى أنه لو لم يتم العمل و بقى منه شىء، فإنه لا -يستحق شيئا بما مضى، فيكون الباقي بمنزله الشرط فى استحقاق الجميع، فكيف إذا كان قبل الشروع فى العمل، و الفرق بينه و بين الثمن فى مدة الخيار ظاهر، لان الثمن ثابت فى ذمه المشتري - مملوك للبائع، غايه الأمر أنه

متزلزل بخلاف الجعالة، فإنها لا تثبت لها أصلاً حتى يكمل الفعل كما عرفت.

نعم يمكن أن يستدل على هذا القول بظاهر قوله عز وجل (١) «وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ» فإن فيها دلالة على جواز ضمان مال الجعالة قبل العمل، لأنه ضمنه قبل العمل، وقد استدل الفقهاء بهذه الآية على جملة من مسائل الجعالة و الضمان، و الظاهر أن ما نحن فيه من قبيل ذلك.

و قطع العلامة في التذكرة بعدم الجواز قبل الشروع في العمل، لأنه ضمان ما لم يجب، و استقرب الجواز بعد الشروع، هذا بالنسبة إلى الجعالة، و أما مال السبق و الرماية فلا إشكال في جواز ضمانه بعد العمل كما تقدم، و أما قبله، فإنه يبنى على كونه جعالة أو إجارة، و فيه خلاف سيأتي ذكره إنشاء الله تعالى في موضعه، قال في المسالك: و الأقوى أنه عقد لازم كيف كان فيلزم المال فيه بالعقد فيصح ضمانه.

الثانيه [الخلاف في صحة ضمان مال الكتابه المشروطه]:

اختلف الأصحاب في مال الكتابه المشروطه هل يصح ضمانه أم لا؟ فقول: بالثاني، لأنه ليس بلازم و لا يؤل الى اللزوم، و هو مذهب الشيخ في المبسوط، قال: لأنه ليس بلازم في الحال، و لا يؤل الى اللزوم لان للمكاتب إسقاطه بفسخ الكتابه للعجز فلا يلزم العبد في الحال و لا- يؤول إلى اللزوم، لأنه إذا أدها عتق، و إذا عتق خرج عن أن يكون مكاتباً، فلا- يتصور أن يلزمه في ذمته مال الكتابه بحيث لا يكون له الامتناع، و لان الضمان إثبات مال في الذمه، و التزام لأدائه، و هو فرع للمضمون عنه، فلا يجوز أن يكون المال في الأصل غير لازم و يكون في الفرع لازماً، فلهذا منعنا من صحة ضمانه.

و المشهور الجواز، و به صرح المحقق و العلامة، و الخلاف هنا مبني على الخلاف في مال الكتابه المشروطه هل هو لازم أم لا؟ و حيث أن مذهب الشيخ عدم لزومه من قبل العبد، لأنه لو عجز نفسه رجع، و قد بنى عليه مسئلة الضمان.

و مذهب الأصحاب لما كان هو القول باللزوم ثمه، قالوا: باللزوم هنا.

ص: ٢٧

قال فى المسالك: و لو تنزلنا الى الجواز فالصححه متجهه أيضا، لأن المال ثابت فى ذمه المكاتب بالعقد، غايته أنه غير مستقر كالثمن فى مده الخيار، فعلى هذا متى ضمنه ضامن انعتق لأنه فى حكم الأداء بناء على انه ناقل، و امتنع التعجيز كما ادى المال بنفسه. انتهى.

و بالجملة فالظاهر هو المشهور لما عرفت، و موضع الخلاف كما عرفت هو الكتابه المشروطه.

أما المطلقه، فالظاهر أنه لا خلاف فى لزومها و صحه ضمانها. و الله العالم.

الثالثه [فى صحه ضمان النفقه للزوجه]:

إشاره

لا خلاف فى أنه يصح ضمان نفقه الزوجه الماضيه و الحاضره، لاستقرارها فى ذمه الزوج.

أما المستقبليه كنفقه الشهر المستقبلي فلا، و وجه الفرق بين الحالين أن النفقه عوض التمكين، و هو بالنسبه إلى الزمان المستقبلي غير حاصل، لجواز النشوز، فالنفقه فيه غير متعلقه بالذمه، فلا يصح ضمانها، ثم ان ما علل به الضمان فى الموضوعين الأولين من استقرار النفقه فى الذمه إنما يتجه فى النفقه الماضيه، و أما الحاضره فإنه لا اشكال عندهم فى وجوبها و ثبوتها فى الذمه مع التمكين.

لما صرحوا به من أنها تجب فى كل يوم حاضر بطلوع فجره مع التمكين.

و اما استقرارها ففيه اشكال، مبنى على انها لو نشزت فى أثناء النهار هل يسترد منها نفقه ذلك اليوم أم لا؟ و فيه خلاف يأتى الكلام فيه إنشاء الله تعالى فى محله.

قالوا: أما لو ماتت أو طلقها استقرت، و فى تخصيص نفقه الزوجه بالذكر فى هذا المقام مع وجوب الإنفاق على غيرها من العمودين إشاره الى عدم الضمان فى نفقه غيرها، لأن الفاتت منها لا يثبت فى الذمه، كما تثبت نفقه الزوجه، بل غايه ما يلزم من الإخلال بها الإيثم و المؤاخذة، لأن الغرض المقصود من الأمر بها البر و الصله، فتفوت بفوات وقتها، بخلاف نفقه الزوجه فإنها معاوضه، وقعت فى مقابله التمكين فسييلها سبيل الدين.

الأول

قال الشيخ فى المبسوط: يصح ضمان النفقه الماضيه و الحاضره للزوجه دون المستقبله، لأنها تجب بالتمكين، و متى ضمن النفقه فإنما يصح مقدار نفقه المعسر، لأنها ثابتة لكل حال، و أما الزيادة عليها الى تمام نفقه الموسر، فهى غير ثابتة لأنها تسقط بإعساره، و تبعه ابن البراج على ذلك.

و هذا الكلام غير خال من الأشكال بل الاختلال، لأنه متى كان الذى يجب قضاؤه انما هو النفقه الماضيه و الحاضره، و الزوج يضمن بنسبه حاله، فأن كان موسرا ضمن نفقه الموسر، و ان كان معسرا ضمن نفقه المعسر، و لا يسقط الزائد على نفقه المعسر بإعسار الموسر بعد وجوبه.

و لا يتم هذا الكلام الا على مذهب من يقول بضمن النفقه المستقبله، كما صرح به فى المختلف حيث قال: و انما يتم ذلك على مذهب القائلين بصحة ضمان النفقه المستقبله، و قول الشيخ فى المبسوط كأنه مذهب المخالف، و تفرير على تسويغ ضمان النفقه المستقبله، و تبعه ابن البراج توهم أن ذلك فتواه. انتهى و ما ذكره (قدس سره) جيد فى حد ذاته، الا أن تطبيق عبارته الشيخ عليه مشكل، و الحق أن كلامه (قدس سره) هنا فى المبسوط لا يخلو عن سهو و غفله، لعدم ارتباط العبارة و انتظامها.

الثانى:

قال ابن إدريس: فى الموضوع الذى يصح ضمانها فلا تصح الا أن تكون معلومه، لأن ضمان المجهول على الصحيح من المذهب و عند المحصلين من أصحابنا لا يصح، و هو ظاهر فى عدم صحه ضمان النفقه مع مجهوليتها، و عدم معلوميه قدرها و كميتها، و فيه ما يأتى تحقيقه ان شاء الله تعالى فى هذه المسأله.

الرابعه [الخلاف فى ضمان المجهول]:

اختلف الأصحاب فى ضمان المجهول، و المراد به ما يمكن استعلامه بعد ذلك كما لو ضمن ما فى ذمته، أما لو لم يكن الاستعلام لم يصح الضمان قولاً واحداً كما لو قال: ضمن لك شيئاً مما لك على فلان، لصدق الشئ على القليل و الكثير، و احتمال لزوم أقل ما يتناوله الشئ كالإقرار، يندفع بأنه ليس هو المضمون، و ان كان بعض أفراده.

و ممن قال بصحة الضمان في المسأله، الشيخ في النهايه، و شيخنا المفيد في المقنعه، و ابن الجنيد و سلار و أبو الصلاح و ابن زهره و ابن البراج في الكامل، و المحقق و علامه و هو القول المشهور على ما نقله في المسالك.

و ممن ذهب الى العدم، الشيخ في المبسوط و الخلاف، و به قال ابن البراج في المهذب و ابن إدريس.

احتج في المختلف على القول الأول قال: لنا الأصل الصحة، و عموم قوله تعالى (١) «وَ أَنَا بِهِ زَعِيمٌ» و أشار الى حمل البعير، و الأصل عدم تعينه،

و قوله (عليه السلام) (٢)

«الزعيم غارم». و ما رواه

عطاء عن الباقر (٣) (عليه السلام) قال:

قلت له: جعلت فداك ان على ديننا إذا ذكرته فسد على ما أنا فيه: فقال (ع): سبحان الله أو ما بلغك أن رسول الله (صلى الله عليه و آله) كان يقول في خطبته: من ترك ضياعاً فعلى ضياعه، و من ترك ديناً فعلى دينه، و من ترك مالاً فأكله (٤) فكفاله رسول الله (صلى الله عليه و آله) ميتاً ككفاله حياً و كفاله حياً ككفاله ميتاً، فقال الرجل:

نفسى عنى جعلنى الله فداك». و لو لم يكن ضمان المجهول صحيحاً لم يكن لهذا الضمان حكم و لا اعتبار، إذ الباطل لا اعتبار به فامتنع من الامام (عليه السلام) الحكم بأن النبى (صلى الله عليه و آله) كافل.

ثم نقل عن الشيخ: أنه احتج بأن النبى (صلى الله عليه و آله) «نهى عن الغرر» و ضمان المجهول غرر، لانه لا يدري كم قدرا من المال عليه، و لعدم الدليل على صحته، ثم أجاب عنه (قدس سره) بأن الغرر انما هو فى المعاوضات التى تفضى إلى التنازع، أما مثل الإقرار و الضمان و شبههما، فلان الحكم فيها معين، و هو الرجوع الى قول المقر فى الإقرار، و الى البيئه فى الضمان، فلا غرر هنا، و الدليل قد بيناه انتهى.

ص: ٣٠

١-١) سورة يوسف الآية ٧٢.

٢-٢) المستدرک ج ٢ ص ٤٩٧.

٣-٣) التهذيب ج ٦ ص ٢١١ ح ١١- و الوسائل ح ١٣ ص ٩٢ ح ٥.

٤-٤) قيل قوله فأكله أى إرثه، لأنه (ص) و الأئمة من بعده وارث من لا وارث له. منه رحمه الله.

أقول: ويدل على القول المشهور زياده على المذكور ما تقدم من حديث ضمان على بن الحسين (1)عليهما السلام، لدين عبد الله بن الحسن، و حديث ضمانه عليه السلام لدين محمد بن أسامه (2)فإنهما ظهران بل صريحان في عدم معلوميه الدين قدره و كميته وقت الضمان، الا- أن لقائل أن يقول: ان الظاهر من كلام المانعين من ذلك من حيث الغرر أن محل البحث و الخلاف في المسأله انما هو بالنسبه إلى الضمان الذي يرجع به صاحبه على المضمون عنه، و ظاهر هذه الاخبار أعنى خبر ضمان النبي (صلى الله عليه و آله) و ضمان على بن الحسين (عليهما السلام) أنه ليس كذلك فلا تكون هذه الاخبار من محل البحث في شيء، و هكذا الكلام في الايه فإنه متى خص محل البحث بما ذكرناه، فان الآيه ليست من ذلك في شيء أيضا، لأن الظاهر منها انما هو ضمان الجعالة كما تقدمت الإشارة اليه.

و بالجمله فإنه ان جعل موضع البحث الضمان بقول مطلق، فالحق في جانب القول المشهور للايه و الاخبار المذكوره، و ان خص بما ذكرناه فباب المناقشه غير مسدود لما عرفت. و الله العالم.

الخامسه [الخلاف في ما يرجع إليه في بيان المجهول]:

قد عرفت في سابق هذه المسئله أن المشهور صحه ضمان المجهول، الا أن القائلين بذلك اختلفوا فيما يرجع إليه في بيان ذلك المجهول و تعيين قدره، فقليل بالرجوع في ذلك الى البيئه، بأنه كان ثابتا في ذمته وقت الضمان، لا ما يوجد في كتاب، و لا ما يقربه المضمون عنه و لا ما يحلف عليه المضمون له برد اليمين عليه من المضمون عنه، فلو لم يكن ثابتا وقت الضمان بأن تجدد بعده، فإنه لا يصح لانه ضمان ما لم يجب، و الشهاده به لا تفيد فائده- و لا عبره أيضا بما يوجد في دفتر أو كتاب لعدم الثبوت في ذمته بذلك، و انما يلزم ضمان الثابت، و لا ما يقر به المضمون عنه، لأن إقراره انما ينعقد على نفسه لا على غيره و لا يحلف عليه المضمون له برد اليمين عليه من المضمون عنه، لأن الخصومه الان بين الضامن و المضمون عنه، فلا يلزم ما ثبت

ص: ٣١

(١-١) الوسائل ج ١٣ ص ١٥١ و ص ١٥٣ الباب ٣ و ٥ من أبواب الضمان.

(٢-٢) و قد تقدم حديث محمد بن أسامه في الموضوع الثاني من البحث الأول، و اما حديث عبد الله بن الحسن فقد تقدم في الموضوع السادس من البحث المذكور منه رحمه الله.

بمنازعه غيره، كما لا يثبت بما يقربه.

نعم لو كان حلف المضمون له برد اليمين عليه من الضامن، فان كان النزاع بينه وبين الضامن ثبت على الضامن ما حلف عليه المضمون له وقيل: بلزوم ما يقربه الغريم أيضا، ونقل عن أبي الصلاح وابن حمزه، وفيه ما عرفت آنفا من ان إقرار المقر انما ينعقد على نفسه لا على غيره (١).

نعم لو كان الإقرار سابقا على الضمان فإنه يلزم الضامن ما أوجبه الإقرار، كما صرح في المختلف، وقيل: بلزوم ما يحلف عليه المضمون له مطلقا (٢) وهو منقول عن الشيخ المفيد، قال (قدس سره) -على ما نقله عنه في المختلف: ضمان المجهول لازم، كضمان المعلوم حتى يخرج منه بحسب ما تقوم به البيه للمضمون عنه، أو يحلف عليه، وتفسير هذا أن يقول: لإنسان قد لازم عليه على حق له عنده خل سبيله، وأنا ضامن لحقك عليه كائنا ما كان، فإن أقام المضمون له البيه على مقدار الحق خرج له الضامن، ولا يقبل دعواه بغير بيه، الا أن يحلف على ما يدعيه، ولا يجوز أن يضمّن انسان عن غيره ما يدعيه كائنا ما كان، ولا ما يقترحه من الحقوق، ولا ما يخرج حساب في كتاب لا حجه فيه الا أن يتعين المضمون، أو يقوم به حجه على ما ذكر انتهى.

وهو ظاهر في إلزام الضامن ما يحلف عليه المضمون له وهو قول الشيخ أيضا الا أنه قيده برضا الضامن بالحلف، وحينئذ فيكون هذا قولاً رابعاً في المسألة، وشيخنا الشهيد الثاني في المسالك احتمل أن المراد بالرضا هنا الرد من الضامن بأن حلف المضمون له برد اليمين عليه من الضامن كما هو أحد فردي الإطلاق في عبارته الشيخ المفيد، وقد عرفت آنفا أنه في هذه الصورة يلزم الضمان و يجب عليه الأداء.

ص: ٣٢

-
- ١ - ١) و اما إذا كان حلفه انما هو لدفع المضمون عنه و إثباته الدعوى عليه باليمين المردوده من قبل المضمون عنه فلا يلزم منهما ثبوت ذلك على الضامن و الدعوى الان انما هو معه كما لا يخفى. منه رحمه الله.
 - ٢ - ٢) اي أعم من ان يكون رد اليمين عليه من الضامن أو المضمون عنه منه رحمه الله.

و انما الإشكال فى صورته رد المضمون عنه، و حينئذ بناء على هذا الاحتمال يرجع الى قول المفيد، و يكون تخصيصا له بهذه الصورة، و هو جيد، الا انه باعتبار حمل الرضا على الرد لا يخلو من بعد، لان الرد أعم من ذلك كما عرفت.

و العلامه فى المختلف فرع ذلك على أن يمين المدعى هل هى كالبينه، أو كالإقرار؟ قال: و التحقيق أن يقول: ان جعلنا يمين المدعى كالبينه كان له الرجوع على الضامن، سواء رضى بيمينه أم لا، و ان جعلناها كالإقرار افتقر الى رضا الضامن إذا ضمن المجهول.

و بالجمله فالقدر المتيقن من ذلك هو القول الأول و هو الحكم بالبينه و كذا مع رد اليمين من الضامن و حلف المضمون عليه و ما عدا ذلك محل توقف و اشكال و العجب هنا من المحقق الأردبيلي (قدس سره) حيث قال: و لا يلزمه ما يقربه المضمون عنه و لا ما يثبت عليه برد اليمين، لأن الإقرار و الحلف لا يؤثر فى ثبوت حق على الغير و هو ظاهر، و كأنه مجمع عليه انتهى.

و توهم الإجماع على الانحصار فى البينه مع وجود الخلاف كما عرفت، و انتشاره فى كتب الأصحاب كالمسالك و المختلف و غيرهما عجيب منه (قدس سره) و لو ضمن ما يشهد به عليه لم يصح الا ان يكون ثابتا فى ذمته وقت الضمان فإنه لا مانع من صحه ضمانه، و أما ما تجدد بعد ذلك فلا، لأنه ضمان ما لم يجب، و من شرط صحه الضمان تعلقه بالدين الثابت فى الذمه وقت الضمان، و حينئذ ف ضمانه لما يشهد به عليه شامل لما كان ثابتا فى ذمته وقت الضمان و ما كان متجددا، و الأول صحيح دون الثانى و بذلك يظهر ان إطلاق بعض العبارات بأنه لا- يصح أن يضمن ما يشهد به عليه لانه لا يعلم بثبوتها فى الذمه وقت الضمان- ليس فى محله.

السادسه [فى ضمان الأعيان المضمونه]

قد صرح أكثر الأصحاب بجواز ضمان الأعيان المضمونه التى يجب على من هى فى يده ردها، و لو تلفت رد قيمتها كالمغصوب و المقبوض بالبيع الفاسد، و العاربه المضمونه كأحد النقدين المشروط قال فى التذكرة: يجوز ضمان أعيانها فإنه مال مضمون على المضمون عنه فجاز الضمان عنه، و لو ضمن قيمتها لو تلفت فالأقوى عندى الصحه، لأن ذلك ثابت فى ذمه القابض انتهى.

و تردد المحقق فى الشرائع ثم قال: الا شبه الجواز.

أقول: ضمان هذه الأعيان اما أن يكون بمعنى تكليف الضامن برد أعيانها على مالكها، أو بمعنى ضمان قيمتها لو تلفت عند الغاصب، و المستام و نحوهما، أو الأعم منهما، و فى صحه الكل اشكال، لعدم الدليل على ما ذكره من الجواز، و الأصل عدمه.

و ما استدلوا به-من أن منشأ وجود سبب الضمان للعين، و قيمه و هو القبض على الكيفيه المخصوصه، فيصح، أما الأول فلأنه ضمان مال مضمون على المضمون عنه، و أما الثانى فثبوت قيمه فى ذمه الغاصب و نحو لو تلفت-منظور فيه بأن الثابت فى الأول انما هو وجوب الرد، و هو ليس بمال، و الثانى ليس بواقع، فهو ضمان ما لم يجب و ان وجد سببه، لأن قيمه لا تجب الا بالتلف و لم يحصل.

و منه يظهر أن الأظهر عدم الجواز و هو اختيار شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك لما ذكرناه و زاد أيضا فى القسم الأول فسادا من وجه آخر، و هو ان من خواص الضمان كما قد عرفت انتقال الحق إلى ذمه الضامن، و براءة المضمون عنه، و هنا ليس كذلك، لان الغاصب مخاطب بالرد و مكلف به إجماعا، و انما يفيد هذا الضمان ضم ذمه إلى ذمه، و ليس من أصولنا.

و مرجعه الى ما قدمناه من أن الحق الواجب على من بيده المال انما هو الرد الى صاحبه، و هو لا ينتقل، كما هو الحكم الجارى فى الضمان، بل يجب على من هو فى يده رده، و لا يخاطب به غيره.

و أما ما ذكره المحقق الأردبيلي (قدس سره) حيث قال: و يحتمل الثبوت لصدق الضمان عرفا مع ثبوت شرعيته مطلقا، و ليس بمعلوم كون ما ذكر من لوازمه أو شرائطه. نعم غالبا انما يكون كذلك، و لهذا قال فى التذكرة: ضمان المال عندنا ناقل، و فى ضمان الأعيان المضمونه و العهده اشكال، أقربه عندى جواز مطالبه كل من الضامن و المضمون عنه الى آخره، بعد ان اختار جواز ضمان الأعيان المضمونه و العهده، و كأنه لذلك تردد البعض و استشكل فتأمل. انتهى.

ففيه نظر لان الرجوع الى صدق الضمان عرفا ممنوع، إذ لا مدخل للعرف

هنا مع وجود النهى الشرعى و ثبوته نصا و فتوى، و دعوى ثبوت شرعيته مطلقا ممنوع أيضا فإنه محل البحث و مطرح النزاع، فان الخصم يمنع من ثبوت شرعيته على الوجه المذكور.

و قوله-انه ليس بمعلوم كون ما ذكر من لوازمه أو شرائطه، مشيرا بذلك الى ما احتج به الخصم من أن مقتضى الضمان الانتقال إلى ذمه الضامن، و براءة المضمون عنه-فيه أنه قد تقدم فى الموضوع الخامس من البحث الأول ما يدل على أن الحكم اتفانى نصا و فتوى، و دعوى كونه غالبا دون أن يكون كليا ممنوعه.

نعم هذا الحكم انما ورد فى المواضع التى قام الدليل على صحه الضمان فيها، و أما ما ذكر هنا من ضمان الأعيان فإننا لم نقف فى الاخبار ما يدل عليه، و انما جوزه بما عرفت من ذلك الوجه الاعتبارى الذى تقدم ذكره مع انتقاضه بما عرفت أيضا، و كلامه فى التذكرة الذى استند اليه هنا لا يسمن و لا يغنى من جوع فإنه يرد عليه جميع ما ذكرنا.

و بالجملة فإنه لما لم يقم هنا على الضمان كما ادعوه دليل واضح، فالمانع مستظهر، و الأصل العدم، و دعوى عموم أدله الضمان لذلك ممنوع لما عرفت، ثم انه بناء على المشهور من الحكم بجواز ضمان الأعيان المضمونه نفوا الجواز عن الأعيان الغير المضمونه كالوديعة و العاربه الغير المضمونه و مال المضاربه و ما فى يد الوكيل و أمين الحاكم و الوصى فإنه لا يصح ضمانها، و قد ادعى فى التذكرة الإجماع على ذلك، و جعلوا الفرق بينها و بين ما سبق باعتبار الضمان، و عدمه، فحيث كانت تلك الأعيان مضمونه على من هى فى يده، لان يده يد عاربه صح جواز الضمان فيها، بخلاف هذه حيث أنه لا ضمان عليه، و ان فرض ضمانه لها على تقدير التعدى و التفريط، الا أن السبب الان ليس بواقع.

نعم لو كان قد تعدى فيها و صارت مضمونه عليه جاز الضمان، و صارت من جملة أفراد تلك المسألة، لوجود السبب و هو كونها مضمونه، و البحث فيها عن جواز ضمان الأعيان المضمونه أعم من أن يكون ضمانها بالأصل أو العارض، و أنت خير بما فى هذا الفرق الذى بنوا عليه، لما عرفت من أن مجرد كونها مضمونه على من

هى بيده لا تصلح سببا لجواز ضمانها، لاختلال شروط الضمان كما عرفت، و العمده فى ثبوت الأحكام على النصوص الشرعيه و حيث لم يرد فيها نص فإثبات الحكم و الاعتماد على مثل هذه التعليقات مجازفه سيما مع ما عرفت من انتقاضها و عدم تمامها، و الله العالم.

البحث الثالث فى اللواحق

اشاره

و فيه أيضا مسائل،

[المسأله] الاولى [فى ضمان العهده]

اشاره

-الظاهر انه لا خلاف بين الأصحاب «رضوان الله عليهم» فى جواز ضمان العهده، و هو أن يضمن عهده الثمن للمشتري عن البائع إذا كان قد قبضه البائع فى كل موضع يثبت فيه بطلان البيع من أصله، بأن يكون مستحقا لغير البائع، و لم يجز المالك البيع على تقدير صحه بيع الفضولى أو أجازته و لم يرض بقبض الثمن و مثله ما لو تبين خلل فى البيع اقتضى فساده كتخلف شرط فيه أو اقترانه بشرط فاسد على القول بكون ذلك مبطلا لأصل العقد، و ملخصه اشتغال الذمه بالمضمون على أحد هذه الوجوه وقت الضمان، فان ضمان الثمن للمشتري يصح فى جميع ذلك و كما يصح ضمان العهده عن البائع للمشتري، يصح للبائع أيضا عن المشتري، بأن يخرج الثمن مستحقا لغيره و نحوه، و أن يكون معييا يستحق الأرش به و ظاهر جملة منهم أن دليل هذا النوع من الضمان انما هو الإجماع أو الضروره فإنه لو لم يجز مثله للزم تعطيل بعض المعاملات، فان كثيرا ما يحتاج الإنسان إلى المعاملات مع من لا يوثق به فى تلف الثمن، على تقدير بطلان البيع و عمل المسلمين و الى ذلك أشار فى التذكرة فقال: و هذا الضمان عندنا صحيح ان كان البائع قد قبض الثمن، الى أن قال: لإطباق الناس عليه فى جميع الأعصار، و لأن الحاجه تمس إلى معامله من لا يعرف و لا يوثق بيده و ملكه و يخاف عدم الظفر به لو خرج مستحقا للغير.

أقول: و كأنه لذلك: قال به من قال: بعدم جواز ضمان الأعيان، قال فى المسالك: و فى الحقيقة هذا فرد من أفراد الأعيان المضمونه على تقدير كونه موجودا حاله الضمان، و قد تقدم ما فى ضمان الأعيان و المصنف هنا انما رتب الحكم على مذهبه هناك، أو أن هذا الفرد خارج من البين، لمكان الضروره: فإن ظاهرهم

و أنت خبير بما فى تعليلاتهم فى هذا المقام من عدم الصلوح لتأسيس الأحكام، و لو تم الرجوع الى مثل هذه التعليلات العليله فى تأسيس الأحكام الشرعيه لا تسع المجال، و كثر الخبط فى شريعته ذى الجلال، مع استفاضه الاخبار عن الآل بالمنع عن الفتوى الا- بما يعلم عنهم (صلوات الله عليهم) و الأمر بالرد إليهم فيما لم يرد فيه نص عنهم، و الأمر بالسكوت عما سكت الله عنه و نحو ذلك كما لا يخفى على من تتبع الاخبار، و جاس خلال تلك الديار.

نعم لا يبعد فيما ذكره فى ضمان الثمن بعد التصرف فيه و رجوعه إلى الذمه، فإنه يصير حينئذ من قبيل ضمان ما فى الذمه لا ضمان الأعيان، و هو مما لا خلاف فيه، فإنه متى كان ثابتا فى ذمه المضمون عنه و ضمنه الضامن و الحال هذه فإنه لا إشكال فى صحته.

و قال المحقق الأردبيلي (قدس سره) و لا- استبعاد فى ضمان الأعيان بمعنى جواز طلب العين ممن فى يده و الضامن مخير فى وجوب رد العين عليهما، و عوضها بعد التلف بعد الضمان، بل لا- يبعد كونه ناقلا- أيضا بمعنى وجوب الرد، فيطلب العين عن الضامن فيأخذها من المضمون عنه و يردّها إلى أهلها ان ثبت النقل بالدليل مطلقا و الا يكون النقل مخصوصا فيما يمكن من الأموال التى فى الذمه.

قال فى التذكرة ضمان المال عندنا ناقل للمال من ذمه المديون إلى ذمه الضامن على ما يأتى، و فى ضمان الأعيان المضمونه و العهده اشكال، أقربه عندى جواز مطالبه كل من الضامن و المضمون عنه، أما الضامن فللضمان، و أما المضمون عنه فلو جود العين فى يده أو تلفها فيه، و فى العهده ان شاء المشتري طالب البائع و ان شاء طالب الضامن، لان القصد هنا بالضمان التوثق لا غير انتهى.

و لا- يخفى عليك ما فى هذا الكلام فإنه مجرد دعوى و عاريه عن الدليل، و البحث فى صحه الضمان فى هذا المقام و إثباته بالدليل الظاهر ليتمكن بناء ما ذكره من هذه الأحكام عليه، و ان كان بنوع من التجوز فى بعض الموارد، و متى كان ذلك غير ثابت و لا صحيح.

فجميع هذا الكلام نفخ في غير ضرام، و تفسير الضمان بمعنى طلب العين ممن في يده كما ذكره في صدر كلامه مجاز بعيد، لا يصار اليه الا بدليل، و الالفمعى الضمان شرعا هو انتقال الحق إلى ذمه الضامن، و تفسير النقل بما ذكره من وجوب الرد أبعد، و قوله و الا يكون النقل مخصوصا بما في الذمه فيه ما تقدمت الإشاره إليه من أنه انما اختص بما في الذمه، لكونه هو مورد الضمان شرعا.

و أما غيره مما ذكره في ضمان العين المضمونه و العهده الراجع إليه أيضا فليس من الضمان فى شىء لعدم الدليل عليه، فلم يترتب عليه الحكم المذكور و تكلف ترتيبه عليه بهذه التجوزات السخيفه فرع ثبوته أولا، و ليس فليس.

و بما ذكرنا يظهر لك ان ضمان العهده ان تعلق بالعين الموجوده فهو داخل تحت ضمان الأعيان المضمونه و ان كان ظاهرهم هنا الاتفاق عليه للضروره كما ادعوه بخلافه ثمه لما تقدم من الخلاف فى تلك المسئله و ان تعلق بالثمن بعد تلفه و استقراره فى الذمه فهو داخل فى ضمان الديون التى فى الذمه، و لا إشكال فى الصحه.

تنبيهات

الأول [المناط فى ضمان العهده]

قال فى التذكره المناط فى ضمان العهده أن يقول الضامن للمشتري: ضمنت لك عهدته أو ثمنه أو دركه أو خلصتك، و الظاهر أن مراده من ذكر هذه الألفاظ مجرد التمثيل، بمعنى أن كل لفظ يفهم منه ذلك كهذه الألفاظ و نحوها، فإنه، يقع به الضمان، و يصح ذلك للبائع أو المشتري، و محل الضمان المذكور كل موضع يظهر فيه بطلان العقد، كما تقدم.

الثانى [اشتراط اشتغال الذمه فى صحه ضمان العهده]

قد عرفت مما تقدم أن من شروط صحه ضمان العهده اشتغال الذمه بالمضمون على أحد الوجوه السابقه، و حيثئذ فالمعتبر فى ضمان العهده وجود الضمان حالته، فلا- عبره بالتجدد بعد ذلك كالفسخ بالتقابل، و تلف المبيع قبل القبض، و الفسخ بخيار الحيوان، و خيار المجلس و نحوها فإنه حاله الضمان ليس بفساد، و لم يحصل الاستقرار فى الذمه الذى هو شرط فى الضمان، فلم يكن مضمونا فضمانه على هذا التقدير يكون من قبيل ضمان ما لم يجب و حيثئذ فلا يدخل هذا فى ضمان العهده، و مثله أيضا لو فسخ المشتري بعب سابق فإنه لا يدخل ذلك فى ضمان العهده

فلا يلزم الضامن الثمن على تقدير الفسخ بالعيب بل يرجع به المشتري على البائع، و يطالبه به، لان الفسخ بالعيب إنما أبطل العقد من حينه، لا من أصله كما فى ضمان العهده الذى تقدم تحقيقه فلم يكن حاله الضمان و هو وقت البيع مضمونا.

حتى أنه لو صرح بضمانه فى ذلك الوقت فسد (1) لانه ضمان ما لم يجب، و الذمه إنما اشتغلت به بعد الفسخ، و الشرط الذى يبنى عليه الضمان كما تقدم هو ضمانه حال اشتغال الذمه به، فوقت الضمان الذمه غير مشغوله، و وقت الاشتغال متأخر لم يقع فيه ضمان، فلم يصادف الضمان محله، و لا يؤثر هنا تقدم سبب الفسخ، و هو العيب الموجود حال البيع، لأنك قد عرفت أن المدار على اشتغال الذمه وقت الضمان، و هو غير حاصل، و مجرد تقدم السبب مع أنه قد يرضى به المشتري و لا يفسخ العقد غير موجب لصحة الضمان لما عرفت.

الثالث [دليل تسميته بضمان العهده و الدرك]

قد اشتهر فى كلام الفقهاء تسميه هذا الضمان بضمان العهده، و ضمان الدرك، و قد صرح العلامة فى التحرير و غيره فى غيره بأن العهده، فى الأصل اسم للوثيقه، أو الكتاب الذى يكتب فيه وثيقه البيع، و يذكر فيه مقدار الثمن و أحواله من وصف و حلول و تأجيل، ثم نقل الى نفس الثمن، و غلب فيه.

و قال فى التذكرة: سمي ضمان العهده لالتزام الضامن ما فى عهده البائع رده، لما ذكره فى الصحاح، فقال: يقال فى الأمر: عهده بالضم: أى لم يحكم بعد و فى عقله عهده أى ضعف، فكان الضامن ضمن ضعف العقد، و التزم ما يحتاج اليه فيه من عزم، أو أن الضامن من التزم رجعه المشتري عليه عند الحاجة. انتهى.

و أما تسميه ضمان الدرك فقال فى التذكرة أيضا: و أما الدرك فقال فى الصحاح الدرك التبعه، و قيل: سمي ضمان الدرك لالتزامه الغرامه عند ادراك المستحق عين ماله.

و قال فى المسالك: و قيل: يسمي ضمان الدرك لالتزامه الغرامه عند ادراك الشخص عين ماله.

أقول: قال فى القاموس الدرك و يسكن: التبعه، و فى الصحاح، الدرك:

ص: ٣٩

١ - ١) فيه إشارة إلى الرد على من قال بدخول هذا الفرد فى الإطلاق و صحه ضمانه و أنه من جمله ضمان العهده لتقدم سبب الفسخ و فيه ما عرفت فى الأصل. منه رحمه الله.

التبعه، و قال فى كتاب المصباح المنير بعد أن قال: أدركته إذا طلبته فلقته، و الدرك بفتحين و سكون الراء لغه من أدركت الشىء، و منه ضمان الدرك انتهى.

الرابع [عدم جريان ضمان العهده لو فسخ المشتري بعيب سابق]

قد عرفت أنه لو فسخ المشتري بعيب سابق فإنه لا يدخل ذلك فى ضمان العهده، و لا يلزم الضامن الثمن لعدم اشتغال ذمه المضمون عنه وقت العقد بالثمن، و انما حصل ذلك بعد الفسخ.

و انما يبقى الاشكال (١) فيما لو طالب المشتري بالأرش، فهل يرجع به على الضامن متى ضمنه لان استحقاقه ثابت وقت العقد، و هو مناط الفرق بين الثمن و الأرش، فيدخل الأرش فى ضمان العهده، دون الثمن على تقدير الفسخ بالعيب، فان الثمن انما يجب بالفسخ اللاحق المتأخر عن الضمان.

و أما الأرش فإنه جزء من الثمن ثابت به وقت الضمان، فيندرج فى ضمان العهده غايه الأمر انه مجهول القدر، و قد تقدم صحه ضمان المجهول على التفصيل المتقدم، و الحكم هنا مبنى على ما ثبت هناك، أم لا يرجع نظرا الى أن الاستحقاق للأرش انما جعل بعد العلم بالعيب، و اختيار أخذ الأرش، و الموجود حاله العقد من العيب ما كان يلزمه بغير الأرش، بل اللازم التخيير بينه و بين الرد، فلم يتعين الرد الا بالاختيار.

و ملخص الاشكال المذكور يرجع الى أن الأرش هل هو ثابت بالعقد، و انما يزول بالفسخ، و الرجوع الى الثمن أو أن سببه و ان كان حاصلًا، فإنه لا يثبت الا- باختياره، و لعل الأول أقرب، بناء على هذه التعليقات، نظرا الى أن الأرش كان واجبا بالأصل، لأنه عوض جزء فائت من مال المعاوضه، و يكفى فى ثبوته بقاء المشتري على الشراء و انما ينتقل الى الثمن بارتفاق آخر حيث لم يسلم له المبيع تامًا، و الله العالم.

المسألة الثانية [فى رجوع المشتري إلى الضامن إذا خرج المبيع مستحقا]

قالوا: إذا خرج المبيع مستحقا رجع على الضامن، أما

ص: ٤٠

١ - ١) و فيه إشارة إلى أنه لو كان الضمان انما هو بعهده الثمن فإنه لا- يشمل الأرش، الا- أن يكون ذلك معلوما و مقصودا منهما، و يمكن أن يكون هذا وجه الرد و الاشكال، و أما إذا ضمن الأرش و خرج به، فإنه لا إشكال فى صحه الضمان لما ذكرناه فى الأصل، و ظاهرهم أن محل الخلاف انما هو إذا ضمن الثمن خاصه، و كلام الأكثر خال من التخصيص بالثمن. منه رحمه الله.

لو خرج بعضه فإنه يرجع على الضامن بما قابل المستحق، و كان فى الباقى بالخيار، فان فسخ رجوع بما قابله على البائع خاصه.

أقول: أما الكلام فيما إذا خرج الجميع مستحقا فظاهر، و أما فيما لو خرج بعضه مستحقا فإنه يطالب الضامن بحصته من الثمن، و ذلك فان ثمن ذلك البعض حيث أن البائع باعه، و هو لا يستحقه بقى فى ذمه البائع وقت البيع، فصح ضمانه.

و لو قلنا بصحة بيع الفضولى توقف على اجازة المالك لذلك البعض، فان أجازة صح، و ان لم يجز فالحكم كما ذكر، ثم ان المشتري يتخير بين الفسخ لتبعض الصفقه، و بين الرضا على الوجه المذكور، فان فسخ فى الباقى رجوع بثمانه على البائع خاصه على المشهور، لعدم تناول الضمان له، فان ثبوت ثمن هذا الباقى انما حصل بعد الفسخ، لا حال الضمان، و من شرط الضمان كما تقدم اشتغال الذمه بالمضمون حال الضمان.

و نقل عن الشيخ الخلاف هنا، و القول بجواز الرجوع على الضامن للجميع قال فى المختلف: إذا خرج بعض المبيع مستحقا رجوع المشتري على الضامن للعهد بما قابل المستحق من الثمن، فان فسخ البيع لتبعض الصفقه، قال الشيخ: رجوع بما قابل الباقى أيضا على الضامن ان شاء، و ليس بجيد، لئلا انه حصل بسبب متأخر و هو الفسخ المتجدد بعد البيع، فلا يرجع به على الضامن لعدم دخوله فى ضمانه، لانه لم يجب وقت الضمان، احتج الشيخ: بأن السبب فيه الاستحقاق الذى حصل فى بعضه، و الجواب المنع، بل السبب الفسخ، انتهى.

أقول: قد تقدم فى مسأله الرجوع بالأرش بسبب العيب ان الأشهر الأظهر الرجوع به على الضامن، لوجود سبب الاستحقاق وقت الضمان، فإنه ضمنه، و المبيع معيب يستحق للمشتري فيه الأرش، لأنه عوض من ذلك الجزء الفائت من المبيع و ما نحن فيه كذلك كما ذكره الشيخ، فان تبعض الصفقه الذى هو سبب الفسخ الناشئ من استحقاق بعض المبيع كان متحققا وقت المبيع، و القائل - بعدم جواز الضمان هنا - عليه بيان الفرق بين الموضوعين، فإنهما من باب واحد لا يعرف بينهما فرق، و بذلك يظهر أن المسأله لا تخلو من الاشكال، و الله العالم.

المسألة الثالثة [عدم صحة ضمان درك ما يحدث من بناء أو غرس]

قالوا لو ضمن ضامن للمشتري درك ما يحدث من بناء أو غرس لم يصح، لانه ضمان ما لم يجب، والمراد أنه حيث كان للمشتري التصرف فيما يشتريه بالبناء و الغرس و نحو ذلك، فلو خاف ظهور كون المبيع مستحقا و يذهب ما يغرسه فيه و يبنيه مجانا فضمن له ضامن أنه ان ظهر كونه مستحقا و قلع المالك الغرس و هدم البناء فهو ضامن لدرك ذلك، هل يصح هذا الضمان أم لا؟ الوجه أنه لا يصح، لانه ضمان ما لم يجب، لانه حين الضمان لم يكن مستحقا للأرش على البائع، و انما استحققه بعد القلع، و خراب البناء، المتأخرين عن وقت الضمان.

و المراد بالدرك الذى ضمنه الضامن هو الأرش الذى يلزم للمشتري فى مثل هذه الصورة، و هو تفاوت ما بين قيمه تلك الأشجار، و البناء مثبتة و مقلوعه، و يأتى على ما تقدم من صحة الضمان مع تقدم سبب الاستحقاق صحة الضمان هنا، لانه و ان كان الأرش غير مستحق الا بعد القلع و هو الذى بنى عليه عدم الضمان كما عرفت، الا أن سببه كان موجودا وقت الضمان، و هو كون الأرض مستحقه للغير، فينبغى جريان الاحتمال السابق فيما نحن فيه، و حيث انه قد تقرر و علم أنه إذا ظهرت الأرض مستحقه و قد بنى المشتري فيها أو غرس، فأزال المالك ما أحدثه فإن له الرجوع على البائع بالأرش كما تقدم، فلو ضمن البائع و الحال هذه درك ذلك.

فهل يصح الضمان، قيل: نعم، لانه لازم بنفس العقد، و كأنه أريد انه لازم بالعقد ضمن أم لم يضمن، فضمانه يصير مؤكدا.

و أورد عليه بأنه لا يلزم من ضمانه لكونه بايعا مسلطا له على الانتفاع مجانا ضمانه، لعقد الضمان، مع عدم شرائطه التى من جملتها كونه ثابتا حال الضمان، فعدم الصحة أولى.

و بذلك يظهر أنه ليس الخلاف فى ثبوته على البائع أم لا فإنه ثابت عليه بغير اشكال كما تقدم، بل الخلاف انما هو فى ثبوته بسبب الضمان - و ان كان ثابتا بدونه، بمعنى أن كلا منهما سبب على حده، و يظهر الفائدة فيما لو أسقط المشتري عن البائع حق الرجوع بسبب البيع، فإنه يبقى له الرجوع بسبب الضمان لو قلنا بصحته كما لو كان له خياران فأسقط أحدهما فإن له الفسخ بالآخر ان شاء، و الله العالم.

المسأله الرابعه-إذا اختلف الضامن و المضمون له فى قبض مال الضمان

اشاره

و ادعى الضامن دفعه مع كون ضمانه باذن المضمون عنه، و أنكر المضمون له ذلك فان مقتضى القاعده أن القول قول المضمون له بيمينه، لانه منكر، و الأصل عدم الدفع فها هنا أحوال:

الأولى- هذه الحال

و مقتضاها أنه ليس للضامن رجوع على المضمون عنه بشيء لأنه انما يرجع عليه بما غرمه، و هنا لم يتحقق غرمه، و استحقاق الرجوع مشروط به و على هذا فلا فرق بين أن يكون ضمانه بالاذن و عدمه، و انما قيدنا بالاذن أولاً ليرتب الأحكام الآتية عليه، إذ لا تهمه مع التبرع- و لا رجوع.

الثانيه- أن يشهد المضمون عنه للضامن بأنه دفعه

بشروط عدالته و عدم تطرق التهمه إليه، فإنه تثبت شهادته على القول بدفعه، و الوجه فيه أن شهادته بذلك متضمنه للشهاده على نفسه، حيث انه لما كان الضمان باذنه موجبا لرجوع الضامن عليه فشهادته بالأداء شهاده على نفسه، و شهاده لغيره فتسمع، إلا أن يتطرق إليها التهمه.

و قد فرضوا للتهمه صوراً، منها- أن يكون الضامن قد صالح على أقل من الحق، فيكون رجوعه انما هو بذلك الأقل، فشهاده المضمون عنه له بذلك تجر الى نفسه نفعاً، فان ذلك إذا لم تثبت يبقى مجموع الحق فى ذمته للضامن.

ورد ذلك بأنه يكفى فى سقوط الزائد عن المضمون عنه اعتراف الضامن بذلك و لا حاجه الى الثبوت بالبينه كما سيأتى، و على هذا تندفع التهمه فتقبل الشهاده.

قالوا: و منها أيضاً أن يكون الضامن معسراً ثم يعلم المضمون له بإعساره، فإن له الفسخ حيث لا تثبت الأداء، و يرجع المضمون له على المضمون عنه، فيدفع بشهادته عود الحق إلى ذمته.

و منها أن يكون الضامن قد تجدد عليه الحجر بالفلس، و المضمون عنه عليه دين، فإنه يوفر بشهادته مال الضمان، فيزداد ما يضرب به.

الثالثه- أن لا يكون شهاده المضمون عنه مقبوله

لأحد الوجهين المتقدمين، فيحلف المضمون له، فإنه متى حلف كان له مطالبه الضامن، ويرجع الضامن على المضمون عنه بما ادعى أنه أداه أولاً، لاعترافه بأنه لا يستحق سواه، وأن ما أخذ

ص: ٤٣

منه بعد اليمين انما هو ظلم و عدوان، مع موافقه المضمون عنه له على ذلك، و ينبغي أن يعلم أن رجوعه بما دفعه أولا مقيد بأن يكون مساويا للحق أو أقل منه، و إلا رجع بأقل الأمرين لأنه لا يستحق الرجوع بأزيد من الحق.

الرابعه- لو لم يشهد المضمون عنه

قالوا: يرجع الضامن بما أداه أخيرا، لأنه لم يثبت ظاهرا أداء سواه، هذا إذا لم يزد على ما ادعاه أولا و لا على الحق، و إلا رجع بالأقل من الثلاثة، لأن الأقل ان كان هو ما غرمه أولا فلزعمه أنه لا يستحق سواه، فإن الثاني ظلم، و ان كان الأقل ما غرمه ثانيا، فلأنه لم يثبت ظاهرا سواه، و ان كان الأقل هو الحق، فلأنه انما يرجع بالأقل من المدفوع و الحق، هذا.

أقول: و عندي في الفرق بين هذه الصوره و سابقتها تأمل. حيث حكم في هذه بالرجوع بما أداه أخيرا لما ذكروا في سابقتها بما أداه أولا لما تقدم، مع إمكان إجراء كل من العلتين بل في كل من الموضعين.

و بالجملة فالغرض من التطويل بهذه الأحكام مع عدم النصوص فيها من أهل الذكر (عليهم السلام) تشحيذ الأذهان و الافهام، و الاطلاع على تفرعاتهم في كل مقام، مع أن جملة منها لا يمكن استنباطه من القواعد الشرعيه، و الضوابط المرعيه، و العمل على الاحتياط، في كل حكم خلا من النصوص. و الله العالم.

المسأله الخامسه: إذا كان له على رجلين مال، فضمن كل منهما صاحبه

، فإنه لا إشكال في صحه هذا الضمان من استكمال شرائطه المتقدمه، و على هذا يتحول ما كان على كل واحد منهما الى صاحبه، و حينئذ فإن تساوى المالان و كان ضمان كل واحد بسؤال الآخر و لم يتغير وصف الدين بالحلول و التأجيل، ففائده هذا الضمان تعاكسهما في الأصاله و الفرعيه.

و مما يترتب على ذلك، ما لو أبرء المضمون له أحدهما، فإنه يبرء الآخر، و هذا الإبراء انما ينصرف الى ما ضمنه عن صاحبه، لأنه هو الباقي في ذمته للمضمون له، و الا فأصل المال الذي دفعه قد انتقل بالضمان إلى ذمه صاحبه، فلا معنى للإبراء منه كما تقدم، و حينئذ فإذا أبرأه من مال الضمان لم يكن له الرجوع على صاحبه، لأنه لا يرجع عليه الا بما اغترمه عنه، و الحال أنه لم يغرم شيئا بسبب الإبراء، فمن

أجل ذلك برئت ذمه الآخر من ذلك.

و أما ما اشتغلت به ذمه الآخر من مال الضمان الذى ضمنه عن ذلك الذى أبرأه المضمون له،فهو باق فى ذمته فبراءه ذمه الآخر
انما هو مما كان عليه لا مما ضمنه، و انما يتحول ما كان على كل واحد الى صاحبه مع ضمانهما دفعه،و رضى المضمون له بهما
فلو رد أحدهما و اجتمع الحقان على الآخر،و كذا لو ضمنا على التعاقب اجتماعا على الأخير الا أن يحصل التخصيص. (1)

المسألة السادسة- إذا رضى المضمون له من الضامن ببعض المال، أو أبرأه من بعضه

لم يرجع على المضمون عنه الا بما اداه و لو أبرأ من بعضه لم يرجع على المضمون عنه الا بما اداه و لو أبرأه منه كملا لم يرجع
بشئ،و كذا لو دفع الضامن عرضا عما فى ذمته للمضمون له،فإنه يرجع على المضمون عنه بأقل الأمرين من قيمته السوقية و من
أصل الدين.

قال فى المسالك:و لا فرق فى ذلك بين أن يكون قد رضى المضمون له بالعرض عن دينه بغير عقد،و بين ان يصلحه الضامن
به عن ماله،فلو كان ثوبا يساوى مائة و يصلحه عن الدين و هو مائتان لم يرجع إلا بقيمه الثوب هذا إذا أجرى البيع على العرض
بنفس المال المضمون له.

أما لو صلحه عليه فى المثال بمأتين مطلقا ثم تقاصا فالمتجه رجوعه بالمأتين لأنها تثبت له فى ذمته بغير الاستيفاء،و انما وقع
الأداء بالجميع،و يحتمل الرجوع بقيمته خاصة،لأن الضمان وضع للإرفاق،و توقف فى التذكرة فى ذلك.انتهى.

أقول:و قد تقدم الكلام فى هذه المسألة فى الموضوع الخامس و الموضوع العاشر من البحث الأول.

ص: ٤٥

١- ١) و وجهه أنه إذا ضمن زيد ما فى ذمه عمرو انتقل ما فى ذمه عمرو إلى ذمه زيد مع ما كان فى ذمه زيد أولا،و حينئذ فإذا
ضمن عمرو ما فى ذمه زيد انتقل جميع ما فى ذمه زيد من الدين الذى عليه أولا و مال الضمان الذى ضمنه عن عمرو كله إلى
ذمه عمرو،أما لو خصص الضمان فان قال:ضمنت ما فى ذمتك من المال الذى استدنته من فلان اختص الضمان به، و هذا فائدة
القيد الذى روونه فى الأصل منه رحمه الله.

قد صرح الأصحاب بجواز ترامى الضمان و دوره، بان يضمن ضامن ثم يضمن عنه آخر و هكذا الى عده ضمنا، و لا مانع منه لتحقق شرطه، و هو ثبوت المال فى ذمه المضمون عنه، و هو هنا كذلك، و حينئذ فيرجع كل ضامن على من ضمن عنه إذا كان الضمان باذنه بما أداه عنه، و يصح دوره، بأن يضمن الأصل ضامنه، أو ضامن ضامنه و ان تعدد، فيسقط بذلك الضمان، و يرجع الحق كما كان، و يترتب عليه أحكامه، كما لو وجد المضمون له الأصل. الذى صار ضامنا معسرا مثلا.

فان له الفسخ و الرجوع الى الضامن السابق، و قد يختلفان بأن يضمن الحال مؤجلا، و بالعكس كما تقدم فى الموضوع السابع من البحث الأول، و قد تقدم نقل خلاف الشيخ فى ذلك. و الله العالم.

المقصد الثانى فى الحواله

اشاره

و البحث فيها يقع فى مسائل

الأولى [تعريف الحواله] :

قيل الحواله عقد شرع لتحويل المال من ذمه إلى ذمه مشغوله بمثله، و فى التذکره: عرفها بأنها تحويل الحق من ذمه إلى ذمه، و لم يشترط فى الذمه المحول إليها الاشتغال بمثل المال المحول، إدخالا للحواله على البرىء فى التعريف المذكور، و ظاهر التعريف الأول خروجه، مع أنهم عدوا الحواله على البرىء من هذا الباب، و أورد على العلامه فى تعريفه فى التذکره - بأنه و ان قصد بإسقاط هذا القيد المحاوله لإدخال هذا الفرد لثلا- ينتقض التعريف فى عكسه، الا أنه وقع فيما هو أصعب منه، لشموله حينئذ للضمان بالمعنى الأخص لأن المال يتحول فيه من ذمه المضمون عنه إلى ذمه الضامن، فانقض فى طرده.

و أجاب عنه المحقق الأردبيلي (رحمه الله عليه)، بأن المراد كما هو الظاهر التحويل من ذمه المحول الذى هو المحيل لا مطلقا، قال: على أنه ليس أصعب، لأن التعريف بالأعم جائز عند المتقدمين، بخلاف الأخص فإنه غير جائز عند أحد فقوله فى شرح الشرائع: فوقع فيما هو أصعب منه محل التأمل، انتهى.

ثم ان فى تعريفهم لها بأنها تحويل الحق أو تحويل مال، ما يشير الى أن الحواله ناقله للمال من ذمه المحيل إلى ذمه المحال عليه، و من أجل ذلك سميت حواله.

قال فى التذكرة: الحوالة عقد لازم، فلا بد فيها من إيجاب و قبول، كغيرها من العقود، والإيجاب كل لفظ يدل على النقل و التحويل مثل أحلتك و قبلتك و اتبعتك، و القبول ما يدل على الرضا نحو رضيت و قبلت، و لا تقع معلقه بشرط و لا صفه، بل من شرطها التنجيز، فلو قال: إذا جاء رأس الشهر أو ان قدم زيد فقد أحلتك عليه لم يصح، لأصالة البراءة و عدم الانتقال، و لا يدخلها خيار المجلس.

لأنه مختص بالبيع، و ليست بيعا عندنا، و هل يدخلها خيار الشرط، منع منه أكثر العامة، و الحق جواز دخوله

لقولهم (١) (عليهم السلام):

«كل شرط لا يخالف الكتاب و السنه فإنه جائز». و لو قال: أحلنى على فلان، فقال أحلتك، افتقر الى القبول، و لا يكفى الإيجاب، انتهى.

أقول: قد عرفت فى غير موضع و لا سيما فى كتاب البيع مما فى اشتراطهم للإيجاب و القبول و نحوهما من الشروط التى أوجبوها فى العقود من عدم الدليل على ذلك، بل إطلاق الاخبار و عبارات العقود المذكوره فيها تردد جميع ما ذكره، و أن الأمر فى العقود أوسع مما ضيقه، و الظاهر أيضا تطرق المناقشه الى ما ذكره من عدم جواز كونها معلقه على شرط، لعدم الدليل عليه، و لعموم (٢)

«المسلمون عند شروطهم». و الله العالم.

الثانيه [أركان الحوالة]

إشاره

-لا يخفى أن أركان الحوالة ثلاثه: المحيل، و المحتال، و المحال عليه و يعتبر رضا الثلاثه عند الأصحاب، أما المحيل فموضع وفاق، قال فى التذكرة:

يشترط فى الحوالة رضى المحيل، و هو الذى عليه الحق إجماعا، فلو اكره على أن يحيل فأحال بالإكراه لم يقع الحوالة، و لا يعرف فيه خلافا، فان من عليه الحق مخير من جهات القضاء، فله أن يقضى من أى جهه شاء، لا يتعين عليه بعض الجهات قهرا.

و أما المحتال فالوجه فى اعتبار رضاه أن حقه ثابت فى ذمه المحيل، فلا يلزمه نقله إلى ذمه أخرى إلا برضاه، و الحكم فى ذلك أيضا إجماعى كما صرح به فى التذكرة، فقال: يشترط رضاه المحتال عند علمائنا أجمع، و به قال الشافعى و أبو حنيفه، ثم ذكر نحو ما ذكرناه من التعليل.

ص: ٤٧

٢-٢) الوسائل ج ١٢ الباب ٦-من أبواب الخيار ص ٣٥٣.

و أما المحال عليه فالمشهور بين أصحابنا(رضوان الله عليهم)اعتبار رضاه أيضا،(١)بل ادعى عليه الشيخ الإجماع،قال فى المختلف:احتج الشيخ على ما اختاره بأن الإجماع واقع على صحه الحواله مع رضى المحال عليه و لا دليل على صحتها من غير رضاه،ولأن إثبات المال فى ذمه الغير مع اختلاف الغرماء فى شدة الاقتضاء و سهولته تابع لرضاه.

و يمكن أن يجاب بأن نفي الإجماع نفي دليل خاص،و نفي الخاص لا يستلزم نفي العام،مع أن الأصل يقتضى الصحه لقوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»(٢)،و نمنع اعتبار رضاه كما لو باعه،و لم نقف على حديث-يتضمن ما ادعاه علمائنا فى هذا الباب،مع أن الشيخ المفيد لم يذكر اعتبار رضى المحال عليه،بل عبارته تشعر بعدم اعتبار رضاه،ثم نقل العباره المذكوره،ثم قال:و كذا قال الشيخ فى النهايه.

أقول:لا يخفى أنه و ان لم يرد فى الاخبار ما يقتضى رضى أحد من هذه الثلاثة المذكوره،الا أن ما علل به رضى الأولين مضافا الى الإجماع على ذلك لا يخلو من قوه،و أما ما علل به الأخير فهو ظاهر الضعف عند التأمل،و مثله أيضا ما قيل:من أن الأصل بقاء المال فى ذمه المحال عليه للمحيل،فيستصحب.

و التحقيق كما ذكره شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك،أن المحيل قد أقام المحتال مقامه فى القبض بالحواله،فلا وجه لافتقاره الى رضاه من عليه الحق،كما لو و كله فى القبض منه،بخلاف الأولين لما عرفت.

ص: ٤٨

١- ١) المفهوم من كلام العلامة فى التذكرة أيضا عدم الخلاف فى ذلك حيث قال:فى أصحابنا من يشترط رضى الثلاثة،و قال فى موضع آخر:و يشترط عندنا رضى المحال عليه، ثم نقل الخلاف عن بعض العامه فقط،و هو كما ترى ظاهر فيما قلناه،مع انه فى المختلف كما نقلناه فى الأصل خالف فى ذلك،و تبعه شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك،و هو الأقرب كما أوضحناه فى الأصل،و يشير أيضا الى وجود الخلاف فى المقام،ما فى عبارته ابن حمزه على ما نقله فى المختلف،حيث قال:تصح الحواله بشروط عشره الى أن قال:و رضى المحال عليه على الصحيح،قال فى المختلف و هو يشعر بوجود قول لبعض أصحابنا ينافيه و انه لا يعتبر رضاه،انتهى و بذلك يظهر ما فى كلام المحقق الأردبيلى حيث انه نسب الخلاف فى هذه المسأله إلى الشهيد الثانى فى المسالك خاصه مع اعترافه بنقل الشيخ الإجماع و فيه ما عرفت.منه رحمه الله.

٢- ٢) سورة المائده-الايه ١.

و اختلاف الناس فى الاقتضاء لا يمنع مطالبه المستحق و من يعينه لذلك، و التوقف على رضاه محل البحث، فأخذه فى الدليل مصادره محضه.

قوله: و لأن إثبات المال فى ذمه الغير تابع لرضاه، بمعنى أن نقله من ذمه المحيل إلى ذمه المحال عليه يتوقف على رضاه، يمكن دفعه، بأننا نمنع من اقتضاء الحوالة النقل، و انما هى إيفاء لما فى ذمه الغير، فلا تقصر عن بيعه كما أشار إليه العلامة فيما تقدم من جوابه عن كلام الشيخ، و أصاله بقاء الحق معارضه بأصاله عدم الاشتراط، و الاستصحاب انقطع بما ذكرناه، خصوصا مع اتفاق الحقيين جنسا و وصفا.

نعم لو كانا مختلفين و كان الغرض استيفاء مثل الحق المحال، توجه اعتبار رضى المحال عليه، لأن ذلك بمنزله المعاوضه الجديده، فلا بد من رضى المتعاضين، و مع ذلك لو رضى المحتال بأخذ جنس ما على المحال عليه، زال المحذور.

و بذلك يظهر قوه القول بعدم اشتراط رضى المحال عليه، الا فى صورته اختلاف المال المحال، مع ما فى ذمه المحال عليه، و عدم رضا المحتال بأخذه، لما عرفت.

تنبيهات

الأول

-ينبغى أن يعلم أنه على تقدير القول المشهور من اعتبار رضى الثلاثة فإن اعتبار رضى المحال عليه ليس على حسب رضى الآخرين، فان الآخرين ركنا العقد الذى لا يتم إلا بالإيجاب و القبول، فالإيجاب من المحيل و القبول من المحتال، و يعتبر فى عقدها عند الأصحاب ما يعتبر فى غيره من العقود من اللفظ و المقاربه و نحوهما بخلاف المحال عليه، فإنه يعتبر رضاه كيف اتفق، مقارنة أو متراخيا، أو متقدما أيضا، لحصول الغرض المطلوب منه على كل من هذه الوجوه.

الثانى

-لا يخفى أنه على ما اخترناه من القول بعدم اعتبار رضى المحال عليه، انما يتجه فيما إذا كان مشغول الذمه بمال المحيل، أما لو كان برىء الذمه و قلنا بصحة الحوالة كما هو أصح القولين - فإنه يشترط رضاه إجماعا.

الثالث

-ان ما تقدم من الإجماع على اشتراط رضى المحيل فى صحة الحوالة مخصوص بما إذا لم يتبرع عنه متبرع بوفاء الدين الذى عليه، أما لو تبرع المحال عليه بالوفاء فإنه لا تعتبر رضى المحيل قطعا، لانه وفاء دينه و ضمانه بغير اذنه،

و العبارة عنه أن يقول المحال عليه للمحتال: احتلت بالدين الذى لك على فلان على نفسى، فيقبل، و فى هذه الصورة انما يشترط رضى المحتال و المحال عليه و يقومان بركن العقد.

الثالثه [فى براهه المحيل من حق المحتال بمجرد الحواله]

- المشهور انه مع تحقق الحواله فإنه يبرأ المحيل من حق المحتال من غير أن يتوقف على الإبراء بل يبرئ بمجرد الحواله، و ذهب الشيخ: فى النهايه و ابن الجنيد و الشيخ المفيد و ابن البراج و ابن حمزه و أبو الصلاح الى توقف ذلك على الإبراء زياده على الحواله، و قال ابن إدريس و من تأخر عنه: بالأول.

و يدل على ما ذهب اليه المشايخ المتقدم ذكرهم: ما رواه

ثقه الإسلام و الشيخ بأسانيد فيها الصحيح عن زراره (١) عن أحدهما (عليهما السلام)

فى الرجل يحيل الرجل بمال كان له على رجل آخر فيقول له: الذى احتال: برئت من ما لى عليك، قال: إذا أبرأه فليس له أن يرجع اليه، و ان لم يبرئه فله أن يرجع على الذى أحاله.

و هى ظاهره الدلاله فيما ذكروه: و المفهوم منها أن الحواله لا- تفيد نقل المال من ذمه المحيل إلى ذمه المحال عليه، لانه مع حصول النقل بالحواله لا يصادف الإبراء محلا.

هذا ان تأخر الإبراء عن الحواله، و الا لم يصادف الحواله محلا، و لا خلاف بين الأصحاب فى أن الحواله تفيد نقل المال إلى ذمه المحال عليه، و أن المحتال ليس له الرجوع على المحيل.

و على ذلك تدل الاخبار، و منها ما رواه

فى الكافى (٢) عن منصور بن حازم قال:

«سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يحيل على الرجل بالدرهم أ يرجع عليه قال: لا يرجع عليه أبدا الا أن يكون قد أفلس قبل ذلك».

و ما رواه

الصدوق فى الفقيه (٣) عن أبى أيوب أنه سأل أبا عبد الله (عليه السلام)

ص: ٥٠

١- ١) الكافى ج ٥ ص ١٠٤ ح ٢، التهذيب ج ٦ ص ٢١١ ح ١.

٢- ٢) الكافى ج ٥ ص ١٠٤ ح ٤.

٣-٣) الفقيه ج ٣ ص ٥٥ ح ٣ وهذه الروايات فى الوسائل ج ١٣ الباب ١١ ص ١٥٨ ح ٢ و ٣ و ١.

عن الرجل يحيل الرجل بالمال أ يرجع عليه؟قال:لا يرجع عليه أبدا الا أن يكون قد أفلس قبل ذلك».

و ما رواه

فى التهذيب (١) عن عقبه بن جعفر عن أبى الحسن (عليه السلام) قال:

سألته عن الرجل يحيل الرجل بمال على الصيرفى ثم يتغير حال الصيرفى أ يرجع على صاحبه إذا احتال و رضى فقال:لا».

و هذه الاخبار كما ترى ظاهره فى نقل الحوالة و براءة ذمه المحيل بعد الحوالة،للمنع من رجوع المحتال عليه معتضده باتفاق الأصحاب على ذلك.

و بالجمله فان كلا من الحوالة و البراءة موجب لخلو ذمه المحيل،فأيهما سبق كان الثانى لاغيا،لا أثر له.

و به يظهر ما فى الروايه المذكوره من الاشكال،و مخالفه القواعد الشرعيه (٢) و قد تأولها الأصحاب بتأويلات بعيده،أقلها بعدا ما ذكره فى المسالك،و هو أن الإبراء فى الخبر كناية عن قبول المحتال الحوالة،فمعنى قوله برئت من مالى عليك أنى رضيت بالحوالة الموجهه للتحويل،فبرئت أنت فكنى عن الملزوم باللائم و هكذا القول فى قوله:و لو لم يبرأه فله أن يرجع،لان العقد بدون رضاه غير لازم،فله أن يرجع فيه.

و مذهب جمهور العامه فى هذه المسأله موافق لمذهب أصحابنا فى عدم التوقف على البراءه،و يمكن حملها على التقيه،لا بهذا الاعتبار،بل باعتبار ما قدمناه فى المقدمه الاولى من المقدمات المذكوره فى صدر كتاب الطهاره من أنهم (صلوات الله عليهم) كثيرا ما يقصدون المخالفه فى الأحكام تقيه و ان لم يكن بها قائل من العامه محافظه على الشيعه لو اتفقوا على نقل الأحكام عنهم كما تقدم تحقيقه ثمه،فإن الخبر كما عرفت:فيه من الاشكال،و مخالفه القواعد المتفق عليها ما يمنع من العمل به.

ص: ٥١

١- (١) التهذيب ج ٦ ص ٢١٢ ح ٦،الوسائل ج ١٣ ص ١٥٨ ح ٤.

٢- (٢) منها ما إذا ظهر إعسار المحال عليه حل الحوالة فإن له الرجوع على المحيل إذا لم يبرءه،و منها ما إذا اشترط المحيل البراءه فإنه يستفيد بذلك عدم الرجوع لو ظهر إفلاس المحال عليه فلا يخفى فيه من البعد عن سياق الخبر و ان كان فى حد ذاته جيدا الا ان فهم ذلك من الخبر انما هو من قبيل الألغاز و المعما.منه رحمه الله.

و ما ذكر من التأويلات لا يخلو من التعسف، و ليس بعد ذلك الا ما ذكرناه. و الله العالم.

الرابعه [جواز الحواله على البرىء]

قد صرح جملته من الأصحاب، و الظاهر أنه المشهور، بجواز الحواله على البرىء للأصل، فان الأصل الجواز، و الأصل أيضا عدم اشتراط شغل ذمه المحال عليه بمال المحيل.

و الشيخ فى المبسوط فى أول كتاب الحواله جوزها على من ليس عليه شىء للمحيل، ثم قوى فى آخره المنع، و لم ينقل المنع هنا عن غير الشيخ.

قال فى المسالك: و مبنى القولين على أن الحواله هل هى استيفاء أو اعتياض؟ فعلى الأول يصح دون الثانى، لأنه ليس على المحال عليه شىء يجعل عوضا عن حق المحتال.

أقول: لا- يخفى أن الوارد من الاخبار فى هذه المسئله، و هو ما قدمناه فى سابق هذه المسئله، و ليس غيره فى الباب دالا بظاهر إطلاقه على صحه الحواله، أعم من أن يكون المحال عليه مشغول الذمه أو بريئا، فالأظهر فى الاستدلال على هذا الحكم هو الاستناد إلى إطلاق الاخبار المذكوره، و عدم التعويل على هذه الاعتبارات المتكلفه، و الله العالم.

الخامسه [شرائط صحه الحواله]

-من شروط الحواله رضى الثلاثه المتقدم ذكرهم، و قد عرفت الكلام فى الاتفاق على المحيل و المحتال، و الخلاف فى المحال عليه.

و منها كمالهم و عدم الحجر عليهم، و أكثرهم لم يذكر هذا الشرط و كأنه لظهوره و الاكتفاء بذكره فى أمثال هذا المقام من الضمان و نحوه.

و منها أنه يشترط ملاءه المحال عليه أو العلم بإعساره وقت الحواله، فلو قبل الحواله جاهلا بحاله ثم بان إعساره وقت الحواله كان له فسخ الحواله، و الرجوع على المحيل، و يدل عليه ما تقدم من روايه منصور بن حازم (1) و روايه أبى أيوب (2).

و لو كان وقت الحواله مليا ثم تجدد له الإعسار فلا- خيار، و تدل عليه روايه عقبه بن جعفر المتقدمه (3) و مفهوم الروايتين المذكورتين أيضا حيث منعنا من

ص: ٥٢

١-١ ص ٥٠.

٢-٢ ص ٥٠.

٣-٣ ص ٥١.

الرجوع بعد الحوالة مطلقا الا في صورته إفلاسه وقت الحوالة.

و لو انعكس الفرض المذكور بأن كان وقت الحوالة معسرا ثم تجددت الملائته قبل أن يفسخ المحتال، فهل يزول الخيار أم لا؟ اشكال، لزوال الضرر المترتب على الإعسار، فيزول الخيار، و من ثبوت الخيار أولا فيستصحب، لان الموجب للخيار ليس هو الإعسار مطلقا، ليزول بزواله بل الإعسار وقت الضمان و هو، متحقق فيثبت حكمه، و رجحه في المسالك، فقال: بأن الأقوى ثبوت الخيار لذلك.

و منها ثبوت المال في ذمه المحيل للمحتال إجماعا، فلو لم يكن المحيل مشغول الذمه للمحتال لم تصح الحوالة و لم تتحقق.

نعم لو أحال على شخص و الحال هذه فان كان ذلك الشخص المحال عليه غير مشغول الذمه، فإن هذه الحوالة تصير وكاله في القرض منه. فهي وكاله، و ان كانت بهذا اللفظ: فإنها جائزه بكل لفظ دل على ذلك، و ان كان مشغول الذمه فهي وكاله أيضا، لكن في الاستيفاء.

و بالجملة فإن ما لم يكن ثابتا في الذمه لا تجزى الحوالة فيه، و ان وجد سببه كمال الجعالة قبل العمل، فإنه لا يصح إحاله الجاعل به للمجعول له، لعدم ثبوته، أما لو أحال به المعجول له على الجاعل لمن له عليه دين ثابت، فإنه يجوز، بناء على القول بصحة الحوالة على البرىء.

و منها أن يكون المال المحال معلوما عند المحيل، فلو أحاله بمال مجهول عنده كما لو أحاله بماله من الدين لم يصح للغرر، و لأن الحوالة اما أن تكون اعتياضا أو استيفاء و على الأول فلا يصح على المجهول، كما أنه لا يصح بيعه، و على الثاني فإنه انما يمكن استيفاء المعلوم.

قال في التذكرة: و يحتمل هنا (1) الصحة، و يكون على المحال عليه للمحتال ما يقوم به البينه، كما قلنا في الضمان، و لا فرق في اشتراط كونه معلوما بين أن

ص: ٥٣

(١- ١) أى على تقدير كونه استيفاء. منه رحمه الله.

يكون مثلها كالطعام، أو قيميا كالعبد و الثوب خلافا للشيخ (١) و جماعه حيث منعوا من جواز الحواله بالقيمي، لكونه مجهولا.

ورد بأنه معلوم بالوصف المصحح للبيع، و الواجب فيه القيمه و هي مضبوطه أيضا تبعا لضبطه، فلا مانع مع شمول عموم الأدله.

و منها سبق اشتغال ذمه المحال عليه عند بعض، و هو من قال بعدم جواز الحواله على البرىء، و أما على ما قدمناه من القول بالجواز فإنه لا وجه لهذا الشرط.

و منها انه يشترط تساوى المالين جنسا و وصفا تفصيا من التسلط على المحال عليه، إذ لا يجب أن يرفع الا مثل ما عليه، و تردد المحقق فى الشرائع فى هذا الشرط.

قال فى التذكرة: من مشاهير الفقهاء و جوب تساوى الدينين، أعنى الدين الذى للمحتال على المحيل، و الدين الذى للمحيل على المحال عليه جنسا و وصفا و قدرا، فلو كان له دنائير على شخص فأحاله عليه بدراهم لم يصح، لثلا يلزم التسلط على المحال عليه بما لا يستحق، و أما قدرا (٢) فلا يجوز التفاوت بمعنى

ص: ٥٤

١ - ١) قال الشيخ فى المبسوط: انما تصح الحواله فى الأموال التى هى ذوات الأمثال، و نحوه كلام ابن حمزه، و قال ابن الجنييد: الحواله جائزه بسائر ما يصح السلم فيه من الأمتعه مع من تجوز ذلك معه و لم يذكر الشيخ المفيد و لا السلار و لا ابن إدريس ذلك، قال فى المختلف: و المعتمد عدم الاشتراط كما قال ابن الجنييد: أصاله صحه العقد عدم اشتراط كونه مثليا، احتج المانعون بأنه مجهول، و الجواب المنع من الجهاله، بل ربما يوصف به السلم، قال الشيخ فى الخلاف: نمنع كونه مجهولا، لأنه لا بد أن يكون معلوما يعنى الحيوان بوصفه و سمنه و جنسه، فان لم يكن كذلك لم يصح الحواله، انتهى، منه رحمه الله.

٢ - ٢) أقول: المراد بقوله و أما قدرا الى آخره أنه لو كان للمحيل فى ذمه المحال عليه عشره، و للمحتال فى ذمه المحيل خمسسه، فلا يحيل تلك الخمسه على تلك العشره، بمعنى أنه يأخذ تلك العشره عوض هذه الخمسه، و كذا بالعكس لما علله به فى التذكرة قال: ان هذا العقد للإرفاق و لا لإيصال كل حق الى مستحقه و لم يوضع لتحصيل زياده أو حط شىء، و المراد بذلك وقوع المعاوضه بالقليل عن الكثير و بالعكس، انتهى. نعم على تقدير التفاوت بين الدينين يجوز الحواله بالمساوى كأن يحيل إليه فى الصوره الأولى بخمسسه من تلك العشره، قال فى التذكرة: و للشافعيه وجه فى الإحاله بالقليل على الكثير أنها جائزه، و كان المحيل يتبرع بالزياده منه رحمه الله.

الحواله بالزائد على الناقص و كذا العكس و مع التفاوت يجوز بالمساوى، و أما الأجل فيجوز الحال بالحال، و المؤجل بمثله و بالحال و الا- بعد بالأنقص لا- العكس، لأنه تأجيل حال. نعم لو شرط فى الحواله فى الحالين عدم القبض الا بعد أشهر مثلا يجوز، للدليل وجوب العمل بالشرط. انتهى.

كذا نقل عنه المحقق الأردبيلي (قدس سره) فى شرح الإرشاد، و الظاهر أنه نقل بالمعنى لمخلص ما ذكره فى الكتاب المذكور، كما لا يخفى على من راجع كتاب التذكرة.

أقول: و تفصيل الكلام فى المقام هو أن الشيخ (رحمه الله عليه) و جماعه ذهبوا الى اشتراط تساوى المالىن أى المال المحال به، و المال المحال عليه جنسا و وصفا، لأن حقيقه الحواله تحويل ما فى ذمه المحيل إلى ذمه المحال عليه، فإذا كان الدين الذى على المحيل دراهم مثلا، و الدين الذى على المحال عليه دنانير، فكيف يصير حق المحتال على المحال عليه دراهم، و لم يقع عقد يوجب النقل من الدنانير التى فى ذمته الى الدراهم.

و الجواب عن ذلك أنه متى قيل باشتراط رضى المحال عليه كما هو المشهور أو لم نقل ثمه به، و لكن نقوله فى هذا المقام حيث أنها معاوضه تتوقف على رضاه كما أشار إليه العلامة فى المختلف، حيث أنه ممن منع اشتراط رضاه، و لكن أوجه فى هذا المقام، حيث أنها معاوضه.

و كذا إذ قلنا بجواز الحواله على البرىء- كما هو الأشهر الأظهر مما عرفت فيما تقدم- فإنه لا وجه لما ذكره من المنع بالكلية، و متى جاز الحواله على البرىء الذى لاحق عليه بالكلية، فلأن يجوز على من عليه حق مخالف اولى، و غايه ما يلزم هو مخالفه الحق المحال به لما هو عليه، و هذا لا يصلح للمنع، لأن الحواله ان كانت استيفاء، فالاستيفاء يجوز بالجنس و غير الجنس مع التراضى على ذلك، و ان كانت اعتياضا فكذلك، لجواز المعاوضه على المختلفين و هذه المعاوضه هنا ليست من قبيل المعاوضه فى البيع، حتى يعتبر فيها التقابض و نحوه مما اعتبر فى البيع، بل هى معاوضه مبنية على الإرفاق و المسامحه.

و بالجمله فإنه متى حصل التراضى من الجانبين كما هو المفروض فلا مانع و التسلط الذى التجأوا إليه فى المنع انما يتم مع عدم التراضى و المفروض وجوده، نعم لو قلنا بعدم جواز الحواله على البرىء اتجه ما ذكره. و الله العالم.

السادسه [جواز ترامى الحوالات و دورها]

-الظاهر أنه لا خلاف بينهم فى جواز ترامى الحوالات و دورها، لحصول شرائط الصحة، و عدم المانع فكما تصح الاولى تصح الثانيه و الثالثه، و هكذا لعين ما ثبت به صحه الاولى، فلو أحال المديون زيذا على عمرو ثم أحال عمرو زيذا على خالد، ثم أحال خالد زيذا على بكر صح، و هذا فى صورته تعدد المحيل و المحال عليه، فان كلا منهم ما عدا الأول محيل و محال عليه، مع اتحاد المحتال، فان المحتال فى جميع هذه الفروض واحد، و هو زيذ، و يجوز أن يرجع الأخير منهم على المديون الأول، و يحيل عليه، أما بأن تكون ذمته مشغوله بدين لمن أحال عليه، أو بناء على جواز الحواله على البرىء فيصح دورها، و مثله (1) باقى الحوالات السابقه.

السابعه- لو أحال عليه فقبل الحواله و أدى ثم رجع على المحيل بما أداه مدعيا براءه ذمته

من مال المحيل، و ادعى المحيل اشتغال ذمته، و أنه انما أحال عليه من حيث كونه مشغول الذمه بماله، فان قلنا بجواز الحواله على البرىء كما هو أظهر القولين، و أشهرهما، فإن القول هنا قول المحال عليه بيمينه، لانه منكر لاشتغال الذمه، و ان اعترف بصحه الحواله، فإن صحتها لا تستلزم شغل الذمه لما عرفت من جوازها على البرىء، فيرجع بما أداه على المحيل بعد اليمين، و ان قلنا بأن الحواله مشروطه بشغل ذمه المحال عليه فوجهان:

أحدهما- أنه لا يقبل قوله فى نفي شغل الذمه، لأن الحواله تقتضى شغلها، حيث أن الحواله لا تصح الا مع شغل الذمه كما هو المفروض، و هو موافق على الحواله.

و بالجمله فالمنكر و ان كان معه أصاله عدم شغل الذمه، الا أن ذلك يقتضى

ص: ٥٦

١- ١) المراد مثل ذلك فى الحواله على البرىء أو مشغول الذمه فإنك قد عرفت صحه الحواله على البرىء فيما تقدم، فهو جائز فى كل موضع تصح الحواله فيه بدون ذلك. منه رحمه الله.

بطلان الحوالة على هذا التقدير، و مدعى الدين يدعى صحتها، و مدعى الصحة عندهم مقدم، و على هذا فلا تسمع دعوى المحال عليه، و لا- يرجع على المحيل بشيء، و ثانيهما- أن يقال: ان هنا أصليين تعارضا، أصله عدم شغل الذمه مع المحال عليه و أصله صحة العقد مع المحيل فتساقطا، و بقي مع المحال عليه أنه أدى عن المحيل باذنه، فيرجع عليه حينئذ على التقديرين (١).

و استحسنة في المسالك ثم اعترضه بأن الاذن في الأداء انما وقع في ضمن الحوالة، و إذا لم يحكم بصحتها لا- يبقى الاذن مجردا، لانه تابع فيستحيل بقاءه بدون متبوعه.

ثم أجاب بأن الاذن و ان كان واقعا في ضمن الحوالة الا أنه أمر يتفقان على وقوعه، و انما يختلفان في أمر آخر، فإذا لم يثبت لا ينتفى ما وقع الاتفاق منهما عليه، انتهى.

و منه يظهر أن الأقرب الى الاعتبار هو كون القول قول المحال عليه مطلقا و هو اختيار المحقق الأردبيلي (قدس سره) أيضا في شرح الإرشاد، و الله العالم.

الثامنة [إذا أحال المشتري البائع بالثمن ثم رد المبيع بعيب سابق]

إشاره

قالوا: إذا أحال المشتري البائع بالثمن ثم رد المبيع بعيب سابق فهل تبطل الحوالة؟ لأنها تبع للبيع، فيه تردد، فان لم يكن البائع قبض المال فهو باق في ذمه المحال عليه للمشتري، و ان كان البائع قبضه فقد برىء المحال عليه، و يستعيده المشتري من البائع.

أما لو أحال البائع أجنبيا بالثمن على المشتري، ثم فسخ المشتري بالعيب أو بأمر حادث لم تبطل الحوالة، لأنها تعلقت بغير المتبايعين، و لو ثبت بطلان البيع بطلت الحوالة في الموضوعين.

أقول: تفصيل إجمال هذا الكلام و بيان ما اشتمل عليه من الأحكام يقع في مواضع

الأول- فيما إذا أحال المشتري البائع بالثمن على شخص آخر، ثم رد المبيع بعيب سابق و فسخ العقد

، فهل تبطل الحوالة أم لا؟ قد تردد في ذلك المحقق

ص: ٥٧

١- ١) أي على تقدير صحة الحوالة على البريء، أو اشتراط شغل الذمه في صحة الحوالة و عدم جواز الحوالة على البريء. منه رحمه الله.

و منشأ التردد من جهه ما ذهب اليه الشيخ: من بطلان الحواله فى الصوره المذكوره، معللا ذلك بأن الحواله تابعه للبيع، فإذا بطل البيع بطلت، لاستحاله وجود التابع من جهه ما هو تابع بدون متبوعه، و من أن الحواله ناقله للمال إلى ذمه المحال، عليه، فقد انتقل ما فى ذمه المشتري من المال الذى هو ثمن المبيع للمحتال إلى ذمه المحال عليه، فلا يبطله الفسخ المتأخر، لأن الفسخ انما يبطل العقد من حينه لا من أصله.

و ربما بنى التردد ايضا و حصول الوجهين المذكورين على أن الحواله هل هى استيفاء ما على المحيل؟- نظرا الى عدم اشتراط القبض فيها و لو كان الحقان من الأثمان، بمعنى أن المحتال استوفى دينه الذى على المحيل بمجرد الحواله من غير أن يقبض منه شيئا، و لو كانت اعتياضا كان ذلك بيع دين بمثله.

و لتحقق برأيه الأخر و هو المحيل بمجرد الحواله، و على هذا تبطل الحواله، لأنها نوع إرفاق (1) و إذا بطل الأصل بطل مهيه الإرفاق، كما لو اشترى شيئا بدراهم مكسره و تطوع بأداء صحاح عوضها ثم فسخ، فإنه يرجع عليه بالصحاح، و لا يقال:

انه يطالب بمثل المكسره ليقى التطوع بحاله، لأن التطوع انما بنى على البيع، و البيع قد انفسخ و بطل، فيبطل ما تفرع عليه، أو ان الحواله اعتياض لا استيفاء نظرا إلى أنه لم يقبض نفس حقه، بل أخذ بدله عوضا عنه، و هو معنى الاعتياض، و على هذا لا تبطل كما لو اعتاض البائع عن الثمن ثوبا ثم فسخ، فإنه يرجع بالثمن لا بالثوب.

أقول: و هذا الوجه الأخير الذى بنى عليه التردد نقله العلامه فى التذكرة عن الشافعيه: بالاحتمالين المترتين عليه، و ظاهره و كذا ظاهر جملة من الأصحاب، التوقف هنا، لاقتصارهم على نقل الأوجه المذكوره فى المسأله، و الخلاف المنقول عن الشيخ من غير أن يرجحوا شيئا و هو فى محله.

١ - ١) وجه كونها نوع إرفاق أنه يستحق الثمن فى ذمته فالواجب دفع عين الثمن، و قبول الحواله إرفاق بالمحيل و مسامحه له، فإذا كان بناء الحواله على الإرفاق و المسامحه للمحيل، فحين بطل البيع بالفسخ تبعه ما يترتب عليه من الإرفاق فيبطل حسب ما ذكر فى المثال المذكور فى الأصل منه رحمه الله.

و ينبغي أن يعلم أنه لا فرق فيما ذكر من الحكم المذكور بالوجوه المتقدمه، بين كون الرد بالعيب بعد قبض المبيع أو قبله، ولا بين أن يتفق الرد بعد قبض المحتال مال الحواله أو قبله، ولا بين الفسخ بخيار العيب أو غيره من أنواع الخيار، والإقاله و الفسخ بالتحالف و نحو ذلك مما لا يبطل البيع من أصله.

و لكن المتأخرين من الأصحاب مثلوا بالعيب تبعا لمن فرض المسأله، وكذا لا فرق بين العيب السابق على البيع أو اللاحق على وجه يجوز الفسخ، كالعيب قبل القبض و قبل انقضاء الثلاثه فى الحيوان، لاشتراك الجميع فى العله الموجهه للحكم المذكور فى الصوره المفروضه فى كلام من فرضها، وأصل هذه الفروض و الفروع فى هذه المسأله و أمثالها كله من كلام العامه، كما لا يخفى على من لاحظ التذكره، و أصحابنا كالشيخ: و أتباعه جروا عليها.

الثانى [فى براه ذمه المحال عليه فيما قلنا بطلان الحواله]

-أنه متى قلنا بطلان الحواله كما هو أحد الوجهين المتقدمين بأى سبب من السببين المتقدمين أيضا، فإن كان المحتال و هو البائع قد قبض المال من المحال عليه فقد برئت ذمه المحال عليه، و يستعيده المشتري من البائع ان كان موجودا بعينه، و لو تلف لزمه بدله و ان تلف بغير تفريط، لانه مضمون عليه حيث أنه قبضه عوضا عن الثمن، و ليس للمحتال رده على المحال عليه، فان رده عليه فللمشتري مطالبته، و ان كان لم يقبض فليس له قبضه، لبطلان الحواله، فيبقى فى ذمه المحال عليه لصاحبه، و هو المشتري كما كان.

فلو خالف المحتال و قبضه بعد بطلان الحواله لم يقع عنه لبطلان حقه. و هل يقع للمشتري قالوا: فيه وجهان (1)؟ و متى قلنا بصحه الحواله كما هو الوجه الآخر، فإن كان البائع قد قبض برأ المحال عليه، و رجع المشتري على البائع، و لا يتعين حقه فيما قبضه، و ان لم يكن قد قبض فله القبض، و للمشتري الرجوع عليه، قبل

ص: ٥٩

١ - ١) منشأهما من أن الحواله متضمنه للإذن فى القبض، فان قلنا أن الاذن يبطل ببطلان الحواله، لأنه متى كان من لوازمها فإنه يتبعها وجودا و عدما، فإذا بطلت بطل، لاستحاله تخلف اللازم عن ملزومه، و ان قلنا بأن الإذن الضمنى لا يبطل ببطلان ما كان فى ضمنه كما هو أحد القولين فيه، كما ذكره فى الشركه و الوكاله و تحقيق ذلك فى باب الوكاله، ان شاء الله تعالى. منه رحمه الله.

القبض لأن الحوالة كالمقبوض، و من ثم يسقط حق حبس المبيع لو أحال المشتري البائع بالثمن.

قيل: و يحتمل عدم جواز رجوعه الى أن يقبض، لعدم وجود حقيقه القبض، و ان وجد ما هو بمعناه فى بعض الأحكام.

أقول: من المحتمل قريبا أن ترتب الرجوع على القبض أو ما فى معناه لا يظهر له وجه وجيه، لأن الحوالة بناء على ما هو المفروض من القول بصحتها أمر منفك عن البيع غير مترتب عليه صحه و بطلانا، فيعمل فى الحوالة بما هو مقتضاها من قبض المحتال من المحال عليه متى أراد، رجوع عليه المشتري أو لم يرجع، و فى البيع ما يقتضيه من رجوع المشتري بالثمن بعد الفسخ على البائع، قبض مال الحوالة أم لم يقبض. و الله العالم.

الثالث- لو أحال البائع أجنبيا بالثمن على المشتري ثم فسخ المشتري بالعيب أو بأمر حادث

لم تبطل الحوالة لما ذكر من التعليل، و هو تعلق الحوالة هنا بغير المتبايعين، بخلاف المسألة المتقدمه، و هى حوالة المشتري البائع بالثمن، فإن الحوالة متعلقه بالمتبايعين، و هذا هو وجه الفرق بين المسألتين.

و بيان الفرق ان الحق فى تلك المسألة كان مختصا بالمتبايعين بسبب البيع، فإذا بطل السبب بطل ما يترتب عليه، بخلاف حوالة الأجنبى، فإنه لا تعلق له بالبيع، و لا بصحته و لا ببطلانه، و ان حكمنا ببطلان البيع بعد الفسخ، حيث أن الثمن صار مملوكا لذلك الأجنبى المحتال قبل فسخ العقد، و نقل عن الشيخ: هنا الإجماع على عدم بطلان الحوالة، قيل: و يحتمل ضعيفا البطلان هنا أيضا، لأن استحقاق المحتال فرع استحقاق المحيل، فإذا بطل حق المحيل بطل تابعه، و وجه ضعفه أنه تابعه حين الحوالة لا بعد ذلك، لإفادتها الملك حين وقعت بغير معارض.

أقول: و على هذا فلا فرق بين أن يكون المحتال قد قبض أم لا، لأن الناقل للملك الحوالة، لا القبض، و حينئذ فإن المحتال يرجع على المشتري بما أحيل له به من الثمن لو لم يقبضه، و المشتري بعد الفسخ يرجع به على البائع.

الرابع [فى بطلان الحوالة بظهور بطلان البيع]

-لو ثبت بطلان البيع بطلت الحوالة فى كل من الموضوعين المذكورين،

اعنى حواله المشتري البائع بالثمن كما مر فى المسأله الاولى، و حواله البائع الأجنبى بالثمن على المشتري.

و توضيحه أن صحه الحواله فرع استحقاق البائع الثمن، و ثبوته له على كل من التقديرين المذكورين، و مع تبين بطلان البيع من أصله يظهر عدم استحقاق البائع الثمن فى ذمه المشتري فى نفس الأمر.

و التحقيق أن الحواله وقعت باطله من أصلها، إلا أنه انما انكشف البطلان بظهور بطلان البيع، و عدم استحقاق الثمن، فيكون بطلان البيع كاشفا عن بطلانها، و حينئذ فإن كان البائع بالنسبه إلى المسأله الأولى أو المحتال بالنسبه إلى الثانيه لم يقبض، فليس له القبض بظهور البطلان كما عرفت، و ان كان قد قبض، فإن للمشتري أن يرجع عليه بذلك، و للمشتري أيضا الرجوع فى المسئله الثانيه (1) على البائع بما قبضه محتاله، لأنه قد وفى عنه ما فى ذمته للمحتال، و هو الأجنبى، فقبضه منسوب اليه، و ليس للمشتري الرجوع فى المسأله الاولى، و هى ما إذا أحال المشتري البائع بالثمن على شخص آخر على ذلك الشخص الآخر المحال عليه لصدور القبض باذنه، و انما يرجع على البائع. و الله العالم.

المقصد الثالث فى الكفاله:

اشاره

المفهوم من جمله من الاخبار كراهه الكفاله و التأكيد فى المنع منها،

فروى فى الكافى عن حفص بن البختري (2) فى الصحيح قال:

«أبطأت عن الحج، فقال لى أبو عبد الله عليه السلام: ما أبطأ بك عن الحج؟ فقلت: جعلت فداك تكفلت برجل فخفر بى فقال: مالك و الكفالات، أما علمت أنها أهلك القرون الاولى، ثم قال: ان قوما أذنبوا ذنوبا كثيره فأشفقوا منها و خافوا خوفا شديدا، فجاء

ص: ٦١

١- ١) و هى ما إذا أحال البائع أجنبيا على المشتري بالثمن، و وجه رجوعه على البائع ان البائع إنما أحال بالثمن على المشتري للأجنبى، لأنه مشغول الذمه للأجنبى، فيكون المشتري قد أدى عنه ما فى ذمته باذنه، فيرجع به عليه حينئذ، فعلى هذا يتخير بين الرجوع على البائع و على محتاله. منه رحمه الله.

٢- ٢) الكافى ج ٥ ص ١٠٣ ح ١ باب الكفاله و الحواله.

آخرون فقالوا: ذنوبكم علينا فانزل الله عز و جل عليهم العذاب، ثم قال تبارك و تعالى:

خافوني و اجترأت على». و الخفر نقض العهد.

و روى الشيخ فى التهذيب عن أبى الحسن الخزاز (١) قال:

«سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول لأبى العباس الفضل بن عبد الملك: ما منعك عن الحج؟ قال: كفاله تكفلت بها قال: مالك و الكفالات أما علمت أن الكفاله هى التى أهلكت القرون الأولى».

و روى الصدوق فى الفقيه مرسلا (٢) و قال الصادق (عليه السلام):

الكفاله خساره غرامه ندامه».

و بإسناده

عن إسماعيل بن جابر (٣)

«عن أبى عبد الله (عليه السلام)، انه قال:

لا تتعرضوا للحقوق، فاذا ألزمتكم فاصبروا لها».

و روى الشيخ بإسناده عن داود الرقى (٤) قال: قال:

أبو عبد الله (عليه السلام) مكتوب فى التوريه كفاله ندامه غرامه».

و البحث فى هذا المقصد يقع فى مواضع

الأول [تعريف الكفاله]

-الكفاله هى التعهد بالنفس بمعنى التزام إحضار المكفول متى طلبه المكفول له، فهى متعلقه بثلاثه، الكفيل و هو هنا بمعنى الفاعل و ان كانت هذه الصيغه تصلح للمفعول أيضا، الا أنهم انما أرادوا به هنا الكافل، و المكفول له، و المكفول، و لا ريب فى اعتبار رضى الأولين، و لا خلاف فيه أيضا لأن الكفاله من جمله العقود اللازمه المتوقفه على الإيجاب و القبول و نحوهما.

قال فى التذكرة: و لا بد فيه من صيغه داله على الإيجاب و القبول، فيقول الكفيل: كفلت لك بدن فلان، أو أنا كفيل بإحضاره، أو كفيل به أو بنفسه، أو ببدنه.

أو بوجهه أو برأسه، لأن ذلك يعبر به عن الجملة و حينئذ فلا بد من وقوعها بين اثنين، و هما الكفيل و المكفول له، و لا بد من رضاها.

- ١-١) التهذيب ج ٦ ص ٢٠٩ ح ١.
- ٢-٢) الفقيه ج ٣ ص ٥٥ ح ٦.
- ٣-٣) الفقيه ج ٣ ص ١٠٣ ح ٦٧.
- ٤-٤) التهذيب ج ٦ ص ٢١٠ ح ٩ و الروايات فى الوسائل ج ١٣ ص ١٥٤ الباب ٧.

أما الكفيل فلأنه ملتزم للحق، وهو غير صحيح إلا برضاه، وأما المكفول له فلأنه صاحب الحق، فلا يجوز إلزامه شيئاً إلا برضاه، وبهما يتم العقد.

وأما المكفول فالمشهور أنه لا يعتبر رضاه، لوجوب الحضور عليه متى طلبه صاحب الحق و إن لم يكن ثمة كفاله، والكفيل إنما هو بمنزلة الوكيل حيث يأمره المكفول له بإحضاره، فغايه الكفاله هي حضور المكفول حيث يطلب.

و ظاهر العلامة في التذكرة الإجماع على ذلك، حيث قال: تصح الكفاله و إن كرهها المكفول عند علمائنا، مع أنه نقل غير واحد من أصحابنا عن الشيخ في أحد قوليّه (١) أنه يشترط رضاه، وقواه هو أيضاً في التحرير، و به قال ابن إدريس أيضاً، و نقل عنهم الاحتجاج على ذلك بأنه إذا لم يأذن فيها أو يرضى بها لم يلزمه الحضور مع الكفيل، فلم يتمكن من إحضاره، و لا تصح كفاله لأنها بغير المقدور عليه، و هذا بخلاف الضمان، لإمكان تأديته من مال غيره بغير اذنه، و لا يمكن أن ينوب عنه في الحضور.

ورد ذلك بأن مدار هذا الاستدلال على عدم وجوب الحضور معه بغير رضاه، و هو ممنوع، لأن المستحق متى طلبه وجب عليه الحضور و إن لم يكن مكفولاً كما قدمنا ذكره، و هو مما لا خلاف فيه، و الغرض من الكفاله له راجع الى التزام الكفيل بإحضاره متى طلبه المكفول له، و متى ثبت وجوب الحضور عليه بعد الطلب و إن لم يكن مكفولاً فإنه لا يجب في صوره الكفاله أيضاً، لأن الكفيل إنما هو بمنزلة الوكيل في طلب الإحضار، و بالجمله فضعف القول المذكور أظهر من أن يخفى على الناظر. و الله العالم.

الثاني [صح الكفاله حاله و مؤجله]

- المشهور بين الأصحاب (رضوان الله عليهم) أن الكفاله تصح حاله و مؤجله، للأصل، و لأن الحضور حق شرعي فلا يمنعه الحلول، و منع الشيخ في

ص: ٦٣

١- ١) قال في المبسوط: إذا تكفل رجل ببدن رجل لرجل عليه مال أو يدعى عليه مالا. يصح إلا أنها لا تصح إلا بإذن من يكفل عنه و تبعه ابن البراج، و ابن حمزه و ابن إدريس، قال في المختلف: و لم يشترط باقى علمائنا ذلك، و هو المعتمد، لنا الأصل و لأنه لا يشترط رضاه في كفاله المال، فكذا البدن، انتهى. منه رحمه الله.

النهايه و الشيخ المفيد الكفاله الحاله،قالا:لا يصح ضمان مال و لا نفس إلا بأجل معلوم، و تبعهما ابن حمزه،و هو الظاهر من كلام السلا،و لابن البراج قولان،و سوغ في المبسوط الحاله،و به قال ابن إدريس و جمله المتأخرين لما تقدم.

ثم انه متى اشترط الأجل و جب أن يكون معلوما كما في غير هذا الموضع لما في الجهاله من الغرر،إذ ليس له وقت يستحق المطالبه فيه كغيره من الآجال و لا- خلافاً في ذلك الا لبعض العامه،حيث جوز أن يكون الأجل هنا مجهولاً، لاشتمال الكفاله على التبرع فيتسامح فيها كالعاريه.

ورد بأن العاريه غير لازمه فلا يقدر فيها الأجل المجهول،لجواز المطالبه بالمستعار في الأجل و ان كان معلوما.

الثالث-للمكفول له مطالبه الكفيل بإحضار المكفول

عاجلاً ان كانت الكفاله مطلقه أو معجله،و بعد الأجل ان كانت مؤجله،فإن أحضره و سلمه فقد برىء، و إلا و جب حبسه حتى يحضره أو يؤدي ما عليه،كذا ذكره بعض الأصحاب.

و الذى وقفت عليه من الاخبار المتعلقة بهذا الحكم ما رواه

ثقه الإسلام في الكافي عن عمار (١) في الموثق عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال:

«أتى أمير المؤمنين (عليه السلام) برجل تكفل بنفس رجل فحبسه و قال أطلب صاحبك».

و رواه الشيخ في التهذيب عن عمار بن مروان (٢) عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام مثله.

و ما رواه

الشيخ في التهذيب عن إسحاق بن عمار (٣) عن جعفر عن أبيه (عليهما السلام) أن علياً (عليه السلام)

أتى برجل كفل برجل بعينه فأخذ بالمكفول فقال: احبسوه حتى يأتي بصاحبه».

و ما رواه

في الفقيه عن سعد بن طريف عن الأصبغ بن نباته (٤) قال:

«قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) في رجل تكفل بنفس رجل أن يجبس، و قال له: أطلب

ص: ٦٤

١-١) الكافي ج ٥ ص ١٠٥ ح ٦.

٢-٢) التهذيب ج ٦ ص ٢٠٩ ح ٤.

٣-٣) التهذيب ج ٦ ص ٢٠٩ ح ٣.

٤-٤) الفقيه ج ٣ ص ٥٤ ح ١ وهذه الروايات فى الوسائل ج ١٣ ص ١٥٦ الباب ٩.

صاحبك،.

و قضى (عليه السلام)

أنه لا كفاله في حد.

و في كتاب الفقه الرضوى (1) على ما نقله عنه في كتاب بحار الأنوار روى

إذا كفل الرجل بالرجل حبس الى أن يأتي بصاحبه.

أقول: وهذه الاخبار على تعددها لم يتضمن أزيد من حبسه حتى يحضر المكفول، والأصحاب (رضوان الله عليهم) قد قيدوا التسليم بكونه تسليما تاما، بمعنى أنه لو اشترط الوقت و المكان في العقد فلا بد من أن يكون التسليم في ذلك الوقت و ذلك المكان المشترطين، و الا- لم يكن تسليما تاما، و نحوهما في بلد العقد و لو مع الإطلاق، لانصراف الإطلاق إليه عندهم، و أن لا يكون للمكفول مانع من تسليمه، بأن يكون في يد ظالم أو متغلب يمنعه منه، أو في حبسه، أو يكون المكفول قويا و المكفول له ضعيفا لا يتمكن من وضع اليد عليه و نحو ذلك، فإذا سلمه كذلك كان تسليما تاما موجبا لبرائته و خلو عهده.

و لو لم يتسلمه المكفول له و الحال هذه قيل: سلم الى الحاكم ان أمكن، و براء أيضا، و ان لم يكن أشهد عدلين بإحضاره إلى المكفول له و امتناعه من قبضه، و قيل بالاكتفاء بالإشهاد بدون التسليم الى الحاكم و ان قدر عليه، لان مع وجود صاحب الحق لا يلزم دفعه الى من ينوب عنه من حاكم و غيره.

و عندي أيضا في وجوب الاشهاد نظر، لعدم الدليل عليه في المقام: كما أنه لا دليل على التسليم للحاكم أيضا، الا أن يراد بذلك براءة الذمه عن المطالبه بالإحضار مره أخرى، و الا فهو في حد ذاته من غير ملاحظه ذلك لا وجه له في كل من الموضوعين، هذا ما يتعلق بالكفيل إذا سلم.

أما لو امتنع التسليم فقد عرفت من الاخبار المتقدمه أن للحاكم حبسه حتى يحضره، و الأصحاب قد ذكروا هنا أن للحاكم حبسه حتى يحضره، و له عقوبته عليه كما في كل ممتنع عن أداء الحق.

و فيه أن غايه ما دلت عليه الاخبار المتقدمه هو الحبس حتى يحضره، و هذا كاف في عقوبته فلا- معنى لعقوبته زياده على ذلك، لعدم الاذن فيه شرعا ثم انهم

ص: ٦٥

ذكروا أنه ان سلمه بعد ذلك فلا كلام، وان أبى و بذل ما عليه فقد صرح الشيخ:

و جمع منهم المحقق فى الشرائع و غيره كما قدمنا الإشاره إليه ببراءه ذمته من الكفاله لحصول الغرض من الكفاله.

ورد بأنه على تقدير تمامه انما يصح فيما يمكن أخذه من الكفيل كالمال، و لو لم يكن كذلك كالقصاص و زوجيه امرأه و الدعوى بعقوبه توجب حدا، فلا بد من إحضاره.

و ذهب جمع من الأصحاب منهم العلامة فى التذكرة إلى أنه لا يتعين على المكفول له قبول الحق، بل له إلزامه بالإحضار مطلقاً، و هذا هو ظاهر الاخبار التى قدمناها، كما أشرنا إليه ذيلها، و أصحاب هذا القول عللوا ما ذكروه بعدم انحصار الأغراض فى أداء الحق، و قد يكون له غرض لا يتعلق بالأداء، أو بالأداء من الغريم لا من غيره، و خصوصاً فيما له بدل، فإنه بدل اضطرارى، لا عين الحق الذى يتعلق الغرض غالباً بحصوله.

و أنت خبير بما فى هذا التعليل العليل من تطرق المناقشه، فإن البناء على هذه الأغراض انما يصح فيما لو كانت حقوقاً شرعية لا مجرد التشهى، و الكفاله انما وقعت و ترتبت على حق شرعى.

و الأظهر فى التعليل انما هو الوقوف على ظاهر الاخبار المتقدمه، حيث أن ظاهرها انحصار الحق فى إحضار المكفول، و أنه لا تبرئ الذمه إلا بإحضاره، و قبول ما بذله عنه من المال المطلوب عنه على تقدير كون متعلق الكفاله المال انما هى معامله أخرى بمنزله الصلح، يتوقف على رضى الطرفين.

إذا عرفت ذلك فاعلم أنه لو تراضيا على قبول المال كما ذكرنا فبذله الكفيل و قبله المكفول له و رضى به عن حقه الذى تعلقت به الكفاله، فهل يرجع بما دفعه على المكفول عنه؟ قالوا: ان كان قد كفل باذن الغريم، أو أدى باذنه و ان كان كفل بغير اذنه فله الرجوع عليه، و ان انتفى الأمران، فإن أمكنه إحضاره فلم يحضره لم يرجع عليه، و كذا ان كفل بغير اذنه، و أدى بغير اذنه مع تمكنه من مراجعته، لأن الكفاله لم تتناول المال اختياراً فيكون كالمتبرع، و ان تعذر عليه إحضاره رجع

عليه مع اذنه في الكفاله، و في رجوعه مع عدمه نظر، و ظاهرهم أنه يرجع أيضا كذا ذكره في المسالك.

و فيه أن ظاهر صدر كلامه أنه إذا كفل باذن الغريم فله الرجوع مطلقا، و ظاهر كلامه بعد ذلك أنه لا يرجع مع الاذن في الكفاله إلا- مع تعذر الإحضار، فلو أمكن الإحضار لم يرجع، و هذا هو إلا- وفق بقواعدهم، لأن الاذن في الكفاله انما يقتضى تسليم المكفول دون المال، فمتى أمكن إحضاره و دفع عنه المال و الحال هذه، فإنه لا- معنى لرجوعه به عليه، لأنه كالمتبرع كما تقدم. نعم لو تعذر الإحضار أمكن ذلك لظهور المانع. و الله العالم.

الرابع [في حكم من ضمن غيره إلى أجل]

قال الشيخ في النهاية: و من ضمن غيره إلى أجل و قال: ان لم آت به كان على كذا و حضر الأجل لم يلزمه إلا- إحضار الرجل، فان قال: على كذا الى كذا ان لم أحضر فلانا ثم لم يحضره و جب عليه ما ذكره من المال.

و قال ابن حمزه ان قدم ضمان المال على الكفاله، و عجز عن التسليم يلزمه المال، و ان قدم الكفاله على ضمان المال لزمه إحضاره دون المال.

و قال ابن البراج: ان قال ان لم أحضره في وقت كذا فعلى كذا، فقد قدم ذكر الوقت و آخر ذكر المال لم يجب عليه إذا حضر الأجل إلا إحضاره دون المال، و ان كان قال: على كذا ان لم أحضره في وقت كذا فقدم ذكر المال و آخر ذكر الوقت، و جب عليه إذا حضر الأجل و لم يحضره-المال الذي ذكره.

و قال ابن إدريس: الفرق أنه ان بدأ بضمن المال، فقال: على المال المعين الى كذا ان لم أحضره ثم لم يحضره و جب عليه ما ذكره من المال، و ان بدأ بضمن النفس، فقال: ان لم أحضره عند حلول الأجل كان على كذا، و حضر الأجل لم يلزمه إلا إحضار الرجل دون ما ذكره من المال، لأنه بدأ بضمن النفس قبل المال و افترق الأمران.

و قال ابن الجنيدي: إذا قال الكفيل لطالب الحق: مالك على فلان فهو على دونه الى يوم كذا، و أنا كفيل لك بنفسه صح الضمان على الكفيل بالنفس، و بالمال ان لم يؤد المطلوب الى الطالب الى ذلك الأجل و سواء قال له عند الضمان: ان لم يأتك به أو لم يقل ذلك، فان قدم الكفاله بالنفس، و قال أنا كفيل لك بنفس فلان

الى يوم كذا، فان جاء بمالك عليه و هو ألف درهم، و الا فأنا ضامن للألف، صحت الكفاله بالنفس، و بطل الضمان للمال، لان ذلك كالقمار و المخاطره، و هو كقول القائل ان طلعت الشمس غدا فمالك على فلان غريمك و هو ألف درهم على، الذى قد اجمع على أن الضمان لذلك باطل.

قال العلامة فى المختلف: و عندى فى هذه المسئله نظر، ثم قال: و قول ابن الجنيد أنسب. (١)

أقول: و الأصل فى هذه المسئله ما رواه

ثقه الإسلام فى الكافى و الشيخ فى التهذيب عن أبى العباس (٢) فى الصحيح قال:

«قلت لأبى عبد الله (عليه السلام): رجل كفّل لرجل بنفس رجل فقال: ان جئت به و الا فعليك خمسمائه درهم، قال: عليه نفسه، و لا شىء عليه من الدراهم، فان قال: على خمسمائه درهم ان لم أدفعه إليك قال: تلزمه الدراهم ان لم يدفعه اليه». هكذا فى روايه الكافى،

و فى روايه الشيخ فى التهذيب هكذا» فقال:

ان جئت به، و الا فعلى خمسمائه درهم» الخبر.

و ما رواه

فى الفقيه و التهذيب عن أبى العباس (٣) فى الموثق عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال:

«سألته عن الرجل يتكفل بنفس الرجل إلى أجل، فان لم يأت به فعليه كذا و كذا درهما، قال: ان جاء به الى الأجل فليس عليه مال، و هو كفيل بنفسه أبدا الا أن يبدأ بالدراهم، فان بدأ بالدراهم فهو لها ضامن ان لم يأت به الى الأجل الذى أجله».

و قد أطل شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك الكلام فى هذه المسئله ينقل ما وقع

ص: ٦٨

١-١) قال فى المسالك بعد أن نقل عن العلامة فى هذه المسئله قولاً غريباً نقله عن ابنه فخر المحققين: و قد صار للعلامه وحده فى هذه المسئله أربعة أقوال، هذا أحدها، و الثانى قوله فى القواعد بلزوم المال فى الثانى مطلقاً، و الثالث فى التحرير و التذكرة بلزوم المال ان لم يحضره، و الرابع فى المختلف مذهب ابن الجنيد و هو قول يحتاج تقريره مع تطويل فأعرضنا عنه هنا، انتهى. منه رحمه الله.

٢-٢) الكافى ج ٥ ص ١٠٤ ح ٣- التهذيب ج ٦ ص ٢١٠ ح ١٠.

٣-٣) الفقيه ج ٣ ص ٥٤ ح ٤ و التهذيب ج ٦ ص ٢٠٩ ح ٥ هما فى الوسائل ج ١٣ ص ١٥٧ ح ١ و ٢.

فيها من الأقوال، و المناقشه في كل منها، و وجه الإشكال في الخبرين المذكورين، و خروجهما عن مقتضى القواعد.

و نحن نذكر هنا ملخص ذلك ليتضح به الحال، و يظهر به ما في الخبرين المذكورين من الاشكال، و ذلك فان ظاهر الخبرين الاشتمال على حكيمين مختلفين، و مسئلتين متغايرتين باعتبار الفرق بين تقديم الجزاء على الشرط، و تأخيره عنه، مع أن ذلك لا مدخل له في اختلاف الحكم، لاین الشرط و ان تأخر فهو في حكم المتقدم، الا أن الجماعه جمدوا على النص، و مع ذلك فإن جملة منهم لم يقفوا على قيوده، فان الشيخ و المحقق في الشرائع (1) و العلامه في الإرشاد و القواعد ذكروا لزوم المال في المسئله الثانيه غير مقيّد بقيد، مع أنه مقيّد في الخبرين بقوله في الاولى ان لم يدفعه اليه، و في الثانيه بقوله ان لم يأت به الى الأجل الى آخره، و قد تظن لذلك المحقق في النافع، فقال: كان ضامنا للمال ان لم يحضره إلى الأجل، و كذلك العلامه في التحرير و التذكرة.

ثم ان جملة منهم جمدوا على النص و لم يلتفتوا الى تعليل في دفع ما اشتمل عليه من المخالفه، لمقتضى القواعد كما هو طريقه الشيخ في النهايه، و منهم من التجأ الى أن الحكم في المسئلتين إجماعى، و مع ذلك فإنه منصوص، فلا يمكن العدول عنه بمجرد التباس الفرق بين الصيغتين، و على هذا بنى الشيخ ابن فهد في المهذب، و تبعه المحقق الشيخ على في شرح القواعد.

و فيه نظر لعدم تحقق الإجماع المذكور (2) و منهم من اكتفى بمجرد الدعوى

ص: ٦٩

١- ١) قال في الشرائع: و لو قال: ان لم أحضره كان على كذا لم يلزمه إلا إحضاره دون المال، و لو قال: على كذا الى كذا ان لم أحضره و جب عليه ما شرط من المال. و قال في الإرشاد: و لو قال: ان لم أحضره كان على كذا لزمه الإحضار خاصه، و لو قال: على كذا الى كذا ان لم أحضره و جب المال، انتهى. منه رحمه الله.

٢- ٢) و توضيحه ان أحدا لم يدع الإجماع في المسئله، و الموجود كلامهم في المسئله جماعه يسيره من الأصحاب و الباقيون لم يتعرضوا للكلام فيها بالكليه مع ان العلامه كما تقدم نقل كلامه في المختلف و تنظر في ذلك، ثم قال الى كلام ابن الجنيد المخالف لما ذكروه و قد عرفت أيضا اختلاف قولى المحقق في الشرائع و النافع في ذلك، فدعوى الإجماع و الحال كما عرفت مجازفه محضه. منه رحمه الله.

كباين إدريس على ما تقدم فى كلامه، و هو فرق بمجرد الدعوى لا- يتحصل له فائده، و لهذا قال المحقق فى نكت النهايه فى رده: ان الشرط متقدم على المشروط طبعاً فلا- عبره بتأخره وضعاً، و منهم من علل ذلك بعله ظنهما وافية بالمراد، خاليه عن الإيراد، كالشيخ (رحمه الله عليه) حيث ذكر أن السر فى لزوم المال إذا قدمه براءه ذمه المضمون عنه، فيمتنع الكفاله، و إذا قدم الكفاله كان الضمان المتعقب لها لكونه معلقاً على شرط باطلاً، و لمنافاه الضمان صحه الكفاله و هذا السر الذى أظهره ناش من عبارته العلامه فى القواعد و الإرشاد، و المحقق فى الشرائع (1) حيث أطلقوا لزوم المال فى المسئله الثانيه، و قد عرفت مما قدمنا ذكره أنه فى الروايه مشروط بعدم إحضاره، فتكون الكفاله أيضاً صحيحه، و ان تأخرت عن ذكر المال.

هذا مع أنه مع تقديم المال قد جعل ضمانه مشروطاً بعدم إحضاره، فكيف يقال:

براءه ذمه المضمون عنه حتى تمتنع كفالته؟ و ما هذا الا رجوع الى فرق ابن إدريس الذى لم يجد نفعاً، و مع تقديم الكفاله قد ذكر فى الروايه أنه ان جاء به الى الأجل فليس عليه مال، و مفهوم الشرط أنه ان لم يجيء به لزمه المال، فدل بمفهومه على خلاف ما ذكره الجماعه- و أبدأوه من الفرق الا أن لا يقولوا بمفهوم الشرط.

أقول: لا يخفى ان فهم هذا الحكم الذى ذكره و اختلفوا التفصلى عن صحته من الروايه الأولى انما يتم على تقدير روايه الشيخ لها فى التهذيب كما تقدم ذكره و أما على روايه الكافى فإن الظاهر أن القائل بقوله «ان جئت به و الافرليك خمسمائه درهم» انما هو المكفول له خاطب بذلك الكفيل، كما هو ظاهر سياق الروايه، و حينئذ فقوله (عليه السلام): «عليه نفسه و لا شىء عليه من الدراهم» ظاهر، لان مقتضى الكفاله إحضار المكفول خاصه، و ما اشترطه عليه المكفول له لغو من القول، لا- عبره به، و لا أثر يترتب، و حينئذ فلا تكون هذه الروايه من

ص: ٧٠

١- ١) و انهم ذكروا أنه مع تقديم ذكر الكفاله فى العبارة، فالواجب الإحضار، دون المال، و الروايه دلت بالمفهوم الشرطى على أنه ان لم يجيء بالرجل إلى الأجل فعليه المال بإطلاق لزوم الكفاله بمجرد تقديمها فى العبارة لا وجه له لما دل عليه النص من التفصيل فى ذلك. منه رحمه الله.

بقى قوله فى تتمه الروايه، «فإن قال» يحمل على قول الكفيل، بمعنى أنه ان قال ذلك و أزم نفسه المبلغ المذكور لزمه ان لم يدفعه، و ما ربما يقال:

-من أنه يخالف المشهور، من أن مقتضى الكفاله أداء المال ان لم يحضر المكفول- مردود بما قدمنا ذكره، من أن غايه ما يفهم من أخبارها المتقدمه انما هو إحضار المكفول خاصه، غايه الأمر انهما إذا اصطلحا و تراضيا بدفع المال صح ذلك، و الا فالحق الذى أوجبه الكفاله انما هو الإحضار خاصه.

نعم يبقى الإشكال بالنسبه الى الخبر الثانى، قال فى الوافى- و نعم ما قال، بعد ذكر الخبرين المتقدمين على الترتيب الذى قدمناه و نقله الروايه الأولى بما فى الكافى- ما لفظه: بيان الفرق بين الصيغتين فى الخبرين غير بين و لا مبين، و قد تكلف فى ابدائه جماعه من أصحابنا بما لا يسمن و لا يغنى من جوع، صونا لهما من الرد، و قد ذكره الشهيد الثانى فى شرحه للشرائع، من أراد الوقوف عليه و على ما يرد عليه فليرجع اليه و يخطر بالبال أن مناط الفرق ليس تقديم الشرط على الجزاء و تأخيره عنه، كما فهموه، بل مناطه ابتداء الكفيل بضمان الدراهم من قبل نفسه مره، و إلزام المكفول له بذلك من دون قبوله أخرى كما هو ظاهر الحديث الأول و الحديث الثانى، و ان كان ظاهره خلاف ذلك الا أنه يجوز حملة عليه، فان قول السائل «فان لم يأت به فعليه كذا» (1) ليس صريحا فى أنه قول الكفيل، و على تقدير إبائه عن هذا الحمل يحمل على وهم الراوى، أو سوء تقريره، فان صدر الخبرين واحدا، و السائل فيهما واحدا، هذا على نسخه الكافى كما كتبناه.

و أما على نسخه التهذيب الذى نشأت فيها تكلفات الأصحاب فلا يتأتى هذا التوجيه، فان الحديث فيه هكذا «رجل تكفل لرجل بنفس رجل، فقال: ان جئت به و الا فعلى خمسمائه درهم» الحديث، و الظاهر أنه من غلط النساخ و العلم عند الله. انتهى.

أقول: بل الظاهر انه من سهو قلم الشيخ، فإنه لا يخفى على من نظر الكتاب

١- ١) الأظهر فى العبارة ان نقول إلزام المكفول له الكفيل بذلك من دون قبوله، و لعله سقط من النسخه التى عندنا. منه رحمه الله.

المذكور بعين التأمل، فإنه قلما يخلو حديث من أحاديثه من التغيير أو التبديل أو التحريف في السند أو المتن. والله العالم.

الخامس [في حكم إطلاق الغريم من يد صاحب الحق]

قالوا: من أطلق غريما من يد صاحب الحق قهرا ضمن إحضاره أو أداء ما عليه، ولو كان قاتلا لزمه إحضاره أو دفع الديه. و الوجه في وجوب الإحضار في كل من المسئلتين أنه بإطلاقه الغريم قهرا غاصب، فعليه ضمان ما غصبه بإحضاره، لأن اليد المستولية يد الشرعية مستحقة و به يتحقق الغصب، و يبتنى عليه الضمان بالإحضار.

و أما الوجه في أداء ما عليه في المسئلة الاولى فإنهم عللوه بأنه بإطلاقه له غصبا فاللازم له اما إرجاعه و تسليمه، أو أداء ما عليه من الحق الذي بسببه ثبتت اليد عليه.

و الظاهر أنه يبنى على ما تقدم في الكفيل الممتنع من الإحضار و تسليم المكفول، فان قلنا بالتخيير بين الإحضار و دفع ما عليه ثم ما ذكره هنا، و الظاهر أن القائل به هنا بنى على ذلك في تلك المسئلة.

و ان قلنا: بأن الحق الذي اقتضته الكفاله انما هو الإحضار خاصه و الرضى بما عليه معاملة أخرى، تتوقف على التراضى لم يتجه ما ذكره هنا من التخيير، و بالنسبه إلى دفع الديه في المسئلة الثانيه هو الحيلولة أيضا بينه و بين غريمه.

و لكن الظاهر تقييد ذلك بعدم التمكّن من إحضاره و ان كان ظاهر كلامهم الإطلاق، و لم أقف في المقام على خبر الا ما رواه

ثقه الإسلام في الكافي عن حرير (1) في الصحيح عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال:

سألته عن رجل قتل رجلا عمدا فرفع إلى الوالى فدفعه الوالى إلى أولياء المقتول ليقتلوه، فوثب عليهم قوم فخلصوا القاتل من أيدي الأولياء، فقال: أرى أن يحبس الذين خلصوا القاتل من أيدي الأولياء حتى يأتوا بالقاتل، قيل فان مات القاتل و هم في السجن، قال: فان مات فعليهم الديه يؤدونها جميعا إلى أولياء المقتول.

و هذا الخبر كما ترى ظاهر الدلالة، في أن حكم المسئلة الثانيه انما هو حبس من أطلق للقاتل حتى يحضره، و لا تعرض فيه لما ذكره من التخيير بين إحضاره،

ص: ٧٢

و بين دفع الديه و الامام(عليه السلام)انما أوجب عليه الديه بعد موت القاتل و عدم إحضاره،فهو ظاهر فى أنه مع حيوة القاتل فليس الحكم إلا إحضاره و تسليمه الى أولياء الدم،و هو موافق لما تقدم من أخبار الكفاله من حيث أن مقتضاها انما هو إحضار المكفول،دون أداء ما عليه كما ادعاه جملته منهم.

و منه يفهم أيضا حكم المسئله الاولى،و أن الحكم فيها انما هو إحضاره لا أداء ما عليه،لان مرجع المسئلتين إلى أمر واحد،و هو من أطلق من عليه حق من يد غريمه قهرا،فإنه يضمه،و يجب عليه إحضاره و تسليمه لمن أخذه من يده،و أن للحاكم أن يحبسه كما يحبس الكفيل حتى يحضره.

بقى الكلام فى أنهم قالوا فى المسئله الاولى:و حيث يؤخذ المال لا رجوع له على الغريم إذا لم يأمره بدفعه،إذ لم يحصل من الإطلاق ما يقتضى الرجوع،و هو جيد لو ثبت جواز أخذ المال،الا أنه لا دليل عليه كما عرفت.

و قالوا فى الثانيه:لا فرق بين كون القتل عمدا و غيره،إذ القصاص لا يجب الا على المباشر،فإذا تعذر استفاؤه وجبت الديه،كما لو هرب القاتل عمدا أو مات، ثم ان استمر القاتل هاربا ذهب المال على المخلص،و ان تمكن الولي منه وجب عليه رد الديه إلى الغارم و ان لم يقبض من القاتل،لأنها انما وجبت لمكان الحيلولة و قد زالت،و عدم القتل الان مستند الى اختيار المستحق (1).

أقول:و فى هذا أيضا ما فى سابقه،فان وجوب الديه على المخلص انما ثبت فى صورته موت القاتل خاصه،كما عرفت من الخبر المتقدم،بمعنى أن المخلص له لم يسلمه حتى مات،و الافع حياته فالحكم انما هو إحضاره،فيحبس المخلص له حتى يحضره.

ص: ٧٣

١- ١) بمعنى أنه بعد الهرب أخذ الولي الديه من المخلص فان استمر على هربه ذهب ما دفعه المخلص،و ان تمكن منه الولي فلا ريب فى رده الديه إذا اختار القصاص،و كذا يجب عليه ردها لو لم يتخير القصاص،لأنه إنما أخذها من حيث الحيلولة،و قد سقطت بعد رؤيته فيرجع بالديه على القاتل،و يجب ردها على المخلص،هذا حاصل كلامه،و فيه ما عرفت فى الأصل.منه رحمه الله.

فقوله «انه مع تعذر استيفاء القصاص يجب الديه، كما لو هرب القاتل عمدا أو مات»، مسلم بالنسبه إلى الموت خاصه، دون الهرب، فإنه لا دليل على أخذ الديه فى الصوره المذكوره، و به يظهر ما فى تفريعه على ذلك بقوله «ثم ان استمر القاتل هاربا» الى آخره.

و قالوا أيضا لو كان تخلص الغريم من يد كفيله و تعذر استيفاء الحق من قصاص أو مال و أخذ المال أو الديه من الكفيل كان له الرجوع على الذى خلصه لعين ما ذكر فى تخلصه من يد المستحق.

و فيه أيضا ما عرفت من أن الواجب بمقتضى النصوص فى هذه الصوره انما هو حبس المخلص حتى يحضر الغريم الذى خلصه و يدفعه الى الكفيل، ثم ان الكفيل يدفعه الى المكفول له، و ليس على الكفيل أن يغرم المال كما ادعوه، حتى أنه يرجع به بعد ذلك على الذى خلصه.

نعم قد ورد ذلك كما عرفت فى صوره موت الغريم، و يحتمل قريبا إجرائه فى كل موضع تعذر فيه تحصيل الحق من الغريم، لا مطلقا كما ادعوه، و قد تقدم فى الموضوع الثالث ان الواجب على الكفيل بمقتضى الأخبار المذكوره ثمه انما هو الإحضار خاصه دون أداء ما على الغريم.

و بالجملة فإن كلامهم فى هذا المقام كله مبنى على وجوب الأداء على الكفيل فى الكفاله، و المخلص فى صوره هذا الموضوع، و قد عرفت ما فيه، و أنه مع عدم الدليل عليه مدفوع بالأخبار الوارده ثمه و هنا أيضا. و الله العالم.

السادس [وجوب كون المكفول معينا]

-الظاهر أنه لا خلاف بينهم فى وجوب كون المكفول معينا، فلو قال: كفلت أحد هذين لم يصح، و كذا لو قال: كفلت يزيد أو فلان، و كذا لو قال: كفلت يزيد فان لم آت به فبعمره، لا اشتراك الجميع فى الجهاله، و إبهام المكفول فتبطل لان الغرض من الكفاله هو وجوب إحضار المكفول متى طلبه المكفول له و إذا لم يعلم المكفول بعينه لم يستحق المطالبه بإحضاره.

و فى الصوره الثالثه ما يوجب البطلان -زياده على الجهاله- من تعليق كفاله عمرو على شرط، و هو عدم الإتيان بزيد فتبطل من هذا الوجه أيضا، و كفاله زيد

ليست متعينة، لأن الكفيل جعل نفسه في فسحة بإحضار عمرو ان اختار، فيرجع الى الإيهام كالسابق، هكذا قرره.

و التحقيق أن يقال: ان الكفاله من العقود اللازمه الموجهه لاشتغال الذمه فيجب الوقوف فيها على ما ورد به الشرع، و قرره من المواضع التي تتحقق فيه، و هو ما إذا كان المكفول متعينا معلوما، و أما ما عداه فلا يصح، لعدم الدليل عليه.

السابع [في إحضار المكفول قبل الأجل]:

قال الشيخ في المبسوط: إذا تكفل مؤجلا صح، فإن أحضره قبل الأجل و سأله تسلمه نظر، فان كان لا ضرر عليه لزمه تسلمه، و ان كان عليه ضرر لم يجب، و تبعه ابن البراج على ذلك.

و المشهور بين المتأخرين و به صرح المحقق و العلامة و غيرهما هو عدم الوجوب، لانه غير التسليم الواجب، حيث أن وجوبه مشروط بحلول الأجل، فحقه مخصوص بحلول الأجل، فلا يجب أن يقبض غير حقه و لا يعتديه.

و مثله ما لو شرط تسليمه في مكان أو قلنا باقتضاء الإطلاق الانصراف الى موضع العقد، فسلمه في غيره و ان انتفى الضرر أو كان أسهل، كذا قالوا، و لو سلمه الكفيل الا أن المكفول له لا يمكنه تسلمه و قبضه، لكونه ممنوعا بيد قاهر لم يبرأ الكفيل، لأن براءة مشروطه بالتسليم التام كما تقدم بيانه في الموضوع الثالث، فلا يعتبر بالتسليم الممنوع معه من استيفاء الحق بقاهر أو غيره.

و لو كان في حبس الحاكم الشرعي لم يمنع ذلك تسليمه، للتمكن من استيفاء الحق، بخلاف ما إذا كان في حبس الجائر، و الفرق بينهما واضح في الأغلب، فإن الحاكم الشرعي لا يمنع من إحضاره و مطالبته بالحق، بخلاف الجائر، فإنه قد يمنع، فلا بد من التقييد بمنعه، و الا فلو فرض أن المكفول له قادر على تسلمه من حبس الجائر، لصحبه كانت بينه و بينه، أو قوه المكفول له أو نحو ذلك، فإنه في قوه عدم الحبس بالكليه، و الأصحاب انما أطلقوا الحكم بناء على الغالب من عدم تسلمه تاما لو كان في حبس الجائر.

ثم انه لو كان في حبس الحاكم الشرعي فطلبه الكفيل من الحاكم أمر الحاكم بإحضاره، و حكم بينهما فان انفصلت الحكومه بينهما رده الى الحبس

بالحق الأول، و لو توجه عليه حق يوجب الحبس حبسه أيضا بالحقين معا، و توقف فكه على خلاصه من الحقين معا.

الثامن [حكم ما لو تكفل بتسليمه في موضع معين]

-المشهور في كلام جملة منهم أنه إذا تكفل بتسليمه في موضع معين وجب عملا بالشرط و لا يبرء بالدفع في غيره.

و قال الشيخ في المبسوط: إذا تكفل على أن يسلمه إليه في موضع، فسلمه في موضع آخر، فإن كان عليه مؤنه في حمله الى موضع التسليم لم يلزم قبوله، و لا يبرء الكفيل، و ان لم يكن عليه مؤنه و لا ضرر لزمه قبوله، كما ذكرنا في الأجل سواء و تبعه ابن البراج في ذلك.

ورد الأصحاب بما ردوا به قوله في سابق هذا الموضع من أن حقه انما هو في ذلك الموضع المشترط، فلا يجب عليه القبول في غيره، لانه ليس حقه، و أما إذا تكفل بتسليمه مطلقا و لم يعين موضعا فظاهرهم أن الإطلاق ينصرف الى بلد العقد، لانه المفهوم، و قد تقدم الكلام في ذلك في فصل السلم في كتاب البيع (1) و يشكل ما ذكره بما لو كان محل العقد مكانا لا رجوع لهما اليه كبريه أو بلد غربه، يقصدان مفارقتة، و نحو ذلك، الا أن تدل القرائن على استثناء مثل ذلك، و خروجه عن الإطلاق.

و نقل في المختلف عن الشيخ في المبسوط: أنه إذا أطلق موضع التسليم وجب التسليم في موضع الكفاله، ثم نقل عن ابن حمزه أنه يلزمه التسليم في دار الحاكم أو موضع لا- يقدر على الامتناع، و رده قال: لنا انه إطلاق لموضع التسليم فتعين موضع العقد كالسلم، و لعدم أولويه بعض الأمكنه.

التاسع - إذا كان المكفول غائبا، و الكفاله حاله أو مؤجله، و حل الأجل و هو غائب

، فإن كان الغائب ممن يعرف موضعه و لم ينقطع خبره انتظر بقدر ما يمكن الذهاب اليه و العود به، و ان لم يعرف له خبر و لا موضع و صار مفقود الخبر لم يكلف الكفيل بإحضاره، لتعذره و عدم إمكانه، و لا شيء عليه، لانه لم يقصر في الإحضار ليؤخذ بالمال، كما ذكره جملة منهم و لم يضمن المال، فلا يتعلق به شيء.

العاشر [في تكفل رجلين بيدن رجل لرجل]

-قال الشيخ في المبسوط: إذا تكفل رجلان بيدن رجل لرجل، فسلمه

ص: ٧٤

أحدهما لم يبرء الآخر، لأنه لا دليل عليه، و لتغاير الحقين، و تبعه ابن حمزه و ابن البراج.

و المشهور فى كلام المتأخرين برأيه الآخر، لأن المقصود تسليمه له و قد حصل، بل لو سلم نفسه أو سلمه أجنبى برىء الكفيل من الكفاله، لحصول الغرض فكيف مع تسليم أحد الكفيلين- فإنه أولى.

و تظهر الفائده لو هرب بعد التسليم الأول، فعلى المشهور لا حق للمكفول له، و على قول الشيخ و من تبعه له الرجوع على الكفيل الثانى، لبقاء حقه عليه، ثم انه على تقدير القول المشهور هل يشترط فى تسليم أحد الكفيلين وحده قصد تسليمه عنه و عن شريكه؟ أم يكفى الإطلاق؟ بل يكفى تسليمه عن نفسه احتمالان: و يأتى مثلهما فيما لو سلم نفسه أو سلمه أجنبى، و يأتى مثله أيضا فى وجوب قبول المكفول له و قبضه عن من لم يسلم، إذ لم يجب عليه قبول الحق ممن ليس له عليه أو بدله- و من حصول الغرض و هو التسليم.

و ظاهر إطلاق الأصحاب القائلين بهذا القول هو الاجتزاء به مطلقا فى هذه المسئله، و سيأتى الكلام فى ذلك بالنسبه الى غير هذه الصوره.

و لو انعكس الفرض بأن تكفل رجل لرجلين برجل، ثم سلمه الى أحدهما لم يبرء من الآخر عند الأصحاب، قالوا: و الفرق بين هذه الصوره و سابقتها- بناء على القول المشهور من براءه الجميع- هو أن عقد الكفاله فى هذه الصوره وقع مع اثنين، فهو بمنزله عقدين، كما لو تكفل لكل واحد منهما على انفراده، و كما لو ضمن دينين لشخصين، فأدى أحدهما، فإنه لا يبرء من دين الآخر.

أقول: و الأظهر فى التنظير انما هو كالمال المشترك بين اثنين فى ذمه آخر، فإنه لا يبرئ بالدفع الى أحد الشريكين، الا أن يكون وكيلا- عن الآخر فى القبض، فيكون المتسلم هنا أصاله من نفسه، و وكاله عن الآخر. بخلاف الصوره السابقه، فإن الغرض من كفالتها إحضاره، و قد حصل و ان كان بفعل أحدهما فتبطل الكفاله لحصول الغرض منها.

الحادى عشر- لو قال الكفيل: أبرأت المكفول، فأنكر المكفول له

، فان كان للكفيل بينه تثبت دعواه فلا اشكال، و ان لم تكن بينه فاليمين من طرف المكفول له فاما أن يحلف على بقاء حقه أو يرد اليمين على الكفيل،

فان حلف برأ من دعوى الكفيل عليه، و تثبت الكفاله، ثم ان جاء الكفيل بالمكفول فادعى البراءه أيضا لم تكف اليمين الأولى التي حلفها المكفول له للكفيل، بل عليه له يمين أخرى، لأنها دعوى ثانيه لا- تعلق له بالدعوى الأولى، فإن الدعوى الاولى فى ثبوت الكفاله و عدمها، و ان لزمها برأيه المكفول لو تثبتت، و الدعوى الثانيه فى ثبوت الحق و عدمه.

و ان رد المكفول له اليمين على الكفيل فحلف برأ من الكفاله، و لا يبرء المكفول من المال، و ان كان اللازم من يمينه ذلك، الا أن الدعويين مختلفان، و لأن الإنسان لا يبرء بيمين غيره.

نعم فى صوره الدعوى بين المكفول و المكفول له لو حلف المكفل اليمين المردوده عليه بأنه برىء الذمه من دعوى المكفول له برأ المكفول و الكفيل، لانه متى ثبت بها براءه الذمه بطلت الكفاله، و ان كان قد حلف المكفول له للكفيل أولا على عدم الإبراء، لسقوط الحق بيمين المكفول و تصير فى حكم ما لو أدى الحق فتبرئ ذمته، و تبطل الكفاله كما ذكرناه.

الثانى عشر [فى براءه الكفيل إذا مات المكفول]

قالوا: إذا مات المكفول برأ الكفيل، و كذا لو جاء المكفول و سلم نفسه الى المكفول له.

أقول: أما الحكم الأول فوجهه واضح، لان متعلق الكفاله النفس و قد فاتت بالموت، و الإحضار المذكور فى الكفاله انما ينصرف الى حال الحياه، لأنه الفرد الشائع الذى يترتب عليه الأحكام فيحمل عليه الإطلاق.

قال: بعض محققى متأخرى المتأخرين، و كأنه مجمع عليه بين الأصحاب و الغرض من ذكره انما هو الرد على بعض العامه، حيث أوجبوا المال على الكفيل، الا أنه قال فى المسالك: هذا كله إذا لم يكن الغرض الشهاده على صورته، و الا و جب إحضاره ميتا مطلقا، حيث يمكن الشهاده عليه بأن لا تكون قد تغيرت بحيث لا تعرف، و لا فرق فى ذلك بين كونه قد دفن و عدمه، لان ذلك مستثنى من تحريم نبشه. انتهى.

أقول: ما ذكره من الفرع المذكور قد نقله العلامة فى التذكرة عن بعض الشافعيه، و رده، و لا بأس بنقل ملخص كلامه فى هذه المسئله فى الكتاب قال (قدس سره)

إذا مات المكفول به بطلت الكفالة و لم يلزم الكفيل شيء عند علمائنا، ثم نقل ذلك عن جملة من علماء العامه، ثم نقل عن جملة منهم القول بوجوب المال على الكفيل، معللين ذلك بأن الكفيل وثيقه على الحق، فإذا تعذر استيفاء الحق ممن عليه استوفى من الوثيقه كالرهن.

ثم رده بالفرق بين الموضوعين المذكورين، ثم قال: وقال بعض الشافعية:

لا- تبطل الكفاله، و لا- ينقطع طلب الإحضار عن الكفيل، و هو أصح قولى الشافعية عندهم، بل عليه إحضاره ما لم يدفن و قلنا بتحريم النباش لأخذ المال إذا أراد المكفول له إقامة الشهاده على صورته، كما لو تكفل ابتداء ببدن الميت.

ثم رده بأنه ليس بجيد، قال: لأن الكفاله على الإحضار إنما يفهم منها إحضاره حال الحياه، و هو المتعارف بين الناس -و الذى يخطر بالبال، فيحمل الإطلاق عليه.

و يمكن كما احتمله بعض المحققين حمل كلامه فى المسالك على ما إذا اشترط إحضاره ميتاً لأجل الاشهاد فى عقد الكفاله.

و أما الحكم الثانى فالظاهر أنه لا إشكال فى صحته، و برأيه الكفيل لو سلم نفسه تسليمًا تامًا، لحصول الغرض به بأى نحو كان، و قيده فى التذكرة بما إذا سلم نفسه من جهه الكفيل، فلو لم يسلم نفسه من جهته لم يبرء الكفيل، لأنه لم يسلمه، و لا أحد من جهته، و أطلق فى موضع آخر من الكتاب البراءه كما هو ظاهر عبارة كثير من الأصحاب، و هو الأظهر.

قال فى المسالك: و هو أجود، و به جزم المحقق الأردبيلى (قدس سره) و لو سلمه أجنبى عن الكفيل فلا خلاف و لا اشكال، و لو لم يكن عنه فالوجهان المتقدمان. و جزم فى التذكرة هنا بالتفصيل، بأنه ان كان عن الكفيل صحح و برئت ذمه الكفيل، و الا فلا، قال: لأنه لا يجب على المكفول له قبوله، الا أن يكون التسليم صادرًا عن اذن الكفيل، محتجًا بعدم وجوب قبض الحق الا ممن هو عليه، لكن لو قبل براء الكفيل.

قال فى المسالك و نعم ما قال: و فى كل هذه الفروع نظر، و إطلاق المصنف و جماعه يقتضى عدم الفرق، و لعله أوجه.

و كلام التذكرة مختلف، و سياقه يقتضى التفرع عند الشافعية، و أنه لا يرتضيه، إلا أن عبارته وقعت مختلفه.

الثالث عشر [ترامى الكفاله]

قد صرح الأصحاب (رضوان الله عليهم) بترامى الكفاله، كما تقدم مثله فى الضمان و الحواله، لأنه لما كان ضابط جواز الكفاله ثبوت حق على المكفول و ان لم يكن مالا- صح كفاله الكفيل من كفيل ثان، لان الكفيل الأول عليه حق المكفول له، و هو إحضار المكفول الأول، و هكذا القول فى كفاله كفيل الكفيل، و هكذا فى المرتبه الثالثه و ما بعدها، و هو المراد بالترامى، إلا أنه يختلف حكم الإحضار فى هذه المراتب، فإنه متى أحضر الكفيل الأخير فى هذه المراتب المتعدده مكفوله برء من الكفاله خاصه، و بقى على مكفوله إحضار من كفله، و هكذا، و لو أحضر الكفيل الأول مكفوله برء الجميع. لأنهم فروع عليه، و هكذا لو أحضر الكفيل الثانى الكفيل الأول برىء هو و من بعده من الكفلاء للفرعيه عليه كما عرفت، و نحو ذلك لو أبرء المكفول له الأول غريمه، و هو المكفول الأول برىء جميع من تأخر عنه، لزوال الكفاله بسقوط الحق بالإبراء، و لو أبرء بعض أصحاب هذه المراتب غيره من حق الكفاله، بمعنى أنه أسقط عنه حق الكفاله، برء كل من كان بعده دون من كان قبله.

و متى مات واحد منهم برء من كان فرعا عليه فبموت من عليه الحق يبرؤن جميعا، و بموت الكفيل الأول يبرء من بعده، و بموت الثانى يبرء الثالث و من بعده دون من يكون قبله، و هكذا بعد موت الثالث يبرء من بعده، و لا يبرىء الأولان، كل ذلك لما عرفت من الفرعيه فى المتأخر، فيسرى إليه الإبراء دون المتقدم.

و قد تقدم فى الضمان و الحواله وقوع الترامى و الدور فيهما، و الترامى هنا قد عرفت صحته، و أما الدور، فإنه لا يصح هنا، لان حضور المكفول الأول يوجب براءه من كفله، و ان تعدد، فلا معنى لمطالبته بإحضار من كفله كذا أفاده شيخنا الشهيد الثانى (عطر الله مرقده) فى المسالك. و الله العالم.

الرابع عشر [فيما يعتبر عقد الكفاله من اللفظ]

-لا- يخفى أنه حيث أن الغرض من الكفاله إحضار ذات المكفول، فالواجب فى عقد الكفاله الإتيان بلفظ يدل على ذلك، و لا خلاف و لا اشكال فيما

لو قال: كفلت لك فلانا أو أنا كفيل به، أو يحضاره، و في حكم لفظ ذاته، لفظ نفسه و بدنه، لان الجميع بمعنى واحد في العرف العام، و ان اختلفت تحقيقا في الحقيقة.

انما الكلام في مثل لفظ الرأس و الوجه، بأن يقول: كفلت لك برأسه - أو بوجهه، فظاهر جملة من الأصحاب كالعلامه و المحقق و غيرهما، بل الظاهر أنه المشهور بينهم صحة الكفاله، لأن هذين اللفظين مما يعبر بهما عن الجملة.

و الحق بهما العلامه في التذكرة الكبدة و القلب، و كل عضو لا- تبقى الحياه بدونه، و الجزء المشاع كالثلث و الربع، قال: لانه لا يمكن إحضار المكفول الا بإحضاره كله، و تنظر في ذلك بعض محققى المتأخرين، قال: أما الأول فإن العضوين المذكورين و ان كانا قد يطلقان على الجملة، الا أن إطلاقهما على أنفسهما خاصة أيضا شائع متعارف، ان لم يكن أشهر، و حمل اللفظ المحتمل للمعنيين على الوجه المصحح - مع الشك في حصول الشرط و أصاله البراءه من لوازم العقد غير واضح.

نعم لو صرح بإرادته الجملة من الجزء اتجهت الصحة، كإرادته أحد معنى المشترك، كما أنه لو قصد الجزء بعينه لم يمكن الحكم بالجملة قطعا، بل كالجزء الذى لا يمكن الحياه بدونه، و بالجملة فالكلام عند الإطلاق و عدم قرينه تدل على أحدهما، فعند ذلك لا يصح تعليل الصحة بأنه قد يعبر بذلك عن الجملة.

و أما الثانى و هو الاجزاء التى لا يعيش بدونها و ما فى حكمها، فلان إحضاره و ان كان غير ممكن بدونها، الا أن ذلك لا يقتضى صحة العقد، لان المطلوب من الكفاله هو المجموع، أو ما يطلق عليه كما فى السابق على تقدير ثبوته.

أما إذا تعلق ببعضه فلا- دليل على صحته، و ان توقف إحضار الجزء المكفول على الباقي لأن الكلام ليس فى مجرد إحضاره، بل فى إحضاره على وجه الكفاله الصحيحه، فوجوب إحضار ما لا يتعلق به الكفاله يترتب على صحة كفاله الجزء الذى تعلقت به، و ذلك الجزء ليس هو المطلوب شرعا بل فى الجملة، فلا- يتم التعليل، و لا إثبات الأحكام الشرعيه المتلقاه من الشرع بمثل هذه المناسبات،

و لو جاز إطلاق هذه الاجزاء على الجملة مجازا لم يكن ذلك كافيا، لكونه غير متعارف مع أن المتعارف ما قد سمعت، و حينئذ فالقول بعدم الصحة أوضح.

و أما الجزء الذى تبقى الحياه بعد زواله، و لا يطلق عليه اسم الجملة كاليد و الرجل فعدم الصحة فيه أشد وضوحا، كما جزم به بعضهم، و استشكل فيه فى القواعد مما ذكر، و من عدم إمكان إحضاره على حالته بدون الجملة، فكان كالرأس أو القلب، و لا يبعد القول بالصحة لمن يقول بها فيما سبق و ان كان الحكم فيه أضعف. انتهى كلامه (زيد مقامه) و هو جيد وجيه، أقول: لا يخفى على من راجع كتاب التذكرة، أن هذه الفروع و ما وشحت به من التعليقات كلها من كلام العامه، و قد تبعهم فيه أصحابنا، و اختلفوا باختلافهم و عللوا بتعليلاتهم، و هكذا فى جملة هذه الفروع الغريبه مما تقدم فى الكتب المتقدمه، و ما يأتى كلها انما جروا فيها على نهج أولئك، فإنه لا يخفى على من طالع مصنفات قدمائنا (رضوان الله عليهم) انهم لا يذكرون غير مجرد الاخبار، و هذا التفرع و تكثير الفروع فى الأحكام الشرعيه مبدء كان من الشيخ تبعا لكتب المخالفين فى مبسوطه و خلافه، و تبعه من تأخر عنه نسأل الله عز و جل المسامحه لنا و لهم من زلات الاقدام، و مداحض الافهام. و الله العالم بحقائق الأحكام و نوابه القائمون بمعالم الحلال و الحرام.

و هو عقد شرع لقطع التجاذب، و الأصل فيه الكتاب و السنه و الإجماع.

قال الله عز و جل (١) «وَ إِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَ الصُّلْحُ خَيْرٌ» و قال عز و جل (٢) «وَ إِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا» .

و روى فى الكافى عن حفص ابن البخترى (٣) فى الصحيح أو الحسن عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال:
«الصلح جائز بين الناس».

و روى فى الفقيه مرسلا (٤) قال: قال رسول الله (صلى الله عليه و آله):

«الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا».

و روى فى البحار (٥) نقلا- عن كتاب الإمامه و التبصره مسندا عن مسعده بن صدقه عن الصادق (عليه السلام) عن أبيه عن آباءه (عليهم السلام) قال: قال رسول الله (صلى الله عليه و آله)

الحديث.

ص: ٨٣

١-١) سورة النساء الآية ١٢٨.

٢-٢) سورة الحجرات الآية ٩.

٣-٣) الكافى ج ٥ ص ٢٥٩ ح ٥.

٤-٤) الفقيه ج ٣ ص ٢١ ح ١.

٥-٥) البحار ج ١٠٣-١٧٨ ح ٢-و الوسائل ج ١٣ ص ١٦٤ الباب ٣ من كتاب الصلح.

و روى فى الكافى عن هشام بن سالم (١) فى الصحيح عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال:

لأن أصلح بين اثنين أحب الى من أن أتصدق بدينارين.

و عن المفضل (٢) قال:

«قال أبو عبد الله (عليه السلام): إذا رأيت بين اثنين من شيعتنا منازعه فافتدها من مالى».

و عن أبى حنيفة سائق الحاج (٣) قال:

من بنا المفضل و أنا و ختنى نتشاجر فى ميراث، فوقف علينا ساعه ثم قال لنا: تعالوا الى المنزل، فأتينا فأصلح بيننا بأربعمائه درهم، فدفعها إلينا من عنده حتى إذا استوثق كل واحد منا من صاحبه.

قال لنا: أما أنها ليست من مالى و لكن أبو عبد الله (عليه السلام) أمرنى إذا تنازع رجلان من أصحابنا فى شىء أن أصلح بينهما و أفتدى بها من ماله، فهذا من مال أبى عبد الله (عليه السلام).، الى غير ذلك من الاخبار الواردة فى المقام، و سيأتى شطر منها فى بعض الأحكام.

و ما ذكرنا هنا من الآيتين و بعض الاخبار و ان لم يكن صريحا فى هذا العقد المخصوص الذى هو محل البحث فى هذا الكتاب، الا أنه صالح لشموله و إدخاله فى ذلك.

إذا عرفت ذلك فالبحت فى هذا الكتاب يقع فى مطلبين:

[المطلب الأول- فى جملة من الأحكام

اشاره

، و فيه مسائل

[المسألة الأولى] فى عدم اشتراط سبق النزاع فى صحة الصلح

-الظاهر أنه لا- خلاف بين أصحابنا (رضوان الله عليهم) فى أنه لا يشترط فى صحة الصلح سبق نزاع، بل لو وقع ابتداء على عين بعوض معلوم صح، و أفاد نقل كل من العوضين كما فى البيع، لإطلاق الأدله الداله على جوازه من غير تقييد بالخصوصه، كالحديث النبوى المتقدم، و صحيحه حفص بن البخترى المتقدمه. (٤)

و صحيحه محمد بن مسلم (٥) عن الباقر (عليه السلام)

أنه قال فى رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه و لا يدرى كل واحدكم له عند صاحبه فقال كل واحد منهما لصاحبه: لك ما عندك، و لى ما عندى فقال: لا بأس بذلك إذا

-
- ١-١) فى الكافى ج ٢ ص ٢٠٩ باب الإصلاح بين الناس ح ٢ أيضا فى الوسائل ج ١٣ ص ١٦٢ ح ١.
٢-٢) فى الكافى ج ٢ ص ٢٠٩ باب الإصلاح بين الناس ح ٣ أيضا فى الوسائل ج ١٣ ص ١٦٢ ح ٣.
٣-٣) فى الكافى ج ٢ ص ٢٠٩ باب الإصلاح بين الناس ح ٤ أيضا فى الوسائل ج ١٣ ص ١٦٢ ح ٤.
٤-٤) ص ٨٣.
٥-٥) التهذيب ج ٦ ص ٢٠٦ ح ١ و الوسائل ج ١٣ ص ١٦٥ ح ١.

تراضيا.

و صحيحه منصور بن حازم (١) عن أبي عبد الله (عليه السلام)

في رجلين الحديث كما في سابقه و زاد و طابت به أنفسهما.

و صحيحه الحلبي (٢) عن أبي عبد الله (عليه السلام) و غير واحد عن أبي عبد الله (عليه السلام)

«في الرجل يكون عليه الشيء فيصالح، فقال: إذا كان بطييه نفس من صاحبه فلا بأس».

و صحيحه الحلبي (٣) عن أبي عبد الله (عليه السلام)

في الرجل يعطى أقفزه من حنطه معلومه يطحنها بدراهم، فلما فرغ الطحان من طحنه نقد الدراهم، و قفيزا منه و هو شيء اصطالحوا عليه فيما بينهم، قال: لا بأس به، و ان لم يكن ساعره على ذلك». الى غير ذلك من الاخبار الظاهره في المراد.

هذا و الأصل في العقود الصحة، للأمر بالوفاء، لا يقال: انهم قد عرفوه كما قدمنا ذكره بأنه عقد شرع لقطع التجاذب، و هو مستلزم لتقدم الخصومه، لأننا نقول: أولا أن الظاهر أن هذا التعريف انما وقع من العامه، و تبعهم أصحابنا فيه و لهذا ان بعض العامه شرط فيه تقدم الخصومه، فلا تقوم به حجه في الخروج عن ظواهر الأدله المشار إليها، و ثانيا أنه مع الإغماض عن ذلك، فإنه لا يلزم من كون أصل مشروعيتها لذلك أنه لا يكون الا كذلك، الا ترى أنه قد ورد في وجوب العده و أصل مشروعيتها التعليل باستبراء الرحم، مع وجوبها في جملة من المواضع المقطوع فيها ببراءه الرحم، كمن طلق زوجته أو مات عنها بعد مفارقتها لها سنين عديده، و نحوه ما ورد من تعليل استحباب غسل الجمعة بالتأذى من روائح الأنصار إذا حضروا الجمعة، فتأذى الناس بريح آباطهم، فأمروا بالغسل لدفع تأذى الناس بذلك، مع ما استفاض من استحباب الغسل و ان كانت رائحته كرائحه المسك، الى غير ذلك.

و بالجملة فإن الخلاف في هذا المقام انما هو من العامه، نعم اختلف أصحابنا في كونه عقدا برأسه أو فرعا على غيره، فالمشهور الأول و ان أفاد في ذلك فائده غيره

ص: ٨٥

١-١) التهذيب ج ٦ ص ٢٠٦ ح ١.

٢-٢) التهذيب ج ٦ ص ٢٠٦ ح ٢.

٣-٣) التهذيب ج ٦ ص ٢٠٧ ح ٩. و هذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ١٦٥ ح ١ و ص ١٦٦ ح ٣ و ص ١٦٩ ح ١.

و مجرد افادته فائده غيره لا يستلزم فرعيته عليه.

و ذهب الشيخ في المبسوط إلى أنه فرع على عقود خمسه، فجعله فرع البيع إذا أفاد نقل الملك بعوض معلوم، و فرع الإجاره إذا وقع منفعه مقدره بمدته معلومه بعوض معلوم، و فرع الهبه إذا تضمن ملك العين بغير عوض، و فرع العاريه إذا تضمن إباحه منفعه بغير عوض، و فرع الإبراء إذا تضمن إسقاط دين أو بعضه.

و الأصحاب ردوه بأن افاده عقد فائده عقد آخر لا تقتضى كونه من أفراده، مع دلالة الدليل على استقلاله بنفسه، كغيره من العقود.

و يظهر الفرق بين القولين: أنه على المشهور عقد لازم لدخوله في عموم الأمر بالوفاء بالعقود، و على قول الشيخ يلحقه حكم ما ألحق به من العقود في ذلك الفرد الذي ألحق به.

أقول: لا يخفى أن ما ذهب اليه الشيخ هنا قد تبع فيه الشافعي حسبما نقل عنه، قال في التذكرة: الصلح عند علمائنا أجمع عقد قائم بنفسه، ليس فرعاً على غيره، بل أصل في نفسه، منفرد في حكمه، و لا يتبع غيره في الأحكام، لعدم الدليل على تبعيه الغير، و الأصل في العقود الأصالة.

و قال الشافعي: انه ليس بأصل منفرد بحكمه، و انما هو فرع على غيره، و قسمه على خمسه أضرب، ضرب فرع البيع، و هو أن يكون في يده عين أو في ذمته دين فيدعيها انسان فيقر له بها ثم يصلحه على ما يتفقان عليه، و هو جائز فرع على البيع، بل هو بيع عنده، يتعلق به أحكامه.

و ضرب هو فرع الإبراء و الحطيطة، و هو أن يكون له في ذمته دين فيقر له به ثم يصلحه على أن يسقط بعضه، و يدفع اليه بعضه و هو جائز و هو فرع الإبراء.

و ضرب هو فرع الإجاره، و هو أن يكون له عنده دين أو عين فصالحه عن ذلك على خدمه عبد أو سكنى دار فيجوز ذلك و يكون فرع الإجاره.

و ضرب هو فرع الهبه، و هو أن يدعى عليه دارين أو عبدين و شبههما فيقر له بهما و يصلحه من ذلك على إحديهما، و يكون هبه للأخرى.

و ضرب هو فرع العاريه، و هو أن يكون في يده دار فيقر له بها و يصلحه

على سكنها شهرا و هو جائز و يكون ذلك عاربه.انتهى.

و العجب من دعوى العلامه هنا الإجماع من أصحابنا أجمع أنه عقد قائم بنفسه،ليس فرعا على غيره،مع ما عرفت من تصريح الشيخ بما نقله عن الشافعي من الفرعيه من المواضع الخمسه،و اشتهاار النقل عنه فى كتب الأصحاب،و منهم هو(قدس سره)فى المختلف،حيث نسب فيه القول بالأصالة إلى المشهور، و نقل عن الشيخ فى المبسوط أنه فرع لغيره.

و كيف كان فهذا القول بمحل من الضعف و القصور،فلا اعتماد على القول المشهور،لعدم الدليل على هذه الدعوى،فإن الأصل فى جميع العقود من صلح و غيره هو كون ذلك العقد أصلا برأسه،و جعله فى حكم غيره أو فرعيته عليه فيلحقه أحكام غيره يحتاج الى دليل واضح.

و من هنا أنكر المحقق الأردبيلي(رحمه الله)كون قول الشيخ فى المبسوط بذلك مذهبا له،و انما هو نقل لقول العامه،و استند فى ذلك الى دعوى الإجماع فى التذكرة،و هو عجيب منه(قدس سره)و كأنه لم يلاحظ كتاب المبسوط فى هذا المقام،فان عبارته صريحه فى كونه مذهبه،حيث قال بعد ذكر الأدله الداله على مشروعيه الصلح من الآيات و الروايات:ما صورته فإذا ثبت هذا فالصلح ليس بأصل فى نفسه،و انما هو فرع لغيره،و هو على خمسه أضرب،أحدها فرع البيع،و ثانيها فرع الإبراء،ثم ساق الكلام فى هذه الخمسه الى أن قال:إذا ورث رجلان من مورثهما مالا فصالح أحدهما صاحبه على نصيبه من الميراث بشىء يدفعه إليه،فإن هذا الصلح فرع البيع يعتبر فيه شرائط البيع،فما جاز فى البيع جاز فيه،و ما لم يجز فيه لم يجز فيه،الا أنه يصلح بلفظ الصلح،و من شرط صحه البيع أن يكون معلوما، ثم ذكر جمله من شروط البيع و أحكامه،و منها خيار المجلس الا أنه قال فى آخر الكلام،و يقوى فى نفسى أن يكون هذا الصلح أصلا بنفسه،و لا يكون فرع البيع، فلا يحتاج الى شروط البيع،و اعتبار خيار المجلس على ما بيناه فيما مضى،ثم ساق الكلام فى باقى الأقسام،و كلامه(قدس سره)ظاهر بل صريح فى كون ذلك مذهبا له،لا نقلا لمذهب العامه كما توهمه المحقق المذكور.

لكنه كما ترى قد صرح بالرجوع عن ذلك في صورته الفرعية على البيع، وقال: بأن الأقوى عنده أنه أصل برأسه في هذه الصورة مع اشتهاار النقل عنه في كتب الأصحاب بالفرعية في البيع وغيره، كما لا يخفى على من وقف على كلامهم، و كأنهم لم يراجعوا الكتاب المذكور، و اعتمدوا في ذلك على نقل بعضهم عن بعض، و الافاق العبارة كما ترى صريحه في العدول عن مذهبه في هذه الصورة بخصوصها، فينبغي المراجعة في أمثال هذه المقامات، و عدم الاعتماد على النقل، و ان كانت من مثل هؤلاء الفحول، و المعصوم من عصمه الله تعالى فيما يفعل و يقول. و الله العالم.

المسئلة الثانية [في صحة الصلح مع الإقرار و الإنكار]

قد صرح الأصحاب (رضوان الله عليهم) بصحة الصلح مع الإقرار و الإنكار، إلا ما أحل حراما أو حرم حلالا.

أقول: أما الحكم الأول فلا خلاف فيه عندهم، قال في التذكرة: يصح الصلح على الإقرار و الإنكار معا سواء كان المدعى به دينا أو عينا عند علمائنا أجمع، و به قال أبو حنيفة و احمد انتهى.

و قال في المسالك- بعد قول المصنف يصح مع الإقرار و الإنكار- هذا عندنا موضع وفاق.

و نبه بذلك على خلاف الشافعي حيث منعه مع الإنكار، نظرا إلى أنه عاوض على ما لم يثبت له، فلا تصح المعاوضة، كما لو باع مال غيره، و نحن نمنع بطلان المعاوضة على ما لم يثبت بالصلح، فإنه عين المتنازع، و الفرق بينه و بين البيع ظاهر، فان ذلك تصرف في مال الغير بغير إذنه، بخلافه هنا، و لان معنى شرعيته عندنا و عنده على قطع التنازع و هو شامل للحالين. انتهى.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن صحة الصلح مع الإقرار و الاعتراف بالمدعى مما لا اشكال فيها لمعلوميته عند صاحبه: و لا فرق بين أن يصلح عنه بأقل، أو أكثر أو ما ساواه، للمعلومية في الجميع، و حصول التراضي من الطرفين.

إنما الإشكال في صورته الإنكار بأن يدعى شخص على غيره دينا أو عينا فينكر المدعى عليه، فتقع المصالحة بينهما اما بمال آخر، أو ببعض المدعى أو غير ذلك من منفعه و غيرها، فإنه باعتبار الإنكار، و اختلاف الخصمين في ذلك نفيًا و إثباتًا يحتمل أن

يكون المدعى محققاً: والمدعى عليه مبطلاً في إنكاره، وأنه مشغول الذمه في الواقع، فالصلح هنا و ان أفاد قطع النزاع بحسب الظاهر-و عدم صحه الدعوى بعد ذلك، لصحته بحسب الظاهر-الا- أنه لا يفيد براءه ذمه المدعى عليه مما يزيد على مال الصلح، فيما لو فرض أنه صالحه على أقل مما في ذمته في الواقع، أو بعض العين أو المال الآخر، بل يبقى مشغول الذمه بالباقي و انما تبرأ ذمته بقدر ما دفعه خاصه.

و تدل على ذلك

صحيحه عمر بن يزيد (1) عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال:

إذا كان للرجل على الرجل دين فمطله حتى مات، ثم صالح ورثته على شيء، فالذى أخذته الورثة لهم، و ما بقى فهو للميت يستوفيه منه في الآخرة، و ان هو لم يصلحهم على شيء حتى مات و لم يقض عنه فهو للميت يأخذه به».

حتى أنه لو كانت الدعوى على عين في يده و صالح عنها بأقل من قيمتها فالعين بأجمعها في يده مغضوبه، و لا يستثنى له منها مقدار ما دفع، لعدم صحه المعاوضه في نفس الأمر. و يحتمل أن يكون المدعى مبطلاً و المدعى عليه محققاً في إنكاره، و أنه برىء الذمه في الواقع، فان الصلح و ان صح ظاهراً، لكنه لا يصح بحسب الواقع، و لا يستبيح للمدعى ما دفع اليه من مال الصلح، لأنه أكل مال بالباطل، و المدعى عليه انما دفعه اليه افتداءً من هذه الدعوى الكاذبه، أو خوف الضرر على نفسه و ماله لو لم يفعل، و مثل هذا لا يعد عن تراض يحصل به الإباحه.

نعم لو كانت الدعوى مستنده الى شبهه و قرينه تخرج بها عن الكذب المحض، كما لو وجد المدعى بخط مورثه أن له على فلان مالا- أو شهد له من لا- يثبت الحق بشهادته شرعاً و لم يكن المدعى عالماً بالحال، و انما ادعى بناء على هذا الفرض، و توجهت له اليمين على المدعى، فصالحه على إسقاط اليمين بمال أو قطع المنازعه، فالظاهر هنا صحه الصلح في نفس الأمر، و استحقاق ما يأخذه من مال الصلح، و بذلك صرح شيخنا الشهيد الثاني في المسالك أيضاً.

و بالجمله فالحكم بالصحه في صوره الإنكار مراد بها ما هو أعم من الصحه

ص: ٨٩

بحسب ظاهر الشرع دون نفس الأمر تاره كما عرفت، و من الصحه ظاهرا و واقعا فيما إذا حصل الصلح على مقدار ما فى الذمه، كما فى الصورة الاولى (١).

و أما الحكم الثانى و هو قولهم «الا ما أحل حراما أو حرم حلالا» فهو عين ما صرح به الحديث النبوى المتقدم، و فسر الأصحاب تحليل الحرام بالصلح على استرقاق حر أو استباحه بضع لا سبب لإباحته إلا الصلح، أو يشربا أو أحدهما الخمر و نحو ذلك.

و بالجمله ما يكون محرما فى حد ذاته، و يراد تحليله و إباحته بالصلح، و تحريم الحلال بأن لا يظأ أحدهما حليلته أو لا ينتفع بماله، أو نحو ذلك مما هو حلال له فى حد ذاته، و انما يراد تحريمه بالصلح.

و على هذا فالاستثناء متصل، لان الصلح على هذا باطل ظاهرا و واقعا، و ربما فسر بصلح المنكر على بعض المدعى أو منفعتة أو بدله مع كون أحدهما عالما ببطلان الدعوى: كما تقدم بيانه، و على هذا يكون الاستثناء منقطعاً، لما عرفت من الحكم بصلحه الصلح هنا ظاهرا، و انما بطلانه بحسب الواقع و نفس الأمر، و الحكم بالصلحه، و البطلان انما يتوجه الى الظاهر، فلا يصح أن يكون الاستثناء متصلاً، و يحتمل كونه متصلاً بالنظر الى الواقع، و هذا المثل يصلح للأمرين معا فإنه محل للحرام بالنسبه إلى الكاذب (٢) و محرم للحلال بالنسبه إلى المحق.

و الله العالم.

المسألة الثالثه [فى صحه الصلح مع العلم بالمتنازع فيه و جهله]

إشاره

قد صرح جملته من الأصحاب (رضوان الله عليهم) بأنه يصح الصلح مع العلم بالمتنازع فيه و جهله، دينا كان أو عينا، و ما ذكره من الصلح مع العلم فلا- ريب فى صحته، لارتفاع الجهاله، و حصول التراضى، و ان كان يبقى الكلام فى المبطل منهما باعتبار الاستحقاق واقعا و عدمه، فيجرى فيه ما تقدم فى سابق هذه المسأله.

ص: ٩٠

١- ١) و هى احتمال ان يكون المدعى محقا و المدعى عليه مبطلا فى إنكاره. منه رحمه الله.

٢- ٢) فان الكاذب أخذ ما لا يستحقه واقعا بهذا الصلح و صار حلالا له بحسب الظاهر من هذا الصلح ما لا يستحقه واقعا من المال الذى يدعيه. منه رحمه الله.

و اما مع الجهل فيحتمل أن يكون مرادهم به كما ذكره جمله من المتأخرين ما كان ناشئاً عن عدم إمكان العلم، بحيث يتعذر عليهما استعلامه، لا- مطلقاً للزوم الغرر المنهى عنه شرعاً، و لوالدى العلامة(قدس سره و روحه و نور ضريحه) فى هذا المقام تفصيل حسن، يحسن ذكره و ان طال به زمام الكلام، فإنه من أهم المهام، قال(عطر الله مرقده و أعلى فى جوار أئمتة صلوات الله عليهم مقعده) بعد كلام فى المقام: إذا عرفت هذا فنقول الصلح اما ان يقع على معلوم عند المتصالحين أو مجهول عندهما، أو معلوم عند أحدهما و مجهول عند الآخر.

و على الثانى فاما أن يتعذر معرفته مطلقاً، أو فى الحال فقط مع إمكان معرفته فى وقت آخر. أو يمكن معرفته مطلقاً.

و على الثالث فالعالم فيه اما أن يكون هو المستحق، أو من عليه الحق، فإن كان الأول فاما أن يقع الصلح بأكثر من حقه أو لا، فان كان الثانى فاما أن يعلم الغريم المستحق بمقدار حقه أو لا، و مع عدم إعلامه فاما أن يصلحه بأقل من حقه أو لا فهذه تسع صور:

الاولى- أن يكون المدعى معلوما عند كل من المتصالحين

، و الحكم فيه بالصحة واضح، لارتفاع الجهالة و الغرر فيه، و لا- فرق بين كون المدعى عينا أو ديناً، و كون الصلح بمقدار مال المدعى من الحق أو أقل منه أو أكثر، مع حصول الرضا الباطنى من كل منهما لصحة المعاوضة ظاهراً و باطناً.

الثانية- أن يكون مجهولاً عندهما و كان مما يتعذر معرفته

و الإحاطة به منهما مطلقاً عينا كان أو ديناً كوارث يتعذر العلم بحصته، و دين غير معلوم الجنس أو الكم، و قفيز من دقيق حنطه أو شعير ممتزج، و كصبره من طعام أثلفها شخص على آخر، و لم يعلما بقدرها، ففى هذه كلها يصح الصلح ظاهراً و فى نفس الأمر و يفيد نقل الملك و إبراء الذمه، و ان كان على المجهول كما صرح به الأصحاب (رضوان الله عليهم).

بل ظاهر عبارة الشهيد الثانى فى المسالك الإجماع على جوازه، و ذلك لان إبراء الذمه أمر مطلوب، و الحاجه إليه ماسه، و لا طريق إليه الا هذا الصلح

و يدل على صحته أيضا عموم الآية كقوله تعالى (١) «و الصُّلْحُ خَيْرٌ» و الاخبار

كقوله صلى الله عليه و آله (٢)

«و الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا».

و قول الصادق (عليه السلام) في حسنه حفص بن البختري (٣)

«الصلح جائز بين الناس».

و خصوص صحيحه محمد بن مسلم (٤) عن الباقر (عليه السلام)، و

صفوان عن منصور بن حازم عن أبي عبد الله (عليه السلام)

«انهما قالوا في رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه و لا يدري كل واحد كم له عند صاحبه، فقال كل واحد منهما لصاحبه: لك ما عندك و لى ما عندى، فقال: لا بأس بذلك إذا تراضيا».

فان الظاهر من الروايات عدم إمكان العلم و المعرفة بقدر ذلك الطعام من كل منهما كما هو واضح.

الثالث— أن يكون مجهولا عندهما و لكن لا يتعذر العلم به

، بل يمكن معرفته مطلقا، فهذا لا يصلح الصلح عليه قبل العلم به على الأظهر، لحصول الجهل فيه و الغرر الموجب للضرر بالزيادة و النقيصه مع إمكان التحرز عنه، بل لا بد من العلم به أولا بالكيل فى المكيل، و الوزن فى الموزون، و العد فى المعدود و الذرع فى المذروع، فلو صالحه على صبره من طعام من غير كيل و لا وزن لم يصح كما قد سبق، لان الاستعلام فيه ممكن.

و كذا ظرف البر و الأرز، و وعاء التمر و نحوه لا يصلح عليه الا بعد معرفه كيله أو وزنه مثلا، و من هذا القبيل الصلح على نصيب شخص من عين أو ميراث مع جهلهما به و إمكان العلم بقدره و تعيينه بعد الملاحظه و المراجعه، و ان كان فى الحال، فان الصلح و الحال هذه غير صحيح لا ظاهرا و لا باطنا، و لا يفيد تمليكا

ص: ٩٢

١- ١) سورة النساء الآية ١٢٨.

٢- ٢) الفقيه ج ٣ ص ٢١ ح ١.

٣- ٣) الكافي ج ٥ ص ٢٥٩ ح ٥.

٤- ٤) التهذيب ج ٦ ص ٢٠٦ ح ١- الفقيه ج ٣ ص ٢١ و ذيل روايه منصور و طابت به أنفسهما ح ٢، و هذه الروايات فى الوسائل ج ١٣ ص ١٦٤ ح ٢ و ١ و ص ١٦٥ ح ١.

و لا إبراء، و عموم الآيه و الاخبار الداله على جواز الصلح بين المسلمين مخصص بما لا غرر فيه و لا جهاله، للنهي عن ذلك في الخير كما عرفته.

الرابعه- أن يكون مجهولا عندهما، و العلم به ممكن في الجملة

، لكنه متعذر لعدم الميزان و المكيال في الحال، و مساس الحاجه الى الانتقال، و قد استقرب جمع من الأصحاب منهم الشهيد (قدس سره) في الدروس و الشيخ المقداد في التنقيح و الشهيد الثاني في المسالك صحه الصلح، و الحال هذه، و وجهه تعذر العلم به في الحال مع اقتضاء الضروره، و مساس الحاجه لوقوعه، و التضرر بتأخيرها و انحصار الطريق في نقله فيه مع تناول عموم الآيه، و الاخبار السالفه.

و من هذا القبيل أيضا الصلح على نصيب شخص من ميراث أو عين يتعذر العلم بقدره في الحال، مع إمكان الرجوع في وقت آخر إلى فرضي أو عالم به مع مسيس الحاجه الى نقل النصيب في الحال.

الخامسه- أن يكون مجهولا عند المستحق و معلوما عند الآخر، و هو من عليه الحق و لم يعلمه بقدره

، و صالحه بأقل من حقه، و ذلك كتركه موجوده يعلمها الذي هو في يده و يجهلها الآخر، و كذا كل من له نصيب من ميراث أو غيره لا- يعلم به، و يعلم به خصمه إذا صالحه بأقل منه من غير اعلامه، سواء كان من عليه الحق منكرا ظاهرا أو مقرا بمقدار ما صالح به أو أقل منه، فان الصلح حيثئذ غير صحيح، و المعاوضه في نفس الأمر باطله، و الواجب عليه اعلام صاحب الحق، فإن رضى بالصلح بالأقل، و الا و جب إيصال حقه اليه بتمامه، فأما الصلح قبل الاعلام فهو حرام، لا يثمر تمليكا- لو كان المدعى عينا- لا- إبراء من الباقي لو كان ديننا حتى لو صالح على العين بمال آخر فهي بأجمعها في يده مغصوبه، و لا- يستثنى له مقدار ما دفع، لعدم صحه المعاوضه في نفس الأمر.

و الذي يدل على عدم صحه هذا الصلح و جوازه- مضافا الى ما فيه من الغرر و الخدع المنهي عنه و كونه من قبيل الصلح الذي أحل حراما و حرم حلالا- ما رواه

علي بن أبي حمزه (1) قال:

«قلت لأبي الحسن» (عليه السلام): رجل يهودى

ص: ٩٣

أو نصراني كانت له عندى أربعة آلاف درهم فمات، أ يجوز لى ان أصلح ورثته و لا- أعلمهم كم كان؟ قال: لا- يجوز حتى تخبرهم». و نحوها

صحيحه عمر بن يزيد (١) عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال:

إذا كان للرجل على الرجل دين فمطله حتى مات ثم صالح ورثته على شىء: فالذى أخذته الورثة لهم، و ما بقى فهو للميت يستوفيه منه فى الآخرة الحديث».

و موثقته (٢) أيضا» و قال:

سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل ضمن على رجل ضمانا ثم صالح عليه قال: ليس له الا الذى صالح عليه».

نعم هذا الصلح مع فساد و عدم صحته فى نفس الأمر، هو صحيح بحسب ظاهر الشرع، كما صرح به جماعه من الأصحاب، منهم الشيخ على بن عبد العالى فى شرح القواعد، و الشهيد الثانى فى شرح الشرائع، فيحكم به على كل واحد منهما، و لا يجوز لهما الخروج عن مقتضاه ظاهرا، لعدم العلم بكون من عليه الحق مبطلا- فى صلحه خادعا فيه، و احتمال كونه محقا فيكون حاله مشتبه، فلا يكون صلحه باطلا فى الظاهر- و ان كان على مجهول.

نعم لو انكشف أمره ظاهرا بعد الصلح، بحيث علم مقدار المدعى، أو زيادته على ما صالح عليه، أو اعترف هو بذلك اتجه بطلان الصلح حينئذ ظاهرا أيضا، و وجب عليه تسليم المدعى ظاهرا لظهور شغل ذمته، و بطلان المعاوضه ظاهرا و باطنا، هذا إذا لم يكن من له الحق قد رضى باطنا بالصلح بالأقل، أما لو رضى به باطنا كان الصلح صحيحا فى نفس الأمر حينئذ كما قطع به العلامة (قدس سره) فى التذكرة، و حينئذ فلا يجوز له أخذ ما زاد عن مال الصلح، و ان علم الزيادة لحصول الرضا منه باطنا بذلك الأقل عوضا عن حقه، و ان كثر فيكون العبره فى إباحه الباقي بالرضا الباطن، لا بالصلح.

و يمكن أن يستدل عليه

بصحيحه الحلبي (٣) عن أبى عبد الله (عليه السلام)

«فى الرجل يكون عليه الشىء فيصلح فقال: إذا كان بطييه نفس من صاحبه فلا بأس».

ص: ٩٤

١- (١) التهذيب ج ٦ ص ٢٠٨ ح ١١ و الكافى ج ٥ ص ٢٥٩ ح ٦.

٢- (٢) التهذيب ج ٦ ص ٢١٠ ح ٧. و الكافى ج ٥ ص ٢٥٩ ح ٧ و ٨.

٣- (٣) التهذيب ج ٦ ص ٢٠٦ ح ٢. و هذه الروايات فى الوسائل ج ١٣ ص ١٦٦ ح ٤ و ص ١٥٣ ح ١ و ص ١٦٦ ح ٣.

فهى داله بإطلاقها الشامل لذلك كما هو ظاهر.

السادسه-ان يكون مجهولا عند المستحق معلوما عند من عليه الحق،و لم يعلم قدره

لكن صالحه بمقدار حقه أو أكثر،وقد صرح جمع من الأصحاب منهم الشهيد الثانى فى شرح الشرائع بصحة الصلح حينئذ،و ان كان على مجهول،لانتفاء الغرر و الخدع فيه،مع أن العبره بوصول حقه اليه لا بالصلح،و أما اشتراط الاعلام فى صحة الصلح كما فى خبر على بن أبى حمزه السالف فالظاهر أنه مخصوص بما إذا أريد الصلح بالأقل،لأنه مظنه الغرر و الخدع،فمع وقوع الاعلام بقدره ينتفى الغرر و الخدع رأساً أما مع المصالحة بتمام الحق أو أكثر منه فلا خدع فيه قطعاً، فلا يجب فيه الاعلام مع دخوله فى عموم الأدله الداله على جواز الصلح بين المسلمين.

السابعه-أن يكون مجهولا عند المستحق معلوما عند من عليه الحق، و لكن أعلمه بقدره

و لا-شك فى جواز الصلح و صحته حينئذ،سواء صالحه بمقدار حقه أو بأقل مع الرضا به لحصول العلم و ارتفاع الجهاله و حصول الرضا،و عموم أدله جواز الصلح.و الله العالم.

الثامنه:أن يكون معلوما عند المستحق مجهولا عند الآخر فصالحه بأكثر من حقه

الذى له فى الواقع،لقصد التخلص من دعواه لم يصح هذا الصلح فى نفس الأمر،و لم يستبح به ما زاد عن حقه الذى له فى الواقع،لبطلان المعاوضه فى نفس الأمر،و ان كانت صحيحه بحسب ظاهر الشرع،كما سبق نظيره،فالظاهر أن ذلك باطل مع عدم الرضا الباطنى من الغريم،لكونه حينئذ من قبيل أكل المال بالباطل،أما مع رضاه بالصلح كذلك باطنا فالظاهر صحة الصلح حينئذ،و اباحه ذلك للزائد عن حقه لطيب نفسه به،و الظاهر أن العبره حينئذ فى إباحه ذلك الزائد بالرضا به،لا بالصلح كما سبق مثله.

التاسعه-الصوره بحالها و لكن صالحه بقدر حقه أو أنقص

،و لا شك فى صحة الصلح فيها ظاهراً و باطناً.و الله العالم.انتهى كلامه علت فى الخلد أقدامه،و رفع فيها مقامه.

أقول:ما ذكره(قدس سره)من هذه الصور التسع بالتقريبات التى ذيلها

بها ظاهر، إلا- أن ما ذكره في الصورة الثالثة مما يمكن تطرق المناقشه إليه، فإن مرجع استدلاله الى تخصيص عمومي الآيه و الاخبار-الداله على صحه الصلح في مثل هذه الصوره-بالأخبار الداله على النهي عما يشتمل على الغرر و الجهاله في المعاوضه.

و التحقيق أن يقال: لا- ريب أن هنا عمومين قد تعارضا، و هما عموم أخبار الصلح الدال على دخول مثل هذه الصوره، و عموم أخبار النهي عن الغرر و الجهاله الشامل للصلح و غيره من المعاوضات، و ليس تخصيص عموم أخبار الصلح-بعموم أخبار النهي عن الغرر ليتم ما ذكره- بأولى من تخصيص عموم أخبار النهي عن الغرر و الجهاله بأخبار الصلح، فيقال: حينئذ بصحه الصلح في هذه الصوره و ان استلزم الغرر و الجهاله كما أن ذلك حاصل في الصوره الثانيه و الرابعه، و لا بد لترجيح أحدهما على الآخر من دليل، و يمكن ترجيح الثاني بظهور عموم أخبار الصلح مع تكاثرها و تعددها على وجه يشمل الصوره المذكوره، بخلاف ما دل على النهي عن الغرر و المجهول، فانا لم نقف فيه على روايه صريحه، و ان تكرر دورانه في كلامهم، و تداول على رؤوس أقلامهم.

و قد تقدم في كتاب البيع قول جمله من الأصحاب بصحه بيع المجهول في جمله من المواضع، و دلت جمله من الاخبار على الصحه أيضا في مواضع، و قد حققنا البحث ثمه على وجه يظهر منه أنه ليس ذلك بقاعده كلييه، و لا ضابطه جليه كما ادعاه جمله منهم، و بذلك يظهر لك أن الأظهر هنا هو ترجيح عموم أخبار الصلح و إبقائها على عمومها، و التخصيص فيما دل على النهي عن الغرر و المجهول، فإنه إذا ثبت صحه العقد مع الجهل و الغرر في البيع الذي هو أكثر شروطا و أضيق مدخلا ثبت في الصلح بطريق أولى، لأنه موضوع على المسامحه و المساهله، و لأن العمده فيه كما هو المفهوم من أخباره هو التراضى من الطرفين، اما ظاهرا و باطنا. فيصح حينئذ كذلك أو ظاهرا خاصه فتختص الصحه بالظاهر، و التراضى في موضع النزاع حاصل ظاهرا و باطنا.

و يؤيد ما قلناه ما هو ظاهر من كلام جمله من متقدمى المتأخرين كالمحقق و العلامه و غيرهما من الحكم بصحه الصلح مع العلم و الجهل مطلقا، كما قدمناه

قال فى التذكرة: لا- يشترط العلم بما يقع الصلح عنه لا- قدرا و لا- جنسا، بل يصح سواء علما قدر ما تنازعا عليه و جنسه أو جهلاه، دينا كان أو عينا، و سواء كان إرثا أو غيره عند علمائنا أجمع، ثم استدل بالأدله العامه من آيه و روايه على صحته مع الجهل، و لم يفصل فى أثناء كلامه بين ما يمكن استعلامه و ما لا يمكن، و هو ظاهر فيما قلناه.

و الأظهر منه ما صرح به المحقق الأردبيلى (قدس سره) فى شرح الإرشاد حيث قال فى هذا المقام: و لا بد أن يكون معلوما ليندفع الغرر، و لكن الظاهر أنه يكفى العلم به فى الجملة. اما بوصفه أو بمشاهدته، و لا يحتاج الى الكيل و الوزن و معرفه أجزاء الكرباس و القماش و الثياب، و ذوق المذوقات و غير ذلك مما يعتبر فى البيع و نحوه، للأصل و عدم دليل واضح على ذلك، و عموم أدله الصلح المتقدم، و لان الصلح شرع للسهوله و الإرفاق بالناس ليسهل إبراء ذمتهم، فلا يناسبه الضيق و لانه مبنى على المسامحه و المساهله، و اليه أشار بقوله و يكفى المشاهده فى الموزون و ان خالف فيه البعض.

قال فى الدروس: و الأصح أنه يشترط العلم فى الموضوعين إذا أمكن، و قال فى موضع آخر: و لو تعذر العلم بما صولح عليه جاز، الى قوله: و لو كان تعذر العلم لعدم المكيال و الميزان فى الحال و مساس الحاجه الى الانتقال، فالأقرب الجواز و هو مختار شارح الشرائع أيضا، و لا- نعرف له دليلا، و ما تقدم ينفيه، و يؤيده التجويز عند التعذر، فان ذلك لا- يجوز فى البيع عندهم، فتأمل، انتهى. ثم أمر بالاحتياط و هو كما ترى أظهر ظاهر فيما ادعينا مؤيد لما قدمناه.

و بالجملة فالظاهر هو الصحه فى الصورة المذكوره لما عرفت، و الاحتياط لا يخفى، و الله العالم.

المسئله الرابعه [أركان الصلح]

- لا يخفى أن أركان الصلح أربعه، المتصالحان، و المصالح عليه، و هو مال الصلح، و المصالح عنه، و هو المتنازع فيه لو كان ثمه نزاع.

أما المتصالحان فإنه لا خلاف كما نقله فى التذكرة فى أنه يشترط فيهما

الكمال، بأن يكون كل واحد منهما بالغا عاقلا جائز التصرف فيما وقع الصلح عليه.

و أما المصالح عليه فإنه يشترط فيه صحه التملك، فلو كان خمرا أو خنزيرا أو استرقاق حر أو إباحه بضع محرم قبل ذلك لم يصح، لما تقدم فى الحديث النبوى و كما لا يقع هذه الأشياء مالا للصلح لا يقع مصالحا عنه، و الجميع محرم بما تقدم من النص النبوى.

و من شرائطه العلم بما يقع الصلح عنه عند بعض كالشهيدين فى الدروس و المسالك، و قد تقدم الكلام فيه.

و من شروطه رضا المتصالحين، فلا- يقع مع الإكراه إجماعا، كغيره من العقود و لقوله عز و جل (١) «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ» فما لم يكن عن التراضى فإنه أكل مال بالباطل، و من صور الإكراه ما لو كان له على غيره حق مالى فأنكره المديون، فصالحه المالك على بعضه، توصلا إلى أخذ بعض حقه، فإنه و ان صح الصلح ظاهرا الا أنه لا- يصح واقعا، و لا- تحصل به براءة ذمه المديون من الحق الباقي فى ذمته، سواء عرف المالك قدر الحق أم لا، و سواء ابتداء المالك بطلب الصلح أم لا، و قد تقدم تحقيق ذلك فى الصور المتقدمه فى سابق هذه المسئله.

و متى استكملت شروطه صار لازما من الطرفين عملا بعموم أدله الوفاء بالعقود المقتضى لذلك الا ما خرج بدليل من خارج، و يجيء على قول الشيخ الجواز فى بعض موارد، كما إذا كان فرع العاربه التى هى جائزه، و الهبه على بعض الوجوه و قد عرفت ضعفه، نعم لو اتفقا على فسخه بمعنى الإقاله من ذلك العقد كما فى البيع و أوقعا صيغه التقابل انفسخ.

المسئله الخامسه [فى اشتراط كون الربح و الخسران على أحدهما]

-إذا وقع الصلح بين شريكين على أن يكون الربح و الخسران على أحدهما، و للآخر رأس ماله صح، و الأصل فى هذا الحكم ما رواه

فى الكافى فى الصحيح أو الحسن عن الحلبي (٢) عن أبى عبد الله (عليه السلام)

«فى رجلين اشتركا فى مال فربحا فيه، و كان من المال دين و عليهما دين، فقال أحدهما لصاحبه:

ص: ٩٨

١- ١) سورة النساء الآيه ٢٩.

٢- ٢) الكافى ج ٥ ص ٢٥٨ ح ١- التهذيب ج ٦ ص ٢٠٧ ح ٧- الفقيه ج ٣ ص ١٤٤ ح ٧- الوسائل ج ١٣ ص ١٦٥ ح ١.

أعطني رأس المال و لك الربح و عليك التوى، فقال: لا بأس إذا اشترط، فإذا كان شرط يخالف كتاب الله عز و جل فهو رد الى كتاب الله عز و جل، و رواه فى الفقيه و التهذيب، الا أنه قال: «و كان من المال دين و عين»، و لم يقل و عليهما دين و رواه

فى التهذيب بسند آخر عن الحلبي (1) عن أبى عبد الله (عليه السلام) مثله، الا أنه قال:

«و كان المال ديناً». و لم يذكر العين و لا عليهما دين، و رواه

فى التهذيب أيضا بسند آخر عن داود الأزرارى (2) عن أبى عبد الله (عليه السلام) مثله، الا أنه قال:

«و كان المال عينا و ديناً». قال فى المسالك بعد قول المصنف (قدس الله روحهما) نحو ما قدمنا من العبارة المذكوره ما هذا لفظه: هذا إذا كان عند انتهاء الشركه و اراده فسخها لتكون الزيادة مع من هى معه بمنزله الهبه و الخسران على من هو عليه بمنزله الإبراء، أما قبله فلا لمنافاته وضع الشركه شرعا و المستند صحيحه أبى الصباح، ثم ساق الروايه المذكوره الى أن قال: و هذا الخبر مشعر بما شرطناه من كون الشرط عند الانتهاء، لا كما أطلقه المصنف. انتهى.

أقول: و قد تقدمه فى ذلك المحقق الشيخ على فى شرح القواعد، فإنه قيد إطلاق عبارته المصنف فقال بعد ذكرها هذا إذا انتهت الشركه و أريد فسخها، و للمناقشه فى ذلك مجال، فإنه لا يخفى أنه و ان كان هذا الشرط مما ينافى الشركه الا أن هذا شأن أكثر الشروط، فان مقتضى عقد البيع اللزوم من الطرفين، فلا يجوز لأحدهما فسخه بغير سبب موجب، مع أنه يصح لأحدهما اشتراط خيار الفسخ بلا خلاف، و لا ريب أنه مناف لمقتضى العقد الذى هو اللزوم من الطرفين (3) و دعوى أن فى

ص: ٩٩

١- ١) التهذيب ج ٧ ص ٢٥ ح ٢٤، الوسائل ج ١٢ ص ٣٥٣ ح ٤.

٢- ٢) التهذيب ج ٧ ص ١٨٦ ح ٩، الوسائل ج ١٣ ص ١٦٥ ح ١.

٣- ٣) قال فى الدروس: لو اصطلاح الشريكان عند اراده الفسخ جاز أن يأخذ أحدهما رأس ماله، و الآخر الباقي ربح أو توى للروايه الصحيحه و لو جعل ذلك فى ابتداء الشركه، فالأقرب المنع، لمنافاته موضوعها و الروايه لم تدل عليه، انتهى، أقول فيه ما عرفت فى الأصل من ثبوته بالأخبار الداله على وجوب الوفاء بها و ان نافي موضوع الشركه فإنه بمنزله الاستثناء فيه كما عرفت من مثال خيار الفسخ فى البيع المنافى لمقتضى البيع و هو اللزوم من الطرفين و قد تقدم فى كتاب البيع ما يشير الى ما ذكرناه أيضا. منه رحمه الله.

الروايه إشعار بما شرطه من ان ذلك القول عند انتهاء الشركه، و اراده فسخها-ممنوع فإن غايه ما تدل عليه كون هذا الشرط وقع بعد الشركه و العمل بالمال المشترك، حتى صار بعضه أو كله ديناً، وهذا لا يلزم منه اراده الفسخ، و أنه آخر الشركه، بل يمكن أن يكون هذا الكلام وقع فى الأثناء بأنهم لما اشتركوا على العمل بذلك المال بمقتضى الشركه من كون الزيادة للجميع، و النقص على الجميع، اشترط بعضهم هذا الشرط فى الأثناء و استمروا على الشركه بهذا الشرط، و لعل فى قوله (عليه السلام) «لا بأس إذا اشترط» ما يشير اليه، بمعنى أنه لا بأس بالشركه على هذا الوجه، فيستمران على العمل بالشركه على هذا الوجه الذى اشترط، و الا فلو كان المراد انما هو ما ذكره من أن هذا القول عند انتهاء الشركه و اراده فسخها، فإنه لا وجه للتعبير بالشرط، بل كان ينبغى أن يقول لا بأس إذا تراضيا بذلك، فان لفظ الشرط انما يناسب استمرار العقد، بأن يكون العقد باقياً بهذا الشرط، لا انقطاعه و تمامه كما لا يخفى. و بذلك يظهر صحه إطلاق من أطلق فى العبارات المذكوره و الله العالم.

المسئله السادسه [فى تنازعهما فيما بأيديهما]

قد ذكر الأصحاب (رضوان الله عليهم) فى هذا الكتاب أحكاماً لا أعرف لذكرها فيه وجهاً، لعدم صدق العنوان فيها، و انما ذكرتها تبعاً لهم فى المقام.

منها أنه لو كان معهما درهمان فادعاهما أحدهما، و ادعى الآخر أحدهما كان لمدعيهما معاً درهم و نصف، و للآخر نصف درهم، و يدل على ذلك ما رواه

الصدوق فى الفقيه و الشيخ فى التهذيب عن عبد الله بن المغيرة (١) عن غير واحد من أصحابنا عن أبى عبد الله (عليه السلام)

فى رجلين كان معهما درهمان فقال أحدهما: الدرهمان لى، و قال الآخر: هما بينى و بينك فقال: اما الذى قال: هما بينى و بينك فقد أقر بأن أحد الدرهمين ليس له و انه لصاحبه و يقسم الآخر بينهما.

و ما رواه الشيخ فى التهذيب بسنده عن محمد بن أبى حمزه (٢) عن ذكره

ص: ١٠٠

(١-١) الفقيه ج ٣ ص ٢٢ ح ٨-التهذيب ج ٦ ص ٢٠٨ ح ١٢.

(٢-٢) المصدر ص ٢٩٢ ح ١٦ و هما فى الوسائل ج ١٣ ص ١٦٩: الباب ٩.

عن أبي عبد الله (عليه السلام) مثله بأدنى تفاوت، والمراد بكون الدرهمين معهما كما تضمنه الخبران هو كونهما تحت يديهما معا، ليتساويا في الدعوى، فلو كانا في يد مدعى الدرهمين لقدم قوله فيهما بيمينه، ولو كانا في يد مدعى الدرهم لقدم قوله فيه بيمينه و أما إذا كانا في يديهما معا فالحكم ما ذكره (عليه السلام).

و الوجه في أحد الدرهمين واضح، لأن مدعى الدرهم قد اعترف لصاحبه بأنه لا يستحق من الدرهم الثاني شيئا، وإنما يبقى النزاع بينهما في درهم، وكل منهما يدعيه، وقد حكم عليه السلام بالقسم بينهما أيضا، و حينئذ فلمدعى الدرهمين درهم و نصف، أما الدرهم فلا اعتراف صاحبه له به، و أما النصف من الدرهم الثاني فمن حيث حكمه (عليه السلام) في الدعوى على هذه الكيفية بالقسم انصافا.

و يستفاد منه كون الحكم كذلك في كل عين ادعاها اثنان مع إثبات يديهما عليهما و لا بينه، أو يكون لكل منهما بينه، إلا أنه لا رجحان لإحديهما على الأخرى و ظاهر الرواية المذكورة و كذا كلام جملة ممن ذكر المسئلة هو أن الدرهم يقسم بينهما انصافا من غير يمين.

و المفهوم من كلام جملة من المتأخرين أنه لا بد من أن يحلف أولا - كل منهما للآخر على استحقاق النصف، و من نكل من أحدهما قضى به للآخر، و لو نكلا معا أو حلفا قسم بينهما نصفين، بل صرح بذلك في التذكرة فقال: لو كان في يد شخصين درهما فادعاهما أحدهما و ادعى الآخر واحدا منهما اعطى مدعيهما معا درهما و كان الآخر (1) بينهما نصفين، لأن مدعى أحدهما غير منازع في الدرهم الآخر فيحكم به لمدعيهما، و قد تساويا في دعوى أحدهما يدا و دعوى فيحكم به لهما.

هذا إذا لم يوجد بينه، و الأقرب أنه لا بد من اليمين فيحلف كل واحد منهما على استحقاق نصف الآخر الذي تصادم دعواهما فيه، فمن نكل منهما قضى به للآخر، و لو نكلا معا أو حلفا معا قسم بينهما نصفين لما رواه عبد الله بن المغيرة، ثم ساق الرواية كما قدمناه. انتهى.

ص: ١٠١

(١ - ١) أى الدرهم الآخر الذى هو محل الدعوى. منه رحمه الله.

و ظاهره حمل إطلاق الخبر على هذا التفصيل الذى ذكره حيث أنه مقتضى القواعد عندهم، و قال فى الدروس بعد فرض المسئله و ان فى الروايه المشهوره للثانى نصف درهم، و الباقي للأول ما لفظه و يشكل إذا ادعى الثانى النصف مشاعا فإنه يقوى القسمه نصفين، و يحلف الثانى للأول و كذا كل مشاع. انتهى.

قال بعض الأفاضل (١): و كأن نظره (٢) على أن النصف فى الحقيقه بيد الأول و النصف بيد الثانى، فمدعى التمام خارج بالنسبه الى الثانى، فيكون البيئه على الأول و اليمين على الثانى، لكن العدول عن الروايه المعتبره مشكل، و سيأتى إنشاء الله تعالى فى لاحق هذه المسئله ما فيه مزيد إيضاح للمقام.

و منها ما لو أودعه إنسان دينارين و آخر ديناراً و امتزج الجميع ثم تلف أحد الدنانير الثلاثه، فإن الحكم هنا كما فى سابق هذه المسئله، لما رواه

فى الفقيه و التهذيب عن السكونى (٣) عن جعفر عن أبيه عن على (عليهم السلام)

«فى رجل استودع رجلا دينارين و استودعه آخر ديناراً فضاع دينار منها فقضى أن لصاحب الدينارين ديناراً و يقتسمان الدينار الباقي بينهما نصفين».

و جمله من المتأخرين قيدوا الحكم المذكور بما إذا كان امتزاج الدنانير و كذا ضياع أحدهما بغير اختيار و لا- تفريط من الأمين، و الا لكان ضامنا، فيخرج

ص: ١٠٢

١-١) هو الفاضل الخراسانى فى الكفايه. منه رحمه الله.

٢-٢) قوله و كأن نظره الى آخره، أقول: توضيحه هو أنه من حيث كون الدرهمين فى يديهما معا فكان الأمر يرجع فى الحقيقه الى أن درهما فى يد الأول و هو مدعى الدرهمين، و درهما فى يد الثانى و هو مدعى الدرهم، و حينئذ فمدعى الدرهمين خارج لكون ما يدعيه من الدرهمين، ليس فى يده، و انما فى يده واحد خاصه فيكون عليه البيئه من حيث كونه خارجا، و اليمين على الثانى من حيث كونه منكر لدعوى الدرهمين فيقدم قوله بيمينه، فإذا حلف على نفي استحقاقه الدرهمين بقى الآخر بينهما انصافا أيضا، قال: و هكذا فى كل مشاع كما ذكر الشهيد، و منها لو كان فى يديهما ثوب ادعاه أحدهما كاملا و ادعى الآخر نصفه، فإنه يقدم قول الآخر بيمينه و يقسم الثوب بينهما انصافا، و الوجه فى قسمه الدرهم الباقي انصافا بعد التمثيل أنه قد سقط دعوى صاحب الدرهمين باليمين، و الآخر انما يدعى درهما خاصه، و هو يتضمن الإقرار لصاحبه بدرهم، فيبقى الدرهم الآخر بينهما. منه رحمه الله.

٣-٣) الفقيه ج ٣ ص ٢٣ ح ١٢، التهذيب ج ٧ ص ١٨١ ح ١٠، الوسائل ج ١٣ ص ١٧١ ح ١.

عن محل المسئلة، لأنها بعد تضمينه يقتسمان بغير كسر و هو حسن، قال فى التذكرة فإن كان بغير تفريط فى الحفظ و لا فى المزج بأن أذن له فى المزج أو حصل المزج بغير فعله و لا اختياره، فلا ضمان عليه، لأصالة البراءة، و لو فرط ضمن التالف.

و قال فى الدروس بعد ذكر هذه المسئلة على أثر سابقتها: و هنا الإشاعة ممتنعه، و لو كان ذلك فى اجزاء ممتزجة كان الباقى أثلاثا، و لم يذكر الأصحاب فى هاتين المسئلتين يمينا، و ذكروهما فى باب الصلح فجاز أن يكون ذلك الصلح قهريا، و جاز أن يكون اختيارا. فان امتنعا فاليمين. انتهى.

أقول: أما قوله «و لم يذكر الأصحاب فى هاتين المسئلتين يمينا» فان فيه أن ما قدمنا نقله عن التذكرة، فى المسئلة السابقة صريح فى اختياره اليمين ثمه، و الظاهر أنه غفل عن الوقوف عليه فى الكتاب المذكور، و هو ظاهر جملة ممن تأخر عنه منهم الشهيد الثانى و غيره.

نعم لم أقف على من ذكر اليمين هنا و بذلك اعترف فى المسالك أيضا.

و أما ما ذكره من أن الأصحاب ذكروهما فى باب الصلح فجاز أن يكون الصلح قهريا، ففيه ما قدمنا ذكره فى صدر المسئلة من أن إيرادهما فى هذا الباب لا- وجه له بالكليه، لعدم انطباق العنوان عليهما، و عدم جريان الشروط فيهما، بل ظاهر الروايات المذكورة هو كونه صلحا قهريا كما احتمله و أنه ليس من باب الصلح الاختيارى الذى هو موضوع هذا الباب.

و أما قوله «و لو كان ذلك فى اجزاء ممتزجة كان الباقى أثلاثا» فتوضيحه أنه لو كان بدل الدينير المفروضه فى هذه المسئلة ما يمتزج أجزاءه مع تساوى الأجزاء بحيث لا- يتميز كالحنطه أو الشعير أو الأرز أو نحوها، فأودعه أحد قفيزين من حنطه مثلا و استودعه الأخر قفيزا منها أيضا، فامترج الجميع و تلف قفيز منها بعد الامترج فإنهم قالوا أنه يقسم المال التالف على نسبة المالين، و كذا الباقى فىكون لصاحب القفيزين قفيز و ثلث قفيز، و لصاحب القفيز ثلثا قفيز، و الفرق ظاهر، لان الذهاب هنا عليهما معا من حيث الامترج، و تساوى الأجزاء بخلاف الدينير، فان الذهاب مختص بأحدهما، أما صاحب الدينارين، أو صاحب الدينار.

بقى الإشكال هنا من وجه آخر، كما نبه عليه شيخنا الشهيد الثاني، قال في المسالك بعد ذكر المسئلة: هذا هو المشهور بين الأصحاب، ومستنده روايه السكوني عن الصادق (عليه السلام) ويشكل الحكم-مع ضعف المستند- بأن التالف لا يحتمل كونه بينهما بل هو من أحدهما خاصة، لا متناع الإشاعه هنا و الموافق للقواعد الشرعيه القول هنا بالقرعه، و مال إليه في الدروس الا أنه تحاشى عن مخالفه الأصحاب، و مقتضى الروايه أنه يقسم كذلك و ان لم يتصادم دعواهما في الدينار، و أنه لا يمين، و كذا لم يذكر الأصحاب هنا يميناً، بناء على كون الحكم المذكور قهرياً كما ذكره في المسئلة السابقه، و ربما امتنعت اليمين هنا، إذا لم يعلم كل منهما بعين حقه. انتهى. و هو جيد.

و بالجملة فالظاهر من روايات المسئلتين المذكورتين أن الحكم المذكور فيهما قهري غير مشروط بشيء من القيود التي ذكروها من يمين و غيرها و الله العالم.

و منها أنه لو كان لواحد ثوب بعشرين درهما و للآخر ثوب بثلاثين درهما ثم اشتبها فان خير أحدهما صاحبه فقد أنصفه و ان تعاسرا بيع الثوبان و قسم الثمن بينهما، و أعطى صاحب العشرين سهمين من الثمن، و صاحب الثلاثين ثلاثة أسهم.

و المستند في ذلك ما رواه

المشايخ الثلاثة (نور الله تعالى مراقدهم) عن إسحاق بن عمار (1) عن أبي عبد الله (عليه السلام) «

في الرجل يبعثه الرجل ثلاثين درهما في ثوب و آخر عشرين درهما في ثوب، فبعث بالثوبين و لم يعرف هذا ثوبه و لا هذا ثوبه قال: يباع الثوبان فيعطى صاحب الثلاثين ثلاثة أخماس الثمن، و الآخر خمسى الثمن قال: فقلت: فان صاحب العشرين قال لصاحب الثلاثين. اختر أيهما شئت، قال: قد أنصفه».

و قد اختلف الأصحاب (رضوان الله عليهم) في هذا المقام فذهب الشيخ و جماعه منهم المحقق و غيره الى الوقوف على ما دلت عليه الروايه، و ذهب ابن إدريس إلى العمل بالقرعه، قال بعد ذكر المسئلة: ان استعملت القرعه كان أولى للإجماع على أن كل أمر ملتبس فيه القرعه، و هذا من ذاك، و اليه يميل كلام شيخنا الشهيد

ص: ١٠٤

ورده العلامة في المختلف فقال بعد نقل ذلك عنه: و ليس بجيد، إذ لا- اشكال مع ورود النقل ايضا، و هذا المجموع بضاعه لشخصين لكل واحد منهما قدر معين، فيباع و يبسط الثمن على نسبة المالين كغيرهما من الأموال، و كما لو اشترهما بالشركه مع الإذن، فإن الشركه قد تحصل ابتداء، و قد تحصل بالمزج الموجب للاشتباه كما هي هنا، و إذا كانا شريكين كان لكل منهما بقدر رأس المال الذي له كما لو امتزج الطعامان.

و نقل في المسالك عن العلامة هنا القول بالتفصيل (1) فقال: ان أمكن بيعهما منفردين و جب، ثم ان تساويا فلكل واحد منهما ثمن ثوب و لا اشكال، و ان اختلفا فالأكثر لصاحبه، و كذا الأقل بناء على الغالب و ان أمكن خلافه، الا أنه نادر لا أثر له شرعا و ان لم يمكن صارا كالمال المشترك شركه اختياريه، كما لو امتزج الطعامان فيقسم الثمن على رأس المال، و عليه تنزل الروايه.

و اعترضه في المسالك بأن ما ذكره من البناء على الغالب ليس أولى من القرعه، لأنها دليل شرعي على هذه الموارد، و من الجائز اختلاف الأثمان، و القيم بالزياده و النقصان لاختلاف الناس في المساهله و المماكسه.

أقول: فيه ما قدمنا نقله عن العلامة في رده لكلام ابن إدريس من أن موضوع القرعه كل أمر مشكل، و الحال أنه لا اشكال بعد ورود النص بالحكم المذكور، و به يظهر ضعف قوله «لأنها دليل شرعي على هذه الموارد»، و أن البناء على الغالب في موارد الأحكام الشرعيه، من القواعد الكليه المتفق عليها في كلامهم، و المتداوله على رؤس أقلامهم.

ص: ١٠٥

١ - ١) أقول: ما نقله عنه من التفصيل قد جعله في المختلف أحد الاحتمالين حيث أنه بعد الرد على ابن إدريس مما نقلناه في الأصول قال: إذ نقول ان كان الثوبان متساويين فلكل واحد منهما ثوب، إذ قد اشترى بمال كل منهما ثوبا بانفراده، و ان تفاوتتا أعطى صاحب الثلاثين الأجود منهما إذ الظاهر ذلك و ان جاز خلافه فهو نادر لا اعتبار في نظر الشرع له، فالقرعه لا وجه لها البتة كما توهمه ابن إدريس. انتهى و هو تقرير لما نقله عنه في المسالك بنوع آخر و ان رجع في المعنى الى ما نقله. منه رحمه الله.

ثم انه قال فى المسالك: و على تقدير العمل بالروايه يقصر حكمها على موردها، و لا يتعدى الى الثياب المتعدده، و لا الى غيرهما من الأمتعه و الأثمان، مع احتمالاه لتساوى الطريق.

و استقرب فى الدروس القرعه فى غير مورد النص. و هو حسن، و لو قيل به فيه كما اختاره ابن إدريس كان حسنا أيضا انتهى.

أقول: ذهاب ابن إدريس إلى القرعه هنا-بناء على أصله الغير الأصيل من رد الأخبار بأنها أخبار آحاد لا يفيد علما و لا عملا جيد، أما على مذهبه (قدس سره) فهو غير جيد، و لهذا أنه قال أولا فى صدر كلامه بعد نقل قول الشيخ و قول العلامة بالتفصيل، ما صورته: و أنكر ابن إدريس ذلك كله، و حكم بالقرعه، لأنها لكل أمر ملتبس، و هو هنا حاصل، و هو أوجه من الجميع، لو لا مخالفه المشهور، و ظاهر النص مع أنه قضيه فى واقعه يمكن قصره عليها، و الرجوع الى الأصول الشرعيه انتهى.

و هو ظاهر فى التوقف من حيث النص، و لكنه هنا عدل عن ذلك، و هو غير جيد لما عرفت، و بالجمله فالأظهر الوقوف على النص المذكور فى مورده، و القول بالقرعه فيما خرج عن مورد الخبر كما اختاره فى الدروس و استحسنته فى المسالك و كيف كان فان الصلح هنا بمقتضى العمل بالخبر قهرى، كما فى سابقه.

و الله العالم.

المسئله السابعه- لو صالحه على عين بعين أو على منفعه بمنفعه أو على عين بمنفعه أو بالعكس

صح، و الوجه فيه أن الصلح لما كان مفاده مفاد غيره من العقود المتقدمه، و تلك العقود المشار إليها متعلق بعضها العين و متعلق بعضها المنفعه لم يمتنع صحه الصلح كذلك، بل لا يختص جوازه بما ذكر، فلو صولح على إسقاط خيار، أو على إسقاط حق أولويه تحجير فى سوق أو مسجد، صح أيضا بعين أو منفعه لعين ما ذكر.

و كيف كان فلو بان أن أحد العوضين كان مستحقا بطل الصلح، إذا كان ذلك العوض معينا فى العقد و لو كان مطلقا رجع ببدله، قالوا: و لو ظهر فيه عيب فله الفسخ و فى تخيره بينه و بين الأرش وجه.

ص: ١٠٦

قال فى المسالك: و لو ظهر غبن لا يتسامح بمثله فى ثبوت الخيار وجهان:

أجودهما ذلك دفعا للإضرار و ان لم يحكم بالفرعيه و هو خيره الدروس، و قد تقدم فى خيار الغبن من البيع انه لا نص عليه بالخصوص فيمكن استفادته هنا كما استفيد هناك من الأدله العامه انتهى.

المسأله الثامنه- لو صالحه على دراهم بدنانير أو بدراهم

فعلى المشهور من أن الصلح عقد مستقل بنفسه يصح، و على قول الشيخ بالفرعيه تصير الصلحه مراعاه لحصول شروط الصرف و الربا.

قال فى المبسوط: إذا ادعى دراهم أو دنانير فى ذمته، فاعترف بها ثم صالحه بدراهم و دنانير صح الصلح، و هو فرع الصرف، فما صح فيه صح فى الصلح، و ما بطل فى الصرف بطل فيه، و لا يجوز حتى يتقابضا، فان كان المقر به دراهم، فصالحه على دنانير معينه أو موصوفه فعينها و قبضها قبل التفرق جاز، و لو قبض البعض و فارقه بطل الصرف فيما لم يقبض، و لو ادعى عليه دراهم فأقربها ثم صالحه منها على بعضها لم يجز، لانه ربا، و لكن ان قبض بعضها و أبرئه من الباقي صح، و كان هذا الصلح فرع الإبراء انتهى.

و على المشهور لا يتعلق به حكم الصرف من وجوب التقابض قبل التفرق، و أما حكم الربا فإنه يبنى على الخلاف المتقدم فى باب الربا من انه هل يثبت فى كل معاوضه؟ أم يختص بالبيع؟ و قد تقدم تحقيق الكلام فى ذلك فى باب، فعلى الأول ينبغى مراعاته هنا أيضا دون الثانى.

و ممن جزم بالأول هنا بناء على ذلك الشهيد الثانى فى المسالك، و ممن جزم بالثانى العلامه فى المختلف، و مما يتفرع على الخلاف المذكور هنا أيضا ما لو أتلّف على رجل ثوبا قيمته درهم مثلا فصالحه عنه على درهمين، فإنه ان قلنا ان الواجب ضمان القيمي بمثله كما هو أحد القولين ليكون الثابت فى الذمه ثوبا صح الصلح المذكور، لان الصلح وقع عن الثوب، لا عن الدراهم الذى هو قيمته، و ان قلنا أن القيمي يضمن بقيمته، فاللازم لذمه المتلف انما هو الدراهم، فعلى هذا إذا صالحه بدراهمين تفرع صحه الصلح هنا على الخلاف المتقدم للزوم الربا، فيصح الصلح عند من قال بتخصيص التحريم بالبيع، و يبطل

عند من قال بالعموم فى جميع المعاوضات، و لهذا اختار فى المسالك هنا البطلان، بناء على ما اختاره أيضا من وجوب ضمان القيمى بقيمته.

المسئله التاسعه- لو ادعى اثنان عينا فى يد ثالث

من دار أو ثوب أو نحوهما بأنهما لهما بالمناصفه، و صرحا معا بالسبب الموجب للملك من أنهما ورثاهما معا أو وكلا من سراها لهما معا بالمناصفه، أو نحو ذلك فصدق المدعى عليه أحدهما فيما يدعيه من أن النصف له، و كذب الآخر، ثم انه صالح المدعى عليه ذلك الذى صدقه على النصف الذى أقر له به بعوض، و حينئذ فإن كان هذا الصلح باذن شريكه سابقا على الصلح، أو لاحقا بناء على صحه الفضولى صح الصلح على تمام النصف الذى وقع العقد عليه، و يكون العوض بينهما نصفين، كما أن الأصل كان كذلك، و ان لم يكن الصلح باذن شريكه صح الصلح فى حقه المقر له. و هو الربع الذى هو نصف ما وقع عليه الصلح، و بطل فى ربع شريكه، و يكون شريكا مع المدعى عليه بذلك الربع، و الوجه فى ذلك انه لما اتفق المدعيان على كون سبب ملكهما مقتضيا للشركه بالمناصفه كما فرضناه سابقا، فإن اقرار المدعى عليه لأحدهما يقتضى اشتراكهما فيما أقر به، و ان لم يصدق هما على السبب الموجب للاشتراك، لان مقتضى السبب المذكور كالميراث و نحوه هو التشريك، و يتمتع استحقاق المقر له بالنصف خاصه دون شريكه، كما أن الفاتت يكون ذاهبا عليهما بمقتضى إقرارهما بسبب الشركه، و من أجل ذلك تفرع عليه ما قدمناه من التفصيل بصحه الصلح على النصف مع اذن الشريك، و الاشتراك فى العوض و عدم الصحه إلا فى الربع مع عدم الاذن، و كون الشريك حينئذ شريكا للمدعى عليه بالربع.

هذا كله فيما إذا صرحا بالسبب الموجب للملك بالإشاعه و المناصفه، أما لو لم يصرحا بما يقتضى الشركه سواء صرحا بما ينافيه أم لا كما لو ادعى أحدهما ملك نصف المدعى فيه بالميراث، و ادعى الآخر ملكه بالشراء، فإنهما لا يشتركان فيما أقر به المدعى عليه، فان ملك أحدهما لا يستلزم ملك الآخر، فلا يقتضى

قال فى المسالك بعد ذكر الحكمن المذكورين: هذا تقرير ما ذكره المنصف و جماعه فى القسمين، و فيه بحث، لان هذا لا يتم الا- على القول بتنزيل البيع و الصلح على الإشاعه، كالإقرار، و هم لا- يقولون به بل يحملون إطلاقه على ملك البائع و المصالح، حتى لو باع ابتداء مالك النصف نصف العين مطلقا انصرف الى نصيبه، و وجهه بأن اللفظ من حيث هو و ان تساوت نسبته الى النصفين، الا- أنه من خارج قد ترجح انصرافه الى النصف المملوك للبائع، نظرا الى ان إطلاق البيع انما يحمل على المتعارف فى الاستعمال، و هو البيع الذى يترتب عليه انتقال الملك بفعل المتعاقدين، و لا يجرى، ذلك إلا فى المملوك بخلاف الإقرار، فإنه اخبار عن ملك الغير بشىء، فيستوى فيه ما هو ملكه و ملك غيره، و حينئذ فاللازم هنا أن ينصرف الصلح الى نصيب المقر خاصه، فيصح فى جميع الحصه بجميع العوض، و تبقى المنازعه بين الآخر و المتشبه.

هذا ان وقع الصلح على النصف مطلقا أو على النصف الذى هو ملك المقر له.

أما لو وقع على النصف الذى أقر به المتشبه توجه قول الجماعه لأن الإقرار ينزل على الإشاعه و الصلح وقع على المقر به، فيكون تابعا له فيها، و على هذا ينبغى حمل كلامهم، لئلا ينافى ما ذكره من القاعده التى ذكرناها.

و هذا توجيه حسن لم ينهوا عليه، و انما ذكر الشهيد (رحمه الله عليه) فى بعض تحقیقاته احتمال انصراف الصلح إلى حصه المقر له من غير مشاركته الآخر مطلقا، و تبعه عليه الشيخ على (رحمه الله عليه) انتهى.

أقول: و ينبغى أولا- إيضاح ما ذكره، ثم بيان ما فيه فنقول: قوله ان هذا لا يتم الا على القول بتنزيل البيع و الصلح على الإشاعه، الى آخره بمعنى أنه لو باع

١- ١) قيل: و مثله ما لو ادعى كل منهما أنه اشترى النصف من غير تقييد بالمقيد نعم لو قال اشتريناها معا أو اتهبناها و قبضنا معا و نحو ذلك، فقد حرر فى التذكرة أن الحكم فيه كالأول لاعتراف المقر بأن السبب المقتضى لتملكه قد افتقر بتملك الآخر، و يحتمل العدم، لان نقل الملك لاثنين بهذا الوجه بمنزله الصفقتين. منه رحمه الله.

شخص حصته من مال مشترك بينه وبين غيره كالنصف مثلا فإنه بمقتضى تقريرهم لم ينصرف الى ماله، بل الى النصف المعلوم المشاع مطلقا بينه وبين شريكه، فيكون المبيع ربع البائع و ربع الشريك، وهم لا يقولون به في البيع، ولا في الصلح، بل يخصونه بنصف البائع و المصالح، و انما ينزل على الإشاعه الإقرار، فلو أقر بالنصف للغير يكون إقرارا بربعه و ربع الشريك، و وجه الفرق بين الأمرين أن البائع إنما يبيع مال نفسه، و لا يصح بيع مال غيره الا فضلا على القول به، أو وكاله، و هما منتفیان هنا، فينصرف الى ماله كما هو المتبادر و المتعارف، بخلاف الإقرار فإنه كالشهاده بأنه للغير، و هو قد يكون في ماله، و قد يكون في مال غيره، فهنا ينبغي أن يكون ما يصلح عليه هو نصف المقر به، و هو الربع بالنسبه إلى المجموع، فيكون العوض كله له، لا أنه يكون انصافا كما ذكره، و النزاع يبقى للشريك الأخر مع المدعى عليه.

هذا إذا كان الصلح على النصف مطلقا، أو على النصف الذى هو ملك المقر له، و أما إذا صلح المقر له على النصف الذى أقر له به كان الصلح هنا منزلا- على الإشاعه، لأنه تابع للإقرار المنزل على ذلك كما عرفت، فيكون قول الجماعة متجها على هذا الوجه، و على هذا ينبغي حمل كلامهم، هذا حاصل ما ذكره (قدس سره).

و فيه أولا أن الظاهر أن قول الجماعة- بأن إطلاق البيع و الصلح انما ينصرف الى ملك البائع و المصالح دون الشائع- انما هو فى المال المشترك الخالى عن النزاع، و القاعده المذكوره إنما هى بالنسبه الى ذلك، و ما نحن فيه ليس كذلك لوجود النزاع و عدم ثبوت نصف خالص للمصالح، بل الثابت له بحسب الشرع انما هو الربع كما عرفت، لاين الفرض أن ما اعترف به المدعى عليه، مشترك بينه و بين شريكه بحسب نفس الأمر، و ظاهر الشرع من حيث إقرارهما بموجب الشركه، و لا نزاع فى أن ما أقر به المدعى عليه مشترك بينه و بين شريكه، فهو انما صلح على ربعه و ربع شريكه، إذ ليس نصف المصالح عليه الا ذلك، و به يظهر أن ما نحن فيه ليس من جزئيات القاعده المذكوره، و لا من أفرادها لتحصيل المنافاه

كما زعمه (قدس سره).

و ثانياً- أنه مع الإغماض عن ذلك- فإن الظاهر من المقام و المتبادر من سياق الكلام كما صرح به من ذكر المسئله من علمائنا الاعلام (1) أن الصلح انما وقع على النصف الذى أقر له به المدعى عليه، و لم يقصد المدعى عليه، و الذى أقر له الا ذلك، لا أن الصلح وقع على نصفه الذى له فى نفس الأمر و الخروج عن قاعده البيع و الصلح انما يحصل على الثانى، دون الأول و بما ذكرناه يظهر أيضا أن الاحتمال الذى ذكره الشهيد (رحمه الله عليه) و تبعه عليه الشيخ على (رحمه الله تعالى) ليس بجيد، و الله العالم.

المسئله العاشره [فى مصالحه المدعى عليه على سقى زرعه بمائه]

قالوا: لو ادعى عليه شيئا فأنكر فصالحه المدعى عليه على سقى زرعه أو شجره بمائه، قيل: لا- يجوز، لأن العوض و هو الماء مجهول، و هذا القول منقول عن الشيخ (رحمه الله عليه) و المشهور الجواز مع ضبط السقى بمدى معلومه، و مثله ما لو كان الماء معوضا.

و بالجملة فإنه يجوز السقى بالماء عوضا للصلح، بأن يكون مورده أمرا آخر من عين أو منفعه، و كذا يجوز كونه موردا له، و عوضه أمر آخر من عين أو منفعه، كل ذلك مع ضبطه بمدى معلومه.

و الشيخ قد خالف فى الجميع، محتجا بجهالة الماء مع أنه جوز بيع ماء العين و البئر و بيع جزء مشاع منه، و جوز جعله عوضا للصلح، كذا قالوا.

ص: 111

1- 1) و من ذلك عبارته المحقق فى الشرائع حيث قال: لو ادعى اثنان دارا فى يد ثالث بسبب موجب للشركه كالميراث فصدق المدعى عليه أحدهما، و صالحه على ذلك النصف بعوض، فان كان باذن صاحبه صح الصلح فى النصف أجمع، و كان العوض بينهما و ان كان بغير اذنه صح فى حقه، و هو الربع. انتهى، و لا يخفى أن قوله فصالحه على ذلك النصف مراد به النصف الذى أقر له بالذى صار بالإقرار مشتركا بينه و بين صاحبه، فالإشاره راجعه إليه كما هو ظاهر، و الشارح قد جرى فى تقرير معنى العبارة على ذلك أيضا، فقال فى أثناء الكلام: فإذا صالح المقر له المثبت على النصف المقر له فان كان الصلح باذن صاحبه الى آخره و هو ظاهر فى أن الصلح انما وقع على ذلك النصف المقر به، و على هذا النهج كلام غيرهما من الأصحاب (رضوان الله عليهم). منه رحمه الله.

أقول: ويمكن أن يكون منعه من الصلح على السقى المذكور من حيث عدم الضبط بالمده، فإنهم إنما جوزوا ذلك مع الضبط بها، ويدل عليه إطلاق كلامه، فإنه لا دلالة فيه على المنع مع الضبط، بالمده ليتجه نسبة الخلاف إليه في المقام.

و بالجمله فإنه يمكن تخصيصه المنع هنا بغير المضبوط، فيكون موافقا لما ذكره، و الاعتراض عليه - بأنه صرح بجواز بيع ماء العين و البئر و جزء مشاع منه و جوز جعله عوضا للصلح - يمكن دفعه بأن الماء في صورته محل البحث مجهول لا يدخل في أحد الأقسام المذكوره، لأنه لم يستحق بالصلح جميع الماء، و لا بعضا منه معينا، و إنما استحق سقيا لا يعرف قدره، و لا مدته انتهائه، و من ثم شرطوا في الجواز ضبط المده، و هو لم يصرح بالمنع مع الضبط كما عرفت.

بقي الكلام فيما لو تعلق الصلح بسقى شيء مضبوط دائما أو بالسقى بالماء أجمع دائما و ان جهل السقى، و نفى البعد عن الصحه شيخنا الشهيد الثاني في المسالك و الروضه، للتسامح بذلك في باب الصلح، و هو غير بعيد لما قدمناه و ذكره غير واحد من الأصحاب من أن مبنى الصلح على المساهله و المسامحه.

قالوا: و كذا يصح الصلح على اجزاء الماء على سطحه أو ساحته بعد العلم بالموضع الذي يجرى فيه الماء، بأن يعرف مجراه طولاً و عرضاً، ليرتفع الجهالة عن المحل المصالح عليه، و لا يعتبر تعيين العمق، لان من ملك شيئاً ملك قراره الى تخوم الأرض، و لا فرق في ذلك بين جعله عوضاً بعد المنازعه و بين إيقاعه ابتداءً، و قد أطلق جملته منهم حكم الماء من غير أن يشترطوا مشاهدته ليرتفع الغرر، و قيد آخرون بمشاهدته أو وصفه خروجاً من الغرر، لاختلاف الحال بقلته و كثرته، فقد يتعلق الغرض بأحدهما دون الآخر، و لو سقط السطح بعد الصلح أو احتاجت الساقية إلى إصلاح فعلي مالكهما، لتوقف الحق عليه، و ليس على المصالح مساعدته.

المسئله الحاديه عشر [في عدم كون قول المدعى عليه صالحنى إقراراً]

-الظاهر أنه لا خلاف في أنه لو قال المدعى عليه:

صالحنى عليه فان ذلك لا يكون إقراراً بالملك، لان الصلح يصح مع الإنكار،

فطلبه هنا لا يستلزم الإقرار، إذ قد يكون ذلك لأجل رفع المنازعه و المخاصمه و خالف فيه بعض العامه حيث زعم أن الصلح لا يصح الا مع الإقرار: و فرع على ذلك ان المدعى عليه لو قال قبل الإقرار صالحنى على العين التى أدعتها يكون ذلك منه إقرارا، لأنه طلب منه التملك، و هو يتضمن الاعتراف بالملك، فصار كما لو قال: ملكنى و فيه أنه متجه بناء على أصله المذكور من حيث تخصيص الصلح بالإقرار و أما على ما هو المتفق عله عندنا و عند جملة منهم من صحه وقوعه على الإقرار و الإنكار، فطلبه لا يكون موجبا للإقرار.

نعم لو قال: بعنى أو ملكنى اقتضى ذلك الإقرار بعدم ملكه له، لأنه صريح فى طلب التملك المنافى لكونه ملكا له، لاستحاله تحصيل الحاصل، و بالجملة فإنه لا إشكال فى إقراره بعدم الملك بقوله ذلك.

بقى الكلام فى أنه هل يكون بذلك ملكا لمن طلب منه البيع أو التملك أم لا؟ الأقرب العدم، لأنه يحتمل أن يكون المطلوب منه و كيلا، و إذا قام احتمال ذلك لم تتم الدلاله على كونه ملكا له.

و بالجملة فالمرتب على الإقرار المذكور هو كونه مالكا لبيع، لا مالكا للمبيع، لأنه أخص، و العام لا يدل على الخاص.

و قيل: نعم لو اقترن بذلك كون المطلوب بيعه تحت يد المخاطب ترجح جانب ملكه، لدلاله اليد على الملكيه، و الأصل عدم مالك آخر، قال فى المسالك:

و قد تنبه لذلك العلامه فى المختلف و الشهيد فى الدروس و هو قوى. انتهى.

أقول: لا يخفى أن ما تقدم من الكلام و به صرحوا أيضا أن مبنى الشك فى كونه ملكا لمن طلب منه البيع و عدمه -انما هو على إقراره من غير انضمام شىء آخر له من خارج يدل على الملكيه أو عدمها، و الا فمع انضمام ما يدل على أحد الأمرين لا إشكال فى الحكم بما دل عليه.

و به يظهر أن ما ذكره من هذا الفرع لا أعرف له مزيد فائده على أن ما ذكره من مجرد دلالة اليد على الملكيه محل توقف، بل لا بد مع ذلك من ادعاء الملكيه، و الا فإن المال فى يد الوكيل أيضا لكنه معترف بالوكالة عن الغير،

هذا بحمد الله سبحانه ظاهر لا ستره عليه.

الثانية عشر

اشاره

- وفيها حكمان -

أحدهما انه لو ضمن شخص عن شخص مالا باذنه ثم صالح الضامن المضمون له بأقل مما ضمنه

لم يكن له الرجوع على المضمون عنه الا بما صالح به، و الظاهر أنه لا خلاف فيه، و عليه تدل

موثقه عمر بن يزيد (1) قال:

«سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل ضمن ضمانا ثم صالح عليه قال:

ليس له الا الذى صالح عليه». رواه الكليني و الشيخ (رحمه الله عليهما).

و روى ابن إدريس فى مستطرفات السرائر نقلا من كتاب عبد الله بن بكير (2) قال:

«سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل ضمن عن رجل ضمانا ثم صالح على بعض ما صالح عليه قال: ليس عليه الا الذى صالح عليه».

و الخبران و ان كانا مطلقين بالنسبه إلى اذن المضمون عنه و عدمه الا أنه يجب تقيدهما بالاذن، لما تقدم فى كتاب الضمان أنه لا رجوع الا مع الاذن، و بدونه لا رجوع.

و كذا لو صالح الضامن المضمون له عن المال الذى ضمنه بعروض دفعها إليه، فإنه لا يرجع على المضمون عنه الا بأقل الأمرين من قيمه العروض و ما كان فى ذمه المضمون عنه، و قد تقدم ذكر هذه المسئلة و تحقيق الكلام فيها فى كتاب الضمان فليرجع اليه من أحب الوقوف عليه.

الثانى - يجوز الصلح على تعجيل بعض الدين المؤجل بنقصان منه

، و لا يجوز تأجيل شىء منه بزياده، و لا يجوز الصلح على تعجيل البعض أيضا بمد الأجل فى الباقي.

و يدل على ذلك ما رواه

المشايخ الثلاثة بأسانيد عديده فيها الصحيح و الحسن عن الحلبي (3) عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال:

سئل عن الرجل يكون له دين إلى أجل مسمى فيأتيه غريمه فيقول: انقذني كذا و كذا و أضع عنك بقيته، أو يقول:

ص: ١١٤

-
- ١-١) الكافي ج ٥ ص ٢٥٩ ح ٧ التهذيب ج ٦ ص ٢١٠ ح ٧.
 - ١-٢) التهذيب ج ٦ ص ٢١٠ ح ٦ و الوسائل ج ١٣ ص ١٥٣ ح ١ و ٢.
 - ١-٣) الكافي ج ٥ ص ٢٥٩ ح ٤، التهذيب ج ٦ ص ٢٠٧ ح ٦، الوسائل ج ١٣ ص ١٦٨ ح ١.

انقذني بعضه و أمد لك في الأجل فيما بقى عليك قال: لا أرى به بأساً، انه لم يزد على رأس ماله، قال الله عز و جل (١) فَلَكُمْ رُؤُسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ « و في قوله (عليه السلام) « انه لم يزد على رأس ماله». ثم أورد الآيه إشارة الى عدم جواز التأجيل بالزيادة على الحق، و ان كان على سبيل الصلح، فإنه رباء كما يدل عليه إيراد الآيه، فيمكن الاستدلال بالخبر المذكور على تحريم الربا في الصلح أيضا الا أن الربا لازم هنا مع النقصان أيضا، و كأنه حينئذ مستثنى بالخبر، و يعضده أيضا

حسنه أبان (٢) عن حدثه عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال،

سألته عن الرجل يكون له على الرجل الدين فيقول له قبل أن يحل الأجل عجل لي النصف من حقي على أن أضع عنك النصف، أ يحل ذلك لو أحد منهما، قال. نعم.

المطلب الثاني في تزامم الحقوق و التنازع في الاملاك:

إشاره

و الكلام فيه يقع في مقامات

المقام الأول [في جواز إخراج الرواشن و الأجنحه في الطرق النافذه]

إشاره

قد صرح الأصحاب (رضوان الله عليهم) بأنه يجوز إخراج الرواشن (٣) و الأجنحه إلى الطرق النافذه إذا كانت عاليه لا تضر بالماره، و هما عباره عن إخراج خشب من حائط المالک الى الطريق بحيث لا يصل الى الجدار المقابل له و يبنى عليها، و لو وصل الى الجدار سمى ساباطا و على هذا فهما عباره عن أمر واحد، و ربما فرق بينهما بأن الأجنحه ينضم إليها مع ما ذكر أن يوضع لها أعمده من الطريق، و ربما قيل ذلك في الرواشن.

و الكلام هنا يقع في مواضع

الأول-المرجع في التضرر الى العرف

بالنظر

ص: ١١٥

١- (١) سورة البقره الآيه ٢٧٩.

٢- (٢) الكافي ج ٥ ص ٢٥٨ ح ٣، التهذيب ج ٦ ص ٢٠٦ ح ٥، الوسائل ج ١٣ ص ١٦٨ ح ٢.

٣- (٣) قال في مجمع البحرين: الرواشن جمع الروشن و هي أن يخرج اخشابا الى الدرب و يبنى عليها و يجعل عليها قوائم من أسفل. انتهى، و في اللغويين الروشن بأنه الكوه كذا ذكره المحقق الشيخ على ما في شرح القواعد. و في القاموس: الروشن

الكوره، فليتأمل فلعل الغلط فى أحد الموضوعين، ولا يحضرنى الان من نسخ الكتابين ما يمكن تحقيق الحال منه فان تحريف الكوه بالكوره أو بالعكس قريب فليلاحظ منه رحمه الله.

الى الماره فى تلك الطريق و ما يلىق بها، فلو كانت من الطرق التى تمر فيها الجيوش و الجمال و الفرسان و جب أن لا يضر بالعماريات و الكنائس، و اعتبر ارتفاع ذلك بحيث يمر فيه الفارس لا يصدم رمحه مما لا على عنقه، و اعتبر العلامه فى التذكره أن يتمكن الفارس من الممر تحته و رمحه منتصب لا- يبلغه، قال: لأنه قد تراحم الفرسان فيحتاج الى أن تنصب الرماح، و منعه فى الدروس لندرته، و قواه فى المسالك لإمكان اجتماعهم مع إماتته بحيث لا يبلغهم.

الثانى [حكم الجناح فى ملكه إذا كان مشرفاً]

-المفهوم من كلامهم و تقييد الضرر بالماره كما قدمنا ذكره أنه لو أضر بغيرهم من جار و نحوه بحيث استلزم الاشراف عليه لم يمنع منه، كما لا يمنع لو كان وضع الجناح و الروشن فى ملكه فاستلزم الاشراف على جاره.

و خالف فى ذلك العلامه فى التذكره فقال: بالمنع من ذلك فارقا بينه و بين الوضع فى ملكه، قال فى الكتاب المذكوره: إذا أخرج جناحا أو روشنا فى الشارع النافذ فقد بينا أنه ليس لأحد منعه مع عدم التضرر به، فلو تضرر جاره بالإشراف عليه فالأقرب أن له المنع، لأنه قد حصل به الضرر، بخلاف ما لو كان الوضع فى ملكه فإنه لا يمنع و ان حصل معه الاشراف، لأن للإنسان التصرف فى ملكه كيف شاء، و يمنع فى الملك من الاشراف على الجار لا من التعلية المقتضيه لإمكانه، قال: و لست أعرف فى هذه المسئله بالخصوصيه نسا من الخاصه و لا من العامه، و انما صرت الى ما قلت عن اجتهاد، و لعل غيرى يقف عليه أو يجتهد فيؤديه اجتهاده الى خلاف ذلك انتهى ملخصا.

و اعترضه فى المسالك فقال: و فيه نظر لان المعبر فى الموضوع فى الطريق عدم الإضرار بأهل الطريق، لأنه موضوع للاستطراق فيمتنع ما ينافيه، أما اعتبار عدم الإضرار بغيرهم فلا دليل على المنع منه، بل قد تقدم أنه لا يمنع مما يضر بغير من يعتاد سلوكه خاصه، فضلا عن غير المار، و الجار خارج عن ذلك كله، فلا وجه للمنع مما يقتضى إضراره، كما لو أحدث بناء فى مباح يقابله و استلزم الاشراف عليه، و كلام العلامه و غيره حيث قيدوا الضرر بالماره دليل عليه؛ و انما عمم هو الضرر فى فرعه، انتهى.

أقول: و يقول العلامة (قدس سره) في هذه المسئلة و لست أعرف في هذه المسئلة نصا و انما صرت الى ما قلت عن اجتهاد، تعلق المحدث الأمين الأسترآبادى و نحوه من الأخباريين في التشنيع على المجتهدين، و يمكن الاعتذار عنه (قدس سره) بأن مراده بالاجتهاد انما هو الاستنباط من الأدله العامه، فإنه إنما نفى وجود الخبر الخاص بهذه المسئلة، فلا ينافيه إمكان استنباط دليل لها من الأدله العامه، و هو هنا

حديث (1)

«لا ضرر و لا ضرار». لأنه إنما استند في المنع بضرر الجار بذلك.

نعم يمكن أن يجاب عن ذلك بأن الضرر المنهى عنه انما هو نفس الاشراف، لا الروشن المقتضى له، كما لو فعله في ملكه أو أحدث بناء في مباح يقابله و استلزم الاشراف كما تقدم في كلام شيخنا المتقدم ذكره.

الثالث [في عدم مانعيه معارضه المسلم عن إخراج الرواشن]

— ما قدمنا ذكره من جواز إخراج الرواشن و الأجنتحه إلى الطرق النافذه ما لم يضر بالماره هو المشهور، سواء عارضه فيه مسلم أو لم يعارضه أحد، و هو قول الشيخ في الخلاف.

و قال في المبسوط: بأنه لو عارض فيه مسلم و جب قلعه، و به قال ابن البراج، و الأول اختيار ابن إدريس، مستندا الى جريان العاده من غير أن ينكره أحد، قال: و سقيفه بنى ساعده و بنى النجار مشهورتان، و لم ينكرهما أحد من المسلمين، و نفس الطريق غير مملوكه، و انما يملك المسلمون منافعها دون رقبته، انتهى.

و به قال العلامة و غيره، و ما ذهب اليه الشيخ في المبسوط هنا نقله في التذكرة عنه، و عن أبي حنيفه، قال: و قال الشيخ (رحمه الله) و أبو حنيفه لا عبره بالضرر و عدمه، بل ان عارضه فيه رجل من المسلمين نزع و وجب قلعه و ان لم يكن مضرا به و لا بغيره، و الا ترك، لانه بنى في حق غيره بغير اذنه، فكان له مطالبته بقلعه، كما لو بنى دكه في المملوك، أو وضع الجناح في ملك غيره، ثم رده بان القياس ممنوع، فان الضرر يحصل ببناء الدكه، بخلاف الجناح و السباط و الرواشن، لان الأعمى يعتبر بها، و كذا في الليل المظلم يعثر البصير بها، و يضيق الطريق بها بخلاف الجناح، و ملك الغير لا يجوز التصرف فيه الا بإذنه، بخلاف الطريق فافترقا.

ص: ١١٧

أقول: والعمده فى ذلك كله هو اباحه الهواء، وانه غير مملوك هنا للماره و لا- لغيرهم فلا مانع من التصرف فيه الا على وجه يتضرر به الماره، و المفروض عدمه، فلو حصل الضرر به وجب إزالته و لا يختص الوجوب بالواضع، و ان كان أكد، بل يجب على كل من له قدره بالأمر بالمعروف و النهى عن المنكر.

الرابع [عدم الجواز فى الطرق المرفوعه]

-المفهوم من تقييدهم الطرق بالنافذه عدم الجواز فى الطرق المرفوعه، و الوجه فيه ظاهر، لأنها ملك لأربابها، كسائر الأملاك المشتركه لا يجوز التصرف فيها إلا بإذن أربابها فلا يجوز لأحد منهم احداث جناح أو باب شارع إلا بإذن الباقيين، سواء أضر بهم أم لم يضر، لل منع من التصرف فى مال الغير إلا- بإذنه مطلقا، و المراد بالمرفوعه المسدوده التى لا- ينتهى إلى طريق آخر و لا مباح، بل الى ملك الغير، و المراد بأربابها من له باب شارع إليها، و مما يترتب على ملكهم لها جواز سدهم لها عن السكه، مع اتفاقهم على ذلك، و كما يحرم التصرف فيها بما تقدم ذكره كذلك يحرم بغيره من أنواع التصرفات، فلا يجوز المرور فيها إلا بإذنها و لا- الجلوس فيها، و لا إدخال الدواب فيها و نحو ذلك الا مع الاذن، و يمكن الاكتفاء فى جواز المرور بشاهد الحال، و كذا الجلوس خفيفا، فلو اتفق فى تلك الطرق المرفوعه السلوك الى مسجد أو رباط أو مطهره أو نحوها من المشتركات بين العامه لم يكن لأصحاب الطريق المنع من السلوك إليها، و لا احداث سابات أو جناح يضر بالماره و ان رضى أهل السكه، لأنها صارت مشتركه بينهم و بين عامه الناس المترددين الى تلك المواضع، و نحوه لو جعل أحدهم داره أحد تلك المواضع، و الوجه فيه ظاهر مما تقدم.

هذا و المفهوم من كلام الأصحاب من غير خلاف يعرف هو أن الطرق المرفوعه ملك لأربابها، و ظاهر المحقق الأردبيلي (رحمه الله عليه) هنا المناقشه فى ذلك مستندا الى المنع من ذلك الا أن يعلم بدليل شرعى، و لو بدعوى الملكيه بشرط أن لا يكون مستنده مجرد الاستطراق، فإن الذى علم من الاستطراق استحقاتهم ذلك لا غير، و لما كان أكثر الطرق و الاستطراق يحصل فى غير الملك لا- يعلم منه الملكيه التى هى منفيه بالأصل، إذ لا- فرق بين المسلموك و المرفوع فى الحصول، الا- أن المترددين فى الأول أكثر، هذا غايه ما استند اليه (قدس سره).

و فيه نظر، إذ لا يخفى أن الظاهر أنه لا خلاف في أن التصرف اماره الملك، فلو تصرف أحد في شيء و مات و هو في تصرفه حكم به ميراثا لورثته، و لو ادعى مدع في أن تصرفه عاد طولب بالبينه، و لا يخفى أيضا أن التصرف غير مضبوط بحد معلوم و انما هو في كل شيء بنسبته، يعنى بالنظر الى المنافع المترتبة على ذلك الشيء فكل من تصرف في شيء بتحصيل المنافع المترتبة عليه ثبت له الملك، و المنافع المترتبة على الطريق التي بها ثبت التصرف ليس الا الاستطراق، لأنها موضوعه له و ان أمكن وجود منافع آخر أيضا، الا أن هذا هو المقصود منها و الغالب عليها، و أما ما ذكره من أن الاستطراق يحصل في غير الملك - فلا يدل على الملكيه كما في الاستطراق في الشوارع - ففيه أن ما ذكرنا من أن التصرف اماره الملك فان التصرف في كل شيء انما هو بنسبه حاله، مما يثبت به المدعى، إذ لا خلاف في هاتين المقدمتين فيما أعلم، و عدم ثبوت ذلك في الشوارع انما هو من حيث عدم حصر السالك فيها، و المالك لا بد أن يكون له مالك معين، و التصرف الموجب للملك الذي يكون في كل شيء بنسبته لا بد أن يكون مستمرا كما في التصرفات في سائر الاملاك.

و حيثئذ فلو مر شخص في الجاده يوما و لم يعد إليها في باقى عمره لا يعد مالكا، و ان كان قد تصرف مره، و هكذا في سائر السالكين و ان تفاوتوا، بخلاف ملاك السكه المرفوعه. فإنهم مستمررون على الاستطراق منها الى بيوتهم كما في جملة التصرفات فى الاملاك مع كونهم معينين محصورين، و بذلك يظهر لك الفرق بين الطريقين، و عدم قياس إحداهما على الأخرى فى البين. و الله العالم.

الخامس [تعارض الجارين فى إخراج الجناح و الروشن]

قد عرفت أن الأظهر أنه ليس لأحد من المسلمين معارضته فى إخراج الجناح و الروشن، و يدخل فيه الجار، فليس له المعارضه، ليكون الهواء بينهما، بل أيهما سبق استحق ذلك.

نعم للآخر إخراج روشن فيما بقى من الهواء، و ليس لصاحب الأول منعه ما لم يضع على خشبته شيئا منه، و يجوز للآخر إخراج روشنه فوق الأول أو تحته ما لم يضر به، و يعتبر أن يكون عاليا لا يضر بالماره على الوجه المتقدم، و لو أظلم

الطريق بوضع الثانى أزيل خاصه، لأن الضرر انما حصل به، و ان كان للأول أيضا أثر فى ذلك الا أن الحد الموجب للضرر انما حصل بالثانى.

السادس [فى مصالحه واضع الروشن مع أرباب الدرب]

قال فى التذكرة: لو صالح واضع الروشن أو الجناح أو السباط أرباب الدرب، وأصحاب السكه على وضعه جاز على الأظهر عندنا، لكن الاولى اشتراط زمان معين، لانه حق مالى بتعين المالك فجاز الصلح عليه، وأخذ العوض عنه كما فى القرار، و منع منه الشافعيه، بناء منهم على أن الهوء تابع، فلا يفرد بالمال صلحا كما لا يفرد به بيعا، و نمنع مانعيه التبعية من الانفراد بالصلح، بخلاف البيع لانه يتناول الأعيان، و الصلح هنا واقع عن الوضع مده، و كذا الحكم فى صلح مالك الدار عن الجناح المشرع إليها من الجواز عندنا، و المنع عندهم انتهى.

و ظاهره أن الحكم إجماعى عندنا فى كل من الموضوعين، و انما المخالف فيه الشافعيه خاصه، مع أن عبارته الشيخ فى المبسوط ظاهره فى ما نقله عن الشافعيه حيث قال: إذا أخرج جناحا الى زقاق غير نافذ لم يجز، لأن أربابه معينون، فان صالحوه على تركه بعوض يأخذونه منه لم يجز، لأن فى ذلك افرادا للهوء بالبيع، و ذلك لا يصح انتهى.

و الأصحاب قد نقلوا ذلك عنه أيضا، و الظاهر أنه غفل عن مراجعته ذلك، و المحقق فى الشرائع قد تردد فى المسئله من أجل خلاف الشيخ أيضا.

و كيف كان فان الظاهر أن كلام الشيخ هنا (رحمه الله) مبنى على ما تقدم نقله عنه من فرعيه الصلح على البيع كما هو مذهب الشافعيه، و قد تقدم نقله عن الجميع و بيان ضعفه، و المفهوم من كلامهم كما هو ظاهر عبارته التذكرة المذكوره استحقاق جميع ملاك الطريق المرفوعه لذلك، و هو مخالف لما صرحوا به كما سيأتى ان شاء الله تعالى من اختصاص الداخل منهم بما بين البابين، و اشتراك الجميع انما يحصل فيما خرج عن الأبواب كمالا، فالمناسب للتفريع على ذلك أن يقال:

أن الروشن المحدث ان كان خارجا عن جميع الأبواب فالحق للجميع، و الصلح على إخراج الروشن مع الجميع، و ان كان داخلا عن بعضها لم يتوقف على اذن الخارج، و قيل: يتوقف على رضى الجميع كالأول، و قواه فى الدروس، و سيأتى

الكلام فى ذلك إنشاء الله تعالى.

السابع [فى بقاء حق الأولويه بعد سقوط الروشن]

قالوا: لو سقط الروشن فسبق جاره الى وضع روشن فى ذلك الهواء لم يكن للأول منعه، لأن الأول لم يملك الموضوع بوضع الروشن فيه، واما اكتسب بوضعه الأولويه، كالعود فى المسجد.

بل قال فى التذكرة: لو هدمه جار قهرا و تعديا ثم وضع الجار روشنا أو جناحا فى محاذاته و مده الى مكان روشن الأول جاز، و صار أحق به، لأن الأول كان يستحق ذلك بسبقه اليه، فإذا أزال و سبقه الثانى إلى مكانه كان أولى، كرجل جلس فى مكان مباح كمسجد أو درب نافذ ثم قام عنه أو أقيم، فإنه يزول حقه من الجلوس، و يكون لغيره الجلوس فى مكانه. و ليس للأول إزعاجه، و ان أزعج الأول فكذا هنا، ثم نقل المنع عن بعض الشافعية.

و ملخص كلامهم أنه انما يزول حقه بالإعراض عن إعادته لا بالهدم و الانهدام كالجالس فى المكان للأولويه، و بذلك صرح غيره أيضا، و ظاهره أن غايه ما يلزم الثانى بكسر روشن الأول الإثم و الضمان خاصه، و الا فإن أولويته تزول بذلك.

و لا- يخفى ما فيه من الاشكال، لعدم النص فى ذلك مع ظهور كون الثانى غاصبا و ان لم يكن غضب ملك بل غضب أولويه، فإطلاق أدله الغضب و عمومها يشمل مثل ذلك.

و قد تنبه لما ذكرناه المحقق الأردبيلي (قدس سره)، حيث أنه بعد نقل كلام التذكرة و ما ذكره من كلام بعض الشافعية، قال: و الذى يتخيل أولويه قول بعض الشافعية، إذ لا شك فى حصول الأولويه، و الأصل بقاؤها، و معلوم زوالها بالإعراض لا غير، و الظاهر أنه ليس بأقل من التحجير قهرا يمكن عدم زوال أولويه الحجر، و بالجمله الحكم ليس بمنصوص و لا- مجمعا عليه على الظاهر، فليس ببعيد قول بعض الشافعية، و لا شك أنه أحوط، انتهى.

و أشار بقوله: ليس أقل من التحجير الى آخره- و ان كانت العبارة لا يخلو من غموض و لعله لغلط فى الكتاب المتسخ منه- الى ما صرحوا به ثمه من أنه بالتحجير الذى هو شروع فى الإحياء لا يصلح لغيره التخطى اليه و ان لم يفد ملكا، بل

انما يفيد أولويه، وهو نظير ما نحن فيه، فيكون مؤيدا لما ذكرناه.

و يؤيده أيضا ما تقدم في أحكام المساجد من كتاب الصلاه بالنسبه إلى السابق الى موضع منها من تصريح شيخنا الشهيد الثاني بأنه لو أزعجه مزعج فلا شبهه في إثمه، و هل يصير أولى بعد ذلك يحتمله، لسقوط حق الأول بالمفارقة، و عدمه للنهي، فلا يترتب عليه حق، و يتفرع على ذلك صحه صلاه الثاني و عدمها، مع أنه (قدس سره) ممن وافق العلامة فيما نقلناه عنه في كتاب المسالك، و الحكم في المسألتين من باب واحد، و الله العالم.

المقام الثاني - في الطرق

إشارة

و هي على قسمين، نافذه و يقال شارع، و مرفوعه و الكلام في هذا المقام يقع أيضا في مواضع،

الأول [حكم فتح الأبواب المستحدثه في الطرق]

-الظاهر أنه لا خلاف بين الأصحاب في جواز فتح الأبواب المستحدثه في الطرق النافذه، لأن المسلمين فيها شرع، فيجوز احداث الأبواب فيها لمجاوزها، سواء كان لتلك الدار باب آخر إليها أم الى غيرها من الطرق النافذه؟ أو المرفوعه.

أما الطرق المرفوعه فلا يجوز الا برضاء أهلها، و لا حد الشركاء فيها إلا بإذن الباقين، و كذا لا خلاف في جواز وضع الميازيب في الطرق النافذه، و احتج عليه في التذكرة بأن الناس بأسرهم اتفقوا على وضع الميازيب و نصبها على سطوحهم قديما و حديثا من غير إنكار أحد منهم، فكان إجماعا هذا إذا لم يتضرر بوضعها أحد، فإن تضرر بوضعه و جب قلعه.

أقول: الأظهر الاستدلال على ذلك بأصالة الإباحه، إذ لا شيء هنا مما يتوهم المنع منه الا - الاستطراق الذي هو حق للمسلمين، و المفروض أنه لا يضره، فيكون كوضعه مشرفا على الأماكن المباحه.

الثاني [حكم فتح الروازن و الشبايك في الطرق]

-يجوز فتح الروازن و الشبايك في الطرق النافذه بلا اشكال، و كذا في الطرق المرفوعه و أن استلزم ذلك الاشراف على جاره، لما تقدم من أن المحرم هو الاشراف و التطلع، لا التصرف في الملك، ليستفيد بذلك الاضائه في بيته.

نعم للجار وضع شيء في ملكه يمنع الاشراف عليه و ان استلزم سد الضوء،

و لا فرق بين أن يكون لصاحب الحائط الذى فتح فيه الروزنه أو الشباك باب فى تلك الدرب أم لا، لان له رفع جميع الحائط، و أن يضع عوضه شباكا فبعضه أولى.

نعم يمنع من فتح الباب لو لم يكن له باب قديم، و ان لم يستطرق فيه دفعا للشبهه، اعنى شبهه استحقاقه التطرق، و المرور من تلك الطريق، و بهذا يفرق بين فتح الشباك و الروزنه بل رفع جميع الحائط، و بين فتح الباب، فإن الشبهه المذكوره لا تترتب على الثلاثه الأول، بل انما تترتب على الرابع، فإنه بعد تطاول الزمان و اشتباه الحال يمكن الاستناد إليه فى استحقاق المرور و التطرق من تلك الطريق، بخلاف رفع الجدار فضلا عن الشباك و الروزنه، فإنه لا يقتضى استحقاق المرور به بوجه، هذا كله إذا لم يأذن أرباب تلك الطريق، فلو أذنوا سقط.

الثالث [فى حكم أبواب السكه المرفوعه]

-لو كان فى السكه المرفوعه أبواب بعضها أدخل من الآخر فهل يشترك جميعهم فى جميع السكه فيكون الاستحقاق فى جميعها لجميعهم، أم شركه كل واحد يختص بما بين رأس السكه و باب داره؟ لان محل تردده هو ذلك المكان خاصه، المشهور بين الأصحاب الثانى، و الوجه فيه أن المقتضى لاستحقاق كل واحد هو الاستطراق و نهايته بابه، فلا يشارك فى الداخل، فحكمه بالنسبه الى هذا الداخل الزائد على بابه حكم الأجنبى من غير أهل السكه.

و قيل: بالأول، فيشترك الجميع فى الجميع حتى فى الفضله الداخله عن الأبواب و هو صدر السكه ان كان ذلك، و علل باحتياجهم الى ذلك عند ازدحام الأحمال، و وضع الأثقال عند الإدخال و الإخراج.

و قوى فى الدروس هذا القول، و نقل القولين فى التذكره عن الشافعيه، و قال: ان أظهر الوجهين لهم الثانى، و المسأله غير منصوصه عندنا، الا- أن الأوفق بالقواعد الشرعيه هو القول المشهور؟ و لو فضل فى صدر الزقاق فضله عن الاستطراق فظاهر الأصحاب أن أرباب الأبواب فيها سواء و لا- أولويه لواحد على غيره لاستوائهم فى الارتفاق بها. بخلاف ما بين البابين أو الأبواب، فإن أدخله الباب تقتضى الاستطراق اليه، و هو مختص بالمستطرق، فيتحقق الترجيح، فالادخال ينفرد بما

بين البابين، و هكذا لو كانت أكثر من بابين، و يشترك الجميع في الطريقين أعنى صدر السكه الخالى عن الاستطراق، لما تقدم، و آخرها الزائد على الأبواب، لاشتراك الجميع فى استطراقه، قال فى التذكرة: فعلى المشهور عندنا ان الأدخل عنده ينفرد بما بين البابين، و يتشارك فى الطريقين، و لكل منهما الخروج ببابه مع سد الأول و عدمه، فان سده فله العود اليه مع الثانى، و ليس لأحدهما الدخول ببابه و يحتمله، لانه قد كان له ذلك فى ابتداء الوضع و يستصحب، و له رفع جميع الجدار فالباب أولى انتهى.

أقول: الظاهر ان هذا الاحتمال مبنى على القول الآخر الذى تقدم تقويته عن الدروس، و الا فإنه يشكل بناء على المشهور من حيث اختصاص تملكه بما يستطرفه، و هو الى الباب الموجود يومئذ، فادخاله للباب الى داخل السكه مع أنه ملك غيره من أصحاب الأبواب الداخلة مشكل.

و أورد المحقق الأردبيلي (رحمه الله) هنا عليهم اشكالا قد أشرنا إليه فى الموضع السادس من المسئلة السابقه، قال (رحمه الله) ثم هيهنا اشكال و هو أنهم قد حكموا بكون المرفوعه ملكا لكل من فيها، فالهواء و الأرض كله ملك مشترك بين أربابها، و أيضا قالوا: لا يجوز لأحد التصرف بإحداث الرواشن و الأجنحه و الساباط و فتح الأبواب المستحدثه حتى لغير الاستطراق أيضا، و كذا وضع الميزاب، سواء حصل الضرر أم لا إلا ياذن الأرباب، فمعه يجوز مطلقا، فهو مؤيد للاشتراك ثم حكموا هنا بالاختصاص بما بين البابين لذى الباب الأدخل و الأول، الى أن قال:

فكانهم جوزوا ما حرموه.

و قد تقدمه شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك، فإنه أيضا أشار الى ذلك، و يتفرع على ذلك ما أشرنا إليه آنفا من توقف وضع الجناح أو الروشن على اذن الجميع، بناء على حكمهم بعموم الملك للجميع، و التفصيل بما تقدم بناء على كلامهم هنا من اختصاص الداخل بما بين البابين.

الرابع [كيفية صيروره الموضع شارعا و حكم السرداب فى الطرق]

-قال العلامة فى التذكرة: يصير الموضع شارعا بأمور أن يجعل

الإنسان ملكه شارعاً و سبيلاً مسبلاً و يسلك فيه شخص آخر، أو يجيء جماعه أرض قريه أو بلده و يتركوا مسلكا نافذا بين الدرب و المساكن، و يفتحوا اليه الأبواب، أو يصير موضع من الموات جاده يسلك الناس فيها، فلا يجوز تغييره، و كل موات يجوز استطراره، لكن لا يمنع أحد من إحيائه بحصول الممر عليه، فليس هو حكم الشوارع. انتهى.

و قال فى الدروس: يجوز عمل سرداب فى الطريق النافذ، إذا أحكم أوجهه و لم يحصر الطريق من وجهها، و لو كان فى المرفوع لم يجز و ان أحكم إلا- بإذنه، و مثله الساقية من الماء إذا لم يكن لها رسم قديم، و منع الفاضل من عمل الساقية و ان أحكم الأزج عليها فى النافذ، أما لو بناها بغير أزج فإنه يمنع منها إجماعاً، و يجوز لكل أحد إزالتها انتهى.

المقام الثالث فى الجدران:

إشاره

و البحث فيها يقع فى موارد

الأول- الجدار بين الملكين

أما أن يكون لواحد من صاحبي الملكين، أو يكون مشتركاً بينهما، فإن كان مختصاً بأحدهما كان له التصرف فيه كيف شاء، بهدم و بناء و نحو ذلك، و ليس للآخر وضع جذع و لا خشبته عليه إلا بإذن صاحبه، و هذا كله مما لا خلاف فيه و لا اشكال، و ان كان مشتركاً لم يجز لأحدهما التصرف فيه إلا بإذن الآخر، كوضع وتد و فتح كوه و نحو ذلك، حتى أنه عد فى التذكرة من ذلك أخذ تراب ليطرب به الكتاب، فإنه لا يجوز إلا بإذن شريكه ثم استثنى من ذلك ما لا يقع المضايقه به كالاستناد اليه، و اسناد المتاع إليه إذا لم يتضرر الجدار بذلك، و هذا الحكم عام فى جدار الغير مطلقاً، لأنه بمنزلة الاستئثار بجدار الغير، و الاستئثاره بسراجه، و لو منع المالك أو الشريك من الاستناد فهل يحرم أم لا؟ جزم فى التذكرة بذلك و تبعه فى المسالك و استقرب فى الدروس العدم لانتفاء الضرر قال فى المسالك: و موضع الخلاف ما إذا كان المجلس للمستند و الا لم يجز إجماعاً.

ص: ١٢٥

قالوا، إذا التمس الجار وضع جذوعه على حائط جاره لم يجب على جاره اجابته. نعم يستحب، و استدل فى المسالك على الاستحباب بما روى عنه (صلى الله عليه و آله) من قوله «من كان يؤمن بالله و اليوم الآخر فلا يمنع جاره من وضع خشبه على جداره».

أقول: لم أقف على هذا الخبر فى كتب أخبارنا، و الظاهر أنه من طريق العامه حيث انه نقل فى المسالك أن بعضهم أجاز وضع الخشب بدون الاذن مستندا الى هذا الخبر.

و كيف كان فان عموم اخبار قضاء الحوائج للمؤمنين و التوصيه بالجار و نحو ذلك مما يدل على الاستحباب فى مثل ذلك، فلا بأس به.

ثم انه لو أذن له فى الوضع فله الرجوع فى الاذن ما لم يضعه اتفاقا، أما لو وضعه فليل: انه ليس له الرجوع لاقتضاء الاذن فى ذلك الدوام و التأيد كالإذن فى دفن الميت فى الأرض، و للإضرار الحاصل بالنقض حيث يفضى الى خراب ملك المأذون، ذهب اليه الشيخ فى المبسوط و جماعه، و المشهور بين المتأخرين، و منهم المحقق و العلامه و الشهيدان و غيرهم أن له الرجوع لأنه عاريه، و الأصل جواز تصرف المالك فى ملكه بأى نحو كان، قالوا: و الحاقه بالدفن قياس مع الفارق، لتحریم نبشه، لا من حيث تخريب البناء و الإضرار يندفع بضمان الأرض.

أقول: و هذا الجواب جيد، الا- أن بعضهم احتمل جواز النقض مجانا من غير أرش، بناء على أن الاذن إنما أفاد العاريه، و لازمها الرجوع متى أراد مع أصاله براه ذمه المالك من ثبوت مال لغيره عليه على تخليص ملكه منه، بل أصاله البراءه مطلقا.

و القائلون بالأول استندوا إلى أنه بناء محترم صدر بالاذن، فلا يجوز قلعه الا بعد ضمان نقصه، و لان فيه جمعا بين الحقين، و لانه سبب الإلتلاف لإذنه، و المباشر ضعيف، لأنه بالأمر الشرعى.

ثم انه على تقدير وجوب الأرش فهل هو عوض بما نقصت آلات الواضع بالهدم؟

أو هو عبارته عن تفاوت ما بين العامر والخراب؟ وجهان: اختار أولهما في المسالك، وزاد المحقق الأردبيلي (رحمه الله) وجهًا ثالثًا قال، ويحتمل ثالثًا وهو جميع ما أخرجه المالكي في الجدار بعد وضع قيمه الآلات الموجودة منه، فتدخل فيه أجره الأكار وغيرها وهو الأظهر انتهى.

ولو اتفقا على بقاءه بالأجره زال الإشكال.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن ظاهر المحقق المذكور في شرحه على الإرشاد الميل إلى مذهب الشيخ في المبسوط في هذه المسئلة (١) قال (قدس سره): وظاهر المصنف بل الأ-كثر جواز إخراج الخشب المعار، وإن كان مستلزما للخراب على المأذون، فيعطى الأرض، ويحتمل عدم الجواز، وهو مذهب الشيخ، لأن العاربه في مثل هذا للتأيد، فكأنه قال: أعزني بحيث يكون دائما عندي ما دام الجدار، ولا- يكون لك الرجوع بوجه، والتزم ذلك فصار لازما، لأن المسلمين عند شروطهم، ولأن الأصل في العقود اللزوم، وخرجت العاربه في غير محل النزاع بالإجماع ونحوه، وبقي الباقي ولأنه مستلزم للضرر،

«ولا ضرر ولا ضرار في الإسلام».، ولا ينجر بالأرض، إذ قد يكون بحيث لو لم يعر الخشبه لسهل عليه تحصيل غير الخشب يبقى دائما، وقد تخيل بقاؤه دائما، وحينئذ يخرب ملكه، وقد لا يوجد من يبنى أو يكون الخرج زائدا بكثير على الأول ولا يعارضه إن المنع أيضا ضرر على مالك الخشب، لانه فعله بنفسه من غير إجبار، مع أن العاده قاضيه بأن مثل هذه العاربه إنما تكون للدوام، فإن أحدا لا يرتكب مثل هذه العاربه مع تجويز رجوع مالكة إذا كان

ص: ١٢٧

١-١) قال (قدس سره): الثالث على تقدير ثبوت الأرض فهل هو عوض ما نقصت آلات الواضع بالهدم أو تفاوت ما بين العامر والخراب، وجهان: مبناهما على أن البناء إذا كان محترما فهو بهيئته حق لبانيه فيكون جبره بتفاوت ما بين كونه عامرا وخرابا، لأن ذلك هو نقص المالىه، ومن أن نقص هذه المالىه مستند إلى ملك صاحب الجدار فلا يضمن، إنما تضمن في نقصان الغير الذى كان سبب إتلافه وفواته وهو أقوى لأن جميعه مال للواضع غايته كونه موضوعا على ملك الغير وذلك الملك إنما أثر جواز النقص لا المشاركه فى المالىه. انتهى. منه رحمه الله.

مستلزما للخراب، كما فى العاربه للدفن، و لا ىنفع الفرق بأن النبش حرام و أنه قىاس، لما تقدم، و لأن الغرض التمثىل و التأىىد، على أنه قد ىقال به، لظهور العله المشترکه، و ىدفع الفرق بأنه على تقدىر جواز الرجوع لا ىكون النبش حىئنذ حراما، بل ىكون هذه من الصور المستثنىات الكثره.

ثم ان الظاهر على تقدىر الجواز ما كان ىنبغى وجوب الأرش، لأنه انما هو بسبب كونه عارىه، و هى جائزه دائما، و المالك قد أضر نفسه بقبول العاربه الجائزه، فكأنه جوز على نفسه الرجوع و التخرىب لما بنى، فكأنه المخرب و المهدم، فلا ىتوجه أنه سبب، و مالك الخشب مباشر، على أنه إذا كان جائزا فله أن ىجبر مالك الجدار بحكم الحاكم ىدفع ماله الیه، فىكون هو المباشر فتأمل، انتهى أقول: و المسئله لخلوها عن النص محل توقف و اشكال، و الاعتماد على هذه التعلىلات فى تأسىس الأحكام الشرعیه مجازفه ظاهره، سىما مع تدافعها كما عرفت.

نعم ىمكن تأىىد مذهب الشىخ بما دل على وجوب الوفاء بالوعد من الآیه و الروایه، فإن هذه المسئله و ان كانت من قبىل العاربه التى حکمها جواز الرجوع فىها، الا- أن قرائن الحال تشهد بأن المطلوب منها هنا الدوام، فان المعیر انما أعار جداره على هذا الوجه، فلا ىجوز له الرجوع بعد ذلك، لما دل على وجوب الوفاء بالوعد، و ىؤیده حدیث الوفاء بالشروط، و الله العالم.

تذنبان:

الأول [فى احتىاج إعاده الجذوع إلى إذن جدید و عدمه]

قال فى التذکره: ان رفع صاحب الجذوع جذوعه لم ىکن له إعادتها إلا بإذن جدید، لأن الإذن الأول زال بزواله و کذا لو أذن فى وضع روشن على حائطه أو جناح أو ساباط، و هو أحد قولى الشافعى.

و الثانى أن له الوضع عملا باستصحاب الاذن الأول و کذا لو سقطت الجذوع أو الروشن أو الساباط أو الجناح بنفسه، و لو سقط الجدار فبناه صاحبه بتلك الآله فكذلك، لأن الإذن لا ىتناول إلا مره، و للشافعىه وجهان، و لو بناه بغير تلك الآله

لم يعد الوضع إلا بإذن جديد عندنا و عند الشافعية قولاً واحداً، انتهى.

أقول: ما ذكره من الاتفاق على التوقف على الإذن الجديد إذا كان البناء بغير تلك الإله مشعر بالخلاف فيما إذا بناه بتلك الإله، إلا- أن ظاهره أن الخلاف إنما هو من الشافعية، حيث قال: و للشافعية وجهان، مع أن الشيخ قد صرح بذلك في المبسوط أيضاً، ونقله عنه الأصحاب.

و منهم العلامة في المختلف قال: إذا أذن له في وضع الجذوع على جداره ثم استهدم الجدار للمعير نقضه، فإذا أعاده قال الشيخ في المبسوط: إن أعاده بتلك الآله لم يكن له منعه من رد الخشب و السقف عليه، و إن أعاده بغير تلك الآله كان له منعه، و قيل: ليس له منعه، و الأول أقوى (1)، ثم قال في المختلف:

و الوجه الأخير لنا أنها عاربه، و للمالك الرجوع فيها خصوصاً إذا لم يتضمن ضرر المستعير، و لا ضرر هنا، لأن إزالة الجذوع كان سائغاً، مع أن الشيخ قال أولاً: لو انهدم الحائط أو أهدمه المستعير لم يكن له الإعادة إلا بإذن مستأنف، و أى فارق بين الموضعين سوى مباشره الهدم فى الثانى دون الأول، و تلك لا توجب دوام الإعارة بل نقول أبلغ من ذلك، و هو أن المالك لو هدم الحائط من غير حاجه لم يكن للمستعير الإعادة و إن وجب عليه الأرش إن قلنا به، انتهى.

أقول: و من أجل اضطراب كلام الشيخ و اختلافه هنا كما سمعت من كلام المختلف لم يذكر كثير منهم خلاف الشيخ المذكور، كما يشير إليه عبارته المذكورة، و كأنهم أخذوا بقوله الموافق لما عليه الأصحاب من المنع من الرجوع مطلقاً، و أطحوا هذا التفصيل الذى ذكره، و القولان للشافعية، و الشيخ جمع

ص: ١٢٩

١ - ١) أقول و مما اقرعه الشيخ على هذا التفصيل ما لو حلف أن لا- يستند الى هذا الحائط ثم هدم و بنى بتلك الإله، فإنه يحنث، قال فى المبسوط و قال العلامة فى المختلف: و يقوى فى نفسى أنه لا يحنث لأن الحائط الثانى ليس هو الأول، لأن الحائط عبارته عن آله و تأليف مخصوص و لا خلاف فى أن تأليفه بطل انتهى، منه رحمه الله.

إذا عرفت ذلك فهنا شيء لم أعر على من تنبه له ولا نبه عليه وهو أن ما ذكره الشيخ من التفصيل المتقدم نقله محل الخلاف منه إنما هو الشق الأول، وهو ما إذا أعاد الجدار بتلك الإيلة فالشيخ حكم بأنه ليس له منعه من الإعادة، والأصحاب حكموا بالمنع، وظاهر العبارة المذكورة أن الخلاف إنما هو في الثاني، والعبارة بهذه الكيفية قد ذكرها في المبسوط، كما في نقل المختلف، والمعنى لا - يصح إلا - بإسقاط لفظ ليس، مع أنها موجودة في الكتابين، وقول العلامة في المختلف والوجه الأخير ثم علله بما ذكره إنما يتم بحذف ليس، لأنه هو الوجه الأخير الذي في مقابلة التفصيل الأول، والمراد أن له منعه مطلقاً فلي تأمل. والله العالم.

الثاني: لو وقع الصلح بينهما على وضع الخشب أو الجذوع على الجدار بشيء

صح، لعموم أدله الصلح إلا أنه يشترط عندهم معرفه الخشب أو الجذوع الموضوعه طولاً و وزناً، لاختلاف ضرر الجدار باختلاف ذلك، وتكفي المشاهده عن اعتبارها بما ذكر، ولكن لا بد من تعيين المده وضبطها، هذا إذا كان الصلح قبل البناء و وضع الخشب.

و أما لو كان بعده فإنه لا يفتقر إلا الى تعيين المده خاصه، لأن الباقي صار معلوماً، قالوا: ولو كان الجدار غير مملوك بل موقوفاً كجدار المسجد لم يجز التصرف بوضع شيء عليه إلا بإذن الحاكم الشرعي، وليس له الإذن إلا بعوض، وفي الجواز مع العوض بشرط عدم الضرر نظراً إلى المصلحه بحصول العوض وعدمه نظراً إلى أنه تصرف في الوقف بغير ما وضع له، ولأنه يثمر شبهه الاستحقاق بتداول الأزمان - وجهان: أجودهما الأخير، وهو خيره الشهيدان في الدروس والمسالك.

الثالث - لو تداعيا جدارا

فأما أن يكون لأحدهما عليه يد في الجملة، أم لا - يد بالكلية، فعلى الثاني أن حلف عليه أحدهما مع نكول صاحبه قضى به للحالف،

و ان حلفاهما معا أو نكلا قضى به لهما انصافا، و على الأول فاما أن يكون تلك اليد التي فى الجملة مثل كونه فى أرض أحدهما فإنه يحكم له به، أو يكون متصلا ببنائه اتصالا يبعد به كونه محدثا، كتداخل اللبن و الأحجار، و مثلهما ما لو كان لأحدهما عليه قبه أو غرفه أو نحو ذلك فإنه بجميع ذلك يصير صاحب يد، فالقول قوله بيمينه مع فقد البيئه، و كذا لو كان لأحدهما عليه جذع أو جذوع، لأن حكم الجذع و الجذوع حكم ما تقدم من المرجحات، فيكون القول قوله مع يمينه، و نقل عن الشيخ هنا أنه لا يقضى له بذلك، قال فى المبسوط: إذا تنازعا جدارا بين ملكيهما غير متصل ببناء أحدهما، و لأحدهما عليه جذع أو جذوع له يحكم له.

و قال ابن إدريس: يحكم لصاحب الجذوع، قال فى المختلف: و هو مذهب والدى (رحمه الله) و هو المعتمد، لنا أنه متصرف فيه، و له عليه يد دون الآخر، فيحكم مع عدم البيئه له بعد اليمين، كغيره من الأموال، ثم قال: احتج الشيخ

بقوله (صلى الله عليه و آله) (١)

«البيئه على المدعى و اليمين على المدعى عليه». و لم يفرق و أيضا فإن هذا الحائط قبل طرح الجذوع كان بينهما نصفين بلا خلاف، فمن قال بطرح الجذوع بغير الحكم عليه و الدلالة، بل يقال لصاحب الجذوع، أقم البيئه على انك وضعت هذه الجذوع بحق، فإن أقامها، و الا كان على حاله قبل وضعها فيه، و أيضا فإن وضع الجذوع قد يكون عاربه لأن فى الناس من يوجب اعاره ذلك، و هو مالك، فإنه قال يجبر على ذلك

لقوله (عليه السلام)

«لا يمتنع أحدكم جاره أن يوضع خشبته على جداره».

و الجواب عن الأول أنا نقول: بموجب الحديث، فإن اليمين هنا على المدعى عليه و هو صاحب الجذوع، لأنه متصرف و ذو يد، فالقول قوله مع اليمين، و على الآخر البيئه، لأنه مدع و خارج.

ص: ١٣١

و عن الثانى أن التنصيف ثابت مع عدم التصرف لتساوى نسبتها اليه، كما لو تداعيا عينا فى يدهما أو يد ثالث لا يعترف لأحدهما، فإنهما متساويان فى الدعوى لعدم اليد، أو لثبوتها لهما أما فى صورة النزاع فان يد أحدهما ثابتة عليه، فكان قوله مقديما، و الأصل وضع الجذوع بحق، فلا يطالب صاحبها بإقامه اليه على ذلك، إلا أن يثبت الأخر دعواه، و الأصل عدم العاربه، و التخريج على المذهب الفاسد فاسد، انتهى كلامه (زيد مقامه) و هو جيد، و لو تفرقت هذه المرجحات بأن كان لأحدهما بعض، و للأخر بعض، بان كان البناء متصلا ببناء كل منهما، أو اختص أحدهما بالجذوع و الأخر بالقبه أو الغرفه، أو نحو ذلك حكم باليد لهما، فيرجع الكلام الى ما تقدم من اختصاص الحالف مع نكول الأخر، أو القسمه بينهما مع حلفهما أو نكولهما.

قالوا: و لا- يرجع دعوى أحدهما بالخوارج التى فى الحيطان، و هو كل ما خرج عن وجه الحائط من نقش و وتد و رف و نحو ذلك، لإمكان احداثه من جهته من غير شعور صاحب الجدار به، و نحوها أيضا الدواخل فى الجدار كالطاقات غير النافذه، و الروازن النافذه لما ذكر، و فيه على إطلاقه تأمل.

الرابع [فيما لو انهدم الجدار المشترك]

أشاره

-الظاهر أنه لا خلاف بينهم فى أنه لو انهدم الجدار المشترك و أراد أحد الشريكين عمارته دون الأخر، فإنه لا يجبر الممتنع على المشاركة فى عمارته، و عللوه بأن الإنسان لا يجب عليه عماره ماله.

و انما يبقى الكلام فى موضعين

أحدهما- أنه لو أراد أحد الشريكين عمارته فهل يتوقف على اذن شريكه الممتنع؟

أم يجوز البناء و ان نهاه؟ قولان: و علل الأول بأنه مال مشترك، فيمتنع التصرف فيه بدون اذن الشريك، كما فى جميع المشتركات، و علل الثانى بأنه نفع و إحسان فى حق الشريك حيث يعمر له حائطه و لا يغرمه فى نفقته، و لا ضرر عليه بوجه، و نقل هذا القول عن الشيخ، و فى المسالك قوى الأول.

و فى الحكم بقوته على إطلاقه إشكال، لأنه ربما يتضرر الشريك بترك عمارته

فيلزم من عدم الاذن له الإضرار به،

و حديث (١)

«نفى الضرر و الإضرار». يدفعه، و ربما قيل بالتفصيل بين إعادته بالآله المشتركه، فلا يشترط رضاه، و بين إعادته بآله من عنده فيشترط، لانه على الأول يبقى شريكا كما كان، بخلاف الثاني.

ثم انه قال في المسالك: و حيث يتوقف البناء على اذن الشريك و يمتنع رفع أمره الى الحاكم ليجبره على المساعدة أو الاذن، فإن امتنع اذن له الحاكم انتهى.

أقول: مقتضى ما قدمنا نقله عنه من تقويته القول الأول هو عدم جواز البناء لو لم يأذن، و فيه ما عرفت آنفا، و مقتضى كلامه هنا هو أنه يجبر على الاذن، أو يأذن الحاكم نيابه عنه، و هو على إطلاقه أيضا لا يخلو عن إشكال، لأنهم صرحوا بأنه لا يجب عليه عماره ماله، و ظاهر كلامهم أنه أعم من أن يكون مشتركا أو مختصا به، و سواء كان بنفقه ينفقها عليه أم لا، فكيف يجبر على ذلك هنا، و الأظهر عندى انما هو التفصيل بما قدمنا ذكره من أنه مع اراده الشريك التعمير و امتناع شريكه من ذلك، فان كان فى امتناعه ضرر على شريكه فإنه يجوز للشريك التعمير من غير اعتبار اذنه، فيسقط الاذن هنا أيضا و قوفا على حديث «نفى الضرر و الإضرار» و الا فلا، و قوفا على ما ذكره من عدم وجوب تعمير الإنسان ماله، و لا مدخل هنا للحاكم بوجه.

و ثانيهما [لو خالف و عمره بغير الاذن، فهل للشريك نقضه؟]

انهم قالوا: على القول باعتبار اذنه لو خالف و عمره بغير الاذن، فهل للشريك نقضه؟ احتمال من حيث تصرفه فى ملك غيره، و تغيير هيئته و وضعه الذى كان عليه، فصارت الكيفيه الثانيه كأنها مغصوبه، فله إزالتها.

و فصل فى المسالك فقال: الأقوى العدم، ان كان بناه بالآله المشتركه، لان هدمه أيضا تصرف فى مال الغير، و هو الشريك الذى بنى، فلا يصح كالأول، و انما تظهر الفائده فى الإثم، و الجواز ان كان بناه بغير آله، لانه عدوان محض، و تصرف فى أرض الغير، فيجوز تغييره. انتهى.

أقول: يمكن تطرق المناقشه الى ما ذكره (قدس سره) بأن البناء كما أنه

ص: ١٣٣

مشمتمل على الإله فهي أحد أجزائه فهي أيضا مشتمله على الكيفيه المخصوصه و هي أحد أجزائه،و كما يحصل العدوان و الغصب بالبناء بغير آلتة القديمه كما اعترف به،يحصل أيضا بتغيير الهيئه و الكيفيه السابقه،و به يظهر أن قوله فيما لو بناه بالآله المشتركه-ان هدمه أيضا تصرف في مال الغير و هو الشريك الذى بنى- غير تام،لان هذا التصرف بناء على ما ذكرناه تصرف عاد غير جائز،فيجوز إزالته،و بما ذكرناه يظهر قوه الاحتمال الأول و ضعف ما ذكره من التفصيل.

ثم ان الموافق لما قدمناه من التفصيل بالضرر و عدمه أن يقال:انه على القول باعتبار الاذن لو خالف و عمره بغير اذنه،فان كان فى نقضه ضرر على الشريك الذى بناه فليس للآخر نقضه،عملا بالخبر المتقدم ذكره،و الا فله نقضه،لعله المذكوره فى وجه الاحتمال من حيث التصرف فى ملك الغير،و تغيير هيئته، ثم انه على تقدير تحريم الهدم لو هدمه الشريك لزمه الأرش، كما لو هدمه ابتداء.

و الله العالم.

الخامس [فى حكم اختلافهما فى خص]

قالوا:لو اختلفا فى خص قضى به لمن اليه معاقد القمط،و الخص بالضم البيت الذى يعمل من القصب،و القمط بالكسر جبل يشد به الخص،و بالضم جمع قماط،و هي شداد الخص من ليف،و خوص،و يستفاد من الفقيه أن الخص هو الحائط من القصب بين الدارين،و هو الأوفق بالأخبار الوارده فى المسئله، و كذا يفرض المسئله فى كلامهم.

و الذى وقفت عليه من الاخبار ما رواه

ثقه الإسلام و الشيخ عن منصور بن حازم (١) فى الصحيح عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال:

سألته عن خص بين دارين فزعم أن عليا (عليه السلام) قضى به لصاحب الدار الذى من قبله وجه القمط.

و رواه فى الكافى بسند آخر فى الصحيح أو الحسن عن منصور بن حازم (٢) مثله، الا أنه قال: عن حظيره عوض خص، و رواه الصدوق بإسناده عن منصور بن حازم مثله الا أن فيه «فذكر» عوض «فزعم»،

و روى فى الفقيه بإسناده عن عمرو بن شمر

ص: ١٣٤

١- ١) الكافى ج ٥ ص ٢٩٦ ح ٩-التهذيب ج ٧ ص ١٤٦ ح ٣٤.

٢- ٢) الكافى ج ٥ ص ٢٩٥ ح ٣-التهذيب ج ٣ ص ٥٦ ح ١.

عن جابر (١١) «عن أبي جعفر عن أبيه عن جده عن علي (عليهم السلام) أنه قضى في رجلين اختصما إليه في خص فقال: ان الخص للذي إليه القمط».

و الأصحاب لم ينقلوا في هذه المسئلة إلا الروايه الأخيره، و لهذا قال في المسالك بعد نقله الروايه المذكوره: و الطريق ضعيف، إلا أن الأصحاب تلقوها بالقبول، و ردها بعضهم و منهم المصنف في النافع، و قال انها قضيه في واقعه، فلا تتعدى، و حيثئذ فحكم الخص حكم الجدار بين الملكين انتهى.

و قال المحقق الأردبيلي (قدس سره) بعد نقل ذلك عن المسالك و كأنه أوفق بالأصول و القوانين، إلا أنه يفهم من شرح الشرائع و التذكرة الإجماع عليه، ثم ذكر روايه منصور بن حازم المتقدمه، و قال: انها مرويه بطريق صحيح، و بطريق آخر حسن، إلى أن قال: فالمشهور لا بأس به، و لا اعتبار بما تقدم، و ان احتمال كونها قضيه في واقعه عرفها عليه السلام، فلا تتعدى، انتهى ملخصا.

و صدر كلامه (رحمه الله) يميل إلى ما ذكره في النافع من طرح الروايه، و جعل الخص المتنازع فيه كالجدار المتقدم ذكره، و حكم التنازع فيه، ثم ذكر روايه منصور المرويه بطريق صحيح، و آخر حسن، و وافق المشهور في العمل بالروايه، و نفى الاعتبار بما ذكره أولا، إلا أنه احتمال الوقوف على مورد الخبرين من غير أن يتعدى الحكم إلى غير الخص، و الظاهر أن السبب في ذلك هو أن ظاهر الروايات المذكوره الاعتماد في ذلك على القرائن، فهي تدل على اعتبار القرائن في إثبات الأحكام الشرعيه، مع أن الأمر بحسب الشرع ليس كذلك، و حيث كانت الروايه بذلك متعدده مع صحه بعضها، و جب الوقوف فيها على موردها.

و الله العالم.

السادس [لو انهدم الجدار المشترك]

قد تقدم الكلام في أنه لو انهدم الجدار المشترك لم يجبر شريكه على المشاركة في عمارته، قالوا: و كذا لا يجبر صاحب السفلى و لا العلو على بناء الجدار الذي يحمل العلو، و الوجه فيه أنه لا يجب على الإنسان عماره ملكه، لأجل

ص: ١٣٥

الغير، الا أن الشهيد في الدروس قيده بان لا يكون لازما بعقد، بمعنى أن لا يكون حمل جدار العلو أو السقف لازما على صاحب جدار السفلى بعقد لانزم فلو كان واجبا عليه، فإنه يجبر و هو جيد، و لو أراد صاحب الجدار الا- على بناء الأسفل تبرعا فهل لصاحب الجدار الأسفل منعه أم لا؟ الكلام فيه كما تقدم في المورد الرابع، و أطلق العلامة في التحرير أنه ليس له منعه، هذا كله إذا انهدم الحائط بنفسه، أو هدماه معا.

أما لو هدمه أحدهما بدون اذن الآخر أو بإذنه لكن بشرط أن يعمره، فقد اختلف الأصحاب في ذلك، فقيل: بأنه يجب عليه إعادته، و نقل عن الشيخ (رحمه الله) و به صرح المحقق في الشرائع، و العلامة في الإرشاد، و نقله في المسالك عن التذكرة، الا أن الذي وقفت عليه في التذكرة خلاف ما نقله، كما ستسمعه- إنشاء الله تعالى- من العبارة المشار إليها.

و قيل: بأن الواجب انما هو الأرش، صرح به العلامة في القواعد و التذكرة، قال في التذكرة: لو هدم أحد الشريكين الجدار المشترك من غير اذن صاحبه، فان كان استهدامه في موضع وجوب الهدم لم يكن عليه شيء، فان كان مما لا يجب هدمه، أو هدمه و هو معمور لا يخشى عليه السقوط فقد اختلف قول علمائنا، قال بعضهم، يجبر الهادم على عمارته الى ما كان عليه أولا، و الأقوى لزوم الأرش على الهادم، لان الجدار ليس بمثلئ. انتهى.

و منه يظهر لك غلط ما في نقله في المسالك عن التذكرة من القول بوجوب الإعادة، و قيل: بالتفصيل في ذلك كما ذكره في الدروس، قال: لو هدمه فعليه إعادته أن أمكنت المماثلة، كما في جدران بعض البساتين و المزارع، و الا فالأرش، و الشيخ أطلق الإعادة، و الفاضل أطلق الأرش انتهى.

و قال في المسالك بعد نقل ذلك عنه. و فيه مناسبه الا- أنه خارج عن القواعد الشرعية لانتفاء المثليه في الفائت، فإنه محض صفة، إذ الأعيان باقيه، و المماثلة في الصفة بعيدة، و القول بالأرش مطلقا أوضح.

و ظاهر المحقق الأردبيلي الميل هنا الى ما ذكره في الدروس، فإنه بعد أن

ذكر الاعتراض على القول بالإعاده، بأن ضمان المثل انما يكون فى المثلى، و الجدار قيمى لا مثلى، و ذكر أن القائل بذلك استند الى ما فى التذكرة قال:

و لا يخفى أن الإعاده غير بعيد فيما أمكن المماثله فى الجملة، و ان كان الجدار قيميا باصطلاحهم.

الا- أن العرف قد يقضى بالمماثله فى بعض الجدران، و عدم دقه فيها إذا كان المطلوب الحائل و المانع، و لا يريدون فى أمثال ذلك غير تلك المماثله فى الجملة، فليس ببعيد الاكتفاء فى أمثاله بهذا المقدار، فان العقل يجد أن لا تكليف فى أمثاله الا بالمثل، و هو المضمون، و يؤيده أن الأرش بعيد، فإنه لا يسوى بعد الهدم إلا بشىء قليل جدا، و الجدار الصحيح تكون له قيمه كثيره، بل المناسب على القول بالأرش أن يراد به ما يحتاج فى تعميره بمثل ذلك التعمير، و فيه أيضا تأمل إذ قد يتفاوت العمل و الأجره كثيرا فتأمل الى أن قال-بعد ذكر قوله فى المسالك فى الاعتراض على كلام الدروس أنه خارج عن القواعد الشرعيه و الخروج عن القواعد لوجه إذا لم تكن مأخوذه من النص الصريح لا بأس به. انتهى.

أقول: و المسأله كنظائرها محل اشكال، لعدم المستند الواضح لشيء من هذه الأقوال، و تدافع التعليل فى كل منها و الاحتمال، و ان كان كلام الدروس لا يخلو من قرب فى هذا المجال. و الله العالم.

السابع [فى اختلاف صاحب البيت و الغرفه فى جدران البيت و سقفه]

-المشهور أنه إذا كان البيت لرجل و عليه غرفه لآخر فتداعيا جدران البيت فإنه يحكم به لصاحب البيت بيمينه، و لو تداعيا فى جدران الغرفه، فالقول قول صاحبها بيمينه، و الوجه فى ذلك أن جدران البيت جزؤه، و جدران الغرفه جزؤها، فيجب أن يحكم بهما لصاحب الجمله.

و نقل عن ابن الجنييد أن جدران البيت بينهما معا، لان حاجتهما إليه واحده بخلاف جدران الغرفه، إذ لا تعلق لصاحب البيت بها، قال فى المختلف: قال فى المبسوط: لو تنازع صاحب البيت و الغرفه فى حيطان البيت قضى به لصاحب البيت.

و قال ابن الجنيد: لو كان على رأس الدرج روشن ليستطرقة صاحب العلو و هو على منزل صاحب السفلى كان روشن لصاحب العلو، و اجذاع السقف و بواريه و جميع آله السقف لصاحب العلو، و الحيطان الحامله له بينهما مع موضعها من الأرض، و كأنه نظر الى أن لكل من صاحب العلو و السفلى يدا عليه، و تصرفا فيه، و لا بأس بهذا القول انتهى، و ظاهره الميل الى ما ذكره ابن الجنيد.

و قال فى المسالك أيضا: أنه قول جيد، لكن الأول أجود، و لو كان التنازع فى سقف البيت الذى هو أرض الغرفة فقد اختلف فيه كلامهم، قال فى المبسوط:

فان لم يكن لأحدهما بينه حلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه، فان حلفا كان بينهما نصفين، و الأحوط أن يقرع بينهما فمن خرج منهما حلف و حكم له به، و قال فى المختلف يقرع بينهما، فمن خرج اسمه حلف لصاحبه، و حكم له به، و ان قلنا أنه يقسم بينهما نصفين كان جائزا، و استدل بإجماع الفرقه على أن كل مجهول يستعمل فيه القرع، و هذا من الأمر المشتبه.

و قال ابن إدريس: يحكم لصاحب الغرفة بالسقف، و قد تلخص من ذلك أن فى المسئلة أقوالا ثلاثة، القول باستوائهما فيه، و هو قول الشيخ فى المبسوط، و قواه فى الدروس: و وجهه اشتراكهما فى الانتفاع به، لانه سقف لصاحب البيت، و أرض لصاحب الغرفة.

و القول بالقرع، و هو للشيخ أيضا كما عرفت، و استحسنة المحقق فى الشرائع، و وجهه ما تقدم فى كلام الشيخ، و ربما أورد عليه بمنع الاشتباه هنا، لان رجحان أحد الطرفين فى نظر الفقيه يزيل الاشتباه بالنسبه إلى الحكم، و عندى فيه نظر، إذ المفروض أنه لا نص فى المسئلة، و المرجح فى نظر الفقيه بمجرد هذه التخريجات لا يخرج الحكم عن الاشتباه، ان جوزنا للفقيه الترجيح بمثل ذلك، و الا- فهو محل المنع أيضا، فإن الحكم فى المسائل الشرعيه موقوف على النصوص من الكتاب و السنه: فلا تثبت بمجرد هذه التقريبات العقلية سيما مع تصادمها كما عرفت فى أكثر مسائل هذا الباب.

و القول الثالث الحكم به لصاحب الغرفه، و هو مذهب ابن إدريس، و هو الظاهر من عباره ابن الجنيد المتقدمه، و اختاره علامه فى جملة من كتبه، و اليه يميل كلامه فى المسالك، و استدل عليه فى المختلف قال: لنا أن الغرفه انما يتحقق بالسقف، إذ هو أرضها، و البيت قد يكون بغير سقف، و قد اتفقا على أن هنا غرفه لصاحبها، و بدون السقف لا- غرفه، و لان تصرفه فيها دون صاحب السفلى.

أقول: و مرجعه الى أن السقف و ان أمكن الانتفاع به لهما الا أنه بالنسبه الى صاحب الغرفه أغلب، و فى حقه أضر فيكون الترجيح باعتبار أغلبه الحاجه و أضريتها، و يرد عليه حينئذ أن ذلك يجرى فى جدران البيت الذى قد تقدم اختياره فيها القول بالاشتراك، من حيث أن كلا- منهما صاحب يد، مع أن البيت لا- يوجد الا- بالجدران، لأنها أجزاءه، و لا- وجود للكل بدون الجزء، بخلاف الغرفه، فإنها يمكن أن تبنى على الأعمده و الأساطين، و لا يتوقف على الجدران فيرجع الأمر هنا إلى أنهما و ان اشتركا فى الانتفاع بها الا أن صاحب البيت أضره بعين ما قاله فى السقف: فان قيل: ان ما فرضتموه نادر، قلنا: وجود البيت بدون السقف كذلك أيضا، و بذلك يظهر لك ما فى بناء الأحكام الشرعيه على أمثال هذه التقريبات العقلية من المجازفه الظاهره.

قال فى المسالك: موضع الخلاف السقف الذى يمكن احداثه بعد بناء البيت، أما ما لا يمكن كالأزج الذى لا يعقل احداثه بعد بناء الجدار الأسفل، لاحتياجه إلى إخراج بعض الا-جزاء عن سمت وجه الجدار قبل انتهائه، ليكون حاملا- للعقد فيحصل به التوصيف بين السقف و الجدران، و هو دخول آلات البناء من كل منهما فى الآخر، فإن ذلك دليل على أنه لصاحب السفلى، فيقدم قوله فيه بيمينه. انتهى. و هو كذلك و الله العالم.

الاولى [حكم ما لو خرجت أغصان الشجرة إلى ملك الجار]

-المشهور أنه إذا خرجت أغصان الشجرة إلى ملك الجار وجب على مالك الشجرة عطف تلك الأغصان إن أمكن، و إلا قطعها، لأنه يجب عليه تفرغ أرض الغير و هواه من ماله كيف ما أمكن، و ان امتنع المالك من ذلك فلما لك الأرض و الهواء تولى ذلك، مقدما للعطف على القطع ان أمكن، و لا يتوقف مالك الأرض مع امتناع مالك الشجرة على اذن الحاكم، لان سبيل هذا الحكم سبيل بهيمه دخلت فى ملكه، فان له إخراجها من غير توقف على اذن الحاكم، قالوا: و هكذا الحكم فى العروق.

و ربما قيل: بجواز ازاله مالك الأرض لها من دون مراجعه مالك الشجرة لأن ازاله العدوان عليه أمر ثابت له، و توقفه على اذن الغير ضرر، و يؤيده ما تقدم من جواز إخراج البهيمه الداخلة فى ملكه من غير مراجعه مالكها، و المفهوم من كلام العلامة فى التذكرة أنه لا- يجب على مالك الشجرة ازاله الأغصان المذكوره، و ان جاز لمالك الأرض، مستندا إلى أنه ليس من فعله، فلا يجبر على ازالته، و هو خلاف ما تقدم من القول المشهور: و مرجع القولين إلى أنه هل يجب على الإنسان تفرغ أرض الغير من ماله إذا لم يكن ذلك بفعله أو لا- يجب عليه و لا يخاطب به؟ و انما يكون الحكم متعلقا بصاحب الأرض، فإن شاء تفرغ أرضه من مال الغير فله ذلك، و جهان: و لا يحضرنى الان دليل على ترجيح أحد الوجهين.

و لو قطع الأغصان المذكوره مالك الأرض مع إمكان عطفها ضمن بلا اشكال لكن هل يضمن جميع ما قطعه أم تفاوت ما بينه و بين المعطوف اشكال، من التعدى بالقطع فيضمنه، و من أن العطف حق له، و ما يفوت به فى حكم التالف شرعا، فلا يضمن الا التفاوت، و لعل الثانى أقرب.

و فى حكم أغصان الشجرة التراب المنتقل من ملكه الى ملك غيره، و الحائط المائل فى هواء الغير فيجب المبادره إلى تخليص الأرض و الهواء منهما، و لو

ملكه التراب و قبله سلم من نقله، و ان امتنع من قبوله وجب نقله، و ان شق لما تقدم، هكذا قالوا، و فيه ما عرفت من التردد.

و لو صالحه على إبقاء الأغصان المذكوره فى الهواء فالمشهور الصحه، و منع منه الشيخ، بناء على أصله المتقدم ذكره من تفریع الصلح على البيع، و أن الهواء تابع لا يصح افراده بالبيع، و قد تقدم نظير هذه المسئله فى الموضوع السادس من المقام الأول.

بقى الكلام هنا فى أن الشيخ قد علل ذلك بعلة أخرى، فقال: لو صالحه على إبقاء الغصن البارز الى ملك الغير فى الهواء لم يصح ان كان رطبا، لانه يزيد فى كل حال، و لا يعرف قدره، و كذا ان كان يابساً لانه يتبع الهواء من غير قرار و ذلك لا يجوز. انتهى، و مرجع المنع إذا كان رطبا من حيث المجهوليه فى المصالح عليه، فلا بد من معلوميته.

قال فى المسالك بعد قول المصنف و لو صالحه على طرحه على الحائط جاز مع تقدير الزيادة أو انتهائها ما لفظه: و المراد بقوله مع تقدير الزيادة أو انتهائها ان الأغصان ان كانت قد انتهت فى الزيادة، بحسب ظن أهل الخبره صح الصلح على إيقاعها مطلقاً، و ان كانت أخذت فى الزيادة فلا بد من تقدير الزيادة ليكون الصلح مضبوطاً، و لا بد مع ذلك من تقدير مده الإقامة، فلا يصح المؤيد على ما ذكره الجماعة. انتهى.

و حينئذ فالخلاف بينه و بين الأصحاب انما هو فى صورته عدم الزيادة بأن يكون يابساً أو قد تناهت زيادته بحيث لا يزيد على ذلك بحسب نظر أهل الخبره.

الثانيه [اختلاف الشريكين فى الدرجه]

قالوا: إذا كان لإنسان بيوت الخان السفلى: و لا-خر بيوته العليا و تداعيا الدرجه، فإنه يقضى بها لصاحب البيوت العليا مع يمينه، لاخصاصه بالتصرف فيها بالسلوك الى بيوته العليا و ان كانت موضوعه فى الأرض التى هى لصاحب البيوت السفلى، لان مجرد ذلك لا يوجب اليد، و كما يحكم بها لصاحب العليا، فكذا محلها، هذا مع اختلافهما أيضا فى الخزانة التى تحت الدرجه.

أما لو اتفقا على أن الخزانة لصاحب البيوت السفلى، و انما النزاع فى الدرجه

خاصه، فإنهم قالوا: إن الدرج حينئذ كالسقف المتوسط بين الأعلى و الأسفل، فيجری فيه الخلاف السابق، فعلى تقدير القول ثمه بأن السقف لصاحب الغرفه، فإنه يحكم هنا بالدرجه للأعلى مطلقا، سواء اختلفا فى الخزانه أم اتفقا على أنها للأسفل، و انما يتجه الفرق على تقدير القول بالاشتراك، فإنه مع الاتفاق على الخزانه يجعل الدرج هنا مشتركا بينهما كالسقف ثمه، أما مع الاختلاف فيها فالحكم فى الدرج ما تقدم من كونها للأعلى مع يمينه.

و لو تداعيا فى الخزانه التى تحت الدرج خاصه كانا فى دعويها على السواء، و الوجه فيه أن لكل منهما شاهدا بالملك، أما صاحب الأعلى فلأنك قد عرفت أن له الدرجه: فيكون مكانها كذلك، و ان كان مكانها الهواء: لان الهواء كالقرار و أما صاحب الأسفل فلأنها متصله بملكه، بل هى من جمله البيوت السفلى، و حينئذ فيقضى بها لهما بعد التحالف أو النكول كما تقدم.

أقول: و يمكن ترجيح دعوى صاحب الأسفل بأن يقال: أنه قد ثبت أن الهواء تابع للقرار، و لهذا منع الشيخ كما تقدم من بيعه و الصلح عليه منفردا عن القرار، فالأصل فيه حينئذ أن يكون تابعا للقرار، و مجرد وضع الدرجه فيه لا يستلزم الملك، و تبعيته للدرجه فى ذلك، لأنه أعم من ذلك.

و لو تداعيا الصحن قالوا: ان ما يسلك فيه الى العلو يكون بينهما، و ما خرج عن ذلك فهو لصاحب الأسفل: و الوجه فيه أن صاحب العلو لما افتقر سلوكه إليه إلى التصرف فى قدر الممر كان له اليد عليه بذلك، دون باقى الصحن، فلا يد له عليه، و لما كان صاحب الأسفل يشاركه فى الانتفاع بذلك القدر مغدا و مجيئا كان له يد عليه أيضا، فافتضى ذلك الشركه فيه، دون ما زاد، لاختصاص صاحب الأسفل به، و على هذا لو كان المرقى الى العلو خارجا عن الدهليز لم يكن لصاحب العلو مشاركه فى العرصه و لا- فى الدهليز بالكليه، إذ لا- يدله على شىء منهما و لو كان المرقى فى وسط الصحن فمن أول الدهليز الى المرقى بينهما لتصرفهما فيه، و ما وراء ذلك فهو لصاحب الأسفل.

الثالثه- لو تنازع ركب الدابه و قابض لجامها

فقيل: انه يقضى بها

ص: ١٤٢

للراكب، لقوه يده و شده تصرفه بالنسبه إلى القابض، و هو قول الشيخ فى المبسوط فإنه قال: انه يحكم بها لأقواهما يدا و أكدهما تصرفا، و هو الراكب، و به قال المحقق فى الشرائع و العلامه فى المختلف.

و قيل: هما سواء فى الدعوى و هو قول الشيخ فى الخلاف: قال: إذا تنازعا فى دابه و أحدهما راكب، و الآخر أخذ بلجامها و لم يكن مع أحدهما بينه، جعلت بينهما نصفين، لعدم دليل على وجوب تقديم أحدهما على الآخر. انتهى و به قال ابن إدريس.

و قال فى المسالك: و وجه التسويه اشتراكهما فى اليد، و قوتها لا مدخل له فى الترجيح، و لهذا لم يؤثر فى ثوب بيد أحدهما أكثره كما سيأتى. نعم مع الراكب زياده التصرف، إلا أنه لم يثبت شرعا كونه مرجحا، و تعريف المدعى و المنكر منطبق عليهما، بتفسيراته، و حينئذ فالقول بالتساوى أقوى بعد أن يحلف كل منهما لصاحبه إذا لم يكن بينه. انتهى.

أقول: فيه أن ما ذكره هنا جار فى التنازع فى السقف الذى بين الغرفه و الدار السفلى، مع أنه قد اختار هناك القول باختصاص صاحب الغرفه به لقوه يده، فإنه قال بعد نقل تعليل العلامه الذى قدمنا نقله ثمه: ما لفظه و لان تصرفه فيه أغلب من تصرف صاحب السفلى، و الفرق بين المسئلتين غير ظاهر.

و قال فى المسالك أيضا تفريعا على ما اختاره: و لا عبره عندنا بكون الراكب غير معتاد فنيه الدواب، و المتشبه معتادا لذلك: و ما ذكر حكم الدابه، أما اللجام فلمن فى يده، و السرج لراكبه.

أقول: مقتضى ترجيحهم بالقرائن فى أمثال هذه المقامات كما تقدم فى غير موضع أنه لا مانع من الترجيح هنا أيضا بما منعه من كون الراكب غير معتاد لقنيه الدواب، و قابض اللجام معتادا لذلك.

و يؤيده ما ذكره المحقق الأردبيلى هنا حيث قال: و يمكن اعتبار القرائن مثل كون الدابه بحيث يعلم عادة كونها للراكب، دون القابض: فيحكم له

أو بالعكس.

و أما ما ذكره بالنسبة إلى اللجام و السرج فإنه رده المحقق المتقدم ذكره بالبعد، قال: أنه يبعد أن يكون اللجام لشخص، و الدابه لآخر، و كذا الجل و الرحل فالحكم غير واضح، انتهى.

أقول: و يؤيده ما تقدم فى غير مقام من أن الأحكام انما تبنى على الافراد المتكرره الغالبه، دون الفروض النادره.

و كيف كان فان الحكم فى هذه المقامات بمجرد هذه التعليقات من غير وجود نص واضح لا يخلو من مجازفه. و الله العالم.

الرابعه [لو تنازعا ثوبا فى يديهما]

قيل: لو تنازعا ثوبا فى يديهما لكن فى يد أحدهما أكثره، فهما سواء فيه لاشتراكهما فى مسمى اليد، و لا ترجيح لقوتها: و الفرق بين هذه المسئله و سابقتها عند هذا القائل هو أن التصرف الذى كان مع الراكب بالركوب زائدا على اليد، منتف هنا فاختلف الحكم لذلك.

و أما على ما ذكره فى المسالك فى ما قدمنا نقله عنه من أنه يثبت شرعا كونه مرجحا يصير حكم المسئلتين من باب واحد، فيحكم بالتساوى فيهما بعد حلف كل منهما لصاحبه، قال فى المسالك: نعم لو كان أحدهما لابسا للثوب و الآخر ممسكا له فهى كمسأله الراكب و القابض، لزياده تصرف اللابس على اليد، و ربما قيل هنا: بتقديم اللابس، لان الظاهر أنه لم يتمكن من لبسه، الا و هو غالب مستقل باليد انتهى.

أقول: الظاهر أن هذا القول هنا يجرى مجرى القول بتقديم الراكب فى مسئله تنازع الراكب و القابض، لأنهما مشتركان فى زياده التصرف بالركوب و اللبس على مطلق اليد فى كل من الموضعين، و مقتضى ما ذكره فى المسالك فى تلك المسئله من عدم ثبوت الترجيح بذلك، ينبغى ان يجرى فى هذا الموضع بمقتضى حكمه بالمساواه بين المسئلتين، الا- أنه أغمض النظر هنا عن ذلك، و ربما

ص: ١٤٤

أشعر كلامه هنا و إعراضه عن المناقشه بأن الحكم فى الراكب و القابض هو ترجيح الراكب، مع أنه خلاف ما قدمه، و سيأتى إنشاء الله تعالى ما يوضح ذلك أيضا.

الخامسه - لو تداعيا جملا كان بيديهما

بان كانا قابضين لزمامه، و نحو ذلك مما يكون به كل واحد منهما ذائدا، و لأحدهما عليه حمل، قالوا: ان القول قول صاحب الحمل، لان وضع الحمل يستدعى كمال الاستيلاء، فيرجح به صاحبه، و لو كان لأحدهما حمل، و لا يد للآخر فإنه لا شبهه فى الترجيح لصاحب الحمل، و لو كان أحدهما قابضا لزم الحمل، و للآخر عليه حمل، كان كمسئله الراكب و القابض، بل الحمل أقوى دليلا- على كمال الاستيلاء من الركوب. فان الركوب أسهل تعلقا من الحمل، و لم ينقلوا فى هذا الحكم خلافا، و ظاهره فى المسالك القول بذلك على جميع هذه الوجوه، خصوصا انه قال بعد ذكره نحو ما ذكرناه، و فى الدروس جعل حكم الراكب و لابس الثوب و ذى الحمل سواء فى الحكم، و هو كذلك انتهى و نحوه فى الروضه.

و فيه كما ترى مخالفه ظاهره لما قدمه فى مسئله الراكب و القابض، حيث اختار التساوى ثمه، و طعن فى زياده التصرف بالركوب بأنه لم يثبت شرعا كونه مرجحا، و فى هذا الموضع وافق الدروس فى حكمه بترجيح الراكب و اللابس و ذى الحمل، و تقديم قول كل منهم بيمينه، فإنه قد صرح فى الدروس و اللمعه بذلك، و المسئلتان فى صفحه واحده ليس بينهما إلا أسطر يسيره، و مثل ذلك وقع له فى الروضه أيضا، و هو عجيب من مثله (قدس سره).

السادسه [لو تداعيا غرفه على بيت أحدهما، و بابها إلى غرفه الأخر]

قالوا: لو تداعيا غرفه على بيت أحدهما، و بابها إلى غرفه الأخر كان القول قول صاحب البيت، لأنها موضوعه فى ملكه، فان هواء بيته ملكه، لانه تابع للقرار، و مجرد فتح الباب الى الغير لا يثبت به اليد، و لا الملك، فيقدم صاحب البيت بيمينه، هذا إذا لم يكن من اليه الباب متصرفا فى تلك الغرفه بالسكنى و نحوه، و الأقدم قوله، لان يده عليها بالفعل، فان التصرف مقتضى لذلك، و يد صاحب

الهواء انما كانت بالتبعيه ليده على القرار، و اليد الفعلية أقوى من التابعه، و يحتمل التساوى لثبوت اليد من الجانبين و عدم تأثير قوه اليد كما تقدم.

أقول: و الحكم الأول لا اشكال فيه و أما الثاني فإنه لا يخلو من الاشكال، و ان كان ما ذكره أقرب. و الله العالم.

ص: ١٤٦

و هي بكسر الشين و إسكان الراء و بفتح الشين و كسر الراء:و البحث في هذا الكتاب يقع في فصول.

[الفصل الأول- في حقيقه الشركه و ما يتبعها

، و فيه مسائل

[المسأله الأولى [تعريف الشركه و أسبابها]

قد عرف المحقق في الشرائع الشركه بأنها اجتماع حقوق الملا-ك في الشىء الواحد على سبيل الشيع، و نحوه العلامه في التذكره.

و قال في التذكره أيضا: و سببها قد يكون إرثا أو عقدا أو مزجا أو حيازه بأن يقتلعا شجره أو يغر فاماء دفعه، و ظاهر الشهيد الثانى فى المسالك اعترافهم فيما ذكروه من هذا التعريف، حيث قال: ان الشركه تطلق على معينين، أحدهما- ما ذكره المصنف، و هذا المعنى هو المتبادر من الشركه لغه و عرفا، الا- أنه لا- مدخل له فى الحكم الشرعى المترتب على الشركه من كونها من جمله العقود المفتقره إلى الإيجاب و القبول، و الحكم عليها بالصحه و البطلان، فان هذا الاجتماع يحصل بعقد و غيره بل بغيره أكثر، و ثانيهما عقد ثمرته جواز تصرف الملاك للشىء الواحد على سبيل الشيع فيه، و هذا هو المعنى الذى به تندرج الشركه فى جمله العقود، و يلحقها الصحه و البطلان.

و اليه يشير المصنف فيما بعد بقوله قيل: يبطل الشركه، أعنى الشرط و التصرف، و قيل: يصح، و لقد كان على المصنف أن يقدم تعريفها على ما ذكره،

لأنها المقصود بالذات هنا، أو ينبه عليهما معا على وجه يزيل الالتباس عن حقيقتها و أحكامها، ولكنه اقتصر على تعريفها بالمعنى الأول إلى آخر كلامه.

أقول: لا يخفى على من تأمل الأخبار الجارية في هذا المضمار أنه لا يفهم منها معنى للشركة غير ما ذكره الفاضلان المتقدمان و نحوهما، كالشهيد في اللمعه و غيره، و هو المتبادر لغه و عرفا من لفظ الشركة، و هذا المعنى الثانى الذى ذكره لا يكاد يشم له رائحه منها بالمره.

و من الاخبار الوارده فى الباب

صحيحه هشام بن سالم (1) عن أبى عبد الله (عليه السلام)، قال:

«سألته عن الرجل يشاركه فى السلعه، قال: ان ربح فله، و ان وضع فعليه».

و موثقه محمد بن مسلم (2)

«عن أبى جعفر (عليه السلام) قال: سألته عن الرجل يشتري الدابه و ليس عنده نقدها فاتى رجلا من أصحابه فقال يا فلان انقد عنى ثمن هذه الدابه و الربح بينى و بينك فنقد عنه فنفتت الدابه، قال: ثمنها عليهما لانه لو كان ربح فيها لكان بينهما، و بمضمون هذه الروايه أخبار عديده (3).

و صحيحه ابن رثاب (4) قال:

«قال أبو عبد الله (عليه السلام) لا ينبغي للرجل المسلم ان يشارك الذمى و لا يبضعه بضاعه و لا يودعه وديعه و لا يصابيه الموده».

و روايه الحسين بن المختار (5) قال:

«قلت لأبى عبد الله (عليه السلام) الرجل يكون له الشريك فيظهر عليه أنه قد اختان منه شيئا، إله أن يأخذ منه مثل الذى أخذ من غير أن يبين له؟ فقال: شوه، لهما أنما اشتركا بأمانه الله و أنى لا حب له ان

ص: ١٤٨

١-١) التهذيب ج ٧ ص ١٨٥ ح ٣.

٢-٢) التهذيب ج ٧ ص ٤٣ ح ٧٢ و الوسائل ج ١٣ ص ١٧٤ ح ١ و ٢.

٣-٣) الظاهر من روايه محمد بن مسلم و أمثالها أن منشأ الشركه هنا و سببها هو الصلح على أن ينقد عنه ثمن المبيع و يشركه فيه بالمناصفه. منه رحمه الله.

٤-٤) التهذيب ج ٧ ص ١٨٥ ح ١ الكافى ج ٥ ص ٢٨٦ ح ١ الوسائل ج ١٣ ص ١٧٦ ح ١.

٥-٥) التهذيب ج ٧ ص ١٩٢ ح ٣٥ الوسائل ج ١٣ ص ١٧٨ ح ١.

رأى منه شيئا من ذلك أن يستر عليه و ما أحب له أن يأخذ منه شيئا بغير علمه» (١).

الى غير ذلك من الاخبار الاتيه فى محالها إنشاء الله تعالى.

فهل تجد للشركه فيها معنى غير المعنى الأول، و هو اجتماع حقوق الملاك فى الشىء الواحد على سبيل الإشاعه، و أى قرينه فضلا عن الدلاله على العقد المذكور. نعم قد يكون سببها العقد كما تقدم بان يشتري اثنان مالا انصافا أو أثلاثا أو يشتري نصف حيوان بنصف حيوان آخر، و قد يكون سببها الإرث، و نحوه مما تقدم، و عرفها بعضهم شرعا بأنها عقد جائز من الطرفين، الى آخر ما تقدم فى كلام الشهيد الثانى، و أنت خبير بما ذكرنا بأنه لا عقد بالكلية و لا عاقد، و انما الشركه هى اجتماع الأموال على الوجه المذكور، فلا معنى لوصفه بالجواز.

نعم، البقاء على حكمه أمر جائز بمعنى أنه لا يجب عليه الصبر على الشركه، بل يجوز رفعها، و أخذ حصته، ثم بعد اجتماع هذه الأموال و اشتراكها و امتزاجها لا يصح لأحد الشركاء التصرف فيها إلا بإذن باقى الشركاء، و إذا أذن كل منهم لصاحبه صح التصرف فى مال نفسه و مال غيره، و هذه ثمره العقد عندهم.

قال فى التذكرة: الثانى الصيغه، و قد بينا أن الأصل عصمه الأموال على أربابها و حفظها لهم، فلا يصح التصرف فيها إلا بإذنهم، و انما يعلم الرضا و الاذن باللفظ الدال عليه، فاشتراط اللفظ الدال على الاذن فى التصرف و التجاره، فإذا أذن كل واحد منهما لصاحبه صريحا فلا خلاف فى صحته.

ص: ١٤٩

١- ١) الظاهر أن النهى فى هذه الروايه عن أخذ عوض ما خانه محمول على الكراهه و يشير اليه قوله و ما أحب و الأمر بالستر عليه و بذلك صرح ابن إدريس فى كتابه حيث قال: و متى عشر أحد الشريكين على صاحبه بخيانه فلا يدخل هو فى مثلها اقتصاصا منه، و ذلك على طريق الكراهه دون الحظر لأنه إذا تحقق أخذ ماله و علم ذلك يقينا فله أخذ عوضه، و انما النهى على طريق الكراهه و الاولى و الأفضل انتهى. و قال ابن الجنيد إذا وقف أحد الشريكين على أن شريكه قد خانه لم يجز له أن يخونه، و هو صريح فى التحريم و الظاهر هو الأول و به صرح العلامة فى المختلف ايضا. و الله العالم. منه رحمه الله.

انتهى.

و ظاهره بل صريحه كما ترى أن مجرد الاذن كاف في جواز التصرف و التجاره و نحو ذلك، و ان عبر عنه بلفظ الصيغه الموهوم للعقد.

و مثل هذا الكلام كلام الشهيد في اللمعه أيضا حيث قال: كتاب الشركه و سببها قد يكون إرثا أو عقدا أو مزجا بحيث لا يتميز، الى أن قال: و ليس لأحد الشركاء التصرف إلا بإذن الجميع، لقبح التصرف في مال الغير و يقتصر على التصرف المأذون، فإن تعدى ضمن، قال الشارح بعد ذكر هذه العبارة الثانيه:

و اعلم أن الشركه كما تطلق على اجتماع حقوق الملاك في المال الواحد على أحد الوجوه السابقه، كذلك تطلق على العقد المثمر جواز تصرف الملاك في المال المشترك، و بهذا المعنى اندرجت الشركه في قسم العقود، و قبلت الحكم بالصحه و الفساد، لا بالمعنى الأول، و المصنف أشار الى المعنى الأول بما افتتح به من الأقسام، و الى الثاني بالاذن المبحوث عنه هنا. انتهى.

أقول: مرجع كلامه السابق و كلامه هنا الى أن ارتكاب هذا التكلف انما هو لأجل إدخال الشركه في قسم العقود، حيث نظموها في هذا السلك، و فيه أن هذا انما يتم لو ثبت ذلك شرعا أو لغه أو عرفا، و شىء من هذه الأمور غير حاصل. أما عدم ثبوت الأخيرين، فقد اعترف به فيما مضى من كلامه.

و أما الأول فلما عرفت من الاخبار، إذ لا يستفاد من لفظ الشركه فيها أزيد من هذا المعنى اللغوى و العرفى، نعم يتوقف التصرف بعد حصول الشركه بالمعنى الذى ذكرناه على الاذن، و ما يقع منهما عليه التراضى في التجاره و نحوها من التصرفات، و تبعيه الربح لرأس المال و نحو ذلك، و بذلك يتم المقصود و ان لم يدخل في باب العقود، و هذا هو المفهوم من كلام الفضلاء المذكورين.

و أما قوله ان الشهيد في اللمعه أشار الى العقد الذى ادعاه بقوله:

«و ليس لأحد الشركاء التصرف إلا بإذن الجميع» بمعنى أن المراد بالاذن

العقد، و حاصله أن لا يجوز التصرف الا بالعقد، ففيه أن الاذن ليس منحصرًا في اللفظ، فضلاً عن العقد المشتمل على قيود كثيرة، و أحكام عديده، بل يحصل بالإشارة و الكتابه و الفعل.

و بالجملة فالمراد أن المدار على العلم بالرضا بأى نحو كان، و عليه يترتب الأحكام التى جعلها منوطه بالعقد، و الظاهر أن هذا هو مراد أولئك الفضلاء حيث عرفوها بالتعريف الأول الراجع الى أن الشركه الحقيقه هى الاجتماع، و عقبوه بذكر الاذن إشاره الى أن الأحكام يترتب على الاذن فى التصرف فى المال المشترك و أنه بذلك يصير عقدا جائزاً، فإطلاق العقد عليه تجوز، و هو باب واسع فى الكلام و الا فإنه لا عقد و لا عاقد كما أوضحناه فى المقام. و الله أعلم.

المسئله الثانيه [أركان الشركه]

إشاره

قال فى التذكره: أركان الشركه ثلاثه،

الأول - المتعاقدان

و يشترط فى كل منهما البلوغ، و الرشده، و العقد، و الاختيار، و القصد، و جواز التصرف، و الضابط أهليه التوكيل و التوكل، لان كل واحد من الشريكين متصرف فى جميع المال، أما فيما يخصه فبحق الملك، و أما فى مال غيره فبحق الاذن (1) من ذلك الغير، فهو وكيل عن صاحبه، و موكل لصاحبه فى التصرف فى ماله، فلا يصح و كاله الصبى، لعدم اعتبار عبارته فى نظر الشرع، و لا المجنون و لا - السفيه، و لا - المكره، و لا - الساهى و الغافل و النائم، و لا المفلس المحجور عليه، لانه ممنوع من جهه الشرع من التصرف فى أمواله، و لا - يفرق بين من يأذن من له الولاية عليهم فى ذلك أو لا - إلا - المفلس، فإنه إذا أذن له الحاكم فى التوكيل أو التوكل جاز، و كذا السفيه، الى أن قال

الثانى الصيغه

إلى آخر عبارته المتقدم نقله عنها آنفاً.

ثم قال بعدها: و لو قال كل واحد منهما: اشتركتنا و اقتصرنا عليه مع قصدهما

ص: ١٥١

١ - ١) قوله فبحق الاذن من ذلك الغير فيه تأييد لما قدمناه من أنه ليس المدار الا على الاذن و ان سموه عقدا مجازا كما عبر به فى صدر الكلام بقوله الأول المتعاقدان و كذلك قوله الثانى الصيغه و مرجع جميع ذلك الى الاذن بأى نحو كان. منه رحمه الله.

الشركة بذلك، فالأقرب الاكتفاء به في تسلطهما على التصرف به من الجانبين، لفهم المقصود عرفاً وهو أظهر وجهى الشافعيه، و به قال أبو حنيفة، والثاني - أنه لا - يكفي لقصور اللفظ عن الإذن، واحتمال قصد الإخبار عن حصول الشركة في المال، من غير الاختيار بأن يمتزج المالان بغير رضاها.

الى أن قال

الثالث: المال

، يشترط في المال المعقود عليه الشركة أن يكون متساوي الجنس، بحيث لو مزج ارتفع الامتياز بينهما، وحصل الاشتباه بينهما سواء كان المال من الأثمان أو العروض، كما لو مزج ذهب بذهب مثله، أو حنطه بمثلها، أو دخن بمثله، الى غير ذلك مما يرتفع فيه المائز بينهما، ولا خلاف في أنه يجوز جعل رأس المال الدراهم و الدنانير، لأنهما أثمان الأموال و المبيعات، و لم يزل الناس يشتركون فيها في زمن النبي (صلى الله عليه و آله و سلم) الى وقتنا هذا من غير نكير أحد في صقع من الأصقاع أو عصر من الأعصار فكان إجماعاً.

و أما العروض عندنا يجوز الشركة فيها مع الشرط المذكور، سواء كانت من ذوات الأمثال، أو من ذوات القيم، الى أن قال: مسئلة: لا تصح الشركة إلا بمزج المالين، و عدم الامتياز بينهما عند علمائنا فالخلطه شرط في صحه الشركة، و متى لم يختلط لم يصح، و به قال الشافعي، ثم نقل عن أبي حنيفة أنه ليس من شرط الشركة خلط المالين، بل متى أخرجوا المالين و ان لم يمزجا و قالوا قد اشتركتنا انعقدت الشركة، لأن الشركة انما هي عقد على التصرف، فلا يكون من شرطها الخلط كالكال. انتهى المقصود من نقل كلامه.

أقول، أما ما ذكره في المتعاقدين من الشروط فجيد، إلا أن قوله «لان كل واحد من الشريكين متصرف» الى آخره، فيه أن ذلك غير معتبر في الشركة، بل يكفي جواز التصرف من أحدهما بعد إذن الآخر، و كذا قوله «في السقيه بجواز التصرف مع اذن الحاكم كالمفلس» فان فيه إشكالا، فإنه ليس له أهليه التصرف و المعرفه بالمعاملات و كيفية حفظ مال نفسه، فكيف يسلطه الحاكم على تصرفه في مال نفسه و غيره.

ص: ١٥٢

و أما قوله في الركن الثاني «و انما يعلم الرضا و الاذن باللفظ الدال عليه»، فقد عرفت ما فيه من أن الاذن لا ينحصر في اللفظ، فضلا عن العقد المخصوص، ثم لا يخفى أن الشركه بهذا المعنى الذى ذكره و اعتبر فيه هذه الأركان الثلاثه و هى التى يبحث عنها فى هذا الكتاب انما هى الشركه المسببه عن المزج، دون غيرها مما كان سببه الميراث أو الحيازه أو العقد مع أن هذه الأفراد سيما الثالث منها مما دلت الاخبار عن جريان بعض أحكام الشركه فيه، مثل كون الربح بينهما، أو النقص عليهما و نحو ذلك.

ثم أنه لا- يخفى أيضا أن الظاهر من كلامهم أن المراد بالشركه- ما امتزج من المالين و اشتبه فيه التميز بين الحقوق بحسب الظاهر، لا ما كان كذلك بحسب الواقع و نفس الأمر، بمعنى أن يصير كل جزء جزء من ذلك المال المشترك كذلك فى نفس الأمر: فإن الغالب من أسبابها المزج، و قد صرح فى التذكرة فيما قدمنا نقله عنه بان ذلك أعم من أن يكون فى الأثمان، أو العروض التى من ذوات الأمثال مثل الحنطه و الدخن.

نعم قد يتحقق الاشتراك النفس الأمري فى الميراث. و شراء شىء بالاشتراك و نحو ذلك، و من هنا يظهر من المحقق الأردبيلي المناقشه فى اشتراط اتحاد الجنس، حيث قال: فإن الشركه بالمعنى المتقدم (1) تجرى فى غير المتجانسين أيضا، حيث ارتفع المائز، و حينئذ فما ذكره فى التذكرة فى الركن الثالث فى بيان المال الذى تجرى فيه الشركه حيث اشترط تساوى الجنس فى المال المشترك أثمانا و عروضاً- محل تأمل، فإنه متى ثبت أن الشركه تحصل بمجرد المزج الموجب لعدم تميز الحقوق، و ان لم يكن كذلك فى نفس الأمر، صح أيضا حصول الشركه فى غير المتجانسين أيضا عند ارتفاع المائز، و حصول الاشتباه، و أيده أيضا بأن المدار فى حصول الشركه على الاشتباه و هو حاصل فى الموضوعين فإنه قد يحصل التفاوت قيمه و وصفا فى المتجانسين أيضا (2) و هو واضح.

ص: ١٥٣

١- ١) و مراده بالمعنى المتقدم هو الشركه ظاهرا دون نفس الأمر. منه رحمه الله.

٢- ٢) قوله قد يحصل التفاوت فى المتجانسين الى آخره جواب عن سؤال مقدر و هو أن عدم حصول الشركه فيما لو كانا مختلفين غير متجانسين لحصول التفاوت قيمه و وصفا مع الاختلاف. منه رحمه الله.

و أيضا لا شك في تحقق الاذن في التصرف على وجه الشركه بالشراء بالعين المماثل و غيره، فتحصل فائده الشركه بل يحصل ذلك مع الامتياز أيضا، الا أنه يكون الشركه باعتبار قيمه فلا مانع منها حينئذ.

أقول: ان كان مراده بما ذكره في غير المتجانسين من حصول الاشتباه و عدم المائز الذى جعله مناطا للشركه، باعتبار عسر التمييز بينهما و لو مجازا، فما ذكره محتمل، و الا فإنه مع اختلاف الجنسين لا اشتباه، بل التمييز حاصل، فإنه متى خلط حنطه بشعير، فان الامتياز حاصل، و الاشتباه مرتفع الا انه يعسر تخليص أحدهما من الآخر فدعوى حصول الاشتباه و عدم المائز لا يتم إلا إذا كان باعتبار ما ذكرناه من التجوز عن عسر تخليص أحدهما من الآخر، و ان كان الجميع مشتركاً فى الاشتراك الظاهري، دون النفس الأمرى، فان كلا- من المشترك فى الجنس كحنطه بحنطه، أو المختلف كحنطه بشعير، الاشتراك فيه انما هو بحسب الظاهر، لا نفس الأمر.

و بالجمله فإن كلامه هنا لا يخلو من إجمال، و ظاهره الميل الى ما قدمنا نقله عن أبى حنيفة من عدم اعتبار الامتزاج، و أنه تصح الشركه مع الامتياز، و أنت خبير باننا لم نظفر لهم بدليل على ما ذكروه من شرط التجانس، و لا شرط الامتزاج، بل ظاهر الاخبار العموم، كما أنك قد عرفت أيضا أنه لا دليل على العقد الذى ادعوه، و أن الشركه شرعا عبارته عن ذلك العقد، و المفهوم من ظواهر الاخبار أنه إذ اشتركا فى مال و اتجرا به ترتبت عليه أحكام الشركه، سواء كانت ثمة عقد أو لم يكن، اتفق المال جنسا أو اختلف، مزج بعضه ببعض أم لم يمزج.

و منها روايه حسين بن المختار المتقدمه،

و حسنه الحلبي (1) عن أبى عبد الله (عليه السلام)

فى رجلين اشتركا فى مال فربحا ربحا و كان من المال دين، الحديث.

و قد تقدم فى كتاب الدين.

و بالجمله فإن أبحاثهم و تفرعاتهم فى هذه المواضع الخاليه من النصوص قد جروا فيها على أبحاث مخالفهم فى ذكرها، و البحث عنها، و رجحوا منها ما

ص: ١٥٤

١- (١) الفقيه ج ٣ ص ١٤٤ ح ٧، الوسائل ج ١٣ ص ١٦٥ ح ١.

رجحوه بأفكارهم، و ردوا ما ردوه بذلك، حيث أن كتب متقدمى الأصحاب خاليه من هذه الأبحاث، و هذه الفروع مقصوره على الاخبار كما لا يخفى على من جاس خلال الديار، و أول من سلك هذه الطريقه الشيخ (رحمه الله عليه) و تبعه من تأخر عنه. و الله العالم.

تذنيب: قال فى التذكرة: يكره مشاركة المسلم لأهل الذمه من اليهود و النصارى و المجوس و غير أهل الذمه من سائر أصناف الكفار عند علمائنا.

أقول: و يدل عليه صحيحه ابن رثاب (١) المتقدمه فى المسئله الاولى.

و ما رواه

الكافى عن السكونى (٢) عن أبى عبد الله (عليه السلام)

ان أمير- المؤمنين (صلوات الله عليه) كره مشاركة اليهودى و النصرانى و المجوسى، الا- أن تكون تجاره حاضره لا- يغيب عنها المسلم.. و مورد الروايتين الذمى، (٣) و لعل دخول سائر الكفار فى الحكم المذكور من باب الأولويه، لأنه إذا ثبت ذلك فى أهل الذمه فغيرهم من سائر أصناف الكفار بالطريق الاولى.

المسئله الثالثه [جريان الشركه فى العين و المنفعه و الحق]

-الشركه قد تكون فى عين، و هو ظاهر، و قد تكون فى منفعه كالإجاره و الحبس و السكنى، و قد تكون فى حق كالأشتراك فى الخيار، و الشفعه بالنسبه إلى الورثه، و القصاص و الرهن و الحد و قد تقدم أن سببها قد يكون إرثا و هو يجرى فى الأقسام الثلاثه السابقيه، بأن يرثا مالا، أو يرثا منفعه دار استأجرها مورثهم، أو منفعه عبد موصى بخدمته، أو يرثا حق شفعه أو خيار أو رهن، و قد يكون سببها عقدا، و هو يجرى أيضا فى الأقسام الثلاثه المذكوره، فجريانه فى العين بأن يشتريا دارا و فى المنفعه بأن يستأجراها، و فى الحق بأن يشتريا

ص: ١٥٥

١-١) الكافى ج ٥ ص ٢٨٦ ح ١ باب مشاركه الذمى و التهذيب ج ٧ ص ١٨٥ ح ١.

٢-٢) الكافى ج ٥ ص ٢٨٦ ح ٢، و هما فى الوسائل ج ١٣ ص ١٧٦ ح ١ و ٢.

٣-٣) و منها روايات عديده تقدمت فى كتاب الدين و هى بهذا المضمون فى رجلين بينهما مال منه دين و منه عين فاققسما العين و الدين فتوى الذى كان لأحدهما من الدين أو بعضه و خرج الذى للآخر يرد على صاحبه قال: نعم ما يذهب ماله منه رحمه الله.

بختيار، و قد يكون حيازه، و هو انما يتصور فى العين خاصه.

و سببيه الحيازه اما بأن يشتركا فى نصب حباله الصيد المشترك، ورمى السهم المثبت له فيشتركان فى ملكه، أو بأن يقتلعا شجره أو يقترفا ماء دفعه، فإنه يتحقق الشركه بذلك فى الجملة، إلا أنه يكون لكل منهما من ذلك المحاز بنسبه عمله، و يختلف ذلك بالقوه و الضعف، و لو اشتبه مقدار كل واحد فطريق التخلص الصلح، و ما كان من الحيازه على غير الوجوه المذكوره فإنه يختص كل بما حازه على الأظهر.

هذا مع تميزه، لأنه فى معنى شركه الأبدان، و هى جائزه على الأشهر الأظهر، اما مع امتزاجه فإنه يكون مشتركا، لكن لا من حيث سببيه الحيازه، بل من حيث المزج الذى هو أحد الأسباب كما عرفت، كما لو امتزج المالان و هو خارج عن محل الفرض.

و قد يكون مزجا و هو انما يتصور فى العين خاصه، و ينبغى أن يعلم أن سببيه المزج فى الشركه أعم من أن يكون المزج اختيارا أو وقع ذلك اتفاقا، بأن وقع أحد المالين على الآخر و امتزجا على الوجه المعترف فى الشركه، فإنه يثبت بذلك الشركه، و ضابط الامتزاج الذى يثبت به الشركه عدم التميز، فلهذا اعتبر فيه الاتفاق فى الجنس و الصفه عندهم، فلو لم يكونا من جنس واحد و تحقق الامتياز و ان عسر التخلص كما فى مزج الحنطه بالشعير فإنه لا شركه هنا، و مثله الدخن بالسسم، و كذا لو لم يكونا على صفه واحده كحبه الحنطه الحمراء بغيرها، فإنه لا شركه أيضا.

و يأتى على ما تقدم نقله عن المحقق الأردبيلي حصول الشركه و صحتها فى فى الموضوعين المذكورين إلا أنت قد عرفت ما فيه و لا فرق فيما ذكرنا من حصول الشركه بالامتزاج على الوجه المذكور بين الأثمان و العروض المثليه، كالحنطه و غيرها من الحبوب، و هو إجماعى عندنا، و لم ينقل الخلاف هنا إلا عن بعض العامه

حيث خص ذلك بالأثمان كالمضاربه (١).

بقى الكلام فى العروض الغير المثلثه كالثوب و الخشب و العبد و نحو ذلك، فهل يتحقق فيه الشركه بالمزج أم لا؟ و انما يتحقق بالإرث و العقد، و بالأول منهما صرح فى التذكرة، حيث قال: تذبذب، إذ اشتركا فيما لا مثل له كالثياب و حصل المزج الرافع للامتياز تحققت الشركه و كان المال بينهما، فان علمت قيمه كل واحد منهما كان الرجوع الى نسبه تلك القيمه، و الا تساويا عملا بأصالة التساوى انتهى.

و الثانى ظاهر المحقق فى الشرائع، حيث قال: أما ما لا- مثل له كالثوب و الخشب و العبد فلا يتحقق فيه المزج، بل قد تحصل بالإرث أو أحد العقود الناقله.

و ظاهره فى المسالك الميل الى ما ذكره العلامة فى التذكرة، حيث اعترض المصنف هنا، فقال: فى عدم تحققه بالمزج مطلقا منع بين، بل قد يتحقق كالثياب المتعدده المتقاربه فى الأوصاف، و الخشب كذلك، فيتحقق الشركه فيه و الضابط عدم الامتياز، و لا خصوصيه للمثلثى و القيمى فى ذلك. انتهى.

ثم انه على تقدير القول الأول من ثبوت الشركه هنا فان علم قيمه ما لكل واحد منهما كان الاشتراك بنسبه القيمه، فان لم تعلم فهل يحكم بالتساوى؟ لأنه الأصل أم يرجع الى الصلح، قولان: أولهما صريح عبارته التذكرة المتقدمه، و ثانيهما اختياره فى المسالك، و هو أيضا ظاهر المحقق الأردبيلى فى شرح الإرشاد حيث قال بعد الكلام فى معنى عبارته التذكرة المذكوره: ما لفظه، الا أن فى الحكم- مع عدم العلم بالقيمه- بالتساوى- للأصل محل التأمل، بل ينبغى هنا الصلح

ص: ١٥٧

١- ١) هذا الخلاف من بعض العامه انما هو بالنسبه إلى الشركه شرعا لا بالنسبه إلى المعنى المشهور المفهوم منها لغه و عرفا فإنه لا خلاف بين الخاصه و العامه فى تحققها بمجرد الامتزاج كيف اتفق مع التماثل. منه رحمه الله.

و التراضى، فإن مساواه الاعراض بحسب قيمه مع تخالف الجنس نادر، والأصل لا يقتضى ذلك. نعم مع التشاح و عدم الرضا بالصلح، لا وجه للخلاص سوى ما ذكره، فيقسمان جميع المال قسمه متساويه مع عدم العلم بالتفاوت أصلاً، و معه و مع الاشتباه يمكن القرعه انتهى.

و أنت خبير بما فى قوله: «فإن مساواه الاعراض بحسب قيمه مع تخالف الجنس نادر» من الغفله، فإن الجنس هنا غير مختلف، إذ محل البحث فى القيمى كالثياب و الخشب و نحوها، بمعنى أن المشترك بينهما ثياب متفقه فى الأوصاف، أو خشب كذلك، أو نحو ذلك.

و على تقدير القول الثانى من عدم ثبوتها بالمزج فى الصوره المفروضه، فلو أراد الشركه باع كل منهما حصته مما فى يده بحصته مما فى يد الآخر، و مثله ما لو أرادا الشركه فى المثلّى مع اختلاف الجنس أو الوصف.

و مثل هذه الحيله فى حصول الشركه ما لو وهب أحدهما صاحبه حصه من ماله و وهب الآخر كذلك أو باعه حصته بثمان معين ثم اشترى به حصه من الآخر، و المراد من الشركه فى جميع هذه الصور الشركه المشهوره لا الشركه الخاصه التى هى عباره عن الاذن فى التصرف. و الله العالم.

المسئله الرابعه [فى حكم أنواع الشركه]

اشاره

قال فى التذكرة: الشركه على أربعة أنواع، شركه العنان و شركه الأبدان، و شركه المفاوضه، و شركه الوجوه، فأما شركه العنان فهى أن يخرج كل مالا- و يمزجها، و يشترط العمل فيه بأبدانها، الى أن قال: و أما شركه الأبدان بأن يشترك اثنان أو أكثر فيما يكتسبون بأيديهم، كالصناع يشتركون على أن يعملوا فى صناعتهم، فما رزق الله فهو بينهم على التساوى، أو التفاوت.

و اما شركه المفاوضه فهو أن يشتركا ليكون بينهما ما يكتسبان، و يربحان و يلتزمان من غرم و ما يحصل لهما من غنم، فيلزم كل واحد منهما ما يلزم الآخر من أورش جنايه، و ضمان غضب، و قيمه متلف، و غرامه لضمان أو كفاله، و يقاسمه فيما يحصل له من ميراث، أو يجده من ركاز أو لقطه، أو يكسبه

شركة المفوضه أن يكون مالهما من كل شيء يملكانه بينهما.

و أما شركة الوجوه فقد فسرت بمعان، أشهرها أن يشترك اثنان وجهان عند الناس لا مال لهما، لبيتاعا في الذمه إلى أجل على أن ما يتباعه كل واحد منهما يكون بينهما، فيبيعه و يؤدي الأثمان، فما فضل فهو بينهما، و قيل: أن يتباع وجهه في الذمه و يفوض بيعه إلى حامل، و يشترطان أن يكون الربح بينهما، و قيل ان يشترك وجهه لا مال له، و حامل ذو مال ليكون العمل من الوجهه و المال من الخامل، و يكون المال في يده لا يسلمه إلى الوجهه، و الربح بينهما، و قيل: أن يبيع الوجهه مال الخامل بزيادة ربح، ليكون بعض الربح له، و لا يصح شيء من أنواع الشركة سوى شركة العنان انتهى كلامه (قدس سره).

و الكلام هنا يقع في مواضع

الأول [عدم صحة غير شركة العنان]

- أن ما ذكره من أنه لا يصح شيء من هذه الأنواع سوى شركة العنان هو المشهور بين الأصحاب، و قال ابن الجنيدي:

لو اشترك رجلان بغير رأس مال على أن يشتريا و يبيعا بوجههما جاز ذلك، و لو اشترك رجلان و كان من عند أحدهما بذر و بقر، و على الآخر العمل و الخراج، كانت الشركة جائزه بينهما، و لو اشترك رجلان على أن يعملوا عملا لكل واحد منهما فيه عمل منفرد (1) أو أن يكون يداهما جميعا في العمل، و تقسم الأجر بينهما لم يجز ذلك، لأن الأجر عوض عن عمل، فإذا لم يتميز مقدار عمل كل واحد منهما لم آمن أن يلحق أحدهما غبن أو أن يأخذ ما لا يستحقه، فان تاركا الفضل و تحالا، أو يضمن أحدهما بالعمل ثم قسمه على الآخر من غير شركة جاز انتهى.

و هو ظاهر في جواز شركة الوجوه، و شركة الأبدان على التفصيل المذكور:

ص: ١٥٩

١- ١) قال في المسالك: لا خلاف عندنا في بطلان شركة الأعمال الا من ابن الجنيدي حيث أجازها مع تشاركهما الفضل أو عمل أحدهما و قسمته على الآخر من غير شركة، مع أنه راجع إلى بطلانها لان تداركهما الفضل بعد مزج الأجرتين و تحالهما أمر خارج عن صحة هذه الشركة و كذا لو تبرع أحدهما عن الآخر بمشاركته في أعماله انتهى. و هو جيد. منه رحمه الله.

و ان شركة الوجوه عبارته عن المعنى المشهور المذكور فى كلام العلامة.

قال العلامة فى المختلف- فى مقام الرد عليه: لنا إجماع الفرقه، و خلاف ابن الجنيده غير معتد به، لانقرضه، و حصول الاتفاق بعده، و لأن الأصل عدم الشركه، و بقاء حق كل واحد عليه، و لانه ضرر عظيم، و لأن الشركه عقد شرعى يتوقف على الاذن فيه. انتهى.

و المفهوم من كلامه و كذا غيره من الأصحاب هو بطلان الشركه فى جميع الأنواع المتقدمه ما عدا شركه العنان، و ظاهر المحقق الأردبيلى المناقشه هنا فى بعض المواضع حيث قال: بعد نقل قول العلامة فى التذكره: و أما شركه الأبدان فعندنا باطله، سواء اتفق عملهما أو اختلف، بأن يكون كل واحد منهما خياطاً، و يشتركا فى فعل الخياطه، أو يكون أحدهما خياطاً و الآخر نجاراً، أو يعمل كل واحد منهما فى صنعه، و يكون الحاصل بينهما، و سواء كانت الصنعه البدنيه فى مال مملوك، أو فى تحصيل مال مباح، كالاصطياد و الاحتشاش و الاحتطاب.

فقال المحقق المشار اليه و لا- يظهر دليل على عدم الجواز، سوى الإجماع، فإن كان فهو، و الا فلا مانع، فإنه يرجع الى الوكاله فى بعض الأمور (1) و تملك مال فى البعض الآخر، و بذل نفس و عمل فى مقابله عوض، و لا مانع منه فى العقل و الشرع، و لهذا جوز بعض أقسامها بعض العامه، ثم نقل عنه أيضا أن شركه المفاوضه عندنا باطله، و ليس لها أصل، و به قال الشافعى، و مالك، ثم نقل عنه أيضا فى شركه الوجوه أنها عندنا باطله، و به قال الشافعى و مالك، ثم قال: و البحث فىهما مثل ما تقدم فتأمل. انتهى.

ص: ١٦٠

١- ١) الظاهر ان الرجوع الى الوكاله فى مثل الشركه فى الاحتطاب و نحوه فان كلا منهما جعل الآخر وكيلا عنه فى ذلك و تملك المال فى ما لو تبرع أحدهما فى ماله و أعطى شريكه حصه من الربح فإنه يرجع الى تملك مال و أما الثالث فلا أعرف له وجهاً منه رحمه الله.

و كلامه لا يخلو من غموض و خفاء، و ان سلم صحه ما ذكره، الا أن دخوله تحت لفظ الشركه بأى المعنيين محل اشكال.

و أما ما ذكره ابن الجنييد من أنه لو اشترك رجلان و كان من عند أحدهما بذر و بقر، و على الآخر العمل و الخراج، كانت الشركه جائزه بينهما، فهو خلاف ما يفهم من كلام الأصحاب، بل الظاهر أنه لا شركه هنا، و انما الحاصل لصاحب البذر، و للعامل الأجره.

قال فى التذكره: لو كان لواحد البذر، و للآخر الدواب، و لثالث الأرض، و اشتركوا مع رابع ليعمل، و يكون الحاصل بينهما فالشركه باطله، و النماء لصاحب البذر، و عليه أجره المثل لصاحب الأرض، عن أرضه: و لصاحب الدواب عن عملها، و لصاحب العمل عن عمله، فإن أصاب الزرع آفه و لم يحصل شىء من الغله لم يسقط حقهم من أجره المثل انتهى.

و هذا هو الموافق لمقتضى الأصول الشرعيه، و أنت خير بأن أخبارنا خاليه من ذكر هذه الأنواع، و الظاهر أنها من اصطلاحات العامه، و لهذا اختلفوا فى كل منها صحه و بطلانها، و إطلاقا و تقييدا، كما لا يخفى على من راجع كتاب التذكره، و أصحابنا قد اقتفوا أثرهم فى ذكرها، و البحث عنها و اتفقوا عدا ابن الجنييد على بطلان ما عدا شركه الأموال. و الله العالم.

الثانى [فى وجه تسميه شركه العنان]

قد عرفت أن أحد الأنواع المتقدمه شركه العنان بكسر العين ككتاب، و هو سير اللجام الذى تمسك به الدابه، و هى المتفق على جوازها، و هى عباره عن الشركه فى الأموال.

بقى الكلام فى وجه هذه التسميه فقيل: من عنان الدابه، أما لاستواء الشريكين فى ولايه الفسخ و التصرف و استحقاق الربح على قدر رأس المال، كاستواء طرفى العنان، أو تساوى الفارسين إذا سويا بين فرسيهما، و تساويا فى السير يكونان سواء، و اما لان لكل واحد منهما أن يمنع الآخر من التصرف كما يشتهى و يريد، كما يمنع العنان الدابه، و اما لان الأخذ بعنان الدابه حبس إحدى يديه

على العنان، و يده الأخرى مطلقه يستعملها كيف شاء، كذلك الشريك يمنع بالشركه نفسه عن التصرف في المشترك كما يشتهى، و هو مطلق اليد و التصرف في سائر أمواله.

و قيل: من «عن» إذا ظهر أما لانه ظهر لكل واحد منهما مال صاحبه، أو لأنها أظهر أنواع الشركه، و لهذا أجمع على صحتها، و قيل: من «العانه» و هى المعارضه، لأن كل واحد منهما عارض بما أخرجه الآخر.

الثالث [المراد بالشركه]

ما ذكره فى آخر العبارة المتقدمه من قوله «و لا يصح شىء من أنواع الشركه سوى شركه العنان» محتمل لكون المراد بالشركه بالمعنى المشهور المتبادر، و هو اجتماع حقوق الملاك كما تقدم، و هو الذى يقتضيه السياق فى هذه الأنواع، و يحتمل المعنى الخاص، لانه الغرض الذاتى منها، و يؤيده تعريفه لها بما ذكره من أنها عبارة عن أن يخرج كل مالا، و يمزجها، و يشترط العمل فيه بأبدانها.

قال فى المسالك: و لا بد لها بهذا المعنى مع اشتراكهما فى المالىن من صيغه تدل على الاذن فى التصرف، لأنهما ممنوعان منه، كسائر الأموال المشتركه و هى كل لفظ يدل على الاذن فيه على وجه التجاره، سواء كان قبل الامتراج أو بعده، و سواء وقع من كل منهما للآخر، أم اختص بأحدهما، و بهذا المعنى لحقت بقسم العقود على تكلف أيضا، و تترتب عليها الأحكام التى يذكرها المصنف بعد هذا انتهى.

أقول: قد عرفت أنفا ما فى هذا الكلام، و أنه لا دليل على اعتبار هذا العقد لكن يتجه الإيراد على الأصحاب بأنهم لما ذكروا للشركه معنى آخر، و هو الذى تترتب عليه الأحكام الا-تية كان الواجب عليهم أن يعرفوا الشركه فى هذا المقام بغير التعريف المشهور كما ذكره شيخنا المذكور: لان غرضهم بيان الشركه التى هى مثل العقود تترتب عليها الأحكام من جواز التصرف و استحقاق الربح و نحو ذلك، و أنه عقد جائز، و له أركان ثلاثه، و مع ذلك لم يعرفوها بشىء زياده

على التعريف المشهور، مع أن الأحكام لا تترتب على ذلك التعريف المشهور بمجردة و لعلهم بنوا كلامهم كما قدمنا ذكره على أن المقصود واضح، و أن الشركه الحقيقه هو اجتماع المال كما تقدم، و أما الأحكام فتناط بالإذن فى التصرف فى المال المشترك، و الاذن كما تقدم يحصل بأى نحو كان، و تجوزوا فى إطلاق العقد على هذا الاذن فى أثناء الكلام فى المقام. و الله العالم.

المسئله الخامسه [الأقوال فى اشتراط أحدهما زياده الربح مع تساوى المالىن]

إشاره

– لا اشكال و لا خلاف فى أنه مع تساوى المالىن يتساوى الشريكان فى الربح و النقصان، و كذا لو زاد رأس مال أحدهما كان له من الربح بنسبه الزياده، و عليه من الخسران بالنسبه أيضا، و انما الاشكال و الخلاف فيما إذا اشترط أحدهما زياده الربح مع تساوى المالىن، أو التساوى فى الربح و الخسران مع تفاوت المالىن.

و قد اختلف الأصحاب فى ذلك على أقوال ثلاثه

الأول – ما ذهب اليه الشيخ و ابن إدرىس و المحقق

و جمع منهم من بطلان الشركه، لا لتفاء ما يدل على الصحه فىكون أكل مال بالباطل، لأن الزياده ليس فى مقابلها عوض، لأن الفرض انها ليست فى مقابله عمل، و لا وقع اشتراطها فى عقد معاوضه، لتضم الى أحد العوضين و لا اقتضى تملكها عقد هبه، و الأسباب المثمره للملك معدوده، و ليس هذا أحدها فىكون اشتراطها اشتراطا لتملك شخص مال غيره بغير سبب ناقل للملك، كما لو دفع إليه دابه يحمل عليها، و الحاصل لهما، فىبطل العقد المتضمن له إذ لم يقع التراضى بالشركه و الاذن بالتصرف الا على ذلك التقدير، و قد تبين فساده، و لا يندرج فى الأمر بالإيفاء بالعقود، و لا فى

«المؤمنون عند شروطهم».

الثانى – ما ذهب اليه المرتضى

و اليه ذهب العلامة و والده و ولده من القول بالصحه، و ادعى عليه المرتضى الإجماع، و احتجوا بالأدله العامه مثل قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (١) و «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» (٢) و قد وقع على

ص: ١٦٣

١- ١) سورة المائده الآيه ١.

٢- ٢) سورة النساء الآيه ٢٨.

قوله (صلى الله عليه وآله وسلم)

«المؤمنون عند شروطهم» (١).

و الإجماع المنقول بخبر الواحد كما يقبل نقل غيره من الأدلة به، وأصالة الإباحة و بناء الشركة على الارتفاق بكل منهما و من جملة موضع النزاع.

الثالث- ما ذهب إليه أبو الصلاح

من صحة الشركة دون الشرط، و جعل شرط الزيادة أباحه لها يجوز الرجوع فيها ما دامت العين باقية، قال على ما نقله عنه في المختلف: إذا تكاملت الشروط انعقدت الشركة، و وجب لكل واحد من الشريكين من الربح بمقدار ماله، و من الوضعية بحسبه، فان اصطلاحوا في الربح على أكثر من ذلك، حل تناول الزيادة بالإباحة، دون عقد الشركة، و يجوز لمبيحها الرجوع فيها ما دامت العين قائمه، فإن اشترط في عقد الشركة، تفاضل في الوضعية صحت الشركة، و بطل الشرط، و كانت الوضعية بحسب الأموال، الا- أن يتبرع أحد الشريكين على الآخر، فإن كان أحد الشريكين عاملا فجعل له الأخر فضلا في الربح بإزاء عمله لم يعض الشرط، و كان للعامل أجره عمله من الربح، و بحسب ماله انتهى.

أقول: الظاهر ان محل الخلاف هنا ما لو شرط الزيادة مع عدم زياده عمل له يقابل تلك الزيادة، أما لو كان له عمل زائد يقابلها، فالظاهر أنه لا خلاف في جواز العقد: و صحة الشرط قال في التذكرة: لو اختص أحدهما بمزيد عمل و شرط مزيد ربح له صح عندنا و الى ذلك أيضا يشير قولهم في حجه دليل القول الأول، لأن الفرض أنها ليست في مقابله عمل و بالجمله فالظاهر أنه لا إشكال في ذلك، و على هذا ينبغي أن يقيد بذلك إطلاق القولين الأولين.

و أما ما احتج به أصحاب القول الثاني: فقد عرفت جواب بعضه من احتجاج أصحاب القول الأول، و بقى منه دعوى الإجماع، و هو تشبث بما هو أوهن من بيت العنكبوت، و أنه لأوهن البيوت.

ص: ١٦٤

و اما الاستناد الى الآيه «الا- أن تكون تجاره عن تراض» ففيه أن الشركه ليست تجاره، فلا- تناولها الآيه. نعم لو كانت الزيادة في مقابله زياده في العمل كان ذلك معاوضه و تجاره عن تراض، إلا أنك قد عرفت أن هذا ليس من محل البحث في شيء، و يمكن أن يقال: بصحه الشرط، لكن لا من حيث الشركه، بل من حيث أنه وعد، و قد دلت الآيه و الروايه على وجوب الوفاء بالوعد كما تقدم في الأبحاث السابقه، لأن صاحب الزيادة قد وعد بإعطائها و رضى بذلك، ورد كلام أبي الصلاح بأنه مبنى على أن الشرط الفاسد لا يفسد العقد و الأقوى خلافه، و فيه ما عرفت فيما تقدم في الأبحاث السابقه، و في مقدمات كتاب الطهاره.

و كيف كان فالمسئله كغيرها مما تقدم من أمثالها لا يخلو من الاشكال، لعدم النص الواضح في هذا المجال، و ظاهر شيخنا الشهيد الثاني في المسالك التوقف في ذلك، حيث اقتصر على نقل الأقوال المذكوره و نقل حججها و لم يرجح شيئاً منها، و هو في محله هذا في ما لو عملا- معا اما لو كان العامل أحدهما مع شرط الزيادة للعامل فالظاهر أنه لا إشكال في صحته، و يكون العقد حينئذ قراضاً، و شركه، فيشتركان في الربح من حيث كون رأس المال شركه، و يختص العامل بالزيادة المشروطه في مقابله عمله كما يختص عامل المضاربه بالحصه المعينه له من الربح في مقابله عمله، و يأتي مثل ذلك فيما قدمناه من أنهما لو عملا معا و لكن كان في عمل أحدهما زياده، و شرطت الزيادة له في مقابله زياده عمله.

اما مع تساويها في المالين و زياده عمله، أو مع نقصان ما له مع تساويهما في العمل، أو زيادته بطريق أولى، لاشترائك الجميع في كون الزيادة في الربح في مقابله عمل، فكان العقد عقد معاوضه من الجانبين، بالنظر الى أن العمل متقوم بالمال.

و لكن الشيخ و من تبعه أطلقوا المنع، و المرتضى و من تبعه أطلقوا الجواز، و التفصيل بما ذكرناه كما صرح به شيخنا الشهيد الثاني و غيره أجماعاً، و ينبغي تقييد الإطلاقين المذكورين بذلك، لما قدمناه سابقاً من تصريح العلامة في التذكرة بذلك، بل ظاهره دعوى الإجماع في ذلك، حيث قال: عندنا، مع كونه من القائلين بقول المرتضى، و ما ذكر في حجه القول الأول: مع أن الدعوى

مطلقه، فذكر ذلك في دليلها، دليل على أنه ليس المراد بتلك الدعوى على إطلاقها. والله العالم.

المسئله السادسه [في كون الشركه بحسب الواقع توكيلا و توكلا]

-متى حصلت الشركه بالمعنى المشهور فإنه لا يجوز لكل من الشريكين التصرف إلا بإذن الآخر، لما ثبت عقلا و نقلا من عدم جواز التصرف في مال الغير إلا- بإذنه، فإن اذن أحدهما للآخر اختص المأذون بالتصرف و لا يجوز للأذن التصرف إلا بإذن المأذون: و الاذن توكيل في التصرف، فلا يجوز له أن يتعدى ما أذن له من العموم و الخصوص، و الإطلاق و التقييد، فإن أطلق في التصرف تصرف كذلك، و ان خصص اختصاص بما خصصه، و يراعى فيه المصلحه، فإن أطلق له في التجاره تصرف كيف شاء من أنواع التجاره، من البيع و الشراء مرابحه، و مساومه، و توليه، و مواضعه، حيث تقتضيها المصلحه و قبض الثمن و اقباض المثل، و نحو ذلك مما تقدم في كتاب البيع.

و هل يتناول الإطلاق السفر حيث شاء؟ احتمالا: من حيث دخوله تحت الإطلاق، و من حيث كونه مظنه الخطر، و لا يجوز له إقراض شيء من المال الا مع المصلحه، و لا المضاربه عليه لانه ليس من توابع التجاره.

و قد صرح في التذكرة في غير موضع بأن اذن الشريك توكيل، فيجب حينئذ أن يراعى فيه ما يجب مراعاته في الوكالة فلا بد أن يقتصر على ما اذن له فيه، كما يجب على الوكيل ان يقتصر على ما وكل عليه، فلو تعدى في بعض المواضع عن محل الإذن أثم و ضمن، و حيث كانت الشركه من العقود الجائزه دون اللازمه بالإجماع فلكل من الشركاء الرجوع في الاذن و المطالبه بالقسمه.

أما الأول فإن مبناها على الاذن في التصرف، و هو في معنى الوكالة، فتكون جائزه، و أما الثاني فلانه لا يجب على الإنسان مخالطه غيره في ماله و مقتضى الأصل أن يتصرف كل منهما في ماله كيف شاء.

قال في التذكرة: الشركه عقد جائز من الطرفين، و ليست من العقود اللازمه إجماعا فإذا اشتركا بمزج المالين، فأذن كل واحد منهما لصاحبه في

التصرف (١) فللكل واحد من الشريكين فسخها لأن الشركة في الحقيقة توكيل و توكل، فلو قال أحدهما للآخر: عزلتك عن التصرف، أو لا تتصرف في نصيبى انعزل المخاطب عن التصرف في نصيب العازل، و يبقى التصرف في نصيبه، و لا ينعزل العازل عن التصرف في نصيب المعزول الا بقول متجدد منه، و لو فسخها معا فان الاشتراك باق و ان لم يكن لأحدهما التصرف في نصيب الآخر، و لو قال أحدهما:

فسخت الشركة ارتفاع العقد، و انفسخ من تلك الحال، و انعزلا عن التصرف، لارتفاع العقد. انتهى.

قيل: و في قوله «و لو قال أحدهما الى آخره» تأمل، لأن أحدهما تكلم فقط بقوله «فسخت الشركة» و هو يؤل الى عدم اذنه للآخر في التصرف، و عزله و إبطال و كالتة، لما قد مر مرارا ان هذا العقد و الاذن توكيل، و غايه ما يكون عزلا لنفسه أيضا فإذا بدا له يجوز التصرف إذا قلنا ان الوكيل لا ينعزل بمجرد عزله، و لا يحتاج إلى إذن جديد، الا أن يعلم الآخر الموكل بل يرضى بعزله أو يعزله فتأمل. انتهى.

و ملخص كلامه المناقشه في ارتفاع العقد بالكليه، فإن هذا القول انما وقع من أحدهما، و الذى يدل عليه عزله الآخر عن التصرف، و إبطال و كالتة، و غايه ما يمكن التزامه أنه عزل لنفسه أيضا، الا أنه بمجرد ذلك لا يلزم بطلان العقد و ارتفاعه، بناء على أن الوكيل لا- ينعزل بمجرد عزل نفسه، بل يجوز له الرجوع بغير توكيل آخر، فكذا هنا يجوز له الرجوع بدون إذن آخر، فلا يتم حينئذ الحكم بارتفاع العقد.

و كما يفسخ الشركة بالفسخ تنفسخ أيضا بالجنون و الموت، لبطلان الوكاله بهما، و هي في معناها كما عرفت، بل هي و كاله في التحقيق، و نحوهما أيضا الإغماء و الحجر

ص: ١٦٧

١- ١) إشاره إلى الشركة بمعنى المشهور و قوله فأذن كل واحد منهما لصاحبه في التصرف إشاره إلى المعنى الخاص المصطلح عليه بين الأصحاب المعبر عنه بالعقد و هو دائما إنما يعبر عنه بالاذن و هو مؤيد لما قدمناه من التحقيق من أنه ليس هنا عقد كما يدعونه و ليس إلا الاذن و ان سموه عقدا تجوزا، منه رحمه الله.

قال فى التذكرة: وكذا ینفسخ بموت أحدهما و جنونه، و إغمائه و الحجر علیه للسفه، كالكاله، ثم فى صورہ الموت ان لم يكن على الميت دين، و لا هناك وصيه تخير الوارث بين القسمه مع الشريك و فسخها، و بين تقرير الشركه ان كان بالغاً رشيداً، و ان كان صغيراً أو مجنوناً فعلى الولى ما فيه الحظ من فسخ الشركه أو إبقائه، و لا بد فى تقرير الشركه من عقد مستأنف، و ان كان على الميت دين لم يكن للوارث التقرير على الشركه الا أن يقضى الدين من غير مال الشركه، و لو كان هناك وصيه، فان كانت لمعين فهو كأحد الورثه، يتخير بين التقرير و الفسخ ان تعلق الوصيه بذلك المال، و ان كانت لغير معين كالفقراء لم يجز تقرير الشركه إلا بعد خروج الوصيه، فإذا خرجت الوصيه بقى المال كما لو لم تكن وصيه، يتخير الوارث بين التقرير و الفسخ، انتهى.

المسأله السابعه [شرط التأجيل فى الشركه]

-لو شرط التأجيل فى الشركه بمعنى ترتب أثرها عليها من التصرف للتجاره و نحوها إلى أجل مخصوص لم يلزم الشرط المذكور، بل لكل منهما فسخها قبل الأجل، لأنها عقد جائز، فلا يؤثر شرط التأجيل فيه.

نعم يترتب على الشرط المذكور عدم جواز تصرفهما بعد الأجل إلا بإذن جديد، لعدم تناول الاذن السابق له، فهذا الشرط و ان لم يؤثر فى وجوب المضى على الشركه الا أنه يؤثر فيما ما ذكرناه، فله أثر فى الجملة.

و نقل فى المختلف عن الشيخين أنهما قالوا: الشركه بالتأجيل باطله، قال:

و الظاهر أن مرادهما ليس البطلان من رأس، بل عدم اللزوم، و لهذا قال المفيد عقيب ذلك: و لكل واحد من الشريكين فراق صاحبه أى وقت شاء، ثم نقل عن أبى الصلاح أنه قال: و لا تأثير للتأجيل فى عقد الشركه، و لكل شريك مفارقه شريكه أى وقت شاء و ان كانت مؤجله.

ثم قال: و العبارتان رديتان، و التحقيق أن للتأجيل أثراً و هو منع كل

منهما من التصرف بعده إلا بإذن مستأنف، وان لم يكن له مدخل في الامتناع من الشركه، إذ لكل منهما الفسخ قبل الأجل. انتهى.

المسئله الثامنه [فى كون الشريك أميناً]

-ينبغى أن يعلم أن الشريك أمين لا يضمن تلف ما فى يده إلا بالتعدى أو التفريط،لانه وكيلى كما عرفت فيما سبق،و يقبل قوله مع يمينه فى دعوى التلف،سواء ادعى سببا ظاهرا كالغرق،أو خفيا كالسرق.قال فى التذكرة:

كل واحد من الشريكين أمين يده يد أمانه على ما تحت يده،كالمستودع و الوكيل، يقبل قوله فى الخسران و التلف مع اليمين،كالمستودع إذا ادعى التلف،سواء أسند التلف الى سبب ظاهر أو خفى،فلا يضمن الا مع التفريط،و يقبل قوله فى عدم ما يوجب الضمان من التعدى،و كذلك فى عدم الخيانه،و يقبل قوله فى عدم الشراء بمال الشركه إذا ادعى الشراء بما يخصه،و كذا إذا ادعى الشراء بالمشترك.

الفصل الثانى فى القسمة:

اشاره

و هى تمييز حق أحد الشركاء عن حق الآخر،و البحث فيها يقع فى مسائل:

الأولى [حصول الملك بالشركه]

-الظاهر أنه لا- خلاف بين أصحابنا فى أنها برأسه أمر موجب لتمليك الشريك حصه الشريك الأخر بحصته،فإذا حصلت بشرائها حصل بها الملك،و ليست بيعا و لا صلحا و لا غيرهما،لعدم وجود خواص الغير فيها كصيغه البيع إيجابا و قبولا، أو غيره من العقود،و يدخلها الإجماع فى غير أفراد البيع التى يدخلها الإجماع، و يتقدر أحد النصيبين بقدر الأخر مع تساويهما،و البيع ليس كذلك،بل يجوز فيه الزيادة و النقصان بينهما،و اختلاف اللوازم تدل على اختلاف الملزومات.

خلافاً لبعض العامه حيث جعلها بيعا مع أنه لا خلاف عندهم فى أنه إذا طلب أحد الشركاء القسمة،يجب على الأخر إجابته،و عدم منعه إذا لم يحصل له ضرر بالقسمة،سواء كان فى تركها ضرر أم لا،و سواء كان أحدهما مضطرا إلى القسمة أم لا،لانه يجب إيصال حق الغير اليه،و لا يجوز منعه عنه،و هو هنا بالقسمة،

و لا تصح إلا بإذن الشركاء الا ما سيأتى التنبيه عليه.

الثانيه [فى عدم جواز القسمة مع الضرر على الكل]

-لا خلاف فى أنه مع الضرر على الكل و عدم ضروره لا تجوز القسمة، لأنه تضييع مال، و هو سفه و إسراف منهى عنه، و أما ما لا ضرر فى قسمته فإنه يجبر الممتنع مع التماس الشريك القسمة، و هو مما لا خلاف فيه أيضا.

و انما الخلاف فى معنى الضرر المانع فى الصورتين، فقيل: بأنه عبارة عن نقصان العين أو القيمة نقصانا لا يتسامح به عادة، لأن فوات المالىه مناط الضرر فى الأموال. و لقوله (صلى الله عليه و آله و سلم)

«لا ضرر و لا ضرار» (١). و هو عام، و قيل:

بأنها عبارة عن عدم الانتفاع بالنصيب منفردا لتضمنه الضرر و الحرج، و إضاعه المال المنهى عنه مثل كسر الجوهرة الكبيره التى لها ثمن كثير، و بعد الكسر لا تسوى شيئا أو تسوى شيئا قليلا.

و قيل: بأنها عبارة عن عدم الانتفاع به منفردا، فيما كان ينتفع به مع الشركه، مثل أن يكون بينهما دار صغيره إذا قسمت أصاب كل واحد منهما موضع ضيق لا ينتفع به فى السكنى مثل الأول، و ان أمكن الانتفاع به فى غير ذلك.

قال فى المسالك بعد نقل ذلك كما ذكرناه و الأقوى اعتبار الأول، و اليه أيضا مال المحقق الأردبيلي، قال: و اعتبار الثانى بعيد، و الثالث أبعد، و أشار بهما الى ما ذكرناه هنا ثانيا و ثالثا، ثم انه على تقدير اعتبار المعنى الأول متى انتفى مثل هذا الضرر عن الشريك، و طلب الآخر القسمة مع انتفائه عنه أيضا، فإنه يجب الإجابة إلى القسمة، و يجبر الممتنع، و هو ظاهر لما تقدم من أنه يجب إيصال حقه اليه متى طلبه، و لا يجوز منعه، إذ الفرض أنه لا مانع من ذلك، و أما عدم وجوبها مع ضرر الشريك فهو أيضا ظاهر،

لخبر (٢)

«لا ضرر و لا ضرار». الا مع تضرر الطالب للقسمة بالشركه، فيتعارض الضرران، فينبغى أن

ص: ١٧٠

١- (١) الكافى ج ٥ ص ٢٩٢ ح ٢ الفقيه ج ٣ ص ١٤٧ ح ١٨ و الوسائل ج ١٧ ص ٣١٩ ح ١ باب الشفعة. و باب احياء الموات ص ٣٤١ ح ١ و ٢ و ٣.

٢- (٢) الكافى ج ٥ ص ٢٩٢ ح ٢ الفقيه ج ٣ ص ١٤٧ ح ١٨ و الوسائل ج ١٧ ص ٣١٩ ح ١ باب الشفعة. و باب احياء الموات ص ٣٤١ ح ١ و ٢ و ٣.

يرجح الأقل ضرراً، و مع التساوى يشكل الأمر، فيحتمل الرجوع الى القرعه.

و أما لو تضرر الطالب بالقسمه دون الممتنع، فالظاهر أنه لا يجب إجابهه، لأن ارتكاب ذلك سفه و تضييع لماله، الا أن يترتب على ذلك غرض صحيح.

قال فى الدروس، و لو تضرر أحد الشريكين دون الآخر بالقسمه أجبر غير المتضرر بطلب الأجر دون العكس، و فى المبسوط لا يجبر أحدهما لتضرر الطالب، و هو أحسن، ان فسر التضرر بعدم الانتفاع، و ان فسر بنقص القيمه فالأول أحسن، و بذلك يظهر أن فى المسأله أقوالاً ثلاثه.

ثالثها التفصيل الذى استحسنته شيخنا المذكور و هو جيد، و لو اتفقا على القسمه مع تضمنها الضرر كالجوهر و السيف و العضائد الضيقه (1) فقد صرح المحقق فى هذا الكتاب بأنه لا يجوز قسمتها، و المفهوم من كلام غيره أن القسمه المشتمله على ضرر لا يجبر الممتنع عليها لكنها تصح بالتراضى و الاتفاق عليها، مع أنه فى كتاب القضاء من الشرائع فسر الضرر بنقص القيمه، فحكمه هنا بعدم الجواز مع تفسير الضرر بما ذكره مشكل، فان مجرد نقص القيمه لا يبلغ حد المنع.

نعم لو فسر الضرر بعدم الانتفاع أمكن من حيث استلزامها تضييع المال بغير عوض، فإنه إذا لم ينتفع بالاجزاء فلا فائده فى القسمه، بل هو محض إتلاف و هو منهي عنه.

ثم انه فى كل موضع يتوقف القسمه على الجبر، فالظاهر أن المجبر هو الحاكم الشرعى أو أمينه، و الظاهر أن مع تعذرهما فعدول المؤمنين كما هو فى سائر الحسيات التى يتعذر إرجاعها إلى الحاكم: و الأحوط العدلان، و فى

ص: ١٧١

١ - ١) قال فى القاموس: و أعضاء الحوض و غيره ما يشد حوالبه من البناء، و لم أقف فى كلام أهل اللغه على معنى يناسب ما ذكره بعد فان دخول القسمه فيما كان هكذا لا يخلو من تعسف و ظاهر كلامهم أن العضائد عباره عن أماكن ضيقه تتضرر بالقسمه و الله العالم منه رحمه الله.

و فى الاكتفاء بالواحد احتمال قوى.

الثالثه [تعريف متساوى الأجزاء]

-لا- يخفى أن متساوى الأجزاء و هو المثلئ الذى يصدق على قليله و كثيره اسم الكل، و أجزاءه متساويه فى ذلك، و لا تفاوت بينها غالبا كالحبوب و الادهان تقسم قسمه إجبار على جميع الأقوال الثلاثه المتقدمه، إذ لا ضرر بالقسمه فيتحقق فيها قسمه الإجبار مطلقا، فان تراضيا بالقسمه و الا أجبر الممتنع، كذا صرحوا به من غير خلاف يعرف.

قال فى المسالك: و مثله الثياب المتعدده المتحدده فى الجنس التى يمكن تعديلها بالقيمه، و كذا الحيوان و العبد على الأقوى، و ظاهر المحقق الأردبيلئ المناقشه هنا قال بعد ذكر ذلك، و فيه تأمل، إذ قد يكون المقسوم يسيرا بحيث لو قسم لم يبق لكل قسم أو لبعضه قيمه أصلا، أو ينقص نقصانا فاحشا بخلاف ما لو بيع جميعا يجعل لكل واحد من الشركاء من القيمه ما ينتفع به، و هو غير بعيد.

أقول: بل الظاهر بعده: لأن الأحكام الشرعيه انما تبنى على الافراد الكثيره المتعارفه بين الناس دون الفروض الشاذه النادره التى لا تكاد توجد الا فرضا، و أما غير متساوى الأجزاء و هو القيمئ كالثياب و الحيوان و العبيد، فإنه لا بد فيه من تقويم و تعديل، فان حصل التساوى على وجه يقتضيه النظر من غير رد فإنه يقسم كذلك، و لكنه فى هذه الصوره يجرئ فيه الإجبار كما أشار إليه شيخنا فى المسالك فى العبارة المتقدمه -بقوله «على الأقوى».

و ان لم يحصل التساوى فلا بد أن يضم اليه بعض الدراهم أو العروض مما يقابل به السهم الأخر، فيقسم قسمه تراض، و القسمه فى هذه الصوره يعبر عنها بقسمه الرد لا يدخلها الإجبار، فلا يجبر الممتنع، بل انما تصح مع التراضئ، لأنها مشتمله على معاوضه و بمنزله البيع جزء من المال بذلك المضاف الى المال الأول، فلا بد من الرضا حينئذ.

الرابعه [فى اعتبار القرعه فى تعيين السهام]

-متى حصلت القسمه و التمييز بين السهام سواء كانت القسمه إجباريه،

أو قسمه رد بحيث عدلت السهام على ما يقتضيه القسمة، فلا بد للتعين بحيث يصير كل سهم ملكا لمالك من أولئك الشركاء من القرعه، و بها يصير ملكا له، لا يجوز التصرف فيه الا بإذنه، كسائر أملاكه.

و الظاهر كما صرح به المحقق الأردبيلي -انه بعد خروج القرعه لا يحتاج الى رضا الشريك مره أخرى، زياده على الرضاء بأصل القسمة ان كانت قسمه رد، لأن القرعه قد أخرجت للتعين، و قد تعين بها مال كل واحد منهما، و قيل انه ان كانت القسمة إجباريه، فإنه لا - يحتاج الى الرضا بعد القرعه، و ان كانت قسمه رد، فان كان القاسم منصوبا من الامام فكذلك أيضا، (1) و ان كانت القسمة و القرعه إنما حصلت من المتقاسمين توقفت على تراضيها بعدها، لا شتمالها على المعاوضه، فلا بد من لفظ يدل عليها، و أقله ما يدل على الرضا، و نقل ذلك عن الشيخ على في شرح القواعد، و به صرح في المسالك أيضا، و هو ظاهر العلامه أيضا، بل الظاهر أنه المشهور.

و رده المحقق المتقدم ذكره، بأن الرضى الأول كاف، و القرعه و التعديل بأنفسهما قد يكفیان، على أن منصوب الامام ليس بوكيل للشريك حتى يقبل له، فإنه منصوب للقسمة و القرعه فقط، على أن القسمة مطلقا معاوضه كما صرح به الشهيد الثاني في شرح الشرائع، ثم قال: كأن هذا القائل نظر الى ما ذكرناه من أصل بقاء الملك على ملك مالكه، و بقاءه على الاشتراك و عدم خروج شيء عن ملك أحدهم، و الدخول في ملك آخر حتى يتحقق الدليل، و مع الرضا بعدها أو القرعه من قاسم الامام ناقل بالإجماع، و الباقي غير ظاهر كونه ناقلا حتى يتحقق، و يمكن أن يقال: القرعه مع الرضى الأول ناقل فتأمل.

و اعلم أن الظاهر أن القرعه و الرضا ثانيا انما هو محتاج اليه للتملك، بحيث لا يجوز لأحد العدول عنه، و الا الظاهر أنه يكفي الرضا بأخذ كل واحد قسما بعد التعديل

ص: ١٧٣

١- ١) قال في الشرائع في كتاب القضاء و المنصوب من قبل الامام بمعنى قسمته بنفس القرعه و لا يشترط رضاها بعدها و في غيره يقف اللزوم على الرضا بعد القرعه و في هذا اشكال من حيث ان القرعه وسيله إلى تعيين الحق و قد قارنها الرضا. انتهى منه رحمه الله.

بالرضا، فإنه إذا رضى أن يأخذ عوض ماله من حصه الآخر من ماله، الظاهر أن له ذلك، وهو مسلط، على ماله، فله أن يفعل ما يريد إلا الممنوع، ولا منع هنا، لأن الظاهر أنه تجاره عن تراض أيضا، وأكل مال الغير بطيب نفس منه.

والظاهر أنه وإن لم يكن مملكا فلا كلام في جواز التصرف فيه تصرف الملاك، مثل ما قيل في العطايا والهدايا والتحف، ويحتمل أن يكون تصرفا بعقد باطل، فيكون حراما وهو بعيد جدا، وعمل المسلمين على غير ذلك، بل على الملك فتأمل انتهى كلامه، وهو جيد وجيه.

و أنت خبير بأن أحدا من الأصحاب لم ينقل في هذا المقام خبرا ولا دليلا على شيء من هذه الأحكام، بل غاية ما يستدلون به أمور اعتبارية، مع أن هنا جملة من الاخبار يمكن الاستناد إليها في بعض هذه الأحكام.

والذي وقفت عليه مما يتعلق بما نحن فيه

رواية غياث (١)

«عن جعفر عن أبيه عن آبائه عن علي عليه السلام في رجلين بينهما مال منه بأيديهما، ومنه غائب عنهما فاقتهما الذي بأيديهما، وأحال كل واحد منهما بنصيبه، فقبض أحدهما ولم يقبض الآخر فقال: ما قبض أحدهما فهو بينهما، وما ذهب فهو بينهما».

وبهذا المضمون رواه أبي حمزة الثمالي (٢) عن أبي جعفر عليه السلام ورواه محمد بن مسلم (٣) عن «أحدهما عليهما السلام» وصحيحه معاوية بن عمار (٤) وصحيحه عبد الله بن سنان (٥) ورواه سليمان بن خالد (٦) والمتبادر من هذه الروايات ان الاقتسام انما وقع من الشركاء بمجرد تميز سهام كل واحد

ص: ١٧٤

-
- ١-١) التهذيب ج ٦ ص ٢١٢ ح ٥ الفقيه ج ٣ ص ٥٥ ح ١ الوسائل ج ١٣ ص ١٥٩.
 - ٢-٢) الوسائل ج ١٣ باب عدم قسمه الدين المشترك قبل قبضه ص ١٧٩ ح ١.
 - ٣-٣) الوسائل ج ١٣ باب عدم قسمه الدين المشترك قبل قبضه ص ١٧٩ ح ١.
 - ٤-٤) الوسائل ج ١٣ باب عدم قسمه الدين المشترك قبل قبضه ص ١٨٠ ح ٢.
 - ٥-٥) الوسائل ج ١٣ باب عدم قسمه الدين المشترك قبل قبضه ص ١٨٠ ح ٢.
 - ٦-٦) التهذيب ج ٦ ص ٢٠٧ ح ٨، الوسائل ج ١٣ ص ١١٦ ح ١.

من ذلك المال المشترك الموجود بأيديهم، مثليا كان ذلك المال أو قيميا بعد تعديله كما تقدم، من غير توقف على قاسم من جهة الامام، ولا قرعه في البين بأن رضى كل منهم بعد تساوى السهام بنقل حصته، مما فى يد شريكه بحصه شريكه مما فى يده، وكذلك قسمه ما فى الذمم مما لم يكن فى أيديهما، الا أنه (ع) أبطل قسمه الغائب.

و بالجمله فإنى لم أقف فى الاخبار على ما ذكره من القرعه، والقاسم من جهة الإمام، بل ظاهرها كما ترى هو الصحه مع تراضيها بما يقتسمانه، وهو مؤيد لما تقدم نقله عن شيخنا الشهيد الثانى من أن القسمه مطلقا معاوضه، و ما ذكره المحقق المذكور من قوله، و الا الظاهر أنه يكفى الرضا بأخذ كل واحد قسما بعد التعديل، الى آخره فان هذا هو ظاهر هذه الاخبار، فإن قيل:

ان غايه ما يدل عليه هذه الاخبار أنهما اقتسما فيمكن حمله على القسمه التى ذكرها الأصحاب، كما تقدم من حضور القاسم من جهة الامام و القرعه، و حكم المثلى و القيمى -قلنا: هذا فرع ثبوت هذه المذكورات فى الاخبار، و الا فالمتبادر انما هو ما قلناه من تمييز الحصص و السهام بعضها عن بعض من أولئك الشركاء، لا من شخص آخر، و هو ظاهر الاخبار، حيث نسب الاقتسام الى الشريكين، و الأصحاب قد ذكروا القسمه فى هذا الكتاب، و فى كتاب القضاء، و ذكروا لها أحكاما عديده لم نقف لها على أثر فى الاخبار فى كل من الموضوعين المذكورين، و القرعه قد وردت بها الاخبار فى جملة من الموارد، و لم يذكر فيها هذا الموضوع الذى ذكره هنا، و غايه ما يدل عليه عمومات بعض أخبارها التوقف عليها فى موضع النزاع، مثل

قول الصادق (عليه السلام) فيما رواه الصدوق (1):

و ما تقارع قوم ففوضوا أمرهم الى الله تعالى الإخراج سهم المحق،. و أما مع التراضى فلا أثر فى الاخبار لاعتبارها و التوقف عليها، و كأنه بسبب التراضى يكون من

ص: ١٧٥

قبيل الصلح في هذه المعاوضه، كما ورد في

صحيحه محمد بن مسلم (1) عن أحدهما (عليهما السلام) انه قال:

في رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه، ولا يدري كل واحد منهما كم له عند صاحبه، فقال كل واحد منهما لصاحبه: لك ما عندك و لي ما عندى، فقال: لا بأس بذلك إذا تراضيا، و طابت أنفسهما».

نعم لو لم يحصل التراضى بعد تعديل القسمة أمكن القول بالقرعه، لهذا الخبر و نحوه، و بالجمله فإن القسمة و ما ذكر فيها من الأحكام غير موجود في كلام متقدمى علمائنا الاعلام، و لا أخبار أهل الذكر، عليهم السلام.

و الذى يغلب على الظن القاصر أن الشيخ و من تبعه من الأصحاب قد تبعوا في هذه المقامات العامه حيث أطالوا البحث عن ذلك في كتبهم بهذه الفروع التى ذكرها الأصحاب اختلافا و اتفاقا، و لا يخفى على الخائض فى الفن و الناظر فى كتب المتقدمين المقصوره على الاخبار، و أنه لم يقع التفرع فى الأحكام، و كثره الفروع فى المسأله الواحده، سيما فى هذا الباب الا من الشيخ و تبعه من تأخر عنه، و كلها من كتب العامه، و قد تقدمت الإشاره الى ذلك أيضا و الله العالم.

الخامسه [فى عدم صحه قسمه الوقف]

قد صرح الأصحاب بأنه لا يصح قسمه الوقف بأن يأخذ كل واحد من الشركاء فيه بعضا و يتصرف فيه على حده و تفصيل هذا الإجمال أنه يقال: انه متى كان الواقف واحدا أو متعددا و الموقوف عليه متعددا كأن يقف زيد داره على ذريته من الموجودين و ما تناسل منهم وقفا مؤيدا مشتملا على شرائط الصحه و اللزوم، أو يكون نصف الدار لزيد، و نصفها لعمره، فيقف كل منهما حصته على تلك الذريه مثلا، فإنه فى هذه الصوره لا يجوز للموقوف عليهم قسمه الوقف، لأنه أولا- على خلاف وضع الواقف و الموقوف على ما وقفت عليه، كما ورد

ص: ١٧٦

(١-١) التهذيب ج ٦ ص ٢٠٦ ح ١، الكافي ج ٥ ص ٢٥٨ ح ٢، الوسائل ج ١٣ ص ١٦٥ ح ١.

و ثانياً أن الوقف ليس ملكاً لأولئك الموجودين الآن، لمشاركه البطون الآخر لهم في ذلك.

و ثالثاً ان الحق يتغير بزيادة البطون و نقصانها، فربما استحق بعض بطون المتقاسمين أكثر مما ظهر بالقسمه، لمورثهم و بالعكس، و أما لو تعدد الواقف و الموقوف عليه بأن كانت الدار مشتركه بين زيد و عمرو أنصافاً، فوقف زيد نصفه على ذريته و وقف عمرو نصفه على ذريته، فإنه يجوز للموقوف عليهم من الطرفين قسمه هذا الوقف، بأن يميزوا أحد الواقفين عن الآخر، و متى كان جزء من المال وقفاً، و جزء منه ملكاً، كبيت مثلاً - نصفه وقف، و نصفه ملك، فإنه يجوز قسمته، و تميز الملك من الوقف، و يكون ناظر الوقف بمنزله الشريك يتولى المقاسمه مع المالك.

قال في المسالك: هذا إذا لم تشتمل على رد، أو اشتملت و كان الرد من الموقوف عليه، لأنه زياده في الوقف، فلو انعكس لم يصح، لأنه كبيع جزء من الوقف، ثم على تقدير الرد من الموقوف عليه، هل يصير جميع حصته وقفاً؟ أم يكون ما قابل الرد من الحصة ملكاً له، لأنه معاوض عليها، احتمالان، و الثاني أوجه.

ص: ١٧٧

١ - ١) أقول: و توضيحه أنه إذا وقف على ذريته على السويه ما تناسلوا بطناً بعد بطن فاتفق أن البطن الأول كان اثنين فإنهم يقتسمون الحاصل أنصافاً، و لو كان البطن الثاني ثلاثة، فإنهم يقتسمونه أثلاثاً و هكذا، فلو أن أصحاب البطن الأول اقتسموا الوقف أنصافاً ثم اتفق أن ورثه أحدهما كان اثنين و ورثه الآخر واحداً فان هذين الاثنين يستحقان ثلثا الوقف بالنظر الى وقف الواقف، و ان كان مورثهم انما يستحق النصف و ذلك الواحد بالنظر الى ما ذكرنا انما يستحق الثلث و ان كان مورثه يستحق النصف و على هذه الصورة فقس. منه رحمه الله.

نعم لو كان في مقابله الرد وصف محض كالجوده كان الجميع وقفا، لعدم قبوله الانفصال، و لا فرق في جواز قسمه الوقف من الطلق بين كون الجميع لواحد، أو مختلف. انتهى.

السادسه [استحباب نصب القاسم للإمام]

قد صرح غير واحد منهم بأنه يستحب للإمام (عليه السلام) نصب قاسم و يشترط عدالته و معرفته بالحساب، و قيل: بل ينبغي ذلك للحاكم مطلقا، و قال في الدروس: يستحب للقاضي نصب قاسم كامل مؤمن عاقل عارف بالحساب و لو كان عبدا، و لا يراعى فيمن تراض به الخصمان ذلك. انتهى، و علله بعضهم باحتياج الناس إليه، إذ قد يحصل الرضا في التعديل بقول بعضهم بعضا و لا يعرفون ذلك خصوصا في قسمه الرد و دليل اشتراط عدالته الوثوق بقوله، و أما معرفته للحساب، فلا بد منها بمقدار ما يحتاج إليه في القسمه، و انه لا يكفي الواحد في قسمه الرد الا مع الرضا، لانه يحتاج فيها الى التعديل في القسمه حتى يتساوى الأقسام، بأن يقوم تلك العروض المراد قسمتها، و هل المراد بقسمه الرد هي ما اشتملت على رد من أحد الطرفين دراهم أو عروضاً في مقابله الزيادة من الطرف الآخر أو ما هو أعم من ذلك و من التعديل و التسويه بين الأقسام! و ان لم يحتج الى رد.

و بالجمله المراد بقسمه الرد التعديل، لا الرد الحقيقي، قولان. و الأول منقول عن الدروس، و بالثاني صرح المحقق الأردبيلي (رحمه الله عليه).

أقول: و يؤيد الأول قولهم أنه يقسم ما اشتمل على الرد قسمه تراض، و كيف كان فالاحتياج الى العدلين، و عدم الاكتفاء بالواحد لأن القسمه يتوقف على التقويم، فلا بد من مقومين عدلين، ليكونا حجه شرعيه، و لانه لا يحصل الوثوق بحيث يلزم الا بقولهما، هذا إذا لم يتراضيا بينهما بالقسمه بأنفسهما أو بشخص يتفقان عليه، عدل أو غير عدل، لان الرضا سيد الأحكام كما قيل.

قالوا: و أجره القسام من بيت المال، لانه موضوع لمصالح العامه، و لو لم

يكن فيه شيء أو لم يكن ثمه بيت مال فمن مال الشركاء، لانه لمصالحهم فهو كالكيال و الوزان لهما، و ينبغي أن يكون ذلك بالحصص بينهم، بأن يقسم أجره المثل على الحصص، فيعطى كل بنسبه ماله.

أقول: لا يخفى أنه لا وجود لهذه الأحكام فى الاخبار كما أشرنا إليه آنفا، و ان كان بعضها يمكن استنباطه، و عمومات الاخبار فى غير هذا المقام يأتى ان شاء الله فى كتاب القضاء، وفق الله تعالى للوصول اليه.

الفصل الثالث فى لواحق هذا الباب:

اشاره

و فيه أيضا مسائل

[المسأله] الأولى [فى مشاركه الآخر فيما استوفاه شريكه من الثمن]

- المشهور بين الأصحاب أنه إذا باع الشريكان المتاع صفقه بثمان معلوم ثم استوفى أحدهما من المشتري شيئا من الثمن، فإنه يشاركه فيه الآخر، و احترزوا بقولهم صفقه عما إذا باع كل منهما نصيبه بعقد على حده، فإنهما لا يشتركان فيما يقتضيه أحدهما إجماعا.

و الأصحاب فرضوا هذا الحكم فى بيع الشريكين المتاع صفقه، لمناسبه باب الشركه، و الا فهو يجرى أيضا فيما لو كان سبب الشركه ميراثا و نحوه، و لم ينقل الخلاف فى هذه المسئله الا عن ابن إدريس، فإنه منع من الشركه فيما يقتضيه أحدهما لنفسه من ذلك المال المشترك، و حكم به لقاوضه.

قال: و إذا كان بينهما شيء فباعاه بثمان معلوم، كان لكل منهما ان يطالب المشتري بحقه، فإذا أخذ حقه شاركه فيه صاحبه على ما قدمناه، لأن المال الذى فى ذمه المشتري غير متميز، فكل جزء يحصل من جهته، فهو شركه بعد بينهما على ما ذكره شيخنا فى نهايته، «و الذى يقتضيه أصول مذهبتنا أن كل واحد من الشريكين يستحق على المدين قدرا مخصوصا و حقا غير حق شريكه، و له هبه الغريم، و إبراءه منه، فمتى أبرءه أحدهما من حقه برء منه فقط، و بقى حق الآخر الذى لم يبرءه منه فقط بلا خلاف، فإذا استوفاه و تقاضاه منه لم يشاركه شريكه الذى وهب، أو

أبرأ أو صالح منه على شيء بلا خلاف.

فان كان شريكه بعد في المال الذي في ذمه الغريم، لكان في هذه الصور كلها يشارك من لم يهب و لم يبرء فيما، يستوفيه منه و يقبضه، ثم ان عين المال الذي كان شركه بينهما ذهبت و لم يستحقا في ذمه الغريم الذي هو المدين عينا لهما معينه، بل دينا في ذمته لكل واحد منهما مطالبه نصيبه، و إبراء ذمته و هبته، و إذا أخذه و تقاضاه فما أخذ عينا من أعيان الشركه حتى يقاسمه شريكه فيها» و لم يذهب الى ذلك سوى شيخنا أبي جعفر الطوسي في نهايته، و من قلده و تابعه، بل شيخنا المفيد محمد بن محمد بن النعمان لم يذكر ذلك في كتاب له و لا تصنيف، و كذلك السيد المرتضى، و لا تعرضا للمسأله، و لا وصفها أحد من أصحابنا المتقدمين في تصنيف له جملة، و لا ذكرها أحد من القميين، و انما ذكر ذلك شيخنا في نهايته من طريق أخبار الآحاد أو رد ثلاثه أخبار أحدها مرسل، و عند من يعمل بأخبار الآحاد لا يلتفت اليه، و لو سلم الخبران الآخران تسليم جدل، لكان لهما وجه صحيح يستمر على أصول المذهب و الاعتبار، و هو أن المال الذي هو الدين كان على رجلين، فأخذ أحد الشريكين و تقاضاه جميع ما على أحد الرجلين فالواجب عليه هنا أن يقاسم شريكه على نصف ما أخذه منه، لأنه أخذ ما يستحقه عليه و ما يستحقه شريكه أيضا عليه، لا-ن جميع ما على أحد المدينين لا- يستحقه أحد الشريكين بانفراده، دون شريكه الآخر، فهذا وجه صحيح، فيحمل الخبران على ذلك إذا أحسنا الظن براويهما، فليأمل ذلك، و ينظر بعين الفكر الصافي ففيه غموض، انتهى.

و ملخص استدلاله يرجع الى دليلين، أحدهما أن لكل واحد من الشريكين أن يبرء الغريم من حقه، و يهبه له و يصالح على شيء منه دون الآخر، و متى أبرأه برء من حقه، و ان بقي حق الآخر، و كذا إذا وهب أو صالح، فكما لا- يشارك من وهب أو صالح لشريك الآخر إذ استوفى حقه، فكذلك لا يشاركه هو لو استوفى حقه.

و ثانيهما أن متعلق الشركه بينهما كان هو العين و قد ذهبت، و لم يبق عوضها

الا دين فى ذمته، فإذا أخذ أحدهما حقه منه لم يكن قد أخذ عينا من أعيان الشركه، بل من أمر كلى فى ذمته لا يتعين الا قبض المالك أو وكيله، و هنا ليس كذلك، لأنه إنما قبض لنفسه.

أقول: فيه أولا- أن ما ذكره من الدليل الأول ظاهر البطلان، إذ لا ملازمه بين الأمرين، بل الفرق بين الحالين ظاهر، فإنه فى صوره الإبراء أو الهبه أو الصلح قد برئت ذمه الغريم من مال الشريك الذى أبرأه، أو وهبه أو صالحه، و لم يبق فى ذمته إلا- حصه الشريك الآخر، فكيف يشاركه فيما استوفاه، و هو لم يستحق شيئا بالكلية بل صار كالأجنبى، بخلاف ما لو لم يقع شيء من هذه الثلاثه، وبقى المال المشترك فى ذمه الغريم، كما هو محل البحث، فإذا دفع شيئا و الحال هذه فإنما دفع عما فى ذمته من المال المشترك، و المدفوع إنما هو من المال المشترك، فلا يختص به القابض.

و ثانيا أن ما ذكره فى الدليل الثانى فهو وجه عقلى لا يسمع فى مقابله النصوص الصريحه الصحيحه، فإنها اجتهدت بحت فى مقابله النصوص، و هو على قاعدته المنهده و طريقته المنخرمه من عدم العمل باخبار الآحاد جيد أما عند من لا يقول بقوله، بل يعمل بها فلا- وجه لهذا التعليل فى مقابلتها، و أما ما يفهم من المسالك من الميل الى ما ذهب اليه ابن إدريس، تمسكا بما ذكره فى الدليل الثانى حيث أيدته و شيدته بوجوه أطال بذكرها، و طعن فى أخبار المسئله حيث قال:

انها قاصره عن الاستدلال بها لإرسال بعضها، و ضعف الآخر و عدم صراحه المطلوب فى بعضها، ففيه أن الكلام معه فى هذا المقام يرجع الى الاستدلال بالأخبار المذكوره، و بيان صحتها و صراحتها فى المدعى، فالواجب ذكرها هنا و بيان ما يدل عليه، و ان كنا قد قدمناها فى كتاب الدين من المجلد المتقدم.

فتقول من الاخبار المذكوره، ما رواه

الشيخ و الصدوق فى الصحيح عن

ص: ١٨١

سليمان بن خالد (١) قال: «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجلين كان لهما مال منه بأيديهما و منه متفرق عنهما، فاقتهما بالسويه ما كان في أيديهما و ما كان غائباً عنهما، فهل لك نصيب أحدهما مما كان عنه غائباً، واستوفى الآخر أ يرد على صاحبه؟ قال: نعم ما يذهب ماله».

و ما رواه

الشيخ في الموثق عن عبد الله بن سنان (٢) عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال:

«سألته عن رجلين بينهما مال، منه دين و منه عين فاقتهما العين و الدين، فتوى الذى كان لأحدهما من الدين أو بعضه، و خرج الذى للآخر أ يرد على صاحبه؟ قال: نعم ما يذهب بماله».

و عن أبي حمزه (٣) قال:

«سئل أبو جعفر (عليه السلام) عن رجلين بينهما مال، منه بأيديهما، و منه غائب عنهما فاقتهما الذى بأيديهما، و أحال كل واحد منهما بنصيبه من الغائب، فاقتهما أحدهما و لم يقتضى الآخر قال: ما اقتضى أحدهما فهو بينهما، ما يذهب بماله؟».

و مثل ذلك رواه غياث (٤) عن جعفر عن أبيه عن على (عليهم السلام)، و موثقه محمد بن مسلم (٥) عن أحدهما، و موثقه معاوية بن عمار (٦) عن أبي عبد الله عليه السلام، و لا يخفى على المتأمل المنصف أنه لا مجال للطعن فى هذه الاخبار، و بعد ضم بعضها الى بعض، فإنهم فى كثير من الأحكام يعتمدون على خبر واحد ضعيف باصطلاحهم مع جبره بالشهره فكيف بهذه الاخبار على تعددها و شهره القبول بها، إذ لا مخالف فى ذلك سوى ابن إدريس، و وجود الصحيح

ص: ١٨٢

١-١) الفقيه ج ٣ ص ٢٣ ح ٩، التهذيب ج ٦ ص ٢٠٧ ح ٨، الوسائل ج ١٣ ص ١١٦ ب ١.

٢-٢) التهذيب ج ٧ ص ١٨٦ ح ٧.

٣-٣) التهذيب ج ٧ ص ١٨٥ ح ٤.

٤-٤) الفقيه ج ٣ ص ٥٥ ح ١، التهذيب ج ٦ ص ٢١٢ ح ٥.

٥-٥) التهذيب ج ٧ ص ١٨٦ ح ٥، و هذه الروايه فى الوسائل ج ١٣ ص ١٧٩.

٦-٦) التهذيب ج ٧ ص ١٨٦ ح ٦، و هذه الروايه فى الوسائل ج ١٣ ص ١٨٠.

باصطلاحهم فيها و به يظهر أن المناقشه فيها من حيث السند واهيه لا يلتفت إليها هذا مع تسليم العمل بهذا الاصطلاح المحدث، و الا فالأمر أهون من ذلك، كما تقدم تحقيقه في جلد كتاب الطهاره من الكتاب.

و أما من حيث الدلاله فهى داله بعمومها على جريان الحكم المذكور فى الدين مطلقا، اتحد المديون أو تعدد، و تخصيصها كما ادعاه ابن إدريس فيما قدمنا نقله عنه بما إذا كان الدين على رجلين الى آخر ما ذكره يحتاج الى مخصص من الاخبار فليس، و به يظهر ما فى المناقشه فى الدلاله بأنها غير صريحه فى المطلوب، كما ذكره شيخنا المتقدم ذكره، و لو تم ما ذكره لبطل الاستدلال بالعمومات، و هو خلاف ما عليه جميع العلماء الاعلام، و أرباب النقض و الإبرام، و غايه ما تعلق به فى دليله الثانى أن متعلق الشركه انما هو العين و قد فاتت فإذا أخذ أحد حقه لم يكن قد أخذ عينا من الأعيان المشتركه، بل من أمر كلى إلى آخر ما ذكره.

و فيه أنه ما المانع من جعل الثمن مشتركا كالعين، إذا اقتضته الأدله الشرعيه، بحيث يترتب عليه ما يترتب عليها، و أى وجه قبح فى ذلك، فكل جزء يحصل من ذلك، فهو بينهما كما أن الأمر فى العين كذلك.

و بالجملة فإن الخروج عن ظواهر الاخبار بمجرد هذا الاعتبار مقابله للنص بالاجتهاد، و فيه خروج عن جاده السداد. و أما قوله ان هذه المسأله لم يتعرض لها أحد من المتقدمين، ففيه أولا- أن عدم التعرض لها و الغفله عنها لا يوجب عدم القول بها، مع قيام الدليل عليها، و كم قد غفل المتقدمون عن جمله من الأحكام، و نبه عليه المتأخرون، بل المتأخرون و نبه عليها متأخر و المتأخرين.

و ثانيا أن جل المتقدمين لم يصنفوا فى فروع الأحكام و يبسطوا القول فيها، و التفريع و البحث عنها، و انما كانوا يذكرون الأخبار المتعلقة بالأحكام، و هذه الطريقه كما أشرنا إليه آنفا، انما كان مبدؤها من الشيخ، على أن الصدوق قد نقل فى الفقيه صحيحه سليمان بن خالد المذكوره، و هو يؤذن بقوله بمضمونها، بناء

على قاعدته المذكوره فى كتابه، والأصحاب انما ينسبون اليه الأقوال باعتبار ذلك، فهو حينئذ من جمله القائلين بالقول المشهور.

و ابن الجنيد قد صرح أيضا بذلك، و هو من المتقدمين على الشيخ فإنه قال:

لو اقتسم الشريكان و كان بعض المال فى أيديهما و بعضه غائبا عنهما فاقتهما الذى بأيديهما، و اختار كل واحد منهما بنصيبه من الغائب فقبض أحدهما، و لم يقبض الآخر فما قبض من المال بينهما. انتهى.

إذا عرفت ذلك فاعلم: أن فى المقام اشكالا و ذلك أن مقتضى كلام الأصحاب فى هذه المسألة أن الدين لا يقبل القسمة، و أن كل ما خرج منه فهو مشترك سواء كان فى ذمه واحده أو ذمه متعدده، و قضيه الحكم بالاشتراك برأيه الغريم من حصه الشريك الآخر الذى لم يقبض من ذلك المدفوع لاستحاله بقاء الدين فى الذمه مع صحه قبض عوضه، و أنه لو تلف فى يد القابض يكون التالف بينهما كلا أو بعضا، لأن الحق الكلى المشترك الذى كان فى الذمه تعين بالقبض فى المأخوذ، فهو لهما فلا يجوز لأحدهما التصرف فيه، الا بإذن الآخر.

و هذا هو ظاهر الاخبار المتقدمه، و الأصحاب لا يقولون بذلك فى الموضوعين المذكورين، فإنهم صرحوا بالنسبه إلى الأول بأنه مخير فى الرجوع على الشريك أو الغريم، و بالنسبه الى الثانى أن التالف يكون من القابض خاصه لا يرجع على الشريك بشىء منه.

قال فى التذكرة: لا يصح قسمة ما فى الذمم الى أن قال: فلو تقاسما ثم توى بعض المال رجع من توى ماله على من لم يتو، و قال فى موضع آخر: لو كان لرجلين دين بسبب واحد، اما عقد أو ميراث أو استهلاك أو غيره فقبض أحدهما منه شيئا فللاخر مشاركته فيه، و هو ظاهر مذهب احمد بن حنبل، لما تقدم فى المسألة السابقه فى روايه معاويه بن عمار، و لان تملك القابض ما قبضه يقتضى قسمة الدين فى الذمه من غير رضاء الشريك، و هو باطل، فوجب أن يكون المأخوذ

لهما، و الباقي بينهما، و لغير القابض الرجوع على القابض بنصفه، سواء كان باقيا في يده أو أخرجه عنها، و له أن يرجع على الغريم، لأن الحق ثابت في ذمته لهما على وجه سواء، فليس له تسليم حق أحدهما إلى الآخر، فإن أخذ من الغريم لم يرجع على الشريك بشيء، لأن حقه ثابت في أحد المحلين، فإذا اختار أحدهما سقط حقه من الآخر، و ليس للقابض منعه من الغريم، بأن يقول: إنما أعطيتك نصف ما قبضت، بل الخيره له من أيهما شاء قبض، و ان هلك المقبوض في يد القابض تعين حقه فيه، و لم يضمه الشريك، لأنه قدر حقه فيما تعدى بالقبض، و انما كان لشريكه مشاركته، لثبوتها في الأصل مشتركاً، و لو أبرأ أحد الشريكين الغريم من حقه براء، لأنه بمنزلة قبضه، و ليس للشريك الرجوع عليه بشيء، لأنه لم يقبض شيئاً من حق الشريك انتهى.

و هو ظاهر فيما قدمنا نقله عنهم مع ورود ما ذكرناه عليه.

و يزيده بيانا أنه لا يخلو الأمر في هذا المقبوض، اما أن يتعين كونه من الدين المشترك الذي في الذمه، و حينئذ فيترتب عليه ما يترتب على المشترك، من أنه لو تلف كان من الجميع، و عدم الرجوع على الغريم بحصته من ذلك لأن الحق المشترك قد تعين، و انحصر في المأخوذ، و أنه لا يجوز للشريك التصرف فيه الا بإذن الآخر.

و اما أن لا يتعين كونه منه، فإنه يكون باقيا على ملك الغريم، و لا يتعين حق القابض فيه، فضلا عن الشريك الآخر و هم لا يقولون بذلك، أو يتعين كون الكل حقه، كما يدل عليه قولهم أنه لو تلف في يده تعين حقه فيه، و لم يضمه الشريك، فلا وجه لرجوع الشريك عليه، و كونه شريكا له فيه، و لا معنى لقولهم: «أن الدين غير قابل للقسمه».

و بالجملة: فإن كلامه هنا لا يخلو من تدافع و تناقض، و توضيحه زياده على ما عرفت أن قوله: «يقتضى قسمه الدين في الذمه من غير رضی الشريك و هو باطل» يعطى أنه مع الرضاء صحيح، و هم لا يقولون بذلك، و قوله: «فوجب أن يكون المأخوذ لهما،

و الباقي بينهما» صريح في الشركه، و كذا قوله: «رجع من توى ماله على من لم يتو» و حينئذ فيجب أن يترتب عليه ما ذكرناه من عدم الرجوع على الغريم و كان التالف منهما، و قوله: «فليس له تسليم حق أحدهما إلى الآخر» ظاهر في عدم تعيين حق للشريك الآخر في ذلك المقبوض، و كذا قوله: «تعدى بالقبض» مع أنه لا خلاف في التشريك.

و يمكن الجواب عن الاشكال المذكور و ما يترتب عليه من هذه الأمور، بأن يقال: ان الحكم بأن ما خرج فهو مشترك بينهما- يجرى فيه ما يجرى في المشتركات- ليس على إطلاقه، اللزم منه تعيين حق الشريك في ذلك المقبوض من حيث الشركه.

و كذا قولهم: «ان الدين المشترك لا يقبل القسمة» ليس على إطلاقه، بل المراد أنه إذا طالب أحد الشريكين بحقه فلا شبهه في استحقاقه ذلك، و من ثم أجمعوا على أن له المطالبه منفردا، فإذا دفع له المديون شيئا من المال المشترك على أن يكون حقه و حصته، فللشريك الآخر إجازة ذلك و الرضاء به، فيكون شريكا له فيه، و أن لا يرضى به و لا يجيزه، فيكون حقه باقيا في ذمه المديون، و من هنا قالوا: بالتخير بين الرجوع على الشريك، أو الرجوع على المديون، و أنه مع التلف يكون على القابض خاصه، دون الشريك، يعني من حيث عدم الإجازة و الرضاء بذلك، و أن حقه رجع الى ذمه المديون، و أما قولهم: «أن الدين المشترك لا يقبل القسمة»، فالمراد أنه لا يقبل القسمة مع استلزامها فوات حق أحد الشريكين، و الا فالقسمة فيه جائزه مفیده للملك في الجملة، الا أن لزومها متوقف على حصول حصه كل من الشريكين بيده أو يد و كيله، فلو تراضيا بالقسمة صحت بشرط وصول كل حق الى مستحقه أو بمعنى أن ما حصل فلهما و ما توى فعليهما.

ألا ترى أن الاخبار المتقدمه كلها متفقه في أنه بعد القسمة ان توى مال أحدهما و خرج مال الآخر رجع من لم يقبض على من قبض و أن رجوع من لم يقبض

على من قبض، انما هو من حيث ذلك، و لا دلالة فيها على المنع من القسمه، مع وصول كل حق الى مستحقه، بل ظاهرها أنه مع ذلك فالقسمه صحيحه، فإن قوله (عليه السلام) من جملتها «ما يذهب بماله» ظاهر، في أنه لو لم يذهب شيء من المال، كانت صحيحه، و حينئذ فلو فرضنا وقوع القسمه بغير رضاها، بأن أخذ أحد الشريكين حصه من الغريم، على أنها حصته فقط، فليس للشريك الأخر مزاحمته و الأخذ منه لأن حقه في ذمه الغريم، و قد أعطاه حقه، فيكون المال له الا أن لزوم ذلك و صيرورته بحيث لا يزاحمه الشريك الأخر موقوف على وصول حق الشريك اليه و عدم تلفه، و هذا الوجه أنسب بالنظر الى الاخبار كما عرفت، و الأول أنسب بالنسبه إلى كلام الأصحاب و الله العالم.

المسألة الثانية [في عدم جواز الشركه بكون الجمل من أحدهما و السقاء من الآخر]

قال في المختلف: إذا شارك نفسان في سقاء، على أن يكون من أحدهما جمل، و من الآخر روايه، و استقى فيها على أن ما يرتفع يكون بينهم لم يصح هذه الشركه، لان من شرطها اختلاط الأموال، و هذا لم يختلط، و لا يمكن أن يكون إجاره، لأن الأجره فيها غير معلومه، فالحاصل للسقاء، و يرجع الآخرا عليه بأجره المثل في مالهما من جمل و روايه.

قاله ابن إدريس و الشيخ أيضا، قال ذلك في المبسوط، قال فيه: وقيل:

يقتسمون بينهم أثلاثا، و يكون لكل واحد منهما ثلثها، و يكون لكل واحد منهم على صاحبه أجره ماله على كل واحد منهما ثلثها، و يسقط الثلث، لان ثلث النفع حصل له، قال الشيخ: و الوجهان قريان، و يكون الأول على وجه الصلح، و الثاني من الحكم، و ما قر به الشيخ قريب انتهى.

أقول: لا ريب في بطلان الشركه المذكوره لأنها مركبه من شركه الأبدان و شركه الأموال مع عدم المزج، و كل منها باطل كما تقدم، و مقتضى القواعد في مثل هذا هو ما ذكر أولا من أن الحاصل للسقاء و يرجع عليه الآخرا بأجره المثل.

و أما الثانى فلا وجه له، الا، أن يرجع الى أجره المثل، فقول الشيخ أن الأول على وجه الصلح، و الثانى من الحكم لا أعرف له وجهها و جيهها، و توضيح الثانى من الوجهين المذكورين أنه يقسم الحاصل بينهم أثلاثا، فإن كانت أجره مثلهم متساويه فلا بحث، و ان كانت متفاضله رجع كل واحد منهم بثلث أجره مثله على الآخرين، مضافا الى الثلث الذى حصل له، فلو فرض أن الحاصل كان ستة دراهم، فإنهم يقتسمونها أثلاثا لكل واحد درهمان، و كان أجره المثل للسقاء ثلاثه دراهم، و لصاحب الروايه درهمان، و لصاحب الدابه درهم، فإنه يرجع السقاء بثلث أجرته، و هو درهم على صاحب الدابه، و بثلثهما و هو درهم على صاحب الروايه فيحصل عنده أربعة دراهم، و يرجع صاحب الروايه على كل من السقاء و صاحب الدابه بثلثى درهم، فصار معه درهمان و ثلث درهم، و يرجع صاحب الدابه على كل من الآخرين بثلث درهم فصار معه درهم، و حينئذ فيصير لكل واحد أجره مثله، و هى ثلاثه للسقاء و اثنان لصاحب الروايه، و واحد لصاحب الدابه.

قال فى المسالك بعد ذكر الوجه الأول. و هذا يتم مع كون الماء ملكا للسقاء أو مباحا و نوى الملك لنفسه أو لم ينو شيئا، أما لو نواه لهم جميعا كان كالوكيل، و الأقوى أنهم يشتركون فيه، حينئذ و يكون أجرته و أجره الروايه و الدابه عليهم أثلاثا فيسقط عن كل واحد ثلث الأجره المنويه اليه، و يرجع على كل واحد بثلث انتهى.

و أنت خير بأن ظاهر عباره الشيخ المتقدمه هو كون محل الوجهين أمرا واحدا، و عليه جمد العلامه فى نقله له، و ظاهر كلامه هنا أن كلا من الوجهين مبنى على أمر غير ما بنى عليه الآخر، على انه سيأتى فى المسئله الاتيه ما يدل

على أن المراد مجرد هذه النية التي فرع عليها هذا الوجه لا- يؤثر في الاشتراك، كما هو صريح عبارته المحقق الآتية في تلك المسألة، وكذا صريح عبارته الشيخ الآتية، وظاهره الجمود على عبارته المحقق الآتية، وإنما نازع في الوكيل خاصة، و دعواه هنا أنه كالوكيل يجرى في عبارته المحقق الآتية، مع أنه لم يقل بذلك.

و الله العالم.

[المسألة] الثالثه: لو هاش صيدا و احتطب أو حش بنيه أنه له و لغيره

لم تؤثر تلك النية، و كان بأجمعه له خاصة، صرح به المحقق في الشرائع، و بنحو ذلك صرح الشيخ في المبسوط، فقال: إذا أذن الرجل أن يصطاد له صيدا فاصطاد الصيد بنيه أن يكون للأمر دونه، فلمن يكون هذا الصيد؟ قيل فيه: إن ذلك بمنزلة الماء المباح إذ استسقاء السقاء بنيه أن يكون بينهم، و أن الثمن يكون له دون شريكه، فهيهنا يكون الصيد للصيد دون الأمر، لأنه تفرد بالحيازه، و قيل: أنه يكون للأمر لأنه اصطاده بنيته، فاعتبرت النية و الأول أصح انتهى.

و مقتضى القول الثاني فيما نقله هنا أن يكون كذلك في المسألة التي نقلناها عن المحقق، مع أنه لم ينقل ثمة خلافا، و بناء ما حكموا به على أن المملك هو الحيازه، و النية لا أثر لها هنا و هو مشكل، و قد نقل في المختلف عن الشيخ في باب احياء الموات من الكتاب المذكور أنه إذا نزل قوم موضعا من الموات فحفروا فيه بئرا ليشربوا منها، و يسقوا بها غنمهم و مواشيهم منها مده مقامهم، و لم يقصدوا التملك بالإحياء؛ فإنهم لا يملكونها لأن المحيي إنما يملك بالإحياء إذا قصد تملكه به، فإنه اعتبر هنا النية و القصد الى الملك، و الا لم يملك، و هو ظاهر في عدم الاكتفاء بمجرد الأحياء و الحيازه، و قال في باب الشركه من المبسوط أيضا: يجوز أن يستأجره ليحتطب له أو يحش له مده معلومه.

أقول: و هذا الكلام أيضا ظاهر في أنه لا بد في صحه الحيازه، من

نيه التملك و الا لما صح الاستيجار لأن المستأجر يملكه بمجرد حيازه فلا يتصور ملك المستأجر له، و أما إذا قلنا بتوقفه على النيه، فإنه يصح الاستيجار، و كذا يصح التوكيل في ذلك، لان الملك يكون تابعا للنيه، فإذا نوى ملك غيره مع كونه نائبا عنه صح.

قال في المختلف بعد نقل هذه الأقوال عن الشيخ: و عندي في ذلك تردد.

و قال في المسالك- بعد نقل عبارته الشرائع المتقدمه الداله على جزمه بعدم تأثير النيه و أن الجميع لمن حازه خاصه: ما صورته هذا الجزم انما يعم لو لم يكن و كيلا للغير في ذلك، و الا أتى الإشكال الذي ذكره من توقف ملك المباح على النيه، فإننا لو قلنا بتوقفه و كان و كيلا- ثبت الملك لهما؛ و لو قلنا بعدم توقفه ففي ثبوت الملك للمحيز نظر، من حصوله على الملك و هي الحيازه، فيثبت المعلول، و من وجود المانع للملك و هو نيه عدمه، بل إثباته للغير انتهى.

و أنت خبير بأن مقتضى ما قدمنا نقله عنه في سابق هذه المسئله من أن السقاء لو نوى كون الماء المباح لهم جميعا كان كالوكيل، ينافي ما جمد عليه من جزم المصنف هنا بأنه بأجمعه للمحيز خاصه، و أن النيه لم تؤثر شيئا حيث أنه لم يناقش الا فيما لو كان و كيلا بالفعل.

و بالجمله فإن كلامه في هذين المقامين لا يخلو من نوع مدافعه، و كيف كان فان الكلام في هذا المقام مبني على الكلام في حيازه المباح، و أنه هل يكفي مجرد الحيازه، أو يحتاج إلى النيه، أو تكفي الحيازه مع عدم نيه عدم الملك فلو نوى عدمه أثرت و لم يتم الملك؟ أقوال ثلاثه.

و ظاهر جملة من المحققين كالمحقق في الشرائع و العلامه في جملة من كتبه و منها ما تقدم في عبارته المختلف و نقل عن الشيخ أيضا التوقف في ذلك، و هو في محله، لعدم الدليل الواضح على شيء من هذه الأقوال. و لا يخفى أن هذه

المسئله لا تعلق لها بكتاب الشركه الا من حيث هذين الفرعين المذكورين، و الا فمحلها انما هو كتاب احياء الموات و سنحقق البحث فيها بعد الوصول إليه إنشاء الله تعالى. و الله العالم.

[المسأله] الرابعه [فى حكم بيع أحد الشريكين سلعه بينهما]:

قال المحقق: لو باع أحد الشريكين سلعه بينهما و هو وكيل فى القبض، و ادعى المشتري تسليم الثمن إلى البائع، و صدقه الشريك براء المشتري من حقه، و قبلت شهادته على القابض فى النصف الآخر، و هو حصه البائع لارتفاع التهمه عنه فى ذلك القدر، و لو ادعى تسليمه الى الشريك فصدقه البائع، لم يبرء المشتري من شىء من الثمن، لأن حصه البائع لم تسلم اليه و لا الى وكيله، و الشريك منكر، فالقول قوله مع يمينه، و قيل: يقبل شهاده البائع، و المنع فى المسئلتين أشبه. انتهى.

أقول: تحقيق الكلام فى هذا المقام يقع فى موضعين: أحدهما- ما لو كانت الدعوى بين البائع من الشريكين و المشتري، و هى تنجر بالأخره أيضا الى الدعوى بين الشريكين كما سيظهر لك إنشاء الله تعالى، فهيهنا صورتان: الاولى- وقوع الدعوى بين البائع من الشريكين و المشتري، و المفروض فيها أن البائع من الشريكين و وكيل من جهه الشريك الآخر فى قبض الثمن، كما أنه وكيل فى البيع، ففى هذه الحاله ادعى المشتري أنه دفع الثمن إلى البائع، و صدقه الشريك الآخر، و أنكر البائع ذلك، فإن أقام المشتري اليينه برئت ذمته من الحقين، أما من حق البائع فباليينه و اما من حق الشريك الآخر فبها و بتصديقه للبائع فى دعواه.

و لو كان عدلا قبلت شهادته على شريكه؛ لأن الشهاده على الشريك مقبوله، لا مانع منها، لعدم التهمه، لكنها انما تقبل فى حصه الشريك البائع لا فى الجميع المتضمن لحصه نفسه، لتطرق التهمه فيها (1) كما يشير اليه قوله: «و قبلت شهادته

ص: ١٩١

١ - (١) و وجهه على ما ذكره أنه لو ثبت ذلك بشهادته لطالب الشهود عليه بحقه، و ذلك جر نفع ظاهر، فلا- تقبل حينئذ للتهمه. منه رحمه الله.

على القابض فى النصف الأخر» و هو حصه البائع، لارتفاع التهمه عنه فى ذلك القدر.

و ان لم يقم المشتري بينه بأداء الثمن كان القول قول البائع بيمينه، لانه منكر، و حيثذ فإن حلف استحق أخذ نصيبه خاصه، لاعتراف شريكه ببراءه ذمه المشتري، حيث أنه وافقه على دفع الثمن، و أنه صار برىء الذمه، و أن شريكه قد قبض ذلك أصاله لنفسه، و وكاله عنه، و الوكاله قد بطلت بفعل متعلق الوكاله و هو القبض، فليس له مشاركه الشريك فيما قبضه باليمين و ان كان المال فى الأصل مشتركاً، لاعترافه بأن ما قبضه شريكه ظلم، و أن حقه انما هو فى ذمه شريكه البائع بالقبض الأول، و ان نكل البائع عن اليمين ردت على المشتري.

فان حلف أنه اقبض الثمن جميعه انقطعت عنه المطالبه، و ان نكل (1) الزم بنصيب البائع خاصه.

قالوا: و حيث يثبت الأداء الى البائع باليمين، فللشريك المطالبه بحصته، دون ما إذا ثبت ذلك بشاهد و يمين أو باليمين المردوده على المشتري، أو بنكول البائع على القول بالقضاء به، لان ذلك انما يؤثر فى حق المتخاصمين، لا فى حق غيرهما.

أقول: و الظاهر أن السبب فى ذلك من حيث اليمين، لأنها لا يثبت مالا لغير الحالف كاليمينه، و عليه يتفرع النكول كما لا يخفى.

الصوره الثانيه: الدعوى بين الشريكين، و قد عرفت أن الشريك البائع وكيل من جهه شريكه المدعى هنا فى قبض الثمن، و هو قد صدق المشتري فى

ص: ١٩٢

١- ١) قال فى المسالك: فان نكل يعنى المشتري الزم نصيب البائع ان لم نقض بالنكول، لأصاله بقاء الثمن فى ذمته، حيث لم يثبت الأداء بحصه البائع. انتهى. أقول: و الظاهر ان رد اليمين على المشتري بعد نكول البائع مبنى على ما هو المشهور بين المتأخرين و الا فإنه على القول الأخر، و هو انه متى نكل المنكر عن اليمين يقضى عليه بمجرد نكوله لا يتجه الرد على المشتري. منه رحمه الله.

قبض شريكه له، وحينئذ فالشريك هنا يدعى على شريكه البائع حصته من الثمن، و شريكه يدعى بقاءها في ذمه المشتري لإنكاره القبض منه و على هذا فإن أقام الشريك بينه بأن شريكه البائع قد قبض الثمن من المشتري كما يدعيه رجع عليه بحقه منه، و الا فالقول قول شريكه، لانه منكر القبض، فيقبل قوله مع يمينه، فان حلف انقطعت الدعوى، و ان نكل أو رد اليمين حلف الشريك المقر، و أخذ منه حصته، و لا يرجع البائع بذلك على المشتري، لاعترافه بظلم شريكه له في فعله، و أنه لا يستحق في ذمته شيئاً، و انما حقه باق في ذمه المشتري، و لأن ذمه المشتري بريئه من حصته، لاعترافه بدفع ذلك الى البائع، فلا يمكن أن يقال ان رجوعه عليه لكونه قد أدى عنه ديناً في ذمته، فيرجع به عليه.

هذا كله فيما إذا تقدمت الخصومه الأولى على الثانيه كما رتبناه.

اما إذا تقدمت الثانيه فإن الحكم كما ذكر أيضاً، الا أن الشريك المقر لا تقبل شهادته على البائع، لسبق خصومته فيتطرق إليه التهمه.

و ثانيهما: ما لو كانت الدعوى بين المشتري و الشريك الاذن بأن ادعى المشتري أنه بعد الشراء من الشريك البائع سلم الثمن الى شريكه الآخر، و صدقه الشريك البائع على ذلك، و الشريك المدعى عليه منكر، فالقول قوله بيمينه، كما هي القاعده المتفق عليها.

و تفصيل الكلام هنا أن يقال ان البائع هنا اما أن يكون قد أذن للشريك المدعى عليه في قبض حصته من الثمن أولاً و على التقديرين فاما أن قد أذن أيضاً لشريكه البائع في القبض أم لا، و حينئذ فإن كان الشريك المدعى عليه مأذوناً في القبض برىء المشتري من حصه البائع، لاعترافه بقبض و كيله حيث

أنه صدق المشتري في دعواه الدفع لشريكه، والحال أنه مأذون منه و ان لم يكن مأذونا في القبض لم يبرئ المشتري من حصه البائع، لأنه لم يدفع حصته اليه، و لا الى وكيله، أما عدم الدفع اليه فظاهر، لأن المشتري انما يدعى الدفع على شريكه، و أما عدم الدفع الى وكيله فلان المدعى عليه غير وكيل، و لا مأذون كما هو المفروض، و كذا لا تبرئ ذمته من حصه الشريك المدعى عليه، لإنكاره القبض. و حينئذ فيقدم قول الشريك المدعى عليه بيمينه مع عدم البيه.

ثم ان طالب البائع المشتري بحصته، فلشريكه مشاركته في ذلك كما في كل مال مشترك لأنه منكر للقبض، و المال الذى فى ذمه المشتري مشترك بينهما، و له أن لا يشاركه، بل يرجع على المشتري بحصته و يطالبها، و على تقدير مشاركته للبائع فى حصته التى قبضها من المشتري، إنما يبقى للبائع ربع الثمن و ليس للبائع مطالبه المشتري بعوض ما أخذه شريكه، لأنه يعترف بظلم الشريك له فى المشاركة، و أخذه نصف ما قبضه.

ثم انه متى شارك فيما قبضه (1) رجع ببقية حصته على المشتري، لأن حقه منحصر فيهما، و أما قوله فى آخر العبارة «و قيل: تقبل شهادة البائع و المنع فى المسألتين أشبه»، و أشار بالمسألتين الى هذه المسئلة و سابقتها باعتبار اشتغالها على شهادة الشريك للمشتري على البائع ففيه تفصيل.

أما فى المسئلة السابقة فقد تقدم بيانه، و أما فى هذه فإنه لا يخلو اما أن يكون الشريك المدعى عليه القبض مأذونا من جهة شريكه البائع فى القبض أم لا، فعلى

ص: ١٩٤

١ - ١) أقول: مشاركته له فيما قبضه بناء على ظاهر كلام الأصحاب فى مسأله المال المشترك كما تقدم، و اما على ما يظهر من الاخبار كما تقدمت الإشاره إليه من أن رجوع الشريك على شريكه مقاسمه له مخصوصه بما إذا توى بقيه المال، و الا فالقسمه صحيحه، و حصه الغير القابض يرجع بها على من عليه المال فى ذمته لا على شريكه، الا ان يتعذر حصولها فيرجع على الشريك حينئذ و لا يرجع هنا على الشريك. منه رحمه الله.

الأول لا تقبل لحصول التهمة، لأنه بالنسبة إلى حصته يشهد لنفسه على الذى لم يبع لان المفروض أن القابض مأذون من جهته فى القبض، و وكيل عنه، فهو فى الحقيقه ليشهد لنفسه على شريكه.

و حينئذ يلزم تبعض الشهاده، و الشهاده إذا ردت فى بعض المشهود به هل تسمع فى الباقي أم لا؟ وجهان: عندهم.

و أما على الثانى فإنها تقبل لعدم التهمة، حيث إن الشريك ليس وكيلا للبائع فى القبض، و انما حق البائع باق على المشتري كما تقدم، فليست الشهاده متبعضه كالأولى، هذا ما يفهم من تقرير الأصحاب فى المسئله.

و أما كلام المحقق هنا و اختياره المنع من قبول شهاده البائع، مع أن المفروض فى كلامه انما هو الثانى من هذا التريد، فقيل: ان الوجه فيه أن البائع و هو الشاهد، و ان لم يكن شريكا للقابض فيما قبضه، لعدم الاذن له، الا أن الشهاده تجر نفعاً، من حيث أنه إذا حصل الثبوت بهذه الشهاده بانضمام شاهد آخر أو يمين مثلاً، و قبض هذا الشاهد نصيبه من المشتري مسلم له، و لا يشاركه فيه شريكه، بناء على استحقاق المشاركة إذا لم يثبت القبض، هذا ملخص كلامهم فى هذا المقام.

و لا- يخفى على من راجع كتاب التذكرة أن أصل هذه المسئله و طرحها فى محل البحث انما هو من العامه، كسائر المسائل المذكوره، و لهم فيها أقوال منتشرة، و اختلافات متكرره، و قد جرى فيها أصحابنا على بعض ما جرى عليه، و اختاروا فيها ما جنحوا اليه، و جملة من شقوقها موافقه للأصول الشرعيه، و جملة منها مداركها غامضه خفيه، و الله العالم.

[المسأله] الخامسة [فى اختلاف المشتري و الشريك غير البائع فى القبض]:

قال الشيخ فى الخلاف: إذا كان لرجلين عبدان لكل واحد منهما

عبد بانفراده، فباعاهما من رجل واحد بثمن واحد لا- يصح البيع، لأنه بمنزلة عقدين، لأنه لعاقدين، و ثمن كل واحد منهما مجهول، لأن ثمنهما يتوسط على قدر قيمتهما، و ذلك مجهول و الثمن إذا كان مجهولا بطل العقد، بخلاف ما لو كانا لواحد، لأنه عقد واحد، و انما بطل الأول من حيث كانا عقدين.

و قال فى المبسوط: إذا كانا مختلفى القيمة بطل، و ان تساويا صح انتهى.

و ظاهر كلام جملة من المتأخرين الصحة مطلقا.

قال فى المختلف بعد نقل ذلك عن الشيخ: و القولان ضعيفان عندى، و الحق صحه البيع فيهما، سواء كان متفاوتى القيمة أو متساوى القيمة، لأن الثمن فى مقابله المجموع، و التقسيط الحكى لا- يقتضى التقسيط لفظا، و الجهاله إنما تنطرق بالاعتبار الثانى، دون الأول، و لهذا لو كان عبدا واحدا و لأحدهما فيه حصه و الباقى للآخر و لم يعلم حصه كل واحد منهما فباعاه صفقة واحده صح البيع، و ان اختلف عوض كل واحد من الحصتين، باعتبار اختلافهما و كونهما فى حكم العقدين لا يقتضى كونهما عقدين، و لهذا لو فسخ فى أحدهما لم يكن له الا رد الآخر، و ذلك يدل على اتحاد الصفقة، انتهى.

و بهذا الكلام بأدنى تفاوت عبر فى المسالك، و ربما أشعر ظاهر كلام المحقق فى الشرائع بالتوقف، حيث اقتصر على نقل القولين فى المسألة مع حجه القول بالبطلان، و لم يتعرض لأزيد من ذلك، و الظاهر هو القول بالصحة لما عرفت، و قد مر نظير ذلك فى كتاب البيع فى مسئله بيع ما يملك و ما لا يملك.

أما لو كان العبدان لهما معا أو كانا لواحد فلا اشكال و لا خلاف فى الجواز، لزوال ما توهم منه المنع فى تلك المسئلة و هو تقسيط الثمن عليهما، بل يقسمانه على نسبة الحصص، و كذا لو كانا لواحد مع أن ذلك التقسيط لو أثر لأمكن

تطرقه هنا لو عرض لأحد هما ما يبطل البيع كما لو خرج مستحقا للغير، أو ظهر كونه حرا، فإن البيع في نفس الأمر انما وقع على المملوك، ولا يعلم قسطه من الثمن، ووجه الصحة في الجميع أن ثمن المبيع وقت العقد معلوم، و التوزيع لا-حق، فلا يقدر في الصحة.

[المسألة] السادسة [بطلان شركة الأبدان]:

قد تقدم أن شركة الأبدان باطله، وحينئذ فلو اشتركا كذلك فإن تميز أجره كل واحد عن صاحبه اختص كل واحد بحصته، و لو تميز بعضها اختص أيضا به، و هو مما لا خلاف فيه و لا اشكال، و انما الإشكال مع اشتباه الحال فقيل: أنه يقسم الحاصل على قدر أجره مثل عملهم، نظرا الى أن الغالب العمل بأجره المثل، و أن الأجره تابعه للعمل.

و مثله قسمه ثمن ما باعاه مشتركا بينهما على ثمن مثل ما لكل منهما، و على هذا لو تميز بعض حق كل منهما أو أحدهما ضم إلى الباقي في اعتبار النسبه، و ان اختص به مالكة، و هذا القول اختيار المحقق في الشرائع.

وقيل: بتساويهما في الحاصل من غير نظر الى العمل، لأصله عدم زياده أحدهما على الآخر، و لأن الأصل مع الاشتراك التساوى، و لصدق العمل على كل واحد منهما، و الأصل عدم زياده أحد العاملين على الآخر، و الحاصل تابع للعمل، و نقل هذا عن العلامة في أحد وجهيه، وورد بمنع كون الأصل في المال و العمل التساوى، بل الأصل هنا يرجع إليه، لأن زياده مال شخص أو عمله على آخر و نقصانه و مساواته ليس أصلا لا بحسب العاده، و لا في نفس الأمر.

و بالجمله فضعف هذا الوجه أظهر من أن يحتاج الى مزيد تطويل.

وقيل: بالرجوع الى الصلح، لانه طريق الى تيقن البراءه كما في كل مال مشتبه، و نقل أيضا عن العلامة في الوجه الآخر.

قال فى المسالك: و لا شبهه فى أنه أولى مع اتفاقهما عليه، و الا فما اختاره المصنف أعدل من التسويه.

أقول: و لا يخفى أن المسئله غير منصوصه، و الاحتياط فيها واجب، و هو يحصل بالقول الثالث، و أما الأول فإنه و ان كان أقل بعدا من الثانى الا أنه لا يخلو أيضا من شىء فان مجرد كون الغالب العمل بأجره المثل لا يصلح لان يكون سببا مملكا شرعيا لما زاد بحسب الواقع، فإنه يجوز أن يكون أجره عمل أحدهما بالنظر الى أجره المثل درهمين، و أجره الأخرى بالنظر الى ذلك ثلاثه دراهم، فلو اقتسما كذلك و كان الأمر بحسب الواقع الذى قبضه كل منهما هو بالعكس، لأحد الأسباب المقتضيه لذلك من تراض، و مسامحه أو مناقشه، فإنه لا يكون مبيحا للزياده التى فى أحد الطرفين، و لا حاسما لماده الإشكال واقعا فى البين بل الواجب عليهما لتحصيل براءه الذمه بيقين هو الرضاء بالصلح ليخرجوا بذلك من غضب رب العالمين. و الله العالم.

ص: ١٩٨

قال في التذكرة: و هي عقد شرعى لتجاره الإنسان بمال غيره بحصه من الربح. انتهى.

و هذه التسميه لغه أهل العراق، و أما أهل الحجاز فيسمون هذه المعامله قراضا، قيل: و وجه المناسبه بالنسبه إلى التسميه الأولى أنها من الضرب فى الأرض، قال الله تعالى «وَ آخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ» (١) لأن العامل يضرب فيها للسعى على التجاره و ابتغاء طلب الربح بطلب صاحب المال، فكان الضرب مسيبا عنها طردا لباب المفاعله فى طرفى الفاعل، أو من ضرب كل منهما فى الربح بسهم، أو لما فيه من الضرب بالمال و تقليبه.

و أما وجه المناسبه فى التسميه الثانيه، فهو اما من القرض، و هو القطع كما يقال: قرض الفار الثوب أى: قطعه، و منه المقراض، لأنه يقطع به، فكان صاحب المال اقتطع من ماله قطعه، و سلمها الى العامل، و اقتطع له قطعه من الربح، أو من المقارضه، و هى المساواه و الموازنه، يقال: تقارض الشاعران إذا وازن كل منهما الآخر بشعره.

ص: ١٩٩

و حكى عن أبى الدرء أنه قال: قارض الناس ما قارضوك، فان تركتهم لم يتركوك يريد ساوهم فيما يقولون، وهذا المعنى تحقق هنا، لأن المال من جهة رب المال، و من جهة العامل العمل، فقد تساويا فى قيام العقد بهما، فمن هذا المال و من هذا العمل، و يحتمل أن يكون ذلك لاشتراكهما فى الربح، و تساويهما فى أصل استحقاقه، و ان اختلفا فى كميته، و يقال منه للمالك مقارض بكسر الراء، و للعامل مقارض بالفتح، و من اللفظه الأولى يقال للعامل: مضارب بكسر الراء، لأنه الذى يضرب فى الأرض بالمال و يقبله، و لم يشتق أهل اللغة لرب المال من المضاربه أسماء، بخلاف القراض، كذا فى التذكرة، و نحوه فى المسالك.

و قال فى المسالك: و اعلم أن من دفع الى غيره مالا ليتجر به فلا يخلو اما أن يشترط كون الربح بينهما، أو لأحدهما أو لا يشترط شيئا، فإن اشترطاه بينهما فهو قراض، و ان اشترطاه للعامل فهو قرض، و ان اشترطاه للمالك فهو بضاعة، و ان لم يشترط شيئا فكذلك، الا أن للعامل أجره المثل، و نحوه قال فى التذكرة.

و اعترضهما المحقق الأردبيلي هنا فى موضعين: أحدهما- فى البضاعة، حيث حكما بأن للعامل أجره المثل، قال بعد نقل عبارته التذكرة قوله:

«و عليه أجره المثل للعامل» محل التأمل، لأن الأصل عدم لزوم الأجره، و ما ذكر من أنه إذا استعمل شخص بعمل له أجره عادة لمثل هذا الشخص، يستحق به أجره المثل ان ثبت ذلك، و كان ما نحن فيه من ذلك القبيل يكون له أجره المثل، و الا فهو متبرع لما مر. انتهى.

و حاصله يرجع الى قيام احتمال التبرع، فالحكم بالأجره مع الإطلاق يحتاج الى دليل، و ليس فليس، و هو جيد.

و ثانيهما-قولهما في صورته ما إذا اشترط الربح للعامل أنه قرض،فان ظاهره المنع من الحكم بكونه قرضاً بمجرد هذا الشرط،قال(رحمه الله عليه):

و كذا قوله:«كان المال قرضاً و ديناً»فان القرض يحتاج إلى صيغته خاصة،و له أحكام خاصة،و المفروض عدم وجودها من المال،فكيف يحكم بوجوده، و ترتب أحكامه عليه،و لاين خروج المال عن ملك مالكه و دخوله في ملك آخر يحتاج الى ناقل،و ما وجد الا نحو قوله:«اتجر فيه فيكون الربح لك»و غير معلوم كون هذا المقدار مملوكاً،باعتبار أن كون الربح له فرع كون المال له، فكأنه قال:المال لك بالعوض،فربحه لك،لان الاكتفاء في خروج مال عن ملكه و دخوله في ملك آخر بمثله من غير دلالته شرع به مشكل،على أنه قد يكون العامل أو القائل جاهلاً- لا يعلم أنه لا يمكن كون المال باقياً على ملكه،و كون الربح للعامل،إذ يكون مقصوده إعطاء الربح للعامل،بعد ان كان له،و بالجملة ان وجد دليل مفيد لنقل الملك مع العوض يكون قرضاً،و الا فلا.انتهى.

و هو جيد أيضاً،الا أنه يمكن الجواب هنا بأنه ليس المراد ثبوت القرض و حصوله بمجرد هذا الاشتراك بل مع حصول القرض أولاً- بصيغته الداله عليه،و الا- لورد ما قاله أيضاً بالنسبة إلى القراض الذي هو محل البحث،فإنه لا بد فيه من صيغته خاصة عندهم،مع أن ظاهر هذا الكلام الاكتفاء بمجرد هذا الاشتراط،و هم لا يقولون به.

و بالجملة فالمراد انما هو أن اشتراط الربح لهما معا انما يكون في القراض،و اشتراطه للعامل خاصة انما يكون في القرض،و للمالك خاصة انما يكون في البضاعه،و هذا لا- يدل على حصول القراض بمجرد هذا الاشتراط كما يوهمه ظاهر الكلام المتقدم،و لا على حصول القرض كذلك (1).

ص: ٢٠١

١-١) قال في المسالك:و عقد القراض مركب من عقود كثيرة لأن العامل مع صحه التعدد و عدم ظهور ربح و دعوى أمين،و مع ظهوره شريك و مع التعدد غاصب و في تصرفه و كيل و مع فساد العقد أجير.انتهى.أقول:الظاهر أن المراد أنه يترتب على هذا العقد من اللوازم باعتبار وجود بعض الأمور و عدم بعض ما يترتب على تلك العقود،لان تلك العقود حاصله في ضمن العقد كما يشعر به ظاهر الكلام.منه رحمه الله.

على أنه يمكن الاستدلال هنا بما رواه

فى الكافى و التهذىب عن محمد بن قىس (١) فى الصحىح عن أبى جعفر (علیه السلام): قال: قال أمير المؤمنین (ع):

من اتجر مالا و اشترط نصف الربح فلیس علیه ضمان،.

و قال:

من ضمن تاجرا فلیس له الا رأس ماله، و لیس له من الربح شیء».

و مثله

موثقه محمد بن قىس (٢) عن أبى جعفر (علیه السلام) قال:

قضى على (علیه السلام) فى تاجر اتجر بمال و اشترط نصف الربح فلیس على المضارب ضمان.

و قال ایضا:

«من ضمن مضاربه فلیس له الا رأس المال، و لیس له من الربح شیء».

و التقرب فیهما أنه بمجرد تضمین المالك للمضارب یصیر المال قرضا، و یرجى عن المضاربه، و ان لم یتقدم هناك عقد القرض أولا، و هو فى معنى اشترط الربح للعامل، فإن الأمرین من لوازم القرض.

قال فى الوافى بعد نقل الخبرین المذكورین: أرى بالحديثین أن فى المضاربه لا ضمان على العامل، فان اشترط علیه الضمان یصیر قرضا انتهى. و مرجعه إلى أنه باشرطه الضمان كأنه قصد أن المال یكون قرضا حیثئذ، كما أنه باشرط الربح للعامل خاصة كأنه قصد ذلك، و به یندفع الإیراد الثانى، و أما الأول فهو لازم.

و الكلام فى هذا الكتاب یقع فى مقاصد أربعة:

[المقصد الأول: فى العقد و ما یلحق به

اشاره

، و فیه مسائل

الأولى [شروط عقد المضاربه]

قال العلامة فى

-
- ١-١) الكافي ج ٥ ص ٢٤٠ ح ٣، التهذيب ج ٧ ص ١٨٨ ح ١٦، الوسائل ج ١٣ ص ١٨٥ ح ٢.
٢-٢) الكافي ج ٥ ص ٢٤٠ ح ٣، التهذيب ج ٧ ص ١٨٨ ح ١٦، الوسائل ج ١٣ ص ١٨٥ ح ٤.

التذكرة: لا- بد في هذه المعاملة من لفظ دال على الرضا من المتعاقدين، إذ الرضاء من الأمور الباطنية التي لا يطلع عليها الا الله تعالى، وهذه المعاملة كغيرها من المعاملات يشترط فيها الرضا للايه، واللفظ الدال على الإيجاب أن يقول رب المال: ضاربتك أو قارضتك أو عاملتك على أن يكون الربح بيننا نصفين، أو أثلاثا، أو غير ذلك من الوجوه، بشرط تعيين الأكثر لمن هو منهما، والأقل كذلك، والقبول أن يقول العامل قبلت أو رضيت أو غيرهما من الألفاظ الداله على الرضاء بالإيجاب، وكذا الإيجاب لا يختص لفظا فلو قال: خذه و اتجر به على أن ما سهل الله في ذلك من ربح و فائده يكون بيننا على السويه، أو متفاوتا جاز، و لا بد من القبول على التواصل المعترف في سائر العقود، و هل يعتبر اللفظ؟ الأقرب العدم، فلو قال: خذ هذه الدراهم و اتجر بها على أن الربح بيننا على كذا، فأخذها و اتجر بها فالأقرب الاكتفاء به في صحه العقد، كالوكاله و يكون قراضا.

ثم نقل عن جملة من العامه أنه لا- بد من القبول، بخلاف الوكاله، فإن القراض عقد معاوضه، فلا يشبهه الوكاله التي هي اذن، ثم قال: و الوجه الأول.

أقول: قد عرفت في غير موضع مما تقدم سهوله الأمر في العقد، و أنه ليس الا ما دل على التراضى بتلك المعاملة، و ظاهر كلامه هنا و كذا كلام غيره الاكتفاء بما دل على الرضاء، و ان كان فعلا في جانب القبول.

قال شيخنا الشهيد الثاني في الروضه: و في اشتراط وقوع قبوله لفظا أو جوازه بالفعل، قولان: لا يخلو ثانيهما من قوه، و بذلك يظهر لك ما في قوله: «فلا- بد من القبول على التواصل المعترف في سائر العقود» من التأمل، فإنه متى صح القبول بالفعل دون القول فلا معنى لاشتراط التواصل الذي هو عباره عندهم

عن تعقيب الإيجاب بالقبول، و عدم الفصل بينهما، فإن هذا إنما يتجه فيما لو كان القبول لفظاً، إلا أن يراد أنه لا بد من التوصل و ان كان القبول فعلاً، بأن يكون الأخذ بعد الإيجاب بلا فصل، و هو بعيد.

و بالجملة فإنه لا دليل على اعتبار هذه المقارنه، بل ربما دلت ظواهر جملة من الاخبار المشتمله على العقود على خلاف ذلك، و الأصل إناطه صحة العقد بالرضا، و الألفاظ الداله عليه من الطرفين، فإن ذلك غاية ما تدل عليه الآيه و الروايات، و ما عداه من المقارنه المذكوره خال من الدليل، و لا -خلاف بينهم فى أن القراض من العقود الجائزه من الطرفين، و يؤيده أنه و كاله فى الابتداء، ثم قد يصير شركه بعد العمل، و كل من الوكاله و الشركه من العقود الجائزه، و لا فرق فى ذلك بين انضاض المال بمعنى صيرورته دراهم بعد أن كان عروضاً، أو كان عروضاً لم ينض، فلكل منهما فسخه و ان كان عروضاً، و ليس لصاحب المال أن يكلف المضارب بإنضاض العروض بان يصيرها دراهم كأول و ليس للمضارب أيضاً أن يقول للمالك اصبر حتى ينض المال.

التانيه [فى لزوم العمل بما شرط] :

فى جملة من الشروط الواقعه فى العقد، قال فى التذكره: يجب التنجيز فى العقد، فلا يجوز تعليقه على شرط أو صفه مثل إذا دخلت الدار أو إذا جاء رأس الشهر فقد قارضتك، و كذا لا يجوز تعليق البيع و نحوه لأن الأصل عصمه مال الغير. انتهى.

أقول: لا يخفى ما فى دليله من تطرق النظر إليه، فإن عموم الأدله الداله على جواز هذا العقد من آيه و روايه شامل لما ذكره، فإنه تجاره عن تراض، و عقد المضاربه التى قدمنا نقله عنه فى صدر الكتاب شامل له.

و بالجملة فإنه لا دليل يعتمد عليه فى ما ذكره من البطلان بهذا الشرط، و الأصل عدمه و لو قال ضاربتك سنه بمعنى انه جعل أجلاً للمضاربه لم تلزم

المضاربه في هذه المده، بل لكل منهما فسخها قبل الأجل، و الشرط و العقد صحيحان، أما الشرط ففائدته المنع من التصرف بعد السنه، لأن جواز التصرف تابع للاذن عن المالك، و لا اذن بعد المده المذكوره، و أما العقد فإنه لا مانع من صحته الا ما ربما يتوهم من هذا الشرط، و هو غير مناف لمقتضى العقد، إذ غايته أن التصرف ليس مطلقا بل محدود بوقت معين، و هو صحيح لما عرفت، و كذا لو قال له: ان مرت بك سنه فلا تشتروا بي، أو قال: فلا تبع و اشتر، فان العقد صحيح، و كذا الشرط لعين ما عرفت، من أن أمر البيع و الشراء منوط بنظر المالك و أمره، فله المنع منهما بعد السنه، أو من أحدهما بطريق اولي، و هذا بخلاف ما لو شرط اللزوم، بأن قال: على أني لا أملك منعك، فان هذا الشرط مناف لمقتضى العقد، إذ مقتضاه كما عرفت الجواز، فيكون الشرط المذكور باطلا، و به يبطل العقد على المشهور من أن العقد المشتمل على شرط فاسد باطل، و شرط الأجل مرجعه الى تقييد التصرف بوقت خاص، و هو غير مناف لمقتضى العقد كما عرفت.

و لو شرط عليه أن لا يشتري الا من زيد، و لا يبيع الا على عمرو أو لا يشتري إلا المتاع الفلاني، أو لا يسافر الا الى البلد الفلاني، أو لا يسافر بالكلية صح و وجب عليه العمل بالشرط فان خالف ضمن، لكن لو ربح كان الربح بينهما.

و يدل على ذلك جمله من الاخبار منها ما رواه

ثقه الإسلام و الشيخ عن محمد بن مسلم (1) في الصحيح عن أحدهما (عليهما السلام) قال:

«سألته عن الرجل يعطى المال مضاربه، و ينهى أن يخرج به فخرج قال: يضمن المال، و الربح بينهما».

و روى الحلبي (2) في الصحيح عن أبي عبد الله (عليه السلام) أنه قال:

ص: ٢٠٥

١- (١) الكافي ج ٥ ص ٢٤٠ ح ٢، التهذيب ج ٧ ص ١٨٩ ح ٨٣٦.

٢- (٢) المصدر ح ١، الوسائل ج ١٣ ص ١٨١ ح ١ و ٢.

فى الرجل يعطى الرجل المال فيقول له: ائت أرض كذا و كذا و لا- تجاوزها، و اشتر منها قال: فان تجاوزها و هلك المال فهو ضامن، و ان اشترى متاعا فوضع فيه فهو عليه و ان ربح فهو بينهما».

و ما رواه من

الكافى عن ابى الصباح الكنانى (1) فى الحسن

«عن أبى عبد الله (عليه السلام) فى الرجل يعمل المال مضاربه قال: له الربح و ليس عليه من الوضيعه شىء، الا أن يخالف عن شىء مما أمره صاحب المال».

و ما رواه

الشيخ فى التهذيب عن أبى بصير (2)

«عن أبى عبد الله (عليه السلام) فى الرجل يعطى الرجل مالا- مضاربه و نهاه أن يخرج به الى أرض أخرى، فعصاه فقال: هو له ضامن، و الربح بينهما إذا خالف شرطه و عصاه».

و عن الحلبي (3) فى الصحيح عن ابى عبد الله (عليه السلام)

«قال المال الذى يعمل به مضاربه له من الربح و ليس عليه من الوضيعه شىء، الا أن يخالف أمر صاحب المال».

و ما رواه

فى الفقيه و التهذيب عن أبى الصباح (4)

«قال سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن المضاربه يعطى الرجل المال يخرج به الى الأرض، و نهى أن يخرج به الى أرض غيرها، فعصى فخرج به الى أرض أخرى فعطب المال، فقال:

هو ضامن، و ان سلم فربح فالربح بينهما».

و ما رواه

الشيخ عن جميل (5)

«عن أبى عبد الله (عليه السلام) فى رجل دفع الى رجل ما لا يشتري به ضربا من المتاع مضاربه، فذهب فاشترى به غير الذى أمره به، قال: هو ضامن، و الربح بينهما على ما شرط».

و هذه الروايه فى طريقها معاويه بن حكيم، و هو و ان قال النجاشى:

-
- ١-١) الكافي ج ٥ ص ٢٤١ ح ٧.
 - ٢-٢) التهذيب ج ٧ ص ١٨٧ ح ١٣.
 - ٣-٣) التهذيب ج ٧ ص ١٨٧ ح ١٤.
 - ٤-٤) التهذيب ج ٧ ص ١٨٩ ح ٢٣، الفقيه ج ٣ ص ١٤٣ ح ١ و هذه الروايه فى الوسائل ج ١٣ ص ١٨١.
 - ٥-٥) التهذيب ج ٧ ص ١٩٣ ح ٣٩، الفقيه ج ٣ ص ١٤٣ ح ١ و هذه الروايه فى الوسائل ج ١٣ ص ١٨٢.

انه ثقه جليل،الا أن الكشى قال:انه فطحى،و هو عدل عالم،وبذلك يظهر لك ما فى قول المحقق الأردبيلى ان هذه الروايه أصح الروايات التى فى هذا الباب.

و ما رواه

الشيخ عن الشحام (1)عن أبى عبد الله(عليه السلام)

فى المضاربه إذا أعطى الرجل المال و نهى أن يخرج المال إلى أرض أخرى،فعضاه فخرج به،فقال:هو ضامن و الربح بينهما».

و هذه الاخبار على كثرتها و تعددها فقد اشتركت فى الدلاله على أن الربح بينهما مع المخالفه،و ضمان العامل لو عطب المال أو حصلت فيه نقيصه، و هو لا يوافق قواعدهم.

و لهذا قال فى المسالك:و لو لا النص لكان مقتضى لزوم الشرط فساد ما وقع مخالفا أو موقوفا على الإجازة،انتهى.

و توضيحه ما عرفت من أن القراض فى معنى الوكاله،بل هو وكاله،و حينئذ فان لم يكن وكيلا- فى شراء عين فكيف يصح الشراء،و يترتب عليه حل الربح بينهما،و كذا فيما لو نهى عن السفر إلى جهة أو البيع أو الشراء على شخص بعينه،مع أنه فى الوكاله لا- تصح ذلك،فإنه متى وكل على أمر مخصوص و تجاوزه إلى أمر آخر غير ما وكل عليه فإنه يكون بيعه و شرائه باطلا،و كيف يستحق ربح عمل لم يكن مأذونا فيه،و لا مقارضا عليه،بل يكون آثما ضامنا مع أن الاخبار كما عرفت قد اتفقت على حل الربح،و أنه بينهما.

و هو مؤيد لما قدمناه فى غير مقام من أن الواجب هو الوقوف على مقتضى الاخبار،و ان خالفت مقتضى قواعدهم،و من الجائز تخصيص قواعدهم بهذه

ص: ٢٠٧

الاجبار، فيكون ما دلت عليه مستثنى من مقتضى تلك القواعد، كما قدمنا مثله مرارا.

و أما ما ارتكبه المحقق الأردبيلي هنا من الاحتمالات البعيده، و التمحللات غير السديده، فلا يخفى ما فيه على من تأمله، و تدبر ما فى باطنه و خافيه.

و لو اشترط أن يشتري أصلا يشتركان فى نمائه كالشجر و الغنم و نحوهما، قيل: يفسد العقد، لان مقتضى عقد المضاربه التصرف فى رأس المال بالبيع و الشراء، و تحصيل الربح بالتجاره، و من هنا استحق العامل حصته من الربح فى مقابله هذا العمل، و ما ذكر هنا ليس كذلك، لأن فوائده تحصل من غير تصرف بل من عين المال، و تردد بعضهم فى الصوره المذكوره نظرا-الى ما ذكر مما يدل على البطلان-و الى أن حصول هذه الأشياء انما وقع بسبب سعى العامل، إذ لو لا شرائه لم يحصل النماء، و ذلك من جملة الاسترباح بالتجاره، فيكون صحيحا.

و ضعف الثانى بأن الحاصل بالتجاره هو زياده قيمه لما وقع عليه العقد لا نمائه الحاصل مع بقاء عين المال، و بأن المضاربه تقتضى معاوضتين، أحدهما بالشراء، و الأخرى بالبيع، و أقل ما يتحققان بمره، و بها يظهر الربح.

و التحقيق أن الفرع المذكور لما كان غير منصوص، فالحكم فيه بأحد الوجهين مشكل، و البناء على هذه العلل الاعتباريه مجازفه فى الأحكام الشرعيه المطلوب فيها العلم و اليقين بالاستناد إلى السنه النبويه، أو الكتاب المبين، و لا سيما مع تعارضها و تدافعها كما عرفت.

ثم انه على تقدير القول بفساد المضاربه، الظاهر أنه لا مانع من صحه الشراء المذكور، لدخوله تحت إطلاق الإذن للعامل بالبيع و الشراء، فيكون

النماء الحاصل بأجمعه للمالك، و عليه أجره المثل للعامل، و يحتمل البطلان بالنظر الى أنه مأذون فى البيع و الشراء الذى يقع فى المضاربه بأن يترتب عليه الربح لا مطلقا، بحيث يشمل ما وقع هنا هذا.

و ينبغى أن يعلم ان الممتنع على القول به انما هو مع انحصار الربح فى النماء المذكور، كما يقتضيه هذه المعامله، و الا فلا مانع من كون النماء بينهما مع عدم انحصار الربح فيه على بعض الوجوه، بأن يشتري شيئا له غله، فظهرت غلته قبل أن يبيعه، فإن الغله تكون من جملة الربح الذى يحصل بعد البيع و يكون الجميع بينهما على ما شرطاه و الله العالم.

الثالثه [فى أن للعامل أن يتولى ما يتولاه المالك]:

متى صحت المضاربه فللعامل تولى ما يتولاه المالك من عرض القماش و نشره و طيه و إحرازه، و بيعه و قبض ثمنه، و الاستيجار على نقله أن احتيج اليه، و دفع الأجره فى ما جرت العاده بدفعها فيه، كالدلال و الحمال، و اجره الكيل و الوزن، و نحو ذلك، و الوجه فيه أنه لما كانت المضاربه معاملة على المال لتحصيل الربح كان إطلاق العقد مقتضيا لفعل ما يتولاه المالك لو باشر ذلك بنفسه من هذه الأشياء، و كلما لم تجر العاده بالاستيجار عليه لو استأجر عليه، فالأجره من ماله لا يلحق المالك منها شىء، حملا للإطلاق على المتعارف و ما جرت العاده بالاستيجار عليه لو عمله بنفسه فهو متبرع، لا يستحق عليه أجره.

و لو قصد بالعمل الأجره بأن يأخذ الأجره كما يأخذ غيره فى استحقاقه لها احتمال قوى، خصوصا على القول بأن للوكيل فى البيع أن يبيع على نفسه، و فى الشراء أن يشتري لنفسه، فيكون له أن يستأجر نفسه أيضا، و لكن إطلاق الأصحاب يقتضى العدم، و هو الأحوط و أما لو أذن له المالك فى ذلك زال الاشكال.

و الله العالم.

ص: ٢٠٩

إشاره

المشهور بين الأصحاب أن جميع ما ينفقه في السفر للتجاره من رأس المال سواء كانت النفقه زياده على نفقه الحضر أو ناقصه أو مساويه، و كل ما يحتاج إليه للأكل و الشرب لنفسه و دوابه و خدامه حتى القرب و الجواليق و نحوهما، إلا أنها بعد انتهاء السفر و الاستغناء عنها يكون كل ذلك من أصل المال، سواء حصل له ربح أم لا.

و قيل: انه لا- يخرج من أصل المال، إلا- ما زاد على نفقه الحضر، للإجماع على أن نفقه الحضر على نفسه، فما ساواه في السفر يحتسب أيضا عليه، و الزائد على ذلك من مال القراض، و أيد ذلك بعضهم بأنه انما حصل بالسفر الزيادة لا غير، اما غيرها فسواء كان مسافرا أم حاضرا لا بد منها، فلا يكون من مال القراض.

و قيل: ان نفقه السفر كلها على العامل كنفقه الحضر، و علل بأن الربح مال المالك، و الأصل أن لا يتصرف فيه إلا بما دل عليه الاذن، و لم يدل إلا على الحصة التي عينها للعامل، و هو لم يدخل في العمل إلا على هذا الوجه، فلا يستحق سواه.

و يدل على القول الأول ما رواه

الكليني في الصحيح

«عن علي بن جعفر (١) عن أخيه أبي الحسن (عليه السلام) قال: في المضارب ما أنفق في سفره فهو من جميع المال، فإذا قدم بلده فما أنفق من نصيبه».

و عن السكوني (٢) عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال:

«قال أمير المؤمنين (عليه السلام): في المضاربه الحديث. و رواه في الفقيه (٣) مرسلًا قال: قال أمير المؤمنين (عليه السلام): مثله» و به يظهر قوه القول المشهور، و أنه المؤيد المنصور، فلا يلتفت الى هذه التخريجات الضعيفه، و التعليقات السخيفه كما عرفت في غير مقام.

ص: ٢١٠

١-١) الكافي ج ٥ ص ٢٤١ ح ٥.

٢-٢) الكافي ج ٥ ص ٢٤١ ح ٥.

٣-٣) الفقيه ج ٣ ص ١٤٤ الحديث ٥ و هذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ١٨٧ باب ٦.

الأول: المراد بالسفر

هنا هو السفر العرفي لا الشرعي، وهو ما يجب فيه القصر، فلو كان السفر قصيرا أو أقام في الطريق و أتم الصلاة فنفقته تلك المدة من أصل المال، إلا أنه يجب الاقتصار في ذلك على ما يحتاج إليه التجاره، فلو أقام زياده على ما يحتاج اليه كان الزائد عليه.

الثاني [المراد بالنفقة] :

قد عرفت أن المراد بالنفقة ما يحتاج اليه من مأكول و ملبوس و مشروب له، و لمن في صحبته ممن يتوقف عليه سفره و آلات السفر و أجره المسكن، و نحو ذلك، و يراعى فيها ما يليق بحاله شرفا و ضعه و وسطا على وجه الاقتصاد، فلو أسرف حسب عليه، و ان قتر على نفسه لم يحتسب له، لأن الذى له ما أنفق على الوجه المتقدم، و بعد العود من السفر، فما بقى من أعيان النفقه، و لو من الزاد يجب رده الى مال التجاره أو تركه و ديعه عنده الى أن يسافر ان كان ممن يتكرر سفره، و لم يكن بيعه أعود على التجاره من تركه.

الثالث: لو شرط المالك على العامل عدم النفقه

لم يجز له الإنفاق من المال اتفاقا، و لو أذن له فى الإنفاق بعد ذلك فهو تبرع محض، و قد عرفت أنه مع الإطلاق فالأشهر الأظهر ثبوتها، فلو شرطها و الحال هذه كان ذلك تأكيدا و مخرجا من الخلاف المتقدم، و ان كان ضعيفا كما عرفت، و على هذا فهل يشترط تعيينها حينئذ حذرا من الجهاله فى الشرط الذى هو جزء من العقد، فتسرى الجهاله إلى العقد و يؤيده اشتراط نفقه الأجير حيث لا يثبت على المستأجر، فإنه لا بد من تعيينها كما ذكره أم لا؟ نظرا الى أن الأشهر الأظهر كما عرفت ثبوتها بمجرد العقد مع عدم اعتبار وجوب ضبطها فلا يجب ضبطها بالشرط إذ لا يزيد الثبوت بالاشتراط على الثبوت بالأصل إشكال، و لعل الثانى أقوى و رجح فى المسالك الأول.

الرابع [لزوم النفقه و لو مع عدم الربح]:

قد عرفت أنه لا يشترط بالنفقة وجود ربح بل ينفق من أصل المال، و ان قصر المال و لم يكن ربح لكن لو حصل الربح فإنه تخرج النفقه منه مقدمه على حق العامل.

الخامس [اشتراط الإذن في السفر في لزوم النفقه]:

ما ذكرنا من وجوب النفقه مخصوص بالسفر المأذون فيه، فلو سافر الى غيره اما بتجاوز السفر المأذون فيه الى مكان غير مأذون فيه أو الى جهة غير جهة السفر المأذون فيه فلا نفقه له، و ان كانت المضاربه صحيحه و الربح بينهما كما عرفت آنفا.

السادس: لو تعدد أرباب المال

الذى فى يده بأن كان بعضه له مثلاً، و بعضه لزيد، و بعضه لثالث، و هكذا. قسّطت النفقه على حسب المال، فلو كان نصف المال للعامل، و نصفه للمالك كانت النفقه انصافاً، و هكذا. هذا هو الأظهر الأشهر.

و قيل: بأن التقسيط بنسبه العاملين اى ما يعمله لكل واحد من أصحاب المال، وورد بأن استحقاق النفقه فى مال المضاربه منوط بالمال، و لا ينظر الى العمل، قالوا: و لا فرق فى التقسيط بين أن يكون قد شرطها على كل واحد منهما أو أطلق، بل له نفقه واحده عليهما على التقديرين، لان ذلك منزل على اختصاص المشروط عليه بالعمل.

هذا مع جهل كل واحد منهما بالآخر، أما لو علم صاحب القراض الأول بالثانى، و شرط على ماله كمال النفقه جاز، و اختصت به، و لا شىء على الثانى.

السابع: لو اتفق موته أو مرضه فى السفر

كان ما ينفق فى ذلك من ماله، إذ لا تعلق لذلك بالتجاره، و استثنى بعضهم ما لو كان معلوماً أنه لو كان فى بلده لم يمرض، أو أن مؤنه مرضه يكون فى الحضر، و فى بلده أرخص منها فى تلك البلد، قال فيمكن حينئذ احتساب الزيادة من مال المضاربه.

الثامن: لو سافر بالمال للمضاربه فاتفق عزله في السفر

و انتزع المال منه كانت نفقه الرجوع عليه، لأنه إنما استحق النفقه في السفر للمضاربه، و قد ارتفعت بالفسخ و عزله عنها.

و ما توهمه بعض العامه من حصول الضرر عليه مردود، بأن دخوله في عقد يجوز فسخه كل وقت قدوم منه على ذلك، و هذا القائل أثبت له نفقه الرجوع لما ذكره و فيه ما عرفت. و الله العالم.

الخامسه [في بيان مقتضى إطلاق الإذن] :

قد صرح جملة من الأصحاب بأن مقتضى إطلاق الإذن في المضاربه هو البيع نقدا بثمان المثل من نقد البلد، فلو خالف لم يمض الامع اجازة المالك، و كذا مقتضى الإطلاق هو ان يشتري بعين المال، فلو اشترى في الذمه لم يصح الامع الاجازة.

و تفصيل الكلام في هذه الجملة أن يقال انه لما كان عقد المضاربه محمولا على ما هو المتعارف في التجاره و الموجب لتحصيل الربح و جب قصر تصرف العامل على ما يوجب حصول الغايه المذكوره.

قال في التذكرة: لما كان الغرض الأقصى من القراض تحصيل الربح، و الفائده و جب أن يكون تصرف العامل مقصورا على ما يحصل هذه الغايه الذاتية و ان يمنع من التصرف المؤدى الى ما يضادها فينفذ تصرفه بما فيه الغبطه و الفائده، كتصرف الوكيل للموكل لأنها في الحقيقه نوع و كاله، و ان كان له أن يتصرف في نوع مما ليس للوكيل التصرف به تحصيلاً للفائده، فإن له أن يبيع بالعروض، كما له أن يبيع بالنقد بخلاف الوكيل، فان تصرفه في البيع انما هو بالنقد خاصه، لأن المقصود من القراض الاسترباح، و البيع بالعروض قد يكون وصله اليه و طريقاً فيه، و أيضاً له أن يشتري المعيب إذا رأى فيه ربحا بخلاف

الوكيل. انتهى.

وحيث أن فليس له البيع الانقدا لما فى النسبه من التغيير بمال المالك و جعله فى معرض التلف، كما فى الوكالة، مع أنه يمكن أن يكون فى بعض الأحوال حصول الربح فى جانب النسبه مع المصلحه و أمن التلف، إلا أنهم منعوا من ذلك مطلقا، و كأنهم بنوا على أن الأغلّب فى مثل ذلك التلف، و التعرض له محل خطر و تغيير، و كذا ليس له البيع الا بضمن المثل، و هو ظاهر، لان البيع بدونه تضييع على المالك، مع أنه يمكن حصول الزائد، و أما البيع بنقد البلد فلان الإطلاق فى الوكالة انما ينصرف اليه، و القراض فى معناه، فلذا أطلقوا الحكم هنا.

و فيه أن القراض قد يفارق الوكالة فى بعض الموارد، لان القرض المطلوب به تحصيل الربح قد يتفق فى غير نقد البلد كالعروض، و اليه يميل كلام الشهيد الثانى فى المسالك، فيجوز البيع بغير نقد البلد مع ظهور الغبطه، و حصول المصلحه لأنها هى المدار فى القراض و هو الظاهر من كلام التذكرة المذكور، و تردد فى القواعد.

و بالجملة فإنه لما كان المدار فى القراض انما هو تحصيل الربح و الفائده فينبغى أن يترتب الجواز عليه، سواء كان فى البيع بالعروض التى هى غير نقد البلد، أو فى البيع بالنسيه التى ليست نقدا، بل يمكن أيضا فى البيع بأقل من ثمن المثل إذا اقتضته المصلحه، و ترتبت عليه الغبطه، بأن يبيع بأقل من ثمن المثل، و يشتري مالا فيه ربح كثير، فإطلاق الجماعه المذكوره أن إطلاق الاذن فى المضاربه يقتضى الأمور المذكوره محل تأمل كما ظهر لك، و الحمل على الوكالة غير مطرد كما عرفت من كلامه فى التذكرة.

و العجب انهم اعترفوا بذلك فى شراء المعيب، فجوزوا للعامل شراء

ص: ٢١٤

المعيب إذا رأى الغبته في شراءه بحصول الربح فيه، حيث أنه المدار في القراض مع أن ذلك لا يجوز للوكيل، وحينئذ فالواجب بمقتضى ذلك هو دوران الحكم جوازا و منعا مدار الغرض المذكور وجودا و عدما، هذا كله مع إطلاق الاذن.

أما لو أذن له في شيء من هذه الأمور خصوصا أو عموما كتصرف حيث شئت، وبع بما أردت، و اعمل بحسب رأيك و نظرك، فالظاهر حينئذ هو الجواز في جميع ما ذكرناه (١).

أما قوله في المسالك أنه يجوز له البيع بالعروض قطعا و أما النقد و ثمن المثل فلا يخالفهما الا بالتصريح، فاني لا أعرف له وجهها و جيبها مع دخوله في الإطلاق المذكور، سيما مع ظهور الغبته، كما شرحناه آنفا.

و كيف كان فإنه يستثنى من ثمن المثل نقصان ما يتسامح الناس به عادة فلا يدخل تحت المنع.

ثم انه لو خالف العامل ما دل عليه اللفظ بخصوصه أو إطلاقه، فهل يقع العقد باطلا- أم صحيحا موقوفا على اجازة المالك، المشهور الثانى، بناء على ما هو المشهور بينهم من صحة البيع الفضولى، و ان لزومه موقوف على اجازة المالك، و حينئذ فإن أجاز نفذ البيع و لزم فعلى تقدير كون البيع نسيه فان حصل الثمن فلا اشكال و الا ضمن العامل الثمن للمالك لثبوته بالبيع الصحيح

ص: ٢١٥

١- ١) أقول: و يؤيد ما ذكرناه، ما صرح به العلامة في المختلف حيث قال: قال الشيخ في المبسوط: إذا دفع إليه مالا قراضا و قال له اتجر به أو قال: اصنع ما ترى أو تصرف كيف شئت فإنه يقتضى أن يشتري بثمان مثله، نقدا بنقد البلد، و الوجه عندي أن له البيع كيف شاء سواء كان بثمان المثل أم لا، و بنقد البلد أو لا، و حالا أو لا، لانه جعل المشيه إليه. نعم انه منوط بالمصلحة انتهى، و هو ظاهر فيما قلناه و قد وفقنى الله سبحانه للوقوف عليه بعد ذكرنا ما ذكرناه فى الأصل فنقلنا كلامه فى الحاشيه و هو من نوادر الخاطر، منه رحمه الله.

لا-القيمة،و ان لم يجز المالك ذلك وجب استرداد المبيع مع إمكانه فلو تعذر ضمن قيمه المبيع ان كان قيميا أو مثله ان كان مثليا،لا-الثلث المؤجل و ان كان أزيد من القيمة،ولا-التفاوت في صورته النقيصه،لأنه مع عدم اجازة المالك البيع يكون البيع باطلا،فيضمن للمالك عين ماله الذي تعدى فيه و سلمه من غير إذن شرعي،هكذا قالوا(رضى الله عنهم).

و فيه ما حققناه سابقا في كتاب البيع في مسئلة البيع الفضولي (1) من الإشكالات التي أوردناها عليهم في هذا المقام،هذا كله مع القول بصحة العقد الفضولي.

و أما على ما اخترناه من القول بطلانه كما قدمنا تحقيقه ثمه فالأمر واضح، و أما اقتضاء الإطلاق الاشتراء بعين المال فلان المضاربه إنما وقعت على ذلك المال و الوكالة التي اقتضتها المضاربه انما تعلقت بذلك المال،و الربح الذي اشترطه العامل انما تعلق بذلك المال.

و أيضا فإنه ربما يتطرق التلف الى رأس المال،فتبقى عهده الثمن متعلقه بالمالك،وقد لا يمكنه الخروج منها،و على هذا فلو اشترى في الذمه من غير اذن المالك وقف على اجازة المالك بناء على ما تقدم من الحكم بصحة البيع الفضولي و لو اشترى في الذمه و لم يعين العقد لا للمالك و لا لنفسه وقع الشراء له ظاهرا و باطنا،و ان عينه لنفسه تعين له أيضا و ان عينه للمالك فإنه مع الاذن لازم، و بدونه فهو كما عرفت أولا يكون موقوفا على اجازة المالك،بناء على صحة البيع الفضولي،و أن عين المالك بنيه وقع للعامل ظاهرا و تمام تحقيق الكلام في المقام يأتي إنشاء الله في كتاب الوكالة و الله العالم.

ص: ٢١٦

السادسه [فى بطلان المضاربه بموت كل منهما]:

لا خلاف بين الأصحاب فيما أعلم فى أنه مع موت كل منهما تبطل المضاربه، لان بالموت يخرج المال عن ملك المالك و يصير للورثه، فلا يجوز التصرف بالإذن الذى كان من المورث، بل لا بد من اذن الوارث، هذا مع موت المالك.

و أما مع موت العامل فلان المأذون له فى المضاربه كان هو العامل لا وارثه فلا يجوز لوارثه التصرف إلا بإذن جديد، و هو المراد من بطلان المضاربه هنا، و لأنها أيضا من العقود الجائزه فتبطل بما تبطل به من موت كل منهما أو جنونه أو إغمائه أو الحجر عليه للسفه.

ثم ان كان الميت هو المالك، فان كان المال ناضا لا ربح فيه أخذه الوارث، و ان كان فيه ربح اقتسمه العامل مع الورثه، و تقدم حصه العامل على الغرماء، لو كان على الميت ديون مستوعبه لملكه لحصته من الربح، بظهوره، فكان شريكا للمالك، و لان حقه متعلق بعين المال لا بدمه المالك، و ان كان المال عروضا فللعامل بيعه رجاء الربح، و الا فلا، و للوارث إلزامه بالإنضاض، و سيأتى تحقيق الكلام فى ذلك إنشاء الله تعالى فى مسئله الفسخ.

و ان كان الميت هو العامل، فان كان المال ناضا و لا ربح أخذه المالك، و ان كان فيه ربح دفع الى الورثه حصه مورثهم منه، و لو كان عروضا و احتيج الى البيع و التنضيض فان أذن المالك للوارث فى ذلك جاز، و الا عين له الحاكم أميناً يبيعه، فان ظهر فيه ربح أوصل حصه الوارث اليه، و الا سلم الجميع الى المالك و الله العالم.

المقصد الثانى فى مال القراض:

اشاره

و البحث يقع فيه فى مواضع

الأول [فى اشتراط كون مال القراض عينا]

لا خلاف بين الأصحاب فى أنه يشترط فى مال القراض أن يكون عينا لا دينا و ان يكون دراهم أو دنانير، و نقل فى

التذكرة الإجماع على ذلك.

أقول: ويدل على كونه عينا لا دينا ما رواه

المشايخ الثلاثة عن السكوني (1) عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال:

«قال أمير المؤمنين (عليه السلام): في رجل له على رجل مال فتقاضاه ولا يكون عنده ما يقتضيه، فيقول: هو عندك مضاربه، قال:

لا يصلح حتى يقبضه منه». و هو صريح في المطلوب ولا يضر ضعف السند خصوصا مع تلقي الأصحاب له بالقبول و إجماعهم على ذلك.

و مثله ما لو أذن للعامل في قبضه من الغريم، فإنه لا يخرج بذلك عن كون المضاربه قد وقعت بالدين، إلا أن يجدد العقد بعد القبض.

و أما اشتراط كونه دراهم أو دنانير فقد اعترف جملة من الأصحاب بأنهم لم يقفوا له على دليل غير الإجماع المدعى في المقام، و الظاهر أنه كذلك، حيث أنا لم نقف بعد الفحص و التبع على دليل من النصوص على ذلك، و تردد المحقق في الشرائع في الجواز بالنقره، و هي بضم النون القطعه المذابه من الذهب و الفضة.

قال في المسالك: و منشأ التردد فيها من عدم كونها دراهم و دنانير الذى هو موضع الوفاق، و من مساواتها لهما في المعنى، حيث أنها من النقدين، و إنما فاتها النقش و نحوه، و انضباط قيمتها بها و أصله الجواز، ثم قال: و هذا كله يندفع لما ذكرناه من اتفاقهم على اشتراط إحديهما، و مع ذلك لا نعلم قائلًا بجوازه بها، و إنما ذكرها المصنف مترددا في حكمها، و لم ينقل غيره فيها خلافا، و إذا كانت المضاربه حكما شرعيا فلا بد من الوقوف على ما ثبت الاذن فيه شرعا، و ربما أطلقت النقره على الدراهم المضروبه من غير سكه، فإن صح هذا الاسم كان التردد من حيث أنها قد صارت دراهم و دنانير: و إنما تخلفت السكه و هي وصف في النقدين، و ربما لا يقدح خصوصا إذا تعومل بهما على ذلك الوجه

ص: ٢١٨

(١-١) الكافي ج ٥ ص ٢٤٠ ح ٤، التهذيب ج ٧ ص ١٩٢ ح ٣٤ الفقيه ج ٣ ص ١٤٤ ح ٤ الوسائل ج ١٣ ص ١٨٧ باب ٥.

و مما تقدم من وجوه المنع، انتهى و هو جيد.

أقول: لا- يخفى أن من لا- يلتفت الى دعوى مثل هذه الإجماعات، لعدم ثبوت كونها دليلا شرعيا فإنه لا مانع عنده من الحكم بالجواز في غير النقدين نظرا الى عموم الأدلة الدالة على جوازه، و تخصيصها يحتاج الى دليل شرعى، و ليس فليس.

قالوا تفريعا على ما تقدم: فلا يصح المضاربه بالفلوس، و لا بالدرهم المغشوشه، سواء كان الغش أقل أو أكثر، و لا بالعروض (1) و أنت خبير بما فيه بعد ما عرفت، حيث أنه لا مستند لهم هنا أيضا سوى دعوى الإجماع.

و لكن ينبغي تقييد المنع من الدراهم المغشوشه بما لو كان التعامل بها ساقطا، و الا- فلو جرت فى المعامله فإنه لا- مانع من المضاربه بها.

قال فى المسالك: هذا إذا لم يكن متعاملا- بالمغشوش، فلو كان معلوم الصرف بين الناس جازت به المعامله، و صح جعله مالا للقراض، سواء كان الغش أقل أو أكثر، انتهى.

الثانى [حكم دفع آله الصيد بحصه منه]:

قالوا: لو دفع آله الصيد كالشبكة بحصه من الصيد كان الصيد للصائد و عليه أجره الإله، و ذلك لان هذه المعامله ليست بمضاربه إذ المضاربه كما هو المجمع عليه عندهم انما يكون بالدرهم و الدنانير، و لان مقتضى المضاربه التصرف فى عين المال المدفوع، و إتلافه بالبيع أو الشراء، و هنا ليس كذلك، لا بالنسبه إلى الأول و لا الثانى. و ليس أيضا بشركه، لأنها هنا مركبه من شركه

ص: ٢١٩

١- ١) العروض بضم العين جمع عرض بفتحها و سكون الراء و فتحها أيضا هو المتاع و كل شىء غير النقدين كما ذكره فى القاموس، و حكى الجوهرى عن أبى عبيد أن العروض هى التى لا- يدخلها كيل و لا- وزن، و لا- تكون حيوانا و لا- عقارا، و ظاهر، إطلاقات الفقهاء فى هذه الأبواب على المعنى الأول فإنهم يقابلون بها النقدين كما لا يخفى على المتتبع منه رحمه الله.

الأبدان و غيرها، و قد تقدم بطلانها مع تميز مال صاحب الشبكة، و عدم حصول الشركه فيه، و ليست أيضا بإجاره، و هو ظاهر.

ثم ان الحكم هنا بكون الصيد للصائد خاصه بينى على عدم تصور التوكيل فى تملك المباح، كما هو أحد القولين، و الا فإنه يصير الصيد مشتركا بينهما حسبما يراه الصائد، و قد تقدم الكلام فى ذلك فى المسئله الثالثه من الفصل الثالث فى اللواحق من الكتاب المتقدم (١) و احتمال أنه انما قصد الصيد لنفسه، و لم ينو مشاركه الآخر بعيد، فان الظاهر أن دخوله انما كان على جهه الشركه.

قال فى المسالك: و حيث يكون الصيد لهما فعلى كل منهما من أجره مثل الصائد و الشبكة بحسب ما أصابه من الملك.

أقول: قد مر توضيح ذلك فى المسئله الثانيه من الفصل المتقدم ذكره من الكتاب المتقدم (٢)، و مرجعه الى أن لكل منهما أجره المثل فيرجع كل منهما على الآخر بما يخصه من ذلك.

الثالث [فى اعتبار معلوميه مقدار مال القراض و لو مشاعا]:

لا اشكال و لا خلاف فيما إذا كان مال القراض معلوم المقدار معين و ان كان مشاعا، لان المشارع معين فى نفسه مع كونه جامعا لباقى الشرائط، و لا فرق بين أن يكون العقد مع الشريك أو غيره، و لو كان مشاعا مع كونه مجهولا قيل: لا يصح للجهاله، و قيل: بالصحه لزوال معظم الضرر بالمشاهده، بل حكى فى المختلف عن المشهور القول بجواز المضاربه بالجزاف و ان لم يكن مشاعا محتجا بالأصل، و

قوله (صلى الله عليه و آله و سلم)

«المؤمنون عند شروطهم» (٣).

ص: ٢٢٠

١-١ ص ١٨٩.

٢-٢ ص ١٨٧.

٣-٣ التهذيب ج ٧ ص ٣٧١ ح ١٥٠٣، الاستبصار ج ٣ ح ٨٣٥، الوسائل ج ١٥ ص ٣٠ ح ٤.

أقول: قال الشيخ في الخلاف: لا يصح القراض إذا كان رأس المال جزافاً (١) لأن القراض عقد شرعى يحتاج الى دليل شرعى، وليس فى الشرع ما يدل على صحه هذا القراض، فوجب بطلانه، و الظاهر أنه هو المشهور.

و قال فى المبسوط: يبطل، و قال قوم يصح، و يكون القول قول العامل فى قدره، فإن أقاما بينتين كان الحكم لبينه المالك، لأنها بينه الخارج، قال: و هذا هو الأقوى عندى.

قال فى المختلف: و ما قواه الشيخ هو الأجود، لنا الأصل الصحه،

و قوله (صلى الله عليه و آله و سلم)

«المؤمنون عند شروطهم». و قد وجد شرط سائغ فيحكم به، انتهى.

و ظاهر شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك ترجيح الأول من حيث الجهاله، و ظاهر المحقق الأردبيلي الميل الى الثانى، لعموم الأدله، و عدم الدليل الواضح على المنع، و المسئله محل توقف لعدم الدليل الواضح على الجواز، و التعلق بإطلاق الأدله مردود بما عرفت فى غير مقام مما تقدم، من أن الإطلاق يجب حمله على الافراد المتعارفه المتكرره الشائعه، و ذلك انما هو مع التعين، و معلوميه المقدار، و عدم تطرق الجهاله بوجه من الوجوه.

و كيف كان فإنه لا إشكال فى كون القول قول العامل بيمينه لو اختلفا فى قدره، صحت المضاربه أم بطلت، لانه منكر، و مقتضى القاعده تقديم قوله بيمينه، و مع وجود البينتين و تعارضهما فان الحكم لبينه المالك، لانه المدعى

ص: ٢٢١

١- ١) قال فى التذكرة: لا يصح القراض على الجزاف و ان كان مشاهدا له مثل قبضه من ذهب أو فضه مجهوله القدر أو كيس من الدراهم مجهول القدر سواء شاهده العامل و المالك أو لا، و به قال الشافعى، لعدم إمكان الرجوع اليه عند المناضله فلا بد من الرجوع الى رأس المال عندها، و أن جهاله رأس المال يستلزم جهاله الربح، و قال أبو حنيفه: يجوز أن يكون رأس المال مجهولا و يكون القول قول العامل بيمينه الا أن يكون لرب المال بينه فيينه رب المال أولى انتهى، منه رحمه الله.

و مقتضى القاعده تقديم قوله بينته، وكذا لا ينعقد القراض بناء على ما قدمنا لو أحضر مالين معدودين، فقال: قارضتك بأيهما شئت، لا انتفاء التعيين الذى هو شرط فى صحه العقد، كما عرفت، ولا فرق بين أن يكون المالان متساويين جنسا و قدرا أو مختلفين، خلافا لبعض العامه، حيث جوزه مع التساوى، و ظاهر المحقق المتقدم ذكره الميل الى الجواز هنا أيضا استنادا الى عموم الأدله، و فيه ما عرفت.

الرابع: لو أخذ مالا للمضاربه مع عجزه عنه

بمعنى أنه يعجز عن تقليبه فى التجاره و البيع و الشراء به لكثرتة، قالوا: لا- يخلو اما أن يكون المالك عالما بعجزه، أو جاهلا بذلك، فان كان الثانى فإنه يضمن، لانه مع علمه بنفسه و أنه يعجز عن ذلك يكون واضعا يده على المال على غير الوجه المأذون له فيه، فإنه إنما دفع اليه ليعمل به فى التجاره.

لكن هل يكون ضامنا للجميع أو القدر الزائد على مقدوره قولان: اختار أولهما فى المسالك، و وجه الأول من عدم التميز و النهى عن أخذه على هذا الوجه و وجه الثانى من أن التقصير انما حصل بسبب الزائد، فيختص به، و ربما قيل:

انه ان أخذ الجميع دفعه، فالحكم الأول، و ان أخذ المقدور ثم أخذ الزائد و لم يمزجه به ضمن الزائد خاصه، و أورد عليه بأنه بعد وضع يده على الجميع عاجز عن المجموع من حيث هو مجموع، و لا ترجيح الان لأحد أجزائه، إذ لو ترك الأول و أخذ الزيادة لم يعجز.

أقول: لا يخفى ما فى هذه التعليلات العليله من عدم الصلوح لابتناء الأحكام الشرعيه عليها، و الحكم غير منصوص، و به يظهر ما فى الاستناد فى عموم الضمان إلى النهى، و أى نهى هنا مع عدم نص فى المسئله، و كأنه أشار بهذا النهى الى ما ذكر من قوله يكون واضعا يده على المال غير الوجه المأذون فيه.

و فيه أنه يمكن تخصيصها بالزائد لأنه هو الذى حصل فيه العجز، فيكون

هو الغير المأذون فيه،و أما ما كان يمكن العمل به فإنه يكون مأذونا فيه.

و بالجمله فالحكم لا يخلو من شوب الاشكال لما عرفت لعدم الدليل الواضح.

قالوا:و لو كان المالك عالما بعجزه لم يضمن،اما لقدمه على الخطر، أو أن علمه بذلك يقتضى الإذن له فى التوكيل.

أقول:و فيه بالنسبه إلى التعليل الأول ما فى سابقه من الإشكال،إذ من الممكن أن يكون عالما بعجزه،لكن يجوز حصول قدره له بعد ذلك بوجود من يساعده،أو بتجدد بعض الأسباب الموجبه للقدره،و مع عدم إمكان ذلك فانا لا نسلم أنه بمجرد علمه بعدم القدره مع أنه انما دفعه إليه لأجل المعامله به، و تحصيل الربح و النفع ينتفى عنه الضمان،إذ لا أقل أن يكون فى يده كالأمانه، و مجرد دفعه له على هذا الوجه لا يستلزم جواز فواته على مالكة،لان المدفوع اليه عاقل مكلف أمين ليس بمجنون و لا سفيه،حتى يكون المالك قد فرط بدفعه اليه،و لكن قد تقدم لهم مثل هذا الكلام فى مسئله بيع الفضولى،و قد أوضحنا ما فيه (1).

قالوا:و حيث يثبت الضمان لا يبطل العقد،إذ لا منافاه بين الضمان و صحه العقد.

أقول:و يدل عليه ما تقدم فى تلك الاخبار و عليه اتفاق الأصحاب من أنه مع المخالفه لما شرطه المالك فإنه يضمن،و الربح بينهما.

الخامس [فى حكم مقارضة المالك الغاصب على مال المغصوب] :

لو كان له مال مغصوب فى يد شخص و ذلك المال موجود معين معلوم القدر،فإنه يجوز عندهم أن يقارض عليه الغاصب مع استكمال باقى

ص: ٢٢٣

١- ١) و أما بالنسبه إلى التعليل الثانى فعدم الضمان عليه انما هو من حيث أنه مأذون فى دفعه الى الغير ليعمل به،فلو حصل من ذلك الغير تفريط يوجب ذهاب المال مثلا- فإن الأول لا يضمن من حيث الاذن فى الدفع،و انما الكلام فى الثانى فىراعى فيه حكم عامل المضاربه منه رحمه الله.

الشروط، و الظاهر أن الحكم اتفـاقى عند الأصحاب، إذ لم أقف على نقل خلاف فى المسئله و الظاهر أنه لا إشكال فى ذلك المضاربه، و كذا لا- اشكال و لا- خلاف فى أنه متى وقعت المضاربه و اشترى العامل و هو الغاصب بذلك المال المغصوب عروضاً و دفعه عن قيمتها، فإنه تبرئ ذمته من الضمان الثابت عليه بالغصب، لأنه قضى دين المالك بإذنه.

إنما الخلاف فى انه هل تبرئ ذمته بمجرد عقد المضاربه أم لا؟ الظاهر أن المشهور الثانى، و بالأول صرح العلامة و ولده فى الشرح، قال شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك: و وجه بقاء الضمان أنه كان حاصلًا قبل و لم يحصل ما يزيله، لأن عقد القراض لا يلزمه عدم الضمان، فإنه قد يجامعه بأن يتعدى فلا ينافيه، و

لقوله (صلى الله عليه و آله و سلم) (١)

«على اليد ما أخذت حتى تؤدى». و حتى لانتهاه الغايه، فيبقى الضمان إلى الأداء اما الى المالك، أو من أذن له، و الدفع إلى البائع مأذون فيه، فيكون من جملة الغايه. ثم نقل عن العلامة أنه استقرب زوال الضمان هنا، و تبعه ولده فى الشرح، مستندا الى أن القراض أمانه، فصحه عقده يوجب كون المال أمانه، لأن معنى الصحه ترتب الأثر، و لانتفاء عله الضمان لزوال الغصب، و لأنه أذن فى بقائه فى يده.

ثم اعترض عليه بأن معنى كون القراض أمانه من حيث أنه قراض، و ذلك لا ينافى الضمان من حيثيه أخرى، كما لو كان غصبا لعدم المنافاه، فإن الضمان قد يجامعه كما إذا تعدى العامل، الى أن قال: اما اقتضاء العقد الاذن فى القبض فضعفه ظاهر، لأن مجرد العقد لا يقتضى ذلك، و انما يحصل الإذن بأمر آخر و لو حصل سلمنا زوال الضمان انتهى.

ص: ٢٢٤

١-١) المستدرک ج ٢ ص ٥٠٤.

أقول:قال العلامة في التذكرة (١)و هل يزول عن الغاصب ضمان الغصب بعقد المضاربه عليه أو بدفعه إلى بائع السلعه للقراض؟أبو حنيفه و مالك على الأول، لأنه ماسك له باذن صاحبه،و الشافعى على الثانى لعدم التنافى بين القراض و ضمان الغصب كما لو تعدى فيه،و الوجه عندى الأول،لأن ضمان الغصب يتبع الغصب و الغصب قد زال بعقد القراض،فيزول تابعه انتهى.

و الظاهر أن الحق فى المسئله هو ما ذكره العلامة،و بيانه أنه لا-ريب أن ترتب الضمان على الغصب-و وجوب الضمان على الغاصب-انما هو من حيث كون المقبوض كذلك بغير رضا المالك و لا أجازته،و حينئذ فلو فرض ان المالك رضى بالغصب و أجاز قبض الغاصب،لا يتعقبه ضمان و لا اثم،و بذلك يعلم أن الضمان و عدمه دائر مدار الرضا بالقبض و عدمه،و لا أظن أن شيخنا المذكور و لا غيره يخالف فى شىء مما ذكرناه.

و حينئذ فإذا حصلت المضاربه بذلك المال المغصوب قد حصل الرضا بالقبض، فيزول موجب الضمان كما عرفت.

و أما قول شيخنا المذكور أنه لا مانع من اجتماع صحه القراض مع الضمان، و هو صحيح،الا أن ذكر ذلك هنا نوع مغالطه،فإننا لا نمنع ذلك،و لكننا نقول أن ثبوت الضمان متوقف على وجود سبب يقتضيه،و فى ما ذكره السبب موجود، و هو المخالفه،و أما فيما نحن فيه فلا سبب له الا استصحاب الضمان وقت الغصب، و الاستصحاب هنا غير تام،لعروض حاله أخرى غير حاله التى كان عليها وقت الغصب،و شرط العمل بالاستصحاب على تقدير تسليم حججه أن لا يعرض ما يخالف العله الاولى و يرفعها،و الأمر هنا على خلاف ذلك،لما عرفت من عدم الرضا

ص: ٢٢٥

١-١) أقول:صوره كلام التذكرة إذا ثبت هذا فإذا اشترى شيئاً للقراض و سلم المال المغصوب إلى البائع صح و براء من الضمان حيث سلمه باذن صاحبه،فإن المضاربه تضمنت تسليم المال إلى البائع فى التجاره و هل يزول عن الغاصب الى آخر ما هو مذكور فى الأصل منه رحمه الله.

أولاً و حصول الرضا ثانياً و قد عرفت أن ثبوت الغصب و عدمه دائر مدار الرضا و عدمه.

و أما قوله: ان مجرد العقد لا يقتضى ذلك، و انما يحصل الإذن بأمر آخر فلا يخفى ما فيه، اما أولاً فلأنه قد تقدم فى صدر الكتاب تعريف المضاربه بأنها عقد شرعى لتجاره الإنسان بمال غيره بحصه من الربح.

و من الظاهر أن ثبوت شرعيه هذا العقد على الوجه المذكور لا تجامع الغصب، بل لا يكون الا مع الاذن و الرضا، فكيف لا يكون مجرد العقد متعيناً للرضا بالقبض، و أيضاً فإنه قال فى المسالك فى شرح قول المصنف و هو جائز من الطرفين: إذ لا خلاف فى كون القراض من العقود الجائزه من الطرفين، و لأنه و كاله فى الابتداء ثم قد يصير شركه و هما جائزان الى آخره، و حينئذ كيف يتم كون هذا العقد و كاله فى الابتداء مع البقاء على الغصب كما يدعيه، بل اللازم من الحكم بكونه و كاله هو حصول الاذن و الرضا بالقبض، و الا فإنه لا يتم الحكم بكونه و كاله و هو ظاهر.

و اما ثانياً فانا لم نقف فى كلام أحد منهم على اشتراط الإذن زياده على العقد المذكور كما لا يخفى على من تتبع كلامهم، بل ظاهر كلامهم أن مجرد العقد مستلزم للإذن فى التصرف، و ترتب سائر الأحكام.

و بالجملة فإن كلامه (رحمه الله عليه) هنا لا أعرف له وجهاً وجيهاً، و أما ثالثاً فإنه لا يخفى أنه لما كان ثمره هذا العقد، و الغرض منه انما هو التصرف فى المال و العمل به، فكيف يتم وقوع هذا العقد من المالك مع عدم الرضا، و الاذن ما هذه الا سفسطه ظاهره، و قد تقدم نظير هذه المسئله فى كتاب الرهن أيضاً، و العجب من العلامه أنه فى هذه المسئله صرح بما نقلناه عنه من زوال الغصب بمجرد عقد المضاربه، و فى الرهن اشترط الاذن فى القبض زائداً على عقد الرهن، كما قدمنا نقله عنه ثمه، و المسألتان من باب واحد كما لا يخفى.

السادس [فروع في المقام]:

إشاره

و هو يشتمل على فروع في المقام

الأول [حكم ما لو قال:بع- هذه السلعه فإذا نض ثمنها فهو قراض]

قالوا: لو قال: بع هذه السلعه فإذا نض ثمنها فهو قراض كان باطلا، لان شرط صحه القراض أن يكون مال القراض عينا معينه مملوكه للمالك، و ما هنا ليس كذلك، فان ثمن السلعه حال العقد مجهول، و لأنه أمر كلى بعد البيع في ذمه المالك، و هو أيضا غير مملوك للمالك حال العقد، و أيضا فإن العقد معلق على شرط، و قد تقدم أنه لا يصح عندهم.

الثاني- لو مات رب المال و المال عروض في يد العامل

و أقره الوارث على العقد الأول، فإنهم صرحوا بأنه لا يصح، لان العقد الأول بطل بالموت، كما تقدم من أنه من العقود الجائزه التي تبطل بالموت، فلا يصح الا بتجديد العقد من المالك الثاني، و التجديد أيضا غير جائز، لأنه لا بد في مال المضاربه أن يكون من النقدين، و الموجود الان عروض، فلا يصح المضاربه بها.

و لو مات رب المال و المال في يد العامل كان نقدا صح تجديد الوارث عقد القراض معه بلا- اشكال، و هل يصح بلفظ التقرير؟ قيل: لا- لأنه يؤذن باستصحاب الأول و إمضائه، فإنه انما يقول له: قد تركتك على ما أنت عليه، أو أقررتك على ما كنت عليه، و الحال أن ما هو عليه قد بطل كما عرفت.

قال في المسالك: و الأقوى الصحه ان استفاد من اللفظ معنى الإذن، لأن عقد القراض لا- ينحصر في لفظ كغيره من العقود الجائزه، و التقرير قد يدل عليه، انتهى.

و هو جيد. و في كلامه هنا كما ترى رد لما زعمه سابقا من أن عقد القراض لا يقتضى الإذن، بل انما يحصل الإذن بأمر آخر فإنه جعل مناط الصحه هنا في الاكتفاء بالتقرير عن تجديد العقد كونه يفيد ما يفيد العقد من الإذن، و هو ظاهر في بطلان كلامه الأول.

الثالث- لو اختلف العامل و المالك في قدر رأس المال

فمقتضى القاعده أن القول قول العامل بيمينه، لانه ينكر قبض الزيادة، و المالك يدعى إقباضها و لا فرق في ذلك بين كون المال باقيا، أو تالفا بتفريط العامل، بل الحكم في الثانى بطريق أولى، فإن العامل حينئذ غارم، فالقول قوله في القدر.

قال في المسالك: هذا كله إذا لم يكن ظهر ربح، و الا ففي قبول قوله اشكال من جريان التعليل المذكور، و هو الظاهر من إطلاق المصنف، و من اقتضاء إنكاره لزياده رأس المال توفير الربح، فيزيد حصته منه، فيكون ذلك في قوه اختلافهما في قدر حصته منه مع أن القول قول المالك فيه بيمينه، و لانه مع بقاء المال الأصل يقتضى كون جميعه للمالك، الى أن يدل دليل على استحقاقه الزائد، و مع تلفه بتفريط فالمضمون قدر مال المالك، و إذا كان الأصل استحقاق المالك لجميعه قبل التلف الا- ما أقر به للعامل، فالضمان تابع للاستحقاق و هذا هو الأقوى، و ربما قيل: ان القول قول المالك الا مع التلف بتفريط مطلقا، و هو ضعيف جدا انتهى.

ثم انه كتب في الحاشيه في بيان صاحب هذا القول: قال القائل به الامام فخر الدين في شرح القواعد.

المقصد الثالث في الربح:

اشاره

و فيه مسائل -

الأولى [استحقاق المضارب من الربح ما وقع عليه الشرط]:

المشهور بين الأصحاب أن المضارب يستحق من الربح ما وقع عليه الشرط من النصف أو الثلث أو الربع أو غير ذلك، و هو اختيار الشيخ في الخلاف و المبسوط و الاستبصار، و قال في النهايه ان له أجره المثل، و الربح بتمامه للمالك، قال: و قد روى أنه يكون للمضارب من الربح بمقدار ما وقع الشرط عليه من نصف أو ربع، أو أقل أو أكثر، و نقل هذا القول أيضا عن الشيخ المفيد، و سلار و ابن البراج.

ص: ٢٢٨

و مرجع هذا الخلاف الى أن عقد المضاربه هل هو عقد شرعى صحيح أو باطل؟ والقول المشهور مبنى على الأول، و الثانى على الثانى.

و الأول هو المستفاد من الاخبار المتظافره من طرق الخاصه و العامه، و به قال كافه العلماء من الطرفين الا ما ذكرناه، و قد تقدمت جملة من الاخبار الداله على ذلك فى المسئله الاولى من المقصد الأول، و منها صحيحه محمد بن قيس (١) و موثقه المتقدمان فى صدر هذا الكتاب، و منها أيضا زياده على ذلك

موثقه إسحاق بن عمار (٢) عن أبى الحسن (عليه السلام) قال:

«سألته عن مال المضاربه؟ قال: الربح بينهما، و الوضيعه على المال».

و حسنه الكاهلى (٣) عن أبى الحسن موسى (عليه السلام)

«فى رجل دفع الى رجل مالا- مضاربه فجعل له شيئا من الربح مسمى. فابتاع المضارب متاعا فوضع فيه؟ قال: على المضارب من الوضيعه بقدر ما جعل له من الربح (٤)».

احتج القائلون بالقول الثانى بأن النماء تابع للأصل بالأصله، فيكون الربح للمالك، و لان هذه المعامله معامله فاسده لجهاله العوض فتبطل، فيكون الربح لصاحب المال، و عليه أجره المثل للعامل.

و الجواب أن جميع ما ذكروا ان كان هو مقتضى قواعدهم كما صرحوا به فى غير موضع، الا- أنه بعد استفاضه النصوص و تكاثرها كما عرفت بصحة هذه المعامله، و فيها الصحيحه و غيرها مع عدم مخالف و لا مناقض فيها، فإنه يجب القول بصحة العقد،

ص: ٢٢٩

١- (١) الكافى ج ٥ ص ٢٤٠ ح ٣، التهذيب ج ٧ ص ١٨٨ ح ١٦، الوسائل ج ١٣ ص ١٨٥ ح ٢ و ٤.

٢- (٢) المصدر ح ١٥، الوسائل ج ١٣ ص ١٨٦ ح ٥.

٣- (٣) التهذيب ج ٧ ص ١٨٨ ح ١٧، الوسائل ج ١٣ ص ١٨٦ ح ٦.

٤- (٤) أقول: هذا الخبر بحسب ظاهره لا يخلو من الاشكال و نقل عن الشيخ أنه حملة على ما إذا كان المال بينهما شركه، و انما أطلق عليها المضاربه مجازا و الأقرب كما ذكره بعض مشايخنا المحققين من متأخر المتأخرين هو أن يكون المراد أنه حصل ربح ثم بعد ذلك و ضيعه فإنه ينقص من ربح كل منهما بنسبه نصيبه من الربح، منه رحمه الله.

و عدم الضرر بجهاله العوض كما قيل مثله فى المزارعه و المساقاه، و منع تبعيه النماء للأصل.

أقول: و هذا الموضوع أيضا مؤيد لما قدمنا ذكره فى غير موضع من عدم وجوب الالتزام بقواعدهم، و الوقوف عليها فى مقابله النصوص، فان ما ذكره هنا من القواعد المذكوره قد بنوا عليه الأحكام فى جملة من المواضع، و احتجوا به فى غير مقام، الا أنه لما وردت النصوص هنا كما ترى على خلافها، و جب الخروج عنها بذلك، و حينئذ فالواجب هو الوقوف على النصوص حيثما وجدت.

الثانيه [حكم اشتراط الشيعاء فى الربح]:

الظاهر أنه لا خلاف بينهم فى أنه يشترط فى الربح الشيعاء، بمعنى أن يكون كل جزء جزء منه مشتركاً، لأنه مقتضى المضاربه كما تنادى به الاخبار المتقدمه من حكمها، بأن الربح بينهما، يعنى كل جزء جزء منه، و ما لم يكن مشتركاً فإنه خارج عن مقتضاها، فهذا الشرط داخل فى مفهوم المضاربه.

و يتفرع عليه صور، منها- أن يجعل لأحدهما شيئاً معيناً كعشره دراهم مثلاً، فإنه باطل اتفاقاً، و كذا لو ضم الى ذلك أن الباقي بينهما، و لأنه ربما لا يربح الا ذلك القدر، فيلزم أن يختص به من شرط له، و يبقى الآخر بغير شىء مع أن الروايات المتقدمه قد اتفقت على أن الربح بينهما.

و بالجملة فإن عقد المضاربه يقتضى الاشتراك بينهما فى كل ما يحصل من الربح بمقتضى الاخبار المذكوره، و ههنا الربح ليس بينهما، سواء ضم الى ذلك ان الباقي بينهما أم لا، بل الذى بينهما انما هو بعضه على تقدير الزيادة، و جميعه على تقدير عدم الزيادة انما هو لمن شرط له، فيبطل العقد البتة على كل من صورتين.

و منها أن يقول: خذه قراضاً و الربح لى، و وجه الفساد فيه أيضا ظاهر، لان مقتضى القراض كما عرفت من النصوص و اتفاق كلمه الأصحاب الاشتراك فى

الربح، وقوله: و الربح لى ىنافى ذلك، و حىنئذ فلا ىصح أن ىكون قراضا البته، و هل ىكون فى هذه الصوره بضاعه؟ بمعنى أن العامل لا ىستحق على عمله أجره كما هو المقرر فى البضاعه، أم ىكون قراضا باطلا؟ للإخلال بشرط القراض مع التصريح بكونه قراضا-وجهان: و المشهور الثانى لما ذكر، و على تقديره حىنئذ قراضا ىكون الربح للمالك خاصه، لأنه نماء ماله، و عليه أجره المثل للعامل، هذا مقتضى قواعدهم، و به صرحوا هنا.

قىل: و وجه الأول النظر الى المعنى، فإنه دال على البضاعه، و ان كان بلفظ القراض و لأن البضاعه توكىل فى التجاره تبرعا، و هو لا ىختص بلفظ، و ما ذكر دال عليها، و لانه لا ىحكم بإلغاء اللفظ ما أمكن حملة على الصحه، و ذكر القراض و ان كان منافيا بحسب الظاهر، الا- أنه ىمكن أن ىكون مأخوذا من معنى المساواه التى هى أن ىكون من أحدهما المال، و من الأخر العمل، من غير التفاوت إلى أمر آخر، و هو أخذ ما اشتق منه المعنى الشرعى.

و لو قىل: ان ذلك بحسب اللغه، و الحقيقه الشرعيه تأباه، أمكن أن ىتجوز فىه، فان الحقائق اللغويه تصير مجازاه شرعيه، و هو أولى من الفساد انتهى.

أقول: لا- ىخفى ما فىه من التكلف البعيد، و التمحل الغير السديد، و لو انفتح هذا الباب فى مفاهيم الألفاظ، لانفتح الباب فى الجدل، و اتسعت دائره القىل و القال.

و كىف كان فالمسئله لخلوها من الدلىل الواضع لا ىخلو من الاشكال، كغيرها مما جرى فى هذا المجال.

بقى الكلام فى أن ظاهر الأصحاب أنه- مع الحكم بكونه قراضا فاسدا- ىكون الربح للمالك، و للعامل أجره المثل كما عرفت.

و قال العلامة فى المختلف بعد أن نقل عن الشىخ فى الخلاف و المبسوط أنه لو قال: خذه قراضا على أن الربح كله لى، كان قراضا فاسدا و لا ىكون بضاعه-

ما لفظه: و الوجه عندى أنه لا- أجره للعامل، لانه دخل على ذلك فكان متبرعا بالعمل، فلا أجره له حينئذ، و ظاهره أنه و ان كان قراضا فاسدا فإنه لا أجره له لدخوله مع عدم تعيين أجره، فكان عمله تبرعا، و قواه فى المسالك، الا أنه احتمال بناء كلام العلامة على البضاعة أيضا، و لا- يخلو من قوه، اما بالنسبه إلى البضاعة فظاهر، و أما بالنسبه إلى القراض، فلما عرفت من فساده، و دخول العامل فيه على هذا الوجه.

هذا إذا لم ينضم الى الكلام المذكور ما يفهم منه إرادته أحد الأمرين المذكورين من القراض، أو البضاعة من القرائن الحاليه أو المقاليه، و الا كان العمل على ذلك، و ما يقتضيه من صحه أو بطلان.

و منها أن يقول: خذه قراضا و الربح كله لك، و قد عرفت آنفا وجه الفساد فيه، و أنه لا يصح قراضا، و هل يكون ذلك قرضا بالتقريب المتقدم فى البضاعة بالنظر الى تلك العبارة، أو قراضا فاسدا كما تقدم أيضا، فعلى الأول يكون الربح كله للعامل، و المال مضمون عليه، كما هو شأن القرض و لا شىء للمالك و على الثانى فالربح كله للمالك، و عليه أجره المثل للعامل.

هذا إذا لم يتحقق قصد شىء من الأمرين، بأن لم يقصد شيئا بالكلية، أو لم يعلم ما قصده، و الا كان قرضا فى الأول، و قراضا فاسدا فى الثانى.

نعم لو قال فى الصورة الثانية: خذه فاتجر به و الربح لى، فإنه يكون بضاعة بغير اشكال، و كذا لو قال فى الصورة الثالثة: خذه و اتجر به و الربح لك فإنه قرض بغير اشكال، و الوجه فى ذلك أنه لم يذكر فى هاتين الصيغتين ما ينافى البضاعة فى الاولى، و القرض فى الثانية، بخلاف ما تقدم، حيث قال: خذه قراضا و أضاف اليه و الربح لى، أو لك فصرح بأن الأخذ قراضا و هو حقيقه شرعيه فى العقد المخصوص الذى يترتب عليه الشركه فى الربح، مع أنه قد ضم اليه ما ينافى ذلك من قوله «و الربح لى أو لك» و لو قال: خذه على النصف فالظاهر الصحه

لأن المتبادر من ذلك أن الربح بينهما نصفين، و هو متضمن لتعيين حصه العامل و كذا لو قال: على أن الربح بيننا، فإنه يقتضى التوزيع بينهما انصافاً، قيل:

ان الوجه فى ذلك استوائهما فى السبب المقتضى للاستحقاق، و الأصل عدم التفاضل كما لو أقر لهما بمال، و كما لو قال المقر: الشىء الفلانى بينى و بين زيد.

و نقل عن بعض الشافعيه الحكم ببطلان العقد، لأن البيئه تصدق مع التفاوت فحيث لم يبينها يتحمل استحقاق الربح، و رد بمنع صدقها على غير المتساوى مع الإطلاق.

نعم لو انضم إليه قرينه صح حمله على غيره بواسطتها، و علل بعضهم الحكم بالمناصفه فى هذه العبارة، بأن قوله: الربح بيننا ظاهر فى ان جميع ما يربح يكون بيننا و هو يرجع الى أن كل جزء جزء مما يصدق عليه الربح فإنه بينهما و هو يقتضى المناصفه بلا اشكال، و به يظهر ضعف ما تعلق به ذلك القائل بالبطلان من أن البيئه تصدق مع التفاوت، فان دعوى صدقها ممنوع لما عرفت.

أقول: فى دعوى ثبوت الحكم بالمناصفه من هذه العبارة إشكال، و ذلك لان هذه العبارة قد تكررت فى الاخبار المتقدمه من قولهم (عليهم السلام):

«و الربح بينهما» و لو اقتضت المناصفه كما يدعونه لكان الحكم فى المضاربه هو أن يكون للعامل النصف مطلقاً، مع أنهم لا يقولون بذلك، و انما فهموا منها مجرد الاشتراك، كما هو قول هذا البعض من الشافعيه هنا، و به يظهر قوه القول بالبطلان، كما ذهب إليه هذا القائل.

و لو قيل: ان بعض روايات المسئله قد اشتمل على أنه بينهما على ما شرط فيقيده به إطلاق تلك الاخبار، قلنا: هذا مما يؤيد ما ذكرناه، بإشعاره بأنه لو لا التقييد لكان مدلول العبارة هو الاشتراك مطلقاً كيف اتفق فكيف يحكم هنا باقتضاءها المناصفه.

قيل: و لو قال: على أن لك النصف صح، و لو قال: ان لى النصف و اقتصر

بطل، و علل وجه الفرق بين الصيغتين بصره الاولى، و بطلان الثانيه، بأن الربح لما كان تابعا للمال و الأصل كونه للمالك لم يفتقر الى تعيين حصته، فان عينها كان ذلك تأكيدا، و أما تعيين حصه العامل فلا بد منه، لعدم استحقاقها بدونه، فإذا قال: النصف لك، كان تعيينا لحصه العامل، و بقى الباقي على حكم الأصل و أما إذا قال: النصف لى لم يقتض ذلك كون النصف الآخر لغيره، بل هو باق على حكم الأصل أيضا، فيبطل العقد.

و ربما قيل: بأنه يحتمل الصحه أيضا، و حمل النصف الآخر على حصه العامل نظرا الى عدم الفرق بين الصيغتين عرفا و عملا بمفهوم التخصيص، إذ لو كان النصف الآخر له أيضا لم يكن لهذا التخصيص وجه، و رد بعدم استقرار العرف على ذلك و ضعف دلاله المفهوم.

أقول: و الحكم لا يخلو من شوب الاشكال، و ان كان للحكم بالبطلان نوع قرب لما ذكر، و الله العالم.

الثالثه [فى صحه اشتراط أحدهما لتمامه حصه من الربح]:

قالوا: لو شرط أحدهما لتمامه حصه من الربح، صح، عمل الغلام أم لم يعمل، أما لو شرط لأجنبى فإنه لا يصح الا أن يكون عاملا.

و قيل: يصح و ان لم يكن عاملا، أقول: و تفصيل هذه الجملة يقع فى مواضع ثلاثه: أحدها- أنه متى شرط أحدهما لتمامه حصه، فإنه يصح، و الحكم فيه مبنى على عدم ملك العبد كما هو المشهور، فإنه يرجع حينئذ إلى سيده، فهو فى معنى ما لو شرط أحدهما حصه زائده على حصته، و لا نزاع فى الصحه.

أما لو قلنا بملك العبد كان الحكم فيه كاجنبى الاتى حكمه، و ثانيها- لو شرط لأجنبى فإنه لا يصح الا أن يكون عاملا، و الوجه فيه أنه حيث أن الأصل فى الربح أن يكون بين المالك و العامل خاصة، أما المالك ففى مقابله ماله، و أما العامل ففى مقابله عمله، فلا يصح إدخال الأجنبى فى ذلك، و لا جعل شىء من الربح له.

نعم إذا كان عاملا كان بمنزلة العامل المتعدد، فلا يكون أجنبيا، و من هنا ربما ينقدح إشكال في المقام، و هو أنه متى شرط العمل كان من قبيل العامل المتعدد كما ذكرتم، مع أن المفروض كونه أجنبيا، و حينئذ فلا معنى لكونه أجنبيا عاملا، لأن الأجنبي من لا مدخل له في العمل.

و الجواب أن العامل في هذا الباب حيثما يطلق انما يراد به المفوض إليه أمر التجاره كما تقدم، و أنه و كيل عن المالك، و المراد بالعامل هنا بالنسبه الى هذا الأجنبي ليس كذلك، بل المراد به من له دخل في العمل في الجملة، كأن شرط عليه حمل المتاع الى السوق، و من السوق الى البيت مثلا، و نحو ذلك من الأعمال الجزئيه المخصوصه، و لهذا انهم اشترطوا هنا ضبط العمل بما يرفع الجهاله، و أن يكون من أعمال التجاره، لئلا يخرج عن مقتضاها.

و ثالثها انه قيل: بصحة الشرط للأجنبي و ان لم يكن عاملا و لا مدخل له في العمل بالكلية، و كأنه لعموم (١).

«المؤمنون عند شروطهم». و «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (٢) و عموم أدله وجوب الوفاء بالوعد، و قد تقدم نظيره في مواضع عديده.

و قيل: ان هذا المشروط ان كان مع العمل فهو للعامل كما تقدم، و ان لم يجامعه عمل فهو للمالك، رجوعا إلى أصله، لئلا يخالف مقتضى العقد، و لقدوم العامل على أن له ما عين له خاصة.

أقول: قد تقدم في غير مقام ما في هذا التعليل أعنى قوله لئلا يخالف مقتضى العقد، فإنه جار في جميع الشروط، فان الشرط في الحقيقه بمنزله الاستثناء مما دل عليه العقد، و الأدله على وجوب الوفاء بالشروط هي دليل الاستثناء المذكور، و قد تقدم تحقيق ذلك.

الرابعه [حكم ما لو قال: لاثنين لكما نصف الربح] :

قالوا: لو قال: لاثنين لكما نصف الربح صح، و كانا فيه سواء

ص: ٢٣٥

١- (١) التهذيب ج ٧ ص ٣٧١ ح ١٥٠٣، الاستبصار ج ٣ ح ٨٣٥، الوسائل ج ١٥ ص ٣٠ ح ٤.

٢- (٢) سورة المائده الآيه ١.

و لو فضل أحدهما صح أيضا و ان كان عملهما سواء، و علل الحكم الأول و هو تساويهما مع الإطلاق باقتضاء الاشتراك و أن الأصل عدم التفصيل، و لانه المتبادر منه عرفا كما سبق في قوله بيننا.

أقول: لا- يخفى ما فيه، فان اقتضاء الاشتراك التساوى ممنوع، بل هو أعم، و هو أول المسئلة أيضا، و دعوى أنه المتبادر منه عرفا كذلك، و قد تقدم ما في الاستناد الى قوله «بيننا» من أن ظاهره انما هو الاشتراك مطلقا كما هو ظاهر الاخبار، لا التنصيف كما ادعوه، و علل الثاني و هو تفصيل أحدهما مع استوائهما في العمل بأن غايته اشتراط حصه قليلة لصاحب العمل الكثير، و هو مما لا منافاه فيه لأن الأمر في الحصه راجع الى ما يشترطانه، و يتفقان عليه قل أو أكثر، و لان العقد الواحد مع اثنين في قوه عقدين فيصح، كما لو قارض أحدهما في نصف المال بنصف الربح، و الآخر في النصف الآخر بربع الربح، فإنه جائز اتفاقا مع تساويهما في العمل، و الخلاف هنا انما هو من بعض العامه، حيث اشترط التسويه بينهما في الربح مع التساوى في العمل، قياسا على اقتضاء شركه الأبدان ذلك، و الأصل و الفرع عندنا باطلان.

الخامسه: لو اختلفا في نصيب العامل

فان مقتضى القواعد الشرعيه أن القول قول المالك يمينه، لانه منكر لما يدعيه العامل من الزيادة، و لان الاختلاف في فعل المالك الذى هو تعيين الحصه و هو أبصر به، و لأن الأصل تبعيه الربح لرأس المال، فلا يخرج عنه الا ما أقر المالك بخروجه، و المعتمد من هذه الوجوه هو الوجه الأول، فإنه المعتضد بالنصوص الصحيحه الصريحه، و ما عداه من المؤيدات الواضحه.

و قيل: ان هذا مع عدم ظهور الربح، أما معه فالحكم هو التحالف، لان كلا منهما مدع، و مدعى عليه، فان المالك يدعى استحقاق العمل الصادر بالحصه الدنيا، و العامل ينكر ذلك، فيجىء القول بالتحالف، لان ضابطه كما

سلف فى البىع أن ىنكر كل واحد منهما ما ىدعىه الأخر، بىحىث لا ىجتماعان على أمر و ىختلفان فىما زاد علىه، و رد بأنه ضعيف، لأن نفس العمل لا ىتناوله الدعوى، لأنه بعد انقضائه لا معنى لدعوى المالك استحقاقه، و كذا قبله، لأن العقد الجائز، لا ىستحق به العمل، و انما المستحق المال الذى أصله للمالك، و حقيقه النزاع فىه فىجىء فىه ما تقدم من الأصول و هو جىد.

السادسه [فى حكم دفع المالك مال القراض فى مرض الموت]:

الظاهر أنه لا اشكال فىما لو دفع المالك مال القراض فى مرض الموت على الوجه المعتبر من تعيين الحصه من الربح للعامل و نحوه، لوجود المقتضى و هو دخوله تحت الأدله الداله على مشروعىه القراض و صحته، و عدم المانع، إذ لىس الا ما ربما ىتوهم من التفوىت على الوارث بالنسبه إلى الحصه المعىنه للعامل من الربح، و إدخال النقص علىه بذلك، فىتعلق به الخلاف بىن كونه من الأصل أو الثلث، و الحال أنه لىس كذلك إذ لا تفوىت على الوارث فى الصوره المذكوره.

و محل الخلاف فى تلك المسئله انما هو ما ىتبرع به المرىض من المال الموجود حال التبرع و هنا لىس كذلك، لأن الربح غير موجود يومئذ، بل هو متوقع الحصول، و قد لا ىحصل فلا ىتصف بكونه مالا للمرىض، لىترتب علىه الخلاف المذكور، ثم انه بعد حصوله فهو متجدد بسعى العامل بعد العقد، فلىس للوارث فىه اعتراض، و لا نزاع بوجه من الوجوه، و هو ظاهر، و لا فرق فى تلك الحصه المعىنه للعامل بىن كونها قدر أجره المثل أو أكثر أو أقل حسبما مر فى غير هذه الصوره من صور القراض.

و بالجمله فإن مقتضى الأدله كما عرفت صحه المعامله المذكوره حتى يقوم دلىل على البطلان، و لىس فلىس، و الله العالم.

السابعه [الأقوال فى تملك العامل الربح]:

أشاره

ىملك العامل من الربح بظهوره من غير توقف على انضاض العروض و لا قسمه المال بىنهما، قال فى المسالك: هذا هو المشهور بىن الأصحاب بل لا ىكاد

يتحقق فيه مخالف، و لا- نقل في كتب الخلاف عن أحد من أصحابنا ما يخالفه و وجهه مع ذلك إطلاق النصوص بأن العامل يملك ما شرط له من الربح و هو متحقق قبل الانضاض، و قبل القسمة، و لان سبب الاستحقاق هو الشرط الواقع في العقد، فيجب أن يثبت مقتضاه متى وجد، لان الربح بعد ظهوره مملوك، فلا بد له من مالك، و رب المال لا يملكه اتفاقا، و لا يثبت أحكام الملك في حقه، فيلزم أن يكون للعامل، إذ لا مالك غيرهما اتفاقا.

أقول: و من أظهر الأدلة على ذلك ما رواه

الشيخ و الصدوق عن محمد بن قيس (1) في الصحيح قال:

«قلت لأبي عبد الله (عليه السلام) رجل دفع الى رجل ألف درهم مضاربه فاشترى إياه، و هو لا يعلم، قال: يقوم فان زاد درهما واحدا أعتق، و استسعى في مال الرجل»، و التقريب فيها انه لو لم يكن مالكا لحصته بمجرد الظهور لم ينعق عليه أبوه في الصورة المفروضة في الخبر، مع أنه قد حكم بأنه بعد تقويم العبد فان حصل في الثمن زياده على رأس المال و لو درهم، فإنه ينعق الأب على ابنه بنصيبه من ذلك الدرهم، فالمقتضى للانعقاد انما هو دخوله في ملكه بتلك الحصه فيسرى العتق في الباقي كما هو القاعده في العتق.

إذا عرفت ذلك فاعلم انه قد نقل فخر المحققين عن والده العلامة.

ان في هذه المسئلة أقوال أربعة:

أحدها - أنه يملك بمجرد الظهور

كما عرفت.

و

ثانيها - أنه يملك بالإنضاض

لأنه قبل الانضاض غير موجود خارجا بل مقدر موهوم، و المملوك لا- بد أن يكون محقق الوجود، فيكون الظهور موجبا لاستحقاق الملك بعد التحقيق، و لهذا يورث عنه و يضمن حصه من أتلفها سوى المالك و الأجنبي.

و

ثالثها - أنه يملك بالقسمة

لأنه لو ملك قبلها لكان النقصان الحادث بعد

١-١) الفقيه ج ٣ ص ١٤٤ ح ٣، التهذيب ج ٧ ص ١٩٠ ح ٢٧، الوسائل ج ١٣ ص ١٨٨ ح ١.

ذلك شائعا في المال كسائر الأموال المشتركة، و التالى باطل، لانحصاره في الربح، و لانه لو ملك لاختص بربحه، و لان القراض معامله جائزه و العمل فيها غير مضبوط، فلا يستحق العوض فيها الا بتمامه، كمال الجعالة.

و

رابعها- أن القسمة كاشفه عن ملك العامل

لأن القسمة ليست من الأسباب المملكة، و المقتضى للملك انما هو العمل، و هي داله على تمام العمل الموجب للملك قال في المسالك بعد نقل هذه الأقوال: و في التذكرة لم يذكر في المسئلة عن سائر الفقهاء من العامة و الخاصة سوى القولين الأولين، و جعل الثانى للشافعى في أحد قوله، و لأحمد في إحدى الروايتين، و وافقا في الباقي على الأول، و لا- ندرى لمن ثبتت هذه الأقوال، و هي مع ذلك ضعيفه المأخذ فإننا لا نسلم ان الربح قبل الانضاض غير موجود، لان المال غير منحصر في النقد، فإذا ارتفعت قيمه العرض رأس المال منه ما قابل قيمه رأس المال و الزائد ربح و هو محقق الوجود، و لو سلم انه غير محقق الوجود لا يقدح في كونه مملوكا فان الدين مملوك و هو غير موجود في الخارج بل هو في الذمه أمر كلى هذا ما على الثانى.

و على الثالث انه لا ملازمه بين الملك و ضمان الحادث على الشيع و يجوز ان يكون مالكا و يكون ما يملكه و قايه رأس المال فيكون الملك متزلزلا فاستقراره مشروط بالسلامه، و كذا لا منافاه بين ملك الحصه و عدم ملك ربحها بسبب تزلزل الملك و لانه لو اختص بربح نصيبه لاستحق من الربح أكثر مما شرط له و لا يثبت بالشرط ما يخالف مقتضاه و لأن القسمة ليست من العمل في شىء فلا معنى لجعلها تمام السبب في الملك فلا وجه لإلحاقها بالجعالة و قد نبه عليه و لو سلم انه غير محقق الوجود في الوجه الرابع و من ضعف ما سبق يستفاد ضعف الرابع لانه مترتب عليها انتهى كلامه زيد مقامه و هو جيد وجيه كما لا يخفى على الفطن النبيه.

ثم انه ينبغي ان يعلم انه و ان كان العامل يملك حصته بمجرد ظهور الربح الا- انه يكون ملكا متزلزلا مراعى بانضاض جميع المال أو قدر رأس المال مع

الفسخ أو القسمة حيث ان الربح وقايه لرأس المال فيجبر به ما وقع في التجاره من تلف و خسران،سواء كان الربح و الخسران في مره واحده أو مرتين،و في صفقه أو صفقتين،و في سفر أو سفرين،لأن معنى الربح هو الزائد على رأس المال مده العقد،فلو لم يفضل منه شيء بعد أن حصل و جبرت بالتجاره فلا ربح،و هو موضوع وفاق كما ذكره في المسالك،و سيأتي الكلام-إنشاء الله تعالى-في بعض ما يدخل في هذا المقام من الأحكام،و الله العالم.

المقصد الرابع في اللواحق:

إشاره

و فيه مسائل

[المسأله] الاولى [في كون العامل أميناً]

-لا- خلافاً بين الأصحاب في ان العامل أمين فيقبل قوله في التلف بغير تفريط بيمينه،سواء كان التلف ظاهراً كالحرق أو خفياً كالسرقة، و سواء أمكن إقامه البينه عليه أم لم يكن،و كذا يقبل قوله في الخساره و لا يضمن الا مع التفريط،و قد تقدم الكلام في الاختلاف في قدر رأس المال، و أن الأظهر قبول قول العامل بيمينه في الموضع السادس من المقصد الثاني (1) و كذا الاختلاف في حصه العامل و ان الأظهر فيها أن القول قول المالك بيمينه في المسئله الخامسه من المقصد الثالث (2).

و بقى الكلام هنا في الاختلاف في الرد،فهل يقبل قول العامل في رد المال الى المالك أم لا؟قولان:أولهما للشيخ في المبسوط قال:إذا ادعى العامل رد المال الى المالك فهل يقبل قوله؟فيه قولان:أحدهما و هو الصحيح أنه يقبل قوله.

أقول:و قد علل ذلك بأنه أمين كالمستودع،و لما في عدم تقديم قوله من الضرر لجواز أن يكون صادقاً فتكليفه بالرد ثانياً تكليف ما لا يطاق،و المشهور بين الأصحاب الثاني،لأصالة العدم،و لان المالك منكر فيكون القول قوله بيمينه، كما هو القاعده المتفق عليها نصاً و فتوى،كما أن العامل في ذلك مدع فعليه

ص: ٢٤٠

١-١) ص ٢٢٨.

٢-٢) ص ٢٣٦.

البينه بمقتضى القاعده المذكوره و ثبوت قول العامل فى دعوى التلف لدليل خارج لا يقتضى ثبوت قوله مطلقا.

و أما ما علل به من أنه أمين كالمستودع و كل أمين يجب قبول قوله، ففيه منع كليه الكبرى، و الفرق بين العامل هنا و بين المستودع ظاهر، فان العامل هنا قبض لنفع نفسه و المستودع قبض لنفع المالك، و هو محسن محض، فلا يناسب إثبات السبيل عليه بعدم قبول قوله، لما فيه من الضرر.

و أما ما علل به هنا من الضرر لو لم يقدم قوله، فإنه مدفوع بأن الحكم بذلك لما ثبت شرعا كما عرفت من أنه مقتضى القاعده المتفق عليها نصا و فتوى، فلا يلتفت الى هذا الاستبعاد، و هذا الضرر، فإنه لو تم ذلك لجرى فى كل مدعى عليه، و هو خلاف الإجماع نصا و فتوى.

قال فى المسالك بعد ذكر نحو مما ذكرناه: لكن يبقى فى المسئلة بحث، و هو أنه إذا لم يقبل قوله فى الرد يلزم تخليده فى الحبس لو أصر على إنكاره، خصوصا مع إمكان صدقه، و هم قد تخرجوا من ذلك فى الغاصب حيث يدعى التلف، فكيف بثبوته فى الأمين، إلا أن يحمل على مؤاخذته و مطالبته به، و ان أدت إلى الحبس للاستظهار به، الى أن يحصل اليأس من ظهور العين، ثم يؤخذ منه البديل للحيلولة، إلا أن مثل هذا يأتى فى دعوى التلف، خصوصا من الغاصب، و ليس فى كلامهم تنقيح لهذا المحل، فينبغى النظر فيه انتهى.

أقول: ما ذكره من أنه إذا لم يقبل قوله فى الرد يلزم تخليده فى الحبس الى آخره - لا - أعرف له وجهها وجهها بحسب نظرى القاصر، و فكرى الفاتر، و أى موجب للحبس هنا، و ذلك فان المسئلة هنا أحد أفراد مسئلة المدعى و المنكر، و لا ريب أن الحكم الشرعى فيها هو البينه على المدعى، و إلا - فاليمين على المنكر، فإن أقام المدعى البينه على الرد انقطعت الدعوى و إلا - حلف المالك و وجب على مدعى الرد دفع الحق اليه. و النظر الى كونه أمينا غير ملتفت اليه

هنا، لما عرفت آنفاً، وكذا احتمال صدقه، فإنه جار في كل دعوى، وكونه كذلك بحسب الواقع لا يوجب الخروج عن مقتضى الحكم الشرعى ظاهراً، فإن الشارع حكم بثبوت الحق مع قيام البينه مطلقاً، أعم من أن تطابق الواقع أم لا و حكم بسقوطه مع حلف المنكر مطلقاً، و الحق المدعى هنا هو الرد، فبالبينه يثبت، فينبغى المطالبه، و باليمين يسقط، و تتوجه المطالبه بالمال، و ان احتمال بحسب الواقع براءه ذمته لصحه دعواه.

و بالجمله فهذا الحبس الذى ذكره فى المقام لا أعرف له وجهها و لا ذكره غيره من الاعلام، و مقتضى الحكم الشرعى فى المسئله انما هو ما ذكرناه، هذا بالنسبه إلى كلام الأصحاب فى المسئله.

و أما بالنسبه الى الاخبار فالذى وقفت عليه مما يتضمن الحبس، الروايات المتقدمه فى كتاب الدين (١)، و موردها كلها أن الامام (عليه السلام) يحبس فى الدين إذ التوى الغريم حتى تبين له حاله من ملائه أو إفلاس، فإذا تبين إفلاسه خلا عنه، و فى روايه يدفعه إلى غرمائه، و ان تبين ملائه استوفى الحق منه، و ما نحن فيه لا تعلق له بما دلت عليه هذه الاخبار.

نعم

روى الشيخ فى الصحيح عن زراره (٢) عن أبى جعفر (عليه السلام) قال:

كان على (عليه السلام) لا يحبس فى السجن إلا ثلاثة: الغاصب، و من أكل مال اليتيم ظلماً، و من ائتمن على أمانه فذهب بها، و ان وجد له شيئاً باعه غائباً كان أو شاهداً».

و هذا الخبر على ظاهره غير معمول عليه بين الأصحاب فيما أعلم، و لذا حملة الشيخ على الحبس على سبيل العقوبه أو الحبس الطويل، قال (قدس سره):

هذا الخبر يحتمل وجهين: أحدهما - انه ما كان يحبس على وجه العقوبه، إلا - الثلاثة الذين ذكرهم، و الثانى - انه ما كان يحبس طويلاً إلا الثلاثة الذين

ص: ٢٤٢

١-١) ج ٢٠ ص ١٩٩.

٢-٢) التهذيب ج ٦ ص ٢٩٩ ح ٤٣، الوسائل ج ١٨ ص ١٨١ ح ٢.

استثناءهم، لأن الحبس في الدين إنما يكون مقدار ما يتبين حاله، انتهى، و هو جيد.

و بالجمله فإن مقتضى النظر فيما نحن فيه هو إدراجه في قاعده الدعوى الواقعه بين كل مدع و منكر، و العمل فيه بما تقتضيه القاعده المذكوره شرعا و الله العالم.

الثانيه [في شراء العامل من ينعق على المالك بإذنه] :

إشاره

إذا اشترى العامل من ينعق بالشراء على المالك، فهنا مقامان:

الأول - أن يكون ذلك باذن المالك

و علم العامل أنه أبو المالك مثلا و لا ريب في صحه الشراء لوجود شرائطها، و لا ريب أيضا في انعقائه على ابنه، كما لو اشتراه الابن بنفسه، أو وكيل له غير العامل.

و حينئذ فإن بقي من مال المضاربه شيء بعد الثمن كان الباقي مضاربه، و الا بطلت المضاربه في الثمن، و الوجه في ذلك عندهم هو أن مبنى المضاربه على طلب الربح و تحصيل الانتفاع بتقليب المال في الشراء و البيع، و حينئذ فكل تصرف ينافي ذلك يكون باطلا، و من جملة شراء من ينعق على المالك، لأنه موجب للخساره، فضلا عن الاشتغال على الغرض الذاتى من القراض، فتبطل المضاربه في ثمنه، لأنه بمنزله التالف، فإن بقي هناك مال بعد الثمن استمرت المضاربه فيه، و الا بطلت كما لو تلف جميع مال المضاربه.

و هل للعامل هنا أجره المثل أم لا شيء له؟ قولان: الثاني منهما للشيخ في المبسوط، و بالأول صرح العلامة في المختلف، و الشهيد الثاني في المسالك (1) و هذا في ما لو لم يكن في العبد المشتري ربح و اما لو حصل فيه ربح فهل يكون العامل شريكا في العبد بما استحقه من حصته من الربح أو أنه لا يترتب على هذا

ص: ٢٤٣

١ - ١) هذا الخلاف إنما يتجه على تقدير القول المشهور بأن حصه العامل يملك بالظهور كما هو المؤيد المنصور، و أما على القول بأنها تملك بالإنضاض أو القسمة فلا ريب في عدم استحقاق الربح حينئذ لانتفائهما، منه رحمه الله.

الربح أثر، و انما للعامل أجره المثل؟ قولان: الأول منهما للشيخ في المبسوط و بالثاني صرح العلامة في المختلف.

قال في المبسوط: إذا اشترى من ينعق على رب المال باذنه، و كان فيه ربح انعتق، و ضمن للعامل حصته من الربح، و ان لم يكن ربح انصرف العامل و لا شيء له.

قال العلامة في المختلف بعد نقل ذلك: و الوجه، الأجره على التقديرين، لبطلان القراض بالشراء المأذون فيه، و الوجه في القول الأول من هذين القولين هو ثبوت حصه العامل في العبد، لتحقق الملك بالظهور كما هو الصحيح المشهور و ان وجب ضمانها على المالك، من حيث سريان العتق في العبد كما أشار إليه الشيخ في عبارته بقوله: و ضمن للعامل حصته من الربح، و لا يقدر في استحقاقه الحصه المذكوره، عتقه القهري لصدوره باذن المالك.

و الوجه في القول الثاني و هو اختيار العلامة كما عرفت، و مثله الشهيد الثاني في المسالك (1) أيضا و الظاهر أن المشهور ما أشار إليه العلامة فيما تقدم من كلامه بقوله، لبطلان القراض و توضيحه ما قدمنا ذكره من أن هذا الشراء خارج عن مقتضى المضاربه، فإن متعلق الأذن فيها اشتمل على تقلب المال بالأخذ و العطاء مره بعد أخرى لتحصيل الربح، و هذا انما تضمن الخساره لتعقب العتق له، و حينئذ فإذا بطلت المضاربه فيه لم يترتب على ذلك الربح أثر، و انما للعامل أجره المثل عوض عمله خاصه.

فإن قيل: انه إذا كان هذا الشراء ليس من مقتضيات عقد القراض، فإنه كما لا يستحق شيئا من الربح فكذا لا يستحق أجره، لأنه خلاف مقتضى العقد،

ص: ٢٤٤

١ - ١) قالوا: فكأنه استرد طائفه من المال بعد ظهور الربح و أتلفها حينئذ فيسرى على العامل مع يسار المالك ان قلنا بالسرايه في مثله من العتق القهري أو مع اختيار الشريك السبب، و يقوم له نصيبه مع يساره و الا استسعى العبد فيه، منه رحمه الله.

فالجواب أن استحقاق الأجره ليس باعتبار هذا الأمر بخصوصه بل بالنظر اليه و الى غيره من المقدمات، كالسفر للتجاره، و نحو ذلك من الحركات و السكنات التي انما أتى بها لذلك، و مع تسليم الانحصار في ما ذكر، فإنه ان كان من الأمور التي تثبت في مثلها أجره المثل يثبت الأجره، و الا فكيف كان فالمسئله لا تخلو من شوب الاشكال، لعدم النص الواضح الذى ينقطع به ماده القيل و القال.

الثانى: أن يكون الشراء بغير اذن المالك

، و حينئذ فإن وقع الشراء بعين المال، فالظاهر أن المشهور بطلانه، بناء على ما تقدم من منافاته للغرض الذاتى المطلوب من عقد القراض، بل اشتماله على الإلتاف المحض.

و رد ذلك بأن غايته التصرف فى مال الغير بغير اذنه، و مقتضى ذلك هو كونه فضوليا فان قلنا بصحة الفضولى فهو صحيح هنا، و ان وقف فى اللزوم على اجازة المالك، هذا مع علمه بالنسب، و علمه بالحكم، و أنه يعتق عليه قهرا.

و أما مع جهله فإنه يحتمل كونه أيضا كذلك، لأن الاذن فى هذا الباب انما ينصرف الى ما يمكن بيعه و تقليبه فى التجاره للاسترباح، و لا يتناول غير ذلك، فلا يكون ما سواه مأذونا فيه: غايه ما فى الباب أنه قد التبس الأمر على العامل هنا ظاهرا من حيث الجهل، و هو لا يقتضى الاذن، و انما يقتضى عدم الإثم.

و بالجمله فالذى يترتب على الجهل انما هو عدم الإثم و المؤاخذه، لا الصحة و يحتمل صحة البيع و يحكم بعقده على المالك قهرا، و لا ضمان على العامل، لان مقتضى عقد القراض شراء ما يترتب عليه الربح بحسب الظاهر، لا بحسب نفس الأمر، و هذا من حيث الجهل كذلك، و ظهور كونه فى نفس الأمر ليس كذلك لا يمنع من الصحة التى وقع عليها عقد الشراء، و يترتب عليها العتق لاستحاله توجه الخطاب الى الغافل و الا لزم التكليف بما لا يطاق.

و بالجمله فإن الأحكام الشرعيه انما تترتب على الظاهر لا على نفس الأمر و الخطابات و التكاليفات انما تناط بما هو الظاهر فى نظر المكلف من حل و تحريم

و طهاره و نجاسه و نحوها، لا ما كان كذلك في الواقع، و لعل هذا الاحتمال أقرب من الأول.

و ان وقع الشراء في الذمه لم تقع المضاربه، لما تقدم في المسئله الخامسه من المقصد الأول (1) من ان مقتضى إطلاق الإذن هو الشراء بعين المال، و على هذا فلو اشترى في الذمه فلا يخلو اما أن لا يعين العقد لا للمالك و لا لنفسه، و حينئذ يكون الشراء له ظاهرا و باطنا، و ان عينه لنفسه تعين له كذلك، و ان عينه للمالك لفظا فهو فضولى على القول بصحة الفضولى، و ان عينه له نيه وقع للعامل بحسب الظاهر، و بطل باطنا، فلا ينعقد، و يجب التخلص منه على وجه شرعى، إذ ليس مملكا له في الواقع و نفس الأمر لئنه المذكوره الصارفه عنه و الله العالم.

الثالثه [في شراء العامل زوج المالك] :

- إذا كان مال القراض لامرأه فاشترى العامل زوجها فلا يخلو اما أن يكون الشراء بإذنها، و حينئذ يكون الشراء صحيحا، و يفسخ نكاحها لما قرر في محله من امتناع اجتماع الملك و النكاح.

أولا يكون الشراء بإذنها، و فيه قولان: فقيل: بالصحة، الا أنه ذكر في المسالك أن القائل به غير معلوم، و انما ذكره المصنف بلفظ قيل: و لم يعلم قائله.

أقول: و هذا القول قد نقله العلامة أيضا في القواعد في المسئله، و علل وجه الصحة هنا بأنه اشترى ما يمكن طلب الربح فيه، و لا يتلف به رأس المال، فيجوز حينئذ كما لو اشترى ما ليس بزواج.

و قيل: ببطلان الشراء المذكور لحصول الضرر على المالك به، و يكون ذلك دليلا على عدم الرضا، و تقييدا لما أطلقت من الاذن بدليل منفصل عقلى.

أقول: و هذان القولان حكاهما المحقق في الشرائع، و اختار منهما القول بالبطلان، معللا له بأن عليها في ذلك ضررا، و بينه في المسالك بما قدمنا ذكره،

ص: ٢٤٦

و العلامة فى الإرشاد اقتصر مع عدم الاذن على القول بالبطلان جازما به من غير نقل قول آخر غيره.

و فى القواعد قال: قيل: يبطل الشراء لتضررها به، و قيل: يصح موقوفا، و قيل: مطلقا، و أنت خير بأن ظاهر شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك و كذا ظاهر الأردبيلى فى شرح الإرشاد أن مقتضى التعليل الذى ذكر فى وجه البطلان هو الرجوع الى العقد الفضولى، لما عرفت من تعليل ذلك بحصول الضرر على المالك و موجب ذلك أنه لو رضى المالك زال المانع، فىكون التعبير بالعقد الفضولى أنسب من الحكم بالبطلان مطلقا، و ظاهر العلامة فى القواعد أن المشابهة بالعقد الفضولى و الحمل عليه إنما هو فى جانب القول بالصحة، حيث عبر عنه بأنه يصح موقوفا، يعنى على الإجازة، و فيه إشارة الى أن المراد بالقول بالبطلان إنما هو مطلقا، لا باعتبار عدم الإجازة كما فهمه فى المسالك، ثم انه ذكر القول بالصحة مطلقا.

و بالجمله فإنه قد تلخص أن أقوالهم فى المسئلة ثلاثة، صحة القول بالشراء مطلقا، و بطلانه مطلقا، و القول بكونه كالعقد الفضولى، و نسب فى المسالك نقل الأقوال الثلاثة إلى العلامة، و هو كذلك كما سمعته من كلامه فى القواعد، الا أنه اقتصر على مجرد نقلها، و لم يرجح شيئا منها، و فى الإرشاد ظاهره الجزم بالبطلان مطلقا.

و الظاهر أن المراد بالضرر الذى جعلوه حجة للإبطال هو انفساخ النكاح، مع صحة الشراء، و الافاق العبد بعد الحكم بصحة الشراء يكون من جملة أموال القراض، يترتب عليه ما يترتب عليها من جواز البيع، و تحصيل الربح.

و فى ثبوت الضرر بذلك على إطلاقه إشكال، فإن ثبت دليل على أن هذا ضرر يوجب بطلان الشراء ترتب عليه ما قالوه، و الا فالظاهر أن الشراء صحيح و ان فسد النكاح، و جرى العبد فى مال المضاربه كغيره من أموالها.

ثم انه على تقدير كون ذلك ضررا يوجب البطلان، فالظاهر انه يرجع الى العقد الفضولي، لا- كما هو ظاهر القائل بذلك من البطلان مطلقا، نظرا الى تلك القرينه المدعاه آنفا، وحينئذ فإن قلنا ببطان العقد الفضولي كما هو الأظهر و ان كان خلاف الأشهر، فالأمر واضح، و ان قلنا بصحته مع وقوفه فى اللزوم على اجازته المالك، رجع الأمر إلى الإجازة، فإن أجازته المرأه كان حكمه ما تقدم فى صورته ما إذا كان الشراء بإذنها، و الا وقع باطلا.

إذا تقرر ذلك فاعلم أنه على تقدير القول بالبطلان مطلقا أو مع عدم الإجازة فالحكم واضح، و أما على تقدير القول بالصحة، فإن كان مستند الصحة انما هو اذن المرأه فى الشراء، أو إجازتها ذلك، بناء على كون العقد فضوليا لم يضمن العامل ما فاتها من المهر و النفقه، لأن فواته مستند إلى اذنها و رضاها.

و أما على القول بالصحة مطلقا و ان لم يستند إلى اذنها أو رضاها كما هو أحد الأقوال الثلاثة المتقدمه، فإن العامل يضمن المهر مع علمه بالزوجيه، و هو الذى صرح به فى القواعد، و غيره فى غيره، و ربما قيل، بضمانه فى هذه الصوره ما فات مطلقا من مهر و نفقه، و هو فى المهر كما ذكرنا ظاهر، فإنه جاء التفويت من قبله لعلمه بالزوجيه، و أن ملكها له موجب لبطلان النكاح و ذهاب المهر، و مع هذا شراه.

أما فى النفقه فمشكل كما ذكره فى المسالك، قال: لأنها غير مقدره بالنسبه إلى الزمان، و لا موثوق باجتماع شرائطها، بل ليست حاصله لان من جملتها التمكين فى الزمان المستقبل، و هو غير واقع الآن، الى أن قال: و الظاهر اختصاصه بالمهر على هذا القول، و هو الذى ذكره جماعه، انتهى و هو جيد، و الله العالم.

المسئله الرابعه [فى شراء العامل أباه أو من ينعق عليه]:

لو اشترى العامل أباه أو من ينعق عليه، فإن ظهر فيه ربح حال الشراء، فالأشهر الأظهر انه ينعق نصيب العامل من العبد بقدر ماله من

الربح فيه، و يستسعى العبد فى الباقي، و هو حصه المالك سواء كان العامل مؤسرا أو معسرا.

و على هذا يدل

صحيحه محمد بن قيس (١) قال:

«قلت لأبى عبد الله (عليه السلام): رجل دفع الى رجل ألف درهم مضاربه، فاشترى أباه و هو لا يعلم؟ قال: يقوم فان زاد درهما واحدا أعتق و استسعى فى مال الرجل». و الحكم المذكور مبنى على تملكه الربح بمجرد الظهور، كما هو مدلول الصحيحه المذكوره، و هو الأشهر الأظهر.

و أما على القول بأن المملك انما يحصل بالقسمه أو الانضاض فإن البيع صحيح، الا أنه لا ينعقد لعدم الملك حينئذ، و إطلاق الحكم بالاستسعاء شامل لما لو كان العامل مؤسرا أو معسرا، فان عدم الاستفصال دليل على العموم فى المقال، حيث حكم (عليه السلام) بالاستسعاء، و لم يفصل فيه بين كون العامل مؤسرا أو معسرا و هو ظاهر.

و قيل: بأنه مع اليسار يقوم على العامل، لا اختياره السبب، و هو موجب للسرايه، لأن اختيار السبب اختيار المسبب، و حملت الروايه على إعسار العامل جمعا بين الأدله، أو على تجدد الربح بعد الشراء.

و فيه أن الروايه المذكوره دلت على أنه اشترى أباه و هو لا يعلم أى لا يعلم بكونه أباه، فكيف يتم اختياره للسبب، و هو لا يعلم حال الشراء.

نعم يحتمل صحه ما ذكره على تقدير العلم، الا أنه خارج عن مورد الخبر، فلا يحتاج الى الجمع بما ذكره، و قيل: يبطلان البيع لانه مناف لمقصود القراض، إذ الغرض هو السعى للتجاره التى تقبل التقلب للاسترباح و هذا الشراء بتعقب العتق له ينافى ذلك، فيكون مخالفا للتجاره، فيكون باطلا

ص: ٢٤٩

١- (١) الكافى ج ٥ ص ٢٤١ ح ٨ و فيه عن محمد بن ميسر، الفقيه ج ٣ ص ١٤٤ ح ٣ الوسائل ج ١٣ ص ١٨٨ ح ١.

لعدم الاذن فيه،أو موقوفا على الإجازة.

و فيه أنه اجتهاد في مقابله النص الصحيح، فإنه دل على الصحة، لكن مورده كما عرفت جهله بكونه ممن ينعق عليه، والعجب أنه لم يتنبه أحد من الأصحاب لهذا القيد في الخبر، بل جعلوا الحكم فيه مطلقا كما سمعت من كلامهم، وكأنهم بنوا على أنه إذا كان كذلك مع الجهل، فمع العلم بطريق أولى.

و فيه أنه يمكن مع العلم أنه لا يجوز له الشراء، لما فيه من المخالفة للغرض المقصود من القراض، كما علل به القول بالبطلان في المسئلة كما سيأتي ذكره، ويؤيده ما تقدم في المقام الثاني من المسئلة الثانية (1)، فيما إذا اشترى من ينعق على المالك بغير إذنه.

أما مع الجهل فيصح و يترتب عليه ما ذكر في الخبر، وعلى هذا ينبغي إجراء الخلاف المذكور في غير مورد الخبر، وهو العلم بكونه أباه، فإنه لخلوه من النص حينئذ قابل لهذه الاحتمالات و الأقوال المتعدده، والحكم في هذه الصورة محل اشكال لما عرفت من خروجها عن مورد النص، مع عدم دليل واضح على شيء مما ذكره، سيما مع تدافع هذه التعليقات التي عللوا بها كلا من هذه الوجوه المذكوره، هذا كله إذا كان ظهور الربح حال الشراء.

أما لو كان بعد ذلك كتجدده بارتفاع السوق، ونحوه فإشكال، لعدم النص الدال على حكم يكون المعول عليه في هذا المجال، إلا أنه يمكن أن يقال:

انه بعد ظهور الربح بناء على التملك بمجرد الظهور كما هو الظاهر المشهور فإنه يجرى فيه الحكم المذكور في الخبر المتقدم، من أنه ينعق نصيب العامل منه، ويستسعى في الباقي، لأن الظاهر من الخبر ترتب الحكم على ظهور الربح أعم من أن يكون وقت الشراء أو بعد ذلك، فإنه هو السبب في العتق، لكن

ص: ٢٥٠

(١ - ١) ص ٢٤٥.

ينبغي التقييد بصوره الجهل كما أشرنا إليه آنفا إذ مع العلم لا يبعد القول بالبطلان كما عرفت أيضا، والله العالم.

الخامسه [في جواز فسخ كل من العامل و المالك القراض]:

اشاره

قد صرح جملته من الأصحاب بأنه لما كان القراض من العقود الجائزه، فلكل من المالك و العامل فسخه بقوله فسخت القراض، أو أبطلته أو رفعتة أو نحو ذلك مما يؤدي هذا المعنى أو بقول المالك للعامل لا تتصرف بعد هذا، أو يقول رفعت يدك، وكذا يحصل بيع المالك المال لا بقصد اعانه العامل و حينئذ فإن كان هناك ربح يقسم بعد إخراج رأس المال، و ان لم يكن ثمة ربح فللعامل أجره المثل الى ذلك الوقت الذي حصل فيه الفسخ.

و لو كان في المال عروض فهل للعامل أن يبيعها بغير اذن المالك؟ قولان:

و لو طلب منه المالك الانضاخ هل يجب عليه أم لا؟ قولان: أيضا، و ان كان سلفا كان عليه جبايته.

قال في التذكرة: قد بينا أن القراض من العقود الجائزه من الطرفين كالوكالة و الشركه، بل هو عينهما، فإنه و كاله في الابتداء، ثم يصير شركه في الأثناء، فلكل واحد من المالك و العامل فسخه، و الخروج منه متى شاء، و لا- يحتاج فيه الى حضور الآخر و رضاه، لان العامل يشتري و يبيع لرب المال باذنه فكان له فسخه كالوكالة، الى أن قال: إذا ثبت هذا فان فسخا العقد أو أحدهما فإن كان قبل العمل عاد المالك في رأس المال، و لم يكن للعامل أن يشتري بعده و ان كان قد عمل فان كان المال ناضا و لا ربح فيه أخذه المالك أيضا، و كان للعامل أجره عمله الى ذلك الوقت، و ان كان فيه ربح أخذ رأس ماله و حصته من الربح، و أخذ العامل حصته منه، و ان لم يكن المال ناضا فان كان دينا بأن باع نسيه باذن المالك، فان كان في المال ربح كان على العامل جبايته، و به قال الشافعي و أبو حنيفة، و ان لم يكن هناك ربح، قال الشيخ (رحمه الله عليه) يجب على العامل جبايته، و به قال الشافعي إلى آخر كلامه.

أقول: والكلام هنا يقع في مواضع

الأول-قولهم أنه متى فسخ المالك و كان المال ناضا و لا ربح فيه

فللعامل أجره المثل، قيل و وجهه من حيث أن عمله محترم باذن المالك، و ليس على وجه التبرع بل في مقابله الحصة، و حيث أنه فانت بفسخ المالك قبل ظهور الربح فإنه يستحق أجره عمله الى حين الفسخ.

و فيه نظر، لانه لم يدخل الا على تقدير الحصة من الربح على تقدير وجودها، و من الجائز أن لا يحصل ربح بالكلية، أو يحصل مع فواته بجبر نقص رأس المال، فلا- يحصل له شيء بالكلية، و الحصة فيما نحن فيه غير موجوده، و إثبات أجره المثل يتوقف على الدليل، فان قيل: أنه انما جعل له الحصة على تقدير استمراره الى أن يحصل، و هو يقتضى عدم عزله قبل حصولها، فان خالف فقد فوتها عليه، فيجب عليه أجرته، قلنا: لا يخفى أن مقتضى عقد القراض حيث كان من العقود الجائزه هو جواز فسخه في كل وقت منهما، أو من أحدهما، فدخول العامل في هذا العقد مع علمه بما يقتضيه و يترتب عليه رضا منه بذلك فقول هذا القائل: أن العقد يقتضى عدم عزله قبل حصول الحصة، ليس في محله على أنك قد عرفت أنه يجوز أن يستمر العقد، و لا يحصل ربح بالكلية، أو يحصل و لكن يفوت بجبر نقصان رأس المال.

و بالجملة فإن إثبات هذه الأجره المذكوره يحتاج الى دليل واضح، و ليس فليس، و التعليل المذكور عليل بما عرفت.

و هذا البحث يأتي أيضا فيما لو لم يكن المال ناضا لا ربح فيه، فان الكلام المذكور جار فيه أيضا، هذا كله فيما إذا كان الفسخ من المالك.

أما لو كان الفسخ في هذه الحال من العامل، فإنه لا شيء له كما هو ظاهر بعضهم، و الوجه فيه ظاهر، لقدومه على ذلك، و عدم صبره الى أن يحصل الربح و أجره المثل انما أوجبها على المالك في الصورة الأولى حيث أنه كان سببا في تفويت الأجره، و حينئذ فلا شيء له.

و فى التذكرة أطلق الحكم بثبوت الأجره لو فسخا العقد أو أحدهما،و كان ناضا لا ربح،و الظاهر بعده.

الثانى- ما ذكره فيما إذا كان الفسخ قبل الانضاض

،و كلامهم هنا مجمل يحتاج الى توضيح و تنقيح،فإنه لا يخلو فى هذه الصورة اما أن يكون فى المال ربح،أو لا،فعلى الأول متى قلنا بأن الربح يملك بمجرد الظهور كما هو الصحيح المشهور،و المؤيد المنصور،فان اتفقا على أن العامل يأخذ حصته من تلك العروض فلا بحث،و كذا ان اتفقا على الانضاض،و أخذ العامل حصته بعد الانضاض.

أما لو طلب المالك من العامل الانضاض من غير إرادته ذلك،فظاهرهم وجوب ذلك على العامل،قالوا:لان استحقاقه الربح و ان ثبت بالظهور الا أن استقراره مشروط بالانضاض،لاحتمال ما يقتضى سقوطه.

و عندى فيه إشكال،لأن ذلك انما يتم قبل الفسخ،حيث أنه مقتضى عقد القراض،و أما بعده و صيروره العامل كالأجنبى الشريك فى ذلك المال،فإلزامه بما قالوه يتوقف على دليل واضح،سيما مع إمكان أخذ الحصه من العروض، فان غايته أنه يكون شريكا فى تلك العروض،و الشريك لا يجب عليه الانضاض بطلب شريكه.

و هكذا باقى الكلام فيما لو طلب العامل الانضاض،فهل يجب على المالك إجابهته أم لا؟قولان:و الظاهر العدم لما عرفت أيضا.

و بالجمله فإن إثبات الوجوب على أحدهما بعد فسخ المعامله يحتاج الى دليل واضح،و التمسك فى دفعه بالأصل أقوى مستمسك.

و على الثانى فإن للمالك أن يأخذه ان شاء،و هل عليه أجره المثل للعامل هنا أم لا؟قولان:و الكلام هنا كما تقدم فيما إذا كان المال ناضا و لا ربح، كما أشرنا إليه آنفا.

و هل للعامل أن يبيعه ان أراد بغير رضا المالك أم لا؟ قولان: أظهرهما الثانى، لأن هذه العروض ملك للمالك، و لا تعلق للعامل فيها بوجه إذ المفروض عدم الربح و التصرف فيها بغير اذن المالك محرم بلا ريب.

و أما ما تعلق به القائل بالجواز من تعلق حق العامل به، و احتمال وجود زبون يزيد فى الثمن، فيحصل الربح مردود. بأن تعلق حق العامل به انما يتم مع وجود شىء من الربح، إذ لا حق له فى رأس المال، و المفروض هنا عدم وجود ربح بالكليه، و احتمال وجود زبون أضعف.

نعم لو كان الزبون موجودا بالفعل اتجه ما ذكره، و كان من قبيل ما لو ظهر فيه ربح كما قدمنا ذكره.

و هل للمالك فى هذه الصورة إلزام العامل بالإنضاض أم لا؟ قولان: أيضا، و استدل على الأول

بقوله صلى الله عليه و آله و سلم (١)

«على اليد ما أخذت حتى تؤدى». و قد أخذه نقدا فيجب رده اليه، و لحدوث التغيير فى المال بفعله، فيجب رده.

و لا يخفى ما فيه، فان الأخذ و التصرف بالشراء انما حصل باذن المالك، و التغيير انما نشأ عن اذنه، فلا يستعقب ضررا على العامل، و الأصل عدم الوجوب، و الخبر المذكور لا عموم فيه على وجه يشمل محل البحث، و مع تسليمه فإن الأداء أعم من أن يكون بالمثل أو العوض.

و بالجمله فالأصل العدم، و هو أقوى دليل فى المقام، فلا يخرج عنه الا- بنص واضح، و كذلك أيضا الأصل بعد ارتفاع العقد، البراءة من عمل لا عوض عليه.

الثالث [فى كون المال سلفا بعد فسخ المضاربه]

-ما ذكره فيما إذا كان المال سلفا و تفصيل القول فى ذلك أنه لا ريب كما عرفت فيما تقدم أن العامل ليس له البيع بالدين الا مع الإيذن، لأنه خلاف مقتضى عقد المضاربه، و كذا ليس له الشراء نسيه الا- مع ذلك لما ذكر، فلو فعل بغير اذن كان الثمن مضمونا عليه، و لا إشكال فى ذلك.

ص: ٢٥٤

و انما الكلام فيما إذا أذن له المالك، وقد أطلق جمع منهم المحقق فى الشرائع وجوب جبايته بعد الفسخ على العامل، و ظاهر عبارته التذكرة المتقدمه تقييد ذلك بما إذا كان فى ذلك المال ربح، و عن الشيخ القول بالإطلاق كما هو ظاهر الجماعه المذكورين، و به صرح فى القواعد أيضا فقال: إذا فسخ و المال دين و جب على العامل تقاضيه، و ان لم يظهر ربح.

و بالجمله فظاهرهم الاتفاق على وجوب الانضاض فى الجملة، و انما الخلاف فى تخصيص ذلك بصوره وجود الربح كما هو ظاهر التذكرة أو مطلقا، كما هو ظاهر الأكثر، و عللوا ذلك باقتضاء المضاربه رد رأس المال عن صفته، و الزبون لا يجرى مجرى المال، و لان الدين ملك ناقص، و الذى أخذه كان ملكا تاما فليؤد كما أخذ لظاهر «على اليد ما أخذت حتى تؤدى».

و أنت خير بما فى هذه التعليقات من عدم الصلوح، لابتناء الأحكام الشرعيه عليها، كما أشرنا إليه فى غير موضع مما تقدم، فان الوجوب و التحريم و نحوهما أحكام شرعيه يتوقف على الدليل الواضح، و الأدله عندنا منحصره فى الكتاب و السنه، و عندهم بضم الإجماع، و لا- إجماع مدعى فى المسئله، على أن ما ذكره من التعليل المذكور معارض بأن الإدانه إنما حصلت باذن المالك كما هو المفروض.

و قولهم ان المضاربه تقتضى رد رأس المال على صفته مسلم مع الاستمرار على العقد، و أما مع فسخه سيما ان كان الفاسخ هو المالك، فهو ممنوع و الأصل عدم الوجوب، و براه الذمه منه، و هو أقوى دليل حتى يقوم الدليل الواضح على خلافه.

و أما قوله فى المسالك فى رد ذلك: أنه يضعف بأن اذن المالك فيه انما كان على طريق الاستيفاء لا مطلقا، بدلاله القرائن، و لاقتضاء الخبر ذلك.

ففيه ان ذلك انما يتم مع الاستمرار على العقد المذكور لا مع فسخه، سيما إذا كان الفاسخ له هو المالك.

و بالجمله فإن مقتضى عقد القراض و الاذن فيه هو جميع ما ذكره، و أما بعد فسخه فدعوى كون ذلك الإذن يقتضى ما ذكره مع الحكم ببطان العقد بالفسخ محل المنع، لاختلاف الحالين، و تغاير الحكمين من جميع الجهات، و من جملتها هذا الموضوع، و المانع مستظهر و أما دعواه اقتضاء الخبر ذلك فهو أضعف، لما عرفت، و لو تم الاستدلال بهذا الخبر على ما ذكره للزم منه أيضا جريان ذلك فى الوكيل، إذا اشترى باذن موكله عروضاً ثم عزله الموكل عن الوكالة، فإنه يجب عليه بيع تلك العروض، و تنقيد الثمن، و الرد على المالك كما قبضه منه و لا- قائل بذلك فيما أعلم، و هم قد صرحوا كما تقدم بأن عقد القراض يتضمن الوكالة، بل هو وكالة فى الأول كما تقدم فى كلام العلامة و غيره مع أنه لم يصرح أحد منهم فى الوكالة بذلك بل الظاهر أنه متى عزله الموكل امتنع تصرفه سواء كان المال نقداً أو عروضاً.

فرع [انفساخ العقد بموت صاحب المال] :

لو مات صاحب المال انفسخ العقد لان موت أحدهما من جملة أسباب الفسخ، فلو كان ذلك و المال عروض فالظاهر أنه لا إشكال فى جواز بيع العامل له مع الاتفاق على ذلك بينه و بين الوارث.

و أما مع عدم الاتفاق على ذلك فظاهر الأصحاب أن الكلام هنا حسب ما تقدم من الخلاف فى صورته الفسخ مع حيوة المالك، من أنه هل لكل واحد منها مطالبه الآخر بالإنضاض أم لا؟ و ظاهر جملة منهم أن للعامل هنا البيع بالاذن السابق الا أن يمنعه الوارث، و قيل: انه ليس للعامل البيع، و ان لم يمنعه الوارث، لان المال الان حق لغير من أذن فيه أو لا، فلا يجوز التصرف فيه الا بإذنه لبطان العقد، و هو جيد.

و فى التذكرة نسب الأول إلى المشهور بين الشافعية و الثانى إلى وجه

آخر لهم أيضا، ونفى عنه البأس، ووجهه ظاهر كما عرفت، والله العالم.

السادس [في عدم جواز مضاربه غيره إلا بإذن المالك]:

قد تقرر ان مقتضى المضاربه هو عمل العامل بنفسه، فلا- يجوز أن يضارب غيره الا- بإذن المالك لما فيه من التغيير بمال المالك، و التصرف فيه بغير اذنه، و هو محرم، فان اذن له المالك صح و كان و كيلا من قبل المالك في ذلك، فان كان بعد عمل العامل الأول و قد ظهر فيه ربح فله حصته من الربح، بناء على الأشهر الأظهر من أنه يملك الربح بمجرد الظهور.

و أما على القول بتوقفه على الانضاض أو القسمة فلا، و لكن له أجره المثل بمقتضى كلام الأصحاب و به صرح في التذكرة هنا أيضا، و أيما كان فإنه ليس للعامل الأول على هذا التقدير أن يشترط لنفسه شيئا من الربح، إذ ليس له مال و لا عمل هنا، و الربح تابع لهما، و لا فرق في هذه الصورة بين جعل الحصه للعامل الثاني بقدر حصه الأول التي وقع عليها الاتفاق بين المالك و العامل الأول، أو أقل، و على تقدير كونها أقل فإن هذه الزيادة لا يستحقها العامل الأول، إذ ليس هذا عملا من أعمال التجاره التي يستحق به حصه، بل هي للمالك، و لو كان أذن المالك للعامل الأول في المضاربه، لا بهذا المعنى المذكور، بل بمعنى إدخال من أراد معه، و جعلهما اثنين مثلا، و حاصله جعل الثاني شريكا له في العمل و الحصه، فلا مانع من ذلك، بل يكون صحيحا لزوال المانع المذكور آنفا، و هو عدم العمل، هذا كله مع الاذن له في المضاربه.

أما لو لم يأذن له فإنه لا يصح القراض الثاني، لما عرفت آنفا من أنه تصرف بغير اذن المالك، و تغريبه.

و حيثئذ فلو عمل به العامل الثاني و الحال هذه و ظهر فيه ربح فلا خلاف في أن نصفه للمالك، و انما الخلاف في النصف الآخر، و فيه أقوال ثلاثه:

أحدها- أنه للعامل الأول، و اختاره في الشرائع و العلامه في الإرشاد و علل

بوقوع العقد الصحيح بينه و بين المالك،على أن يكون ذلك له،فيستحقه لاشترائه له،و عقده مع الثاني باطل لما عرفت.

قالوا:و على هذا فللعامل الثاني على الأول أجره مثل عمله،لانه غره.

و فيه انه انما يتم مع جهل العامل الثاني أما مع علمه بكون العامل الذى ضاربه غير مالك،و لا مأذون من المالك،فإنه لا يستحق شيئاً،لأنه تصرف فى مال الغير بغير اذنه مع علمه بأنه ممنوع منه،و فى هذا القول أيضاً زياده على ما عرفت أنه لا يخلو اما أن يكون العامل الثاني قد شرى بعين المال، أو فى الذمه،و على الأول فإن العقد يكون فضولياً،لانه غير مأذون من المالك فينبغى بمقتضى صحه العقد الفضولى عندهم أن يكون موقوفاً على الإجازة، فان اجازته المالك فالواجب أن يكون الربح كله له،لان العامل الأول لم يعمل شيئاً،و الثاني غير مأذون.

و على الثاني فإن نوى و صرح بالمالك فكذلك أيضاً،و الا وقع لمن نواه و لنفسه ان أطلق،و به يظهر أن ما أطلق فى هذا القول من كون الحصة للعامل الأول ليس فى محله.

و ثانيها-أن النصف الآخر للمالك،و هو ظاهر العلامه فى التذكرة قال بعد ذكر المسئلة:فان حصل ربح فالأقرب أنه للمالك،ثم لا يخلو اما أن يكون العامل الثاني عالماً بالحال أو لا،فان كان عالماً لم يكن له شىء، و ان لم يكن عالماً رجع على الأول بأجره المثل،انتهى.

و كلامه ظاهر فى منع العامل الثاني من الربح و عدم استحقاقه شيئاً منه، و أما الأول فلم يتعرض له،و ينبغى أن يعلم أن الوجه فى عدم استحقاقه،هو انه لم يعمل شيئاً يوجب استحقاقه بشىء من الربح،و علل منع الثاني أيضاً،بأن عقده فاسد،فلا يترتب عليه أثر،و الحق هو التفصيل بما تقدم فى القول الأول من أن الشراء وقع بعين المال أو فى الذمه حسب ما عرفت،و به يظهر أنه

لا يتم القول بأن عقده فاسد.

و ثالثها- ان النصف بين العاملين بالسويه، اتباعا للشرط، خرج منه النصف الذى أخذه المالك، فكأنه تالف، و انحصر الربح فى الثانى، قالوا: و على هذا فيرجع العامل الثانى على الأول بنصف أجرته، لأنه دخل على نصف الربح بتمامه، و لم يسلم اليه الا نصفه.

قيل: و يحتمل هنا عدم الرجوع، لان الشرط محمول على اشتراكهما فيما يحصل، و لم يحصل الا النصف.

و كيف كان فينبغى أن يعلم أن هذا كله مع الجهل ليتم التوجيه المذكور و الافع العلم فالعمل على ما تقدم من التفصيل بكون الشراء بالعين، أو فى الذمه، فلا يتم ما ذكر هنا.

أقول: و هذه الأقوال الثلاثه نقلها المحقق فى الشرائع فى المسئله، و اختار الأول منها، و قال فى المسالك: و هذه الأقوال ليست لأصحابنا، و لا نقلها عنهم أحد ممن نقل الخلاف، و انما هى وجوه للشافعيه، موجهه ذكرها المصنف و العلامه فى كتبه.

و فيه انك قد عرفت اختيار المحقق القول الأول من هذه الأقوال الثلاثه، و هو أيضا اختيار العلامه فى الإرشاد و الثانى منها اختيار العلامه فى التذكره، و مثله فى القواعد.

و اما الثالث فلم أقف على قائل به، و به يظهر أن قوله فى المسالك ان هذه الأقوال ليست لأصحابنا، و انما هى وجوه للشافعيه ليس فى محله، فان ذكر الشافعيه لها وجوها فى المسئله لا ينافى اختيار أصحابنا لما يترجح عندهم منها، بل أنت إذا تأملت بعين التحقيق عرفت أن جميع الفروع الغير المنصوصه فى أخبارنا فى جل أبواب الفقه انما هى للعامه، و أصحابنا قد جروا على ما جروا عليه فيما يختارونه منها، كما تقدم التنبيه عليه فى غير موضع، و منها هذه المسئله.

ص: ٢٥٩

و القول الثالث فى هذه الأقوال قد نقله العلامة فى التذكرة بعد اختياره القول الثانى عن المزنى من الشافعية، و قال: انه قول الشافعى فى القديم، ثم انه قال فى المسالك بعد البحث و ذكر الأقوال فيها: و التحقيق فى هذه المسئلة المترتب على أصولنا أن المالك ان أجاز العقد فالربح بينه و بين الثانى على الشرط، و ان لم يجره بطل، ثم الشراء ان كان بالعين وقف على أجزائه المالك، فان أجزائه فالمالك له خاصة، و لا شىء لهما فى الربح، أما الأول فلعدم العمل، و أما الثانى فلعدم الاذن له، و عدم وقوع العقد معه، و الثانى أجره مثل عمله على الأول مع جهله، لا مع علمه، و ان كان الشراء فى الذمه و نوى صاحب المال فكذلك، و ان نوى ممن عامله وقع الشراء له، لانه و كيله و ان لم ينو شيئاً أو نوى نفسه فالعقد له، و ضمان المال عليه لتعديته بمخالفه مقتضى المضاربه، و حيث لا يقع العقد للعامل الثانى فله الأجره على الأول مع جهله ان لم يتعد مقتضى المضاربه عمداً، انتهى.

و هو جيد الا انه فى جل المواضع مبتن على القول بصحة العقد الفضولى و توقفه على الإجازة، و أما على القول ببطلانه كما هو الظاهر عندى و عند جملة من المحققين كما تقدم فى محله فالأمر واضح فى جملة هذه المواضع و الله العالم.

السابعه: لو أنكر العامل مال القراض

فأثبتته المالك بالبينه، فادعى العامل بعد ذلك التلف، فقد صرح الأصحاب بأن هذه الدعوى الأخيره غير مقبوله، و كذا الحكم فيما لو ادعى عليه وديعه أو غيرها من الأمانات فأنكرها، ثم بعد الإثبات ادعى التلف قالوا: و الوجه فيه أن دعواه التلف مكذبه لإنكاره الأول و موجه للإقرار به، و إنكاره الأول نوع تعد فى المال، و الواجب عليه فى جميع هذه المواضع البذل أو قيمه.

أما لو كان جوابه لا يستحق عندى شيئاً و ما أشبهه لم يضمن، إذ ليس فى

ذلك تكذيب للبينه، و لا للدعوى الثانيه فإن المال إذا تلف بغير تفريط لا يستحق عليه بسببه شيئاً، و حينئذ فيقبل قوله في التلف من غير تفريط بيمينه، و ثبوت القراض بالبينه لا- ينافى جواز تلفه بعد ذلك بغير تفريط، و قد تقدم أن العامل أمين يقبل قوله بيمينه، و هو ظاهر.

و لو ادعى الغلط في الربح أو قدره بأن قال أولاً ربحت، أو ربحت كذا، ثم ادعى الغلط في ذلك، و انه ما ربح شيئاً أو ربح شيئاً أقل مما ذكره أولاً، فإنه يؤخذ بإقراره الأول، و لا يسمع دعوى الغلط كما هو شأن جميع الأقارير.

نعم لو قال: خسرت بعد ذلك أو تلف، فإنه يقبل قوله بيمينه كما تقدم.

و لو ذكر لما ادعاه من الغلط وجهها يمكن استناده اليه و ابتناؤه عليه فلا يبعد قبول قوله، كما مر مثله، بأن ظن هنا أن متاعه يشترى بكذا و كذا زياده على القيمة التي ابتاع بها، فظهر كذب ظنه، و نحو ذلك فليس فيه الا ارتكاب التجوز في اخباره بالبناء على الظن، و مثله في باب المجاز غير عزيز و الله العالم.

الثامنه [عدم استحقاق شيء من الربح حتى يستوفى المالك جميع رأس ماله]:

-الظاهر أنه لا خلاف في أنه ليس لأحد من العامل و المالك استحقاق شيء من الربح استحقاقاً تاماً حتى يستوفى المالك جميع رأس ماله، فلو كان في المال خسران و ربح جبرت الوضعية من الربح، سواء كان الخسران و الربح في مره واحده، أو الخسران في صفقه، و الربح في أخرى أو الربح في سفر، و الخسران في سفر آخر لان معنى الربح هو الفاضل عن رأس المال، و إذا لم يفضل شيء فلا ربح.

قال في التذكرة بعد ذكر الحكم المذكور: و لا نعلم في هذا خلافاً، إذا تقرر ما ذكرناه فاعلم: أنهم قد صرحوا بأنه ليس لأحدهما قسمه الربح قبل فسخ العقد قسمه إجبار، بل يتوقف على رضاهما معاً، فلا يجبر أحدهما لو امتنع.

أما العامل فإنه لا يجبر لو طلب المالك القسمه، لأنه لا يأمن أن يخسر المال بعد ذلك، و يكون قد خرج ما أخذه من الربح، و فات من يده، فيحتاج

الى غرم ما حصل له بالقسمه،و فى ذلك ضرر عليه،فلا يلزم الإجابة الى ما فيه ضرر عليه.

و أما المالك فإنه لا يجبر أيضا على القسمه لو طلبها العامل،لان الربح وقايه لرأس ماله،فله أن يقول:لا ادفع إليك شيئا من الربح حتى يسلم لى رأس مالى،ثم انه لو تراضيا بالقسمه قبل الفسخ،فقد عرفت أنه لم يحصل استقرار الملك للربح،و على هذا فلو حصل الخسران بعد ذلك صبر المالك الى أن ينجبر هذا النقص بتجاره أخرى،و الا فإنه يجب على العامل جبره بما أخذ من الربح،لانه لم يملك ما أخذه ملكا مستقرا،بل مراعى بعدم الحاجه إليه لجبر الخسران، و حينئذ فإذا اتفق الخسران بعد قسمتهما الربح رد العامل أقل الأمرين مما وصل اليه من الربح،و مما يصيبه من الخسران،لأن الأقل ان كان هو الخسران، فلا يلزمه سوى جبر المال،و الفاضل له،و ان كان هو الربح،فلا يلزمه الجبر الا به، و كذا يحتسب المالك برجوع أقل الأمرين اليه.

و توضيح ذلك بأن نفرض أن أصل المال مائة درهم،و الربح عشرون درهما، و الشرط أن يكون الربح بينهما نصفين،و بموجبه يكون النقصان كذلك، فاقسما الربح و صار حصه العامل عشره دراهم ثم انه اتفق نقصان المال من التجاره عشرين درهما،فعلى العامل عشره دراهم،و هى تمام حصته،لان له نصف الربح فعليه نصف النقصان،و باقى النقصان على حصه المالك،و لو كان الخسران ثلاثين درهما و الربح كما تقدم،فان حصته من النقصان بموجب ما عرفت خمسة عشر درهما،و حصته من الربح انما هى عشره،فيأخذ هنا بالأقل الذى هو حصته من الربح،فإنه لا يلزم بأزيد مما يأخذه،و لا يكلف بالجبر من غير الربح،و لو كان الخسران عشره دراهم فان حصته من الخسران خمسة دراهم بموجب ما عرفت، و هى أقل من حصته من الربح التى هى عشره كما عرفت فيؤخذ بالأول الذى هو الأقل و الخمسه الأخرى على المالك،و على هذا يكون الزائد له،لأن الأمر هنا بالحصه،

و الرصد و الذى يتعلق بالعمل من ذلك هو النصف، و النصف الأخر بالمالك، و منه يعلم ما يتعلق بالمالك.

التاسع [فى أن التالف من مال التجاره يجبر بالربح] :

الظاهر أنه لا خلاف فى أن التالف من مال التجاره كلا أو بعضا بعد دورانه فى التجاره يجبر بالربح، و المراد بدورانه فى التجاره التصرف فيه بالبيع و الشراء، لا مجرد السفر به، قبل وقوع شىء من ذلك، و يمكن أن يستدل على هذا الحكم أعنى جبر الفائت كلا أو بعضا بالربح بالأخبار الكثيره المتقدمه، الداله على أنه مع المخالفه يضمن المال، و الربح بينهما.

و منها

صحيحه محمد بن مسلم (١)

«عن أحدهما (عليهما السلام)» قال:

سألته عن الرجل يعطى المال مضاربه و ينهى أن يخرج به، فيخرج قال: يضمن المال و الربح بينهما.

و التقريب فيها ما تقدم من أن الربح هو الفاضل عن رأس المال فيما لم يفضل عن رأس المال شىء فلا ربح، و قد ادعى عليه فى التذكرة الإجماع، كما تقدمت الإشارة اليه، و حينئذ فلا بد من جبر التالف ليحصل بقاء المال، فما زاد على ذلك يتصف بكونه ربحا يتعلق به القسمة بينهما، و ظاهر الأصحاب أنه لا فرق فى الفوائت التى يترتب عليها الخسران بين أن يكون بآفه سماويه أو بغصب غاصب أو سرقه أو نحو ذلك.

و وجه الإطلاق فى ذلك ما عرفت من أن الربح وقايه لرأس المال فما دام المال لا- يكون موجودا بكماله، فلا ربح، و ربما قيل: باختصاص الحكم بما لا- يتعلق فيه الضمان بذمه المتلف، لأنه حينئذ بمنزله الموجود فلا حاجه الى جبره، و لأنه نقصان لا يتعلق بتصرف العامل و تجارته بخلاف النقصان الحاصل بانخفاض السوق و نحوه: و المشهور عدم الفرق.

قال فى التذكرة: لو حصل فى المال نقص بانخفاض السوق، فهو خسران

ص: ٢٤٣

مجبور بالربح، وكذا ان نقص المال بمرض حادث أو بعيب متجدد، وأما ان حصل نقص في العين بأن يتلف بعضها فان حصل بعد التصرف في المال بالبيع و الشراء، فالأقرب انه كذلك، وأكثر الشافعية على أن الاحتراق و غيره من الآفات السماويه خسران مجبور بالربح أيضا.

و أما التلف بالسرقة و الغصب ففيه لهم وجهان، و فرقوا بينهما بأن في الغصب و السرقة يحصل الضمان على الغاصب و السارق، و هو يجبر النقص فلا- حاجه الى جبره بمال القراض، و أكثرهم لم يفرقوا بينهما، و سوا بين التلف بالآفه السماويه و غيرها، فجعلوا الوجهين في النوعين: أحدهما المنع، لانه نقصان لا تعلق له بتصرف العامل و تجارته، بخلاف النقصان الحاصل بانخفاض السوق، و ليس هو بناش من نفس المال الذي اشتراه العامل، بخلاف المرض و العيب فلا يجب على العامل جبره.

و كيف كان فالأصح عندهم أنه مجبور بالربح انتهى كلامه.

و به يظهر لك أن ما ذكره الأصحاب في المقام مأخوذ من كلام الشافعية هنا، كما أشرنا إليه فيما تقدم، و هذا كله فيما إذا حصل التلف في المال بعد دورانه في التجاره.

أما لو كان قبل ذلك فلا يخلو اما أن يكون التالف الجميع أو البعض، و على الثاني فالأقرب عندهم جبره بالربح، كما لو دفع له مأه فتلف منها قبل الاستعمال خمسون، فإنه يجبر التالف بالربح، لانه تعين للقراض بالعقد و الدفع الى العامل و قبض العامل له، و حينئذ يكون رأس المال مأه كذا صرح به في التذكرة.

و على الأول فالذى صرح به في التذكرة، هو أنه ان كان التلف بأفه سماويه أو من جهه المالك انفسخ العقد، لزوال المال الذي تعلق به العقد، فان اشترى بعد ذلك للمضاربه كان لازما له، و الثمن عليه، سواء علم بتلف المال قبل نقد الثمن أو جهل ذلك، الا أن يجيز المالك الشراء، فإن أجاز احتمل أن يكون

قراضا- كما لو لم يتلف المال- و عدمه كما لو لم يأخذ شيئا من المال، أما لو أتلفه أجنبي قبل دورانه في التجاره، و قبل تصرف العامل فيه، فان العامل يأخذه بماله، و يكون القراض باقيا فيه، لان القراض كما يتناول عين المال فكذا يتناول بدله كاشمان السلعه التي يبيعها العامل، و المأخوذ من الأجنبي عوضا بدل.

و قال في المسالك: أنه أى تلف المال كلا قبل الدوران موجب لبطلان العقد، فلا يمكن جبره، الا أن يحمل على ما لو أذن له في الشراء في الذمه فاشترى، ثم تلف المال و نقد عنه الثمن، فان القراض يستمر و يمكن جبره حينئذ بالربح المتجدد، كلامهما متفق على البطلان في الصورة المذكوره إلا مع التأويل بما ذكره كل منهما، و ان تغاير التأويلان.

و قال في الشرائع: إذا تلف مال القراض أو بعضه بعد دورانه في التجاره احتسب التالف من الربح، و كذا لو تلف قبل ذلك، و في هذا تردد.

قال في المسالك: وجه التردد فيما لو كان تلفه قبل الدوران من أن وضع المضاربه على أن الربح وقايه لرأس المال، فلا يستحق العامل ربحا الا بعد أن يبقى رأس المال بكامله، لدخوله على ذلك، و عدم دورانه لا دخل له في الحكم بخلافه، و من أن التلف قبل الشروع في التجاره يخرج التالف عن كونه مال قراض، و الأقوى عدم الفرق، لأن المقتضى لكونه مال قراض هو العقد، لا دورانه في التجاره، فمتى تصور بقاء العقد و ثبوت الربح جبر ما تلف مطلقا انتهى.

أقول: قد عرفت أن مقتضى تلف المال قبل الدوران هو بطلان المضاربه كما اعترف به فيما قدمنا نقله عنه، و كذا في ما قدمناه من كلام التذكرة، و مقتضى ذلك أنه لا ربح هنا بالكليه ليحصل به الجبران، و لم يبق الا الحمل على ما ذكره من التأويل، و هو مع بعده عن ظاهر عباره المصنف غايه البعد، مدخول بأن الظاهر انما هو عدم الجبران.

قوله: ان وضع المضاربه على أن الربح وقايه لرأس المال الى آخره مسلم

الا أنه فرع وجود رأس المال فإن رأس المال انما يصدق كما هو المتبادر على المبلغ الذى دفعه المالك، و هو قد تلف كما هو المفروض، و الربح الذى يجب الجبر به انما هو ما حصل من ذلك المال بعد المعامله به، و هذا الربح الذى حصل بالشراء فى الذمه لم يترتب على ذلك المال المقروض، لانه قد ذهب قبل دورانه، و يؤيده أن الأصل بقاء ملك العامل لهذا الربح و خروجه عنه الى أن يجبر به الفائت يحتاج الى الدليل.

نعم قام الإجماع. و ظاهر ما تقدم من الاخبار على الجبر بعد الدوران، فيبقى ما عداه على حكم الأصل، و بذلك يظهر أن قوله و عدم دورانه لا دخل له فى الحكم بخلافه ليس فى محله.

و بالجملة فإننا لا نمنع بقاء العقد فى صورته التأويل الذى فرضه- و بنى عليه الكلام، لعدم فسخه و ارتفاعه مع الاذن فى الشراء فى الذمه، و ظهور ربح هناك- و انما نمنع من جبر التالف بهذا الربح، إذ المتبادر من الاخبار و كلام الأصحاب أن الربح الذى يجبر التالف انما هو ربح ذلك المال الذى وقعت المعامله به، و رأس المال الذى يخرج أولا انما هو المستعمل فى تجاره و كونه مال التجاره، انما يصدق حقيقه بعد الدوران لا قبله، بمعنى جبر التالف بالربح أى الذى عرض له التلف بعد حصول الربح فيه، لا ما لم يكن كذلك.

و كيف كان فالمانع مستظهر، و الله العالم.

العاشره [جواز تعدد كل من العامل و المالك] :

يجوز تعدد كل من العامل و المالك فيضارب المالك اثنين، و بالعكس، فإذا تعدد العامل بأن قارض الواحد اثنين، اشترط تعيين الحصه لهما و لا يجب عندهم تفصيلها، بل يجوز أن يجعل النصف لهما، فيحكم بالنصف لهما بالسويه، لاقتضاء الإطلاق ذلك، و أصاله عدم التفصيل، و فيه نظر قد تقدم ذكره فى المسئله الرابعه من المقصد الثالث فى

الربح و لو شرط التفاوت بينهما بأن جعل لأحدهما ثلث الربح، و للآخر ربحه فأبهم و لم يعين بطل، و لو عين الثلث لواحد بعينه، و الربح للآخر صح، لأن عقد الواحد مع اثنين في حكم عقدين قد قارض في أحدهما بثلث الربح، و فى الآخر بالربح، و قد تقدم إيضاح ذلك فى المسئلة المذكوره، و إذا اتحد العامل و تعدد المالك فلو بينا نصيب العامل من الربح بأن جعل له نصف الربح، و لهما الباقي يكون بينهما على ما يشترطانه من التفاضل و التساوى، سواء كان على نسبة المالىن أم لا، و به أفتى فى التذكرة و نقل عن الشافعى المنع من التفاضل مع تساوى المالىن، و التساوى مع تفاضلهما، لأن الربح يكون تابعا للمال، فإذا شرط له النصف كان النصف الآخر بينهما بالسويه، فشرط التفاوت فيه يكون شرطا لاستحقاق ربح بغير عمل و لا مال.

و لو شرط أحدهما للعامل النصف من حصته من الربح، و شرط الآخر له الثلث على أن يكون الباقي بينهما نصفين صح على القول الأول، و بطل على قول الشافعى، قال: انه لا يجوز، لأن أحدهما يستحق مما بقى بعد شرطه النصف و الآخر يستحق الثلثين، و لا يجوز أن يشترط التساوى، فيكون قد شرط أحدهما على الآخر من ربح ماله بغير عمل عمله، و لا مال يملكه.

أجاب القائلون بالقول الأول بأن الفاضل الذى أخذه الشريك من حصه العامل، لا من حصه شريكه، و توضيحه أن الأصل لما اقتضى التساوى فى الربح للشريكين مع التساوى فى المال كان شرط التفاوت المذكور منصرفا إلى حصه العامل، بمعنى أن شرط الزيادة يكون قد جعل للعامل أقل مما جعل له أخذ النقيصه، و هو جائز، و منه علم حجه القول الأول.

أقول: و من تعارض هذين الوجهين فى المسئلة تردد المحقق فى المسئلة المذكوره و هو فى محله، لعدم النص الواضح فى المقام، و ان كان القول الأول لا يخلو من قوه.

هذا فيما لو اشترطنا التفاضل في القسمة مع إطلاق النصف الذى عيناه للعامل بمعنى أنه لم يعين نصيب كل منهما من ذلك النصف الذى جعلناه له، أما لو عيناه بأن قالاً لك نصف الربح على أن يكون بالمناصفة بيننا، فيرجع الى أنه قد جعل له كل واحد منهما ربع الربح، فإنه بهذا التعيين يخرج المسئلة عما قلناه هنا من الخلاف، ويرجع الكلام فى ذلك الى ما تقدم فى كتاب الشركة من اشتراط التفاوت فى الربح مع تساوى المالىن، وبالعكس وقد تقدم البحث فى ذلك فى المسئلة الخامسة (1) من الفصل الأول من الكتاب والله العالم.

الحادية عشر [فى شراء العامل شيئاً للقراض و تلف الثمن قبل الدفع]

-اختلف الأصحاب فى ما لو اشترى العامل شيئاً للقراض فتلف الثمن قبل دفعه البائع، قال الشيخ فى الخلاف: إذا دفع إليه ألفاً للقراض فاشترى به عبداً للقراض، فهلك الألف قبل أن يدفعه فى ثمنه، اختلف الناس فيه على ثلاثة مذاهب، قال أبو حنيفة و محمد: يكون المبيع لرب المال، و عليه أن يدفع إليه ألفاً غير الأول، ليقضى به دينه، و يكون الأول و الثانى قراضاً و هما معا رأس المال، و قال مالك: رب المال بالخيار بأن يعطيه ألفاً غير الأول ليقضى به الدين و يكون الألف الثانى رأس المال دون الأول، أو لا يدفع إليه شيئاً، فيكون المبيع للعامل، و الثمن عليه، و نقل البزنطى عن الشافعى أن المبيع للعامل، و الثمن عليه، و لا شىء على رب المال، و هو اختيار أبى العباس، قال الشيخ: و هو الذى يقوى فى نفسى لأنه لا يخلو اما أن يكون الألف تلف قبل الشراء، أو بعده، فان كان تلف قبل الشراء وقع الشراء للعامل، لأنه اشتراه بعد زوال القراض، و ان كان التلف بعد الشراء فالباع وقع لرب المال، و عليه أن يدفع الثمن من ماله الذى سلمه اليه، فإذا هلك المال فحول الملك الى العامل، و كان الثمن عليه، لان رب المال انما فسخ للعامل فى التصرف فى ألفاً اما أن يشتري به بعينه، أو فى الذمه، و ينقد عنه، و لم يدخل على أن يكون له فى القراض أكثر منه.

ص: ٢٦٨

١-١ (١) ص ١٦٣.

و قال فى المبسوط: إذا دفع ألفا قراضا فاشترى به عبدا للقراض فهلك الألف قبل أن يدفعه، قال قوم: إن المبيع للعامل و الثمن عليه و لا شىء على رب المال و قال قوم: المبيع لرب المال، و عليه أن يدفع إليه ألفا غير الأول، فيقضى به دينه، و يكون الألف الأول و الثانى قراضا و هما معا رأس المال و هو الأقوى، و به قال ابن البراج، ثم نقل مذهب مالك الذى قدمنا نقله عنه فى الخلاف، ثم قال: و إذا سرق المال قبل أن يدفعه فى ثمن المبيع قال قوم: يكون للعامل و الثمن عليه، و لا شىء على رب المال، و فى الناس من قال: إذا تلف المال قبل الشراء، فالمبيع للمشتري، لأنه اشتراه بعد زوال عقد القراض، و إن كان بعد الشراء كان الشراء للقراض و وقع الملك لرب المال، لأنه اشتراه و القراض بحاله، لأن الإذن قائم، و إذا كان الشراء له كان الثمن عليه، و إذا دفع إليه ألفا آخر ليدفعه فى الثمن، نظرت فان سلم فلا كلام، و إن هلك فعليه غيره كذلك أبدا، فعلى هذا إذا هلك الألف الأول، و دفع إليه ألفا آخر فدفعه فى الثمن، فإن الألفين يكون رأس المال، و هو الصحيح، لأن الألف تلف بعد أن قبضه العامل، فلم يكن من أصل المال، كما لو كان فى التجاره، انتهى.

و قال الشيخ المفيد: إذا ابتاع المضارب متاعا لصاحب المال، و أراد نقد الثمن، فوجد المال قد هلك، فنقد من عنده فى المتاع كان المتاع له دون صاحب المال، و كان الربح له و الخسران عليه، و لم يكن لصاحب المال فيه نصيب على حال.

و قال ابن إدريس: إن كان المضارب اشترى العبد بثمان فى الذمه لا بعين المال فالعبد للمضارب دون رب المال، و يجب على العامل الذى هو المضارب أن يدفع من ماله ألفا ثمن العبد، و البيع لا يفسخ، لأن الأثمان إذا كانت فى الذمه لا يفسخ البيع بهلاكها، لأنها غير معينه، و إن اشترى بعين مال المضاربه انفسخ البيع، و كان العبد ملكا لبائعه، على ما كان دون العامل، و دون رب مال المضاربه لأن

هلا-ك الثمن المعين يوجب الفسخ،قال: وهذا الذى اخترناه مذهب شيخنا فى مواضع كثيرة من كتب مسائل الخلاف و المبسوط،انتهى.

أقول: والمسئلة المذكوره و ان كانت خاليه من النصوص على العموم و الخصوص،الا أن مقتضى قواعدهم فى هذا الباب هو التفصيل،بأن يقال:ان كان تلف المال بعد الشراء بتفريط من العامل اما بعدم الحفظ أو بالتأخير عن الدفع فإنه يكون ضامنا،و يكون القراض باقيا و يجب عليه الدفع إلى البائع،و ان لم يكن بتفريط،فلا يخلو اما أن يكون الشراء بالعين أو فى الذمه،فإن كان الشراء بالعين بطل البيع،و وجب دفع المبيع إلى بائعه كما ذكره ابن إدريس،و ان كان فى الذمه فإن كان مأذونا من المالك وقع الشراء للقراض،و وجب على المالك دفع الثمن عوض التالف،و يكون الجميع رأس المال فيجبر بالربح عندهم، كما تقدم.

و ان لم يكن مأذونا من المالك بطل الشراء ان أضاف ذلك الى المالك و القراض،و ترد المبيع على بائعه،الا أن يجيز المالك ذلك بناء على صحه العقد الفضولى،فإن أجاز المالك وجب عليه دفع الثمن ثانيا و ثالثا و هكذا، و يكون الجميع رأس المال كما تقدم،و ان لم يصف ذلك الى المالك و لا-القراض، بل أضافه الى نفسه أو أطلق وقع الشراء للعامل،و عليه دفع الثمن،و عليه يحمل إطلاق كلام ابن إدريس هذا مقتضى قواعدهم فى الباب و الله العالم بحقيقه الحق و الصواب.

الثانيه عشر [فيما دفع إليه مالا قرضا على أن يأخذ له بضاعه]

-إذا دفع اليه مالا قرضا و شرط عليه أن يأخذ له بضاعه، فهل يصح القراض و الشرط،أولا يصح شىء منهما،أو يصح القراض و يبطل الشرط؟ أقوال:أولها-للعلامه فى المختلف و المحقق فى الشرائع،و ثانيهما-أحد قولى الشيخ و به جزم ابن البراج،و ثالثهما- للشيخ أيضا.

قال فى المبسوط: إذا دفع إليه ألفا قراضا بالنصف على أن يأخذ منه ألفا بضاعة بطل الشرط، لأن العامل فى القراض لا يعمل عملا بغير جعل، ولا - قسط من الربح، وإذا بطل الشرط بطل القراض، لأن قسط العامل يكون مجهولا، لأن المالك إنما يحصل له النصف حتى اشترط العامل له عملا بغير جعل، فيذهب من نصيب العامل قدر ما زيد فيه لأجل البضاعة، وهو مجهول.

ثم قال: وإن قلنا أن القراض صحيح، والشرط جائز - لكنه لا - يلزم الوفاء به، لأن البضاعة لا يلزم القيام بها - كان قويا، وجزم ابن البراج بالأول.

وقال فى المختلف بعد نقل ذلك: والحق صحة الشرط والعقد، وأى منافاه بين أن يعمل العامل عملا فى مال بعوض، وفى غيره بغير عوض، لنا وجود المقتضى وهو العقد، و

قوله (عليه السلام) (١):

«المؤمنون عند شروطهم». والمنايع منتف لما بيناه، فيثبت القراض والشرط، ويجب عليه القيام به، لقوله (عليه السلام) «المؤمنون عند شروطهم»، وقال فى المسالك: وهو الأقوى.

أقول، وملخص حجه القول بطلان الجميع أن وضع القراض على أن يكون للعامل فى مقابله عمله جزء من الربح، وهذا العمل ليس فى مقابله شىء فيفسد الشرط، ويتبعه العقد، لأن قسط العامل يكون مجهولا، لاقتضاء الشرط قسطا من الربح، وقد بطل، فيبطل ما يقابله فيجهل الحصر فى النصف.

و رد بمنع منافاه هذا الشرط لمقتضى العقد، فإن مقتضاه أن يكون عمله فى مال القراض بجزء من الربح، أما غيره فلا، فإذا تناوله دليل مجوز لزم القول بجوازه.

و أنت خبير بأن المسئلة غير خالية من الاشكال على كل من هذه الأقوال، و توضيح ذلك أن البضاعة لا يجب القيام بها، لأن مبناه على الجواز، والقراض

ص: ٢٧١

أيضا من العقود الجائزه كما عرفت لا يلزم الوفاء به، فلا يلزم الوفاء بما شرط فى عقده، لأن الشرط كالجزيء من العقد تابع له، فلا يزيد عليه، والحال أن المالك لم يعين للعامل هذه الحصه الا من حيث هذا الشرط، فإن وفى به فلا بحث، والاشكل الأمر.

و مقتضى القواعد كما عرفت أنه لا يلزم للعامل الوفاء به، فمتى أخل به تسلط المالك على الفسخ، ولو كان ذلك له بدون الشرط الا أن هذا سبب زائد، فلو فسخ والحال هذه فان كان قبل ظهور ربح، فمقتضى قواعدهم أن للعامل عليه الأجره كما تقدم، وان كان بعد ظهوره فهل يكون جميع الربح للمالك نظرا إلى أنه لم يبذله للعامل الا بالشرط، وقد فات، أو للعامل حصته المعينه، نظرا الى ملكه لها بالظهور قبل الفسخ، والأصل بمعنى الاستصحاب يقتضى بقاءه، و يؤيده أن المالك قد قدم على ذلك حيث اقتصر على شرط ذلك فى عقد لا يلزم الوفاء فيه بالشرط اشكال، وقيل: هنا بالأول، وفيه ما عرفت، والله العالم.

الثالثه عشر [فى عدم جواز وطى جاريه اشتراها للقراض]

-لا- خلاف و لا إشكال فى أنه لو اشترى جاريه للقراض لم يجز له وطئها، لأنها ملك لرب المال، ظهر فيها ربح أم لا، غاية الأمر بظهور الربح أن تكون مشتركه بين المالك و العامل، و الجاريه المشتركه لا يجوز لأحد الشريكين وطئها بدون إذن الآخر، فإن وطأها والحال كذلك فقد تقدم الكلام فى تحقيق القول فى ذلك بالنسبه إلى الحد و المهر و الولد فى كتاب البيع فى المسئله الرابعه عشر من المقصد الثانى من الفصل التاسع فى بيع الحيوان (1).

وقد صرح العلامة فى التذكره هنا بأن المهر المأخوذ منه هنا يجعل فى مال القراض، قال: لانه ربما وقع خسران فيحتاج الى الجبر.

وقال فى التذكره أيضا: أنه لا يجوز للمالك أن يطأها أيضا سواء كان هناك ربح أم لا، لان حق العامل قد تعلق بها، و الوطى ينقصها ان كانت بكرا، أو

ص: ٢٧٢

يؤدي الى خروجها من المضاربه،لأنه ربما يؤدي الى إحبالها،الى أن قال:

و لو لم يكن فيها ربح لم يكن للمالك أيضا،لأن انتفاء الربح فى المتقومات غير معلوم،و انما يتيقن الحال بالتنضيف للمال،اما لو تيقن عدم الربح فالأقرب أنه يجوز له الوطى،انتهى.

أقول:و على هذا ينبغى أن يحمل قوله أولا لا يجوز للمالك أن يطأها سواء كان هنا ربح أم لا،على الربح الذى من أصل المال،لا من الجاربه جمعا بين كلاميه،و انما الخلاف و الاشكال فيما إذا أذن له فى شراء الجاربه و وطأها، فالمشهور أنه كالأول،لأن الإذن قبل الشراء لا أثر لها فى التحليل،سواء قلنا أن التحليل تمليك أو عقد،فإنه على تقدير كل منهما لا يحصل شىء منهما قبل الشراء،فلا يدخل تحت الحصر فى قوله تعالى «إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ» (١) إلا انه

قد روى الشيخ فى التهذيب عن الحسن بن محمد بن سماعه عن محمد بن زياد عن عبد الله بن يحيى الكاهلى (٢) عن أبى الحسن (عليه السلام) قال:

«قلت:رجل سألتنى أن أسألك أن رجلا أعطاه مالا مضاربه يشتري له ما يرى من شىء،فقال:اشتر جاربه تكون معك،و الجاربه انما هى لصاحب المال ان كان فيها وضيعه فعليه،و ان كان فيها ربح فله،للمضارب أن يطأها؟قال:نعم».

و بهذا الروايه أفتى الشيخ فى النهايه،و ظاهر المحدث الكاشانى فى الوافى الميل الى ذلك،حيث قال:و انما أجاز له وطأها لأن قوله تكون معك تحليل لها إياه،انتهى.

و الأصحاب قد ردوها بما عرفت،قال فى المسالك:و القول بالجواز للشيخ فى النهايه استنادا إلى روايه ضعيفه السند،مضطربه المفهوم،قاصره الدلاله.

ص: ٢٧٣

١- ١) سورة المؤمنون-الايه ٦.

٢- ٢) التهذيب ج ٧ ص ١٩١ ح ٣١،الوسائل ج ١٣ ١٩٠ باب ١١.

أقول: أما ضعف السند فهو غير وارد على الشيخ و أمثاله من المتقدمين الذين لا أثر لهذا الاصطلاح عندهم، بل الاخبار كلها صحيح باصطلاحهم، الا ما نصوا عليه، و قد تقدم تحقيق ذلك في المجلد الأول من الكتاب (١).

و أما قصور الدلالة فهو مردود بأنه لا أصرح في الجواز من قوله (عليه السلام) «نعم» بعد قول السائل «إله أن يطأها» و أما اضطراب المفهوم فهو غير مفهوم و لا- معلوم، و أما ما استندوا اليه من أن الاذن قبل الشراء لا أثر له في التحليل فهو أول المسئلة و محل البحث، و أى مانع منع منه «قولهم: سواء قلنا أن التحليل تمليك أو عقد» مدخول بعدم الانحصار فى القسمين المذكورين، فان التحليل قسم ثالث، ليس بتمليك و لا- عقد، و قد دلت الاخبار على جواز النكاح به، و ان كان ظاهر كلامهم إرجاعه الى أحد القسمين المتقدمين، الا أن ظاهر الاخبار كونه قسما برأسه.

و بالجمله فإن رد الخبر من غير معارض مشكل، و الركون الى هذه التعليقات العلية ورد الخبر بها مجازفه ظاهره، هذا كله فيما إذا كان الاذن قبل الشراء.

أما لو كان بعد الشراء فان الظاهر أنه لا خلاف و لا إشكال فى جواز الوطى الا أن يكون الشراء للقراض و يكون قد ظهر فيها ربح، فإنه تصير المسئلة هنا راجعه إلى مسئلة تحليل أحد الشريكين لصاحبه، و فيها خلاف و إشكال سيأتى التنبيه عليه فى محله ان شاء الله، و منشؤه من حيث لزوم حل النكاح بسببين مختلفين، الا أن هذا خارج عن مورد الخبر المذكور، فان ظاهره أن الجاريه للمالك خاصة، و ليست من القراض فى شىء.

و كيف كان فالمسئلة لما عرفت محل توقف و اشكال، و الاحتياط فيما ذكره الأصحاب و الله العالم.

الرابعه عشر - إذا مات و فى يده أموال مضاربه

فان علم مال أحدهم بعينه

ص: ٢٧٤

(١-١) ج ١ ص ٢٥.

حكم له به، و ان جهل كانوا فيه سواء، فان جهل كونه مضاربه حكم به للورثه، و يدل على الأولين ما رواه

الشيخ فى التهذيب عن السكونى (١) عن جعفر عن أبيه عن آباءه عن على (عليهم السلام) انه كان يقول:

من يموت و عنده مال مضاربه قال: ان سماه بعينه قبل موته فقال: هذا لفلان فهو له، و ان مات و لم يذكر فهو أسوه الغرماء». و رواه الصدوق مرسلًا، و يدل على الثالث أصاله العدم، و الحكم باليد، ثم انه على تقدير الثانى فالمراد باستوائهم فى المال كما ذكره الأصحاب هو أن يقسم بينهم على نسبة أموالهم لا بمعنى أن يقسم بالسويه كما فى اقتسام غيرهم من الشركاء.

هذا إذا كانت أموالهم مجتمعته فى يده على حده، و أما ان كان المال ممتزجا مع جملة ماله مع العلم بكونه موجودا فالغرماء بالنسبه الى جميع التركة كالشريك ان وسعت التركة أموالهم أخذوها، و ان قصرت تحاصوا و على تقدير الثالث فالمراد به أن العامل كان فى يده مضاربه فى الجملة، و لكن لم يعلم بقاؤها و لا تلفها و من أجل ذلك حصل الجهل بكون المال الذى فى يده مضاربه، إذ كما يحتمل أن يكون من مال المضاربه، يحتمل أن يكون من ماله، فيحكم بكونه ميراثًا، عملاً بظاهر اليد، و لكن يبقى الإشكال فى أنه هل يحكم بضمانه لمال المضاربه من حيث أصاله بقائها الى أن يعلم التلف بغير تفريط و لعموم

«على اليد ما أخذت حتى تؤدى» (٢). أم لا؟ لأصاله براءة الذمه، و كون مال المضاربه أمانه غير مضمونه، و أصاله بقائه لا يقتضى ثبوته فى ذمته مع كونه أمانه إشكال، و لعل الثانى أقوى و الله العالم.

ص: ٢٧٥

١-١) التهذيب ج ٧ ص ١٩٢ ح ٣٧ الفقيه ج ٣ ص ١٤٤ ح ٦ الوسائل ج ١٣ ص ١٩١ باب ١٣.

٢-٢) المستدرک ج ٢ ص ٥٠٤ كتاب الوديعه.

اشاره

و الكلام فى هذا الكتاب يقع فى مطلين

[المطلب الأول- فى المزارعه

اشاره

، و هى مفاعله من الزرع، و مقتضى الصيغه الوقوع منهما معا كما هو قضيه باب المفاعله و لعله هنا باعتبار أن أحدهما زارع، و الآخر أمر به، فكأنه لذلك فاعل من حيث السببيه، كما قيل: مثله فى باب المضاربه،

[فوائد]

اشاره

و هنا فوائد يحسن التنبيه عليها قبل الشروع فى المقصود.

[الاولى [التعبير بالمخابره للمزارعه]

و قد ذكر جمله من الأصحاب أن المزارعه قد يعبر عنها بالمخابره اما من الخبير، و هو الأكار، أو من الخباره و هى الأرض الرخوه، أو مأخوذ من معامله النبى (صلى الله عليه و آله و سلم) أهل خبير حيث جعلها فى أيديهم على النصف من حاصلها، فقيل: خابره أى عاملهم فى خبير.

قال الصدوق فى كتاب معانى الأخبار (1)

بعد أن روى مرفوعا عن النبى (صلى الله عليه و آله و سلم) أنه نهى عن المخابره و هى المزارعه بالنصف و الثلث و الربع و أقل من ذلك و أكثر. و هو الخبر و كان أبو عبيد يقول: لهذا سمي الأكار

ص: ٢٧٧

الخبير، لانه يخبر الأرض و المخابره المؤاكره، و الخبره بالفعل و الخبير الرجل، و لهذا سمي الأكار لانه يواكر الأرض أى يشقها، انتهى.

قال بعض أصحابنا: و ما روى أنه (عليه السلام) نهى عن المخابره، كان ذلك حين تنازعا فنهاهم عنها.

أقول: الظاهر أنه أشار الى هذا الخبر فانى لم أقف فى أخبارنا على ما يدل على النهى عنها، بل الاخبار كما سيأتىك إنشاء الله تعالى ظاهره فى مشروعيتها و صحتها، و لم ينقل الخلاف فى ذلك عن أحد من أصحابنا، و لا من العامه إلا عن أبى حنيفة و الشافعى فى بعض المواضع، و أيضا فإن الظاهر ان هذا الخبر الذى نقله الصدوق هنا انما هو من طريق العامه، حيث أنه رواه عن محمد بن هارون عن على بن عبد العزيز عن أبى عبيد (١) رفعه إلى النبي (صلى الله عليه و آله و سلم) أنه نهى الخبير و الله العالم.

الثانيه [فى وقوع المزارعه بلفظ الأمر]

قد عرفوا المزارعه بأنها معامله على الأرض بحصه من حاصلها، و الصيغه فيها زارعتك أو ازرع هذه الأرض أو سلمتها إليك و نحو ذلك مما يفيد هذا المعنى مده كذا بحصه معلومه من حاصلها، و الظاهر أنه لا خلاف بينهم فى كونها من العقود اللازمه التى لا- تنسخ الا- بالتقابل فلا بد فيها من الإيجاب و القبول الدالين على الرضا بالتسليم و فى المسالك «أنه لا بد من كونهما بالعربيه و الماضويه، فلا تصح بلفظ الأمر و أن الأقوى اعتبار القبول اللفظى كغيره من العقود اللازمه، و فى الجميع نظر قد تقدم فى كتاب البيع، و تقدم من هذا القائل ثمه ما يوهن ما ذكره فى هذا المقام و أمثاله، و يدل على وقوعها، و كذا وقوع المساقاه بلفظ الأمر الذى منع منه هنا جمله من الاخبار.

و منها ما رواه

فى الكافى عن يعقوب بن شعيب (٢) فى الصحيح عن أبى عبد الله

ص: ٢٧٨:

١- ١) معانى الأخبار ص ٢٧٨ ط طهران سنه ١٣٧٩، الوسائل ج ١٢ ص ٢٦٦ ح ١٣.

٢- ٢) الكافى ج ٥ ص ٢٦٨ ح ٢، الوسائل ج ١٣ ص ٢٠٣ ح ٢.

(عليه السلام) في حديث قال: «سألته عن رجل يعطى الرجل أرضه و فيها رمان أو نخل أو فاكهه، و يقول: اسق هذا من الماء، و أعمره و لك نصف ما خرج قال، لا بأس».

و بذلك يظهر لك ما في قوله في المسالك، و أما قوله ازرع هذه الأرض بصيغه الأمر فإن مثل ذلك لا يجيزونه في نظائره من العقود، و لكن المصنف (رحمه الله عليه) اجازته هنا استنادا إلى روايتي أبي الربيع الشامي و النضر بن سويد عن أبي عبد الله (عليه السلام) و هما قاصرتان عن الدلالة، فالإقتصار على لفظ الماضي أقوى.

أقول: أما روايه

أبي الربيع (1) التي أشار إليها و هي ما رواه الشيخ عنه عن ابي عبد الله (عليه السلام)

«انه سئل عن رجل يزرع أرض رجل آخر فيشترط عليه ثلثا للبذر و ثلثا للبقر فقال: لا ينبغي أن يسمى بذرا و لا بقرا، و لكن يقول لصاحب الأرض ازرع في أرضك و لك منها كذا و كذا نصف أو ثلث أو ما كان من شرط» و لا يسمى بذرا و لا بقرا الحديث.

و أما روايه النضر فالظاهر أن نسبتها الى النضر سهو من قلمه (رحمه الله عليه) و انما هي روايه عبد الله بن سنان (2) و ان كان الراوي عنه النضر كما هو في التهذيب فانا لم نقف على روايتي النضر بما قاله، فان سندها

في التهذيب الحسين بن سعيد عن النضر بن سويد عن عبد الله بن سنان

«انه قال: في الرجل يزرع أرض غيره فيقول: ثلث للبقر، و ثلث للبذر، و ثلث للأرض قال: لا يسمى شيئا من الحب و البقر، و لكن يقول: ازرع و لي فيها كذا و كذا ان شئت نصفاً، و ان شئت ثلثاً».

ص: ٢٧٩

١-١) التهذيب ج ٧ ص ١٩٤ ح ٣، الوسائل ج ١٣ ص ٢٠١ ح ١٠.

٢-٢) التهذيب ج ٧ ص ١٩٧ ح ١٨، الوسائل ج ١٣ ص ٢٠٠ ح ٥.

و أشار بقصورهما عن الدلاله إلى احتمال كون أزرع بلفظ المستقبل، بل هو الظاهر من الروايه الاولى.

و فيه أولا انه و ان كان بلفظ المستقبل الا أن فيه ردا عليه فيما ادعاه من الانحصار فى لفظ الماضى، و ثانيا ما عرفت من الصحيحه المتقدمه الصريحه فى وقوع المساقاه و المزارعه بلفظ الأمر، ثم انه قال: أيضا و فى عباره المصنف تجوز، لانه قال: و عبارتها كذا و لم يذكر القبول، مع أنه أحد ركنى العباره عنها، فلا- بد من ذكره، و لعله أشار بما ذكر الى الاكتفاء بالقبول الفعلى كما اختاره العلامه فى القواعد، فتنحصر العباره فى الإيجاب، و الأقوى اعتبار القبول اللفظى كغيره من العقود اللازمه.

أقول: فيه ان المفهوم من الاخبار كصحيحه يعقوب بن شعيب المتقدمه، و جمله من الاخبار التى قدمناها فى كتاب البيع أن المدار فى القبول على حصول الرضا بما دل عليه الإيجاب، و ان لم يكن بلفظ، و كذا فى جانب الإيجاب الا ان الأظهر اشتراط اللفظ فى جانب الإيجاب، و ان كان بعض متأخرى المحدثين، قد اكتفى أيضا بمجرد الرضا، و ما ذكره فى الصحيحه المذكوره هو صوره عقد المساقاه، و هو خال من ذكر لفظ القبول، كما ادعاه.

و كذلك جمله من العقود التى وردت بها الاخبار كما لا يخفى على من راجع الروايات التى قدمناها فى كتاب البيع، و به يظهر ضعف ما ادعاه من أن الأقوى اعتبار القبول اللفظى، فإنه- مع كونه لا دليل عليه- مردود بظهور الدليل على خلافه كما عرفت.

الثالثه [فى عدم اعتبار كون الأرض ملكا لأحدهما]

-المفهوم من كلام شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك أنه لا بد من كون الأرض ملكا لأحدهما عينا أو منفعه، لأنه المستفاد من حقيقه المزارعه و صيغتها، فلا تشرع المزارعه فى الأرض الخراجيه إلا باستعمال حيله من الحيل الشرعيه.

ثم ذكر جملة من الحيل في ذلك، ومنها جعل البذر منهما قال (رحمه الله عليه) فلو اتفق اثنان على المعاملة في مثل ذلك في الأرض الخراجية فطريق الصحة الاشتراك في البذر، بحيث يمتزج على الوجه المقرر في باب الشركة، و يجعلان باقى الأعمال بينهما على نسبة المال، و لو اتفقا على زياده عمل من أحدهما نوى به التبرع، فلا رجوع له بالزائد، و لو أرادا جعل الحاصل مختلفا مع التساوى فى البذر أو بالعكس، بنى على ما تقرر فى الشركة من جواز ذلك، و قد عرفت أن المختار جواز الزيادة فى القدر للعامل، أو من له زيادة فى العمل، فليحظ ذلك أو غيره من الحيل الشرعية على توسيع هذه المعاملة، لأنها متداوله فى كثير من البلاد التى أرضها غير مملوكة، فيحتاج فيها الى وجه مجوز و يمكن فرضه بأمر، ثم عد جملة من الحيل فى ذلك.

و أنت خبير بأن غايه ما يفهم من حقيقه المزارعه و صيغتها و تعريفها هو أولويه أحدهما بمنفعه تلك الأرض، أعم من أن يكون بالملك الطلق لرقبه الأرض، و منفعتها بالإجاره، أو الأولويه الحاصله فى الأرض الخراجيه أو المباحه بالتحجير أو الإحياء، و ان لم نقل بحصول الملك به.

و بالجملة فما يدل على كون المنفعه له بأى نحو كان، و يدل على ذلك الأخبار الوارده فى مزارعه أرض الخراج من غير اشتراط شىء مما ذكره.

و منها

صحيحه يعقوب ابن شعيب (1) عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال:

« سألته عن الرجل يكون له الأرض من أرض الخراج فيدفعها الى رجل على أن يعمرها، و يصلحها و يؤدى خراجها و ما كان من فضل فهو بينهما، قال: لا بأس.»

و صحيحه الحلبي (2) عن أبى عبد الله (عليه السلام) فى حديث

«أنه سئل عن مزارعه أهل الخراج بالربع و النصف و الثلث؟ قال: لا بأس به» الحديث.

ص: ٢٨١

١-١) الكافي ج ٥ ص ٢٦٨ ح ٢، التهذيب ج ٧ ص ١٩٨ ح ٢٢، الوسائل ج ١٣ ص ٢٠٣ ح ٢.

٢-٢) الكافي ج ٥ ص ٢٦٨ ح ٢، التهذيب ج ٧ ص ٢٠١ ح ٣٤، الوسائل ج ١٣ ص ٢٠٠ ح ٨.

على أنه قد صرح هو وغيره بل الظاهر انه لا خلاف فيه، الا من بعض متأخري المتأخرين كما تقدم ذكره بأنه يجوز بيع الأرض الخراجيه تبعا للآثار، ومتى جاز البيع جازت المزارعه بطريق أولى، وبذلك يظهر أن إطلاقه المنع من المزارعه فى الأرض الخراجيه بناء على أنها ملك للمسلمين قاطبه، و ان هذا الزارع لا يملكها، و من شرط المزارعه الملك لأحدهما كما ذكره غير جيد.

فان قيل:- انه بعد حصول الآثار فيها كما يجوز بيعها يجوز المزارعه أيضا، و المدعى أنما هو قبل حصول الآثار فيها-قلنا: هذه الآثار التى يترتب عليها جواز البيع انما حصلت بعد الفتح، و ثبوت كونها خراجيه، فالمجوز لهذه الآثار مجوز للمزارعه عليها، و هو ظاهر.

الرابعه [كون المزارعه عقدا لازما]

قد عرفت أن عقد المزارعه عندهم من العقود اللازمه التى لا تبطل الا بالتقاييل، أما كونه من العقود اللازمه فلأنه مقتضى الأصل، إذ الأصل لزوم العقد الا ما خرج بدليل، و للخبر المشهور

«المؤمنون عند شروطهم» (١).

و آيه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (٢) و نحو ذلك من الأدله العامه.

و أما كونه لا يبطل الا بالتقاييل، فالمراد به بالنظر الى اختيار المتعاقدين يعنى ليس كالعقود الجائزه التى لكل من المتعاقدين فسسخها، و الا فإنه يبطل أيضا بغير التقائل كانقطاع الماء عن الأرض، و فساد منفعه الأرض، فالحصر فى التقائل ليس حصرا حقيقيا، و انما هو بالإضافه إلى المتعاقدين.

و الظاهر أن المستند فى بطلانه بالتقاييل هو الإجماع، و لا يبطل بالبيع و لا بموت أحد المتعاقدين: لعدم المنافاه بين البيع أو الموت و بين بقاء المزارعه كما سيأتى مثله فى الإجاره على الأظهر، و ان كان فيه ثمه قول بالبطلان بالموت.

ص: ٢٨٢

١-١) الوسائل ج ١٥ ص ٣٠ ح ٤.

٢-٢) سورة المائده-الايه ١.

أما هنا فالظاهر أنه لا- خلاف في عدم البطالين بالموت، عملاً بلزومه و أصاله بقائه و دوامه، و ليس الاستصحاب هنا من قبيل الاستصحاب المختلف في حجيته، لان مرجع هذا الاستصحاب الى عموم الدليل حتى يقوم وجود الرافع كما في البيع و نحوه، ثم انه ان كان الميت العامل قام مقامه ورثته، في العمل، و الرفع الأمر إلى الحاكم فيستأجر الحاكم من يقوم بالعمل من مال الميت أو من حصته من الغله، و ان كان الميت المالك بقي العامل على عمله، و عليه القيام بتمام العمل، و ربما استثنى من الأول ما لو شرط عليه المالك العمل بنفسه، فإنها تبطل بموته، كما قيل مثله في الإجاره، و هو متجه لو كان الموت قبل ظهور الحاصل، أما بعد ظهوره فيشكل ذلك، فإنه قد ملك الحصه، و ان وجب عليه بقيه العمل، و الحكم بخروجها عن ملكه بالموت- بعد دخولها كما عرفت- الظاهر بعده.

الخامسه [في عدم البأس بالمزارعه بالثلث أو الربع]

-قال الشيخ في النهايه: لا- بأس بالمزارعه بالثلث و الربع أو أقل أو أكثر، و يكره أن يزارع بالحنطه و الشعير و التمر و الزبيب، و ليس ذلك بمحذور، فان زارع بشيء من ذلك فليجعله من غير ما يخرج من تلك الأرض مما يزرعه في المستقبل، بل يجعل ذلك في ذمه الزارع.

قال في المختلف بعد نقل ذلك عنه: قوله و يكره أن يزارع بالحنطه و الشعير:

ان قصد بذلك المزارعه فهو ممنوع و ان قصد الإجاره فهو حق، ثم نقل عن الشيخ المفيد أنه قال: المزارعه بالربع و الثلث و النصف جائزه، كما يجوز بالذهب و الفضة، ثم اعترضه فقال: و هذه العبارة أشكل من الأولى، لأنه ان قصد بالمزارعه الإجاره لم تصح بالحصه، و ان قصد المزارعه لم تصح بالذهب و الفضة، و الظاهر أن قصده بالأول المزارعه، و بالثاني الإجاره انتهى.

أقول: و الوجه في ذلك ظاهر مما تقدم في تعريف المزارعه من أنها بحصه من الحاصل من ثلث أو نصف أو نحوهما، فلا يجوز بالدراهم و الدنانير، و لا غيرهما من العروض الخارجه عن الحاصل، و الإجاره انما تكون بالدراهم و الدنانير

و العروض المعينه، لا بالحصه من الحاصل من ربع أو ثلث أو نحو ذلك، و هاتان العبارتان مضطربتان فى ذلك كما عرفت، الا أنه قد وقع مثل ذلك فى بعض الاخبار أيضا كما

فى روايه أبى بصير (١) عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال:

«لا- تستأجر الأرض بالتمر و لا- بالحنطه و لا بالشعير و لا بالأربعاء و لا بالنطاف، قلت: و ما الأربعاء قال الشرب و النطاف فضل الماء، و لكن تقبلها بالذهب و الفضة، و النصف و الثلث و الربع».

فان هذه القبالة ان حملت على المزارعه لم تجز بالذهب و لا بالفضه، و ان حملت على الإجاره لم تجز بالنصف و الثلث و الربع، و احتمال ما ذكره العلامة (رحمه الله عليه) فى عباره الشيخ المفيد بعيد فى عباره المذكوره، و فى الخبر المذكوره، و لا يحضرنى الان وجه فى المخرج عن ذلك، الا أنه يمكن أن يقال:

ان القبالة أعم من المزارعه و الإجاره، فيطلق على كل منهما، و حينئذ فيكون المعنى فى الخبر و لكن تقبلها بالذهب و الفضة يعنى استأجرها، و بالنصف و الثلث و الربع يعنى زارع عليها، هذا أقصى ما يمكن أن يقال و الله العالم.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن البحث فى هذا المطلب يقع فى مقامين: أحدهما

[المقام الأول] فى الشروط

اشاره

و هى ثلاثه:

الأول- أن يكون النماء مشاعا بينهما

اشاره

تساويا فيه أو تفاضلا، و الظاهر أن دليله الإجماع، و هو ظاهر الاخبار أيضا مثل

قوله (عليه السلام) فى حسنه الحلبي (٢).

«لا- تقبل الأرض بحنطه مسماه، و لكن بالنصف و الثلث و الربع و الخمس لا بأس به». و قال: لا بأس بالمزارعه بالثلث و الربع و الخمس، و قوله (عليه السلام)

فى صحيحه الحلبي (٣) أيضا أو حسنه

«لا بأس بالمزارعه بالثلث و الربع و الخمس».

-
- ١-١) التهذيب ج ٧ ص ١٩٥ ح ٨، الكافي ج ٥ ص ٢٦٥ ح ٢، الوسائل ج ١٣ ص ٢١٠ ح ٦.
٢-٢) التهذيب ج ٧ ص ١٩٧ ح ١٧، الوسائل ج ١٣ ص ١٩٩ ح ٣.
٣-٣) التهذيب ج ٧ ص ١٩٤ ح ٦، الوسائل ج ١٣ ص ٢٠٠ ح ٧.

و قوله (عليه السلام)

في صحيحه عبد الله بن سنان المتقدمه،

و لكن تقول ازرع فيها كذا و كذا ان شئت نصفاً و ان شئت ثلثاً. و نحوها روايه أبى الربيع المتقدمه أيضا إلى غير ذلك من الاخبار.

و بالجملة فالذى دلت عليه الاخبار في المقام هو الإشاعه في الحصة فتقف الصحه في ما عداه على الدليل، و ليس فليس و على هذا فلو شرطه أحدهما لم يصح، و كذا لو اختص أحدهما بنوع من الزرع دون صاحبه، كما لو شرط أحدهما ما حصل أولا فهو له، و يسمى ذلك الهرف، و الآخر ما يحصل أخيرا و يسمى الأفل.

قال في المسالك (الهرف): ساكن الوسط، المتقدم من الزرع و الثمر يقال: أهرفت النخلة: أى عجلت إتياءها قاله الجوهرى (1): و الأفل بالتسكين أيضا خلاف الهرف، و هو المتأخر عنه انتهى.

أقول: قد تتبعت ما حضرني من كتب اللغة كالقاموس و المصباح المنير فلم أظفر في شيء منهما بهذا المعنى لهذين اللفظين، و احتمال التحريف في اللفظين المذكورين بأن يكونا على غير ما كتبناه ممكن، إلا أنا تتبعنا أيضا جملة من الألفاظ التي ربما وقع التحريف عنها فلم أظفر بذلك.

و كيف كان فالنقل المذكور لا - شك فيه، و انما الشك في تعيين المادة في كل من اللفظين و ضبطها، فليراجع ذلك، و وجه البطلان في الاشتراط المذكور في صورتين المذكورتين هو ما عرفت من خروج ذلك عن وضع المزارعه الذى دلت عليه الاخبار، و مثلها أيضا ما لو شرط أحدهما ما يزرع على الجداول، و الآخر ما يزرع على غيرها، لمنافات جميع ذلك الإشاعه التي دلت عليه الاخبار و قام عليها الإجماع.

ص: ٢٨٥

١- ١) الصحاح ج ٤ ص ١٤٤٢ و في أقرب الموارد هرفت النخلة: تهريفا عجلت اتياءها أى: ثمرتها و أهرفت النخلة: عجلت اتياءها مثل هرفت.

نعم وقع الخلاف هنا في موضعين،

أحدهما لو شرط أحدهما قدرا من الحاصل و الزائد عليه يكون مشتركا بينهما

فالظاهر-و به صرح جملة من الأصحاب أيضا-أنه لا يصح، لجواز أن لا يزيد شيء، ولأن ظاهر الاخبار المتقدمه هو الاشتراك في جميع ما يحصل من النماء الا ما خرج بالشرط، ولا فرق بين ذلك من كون القدر المشروط هو البذر وغيره، ولا بين كون الغالب على تلك الأرض أن يخرج منها ما يزيد على الشروط عادة أم لا، لا اشتراك الجميع في الخروج عن قاعده المزارعه، مضافا الى حصول الجهل في العوض الموجب لكون العقد على خلاف الأصل فيبطل حينئذ، ونقل عن الشيخ في النهايه و جماعه جواز استثناء البذر من جملة الحاصل، وفي المختلف جواز استثناء شيء من الحاصل مطلقا، والأشهر الأظهر الأول.

و ثانيهما- لو شرط أحدهما شيئا يضمنه كعمل يعمل مضافا إلى الحصة

، فقيل: أيضا بالصحة، وهو المشهور لعموم ما دل على وجوب الوفاء بالشروط، مع عدم منافاته لمقتضى العقد، لخروجه عن النماء الذي اقتضى العقد، إشاعته كما عرفت، وقيل: بالبطلان وهذا القول نقله المحقق في الشرائع، إلا أنه في المسالك قال: لا نعلم القائل به، واستدل في الكفايه للقول المشهور زياده على ما ذكر من العمومات بروايه محمد بن سهل عن أبيه عن أبي الحسن موسى (عليه السلام).

و الظاهر أنه أراد بها ما رواه

المشايخ الثلاثة عن الراوى (١) المذكور قال:

«سألت أبا الحسن موسى (عليه السلام) عن رجل 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 زاد و استفضل قال: لا بأس به إذا تراضيا». أقول:

ص: ٢٨٦

و ما ذكره و ان احتمل باعتبار أحد الاحتمالين فى الروايه الا انه غير متعين.

و توضيح ذلك أن قوله (عليه السلام) «وزن كذا» الظاهر أنه مفعول «يعطيه» و يكون المعنى أنه يعطيه من الزعفران وزن كذا و كذا درهما، و يحتمل أن يكون «و كذا» الثانيه معطوفا على الوزن، لا على كذا، و يكون المعنى و يعطيه وزن كذا من الزعفران، و يعطيه كذا درهما، فيكون الدراهم ضميمه إلى الزعفران، و على هذا المعنى الثانى مبنى الاستدلال بالخبر المذكور.

و أنت خبير بأن الظاهر انما هو المعنى الأول فإنه هو المتبادر من هذه العبارة حيثما تذكر.

قال فى المسالك: و على القول بالجواز يكون قراره مشروطا بالسلامه كاستثناء أرتال معلومه من الثمره فى البيع، و لو تلف البعض سقط منه بحسابه لانه كالشريك، و ان كانت حصته معينه، مع احتمال أن لا يسقط منه شىء بتلف البعض متى بقى قدر نصيبه، عملا بإطلاق الشرط، انتهى.

إلحاق [فى إجاره الأرض للزراعه بالحنطه و الشعير] :

اشاره

قد اختلف الأصحاب فى إجاره الأرض للزراعه بالحنطه و الشعير، إذا كان الزرع حنطه أو شعيرا، و أن يؤجرها بأكثر مما استأجرها، و حق هذه المسئله انما هو كتاب الإجاره، الا أن الأصحاب حيث ذكروها فى هذا المقام جرينا على حدوهم.

و كيف كان فمحل الخلاف و البحث هنا فى مواضع ثلاثه:

الأول— هل يجوز أن يستأجر الأرض بالحنطه، و يزرعها حنطه أم لا؟

المشهور الأول على كراهه، و قال ابن البراج: لا يجوز على كيل معين من جنس ما زرع الأرض، مثل أن يستأجر بحنطه و يزرع فيها حنطه، احتج الأصحاب بالأصل، و عموم الأدله الوارده فى الإجاره بنقد كان أو عرض وافق ما زرع فيها أم لم يوافق.

بصحيحه الحلبي (١) عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال:

« لا تستأجر الأرض بالحنطه، ثم تزرعها حنطه.

أجاب الأصحاب عنها بالحمل على ما إذا اشترط ذلك من حاصل تلك الأرض أما لو أطلق أو اشترط من غيره فلا بأس، و
استندوا في ذلك الى

روايه الفضيل بن يسار (٢)

«قال سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن إجاره الأرض بالطعام قال:

ان كان من طعامها فلا خير فيه».

و في روايه أبي برده (٣) قال:

«سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن إجاره الأرض المحدوده بالدرهم المعلومه؟ قال: لا بأس، قال:

و سألته عن إجارتها بالطعام؟ فقال: ان كان من طعامها، فلا- خير فيه». و ظاهر شيخنا الشهيد الثاني في المسالك المناقشه في ذلك، و الميل الى ما ذكره ابن البراج هنا، قال بعد إيراد صحيحه الحلبي حجه لابن البراج، و النهي حقيقه في التحريم، و أجيب بحمله على اشتراطه مما يخرج منها، لدلاله روايه الفضيل عليه، و بحمل النهي على الكراهه، و فيه نظر لأن النهي مطلق، و لا منافاه بينه و بين تحريم شرطه من طعامها، حتى يجمع بينهما بحمله عليه، و التحقيق أن المطلق و المقيد متى كانا منفيين لا يلزم الجمع بينهما، بل يحمل المطلق في إطلاقه، بخلاف المثبتين، و بملاحظته يتخرج فساد كثير مما قرروه في هذا الباب، و قد مضى مثله في النهي عن بيع الطعام قبل قبضه، مع ورود نص آخر بتحريم بيع المكيل و الموزون كذلك، حيث جمع الأكثر بينهما بحمل المطلق على المقيد، و ليس بشيء الى أن قال: و قول ابن البراج بالمنع لا يخلو من قوه، نظرا إلى الروايه الصحيحه، الا أن المشهور خلاف قوله، انتهى.

أقول: لا ريب أن مفهوم روايتي الفضيل و أبي برده أنه إذا كان إجاره الأرض

ص: ٢٨٨

١- (١) الكافي ج ٥ ص ٢٦٥ ح ٣، التهذيب ج ٧ ص ١٩٥ ح ٩، الوسائل ج ١٣ ص ٢٠٩ ح ٣.

٢- (٢) التهذيب ج ٧ ص ١٩٥ ح ١٠، الكافي ج ٥ ص ٢٦٥ ح ٦.

٣- (٣) التهذيب ج ٧ ص ٢٠٩ ح ٦٣ و هما في الوسائل ج ١٣ ص ٢١٠ ح ٥ و ٩.

بغير طعامها، ففيه خير، يعنى جائز و صحيح، و هو ظاهر فى جواز إجاره الأرض بالحنطه، و ان زرعت حنطه إذا لم يشترطه منها، و هذا المفهوم مفهوم شرط، و هو حجه عند المحققين، و عليه دلت الاخبار أيضا كما حققناه فى مقدمات الكتاب من مجلد كتاب الطهاره (١) و مخالفته لظاهر ما دلت عليه صحيحه الحلبي واضحه، و حينئذ فلا بد من الجمع، و ليس الا ما ذكره الأصحاب أولا أو حمل النهى على الكراهه، و الثانى منهما قد عرفت ما فيه فى غير موضع مما تقدم، فلم يبق إلا الأول.

و يعضد الروايتين المذكورتين

حسنه الوشاء (٢) قال:

«سألت الرضا (عليه السلام) عن الرجل اشترى من رجل أرضا جربانا معلومه بمأه كر على أن يعطيه من الأرض، قال: حرام، فقلت له: فما تقول جعلنى الله فداك أن اشترى منه الأرض بكييل معلوم و حنطه من غيرها؟ قال: لا بأس». ، على أنه يمكن حمل حسنه الحلبي التى استند إليها ابن البراج على المزارعه، حسب ما دلت حسنه المتقدمه فى صدر الكلام فى الشرط المتقدم، و يكون حاصل المعنى فيهما معا واحد، و هو أنه لا يزراع بالحنطه المسماه بينهما، و انما يزراع بالحصه الشائعه من النصف أو الثلث أو نحوهما، و ان عبر فى هذه بلفظ الإجاره كما عبر فى الأولى بلفظ القبالة و باب التجوز أوسع من ذلك.

و مما يعضد ما ذكرناه من حمل الإجاره على المزارعه و أن المراد بها ذلك تجوزا ما رواه

الشيخ فى الصحيح عن أبى المغراء (٣) قال:

«سأل يعقوب الأحمر أبا عبد الله (عليه السلام) و أنا حاضر فقال: أصلحك الله انه كان لى أخ فهلك فترك فى حجرى يتيما و لى أخ يلى ضيعه لنا و هو يبيع العصير ممن يصنعه خمرًا، و يؤاجر الأرض بالطعام: و أما ما يصينى فقد تنزهت، فكيف أصنع

ص: ٢٨٩

١-١) ج ١ ص ٥٥.

٢-٢) التهذيب ج ٧ ص ١٩٥ ح ١١، الكافي ج ٥ ص ٢٦٥ ح ٨.

٣-٣) التهذيب ج ٧ ص ١٩٦ ح ١٢، الوسائل ج ١٣ ص ٢١٠ ح ٧، ص ٢٣ ح ٢.

بنصيب اليتيم فقال: أما إجاره الأرض بالطعام فلا تأخذ نصيب اليتيم منه إلا أن يؤجرها بالربع و الثلث و النصف، و أما بيع العصير مما يجعله خمرا فليس به بأس خذ نصيب اليتيم منه».

فإن الإجاره فى الخبر لا يصح حملها على المعنى المعهود من هذا اللفظ فإنها لا تصح بالحصه من الحاصل، و انما تصح بأجره معلومه، و بهذا عرفوا المزارعه كما تقدم بأنها معامله على الأرض بحصه من الحاصل، قالوا: و المعامله تشمل الإجاره و المساقات و لكن خرجت الإجاره بقيد الحصه من الحاصل، لأنها انما تصح بأجره معلومه، و خرجت المساقات بالأرض، فإنها معامله على الأصول بحصه من حاصلها، و حينئذ فلا إشكال فى حمل حسنه الحلبي على المزارعه، كما ذكرنا بقرينه الروائين المذكورتين كما عرفت.

بقى فى المقام ما رواه

الصدوق (رحمه الله عليه) فى العلل عن إسماعيل بن مرار (١)

«عن أبى جعفر و أبى عبد الله (عليهما السلام) أنهما سئلا ما العله التى من أجلها لا يجوز أن تؤجر الأرض بالطعام، و تؤجرها بالذهب و الفضة؟ قال: العله فى ذلك ان الذى يخرج منها حنطه و شعير، و لا يجوز إجاره حنطه بحنطه، و لا شعير بشعير».

و هذا الخبر و ان كان ظاهره مما يؤيد ما ذكره ابن البراج لإطلاقه الا- أنه يجب تقييده بما عرفت من خبرى الفضيل و أبى برده، لدلالتهما كما تقدم على الجواز، بما إذا لم يكن من الأرض.

و يؤيد ذلك ما رواه

فى الكافى و التهذيب عن أبى بصير (٢) عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال:

«لا تؤجر الأرض بالحنطه و لا بالشعير و لا بالتمر و لا بالأربعاء

ص: ٢٩٠

١- (١) العلل ص ٥١٨ باب ٢٩١، الوسائل ج ١٣ ص ٢١١ ح ١١.

٢- (٢) الكافى ج ٥ ص ٢٦٤ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ١٩٥ ح ٧، الوسائل ج ١٣ ص ٢١٠ ح ٦.

و لا بالنطاف و لكن بالذهب و الفضة، لأن الذهب و الفضة مضمون، و هذا ليس بمضمون».

و التقريب فيهما أن عدم المضمونيه فى الحنطه و الشعير هنا انما يتجه فيما إذا كان مال الإجاره من حاصل تلك الأرض، فإنه يجوز أن لا يخرج منها شىء، بخلاف الذهب و الفضة الثابتين فى الذمه بمجرد العقد، و الحنطه و الشعير الخارجان عن الحاصل فى حكم الذهب و الفضة فى صحه المضمونيه أيضا، فلا وجه لإدخالهما فيما لا يكون مضمونا و الله العالم، و بالجمله فالأقرب هو القول المشهور، لما عرفت و الله العالم.

الثانى- هل يجوز أن يستأجر الأرض بحنطه منها أم لا؟

ظاهر المشهور التحريم، استنادا إلى روايتى الفضيل و أبى برده المتقدمتين، بل لا أعلم قائلا بخلافه صريحا.

و قال فى الشرائع: و يكره إجاره أرض للزراعه بالحنطه و الشعير مما يخرج منها و المنع أشبهه، و وجه القول بالجواز و ان كان على كراهه عدم صراحه الروايتين فى التحريم، لأن غايه ما يدلان عليه، انه لا خير فيه، و هو انما يشعر بالكراهه، و علل القول بالمنع أيضا بأن خروج ذلك القدر منها غير معلوم، فربما لا يخرج منها شىء أو يخرج بغير ذلك الوصف، و من ثم لم يجز السلم فى حنطه من قراح معين لذلك. و أجيب بأنه على إطلاقه ممنوع، إذ ربما كانت الأرض واسعه لا تحبس بذلك القدر عادة فلا يتم إطلاق المنع.

أقول: الظاهر هو القول المشهور، أما على القول بالتحريم فى المسئله المتقدمه كما نقل عن ابن البراج فظاهر، و أما على القول بالجواز ثمه فظاهر الخبرين المذكورين المؤيد بحسنه الوشاء المتقدمه الصريحه فى التحريم إذا كان من حاصلها و موردها، و ان كان البيع و ما نحن فيه انما هو الإجاره، الا- أن الظاهر أن الوجه الجامع الذى أوجب البطلان فى الكل من حيث عدم صحه المعاوضه بما كان من الحاصل فى بيع كان أو

إجاره لخروج ذلك عن الشروط المعتبره فى ثمن المبيع و مال الإجاره من معلوميه حصوله و كميته عددا أو كيلا أو وزنا و قد عرفت ان ما كان من الأرض غير مضمون، و لا ثابت فى الذمه و لا هو معلوم الحصول كما عرفت و حينئذ فلا يجوز الإجاره به و لا البيع.

الثالث [فى إجاره الأرض بأكثر مما استأجرت مع عدم إحداث شىء]:

لا خلاف بين الأصحاب فى جواز إجاره الأرض و غيرها من الأعيان المستأجره بأقل مما استأجرها به و بالمساوى و ان لم يحدث فيها شيئا، و كذا بأكثر مما استأجرها به إذا كان قد أحدث فيها عملا.

و انما الخلاف فيما لو استأجرها بالأكثر و لم يحدث فيها شيئا، فقليل:

بالتحريم، و قيل: بالجواز على كراهه، و بالأول قال الشيخان، و هو ظاهر المرتضى و اختيار سلار و ابن الجنيد، و به قال الصدوق فى المقنع و أبو الصلاح و ابن البراج فى المهذب، و هو ظاهر العلامة فى الإرشاد، و الظاهر أنه المشهور بين المتقدمين، و بالثانى قال: ابن إدريس و العلامة فى المختلف و المحقق، و نقله العلامة فى المختلف عن والده و اليه ذهب سلار فى موضع آخر و ابن البراج فى الكامل، و الظاهر أنه المشهور بين المتأخرين و منشأ الخلاف اختلاف الاخبار فى المسئلة المذكوره، و لا بأس بنقلها أولا ثم الكلام فيها بما وفق الله عز و جل لفهمه منها.

فمنها ما رواه

المشايخ الثلاثة (رحمهم الله) عن أبي الربيع الشامي (1) عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال:

«سألته عن الرجل يتقبل الأرض من الدهاقين فيؤاجرها بأكثر مما يتقبلها، و يقوم فيها بحظ السلطان؟ قال: لا بأس به، أن الأرض ليست مثل الأجير، و لا مثل البيت ان فضل الأجير و البيت حرام».

و منها ما رواه

فى التهذيب و الكافى فى الصحيح أو الحسن عن أبي المغراء (2) عن أبي عبد الله (عليه السلام)

«فى الرجل يستأجر الأرض ثم يؤاجرها بأكثر

ص: ٢٩٢

١- (١) الكافى ج ٥ ص ٢٧١ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٢٠٣ ح ٤٠، الفقيه ج ٣ ص ١٥٧ ح ١١، الوسائل ج ١٣ ص ٢٥٩ ح ٢ و ٣.

٢- (٢) التهذيب ج ٧ ص ٢٠٣ ح ٤١ و ص ٢٠٢ ح ٣٩، الكافى ج ٥ ص ٢٧٢ ح ٣ و ٥، الوسائل ج ١٣ ص ٢٦٠ ح ٤ و ٥.

مما استأجرها، قال: لا بأس ان هذا ليس كالحانوت، ولا كالأجير، فإن فضل الحانوت و الأجير حرام».

و ما رواه

فى الكافى و التهذيب عن إبراهيم بن ميمون (١)

«ان إبراهيم بن المثنى سأل أبا عبد الله (عليه السلام) و هو يسمع عن الأرض يستأجرها الرجل ثم يؤجرها بأكثر من ذلك، قال: ليس به بأس ان الأرض ليست بمنزله البيت و الأجير، ان فضل البيت حرام و ان فضل الأجير حرام».

و هذه الروايات الثلاثة هى حجة المتأخرين على القول بالجواز، الا أن ذلك انما هو فى الأرض خاصة، لأنها صريحه فى التحريم بالنسبة إلى الأجير، و البيت، و الحانوت، و المدعى أعم من ذلك كما عرفت فى فرض المسئلة، فلا تكون وافية بتمام المطلوب.

و ينبغى أن يعلم أن تحريم الفضل بالنسبة الى هذه الثلاثة ليس على الإطلاق بل مخصوص بما إذا لم يعمل فى ذلك عملا قبل أن يؤجره، لما رواه

فى الكافى و التهذيب عن الحلبي (٢) فى الصحيح أو الحسن

«عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال: لو أن رجلا استأجر دارا بعشره دراهم، فسكن «ثلثيها» و آجر ثلثها بعشره لم تكن به بأس، و لا يؤجرها بأكثر مما استأجرها به الا أن يحدث فيها شيئا».

و رواه

فى الفقيه عن ابى الربيع (٣) قال:

«سئل أبو عبد الله (عليه السلام) لو أن رجلا» الحديث.

و عن الحلبي (٤) أيضا فى الصحيح أو الحسن

«عن أبى عبد الله (عليه السلام)

ص: ٢٩٣

-
- ١- (١) التهذيب ج ٧ ص ٢٠٣ ح ٤١ و ص ٢٠٢ ح ٣٩، الكافى ج ٥ ص ٢٧٢ ح ٣ و ٥، الوسائل ج ١٣ ص ٢٦٠ ح ٤ و ٥.
٢- (٢) الكافى ج ٥ ص ٢٧٢ ح ٤، التهذيب ج ٧ ص ٢٠٩ ح ١ و لكن بدل «ثلثيها و ثلثها» «بيتا منها»، الوسائل ج ١٣ ص ٢٦٣ ح ٣.
٣- (٣) الفقيه ج ٣ ص ١٥٧ ذيل حديث ١١، الوسائل ج ١٣ ص ٢٥٩ ح ٢.
٤- (٤) الكافى ج ٥ ص ٢٧٣ ح ٨، الوسائل ج ١٣ ص ٢٦٣ ح ٤.

فى الرجل ىستأجر الدار ثم يؤجرها بأكثر مما استأجرها قال: لا يصلح ذلك الا أن يحدث فيها شيئا».

أقول: و على هذا فىكون الفرق فى الروايات الثلاثة المتقدمه بين الأرض و الثلاثة المعدوده فيها هو أنه يجوز إجاره الأرض بالأكثر، أحدث فيها شيئا أم لم يحدث، و فى الثلاثة المذكوره لا تجوز الا مع إحداث شىء فيها.

و به يظهر ما فى الجمع بين هذه الاخبار و بين ما سياتى مما يدل على التحريم مع إحداث شىء فيها، بتقييد إطلاق هذه الاخبار بتلك من الاشكال و منها ما رواه

فى الكافى و التهذيب عن إسماعيل بن الفضل الهاشمى (١) عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال:

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، أى يصلح له ذلك؟ قال: نعم إذا حفر لهم نهرا أو عمل لهم شيئا يعينهم بذلك، فله ذلك قال: و سألته عن رجل استأجر أرضا من أرض الخراج بدراهم مسماه أو بطعام معلوم، فىؤجرها قطعه قطعه أو جريبا جريبا بشىء معلوم، فىكون له فضل فيما استأجره من السلطان، و لا ينفق شيئا أو يؤجر تلك الأرض قطعا قطعا على أن يعطيهم البذر و النفقه، فىكون له فى ذلك فضل على إجارته، و له تربه الأرض أو ليست له؟ فقال: إذا استأجرت أرضا فأنفقت فيها شيئا أو رمت فيها فلا بأس بما ذكرت».

و رواه فى الفقيه مرسلا (٢)

«قال سئل أبو عبد الله (عليه السلام) عن رجل استأجر أرضا من أرض الخراج الحديث.

ص: ٢٩٤

١- ١) الكافى ج ٥ ص ٢٧٢ ح ٢، التهذيب ج ٧ ص ٢٠٣ ح ٤٢، الوسائل ج ١٣ ص ٢٦٣ ح ٣ و ٤.

٢- ٢) الفقيه ج ٣ ص ١٥٧ ح ١٢، الوسائل ج ١٣ ص ٢٦١ ح ٣ و ٤.

فى الكافى و التهذيب عن الحلبي (1) قال:

«قلت لأبى عبد الله (عليه السلام): أتقبل الأرض بالثلث أو الربع فأقبلها بالنصف؟ قال: لا بأس، قلت: فأقبلها بألف درهم فأقبلها بألفين؟ قال: لا يجوز، قلت: كيف جاز الأول و لم يجر الثانى، قال: لان هذا مضمون و ذاك غير مضمون».

قال الفاضل المحدث الأمين الأسترآبادى قوله «لان هذا مضمون» الى آخره أقول: يعنى فى الصورة الأولى لم يضمن شيئاً، بل قال: ان حصل شىء يكون ثلثه أو نصفه لك، و فى الثانى ضمن شيئاً معيناً، فعليه أن يعطيه و لو لم يحصل شىء، انتهى.

و هو جيد فان الغرض بيان عله الفرق واقعا و ان لم يعلم سبب عليتها، و لا يخفى على هذا أن ذكر الدراهم انما خرج مخرج التمثيل، و يكون الغرض الفرق بين المزارعه و الإجاره فإن المزارعه لا- تصح إلا- بالحصة الشائعه من نصف أو ثلث أو نحوهما، بخلاف الإجاره، فإنها لا تصح كذلك، بل لا بد من كون مال الإجاره دنانير أو دراهم، أو عروضاً مضمونه أو منقوده.

و قال الفاضل المشهور بخليفه سلطان فى حواشيه على الفقيه: المراد أن ما أحدث شيئاً زائداً مما دفعت من الذهب و الفضة فهو مضمون و أنت ضامن له يجب دفعه الى صاحبه، فهو نقل للحكم، لا بيان للحكمه، و لا يخفى بعده، و هذه الاخبار و نحوها- مما سيأتى ان شاء الله تعالى- ظاهره فى عدم الجواز مطلقاً الا مع القيود المذكوره فيها.

و لهذا ان الشيخ فى الاستبصار بعد أن نقل الأخبار الثلاثة الأول قال:

قال محمد بن الحسن: هذه الاخبار مطلق فى جواز إجاره الأرض بأكثر مما استأجرها، و ينبغى أن يقيدها بأحد أشياء، اما أن نقول يجوز له إجارتها إذا كان

ص: ٢٩٥

استأجرها بدراهم و دنانير معلومه أن يواجرها بالنصف أو الثلث أو الربع، و ان علم بأن ذلك أكثر يدل على ذلك ما رواه محمد بن يحيى، ثم ساق روايه الهاشمى المتقدمه إلى آخر السؤال الأول خاصه، و هو قوله فله ذلك، ثم قال:

و الثانى أنه يجوز مثلا إذا استأجرها بالثلث و الربع أن يوجرها بالنصف، لان الفضل انما يحرم إذا كان استأجرها بدراهم، و آجرها بأكثر منها، و أما على هذا الوجه فلا بأس، يدل على ذلك ما رواه أحمد بن محمد، ثم ساق روايه الحلبي المتقدمه التى بعد روايه الهاشمى، ثم أرفدها بما رواه

عن إسحاق بن عمار (١) فى الموثق عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال:

«إذا تقبلت أرضا بذهب أو فضه فلا تقبلها بأكثر مما تقبلتها به، و ان تقبلتها بالنصف أو الثلث فلك أن تقبلها بأكثر مما تقبلتها به، لان الذهب و الفضة مضمونان». و منها أنه انما جاز ذلك إذا أحدث فيها حدثا، و أما قبل ذلك فلا ينبغى ذلك و هو الأحوط، يدل على ذلك ما رواه

محمد بن يحيى، ثم ساق تتمه روايه الهاشمى من قوله:

«و سألته عن رجل استأجر أرضا من أرض الخراج بدراهم مسماه». الى آخرها ثم قال: و منها أنه يجوز له أن يؤجرها بعضا منها بأكثر من مال إجاره الأرض و يتصرف هو فى الباقي من ذلك بجزء من ذلك و ان قل.

يدل على ذلك ما رواه

فى الصحيح عن محمد بن مسلم (٢) عن أحدهما (عليهما السلام) قال:

سألته عن الرجل يستكرى الأرض بمائه دينار فيكرى نصفها بخمسه و تسعين دينارا و يعمر هو بقيتها قال: لا بأس». انتهى.

و نقل فى التذكرة عن الشيخ أنه قال: لا يجوز أن يؤجر المسكن و لا الخان و لا الجير بأكثر مما استأجره، الا أن يؤجره بغير جنس الأجره، أو يحدث ما يقابل التفاوت، و كذا لو سكن بعض الملك لم يجز أن يؤجر الباقي بزيادة عن

ص: ٢٩٦

١- ١) الكافي ج ٥ ص ٢٧٣ ح ٧، الوسائل ج ١٣ ص ٢٦٢ ح ٦.

٢- ٢) التهذيب ج ٧ ص ٢٠٥ ح ٤٨، الوسائل ج ١٣ ص ٢٦٢ ح ١.

الأجره و الجنس واحد، و يجوز بأكثرها لروايه الحلبي (1) عن الصادق (عليه السلام) «استأجر دارا بعشره دراهم» الحديث كما قدمناه، و الظاهر أنه من أجل هذا النقل خص بعض مشايخنا المتأخرين خلاف الشيخ بهذه الثلاثه، و الذى يظهر من علامه فى المختلف أنه أعم، حيث قال: قال الشيخان: إذا استأجر شيئاً لم يجر أن يؤجره بأكثر مما استأجره به الا أن يحدث فيه حدثاً من مصلحه و نفع إذا اتفق الجنس الى آخره.

و كيف كان فالذى يظهر من تتبع الاخبار هو العموم، و انما الإشكال فى كون ذلك على جهه التحريم أو الكراهه، أما العموم فقد عرفت من الروايات الثلاث المتقدمه أولاً الدلاله على البيت و الأجير و الحانوت، و منها الدار كما تقدم فى صحيحه الحلبي أو حسنته، و منها الأرض كما تقدم فى روايه الهاشمى و روايه الحلبي التى بعدها و موثقه إسحاق بن عمار المذكوره فى كلام الشيخ.

و منها الرحا لما رواه

المشايخ الثلاثه عن أبى بصير (2) قال:

«قال:

أبو عبد الله (عليه السلام): انى لأكره أن استأجر رحا وحدها ثم أؤجرها بأكثر مما استأجرتها به، الا أن يحدث فيها حدثاً أو يغرم فيها غرامه».

و منها السفينه مع بعض ما تقدم لما رواه

الشيخ فى التهذيب عن إسحاق بن عمار (3) عن جعفر عن أبيه (عليهما السلام) ان أباه كان يقول:

لا بأس بأن يستأجر الرجل الدار أو الأرض أو السفينه ثم يؤجرها بأكثر مما استأجرها به إذا أصلح فيها شيئاً».

و منها العمل لما رواه

فى الكافى عن محمد بن مسلم (4) فى الصحيح عن

ص: ٢٩٧

١- (١) الكافى ج ٥ ص ٢٧٢ ح ٤، الوسائل ج ١٣ ص ٢٦٣ ح ٣.

٢- (٢) التهذيب ج ٧ ص ٢٠٤ ح ٤٦، الفقيه ج ٣ ص ١٤٩ ح ٤ و فيه عن سليمان بن خالد، الكافى ج ٥ ص ٢٧٣ ح ٩، الوسائل ج ١٣ ص ٢٦٣ ح ٥.

٣- (٣) التهذيب ج ٧ ص ٢٢٣ ح ٦١، الوسائل ج ١٣ ص ٢٦٣ ح ٢.

٤- (٤) الكافى ج ٥ ص ٢٧٣ ح ١، الوسائل ج ١٣ ص ١٦٥ ح ١.

أحدهما(عليهما السلام) أنه سئل عن الرجل يتقبل بالعمل فلا يعمل فيه و يدفعه الى آخر فيربح فيه،قال:لا،الا أن يكون قد عمل فيه شيئا».

و ما رواه

فى التهذيب (1) عن أبى حمزه فى الصحيح عن أبى جعفر(عليه السلام) الحديث المتقدم الى قوله «لا»، و لم يذكر الاستثناء.

و ما رواه

المشايخ الثلاثة عن حكم الخياط (2) قال:

«قلت لأبى عبد الله (عليه السلام):انى أتقبل الثوب بدرهم و أسلمه «بأقل» من ذلك لا أزيد على أن أشقه قال:لا بأس بذلك، ثم قال:لا بأس فيما تقبلته من عمل استفضلت فيه».

و ما رواه

فى الفقيه و التهذيب عن مجمع (3) قال:

«قلت لأبى عبد الله (عليه السلام):أتقبل الثياب أخطها ثم أعطيها الغلمان بالثلثين فقال:أ ليس تعمل فيها؟قلت:أ قطعها و أشتري لها الخيوط قال:لا بأس».

و ما رواه

فى الكتابين المذكورين عن على الصائغ (4) قال:

«قلت لأبى عبد الله (عليه السلام):أتقبل العمل ثم أقبله من الغلمان يعملون معى بالثلثين؟فقال لا يصلح ذلك الا أن تعالج معهم فيه،قلت:فإنى أذبيبه لهم»قال:فقال:ذلك عمل فلا بأس».

و ما رواه

فى التهذيب عن محمد بن مسلم (5) عن أحدهما(عليهما السلام) قال:

«سألته عن الرجل الخياط يتقبل العمل فيقطعه و يعطيه من يخطه و يستفضل؟ قال:لا بأس قد عمل فيه».

هذه جملة ما وقفت عليه من أخبار المسئلة،و هذه الاخبار كلها متفقه

- ١-١) التهذيب ج ٧ ص ٢١٠ ح ٥، الوسائل ج ١٣ ص ١٦٥ ح ٤.
- ٢-٢) الكافي ج ٥ ص ٢٧٤ ح ٢، التهذيب ج ٧ ص ٢١٠ ح ٧، الوسائل ج ١٣ ص ٢٦٥ ح ٢.
- ٣-٣) التهذيب ج ٧ ص ٢١١ ح ٨، الفقيه ج ٣ ص ١٥٩ ح ١٠، الوسائل ج ١٣ ص ٢٦٦ ح ٧.
- ٤-٤) التهذيب ج ٧ ص ٢١١ ح ٩، الفقيه ج ٣ ص ١٥٩ ح ٩ وفيه «ادينه»، الوسائل ج ١٣ ص ٢٦٦ ح ٦.
- ٥-٥) التهذيب ج ٧ ص ٢١٠ ح ٦٨، الوسائل ج ١٣ ص ٢٦٦ ح ٥.

الدلاله واضحه مقاله على النهى عن الإجاره بأكثر مما يستأجره فى كل شىء الا أن يعمل فيه شيئاً، و إذا ضمنت بعضها الى بعض ظهر لك العموم فى الحكم فان ذكر هذه الأشياء المخصوصه فى الاخبار انما هو من قبيل التمثيل. بمعنى أن كل فرد من هذه الأفراد المذكوره، سئل عن حكمه فى الإجاره بأكثر مما استوجر عليه أجيب فيه بذلك، و العموم كما يحصل بالأداه الموضوعه له، كذا بتتبع الافراد و الجزئيات على نحو القواعد النحويه المبتنيه على تتبع أقوال العرب، و ظاهرها الاكتفاء بعمل ما، و ان قل، فلا يشترط فيه المقاومه لما يأخذه زائداً، و نظيره ما تقدم فى الضمائم.

و أما وجه الاشكال فمن حيث دلالة الأخبار الثلاثة المتقدمه فى صدر البحث على الجواز فى الأرض، و ما ذكره المتأخرون فى الجمع بينها و بين هذه الاخبار من حمل هذه الاخبار على الكراهه، قد عرفت ما فيه مما قدمناه فى غير مقام من البحث معهم فى هذه القاعده التى بنوا عليها فى جميع أبواب الفقه من الجمع بين الاخبار بحمل الأمر على الاستحباب، و النهى على الكراهه.

على أن بعض هذه الاخبار المذكوره قد اشتمل على ما هو صريح فى التحريم، مثل قوله (عليه السلام) فى روايه الحلبي فيمن تقبل الأرض بألف و قبلها بألفين «لا يجوز»، و قوله (عليه السلام) فى الروايات الثلاثة المتقدمه فى صدر البحث و فيها «ان فضل الأجير و البيت و الحانوت حرام»:

و بذلك يظهر ضعف ما استند اليه بعض محققى متأخرى المتأخرين فى تأييد الكراهه بقوله (عليه السلام) فى روايه أبى بصير الوارده فى الرحي «أنه لأكره أن استأجرها» فإن فيه ان استعمال الكراهه فى الاخبار بمعنى التحريم أكثر كثير، و استعمالها فى هذا المعنى العرفى انما هو اصطلاح متأخر.

و بالجملة فإن المتأمل فى ما ذكرناه سيما مع تصريح الاخبار بالتحريم لا يخفى عليه ضعف الحمل المذكور.

و أما الجمع بتقييد إطلاق الاخبار الثلاثة- بما دلت عليه هذه الاخبار من عمل شىء قبل الإجاره كما ذهب اليه الشيخ و جمع من الأصحاب فمعنى نفى البأس عن إجاره الأرض بأكثر مما استأجرها التقييد بما إذا عمل فيها شيئاً.

ففيه ما أشرنا إليه آنفاً من أن التحريم فى البيت و الأجير و الحانوت انما هو مع عدم احداث عمل، و أما مع احداث العمل فالفضل ليس بحرام، بل هو جائز، و اى فرق على هذا بين الأرض و هذه الثلاثة، حتى أنه يقول: فى تلك الاخبار ان الأرض ليست كالأجير و البيت، و العجب من أصحابنا حيث لم يتنبه منهم أحد لذلك، و الإجماع قائم منهم على أنه مع احداث عمل فإنه يجوز.

و بالجمله فإنه متى قيد التحريم فى الثلاثة المذكوره بعدم إحداث شىء كما أوضحناه سابقاً، و قيد الجواز فى الأرض بما إذا أحدث فيها شيئاً كما ذكره رجح الجميع إلى أمر واحد، و لم يبق فرق مع أن ظاهر الاخبار المذكوره أنها ليست سواء، و هذا انما يتجه على تقدير جواز إجاره الأرض مع الفضل و ان لم يحدث فيها شيئاً، و هو بحمد الله سبحانه ظاهر لا ستره عليه، و ان لم يتنبه أحد من الأصحاب اليه.

و أما باقى محامل الشيخ التى تكلفها فى كتاب الاستبصار كما قدمنا نقله عنه فإنها لا تخلو من اشكال، و ان لم أفق على من تنبه له من علمائنا الأبدال.

أما الأول و هو أن يستأجرها بدراهم و دنانير و يجوز له مؤاجرتها بالنصف و الثلث و الربع و ان علم أن ذلك أكثر، فهو و ان دل عليه الخبر الذى ذكره الـ أنه لا يخلو من الاشكال، لدلالته على جواز الإجاره بالحصه من نصف أو ثلث و نحوهما، و هو مما لا قائل به، و قد تقدم فى الفائده الخامسه من الفوائد المتقدمه التنبيه على ذلك، على أن الخبر المذكور قد دل مع ذلك على التقييد بما إذا حفر لهم نهراً أو عمل لهم شيئاً يعينهم، و بذلك ترجع الروايه إلى غيرها من الروايات الداله على التقييد بعمل شىء، و ترجع الى ما ذكرناه من التأويل المتقدم،

و به يظهر أن هذا الحمل ليس بشيء، لرجوعه من حيث التقييد الى الحمل الأخر.

و أما الحمل الثانى و هو أن يستأجرها بالثلث و الربع و يؤجرها بالنصف، فهو أيضا و ان دل عليه الخبران المذكوران، إلا أن ما ذكرنا من الاشكال المتقدم جار فيهما، فإن الإجاره لا تصح بالحصه كما عرفت، و ان حمل الخبران على المزارعه فإنها هى التى يصح فيها ذلك، خرجا عن موضع البحث، فلا يصح الاستدلال بهما كما لا يخفى.

و أما الحمل الثالث- فقد عرفت الكلام فيه، و أما الحمل الرابع ففيه انه لا يظهر بهذا فرق بين الأرض و بين تلك الثلاثه المعدوده فى تلك الأخبار، فان كلا منهما متى عمل به كذلك صح، أرضا كان أو بيتا أو غيرهما، و أنت قد عرفت دلالة الأخبار الثلاثه على أنه ليست الأرض مثل تلك الثلاثه فى حد الزائد، و جواز المؤاجره به، بمعنى أنه يحل فى الأرض دون تلك الثلاثه.

و ما ذكره فى هذا الحمل مشترك فى الجميع، فأى معنى فى الجمع به بين تلك الاخبار، و بما أوضحناه من بطلان هذه المحامل من كل من الطرفين تبقى المسئله فى قالب الإشكال، فإن الروايات الثلاثه المتقدمه ظاهره فى جواز الزيادة فى مؤاجره الأرض و ان لم يحدث شيئا، و ما عداها من الاخبار الكثيره ظاهر فى المنع، و بعضها كما عرفت صريح فى التحريم، و لا يحضرنى الان مذهب العامه فى هذه المسئله، فلعل أخبار أحد الطرفين انما خرج مخرج التقيه و الله العالم.

الثانى [تعيين المده]

اشاره

من الشروط الثلاثه المتقدم ذكرها تعيين المده، و هو المشهور فى كلام الأصحاب، و فيه وجه بالعدم، قال المحقق فى الشرائع: و لو اقتصر على تعيين المزروع من غير ذكر المده فوجهان: أحدهما يصح، لان لكل زرع أمدا فيبنى على العاده كالقراض، و الأخر يبطل كالإجاره و هو أشبه.

قال فى المسالك: الأقوى اشتراط تعيين المده على الوجه السابق، لان مقتضى العقد اللازم ضبط أجله، و الفرق بينها و بين القراض واضح، لانه عقد

جائز لا فائده في ضبط أجل له لو شرط، لجواز الرجوع قبله، بخلاف المزارعه فكان إلحاقها بالإجاره أشبه.

أقول: لم أظفر في الاخبار بما يدل صريحا على اشتراط المده في هذه المعامله، و اليه يشير هنا الاستناد في الاشتراط إلى الإلحاق بالإجاره، و في العدم إلى الإلحاق بالقراض، و لو كان هنا دليل من الاخبار لم يحتج إلى الإلحاق بالإجاره، و مجرد كونه عقدا لازما كما ذكره في المسالك مع تسليمه لا يستلزم المده، لما علم من أن الغرض المترتب عليه حصول الحصه المشترطه، فينات حينئذ بالأمد المتعارف لذلك الزرع، و حصول الحصه المشترطه، و أى مانع من ذلك فاشترط ما زاد على ذلك يحتاج الى دليل واضح.

و ربما استدل على اعتبار الأجل فيها بما رواه

في الكافي عن يعقوب بن شعيب (1) في الصحيح عن أبي عبد الله (عليه السلام) في حديث قال:

«و سألته عن الرجل يعطى الرجل الأرض فيقول: اعمرها و هي لك ثلاث سنين أو خمس سنين أو ما شاء الله؟ قال لا بأس».

و رواه

الصدوق و الشيخ نحوه و عن الحلبي (2) في الصحيح أو الحسن عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال:

«لا بأس بقباله الأرض من أهلها عشرين سنه، و أقل من ذلك أو أكثر، فيعمرها و يؤدي ما خرج عليها، و لا يدخل العلوج في شيء من القباله، فإنه لا يحل».

و بهذا الاسناد (3) عن أبي عبد الله (عليه السلام)؟ قال:

ان القباله أن يأتي

ص: ٣٠٢

١-١) الكافي ج ٥ ص ٢٦٨ ح ٢، الفقيه ج ٣ ص ١٥٤ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ١٩٨ ج ٢٢، الوسائل ج ١٣ ص ٢٠٣ ح ١.

٢-٢) التهذيب ج ٧ ص ١٩٩ ح ٢٥، الكافي ج ٥ ص ٢٦٩ ح ٣، الوسائل ج ١٢ ص ٢١٩ ح ٣.

٣-٣) التهذيب ج ٧ ص ١٩٧ ح ٢٠، الكافي ج ٥ ص ٢٦٨ ح ٣، الوسائل ج ١٣ ص ٢٠٤ ح ٢.

الأرض الخربة فتقبلها من أهلها عشرين سنة أو أقل من ذلك، أو أكثر فيعمرها و يؤدي ما خرج عليها فلا بأس به».

و ما رواه

الشيخ عن الحلبي (١) في الصحيح عن أبي عبد الله (عليه السلام)

«أنه قال: في القبالة أن يأتي الرجل الأرض الخربة فيتقبلها من أهلها عشرين سنة، فإن كانت عامره فيها علوج فلا يحل له قبالتها، إلا أن يتقبل أرضها فيستأجرها من أهلها و لا يدخل العلوج في شيء من القبالة فإنه لا يحل».

و عن أبي الربيع الشامي (٢) عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال:

«سألته عن أرض يريد رجل أن يتقبلها فأى وجوه القبالة أحل؟ قال: يتقبل الأرض من أربابها بشيء معلوم إلى سنين مسماه فيعمر و يؤدي الخراج، قال: فإن كان فيها علوج فلا يدخل العلوج في قبالة الأرض، فإن ذلك لا يحل».

و أنت خبير بما فيه، فإن غايه ما يدل عليه ما عدا الخبر الأخير هو أن مالك الأرض يعطى أرضه شخصا آخر ليعمرها، و يأكل حاصلها و يؤدي خراجها كما هو صريح الخبر الأول، و ان عبر عن ذلك في غيره بلفظ القبالة، و لهذا قال المحدث الأمين الأسترآبادي في حاشيه له على صحيحه الحلبي الثانيه: و قوله فيها «ان القبالة أن يأتي الأرض» إلى آخره كأنه إشاره إلى قبالة متعارفه في بلد الراوى أو بلده و ليس المقصود حصر القبالة في ذلك انتهى.

و قال شيخنا المجلسي في حواشيه على صحيحه الحلبي الأولى: كأنه استأجره لإعمال معلومه، من تنقيه القنوات و كرى الأنهار، و العمل في الأرض و غيرها، و جعل وجه الإجاره منفعه الأرض أو أجره مثلها، و لما كان بعقد القبالة لا تضر الجهاله، و يمكن حمله على الجعالة.

و قال والده في حاشيه له على صحيحه يعقوب بن شعيب: يمكن حمله على الجعالة في العمل بحاصل الملك، فلا تضر الجهاله أو على أن يؤجره الأرض

ص: ٣٠٣

١- (١) التهذيب ج ٧ ص ٢٠١ ح ٣٣، الوسائل ج ١٣ ص ٢١٣ ح ٢.

٢- (٢) التهذيب ج ٧ ص ٢٠١ ح ٣٤، الوسائل ج ١٣ ص ٢١٤ ح ٥.

بشيء ثم يستأجره للعمل بذلك الشيء و الأول أظهر انتهى.

و أنت خبير بأنه حيث كان ظاهر الاخبار المذكوره ما قدمناه من إعطاء الأرض تلك المده ليعمرها، و يأكل حاصلها و هذا بحسب ظاهره غير منطبق على شيء من المعاملات الموجهه لحل أكل حاصل الأرض المذكوره، فتاره حملوه على الجعالة من حيث عدم صحه حملة على الإجاره، لجهاله الأجره و عدم معلوميتها، و منهم من جعلها معامله متعارفه كانت في ذلك الزمان و نحو ذلك من هذه التكاليف التي ذكروها، و كيف كان فهي من الدلاله على ما ادعاه هذا القائل بمعزل.

و أما الأخير من الاخبار المذكوره فإنه ظاهر في الإجاره فلا اشكال فيه، و بالجمله فإنني لا أعرف لهم دليلا في هذه المسئله على اشتراط الأجل في المزارعه، و لا موجبا لفسادها بدونها، الا مجرد ظاهر اتفاقهم على الحكم المذكور، و ما علل به في المسالك قد عرفت ما فيه، على أن في دعوى كونها عقدا على الوجه الذي تقدم نقله عنه في صدر الكتاب مناقشه ظاهره قد تقدمت الإشاره إليها.

و غايه ما يفهم من الاخبار وقوع التراضى من الطرفين على المزارعه بالنصف أو الثلث أو نحوهما على حسب ما يتفقان عليه من البذر و العوامل و الخراج عليهما معا، أو على أحدهما، أو بالتفريق، و الأرض من أيهما كان.

فمن الاخبار في هذا المقام

روايه إبراهيم الكرخي (1) قال:

«قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): أشارك العلج، فيكون من عندي الأرض و البذر و البقر، و يكون على العلج القيام و السقى و العمل في الزرع حتى يصير حنطه و شعيرا و يكون القسمة فيأخذ السلطان حقه، و يبقى ما بقى على أن للعلج منه الثلث، و لى الباقي، قال: لا بأس بذلك، قلت: فلى عليه أن يرد على مما أخرجت الأرض البذر و يقسم الباقي قال: انما شاركته على ان البذر من عندك، و عليه السقى و القيام.

ص: ٣٠٤

و عن يعقوب بن شعيب (١) في الصحيح عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال:

« سألته عن الرجل يكون له الأرض » الخبر.

و قد تقدم في الفائده الثالثه من الفوائد المذكوره في صدر الكتاب

و عن يعقوب بن شعيب (٢) في خبر قال:

و سألته عن المزارعه؟ قال: النفقه منك و الأرض لصاحبها، فما أخرج الله تعالى منها قسم على الشرط، و كذلك أعطى رسول الله (صلى الله عليه و آله) أهل خيبر حين أتوه، فأعطاهم إياها على أن يعمروها، و لهم النصف.

و عن سماعه (٣) في الموثق

« قال سألته عن مزارعه المسلم المشرك فيكون من عند المسلم البذر و البقر، و تكون الأرض و الماء و الخراج و العمل على العليج؟ قال: لا بأس ». الى غير ذلك من الاخبار التي من هذا القبيل، و ليست المزارعه فيها إلا عبارته عن تراضيهما على هذه الوجوه بأى نحو اتفق، و لا عقد كما يدعونيه و لا صيغه خاصه بالكليه، و ليس في شىء منها على كثرتها إشاره إلى أجل و لا مدته، بل المناط فيها ادراك الحاصل كما يشير اليه قوله

في روايه الكرخي (٤)

« حتى يصير حنطه و شعيرا ». بقى الكلام في أنه لو ذكرت المده في العقد مع كونها كما عرفت لا دليل عليها، فهل يترتب عليها أثر أم تكون لغوا من القول؟ و وجوده كعدمه، الظاهر الثاني و الله العالم.

و تمام تحقيق الكلام في المقام يتوقف على بيان أمور:

الأول [في اعتبار امتداد المده المذكوره إلى إدراك الزراعه و عدمه]

هل يعتبر في المده المذكوره امتدادها إلى إدراك الزراعه علما أو ظنا غالبا، فلو اقتصر على ما دون ذلك بطل العقد أم لا؟ ظاهر إطلاق جملته من عبارات الأصحاب الثاني، و منهم المحقق في الشرائع، و العلامه في الإرشاد و صريح جملته منهم الأول، و استشكل في القواعد.

ص: ٣٠٥

١- (١) الكافي ج ٥ ص ٢٦٨ ح ٢ الوسائل ج ١٣ ص ٢٠٣ ح ٢.

٢- (٢) الكافي ج ٥ ص ٢٦٨ ح ٢ الوسائل ج ١٣ ص ٢٠٣ ح ٢.

٣- (٣) الكافي ج ٥ ص ٢٦٨ ح ٤ الوسائل ج ١٣ ص ٢٠٤ ح ١.

٤-٤) التهذيب ج ٧ ص ١٩٨ ح ٢١، الوسائل ج ١٣ ص ٢٠٢ ح ١.

قال فى المسالك بعد نقل عبارته المصنف المشار إليها: مقتضى إطلاق العبارة عدم الفرق مع ضبط المدة بين كونها وافيه بإدراك الزرع فيها وقاصره و محتمله و هو أحد الوجهين فى المسئلة، والأقوى اعتبار مده يدرك فيها الزرع علما أو ظنا غالبا، فلو اقتصر على ما دون ذلك بطل العقد، لأن الغرض فى المزارعه هو الحصة من النماء، فإذا لم يتحقق فى المدة غالبا بقى العقد بلا عوض، و انه خلاف وضع المزارعه، و الاعتذار بإمكان التراضى بعد ذلك على بقاءه لا ينفذ لأن التراضى غير لازم، فلا يعلق عليه شرط لازم، انتهى.

أقول: وقد عرفت أنه لا دليل على اشتراط المدة فى المزارعه، و انما الظاهر من الاخبار التى قدمناها و نحوها هو اناطه ذلك بإدراك الحاصل، بمعنى أن يتراضيا على المعاملة المذكوره بالشروط المقرره بينهما، و العمل فيها حتى يدرك الحاصل و يقتسماه، فان الغرض من المزارعه انما هو تحصيل الحاصل منها لكل من المالك و المزارع، فأخذ المزارع حصته و يأخذ المالك حصته الباقى، و حينئذ فلو فرضنا قيام دليل على اشتراط الأجل فيها، فإنه لا معنى لجعله أقل من وقت ادراك الحاصل، فالقول به أو الاستشكال من أجله لا أعرف له وجهها بالكلية.

الثانى [فى أنه إذا مضت المدة و الزرع باق]

-انهم قالوا: بناء على ما قدمنا نقله عنهم من اشتراط المدة فى العقد المذكور لو مضت المدة و الزرع باق بأن ذكر مده يظن الإدراك فيها فلم يحصل، فهل لمالك الأرض إزالته أو ليس له ذلك، أو له الإزالة مع ضمان الأرش أقوال ثلاثة، قالوا: وجه الأول انقضاء المدة التى يستحق عليه فيها التبقية، و الأصل تسلط المالك على ملكه كيف شاء، و لان الزارع بعد المدة لا حق له، فىكون إبقاءه بدون اذن المالك ظلما.

و وجه الثانى أنه قد حصل فى الأرض بحق فلم يكن للمالك قلعه: و لان للزرع أمدا معينا غير دائم الثبات، فإذا اتفق الخلل لا يسقط حق الزارع كما لو استأجر مده للزرع فانقضت قبل إدراكه.

و وجه الثالث الجمع بين الحقين، و أورد عليه بأنه يشكل فيما لو كان التأخير بتقصير الزارع.

و بالأول صرح المحقق فى الشرائع، و اختاره فى المسالك، قال: و ما اختاره المصنف أقوى، لزوال حق الزارع بانقضاء المده، فلا أرش له و لا استحقاق و هو جيد لو ثبت دليل على اعتبار المده.

و يا لله و العجب أنه إذا كان الغرض من المزارعه انما هو الحاصل من الزرع و الانتفاع به، فلو فرضنا أن مالك الأرض هو صاحب القسط الأعظم من الحاصل و صاحب الحصة انما هو العليج مثلا و انقضت المده قبل الإدراك كما فرضوه فكيف يقدم المالك على ضرر نفسه بقلع الزرع، و يتصور النزاع بينه و بين العليج فى ذلك، و يترتب عليه هذا الخلاف، و اين هذا من ذلك الغرض الباعث على المزارعه و خسران ما صرفوه من بذر و عوامل و عمل و نحو ذلك، و هل يتصور فى عقل عاقل القدوم على مثل ذلك و الحال كما عرفت.

و كيف كان فان البناء على هذه التعليلات التى ذكرها لكل من هذه الأقوال بمحل من الاشكال، لما عرفت فى غير مقام مما تقدم، و المسئله غير خاليه من الاشكال و الالتباس، خصوصا لما عرفت من عدم البناء فيها على أساس.

نعم لو جعل هذا الخلاف بعد إدراك الغله لكان أقرب الى الصواب و على تقديره فالأظهر هو القول الأول من الأقوال المتقدمه، قيل: و على تقدير القول الأول فينبغى أولا تكليف المزارع بالإزاله، و الا فرغ الأمر الى الحاكم ثم بعد تعذره مباشره المالك بنفسه.

و اختار فى القواعد أن للمالك الإزاله مع الأرش، أو التبقية بأجره للمالك، و حينئذ يصير هذا قولاً رابعاً فى المسئله و أورد عليه بأنه يلزم منه إيجاب عوض فى ذمه المزارع بدون رضاه، و ذلك غير معقول.

ثم انه على تقدير جواز القلع بأرش أولاً به، فالمقلوع مشترك بينهما بناء

على أن الزارع يملك الحصة، و ان لم ينعقد الحب، خلافا لابن زهره.

ثم انه على تقدير ثبوت الأرش بقلعه قال فى المسالك: طريق تحصيله أن يقوم الزرع قائما بالأجره إلى أو ان حصاده و مقلوعا، ثم انه على تقدير القول الأول لو اتفقا معا على التبقية، جاز بعوض كان أم لا، إلا أنه متى كان بعوض افتقر فى لزومه الى تعيين مده زائده.

و على تقدير القول الثانى و هو القول بوجوب إبقائه فهل تجب الأجره أم لا؟ قولان: أولهما للعلامه فى التذكرة، و ثانيهما له أيضا فى القواعد، قالوا: و على تقدير اتفاقهما على البقاء بأجره تكون إجاره الأرض حقيقه، لانقضاء مده المزارعه، فلا بد من ضبط المده كالإجاره، فإن جاز الإطلاق فى المزارعه فلو لم يضبطها أو اتفقا على الإبقاء بالأجره، و أطلقا و جب أجره المثل.

الثالث [اشتراط تأخير الزرع الى أن يدرك]

قالوا: إذا عقد المزارعه إلى مده معينه فشرط فى متن العقد تأخير الزرع الى أن يدرك أو الى مده أخرى أن بقى الزرع بعد المده المشترطه غير مدرك بطل العقد، لانه يعود إلى الجهاله فى المده، لأن المده فى الحقيقه تصير هى المجموع مما وقع عليه الشرط، و مما عين أولا فى متن العقد، و الذى عين فى متن العقد، و ان كان مده مضبوطه إلا أن المذكوره فى الشرط مجهوله و شرطها فى متن العقد من جمله العوض، فإذا تضمن جهاله بطل العقد، كما لو كان جميع المده مجهولا.

و يحتمل على هذا القول صحه الشرط المذكوره، و ان تضمن الجهاله، لأن المده المذكوره فى العقد مضبوطه، و ما تضمنه الشرط انما هو من قبيل التابع، ذكر احتياطا، لاحتمال الحاجه، و جهاله التابع غير مضر، كما تقدم نظيره فى الضمانم إلا أن المشهور بينهم هناك هو البطلان متى كان المقصود بالبيع الجميع، و انما يصح عندهم فيما إذا كان المقصود المعلوم، و جعل المجهول تابعا و قد بينا ضعفه ثمه و من هنا رجح فى المسالك القول الأول بناء على ما اختاره هناك من القول المشهور.

الرابع [فيما لو ترك العامل المزارعه حتى انقضت المده]

-من فروع اعتبار المده فى هذا العقد ما لو ترك العامل المزارعه حتى انقضت المده، فإنه تلزمه أجره المثل، كما لو استأجرها مده معلومه، فإنه تلزمه الأجره، لأن منفعتها قد صارت مستحقه له، حيث لا يتمكن المالك من استيفاءها، وقد فوتها عليه فتلزمه الأجره لذلك.

و الأ-كثر على أنه لا-فرق فى لزوم أجره المثل للمزارع بين تركه العمل و الانتفاع بالأرض اختيارا أو غيره، وقيل: بالفرق بين الأمرين، لعدم التقصير على تقدير الثانى، و مقتضى العقد لزوم الحصة خاصه، و لم يحصل منه تقصير فى عدم حصولها يوجب الانتقال الى ما لا يقتضيه العقد، و هو أجره المثل الذى ذكره.

أقول: و يأتى على ما ذكرناه: من عدم دليل على اعتبار التأجيل فى هذه المعامله و عدم اعتبار المده فيها و ان ذكرها فى حكم العدم هو عدم لزوم شىء للعامل، لأصالة براءة الذمه، و الفرق بينهما و بين الإجاره ظاهر، لأنه بالإجاره ينتقل المنفعه إلى المستأجر، و ترتفع يد المالك عن الأرض بالكلية تلك المده، فتلزمه الأجره بلا اشكال بالتقريب المتقدم.

و على ذلك دلت جمله من الاخبار الآتية-إنشاء الله تعالى-فى كتاب الإجاره بخلاف ما نحن فيه، فان للمالك متى لم يزرع فيها العامل فسخ العقد و دفعها الى غيره، و منفعه الأرض لم تنتقل له بالعقد، و انما هى مشتركه مع العمل فيها، و للعامل الحصة المقرره، فإذا أخل بالعمل فيها كما لو شرط عليه فللمالك فسخه، بل الظاهر انفساخ العقد بنفسه و الله العالم.

الثالث [أن يكون الأرض مما يمكن الانتفاع بها فى الزرع]

اشاره

-من الشروط الثلاثه المشار إليها آنفا أن يكون الأرض مما يمكن الانتفاع بها فى الزرع، بأن تكون من أرض الزراعه، و أن يكون لها ماء معتاد تسقى به من نهر أو بئر أو عين أو نحوها، و من ذلك الأرض فى بلد تسقيها الغيوث و الأمطار عاده، و كثير منهم حصر و الماء فى الافراد السابقه. و ذكروا الغيوث فى مسئله على حده، و الحق أن الجميع من باب واحد، لان المراد أن يكون

الماء ماء يعتاد سقيها به، أعم من أن يكون من الله تعالى أو من جهه العمال فيها، بحفر السواقي و الأنهار، و الضابط إمكان الانتفاع بها فى الزراعه، فلو لم يكن كذلك بطلت المزارعه.

و الكلام هنا يقع فى مواضع

الأول [لو زارعا أو آجرها له و لا ماء لها]

قال العلامة فى القواعد بعد ذكر الشرط المذكور: لو زارعا أو آجرها له و لا ماء لها تخير العامل مع الجهاله لا مع العلم، لكن فى الأجره يثبت المسمى، و هو ظاهر فى صحه المزارعه مع علمه بعدم الماء، و أما مع الجهل فيتخير بين الرضا بالعقد و فسخه، و مرجعه الى اللزوم مع العلم و عدم اللزوم مع الجهل، دون البطلان فى شىء من الموضوعين، ففى صوره العلم لا خيار له حيث أقدم على ذلك، بخلاف صوره الجهل، فيكون له الخيار، و يأتى بناء على ما قدمناه من البطلان فى الموضوعين لفوات الشرط الذى هو إمكان الانتفاع، و هو الأقوى بالنظر الى قواعدهم.

و ربما حمل كلام العلامة هنا على أنه متى أمكن الانتفاع بتلك الأرض فى غير المزارعه التى تحتاج الى الماء، فإنه يجوز أن يزرع ما لا يحتاج الى الماء فعدم الماء لا يستلزم عدم إمكان الانتفاع، مع القول باشتراط إمكان الانتفاع بغير الزرع إذا تعذر، و لا يخفى تعسفه، فان الظاهر من الاخبار و كلام الأصحاب من غير خلاف يعرف أن المزارعه المبحوث عنه فى هذا المقام انما هى عباره عن زرع ما يتوقف على الماء من حنطه و شعير و أرز و نحوها من الحبوب، على اننا لا نعرف هنا زرعاً يقوم بغير الماء بالكلية.

و ربما حمل كلامه أيضاً على أن المراد لا ماء لها غالباً، لا أنه لا ماء لها أصلاً و يؤيده تصريحه بذلك فى التذكرة حيث نقل عنه فيها التردد فيما لو كان لها ماء نادراً هل يصح المزارعه عليها أم لا، و منشأ التردد من عدم التمكن من إيقاع ما وقع عليه العقد بالنظر الى الغالب، و من إمكان الزرع و لو نادراً، و هو و ان كان أقل تعسفاً من الأول، الا أن الظاهر ضعف المبنى عليه، و ان تردد

فيه فى التذكرة، لما عرفت فى غير مقام مما تقدم أن الأحكام المودعه فى الأخبار إنما تحمل على الأفراد الشائعه الغالبه المتكره، دون الشاذه النادره.

و ما ذكره العلامه فى القواعد من هذا الحكم المتقدم نقله عنه قد سبقه اليه المحقق فى الشرائع أيضا مع أنهما معا قد ذكرا قبل هذا الكلام الشرط المشار اليه، وقد عرفت أن قضيه الشرط المذكور بطلان المزارعه مع عدمه.

و بالجمله فإن كلامهما هنا مع ما عرفت لا يخلو من الإشكال.

الثانى [فيما لو أمكن الانتفاع ثم تجدد انقطاع الماء]

-حيث قد عرفت أن إمكان الانتفاع شرط فى صحه المزارعه، و أنها بدونها تكون باطله، فلو وجد الشرط المذكور ثم تجدد انقطاع الماء فمقتضى القواعد بطلان العقد، لفوات الشرط فى المده الباقية، فإن الظاهر شرطيته ابتداء و استدامه ليرتب عليه الغرض المطلوب من المزارعه، الا- أن ظاهر المحقق و العلامه الصحه، و ان للزارع الخيار، حيث أطلقا القول بعدم البطلان، و إنما حكما بتسلطه على الفسخ.

قيل: و كأنهما نظرا إلى صحه العقد ابتداء، فتستصحب و الضرر اللاحق للمزارع بانقطاع الماء ينجبر بتسلطه على الفسخ، و الظاهر ضعفه، لعدم حجيه الاستصحاب على هذا الوجه كما تقدم تحقيقه فى مقدمات الكتاب فى صدر جلد كتاب الطهاره (1).

الثالث [صحتها لو استأجرها مطلقا و لم يشترط الزراعة]

-ينبغى أن يعلم أن ما تقدم من البحث و الخلاف مخصوص بالمزارعه، و كذا الإجاره بشرط الزراعه، لاشتراكهما فى المعنى، أما لو استأجرها مطلقا و لم يشترط الزراعه فإنهم قد صرحوا هنا بصحه الإجاره، لإمكان الانتفاع بها بغير الزراعه، فليس له الفسخ حينئذ، و الظاهر أن هذا الحكم مخصوص بالجاهل بكون الأرض لا ماء لها، و الا فإنه متى علم أنه لا ماء لها، و استأجرها مع علمه بذلك فإنه لا معنى لتخييره، بل اما أن يكون العقد باطلا، أو صحيحا، و الوجه حينئذ

ص: ٣١١

فى صحه الإجاره مع الجهل، و عدم جواز الفسخ متى علم أنه استأجرها مطلقا لا بشرط الزراعه، و وجوه الانتفاعات لا تختص بالزراعه بخصوصها، لأنها نوع من أنواع الانتفاعات، فإنه يمكن الانتفاع بها فى وضع المتاع، و كونها مراحا و مسرحا و غير ذلك، كذا ذكره.

و يشكل بأنه متى كانت الأرض إنما أعدت للزراعه، و أن الغالب عليها إنما هو الاستعمال و الانتفاع بها فى الزرع لا فى غيره، و قد عرفت فى غير موضع مما تقدم أن الإطلاق إنما ينصرف الى الافراد الغالبه المتكرره، فالحكم بالصحه و اللزوم و الحال هذه مشكل، فيحتمل تسلطه على الفسخ حملا على المعتاد و الغالب.

الرابع [حكم ما لو فسخ أحدهما]

قد عرفت من مذهبي المحقق و العلامة أن للمزارع و المستأجر الفسخ فى المسألتين المتقدمتين، قالوا: فلو فسخ فعليه فى المزارعه أجره ما سلف، و عليه المسمى فى الإجاره، و الوجه فيه أن كلا من المزارع و المستأجر فسخ العقد باختياره، فبطل العقد بفعله، و لم تحصل الحصه المعينه فى المزارعه، و الأرض لا- بد لها من أجره، فعليه فى المزارعه أجره ما مضى من الزمان قبل الفسخ، و المسمى بالنسبه إلى الإجاره، و يشكل بأن الفسخ إنما وقع بسبب انقطاع الماء الذى هو شرط لوجود الحصه، و صحه الإجاره.

و بالجملة فإن إثبات ما ذكره يحتاج الى دليل، و الا فالأصل عدمه، هذا ان فسخ، و ان لم يفسخ فان حصل شىء فهو لهما، و الا لم يكن لأحدهما على الآخر شىء، و هو ظاهر و الله العالم.

المقام الثانى فى الأحكام

اشاره

و فيه مسائل

المسأله الأولى [فى أن إطلاق المزارعه يقتضى زراعه ما شاء]

اشاره

قالوا: لا يخلو الحال فى المزارعه من أمرين

أحدهما [فى أن إطلاق المزارعه يقتضى زراعه ما شاء]

أن يطلق المزارعه على المشهور فله أن يزرع ما شاء، و الظاهر ان

المراد بالإطلاق هنا ما قابل التعيين، سواء كان ما يدل على العموم وضعا من الألفاظ الموضوعه له، أو ما يدل على الفرد المنتشر وضعا، و على التقديرين فإنه ظاهر في جواز أن تزرع ما شاء سواء أضر بالأرض أم لا.

أما على الأول فظاهر، و أما على الثاني فلان تجويز فرد منتشر تجويز لكل واحد بدلا من الآخر، و لهذا أن الأمر بالكلى أمر بواحد أى واحد كان من أفراد الماهيه، بمعنى براه الذمه و الإتيان بالمأمور به بأى فرد فعل، و الا لزم الإجمال و التكليف بالمحال.

و استشكل بعض محققى متأخرى المتأخرين فى صحه هذا العقد، قال:

لاشتماله على الغرر، كما يمنع بعتك هذا بما تريد، أو بأى شىء تعطى، ثم قال:

و قد يفرق بالنص و الإجماع، و بأنه لا شك فى جواز زراعه ما هو الأضر للمالك، فله أن يعطيه غيره أن يفعل ذلك له بأجره و غيرها انتهى.

و نقل عن العلامة فى التذكرة أنه قوى وجوب التعيين لتفاوت ضرر الأرض، باختلاف جنس المزروعات فيلزم بتركه الغرر، و هو الذى أشار إليه المحقق المذكور فى صدر كلامه.

لكنه قد أورد عليه أيضا بأنه منظور فيه بدخول المالك و قدومه على أضر الأنواع من حيث دخوله فى الإطلاق المستلزم لذلك، فلا غرر حينئذ، و كيف كان فالأقرب القول المشهور.

ثم ان ما ذكروه من العبارة التى صدرنا بها الكلام لا يخلو من حرازه، فإن الظاهر أن ضمير يزرع فى قوله فله أن يزرع، ما شاء راجع الى العامل الزراع و هو انما يتم لو كان البذر من عنده، أما لو كان من عند المالك فالتخير يرجع اليه، لا الى الزراع.

و ثانيهما [حكم ما لو تعين الزرع]

أن تعين العين المراد زرعها تعينا نوعيا كالحنطة، أو شخصا كهذه الحنطة، أو صنفا كالحنطة الفلانية، سواء كان ما عدل إليه أضر مما عين

فى العقد، أو أقل ضرراً، أو مساوياً، فإن قضيه التعيين و الاشتراط هو عدم جواز التعدى لما عين مطلقاً، و لو خالف فمقتضى كلام جملة منهم شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك و المحقق الأردبيلى هو أن للمالك أجره المثل.

قال المحقق المذكور: لا شك فى انه يلزمه أجره المثل على تقدير التعدى، و يفسخ العقد، الا أن تكون مده الانتفاع باقيه، لانه قد ضيع منفعة الأرض بغير اذنه، فيلزمه عوضها، و هو أجره المثل كما فى غيرهما انتهى.

و مقتضى كلام المحقق و العلامة التخيير بمعنى أنه يتخير مالك الأرض فى فسخ العقد و أخذ أجره المثل و عدمه، فيأخذ المسمى و الأرض أيضاً ان نقصت الأرض و حصل لها ضرر بذلك.

قال العلامة فى القواعد و يتعين بالتعيين، فان زرع الأضر فللمالك الخيار بين المسمى مع الأرض، و بين أجره المثل، و لو زرع الأخر تخير المالك بين الحصة مجاناً، و أجره المثل.

و قال المحقق فى الشرائع: فإن عين الزرع لم يجز التعدى، و لو زرع الأضر و الحال هذه كان لمالكها أجره المثل ان شاء، و النماء مع الأرض، و لو كان أقل ضرراً جاز انتهى.

و فيه نظر من وجهين الأول ان مقتضى التعيين و العمل بالشرط عدم جواز العدول عنه، و أنه يفسخ العقد بالتعدى كما تقدم فى كلام المحقق الأردبيلى، فكيف يتم ما ذكره فى الشرائع من أنه لو كان أقل ضرراً جاز، و ما ربما يقال فى الجواب -و الاعتذار عن المنافاه فى كلامه- بأن الرضا بزراع الأضر على الأرض يقتضى الرضا بالأقل ضرراً بطريق أولى -مردود بأن غرض المالك ربما كان الانتفاع بالزرع، لا مصلحه الأرض، فإنه المقصود الذاتى، و مصلحه الأرض انما هى تابعه و لا شك أن الأغراض تختلف فى أنواع المزروع، فربما كان غرضه فى الأشد ضرراً من حيث يزيد نفعه، أو الحاجه اليه، و ان تضررت الأرض به.

ثم انه على تقدير ما ذكره من الجواز يلزم من ذلك أخذ المالك الحصة من ذلك المزروع مجاناً، وهو باطل، لانه غير داخل في العقد، فكيف يستحق فيه المالك شيئاً، وعين البذر مال العامل وملكه، ولا دليل على انتقال شيء منه عن ملكه إلا بالمزارعه عليه ودخوله في عقد المزارعه، والمفروض أنه ليس كذلك.

و به يظهر أيضاً ما في عبارته القواعد هنا من التخيير بين أخذ الحصة مجاناً وبين أجره المثل، فإنه لا وجه لأخذ الحصة مجاناً كما عرفت، بل الحق إنما هو أجره المثل وانفساخ العقد.

الثاني - أن ما ذكره من التخيير في صورته زرع الأضر بين المسمى مع الأرض، وبين أجره المثل، منظور فيه بأن الحصة المسماة إنما وقعت في عقد المزارعه بالنسبة إلى ذلك المعين في العقد، والذي زرعه العامل لم يتناوله العقد، ولا الاذن، فكيف يستحق منه المالك حصته، فإذا زارعه على حنطه بأن يكون للمالك نصف حاصلها، وبذر العامل شعيراً فبأى وجه يستحق المالك حصته من ذلك الشعير، وهو غير داخل في العقد، ومقتضى ملك العامل له أن يكون نماؤه وما يخرج منه لملكه خاصة، وبه يظهر أن الأقوى إنما هو أجره المثل في الموضوعين المذكورين، وهذا بالنسبة إلى المزارعه.

أما في الإجاره فإنه لو استأجر منه الأرض لزراعته نوع معين، مثلاً فان زرع الأضر فالكلام عندهم كما تقدم في المزارعه، وان زرع الأخر ضرراً فإنهم صرحوا هنا بالفرق بين العقدين في ذلك، وأنه يصح في الأول، دون الثاني.

قال في المسالك في تعليل ذلك: فان عدول المستأجر إلى زرع ما هو أخف ضرراً منه متجه، لان الغرض من الإجاره للمالك تحصيل الأجره، وهي حاصله على التقديرين، وتبقى معه زياده تخفيف الضرر عن أرضه، وأولى منه لو ترك

الزراع طول المده، فإنه لا- اعتراض للمالك عليه، حيث لا- يتوجه ضرر على الأرض، لحصول مطلوبه، و هو الأجره، بخلاف المزارعه، فإن مطلوبه الحصه من الزرع، فلا يدل على الرضا بغيره، و لا يتناوله بوجه، انتهى.

و أما المساوى فاحتمالان.

الثانيه [فى إجاره الأرض للزراع مع عدم انكشاف الماء عنها] :

قيل: لو استأجر للزراع أرضا لا ينكشف عنها الماء لم يجر، لعدم الانتفاع، و لو رضى بذلك المستأجر جاز، و لو قيل: بالمنع لجهاله الأرض كان حسنا، و ان كان قليلا- يمكن معه بعض الزرع جاز، و لو كان الماء ينكشف عنها تدريجا لم يصح لجهاله وقت الانتفاع.

أقول: و تفصيل هذا الإجمال- بما يتضح به المراد من هذا المقال- هو أن يقال: إذا كانت الأرض مغموره بالماء بالكلية فى جميع الأوقات، فإنه لا ريب فى بطلان إجارتها، لعدم إمكان الانتفاع بها فيما استوجرت له، و هو ظاهر، و أما لو كان الماء ينكشف عنها وقت الانتفاع عاده، فإن كانت مغموره به حال العقد، فإنهم صرحوا بالصحة إذا كان قد رأى الأرض أولا قبل استيلاء الماء عليها، و أن الماء المجلل لها صافيا لا يمنع من رؤيتها، هذا إذا كان الاستيجار للزراع.

أما لو كان الاستيجار مطلقا أو لغير الزراع مما يمكن استيفاءه منها، فإن الإجاره صحيحه، و ينتفع بها فيما شاء، و لو باصطياد السمك ان كان، و مع تعذر الانتفاع بها بوجه من الوجوه، فالظاهر هو البطلان، لأن شرط الصحة إمكان الانتفاع، و لو رضى المستأجر بالإجاره مع فرض الانغمار بالماء جاز، و هو مما لا اشكال فيه، الا أنه لا بد من تقدم رؤيه الأرض قبل الانغمار بالماء، أو إمكان الرؤيه حال وجود الماء لصفائه، كما تقدم ذكره.

و به يظهر أن تعليل المنع من الصحة فى هذه الصوره بجهاله الأرض لا يصح على إطلاقه.

نعم لو فرض الجهل بها على كل حال اتجه المنع، و بالجملة فإنه إذا رضى المستأجر بذلك مع العلم بالأرض بأحد الوجوه جاز، و أما مع الجهل مطلقا و عدم العلم بوجه فلا، و لو كان الماء قليلا يمكن معه بعض الزرع جاز، لإمكان الانتفاع فى الجملة، سواء أمكن الزرع فى جميع الأرض على النقصان، أو أمكن فى بعض دون بعض، مع إلحاق ما لا يمكن فيه من الأرض بالجميع.

و كيف كان فلا بد من علم المستأجر بذلك و الا تسلط على الفسخ للعيب، و أما لو كان الماء ينكشف عن الأرض تدريجا فإن الإجاره لا- تصح، لجهاله وقت الانتفاع، و الظاهر أنه لا فرق فى ذلك بين رضاء المستأجر بذلك و عدمه، لان رضاء بعقد غير صحيح لا يوجب صحته، لما عرفت من أن العقد باطل من حيث جهاله وقت الزرع.

و فى القواعد قيد المنع بعدم رضا المستأجر، فلو رضى بذلك صح، وورد بأن هذا انما يتم فى العيب، فإنه يتخير بالرضاء و الخيار، لا فى الجهاله التى هو موجه لبطلان العقد، و لو قيل: -بالحاق هذا الفرد بما ذكر نظرا إلى إمكان الانتفاع فى الجملة- قلنا: لا ريب ان ما يوجه انقطاع الماء تدريجا نقصان المنفعه، و اللازم من ذلك تخير المستأجر مع الجهل، لا الحكم بعدم الصحه، مع أنه قد حكم بعدم الصحه مع عدم الرضا.

و بالجملة فما نقلناه أولا أوفق بالقواعد المقرره بينهم.

قال فى المسالك بعد ذكر نحو ذلك: و هذه الأحكام آتية فى المزارعه على الأرض المذكوره، فكان ذكرها فى بابها أولى من استطراد الحكم الأجنبى، أو التعميم، و ربما قيل: فى هاتين المسألتين أن المنع مخصوص بالإجاره، أما المزارعه عليها فجائزه، و الفرق ابتداء الإجاره على المعلوميه، لانضباط الأجره، فلا بد من انضباط المنفعه فى مقابلتها، بخلاف المزارعه، فإن النفقه التى هى الحصة لما كانت مجهوله، تسومح فى مقابلتها من العوض بما لا يتسامح فى غيرها، و لا بأس به، انتهى.

الثالثه [تعيين مقدار كل واحد من الغرس و الزرع لو اشترط في العقد]

قالوا: إذا اشترط في استيجار الأرض الغرس فيها و الزرع معا فلا بد من تعيين مقدار كل واحد منهما.

أقول: و الوجه في لزوم الشرط المذكور عموم الأدله الداله على وجوب الوفاء به، و الوجه في وجوب التعيين في الزرع و الغرس هو اشتراط العلم، و عدم الجهل الموجب للغرر لما علم من تفاوت ضرريهما، فان الغرس أضر على الأرض و افراد المغروسات، و كذا افراد المزروعات متفاوتة في الضرر شده و ضعفا، و حينئذ فلا بد من تعيين أفرادها، و كذا لو استأجر لغرسين أو لزرعين، فإن الحنطه أضر من الشعير، و المغروسات تختلف باعتبار سريان العروق في الأرض، و نحو ذلك فلا بد من التعيين لما عرفت، قيل: و اشتراطه في الإجاره ظاهر، كما إذا آجره الأرض للزراعه و الغرس.

و أما في المزارعه فبان يكون شرط في المزارعه غرس أشجار له، كما نقل عن المحقق الثاني، و ربما قيل: بأنه كما يجب التعيين في المتفاوتين في الضرر، يحتمل أيضا في غير المتفاوتين، خصوصا في المزارعه لما تقدم، من أن الغرض المطلوب منها الحصه، و معلوم تفاوتها بتفاوت أفراد المزروعات.

قال في المسالك: و يمكن حمل الإطلاق على جعل كل واحد منهما في نصف الأرض، لأن المتبادر من لفظ الشريك التسويه كما في نظائره، و لان مقتضى الإجاره لهما أن يكون المنفعه المطلوبه من كل واحد منهما نصف فضل الجميع بحسب التنصيف لئلا يلزم الترجيح من غير مرجح، و هذا هو الأقوى و حينئذ فلا يجب التعيين، انتهى.

و ما ادعاه من أن المتبادر من لفظ الشريك التسويه، و أن اشتهر ذلك في كلام غيره أيضا، إلا أنه قد تقدم ضعفه، بل هو أعم مما ذكره، و قوله أيضا فلا يجب التعيين، بناء على الفرض الذي ذكره محل اشكال، مع تفاوت أفراد المغروسات و المزروعات، فإنه مع فرض نصف تلك الأرض للغرس، و النصف الآخر للزرع

متى كانت أفراد كل منهما متفاوتة في الضرر، جرى في هذا النصف ما جرى في أصل الأرض المفروضه في الكلام السابق مما اقتضى وجوب التعيين، ثم انه قال:

هذا كله إذا استأجرها مطلقاً، أما لو استأجرها لينتفع بها بما شاء منها -صحح و تخير، لان ذلك تعميم في الافراد، و قدوم على الرضا بالأرض، و يبقى الكلام في تعيين النوع الواحد من الزرع و الغرس و إطلاقه ما تقدم، انتهى.

الرابعه [في استيجار الأرض مده لغرس ما يبقى بعدها غالباً]

اشاره

-اختلف الأصحاب فيما إذا استأجر أرضاً مده معينه ليغرس فيها ما يبقى بعد المده غالباً، فقليل: انه يجب على المالك إبقاؤه، يعنى بالأجره، أو إزالته مع الأرض.

و قيل: انه له إزالته كما لو غرس بعد المده، و بالأول صرح المحقق في الشرائع و العلامه في الإرشاد، و نقل عن فخر المحققين، و بالثاني صرح شيخنا الشهيد الثاني في المسالك.

و علل الأول من القولين المذكورين بأن المستأجر غير معتد بالزرع، لانه مالك المنفعه تلك المده، فله الزرع، و ذلك يوجب على المالك إبقائه، لمفهوم

قوله (١) (عليه السلام)

«ليس لعرق ظالم حق». قال فخر المحققين: أجمع الأصوليون على دلالة المفهوم من هذا الحديث، و ان اختلفوا في دلالة مفهوم الوصف في غيره، لكن لما لم يكن له في الأرض حق بعد المده، لانقضاء الإجاره، جمع بين الحقين بإبقائه، بالأجره أو قلعه بالأرض.

و علل القول الثاني بأن المستأجر دخل على أن لا حق بعد المده، لأن منفعه المده هي المبذوله في مقابله العوض، فلا يستحق بالإجاره شيئاً آخر، فللموَجِر قلعه مجاناً كما لو غرس المستأجر بعد المده.

قال في المسالك: هذا هو الأقوى، ثم قال في الجواب عما تقدم: و عدم تعدى المستأجر بزعمه في المده لا يوجب له حقا بعدها مع اسناد التقصير اليه، و المفهوم ضعيف، و الإجماع على العمل هنا لم يثبت، و على تقدير صحته نمنع

ص: ٣١٩

من كونه بعد المده غير ظالم،لانه واضع عرقه فى أرض لا حق له فيها،و إلزام المالك بأخذ الأجره على الإبقاء،أو تكليفه بالأرض على خلاف الأصل،فلا يصار اليه بمثل ذلك انتهى.

و قال المحقق الأردبيلى بعد نقل القول الأول عن المحقق،و الثانى عن الشهيد الثانى«و هو غير بعيد»يعنى القول الثانى ثم نقل كلام فخر المحققين و دعواه الإجماع على العمل بمفهوم الوصف فى الخبر المذكور ما لفظه،و كان هذا الحديث ثابت عند الكل،و هو موجود فى التهذيب بسند غير صحيح فى باب المزارعه فهو دليل على الأول،لعل منشأ اعتبار المفهوم هنا هو ما ثبت بالعقل و النقل «أن لعرق المحق و غير ظالم حق»و هو كاف،و لا يحتاج الى هذا المفهوم،و ان ذلك ظاهر و لا شك أن العامل غير ظالم،فلعرقه حق،أما بأن يخلى بالأجره أو يقلع بالأرض،و هو جميع بين المصلحتين أيضا فإن لكل منهما دخلا فى الإبقاء، و نقضه بمنع الإجماع غير جيد،و كذا منع كونه بحق بأنه بعد المده ظالم،كما فعله فى شرح الشرائع،لأنه ثبت بحق،و ان كان المنع الثانى أولا،و وجه الثانى لا يخلو من قوه لما تقدم،الا أن الأول أحوط و بالنصف أقرب فتأمل انتهى.

أقول:الخبر المشار إليه فى كلامهم هنا هو ما رواه

الشيخ فى التهذيب عن عبد العزيز بن محمد الدراوردي (١)قال:

«سمعت أبا عبد الله(عليه السلام) يقول:من أخذ أرضا بغير حقها أو بنى فيها قال:يرفع بناؤه،و يسلم التربه إلى صاحبها ليس لعرق ظالم حق ثم قال:قال رسول الله(صلى الله عليه و آله)من أخذ أرضا بغير حقها كلف أن يحمل ترابها الى المحشر.

و أنت خبير بأن مورد الخبر و سياقه من أوله الى آخره انما هو من اغتصب أرضا فتصرف فيها ببناء أو غرس مع كونها مملوكه لغيره،فإنه لا يملكها بذلك، بل هى ملك لمن سبق إليها أولا،و انه يجب عليه أن يدفع بناءه و يزيل غرسه،

ص: ٣٢٠

و مفهوم هذا التعليل بناء على ما ذكرنا أنه لو لم يكن مملوكه و لا مستحقه لأحد قبله، فإنه يملكها و يستحقها، لكون عرقه عرق غير ظالم، و مرجعه الى كون تصرفه شرعياً، و به يظهر الإشكال فى انطباق الاستدلال بمفهوم الخبر على المدعى فى هذا المقام، لأن التصرف هنا و ان كان شرعياً بالنظر الى مده الإجاره، فيدخل تحت مفهوم الخبر الا أنه بعد انقضاء المده و زوال الموجب لصحة التصرف، لا يمكن دخوله تحت المفهوم المذكور، و محل البحث و النزاع انما هو هنا، لا فيما تقدم من التصرف فى المده.

فقول المحقق المتقدم ذكره أنه ثبت بالعقل و النقل أن لعرق المحق و غير ظالم حق، و العامل غير ظالم، فلعرقه حق، ان أراد بالنسبه إلى مده الإجاره فمسلم، و لكن لا يجدى نفعاً و ان أراد بعد انقضائها فهو عين البحث و محل النزاع، فلا يخرج كلامه عن المصادر، فان شمول المفهوم المذكور له غير متجه، إذ لا ريب انه تصرف فى مال الغير بغير اذنه، و لهذا اضطروا الى القول بالأجره فرارا مما ذكرناه، فكيف يدخل تحت المفهوم المذكور، و انه محق و غير ظالم، فيكون لعرقه حق.

و لو قيل: يبطلان هذا العقد من أصله لم يكن بعيداً من الصواب: لعدم الدليل عليه بالخصوص، و خروجه عن مقتضى قواعد الإجاره، فلا يتناوله عموم أدلتها، فإن من قواعد الإجاره قصر جواز التصرف على مده الإجاره، و هذا العقد على هذا الوجه المذكور خارج عن ذلك، فلا يدخل تحت عموم أدلتها.

و اللازم منه على تقدير الحكم بصحته أحد المحذورين، اما تضرر المستأجر بقلع الغرس مجاناً كما هو مقتضى القول الثانى، أو جواز التصرف فى مال الغير بغير اذنه كما هو مقتضى القول الأول و هو أشد إشكالا.

و الالتجاء فى المخرج عن ذلك -الى ما ذكره من وجوب تبقيته بالأجره

أو جواز قلعه بالأرش جمعا بين الحقين-انما يصح إذا دل دليل شرعي من كتاب أو سنه أو إجماع، بناء على قواعدهم، ولا شيء من هذه الثلاثه فى المقام، فاللازم منه إثبات حكم بلا دليل، و هو مما منعت منه الآيات المتكاثرة، و الروايات المتظافره، و لو صح الرجوع فى ذلك الى العقل لأمكن ما ذكره، لاندفاع الضرر من الجانبين و الجمع بذلك بين الحقين، و لكن قد علم من الآيات القرآنيه و السنه النبويه أنه لا يجوز بناء الأحكام الشرعيه الا على ما ظهر منهما من الأدله الواضحه الجليه، و الله العالم.

إلحاق

أقول: ما ورد فى الخبر المتقدم من

«أنه ليس لعرق ظالم حق» (١). قد ورد مثله من طريق العامه عنه (صلى الله عليه و آله) و هو محتمل لتنين عرق، فيكون ظالم صفة له، و اضافه عرق فيكون ظالم مضافا اليه.

قال فى النهايه الأثيريه (٢) و فى حديث احياء الموات «ليس لعرق ظالم حق» هو أن يجيء الرجل إلى أرض قد أحيها رجل قبله، فيغرس فيها غرسا غصبا ليستوجب به الأرض و الروايه لعرق بالتنين و هو على حذف مضاف: أى لذى عرق ظالم، فجعل عرق نفسه ظالما و الحق لصاحبه، أو يكون الظالم من صفة صاحب العرق، و ان روى عرق ظالم بالإضافه فيكون الظالم صاحب العرق، و الحق للعرق، و هو أحد عروق الشجره انتهى.

الخامسه [فى صحه المزارعه إذا كان من أحدهما الأرض و الباقي من الآخر]

قد صرحوا بأنه تصح المزارعه إذا كان من أحدهما الأرض حسب، و من الآخر البذر، و العمل و العوامل، و كذا لو كان من أحدهما الأرض و البذر و من الآخر العمل، أو كان من أحدهما الأرض و العمل، و من الآخر البذر خاصه.

ص: ٣٢٢

١- (١) التهذيب ج ٧ ص ٢٠٦ ح ٥٥، الوسائل ج ١٧ ص ٣١١ باب ٣ ح ١.

٢- (٢) النهايه ج ٣ ص ٢١٩ ط القاهره سنه ١٣٨٥.

و بالجمله فإن هنا أموراً أربعة، الأرض، والبذر، والعمل، والعوامل، والضابط أن الصور الممكنة في اشتراك هذه الأربعة بينهما كلا أو بعضاً جائزه، لإطلاق الأذن في المزارعه من غير تقييد بكون بعض ذلك بخصوصه من أحدهما.

أقول: و من الاخبار التي تتعلق بذلك ما رواه

المشايخ الثلاثة عن إبراهيم بن أبي زياد الكرخي (١) قال:

«قلت لأبي عبد الله (عليه السلام) أشارك العليج «المشرك» فيكون من عندى الأرض و البذر و البقر، و يكون على العليج القيام و السقى و العمل فى الزرع حتى يصير حنطه و شعيرا و تكون القسمة، فيأخذ السلطان حقه و يبقى ما بقى على أن للعليج منه الثلث، و لى الباقي قال: لا بأس بذلك الحديث.

و ما رواه

فى الكافى و التهذيب عن يعقوب بن شعيب (٢) فى الصحيح عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال:

«سألته عن الرجل يكون له الأرض من أرض الخراج فيدفعها الى الرجل على أن يعمرها و يصلحها و يؤدى خراجها و ما كان من فضل و هو بينهما، قال: لا - بأس - الى 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) خبير حين أتوه، فأعطاهم إياها على أن يعمروها و لهم النصف مما أخرجت».

و ما رواه

فى الكافى عن سماعه (٣) فى الموثق قال:

سألته (عليه السلام) عن مزارعه المسلم المشرك فيكون من عند المسلم البذر و البقر، و تكون الأرض و الماء و الخراج و العمل على العليج؟ قال: لا بأس». و نحوها موثقه (٤) أخرى له

ص: ٣٢٣

١- ١) الكافى ج ٥ ص ٢٦٧ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ١٩٨ ح ٢١، الفقيه ج ٣ ص ١٥٦ ح ٩، لفظ المشرك ليس فى الكافى و التهذيب.

٢- ٢) الكافى ج ٥ ص ٢٦٨ ح ٢، التهذيب ج ٧ ص ١٩٨ ح ٢٢، الوسائل ج ١٣ ص ٢٠٢ باب ١٠ ح ١ و ٢.

٣- ٣) الكافى ج ٥ ص ٢٦٨ ح ٤، الوسائل ج ١٣ ص ٢٠٤ باب ١٢ ح ١.

٤- ٤) التهذيب ج ٧ ص ١٩٤ ح ٤، الوسائل ج ١٣ ص ٢٠٤ باب ١٢ ح ٢.

أيضا، والظاهر من هذه الاخبار بعد ضم بعضها الى بعض هو ما قدمناه من الضابط المتقدم، وهو مما لا خلاف فيه ولا اشكال، فيما إذا كان عقد المزارعه بين اثنين خاصه فإنه لا خلاف في الصحه.

و انما الخلاف فيما إذا زاد عليهما، قال في القواعد بعد ذكر نحو هما ذكرناه في مزارعه الاثنين: وفي صحه البذر من ثالث نظر، وكذا إذا كان البذر من ثالث، والعوامل من رابع.

وقال في المسالك بعد ذكر نحو ذلك أيضا: هذا إذا كانا اثنين خاصه، فلو جعلنا معهما ثالثا و شرطا عليه بعض الأربعة، أو رابعا كذلك ففي الصحه وجهان:

من عموم الأمر بالوفاء بالعقود، والكون مع الشرط، ومن توقف المعامله سيما التي هي على خلاف الأصل على التوقيف من الشارع، ولم يثبت عنه مثل ذلك، والأصل في المزارعه قصه خيبر، ومزارعه النبي (صلى الله عليه وآله) اليهود عليها على أن يزرعوها، ولهم شطر ما يخرج منها، وله (عليه السلام) شطره الآخر، وليس فيها أن المعامله مع أكثر من واحد، وكذلك باقى النصوص التي وردت من طرفنا، ولأن العقد يتم باثنين موجب وهو صاحب الأرض، وقابل، فدخل ما زاد يخرج العقد عن وضعه، ويحتاج إثباته إلى دليل، والأجود عدم الصحه انتهى.

أقول: لا يخفى ما في كلامه (رحمه الله عليه) من تطرق البحث اليه، والإيراد عليه، أما أولا فإن ما استند اليه في منع أكثر من اثنين - من توقف هذه المعامله على التوقيف من الشارع بمعنى دليل خاص - فهو خلاف ما يستندون إليه في أكثر الأحكام من التمسك بعموم الأدله وإطلاقاتها، كما لا يخفى على من له أنس بالاطلاع على أقوالهم، وخاض في بحور استدلالهم.

و أما ثانيا فان ما ادعاه من أن معاملة النبي (صلى الله عليه وآله) مع أهل خيبر لا تدل على أن المعامله مع أكثر من واحد من أعجب العجائب عند ذوى

الألباب، لاستفاضه الأخبار بأنه بعد فتح خيبر أقر الأرض في أيدي الذين فيها و قاطعهم بالنصف يعنى جميع من كان فيها من اليهود لا شخصا بعينه منهم، أو اثنين أو ثلاثة مثلا، و منها

صحيحه يعقوب بن شعيب (١) المذكوره ههنا، و قوله فيها

«أعطاهم إياها على أن يعمروها و لهم النصف مما أخرجت».

و فى حديث الكنانى (٢) قال:

سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول: ان النبي (صلى الله عليه و آله) لما فتح خيبر تركها فى أيديهم على النصف، فلما بلغت الثمره بعث عبد الله بن رواحه إليهم، فخرص عليهم فجاءوا إلى النبي (صلى الله عليه و آله) فقالوا: انه قد زاد علينا فأرسل الى عبد الله و قال: ما يقول هؤلاء؟ قال: قد خرصت عليهم بشىء، فإن شاءوا يأخذون بما خرصنا و ان شاءوا أخذنا، فقال رجل من اليهود: بهذا قامت السماوات و الأرض».

و فى معناه غيره من الاخبار الكثيره، فهل ترى هنا بعد ذكرهم بطريق الجمع فى هذه الموارد مجالا للحمل على واحد منهم، بل الظاهر لكل ناظر انما هو دفع الأرض إليهم كملا بعد فتحها و أخذها عنوه، على أن يزرعوها بالمنصفه، و هذا هو الذى عليه العمل الان فى جميع الأصقاع و البقاع و ذكر الاثنين فى أكثر الاخبار انما خرج مخرج التمثيل، لا الحصر.

و أما ثالثا فان كون العقد يتم باثنين موجب و قابل لا ينافى التعدد فى جانب كل منهما كما فى سائر العقود من بيع و غيره، بأن يوجب عنه و عن غيره، و يقبل كذلك فان قيل: انه قد ثبت ذلك بدليل من خارج قلنا: و هذا قد ثبت بعموم أدله المزاعه، و لا سيما قضيه خيبر كما عرفت، على أنك قد عرفت فى كتاب البيع أن ما ذكره من العقد المشتمل على الإيجاب و القبول بالنحو الذى تقدم ذكره عنهم لا دليل عليه، و انما الذى دلت عليه الاخبار هو مجرد التراضى

ص: ٣٢٥

١- ١) الكافى ج ٥ ص ٢٦٨ ح ٢، التهذيب ج ٧ ص ١٩٣ ح ٢، مع اختلاف يسير، الوسائل ج ١٣ ص ٢٠٣ ح ٢.

٢- ٢) الكافى ج ٥ ص ٢٦٧ ح ٢، الوسائل ج ١٣ ص ١٩٩ ح ١.

بالألفاظ الجارية بينهم، وكلامه انما يتم على الأول كما هو المشهور بينهم، مع أنك قد عرفت أنه لا دليل عليه.

قال المحقق الأردبيلي (رحمه الله عليه) في هذا المقام: و نعم ما قال و أيضا لا خصوصيه بالاثنين فيجوز بين الثلاثة و ما زاد لما تقدم، و ليست المعامله مطلقا، و لا هذه موقوفه على النص الخاص شرعا، بل يكفي العموم، و لهذا ليس في شيء من المعاملات بخصوصه دليل شرعي، كيف و لو احتاج الى ذلك لا-شكل الأمر، فإنه معلوم عدم ورود نص في كل صنف صنف من كل معاملة، مع العلم بالمغايره بمثل هذه، أي كون المعاملين أكثر من الاثنين، و هو الظاهر و لهذا يجوزون النكاح من الزوج فقط، بأن يكون موجبا و قابلا- مع عدم نص بخصوصه فيه مع وجوب الاحتياط في الفروج، و كذا يجوزون في الطلاق كون المطلق زوجته بالوكاله، مع عدم دليل بخصوصه، و منع البعض الوكاله في الطلاق مع الحضور، و منع البعض و كاله النساء خصوصا المطلقه و غيرها مع عدم نص، بل ورد نص بعدم جواز الاتحاد في النكاح، و ليس لهم دليل الا عموم العقود و صدق النكاح مع عدم ثبوت المنع.

و بالجمله أمثاله كثيره جدا و لا يشترطون فيه النقل بخصوصه، و أنه لو شرط لبطل أكثر ما ذكره، فقول الشارح في شرح الشرائع بعدم الصحه- إذا زاد على الاثنين محتجا بأن القابل و الموجب اثنان فيتم بهما، و لا يتعدى الى الغير، و أن دليل المزارعه خبر حكاية خبير، و ليس فيه غير الاثنين، و كذا غيره من الاخبار عندنا لما تقدم- غير ظاهر، على أنه ما يظهر من حكاية خبير و غيرها كونهما اثنين فقط، بل هو أعم، بل الظاهر أن أهل خبير كانوا كثيرين، فوقع بينه (عليه السلام) و بينهم.

و بالجمله ما ذكره نجده بعيدا جدا و هو أعرف انتهى.

السادسه [في صحه وقوع المزارعه بلفظ الإجاره و عدمها]

قال المحقق (رحمه الله عليه) في الشرائع و لو كان بلفظ الإجاره

لم تصح لجهاله العوض، أما لو أجرها بمال مضمون أو معين من غيرها جاز.

أقول: ما ذكره من قوله «و لو كان بلفظ الإجاره لم تصح لجهاله العوض» محتمل لمعنيين أحدهما- ما ذكره في المسالك قال (قدس سره): لا إشكال في عدم وقوعها بلفظ الإجاره لاختلاف أحكامهما، فإن الإجاره يقتضى عوضا معلوما و المزارعه تكفى فيها الحصه المجهوله، انتهى.

و حاصله أنه يقصد بالعقد المزارعه، و لكن يأتي بلفظ الإجاره، و ثانيهما- أن يقصد الإجاره لا- المزارعه، لكن جعل الأجره الحصه، فإنه لا يصح هذه الإجاره، لوجوب العلم بالعوض فى الإجاره، و العوض هنا انما هو الحصه، و هى مجهوله، و الظاهر أن هذا هو الأقرب فى العبارة بقريته قوله «أما لو أجرها» الى آخره، فإنه ظاهر فى أن المقصود انما هو الإجاره فى كل من الموضعين، لكنه فى الأول جعل العوض الحصه، و هى مجهوله فتبطل الإجاره لزوال شرطها و هو معلوميه العوض، و فى الثانى تصح، و أيضا فإنه على تقدير أن يكون العقد مقصودا به المزارعه، لكن أتى فيه بلفظ الإجاره كما ذكره ليس فيه أزيد من ارتكاب التجوز فى التعبير عن المزارعه بلفظ الإجاره، و هو جائز مع القصد اليه و القرائن الداله عليه، و إطلاق لفظ الإجاره و اراده المزارعه منه فى الاخبار غير عزيز، و منه ما

فى صحيحه أبى المعز (١) المتقدمه من قوله (عليه السلام):

«أما إجاره الأرض بالطعام». فلا تأخذ نصيب اليتيم منه، الا أن تؤجرها بالربع و الثلث و النصف كما تقدم تحقيق ذلك فى إلحاق المذكور بعد الشرط الأول من المقام الأول من هذا المطلب.

السابعه- فى جمله من أحكام التنازع

إشاره

منها- أن يتنازعا فى المده

لما عرفت آنفا من أن المده من جمله شروط هذه المعامله، و قد عرفت ما فيه، قالوا:

فلو تنازعا فيها فالقول قول منكر الزيادة مع يمينه، و لا ريب أن هذا مقتضى

ص: ٣٢٧

القاعده المتفق عليها نصا و فتوى، لأن الأصل عدم الزيادة.

و قيده بعض محققى متأخرى المتأخرين بأن لا يكذبه العرف، و لعله أراد بأن يدعى نقصان المده عن وقت يدرك فيها الزرع يقينا، حيث أن المعلوم عادة و عرفا أن القصد من المزارعه و بذل المال فيها هو الحاصل فلا بد أن يكون المده تبلغ ذلك و لو ظنا، فإذا ادعى ما يوجب نقصانها عن ذلك يقينا فإنه يكذبه العرف و لا بأس به، لما عرفت فى غير موضع مما تقدم من بناء الإطلاق على المعروف المتكرر عادة.

و منها ما لو اختلفا فى قدر الحصة

، فإنهم صرحوا بأن القول قول صاحب البذر، و علل بأن الحصة نماء ملكه، و الأصل بقائه على مالكة حتى يتحقق الانتقال شرعا، فكان الحاصل فى يد صاحب البذر حيث ثبت أنه له، و المنازع خارج يدعيه فعليه البينه، و حينئذ فالقول قول صاحب البذر يمينه، حيث عدت البينه كما فى المده، و لو أقام كل واحد منهما بينه بنى على الخلاف فى تقديم بينه الداخلى أو الخارج، و المشهور الثانى.

و على هذا فالقول قول مالك الأرض فى تقليل المده، و البينه بينه العامل فى دعوى الزيادة، و كذا القول قول صاحب البذر فى قدر الحصة، و البينه بينه الآخر، و هو من لا بذر له فى ذلك.

و قيل: هنا بالقرعه، لأنها لكل أمر مشكل، و فيه أنه لا- اشكال هنا، فان من كان القول قوله فالبينه بينه صاحبه، كما هو مقتضى النصوص المتفق عليها.

و منها ما لو اختلفا فقال الزارع: انها فى يدي عاريه، فأنكر المالك

و ادعى الحصة أو الأجره، و لا- بينه فالمشهور أن القول قول صاحب الأرض فى نفي العاريه يمينه، لانه منكر، فيقدم قوله فى ذلك، و القول قول الزارع يمينه فى نفي الإجاره أو المزارعه، لأنه منكر لهما، و حينئذ فيحلف كل واحد منهما على نفي ما يدعيه الآخر، و حيث انتفت الدعويان و الحال أن الزارع قد تصرف فى أرض غيره و انتفع بها، فاللازم له أجره المثل لذلك الزرع الى أو ان

نزعه، الا- أنهم قيدوا أجره المثل هنا بما إذا لم تزد على ما يدعيه المالك من الأجره و الحصه، و الا- و جب له ما يدعيه خاصه، لا اعترافه بأنه لا يستحق سواه، و مرجعه إلى أقل الأمرين من أجره المثل و المسمى فى العقد.

و قيل: هنا بالقرعه و هو مجهول القائل، و نسبه فى التذكره الى بعض علمائنا و فى المختلف حكاه بلفظ قيل، و الشراح أبهموه.

و كيف كان فهو ضعيف كما ذكره غير واحد من أصحابنا، لأن القرعه انما هى مع اشكال الحكم، و أما مع بيان وجهه و معرفه طريقه فلا اشكال، و طريقه هو ما ذكروه مما قدمنا نقله عنهم.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن عندى فى هذا المقام اشكالا من وجهين: الأول- ما ذكروه من وجوب أقل الأمرين من أجره المثل و ما يدعيه المالك من الحصه أو الأجره، لما ذكروه من التعليل، فان فيه أولا أن أجره المثل التى أوجبها هنا الرجعه إلى أقل الأمرين كما عرفت انما صاروا إليها بعد الحكم ببطلان الدعويين الأوليين من كل من الطرفين بالتحالف، و بطلان ما يترتب عليهما، و حينئذ فالحكم بأجره المثل هنا لا تعلق له باعتراف المالك، لأنه لا يستحق أزيد من ذلك، أو يستحق مثلا، و انما فرض المسئله- بعد بطلان الدعويين الأوليين- فرض ما لو لم يكن شىء من هذين الدعويين، و حينئذ فالواجب انما هو أجره المثل زادت أم نقصت أم ساوت.

و ثانيا ما أورده فى المسالك حيث قال: و اعلم أنه إذا كان الواجب للمالك بعد يمينه أقل الأمرين مما يدعيه و أجره المثل، و كان الأقل هو ما يدعيه، فلا وجه ليمين الزارع، لانه لو اعترف له بما يدعيه لم يكن له أزيد منه، و كذا لو حلف أو رد اليمين، و ما هذا شأنه لا فائده فيه. نعم لو كان ما يدعيه أزيد من أجره المثل اتجهت فائده يمين الزارع، لأنها تنفى الزائد مما يدعيه المالك عن الأجره، و لو ردها أو اعترف للزم الزائد انتهى.

و لا يخفى ظهور ورود ما أورده عليهم، و أما على ما ذكرناه فلا اشكال بحمد الله المتعال.

الثانى: انهم قد صرحوا فى هذا الكتاب بهذه المسئلة أعنى مسئلة اختلاف الزارع و المالك فى العاربه و المزارعه و الإجاره، و نقلوا فيها القولين المتقدمين، و لم يذكروا لهما ثالثاً، و فى كتاب العاربه ذكروا المسئلة و هى اختلاف المالك و المستعير بأن المالك ادعى الإجاره و المستعير العاربه، و ذكروا فيها قولين: أحدهما أن القول قول المستعير بيمينه، لان المالك يدعى الأجره، و الأصل عدمها.

و الثانى أن القول قول المالك فى عدم العاربه، فإذا حلف سقط دعوى المستعير، و ثبت عليه أجره المثل، و لم يتقلوا القول بالقرعه هناك، و ظاهر الأكثر منهم ترجيح القول الثانى، و ظاهر العلامه فى القواعد التوقف، حيث ذكر القولين المذكورين بطريق الاحتمال فى المسئلة، و لم يرجح شيئاً منهما.

و أنت خير بأن المسئلة واحده فى الكتابين، و القولان المذكوران فى كتاب العاربه يجريان فيما هو مذكور فى هذا الكتاب، و استدلل للقول الأول كما ذكره جمله منهم بأنهما قد اتفقا على أن تلف المنافع وقع على ملك المستعير، و أن تصرفه فيها كان مباحاً، و انما يختلفان فى أن ذلك بأجره أم لا و الأصل عدم الأجره، فإذا حلف الراكب على نفى الأجره ثبت ذلك له.

و علل القول الثانى بأن المنافع أموال كالأعيان فهى بالأصالة لمالك العين، و ادعاء المستعير ملكيتها بغير عوض على خلاف الأصل، و أصالة براءه الذمه انما تصح من خصوص ما ادعاه المالك، لا من مطلق الحق، بعد استيفاء منفعه ملك غيره و حينئذ فيحلف على نفى العاربه، و يثبت له أجره المثل بالتقريب المتقدم، و ظاهر المحقق الأردبيلى (رحمه الله عليه)، فى شرح الإرشاد تقويه القول الأول من هذين القولين، حيث قال بعد ذكر التحالف من الطرفين كما صرحوا به فى المسئلة المذكوره فى هذا الكتاب: على نحو ما قدمناه، و إن للمالك بعد

ذلك أجره المثل، أو أقل الأمرين منها و من المسمى: ما لفظه، و يمكن أن يقال:

لا- يجوز له يعنى المالك أخذ شيء، لانه ادعى الحصة، و قد سقطت باليمين، فان الحق و عوضه لا يمكن الأخذ فى الدنيا بعد الحلف، كما هو المقرر عندهم، و لانه لا يدعى عليه الا الحصة، و قد ثبت شرعا نفيها، و لا يدعى غيرها، و يأخذه هو، فكيف يكلف الشارع العامل بشيء آخر، بل قائل بعدمه، فلا- يحتاج الى التحالف، بأن يحلف المالك بنفى العاربه، إذ ليس للعامل غرض فى تلك الدعوى، بل غرضه نفي الحصة، و قد نفاها بيمينه.

و بالجملة لا شك أن المدعى هنا هو المالك للحصة فقط، و العامل منكر، و إذا حلف سقطت، و ليس للمالك دعوى أخرى، فإن كانت مسموعه عمل بمقتضاها، و ليس للعامل غرض يتعلق بدعوى العاربه، بل غرضه نفي دعوى الحصة و قد حصل، فلا تحالف فتأمل، و سيجىء مثله فى دعوى الإجاره و العاربه، انتهى.

أقول: لقائل أن يقول: أن الغرض من دعوى العاربه هو أنه لما ثبت من الشارع تحريم التصرف فى مال الغير الا بوجه شرعى، و الا لكان ذلك موجبا للمؤاخذه دينار و دنيا، أما فى الدين فباستحقاق العقاب، و أما فى الدنيا فباستحقاق العوض، احتاج العامل الى التعلق بشيء يدفع عنه الأمرين، فتعلق بدعوى العاربه لذلك، و مجرد كون دعوى العامل متضمنا لدفع الحصة و ان غرضه من هذه الدعوى ذلك لا يخرج عن كونه مدعيا يترتب عليه ما يترتب على المدعى، حتى أنه يحصر المدعى فى المالك، و أن العامل منكر خاصه، و حيث أن المالك ادعى الإجاره و طلب الأجره المسماه فى العقد بزعمه، و حصل التحالف من الطرفين على نفي الدعويين بطل ما تقدم من الدعويين، و ما يترتب عليهما من الحكمين، و رجعنا الى أن الأصل حرمة مال المسلم و عصمته عن تصرف غيره الا بوجه شرعى، و حيث أن العامل قد تصرف بغير وجه شرعى

أوجبنا عليه أجره المثل لذلك، سواء زادت عما يدعيه سابقا أو نقصت كما قدمنا ذكره، و ان كان على خلاف ما صرحوا به كما عرفت.

و بالجمله فالمسئله لخلوها عن النص الواضح محل اشكال، و للنظر فيها مجال كما عرفت من اختلاف هذه الأقوال.

هذا كله فيما إذا وقع النزاع و الاختلاف بعد تصرف العامل، و استيفاء المنفعه كلا أو بعضا، أما لو كان قبل ذلك فإنه متى تحالفا انتفت العاربه و المزارعه و الإجاره، و حرم على العامل التصرف بلا خلاف و لا اشكال، و حيث قد ثبت بناء على ما هو المشهور أن اللازم بعد التحالف انما هو أجره المثل، و حينئذ فيكون الاختيار فى الزرع ببقائه الى أو ان الحصاد أو قصله قبل ذلك للزرع، لما علم من أن أصل الزراعه وقع بوجه شرعى و اذن من المالك باتفاق الخصمين، و انما الخلاف فى الأجره وجودا و عدما، فهو زرع بحق، فلا يجوز للمالك قلعه بغير اذن مالكة، مع أن إبقائه انما هو بأجره لا مجانا، و الأجره ثابتة من وقت الزرع الى وقت إزالتها، سواء كان وقت الحصاد أو قبله، كذا ذكره، و عندى فيه إشكال، لأنه و ان كان أصل الزرع بالاذن أعم من أن يكون عاربه أو إجاره مثلا، الا أنه بعد التحالف قد بطل كل من دعوى العاربه و دعوى الإجاره، فكيف ترتب عليهما حكم جواز البقاء، و الحال أنه بعد التحالف قد زال الأمر الأول، و هو الاذن المتفق عليه بل اللازم بمقتضى ذلك جواز قلع الزرع و إزالتها، و أجره المثل انما هى لما مضى من المده، الا أن يتفقا على بقاءه بأجره و هو خارج عن محل البحث، و حينئذ فينبغى أن يجوز للمالك إزالتها ان لم يرض ببقائه بالأجره.

و بالجمله فإن الحالين باعتبار التحالف و بطلان الدعويين قد اختلفا، و الاذن انما ثبت سابقا باعتبار عدم خلو الحال من صحه إحدى الدعويين، و لما ثبت بالتحالف بطلانهما معا تغير الحكم و الله العالم.

و منها ما لو اختلفا فقال العامل: أنها اعاره، و قال المالك: أنها غصب، و لم يدع عقدا محللا كما تقدم، فالقول هنا قول المالك يمينه، لأصالة عدم الإعارة، و بقاء منافع أرضه على ملكه، و عدم خروجها عنه بعاريه و لا غيرها، و متى حلف على نفى دعوى العاريه و ثبت كون وضع الزرع فيها بغير وجه شرعى تخير المالك بين قلعه و بين مطالبته بأجره المثل، لما مضى من المده، و أرس الأرض ان نقصت، و طم الحفر و نحو ذلك مما يلزم الغاصب كما يأتى إنشاء الله تعالى - فى كتاب الغصب، و ان اتفقا على بقاءه بأجره جاز.

و نقل فى المسالك عن التذكرة أنه يحلف العامل على نفى الغصب، و لم يذكر يمين المالك، و رتب باقى الأحكام، ثم قال: و الحق ما ذكر هنا من أن الحالف المالك على نفى العاريه لا غير، انتهى.

الثامنة [فى جواز مشاركته العامل غيره فى العمل بالحصه المعلومه]

- قد صرح الأصحاب من غير خلاف يعرف بأنه يجوز للعامل أن يشارك غيره فى العمل بالحصه المعلومه، و أن يزارع غيره من غير توقف على اذن المالك، إذا لم يكن شرط عليه العمل بنفسه، لما سيأتى فى الإجاره ان شاء الله.

و لكن لا - يسلم الأرض الا - بإذن المالك، و الا كان ضامنا، كما يأتى فى الإجاره أيضا، و الأصل فى ذلك عندهم انه لما كانت المزارعه من العقود اللائمه الموجهه لنقل منفعه الأرض إلى العامل بالحصه المخصوصه، كان للعامل نقلها الى غيره، و المشاركه فيها لعموم

«الناس مسلطون على أموالهم» (1). فلا يتوقف ذلك على اذن المالك، إذ لا حق له فى المنفعه.

نعم تسليم الأرض يتوقف على اذنه كما عرفت، و اشترط بعضهم فى جواز مزارعه غيره كون البذر من العامل، ليكون تمليك الحصه منوطا به، و به يفرق بينه و بين عامل المساقات، حيث لا يصح له أن تساقى غيره كما سيأتى ان شاء الله تحقيقه فى المطلب الثانى، و لان البذر ان كان من صاحب الأرض، فالأصل أن

ص: ٣٣٣

لا يتسلط عليه الا مالكة،أو من أذن له و هو الزارع.

قال فى المسالك:و هو حسن فى مزارعه غيره،أما المشاركه فلا-لان المراد بها أن يبيع بعض حصته فى الزرع مشاعا بعوض معلوم،و هذا لا مانع منه لملكه لها فيتسلط على بيعها كيف شاء،بخلاف ابتداء المزارعه،إذ لا حق له حينئذ إلا العمل،و به يستحق الحصة مع احتمال الجواز مطلقا،لان لزوم عقدها يقتضى تسلطه على العمل بنفسه و غيره،و ملكه للمنفعه،و التصرف فى البذر بالزرع،و ان لم يكن بنفسه،حيث لا يشترط عليه الاختصاص،فيجوز نقله الى الغير،كما يجوز الاستنايه.

و يضعف بأن البذر حينئذ ليس ملكا له،و انما هو مأذون فى التصرف فيه بالزرع،و به يملك الحصة.

و قد يقال:ان هذا كاف فى جواز مزارعه الغير،لأنها عبارته عن نقل حقه فى ذلك اليه،و تسليطه على العمل،فيجوز كما يجوز له التوكيل فيه و الاستنايه و غيرها من الوجوه.

هذا كله إذا لم يشترط المالك العمل عليه بنفسه،و الا لم يجز المشاركه و لا المزارعه بحيث يصير العمل أو بعضه متعلقا بغيره.

و لا- يرد أن ذلك يقتضى منع المالك من التصرف فى ماله،فيكون منافيا للشرع،«لان الناس مسيطون على أموالهم»لأن ذلك حيث لا يعارضه حق غيره،و الا لم تتم الكليه،ضروره تخلفه فى كثير كالراهن و المفلس،انتهى.

و ظاهر المحقق الأردبيلى المناقشه هنا فى موضعين:أحدهما-فى الشرط المنقول عن بعضهم فى جواز مزارعه غيره من أنه لا بد من كون البذر من العامل فلو كان من المالك لم تصح.

و ثانيهما فى ما ذكره فى المسالك فى بيان معنى المشاركه من أن المراد بها أن يبيع بعض حصته فى الزرع الى آخره قال:و اشترط بعض فى هذا كون

البذر من العامل، و به يفرق بين المزارعه و المساقاه، حيث لا- تجوز المساقاه من المساقى، و تجوز المزارعه من العامل، و عموم الأدله- «و تسلط الناس على أموالهم»، و تملك المنفعه و الحصه مع العمل، و عدم ظهور مانع- يفيد الجواز و لو كان فى المساقاه ما يمنع من إجماع و نحوه فهو، و الا فينبغى القول به فيها أيضا ثم انه قيل: فى شرح الشرائع: المراد بالمشاركه هو بيع العامل بعض حصته المعلوم من الحصه التى له من الأرض بعوض معين، و هو انما يكون ببلوغ الزرع أو ان البيع، و يكون الثمن غير العمل على الظاهر، و ظاهر العبارات أعم من ذلك، بل غير ذلك، فانا نفهم أن المراد أن يشارك غيره بأن يعمل معه العمل المشترط بعوض و غيره، و كون العوض جزء من حصته، فكأنه يرجع الى المزارعه فى البعض، أو إجاره شخص لعمل بعوض، أو استعماله بغير عوض فتأمل، انتهى.

أقول: و هو يرجع فى التحقيق الى ما ذكره أخيرا فى المسالك بقوله، و قد يقال: «ان هذا كاف» الى آخره، و لا بأس به و الذى وصل الى من الاخبار المتعلقه بهذا المقام ما رواه

المشايخ الثلاثة (رحمه الله عليهم) عن سماعه (1) فى الموثق قال:

«سألته عن المزارعه قلت: الرجل يبذر فى الأرض مائه جريب أو أقل أو أكثر طعاما أو غيره فباتيه رجل فيقول: خذ منى نصف ثمن هذا البذر الذى زرعت فى الأرض، و نصف نفقتك على و أشركنى فيه، قال: لا بأس» و زاد فى غير الفقيه «قلت: و ان كان الذى يبذر فيه لم يشتره بثمر، و انما هو شىء كان عنده، قال: فليقومه قيمه كما يباع يومئذ فليأخذ نصف الثمن و نصف النفقه و يشاركه». و ما اشتملت عليه الروايه المذكوره أحد أنواع المشاركه و أفرادها، و ظاهرها أن البذر و العوامل و العمل كله من الزارع، و أنه أعطاه نصف جميع ذلك، فصار شريكه، يعمل فيما بقى معه، و يأخذ نصف ما شرط له من الحصه، و هو ظاهر و الله العالم.

ص: ٣٣٥

١- ١) الكافى ج ٥ ص ٢٦٨ ح ٤، التهذيب ج ٧ ص ١٩٨ ح ٢٣ «و فيه من الطعام» بدل طعاما، الفقيه ج ٣ ص ١٤٩ ح ٨، الوسائل ج ١٣ ص ٢٠٥ ح ١.

-الظاهر أنه لا-خلاف بينهم في أن خراج الأرض و مؤنتها على المالك الا مع شرطها أو بعضها على المزارع، أما الخراج فلانه موضوع على الأرض، كالأجره لها بل هو أجره، حتى أنه روى أنه لو زاد السلطان في الخراج و أخذ من الزارع فالزيادة على المالك، يجب عليه دفعها إليهم، لأنها انما زيدت على أرضه.

روى ذلك

الشيخ في التهذيب عن سعيد الكندي (1) قال:

«قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): انى آجرت قوما أرضا فزاد السلطان عليهم قال: أعطهم فضل ما بينهما، قلت: أنا لا أظلمهم و لم أزد عليهم، قال: انهم انما زادوا على أرضك».

و أما المؤنه فذكرها المحقق و العلامه في بعض كتبه إجمالاً، و لم يتنبهوا على ما هو المراد منها، مع أنهم أطلقوا أن العمل على الزارع أو من شرط عليه.

قال في المسالك: و الظاهر أن المراد بمؤنه الأرض هنا ما يتوقف عليه الزرع، و لا يتعلق بنفس عمله و تنميته، كإصلاح النهر و الحائط و نصب الأبواب إذا احتاج إليها، و اقامه الدولاب، و ما لا يتكرر في كل سنه كما فصلوه في المساقاه، و المراد بالعمل الذى على الزارع 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، انتهى.

هذا مع عدم اشتراطها على الزارع، أما لو اشترطها المالك على الزارع كلاً أو بعضاً تعلقت بالزارع، إلا أن ظاهر شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك معلوميه القدر المشروط و ضبطه كلاً أو بعضاً، حيث قال: فان شرط عليه لزم إذا كان القدر معلوماً، و كذا لو شرط بعضه معيناً أو مشاعاً مع ضبطه، و لو شرط عليه الخراج فزاد السلطان فيه زياده فهى على صاحب الأرض، لأن الشرط لم يتناولها، و لم يكن معلومه، فلا يمكن اشتراطها، انتهى.

ص: ٣٣٦

أقول: المفهوم مما حضرني من الاخبار المتعلقة بهذه المسئلة خلاف ما ذكره (رحمه الله) و هو ما رواه

في الكافي و التهذيب عن داود بن سرحان (1) في الصحيح

«عن أبي عبد الله (عليه السلام) في الرجل يكون له الأرض عليها خراج معلوم، و ربما زاد و ربما نقص في دفعها الى رجل أن يكفيه خراجها و يعطيه مأتى درهم في السنه، قال: لا بأس». و رواه الصدوق في الفقيه عن يعقوب بن شعيب (2) عن أبي عبد الله (عليه السلام) مثله.

و ما رواه

في الكافي عن يعقوب بن شعيب (3) في الصحيح عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال:

سألته عن الرجل تكون له الأرض من أرض الخراج في دفعها الى الرجل على أن يعمرها و يصلحها، و يؤدي خراجها، و ما كان من فضل فهو بينهما، قال: لا بأس».

و هذه الاخبار كما ترى ظاهره في عدم ضرر جهاله الشرط المذكور هنا، سيما الخبرين الأولين، بل ورد ما هو أظهر اشكالا من ذلك مما يدل على جواز قبالة الأرض و إجارتها بما عليها من الخراج قل أو كثر.

كما رواه

في الكافي عن إبراهيم بن ميمون (4) قال:

«سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن قرية لا- ناس من أهل الذمه لا- أدري أصلها لهم أم لا- غير أنها في أيديهم، و عليهم خراج، فاعتدى عليهم السلطان، فطلبوا إلى فأعطوني أرضهم و قريرتهم أن أكفيهم السلطان بما قل أو كثر فضل لي بعد ذلك فضل، بعد ما قبض السلطان ما قبض قال: لا بأس بذلك لك ما كان من فضل».

ص: ٣٣٧

١- (١) الكافي ج ٥ ص ٢٦٥ ح ٥، التهذيب ج ٧ ص ١٩٦ ح ١٤، الوسائل ج ١٣ ص ٢١١ ح ١.

٢- (٢) الفقيه ج ٣ ص ١٥٤ ح ١، الوسائل ج ١٣ ص ٢١١ ح ١.

٣- (٣) الكافي ج ٥ ص ٢٦٨ ح ٢، الوسائل ج ١٣ ص ٢٠٣ ح ٢.

٤- (٤) الكافي ج ٥ ص ٢٧٠ ح ٥، الوسائل ج ١٣ ص ٢١٢ ح ٢.

و ما رواه

الشيخ فى الصحيح عن داود بن سرحان (١) قال:

سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن القوم يدفعون أرضهم الى رجل فيقولون له كلها و أد خراجها، قال: لا بأس به، إذا شاءوا أن يأخذوها أخذوها».

و ما رواه

فى الفقيه عن أبى الربيع (٢) قال:

«قال أبو عبد الله (عليه السلام) فى رجل يأتى أهل قريه و قد اعتدى عليهم السلطان و ضعفوا عن القيام بخراجها، و القريه فى أيديهم و لا يدري هى لهم أم لغير هم فيها شىء، فيدفعونها اليه على أن يؤدى خراجها فأخذها منهم و يؤدى خراجها، و يفضل بعد ذلك شىء كثير، فقال: لا بأس بذلك إذا كان الشرط عليهم بذلك».

و هى ظاهره فى جهاله مال الإجاره، إذ ليس لهذه الاخبار محمل على غير الإجاره، و هذه الاخبار مما يؤيد القول بالاكتفاء بمعلوماتها فى الجملة، خلافا لظاهر المشهور من اشتراط معلومتها تفصيلا بالكيل لو كانت مكيله، و الوزن كذلك و نحو ذلك، و سيأتى تحقيق المسئله - ان شاء الله تعالى - فى محلها و الله العالم.

العاشره [لزوم أجره المثل فى موارد بطلان المزارعه]

قد صرحوا بأنه فى كل موضع يحكم فيه ببطلان المزارعه، فإنه يجب لصاحب الأرض أجره المثل، و هو مبنى على ما إذا كان البذر من الزارع، لان الحاصل حينئذ يكون له، حيث أنه نماء بذره، و يجب لصاحب الأرض عليه أجره مثله، لتصرفه فيها و أخذه منفعته من غير أن يكون ذلك تبرعا و لا بتعيين أجره، فيلزم العوض و هو أجره المثل.

و أما لو كان البذر لصاحب الأرض فإن النماء يكون له لما عرفت، و عليه للعامل أجره المثل بالنسبه إلى العمل، و العوامل و الآلات.

و لو كان البذر منهما معا أنصافا مثلا، فالحاصل بينهما كذلك، و لكل منهما

ص: ٣٣٨

١- (١) التهذيب ج ٧ ص ٢٠٩ ح ٦٤ لكن عن أبى برده بن رجا، الوسائل ج ١٣ ص ٢١٢ ح ٣.

٢- (٢) الفقيه ج ٣ ص ١٥٨ ح ٣، الوسائل ج ١٣ ص ٢١٢ ح ٤.

على الآخر أجره ما يخصه على نسبه ما للآخر من الحصة، فلو كان البذر بينهما أنصافا كما فرضناه رجع المالك بنصف أجره أرضه على العامل، ورجع العامل على المالك بنصف أجره عمله و عوامله و آلاته.

و على هذا القياس لو كان البذر من ثالث بناء على جواز المزارعه مع الزيادة على اثنين، فإن الحاصل له، و عليه أجره المثل بالنسبه إلى الأرض لصاحبها، و أجره المثل لعاملها بالنسبه إلى عمله و عوامله و آلاته و الله العالم.

الحادي عشر [فى أنه يجوز لصاحب الأرض أن يخرص على الزارع]

قد صرحوا بأنه يجوز لصاحب الأرض أن يخرص على الزارع، و الزارع بالخيار فى القبول و الرد فإن قبل كان استقراره مشروطا بالسلامه، فلو تلف الزرع بآفه سماويه أو أرضيته لم يكن عليه شىء.

أقول: اما جواز الخرص و تخيير الزارع بين القبول و عدمه فيدل عليه جملة من الاخبار، مضافا الى ظاهر اتفاق الأصحاب، و منها أخبار خبير، و قد تقدم فى المسئله الخامسه خبر الكنانى، الدال على خرص عبد الله بن رواحه عليهم، و تخييرهم.

و مثلها

صحيحه يعقوب بن شعيب (١) عن أبى عبد الله (عليه السلام) و فيها

فلما بلغت الثمره أمر عبد الله فخرص عليهم النخل، فلما فرغ منه خيرهم فقال:

قد خرصنا هذا النخل بكذا صاعا فإن شئتم فخذوه و ردوا علينا نصف ذلك، و ان شئتم أخذناه و أعطيناكم نصف ذلك، فقال اليهود بهذا قامت السموات و الأرض.

و أما ان ذلك يكون لازما له بعد القبول، و بموجب ذلك يكون الزيادة له و النقص عليه فيدل عليه ما رواه

فى الكافى و الفقيه (٢) عن محمد بن عيسى عن بعض أصحابه، قال:

«قلت لأبى الحسن (عليه السلام): ان لنا أكره فزارعهم فيجيئون و يقولون لنا: قد حزرنا هذا الزرع بكذا و كذا فأعطونا، و نحن نضمن لكم أن نعطيكم حصتكم على هذا الحزر فقال: و قد بلغ؟ قلت: نعم قال:

ص: ٣٣٩

١- (١) التهذيب ج ٧ ص ١٩٣ ح ٢، الوسائل ج ١٣ ص ٢٠ ح ٥.

٢- (٢) الكافى ج ٥ ص ٢٨٧ ح ١، الوسائل ج ١٣ ص ١٩ ح ٤.

لا- بأس بهذا، قلت: فإنه يجيء بعد ذلك فيقول لنا: ان الحرز لم يجيء كما حذرت و قد نقص، قال: فإذا زاد يرد عليكم؟ قلت: لا قال: فلکم أن تأخذوه بتمام الحرز كما أنه إذا زاد كان له كذلك إذا نقص كان عليه.

و ما رواه

الشيخ في الموثق عن محمد بن مسلم (1) عن أبي جعفر و أبي عبد الله (عليهما السلام) قال:

«سألته عن الرجل يمضى ما خرص عليه في النخل؟ قال: نعم، قلت: أ رأيت ان كان أفضل مما خرص عليه الخارص أ يجزيه ذلك؟ قال: نعم.»

و قد صرح الأصحاب بأن محل الخرص بعد بلوغ الغله، و هو عبارته عن انعقاد الحب، و اليه يشير قوله في صحيحه يعقوب المذكوره «فلما بلغت الثمره» و قوله في مرسله محمد بن عيسى قال «و قد بلغ قلت: نعم قال: لا بأس.»

و أما ان استقراره مشروط بالسلامه بمعنى أنه لو تلفت الغله بآفه من جهه الله تعالى فلا- شىء عليه، و لو تلف البعض فبالنسبه، فالأخبار خاليه منه، مع ظهور منافاه ذلك الحكم باللزوم بعد القبول كما عرفت، الا أن ظاهر الأصحاب عدا ابن إدريس الاتفاق على الحكمين المذكورين.

قال في المسالك- بعد أن ذكر أن المشهور ان لزوم العوض فيه مشروط بالسلامه- ما لفظه و الحكم بذلك هو المشهور بين الأصحاب، و مستنده غير واضح و حكمه لا يخلو من اشكال ان لم يكن انعقد عليه الإجماع، و انى لهم به، و انما هو شىء ذكره الشيخ في بعض كتبه، و تبعه عليه الباقر معترفين بعدم النص ظاهرا على هذه اللوازم، انتهى.

و هو كما ترى ظاهر في توقفه في الحكم بذلك، و ظاهر المحقق الأردبيلي (قده) الميل الى ذلك بتكلف بالوجوه المصححه له حيث قال: و وجه توقفه على السلامه من الآفات السماويه و الأرضيه أنه بمنزله معامله مشروطه بقبض العوض، و وصوله

ص: ٣٤٠

الى يد صاحبه، فلو لم يسلم لم يحصل ذلك كالمبيع إذا تلف قبل القبض، الى أن قال:

فالحكم غير خال من وجه مع شهرته، بل كاد أن يكون إجماعاً، إذ المخالف غير ظاهر مع التسبغ، غير ما نقل عن ابن إدريس رحمه الله، من منع هذه المعامله.

و هو غير جيد للنصوص المتقدمه و عموم أدله العقود و الشروط نعم قد يحصل التردد فى بعض اللوازم، مثل توقفه على السلامه، مع كونه لازماً، على ذلك غير بعيد لما قدمناه مع عدم الخلاف من القائلين به فتأمل، انتهى.

و بالجملة فإن الحكم المذكور محل الاشكال لما عرفت من ظهور الاخبار فى لزوم هذه المعامله و صحتها، و قضيه ذلك ان ذهابه بالآفه من مال المتقبل خاصه، مع ظهور اتفاقهم على خلافه كما عرفت.

و قال فى المسالك بعد ذكر تخير الزارع فى القبول و عدمه: ما لفظه و على تقدير قبوله يتوقف نقله اليه على عقد - كغيره من الأموال - بلفظ الصلح أو التقبيل على ما ذكره الأصحاب.

أقول: لا - يخفى أن غايه ما يفهم من الاخبار المتقدمه التى هى المستند فى هذه الأحكام هو حصول التراضى بينهما كيف اتفق، كما هو القدر المحقق من الاخبار فى سائر العقود التى اشترطوا فيها ما اشترطوه من القيود الكثيره، نعم يمكن القول بكون ذلك من قبيل الصلح، فإنه كما تقدم تحقيقه، لا شرط فيه زياده على ما يدل على التراضى بينهما بالألفاظ الجاربه فى المحاوره فى ذلك المقام.

إذا عرفت ذلك فاعلم انه قد قال الشيخ فى النهايه: و من زارع أرضاً على ثلث أو ربع و بلغت الغله جاز لصاحب الأرض أن يخرص عليه الغله، ثمرة كانت أو غيرها، فإن رضى المزارع بما خرص أخذها و كان عليه حصه صاحب الأرض، سواء نقص الخرص أو زاد، و كان له الباقي، فإن هلكت الغله بعد الخرص بآفه سماويه لم يكن عليه للمزارع شىء انتهى، و على هذه مقاله و ما تضمنته من

جميع الأحكام جرى الأصحاب ممن تأخر عنه.

وقال ابن إدريس: الذى ينبغى تحصيله انه لا- يخلو أن يكون قد باعه حصته من الغله و الثمره بمقدار ما فى ذمته من الغله و الثمره، أو باعه الحصة بغله من هذه الأرض، فعلى الوجهين معا البيع باطل، لانه داخل فى المزابنه و المحاقله، و كلاهما باطلان و ان كان ذلك صلحا لا بيعا فان ذلك بغله و ثمره فى ذمه الأكار الذى هو الزارع فإنه لازم له، سواء هلكت الغلات بالآفه السماويه أو الأرضيه، و ان كان ذلك الصلح بغله من تلك الأرض، فهو صلح باطل لدخوله فى باب الغرر، لانه غير مضمون فان كان ذلك فالغله بينهما سواء، زاد الخرص أو نقص، تلفت منهما أو سلمت لهما، فليحظ ذلك، فهو الذى يقتضيه أصول مذهبنا، و تشهد به الأدله فلا يرجع عنها بأخبار الآحاد التى لا توجب علما و لا عملا، انتهى كلامه.

أقول: لا يخفى ان هذه الأصول التى يستند فى غير مقام إليها و الأدله التى نبذه بالاعتماد عليها ان كانت من الاخبار المعلومه من الأئمه الأطهار (عليهم السلام) فهى لا- تخرج عما رده هنا من هذه الاخبار، لانه الجميع مشترك فى نسبتهم إليهم، و ثبوتهم عنهم (عليهم السلام) فان سماها أخبار آحاد، لم ينقل عنهم فى حكم من الأحكام الفقيهيه أخبار بطريق التواتر، ليكون مقابله لهذه الاخبار، بل ليس الا هذه الاخبار المرويه فى الكتب الأربعة المشهوره و نحوها، و ان سماها بما ذكره، و ان كانت من القرآن فمن المعلوم بطلانه، لانه القرآن لم يتضمن أمثال هذه الجزئيات و الخصوصيات، و ان كان الإجماع فهو غير حقيق بالاستماع، و لا جدير بالاتباع، و ليس فيه الا- تضييع المداد، و تكثير السواد كما لا يخفى على أدنى ذى مسكه من العباد، فضلا عن ذى الفهم النقاد.

و من الاخبار الزائده على ما قدمناه

صحيحه الحلبي (1) عن أبي عبد الله

ص: ٣٤٢

(عليه السلام) أن أباه حدثه أن رسول الله (صلى الله عليه و آله) أعطى خبير بالنصف أرضها و نخلها فلما أدركت الثمره بعث عبد الله بن رواحه و قوم عليهم قيمه فقال لهم: اما أن تأخذونه و تعطوني نصف الثمن، و اما أن أعطيكم نصف الثمن و آخذه، فقالوا: بهذا قامت السماوات و الأرض».

على أن لقائل أن يقول أنه لا دليل على انحصار النقل في هذه العقود المشهور بينهم من البيع و الصلح و نحوهما، لوجود جملة من المواضع قد دلت الاخبار على حصول النقل فيها مع خروجها عن هذه المواضع، كالأخبار الداله على جواز قبالة الأرض بما عليها من الخراج، و قد تقدمت في المسألة التاسعه و الاخبار الداله على جواز قبالة الأرض لمن يعمرها و يؤدي خراجها و يأكل حاصلها، و قدمت في الشرط الثاني من شروط المزارعه، فلتكن هذه الاخبار هنا من قبل ذلك، و ان أمكن إدراج الجميع في الصلح، إذ لا دليل على تخصيصه بما اصطلحوا عليه و خصصوا به من الشروط.

و بالجملة فإنه حيث تكاثرت الأخبار بصحة هذه المعامله و استحقاق ذلك بعد التخيير و القبول و وجوب دفع الحصه المشترطه على المتقبل، فإنه لا يلتفت الى كلامه، و انما يبقى الاشكال فيما ذكره من اشتراط السلامه كما عرفت و الله العالم.

الثانيه عشر [استحقاق مطالبه قلع الزرع لو استحققت الأرض]

-نقل في المختلف عن ابن الجنيد أنه قال: لو استحققت الأرض كان للمالك أن يطالب الزارع بقلع الزرع، الا أن يكون في ذلك ضرر على أهل الزكاه و غيرهم، بتلف حقوقهم منه، فان ضمنه رب الأرض لهم و قلع الزرع كان مخيرا بين أن يأخذ الجزء منه على تلك الحال، و بين أن يضمن الذي غر الزارع قيمه نصف الزرع ثابتا و سلم الزرع كله اليه.

ثم اعترضه فقال: و الوجه أن للمالك قلع الزرع مطلقا و ان تضرر أرباب الزكاه، و يأخذ أرباب الزكاه نصيبهم من العين، إذا تعلق بها الزكاه، و له الرجوع

فى الزرع بالأجره و يرجع الزارع على الغار،انتهى و هو جيد.

الثالثه عشر [فى عدم جواز جعل شىء من الحصبه للبقر و نحوه]

روى ثقة الإسلام فى الكافى و الشيخ فى التهذيب عن عبد الله بن سنان (١) فى الصحيح، انه قال:

فى الرجل يزارع فى أرض غيره، فيقول ثلث للبقر، و ثلث للأرض، و ثلث للبذر، قال: لا- يسم شيئا من الحب و البقر، و لكن يقول: ازرع فيها كذا و كذا ان شئت نصفاً و ان شئت ثلثاً.

و عن سليمان بن خالد (٢) فى الصحيح قال:

«سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يزرع أرض آخر فيشترط للبذر ثلثاً و للبقر ثلثاً؟ قال: لا ينبغي أن يسمى بذراً و لا بقراً فإنما يحرم الكلام».

و روى الشيخ فى التهذيب عن أبي الربيع الشامى (٣) عن أبي عبد الله (عليه السلام) مثل الخبر الثانى: و زاد قبل قوله

«و انما يحرم الكلام» و لكن يقول لصاحب الأرض: ازرع فى أرضك و لك منها كذا و كذا نصف أو ثلث أو ما كان من شرط و لا يسمى بذراً و لا بقراً».

و روى فى الفقيه عن أبي الربيع (٤)

«عن أبي عبد الله (عليه السلام) فى الرجل يزرع أرض رجل على أن يشترط للبقر الثلث، و لصاحب الأرض الثلث، فقال:

لا ينبغي أن يسمى بقراً و لا بذراً، و لكن يقول لصاحب الأرض: ازرع فى أرضك و لك كذا و كذا مما أخرج الله تعالى».

و روى فى الكافى فى الصحيح عن الحلبي (٥) قال:

«سئل أبو عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يزرع الأرض فيشترط للبذر ثلثاً و للبقر ثلثاً؟ قال: لا ينبغي أن يسمى شيئا فإنما يحرم الكلام».

ص: ٣٤٤

١- ١) الكافى ج ٥ ص ٢٦٧ ح ٤، التهذيب ج ٧ ص ١٩٧ ح ١٨، الوسائل ج ١٣ ص ٢٠٠ ح ٥.

٢- ٢) الكافى ج ٥ ص ٢٦٧ ح ٥، الوسائل ج ١٣ ص ٢٠٠ ح ٦.

٣- ٣) التهذيب ج ٧ ص ١٩٤ ح ٣، الوسائل ج ١٣ ص ٢٠١ ح ١٠.

- ٤-٤) الفقيه ج ٣ ص ١٥٨ ح ٢، الوسائل ج ١٣ ص ٢٠١ ح ١٠.
- ٥-٥) الكافي ج ٥ ص ٢٦٧ ح ٦، الوسائل ج ١٣ ص ١٩٩ ح ٤.

أقول: وهذه الاخبار قد اشتركت فى الدلاله على تحريم اشتراط شىء للبقر و البذر كما عرفت، و لم أقف على قائل بذلك إلا فى كلام ابن الجنيد و ابن البراج.

قال ابن الجنيد: و لا بأس باشتراك العمال بأموالهم و أبدانهم فى مزارعه الأرض و إيجارتها، إذا كان على كل واحد قسط من المؤنه و العمل، و له جزء من الغله، و لا يقول أحدهم: ثلث للبذر، و ثلث للبقر، و ثلث للعمل، لأن صاحب البذر يرجع اليه بذره، و ثلث الغله من الجنس، و هذا ربا، فان جعلت البذر دينا جاز ذلك، و قال ابن البراج: لا يجوز أن يجعل للبذر ثلثا و للبقر ثلثا.

و العلامه فى المختلف بعد أن نقل عنهما ذلك و استدلل لهما بروايه أبى الربيع المرويه فى التهذيب قال: و الوجه الكراهه، و لا ربا هنا، إذ الربا انما يثبت فى البيع خاصه.

أقول: أنت خبير بان الدليل غير منحصر فى روايه أبى الربيع المذكور، لما عرفت من الروايات الصحيحه الصريحه فى التحريم غيرها، و عدم ظهور الوجه لنا فى التحريم لا يدل على نفيه فلعل هنا عله لا يدركها فهمنا، على أن ما ذكره من اختصاص الربا بالبيع خاصه قد تقدم ما فيه، و أنه ثابت فى غيره أيضا.

قال بعض مشايخنا المحدثين من متأخرى المتأخرين فى حواشيه على التهذيب: و قوله للبذر ثلثا و للبقر ثلثا يحتمل وجهين، أحدهما أن يكون اللام للتمليك، فالنهي لكونهما غير قابلين للملك، و ثانيهما أن يكون المعنى ثلث بإزاء البذر، و ثلث بإزاء البقر، فالنهي لشائبه الربا فى البذر، و قال العلامه فى المختلف: بالكراهه، و ابن البراج و ابن الجنيد ذهبا إلى الحرمة، و لا يخلو من قوه، انتهى.

تتميم نفعه عميم فى استحباب المزارعه و الغرس

و ما يقال و يفعل وقت الحرث و الزرع و نحو ذلك قد استفاضت الاخبار باستحباب الزرع، فروى

المشايخ الثلاثة عن سيابه (١) عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال:

سأله رجل فقال له: جعلت فداك أسمع قوما يقولون: ان الزراعه مكروهه، فقال: ازرعوا و اغرسوا فلا والله ما عمل الناس عملا أحل ولا أطيب منه، والله ليزر عن الزرع و ليغرسن النخل بعد خروج الدجال».

و روى فى الكافى و الفقيه عن محمد بن عطيه (٢) قال:

سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول: ان الله تعالى اختار لأنبيائه الحرث و الزرع كيلا يكرهوا شيئا من قطر السماء».

و زاد فى الفقيه (٣)

«و سئل عن قول الله تعالى «وَعَلَى اللَّهِ فَلْيَتَوَكَّلِ الْمُتَوَكِّلُونَ» قال: الزارعون.

و روى فى الكافى عن سهل (٤) رفعه قال:

«قال أبو عبد الله (عليه السلام):

ان الله جعل أرزاق أنبيائه فى الزرع و الضرع لئلا يكرهوا شيئا من قطر السماء».

و عن مسمع (٥) عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال:

«لما هبط آدم (عليه السلام) الى الأرض احتاج الى الطعام و الشراب فشكى ذلك الى جبرئيل (عليه السلام) فقال له جبرئيل: يا آدم كن حراثا قال: فعلمنى دعاء قال: قل: اللهم اكفنى مؤنه الدنيا و كل هول دون الجنة، و ألبسنى العافيه حتى تهتنى المعيشه».

و روى فى الكافى مرسلا (٦) قال:

«روى أن أبا عبد الله (عليه السلام) قال: الكيمياء الأكبر الزراعه».

و عن يزيد بن هارون الواسطى (٧) قال: سألت جعفر بن محمد (عليهما السلام)

ص: ٣٤٦

١- (١) الكافى ج ٥ ص ٢٦٠ ح ٣، التهذيب ج ٧ ص ٢٣٦ ح ٥٣، الفقيه ج ٣ ص ١٥٨ ح ٥، الوسائل ج ١٣ ص ١٩٣ ح ١.

٢- (٢) الكافى ج ٥ ص ٢٦٠ ح ١، الوسائل ج ١٣ ص ١٩٣ ح ٣.

٣- (٣) الفقيه ج ٣ ص ١٦٠ ح ١٣، الوسائل ج ١٣ ص ١٩٣ ح ٤.

٤- (٤) الكافى ج ٥ ص ٢٦٠ ح ٢، الوسائل ج ١٣ ص ١٩٣ ح ٢.

٥- (٥) الكافى ج ٥ ص ٢٦٠ ح ٤، الوسائل ج ١٣ ص ١٩٤ ح ٥.

- ٦-٦) الكافي ج ٥ ص ٢٦١ ذيل ح ٦، الوسائل ج ١٣ ص ١٩٤ ح ٨.
- ٧-٧) التهذيب ج ٦ ص ٣٨٤ ح ٢٥٩، الوسائل ج ١٢ ص ٢٥ ح ٣.

عن الفلاحين فقال هم الزارعون كنوز الله في أرضه، و ما فى الأعمال شىء أحب الى الله من الزراعه، و ما بعث الله نبيا الا زراعا إلا إدريس فإنه كان خياطا.

و عن يزيد بن هارون (١) قال:

«سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول:

الزارعون كنوز الأنام يزرعون طيبا أخرجهم الله عز و جل، و هم يوم القيامة أحسن الناس مقاما و أقربهم منزله يدعون المباركين.

و روى فى الكافى عن السكونى (٢)

«عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال: سئل النبى (صلى الله عليه و آله) أى المال خير؟ قال: الزرع زرعه صاحبه، و أصلحه و أدى حقه يوم حصاده، قال: فأى المال بعد الزرع خير؟ قال: رجل فى غنم له قد تبع بها مواضع القطر يقيم الصلاة، و يؤتى الزكاه، قال: فأى المال بعد الغنم خير؟ قال: البقر تغدو بخير و تروح بخير، قال: فأى المال بعد البقر خير؟ قال: الراسيات فى الوحل و المطعمات فى المحل. نعم الشىء النخل من باعه فإنما ثمنه بمنزله رماد على رأس شاهق اشتدت به الريح فى يوم عاصف إلا أن يخلف مكانها، قيل: يا رسول الله فأى المال بعد النخل خير؟ قال: فسكت قال:

فقام اليه رجل فقال له: يا رسول الله فأين الإبل؟ قال: فيها الشقاء و الجفاء و العناء و بعد الدار، تغدو مدبره و تروح مدبره، لا يأتى خيرها إلا من جانبها الأشأم، أما أنها لا تعدم الأشقياء الفجره».

و رواه

الصدوق فى الفقيه مرسلا (٣) قال:

سئل النبى صلى الله عليه و آله الحديث، ثم قال: معنى قوله لا يأتى خيرها الا من جانبها الأشأم هو أنها لا تحلب و لا تركب الا من الجانب الأيسر.

و فى معانى الأخبار (٤)

يقال لليد الشمال: الشؤم، منها قال الله تعالى

ص: ٣٤٧

١- ١) الكافى ج ٥ ص ٢٦٠ ح ٧، الوسائل ج ١٣ ص ١٩٤ ح ٧.

٢- ٢) الكافى ج ٥ ص ٢٦١ ح ٦، الوسائل ج ٨ ص ٣٩٢ ح ١.

٣- ٣) الفقيه ج ٢ ص ١٩٠ ح ٦.

يريد أصحاب الشمال.

و قال في الوافي: و معنى قوله «لا تعدم الأشقياء الفجره» أن الإبل لا تزال تجد أشقياء يتخذونها، انتهى.

و نحوه نقل عن بعض المشايخ أيضا حيث قال: أريد أنه من جمله مفسد الإبل أنه يكون معها غالبا الأشقياء الفجره، و هم الجمالون الذين هم شرار الناس، انتهى.

أقول:

قد روى الصدوق في كتابي الخصال و معاني الاخبار (٢) عن الصادق (عليه السلام) قال: قال رسول الله (صلى الله عليه و آله):

الغنم إذا أقبلت أقبلت و إذا أدبرت أقبلت، و البقر إذا أقبلت أقبلت، و إذا أدبرت أدبرت، و الإبل أعنان الشياطين إذا أقبلت أدبرت و إذا أدبرت أدبرت و لا يجيء خيرها الا من جانبها الأشم، قيل يا رسول الله: فمن يتخذوها بعد ذا قال: فأين الأشقياء الفجره.

و حينئذ فالظاهر حمل إجمال الخبر الأول على هذا الخبر، و يكون حاصل المعنى فى الخبر الأول أن هذا الكلام منى لا يصير سببا للناس فى ترك اتخاذها، فإنه يتخذها الأشقياء الفجره.

و روى فى الكافى عن شعيب العرقوفى (٣) عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال:

«إذا بذرت فقل اللهم قد بذرنا و أنت الزارع و اجعله حبا متراكما».

و عن بكير فى الحسن (٤) قال:

«قال أبو عبد الله (عليه السلام): إذا أردت أن تزرع زرعاً فخذ قبضه من البذر و استقبل القبلة، و قل «أَفْرَأَيْتُمْ مَا تَحْرُثُونَ، أَأَنْتُمْ تَزْرَعُونَهُ أَمْ نَحْنُ الزَّارِعُونَ» (٥) ثلاث مرات ثم تقول بل الله الزارع ثلاث

ص: ٣٤٨

١- (١) سورة الواقعة الآية ٩.

٢- (٢) معاني الأخبار ص ٣٢١، الوسائل ج ٨ ص ٣٩٣ ح ٤ ط طهران ١٣٧٩.

٣- (٣) الكافى ج ٥ ص ٢٦٣ ح ٢، الوسائل ج ١٣ ص ١٩٧ ح ٢.

٤- (٤) الكافى ج ٥ ص ٢٦٢ ح ١، الوسائل ج ١٣ ص ١٩٧ ح ٣.

٥- (٥) سورة الواقعة الآية ٦٢ و ٦٣.

مرات ثم قل: اللهم اجعله حبا مباركا و ارزقنا فيه السلامه، ثم انثر القبضه التي في يدك في القراح».

و عن علي بن محمد (1) رفعه قال:

«قال علي (عليه السلام) إذا غرست غرسا أو نبتا فاقرا على كل عود أو حبه سبحان الباعث الوارث، فإنه لا يكاد يخطئ إنشاء الله تعالى».

و عن محمد بن يحيى رفعه (2) عن أحدهما (عليهما السلام) قال:

«تقول إذا غرست أو زرعت و مثل كلمه طيبه كشجره طيبه أصلها ثابت و فرعها في السماء توتى أكلها كل حين باذن ربها».

و روى الصدوق في كتاب العلل بسنده فيه عن عيسى بن جعفر العلوي (3) عن آباءه أن النبي (صلى الله عليه و آله) قال:

مر أخى عيسى بمدينة فاذا فى ثمارها الدود. فسألوا إليه ما بهم، فقال: دواء هذا معكم و ليس تعلمون، أنتم قوم إذا غرستم الأشجار صببتم التراب، و ليس هكذا يجب، بل ينبغي أن تصبوا الماء فى أصول الشجر ثم تصبوا التراب لكيلا يقع فيه الدود، فاستأنفوا كما وصف فذهب عنهم ذلك».

و روى فى الكافى عن ابن عرفه (4) قال:

«قال أبو عبد الله (عليه السلام):

من أراد أن يلقح النخيل إذا كان لا وجود حملها و لا يتبع النخل فليأخذ حيتانا صغارا يابسه فيدقها بين الدقتين ثم يذر فى كل طلعه منها قليلا و يصير الباقي فى صره نظيفه ثم يجعله فى قلب النخلة ينفع باذن الله تعالى».

و عن صالح بن عقبه (5) قال:

«قال لى أبو عبد الله (عليه السلام) قد رأيت حائطك فغرست فيه شيئا بعد قال: قلت: قد أردت أن آخذ من حيطانك وديا

ص: ٣٤٩

١- ١) الكافى ج ٥ ص ٢٦٣ ح ٥، الوسائل ج ١٣ ص ١٩٧ ح ٤.

٢- ٢) الكافى ج ٥ ص ٢٦٣ ح ٦، الوسائل ج ١٣ ص ١٩٧ ح ٥.

٣- ٣) علل الشرائع ص ٥٧٤ ح ١ باب ٣٧٦، الوسائل ج ١٣ ص ١٩٢ ح ١.

٤- ٤) الكافى ج ٥ ص ٢٦٣ ح ٣، الوسائل ج ١٣ ص ١٩٧ ح ١ من باب ٦.

٥- ٥) الكافى ج ٥ ص ٢٦٣ ح ٤، الوسائل ج ١٣ ص ١٩٨ ح ٢ من باب ٦.

قال: أفلا أخبرك بما هو خير لك منه، وأسرع، قلت: بلى قال: إذا أينعت البسره و همت أن ترطب فاغرسها، فإنها تؤدي إليك مثل الذي غرسها سواء ففعلت ذلك فنبئت مثله سواء».

ص: ٣٥٠

و هى معامله على أصول ثابتة بحصه من ثمرها، فالمعامله بمنزله الجنس، لتناولها لجميع عقود المعاوضات، و قولنا على الأصول بمنزله الفصل، و يخرج به المزارعه، و قولنا ثابتة لإخراج مالا ثبوت لأصله، و عرقه فى الأرض مثل الخضروات، و الورد الذى لم يغرس، و المغروس قبل ثبوت عروقه و استقرارها، و نقل فى المختلف عن الشيخ أنه يجوز المساقات على البقل جره بعد جره للأصل، ثم رده فقال: و الأقرب المنع، لأنها معامله على مجهول، فتصح فى موضع الإجماع، انتهى.

و قولنا: بحصه من ثمرها يخرج به الإجاره، فإنها و ان صحت على الأصول الثابتة لكن لا بحصه من الثمره، بل بأجره معينه معلومه أو مضمونه، و هل المراد بالثمره هنا المعنى المتبادر، أو ما يدخل فيه النماء للشجره، فتصح المساقاه على ما يقصد ورده، و ورقه، كشجره الحناء و التوت اشكال، و لعل الأرجح الأول، حملا للفظ على المعنى المعهود المتبادر من اللفظ، فلا تصح المساقاه الا على أصول لها ثمره متعارفه، و يؤيده عدم وجود نص فى المساقاه على ما كان كذلك، و الأصل العدم، و أما دليل صحه هذه المعامله فالإجماع و النصوص.

و منها

صحيحه يعقوب بن شعيب (١) عن أبي عبد الله (عليه السلام) وفيها قال:

سألته عن الرجل يعطى الرجل أرضه وفيها الرمان و النخل و الفاكهه و يقول اسق هذا من الماء و أعمره و لك نصف مما خرج، قال: لا بأس.

و صحيحه الحلبي (٢) عن أبي عبد الله (عليه السلام)

«أن أباه حدثه أن رسول الله (صلى الله عليه و آله) أعطى خبير بالنصف أرضها و نخلها» الحديث.

و المراد أنه، أعطى أرضها بالمزارعه و نخلها بالمساقاه، و نحوه غيره من أخبار خبير، إذا عرفت ذلك فاعلم أن الكلام هنا يقع في فصلين.

الفصل الأول في الأركان:

إشاره

و هي خمس، العقد، و المحل الذي تقع المساقاه عليه، و المده، و العمل، و الفائدة، و حينئذ فالبحت يقع في مقامات خمس:

[المقام الأول - العقد

إشاره

، و حيث كانت المساقاه عندهم من العقود اللازمه، صرحوا فيها بما يشترط في غيرها من العقود اللازمه، كالبيع و أمثاله، فأوجبوا فيها الإيجاب و القبول، بأن يقول: ساقيتك و عاملتك أو سلمت إليك، و عقدت معك عقد المساقاه، و قبلتك عملها، و نحو ذلك من الألفاظ الداله على الإنشاء بلفظ الماضي.

قالوا: و اللفظ الصريح من ذلك لفظ ساقيتك، و زاد في التذكرة على ما تقدم من الألفاظ أتعهد نخلي بكذا و كذا، و أعمل فيه كذا و كذا.

قال في المسالك بعد نقل ذلك عنه: و يشكل بما مر في نظيره من عدم صراحه الأمر في الإنشاء، و لا وجه لإخراج هذا العقد اللازم من نظائره، و قد نوقش في الاكتفاء به في المزارعه بلفظ الأمر مع الاستناد فيها الى النص، و هو

- ١-١) الكافي ج ٥ ص ٢٦٨ ح ٢، التهذيب ج ٧ ص ١٩٨ ح ٢٢، الوسائل ج ١٣ ص ٢٠٢ ح ٢.
- ١-٢) الكافي ج ٥ ص ٢٦٦ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ١٩٣ ح ١، الوسائل ج ١٣ ص ١٩٩ ح ٢.

منتف هنا، و جريان المعاطاه هنا بعيد، لاشتمال هذا العقد على الغرر و جهاله العوض، بخلاف البيع و الإجاره، فينبغي الاقتصار فيه على موضع اليقين، انتهى.

و أنت خبير بما فيه مما أسلفنا بيانه في غير مقام مما تقدم، و لا سيما في كتاب البيع (١) و بالجملة فالمستفاد من الاخبار على وجه لا يعتريه شائبه الإنكار، هو الاكتفاء بالألفاظ الداله على التراضى بذلك على أى نحو اتفق.

و منها صحيحه يعقوب بن شعيب المتقدمه، فإن ما اشتملت عليه من قول المالك «اسق هذا من الماء و أعمره و لك نصف ما خرج» هو عقد المساقاه الذى أوجبوا ترتب أحكام المساقاه عليه، و هو ظاهر أيضا فى أنه يكفى فى القبول الرضا الفعلى، دون القولى كما تقدم نظيره فى المزارعه، و المفهوم أيضا من أخبار خيبر و دفع النبى (صلى الله عليه و آله) أرضها و نخلها لهم بالنصف، هو مجرد التراضى على ذلك بقول أو فعل بأى نحو كان ذلك.

على أن ما ادعوه من لفظ المساقاه فى هذه المعامله - و تسميتها بهذا الاسم فضلا عن كونه أصرح ألفاظها - لم يرد فى خبر من الاخبار بالكليه، و انما هو شىء اصطلاحوا عليه، و تبعوا العامه فى التسميه بهذا الاسم، و لفظ المزارعه و ان وجد فى الاخبار الا أن هذا اللفظ لم نقف عليه فى خبر منها بالكليه، و الذى وجدناه من أخبارها هو ما قدمناه و ربما أطلق عليها فى بعض الاخبار لفظ القباله.

و بالجملة فإن ما ذكره فى المقام كما ذكره فى غير نفخ فى غير ضرام لعدم ثبوته فى شىء من أخبارهم (عليهم السلام) التى هى المعتمد، و عليها المعول فى النقض و الإبرام.

تنبيهات:

الأول [كونها من العقود اللازمه]

-الظاهر أنه لا- خلاف بينهم فى أنه يكون عقد المساقاه من العقود اللازمه، و استندوا فى ذلك الى الأدله العامه، مثل قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (٢)

ص: ٣٥٣

١-١ (١) ج ١٨ ص ٣٤٨.

٢-٢ (٢) سورة المائده-الايه ١.

«والمسلمون عند شروطهم» (١). فلا يجوز لأحدهما فسخه الا مع التراضي و التقايل من الطرفين.

نعم ربما يعرض له البطلان بأسباب آخر من خارج، مثل عدم حصول شرط، و البطلان لعدم الانتفاع، مثل انقطاع الماء و نحوه مما تقدم في المزارعه.

الثاني [الخلاف في صحه المساقاه بعد ظهور الثمره]

-لا- خلاف في صحه المساقاه قبل ظهور الثمره بالكليه، لظهور تأثير العمل في استحقاق الحصه، مضافا إلى عموم الأدله المشار إليها آنفا، و كذا لا خلاف في عدم الصحه بعدم الظهور على وجه لا يفيد العمل فيها زياده.

و انما الخلاف فيها لو كان بعد الظهور، و قد بقي عمل يحصل به الزياده و النماء في الثمره، ففيل: بالصحه و هو اختيار المحقق بعد التردد في المسئله و استجوده في المسالك، و به صرح العلامة في التذكرة، قال (رحمه الله) في الكتاب المذكور: لا تصح المساقاه على ثمره قد وجدت و بد إصلاحها، و استغنت عن السقى، و لم يبق لعمل العامل فيها مستزاد إجماعا، لأنها و الحال هذه قد ملكها رب البستان، و لم يحصل بالمساقاه زياده الثمار، و الغرض بها تحصيل الثمار أو جوده أنواعها، و إذا لم يحصل الغرض، خلا العقد من الفائدة، فيكون باطلا، و أما إذا كانت الثمار قد ظهرت و لم يبدو صلاحها، فإن بقي للعامل ما فيه مستزاد الثمره كالتأبير و السقى و إصلاح الثمره جازت المساقاه، تحصيلاً لتلك الفائدة، انتهى.

و أيد القول بالصحه في المسالك أيضا، قال و لان العقد حينئذ أبعد عن الغرر للوثوق بالثمره فيكون أولى مما لو كانت معدومه انتهى و اليه يميل كلام المحقق الأردبيلي أيضا، و الظاهر أنه المشهور و قيل: بعدم الجواز نظرا إلى أن الثمره إذا ظهرت فقد حصل المقصود فصار بمنزله القراض بعد ظهور الربح، و لان المقصود من المساقاه ظهور الثمره بعمله، قال: في المسالك بعد نقل ذلك: و فيها منع

ص: ٣٥٤

ظاهر، و المسئله لا تخلو من نوع توقف، لعدم النص و ان كان القول الأول لا يخلو من قوه و رجحان، و الله العالم.

الثالث [فى عدم بطلان المساقاه بموت كل من المساقى و العامل]

-المشهور بين الأصحاب أنه لا تبطل المساقاه بموت المساقى و لا بموت العامل، و لا بموتهما معا.

و قال الشيخ فى المبسوط: إذا مات أحدهما أو ماتا انفسخت المساقاه، كالإجاره عندنا، و من خالف فى الإجاره خالف هنا.

و الظاهر هو القول المشهور، لان ذلك هو مقتضى لزوم العقد حتى يقوم دليل على البطلان، الا أن يكون المالك قد شرط على العامل العمل بنفسه، فإنها تبطل بموت العامل قبل ظهور الثمره، بلا اشكال.

و أما بعد ظهورها فإشكال ينشأ من حصول ملكه، لما ظهر منها بالعمل السابق، فلا يزول بموته، و من أن الظاهر من إطلاق المساقاه هو أن الملك مشروط بإكمال العمل و لم يحصل، فيكون الملك قبل ذلك بمنزله المترزله، و أطلق جمع من الأصحاب البطلان إذا شرط عليه العمل بنفسه.

و فيه ما عرفت، و لعله بناء منهم على ما أشرنا إليه من أن ملك الحصه انما يستقر بإتمام العمل، و الا نسب بما تقدم-من جواز المساقاه بعد ظهور الثمره مع بقاء عمل يحصل به الزيادة فيها كما هو ظاهر المشهور-هو الأول من وجهى الإشكال هنا، لا اشتراكهما فى التبعض، و عدم الإكمال.

ثم انه ان كان الميت المالك استمر العامل على عمله، و قاسم الوارث، لما عرفت من عدم بطلانها بموت أحد منهما، و ان كان الميت هو العامل، رجع الأمر إلى التفصيل المتقدم من أنه مع شرط العمل عليه بنفسه، هل موته قبل ظهور الثمره، أو بعدها، و قد عرفت الكلام فى ذلك.

و انما بقى الكلام فيما لم يشترط عليه العمل بنفسه، بل هو فى ذمته، فإنه يقوم وارثه مقامه فى العمل، الا أنه صرح فى المسالك بأنه ليس للمالك منعه

فى هذه الحال، و لا إجباره لو امتنع من العمل، قال: لان الوارث لا يلزمه حق لزم المورث الا ما أمكنه دفعه من ماله، و العمل ليس بمال المورث، فلا يجب على الوارث، كما لا يؤدى الحقوق من مال نفسه، ثم ان خلف العامل تركه تخير الوارث بين العمل، و بين الاستيجار عليه من التركة، فإن امتنع منهما استأجر الحاكم عليه من التركة، فان لم يتفق ذلك تخير المالك بين الفسخ و الإنفاق من ماله، بنيه الرجوع كما سيأتى تحقيقه فيما لو هرب العامل، انتهى.

المقام الثانى - فى المحل الذى يرد عليه عقد المساقاه

اشاره

و هو كل أصل ثابت له ثمره ينتفع بها مع بقاءه، و المراد بالأصل الثابت كالنخل، و الشجر الذى له ساق، فلا تصح المساقاه على نحو البطيخ و الباذنجان و القطن و قصب السكر و البقول قال فى التذكرة: لا يثبت المساقاه عليها إجماعاً، لأن أصول هذه لا بقاء لها غالباً و اضمحلها معلوم عادة، و لا عبره بالنادر إذا ثبت فى بعضها.

بقى الكلام هنا فى موضعين

أحدهما [فى صحه المساقاه فى كل ما يقصد ورقه أو ورده]

ما لا ثمره له، انما له ورق ينتفع به، أو ورد، أو نحو ذلك كالحناء و شجر الورد و التوت و نحوها و قد تردد المحقق فى صحه المساقاه على ذلك، و لم يرجح شيئاً و وجه الشارح فى المسالك التردد المذكور بان منشأه من أن هذه المعامله باشمالها على ضرب من الغرر، بجهاله العوض على خلاف الأصل، فيقتصر بها على محل الوفاق، و هو شجر الثمر، و من أن الورق المقصود كالثمره فى المعنى فيكون مقصود المساقاه حاصله به، قال: و فى بعض الاخبار ما يقتضى دخوله، ثم قال: و القول بالجواز لا يخلو من قوه، و مثله ما يقصد زهره كالورد، انتهى، و العلامه فى القواعد بعد أن استشكل فى الحكم المذكور مال الى الجواز.

أقول: ما ذكره فى المسالك من أن فى بعض الاخبار ما يقتضى دخوله لم أقف عليه، فان ثبت ذلك فلا معدل عنه، و الا فالحكم مشكل، و ترجيح عدم كما قدمنا ذكره فى صدر البحث أقرب، و لم أقف فى الاخبار على ما يتضمن

جواز هذا العقد، إلا على الخبرين المتقدمين، ونحوهما أخبار خبير، و مورد الجميع الشجر و النخل.

و بمثل ما ذكرنا صرح المحقق الأردبيلي أيضا، فقال بعد أن نقل عن المسالك ذلك: ما رأيت شيئا خاصا إلا ما يدل على عموم الفواكه في الجملة، و لعله يريد العمومات كما أشرنا إليه، لكنها موجودة في الكتاب أيضا، انتهى.

ثم انه لا يخفى أن التوت المذكور مع الحناء في كلامهم و أنه محل الاشكال و التردد، مراد به الذكر منه، و هو الذى لا يقصد ثمرته، أما الأنتى المقصود منه الثمره فإنه لا اشكال و لا خلاف في جواز المساقاه عليه.

قال في التذكرة: أما التوت الأنتى فإنه يجوز المساقاه عليه عندنا، لانه مثمر، و أما التوت الذكر و ما أشبهه مما يقصد ورقه كالحناء و شبهه ففي جواز المساقاه عليه خلاف، و الأقرب جوازها، لان الورق في معنى الثمره، و لكونه مما يتكرر في كل عام، و يمكن أخذه، و المساقاه عليه بجزء منه، فيثبت له مثل حكم غيره، و كذا شجر الخلاف لاغصانها التي تقصد كل سنه أو سنتين، و الأقرب الجواز في التوت بنوعيه، و كلما يقصد ورقه أو ورده كالنيلوفر و الياسمين و الأس و أشباه ذلك، و كذا في فحول النخل، لان لها طلع يصلح كشا للتلقيح، فأشبهه الثمره.

قال المحقق الأردبيلي بعد نقل ذلك عنه: و لا يبعد قرب ما قربه، لعموم «أَوْفُوا» (١)

و

«المسلمون عند شروطهم» (٢).

و

«لان الناس مسلطون على أموالهم» (٣). فلهم ما يفعلون الا- ما منع، ثم أطال بنحو ذلك من التقريبات الى أن قال: و لو لا نقل الإجماع المذكور في شرح الشرائع في عدمها في غير

ص: ٣٥٧

١- ١) سورة المائدة- الايه ١.

٢- ٢) الكافي ج ٥ ص ١٦٩ ح ١، الفقيه ج ٣ ص ١٢٧ ح ٥، الوسائل ج ١٢ ص ٣٥٣ ح ١.

٣- ٣) البحار ج ٢ ص ٢٧٢ ح ٧.

المغروس و نحوه-لكان القول بالجواز فيه متجها لما تقدم،انتهى.

و بالجمله فالمسئله لما عرفت غير خاليه من شوب الاشكال،قال فى المسالك:

و التوت بالتائين المشناتين من فوق و فى لغه نادره بالثاء المثلثه أخيرا و ردها الجوهرى.

أقول:قال فى القاموس فى باب الثاء المثلثه التوت الفرصاد لغه فى المشناه،حكاه ابن فارس.

الثانى [فى عدم صحه المساقاه على ودى أو شجر غير ثابت] :

أنهم قالوا لو ساقاه على ودى أو شجر غير ثابت لم يصح،اقتصارا على موضع الوفاق،أما لو ساقاه على ودى مغروس إلى مده يحمل مثله فيها غالبا صح و لو لم يحمل فيها،و ان قصرت المده المشترطه عن ذلك غالبا أو كان الاحتمال على السواء لم يصح.

أقول:الودى بفتح الواو و كسر الدال المهمله و تشديد الياء كغنى:فسيل النخل،قبل أن يغرس،كذا ذكره فى المسالك،و الذى فى القاموس و كذا فى المصباح المنير للفيومى أنه صغار الفسيل،و قال فى كتاب مجمع البحرين:

و الودى بالياء المشدده:هو صغار النخل قبل أن يحمل،الواحد و ديه،و منه لو ساقاه على ودى غير مغروس ففاسد،انتهى.

و الفسيل على ما ذكره فى كتاب المصباح هو ما ينبت مع النخل و يقطع منها،قال:الفسيل صغار النخل،و هى الودى و الجمع فسلان،مثل رغيف و رغفان،الواحد فسيله،و هى التى تقطع من الأم أو تطلع من الأرض،فتغرس، و هو ظاهر فى أن إطلاق الفسيله عليها انما هو بعد القلع أو القطع،و به يظهر أن إطلاقه فى المجمع تفسير الودى بصغار النخل قبل أن يحمل لا يخلو من تسامح.

ثم ان ما أشار إليه من الحديث الدال على فساد المساقاه على الودى لم نقف عليه فى أخبارنا،و لا نقله غيره فى ما أعلم من الأصحاب،إذا عرفت هذا فاعلم أنه لو ساقاه على ودى أو شجر غير ثابت لم يصح بلا خلاف نصا و فتوى.

أما لو كان مغروسا ثابتا فإنه قد اشتمل على شرط الصحة من جهة المحل، و لكن بقى الاشكال و تطرق الاختلال من جهة المده التى توجد فيها الثمره، فإن ساقاه إلى مده معينه لا يثمر، مثل هذا الودى فيها علما أو ظنا متاخما له بالنظر الى العرف و العاده، أو يكون الاحتمالان متساويين فى وجود الثمر تلك المده و عدمه، فإنها تكون باطله لجهاله المده، و عدم الجزم بحصول الثمره.

و لو فرض تخلف الظن بأن حصلت الثمره فى المده، فلا يبعد صحة العقد لحصول الاحتمال وقت العقد، مع مطابقته الواقع فيأخذ العامل الحصه و حيثئذ ينبغى تقييد ما ذكره بعدم الحصول فإنه كما عرفت لو حصلت لا يبعد الحكم بالصحه، و على تقدير البطلان فان كان العامل عالما بذلك فليس له أجره المثل، لانه متبرع كمن زارع على أن لا يكون له شىء أو استأجر على أن لا يكون له أجره.

و ان كان جاهلا فله أجره المثل، خصوصا مع علم صاحب الأرض، فإن ذلك مقتضى قاعدتهم المصرح بها فى كلامهم من أنه متى بطل العقد فللعامل أجره المثل، لان الحاصل لصاحب الأرض خاصه لبطلان العقد، فلا بد للعامل فى مقابله عمله من عوض، و هو المراد بأجره المثل و ان ساقاه إلى مده يحمل مثله غالبا صح و ان لم يحصل الحمل على خلاف العاده. لأن مناط الصحة تجويز ظهور الثمره، و ظنه بحسب العاده فإذا حصل المقتضى صح، و ان تخلف الغرض منها كما لو ساقاه على شجر كثير فاتفق أنه لم يحمل تلك المده، و ظاهرهم أنه ليس له أجره المثل هنا على جميع العمل، لقدومه على ذلك، و أنه يجب عليه إتمام العمل و ان علم الانقطاع قبله، فان عدم الثمره غير قادح فى صحه المساقاه إذا كان حصولها مظنونا عاده وقت العقد، إذ هو المناط فى الصحه كما عرفت و نظيره ما لو تلفت الثمره كلها أو أكلها الجراد أو غصبها غاصب، فإنه فى جميع ذلك يجب على العامل إتمام العمل؛ و لا أجره له و ان تضرر كما يجب على عامل المضاربه انضاض المال و ان ظهر الخسران، بل هنا أقوى، للزوم العقد و وجوب العمل.

و استشكل الحكم المذكور في التذكرة، و احتمال انفساخ العقد لو تلف الثمار بأسرها، و أيده المحقق الأردبيلي بعد نقل ملخص كلامه المذكور.

و فيه اشكال كما نقل عن التذكرة، و الظاهر العدم، فان الظاهر أنه كالمعاوضه، فمع عدم العوض لا ينبغي التكليف، فإنه مثل تلف المبيع قبل القبض و لو سلم في القراض ما ذكر لدليل، فلا يقاس و الا يجيء المنع فيه أيضا مع إمكان الفرق فتأمل، انتهى.

و بالجملة فالمسئله لعدم الدليل الواضح فيها لا يخلو من شوب الاشكال، كما في أمثالها من هذا المجال، و الله العالم.

المقام الثالث في المده

- المشهور بين الأصحاب اشتراط مده معينه و أجل مضبوط في عقد المساقاه بما لا يحتمل الزيادة و النقصان، كقدوم الحاج و إدراك الغله و ان كانت الغله المعامل عليها و قوفها فيما خالف الأصل، و احتمال الغرر و الجهاله على موضع اليقين، و قال ابن الجنيدي: و لا بأس بمساقاه النخل و ما شاكله سنه و أكثر من ذلك إذا حضرت المده أو لم تحصر كذا نقل عنه في المختلف.

و نقل عنه في المسالك أنه اكتفى بتقديرها بالثمره المساقى عليها نظرا إلى أنه بالنسبه إلى ثبوته عادة، كالمفهوم، و لان المقصود منها هو العمل الى كمالها و لان العقد مبني على الغرر و الجهاله، فلا يقدحان فيه، ثم قال: و الأجود الأول و ان كان كلامه لا يخلو من وجه.

أقول: لا يخفى أن العبارة المنقوله عنه أعم مما نقله عنه في المسالك، الا أن يحمل إطلاق عبارته على ذلك.

و من ثم أنه احتج له في المختلف بعد نقل عبارته المذكوره فقال: احتج بأن ضبط الثمار يكفي عن الأجل، إذ القصد ذلك.

و ما رواه

يعقوب بن شعيب (1) في الصحيح عن الصادق (عليه السلام) قال:

»

ص: ٣٦٠

سألته عن الرجل يعطى الرجل أرضه فيها الرمان و النخل و الفاكهه،فيقول:

اسق هذا من الماء و أعمره و لك نصف ما خرج قال:لا بأس».

ثم أجاب عن ذلك قال:و الجواب المنع،و عن الحديث أن نفى البأس لا يستلزم اللزوم،انتهى.

و قال فى المسالك:و اعلم أن الاتفاق على اشتراط تقديرها فى الجملة كما قررناه،و أما تركها رأسا فيبطل العقد قولاً واحداً،و لان عقد المساقاه لازم كما تقدم،و لا معنى لوجوب الوفاء به دائماً،و لا إلى مده غير معلومه،و لا بسنه واحده،لاستحاله الترجيح بلا مرجح.

أقول:ان ثبت كون عقد المساقاه من العقود اللازمه كما ادعوه،فما ذكره جيد لا حيود عنه الا أنى لا أعرف لهم دليلاً على هذه الدعوى زياده على ما يظهر من اتفاقهم على ذلك.

و ربما كان الظاهر من عباره ابن الجنيده المنقوله عن المختلف انما هو الجواز كما قال به جملة من العامه،ثم أنه مع تسليم ذلك فإنه لا يخفى أن المقصود من المساقاه هو أخذ العامل الحصة من الحاصل،بعد القيام بالعمل.

و حينئذ فلو اتفقا على المساقاه على ثمره عام واحد فالظاهر أنه لا يحتاج فى التحديد إلى مزيد من التحديد بالثمره المساقى عليها كما تقدم نقله عن ابن الجنيده،و عليه يحمل صحيحه يعقوب بن شعيب المذكوره،فكأنه قيل:فيها اسق هذا النخل و الرمان و الفاكهه الى أن تأخذ حصتك من الثمره و هو النصف.

فإنك قد عرفت مما أسلفناه أن ما اشتملت عليه من هذا اللفظ هو صورته عقد المساقاه،إذ ليس فى الخبر ما يدل على زياده على ذلك،و هو بحسب ظاهره غير مشتمل على المده التى أوجبها فى العقد،فاللازم أما كونه جائزاً كما قدمنا ذكره،فلا ينافيه الإخلال بالمده،لجواز الفسخ متى شاء أحدهما،أو انه لازم كما صرحوا به،فلا بد من اعتبار ما ذكرناه،و تقدير ما قدرناه لئتم ما ذكروه.

و أما قول العلامه فى المختلف فى الجواب عن الروايه بعد استدلاله بها لابن الجنيده أن نفى البأس لا- يستلزم لزوم فليس بموجه، لأنه ان سلم كون هذا عقدا كما هو ظاهر الروايه، فلا بد له من الحكم بلزومه، و نفى البأس إنما أريد به ذلك: بمعنى أنه عقد صحيح، و ان منع كونه عقدا فلا معنى لنفى البأس عنه، حيث أنه لغو من القول، لا معنى له و لا ثمره يترتب عليه.

ثم انه لو لم يقع التحديد على الوجه المشهور و لا الوجه المنقول فى المسالك عن ابن الجنيده فظاهر كلامه الاتفاق على بطلان العقد، الا- أن ظاهر عبارته ابن الجنيده المتقدم نقلها عن المختلف هو الصحه فى الصوره المذكوره، و الظاهر بعده، الا أن يحمل كلامه على حكمه بجواز عقد المساقاه دون لزومه، كما تقدمت الإشارة اليه.

و لو اتفقا على المساقاه على أزيد من ذلك العام فإنه لا خلاف و لا إشكال فى وجوب تعيين المده بسنتين أو ثلاث أو أزيد أو أقل على حسب ما يتفقان عليه و وجهه ما تقدم فى عبارته فى المسالك، و الله العالم.

المقام الرابع فى العمل

إشاره

-اعلم أن الظاهر من كلامهم فى هذا المقام أن بعض الأعمال مع الإطلاق يختص بالعامل و بعضها يختص بالمالك، و جعلوا لكل منهما قاعده فالذى يختص بالعامل هو كل عمل يتكرر كل سنه مما يحصل به نفس الثمره وجودتها و زيادتها، و منها إصلاح الأرض بالحرث و الحفر حيث يحتاج اليه و ما يتوقف عليه من الآلات و تنقيه الأجاجين، جمع الاجاجه بالكسر و التشديد و المراد بها هنا الحفر التى يقف فيها الماء فى أصول الشجر التى تحتاج إلى السقى.

و كذا تنقيه الأنهار، و ازاله الحشيش المضر و تهذيب جرائد النخل بقطع ما يحتاج الى قطعه منه كالأجزاء النابتة من كرم العنب و الأغصان اليابسه المضمرة من الأشجار، بل و لو كانت رطبه مع حصول الضرر بها، كما فى شجر الكرم مما يجرى به العاده.

و منها السقى و مقدماته المتكرره، كالدلو و الرشاء و إصلاح طريق الماء، و تنقيتها من الحمأه و نحوها، و استقاء الماء و أداه الدولاب إذا كان السقى من بئر و نحوه و تلقيح الأنثى من الذكر، على الوجه المعتاد و المعتبر، و تعديل الثمره أى إصلاحها بإزاله ما يضرها من الأغصان و الورق، ليصل إليها الهواء أو الشمس أو لتيسر قطعها عند اراده ذلك، و وضع الحشيش و نحوه فوق العناقيد صونا لها عن الشمس المضمرة بها، و رفعها من الأرض حيث تضربها و نحو ذلك و منها اللقاط بفتح اللام و كسرهما و هو لقاط الثمره أى أخذها فى أوانها عن محلها بحسب العاده و حسب نوعها و وقتها فما يؤخذ عنبا، أو رطبا ففى وقتها، و ما يؤخذ للزبيب يجب قطعه عند حلاوته فى الوقت الصالح له، و ما يعمل دبسا فكذلك فى الوقت الصالح، و يحتمل أن يراد باللقاط اراده ما سقط من الشجر على الأرض، بمعنى التقاطه، إلا أن الأشهر فى كلامهم هو الأول، و منها أيضا إصلاح موضع التشميس و هو الموضع الذى يجعل فيه الثمره للشمس لأجل ييسها ان كانت العاده فيها ذلك، كما فى بعض البلدان خصوصا البحرين، و نقل الثمره الى ذلك الموضع، و حفظها الى وقت القسمة، و هل نقلها الى منزل المالك ان لم يتول المالك ذلك على العامل؟ يحتمل، -لأنه من تمام العمل، و لعموم

«على اليد ما أخذت حتى تؤدى» (١). - و عدمه، لأنه ليس من أعمال الثمره، و الأظهر الرجوع فى ذلك الى عرف البلد و عاده أهلها فى ذلك.

قالوا: و الضابط أنه يجب العمل الى وقت القسمة، هذا كله مع الإطلاق، أما لو شرط بعضها على المالك فلا إشكال فى لزومه إذا لم يكن منافيا لمقتضى العقد، عملا بما دل على وجوب الوفاء بالشروط.

قالوا: لو أخل العامل بشىء مما يجب عليه فان كان وجوبه بطريق الشرط تخير المالك بين فسخ العقد و إلزامه، بمثل أجره العمل، فان فسخ قبل عمل شىء

ص: ٣٦٣

فلا شيء له، و ان كان بعده فله الأجره، سواء كان قبل ظهور الثمره أم بعده، قضيه للشرط، و ان كان وجوبه من حيث الإطلاق، فالظاهر أنه يكون كذلك قبل ظهور الثمره، أما بعده ففيه نظر، و لا يبعد الجواز، و لو حصل على الأصل نقص بسبب التقصير لزمه الأرش، و الظاهر أن الثمره كذلك، انتهى هذا بالنسبه إلى العامل.

و أما المالك فالضابط في ما يجب عليه عندهم هو ما لا يتكرر في كل سنه، و ان عرض له في بعض الأحوال التكرار مما يتعلق نفعه بالأصول بالذات و ان حصل النفع منه للثمره عرضاً فإنه على المالك دون العامل.

و من ذلك حفر الابار و الأنهار التي منها و بها تسقى الأصول، و بناء الحائط، قال في المسالك: و لا فرق في بناء الحائط بين جميعه و بعضه، و في حكمه وضع الشوك و نحوه على رأسه، قاله في التذكرة، و يشكل لو كان مما يتكرر كل سنه عادة طرداً لضابطين، انتهى.

أقول: لا يخفى أن بناء هذه الأفراد المعدوده في كل من الموضعين و جعلها ضابطين انما هو على العرف و العاده، و الا فإنه ليس هنا تحديد شرعي في كل من الموضعين، فينبغي أن يكون مناط الحكم في كل من الموضعين هو ذلك.

و منها عمل ما يستقى به من دولاب و أدواته و نحو ذلك من آلات السقى مما لا يتكرر غالباً، دون ما يتكرر غالباً كالدلو و الرشاء، فإنه قد تقدم أن ذلك على العامل، خلافاً لابن إدريس (رحمه الله) حيث أوجب الجميع على العامل، و المشهور و به صرح الشيخ ان الكش على المالك، و العامل انما عليه التلقيح، و استندوا في ذلك الى أن الكش ليس بعمل، و انما هو من الأعيان و العامل انما عليه العمل، و أن الأصل البراءة من وجوبه على العامل.

و نقل عن ابن إدريس أنه على العامل، و استحسنته في الشرائع، و نقل عن ابن إدريس التعليل بأنه مما يتم به نماء الثمره و صلاحها الواجبين على العامل.

قال في المسالك: و الاولى الرجوع الى العاده و مع عدم اطرادها في شيء فالأولى التعيين، انتهى.

قال في التذكرة: ان شراء الزبل و أجره نقله على رب المال، لانه ليس من العمل، فجرى مجرى ما يلقح به، و تفريق ذلك على الأرض على العامل، كالتلقيح انتهى.

و بالجمله فالظاهر أن الكش مثل الخيوط بالنسبه إلى الخياط، و المداد و القرطاس للكاتب في كون الجميع على المالك، و انما على العامل العمل بذلك، الا- أن تجرى العاده بخلاف ذلك لما أشرنا إليه آنفا من بناء الضابطين المتقدمتين على العرف و العاده.

بقي الكلام هنا في مواضع

الأول [في الأعمال المختصه مع الإطلاق بالمالك]

قد تقدمت الإشاره الى أن جميع ما ذكر سابقا مما يجب على المالك و العامل انما هو من حيث اقتضاء الإطلاق ذلك، فلو وقع الشرط منهما على خلاف ذلك بأن شرط ما على المالك من تلك الأعمال على العامل، فالمشهور الصحه بعد أن يكون ذلك معلوما بينهما على وجه لا يحتمل الضرر، و كذا لو شرط بعضه بطريق أولى.

قال الشيخ في المبسوط: و على المالك ما فيه حفظ الأصل، و هو سد الحيطان، و إنشاء الأنهار، فإن شرط على العامل ذلك أو بعضه قال قوم: تبطل المساقاه، لأنه شرط ليس من مصلحه العقد، و ينافى مقتضاه، و الذي يقوى في نفسى أنه لا يمنع من صحه هذا الشرط مانع، انتهى.

و قال ابن الجنييد: ليس لصاحب الأرض أن يشترط على المساقى إحداث أصل جديد من حفر بئر و غرس يأتي به لا يكون للمساقى في ثمرته حق، و لو جعل له على ذلك عوضا في قسطه، لان ذلك بيع المثمره قبل خروجها فان جعله بعد ما يحل بيع الثمره جاز.

قال في المختلف بعد نقل القولين المذكورين: و الوجه ما قواه الشيخ، لقوله (عليه السلام) (1).

«المؤمنون عند شروطهم». سواء جعل له زياده قسط أم لا و ليس ذلك بيعا، انتهى و هو جيد.

ص: ٣٦٥

و لو شرط ما يجب على العامل على المالك، فان كان المشروط جميع العمل، فالظاهر أنه لا خلاف في بطلان المساقاه، لأن الحصة انما يستحقها العامل في مقابله العمل فإذا لم يعمل شيئاً لم يستحق شيئاً، و أيضاً فإنها تصير كالبيع بغير ثمن، و الإجاره بغير مال في مقابلتها، و بالجملة فإنها من عقود المعاوضات يترتب صحتها على وصول العوض لكل من الطرفين.

نعم لو كان المشروط بعض العمل و أبقى لنفسه منه شيئاً، و كان مما يحصل به الزيادة في الثمره، فإنه لا مانع منه، و لعموم أدله لزوم الشرط، و تكون الحصة حينئذ في مقابله ذلك.

و ظاهر الشيخ في المبسوط الخلاف هنا، حيث قال: إذا ساقاه بالنصف على أن يعمل رب المال معه، فالمساقاه باطله، لأن موضوع المساقاه أن من رب المال المال، و من العامل العمل، كالقراض، فإذا شرط على رب المال العمل بطل كالقراض.

و رده العلامه في المختلف بأنه قد سوغ أن يشترط العامل على المالك أن يعمل معه غلامه، و أن يكون على المالك بعض العمل، و قواه لانه لا مانع منه، و هذا نفس ذاك، انتهى و هو جيد.

و نقل أيضاً أنه قال في المبسوط: إذا ساقاه على أن أجره الأجراء الذين يعملون و يستعان بهم من الثمره، فالعقد فاسد، لأن المساقاه موضوعه على أن من رب المال المال، و من العامل العمل، فإذا شرط أن يكون أجره الأجراء من الثمره كان على رب المال المال، و العمل معاً، و هذا لا يجوز، ثم رده بأن الأقوى الجواز إذا بقى للعامل عمل لما بيناه، انتهى.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن ظاهر إطلاق كلام العلامه هو ترتب الصحه على بقاء شيء من العمل -اللازم للعامل- أعم من أن يكون مما يترتب عليه الزيادة في الثمره أو لا بأن يكون كمجرد الحفظ لها، و الذي صرح به في المسالك هو ما

قدمناه من أنه لا- بد من أن يكون مما يحصل به الزيادة في الثمره، و لا- يكفى ما فيه مجرد الحفظ، قال: و لو بقى للعامل ما لا يحصل به مستراد الثمره كالحفظ لم تصح، أيضا، لمنافاه وضع المساقاه، كما لو ساقاه و قد بقى من العمل ذلك.

نعم لو جعلنا ذلك بلفظ الإجاره مع ضبط المده صح، انتهى.

و ظاهر ابن فهد في المهذب الاكتفاء بمجرد العمل، كالحفظ و التشميس و الكيس في الظروف و نحو ذلك، و ظاهره جواز المساقاه بمجرد بقاء هذه الأعمال، و الأظهر الأول، فإنه هو المستفاد من الأدله، و غيره لا دليل عليه و الله العالم.

الثانى [في صحه اشتراط العامل أن يعمل غلام المالك معه]:

قالوا: لو شرط العامل أن يعمل غلام المالك معه جاز، أما لو شرط أن يعمل الغلام لخاص مال العامل ففيه تردد، و الأشبه الجواز.

أقول: هنا مقامان: أحدهما- أن يشترط العامل على المالك عمل غلامه معه في مال المساقات، و ظاهر الأصحاب هو الجواز من غير ظهور مخالف، و انما المخالف فيه بعض العامه، مستندا الى أن يد العبد كيد مالكه، و عمله كعمله، فكما لا يصح اشتراط عمل المالك فكذلك غلامه المملوك له، و لانه مخالف لوضع المساقاه، و هو أن يكون من المالك المال، و من العامل العمل.

و أجيب عن ذلك أولا- بأن عمل غلام المالك مال له، فهو ضم مال الى مال، كما أنه يجوز في القراض أن يدفع الى العامل بهيمه يحمل عليها، و الفرق بين الغلام و سيده ظاهر، فان عمل العبد يجوز أن يكون تابعا لعمل العامل، و لا يجوز أن يكون عمل المالك تابعا له، لانه هو الأصل و يجوز في التابع مالا يجوز في المنفرد.

و ثانيا منع حكم الأصل لما عرفت آنفا من جواز أن يشترط العامل على المالك أكثر العمل، فإذا جاز ذلك بالنسبه إلى المالك فمملوكه أولى بالجواز.

و ثانيهما- أن يكون الشرط في عمل الغلام العمل في ملك العامل خاصة،

بأن يكون الأرض للعامل بخصوصه لا في مال المساقاه، كما هو المفروض أولاً، و ظاهر المحقق و العلامه وقوع الخلاف هنا من أصحابنا، لتردد المحقق في الشرائع في ذلك، و ان رجح الجواز، و كذا العلامه، الا أن شيخنا الشهيد الثاني في المسالك نبه هنا على أن الخلاف في هذا المقام انما هو من الشافعي، و ظاهره أنه لا خلاف بين أصحابنا في الجواز، حيث قال: و المعروف أن المانع من ذلك الشافعي، لكن المصنف (رحمه الله) و العلامه ذكرا المسئله على وجه يشعر بالخلاف عندنا، و قد تكرر هذا منهما في مواضع كثيره.

أقول: و فيه تأييد لما قدمناه من أن أصل هذه التفرعات كلها أو جلها انما هي من العامه، حيث أنه ليس لقدماء أصحابنا أثر في ذلك، ثم ان الشيخ تبعهم في ذلك، و اقتفى أثره من تأخر عنه، و وجه الجواز عند أصحابنا أنه وجه سائغ لا مانع من اشتراطه، و لأنه إذا جاز أن يعمل في المشترك بينه و بين مولاة كما في الفرض الأول، فلان يجوز في المختص بطريق أولى.

و وجه المنع أنه شرط عملاً في مقابله عمله، فصار في قوه اشتراط جميع العمل على المالك، و أجابوا عنه بأن فساده ظاهر.

أقول: و يمكن أن يقال: بناء على تعليلاتهم في أمثال هذا المجال بأنه لا يصح ذلك لو فرض أن عمل الغلام أكثر أو مساو لعمل العامل في مال المساقاه لأنه يلزم كون الحصه التي يأخذها العامل بغير عوض، لان عمل العامل قد وقع في مقابله عمل الغلام في أرضه، فلم يبق له عمل يستحق به الحصه، و يصير عقد المساقاه بلا عوض من جانب العامل، فيلزم بطلانه، و ربما أمكن الجواب بأنه لا- مانع من جعل عمل الغلام و ان كثر في مقابله بعض عمل العامل و ان قل، و تصير الحصه في مقابله البعض الباقي، و يؤيده الأدله العامه من وجوب الإيفاء بالعقود و الشروط.

و كيف كان فالركون في أمثال هذه الفروع الى هذه التعليلات لا يخفى ما فيه كما أسلفنا التنبيه عليه في غير مقام مما تقدم، و الله العالم.

الثالث [اشتراط العامل على المالك أجره الأجراء]

-المشهور بينهم أنه لو شرط العامل على المالك أجره الأجراء بأن يستأجر للعمل لأجره، ويدفع الأجره من الثمره على وجه يبقى له من العمل ما يحصل به الزيادة فى الثمره، كما تقدم فلا بأس، وقد تقدم فى الموضوع الأول نقل خلاف الشيخ فى هذه المسئله، وقد عرفت ضعفه.

و لو شرط العامل على المالك بأن يستأجر على جميع العمل بحيث لا يبقى له الا استعمال الاجراء و القيام عليهم، و السمسره، قال فى المسالك: فى صحه هذا الشرط وجهان: أحدهما الجواز، لان ذلك عمل تدعو الحاجه إليه، فإن المالك قد لا يهتدى إلى الدهقنه و استعمال الاجراء، و لا يجد من يباشر الأعمال و يأتينه فتدعوه الحاجه أن يساقى من العرق ذلك لينوب عنه فى الاستعمال.

و ثانيهما المنع للشك فى أن مثل ذلك يسمى عملا من أعمال المساقاه الذى هو شرط فى صحتها، فان المتبادر من أعمالها خلاف ذلك، و العقود انما تكون بتوقيف الشارع، خصوصا فى هذا العقد الذى هو على خلاف الأصل، انتهى.

أقول: لا يخفى ضعف الوجه الأول من الوجهين المذكورين، فالعمل على الثانى. و الله العالم.

المقام الخامس فى الفائدة

اشاره

-و الكلام فى هذا المقام يقع فى موارد:

الأول [فى اشتراط أن يكون للعامل جزء مشاع من الحاصل]

-الظاهر أنه لا -خلاف فى أنه يشترط أن يكون للعامل جزء مشاع من الحاصل ليكون مساقاه كما مر فى تعريفها، فهنا شيان: أحدهما -الحصه، و الثانى -كونها شائعه فى مجموع الحاصل، فلو لم تكن شايعه بل كانت معينه كان ذلك اجاره، و ان وقع العقد بلفظ المساقاه لصحه ارتكاب التجوز فى هذا الإطلاق و لو لم تكن حصه بالكليه كان العقد باطلا و كذا يبطل لو شرط أحدهما الانفراد بالفائده و فساد هذا الشرط متفرع على اشتراط التشريك، بمعنى أنه لما كان من شرط المساقاه أن تكون الفائده شائعه فى الحاصل فلو شرطها أحدهما

و انفرد بها و ميزها عن الحاصل في نخيل مفردة أو أشجار معينه،خرج ذلك عن وضع المساقاه،و ما بنيت عليه،فيبطل العقد حينئذ،لكن يختلف الحكم في ذلك بين العامل و المالك،فإنه ان كان شرط الفائده على الوجه المذكور وقع للعامل بطل العقد كما عرفت،و متى بطل لزم أن يكون الثمره كلها للمالك،و للعامل أجره المثل حينئذ، كما يأتي بيانه-ان شاء الله-من أن كل موضع حكم بالبطلان فللعامل أجره المثل،و الوجه فيه أن العامل انما دخل في العمل للحصه المعينه له،و حيث لم تسلم له هنا لظهور بطلان العقد، و جب الرجوع الى أجره المثل.

و ان كان الشرط المذكور للمالك فالأقوى عندهم أنه لا أجره له لدخوله في العمل على وجه التبرع،و المتبرع لا أجره له و لا حصه، كما تقدم نظيره في القراض.

و ربما احتمل ضعيفا استحقاق الأجره لأن المساقاه يقتضى العوض في الجملة، فلا يسقط بالرضا بدونه،و كذا يبطل لو شرط لنفسه شيئا معيناً،و ما زاد بينهما، و كذا لو قدر لنفسه أرطالا أو ثمره،نخلات معينه.

أقول:و هذا كله مما يتفرع على اشتراط الشيوخ في الحصه،و الاشتراك المتفق عليه نصا و فتوى في عقد المساقاه،فإن جميع هذه الصور خارجه عن ذلك،و يؤكد البطلان زياده على ما عرفت أنه إذا اتفق عدم حصول شيء من الحاصل الا ذلك المقدار المعين فلا يكون للآخر شيء بالكلية.

الثانى [في جواز أن يفرد كل نوع بحصه]

قالوا:يجوز أن يفرد كل نوع بحصه مخالفه للحصه من النوع الأخر إذا كان العامل عالما بمقدار كل نوع،لان الغرض ثبوت حصه معلومه كيف كان و لو لم يعلم مقدار أحد الأنواع لم يصح،لجهاله الحصه،فإن المشروط فيه أقل الجزئين،قد يكون أكثر الجزئين،فيحصل الغرر،و كذا صرح به في المسالك.

أقول:ظاهر المحقق الأردبيلي(رحمه الله)المناقشه في هذا المقام،

حيث قال بعد ذكر عبارته المصنفة في هذا المقام: إذا كان في البستان الذي ساقاه عليه أنواع مختلفه من الثمره و اشترط الثلث من أحدهما، والنصف من الآخر مثلا صح المساقاه، بشرط علم العامل بمقدار كل نوع من تلك الأنواع، و مفهوم الكلام يدل على عدم الصحه لو لم يعلم وجهه للجهاله، و كذا مفهومه الصحه لو لم يكن الحصه مختلفه، بل إذا ساقاه على ذلك البستان بالنصف مثلا صح مطلقا، سواء علم مقدار الأنواع أم لا، و هو مشكل فإن الجهاله واقعه، فلو كانت مانعه من الصحه لمنعت هنا أيضا، و كونه مفهوما من الكلام غير واضح، فلا يبعد عدم الصحه بناء على اعتبار العلم و عدم الجهاله، فتأمل، انتهى و هو جيد.

و كيف كان فالمسئله لخلوها عن النص لا- يخلو الحكم فيها من الاشكال، كغيرها من الفروع التي أكثرها فيها المقال و الأقوال، فإن غايه ما يستفاد من نصوص المساقاه هو الحصه من حاصل ما اشتمل عليه البستان، نوعا واحدا كان أو أنواعا عديده، علم كل منها على تقدير التعدد أم لم يعلم.

و أما صحه المساقاه مع تعدد الحصه بتعدد الأنواع سواء كانت الأنواع معلومه أو مجهوله فلا- دليل عليه، و رجوعه بنوع من الاعتبار في بعض الموارد إلى الأول لا يكفي في الحكم بالصحه، إذ لعل ثمة مانعا لم نهتد اليه، سيما مع عدم الدليل عليه.

و ملخص ذلك الرجوع في صحه العقود و بطلانها الى التوقيف، و الله العالم.

الثالث [لو شرط مع الحصه من النماء حصه من الأصل الثابت]

قالوا: لو شرط مع الحصه من النماء حصه من الأصل الثابت احتمل الصحه، لعموم الأمر بالوفاء بالعقود،

و

المؤمنون عند شروطهم (١).

و ان ذلك يجرى مجرى اشتراط شيء غيره من ذهب أو فضه، و هو جائز، و ان ذكروا البطلان نظرا الى أن مقتضى المساقاه جعل الحصه من الفائده و أن الحصه من الأصول تدخل في ملكه بالشرط المذكور، فلا يكون

ص: ٣٧١

العمل المبذول في مقابله الحصة واقعا في ملك المالك، ولا واجبا بالعقد، إذ لا يعقل أن يشترط عليه العمل في ملك نفسه.

و الى هذا الوجه مال في المسالك فقال: والقول بالمنع أوجه، وتردد المحقق في الشرائع بعد أن حكم بعدم الصحة، واستشكل في القواعد مع جزمه بالمنع في الإرشاد.

أقول: والظاهر هو المنع لما ذكر، وزيادة ما قدمناه في سابق هذا المورد.

الرابع [في جواز اشتراط رب الأرض على العامل شيئا]

قالوا: يجوز أن يشترط رب الأرض على العامل شيئا من ذهب أو فضة، ويجب الوفاء به، إلا أن ذلك مكروه، وعللوا الحكم الأول بعموم ما دل على الوفاء بالعقود والشروط وأنه مع ذلك غير مناف لمقتضى العقد، لأن الثمرة مشتركة بينهما، وهذا شرط زائد، وأما الحكم الثاني فلم أقف لهم فيه على مستند سوى ظهور اتفاقهم عليه.

قال في المسالك: وأما كراهته فهو المشهور بين الأصحاب لا نعلم خلافا في ذلك، ثم نقل عن العامه أنهم أطبقوا على منع هذا الشرط، وأبطلوا به المساقاة، هذا مع سلامه الثمرة وعدم تلفها، فلو تلفت أجمع أو لم تخرج ذلك العام بالكلية، فإن ظاهرهم الحكم بسقوط الشرط المذكور، إذ لو لا الحكم بسقوطه لكان اللازم أكل مال بالباطل، فإن العامل قد عمل ولم يحصل له عوض في مقابله عمله، فكيف يحكم عليه بوجوب الوفاء بالشرط المذكور، فإنه ضرر منفي بالآية و الرواية (1)، وإيجاب استحقاقه بالشرط إنما وقع بناء على سلامه الحاصل وأخذة الحصة، على أن ما حكموا به من الصحة في أصل المسئلة غير خال من الاشكال سيما في صورته زياده ما شرط من الذهب أو الفضة على مقدار الحصة، أو المساواه لاستلزام ذلك لذهاب عمله بغير عوض، وهو خارج عن أفعال العقلاء ومعاملاتهم

ص: ٣٧٢

بل ربما أدى ذلك الى الحكم بعدم الرشد، و لعله الى هذا نظر العامه فحرموا ذلك، و أبطلوا به العقد كما تقدم ذكره.

نعم لو كان هناك غرض صحيح يمكن ترتب هذا العمل عليه يتم ما ذكر، و بالجمله فإن عندى فى أصل الحكم المذكور أعنى صحه هذا الشرط اشكالا لعدم النص الواضح عليه، و ان احتمال ذلك بناء على ما ذكره من العمومات، الا أنه لخروجه عما هو المعلوم من طريقه أرباب العقول و معاملاتهم المحتمل للسفاهه محل إشكال، أما لو كان هذا الشرط من العامل على المالك مضافا الى الحصه المعينه، فالظاهر أنه لا اشكال فيه، و به صرح الأصحاب أيضا.

و الظاهر أنه لا كراهه فيه أيضا، و بطريق الاولى فى ارتفاع الاشكال لو ذهبت الثمره أو لم تخرج، فإنه بعد العمل و التعب و ذهاب حصته المقرره له لا وجه لسقوط هذا الشرط فى حقه، بل الاولى و الأظهر فى المعقول و المنقول هو دفعه اليه جبرا لما فاته من ذهاب حصته، و عوضا عن خدمته.

و ربما قيل: بمساواته للأول و هو خيال ضعيف و توهم سخيّف لما عرفت من الفرق بين الحالين، و البون بين الصورتين، ثم انه بالنسبه إلى الصوره الاولى لو كان التالف البعض خاصه، فالمختار عندهم عدم سقوط شىء من الشروط، لأصالة العدم، و لان المعبر حصول عوض العمل، و لا اعتبار بكثرتة و قلتة، و من ثم لا يسقط من شروط العمل شىء، بتلف بعض الثمره أو أكثرها.

و نقل عن العلامة فى التذكرة أنه قال: يكره أن يشترط أحدهما لنفسه شيئا من ذهب أو فضه، و ان شرط ذلك و جب الوفاء به مع السلامه، و فيه على إطلاقه بحث يعلم مما قدمناه، ثم الظاهر أن ما ذكره من الذهب و الفضه إنما خرج مخرج التمثيل فى المقام كما لا يخفى على ذوى الأفهام و الله العالم.

الخامس [بطلان المساقاه لو ساقاه بالنصف ان سقى بالنواضح و بالثلث ان سقى بالسيح]

قال المحقق فى الشرائع: و لو ساقاه بالنصف ان سقى بالنواضح و بالثلث ان سقى بالسيح بطلت المساقاه، لأن الحصه لم تتعين و فيه تردد.

قال فى المسالك: وجه البطلان واضح، لان العمل مجهول، و النصيب مجهول، فهو مثل بعتك بدينار مؤجلا و بنصفه حالا، و يحتمل صحه ذلك لتعيين الحصه على التقديرين، كما تصح الإجاره إذا قال: ان خطته روميا فلك كذا، و ان خطته فارسيا فلك كذا، و من ذلك يظهر منشأ التردد، و الأقوى البطلان، و مسئله الإجاره ان ثبتت فهي خارجه بدليل خارج، انتهى.

أقول: ما فرضه المحقق (رحمه الله) هنا فى المسئله أظهر مما فرضه العلامه فى الإرشاد، حيث قال: «و لو شرط فيما سقت السماء النصف، و فيما سقى بالناضح الثلث، أو شرط مع الحصه جزء من الأصل بطل» انتهى.

فان وجه البطلان على هذا الفرض غير ظاهر، الا من حيث الجهل بكل من النوعين، كما تقدم فى المورد الثانى، فمع العلم بكل منهما فى الجملة يصح.

و بالجملة فإن هذا الفرض من أفراد تلك المسئله فلا يكون الحكم كلياً، كما هو ظاهر الأصحاب، و به يظهر أن ما فرضه فى الشرائع و نحوه فرض المسئله فى القواعد أيضاً أظهر.

بقى الكلام فى التردد المذكور فى الفرض الأول، فإنه لا يبعد أن يقال بالصحه، قوله-ان العمل مجهول، و النصيب مجهول-قلنا: ان أريد الجهل من كل وجه فهو ممنوع، لانه على كل من التقديرين معلوم، و الاختيار إليه فى قبول أى العاملين أراد، و ان أريد فى الجملة أمكن أن يقال: انه غير مانع، لان بناء هذه المعامله انما وقع أيضاً مع المجهوليه فى الحصه كما صرحوا به، فالجهل فى الجملة غير ضائر، و قد تقدم نظيره فى مسئله البيع بثمن مال معجلاً بأزيد منه مؤجلاً و ان كان المشهور بينهم البطلان ثمه، الا أن الروايه الصحيحه دلت على الصحه، و ان كان فيها اشكال من وجه آخر كما تقدم تحقيقه فى المسئله المذكوره.

و بالجملة فالمسئله لخلوها من النص الواضح غير خاليه من التردد، و الاشكال

و ان كان الأقرب هو الصحة،لما ذكرناه،و يؤيده أيضا ما ذكره من صحة الإجاره فى أمثال الخياطه،و الله العالم.

الفصل الثانى فى الأحكام:

إشاره

و فيه مسائل

الأولى [لزوم أجره المثل للعامل فى كل موضع يحكم فيه بفساد المساقاه]

-المشهور فى كلامهم أن كل موضع يحكم بفساد المساقاه فيه للعامل أجره المثل،و للمالك جميع الثمره،أما الثانى فلأنها نماء ملكه،و لم يحصل ما يوجب نقلها أو نقل شىء منها،لظهور فساد العقد الموجب لانتقال الحصه إلى العامل،و أما الأول فلأنه لم يتبرع بعمله،و انما دخل فيه بناء على الحصه المشترطه له،و الحصه لم تسلم له لفساد العقد،فلا بد لعمله من عوض و أجره،فوجب الرجوع الى أجره المثل،الا أنه ينبغى تقييده بأمرين:أحد هما-أن يكون جاهلا بالفساد،إذ لو كان عالما به و مع هذا أقدم على العمل كان متبرعا بعمله،و المتبرع لا شىء له شرعا،و ثانيهما أن لا يكون الفساد باشتراط المالك جميع الثمره له،لأنه مع فرض ذلك قد دخل على أن لا شىء له من الثمره،و ان كان جاهلا يكون ذلك مفسدا للعقد.

و بالجملة فإنه على الفرضين المذكورين قد أقدم على العمل عالما بأنه لا يستحق أجره و لا حصه،ثم ان ما ذكرناه من وجوب أجره المثل فى صورته الجهل بالفساد و عدم الفساد باشتراط المالك الثمره لنفسه،هو الظاهر من كلام جل الأصحاب كما أشرنا إليه آنفا.

و ظاهر شيخنا الشهيد الثانى أن الواجب أقل الأمرين من الحصه المشترطه و أجره المثل،قال بعد الكلام فى المسئله:ينبغى على ما قررناه أن يثبت للعامل أقل الأمرين من الحصه المشترطه،و أجره المثل،لأن الأقل ان كان هو الأجره فظاهر،لان فساد العقد أسقط الحصه،فيرجع الى الأجره،و ان كان الأقل هو الحصه فالعامل أقدم على أن لا يكون له سواها فى مقابله عمله،حتى لو كانت فى مقابله عشر العمل،لكان مسقطا للزائد،فيكون متبرعا بالزائد على هذا التقدير،

كما يتبرع على تقدير اشتراط جميع الثمره للمالك،و على تقدير علمه بالفساد.

ثم قال:و يمكن أن يجاب بالفرق بين الموضوعين فإنه على هذا التقدير لم يقدم على التبرع بعمله أصلا،بل كما يحتمل أن يكون الحصة قاصره عن مقابله العمل،يحتمل مساواتها له و زيادتها عليه أضعافا مضاعفه،فهو قادم على عمل محتمل للزيادة و النقصان،فليس متبرعا به مطلقا و ان احتمل قصوره فى بعض الأحوال،بخلاف العالم و شرط جميع الحصة للمالك،فإنه قادم فى ابتداء الأمر على التبرع المحض على كل تقدير.

و هذا الفرق لا- بأس به،و ان كان ما اقتضاه البحث متوجها أيضا،و أكثر الأصحاب أطلقوا وجوب أجره المثل مع الفساد،و فيه تردد،انتهى.

أقول:لقائل أن يقول فى تأييد القول المشهور و بيان أنه صحيح عار عن القصور:أن الحصة انما وجبت و تعينت بحيث لا يجوز الزيادة عليها و لا- النقصان من حيث اشتراطها فى العقد،و لما بطل العقد بطل التعلق بها و الرجوع إليها،و ان كان المالك قد رضى بها فى العقد على تقدير صحته،و صار الحكم مبنيا على قاعده أخرى من كونه عملا موجبا للأجره،و أن الداخلى فيه انما دخل بذلك،و لكن لم تسلم له لظهور استحقاقها أو فسادها فلا بد لعمله من أجره،و رضى العامل بتلك الحصة على تقدير صحه العقد لا مدخل له هنا،لان تلك المعامله قد بطلت، و رجعنا الى مسئله أخرى كما ذكرناه،و هذا حق أو جبه له الشارع،بناء على الغرض المذكور،و رضاه بأقل منه لو كان فى تلك المال لا يوجب الحكم عليه به هنا،الا أن يتجدد منه رضا آخر بذلك.

و قد تقدم نظير ذلك فى المزارعه فى مسئله ما لو اختلفا فى المزارعه أو العاريه،بأن ادعى المالك المزارعه و ادعى العامل العاريه،و الله العالم.

الثانيه [فى استيجار المالك أجيرا للعمل بجزء من الثمره]

-قالوا:إذا استأجر المالك أجيرا للعمل بجزء من الثمره،فإن كان قبل ظهورها بطلت الإجاره من غير خلاف،لما قرر عند هم من أن عوض

الإجاره يجب أن يكون موجودا معلوما كعوض المبيع، والحال أنه هنا ليس كذلك كما هو المفروض، وجواز ذلك في المساقاه، حيث أنهم قد اتفقوا على جواز العوض فيها مع الجهاله، وعدم الوجود خرج بالنص والإجماع، مؤيدا بمساس الحاجه الى ذلك، وان كان بعد ظهورها، فان كان بعد بدو صلاحها جاز بلا اشكال ولا خلاف، وان كان قبل بدو الصلاح فإنهم بنوا الحكم هنا فيها على جواز نقلها بالمبيع في هذه الحال، وقد تقدم الكلام في ذلك في الفصل الثامن في بيع الثمار من كتاب البيع (1) و ذكر الخلاف في جواز البيع مطلقا أو عدم الجواز إلا بأحد أمور ثلاثة ضم ضميمه إليها، أو شرط القطع، أو عامين فصاعدا، ومن ثم ان المحقق هنا اختار القول بالجواز بعد ظهورها، وقبل بدو صلاحها، بشرط القطع، حيث ان مذهبه في البيع ذلك، الا أن الواجب عليه كان أن يذكر الضميمه، مضافه الى القطع، والتخير بينهما كما هو مذهبه ثمه.

ولهذا اعترضه في المسالك بذلك ثم اعتذر عنه بما هو مذکور هناك، والعلامه في القواعد صرح بالجواز مطلقا، فقال: ولو استأجره على العمل بحصه منها أو بجمعها بعد ظهورها، والعلم بقدر العمل جاز، والا فلا.

و أنت خير بما في الحكم المذكور من الاشكال لعدم الدليل الواضح في هذا المجال، والحمل على البيع كما ذكره محض قياس لا يوافق أصول الشريعه، سيما مع ما قدمنا من الإشكال، في اشتراط القطع في مسئله البيع.

بقي هنا اشكال آخر أيضا في هذه الصوره على تقدير كون الأجره جزء من الحاصل، فإنه متى قيل بصحه الإجاره هنا بشرط القطع، والحال أن الثمره مشتركه بين العامل والمالك، فإن الشركه تمنع من التسلط على القطع، فيتعذر التسليم لتوقف جواز القطع على اذن الشريك، ومن ثم قيل: في هذه الصوره بعدم الصحه، وقيل: بالصحه و هو اختيار المحقق في الشرائع نظرا إلى إمكان

ص: ٣٧٧

القطع و التسليم بالاذن، كما فى كل مشترك و لو فرض امتناع الشريك من الاذن يمكن اذن الحاكم الشرعى، و الى هذا القول مال الشارح أيضا فحكم بأنه الأصح، أما لو كان الأجره مجموع الحاصل فإنه لا اشكال لاندفاع المحذور المذكور، و كذا لو اكتفى بالضميمه عن اشتراط القطع كما أشرنا إليه، فإنه يندفع ذلك أيضا، إلا أنك قد عرفت ما فيه من الاشكال.

و كيف كان فإنه يشترط تعيين العمل المستأجر عليه كما هو مقتضى قاعده الإجاره، و اليه يشير قوله فى القواعد «و العلم بقدر العمل» و الله العالم.

الثالثه [إذا قال: ساقيتك على هذا الحائط بالنصف على أن أساقيك على هذا الآخر بالثلث]

قال الشيخ فى المبسوط: إذا قال: ساقيتك على هذا الحائط بالنصف على أن أساقيك على هذا الآخر بالثلث بطلت، لأنهما بيعان فى بيعه، فإنه ما رضى أن يعطيه من هذا النصف الا أن يرضى منه بالثلث من الآخر، و هكذا فى البيع إذا قال: بعتك عبدى هذا بألف على أن تبيعنى عبدك بخمس مائة، فالكل باطل، لان قوله: على أن تبيعنى عبدك بخمس مائة، انما هو وعد من صاحب العبد بذلك، و هو بالخيار بين الوفاء به و بين الترك، فإذا لم يف به سقط، و هذا ما رضى أن يبيعه بألف الا أن يشتري منه العبد بخمس مائة، فقد نقصه من الثمن لأجله، فإذا بطل ذلك رددنا الى الثمن ما نقصناه لأجله، و ذلك المردود مجهول، و المجهول إذا أضيف إلى معلوم كان الكل مجهولا، فلهذا بطل و يفارق هذا إذا قال: ساقيتك على هذين الحائطين بالنصف من هذا، و الثلث من هذا، حيث يصح، لأنه صفقه واحده و عقد واحد، و ليس كذلك ههنا، لأنهما صفقتان فى صفقه، ألا ترى أنه لو قال: بعتك دارى هذه بألف على أن تبيعنى عبدك بمائة بطل الكل، و لو قال: بعتك دارى هذه و عبدى هذا معا بألف، الدار بستمائة و العبد بأربعمائة صح، و كان الفصل بينهما ما مضى، انتهى.

و رده جمله ممن تأخر عنه كالمحقق و العلامه و غيرهما ممن تأخر عنهما بما سيأتى ذكره.

و ابن الجنيد عكس الحكم الذى ذكره الشيخ فجوز ما منعه الشيخ، و منع ما جوزه، حيث قال: و لا اختار إيقاع المساقاه صفقه واحده على قطع متفرقه، بعضها أشق عملا من بعض، الا أن يعقد ذلك على واحده، و يشترط فى العقد على العقد الأخرى.

قال فى المختلف بعد نقل كلامى الشيخ و ابن الجنيد: و الوجه عندى جواز جميع هذه العقود فى البيع و المساقاه، و قد مضى البيع و بينا صحته، و الشيخ أيضا جوزه فى موضع من المبسوط، و هو الحق و لا جهاله هنا.

و قال فى المسالك بعد ذكر ملخص كلام الشيخ و كلام ابن الجنيد: و الأقوى صحه الجميع، و نمنع الجهاله التى ادعاها الشيخ، لعموم الأمر بالوفاء بالعقود، و ما يتضمنه من الشرط كالجزم منه، و وجوب الوفاء بالشرط، و لو فرض عدم الوفاء لا يقتضى ذلك رد الناقص من الثمن كما ادعاه، بل يسلط المشروط له على الفسخ، كما فى الإخلال بغيره من الشروط.

و أما ابن الجنيد (رحمه الله) فلم يذكر على ما ادعاه دليلا، و مقتضى الأصل جواز الأمرين، معا، انتهى و هو جيد.

و بالجملة فإن مقتضى الأصول و القواعد الشرعيه صحه العقد المذكور، مع ما شرط فيه كغيره من العقود المشروطه بشروط سائغه فيصح العقد و يجب الوفاء بالشرط بمعنى أنه يلزم ذلك لوقوعه فى عقد لازم، فلو لم يف بالشرط تسلط الأخر على الفسخ على أحد القولين، أو مع عدم إمكان جبره على القيام بالعقد و ما اشتمل عليه من الشرط كما هو القول الأول فيأثم على هذا القول بالإخلال بذلك كما تقدم تحقيقه فى كتاب البيع، و أولى منه بالجواز ما منعه ابن الجنيد و الله العالم.

الرابعه - لو كانت الأصول لمالكين فساقيا واحدا

إما بإيقاع العقد منهما معا أو من أحد هما أصاله و وكاله، فلا يخلو إما أن يكون الحصه المشترطه للعامل منهما سواء كالنصف أو الثلث كان يقول أحدهما: ساقيتك على هذه الأصول أصاله و وكاله

بنصف حاصلها و لا- إشكال في الصحة، سواء علم العامل بقدر حصه كل منهما أم لم يعلم، لأن حصته معلومه من الجميع، و الجميع معلوم له أيضا، فلا يضره الجهل بحصه كل منهما أو تكون متفاوتة، بأن شرط له أحدهما النصف، و الآخر الثلث فقال:

ساقيتك من نفسى و عن شريكى على هذه الأصول على أن لك من حصتى النصف و من حصه شريكى الثلث، فلا بد في صحة العقد من علم العامل بحصه كل واحد، لئلا يتجهل حصته لأنه بمنزله عقدين فلو ساقاه و الحال هذه بطلت المساقاه، و رجعت الثمره إلى المالكين، و كان للعامل أجره المثل كما تقدم ذكره.

قال في المسالك بعد البحث في المقام: و لا فرق على تقدير العلم بحق كل واحد بين الاثنين و الزائد عليهما، فلو كان بستانا واحدا بين ثلاثة بالسويه فساقوا عليه واحدا يعلم بقدر النصيب على أن له من نصيب واحد النصف، و من نصيب الثانى الربع، و من نصيب الثالث الثمن، صح، و تصح مسألتهم من أربعة و عشرين مخرج السهام في عدد الشركاء، لكل واحد منهم ثمانيه، فللعامل من حصه الأول أربع، و من الثانى اثنان، و من الثالث واحد، و الباقي لهم على التفاوت المقرر، و لو كانت البستان لسته ملاك بالسويه و ساقوا عليه على أن له من نصيب واحد النصف، و من نصيب الثانى الربع، و من الثالث الثمن، و من الرابع الثلثين و من الخامس الثلث، و من السادس السدس، صح و تصح مسألتهم من مائه و أربعة و أربعين لكل واحد منهم أربعة و عشرون فيأخذ العامل ممن شرط له النصف اثنتى عشر، و من الثانى ستة، و من الثالث ثلاثه، و من الرابع ستة عشر، و من الخامس ثمانيه، و من السادس أربعة، فيجتمع له تسعه و أربعون، و للمالك خمس و سبعون يتفاوتون فيها على ما تقرر، و طريق بلوغها ذلك أن مخارج الثلاثه الأولى متداخله يكفى فيها مخرج الثمن و مخارج الثلاثه الأخيره متداخله يكفى فيها مخرج السدس، فتبقى ستة و ثمانون، و بينهما موافقه بالنصف تضرب نصف أحدهما في الآخر ثم تضرب المرتفع، و هو أربعة و عشرون في عدد الشركاء، و قس على

هذا ما شئت من فروض المسئلة ذكرنا منها هذا القدر للتدرب، انتهى.

الخامسة - إذا هرب العامل بعد العمل، وقبل إتمامه

قالوا: انه لا يصح للمالك الفسخ بمجرد ذلك، لان المساقاه من العقود اللازمه لا تنفسخ بمجرد هرب العامل و لا يتسلط المالك على فسخها فيستصحب اللزوم حتى يثبت الفسخ كما لو امتنع عن العمل مع حضوره، بل للمالك أن يطلبه و يجبره على العمل فان أبى مع حضوره أو تعذر طلبه مع هربه فان حصل من يقوم بالعمل تبرعا و لو كان المالك بنفسه، و الرفع الأمر إلى الحاكم فيطلبه و يجبره، فان تعذر أخذ من ماله و استأجر عنه، لإتمام العمل، لانه مستحق عليه، فان لم يكن له مال يستأجر بالدين عليه الى وقت الحاصل أو يستأجر من بيت المال قرضا عليه، و لو تعذر جميع ذلك اما لعدم الحاكم، أو لعدم من يعمل له أو لعدم بسط يده، أو لعدم إمكان إثبات الحق عنده، تخير المالك بين فسخ المساقاه دفعا للضرر، و بين إبقائها.

أقول: حيث كان الحكم المذكور غير منصوص لا- بالعموم و لا- بخصوص فللمناقشه فيما ذكره مجال، و للقاتل فيه مقال، فإنه يمكن أن يتطرق اليه الاحتمال بأن يقال: لو كان العقد يقتضى كون العمل من العامل خاصه أو أنه لا يوجب العمل المشترك من غيره، فينبغى جواز الفسخ للمالك، للزوم الحرج و الضرر لو لم يجز له ذلك، و ان وجد باذل متبرع أو حاكم يعين من يقوم بالعمل فهو ظاهر بل يمكن القول بجواز الفسخ له مع الإطلاق أيضا، خصوصا مع عدم الباذل، و ما ذكره من التكاليف بالرجوع الى الحاكم و ما أوجبه على الحاكم كله منفي بالأصل و يؤيده أن حقه ثابت في ذمه العامل، فله أن لا يقبل من غيره، و لا يجب عليه تحصيله من غيره و ان أمكنه، و لأن الحصة انما جعلت له بشرط العمل فإذا امتنع عنه سقط حقه كما قالوا في البيع من أن لأحد المتبايعين الامتناع من حق الآخر على تقدير امتناع ذلك الآخر، و كذا الإجاره.

و يعضده أيضا أن شرط العمل هنا ليس بأقل من الشروط المذكوره في

العقود، و هم قد صرحوا بأن فائده الشرط على تقدير عدم الإتيان به ممن شرط عليه تسلط الآخر على الفسخ.

و بالجمله فإن ما ذكره من الحكم الذى قدمنا نقله عنهم لا يخلو من شوب الاشكال لما عرفت، ثم انهم قالوا فى صورته تخير المالك بين الفسخ و إبقاء العقد مع تعذر العمل -على الوجه المتقدم تفصيله فى كلامهم-: انه ان فسخ المالك صارت الثمره له، و عليه أجره المثل لذلك العمل الذى عمله العامل قبل هربه، لانه عمل محترم صدر باذن المالك فى مقابله عوض، و قد فات العوض بالفسخ، فيجب قيمته و هو المراد من أجره المثل.

لكن انما يفسخ إذا كان ذلك قبل ظهور الثمره، أو بعده إذا لم يمكن بيعها أو بعضها للإتفاق على العمل ان لم يف به، و الا باعها أو بعضها ان أمكن الاجتزاء به، و الا فسخ لزوال الضرر، و لو لم يوجد راغب فى البعض مع الاكتفاء به فى العمل باع الجميع، و حفظ الباقي للعامل، و ان لم يفسخ -و اختار البقاء على العقد و الحال على ما عرفت فقد اختلف كلامهم هنا، فقيل: ان له أن يستأجر على بقيه العمل، و يشهد على ذلك، و يرجع به على العامل، و لو لم يشهد لم يرجع سواء أمكنه الاشهاد أم لم يمكن، لأن الإشهاد شرط فى جواز الرجوع، كإذن الحاكم فينتفى بدونه.

و ظاهر المحقق الأردبيلي أنه يرجع أيضا فى صورته تعذر الاشهاد دفعا للضرر، و للزوم العقد، و حمل الإطلاق فى كلام من قال بهذا القول على التقييد بالإمكان، و المحقق فى الشرائع قد جزم هنا بأنه لو لم يشهد لم يرجع، و تردد فى الرجوع مع الاشهاد، فقال: و لو لم يفسخ و تعذر الوصول الى الحاكم كان له أن يشهد انه استأجر عنه، و يرجع عليه على تردد، و لو لم يشهد لم يرجع.

قال فى المسالك: فى توجيه التردد: من لزوم الضرر بدون ذلك، و هو منفى بالآيه و الروايه، و من أصاله عدم التسلط على مال الغير، و ثبوت شىء فى ذمته بغير أمره أو من يقوم مقامه.

أقول: يمكن الجواب بأن الضرر انما نشأ من اختياره عدم الفسخ، و الا فإنه يمكنه إسقاطه بالفسخ، لتسلطه على ذلك.

وقيل: انه يرجع مع تعذر الاشهاد لا مع إمكانه، كما فى اذن الحاكم دفعا للخرج و الضرر، و هذا القول لا أعرف له وجها ظاهرا و قيل: انه يرجع مع الإنفاق بنيه الرجوع مطلقا أشهد له أم لم يشهد، و اليه مال فى المسالك، قال:

و هو الأقوى إذ لا مدخل لشهادة الشاهدين فى التسلط على مال الغير و إثبات شىء فى ذمته، و لا ولايه لهما على العامل، و انما فائدتهما التمكن من إثبات الحق، و هو أمر آخر و المقتضى لعدم الرجوع هو نيه التبرع أو عدم نيه الرجوع، و لأصاله عدم الاشتراط، فعلى هذا يثبت حقه فى ذمته فى ما بينه و بين الله تعالى، و يحتمل قويا قبول قوله بيمينه، لأن الأصل أن الإنسان لا يتبرع بعمل يحصل به غرامه عن الغير، انتهى.

و هو جيد بالنسبه إلى تعليقات باقى الأقوال المذكوره هنا، لكن قد عرفت ما فى المسئله من الاشكال لعدم الدليل الواضح القاطع لماده القيل و القال، مع ما قدمنا ذكره من الاحتمال، ثم انه على أى من هذه الأقوال متى تحقق الرجوع على العامل فإنه إن أمكن الأخذ منه، و الا أخذ من الحصه التى له، فان زادت على ذلك رد عليه، و ان نقصت كان الباقي دينا عليه يتبع به، و الله العالم.

السادسه [فى دعوى المالك أن العامل خان أو سرق أو أتلف]:

قيل: إذا ادعى المالك أن العامل خان أو سرق أو أتلف أو فرط فتلّف و أنكر فالقول قوله مع يمينه، و بتقدير ثبوت الخيانه هل يرفع يده أو يستأجر من يكون معه من أصل الثمره، الوجه أن يده لا ترفع عن حصته من الربح، و للمالك رفع يده عما عداه، و لو ضم المالك إليه أمينا كانت أجرته على المالك خاصه.

أقول: الكلام هنا يقع فى مواضع ثلاثه: أحدها- أن ما ذكره من أن القول

قول العامل بيمينه هو مقتضى القواعد الشرعيه، لأنه فى الحقيقه بالنسبه إلى حصه المالك أمين، كعامل القراض، والأصل عدم ما ادعاه المالك، فيكون القول قول المنكر بيمينه.

قال العلامة فى التذكرة انما تسمع دعوى المالك فى ذلك كله إذا حرر الدعوى و بين قدر ما خان فحيثئذ يقبل قول العامل بيمينه ان لم يكن بينه، و اعترضه فى المسالك بأن هذا الكلام منه بناء على أن الدعوى المجهوله لا تسمع، مع أن مذهبه فى باب القضاء سماع الدعوى المجهوله.

ثم قال: فلو قلنا بسماعها كما هو الأقوى كفى فى توجه الدعوى مجرد دعوى أحد هذه الأمور من غير احتياج الى بيان القدر، و هذه قاعده بابها أليق، فلا وجه لتخصيص البحث فيها بهذه الدعوى، انتهى.

و ثانيها ما ذكره من الوجه الجامع بين عدم رفع يده بالكليه، و بين تصرفه فى الجميع، كالحال الأولى فإنه جيد، و مرجعه الى تصرفه فى حصته خاصه، و لكن لما كانت الحصه شائعه و مشتركه و التصرف فيها مستلزم للتصرف فى مال المالك، فإنه يضم إليها المالك أميناً من جهته، و كان الوجه فى رفع يده بالكليه، هو ما ذكرنا من أن إثبات يده على حصه يستدعى إثباتها على حصه المالك من حيث الاشتراك، و عدم التمييز، و إثبات يده على حصه المالك غير جائز، بل الواجب رفع يده عنها، و لا يتم ذلك الا برفع يده عن حصته، و ما لا يتم الواجب الا به فهو واجب، فيجب عليه رفع يده عن حصته من باب مقدمه الواجب.

و رد مع - ظهور مخالفته للقواعد الشرعيه

و

«أن الناس مسلطون على أموالهم» (١). - بأن اللازم منه ترجيح أحد الحقين بلا - مرجح، و أنه يمكن دفع ذلك بضم المالك للعامل أميناً من جهته.

و ثالثها ما ذكره من أن أجره النائب على المالك خاصه، و الوجه فيه ظاهر،

ص: ٣٨٤

لأنه قائم مقامه فى حفظ ماله، و عمله لمصلحته.

و خالف فى بعض العامه فجعلها على العامل، لأن مؤنه الحفظ عليه، و فىه أن العامل انما يجب عليه العمل، و هو باذل له، و خيانتة لا ترفع ذلك، و لا يجوز أن يجعل الأجره من الأصل، لأن فى ذلك حق العامل، فلا يصح بدون اذنه، و الله العالم.

السابعه [فى ظهور الأصول المساقى عليها مستحقه للغير]

-لا- خلاف فى أنه لو ظهرت الأصول المساقى عليها مستحقه للغير، بطلت المساقاه كما صرحوا به، الا أنه يجب تقييده بناء على قولهم بصحة العقد الفضولى بعدم اجازة المالك، لان الغاصب عندهم- داخل فى الفضولى كما قدمنا نقله عنهم فى كتاب البيع، (1) بل صرح به فى المسالك هنا أيضا(فقال: ان المساقى الغاصب- لا- يقصر عن كونه فضوليا، فينبغى تقييده بما إذا لم يجر المالك المساقاه، ثم اعترض على نفسه، فقال: لا- يقال: ان مثل ذلك لا- يتصور فيه اجازة المساقاه مع وقوع العمل له بغير عوض، فكيف ترضى بدفع العوض، و هو الحصة مع ثبوتها له مجانا، ثم أجاب بأن هذا الاستبعاد انما يتم لو كان الظهور بعد تمام العمل، و المسئلة مفروضه فى ما هو أعم، فيمكن أن يبقى من العمل ما يؤثر المستحق منه دفع الحصة فى مقابله الباقى، لأن الأغراض لا تنضب، انتهى و هو جيد لو قلنا بصحة الفضولى.

ثم انه مع الحكم ببطلان المساقاه فإن الثمره تكون لمستحق الأصل، لأنها نماء ملكه، و لم يحصل الانتقال منه لا فى الكل و لا فى البعض، و للعامل الأجره على من ساقاه، لانه استعمله بعوض لم يسلم له، فيجب عليه دفع أجره المثل، كما تقدم ذكره من أن كل موضع تبطل المساقاه فالواجب أجره المثل، و يجىء على القول الآخر أقل الأمرين كما تقدم أيضا.

هذا كله مع جهل العامل كما هو مقتضى عنوان المسئلة و سياق الكلام،

ص: ٣٨٥

و الا- فلو كان عالما بالغصب لم يرجع على المساقى بشىء، ولو هلك الثمره كمالا- أو سرقت فلا شىء للعامل و الفرق بين هلاكها و سرقتها و بين استحقاق الغير لها الموجب لاجره المثل أن ظهور استحقاقها موجب لبطلان العقد و بطلان العقد موجب لاجره المثل كما عرفت، و أما فى صورته هلاكها و سرقتها فان العقد صحيح، و العامل شريك المالك بالحصه المقرره له، فإذا تلف ذلك كان على الجميع.

و لو كان ظهور استحقاق الأصول بعد ظهور الثمره فبهىنا صورتان: الاولى- أن يكون الثمره باقيه، و لا إشكال فى وجوب ردها على المالك كما تقدم، الثانيه:- أن يتلف الثمره بعد اقتسامها بين المساقى و العامل، فقيل: بأنه يرجع المالك على كل منهما بما قبضه و أتلفه، و هو المنقول عن الشيخ فى المبسوط، و قيل: بأن له مع ذلك الرجوع بالجميع على الغاصب، فيتخير بين الأمرين، و هو اختيار المحقق فى الشرائع، و قيل: له مع ذلك الرجوع على العامل بالجميع، فيتخير بين الأمور الثلاثه، و هو اختياره فى المسالك، و هذا هو الموافق لقواعدهم فى الغصب، من أن كل من وقع يده على المغصوب و تصرف فيه فللمالك الرجوع عليه.

قال فى الشرائع: و لو اقتسما الثمره، و تلف كان للمالك الرجوع على الغاصب بدرك الجميع، و يرجع الغاصب على العامل بما حصل له، و للعامل على الغاصب أجره عمله، أو يرجع على كل واحد منهما بما حصل له، و قيل: له الرجوع على العامل بالجميع ان شاء، لان يده عاريه و الأول أشبهه، الا أن يكون العامل عالما به.

و قال فى المختلف: إذا ظهر النخل مستحقا بعد أن اقتسما الثمره و أتلفها رجع المالك على العامل بنصف الثمره، لا جميعها، قاله الشيخ فى المبسوط، لانه ما قبض الثمره كلها، و انما كان مراعىا لها حافظا نائبا عن الغاصب، فعلى هذا لو تلفت كلها بغير تفريط فلا- ضمان عليه، و الأقرب أن عليه الضمان فى الموضوعين للجميع و يرجع على الغاصب، لانه غار، انتهى و هو ظاهر فى اختياره جواز الرجوع على

العامل بالجميع كما اختاره فى المسالك.

إذا عرفت ذلك فحجه القول الأول اشتغال ذمه كل منهما بمال المالك، فيرجع على كل منهما بما أتلّفه، و عدم رجوعه بالجميع على العامل لما علّله به فى المختلف، و أما حجه القول الثانى فبالنسبه إلى الرجوع عليهما ما عرفت، و أما الرجوع على الغاصب بالجميع، فلأنه الأصل فى تلف الجميع من حيث تصرفه بالأخذ منه، و إعطاء العامل منه، و أما عدم رجوعه بالجميع على العامل فلما عرفت من التعليل المذكور فى المختلف.

و حجه القول الثالث ما تقدمت الإشارة إليه، و سيأتى بيانه -ان شاء الله تعالى- فى كتاب الغصب و ملخصه تخير المالك فى الرجوع على كل منهما بالجميع و بالبعض، لأن كلا- منهما ضامن لجميع الثمره، بوضع يده عليها، و قوله فى تعليل نفى ضمان الجميع عن العامل أنه انما كان راعيا حافظا نائبا عن الغاصب لا يمنع كون يده على الثمره، و ان كان بطريق النيايه، و السبب الموجب للضمان هو ذلك.

و على هذا فان رجع المالك على الغاصب بالجميع رجع الغاصب على العامل بالحصه التى قبضها و أتلّفها، لعدم استحقاقه لها بعد ظهور فساد العقد، و رجع العامل على الغاصب بأجره المثل مع جهله، و ان رجع بالجميع على العامل رجع العامل على الغاصب بما استهلكه من الثمره، و بأجره مثله مع جهله، و مع علمه لا يرجع بالأجره، و انما يرجع بحصه الغاصب خاصه، و لو رجع على كل منهما بما قبضه، فليس لأحدهما الرجوع على الآخر بشىء من الثمره، نعم يرجع العامل على الغاصب بأجره المثل مع الجهل كما عرفت.

بقى هنا صورتان آخران أيضا: هو أن يتلف الجميع فى يد العامل، أو يتلف الجميع فى يد الغاصب، قالوا فى الاولى: انه لا ريب فى رجوعه على العامل بحصه، و كذا يرجع عليه بحصه الغاصب، لانه و ان كان يده عليها يد أمانه بالنظر الى ظاهر الأمر أو لا حيث أنه أمين من جهه المساقى، الا أنه بعد ظهور

الغضب فإنه يرجع على الغاصب بما أخذه من المالك، لانه غيره، فيرجع عليه، لغروره له، و في الثانيه يترتب على كون يد الغاصب يد أمانه أو يد ضمان؟ فيترتب على كل منهما مقتضاه كما سيأتي -إنشاء الله- تحقيقه في كتاب الغصب.

الثامن- الخراج في الأرض الخراجيه

و هي المفتوحه عنوه على المالك لأنه بمنزله الأجره، بل هو أجره الأرض مع خلوها عن الشجر، وقد يوضع على الشجر المغروس فيها بواسطه الأرض، لأن حق المسلمين انما هو في الأرض لا في الشجر، حيث انه مال المالك الذي غرسه، الا أن يكون فيها وقت الفتح، فإنه للمسلمين أيضا، و بالجمله فإن الأرض و الأشجار لما كانت ملكا للمالك فجميع ما عليها و ما يحتاجان اليه يلحق بالمالك، و منه الخراج، الا- أن يشترط على العامل، أو يشترط كونه بينهما معا، و حينئذ فلا بد من علمهما بقدره، ليصح اشتراطه في العقد اللازم، و لا يتجهل لجهل العوض، و لو زاد السلطان بعد ذلك فهو على المالك، و لا يدخل في الشرط كما تقدم نظيره في المزارعه.

التاسع [ليس للعامل أن يساقى غيره]

-قالوا: ليس للعامل أن يساقى غيره، أما إذا شرط في متن العقد العمل على العامل بنفسه فظاهر، لوجوب الوفاء بالشرط، و بطلان المشروط بالإخلال بالشرط، و أما مع الإطلاق بأن يكون العمل في الذمه فإنهم عللوا المنع بأن المساقاه انما تصح على أصل مملوك للمساقى و العامل لا- يملك الأ-صول و انما يملك الحصة من الثمره بعد ظهورها، كما تقدم في تعريفها، و ظهر من أحكامها.

و توضيحه أن في المساقاه تسليطا على أصول الغير، و عملها و الناس يختلفون في ذلك اختلافا زائدا، فليس لمن رضى المالك بعمله و أمانته أن يولى من لم يرضه المالك لذلك، و هذا بخلاف المزارعه كما تقدم ذكره في المطلب الأول من أنها لما كانت من العقود اللازمه الموجهه لنقل المنفعه إلى العامل بالحصه المعينه كان للعامل نقلها الى غيره، لعموم

«الناس مسلطون على أموالهم» (1). و لا يتوقف ذلك

ص: ٣٨٨

١-١) البحار ج ٢ ص ٢٧٢.

على اذن المالك، إذ لا حق له في المنفعة.

نعم تسليم الأرض يتوقف على اذنه الا أن هذا انما يتم فيما إذا كان البذر من العامل، أما لو كان من صاحب الأرض فالأصل أن لا يتسلط عليه الا مالكة، أو من أذن له و هو الزارع.

و ظاهر المحقق الأردبيلي جواز مساقاه الغير هنا، لعموم الأدله، و عدم المانع إذا فهم الاذن من المالك، فإنه لا فرق بينها و بين المزارعه.

و يظهر من المسالك الجواز فيما لو ظهرت الثمره، و بقى بسببها عمل يحصل بسببه الزيادة فيها، فان المساقات حينئذ جائزه، و العامل يصير شريكاً، الى آخر كلامه.

و كيف كان فالمسئله عندى محل توقف و اشكال، لخلوها من النص القاطع لماده القيل و القال، و قد تقدم فى مسئله جواز مزارعه الزارع لغيره ما هو من هذا القبيل و الله الهادى إلى سواء السبيل.

العاشره [فى القول بوجوب الزكاه على من كان البذر منه]

اشاره

-لا خلاف بينهم فى أن الفائده تملك بالظهور، و أسنده فى التذكرة إلى علمائنا، مؤذنا بدعوى الإجماع عليه، و فى المسالك لا نعلم فيه خلافاً، و الخلاف فيه من بعض العامه، حيث جعل ملك العامل موقوفاً على القسمه.

و الوجه فى القول المشهور-زياده على الإجماع المذكور-أن العقد قد اقتضى كون الثمره بينهما، لاشرط ذلك فيه، و صحه العقد و الشرط تقتضى ثبوت مقتضاهما، كغيره من الشروط الصحيحه، فمتى تحققت و ظهرت دخلت فى ملكها، و يتفرع على ذلك وجوب الزكاه على من بلغ نصيبه منها نصاب الزكاه، لتحقق شرط وجوب الزكاه، و هو ملك الثمره قبل تحقق الوجوب و نموها فى ملكه.

و نقل الخلاف هنا عن السيد بن زهره، فإنه أوجب الزكاه على من كان منه البذر، مستندا الى أن الحصه كالأجره، قال-على ما نقله عنه فى المختلف:-

لا زكاه على العامل، لأنه أخذ حصته أجره.

أقول: وبذلك قال أيضا في المزارعه، حيث قال: كل من كان البذر منه وجبت الزكاه عليه دون الآخر، لأن ما يأخذه كالأجره.

وقال ابن إدريس في كتاب المزارعه من كتاب السرائر: فأما الزكاه فإن بلغ نصيب كل واحد منهم ما يجب فيه الزكاه وجب عليه، لأنه شريك مالك، سواء كان البذر منه أو لم يكن، وليس ما يأخذه المزارع الذي منه العمل دون البذر أجره، ولا كالأجره.

وقال بعض أصحابنا المتأخرين في تصنيف له: كل من كان البذر منه وجب عليه الزكاه، ولا تجب الزكاه على من لا يكون البذر منه، قال: لأن ما يأخذه كالأجره، والقائل بهذا القول العلوى أبو المكارم بن زهره الحلبي، شاهدته ورأيتة و كاتبتة و كاتبتني، و عرفتة ما ذكره في تصنيفه من الخطأ، فاعتذره بأعذار غير واضحه، و أبان بها أنه ثقل الرد عليه، و لعمري ان الحق ثقيل كله، و من جملته معاذيره و معارضاته لى فى جوابه أن المزارع مثل الغاصب للحب، إذا زرعه، فإن الزكاه تجب على رب الحب، دون الغاصب، و هذا من أقبح المعارضات و أعجب الشبهات، و انما كانت مشورتى عليه أن يطالع تصنيفه و ينظر فى المسئله و يغيرها قبل موته، لئلا يستدرك عليه مستدرك بعد موته، فيكون هو المستدرك على نفسه، فعلت ذلك فى علم الله شفقته و ستره عليه و نصيحه له، لأن هذا خلاف مذهب أهل البيت (عليهم السلام)، و شيخنا (رحمه الله عليه) قد حقق المسئله فى مواضع عدده (عديده) من كتبه، و قال: الثمره و الزرع نماء على ملكهما، فيجب على كل واحد منهما الزكاه إذا بلغ نصيبه مقدار ما يجب فيه ذلك، و انما السيد أبو المكارم نظر الى ما ذكره شيخنا من مذهب أبى حنيفه فى مبسوطه، فظن أنه مذهبنا، فنقله فى كتابه على غير بصيره و لا تحقيق، و عرفتة أن ذلك مذهب أبى حنيفه ذكره شيخنا أبو جعفر فى مبسوطه، لما شرح أحكام المزارعه، ثم عقب بمذهبنا

و أومأت إلى المواضع التي حققها شيخنا في كتاب القراض و غيره فما رجع و ما غيرها في كتبه، و مات (رحمه الله) و هو على ما قاله نسئل الله له بالغفران و حشره مع آباءه في الجنان، انتهى. كلامه.

و قال العلامة في المختلف بعد نقل ملخص هذا الكلام عن ابن إدريس:

و قول ابن إدريس و ان كان جيدا مستفادا من الشيخ أبي جعفر الا أن قول ابن زهره ليس بذلك البعد من الصواب.

أقول: الظاهر أن الحامل لشيخنا العلامة (رحمه الله عليه) لنفى البعد عن هذا القول انما هو التحامل على ابن إدريس، و الا فهو في البعد من الصواب أظهر من أن يخفى على سائر ذوى الألباب.

قال شيخنا الشهيد الثاني في المسالك- بعد نقل القول المذكور و نعم ما قال:-

و ضعفه ظاهر، لأن الحصة قد ملكت هنا بعقد المعاوضه، في 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 أجره المالك الأرض بالزرع كذلك، لوجب الزكاه على مالك الأجره، كما لو اشترى الزرع كذلك.

نعم لو كان يذهب الى أن الحصة لا يملكها من لا بذر له بالظهور، بل بعد بدو صلاحها و نحوه أمكن ترتب الحكم عليه، لكنه خلاف إجماع الأصحاب، و مع ذلك لا يتم تعليقه بالأجره، بل بتأخر ملكه عن الوجوب، ثم نقل كلام ابن إدريس، و أنه كاتبه الى حلب، و نبهه على فساد قوله و لم يقبل، و أنه مات على ما قاله، ثم نقل كلام العلامة في المختلف، و أن هذا القول ليس بذلك البعد من الصواب، ثم قال: و هو خلاف الظاهر، و الظاهر أن الحامل له على ذلك كثره تشيع ابن إدريس عليه، انتهى.

تذنيب [في بطلان المغارسة و الحكم المترتب عليه] :

أجمع أصحابنا على بطلان المغارسة، و به قال أكثر العامة أيضا و هي عبارة عن أن يدفع أحد أرضا إلى غيره ليغرسها على أن يكون الغرس بينهما معا، و مستند الأصحاب في البطلان هو عدم ورود نص بجوازها، لأن المعاوضات موقوفة على اذن الشارع، و حيث لم يرد فيها كغيرها من العقود المشهورة اذن، لا جرم و جب الحكم ببطلانها.

و تنظر فيه المحقق الأردبيلي (رحمه الله عليه) و تبعه الفاضل الخراساني في الكفاية، بأنه يمكن استفادة ذلك من بعض العمومات، فإنه لو لا الإجماع المدعى لأمكن القول بصحة ذلك، قالوا: و لا فرق بين أن يكون المغروس من مالك الأرض، أو من العامل، و لا بين أن يشترط العامل جزء من الأرض مع حصه من الغرس، و عدمه، و حيث ثبت بطلان المعاملة المذكورة، فالغرس لصاحبه، الا- أنه ان كان صاحبه هو صاحب الأرض، فعليه للعامل أجره مثل عمله، لأنه لم يعمل مجانا بل بحصه لم تسلم له، و ان كان صاحبه هو العامل، فعليه لصاحب الأرض أجره المثل، عوضا عن مده شغله لها، و لصاحب الأرض قلعه، لبطلان المعاملة، و أنه غير مستحق للبقاء فيها، لكن بالأرض حيث أنه صدر عن اذنه، فليس بعرق ظالم، و ظاهر كلامهم أنه لا فرق في ذلك بين العالم بالبطلان، و الجاهل به.

و أنت خبير بأنه لا يبعد الفرق بين الحالين و تخصيص الحكم المذكور بحال الجهل، و أما مع العلم فإنه لا أجره للعامل فيما إذا كان الغرس لصاحب الأرض، و لا لصاحب الأرض فيما إذا كان الغرس للعامل، و لا أرش لصاحب الغرس مع علمه، لأن الأول مع علمه ببطلان العقد و أنه لا يستحق الحصه في مقابله عمله يكون متبرعا بالعمل حينئذ، و مقتضى تعليل وجوب الأجره بأنه انما عمل لأجل الحصه و لم

تسلم له فوجب له الأجره لا يجرى إلا فى صوره الجهل، كما هو ظاهر.

و الثانى قد أذن للعامل فى التصرف فى أرضه بالحصه مع علمه بعدم استحقاقها، فىكون فى معنى الاذن بغير عوض، فكيف يستحق عليه أجره و الحال هذه.

و الثالث فمن حيث ظلمه بالغرس مع علمه بعدم استحقاقه، و فى هذا نظر، فإنه إنما غرس بالاذن كما هو المفروض أولاً فعرقه ليس بظالم، فىكون مستحقاً للأرش.

بقى الكلام فى المعنى المراد من الأرش هنا، قال فى المسالك: و المراد بالأرش هنا تفاوت ما بين قيمته فى حالته، على الوضع الذى هو عليه، و هو كونه حال غرسه باقياً بأجره، أو مستحقاً للقلع بالأرش، و كونه مقلوعاً لأن ذلك هو المعقول من أرش النقصان، لا تفاوت ما بين قيمته قائماً مطلقاً، أو مقلوعاً، إذ لا حق له فى القيام كذلك ليقوم بتلك الحاله، و لا تفاوت ما بين كونه قائماً بأجره و مقلوعاً لما ذكرنا، فإن استحقاقه للقلع بالأرش من جملة أوصافه، و لا تفاوت ما بين كونه قائماً مستحقاً للقلع، و مقلوعاً لتخلف بعض أوصافه أيضاً كما بيناه، و لا بين كونه قائماً مستحقاً للقلع بالأرش و مقلوعاً لتخلف وصف القيام بأجره.

و هذه الوجوه المنفيه ذهب الى كل منها بعض، و اختار الثانى منها الشيخ على (رحمه الله عليه) و الأخير فخر الدين فيما ينسب اليه، و الآخران ذكرهما من لا يعتد بقوله، ثم قال: و يجب على العامل مع ذلك أرش الأرض لو نقصت به، و طم الحفر، خصوصاً لو قلعه بغير أمر المالك، و قلع العروق المتخلفه عن المقلوع.

تبيين:

الأول:

قال فى المسالك: لو كان الغرس من مالك الأرض لكن الغارس ركب فيه نوعاً آخر كما فى شجر التوت و نحوه، فالمركب للغارس ان كان أصله

ملكه، و كذا نماؤه مده بقائه، و عليه مع أجره الأرض أجره أصول الغرس أيضا، و للمالك ازاله المركب مع الأرض كما مر، انتهى.

الثانى:

قالوا: لو بذل صاحب الأرض للغرس قيمه الغرس ليكون الغرس له، بأن يبيعه إياه لم يجب عليه القبول، و كذا لو دفع الغارس أجره الأرض ليبقى غرسه فيها لم يجب عليه القبول، و الوجه فى الموضعين واضح، لأنها معاوضه و صحتها موقوفه على التراضى من الطرفين، و الله العالم.

ص: ٣٩٤

و تحقيق الكلام فى هذا الكتاب يقتضى بسطه فى بحوث ثلاثه:

البحث الأول [فى أحكام الوديعه]

[مشروعيه الوديعه بالأدله الأربعة]

-الوديعه ثابتة بالكتاب و السنه و الإجماع، قال الله تعالى «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا» (١)، و قال تعالى «فَلْيُؤَدِّ الَّذِينَ أُؤْتِمِنَ أَمَانَتَهُمْ وَ لِيَتَّقِيَ اللَّهُ رَبَّهُ» (٢).

و أما السنه فالأخبار بذلك مستفيضه تكاد تبلغ حد التواتر المعنوى،

فروى فى الكافى و التهذيب عن الحسين الشيبانى (٣) عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال:

«قلت له: ان رجلا من مواليك يستحل مال بنى أميه و دمائهم و انه وقع لهم عنده وديعه، فقال: أدوا الأمانات إلى أهلها و ان كانوا مجوسيا، فان ذلك لا يكون حتى يقوم قائمنا (عليه السلام) فيحل و يحرم.

أقول: الظاهر أنه لا منافاه بين استحلال أموالهم و دمائهم و بين وجوب أداء الأمانه لهم لما سيظهر لك من تكاثر الاخبار بوجوب أدائها، و ان كان من يحل ماله، كما يشير اليه التمثيل بالمجوس.

ص: ٣٩٥

١-١) سورة النساء-الايه ٥٨.

٢-٢) سورة البقره-الايه ٢٨٢.

٣-٣) الكافى ج ٥ ص ١٣٢ ح ٢، التهذيب ج ٦ ص ٣٥١ ح ١١٤ الوسائل ج ١٣ ص ٢٢٢ ح ٥.

و يحتمل حمل الخبر على عمومه من تحريم أموالهم و دمائهم، و يكون حينئذ خارجا مخرج التقيه كما يشير اليه آخر الخبر، و يمكن حمل آخر الخبر بناء على المعنى الأول على أنه يجب أداء الأمانه لهم فى ذلك الوقت، و أنه يتغير هذا الحكم بعد ظهوره (عليه السلام) و لا يخلو عن شىء.

و روى فى الكافى عن محمد بن مسلم (١) عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال:

« قال أمير المؤمنين (عليه السلام) أدوا الأمانات و لو الى قاتل ولد الأنبياء (عليهم السلام) ».

و روى فى الكافى و التهذيب عن عمر بن أبى حفص (٢) قال:

« سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول: اتقوا الله و عليكم بأداء الأمانه، الى من ائتمنكم فلو أن قاتل على بن أبى طالب (عليه السلام) ائتمنى على أمانه لا ديتها اليه.

و عن عمار بن مروان (٣) قال:

« قال أبو عبد الله (عليه السلام) فى وصيه له:

اعلم أن ضارب على (عليه السلام) بالسيف و قاتله لو ائتمنى على سيف و استنصحنى أو استشارنى ثم قبلت ذلك منه لأدبت إليه الامانه».

و عن محمد بن القاسم بن الفضيل (٤) قال:

« سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن رجل استودع رجلا من مواليك مالا له قيمه، و الرجل الذى عليه المال رجل من العرب يقدر على أن لا يعطيه شيئا، و لا يقدر له على شىء و الرجل الذى استودعه رجل خبيث خارجى فلم ادع شيئا، فقال لى: قل له: رده عليه، فإنه ائتمنه عليه بأمانه الله عز و جل».

و روى فى الكافى عن عبد الرحمن بن سيابه (٥) قال:

لما أن هلك أبى سيابه جاء رجل من إخوانه إلى ف ضرب الباب على فخرجت اليه فعزاني و قال لى: هل ترك أبوك شيئا، فقلت له: لا فدفع الى كيسا فيه ألف درهم و قال:

ص: ٣٩٦

١- ١) الكافى ج ٥ ص ١٣٣ ح ٣ الوسائل ج ١٣ ص ٢٢٣ ح ٦.

٢- ٢) الكافى ج ٥ ص ١٣٣ ح ٤، التهذيب ج ٦ ص ٣٥١ ح ١١٥، الوسائل ج ١٣ ص ٢٢١ ح ٢.

٣- ٣) الكافى ج ٥ ص ١٣٣ ح ٥، التهذيب ج ٦ ص ٣٥١ ح ١١٦، الوسائل ج ١٣ ص ٢٢٣ ح ٨.

٤-٤) الكافي ج ٥ ص ١٣٣ ح ٨، التهذيب ج ٦ ص ٣٥١ ح ١١٧، الوسائل ج ١٣ ص ٢٢٣ ح ٩.

٥-٥) الكافي ج ٥ ص ١٣٤ ح ٩، الوسائل ج ١٣ ص ٢١٩ ح ٦.

أحسن حفظها و كل فضلها، فدخلت إلى أمي و أنا فرح فأخبرتها فلما كان بالعشى أتيت صديقا كان لأبي فاشترى لي بضائع سابري و جلست في حانوت فرزق الله فيها خيرا كثيرا، فحضر الحج فوقع في قلبي فجئت إلى أمي و قلت لها: قد وقع في قلبي أن أخرج إلى مكة؟ فقالت لي: فرد دراهم فلان عليه، فهياتها و جئت بها إليه فدفعتها إليه فكأنني و هبتها إليه، فقال، لعلك استقللتها فأزيدك، قلت:

لا و لكن وقع في قلبي الحج فأحببت أن يكون شيئك عندك، ثم خرجت فقضيت نسكي ثم رجعت إلى المدينة، فدخلت مع الناس على أبي عبد الله (عليه السلام) و كان يأذن إذنا عاما فجلست في مواخير الناس، و كنت حدثا فأخذ الناس يسئلونه و يجيبهم فلما خف الناس عنه أشار إلى فدنوت إليه فقال لي: أ لك حاجه؟ فقلت له: جعلت فداك أنا عبد الرحمن بن السيابه فقال لي: ما فعل أبوك قلت:

هلك، فتوجع و ترحم، قال: ثم قال لي: فترك شيئا؟ قلت: لا قال: فمن أين حججت؟ قال: فابتدأت فحدثته بقصه الرجل، قال: فما تركني أفرغ منها حتى قال لي: فما فعلت في الألف قال: قلت: رددتها على صاحبها، قال لي: قد أحسنت و قال لي: إلا أوصيك؟ قلت: بلى جعلت فداك، فقال: عليك بصدق الحديث و أداء الأمانه، تشرك الناس في أموالهم هكذا، و جمع بين أصابعه قال: فحفظت ذلك عنه فزكيت ثلاثمأه ألف درهم». إلى غير ذلك من الاخبار الجاربه في هذا المضمار.

و أما الإجماع فقد نقله جملة من الأصحاب منهم العلامة في التذكرة قال:

و قد أجمع المسلمون كاهه على جوازها، و تواترت الاخبار بذلك.

أقول: و يؤكد ذلك دلاله العقل و النقل على قضاء حاجه المؤمن و إدخال السرور عليه مع عدم المانع، كما لو لم يثق من نفسه بالحفظ لبعض الأسباب المتوقف عليها ذلك، قال في التذكرة- بعد أن صرح بالاستحباب كما ذكرنا:-

و لو لم يكن هناك غيره فالأقوى أنه يجب عليه القبول، لانه من المصالح العامه.

و بالجملة فإن القبول واجب على الكفايه، ثم استثنى ما إذا تضمن بالقبول

ضررا فى نفسه أو ماله أو على أحد من إخوانه المؤمنين و لا- بأس به ،و قال فى التذكرة أيضا:الوديعة مشتقة من ودع يدع:إذا استقر و سكن،أو من قولهم يدع كذا أى يتركه،و الوديعة متروكة مستقره عند المستودع،وقيل:إنها مشتقة من الدعة،و هى الخفض و الراحة،يقال:ودع الرجل:فهو وديع و و ادع، لأنها فى دعه عند المودع،لا تتبدل و لا تتبدل و لا تستعمل،و الوديعة يطلق فى العرف على المال الموضوع عند الغير ليحفظه،و الجمع الودائع،و استودعته الوديعة أى استحفظته إياها،و عن الكسائى أو دعتة كذا:إذا دفعت إليه الوديعة فقبلها، و أو دعتة كذا:إذا دفع إليك الوديعة فقبلتها،و هو من الأضداد و المشهور فى الاستعمال المعنى الأول،انتهى.

أقول:قال فى كتاب المصباح المنير:و الوديعة:هو فعلية بمعنى مفعوله، و أودعت زيدا مالا،دفعته إليه ليكون عنده وديعه،و جمعها ودائع،و اشتقاقها من الدعة و هى الراحة،أو أخذته منه وديعه،فيكون الفعل من الأضداد،لكن الفعل فى الدفع أشهر،و استودعته مالا،دفعته له وديعه يحفظه،و قد ودع زيد بضم الدال و فتحها و داعه بالفتح،و الاسم الدعة و هى الراحة،و خفض العيش و الهاء عوض من الواو،انتهى.

و قد عرفها بعض الفقهاء بأنها الاستنابة فى الحفظ،و عرفها فى التذكرة بأنها عقد يفيد الاستنابة فى الحفظ،و هو أظهر قال:و هى جائزه من الطرفين بالإجماع،و لكل منها فسحة،و لا بد فيها من إيجاب و قبول،فالإيجاب كل لفظ دل على الاستنابة بأى عبارة كان،و لا ينحصر فى لغة دون أخرى،و لا فى عبارة دون أخرى،و لا يفتقر الى التصريح،بل يكفى التلويح و الإشارة،و القبول قد يكون بالقول،و هو كل لفظ يدل على الرضا بالنيابة فى الحفظ،بأى عبارة كان،و قد يكون بالفعل،و هل الوديعة عقد برأسه؟أو اذن مجرد،الأقرب الأول،انتهى.

و بنحو ذلك صرح جملة ممن تأخر عنه منهم شيخنا الشهيد الثاني في المسالك، حيث قال: مقتضى كونه عقدا تركيبه من الإيجاب و القبول بالقولين، و مقتضى جوازه عدم انحصاره في عبارته، بل يكفي كل لفظ دل عليه، و لا يعتبر فيه التصريح، بل يكفي التلويح و الإشارة المفهمه لمعناه اختيارا، ثم قال بعد قول المصنف (رحمه الله عليه): و يكفي الفعل الدال على القبول، أطلق المصنف و جماعه أنه يكفي القبول الفعلي مع اعترافهم بكونه عقدا نظرا الى أن الغايه منه انما هو الرضا بالاستنابه، و ربما كان الفعل فيه أقوى من القبول، باعتبار التزامه و دخوله في ضمانه لو قصر، بخلاف القبول القولي، فإنه و ان لزمه ذلك شرعا الا أنه ليس صريحا في الالتزام من حيث أنه عقد جائز، فإذا فسخه و لم يكن قبضه لم يظهر أثره و اليد توجب الحفظ الى أن يرده الى مالكه، لعموم

«على اليد ما أخذت حتى تؤدي» (١). و هذا حسن، الا- أن فيه بعض الخروج عن حقيقه العقد، و من ثم ذهب بعض العلماء إلى أنها اذن مجرد، لا عقد، و فرع عليه عدم اعتبار القبول القولي، و آخرون الى أن الإيجاب ان كان بلفظ أو دعتك و شبهه مما هو على صيغ العقود و جب القبول لفظا، و ان قال احفظه و نحوه لم يفتقر الى القبول اللفظي، كالوكاله، و هو كلام موجه.

أقول: لا- يخفى أن ما طولوا به الكلام في هذا المقام من أنه لا بد من عقد يشتمل على الإيجاب و القبول و الخلاف في القبول بكونه قوليا أو فعليا، و كذا الخلاف بكونه عقدا أو إذنا كله تطويل بغير طائل، إذ لا- يظهر له عند التأمل و التحقيق ثمره و لا حاصل، و الأمر في ذلك معروف بين جملة الناس من عالم و جاهل، فإنه لا خلاف و لا إشكال في أن من قصد غيره بمال ليودعه عنده، و جرى بينهما من الكلام ما يدل على الرضا بذلك، من الطرفين بحيث لا يتوهم كونه هديه و لا عطيه و لا بيعا، و لا نحو ذلك ترتب عليه أحكام الوديعه شرعا، سواء

ص: ٣٩٩

سمى ذلك عقداً أو إذناً أو غير ذلك، ولا فرق أيضاً في ذلك بين أن يكون الدال على المراد من ذلك لفظاً أو فعلاً إذا اقترن بما يدل على المراد.

و بالجمله فالظاهر أنه يكفي ما يدل على الاستنابه و قبولها مطلقاً، و أنها مجرد الاذن في النيابة، و أنه ما لم يقبض أو يقبل بما يفيد القبول لم يدخل في الضمان و الا فإنه يلزم الضمان، و ليس في النصوص زياده على ما ذكرنا عين و لا أثر و كيف كان فتحقيق الكلام في المقام يقع في مواضع

الأول [في الصور الخمسه المتصوره في طرح الوديعه عنده]

-إذا طرح الوديعه عنده فتهيئنا صور:

الاولى- أن يطرحها عنده و لا يحصل منه ما يدل على الاستنابه في الحفظ، و لم يحصل من الآخر ما يدل على القبول، و لا إشكال في عدم ثبوت الوديعه، و لا في عدم وجوب الحفظ.

الثانيه- الصوره بحالها و لكن حصل القبول القولي من الآخر، و حكمها كسابقها، فإنه بمجرد الطرح ما لم يضم الى ذلك كونه وديعه، لا يستلزم وجوب الحفظ، و لا الضمان.

الثالثه- الصوره الأولى بحالها، و لكن قبضه الآخر و لا ريب أنه لا يصير وديعه، و لكن يجب حفظه، و يضمه لخبر

«على اليد ما أخذت حتى تؤدي» (١).

الرابعه- أن يطرحه و يضم الى ذلك ما يدل على قصد الإيداع، و يحصل القبول من الآخر قولاً أو فعلاً، و لا ريب في ثبوت كونه وديعه، فيجب الحفظ، و يضم مع التفريط.

الخامسه- الصوره بحالها و لكن لم يحصل من الآخر ما يدل على القبول لا قولاً و لا فعلاً، و لا ريب في أنها لا تصير وديعه، و لا يجب عليه حفظها حتى لو ذهب و تركها لم يضم، الا أنهم صرحوا بأنه لو كان ذهابه بعد أن غاب المالك فإنه يأثم لوجوب الحفظ عليه من باب المعاونه على البر، و اعانه المحتاج، فيكون

ص: ٤٠٠

من باب الواجبات الكفائية، وفيه ما فيه.

ثم انه بالنسبة إلى الصورة الرابعة المشتملة على تحقق الوديعه لو ذهب المستودع بعد طرح الوديعه و المالك حاضر، فإنه جزم في التذكرة بأن ذلك رد الوديعه، ولو كان المالك غائبا ضمن.

قال في المسالك: ويشكل تحقق الرد بمجرد الذهاب عنها، مع حضور المالك، لأصالة بقاء العقد، و كون الذهاب أعم منه ما لم ينضم إليه قرائن تدل عليه، و هو جيد من حيث التعليل الثاني.

أما الأول أعنى الاستناد إلى أصالة العقد فهو ضعيف، لما أشرنا إليه آنفا من أنه لا عقد هنا.

و أما الثاني فإنه جيد، لأنه لما ثبت كونه وديعه كما هو المفروض فالأصل البقاء على حكمها حتى يثبت ما يوجب فسخها، و ذهب المستودع لا يدل عليه، لأنه أعم من ذلك، و العام لا يدل على الخاص، إذا عرفت فاعلم أن ظاهر الفاضل الخراساني في الكفاية المناقشه في الصورة الثانية و الثالثة مدعيا حصول الوديعه بمجرد الطرح، فان ظاهر وضع المال عنده أن غرض المالك الاستتابة في الحفظ و ان لم يقل لفظا يدل عليه، و الظاهر أنه لا يعتبر في إيجاب الوديعه لفظ، بل يكفي ما يدل على الرضا مطلقا، فلا حاجة الى انضمام أمر آخر يدل على الاستتابة في حفظه.

أقول: لا- ريب أن مجرد الطرح أعم مما ذكره، و العام لا دلالة له على الخاص نعم ان انضم الى ذلك قرينه حاله أو مقالیه تفهم قصد الوديعه فالأمر كذلك و نحن لا نوجب لفظا مخصوصا و لا فعلا مخصوصا، و لكن لا بد من شيء يفهم منه قصد الوديعه، و مجرد الطرح لا يفيد كما عرفت.

الثاني- لو أكره على قبض الوديعه

لم تصر وديعه، و لا يجب عليه حفظها و لا ضمانها، مع احتمال حفظها، كل ذلك لمكان الإكراه.

و استثنى شيخنا الشهيد الثانى (رحمه الله عليه) فى الروضه أن يكون المكره مضطرا إلى الإيداع، قال: فيجب عليه إعانته عليه كالسابق، و أشار به الى ما قدمنا ذكره فى الصورة الخامسة.

نعم لو وضع يده عليها بعد زوال الإكراه مختارا، فإنه يجب عليه حفظها، باليد الجديدة، لخبر

«على اليد ما أخذت» (١). لا- من حيث الإكراه، و هل تصير بذلك وديعه أم أمانه شرعية؟ قال فى المسالك: يحتمل الأول، لأن المالك كان قد أذن له، و استثنا به فى الحفظ، غايته أنه لم يتحقق معه الوديعة، لعدم القبول الاختيارى، و قد حصل الان، و المقاربه بين الإيجاب و القبول غير لازمه، و من إلغاء الشارع ما وقع سابقا فلا يترتب عليه أثر، و يشكل بأن إلغائه بالنظر الى القابض لا بالنظر الى المالك.

ثم قال: و يمكن الفرق بين وضع اليد اختيارا بنيه الاستيداع، و عدمه، و يضمن على الثانى، دون الأول، إعطاء لكل واحد حكمه الأصلى، انتهى.

أقول: و المسئله لخلوها من النص لا تخلو من الاشكال، و ان كان ما ذكره أخيرا من التفصيل لا يخلو من وجه، و الله العالم.

الثالث [وجوب حفظ الوديعة و عدم الدرك مع عدم التفريط]

إشاره

قال بعض المحققين: إذا استودع و جب عليه الحفظ، و لا يلزمه دركها لو تلفت من غير تفريط، أو أخذت منه قهرا نعم لو تمكن من الدفع و جب و لو لم يفعل ضمن، و لا يجب تحمل الضرر الكثير بالدفع، كالجرح و أخذ المال، و لو أنكرها فطوب باليمين ظلما جاز الحلف صوريا ما يخرج به عن الكذب، انتهى.

أقول: و تفصيل هذا الإجمال و بيان ما اشتمل عليه هذا المقال يقع فى موارد

أحدها [دليل وجوب الحفظ]

أن ما ذكره من وجوب الحفظ عليه متى استودع أى قبل الوديعة مما لا ريب فيه، و يدل عليه الاخبار المتقدمه الداله على وجوب أداء الأمانه،

ص: ٤٠٢

فإنه لو لا وجوب حفظها لم يجب أداؤها، و ذلك أنه متى رخص له فى إهمالها و عدم حفظها كيف يترتب عليه وجوب الأداء و يدل عليه أيضا ما يأتى -ان شاء الله- من الأخبار الداله على وجوب الضمان مع مخالفه أمر المالك فى الحفظ أو الرد، و وجوب الحفظ عليه ما دام مستودعا لا- مطلقا، لأن الوديعه من العقود الجائزه التى لهما فسخها متى أرادا، و الواجب حينئذ هو ردها أو حفظها، فيصدق وجوب الحفظ فى الجملة من حيث أنه أحد فردى الواجب المخير.

و اعلم أنه قد قسموا القبول الذى يتفرع عليه حكم الحفظ إلى أقسام، - فمنه ما يكون واجبا كما إذا كان المودع مضطرا الى الاستيداع، فإنه يجب على كل قادر على ذلك واثق من نفسه بالحفظ قبول ذلك منه كفايه، و لو انحصر فى واحد كان واجبا عليه عينا، و وجوب الحفظ على هذا واضح كفايه أو عينا، و قد يكون مستحبا كما فى الصورة المذكوره، الا أن المودع غير مضطر لما فيه من المعاونه على البر، و قضاء حوائج المؤمنين.

و قد يكون محرما كما إذا كان عاجزا عن الحفظ، أو غير واثق من نفسه بالأمانه لما فيه من تعريض مال الغير الى الذهاب، و التعرض للتفريط المحرم، و مثله ما لو تضمن القبول ضررا على المستودع فى نفسه أو ماله أو بعض المؤمنين، و بهذا التقسيم يظهر وجوب الحفظ و عدمه، و أما كيفية الحفظ فسيأتى الكلام فيه ان شاء الله تعالى.

و

ثانها [دليل عدم الدرك مع عدم التفريط]

- ما ذكره من أنه لا درك عليه مع عدم التفريط، فالظاهر أنه إجماعى نصا و فتوى، فمن الأخبار الداله على ذلك ما رواه

المشايخ الثلاثة عن الحلبي فى الصحيح أو الحسن (1) عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال:

«صاحب

ص: ٤٠٣

١- ١) الكافى ج ٥ ص ٢٣٨ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ١٧٩ ح ٣، الفقيه ج ٣ ص ١٩٣ ح ١، الوسائل ج ١٣ ص ٢٢٧ ح ٢.

الوديعة و البضاعة مؤتمنان».

و ما رواه

فى الكافى و التهذيب عن زراره (١) فى الصحيح أو الحسن قال:

« سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن وديعه الذهب و الفضه فقال: كل ما كان من وديعه و لم تكن مضمونه لا تلزم».

و المراد بقوله لم يكن مضمونه أى لم يشترط المستودع فيها الضمان لمن أودعه إياها، فإنه لا يلزمه، غرمها.

و عن إسحاق بن عمار (٢) فى الموثق قال:

«سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن رجل استودع رجلاً ألف درهم فضاعت فقال الرجل: كانت عندى وديعه، و قال الآخر أنها

كانت عليك قرضا، فقال: المال لازم له الا أن يقيم البينه أنها كانت وديعه».

و ما رواه

المشايخ الثلاثة (رحمه الله عليهم) بأسانيدهم و فيها الصحيح و غيره عن محمد بن مسلم (٣)

«عن أبى جعفر (عليه السلام) قال: سألت عن الرجل يستبضع المال فيهلك أو يسرق، أعلى صاحبه ضمان؟ فقال: ليس عليه غرم بعد

أن يكون الرجل أميناً».

و ما رواه (٤)

فى التهذيب و الفقيه فى الصحيح أو الحسن عن الحلبي عن أبى عبد الله (عليه السلام)

فى رجل استأجر أجيراً فأقعدته على متاعه فسرق؟ قال:

هو مؤتمن». الى غير ذلك من الاخبار الكثيره، و قد تقدمت جملة منها فى الكتب المتقدمه.

و

ثالثها [فى عدم الضمان لو أخذت الوديعة منه قهراً]

— ما ذكره من عدم الضمان عليه لو أخذت منه قهراً، و الظاهر

١-١) الكافي ج ٥ ص ٢٣٩ ح ٧، التهذيب ج ٧ ص ١٧٩ ح ٢.

١-٢) الكافي ج ٥ ص ٢٣٩ ح ٨، التهذيب ج ٧ ص ١٧٩ ح ١.

٣-٣) الكافي ج ٥ ص ٢٣٨ ح ٤، التهذيب ج ٧ ص ١٨٤ ح ١٥، الفقيه ح ٤٠٩٢.

١-٤) التهذيب ج ٧ ص ١٨٤ ح ١٤، الفقيه ج ٣ ص ١٩٤ ح ٢. وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٢٢٨ ح ٤ و ص ٢٣٢ ب ٧ و ص ٢٣٧ ح ٨ و ص ٢٢٧ ح ٢.

أنه لا- اشكال فيه،سواء كان قد تولى الظالم أخذها من يده أو من مكانها التي كانت فيه،أو قهره على الإتيان بها فدفعتها إليه،لانتفاء التفريط في كل من الحالين و حينئذ يرجع المالك على الظالم بالعين أو العوض:و نقل في المختلف عن أبي الصلاح أنه يضمن إذا سلمها بيده و ان خاف التلف،و لا ريب في ضعفه.

و هل للمالك الرجوع على المؤمن في الصورة الثانية،من حيث أنه باشر تسليم مال الغير الى غير مالكة،بمعنى أنه يتخير في الرجوع على أيهما شاء؟استقرب العلامة في التذكرة ذلك على ما نقله عنه في المسالك،قال:

و على هذا فمعنى عدم ضمانه أنه لا يستقر عليه،بل يرجع بما غرم على الظالم، و احتمله في المسالك أيضا الا أنه قال:و الأقوى عدم جواز مطالبته،لعدم تفريطه و لأن الإكراه صير فعله منسوبا الى المكره،و لانه محسن فلا سبيل عليه،و التسليم باذن الشارع،فلا يستعقب الضمان،انتهى.

أقول:و هذا الاحتمال الذي استقربه في التذكرة يرجع الى ما قدمنا نقله عن أبي الصلاح،و ما ذكره في المسالك في رده جيد،يمكن تأييده بما تقدم في كتاب المزارعه

عن حديث سعيد الكندى (1)قال:

«قلت لأبي عبد الله(عليه السلام) انى أجرت قوما أرضا فزاد السلطان عليهم،قال:أعطهم فضل ما بينهما،قلت:

أنا لم أظلمهم و لم أزد عليهم،قال:انهم انما زادوا على أرضك».

فإنه ظاهر في أنه و ان كان الظالم انما ظلم أولئك و أخذ من مالهم لكن لما كان منشأ الأرض المذكوره حكم(عليه السلام)بذلك على المالك،و مثله ما لو طلب الظالم ما لا فى ذمته لزيد بقصد الظلم لزيد،فان مقتضى الخبر أنه لا يرجع زيد بما أخذه الظالم على من كان المال فى ذمته،فبطريق الاولى لا يرجع فيما نحن فيه من حيث قبضه عين الامانه.

و بالجمله فالظاهر عندى ضعف ما نقل عن العلامة من قرب القول المذكور

ص: ٤٠٥

نعم لو كان الأمين هو الساعى بها الى الظالم، و لم يقدر بعد ذلك على دفعه، فإنه لا يبعد ضمانه من حيث تفريطه فى الحفظ بالسعايه اليه، و بذلك صرحوا جازمين بالحكم المذكور، بخلاف ما لو كان السعايه من غيره، أو علم بها الظالم من غير سعايه أحد.

قالوا: و مثله ما لو أخبر اللص بها فسرقها و هو ظاهر فيما لو أخبره بمكانها، أما لو أخبره بها فى الجملة فإن ظاهر العلامه فى التذكرة: أنه لا يضمن.

قال فى المسالك بعد نقل ذلك عنه: و يشكل مع كونه سببا فى السرقة لانه تفريط نعم لو لم يقصدها اللص فاتفقت مصادفته لها توجه ذلك، و هذا بخلاف الظالم، فإنه بعمله يضمن مطلقا، و الفرق أن الظالم إذا علم بها أخذها قهرا و السارق لا يمكنه أخذها إلا إذا علم موضعها، انتهى.

أقول: و ما ذكره فى الفرق يرجع الى ما قدمناه من أنه لا يضمن فى صورته إخبار السارق الا مع اخباره لمكانها فلا وجه لما ذكره من الاستشكال و دعوى الضمان بكونه سببا فى السرقة و أنه تفريط، فان ذلك لا يتم الا مع الاعلام بالمكان كما لا يخفى، و بما ذكرناه فى المقام يعلم ما فى كلام بعض مشايخنا الاعلام من متأخرى المتأخرين الكرام فى بعض أجوبه مسائله من الغفله فى المقام، حيث سأله السائل بما صورته إذا سأل الجائر هل عندك وديعه لفلان أم لا؟ فقال: نعم فأنفذ إلى داره و أخذها، فهل يضمن الودعى أم لا؟ فان اعتذر بأن خاف الكذب فهل يعذر أم لا؟ فأجاب بما صورته أقول: هنا مسألتان: أما الاولى فلا يضمن الودعى بمجرد اخباره - إذا لم ينقلها اليه و ان كان السبب فى إتلافه إخباره بها - لكنه فعل محرما لإعانتة على المعصيه، لأن الدال على الشر كفاعله، و أما الثانيه فالكذب هنا غير حرام بل واجب، لحفظ مال المسلمين من التلف، و قد ورد فى الحديث أن الله يبغض الصدق فى الإفساد كما يحب الكذب فى الإصلاح، انتهى.

فان فيه كما عرفت من كلامهم أنه متى كان هو الساعى بها الى الظالم و السبب

فى أخذها فإنه يكون ضامنا، و لا ريب أنه فى اخباره الظالم بذلك بعد سؤاله له يكون قد سعى بها اليه.

و يؤكد أيضا ما ذكره و سيأتى بيانه ان شاء الله تعالى من أنه لو يتمكن من الدفع و جب، و لو لم يفعل ضمن، فإنه إذا كان يضمن بعدم الدفع عنها لكونه مستلزما للتفريط فى حفظها، فلان يضمن مع اخباره بها بطريق أولى، الا أنى لم أقف فى الحكم المذكور على نص بالخصوص يوجب الضمان فى الصورة المذكورة، و ان كان ظاهر كلامهم الاتفاق على ذلك، و لعل المستند فيه صدق التفريط بذلك و النصوص قد دلت على الضمان معه، و ظاهر كلامه تخصيص الضمان بصورة نقلها اليه و دفعها بيده دون السعى بها.

و بالجمله فالظاهر أن كلامه هنا ناش عن الغفلة عن مراجعه كلام الأصحاب و إعطاء التأمل حقه فى الباب، و الله العالم.

و

رابعها [فى وجوب دفع الظالم عن الوديعة مع التمكن]

- ما ذكره من أنه لو تمكن من الدفع و جب، أى تمكن من دفع الظالم عن الوديعة، و لا- إشكال فى وجوبه، لوجوب الحفظ عليه كما تقدم، فيجب كلما توقف عليه، فلو أهمل مع قدرته على ذلك ضمن بالتقريب المتقدم، سواء كان الدفع بالاختفاء و التوارى عن الظالم، أو التوسل الى ذلك بالوسائل، و لو توقف ذلك على دفع المال منها أو من غيرها بحيث لا يندفع بدونه عادة، قال فى المسالك: الأقرب جوازه، و يرجع به على المالك ان لم يمكن استيذانه قبل الدفع، أو استيذان وليه، و عدم نيه التبرع و لو ترك الدفع عنها ببعضها مع إمكانه ضمن، ما يزيد عما يدفعه به لا الجميع لان مقدار المدفوع ذاهب على التقديرين انتهى.

و أشار بقوله: و لا يجب تحمل الضرر الكثير بالدفع كالجرح و أخذ المال إلى أنه لو كان الضرر قليلا و جب تحمله فى دفع الظالم الا أن فيه ان ذلك مما يختلف باختلاف إقدار الناس و مراتبهم، فرب رجل لمزيد شرفه و رفعه قدره

يكون الكلمه اليسيره من الأذى ضررا كثيرا فى حقه، و رب رجل لا يكون الضرر فى حقه لمهانتته و ضعته ضررا كثيرا، الا أن يقيد بذلك فيكون المعتبر ما كان ضررا كثيرا بالنسبه إلى المؤتمن لا مطلقا، و الأظهر حمل الضرر على ما كان كذلك فى حد ذاته عرفا لا- بالنسبه إلى المؤتمن، فلا- يجوز له و ان كان شريفا على المرتبه دفع الوديعه بمجرد كلمه تؤذيه و ان كانت ضررا كثيرا بالنسبه إليه كما تقدم، و يؤيده أنه الا وفق بالاحتياط لبراءه الذمه.

و

خامسها [فى وجوب اليمين إذا توقف الحفظ عليها]

-ما ذكره من أنه لو أنكرها و طولب باليمين الى آخره، فإنه جيد إذ لا- ريب فى أن حفظ الامانه واجب عليه و هو موقوف هنا على هذه اليمين الكاذبه، و الاخبار قد دلت على جوازها فى أمثال هذا المقام فإذا أبيضت فى أمثال ذلك كانت هنا واجبه، لتوقف الواجب، و هو الحفظ عليها من باب مقدمه الواجب، الا أنهم ذكروا أنه يورى فى يمينه للتحرز عن الكذب ان أمكن و عرفها، و الا حلف من غير توريه، و علله فى المسالك قال: لانه و ان كان قبيحا الا أن ذهاب حق الأدمى أشد قبحا من حق الله تعالى فى اليمين الكاذبه فيجب ارتكاب أخف الضررين.

و فيه نظر لأننا نمنع ما ذكره من قبح اليمين فى هذه الحال، بعد اذن الشارع بها، و هو قد اعترف أيضا بذلك بعد هذا الكلام، فقال: لان اليمين الكاذبه عند الضروره مأذون فيها شرعا كمطلق الكذب النافع، و حينئذ فأى وجه للقبح بعد الإذن الشرعى فيها.

و كيف يكون قبيحا مع كونه واجبا كما صرح به هو و غيره فى المقام، و الا لزم اجتماع القبح و الحسن و الضرر و النفع فى شىء واحد، فيلزم الذم و المدح و الثواب و العقاب فى شىء واحد، و هو محال. و كون الكذب قبيحا فى حد ذاته لا يستلزم كونه هنا قبيحا بعد ما عرفت.

و من الاخبار التى تدل على ما ذكرنا هنا من أرجحيه اليمين الكاذبه

و مشروعتها ما رواه

فى الكافى و التهذيب فى الحسن عن أبى الصباح الكنانى (١) قال:

«و الله لقد قال لى جعفر بن محمد (صلوات الله عليه): الى أن قال: ثم قال: ما صنعتم من شىء أو حلفتم عليه من يمين فى تقيه فأنتم منه فى سعه».

و روى فى الفقيه مرسلا (٢) قال:

«قال أبو عبد الله (عليه السلام): التقيه فى كل ضروره و صاحبها أعلم بها حين نزل به».

و روى فى الفقيه و التهذيب عن السكونى (٣)

«عن جعفر عن أبيه عن آبائه عن على (عليهم السلام) قال: قال رسول الله (صلى الله عليه و آله و سلم): احلف بالله كاذبا و نج أخاك من القتل».

و روى فى الفقيه بسنده الى ابن بكير عن زراره (٤) قال:

«قلت لأبى جعفر (عليه السلام) نمر بالمال على العشار فيطلبون منا أن نحلف لهم و يخلون سييلنا و لا يرضون منا الا بذلك: قال فاحلف لهم فهو أحلى من التمر و الزبد».

و روى فيه أيضا بسنده عن الحلبي (٥) قال:

«سألته عن الرجل يحلف لصاحب العشور يحرز بذلك ماله؟ قال: نعم».

و ما رواه

فى الكافى عن محمد بن مسعود الطائى (٦) قال:

«قلت لأبى الحسن (عليه السلام): ان أمى تصدقت على بدار لها أو قال: بنصيب لها فى دار، فقالت لى: استوثق لنفسك فكنت انى اشترت و أنها قد باعتنى و أقبضت الثمن فلما ماتت قال الورثة: احلف أنك اشترت و نقدت الثمن، فان حلفت لهم أخذته،

ص: ٤٠٩

١- (١) الكافى ج ٧ ص ٤٤٢ ح ١٥، التهذيب ج ٨ ح ١٠٥٢، الوسائل ج ١٦ ص ١٦٢ ح ٢.

٢- (٢) الفقيه ج ٣ ص ٢٣٠ ح ١٥ الوسائل ج ١٦ ص ١٦٣ ح ٧.

٣- (٣) الفقيه ج ٣ ص ٢٣٥ ح ٤١، التهذيب ج ٨ ص ٣٠٠ ح ١٠٣، الوسائل ج ١٦ ص ١٦٢ ح ٤.

- ٤-٤) الفقيه ج ٣ ص ٢٣٠ ح ١٤، الوسائل ج ١٦ ص ١٦٣ ح ٦.
- ٥-٥) الفقيه ج ٣ ص ٢٣١ ح ٢١، الوسائل ج ١٦ ص ١٦٣ ح ٨.
- ٦-٦) الكافي ج ٧ ص ٣٢ ح ١٧، الوسائل ج ١٣ ص ٣٠١ ح ٥.

و ان لم أحلف لهم لم يعطوني شيئاً، قال: فقال: فاحلف و خذ ما جعلت لك»،.

و نحو هذا الخبر ما رواه فى التهذيب و الفقيه عن محمد بن أبى الصباح (١) عن أبى الحسن.

و أما ما يدل على جواز التوريه فى اليمين فهو ما رواه

فى الكافى عن صفوان (٢) فى الصحيح أو الحسن قال:

«سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن الرجل يحلف و ضميره على غير ما حلف عليه؟ قال: اليمين على الضمير».

رواه فى الفقيه عن إسماعيل بن سعد الأشعري (٣) عن أبى الحسن الرضا مثله، ثم قال: يعنى على ضمير المظلوم، كأنه بنى على ما يظهر من الخبر الاتى الا أن الظاهر عندى أنه أريد بذلك جواز التوريه، و ان كان فى غير مقام الظلم.

و ما رواه

فى الكافى عن مسعده بن صدقه (٤) قال:

«سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) و سئل عما يجوز و عما لا يجوز فى النيه على الإضمار فى اليمين، فقال: قد يجوز فى موضع، و لا يجوز فى موضع آخر، فأما ما يجوز فإذا كان مظلوماً فما حلف عليه و نوى اليمين فعلى نيته، و أما إذا كان ظالماً فاليمين على نيه المظلوم».

و الظاهر أن المراد منه أن التوريه انما تصح فى حال كونه مظلوماً، و أراد الحلف للنجاه من الظالم كما هو محل البحث فى المقام، و أما لو كان ظالماً و أراد الحلف لإثبات ما يدعيه ظلماً فان التوريه لا ينفع هنا، و لا تدفع عنه ضرر اليمين دنيا و آخره، بل تصير يمينا كاذبه بالنظر الى نيه المظلوم.

و كيف كان فإنه متى ترك الحلف عند توقف حفظ المال عليه فأخذه الظالم فإنه يضمه لما عرفت من حصول التفريط بذلك، و به صرح الأصحاب أيضاً و الله العالم.

ص: ٤١٠

١- (١) التهذيب ج ٩ ص ١٣٨ ح ٢٧، الفقيه ج ٤ ص ١٨٣ ح ٢٤، الوسائل ج ١٦ ص ٢١١ ح ١.

٢- (٢) الكافى ج ٧ ص ٤٤٤ ح ٣، الوسائل ج ١٦ ص ١٧٩ ح ٢ من باب ٢٠.

٣- (٣) الفقيه ج ٣ ص ٢٣٣ ح ٣٠، الوسائل ج ١٦ ص ١٧٩ ح ١ من باب ٢٠.

٤- (٤) الكافى ج ٧ ص ٤٤٤ ح ٢، الوسائل ج ١٦ ص ١٧٩ ح ١ من باب ٢٠.

-الظاهر أنه لا خلاف بينهم فى أن الوديعه كما تبطل بالفسخ تبطل بالموت و الجنون و الإغماء من أحد الطرفين، أما على القول بكونها إذنا فواضح، و أما على القول بكونها عقدا كما هو المشهور فلانه لا خلاف بينهم فى كونه من العقود الجائزه و من شأن العقود الجائزه البطلان بذلك كالوكاله و نحوها، لخروج كل منهما عن أهليه التكليف بحصول أحد هذه الأسباب الثلاثه، و لان المال انتقل الى الغير بالموت فلا- يصح التصرف فيه الا- بإذن المالك، و هو الوارث، و فى الجنون و نحوه قد خرج عن أهليه التكليف، و صلاحيه الاذن، و التصرف فهو فى معنى الميت، و متى ثبت البطلان كانت أمانه شرعيه يجب ردها الى المالك فورا، فان اتفق أحد هذه الأسباب للمودع و جب على المستودع المبادره إلى ردها الى المالك فى صوره الفسخ، و الى الوارث فى صوره الموت و الى الولي و الحاكم فى صوره الجنون و الإغماء، و ان اتفق ذلك للمستودع و جب ردها الى المالك فى صوره الفسخ و الى الولي و الحاكم فى صوره الجنون و الإغماء و على الوارث فى صوره الموت قالوا: و معنى كونها أمانه شرعيه بعد ذلك لحصولها فى يده بغير اذن المالك، لكنها غير مضمونه عليه لإذن الشارع فى وضع اليد عليها الى أن يردها على وجهه، و من حكم الأمانه الشرعيه و جوب المبادره بردها على الفور الى المالك، أو من يقوم مقامه، فإن آخر عن ذلك مع قدرته ضمن، و لو تعذر الوصول الى المالك أو وكيله أو وليه الخاص سلمها الى الحاكم لأنه ولي الغائب، بقى الكلام هنا فى أنه متى مات المودع و طلب الوارث الوديعه من المستودع مع شك المستودع فى كونه وارثا أو فى انحصار الإرث فيه و أراد البحث عن ذلك، و تحقيق الحال، و الحال أنه ليس ثمه حاكم يرجع اليه، فهل يكون ضامنا؟ و الحال هذه، قال فى المسالك: الأقوى عدم الضمان، خصوصا مع الشك فى كون الموجود وارثا، لأصاله عدمه.

و أما مع العلم بكونه وارثا فالأصل أيضا عدم استحقاقه، لجميع المال و القدر المعلوم انما هو كونه مستحقا فى الجملة، و هو لا يقتضى انحصار الحق

فيه، وأصله عدم وارث آخر معارضه بهذا الأصل، فيبقى الحكم في القابض، وجوب البحث عن المستحق، كمنظأره من الحقوق، انتهى.

أقول: لا- إشكال في قوه ما رجحه (رحمه الله عليه) وقواه في صورته الشك في كونه وارثا، وإنما يبقى الإشكال في صورته العلم بكونه وارثا مع عدم العلم بالانحصار فيه، وظاهر المحقق الأردبيلي (رحمه الله عليه) هنا خلاف ما ذكره، حيث قال في شرح الإرشاد بعد أن ذكر أنه متى كان الميت أو الخارج عن صلاحه الإيداع هو المالك، فيمكن وجوب الرد إلى الوارث ما لفظه:-
الظاهر وجوبه أو جوازه و إن لم يعلم الانحصار فيه، ولا يجوز مع الشك في أنه وارث، و دليل الأول الأصل عدم وارث آخر مع العلم باستحقاق الموجود، ولا يعارض بأصل عدم استحقاق الكل، لأن الاستحقاق واضح، و وجود آخر مانع، و ظاهر كلام البعض عدم الوجوب، بل عدم الجواز مع عدم العلم بالحصص، و هو محل التأمل، انتهى.

و الظاهر أنه أشار بالبعض إلى ما قدمنا نقله عن المسالك، و بالجملة فالمسئله محل توقف و اشكال، لعدم الدليل الواضح القاطع لماده القيل و القال، و يمكن ترجيح ما ذكره المحقق المشار إليه بأنه متى علم كونه وارثا و لم يعلم وارث سواه الا- بمجرد احتمال وجوده، فان ظاهر آيات الإرث و أخباره يقتضى الحكم بإرثه لجميع التركة، فقول شيخنا- المتقدم ذكره- الأصل عدم استحقاقه لجميع المال ممنوع، فان مقتضى الأدله الاستحقاق، للجميع لمعلوميه كونه وارثا، و إنما يعارضه احتمال وجود آخر، و الظاهر أنه لا دليل شرعا على تأثير هذا الاحتمال في دفع ما علم بظاهر الأدله المذكوره، فإنه إذا قام الدليل على أن الولد يرث أباه مثلا- و مات الأب و له ولد معلوم، و احتمال أن يكون له ابن آخر، فان مقتضى الأدله وجوب دفع التركة إلى الولد المذكور المعلوم كونه وارثا، و احتمال وجود غيره لا يؤثر شرعا في دفعه عن الجميع، و الله العالم.

ثم انهم قالوا: ان من جمله أحكام الأمانة الشرعيه-مع ما تقدم من وجوب المبادره إلى ردها و ان لم يطالب المالك-أنه لا يقبل قول من هى فى يده فى ردها الى المالك مع يمينه،بخلاف الوديعه،و الفرق أن المالك لم يستأمنه عليها،فلا يقبل قوله فى حقه مع أصاله عدمه،بخلاف الوديعه،مع ما انضم اليه من الإحسان الموجب لمنع السبيل.

و لها صور كثيره:أحدها-ما ذكر من الوديعه التى يعرض لها البطلان، و كذا غيرها من الأمانات كالمضاربه،و الشركه،و العاريه.

و منها ما لو أطارت الريح ثوبا و نحوه الى داره.

و منها ما لو انتزع المغصوب من الغاصب بطريق الحسبه.

و منها ما لو أخذ الوديعه من صبى أو مجنون عند خوف تلفها.

و منها ما يصير بأيدي الصبيان من الأموال التى يكتسبونها بالقمار كالجوز و البيض،و علم بها الولى،فإنه يجب عليه رده الى مالكه،أو وليه.

و منها ما لو استعار صندوقا و نحوه أو اشتراه أو غيره من الأمتعه فوجد فيه شيئا فإنه يكون أمانه شرعيه،و ان كان المستعار مضمونا.

و منها اللقطه فى يد الملتقط مع ظهور المالك،و ضابطه ما كان وضع اليد عليه من غير اذن المالك مع الاذن فيه شرعا و الله العالم.

الخامس [فى صور الأمانه الشرعيه و كيفيه حفظ الوديعه]

-يجب حفظ الوديعه بما يناسب حالها،و الوجه فيه أنه حيث علم من الشارع وجوب الحفظ،و لم يعلم منه كيفيه معينه لذلك،وجب الرجوع فى ذلك الى العاده و العرف الذى عليه الناس،كالدنانير و الدراهم،فان محل حفظها الصندوق المقفل،و الثياب منها ما يكون محل حفظه الصندوق أيضا، و منها ما يكون البيت،و الدابه فى الإصطبل،و الشاه فى المراح و نحو ذلك، و لو جعل أحد هذه الأشياء فى مكان أوثق فى الحفظ كالشاه و الدابه فى الدار المغلقه، فالظاهر أنه مزيد إحسان لا- يتعقبه الضمان،و ربما قيل:بالضمان من حيث مخالفه

المعهود و المعتاد، و الظاهر ضعفه، و الظاهر أنه لا- فرق بين علم المودع بأن المستودع متمكن من تحصيل الحرز و عدمه، فلو أودعه مالا مع علمه أنه لا صندوق عنده، أو دابه مع علمه أنه لا إصطبل عنده أو نحو ذلك، فإنه لا يكون ذلك عذرا بل يجب الحفظ عليه في المكان المعتاد له متى قبل الوديعة.

قال في المسالك: و اعلم أنه ليس مطلق الصندوق كافيا في الحفظ، بل لا بد معه من كونه محرزا عن غيره، أما بأن لا يشاركه في البيت الذي فيه الصندوق يد أخرى مع كون البيت محرزا بالقفل و نحوه، و كون الصندوق محرزا بالقفل كذلك، و كونه كبيرا لا ينقل عادة، بحيث يمكن سرقة كذلك مقفلا، و هكذا القول في الإصطبل و المراح و غيرها انتهى.

و لا- يخلو من اشكال سيما مع علم المودع و رضاه بما هو دون هذا القدر من الضبط، و الظاهر أنه لا يعتبر في وجوب ضبط الوديعة و حفظها أزيد مما يعتبر من ضبط المالك لما له و حفظه له، و زياده حرسه على حفظه، و هو لا- يبلغ الى هذا المقدار، سيما ما ذكره من أن لا- يشاركه في ذلك البيت الذي فيه الصندوق يد فإن الإنسان لا يخلو من العيال و الأزواج و الأولاد و الخدم الذين يترددون في البيت دخولا- و خروجا، و الإنسان لا يمكنه الاحتباس في البيت لأجل المحافظة، بل يحتاج الى التردد في حوائجه من الأسواق و غيرها، و بما صرح به في المسالك من الكلام في هذا المقام صرح به العلامة في التذكرة أيضا: فقال: لو كانت له خزانه مشتركه بينه و بين ابنه، فدفع الوديعة الى ابنه ليضعها في الخزانه المشتركه فالأقرب الضمان، إلا إذا علم المالك بالحال، ثم قال: لا يجوز أن يضع الوديعة في مكان مشترك بينه و بين غيره، كدكان أو دار مشتركه الى آخره و هو مشكل كما عرفت، و قد تنبه لما ذكرناه من الإشكال أيضا المحقق الأردبيلي (رحمه الله عليه) في شرح الإرشاد.

السادس [في حكم الإنفاق على الدابة المودعه]

إشاره

- لو أودعه دابه، و المراد بها مطلق الحيوان المحترم حتى العبد

فاما أن يأمره بالإنفاق عليه أو ينهاه عن الإنفاق، أو يطلق فهيها صور ثلاث:

الاولى- أن يأمره [بالإنفاق]

و حينئذ فيجب عليه كما صرحوا به، و يرجع بذلك على المالك، و لو أخل به كان مفراطا ضامنا، و يحصل التفريط و الضمان، و لو بمره واحده، و فى كل موضع يحصل به التفريط يكون ضامنا، و يخرج عن كونه أمينا بمقتضى القاعده المقرره عندهم، من أنه لو خالف و تعدى، فإنه يخرج عن كونه ودعيا أمينا، و لا يرجع الى ذلك إلا بإذن جديد من المالك، و لو امتنع المستودع من الإنفاق فى هذه الصوره، فقد صرح فى التذكرة بأنه متى مضت مده تموت مثل الدابه فى مثل تلك المده نظر، فان ماتت ضمنها، و ان لم تمت دخلت فى ضمانه، و ان نقصت ضمن النقصان، قال: و تختلف المده باختلاف الحيوان قوه و ضعفا.

الثانيه- ان ينهاه عن الإنفاق

فإن ترك الإنفاق امتثالا- لأمره، قالوا: كان عاصيا لله تعالى لما فيه من تضييع المال المنهى عنه، لأنها من الأموال المحترمه التى لا يجوز إتلافها بغير وجه شرعى، و مرجعه الى أن الإنفاق (حق الله تعالى) كما هو حق للمالك، فلا يسقط حق الله تعالى بإسقاط المالك حقه، و هل يضمن فى هذه الحال استشكل ذلك فى التذكرة، ثم قرب العدم، قال: و هو قول الشافعيه كما قال: اقتل دابتي فقتلها أو أمره برمي قماشه فى البحر فرماه، أو أمره بقتل عبده فقتله، فإنه يأثم و لا ضمان عليه، فكذا هنا انتهى.

و الواجب فى هذه الصوره رفع الأمر إلى الحاكم ليأمره بذلك و يجبره عليه، لما عرفت من عدم جواز إتلاف المال بغير وجه شرعى، و ترك الإنفاق موجب لذلك، قالوا: و للحاكم أن يستدين عليه أو يبيع بعض الوديعه للنفقه، أو بعض أمواله لذلك، و أن ينصب أمينا من قبله، فان تعذر جميع ذلك أنفق المستودع و أشهد و يرجع بما أنفقه مع قصد الرجوع، و لو تعذر الأشهاد فظاهرهم الاقتصار على نيه الرجوع، فينفق بنيه الرجوع كما تقدم فى أمثاله.

و قد صرح فى المسالك بأنه يجب التوصل الى اذنه أو اذن و كيله، فان تعذر رفع الأمر إلى الحاكم ليأمره بذلك الى آخر ما تقدم فى سابق هذه الصورة، و قال العلامة فى التذكرة: و ان أطلق الإيداع و لم يأمره بالعلف و السقى و لم ينهه عنهما يجب على المستودع العلف و السقى، لأنه التزم بحفظها، و لانه ممنوع من إتلافها جوعاً، فإذا التزم حفظها تضمن ذلك علفها و سقيها، و به قال الشافعى، و قال أبو حنيفة: لا يجب عليه العلف و السقى، لأنه أستحفظه إياها و لم يأمره بعلفها، و قد بينا الأمر الضمنى، انتهى.

و ظاهر هذا الكلام أنه يجب على المستودع القيام بذلك كما فى الصورة الاولى، و لا فرق بينهما الا باعتبار كون الأمر فى الأولى صريحاً و فى هذه الصورة ضمناً، و الا- فهو مأمور فى صورتين، و هو ظاهر فى خلاف ما قدمنا نقله عن المسالك فى هذه الصورة.

و أصرح منه فى ذلك كلام المحقق الأردبيلي حيث قال: ثم ان الظاهر أن حكم الإطلاق هو حكم الأمر بالعلف و السقى، لوجوبهما عليه، فكأنه قال:

وديعه عندك و أعلفها و اسقها، فالأمر الضمنى فيها هنا موجود، و حكمه حكم الصريح، أشار إليه فى التذكرة، انتهى، الا أنه قال فى التذكرة أيضاً بعد هذه المسئلة بلا- فصل: مسئلة لا- خلاف فى أنه لا- يجب على المستودع الإنفاق على الدابة و الأدمى من ماله، لأصاله البراءة و التضمر المنفى شرعاً، لكن ان دفع المالك إليه النفقة فذاك، و ان لم يدفع إليه فإن كان المالك قد أمره بعلفها و سقيها رجع به عليه، لأنه أمره بالإنفاق على ماله فيما عاد نفعه عليه، فكان كما لو ضمن عنه مالا يأمره و أداه عنه، و ان أطلق الإيداع و لم يأمره بالعلف و السقى و لانهاه فان كان المالك حاضراً أو وكيله، طالبه بالإنفاق عليه، أو أذن له بالمالك فى الإنفاق، فينفق و يرجع به ان لم يتطوع بذلك، و ان لم يكن المالك حاضراً و لا وكيله رفع الأمر إلى الحاكم، الى آخر ما قدمنا ذكره

فى الصورة الثانية، بما يرجع إليه فى المعنى.

و أنت خبير بما فى هذا الكلام من المدافعه لما قدمنا نقله عنه أولاً، فإن مقتضى الأول هو حصول الأمر بالإنفاق، و ان كان أمراً ضمناً، فىجب الإنفاق حينئذ على المستودع بعد قبوله الوديعه، و هو صريح كلام المحقق الأردبيلى كما عرفت مسنداً له إلى التذكرة، كما قدمنا نقله عنه، فأين هذا من كلامه الثانى.

ثم انه قال فى التذكرة- أيضاً فى هذه المسئلة الأخيره:- لو ترك المستودع الإنفاق مع إطلاق الاستيداع و لم يرفع الى الحاكم و لم ينفق عليها حتى تلفت ضمن ان كانت تلفت من ترك ذلك، لانه تعدى بتركه، و ان تلفت فى زمان لا يتلف فى مثله لعدم العلف، لم يضمن، لأنها لم تتلف بذلك.

قالوا: و فى حكم النفقه ما يحتاج اليه المريض من دواء، و فى حكم الحيوان الشجر الذى يحتاج إلى السقى و نحوه من الخدمه، و حيث ينفق مع عدم الإشهاد اما لتعذره، أو لعدم اشتراطه، فلو اختلفا فى قدره فالقول قول المستودع مع يمينه، و لو اختلفا فى مده الإيداع، فالقول قول المودع عملاً بالأصل فى الموضعين.

تنبيهان:

الأول [فى جواز تولى المستودع علف الدابه و سقيها]

-إطلاق كثير من عبائر الأصحاب يدل على جواز أن يتولى المستودع علف الدابه و سقيها بنفسه، أو غلامه أميناً كان ذلك الغلام أم غير أمين غائباً كان المستودع أو حاضراً، و الوجه فى ذلك الجرى على ما هو مقتضى العاده من تولى الغلام و الخادم لذلك، الا- أنه قال فى المسالك- بعد نقل ذلك:- و ليس كل ذلك جائزاً هنا بل انما يجوز تولى الغلام لذلك مع حضور المستودع عنده، ليطلع على قيامه بما يجب، أو مع كونه أميناً، و الا لم يجوز، و نحو ذلك صرح فى التذكرة، و الوجه فى ذلك أما فى جواز الاستنابه مع الحضور فظاهر.

و أما مع كونه أمينا فلقضاء العاده بالاستنابه فى ذلك، و لو لا ذلك لما جاز لما يتضمنه من إيداع الودعى، و هو غير جائز عندهم مع الإمكان كما سيأتى ذكره إنشاء الله تعالى، و ربما قيل: بأن ذلك فيمن يمكن مباشرته لهذا الأمر و نحوه، أما من لا يكون كذلك فإنه يجوز له الاستنابه كيف كان.

و رده فى المسالك بالضعف، و لا يخلو من اشكال، فإن الظاهر أن الودعى مع علمه بان المستودع يترفع عن هذا الأمر، و لا يباشره بنفسه، و انما يباشره خدمه مثلا و مع ذلك أودعه، فإنه إنما أودعه لقبوله لذلك، و رضاه بما هو عاده الرجل المذكور و طريقته الجارية فى أمواله و دوابه.

و الظاهر أن المراد بالأمين هنا هو من تسكن النفس الى فعله، و أنه لا يخالف ما يؤمر به، لا العدل، و الا أشكل غايه الاشكال و صار الأمر عضالا بذلك و أى عضال.

الثانى [عدم جواز إخراج الدابه من المنزل إلا مع الضروره]

قد صرح جملته منهم المحقق و العلامه: بأنه لا يجوز إخراج الدابه من المنزل الا مع الضروره، كعدم إمكان السقى أو العلف فى المنزل، و لا- ضمان عليه، و الوجه فى الأول أن النقل تصرف فيها، و هو غير جائز مع إمكان تركه، و الثانى فى أن الحفظ يتوقف على ذلك، فإنه من ضروريات الحيوان، و لا فرق فى المنع من إخراجها لذلك بين كون الطريق أمنا أو مخوفا، لما عرفت من أن النقل تصرف و هو غير جائز مع إمكان تركه، و لا بين كون العاده مطرده بالإخراج و عدمه لما ذكر، و لا بين كون المتولى لذلك المستودع بنفسه أو غلامه، مع صحبته له و عدمها، لا تحاد العله فى الجميع.

و قرب فى التذكرة عدم الضمان لو أخرجها مع أمن الطريق، و ان أمكن سقيها فى موضعها، مستندا الى اطراد العاده بذلك، قال فى الكتاب المذكور:

إذا احتاج المستودع إلى إخراج الدابه لعلفها أو سقيها جاز له ذلك، لان الحفظ يتوقف عليه و لا ضمان، و لا فرق بين أن يكون الطريق أمنا أو مخوفا إذا خاف

التلف بترك السقى، واضطر إلى إخراجها من غير ضروره العلف و السقى، فإن كان الطريق أمنا لا خوف فيه و امكنه سقيها فى موضعها فالأقرب عدم الضمان، لاطراد العاده بذلك و هو أظهر قولى الشافعى.

السابع [فى عدم جواز نقل الوديعه عن موضع عينه المالک]

-لا خلاف فى أنه متى عين له موضعا لحفظ الوديعه، فإنه لا يجوز له نقلها الى ما هو دونه، أما لو نقلها الى ما هو أحرز فقد ذهب جمع من الأصحاب إلى الجواز، محتجين بالإجماع و دلالة مفهوم الموافقه عليه، و ظاهر شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك التوقف فى ذلك، نظرا الى مقتضى التعيين، و منع دلالة مفهوم الموافقه هنا، قال: فإن الأغراض تختلف فى مواضع الحفظ اختلافا كثيرا من غير التفات الى كون بعضها أحفظ من بعض، و الإجماع على جوازه ممنوع، بل ظاهر جماعه من الأصحاب منع التخطى مطلقا، انتهى.

و نقل فى المسالك عن الشهيد فى حواشيه على كتاب القواعد القول بعدم الجواز هنا أيضا، و اختاره المحقق الأردبيلى (رحمه الله عليه) أيضا فى شرح الإرشاد، و نقله عن ابن إدريس و المحقق الشيخ على.

و لو نقلها إلى المساوى فقولا من: الجواز نظرا الى أن التعيين أفاد الاذن فى حفظها فيما كان فى تلك المرتبه، كما فى تعيين نوع الزرع و المراكب فى الإجاره، فإنهم جوزوا التخطى إلى المساوى، لتوافق المتساويين فى الضرر و النفع المأذون فيه.

و قيل: بالمنع و هو اختياره فى المسالك، قال: لعدم الدليل على جواز تخطى ما عينه، و إلحاق مساويه به قياس.

أقول: و المسئله لخلوها من النصوص فى الموضوعين محل توقف، و ان كان ما اختاره فى المسالك فى الموضوعين المذكورين لا يخلو من قوه، سيما مع أوفقيته بالاحتياط المطلوب، بل الواجب فى أمثال هذه الفروع الخاليه من النصوص، و على هذا فلو نقلها إلى الأحرز أو المساوى ضمن، و على القول بالجواز

لا- ضمان عليه،الا- أنه نقل عن العلامة هنا أيضا القول بالضمان،فإنه قال:بجواز النقل إليهما و الضمان مع تلفها فيهما،و هو مشكل،فإن قضيه الجواز تنفى الضمان كما لا يخفى.

نعم لو علم الخوف عليها فى المكان المعين أو ظن ظنا قويا فالظاهر أنه لا إشكال فى جواز النقل،و ينبغى أن يتحرى فى ذلك الأحرز،ثم المساوى مع الإمكان،ثم الأدون،لسقوط حكم المعين فى الحال المذكوره.

و الظاهر أنه لا- ضمان عليه فى الصورة المذكوره،حيث أنه مأذون فيه، و هو محسن فى ذلك،فلا سبيل عليه،و لو نهاه المالك عن النقل عن ذلك المكان المعين،فقد صرحوا بأنه يضمن بالنقل كيف كان و لو الى الأحرز إجماعا،الا أن يخاف تلفها فيه،فإنه يجوز النقل و ان نهاه المالك و الحال كذلك،و قال له:لا تنقلها و ان تلفت،و عللوا ذلك بأن الحفظ عليه واجب،و لا يتم الا بالنقل، و للنهى عن إضاعه المال،فلا يسقط هذا الحكم بنهى المالك و ان صرح بقوله و ان تلفت،و عندى فيه نظر،لان مرجع ما ذكره الى وجوب الحفظ على الغير،مع قصد المالك إضاعه ماله و إعراضه عنه،و لا أعرف عليه دليلا،و الأصل براءة الذمه من هذا التكليف،قولهم للنهى عن إضاعه المال مسلم بالنسبه إلى مالكة خاصه،و كذا وجوب الحفظ،فإنه بالنسبه إلى المالك و نحوه،و وجوب الحفظ على المستودع انما يعلم مع عدم قصد المالك إضاعته و إتلافه،و أما إذا قصد ذلك فأى دليل يدل على وجوب حفظ الغير عليه،مع أنه ليس بطفل و لا مجنون يجب حفظ ماله على غيره.

و بالجمله فإنى لا- أعرف لما ذكره هنا وجهها وجيها،ثم انهم قالوا:لو ترك نقلها و الحال كما ذكرنا أثم و لا ضمان،لإسقاط المالك ذلك عنه،و قد عرفت ما فى الإثم من الإشكال أيضا.

و لو توقف النقل على أجره قال فى التذكرة:انه لا يرجع بها على المالك،

فإنه متبرع، واستحسنه في المسالك إلا أنه احتمل أيضا الرجوع مع نيته، قال:

لا يذن الشارع له في ذلك فيقدم على اذن المالك، ولأن فيه جمعا بين الحقين مع مراعاة حق الله تعالى في امتثال أمره بحفظ المال، انتهى.

أقول: لا يخفى ما في هذا الاحتمال، بناء على ما قدمنا ذكره من النظر.

الثامن [في عدم صحة وديعه الطفل و المجنون و لا إيداعهما]

-الظاهر أنه لا خلاف و لا إشكال في عدم صحة وديعه الطفل و المجنون و لا إيداعهما، بمعنى أنه لا يترتب على ذلك أحكام الوديعه، أما الحكم الأول- فلا-نه لا-شبهه في عدم أهليتهما للإذن، و اللازم منه كون يد المستودع على المال يدا عاريه بغير حق، فيضمن البتة سواء كان المال لهما أو لغيرهما و ان ادعى الاذن في إيداعه.

بقي هنا شيء و هو أن ظاهر جملة من الأصحاب إطلاق الضمان هنا كما ذكرناه، و الأقرب كما قواه في المسالك أيضا أنه لو كان قبضه للوديعه بعنوان استنقاذها من يديهما، و خوف هلاكها عندهما بنيه الحسبه في الحفظ، فإنه لا ضمان عليه، لأنه محسن، و ما على المحسنين من سبيل.

لكن يجب مراجعه الولي أو الحاكم الشرعي إن أمكن، و إلا- كان في يده و ترتب عليه أحكام الوديعه، إلا- أنه لا- يبرء بالرد إليهما، لا في هذه الصورة و لا في الصورة المتقدمه، للحجر عليهما المانع من ذلك، و لا يبرء إلا بالرد إلى الولي أو الحاكم أو هما بعد زوال المانع.

و أما الحكم الثاني فالأنه لو استودعها لم يضمننا بالإهمال، فإن المودع لهما مع علمه بعدم تكليفهما قد أهمل ماله، و أتلفه، و لأن الضمان بالإهمال انما يثبت حيث يجب الحفظ، و الوجوب غير متعلق بهما، لأنه من خطاب الشرع المختص بالمكلف، فإذا لم يجب الحفظ عليهما لم يترتب على الإهمال ضمان، و هو ظاهر.

نعم لو كان التلف بغير الإهمال بأن تصرفا في الامانه و تعديا فيها فتلفت

فهل يضمنان مطلقاً أم لا مطلقاً أم للمميز خاصة وجوه ثلاثه.

و المختار عند جملة من الأصحاب منهم شيخنا الشهيد الثاني في المسالك هو الضمان مطلقاً، قال: لأن الإلتلاف لمال الغير سبب في ضمانه إذا وقع بغير اذنه، و الأسباب من باب خطاب الوضع يشترك فيها الصغير و الكبير، و مثله القول في ما يتلقاه من مال الغير، و يأكلانه منه، فإنهما يضمنان.

ثم نقل الوجه الثاني و هو عدم الضمان مطلقاً لعدم التكليف، و تسليط مالكها لهما عليها فكان سببا قويا، و المباشر ضعيف، قاله في المسالك بعد نقل ذلك ثم قال: و جوابه يظهر مما سبق، ثم نقل الوجه الثالث و هو الفرق بين المميز و غيره، فيضمن المميز خاصة، لعدم قصد غيره إلى الإلتلاف، فكان كالدابة ثم تنظر فيه بأن المقتضى للضمان و هو الإلتلاف موجود، و المانع غير صالح للمانع.

أما القصد فإنه لا مدخل له في الضمان و عدمه، كما يعلم من نظائره، و أما تسليط المالك فإنه انما وقع على الحفظ لا على الإلتلاف، غايه ما في الباب أنه عرض ماله له بسبب عدم صلاحيتهما للحفظ، و هو غير كاف في سقوط الضمان عنهما لو باشراه، بخلاف ما إذا تركا الحفظ.

أقول: و المسئلة محل توقف لعدم الدليل الواضح و الركون الى هذه التعليلات في تأسيس الأحكام الشرعيه سيما مع تقابلها و تدافعها لا يخلو من الاشكال كما نبهت عليه في غير مقام مما تقدم، ثم انه على تقدير وجوب الضمان عليهما فإنه صرح بأن المخاطب بالدفع هو الولي ان كان لهما مال، و الا كان دينا عليهما قضائه بعد التكليف، و لا يسقط بعدم المال وقت الإلتلاف، لأن تعلق الحق بالذمه لا يتوقف عليه، نعم إيجاب التخلص من الحق عليهما يتوقف على التكليف.

أقول: و فيه من الاشكال ما في سابقه و قد تقدم في كتاب الحجر في المسئلة الثالثه: من المطلب الثاني من الكتاب المذكور من التحقيق (1) ما فيه دلالة

ص: ٤٢٢

(١-١) ج ٢٠ ص ٢٦٩.

على عدم وجوب الضمان الذى ادعاه هنا، وقد تقدم فى الموضوع المذكور أنه من باع للسفيه مالا- و دفعه اليه مع علمه بذلك، فتلف، فان تلفه من مال صاحبه، لانه سلطه عليه مع علمه بأنه محجور عليه، و ان فرض فك الحجر عنه بعد ذلك و تقدم أيضا النقل عن العلامة فى التذكرة أن حكم المجنون و الصبى حكم السفيه فى ذلك، فإنهما إذا أتلغا الوديعه و العاريه فالأقرب أنه لا ضمان عليهما، و هكذا الحكم فيما أتلغاه من مال الغير مطلقا.

و بالجملة فمن أراد تحقيق المسئله ليظهر له صحه ما ذكرناه هنا فليرجع الى الموضوع المذكور، و الله العالم.

التاسع [فى وظيفه المستودع إذا ظهرت له أمارات الموت]

-لو ظهر للمستودع أمارات الموت بأن حصل له مرض من الأمراض القاتله أو حبس للقتل و نحو ذلك.

فأقوال ثلاثه: أحدها- وجوب الرد على المالك أو وكيله، أو الحاكم عند تعذرهما أو إيداعها الثقه عند تعذره، فان تعذر ذلك أشهد عليها اختاره العلامة فى التذكرة، الا أنه رجع عنه بعد ذلك الى الإيضاء بها.

و ثانيها- الاشهاد على ذلك اختاره جمع منهم المحقق فى الشرائع و العلامة فى الإرشاد.

و ثالثها- الوصيه بها و قد عرفت أنه مذهب العلامة فى التذكرة، و الوجه فى ذلك أن حفظ الوديعه لما كان واجبا على المستودع و جب كلما يتوقف عليه الحفظ من أحد هذه الأمور الثلاثه، الا- أنى لم أقف على نص فى المقام يتضمن وجوب شىء مما أوجبوه، و الاحتياط فى المسئله مطلوب بل واجب، لخلوها عن النص و هو أحد مواضع وجوب الاحتياط عندنا، حيث أن المسئله صارت بذلك من الشبهات، حلال بين، و حرام بين، و شبهات بين ذلك. و الاحتياط هنا فى العمل بالقول الأول، ثم انه على تقدير القول بالإشهاد، فالظاهر أن المراد به إشهاد عدلين، بحيث يحصل الإثبات بها لو أنكر الورثه، أو كانوا جميعا أو بعضهم

صغاراً، وربما قيل: بالاكْتفاء بواحد، و إليه يشير كلام العلامة في جملة من كتبه، حيث جعل الواجب هو الإيصاء بها، و هو متحقق بدون الأشهاد كذا ذكره في المسالك.

و التحقيق أن القول بالإيصاء غير القول بالإشهاد، كما قدمنا ذكره، و كيف كان فلو أُخل بالإشهاد و الوصيه ضمن، و كذا لو أُخل بالرد على الوجه المتقدم، و لكن لا يستقر الضمان الا بالموت، و لو فرض موته فجأه فلا ضمان، و ان لزم التلف إذ لا يعد مقصراً و الحال هذه، و الا لوجب الأشهاد على كل ودعى، لإمكان ذلك في حقه، و لا قائل به، و لا دليل على ما قالوا.

و يعتبر في الوصى على القول بوجوب الوصيه العدالة، و الظاهر أن المراد به الأمين الثقة الذى تسكن النفس إلى إيصاله لها الى المالك، و لا- فرق بين الأ-جنبى و الوارث فى التعيين للوصايه، و المراد بالوصيه إليه بذلك أن يعلمه بها و يأمره بردها بعد الموت، لا أن يسلمها إليه، لأنه إيداع لا يصح ابتداء كما سيأتى ذكره إنشاء الله.

قال فى التذكرة: توهم بعض الناس أن المراد من الوصيه بها تسليمها إلى الوصى ليدفعها الى المالك، و هو الإيداع بعينه، و ليس كذلك، بل المراد الأمر بالرد من غير أن يخرجها من يده، فإنه و الحال هذه مخير بين أن يودع للحاجه، و بين أن يقتصر على الاعلام و الأمر بالرد لان وقت الموت غير معلوم، و يده مستمره على الوديعة ما دام حياً، انتهى.

و لو لم يوص و لم يشهد و أنكر الورثه فالقول قولهم، كما لو أنكرها المورث، لأن الأصل عدمها، و كذا كل من يدعى عليه، و لا يمين على الورثه، الا- أن يدعى عليهم العلم بالوديعة، لأن دعوى العين انما يتعلق بالمورث، كما لو ادعى عليه بدين، الا أنه إذا ادعى عليهم العلم بذلك لزمهم الحلف على نفي العلم لا على البت، لان ذلك ضابط الحلف على نفي فعل الغير.

قال فى المسالك: و مثله ما لو أقر الورثة بالوديعه، و لكن لم توجد فى التركة فادعى المستودع أنه قصر فى الاشهاد، و قال الورثة: لعلها تلفت قبل أن ينسب الى التقصير فالقول قولهم، عملا- بظاهر براءه الذمه، و لا- يمين أيضا إلا- مع دعواه عليهم التقصير، انتهى.

و عندى فى هذا الكلام إشكال، لأن مرجعه- كما يفهم من تتمه عبارته فى المقام- الى أن المالك يدعى بقاءها، و تقصير الودعى فى الاشهاد، و الورثة مقرون بها، و لكن يدعون عدم وجودها فى التركة، و أنه لعلها تلفت قبل أن ينسب المالك الى التقصير، و ظاهر هذا الكلام أن كلام المالك يتضمن دعويين إحداهما- أنها كانت باقيه فى التركة، و ظاهر هذه الدعوى يرجع الى الورثة بأنها عندهم، و أن إنكارهم لكونها فى التركة بعد الإقرار بها غير مسموع، و ثانيهما تقصير المورث بعدم الاشهاد ليتحقق الضمان، و سقوط اليمين عن الورثة إنما يتجه على الدعوى الثانيه، دون الاولى، اللهم الا أن يحمل على أن المالك موافق على عدم وجودها فى التركة، و انما يدعى بقاءها الى وقت عروض المرض الذى هو السبب الموجب للوصيه، أو الإشهاد، فيلزم الضمان بالتفريط فى ذلك، و الورثة ينكرون الوجود الى ذلك الوقت، و حينئذ فلا يتعلق الدعوى بالورثة على الوجه المذكور أولا، و الله العالم.

العاشر [فى وجوب رد الوديعه إلى المالك متى طلبها]

لا- خلاف فى وجوب رد الوديعه إلى المالك متى طلبها، و هى باقيه فى أول أوقات الإمكان مسلما كان أو كافرا، لئلايه و هى قوله تعالى (١) «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا» و الروايات المتقدمه فى صدر الكتاب (٢) فإن جمله منها قد صرحت بوجوب الرد و لو إلى غير مسلم فلو أخل و الحال كذلك كان ضامنا، و نقل عن أبى الصلاح أنه إذا كان المودع حربيا و جب على المودع أن يحمل ما أودعه إلى سلطان الإسلام، و هو ضعيف مردود بالاخبار المشار إليها

ص: ٢٢٥

١- (١) سورة النساء- الايه ٥٨.

٢- (٢) ص ٣٩٥.

من أن كونه حلال المال مقيد بغير الأمانه، فيجب استثناءؤها للاخبار الصريحه المذكوره.

و بالجمله فالحكم مما لا- يخالف فيه سواه و ظاهرهم القول بالفوريه كما أشرنا إليه، لأنه حق مضيق للادمى، قالوا: والمراد بالإمكان ما يعم الشرعى و العلقى و العادى، فلو كان فى صلاه واجبه أتمها، أو بينه و بينه مانع من مطر و نحوه صبر حتى يزول، أو فى قضاء حاجه ضروريه فىالى أن ينقضى، و هل يعد أكل الطعام و الحمام، و صلاه النافله و انقطاع المطر الغير المانع عذرا؟ وجهان: و استقرب فى التذكره العدم مع حكمه فى باب الوكاله بأنها أعذار فى رد العين إذا طلبها الموكل، و ينبغى أن يكون هنا أولى، و حيث كان وجوب الرد فوريا فإنه يأتى بناء على ذلك، و على أن الأمر بالشىء يستلزم النهى عن ضده الخاص بطلان الصلاه الواجبه مع سعه الوقت لو حصل الطلب قبل الدخول فيها، و كذا بطلان النافله مطلقا، و كذا بطلان جميع العبادات المنافيه لذلك، إلا أن الظاهر عندى كما تقدم تحقيقه فى كتب العبادات عدم ثبوت ما ادعوه، من أن الأمر بالشىء يستلزم النهى عن ضده الخاص، بل قام الدليل على خلاف ذلك، و لما فيه من لزوم الحرج و الضيق المنفى بالآيه و الروايه.

قالوا: و المراد بوجوب الرد لا- بمعنى مباشرته للرد و تحمل مؤنته، كما ربما يظهر من بعض العبارات، بل بمعنى رفع اليد عنها و التخليه بين المالك و بينها، فلو كانت فى صندوق مقفل فتحه، و ان كانت فى البيت المغلق فكذلك، و هكذا.

و لو أخر الدفع لأجل الإشهاد عليه فهل يكون ذلك عذرا مرتفعا به الضمان؟ أقوال: الأول نعم، ليدفع عن نفسه النزاع و اليمين لو أنكر المالك.

و الثانى لا، لأن قوله فى الرد مقبول، فلا حاجه الى البيئه، و لأن الوديعه مبنيه على الإخفاء غالبا.

الثالث التفصيل بأنه ان كان المالك وقت الدفع قد أشهد عليه بالإيداع

فله الاشهاد ليدفع عن نفسه التهمه، و الا لم يكن له ذلك، وهذا القول من حيث الاعتبار أقوى الثلاثه، الا أن ما ادعوه من الفوريه عندى محل توقف، إذ لا- أعرف عليه دليلا- واضحا أزيد من الأمر بالرد متى طلبها المالك، و الأمر من حيث هو لا يقتضى الفوريه، فيجابهها يحتاج الى دليل واضح، زياده على الأمر بالرد، كما لا يخفى، و كونه حقا لادمى لا يقتضى تضييقه بهذا النحو الذى ذكره.

نعم لو فهم منه التضييق فالأمر كما ذكره، و لو كان المودع غاصبا فإنه لا- يجوز ردها عليه، و لا على وارثه لو طلبها، بل يجب إعادتها على مالکها ان عرف، و لو لم يعرف فأقوال: أحدها ما ذهب اليه الشيخ فى النهايه، قال:

انه يعرفها حولا كما يعرف اللقطه، فإن جاء صاحبها، و الا تصدق بها عنه، و تبعه ابن البراج و هو المنقول عن ابن الجنييد أيضا، و به صرح العلامة فى التذکره و الإرشاد، و فى المسالك: انه هو المشهور بين الأصحاب.

و ثانيها- ما ذهب اليه الشيخ المفيد قال: ان لم يعرف أربابها أخرج منها الخمس الى فقراء آل محمد (صلى الله عليه و آله) و أتباعهم، و أبناء سبيلهم و صرف منها الباقي الى فقراء المؤمنين.

و قال سلار: و ان لم يعرف أربابها جعل خمسها لفقراء أهل البيت (عليهم السلام) و الباقي لفقراء المؤمنين و هو يرجع الى قول الشيخ المفيد.

ثالثها- ما ذهب إليه أبو الصلاح قال: إذا لم يعرف صاحبها و لا- من ينوب منابه حملها الى الامام العادل، فان تعذر ذلك فى المسلمين فعلى المودع حفظ الوديعه إلى حين التمكن من إيصالها إلى مستحق ذلك، و الوصيه بها الى من يقوم مقامه، و لا يجوز ردها على المودع مع الاختيار.

و قال ابن إدريس: ان لم يتعين له حملها الى الامام العادل، و ان لم يتمكن لزمه الحفظ بنفسه فى حياته، و بمن يثق به فى ذلك بعد وفاته الى حين التمكن من المستحق، قال فى المختلف: و هو الأقوى، لنا أنه أحوط.

و قال فى المسالك بعد نقل ذلك عن ابن إدريس و قواه فى المختلف: و هو حسن.

أقول: و هو يرجع الى قول أبى الصلاح المتقدم، و الذى وقفت عليه من الاخبار هنا ما رواه

الشيخ عن حفص بن غياث (١) قال:

«سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل من المسلمين أودعه رجل من اللصوص دراهم أو متاعا و اللص مسلم هل يردده عليه؟ قال: لا يردده، فإن أمكنه أن يردده على صاحبه فعل، و الا كان فى يده بمنزله اللقطه، يعرفها حولا فإن أصاب صاحبها ردها عليه و الا تصدق بها، فان جاء بعد ذلك خيره بين الأجر و الغرم، فان اختار الأجر فله، و ان اختار الغرم غرم له، و كان الأجر له». و هذه الروايه ظاهر فى ما ذهب اليه الشيخ، و ليس غيرها فى المسئله، و لم أقف على دليل يدل على شىء من القولين الأخيرين.

قال فى المختلف - بعد نقل الروايه -: و الجواب الطعن فى السند، و لا نسلم مساواته للقطه، ثم قال: على أن قول الشيخ لا يخلو من قوه، و فيه أن الطعن بالسند لا - يقوم حجه على الشيخ و أمثاله الذين لا - أثر لهذا الاصطلاح عندهم، و منع المساواه للقطه بعد تصريح الخبر بذلك ممنوع، و هو انما تمسك فى قوه ما اختاره بالاحتياط، و الاحتياط عندهم ليس بدليل شرعى، و ورد الخبر بلا معارض غير معقول و لا منقول.

و قال فى المسالك - بعد الإشاره الى الخبر المذكور -: و الطريق ضعيف، لكنه مجبور بالشهره، و به يعلم قوه ما ذهب اليه الشيخ و أتباعه.

و فى المسالك - بعد أن استحسنت مذهب ابن إدريس كما قدمنا نقله عنه - قال: و ان كان القول بجواز التصرف بها بعد اليأس و التعريف متوجها أيضا كما فى كل مال ييأس من معرفه صاحبه، لان فيه جمعا بين مصلحتى الدنيا و الآخره بالنسبه

ص: ٤٢٨

الى مالكتها، فإنه لو ظهر غرم له ان لم يرض بالصدقه، فلا ضرر عليه، ثم قال- بعد نقل مذهب الشيخ المفيد-:و الأجدود التخيير بين الصدقه بها و إبقائها أمانه، و ليس له التملك بعد التعريف هنا، و ان جاز فى اللقطه، و ربما احتتمل جوازه بناء على الروايه، فإنه جعلها فيه كاللقطه، و هو ضعيف، و يمكن أن يريد بها منزلته منزله اللقطه فى وجوب التعريف مطلقا، و لم يذكر من عمل بالروايه جواز التملك، انتهى.

و لا يخفى ما فيه من المدافعه للكلام الأول لدلالته على التملك، و جواز التصرف مع الضمان، و بيان الوجه فى قوه ذلك، و دلالة هذا الكلام على عدم جواز التملك هنا و ان جاز فى اللقطه، و المراد بجواز التملك حيث كان انما هو مع الضمان، و احتمال العدول عما ذكر أولا، و لا سيما مع بيان الوجه فى القول الأول و التصريح بالعله و عدم التعرض لذلك فى الثانى بعيد، و مقتضى هذا الكلام الأخير حدوث قول رابع فى المسئله كما لا يخفى، و ظاهره أن ذلك هو الحكم هنا و ان لم يعرفها بالكلية.

و قال فى المسالك أيضا: و انما يجب منع الغاصب منها مع إمكانه، فلو لم يقدر على ذلك سلمها اليه، و فى الضمان حينئذ نظر، و الذى يقتضيه قواعد الغصب أن للمالك الرجوع على أيهما شاء، و ان كان قرار الضمان على الغاصب انتهى.

و لو مزج الغاصب الامانه بماله و أودع الجميع فقد أطلق جمع منهم المحقق فى الشرائع أنه إن أمكن الودعى تمييز المالكين ميزهما ورد عليه ماله، و منعه الآخر و ان لم يمكنه وجب رد الجميع على الغاصب، و علل الوجوب هنا بأن منعه منهما يقتضى منعه من ماله، لان الفرض عدم إمكان التمييز، و منعه من ماله غير جائز.

و استشكله فى المسالك بأن فى الرد تسليطا للغاصب على مال غيره بغير حق، و هو غير جائز، ثم قوى الرد الى الحاكم ليقسمه إن أمكن إلى آخر كلامه.

أقول: و هذا الفرع أيضا كغيره من الفروع المشكله لعدم الدليل الواضح

فى صورته ما إذا أودع الجميع مع تعذر التمييز أو تعسره، فهل يرد عليه الجميع لو طلبه أم لا، أم يرجع فيه الى الحاكم، و لعل الأقرب الى القواعد الشرعيه رفع الأمر الى الحاكم الشرعى، فيلزم الغاصب بالإقرار بالقدر المغصوب، و يلزمه المقاسمه إن أمكن و لو بالصلح نيابه عن المالك، و الله العالم.

البحث الثانى فى موجبات الضمان:

اشاره

و هو دائر بين أمرين التفريط و التعدى فهنا مقامان

[المقام الأول: التفريط

اشاره

- و يرجع الى ترك ما يجب عليه من الحفظ و نحوه، و هو أمر عدمى بخلاف التعدى فإنه عبارته عما لا يجوز فعله كلبس الثوب و ركوب الدابه و نحو ذلك، و هو أمر وجودى و التفريط كان يطرحها فى غير حرز أو يترك نشر الثوب الذى يتوقف حفظه على النشر أو يودعها غيره من غير ضروره، و لا اذن، أو يسافر بها كذلك مع خوف الطريق و أمنه، و طرح الأقمشه فى المواضع التى تعفنها و ترك سقى الدابه أو علفها مده لا تصبر عليه فى العاده فتموت و نحو ذلك.

و الكلام هنا يقع فى مواضع

الأول [هل طرح فى غير الحرز من أسباب الضمان؟]

- ما ذكر من أن من جمله أسباب الضمان أن يطرحها فى غير حرز.

قالوا: و يجب تقييده بما إذا طرحها و ذهب عنها، أما لو بقى مراعيها لها بنظره لم يعد تفريطا لان العين حرز، إلا أن يكون المكان غير صالح لوضعها فيه بحسب حالها، و هو نوع آخر من التفريط.

أقول: ما ذكر من التقييد المذكور لما كان شاذاً نادراً صح الإطلاق، لأن الإطلاق إنما ينصرف الى الأفراد المتكرره المتعارفه الشائعه كما تقدمت الإشارة إليه فى غير موضع، و كذا عد من أسباب الضمان تأخير الإحراز مع الممكنه، و قيده بعض المحققين بالتأخير الزائد على المتعارف، قال: و أما إذا كان تأخيراً قليلاً و فى الجملة على الوجه المتعارف فليس بموجب للضمان و هو جيد.

الثانى [فى أنه يضمن بترك كل ما يتوقف عليه الحفظ]

-ما ذكر من أنه يضمن بترك نشر الثوب الذى يتوقف على النشر، و الوجه فى ذلك أنه يجب عليه الحفظ و من جملة ما يتوقف عليه نشر الثوب الذى يحتاج الى النشر و تعريضه للهواء فى كل وقت يفتقر إليه عادة، قالوا: حتى لبسه لو لم يندفع ضرره الا به.

و بالجملة فكل ما يتوقف عليه الحفظ كما يجب عند الإطلاق سقى الدابه و علفها، و نحو ذلك مما يتوقف عليه بقاؤها، و حفظها، الا أن ينهائى المالك عن ذلك فإنه لا يلزمه الضمان، و ان جاز له الحفظ كما تقدم مثل ذلك، فى نفقه الدابه، و لم أقف فى المقام على خبر، و لكن ظاهرهم الاتفاق على ذلك، و مقتضى قواعدهم يقتضيه، الا أنه قد تقدم فى كتاب الرهن من الاخبار ما هو ظاهر، بل صريح فى المنافاه فإن جملة منها يدل على أنه لو كان الرهن ثيابا و تركه المرتهن و لم يتعهد و لم ينشره حتى هلك و تأكل فإنه من مال الراهن، مع أنه لا خلاف فى أن الرهن فى يد المرتهن أمانه، يضمنها مع التفريط، و بمضمون هذه الاخبار المذكوره أفتى الصدوق فى المقنع أيضا، فقال: ان رهن عنده متاعا فلم ينشر المتاع و لم يخرجه و لم يتعهد و فسد فان ذلك لا ينقص من ماله شيئا، انتهى.

و هو كما ترى صريح فى أنه لا ضمان عليه حسب ما دلت عليه الاخبار المشار إليها، و منها

صحيحه الفضل بن عبد الملك (1) عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال:

«سألته عن رجل رهن عنده آخر عبيدين فهلك أحدهما أ يكون حقه فى الآخر قال:

نعم، قلت أو دارا فاحترقت أ يكون حقه فى التربه؟ قال: نعم، أو دابتين فهلكت إحداهما أ يكون حقه فى الأخرى؟ قال: نعم، أو متاعا فهلك من طول ما تركه أو طعاما ففسد، أو غلاما فأصابه جدرى فعمى أو ثيابا فتركها مطويه لم يتعاهدها و لم ينشرها حتى هلكت؟ قال: هذا يجوز أخذه يكون حقه عليه». و نحوها غيرها و هى كما ترى صريحه فى خلاف ما ذكروه من وجوب التعاهد و الضمان مع

ص: ٤٣١

عدمه، لو تضرر بذلك، و لا معارض لها فى البين الا ما يظهر من ظاهر اتفاقهم، مع أنك قد عرفت خلاف الصدوق فى ذلك، و لم أقف على من تنبه لذلك منهم، (رحمهم الله) و العلامه فى كتاب الرهن من المختلف نقل عباره الصدوق المذكوره، ثم قال: و الأقرب ان على المرتهن الضمان، لان ترك نشر الثوب المفتقر الى نشره يكون تفريطا و المفرط ضامن، انتهى.

و هو مؤذن بغفلته عن الاخبار المذكوره، و عدم اطلاعه عليها، و الا كان الواجب ذكرها، لأنها مستنده فى هذه المسئله، و الجواب عنها، و بالجملة فالمسئله عندى لما عرفت محل توقف و اشكال، و الله العالم.

الثالث [فى أنه يضمن مع إيداع الوديعه من غير إذن و لا ضروره]

-ما ذكر من أنه يضمن مع إيداعها الغير من غير ضروره و لا- إذن، و هو مما لا- خلاف فيه عندهم، قال فى التذكرة: إذا أودع المستودع الوديعه غيره فان كان باذن المالك فلا ضمان عليه إجماعا، لانتفاء العدوان، و ان لم يكن باذن المالك فلا يخلو اما أن يودع من غير ضروره، أو بعذر، فان أودع بغير عذر ضمن إجماعا لأن المالك لم يرض بيد غيره و أمانته، و لا فرق فى ذلك الغير بين عبده أو زوجته أو ولده أو أجنبى عند علمائنا أجمع، انتهى.

و مقتضى كلامهم انه يسقط الضمان بأحد شيئين: أحدهما الاذن، فإنه يجوز الإيداع على النحو المأذون به و لا ضمان، و ثانيهما العذر كخوف سرقه أو نهب أو حرق أو أراد سفرا الا أن ظاهرهم هنا هو أن الواجب أولا ردها الى المالك أو وكيله إن أمكن، و الا فالى الحاكم، لأنه قائم مقام المالك شرعا مع تعذره و لا يسمى هذا ايداعا، و مع عدم إمكان الحاكم فإنه يودعها الثقة، و هذا هو الخارج بالقييد المذكور، فلو دفعها الى الحاكم مع إمكان الدفع الى المالك أو وكيله ضمن كما أنه لو دفعها الى الثقة مع إمكان الدفع الى الحاكم ضمن، و لا فرق فى المنع من إيداع الغير بدون أحد الوجهين المذكورين، بين أن يكون الغير مستقلا بها، أو شريكا فى الحفظ بحيث تغيب عن نظره.

قال في المسالك: وهو موضع وفاق، ولأنه تصرف في مال الغير بغير اذنه، قال:

و في حكم مشاركته في الوديعة وضعها في محل مشترك في التصرف، بحيث لا- يلاحظه في سائر الأوقات نعم لو كان عند مفارقتها لضروراته يستحفظ من يثق به و يلاحظ الحرز في عوداته، رجح في التذكرة اغتفاره لقضاء العاده به و لأنه إيداع عند الحاجة، ثم قال: و لو فوض الحفظ الى الغير لا لضروره أو أشركه أو لم يحرز عنه ضمن، انتهى.

و لو أودعها من غير اذن و لا ضروره ضمن، و كان لصاحبها أن يرجع على من يشاء منها لو تلفت، فان رجع على المستودع الأول فلا رجوع له على الثاني، و ان رجع على المستودع الثاني كان للمستودع الثاني أن يرجع على المستودع الأول، لأنه دخل معه على أن لا يضمن كذا ذكره في التذكرة.

و الوجه فيه أن الحكم هنا كما في الغاصب، و قد ذكروا ثمه أنه مع رجوع المالك على أيهما شاء، فان الجاهل منهم بالغصب يرجع على من غره، فسلطه على مال الغير، و لم يعلمه بالحال، و أما العالم فلا رجوع له فهيئنا أيضا كذلك فمتى رجع المالك على المستودع الأول، فإنه لا رجوع للمستودع الأول على الثاني، لعلمه بعدم جواز ما فعله، فقد سلطه على إتلافه، بخلاف رجوع المالك على المستودع الثاني لأنه مغرور، فلا ضمان عليه، بل يرجع على الأول.

الرابع [في أنه يضمن مع السفر بالوديعة]

إشاره

ما ذكر من أنه يضمن مع السفر بها على الوجه المذكور، و الظاهر أنه مما لا خلاف فيه، قال في التذكرة: لو عزم المستودع على السفر كان له ذلك، و لم يلزمه المقام لحفظ الوديعة، لأنه متبرع بإمساكها، و يلزمه ردها الى صاحبها أو وكيله، و الا فالحاكم، و يجب عليه قبولها، لأنه موضوع للمصالح فان لم يجد دفعها الى أمين، و لا يكلف تأخير السفر، لأن النبي (صلى الله عليه و آله) كانت عنده ودائع، فلما أراد الهجره سلمها إلى أم أيمن، و أمر عليا (عليه السلام)

أن يردّها، فإن ترك هذا الترتيب فدفعها الى الحاكم أو الأمين مع إمكان الدفع الى المالك أو وكيله ضمن، ولا يجوز أن يسافر بها، فإن سافر بها مع قدره على الرد على صاحبها أو وكيله أو الحاكم أو الأمين ضمن عند علمائنا أجمع، سواء كان السفر مخوفاً أو غير مخوف، انتهى.

قيل: والمراد بتعذر الوصول الى المالك أو وكيله أو الحاكم المشقة الكثيره الراجعه إلى التعسر، لان ذلك معنى هذا اللفظ عرفاً و لغه، لما في التزامه بتحمل ما يزيد على ذلك من الحرج و الضرر المنفيين، و هو جيد.

بقى الكلام في ما لو اضطر الى السفر بالوديعة بأن يضطر الى السفر، و ليس في البلد حاكم و لا أمين و لم يجد المالك و لا وكيله أو اتفق في البلد ما يوجب الخروج من حريق أو غاره أو نهب، و لم يجد أحداً من هؤلاء المذكورين. فإن ظاهرهم جواز السفر بها، و لا - ضمان و ادعى عليه في التذكرة الإجماع، قال: لان حفظها حينئذ في السفر بها و الحفظ واجب، و إذ لم يتم الا بالسفر بها كان السفر بها واجباً، و لا نعلم فيه خلافاً أما لو عزم السفر من غير ضروره في وقت السلامه و أمن البلد و عجزه عن واحد هؤلاء المذكورين و سافر بها فالأقرب الضمان لانه التزم الحفظ في الحضر، فليؤخر السفر أو يلزم خطر الضمان، انتهى.

و ظاهر آخر كلامه جواز السفر من غير ضروره مع العجز عن أحد هؤلاء و استصحاب الامانه مع التزام الضمان، و منعه في المسالك في الصوره المذكوره فقال بعد نقل ذلك عنه: و الأجود المنع، و هو الأقرب الى جاده الاحتياط المطلوب في أمثال هذه المقامات الخاليه من النصوص.

و كيف كان فالضمان مما لا اشكال فيه، فإن ظاهر إطلاق الإيداع و الحفظ انما ينصرف الى الحضر، و لان السفر لا يخلو من خطر في الجملة، و يؤيده أنه الا وفق بالاحتياط.

أحدها [لو عزم المستودع على السفر فدفن الوديعه]

قال فى التذكرة: لو عزم المستودع على السفر فدفن الوديعه ثم سافر ضمنها ان كان دفن فى غير حرز، فان دفنها فى منزله فى حرز و لم يعلم بها أحدا ضمنها أيضا، لأنه غرر بها، و لانه ربما هلك فى سفره فلا يصل صاحبها إليها، لأنه ربما خرب المكان أو غرق فلا- يعلم أحد مكانها، فإن أعلم بها غيره و كان غير أمين ضمن، لانه قد زادها تضييعا، و ان كان أمينا و لم يكن ساكنا فى الموضوع ضمنها، لأنها لم يودعها عنده، و ان كان ساكنا فى الموضوع فان كان مع عدم صاحبها و الحاكم جاز، لان الموضوع و ما فيه فى يد الأمين، و الاعلام كالإيداع، انتهى.

و ثانيها- هل المراد بالسفر هنا هو السفر الشرعى أعنى قصد المسافه أو ما هو أعم منه

و من العرفى كالتردد فيما دون ذلك، قال فى شرح القواعد: لم أقف على تحديد، و المتبادر منه شرعا قصد المسافه، فعلى هذا لا يجب الرد الا بالخروج إلى مسافه، و هو مشكل لانه متى خرج المستودع من بلد الوديعه على وجه لا يعد فى يده عرفا يجب أن يقال أنه ضامن، لأنه أخرج الوديعه من يده، فقصر فى حفظها فيضمن، و ينبغى الجزم بأن تردده فى البلد و ما حوله فى المواضع التى لا- يعد الخروج إليها فى العاده خروجا عن البلد و انقطاعا عنه كالبساتين و نحوها لا يجب معها رد الوديعه، و من تعذر الحاكم و الثقة كذا ذكره المحقق الأردبيلى فى شرح الإرشاد، و هل الجميع من كلام الشرح أو ممزوجا بكلامه احتمالان، حيث أنه لا يحضرنى الان الشرح المشار اليه.

و قال فى المسالك: و أما السفر فالأولى حملة على العرفى أيضا لا الشرعى، فعلى هذا لا يجوز استصحابها فى تردداته فى حوائجه إلى حدود البلد، و ما قاربه من القرى التى لا يعد الانتقال إليها سفرا مع أمن الطريق، و لا يجوز إيداعها فى مثل ذلك مع إمكان استصحابها، كما لا يجب ردها على المالك، انتهى.

و قال المحقق الأردبيلي-بعد ذكر ما قدمنا ذكره نقلا عنه من كلام شرح القواعد و كلام فى البين و نعم ما قال: فإنه الحق الحقيق بالامثال:-و اعلم أنه ليس فى الآيات و الاخبار ما يمنع السفر بالوديعة،و لا عدم السفر للودعى الا بأن يسلمها الى المالك أو الى الحاكم أو يودعه عند ثقه،حتى يجب علينا تحقيق السفر،بل هو كلام الفقهاء،بل فقهاء العامه.

ثم قاله الأصحاب أيضا،و الذى علم أنه يجب حفظها على ما يقتضيه العرف و العاده فى ذلك الشىء و من مثل ذلك الشخص كما أشرنا إليه،فيجوز له فعل كل شىء ما لم يكن تركا للحفظ عرفا،و لا يجب الكون عندها بعد وضعها فى الحرز،انتهى و هو جيد وجيه كما لا يخفى على الفطن النبیه.

و المفهوم من كلام العلامة فى التذكرة-بالنظر الى سياق البحث-أن المراد بالسفر الشرعى،فإنه الذى يدور عليه كلامه و تمثيلا،و ان لم يصرح بشىء من الفردين المذكورين.

و ثالثها [وجوب القبول على الحاكم لو عزم على السفر]

-ما تقدم فى عبارته التذكرة من وجوب القبول على الحاكم لو عزم على السفر،و لم يتمكن من الدفع الى المالك أو وكيله،قد صرح به فى القواعد أيضا،فقال:و الأقرب وجوب القبض على الحاكم،و كذا المدين و الغاصب إذا حملا الدين و الغصب اليه،و علل الشارح وجه القرب قال:لأنه منصوب للمصالح و لو لم يجب القبض فأتت المصلحه المطلوبه من نصبه،و هو الأصح،و يحتمل ضعيفا العدم،تمسكا بأصالة البراءه،و هو يرجع الى ما ذكره فى التذكرة.

و فيه أنه لا- دليل على ما ذكره،من أن الغرض من نصبه هو ذلك،بل غايه ما يفهم من الاخبار أنه منصوب للحكم و القضاء و الفتوى خاصه،و هى الأخبار الداله على نيابته عن الامام(عليه السلام)و كما لم يقم دليل على وجوب ذلك على الامام(عليه السلام)الذى هو المنوب عنه فى الأحكام،كذلك لم يقم بالنسبه إليه،بل غايه أخبار النيايه انما هو ما ذكرناه،على أنه إذا كان الغرض من

الدفع اليه انما هو الحفظ للمالك،فهو غير منحصر فيه،بل يحصل ذلك بالثقه.

و بالجمله فإنى لا أعرف لما ذكروه من الوجوب هنا دليلا واضحا.

و رابعها-أنه ينبغى أن يعلم أن جواز السفر لضرورته أو ضرورتها مشروط بأمن الطريق،فلو كان مخوفا علما أو ظنا بظهور بعض الأمارات فظاهرهم أنه لا-يجوز السفر بها و الحال كذلك،فلو سافر ضمن،لأنه تعزير بها،قالوا:حتى لو فرض الخوف أيضا فى الحضر،و تعارض الخطران رجح الإقامه،لأن السفر فى حد ذاته خطر،فإذا انضم إليه أماره الخوف زاد خطره على الخطر،و الله العالم.

الخامس [حكم طرح الأقمشه فى المواضع التى تعفنها]

-ما ذكر من أنه يضمن بطرح الأقمشه فى المواضع التى تعفنها و المراد طرحها كذلك مده يمكن حصول التعفن فيها،فلو لم يكن كذلك بأن طرحها مده لا يحصل ذلك بل يقطع بعدم التضرر فلا ضمان،فإنه لا يعد تفريطا يوجهه،و مثله وضع الكتب التى يخاف عليها من النداهه المفسده بها،و نحو ذلك و المرجع فى الجميع فى ذلك الى اشتراط كون الموضع صالحا للوديعة بحسب حالها و ما يناسبها مكانا و زمانا،إلا- أنك قد عرفت فى الموضع الثانى ما ينجر به المناقشه الى هذا الحكم فى هذا الموضع أيضا،و الله العالم.

السادس [حكم ترك سقى الدابه أو علفها]

-ما ذكر من الضمان مع ترك سقى الدابه أو علفها مده لا تصبر عليه فتموت،فإنه لا خلاف فيه الا أن تخصيص الضمان بذلك محل اشكال كما سيظهر لك ان شاء الله.

و كيف كان فإنها لو ماتت بغيره،فإنه لا- يضمن،و كذا لو ماتت فى زمان لا- تتلف فى مثله لم يضمن أيضا،لأنها لم تتلف بذلك،صرح به فى التذكرة، و قد تقدم نقله عنه آنفا،و كذا لا- يضمن لو كان بها جوع و عطش سابق لا يعلم بهما فماتت بهما،بحيث لو لا التقصير لما ماتت،أما لو كان عالما بهما فإنه يضمن، و لو لم تمت بذلك بل نقصت ضمن النقصان.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن عبارات الأصحاب فى هذا المقام لا يخلو من اختلاف

و اضطراب، فان المفهوم من بعضها أن مجرد الترك و لو مره واحده تفريط موجب للضمان، و كذا مجرد المخالفه لما أمر به المالك و ان لم يترتب عليه الفوات، و متى تحقق الضمان زال حكم الوديعة كما تقدم ذكره ما لم يحصل إيداع جديد، و المفهوم من بعضها تخصيص الضمان بترك العلف و السقى مدته لا- تصبر عليه فماتت، كما عرفت من عبارته المتقدمه، و هو مؤذن بتخصيص الضمان بصورة الموت، و نحوها الصور الملحقه بها، و كذا مجرد التقصير فى الحفظ لا يوجب ضمانا الا مع التلف، و لهذا قال فى المسالك- و نعم ما قال بعد ذكر عبارته المصنف بنحو ما قدمنا ذكره ما صورته:- و اعلم أن الواجب علفها و سقيها بحسب المعتاد لأمثالها، فالنقصان عنه يعد تفريطا سواء صبرت عليه أم لا- و متى عد تفريطا صار ضامنا لها، و ان ماتت بغيره، هذا الذى يقتضيه قواعد الوديعة.

و حينئذ فتعليق المصنف الحكم على موتها بسبب ترك ذلك مدته لا تصبر عليه عادة ان أريد به هذا المعنى، فلا اشكال من هذه الحيشه، لكن يشكل اختصاص حكم الضمان بموتها به، مع كونها قد صارت مضمونه بالتفريط، و من شأن المضمون به أن لا تفترق الحال بين تلفه و نقصه بذلك السبب و غيره، و سيأتى له نظائر كثيره فى كلام المصنف و غيره.

و ان أراد به معنى آخر أخص مما ذكرناه كما هو الظاهر أشكل الحكم بما سبق، و من توقف الضمان على ترك هذه المده مع أن الواجب القيام بالمعتاد منه، و بتركه يتحقق التفريط، و فى عبارته العلامه ما هو أبلغ مما هنا، قال فى التذكرة: لو امتنع المستودع من ذلك، و عنى به العلف و السقى حتى مضت مدته يموت مثل الدابه فى مثل تلك المده، نظر ان ماتت ضمنها، و ان لم تمت دخلت فى ضمانه، و ان نقصت ضمن النقصان، و ان ماتت قبل مضى تلك المده لم يضمها، هذه عبارته، و قد علق الضمان فيها كما ترى على ترك ذلك مدته تموت فيها عادة، لا تأخيره زياده عن العاده، و لا زياده على ما تصبر عليه عادة، انتهى.

و بالجمله فالمسئله لا تخلو من الاشكال، لعدم الدليل الواضح فى هذا المجال و لم أقف فى المقام الا على ما رواه

ثقه الإسلام فى الكافى عن محمد بن الحسن (١) فى الصحيح قال:

«كتبت الى أبى محمد (عليه السلام) رجل دفع الى رجل وديعه فوضعها فى منزل جاره، فضاعت هل يجب عليه إذا خالف أمره و أخرجها عن ملكه، فوقع (عليه السلام) هو ضامن لها ان شاء الله».

و رواه

فى الفقيه (٢) هكذا

«رجل دفع الى رجل وديعه و أمره أن يضعها فى منزله أو لم يأمره فوضعها فى منزل جاره». الى آخر ما تقدم و مورد الخبر وقوع التلف بالمخالفة، و هو مما لا اشكال فيه، انما الإشكال فى الضمان بمجرد المخالفة و ان لم يترتب عليه التلف، كما هو ظاهر شيخنا المتقدم ذكره و غيره.

المقام الثانى فى التعدى:

اشاره

و قد عرفت أنه عباره عن فعل ما لا يجوز فعله، قالوا: مثل أن يلبس الثوب أو يركب الدابه أو يخرجها من حرزها لينتفع بها، و كذا لو طلبت منه فامتنع من ردها مع الإمكان، فإنه يضمن أيضاً، و نحوه لو جهدها ثم قامت عليه البيئه، أو اعترف بها و يضمن بالخلط بماله على وجه لا يتميز، و يضمن أيضاً بفتح الكيس المختوم، و كذا لو أودعه كيسين فمزجهما و يضمن لو حمل الدابه أثقل مما أذن له فيه، أو أشق و لو أودعه المالك فى حرز مقفل ففتح القفل و أخذ بعضها ضمن الجميع، و لو لم يكن فى حرز أو كان الحرز من الودعى و أخذ بعضها ضمن ما أخذ خاصه.

و الكلام فى تحقيق هذه المواضع يقتضى بسطه فى موارد

الأول [الضمان بلبس الثوب و ركوب الدابه]

—ما ذكر من الضمان بلبس الثوب و ركوب الدابه و يجب تقييده بما إذا لم يتوقف الحفظ عليهما، و الا كان واجبا فضلا عن أن يكون جائزا كما لو كان الثوب من الصوف يتوقف حفظه من الدود على لبسه، بحيث أنه لا يندفع ذلك بمجرد النشر فى

ص: ٤٣٩

١- (١) الكافى ج ٥ ص ٢٣٩ ح ٩.

٢- (٢) الفقيه ج ٣ ص ١٩٤ ح ٨٨٠، الوسائل ج ١٣ ص ٢٢٩ ح ١.

الهواء و كذا الدابه لو توقف نقلها الى الحرز أو سقيها على ركوبها،و فى حكم الثوب الكتب المودعه،فلو توقف حفظها على المطالعه فيها،أو النسخ منها لم يكن ذلك تعديا.

قال فى التذكره:و لو استودع ثياب صوف و جب على المستودع نشرها و تعريضها للريح،لثلا يفسدها الدود،و لو لم يندفع الفساد الا- بأن يلبس و يفتق به رائحه الأدمى و جب على المستودع لبسها،و ان لم يفعل ففسدت بترك اللبس أو تعريض الثوب للريح كان ضامنا،سواء أمره المالك أو سكت عنه.

أقول قد عرفت فى الموضوع الثانى من المقام الأول (١) ما فى هذا الكلام من الاشكال و الداء العضال لدلاله الاخبار على عدم الضمان فى صورته عدم التعريض للهواء،و عدم و جوب ذلك و ان هلك بطول المكث،كما هو ظاهر الصحيحه المتقدمه،و نحوها غيرها مما تقدم فى كتاب الرهن (٢)و كما يضمن فى الصوره المذكوره،كذا يضمن عندهم لو أخرج الثوب من محله ليلبسه و الدابه ليركبها،فإنه يضمن أيضا،و ان لم يلبس و لم يركب كذا ذكره فى التذكره، قال:لأن الإخراج على هذا القصد خيانه،فوضع يده على مال الغير خيانه و عدوانا من غير أمانه فيكون ضامنا انتهى.

و لو نوى ذلك و لم يخرج شيئا منهما عن محله و لم يستعمله،و كذا لو نوى أخذ الدراهم من الكيس و لم يأخذ،قال فى التذكره فى الضمان إشكال،ينشأ من أنه لم يحدث فى الوديعه فعلا و لا قولاً،فلا يضمن،و من أنه قصد الخيانه فصار خائنا و لا أمانه للخائن فيكون خائنا ضامنا،ثم انه صرح أيضا بأنه لو أخذ الوديعه من المالك بقصد الخيانه،فالأقوى الضمان،لانه لم يقبضها على سبيل الامانه، فيده يد خيانه لا يد أمانه،فلا يكون أمينا بل خائنا ضامنا.

ص : ٤٤٠

١- ١) ص ٤٣٠.

٢- ٢) ج ٢٠ ص ٢٣٤.

وفيه أن الظاهر أن صدق الخائن عليه شرعا و عرفا لا يحصل الا بفعل ما يوجب الخيانه، لا بمجرد النيه، و الا لصدق على من نوى الزنا و لم يزن أنه زان، و نحو ذلك، و لا ريب فى بطلانه.

الثانى [وجوب الرد مع الطلب]

اشاره

-ما ذكر من الضمان لو طلبها المالك أو من يقوم مقامه فامتنع من ردها مع الإمكان.

أقول: أما وجوب الرد مع الطلب فلا ريب فيه للايه و الروايه قال الله تعالى (١) «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا» و الاخبار بذلك قد تقدمت فى صدر الكتاب (٢) و الأمر بالرد فورى عندهم، و أما وجوب الضمان فى الصوره المذكوره فالظاهر أن دليله الإجماع على أن التقصير موجب للضمان، و لم أقف على نص فى ذلك، و قد تقدم فى الموضع العاشر من البحث الأول (٣) تحقيق معنى الرد و تفصيل الكلام فى هذا المقام.

فروع:

الأول [فى جواز الامتناع و التأخير فى دفع الوديعة إلى أن يشهد]

قال فى التذكرة: لو أمره المالك بدفع الوديعة إلى الوكيل فطلبها الوكيل لم يكن له الامتناع، و لا التأخير مع الممكنه، فإن فعل أحدهما كان ضامنا، و حكمه حكم ما لو طلب المالك فلم يرد عليه، الا أنهما يفترقان فى أن المستودع له التأخير الى أن يشهد المدفوع اليه على القبض لان المدفوع اليه و هو الوكيل لو أنكر الدفع صدق بيمينه، و ذلك يستلزم ضرر المستودع بالغرم انتهى.

أقول: مرجع الفرق بينهما إلى أنه فى صورته إنكار الوكيل الدفع يحتاج المستودع إلى البيئه، و مع عدمها يمين المنكر، لان هذا الفرد أحد أفراد الكليه

ص: ٤٤١

١- ١) سورة النساء-الايه ٥٨.

٢- ٢) ص ٣٩٥.

٣- ٣) ص ٤٢٦.

«بأن البينه على المدعى، و اليمين على المنكر». و أما فى صورته إنكار المالك لو ادعى الودعى الدفع إليه فإنه و ان كان أيضا أحدهما مدعىا و الآخر منكرا الا أنه من حيث كونه أمينا و محسنا و قابضا لمصلحه المالك فالقول قوله بيمينه، و لا يكلف البينه كما هى قاعده الأمين فى أى موضع كان، فهى مستثناه من القاعده المذكوره بالنصوص الكثيره هذا هو المشهور.

و قيل: ان عليه البينه فى دعوى الرد على المالك أيضا، عملا بالقاعده المذكوره، و الأظهر ضعفه عملا بالأخبار الداله على حكم الامانه، و أنه يقبل قول الأمين بيمينه، و الوديعه من جملتها كما تقدم ذكره.

الثانى [عدم تمكن المستودع من الرد]:

لو قال المالك له: رد الوديعه على فلان و كىلى، فلم يطلب الوكيل الرد، قال فى التذكرة: ان لم يتمكن المستودع من الرد فلا ضمان عليه قطعا، لعدم تقصيره، و ان تمكن من الرد احتمل الضمان، لانه لما أمره بالدفع الى وكيله فكأنه عزله، فيصير ما فى يده كالأمانات الشرعيه.

الثالث [الإشهاد على الإيداع]

قال فى التذكرة أيضا: لو أمره المالك بالدفع الى وكيله أو أمره بالإيداع لما دفع اليه ابتداء، فالأقرب أنه لا يجب على المدفوع إليه الإشهاد على الإيداع، بخلاف قضاء الدين، لأن الوديعه أمانه.

و قول المستودع مقبول فى الرد و التلف، فلا معنى للإشهاد، و لأن الودائع حقها الإخفاء بخلاف قضاء الدين، و هو أظهر وجهى الشافعيه.

أقول: فيه أنه قد صرح فى الفرع الأول بأن للودعى التأخير عن الدفع الى الوكيل الى أن يشهد له على القبض، لما يلزم بعدم الاشهاد من الضرر عليه لو أنكر الوكيل القبض، و قد بينا الوجه فيه، و هنا نفى الوجوب عنه، و هذا لا يجامع الحكم الأول، لان مقتضى ما ذكره أولا أنه لا يجب على الودعى الدفع الا مع الاشهاد له بالقبض، و مقتضى هذا الكلام أنه لا يجب على الوكيل الاشهاد،

ص: ٤٤٢

و اللازم من ذلك أنه لا يجب على الودعي الدفع في صورته أمر المالك بالدفع، كما هو المفروض في كل من الموضوعين، ولا ريب في بطلانه، وقوله في الكلام الأخير لأن قول المستودع مقبول في الرد انما هو مسلم بالنسبة إلى دعواه الرد على المالك لما عرفت، بناء على القول المشهور.

و بالجمله فإن الظاهر عندي هو التدافع فيما ذكره في هذين الكلامين

الثالث [ما يعتبر في تحقق الضمان بالجحود]

اشاره

-ما ذكر من الضمان لو جحدها ثم قامت عليه اليه أو اعترف بها و علل بأنه انما كان الجحود موجبا للضمان، لأنه خيانه، حيث انه بإنكاره يزعم أن يده عليها ليست نيابه عن المالك، فلا يكون أمينه، فيصير يده عليها يد ضمان لا يد وديعه و أمانه.

قالوا: و يعتبر في تحقيق الضمان بالجحود أمور

الأول - أن يكون بعد طلب المالك لها

، فلو جحدها ابتداء أو عند سؤال غيره لم يضمن، لأن الوديعه مبنيه على الإخفاء فإنكاره بغير طلب يوجب الرد أقرب الى الحفظ، و لو لم يطلبها المالك لكن سأله عنها فقال: لى عندك وديعه فجحدها فلهم في الضمان قولان: أحدهما ما اختاره في التذكرة، و هو العدم، لأنه لم يمسكها لنفسه و لم يقر يده عليها بغير رضى المالك، حيث لم يطلبها، و مجرد السؤال لا يبطل الوديعه، و لا يرفع الأمانه.

و ثانيها- ما اختاره الشيخ على (رحمه الله) و استوجهه في المسالك من ثبوت الضمان، قال المحقق المذكور: لان جحوده يقتضى كون يده ليست عن المالك لان نفي الملزوم يقتضى نفي لازمه من حيث هو لازمه، فلا يكون أميناً عنه فيضمن.

الثاني - أن لا يظهر بجحوده عذرا بنسيان أو غلط أو نحوهما

فإنه لا يضمن ان صدقه المالك على العذر و الا ففي الضمان وجهان: و استقرب في التذكرة الضمان، و وجهه يعلم مما سبق.

و في المسالك أن عدم الضمان لا يخلو من وجه.

الثالث - أن لا يكون الجحود لمصلحه الوديعه

بأن يقصد به دفع ظالم أو

متغلب على المالك أو نحو ذلك،لأنه محسن فى ذلك،و ما على المحسنين من سبيل.

الرابع- ما ذكر من الضمان بالخلط بماله على وجه لا يتميز

قال فى التذكرة:إذا مزج المستودع الوديعه بماله مزجا لا يتميز أحدهما عن صاحبه كدراهم مزجها بمثلها أو دنانير بمثلها،بحيث لا- يتميز بين الوديعه و بين مال المستودع أو مزج الحنطه بمثلها،صار ضامنا،سواء كان المخلوط بها دونها أو مثلها،أو أزيد منها،انتهى.

و مرجع ذلك الى اشتراك الجميع فى التعدى الناشى عن التصرف فى الوديعه تصرفا غير مشروع،و تعيها بالمزج المفضى إلى الشركه الموجب إلى المعاوضه على بعض ماله بغير رضاه عند القسمه،و لا ريب أن الشركه عيب،و ربما يفهم من قوله بماله أنه لو كان الخلط بمال المالك لم يضمن،و ليس كذلك بل يضمن أيضا كما صرح به فى التذكرة فى تتمه كلامه،حيث قال:و لو مزجها بمال مالكها بأن كان له عنده كيسان وديعه،يمزج أحدها بالآخر بحيث لا يتميز ضمن أيضا،لأنه تصرف غير مشروع فى الوديعه،و ربما ميز بينهما لغرض دعى اليه و الخلط خيانه،انتهى.

و سيأتى الكلام فى ذلك أيضا ان شاء الله تعالى،و كما يضمن فى الصورتين المذكورتين،فكذا فيما لو خلطه بمال مغصوب،بل هو أشد الجميع أو بمال يكون عنده أمانه بغير الوديعه،لصدق التصرف المنهى عنه فى الجميع.

و فى التقييد بعدم التمييز بين المالين إشاره إلى أنه لو تميز المالان فلا ضمان و هو كذلك عندهم ان لم يستلزم المزج أمرا آخر موجبا للضمان،كما لو كان المال فى كيس مختوم،فإنه و ان لم يضمن بالمزج من حيث التمييز الا أنه يضمن من حيث فكه الختم الذى على الكيس كما سيأتى ذكره إنشاء الله تعالى.

الخامس [فى حكم هتك الحرز]

-ما ذكر من الضمان بفتح الكيس المختوم،قال فى التذكرة:

لو أودعه عشر دراهم مثلا فى كيس،فان كان مشدودا أو مختوما فكسر الختم و حل

الشداد أو فعل واحدا منهما ضمن، لانه هتك الحرز على ما تقدم، و ظاهرهم أنه لا فرق في الضمان بكسر الختم و حل الشداد و بين أن يأخذ من الكيس شيئا و عدمه و لا في الختم بين أن يكون مشتملا على علامه للمالك و عدمه، لاشتراك الجميع في العله الموجبه للضمان، و هي هتك الحرز و التصرف المنهى عنه، و مثله الصندوق المقفل لو فتح قفله، هذا كله إذا كان الختم و الشد من المالك، فلو كان ذلك من الودعي فلا ضمان، إذ لا هتك و لا تصرف فيما فعله المالك، الا أن يكون ذلك بأمر المالك، فإنه عندهم في حكم فعل المالك ذلك.

بقى الكلام في أنه ربما كان القصد من الختم أو الشد انما هو الحفظ و المنع من الانتشار دون الإخفاء، و عدم الاطلاع على ذلك، و الفارق بين الأمرين القرائن فإنه لا- يبعد عدم الضمان في الصورة الاولى، و به جزم في المسالك و حيث يضمن للمظروف بفتح الظرف على الوجه المتقدم، فهل يضمن الظرف أيضا أم لا-؟ وجهان بل قولان: أولهما- اختاره في المسالك قال: للتصرف فيه المنهى عنه، و ثانيهما- استقر به في التذكرة، لأنه لم يقصد الخيانة في الظرف و ضعفه في المسالك بأن قصد الخيانة لا- دخل له في الضمان، بل التصرف، قال: و قد استشكل في حكم ما لو عد الدراهم غير المختوم أو وزنها أو ذرع الثوب، مع أن مقتضى تعليله عدم الضمان، و لو خرق الكيس المختوم فان كان الخرق تحت الختم، فهو كفض (1) الختم و يزيد ضمان الظرف أيضا و ان كان فوق الختم فليس الا ضمان الظرف.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن ظاهر المحقق الأردبيلي (رحمه الله) المناقشه في هذا الحكم، فإنه قال: بعد أن نقل عن التذكرة الضمان بمجرد فض الختم، و خرق الكيس على الوجه المذكور.

و الظاهر عدم الضمان في الموضوعين لما فيه من عدم التصرف بخيانه، و كأنه يخص التصرف هنا بغير الدراهم التي في الكيس، حيث أنه لم يدخل يده فيها،

ص: ٤٤٥

و أن التصرف الموجب لضمانها انما هو وضع اليد فيها و الأخذ منها، و الا فإنما ذلك تصرف فى الكيس خاصا، و المسئله كغيرها بمحل من الإشكال، فإن كلامه لا يخلو من قرب، و ان كان ظاهرهم الاتفاق على أنه يضمن بمجرد فض الختم، و الله العالم.

السادس- ما ذكره من الضمان لو أودعه كيسين فمزجها

، ظاهر هذا الكلام يعطى وجوب الضمان بمجرد المزج و لو أمكن التمييز بينهما، و لعله مبنى على استلزامه ذلك التصرف فى المالين بغير اذن المالك، الا أنه قد تقدم فى المورد الرابع عدم الضمان مع إمكان التمييز، و يمكن أن يكون المراد بالمزج هنا هو ما كان على وجه لا يميز أحدهما من الآخر و لعل هو الظاهر من لفظ المزج، و حينئذ فباخراجه ما فى أحد الكيسين و صبه على الآخر يضمن ذلك المخرج خاصه، لتصرفه فيه، و لا يضمن ما فى الكيس المصبوب عليه مع تميزه، لانه لم يتصرف فيه ان لم يكن مختوما، و فك ختمه، فإنه يضمن من حيث فك الختم، و ربما نقل عن بعض الأصحاب الضمان مطلقا، و ان لم يكن مختوما هذا كله إذا كان الكيسان للمودع، كما هو المفروض أولا، أما لو كان أحدهما للمستودع فإنه لا ضمان مع بقاء التمييز كما تقدم، لان له نقل الوديعة من محل الى آخر، و له تفرغ ملكه، و لا يتعين عليه الحفظ فيما وضع فيه.

السابع [فى تعدى عما أذن له فى الإجاره]

-ما ذكر من الضمان لو حمل الدابه أثقل أو أشق مما أذن له فيه، و لا ريب فى الضمان مع المخالفه و استعمالها فى الأثق و الأثقل، لانه تعد محض و تفریط موجب لذلك.

قال فى المسالك: بعد قول المصنف و كذا لو أمره بإجارتهما لحمل أخف فأجرها لا ثقل، و لا سهل فأجرها لا شق كالثقل و الحديد- ما لفظه: لا اشكال هنا فى الضمان مع استعمال المستأجر لها فى الأثقل، و هل يتحقق بمجرد العقد؟ يحتمل ذلك، لتسليطه على الانتفاع و العدوان، فيخرج عن كونه أمينا، كما

يضمن بجحوده، بل مجرد نيته على قول مع عدم فعل ما يوجب الضمان و عدمه كما لو نوى الخيانه أو التفريط، أو قال: أنه يفعل ذلك و لم يفعل، و لم أقف في ذلك على شيء يعتد به، انتهى.

أقول لا-ريب أن عقد الإجاره على هذا الوجه باطل، لان المالك انما أذن له في الإجاره بحمل الأخف و هو قد آجرها لحمل الأثقل و الأشق و هو خلاف ما أذن له فيه، فيكون باطلا، و لا يبعد تحقق الضمان بذلك من حيث التصرف بهذا العقد الموجب لتسليط المستأجر على خلاف ما أمر به المالك.

على أن التمثيل لعدم الضمان بما لو نوى الخيانه أو التفريط مع عدم الفعل محل إشكال أيضا، فإن العلامه في التذكرة قد صرح هنا بالضمان كما تقدم نقله عنه في المورد الأول، و ان كان فيه ما فيه كما أشرنا إليه ثمه.

و بالجملة فالظاهر أن الأقرب بمقتضى قواعدهم هو القول بالضمان في الصورة المذكوره، ثم انه على تقدير المخالفه و وجوب الضمان فهل يضمن الجميع أو بالنسبه؟ ظاهره في المسالك الأول، مع احتمال الثاني.

و جزم المحقق الأردبيلي بالأول من غير احتمال، قال: لانه تعد، فلو تلف يأخذ منه تمام قيمه، لا أن يقسط على المأذون و غيره، و وجه الاحتمال الذي ذكره في المسالك هو في صورته حمل الأثقل، أن القدر المأذون فيه غير مضمون، و انما تعدى بالزائد فيقسط التالف عليهما.

أقول: ما ذكره جيد بالنسبه إلى الأثقل، كما لو أذن له في حمل وزن مخصوص أو كيل مخصوص لا ثقل فيه، فزاد على ذلك الوزن أو الكيل ما حصل به الثقل، فإنه لا يبعد ما ذكره من التقسيط، أما لو كان ما استأجر عليه أضر و أشق على الدابه فمجموع الحمل مغاير لما أذن به المالك، فيتوجه النهي إلى المجموع، بخلاف الأول، فإنه انما يتوجه الى ما حصل به الثقل من الزيادة، و هذا التفصيل بحسب الظاهر لا بأس به على مقتضى قواعدهم.

و قال في المسالك- بالنسبه إلى تمثيل المصنف بالقطن و الحديد- و المراد

من الأشق في المثالين: أن الحديد أشق عند سكون الهوى، و القطن أشق عند الهواء، و من ثم جمع بين المثالين.

الثامن [في فتح القفل و أخذ بعض الوديعه]

اشاره

-ما ذكر من الضمان لو جعلها المالك في حرز مقفل، ففتح القفل و أخذ بعضها، الى آخر ما تقدم.

أقول قد تقدم أنه إذا دفع اليه كيسا مختوما ففضه فإنه يضمن الجميع بفض الختم، و ان لم يأخذ منه شيئا، فكذا هنا يضمن هنا بفك القفل. و ان لم يأخذ شيئا، ففيما إذا أخذ بعضها بطريق أولى.

أما لو لم يكن في حرز أو كانت و لكن الحرز للودعي، فإنه يضمن ما أخذه خاصه، لأنه لم يحصل منه تعد الا فيما أخذه.

و أما لو كان الكيس للودعي و شده بأمر المالك فهو بمنزله شد المالك فيضمن بفتحه كما ذكره.

قال في المسالك: و لا فرق في ضمان المأخوذ بين أن يصرفه في حاجته و عدمه عندنا، لأن الإخراج على هذا القصد خيانه، و على هذا فلو نوى التصرف في الوديعه عند أخذها بحيث أخذها على هذا القصد كانت مضمونه عليه مطلقا، لأنه لم يقبضها على وجه الامانه، بل على سبيل الخيانه.

و في تأثير النيه في استدامه الأخذ كما تؤثر ابتداء و جهان: من ثبوت اليد في الموضوعين -مقترنا بالنيه الموجه 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: و الاستعمال و لم يستعمل، و أن لا يرد الوديعه بعد طلب المالك، و لم يتلفظ بالجحود و غير ذلك، و قد جزم المصنف (رحمه الله) في ما سبق بأنه لو نوى الانتفاع لا يضمن بمجرد النيه، انتهى.

أقول: فيه أن ما ذكره من الضمان بمجرد النيه في المواضع المذكوره

مبنى على وجوب نيه قصد الايمان فى قبض الوديعه،و الا كان خائنا يترتب على قبضه الضمان،و هو مشكل لعدم الدليل عليه،و صدق الخائن عليه بمجرد هذه النيه ممنوع،إذ الظاهر أن الاتصاف بالخيانه لغه و شرعا و عرفا انما يتحقق بالتعدى و التصرف،لا بمجرد النيه،و الا لصدق على الإنسان كونه زانيا بمجرد نيه الزنا،و سارقا بمجرد نيه السرقة،و هكذا و لا يقوله أحد،و لهذا ان الله تعالى لا يأخذ بمجرد النيه و القصد،و انما يؤخذ بالفعل و التصرف فى جميع أفراد المعاصى من خيانه و غيرها.

و بالجمله فإنى لا أعرف لكلامهم هنا وجهها وجيها،بل الظاهر خلافه كما عرفت و ما نقله عن التذكرة من التردد قد تقدم ذكره فى المورد الأول،و قد أشرنا فى رده الى ما ذكرناه هنا على أن ما ذكره أيضا من الضمان للجميع بمجرد فتح القفل و فض الختم لا يخلو من المناقشه،لعدم الدليل على ذلك، و الأصل براءة الذمه،و التصرف هنا حقيقه أنما وقع فى القفل و الختم،و الى ما ذكرناه يميل كلام المحقق الأردبيلي فى شرح الإرشاد أيضا.

قال فى التذكرة:و ان كان الصندوق مقفلا و الكيس مختوما،ففتح القفل و فض الختم و لم يأخذ ما فيه فالأقوى الضمان لما فيه من الثياب و الدراهم،و هو أصح وجهى الشافعيه،لأنه هتك الحرز،و الثانى للشافعيه أنه لا يضمن ما فى الصندوق و الكيس،بل يضمن الختم الذى تصرف فيه،و به قال أبو حنيفه،انتهى.

قال المحقق الأردبيلي-بعد نقل هذا الكلام بحذافيره-:هذا أولى لما مر غير مره من الأصل و عدم تصرف و تقصير فى الحفظ و غير ثابت كون هتك الحرز موجبا للضمان،و لا بد له من دليل فتأمل،انتهى و هو جيد.

تذنيب:

قد تقدم فى صدر هذا الكلام أنه لو أخذ البعض ضمن ما أخذ خاصه فى صوره ما إذا كان الحرز من المستودع أو لم يكن فى حرز،بقى الكلام فى أنه

لو أعاد ما أخذه إلى موضعه أو أعاد بدله، فأما على الأول فإن ظاهرهم بقاء الضمان، و أنه لا يزول بإعادته لأن يده عليه صارت يد خيانه، لا يخرج عنها إلا بما تقدم من إيداع المالك له مره ثانيه، كما فى كل تفريط و تعد، و سيأتى تحقيقه ان شاء الله.

و لا- فرق فى ذلك بين أن يمزجه بغير المضمون مزجا لا- يتميز عنه، أم لا- لا- الن الجميع مال المالك، غايته أنه قد صار بعضه مضمونا و بعضه غير مضمون، و أن هذا الاختلاط كان حاصلًا قبل الأخذ.

قال فى التذكرة- بعد فرض المسئلة فى إيداع كيس فيه عشره دراهم- و ان لم يكن الكيس مشدودا و لا- مختوما فأخرج منه درهما لنفسه ضمنه خاصه، لأنه لم يتعد فى غيره، فان رده لم يزل عنه الضمان، فان لم يختلط بالباقي لم يضمن الباقي، لأنه لم يتصرف فيه، و كذا ان اختلط و كان متميزا لم يلتبس بغيره و ان امتزج بالباقي مزجا يرتفع معه الامتياز فالوجه أنه كذلك لا يضمن الباقي، بل الدرهم خاصه، لأن هذا المزج كان حاصلًا قبل الأخذ و هو أصح قولى الشافعيه و الثانى عليه ضمان الباقي لخلطه المضمون بغير المضمون، فعلى ما اخترناه لو تلفت العشره لم يلزمه الا- درهم واحد و لو تلف منها خمسسه لم يلزمه الا نصف درهم، انتهى.

و أما على الثانى فإنه لا يبرئ أيضا بإعادة البدل، فإنه إذا كان الضمان باقيا بإعادة ما أخذه ففى بدله بطريق أولى، لأنه لم يتعين ملكا للمالك، إذ لا- يحصل الملك الا- بقبضه أو قبض وكيله و المستودع ليس وكيلًا- فى تعيين العوض، و انما هو وكيل فى الحفظ، و حينئذ فلا يخلو اما أن يكون المردود متميزا عن الباقي بحيث لم يخلط به، أو كان فيه علامه من سكه أو غيرها توجب الامتياز، فإنه لا يضمن سواء ذلك، و لا يضمن الباقي، أو لا يكون متميزا بل مزجه بتلك الدراهم مزجا لا يتميز منها، فان ظاهرهم وجوب ضمان الجميع، لما تقدم من أن مزج الوديعه بماله من موجبات الضمان للجميع و الله العالم.

الاولى [فى جواز فسخ الوديعه أى وقت شاء المستودع]

-حيث أن الوديعه من العقود الجائزه بناء على أنه عقد، فإنه يجوز فسخها أى وقت شاء المستودع، و بطريق الاولى لو كانت إذنا خاصه، الا أنه لا يجوز تسليمها الا الى المالك أو وكيله، و مع تعذرهما فالى الحاكم الشرعى، و مع تعذره فيدفعها إلى ثقته، و لا ضمان مع عمله بهذا الترتيب فلو خالف و دفع الى الحاكم مع إمكان الدفع الى المالك أو وكيله أو دفع الى ثقته مع إمكان الدفع الى الحاكم ضمن عند الأصحاب من غير خلاف يعرف.

بقى الكلام فى أن الظاهر أن جواز الرد فى أى وقت شاء انما يتم بالنسبه إلى الرد على المالك أو وكيله، أما الرد على الحاكم أو ثقته فإنما يجوز مع العذر المانع من الايمان، كخوف تلف الأمانه فى يده بحرق أو سرق أو اضطارره الى السفر و نحو ذلك من الأسباب المانعه من بقاءها أمانه فى يده، و ان لم يكن له عذر لم يجز الدفع الى الحاكم و لا الثقته، مع عدمه لانه و ان جاز له فسخ عقد الوديعه متى شاء، لانه عقد جائز الا- أنه بقبول الوديعه قد التزم حفظها الى أن يردها على مالكها، فلا يبرئ الا بالدفع الى المالك، و لا عذر هنا يجوز له الخروج به عن ذلك من ضروره تعرض له أو للوديعه كما تقدم.

و ربما نقل عن بعضهم أنه أجاز دفعها الى الحاكم عند تعذر المالك مطلقا، لأنه بمنزله وكيله، قال فى المسالك: و ليس بذلك البعيد.

و قال فى المسالك أيضا: ثم انه على تقدير جواز دفعها الى الحاكم هل يجب عليه القبول؟ كما إذا كان له عذر و لم يجد المالك و لا- وكيله وجهان: من أنه نائب عن الغائب حينئذ، و أنه منصوب للمصالح و لو لم يجب عليه القبض فانت المصلحه المطلوبه من نصبه، و من أصاله البراءه، و الأقوى الأول، و الوجهان آتيان فى ما لو حمل اليه المديون الدين مع غيبه المدين، و الغاصب المغصوب أو بدله مع تلفه، و غير ذلك من الأمانات التى يليها الحاكم، انتهى.

أقول: وقد تقدمه العلامة في ذلك، والمحقق الشيخ على كما تقدم ذكره، وقد بينا ما فيه في التنبيه الثالث (1) من التنبيهات الملحقه بالموضوع الرابع من المقام الأول من سابق هذا البحث.

الثانيه [في عود حكم الوديعة بعد رفع اليد عن التعدي و التفريط]

-الظاهر من كلام الأصحاب من غير خلاف يعرف أنه متى صارت يد المستودع يد ضمان بالتعدي أو التفريط على الأنحاء المتقدمه، فإنه لا يخرج عن ذلك، ولا يعود الى حكم الوديعة برد الوديعة الى ما كانت عليه، لأنه صار بمنزله الغاصب بتعديه، فيستصحب الحكم بالضمان الى أن يحصل من المالك ما يوجب زواله، و العود الى الحال الاولى.

قال في التذكرة: إذا صارت الوديعة مضمونه على المستودع اما بنقل الوديعة و إخراجها من الحرز أو باستعمالها كركوب الدابة و لبس الثوب أو غيرها من أسباب الضمان، ثم انه ترك الخيانه ورد الوديعة إلى مكانها و خلع الثوب لم يبرء بذلك عند علمائنا أجمع، و لم يزل عنه الضمان و لم تعد أمانه، و به قال الشافعي، لأنه ضمن الوديعة بعد و ان، فوجب أن يبطل الاستيمان كما لو جحد الوديعة، ثم أقر بها، و قال أبو حنيفة: يزول عنه الضمان، لأنه إذا ردها فهو ما سكت لها بأمر صاحبها، فلم يكن ضمانها.

أقول: لم أقف لهم (رضوان الله تعالى عليهم) على دليل في المقام، سوى ما يظهر من كلامهم من الأخذ بالاستصحاب، مضافا الى دعوى الإجماع كما سمعت من كلام العلامة، و قد عرفت ما في الاستصحاب في مقدمات الكتاب المذكور في صدر كتاب الطهارة (2) و ما في أمثال هذه الإجماعات من المناقشه التي تقدمت في غير باب و القول بما ذكره على إطلاقه مشكل، لما عرفت من عدم الدليل، و ان أمكن القول بذلك في بعض الموارد بنوع من التقريب الموجب لما ذكره، كلبس الثوب و ركوب الدابة.

ص: ٤٥٢

١-١ (١) ص ٤٣٥.

٢-٢ (٢) ج ١ ص ٥٢.

ابن إدريس في مستطرفات السرائر عن جامع البزنطي (١)

«قال سألته عن رجل كانت عنده وديعه لرجل فاحتاج إليها هل يصلح له أن يأخذ منها و هو مجمع على ان يردها بغير اذن صاحبها؟ قال: إذا كان عنده وفاء فلا بأس أن يأخذ و يرده». و رواه

الحميري في قرب الاسناد عن علي بن جعفر (٢) عن أخيه (عليه السلام) قال:

«سألته»الخبر. و بمضمون ذلك أخبار أخر قد تقدمت في المسئلة السابعه من المقدمه الرابعه من كتاب التجاره (٣) و التقريب فيها أنها ظاهره في أنه لا يخرج بهذا التصرف عن كونه أمينا لكون تصرفه جائزا.

و قال ابن إدريس-بعد إيراد خبر البزنطي المذكور-قال محمد بن إدريس لا-يلتفت الى هذا الحديث،لانه ورد في نوادر الاخبار،و الدليل بخلافه و هو الإجماع منعقد على تحريم التصرف في الوديعة بغير اذن ملاكها،فلا يرجع عما يقتضيه العلم الى ما يقتضيه الظن،انتهى،و هو جيد على أصله الغير الأصل، و كيف لا؟-و الاخبار بما قلناه متضافره كما أشرنا إليه من ذكرها في الموضوع المشار اليه،و الحكم ليس منحصرًا في هذا الخبر،و قد تقدم الكلام أيضا في المناقشه في بعض الموارد المذكوره.

ثم انه على تقدير ما ذكروه من لزوم الضمان و الخروج عن الوديعة فإنهم ذكروا أنه لا يعود الى الحكم الأول الا بأن يرده على المالك،ثم يجدد له المالك و هذا الفرد مما لا خلاف و لا اشكال فيه عندهم،لأنه وديعه مستأنف يترتب عليها أحكام الوديعة التي من جملتها كون الودعي أمينا.

قال في التذكرة:لورد الوديعة-بعد أن تعلق ضمانها به اما بالإخراج من الحرز أو بالتصرف أو بغيرهما من الأسباب-إلى المالك ثم ان المالك أودعه

ص: ٤٥٣

١- (١) الوسائل ج ١٣ ص ٢٣٣ ح ٢ الباب ٨ من أبواب أحكام الوديعة الرقم ٢.

٢- (٢) قرب الاسناد ص ١١٩.

٣- (٣) ج ١٨ ص ٣٢٥.

إياها ثانيا فإنه يعود أميناً إجماعاً، و براء من الضمان، انتهى.

و أما لو لم يردّها و لكن جدد له المالك الإيداع بأن أذن له في الحفظ فقال:

أذنت لك في حفظها أو قال: أودعتكها أو استأمنتك عليها فظاهر الأكثر أنه كالأول.

و علل بأن الضمان انما كان بحق المالك، و قد رضى بسقوطه بإحداثه ما يقتضى الامانه، و هو اختياره في التذكرة، حيث قال: لو لم يسلمها الى المالك لكن أحدث المالك له استئمانا فقال: أذنت لك في حفظها أو أودعتكها أو استأمنتك أو براءتك من الضمان فالأقرب سقوط الضمان عنه، و عوده أميناً لأن التضمين حق المالك، و قد رضى بسقوطه، و هو أصح قولى الشافعى.

و الثانى أنه لا يزول الضمان و لا يعود أميناً لظاهر

قوله (عليه السلام) (١)

«على اليد ما أخذت حتى تؤدى». انتهى، و ظاهره فى المسالك التوقف فى هذا المقام، قال: و يمكن بناء ذلك على أن الغاصب إذا استودع هل يزول الضمان عنه أم لا؟ فان المستودع هنا قد صار بتعديده بمنزلته، و المسئلة موضع إشكال - إذ لا منافاه بين الوديعة و الضمان كما فى الفرض المذكور، فلا يزول الضمان السابق بتجدد ما لا ينافيه، مع عموم

قوله (صلى الله عليه و آله)

على اليد ما أخذت حتى تؤدى» (٢). - و من أنه قد أقام يده مقام يده، و جعله و كيلا فى حفظها، و ذلك يقتضى رفع الضمان، و قد سلف البحث فى نظائرها فى مواضع، كالرهن و القراض و الأقوى هنا زوال الضمان، لا-ن المستودع نائب عن المالك فى الحفظ، فكانت يده كيده، و قبضه لمصلحته، فكان المال فى يده بمنزله ما كان فى يد المالك، بخلاف الرهن، انتهى.

و مرجع الوجه الثانى إلى ثبوت المنافاه بين الوديعة و الضمان الذى معه أولا- و هو الأظهر و لهذا رجع به فى آخر كلامه عن الاستشكال الذى ذكره أولا.

و ظاهر عبارته التذكرة المتقدمه أن الإبراء من الضمان فى حكم الألفاظ

ص: ٤٥٤

(١-١) المستدرک ج ٢ ص ٥٠٤ ح ١٢.

(٢-٢) المستدرک ج ٢ ص ٥٠٤ ح ١٢.

المذكوره فى تجدد الوديعه،لما علله به من أن التضمين حق للمالك،وقد رضى بسقوطه،و ربما أشكل بأن معنى الضمان أن العين لو تلفت وجب عليه بدلها،والحال أنها الان لم تلف،فتكون البراءه من الضمان إبراء مما لم يجب.

و رد بأن الضمان المسبب عن التعدى معناه جعل ذمه الودعى متعلقه بالمال على وجه يلزمه بدل المال على تقدير تلفه،ولزوم البديل ثمره الضمان وفائدته، لا نفسه،و الساقط بالإبراء هو الأول لا الثانى.

و يدل على أن المراد من الضمان هو المعنى الأول أنهم يحكمون عليه بمجرد العدوان،فيقولون صار ضامنا،و لو فعل كذا ضمن و نحو ذلك،مع أن لزوم البديل لم يحصل بذلك،و انما حصل قبول ذمته له،و هذا معنى زواله بالبراءه،بل هو متعلق البراءه.

الثالثه [فى إنكار الوديعه أو الإقرار بها مع دعوى التلف]

اشاره

-إذا أنكر الوديعه أو أقر بها و لكن ادعى التلف أو ادعى الرد و لا بينه فهيها مقامات ثلاثه.

الأول-الإنكار

،و الظاهر أنه لا خلاف و لا إشكال فى قبول قوله فيه،لانه منكر،و الأصل عدمها من غير معارض.

الثانى:

دعوى التلف،و المشهور قبول قوله فيه يمينه و ان كان مدعىا و مخالفا للأصل،لأنه أمين فيقبل قوله على من ائتمنه،بل ظاهر التذكرة دعوى الإجماع على ذلك،قال:إذا طلب المالك من المستودع الرد فادعى التلف، فالقول قوله مع اليمين عند علمائنا،سواء ادعى التلف بسبب ظاهر،أو خفى.

لأنه أمين فى كل حال،فكان القول قوله فى كل حال هو أمين فيها،انتهى.

و ظاهر الأصحاب أنه لا فرق فى الحكم المذكور بين دعواه التلف بسبب ظاهر كالحرق و الغرق،أو خفى كالسرق،لاشتراكهما فى المعنى و قد عرفت من ظاهر العلامه دعوى الإجماع على ذلك.

و ظاهر الشيخ فى المبسوط الفرق بين ذلك،فقال:بقبول قوله فى الثانى،

دون الأول، حيث قال بعد كلام في المقام:- وجملته أن كل موضع يدعى الحرق و النهب و الغرق فإنه لا يقبل قوله الا بالبينه، و كل موضع يدعى السرقة و الغصب أو يقول: تلف في يده، فان القول قوله مع يمينه بلا بينه، و الفرق أن الحرق و الغرق لا يخفى، و يمكن إقامه البينه عليه، بخلاف السرقة، انتهى.

و ظاهر العلامه فى التذكرة القبول مع الإطلاق، و عدم تعيين السبب الموجب للتلف، كما يشير اليه كلام الشيخ المذكور أيضا، حيث خص عدم القبول بدعوى السبب الظاهر، و عد دعوى التلف مطلقا فيما يقبل قوله.

ثم ان ظاهر الأكثر قبول قوله مع اليمين لا بدونها، و قد سمعت من عبارته التذكرة دعوى الإجماع عليه، مع أن الصدوق فى المقنع قال: يقبل دعوى التلف و الضياع بلا يمين.

قال:

«و سئل الصادق (عليه السلام) عن المودع إذا كان غير ثقة هل يقبل قوله؟ قال: نعم و لا يمين عليه» (١).

قال: و روى فى حديث آخر (٢) أنه قال:

«لم يخنك الأمين و لكنك ائتمنت الخائن». و قال فى كتاب من لا يحضره الفقيه (٣) مضى مشايخنا (رضى الله عنهم) على أن قول المودع مقبول، فإنه مؤتمن و لا يمين عليه و قال الشيخ فى النهاية و لا يمين على المودع، بل قوله مقبول، فان ادعى المستودع أن المودع قد فرط أو ضيع كان عليه البينه، فان لم يكن معه بينه كان على المودع اليمين.

و قال ابن الجنيد و إذا قال: قد ضاعت أو تلفت فالقول قوله، فان اتهم أحلف، و كذا قال: أبو الصلاح.

أقول: كلامهما يرجع الى ما ذكره فى النهاية، و المشهور بين المتأخرين اليمين مطلقا، قال فى المختلف: و الأشهر التسوية بين الحكمين فى وجوب

ص: ٤٥٦

١- ١) الفقيه ج ٣ ص ١٩٥ ح ٧، الوسائل ج ١٣ ص ٢٢٨ ح ٧.

٢- ٢) الفقيه ج ٣ ص ١٩٤، الوسائل ج ١٣ ص ٢٢٨ ح ٨.

٣- ٣) الفقيه ج ٣ ص ١٩٤، الوسائل ج ١٣ ص ٢٢٨ ح ٨.

اليمين، لان قول المودع أنها سرقت أو ضاعت دعوى، فلا بد فيها من اليمين و لم يوجب البيه، لأنه أمين، انتهى.

و حينئذ فالأقوال فى المسئلة أربعة، و لم أقف على حديث ظاهر فى اليمين فى هذا المقام، و غاية ما استدلل به العلامة فى المختلف لذلك

حسنه الحلبي (١) عن الصادق (عليه السلام)

«قال صاحب الوديعه و البضاعه مؤتمنان». و أنت خير بما فيه، بل ربما كان بالدلالة على خلاف ما ادعاه أنسب، فان مقتضى كونه أميناً أن يقبل قوله من غير يمين، كما هو ظاهر جملة من الاخبار، منها الخبر المتقدم نقله عن المقنع، مع فرض كون الودعى غير ثقة، و هو أبلغ فى الدلالة.

و منها ما رواه

فى الكافى عن مسعده بن صدقه (٢) عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال:

«ليس لك أن تتهم من ائتمنته، و لا تأمن الخائن و قد جربته».

و ما رواه

فى قرب الاسناد عن مسعده بن صدقه (٣) عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال:

«ليس لك أن تأمن من خانك لا تتهم من ائتمنت».

و عن مسعده بن زياد (٤)

«عن جعفر بن محمد عن أبىه أن رسول الله (صلى الله عليه و آله) قال: ليس لك أن تتهم من ائتمنته، و لا تأمن الخائن و قد جربته».

و التقريب فى هذه الاخبار أن منشأ اليمين انما هو الاتهام له، و عدم تصديقه، و قد نهوا عن اتهامه، فلا وجه لليمين حينئذ بل يجب تصديقه و قبول قوله من غير يمين ففى هذه الاخبار رد أيضاً على الشيخ و من قال بقوله من أن له إحلافه مع تهمته فان هذه الاخبار نهت عن اتهامه و يؤيد هذه الاخبار أيضاً الأخبار الدالة على أنه لم يخنك الأمين، و لكن ائتمنت الخائن، فإنها ظاهره فى أنه لا يجوز له أن يخونه، و ينسبه إلى الخيانة بعد اعتقاد كونه أميناً، و إيداعه لذلك.

ص: ٤٥٧

١- (١) الفقيه ج ٣ ص ١٩٣ ح ١، الوسائل ج ١٣ ص ٢٢٧ ح ١.

٢- (٢) الكافى ج ٥ ص ٢٩٨ ح ١، الوسائل ج ١٣ ص ٢٢٩ ح ٩.

٣- (٣) الوسائل ج ١٣ ص ٢٢٩ ح ٩ الباب ٤ من أبواب أحكام الوديعه الرقم ٩ قرب الاسناد ص ٣٥.

٤-٤) الوسائل ج ١٣ ص ٢٢٩ ح ١٠ الباب ٤ من أبواب أحكام الوديعه الرقم ١٠ قرب الاسناد ص ٣٥.

«و روى أن رجلا قال للصادق (عليه السلام) انى ائتمنت رجلا على مال أودعته عنده فخانى و أنكروا مالى، فقال:

لم يخنك الأمين و لكن ائتمنت أنت الخائن». و رواه الشيخ أيضا (٢) مرسلا.

و هو ظاهر فيما قلناه، و به يظهر لك قوه قول الصدوق فى المسئلة، و يمكن حمل كلام الشيخ و ابن الجنيد و أبى الصلاح على ائتمان من يتهمه، بمعنى أنه لا- يعتقد أمانته وقت الإيداع، بل يجوز الخيانه عليه كما يدل عليه بعض الاخبار الوارده فى تضمين القصار و نحوه.

أقول: و يؤيد ما قلناه هنا ما سيأتى إنشاء الله من الاخبار فى كتاب العاربه، و ما ذكرناه غير خاص بالوديعه، بل كل موضع ثبت كونه أمانه من عاربه، أو مضاربه، أو وكاله أو نحوها، كما سيأتى تحقيقه- إنشاء الله تعالى فى كتاب العاربه.

الثالث- ما لو ادعى الرد على المالك

، و فيه اشكال من حيث أن الأصل عدم الرد و عدم البيئه على المدعى، و من حيث أنه أمين و محسن و قابض لمصلحه المالك، و المشهور قبول قوله بيمينه.

قال فى التذكرة، فإن ادعى ردها على من ائتمنه و هو المالك قدم قوله باليمين، على اشكال ينشأ- (عليه السلام) من أنه أمين يقبل قوله مع اليمين كالمثلف و من كونه مدعيا فافتقر إلى البيئه، و ظاهره التوقف فى الحكم، و بقاءه على الاستشكال لعدم الترجيح بشىء من الدليلين على الآخر.

و كذلك شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك حيث جرى على ما جرى عليه فى التذكرة، و نحوه الشهيد فى شرح نكت الإرشاد حيث اقتصر على مجرد نقل وجهى الإشكال المذكور و هو فى محله.

و لو ادعى الرد الى وكيل المالك فظاهرهم أنه كدعوى الرد على المالك،

١- (١) الفقيه ج ٣ ص ١٩٥ ح ٧، الوسائل ج ١٣ ص ٢٢٨ ح ٦.

٢- (٢) التهذيب ج ٧ ص ١٨١ ح ٩، الوسائل ج ١٣ ص ٢٢٨ ح ٦.

لان يده كيده،و لو ادعى الرد على الوارث فعليه البيئه،لخروج هذا الفرد عما نحن فيه،لان الوارث لم يآتمنه،فلا يكلف تصديقه،و الأصل عدم الرد.

الرابعه [فى دعوى رد الوديعه إلى المأذون من المالك]

اشاره

قد عرفت الحكم فيما لو ادعى الودعى رد الوديعه على المالك أو وكيله أو وارثه بقى الكلام هنا فى ما لو ادعى الرد على غير من ذكر لكن باذن المالك،و لا يخلو الحال هنا،اما أن يوافق المالك على دعوى الاذن، أو ينكر ذلك،فهنا مقامان

الأول- أن يوافق المالك على ذلك

،و لكن المدفوع اليه ينكر ذلك،و الدافع لم يشهد عليه،و قد اختلف كلامهم فى هذا المقام، و مثله ما لو أمره بقضاء دينه فقضاه عنه،و لم يشهد على الدفع،مع إنكار المدفوع اليه،و الأقوال هنا ثلاثه:فقيل:يضمن الدافع فى الموضوعين،و قيل:لا يضمن فيهما و قيل:بالتفصيل،فيضمن فى القرض،و لا يضمن فى الوديعه.

قال فى المختلف:إذا أمره بالإيداع فلم يشهد عليه قوى الشيخ عدم الضمان، و لو أمره بقضاء الدين قال:يضمن بترك الاشهاد و ان صدقه عليه،فإنه فرط حيث دفع دفعا غير مبرئ،و لو قيل بالتسويه فى الموضوعين فى عدم الضمان كان وجهها،لانه امتثل ما أمره به،و جهود القابض لا يوجب الضمان على الدافع، و البراءه فى نفس الأمر قد وقعت،انتهى.

مع أنه فى التذكرة قوى مذهب الشيخ،و منع ما اختاره هنا،فقال:لو أمره بالإيداع لما دفعه اليه ابتداء فالأقرب أنه لا يجب على المدفوع إليه الإشهاد على الإيداع،بخلاف قضاء الدين،لأن الوديعه أمانه،و قول المستودع مقبول فى الرد و التلف،فلا معنى للإشهاد،و لأن الوديعه حقها الإخفاء بخلاف قضاء الدين و هو أظهر وجهى الشافعيه.

و الثانى أنه يلزمه الاشهاد كقضاء الدين،و قد بينا الفرق،انتهى.

ثم قال-فى المسئله التى هى محل البحث-:و لو اعترف المالك بالاذن و الدفع معا لكنه قال:انك لم تشهد عليه،و المدفوع اليه،ينكر،كان مبنيا

على الخلاف السابق، في وجوب الاشهاد على الإيداع، فإن أوجبناه ضمن، و الا فلا، و من هذا الكلام علم القول الثاني، و الثالث، و حجه كل منهما.

و أما القول الأول فنقله في المسالك قولاً في المسئلة، و لم يسنده، و علله بأنه يضمن فيهما، لأن إطلاق الإذن يقتضى دفعا ثابتا يمكن الرجوع اليه عند الحاجة، فإذا ترك الاشهاد فقد قصر، خصوصا الدين، فان الغرض منه برأيه الذمه، و لا يظهر إلا بالاشهاد، لأن الغريم إذا أنكر فالقول قوله.

و المحقق في الشرائع اختار في كتاب الوديعه عدم وجوب الاشهاد على أداء الوديعه، و في كتاب الوكاله قال بالتفصيل على تردد، و ظاهره في المسالك اختيار القول بالتفصيل، حيث أنه استحسنته من بين الأقوال المذكوره، و المسئله عندي محل توقف و اشكال، لعدم الدليل من النصوص، و تدافع هذه التعليلات، مع ما عرفت في غير موضع من أنها لا تصلح لتأسيس الأحكام الشرعيه و الله العالم.

الثاني- أن ينكر المالك الاذن

اشاره

و حينئذ فالقول قوله بيمينه، إذا لم يكن بينه، لانه منكر، و يكون الحكم فيه كدعوى الرد على الوارث، لان المدفوع اليه لم يأتمنه ليقبل قوله عليه، و ليس بوكيل لتكون يده كيد الموكل.

و بالجملة فالظاهر أن المسئله المذكوره من جزئيات مسئله المدعى و المنكر يوجب اليينه على المدعى، و اليمين على المنكر.

و احتمال بعض المحققين كون القول قول المستودع بيمينه، نظرا الى ما تقدم من أنه أمين، و الظاهر ضعفه، لان القدر المقطوع به من الاخبار و كلام الأصحاب اختصاص ذلك بغير ما ذكرناه من دعوى التلف بأى أنواعه، أو الرد على المالك أو وكيله.

بقى الكلام في أنه متى حلف المالك فلا يخلو اما أن يكون من ادعى عليه القبض مقرا بذلك، أو منكر، و على تقدير الأول اما أن يكون موجوده أو تلفت، فهيهنا صور ثلاثه

أحدها- أن يقر بالقبض و العين موجوده

، و لا

إشكال فى وجوب ردها الى المالك،قال فى التذكرة:فإن غاب المدفوع إليه فى هذه الصورة كان للمالك أن يغرم المستودع،فإذا قدم الغائب أخذها المستودع و ردها على المالك،و استرد البديل الذى دفعه،و هو ظاهر فى التخيير بين الرجوع على الودعى و الصبر الى قدوم الغائب،الا أنه مع الرجوع على الودعى فالحكم ما ذكره.

الثانية- الصورة المذكوره مع تلف العين

،و الحكم عندهم أنه يتخير المالك فى الرجوع على من شاء منهما،و ليس للغارم منهما أن يرجع على صاحبه،لزعمه أن المالك ظالم له فى أخذ البديل منه،فلا يرجع به على غير من ظلمه.

الثالثه-أن ينكر القبض الذى ادعاه المستودع

،و حينئذ فالقول قوله بيمينه مع عدم البيئه،فيختص الغرم بالمستودع.

الخامسه [فى إنكار الوديعه ثم الاعتراف بها مع دعوى التلف]

-اختلف الأصحاب فيما لو أنكر الوديعه فأقام المالك البيئه عليها فصدقها بعد الإنكار الا أنه ادعى التلف قبل إنكاره،فقيل:لا يسمع دعواه التلف، لأنه بإنكاره السابق مكذب لدعواه الأخيره فلا تسمع لتناقض كلاميه،و لا يتوجه بها يمين عليه و لا على المدعى عليه،و لو أقام بيئه أيضا فإنها لا تسمع بيئته،لانه مكذب لها و نقل هذا القول فى المختلف عن الشيخ،و أيده بعضهم بأنه بإنكاره الوديعه يصير خائئا،فخرج عن الامانه و صار ضامنا.

و قيل:أنه إذا قال المودع:ما أودعتنى شيئا ثم اعترف بالوديعه و ادعى هلاكها لم يضمن إذا حلف،لأن إنكاره يجوز أن يكون عن سهو و نسيان لها،و نقله فى المختلف عن ابن الجنيد،و هو ظاهر فى قبول قوله مع عدم البيئه.

و ذهب العلامة فى المختلف الى ما قدمنا نقله عن الشيخ من أنه لا- تسمع دعواه و ان أقام بيئه،لانه مكذب لدعواه الهلاك بإنكاره الوديعه،الا أنه قال:

لو طلب إحلاف الغريم فله ذلك،و فيه كما ترى دلالة على نوع من سماع دعواه، فان ظاهر مذهب الشيخ أنه يجب عليه الضمان مطلقا.

وقيل: أنه تسمع دعواه، وتقبل بينته، لجواز استناد جحوده الى النسيان فيعذر و هو اختيار المحقق في الشرائع، والعلامه في التذكرة، على ما نقله عنه في المسالك، وهذا القول يرجع الى ما قدمنا نقله عن ابن الجنيد.

و في القواعد اختار القول الأول و قد تبين من ذلك أن في المسئلة أقوالا ثلاثة، وكلها للعلامه في كتبه المذكوره، و في المسئلة أيضا قول رابع نقله في المسالك عن الشهيد (رحمه الله) و استحسنة، و هو أنه ان أظهر لإنكاره تأويلا- كقوله ليس لك عندي وديعه يلزمني ردها أو ضمانها أو نحو ذلك، قبلت دعواه، و سمعت بينته، و ان لم يظهر له تأويلا لم يقبل.

أقول: و يؤيد هذا القول ما يظهر من المسالك من أن محل الخلاف في المسئلة ما إذا كان الجحود بإنكار أصل الإيداع، أما لو كانت صورته لا- يلزمني شيء إليك أو نحو ذلك من الألفاظ المذكوره في هذا القول فقامت البيه بها، فادعى التلف أو الرد سمعت دعواه بينته، لعدم التناقض بين كلاميه.

قال في القواعد: و ان أقيمت عليه البيه فادعى الرد أو التلف من قبل، فان كان صيغه جحوده إنكار أصل الوديعه لم يقبل قوله بغير بيه و لا معها على الأقوى لتناقض كلاميه، و ان كان صيغه الجحود لا يلزمه شيء قبل قوله في الرد و التلف مع البيه بدونها في الأخير، و في الأول على رأي.

أقول: قوله على الأقوى إشاره الى ما قدمنا نقله عنه من اختياره القول الأول، و قوله و في الأول على رأي، يعني الرد، إشاره إلى الإشكال المتقدم ذكره فيما لو ادعى الرد.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن عندي في عده في المسالك ما نقله عن الشهيد من التفصيل قولاً رابعاً نظراً، بل الظاهر أنه يرجع الى القول الأول و ذلك فان الظاهر من كلامه كما قدمنا الإشاره اليه أن محل الخلاف انما هو فيما إذا كان الجحود بإنكار أصل الإيداع حيث قال بعد نقل الأقوال الأربعة: هذا كله إذا كان الجحود بإنكار

أصل الإيداع، أما لو كان صورته ما يلزمني شيء أو لا يلزمني تسليم شيء إليك أو مالك عندى وديعه أو ليس لك عندى شيء فقامت البيه بها فادعى التلف أو الرد سمعت دعواه وبيته، لعدم التناقض بين كلاميه، انتهى.

و مرجع هذا الكلام الى ما ذكرناه من أن محل الخلاف و الأقوال الأربعة التى قدمناها قبل هذا الكلام انما هو فى صورته الجحود بإنكار أصل الإيداع، و القول الذى نقله رابعا ظاهر فى أنه مع الجحود بهذه الكيفيه، حيث لا يقبل قوله التأويل لا يقبل قوله، و أما إذا كان جحوده لا بهذه الكيفيه بل بهذه الألفاظ التى يقبل التأويل فإنه و ان كان يقبل، الا أنه خارج عن محل البحث، و الخلاف فى المسئله كما ذكره فى كلامه الأخير و بالجمله فبالأمل فى كلامه يظهر صحه ما قلناه.

قال فى المسالك: و حيث قلنا بقبول بيته ان شهدت بتلفها قبل الجحود براء من الضمان و ان شهدت بتلفها بعده ضمن لخيانته بالجحود، و منع المالك منها و هو جيد، و الله العالم.

السادسه [فى موت الودعى بعد الاعتراف بالوديعه]

- المشهور بين الأصحاب على ما نقله فى المسالك أنه إذا اعترف بالوديعه ثم مات و جهلت عينها فإنها تخرج من أصل تركته، و لو كان له غرماء و ضاقت التركة حاصهم المستودع، و علل بأن اعترافه بالوديعه فى حياته أوجب ثبوت يده عليها، و التزامه بها الى أن يردها الى مالكةا، فإذا لم تعلم كان ضامنا لها، لعموم (1)

«على اليد ما أخذت حتى تؤدى». و لانه بترك تعيينها مفراط فيها، فيضمن، و لأن الأصل بقاءها فى يده الى الموت و بعده يكون فى جملة التركة، فإذا تعذر الوصول الى عينها، و جب البدل فيكون بمنزله الدين، فيحاص الغرماء و تردد فى هذه المسئله المحقق فى الشرائع، و استشكل فيها العلامه فى القواعد و الإرشاد، و منشأ التردد و الاستشكال مما ذكر، و من أن اعترافه بها فى حياته انما يقتضى وجوب الحفظ، و الا فذمته بريئه من ضمانها فإذا مات و لم تعلم، احتمل

ص: ٤٦٣

تلفها قبل الموت بغير تفريط، أو ردها الى المالك، و الأصل براءة ذمته من الضمان، و كون التلف على خلاف الأصل معارض بهذا الأصل، و ليسا متنافيين حتى يقال: أنهما تعارضا فتساقطا، إذ لا يلزم من بقاءها و عدم تلفها تعلقها بالذمه ليلزم الضمان كما ادعوه.

قال-شيخنا الشهيد(رحمه الله)في شرح نكت الإرشاد بعد قول المصنف (و لو مات و لم يوجد أخذت من التركة على اشكال)- ما لفظه منشأ النظر إلى أصاله براءة الذمه من الضمان، فينزل على تلفها بغير تفريط، إذ الأصل عدمه، و الالتفات الى

قوله (١) (صلى الله عليه و آله)

«على اليد ما أخذت». و لأصاله عدم التلف بها، انتهى.

و أنت خبير بأنه بالنظر الى الجحود على أمثال هذه التعليلات هو عدم الضمان، لأن الوديعة من حيث هي لا تعلق لها بالذمه الا من حيث أسباب التعدى أو التفريط المتقدمه، و المفروض أنه لا- شىء منها، و غايه ما يجب على الودعي الحفظ لها خاصه، و مجرد عدم وجودها بينها بعد الموت لا يستلزم تفريطا و لا تعديا ليحصل به الضمان، فأصاله عدم الضمان ظاهره، و ان فرض احتمال بقاءها و احتمال الرد الى المالك، و التلف بغير تفريط قائم فى العين، و حديث (٢)

«على اليد ما أخذت». يمكن تخصيصه بالأمانات، بمعنى خروج الأمانات من عمومه، و ليس هنا ما يوجب الخروج عن كونها أمانه من تفريط أو تعدى يوجب الضمان و التعلق بالذمه، حتى يقال: ان عليها ما أخذت.

و به يظهر وجه ما استظهرناه، و من ثم قال فى المسالك-بعد الكلام فى المسئلة- و الأقوى انه ان علم بقاء عينها الى ما بعد الموت و لم تتميز قدم مالكها على الغرماء، و كان بمنزله الشريك، و ان علم تلفها بتفريط فهو أسوه الغرماء، و الا- فلا ضمان أصلا، لأصاله براءة الذمه، و أصاله بقائها إلى الان لو سلمت لا تقتضى

ص: ٤٦٤

١-١) المستدرک ج ٢ ص ٥٠٤ ح ١٢.

٢-٢) المستدرک ج ٢ ص ٥٠٤ ح ١٢.

تعلقها بالذمه، انتهى و هو جيد.

ثم ان ما ذكرناه من عدم الضمان هنا هو ظاهر اختيار العلامه فى التذكره حيث قال: قد بينا الخلاف فيما إذا كان عنده وديعه، و لم توجد فى تركته، و ان الذى يقتضيه النظر عدم الضمان، و الذى عليه فتوى أكثر العلماء منا و من الشافعيه أن عليه الضمان، ثم نقل عن الشافعي أنها إذا لم توجد بعينها خاص المالك الغرماء، و نقل اختلاف أصحابه فى هذه المسئله.

و كيف كان فالمسئله المذكوره لخلوها عن النص الواضح غير خاليه من الاشكال، و ان كان ما ذكرناه لا يخلو من قرب بالنظر الى هذه التعليلات و الله العالم.

السابعه [فى ادعاء الاثنين الوديعه]

اشاره

-لو كان فى يده وديعه فادعاها اثنان، بأن ادعى كل واحد أنها له بخصوصه، فاما أن يقربها الودعى لأحدهما، أو يقر لهما، أو يكذبهما، أو يقول:

لا أدرى لايكما هى مع قطعه بانحصارها فيهما، أو يقول، لا أدرى لمن هى لكما أو لغير كما فهنا صور

الاولى أن يقر بها لواحد منهما خاصه

و قد صرح الأصحاب بأنها يحكم بها لمن أقر له بها، و يجب دفعها اليه، و يجب على الودعى أن يحلف للآخر. فان حلف سقطت دعوى الآخر عنه، و بقى النزاع بين المدعيين، و لمن لم يقر له الودعى إحلاف صاحبه الذى أقر له الودعى، و دفع إليه الوديعه، فإن حلف استقر الملك له. و ان نكل الودعى عن اليمين للآخر أحلف ذلك للآخر على استحقاقها ان لم نقل بأنه يقضى عليه بالنكول، و على كل من الوجهين فإنه يغرم الودعى حينئذ لذلك الآخر المثل أو قيمه لحيلولته بينه و بين الوديعه بإقراره للأول، أما فى صوره القضاء بالنكول فظاهر، و أما فى صوره حلف الآخر فلان اليمين المردوده عندهم بمنزله إقرار المنكر، فإنه لو أقر بها ثانيا للآخر بعد أن أقر بها أولا للأول، لزمه الغرم مثلا أو قيمه، و كذا ما هو بمنزله الإقرار.

و ربما قيل: بأن اليمين المردوده كالبينه من المدعى، و حينئذ فكما

يحتمل-أن يكون الحكم فيها ما تقدم فى تنزيل اليمين بمنزله الإقرار من تغريم الودعى مع بقاء العين فى يد الأول-يحتمل أن تنزع العين من يد الأول،لان مقتضى العمل باليمين كون العين لمن شهدت له.

و رد بأنها انما تكون كاليمين بالنسبه إلى المتداعيين خاصه،لا فى حق غير هما و هذه العين قد صارت حقا للأول،و النزاع هنا انما هو بين الودعى و بين الأخر و كونها كاليمين فى حق المدعى عليه،يقتضى غرمه له للحيلولة بينه و بينها بإقراره للأول،قالوا:و اليمين منهما هنا على البت،لأنها ترجع الى الاستحقاق و نفيه.

الثانيه-أن يقر لهما معا على سبيل الاشتراك

،و فيه تكذيب لدعوى كل الاستقلال بالاستحقاق،فقد كذب كل واحد منهما فى دعواه الجميع و صدقه فى البعض،و حينئذ فيقسم بينهما،و يبقى النزاع بينهما فى النصف،فان حلفا معا أو نكلا قسم بينهما أيضا،و ان حلف أحدهما خاصة قضى له به،و لا خصومه للناكل مع الودعى.

و بالجمله فإنه يكون بمنزله مال فى يد شخصين يدعيانه هذا بالنسبه إليهما و أما بالنسبه إلى الودعى فإن حكم التصديق و التكذيب فى النصف كما فى الجميع بالنسبه اليه،و حينئذ فلكل منهما عليه يمين،فان حلف سقطت دعوى كل واحد منهما عنه و ان نكل فكما تقدم من الحكم بالنكول،أو إرجاع اليمين و ما يترتب على ذلك.

الثالثه-أن يكذبهما معا

قالوا فإنه ينتفى دعواهما،لان اليد له،و لكل منهما إحلافه على البت،فان نكل عن اليمين ردت عليهما بناء على عدم القضاء بالنكول،و صارا فى الدعوى سواء،لان يدهما خارجه،فان حلفا أو نكلا قسمت بينهما أنصافا،و ان حلف أحدهما اختص بها.

الرابعه-أن يقول هى لأحدكما،و لا أدرى من هو على التعيين

فان وافقاه على عدم علمه بالتعيين،فلا خصومه لهما معه،و ان كذباه فى دعواه عدم العلم

و ادعى كل واحد منهما عليه أنه يعلم أنه المالک، فالقول قوله مع يمينه، الا- أن الحلف هنا على عدم العلم، و هل يكفي يمين واحد أو لا بد من يمينين؟ المشهور الأول، و هو قول الشيخ فى الخلاف و ظاهر ابن الجنيّد، اختاره فى المختلف، و جعله الأقوى فى المسالك، و القول الثانى للشيخ فى المبسوط.

و وجه الأول أن المدعى شىء واحد و هو علمه بكون المال لمعين، بخلاف سابق هذه الصورة، فإنه يبقى استحقاق كل واحد منهما، فيحلف له.

و وجه الثانى أن كلا منهما مدع، فيدخل فى عموم الخبر المشهور، و القول الأول نقله فى التذكرة عن الشافعى، و الثانى عن أبى حنيفة، و حينئذ فإذا حلف سقطت الدعوى عنه، و بقيت المنازعة بينهما، و ان نكل عن اليمين و حلفا على علمه بناء على عدم القضاء بالنكول أغرم القيمة، و تجعل مع اليمين فى أيديهما.

بقى الكلام فى أنه متى حلف لهما، و بقيت المنازعة بينهما فليل: بأنه يقرع بينهما، فمن خرج اسمه و حلف سلمت اليه، و قيل: يقف حتى يصطلحا.

قال الشيخ فى الخلاف: لو كان عنده وديعه فادعاها اثنان، فقال المودع:

هى لأحدهما و لا- أعلم صاحبها بعينه، و ادعى كل منهما علمه بذلك احلف يميناً واحده، فإذا حلف و أخرجت الوديعه من عنده، و بذل كل من المتداعيين اليمين أنها له استخرج واحد منهما بالقرعه، فمن خرج اسمه و حلف سلمت اليه، أو يقسم بينهما نصفين.

و قال ابن الجنيّد: توقف حتى يصطلحا أو يقوم بينه بها لأحدهما، و نقله الشيخ عن الشافعى، و تردد فى المبسوط، فتاره حكم بالإيقاف حتى يصطلحا، و تاره قوى القرعه، و ادعى فى الخلاف الإجماع على أن لكل أمر مشكل فيه القرعه.

أقول: و الأقرب بمقتضى قواعدهم هنا هو ما اختاره شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك، حيث قال- بعد نقل القولين المذكورين -: و الأقوى أنهما يحلفان

و يقسم بينهما لتكافؤ الدعويين، و تساويهما في الحجه، و هو يقتضى القسمة كذلك و لا يكون الأمر مشكلا، و الإيقاف حتى يصطلحا ضرر، و الاصطلاح غير لازم، انتهى.

الخامسه - أن يقول لا أدري لمن هي لكما أو لغيركما

اشاره

و الذى صرح به فى التذكره هنا أنه إذا ادعى عليه العلم كان القول قوله مع اليمين، فإذا حلف على نفي العلم تركت فى يده الى أن يقوم بينه، و ليس لأحدهما تحليف الآخر لأنه لم يثبت لواحد منهما يد، و لا استحقاق بخلاف الصورة الأولى، انتهى.

و لم يتعرض لبيان الحكم فيما لو نكل عن اليمين، و قال فى المسالك:

و لو نكل عن اليمين ففى تسليمها إليهما مع حلفهما على الاستحقاق و غرامته لهما القيمه لو حلفا على علمه احتمالا، لانحصار الحق فيهما ظاهرا و لا منازع لهما الآن، و يحتمل لعدم لعدم حصر ذى اليد الحق فيهما، و لم أقف فى هذا القسم على شىء يعتد به، انتهى.

تنبيه:

ظاهر كلام المحقق فى الشرائع أنه فى صورته قوله لا- أدري الشامل للصورة الرابعه و الخامسه أنها تقر فى يده، حتى يثبت لها مالك، و هو فى ثانى الصورتين المذكورتين مما لا يظهر فيه خلاف.

و يؤيده أن يده يد أمانه، و لم يتعين لها مالك يجب الدفع اليه، و الحق فى هذه الصورة غير منحصر فيهما، ليتوهم سقوط أمانته بمطالبتهما.

و أما أولى الصورتين المذكورتين فقول: إن الحكم كما ذكر من كونها أمانه و لم يتعين المالك، و قيل: بأنها تنزع من يده، لانحصار الحق فيهما و مطالبتهما إياه، و القولان للشيخ (رحمه الله)، ففى المبسوط قوى بقائها فى يده، و ظاهره فى الخلاف كما تقدم فى عبارته أنها تنزع من يده، و استوجه فى المختلف رد الأمر إلى الحاكم، و استحسنة فى المسالك، و الله العالم.

الثامنة- لو اختلفا في قيمه بعد ثبوت التفريط

فهل القول قول المالك يمينه، أو القول قول الغارم؟ قولان: و بالأول قال الشيخان على ما نقله في المختلف، و نقل عنهما أنهما احتجا ببطلان الأمانه بالخيانه، فلا يكون قوله مسموعا.

و نقل في المختلف عن أبي الصلاح أنه قال: و روى أن اليمين في قيمه على المودع فتكون هذه الروايه دليلا للشيخين فيما ذهبا اليه هنا.

و رد الأول بأنه على تقدير قبول قول الودعي فإننا لم نقبله من حيث كونه أمينا ليلزم ما ذكره، و انما قبلنا قوله من حيث كونه منكرا للزيادة التي يدعيها المالك، فالقول قوله يمينه لذلك، كما أن البيئه هنا على المالك، لكونه مدعيا، و أما الخبر المذكور فلم يثبت على وجه تقوم به الحججه.

و بالقول الثاني صرح المحقق، و العلامه، و ابن حمزه، و ابن إدريس، و هو المشهور، و لا ريب أنه الا وفق بالقواعد الشرعيه، قال في المسالك: و هذا الحكم لا يختص الأمين، بل الحق تعدييه الى كل من شاركه في هذا المعنى، و ان كان غاصبا، انتهى و هو جيد نظرا الى الاندراج تحت القاعده المنصوصه، و الله العالم.

التاسعه [تسليم الوديعه إلى الورثه بعد موت المودع]

- لا ريب أنه إذا مات المودع سلمت الوديعه إلى ورثته، فان كانوا جماعه بلغاء سلمت الوديعه إلى الجميع أو وكيلهم أو وليهم أو وصيهم لو كانوا أطفالا، أو الحاكم مع غيبه الوارث، أو عدم وجود ولى خاص للأطفال، قالوا:

و تجب المبادره بالتسليم، لأنها بموت المودع تصير أمانه شرعيه، و قد تقدم أن الحكم فيها وجوب المبادره بالرد الى المالك فورا.

و المشهور أنه لا- فرق في وجوب المبادره بالرد بين علم الورثه بذلك و عدمه، و نقل في التذكره عن بعض الشافعيه أن مع علمهم لا يجب الدفع الا بالطلب، و نفى عنه البأس.

و قال في المسالك- بعد نقل ذلك عنه:- و هو وجيه، الا أنه لم يتحقق

به قائل منا، و ان كان القول به ممكنا، لعدم تحقق الإجماع.

أقول: لا- أعرف لما رجحاه في هذا المقام وجها بعد الاتفاق على كونها أمانه شرعيه، لحصولها في يده بغير اذن المالك، و من شأن الأمانه الشرعيه وجوب ردها فورا، و خروج هذا الفرد يحتاج الى دليل يوجب التخصيص، إلا أن يخرجوا عن أصل القاعده المذكوره في الأمانه الشرعيه، و الله العالم.

العاشره- لو كان في يده سلعه فادعى أنها رهن و ادعى صاحبها انها وديعه

فهل القول قول من هي في يده، أو قول المالك؟ قولان، و قد تقدم تحقيق المسئله مستوفى منقحا في كتاب الرهن.

الحاديه عشر [في اتجار الودعي بالوديعة بغير إذن المالك]

-المشهور بين الأصحاب أنه إذا اتجر الودعي بالوديعة بغير اذن المالك كان ضامنا، و الربح بأجمعه للمالك، ذهب اليه الشيخان و سائر و أبو الصلاح و ابن البراج و غيرهم.

و كذا قال ابن الجنييد إلا أن الجماعه أطلقوا و ابن الجنييد، قال: و لو تعدى فيها بالتجاره كان الربح لصاحب المال، إلا أن يكون صاحبها خيره على أن ضمنه إياها، و لو خيره على ذلك و لم يتجر فيها، و لا انتفع بها و لا تعدى لم يلزمه ضمانه إياها.

قال في المختلف- بعد نقل ذلك عنه-: و لا بأس بهذا القول، لان التضمنين و ان لم يكن لازما، إلا أنه يفيد الاذن في التصرف، و حينئذ يكون الربح للودعي، لأنه في الحقيقه استدانه.

ثم نقل روايه مسمع، و هي ما رواه

في التهذيب و الفقيه عن مسمع (1) قال:

«قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): انى كنت استودعت رجلا مالا فجحدنيه فحلف لى عليه ثم أنه جائنى بعد ذلك بسنين بالمال الذى كنت استودعته إياه، فقال: هذا مالك فخذ و هذه أربعه آلاف درهم ربحتها فى مالك فهى لك مع

ص: ٤٧٠

(١- ١) التهذيب ج ٧ ص ١٨٠ ح ٦، الفقيه ج ٣ ص ١٩٤ ح ٥، الوسائل ج ١٣ ص ٢٣٥ ح ١.

مالك، و اجعلنى فى حل فأخذت المال منه، و أبيت أن آخذ الربح منه، و أوقفته المال الذى كنت استودعته و أتيت حتى أستطلع رأيك فما ترى؟ قال: فقال: خذ نصف الربح و أعطه النصف و حلله ان هذا رجل تائب و الله يحب التوابين».

ثم قال -بعد نقل الخبر- و الظاهر أن ذلك على وجه الاستحباب، و الشيخ (رحمه الله) أفنى بما تضمنته الروايه فى الدين.

أقول: لا- يخفى ما فى كلامهم على إطلاقه هنا من الإشكال، لأن هذا المتجر فى هذه الصورة غاصب بلا اشكال، و لا ريب فى ضمانه، إلا أن الشراء متى وقع فى الذمه فإنه يكون صحيحا شرعا بلا اشكال، و ان كان دفع الثمن من الوديعة محرما لانه تصرف فى مال الغير بغير اذن منه، و الربح يكون للمشتري، لصحة الشراء المذكور، و لا أعرف للحكم بكونه للمالك وجهها و الحال كما ذكرنا.

و أما لو وقع الشراء بالعين، فإنه يكون باطلا لا يترتب عليه استحقاق ربح لا للمالك، و لا للبائع، لأن حل الربح فرع صحة العقد، بل الواجب هو رد كل ملك على مالكه من مبيع و ثمن و ربح، هذا مقتضى القواعد الشرعيه، و الضوابط المرعيه فى البيع و الروايه أيضا لا تخلو من الإشكال، إلا أن تحمل على كون الشراء وقع فى الذمه، و الربح حينئذ للمتجر دون المالك، إلا أنه لأجل رضى المالك و طلب التحليل منه بذل له هذا المبلغ، ليرضيه بذلك فيحلله مما فعل فكأنه بمنزله الصلح بينهما، و الامام (عليه السلام) أمره بقبول ذلك، و رد النصف عليه فى مقابله توبته، و قد تقدم الكلام فى هذا المقام فى المسئله التاسعه من المقصد الثانى من كتاب الدين (1) و الله العالم.

الثانيه عشر- لو اختلف المالك و من عنده الوديعة فى أنه وديعه أو دين

، فادعى الذى عنده المال أنه وديعه، و ادعى المالك أنه دين، قال الشيخ فى النهايه أن القول قول صاحب المال، و على الذى عنده المال البيئه على أنه وديعه، فإن

ص: ٤٧١

لم يكن له بينه و جب عليه رد المال، فان هلك كان ضامنا و ان طالب صاحب المال باليمين أنه لم يودعه ذلك المال كان له.

و قال ابن الجنيدي و إذا أقر الرجل لرجل بمال و ادعى فيه عليه ما يزيل به حقا و جب لصاحب المال من أنه كان وديعه فهلك، أو مضاربه فخر لم يصدق إلا بينه، و كان القول قول صاحب المال مع يمينه انتهى، و هو يرجع الى قول الشيخ المذكور.

و فصل ابن إدريس هنا فقال: الوجه عندي أن يكون المدعى عليه قد وافق المدعى على صيروره المال اليه، و كونه في يده ثم بعد ذلك ادعى أنه وديعه لك عندي فلا يقبل قوله، و يكون القول قول من ادعى أنه دين، لانه قد أقر بأن الشئ في يده أولا و ادعى كونه وديعه، و

الرسول (صلى الله عليه و آله) (1) قال:

« على اليد ما أخذت حتى تؤدى ». و هذا قد اعترف بالأخذ و القبض و ادعى الوديعة، و هي تسقط الحق الذي أقر به لصاحب المال، فلا يقبل قوله في ذلك، فأما لو لم يقر بقبض المال أولا، بل ما صدق المدعى على دعواه بأن له عنده مالا ديناً، بل قال: لك عندي وديعه، كذا و كذا فيكون حينئذ القول قوله مع يمينه، لانه ما صدق على دعواه، و لا - أقر أولا - بصيروره المال اليه، بل قال: لك عندي وديعه فليس الإقرار بالوديعة إقرارا بالتزام الشئ في الذمه، ثم أمر بأن يلحظ ذلك و زعم أن فيه غموضاً، انتهى.

و بموجب تفصيله يوافق الشيخ في الشق الأول خاصة، و العلامه في المختلف وافق الشيخ و ابن الجنيدي، و رد تفصيل ابن إدريس بأنه ضعيف جدا، قال: إذا البحث وقع في مال في يد المقر ادعى أنه وديعه، و ادعى صاحبه أنه دين، لنا أنه اعترف بثبوت يده على مال الغير، و هو يقتضى ظاهرا الضمان، فيكون القول قول من يدعى الدين، قضاء بالظاهر، انتهى.

ص: ٤٧٢

أقول: والذى وقفت عليه من الاخبار المتعلقة بهذه المسئلة ما رواه

الكلىنى و الشيخ و الصدوق فى الموثق عن إسحاق بن عمار (١) قال:

«سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن رجل استودع رجلا ألف درهم فضاعت فقال الرجل: كانت عندى وديعه، وقال الآخر: إنما كانت عليك قرضا؟ قال: المال لازم له إلا أن يقيم البيه أنها كانت وديعه». و ما رواه

الكلىنى و الشيخ فى الموثق عن إسحاق بن عمار (٢) أيضا عن أبى عبد الله (عليه السلام)

«فى رجل قال لرجل: عليك ألف درهم فقال الرجل: لا ولكنها وديعه، فقال (عليه السلام): القول قول صاحب المال مع يمينه». و لا يخفى ما فى هذين الخبرين من الظهور فى ما ذهب اليه الشيخ، و الرد لما فصله ابن إدريس، و استشكل بعض الأفاضل فى هذه الاخبار بأن الأمانة و القرض متعارضان، ثم رجح الحمل على ما إذا كان صاحب المال ثقة، و الذى يدعى الوديعه متهما.

و فيه أن الأمانة التى عارض بها دعوى القرض بناء على ما ورد «من أن صاحب الوديعه مؤتمن» إنما يتم البناء عليها مع الاتفاق على كون ذلك وديعه، و أما مع الاختلاف كما فى الصورة المفروضه فلم تثبت الوديعه، حتى يفرع عليه كونها أمانة، و أن قول الأيمن مقبول، و بالجمله فدعوى القرض لا- معارض له الا دعوى الوديعه، و هذه الدعوى غير مسموعه بظاهر هذه الاخبار الا بالبينه، و كان الوجه فيه أنه باعترافه بقبضه المال يلزم منه اشتغال ذمته به حتى يؤديه الى صاحبه، نظرا الى الحديث النبوى المتقدم ذكره، و دعواه الوديعه لدفع الضمان عنه يحتاج إلى البينه، و حينئذ فالحكم بما دلت عليه الاخبار المذكوره.

نعم يجب تقييد الاولى من أن المال لازم لمن ادعى الوديعه مطلقا بما دلت عليه الثانيه من اليمين على صاحب المال و أن القول قوله بيمينه، و الله العالم.

ص: ٤٧٣

١- ١) الكافى ج ٥ ص ٢٣٩ ح ٨، التهذيب ج ٧ ص ١٧٩ ح ١، الفقيه ج ٣ ص ١٩٤ ح ٦، الوسائل ج ١٣ ص ٢٣٢ ح ١.

٢- ٢) الكافى ج ٥ ص ٢٣٨ ح ٣، التهذيب ج ٧ ص ١٧٦ ح ٣٤، الوسائل ج ١٣ ص ١٣٨ ح ١.

و الكلام فى هذا الكتاب يقع فى فصول:

الفصل الأول- فى جمله من الفوائد

ينبغى تقديمها فى المقام

الاولى [تعريف العاريه]

- قال فى التذكرة: العاريه بتشديد الياء عقد شرع لإباحه الانتفاع بعين من الأعيان على وجه التبرع، و شددت الياء كأنها منسوبه إلى العار، لان طلبها عار، قاله صاحب الصحاح.

و قال غيره: منسوبه إلى العاره: و هى مصدر يقال: أعار و يعير اعاره و عاره كما يقال: أجاب يجيب اجابه و جابه، و أطاق يطيق أطاقه و طاقه.

و قيل انها مأخوذه من عار يعير إذا جاء و ذهب، و منه قيل للبطل عيار لتردده فى بطالته، فسميت عاريه لترددها من يد الى يد.

وقيل: انها مأخوذه من التعاور و الاعتوار، و هو أن يتداول القوم الشيء بينهم، و قال الخطائى فى غريبه: أن اللغه الغالبه العاريه و قد تخفف، انتهى.

أقول: و ما نقله عن الصحاح قد صرح به ابن الأثير فى نهايته أيضا، فقال:

و العاريه مشدده الياء كأنها منسوبه إلى العار، لان طلبها عار و عيب، و تجمع على العوارى مشددا انتهى، الا أن المفهوم من كلام أحمد بن محمد الفيومى فى كتاب المصباح المنير تغليب ما ذكره فى الصحاح و النهايه من الاشتقاق من المعنى الذى ذكره، لأن العاريه المبحوث عنها من الواو و العار بمعنى العيب من الياء.

و يؤيده كلام القاموس أيضا، حيث أنه ذكر العاريه فى ماده عور، و العار بمعنى العيب فى ماده غير، ثم انه نقل فى المصباح أيضا معنى زائدا على ما قدمنا ذكره، و هو الاشتقاق من عار الفرس إذا ذهب عن صاحبه، لخروجها من يد صاحبها، و غلظه أيضا بأنه من الياء و فى القاموس أيضا عده من الياء، و فى القاموس أيضا. عد عار بمعنى جاء و ذهب، و العيار المأخوذ من ذلك فى ماده غير، دون عور التى قد عرفت أن العاريه مأخوذه منها.

و حينئذ فقد بطل هذا المعنى، فلم يبق الا الاشتقاق من التعاور بمعنى التداول، أو من العاره التى هى مصدر أعار يعير اعاره، و هذا هو الذى جمده عليه صاحب المصباح، و العجب من شيخنا العلامة و نحوه شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك حيث نقل كلام التذكرة، و جمده عليه حيث لم يتنبها لذلك، مع اختلاف أهل اللغه كما عرفت.

الثانيه [فى ثبوت العاريه بالكتاب و السنه و الإجماع]:

لا- يخفى أن العاريه مما ثبتت بالكتاب و السنه و الإجماع، أما الأول: فقوله تعالى (١) ﴿تَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَ التَّقْوَى﴾ و لا- ريب أن العاريه من جمله البر، و قال تعالى (٢) ﴿وَ يَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ﴾ قال فى كتاب مجمع البحرين:

ص: ٤٧٦

١-١) سورة المائده-الايه ٢.

٢-٢) سورة الماعون-الايه ٧.

الماعون اسم جامع لمنافع البيت، كالتقدر و الدلو و الملح و الماء و السراج و الخمره و نحو ذلك مما جرت العاده بعاريته.

و روى فى كتاب من لا يحضره الفقيه مرسلا (١) قال:

«نهى النبى (صلى الله عليه و آله) أن يمنع أحد الماعون جاره».

و قال:

«من منع الماعون جاره، منعه الله خيره يوم القيامة، و وكله الى نفسه، و من وكله الى نفسه فما أسوء حاله».

و روى فى الكافى عن أبى بصير (٢) قال:

«كنا عند أبى عبد الله عليه السلام و معنا بعض أصحاب الأموال فذكروا الزكاه و ساق الخبر الى أن قال: و قوله عز و جل «وَ يَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ» قال: هو القرض يقرضه، و المعروف يصنعه، و متاع البيت يعيره، و منه الزكاه فقلت له: ان لنا جيرانا إذا أعرناهم متاعا كسروه و أفسدوه، فعلينا جناح أن نمنعهم؟ فقال: لا ليس عليكم جناح أن تمنعوهم إذا كانوا كذلك». و فى خبر آخر

عن سماعه (٣) عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

و الماعون أيضا و هو القرض يقرضه، و المتاع يعيره، و المعروف يصنعه، الحديث.

و أما الثانى فالأخبار الكثيره، منها ما ذكر، و ما رواه

فى التهذيب فى الصحيح عن أبى بصير (٤) عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«سمعت يقول: بعث رسول الله (صلى الله عليه و آله) الى صفوان ابن أميه فاستعار منه سبعين درعا بأطرافها قال: فقال: أ غصبا يا محمد؟ فقال النبى (صلى الله عليه و آله): بل عاريه مضمونه».

و قال فى الفقيه (٥):

استعار النبى (صلى الله عليه و آله) من صفوان بن أميه الجمحى سبعين درعا حطميته، و ذلك قبل إسلامه فقال: أ غصب أم عاريه يا

ص: ٤٧٧

١- ١) الفقيه ج ٤ ص ٨، الوسائل ج ٦ ص ٣١ ح ١٢.

٢- ٢) الكافى ج ٣ ص ٤٩٩ ح ٩، الوسائل ج ٦ ص ٢٨ ح ٣.

٣- ٣) الكافى ج ٣ ص ٤٩٨ ح ٨، الوسائل ج ٦ ص ٣١ ح ١١.

٤- ٤) الكافى ج ٥ ص ٢٤٠ ح ١٠، التهذيب ج ٧ ص ١٨٣ ح ٦، الوسائل ج ١٣ ص ٢٣٦ ح ٤.

٥-٥) الفقيه ج ٣ ص ١٩٣ ح ٤، الوسائل ج ١٣ ص ٢٣٨ ح ١.

أبا القاسم؟ فقال (صلى الله عليه وآله): بل عاريه مؤداه فجرت السنه فى العاريه إذا اشترط فيها أن تكون مؤداه».

أقول: قوله فى الخبر الأول بأطرافها اختلف النسخ فى هذه اللفظه بكونها بالفاء أو بالقاف، و على تقدير الثانى الظاهر أن يكون المراد بها البيضه الحديد، قال فى القاموس: الطراق ككتاب الحديد الذى يعرض ثم يدار فيجعل بيضه، و على تقدير الأول فلعل المراد بها المغفر و ما يلبس على الساعدين و غيرهما، فإنها تجعل فى أطراف الدرع.

و قال بعض المحدثين: يحتمل أن يكون بالقاف و نسب النسخ التى بالفاء الى التصحيف و هو جيد، و أما الحطيمه فى الخبر الثانى بالمهملتين منسوبه إلى الحطمه بن المحارب الذى كان يعمل الدرع، كذا ذكره بعض المحدثين.

و فى كتاب مجمع البحرين و فى الحديث زوج رسول الله (صلى الله عليه وآله) فاطمه على درع حطيمه تسوى ثلاثين درهما، قيل سميت بذلك لأنها تحطم السيوف أى تكسرها، و قيل: هى العريضه الثقيله، و هى منسوبه إلى بطن من عبد قيس يقال: حطمه بن الحارث كانوا يعملون الدروع، انتهى.

و أما الثالث: فإنه قال فى التذكرة: لا خلاف بين علماء الأمصار فى جميع الأعصار فى جوازها و الترغيب فيها و لانه لما جازت هبه الأعيان جازت هبه المنافع و لذلك صحت الوصيه بالمنافع و الأعيان جميعا، انتهى.

و المفهوم من الآيه و الاخبار تأكد استحبابها أما الآيه فلان الله تعالى قد قرن تاركها بالساهى فى صلاته، فنسبهما معا الى الويل، و هى كلمه يقال عند الهلكه، و قيل: ويل واد فى جهنم، و ليس المراد بالسهو هنا هو النسيان كما ربما يتوهم، بل المراد المضيع لصلاته التارك لها عن أول وقتها كما وردت به الاخبار فى تفسير الآيه المذكوره.

أما الاخبار فما تقدم فى مرسله الفقيه حتى أن بعض العامه ذهب الى

وجوبها، لما رووه من مزيد التأكيد و الترغيب فيها، و الجميع عندنا محمول على مزيد التأكيد فى استحبابها، فإنهم عليهم السلام كثيرا ما يؤكدون على المستحبات بما يكاد يلحقها بالواجبات، و يؤكدون فى النهى عن المكروهات بما يكاد يدخلها فى المحرمات.

الثالث [فى اعتبار الإيجاب و القبول اللفظيين] :

مقتضى ما عرف به العاربه فى التذكرة كما تقدم نقله عنه من أنها عقد شرع لإباحه الانتفاع، هو أنه لا بد من الإيجاب و القبول اللفظيين، كما فى سائر العقود، و لهذا ان المحقق فى الشرائع لما عرفها بأنها عقد ثمرته التبرع، قال فى المسالك: العقد اسم للإيجاب و القبول، و تعليق الثمره عليه يقتضى أن للقبول مدخلا فيها مع أن التبرع بالمنفعه يتحقق بالإيجاب خاصه، لأن المتبرع انما هو باذل العين، لا المنتفع بها.

ثم قال: و يمكن الجواب بأن القبول لما كان شرطا فى صحه العاربه لم يتحقق الثمره بدونها و ان بذلها المعير، فإنه لو تبرع المعير بالعين و أوقع الإيجاب فرده الأخر لم تحصل الثمره، و ان حصل التبرع بالمنفعه فالمرتب على العقد هو التبرع على وجه يثمر ذلك، و لا يتم بدون القبول، انتهى.

و هو كما ترى نص صريح فى إيجاب الإيجاب و القبول، و أنه لا بد من عقد يشتمل عليها، و أصرح منه ما صرح به أيضا أخيرا حيث قال: و اعلم أن جعلها عقدا يقتضى اعتبار الإيجاب و القبول اللفظيين، لان ذلك هو المفهوم من العقد، و ان لم ينحصر فى لفظ كما هو شأن العقود الجائزه، و قد يتجاوز فى القبول فىطلق على ما يكفى فيه القبول الفعلى، كما ذكره فى الوديعه و الوكاله و نحوهما، لكن يبقى الإيجاب لا يتحقق العقد بدون التلفظ به، و هذا هو الظاهر من عبارات كثير من الأصحاب انتهى، هذا و قد صرح العلامة فى التذكرة فى الركن الرابع بما هو ظاهر بل هو صريح فى خلاف ما ذكره فى المسالك، و ما يفهم من ظاهر عبارته المشار إليها آنفا، حيث صرح بأنه لا يشترط فيه اللفظ فى الإيجاب و القبول،

بل يكفى ما يقوم مقام ذلك من الأمور الداله على الظن بالرضا، قال: لأنه عقد ضعيف، لأنه يثمر اباحه الانتفاع، و هي تحصل بغير عقد كما لو حسن ظنه بصديقه كفى فى الانتفاع به عن العقد، و كما فى الضيف بخلاف العقود اللازمه، فإنها موقوفه على ألفاظ خاصه اعتبرها الشرع.

ثم قال فى مسئله أخرى: و الأقرب عندى أنه لا- يفتقر العاربه إلى لفظ، بل يكفى قرينه الإذن بالانتفاع من غير لفظ دال على الإعاره و الاستعاره، لا من طرف المعير و لا من طرف المستعير، كما لو رآه عاريا فدفع اليه قميصا فلبسه تثبت العاربه، و كذا لو فرش لضيفه فراشا أو بساطا أو مصلى أو حصيرا أو ألقى اليه و ساده، فجلس عليها أو مخده فاتكى عليها كان ذلك اعاره، بخلاف ما لو دخل فجلس على الفرش المبسوطه، و لأنه لم يقصد بها انتفاع شخص بعينه، و هو قول بعض الشافعيه قضاء بالظاهر، و

قد قال عليه السلام:

«نحن نقضى بالظاهر» (١). ثم نقل عن بعض الشافعيه الافتقار الى اللفظ، و قال: و الأقرب ما تقدم، و قد جرت العاده بالانتفاع بظرف الهديه المبعوث اليه و استعماله، كأكل الطعام من القصعه المبعوث فيها، فإنه يكون عاربه، لأنه منتفع بملك الغير باذنه، و ان لم يوجد لفظ يدل عليها بل بشاهد الحال، انتهى.

و هو جيد وجيه الا أن فيه عدولا عن مقتضى ما قدمنا نقله عنه أولا، و هو الذى يقتضيه كلام غيره أيضا.

و بالجملة فالظاهر هو ترتب ذلك على الرضا كيف اتفق من المعير و المستعير و لا دليل على ما زاد على ذلك.

الرابعه [فى المواضع المستثناه عن جواز الرجوع فى العاربه]:

انهم قالوا- بناء على كونه عقدا كما تقدم نقله عنهم- انه من العقود الجائزه التى لكل من المتعاقدين فسخه متى شاء.

ص: ٤٨٠

١- (١) الفقيه ج ٣ ص ٩ ح ١١ ما نقله فى الفقيه فى هذا الباب ليس بهذه العبارة فراجع، الوسائل ج ١٨ باب ٢٢ من أبواب كيفيه الحكم، و أحكام الدعوى من كتاب القضاء حديث ١ و ما نقله فى الوسائل أيضا ليس بهذه العبارة، فراجع.

قال فى المسالك: و هو موضع وفاق، إلا أنهم استثنوا من ذلك مواضع بعضها اتفاقى، و بعضها خلافى، أحدها الإغاره للرهن بعد وقوع الرهن عليه، فإنه لا رجوع للمعير، و توضيح ذلك - حيث أنه لم يسبق لهذه المسئلة تحقيق فى كتاب الرهن - أنه لو استعار مال غيره و رهنه باذن المالك، فالظاهر أنه لا - إشكال فى صحه الرهن، بل نقل عليه فى المسالك إجماع العلماء، قال: و سموه استعاره الرهن و جعلوها مضمونه على الراهن، و ان تلفت بغير تفريط.

و بالجمله فإنه يترتب عليه أحكام الرهن، فيلزم العاربه، و تباع عند الحلول و يؤخذ الدين من ثمنها كما فى غيرها من أفراد الرهن، و ليس للمعير الرجوع فيها بحيث يتسلط على فسخ عقد الرهانه نعم له مطالبه الراهن بالفك عند الحلول.

بقى الكلام فيما يجب لمالكة فى صورته بيع المرتهن الرهن، و أخذ ماله من قيمته بأن يكون و كيلا - أو بإذن الحاكم أو البائع الحاكم، فقيل: انه يرجع المالك بأكثر الأمرين من قيمه و ما يبيع به، و هو المشهور فى كلام الأصحاب.

قال فى التذكرة: فإذا بيع فى الدين رجح المالك بأكثر الأمرين من قيمه و من الثمن الذى بيعت به، لأن القيمه ان كانت أكثر فهو المستحق للمالك، لأنها عوض عنه، و ان كان الثمن أكثر فهو عوض العين، انتهى.

و فيه انه موهم لجواز بيعه بأقل من قيمه، و هو ممتنع، إذ لا - يجوز البيع بأقل من ثمن المثل فصاعدا كما هو الحكم فى كل و كيل، و هذا أحدهم و التحقيق أنه ان باعه بثمان المثل فلا إشكال فى أن للمالك ذلك، و ان باعه بأكثر من ذلك فلا ريب أيضا فى أنه للمالك، لأنه ثمن ملكه، إذ العين باقيه على ملكه الى وقت البيع، و لا يتصور البيع بدون ثمن المثل كما عرفت.

هذا كله إذا كان مع اذن المالك كما تقدمت الإشارة اليه، أما لو لم يكن بإذنه فإن للمالك انتزاعه بغير خلاف، و يدل عليه أيضا ما رواه

فى الفقيه عن أبان عن حريز (1) عن أبى عبد الله عليه السلام

«فى رجل استعار ثوبا ثم عمد اليه فرهنه،

ص: ٤٨١

١- (١) الفقيه ج ٣ ص ١٩٣ ح ٣، الكافى ج ٥ ص ٢٣٩ ح ٦ الوسائل ج ١٣ ص ٢٤١ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ١٨٤ ح ١٢.

فجاء أهل المتاع الى متاعهم؟ فقال: يأخذون متاعهم». و رواه الكليني عن أبان بن عثمان عن حدثه (١) عن أبي عبد الله عليه السلام مثله.

و ثانيها: لو أعار أرضا لدفن ميت مسلم و من بحكمه، فإنهم صرحوا بأنه لا يجوز الرجوع فيها بعد الدفن، لتحريم النيش و تهتك حرمة الى أن تبنى عظامه.

و نقل في التذكرة أنه موضع وفاق قال: أما لو رجع قبل الحفر أو بعده قبل وضع الميت فإنه يصح رجوعه، و يحرم دفنه فيه و لو رجع بعد وضع الميت في القبر، و قبل أن يواريه بالتراب، فالأقرب أن له الرجوع أيضا، و مؤنه الحفر إذا رجع بعد الحفر، و قبل الدفن لازمه لولى الميت، و لا يلزم لولى الميت الطم، لان الحفر مأذون فيه، انتهى.

و استشكل في المسالك و الروضة في لزوم مؤنه الحفر لولى الميت فيما لو لم يمكنه الدفن الا - كذلك، قال: إذ لا تقصير منه حينئذ، فينبغي كونه من مال الميت، و مراده أنه لو تعذر على الولي الدفن إلا في أرض بهذه الصورة فإنه لا تقصير منه في الدفن فيها، حتى أنه يغرم مؤنه الحفر لو أمكنه الدفن في أرض غيرها فإنه يمكن مؤاخذته بقدمه على هذه الأرض التي لصاحبها الرجوع فيها قبل الدفن فلا يكون أجره الحفر فيها على الميت، و يكون أجره حفر الأرض الأخرى عليه أيضا، بل يكون أجره هذا الحفر عليه خاصة لتقصيره، و أنت خير بأن هذا الحكم هنا مبني على تحريم النيش، و قد تقدم في كتاب الطهارة في بحث غسل الميت (٢) أنه لم يقد لنا دليل واضح على التحريم الا ما يدعونه من الإجماع.

و ثالثها: ما لو أعاره جدارا ليضع عليه أطراف خشبته، و الأطراف الأخر حائط المستعير.

قال الشيخ: لم يكن له بعد الوضع الإزالة و ان ضمن الأرش، لانه يؤدي الى قلع جذوعه من ملكه مجيرا و هو غير جائز، و تبعه ابن إدريس.

ص: ٤٨٢

١- (١) الكافي ج ٥ ص ٢٣٩ ح ٦، الوسائل ج ١٣ ص ٢٤١ ح ١.

٢- (٢) ج ٤ ص ١٤٣.

و ذهب العلامة فى المختلف الى الجواز قال:لأنه عاربه فللمالك الرجوع فيها و ان أدى الى تخريب مال الغير،لانجباره بالأرش،و اليه ذهب فى المسالك أيضا،و تردد المحقق فى الشرائع فى ذلك.

و رابعها:لو أعاره لوحا يرقع به السفينه ثم لبح فى البحر،فإنه لا- يجوز للمعير هنا الرجوع ما دامت فى البحر،لما فيه من الضرر بالغرق الموجب لذهاب المال،أو تلف النفس،قالوا:و هكذا فى ما إذا حصل بالرجوع ضرر بالمستعير لا يمكن استدراكه،و لو لم يدخل السفينه فى البحر أو خرجت جاز الرجوع قطعا،و لو كانت فى البحر لكن يمكن إخراجها إلى الشاطئ و جب إذا لم يحصل به ضرر على صاحبها،قيل:و يحتمل الجواز،و لو كانت فى البحر و ثبتت له قيمه مع تعذر المثل لما فيه من الجميع بين الحقيقين،أو يقال:بجواز الرجوع و ان لم يجب تعجيل التسليم،و تظهر الفائده فى وجوب المبادره بالرد بعد زوال المانع،و هو الضرر من غير مطالبه جديده.

و خامسها:أن يعيره أرضا للزرع فيزرع فيها،قال الشيخ:ليس له المطالبه بقلعه قبل إدراكه،و ان دفع الأرش لأن له وقتا ينتهى اليه،و تبعه ابن إدريس.

و قال فى المختلف بعد نقل ذلك عنهما:و لو قيل له ذلك كان وجها،لأنها عاربه،فلا تجب و الظاهر أن مراده الجواز مع الأرش،و الا فهو مشكل،و بذلك صرح فى المسالك فجوز ذلك مع الأرش.

و سادسها:أن يعيره أرضا لبني فيها أو يغرس مده معلومه،قال ابن الجنييد:لو أعاره براحا لبني فيه أو يغرس مده معلومه،لم يكن لصاحب الأرض أن يخرجها من بناء أو غرسه كرها قبل انقضاء المده،فإن فعل ذلك كان كالغاصب و عليه أعلى قيمه بناء و غرسه قائما و منفردا،و لو كانت الإعارة غير موقته كان لصاحب الأرض إخراجها،إذا أعطاه قيمه بناء و غرسه،ثم يخرجها و هو بحاله.

و قال فى المبسوط:إذا أذن له فى الغرس و لم يعين مده فغرس كان للمالك

مطالبته بالقلع، إذا دفع الأرش أن يغرم له ما ينقص فتقوم قائمه و مقلوعه، و يغرم ما بين القيمتين، و ان قال المعير: أنا أغرم لك قيمتها أجبر المستعير على قلعها، لانه لا ضرر عليه فيه، و لو قال المستعير: أنا أضمن قيمه الأرض لم يكن له ذلك.

قال فى المختلف- بعد نقل كلام الشيخ المذكور-: و الوجه عندى أنه لا يجبر المستعير على أخذ قيمه غرسه، بل له المطالبه بعينه و الأرش، و قال بعد نقل كلام ابن الجنيدي: أما الحكم الثانى فقد وافق الشيخ فيه، فيما تقدم و بينا ما عندنا فيه.

و أما الحكم الأول فالوجه أن للمالك المطالبه بالقلع مع دفع الأرش، كما قلنا فى المطلق، و لا يجب الشراء و لو طلبه الغارس، و نمنع مساواته للغاصب و اختار ذلك فى المسالك أيضا.

الخامسه [فى عدم جواز الانتفاع بالعاريه فى غير الجهه المعينه]:

قال فى التذكرة: لا تخلو العين التى تعلق بها العاريه أما أن يكون جهه الانتفاع فيها واحده أو أكثر فإن كانت واحده كالدرهم و الدنانير التى لا ينتفع بها الا بالترين و البساط الذى لا ينتفع بها إلا فى فرشته، و الدار التى لا ينتفع بها الا بالسكنى، فمثل هذا لا يجب التعرض للمنفعه، و لا- ذكر وجه الانتفاع، لعدم الاحتياج إليه إذ المقتضى للتعين فى اللفظ حصر أسباب الانتفاع و هو فى نفسه محصور فلا حاجه الى ماثر لفظى.

و ان تعددت الجهات التى يحصل بها الانتفاع كالأرض التى تصلح للزراعه و الغرس و البناء، و الدابه التى تصلح للحمل و الركوب فلا- يخلو اما أن يعمم أو يخصه بوجه واحد أو أزيد، أو يطلق فان عمم جاز له الانتفاع بسائر وجوه الانتفاعات المباحه المتعلقة بتلك العين، كما لو أعاره الأرض لينتفع بها فى الزرع و الغرس و البناء و غير ذلك بلا خلاف، و ان خصص الوجه كان يعيره الأرض للزرع أو البناء أو الغرس اختص التحليل بما خصصه المعير، و بما ساواه و قصر عنه فى الضرر ما لم

ينص على التخصيص، و يمنع من التخطى إلى غيره، فلا يجوز له التجاوز قطعاً.

أقول: في جواز التعدى مع التخصيص و ان لم يمنع من التخطى إلى غيره الى ما ساواه أو قصر عنه اشكال، للخروج عن موضع الاذن و الرخصه، فإن الظاهر أن التخصيص في قوه المنع عن غيره، و لا - خلافاً بينهم في عدم جواز الغير مع المنع عن غير ما خصصه.

ثم قال: و ان أطلق فالأقوى أن حكمه حكم التعميم، لأن إطلاق الاذن في الانتفاع يشعر بعموم الرضا بجميع وجوهه، إذ لا وجه من الوجوه أولى بالضرر من الآخر. ثم قال: إذا أذن له في الزرع فاما أن يطلق أو يعمم أو يخصص، و لا بحث في الأخيرين.

و أما الأول فإنه يصح عندنا و يستبيح المستعير جميع الزرع، اختلف ضررها أو اتفق و هو أصح وجهى الشافعيه عملاً بإطلاق اللفظ.

و قال بعضهم: تصح العاريه و لا يزرع إلا أقل الأنواع ضرراً لأصالة عصمه مال الغير، و لا بأس به.

أقول: ظاهره الرجوع عما أفتى به أولاً في هذه المسئله من العمل بالإطلاق و ان اختلف الضرر، و هو وارد عليه أيضاً فيما ذكره من اختيار العمل بالإطلاق في المسئله الاولى، مع أنه قوى أن حكمه حكم التعميم، ثم قال: و لو قال:

أعرتكها لزرع الحنطه و لم ينه عن غيرها كان له زرع ما هو أقل ضرراً من الحنطه عملاً بشاهد الحال كالشعير و الباقلاء، و كذا زرع ما يساوى ضرره ضرر الحنطه، و ليس له زرع ما ضرره أكثر.

أقول: قد تقدم ما فيه من الاشكال، ثم قال: ينقسم العاريه باعتبار الزمان إلى ثلاثه كما انقسمت باعتبار النفع إليها، لأن المعير قد يطلق العاريه من غير تقييد بزمان، و قد يوقت بمده، و قد يعمم الزمان كقوله أعرتك هذه الأرض و لا يقرن لفظه بوقت أو زمان، أو أعرتك هذه الأرض سنه أو شهر أو أعرتك هذه

الأرض دائما، واما جاز الإطلاق فيها بخلاف الإجاره، لأن العاريه جائزه و له الرجوع فيها متى شاء، فتقديرها لا يفيد شيئا.

أقول: الظاهر ان الغرض من التقييد بالمده دواما أو تعيينا انما هو صحه التصرف فى هذه المده المضروبه، بمعنى أنه لا يكون عاصيا فى تصرفه، وكذا مع الإطلاق، لأنه يقيد العاريه بذلك، إذ لا اشكال من حيث كونها عقدا جائزا، أن له الرجوع متى أراد إلا فيما تقدم من المواضع المستثناه، و متى رجع فإنه ليس للمستعير التصرف، فان تصرف ضمن.

الفصل الثانى فى المعير و المستعير:

اشاره

و فيه مسائل

الاولى [فى شروط المعير و المستعير]:

لا- إشكال فى أنه يشترط فى المعير أن يكون مالكا مكلفا جائز التصرف، و المراد بالمالك ما هو أعم من ملك العين أو المنفعه، كما صرح به فى التذكره، فلا تصح اعاره الغاصب للنهى عن التصرف بدون اذن المالك و الإعاره تصرف، و لا فرق بين غاصب العين أو المنفعه، و لا يجوز للمستعير التصرف و الحال هذه مع العلم بالغصب و ان تصرف كان ضامنا للعين و المنفعه بلا خلاف، و المراد بملك المنفعه كما لو استأجر عينا، فإنه يملك منفعتها فله أن يعيرها الا أن يشترط عليه المؤجر مباشره الانتفاع بنفسه، فيحرم عليه حينئذ الإعاره، و كذا الموصى له بخدمه العبد و سكنى الدار، فإنه يجوز له إعارتهما.

و لا يصح اعاره الصبى و المجنون، الا أن فى الشرائع صرح بأنه لو أذن الولى للصبى جازت إعارته مع المصلحه، مع أنه قد تقدم فى كتاب البيع أن عقد الصبى لا عبره به، و ان أجاز له الولى، و فرق بينهما فى المسالك بأنه انما جاز له هنا دون البيع، لأن العاريه لما كانت جائزه و لا- تختص بلفظ بل كل ما دل على رضاء المعير،- و هو هنا الولى- كان إذنه للصبى بمنزله الإيجاب، فالعبره حينئذ بإذنه، لا بعباره الصبى.

و لا يخفى ما فيه سيما على ما تقدم تحقيقه فى البيع من عدم قيام دليل على

ما ادعوه من الاختصاص بلفظ مخصوص فى عقد البيع و نحوه، و أن المناط انما هو ما دل على الرضاء.

و بالجملة فإن مظهر الجواز و عدمه هو صحه تصرف المستعير و المشتري، سواء كان العقد لازما أو جائزا، فإن جوزنا له ذلك بعقد الصبى المأذون له من الولي، فلا فرق فى ذلك بين اللازم و الجائز، و الا فلا، إذ لا مدخل لذلك فى الجواز و عدمه، كما لا يخفى، و المراد بالمعار هنا ما كان ملكا للصبى.

و الظاهر من كلامهم أن توليه اعاره مال غيره يبنى على ما تقدم فى إعاره مال نفسه، من اذن الولي و عدمه، و ربما قيل بإطلاق المنع هنا، كما هو ظاهر اختيار المسالك.

و كما أنه لا يجوز للصبى و المجنون الإعاره استقلالاً لعدم جواز تصرفهما، كذلك المحجور عليه لسفه أو فلس، لا اشتراك الجميع فى المنع من التصرف، و الله سبحانه العالم.

الثانيه [انتفاع المستعير بالعين المعاره] :

قد صرحوا بأن للمستعير الانتفاع بالعين المعاره بما جرت به العاده فى الانتفاع بها نوعاً و قدراً و صفه، و هذا يرجع الى ما تقدم فى الفائده الخامسه من اتحاد جهه الانتفاع، و عدم تعددها كالبساط الذى جرت العاده بفرشه، و اللحاف الذى اقتضت العاده جعله غطاءً و نحو ذلك، و ظاهرهم أنه لو خالف فالتحف بالبساط و فرش اللحاف فإنه لا يجوز له ذلك، لمخالفه العاده التى هى المتبادره من العاريه هنا.

أما لو كانت وجوه الانتفاعات متعدده فإنه يبنى على ما تقدم من التفصيل، و لو نقص من العين شىء بالاستعمال أو تلفت من غير تفريط لم يضمن الا- أن يشترط الضمان فى العاريه، لأن إطلاق الاذن أو تعميمه يقتضى الانتفاع بالعين من غير تقييد بالكثير و القليل، فما يحصل من النقص و التلف انما استند إلى إذن المعير، و ربما قيل: بضمان المتلف، لأن الظاهر عدم تناول الاذن للاستعمال المتلف،

و ان كان داخلا فى الإطلاق، و لا يخلو عن قوه.

نعم لو لم يكن الاستعمال متلفا عاده، و انما حصل التلف اتفاقا، فما ذكره جيد و الله سبحانه العالم.

الثالثه [فى عدم جواز استعاره الصيد للمحرم]:

قال فى التذكرة: لا- يحل للمحرم استعاره الصيد من المحرم، و لا- من المحل، لأنه يحرم عليه إمساكه، فلو استعاره و جب عليه إرساله، و ضمن للمالك قيمته، و لو تلف فى يده ضمنه أيضا بالقيمه لصاحبه المحل، و بالجزاء لله تعالى، بل يضمه بمجرد الإمساك عليه و ان لم يشترط صاحبه الضمان عليه، فلو دفعه الى صاحبه برىء منه، و ضمن لله تعالى.

أقول: لا ريب فيما ذكره من عدم جواز الاستعاره فى الصورة المفروضه لما ذكر من تحريم الإمساك عليه.

بقى الكلام هنا فى مواضع: أحدها: انهم قالوا: إذا استعاره بعقد العاربه فهل يقع العقد فاسدا أم صحيحا؟ وجه الأول النهى عنه و وجه الثانى أن النهى انما يكون مبطلا- فى العبادات، دون المعاملات، فالبطلان يحتاج الى دليل من خارج، و كلامهم فى هذا المقام حيث عبروا بأنه «لا يحل» كما هنا أو «لا يجوز» كما عبر به غيره، لا يدل على شىء من الأمرين صريحا لان عدم الحل، و عدم الجواز أعم من الفساد، إلا أنك قد عرفت أننا أنه لا دليل على هذا العقد الذى ذكره، فلا أثر لهذا الخلاف.

و ثانيها: قوله: فلو استعاره و جب عليه إرساله، فإنه على إطلاقه مشكل، بل ينبغى تخصيص ذلك بما إذا كان استعاره من محرم، أما لو استعاره من محل فإنه يجب رده على المالك، و يلزم عليه الفداء لله سبحانه خاصه، و برء من حق المالك، و بذلك صرح فى آخر العبارة المذكوره.

و الظاهر أن مراده هو أن الواجب شرعا هو الإرسال، و أن قبضه من محل، و حينئذ يضم قيمته للمحل، فلو خالف الواجب و رده الى المالك برئت ذمته من

القيمة للمالك، وبقى حق الله سبحانه، ويشكل حينئذ بأنه متى كان الصيد مملوكا كما هو المفروض من قبضه من المحل، فقد تعارض حق الله سبحانه بوجود الإرسال، وحق المالك، ومن القواعد المقرره عندهم مع التعارض تقديم حق آدمى على حق الله تعالى، فالواجب حينئذ بناء على ما قلنا هو رده على المالك، وضمن حق الله سبحانه، وأما لو كان المقبوض منه محرما فإنه غير مالك فيتعين الإرسال مع عدم الضمان لمن قبضه منه.

و ثالثها: ما ذكره من أنه يضمن بالتلف لصاحبه المحل قيمته، و ان ذكره غيره أيضا، حيث انهم عدوا ذلك من العوارى المضمونه، و ان لم يشترط فيها الضمان، الا أن فيه اشكالا، لعدم الوقوف على دليل عليه فى المقام، و لم يصرحوا له هنا بدليل، و مجرد تحريم الاستعاره لا يدل على الضمان، سواء قيل: بفساد العقد الذى ادعوه هنا، أم بصحته، أما على تقدير الحكم بصحته فلما ذكرناه من عدم الدليل، و الأصل فى العاربه أن يكون غير مضمونه الا ما استثنى، و ليس هذا منه، لما عرفت.

و أما على تقدير الحكم بفساده فلما تقرر من القاعده المشهوره «ان كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفساده، و مالا فلا».

و لو قيل: بأنه يمكن الاستدلال على الضمان بإطلاق النصوص الداله على أن المحرم إذا أتلف صيدا مملوكا فعليه القيمة لمالكة، و ما نحن فيه كذلك، قلنا: هذا معارض بالنصوص الصحيحه الداله على أن العاربه غير مضمونه، الا ما استثنى، و ليس هذا منه، و ليس تخصيص الثانى بالأول أولى من العكس، و ترجيح أحدهما على الآخر يحتاج الى دليل، هذا كله إذا كان المستعير محرما كما عرفت، فلو كان الصيد فى يد محرم فاستعاره المحل فظاهر كلامهم الجواز.

قال فى التذكرة: و لو كان الصيد فى يد محرم فاستعاره المحل، فان قلنا المحرم يزول ملكه عن الصيد، فلا قيمة له على المحل، لأنه أعاره ما ليس ملكا له،

و على المحرم الجزاء لو تلف فى يد المحل، لتعديده بالإعارة فإنه كان يجب عليه الإرسال».

و ان قلنا لا يزول صحت الإعارة، و على المحل قيمته لو تلف الصيد عنده، انتهى.

أقول: لا- إشكال فى الحكم الثانى، و لا- كلام فيه، و إنما الكلام فى الأول فإنه ان حكم بصحة الإعارة و جوازها كما هو ظاهر العبارة، و هو صريحه فى القواعد و الإرشاد، و به صرح فى الشرائع أيضا، فإن الإشكال يتطرق اليه من وجوه:

أحدها انهم صرحوا بأن من شروط صحة الإعارة كون المعار ملكا للمعير، و هو هنا منتف لما اعترفوا به من زوال ملكيه المحرم عن الصيد، فكيف تصح الإعارة و يحكم بجوازها.

و ثانيها: أن تسليمه للمحل اعانه على الصيد، و إثبات سلطنه عليه للغير، و هو محرم على المحرم، فلا يناسب إثبات الجواز، و يمكن خدش هذا الوجه بأنه لا- منافاه بين تحريمه على المحرم، و الجواز للمحل، فيحرم الإعارة على المعير من حيث الإحرام، و يجوز للمستعير من حيث كونه محلا، و نظائره فى الأحكام غير عزيز.

و ثالثها: أن تسليمه إذا كان محرما على المحرم حرم قبوله من المحل، لما فيه من الإعانه على الإثم و العدوان المنهى عنه فى صريح القرآن، و لما ذكرنا قوى فى المسالك الحكم بتحريم الإعارة فى الصورة المذكوره، و هو جيد لما عرفت.

و يحتمل ضعيفا عدم الحكم بصحة الإعارة فى الصورة المذكوره، و اليه يشير قوله فى الثانية صحت الإعارة، فإن ظاهره أنه فى صورة الحكم بعدم الملك لا تصح و حينئذ فلا إشكال، الا أنه خلاف ما صرح به فى كتبه، و صرح به غيره، و الله سبحانه العالم.

الرابعه [فى استعاره المغصوب]:

لو استعار مغصوبا فلا يخلو اما أن يكون جاهلا بالغصب، أو

عالمًا به، فعلى الأول: فهل يتخير المالك في الرجوع بالأجره و أرش النقص، و قيمه مع التلف على الغاصب، أو المستعير أو أنه إنما يرجع على الغاصب خاصة؟ المشهور الأول، و الوجه فيه ما تقرر في كلامهم من أن كل من ترتب يده على المغصوب، فإن يده يد ضمان عالمًا كان أو جاهلاً، فيد المستعير هنا يد ضمان، و قيل: بالثاني، و به صرح في الشرائع و القواعد، و وجه بأن المستعير مغرور يضعف مباشرته، و السبب الغار أقوى.

و أنت خبير بما في الوجهين المذكورين، و قد روى

في الفقيه (١) قال:

« قال على عليه السلام: إذا استعيرت عاريه بغير اذن صاحبها فهلكت فالمستعير ضامن.»

و رواه الشيخ في الموثق عن إسحاق بن عمار (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام و أبي إبراهيم عليه السلام مثله و ظاهر إطلاقه اختصاص الضمان بالمستعير عالمًا كان أو جاهلاً.

ثم انه على تقدير القول المشهور من تخيير المالك لو رجع على المستعير مع جهله كما هو المفروض، رجع المستعير على الغاصب بما أغرمه المالك لدخوله، على أن يكون العين و المنفعه غير مضمونه، هذا كله في العاريه الغير المضمونه.

أما لو كانت مضمونه كالذهب و الفضة، فإنه لا يرجع المستعير على الغاصب بالقيمه لو تلفت العاريه في يده، لأن ضمانه إنما هو من حيث العاريه، لا من حيث التعدي.

نعم يرجع بأجره المنفعه إذا أخذها منه المالك، و كذلك يرجع بعوض النقصان قبل التلف، لأن الجميع غير مضمون عليه، و إنما دخل على ذلك، و لو رجع المالك على الغاصب لم يرجع الغاصب على المستعير إن لم تكن مضمونه، و الا رجع عليه بما كان يضمه، هذا في صورته الجهل.

ص: ٤٩١

١- (١) الفقيه ج ٣ ص ١٩٢ و ما أورده في الفقيه ليس منسوبًا الى على (عليه السلام) بل الظاهر انه ذيل روايه إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله (عليه السلام) الذي هو ح ١.

٢- (٢) التهذيب ج ٧ ص ١٨٣ ح ١٠، الوسائل ج ١٣ ص ٢٤٠ ح ١.

و أما لو كان عالما بالغصب فإنه يكون ضامنا، و لا رجوع له على الغاصب، و للغاصب الرجوع عليه إذا أغرمها المالك.

و بالجمله فإن المستعير هنا غاصب كالذئ أعاره، و من حكم ترتب الأيدي على المغصوب تخير المالك فى الرجوع على أيهما شاء، و يستقر الضمان على من تلفت العين فى يده، و الله سبحانه العالم.

الفصل الثالث فى العين المعاره.

إشاره

و فيه أيضا مسائل

الأولى: الضابط فى المستعار

عند الأصحاب هو أن يكون مما يصح الانتفاع به مع بقاء عينه، و هو يتضمن شيئين بقاء العين مع الانتفاع، و جواز ذلك الانتفاع، فكلما يجوز الانتفاع به مع بقاء عينه، يصح إعارته، كالعقارات و الدواب، و الثياب، و الأقمشه، و الأمتعه، و الصفر و الحلوى، و كلب الصيد و الماشيه، و الفحل، و جميع أصناف الحيوانات المنتفع بها كالآدمى و البهائم، و نحو ذلك.

و فى الصحيح عن محمد بن قيس (١) عن أبى جعفر عليه السلام قال:

«قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى رجل أعار جاريه فهلكت من عنده و لم يبغها غائله فقضى: أن لا يغرما المعار» الحديث.

و فى روايه و هب (٢) عن جعفر عن أبيه عليهما السلام

«أن عليا عليه السلام قال: من استعار عبدا مملوكا لقوم فعيب فهو ضامن، و من استعار حرا صغيرا فعيب فهو ضامن».

و حمل الضمان هنا على الاستعاره من غير المالك أو التفريط و التعدى أو اشتراط الضمان. لما علم من عدم ضمان العاريه إلا مع الوجوه المذكوره.

فأما ما لا يتم الانتفاع به الا بإتلاف عينه كالأطعمه و الأشربه، فإنه لا يجوز

ص: ٤٩٢

١- ١) التهذيب ج ٧ ص ١٨٢ ح ٣.

٢- ٢) التهذيب ج ٧ ص ١٨٥ ح ١٧، الوسائل ج ١٣ ص ٢٣٧ ح ٩ و ص ٢٣٨ ح ١١.

إعارتها، لأن المنفعة المطلوبة منها إنما تحصل بإتلافها و ذهاب عينها و الإباحه لم تقع على الإتلاف.

و كذا ما لا يجوز الانتفاع به، فإنه لا تصح إعارته كأواني الذهب و الفضة للأكل و الشرب فيها، و لو استعار كلب الصيد للهو و الطرب حرم، و لو استعاره للصيد المشروع جاز، و الجوارى يجوز استعارتها للخدمه و لا يجوز للاستمتاع، لأن العاريه ليست من الأسباب المبيحه للبضع، و المحللات محصوره فى أشياء ليس هذا منها.

و هكذا كل ما له منفعه محلله و محرمه، فإنه يجوز الإعاره للأولى دون الثانية، و لو استعاره للمحرمه قالوا: لم يجز الانتفاع به فى المحلله، و الوجه فيه بطلان الإعاره من أصلها.

و الظاهر أن التخصيص بالمنافع غالبى، لما سياتى ان شاء الله تعالى من اعاره الغنم و هى المنحه و المنافع المأخوذه منها إنما هى أعيان كالصوف و الشعر و اللبن.

الثانيه [فى عدم جواز التخطى عن القدر المأذون فيه]:

قد تقدم فى كلام العلامة فى التذكرة و به صرح فى غيرها من كتبه ما يدل على جواز التخطى مع الاذن فى شىء مخصوص الى ما هو أدون منه ضررا أو مساو له، و ظاهره أنه لا خلاف فيه، و قد قدمنا ما فى ذلك، و بما ذكرناه أيضا صرح المحقق فقال: و يقتصر المستعير على القدر المأذون فيه، و قيل: يجوز أن يستبيح ما هو أدون فى الضرر، كما يستعير أرضا للغرس فيزرع، و الأول أشبه و اختاره فى المسالك أيضا، قال: و ما اختاره المصنف أوجه، و قوفا مع الإذن، لأن الأصل عدم جواز التصرف فى مال الغير بغير اذنه، خرج منه ما يأذن فيبقى الباقي و كون الأدون أولى بالاذن منه-، فيدخل من باب مفهوم الموافقه- ممنوع، لجواز تعليق غرض المالك بالنوع الخاص، فالأولويه ممنوعه نعم لو علم انتفاء الغرض فى التخصيص توجه جواز التخطى إلى الأقل، انتهى و هو جيد.

بقى الكلام فى أنه لو عدل إلى الأضر مع النهى أو الإطلاق كما هو محل

الاتفاق أو عدل إلى المساوى و الأدون مع النهى، أو الإطلاق بناء على ما اخترناه، فهل يلزمه الأجره بمجموع الزرع أو يسقط منها مقدار أجره المأذون فيه و تثبت الزيادة خاصه إشكال، ينشأ من أنه قد تصرف فى ملك الغير بغير اذنه، فان هذا التصرف الذى فعله غير مأذون فيه، و بموجب ذلك يلزم ثبوت الأجره كملا- و من أنه قد إباحه المنفعه المخصوصه بذلك الفرد الذى أذن فيه، فلا- عوض لها، فإذا تخطى الى غيرها كان مقدار منفعه ما أبيض له حالاً، لا عوض فيها، وإنما العوض للزائد، و على هذا لا يحصل فى المساوى و الأقل ضرراً إلا الإثم خاصه.

و الظاهر أن الأول أقوى، لأن ما أذن فيه المالك لم يستوفه، و ما استوفاه غير مأذون فيه بالكلية، فتصرفه حينئذ عدوان محض، و كون المالك أحل له التصرف فى ذلك الفرد لا يستلزم اجزاء قدر ما فيه من المنفعه فى هذا الفرد الذى تصرف فيه من غير اذن، فيجعل الضمان فى ما زاد عن ذلك، لأن تلك المنفعه مخصصه بذلك الفرد المجاز، لا تعلق لها بهذا الفرد الآخر.

نعم لو كان المأذون فيه داخلاً فى ضمن الفرد المنهى عنه كما لو أذن له فى تحميل الدابه قدراً معيناً، فزاد عليه، أو أذن له فى ركوبها بنفسه فأردف غيره معه، أمكن إسقاط قدر المأذون فيه، فلا أجره عليه من حيث كونه مأذوناً، و إنما الأجره فى مقابله ما زاده، و مثل ذلك ما لو أذن له فى زرع حنطه فزرع حنطه و غيرها.

و نقل عن العلامة أنه فرق بين النهى عن التخطى، و بين الإطلاق، فأوجب الأجره كملا- مع النهى، و أسقط التفاوت مع الإطلاق، بمعنى أنه لو أمره بزرع الحنطه مثلاً- و نهى عن غيرها، فإنه بالمخالفه يضمن الأجره كملا، و لو لم ينهه بل أمره بها من غير نهى عن غيرها، فإنه مع المخالفه إلى غير الحنطه مما هو أضر يعتبر قدر منفعه الحنطه فيسقط من الأجره و يؤخذ الأجره على ما زاد.

و هو مبنى على مذهبه الذى قدمنا نقله عنه من جواز المساوى و الأقل ضرراً

و انما المحرم ما كان أضر.

و أورد عليه فى هذا التفصيل بأن الفرق غير واضح لأن التخطى غير مأذون فيه فى كل من الفردين المذكورين، غاية الأمر أنه فى صورته النهى جاء المنع من حيث النهى الذى نص عليه المالك، و فى صورته الإطلاق و عدم النهى جاء المنع من حيث عدم الإذن، إذ قد علم من الشرع المنع من التصرف فى مال الغير بغير اذن المالك، و هذا لا- يوجب اختلاف الحكم و الله سبحانه العالم.

الثالثه [فى عدم جواز إعاره المنحه]:

المشهور فى كلام الأصحاب على وجه لا يظهر فيه خلاف أنه يجوز إعاره الشاه للحلب و هى المسماه عندهم بالمنحه بالكسر قال فى المسالك: «و جواز إعاره الشاه لذلك ثابت بالنص على خلاف الأصل، لأن اللبن المقصود من الإعاره عين لا منفعه، و عدوا الحكم إلى غير الشاه مما يعد للحلب من الانعام و غيرها.

و فى التذكرة: «يجوز اعارة الغنم للانتفاع بلبنها و صوفها، و فى تعدى الحكم عن موضع الوفاق ان كان هو اعارة غير الغنم نظر اللبن لعدم الدليل مع وجود المانع، و هو أن الإعاره مختصه فى الأصل بالأعيان، ليستوفى منها المنافع، و النص من طرقنا غير واضح، و من طرق العامه لا يدل على غير الشاه» انتهى.

أقول: لا- يخفى ما فى كلامه من التدافع بين صدره و عجزه، فان صدره ظاهر فى وجود نص من طرقنا بهذا الحكم، فإنه حكم بثبوتة بالنص على خلاف الأصل و مقتضاه كون ذلك النص من طرقنا كما لا يخفى، و مقتضى كلامه أخيرا و قوله «و النص من طرقنا غير واضح، و من طرق العامه لا يدل على غير الشاه» كون مستند هذا الحكم إنما هو النص الذى من طرق العامه، و أنه لا نص من طرقنا، و هذا هو الحق الواضح، فإنه لا مستند لهذا الحكم فى أخبارنا على الوجه الذى ذكره.

نعم هنا أخبار قد استند إليها فى التذكرة حيث ذهب فى الكتاب المذكور الى جواز إعارتها للانتفاع باللبن و الصوف، قال يجوز اعارة الغنم للانتفاع

بليتها و صوفها و هي المنحه، و ذلك لاقتضاء الحكمة إباحته، لأن الحاجه تدعو الى ذلك، و الضروره تبيح مثل هذه الأعيان كما في استيجار الظئر.

و قد روى العامه عن النبي (1) (صلى الله عليه و آله) أنه قال:

«المنحه مردوده». و المنحه هي الشاه.

و من طرق الخاصه ما رواه الحلبي (2) في الحسن عن مولانا الصادق عليه السلام:

«في الرجل يكون له الغنم يعطيها بضريره سمنا شيئا معلوما أو دراهم معلومه من كل شاه كذا و كذا في كل شهر، قال: لا بأس بالدراهم و لست أحب أن يكون بالسمن».

و في الصحيح عن عبد الله بن سنان (3)

«أنه سأل الصادق عليه السلام عن رجل دفع الى رجل غنمه للسمن و دراهم معلومه لكل شاه كذا و كذا في كل شهر، قال:

لا بأس بالدراهم، فأما السمن فلا أحب ذلك، إلا أن يكون حوالب فلا بأس».

و إذا جاز ذلك مع العوض فبدونه أولى، انتهى.

أقول: قد قدمنا الكلام على هذه الأخبار، و بيان ما اشتملت عليه من الحكم المذكور في المسئله الرابعه من الفصل الحادى عشر من كتاب التجاره (4).

و ظاهر العلامه هنا حملها على العاريه، مع أنه في المختلف بعد أن رد على ابن إدريس في إنكاره هذه المعامله، و منعها حيث أنها ليست بيعا و لا - اجاره، قال: و التحقيق أن هذا ليس ببيع، و إنما هو نوع معاوضه و مرضاه غير لازمه، بل سائغه و لا منع في ذلك، انتهى.

على أن بعض الأخبار المشار إليها قد اشتمل على البقر أيضا كما قدمنا ثمه و هو لا يقول به، و الظاهر منها أيضا بعد ضم بعضها الى بعض أن المنافع التي يستوفيه الراعى فيها إنما هو في مقابله رعيها و حفظها و حراستها.

ص: ٤٩٦

١- (١) النهايه: لابن الأثير ج ٤ ص ٣٦٤.

٢- (٢) التهذيب ج ٧ ص ١٢٧ ح ٢٥، الكافي ج ٥ ص ٢٢٣ ح ١، الوسائل ج ١٢ ص ٢٦٠ ح ١.

٣- (٣) التهذيب ج ٧ ص ١٢٧ ح ٢٧، الكافي ج ٥ ص ٢٢٤ ح ٤، الوسائل ج ١٢ ص ٢٦٠ ح ٤.

٤- (٤) ج ٢٠ ص ٦٠.

و مما هو ظاهر فى ذلك

روايه إبراهيم بن ميمون (١) أنه سأل أبا عبد الله عليه السلام قال:

نعطى الراعى الغنم بالجبل يرعاها، و له أصوافها و ألبانها و يعطينا الراعى لكل شاه درهما؟ فقال: ليس بذلك بأس» الحديث.

و بالجمله فإن حملها على العاربه كما ذكره بعيد غايه البعد، و يؤيد ذلك اتفاق الأخبار المذكوره على الاشتمال على أخذ العوض، مع أن العاربه لا- عوض فيها، و يزيده تأييدا أيضا أن المستفاد من أخبار العاربه أن المستعير انما له الانتفاع بالعين فيما يترتب عليها من وجوه الانتفاعات إن كان الاذن عاما، و أما استيفاء الأعيان منها كاللبن و السمن و نحو ذلك فلم يقم عليه دليل، و هذه المسئله إنما أخذها الأصحاب من العامه، و هذه التسميه بالمنحه إنما هى فى حديثهم المروى من طريقهم، و الا فأحاديثنا خاليه عن ذلك بالكلية.

و بالجمله فإنه لا مستند لهذا الحكم ظاهرا الا ما يترأى من دعوى الاتفاق إن تم، و الا فالحجه غير واضحه، و أما تعليل العلامه لذلك بقوله فيما قدمنا من كلامه باقتضاء الحكمه بإباحته فعليل، و الله سبحانه العالم.

الرابعه [فى كون العاربه من العقود الجائزه]:

قد تقدم أن العاربه من العقود الجائزه، و للمالك الرجوع فيها، سواء كانت مطلقه أو مقيده بمده إلا فى بعض المواضع التى تقدم استثنائها و تقدم نقل خلاف ابن الجنيد فى الأرض البراح يعيرها للبناء و الغرس إذا قيد الإعاره بمده، فى أنه ليس له الرجوع حتى تنقضى المده، فحكم بلزومها من طرف المعير حتى تنقضى المده، و المشهور خلافه.

بقى الكلام فى أنه لو أذن له فى البناء أو الغرس أو الزرع ثم طلب إزالته بعد ذلك، فظاهر الأصحاب أن له ذلك من حيث جواز الرجوع متى شاء، و لكن عليه الأرش من حيث الاذن، و خالف الشيخ فى الزرع، فقال: ليس له المطالبه

ص: ٤٩٧

قبل إدراكه و ان دفع الأرش، لأن له وقتا ينتهى اليه، و اقتفاه ابن إدريس فى ذلك.

و الأقرب بناء على قواعدهم فى الباب من حيث ان الإعاره من العقود الجائزه هو جواز الرجوع مطلقا، الا- ما قام الدليل على خروجه، و لا دليل هنا

و حديث (١)

«الضرر و الضرار». لازم من الطرفين، فلا يمكن الترجيح به، فيجب الرجوع الى الأصل من تسلط الناس على أموالهم، مع أنه يمكن الجمع بين الحقين، و اندفاع الضرر من الجانبين ببذل الأرش من المعير.

و المراد بالأرش على ما قالوا: تفاوت ما بين كونه منزوعا من الأرض و ثابتا فيها، قال فى التذكرة: و لكنه مخير بين أن يقلعه و يضمّن الأرش، و هو قدر التفاوت بين قيمته مثبتا و مقلوعا الى آخر كلامه، و هل المراد بكونه ثابتا فى تلك الأرض فى صورته تقويمه كذلك هو ثبوته مجانا أو بأجره.

قال فى المسالك: كلام الشيخ فى المبسوط صريح فى الأول، و هو الظاهر من كلام المصنف و الجماعة، مع احتمال اعتبار الثانى، و الى هذا الاحتمال مال (رحمه الله)، و نقله عن التذكرة فى غير هذا الموضع كما يأتى فى كلامه.

و علل الأول بأن وضعه فى الأرض لما كان صادرا عن إذن المالك تبرعا اقتضى ذلك بقاؤه تبرعا كذلك، و إنما صير الى حواز القلع بالأرش جمعا بين الحقين، فيقوم ثابتا بغير أجره مراعاة لحق المستعير، و يقلع مراعاة لحق المعير.

و علل الثانى بأن جواز الرجوع فى العاربه لا- معنى له الا- أن تكون منفعة الأرض ملكا لصاحبها، لا حق لغيره فيها، و حينئذ فلا يستحق الا- بقاء فيها الا برضاه بالأجره، و حق المستعير يجبر بالأرش، كما أن حق المعير يجبر بالقلع، و بأخذ الأجره لو اتفقا على إبقائه بها، قال: و هذا هو الأقوى، و اختاره فى التذكرة فى غير محله استطرادا.

ص: ٤٩٨

أقول: و من هذا التعليل يظهر وجه ضعف التعليل الأول، لأن مبنى التعليل الأول على أن اذن المالك في وضع هذه الأشياء في أرضه اقتضى بقاؤها فيها تبرعا، وقد رده في التعليل الثاني بأن جواز الرجوع في العاربه لا يتوجه الا بأن يكون منفعه الأرض لصاحبها لا حق لغيره فيها، إذ لو كان لغيره حق فيها لم يتوجه جواز الرجوع فيها، وإذا لم يكن لغيره حق فيها فكيف يتجه ما ذكره في ذلك التعليل من بقاءه تبرعا بسبب الأذن في الوضع، وحينئذ فلا بد في تقويمه باقيا من اعتبار الأجره، إذ البقاء إنما يتوجه بها.

و بالجملة: فإن الأذن في الوضع إنما اقتضى صحه التصرف، و أن لا يكون غصبا و لا موجبا للمؤاخذة و الإثم، و برجوع المالك في ذلك بعد ذلك لا يستحق البقاء فيها إلا بالأجره ان تراضيا بها و حينئذ فإذا أريد التقويم بعد الرجوع لأخذ الأرض إنما تقوم باقيه بالأجره حيث أنه لا يستحق البقاء بعد الرجوع بدونها، و تقوم مقلوعه، فيؤخذ بالتفاوت بين القيمتين هذا مقتضى كلامه، و هو جيد بالنظر الى هذه الاعتبارات، و البناء على هذه التعليلات، و ينبغي أن يعلم أن ثبوت الأرض إنما يكون في صورته اختلاف حالتي القلع و البقاء، و حيث يتنفى الاختلاف كما في صورته إدراك الزرع و بلوغه، فإنه متى رجع المالك في تلك الحال فإنه لا أرض.

و لو بذل المعير قيمه البناء أو الغرس أو الزرع لم يجب على المستعير اجابته، بل له قلعه و إزالته مع أخذ الأرض من المعير، و كذا لو بذل المستعير قيمه الأرض أو الأجره لم يجب على المعير إجابته، لأن كلا منهما مسلط على ملكه، لا يجوز التصرف فيه الا برضاه.

و خالف الشيخ في الأول فأوجب على المستعير الإجابة إذا بذل المعير قيمه الأشياء المذكوره معللا ذلك بعدم الضرر على المعير، و قد تقدم نقل كلامه في الفوائد الرابعه من الفصل الأول (1) و ضعفه ظاهر، فان مجرد انتفاء الضرر على

ص: ٤٩٩

١-١ (١) ص ٤٨١.

المالك غير كاف في جواز تملك ماله بغير رضاه.

و المشهور: أن للمستعير بيع أبنيته و غرسه و لو على غير المالك، حيث أن الجميع ملك له يتصرف فيه كيف شاء.

و قيل لا يجوز له بيعه على غير المعير لعدم استقرار ملكه برجوع المعير، و فيه أن عدم استقرار ملكه غير مانع من البيع، كما يباع المشرف على التلف، و مستحق القتل قصاصا و حينئذ فإن كان المشتري جاهلا تخير بعد العلم بين الفسخ و عدمه، و ان كان عالما كان حكمه حكم المستعير فيما يترتب على ذلك، و لو اتفقا جميعا على بيع ملكيهما بثمان واحد صح، و وزع الثمن عليهما، فيقسط على أرض مشغوله به على وجه الإجاره، مستحق القلع بالأرث أو الإبقاء بالأجره أو التملك بالقيمه مع التراضى، و على ما فيها مستحق القلع على أحد الوجوه فلكل قسط ما يملكه، هذا.

و قد صرح جملة منهم بأنه ليس للمالك المطالبه بالإزالة إلا- بعد دفعه الأرث أولا، و الا فلا يجب اجابته الى ما طلب، و علل باحتمال تعذر الرجوع اليه بإفلاس أو غيبه أو نحوهما فيضيع حق المستعير، و يلزم الضرر عليه بخلاف ما إذا دفع أولا.

و لو قيل: بأنه مع الدفع أولا يمكن أيضا أن يهرب المستعير أيضا، و يتعذر مباشرته للقلع، فيرجع الضرر على المعير أيضا.

قلنا: هذا الضرر يمكن دفعه، بجواز مباشره الغير لذلك باذن الحاكم الشرعى مع إمكانه، أولا معه مع تعذره، فلا ضرر حينئذ و الله سبحانه العالم.

الخامسه [في الانتفاعات الجائزه للمعير و المستعير]:

قال في التذكرة: يجوز للمعير دخول الأرض و الانتفاع بها و الاستئلال بالبناء و الشجر، لأنه جالس على ملكه، و ليس له الانتفاع بشيء من الشجر بثمر و لا غصن و لا ورق و لا غير ذلك، و لا يضرب و تد في الحائط، و لا التسقيف عليه و ليس للمستعير دخول الأرض للتفرج إلا بإذن المعير، لأنه تصرف غير مأذون

فيه، نعم يجوز له الدخول لسقى الشجر و مرمة الجدار و حراسه لملكه عن التلف و الضياع، انتهى.

و على هذا المنوال عباراته فى سائر كتبه و عباثر غيره فى هذا المجال، و الوجه فيه أنه إذا أعاره أرضا للغرس فيها فإنه يجوز لكل منهما دخولها.

أما المعير فإنه المالك لعينها، فله الدخول فى كل وقت شاء و له الاستئلال بالشجر و إن لم يكن ملكه، لأنه جالس فى ملكه كما لو جلس فى أرض مباحه و اتفق له التظليل بشجر غيره، و انما يمنع من التصرف فى الغرس خاصه.

و أما المستعير فلأنه يملك الغرس الذى فيها، فله الدخول لأجل إصلاحه، و القيام به بسقى و نحوه مما يتوقف عليه حفظه و حراسته و ليس له الدخول لغرض آخر غير ما يتعلق بالغرس من التفرج و نحوه، حيث أن الاستعاره وقعت مخصوصه بالغرس دون غيره.

و ظاهرهم أنه لا يجوز له الجلوس و الاستئلال حيث أنهم خصوا ذلك بالمعير، و وجهه ظاهر كما عرفت، و لم يذكروا ذلك فى المستعير، إلا أن الشهيد فى اللعه صرح بجواز ذلك لهما.

و علله الشارح بالنسبه إلى المستعير بقضاء العاده بذلك، و مقتضى منعهم المستعير هنا من الدخول للتفرج، أنه لا يجوز للغير دخول أرض غيره لذلك بطريق الأولى إلا- بإذن المالك، و ينبغى أن يستثنى من ذلك ما إذا كان المالك صديقا يعلم منه أو يظن الرضاء بذلك، و الله سبحانه العالم.

السادسه [فى عدم جواز إعاره المستعير العين بدون إذن المالك] :

لا- خلاف بين الأصحاب فى أنه لا- يجوز للمستعير اعاره العين بدون إذن المالك، و الوجه فيه ظاهر لما تقدم ان من شروط الإعاره أن يكون المعير مالكا للمنفعه، و المستعير ليس كذلك، و لهذا لا يجوز له أن يؤجر و ان كان له استيفاءها من حيث الاذن المترتب على الإعاره.

و يؤيده أن الأصل عصمه مال الغير عن التصرف فيه الا بإذن مالكة، و الإعاره

انما اقتضت تصرف المستعير خاصه، فيبقى غيره داخلا- تحت المنع، و أيضا فإن الإعاره انما تفيد اباحه الانتفاع، و المستعير لا يملك نقل الإباحه إلى غيره، كالضيف الذى أبيع له الطعام، فإنه ليس له أن يبيحه الى غيره.

نعم يجوز للمستعير استيفاء المنفعه بنفسه أو وكيله، و هذا لا يعد إعاره، لأن النفع المستوفى عائد إلى المستعير لا الى الوكيل، و لم ينقل الخلاف هنا الا عن بعض العامه.

قال فى التذکره: و قال أبو حنيفه: يجوز للمستعير أن يعيره و هو الوجه الآخر للشافعيه، لأنه يجوز إجاره المستأجر للعين، فكذا يجوز للمستعير أن يعير لأنه، تملكك على حسب ما ملك.

و الفرق أن المستأجر يملك بعقد الإجاره الانتفاع على كل وجه، فلهذا ملك أن يملكها، و أما فى العاربه فإنه ملك المنفعه على وجه ما أذن له، فلا يستوفيه غيره فافتراقا، انتهى.

و الأظهر فى التعبير عن بيان الفرق أن مقتضى الإجاره تملك المنفعه، و رفع يد المالك عنها و مقتضى العاربه إباحتها خاصه، مع تسلط المالك عليها بالرجوع و ان كان كلامه يرجع الى ذلك، و بذلك يظهر أن ما ذكره أبو حنيفه و من تبعه قياس مع الفارق.

بقى الكلام فى أنه لو خالف المستعير فأعار غيره فالظاهر أنه لا خلاف فى أن للمالك الرجوع فى العاربه الثانيه بأجره المثل، و بدل العين لو تلفت على من شاء منهما، لكن لو رجع على المعير لم يرجع على المستعير إذا كان جاهلا بالحال، فإنه مغرور، و قد سلطه عليه بغير عوض، الا- أن يكون العاربه مضمونه فيرجع عليه من هذه الحثيه ببدل العين خاصه لو تلفت كما هو حكم العوارى المضمونه، و لو كان عالما استقر الضمان عليه كالغاصب.

و قال فى التذکره: و ان رجع على المعير بأجره المثل كان له الرجوع على المستعير العالم، و فى الجاهل اشكال، و كذا العين، و نحوه فى القواعد،

و الظاهر أن وجه الاشكال- كما ذكره بعض شراح القواعد- ينشأ مما تقدم مما يدل على عدم الرجوع و من أنه قد استوفى المنافع، فيرجع عليه.

و أنت خبير بأن الموافق لقواعدهم انما هو عدم الرجوع لما عرفت من الوجه المتقدم، و مجرد استيفاء المنافع مع تسليطه عليها مجاناً لا- يوجب الرجوع عليه و لو رجع على المستعير قال في المسالك: رجع على المعير بما لا- يرجع عليه به، لو رجع عليه، لغروره.

و هو ظاهر في رجوعه عليه بأجره المثل و بدل العين مع فقدها، و هي التي لا يرجع بها المعير على المستعير مع الجهل، فإنه يرجع بها المستعير هنا على المعير، لأنه قد غره بإعارته له و هو جاهل، و تصرف فيه بناء على أن ذلك مجاناً، فلما رجع عليه المالك و أغرمه استحق الرجوع على من أعاره و غره.

و قال في التذكرة: فإن رجع على المستعير لم يرجع المستعير على المعير و ان كان جاهلاً على اشكال.

و أنت خبير بأن الموافق لقواعدهم انما هو ما ذكره في المسالك، فان هذه المسئلة من جزئيات مسئلة من استعار من الغاصب، و المعير هنا بإعارته بدون اذن المالك غاصب، فيترتب على إعارته ما يترتب على اعاره الغاصب.

و ما ذكره في المسالك هو مقتضى ما فصلوه في اعاره الغاصب كما تقدم ذكره في المسئلة الرابعه من الفصل الثاني (1).

السابعه: لو أذن له في غرس شجره فانقلعت، فهل يجوز له أن يغرس غيرها

استصحاباً للإذن الأول؟ قيل: نعم لما ذكر، فإن الإذن قائم ما لم يرجع المعير.

و قيل: بعدم الجواز لأن الإذن انما وقع في ذلك الأول لا في غيره، فقوله ان الإذن قائم مطلقاً ممنوع، و مثله الزرع و البناء و وضع الجذع، الا أنه قال في التذكرة: لو انقلع الفصيل المأذون له في زرعه في غير وقته المعتاد، أو سقط الجذع كذلك، و قصر الزمان جداً فالأولى أن يعيده بغير تجديد الإذن، انتهى.

ص: ٥٠٣

الفصل الرابع فيما يلحق ذلك من الأحكام فى المقام.

إشاره

و فيه أيضا مسائل

[المسأله] الاولى [فى الروايات الداله على عدم ضمان المستعير]:

إشاره

لا خلاف بين الأصحاب فى أن العاربه أمانه فى يد المستعير، لا تستعقب الضمان إلا فى مواضع مخصوصه يأتى التنبيه عليها إنشاء الله تعالى، فلو تلفت فى يد المستعير بغير تفريط و لا عدوان فلا ضمان عليه، سواء كان التلف بآفه سماويه أو أرضيه.

و بذلك تكاثرت الأخبار

فروى فى الكافى و التهذيب فى الصحيح أو الحسن عن الحلبي (١) عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«إذا هلكت العاربه عند المستعير لم يضمنها الا أن يكون قد اشترط عليه».

و زاد فى الكافى قال: و فى حديث آخر

«إذا كان مسلما عدلا فليس عليه ضمان».

و عن عبد الله بن سنان (٢) فى الصحيح قال:

«قال أبو عبد الله عليه السلام لا تضمن العاربه الا أن يكون قد اشترط فيها ضمانا الا الدنانير فإنها مضمونه و ان لم يشترط فيها ضمان».

و عن زراره (٣) فى الصحيح قال:

«قلت لأبى عبد الله عليه السلام العاربه مضمونه؟ قال: فقال: جميع ما استعترته فتوى، فلا يلزمك تواه، الا الذهب و الفضة، فإنهما يلزمان الا أن يشترط عليه أنه متى توى لم يلزمك تواه، و كذلك جميع ما استعرت فاشترط عليك يلزمك، و الذهب و الفضة لازم لك و ان لم يشترط عليك».

و روى المشايخ الثلاثة بأسانيدهم و فيها الصحيح عن محمد بن مسلم (٤) عن أبى جعفر عليه السلام قال:

«سألته عن العاربه يستعيرها الإنسان فتهلك أو تسرق قال: فقال: إذا كان أمينا فلا عزم عليه».

- ١-١) الكافي ج ٥ ص ٢٣٨ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ١٨٣ ح ٨، الوسائل ج ١٣ ص ٢٣٦ ح ١ و ٢.
- ١-٢) الكافي ج ٥ ص ٢٣٨ ح ٢، الوسائل ج ١٣ ص ٢٣٩ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ١٨٣ ح ٧.
- ١-٣) الكافي ج ٥ ص ٢٣٨ ح ٣، الوسائل ج ١٣ ص ٢٣٩ ح ٢، التهذيب ج ٧ ص ١٨٣ ح ٩.
- ١-٤) الكافي ج ٥ ص ٢٣٨ ح ٤، الفقيه ج ٣ ص ١٩٢ ح ٢، التهذيب ج ٧ ص ١٨٢ ح ٢، الوسائل ج ١٣ ص ٢٣٧ ح ٧.

و روى فى الكافى و التهذيب فى الصحيح عن عبد الله بن سنان (١) قال:

« سألت أبا عبد الله عليه السلام عن العاربه؟ فقال: لا غرم على مستعير عاربه إذا هلكت إذا كان مأمونا».

و روى الشيخ عن الحلبي (٢) فى الصحيح عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«صاحب الوديعه و البضاعه مؤتمنان، و قال: ليس على المستعير عاربه ضمان، و صاحب العاربه و الوديعه مؤتمن».

و عن عبد الملك بن عمرو (٣) عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«ليس على صاحب العاربه ضمان الا أن يشترط صاحبها الا الدراهم، فإنها مضمونه اشترط صاحبها أو لم يشترط».

و عن إسحاق بن عمار (٤) فى الموثق عن أبى عبد الله و أبى إبراهيم عليهما السلام

«قالا: العاربه ليس على مستعيرها ضمان، الا ما كان من ذهب أو فضه فإنهما مضمونان اشترط أو لم يشترط».

و رواه فى الفقيه بإسناده عن إسحاق بن عمار أيضا و عن محمد بن قيس (٥) فى الصحيح عن أبى جعفر عليه السلام قال:

«قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى رجل أعار جاريه فهلكت من عنده و لم يبغها غائله فقضى عليه السلام أن لا يغرّمها المعار، و لا يغرّم الرجل إذا استأجر الدابه ما لم يكرهها أو يبغها غائله».

و عن مسعده بن زياد (٦) عن جعفر بن محمد عليه السلام قال:

«سمعتة يقول لا عزم على مستعير عاربه إذا هلكت أو سرقت أو ضاعت إذا كان المستعير مأمونا».

و أما ما رواه

الشيخ عن وهب (٧) عن جعفر عن أبيه أن عليا عليه السلام كان يقول:

ص: ٥٠٥

١- (١) التهذيب ج ٧ ص ١٨٢ ح ٤، الوسائل ج ١٣ ص ٢٣٦ ح ٣.

٢- (٢) التهذيب ج ٧ ص ١٨٢ ح ١، الوسائل ج ١٣ ص ٢٣٧ ح ٦.

٣- (٣) التهذيب ج ٧ ص ١٨٤ ح ١١، الوسائل ج ١٣ ص ٢٤٠ ح ٣.

٤- (٤) التهذيب ج ٧ ص ١٨٣ ح ١٠، الوسائل ج ١٣ ص ٢٤٠ ح ٤، الفقيه ج ٣ ص ١٩٢ ح ١.

٥- (٥) الوسائل ج ١٣ ص ٢٣٧ ح ٩.

٦- (٦) التهذيب ج ٧ ص ١٨٤ ح ١٦، الوسائل ج ١٣ ص ٢٣٧ ح ١٠.

٧-٧) التهذيب ج ٧ ص ١٨٥ ح ١٧، الوسائل ج ١٣ ص ٢٣٨ ح ١١.

من استعار عبدا مملوكا لقوم فعيب فهو ضامن». فلا يخفى ما فى حال روايه من الضعف، فلا يبلغ قوه فى معارضه ما ذكرناه من الأخبار، و حملها الشيخ على من استعار بغير إذن المالك، و جوز حمله على من فرط، و على من شرط عليه الضمان.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن تحقيق الكلام فى المقام يقع فى موارد،

الأول [الاستثناءات من ضمان العاربه]:

إشارة

المفهوم من كلام الأصحاب ان العاربه تضمن فى مواضع، فهى عندهم مستثناه من القاعده المتقدمه،

الأول اشتراط الضمان

، و هو متفق عليه نصا و فتوى، و قد تقدم فى صحيح الحلبى أو حسنته الدلاله على ذلك، و مثله صحيح عبد الله بن سنان، و صحيح زراره.

الثانى: الذهب و الفضة

و عليه تدل جمله من الأخبار المذكوره، و سيأتى فى الموضوع الثانى تحقيق الكلام فى ذلك.

الثالث: التعدى و التفريط

، و عليه قوله فى صحيح محمد بن قيس المتقدم، و لا يغرم الرجل إذا استأجر الدابه ما لم يكرهها أو يبغها غائله، و أيضا فإن معنى عدم ضمان الأمانه فى كل موضع ذكره ليس إلا من حيث التلف مع عدم التعدى و التفريط، فاستثناءه فى الحقيقه مستغنى عنه.

الرابع: العاربه من غير المالك

، و يدل عليه

موثقه إسحاق بن عمار (1) عن أبى عبد الله عليه السلام و أبى إبراهيم عليه السلام قال

إذا استعيرت عاربه بغير إذن صاحبها، فهلكت فالمستعير ضامن».

و هذا الموضوع فى الحقيقه كسابقه، لأن هذه كما تقدم تحقيقه ليست بعاريه، و ان عبر عنها بذلك، فان اعاره الثانى لها

غضب، فهذه الصوره فى الحقيقه ترجع إلى صوره التعدى و التفریط، لتعدى المعير الثانى فى إعارته بغير إذن المالك،

الخامس: ما تقدم من عاريه الصيد للمحرم

، و قد تقدم ما فيه من الإشكال بالنسبه إلى حق المالك فى المسئله الثالثه، من الفصل الثانى و أما بالنسبه إلى حق

ص: ٥٠٦

١-١) التهذيب ج ٧ ص ١٨٣ ح ١٠، الوسائل ج ١٣ ص ٢٤٠ ذيل حديث ١.

الله تعالى فلا اشكال فيه.

السادس: ما نقل عن ابن الجنيدي

من حكمه بضمن الحيوان قال على ما نقله عنه في المختلف، و ليس يضمن المعار تلف ما تلف منها إذا كان السلعه متاعا الا أن يتعدى، و ما كان منها عينا أو ورقا أو حيوانا ضمن المعار تلف ذلك، إلا أن يشترط المالك سقوط الضمان عنه.

و نقل في المختلف عنه الاستدلال

بقوله (١)

«على اليد ما أخذت حتى تؤدي».

و بروايه وهب (٢) و لا يخفى ما في دليله المذكور من الوهن و القصور مع تظافر الأخبار كما عرفت بالعدم، مضافا الى الأصل و مما ذكرنا علم أن الاستثناء في التحقيق انما يتجه في المواضع الثلاثة الأول، بل في الموضوعين الأولين خاصة، لما عرفت في الثالث من عدم الحاجة الى استثنائه، و أن ذلك ظاهر من حكمهم بعدم ضمان الأمانه.

و قسم في المسالك العاريه بالنسبه إلى الضمان و عدمه مع الشرط و عدمه إلى أقسام أربعة: أحدها: ما يضمن، و ان اشترط عدم الضمان، و عد من ذلك صورته التعدي و التفريط، و الصورتين التاليتين لها، ثم قال: و يحتمل قويا سقوطه في الأول، لأنه في قوه اذن المالك له في الإلتلاف مجانا، فلا يستعقب الضمان.

و أما الأخيرتان فالأمر فيهما واضح، لأن إسقاط غير المالك الضمان لمال المعير لا عبره به، و كذلك إسقاط الضمان عن المحرم، لأنه ثابت عليه من عند الله سبحانه، باعتبار كونه صيدا لا باعتبار كونه مملوكا.

أقول: ما احتمله في الصوره الأولى من هذه الثلاث و قواه جيد، بل الظاهر أنه متعين.

و أما الأخيرتان فقد عرفت أنهما ليستا من باب العاريه التي هي موضوع

ص: ٥٠٧

١-١) المستدرک ج ٢ ص ٥٠٤.

٢-٢) التهذيب ج ٧ ص ١٨٥ ح ١٧ الوسائل ج ١٣ ص ٢٣٨ ح ١١.

الكتاب، و محل البحث فيه، و ان تجوزوا فيهما بإطلاق هذا اللفظ فاطلاقيهما و إدخالهما في التقسيم لا يخلو من اشكال.

و ثانيها: ما لا يكون مضمونا و ان اشترط الضمان، و هو استعاره المحل للصيد من المحرم، قال: و قد تقدم تسميه المصنف له استعاره.

أقول: هذا أيضا مبني على القول بصحة الإعارة في الصورة المذكوره، كما هو ظاهر جمع ممن قدمنا ذكره، و التحقيق هو البطلان كما تقدم بيان وجهه فلا ثمره لعدده هنا، بناء على ما هو التحقيق في المسئله.

و ثالثها: ما يكون مضمونا إلا- أن يشترط عدم الضمان و هو استعاره الذهب و الفضة أقول: و يضاف إليهما الحيوان بناء على مذهب ابن الجنيدي، و إن كان قد عرفت ضعفه.

و رابعها: ما لا يكون مضمونا إلا أن يشترط الضمان، و هو باقى أقسامها.

أقول: و بما ذكرنا خلال كلامه ظهر أنه لا شىء من العاربه يكون مضمونا إلا أن يفرط و يتعدى فيه، أو يشترط فيه الضمان، إلا الذهب و الفضة، فإنهما مضمونان اشترط أو لم يشترط، و هذا هو مقتضى الأخبار التى قدمناها، و الله سبحانه العالم.

المورد الثانى [فى مدلول الروايات]

لا خلاف و لا اشكال بين الأصحاب فى ضمان عاربه الدراهم و الدنانير من غير شرط، لما تقدم من الأخبار المشتمله جمله منها على الذهب و الفضة و بعض على الدنانير و الدراهم.

و انما الخلاف و الاشكال فى غيرهما من الذهب و الفضة، كالحلى المصوغ و السبائك و نحوهما، و منشأ الخلاف من حيث اشتمال بعض الاخبار على الذهب و الفضة بقول مطلق، و اشتمال بعض على خصوص الدراهم و الدنانير، فمن ذهب الى العموم نظر الى الاخبار الداله على استثناءهما من عموم عدم الضمان فى العاربه، و ان تخصيص الدراهم و الدنانير بالذكر فى بعض آخر، انما هو من

حيث كونهما أحد أفراد الذهب و الفضة، و لا منافاه بينهما، و من ذهب الى التخصيص بالدرهم و الدنانير نظر الى أن ما دل على الذهب و الفضة مطلق، و ما دل على الدرهم و الدنانير مقيد، و مقتضى القاعده العمل بالمقيد، و تقييد المطلق به.

و أيداه بعضهم بأن منفعة الدرهم و الدنانير منحصره فى الإلتلاف، فكانت مضمونه بالإعارة، و أما غيرهما من المصوغ فان له منفعه مع بقاء عينه، و هى التجمل و نحوه، و من أجل ذلك توقف فى المسئله جملة من الأصحاب منهم العلامة فى التذكرة، و هو فى محله لما عرفت من تعارض احتمال الجمع بين روايات المسئله، الا أنه يمكن أن يقال أن نصوص هذه المسئله على أقسام ثلاثة:

منها ما هو مطلق فى عدم الضمان من غير تقييد، كحسنة الحلبي (١) و صحيحه محمد بن مسلم (٢) و صحيحه عبد الله بن سنان (٣) و صحيحه الحلبي (٤) و روايه مسعده بن صدقه (٥) فان الجمع مشترك الدلاله فى عدم الضمان فى العاربه من غير فرق بين كونها ذهباً أو فضة أو غيرهما.

و منها ما دل على استثناء الذهب و الفضة من هذا الحكم، و أنه يضمن الا- مع اشتراط العدم، و هو صحيح زراره (٦) و موثق إسحاق بن عمار (٧).

و منها ما دل على استثناء الدرهم و الدنانير و هو خبر عبد الملك بن عمرو (٨)، حيث ورد باستثناء الأول، و صحيح عبد الله بن سنان (٩) حيث ورد باستثناء الثانى، و الاستثناء فى جميع هذه الاخبار انما وقع من العموم الذى دلت عليه أخبار القسم الأول.

و حينئذ فيجب إخراج الدرهم و الدنانير و استثناءهما على كل حال من ذلك العموم، لتصريح بعض الأخبار بهما بخصوصها و دخولهما فى الذهب و الفضة اللذين اشتمل عليهما البعض الآخر، بقى العموم فيما عداهما مع معارضته بمطلق

ص: ٥٠٩

- ١-١) الوسائل ج ١٣ ص ٢٣٦ ح ١.
- ٢-٢) الوسائل ج ١٣ ص ٢٣٦ ح ٣.
- ٣-٣) الوسائل ج ١٣ ص ٢٣٧ ح ٧.
- ٤-٤) الوسائل ج ١٣ ص ٢٣٧ ح ٦.
- ٥-٥) الوسائل ج ١٣ ص ٢٣٧ ح ١٠ و الراوى هو مسعده بن زياد كما تقدم.
- ٦-٦) الوسائل ج ١٣ ص ٢٣٩ ح ٢.
- ٧-٧) الوسائل ج ١٣ ص ٢٤٠ ح ٤.
- ٨-٨) الوسائل ج ١٣ ص ٢٤٠ ح ٣.
- ٩-٩) الوسائل ج ١٣ ص ٢٣٩ ح ١.

الذهب و الفضة، و مقتضى القاعده تخصيص العموم بهما، فيجب استثناءهما من العموم المذكور، و القول بالضمان فيهما اشترط أو لم يشترط الا مع اشتراط العدم.

و أما ما ذكره القائل بالتخصيص من أن الذهب و الفضة مطلق، و الدراهم و الدينانير مقيد، فيجب تقييدهما بذلك، ففيه أنه لا تعارض بين أخبار الذهب و الفضة، و بين أخبار الدراهم و الدينانير ليجب ارتكاب الجمع بينهما بتقييد المطلق منهما بالمقيد، و انما كل من هذين الفردين قد وقع مستثنى من العموم الأول، و مخصصا له، فأخرجنا الدراهم و الدينانير من ذلك العموم، لاتفاق الأخبار على استثناءهما كما عرفت و بقى الكلام فيما عدا أخبار الدراهم و الدينانير و قد عرفت وجه الجمع فيه.

و بالجمله فإن العموم الذى دلت عليه أخبار القسم الأول قد خصص بمخصصين، أحدهما أعم من الآخر، فيجب أن يخص ذلك العام بكل منهما، أو يقيد مطلقه بكل منهما، و لا منافاه بين ذينك المخصصين، على أن أحدهما يخص الآخر أو يقيده، و هو بحمد الله سبحانه ظاهر.

و أما التعليل بأن الدراهم و الدينانير تنحصر منفعتهما فى الإلتلاف، فكانت مضمونه بخلاف غيرهما: ففيه أولا أن هذه العله لا أثر لها فى النصوص، فهى مستنبطه، و ثانيا الانتقاض بالنقاد و السبائك و نحوهما مما لا يترتب عليه أثر بالتجمل و التزين الذى ذكره فى المصوغ، على أن ظاهر كلام المبسوط و الخلاف أن للدراهم و الدينانير منفعه غير الإلتلاف كما سيأتى إنشاء الله فى كتاب الإجاره.

و أما ما تكلفه صاحب الكفايه فى هذا المقام، و زعم به عدم ثبوت الضمان فى الذهب و الفضة، فلا يخفى ما فيه، و حاصل كلامه أنه قد وقع التعارض بين المستثنى منه فى خبر الدراهم و الدينانير، و حاصله أنه لا ضمان فى غير الدراهم و الدينانير، فهو يدل على عدم الضمان فى الذهب و الفضة، و بين المستثنى فى خبر الذهب و الفضة، و حاصله أنه لا ضمان فى غير الذهب و الفضة، فهو يدل على الضمان

فيهما، والنسبه بين الموضوعين العموم من وجه الى آخر كلامه.

و فيه أنه إن سمي هذا تعارضا يحتاج الى الجمع فإنه وارد عليه في الدراهم و الدينير، فإنه لم يقع استثناءهما في محل واحد بل دل صحيح عبد الله بن سنان على استثناء الدينير خاصه. و حاصله أنه لا ضمان في العاربه الا أن يكون دنانير، و بموجبه أنه لا ضمان في الدراهم، و دل خبر عبد الملك بن عمرو على استثناء الدراهم خاصه، و حاصله أنه لا ضمان في العاربه الا أن يكون دراهم و هو ظاهر في عدم الضمان في الدينير، فيجرب فيه ما أورده ثمه، و التعارض بين المستثنى منه في كل من الخبرين ظاهر، و لا نراه تكلفا للجمع بينهما هنا، مع ظهور التعارض كما عرفت، بل عمل بالخبرين، و خصص بهما عموم الأخبار الداله على أنه لا ضمان في العاربه، و ما نحن فيه من أخبار الذهب و الفضة مع أخبار الدراهم و الدينير كذلك، حيثما شرحناه.

و بما أوضحناه يظهر قوه القول باستثناء الذهب و الفضة، و وجوب ضمانهما، و الله سبحانه العالم.

المورد الثالث [في استبعاد حمل الأمين على من لم يفرط في الحفظ]:

ظاهر جملة من الاخبار المتقدمه أنه يقبل قول المستعير لو ادعى التلف بغير يمين، و فتوى الأصحاب على خلاف ذلك، حيث انهم صرحوا بأنه إنما يقبل قوله بيمينه، و نقل في التهذيب عن ابن بابويه (١) أنه قال: مضى مشايخنا (رحمه الله عليهم) على أن قول المودع مقبول، و أنه مؤتمن و لا يمين عليه.

و قد روى (٢)

أن رجلا قال للصادق عليه السلام: بأني أئتمنت رجلا على مال أودعته عنده، فخانني و أنكر مالي فقال: لم يخنك الأمين، و إنما أئتمنت الخائن.

انتهى.

و ظاهر هذا الكلام يدل على أنه في كل موضع يحكم بكون المال أمانة فلا يمين على من هو بيده لو ادعى تلفه أو أنكره، و يدخل فيه العاربه و الوديعه

ص: ٥١١

١-١) التهذيب ج ٧ ص ١٨١ في ذيل ح ٨، الوسائل ج ١٣ ص ٢٢٨ ح ٦.

٢-٢) التهذيب ج ٧ ص ١٨١ في ذيل ح ٩، الوسائل ج ١٣ ص ٢٢٨ ح ٦.

و القراض و نحوها مما حكم بكون المال فيه أمانه، مع أن صريح كلام الأصحاب في هذه الأبواب كما صرحوا به في غير كتاب- هو أنه لا- يقبل قول أحد من هؤلاء إلا- مع اليمين، و لم أقف في الأخبار الواردة في هذه الأبواب على ما يدل على ما ادعوه، بل ظاهرها إنما هو قبول قولهم بغير يمين.

و قد تقدم في كتاب الوديعه جمله من الأخبار الداله على ما قلناه، و مثلها الأخبار الواردة هنا في العاربه، فإن ظاهرها أنه متى كان المستودع أو المستعير مأمونا فلا- ضمان عليه، بمعنى أنه يقبل قوله بمجرد دعواه التلف، أو الإنكار، فإن قوله عليه السلام في صحيحه محمد بن مسلم المتقدمه: «إذا كان أمينا فلا غرم عليه»، ظاهر فيما ذكرناه.

لا يقال أن العاربه إنما تضمن باشتراط لضمان، و بدونه لا ضمان، فلا غرم فيها لأننا نقول: نعم إذا علم المالك بالتلف و وافق عليه فلا- ضمان هنا إلا- مع الشرط و أما مع عدم ذلك بل ادعائه بقاء العين أو التفريط فيها فالذى صرحوا به أنه لا يقبل قوله إلا باليمين، و هذا محل البحث في المسئله، فإن ظاهر هذا الخبر كما ترى أنه متى كان المستعير أمينا فلا عزم عليه و هو ظاهر في قبول قوله من غير يمين.

قال شيخنا المجلسي (قدس سره) في حواشيه على هذا الخبر: يمكن أن يكون المراد بالأمين من لم يفرط في حفظها أو المعنى أنه لما كان أمينا فلا غرم عليه، و بالجمله لو لا الإجماع لكان القول بالتفصيل قويا، انتهى.

أقول: لا يخفى أن ارتكاب التأويل في الخبر فرع المعارض، و ليس إلا الإجماع الذى أشار اليه، و هو لا تصلح للمعارضه لما ذكره هو و غيره من المحققين في هذه الإجماعات، مع أنك قد عرفت خلاف الصدوق (رحمه الله) في المسئله، مع جماعه من مشايخه الذين نقل عنهم ذلك.

و مثله الشيخ في النهايه كما قدمنا نقله عنه في كتاب الوديعه و غيرهم ممن

تقدم ذكره، فالإجماع غير ثابت لو سلم حججه.

على أن ما ذكره من التأويل بحمل الأمين على من لم يفرط في حفظها بعيد جدا، لعدم جريانه في ما إذا ادعى المالك عليه التفريط مع عدم العلم بعدم التفريط، إلا من قبل المستعير، ولأنه تخصيص لمعنى الأمين، والعدل، من غير مخصص، بل استعمالهما في غير معناهما المتبادر لغيره و شرعا، بل الاستفادة من الخبر إنما هو المعنى الثانى الذى ذكره، ونحو الخبر المذكور قوله عليه السلام

فى صحيحه عبد الله بن سنان المتقدمه

«لا غرم على مستعير عاريه إذا هلكت إذا كان مأمونا».

و المرسله (1) التى نقلها فى الكافى عقيب حسنه الحلبي، و كتب شيخنا المتقدم ذكره فى حاشيته، على هذه المرسله أيضا ما صورته، ربما يحمل الخبر على أنه إذا كان مسلما عدلا ينبغى أن لا يكلفه المعير اليمين، فيلزمه بنكوله الضمان. أو يحمل العدل على من لم يقصر و لم يفرط، و هما بعيدان، و المسئله فى غايه الإشكال، انتهى.

أقول: ما استبعده من الاحتمالين فى محله، فان ظاهر الخبر المذكور هو قبول قول المستعير متى كان كذلك من غير يمين، لأنه مع التكليف باليمين و النكول عنها يلزمه الضمان كما هو مقتضى القواعد، مع أن الحديث مصرح بنفى الضمان مطلقا، و تفسير نفى الضمان بمعنى أن الأولى للمعير أن لا يكلفه باليمين تعسف صرف، و كذا حمل العدل على المعنى الذى اعترف بياعده.

و أما قوله أن المسئله فى غايه الإشكال، ففيه ما عرفت مما شرحناه بحمد الله تعالى الملك المستعان من أنه لا اشكال بعد دلالة الأخبار على ما ذكرناه من أخبار هذا الباب و غيره كما تقدم، و سيأتى إنشاء الله تعالى.

و عدم وجود خبر يدل على ما ادعوه و ليس إلا- مجرد الشهره التى سموها إجماعا لما عرفت من وجود المخالف، و من ذلك أيضا قوله عليه السلام فى روايه مسعده

ص: ٥١٣

بن زياد المتقدمه لا غرم على مستعير عاريه إذا هلكت أو سرقت أو ضاعت إذا كان المستعير مأمونا.

و سيأتي إنشاء الله تعالى فى كتاب الإجاره جمله من الأخبار الداله على صحه ما ادعيناه زياده على ما ذكرناه هنا و ما تقدم فى كتاب الوديعه.

المسئله الثانيه [فى استعاره الدابه إلى مسافه مخصوصه و التجاوز عنها]:

قالوا: إذا رد العاريه إلى المالك أو وكيله براء، و إذا ردها إلى الحرز لم يبرء، و لو استغار الدابه إلى مسافه فجاوز بها ضمن، و لو أعادها إلى الأولى لم يبرء.

أقول: قد اشتمل هذا الكلام على ثلاثه من الأحكام، أما الأول منها و هو برأيه المستعير من العاريه متى ردها على المالك أو وكيله، فظاهر لا ريب فيه.

و أما الثانى و هو عدم البراءه بالرد إلى الحرز كالدابه إلى الإصطبل مثلا، فالوجه فيه الخبر الدال (1)

«على أن على اليد ما أخذت حتى تؤدى». فإن المراد من الأداء فى الخبر هو الدفع إلى المالك أو وكيله، لا مجرد ردها فى داره أو اصطبله، بل مقتضى القاعده أن تكون مضمونه عليه بعد ذلك، و ان لم تكن مضمونه أولا لتفريطه فى وضعها فى موضع لم يأذن له المالك فيه، إذ لو تلفت بعد وضعها فى الموضع المذكور و قبل أن يتسلمها المالك لزمه ضمانها، لما قلناه، و هذا لا خلاف فيه عندنا.

و انما نقل فيه الخلاف عن أبى حنيفه قال: فى التذكره إذا رد المستعير العاريه إلى مالكها أو وكيله براء من ضمانها، و ان ردها إلى ملك مالكها بأن حمل الدابه إلى إصطبل المالك فأرسلها فيه، أو ردها إلى الدار لم يزل عنه الضمان، و به قال الشافعى، بل عندنا أن لم تكن العاريه مضمونه فإنها تصير بهذا الرد مضمونه لأنه لم يدفعها إلى مالكها، بل فرط بوضعها فى موضع لم يأذن له المالك بالرد إليه، كما لو ترك الوديعه فى دار صاحبها، فتلفت قبل أن يتسلمها المالك،

ص: ٥١٤

لأنه لم يردّها الى صاحبها، ولا من ينوب منابه، فلم يحصل الرد، كما لو ردها إلى أجنبي.

وقال أبو حنيفة، إذا ردها الى ملك المالك صارت كأنها مقبوضه لأن رد العواري في العاده إلى أملاك أصحابها، فيكون مأذونا فيه من طريق العاده و هو غلط، لأنه يبطل بالسارق إذا رد المسروق الى الحرز ولا تعرف العاده التي ذكرها فيبطل ما قاله، انتهى و هو جيد.

و أما الثالث و هو ما لو استعار الدابة إلى مسافه مخصوصه فتجاوزها، فان الوجه في الضمان هنا أنه قد تعدى في العاريه من وقت المجاوزه، فكان ضامنا لها الى أن يردّها الى المالك هذا بالنسبه إلى ضمان العين لو تلفت فأما ضمان المنفعه و هو أجره الدابه فعندهم أنه يثبت في المسافه المتجاوز بها عن موضع الاذن ذهابا و إيابا الى أن يرجع الى الموضع المأذون فيه، لأنه في هذه المده غاصب. و لا تبطل الإعاره بذلك، فيكون تصرفه فيها بعد رجوعه الى المكان المأذون فيه الى أن يردّها على المالك، جائزا لدخوله في الإعاره، فإنه مأذون فيه، و انما حصل التعدى الموجب للأجره في تلك المده المتوسطه، و ان كان أصل العين مضمونه بذلك التعدى الى أن ترد على المالك.

و نقل في التذكرة عن بعض الشافعيه أنه يضمن الأجره أيضا كالعين الى أن يردّها على المالك، محتجا بأن ذلك الاذن قد انقطع بالمجاوزه، ثم رده بأنه ممنوع.

أقول: حيث انه سابقا قبل هذا الكلام قال: و هل يلزمه الأجره من ذلك الموضع الذي وقع فيه العدوان الى أن يرجع الى البلد الذي استعار منه الأقرب لعدم لأنه مأذون فيه من جهه المالك، و هو أحد وجهي الشافعيه.

و الثاني اللزوم ثم نقل القول الذي ذكرناه و رده هنا بالمنع من انقطاع الاذن بالمجاوزه.

و أنت خبير بأن المعير انما أذن في تلك المسافه المعينه ذهابا و إيابا

و هو بتجاوزه عن المسافه الى ما زاد عليها قد حكموا عليه بضمان العين من حيث التعدى و التفريط،الى أن ترد سالمه على المالك،و ظاهر ذلك هو زوال العاربه بهذا التعدى،حيث أن المفروض أنها غير مضمونه و انما حصل الضمان بهذا التعدى الموجب للخروج عن كونها عاربه،و حينئذ فكما أثر هذا التعدى فى زوال العاربه بالنسبه إلى ضمان العين،فلم لا يكون كذلك بالنسبه إلى ضمان المنفعه،لأن مقتضى العاربه العدم،فلا وجه لحكمهم هنا بضمان المنفعه فى خصوص موضع التعدى إذ التعدى إن كان موجبا للخروج عن العاربه،فينبغى أن يكون بالنسبه إلى ضمان العين،و ضمان المنفعه،و الا فلا وجه للفرق بأن يكون ضمان العين مستمرا الى الرجوع الى المالك.

و ضمان المنفعه ينقطع بالرجوع الى محل التجاوز عن موضع الاذن، سيما أنهم صرحوا كما قدمنا ذكره بأنه فى صوره ضمان المنفعه بأنه لا تبطل الإعاره،و ان كان عاصيا فى تلك المده المتوسطه،فلم لا يقال بذلك أيضا فى صوره ضمان العين بأن الإعاره باقيه،و مقتضيها عدم ضمان العين إلا فى المده التى تجاوز عنها حتى يرجع إليها،لا أنه يستمر الضمان الى الرد على المالك.

و كما أن الرجوع من محل التجاوز الى بلد الإعاره مأذون فيه،كما ذكروه بالنسبه إلى ضمان الأجره،فلا أجره عليه فى ذلك كذلك،من حيث أنه مأذون فيه،لا ضمان للعين أيضا،و الغصب إن أثر الضمان الى الرجوع الى المالك ففى الحالين،و إلا فلا.

و بالجملة فإنه لا يظهر لى وجه واضح فى ما ذكروه من الفرق،و المسئله خاليه من النص،و تعليلاتهم كما ترى،هذا كله إذا كانت العاربه غير مضمونه.

أما لو كانت مضمونه كان شرط الضمان فى العاربه أو قلنا بضمان العوارى، فان الدابه المذكوره تكون مضمونه إلى نهايه موضع الاذن ضمان عاربه،و لا أجره عليه،لأنه مأذون له فى التصرف فيها،فإذا تجاوز موضع الاذن ضمنها ضمان الغصب،و وجب عليه أجره منافعها إلى أن يعود إلى المكان المأذون فيه،

و منه إلى الرجوع إلى المالك و ردها عليه يضمن ضمان العاربه هذا مقتضى تقريرهم فى المقام، و الله سبحانه العالم.

[المسأله] الثالثه [حمل السيل حبا للرجل و ثبوته فى أرض غيره] :

أشاره

إذا حمل السيل حبا لرجل أو نوى أو جوزه أو نحو ذلك فثبت فى أرض غيره بغير علمه قال فى المبسوط: من الناس من يقول لا يجبر على قلعه، لأنه غير متعد فيه فهو كالمستعير، و منهم من قال: يجبر على قلعه من غير أرش، لأنه لم يأذن له فى ذلك و هذا أقرب إلى للصواب.

و قال ابن البراج: لا يجوز لصاحب الأرض مطالبته بقلعه، لأنه لم يتعد فى ذلك، قال فى المختلف بعد نقل القولين المذكورين: و الوجه ما قاله الشيخ، لأن الأرض لمالكها فله الانتفاع بها على أى وجه، و تفرغها من مال الغير الحاصل فيها بغير إذن، و لأن الناس مسلطون على أموالهم و عدم الإثم و التعدى لا يقتضى منع المالك عن التسلط على ملكه، انتهى.

و بنحو ذلك صرح فى التذكرة: فقال: إن لصاحب الأرض قلعه، و إن امتنع صاحب الزرع أجبر عليه، و بذلك صرح فى الشرائع، و الظاهر أنه هو المشهور بين المتأخرين و هو الأوفق بالأصول و القواعد الشرعيه، و ما ذهب إليه ابن البراج ضعيف لا يعول عليه.

بقى الكلام هنا فى مواضع

الأول: لو أعرض المالك عنه

و إن كان كثيرا فإنه يتخير صاحب الأرض بين قلعه و بين تملكه، و يكون من قبيل السنبلى و الثمار التى يعرض عنها ملاكها الا أن للمالك الرجوع فيها ما دامت العين باقيه.

و ظاهر التذكرة هنا أنه لا يجبر المالك على نقله، و لا على أجره الأرض و لا غير ذلك لأنه حصل بغير تفريط و لا عدوان، فكان الخيار لصاحب الأرض المشغول به، إن شاء أخذه لنفسه و إن شاء قلعه.

الثانى: لو لم يعرض عنه المالك و بقى حتى ظهر له ثمر

فان ثمره و نمائه لمالكه، و عليه أجره الأرض للمده التى كان باقيا فيها، إن طالبه صاحب الأرض

بقلعه، لأنه في هذه الحال غاصب، وإن لم يطالبه فلا أجره على الأقرب، لأنه لم يقصر في القلع حيث لم يطلب منه، ولا حصل في الأرض بفعله ليكون متعديا.

الثالث [حكم ما لو قلعه المالك] :

إذا قلعه المالك وجب عليه تسوية الأرض وطم الحفر لأنها حدثت بفعله لتخليص ماله من ملك صاحب الأرض ولصاحب الأرض إجباره لو امتنع من ذلك.

الرابع: لو امتنع المالك من القلع

جاز لصاحب الأرض إجباره، وإلا نزعها منها، كما لو سرت أغصان شجره جاره إلى ملكه وداره.

الخامس [لو اشتبه المالك في قوم منحصرين] :

قال في المسالك: لو اشتبه المالك في قوم منحصرين وجب عليهم أجمع التخلص بالصلح أو التمليك ونحوه، ويجب على مالك الأرض أيضا مراجعتهم في ما يراجع فيه المالك المعين ولو لم ينحصر المالك كان بمنزلة اللقطة يجوز تملكه إن كان دون الدرهم حين التملك، ولو تركه من غير نية التملك حتى بلغ وجب تعريفه كاللقطة، ويحتمل كونه كمال مجهول المالك، في جواز التصديق به عنه من غير تعريف، انتهى.

السادس [لو حمل السيل أرضا بشجرها فثبتت في ملك الغير] :

قالوا: لو حمل السيل أرضا بشجرها فثبتت في ملك الغير فتلك الأرض وما فيها لملكها ويجبر على إزالتها كما تقدم.

[المسألة] الرابعة [في عدم الإشكال في الضمان مع اشتراطه] :

لا- إشكال في الضمان مع اشتراطه كما تقدم في الأخبار فإن اختص الضمان بالتلف ضمن العين خاصة، وإن اختص بالنقصان ضمنه خاصة، وإن كانا معا ضمنهما معا.

وإنما الكلام والإشكال في ما لو أطلق، فعلى هذا لو أطلق ولم يعين شيئا من الأفراد الثلاثة المتقدمة ونقصت العين المستعاره بالاستعمال حتى تلفت فهل يضمن القيمة يوم التلف خاصة؟ لأن النقصان غير مضمون من حيث أنه حصل بفعل مأذون فيه فلا يكون مضمونا ولأنه لو لم يتلف فردها على المالك في تلك الحال لم يجب عليه شيء، فإذا تلفت وجب قيمتها في تلك الحال وهو اختيار المحقق، ونقل عن المبسوط والتذكرة.

أو أنه يضمن النقص أيضا نظرا إلى اشتراط الضمان فيكون ذلك النقص مضمونا و هو المنقول عن ابن الجنيدي و أبي الصلاح و استشكل في القواعد في المسئله.

قال في المسالك: و يمكن الفرق بين تلف الاجزاء الموجب للنقص بالاستعمال، و بين تلفها بغيره فيضمن على الثاني دون الأول، لأن تلفها بأمر مأذون فيه فلا يستعقب ضمانا و يمكن تأييد القول الثاني بمنع أصل التوجيه المذكور في القول الأول.

قوله: انه حصل النقصان بفعل مأذون فيه فلا يكون مضمونا يمكن خدشه بأن الاذن في أصل الاستعمال لا ينافي الضمان، و الحال إنه مشروط إذ ليس من لوازم أصل الاستعمال النقص، فيجوز أن يكون الاستعمال مأذونا و النقص مضمونا و كذا استناده إلى أنه لو لم تتلف و ردها في تلك الحال لا يجب عليه شيء، فإنه ممنوع أيضا إذ هو من موضع البحث، فانا لا نسلم ذلك مع الشرط، و إنما يتم بدونه، فان للمانع أن يمنع من كون النقص غير مضمون في المضمونه، سواء تلفت أو ردها قبل التلف، و الوجه فيه أن مقتضى تضمين العين تضمين أجزاءها، لأنها مركبه منها، ثم انه على تقدير هذا القول فإنه يضمن أعلى القيم من حين القبض الى يوم التلف، إن كان الاختلاف و التفاوت في القيم بسبب الاجزاء كالثوب ينسحق باللبس، و أما لو كان الاختلاف من حيث القيمة السوقية لم يضمن الزائد بسببه لأن ذلك ليس من مدلول الضمان سيما مع عدم إيجاب ذلك على الغاصب هذا كله مع اشتراط الضمان.

أما لو استعملها حتى تلفت من غير شرط الضمان في العاربه فإن ظاهر الأكثر عدم الضمان مطلقا، و قد تقدم الكلام في ذلك في المسأله الثانيه من الفصل الثاني، و الله سبحانه العالم.

[المسأله] الخامسة [في اختلافهما في الإعارة و الإجاره]:

إشاره

اختلف الأصحاب في ما لو ادعى المستعير الإعارة، و ادعى المالك الإجاره، و قد مضت لذلك مده في يد المستعير، فذهب في الخلاف الى أن القول

قول المستعير، قال فى الكتاب المذكور: إذا اختلف صاحب الدابه و الراكب، فقال الراكب: أعرتنيها، و قال صاحبها: أكرتنيها بكذا، كان القول قول الراكب بيمينه، و على صاحبها البيه، و كذا إذا اختلف الزارع و صاحب الأرض فادعى الزارع العاربه. و ادعى صاحب الأرض الكرى، فالقول قول الزارع قيل فى توجيهه: انهما متفقان على أن تلف المنافع وقع فى ملك المستعير، لأن مقتضى كلام المالك أنه ملكها بالإجاره، و مقتضى كلام المستعير أنه ملكها بالاستيفاء المستند إلى الإعاره، فیده شرعيه على كل من القولين، و المالك يدعى عليه العوض عما استوفاه عن ملكه، و هو ينكر استحقاقه، و الأصل براءه ذمته منه، فيكون القول قوله بيمينه، عملا بالقاعده المنصوصه.

و ذهب ابن إدريس و تبعه المحقق الى أن القول قول المالك فى عدم العاربه و ان لم يقبل قوله فى الإجاره، قال ابن إدريس: لا يقبل قول المالك فى قدر ما ادعاه من الأجره، و لا قول الراكب فى العاربه، فالواجب أجره المثل عوضا عن منافع الدابه، و كذا البحث فى الأرض إذا اختلف المالك و الزارع.

و قيل فى توجيه هذا القول: انه لا شك فى أن المنافع أموال كالأعيان، فهى بالأصله لمالك العين، فادعاء الراكب ملكيتها بغير عوض على خلاف الأصل و أصله براءه ذمته كما تمسك به القائل الأول إنما يتم بالنسبه إلى خصوص ما ادعاه المالك من قدر الأجره، لا من مطلق الحق بعد العلم باستيفاء المنفعه التى هى من جمله أموال المالك و حقوقه، و الأصل يقتضى عدم خروجها عن ملكه إلا بعوض، و من أجل ذلك يكون القول قول المالك فى عدم العاربه، لأن الراكب يدعى العاربه و المالك ينكرها، فيكون القول قوله بيمينه، و لا يقبل قول المالك فى ما يدعيه من الإجاره، لأنه مدع أيضا يحتاج إلى البيه، و حينئذ فإذا حلف المالك على نفى العاربه كما هى وظيفته الشرعيه لم تثبت الإجاره، لما عرفت من أن ثبوتها يتوقف على البيه، و لكن تثبت أجره المثل، لأن الراكب

قد تصرف فى ملكه بغير تبرع منه، لأن دعوى التبرع قد سقطت باليمين، فالواجب حينئذ أجره المثل.

و اعترض بعض أفاضل متأخرى المتأخرين و هو الخراسانى فى الكفايه على هذا الكلام بمنع الأصل المدعى هنا أعنى قوله و الأصل يقتضى عدم خروج المنافع عن ملك المالك الا بعوض، قال: إذ لا حجه عليه عقلا و نسا.

أقول: مرجع هذا الأصل إلى الاستصحاب، فإنه أحد المعانى التى يطلق عليها، و لا شك أن العين من حيث هى ملك للمالك، فكذا منافعتها، فبعد خروجها عن يد المالك على هذا الذى وقع فيه الاختلاف، لو تمسك المانع باستصحاب بقاء المنافع على ما ثبت لها أولا من ملكيه المالك حتى يقوم الدليل على خلافه فهو صحيح، و الظاهر أنه ليس من الاستصحاب الذى هو محل الخلاف بين الأصحاب، بل الاستصحاب المتفق عليه، و هو استصحاب الإطلاق أو العموم حتى يقوم دليل التقييد أو التخصيص.

و بالجمله فإنه لا يظهر لى وجه ما ذكره، نعم استشكل هذا القول فى المسالك بما لو كان ما يدعيه من الأجره أقل من أجره المثل، لا اعترافه بنفى الزائد، قال: فينبغى أن يثبت له يمينه أقل الأمرين مما يدعيه و أجره المثل، لأن الأقل إن كان ما يدعيه فهو معترف بعدم استحقاقه سواه، و إن كان الأقل أجره المثل فلم يثبت يمينه سواها، إذ لم تثبت الإجاره، و إنما لزم تصرف الراكب فى ماله بغير إذن المالك على وجه التبرع.

أقول: من أجل ما ذكره من هذا الاشكال صار فى المسئلة قولاً ثالثاً فذهب فى القواعد الى هذا القول، و هو أنه بعد حلف المالك فالثابت له أقل الأمرين من أجره المثل و من المسمى، الا أنه قد أورد عليه أيضا أن المالك على تقدير كون المسمى أكثر من أجره المثل، فالمالك يدعى الزائد من الأجره عن أجره المثل، و الراكب ينفيه، فلا بد من وجه شرعى يقتضى نفيه، و ليس الا بيمين الراكب على نفي الإجاره.

و توضيحه أن حلف المالك على نفى الإجاره، لم يدل على نفى الإجاره و لا إثباتها، فيبقى دعوى الإجاره على حالها، و لما لم يثبتها المالك بالبينه رجعا الى الأصل المتقدم من أصاله بقاء ملكه للعين و للمنافع، فلا بد من الحكم على الراكب بعوض في مقابلتها، حيث تصرف فيها من غير أن يتبرع بها المالك، و وجب الحكم له بأقل الأمرين لما تقدم، لكن يبقى النزاع في الزائد على تقدير كون المسمى في الإجاره زائدا على أجره المثل، فان المالك يدعيه، و راكب الدابه ينفيه، و لا يندفع ذلك إلا بيمين الراكب على نفى الإجاره: أو نكوله فيحلف المالك على الإجاره، و يأخذ الزائد.

و من هنا انقذح في المسئله قول رابع، فذهب في المختلف و جماعه منهم الشهيدان، الأول منهما في بعض تحقیقاته، على ما نقل عنه، و الثاني في المسالك إلى أنهما يتحالفان، فان كلا منهما مدع و مدعى عليه، لما عرفت من التوضيح المتقدم.

أقول: و بهذا ترجع المسئله هنا الى ما نقلناه عنهم في كتاب المزارعه، حيث أنهم لم يذكروا ثمه خلافا في المسئله على نحو ما ذكروه هنا، و إنما نقلوا فيها قولين، أحدهما و هو المشهور التحالف، بأن يحلف صاحب الأرض على نفى العاربه، و يحلف الزارع على نفى الإجاره، فيتساقط الدعويان، و يرجع إلى أجره المثل، أو أقل الأمرين، و القول الثاني القرعه كما تقدم ذكره ثمه، و هنا قد أكثروا الخلاف كما عرفت، و المسئله واحده في الكتابين كما هو ظاهر نصب العين.

و كيف كان فإن لقائل أن يقول أيضا: إن المالك هنا يدعى بالإجاره حقا معينا، و لا يدعى شيئا آخر سواه، فإذا حلف الراكب على عدم الإجاره، سقط بيمينه هذا الحق الذي يدعيه المالك، لأن اليمين من المنكر مسقطه الحق، و قد اعترف بأنه لا حق له سواه، فإذا سقط باليمين، فبأى شيء يثبت أقل الأمرين،

و إثبات حق المالك من غير الوجه الذى يدعيه، بناء على ما ذكره من تصرف الراكب بغير إذنه، فيقضى له بأجره المثل، أو أقل الأمرين مشكل، لأنه باليمينين الواقعتين منهما معا صار هذا التصرف محتملا لكونه تصرفا صحيحا شرعيا بلا أجره، و كونه تصرفا شرعيا بالأجره، والأجره انما تثبت على تقدير الثانى، و هو غير معلوم، لاحتمال كونه شرعيا مجانا كما يدعيه المستعير، و من المعلوم كذب احدى اليمينين فى هذا المقام، و أصاله عدم اشتغال الذمه مؤيد، و الحكم له بشىء لا يدعيه - و لا يطلبه، و إنما يطلب غيره مما قد انتفى باليمين - غير متجه.

و بالجمله فإن الرجوع إلى التعليقات العقلية لا ينتهى إلى ساحل، و المسئله لما كانت عاربه من النصوص كثر فيها الكلام، و تقابل النقض فيها و الإبرام.

و فى المسئله أيضا قول خامس بالقرعه، ذهب اليه الشيخ فى كتاب المزارعه من الخلاف، قال: لأن القرعه لكل أمر مشكل، و رده جملة من المتأخرين بالضعف، قالوا: لأنه لا اشتباه مع القاعده المتفق عليها من حكم المدعى و المنكر.

أقول: لا يخفى ما فيه بعد ما عرفت مما وقع لهم من الخلاف فى المقام، و تصادم هذه التعليقات منهم فى النقض و الإبرام، فكيف لا يحصل الاشتباه، و الحال كما عرفت، هذا كله فيما إذا مضت لذلك المتنازع فيه مده فى يد المتصرف قد استوفى فيه منفعه.

أما لو لم يمض لذلك مده، و لم يحصل الانتفاع بشىء من المنافع المترتبة عليه، فالقول فى ذلك قول المتصرف، لأن المالك هنا لا يدعى التصرف فى شىء من المنافع، و انما يدعى عليه الإجاره، و تحقق الأجره فى ذمته، و اشتغالها بها و المتصرف ينكر ذلك، فالقول قوله بيمينه، فإذا حلف على نفى الإجاره سقط دعوى الأجره، و استرد المالك العين، و ان نكل حلف المالك اليمين المرذوده، و استحق الأجره، و الله سبحانه العالم.

إشاره

و هو يشتمل على جملة من الأحكام،

أحدها- أنه إذا استعار شيئاً للانتفاع به فى شىء مخصوص، فانتفع بها فى غيره

فظاهر الأصحاب الحكم عليه بالضمان لتعديه فى العين بالتصرف فيها على غير الوجه المأذون له فيه و تلزمه الأجره لمثل ذلك العمل و هو ظاهر.

و

ثانيها- أنه إذا جحد العاربه

فالقول قوله بيمينه، لأن الأصل العدم، فإن أثبتت المالك عليه صحه الدعوى المذكوره زال استيمانه، و لزمه الضمان، و الظاهر أن الكلام هنا كالكلام فى الوديعه لو جحدها، و أثبتها المالك عليه، و قد تقدم تفصيل البحث فى ذلك فى كتاب الوديعه.

و

ثالثها- ما إذا ادعى التلف

، فان القول قوله بيمينه عندهم، و قد عرفت ما فيه فى المسئله الأولى من مسائل هذا الفصل فى كتاب الوديعه (١).

و

رابعها- ما إذا ادعى الرد على المالك

، فان القول قول المالك بيمينه، لأنه منكر، و الأصل عدمه، و قد تقدم فى كتاب الوديعه أن المشهور فيما إذا ادعى الودعى الرد على المالك أن القول قول الودعى بيمينه، مع أن الأصل عدم الرد، و عموم البينه على المدعى، إلا أنهم فرقوا بينه و بين العاربه، بأن الودعى إنما قبض لمصلحه المالك فهو محسن محض، و «مَا عَلَى الْمُخْصِيَنِينَ مِنْ سَبِيلٍ (٢)» و أنت خير بما فيه، حيث أن هذه العله غير منصوصه، مع مخالفه ما ذكروه فى الوديعه للقواعد الشرعيه، و لهذا توقف جملة من الأصحاب فى حكم الوديعه كما تقدم ذكره ثمه، و استشكلوا القول المشهور و هو فى محله لما عرفت.

قال فى المسالك: و اعلم أن هذه العله تجرى فى كثير من أبواب تنازع المستأمنين، الا أنها تقتضى قبول قول الوكيل فى الرد لو كان بغير جعل،

ص: ٥٢٤

١-١ (١ ص ٤٥٥).

٢-٢ (٢ سورة التوبه-الايه ٩١).

و هو مشكل لمخالفه الأصل و كون هذه العله ليست منصوصه و انما هي مناسبه، انتهى و هو جيد.

و التحقيق أن يقال: ان مقتضى الأخبار المتقدمه فى كتاب الوديعه هو قبول قول الأمين، و عدم اتهامه فيما يقوله، و ان خالف الأصل، و حينئذ يكون هذه الأخبار مخصصه لهذه القاعده، أعنى قاعده البيئه على المدعى، و اليمين على المنكر و الحكم متعلق بالأمين و دعيا كان أو مستعيرا، أو وكيلا أو نحوهم، و دعوى الفرق - بين الودعى و غيره ممن قبض لمصلحته، كالمستعير و الوكيل بجعل و المرتهن - فيه أولا ما ذكر من عدم الدليل على هذا التعليل، و ثانيا أن قبضه على أحد هذه الوجوه لا ينافى الايمان الذى رتب عليه قبول قوله لأن الايمان إنما هو عباره عن الوثوق به فى عدم الخيانه، و المخالفه لأمر المالك، و إدخال الضرر عليه، فكل من دفع اليه المالك بهذا الوجه و دعيا كان أو مستعيرا أو وكيلا - بجعل أو بغير جعل، فإنه يقبل قوله، بمقتضى تلك الأخبار، و يؤيده أخبار

«ما خانك الأمين، و لكن ائتمنت الخائن». كما تقدم فى كتاب الوديعه.

و

خامسها - ما إذا فرط فى العاريه ثم تلفت

، فإنه ان كانت من ذوات الأمثال ضمن المثل بغير إشكال، و ان كانت من ذوات القيم فقد اختلف الأصحاب - فى ذلك.

فقيل: ان الواجب عليه قيمتها يوم التلف، و هو مختار الشرائع و المسالك و علل بأن الواجب على المستعير مع بقاء العين ردها دون القيمة، و انما ينتقل إلى القيمة مع التلف، و حينئذ فالمعتبر القيمة وقت التلف.

و قيل: أن الواجب أعلى القيم من وقت التفريط الى وقت التلف، و علل بأن العين لما كانت مضمونه، فكل واحده من القيم المتعدده فى وقت كونها مضمونه، إذ معنى ضمان العين كانت لو تلفت ضمن قيمتها، و هو حاصل فى جميع الوقت، فيضمن أعلى القيم لدخول الباقي فيها.

و قيل:المعتبر قيمتها وقت الضمان، قال فى المسالك. و موضع الخلاف ما

لو كان الاختلاف بسبب السوق، أما لو كان بسبب نقص في العين فلا إشكال في ضمانه، لأن ضمان العين يقتضى ضمان أجزائها، انتهى.

أقول: وقد تقدم الكلام في ذلك، وهذا القول الأخير نقله في الكفايه قولاً - ثالثاً في المسئله، ولعله أشار به إلى ما نقله في المختلف عن ابن حمزه، حيث قال ابن حمزه: إن هلك مضموناً لزم قيمته يوم القبض، وإن هلك غير مضمون بالتفريط لزم قيمته يوم التلف، بأن يكون المراد بقيمته وقت الضمان، كما ذكره يعنى يوم القبض الذى ثبت فيه الضمان واستقر، إلا أن الظاهر أن ما ذكره في المختلف مسئله أخرى على حياها غير ما نحن فيه، فإن فرض المسئله التى ذكرناها فى كلام الأصحاب إنما هو بالنسبه إلى العاريه الغير المضمونه لو فرط فيها ثم تلفت فى يده.

و ظاهر كلام المختلف مسئله أخرى و هو أنه إذا هلك العاريه عند المستعير فقد قال ابن حمزه: بأنها إن كانت العاريه مضمونه باشتراط الضمان فيها و نحوه فاللازم قيمتها يوم القبض، وإن لم يكن مضمونه و هلكت بالتفريط لزمته قيمته يوم التلف، و هذا يرجع الى القول الأول الذى قدمناه، فإن هذا الفرد الثانى من الترديد يرجع الى ما تقدم.

و فى المختلف بعد أن نقل عن ابن حمزه قال: والمعتمد أن نقول: إن كان من ذوات الأمثال ضمنه بالمثل، وإن كان من ذوات القيم ضمنه بقيمته يوم التلف إن كان مضموناً، وأعلى القيم من حين التفريط الى حين التلف إن هلك بالتفريط، إن قلنا أن الغاصب يضمن بأعلى القيم، وإلا - فالقيمه يوم التلف، و ظاهره فى اختياره أعلى القيم - فيما لو لم تكن مضمونه، وإنما هلكت بالتفريط - موافقه القول الثانى المتقدم.

و قد تلخص مما ذكرناه أن العاريه إذا تلفت عند المستعير و كانت قيميه فإن كانت مضمونه ففيها قولان: أحدهما مذهب ابن حمزه، و هو قيمته يوم القبض،

و ثانيهما مذهب العلامة و هو قيمته يوم التلف و إن لم تكن مضمونه، و هلكت بالتفريط، فالأقوال الثلاثة المتقدمة: و ابن حمزه قد وافق الأول، و العلامة وافق الثاني، و هذا الخلاف هنا متفرع على الخلاف فى ضمان المغصوب، حيث انه هنا بالتفريط لحقه حكم الغاصب، و اليه يشير كلام العلامة المذكور و الله سبحانه العالم.

و

سادسها— ما لو اختلفا فى القيمة بعد التفريط على تقدير تلفه

، و كذا لو كان مضمونا بأمر آخر ثم تلف، فقييل: إن القول قول المالك مع يمينه، و به قال الشيخان، و سلار و ابن حمزه، و ابن البراج.

و قال أبو الصلاح: و إن اختلفا فى مبلغها أو قيمتها أخذ ما أقر به المستعير و وقف ما زاد عليه على بينه أو يمين المعير، قال فى المختلف بعد نقل ذلك عنه فان قصد يمين المعير برد المستعير صار قوله مخالفا لما تقدم، و إلا فلا.

و قيل: القول قول المستعير لأنه منكر، فيدخل فى عموم الخبر، و به قال ابن إدريس و من تأخر عنه، قال ابن إدريس: الذى تقتضيه أصول الأدلة و المذهب أن القول قول المدعى عليه، و اليمين على المنكر، و هو المستعير مع يمينه.

قال فى المختلف: و هو الوجه عندى، لنا أنه منكر، فالقول قوله مع اليمين،

لقوله عليه السلام (1)

«البينه على المدعى، و اليمين على من أنكر». ثم نقل عن الأولين الاحتجاج على ما ذهبوا اليه ببطان الأمانة بالخيانة، فلم يكن قوله مقبولا فى القيمة.

ثم رده بأنه لا يلزم من بطلان الأمانة خروجه عن حكم المنكر، و هو جيد، و حاصله أن قبول قوله بيمينه إنما هو من حيث كونه منكرا و هذا حكم المنكر شرعا لا من حيث كونه أمينا حتى يتجه منعه بالخيانة و الله سبحانه العالم.

و

سابعها— ما لو اختلفا فى التفريط

فالمشهور أن القول قول المستعير بيمينه

١-١) الوسائل ج ١٨ ص ١٧٠ ح ١ باختلاف ما والمستدرک ج ٣ ص ١٩٩.

مع عدم البيئه، و هو قول الشيخ و ابن البراج، و ابن حمزه و أبى الصلاح، و ابن إدريس، و عليه المتأخرون.

و ظاهر كلام المفيد و سلالر على ما نقل عنهما فى المختلف أن القول قول صاحب العاربه بيمينه، و لا ريب فى ضعفه، لأن المستعير منكر، فالقول قوله بيمينه، و على المدعى البيئه، و هو ظاهر، و

ثامنها: ما لو اختلفا فقال المالك:

غصبتها، و قال المتصرف: أعرنتها

، فالمشهور أن القول قول المالك مع يمينه، و هو مذهب ابن إدريس، و العلامه فى جملة من كتبه، و الشيخ فى كتاب المزارعه من المبسوط، و قال فى الخلاف و كتاب العاربه من المبسوط: إن القول قول الآخر، قال: إذا اختلفا فقال المالك: غصبتها و قال الراكب: أعرنتها قدم قول الراكب، لأصالة براءه الذمه، و المالك يدعى الضمان للدابه و لزوم الأجره إن كان ركبها، و الوجه فى القول الأول على ما ذكره فى التذكرة ما تقدم من أصالة تبعيه المنافع للأعيان فى التملك، فالقول قول من يدعيها مع اليمين و عدم البيئه، لأن المتصرف يدعى انتقال المنفعه إليه بالإعارة و براءه ذمته من التصرف فى مال الغير، فعليه البيئه و على هذا فبعد حلف المالك يستحق لما مضى من المده، فيرجع الدابه مع الأجره هذا إذا مضت مده لمثلها أجره، و لو لم تمض مده و العين باقيه، فإن هذه الدعوى لا ثمره لها، بل يرد المتصرف العين الى مالكها، و لو تلفت العين فى تلك المده التى مضت، فالكلام فى الأجره يبنى على الخلاف المتقدم، و أما القيمه، فإن كانت العاربه التى يدعيها المتصرف مضمونه، فهو يعترف فى القيمه فيلزمه أداءها.

قال فى التذكرة: و يحكم فيها بقول المتصرف، لأصالة براءه ذمته من الزائد عن القيمه وقت التلف إن أوجبنا على الغاصب أعلى القيم، و إن كانت العاربه غير مضمونه، قال فى التذكرة: فإن القول قول المالك فى عدم الإعارة» و قول المتصرف فى عدم الغصب، لثلا يضمن ضمان الغصب، ثم يثبت على المتصرف

بعد حلف الراكب على نفى الإعاره قيمتها وقت التلف انتهى، والله سبحانه العالم.

و

تاسعها- ما لو ادعى الراكب الإجاره، والمالك العاربه المضمونه بعد تلف العين

، وقبل مضى مده لها أجره، قال في المبسوط: القول قول الراكب مع يمينه، لأن صاحبها يدعى ضمانا في العاربه، فعليه البيئه و الأصل برأيه الراكب.

و قال في المختلف: الأقرب أن القول قول المالك، لأن الأصل تضمين مال الغير، لقوله عليه السلام (١)

«على اليد ما أخذت». و أنت خير بما في هذه الفروع من الاشكال لخلوها من النص الذي هو العمده في الاستدلال، و عدم صحه بناء الأحكام على هذه التعليقات التي يتداولونها في هذا المجال، سيما مع تصادمها و تضادها كما عرفت، والله سبحانه العالم بحقيقه الحال.

ص: ٥٢٩

١- (١) المستدرک ج ٢ ص ٥٠٤ ح ١٢.

و البحث فيه فى مطالب أربعه

الأول: فى الإجاره و العقد، و ما يترتب عليه

و الكلام فى ذلك يقع فى مواضع

الأول [فى ثبوت الإجاره بالنص و الإجماع]

الإجاره ثابتة بالنص كتابا و سنه، و إجماع علماء الخاصه و العامه، قال الله عز و جل (١) «فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ» و قال (٢) «لَوْ شِئْتَ لَاتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا» و قال تعالى (٣) «قَالَتْ إِحْدَاهُمَا يَا أَبَتِ اسْتَأْجِرْهُ إِنَّ خَيْرَ مَنِ اسْتَأْجَرْتَ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ» - «قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حِجَجٍ» الآية.

و أما السنه فمستفيضه كما ستأتىك بذلك الأخبار.

و منها ما رواه

المشايخ الثلاثه (٤) عن محمد بن سنان عن أبى الحسن عليه السلام قال:

«سألته عن الإجاره فقال: صالح لا بأس به إذا نصح قدر طاقته، و قد آجر موسى بن عمران عليه السلام نفسه و اشترط فقال: إن شئت ثمانيا و إن شئت عشرا فأنزل الله فيه «أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حِجَجٍ فَإِنْ أَتَمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِنْدِكَ» (٥).

و روى

ص: ٥٣٠

١- ١) سورة الطلاق-الايه ٦.

٢- ٢) سورة الكهف-الايه ٧٧.

٣- ٣) سورة القصص-الايه ٢٦.

٤- ٤) الكافى ج ٥ ص ٩٠ ح ٢، الفقيه ج ٣ ص ١٠٦، ح ٩٠ التهذيب ج ٦ ص ٣٥٣ ح ١٢٤، الوسائل ج ١٢ ص ١٧٦ ح ٢.

٥- ٥) سورة القصص-الايه ٢٨.

الحسن بن علي بن شعبه في تحف العقول (١) عن الصادق عليه السلام «أنه سأل عن معاش العباد و ساق الخبر إلى أن قال: و تفصيل الإجازات فإجاره الإنسان نفسه إلى أجره الي آخره، و قد تقدم الخبر بتمامه في المقدمه الثالثه فيما يكتسب به من المقدمات المذكوره في صدر كتاب التجاره (٢) و المفهوم من جمله من الأخبار كراهه إجاره الإنسان نفسه لأنه يحظر على نفسه الرزق،

فروى في الكافي عن المفضل بن عمر (٣) قال:

سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: من أجر نفسه فقد حظر على نفسه الرزق».

قال في الكافي (٤) و في روايه أخرى

و كيف لا يحظره و ما أصاب فيه فهو لربه الذي أجره».

و روى في الفقيه عن عبد الله بن محمد الجعفي (٥)

«عن أبي جعفر عليه السلام قال: من أجر نفسه فقد حظر عليها الرزق و كيف لا يحظره».

الحديث كما تقدم.

و روى

المشايخ الثلاثة عن عمار الساباطي (٦) قال:

«قلت لأبي عبد الله عليه السلام:

في الرجل يتجر فإن هو أجر نفسه أعطى ما يصيب في تجارته، فقال: لا يؤاجر نفسه، و لكن يسترزق الله عز و جل و يتجر، فإنه إذا أجر نفسه حظر على نفسه الرزق» و في الفقيه «أعطى أكثر مما يصيب من تجارته».

و الشيخ جمع بين هذه الأخبار، و خبر إجاره موسى عليه السلام نفسه بحمل المنع على الكراهه، و استبعده في الوافي بالنسبه إلى النبيين المذكورين (صلوات الله على نبينا و آله و عليهما) قال: و الأولى أن يحمل المنع على ما إذا استغرقت أوقات الموجر كلها بحيث لم يبق لنفسه منها شيء كما دلت عليه الروايه الأخيره من الحديث الأول.

ص: ٥٣١

١- (١) تحف العقول ص ٢٤٨ ط نجف، الوسائل ج ١٢ ص ٥٦ في أواسط ح ١ و ج ١٣ ص ٢٤٢ ح ١.

٢- (٢) ج ١٨ ص ٧٠.

٣- (٣) الكافي ج ٥ ص ٩٠ ح ١، الوسائل ج ١٣ ص ٢٤٣ ح ١.

٤-٤) الكافي ج ٥ ص ٩٠ ح ١، الوسائل ج ١٣ ص ٢٤٣ ح ٢.

٥-٥) الفقيه ج ٣ ص ١٠٧ ح ٩٢، الوسائل ج ١٢ ص ١٧٦ ح ٤.

٦-٦) الفقيه ج ٣ ص ١٠٧ ح ٩١، الكافي ج ٥ ص ٩٠ ح ٣، التهذيب ج ٦ ص ٣٥٣ ح ١٢٣، الوسائل ج ١٢ ص ١٧٦ ح ٣.

و أما إذا كانت بتعيين العمل دون الوقت كله فلا- كراهه فيها كيف؟ و كان مولانا أمير المؤمنين عليه السلام يواجر نفسه للعمل ليهودى و غيره فى معرض طلب الرزق، كما ورد فى عده أخبار، انتهى و هو جيد.

الثانى [فى كون الإجاره من العقود اللازمه]:

قد عرف بعض الأصحاب الإجاره بأنها عقد ثمرته تمليك المنفعه بعوض معلوم، و عرفها آخر بأنها عباره عن تمليك المنفعه الخاصه بعوض معلوم، و مرجعه إلى أنها عباره عن نفس العقد الذى ثمرته ذلك أو عباره من التمليك الذى هو الثمره، و البحث فى ذلك لا- ثمره له بعد ظهور المراد، بقى الكلام فى أن المشهور بين الأصحاب هو أنه لما كانت من العقود اللازمه و جب انحصار ألفاظها فى الألفاظ المنقوله شرعا المعهوده لغه، مثل آجرتك فى الإيجاب، و أكريتك و فى معناه استكرت و تكاريت، و منه أخذ المكارى، لأنه يكرى دابته، أو نفسه، و كذا يشترط فيه ما يشترط فى غيره من العقود اللازمه من العريه حتى فى الأعراب و البناء و وقوع القبول على الفور، و نحو ذلك مما تقدم فى كتاب البيع.

و قد تقدم ثمه ما فى ذلك من البحث، و أنه لا دليل شرعا على أزيد من الألفاظ الداله على الرضا من الجانبين بتلك المعامله كيف اتفق فى هذا الموضع و غيره، و بذلك صرح جملة من محققى متأخرى المتأخرين.

و أما لزوم العقد فلا اشكال فيه للأدله العامه فى الوفاء بالعقود و الشروط و خصوص ما رواه

فى الكافى عن على بن يقطين (١) فى الصحيح قال:

«سألته يعنى أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يكترى السفينه سنه أو أقل أو أكثر قال: الكرى لازم الى الوقت الذى اكتره اليه و الخيار فى أخذ الكرى الى ربها ان شاء أخذ و ان شاء ترك». و ما رواه

فى الكافى و التهذيب (٢) عن محمد بن سهل قال:

«سألت

ص: ٥٣٢

١- (١) الكافى ج ٥ ص ٢٩٢ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٢٠٩ ح ٢، الوسائل ج ١٣ ص ٢٤٩ ح ١.

٢- (٢) الكافى ج ٥ ص ٢٩٢ ح ٢، التهذيب ج ٧ ص ٢١٠ ح ٣، الوسائل المصدر.

أبا الحسن موسى عليه السلام عن الرجل يتكارى من الرجل البيت و السفينه سنه أو أقل أو أكثر قال: كراه لازم الى الوقت الذى تكاراه اليه» الحديث. كما تقدم.

و ما رواه

الشيخ فى الصحيح عن على بن يقطين (١) قال:

«سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يتكارى عن الرجل البيت و السفينه». مثل الحديثين المتقدمين، ثم انهم بناء على ما قدمنا نقله عنهم من اشتراط ألفاظ مخصوصه جوزوا ذلك أيضا بلفظ ملكتك إذا أضيف إلى المنفعه، و ذلك لأن التملك يفيد نقل ما تعلق به، فلو قال: ملكتك هذه الدار أفاد نقل عينها، مع أن المقصود من الإجاره هو تملك المنفعه مع بقاء العين على ملك صاحبها، و حينئذ فإذا أريد بهذا اللفظ الإجاره تعين إضافته إلى المنفعه، قالوا:

و كذا تصح الإجاره بلفظ أعرتك حيث ان الإجاره مخصوصه بالمنفعه، فتصح لو قال: أعرتك هذه الدار سنه بكذا و كذا.

و بالجملة فإنه لما كانت الإعارة لا تقتضى ملك العين، و انما تفيد التسلط على المنفعه كان إطلاقها بمنزله تملك المنفعه، فتصح إقامتها مقام لفظ الإجاره بغير إضافته إلى المنافع، و يشكل بأن الإعارة و ان تعلق بالمنافع لا بالعين الا أنها انما تفيد الإباحه، و المطلوب فى الإجاره تملك المنفعه، و العوض لا مدخل له فى ماهيتها بخلاف التملك، فإنه يجامع العوض، و ارتكاب التجوز فى مثل ذلك خروج عما قرروه من قواعدهم فى العقود اللازمه، كذا أورده فى المسالك.

و اختلفوا فيما لو قال: بعتك هذه الدار و قصد الإجاره، أو قال: بعتك سكنها سنه بكذا، فالمشهور بل ظاهر التذكرة دعوى الإجماع عليه حيث نسبه الى علمائنا هو البطالان، و علل ذلك باختصاص البيع بنقل الأعيان و المنافع تابعه لها فلا يثمر الملك لو تجوز به فى نقل المنافع مفرده و ان نوى الإجاره.

و فى التحرير جعل المنع أقرب و هو يؤذن بالخلاف، و تردد فى الشرائع

ص: ٥٣٣

و منشأ التردد مما تقدم، و من أنه بالتصريح بإرادته نقل المنفعة مع أن البيع يفيد نقلها أيضا مع الأعيان و ان كان بالتبع ناسب أن يقوم مقام الإجاره إذا قصدها.

و ظاهر المحقق الأردبيلي هنا بناء على القول بالاكْتفاء بكل ما دل على المراد من الألفاظ و التراضى به، كما قدمنا ذكره، حيث أنه ممن اختار ذلك القول بالجواز فى العارِيه، و فى البيع على الوجه المذكور، حيث قال فى العارِيه-بعد الإِشاره الى ما قدمنا نقله عن المسالك من الاشكال-ما لفظه:و لا يبعد إخراجها عن ظاهرها بما يخرجها عنه صريحا مثل أن يقول:أعرتك هذه الدار سنه بكذا، غايته أن يكون مجازا بقرينه ظاهره بل صريحه، بحيث لا يحتمل غير المجاز و لا مانع منه لغه و لا عرفا و لا شرعا كما فى لفظه ملكتك.

نعم لو ثبت كون صيغه الإجاره متلقاه من الشرع و ليس هذه منها لصح عدم الانعقاد بها، و لا يكفى مجرد كونه عقدا لازما، و دعوى أن التجوز بمثل هذا يخرجها عن كونه لازما كما قاله فى شرح الشرائع، و قال:بالنسبه إلى البيع، و قد مر ما يفهم البحث منه فى عدم انعقادها بنحو البيع، مثل بعتك هذه الدار أو منفعتها سنه بكذا، و أنه فهم الإجماع من التذكرة، فإن كان إجماعا فلا كلام و الا فالظاهر أن لا مانع من الانعقاد إذا علم القصد، فان الظاهر أنه يكفى مع صلاحية اللفظ فى الجملة، و ان كان موضوعا متعارفا فى الأصل لنقل الأعيان، و هو وجه التردد فى الشرائع، انتهى.

أقول:و الذى وقفت عليه من الأخبار الواردة فى هذا المقام زياده على ما قدمناه فى كتاب البيع مما يدل على سعه الدائره فى العقود و أنها ليست على ما ذكره من الشروط و القيود ما رواه

فى الكافى عن زراره (1) قال:

«قلت لأبى عبد الله عليه السلام الرجل يأتى الرجل فيقول: اكتب لى بدراهم فيقول له: آخذ منك و أكتب لك بين يديك قال: فقال: لا بأس» الحديث.

ص: ٥٣٤

و ما رواه

فى الفقيه عن محمد بن الحسن الصفار (١) فى الصحيح

«أنه كتب الى أبى محمد الحسن بن على عليه السلام يقول: رجل يبدرق القوافل من غير أمر السلطان فى موضع مخيف و يشارطونه على شىء مسمى، إله أن يأخذ منهم أم لا؟ فوق عليه السلام إذا واجر نفسه بشىء معروف أخذ حقه إنشاء الله».

و ما رواه

عن محمد بن عيسى اليقطينى (٢)

«أنه كتب الى أبى محمد الحسن بن على بن محمد العسكرى عليه السلام فى رجل دفع ابنه الى رجل و سلمه منه سنه بأجره معلومه ليخيط له، ثم جاء رجل آخر فقال له. سلم ابنك منى سنه بزياده، هل له الخيار فى ذلك؟ و هل يجوز له أن يفسخ ما وافق عليه الأول أم لا؟ فكتب عليه السلام يجب عليه الوفاء للأول ما لم يعرض لابنه مرض أو ضعف.

و فى هذا الخبر دلالة على لزوم الإجاره كما تقدم ذكره، و ظاهر هذه الأخبار كما ترى وقوع الإجاره فيما تضمنته من غير عقد، و لا إيجاب و لا قبول غير مجرد التراضى الواقع بينهما بهذه الألفاظ.

و ما رواه

فى الفقيه عن أبان عن إسماعيل (٣) قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل استأجر من رجل أرضا فقال آجرنيها بكذا و كذا إن زرعتها أو لم أزرعها أعطيك ذلك فلم يزرع الرجل قال: له أن يأخذه بماله، إن شاء ترك و ان شاء لم يترك».

و ما رواه فى الكافى عن أبان عن إسماعيل بن الفضل (٤) مثله،

و ما رواه فى الكافى عن أبى حمزه (٥) عن أبى جعفر عليه السلام قال:

سألته عن الرجل يكتري الدابه فيقول أكثريتها منك الى مكان كذا و كذا، فان جاوزته فلك كذا و كذا زياده و يسمى ذلك؟ قال: لا بأس به كله».

ص: ٥٣٥

١- (١) الفقيه ج ٣ ص ١٠٦ ح ٨٨، الوسائل ج ١٣ ص ٢٥٤ باب ١٤.

٢- (٢) الفقيه ج ٣ ص ١٠٦ ح ٨٩، الوسائل ج ١٣ ص ٢٥٤ باب ١٥.

٣- (٣) الفقيه ج ٣ ص ١٥٥ ح ٥، الوسائل ج ١٣ ص ٢٥٨ ح ١.

٤-٤) الكافي ج ٥ ص ٢٦٥ ح ٧، الوسائل ج ١٣ ص ٢٥٨ ح ١.

٥-٥) الكافي ج ٥ ص ٢٨٩ ح ٢، الوسائل ج ١٣ ص ٢٤٩ ح ١.

و هذان الخبران و ان اشتملا على العقد الا أنه فى عكس القاعده المقرره عندهم حيث ان الإيجاب فيهما انما وقع ممن وظيفته القبول، و القبول ممن وظيفته الإيجاب مع عدم ذكر لفظه تدل على القبول، و انما ظاهرهما كون القبول وقع بمجرد الرضا من غير لفظه، و هو أبلغ فى الرد لما قالوه، و من ذلك يعلم ما ذكرناه من اتساع الدائره فى العقود، و الله سبحانه العالم.

الثالث [فى الأخبار الداله على عدم بطلان الإجاره بالبيع و الموت] :

قد عرفت مما قدمناه من الأخبار أن الإجاره من العقود اللازمه و عليه اتفاق كلمه الأصحاب، و حينئذ فلا تبطل الا بالتقاييل أو أحد الأسباب الموجهه للفسخ، مثل أن يتعذر الانتفاع بالعين المستأجره لغصبها، أو انهدامها، أو مرض الأجير كما تقدم فى مكاتبه اليقطينى و نحو ذلك مما سياتى إنشاء الله تعالى.

و لا تبطل بالبيع إذ لا منافاه بينهما لأن الإجاره انما تتعلق بالمنافع و البيع إنما يتعلق بالأعيان و المنافع و ان كانت تابعه للأعيان، الا أن المشتري متى كان عالما بالإجاره فإنه يتعين عليه الصبر الى انقضاء مده الإجاره، لأنه قدم على شراء مال مسلوب المنفعه هذه المده و ان كان جاهلا تخير بين فسخ البيع و إمضائه مسلوب المنفعه إلى تمام المده المعينه.

و الأقرب أنه لا فرق فى صحه العقد بين كون المشتري هو المستأجر أو غيره فيجتمع عليه لو كان هو المشتري الثمن من جهه البيع، و الأجره من جهه الإجاره و ربما قيل ببطلان الإجاره و انفساخها فى الصوره المذكوره، لأن تملك العين يستلزم ملك المنافع، لأنها نماء الملك، و فيه ان ذلك مسلم فيما لو لم يسبق سبب آخر لتملكها و ههنا قد تقدم عقد الإجاره الموجب لملك المنفعه، و البيع إنما ورد على ملك مسلوب المنفعه فى تلك المده بعين ما ذكرناه فى صورته ما، إذا كان المشتري شخصا آخر غير المستأجر.

و كيف كان فإن العقدين صحيحان لا منافاه بينهما، و لو ثبتت المنافاه بين البيع و الإجاره لكان الباطل هو البيع، دون الإجاره.

و الذى وقفت عليه من الأخبار الداله على صحه البيع هنا ما رواه

فى الفقيه

ص: ٥٣٦

عن أبي همام (١) أنه كتب الى أبي الحسن عليه السلام في رجل استأجر ضيعة من رجل فباع المؤاجر تلك الضيعة بحضرة المستأجر و لم ينكر المستأجر البيع و كان حاضرا له شاهدا عليه فمات المشتري و له ورثه هل يرجع ذلك الشيء في ميراث الميت؟ أو يثبت في يد المستأجر الى أن تنقضى إجارته؟ فكتب عليه السلام يثبت في يد المستأجر الى أن تنقضى إجارته».

و رواه

في الكافي عن أحمد بن إسحاق الرازي قال: كتب رجل إلى أبي الحسن الثالث عليه السلام:

«رجل استأجر» الحديث. بأدنى تفاوت لا يخل بالمقصود.

و ما رواه

المشايخ الثلاثة في الصحيح عن الحسين بن نعيم الصحاف (٢) عن أبي الحسن موسى عليه السلام قال:

«سألته عن رجل جعل دارا سكنى لرجل أيام حياته أو جعلها له و لعقبه من بعده؟ قال: هي له و لعقبه من بعده كما شرط؟ قلت: فإن احتاج الى بيعها يبيعها؟ قال: نعم، قلت: فينقض بيعه الدار السكنى؟ قال: لا ينقض البيع السكنى، كذلك سمعت أبي يقول: قال أبو جعفر عليه السلام:

لا ينقض البيع الإجاره و لا السكنى، و لكن يبيعه على أن الذي يشتريه لا يملك ما اشترى حتى ينقضى السكنى - على ما شرط - و الإجاره، قلت: فإن رد على المستأجر ماله و جميع ما لزمه من المنفعة و العماره فيما استأجره، قال: على طيبه النفس و رضا المستأجر بذلك لا بأس».

و ما رواه

في الكافي و التهذيب عن يونس (٣) قال:

«كتبت الى الرضا عليه السلام أسأله عن رجل تقبل من رجل أرضا أو غير ذلك سنين مسماه ثم ان المقبل أراد

ص: ٥٣٧

-
- ١- (١) الفقيه ج ٣ ص ١٦٠ ح ١٢، الكافي ج ٥ ص ٢٧١ ح ٣، الوسائل ج ١٣ ص ٢٦٦ ح ١.
٢- (٢) التهذيب ج ٩ ص ١٤١ ح ٤٠، الاستبصار ج ٤ ص ١٠٤، الفقيه ج ٤ ص ١٨٥ ح ١، الكافي ج ٧ ص ٣٨ ح ٣٨، الوسائل ج ١٣ ص ٢٦٧ ح ٣.
٣- (٣) الكافي ج ٥ ص ٢٧٠ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٢٠٨ ح ٦٠، الوسائل ج ١٣ ص ٢٦٧ ح ٤.

بيع أرضه التي قبلها قبل انقضاء السنين المسماه هل للمتقبل أن يمنعه من البيع قبل انقضاء أجله الذي قبلها منه اليه و ما يلزم المتقبل له؟ قال: فكتب: له أن يبيع إذا اشترط على المشتري أن للمتقبل من السنين ماله».

أقول قد اشتركت هذه الأخبار في الدلالة على صحة الإجاره، و أن البيع لا يبطلها، و أما ما اشتمل عليه الخبر الثالث من أنه يبيع بشرط أن يشترط على المشتري منافع الأرض للمستأجر، فهو محتمل للحمل على وجوب الاخبار أو استحبابه، بناء على الخلاف في وجوب الاخبار بالعيب في المبيع وقت البيع، و عدمه، فإن قلنا بالوجوب كان الشرط هنا محمولاً على الوجوب، و الا فهو محمول على الاستحباب، و كيف كان فالبيع صحيح.

و الخبر الثاني قد دل على أن حكم السكنى كالإجاره في صحة الجميع، و عدم المنافاه بين الأمرين، و الأصحاب قد اتفقوا على ذلك في الإجاره، و اختلفوا في السكنى، و المشهور أنه لا تبطل السكنى و العمرى و الرقبى بالبيع، و يجب الوفاء بذلك إلى انقضاء الأجل أو العمر، ثم يرجع للمشتري و اضطرب كلام العلامة في ذلك ففي الإرشاد قطع بجواز البيع، و في التحرير استقرب العدم، لجهاله وقت انتفاع المشتري، و في القواعد و المختلف و التذكرة استشكل الحكم.

و أنت خبير بما فيه بعد ورود الخبر الصحيح المذكور، و تأيده باتفاقهم على ذلك في الإجاره، و الجميع من باب واحد، قالوا: و لو فسخ المستأجر بعد البيع بحدوث عيب و نحوه رجعت المنفعة إلى البائع لا إلى المشتري، و وجهه ظاهر، لأن المشتري إنما اشترى مالا مسلوب المنفعة في تلك المدة و لا يتسلط عليها الا بعد انقضاء تلك المدة، و إنما هي للمستأجر مع بقاء الإجاره أو ترجع للمالك بعد فسخها.

قالوا: و لا تبطل الإجاره بالعدر مهما كان الانتفاع الذي تضمنه عقد الإجاره

من إطلاق أو تعيين ممكنا، و مرجعه إلى إمكان حصول الانتفاع الذى تضمنه العقد فى الجملة، كان تخرب الدار مع بقاء الانتفاع بها فى الجملة، لكن متى كان الأمر كذلك فإنه و ان لم تبطل الإجاره الا أنه يتخير المستأجر دفعا للضرر عليه بين الفسخ و الإمساك بتمام الأجره.

قال فى المسالك: و لا- عبره بإمكان الانتفاع بغير العين كما لو استأجر الأرض للزراعه ففرقت و أمكن الانتفاع بها بغيرها، فإن ذلك كتلف العين، و عدم منع العذر-الانتفاع أعم من بقاء جميع المنفعه المشروطه و بعضها و عدم البطلان- حاصل على التقديرين، لكن مع حصول الانتفاع ناقضا يتخير المستأجر بين الفسخ و الإمساك بتمام الأجره، انتهى.

و اختلفوا فى بطلانها بالموت على أقوال ثلاثه فقيل: بأنها تبطل بموت كل من الموجر و المستأجر و نسبه فى الشرائع إلى المشهور و قيل: بأنها لا تبطل بموت أحد منهما، و هو المشهور بين المتأخرين بل قال فى المسالك أن عليه المتأخرين أجمع.

و قيل: أنها تبطل بموت المستأجر و لا تبطل بموت الموجر، و هذا القول مع القول الأول للشيخ، و نقل فى المختلف عن ابن البراج أنه قال: ان عمل أكثر أصحابنا على أن موت المستأجر هو الذى يفسخها، لا موت الموجر، و فيه إشاره إلى شهره هذا القول أيضا فى ذلك الوقت.

قال فى الخلاف: الموت تبطل الإجاره سواء كان موت المؤجر أو المستأجر، و فى أصحابنا من قال موت المستأجر يبطلها، و موت الموجر لا يبطلها، و قال فى المبسوط: الموت يفسخ الإجاره سواء كان الميت المؤجر أو المستأجر عند أصحابنا و الأظهر أن موت المستأجر يبطلها، و موت الموجر لا يبطلها، و نقل القول الأول عن المفيد و المرتضى و ابن البراج و ابن حمزه و غيرهم.

احتج القائلون بالأول على ما نقله فى المختلف بأن استيفاء المنفعه يتعذر

بالموت، لأنه استحق بالعقد استيفائها على ملك المؤجر، فإذا مات زال ملكه عن العين، وانتقلت إلى الورثة فالمنافع تحدث على ملك الوارث، فلا يستحق المستأجر استيفائها، لأنه ما عقد على ملك الوارث، وإذا مات المستأجر لم يكن إيجاب الأجره في تركته.

ثم أجاب عن ذلك بأن المستأجر قد ملك المنافع، وملك عليه الأجره كامله وقت العقد، قال: وينتقض ما ذكره بما لو زوج أمته ثم مات.

أقول: الأظهر في النقض عليهم هو ما صرحوا به في البيع بعد الإجاره من أن المنتقل إلى المشتري بالبيع كذلك، إنما هو العين مسلوبه المنافع في تلك المده و أن المنفعه بالإجاره قد خرجت عن ملك صاحب العين، و به يظهر أنه لا معنى لقولهم أن المنافع بعد موت الموجر تحدث على ملك الوارث، فإنها و إن حدثت في ملك الوارث إلا أنها قد صارت مملوكه قبل الانتقال إلى الوارث، فالوارث هنا كالمشتري إنما انتقلت اليه العين خاليه عن المنافع تلك المده، وهكذا القول في موت المستأجر فإن الأجره قد صارت دينا في ذمته بعقد الإجاره مستحقه عليها للموجر، فلا تبرأ إلا بأدائها حيا كان أو ميتا.

و استدل القائلون بالقول الثاني بأن الإجاره من العقود اللازمه، و من شأنها أن لا تبطل بالموت، و لعموم (1) «الأمر بالوفاء بالعقود»، و للاستصحاب و احتج في المختلف للقول المذكور حيث انه المختار عنده قال: لنا انه حق مالى و منفعه مقصوده يصح المعاوضه عليها و انتقالها بالميراث و شبهه، فلا يبطل بموت صاحبها كغيرها من الحقوق، و لأن العقد وقع صحيحا و يستصحب حكمه، و لأن العقد ناقل فيملك المستأجر المنافع به، و الموجر مال الإجاره، فينتقل حق كل واحد منهما إلى ورثته انتهى، و هو جيد.

و مرجع هذا الاستصحاب الذى ذكره هنا الى استصحاب عموم الدليل

ص: ٥٤٠

أو إطلاقه و هو مما لا شك في صحه الاستدلال به، لا الاستصحاب المتنازع فيه بأن عموم الأدله الداله على وجوب الوفاء بالعقود والشروط-يقتضى البقاء على حكمها حتى يحصل المخرج عن ذلك و الرفع له، وليس فليس-بل خصوص ما قدمناه من الأخبار الداله على لزوم الإجاره إلى الوقت المحدود.

مثل قوله عليه السلام في صحيحه على بن يقطين المتقدمه في الموضع الأول «الكرى لازم الى الوقت الذى اكتراه اليه» ونحوها روايه محمد بن سهل المتقدمه أيضا، فإن للقائل بالصحه أن يستصحب اللزوم حتى يقوم دليل على البطلان و ليس ألا ما ذكره من تلك التعليقات العليله مما قدمنا بيانه.

و يزيد ذلك تأييدا و ان كان أخص من المدعى ما رواه

في التهذيب عن إبراهيم الهمداني (1) قال:

«كتبت الى أبى الحسن عليه السلام و سألته عن امرأه آجرت ضيعتها عشر سنين على أن تعطى الإجاره فى كل سنه عند انقضائها لا يقدم لها شىء من الإجاره ما لم ينقض الوقت فماتت قبل ثلاث سنين أو بعدها هل يجب على ورثتها إنفاذ الإجاره إلى الوقت أم تكون الإجاره منتقضه لموت المرأه فكتب عليه السلام ان كان لها وقت مسمى لم تبلغه فماتت فلورثتها تلك الإجاره و ان لم تبلغ ذلك الوقت و بلغت ثلثه أو نصفه أو شيئا منه فيعطى ورثتها بقدر ما بلغت من ذلك الوقت إنشاء الله تعالى.

و بهذا المضمون أيضا روايه أحمد بن إسحاق الأبهري (2) عن أبى الحسن عليه السلام و حاصل الجواب بقريته ما اشتمل عليه السؤال من الشرط المذكور فيه أن حكم الورثه فى الإجاره المذكوره حكم المرأه من أن لورثتها تلك الإجاره إلى الوقت المسمى فيها، الا أنهم انما يعطون الأجره بقدر ما مضى من تلك المده عملا بالشرط المذكور على المرأه.

ص: ٥٤١

١- (١) التهذيب ج ٧ ص ٢٠٧ ح ٥٨، الكافي ج ٥ ص ٢٧٠ ح ٢، الوسائل ج ١٣ ص ٢٦٨ ح ١.

٢- (٢) التهذيب ج ٧ ص ٢٠٨ ح ٥٩، الوسائل ج ١٣ ص ٢٦٩ ح ٥.

و بالجمله فالظاهر عندى هو القول المذكور كما عرفت مضافا الى ما عرفت فى أدله خلافه من القصور، وقد استثنى الأصحاب من هذا الحكم بناء على القول المذكور مواضع منها ان يشترط الموجد على المستأجر استيفاء المنفعة بنفسه، فإنها تبطل بموته، و هو الظاهر عملا بالشرط المذكور.

و منها أن يكون الموجد موقوفا عليه فيؤجر الوقف ثم يموت قبل انقضاء المده، فإنها تبطل بموته عندهم، فهو بمنزله انقضاء المده، لأنه إنما يملك المنفعة إلى حين موته، إلا أن يكون ناظرا على الوقف، فيؤجره لمصلحه العين أو لمصلحه البطون، فإنها لا تبطل حينئذ بموت الناظر، و الصحه هنا ليست من حيث كونه موقوفا عليه، بل من حيث كونه ناظرا.

و منها الموصى إليه بالمنفعة مده حياته لو آجرها مده، و مات فى أثناء المده، فإنها تبطل بموته للعله المذكوره فى سابقه، و هو انتهاء استحقاقه، حيث أن ملكه مقصور على مده حياته، و الله سبحانه العالم.

الرابع [فى صحه إجاره ما تصح إعارته]:

من الكليات المتفق عليها بينهم أن كلما صح إعارته صح إجارته، و قيدها بعضهم بما صح إعارته بحسب الأصل لا مطلقا، فإن المنحه و هى الشاه المعاره للانتفاع بلبنها مما يصح إعارتها مع أنه لا يصح إجارتها، إلا أن هذا الحكم انما ثبت فيها على خلاف الأصل و القاعده فى العاريه، كما تقدم ذكره، فان مقتضى قاعده العاريه أن المستفاد ما صح الانتفاع به مع بقاء عينه، و المنحه ليست كذلك، فحكمها مخالف لقاعده العاريه فلا بد من القيد فى الكليه المذكوره.

و بعضهم حمل الكليه المذكوره على ما هو الغالب، فلا يحتاج الى القيد المذكور، و قال المحقق الأردبيلي فى شرح الإرشاد-بعد قول المصنف و يصح اجاره كل ما يصح إعارته- ما صورته: أى كل ما يصح إعارته من الأعيان للانتفاع بالمنفعه التى لا تكون عينا يصح إجارته أيضا، لأن الإجاره تمليك المنفعه بعوض، و العاريه بدون العوض، و لا فرق بينهما فكل ما يصح فيه أحدهما يصح

فيه الآخر، ووجه قيد التي لا تكون عينا ظاهر، فإنه قد نقل الإجماع في التذكرة و غيرها على عدم صحة الإعارة عندنا إذا كانت المنفعة المنتقلة مثل لبن شاه، و ثمر بستان و نحوهما، و لهذا ترك القيد فلا يرد عليه أنه يجوز إعاره الشاه و نحوها، و لا يجوز إجارتها، و لا يحتاج الى الجواب بأن المراد غالبا كما قاله المحقق الثاني فتأمل، انتهى.

أقول: لا- أعرف لما ذكره في هذا المقام من الكلام وجهها واضحا لما تقدم في العاربه من الاتفاق على إعاره الشاه للبن و هي المنحه، و ان كان الدليل عليها لا يخلو من القصور، و ما نقله عن التذكرة و غيرها من الإجماع على عدم صحة الإعارة عندنا إذا كانت المنفعة المنتقلة عينا مثل لبن شاه أو ثمره بستان- لم أقف عليه في التذكرة و انما الذى فيها ما قدمنا نقله في كتاب العاربه حيث قال يجوز اعارة الغنم للانتفاع بلبنها و صوفها، و هي المنحه لاقتضاء الحكمه بإباحته، لأن الحاجه تدعو الى ذلك و الضروره تبيح مثل هذه الأعيان إلى آخر ما قدمنا نقله عنه ثمه، و حينئذ فإذا ثبت صحة عاربه الغنم خاصه كما هو أحد القولين أو مع غيرها مما ألحق بها كما هو القول الآخر للبن خاصه أو غيره من المنافع أيضا على الخلاف، فكيف لا يجب التقييد فى الكليه المتقدمه بأحد القيدين المتقدمين.

و بالجمله فإنه لا- يظهر لى وجه لصحه كلامه هنا، و لعله أراد وجهها لم يهتد إليه فهمى القاصر، و الا فإنه على ظاهره فى غايه الغرابه من مثله و الله سبحانه العالم.

الخامس [كون العين أمانه و صحه اشتراط الضمان على المستأجر]:

الظاهر أنه لا خلاف فى أن العين المستأجره كالدابه و نحوها أمانه فى يد المستأجر فى ضمن المده المستأجره لا يضمناها الا بالتفريط أو التعدى، و الوجه فيه أنها مقبوضه بإذن المالك، فلا يتعقبها ضمان الا على أحد الوجهين المذكورين.

و انما الخلاف فيما بعد المده إذا لم يطالب المالك بردها أو طالب و لكن وقع التلف فى أثناء الرد بحيث لم يؤخر الدفع بعد الطلب، و المشهور بين المتأخرين العدم، لأنه لا يجب على المستأجر رد العين على الموجد، و لا مؤنه ذلك،

و انما يجب عليه التخليه بين المالك و بينها كالوديعة، لأصالة براءة ذمته من وجوب الرد، لأنها أمانه قبل انقضاء المده، فيستصحب و لا يجب ردها الا بعد المطالبه، و الواجب بعدها تمكينه منها، كغيرها من الأمانات.

و خالف فى ذلك جماعه منهم الشيخ و ابن الجنيد، قال فى المبسوط: إذا استأجر دابه و استوفى حقه أو لم يستوف و أمسك البهيمة بعد مضى المده فهل يصير ضامنا لها؟ و هل يجب عليه مؤنتها و مؤنه الرد بعد الاستيفاء أم لا؟ فإنه يجب عليه الرد بعد مضى المده، و مؤنه الرد إذا أمسكها و قد أمكنه الرد على حسب العاده صار ضامنا، و انما قلنا ذلك لأن ما بعد المده غير مأذون له فى إمساكها و من أمسك شيئاً بغير اذن صاحبه و أمكنه الرد فلم يرد ضمن، و فى الناس من قال: لا يصير ضامنا، و لا يجب عليه الرد و لا مؤنه الرد و أكثر ما يلزمه أن يرفع يده عن البهيمة، إذا أراد صاحبها أن يسترجعها، لأنها أمانه فى يده، فلم يجب ردها مثل الوديعة.

و قال ابن إدريس: الذى يقوى فى نفسى أنه لا يصير ضامنا و لا يجب عليه الرد الا بعد مطالبه صاحبها بالرد، لأن هذه أمانه فلا يجب ردها الا بعد المطالبه، مثل الوديعة، لأن الأصل براءة الذمه، فمن شغلها بشىء يحتاج الى دليل، و ما ذكره شيخنا فى نصره مذهبه فبعيد، و يعارض بالرهن إذا قضى الراهن الدين، و لم يطالب برد الرهن، و هلكت فلا خلاف أن المرتهن لا يكون ضامنا له، و إن كان قال: للمرتهن أمسك هذا الرهن الى أن أسلم إليك حقك، فقد أذن له فى إمساكه هذه المده، و لم يأذن فيما بعدها مطلقاً، بل بقى على أمانته، و على ما كان أولاً، و كذلك فى مسئلتنا، انتهى.

و على هذا القول جرى أكثر من تأخر عنه منهم الفاضلان فى غير المختلف و أما فيه فإنه بعد نقل كلام الشيخ و كلام ابن إدريس قال: و فى ذلك عندى تردد.

أقول: و الأظهر هو القول المشهور تمسكا بأصالة براءة الذمه حتى يقوم على

خلافها دليل، مؤيدا ذلك بالنظائر المذكوره في كلامهم.

بقى الكلام فيما لو اشترط عليه الضمان من غير تعد و لا تفريط، و ظاهرهم هنا هو القول ببطلان الشرط المذكور، و تردد المحقق ثم استظهر المنع، و منشأ التردد من عموم ما دل على وجوب الوفاء بالشروط، و من مخالفه هذا الشرط لمقتضى العقد، و ذلك فإنه قد ثبت شرعا أن المستأجر أمين لا يضمن إلا بالتعدى أو التفريط فلا يصح هذا الشرط.

و عندي فيه نظر، قد تقدم ذكره في غير موضع، فإن أكثر الشروط الواردة على العقود إنما هي بمنزله الاستثناء مما دل عليه أصل العقد، بمعنى أنه لو لا ذكرها لكان مقتضى العقد دخولها كما أن مقتضى البيع اللزوم، مع أنه يدخله شرط الفسخ بلا خلاف و لا إشكال.

و إلى ما ذكرناه من صحة الشرط المذكور مال في الكفايه، و علله بما يقرب مما ذكرناه، قال: و يمكن أن يقال: أدله صحة العقود و الشروط يقتضى صحة هذا العقد و الشرط، و كونه مخالفا لما ثبت شرعا ممنوع، لأن الثابت عدم الضمان عند عدم الشرط، لا مطلقا.

و قد روى موسى بن بكر (1) عن أبي الحسن عليه السلام قال:

سألته عن رجل استأجر سفينه من ملاح فحملها طعاما و اشترط عليه ان نقص الطعام فعليه، قال:

جائز، قلت: له أنه ربما زاد الطعام؟ قال: فقال: يدعى الملاح أنه زاد فيه شيئا؟ قلت: لا، قال: هو لصاحب الطعام الزيادة، و عليه النقصان إذا كان قد شرط عليه ذلك،، انتهى و هو جيد.

ثم انه على تقدير بطلان الشرط، هل يبطل العقد بطلانه، أم الشرط، خاصة؟ قولان: قد تقدم ذكرهما في غير موضع، و المشهور الأول، و قد تقدم

ص: ٥٤٥

تحقيق القول في ذلك مقدمات كتاب الطهاره (١) ثم إنه على تقدير القول الثانى فالثابت عدم الضمان، و هو الظاهر، و على تقدير الأول فالظاهر أنه كذلك أيضا لأصالة العدم، و لما تقرر فى كلامهم «من أن كل ما لا يضمن بصحيحه، لا يضمن بفاسده»، و يأتى على ما قدمناه من صحة العقد و الشرط المذكورين الضمان، و هو ظاهر.

قالوا: و يجوز إجاره المشترك بينه و بين غيره، لعموم الأدله و لعدم ثبوت مانعيه الشركه، لإمكان تسليمه و استيفاء المنفعه بموافقه الشريك، و لو امتنع رفع الأمر إلى الحاكم، و يكون كما لو تنازع الشريكان، و الحكم اتفاقى عندهم، كما نقله فى المسالك، و لم ينقل الخلاف فيه إلا عن بعض العامه، حيث منع الإجاره لغير الشريك و الله سبحانه العالم.

السادس [صحة خيار الشرط فى الإجاره]:

المشهور بين الأصحاب بل لا يظهر فيه مخالفه صحة خيار الشرط فى الإجاره، لعموم أدله الإجاره، و عموم أدله صحة الشروط الا ما استثنى، و ليس هذا منه، و عدم ظهور مانع، و لا فرق بين شرطه لهما معا، أو لأحدهما، أو لأجنبى كما تقدم فى البيع، و لا فرق بين أن تكون الإجاره لعين معينه كهذه العين، أو يكون موردها الذمه كان يستأجره لعمل مطلق غير مقيد بشخص كبناء حائط.

و قد اتفقوا أيضا على أنه لا يدخلها خيار المجلس، لأنه مختص عندنا بالبيع، فلا يثبت فيها مع الإطلاق، أما لو شرط فالمشهور عدم صحته، لأنه شرط مجهول، لأن المجلس يختلف بالزياده و النقصان، و عدم قدحه فى البيع من حيث أنه ثابت فيه بالنص.

و عن المبسوط صحة الشرط المذكور (٢) لعموم

«المؤمنون عند شروطهم».

و رد بما عرفت من أنه شرط مجهول، فيجهل، به العقد، و ثبوته فى البيع مستثنى بما ذكرناه، و الله سبحانه العالم.

ص: ٥٤٦

١-١) ج ١ ص ١٦٤.

٢-٢) الوسائل ج ١٥ ص ٣٠ ح ٤.

و هي سته

الأول: كمال المتعاقدين

فلا- ينعقد بالصبي و المجنون، و في الصبي المميز بإذن الولي و جهان، بل قولان: و قد تقدم تحقيق، الكلام في المقام في البيع (١) بما لا مزيد عليه.

الثاني: معلوميه الأجره

لا- خلاف و لا- إشكال في اشتراط كون الأجره معلومه في الجملة، لكن هل يكفي في المكيل و الموزون الاكتفاء بمعلوميتها بالمشاهده، لاكتفاء معظم الغرر بذلك، و أصاله الصحه أم لا بد من الكيل و الوزن في كل منهما؟ قولان: المشهور الثاني، و نقل الأول عن جماعه منهم الشيخ و المرتضى، و استحسنة في الشرائع، و استشكل في الإرشاد في ذلك.

قال في المبسوط: مال الإجاره يصح أن يكون معلوما بالمشاهده، و ان لم يعلم قدره، لأصاله الصحه، و لأن الغرر منفي لحصول العلم بالمشاهده.

و منع ابن إدريس من ذلك، و أجيب عنه بأن الإجاره معامله لازمه مبنيه على المغالبه و المماكسه، فلا بد فيها من نفي الغرر عن العوضين، و قد ثبت من الشارع اعتبار الكيل و الوزن في المكيل و الموزون في البيع، و عدم الاكتفاء بالمشاهده، فكذا في الإجاره، لاتحاد طريق المسئلتين، و لنهي النبي (صلى الله عليه و آله و سلم) (٢) عن الغرر مطلقا، و هو شامل لموضع النزاع و مثله المعدود، و كذا أجاب به في المسالك، و نحوه كلام العلامة في المختلف.

و ظاهر المحقق الأردبيلي هنا الميل إلى القول الأول، حيث قال بعد نقل الخلاف في المسئله: و الأصل و عموم أدله الإجاره و عدم دليل صالح للاشتراط دليل الأول، إذ ليس الا الغرر المنفي في البيع على ما نقل عنه (صلى الله عليه و آله و سلم) فلو صح كان دليلا في البيع فقط، الا أن يعلم أن السبب هو الغرر فقط من حيث

ص: ٥٤٧

١- ١) ج ١٨ ص ٣٦٧.

٢- ٢) الدعائم ج ٢ ص ١٩، الوسائل ج ١٢ ص ٣٣٠ ح ٣.

هو، و أنه الموجب للفساد، و أنه موجود فيما نحن فيه فكان دليلاً - للشأنى أيضاً و لكن أنى يثبت ذلك كله، فإن المراد بالغرر المنفى غير واضح، و كذا عليه فقط، و وجوده فيما نحن فيه، إذ نعلم انتفاعه فى مشاهدته غير المكييل و الموزون بالاتفاق، و الظاهر أنه يكفى العلم بالمشاهدته فى المكييل و الموزون، و فى المعدود و المزروع بالطريق الأولى، و يؤيده بطلان القياس، و كون الإجاره غير بيع عندنا.

و قال فى الشرح قلت: الحديث ورد فى البيع، و الإجاره محموله عليه عند بعض العامه، لأنها بيع، و أما عندنا فلا يأتى الا من طريق اتحاد المسئلتين إلى آخره، و قد عرفت عدم إمكان إثبات الاتحاد بحيث لا يكون قياساً باطلاً، انتهى كلامه و هو جيد.

أقول: و قد تقدم فى كتاب البيع الكلام فى هذه المسئله (١) و النقل عن جمله من الأصحاب جواز البيع مع المشاهده فى الصوره المذكوره، و أنه هو الظاهر من أكثر من الأخبار، و إذا ثبت ذلك فى البيع بطل ما اعتمده من حمل الإجاره عليه، و ما استندوا اليه من الخبر عنه (صلى الله عليه و آله و سلم) فى النهى عن بيع الغرر لم يثبت من طرقنا، و إن كثر تناقله فى كلامهم و على تقدير ثبوته فحمل الإجاره على البيع فى ذلك لا يخرج عن القياس، كما ذكره المحقق المذكور.

و ما ذكره فى المسالك من نهى النبى (صلى الله عليه و آله و سلم) من الغرر مطلقاً، (٢) و هو شامل لموضع النزاع مردود، بعدم ثبوت ما ادعاه، و المنقول من كلام غيره إنما هو دعوى ورود الخبر فى البيع لا مطلقاً، مع عدم ثبوته من طرقنا كما عرفت، و بذلك يظهر لك قوه القول الأول و إن كان الأحوط هو المشهور و الله سبحانه العالم.

الثالث: أن تكون المنفعه مملوكه

، اما تبعا لملك العين بأن يكون مالكا

ص: ٥٤٨

١-١) ج ١٨ ص ٤٨١.

٢-٢) الوسائل ج ١٢ ص ٣٣٠ ح ٣.

للأصل، فتبعه المنفعة و هو ظاهر، أو منفردة بأن يكون قد استأجره و ملك منفعته بالاستيجار من غير أن يشترط عليه استيفاء المنفعة بنفسه، أو عدم الإجاره لغيره، فلو شرط عليه أحد الأمرين لم يجز عملا بالشرط، و الظاهر أن المراد بالملكه هنا هو صحه التصرف و السلطنه على المنفعه بوجه شرعى، لتدخل فيه ما إذا كان وقفا بناء على القول بعدم ملك الموقوف عليه.

أقول: و قد تقدم الكلام فى أن للمستأجر أن يوجر غيره فى المسئله الرابعه من مسائل المطلب الثالث (1) و كذا فى كتاب المزارعه، فإنه هو الموضوع الذى بسطنا فيه الأخبار، و نقحنا المسئله فيه كما هو حقها، و اختلفوا فيما لو آجر غير المالك شيئا مما يصح للمالك إيجاره فضولا، هل يقع باطلا أو يقف على الإجازة؟ قولان.

قال فى المسالك: و لا- خصوصيه لهما بالإجاره، بل الخلاف وارد فى جميع عقود الفضولى، و لكن قد يختص الإجاره عن البيع بقوه جانب البطلان، من حيث أنه قضيه عروه البارقي (2) مع النبى (صلى الله عليه و آله و سلم) فى شراء الشاه دلت على جواز بيع الفضولى و شرائه، و قد يقال: باختصاص الجواز بمورد النص، و الأقوى توفقه على الإجازة مطلقا، انتهى.

أقول: قد تقدم تحقيق الكلام فى هذه المسئله فى البيع بما لا مزيد عليه (3) و من العجب العجيب أنهم يردون الأخبار المرويه فى أصولهم المشهوره المعول عليها بين متقدميهم بلا خلاف، من جهه ضعف السند بهذا الاصطلاح الجديد، و يتلقون هذا الخبر العامى بالقبول، و يفرعون عليه ما لا يخفى من الفروع، و أعجب من ذلك أن مورد خبرهم إنما هو البيع، و هم يعدون ذلك إلى جميع المعاوضات كما سمعت من كلامه هنا، و نحوه غيره، فأسأل الله عز و جل المسامحه

ص: ٥٤٩

١- ١) ص ٥٦٣.

٢- ٢) المستدرک ج ٢ ص ٤٦٢. ب ١٨ ح ١.

٣- ٣) ج ١٨ ص ٣٧٦.

لناولهم فيما زالت فيه الأقدام.

الرابع: أن يكون المنفعة معلومه بين المتعاقدين

،ليزول الغرر، اما بتقدير العمل كخياطه هذا الثوب، و ركوب الدابه إلى الموضع الفلاني، أو بتقدير المده كخياطه شهر، و ركوب شهر، و سكنى الدار سنه و نحو ذلك.

و لو قدره بالمده و العمل معا، قيل: يبطل و قيل: يصح، و تفصيل هذه الجملة يقع فى مقامين: الأول: ينبغى أن يعلم أن التخيير هنا بين التقدير بكل من هذين الأمرين ليس كلياً، وإنما المراد أن كل منفعة يمكن تقديرها بهما معا فإنه يتخير بين تقديرها بأحدهما، و ذلك كاستئجار الآدمى و الدابه، فإنه يمكن ضبطه بالعمل و المده كالمثالين المتقدمين من خياطه هذا الثوب، و ركوب الدابه إلى الموضع الفلاني، و يمكن ضبطه بالزمان كخياطه شهر و ركوب شهر، فبأيهما ضبطها كان صحيحاً، و ما لا يمكن ضبطه و تقديره الا بالزمان كالعقارات مثل سكنى الدار و الإرضاع، فإنه لا بد من تقديره بالزمان و ضبطه به، و الضابط هو العلم بالمنفعة على أحد الوجهين المذكورين.

و عن التحرير أنه جعل الضابط بالنسبه إلى ما يجوز بهما معا ما كان له عمل بالعمل كالحيوان، و ما يختص بالزمان ما ليس له عمل كالدار و الأرض، و أورد عليه بأنه ينتقض الأول باستئجار الآدمى للإرضاع، فإنه عمل و لا ينضبط الا بالزمان.

الثانى: فيما لو قدر بهما معا بأن جمع بين تعيين العمل و ضبط المده بحيث يتطابق بتمام العمل و المده، و لا يزيد أحدهما على الآخر مثل أن يخيط هذا الثوب فى هذا اليوم، فإنه قيل: بالبطلان، لأنه غرور، و لأن استيفاء العمل فى تلك المده قد لا يتفق، و ان اتفق فهو نادر، فكأنه استأجره على ما لا يقدر عليه عادة، فإنه يمكن انتهاء العمل قبل انتهاء الزمان، و بالعكس فإن أمر بالعمل على تقدير الأول إلى أن ينتهى المده لزم الزيادة على ما وقع عليه العقد بالنسبه إلى شرط

العمل لانتهائه، كما هو المفروض، وإن لم يأمر بالعمل لزم ترك العمل في المدة المشروطة بالنظر إلى التحديد بالزمان، وعلى تقدير الثاني و هو العكس ان أمر بالإكمال مع انتهاء الزمان كما هو المفروض لزم العمل في غير المدة المشروطة، و ان لم يأمر كان تاركا للعمل الذى وقع عليه العقد.

وقيل: بالصحة و نقله فى المسالك عن المختلف، و لم أقف عليه فى كتاب الإجاره بعد التتبع له و كونه فى غير الكتاب المذكور بعيد، قال: و اختار فى المختلف الصحة محتجا بأن الغرض إنما يتعلق فى ذلك غالبا بفراغ العمل، و لا ثمره مهمه فى تطبيقه على الزمان، و الفراغ أمر ممكن لا- غرر فيه، فعلى هذا ان فرغ قبل آخر الزمان ملك الأجره، لحصول الغرض، فإن خرجت المدة قبله فلمستأجر فسخه، فإن فسخ قبل عمل شىء فلا شىء، أو بعد شىء فأجره مثل ما عمل، و ان اختار الإمضاء لزم الإكمال خارج المدة، و ليس له الفسخ.

ثم قال فى المسالك: و الحق أن ما ذكره إنما يتم لو لم يقصد المطابقه، و هو خلاف موضع النزاع، فلو قصدناها بطل، كما قالوه، و مع ذلك يشكل لزوم أجره المثل مع زيادتها على المسمى، فإن الأجير ربما يجعل التوانى فى العمل وسيله إلى الزائد، فينبغى أن يكون له أقل الأمرين من المسمى ان كان أتم العمل و ما يخصه منه على تقدير التقسيط ان لم يتم، و من أجره مثل ذلك العمل، و الأقوى البطلان الا مع إرادته الظرفيه المطلقه، و إمكان الوقوع فيها انتهى.

و فى الشرائع قد تردد فى المسئله، و هو فى محله، لخلو المسئله عن النصوص، و تصادم ما ذكر هنا من التعليلين بالخصوص، و ان كان كلام العلامة لا- يخلو من قرب، حملا- للمطابقه على المبالغه، فإن الظاهر أن الغرض الكلى من الإجاره إنما هو تحصيل المنفعه، فيكون دائرا مدار الفراغ من العمل، و الزمان لا- دخل له فى ذلك الا- من حيث الظرفيه، فبوقوعه فيه قبل تمامه تثبت استحقاق الأجره، و قبل تمامه يتسلط المستأجر على الفسخ كما ذكره، هذه

ثمره اشتراطه فى المقام، و اراده المطابقه حقيقه-لو فرض قصدهما كذلك، مع كونه لا- يترتب عليه أثر و لا ثمره مهمه-نادر، و الأحكام إنما تبني على الأفراد الغالبه المتكرره، و كيف كان فالمسئله فى محل من الأشكال و الله سبحانه العالم.

الخامس: أن تكون المنفعه مباحه

اشاره

و الكلام هنا فى موضعين

الأول [تحريم اجاره البيت ليحرز فيه الخمر] :

الظاهر أنه لا خلاف فى تحريم اجاره البيت ليحرز فيه الخمر، و الدكان لبيع فيه الآله المحرمه، و الأجير ليعمل له مسكرا، بمعنى أن الإجاره وقعت لهذه الغايات أعم من أن يكون قد وقع شرطها فى متن العقد أو حصل الاتفاق عليها.

و يدل عليه

روايه جابر (١) قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يؤاجر بيته فيباع فيه الخمر، قال: حرام أجرته».

إنما الخلاف هنا فى موضعين أحدهما أنه هل تكون الإجاره باطله، و كذلك البيع، أو أنه يصح ذلك و ان أثم، فالمشهور الأول و قيل: بالثانى، و لعل وجهه أن النهى إنما يفيد البطلان فى العبادات، لا فى المعاملات، و فيه أن مقتضى ما قدمنا تحقيقه فى هذه المسئله من التفصيل بأنه ان كان النهى راجعا إلى شىء من العوضين بمعنى عدم صلاحيته للعوضيه، فإن النهى يدل على البطلان، و ان كان راجعا إلى أمر خارج كالبيع وقت النداء يوم الجمع، فإن غايه النهى الإثم خاصه من غير أن يبطل العقد، و ما نحن فيه إنما هو من قبيل الأول بمعنى عدم صلاحيه المبيع للانتفاع و الانتقال، كما فى بيع الغرر و نحوه، و به يظهر قوه قول المشهور.

و ثانيهما أنه لم يقع الإجاره لهذه الغايات و لكن يعلم أن المستأجر و المشتري يعمل ذلك، و ذهب جمع منهم الشهيد فى المسالك و تبعه المحقق الأردبيلي إلى أن حكمه كأول فى التحريم و البطلان، لأنه معاونه على الإثم، للنهى عنه فى الآيه الشريفه (٢)، و الخبر المتقدم و ذهب جمع إلى الجواز، و يدل عليه جملة من الأخبار

ص: ٥٥٢

١- (١) الكافي ج ٥ ص ٢٢٧ ح ٨، التهذيب ج ٧ ص ١٣٤ ح ٦٤ و فيه عن صابر الوسائل ج ١٢ ص ١٢٥ ح ١.

٢- (٢) سورة المائده-الايه ٢.

التي قدمت في مقدمته الثالثة من مقدمات كتاب التجاره (1) وقد استوفينا تحقيق الكلام فيه ثمه فليرجع اليه من أحب الوقوف عليه.

الثاني [الخلاف في إجاره الحائط المزوق للتنزه]:

اختلف الأصحاب في جواز إجاره الحائط المزوق للتنزه فجوزه ابن إدريس، و منعه الشيخ، و تردد في الشرائع، قال في الخلاف و المبسوط:

لا- يجوز إجاره حائط مزوق أو محكم للنظر اليه و التفرج فيه و التعلم منه، لأنه عبث، و النفع منه قبيح، و إذا لم يجز النفع فإجارته قبيحه.

و قال ابن إدريس: يجوز ذلك إذا كان فيه غرض و هو التعلم من البناء المحكم، كما يجوز اجاره كتاب فيه خط جيد للتعلم منه، لأن فيه غرضا صحيحا و لأنه لا مانع منه.

قال في المختلف- بعد نقل القولين و قول الشيخ-: جيد لأنها منفعه ليس للمالك منع المنتفع بها، فلا يصح إجارتها كالاستغلال بالحائط، و فرق بين المزوق، و الكتاب، لأن في الكتاب يتصرف المستأجر بالتسليم و التقليب بخلاف صورته النزاع، و لو فرض عدمها لم تقع الإجاره، كالحائط.

أقول: لا يخفى أن الظاهر من كلام الشيخ أن العله في المنع إنما هي من حيث عدم إباحه هذه المنفعه، كما هو عنوان أصل هذه المسئله فكأنه جعل التنزه هنا من قبيل اللهو، كما يشير اليه قوله «و لأنه عبث، و النفع منه قبيح، و إذا لم يجز النفع فإجارته قبيحه»، لا أن العله في عدم جواز الإجاره ما ادعاه العلامة، و علل به قول الشيخ من أنه يمكن استيفاء هذه المنفعه بدون إذن المالك، كالاستغلال بحائط الغير، و ليس للمالك المنع من ذلك، فلا تصح إجارته، لأنه غير مملوك للمالك.

و أنت خبير بأنه أين هذا من عباره الشيخ المتقدمه، و العجب من المسالك حيث تبع العلامه في ذلك فقال بعد نقل قول ابن إدريس بالجواز: و منعه الشيخ و جماعه، لأن ذلك يمكن استيفائه بدون اذن المالك، كما يجوز الاستغلال بحائطه بدون انتهى.

ص: ٥٥٣

و بالجمله فإن الظاهر من كلامى الشيخ و ابن إدريس يرجع إلى الاختلاف فى كون المنفعة هنا مباحه أو غير مباحه، و ابن إدريس يدعى الأول، و الشيخ الثانى، نعم هذا الاختلاف إنما يتفرع على ما إذا كان التزويق داخل البيت، كما هو الغالب لا فى جدران الخارجه فى الطرق التى تراها جميع الناس، فينبغى تقييد محل النزاع بذلك، بناء على الغالب المتعارف، و تقييد إطلاق كلامهم بذلك، و كيف كان فالظاهر بناء على ما قلناه ترجيح كلام ابن إدريس فإن ما ذكره غرض صحيح لأرباب تلك الصناعات، و الله سبحانه العالم.

السادس: أن يكون مقدورا على تسليمها

إشاره

، و الكلام هنا يقع فى مواضع:

الأول [فى إجاره الآبق مع الضميمة] :

لا ريب أن من شرط صحه الإجاره عندهم قدره الموجر على تسليم العين المستأجره إلى المستأجر، و لا ريب أيضا فى اشتراط كون العين المستأجره مقدوره الانتفاع فى الجمله، ليمكن الانتفاع المطلوب إذ استيجار الغير المقدوره التى لا يمكن الانتفاع بالمطلوب منها سفه محض و غرر، و يدل عليه العقل و النقل، فلو استأجر الأخرس للتعليم أو الأعمى لحفظ متاع بالبصر بطل، لما ذكرنا.

و الظاهر كما تقدم ذكره فى كتاب البيع عدم اشتراط كون تسليم المنفعة مقدورا للموجر، بل يكفى إمكان التسلم، فلو كان المستأجر قادرا على استيفاء المنفعة بأخذ العين من الغاصب بنفسه. أو معاون أو قادرا على تحصيل الآبق، فالظاهر جواز الاستيجار، و نحوه أيضا استيجار الغاصب للمغصوب الذى فى يده، لحصول التسلم، و الظاهر أنه يخرج عن الضمان و الغاصبيه بمجرد العقد، و أن الأظهر فى الجميع صحه الإجاره، لعموم الأدله و الأصل عدم ثبوت مانع، ثم انه فيما عدا صوره الغصب ان بذل الجهد فى تسليمه و لم يمكن التسليم بطل الإجاره، لأن لزوم الأجره موقوف على إمكان التسليم و التسلم، الا أن يقصر المستأجر مع قدره، فيلزم العقد.

بقى الكلام فى إجاره الآبق مع الضميمة، و قد تردد فى ذلك جمله من

الأصحاب، منهم الشرائع و التحرير و التذكرة، و أطلق المنع فى الإرشاد و قيده فى القواعد بعدم الضميمة، و مفهومه جوازها مع الضميمة، و هو اختيار الشهيد قيل: وجه التردد فى ذلك من حيث عدم قدره على تسليم المنفعة، و من جواز بيعه من الضميمة للنص الدال على ذلك، فكذا إجارته بطريق أولى، لاحتتمالها من الغرر ما لا يتحملة البيع، و من ذلك يعلم وجه المنع، كما اختاره فى المسالك و الروضة و وجه الجواز كما اختاره الشهيد، قال فى اللمعة: فلا يصح اجاره الآبق و ان ضم إليه أمكن الجواز، قال الشارح: كما يجوز البيع لا- بالقياس بل لدخولها فى الحكم بطريق أولى، لاحتتمالها من الغرر ما لا يتحملة، و بهذا الإمكان أفتى المصنف فى بعض فوائده، و وجه المنع فقد النص المجوز هنا، فيقتصر هنا على مورده، و هو البيع و منع الأولوية، انتهى.

أقول: و الظاهر هو ما اختاره شيخنا المذكور من المنع لما ذكره، فإنه وجيه، و مع تسليم الأولوية فإنه لا يخرج عن القياس المنهى عنه فى الأخبار، كما قدمنا تحقيقه فى مقدمات الكتاب فى كتاب الطهارة (1).

ثم إنه على تقدير الجواز مع الضميمة فإنهم قد صرحوا بأنه يشترط كونها متموله يمكن أفرادها بالمعاوضة، قالوا: و فى اعتبار أفرادها بجنس ما يضم إليه ففى البيع تفرد بالبيع، و فى الإجاره تفرد بالإجاره، أو يكفى كل واحد منهما فى كل واحد منهما، و جهان: من حصول المعنى، و من أن الظاهر ضميمة كل شىء إلى جنسه، و قوى الشهيد الثانى.

الثانى: لو منعه المؤجر و لم يسلمه العين المستأجره

سقطت الأجره، و ليس للمؤجر المطالبه بها، و الحال ذلك، و الظاهر على هذا بطلان العقد و انفساخه بنفسه، و يكون كتلف العين، و المبيع قبل التسليم، و هو مختار التذكرة الا أنه قيده بمنع المؤجر المستأجر من العين قبل أن يستوفى المنافع، و قرب ثبوت الخيار

ص: ٥٥٥

لو استوفاهما و قيل: انه لا يفسخ الا بالفسخ، فيتخير بين الفسخ لتعذر حصول العين المستأجره، فإذا فسخ سقط المسمى ان لم يكن دفعه، و الا- استرجعه و بين الالتزام بالعقد، و مطالبه المؤجر بعوض المنفعه، و هو أجره مثلها، لأن المنفعه مملوكه له، و قد منعه الموجر منها و هى مضمونه بالأعيان، و حينئذ يرجع بالتفاوت، و هو زياده أجره المثل عن المسمى ان كان، لأن المؤجر يستحق المسمى فى العقد، و المستأجر أجره المثل، و يرجع عليه بالزياده عما يستحقه ان كان هناك زياده، و هذا القول اختيار الشرائع، و المسالك، و القواعد.

الثالث: لو منع المستأجر ظالم غير الموجر عن الانتفاع بالعين المستأجره

اشاره

، فلا يخلو اما ان يكون قبل قبضها من المؤجر أو بعده، فهيهنا مقامان

الأول أن يمنعه قبل القبض

، و الظاهر من كلام الأصحاب من غير خلاف يعرف أن المستأجر يتخير بين الفسخ فيرجع كل ملك الى مالكه، و يرجع المستأجر بالأجره على الموجر ان كان قد دفعها له، و الا فلا، و يرجع المالك على الغاصب بأجره المثل كلا أو بعضا من حيث الغصب، و منع تحصيل المنفعه من العين، و بين التزام العقد و الرضاء به فيرجع على الغاصب بالعين المنتفع بها، و بأجره المثل فى مده المنع، لأنه المباشر للإتلاف ظلما و عدوانا.

قيل: و لا يسقط هذا التخيير بعود العين إلى المستأجر فى أثناء المده، بل له الفسخ فى الجميع، و أخذ المسمى لفوات المجموع من حيث هو مجموع، و لأصالة بقاء الخيار السابق، و له الإمضاء و استيفاء باقى المنفعه، و مطالبه الغاصب بأجره مثل ما فات فى يده من المنافع، و ليس له الفسخ فى الماضى خاصه، و الرجوع بقسطه من المسمى على الموجر، و استيفاء الباقي من المنفعه، لاقتضائه تبعض الصفقه على الموجر، و هو خلاف مقتضى العقد، بل اما أن يفسخ فى الجميع، أو يمضيه، مع احتمال، لأن فوات المنفعه فى هذه الحال يقتضى الرجوع الى المسمى و قد حصل فى البعض خاصه، فاستحق الفسخ فيه، انتهى.

أقول: هذا الاحتمال لا- يخلو عن قرب، لأن مبنى المنع فى الكلام الأول على لزوم تبعض الصفقه على الموجر، و هو غير جائز عندهم فى جميع العقود، و فيه ما تقدمت إليه الإشاره فى غير موضع مما تقدم أنه و ان اشتهر ذلك بينهم- حتى صار قاعده كليه بنوا عليها فى جمله من الأحكام-الا- أنا لم نقف على دليل من الأخبار، لا فى باب البيع و لا غيره و لعل ذلك من جمله ما اتفقوا فيه العامه، و ان اتفقوا عليه و كم من مثله فى قواعدهم الأصوليه، كما لا يخفى على المتتبع.

الثانى أن يمنعه بعد القبض

و الظاهر أنه لا خلاف فى صحه العقد، و عدم فسخه، لأن وجه التخيير فى الأول، و جواز الفسخ انما كان من حيث أن العين قبل القبض مضمونه على المؤجر، فللمستأجر الفسخ عند تعذرهما، و العله هنا منتفيه، لأنه قد قبضها و لزمته الإجاره باجتماع شروطها، و انما عرض بعد ذلك حيلولة الغاصب له بمنعه عن التصرف، و على هذا فيرجع المستأجر على الغاصب بأجره مثل المنفعه الفائتة فى يده لا غير، و يرجع الموجر على المستأجر بالمسمى لو لم يقبضه سابقا و العين مضمونه فى يد الغاصب لصاحبها، قالوا: و لو كان الغاصب هو الموجر فلا فرق.

الرابع [فسخ الإجاره بانهدام المسكن]:

قالوا: إذا انهدم المسكن كان للمستأجر فسخ الإجاره الا أن يعيده صاحبه، و يمكنه منه، و تردد فى الشرائع فى ذلك.

أقول: ظاهر هذا الكلام أن العقد لا- يفسخ بنفسه، و لو أدى الانهدام الى عدم الانتفاع بالمسكن بالكليه، و به صرح المحقق الأردبيلي أيضا فقال بعد ذكر عبارته المصنف المشتمله على مثل هذا الإجمال أيضا ما لفظه: أى لو انهدم المسكن المستأجر بحيث لا- يمكن الانتفاع به أو انقض و نقص نقصانا لو كان قبل العقد لم يرغب فى الإجاره عرفا بالأجره المقرره لم يفسخ، بل للمستأجر فسخ العقد، و الرجوع الى المالك بعد الفسخ بمقدار حصه الباقي من أجره المده، الا أن يعيد المالك المسكن إلى أصله الى آخره، و صريح كلام شيخنا فى المسالك تقييد هذا الإطلاق بما لو لم يؤد الانهدام الى فوات الانتفاع بالكليه، أو أنه يمكن زوال المانع

و الا انفسخ العقد بنفسه، قال بعد ذكر المصنف الحكم كما نقلناه عنهم: و مقتضى جواز الفسخ أن العقد لا يفسخ بنفسه، فلا بد من تقييده بإمكان إزاله المانع، أو بقاء أصل الانتفاع فلو انتفيا معا انفسخت الإجاره، لتعذر المستأجر عليه انتهى.

الا أن يحمل إطلاق كلام المحقق المتقدم ذكره على إمكان إزاله المانع فلا تنافي حينئذ، و له البقاء على العقد و عدم الفسخ لو لم يفسخ العقد بنفسه، و تلزمه الأجره و وجه الفسخ-على تقدير خروج السكنى عن الانتفاع المراد منه عرفا ظاهر، الا أن يكون سبب ذلك من المستأجر، و حصول الضرر من جهته، لأن الأجره انما بذلت و استحققت فى مقابله الانتفاع، فإذا فات فى الزمان المقرر فلا أجره الا أن يكون ذلك من المستأجر كما عرفت، و المراد بإعادته المستثناه من الخيار يعنى الإعاده بسرعه على وجه لا يفوت به شىء من المنافع، و وجه التردد هنا على تقدير إعادته سريعا من زوال المانع بإعادته سريعا مع عدم ذهاب شىء من المنافع، و من ثبوت الخيار بالانهدام، فيستصحب حيث لم يدل دليل على سقوطه بالإعاده، و هو ظاهر اختياره فى المسالك، أقول: لم أقف فى هذا المقام على نص و الله سبحانه العالم.

المطلب الثالث فى الأحكام

إشارة

و فيه مسائل

الاولى [فى عدم جواز عمل الأجير الخاص لغير من استأجره]:

إشارة

قد صرحوا بأن الأجير الخاص و هو الذى يستأجر مده معينه للعمل بنفسه أو يستأجر عملا معينا مع تعيين أول زمانه، بحيث لا يتوانى فى فعله، حتى يفرغ منه لا يجوز له العمل لغير من استأجره إلا بأذنه، و الأجير المشترك و هو الذى يستأجر لعمل مجرد عن المباشرة-مع تعيين المده-، أو عن المده مع تعيين المباشرة،-أو مجردا عنهما يجوز له ذلك.

أقول: و الأولى فى التعبير عن الأول بالمقيد، عوض الخاص، و عن الثانى بالمطلق عوض المشترك، كما لا يخفى.

و كيف كان فتفصيل هذا الإجمال يقع فى مقامين

الأول: فى الأجير الخاص

و قد عرفت تفسيره، و الوجه فى عدم جواز عمله -لغير من استأجره إلا- بالإذن - أنه متى وقعت الإجاره على أحد الوجهين المذكورين، فإن منفعتة المطلوبه قد صارت ملكا للمستأجر، فلا- يجوز له صرف عمله الذى استأجر عليه، و لا- صرف زمانه المستأجر فيه فى عمل ينافى ما استوجر عليه، و أما لو لم يناف ما استوجر عليه كالتعليم و التعلم و العقد و نحو ذلك حال الاشتغال بالخياطه المستأجر عليها مثلا:

فالأقرب الجواز، كما اختاره بعض محققى متأخرى المتأخرين.

قال فى المسالك: و هل يجوز عمله فى الوقت المعين عملا لا ينافى حق المستأجر كإيقاع عقد و نحوه فى حال اشتغاله، أو تردده فى الطريق بحيث لا ينافيه وجهان:

من شهاده الحال بالإذن فى مثل ذلك، و النهى عن التصرف فى ملك الغير بغير اذنه.

أقول: لا- يخفى أنه و ان كان لا خلاف و لا إشكال فى النهى عن التصرف فى ملك الغير إلا بإذنه، إلا أن اجراء ذلك فيما نحن فيه ممنوع، لأن مقتضى الإجاره اشتغال الذمه بأداء العمل المستأجر عليه، و الحال أنه لا خلاف و لا إشكال فى براءة الذمه بأدائه على هذا الوجه، حيث أن المفروض عدم المنافاه، و إذا ثبت براءة الذمه من العمل المذكور، فلا يضر هذا التصرف بوجه من الوجوه، و اللازم مما ذكره- لو تم- المنع من كلامه مع الغير مطلقا، و كذا نظره لغيره، و بطلانه أوضح من أن يخفى و الظاهر أن له فى الصوره المذكوره العمل فيما لم تجر العاده بوجوب العمل فيه للمستأجر كالليل، لكن يشترط أن لا يؤدى الى ضعف العمل نهارا، و كما أنه لا يجوز له العمل بما ينافى العمل للمستأجر عليه، كذلك لا يجوز للغير استعماله فى المنافى.

و الذى حضرنى من الأخبار فى المقام ما رواه

فى الكافى فى الموثق عن إسحاق بن عمار (1) قال:

«سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الرجل يستأجر الرجل بأجره معلومه

ص: ٥٥٩

فبيعه في ضيعه فيعطيه رجل آخر دراهم و يقول: اشتر بها كذا و كذا و ما ربحت بيني و بينك، فقال إذا أذن له الذي استأجره فليس به بأس».

و هي داله بالمفهوم على ثبوت البأس مع عدم الاذن، و الظاهر أن المراد به التحريم، و يحمل الخبر على الأجير الخاص كما هو ظاهر الكلام، و به استدلال في المفاتيح على الحكم المذكور.

الثاني: في الأجير المشترك

و قد عرفت تعريفه و رجوعه إلى ثلاثه أقسام:

الأول: الاستيجار على عمل مجرد عن المباشرة مع تعيين المده، كأن يستأجره على تحصيل الخياطة بنفسه أو غيره يوما.

الثاني: أن يستأجره على عمل مجرد عن المده مع تعيين المباشرة، كأن يستأجره ليخيط له ثوبا بنفسه، من غير أن يقيد بده.

و الثالث: أن يكون مجردا عنهما كان يستأجره على تحصيل خياطة ثوب بنفسه أو غيره من غير تقييد بزمان، و هذا يجوز له العمل لغير من استأجره، لأن مقتضى الاستيجار هنا بجميع أقسامه الثلاثه أنه يجب عليه أن يعمل ذلك العمل بنفسه أو غيره أي زمان أراد، و لم يملك المستأجر عمله و منفعتة على وجه لا- يجوز له العمل لغيره، كما في الأول، بل له عليه ذلك العمل مطلقا، إلا أن يكون ثمه قرينه تدل على كونه في زمان خاص كالحج، فإنه يصير من قبيل الأجير الخاص، أو قلنا بوجوب العمل بعد الفراغ من العقد، كما نقل عن شيخنا الشهيد، فإنه نقل عنه في بعض تحقیقاته أن الإطلاق في كل الإجراءات يقتضى التعجيل و المبادره إلى الفعل، و على هذا يقع التنافي بينه و بين عمل آخر في صورته اعتبار المباشرة، و فرع عليه منع صحه إجاره الثانيه في صورته المذكوره.

و الظاهر ضعف القول المذكور، و لعدم وضوح الدليل عليه لا من الأخبار و لا من الاعتبار قال في المسالك: و نعم ما قال: و اعلم أن الشهيد حكم في بعض تحقیقاته بأن الإطلاق في كل الإجراءات يقتضى التعجيل، و أنه يجب المبادره الى

ذلك الفعل، فإن كان مجردا عن المده خاصه فبنفسه، و إلا- تخير بينه و بين غيره، فيقع التنافى بينه و بين عمل آخر فى صوره المباشره، و فرع عليه منع صحه الإجاره الثانيه فى صوره التجرد عن المده مع المباشره، كما منع فى الأجير الخاص، و ما تقدم فى الإجاره للحج مؤيد لذلك، فإنهم حكموا بعدم صحه الإجاره الثانيه مع اتحاد زمان الإيقاع نضا أو حكما كما لو أطلق فيهما أو عين فى أحدهما بالنسبه الأولى، و أطلق فى الأخرى، و لا ريب أن ما ذكره أحوط، و ان كان وجهه غير ظاهر، لعدم دليل يدل على الفوريه، و عموم الأمر بالإيفاء بالعقود و نحوه لا يدل بمطلقه على الفور عندهم، و عند غيرهم من المحققين، سلمنا لكن الأمر بالشىء إنما يقتضى النهى عن ضده العام، و هو الأمر الكلى لا الأفراد الخاصه، سلمنا لكن النهى فى غير العبادات لا يدل على الفساد عندهم، و الإسناد الى ما ذكر من الحج ليس بحجه بمجرد، و يتفرع على ذلك وجوب مبادره أجير الصلاه الى القضاء بحسب الإمكان و عدم جواز اجاره نفسه ثانيا قبل الإتمام، و أما تخصيص الوجوب بصلوات مخصوصه و أيام معينه فهو من الهذيان الباردة و التحكمات الفاسده، انتهى و هو جيد وجيه كما لا يخفى و الله سبحانه العالم.

الثانيه [فى تملك الأجره بنفس العقد] :

لا خلاف و لا إشكال فى أنه تملك الأجره بنفس العقد، لاقتضاء صحه المعاوضه نقل الملك فى كل من العوضين من أحدهما إلى الأخر، كما فى البيع و سائر عقود المعاوضات اللازمه، و الإجاره منها، لكن لا يجب تسليم الأجره إلا بتسليم العين المستأجره ان كانت الإجاره على عين، أو تمام العمل ان كانت الإجاره على عمل، و لا يجوز تأخيرها مع الطلب، و الحال كذلك، و مما يدل عليه بالنسبه إلى تمام العمل ما رواه

فى الكافى فى الصحيح أو الحسن عن هشام بن الحكم (1) عن أبى عبد الله عليه السلام

«فى الجمال و الأجير قال: لا يجف عرقه حتى تعطيه أجرته».

و عن شعيب (2) قال

تكارينا لأبى عبد الله عليه السلام قوما يعملون فى بستان له،

ص: ٥٤١

١-١) الكافى ج ٥ ص ٢٨٩ ح ٢، التهذيب ج ٧ ص ٢١١ ح ١١ الوسائل ج ١٣ ص ٢٤٦ ح ١.

٢-٢) الكافى ج ٥ ص ٢٨٩ ح ٣، التهذيب ج ٧ ص ٢١١ ح ١٢ الوسائل ج ١٣ ص ٢٤٦ ح ٢.

و كان أجلهم إلى العصر فلما فرغوا قال لمعتب: أعطهم أجورهم قبل أن يجف عرقهم».

و الظاهر أن ذكر جفاف العرق كناية عن السرعة في الإعطاء و بالجمله فإن الأجره تتعلق بذمه المستأجر بمجرد العقد، و لكن لا يجب التسليم الا- يعد أحد الأمرين المذكورين، و أما قولهم يجب تسليم الإجاره مع الإطلاق، فالظاهر أن المراد به أول وقت وجوب الدفع، الذي هو عباره عن تسليم العين، أو الفراغ من العمل.

قال في المسالك- بعد قول المصنف و يجب تعجيلها مع الإطلاق و مع شرط التعجيل ما صورته-: المراد بتعجيلها مع الإطلاق في أول أوقات وجوب دفعها، و هو تمام العمل، و تسليم العين المؤجره، لأن بتسليم أحد العوضين تسلط على المطالبه بالأجره بمقتضى المعاوضه الموجبه للملك، ثم انه على تقدير ما ذكرنا من أنه لا يجب التسليم الا بعد أحد الأمرين المذكورين، قالوا: لو كان المستأجر وصيا لم يجز له التسليم قبل ذلك الا- مع الأذن صريحا أو بشاهد الحال، و لو فرض توقف العمل على الأجره كالحج مثلا و امتنع المستأجر من التسليم و الظاهر كما استظهره في المسالك أيضا جواز الفسخ، و لو شرط التعجيل في الأجره لم يزد على ما اقتضاه الإطلاق كما عرفت من أنه يجب التعجيل مع الإطلاق.

نعم يفيد ذلك تأكيدا و يتفرع عليه تسلط الموجر على الفسخ لو شرط ذلك في مده مضبوته، فأخل به، و نحوه لو شرط القبض قبل العمل، أو تسليم العين المؤجره، فإنه يصح عملا لعموم أدله لزوم الشروط في العقود اللازمه، و يتسلط على الفسخ مع الإطلاق به كما في غيره، و قد تقدم الكلام في ذلك في كتاب البيع، و تقدم القول بعدم تسلطه على الفسخ، بل الواجب رفع الأمر إلى الحاكم، و جبره على القيام بالشرط، فليرجع في تحقيق ذلك من أحب الوقوف على الخلاف في المسئله الى ما قدمناه ثمه (1).

ص: ٥٦٢

و لو شرط التأجيل فى الأجره صح أيضا بشرط ضبط المده و كذا لو شرطها نجوما بأن يدفع العين أو يعمل العمل و لا يطالب بالأجره إلى الأجل المعين، أو يقسطها فيجعل لكل أجل قسطا معلوما منها، فإنه لا مانع من ذلك عملا بعموم الأدله، و عدم ظهور المانع، و كذا لا فرق بين الإجاره الوارده على عين معينه، أو الإجاره المطلقه الوارده على ما فى الذمه، و لا خلاف عندنا فى شىء من هذه الأحكام، و الله سبحانه العالم.

الثالثه [فى وجدان عيب فى الأجره سابق على وقت القبض] :

قالوا: لو وجد بالأجره عيبا سابقا على وقت القبض، فإن كان الأجره مطلقه و هى المضمونه تخير بين الفسخ و أخذ العوض و ان كانت معينه تخير بين الفسخ و الأرش، و علل الأول بأن المطلق يتعين بتعيين المالك، و قبض المستحق كالزكاه فحينئذ له الفسخ، لكون المعينه معينه، و له الأبدال بالصحيح الذى هو مقتضى العقد، و هو المشار اليه بالعوض.

و التحقيق ما ذكره جملة من محققى المتأخرين أن مقتضى الإطلاق الحمل على الصحيح، و هو أمر كلى لا ينحصر فى المدفوع، و دعوى تعيينه بما ذكر ممنوع، و قضيه ذلك حينئذ أنه لا فسخ هنا، و إنما له العوض، نعم لو تعذر العوض توجه الفسخ، و تخير بينه و بين الرضا بالمعيب مع الأرش عوض ما فات بالعيب لتعين المدفوع اليه، من حيث تعذر عوضه، كما هو الحكم فى الثانى و هو ما إذا كانت معينه، فإنه يتخير كما قدمنا نقله عنهم بين الفسخ و الرضا به مع الأرش، من حيث أن تعيينه مانع من البديل، كما تقدم فى كتاب البيع، و دليله ظاهر مما تقدم فى بيع المعيب (1) الا- أن لقائل أن يقول: باختصاص هذا الحكم بالبيع، كما هو مورد الدليل.

و ظاهرهم أنه لا- دليل هنا على ما ذكروه الا- الحمل على البيع، و فيه ما لا- يخفى، فمن الجائز هنا انحصار الحكم فى الفسخ خاصه، و الى هذا يميل كلام

ص: ٥٦٣

المحقق الأردبيلي حيث قال-بعد قول المصنف و إذا كانت معينه له الفسخ أو الأرش-:كان دليله ظاهر مما تقدم في بيع المعيب،أو يمكن اختصاص البيع بالحكم لدليله،و يكون هنا الفسخ فقط،بل و يمكن الانفساخ أيضا،لعدم وقوع الرضاء به،انتهى و هو جيد و الله سبحانه العالم.

الرابعه [حكم إجاره العين المستأجره على غيره] :

الظاهر أنه لا خلاف في أنه لو استأجر دارا أو دابه أو غيرهما من الأعيان فإن له أن يؤجرها على غيره إذا لم يشترط عليه المالك استيفاء المنفعة بنفسه،و نقل الإجماع في التذكرة عليه،و قيده جمله من الأصحاب منهم العلامة و المحقق الشيخ على و غيرهم،بأنه لا يسلم العين إلى المستأجر الثاني الا بإذن المالك، و الا لكان ضامنا لها،و اعترضه المحقق الأردبيلي فقال:ما عرفت دليله،و الظاهر عدم الاشتراط،و عدم الضمان بدونه،للأصل و للاذن بالاستيجار.

و قد سبقه الى ذلك شيخنا الشهيد على ما نقل عنه في المسالك،فإنه قوى الجواز من غير ضمان،قال:لأن القبض من ضروريات الإجاره للعين،و قد حكم بجوازها و الأذن في الشيء إذن في لوازمه،و رد بمنع كون القبض من لوازمها لإمكان استيفاء المنفعة بدونه،أقول:الأظهر في الاستدلال على ذلك هو الاستناد الى الأخبار الداله على جواز الإجاره ممن استأجر و قد تقدمت في كتاب المزارعه، فإن إطلاقها ظاهر في عدم هذا الاشتراط،و تقييدها بما ذكره يحتاج الى دليل واضح،و ليس فليس.

و يدل على ذلك خصوص ما رواه

الكليني و الشيخ في الصحيح عن علي بن جعفر (1) عن أخيه قال:

«سألته عن رجل استأجر دابه فأعطاها غيره فنفقت ما عليه؟قال:

ان كان اشترط أن لا يركبها غيره فهو ضامن لها،و ان لم يسم فليس عليه شيء».

و الى هذا القول مال أيضا في المسالك استنادا إلى الصحيحه المذكوره،و حينئذ فله أن يؤجرها بأقل مما استأجر أو ما ساواه بلا خلاف.

ص: ٥٦٤

و انما الخلاف فى جواز الإجاره بالأكثر فالمشهور ذلك، قال بعض محققى متأخرى المتأخرين و الأصل و القاعده و أدله جوازها تقتضى جوازها بأكثر من الأجره و لو كان بجنسها أيضا و ان لم يحدث حدثا من عماره و شبهها، انتهى.

و نقل جمله من المتأخرين الخلاف هنا عن الشيخ فى المسكن و الأجير و الخان قال فى التذكرة: قال الشيخ: لا يجوز أن يوجر المسكن و لا- الخان و لا الأجير بأكثر مما استأجره إلا أن يوجر بغير جنس الأجره أو يحدث ما يقابل التفاوت، و كذا لو سكن بعض الملك لم يجز أن يوجر الباقي و على هذا النهج كلام المحقق و غيره، و المفهوم من كلام المختلف أن موضع الخلاف أعم من هذه المذكورات، قال فى الكتاب المذكور:

قال الشيخان: إذا استأجر شيئا لم يجز أن يوجره بأكثر مما استأجره به الا أن يحدث فيه حدثا من مصلحة و نفع إذا اتفق الجنس، و به قال المرتضى ظاهرا، انتهى.

و قد تقدم تحقيق الكلام فى المقام بما لا- يحوم حوله نقض و لا- إبرام فى كتاب المزارعه، (1) و ان كان محله انما هو هذا الكتاب، الا أنه جرى القلم به ثمه استطرادا فليرجع إليه من أحب الوقوف عليه.

الخامسه [فى اشتراط نقص الأجره على تقدير عدم الحمل فى الوقت المعين]:

المشهور بين الأصحاب أنه لو استأجره ليحمل عليه متاعا الى موضع معين بأجره فى وقت معين فان قصر عنه نقص من أجرته شيئا جاز، و لو شرط سقوط الأجره ان لم يوصله فيه لم يجز و كان له أجره المثل، قال الشيخ فى النهايه: من اكرت من غيره دابه على أن يحمل له متاعا الى موضع بعينه فى مده من الزمان، فان لم يفعل ذلك نقص من أجرته كان ذلك جائزا ما لم يحط بجميع الأجره، و ان أحاط الشرط بجميع الأجره كان الشرط باطلا و لزمه أجره المثل و نحوه كلام ابن الجنيد، و كلام ابن البراج و غيرهما الا- أن ظاهر كلام ابن الجنيد أنه متى أحاط الشرط بالأجره كملا و جب القضاء بالصلح فلا تسقط الأجره كلها و لا بأخذها جميعا، و ظاهر العلامه فى المختلف- و نقل عن ابنه فخر المحققين أيضا-

ص: ٥٦٥

بطلان العقد، لبطلان الشرط، فتجب أجره المثل سواء أو صله في المعين أم غيره، و سواء أحاط بالأجره أم لا- ولا يخفى ما فيه، فإنه اجتهاد في مقابله النص، كما سيظهر لك إنشاء الله تعالى.

و قال ابن إدريس: و الأولى عندي أن العقد صحيح، و الشرط باطل، لأن الله تعالى قال (١) «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و هذا عقد فيحتاج في فسخه الى دليل، و الشرط إذا انضم إلى عقد شرعى صح العقد، و بطل الشرط، إذا كان غير شرعى و أيضا لا دليل على ذلك من كتاب و لا سنه متواتره و لا إجماع منعقد، و لم يورد أحد من أصحابنا هذه المسئلة إلا شيخنا في النهاية، لا أنها تضمنت التواتر و غيره.

أقول: ما ذكره ابن إدريس جيد على أصله الغير الأصيل، و الذى يدل على ما ذكره الشيخ ما رواه

المشايخ الثلاثة فى الصحيح عن محمد بن مسلم (٢) قال:

سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: انى كنت عند قاض من قضاه المدينه فأتاه رجلان فقال أحدهما: انى اكرتت من هذا دابه ليبلغنى عليها من كذا و كذا الى كذا و كذا فلم يبلغنى الموضع فقال القاضى لصاحب الدابه: بلغته الى الموضع؟ قال:

لا- قد أعيت دابتي فلم تبلغ فقال له القاضى: فليس لك كراء إذا لم تبلغه الى الموضع الذى اكرتت دابتك اليه، قال عليه السلام فدعوتهما الى فقلت للذى اكرتت ليس لك يا عبد الله أن تذهب بكراء دابه الرجل كله، و قلت للآخر: يا عبد الله ليس لك أن تأخذ كراء دابتك كله و لكن انظر قدر ما بقى من الموضع و قدر ما ركبت فاصطلحا عليه ففعلا».

هذا صورته الخبر فى الفقيه، و فيه بروايه الكتابين الأخيرين حذف و نقصان و إخلال بالمعنى المذكور فى هذا المنقول.

ص: ٥٦٦

١- ١) سورة المائدة- الآية ١.

٢- ٢) الفقيه ج ٣ ص ٢٠ ح ٧٢ و ٣٢، الكافي ج ٥ ص ٢٩٠ ح ٤، التهذيب ج ٧ ص ٢١٤ ح ٢٣، الوسائل ج ١٣ ص ٢٥٣ ح ١.

المشايخ المذكورون أيضا في الموثق عن محمد الحلبي (١)

«قال كنت قاعدا عند قاض من القضاة، وعنده أبو جعفر عليه السلام، فأتاه رجلان فقال أحدهما: انى تكاريت إبل هذا الرجل ليحمل لى متاعا الى بعض المعادن فاشترطت عليه أن يدخلنى المعدن يوم كذا و كذا، لأنها سوق أتخوف أن يفوتنى، فإن احتسبت عن ذلك حطت من الكرى عن كل يوم احتسبه كذا و كذا، وانه حسبنى عن ذلك الوقت كذا و كذا يوما فقال القاضى: هذا شرط فاسد وفه كراه، فلما قام الرجل أقبل الى أبو جعفر عليه السلام فقال: شرطه هذا جائز ما لم يحط بجميع كراه».

و أنت خبير بأن الروايه الأولى من هاتين الروايتين و ان استدل بها الأصحاب للشيخ كما ذكرناه، الا أن الظاهر أنه لا دلالة فيها عند التأمل، إذ غايه ما تدل عليه أنه إذا شرط عليه أن يوافق به الى موضع معين فى يوم معين صح ذلك، فلو لم يفعل وجب الصلح بإسقاط بعض الأجره بنسبه ما تركه من الموضع و لم يبلغه فيه، و لا- دلالة فيها على أجره المثل أيضا نعم الروايه الثانيه ظاهره الدلاله على المطلوب.

و أما ما يظهر من المسالك- و قبله الشيخ المحقق الشيخ على من الحكم ببطلان الإجاره هنا، قال فى المسالك بعد ذكر المصنف الحكم المذكور كما قدمنا ذكره عن الأصحاب: هذا قول الأكثر، و مستنده روايتان صحيحه و موثقه عن محمد بن مسلم و الحلبي عن الباقر عليه السلام و يشكل بعدم تعيين الأجره لاختلافهما على التقديرين كما لو باعه بثمانين على تقديرين، و من ثم ذهب جماعه إلى البطلان و يمكن حمل الأخبار على الجعالة إلى آخر كلامه- ففيه أن عموم أدله وجوب الوفاء بالعقود و وجوب الوفاء بالشروط كتابا و سنه مما تقضى بالصححه فى هذا العقد، و ما ادعاه من البطلان بهذه الجعالة لا دليل عليه، بل الدليل واضح فى خلافه كالخبر المذكور، و مثله

صحيحه أبى حمزه (٢) عن أبى جعفر عليه السلام قال:

سألته عن الرجل يكترى

ص: ٥٦٧

١- ١) الكافى ج ٥ ص ٢٩٠ ح ٥، التهذيب ج ٧ ص ٢١٤ ح ٢٢، الفقيه ج ٣ ص ٢٢ ح ٣٢٧٣، الوسائل ج ١٣ ص ٢٥٣ ح ٢.

٢- ٢) الكافى ج ٥ ص ٢٨٩ ح ٢، التهذيب ج ٧ ص ٢١٤ ح ٢٠، الوسائل ج ١٣ ص ٢٤٩ ح ١.

الدابه فيقول: اكرتيتها منك الى مكان كذا و كذا فان جاوزته فللك كذا و كذا زياده و سمى ذلك قال: لا بأس به كله». و هى مع صحتها صريحه فى عدم اشتراط ما ادعاه من العلم، و عدم الضرر بمثل هذه الجهاله، و تمسكه فى البطلان بما لو باعه بثمانين على تقديرين مردود، بأنه و إن قيل: بالبطلان فى ذلك إلا أن مقتضى الأخبار الصحه كما تقدم تحقيقه فى كتاب البيع، و هو مؤيد لما ذكرناه هنا و به يظهر أن ما ذكرناه من التنزيل على الجعالة لا موجب له، و لا ضروره تدعو اليه، على أنه لا معنى لقوله عليه السلام فى الروايه «ما لم يحط بجميع كراه» إذ الظاهر كما ذكره بعض المحققين هو صحه هذا الشرط فى الجعالة، و لو كانت جعالة لم يتجه هذا الاستثناء، و يؤيد ما ذكرناه أيضا ما صرح به جملة منهم من الصحه فى قولهم إن خطته روميا فللك كذا، و إن خطته فارسيا فللك كذا و قولهم إن عملت هذا العمل اليوم فللك درهمان، و إن عملته فى غد فللك درهم، كما سيأتى تحقيق ذلك إنشاء الله تعالى.

و بالجمله فان كلا من الفعلين المردد بينهما فى هذه المواضع المعدوده، معلوم، و أجرته معلومه، و الواقع لا يخلو منهما، فلا مانع من الصحه، و المعلومه على هذا الوجه كافيه، بمقتضى ما ذكرناه من الاخبار فى البيع، و الإجاره، و دعوى الزيادة على ذلك بحيث يحكم بالبطلان مع عدمها يتوقف على الدليل، و ليس فليس و الله سبحانه العالم.

السادسه [فى قول الموجر آجرتك كل شهر بكذا]:

اختلف الأصحاب فيما لو قال: آجرتك كل شهر بكذا فليل:

البطلان مطلقا لجهاله العوضين المقتضيه للغرر إذ لا يلزم من مقابله جزء معلوم من المده بجزء معلوم من العوض كون مجموع العوضين معلومين، فان العوض هنا المجموع، و هو مجهول و انما عليه اجره المثل فيما سكن، لعدم صحه الإجاره و الى هذا القول ذهب ابن إدريس و المختلف و المسالك و غيرهم، و قيل: ان الإجاره تصح فى شهر و تبطل فى الباقي و له أجره المثل ان سكن و هو المنقول عن الشيخين فى المقنعه و النهايه، و به صرح فى اللمعه و الشرائع و غيرهم، و الوجه فيه أن الشهر

معلوم و كذا أجرته فلا مانع من الصحة فيه، نعم يبطل الزائد لعدم انحصاره في وجه معين، و أن الأجره تابعه له، و رجح المحقق الأردبيلي الصحة مطلقا في المسئله، حيث قال بعد ذكر القولين المذكورين، و ههنا احتمال ثالث، و هو الصحة في كل ما جلس، و اشتراط العلم بحيث يمنع من هذا غير معلوم، و لا ضرر و لا غرر، إذ كلما جلس شهرا يعطى ذلك، و نصفه في نصفه، و على هذا انتهى و هو جيد، و وجهه معلوم مما قدمناه في سابق هذه المسئله من الأخبار المذكوره، و العلل المأثوره.

أقول: و يظهر من كلام ابن الجنيد هنا القول بذلك، حيث قال على ما نقله في المختلف: و قال ابن الجنيد: و لا بأس أن يستأجر الدار كل شهر بكذا و كل يوم بكذا، و لا يذكر نهايه الأجل، و لو ذكرها عشرين سنه أو أقل أو أكثر جاز ذلك، انتهى، و هو ظاهر كما ترى في القول بالصحة، و لم أقف على من نقله عنه في كتب الاستدلال كالمسالك و غيره و لا أشار اليه، و إنما المشهور في كتبهم نقل القولين المذكورين.

و كيف كان فإنك قد عرفت في مواضع مما قدمناه في المباحث السابقه أن الحق الحقيقي بالاتباع و ان كان قليل الاتباع هو الوقوف في موارد الأحكام على النصوص، و عدم الالتفات إلى ما اشتهر بينهم من القواعد التي زعموها أصولا حتى ردوا لأجلها الأخبار، و ارتكبوا فيها التأويلات البعيده و الى القول بالصحة هنا أيضا يميل صاحب الكفايه، و قد عرفت قوته.

و قد اختلفوا أيضا في ما لو قال: ان عملته اليوم فلك درهمان، و ان عملته في غد فلك درهم، فقيل: بالصحة و هو اختيار الشرائع و اللغه تبعا للخلاف، حيث قال في الكتاب المذكور: إذا استأجره لخياطه ثوب، و قال: ان خطت اليوم فلك درهم، و ان خطت في الغد فلك نصف درهم، صح العقد فيهما، لأن

الأصل جواز ذلك، والمنع يحتاج الى دليل، وقوله عليه السلام (1)

«المؤمنون عند شروطهم». وفي أخبارهم ما يجرى مثل هذه المسئلة بعينها منصوصه (2) وهي أن يستأجر منه دابه على أن يوافي به يوما بعينه على أجره معينه، فان لم يواف به ذلك اليوم كان أجرتها أقل من ذلك، وان هذا جائز، وهذا مثلها بعينها سواء، وقال في المبسوط: صح العقد فيهما، فان خاطه في اليوم الأول كان له الدرهم، وان خاطه في الغد كان له أجره المثل، وهو ما بين الدرهم والنصف، ولا ينقص من النصف الذي سمى، ولا يبلغ الدرهم، قال في المختلف: وهذا القول الذي اختاره في المبسوط قول أبي حنيفة.

وقال ابن إدريس: يبطل العقد و تبعه عليه أكثر المتأخرين كالمحقق الثاني و الشهيد الثاني في المسالك، والعلامة في المختلف، وغيرهم اعترض في المختلف على كلام الشيخ في الخلاف، فقال: وقول الشيخ بالأصل ممنوع، إذ يترك لقيام معارض، و فرق بين صورته النزاع و صورته النقل، لأن صورته النقل أوجب عليه أن يوافي به في يوم بعينه، و شرط ان لم يفعل أن ينقص من أجرته شيئا، و صورته النزاع لم توجب شيئا معيناً فتطرت الجهالة إليه، بخلاف الأول انتهى.

و فيه أن الأصل الذي تمسك به الشيخ أصل رزين، وهو العمومات الدالة على صحة العقود و الشروط كتابا و سنة، و ما عارضه به ليس الا مجرد دعواهم الجهالة في الصورة المذكورة، و نحوها مما تقدم، و الدليل على الأبطال بنحو هذه الجهالة غير ثابت، بل المعلوم من الأدلة كما عرفت إنما هو خلافه، و ما ادعاه من الفرق أيضا بين صورته النزاع و النقل ضعيف أيضا، لأن المنازع في تلك المسئلة إنما تمسك بما تمسك به هنا من الجهالة، وورد الرواية بذلك كما عرفت، و مرجع الرواية إلى أنه إن أدخله في ذلك الوقت المعين فله كذا، و ان تخلف عنه فله

ص: ٥٧٠

١-١) التهذيب ج ٧ ص ٣٧١ ح ١٥٠٣.

٢-٢) الكافي ج ٥ ص ٢٩٠ ح ٥، الوسائل ج ١٥ ص ٣٠ ح ٤ و ج ١٣ ص ٢٥٣ ح ١.

أنقص، وهذا عين ما نحن فيه.

نعم ما ذكره في المبسوط ضعيف بما أورده عليه في المختلف، حيث قال:

و تفصيل الشيخ في المبسوط ضعيف، لأن العقد ان صح فله المسمى، و ان بطل فله أجره المثل، و يكون وجوده كعدمه، كسائر العقود الباطله، انتهى.

و لو قال: ان خطته فارسيا فلك درهم، و ان خطته روميا فلك درهمان، و فسر الرومى بدرزين، و الفارسى بدرز واحد، فالخلاف المتقدم، الا- ان ابن إدريس قال هنا بعد الحكم بالبطلان: و ان قلنا هذه جعاله كان قويا، فإذا فعل الفعل المجعول عليه استحق الجعل، و اعترضه في المختلف بأنه ليس بجيد، لتطرق الجهالة إلى الجعل، فيجب أجره المثل و أجاب في المسالك بأن مبنى الجعالة على الجهالة في العمل و الفعل كمن رد عبدى فله نصفه، و من رد عبدى فله كذا، و محله غير معلوم، و كذا من رد عبدى من موضع كذا، فله كذا أو من موضع كذا فله كذا مع الجهالة فيهما انتهى، و الكل نفخ في غير ضرام، لما عرفت من التحقيق في المقام و الله سبحانه العالم.

السابعه [في عدم وجوب تسليم الأجره إلا بتسليم العين المستأجره]:

قد تقدم أنه لا خلاف و لا إشكال في أن الأجير يملك الأجره بنفس العقد، و لكن لا يجب التسليم الا بتسليم العين المستأجره ان كانت الإجاره على عين، أو تمام العمل ان كانت على عمل، و إنما الكلام هنا في أنه هل يتوقف استحقاق المطالبه بالأجره بعد العمل على تسليم العين المعمول فيها كثوب يخطه، و شىء يصلحه، و نحو ذلك؟ و فيه أقوال ثلاثه، فقيل: بعدم التوقف و هو اختيار الشرائع و الإرشاد و غيرهما، و قيل: بالتوقف على التسليم، و هو مختار المسالك و قبله المحقق الثانى فى شرح القواعد، و قيل: بالفرق بين ما إذا كان العمل فى ملك الأجير، فيتوقف على التسليم أو ملك المستأجر، فلا يتوقف لأنه بيده تبعاً للملك، و هذا القول نقله فى الشرائع و علل القول الأول بأن العمل إنما هو فى ملك المستأجر أو ما يجرى مجراه، بمعنى أنه و إن وقع فى ملك الأجير الا أنه لما

كانت يد الأجير كيد المستأجر لأنه مأذون عنه، و وكيل عنه أو وديعه عنده فكأنه عمل و هو فى يد المستأجر، فيكون ذلك كافيا عن التسليم، و لهذا لو عمل و هو فى يد وكيله أو وديعه فالظاهر أنه لا يحتاج الى التسليم.

و الأظهر عندى الاستناد الى عموم أدله وجوب الوفاء بالعقود، و الشروط و خصوص ما تقدم من الأخبار الداله على أنه لا يجف عرقه حتى تعطيه أجرته.

و بالجمله فإن العمل هو الذى استحق به الأجير الأجره عقلا و نقلا، و المعاوضه إنما وقعت عليه خاصه، و العين فى يد الأجير أمانه لا يضمنها إلا مع التعدى و التفريط، فلا اعتبار بتسليمها و عدمه، سواء كان العمل فى ملك أحدهما أولا، و لا يسقط بعدم تسليمها مع عدم ضمانها شىء من الأجره المستحقه بالعمل، و الروايات شاهده بذلك.

و علل الثانى كما ذكره فى المسالك حيث اختاره بأن المعاوضه، لا- يجب على أحد المعاوضين فيها التسليم الا مع تسليم الآخر، قال: فالأ- جود توقف المطالبه بها على تسليم العين، و ان كان العمل فى ملك المستأجر، و على هذا النهج كلام المحقق المتقدم ذكره.

و فيه أولا أن ما ذكره من هذه القاعده فى المعاوضه و ان اشتهر فى كلامهم، الا أنه لا دليل عليه، بل الظاهر إنما هو خلافه، كما تقدم تحقيقه فى المطلب الثالث فى التسليم من الفصل الرابع فى أحكام العقود من كتاب التجاره.

و ثانيا ما عرفت من دليل القول الأول.

و أما القول الثالث فوجهه ظاهر مما ذكر، و لكنه مردود بما ذكرناه فى دليل القول الأول، قال فى المسالك: و ما نقله من الفرق قول ثالث بأنه ان كان فى ملك المستأجر لم يتوقف على تسليمه، لأنه بيده تبعا للملك، و لأنه غير مسلم للأجير حقيقه، و إنما استعان به فى شغله كما يستعين بالوكيل، و ان كان فى ملك الأجير توقف، و هو وسط أوجه، من إطلاق المصنف و الأوسط الذى اخترناه أوجه، انتهى.

و فيه ما عرفت و إلى ما رجحناه من القول الأول يميل كلام المحقق الأردبيلي في شرح الإرشاد، حيث قال بعد قول المصنف و يستحق الأجير الأجر بالعمل و ان كان في ملكه ما لفظه: دليل مختاره و مختار الشرائع و غيره هو استحقاق الأجير طلب أجرته بعد إتمام العمل، و ان لم يكن سلم العين إلى المستأجر و كان العمل في ملك المستأجر بل في بيت الأجير، و لا يتوقف على تسليم العين، نعم يجب عليه تسليم العين عند الطلب مع عدم المانع الشرعي فلو منع كان غاصبا ضامنا و الظاهر أنه لا يستحق المستأجر المنع منه حتى يتسلم فلو منع كان غاصبا ظالما، و هو خلاف ما مضى من أنه يملك الأجر بمجرد العقد، إذ قد قام الدليل العقلي و النقلى على عدم جواز منع المالك عن ملكه، و استحقاقه الطلب، و قد خرج قبل العمل بالإجماع و نحوه، و بقي الباقي و يؤيده و جوب أجره العقارات قبل الاستيفاء، و عموم و خصوص أدله لزوم الوفاء بالعقود و الشروط.

و الأخبار مثل

حسنه هشام بن الحكم (١) عن أبي عبد الله عليه السلام

«في الجمال و الأجير قال: لا يجف عرقه حتى تعطيه أجرته». و قد مرت و اختار البعض مثل المحقق الثاني و الشهيد الثاني عدم استحقاقه الا بعد تسليم العين و ان كانت في ملك المستأجر، الا أن يكون في يد المستأجر لأنه لا يلزم العوض و لم يستحق طلبه في المعاوضات إلا بالتسليم، و تسليم المنفعة إنما هو بتسليم العين كما هو في البيع.

و فيه تأمل يعلم مما تقدم، و لا نسلم الكليه، و لا نعرف له دليلا خصوصا إذا كان العوض منفعه بعد ثبوت الملك، و في البيع أيضا ان كان دليل فهو متبع لذلك، و الا- نمنع هناك أيضا، كما فيما نحن فيه، على أنه قد يقال: أنه لما كانت بيد الأجير فهي بمنزله كونه بيد المستأجر لأنه وكيل و مأذون في وضع اليد أو وديعه، فكأنه فعل العمل و العين في يد المستأجر انتهى، كلامه و هو كلام شاف و إنما نقلناه بطوله لتقف على جوده محصوله، و الله سبحانه العالم.

ص: ٥٧٣

التامنه [في حكم اشتراط عدم الأجره في العقد و تركها]:

قد صرحوا بأن كل موضع يبطل فيه عقد الإجاره يجب فيه أجره المثل، مع استيفاء المنفعه أو بعضها، سواء زادت عن المسمى أو نقصت، و علل ذلك بأن مقتضى البطلان رجوع كل عوض الى مالكة، كما إذا بطل البيع يرجع البائع إلى مبيعه، و المشتري الى ثمنه، و لا يملك أحد منهما مال الآخر و لا منافعه إلا أنه في الإجاره لما كان أحد العوضين المنفعه و مع استيفائها من العين المستأجره يمتنع ردها و جب الرجوع إلى عوضها، و هو أجره المثل، كما إذا تلفت إحدى العينين في المعاوضه الباطله، و إلا للزم الظلم على المؤجر بأخذ منفعه ماله بغير عوض، لأنه لم يعطها مجاناً و إنما أعطاها بأجره، لكنها من حيث بطلان العقد لم تسلم له، فلا بد من العوض، و المرجع فيه الى العرف المعبر عنه بأجره المثل، سواء زادت عن المسمى أم نقصت، أم ساوت.

و هذا ظاهر مع الجهل ببطلان العقد، أما مع العلم بالبطلان و أن الأجير لا يستحق بذلك أجره، و لا يجب على المستأجر دفعها، فإن عمل الأجير و الحال هذه يرجع الى التبرع بعمله، فلا يستحق شيئاً بالكلية، كمن خاط ثوباً لشخص بغير إذنه بالأجره، فإنه لا حق له شرعاً، و لو دفع المالك له شيئاً، و الحال هذه فإنه يكون من قبيل سائر العطايا التي يستحق صاحبها الرجوع فيها مع بقاء العين، و عدم الرجوع مع الإتلاف، لأنه سلطه عليه باختياره كما صرحوا به في أمثاله.

و الظاهر أن الأجير العالم كالغاصب في تصرفه، فيترتب عليه الضمان، بل قيل: ان المفهوم من كلامهم الضمان مع الجهل أيضاً، و هو مشكل من حيث الجهل، و اعتقاد صحه العقد، و أنه إنما قبض بعقد صحيح، ظاهراً في اعتقاده و ظهور فساده لا يكون موجبا لذلك، فإنه غير مكلف بما في الواقع و نفس الأمر، من صحه أو بطلان أو تحليل أو تحريم أو طهاره أو نجاسه أو نحو ذلك.

و نقل في المسالك عن الشهيد: أنه استثنى عن أصل الحكم المذكور ما لو

كان الفساد باسـترات عدم الأجره فى العـقـد أو متضمنا له كما لو لم يذكره أجره فإنه حينئذ يقوى عدم وجوب الأجره لدخول العامل على ذلك قال: و هو حسن، أقول:لقائل أن يقول بالنسبه إلى الصوره الأولى و هو اسـترات عدم الأجره كأن يقول آجرتك نفسى لأعمل لك كذا و كذا بغير أجره،ان مرجع هذا الكلام الى التبرع بالعمل،فلا أثر لقبول المسـتأجر و لا إذنه الذى هو شرط فى صحه العـقـد، و أيضا فإن هذا الشرط مناف لمقتضى معنى آجرتك كما تقدم فى تعريف الإجاره من أنها عقد ثمرته تمليك المنفعه الخاصه بعوض،أو عباره عن نفس الثمره، فالأظهر أنه ليس بعقد فاسد،بل اذن فى العمل بغير أجره،و الا فلا معنى لهذا اللفظ بل لا يمكن أن يتلفظ به عالم،عاقلا الا أن يقصد التجوز بلفظ آجرتك،و إخراجه عن معناه،و هذا بحمد الله تعالى ظاهر.

و أما بالنسبه إلى الصوره الثانيه و هى ترك ذكر الأجره،فإنه يمكن أن يقال:ان ترك ذكرها لا يدل على الرضا بعدمها،بل هو أعم إذ قد يكون لسيان أو جهل أو اعتقاد أنه معلوم مقرر أو أنه ينصرف إلى العاده و العرف،و يؤيده أن الأصل عدم التبرع،و لهذا حكموا مع عدم صحه العـقـد بأجره المثل،بناء على ذلك حتى يعلم المخرج عنه بدليل.

و بالجمله فإن الترك أعم و العام لا- دلالة على الخاص،و فى المسالك بعد أن نقل عن الشهيد ما قدمنا ذكره قال:و ربما استشكل الحكم فيما لو كانت الإجاره متعلقه بمنفعه عين كدار مثلا،فاستوفاهـا المسـتأجر بنفسه،فان اسـترات عدم العوض إنما كان فى العـقـد الفاسد الذى لا أثر لما تضمنه من التراضى فحقه وجوب أجره المثل،كما لو باعه على أن لا ثمن عليه.

ثم أجاب بأنه مع اسـترات عدم الأجره فى الصوره المذكوره يكون ذلك من قبيل العاريه دون عقد الإجاره،قال:فإن الإعاره لا يختص بلفظ مخصوص، بل و لا يتوقف على لفظ مطلقا،و لا شك أن اسـترات عدم الأجره صريح فى الأذن

فى الانتفاع بغير عوض، فلا يترتب عليه ثبوت عوض أجره.

أقول: وهذا إيراد آخر على القول المذكور من غير الوجهة التى قدمنا ذكرها، ثم انه قال: أما لو كان مورد الإجاره منفعه الأجير فعمل بنفسه مع فسادها، توجه عدم استحقاقه بشيء ظاهر، لأنه متبرع بالعمل، وهو المباشر لإتلاف المنفعه، ثم أنه أورد على ذلك ما لو كان عمله بأمر المستأجر فإنه يستحق أجره المثل من حيث الأمر، كما فى كل أمر يعمل، نعم لو كان عمله بغير سؤال المستأجر و أمره فإنه لا يستحق شيئا بالكليه، لتحقق التبرع حينئذ.

أقول: الظاهر أن هذا الإيراد و ما اشتمل عليه من التفصيل بين أمر المستأجر و عدمه انما يتم فى الصورة الثانية، و هو عدم ذكر الأجره فى العقد نفيًا و لا إثباتًا، و الا فى صورته اشتراط عدم الأجره فإنه و ان أمره المستأجر و أذن له الا أنه لا أثر له مع اشتراطه على نفسه عدم الأجره الراجع الى كونه متبرعا بالعمل كما عرفت.

ثم انه قال فى المسالك بعد ذلك: فان قلت: أى فائده فى تسميته عقدا فاسدا مع ثبوت هذه الأحكام و إقامته مقام العاربه، قلت: فساده بالنسبه إلى الإجاره بمعنى عدم ترتب أحكامها اللازمه لصحيح عقدها، كوجوب العمل على الأجير و نحوه، لا مطلق الأثر، انتهى.

التاسعه [فى كراهه استعمال الأجير قبل مقاطعته]:

قد صرح الأصحاب بأنه يكره استعمال الأجير قبل أن يقاطعه، و الظاهر أنه لا خلاف فيه، و يدل عليه من الأخبار ما رواه

فى الكافى و التهذيب عن مسعده بن صدقه فى الموثق (١) عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«من كان يؤمن بالله تعالى و اليوم الآخر فلا يستعملن أجيرا حتى يعلمه ما أجره» الحديث.

و عن سليمان بن جعفر الجعفرى فى الصحيح (٢) قال:

«كنت مع الرضا عليه السلام فى بعض الحاجه و أردت أن أنصرف الى منزلى، فقال لى: انطلق معى فبت عندى

ص: ٥٧٦

١- (١) الكافى ج ٥ ص ٢٨٩ ح ٤، التهذيب ج ٧ ص ٢١١ ح ١١، الوسائل ج ١٣ ص ٢٤٥ ح ١.

٢- (٢) الكافى ج ٥ ص ٢٨٨ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٢١٢ ح ١٢، الوسائل ج ١٣ ص ٢٤٥ ح ٢.

الليله،فانطلقت معه فدخل الى داره مع المعتب فنظر الى غلمانه يعملون بالطين أوارى الدواب و غير ذلك،إذا معهم أسود ليس منهم،فقال:ما هذا الرجل معكم؟قالوا:يعاوننا و نعطيه شيئا قال:قاطعموه على أجرته؟فقالوا:لا، هو يرضى منا بما نعطيه،فأقبل عليهم يضربهم بالسوط،و غضب لذلك غضبا شديدا فقلت:جعلت فداك لم تدخل على نفسك،فقال:انى نهيتهم عن مثل هذا غير مره أن يعمل معهم أحد حتى يقاطعوه على أجرته:و اعلم أنه ما من أحد يعمل لك شيئا من غير مقاطعه ثم زدته لذلك الشئ ثلاثه أضعاف على أجرته إلا ظن أنك نقصت أجرته فإذا قاطعته ثم أعطيته حمدك على الوفاء،فان زدته حبه عرف ذلك لك و رأى أنك قد زدته».

و أنت خبير بأن ظاهر هذين الخبرين إنما هو التحريم،إلا- أنهم عليهم السلام كثيرا ما يؤكدون فى النهى عن المكروهات بما يوهم إلحاقها بالمحرمات،و فى المستحبات بما يكاد يدخلها فى حيز الواجبات،و على هذا فربما يستفاد من الخبر الثانى جواز الضرب على فعل المكروه،و يحتمل أن يقال:ان ذلك و إن كان مكروها إلا- أنه من حيث مخالفه أمر المولى حيث أنه عليه السلام نهاهم عن ذلك مرارا كان ما فعلوه محرما،فيجوز التأديب عليه بلا إشكال.

بقى الكلام فى أنه فى الشرائع عد من جمله ما يكره هنا تضمينه،إلا- مع التهمة،حيث قال:و يكره أن يستعمل الأجير قبل أن يقطعه على الأجره،و أن يضمن إلا مع التهمة،و الأول من هذين الفردين قد عرفت الكلام فيه.

و أما الثانى فهو لا يخلو من الإجمال الموجب لتعدد الاحتمال،و لهذا قال فى المسالك:فيه تفسيرات:الأول:أن يشهد شاهدان على تفریطه،فإنه يكره تضمينه للعين إذا لم يكن متهما.

الثانى:لو لم يقسم عليه بينه،و توجه عليه اليمين يكره تحليفه ليضمنه كذلك.

الثالث: لو نكل عن اليمين المذكوره و قضينا بالنكول حينئذ كره تضمينه كذلك.

الرابع: على تقدير ضمانه و ان لم يفرط كما إذا كان صائغا على ما سيأتى يكره تضمينه حينئذ مع عدم تهمته بالتقصير.

الخامس: أنه يكره له أن يشترط عليه الضمان بدون التفريط على القول بجواز الشرط.

السادس: لو أقام المستأجر شاهدا عليه بالتفريط كره أن يحلف معه ليضمنه مع عدم التهمه.

السابع: لو لم يقض بالنكول يكره له أن يحلف ليضمنه كذلك.

و الأربعة الأول سديده، و الخامس مبنى على صحة الشرط، و قد بينا فساداه و فساد العقد به، و الأخيران فيهما أن المستأجر لا يمكنه الحلف إلا مع العلم بالسبب الذى يوجب الضمان، و مع فرضه لا يكره تضمينه، لا اختصاص الكراهه بعدم تهمته فكيف مع تبين ضمانه، انتهى.

أقول: لا يخفى ان الكراهه حكم شرعى يتوقف على الدليل كالوجوب و التحريم و الاستحباب، و متى ثبت للإنسان حق شرعى بالبينه أو اليمين أو النكول أو نحو ذلك لا وجه لكونه يكره له أخذه من غير دليل، يدل على ذلك و به يظهر ما فى أكثر هذه المواضع المعدوده.

و الأظهر عندى هو حمل ذلك على الصائغ و القصار و نحوهما ممن يعطى الأجره ليصلح فيفسد أو يتلف، فان الروايات قد اختلفت فى تضمينهم مع دعوى التلف، و عدم التفريط فى الإفساد فأكثر الأخبار على تضمينهم مع التفريط.

و جملة من الأخبار قد فصلت بين كونه مأمونا فلا ضمان عليه، و متهما فضمنه، و بعض الأخبار يدل على عدم التضمين مطلقا، و طريق الجمع بين الجميع كراهه التضمين إلا مع التهمه، و سيأتى تحقيق الكلام فى ذلك إنشاء الله تعالى،

و بسط الأخبار و الأقوال فى المطلب الثالث فى الأحكام.

و أما قوله: ان الخامس مبنى على صحة الشرط، و قد بينا فساده، ففيه إنا قد بينا صحته بما هو ظاهر للناظر، كما تقدم فى الموضوع الخامس من المطلب الأول، إلا أن فيه ما عرفت من أن مجرد صحته و جوازه لا يستلزم الكراهه، بل الأصل صحته و جوازه من غير كراهه كغيره من الأمور الجائزه المباحه حتى يقوم دليل على الكراهه، و الله سبحانه العالم.

العاشره [فى تملك المنفعه بنفس العقد كتملك الأجره]:

قد صرحوا بأن المنفعه تملك بنفس العقد، كما تملك الأجره، و وجهه ظاهر مما تقدم فى المسئله الثانيه من مسائل هذا المطلب، من اقتضاء صحة المعاوضه و لزومها نقل الملك فى كل من العوضين من أحدهما إلى الآخر كالبيع، و سائر عقود المعاوضات اللازمه و الإجاره من جملتها، فالمنفعه هنا منتقل إلى المستأجر بنفس العقد، و ان كان انما يستوفيهما تدريجا و شيئا فشيئا و هو غير منافع للملك، إذ لا- يشترط فى التمليك وجود المملوك، و ملك المستأجر لها هنا على حسب ملك الموجر لها، فإنه لا إشكال فى أنه مالك لمنفعه نفسه، و ليس ذلك إلا باعتبار صحة تصرفه فيها كتصرفه فى العين بالنقل الى غيره، فكذا المستأجر باعتبار صحة استيفائها و نقلها الى غيره، و نحو ذلك من لوازم الحقوق المالىه.

و بالجمله فإن ملك المستأجر لها على حسب ملك الموجر لها، و لم يخالف فى ذلك الا بعض العامه، حيث زعم أن المستأجر لا يملك المنفعه بالعقد، لأنها معدومه، بل يملكها على التدريج شيئا فشيئا بعد وجودها، و حدوثها على ملك الموجر، و جعل ملك الأجره تابعا لملك المنفعه، فلا- يملكها الموجر إلا تدريجا كذلك، و ضعفه أظهر من أن يخفى، و كما يملك الموجر الأجره بمجرد العقد كذلك يملك المستأجر المنفعه بمجرد، و لا فرق بينهما إلا بأن تسليم الأجره موقوف على دفع العين للمستأجره إن وقع الاستيجار على منفعه تلك العين، أو إتمام العمل إن وقع على العمل كما تقدم، و المنفعه يجب تسليمها مع الطلب

بتسليم العين التي يراد الانتفاع بها إن كان كذلك، أو عمل الأجير إن كان الاستيجار على عمله.

قيل: و يمكن جواز منع كل واحد منها عما في يد صاحبه الذي انتقل اليه حتى يتسلم حقه، كما قيل في البيع و الشراء، و هذا في غير العمل، كالعين المستأجره للانتفاع من دار و دابه و نحوهما، أما العمل كالخياطه فإنه يجب عليه العمل، و لا يجب تسليم الأجره اليه إلا- بعد كماله، و الفرق بينهما أن العمل مقدور للعامل، فيعمل ثم يأخذ حقه، بخلاف المنفعه فإنها إنما تستوفى باستعمال المستأجر مع مضي الزمان، و ليس على المؤجر إلا- تسليم العين و قد فعل، فيترب عليه و جوب دفع الأجره، و حينئذ فيمكن ما ذكره، إلا أنك قد عرفت ما فيه في كتاب البيع، و قد تقدمت الإشاره إليه أيضا في المسئله السابقه من مسائل هذا المطلب.

الحادي عشر [في اشتراط اتصال مده الإجاره بالعقد و عدمه]:

قيل: يشترط اتصال مده الإجاره بالعقد، فلو أطلق أو عين شهرا متأخرا عن العقد بطل العقد، و هو منقول عن المبسوط و الخلاف، و عن أبي الصلاح متابعه الشيخ في الفرد الثاني، و نقل عن الشيخ الاحتجاج على ما ذكره في كل من الفردين بأن عقد الإجاره حكم شرعي، و لا- يثبت إلا- بدلاله شرعيه، و ليس على ثبوت الإجاره في الموضوعين المذكورين دليل، فوجب أن لا- يكون صحيحا.

و احتج أبو الصلاح- على الموضوع الذي تبع فيه الشيخ- بأن صحه الإجاره تتوقف على التسليم.

و أجيب عن حجه الشيخ بأن الدليل موجود، و هو الأدله العامه كتابا و سنه على وجوب الوفاء بالعقود، و الأصل، و عن حجه أبي الصلاح بالمنع من توقف الصحه في مطلق الإجاره على التسليم، بل هو عين المتنازع، و محل البحث سيما مع ما عرفت من أصاله الصحه، و عموم الأدله الداله على الصحه حتى يقوم دليل

على خلاف ذلك.

و أورد على هذا القول فى المسالك أيضا بأن شرط الاتصال يقتضى عدمه، لأن كل واحد من الأزمنة التى تشتمل عليها مده الإجاره معقود عليه، و ليس متصلا منها بالعقد، سوى الجزء الأول و متى كان اتصال باقى الأجزاء غير شرط، فكذا اتصال الجميع، انتهى، و ظنى ضعفه، فان الزمان المشترط فى العقود المحدد عندهم بتعيين زمان الابتداء و الانتهاء أمر واحد لا تعدد فيه، و اتصاله و انقطاعه إنما هو بالنظر الى طرفيه لا- إلى أجزائه المركب منها، و الا- لم يتم وصفه بالاتصال أو الانقطاع كما لا يخفى، و بالجملة فإنى لا يظهر لى وجه صحه ما أورده، و المشهور هو الجواز مع عدم الاتصال، و هو الأظهر لما عرفت.

أما مع الإطلاق فيبتنى على ما سيأتى فى القول الثانى و قيل: ان الإطلاق يقتضى الاتصال، فلو لم يعين مبدأ اقتضى العقد كون ابتدائها متصلا بالعقد، فيكون أولها من آخر العقد، لأنه مقتضى العرف، حتى ادعى بعضهم بأنه صار وضعا عرفيا، فكأنه قال آجرتك شهرا يكون أوله حين الفراغ من العقد، و هو جيد ان ثبت ما ادعوه من دلالة العرف على ما ذكروه، و إلا بطل للجهاله، و ظاهر جملة من الأصحاب كالمختلف و المسالك ذلك، و هو يؤذن بالشك فى دلالة العرف على ما ادعوه، قال فى المسالك: و الأقوى الجواز مع الإطلاق، إن دل العرف على اقتضائه الاتصال، و نحوه فى المختلف.

و أما القول بأن الإطلاق يقتضى الاتصال مطلقا كما يظهر من عبارتى الشرائع و الإرشاد، ففيه أنه أعم من ذلك، و العام لا يدل على الخاص، إلا أن يكون هناك قرينه على إرادته فلا نزاع.

و بالجملة فالقول بذلك على إطلاقه ضعيف، و أضعف منه دعوى الجواز مع الإطلاق مطلقا، كما يظهر من ابن إدريس، و ابن البراج، قال فى المختلف:

ص: ٥٨١

قال الشيخ: إذا استأجر الدار شهرا و لم يقل من هذا الوقت و أطلق بطلت، و قال ابن البراج و ابن إدريس: بجوازه، و التحقيق أن نقول ان كان العرف فى الإطلاق يقتضى الاتصال، فالحق ما قاله ابن البراج، و ان كان لا يقتضيه فالحق ما قاله الشيخ، لحصول الجهالة على التقدير الثانى دون الأول، انتهى و هو جيد.

و احتمال المحقق الأردبيلى فى صورته الإطلاق مع عدم اقتضاء العرف الاتصال الصحة أيضا و قال: يحتمل الصحة و الاختيار الى العامل ما لم يؤد الى التأخير المخل عرفا مثل أن يستأجر العمل من دون تعيين، و الأصل و عموم الأدله دليله، ثم قال: و كذا لا يبعد البطلان مع الإطلاق، و مع اقتضائه الاتصال أو القيد إذا كان المنفعه بعد العقد مستحقه للغير، لأنه كإجاره المستأجره، و يحتمل فى الإطلاق كون الابتداء بعد خروج تلك المده خصوصا مع جهل الموجر، فينصرف كون أولها إلى المده التى تجوز إجارته، عملا بمقتضى عموم أدله صحه الإجاره، و أصل عدم اشتراط كون أولها من حين العقد، و خرج ما لم تكن تلك المده مستحقه، باقتضاء العرف مع الإمكان، و بقى الباقي فتأمل انتهى.

أقول: هذا ملخص كلامهم فى هذه المسئله و أنت خير بأنى لم أفق على نص فى هذا المقام، لا فى أصل المسئله، و لا فى شىء من فروعها، إلا أن الظاهر من جمله من الروايات الواردة فى نكاح المتعه، هو أن الإطلاق يقتضى الاتصال.

ففى روايه أبان بن تغلب (1) عن أبى عبد الله عليه السلام

كيف أقول إذا خلوت بها، قال تقول: أتزوجك متعه على كتاب الله تعالى و سنه نبيه (صلى الله عليه و آله و سلم) لا وارثه، و لا موروثه كذا و كذا يوما، و إن شئت كذا و كذا سنه بكذا و كذا درهما، و تسمى من الأجر ما تراضيتما عليه، قليلا كان أو كثيرا فإذا قالت:

نعم فهى امرأتك، و أنت أولى الناس بها. الحديث.

و فى روايه هشام بن سالم (2) قال:

قلت: كيف نتزوج المتعه قال: تقول:

ص: ٥٨٢

١- (١) الكافى ج ٥ ص ٤٥٥ ح ٣، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٥ ح ٧٠ الوسائل ج ١٤ ص ٤٦٦ ح ١.

٢- (٢) الكافى ج ٥ ص ٤٥٥ ح ٥، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٥ ح ٧٠ الوسائل ج ١٤ ص ٤٦٦ ح ٣.

يا أمه الله أتزوجك كذا و كذا يوما بكذا و كذا درهما فإذا مضت تلك الأيام كان طلاقها في شرطها».

و في معناها روايه أخرى له أيضا و نحوها روايات آخر أيضا و التقريب فيها أنها على تعددها قد اشتركت في إطلاق العقد، و عدم ذكر الاتصال مع حكمهم عليهم السلام بصحة العقد، و ترتب الأحكام عليه، فلو لا أن الإطلاق يقتضى الاتصال لما حكموا عليهم السلام بالصحة في ذلك، سيما روايه أبان و قوله فيها فإذا قالت: نعم فهي امرأتك فإنها صريحه في أنه بعد تمام العقد تترتب المنفعه، و حل النكاح، و من المعلوم أن دائره النكاح أضيق من الإجاره، لما تكاثر في الأخبار من الحث على الاحتياط في الفروج لما يترتب عليه من النسل الى يوم القيمة، و هم قد اعترفوا بأن دائره الإجاره أوسع من البيع، فكيف النكاح، و المتعه في التحقيق من قبيل المستأجره كما يشير إليه جملة من أحكامها، و به يظهر قوه ما قدمنا نقله عن الفاضلين، و يمكن حمل كلام ابن البراج و ابن إدريس عليه بأنهما إنما جوزا العقد مع الإطلاق لذلك، و ان لم يصرحا كما صرح المحقق، و ما ادعوه من الجهاله على تقدير الإطلاق ليس في محله، و كذا ما قيل: من أنه عام و العام لا يدل على الخاص، فان الجميع لا تعويل عليه، بعد ما عرفت من دلالة النصوص على ما ذكرنا، و مما يؤيد القول المشهور من الصحة لو عين شهرا متأخرا عن العقد ما ورد مثله في المتعه أيضا في

روايه بكار بن كردم (1) قال:

«قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يلقي المرأه فيقول لها: زوجيني نفسك شهرا و لا يسمى الشهر بعينه، ثم يمضى فيلقاها بعد سنين، قال، فقال له شهره ان كان سماه، و ان لم يكن سماه فلا سبيل له عليها».

و هي صريحه في المراد، و الله سبحانه العالم.

الثانيه عشر [لزوم الأجره مع التسليم و لو لم ينتفع المستأجر منها]:

إذا أسلم المؤجر العين المستأجره للانتفاع بها و مضت مده يمكن الانتفاع فيها، و استيفاء المنفعه و لم ينتفع المستأجر بها لزمت الأجره،

ص: ٥٨٣

للزوم العقد، و تسليم الموجد، و إنما التقصير فى ترك الانتفاع من المستأجر، و يؤيد ذلك ما رواه

فى الفقيه و الكافى عن إسماعيل بن الفضل (1) قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل استأجر من رجل أرضاً فقال آجرتها كذا و كذا على أن أزرعها فان لم أزرعها أعطيك ذلك، فلم يزرع الرجل فقال: له أن يأخذه بماله، ان شاء ترك، و إن شاء لم يترك».

قالوا: و لا فرق فى ثبوت الأجره عليه بالتسليم، و مضى المده المذكوره بين كون الإجاره صحيحه أو فاسده، بناء على القاعده المشهوره عندهم من أن كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، و لكن مع الفساد يلزم أجره المثل عما فات من المنافع فى يده.

قالوا: و فى حكم التسليم ما لو بذل العين فلم يأخذها المستأجر حتى مضت المده التى يمكن الاستيفاء فيها، فإنها تستقر الأجره، إلا أنه لا بد من تقييده بالصحيحه، و الوجه فيه من حيث عدم القبض و ظهور بطلان الإجاره، و استقرار الأجره فى الصحيح أو المثل إنما يثبت من حيث صحه العقد الموجب لذلك، و هو هنا غير حاصل قالوا و إذا استأجره لقلع ضرسه فمضت المده التى يمكن إيقاع ذلك فيها، فلم يقلعه المستأجر استقرت الأجره، أما لو زال الألم عقيب العقد سقطت الأجره، و الوجه فى الأول ظاهر، لأن الأجير سلم نفسه للعمل، و امتنع المستأجر من غير عذر، فإن الأجره تستقر بالعقد و التمكين، و الوجه فى الثانى بطلان الإجاره بالبرء و زوال الألم، لأن متعلق الإجاره الموجب للصحه هو تحصيل المنفعه و اللازم هنا إنما هو الضرر بإدخال الألم المنهى عنه شرعاً و عرفاً، فلا يصح الاستيجار هنا كما لا يصح الاستيجار على قطع يده من غير سبب موجب لذلك، نعم لو كان ثمة سبب كما إذا كانت مستأكل يخاف من سريان الضرر الى الصحيح منها، فإنه يجوز و الله سبحانه العالم.

ص: ٥٨٤

١-١) الكافى ج ٥ ص ٢٦٥ ح ٧، الفقيه ج ٣ ص ١٥٥ ح ٥ مع اختلاف يسير الوسائل ج ١٤ ص ٤٩٠ ح ١ و ج ١٣ ص ٢٥٨ ح

١.

الثالثه عشر [فى عروض تلف العين أو نقصان المنفعه]:

لو استأجر شيئاً فعرض له التلف فاما أن يكون للجميع أو البعض قبل القبض أو بعده أو لم يعرض له التلف، و لكن عرض له نقصان فى المنفعه أو عرض له ما يوجب زوال المنفعه كلها.

فهنا صور: الأولى: أن تلف العين المستأجره لاستيفاء المنافع منها قبل القبض، و لا إشكال فى بطلان الإجاره، لأن استيفاء المنفعه أحد العوضين، فإذا فات قبل قبضه بطل كما فى البيع، فاستيفاء المنفعه هنا كالقبض فى البيع، كما أن استيفاء البعض كقبض بعض المبيع.

الثانيه: ان تلف العين بعد القبض و قبل استيفاء شىء عن المنافع، و الحكم كما تقدم من بطلان الإجاره، لفوات أحد العوضين.

الثالثه: أن يكون التلف بعد القبض و استيفاء بعض المنفعه و الحكم فيها أنه يصح فيما قبضه، و يبطل فيما بقى و مثله ما لو تجدد فسخ الإجاره و الحال كذلك، و يرجع من الأجره ما قابل المتخلف، و يقسط المسمى على جميع المده.

قال فى المسالك: و حيث يبطل البعض يقسط المسمى على جميع المده، و يثبت للماضى ما قابله منها، ثم أن كانت متساويه الأجزاء فظاهر، و الا- فطريق التقسيط أن يقوم أجره مثل جميع المده ثم تقوم الأجزاء السابقه على التلف و ينسب الى المجموع فيؤخذ من المسمى بتلك النسبه.

الرابعه: أن يتلف بعض العين خاصه فالحكم فى التالف كما تقدم و يتخير عندهم فى الباقي بين الفسخ لتبعض الصفقه و بين إمساك الحصه بقسطها من الأجره.

الخامسه: لو لم يتلف شىء منها و لكن نقصت المنفعه بحدوث عيب كان ينقص ماء الأرض و ماء الرحى أو عرجت الدابه أو مرض الأجير أو نحو ذلك، و الحكم أنه يثبت الفسخ للمستأجر كما هو المشهور.

قال ابن البراج: إذا استأجر رحى و آلتها و قل الماء الى ان أضر ذلك بالطحن، و هو يطحن على ذلك نظرت فى الضرر، فان كان ضرراً فاحشاً كان له

ترك الإجاره، و ان كان غير فاحش، كانت الإجاره لازمه له، قال فى المختلف:

بعد نقل ذلك عنه، و الأجداد ان له الفسخ، سواء كان الضرر فاحشا أو غير فاحش، لأنه يتضرر،

و قد قال عليه السلام (1)

«لا ضرر و لا ضرار». ثم أنه قال: فإن استأجر رحى بآلتها فانكسر أحد الحجرين أو الدواره كان له فسخ الإجاره، فإن عمل صاحب الرحى ما انكسر من ذلك و فسد قبل الفسخ لم يكن له بعد ذلك الفسخ، و لكن يرفع عنه من الأجير بحساب ذلك، فان اختلفا فى مبلغ العطله كان القول قول المستأجر الا أن ينكر الموجر ذلك، و الأجداد أن له الفسخ بتبعض الصفقه، انتهى.

السادسه: ما لو عرض له ما يوجب زوال المنفعه كما لو استأجر أرضا للزراعه الا أنه قد استولى عليها الماء بحيث لا ينحسر عنها مده يمكن فيها الزراعه، و الظاهر أنه لا إشكال فى بطلان الإجاره، لأن من شروط الإجاره ان يكون للعين نفع يترتب عليها، فكأنه استأجر ما لا- نفع فيه، فهو تضييع للمال و لو كانت مما ينقطع عنها الماء أحيانا، فإن علم مقدار ما ينقطع عنها الماء، و تصلح للزراعه، فالظاهر أنه لا إشكال فى الصحه، و إلا فلا للجهاله الموجبه للغرر، و الله سبحانه العالم.

الرابعه عشر [فى اشتراط تعيين المحمول بالمشاهده أو الكيل أو الوزن]:

قالوا: يشترط تعيين المحمول بالمشاهده أو الكيل أو الوزن و المراكب و المحمل و قدر الزاد، و ليس له البدل مع الفناء الا بالشرط، و مشاهده الدابه المركوبه أو وصفها و تعيين وقت المسير ليلا أو نهارا.

أقول: تفصيل البحث فى هذه الجملة هو أن يقال، لا- ريب فى معرفه هذه المذكورات و تعيينها لترتفع بذلك الجهاله الموجبه للغرر الموجب للبطلان فى العقود، فأما بالنسبه إلى المحمول على الدابه، فلا- بد فى اعتباره بأحد الثلاثه المذكوره فى كل ما يناسبه، الا أن بعض محققى المتأخرين صرح بأنه لا يكفى

ص: ٥٨٦

(١- ١) الكافى ج ٥ ص ٢٩٢ ح ٢، التهذيب ج ٧ ص ١٦٤ ح ٤، الفقيه ج ٣ ص ٤٥ ح ٢، الوسائل ج ١٧ ص ٣٤١ ح ٣.

ذلك على الإطلاق كما هو ظاهر كلامهم، فأوجب في المشاهد امتحانه باليد تخميناً لوزنه ان كان في ظرف، لما في الأعيان من الاختلاف في الثقل و الخفه مع التفاوت في الحجم، و أوجب في المعتبر بأحد الأمرين الآخرين أنه لا بد من ذكر جنسه، للاختلاف الفاحش باختلاف الأجناس، و ان اشتركت في كونها مكيهه أو موزونه قال: فان القطن معتبر من جهه انتفاخه و دخول الريح فيه فيزداد ثقله في الهواء و الحديد يجتمع على موضع من الحيوان، فربما عقره، و تحميل بعض الأجناس أصعب من بعض، و الحفظ في بعضها كالزجاج أصعب، و ملخص الكلام في ذلك هو أنه لما كان الضابط التوصل في معرفه المجهول إلى ما يرفع الجهاله، فلا بد من ذكر الجنس مع التقدير بأحد الأمرين المذكورين، ليرتفع الجهاله بحذافيرها و هو حسن.

و أما بالنسبه إلى المراكب و المحمل فللاختلاف بالثقل و الخفه فلا بد في الراكب من الاعتبار بالمشاهده أو الوزن مع عدمها، قالوا: و في الاكتفاء فيه بالوصف من فخامه و ضحامه و طول و قصر و نحو ذلك و جهان أجودهما ذلك مع افادته للوصف التام الرافع للجهاله، و لا بد في المحمل بكسر الميم الثانيه كمجلس، و احد المحامل، و هو شقان يوضعان على البعير، يجلس فيهما المتعادلان، من الاعتبار بالمشاهده، أو الوزن مع ذكر الطول و العرض، للاختلافها في السهوله و الصعوبه، إلا أن يكون متعارفا معلوما لا جهاله فيه فيصرف إليه الإطلاق، و كذا الحكم أيضا في الآلات التي يصحبها المسافر، كالتقربه و السفره، و الإداهه و نحو ذلك، فإنه لا يكفي مجرد ذكرها، بل لا بد من معرفه قدرها و جنسها الا مع جريان العاده بالحمل من غير مضايقه في ذلك.

و أما بالنسبه إلى الزاد فلما عرفت أيضا فلا بد من تعيين قدره، لترتفع الجهاله و أما أنه ليس له بدله بعد الفناء الا مع الشرط، فان المتبادر من الزاد هو ما يستغنى به المسافر في طريقه و يكفيه و هو قد اشترطه، و المراد بفنائه يعنى بالأكل

المعتاد، وحينئذ لو فنى و الحال هذه فإنه ليس له إبداله، لأن مرجع تقصيره الى فعله بنفسه، أما لو كان فناه بنحو آخر كضيافه غير معتاده أو أكل غير معتاد أو سرقة أو سقط منه فى الطريق فإنهم صرحوا بان له إبداله تنزيلا للإطلاق على المعتاد المتعارف، و يكون حكم البديل حكم المبدل فى ذلك، هذا كله مع عدم شرط الأبدال، و إلا فلا إشكال فى الأبدال عملا بالشرط المذكور.

و أما بالنسبة الى مشاهدته الدابة أو وصفها مع عدم المشاهدة فلما فى عدم ذلك من الجهاله لما علم من اختلاف الدواب فى القوه و الضعف و الحزونه و السهوله و زاد بعضهم أيضا اشتراط الذكوره و الأنوثة إذا كانت للركوب، فان الأنثى أسهل و الذكر أقوى، قال: و يحتمل العدم، لان التفاوت بينهما يسير فلم يكن معتبرا فى نظر الشارع، هذا فيما لو كانت الإجاره معينه.

أما لو كانت فى الذمه بمعنى أنه استأجر للحمل على دابه إلى الموضع الفلانى فإنه لا يحتاج إلى وصف، و لا مشاهدته، بل الواجب عليه حملة، و إيصاله إلى الموضع المذكور كيف اتفق على وجه لا يتضرر به، فيضمن مع الضرر.

و أما بالنسبة إلى تعيين وقت السير، فلاختلاف الناس فى ذلك الوقت الموجب للجهاله، فإن كانت هناك عاده بينى عليها فى سلوك تلك الطريق و جب الرجوع إليها و اكتفى بها لانصراف الإطلاق إليها، و إلا و جب تعيين الوقت لما ذكرناه.

نعم يشكل التعيين إذا اختلف السير و لم يمكن التعيين إليهما كطريق الحج فان مقتضى تحقيق بيان السير عدم صحه الاستيجار فيها، الا أن يستقر العاده بسير مخصوص فى تلك السنه، بحسب ما يناسبها عاده، من السير، و لهذا أنه منع فى التذكرة من الاستيجار فى الطريق التى ليس لها منازل مضبوطة، إذا كانت مخوفه لا يمكن ضبطها باختيارها، و الله سبحانه العالم.

الخامسه عشر [فيما يتوقف عليه توفيه المنفعه على الموجر و المستأجر]:

قد صرح جملة من الأصحاب بأن كلما يتوقف عليه توفيه المنفعه فهو على الموجر كالقرب و الزمام و الحزام و السرج أو البردعه فى الدابه،

و رفع المحمل، و شد الأحمال و حطها، و القائد و السائق إن شرطه مصاحبه، و المداد فى الكتابه و الخيوط فى الخياطه و نحو ذلك، و علل بتوقف المنفعه الواجبه عليه بالعقد على ذلك فيجب من باب المقدمه، و قيل: ان الواجب على المؤجر انما هو العمل، لأن ذلك هو المقصود من اجاره العين، أما الأعيان فلا تدخل فى مفهوم الإجاره على وجه يجب أداءها لأجلها إلا فى مواضع نادره، ثبتت على خلاف الأصل، كالرضاع، و الاستحمام، و الخيوط للخياطه، و الصبغ للصباغه، و الكش للتلييح، و حينئذ فالأقوى الرجوع الى العرف، فان انتفى أو اضطرب فعلى المستأجر لما عرفت.

أقول: الظاهر هو التفصيل فى المقام بأن يقال: ان بعض هذه الأشياء على الموجر بلا اشكال و لا خلاف فيما أعلم، مثل عماره الحيطان و السقوف و الأبواب و نحو ذلك، فى إجاره المساكن، و مجرى المياه و نحو ذلك فى إجاره الأرضين، و الرحل و القتب و نحو ذلك مما تقدم فى إجاره الدابه، و ضابطه كلما جرت العاده للتوطئه به للركوب و بعضها على المستأجر بغير خلاف يعرف، و لا- اشكال يوصف كالحبل لاستقاء الماء، و الدلو و البكره، و بعض قد وقع الخلاف فيه كالخيوط للخياطه، و المداد للكتابه، و الصبغ للصباغه، و الكش للتلييح، و قد جزم فى الشرائع بأنها على الموجر، و مثله فى اللمعه بالتقريب المتقدم، حيث قالوا كلما يتوقف عليه توفيه المنفعه فعلى الموجر، و مثل له فى النهايه من ما قدمنا ذكره فى صدر المسئله، و مثل له فى الشرائع بالخيوط فى الخياطه و المداد فى الكتابه، و ظاهر المسالك و الروضه الرجوع فى ذلك الى العرف، فان انتفى أو اضطرب فعلى المستأجر بالتقريب المتقدم، و جزم فى الشرائع بدخول المفتاح فى إجاره الدار معللا له بأن الانتفاع يتم به، و هذا منه، بناء على ما قدمنا نقله عنه من الكليه.

و فيه أن التعليل بتماميه الانتفاع لا يتم كليا لأنه قد صرح سابقا على هذا الكلام فى الشرط الرابع بأنه يلزم مؤجر الدابه كلما يحتاج إليه فى إمكان الركوب من الرحل و القتب و آله و الحزام و الزمام، قال: و فى رفع المحمل و شده تردد،

أظهره اللزوم، وحينئذ فكيف يتم ما ذكره هنا كليا.

و يؤيده ما صرحوا به من أن المنقول لا يدخل في إجاره الثابت الا مع العاده أو التبعية، و لهذا قال في المسالك بناء على ما قدمنا نقله عنه: عن عدم العمل بالكليه المذكوره، و الأولى التعليل بأنه تابع للغلق المثبت، بل هو كالجزم منه، و هذا بخلاف مفتاح القفل، فلا يجب تسليمه و لا القفل لانتفاء التبعية، انتهى.

ثم انه قد صرح في المسالك بأنه يعتبر القائد و السائق مع العاده لهما، أو لأحدهما، و كذا يجب إعانتة على الركوب و النزول، اما برفعه ان كان يمكنه ذلك و هو من أهله، أو بترك الجمل ان كان عاجزا أو قادرا، و لكن لا تقتضى له العاده بذلك، كالمراه و الشيخ الكبير و المريض، و لو كان المستأجر قويا يتمكن من فعل ذلك بنفسه لم يجب إعانتة، كل ذلك مع اشتراط المستأجر على الأجير المصاحبه أو قضاء العاده بها، أو كانت الإجاره للركوب في الذمه.

أما لو كانت مخصوصه بدابه معينه ليذهب بها حيث شاء و لم يقض العاده بذلك، فجميع الأفعال على الراكب، انتهى و لا بأس به و الله سبحانه العالم.

السادسه عشر [اشتراط المشاهده أو الوصف لو أجر الدابه لدوران الدولاب]:

لو أجر الدابه لدوران الدولاب افتقر الى مشاهدته، أو وصفه بما يرفع الجهاله، و كذا يشترط معرفه البئر بالمشاهده أو الوصف ان أمكن، و كذا لا بد من تقدير العمل بالزمان كيوم و نحوه، الا أن يستأجر على أن يملأ بركه معينه معلومه بالمشاهده أو المساحه.

قالوا: و لا- يكفي المشاهده في سقى البستان عن تعيين الزمان، لحصول الاختلاف بقرب عهده بالماء، و عدمه، و بروده الهواء و حرراته، و لو أجر الدابه لحرث جريب معلوم، فان كانت الإجاره لحرث مده كفى تعيين المده و تقديرها، و لا- يعتبر معرفه الأرض، و لكن لا- بد من تعيين الدابه المستعمله في الحرث إما بالمشاهده أو الوصف الراجع للجهاله، و الا فلا بد من مشاهده الأرض أو وصفها.

و عن التذكرة: الاعتبار بالمشاهدة، و لم يكتف بالوصف محتجا بأنها تختلف فبعضها صلب، فيصعب حرثه على البقر و مستعملها و بعضها رخو يسهل، و بعضها فيه حجاره يتعلق بها السكه، و مثل هذا الاختلاف انما يعرف بالمشاهدة، دون الوصف، و أنت خير بما فيه، فان ما ذكره من هذه الأشياء انما تعرف بالوصف لا المشاهدة، لأن المشاهدة انما تقع على ظاهر الأرض، و هذه الأشياء انما هي في باطنها و الوصف آيه عليها، لأن المالك قد يطلع من باطنها على ما لا يظهر بالمشاهدة لظاهرها، فيصفها بذلك.

و بالجمله فإن ما ذكره من الاطلاع على هذه الأشياء لا يظهر بالمشاهدة، و إنما يظهر بالعمل و الحرث في الأرض، و هو فرع صحه الإجاره، و يمكن التوصل الى ذلك باختيارها بالحفر في مواضع من الأرض على وجه يرفع الغرر.

السابعه عشر [فيما يشترط في إجاره الدابه للسير عليها] :

إذا استأجر دابه للسير عليها فهنا أحكام، منها: أنه لو أسرع في السير عليها زياده على عاده أمثالها بحسب نوعها و وصفها في تلك الطريق، أو ضربها زياده على العاده، أو كبحتها باللجام من غير ضروره، ضمن، لأن ذلك تعد باعتبار حمل الإطلاق على المعتاد، و ظاهر التذكرة على ما نقل عنها المنع من الضرب مطلقا، حيث حكم بالضمن بالضرب مطلقا محتجا بأن الإذن مشروط بالسلامه، و فيه أن مقتضى الإجاره الوقوف على العاده، و عدم حصول التعدي إلا بتعديها، و الضرب المعتاد لا يستلزم ضمانا.

و المراد بكبح الدابه باللجام جذبها به، لتقف عن السير، قال في الصحاح:

كبحت الدابه إذا جذبتها إليك باللجام، لكي تقف، و لا تجرى.

و منها أنه لو مات الدابه انفسخ العقد، ان وقع على دابه معينه، بخلاف ما لو كان المستأجر عليه في الذمه، بمعنى كون الإجاره مطلقه كالاستيجار على الركوب، فإنه يجب عليه ركابه على دابه غيرها الى تمام المقصد، و لا تتعين المطلقة بالتعيين و التسليم بحيث يكون الركوب منحصرا فيها، و لهذا يجوز

للمالك تبديلها.

و الظاهر ان تعذر استيفاء المنفعة المشروطه على الوجه المتعارف لمرض أو ضعف أو نحو ذلك في معنى الموت أيضا، فينفسخ الإجاره في صورته التعيين، و يحتمل الأبدال خصوصا مع التراضي، و الظاهر أيضا أنه لا خصوصيه للدابه في الصورة المذكوره، بل يجرى الحكم في الراكب و الحمل المعين، فينفسخ العقد بتلفهما، و منه تلف الصبي المرتضع في صورته الاستيجار لارضاعه.

و منها أن ظاهر كلام جملته من الأصحاب أنه لا بد من تعيين الراكب إذا كان الاستيجار للركوب بمشاهدته أو وصفه، و علل باختلاف الأغراض في الراكب.

قال في التذكرة بعد ان اشترط المعرفة بالمشاهده و نقل عن بعض الشافعية الاكتفاء بالأوصاف الرافعه للجها له ما صورته: و الأصل في ذلك أن نقول: إذا أمكن الوصف التام القائم مقام المشاهده كفى ذكره عنها، و الا فلا، ثم أنه يجوز للمستأجر أن يركب غيره إذا كان الاستيجار للركوب من غير تخصيص أحد بكونه هو الراكب، الا أنهم صرحوا بأنه يشترط في الغير الذي له أن يركبه أن يكون مساويا أو أخف، و لو كان أثقل لم يجز إلا - بالاذن، و الا - كان ضامنا فيأثم و يضمن، و كذا في صورته التخصيص بأحد، لو خالف أثم و يضمن.

أقول: الحكم بما ذكره في صورته التخصيص ظاهر للمخالفة، و أما في صورته الإطلاق فاشترط ما ذكره مشكل،

لصحيحه على بن جعفر (1) عن أخيه أبي الحسن عليه السلام قال:

«سألته عن رجل استأجر دابه فأعطاها غيره فنفتت ما عليه؟ قال: ان كان اشترط أن لا يركبها غيره، فهو ضامن لها، و ان لم يسم فليس عليه شيء». فإنه كما ترى ظاهره في أنه مع الإطلاق يجوز له إركاب غيره مساويا أو أخف أو أثقل، فإن ترك الاستفصال دليل العموم في المقام، كما

ص: ٥٩٢

هو متفق عليه بينهم، وهي أيضا ظاهره في عدم ما ذكره من اشتراط المشاهده أو الوصف في الراكب كما قدمنا نقله عنهم بالتقريب المذكور، والظاهر جريان هذه الأحكام المذكوره في استيجار البيت للسكنى من إطلاق و تقييد، و ما يتفرع عليهما بتقريب ما تقدم.

و منها أن الظاهر من كلام جملة من الأصحاب أنه يجب على المستأجر سقى الدابه و علفها فلو أهمل ضمن، بمعنى أن ذلك لازم له من ماله بدون الشرط من غير ان يرجع به على المالك.

و ظاهر جملة منهم شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك و المحقق الثانى فى شرح القواعد و جوب ذلك على المالك الا مع الشرط، لأن الأصل عدم الوجوب على غيره، ثم ان كان حاضرا معه و الا- استأذنه فى الإنفاق و رجوع عليه أو الحاكم مع تعذره، حسب ما تقدم فى الرهن و الوديعه.

و ظاهرهم الاتفاق مع عدم حضور المالك على وجوب قيام المستأجر بذلك، لوجوب حفظ الدابه من حيث كونها نفسا محترمه، و وجوب حفظ مال الغير إذا كان تحت يده، و إنما الخلاف فى الرجوع على المالك بالتفصيل المتقدم و عدمه، و المسئله لا يخلو من اشكال، لعدم دليل واضح من النصوص فى هذه المجال، و ان كان القول الثانى لا يخلو من رجحان لتأييده بالأصل، و يمكن أن يستفاد ذلك من صحيحه أبى ولاد الآتيه فى المقام إنشاء الله تعالى

لقوله (1) عليه السلام

لما قال السائل إنى قد علفته بدراهم فلى عليه علفه، فقال: عليه السلام لا انك غاصب».

و مفهومه أنه لو لم يكن غاصبا فان له طلبه من المالك فى الصوره المفروضه، لأنه إنما نفى استحقاقه للمطالبه من حيث الغصب، الا- أنه لا- يخلو من خدش أيضا أقول: و الظاهر أن الكلام فى نفقه الأجير كذلك، و سيأتى الكلام فى ذلك إنشاء الله تعالى.

ص: ٥٩٣

و منها ما إذا استأجر دابه و استوفى حقه منها و أمسكها بعد مضى المده فهل الواجب عليه ردها و أنه مع إمساكها و عدم ردها يكون ضامنا لها و لنفقتها، أو أنه لا يجب عليه الرد و انما يجب عليه رفع اليد عنها إذا أراد صاحبها استرجاعها؟ قولان: و قد مضى تحقيق الكلام فى ذلك فى الموضوع الخامس من المطلب الأول من هذا الكتاب.

و منها أنه إذا استأجر دابه إلى موضع معين فتجاوز إلى ما زاد عليه فعليه أجره المثل فى الزيادة، و ضمان العين ان تلفت، و الأرش ان نقصت، لأنه غاصب و ليس له الرجوع بما أنفق عليها مده الغصب، و لو اختلفا فى القيمة فالقول قول المالك مع يمينه، أو بينته، و الأصل فى هذه الأحكام ما رواه

فى الكافى فى الصحيح عن أبى ولاد (١) قال:

«اكثرىت بغلا الى قصر ابن هبيرة ذاهبا و جائيا بكذا و كذا، و خرجت فى طلب غريم لى فلما صرت قرب قنطره الكوفه خبرت أن صاحبى توجه الى النيل فتوجهت نحو النيل، فلما أتيت النيل خبرت أنه قد توجه الى بغداد، فأتبعته فلما ظفرت به و فرغت مما بينى و بينه رجعت الى الكوفه، و كان ذهابى و مجىء خمسة عشر يوما فأخبرت صاحب البغل بعذرى و أردت أن أتحلل منه ما صنعت، و أرضيه فبذلت له خمسة عشر درهما فأبى أن يقبل فتراضينا بأبى حنيفه، فأخبرته بالقصه و أخبره الرجل، فقال لى: و ما صنعت بالبغل؟ قلت: قد دفعته اليه سليما، قال: نعم بعد خمسة عشره يوما، قال: فما تريد من الرجل قال: أريد كرى بغلى فقد حبسها خمسة عشر يوما، فقال: لا أرى لك حقا لأنه اكتراه إلى قصر ابن هبيرة فخالف و ركبته الى النيل، و الى بغداد، فضمن قيمه البغل، و سقط الكرى، فلما رد الرجل البغل سليما و قبضته لم يلزمه الكرى، قال: فخرجنا من عنده و جعل صاحب البغل يسترجع، فرحمته بما أفتى به أبو حنيفه و أعطيته شيئا و تحللت منه، و حججت فى تلك

ص: ٥٩٤

١-١) الكافى ج ٥ ص ٢٩٠ ح ٦، التهذيب ج ٧ ص ٢١٥ ح ٢٥، الوسائل ج ١٣ ص ٢٥٥ ح ١.

السنة فأخبرت أبا عبد الله عليه السلام بما أفتى به أبو حنيفة فقال: لى فى مثل هذا القضاء و شبهه تحبس السماء مائها، و تمنع الأرض بركتها، قال: فقلت لأبى عبد الله عليه السلام:

فما ترى أنت قال: أرى أن له عليك مثل كرى البغل ذاهبا من الكوفه إلى النيل، و مثل كرى البغل راكبا من النيل الى بغداد، و مثل كرى البغل من بغداد إلى الكوفه، توفيه إياه، قال: فقلت جعلت فداك: قد علفته بدراهم، فلى عليه علفه؟ قال: لا، لأنك غاصب، فقلت: أ رأيت لو عتب البغل أو نفق أ ليس كان يلزمنى، قال: نعم قيمه البغل يوم خالفته، قلت: فإن أصاب البغل كسر أو دبر أو غمز فقال: عليك قيمه ما بين الصحيح و المعيب يوم ترده عليه، قلت:

فمن يعرف ذلك قال: أنت و هو، إما أن يحلف هو على قيمه فتلزمك، و ان رد اليمين عليك فحلفت على القيمه فيلزمك ذلك، أو يأتى صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمه البغل حين كرى كذا و كذا فيلزمك، قلت: انى كنت أعطيته دراهم و رضى بها و حللتنى فقال: إنما رضى بها و حللك حين قضى عليه أبو حنيفة بالجور و الظلم، و لكن ارجع اليه و أخبره بما أفتيك به، فان جعلك فى حل بعد معرفته، فلا شىء عليك بعد ذلك، قال: أبو ولاد فلما انصرفت من وجهى ذلك لقيت المكارى و أخبرته بما أفتانى به أبو عبد الله عليه السلام و قلت له: قل ما شئت أعطيكه فقال: قد حببت الى جعفر بن محمد عليه السلام و وقع فى قلبى له التفضيل. و أنت فى حل و ان أحببت أن أرد عليك الذى أخذته منك فعلت».

أقول: ما دل عليه الخبر من أن القول فى القيمه مع التلف قول المالك بيمينه، خارج عن مقتضى القواعد الشرعيه، لأنه مدع، و وظيفته البينه، و مع عدمها فالقول قول المستأجر بيمينه، لأنه منكر، و من ثم اختلف الأصحاب هنا فى ذلك، فذهب فى النهايه إلى العمل بالخبر، و جعل مقصورا على مورده، و هو الدابه، و ذهب ابن إدريس الى أن القول قول المستأجر لأنه منكر، و لم يفرق بين الدابه و غيرها، و تبعه المتأخرون كالفاضلين و نحوهما غيرهما،

و أطرحوا الخبر من اليبين، و المسئلة لا- تخلو من الاشكال، و ان كان ما ذهب اليه الشيخ لا- يخلو عن قوه لصحه الخبر، و صراحتة، فيخصص به عموم القاعده المذكوره، كما خصصوها في مواضع عديده.

و ما تضمنه الخبر من أنه مع التلف يضمن قيمه البغل يوم خالفه يؤيد القول المشهور في المسئلة، و هي ما إذا تعدى في العين المستأجره فإنه يضمن قيمتها وقت العدوان، تنزيلا له منزله الغاصب، فإنه يضمن، قيمه المغصوب يوم الغصب.

و قيل، انه يضمن أعلى القيم من حين العدوان إلى حين التلف.

و قيل: قيمتها يوم التلف، و ما أفتى به أبو حنيفه في هذه المسئلة مبني على مذهبه من أنه يملكها بالضمان، فيذهب الضمان بالأجر، و خالفه الشافعي و وافق الإماميه، و انما حكم عليه السلام في الخبر بأجره المثل من الكوفه، لأنه لم يقطع من الطريق المستأجر عليها شيئا، لأنه عدل عنها من قنطره الكوفه إلى النيل، فلا يستحق من المسمى شيئا، و لو كان قد قطع منها شيئا أخذ من الأجره بالنسبه.

و في الخبر أيضا دلالة على بطلان الصلح مع عدم تمكنه من أخذ حقه، لأن حقه هنا ثابت شرعا و لكن فتوى أبي حنيفه قد حال بينه و بين أخذه، و هو مما لا خلاف فيه و لا اشكال كما تقدم في كتاب الصلح، و الله سبحانه العالم.

الثامن عشر [في بيان من عليه أجره الأجير]:

الظاهر أنه لا- خلاف بين الأصحاب بل و غيرهم في جواز إجاره الأدمى و ان كان على كراهه بالنسبه إلى إجارتة نفسه، و قد تقدمت الأخبار الداله على ذلك في صدر هذا الكتاب، و لا فرق بين الحر و المملوك، و لا بين الذكر و الأنثى، و أنه متى كانت أنثى فالظاهر أنه يحرم على المستأجر منها جميع ما يحرم عليه قبل الإجاره، الا أن العلامه في القواعد و المحقق الثاني في شرحه قد صرحا باستثناء النظر إلى المملوكه بإذن المولى، و استشكل فيه بعض محققى متأخرى المتأخرين، لعموم الدليل، فإنه ليس بعقد و لا تملك، الا أن يجعل الاذن تحليلا و هو جيد.

و بالجمله فإن عقد الإجاره انما لحلل الخدمه و العمل و أباحهما، و أما غيرهما مما هو محرم قبل الإجاره فإنه يبقى على تحريمه و اختلفوا فى نفقه الأجير المستأجر للسعى فى حوائج المستأجر فقيل: بأنها على الأجير و هو اختيار العلامة فى التذكرة و القواعد و شيخنا فى المسالك، و هو ظاهر المحقق الأردبيلي أيضا، و هو مذهب ابن إدريس، و علل بأن العقد انما وقع على العمل بأجره معينه و لم يقتضى العقد سواها، فإدخال غيرها فى مقتضى العقد المذكور يحتاج الى دليل، و لا دليل.

نعم لو كان ثمة عاده مستمره أو قرينه صريحه أو شرط ذلك على المستأجر فلا إشكال فى ذلك، و قيل: بأنها على المستأجر الا أن يشترطها على الأجير، و به صرح فى الشرائع و الإرشاد و جماعه من الأصحاب أو لهم النهايه و علل باستحقاق المستأجر جميع منافعه المانع من النفقه، لأنه متى كان زمانه مستوعبا بالعمل للمستأجر لم يبق له زمان يحصل فيه ما يحتاج اليه من النفقه، و رد بأن استحقاق منافعه لا يمنع من وجوب النفقه فى ماله الذى من جملته الأجره.

و استدلل ايضا على ذلك بما رواه

الكليني و الشيخ عن سليمان بن سالم (١) قال:

«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 الى ما كان ينفق عليه فى الشهر إذا هو لم يدعه فكافأه الذى يدعوه، فمن مال من تلك المكافاه؟ أم من مال الأجير أم من مال المستأجر؟ فقال: ان كان فى مصلحه المستأجر فهو من ماله، و الا 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 أو الحمام فعلى من؟ قال على المستأجر».

و رده بعض محققى متأخرى المتأخرين بضعف السند، بالراوى المذكور، فإنه

ص: ٥٩٧

مهمل في كتاب الرجال، و عدم الصراحة في المدعى، قال: بل ربما حملت على الشرط، قال في المسالك بعد ذكر القول بالوجوب على المستأجر و الأقوى أنه كغيره لا يجب نفقته إلا مع الشرط و يمكن حمل الروايه مع سلامتها عليه.

أقول: و لعل وجهه أن الاستيجار بالنفقة في قوه شرطها على المستأجر و كيف كان فالروايه المذكوره لما فيه من الإجمال و التدافع فما اشتملت عليه من المقال لا يخلو الاعتماد عليها من الاشكال.

و بيان ذلك أن مقتضى قوله في السؤال الأول، و كذا في الثاني استأجره بنفقته أن ما ينفقه في تلك المده انما هو من ذلك المبلغ الذي وقع الاستيجار به و جعله المستأجر نفقه له، فلا يستحق الرجوع به لأنه في معنى المشروط على المستأجر، فيكون من مال المستأجر، و مقتضى قوله في السؤال الأول ان كان في مصلحة المستأجر فهو من ماله، هو أن النفقه على المستأجر بمعنى أنه يرجع بها الأجير على المستأجر، لأن حاصل معنى الكلام المذكور أن الأجير بعد أن اضافه ذلك الرجل الذي من أصحابه أراد أن يكافيه، فنظر الى ما ينفقه على نفسه في تلك المده لو لم يصفه، فدفعه إلى ذلك الرجل مكافأه له، و الامام عليه السلام حكم بأنه ان كان جلوسه في الضيافه لمصلحة المستأجر فما دفعه مكافأه على المستأجر يرجع به عليه، و الا فهو على الأجير، بمعنى أنه لا يرجع به، و هو و ان كان ظاهرا فيما ادعاه المستدل بالروايه، إلا- انه ينافيه ما تقدم في صدر الخبر من أنه استأجره بنفقته و دراهم، فان الظاهر أن المعنى فيه أنه استأجره بشيء ينفقه على نفسه، و دراهم في مقابله السعي في عمله، و تحصيل غرضه، و مقتضاه أنه لا- يرجع بما أنفقه سواء أكله أو أعطاه مكافأه أو غيرها، على أن تلك المكافاه انما كانت تبرعا من الأجير فهو من ماله، و هذه منافاه أخرى، و ظاهر الخبر أيضا اشتمل على ما لا يقوله الأصحاب من الإجمال في النفقه المستأجر بها، فإنهم يوجبون التعيين لرفع الجهاله، و دفع الغرر.

قال فى التذكرة و القواعد لا يجوز الاستىجار بنفقتة و طعامه ما لم يعين.

و قال فى التذكرة: و لا يجوز أرتال من الخبز لعدم جواز السلم عندنا فيه، فلا تجوز بالإجاره، و قال فى موضع آخر: إذا استأجر فى موضع أجيـرا بطعامه و كسوته فان قدرا ذلك و علماه صح العقد و ان لم يقدر اه بطل العقد الى أن قال و لافرق بين أن يستأجره بالنفقه و الكسوه و بين أن يجعلهما جزء من الأجره و إذا استأجره بهما صح إجماعا و وصفهما كما يوصف فى السلم و ان لم يشترط طعاما و لا كسوه فنفقتة و كسوته على نفسه، انتهى.

و بالجملة فالموافق لقواعدهم هو وجوب التعيين لدفع الجهاله و الغرر اللذين يوجبون الاحتراز عنهما فى العقود.

بقى الكلام فى السؤال الثانى «فإن حملت النفقه» و ان كان خلاف ظاهر الخبر على ما يدخل فيه أجره غسل الثياب و الحمام و نحو ذلك مما يحتاج إليه الإنسان غالبا، فينبغى حمل قوله على المستأجر على معنى أنها من النفقه التى استوجـر بها، و الا فلا معنى لكونها على المستأجر يرجع بها الأجير عليه، مع كونه استأجره بها، و ان حملت على أن المراد بها ما عدا ذلك من المأكل و الملبس و نحوهما، و هو الظاهر من سياق الخبر، فظاهر كون تلك الأشياء على المستأجر هو أن الأجير يرجع بها على المستأجر، لعدم دخولها فيما استوجـر به و هو النفقه.

و فيه دلالة على أنه لو لم يستأجره بالنفقه بل بأجره فى الجملة و لم يشترط النفقه عليه، فإنه يرجع بالنفقه كما ادعاه المستدل بالخبر، لأنه إذا كان له الرجوع بمثل أجره غسل الثياب و الحمام فله الرجوع بما يحتاج إليه فى الأكل و اللبس بطريق أولى لأنها أضر البتة، و هنا إنما امتنع الرجوع بها من حيث أنه استوجـر بها فمع عدم الاستىجار بها و عدم شرطها على المؤجر يرجع بها على المستأجر، و حينئذ يمكن أن يجعل ذلك لموضع الاستدلال بالخبر المذكور، و الله سبحانه العالم.

صرح بعض الأصحاب بأنه لو استأجره لعمل من الأعمال كالكتابه و الخياطه و نحوهما من الأعمال التي يختلف فيهما العمال بالجوده و الحسن و عدمهما و السرعه و البطؤ و نحوهما، فإنه لا يصح جعل الإجاره مطلقه بأن يكون في الذمه، بمعنى تحصيل العمل بمن شاء لما يعلم من الاختلاف الكثير بين العمال فيما ذكرناه، فيتجهل العمل و يحصل الغرر، بل يجب تعيين العامل سواء كان هو المؤجر أو غيره، إذا أمكن حصول النفيقه منه، للانضباط بذلك و ارتفاع الغرر، و كذا يجب تعيين الضائع إذا استأجره مده، بمعنى أن يعمل له هذا العمل في مده محدوده بلا زياده و لا نقيصه، لأنه مع الإطلاق و تفاوت العمال في السرعه و البطؤ و اختلافهم في ذلك كثيرا يحصل الغرر أيضا، و بتعيين العامل و معرفه ما هو عليه من السرع و البطؤ في عمله يزول ذلك.

و لو استأجره على عمل معين كنسخ هذا الكتاب المعين و خياطه هذا الثوب المخصوص، فإنه من حيث كون المانع ما ذكرنا أولا هو اختلاف الصناع في السرعه و البطؤ الموجب للزياده في العمل و النقيصه، فإن الظاهر أنه تصح الإجاره في هذه الصوره المفروضه، لأن هذا الاختلاف غير قاذح هنا، فان الغرض حصول هذا العمل المعين، أما من حيث كون المانع هو تفاوتهم في الصنعه و بالجوده، و الرداءه، فإنه لا يصح هنا بل لا بد من تعيين الصانع ليرتفع هذا الغرر.

قال في المسالك بعد ذكر المصنف أصل المسئله: و هذه المسئله قل من تعرض لها غير المصنف، نعم ذكرها الشافعي في كتبهم.

أقول: قد عرفت آنفا أن أكثر هذه التعريفات في الكتب المتقدمه و الآتيه و ان وقعت من الشيخ و المرتضى و العلامه و غيرهم، إلا أنها كلها مأخوذه من كتب العامه أخذوا منها ما استحسّنوه، و كتب متقدمي أصحابنا إنما اشتملت على مجرد نقل الاخبار كما لا يخفى على من جاس خلال تلك الديار، و الله سبحانه العالم.

العشرون [فيما يشترط في الإجاره على حفر البئر]:

قالوا إذا استأجره على حفر بئر فلا بد من تعيين الأرض و قدر نزول البئر وسعتها و هل المراد بالتعيين المشاهده أو ما هو أعم، فيشمل الوصف الرافع للجها له، احتمالان: وقد ذكروا في استيجار الأرض للحرث نحو ذلك، و بعضهم ذكر هنا المشاهده بخصوصها مع ذكره التعيين بقول مطلق في الأرض، و بعضهم عكس.

و كيف كان فإنه لا يخفى أن المشاهده إنما تأتي على ظاهر الأرض دون الباطن و ارتفاع الجها له باعتبار معرفه صلابه ظاهر الأرض و رخاوتها لا يغنى عما يتجدد بعد الحفر من الزيادة على ذلك، و النقيصه مما لا يمكن معرفته، الا بالعمل.

و به يظهر أن الوصف أضبط من المشاهده إذا أمكن اطلاع المستأجر على الباطن بكثره الممارسه، قالوا: لو انهارت أو بعضها لم يلزم الأجير إزاله ذلك، بل ذلك على المالك، لأن الأجير قد أتى بما استوجر عليه، و امثله ما تضمنه العقد، و لا يكلف بما زاد عليه و لو حفر بعض البئر ثم تعذر حفر الباقي لصلابه الأرض أو مرض الأجير أو نحو ذلك، فالمشهور أن له من الأجره المسماه في العقد بنسبه ما عمل الى المجموع، فيستحق من الأجره المسماه بتلك النسبه، و طريق معرفه ذلك أن يقوم جميع العمل المستأجر عليه، و يقوم ما عمله منفردا، و ينسب الى المجموع فينسب أجره مثل ما عمل إلى أجره مثل المجموع، و يستحق الأجير من المسمى بتلك النسبه.

الا أنه روى

في الكافي و التهذيب عن أبي شعيب المحاملي عن الرفاعي (1) قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل قبل رجلا يحفر له بئرا عشر قامات بعشره دراهم، فحفر له قامه ثم عجز، قال: يقسم عشره على خمسه و خمسين جزء فما أصاب واحدا فهو للقامه الأولى، و الاثني للثانيه، و الثلاثه للثالثه، و على هذا

ص: ٦٠١

(١-١) الكافي ج ٧ ص ٤٣٣ ح ٢٢، التهذيب ج ٦ ص ٢٨٧ ح ١، الوسائل ج ١٣ ص ٢٨٤ ح ٢.

في الكافي بطريق آخر عن أبي شعيب عن الرفاعي (1) قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل قبل رجلا يحفر بئرا عشر قامات بعشره دراهم فحفر قامه، ثم عجز فقال: جزء من خمسة و خمسين جزء من العشرة دراهم».

و الظاهر أن مبني هذه الرواية على تزايد الصعوبه في الأرض، فكل قامه نزلت أصعب عما فوقها فلهذا جعل عليه السلام لكل واحده زياده على ما فوقها بجزء، فأمر بقسمه العشره دراهم على خمسة و خمسين جزء، فللقامه الأولى جزء، و للثانيه جزان، و للثالثه ثلاثه، و للرابعه أربعه، و للخامسه خمس، و للسادسه سته، و للسابعه سبعه، و للثامنه ثمانيه، و للتاسعه تسعه، و للعاشره عشره، و إذا ضمنت هذه الأجزاء الموزع عليها بعضها إلى بعض وجدتها خمس و خمسين، بلا زياده و لا نقصان.

و الظاهر أن الأصحاب إنما عرضوا عن هذه الروايه من حيث ابتنائها على هذا الأمر الخاص مع أنها حكم في واقعه معينه، فلا يتعدى، و لهذا أن الشيخ في النهايه اقتصر على نقل الروايه و لم يذكرها بطريق الفتوى، كما هي قاعدته في الكتاب المذكور، فلا يتعين كون ذلك قولاً في المسئله كما يفهم من عباره الشرائع، حيث قال: و في المسئله قول آخر مستند إلى روايه مهجوره.

و في المبسوط قد وافق الأصحاب فيما أفتوا به هنا، فقال: فإن لم يمكن حفره، انفسخ العقد فيما بقي و لا يفسخ فيما حفر على الصحيح من الأقوال، و يقسط المسمى على أجره المثل، لأن الحفر يختلف، فحفر ما أقرب من الأرض أسهل، لأنه يخرج التراب من قرب، و حفر ما هو أبعد أصعب، فإن كان أجره المثل على ما بقي عشره و فيما حفر خمسه أخذ ثلث المسمى، و قد روى أصحابنا في مثل هذا مقدار ما ذكرناه في النهايه.

ص: ٦٠٢

وقال ابن إدريس: الأولى ما ذكره الشيخ في المبسوط وهو المعتمد، و تحمل الروايه على ما إذا كانت الإجاره فى ذلك الوقت فتقسط كذلك، والله سبحانه العالم.

الحاديه و العشرون: فى الاستيجار للإرضاع

اشاره

و الكلام فيها يقع فى مواضع:

الأول [فى جواز استيجار المرأه للرضاع بغير إذن الزوج]:

الظاهر أنه لا خلاف فى جواز استيجار المرأه للرضاع مده معينه بإذن الزوج، و إنما الخلاف فيما لو كان بغير اذنه، فقيل: بالجواز، و الظاهر أنه هو المشهور و ذهب فى المبسوط و الخلاف الى العدم، قال: لأنه لا دليل على صحتها و لأن المرأه معقود على منافعتها لزوجها بعقد النكاح، فلا يجوز لها ان تعقد لغيره فيخل ذلك بحقوق زوجها، و تبعه ابن إدريس و جماعه.

و الظاهر أن القول الأول أقوى، لأنها عاقله مالكة لمنافعها من رضاع و غيره، و عموم أدله الوفاء بالعقود كتابا و سنه شامل لها، نعم متى نافي ذلك شيئا من حقوق الزوج المواجهه عليها امتنع ذلك بلا إشكال، للمنافاه و سبق حقه، و به يظهر ما فى تعليقه الثانى من قوله لأن المرأه معقود على منافعتها، فإنه على إطلاقه ممنوع، إذ الزوج لا يملك سوى منافع الاستمتاع، كذا ما فى تعليقه الأول من عدم الدليل، فان الدليل كما سمعت ظاهر فى المدعى، و تخصيصه يحتاج الى دليل، و غايه ما ثبت من الدليل الدال على التخصيص ما إذا أوجب ذلك الإخلال بحقوق الزوج الواجبه عليها.

ثم انه لو وقعت الإجاره على الوجه المذكور، و منع ذلك شيئا من حقوقه، فهل يحكم ببطالن العقد أن الزوج يتسلط على الفسخ؟ قولان: و بالأول صرح العلامة فى القواعد، و الثانى اختياره فى المسالك، و هو الأوفق بقواعد الأصحاب، و لو سبق الاستيجار للرضاع على النكاح، فلا اعتراض للزوج، لاستحقاق منفعه الرضاع، و ملكها قبل عقده بها، و له الاستمتاع بما فضل عن ذلك، فلو تضرر الصبى بترك الرضاع باستمتاع الزوج كان للولى منع الزوج لما عرفت من تقدم حقه، أما مع عدم التضرر فلا.

و هكذا الكلام فيما لو استأجر السيد أمتة للإرضاع، ثم زوجها قالوا:

و كل موضع يمنع فيه الزوج من الاستمتاع لأجل الرضاع، فإنه تسقط النفقه عنه في تلك المدة، لعدم التمكين التام.

الثاني: هل يشترط ذكر الموضع الذي يقع فيه الإرضاع؟

قيل: نعم، و تردد فيه في الشرائع، و عللوا الاشتراط بأن مواضع الإرضاع تختلف بالسهولة و الصعوبة، و النفع، فان بيت المرضعه أسهل عليها، و بيت الولي أوثق له، و أنت خبير بما في هذه التعليقات من عدم صلاحيتها لتأسيس الأحكام الشرعية كما عرفت فيما تقدم، و وجه التردد من حيث ما ذكروا من أن الأصل عدم الاشتراط، قال في المسالك: و الأقوى الاشتراط، و لا يخفى ما فيه، و التمسك بالأصل أقوى مستمسك حتى يقوم دليل على الخروج عنه، و الخروج عنه بهذه التعليقات مجازفه ظاهره، سيما مع ما عهد من ارتضاع النبي (صلى الله عليه و آله و سلم) و إطلاق الأخبار الواردة باستئجار الظئير.

الثالث [اشتراط مشاهدة الصبي المرتضع]:

قد صرح الأصحاب بأنه لا بد في صحه عقد الإجاره على الإرضاع من مشاهدته الصبي المرتضع، قيل: و يكفي الوصف أيضا و زاد آخرون اشتراط مشاهدته المرضعه.

و الظاهر أن الجميع تقييد للنصوص من غير دليل، و كأنهم بنوا في ذلك بالنسبه إلى الصبي على اختلاف كثره ما يشرب و قلته بالنسبه إلى صغره و كبره، و بالنسبه إلى المرضعه إلى اختلاف النساء في الصفات المأمور بها، و المنهى عنها في الأخبار من الوضائه، و الحسن، و الرعونه، و حماقه، و القبح، و نحو ذلك، مما قيل بتأثيره في الولد، و هو و ان كان كذلك، إلا أن إطلاق أخبار الاسترضاع يدفعه.

الرابع [حكم استئجار الرجل زوجته لإرضاع ولده]:

منع في المبسوط من جواز أن يستأجر الرجل زوجته لإرضاع ولده و جوز ذلك بعد بينونه لأنها أخذت عوضا منه في مقابله الاستمتاع، و عوضا آخر في مقابله التمكين من الاستمتاع، و سوغه المرتضى و ابن إدريس

قال فى المختلف: و هو المعتمد، لنا الأصل الجواز، و قوله تعالى (١) «وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ» الايه و هو عام و العوض المأخوذ ليس فى مقابله التمكين، بل فى مقابله الإرضاع، و سواء منع شيئاً من حقوقه أم لا، لأنه رضى بذلك، و قد تقدم جوازه مع الرضا، انتهى.

أقول: و يؤيده أن الرضاع غير واجب على الأم، كما صرحوا به و دل عليه النصوص أيضاً، و الزوج لا يملك منها، سوى منافع الاستمتاع، فتكون فيما سوى ذلك كالأجنبيه فارضاها له مع عدم التبرع به موجب للأجره، كالأجنبيه، و يدل عليه قوله عز و جل (٢) «فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ» و ما رواه

فى الكافى و الفقيه (٣) قال:

«سئل أبو عبد الله عليه السلام عن الرضاع؟ قال: لا تجبر الحرة على رضاع الولد و تجبر أم الولد». و تحقيق الكلام فى ذلك يأتى فى محله اللائق به إنشاء الله تعالى.

الخامس [لو استأجر ظئرا للإرضاع لم يلزمها غيره]:

قال فى المبسوط: لو استأجر ظئرا للإرضاع لم يلزمها غيره، و ان شرط فى العقد الحضانه مع الرضاع لزمها الأمران، فترضع المولود و تراعى أحواله فى تربيته و خدمته، و غسل ثيابه و خرقه و غيرها من أحواله.

و قال ابن الجنيد، و إذا شورطت على الرضاع فقط لم يكن عليها غير ذلك إلا- أن يكون قد اشترط دفع الصبى إليها أى إلى منزلها، فيكون عليها تخريجه و غسل ثيابه و ما لا بد للصبى منه، إلا أن تشترط هى لذلك أجره على وليه.

قال فى المختلف بعد نقل ذلك: و تفصيل ابن الجنيد جيد، إذ الظاهر و العرف يقضى أن الصبى إذا كان فى منزلها اضطر إلى الحضانه، و كانت لازمه لها انتهى.

ص: ٦٠٥

١-١ (١) سورة البقره- الايه ٢٣٣.

٢-٢ (٢) سورة الطلاق- الايه ٦.

٣-٣ (٣) الفقيه ج ٣ ص ٣٠٨ ح ٢٤، التهذيب ج ٦ ص ٤٠ ح ٤، الوسائل ج ١٥ ص ١٧٥ ح ١.

السادس [بطلان الإجاره بموت الصبي المرتضع]:

لا- إشكال في بطلان الإجاره بموت الصبي المرتضع لفوات ما تعلق العقد باستيفاء المنفعة له، و أما موت المرضعه فيبني على الاستيجار لها من التعيين و الإطلاق فإن كان الاستيجار بعينها و خصوصها فلا إشكال في البطلان، و عليه يحمل إطلاق من أطلق البطلان بموتها، و الحكم في موتها و الحال كذلك كالدابه المستأجره للركوب، و ان كان الاستيجار في الذمه بمعنى أن عليها تحصيل هذا العمل بنفسها أو غيرها، فالظاهر بقاء الإجاره كما في نظائر هذا القسم من الإجازات المتعلقة بالذمه، و حينئذ فيؤخذ ما يقوم به من تركتها لأنها صارت مشغوله بالذمه بذلك، كسائر الديون المتعلقة بالذمه، فإنها بعد فوات الذمه ينتقل الى المال، و يتعلق به كما صرحوا به فيؤخذ أجره المثل لما بقى من المده من أصل مالها، و يدفع الى ولي الطفل.

و احتمال بعض الأصحاب وجوب استيجار وليها على الإرضاع من مالها، قال: لأن الواجب في ذمتها هو الإرضاع و لم يتعذر، و إلا لانفسخت الإجاره، و أما موت الأب فيبني على الخلاف المتقدم في بطلان الإجاره بموت المستأجر و عدمه، و قد تقدم أن الأظهر العدم.

و العجب من ابن إدريس حيث أنه ممن اختار القول بعدم بطلان الإجاره بموت المستأجر، و حكم هنا ببطلان الإجاره بموت أب المرتضع محتجا بالإجماع على أن موت المستأجر يبطلها، و المسئله في الموضوعين واحده، و انما هذه من جزئيات تلك المسئله فما ذكره تحكم محض، و تناقض صرف، نعم ذكر بعض محققي الأصحاب أنه لو كان الولد معسرا و استأجر الأب عليه بمال في ذمته أو في ذمه الأب و لم يخلف الأب تركه، توجه جواز فسخها، لا أنها تبطل بذلك و هو جيد.

السابع [صح استيجار الظئر للإرضاع بالنفقه و الكسوه مع علم المقدار]:

قال الشيخ: إذا استأجر الظئر للإرضاع بالنفقه و الكسوه صح مع علم المقدار بالنفقه و الكسوه، و كذا قال ابن إدريس، و قال في المختلف بعد

نقل ذلك: و هو جيد، لأن الجهاله فى أحد العوضين مبطله، وكذا لو استأجر أجيرا بطعامه، ثم نقل عن ابن الجنيـد أنه قال لا بأس باستئجار الإنسان بطعامه و كسوته، كالظئر و الغلام و ان لم يسم قدر اللبن من الظئر، و لا قدر الطعام للأجير، ثم قال العلامة: أما قدر اللبن فـجيد، لأن ذلك مجهول لا يمكن ضبطه و أما طعام الأجير فـممنوع، انتهى.

أقول: و يمكن الاستدلال لابن الجنيـد بروايه سليمان بن سالم (١) المتقدمه فى المسئله الثامنه عشره لدلالتهـا على جواز الاستيـجار بالنفقه من غير تعيين كما تضمنه السؤال الأول و الثانى منها، و يكون حكم النفقه مستثنى من قاعدتهم المذكوره ان ثبتت، سيما مع ما عرفت مما قدمناه فى غير موضع من انخرام هذه القواعد المشهوره بينهم بالأخبار، و ان كانوا تاره يردون الأخبار فى مقابلتها، و تاره يرتكبون تخصيصها بها، و الله سبحانه العالم.

الثامن [فى خروج إجاره المرأة للإرضاع عن قاعده الإجاره]:

قد عرفت من تعريف الإجاره كما قدمنا ذكره فى صدر الكتاب - أنها عقد ثمرته تمليك المنفعه بعوض معلوم، أو تمليك المنفعه بعوض، - أن الإجاره و استحقاق الأجره إنما تقع على المنافع، لا الأعيان، و حينئذ فيكون إجاره المرأة للإرضاع خارجه عن قاعده الإجاره و مستثناه بالنص، آيه و روايه، لقوله عز و جل (٢) «فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ» و النصوص الوارده بذلك، و هى كثيره تأتى إنشاء الله تعالى فى محلها اللائق بها من كتاب النكاح، فان متعلق الإجاره و الذى استحققت المرأة به الأجره هنا هو اللبن، و هو عين تالفه بالإرضاع، فيكون المعاوضه عليه خارجه عن قانون الإجاره، قالوا: و مثل ذلك الاستيـجار للصبغ، و استيـجار البئر للاستسقاء منها، فان المستوفى فى الجميع إنما هو من الأعيان، و بعضهم تكلف للتفصى عن ذلك بالنسبه إلى الإرضاع أن المنفعه

ص: ٦٠٧

١- (١) الكافى ج ٥ ص ٢٨٧ ح ٢، الوسائل ج ١٣ ص ٢٥٠ ح ١.

٢- (٢) سورة الطلاق- الايه ٦.

التي تعلقت بها الإجاره هي حملها للولد و وضعه في حجرها و وضع الثدي في فمه و نحو ذلك، لا نفس اللبن.

و لا يخفى ما فيه من البعد و التكلف السخيف، فإنه لا يخفى أن الغرض الذاتى و المطلب الأصلى من الاستيجار إنما هو اللبن، و هذه الأشياء إنما هي تابعه، أو مقدمات لذلك، فالأظهر أن يقال: ان هذه المواضع المذكوره مستثناه بالنصوص من قانون الإجاره، و كم مثل ذلك في الأحكام، هذا ان ثبت كون ما ادعوه قانونا كلياً و قاعده مطرده، مع أننا لم نقف له على دليل أزيد من ورود النصوص في أفراد الإجازات بذلك، و هو لا- يستلزم الحصر فيما ورد، الا- مع عدم وجود نص بخلافه، فإنه يمكن ادعاء ذلك قاعده كليه، على نحو القواعد النحويه المبنيه على تتبع كلام العرب، و هذه القاعده ان ثبتت هنا، فهي من هذا القبيل، و إلا فإنى لم أقف على خبر يدل على أن القاعده في الإجاره ما ادعوه، و الله سبحانه العالم.

الثانيه و العشرون [في جواز إجاره الدراهم و الدنانير]:

اختلف الأصحاب في جواز اجاره الدراهم و الدنانير، فقال في المختلف و القواعد و المبسوط: بالجواز، قال للانتفاع بها مع بقاء عينها، مثل أن ينثرها و يسترجعها أو يضعها بين يديه فيتجمل بها و غير ذلك، و قال ابن إدريس: يصح لأنه لا مانع منه، ثم قال: و الذى يقوى في نفسى بعد هذا جميعه أنه لا- يجوز، إجارته، لأنه في العرف المعهود لا منفعه لها إلا بإذهاب أعيانها، و لأنه لا يصح وقفها، فلو صح إجارته صح وقفها، نعم تصح اجاره المصاغ منهما، و قال في موضع آخر: لا- خلاف في أنه لا يجوز وقفها، لأن الوقف لا يصح الا في الأعيان التى يصح الانتفاع بها مع بقاء عينها، فإذا جاز إجارته جاز وقفها، و هو لا يجوز، و لأن من غصب مائه دينار و بقيت في يده سنه لم يلزمه الحاكم بأجره، و اعترضه في المختلف بالمنع عن الملازمه بين الوقف و الإجاره، فإن الوقف يصح إجارته، و لا يصح وقفه، نعم كلما يصح إعارته يصح إجارته، و المنع من عدم إلزام الغاصب بالأجره، ثم قال و التحقيق أن نقول ان كان لها منفعه مقصوده

حكيمه صحت إيجارتها، وإلا فلا، انتهى.

و فيه أن ظاهر منعه من عدم إلزام الغاصب بالأجره هو أن لها منفعه فيجب عليه الأجره في مقابله المنفعه التي فوتها على المالك، مع أن ظاهر كلامه التوقف، حيث رتب الجواز على وجود المنفعه و عدمه، و لم يحكم بشيء من الأمرين و قد صرح بالاستشكال في بعض كتبه، و جزم بالجواز في بعض، و ظاهر الشرائع أيضا التردد في ذلك، حيث عبر بما عبر به في المختلف، و شيخنا في المسالك حيث اختار جواز إيجارتها، و عدلها منافع تترتب على ذلك، كما ستقف عليه إنشاء الله تعالى و حمل ترده على الشك في الاعتداد بتلك المنافع و عدمه، قال (رحمه الله عليه): لما كان شرط العين المؤجره إمكان الانتفاع بها مع بقاء عينها، و كان الغرض الذاتى من هذين التقدين لا- يتم إلا- بذهابهما و ربما فرض لهما منافع مع بقاء عينهما، بان يتزين بهما، و يتجمل و يدفع عن نفسه ظاهر الفقر و الفاقه، فإن دفع ذلك غرض مطلوب شرعا، حتى كان الأئمه عليهم السلام يقترضون أموالا و يظهرونها للناس، أو يدفعونها إلى عمال الصدقه مظهرين أنها زكاه أموالهم، ليظهر بذلك غناهم، و من جمله الأغراض المقصوده بها أيضا نثرها في الأعراس ثم تجمع، و الضرب على سكتها و نحو ذلك فكان القول بجواز إيجارتها قويا، و ربما أشعر كلام المصنف بالتردد في ان هذه المنافع، هل يعتد بها و تقوم بالمال على وجه تجوز الإجاره أم لا، لتعليقه الجواز على شرط تحقق المنفعه مع أنها مشهوره، و ما ذاك إلا للشك في الاكتفاء فيه بها، انتهى.

أقول: و يدل على ما ذكره من إظهار التجمل بذلك، و القرض لذلك و فعلهم عليهم السلام ذلك جمله من الإيجار، و منها ما رواه

في الكافي عن عبد الا على مولا آل سام (1) قال:

«قلت لأبى عبد الله عليه السلام: ان الناس يروون أن لك مالا كثيرا، فقال: ما يسؤنى، ذلك، ان أمير المؤمنين عليه السلام مر ذات يوم على ناس شتى من

ص: ٦٠٩

قريش، و عليه قميص مخرق، فقالوا: أصبح على عليه السلام لا مال له فسمعها أمير المؤمنين عليه السلام فأمر الذي يلي صدقته أن يجمع تمره، و لا يبعث الى انسان شيئا و أن يوفره ثم قال له: بعه الأول فالأول و اجعلها دراهم، ثم اجعلها حيث تجعل التمر فاكبسه معه حيث لا- يرى، و قال للذى يقوم عليه: إذا دعوت بالتمر فاصعد و انظر المال فاضربه برجلك كأنك لا تعتمد الدراهم حتى تنثرها ثم بعث الى رجل منهم يدعوهم ثم دعى بالتمر فلما صعد ينزل بالتمر ضرب برجله فانثرت الدراهم، فقالوا: ما هذا يا أبا الحسن؟ فقال: هذا مال من لا مال له، ثم أمر بذلك المال فقال: انظروا أهل كل بيت كنت أبعث إليهم فانظروا ماله، و ابعثوا اليه».

فروى فى حديث آخر (١) مثله و فيه أن القائل كان طلحه و الزبير،

و روى فى الكتاب المذكور أيضا عن أبى بصير (٢) عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

ان أناسا بالمدينه قالوا: ليس للحسن عليه السلام مال، فبعث الحسن عليه السلام الى رجل بالمدينه فاستقرض منه ألف درهم فأرسل بها الى المصدق، فقال: هذه صدقه مالنا: فقالوا:

ما بعث الحسن بهذه من تلقاء نفسه إلا و له مال.

و روى فيه عن عبد الأعلى (٣) مولى آل سام قال:

«ان على بن الحسين عليه السلام اشتدت حاله حتى تحدث بذلك أهل المدينه، فبلغه ذلك فتعين ألف درهم ثم بعث بها الى صاحب المدينه، و قال، هذه صدقه مالى».

و بذلك يظهر قوه ما قواه، لانه متى كان إظهار الغنى بين الناس مستحبا كما دلت عليه هذه الأخبار حتى أنهم عليهم السلام كانوا يقترضون لذلك فاستيجار الدراهم و الدنانير لذلك مستحب، و المنفعه ظاهره، بل مندوب إليها، و الظاهر أن تردد من تردد ممن قدمنا ذكره، إنما هو لعدم حضور ما ذكر بيالهم، لا لعلمهم بذلك، و إنما حصل لهم الشك فى أنه هل يعتد بهذه المنافع أم لا؟

ص: ٦١٠

١-١) الكافي ج ٦ ص ٤٤٠ ح ١١، الوسائل ج ٣ ص ٣٤٣ ح ٢.

١-٢) الكافي ج ٦ ص ٤٤٠ ح ١٢، الوسائل ج ٣ ص ٣٤٢ ح ١.

١-٣) الكافي ج ٦ ص ٤٤٠ ح ١٣، الوسائل ج ٣ ص ٣٤٣ ح ٤.

ثم انه على تقدير القول بجواز إجارتها، فهل يشترط تعيين جهه الانتفاع بها أم لا؟ قولان: وبالأول قال فى الخلاف و المبسوط، و بالثانى قال: ابن إدريس، و هو ظاهر جمله ممن تأخر عنه.

قال فى الخلاف و المبسوط: إذا استأجر دراهم أو دنانير و عين وجه الانتفاع بها كان على ما شرط، و صحت الإجاره، و ان لم يعين بطلت الإجاره، و كانت قرضاً لأن العاده فى دنانير الغير و دراهمه أن لا ينتفع بها إلا على وجه القرض، و إذا أطلق الانتفاع رجع الإطلاق على ما يقتضيه العرف.

و قال ابن إدريس: لو قلنا أنه تصح الإجاره سواء عين جهه الانتفاع أو لم يعين كان قويا، و لا يكون قرضاً لأنه استأجرها منه، و من المعلوم أن العين المستأجره لا يجوز التصرف بإذهاب عينها، بل فى منافعها فيحمل الإطلاق على المعهود الشرعى، ثم قال، و الذى يقوى فى نفسى بعد هذا كله بطلان إجارتها.

و أجاب فى المختلف عن كلام ابن إدريس انتصاراً للشيخ بأن الشيخ عول على العرف و قد ثبت فى العرف الشرعى انصراف الإجاره إلى الأعيان فيما الغالب فيه تناولها دون المنافع، كاستيجار المرضعه، و الشاه للحلب، و أجره الحمام، و كذا هنا، لما كانت المنفعه المقصوده الانتفاع بأعيانها كانت الإجاره قاضيه، بجواز إتلافها و حينئذ تصير قرضاً بالإتلاف، و بعد هذا فالوجه على تقدير صحه الإجاره، عدم جواز الإتلاف كغيرها من الأعيان.

أقول: لا- يخفى ما فى جواب العلامه من تطرق النظر اليه، و أن الحق انما هو ما ذكره ابن إدريس، و ذلك لأن الإجاره نصاً و فتوى انما تنصرف إلى المنافع، و الدرهم و الدنانير لها منافع كما عرفت، فلا يحتاج إلى تعيينها كغيرها من سائر الأعيان المستأجره، و إطلاق الإجاره انما ينصرف إلى المنافع التى هى المعهود الشرعى، كما ذكره ابن إدريس، و أما صحه الإجاره فى استيجار المرضعه و نحوها فإنما جرى على خلاف قاعده الإجاره، بنص خاص، فصار مستثنى من حيث

النص، لا- أن ذلك عرف شرعى، و ما نحن فيه لا- نص فيه، فلا- وجه لجعله فى عدادها، و جعله من جمله أفرادها، و دعواه كون ذلك عرفا شرعيا ليس فى محله، إذ المتبادر و هو اطراده فى جميع الأفراد، و شيوعه فى جميع المواد، و ما نحن فيه مما حكمت بصحة الإجاره مع استيفاء الأعيان منها، ليس كذلك بلى هو مقصور على ما ورد النص به من فردين أو ثلاثة، و لهذا قدمنا فى المنحه حيث لا نص عليها من طريقنا و انما هو من طريق العامه أن عدها فيما ذكره ليس فى محله.

و بالجمله فإنه لما كان مقتضى الإجاره نصا و فتوى انما هو التسلط على المنفعه خاصه، فجواز التسلط على العين يحتاج الى دليل آخر، نعم قام الدليل عليه فى تلك المواضع المذكوره، فصارت مستثناه بذلك، و ما لم يقم عليه دليل فلا يجوز الخروج به عن قاعده الإجاره، و هذا هو الذى اختاره فى آخر كلامه، و بذلك يظهر أن جوابه عن كلام ابن إدريس انما هو مجرد تعصب عليه، كما هى عادته غالبا فى الكتاب المذكور، و الله سبحانه العالم.

الثالثه و العشرون: لو وجد المستأجر بالعين المستأجر عيا يوجب الرد

، و كان جاهلا- به وقت العقد تخير بين الفسخ و الرضا بالأجره المسماه من غير أرش على المشهور، و وجه التخيير أن العيب المذكور فى العين موجب للنقص فى المنفعه، فيجوز له الفسخ دفعا للضرر عن نفسه، و للتدليس عليه، و لأن مقتضى العقد صحة العوضين، فلا يلزم بدونها، فمن ثم جاز له الفسخ، و حينئذ و له الالتزام بالعيب لأنه تصرف فى ماله باختياره.

و فى المسالك أن له الفسخ و ان استوفى بعض المنفعه، قال و لا يرد أنه مع استيفاء البعض يكون قد تصرف، و هو يسقط خيار العيب، لأن المراد بالتصرف حقيقه فى العوض الذى صار للمتصرف و هو هنا المنفعه، و ما لم يستوفه منها لم يتصرف فيه و انما حصل التصرف فى المستوفى، و لأن الصبر على العيب ضرر منفى، انتهى.

و الظاهر أنه غير خال من شوب الإشكال، فإن الظاهر من كلامهم فى كتاب

البيع أن التصرف انما هو عبارته عن وضع اليد على المبيع، أو الثمن باستيفاء بعض منافعه، أو استعمالها كركوب الدابة، و لمس الجارية و تقيلها و حلب الشاه و لبس الثوب و نحو ذلك، فاستيفاء بعض من منفعة المستأجر تصرف في أصل المنفعة قياسا على ما ذكرناه، لا أنه يختص التصرف بما استوفاه كما ذكره، و ان كان هو الفرد الحقيقي، إلا أن مقتضى ما ذكرناه مما عدوه تصرفا أعم منه كما لا يخفى.

و أما ما ذكره من أن الصبر على العيب ضرر منفي، ففيه أن ما ذكره من الحكم المذكور غير منصوص، و يمكن أن يقال: بان له الأرش حيثئذ كما في خيار العيب متى تصرف في المبيع، على أن هذا الإيراد يختص بالقول المشهور و أما على القول الآخر الآتي من الأرش مع الرضا فلا ورود له كما لا يخفى.

ثم ان ظاهر كلام الأكثر هو ما ذكرناه آنفا من التخيير بعد ظهور العيب بين الفسخ و الرضا بالأجره، و ذهب جماعه منهم المحقق الثاني و الشهيد الثاني الى أن له مع الرضا الأرش فهو مخير عندهم بين الفسخ و الرضا بالأرش.

قال في الروضه بعد قول المصنف و في الأرش نظر ما لفظه: من وقوع العقد على هذا المجموع و هو باق، فاما أن يفسخ أو يرضى بالجميع، و من كون الجزء الفاتت أو الوصف مقصودا للمستأجر و لم يحصل و هو يستلزم نقص المنفعة التي هي أحد العوضين، فيجبر بالأرش و هو حسن.

أقول: فيه ما عرفت من أن أصل المسئلة غير منصوص، و الظاهر انهم ذكروا هذا الحكم هنا قياسا على البيع من انه متى ظهر عيب بالمبيع تخير المشتري بين الفسخ و بين الالتزام مع الأرش، مع أن الأخبار ثمة لا تدل على ما ذكره كما حققناه في البيع، و انما هو موردها مع ظهور العيب الخيار خاصه، و أما الأرش فإنما هو مع التصرف، و أما تعليقه هنا فعليل، فان ما ذكره من ضرره هنا بنقص المنفعة يجبر بالفسخ الذي هو أحد فردي التخيير، و لا ينحصر في الأرش.

نعم لو لم يكن له الفسخ فان ما ذكره متجه، لكن الأمر ليس كذلك،

و كيف كان فان ثبوت الأحكام الشرعيه بمثل هذه التقريبات العقلية لا- يخلو من المجازفه فى أحكامه عز و جل التى قد استفاضت النصوص بالنهى عن القول فيها بغير علم منه عز و جل أو من نوابه (صلوات الله و سلامه عليهم).

ثم انه قال فى المسالك تفريعا على ما اختاره من وجوب الأرش: و طريق معرفته أن ينظر إلى أجره مثلها سليمه و معيه، و ينظر الى التفاوت بينهما، و يرجع من المسمى بتلك النسبه، و لا- يخفى أنه متى اختار الفسخ فان لم يمض من المده ماله أجره فلا اشكال، و ان مضت مده كذلك، فعليه من المسمى بنسبه ذلك من المده.

هذا كله فيما إذا كانت الإجاره و ارده على عين، أما لو كانت فى الذمه و دفع له عينا معيه فالواجب إبدالها و لا فسخ هنا، الا أن يتعذر البذل لعدم وجوده أو لتغلب الموجر و عدم إمكان جبره فيفسخ المستأجر، و يرجع الى ماله، و الله سبحانه العالم.

الرابعه و العشرون [فى ضمان تلف العين فى أيدى الصناع و عدمه]:

الظاهر أنه لا خلاف فى تضمين الصناع من المكارين و الملاحين و القصارين و سائر الصناع لما جنته أيديهم، سواء كان نقصا فى العين أو تلفا، و ان كان حاذقا و احتاط و اجتهد، و انما الخلاف فيما لو تلفت بغير فعله. و غير تفريطه و ظاهر جماعه منهم الشيخ المفيد و المرتضى القول بالضمان، و المشهور و هو قول الشيخ و أتباعه و ابن إدريس و من تأخر عنه العدم.

قال الشيخ المفيد: القصار و الخياط و الصباغ و أشباههم من الصناع ضامنون لما جنته أيديهم على السلع، و يضمنون ما تسلموه من المتاع الا أن يظهر هلاكه و يشتهر بما لا يمكن دفاعه أو تقوم لهم بينه بذلك، و الملاح و المكارى و الجمال ضامنون للأمتعه الا أن تقوم لهم بينه بأن الذى هلك منه بغير تفريط منهم و لا تعد فيه، و قال المرتضى: مما انفردت به الإماميه القول بأن الصناع كله كالقصارين و الخياط و من أشبههما ضامنون للمتاع الذى يسلم إليهم، الا أن يظهر هلاكه و يشتهر

بما لا- يمكن دفعه. أو تقوم به بينه بذلك، وهم أيضا ضامنون لما جنته أيديهم على المتاع بتعد و غير تعد، و سواء كان الصانع مشتركا أو غير مشترك، ثم فسر معناهما.

و قال فى المختلف و المبسوط و النهاية: لا ضمان عليهم الا فيما يهلك مما أفسدوه أو يكون بشيء من جهتهم أو بتفريط منهم و ما أشبه ذلك، فان هلك من غير ذلك لم يكن عليهم شيء من ذلك، و به قال أبو الصلاح و سلا.

و قال ابن إدريس: اختلف أصحابنا فى تضمين الصناع و المكارين و الملاحين فقال بعضهم: هم ضامنون لجميع الأمتعه و عليهم البينه، الا أن يظهر هلاكه و يشتهر بما لا يمكن دفاعه، مثل الحريق العام و الغرق و النهب كذلك، فأما ما جنته أيديهم على السلع فلا خلاف بين أصحابنا أنهم ضامنون له، و قال الفريق الآخر من أصحابنا و هم الأكثرون المحصلون: أن الصناع لا يضمنون إلا ما جنته أيديهم على الأمتعه أو فرطوا فى حفاظه، و كذلك الملاحون و المكارون و الرعا و هو الأظهر و العمل عليه، لأنهم أمناء سواء كان الصانع منفردا أو مشتركا.

قال فى المختلف بعد نقل هذه الأقوال: و الوجه اختيار الشيخ، لنا الأصل براءة الذمه و عدم الضمان، فإن أيديهم ليست عاديه، و هم أمناء فلا يتعلق بهم ضمان، إلا مع تعد أو تفريط، كالمستودع و غيره.

أقول: و على هذا القول جرى المتأخرون، و الواجب أولا- نقل الأخبار المتعلقة بهذا المقام ثم الكلام فيها بما رزق الله فهمه ببركتهم عليهم السلام فمنها ما رواه

فى الكافى و التهذيب عن الحلبي (١) فى الصحيح أو الحسن عن أبى عبد الله عليه السلام

«قال سألته عن القصار يفسد قال: كل أجير يعطى الأجر على أن يصلح فيفسد فهو ضامن».

و ما رواه

فى التهذيب عن أبى الصباح الكنانى (٢) قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام

ص: ٦١٥

١- ١) الكافى ج ٥ ص ٢٤١ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٢١٩ ح ٣٧.

٢- ٢) التهذيب ج ٧ ص ٢٢٠ ح ٤٥، و هما فى الوسائل ج ١٣ ص ٢٧١ ح ١ و ص ٢٧٤ ح ١٣.

عن القصار هل عليه ضمان؟ قال: نعم كل من يعطى الأجر ليصلح فيفسد فهو ضامن».

و ما رواه

فى الفقيه عن حماد عن الحلبي (١) فى الصحيح عن أبى عبد الله عليه السلام

«فى الرجل يعطى الثوب ليصبغه فيفسده، فقال: كل عامل أعطيته أجرا على أن يصلح فأفسد فهو ضامن».

و ما رواه

فى الكافى و التهذيب عن أبى الصباح (٢) عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

سألته عن الثوب أدفعه الى القصار فيخرقه؟ قال: أغرمه فإنك إنما دفعته اليه ليصلحه، و لم تدفعه ليفسده».

و عن إسماعيل بن الصباح (٣) قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن القصار يسلم اليه المتاع فخرقه أو غرقه أو يغرمه؟ قال: نعم غرمه ما جنت يداه فإنك إنما أعطيته ليصلح، لم تعط ليفسده».

هكذا اسناد الخبر فى نسخ التهذيب و ربما وجد فى بعضها عن إسماعيل عن أبى الصباح و هو الظاهر، كما هو فى سند سابق هذا الخبر، و يحتمل فى إسماعيل أنه ابن عبد الخالق، أو ابن الفضل الهاشمى.

و ما رواه

فى الكافى و التهذيب عن السكونى (٤)

«عن أبى عبد الله عليه السلام أن أمير المؤمنين عليه السلام رفع اليه رجل استأجر رجلا ليصلح له بابه فضرب المسمار فانصدع الباب فضمنه أمير المؤمنين عليه السلام».

أقول: و هذه الأخبار كلها موافقه لما اتفق عليه الأصحاب من ضمان ما جنته يد الصانع، و ان كان لا عن عمد، و ان ذلك قاعده كليته فى كل من أعطى الأجر ليصلح فأفسد فإنه ضامن.

ص: ٦١٦

١- (١) الفقيه ج ٣ ص ١٦١ ح ١ من باب ٧٥.

٢- (٢) الكافى ج ٥ ص ٢٤٢ ح ٧، التهذيب ج ٧ ص ٢٢٠ ح ٤٢.

٣- (٣) التهذيب ج ٧ ص ٢٢١ ح ٥٠.

٤-٤) الكافي ج ٥ ص ٢٤٣ ح ٩، التهذيب ج ٧ ص ٢١٩ ح ٤١، وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٢٧٥ ح ١٩ و ص ٢٧٣ ح ٨ و ص ٢٧٤ ح ١٠.

و منها ما رواه

فى الكافى عن الحلبي (١) فى الصحيح أو الحسن

«عن أبى عبد الله عليه السلام قال: قال فى الغسال و الصباغ: ما سرق منهما من شىء فلم يخرج (منه) على أمر بين أنه قد سرق، و كل قليل له أو كثير «فهو ضامن»، فان فعل فليس عليه شىء «و ان لم يفعل» و لم يقيم البينه و زعم أنه قد ذهب الذى ادعى عليه فقد ضمنه ان لم يكن له على قوله بينه». و رواه فى الفقيه مثله، و

كذا الشيخ فى التهذيب، و زاد فيه

و عن رجل استأجر أجيرا فأقعه على متاعه فسرق قال:

هو مؤتمن».

و ما رواه

فى الكافى فى الصحيح عن الحلبي (٢) عن أبى عبد الله عليه السلام

«قال فى الغسال و الصباغ: ما سرق منهم من شىء فهو ضامن». أقول: يعنى إذا ادعى السرقة كما هو ظاهر الخبر الأول.

و ما رواه

المشايخ الثلاثة عن أبى بصير (٣) عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

سألته عن قصار دفعت اليه ثوبا فزعم أنه سرق من بين متاعه، فقال: عليه أن يقيم البينه أنه سرق من بين متاعه، و ليس عليه شىء، و ان سرق متاعه كله فليس عليه شىء.

و عن السكونى (٤) عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«كان أمير المؤمنين عليه السلام يضمن القصار و الصائغ و الصباغ احتياطا على أمتعه الناس، و كان لا يضمن من الغرق و الحرق و الشىء الغالب».

و ما رواه

فى الكافى و التهذيب عن إسماعيل بن مرار عن يونس (٥) قال:

«سألت الرضا عليه السلام عن القصار و الصائغ أ يضمنون؟ قال: لا يصلح الناس الا أن

-
- ١-١) الكافي ج ٥ ص ٢٤٢ ح ٢ ليس في الكافي كلمه «فهو ضامن» و كذا كلمه «و ان لم يفعل» التهذيب ج ٧ ص ٢١٨ ح ٣٤، الفقيه ج ٣ ص ١٦١ الباب ٧٦ ح ٢.
- ٢-٢) الكافي ج ٥ ص ٢٤٢ ح ٢.
- ٣-٣) الكافي ج ٥ ص ٢٤٢ ح ٤، التهذيب ج ٧ ص ٢١٨ ح ٣٥.
- ٤-٤) الكافي ج ٥ ص ٢٤٢ ح ٥، التهذيب ج ٧ ص ٢١٩ ح ٣٨.
- ٥-٥) الكافي ج ٥ ص ٢٤٣ ح ١٠، التهذيب ج ٧ ص ٢١٩ ح ٤٠، وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٢٧١ ح ٢ و ص ٢٧٤ ح ٥ و ٦ و ص ٢٧٣ ح ٩.

يضمنوا، قال: و كان يونس يعمل به و يأخذ».

و ما رواه

فى الكافى و التهذيب عن مسمع (١) عن أبى عبد الله عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام:

الأجير المشارك هو ضامن الا من سبغ أو غرق أو حرق أو لص مكابر».

و ما رواه

فى التهذيب عن زيد بن على (٢) عن آبائه عليه السلام

أنه أتى بحمال كان عليه قاروره عظيمه فيها دهن فكسرها فضمنها إياه، و كان يقول كل عامل مشترك إذا أفسد فهو ضامن، فسألته ما المشترك؟ فقال الذى يعمل لى و لك».

و كذا ما رواه

فى الكافى و الفقيه عن الحلبي (٣) فى الصحيح عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

سأل رجل جمال استكرى منه إبل و بعث معه بزيت إلى أرض فزعم أن بعض زقاق الزيت انخرق فإهراق ما فيه، فقال انه ان شاء أخذ الزيت، و قال:

انه انخرق و لكنه لا يصدق إلا بينه عادله».

و ما رواه

فى التهذيب عن الشحام (٤) قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل جمال اكرى منه إبل و

«بعثت» معه بزيت الى نصيبين فزعم أن بعض «زقاق» الزيت انخرق فإهراق فقال له: ان شاء أخذ الزيت و ان زعم أنه انخرق فلا يقبل إلا بينه عادله».

و ما رواه

فى الفقيه عن حماد (٥) عن الحلبي فى الصحيح عن أبى عبد الله عليه السلام

فى جمال يحمل معه الزيت فيقول قد ذهب أو أهرق أو قطع عليه الطريق، فان جاء بينه عادله أنه قطع عليه أو ذهب فليس عليه شىء، و الا ضمن».

١-١) الكافي ج ٥ ص ٢٤٤ ح ٧، التهذيب ج ٧ ص ٢١٦ ح ٢٧.

٢-٢) التهذيب ج ٧ ص ٢٢٢ ح ٥٨.

٣-٣) الكافي ج ٥ ص ٢٤٣ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٢١٧ ح ٣٢.

٤-٤) التهذيب ج ٧ ص ١٢٩ ح ٣٥، الفقيه ج ٣ ص ١٦٢ ح ٤ مع اختلاف يسير.

٥-٥) الفقيه ج ٣ ص ١٦١ ح ١ ب ٧٦، وهذه الروايات فى الوسائل ج ١٣ ص ٢٧٧ ح ٤ و ص ٢٧٩ ح ١٣ و ص ٢٧٦ ح ١ و ص

٢٨٠ ح ١٦.

و ما رواه

المشايخ الثلاثة فى الصحيح عن الحلبي (١) عن أبي عبد الله عليه السلام

فى رجل حمل مع رجل فى سفينه طعاما فنقص قال هو ضامن، قلت: انه ربما زاد قال: تعلم أنه زاد فله شيئا؟ قلت: لا قال: هو لك.

أقول: وهذه الأخبار كما ترى واضحة الدلالة، ساطعه مقاله، فيما ذهب إليه المفيد والمرضى.

و منها ما رواه

فى الكافي و التهذيب فى الصحيح أو الحسن عن الحلبي (٢)

«قال قال أبو عبد الله عليه السلام كان أمير المؤمنين عليه السلام يضمن القصار و الصائغ احتياطا على أموال الناس، و كان أبى عليه السلام يتطول عليه إذا كان مأمونا».

و روى فى الفقيه مرسلا قال:

و قال عليه السلام:

كان أبى يضمن القصار و الصواغ ما أفسد، و كان على بن الحسين عليه السلام يتفضل عليهم». (٣)

و ما رواه

فى الكافي و التهذيب عن أبى بصير (٤) فى الصحيح عن أبى عبد الله عليه السلام

فى الجمال يكسر الذى يحمل أو يهريقه؟ قال إن كان مأمونا فليس عليه شىء و إن كان غير مأمون فهو ضامن».

و ما رواه

فى التهذيب و الفقيه عن أبى بصير (٥) فى الصحيح عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«لا يضمن الصائغ و لا القصار و لا الحائك إلا أن يكونوا متهمين، (فيجيئون) بالبينة، و يستحلف لعله يستخرج منه شيئا و فى رجل استأجر حمالا فكسر الذى يحمل أو يهريقه فقال على نحو من العامل: إن كان مأمونا فليس عليه شىء

ص: ٦١٩

١- (١) الكافي ج ٥ ص ٢٤٣ ح ٣، التهذيب ج ٧ ص ٢١٧ ح ٣٠، الفقيه ج ٣ ص ١٦١ ح ١.

٢- (٢) الكافي ج ٥ ص ٢٤٢ ح ٣، التهذيب ج ٧ ص ٢٢٠ ح ٤٤، الفقيه ج ٣ ص ١٦٢ ح ٨.

٣-٣) الفقيه ج ٣ ص ١٦١ ح ٣.

٤-٤) الكافي ج ٥ ص ٢٤٤ ح ٦، التهذيب ج ٧ ص ٢١٦ ح ٢٦، الفقيه ج ٣ ص ١٦٣ ح ١٢.

٥-٥) التهذيب ج ٧ ص ٢١٨ ح ٣٣ وفيه «فيخوف» بدل «فيجيئون»، الفقيه ج ٣ ص ١٦٣ ح ٩. وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣

ص ٢٧٧ ح ٢ و ص ٢٧٢ ح ٤ و ص ٢٧٨ ح ٧ و ص ٢٧٤ ح ١١.

و إن كان غير مأمون فهو ضامن.».

و ما رواه

فى التهذيب (١) عن بكر بن حبيب عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

« لا يضمن القصار إلا ما جنت يده، و ان اتهمته أحلفته.».

أقول: يعنى بالنسبه إلى دعوى التلف كما هو سياق الأخبار الآتية، و منها

بالإسناد المتقدم (٢) قال:

«قلت لأبى عبد الله عليه السلام: أعطيت جبه الى القصار فذهبت بزعمه، قال: ان اتهمته فاستحلفه و ان لم تتهمه فليس عليه شىء.».

و ما رواه

فى التهذيب فى الصحيح عن الصفار (٣)

«قال كتبت الى الفقيه عليه السلام فى رجل دفع ثوبا الى القصار ليقصره، فدفعه الى قصار غيره ليقصره، فضاع الثوب هل يجب على القصار أن يردده إذا دفعه الى غيره، و ان كان القصار مأمونا؟ فوقع عليه السلام: هو ضامن له، إلا أن يكون ثقه مأمونا.».

و ما رواه

فى التهذيب عن حذيفه بن منصور (٤) قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل يحمل المتاع بالأجر فيضيع فتطلب نفسه أن يغرمه لأهله، أ يأخذونه؟ قال: فقال لى: أمين هو؟ قلت: نعم، قال: فلا يأخذون منه شيئا.».

و عن حذيفه بن منصور (٥) قال:

«قلت لأبى عبد الله عليه السلام: أن معاذ بن كثير و قيسا أمرانى أن أسألك عن جمال حمل لهم متاعا بأجر، و أنه ضاع منه حمل قيمته ست مائة درهم و هو طيب النفس لغرمه لأنه ضياعته، قال: يتهمونه؟ قلت: لا قال: لا يغرمونه.».

و ما رواه

فى التهذيب عن معاوية بن عمار (٦) فى الصحيح عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«سألته عن الصباغ و القصار؟ قال: ليس يضمنان.».

- ١-١) التهذيب ج ٧ ص ٢٢١ ح ٤٩.
- ٢-٢) التهذيب ج ٧ ص ٢٢١ ح ٤٨ الوسائل ج ١٣ ص ٢٧٥ ح ١٦.
- ٣-٣) التهذيب ج ٧ ص ٢٢٢ ح ٥٦ الوسائل ج ١٣ ص ٢٧٥ ح ١٧.
- ٤-٤) التهذيب ج ٧ ص ٢٢٢ ح ٥٧ الوسائل ج ١٣ ص ٢٧٥ ح ١٨.
- ٥-٥) التهذيب ج ٧ ص ٢١٩ ح ٣٦، الوسائل ج ١٣ ص ٢٧٩ ح ١٢.
- ٦-٦) التهذيب ج ٧ ص ٢٢٠ ح ٤٦، الوسائل ج ١٣ ص ٢٧٤ ح ١٤.

فى التهذيب و الفقيه عن جعفر بن عثمان (١) قال:

«حمل أبى متاعا الى الشام مع جمال فذكر أن حملا منه ضاع. فذكرت ذلك لأبى عبد الله عليه السلام فقال: أ تتهمه؟ قلت: لا قال: لا تضمنه».

فى الكافى و التهذيب عن خالد بن الحجاج (٢) قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الملاح أحمل معه الطعام ثم أقبضه منه فينقص، قال إن كان مأمونا فلا تضمنه».

أقول: هذا ما حضرنى من أخبار المسئلة، و ليس فيها ما يدل على القول المشهور إلا ظاهر الرواية الأخيره، و الشيخ قد حملها على ما إذا كانا مأمونين، و هو جيد.

و أما ما يدل على قول المفيد و السيد فجملة من الأخبار التى عرفت، و أنت إذا رددت هذه الأخبار التى تلونها عليك بعضها إلى بعض و حملت مطلقها الى مقيدها، ظهر لك أن الحكم بالنسبة إلى دعوى التلف أنه ان كان أمينا غير متهم فلا ضمان عليه، و الا فهو ضامن، الا أن يقيم بينه، أو يكون لأمر ظاهرا فى دعواه.

و به يظهر أن إطلاق كل من القولين المتقدمين ليس فى محله، و العلامه فى المختلف حيث اختار قول المشهور كما قدمنا نقله عنه حمل ما نقله من الاخبار الداله على قول المفيد و المرتضى على التفريط و التعدى، جمعا بين الأدله، أو على تأخير المتاع عن الوقت المشترط، و ان كان نوع تفريط، لما رواه

الكاهلى (٣) فى الحسن عن الصادق عليه السلام قال:

سألته عن القصار يدفع اليه الثوب و اشترط عليه أن يعطيه فى وقت، قال: إذا خالف و ضاع الثوب بعد الوقت فهو ضامن».

و أنت خبير بما فيه من التعسف المستغنى عنه، فإنه لا إشعار فى شىء

١- (١) التهذيب ج ٧ ص ٢١٧ ح ٢٨.

٢- (٢) التهذيب ج ٧ ص ٢١٧ ح ٢٩.

٣- (٣) التهذيب ج ٧ ص ٢١٩ ح ٣٩. و هذه الروايات فى الوسائل ج ١٣ ص ٢٧٨ ح ٦ و ص ٢٧٧ ح ٣ و ص ٢٧٣ ح ٧.

من تلك الأخبار بما ادعاه من التعدي و التفريط، بل هي ظاهره الدلاله في المدعى و ما ادعاه من الحمل على تأخير المتاع أبعد، إذ لا إشعار في شيء منها بذلك، بل هي ظاهره في أن الضمان إنما هو من حيث التلف، و ان كان لا عن تعد و لا تفريط و الوجه في الجمع إنما هو ما قلناه، لتكاثر الأخبار به كما عرفت.

و استند في المسالك حيث اختار القول المشهور إلى أصله البراءة و لأنهم أمناء فلا يضمنون بدون التفريط، قال: و في كثير من الأخبار دلالة عليه، و فيه أن الأصل يجب الخروج عنه بالدليل، و قد عرفت مما ذكرناه من الأخبار الساطعه في ذلك على وجه لا تقبل الإنكار الا من حيث قصور التبع لها، كما لا يخفى على من جاس خلال الديار، و أما ما ذكره من أنهم أمناء فلا يضمنون الا مع التفريط، فهو و ان كان كذلك في جملة من المواضع، الا أنه من الجائر خروج هذا الحكم من تلك المواضع، لأن الإجاره على هذا الوجه نوع معاوضه، فيجب إيصال كل عوض الى مستحقه أو بدله، الا أن يعلم بأحد الوجهين المتقدمين تلفه بغير تفريط و لا تعد، و لهذا ان أخبار هذه المسئله على كثرتها و تعددها كما عرفت خاليه عن ذلك، فإنها على تعددها و استفاضتها و صحتها و ضم بعضها الى بعض صريحه في الضمان إلا مع كون الأجير ثقه مأمونا غير متهم كما عرفت، و لا إشعار في شيء منها، فضلا عن الظهور بكون الضمان مستندا الى التفريط أو التعدي، و إنما رتب فيها على مجرد التلف، و لكنهم لعدم التبع التام للأخبار يقعون فيما يقعون فيه، و الحكم كما ذكرنا واضح بحمد الله سبحانه.

ثم ان الظاهر أن ما دل عليه صحيح الحلبي و مرسل الفقيه من التفضل و التطوع بعدم الضمان، ينبغى حمله على ذينك الإمامين عليهما السلام بمعنى أنه إذا وقع ذلك في مالهما لا يضمنون العامل جمعا بين الأخبار، لما عرفت من قول أمير المؤمنين و الرضا عليهما السلام «لا يصلح الناس الا أن يضمنوا احتياطا على أموال الناس» بمعنى أن الحكم الشرعي تضمنينهم، فإنهم متى عرفوا ذلك احتاطوا في

حفظ أموال الناس خوف الغرم، و لو حمل الخبران الأولان على أن المراد بهما أنهما عليهما السلام يحكمان بالتفضل و التطوع بالنسبه إلى الناس، لحصلت المنافاه و المعارضه بين الأخبار، على أن صحيح الحلبي صريح فى أن تطوله عليه السلام بعدم الضمان إنما هو فى صورته ما إذا كان مأمونا، و حيثئذ يرجع الى الأخبار الأخيره الداله على قيد المأمونيه، و يحمل إطلاق تفضل على بن الحسين عليه السلام على ذلك، و به يزول الاشكال و ان حمل على غيرهما من الناس، و الله سبحانه العالم.

الخامسه و العشرون: فى إجاره المملوك

إشاره

و الكلام فيها يقع فى مواضع:

الأول: فيما إذا أجر المولى عبده أو أجر العبد نفسه باذن مولاه فأفسد

، فلا- خلاف و لا- إشكال فى لزوم ذلك للمولى، لمكان إذنه، لأن الإذن فى الإجاره يقتضى الالتزام بلوازمها التى من جملتها الضمان هنا، لكن الخلاف إنما هو فى أنه هل يختص الضمان بكسب العبد، لأن الصانع لما كان ضامنا لما يفسده فى ماله، و العبد لا- مال له، تعلق الضمان بكسبه، و على هذا لو زادت الجنايه على الكسب لم يلزم المولى شىء أو يكون الضمان على المولى؟ مطلقا قولان: و بالثانى قال فى النهايه و أبو الصلاح.

قال فى النهايه: من استأجر مملوك غيره من مولاه، فأفسد المملوك شيئا أو أبق قبل أن يفرغ من عمله كان مولاه ضامنا لذلك، و قال ابن إدريس: يكون ضامنا لبقية الأجره دون أرش ما أفسده.

أقول: و كلام ابن إدريس لا- يخلو من إجمال، فإنه يحتمل أن يراد به أن أرش الجنايه لا يضمه السيد من ماله، و لا من كسب العبد، و حيثئذ فىكون هذا قولاً ثالثاً فى المسأله، و لم أقف على من نقله عنه، و يحتمل أن يراد به أنه لا يضمه المولى من ماله، و ان ضممه من كسب العبد، كما هو القول الآخر فى المسئله، الا أنه لا يخلو من بعد، و كلام أبى الصلاح على نحو كلام الشيخ.

و الذى يدل على ما ذهب اليه الشيخ ما رواه

فى الكافى و التهذيب عن زراره

و أبى بصير (١) فى الصحيح أو الحسن عن أبى عبد الله عليه السلام قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى رجل كان له غلام استأجره منه صائغ أو غيره قال: ان كان ضيع شيئاً أو أبق فمواليه ضامنون». و ظاهر المختلف حمل الروايه على أن الضمان المراد ضمان الموالى من كسب العبد لا من أموالهم، و لا يخفى بعده، و فصل فى المسالك و قال:

و الأصح أن الإفساد ان كان فى المال الذى يعمل فيه من غير تفريط تعلق بكسبه، كما ذكره، و ان كان بتفريط تعلق بذمته يتبع به إذا أعتق، لأن الاذن فى العمل لا يقتضى الاذن فى الإفساد.

نعم لو كان باذن المولى تعلق به، و عليه تحمل الروايه، و ان كان بجنايه على نفس أو طرف تعلق برقبه العبد، و للمولى فدائه بأقل الأمرين من قيمه أو الأرش، سواء كان باذن المولى أم لا، انتهى.

و فيه أولاً- أن ظاهر قوله «نعم لو كان باذن المولى تعلق بالمولى، يعطى أن حكمه بتعلقه بكسب العبد فى صوره عدم التفريط و التعدى، و التعلق بذمته فى صوره التفريط مبنى على أن الاستيجار بدون اذن المولى، و هو خلاف فرض أصل المسئله و ذلك فإن البحث هنا فى المسئله إنما بنى على ما قدمنا ذكره من اجاره المولى عبده أو إجاره العبد نفسه باذن المولى، و ثانياً أنه مع عدم الإذن فإنه لا ريب فى بطلان الإجاره، فلا يترتب عليها شىء مما ذكر من الضمان، لأن تصرف المستأجر فى العبد بدون اذن مولاه غضب محض، لا- يستحق ضماناً، و يحتمل أن المراد أنه لو أذن المولى للعبد فى الإفساد فيكون الضمير فى كان راجعاً إلى الإفساد، و هو و ان كان معنى صحيحاً فى حد ذاته، إلا أن حمل الروايه على ذلك فى غايه البعد.

و بالجملة فإن فهمى القاصر- عن ادراك معنى صحيح لهذا الكلام- خاسر، و كيف كان فإنه لا يخفى ما فى الحكم بتعلق حكم الضمان بذمته، و أنه يتبع به إذا

ص: ٦٢٤

أعتق من الاشكال،لما فيه من الضرر على المالك،فإنه قد يتعمد العبد الجنايه على مال المالك،و يفرط فيه فيسرق لعلمه بأنه لا يؤاخذ به الا بعد العتق،مع أنه قد لا يعتق بعد موت المالك،أو يكون فقيرا بعد العتق،و كيف يصح ارتكاب هذا الضرر،مع عدم وجود دليل عليه،و الروايه ظاهره الدلاله بإطلاقها على ضمان المولى مطلقا،و يؤيدها أن المولى بوصفه عبده و إجارته لمثل هذه الأمور التي لا يحسنها في قوه المدلس،فيجب عليه الضمان.

و بالجملة فالظاهر هو الوقوف على ظاهر النص المذكور،كما ذكره الشيخ و من تبعه،و الخروج عنه بغير دليل شرعى سوى هذه التخريجات مشكل، و الله سبحانه العالم.

الثانى: لو آجر السيد عبده ثم أعتقه

فلا-خلاف فى صحه الإجاره و العتق،أما الإجاره فظاهر،لأن منافع العبد لمولاه حال ملكه،فيجوز له نقلها بالإجاره كمنفعه نفسه،فإنه يوجر نفسه غيره،و أما العتق فكذلك أيضا،فإنه مالك لرقبته،و العتق مورده رقبه المملوك،و المنافع و ان كانت تابعه للرقبه الا أنه قد سبق ملكها،أو ملك بعضها بعقد الإجاره،غايه الأمر أن العتق إنما صادف الرقبه دون منافع مدته الإجاره،فتزول السلطنه عن الرقبه،و المنافع التي لم تدخل تحت الإجاره،و هو مما لا خلاف و لا اشكال فيه.

و إنما الخلاف فى أنه هل يرجع المملوك على مولاه بأجره المثل عن تلك المدته التي آجره فيها أم لا؟قال ابن إدريس و مثله الشيخ فى المبسوط:إذا آجر عبده مدته ثم أعتقه فى أثنائها صح،و هل يرجع على السيد بأجره المثل لما يلزمه من الخدمه بعد الحريه؟قيل:فيه قولان:أحدهما يرجع بأجره المثل فى تلك المدته،و الآخر لا يلزمه،و هو الصحيح لأنه لا دليل عليه،و الأصل براءة الذمه، و ربما علل الرجوع بأن إزاله الرق يقتضى ملك العبد لمنفعته،فإذا سبق نقل المولى لها فانت العين،فيرجع العبد على المولى بعوضها،و هو أجره المثل،و ضعفه ظاهر

مما تقدم، فان تصرف المولى بالإجاره فى تلك المنافع لا ريب فى صحته، و عدم ترتب ضمان عليه فى ذلك و استحقاق المستأجر لتلك المنافع مما لا ريب فيه أيضا، و العتق إنما صادف ازاله الرق عن الرقبه مسلوبه المنافع تلك المده، فقول القائل المذكور أن الرق يقتضى ملك العبد لمنفعته إنما يتم، فيما إذا صادف العتق ازاله الرق من الرقبه و منافعتها، لا فيما نحن فيه، و لهذا لو أعتقه و شرط عليه خدمته مده معينه صح ذلك، كما أن المنفعه هنا لا يقتضى العتق ملك العبد لها لمكان الشرط، كذلك فيما نحن فيه للسبق، فان المالك قد أجرها سابقا و هذه الصوره أولى بعدم مطالبه العبد من صوره الشرط.

و بالجمله فإن ضعف القول المذكور أظهر من أن يخفى، و من المحتمل قريبا أن هذا القول إنما هو للعامه كما هو مؤمى عباره المبسوط، فإنه لم ينسب الى أحد من أصحابنا صريحا، و الظاهر أن الأصحاب إنما نقلوا الخلاف من هذه العباره، بقى الكلام هنا فى شىء آخر أيضا و هو نفقه العبد فى مده الإجاره.

قال فى المسالك بعد البحث فى الحكم المتقدم: إذا تقرر ذلك فننقله تلك المده إذا لم تكن مشروطه على المستأجر، هل يجب على مولاه، أو فى كسبه، أو فى بيت المال ان كان؟ أو وجه: من انتفائها من العبد، لاستغراق وقته فى خدمته، و عن المستأجر لانتفاء الشرط، فلم يبق لها محل الا السيد، و لأنه ملك عوض المنفعه تلك المده، و من انتفاء المقتضى، للإنتفاق، و هو الملك، و قد زال و من أن النفقه مقدمه على حق كل أحد كما فى المديون و المعسر، فيخرج من الكسب مقدمه على حق المستأجر، و الأقوى الأخير لزوال ملك السيد و عجزه عن نفسه، و لبطلان الحصر و عدم استلزام تملك عوض منفعه تلك المده النفقه، و إنما تقدم النفقه على حق الغير من مال المكتسب، و بيت المال معد للمصالح، و هو من جملتها، و مع تعذر فهو من الواجبات الكفائيه على سائر المكلفين، انتهى.

أقول: قد تقدم نقل الخلاف فى نفقه الدابه إذا أجرها المالك هل هى على

المستأجر أو المالك؟ والإنسان إذا آجر نفسه هل نفقته على نفسه، أو المستأجر، و محل الاشكال هنا إنما يتوجه على القول بكون النفقه على المالك فى الأول، و على الموجر نفسه فى الثانى، و أما على تقدير كونها على المستأجر أصاله كما هو أحد القولين أو بالشرط على القول الثانى فلا- اشكال، و لهذا انه لما كان مذهب شيخنا الشهيد الثانى هو أن النفقه على المالك، و الموجر نفسه، جعل محل الاشكال فيما لو لم يكن مشروطه على المستأجر، و قد استشكل فى ذلك أيضا جمع من الأصحاب منهم العلامة فى الإرشاد، و وجه الاشكال كما ذكره هنا من أنه ملك عوض المنفعه تلك المده و استوفاه، فيلزمه النفقه، و من أنه بالعتق خرج عن ملكه، المقتضى لوجوب الإنفاق، فيزول وجوب الإنفاق.

و بالجمله فالمسئله محل اشكال، لخلوها من النص، و ان كان ما ذكره شيخنا الشهيد الثانى لا يخلو عن قرب، بناء على الأخذ بهذه التقريبات المتداوله فى كلامهم، لأنه نفاها عن المستأجر من حيث عدم الشرط، بناء على مذهبه فى المسئله كما أشرنا إليه، و عن السيد لتبعيه وجوب النفقه للملك، و عدم ثبوت الاستلزام المدعى، و عن العبد، لاستغراق وقته فى الخدمه، و تقديمها من الكسب- على حق المستأجر، قياسا على المديون، و المعسر- إنما يتم لو كان له مال مكتسب، و قد عرفت أنه لانتقال منفعه إلى المستأجر و استغراق وقته فى الخدمه لا- مال له، فلا- وجه لإيجابها فى كسبه، إذ لا- كسب له، فلم يبق الا الرجوع الى بيت المال ان كان، أو المؤمنين وجوبا كفاثيا، و الله سبحانه العالم.

الثالث [إذا استأجر العبد سنه، ثم مات بعد مضى نصفها] :

قال فى المختلف: إذا استأجر العبد سنه، ثم مات بعد مضى نصفها، قال الشيخ و تبعه ابن إدريس: يصح فيما مضى، و يبطل فيما بقى، و له المطالبه بأجره المثل، فان تساويا أخذه، و ان كان أجره الباقي أكثر استحق الزيادة، مثل أن يكون أجره الماضى مائه، و الباقي مأتين، فإنه يستحق عليه مأتين، و بالعكس، و هذا القول فيه نظر، بل الحق أن ينسب المسمى إلى أجره المثل،

و يقسط ما قابل المتخلف، و كأن مراد الشيخ ذلك، انتهى.

السادسه و العشرون [فى ضمان صاحب الحمام] :

قد صرح الأصحاب بأنه لا يضمن صاحب الحمام الا ما أودع و تعدى أو فرط فيه، و هو كذلك، اما أنه لا يضمن بغير الإيداع فظاهر، لأن الأصل براءة الذمه من وجوب حفظ مال الغير مع عدم الالتزام به حتى لو نزع المغتسل ثيابه، و قال احفظها و لم يقبل لم يجب عليه الحفظ، و أما أنه مع الإيداع لا يضمن الا بالتفريط أو التعدى، فلأنه أمين محض، و قد تقدم تحقيق القول فيه فى كتاب الوديعه، و يدل على ذلك أيضا ما رواه

المشايخ الثلاثة مرسلا (١) فى بعض عن الباقر عن أمير المؤمنين عليهما السلام، و مسندا فى بعض عن غياث بن إبراهيم (٢).

«عن أبى عبد الله عن أبيه عليهما السلام ان أمير المؤمنين عليه السلام أتى بصاحب حمام وضعت عنده الثياب فضاعت فلم يضمنه، و قال: إنما هو أمين». قال بعض مشايخنا المحدثين من متأخري المتأخرين لعل المعنى أنه يحفظها بمحض الأمانه، و ليس ممن يعمل فيها أو يأخذ أجره على حفظها، فهو محسن لا- سبيل عليه، و يمكن أن يقال: خصوص هذا الشخص كان أمينا غير متهم، فلذا لم يضمنه، و الأول أظهر انتهى.

أقول: بل الظاهر أن الثانى أظهر إذ مجرد وضع الثياب عنده من غير أن يظهر منه ما يدل على قبول أيتمانها لا يدل على كونه أمينا يترتب عليه ما يترتب على سائر الأمانه من عدم الضمان الا مع التفريط، و قد تقدم ذلك فى كتاب الوديعه.

و ما رواه

فى التهذيب عن السكونى (٣) عن جعفر عن أبيه عليهما السلام أن عليا عليه السلام كان يقول

لا ضمان على صاحب الحمام فيما ذهب من الثياب، لأنه إنما أخذ الجعل على الحمام، و لم يأخذ على الثياب».

ص: ٦٢٨

١- (١) الفقيه ج ٣ ص ١٦٣ ح ١٠.

٢- (٢) الكافى ج ٥ ص ٢٤٢ ح ٨، التهذيب ج ٧ ص ٢١٨ ح ٣٦، الوسائل ج ١٣ ص ٢٧٠ ح ١.

٣- (٣) الوسائل ج ١٣ ص ٢٧١ ح ٣، الباب ٢٨ من أبواب أحكام الإجاره التهذيب ج ٦ ص ٣١٤ ح ٨٦٩، الروايه بهذا المتن بعينها هى روايه إسحاق بن عمار و لم نقف على هذا المتن عن طريق السكونى.

فى قرب الاسناد عن أبى البخترى (١) عن جعفر عن آباءه عليهم السلام

«عن على عليه السلام أنه كان لا يضمن صاحب الحمام، وقال: إنما يأخذ أجرا على الدخول الى الحمام».

فى التهذيب عن إسحاق بن عمار (٢) عن جعفر عن أبيه عليهما السلام أن عليا عليه السلام كان يقول

لا ضمان على صاحب الحمام فيما ذهب من الثياب».

السابعه و العشرون [فى إيجاب الأب أو الوصى الصبى أو شيئا من ماله] :

قال فى الخلاف: إذا آجر الأب أو الوصى الصبى أو شيئا من ماله صحت الإجاره إجماعا، فإن بلغ الصبى قبل انقضاء المده كان له ما بقى و لم يكن للصبى فسخه، لأن العقد على غير البالغ و على ماله وقع صحيحا بلا خلاف فمن ادعى أن له الفسخ بعد البلوغ فعليه الدلاله، و تبعه ابن إدريس فى ذلك.

و قال فى المبسوط: ان له فسخها فيما بقى و قيل: انه ليس له ذلك، و هو الأقوى، قال فى المختلف: و الحق أن له الفسخ، لنا أن الولايه تابعه للصغر، و قد زال فتزول الولايه، و العقد تابع لها، فيزول بزوالها، و لأنه لو عقد عليه مده يعلم بلوغه فى بعضها بطلت فى الزائد، فكذا فى المجهول مع وقوعه، لأن العلم و الجهل لا مدخل لهما فى ثبوت الولايه و عدمها، انتهى.

أقول: و ينبغى أن يعلم أن هنا صورتين: إحداهما أن يأجره مده يعلم بلوغه و رشده قبل انقضائها، كأن يأجره و هو ابن عشر سنين، مده سبع سنين، و لا- خلاف هنا فيما أعلم أن الإجاره لازمه فيما قبل البلوغ و الرشد، و أما بعدهما فإنه يكون موقوفا على إجاره الصبى، لأن زمان الولايه عليه و على ماله ما قبل الأمرين المذكورين، فلا إشكال فى لزوم الإجاره فى تلك المده، و أما بعد حصول الأمرين المذكورين فلا إشكال و لا خلاف فى زوال الولايه عنه و حينئذ فلا إشكال فى توقف

١- ١) قرب الاسناد ص ٧١، الوسائل ج ١٣ ص ٢٧١ ح ٢ الباب ٢٨ من أبواب أحكام الإجاره.

٢- ٢) التهذيب ج ٦ ص ٣١٤ ح ٨٦٩.

صححة الإجاره و الحال هذه على إجازته، لأن العقد فى هذه المده الزائده يصير بمنزله الفضولى.

الثانيه: ان يأجره فى مده لا يعلم ذلك، الا أنه اتفق حصوله فى أثناء المده و هذه الصوره هى محل الخلاف، فظاهر كلام الشيخ المذكور هو صححة الإجاره فى جميع المده صححة لازمه لوقوع الإجاره من أهلها فى محلها فى وقت لا يعلم لها مناف، فتستصحب.

و ظاهر العلامه هو الصححة كذلك إلى حين اجتماع الشرطين المذكورين، لانتفاء المانع، و أما بعد حصولهما فإنه يكون الحكم كما فى سابق هذه الصوره، لأن زمان الولاية ما قبل الكمال، فيكون نفوذ التصرف مقصورا عليه، و فى الشرائع تردد فى هذه الصوره لما عرفت من تدافع التعليلين المذكورين، و فى المسالك قوى قول العلامه أقول: و المسئله بالنسبه الى هذه الصوره كغيرها من المسائل الغير المنصوصه محل اشكال، و أما بالنسبه إلى الصوره الأولى فإنه لا ريب فى صححة الإجاره و لزومها قبل حصول الشرطين المذكورين، و أما بعدهما فان قلنا بصححة العقد الفضولى كما هو المشهور، و أجاز الصبى فكذلك، و ان قلنا بالبطلان كما هو المختار فالحكم ظاهر، و هكذا الكلام بالنسبه إلى مذهب العلامه و من تبعه فى الصوره الثانيه.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن أكثر الأصحاب الذين تعرضوا لهذه المسئله و منهم الشيخ و الفاضلان انما ذكروا بالنسبه إلى زوال الولاية بالبلوغ خاصه، مع أنه لا خلاف فى ضم الرشد اليه، فلو بلغ و لم يكن رشيدا فالولاية باقيه، ففى الصوره الأولى لو آجره مده يعلم بلوغه فيها و لا- يعلم رشده، بل كان مجهولا- فان الحكم فيها كما فى الثانيه، أما إذا كان معلوما كأن يكون متميزا قبل البلوغ، فإنه يكون الحكم كما ذكره، و منه يعلم أن الصوره الثانيه أعم من أن لا يعلم بلوغه و لا رشده أو يعلم بلوغه و لا يعلم رشده، ثم اتفق حصولهما، و لو تلف الصبى بعد تسليم المستأجر له و كذا غيره ممن تستأجره للعمل عنده لم يضمه، و لا فرق هنا بين الصغير و الكبير، و الحر و العبد، فان كل من يسلم أجيرا ليعمل له فتلف لم يضمه،

لأنه قبضه لاستيفاء منفعه مستحقه لا يمكن تحصيلها إلا بإثبات اليد عليه فكان أمانه في يده، قالوا: ولا فرق بين تلفه مدته الإجاره و بعدها.

أقول: أما تلفه مدته الإجاره فلا ريب فيه، وأما بعدها لو كان صيبا أو مملوكا فهو مبني على ما هو المشهور، كما تقدم في الموضوع الخامس من المطلب الأول من هذا الكتاب (١) من أن العين المستأجره من دابه أو صبي أو مملوك بعد تمام المدته هل يجب على المستأجر ردها الى المالك، فلو أخرها ضمن، ووجب عليه نفقتها أولا يجب عليه ذلك الا بعد طلب المالك، و الا فقبل ذلك انما يجب عليه رفع اليد عنها، والتخليه بين المالك و بينها، قولان: أشهرهما الثاني، والكلام هنا مبني على هذا القول والله سبحانه العالم.

الثامن والعشرون [فيمن تقبل عملا لم يجز أن يقبله غيره بنقيصه]:

المشهور في كلام المتقدمين أن من تقبل عملا لم يجز أن يقبله غيره بنقيصه، الا- أن يحدث فيه حدثا يستيح به الفضل، و قيل، بالكراهه و اختاره في المسالك، و الظاهر أنه قول أكثر المتأخرين.

و من الأخبار الداله على المشهور ما رواه

في الكافي في الصحيح عن محمد بن مسلم (٢)

«عن أحدهما عليهما السلام أنه سئل عن الرجل يتقبل بالعمل فلا يعمل فيه و يدفعه الى آخر فيريح فيه؟ قال: لا إلا أن يكون قد عمل فيه شيئا».

و ما رواه

التهذيب في الصحيح عن أبي حمزه (٣) عن أبي جعفر عليه السلام قال:

« سألت عن الرجل يتقبل العمل فلا يعمل فيه و يدفعه الى آخر يريح فيه؟ قال لا:».

و ما رواه المشايخ الثلاثة عن الحكم الخياط (٤) قال:

«قلت لأبي عبد الله عليه السلام أنى أتقبل الثوب بدرهم و أسلمه بأقل من ذلك لا أزيد على أن أشقه قال: لا بأس بذلك، ثم قال: لا بأس فيما تقبلت من عمل ثم استفضلت فيه».

ص: ٦٣١

١-١ (١) ص ٥٤٢.

٢-٢ (٢) الكافي ج ٥ ص ٢٧٣ ح ١.

٣-٣ (٣) التهذيب ج ٧ ص ٢١٠ ح ٥، هما في الوسائل ج ١٣ ص ٢٦٥ ح ١ و ٤.

٤-٤) الكافي ج ٥ ص ٢٧٤ ح ٢، التهذيب ج ٧ ص ٢١٠ ح ٧، الوسائل ج ١٣ ص ٢٦٥ ح ٢.

فى الفقيه و التهذيب عن مجمع (١) قال:

«قلت لأبى عبد الله عليه السلام أتقبل الثياب أخطبها ثم أعطيها الغلمان بالثلثين فقال: أليس تعمل فيها قلت: أقطعها و اشترى لها الخيوط قال: لا بأس».

و عن على الصائغ (٢) قال:

«قلت لأبى عبد الله عليه السلام: أتقبل العمل ثم أقبله من غلمان يعملون معى بالثلثين فقال: لا يصلح ذلك الا أن تعالج معهم فيه قلت: فإنى أذيه لهم، قال: فقال ذاك عمل فلا بأس».

فى التهذيب فى الصحيح عن محمد بن مسلم (٣) عن أحدهما عليهما السلام قال:

سألته عن الرجل الخياط يتقبل بالعمل فيقطعه و يعطيه من يخطه و يستفضل قال: لا بأس قد عمل فيه». هذا ما حضرني من أخبار المسئلة، و كلها كما ترى ظاهره الدلالة فى القول الأول، و هو الذى عليه المعول، ثم انه ينبغى أن يعلم أن جواز دفعه الى غيره مشروط بما إذا كان العمل فى الذمه بأن يحصل له هذا العمل بنفسه أو غيره، أما لو كان الاستيجار على فعله بنفسه فإنه لا يجوز له الدفع الى غيره، ثم انه على تقدير الأول هل يكون ضامنا بدفعه الى الغير بدون اذن المالك صرح ابن إدريس بذلك، و المشهور خلافه، و قد تقدم تحقيق الكلام فى ذلك فى المسئلة الرابعة من مسائل هذا المطلب (٤).

التاسعة و العشرون [الخلاف فى جواز الإجاره بأكثر مما استأجر]:

اختلف الأصحاب فى جواز الإجاره بأكثر مما استأجر إذا لم يحدث فيه حدثا فليل بالتحريم، و هو المشهور بين المتقدمين، و قيل بالجواز على كراهه و هو المشهور بين المتأخرين، و تقدم تحقيق القول فى ذلك فى صدر كتاب المزارعه (٥).

١- ١) الفقيه ج ٣ ص ١٥٩ ح ١٠، التهذيب ج ٧ ص ٢١١ ح ٨-الوسائل ج ١٣ ص ٢٦٦ ح ٦.

٢- ٢) التهذيب ج ٧ ص ٢١١ ح ٩، الوسائل ج ١٣ ص ٢٦٦ ح ٧.

٣- ٣) التهذيب ج ٧ ص ٢١٠ ح ٦، الوسائل ج ١٣ ص ٢٦٦ ح ٥.

٤- ٤) ص ٥٦٣.

٥- ٥) ص ٢٩٢.

الثلاثون [الخلاف فى جواز إجاره الأرض بالحنطه و الشعير مما يخرج منها] :

اختلف الأصحاب فى جواز إجاره الأرض بالحنطه و الشعير مما يخرج منها، فقيل: بالتحريم، و قيل: بالكراهه، و قد تقدم أيضا تحقيق الكلام فى ذلك فى الموضوع المشار إليه.

الحادية و الثلاثون [فىمن دفع إلى غيره سلعه ليعمل له فيها عملا] :

إذا دفع الى غيره سلعه ليعمل له فيها عملا- كالقصار و الغسال و نحوهما فقد صرح المحقق بأن له أجره المثل بشرط أحد الأمرين، إما كون العامل من عادته أن يأخذ الأجره على مثل ذلك العمل، أو كون ذلك العمل مما له أجره فى العرف و العاده المستمره، و عن العلامه أنه اعتبر كون العمل له أجره عاده خاصه.

و يتخرج على ذلك صور أربع: الأولى: ما إذا حصل الشرطان المذكوران فى كلام المحقق، و الأجره ثابتة على كلا القولين.

الثانيه: انتفاؤهما معا و لا أجره على القولين، و لا فرق حينئذ بين كون العمل متقوما بأجره و عدمه، إذا لم يكن له فى العاده أجره، و لا أعد العامل نفسه لها.

الثالثه: أن يكون العمل مما له أجره بحسب العاده، و لكن ليس من عاده العامل الاستيجار له، و الأجره ثابتة على القولين أيضا لأن هذا أحد شرطى المحقق و هو الذى اقتصر عليه العلامه.

الرابعه: عكس هذه الصوره بأن يكون من عادته الاستيجار له الا- أن العمل ليس مما له أجره بحسب العاده، و الأجره ثابتة على مذهب المحقق، دون العلامه، و رجح مذهب المحقق فى هذه المسئله بأن الأمر بالعمل يقتضى استيفاء منفعه مملوكه، للمأمور، متقومه بالمال، فوجب ثبوتها على الأمر كالأستيجار معاطاه، و اللازم استيفاء عمل محترم بالأمر، فلا يحل بدون العوض إلا بإباحه مالكه، و لم يتحقق و هو جيد.

التنازع فى أصل الإجاره

و القول فى ذلك قول المنكر منهما بيمينه، سواء كان المالك أو الأجير، لأن الأصل العدم، و الحكم اتفاقى نصا و فتوى، بقى الكلام فى أنه لا يخلو اما أن يكون هذا التنازع قبل التصرف و استيفاء المنافع كلا أو بعضا، أو بعده، و على الأول لا إشكال فى رجوع كل مال الى صاحبه، و على الثانى فلا يخلو اما أن يكون مدعى الإجاره المالك أو المتصرف، فان كان المدعى المالك، و الحال أن المتصرف حلف على إنكار الإجاره، انتفت الإجاره، و على المتصرف أجره المثل، عوض ما تصرف فيه، فان كان أجره المثل زائده على ما يدعيه المالك من المسمى فى العقد بزعمه، فإنه لا يجوز له أخذ الزيادة، لاعترافه بأن المسمى فى العقد أقل من ذلك، فلا يستحق أزيد منه، و ان وجب على المتصرف دفعها لو لم يدفعها سابقا، و حرمت المطالبه بها ان دفعها سابقا، و ان كان المسمى بزعم المالك زائدا على أجره المثل، فان هذه الزيادة تنتفى بانتفاء الإجاره بعد اليمين، فليس للمالك طلبها، و لا يجب على المنكر دفعها، و ان دفعها سابقا استرجعها، و ان كان مدعى الإجاره هو المتصرف، و المالك ينكرها، و ينكر الاذن فى التصرف مطلقا، فقد عرفت أن القول قوله بيمينه، و حينئذ إذا حلف انتفت الإجاره، و استحق أجره المثل لما تصرف فيه المستأجر بزعمه، فله المطالبه بها ان لم يكن قبض قدرها سابقا، و ان زادت عن المسمى بزعم المستأجر، لأن المسمى قد بطل بانتفاء الإجاره، و صار الحكم هو أجره المثل، و أما لو زاد المسمى فإنه لا يجوز له أخذه لإنكاره الإجاره و بطلانها باليمين، و ان كان يجب على المستأجر دفعه لاعترافه به، و لو قبض المسمى سابقا لم يكن للمستأجر المطالبه بالزائد لاعترافه به، و ان كان المالك يعترف أيضا بأنه لا يستحقه، و يضمن المستأجر العين فى هذه الصوره، لثبوت كون التصرف غصبا، بخلاف الأولى التى يدعى المالك فيها

الإجاره، فإن العين باعترافه أمانه فى يد المستأجر، نعم لو أنكر الإجاره و اعترف بالإذن فى التصرف، فلا ضمان أيضا للخروج عن الغضب بالإذن، و الله سبحانه العالم.

و منها

التنازع فى قدر العين المستأجره

بان ادعى المستأجر انك أجرتنى الدار بأجمعها بمأه درهم، فقال المالك بل أجرتك بيتا خاصا منها بمأه درهم، و المشهور أن القول قول المنكر لأصالة عدم وقوع الإجاره على الزائد عما يعترف به المالك، و قيل بالتحالف هنا، لأن كلا منها مدع و منكر فالمستأجر يدعى استيجار الدار كملا، و المالك ينكر ذلك، و المالك يدعى إجاره البيت خاصه، و المستأجر ينكر ذلك.

و ظاهر المحقق الأردبيلى فى شرح الإرشاد الميل الى هذا القول، قال رحمه الله عليه: و أما المستأجر فالظاهر فيه التحالف، لأنه بإنكار أحدهما و حلفه لم ينقطع الدعوى و النزاع، إذ قد ينقلب الحالف و يدعى الاستيجار فى العين الأخرى، فلا بد من سماع دعواه، و رده على وجه شرعى و ليس الا بأن يكون القول قول منكره مع اليمين، و كذا هو الظاهر فى دعوى قطعه قباء و قميصا، و لعل المصنف لم يذكر التحالف بناء على عدم دعوى الآخر، و أما مع دعواه فالظاهر التحالف فتأمل، انتهى.

و حاصله ان ما ذكره هنا من أن القول قول منكر الزيادة بيمينه لا- يحسم ماده النزاع، لأنه متى حلف المالك الذى هو منكر لإجاره الدار كملا انتفت الإجاره المدعاه، لكن لو رجع على المستأجر و ادعى عليه اجاره البيت بتلك الأجره التى اتفقا عليها، و المستأجر ينكر ذلك، لأنه إنما يدعى الدار كملا- لا بيتا منها خاصه، فلا بد من المخرج من هذه الدعوى، و ليس الا بحلف المستأجر لإنكاره تلك الدعوى، فيكون القول قوله بيمينه، و هو كلام وجيه.

و فى المسالك بعد أن نقل هذا القول إجمالا قال، و الأقوى ما اختاره المصنف لانفاقهما على وقوع الإجاره على البيت، و على استحقاق الأجره المعينه، و ان كان

توزيعها يختلف بحسب الدعوى، إنما الاختلاف في الزائد فيقدم قول منكره، و ضابط التحالف أن لا يتفقا على شيء كما لو قال: آجرتك الشيء الفلاني، فقال: بل الفلاني، أو آجرتك البيت فقال: بل الحمام، ومثله ما تقدم في البيع إذا اختلفا في قدر المبيع، و في تعيينه، فالقول بالتحالف هنا دون البيع غير جيد، انتهى.

و فيه ما عرفت آنفا من أن هذا إنما يتم لو لم يرجع المالك، و يدعى على المستأجر ما ذكره من اجاره ذلك البيت المخصوص و إلا فإنه بعد دعواه هذه لا مخرج منها إلا أن يحلف المستأجر، فماده الاشكال و دفع القيل و القال لا يتم الا بالتحالف، على أن ما ذكره من اتفاهما على وقوع الإجاره على البيت، و على استحقاق الأجره المعينه مما لا يسمن و لا يغنى من جوع، و ان كان الأمر كما ذكره بالنسبه إلى ظاهر الدعويين، الا- أنه متى حلف المالك على نفى اجاره الدار و انتفت الإجاره، و المستأجر لا يدعى البيت، بل ينكره فأى ثمره لهذا الاتفاق، بل لا وجود له، و هكذا الكلام في الأجره، و ما ذكره من الاستناد الى ما تقدم في البيع و أنه كيف يقال بالتحالف هنا دون البيع، ففيه أن القول بالتحالف ثمه أيضا موجود، و ان كان خلاف ما يختاره كما هنا (قدس سره) و قد قدمنا نقله في جملة من صور الاختلاف بين المتبايعين في المطلب الرابع في اختلاف المتبايعين من الفصل الرابع في أحكام العقود (1).

و أما ما ذكره من القاعده في التحالف فاني لم أقف عليها إلا في كلامه في هذا الموضوع، و في كتاب البيع، و لا يحضرني الآن شيء من الأخبار الواردة بالتحالف، و لعل هؤلاء القائلين بالتحالف لا يثبتون هذه القاعده، على أنه بناء على ما ذكرناه من وجه التحالف في الصوره المذكوره، فإنها ترجع الى هذه القاعده أيضا لأنهما لم يتفقا على شيء، و ان أوهم تصوير المسئله ذلك في بادى الرأي، لأنه متى كان المالك يدعى إجاره البيت خاصه، و المستأجر ينكره، و المستأجر يدعى إجاره

ص: ٦٣٦

(١-١) ج ١٩ ص ١٩٠.

الدار كمالاً و المالک ينكره، فهو من قبيل الأمثلة التي ذكرها، و لا مخرج من هاتين الدعويين الا بالتحالف، كما لا يخفى، و الله سبحانه العالم.

و منها

ما لو اختلفا في رد العين المستأجره

فإنه لا إشكال في أن القول هنا قول المالک يمينه، لأنه منكر، و الأصل عدم الرد، و المستأجر قبض لمصلحه نفسه، فلا يقبل قوله في الرد مع مخالفه الأصل، و بهذا فرقوا بينه و بين الودعي حيث أن المشهور في الودعي أن القول قوله في الرد، و علوه بأنه قبضه لمصلحه المالک فهو محسن محض، «وَمَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ» و التحقيق في الفرق بين الودعي و الأجير إنما هو ما قدمناه في كتاب العاريه من أن قبول قول الودعي إنما هو من حيث كونه أميناً، و قد دلت الأخبار التي قدمناها في كتاب الوديعه على أن الأمين ودعيًا كان أو غيره من الأئمة يقبل قوله فيما يدعيه بغير اليمين، و ان كان المشهور بينهم ضم اليمين.

و أما الأجير فإنهم و ان ادعوا أنه أمين فهو غير مسلم، كما تقدمت الإشارة إليه في المسئله الرابعه و العشرين، لأنه عامل بأجره، فهو من قبيل المعاوضات، و بالجملة فإنه غير داخل في إطلاق تلك الأخبار، و حينئذ يرجع في حكمه الى القاعده المتفق عليها، و هي أن البينه على المدعي، و اليمين على المنكر، بخلاف الودعي و غيره ممن يكون أميناً، فإنه يعمل فيه بمقتضى تلك الأخبار، و بها تخصص أخبار تلك القاعده المتفق عليها، الا أنهم لعدم وقوفهم على الأخبار التي قدمناها في الوديعه، إنما عللوا قبول قول الودعي بما ذكروه هنا، من أنه محسن، «و ليس على المحسنين من سبيل» بخلاف من قبض لنفع نفسه، و هو تعليل عقلي اصطلاحوا عليه، و لا دليل عليه في الأخبار.

و منها

ما لو اختلفا في قدر الأجره

فقال الشيخ في المزارعه من الخلاف:

الذي يليق مذهبنا أن تستعمل فيه القرعه فمن أخرج اسمه حلف، و حكم له به، لإجماع الفرقه على «أن كل مشتبه يرد إلى القرعه» و قال في المبسوط: إذا

ص: ٦٣٧

اختلفا فى قدر المنفعه بأن يقول: أكريتها شهرا، أو يقول: إلى الكوفه، فيقول: بل الى شهرين أو الى بغداد، و فى الأجره قال قوم: يتحالفان، و قال قوم: ان كان قبل مضى المده تحالفا، و ان كان بعدها فى يد المكترى لم يتحالفا و كان القول قول المكترى، كما فى البيع القول قول المشتري إذا كانت السلعه تالفه، و هذا هو الذى يقتضيه مذهبنا، و ان قلنا يرجعان إلى القرعه، فمن خرج اسمه حلف و حكم له به كان قويا، و قال ابن الجنيدي: إذا اتفقا فى المده و المكان و اختلفا فى الأجره فكل منهما يدعى ما يجوز بمثله فى الإجاره فى العرف، كان الأجير مدعيا فضل أجره فى مال المستأجر، و عليه بينه، و كذلك ان اختلفا فى الجنس، فيقول الأجير قفيز حنطه، و يقول المستأجر خمسه دراهم، هذا إذا انقضت المده أو ركبت الدابه، و ان كان قبل العمل أو الركوب، و لم تقم بينه و لم يسأل أحدهما يمين الآخر تحالفا و انفسخت الإجاره.

و قال ابن البراج: ان لم تكن بينه تحالفا، فان نكل أحدهما عن اليمين كان القول قول الآخر مع يمينه، فان حلفا جميعا أو نكلا معا عن اليمين انفسخ العقد فى المستقبل، و كان القول قول مالك الدار مع يمينه فى الماضى، فان لم يحلف كان له أجره مثلها عما سكنه المستأجر.

و قال ابن إدريس: القول قول المستأجر و على المالك بينه، و قال فى المختلف بعد نقل هذه الأقوال، ثم قول ابن إدريس أخيرا: و هو الوجه، لنا أنه منكر، و لو أقام كل منهما بينه قدمت بينه المدعى، لأن القول قول المنكر و للتحالف وجه، لأن كل واحد منهما مدع باعتبار، و كذا القرعه، و قد تقدما فى البيع.

أقول: و المشهور بين المتأخرين هو ما ذكره ابن إدريس، و هو الأنسب بمقتضى قواعدهم، لأنهما قد اتفقا على العقد، و على انتقال العين المستأجره و المده، و ثبوت الأجره التى يدعيها المستأجر، و انما الخلاف فيما زاد عنها، فأحدهما

يدعيه، و الآخر ينكره، و الأصل عدمه، فالقول قول المنكر بيمينه، إلا أن المسئلة لما كانت خاليه من النص فلاشكال فيها مجال.

و بالجمله فإن المسئلة هنا جاريه عندهم على ما تقدم فى البيع من الاختلاف فى قدر الثمن، و قد تقدم نقل الأقوال فيها كما هنا، إلا أن ثمة نص، لكنه مخالف لمقتضى قواعدهم، فأخذ به بعض، و أطرحه آخر، و قد تقدم تحقيق الكلام فيه ثمة.

و أنت خبير بأن قول جملته هؤلاء الفضلاء بالتحالف فى المسئلة فتوى أو احتمالاً مما يوهن الضابطه التى ادعاه الشهيد الثانى فى التحالف، و أنها ليست ضابطه كليه، للاتفاق على وقوع العقد و المده و العين المستأجره مع أن هؤلاء قالوا: بالتحالف فيها، و الضابطه المذكوره تضمنت أن لا يتفقا على شىء، فلو كان الأمر كذلك لما خرج عنها جملته هؤلاء الفضلاء من العلامه و من قبله، فان العلامه هنا و ان رجح ما ذهب اليه ابن إدريس إلا أن ظاهره احتمال التحالف، و القرعه كما هو أحد الأقوال المذكوره.

و منها

ما لو اختلفا فى التلف

فظاهر جملته من المتأخرين و هو قول الخلاف و جملته من أتباعه: أنه لا ضمان على المستأجر، بل القول قوله بيمينه، لأنه أمين و قيل: بالضمان، و أن القول قول المالك، إلا- أن يقيم المستأجر على ما ادعاه البينه، أو يكون المدعى مشهوراً ظاهراً: و قد تقدم الكلام فى هذه المسئلة، و نقل الأقوال و الأخبار المتعلقة بها كاملاً، و الكلام فيها بما رزق الله سبحانه فهمه منها فى المسئلة الرابعه و العشرين.

و قال شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك بعد نقل عبارته المصنف المتضمنه لاختيار القول الثانى ما صورته: و قيل: القول قولهم مع اليمين، لأنهم أمناء و هو أشهر الروايتين، و كذا لو ادعى المالك التفريط فأنكروا القول بضمانهم

ص: ٦٣٩

مع عدم البيئه هو المشهور، بل ادعى عليه الإجماع، و الروايات مختلفه، و الأقوى أن القول قولهم مطلقا، لأنهم أمناء، و للأخبار الداله عليه، و يمكن الجمع بينها و بين ما دل على الضمان بحمل تلك على ما لو فرطوا أو أخروا المتاع عن الوقت المشترط، كما دل عليه بعضها، انتهى.

أقول: لا يخفى ما فيه على الفطن النبيه بعد الإحاطه بما قدمنا تحقيقه في المسئله المذكوره، و ذلك فان روايات المسئله بعد حمل مجملها على مفصلها و مطلقها على مقيدها، لا تخرج عن ثلاثه أقسام، فقسم منها تضمن أن كل ما جنته يد الصانع و العامل سواء كان عن تفريط أم لا فهو ضامن، و أن ذلك قاعده كليه في كل من أعطى الأجر ليصلح، فأفسد.

و قسم منها تضمن أن مع دعوى التلف فإنه يضمن، إلا أن يقيم البيئه أو يكون التلف ظاهرا مشهورا كالغرق و الحرق و الغاره، و نحو ذلك.

و قسم منها تضمن أنه مع دعوى التلف فان كان ثقه مأمونا غير متهم، فلا ضمان عليه، و إلا فهو ضامن، و كل من الأقسام الثلاثه اشتمل على روايات عديده، و ليس فيها ما يدل على ما ادعاه و غيره ممن قال بهذا القول، سوى روايه واحده و هى صحيحه معاويه بن عمار (1)، و قضيه الجمع بين الأخبار تقييدها بما دلت عليه اخبار المسئله، كما ذكره الشيخ، و بذلك يظهر لك ما فى قوله أن القول قولهم يمينهم و هو أشهر الروايتين، فإنه ليس فى أخبار المسئله على كثرتها و تعددها سوى روايه معاويه بن عمار المذكوره، فمن اين هذه الشهره، فإن أراد الروايات الوارده فى غير هذه المسئله كالوارده فى الوديعه و نحوها مما يدل على ان الأمين لا يضمن، و أن القول قوله، فهو مسلم و لكن روايات هذه المسئله خاصه، و كلها على كثرتها متفقه على الضمان الا مع البيئه، أو ظهور الأمر، أو كونه ثقه مأمونا، و تلك الروايات مطلقه، و مقتضى القاعده تقديم العمل بهذه الروايات و تخصيص تلك

ص : ٦٤٠

و كذا يظهر لك ما فى قوله أن الروايات مختلفه فيما لو ادعى المالك التفريط فأنكروا، فإن فيه أن روايات المسئله منحصره فى الأقسام الثلاثه التى ذكرناها، و ليس فى شىء منها ما يتضمن هذا الفرد الذى ذكره، و حينئذ فإن أراد بما ذكره روايات القسم الأول، و هو ما دل على وجوب الضمان على كل من أعطى الأجر ليصلح فأفسد، فقد تقدم أنها متفقه على هذا الحكم، و أنهم عليهم السلام جعلوه قاعده كلييه، و لا مخالف لها فى شىء من الأخبار، و ان أراد أخبار القسم الثانى فهو قد أشار إليه فى صدر كلامه، و ذكر أن كون القول قولهم هو أشهر الروايتين.

و بالجمله فإن روايات القسم الثانى الداله على أنه يضمن مع دعوى التلف داله على الضمان، أعم من أن يكون بتفريط أو لا بتفريط، و أنه يجب الضمان الا- مع قيام أحد الأمور الثلاثه المتقدمه، ثم أنه على تقدير القول بما اختاره من أن القول قول المستأجر يمينه، لأنه أمين، فالكلام فى اليمين هنا كما تقدم فى الوديعه و العاريه، من عدم وجود دليل على اليمين، بل ظاهر الأخبار و به قال جمله من الأصحاب كما تقدم فى الوديعه، أنه لا- يمين، و إنما يقبل قوله من غير يمين، بل القول بذلك هنا أضعف لعدم وجود دليل دال على قبول قول المستأجر بالكليه، فضلا عن أن يضم اليه اليمين، بل الأخبار كلها بعد ضم بعضها الى بعض متفقه على وجوب الضمان عليه، الا مع قيام أحد الأمور الثلاثه المتقدمه، و ما ادعاه هو و غيره من أنه أمين فيترتب عليه قبول قوله فى التلف ممنوع، إذ لا دليل عليه بل الدليل كما عرفت واضح فى خلافه، لاتفاق الأخبار على تضمينه فى التلف الا مع قيام البيئه، أو شهره الأمر به، أو كونه مأمونا من دعوى الكذب، على أنه لو كان أمينا لقبولوا قوله فى الرد، مع أنهم منعوا من قبوله كما عرفت، و الله سبحانه العالم.

و منها ما لو دفع إلى الخياط ثوبا فقطعه قباء مدعى اذن المالك

، فقال المالك إنما أمرتك بقطعه قميصا، و قد اختلف كلام الشيخ فى ذلك، فقال فى كتاب الوكاله من الخلاف: القول قول الخياط، و فى كتاب الإجاره منه: القول

قول صاحب الثوب، و به قال ابن إدريس، و قال فى المبسوط: القول قول الخياط، و قال قوم: القول قول رب الثوب، و هو الصحيح، و احتج بأن الثوب له، و الخياط مدع للاذن فى قطع القباء فعليه البينه، و إذا فقدتها فعلى المالك اليمين، و لأنهما لو اختلفا فى أصل القطع كان القول قول رب الثوب، فكذا فى صفة القطع.

و قال فى الخلاف: و كنا قلنا فى ما تقدم فى هذه المسئلة أن القول قول الخياط، لأنه غارم، و أن رب الثوب يدعى عليه قطعاً لم يأمره به، فيلزمه بذلك ضمان الثوب، فكان عليه بذلك البينه، فإذا فقدتها و جب على الخياط اليمين.

و قال فى المختلف بعد ذكر هذا الكلام من أوله الى آخره: و هذا أيضاً قوى، و هذا يدل على تردده، و الحق ما ذكره فى الخلاف أولاً و قواه فى المبسوط، انتهى.

أقول: و كلامه مؤذن بنوع تردد فى ذلك، فإنه قوى ما ذكره من تعليل الشيخ للقول بأن القول قول الخياط بيمينه، ثم قال: و الحق ما ذكره فى الخلاف الى آخره، و هو يعطى اختياره القول بتقديم قول صاحب الثوب، إلا أن عبارته لا يخلو من ردائه، فإن اختياره لما ذكره فى الخلاف أولاً ان أراد بهذه الأوليه باعتبار ما قدم نقله عنه و الذى قدمه إنما هو أن القول قول الخياط، و ان أراد الأوليه باعتبار ذكره المسئلة فى الخلاف فهو يتوقف على مراجعته، و أن المقدم فيه هو كتاب الإجاره على كتاب الوكاله.

و كيف كان فإنك قد عرفت العله فى كل من القولين، و أن العله فى تقديم قول المالك أن الخياط يدعى عليه الاذن فى هذا القطع المخصوص، و الأصل عدمه، و انه كما يقدم قول المالك لو تنازعا فى أصل الاذن و عدمه فكذا فى صفته، لأن مرجعه إلى إذن مخصوص.

و العله فى تقديم قول الخياط أن المالك يدعى عليه الأرش، فيكون غارماً، و الأصل عدمه فيقدم قوله فى نفي ذلك من نفسه، و ان لم يثبت له الأجره.

و المسئله كما ترى عاريه عن النصوص، و التعليلان متدافعان، و لو قيل:

بالتحالف جمعا بين هذين التعليلين لأمكن، فان الخياط من حيث دعوى المالك الأرش عليه، و الأصل عدمه، يقدم قوله في ذلك بيمينه، و من حيث دعواه الاذن على المالك و أنه يستحق الأجره بناء على ذلك، و المالك منكر، فيقدم قول المالك في هذه الدعوى، لأصالة عدمها كما تقدم، فيتحالفان لقطع هاتين الدعويتين، و الإيراد بأن ذلك مخالف لمقتضى قاعده التحالف المتقدمه مردود، بما تقدم، من عدم ثبوت القاعده المذكوره، و تصريح جمع من الأصحاب بالخروج عنه في كتاب البيع و في هذا الكتاب.

ثم انه على تقدير القول بتقديم قول المالك بيمينه و استحقاقه الأرش فهل هو عباره عن تفاوت ما بين قيمته مقطوعا قميصا و قباء فعلى هذا لو صلح لهما فلا أرش، أو عباره عن تفاوت ما بين قيمته صحيحا و مقطوعا، لأن القطع على هذا الوجه الذي يدعيه الخياط عدوان، احتمالان: ذكرهما في المسالك، و الله سبحانه العالم.

ص: ٦٤٣

و الى هنا تم الجزء الحادى و العشرون حسب تجزئتنا بحمد الله و منه، و قد بذلنا الجهد غايته فى تصحيحه و مقابلته للنسخه بقلم المصنف (طاب ثراه) و يتلوه الجزء الثانى و العشرون فى كتاب الوكاله ان شاء الله تعالى و نرجو من الله التوفيق على طبع بقيه الأجزاء و الحمد لله رب العالمين، و صلى الله على محمد و آله الطاهرين.

ص: ٦٤٤

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ
الزمر: ٩

المقدمة:

تأسس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامي عام ١٤٢٦ الهجرى في المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائيين والمثقفين في الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلّة المراكز القائمية بتوفير المصادر في العلوم الإسلامية وتبعثها في أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين في العلوم الإسلامية وتقديم المؤسسة مجاناً مجموعةً إلكترونيةً من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهي منظمة في برامج إلكترونية وجاهزة في مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها. وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدةً على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبي عليهم السلام
تحفيز الناس خصوصاً الشباب على دراسة أدق في المسائل الدينية
تنزيل البرامج المفيدة في الهواتف والحاسوبات واللابتوب
الخدمة للباحثين والمحققين في الحوزات العلمية والجامعات
توسيع عام لفكرة المطالعة
تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها في ملفات إلكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة
الاجتناب عن الروتين وتكرار المحاولات السابقة
العرض العلمي البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ في نشر المعلومات
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات في مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما في الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمة الانترنتى بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة (sms)

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

JAVA.١

ANDROID.٢

EPUB.٣

CHM.٤

PDF.٥

HTML.٦

CHM.٧

GHB.٨

إعداد ٤ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمة ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

ANDROID.١

IOS.٢

WINDOWS PHONE.٣

WINDOWS.٤

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتاب وكل من قدم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الإلكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب في طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز
للبحوث والتحريرات الكمبيوترية
اصبهان
الغمامية



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

