

مُسْتَمْسَكُ الْعُرْوَةِ الْوُثْقَى

تأليف

فقيه العصر آية الله العظمى

السيد محمد طباطبائي الحلي

مطبوعات مكتبة آية الله العظمى المرعشي النجفي

قم - إيران ١٤٠٤ هـ ق

OLIN

BP

174

T11

1984

ju2'12



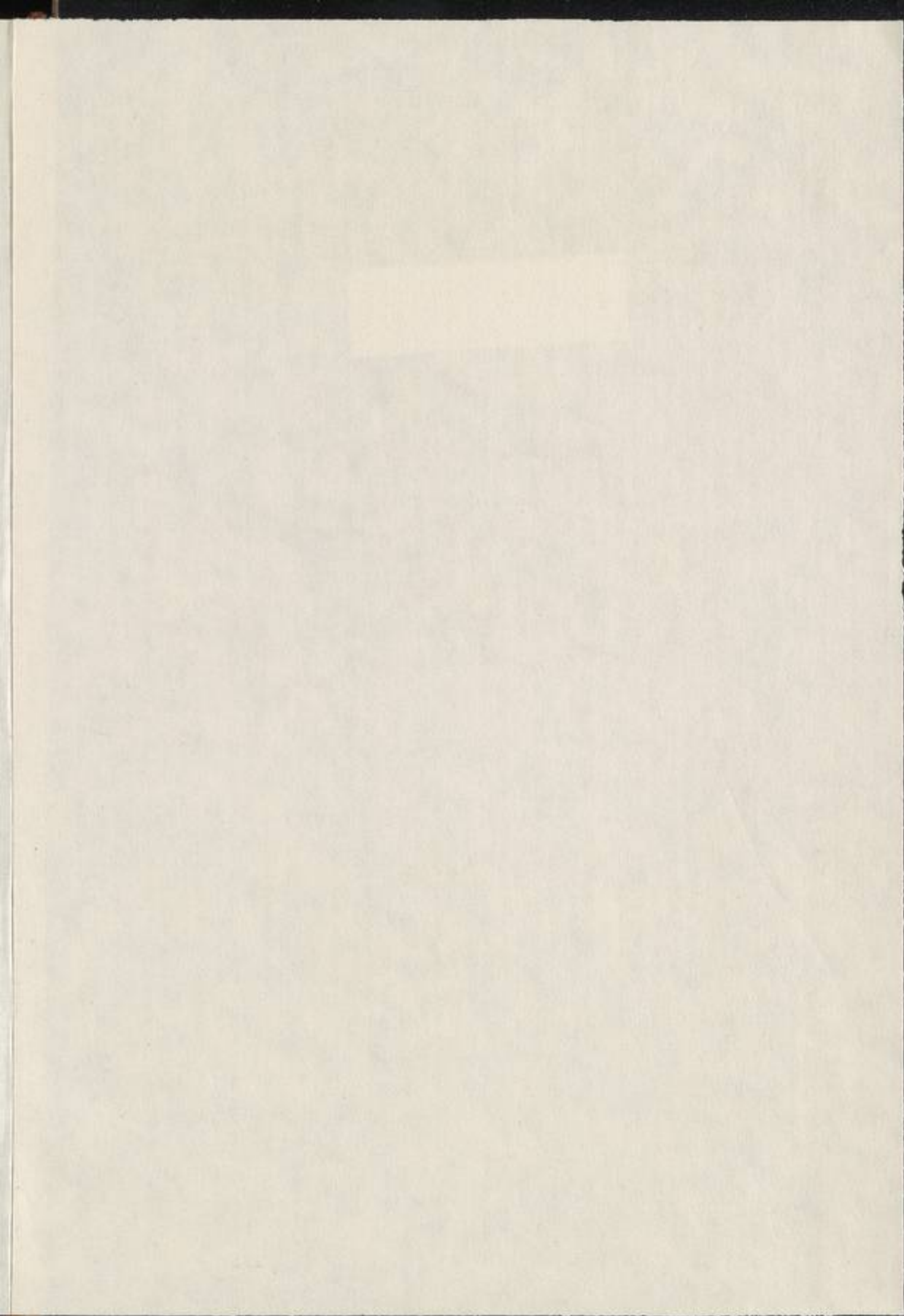
⑦

Provided by the
Library of Congress
PL 480 Program.

IR-AR-85-931398

V.12,





وَمَنْ يُسَلِّمْ وَجْهَهُ إِلَى اللَّهِ وَهُوَ مُحْسِنٌ فَقَدْ اسْتَمْسَكَ بِالْعُرْوَةِ الْوُثْقَىٰ
فَلَا يَكْذِبُ

مُسْتَمْسَكَ الْعُرْوَةِ الْوُثْقَىٰ

تأليف

فَقِيرَتِ الْعَصْرِ أَمِيرُ الدِّينِ الْعَلَمِيُّ

السَّيِّدُ مُحَمَّدُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْحَكِيمِ

فَرَسُ مَهْرِهِ

الجزء الثاني عشر



منشورات مَكْتَبَةِ آيَةِ اللَّهِ الْعُظْمَى الْمَرْعَشِيِّ الرَّجَفِيِّ
طَم - اِيران ١٤٠٤ هـ ق

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الاجارة

وهي : تمليك عمل أو منفعة بعوض (١) . ويمكن أن

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وله الحمد ، والصلاة والسلام على رسوله الكريم وآله الطاهرين .

كتاب الاجارة

(١) عرفها بعضهم - كالعلامة في القواعد - : بأنها عقد ثمرته نقل المنفعة . والاشكال عليه ظاهر ، لأن العقد هو مجموع الالتزامين النفسيين ، القائم أحدهما بالموجب والآخر بالقابل ، المرتبطين على نحو خاص من الارتباط ، والاجارة ليست كذلك ، بل هي الأمر الملتزم به ، وكذلك غيرها من مفاهيم العقود والايقاعات . ولأجل ذلك عدل بعضهم إلى تعريفها بما في المتن . ويشكل : بأن الاجارة ليست تمليكاً للمنفعة ، بل هي قائمة بالعين ذات المنفعة ، فتقول : (آجرت الدار) ولا تقول : (آجرت منفعة الدار) ، وبذلك امتازت عن أكثر العقود ، كالبيع والصلح والرهن والهبة والنكاح وغيرها ، فإن هذه المفاهيم قائمة بموضوعاتها وتقتضي التصرف فيها ، بخلاف الاجارة فإنها قائمة بذات المنفعة وتقتضي التصرف في المنفعة لافيه ، فلو بني على حصول تمليك المنفعة في الاجارة فليس هو عين الاجارة بل مسبب عنها وأثر لها .

يقال : إن حقيقتها للتسليط على عين للانتفاع بها بعوض (١) .
وفيه فصول :

فصل

في أركانها ، وهي ثلاثة :

الأول : الإيجاب والقبول ، ويكفي فيها كل لفظ دال على المعنى المذكور . وللصريح منه : آجرتك أو أكريتك الدار - مثلاً - فيقول : قبلت أو استأجرت أو استكريت . ويجري

والمناسب حينئذ أن يقال : إنها جعل العين موضوعاً للأجر ، بنحو يقتضي تملك المنفعة ، لا أنها عين تملك المنفعة . ويشكل هذا التعريف أيضاً : بأن الاجارة قد لا تقتضي تملك المنفعة ، كما في استيجار ولي الزكاة أو ولي الوقف داراً ، لأن يحرز فيها الغلة المأخوذة من الزكاة أو من ثماء الوقف ، فان منفعة الدار في الفرض ليست مملوكة للمالك ، وإنما هي صدقة يتعين صرفها في مصرف الزكاة أو مصرف الوقف . وكأنه لذلك عدل في القواعد عن جعل ثمرة العقد التملك ، الى جعلها نقل المنفعة . لكن عرفت الاشكال فيه أيضاً .

(١) السلطنة من الأحكام المترتبة على الأموال والحقوق التي هي موضوع عقد الاجارة وليست هي نفس حقيقتها . مع أن ما ذكر لا ينعكس في الاجارة على عمل إذا كان الأجير حراً ، ولا يطرد في الاذن بالتصرف بشرط العوض ، ضرورة أنه ليس من الاجارة ولا تشترط فيه شرائطها .

فيها المعاطاء كسائر للعقود (١) . ويجوز أن يكون الايجاب بالقول وللقبول بالفعل ، ولا يصح أن يقول في الايجاب : بعثك للدار - مثلاً - وإن قصد الاجارة (٢) ، نعم لو قال : بعثك منفعة للدار أو سكنى للدار - مثلاً - بكذا لا يبعد

(١) كما صرح به غير واحد ، بل قيل : لم يعرف متأمل في ذلك . ويقتضيه عموم أدلتها ، لعدم الفرق فيها بين البيع والاجارة وغيرهما . نعم خص ذلك بعض الأعظم (ره) في منافع الاموال لا مطلقاً ، كما في الاجارة على عمل إذا كان الأجير حراً ، فإنه لا تعاطي من قبله . اللهم إلا أن يكون نفس إيجاد العمل - كبناء الجدار - إعطاء منه ، مع أنه مبني على اعتبار التعاطي من الطرفين ، فلو اكتفي في حصول المعاطاء بالاعطاء من طرف والأخذ من الآخر أمكن جريانها مطلقاً ، إذا كانت الأجرة عيناً .

(٢) هذا مبني على عدم جواز إنشاء مضامين العقود بالمجازات المستنكرة كما في الجواهر ، ودليله غير ظاهر . نعم صرح به في الشرائع وغيرها ، وعن التذكرة نسبته الى علمائنا . فإن تم إجماعاً كان هو الحجة وإلا فإطلاق عمومات الصحة تنفيه . ودعوى انصرافها عن مثله ، ممنوعة كدعوى العلم الاجمالي بتقيد العمومات ببعض الخصوصيات في العقد ، فيسقط الإطلاق عن المرجعية . فإنها مدفوعة بلزوم الاختصار في الخروج عن الإطلاق على القدر المتيقن ، فيتعين الرجوع في غيره الى الإطلاق . اللهم إلا أن يقال : إذا كان المجاز مستنكراً عند العرف لا يكون آلة لإنشاء العنوان الخاص ، ولا يكون منشأ لاعتباره عندهم ، فلا مجال للرجوع الى الإطلاق ، لأنه منزل على ماعند العرف ، فلاحظ .

صحته إذا قصد الاجارة (١) .

الثاني : المتعاقدان ، ويشترط فيهما : البلوغ (٢) ، وللعقل (٣) والاختيار (٤) ،

(١) ذكر بعض الأعظم في حاشية المتن مانصه : « صحة هذا وأشباهه مبني على جواز التجوز في صيغ العقود ، وصحة إنشاء كل واحد منها بلفظ الآخر وهو في غاية الاشكال ، بل لا يبعد بطلانه ، وحكي عنه في توجيهه : أن اللفظ إنما يكون آلة عرفاً لإنشاء معناه الحقيقي ، ولا يكون آلة لإنشاء معنى مجازي . ولكن إشكاله ظاهر ، فإن إنكار صدق العنوان الانشائي إذا أنشئ بنحو المجاز ، كانكار صدق الخبر إذا حكي بنحو المجاز ، والفرق ممنوع .

(٢) لا إشكال في ذلك ولا خلاف : ويشهد له بعض النصوص (١٥) لكن المتيقن من دلالة عدم صحة عقد الصبي على وجه الاستقلال ، لا عدم الصحة وإن أذن له الولي ، ولأجل أن المسألة محررة في كتب القوم على التفصيل ، وقد تعرضنا لها في (نهج الفقاهة) على الاجمال ، أهملتنا ذكرها هنا اعتماداً على ذلك .

(٣) اعتبار العقل في مقابل الجنون المانع من تحقق القصد واضح . لعدم تحقق العقد ، لتقومه بالقصد ، والمفروض انتفاؤه . أما الجنون غير المانع من تحقق القصد : فالكلام فيه ينبغي أن يكون هو الكلام في الصبي فانه محجور عليه ، كما يظهر من ملاحظة كلماتهم في كتاب الحجر . وعدم صحة عقده باذن الولي غير ظاهر من الأدلة .

(٤) اعتباره مما لا إشكال فيه عندنا . وتفصيل الكلام فيه وفي فروع مذكور في كتابنا (نهج الفقاهة) فليراجع .

وعدم الحجر لفلس أو سفه أو رقية (١) .

الثالث : للعوضان ، ويشترط فيها أمور :

الأول : المعلوماتية ، وهي في كل شيء بحسبه ، بحيث

لا يكون هناك غرر (٢) ،

(١) الكلام في ذلك موكول الى كتاب الحجر .

(٢) كما هو المشهور . واستدل له بما ورد من نهى النبي (ص) عن

الغرر (١٠) ، وبالنبوي : « من استأجر أجيراً فليعلمه أجره » (٢٠) .

وفيه : أن الأول غير ثابت بل لعله ثابت العدم . والوارد إنما هو :

« نهى النبي صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر » (٣٠) ، وهو مختص

بالبيع . والنبوي لو تم حجة فلا يدل على ذلك ، بل يكفي في العلم

المشاهدة . ولذا اختار في الشرائع الاكتفاء بها ، وحكي ذلك عن الشيخ

والمرتضى وجماعة من المتأخرين . وبعضه : ما ورد في قبالة الأرض

بخراجها قل أو أكثر (٤٠) ، وفي بعضها جواز إيجارها بالنصف والثالث

أو أقل من ذلك أو أكثر (٥٠) ، وما في الخبر : « عن أرض يريد رجل

أن يتقبلها ، فأى وجوه القبالة أحل ؟ . قال (ع) : يتقبل الأرض من

(١٥) راجع المذكرة منسأة : ٢ من الركن الثالث من الفصل الثاني من كتاب الاجارة .

(٢٥) مستدرك الوسائل باب : ٣ من أبواب الاجارة حديث : ١ ويوجد ما يقرب منه في

الوسائل باب : ٣ من أبواب الاجارة حديث : ٣ .

(٣٥) الوسائل باب : ٤٠ من أبواب آداب التجارة حديث : ٣ . كنز العمال الجزء : ٢ صفحة

٢٢٩ حديث : ٤٩٢٠ ، ٤٩٢٣ . صحيح الترمذي الجزء : ٥ صفحة ٢٣٧ . الموطأ الجزء : ٢

صفحة : ٧٥ .

(٤٥) الوسائل باب : ١٧ من أبواب المزارعة حديث : ٢ .

(٥٥) الوسائل باب : ٢١ من أبواب الاجارة حديث : ٥ .

فلو أجره داراً أو حماراً من غير مشاهدة ولا وصف رافع للجهالة بطل . وكذا لو جعل للعوض شيئاً مجهولاً .

لثاني : أن يكونا مقدوري التسليم (١) ، فلا تصح إجارة للعبد الآبق . وفي كفاية ضم للضميمة هنا - كما في البيع - إشكال (٢) .

أربابها بشيء معلوم إلى سنين مسماة ، فيعمر ويؤدي الخراج ، فإن كان فيها علوج فلا يدخل العلوج في قبائله ، فإن ذلك لا يحل ، (١٥) فالظاهر أن المراد بالمعلوم مقابل المجهول المطلق ، لاما هو مراد المشهور .

(١) هذا واضح لو كان المراد تعذر التسليم ، لعدم المالية في المنفعة حينئذ لتصح المعاوضة عليها ، ولا يكون أكل الأجرة أكلاً بالباطل . أما مع رجاء حصوله فمشكل وقد عرفت اختصاص النهي عن الغرر بالبيع ، مع إمكان المناقشة في صدقه بمجرد ذلك ، لاحتمال اختصاصه بالجهل بأحد العوضين لا بمجرد الخطر ، ولا بمجرد الجهل ولو بالحصول . لكن الظاهر العموم ، وإن حكى الأول عن الشهيد الأول في شرح الإرشاد ، لكن حكى عنه في قواعده الاختصاص بالجهل بالحصول ، كما أشرنا إلى ذلك في (نهج الفقاهة) فراجع ، فلا يجري الحديث إلا في ذلك . لكن الاشكال في عموم الحديث للإجارة ، فكأن المستند فيه الإجماع المدعى على اشتراط ذلك ، لا غيره .

(٢) عن جماعة : الصحة ، منهم الأردبيلي ، وعن آخرين : المنع ، منهم العلامة والشهيد . وعن آخرين : التردد . واستدل الأول : بأن الإجارة تنحمل من الغرر ما لا يتحملة البيع . وفيه : أن هذا المقدار لا يوجب القطع بالصحة .

لثالث : أن يكونا مملوكين (١) ، فلا تصح إجارة مال للغير ، ولا الإجارة بمال الغير الا مع الإجازة من المالك .
لرابع : أن تكون العين المستأجرة مما يمكن الانتفاع بها مع بقائها ، فلا تصح إجارة الخبز للأكل مثلاً ، ولا الخطب للاشغال ، وهكذا .

الخامس : أن تكون المنفعة مباحة (٢) ، فلا تصح

نعم يمكن الاستدلال بذييل موثق سماعة (١٥) ، الدال على جواز البيع مع الضميمة ، حيث علل ذلك بقوله عليه السلام : « فان لم يقدر على العبد كان الذي نقده فيما اشترى معه » . وفيه أيضاً : أنه لا يظهر منه أنه تعليل للجواز ، بل من المحتمل أن يكون بياناً لحكم تعذر الآبق ، وأنه لا يرجع المشتري الى البائع بما قابله من الثمن ، بل تكون معاوضة قهرية بين تمام الثمن وبين الضميمة - كما هو أحد الوجوه المحتملة في الرواية - أو غير ذلك من الوجوه ، لا أنه تعليل للجواز . نعم إذا كان المستند في المنع الاجماع ، فلا بأس بالقول بالصحة مع الضميمة ، لعدم الاجماع على المنع فيها .

(١) لأن الصحة بدون الملك ودون إذن المالك خلاف قاعدة السلطنة . وسيأتي منه التعرض للاجزاء باذن المالك أو إجازته .

(٢) وفي حاشية بعض الأعظم : « إن اشتراط مملوكية المنفعة يفني عن هذا الشرط ، فان المنفعة المحرمة غير مملوكة » ، لان اضافة الملك بحسب اعتبار العقلاء إنما تكون فيما ترجع مصالحته الى المالك ، ويكون من كماله ، ولا يصح اعتبارها فيما يكون مفسدة ومضرة على المالك ، فيصح

إجارة المساكن لأحرار المحرمات ، أو للدكاكين لبيعها ، أو للدواب لحماها ، أو الجارية للغناء ، أو العبد لكتابة الكفر ، ونحو ذلك . وتحرم الأجرة عليها .

للسادس : أن تكون للعين مما يمكن استيفاء المنفعة المقصودة بها (١) ، فلا تصح إجارة أرض للزراعة إذا لم يمكن إيصال الماء إليها ، مع عدم إمكان للزراعة بماء السماء ، أو عدم كفايته .

للسابع : أن يتمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المستأجرة (٢) فلا تصح إجارة الحائض لكنس المسجد (٣) مثلاً .

(مسألة ١) : لا تصح الاجارة إذا كان المؤجر أو المستأجر مكرهاً عليها إلا مع الاجازة لللاحقة ، بل الأحوط عدم الاكتفاء بها ، بل تجديد للعقد إذا رضيا . نعم تصح مع

أن تقول : يملك زيد أن يأخذ درهما من عمرو ، ولا يصح أن تقول : يملك زيد أن يأخذ منه عمرو درهما . والمحرمات لما كانت بنظر الشارع مفسدة ، لا يصح اعتبارها مملوكة عنده .

(١) لأنه مع عدمه يكون أخذ الأجرة أكلاً للمال بالباطل ، ولا تصح معه المعاوضة المأخوذة في حاق الاجارة .

(٢) لأن تعذر المنفعة شرعاً بمنزلة تعذرهما عقلاً ، فيرجع الشرط المذكور إلى الذي قبله .

(٣) في بعض الحواشي : وإن هذا المثال قد خرج باشتراط مملوكية المنفعة وإباحتها ، وفيه : أن كنس الحائض للمسجد حلال ، وإنما الحرام المكث الموقوف عليه الكنس .

الاضطرار ، كما إذا طلب منه ظالم مالا فاضطر إلى إجارة دار سكناه لذلك ، فانها تصح حينئذ (١) . كما انه إذا اضطر إلى بيعها صح .

(مسألة ٢) لا تصح إجارة المفلس - بعد الحجر عليه - داره أو عقاره . نعم تصح إجارته نفسه لعمل أو خدمة (٢) وأما للسفيه : فهل هو كذلك - أي تصح إجارة نفسه للاكتساب مع كونه محجوراً عن إجارة داره مثلاً - أولاً ؟ وجهان : من كونه من للتصرف المالي وهو محجور (٣) ، ومن أنه ليس تصرفاً في ماله الموجود (٤) بل هو تحصيل للمال ، ولا تعد منافعه من أمواله (٥) .

(١) إما لاختصاص دليل مانعية الاكراه بما إذا كان الاكراه على خصوص العقد أو الايقاع ، فلا يشمل صورة ما إذا كان الاكراه على الغاية . وإما لأن دليل مانعية الاكراه لما كان امتنائياً لم يشمل المقام ، لأن شموله له خلاف الامتنان ، إذ يلزم منه الوقوع في الضرورة .

(٢) لأنه ليس تصرفاً في ماله الموجود ، بل هو تصرف في نفسه . ومنافعه ليست موضوعاً لحق الغرماء كي يمنع عن التصرف فيها ، فإجارة نفسه للاحتطاب والاصطياد ونحوهما مما لا يمنع المفلس عنه .

(٣) لأنه معقد الإجماع على عدم نفوذ تصرف السفه .

(٤) كما هو مورد الأدلة اللفظية المانعة من نفوذ تصرفه من الكتاب والسنة .

(٥) لأن منافع الحر وإن كانت أموالاً ، ويصح بذل المال بأزائها ، لكنها ليست مملوكة له ، لأن الملكية تتوقف على الاثنية ، ولا اثنية بينه وبين نفسه ، فإذا لم يملك نفسه لم يملك منافعه ، لأنها تابعة للعين ،

خصوصاً إذا لم يكن كسوباً . ومن هنا يظهر للنظر فيما ذكره بعضهم من حجر للسفيه من تزويج نفسها ، بدعوى : أن منفعة للبضع مال (١) ، فانه أيضاً محل إشكال .

إذ لا وجود لها خارجي ، وإنما منشأ اعتبارها العين ، فإذا لم تكن مملوكة لنفسه لم تكن المنافع مملوكة ، ولذا لا تكون من أمواله . مع أنه لو سلم أنها مملوكة ومن أموال السفيه فليست داخلة في عموم الولاية عليه ، لاختصاصه بغيرها . نعم لا تبعد استفادة حكمها من دليل الولاية في الأموال الموجودة ، لأنها كلها أموال . والمستفاد من دليل الولاية أن العلة فيها الاحتفاظ بمصلحة السفيه من حيث المال ، ولا فرق بين الموردين . وهذا هو الذي يقتضيه مذاق العرف والشرع . مضافاً إلى رواية عبد الله بن سنان الآتية .

(١) قال في الجواهر - في مبحث السفيه - : « والظاهر دخول تزويجها نفسها في التصرفات المالية ، من جهة مقابلة البضع بالمال ، فلا يجوز بدون إذن الولي » . وقد يظهر من المفاتيح : عدم الخلاف في ثبوت الولاية على السفيه والسفيرة في النكاح . ولكنه - كما ترى - غير ظاهر ، لعدم كون البضع مالا ولا مقابلاً بالمال .

أقول : إن كان المراد : أن الصداق ليس في مقابل المنفعة المخصوصة ، وإلا لم يستحق المهر بالموت ، أو الطلاق قبل الدخول مع أن الاستحقاق ضروري ، فهو في محله . وإن كان المقصود : أن المهر ليس في مقابل المنفعة أصلاً فهو غير ظاهر . لأن المهر في مقابل الزوجية ، وهي أيضاً نوع من المنفعة . ولا ينافي ذلك صحة العقد بلا مهر ، لجواز أن يكون من قبيل العارية أو الهبة المجانية .

نعم الزوجية ليست ملحوظة عوضاً عن المهر ، بل لوحظت عنواناً

(مسألة ٣) : لا يجوز للعبد أن يؤجر نفسه أو ماله أو مال مولاه إلا باذنه أو إجازته .

(مسألة ٤) : لا بد من تعيين للعين المستأجرة ، فلو آجره أحد هذين العبدین أو إحدى هاتين اللدارین لم یصح (١)

لموضوع المهر . فالمهر من قبيل الهبة للزوجة ، لوحظ فيه الزوجية قیداً ، فالمقام ليس من باب المعاوضة ، إذ لم یدخل فی ملك الزوج شيء ، لأنه لم یملك الزوجية ولا البضع ، ولا الانتفاع به ، ولا شيئاً آخر لیکون عوضاً عن مهره . وعلى هذا فالمقام ليس من قبيل المعاملة على منافع السفیه ، بل هو نحو آخر . ولإجراء الحكم السابق فيه لا یخلو من وجه ، لأنه هو الذي یقتضيه مذاق العرف والشرع أيضاً . مضافاً إلى ما یرتفع من رواية عبد الله بن سنان : « إذا بلغ ونبت علیه الشعر جاز أمره ، إلا أن یركون سفیهاً أو ضعيفاً » (١٥) ، فان إطلاقه یقتضي منع السفیه حتی من النکاح ، لأنه من أمره .

(١) هذا إذا كان على وجه التردد ، لأن المردد لا وجود له في الخارج ، فلا تصح اجارته . أما إذا كان على وجه الكلي في المعین ، فلا بأس باجارته كما لا بأس ببيعه . كما أنه إذا كان أحد العبدین معیناً في نفسه ، مردداً عندهما أو عند أحدهما - مثل الأكبر أو الأصغر - فالبناء على البطلان فيه مبني على مانعية الجهل ، وإلا فلا مانع عنه عقلاً ولا عرفاً ، والأدلة المطلقة تقتضي الصحة . وأدلة نفی الغرر قد عرفت

(١٥) هذا المضمون . روي بتمیيزات مختلفة وأقرب الكل إليه ما رواه في الوسائل في باب ٢ من أحكام الحجر حديث : « إلا أنه نقله من الحاصل من أبي الحسين الحادم بیاع القول من دون توسط ابن سنان لكن الموجود في الحاصل الجزء ٢ صفحة ٨٩ روايته من بیاع القول من عبد الله بن سنان . فلاحظ .

ولابد أيضاً من تعيين نوع المنفعة إذا كانت للعين منافع متعددة (١) . نعم تصح إجارتها بجميع منافعها مع التعدد (٢) فيكون المستأجر مخيراً بينها .

(مسألة ٥) : معلومية المنفعة (٣) : إما بتقدير المدة ، كسكنى للدار شهراً ، والخطاطة يوماً ، أو منفعة ركوب للدابة إلى زمان كذا . وإما بتقدير للعمل (٤) كخطاطة للثوب المعلوم طوله وعرضه ورقته وغلظته ، فارسية أو رومية ، من غير تعرض للزمان . نعم يلزم تعيين الزمان للواقع فيه هذا للعمل كأن يقول : إلى يوم الجمعة مثلاً . وإن أطلق اقتضى للتعجيل على الوجه العرفي (٥) . وفي مثل استئجار للفحل للضراب

الاشكال فيها . مع أنه قد لا يكون غرر ، كما إذا كان العبدان لا يختلفان بالصفات التي تختلف بها الرغبات أو المالية . فالعمدة في وجه البطلان ظهور التسالم عليه .

(١) الكلام فيه كالكلام في تعيين العين المستأجرة .
(٢) يأتي الكلام في جواز ذلك ، في مبحث حكم الأجير الخاص ، إذ المنافع المتضادة يمنع أن تكون مملوكة ، إذ القدرة عليها بدلية والملكية تابعة لها ، فلا تكون الملكية عرضية .

(٣) « بلا خلاف أجده فيه ، بل الإجماع بقسميه عليه ، بل حكى عن المخالفين - الذين اكتفوا بالمشاهدة في البيع - : أنهم وافقوا هنا على اشتراط العلم بقدر المنفعة » ، كذا في الجواهر . والعمدة فيه الإجماع المذكور ، لا الفرر لما عرفت .

(٤) كما نص عليه الجماعة ، لارتفاع الجهالة بذلك .

(٥) وحيث لا حاجة إلى ذكر المدة ، لارتفاع الفرر بذلك . نعم

يعين بالمرة والمرتين (١) . ولو قدر المدة والعمل على وجه للتطبيق (٢) ، فان علم سعة للزمان له صح ، وإن علم عدمها بطل ، وإن احتمل الأمران ففيه قولان .

إذا كان الاطلاق لا يقتضي التعجيل ، لقيام القرينة على عدمه ، لزم ذكر المدة بالمعنى المذكور .

(١) هذا في غير ضراب الماشية ، فانه يقدر بالزمان .

(٢) التقدير بالمدة مع العمل يكون : تارة : على نحو الظرفية ، مثل : أن يخطط هذا الثوب في هذا اليوم . وأخرى : على نحو التطبيق وعلى الثاني : تارة : يكون التطبيق ملحوظاً عنواناً لموضوع الاجارة ، وأخرى : يكون شرطاً . فان علمت القدرة ، فلا اشكال في الصحة في الجميع . وإن علم عدمها ، فلا إشكال في الفساد في الجميع . ومع الاحتمال اختار في الجواهر الصحة في الجميع ، لأن القدر المعلوم خروجه عن عموم الصحة صورة العلم بالعجز ، فلا يشمل صورة احتماله . ونزل القول بالبطلان في فرض التقدير على نحو التطبيق على صورة غلبة عدم حصوله . واستوضح البطلان حينئذ ، إلا مع اعتبار التطبيق على نحو الشرطية لا العنوانية . فان احتمال الامكان حينئذ كاف في الصحة ، فلو لم يتفق كان له خيار تخلف الشرط .

والتحقيق : ابتناء الصحة والبطلان - في جميع الصور - على عموم النهي عن الفرر للاجارة وعدمه . فعلى الأول : لا يصح مع الجهل ، إلا أن تجري العادة بحصوله . وعلى الثاني : يصح ، إلا أن تجري العادة بعدم حصوله ، بحيث يكون ملحفاً بالمتعذر الذي تكون المعاملة عليه سفهاً . وقد تقدم في الشرط الثاني الاشكال في الأول ، فراجع . ومن ذلك تعرف الاشكال فيما ذكره في الجواهر مع أنه لا يخلو في نفسه من

(مسألة ٦) : إذا استأجر دابة للحمل عليها ، لا بد من تعيين ما يحمل عليها بحسب الجنس إن كان يختلف الأغراض باختلافه ، وبحسب للوزن ولو بالمشاهدة وللتخمين إن ارتفع به للفرر . وكذا بالنسبة إلى الركوب لا بد من مشاهدة للراكب أو وصفه ، كما لا بد من مشاهدة الدابة أو وصفها ، حتى الذكورية والانوثية ان اختلفت الأغراض بحسبها . والحاصل : أنه يعتبر تعيين الحمل والمحمول عليه ، والراكب والمركوب عليه ، من كل جهة يختلف غرض للعقلاء باختلافها .

(مسألة ٧) : إذا استأجر للدابة لحرق جريب معلوم ، فلا بد من مشاهدة الأرض أو وصفها على وجه يرتفع للفرر .
(مسألة ٨) : إذا استأجر دابة للسفر مسافة ، لا بد من بيان زمان السير من ليل أو نهار (١) ، إلا إذا كان هناك عادة متبعة .

(مسألة ٩) : إذا كانت الأجرة مما يكال أو يوزن ، لا بد من تعيين كيلها أو وزنها ، ولا تكفي المشاهدة (٢) . وإن

تدافع يظهر بالتأمل فيما ذكر وذكرناه .

ثم إن المراد من قولنا بالصحة على الثاني : الصحة التقديرية ، بمعنى الصحة على تقدير التمكن ، إذ على تقدير عدمه يمتنع البناء على الصحة ، لعدم المنفعة .

(١) لاختلاف الأغراض في ذلك غالباً .

(٢) تقدم الكلام فيه في الشرط الأول .

كانت مما يعد ، لابد من تعيين عددها . وتكفي المشاهدة فيما يكون اعتباره بها .

(مسألة ١٠) : ما كان معلوميته بتقدير المدة ، لابد من تعيينها شهراً أو سنة أو نحو ذلك . ولو قال : آجرتك إلى شهر أو شهرين ، بطل . ولو قال : آجرتك كل شهر بدرهم مثلاً ، ففي صحته مطلقاً (١) ، أو بطلانه مطلقاً (٢) ، أو صحته في شهر وبطلانه في الزيادة (٣) ، فان سكن فأجرة المثل بالنسبة إلى الزيادة ، أو للفرق بين للتعبير المذكور وبين أن يقول : آجرتك شهراً بدرهم فان زدت فبحسابه بالبطلان في الأول وللصحة في شهر في الثاني (٤) ، أقوال . أقواها

(١) حكى عن الشيخ وابن زهرة وابن الجنيدي .

(٢) كما حكى عن جماعة ، وفي الجواهر : « لعنه المشهور بين المتأخرين » .

(٣) اختاره في الشرائع ، ونسب الى المقنعة والنهاية .

(٤) هذا القول ذكره في القواعد ، والظاهر منه صورة ما اذا كان المقصود منه الاجارة في الشهر الأول . وقوله : (فان زدت فبحسابه) من قبيل الشرط . وحينئذ فالبناء على البطلان في الجميع مبني على فساد الشرط وإفساده العقد ، وكلاهما في المقام محل إشكال أو منع ، إذ التحقيق : أن الشرط الفاسد غير مفسد ، وأن الغرر في الشرط الواقع في عقد الاجارة غير ظاهر في اقتضائه البطلان في نفسه ، كما عرفت . ومن ذلك يظهر ضعف ما عن الايضاح وجامع المقاصد من القول بالبطلان لما ذكر .

الثاني ، وذلك لعدم تعيين المدة الموجب لجهالة الأجرة . بل جهالة المنفعة أيضاً ، من غير فرق بين أن يعين المبدأ أولاً ، بل على فرض عدم تعيين المبدأ يلزم جهالة أخرى ، إلا أن يقال : إنه حينئذ ينصرف الى المتصل بالعقد . هذا إذا كان بعنوان الاجارة ، وأما اذا كان بعنوان الجعالة فلا مانع منه (١) لأنه يغتفر فيها مثل هذه الجهالة . وكذا إذا كان (٢) بعنوان الاباحة بالعوض (٣) .

(١) كما صرح به في الجواهر ، لكن أشكل عليه في بعض الحواشي على المتن : بأن البذل للجعل في الجعالة في مقابل العمل فالباذل غير العامل وهنا ليس كذلك .

(٢) كما صرح به في الجواهر .

(٣) يعني : على تقدير الاستيفاء . ثم إن في بعض الحواشي : « أن الاباحة بالعوض تتوقف على عقد معاوضة صحيحة ، وإلا كان ما أباحه المالك بعوضه مضموناً بالمثل أو النقيصة ، دون المسمى » . وفيه : أنه لا مانع من الالتزام بأن الاباحة بالعوض الخاص معاملة خاصة في قبال غيرها من عقود المعاوضات ، نظير التمليك بالعوض كالهبة المعوضة والقرض ، فتقتضي حينئذ ملك المسمى ، بلا حاجة الى معاوضة أخرى صحيحة . ودعوى : أنها خارجة عن المعاوضات المتعارفة - لو تمت - غير قاذحة ، كدعوى أنها مع الغرر ، إذ هي ممنوعة ، وكذا دعوى أنها لا تتعلق بالكلي بل بالعين الخارجية ، إذ فيها : أنها لا تقدر إذا كان المباح منفعة الدار ، أو كانت الأجرة عيناً خارجية . نعم لو كان المقصود باباحة الأجرة التي في الذمة أن تكون المنفعة هي العوض ، كان الاشكال

(مسألة ١١) : إذا قال : إن خطت هذا الثوب فارسيّاً - أي : بدرز - فلك درهم ، وإن خطته رومياً - أي : بدرزين - فلك درهمان ، فإن كان بعنوان الاجارة بطّل ، لما مرّ من الجهالة (١) ، وإن كان بعنوان الجمالة - كما هو ظاهر للعبارة -

في محله . مع إمكان دفعه بأنّه لا مانع من تعلق الاباحة بالكلي ، ويكون المقصود أنه يبيح الأجرة بعوض فيه المنفعة ، ودليل الصحة شامل للقسمين جميعاً .

(١) كما في السرائر وجامع المقاصد والمسالك وغيرها . وعن المبسوط والخلاف وجملة من كتب العلامة وغيره : الصحة . واختاره في الشرائع لعمومات الصحة . واشترط العلم بالمنفعة - على نحو يمنع من مثل هذا الترديد - غير معلوم ، بل دعوى الإجماع عليه تقتضي عدم الشمول لمثل المقام ، لمخالفة الأعيان في البطلان . وأدلة نفي الغرر (١٥) قد عرفت الاشكال في شمولها للمقام ، بل لو كان الغرر بمعنى الخطر فشموله له ممنوع ، لعدم الخطر . وقد استدل أيضاً بصحيفة محمد الحلبي المشار إليها في المسألة الآتية ، لكن يأتي بيان المراد منها .

نعم يمكن الاشكال على الصحة : بأن الاجارة بعد ما لم تكن على كل منها لتضادها ، ولا على أحدهما المعين لأنه خلاف المفروض ، فلا بد أن تكون على أحدهما المردد . والمردد لا يقبل أن يكون موضوعاً للملكية ولا لانتاثرها من الوضعيات ، إذ لا خارجية له مصححة لذلك : لكن قد يدفع ذلك : أن هذا الاشكال يتم في المردد واقعاً ، وليس منه المقام فإن الخياطة فارسية أو رومية لها تعيين في الواقع بفعل العامل الخارجي . ويشكل : بأن هذا المتعين ليس موضوعاً للملكية في الاجارة ، وإلا كانت

صح . وكذا الحال إذا قال : إن عملت العمل للفلاني في هذا
 لليوم فلك درهمان وإن عملته في الغد فلك درهم . وللقول
 بالصحة إجارة في للفرضين ضعيف . وأضعف منه للقول
 بالفرق بينهما بالصحة في الثاني ، دون الأول (١) . وعلى
 ما ذكرناه من البطلان : فعلى تقدير العمل يستحق أجرة المثل
 وكذا في المسألة السابقة إذا سكن للدار شهراً أو أقل أو أكثر .
 (مسألة ١٢) : إذا استأجره أو دابته ليحمله أو يحمل
 متاعه إلى مكان معين ، في وقت معين ، بأجرة معينة ، كأن
 استأجر منه دابة لا يصحاله إلى كربلاء قبل ليلة للنصف من
 شعبان ، ولم يوصله ، فإن كان ذلك لعدم سعة الوقت وعدم
 الاجارة منوطة به ، فاذا لم يفعل الأجير أحد الأمرين فالاجارة باطلة
 من أصلها لعدم الموضوع ، وهو - كما ترى - خلاف الضرورة العرفية ،
 فإن الاجارة ثابتة ، وهي التي تدعو الى العمل ، فلاحظ .
 (١) هذا القول لم أقف على قائله ، بل المعروف في كلماتهم اتحاد
 المسألتين قولاً وقائلاً ودليلاً ، ومن تأمل في إحداها تأمل في الأخرى .
 نعم عن المبسوط والتحرير والكفاية : التأمل في الثاني مع الجزم بالصحة
 في الأول . وفي جامع المقاصد - بعد أن جزم بالصحة في الأول - قال
 في الثاني : « وفيه تردد . . . » ثم قال : أظهره الجواز ، وهو يدل
 على أن الصحة في الأول أوضح منها في الثاني . نعم لعل منشأ القول
 المحكي في المتن : أن الثاني أقرب إلى مورد النصوص ، التي يمكن أن
 يستدل بها على الصحة . لكنه يقتضي أن تكون الصحة في الثاني أظهر
 لا التفصيل المذكور .

إمكان الإيصال ، فالاجارة باطلة (١) ، وإن كان للزمان واسعاً ومع هذا قصر ولم يوصله ، فإن كان ذلك على وجه للعنوانية (٢)

(١) هذا الفرض يمكن فيه مجيء الوجهين الآتين في الفرض الآتي بناء على ذلك .

(٢) الأمور التي تذكر زائدة على موضوع الاجارة :

تارة : لا يمكن أن تستقل بالجعل والانشاء ، كزمان العمل ومكانه وآلته ونحو ذلك من متعلقاته ، فهذه هي التي يتعين كونها ملحوظة على نحو التقييد . مثلاً : إذا استأجره على خياطة ثوب ، فالخيط والمخيط والزمان والمكان والفاعل - أعني : الخياط - والثوب ونحوها إذا ذكرت في ضمن العقد يتعين كونها قيوداً للعمل ، ولا يمكن أخذها شرطاً مجعولاً بجعل زائد على جعل الخياطة .

وأخرى : يمكن أن تستقل بالجعل ، كما لو كانت عملاً آخر ، فهذه تارة : تلاحظ قيوداً ، وأخرى : تجعل بجعل زائد على مفاد الاجارة في ضمنه . مثلاً : إذا استأجره على الخياطة فتارة : يلحظ قراءة القرآن قيوداً للخياطة ، فيقول : استأجرتك على خياطة الثوب قارئاً للقرآن . وأخرى : تؤخذ شرطاً في ضمن العقد ، مجعولة بجعل آخر في ضمن جعل الاجارة ، بأن يقول : استأجرتك على خياطة هذا الثوب ، واشترطت عليك أن تقرأ القرآن في حال الخياطة أو قبلها أو بعدها .

ثم إن ما يؤخذ قيوداً تارة : يؤخذ على نحو وحدة المطلوب ، وأخرى : على نحو تعدد المطلوب . فإن كان على النحو الأول لم يستحق الأجير الأجرة لو جاء بالمستأجر عليه بدونه . وعلى النحو الثاني يستحق ، لكن للمشتراط خيار تخلف الوصف . ولعل ما في المتن إشارة إلى هذه الجهة ، فالمقصود من قوله (ره) : « على وجه الشرطية » : على نحو تعدد

المطلوب ، في قبال القيدية الذي هو على نحو وحدة المطلوب ، لا التفصيل بين القيد والشرط ، وإلا فقد عرفت أن الزمان لا ينبغي أن يكون ملحوظاً بنحو الاشتراط ، لأنه لا يمكن أن يكون مجعولاً بجعل مستقل .

نعم الاشكال في تشخيص كون الاشتراط والتقييد على نحو وحدة المطلوب أو على نحو تعدده . والذي ذكروه في مبحث الوكالة : أن الموكل إذا عين السوق أو المكان أو السعر أو غير ذلك - تعين ، ولو فعل الوكيل على خلاف ذلك كان تصرفه فضولياً محتاجاً الى إجازة . ومقتضاه أن التقييد على نحو وحدة المطلوب . وكذا في باب الوديعة والعارية وغيرهما من العقود الاذنية . ومقتضى ثبوت خيار الشرط ، والوصف ، والعيب ، وخيار الاشتراط : أن القيد والشرط ملحوظان على نحو تعدد المطلوب وكذا بناؤهم على أن الشرط الفاسد غير مفسد كما عليه المحققون . والفرق بين البابين غير ظاهر ، ولا سيما بملاحظة أن الاذن كما تكون شرطاً في صحة فعل الوكيل ، كذلك تكون شرطاً في صحة العقود ، فعدم جواز التصرف في مال أحد الا باذنه شامل للجميع بنحو واحد : فكما أن الاذن في باب الوكالة ونحوها من العقود الاذنية مختصة بصورة وجود القيد ولا تشمل ذات المقيد العارية عن القيد ، كذلك في موارد خيار العيب وتختلف الوصف ونحوهما . وإذا كانت الاذن في مورد خيار الوصف والعيب والشرط ملحوظة بنحو تعدد المطلوب ، فلم لا تكون كذلك في باب الوكالة والعارية ونحوهما ؟ !

ولعل التحقيق : أن القيود والشروط في جميع الموارد مبنية على نحو وحدة المطلوب ، ولا فرق بين الوكالة والعارية والوديعة والاجارة ونحوها مما كان موضوع التصرف فيه عملاً ، وبين بيع السلف والنسيئة بالنسيئة الى المبيع والضمن ونحوهما مما كان موضوع التصرف فيه عيناً ذمياً ، وبين

بيع العين الخارجية الموصوفة بالوصف المفقود وبيع العين المعيبة ، اللذين هما موضوع خيار تخلف الوصف وخيار العيب ونحوهما من موارد الخيار . وكذا في العقود التي لا خيار فيها ، كتزويج الزوجة المعيبة بغير العيوب السبعة الموجبة للخيار ، فان الاذن المعتبرة في صحة العقد ، أو الايقاع ، وفي جواز تصرف غير المالك كلها في الجميع على نحو واحد ، غير قابل للتحليل والتجزئة بين ذات المقيّد والمشروط . فذات المقيّد في الجميع - مع قطع النظر عن القيد والشرط - لا اذن فيها ولا رضا . ومقتضى ذلك وإن كان بطلان بيع فاقد الوصف ، وبيع المعيب وفساد العقد والايقاع المشروطين بالشرط الفاسد ، لكن خرجنا عن حكم العام بالدليل المخصص ، وهو ما دل على الخيار في تخلف الوصف ، وفي موارد العيب من الاجماع أو النصوص أو بناء العقلاء . فان ذلك يدل على الاجتزاء بالاذن الضمنية في الصحة ، وإن لم تكن قابلة للتحليل ، وكانت واردة على المقيّد ، لأن الاذن في الموارد المذكورة ملحوظة بنحو تعدد المطلوب ، فيكفي في صحة بيع ذات المقيّد وقوع البيع على المقيّد عن اذن ، وإن كان القيد منتفياً . وبطرد ذلك حتى في الوكالة ، فاذا وكله في شراء العبد الكاتب ، فاشترى عبداً يعلم أنه ليس بكاتب ، كان العقد فضولياً خارجاً عن موضوع الوكالة : وإذا اشترى عبداً على أنه كاتب فتبين أنه ليس بكاتب ، كان موضوعاً للتوكيل وصح العقد ، وكان للمشتري الخيار . فليس الفرق بين الموارد المذكورة سابقاً : أن الاذن في بعضها على نحو تعدد المطلوب ، وفي آخر على نحو وحدة المطلوب ، بل الفرق الاجتزاء في بعضها بالاذن الواردة على المقيّد لفقده القيد ، وعدم الاجتزاء بها في بعضها الآخر .

والمنحصل مما ذكرنا : أن الضابط في القيود هو أنها مبنية على نحو وحدة المطلوب ، من دون فرق بين الأعمال والأعيان الذمية والخارجية .

وللتقييد لم يستحق شيئاً من الأجرة ، لعدم للعمل بمقتضى
الاجارة أصلاً (١) ، نظير : ما إذا استأجره ليصوم يوم الجمعة ،

ومقتضاه البطلان مع انتفاء القيد . خرجنا عن ذلك في خصوص الخارجيات
العينية ، فانها تصح فيها العقود والايقاعات مع انتفاء القيد ، اجتزاء من
العقلاء بالاذن الواردة على المقيّد ، لأن الاذن فيها منحلة الى الاذن بذات
المقيّد ، والاذن بالمقيّد بما هو مقيّد . هذا الكلام كله في القيود .

وأما الشروط المجعولة بانشاء مستقل : فالظاهر أنها عند العقلاء
كالخارجيات العينية ، يجري عليها حكم تعدد المطلوب ، فيجتزأ بالاذن
الواردة على الشرط والمشروط فيها ، وإن لم تكن الاذن فيها منحلة حقيقة
الى اذنين : إحداهما : متعلقة بالمشروط ذاته ، والأخرى : متعلقة بالمشروط بما
هو مشروط . والظاهر أنه لافرق بين الشرط الراجع لباً الى القيد ، مثل :
مالو استأجره على أن يصلي عن ميت له واشترط عليه التحنك ولبس
اللباس الأبيض في صلاته ، وبين ما لم يكن كذلك ، كمالو استأجره على
أن يصلي عن ميت له ، واشترط عليه أن يخط ثوبه .

ومن ذلك يظهر : أن القيود في الاجارة إن كانت قيوداً للعمل المستأجر
عليه فهي على نحو وحدة المطلوب ، وإن كانت قيوداً للعين المستأجرة
فهي على نحو تعدد المطلوب . كما يظهر أن الايصال في الوقت المعين في
المثال الذي ذكره في المتن لا يكون إلا على نحو التقييد ، ولا يمكن أن
يكون على نحو الشرطية ، لامتناع إنشائه بانشاء مستقل . فلاحظ .

(١) كما هو ظاهر النصوص الواردة في الموارد المختلفة ، الظاهرة في أن الأجير
إذا لم يأت بالعمل المستأجر عليه لا يترتب أثر على الاجارة . وكذا ظاهر الفقهاء .
وإن كان مقتضى القواعد استحقاق الأجير المسمى ، وضمانه لقيمة العمل
كما لو تعذر تسليم الثمن بعدما كان مقدوراً عليه .

فاشتبه وصام يوم للسبت . وإن كان ذلك على وجه للشرطية ، بأن يكون متعلق الاجارة الايصال إلى كربلاء ، ولكن اشترط عليه الايصال في ذلك الوقت ، فالاجارة صحيحة والأجرة المعينة لازمة ، لكن له خيار للفسخ من جهة تخلف للشرط ، ومعه يرجع إلى أجرة المثل . ولو قال : وإن لم توصلني في وقت كذا فالأجرة كذا ، أقل مما عين أولاً ، فهذا أيضاً قسمان (١) . قد يكون ذلك بحيث يكون كلمتا للصورتين - من الايصال في ذلك للوقت ، وعدم الايصال فيه - مورداً للاجارة (٢) ،

ثم إن عدم ترتب الأثر على الاجارة يمكن أن يكون على نحو البطلان ، وأن يكون على نحو الصحة لكن لا يكون لأحدهما حق المطالبة بالعوض . والظاهر هو الثاني كما عبر به المصنف (ره) . والظاهر أنه هو مراد الأصحاب والمستفاد من النصوص ، كما يظهر ذلك من كلماتهم في مالمو اشترط نقص الأجرة لو جاء بالعمل المستأجر عليه في غير الوقت المعين له بالاجارة . فان الاجارة لو كانت باطلة كان الشرط كذلك ، فلا يستحق الأجير الأجرة ناقصة ، مع بنائهم على صحة الشرط ، فانظر ما يأتي في ذيل المسألة .

(١) الظاهر من الفرض الاختصاص بالقسم الثاني ولا يجيء فيه القسم الأول ، وإنما يجيء في الاجارة على المردد بين الايصالين ، كما صرح بذلك غير واحد .

(٢) بنحو لو صح اقتضى اشتغال ذمته بأحدهما تخيراً ، بخلاف الصورة الآتية ، فان عقد الاجارة إنما يقتضي اشتغال الذمة بالايصال في الوقت تعييناً ، فيجب فعله تعييناً .

فيرجع إلى قوله : آجرتك بأجرة كذا ، إن أوصلتك في الوقت للفلافي ، وبأجرة كذا إن لم أوصلك في ذلك الوقت . وهذا باطل للجهالة ، نظير ما ذكر في المسألة السابقة من البطلان إن قال : إن عملت في هذا لليوم فلك درهمان ... وقد يكون مورد الاجارة هو الايصال في ذلك الوقت ، ويشترط عليه أن ينقص من الأجرة (١) كذا على فرض عدم الايصال . وللظاهر للصحة في هذه الصورة (٢) ، لعموم « المؤمنون عند شروطهم » (١٠) وغيره ، مضافاً إلى صحيحة محمد الحلبي (٣).

(١) يعنى : بنحو شرط النتيجة ، أو أن يتملك منها بنحو شرط الفعل .
(٢) وعن المحقق الكركي وجماعة : البطلان ، طرحاً منهم للصحيح ، أو حملاً له على الجمالة ، لخالفته للقواعد من أجل التعليق والجهالة والابهام . وأنه كالبيع بثمنين . لكن الجميع كما ترى : إذ الأخير مبني على حمله على الصورة الأولى . وما قبله لادليل على قدحه في صحة الشرط ، بل المحقق يناوهم في غير مورد على عدم قدحه ، فلاحظ . وحمل الصحيح على الجمالة بعيد جداً ، لأن الجمالة تقتضي إحداث الداعي إلى العمل بتوسط بذل الجعل ، وظاهر الصحيح أن العمل غير مرغوب فيه للبازل ، فلا وجه للحث على فعله والترغيب فيه .

(٣) قال : « كنت قاعداً إلى قاضي ، وعنده أبو جعفر عليه السلام جالس ، فجاء رجلان ، فقال أحدهما : إني تكراريت إبل هذا الرجل ليحمل لي متاعاً إلى بعض المغادن ، فاشتريت عليه أن يدخلني المعدن يوم كذا وكذا ، لأنها سوق وأخاف أن تفوتني فان احتبست عن ذلك حططت

ولو قال : إن لم توصلني فلا أجرة لك ، فإن كان على وجه للشرطية ، بأن يكون متعلق الاجارة هو الايصال للكذائي فقط ، واشترط عليه عدم الأجرة على تقدير المخالفة ، صح (١) ، ويكون للشرط المذكور مؤكداً لمقتضى العقد . وإن كان على وجه للقيدية ، بأن جعل كلتا للصورتين مورداً للاجارة ، إلا أن في للصورة الثانية بلا أجرة ، يكون باطلا . ولعل هذه للصورة مراد المشهور (٢)

من الكرى لكل يوم احتبسته كذا وكذا ، وأنه حبسني عن ذلك اليوم كذا وكذا يوماً . فقال القاضي : هذا شرط فاسد وفه كراه . فلما قام الرجل أقبل إليّ أبو جعفر (ع) فقال : شرطه هذا جائز مالم يحط بجميع كراه ، (١٠) . (١) كما ذكره الشهيد في اللعة ، حاملاً للفرض على هذا القسم لاغير . نعم قد يأتي الصحة الصحيح المتقدم . اللهم إلا أن يحمل على صورة كون الزمان الخاص مأخوذاً قيداً على نحو تعدد المطلوب ، إذ حينئذ يكون فوات القيد موجباً للخيار ، لاعداء وقوع العمل المستأجر عليه ، كي لا يستحق الأجرة ويكون الشرط مؤكداً لمقتضى العقد كما هو المفروض في المتن ، وعرفت أنه الأصل في القبود .

(٢) المظنون قوياً : أن مورد كلام المشهور هنا وفي المسألة السابقة - أعني : مالم اشترط نقص الأجرة - هو خصوص صورة الشرط في ضمن عقد الاجارة الوارد على الايصال في الوقت المعين ، فلا يشمل صورة وقوع الاجارة على المردد . ووجه تفصيلهم بالبناء على الصحة في الأولى والبطلان في الثانية : هو الصحيح المذكور لاغير . ولا بأس بالعمل به

للقائلين بالبطلان (١) دون الأولى ، حيث قالوا : ولو شرط سقوط الأجرة إن لم يوصله لم يجز .

(مسألة ١٣) : إذا استأجر منه دابة لزيارة للنصف من شعبان - مثلاً - ولكن لم يشترط على المؤجر ذلك ولم يكن على وجه اللعوانية أيضاً ، واتفق أنه لم يوصله ، لم يكن له خيار للفسخ ، وعليه تمام المسمى من الأجرة . وإن لم يوصله إلى كربلاء أصلاً سقط من المسمى بحساب ما بقي واستحق بمقدار ماضى . وللفرق بين هذه المسألة وما مرّ في المسألة السابقة: أن الإيصال هنا غرض وداع وفيما مر قيد أو شرط .

بعد اعتباره في نفسه ، واعتماد الأصحاب عليه . ومن ذلك يظهر ضعف ما في المتن من كون مراد القائلين بالبطلان صورة وقوع الاجارة على الأمرين ، فانه بعيد ، وموجب للتفكيك بين مورد البطلان - في كلامهم - ومورد الصحة ، لأنها في خصوص صورة وقوع الاجارة على الإيصال في الوقت المعين ، وجعل نقص الأجرة على تقدير عدمه من قبيل الشرط ، فان هذا التفكيك بعيد . وأبعد من ذلك ما في الروضة من جعل مورد الصحة والبطلان معاً صورة وقوع الاجارة على الأمرين على نحو التردد . فان ذلك أيضاً بعيد عن مذاقهم من اعتبار التعيين في الاجارة ، وإن تقدم القول بالصحة من جماعة في المسألة الحادية عشرة ، فلاحظ .

(١) بل عن بعض : أنه لاخلاف فيه إلا من أبي علي .

فصل

الاجارة من العقود اللازمة (١) ، لا تنفسخ إلا بالتقابل أو شرط الخيار لأحدهما أو كليهما إذا اختار للفسخ . نعم الاجارة المعاطاتية جائزة (٢) ، يجوز لكل منهما للفسخ ، مالم تلزم بتصرفها ، أو تصرف أحدهما فيما انتقل اليه .

(مسألة ١) : يجوز بيع العين المستأجرة قبل تمام مدة الاجارة ، ولا تنفسخ الاجارة به (٣) ، فتنتقل إلى المشتري مسلوقة المنفعة مدة الاجارة ، نعم للمشتري مع جهله بالاجارة خيار فسخ للبيع (٤) ، لأن نقص المنفعة عيب (٥) ، ولكن

فصل

- (١) بلا خلاف ، بل عليه الإجماع محكي . ويشهد له غير واحد من النصوص (١٠) . مضافاً إلى عمومات اللزوم .
- (٢) بناء على تمامية الإجماع على عدم لزوم المعاطاة إلا بملزمات مخصوصة مذكورة في محلها .
- (٣) بلا خلاف ولا إشكال . ويشهد له جملة من النصوص (٢٠) .
- (٤) كما صرح به جمع كثير ، بل عن الغنية : الإجماع عليه .
- (٥) لأن مبنى المعاوضات على التسليم والانتفاع ، وهو متعذر بالاجارة .

(١٥) الوسائل باب : ١٥٧ من أبواب الاجارة حديث : ١ .

(٢٥) الوسائل باب : ٢٤ من أبواب الاجارة .

ليس كسائر العيوب مما يكون المشتري معه مخيراً بسين الرد والأرش ، فليس له أن لا يفسخ ويطالب بالأرش ، فإن للعيب الموجب للأرش ما كان نقصاً في الشيء في حد نفسه ، مثل للعمى والعرج وكونه مقطوع اليد أو نحو ذلك ، لا مثل المقام الذي العين في حد نفسها لا عيب فيها . وأما لو علم المشتري أنها مستأجرة ومع ذلك أقدم على الشراء ، فليس له للفسخ أيضاً . نعم لو اعتقد كون مدة الاجارة كذا مقداراً ، فبان أنها أزيد ، له الخيار أيضاً (١) . ولو فسخ المستأجر الاجارة رجعت المنفعة في بقية المدة إلى البائع ، لا إلى المشتري (٢) .

أو لأن من الشرائط الارتكازية كون العين مستتعة للمنفعة ، فإذا فات الشرط المذكور كان له خيار تخلف الشرط . وبالجمله : نقص المنفعة خلاف الأصل المعول عليه عند العقلاء ، كأصالة الصحة ، فيكون الخيار من قبيل خيار الرؤية .

(١) لفوات الزيادة عليه من دون إقدام .

(٢) هذا لا يخلو من نظر ، لأنه خلاف مقتضى تبعية المنفعة للعين . ومجرد كون مقتضى الفسخ رجوع كل من العوضين إلى حاله قبل العقد غير كاف في ذلك ، لأن المنفعة إنما كانت ملكاً للبائع قبل العقد ، لأنها تابعة للعين فيملكها مالك العين ، فإذا تبدل المالك للعين كان مقتضى التبعية رجوعها إلى المشتري . وكأنه لما ذكرنا احتمال في التذكرة - على ما حكى - رجوع المنفعة إلى المشتري وبذلك يظهر الفرق بين المسألة وبين ما إذا أجر العين على شخص ، ثم المستأجر أجرها ثانياً على ثالث ، ثم باع المالك العين ففسخت الاجارة الثانية ، فان فسخها يوجب رجوع المنفعة

نعم لو اعتقد البائع والمشتري بقاء مدة الاجارة ، وأن للعين مسلوقة المنفعة إلى زمان كذا ، وتبين أن المدة منقضية ، فهل منفعة تلك المدة للبائع ، حيث أنه كأنه شرط كونها مسلوقة المنفعة إلى زمان كذا (١) ، أو للمشتري ، لأنها تابعة للعين ما لم تفرز بالنقل إلى الغير ، أو بالاستثناء ، والمفروض عدمها ؟ وجهان . والأقوى : الثاني . نعم لو شرط كونها مسلوقة المنفعة إلى زمان كذا بعد اعتقاد بقاء المدة ، كان لما ذكر وجه (٢) . ثم بناء على ما هو الأقوى من رجوع المنفعة في الصورة السابقة إلى المشتري ، فهل للبائع الخيار أولا ؟ . وجهان لا يخلو أولهما

إلى المستأجر الأول ، لأنه ملكها بالعقد لا بالتبعية .

وبالجملة : رجوع كل من العوضين إلى محله السابق بالفسخ ، ليس لأن الفسخ يقتضي ذلك ، بل لأن الفسخ يبطل العقد ، فيرجع كل من العوضين إلى ما يقتضيه السبب السابق . ففي المقام يرجع إلى ما تقتضيه التبعية إذا تحقق الفسخ ، والتبعية إنما تقتضي الرجوع إلى ملك مالك العين ، وهو المشتري لا المؤجر .

(١) مجرد الاعتقاد لا يقتضي ذلك كما لا يخفى .

(٢) في بعض الحواشي : « لكنه غير موجه ، إذ الشرط في المقام بمنزلة التوصيف لا الاستثناء فلا أثر له » يعني : في جعل المنفعة للبائع . بل محض الاستثناء أيضاً بمنزلة التوصيف لا يقتضي ثبوت المنفعة للبائع ، وإنما الذي يقتضي ذلك إنشاء كونها للبائع ، لكنه لا يتيسر ذلك مع اعتقاد أنها للمستأجر .

من قوة (١) ، خصوصاً إذا أوجب ذلك له الغبن .
 هذا إذا بيعت العين المستأجرة على غير المستأجر . أما
 لو بيعت عليه : ففي انفساخ الاجارة وجهان (٢) . أقواهما :
 للعلم (٣) . ويتفرع على ذلك أمور :
 منها : اجتماع الثمن والأجرة عليه حينئذ .
 ومنها : بقاء ملكه للمنفعة في مدة تلك الاجارة لو
 فسخ للبيع بأحد أسبابه ، بخلاف ما لو قيل بانفساخ الاجارة .
 ومنها : إرث الزوجة من المنفعة في تلك المدة (٤) ،
 لو مات الزوج المستأجر بعد شرائه لتلك العين ، وإن كانت
 مما لا ترث للزوجة منه ، بخلاف ما لو قيل بالانفساخ بمجرد
 البيع (٥) .

(١) لما عرفت من أن الخيار في المقام من قبيل خيار الرؤية ، ولا فرق
 فيه بين المشتري والبائع . وقد استظهر شيخنا الأعظم في مكاسبه الاتفاق
 على عدم الفرق في خيار الرؤية بين البائع والمشتري .
 (٢) بل قولان .

(٣) كما هو المشهور . وعن الارشاد : الانفساخ ، لأن أثر الاجارة
 الانتفاع بمال الغير وهذا لا يبقى بعد البيع ، ولأنه يلزم اجتماع العلتين على
 معلول واحد ، لأن المنفعة حينئذ تكون مملوكة بالاجارة والتبعية . وضعفه
 بالتأمل ظاهر .

(٤) لأنها مملوكة أصالة بالاجارة .

(٥) فإن المنافع تكون مملوكة للموروث بالتبعية للعين ، فإذا كانت
 الزوجة لا ترث من العين لا ترث مما هو تابع لها .

ومنها : رجوع المشتري بالأجرة لو تلف للعين بعقد قبضها وقبل انقضاء مدة الاجارة ، فان تعذر استيفاء المنفعة يكشف عن بطلان الاجارة ويوجب الرجوع بالعوض ، وإن كان تلف للعين عليه .

(مسألة ٢) : لو وقع للبيع والاجارة في زمان واحد - كما لو باع للعين مالها على شخص وأجرها وكيهله على شخص آخر ، وانفق وقوعها في زمان واحد - فهل يصحان معاً ويملكها المشتري مسلوقة المنفعة كما لو سبقت الاجارة ، أو يبطلان معاً للتزاحم في ملكية المنفعة ، أو يبطلان معاً بالنسبة إلى تمليك المنفعة فيصح للبيع على أنها مسلوقة المنفعة تلك المدة فتبقى المنفعة على ملك للبائع ؟ وجوه . أقواها : الأول ، نعدم التزاحم ، فان للبائع لا يملك المنفعة وإنما يملك للعين (١) وملكية للعين توجب ملكية المنفعة للتبعية ، وهي متأخرة عن الاجارة .

(مسألة ٣) : لا تبطل الاجارة بموت المؤجر ولا بموت المستأجر على الأقوى (٢) . نعم في إجارة للعين الموقوفة ، إذا أجر البطن السابق تبطل بموته بعد الانتقال إلى

(١) بالتشديد ، يعني : أن البائع إنما يبيع العين ولا يملك المشتري المنفعة ، بل يملكه العين ، والمنفعة يملكها المشتري بالتبعية . والملكية بالتبعية إنما تكون حيث لا يكون مقتضى الملكية أخرى ، فاذا أجر الوكيل فقد ملك المستأجر المنفعة بعقد الاجارة ، المانع من تأثير التبعية .

(٢) كما هو المشهور بين المتأخرين . وفي المسالك : نسبته اليهم أجمع

البطن لللاحق ، لأن المالكية محدودة . ومثله ما لو كانت المنفعة موصى بها للمؤجر مادام حياً . بخلاف ما إذا كان المؤجر هو

والمشهور بين القدماء أنها تبطل بالموت مطلقاً . وقيل : لا تبطل بموت المؤجر ، وتبطل بموت المستأجر ، ونسب إلى أكثر أصحابنا . وقد يستدل للبطلان بموثق لإبراهيم بن محمد الهمداني : « قال : كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام وسألته : عن امرأة آجرت ضيعتها عشر سنين ، على أن تعطى الاجارة (الأجرة خ ل) في كل سنة عند انقضائها ، لا يقدم لها شيء من الاجارة (الأجرة خ ل) ما لم يمض الوقت ، فماتت قبل ثلاث سنين أو بعدها ، هل يجب على ورثتها انفاذ الأجرة إلى الوقت أم تكون الاجارة منتقضة (منقضية خ ل) بموت المرأة ؟ فقال عليه السلام : إن كان لها وقت مسمى لم يبلغ فماتت فلورثتها تلك الاجارة ، فان لم تبلغ ذلك الوقت وبلغت ثلثه أو نصفه أو شيئاً منه ، فتعطى ورثتها بقدر ما بلغت من ذلك الوقت إن شاء الله » (١٥) . بناء على أن الظاهر أن المراد من قوله عليه السلام : « فلورثتها تلك الاجارة » : أن الاجارة لا تبطل من أصلها ، بل من حين الموت ، بقرينة ما بعده مما هو ظاهر في توزيع الأجرة ، بنسبة زمان الحياة إلى مجموع المدة .

وفي مجمع البرهان : ادعى صراحته في الدلالة على عدم بطلانها بموت المؤجر . وكأنه استند في ذلك إلى ظاهر قوله (ع) : « فلورثتها تلك الاجارة » في أن الاجارة صحيحة . وحمل ما بعده على أن الورثة يستحقون الأجرة ، على حسب التوقيت الصادر في عقد الاجارة . ولكنه كما ترى وإن وافقه عليه جماعة ، فانه غير ظاهر ، بل الظاهر ما ذكرنا وإن كان لا يخلو من خفاء .

المتولي للوقف وآجر لمصلحة البطون الى مدة ، فانها لا تبطل بموته ، ولا بموت البطن الموجود حال الاجارة . وكذا تبطل إذا آجر نفسه للعمل بنفسه (١) من خدمة أو غيرها ، فانه إذا مات لا يبقى محل للاجارة . وكذا إذا مات المستأجر للذي هو محل للعمل من خدمة أو عمل آخر متعلق به بنفسه . ولو جعل للعمل في ذمته لا تبطل الاجارة بموته ، بل يستوفى من تركته . وكذا بالنسبة إلى المستأجر إذا لم يكن محلاً للعمل ، بل كان مالكا له على المؤجر ، كما إذا آجره للخدمة من غير تقييد بكونها له ، فانه إذا مات تنتقل إلى وارثه ، فهم يملكون عليه ذلك للعمل . وإذا آجر الدار واشترط على المستأجر سكناه بنفسه لا تبطل بموته (٢) ، ويكون للمؤجر خيار للفسخ . نعم إذا اعتبر سكناه على وجه التقيدية تبطل بموته .

(مسألة ٤) : إذا آجر الولي أو الوصي للصبي المولى عليه مدة تزيد على زمان بلوغه ورشده ، بطلت في المتيقن

(١) في بعض الحواشي : « انه يختص البطالان بما إذا كان متعلق الاجارة هو منفعة نفسه ، ولو كان المتعلق هو الخدمة ونحوها كلياً ، وشرط المباشرة بنفسه فللمستأجر الخيار » وفيه : ما عرفت من أن شرط المباشرة راجع إلى تقييد المنفعة ، وعرفت أن التقييد في الكليات على نحو وحدة المطلوب ، فلا مجال للخيار . وكذا الحكم في الفرض الآخر . اللهم إلا أن تكون العبارة المؤدية إلى التقييد ظاهرة في كونه على نحو تعدد المطلوب . (٢) قد عرفت أن الشرط في المقام راجع الى القيد ، وأن التقييد في المقام على نحو وحدة المطلوب .

بلوغه فيه ، بمعنى : أنها موقوفة على إيجارته ، وصحت واقعاً وظاهراً بالنسبة إلى المتيقن صغره ، وظاهراً بالنسبة إلى المحتمل فإذا بلغ له أن يفسخ على الأقوى ، أي : لا يجوز ، خلافاً لبعضهم (١) فحكم بلزومها عليه لوقوعها من أهلها في محلها ، في وقت لم يعلم لها منافع . وهو كما ترى . نعم لو اقتضت المصلحة - للضرورة المراجعة - إيجارته مدة زائدة على زمان البلوغ ، بحيث تكون إيجارته أقل من تلك المدة خلاف مصلحته تكون لازمة ليس له فسخها بعد بلوغه . وكذا الكلام في إجارة أملاكه .

(مسألة ٥) : إذا آجرت امرأة نفسها للخدمة مدة معينة ، فتزوجت قبل انقضائها ، لم تبطل الإجارة ، وإن كانت الخدمة منافية لاستمتاع الزوج (٢) .

(١) حكى ذلك عن الخلاف ، معللاً له بما ذكر . وردة في الجواهر بالمنع . لكن مقتضى ولايته على الطفل في جميع ماله الولاية عليه من ماله ونفسه ، صحة ما ذكر ، إذ لا ريب في أن للإنسان السلطنة على منافع المستقبل ، فتكون لولي السلطنة عليها . كما أن الحكم في أمواله كذلك . والفرق بينهما غير ظاهر . فالأقوى حينئذ عدم جواز فسحه ونفوذ تصرف الولي . اللهم إلا أن يستشكل في ثبوت إطلاق الدليل الولاية يقتضي ذلك في نفسه . وأما ماله : فإطلاق قوله تعالى : (ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن . .) (١٠) . كافٍ في إثبات نفوذ التصرف .

(٢) لأن حق الاستمتاع يختص بغير صورة المزاحمة للواجب المحمول

(مسألة ٦) : إذا آجر عبده أو أمته للخدمة ثم أعتقه (١) لا تبطل الإجارة بالعتق ، وليس له الرجوع على مولاه بعوض تلك الخدمة في بقية المدة (٢) ، لأنه كان مالكا لمنافعه أبداً وقد استوفىها بالنسبة الى تلك المدة . فدعوى : أنه فوت على العبد ما كان له حال حرية ، كما ترى . نعم يبقى الكلام في نفقته في بقية المدة إن لم يكن شرط كونها على المستأجر . وفي المسألة وجوه :

أحدها : كونها على المولى (٣) لأنه حيث استوفى بالإجارة منافعه فكأنه باق على ملكه (٤) .

بالإجارة السابقة ، ولا مجال للدعوى العكس ، فيقال : الإجارة باطلة لعدم القدرة على التسليم ، لأن التحقيق في العال الشرعية ، التي يكون بعضها مزاحماً للآخر ، الترجيح بالسبق واللاحق ، فيكون الأثر للسابق دون اللاحق . ومن ذلك يظهر أنه لو نذر أن يزور الحسين عليه السلام يوم عرفة فاستطاع ، كان النذر مقدماً على الاستطاعة ، ولو استطاع ثم نذر كانت الاستطاعة مقدمة على النذر .

(١) صح العتق قولاً واحداً ، لعموم أدلته ، كما في الجواهر : وكذا ذكر في صحة الإجارة ، وعن إيضاح النافع : أنه ربما قيل بالبطلان : وفي الجواهر : ان الظاهر أن القول بذلك لبعض الشافعية .

(٢) حكى جواز الرجوع عن الشافعي في القديم . وعن الشيخ والحلي حكايته قولاً ، ولم يعلم أنه لأصحابنا .

(٣) حكى ذلك عن القواعد . وفي الجواهر : ضعفه واضح ، ضرورة أن المقتضي لها الملك ، وقد زال .
(٤) هذا التنزيل غير ظاهر الوجه .

الثاني : أنه في كسبه إن أمكن له الاكتساب لنفسه في غير زمان الخدمة (١) وإن لم يمكن فمن بيت المال (٢) وإن لم يكن فعلى المسلمين (٣) كفاية (٤) .

الثالث : أنه إن لم يمكن اكتسابه في غير زمان الخدمة ففي كسبه وإن كان منافيا للخدمة (٥) .

الرابع : أنه من كسبه ويتعلق مقدار ما يفوت منه من الخدمة بذمته .

الخامس : أنه من بيت المال من الأول .

ولا يبعد قوة الوجه الأول .

(١) الظاهر أن هذه الصورة خارجة عن محل الكلام والخلاف ، وعلى هذا يرجع الثاني الى الخامس .

(٢) لكن في كون نفقته من مصارف بيت المال إشكال ، فإن بيت مال الخراج يصرف في المصالح العامة . اللهم إلا أن يكون ترك الانفاق عليه مهانة عامة للمسلمين .

(٣) المقدار اللازم على المسلمين حفظه عن الهلاك ، أما النفقة المتعارفة فلا دليل على وجوبها على أحد .

(٤) فإن لم يمكن ففي كسبه أو غيره ، مقتصرأ على مقدار الضرورة ، نظير أكل مال غيره عند الخمصة .

(٥) وفيه : أنه تصرف في مال الغير من دون مسوغ ظاهر . مع أنه لا فرق بين كسبه وسائر أموال المستأجر وغيره . وما في الجواهر : من أن النفقة مقدمة على كل واجب . فيه : أن ذلك يتم لو كان الواجب عليه الخدمة في ذمته ، وليس هو مقتضى الاجارة ، لأنها واقعة على

(مسألة ٧) : إذا وجد المستأجر في العين المستأجرة عيباً سابقاً على للعقد وكان جاهلاً به ، فإن كان مما تنقص به المنفعة فلا إشكال في ثبوت الخيار له بين للفسخ والابقاء (١) وللظاهر عدم جواز مطالبة الارش فله للفسخ او للرضا بها مجانا (٢) . نعم لو كان للعيب مثل خراب بعض بيوت للدار

منافعه لا على ذمته ، ومنافعه بالاجارة مال للمستأجر كسائر أمواله ، فاذا جاز له التصرف في كسبه جاز له التصرف في مال المستأجر غير الخدمة ، وهو كما ترى .

(١) قد نفى الخلاف فيه غير واحد ، وتأتي في هذه المسألة الاشارة الى وجهه ، وأنه إما من قبيل خيار تخلف الوصف ، أو هو مقتضى حديث لا ضرر (١٠) .

(٢) حكى عليه اتفاق الاصحاب الى زمان الشهيد ، فتردد فيه في اللعنة ، وتبعه غيره فيه . وعن جامع المقاصد : أن الاصح ثبوته . وهو في محله لو كان الناقص جزءاً ملحوظاً بالاجارة مقابلاً به جزءاً من الأجرة فانه يكون من قبيل الخراب لبعض البيوت . أما اذا لم يكن كذلك ، بل كان من قبيل الوصف الموجب لنقص المالية ، - كبطء السير في الدابة - فلا وجه له ظاهر . وكونه منشأ لنقص المالية غير كاف في لزوم إرجاع بعض الاجرة كما لا يخفى . وثبوت الارش في العيب في المبيع للدليل يخصه ، لا يصحح البناء عليه في المقام بعد كونه خلاف القاعدة . بل في الفرض الاول إنما الثابت التقسيط ، كما عبر به في المتن في خراب بعض بيوت الدار ، لا الارش المصطلح الذي هو تدارك لنقص المالية ولو بمال أجنبي

(١٠) راجع الوسائل باب : ١٦ من أبواب الخيار في كتاب البيع ، وباب : ٥ من كتاب الشفعة ، وباب : ٧ ، ١٢ من كتاب احياء الموات .

فالظاهر تقسيط الاجرة (١) ، لأنه يكون حينئذ من قبيل تبعض للصفقة (٢) . ولو كان العيب مما لا تنقص معه المنفعة كما إذا تبين كون الدابة مقطوعة الاذن أو الذنب ، فربما يستشكل في ثبوت الخيار معه (٣) . لكن الاقوى ثبوته إذا كان مما يختلف به للرغبات وتفاوت به الاجرة . وكذا له

عن الاجرة ، مع كون المعاملة باقية على حالها بلا تبعض فيها . فدعوى : عدم جواز مطالبة الارش - كما في المتن - في محله .

(١) لما عرفت ، وإن كان اطلاق قولهم : عدم ثبوت الارش ولو مع فوات بعض المنفعة ، يقتضي عدمه في المقام ، إلا أنه منزل على الصورة السابقة .

(٢) وحينئذ يكون له الخيار في الباقي ، كما في سائر موارد تبعض الصفقة .

(٣) وإن كان يقتضيه اطلاق كلامهم ، بل عن غير واحد التصريح

به ، واستدل له : بأن الصبر على المغيب ضرر . وهو - كما ترى - ممنوع على اطلاقه .

وبالجملة : إن كان دليل الخيار في المقام هو : « لا ضرر . . » ،

فيقتضي اختصاصه بصورة الضرر . وإن كان هو دليل خيار العيب في المبيع ، فلو بني على التعدي عن البيع فإنما هو فيما لو كان العوض

معيباً ، والعوض في الاجارة المنفعة والاجرة ، لا العين . مع أن تصور العيب بالمعنى المعتبر في عيب المبيع بالنسبة الى المنافع غير ظاهر ، إذ ليس

لها خلقة أصلية يكون النقص عنها عيباً . وكذا لو كان دليل خيار تخلف الوصف ، من جهة اعتماد المستأجر على أصالة الصحة ، فإنه أيضاً يختص

بالاعراض ، ولا يجري في غيرها ، إذ لا ريب في أنه لا خيار للأجير لو استؤجر على خياطة ثوب ، وتبين بعد الاجارة أنه معيب . وكذا لو

استؤجر على حمل متاع فتيين أنه معيب . وبالجملة : دليل الخيار في المقام

الخيار إذا حدث فيها عيب بعد العقد وقبل القبض (١) ، بل بعد القبض أيضاً ، وإن كان استوفى بعض المنفعة ومضى بعض المدة (٢) . هذا إذا كانت العين شخصية . وأما إذا

إما حديث لا ضرر ، أو دليل خيار تخلف الشرط ، وكلاهما غير مطرد . ولأجل ذلك يتعين التفصيل المذكور في المتن .

(١) إما لقاعدة التلف قبل القبض الحاكمة بأنه من مال الناقل ، فيكون العقد كأنه وقع على الفاقد . وفيه : أنه لو تم ذلك في تلف وصف المبيع ، فالتعدي إلى المقام يحتاج إلى دليل . وإما لأن مبنى المعاوضة على التسليم والتسلم للعوضين على ما هما عليه ، فكما يثبت الخيار بتعذر تسليم العين ، كذلك يثبت الخيار بتعذر تسليمها على ما هي عليه من الوصف ولو لأجل تلف الوصف . وإما لأجل أن تلف الوصف يكشف عن تلفه وانتفائه في نفسه ، كما في تلف العين المستأجرة ولو بعد العقد والقبض ، كما يأتي في الفصل اللاحق . ولأجله تصح دعوى ثبوت الخيار في مالو حدث العيب بعد القبض ، لأن الإقدام كان على الانتفاع بالعين وهي على الوصف الخاص لا مطلقاً ، فالتخلف يستوجب الخيار .

(٢) كما في محكي التذكرة ، واختاره في الجواهر وغيرها . لأن تسليم المنفعة تدريجي بتدرج زمانها ، فإذا حدث العيب فقد حدث قبل تسليم المبيع ، وقد عرفت ثبوت الخيار حينئذ . هذا مضافاً إلى الوجه الماضي في صورة حدوث العيب قبل القبض وبعد العقد من أن التلف حينئذ كاشف عن عدم المنفعة الصحيحة .

لكن الوجه الأول قد ينافيه بناؤهم على عدم الخيار لو غصبت العين بعد القبض . والوجه الأخير ينافيه بناؤهم على الانفساخ من حين التلف ، فما لو تلفت العين المستأجرة بعد القبض ، كما سيأتي في الفصل الآتي . فنأمل .

كانت كلية وكان للفرد المقبوض معيياً ، فليس له فسخ العقد (١) بل له مطالبة للبدل . نعم او تعذر البدل كان له الخيار في أصل للعقد (٢) .

(مسألة ٨) : اذا وجد المؤجر عيباً سابقاً في الأجرة ولم يكن عالماً به كان له فسخ العقد ، وله للرضا به . وهل له مطالبة الارش معه ؟ لا يبعد ذلك ، بل ربما يدعى عدم الخلاف فيه (٣) . لكن هذا إذا لم تكن الأجرة منفعة عين ، وإلا فلا أرش فيه (٤) مثل ما مرّ في المسألة السابقة من كون للعين المستأجرة معيياً (٥) . هذا إذا كانت الأجرة عيناً شخصية .

(١) كما صرح به غير واحد من دون خلاف فيه ، لعدم المقتضي للخيار في العقد .

(٢) لتعذر تسليم العوض الذي عليه مبنى المعاوضة ، ولذا يستتبع الخيار (٣) بل هو المصرح به في كلام جماعة ، بل في مفتاح الكرامة وغيره : لا أجد فيه خلافاً . فان تم إجماع عليه - كما استظهره غير واحد - فهو الحجة . وإلا ففيه إشكال ، لاختصاص دليله بالبيع فالتعدي الى المقام وغيره من سائر المعاوضات غير ظاهر ، والأصل بنفيه ، وإن حكي عن المحقق القول به في عوض الخلع . وفي القواعد : القول به فيه ، وفي عوض الهبة ومال الكتابة . وعن المسالك : القول به في المهر . وفي محكي الروضة : القول به في الصلح على وجه قوي . إلا أن ثبوت الإجماع بهذا المقدار على ثبوته كلياً في المعاوضات ممنوع جداً . ولذا جزم بعدمه بعض في بعضها . لكن كان المناسب عدم الفرق فيها لأنها جميعاً من واحد واحد .

(٤) كما نص على ذلك في الجواهر .

(٥) لما مرّ أيضاً .

وأما إذا كانت كلية ، فله مطالبة البديل لا فسخ أصل العقد ،
إلا مع تعذر البديل على حذو ما مرّ في المسألة السابقة .

(مسألة ٩) : إذا أفلس المستأجر بالأجرة ، كان

للمؤجر الخيار بين للفسخ واسترداد للعين ، وبين للضرب مع
للغرماء (١) ، نظير ما إذا أفلس المشتري بالثمن ، حيث ان
للبايع الخيار إذا وجد عين ماله .

(مسألة ١٠) : إذا تبين غبن المؤجر أو المستأجر فله

الخيار ، إذا لم يكن عالماً به حال للعقد (٢) إلا إذا اشترطاً
سقوطه في ضمن العقد .

(مسألة ١١) : ليس في الاجارة خيار المجلس ولا

خيار الحيوان ، بل ولا خيار التأخير على الوجه المذكور في

(١) بلا خلاف ، كما عن غير واحد . وصرح به جماعة من القلاء
والمأخرين ، إلحاقاً للاجارة بالبيع الثابت فيه بالاجماع والنصوص (١٠) .
وبعضها وإن لم يكن مختصاً بالبيع إلا أنه ظاهر في العين (٢٠) ، فالحاق
المنافع بها يحتاج إلى تنقيح المناط ، كما هو ظاهرهم ، وإن كان المحكي عن
بعض : تكلف إدراج المنفعة في بعض تلك النصوص .

(٢) بناء على استفادة الخيار في البيع من عموم نفي الضرر ، فإنه
كما يشمل البيع يشمل الاجارة وغيرها من العقود المالية . أما إذا كان
المستند الاجماع ، فثبوته في الاجارة غير ظاهر ، فإن كثيراً من الأصحاب
أهمل ذكره في المقام .

(١٠) الوسائل باب : ٥ من أبواب أحكام الحجر .

(٢٠) الوسائل باب : ١٣ من أبواب أحكام المضاربة : ١ .

للبيع (١) ، ويجري فيها خيار الشرط حتى للأجنبي ، وخيار العيب ، وللعين كما ذكرنا ، بل يجري فيها سائر الخيارات كخيار الاشتراط ، وتبعض الصفقة ، وتعذر التسليم ، والتفليس والتدليس ، والشركة ، وما يفسد ليومه ، وخيار شرط رد للعوض ، نظير شرط رد الثمن في البيع (٢) .

(مسألة ١٢) : إذا أجر عبده أو داره مثلاً ثم باعه من المستأجر لم تبطل الاجارة ، فيكون للمشتري منفعة العبد مثلاً ، من جهة الاجارة قبل انقضاء مدتها ، لا من جهة تبعية للعين . ولو فسخت الاجارة رجعت الى البايع (٣) . ولو مات بعد القبض رجع المشتري المستأجر على البايع ، بما يقابل بقية المدة من الأجرة ، وإن كان تلف للعين عليه . والله للعالم .

فصل

يملك المستأجر المنفعة في إجارة الأعيان ، وللعمل في الاجارة على الأعمال بنفس العقد ، من غير توقف على شيء كما هو مقتضى سببية العقود . كما أن المؤجر يملك الاجارة

(١) لاختصاص أدلة الثلاثة المذكورة بالبيع ، وعموم أدلة ما عداها

لها ، ولا بد من ملاحظة تلك الأدلة .

(٢) نص على ذلك كله في الجواهر ، متمسكاً بعموم أدلتها .

(٣) عرفت إشكاله .

ملكية منزلة به كذلك . ولكن لا يستحق المؤجر مطالبة الاجرة الا بتسليم للعين أو العمل (١) ، كما لا يستحق المستأجر مطالبتها الا بتسليم الاجرة ، كما هو مقتضى المعلومة . وتستقر ملكية الاجرة باستيفاء المنفعة أو العمل أو ما يحكمه . فأصل الملكية للطرفين موقوف على تامة العقد ، وجواز المطالبة موقوف على التسليم ، واستقرار ملكية الاجرة موقوف على استيفاء المنفعة أو إتمام للعمل أو ما يحكمهما . فلو حصل مانع عن الاستيفاء أو عن العمل تنفسخ الاجارة ، كما سيأتي تفصيلا . (مسألة ١) : لو استأجر داراً - مثلاً - وتسلمها ،

ومضت مدة الاجارة استقرت الاجرة عليه ، سواء سكنها أو لم يسكنها باختياره (٢) . وكذا إذا استأجر دابة للركوب أو لحمل المتاع إلى مكان كذا ، ومضى زمان يمكن له ذلك ، وجب عليه الاجرة واستقرت وإن لم يركب أو لم يحمل ، بشرط أن يكون مقدراً بالزمان المتصل بالعقد . وأما إذا عينا وقتاً فبعد مضي ذلك الوقت . هذا إذا كانت الاجارة واقعة

(١) لأن مبنى المعاوضات على التسليم والتسلم ، فلكل من المتعاضين الامتناع من التسليم في ظرف امتناع صاحبه ، كما أن لكل منها المطالبة في ظرف صدور التسليم منه ، ولا يجوز للآخر الامتناع عنه حينئذ ، فلو تعذر جاز له الفسخ .

(٢) لتحقيق التسليم من المؤجر ، الذي عرفت أنه موجب لاستقرار ملكية الاجرة . وهذا مما لا إشكال فيه ولا خلاف ، ويشهد له غير واحد من النصوص .

على عين معينة شخصية في وقت معين . وأما إن وقعت على كلي وعين في فرد وتسلمه ، فالأقوى أنه كذلك (١) مع تعيين للوقت وانقضائه . نعم مع عدم تعيين الوقت فالظاهر عدم استقرار الأجرة المسماة (٢) ، وبقاء الاجارة ، وإن كان ضامناً لأجرة المثل لتلك المدة ، من جهة تفويته المنفعة على المؤجر . (مسألة ٢) : إذا بذل المؤجر للعين المستأجرة للمستأجر ولم يتسلم حتى انقضت المدة ، استقرت عليه الأجرة (٣) .

(١) لأن تسليم الفرد بمنزلة التسليم الذي هو شرط استقرار الأجرة . ونسب الى الشيخ : العدم ، لكون المدفوع غير موضوع الاجارة . لكنه ضعيف كما عرفت ، وإن احتمل في عبارة الشرائع .

(٢) كما هو ظاهر محكي المذهب البارع ، وايضاح النافع . واحتملاه في عبارة الشرائع ، ووجهه - على ما قيل - : ان جميع الأزمنة صالح للاستيفاء ، ولا تتعين في زمان القبض ، وضعفه ظاهر ، لأن زمان القبض فرد من زمان الاجارة ، فالقبض فيه قبض فيه ، فلا فرق بين هذه الصورة وما قبلها ، كما صرح به في المسالك وغيرها . نعم لو كان الموجب لاستقرار الأجرة في الصورة الأولى تفويت المستأجر للمنفعة فهو غير حاصل في هذه الصورة ، لأن فوات الموسع إنما يكون بفواته في جميع الأزمنة ، ولا يكفي فيه فواته في بعضها . لكنه ليس ذلك هو الوجه ، بل الوجه حصول التسليم ، وهو حاصل في المقام كما عرفت .

(٣) كما صرح به في الجواهر ، حاكياً نفي الخلاف فيه عن كل من تعرض له . وفي المسالك : « وفي حكم التسليم مالو بذل العين فلم يأخذها المستأجر حتى انقضت المدة ، أو مضت مدة يمكن فيها الاستيفاء » . ونحوه

وكذا إذا استأجره ليعطي له ثوباً معيناً - مثلاً - في وقت معين ، وامتنع من دفع الثوب إليه حتى مضى ذلك الوقت ، فإنه يجب عليه دفع الأجرة (١) ، سواء اشتغل في ذلك الوقت - مع امتناع المستأجر من دفع الثوب إليه - بشغل آخر لنفسه أو لغيره ، أو جلس فارغاً (٢) .

(مسألة ٣) : إذا استأجره لقلع ضرسه ومضت المدة التي يمكن إيقاع ذلك فيها (٣) ، وكان المؤجر باذلاً نفسه ، استقرت الأجرة (٤) ، سواء كان المؤجر حرّاً أو عبداً باذن مولاه . واحتمال للفرق بينهما بالاستقرار في الثاني دون الأول لأن منافع الحر لا تضمن إلا بالاستيفاء ، لا وجسه له ، لأن

في القواعد ، وعن غيرهما . ويقتضيه عموم اللزوم ، لعدم الدليل على اعتبار أكثر من ذلك في استقرار العقد ولزومه .

(١) لما سبق .

(٢) لأطراد المناط في استقرار الأجرة في جميع الصور ، وهو البذل الذي يتحقق به التسليم .

(٣) تفرق هذه المسألة عن المسألة السابقة : بأن المفروض في السابقة انقضاء تمام المدة ، وفي هذه المسألة انقضاء زمان يمكن فيه العمل ، وإن لم يمض تمام المدة . ولذلك لم يقع الخلاف في المسألة السابقة في لزوم الأجرة ، من جهة صدق التفويت فيها ، بخلاف هذه .

(٤) هذا الحكم ربما يناهى ما تقدم منه (ره) في آخر المسألة الأولى من عدم استقرار الأجرة مع عدم تعيين الوقت ، مع أن بذل العين أولى بصدق التسليم فيه .

منافعه بعد العقد عليها صارت مالا للمستحق ، فاذا بذلها ولم يقبل كان تلفها منه (١) مع أنا لانسلم أن منافعه لاتضمن .

(١) الفرق المذكور ذكره في جامع المقاصد وغيره ، من جهة أن الحر لا يكون تحت اليد ، فلا تكون منافعه تحت اليد بمجرد بذل نفسه ، فلا يتحقق تسليمها إلا باستيفائها . وفيه : ما عرفت من أن التسليم الذي يتحقق به استقرار الأجرة ، ويكون التلف من المستأجر ، يتحقق بمجرد التخلية ، بحيث لا يكون مانع من استيفاء المنفعة إلا من قبل المستأجر . وبهذا المعنى يتحقق بمجرد بذل الأجير نفسه للعمل ، كما يتحقق ببذل العين المستأجرة . بل الظاهر أنه لا فرق بين العبد والحر إلا بالحرية والرقية بالاضافة الى نفسها . وأما بالاضافة الى منافعها فهو : أن منافع العبد مملوكة للمالكه ، ومنافع الحر غير مملوكة . وأما من حيث إمكان إثبات اليد على العين ، أو على المنافع تبعاً للعين فيها فهي سواء . وعدم ضمان الحر بمجرد اليد ، لعدم ملكية نفسه إجماعاً لا يقتضي ذلك . كما أن عدم ضمان منافعه باليد عليه ، لعدم كونها مملوكة له أيضاً ، لا يوجب الفرق بينهما في ما نحن فيه . مع أن استقرار الأجرة في إجارة العبد ، بمجرد بذل مولاه له ، لم يكن من جهة اثبات اليد عليه ، ليفرق بينه وبين الحر ، بأن الحر لا يمكن أن يكون تحت اليد ، بخلاف العبد ، بل إنما كان من جهة تحقق التسليم الحاصل بالبذل ، وإن لم يكن العبد تحت اليد ، فليس لا يلتزم بذلك بالنسبة الى الحر ؟ !

هذا وقد يحكى عن شيخنا الأعظم المحقق الأنصاري (ره) : الفرق بين كون الاجارة على عمل جزئي معين وعلى عمل كلي ، فتستقر في الأول بالبذل دون الثاني ، لأن تسليم الأول يكون بتسليم العامل نفسه ، وتسليم الثاني إنما يكون بتسليم فردة ، وهو لا يكون إلا بإيجاده في الخارج .

(مسألة ١٠) : إذا امتنع المؤجر من تسليم العين المستأجرة يجبر عليه ، وإن لم يمكن إجباره كان للمستأجر فسخ الاجارة وللرجوع بالاجرة (١) ، وله الابقاء ومطالبة عوض المنفعة للفائتة . وكذا إن أخذها منه بعد للتسليم ، بلا فصل أو في أثناء المدة (٢) . ومع للفسخ في الاثناء يرجع بما يقابل

أصالة لزوم ، اللهم إلا أن يستبعد الفرض ، وهو خروج عن محل الفرض . أقول : أبعاد العين المستأجرة : منه ما يكون انهدامه موجباً لفوات المنفعة حين الانهدام ، ومنه ما لا يكون كذلك ، لاختصاص الانتفاع به بغير زمان الانهدام ، كما إذا انهدم درج السطح أو السرداب في أيام الشتاء فإنه لا يوجب نقصاً في المنفعة . أما القسم الثاني : فلا ينبغي التأمل في عدم اقتضائه البطلان . وأما القسم الأول : فإن كان فوات المنفعة بنحو يعتد به ، فلا ينبغي التأمل في البطلان فيه ، لانتفاء المعاوضة بالنسبة اليه ، لانتفاء موضوعها . وإن كان بنحو لا يعتد به ، فالظاهر عدم اقتضائه البطلان ولا الخيار . ومما ذكرنا يظهر جريان ما ذكر في انهدام الكل ، ونجى فيه الاحكام . فإذا انهدم الدكان في أثناء الليل فأعاده قبل الصبح لم يقتض شيئاً . ولعله أشار بعض الأعظم في حاشيته إلى ما ذكرنا . فراجع . (١) كما حكى عن جماعة ، واختاره في الشرائع ، لأن مبنى المعاوضات على التسام ، فمع تعذره يثبت الخيار . وعن الشيخ والعلامة في التذكرة : انفساخ الاجارة ، تنزيلاً لذلك منزلة التلف قبل القبض . وهو كما ترى ، إذ التلف يكشف عن انتفاء المنفعة ، ولا موجب لهذا التنزيل .

(٢) لأن المنفعة لما كانت تدريجية فأخذ العين بعد القبض يوجب عدم تحقق القبض بالنسبة إلى المنفعة اللاحقة ، ولذا نسب الخيار المذكور إلى جماعة : لكن في جامع المقاصد وعن المسالك : لزوم العقد لتحقيق

للتخلف من الاجرة . ويحتمل قوياً رجوع تمام الاجرة ودفع
أجرة المثل لما مضى (١) - كما مر نظيره سابقاً - لأن مقتضى
فسخ للعقد عود تمام كـل من العوضين إلى مالكهما الاول .
لكن هذا الاحتمال خلاف فتوى المشهور .

(مسألة ١١) : إذا منعه ظالم عن الانتفاع بالعين قبل
القبض تخير بين الفسخ (٢) وللرجوع بالاجرة (٣) ، وبين
الرجوع على للظالم بعوض ما فات . ويحتمل قوياً تعين للثاني (٤)
وإن كان منع للظالم أو غصبه بعد للقبض يتعين للوجه الثاني (٥)

التسليم المعتبر في الزوم بالتسليم قبل الأخذ . وهو غير بعيد ، لأن القبض
المعتبر ارتكازاً عند العرف يراد به قبض العين ، وإن كان لا يخلو من خفاء .

(١) كما تقدم منه (ره) ، وتقدم تقريبه .

(٢) لما سبق في منع المؤجر .

(٣) على المالك المؤجر . وفي جامع المقاصد وعن غيره : احتمال
جواز الرجوع إلى المؤجر بأجرة المثل ، لأنها مضمونة عليه . لكن دفعه
في المسالك : بأن ضمان المؤجر ضمان المعاوضة ، بمعنى : الرجوع إلى
المسمى بعد الفسخ أو الانفساخ لاضمان يد ، كما هو ظاهر .

(٤) لكن الأقوى خلافه ، لما عرفت من أن تعذر التسليم الذي عليه
تبني المعاوضة موجب للخيار ، من دون فرق بين أن يكون لمنع المؤجر ،
أو لمنع الظالم ، أو لغير ذلك .

(٥) بلا خلاف كما قيل . وما تقدم في أخذ المؤجر بعد التسليم
غير آت هنا كما قيل . لكن الفرق لا يخلو من خفاء ، فإن منع الظالم قبل
القبض إذا كان قادحاً في حصول التسليم الذي تبني عليه المعاوضة ، كان

تمام المدة ، فلم ينتقل ما يقابل المتخلف من الأول إليه . و فرق واضح بين تلف المبيع قبل القبض ، وتلف للعين هنا ، لأن المبيع حين بيعه كان مالا موجوداً قوبل بالعوض ، وأما المنفعة في المقام فلم تكن موجودة حين للعقد ، ولا في علم الله ، إلا بمقدار بقاء العين . وعلى هذا فإذا تصرف في الاجرة ، يكون تصرفه بالنسبة إلى ما يقابل المتخلف فضولياً . ومن هذا يظهر : أن وجه البطلان في صورة للتلف كلا أو بعضاً انكشاف عدم الملكية للمعوض .

(مسألة ٨) : إذا أجر دابة كلية ودفع فرداً منها فتلف ، لا تنفسخ الاجارة ، بل ينفسخ للوفاء (١) ، فعليه أن يدفع فرداً آخر .

(مسألة ٩) : إذا أجره داراً فانهدمت ، فان خرجت عن الانتفاع بالمرة بطلت ، فان كان قبل القبض أو بعده قبل أن يسكن فيها أصلاً رجعت الاجرة بتمامها ، وإلا فبالنسبة ، ويحتمل تمامها في هذه الصورة أيضاً ، ويضمن أجرة المثل بالنسبة إلى ما مضى . لكنه بعيد (٢) . وإن أمكن الانتفاع بها

(١) لكون المدفوع ليس فرداً لموضوع الاجارة .

(٢) بلا خلاف في ذلك ولا إشكال ، كما في الجواهر . وكأنه

لأنحل العقد إلى عقود متعددة ، بتعدد مراتب المنفعة في الأزمنة التدريجية ولا تلازم بينها في الصحة والبطلان ، وإن كانت متلازمة في الفسخ ، نظير موارد تبعض الصنفقة ، بل المقام منه . ويستفاد ذلك - هنا - من النصوص الواردة في الموارد المتفرقة ، الوارد بعضها فيمن استأجر دابة إلى

مع ذلك ، كان للمستأجر الخيار بين الإبقاء والفسخ (١) . وإذا فسخ كان حكم الأجرة مذكرونا . ويقوى هنا رجوع تمام المسمى مطلقاً ، ودفع أجرة المثل بالنسبة إلى ماضى ، لأن هذا مقتضى فسخ للعقد كما مر سابقاً . وإن انهدم بعض بيوتها بقيت الإجارة بالنسبة إلى البقية (٢) ، وكان للمستأجر خيار تبعض للصفقة . ولو بادر المؤجر إلى تعميرها ، بحيث لم يفت الانتفاع أصلاً ، ليس للمستأجر الفسخ حينئذ على الأقوى ، خلافاً للثانين (٣) .

مسافة فأعيت (١٥) ، وبعضها فيمن استأجر أجيراً ليحفر له بئراً فأعيت (٢٥) وفيمن استأجر أجيراً ليحج فمات (٣٥) . وبالجملية : المقام من البطلان في البعض من أول الأمر ، كما هو باب تبعض الصفقة ، لامن باب البطلان الطارىء بالفسخ ، فليسا هما من باب واحد . ثم إنه تقدم من المصنف (ره) في المسألة الرابعة : الجزم بالبطلان في البعض دون البعض .

(١) هذا الخيار من قبيل خيار الرؤية ، لتخلف الوصف .

(٢) يعني : وبطلت بالنسبة إلى ما انهدم .

(٣) يعني : المحقق والشهيد الثانين ، فقد اختار الأول في الجامع ،

والثاني في المسالك : أن للمستأجر الفسخ وإن لم يفت الانتفاع أصلاً ، لثبوت الخيار بالانهدام ، فيستصحب ، إذ لم يدل دليل على سقوطه بالاعادة . وفي الجواهر : « قد يناقش فيه بمنع ما يسدل على ثبوته بالانهدام ، من حيث كونه انهداماً ، وإن لم يفت به شيء من المنفعة على وجه تنقطع به

(١٥) الوسائل باب : ١٢ من أبواب أحكام الإجارة حديث : ١

(٢٥) الوسائل باب : ٣٥ من أبواب أحكام الإجارة حديث : ٢٤١ .

(٣٥) للوسائل باب : ١٥ من أبواب نياحة الحج .

أسبابه ، تثبت الأجرة المسماة بالنسبة إلى ماضى ، ويرجع منها بالنسبة إلى ما بقي - كما ذكرنا في البطلان - على المشهور (١) ويحتمل قريباً أن يرجع تمام المسمى ، ويكون للمؤجر أجرة المثل بالنسبة إلى ماضى ، لأن المفروض أنه يفسخ للعقد للواقع أولاً ، ومقتضى للفسخ عود كل عوض إلى مالكه . بل يحتمل

(١) فانه ذكر في الشرائع : أنه لو تجدد فسخ ، صح فيما مضى وبطل في الباقي . ولم يتعرض في الجواهر والمسالك وغيرهما - في شرح العبارة المذكورة - لشبهة أو إشكال . وكذا ذكر في الارشاد ، فيما لو انهدم المسكن ففسخ : أنه يرجع بنسبة المتخلف ولم يتعرض في مجمع البرهان للإشكال فيه . وكذا ذكره في الحدائق من دون نقل خلاف أو إشكال . ولم أقف على من تعرض لخلاف فيه . بل يظهر من كلماتهم أنه من المسلمات . وقد ادعى بعض الأعيان : ظهور اتفاقهم عليه .

وعن بعض توجيهه : بعدم تعقل الفسخ فيما مضى ، لانعدامه ، فلا معنى لانتقاله بالفسخ الى المؤجر . وفيه : أن الانتقال من الاعتبار الصالحة للتعاق بالمعدوم ، كالموجود . مع أنه منقوض باجارة العين فضولاً ، فإن المنفعة قبل الاجارة ملك لمالك العين ، وبعد الاجارة ملك للمستأجر .

نعم قد يشكل ذلك من جهة أن الفسخ إنما يكون من حينه ، لامن حين حدوث العقد . وفيه : أنه مسلم ، لكن بالاضافة الى تمام مضمون العقد ، فلا يجوز الفسخ بالنسبة الى بعضه دون بعض ، وفي الاجارة المنافع التدريجية بحسب تدرج الزمان ، أبعاض موضوع واحد لايجوز التفكيك بينها فيه ، فاذا وقع الفسخ وقع بالنسبة الى الجميع . ولا مجال للمقايضة بالتلف في أثناء المدة ، فان البطلان في ذلك من أول الأمر ، نظير تبعض الصفقة . ويشهد لما ذكرنا ما هو المعروف المدعى عليه الاجماع : أنه لايجوز

أن يكون الأمر كذلك في صورة البطلان أيضاً ، لكنه بعيد (١) .
(مسألة ٦) : إذا تلف بعض للعين المستأجرة ، تبطل
بنسبته ، ويجيء خيار تبعض للصفقة .

(مسألة ٧) : ظاهر كلمات العلماء : أن الأجرة من
حين للعقد مملوكة للمؤجر بتمامها ، وبالتلف - قبل القبض أو
بعده أو في أثناء المدة - ترجع إلى المستأجر كلاً أو بعضاً من
حين للبطلان ، كما هو الحال عندهم في تلف المبيع قبل القبض
لأن يكون كاشفاً عن عدم ملكيتها من الأول . وهو مشكل
لأن مع التلف ينكشف عدم كون المؤجر مالكا للمنفعة إلى

التبعض في الرد إذا ظهر عيب في بعض المبيع ، كما لو باعه ثوباً وخاتماً
فتبين عيب في الثوب . ويشير إليه ما ذكره من وجوب مطابقة القبول
مع الإيجاب ، فلو قبل في بعض المبيع لم يصح العقد . لكن الظاهر بناؤهم
على جواز التبعض في مالو كان بعض المبيع حيواناً ، فإنه يثبت فيه خيار
الحيوان ، ويجوز رد الحيوان دون البعض الآخر . بسل المشهور جواز
الاقالة في بعض المبيع دون بعض ، ولم ينقل الخلاف في ذلك إلا من ابن
المتوج ، على ما حكاه عنه الشهيد .

والانصاف : أن المرتكزات العرفية لا تساعد على التبعض في المقامين
وإطلاقات مشروعية الاقالة والفسخ في مورده لا يصلح لاثبات قابلية المحل
ومع الشك في القابلية يرجع إلى أصالة عدم ترتب الأثر . وهذا بخلاف
مسألتنا ، فإن الارتكاز العرفي يساعد على التبعض ، ولعله هو الوجه في
التسالم والاتفاق ظاهراً عليه . فلاحظ .

(١) سيأتي وجهه في المسألة التاسعة .

إلا بالاستيفاء ، بل تضمن بالتفويت أيضاً إذا صدق ذلك (١) ، كما إذا حبسه وكان كسوباً ، فإنه يصدق في للعرف : أنه فوت عليه كذا مقدار . هذا ولو استأجره لقلع خرسه فزال الألم بعد للعقد لم تثبت الأجرة ، لانفساخ الاجارة حينئذ (٢) .

(مسألة ٤) : إذا تلفت للعين المستأجرة قبل قبض

لكن عرفت فيما سبق الاشكال فيه ، وأن تسليم الجزئي إذا كان يكفي في حصوله تسليم العامل فليم لا يكون تسليم الفرد الذي به يتحقق تسليم الكلي كذلك ؟ ! .

وبالجملة : الفرق بين تسليم الجزئي الذي وقعت عليه الاجارة ، وبين تسليم الجزئي الذي هو مصداق لما وقعت عليه بأنه يكفي في الأول تسليم العامل ، ولا يكفي في الثاني ، غير ظاهر .

(١) هذا قد يدعى عدم معقوليته ، لأن الضمان إن كان تداركاً للخسارة فالحبس إنما يقتضي فوات فائدة لا الوقوع في خسارة . وإن كان اشتغال الذمة بالبدل ، فمنافع الحر - كنفس الحر - ليس لها أثر في نظر الشارع كي يمكن تعقل البدلية عنها ، لعدم كونها مملوكة للحر ، ولا هي معنونة بعنوان مثل كونها صدقة أو نحوها ، كي يمكن اعتبار البدلية للمضمون به ، كما في إتلاف الوقف أو العين الزكوية ، فإن العين في المقامين غير مملوكة لمالك على التحقيق ، لكن معنونة بعنوان كونها وقفاً أو زكاة ، فيمكن قيام البدل مقامها في حفظ العنوان المذكور ، وفي المقام منافع الحر كنفس الحر ليست كذلك ، فلا معنى لاعتبار البدلية لشيء عنها . مضافاً الى أن مقتضى الجمود على قاعدة الاتلاف - التي هي دليل الضمان - الاختصاص بما كان مالا للغير . فتأمل .

(٢) لصيرورة المنفعة محرمة ، فيمتنع أكل المال بأزائها ، لأنه أكل بالباطل :

المستأجر ، بطلت الاجارة (١) . وكذا إذا تلفت عقيب قبضها بلا فصل . وأما إذا تلفت بعد استيفاء منفعتها في بعض المدة ، فتبطل بالنسبة إلى بقية المدة ، فيرجع من الأجرة بما قابل المتخلف من المدة ، إن نصفاً فنصف ، وإن ثلثاً فثلث ، مع تساوي الاجزاء بحسب الأوقات ، ومع للتفاوت تلاحظ للنسبة . (مسألة ٥) : إذا حصل للفسخ في أثناء المدة بأحد

(١) بلا خلاف نعلمه ، كما في محكي التذكرة . ونحوه في الجواهر . وقد يستدل على ذلك : بأن مبنى عقود المعاوضة على المعاوضة الاعتبارية والخارجية التي هي تبديل سلطنة بسلطنة ، فتعذره يقتضي انتفاءها . وأشكل عليه في الجواهر : بأن ذلك خلاف ماذكروه في مسألة تلف المبيع قبل القبض من أنه خلاف الأصل ، ثبت بدليل خاص بالبيع ، ولا وجه للتعدي إلى غيره . اللهم إلا أن يكون التعدي إلى المقام دليل على فهم ذلك من الدليل .

هذا والتحقيق أن الوجه في البطلان : ماسيأتي من أن اعتبار المنفعة إنما يصح في ظرف وجود العين فعلاً ، فمع التلف قبل القبض لا منفعة حتى يصح اعتبار الاجارة ، وعليه فبطلان الاجارة من أصلها - كما نسب إلى العلامة (ره) - لامن حين التلف كما هو ظاهر المشهور هنا ، بل المتسالم عليه في تلف المبيع قبل القبض ، لأن طرف المعاوضة في البيع العين ، وهي حاصلة وقت البيع ، بخلاف الاجارة ، فإن وجود العين في زمان غير كاف في اعتبار المنفعة في الأزمنة اللاحقة ، فإذا تلفت العين في زمان كشف ذلك عن عدم المنفعة ، فلا تنعقد الاجارة من أصلها ، وإن كان ظاهر المشهور كون البطلان من حين التلف ، كالبطلان في البيع . وسيأتي ذلك في المسألة السابعة .

أنه قد حصل ، لالصفة الحادثة في الثوب - مثلاً - وهي المخيطة (١) ، حتى يقال : إنها في الثوب وتسليمها بتسليمه . وعلى ما ذكرنا : فلو تلف الثوب - مثلاً - بعد تمام الخياطة في يد المؤجر بلا ضمان يستحق أجره العمل ، بخلافه على القول الآخر (٢) . ولو تلف مع ضمانه أو أتاؤه ، وجب عليه قيمته

مالية العمل بلحاظ ترتيبه ، فإنه لو كانت مالية العمل بلحاظ نفسه ، وكان يترتب عليه أثر عيني خارجي أيضاً يكون مملوكاً للمالك . فالضابط - على هذا - ينبغي أن يكون هكذا : يعني : أن العمل المستأجر عليه قسمان : الأول : ما لا يكون له أثر في موضوع . والآخر : ما يكون له أثر عيني في موضوع . فالأول : لا إشكال في حصول تسليمه بتمامه ، واستحقاق الأجرة به . والثاني : فيه القولان المذكوران .

قوله - في الحاشية - : « يتخير المالك » : يعني : لا تبطل الاجارة بالتلف المذكور ، لأن التالف لما كان مضموناً لم يكن من التلف قبل القبض ، بل من قبيل تخلف الوصف قبل القبض ، الموجب للخيار . (١) لأنها عين ، والاجارة انما تكون على المنفعة التي تنطبق على العمل لا على العين .

(٢) فإنه لا يستحق الأجر ، لبطلان الاجارة بالتلف قبل القبض . لكن هذا مبني على التعدي من البيع الى الاجارة ، وهو غير ظاهر كما تقدم في المسألة السابعة ، وتعرضنا له في شرح المسألة الرابعة . إلا أن يقال : إذا كان وجوب التسليم مشروطاً بإمكانه ، فمع التلف لا يجب التسليم ، وإذا كان الشيء لا يجب تسليمه أبداً لا يصح اعتبار الملكية له . لكن ذلك غير البطلان . أو أن مقصودهم من أن التلف موجب للبطلان : أنه لا يجب معه التسليم .

مع وصف المخيطة لا قيمته قبلها ، وله الأجرة المسماة .
 بخلافه على للقول الآخر ، فإنه لا يستحق الأجرة وعليه قيمته
 غير مخيط . وأما احتمال عدم استحقاقه الأجرة مع ضمانه
 للقيمة مع للوصف . فبعيد ، وإن كان له وجه (١) . وكذا
 يتفرع على ما ذكر : أنه لا يجوز حبس العين بعد إتمام العمل
 إلى أن يستوفي الأجرة (٢) ، فإنها بيده أمانة ، إذ ليست هي
 ولا للصفة التي فيها مورداً للمعاوضة ، فلو حبسها ضمن ،
 بخلافه على للقول الآخر .

(١) يمكن أن يكون الوجه فيه ما أشرنا إليه ، من عدم بطلان
 الاجارة بالتلف ، غاية الأمر أنه لا يستحق الأجير المطالبة بالأجرة ،
 ولا يجب على المستأجر تسليمها ، إذ على هذا تكون الصفة ملكاً للمستأجر ،
 فيضمنها الأجير للمستأجر ، ولا تجوز له المطالبة بالاجرة . نعم بناء على
 أن التلف قبل القبض موجب للبطلان في الاجارة كالبيع يكون التلف
 موجباً لرجوع العمل ملكاً للعامل ، فيتبعه أثره ، ولا موجب لضمان العامل ،
 لأنه له لا لغيره . لكن يشكل هذا الوجه : بأن الصفة إذا كانت مضمونة
 للمستأجر فقد سلمت إليه بدفع البدل ، فيجب عليه دفع الأجرة لحصول
 التسليم من طرفه ، ولا فرق في ذلك بين القول بكون الضمان معاوضة ،
 وكونه تدارك خسارة ، لأن تدارك الخسارة أيضاً نوع من التسليم ، فيجب
 معه التسليم من الطرف الآخر . وإن شئت قلت : الأصل وجوب التسليم
 إلا ما خرج ، والمتيقن منه صورة عدم التسليم من الطرف الآخر من كل
 وجه . فلاحظ .

(٢) كما جزم به في القواعد . وفي الجواهر : أنه مناف لما سبق منه

ليخيطه ، أو للكتاب الذي يكتبه ، أو نحو ذلك مما كان للعمل في شيء بيد المؤجر : فهل يكفي إتيامه في التسليم ، فبمجرد الاتهام يستحق المطالبة ، أولاً إلا بعد تسليم مورد للعمل ، فقبل أن يسلم للثوب - مثلاً - لا يستحق مطالبة الأجرة ؟ قولان ، أقواهما : الأول (١) ، لأن المستأجر عليه نفس للعمل ، والمفروض

(١) كما اختاره في الجواهر ، تبعاً لما في الشرائع وظاهر غيرها ، للوجه المذكور في المن . والثاني : ظاهر القواعد ، وحكي عن جملة أخرى ، واختاره بعض الأعظم في حاشيته فقال : « بل الثاني ، وضابط ذلك هو : أنه لما كانت مالية العمل باعتبار نفس صدوره من العامل - كالعبادات مثلاً وحفر البئر وبناء الجدار وحمل المتاع ونحوه من مكان إلى آخر - فالقراغ عن العمل تسليمه . وإن كان الأثر المتولد منه هو مناط ماليته - كالخياطة والقصارة والصياغة ونحو ذلك - فذلك الأثر يملك تبعاً لتملك العمل ، ويتوقف تسليم ما آجر نفسه له على تسليمه بتسليم مورده على الأقوى . ولو تلف قبل ذلك بعد القراغ عن العمل المستأجر له - كالخياطة مثلاً - كان بالنسبة إلى متعلق الاجارة من التلف قبل القبض الموجب لانفساخها . ولو أنلفه المؤجر أو أجنبي يتخير المالك في فسخ الاجارة . فيستوفي قيمة الثوب غير مخيط ممن أنلفه ، أو امضائها فيستوفي قيمته مخيطاً ، ويدفع إلى العامل قيمة الخياطة . ويثبت للعامل حق حبس العين بعد إتمام العمل إلى أن يستوفي أجرته . »

أقول : قوله في الحاشية المذكورة : « كالعبادات » لا يخلو من نظر ، فإن مالية الأفعال المذكورة إنما هو بلحاظ ما يترتب عليها من الآثار ، لا بلحاظها في نفسها ، ولا سيما في مثل بناء الجدار ، فإن الفرق بينه وبين خياطة الثوب في غاية الخفاء . فإن الصفة الحادثة في الثوب من الخياطة

بعينها الصفة الحادثة في الجدار من البناء . وهي في المقامين منشأ الرغبة في العمل ، التي هي الموجب لاعتبار المالية فيها .

وربما يحتمل أن يكون وجه الفرق بين الأمثلة المذكورة : أن الأثر المترتب على العمل في القسم الأول ليس له وجود خارجي ، فان نقل المتاع من مكان إلى آخر ، إنما يترتب عليه إضافة الظرفية إلى المكان الثاني ، وليس هناك وجود زائد على وجود الظرف والمظروف ، ونحوه بناء الجدار ، وحفر البئر ، إذ لا يترتب على الأول إلا اتصال الحجارة بالطين ، ولا على الثاني إلا فصل التراب عن موضعه . وكذا أمثالها مما لا يترتب على الأعمال فيها إلا الإضافات الخاصة ، بخلاف مثل صبيغ الثوب ، فان اللون موجود خارجي زائد على موضوعه .

وفيه : أن ذلك جار بعينه في مثل الخياطة والصباغة ، فان المترتب عليه ليس إلا الهيئة الخاصة ، الحاصلة من تقارب الأجزاء أو تواصلها . مع أن كون الأمور المذكورة ليست موجودات خارجية وأنها إضافات خارجية لا يستوجب الفرق بينها وبين مثل السواد والبياض في الحكم المذكور ، فان العرف لا يفرق بينهما في جميع الأحكام ، فان كان مثل السواد والبياض مملوكاً فهي أيضاً مملوكة ، وإن كان مثلها مناط المالية فهي أيضاً كذلك ، وإن كان مثلها مما تصح الاجارة عليه فهي أيضاً كذلك ، وإن كان تسليم العمل بتسليمها فهي أيضاً كذلك ، فالفرق بينهما غير ظاهر .

قوله - في الحاشية - : « تبعاً لتملك » : لا إشكال في أن الأثر يملك تبعاً للعمل ، لأنه متولد منه ، إلا أن هذا المقدار لا يستوجب كون الأثر موضوعاً للمعاوضة المأخوذة في حاق الاجارة ، لمباينته للعمل الذي هو تمام موضوعها ، وحينئذ لا يكون عقد الاجارة موجباً لتسليمه في ظرف تسلم الأجرة . هذا مضافاً الى أن تملك الأثر بالتبعية لا يتوقف على كون

المستأجر بمنزلة للقبض (١) . وإتلاف المؤجر موجب للتخيير بين ضمانه وللفسخ (٢) . وإتلاف الأجنبي موجب لضمانه (٣) . وللعذر للعام بمنزلة للتلف . وأما للعذر الخاص بالمستأجر - كما إذا استأجر دابة لركوبه بنفسه ففرض ولم يقدر على المسافرة أو رجلاً لقلع سنه فزال ألمه : أو نحو ذلك - ففيه إشكال . ولا يبعد أن يقال : إنه يوجب للبطلان إذا كان بحيث لو كان قبل العقد لم يصح معه العقد (٤) .

(مسألة ١٤) : إذا آجرت للزوجة نفسها بدون إذن الزوج فيما ينافي حق الاستمتاع وقفت على إجازة الزوج ، بخلاف ما إذا لم يكن منافياً ، فإنها صحيحة . وإذا اتفق إرادة للزوج للاستمتاع كشف عن فسادها .

(١) لا يخلو من إشكال ، لأن اعتبار المنفعة عند العقلاء تابع لوجود العين خارجاً ، ولا يكفي فيه الوجود القرضي ولو كان ذمياً . ومنه يظهر الاشكال فيما بعده ، وإن كان يظهر من الجواهر وغيرها التسالم عليه .
(٢) أما الضمان : فلأن إتلاف العين إتلاف للمنفعة ، وهو موجب لضمانها . وأما الفسخ : فلتخلف المقصود ، وهو الانتفاع الخاص بالعين . ويظهر من كلام غير واحد : المفروغية عن ثبوت الخيار لذلك .
(٣) الموجب للفسخ في إتلاف المؤجر موجود هنا أيضاً ، فالفرق بينهما في ذلك غير ظاهر .

(٤) بأن يكون موضوع المعاوضة خصوص انتفاع شخص المستأجر ، أما إذا كان التقييد على نحو تعدد المطلوب يكون المقام من باب تخلف الوصف ، كما عرفت .

(مسألة ١٥) : قد ذكر سابقاً : ان كلاً من المؤجر والمستأجر يملك ما انتقل اليه بالاجارة بنفس للعقد ، ولكن لا يجب تسليم أحدهما إلا بتسليم الآخر . وتسليم المنفعة بتسليم للعين . وتسليم الأجرة باقباضها إلا إذا كانت منفعة أيضاً ، فيتسليم للعين التي تستوفى منها . ولا يجب على واحد منها الابتداء بالتسليم . ولو تعاسرا أجبرهما الحاكم . ولو كان أحدهما باذلاً دون الآخر ولم يمكن جبره كان للأول الحبس . إلى أن يسلم الآخر . هذا كله إذا لم يشترط في العقد تأجيل التسليم في أحدهما ، وإلا كان هو المتبع .

هذا وأما تسليم للعمل : فان كان مثل الصلاة وللصوم والحج وللزيارة ونحوها فبإتمامه ، فقبله لا يستحق المؤجر المطالبة وبعده لا يجوز للمستأجر الماطلة ، إلا أن يكون هناك شرط أو عادة في تقديم الأجرة ، فيتبع ، وإلا فلا يستحق حتى لو لم يمكن له للعمل إلا بعد أخذ الأجرة ، كما في الحج الاستثنائي إذا كان المؤجر معسراً . وكذا في مثل بناء جدار داره أو حفر بئر في داره أو نحو ذلك (١) ، فان إتمام العمل تسليم ، ولا يحتاج إلى شيء آخر . وأما في مثل الثوب الذي أعطاه

(١) لا يظهر الفرق بين بناء الجدار وحفر البئر وخياطة الثوب ، في أن كل واحد منها له أثر خارجي ، لا يكون تسليم الاثر إلا بتسليم المحل ولعل المراد : صورة ما إذا كانت الدار التي فيها الجدار والبئر في يد المالك ، فحينئذ لا ريب في حصول التسليم بمجرد تمام العمل . ولعله ظاهر العبارة الآتية .

فليس له للفسخ حينئذ ، سواء كان بعد القبض في ابتداء المدة أم في أثنائها . ثم لو أعاد الظالم للعين المستأجرة في أثناء المدة إلى المستأجر فالخيار باق (١) ، لكن ليس له للفسخ إلا في الجميع . وربما يحتمل جواز للفسخ بالنسبة إلى ما مضى من المدة في يد للغاصب (٢) ، وللرجوع بقسطه من المسمى واستيفاء باقي المنفعة . وهو ضعيف ، للزوم للتبعيض في العقد ، وإن كان يشكل للفرق بينه وبين ما ذكر من مذهب المشهور من ابقاء للعقد فيما مضى وفسخه فيما بقي ، إذ إشكال تبعيض للعقد مشترك بينهما .

(مسألة ١٢) : لو حدث للمستأجر عذر في الاستيفاء - كما لو استأجر دابة لتحميله إلى بلد ، فرض المستأجر ولم يقدر - فالظاهر البطلان ،

مانعاً كذلك بعد القبض بالاضافة إلى المنفعة اللاحقة .

(١) قطعاً ، كما في جامع المقاصد ، لفوات العقود عليه وهو مجموع المنفعة ، ولأنه قد ثبت له الخيار بالغصب والأصل بقاءه . لكن الأصل لا يعارض عموم لزوم العقود . فالعمدة الوجه الأول .

(٢) قال في القواعد : « فيه نظر » . وفي جامع المقاصد : « ينشأ من أن فوات المنفعة - وهي المعوض - يقتضي الرجوع إلى العوض ، وهو الأجرة المسماة ، والفوات في هذه الصورة مختص بالمنفعة الماضية ، فاستحق الفسخ فيها . ومن أن ذلك مقتض لتبعيض الصفقة ، وهو خلاف مقتضى العقد ، فاما أن يفسخ في الجميع أو يمضي في الجميع . . . إلى أن قال : وهو الأصح » .

إن اشترط المباشرة (١) على وجه القيدية (٢). وكذا لو حصل له عذر آخر. ويحتمل عدم البطلان (٣). نعم لو كان هناك عذر عام بطلت قطعاً (٤)، لعدم قابلية العين للاستيفاء حينئذ (٥).
(مسألة ١٣) : للتلف للساوي للعين المستأجرة أو لمحل للعمل موجب للبطلان ، ومنه إتلاف الحيوانات . وإتلاف

(١) لتعذر المنفعة المشروطة ، ومع عدم المنفعة لا مجال لصحة الاجارة : ولا يكفي في الصحة مجرد قابلية العين للمنفعة في نفسها ، كما لا يخفى بعد التأمل .

(٢) بأن تؤخذ المباشرة قيداً على نحو وحدة المطلوب . أما إذا كان أخذها على نحو تعدد المطاوب ، كان لصاحب الشرط الخيار ، نظير مالهو باعه شيئاً موصوفاً فتعذر الوصف ، فالمستأجر يكون له الخيار بين الفسخ والرضا بذات المقيد .

(٣) قال في القواعد : « رر حدث خوف منع المستأجر من الاستيفاء - كما لو استأجر جملاً للحج فتقطع السابلة - فالأقرب تخير كل من المؤجر والمستأجر في الفسخ والامضاء » . وفيه : ما عرفت . مع أن الوجه في تخير المؤجر لا يخلو من خفاء ، إذ لا خلل في مقصده .

(٤) لكن في القواعد : « لو استأجر داراً للسكنى ، فحدث خوف عام يمنع من السكنى في ذلك البلد ففي تخير المستأجر نظر » . وفي جامع المقاصد : « في ثبوت التخيير قوة » . وفيه : ما عرفت من عدم المنفعة التي هي شرط صحة الاجارة ، وقد تقدم : أن في حاق الاجارة المعاوضة على المنفعة ، ولا مجال لتحقيق المعاوضة مع عدم المنفعة خارجاً .
(٥) عبارة التعايل لا تخلو من مسامحة .

(مسألة ١٦) : إذا تبين بطلان الاجارة رجعت الأجرة إلى المستأجر ، واستحق المؤجر أجره المثل بمقدار ما استوفاه المستأجر من المنفعة (١) ، أو فأتت تحت يده (٢) إذا كان جاهلاً بالبطلان ، خصوصاً مع علم المستأجر (٣) . وأما إذا كان عالماً فيشكل ضمان المستأجر ، خصوصاً إذا كان جاهلاً ، لانه بتسليمه للعين ليه قد هتك حرمة ماله ، خصوصاً إذا كان البطلان من جهة جعل الاجرة ما لا يتمول شرعاً أو عرفاً ، أو إذا كان أجرة بلا عوض . ودعوى : أن إقدامه وإذنه في الاستيفاء إنما هو بعنوان الاجارة ، والمفروض عدم تحققها ، فإذنه مقيّد بما لم يتحقق . مدفوعة : بأنه إن كان المراد كونه مقيّداً بالتحقق شرعاً فممنوع ، إذ مع فرض العلم بعدم

من عدم استحقاق الأجرة باتمام العمل .

(١) العمدة في دليله الاجماع . والاستدلال له بما دل على احترام مال المسلم (١٥) أو قاعدة الضرر (٢٥) ، غير ظاهر ، كما حرر ذلك في قاعدة : (ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده) . مضافاً إلى ما يستفاد من صحيح أبي ولاد المشهور (٣٥) ، فانه تضمن ضمان الانتفاعات المستوفاة . (٢) دليله غير ظاهر ، والاجماع المدعى عليه في التذكرة لا مجال لاركون اليه ، لنقل الخلاف من جماعة ، كما حرر ذلك في محله . (٣) فانه في هذه الحال يكون آثماً عاصياً ، فأولى أن يؤخذ بأشق الأحوال .

(١٥) الوسائل باب : ١٥٢ من أبواب احكام العشرة حديث : ١٢ وباب : ٣ من أبواب مكان المصلي حديث : ٣٤١ .

(٢٥) تقدمت الاشارة الى مستند القاعدة من النصوص في صفحة : ٣٩ .

(٣٥) للوسائل باب : ١٧ من أبواب احكام الاجارة حديث : ١ .

للصحة شرعاً لا يعقل قصد تحققه إلا على وجه للتشريع المعلوم
علمه (١) . وإن كان المراد تقييده بتحققها الانشائي فهو
حاصل . ومن هنا يظهر حال الأجرة أيضاً ، فإنها لو تلفت
في يد المؤجر يضمن عوضها ، إلا إذا كان المستأجر عالماً
ببطلان الإجارة ومع ذلك دفعها إليه . نعم إذا كانت موجودة
له أن يستردها . هذا وكذا في الإجارة على الأعمال ، إذا
كانت باطلة يستحق العامل أجرة المثل لعمله ، دون المسماة إذا
كان جاهلاً بالبطلان . وأما إذا كان عالماً فيكون هو المتبرع
بعمله ، سواء كان بأمر من المستأجر أولاً ، فيجب عليه رد
الأجرة المسماة أو عوضها ، ولا يستحق أجرة المثل . وإذا كان
المستأجر أيضاً عالماً فليس له مطالبة الأجرة مع تلفها ، ولو
مع عدم للعمل من المؤجر .

(مسألة ١٧) : يجوز إجارة المشاع ، كما يجوز بيعه
وصلحه وهبته ، ولكن لا يجوز تسليمه إلا باذن الشريك إذا
كان مشتركاً . نعم إذا كان المستأجر جاهلاً بكونه مشتركاً كان
له خيار للفسخ للشركة ، وذلك كما إذا أجره داره فتبين أن

(١) هذا غير ظاهر ، بل المرتكز في ذهن المتعاملين في أمثال المقام
قصد المعاملة الشرعية بالسبب الخاص ، فالتشريع يكون في السبب ، والدفع
يكون مقيداً بملكية المدفوع إليه شرعاً ، وإن كان لأجل التشريع في سببها .
وهكذا الكلام في الأجرة وإجارة العامل ، فإن الدفع في جميع ذلك إنما
كان بعنوان استحقاق المدفوع إليه ، لا بعنوان كونه غير مستحق له ، بل
مستحق للدافع والعامل ، والتبرع الخارج عن عموم الضمان مختص بالأخير لا غير .

نصفها للغير ، ولم يجز ذلك للغير ، فان له خيار للشركة ، بل وخيار للتبعض . ولو آجره نصف الدار مشاعاً ، وكان المستأجر معتقداً أن تمام الدار له فيكون شريكاً معه في منفعتها ، فتبين أن للنصف الآخر مال للغير فالشركة مع ذلك للغير ، ففي ثبوت الخيار له حينئذ وجهان (١) . لا يبعد ذلك إذا كان في للشركة مع ذلك للغير منقصة له .

(مسألة ١٨) : لا بأس باستئجار اثنين داراً على الاشاعة ، ثم يقتسمان مساكنها بالتراضي أو بالقرعة (٢) .

(١) أقواهما عدمه ، لأن الموجب للخيار تخلف المقصود العقدي . وكون الشريك زيداً أو عمراً لا دخل له في ذلك .

(٢) هذا من قبيل قسمة المنافع ، وقد صرح جماعة - منهم العلامة في القواعد - بعدم وجوب الاجابة اليها ، ولو وقعت الاجابة جاز الفسخ حتى لو تصرف أحدهما على طبق القسمة . نعم لو تصرفا معاً على طبق القسمة لم يجز الرجوع إلا بالتراضي ، وكأنه لعدم الدليل على عموم الاجابة اليها ، بل عدم الدليل أيضاً على صحتها من حيث أنها قسمة ، لاختصاص أدلة مشروعيتها بقسمة الأعيان ، ولا تشمل المنافع . نعم لو وقع الصلح بينهم على القسمة كان لازماً ، عملاً بعموم دليبه .

اللهم إلا أن يتمسك بعموم الوفاء بالعقود ، فانها نوع منها ، وحينئذ يجب البناء على لزومها ، ولا يصح الرجوع عنها . نعم لا تجب الاجابة اليها لعدم الدليل عليه ، ولكونه خلاف قاعدة السلطنة . وأما التفكيك بين تصرفهما وتصرف أحدهما ، فيجوز الرجوع في الثاني دون الأول ، فغير ظاهر الوجه ، لأنها إن كانت جائزة بعد تصرف أحدهما فقط فلتكن

وكذا يجوز استئجار اثنين دابة للركوب على التناوب ، ثم يتفقان على قرار بينهما بالتعيين ، بفرسخ فرسخ ، أو غير ذلك وإذا اختلفا في المبتدىء يرجعان إلى القرعة . وكذا يجوز استئجار اثنين دابة - مثلاً - لآعلى وجه الاشاعة . بل نوباً معينة بالمدة أو بالفراسخ . وكذا يجوز إجارة اثنين نفسيهما على عمل معين على وجه الشركة ، كحمل شيء معين لا يمكن إلا بالمتعدد .

(مسألة ١٩) : لا يشترط اتصال مدة الاجارة بالعقد على الأقوى ، فيجوز أن يؤجره داره شهراً متأخراً عن العقد بشهر أو سنة ، سواء كانت مستأجرة في ذلك للشهر الفاصل أم لا . ودعوى البطلان (١) من جهة عدم القدرة على التسليم كما ترى ، إذ للتسليم لازم في زمان الاستحقاق لآقبله . هذا ولو آجره داره شهراً وأطلق ، انصرف الاتصال بالعقد . نعم لو لم يكن انصراف بطل (٢) .

جائزة بعد تصرفها . وكأنه لذلك تنظر في الجواهر في الجملة فيما ذكره الجماعة .

(١) حكى عن الشيخ وأبي الصلاح ، وعلل بما في المتن . وظاهر محكي كلام الأول : أن الوجه فيه عدم الدليل على الصحة . وهو كما ترى ، فلن عموم الوفاء بالعقود كاف في الدلالة عليها .

(٢) للابهام

فصل

العين المستأجرة في يد المستأجر أمانة ، فلا يضمن تلفها أو تعيبها إلا بالتعدي أو للتفريط (١) . ولو شرط المؤجر

(١) إجماعاً بقسميه عليه ، كما في الجواهر . ويستفاد من النصوص الواردة في ضمان المستأجر إذا تعدى ، فإن مفهومها يقتضي عدم الضمان مع عدمه ، كصحيح علي بن جعفر ، والخللي ، وأبي ولاد (١٠) ، وغيرها . وفي صحيح محمد بن قيس : « قال أمير المؤمنين (ع) : ولا يغرم الرجل إذا استأجر الدابة ما لم يكرهها أو يبغها غائلة » (٢٠) . وبالجملية : الحكم المذكور لا إشكال فيه . وأما ما دل على عدم ضمان الأمين (٣٠) في شموله للمقام إشكال ، لأن الظاهر منه الأمين على الحفظ ، وهو غير مانحن فيه . وأما صحيح الحلبي : « عن رجل استأجر أجيراً ، فأقعدته على مناعه . فسرق . قال (ع) : مؤتمن » (٤٠) فيحتمل أن يكون المراد منه المؤتمن على الحفظ ، فلا مجال للاستدلال به على المقام . نعم في صحيح الحلبي عن أبي عبد الله (ع) : « صاحباً الودیعة والبضاعة مؤتمنان . . . وقال : ليس على مستعير عارية ضمان ، وصاحب العارية والودیعة مؤتمن » (٥٠) ، ودلالته على عدم ضمان المؤتمن على المال ظاهرة . ويعضدها ما دل على عدم

(١٥) الوسائل باب : ١٧ من أبواب أحكام الاجارة حديث : ١٤٣٦ .

(٢٥) الوسائل باب : ٣٢ من أبواب أحكام الاجارة حديث : ١ .

(٣٥) الوسائل باب : ٤ من أبواب أحكام الودیعة .

(٤٥) الوسائل باب : ٤ من أبواب أحكام الودیعة حديث : ٤ .

(٥٥) الوسائل باب : ١ من أبواب أحكام العارية حديث : ٦ .

عليه ضمانها بدونها فالمشهور (١) عدم للصحة (٢) . لكن

ضمان الأجير (١٠) ، والمستأجر (٢٠) ، والمرتهن (٣٠) ، والمستعير (٤٠) ،
والعامل (٥٠) ، ونحوهم من المؤتمنين . فيمكن استفادة قاعدة عدم ضمان
الأمين بالمعنى الأعم ، ويخرج به عن عموم : (على اليد ما أخذت حتى
تؤدي) (٦٠) ، بناء على عمومه للامانة كما هو الظاهر . وعلى هذا فعدم
ضمان المستأجر كما يستفاد من الأدلة الخاصة ، يستفاد من القاعدة المذكورة .

(١) في مفتاح الكرامة عن المرتضى : الصحة . بل ظاهر كلامه
الحكي : أنه لإجماع . وعن الأردبيلي والكفاية : موافقته . وفي الرياض :
أنه أظهر .

(٢) لما دل على عدم ضمان الأمين ، فيكون شرط الضمان مخالفاً
للكتاب (٧٠) . ودعوى أن عدم ضمانه لعدم مقتضي ، فلا يكون الشرط
حينئذ مخالفاً للكتاب ، لاختصاص المخالف بما كان على خلاف الحكم الاقتضائي
لامطلقاً . مندفعة : بأن عموم (على اليد ...) بعد ما كان شاملاً ليد
الأمين ، ظاهر في وجود مقتضي الضمان في يده ، فعلم ضمانه لابد أن
يكون لمقتضي العدم . مع أن الشك في كونه من باب التزاحم . فيكون

(١٥) الوسائل باب : ٢٩ من أبواب احكام الاجارة .

(٢٥) الوسائل باب : ٣٢ من أبواب احكام الاجارة .

(٣٥) الوسائل باب : ٥ من أبواب احكام الرهن .

(٤٥) الوسائل باب : ١ من أبواب احكام العارية .

(٥٥) الوسائل باب : ٣٠ من أبواب احكام الاجارة .

(٦٥) مستدرک الوسائل باب : ١ من أبواب احكام القصب حديث : ٤ ، وباب : ١٢ من

أبواب الودیعة حديث : ١٢ وكذا المال الجزء : ٥ حديث : ٥١٩٧ .

(٧٥) لقوله تعالى : (ما هل المحسنين من سبيل) التوبة : ٩١ .

عدم الضمان اقتضائياً ، وكونه من باب التخصيص كاف في عدم جواز الرجوع إلى عموم : «المؤمنون عند شروطهم» (١٥) ، لكون الشبهة حينئذ مصداقية . وأصالة عدم المخالفة للكتاب موقوفة على استصحاب العدم الأزلي اللهم إلا أن يقال : المرتكز عند العقلاء كون خروج يد الأمين من باب التخصيص ، فيكون عدم الضمان لعدم المقتضي ، لا من باب التزام ، وحينئذ يشكل البناء على فساد الشرط ، لأجل كونه مخالفاً للكتاب .

اللهم إلا أن يوجه الفساد بأنه من باب شرط النتيجة - كما أشار إلى ذلك في الجواهر هنا - فإن التحقيق بطلان شرط النتيجة ، إذ النتائج لا تقبل أن تكون مضافة إلى مالك ، فلا تكون شرطاً ، إذ التحقيق أن الشرط مملوك للمشروط له ، فإذا امتنع أن تكون مماوكة امتنع أن تشرط ملكيتها . نعم إذا كانت في العهدة جاز أن تكون مملوكة ، لكنها حينئذ تخرج عن كونها شرط نتيجة ، بل تكون من قبيل شرط الفعل ، وليس هو محل الكلام . مثلاً إذا قال : بعثك داري ولك علي أن أملكك فرسي ، كان من شرط الفعل ، ولا إشكال في جوازه . وإذا قال : ولك علي ملكية فرسي ، وقصد المعنى الأول ، كان أيضاً من شرط الفعل وكان صحيحاً . وإذا قصد أن له ملكية الفرس من دون أن تكون في عهدة المشروط عليه ، كان من شرط النتيجة ، وكان مورداً للاشكال المذكور ، من أن النتائج إذا لم تكن في العهدة لا تصلح لأن تكون طرفاً لاضافة الملكية . وكذلك سائر الأعيان التي لا وجود لها في الخارج ، إذا لم تكن في العهدة لا تكون مملوكة أيضاً .

هذا مضافاً : إلى أن مفاد صيغة الشرط مجرد جعل التملك بين المشروط له والشرط ، لا جعل الشرط المملوك ، فإن الصيغة لا تتكفلها ،

الأقوى صحته . وأولى بالصحة إذا اشترط عليه أداء مقدار

فاذا لم يكن مجعولا لم يكن ثابتاً ، فلا يكون شرط النتيجة موجباً لتحقيق النتيجة ، ولا يصح حينئذ ترتيب الأثر عليها . وليس المراد من بطلان شرط النتيجة إلا هذا المعنى ، أعني : عدم ترتيب النتيجة عليه .

ثم إن الاشكاليين المذكورين في شرط النتيجة ، إنما يمنعان عنه إذا كان مفاد الشرط في العقد تمليك الشرط للمشروط له ، كما هو الظاهر ، ويقتضيه مناسبته بباب شرط الفعل ، وباب الاقرار ، ونحوهما . أما لو كان مفاده مجرد الالتزام للمشروط له بالشرط ، فمرجهه إلى إنشاء شرط النتيجة في ضمن العقد ، ولا بأس به عملاً بعموم نفوذ الشرط : إلا إذا كان مفهومه لا ينشأ إلا بسبب خاص ، فإن عموم الشرط حينئذ لا يصلح لتشريع صحة إنشائه بدون ذلك السبب ، لأنه يكون مخالفاً للكتاب ، فيدخل في الشرط الباطل .

ثم إن ما ورد في النصوص من شرط النتيجة ، كشرط الضمان في العارية ، وشرط الضمان في المسألة الآتية ، لا بد إما أن يحمل على شرط الفعل بأن يكون المقصود من شرط الضمان شرط تدارك خسارة التالف . كما سيأتي في كلام المصنف ، وإما أن يكون المقصود إنشاء النتيجة نفسها في ضمن العقد ، من دون قصد تمليك للمشروط له . ومثل ذلك ما ورد في الاستعمال العرفي ، فإنه لا بد أن يحمل على أحد الأمرين ، ويختلف ذلك باختلاف القرائن المكتنفة في المقام ، فقد تقتضي الأول ، وقد تقتضي الثاني .

وأما نذر النتيجة ، فالكلام فيه أظهر ، لاشتمال صيغة النذر على اللام الدالة على الملك . وحمل اللام على أنها لام الصلة ، والظرف مستقر متعلق بقوله : التزمت ، يعني : التزمت لله تعالى ، خلاف الظاهر جداً . وقد تعرضنا لذلك في أوائل مباحث الزكاة من هذا الشرح .

مخصوص من ماله على تقدير التلف أو للتعيب (١)، لا بعنوان للضمان (٢). والظاهر عدم الفرق في عدم الضمان مع عدم الأمرين - بين أن يكون التلف في اثناء المدة أو بعدها إذا لم يحصل منه منع للمؤجر عن عين ماله إذا طلبها، بل خلى بينه وبينها ولم يتصرف بعد ذلك فيها. ثم هذا إذا كانت الاجارة صحيحة. وأما إذا كانت باطلة ففي ضمانها وجهان. أقواها: للعدم (٣)

(١) لعدم المانع المذكور، بل عليه حمل القول بصحة شرط الضمان.
(٢) كما صرح بذلك في الجواهر، والظاهر أنه المشهور، عملاً بالاستصحاب. وعن الاسكافي والطوسي: إطلاق الضمان بعد المدة. ويقتضيه عموم «على اليد...»، المقتصر في الخروج عنه على ما في المدة لدليله، والاستصحاب لا يعارض العام. نعم إذا كان ظاهر ترك المطالبة الائتمان. دخل في عموم نفي الضمان.

(٣) كما هو المشهور، لقاعدة: (مالا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده)، المجمع عليها. وقد استدل بها على ذلك في المقام في محكي التذكرة وغيرها. ودعوى: اختصاص القاعدة فيما هو مصب العقد، وهو في الاجارة منفعة العين. فيها أن ذلك خلاف مقتضى استدلالهم بها على عدم الضمان. مع أن استدلالهم عليها بالاقدام على الاذن المجاني، المانع من عموم «على اليد ما أخذت...» مطرد في المقامين. مضافاً إلى أن الاجارة أيضاً موضوعها العين كما عرفت في أول الكتاب، فانه يصح أن يقول: آجرت العين، ولا يصح أن يقول: آجرت المنفعة، فالعين موضوع للاجارة. وكذلك يقال: أعرت العين.

ثم إنه لو بني على عدم شمول عكس القاعدة، كفى في نفي الضمان ما دل

خصوصاً إذا كان المؤجر عالماً بالبطلان حين الاقباض ،
دون المستأجر .

(مسألة ١) : العين التي للمستأجر بيد المؤجر للذي
آجر نفسه لعمل فيها - كالثوب آجر نفسه ليخيطه - أمانة ،
فلا يضمن تلفها أو نقصها إلا بالتعدي أو التفريط (١) ، أو

على عدم ضمان المستأمن (١٥) ، فإن موضوع عدم الضمان هو الأمين العرفي ،
وهو حاصل في الاجارة الصحيحة والفسادة بنحو واحد . ودعوى : أن
الاستيـان مبني على الاجارة ، فإذا تبين فسادها فقد تبين انتفاؤه . يدفعها :
أن ظاهر نصوص عدم الضمان مع الاستيـان عموم الحكم لصورة التلف المؤدي
إلى فساد العقد من أول الأمر ، فتدل تلك النصوص على نفي الضمان مع
الاستيـان ، ولو كان في العقد الفاسد . فلاحظ تلك النصوص العامة والخاصة
في مواردنا ، فإنها تدل على ما ذكرنا من أن الاستيـان المبني على العقد
موضوع لعدم الضمان ، وإن تبين بطلان العقد كما أشرنا الى ذلك في (نهج
الفقاهة) . هذا ولم يحك الخلاف في المقام إلا عن الأردبيلي وصاحب
الرياض ، والذي عثرت عليه من كلام الأول في مسألة عدم ضمان المستأجر هو :
عدم الضمان في الاجارة الفاسدة ، مستدلاً عليه بالأصل والقاعدة المتقدمة .
نعم في الرياض . في مسألة ثبوت أجرة المثل في كل موضع تبطل فيه
الاجارة ، اختار الضمان حاكياً نسبته الى المفهوم من كلمات الأصحاب ،
مستدلاً عليه بعموم « على اليد . . . » ، واستشكل فيه إذا كان المؤجر
عالماً بالفساد ، للشبهة المتقدمة .

(١) بلا خلاف فيه ، كما اعترف به غير واحد . نعم في الشرائع :

(١٥) راجع الوسائل باب : « من أبواب أحكام الودعة .

اشتراط ضمانها على حذو ما مرّ في العين المستأجرة (١). ولو تلفت أو أتلّفها المؤجر أو الأجنبي ، قبل للعمل أو في الأثناء بطلت الاجارة ، ورجعت الأجرة بتمامها أو بعضها إلى المستأجر بل لو أتلّفها مالکها المستأجر كذلك أيضاً (٢). نعم لو كانت الاجارة واقعة على منفعة المؤجر ، بأن يملك منفعته الخياطي في يوم كذا ، يكون إتلافه لمتعلق للعمل بمنزلة استيفائه ، لأنه باتلافه إياه فوت على نفسه المنفعة . ففرق بين أن يكون للعمل في ذمته ، أو أن يكون منفعة للكذائية للمستأجر ، ففي

نسبته إلى الأصح ، وظاهره وقوع الخلاف فيه . وفي المسالك : وجود القول بالضمان . وعن المرتضى : الإجماع . لكن في الجواهر - تبعاً لمفتاح الكرامة - أن الخلاف في الضمان مع التهمة ، لا مع العلم بعدم التفريط والتعدي . وكيف كان ، فيبدل عليه ما عرفت من النصوص الدالة على عدم ضمان المستأمن ، فإن المقام منه .

(١) كما هو المشهور كما قيل . ويشهد له خبر موسى بن بكير : « عن رجل استأجر سفينة من ملاح فحملها طعاماً واشتراط عليه إن نقص الطعام فعليه . قال (ع) : جائز . قلت : إنه ربما زاد الطعام . قال : فقال : يدعي الملاح أنه زاد فيه شيئاً ؟ ، قلت : لا ، قال : هو لصاحب الطعام الزيادة ، وعليه النقصان إذا كان قد اشترط ذلك » (١٠) . وقد عرفت أنه لا بد من حمله على شرط الفعل ، أو على كون المقصود منه إنشاء الضمان في ضمن العقد .

(٢) لعدم الفرق بين صور التلف ، في أن عدم العين يوجب تعذر

للصورة الأولى للتلف قبل للعمل موجب للبطلان ، ورجوع الأجرة إلى المستأجر وإن كان هو المتلف ، وفي للصورة الثانية إتلافه بمنزلة الاستيفاء ، وحيث أنه مالك لمنفعة المؤجر وقد فوتها على نفسه فالأجرة ثابتة عليه .

(مسألة ٢) : المدار في الضمان على قيمة يوم الاداء في للقيميات (١) ، لا يوم التلف ، ولا أعلى للقيم على الاقوى .

العمل المستأجر عليه ، لارتباطه به ، الموجب لكون فواته وانعدامه موجباً لانعدام المتعلق به . ومن هنا يشكل الفرق بين الصورة المذكورة والصورة الأخرى ، إذ أيضاً يقال فيها : إن تعذر العين يوجب تعذر المنفعة الخاصة بل يمكن كون البطلان في الثانية أظهر ، لعدم قيام غيره مقامه في الثانية ، بخلاف الأولى ، لكنه فرق لا يوجب إلا الأولوية . وبالجمله بعدما . كان موضوع الاجارة متعلقاً بالعين وهي متعذرة : يكون موضوع الاجارة متعذراً فتبطل ، ولا فرق بين الصورتين في ذلك . وأما دعوى المصنف (ره) أن إتلافه بمنزلة الاستيفاء فغير ظاهرة ، وإلا كان تلفه بمنزلة حصولها ، ولا يظن التزامه بذلك . ومثله دعوى كون تسليم المؤجر نفسه للعمل موجباً لاستقرار الأجرة : فإنه إنما يسلم إذا كانت المنفعة مقدورة ، والاجارة باقية على صحتها ، وقد عرفت خلافه .

(١) كما هو أحد الأقوال في المسألة . والعمدة فيه البناء على بقاء العين في الذمة إلى زمان الأداء ، فتعتبر القيمة حينئذ ، وقبل قيمة زمان المخالفة ، اعتماداً على صحيح أبي ولاد (١٥) ، المشتمل على قوله : « رأيت لو نفق البغل أو عطب أليس كان يلزمني ؟ ! » ، قال (ع) : قيمة بغل يوم خالفته ، بناء على أن قوله (ع) : « يوم خالفته » ، إما مضاف إليه

(١٥) الوسائل باب ١٧ من أبواب احكام الاجارة حديث : ١ .

القيمة . المضافة إلى البغل ، أوقيد للاختصاص الحاصل من إضافة القيمة إلى البغل . وفيه : أن الأول غير معهود في الاستعمال ولا يمكن ارتكابه . والثاني غير معقول ، لأن الاختصاص ملحوظ معنى حرفياً لإسمياً ، ولا يمكن التعلق به . بل الظاهر كونه قيداً لعامل الجملة الجوابية المقدر ، أعني قوله : « يلزمك » ، وكما أن القيمة فاعله ، كذلك الظرف قيده . والتقدير - بعد ملاحظة الشرط في السؤال - : يلزمك يوم المخالفة قيمة بغل لو نفق أو عطب البغل ، فيدل على أن الانتقال إلى القيمة يوم التلف . ولأجل أن الوجه في ضمان القيمة تدارك الخسارة المالية في العين ، يتعين البناء على قيمة يوم التلف . لأن ثبوت القيمة المذكورة تدارك لمالية العين الفاتئة حينئذ . ومن هنا حكي عن الأكثر : أن الاعتبار بقيمة يوم التلف . وبعضه بعض النصوص الآخر : مثل ماورد في المعتق حصته من عبد . أنه يقوم قيمته يوم أعتق أو يوم حرر (١٥) .

وكان المصنف (ره) جعل المتعلق به الظرف . الفعل المقدر وهو : يلزمك ، من دون أن يقدره معلقاً على شرط التلف ، فتكون الرواية عنده مجتمعة من هذه الجهة ، فيتعين الرجوع في تعيين القيمة إلى القواعد . ولما كان الأظهر عنده : أن العين بنفسها باقية بعد التلف في الذمة . وإن كانت قيمة ، تعين أن تكون القيمة بلحاظ زمان الأداء ، لأنه زمان التدارك . وما ذكره (ره) من بقاء العين في الذمة وإن كان في محله ، لكن جعل الفعل المقدر المتعلق به الظرف مطلقاً لا معلقاً على التلف خلاف الظاهر . وقد عرفت أنه إذا أخذ معلقاً على التلف ، فالإطلاق المقامي للدليل ثبوت القيمة يقتضي الحمل على المرتكزات العقلانية ، وهي تقتضي أن تكون بلحاظ زمان التلف ، لأنه به يكون التدارك ، وإلا كان تداركاً بالأكثر أو بالأقل ، وهو خلاف المرتكز جداً .

(مسألة ٣) : إذا أتلّف الثوب بعد الخياطة ضمن قيمته مخيطاً (١) ، واستحق الاجرة المسماة . وكذا لو حمل متاعاً إلى مكان معين ثم تلف مضموناً أو أتلّفه ، فإنه يضمن قيمته في ذلك المكان ، لا أن يكون المالك مخيراً بين تضمينه غير مخيط بلا أجرة ، أو مخيطاً مع الاجرة (٢) . وكذا لا أن يكون في المتاع مخيراً بين قيمته غير محمول في مكانه الاول بلا أجرة ، أو في ذلك المكان مع الاجرة ، كما قد يقال .

(مسألة ٤) : إذا أفسد الاجير للخياطة أو للقضارة

أو للتفصيل الثوب ضمن . وكذا الحجام إذا جنى في حجامته (٣) أو الختان في ختانه . وكذا للكحال أو للبيطار . وكل من أجر نفسه لعمل في مال المستأجر إذا أفسده يكون ضامناً إذا تجاوز عن الحد المأذون فيه ، وإن كان بغير قصده ، لعموم « من أتلّف . . . » وللصحيح (٤) عن أبي عبد الله (ع) :

- (١) كما تقدم في المسألة العاشرة من الفصل السابق .
- (٢) قد تقدم منه أنه على القول الثاني يكون من التلف قبل القبض ، الموجب لبطلان الاجارة ، فلا يستحق الأجرة ، ويضمن قيمة العين غير موصوفة . وقد تقدم في بعض الحواشي القول بالتخير بين الأمرين المذكورين . وذكرنا هناك وجهه ، وأن الضمان يجعل التلف من قبيل تلف الوصف ، وهو خصوصية الصفة ، لا تلف العين التي هي قوام المعاوضة ، الموجب للبطلان اذا كان قبل القبض ، وتلف الوصف قبل القبض يوجب الخيار .
- (٣) استفاض نقل الاجماع صريحاً وظاهراً عليه في محكي جماعة .
- (٤) يريد به صحيح الحلبي (١) .

« في الرجل يعطى الثوب ليصبغه ، فقال ، (ع) : كل عامل أعطيته أجراً على أن يصلح فأفسد فهو ضامن » . بل ظاهر المشهور ضمانه وإن لم يتجاوز عن الحد المأذون فيه (١) ، ولكنه مشكل (٢) . فلو مات للولد بسبب الختان ، مع كون الختان حاذقاً ، من غير أن يتعدى عن محل القطع ، بأن كان أصل الختان مضرراً به ، في ضمانه إشكال .

(مسألة ٥) : للطبيب المباشر للعلاج إذا أفسد ضامناً (٣)

(١) لاطلاقهم القول بضمان الأجير .

(٢) بل في محكي التحرير : نفي الضمان . وعن الكفاية : أنه غير بعيد . ومال إليه في الجواهر . وجزم به بعض المحققين ، للاذن الرافعة للضمان وإن صدق الائتلاف ، فإن الائتلاف ، باذن المالك غير موجب للضمان إجماعاً ، والصحيح المذكور ونحوه ظاهر في صورة علم وجود العمل المستأجر عليه . ودعوى : أن الاذن مشروطة بالسلامة ، فلا تشمل صورة التلف ، ممنوعة ، بل هو خلاف المفروض . نعم لا يبعد كون السلامة من قبيل الداعي ، الذي لا يقدح تخلفه في حصول الاذن . هذا إذا كان الفساد من لوازم الفعل المأذون فيه - ولو في خصوص المورد - واقعاً ، وإن جهلت الملازمة . أما إذا لم يكن من لوازمه ، فحصل من باب الاتفاق ، فالبناء على الضمان في محله ، لأنه غير مأذون فيه لا بالاصالة ولا بالتبعية .

(٣) كما هو المعروف . ويشهد له خبر السكوني : « من تطيب أو تبيطر فليأخذ البراءة من وليه ، وإلا فهو ضامن » (١٥) . مضافاً الى عموم قاعدة : « من أتلف . . » ، والصحيح المتقدم ، ونحوه . وعن الحلبي :

وإن كان حاذقاً . وأما إذا لم يكن مباشراً بل كان آمراً ، ففي ضمانه إشكال (١) ، إلا أن يكون سبباً وكان أقوى من المباشر وأشكل منه إذا كان واصفاً للدواء ، من دون أن يكون آمراً كأن يقول : إن دواءك كذا وكذا . بل الأقوى فيه عدم للضمان وإن قال : الدواء للفلاني نافع للمرض للفلاني ، فلا ينبغي الاشكال في عدم ضمانه ، فلا وجه لما عن بعضهم من التأمل فيه . وكذا لو قال : لو كنت مريضاً بمثل هذا المرض لشربت للدواء الفلاني .

(مسألة ٦) : إذا تبرأ للطبيب من الضمان ، وقبل المريض أو وليه ، ولم يقصر في الاجتهاد والاحتياط برأ

عدم الضمان ، للاذن . وفيه : أن الاذن كان في العلاج ، لا في الافساد . (١) المحكي عن بعض : نفي الرب في الضمان ، لاطلاق الاجماع المحكي على ضمان الطبيب ، ولخبر السكوني المتقدم ، ولأنه المتلف لأنه السبب ، وهو هنا أقوى من المباشر . والجميع كما ترى ، لمنع الاجماع . والخبر ظاهر في المباشر ، بقريئة اقترانه بالبيطار ، لأقل من عدم عمومه للأمر . وقوة السبب بنحو يستند اليه التلف عرفاً غير ظاهر . وأما قاعدة الغرور فليس بناؤهم على العمل بها في أمثال المقام ظاهراً ، على أن في صدقه مع جهل الغار تأملاً ، ولا سيما مع قيام السيرة على عدم التضمين بمجرد ذلك . ولأجل ما ذكر كان عدم الضمان مختار جماعة من المحققين إذا كان واصفاً غير أمر ، منهم صاحب الجواهر ، بل وإذا كان آمراً أيضاً ، وإن كان في الجواهر مال الى الضمان ، بناء على قوة السبب بالنسبة الى المباشر في مثله ، الذي عرفت منعه ، ولا سيما وكون الأمر إرشادياً ، فهو بمنزلة الوصف .

على الأقوى (١) .

(مسألة ٧) : إذا عثر الحال فسقط ما كان على رأسه أو ظهره - مثلاً - ضمن (٢) ، لقاعدة الاتلاف .

(١) كما هو المشهور ، بل لا يعرف الخلاف فيه إلا من الحلي وبعض آخر ، لعدم جواز الاسقاط قبل الثبوت ، وحلاً للخبر المتقدم على البراءة بعد الجنائية . وفيه أن الحمل المذكور خلاف ظاهر الخبر ، فلا مجال لرفع اليد عنه بعد حجتيه واعتماد الأصحاب عليه . مع أن ما ذكر لا يتم لو كنت البراءة شرطاً في عقد الاجارة ، لأنه ليس من الاسقاط قبل الثبوت ، بل هو من شرط السقوط كما في شرط سقوط الخيار . اللهم إلا أن يقال : إنه من شرط النتيجة . لكن عرفت قريباً الكلام فيه ، وأنه لا بأس به إذا كان المقصود إنشاء النتيجة في ضمن العقد .

(٢) كما نص عليه في الجواهر ، لما ذكر ، وللصحيح : « في رجل حمل متاعاً على رأسه ، فأصاب إنساناً فإت أو انكسر منه . قال (ع) : هو ضامن » (١٥) . لكن في شموله للفرض تأمل . فالعمدة قاعدة الاتلاف : ودعوى أنه من التلف غير ظاهرة ، لاستناده اليه وإن كان عن غير قصد ، كما لو عثر فرجع على إناء غيره فكسره . ومنه يظهر ما عن كشف اللثام من عدم الضمان إلا مع التفريط ، أو كونه عارية مضمونة . نعم إذا كانت سلسلة أسباب ، بعضها اختياري وبعضها غير اختياري ، نسب الفعل إلى الفاعل المختار ، كما لو عمد إلى نائم فنخسه ، فانقلب على إناء ثالث فكسره ، نسب الكسر إلى الناخس . أما لو كانت كلها غير اختيارية نسب الفعل إلى المباشر ، كما لو انقلب النائم على نائم آخر ، فانقلب الثاني على

(١٥) الوسائل باب : ١٠ من أبواب موجبات الضمان حديث : ١ ، وباب : ٣٠ من أبواب

احكام الاجارة حديث : ١١ .

(مسألة ٨) : إذا قال للخياط مثلاً : إن كان هذا يكفيني قميصاً فاقطعه ، فلم يكف ، ضمن في وجهه (١) . ومثله لو قال : هل يكفيني قميصاً ؟ فقال : نعم . فقال : اقطعه فلم يكفه (٢) . وربما يفرق بينهما فيحكم بالضمان في الأول دون الثاني (٣) ، بدعوى عدم الاذن في الأول دون الثاني . وفيه : أن في الأول أيضاً الاذن حاصل (٤) . وربما يقال بعدم الضمان فيها ، للاذن فيها . وفيه : أنه مقيد بالكفاية ، إلا أن يقال أنه مقيد باعتقاد الكفاية ، وهو حاصل (٥) . والأولى للفرق بين الموارد والأشخاص بحسب صدق الغرور وعدمه ، أو

إناء فكسره ، نسب الفعل إلى الثاني . ولو كانت كلها اختيارية ، كما لو ضرب زيد عمراً . فغصب عمرو وكسر إناء بكر ، نسب الكسر إلى عمرو . ومن ذلك تعرف أن الاختيار ليس شرطاً في صحة النسبة ، إلا إذا كان موجوداً في سلسلة العلل : فانه يستند الفعل إلى السبب الاختياري لا غير . (١) كما في القواعد وغيرها . واختاره في الجواهر ، لعدم الاذن في القطع فيكون النقص موجباً لضمان فاعله .

(٢) كأن وجه الضمان فيه قاعدة الغرور ، وإلا فالتقص الصادر من الخياط كان باذن المالك .

(٣) كما في القواعد وغيرها . واختاره في الجواهر .

(٤) فيه منع ، لأن الاذن الحاصلة كانت مشروطة بالكفاية ، والمفروض عدمها .

(٥) بل غير مقيد وإنما هو مطلق ، وإن كان عن داعي اعتقاد الكفاية ، لكن تخلف الداعي لا يقدح في حصول الاذن ، كما في غيره .

تقييد الاذن وعدمه ، والأحوط مراعاة الاحتياط .

(مسألة ٩) : إذا آجر عبده لعمل فأفسد ، ففي كون للضمان عليه (١) ، أو على العبد يتبع به بعد عتقه (٢) ، أو في كسبه إذا كان من غير تفريط وفي ذمته يتبع به بعد للعتق إذا كان بتفريط (٣) ، أو في كسبه مطلقاً (٤) ، وجوه وأقوال .

(١) كما عن النهاية وفي الروض وغيره ، وكأنه للحسن : « قضى أمير المؤمنين (ع) في رجل ، كان له غلام استأجره منه صائغ أو غيره قال (ع) : إن كان ضيع شيئاً أو أبق منه فمواليه ضامنون » (١٥) ، بعد حمل الصحيح الآتي على المثال ، بأن يكون ذكر الكسب من باب تمثيل ما يكون مع الضمان .

(٢) كما عن الحلي وجامع المقاصد ، عملاً منهم بالقواعد ، لأن العبد هو المتلف .

(٣) هذا التفصيل منسوب إلى المسالك ، حملاً للصحيح على ذلك ، كما تقتضيه القاعدة ، لأن لإذنه في العمل المترتب عليه التلف بلا تفريط بمنزلة إسقاط حقه من كسبه ، فيجب على العبد الكسب لتفريط ذمته . بخلاف صورة التفريط فإنه لا إذن له في العمل حينئذ ، فحقه في كسب العبد بحاله ، وهو مانع عن تصرف العبد فيه ، ولا وجه لضمان المولى حينئذ لعدم كونه متلفاً . وفيه : أن مجرد الاذن في العمل لا يكفي في تسويغ تصرفه في كسب العبد ، الذي هو ماله في غير مورد الاذن ، فالعمل باطلاق النصوص متعين .

(٤) كما في القواعد تبعاً للشرائع . وتبعها جماعة ، للصحيح : « في رجل استأجر مملوكاً فيستهلك مالا كثيراً ، قال (ع) : ليس على مولاه

(١٥) الوسائل باب : ١١ من أبواب أحكام الاجارة حديث : ٢ ، وباب : ١٢ من أبواب

موجبات الضمان حديث : ١ .

أقواها : الأخير ، للنص الصحيح (١) . هذا في غير الجنائية على نفس أو طرف ، وإلا فيتعلق برقبته ، وللمولى فداؤه بأقل الأمرين من الأرش وللقيمة .

(مسألة ١٠) : إذا آجر دابة لحمل متاع ، فعثرت ، وتلف أو نقص ، لاضمان على صاحبها ، إلا إذا كان هو للسبب بنخس أو ضرب .

(مسألة ١١) : إذا استأجر سفينة أو دابة لحمل متاع فنقص أو سرق ، لم يضمن صاحبها . نعم لو اشترط عليه الضمان صح ، لعموم دليل للشرط ، وللنص (٢) .

(مسألة ١٢) : إذا حمل للدابة المستأجرة أزيد من المشترط أو المقدار المتعارف مع الاطلاق ، ضمن تلفها أو عوارها (٣) . وللظاهر ثبوت أجرة المثل لا المسمى مع عدم

شيء ، وليس لهم أن يبيعوه ، ولكنه يستسعى ، فان عجز فليس على مولاه شيء ، ولا على العبد (١٠) ، فيقيد به إطلاق الحسن السابق ، فيحمل على كون ضمان المولى في خصوص الكسب .

(١) الذي لا يعارضه الحسن ، لوجوب حمل المطلق على المقيد .

(٢) تقدم في المسألة الأولى .

(٣) إجماعاً نصاً (٢٠) وفتوى ، والمشهور أنه يضمن تمامها . وعن الارشاد : أنه يضمن نصفها ، لأن الحمل بعضه مأذون فيه وبعضه غير

(١٥) الوسائل باب : ١١ من أبواب احكام الاجارة حديث : ٣ .

(٢٥) لم نشر على نص وارد في هذا الموضوع خاصة في ضمان النصوص من كتب الحديث والفقه ، ولعل المراد به ماورد في نظائره من موارد التمدي من مقتضى الشرط أو الاطلاق ، فراجع الوسائل باب : ١٦ و ١٧ و ٣٢ من أبواب احكام الاجارة .

للتلف ، لأن للعقد لم يقع على هذا المقدار من الحمل . نعم لو لم يكن ذلك على وجه التقييد ، ثبت عليه المساءة وأجرة المثل بالنسبة إلى الزيادة (١) .

(مسألة ١٣) : إذا اكترى دابة ، فصار عليها زيادة عن المشترط ، ضمن . ولظاهر ثبوت الأجرة المساءة بالنسبة إلى المقدار المشترط ، وأجرة المثل بالنسبة إلى الزائد .

(مسألة ١٤) : يجوز لمن استأجر دابة للركوب أو الحمل أن يضربها إذا وقفت على المتعارف ، أو يكبحها باللجام أو نحو ذلك على المتعارف ، إلا مع منع المالك من ذلك (٢) ، أو كونه معها وكان المتعارف سوقه هو . ولو تعدى عن

مأذون فيه . وفيه : أن الموجب للضمان العدوان ، الحاصل بحمل ما لم يأذن به المالك .

(١) حكي في المسألة ثلاثة أقوال : الأول : ثبوت أجرة مثل المجموع . حكي عن الأردبيلي . والثاني : أجرة مثل الزائد مع المسمى . حكي عن المشهور . والثالث : ثبوت المسمى مع أجرة الزيادة بحساب المسمى . حكي عن المقنعة . والآخر غير ظاهر . والأولان محمولان على التفصيل المذكور في المتن فيرتفع الخلاف . يظهر ذلك من دليلها . نعم لازم ما اختاره في المسألة السادسة من الفصل الآتي : وجوب المسمى وأجرة المثل للمجموع . أما الأولى : فبالاجارة ، لعدم الموجب لفسادها . وأما الثانية : فلاستيفاء المنفعة غير المأذون فيها . وسيأتي هناك التعرض لذلك :

(٢) هذا إذا لم يكن قد اشترط في العقد ، ولو لأجل التعارف المنزل عليه العقد ، وإلا كان منع المالك بلا حق .

المتعارف أو مع منعه ضمن نقصها أو تلفها . أما في صورة الجواز ففي ضمانه مع عدم التعدي إشكال . بل الأقوى : لعدم ، لأنه مأذون فيه (١) .

(مسألة ١٥) : إذا استؤجر لحفظ متاع ، فسرق ، لم يضمن (٢) ، إلا مع التقصير في الحفظ ولو لغلبة النوم عليه (٣) أو مع اشتراط للضمان . وهل يستحق الأجرة مع السرقة ؟ للظاهر : لا (٤) ، لعدم حصول للعمل المستأجر عليه ، إلا أن يكون متعلق الاجارة الجلوس عنده ، وكان للغرض هو الحفظ لأن يكون هو المستأجر عليه .

(١) كما تقدم في المسألة الرابعة .

(٢) لأنه أمين ، فيدل على عدم ضمانه ما دل على عدم ضمان الأمين نعم يظهر من خبر إسماعيل الآتي الضمان . لكن لم يعرف العمل به إلا من ابن إدريس ، فلا مجال للاعتداد عليه ، ويتعين حمله على صورة شرط الضمان بمعنى شرط التدارك ، فيكون من شرط الفعل ، أو من شرط النتيجة بناء على جوازه ، وقد تقدم الكلام في ذلك في أوائل فصل : (أن العين المستأجرة أمانة) ، فراجع . وفي الجواهر : عارضه بالصحيح : « عن رجل استأجر أجيراً فأقعده على متاعه فسرق . قال (ع) : هو مؤتمن ، (١٥) لكنه في ظهوره في كونه أجيراً على الحفظ غير واضح ، وإن لم يكن بعيداً . (٣) لا يخلو من نظر ، لأن غلبة النوم ليست من التقصير . نعم ربما كان منه .

(٤) كما مال إليه في الجواهر ، معللاً له بما ذكر ، بل ينبغي أن

(مسألة ١٦) : صاحب الحمام لا يضمن للثياب (١)، إلا إذا أودع وفرط أو تعدى ، وحينئذ يشكل صحة اشتراط للضمان أيضاً ، لأنه أمين محض (٢) ، فانه إنما أخذ الأجرة على الحمام ولم يأخذ على للثياب (٣). نعم لو استؤجر مع ذلك لا يكون محلاً للاشكال .

(١) بلا خلاف ولا إشكال كما في الجواهر ، ويشهد له خبر إسحاق ابن عمار عن جعفر عن أبيه (ع) : « أن علياً (ع) كان يقول : لا ضمان على صاحب الحمام فيما ذهب من الثياب ، لأنه إنما أخذ الجعل على الحمام ، ولم يأخذ على الثياب » (١٠) ، ونحوه خبر أبي البخري (٢٠) . وفي خبر غياث بن ابراهيم : « إن أمير المؤمنين (ع) أتني بصاحب حمام وضعت عنده الثياب ففصاعت ، فلم يضمته ، وقال (ع) : إنما هو أمين » (٣٠) وظاهر الأخير أن صاحب الحمام من أفراد الأمين دائماً ، مع أنه قد لا يكون كذلك كما هو الغالب ، فان الداخل إلى الحمام يضع ثيابه في المسلخ وثنوفاً منه بعدم الدواعي إلى سرقة ثيابه ، لجهات دينية أو أخلاقية أو خارجية ، من دون إثم أو أحد معين عليها . ولذلك ذكر في المتن قسمين كما يفهم من الاستثناء .

(٢) وقد يظهر منهم في الودعي الاتفاق على عدم صحة اشتراط الضمان عايه كما تقدم ، ولولا ذلك كان الحكم كما في غيره من الأمناء ، وقد تقدم من المصنف (ره) الجواز فيه .

(٣) هذا مضمون الخبر السابق .

(١٥) الوسائل باب : ٢٨ من أبواب أحكام الاجارة حديث : ٣ .

(٢٥) الوسائل باب : ٢٨ من أبواب أحكام الاجارة حديث : ٢ .

(٣٥) الوسائل باب : ٢٨ من أبواب أحكام الاجارة حديث : ١ .

للحفظ أيضاً ، ضمن مع للتعدي أو للتفريط ، ومع اشتراط
للضمان أيضاً ، لأنه حينئذ يأخذ الأجرة على الثياب أيضاً ،
فلا يكون أميناً محضاً (١) .

فصل

يكفي في صحة الاجارة كون المؤجر مالكا للمنفعة ،
أو وكيلًا عن المالك لها ، أو ولياً عليه ، وإن كانت العين للغير
كما إذا كانت مملوكة بالوصية أو بالصلح أو بالاجارة ، فيجوز
للمستأجر أن يؤجرها من المؤجر أو من غيره ، لكن في جواز
تسليمه العين إلى المستأجر الثاني بدون إذن المؤجر إشكال (٢)

(١) إذ المراد من الأمين المحض : المأذون في الاستيلاء على العين
بقصد الحفظ . وفي المقام يكون الاذن في الاستيلاء على العين بقصد الأجرة
في مقابل الحفظ .

(٢) عن النهاية والسرائر والقواعد وغيرها : المنع ، لأنها أمانة لم
يأذن له المالك في تسليمها إلى غيره . وفيه : أن الائتمان للأول إنما كان
من مقتضيات عقد الاجارة ، لأن استيفاء المنفعة يتوقف عليه ، فإذا كان
مقتضى عقد الاجارة تملك المنفعة مطلقاً ، من دون شرط الاستيفاء مباشرة
من المستأجر ، اقتضى أيضاً إئتمانه كذلك ، فله أن يستأمن غيره على
العين كما استأمنه المؤجر عليها ، فيكون المستأجر الثاني مستوفياً للمنفعة
وأميناً على العين كالمستأجر الأول . وهكذا الحال في المستأجر الثالث .
ومنه يظهر : أنه لو لم يكن عقد الاجارة مقتضياً للائتمان المذكور - كالمستأجر

فلو استأجر دابة للركوب أو لحمل المتاع مدة معينة ، فأجرها

لموضع معين من سفينة أو سيارة - لم يكن له حق في تسليم العين ، ولا حق تسليمها من المستأجر منه . هذا مضافاً إلى ظاهر النصوص الواردة في اجارة الأرض وغيرها بمساوي الأجرة أو بالأقل (١٥) ، حيث صرحت بالجواز من دون تعرض فيها لشبهة عدم جواز التسليم . وحملها على صورة عدم الحاجة في استيفاء المنفعة إلى تسليم العين ، كما ترى ، فإنه كالمقطوع بخلافه في جميعها . ونحوها صحيح ابن جعفر (ع) : « في رجل استأجر دابة فأعطاهما غيره فنفتقت ، فما عليه ؟ قال (ع) : « إن كان اشترط أن لا يركبها غيره فهو ضامن لها ، وإن لم يسم فليس عليه شيء » (٢٥) . وما في الجواهر من حمله على كون الدفع إلى الغير كان على نحو تكون أمانة عند الدافع ، لكونها في يده وإن كان الغير راكباً لها ، بعيد . ولأجل ما ذكرنا ذهب المشهور إلى الجواز كما حكى .

وعن ابن الجنيد : التفصيل ، فيجوز تسليمها إلى أمين دون غيره . وكان وجهه : أن المستأجر الأول مؤتمن على العين بلا شرط المباشرة ، فله أن يأتمن غيره عليها . ولا بأس به . وقد يشهد له مصحح الصفار : « في رجل دفع ثوباً إلى القصار ليقصره ، فدفعه القصار إلى قصار غيره ليقصره فضاع الثوب هل يجب على القصار أن يرده إذا دفعه إلى غيره ، وإن كان القصار مأموناً ؟ . فوقع (ع) : « هو ضامن له إلا أن يكون ثقة مأموناً إن شاء الله » (٣٥) . ونحوه مكاتبة محمد بن علي بن محبوب (٤٥) ، بناء على أن

(١٥) الوسائل باب : ٢٠ ، ٢١ ، ٢٢ من أبواب احكام الاجارة وسياقي التعرض لها في المسألة الأخيرة .

(٢٥) الوسائل باب : ١٦ من أبواب احكام الاجارة حديث : ١ .

(٣٥) الوسائل باب : ٢٩ من أبواب احكام الاجارة حديث : ١٨ .

(٤٥) الوسائل باب : ٢٩ من أبواب احكام الاجارة ملحق حديث : ١٨ .

في تلك المدة أو في بعضها من آخر يجوز ، ولكن لا يسلمها إليه ، بل يكون هو معها ، وإن ركبها ذلك الآخر أو حملها متاعه ، فجواز الاجارة لا يلزم تسليم العين بيده (١) ، فان سلمها بدون إذن المالك ضمن . هذا إذا كانت الاجارة الأولى مطلقة . وأما إذا كانت مقيدة ، كأن استأجر للدابة لركوبه نفسه ، فلا يجوز إيجارتها من آخر (٢) . كما أنه إذا اشترط المؤجر عدم إيجارتها من غيره ، أو اشترط استيفاء المنفعة بنفسه لنفسه ، كذلك أيضاً أي : لا يجوز إيجارتها من الغير . نعم لو اشترط استيفاء المنفعة بنفسه ، ولم يشترط كونها لنفسه جاز أيضاً إيجارتها من الغير ، بشرط أن يكون هو المباشر للاستيفاء لذلك للغير . ثم لو خالف وأجر في هذه للصور : ففي الصورة الأولى - وهي ما إذا استأجر للدابة لركوبه نفسه - بطلت ، لعدم كونه مالكا إلا ركوبه نفسه ، فيكون المستأجر للثاني ضامناً لاجرة المثل للمالك إن استوفى المنفعة (٣) ، وفي

المراد بالقصار المأمون هو القصار الثاني ، بقريئة مناسبة الحكم والموضوع .

نعم مورده عين المستأجر ، لا عين المؤجر .

(١) لكن في هذه الصورة لا يجب على المؤجر تسليم العين أيضاً ،

إذ ليس حينئذ من لوازم الاجارة الأولى التسليم . والكلام لا بد أن يكون

في غير هذه الصورة كما أشرنا إليه .

(٢) يأتي وجهه .

(٣) قد يشكل : بأنه إذا ملك المستأجر منفعة ركوب نفسه ، امتنع

أن تكون منفعة ركوب غيره مملوكة للمالك ، بناء على امتناع ملك المنفعتين

للصورة الثانية والثالثة في بطلان الاجارة وعدمه وجهان ،
مبنيان على أن للتصرف المخالف للشرط باطل لكونه مفوتاً
لحق للشرط (١) ، أولاً ، بل حرام وموجب للخيار . وكذا

المتضادتين للمالك واحد أو المالكين ، لامتناع القدرة على المتضادتين في عرض
واحد . وعليه يكون للمالك المسمى على المستأجر ، عملاً بالاجارة الصحيحة
فيكون للمالك الأمران : المسمى على المستأجر ، وأجرة المثل على المستوفي
الثاني . وعلى القول الآخر ليس له إلا الأول . وسيجيء الكلام في ذلك
ثم إنه بناء على ما ذكره المصنف ، إذا دفع المستوفي أجرة المثل إلى المالك
فإن كان مغروراً من قبل المستأجر الأول ، فهل يرجع إليه أولاً؟ وجهان
مذكوران في مبحث قاعدة الغرور .

(١) فإن الظاهر من شرط فعل : جعل حق للمشروط له على
المشروط عليه ، كما أشرنا إلى ذلك ، ولأجله قلنا بامتناع شرط النتيجة ،
فقاعدة السلطنة في الحق مانعة من نفوذ التصرف المنافي له ، فيبطل ،
لعدم صدوره من السلطان . ودعوى : أن مفساد الشرط مجرد الالتزام
بالمضمون ، خلاف الظاهر . ولأجل ذلك جاز للمشروط له المطالبة ،
وجاز له الاسقاط ، كما أشرنا إلى ذلك سابقاً . فراجع . نعم يختص ذلك
بالشرط الاصطلاحي ، وهو الفعل الأجنبي عن موضوع العقد ، مثل :
شرط أن لا يؤجرها . ولا يجري في شرط الاستيفاء ، لأنه من قبيل القيد
الذي يكون تخلفه موجباً للخيار إذا كان على نحو تعدد المطلوب . لكن
في المقام لما كان القيد مانعاً عن عموم الاذن ، لاستيفاء غير المستأجر للمنفعة
يكون حراماً ، فلا تصح الاجارة عليه ، فالبطلان يكون من جهة حرمة
المنفعة ، لا لنفي السلطنة على الاجارة . وعلى هذا لو آجرها المستأجر فاستوفى
المستأجر الثاني المنفعة ، يثبت الخيار في الصورة الثالثة ، ولا يثبت في
الصورة الثانية :

في الصورة الرابعة (١) إذا لم يستوف هو ، بل سلمها إلى ذلك للغير .

(مسألة ١) : يجوز للمستأجر مع عدم اشتراط المباشرة وما بمعناها أن يؤجر للعين المستأجرة بأقل مما استأجر ، وبالمساوي له مطلقاً (٢) أي شيء كانت ، بل بأكثر منه ايضاً إذا أحلت فيها حدثاً (٣) ، أو كانت الأجرة من غير جنس الأجرة للسابقة (٤) ، بل مع عدم الشرطين أيضاً فيما عدا البيت والدار والدكان والأجير (٥) .

(١) في هذه الصورة يجري حكم الصورة الثالثة الذي ذكرناه في الحاشية السابقة ، من ثبوت الخيار إذا كان الثالث قد استوفى المنفعة بنفسه ولو أجرها الثاني على الثالث بشرط استيفائه - يعني : الثالث - بنفسه بطل الشرط ، وفي بطلان الاجارة الخلاف المعروف في أن بطلان الشرط يقتضي بطلان العقد أولاً . والتحقق هو الثاني .

(٢) بلا خلاف ظاهر ، ولا إشكال ، لاختصاص أدلة المنع بغيره والنصوص الخاصة والعامة تقتضي الصحة . وعن مجمع البرهان : أنه لا خلاف فيه وفي المساوي .

(٣) بلا إشكال أيضاً ، لاتفاق النص والفتوى عليه . وعن جماعة : دعوى الاجماع على الجواز فيه .

(٤) كما عن جماعة كثيرة التصريح به ، لأن الظاهر من الأكثر : الأكثر في الجنس ، لا الأكثر في القيمة والمالية ، لا أقل من عدم الظهور في العموم بنحو يقيد به اطلاق دليل الصحة .

(٥) كما نسب الى جماعة ، لعمومات الصحة ، واختصاص نصوص المنع

وأما فيها : فاشكال (١) ، فلا يترك الاحتياط بترك إيجارها

بالمذكورات ، فالتعدي إلى غيرها من الأعيان المستأجرة - كما نسب إلى السيدين والشيخين والصدوق وغيرهم - في غير محله ، ولا سيما مع تصريح النصوص بالفرق ، مثل خبر أبي الربيع : « إن الأرض ليست مثل الأجير ولا مثل البيت ، إن فضل الأجير والبيت حرام » (١٠) ونحوه غيره .

(١) بل المنع مذهب جماعة ، لحسنة أبي الربيع عن أبي عبد الله (ع) : « سألت عن الرجل يتقبل الأرض من الدهاقين ، ثم يؤجرها بأكثر مما يتقبلها ، ويقوم فيها بحظ للسلطان ، فقال (ع) لا بأس به ، إن الأرض ليست مثل الأجير ولا مثل البيت ، إن فضل الأجير والبيت حرام » (٢٠) وفي حسنة أبي المعز : قال (ع) - في الجواب عن السؤال المذكور - : « لا بأس إن هذا ليس كالحانوت ولا الأجير ، إن فضل الحانوت والأجير حرام » (٣٠) . وبمضمون الأول خبر إبراهيم بن ميمون (٤٠) ، ومصحح الحلبي عن أبي عبد الله (ع) : « لو أن رجلاً استأجر داراً بعشرة دراهم ، فسكن ثلثيها وآجر ثلثها بعشرة دراهم ، لم يكن به بأس ، ولا يؤجرها بأكثر مما استأجرها به ، إلا أن يحدث فيها شيئاً » (٥٠) وذهب جماعة إلى الجواز فيها ، وعن التذكرة والمختلف وجامع المقاصد وغيرها : الاستدلال عليه بحسنة أبي المعز المتقدمة . لكن دلالتها غير ظاهرة ، بل عرفت دلالتها على المنع . وكأن وجه إشكال المصنف : ما ورد في جواز ذلك في الأرض ، بناء على التعدي من مورده . لكنه ضعيف .

(١٠)، (٢٠) الوسائل باب : ٢٠ من أبواب أحكام الاجارة حديث : ٢ .

(٣٠) الوسائل باب : ٢٠ من أبواب أحكام الاجارة حديث : ٤ .

(٤٠) الوسائل باب : ٢٠ من أبواب أحكام الاجارة حديث : ٥٠ .

(٥٠) الوسائل باب : ٢٢ من أبواب أحكام الاجارة حديث : ٣ .

بالأكثر . بل الأحوط إلحاق للرحى (١) وللسفينة (٢) بها أيضاً في ذلك . والاقوى جواز ذلك مع عدم للشرطين في الأرض على كراهة (٣) ،

(١) كما عن بعض ، للخبر : « لاني لأكره أن استأجر رحى وحدها ثم أؤجرها بأكثر مما استأجرتها به ، إلا أن أحدث فيها حدثاً ، أو أغرم فيها غرماً » (١٥) ودلالته قاصرة ، وإن كان مسنده غير قاصر .
(٢) واستدل على المنع فيها بالخبر أيضاً : « لا بأس أن يستأجر الرجل الدار والأرض والسفينة ، ثم يؤجرها بأكثر مما استأجرها به إذا أصلح فيها شيئاً » (٢٥) . لكن ذكر الأرض في سياق التي لا منع فيها - كما سيأتي - قرينة على إرادة ما هو أعم من الحرمه والكراهة من البأس المفهوم . لكن الاشكال المذكور مبني على القول بالجواز في الأرض ، وسيأتي .
(٣) لتصريح النصوص فيها بالجواز ، كما عرفت بعضها ، فيحمل مظاهره المنع على الكراهة كما هو مذهب جماعة . لكن الروايات الدالة على الجواز مطلقة ، وهي روايتا أبي المعز وإبراهيم بن ميمون ، ويقيدها خبر الحلبي « قلت لأبي عبد الله (ع) : أتقبل الأرض بالثلث أو الربع فأقبلها بالنصف ، قال (ع) لا بأس : به . قلت : فاتقبلها بألف درهم وأقبلها بالفين ، قال (ع) : لا يجوز . قلت : لم ؟ قال : لأن هذا مضمون وذلك غير مضمون » (٣٥) ونحوه مصحح إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله (ع) (٤٥) ، ومصححه عن أبي بصير عن أبي عبد الله (ع) (٥٥) . لكن ذكر فيه

- (١٥) الوسائل باب : ٢٥ من أبواب أحكام الاجارة حديث : ١ .
(٢٥) الوسائل باب : ٢٢ من أبواب أحكام الاجارة حديث : ٢ .
(٣٥) الوسائل باب : ٢١ من أبواب أحكام الاجارة حديث : ١ .
(٤٥) الوسائل باب : ٢١ من أبواب أحكام الاجارة حديث : ٢ .
(٥٥) الوسائل باب : ٢١ من أبواب أحكام الاجارة حديث : ٦ .

وإن كان الاحوط للترك فيها أيضاً (١) . بسل الاحوط للترك في مطلق الاعيان إلا مع إحداث حدث فيها (٢) . هذا وكذا لا يجوز أن يؤجر بعض أحد الاربعة المذكورة بأزيد من الاجرة (٣) ، كما إذا استأجر داراً بعشرة دنانير وسكن بعضها وآجر للبعض الآخر بأزيد من العشرة ، فإنه لا يجوز بسلون

أن الذهب والفضة مصمتان ، ولعله من غلط النساخ . ويحتمل أن يكون المراد أن الذهب والفضة لا يزيدان ولا ينقصان .

وكيف كان ، فهذه الروايات مانعة عن الأجرة الزائدة إذا كانت مضمونة في الذمة ، أو أنها لا تقبل الزيادة والنقص ، فتحمل المطلقات عليها وتقيدها بها ، وليس لهذه المقيدات معارض كي تسقط عن الحجية . وأما ما في رواية إسماعيل بن الفضل (١٥) : من المنع من الاجارة بالأكثر مع اختلاف الجنس إلا إذا غرم شيئاً أو أحدث حدثاً ، فالظاهر أنه مما لا عامل به على ظاهره ، ولعله محمول على الكراهة .

(١) بل المنع مذهب بعض ، ويشهد له رواية أبي بصير عن أبي عبد الله (ع) : « قال : إذا تقبلت أرضاً بذهب أو فضة ، فلا تقبلها بأكثر مما تقبلتها به ، لأن الذهب والفضة مصمتان » (٢٥) .

(٢) كما عن جماعة كثيرة ، منهم السيدان والشيخان ، ودليلهم غير ظاهر إلا التعدي عن مورد النصوص إلى غيره . وهو كما ترى .

(٣) كما صرح به في الشرايع وغيرها ، لخبر أبي الربيع المروي عن الفقيه : « لو أن رجلاً استأجر داراً بعشرة دراهم فسكن ثلثيها وآجر

(١٥) الوسائل باب : ٢١ من أبواب أحكام الاجارة حديث : ٣ .

(٢٥) الوسائل باب : ٢١ من أبواب أحكام الاجارة حديث : ٦ .

إحداث حدث . وأما لو آجر بأقل من للعشرة فلا اشكال .
والاقوى الجواز بالعشرة أيضاً (١) وإن كان الاحوط تركه .
(مسألة ٢) : إذا تقبل عملاً من غير اشتراط المباشرة
ولاً مع الانصراف اليها ، يجوز أن يوكله الى عبده أو ممانعه
لو أجنبي ، ولكن الاحوط عدم تسليم متعلق للعمل كالثوب
وتحويه الى غيره من دون إذن المالك ، وإلا ضمن (٢) . وجواز
الايكال لا يستلزم جواز للدفع كما مر نظيره في العين المستأجرة

ثلثها بعشرة دراهم ، لم يكن به بأس ، ولكن لا يؤجرها بأكثر مما استأجرها
به ، (١٥) ونحوه مصحح الحلبي المتقدم (٢٥) ، بناء على أن الضمير
في الجملة الأخيرة راجع الى الدار باعتبار ثلثها ، وإلا فلو كان المراد منه
الدار نفسها لم يكن مما نحن فيه . اللهم إلا أن يستفاد من مفهوم الشرط في
الصدر ، أو من الأولوية .

(١) للخبر المتقدم ، وبه يضعف ما عن الشيخ من المنع حينئذ ، كما
قد يشعر به بعض النصوص .

(٢) كما في الشرايع وغيرها ، بل قيل : لم يعثر على مصرح بعدم
الضمان عدا المختلف والمسالك ، حيث ذكرنا . أن عدم الضمان أولى . والذي
ينبغي أن يكون الكلام هنا هو الكلام في العين المستأجرة . ودعوى :
الفرق بينها بأن العين المستأجرة يكون الحق للمستأجر في قبضها ، وهنا
لاحق للأجير في قبضها ، إذ لا ريب في أنه لا يجب على المستأجر استئجار
الأجير . مندفة : بأنه ليس يفارق في المقام ، لأن إطلاق الاجارة إذا
اقتضى جواز عمل الأجير الثاني ، فعلم الاذن له في القبض كعدم الاذن
لأجير الأول فيه يقتضي استقرار الاجرة ، فلا فرق بين الأجير الثاني

(١٥) الوسائل باب : ٢٠ من أبواب أحكام الاجارة حديث : ٣ .

(٢٥) راجع اول المسألة .

فيعجز له استئجار غيره لذلك للعمل بمساوي الاجرة التي قررهما في إجارته أو أكثر . وفي جواز استئجار للغير بأقل من الاجرة إشكال ، إلا أن يحدث حدثاً أو يأتي ببعض ، فلو آجر نفسه لخياطة ثوب بدرهم يشكّل استئجار غيره لها بأقل منه ، إلا أن يفصله أو يخيط شيئاً منه ولو قليلاً ، بل يكفي أن يشتري الخيط أو الابرة في جواز الاقل (١) . وكذا لو آجر نفسه لعمل صلاة سنة أو صوم شهر بعشرة دراهم مثلاً في صورة عدم اعتبار المباشرة ، يشكّل استئجار غيره بتسعة مثلاً ، إلا أن يأتي بصلاة واحدة أو صوم يوم واحد مثلاً .

والأول في لزوم الاجرة بمنع قبضه ، كما لا فرق بينها في عدم وجوب التسليم اليه ، وفي عدم الحق في الايمان له . وإن شئت قلت : الاجارة على العمل المطلق الشامل لعمل الأجير الثاني ، تتوقف على الاذن المطلقة الشاملة لتصرف الأجير الثاني .

(١) فيه اشكال ، لعدم شمول العمل فيه لمثله . نعم في رواية مجمع : « أقطعها وأشتري لها الخيوط » قال (ع) : « لا بأس » (١٥) . لكنه غير ظاهر في الاكتفاء بالخيوط . والشراء وإن كان عملاً إلا أنه ليس عملاً فيه . وظاهر النصوص اعتبار ذلك ، ففي صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما (ع) : « أنه سئل عن الرجل يتقبل العمل فلا يعمل فيه ، ويدفعه إلى آخر فيربح فيه ، قال (ع) : لا ، إلا أن يكون قد عمل فيه شيئاً » (٢٥) . ونحوه غيره . وما في بعض الحواشي من تفسير عبارة المتن : بأن المراد

(١٥) الوسائل باب : ٢٣ من أبواب احكام الاجارة حديث : ٦ .

(٢٥) الوسائل باب : ٢٣ من أبواب احكام الاجارة حديث : ١ .

(مسألة ٣) : إذا استؤجر لعمل في ذمته لا بشرط المباشرة يجوز تبرع للغير عنه (١) ، وتفرغ ذمته بذلك ، ويستحق الاجرة المسماة . نعم لو أتى بذلك للعمل المعين غيره لا بقصد للتبرع عنه ، لا يستحق الاجرة المسماة (٢) ، وتنفسخ الاجارة حينئذ ، لفوات المحل ، نظير ما مر سابقا من الاجارة على قلع السن فزال ألمه ، أو لخياطة ثوب فسرق أو حرق .

(مسألة ٤) : الاجير الخاص - وهو من أجر نفسه على وجه يكون جميع منافعه للمستأجر في مدة معينة ، أو على وجه تكون منفعته الخاصة كالخياطة مثلا له (٣) ، أو أجر نفسه لعمل مباشرة مدة معينة أو كان اعتبار المباشرة أو كونها في تلك المدة أو كليهما على وجه للشرطية لا للقيدية - (٤)

منها دفع ما اشترى من الأبر والخياط ، لا يجدى في تحقيق العمل المعبر ، مع أنه مراد المصنف (ره) قطعا . نعم يصدق بذلك الغرم . لكنه غير كاف .

(١) الظاهر أنه لا إشكال في جواز التبرع في مثل ذلك مما كان في الذمة ، عينا كان أو عملا مملوكا لغيره عليه ، ويقتضيه بناء العقلاء عليه ، كباب النيابة . فانه نوع منها .

(٢) لعدم انطباق ما في الذمة عليه إلا بالقصد . وكذا الحكم في الدين ، فان المدينون اذا أعطى الدائن ما يساوي الدين لا يكون وفاء الا مع قصد الوفاء .

(٣) من دون إشغال ذمته بشيء ، نظير إجارة الدابة بلحاظ منفعتها الخاصة ، فانه لا اشتغال في ذلك لذمة الدابة ولا لذمة المؤجر . وبذلك افرق الثالث عنه ، فان فيه إشغال ذمته بلا تملك لمنفعته الخاصة أصلا .

(٤) كما في الثالث .

لا يجوز له أن يعمل في تلك المدة لنفسه أو لغيره بالاجارة أو الجعالة أو للتبرع ، عملاً ينافي حق المستأجر ، الا مع إذنه (١) ومثل تعيين المدة تعيين أول زمان للعمل ، بحيث لا يتوانى فيه الى الفراغ . نعم لا بأس بغير المنافي ، كما إذا عمل للبناء لنفسه أو لغيره في الليل (٢) ، فانه لا مانع منه إذا لم يكن موجبا لضعفه في النهار . ومثل إجراء عقد أو إيقاع أو تعليم أو تعلم في أثناء الخياطة ونحوها ، لانصراف المنافع عن مثلها (٣) . هذا ولو خالف وأتى بعمل مناف لحق المستأجر ، فان كانت الاجارة على الوجه الاول بأن يكون جميع منفعه للمستأجر ، وعمل لنفسه في تمام المدة أو بعضها ، فللمستأجر أن يفسخ ويسترجع تمام الاجارة المسماة (٤)

(١) بلا خلاف فيه . بل لعله مجمع عليه كما في الجواهر . وقد يشير اليه خبر اسحاق : « سألت أبا ابراهيم (ع) عن الرجل يستأجر الرجل بأمر معلوم ، فيبعثه في ضيعته ، فيعطيه رجل آخر دراهم ويقول : اشتر بها كذا وكذا ، فما ربحت بيني وبينك . فقال (ع) : إذا أذن له الذي استأجره فليس به بأس » (١٥) وإن كان في القواعد العامة كفاية ، لأنه تصرف في حق الغير ، وهو حرام .

(٢) كما صرح به في الجواهر ، وكذا ما بعده ، لعدم كونه تصرفاً في حق الغير .

(٣) يعني : لو كانت الاجارة على النحو الأول . وعن المسالك : احتمال المنع . وعن الروضة : فيه وجهان . لكنه ضعيف .

(٤) لعدم التسليم الذي عليه مبنى المعاوضة .

أو بعضها (١) أو يبقيةها ويطالب عوض للفائت من المنفعة بعضاً أو كلاً . وكذا إن عمل للغير تبرعاً . ولا يجوز له على فرض عدم الفسخ مطالبة للغير المتبرع له بالعوض (٢) ، سواء كان جاهلاً بالحال أم عالماً ، لأن المؤجر هو الذي أ تلف المنفعة عليه دون ذلك للغير وإن كان ذلك للغير أمراً له بالعمل ، إلا إذا فرض على وجه يتحقق معه صدق للغرور (٣) ، والا

(١) إذا كان عمله في بعض المدة ، لكن تقدم : أن القاعدة تقضي عدم التبعض في الفسخ ، فلو فسخ كان له المسمى وعليه عوض البعض المستوفى .

(٢) وفي المسالك : أنه يتخير بين مطالبة من شاء منها ، لتحقيق العدوان . وهذا التعليل - مع اختصاصه بصورة علم الغير - غير ظاهر ، إذ الغير ليس متصرفاً في المنفعة المملوكة لغيره كي يكون عادياً . ومن هنا علله بعضهم بأن الغير مستوف للمنفعة فعليه ضمانها . بل قد يظهر من بعض اختصاصه بالرجوع إليه . وفي الجواهر : لوجه للرجوع إليه مع الجهل ، إذ لا يزيد على من عمل له العبد بدون إذن مولاه ومن دون إذنه واستدعائه . وفيه : أن الحكم في العبد لو تم كان لدليله الخاص به . فالعمدة : أن الضمان إما أن يكون بالاتلاف أو باليد ، وكلاهما غير حاصل بالنسبة إلى المتبرع له ، فإنه ليس متلفاً لمنفعة المستأجر ، ولا هي تحت يده ، لأن المنافع إنما تكون تحت اليد ببيع العين ذات المنفعة ، والأجير ليس تحت يد الغير المتبرع له . وأما الضمان بالاستيفاء فلا مجال له ، لأنه يتوقف على الأمر ، والمفروض عدمه .

(٣) مجرد الأمر لا يوجب غرور الأجير مع تقدم الاجارة منه لنفسه ، ففرضه غير ظاهر . ولو سلم فصدق الغرور إنما يصحح رجوع الأجير

فالمفروض أن المباشر للاتلاف هو المؤجر . وإن كان عمل للغير بعنوان الاجارة أو الجمالة فللمستأجر أن يجيز ذلك (١) ويكون له الأجرة المسماة في تلك الاجارة أو الجمالة (٢) ، كما أن له للفسخ وللرجوع إلى الاجرة المسماة ، وله الابقاء ومطالبة عوض المقدار الذي فات (٣) ، فيتخير بين الأمور الثلاثة .

وهو المفرور إلى الغار ، ولا يصحح رجوع المستأجر عليه ، لعدم كونه مفروراً . وكان الأولى استثناء صورة كون الأمر موجباً لنسبة الاتلاف إلى الأمر ، وإن كان التحقيق جواز الرجوع إلى الأمر ، لتحقيق الاستيفاء .

(١) لأنها معاملة وقعت على ماله من غير السلطان ، فتكون كسائر موارد الفصولي محتاجة إلى الاجازة من السلطان . وإذا كانت الاجارة على مافي النمة فهي وإن لم تكن على مال الغير ، لكنها على ما ينافي حق الغير ، فلا بد من إجازته حينئذ . وكذا لو كان الواقع جمالة .

(٢) هذا إذا كانت الاجارة الثانية واقعة على ما وقعت عليه الاجارة الأولى . أما مع الاختلاف - كما لو وقعت الاجارة الثانية على مافي النمة - ففي استحقاق المميز المسمى المذكور إشكال ، لعدم كونه عوضاً عن ماله ، لكون المفروض كون الاجارة الأولى على المنفعة الخاصة ، والثانية على مافي النمة بلا تعلق لها بالخارج . نعم في الجمالة لا يكون العمل في النمة موضوعاً ، بل العمل الخارجي المتحد مع موضوع الاجارة السابقة ، فتكون الاجازة كافية في تملك الجمل . ولا فرق بين أن تكون الجمالة شخصية كما لو تعلق بعمل شخص ذلك الأجير ، أو كلية كما إذا قال : من رد عبدي فله كذا ، فإن الثانية منحلة إلى جمالات متعددة بتعدد الأشخاص : (٣) يعني : مطالبة الأجير لما عرفت . وفي المسالك وعن القواعد :

وان كانت الاجارة على الوجه الثاني - وهو كون منفعة الخاصة للمستأجر - فحاله كالوجه الأول ، الا إذا كان للعمل للغير على وجه الاجارة أو الجعالة ، ولم يكن من نوع للعمل المستأجر عليه ، كأن تكون الاجارة واقعة على منفعة الخياطي فأجر نفسه للغير للكتابة ، أو عمل للكتابة بعنوان الجعالة ، فانه ليس للمستأجر إجازة ذلك ، لأن المفروض أنه مالك لمنفعة الخياطي ، فليس له إجازة للعقد للواقع - على للكتابة (١) ،

أنه يتخير بين مطالبة الأجير والمستأجر ، أما الأول : فلأنه المباشر للاتلاف ، وأما الثاني : فلأنه المستوفي . وهو في محله لأن كلا منها سبب في الضمان ، فيعمل بمقتضاه .

(١) إذا فرضنا أن الاجارة الثانية منافية للاجارة الأولى ، وجب البناء على توقف صحتها على إجازة المستأجر الأول . ولا تتوقف صحة الاجازة على كون موضوع العقد محجاز ملكاً للمعجز ، فانه تصح اجازة المرتهن لبيع الرهن وإن لم يكن ملكاً له ، وتجاوز إجازة ولي الزكاة لبيع العين الزكوية وإن قلنا بأن الزكاة حق في العين لاجزاء مشاع فيها ، فصحة الاجازة من المعجز لا تتوقف على كونه مالكا لموضوع الاجازة . نعم انتقال العوض اليه يتوقف على كونه مالكا للمعوض . وعلى هذا : فاذا أجاز المستأجر الأول الاجارة الثانية وأطلق الاجازة صحت الاجارة ، ووجب على الأجير العمل بمقتضاها ، وليس للمستأجر الأول شيء ، وعليه الأجرة المسماة ، وليس له الفسخ . نعم لو لم يجز وعمل الأجير بمقتضى الاجارة الثانية ، كان المستأجر الأول مخيراً بين الفسخ والامضاء ، كما ذكر في المتن .

فيكون مخيراً بين الأمرين من للفسخ واسترجاع الأجرة المسماة والابقاء ومطالبة عوض للفائت (١) .

وإن كانت على الوجه للثالث فكالثاني ، إلا أنه لا فرق فيه في عدم صحة الاجازة بين ما إذا كانت الاجارة أو الجعالة واقعة على نوع للعمل المستأجر عليه ، أو على غيره (٢) ، إذ ليست منفعة الخياطة - مثلاً - مملوكة للمستأجر حتى يمكنه إجازة للعقد للواقع عليها (٣) ، بل يملك عمل الخياطة في ذمة المؤجر . وإن كانت على الوجه للرابع - وهو كون اعتبار المباشرة أو المدة المعينة على وجه الشرطية لا للقيدية - ففيه وجهان : يمكن أن يقال : بصحة العمل للغير بعنوان الاجارة

ثم إنه بناء على ما عرفت من امتناع ملك المنفعتين المتضادتين ، إذا وقعت الاجارة الثانية على المنفعة المضادة لما وقعت عليه الاجارة الأولى ، يشكل القول بصحتها حتى مع إجازة المستأجر الأول ، لأنها ليست مملوكة للأجير ، فلا يمكن أن يملك عوضها .

(١) يعني : مطالبة الأجير على ما عرفت .

(٢) أما إذا وقعت على غيره فلأنه ليس مماو كاً ، بل هو مناف

للمملوك له ، وأما إذا كانت واقعة على نوعه ، فلما ذكر في المتن .

(٣) قد عرفت أن صحة الاجازة لا تتوقف على كون موضوع العقد

المجاز ملكاً للمجيز ، بل يكفي كون مقتضى العقد منافياً لحقه . وعليه لا مانع من صحة الاجازة ، فيصح العقد معها ، وإذا عمل بمقتضاه لا يكون للمجيز الخيار ، ويلزمه دفع الأجرة التي استحقها عليه الأجير بالاجارة الأولى . (وبالجملة) : إذا وقعت الاجارة الثانية على ضد العمل المستأجر

أو الجعالة ، من غير حاجة إلى الاجازة ، وإن لم يكن جائزاً من حيث كونه مخالفة للشرط للواجب للعمل ، غاية ما يكون أن للمستأجر خيار تخلف للشرط . ويمكن أن يقال : بالحاجة إلى الاجازة ، لأن الاجارة أو الجعالة منافية لحق للشرط (١) فتكون باطلة بدون الاجازة (٢) .

عليه ، فهي غير واقعة على ملك المستأجر الأول ، لكنها منافية لحقه فلا تصح إلا باذنه . وكذا إذا وقعت على مثله الخارجي ، فانه مضاد لما في الذمة تضاد المثلين ، فلا تصح أيضاً إلا باذنه . وكذا إذا وقعت على مثله الذمي . أما إذا وقعت على نفسه ، فقد وقعت على مال المستأجر نفسه ، فلا مجال للشبهة المذكورة .

ومن هنا يظهر : أن الصور المتصورة في الاجارة الثانية خمس هي :
الاجارة على مثل العمل المستأجر عليه أولاً مع كونه ذمياً ، وعلى مثله الخارجي ، وعلى ضده الذمي ، وعلى ضده الخارجي . والجميع مورد للاجازة ، بناء على ما ذكرنا من صحة الاجازة اذا كان العمل على العقد الثاني منافياً لحق المستأجر . الصورة الخامسة : أن تكون الاجارة الثانية واقعة على نفس العمل الذمي الذي يملكه المستأجر ، فلا مجال للاشكال الذي ذكره في المتن ، وتصح الاجازة فيه ، وإذا أجاز ملك الأجرة الثانية وعليه الأجرة الأولى للأجير ، بخلاف الصور الأربع ، فان الاجازة فيها لا تستوجب رجوع الأجرة الثانية اليه ، وعليه الأجرة الأولى للأجير .

(١) قد عرفت سابقاً : أن حق الشرط موجب لقصور ساطنة الأجير عما ينافيه ، فلو وقع المنافي كان صادراً من غير السلطان ، فيتعين القول بالبطلان بدون الاجازة .

(٢) وعليه يرجع الأجير على المعمول له بأجرة المثل ، لقاعدة : « ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده » . وكذا في الوجه الثالث إذا كانت

(مسألة ٥) : إذا آجر نفسه لعمل من غير اعتبار المباشرة ولو مع تعيين المدة ، أو من غير تعيين المدة ولو مع اعتبار المباشرة ، جاز عمله للغير ولو على وجه الاجارة قبل الاتيان بالمستأجر عليه ، لعدم منافاته له من حيث إمكان تحصيله لا بالمباشرة أو بعد العمل للغير ، لأن المفروض عدم تعيين المباشرة أو عدم تعيين المدة . ودعوى : أن إطلاق العقد من حيث الزمان يقتضي وجوب للتعجيل ، ممنوعة (١) . مع أن لنا أن نفرض الكلام فيما لو كانت قرينة على عدم إرادة التعجيل .

(مسألة ٦) : لو استأجر دابة لحمل متاع معين شخصي أو كلي على وجه للتقييد ، فحملها غير ذلك المتاع ، أو استعملها في الركوب ، لزمه الأجرة المسماة وأجرة المثل لحمل المتاع الآخر أو للركوب . وكذا لو استأجر عبداً للخياطة فاستعمله في الكتابة . بل وكذا لو استأجر حراً لعمل معين ، في زمان معين ، وحمله على غير ذلك للعمل ، مع تعمله ، وغفلة ذلك الحر واعتقاده أنه للعمل المستأجر عليه (٢) . ودعوى : أن ليس للدابة في زمان

الاجارة واقعة على غير نوع العمل الذي ملكه عليه المستأجر الأول ، كما صرح بذلك في الجواهر .

(١) قد تقدم منه في المسألة الخامسة من الفصل الاول : البناء على هذا الإطلاق ، والاجزاء به عن تعيين المدة . مع أن المذكور في كلماتهم في مبحث القبض : أن الإطلاق يقتضي وجوب التعجيل في دفع الثمن والمثمن . ولا فرق بينه وبين المقام .

(٢) هذا الاعتماد لا يتوقف عليه الضمان ، فإن استيفاء المنفعة يوجب

واحد منفعتان متضادتان ، وكذا ليس للعبد في زمان واحد إلا إحدى المنفعتين من للكتابة أو الخياطة ، فكيف يستحق أجرتين ؟ ! . مدفوعة : بأن المستأجر بتفويته على نفسه ، واستعماله في غير ما يستحق كأنه حصل له منفعة أخرى (١) .

ضمانها حتى مع علم العامل بعدم الاستحقاق ، كما يأتي في الفصل الآتي .
(١) قال العلامة في القواعد : « لو سلك بالدابة الأشق من الطريق ضمن ، وعليه المسمى والتفاوت بين الأجرتين ، ويحتمل أجره المثل : وكذا لو شرط حمل قطن فحمل بوزنه حديداً » . وعلل احتمال أن المضمون أجره المثل لا غير : بأن المسمى مجعول بالعقد في قبالة المنفعة الخاصة ، وقد فانت فيفوت بفواتها . وعن جامع المقاصد : أنه الأصح . وفيه : أن فوات المنفعة لا يقتضي بطلان العقد ، وقد تقدم أنه لو بذل الأجير نفسه في المدة المعينة فلم يستعمله المستأجر استحق الأجرة . وكذا إذا بذل المؤجر العين المستأجرة فلم ينفذ بها المستأجر في المدة ، فإن المؤجر أيضاً يستحق الأجرة ، ففوات المنفعة في المقام من قبل المستأجر لا يقتضي بطلان العقد ، كي يقتضي عدم استحقاق الأجرة المسماة .

وتفصيل الكلام في هذه المسألة : أن المنافع المتضادة لما لم تكن مقدورة قدرة عرضية ، لامتناع اجتماع الضدين ، لم تكن مملوكة ملكية عرضية ، لأن القدرة على المنفعة من شرائط ملكها عند العقلاء ، ولا يصح اعتبار الملكية لها عندهم إذا لم تكن مقدورة ، فإذا كانت المنافع المتضادة غير مقدورة عليها أصلاً لم تكن مملوكة أصلاً ، وإذا كانت مقدورة قدرة بدلية لأعرضية كانت مملوكة ملكية بدلية لأعرضية . ولذا لم يكن إشكال عندهم في أن الغاصب لا يضمن جميع المنافع المتضادة ، وإنما يضمن واحدة

منها . وهذه الملكية تحتل وجوهاً :

الأول : أن يكون المملوك منها خصوص الموجود دون المعدوم .
ولازمه عدم ضمان المنافع غير المستوفاة ، لأنها غير موجودة ، فلا تكون مملوكة ، فلا تكون مضمونة .

الثاني : أن يكون المملوك كل واحدة منها في ظرف عدم الأخرى .
ولازمه ضمانها معاً إذا لم تكن كل واحدة منها مستوفاة ، لأن كل واحدة منها حينئذ في ظرف عدم الأخرى .

الثالث : أن يكون المملوك الجامع بنحو لا ينطبق عليهما في عرض واحد ، بل إذا انطبق على واحدة لم ينطبق على الأخرى ، نظير مفاد النكرة ، ونظير النصف الملحوظ فيما لو باع نصف الدار ، فإن النصف في نفسه وإن كان ينطبق على كل من النصفين في عرض واحد ، فإن كلاً من نصفي الدار نصف للدار ، لكن الماخوذ موضوعاً للبيع لوحظ بنحو لا ينطبق على كل من النصفين في عرض واحد ، بل بنحو ينطبق على أحدهما ولا ينطبق على الآخر ، ونظيره أيضاً الصاع الملحوظ في بيع صاع من صبرة .
وعلى هذا يكون تطبيقه وتعيينه بيد المالك ، فما عينه المالك يكون هو المملوك دون ما لم يعينه ، وإن كان المستوفى غير ما عينه المالك ، ولازمه في المقام أن يكون المضمون هو المسمى ، لأنه في مقابل المنفعة التي عينها المالك ، وما استوفاه المستأجر لما لم يكن معيناً من المالك لا يكون مملوكاً ، فلا يكون مضموناً .

الرابع : أن يكون المملوك هو الذي يعينه المالك إذا لم يكن تعيين خارجي ، وإلا كان المتعين هو المملوك لا غير وإن عينه المالك . ولازمه في المقام أن يكون المضمون أجرة المثل ، لأنها في مقابل المنفعة المستوفاة المتعينة المملوكة ، وعدم ضمان الأجرة المسماة لانها في مقابل منفعة غير

مملوكة ، لأنها غير المتعينة ، وتعيين المالك لا أثر له مع التعيين . وفي باب الغصب يضمن الغاصب ما استوفاه ، ولا أثر لتعيين المالك .

وقد عرفت الاشكال في الوجهين الأولين . وأما الوجه الأخير : فتأباه كلمات الأصحاب في باب الغصب ، وأن الغاصب إذا استوفى منفعة وكان غيرها أعلى قيمة كان للمالك اختيار ضمان الغاصب الأعلى قيمة ، فعن موضع من القواعد : « ولو تعددت المنافع - كالعبد الخياط الحائك - لزمه أجره أعلاها ، ولا تجب أجره الكل » . وعن موضع آخر أنه قال : « ولو انتفع بالأزيد ، ضمن الأزيد ، وإن انتفع بالانقاص ضمن أجره المطلق » . وعن الروضة : « لو تعددت المنافع فإن أمكن فعلها جملة أو فعل أكثر من واحدة وجب أجره ما أمكن ، وإلا - كالحياكة والخياطة والكتابة - فأعلاها أجره . ولو كانت الواحدة أعلى منفردة عن منافع متعددة يمكن جمعها ضمن الأعلى » . لكن الظاهر أن مورد كلامه صورة عدم الانتفاع بمنفعة معينة . نعم عن المسالك : « إن استعملها في الأعلى ضمنها ، وإن استعملها في الوسطى أو الدنيا أو لم يستعملها ، ففي ضمان أجره متوسطة أو الأعلى ، وجهان » : فهذه الكلمات ونحوها - كما ترى - صريحة في عدم ضمان المنفعة المستوفاة ، وضمان غير المستوفاة ، وهو في بادئ النظر غريب ، فانه لا اشكال ولا خلاف في ضمان المنافع المستوفاة ، فكيف ساغ البناء على عدم ضمانها وضمان غير المستوفاة ؟ !
والتحقيق أن يقال في المقام : إن المنافع المتضادة وإن كانت متباينة ، لكنها مشتركة في جهة الانتفاع ، فإذا اختلفت مرتبة الانتفاع بالشدة والضعف والزيادة والقيصة ، فالاجارة على إحداها بعينها قد لوحظ فيها القيد بنحو تعدد المطلوب ، فإذا استوفى المستأجر المساوي المبين لها كان للمالك المؤجر الخيار . فإذا استأجر الدابة ليحمل عليها كيساً فيه مقدار

معين من الحنطة ، فحصلها كيساً آخر مثله لم يستحق أجره أخرى ، وإنما له الخيار بفوات القيد . وإذا حملها كيساً آخر فيه حنطة ضعف المقدار المعين في الاجارة ، فنصفه مستحق الاجارة ، وعليه أجره النصف الآخر ، وإذا حملها كيساً آخر فيه من الحنطة نصف المقدار المعين في الاجارة ، لم يكن عليه غير المسمى ، كأنه استوفى نصف حقه . نعم ربما يكون للمؤجر الخيار لفوات القيد أيضاً .

وبالجملة : الذي يساعده الارتكاز العرفي أن المتباينات ملحوظة في المقام وفي باب الضمان مع تفاوت القيمة من قبيل الأقل والأكثر . والقيود والخصوصيات الموجبة للتباين ملحوظة عندهم بنحو تعدد المطلوب ، فيكون الأقوى في المقام ما ذكره في القواعد من لزوم المسمى والتفاوت . ولم أقف عاجلاً على من وافق المصنف في وجوب الأمرين : المسمى وأجرة المثل وإن كان له في نفسه وجه ، لكنه خلاف المرتكز العرفي ومذاق الفقهاء في باب الضمانات . فلاحظ . وكذا الحكم في ضمان الغاصب .

ومما ذكرنا يظهر أن المحتملات في حكم المسألة أربعة : الأول : لزوم المسمى فقط ، ويقتضيه الوجه الثالث من وجوه كيفية ملك المنافع المتضادة الثاني : لزوم أجره المثل فقط . ومبناه بطلان العقد ، إما لفوات المنفعة كما ذكر في التعليل ، أو لعدم ملكية المنفعة غير الموجودة كما يقتضيه الوجه الرابع من الوجوه السابقة ، أو لصحیح أبي ولاد الآتي . الثالث : لزوم المسمى وأجرة المثل معاً ، كما هو مختار المصنف (ره) ، ويقتضيه البناء على ملكية المنافع المتضادة في عرض واحد . الرابع : أعلى القيمتين لأن كانت إحدى المنفعتين أعلى قيمة ، والمسمى فقط إن لم يكن كذلك . ويقتضيه ما ذكرناه من أن المرتكز العرفي جعل القيود الموجبة للتباين ملحوظة بنحو تعدد المطلوب ، وتكون الزيادة في المنفعة المستوفاة من قبيل

الزيادة في المنفعة المسماة ، ويكون المقام نظير مآلو استأجر الدابة واشترط عليه المالك أن يكون الحمل مقداراً معيناً لا أزيد ، فحملها أكثر منه وأزيد ، فإنه يستحق المسمى وأجرة الزائد لا غير ، ويكون له الخيار في الفسخ والرجوع إلى أجرة المثل .

نعم قد ينافي ذلك في باب الغصب ظاهر ما ورد من النصوص الواردة في الموارد المتفرقة ، المتضمنة لضمان الغاصب أجرة ما استوفاه مطلقاً ، وإن كان للعين المقصوبة منفعة أعلى ، ومنها صحيح أبي ولاد (١٥) المشهور الذي قد اكرت بغلاً من الكوفة إلى قصر ابن هبيرة ذاهباً وجائياً لطلب غريم له ، فلما صار قرب قنطرة الكوفة أخبر أن غريمه توجه إلى النيل ، فتوجه نحو النيل ، فلما أتى النيل أخبر أن صاحبه توجه إلى بغداد فتوجه إلى بغداد ، ثم رجع إلى الكوفة . بل هو وارد فيما نحن فيه من استيفاء المستأجر منفعة مضادة للمنفعة المقصودة له بالاجارة ، والامام (ع) ضمنه كرى البغل من الكوفة إلى النيل ، ومن النيل إلى بغداد ، ومن بغداد إلى الكوفة ، ولم يضمنه الأجرة المسماة ، ولم يجعل للمالك الاختيار لأي منفعة شاء . لكن الظاهر أن الوجه فيه ما ذكرناه من أن الملحوظ للمكاري قطع المسافة فتكون نسبة المنفعة المستوفاة إلى المسماة نسبة الأكثر إلى الأقل ، لا لأجل بطلان العقد الواقع ، ولا لأن التعيين الخارجي دخيل في الملكية . وكذلك حال النصوص الأخرى فإنها أيضاً منزلة على ما ذكرنا ، ويكون المراد من النصوص هو المراد من تعبير الفقهاء : أنه يضمن الأعلى . يعنون به : أنه يضمن المستوفى مع التفاوت . كما أنه لا يبعد أن يكون عدم تعرض النصوص - كالصحيح وغيره - لضمان المنافع غير المستوفاة التي هي أعلى قيمة لأنها منفعة غير محتسبة ولا منتظرة من العين ، وحينئذ لا يبدل الصحيح

على عدم ضمانها مطلقاً . وإن كان هذا المعنى لا يرتبط بما نحن فيه . والمتحصل مما ذكرناه : أن ما ذكره في القواعد من الاحتمال الأول هو الذي يقتضيه المذاق العربي . لكن البناء عليه ورفع اليد عن الاحتمال الثالث ، الموافق لأصل البراءة . لا يخلو من شبهة وإشكال ، وإن كان هو الأظهر . وقد جزم به في موضع آخر من القواعد . قال : « وإن زرع الأضر من المعين فللمالك المسمى وأرث النقصان » . وعن التحرير أنه قال : له المسمى وأجرة الزيادة . وهو المراد مما في القواعد كما في مفتاح الكرامة ، وحكى فيه عن المبسوط : التخيير بين ذلك وبين أجرة المثل . وقال : « لأنه أشبه بالصواب » ، ثم قال : وهو خيرة التذكرة ، وكذا الشرايع والتحرير والارشاد في باب المزارعة ، قالوا : لو زرع ما هو الأضر كان للمالك أجرة المثل أو المسمى مع الأرض ، والذي يقتضيه التدبر في ملاحظة الكتب الثلاثة : أن ذلك فيما لو استأجرها للزراعة أو زارع عليها ، وليست مسوقة للمزارعة خاصة . . . إلى أن قال : وإن هذه العبارة خاصة بالاجارة » . ويؤيد ذلك ما ذكره في القواعد قال : « لو عين اقتصر عليه وعلى ما يساويه ، أو يقصر عنه في الضرر على إشكال » . وعن التذكرة : أن القول بأن له أن يزرع ما عينه ، وما ضرره كضرره أو أدون ولا يتعين ما عينه قول عامة أهل العلم ، إلا داود وباقي الظاهرية ، فانهم قالوا : لا يجوز له زرع غير ما عينه . حتى لو وصف الحنطة بأنها حمراء لم يجز أن يزرع البيضاء . ونسبه في محكي الخلاف أيضاً إلى أبي حنيفة والشافعي وعامة الفقهاء ، وعن المبسوط : أنه نسبه إلى جميع المخالفين ، وعن جامع المقاصد : أن جواز العدول هو المشهور بين عامة الفقهاء ، وقال أيضاً : إنه المشهور . وفي مفتاح الكرامة وجه القول بجواز العدول : بأن الغالب المعروف المألوف أن الغرض المقصود في الاجارة للمالك تحصيل

(مسألة ٧) لو آجر نفسه للخياطة - مثلاً - في زمان معين ، فاشتغل بالكتابة للمستأجر مع علمه بأنه غير للعمل المستأجر عليه ، لم يستحق شيئاً . أما الأجرة المسماة : فلتفويتها على نفسه بترك الخياطة ، وأما أجرة المثل للكتابة - مثلاً - : فلعدم كونها مستأجراً عليها ، فيكون كالمتبرع بها . بل يمكن أن يقال بعدم استحقاقه لها ولو كان مشتبها غير متعمد (١) ، خصوصاً مع جهل المستأجر بالحال .

(مسألة ٨) : لو آجر دابته لحمل متاع زيد من مكان إلى آخر فاشتبه وحملها متاع عمرو ، لم يستحق الأجرة على زيد ولا على عمرو .

(مسألة ٩) : لو آجر دابته من زيد - مثلاً - فشردت

الأجرة خاصة ، وهي حاصلة على التقادير الثلاثة ، فكلام أهل العلم مبني على الغالب المعروف .

وما ذكره الجماعة وإن كان محلاً للمنع ، بل لا ينبغي الارتباب في خلافه ، وعلم جواز التعدي عن تعيين المالك . لكن قد يفهم منه حكم المقام بطريق الأولوية . وبالجملة : إذا لاحظت كلماتهم تعرف أن الارتكاز العرفي المذكور مما لا معدل عنه عندهم (١٠)

(١) يفترق الحكم هنا عما كان في المسألة السابقة : بأن العمل في المقام مع العلم والجهل لا يتحقق معه عنوان الاستيفاء ، لأنه لم يكن بأمر من الغير ، بخلاف العمل في المسألة السابقة ، فإنه بأمر يتحقق معه عنوان الاستيفاء . واعتقاد الأمر هنا مع الجهل لا يكفي في صدق الاستيفاء .

(١٠) قد ذكرنا في مبحث المزارعة ماله نفع في المقام فراجع . (منه قدس سره)

ج ١٢ (إذا آجر السفينة لحمل الخمر فحملها المستأجر خمرًا) -- ١١٣ --

قبل للتسليم اليه أو بعده في أثناء المدة ، بطلت الاجارة (١) .
وكذا لو آجر عبده فأبق . ولو غصبها غاصب ، فان كان
قبل للتسليم فكذلك . وإن كان بعده يرجع المستأجر على الغاصب
بعوض المقدار للفائت من المنفعة (٢) . ويحتمل للتخيير (٣)
بين الرجوع على الغاصب وبين الفسخ في الصورة الأولى (٤)
وهو ما إذا كان للغصب قبل التسليم .

(مسألة ١٠) : إذا آجر سفينته لحمل الخل مثلاً من
بلد إلى بلد ، فحملها المستأجر خمرًا ، لم يستحق المؤجر الا
الأجرة المسماة ، ولا يستحق أجرة المثل لحمل الخمر ، لأن
أخذ الاجرة عليه حرام ، فليست هذه المسألة مثل مسألة إجارة
العبد للخياطة ، فاستعمله المستأجر في للكتابة (٥) .

لا يقال : فعلى هذا إذا غصب السفينة وحملها خمرًا ،
كان اللازم عدم استحقاق المالك أجرة المثل ، لأن أجرة حمل
الخمر حرام . لأننا نقول : إنها يستحق المالك أجرة المثل للمنافع

(١) يعني : في باقي المدة ، لفوات المنفعة وتعذرهما ، فتكون الاجارة
واقعة على مالا منفعة له .

(٢) هذا مبني على تنزيل الغصب منزلة التلف ، كما تقدم القول به
في امتناع المؤجر من التسليم ، كما تقدم ضعفه ، فراجع المسألة العاشرة
والحادية عشرة من الفصل الثالث .

(٣) هذا هو المتعين كما عرفت .

(٤) قد عرفت هناك احتماله في الصورة الثانية .

(٥) تقدم فيها ماله نفع هنا ، فراجع .

المحللة للفائدة في هذه المدة . وفي المسألة المفروضة لم يفوت على المؤجر منفعة ، لأنه أعطاه الاجرة المسماة لحمل الخل بالفرض .
(مسألة ١١) : لو استأجر دابة معينة من زيد للركوب إلى مكان ، فاشتبه وركب دابة أخرى له ، لزمه الأجرة المسماة للأولى ، وأجرة المثل للثانية ، كما اذا اشتبه فركب دابة عمرو فانه يلزمه أجرة المثل لدابة عمرو والمسماة لدابة زيد ، حيث فوت منفعتها على نفسه .

(مسألة ١٢) : لو آجر نفسه لصوم يوم معين عن زيد مثلاً ، ثم آجر نفسه لصوم ذلك اليوم عن عمرو ، لم تصح الاجارة للثانية (١) . ولو فسخ الأولى بخيار أو إقالة قبل ذلك اليوم لم ينفع في صحتها ، بل ولو أجازها ثانياً ، بل لا بد له من تجديد للعقد ، لان الاجازة كاشفة (٢) ، ولا يمكن

(١) لما سبق من أن المنفعة الثانية لما لم تكن مملوكة للأجير - لمباينتها للأولى - لم تمكن الاجارة عليها ، لعدم السلطنة له عليها ، بل لا تصح وإن أجاز المستأجر الأول ، لأن المانع لا ينحصر بتعلق حق الغير كما سبق كي تصح الاجارة باجازه ، بل المانع عدم الملك للأجير ولا لغيره . نعم إذا كانت الاجارة الأولى واقعة على منفعة الخاصة وكذلك الثانية ، وكانت الخصوصية - أعني : كون الصوم عن زيد - ملحوظة على نحو تعدد المطالب ، أمكن أن تكون إجازة المستأجر الأول راجعة إلى رفع اليد عن الخصوصية ، وحينئذ تصح الثانية بالاجازة ، وترجع الأجرة المذكورة فيها إلى المستأجر الأول .

(٢) هذا لا يجدي في المنع ، إلا بناء على الكشف الحقيقي . والعمدة :

للكشف هنا لوجود المانع حين الاجارة ، فيكون نظير من
باع شيئاً ثم ملك (١) ، بل أشكل .

فصل

لا يجوز اجارة الأرض لزرع الحنطة أو الشعير ، بما
يحصل منها من الحنطة أو الشعير ، لا لما قيل : من عدم كون
مال الاجارة موجوداً حينئذ ، لا في الخارج ولا في الذمة ،
ومن هنا يظهر عدم جواز اجارتها بما يحصل منها ولو من

أن إضافة العوض إلى مالك بعينه من قوام المعاوضة ، فاذا تبدل فقد
فانت المعاوضة الواقعة وتعذرت صحتها .

(١) لأن الصوم عن عمرو لما كان ضد الصوم عن زيد ، فاذا ملك المستأجر
الأول الثاني ، خرج الأول عن كونه مملوكاً للمؤجر ، لما عرفت من أن
القدرة على المتضادين لما كانت بدلية كانت الملكية لها كذلك ، فاذا ملك المستأجر
الأول أحدهما تعييناً خرج الآخر عن الملكية تعييناً وتخيراً ، فاذا فسخت
الاجارة الأولى صار الضدان مملوكين على البذل ، كحالتها قبل الاجارة ،
فاذن تكون الاجارة الثانية قبل الفسخ واقعة على منفعة غير مملوكة .
وكأن الوجه في كونه أشكل : أن عدم القدرة على الضد الثاني يوجب
خروجه عن صلاحية الملك ، فالمانع فيه ذاتي ، بخلاف مسألة من باع
ثم ملك فإن المانع فيه عرضي ، وهو تبدل المالك من دون قصور في
ذات المملوك .

غير الحنطة وللشعير ، بل عدم جوازها بما يحصل من أرض أخرى أيضاً . لمنع ذلك (١) ، فإنها في نظر التعرف واعتباره بمنزلة الموجود كنفس المنفعة ، وهذا المقدار كاف في للصحة نظير بيع للثمار سنتين ، أو مع ضم للضميمة ، فإنها لا يجعل غير الموجود موجوداً ، مع أن البيع وقع على المجموع . بل للأخبار الخاصة (٢) . وأما إذا أجرها بالحنطة أو الشعير في الذمة

(١) هذا المنع يتم إذا كان المقصود من الدليل المنع العقلي . أما إذا كان المقصود المنع الشرعي من جهة الفرر ، الحاصل من الشك في الوجود أو الشك في مقدار الموجود ، فالمنع المذكور لا يرفع الفرر الحاصل . (٢) المشتعل بعضها على النهي عن إجارة الأرض بالطعام ، وعلل في بعضها بأنه غير مضمون ، ففي موثق أبي بصير عن أبي عبد الله (ع) : « لا تؤجر الأرض بالحنطة ولا بالشعير ولا بالتمر ولا بالاربعاء ولا بالنطاف ، ولكن بالذهب والفضة ، لأن الذهب والفضة مضمون وهذا ليس بمضمون » (١٠) . وفي آخر : بأنه يلزم إجارة الحنطة بالحنطة والشعير بالشعير (٢٥) . وفي ثالث : « إن كان من طعامها فلا خير فيه » (٣٥) . وظاهر الجميع الاختصاص بما كان منها أو من غيرها المعين ولم يعرف المخالف في المنع إلا ما يظهر من التبصرة والمختلف ، تبعاً لما يظهر من النافع كما قيل . لكنه مخالف لظاهر النهي المذكور المعول عليه

(١٥) الوسائل باب : ١٦ من أبواب المزارة حديث : ٢ .

(٢٥) الوسائل باب : ١٦ من أبواب المزارة حديث : ١١ .

(٣٥) الوسائل باب : ١٥ من أبواب المزارة حديث : ٥ .

لكن بشرط الاداء منها ، ففي جوازه إشكال والأحوط العدم (١) لما يظهر من بعض الاخبار ، وإن كان يمكن حمله على الصورة الأولى . ولو آجرها بالحنطة أو للشعير من غير اشتراط كونها منها فالاقوى جوازه (٢) ، نعم لا يبعد كراهته . وأما إيجاريتها

عند المشهور . والتعبير بقوله (ع) : « لاخير فيه » لا يصلح لصرف النهي عن ظاهره ، بل لعلمه ظاهر في نفسه في المنع .

(١) احتمال في الجواهر العدم ، لما يظهر من بعض النصوص في خصوص هذا الشرط كما ذكر في المتن . لكنه استظهر الجواز ، للعمومات . وهو غير بعيد .

(٢) عملاً بالتعليل بأنه غير مضمون ، المقتضي للجواز في المضمون . لكن عن بعض : المنع إذا كان من جنس ما يزرع فيها ، لصحيح الحلبي : « لا تستأجر الأرض بالحنطة ثم تزرعها حنطة » (١٥) . ويساعده بعض التعليقات المتقدمة . لكن المشهور على خلافه . ولأجله يشكل العمل بالصحيح ، مع أن دلالاته لا تخلو من خفاء . وأما دعوى : المعارضة للتعليل بعدم الضمان ، فقير ظاهرة ، لا مكان تعدد وجوه المنع .

والعمدة : أن الخبر المشتمل على التعليل ضعيف بالارسال وغيره ، فلا مجال للاعتداد عليه . مضافاً إلى معارضته بخبر الهاشمي ، عن أبي عبد الله عليه السلام : « سألت عن رجل استأجر من السلطان من أرض الخراج ، بدراهم مسماة أو بطعام مسمى ، ثم آجرها وشرط لمن يزرعها أن يقاسمه النصف أو أقل من ذلك أو أكثر ، وله في العوض بعد ذلك فضل ، أ يصلح له لذلك ؟ قال (ع) : نعم إذا حفر لهم نهراً . . . » (٢٥) فتأمل .

(١٥) الوسائل باب : ١٦ من أبواب المزارعة حديث : ٣ .

(٢٥) الوسائل باب : ٢١ من أبواب احكام الاجارة حديث : ٣ .

بغير الحنطة وللشعير من الحبوب ، فلا إشكال فيه (١) ،
خصوصاً إذا كان في الذمة ، مع اشتراط كونه منها أولاً .
(مسألة ١) : لا بأس باجارة حصة من أرض معينة
مشاعة ، كما لا بأس باجارة حصة منها على وجه الكلي في المعين
مع مشاهدتها على وجه يرتفع به للغرر . وأما إيجارها على وجه
الكلي في الذمة فمحل إشكال ، بل قد يقال : بعدم جوازها
لعدم ارتفاع الغرر بالوصف ، ولذا لا يصح السلم فيها . وفيه :
أنه يمكن وصفها على وجه يرتفع ، فلا مانع منها إذا كان كذلك .
(مسألة ٢) : يجوز استئجار الأرض لتعمل مسجداً ،

(١) في خبر أبي بصير المتقدم ذكر التمر مع الحنطة والشعير ،
ومقتضاه المنع فيه ، بل مقتضى التعليل بعدم الضمان : اطراد المنع في
كل ما يخرج منها . وإن كان ظاهر بعض : الاختصاص بالحنطة والشعير .
ووجهه غير ظاهر ، لعموم التعليل في النص ، وعموم ما ذكره في وجه
المنع الذي أشار إليه المصنف (ره) في صدر المسألة ، ولذا كانت عباراتهم
مطلقة . قال في القواعد في كتاب المزارعة : « تجوز إجارة الأرض بكل
ما يصلح أن يكون عوضاً في الإجارة وإن كان طعاماً إذا لم يشترط أنه
مما يخرج من الأرض » . وقال في مفتاح الكرامة : « لانه لا يجوز اشتراط
كونه مما يخرج منه ، كما في الخلاف والمبسوط والسرائر ، والمختلف
والتنقيح ، وجامع المقاصد . ولا يصح كما في إيضاح النافع ، والكتاب .
ويكون حراماً ، كما في التذكرة . . . » إلى آخر ما حكاه من عباراتهم .
وحينئذ ففني الاشكال في المتن غير ظاهر ، لامن حيث النص ولا من
حيث الفتوى .

لأنه منفعة محللة (١) . وهل يثبت لها آثار المسجد من حرمة التلويث ودخول الجنب والحائض ونحو ذلك . ؟ قولان . أقواهما : للعدم (٢) . نعم إذا كان قصده عنوان المسجدية لا مجرد للصلاة فيه (٣) ، وكانت المدة طويلة كإثنة سنة أو أزيد لا يبعد ذلك ، لصدق المسجد عليه حينئذ .

(١) خلافاً لأبي حنيفة ، لأن فعل الصلاة لا يجوز استحقاؤه بعقد الاجارة ، فلا تجوز الاجارة لذلك . وفيه أنه لا ملازمة بين بطلان الاجارة على الصلاة ، وبطلان اجارة المكان للصلاة ، لأن الاجارة على الصلاة تقتضي لزوم الصلاة ، واجارة المكان للصلاة لا تقتضي لزوم الصلاة . مضافاً إلى أن استحقاق الصلاة ولزومها بالاجارة لا يقتضي بطلانها ، كما في صلاة الأجير . (٢) كما عن جامع المقاصد ، لأن المسجد اسم للموقوف مؤبداً لذلك . وعن الاردبيلي : دعوى كوى المسجد أعم من الموقوف مؤبداً وغيره كالمقام ، خصوصاً في المدة الطويلة كإثنة سنة . لكنه كما ترى مخالف لظاهر الاتفاق على اعتبار التأييد ، كما يظهر من كلماتهم في الصلاة . مع أن الشك في ذلك كاف في عدم ترتب الأحكام ، للأصل . وإطلاق أدلتها يسقط عن الحجية ، إذ ليس المراد منه المعنى اللغوي ضرورة ، بل المراد منه مفهوم شرعي ، فمع الشك في حصوله يرجع إلى أصالة عدم ترتب الأثر .

(٣) لإشكال في أن عنوان المسجد من العناوين القائمة بنفسها ، لا ترتبط بفعل المكاف ، ولذا لو خرب المسجد لم تبطل مسجديته وإن تعذرت الصلاة فيه بخلاف ما لو خرب المكان الذي وقف على أن يكون مصلى ، فإنه إذا تعذرت الصلاة فيه فقد تعذرت المنفعة المقصودة من الوقف ، فتبطل وقفيته . ثم إنه إذا اعتبر الدوام في المسجدية فلا مجال

(مسألة ٣) : يجوز استئجار الدراهم وللدفانير للزينة (١) أو لحفظ الاعتبار ، أو غير ذلك من الفوائد التي لا تنافي بقاء للعين .

(مسألة ٤) : يجوز استئجار الشجر لفائدة الاستغلال ونحوه (٢) كربط للدابة به ، أو نشر الثياب عليه .
(مسألة ٥) : يجوز استئجار للبستان لفائدة التنزه ، لانه منفعة محللة عقلائية .

(مسألة ٦) : يجوز الاستئجار لحيازة المباحات (٣)

للاجارة المذكورة ، وإن لم يعتبر لا حاجة إلى اعتبار أن تكون المدة طويلة .
(١) كما صرح به في الشرايع وغيرها . وعن مجمع البرهان : « لا شك فيه لو حصل نفع مقصود محلل ، لاطلاق أدلة الاجارة » . وهو في محله .
أما اذا لم يكن لها نفع كذلك فلا ينبغي التأمل في البطلان ، لأن أكل الأجرة حينئذ يكون أكلاً للمال بالباطل . وفي الجواهر : « واحتمال عدم الجواز حتى مع تحقق المنفعة ، للشك في تناول مثل ذلك ، في غير محله »
كاحتمال عدم جواز إيجارها لعدم صحة وقفها ، وعدم ضمان منفعتها لو غصبها . وفيه : « أولاً » . . . إلى آخر ما ذكر في الاشكال من منع الملازمة ومنع عدم جواز الوقف ، ومنع عدم الضمان .

(٢) كما صرح به في الجواهر ، لما ذكر فيما قبله .

(٣) هذه المسألة مذكورة في الشرائع في أواخر كتاب الشركة ، وقد اختار فيها الجواز . وفي القواعد قال : « في جواز الاستئجار على الاحتطاب أو الاحتشاش أو الالتقاط نظر ، ينشأ من وقوع ذلك للمؤجر أو المستأجر » .

كالاحتطاب والاحتشاش والاستقاء . فلو استأجر من يحمل الماء له من الشط - مثلاً - ملك ذلك الماء بمجرد حيازة للعتقاء فلو أتلفه متلف قبل الايصال إلى المستأجر ضمن قيمته له . وكذا في حيازة الخطب والحشيش . نعم لو قصد المؤجر كون المحوز لنفسه ، فيحتمل للقول بكونه له (١) ، ويكون ضامناً للمستأجر عوض ما فوته عليه من المنفعة ، خصوصاً (٢) إذا كان المؤجر آجر نفسه على وجه يكون تمام منافعه في اليوم للفلاحي للمستأجر ، أو يكون منفعته من حيث الحيازة له ، وذلك لاعتبار النية في التملك بالحيازة والمفروض أنه لم يقصد كونه للمستأجر بل قصد نفسه . ويحتمل للقول بكونه للمستأجر لان المفروض أن منفعته من طرف الحيازة له ، فيكون نية كونه لنفسه لغواً والمسألة مبنية على ان الحيازة (٣)

(١) هذا يتم حتى على القول بتبعية المحاز للملكية إذا كان المستأجر عليه في الذمة ، لأن انطباق مافي الذمة على مافي الخارج يحتاج إلى قصد ، وإن انحصر في فرد ، ولا يكون قهرياً وإن كان ذلك في الكلي الخارجي (٢) راجع إلى الضمان .

(٣) الوجوه المتصورة بدواً في سببية الحيازة للملك ثلاثة : الأول : أن تكون سبباً لملك الحائز مباشرة ، وهو من قامت به الحيازة مطلقاً ، سواء قصد نفسه أم غيره أم لم يقصد . الثاني : أن تكون سبباً لملك من كانت له الحيازة ، فيكون المحاز تابعاً لها في الملكية ، تبعية الثمرة للشجرة ، والحمل للدابة ، والنماء لذي النماء ، مطلقاً أيضاً . الثالث : أن تكون سبباً لملك من جعلت له ولو تبرعاً ، فتكون سببيتها متقومة بالقصد ، فإن

قصد الحائز بها نفسه ملك هو المحاز ، وإن قصد غيره ملك غيره المحاز ، وإن لم يقصد أصلاً لم يملك المحاز مالك ، وبقي على إباحته الأصاية .

هذا ولا ينبغي الاشكال في صحة الاجارة على الوجهين الأخيرين . نعم قد تشكل بناء على الوجه الأول ، بل في المتن أن لازمه عدم صحة الاجارة . وكأنه لعدم رجوع المنفعة إلى المستأجر حينئذ . وفيه : أنه يكفي في صحتها ترتب غرض ما على حصول العمل المستأجر عليه ، نظير الاجارة على النيابة عن ميت من أموات المستأجر ، والاستئجار لارضاع الولد وتعليمه الكتابة ونحوها من الكمالات ، فالوجوه كلها مشتركة في صحة الاجارة عليها ، ولا فرق بين الأول والأخيرين في ذلك .

نعم تختلف في أمر آخر ، وهو ملكية المحاز للمستأجر ، فعلى الأول : لا يملكه المستأجر مطلقاً ، وإنما يملكه الأجير الحائز ، وعلى الثاني : يملكه المستأجر مطلقاً . إذا كانت الاجارة واقعة على المنفعة الخاصة وحدها أعني : منفعة الحيازة ، أو مع غيرها بأن كان جميع منافعه ملحوظة في الاجارة ، فإن الحيازة على هذا تكون ملكاً للمستأجر فيتبعها المحاز ، وأما إذا كانت واقعة على ما في الذمة ، فإن قصد الأجير تشخيص ما في ذمته الواجب عليه بالاجارة ، كانت الحيازة الخارجية ملكاً للمستأجر فيتبعها المحاز . أما إذا لم يقصد ذلك ، بل قصد نفسه ، كان المحاز له ، ويكون قد فوت العمل المستأجر عليه على المستأجر ، فيرجع المستأجر عليه باجرة المثل لو لم يفسخ ، أو بالمسمى إذا كان قد فسخ . وعلى الثالث : مقدمة الاجارة لتملك المحاز . تنوقف على وقوعها على الحيازة بقصد كونها للمستأجر ، إذ لو وقعت على نفس فعل الحيازة مطلقاً استحق الأجير الأجرة ولو قصد نفسه ، ويكون هو المالك حينئذ للمحاز ، فالاجارة إنما يترتب عليها تملك المستأجر للمحاز ، اذا وقعت على الحيازة بنحو خاص ،

أعني : بقصد كونها للمستأجر . وحينئذ فإن قصد الحائز ذلك استحق الاجرة ، وكان المحاز للمستأجر . وإن قصد نفسه كان المحاز له دون المستأجر ، من دون فرق بين وقوع الاجارة على منفعته الخاصة ووقوعها على مافي الذمة ، وحينئذ يستحق المستأجر عليه المسمى أو أجرة المثل كما سبق . وكذا لو لم يقصد شيئاً ، لكن في هذه الصورة يبقى المحاز على إباحته الأصلية . ثم إن الوجهين الأخيرين يمكن أرجاع ثانيهما إلى أولهما ، بناء على أنه يكفي في ملكية العمل صدوره عن فاعله بقصد أنه ازيد مثلاً ، فيكون ملكاً لازيد بمجرد ذلك ، فانه على هذا المبني تكون ملكية المقصود للمحاز تابعة للملكية الحيازة ، فالمتبرع عن غيره بالحيازة يملكها للمتبرع عنه ، فيملك المتبرع عنه المحاز ، كما يملك نفس الحيازة بالتبرع عنه فيها . فالحيازة تارة : تملك بعقد الاجارة للمستأجر . وأخرى : يملكها المتبرع عنه بالتبرع من الحائز عنه ، فيملكها المتبرع عنه بذلك التبرع الراجع إلى فعلها بقصد كونها لغيره ، فتكون حال وقوعها ملكاً للمتبرع عنه ، فيتبعها المحاز . فالبناء على الثالث أيضاً راجع إلى تبعية المحاز للحيازة في الملكية . نعم إذا كانت منفعة الحيازة مملوكة على الحائز بالاجارة ، لا ساطنة له على جعلها لغير المستأجر المالك لها . نعم بين الوجهين فرق من جهة أخرى ، تظهر بالتأمل فيما ذكرنا . وكيف كان : لا ينبغي التأمل في أن الرجوع إلى المرتكز العرفي - الذي هو المعيار المائز بين ما تدخله النيابة والوكالة ومالا تدخله - يقتضي البناء على كون العناوين المذكورة في المتن مما تدخله النيابة ، فانها عند العرف كذلك . بل التسالم على كون القبض مما تدخله النيابة ، في كل مورد كان موضوعاً لحكم شرعي ، يقتضي البناء عليه هنا ، لأنها من أنواعه وأنحاءه . فيبطل الوجه الأول .

هذا ولأجل أن اعتبار النيابة عند العقلاء إنما يصح فيما اذا كان

للمنوب فيه أثر يترتب عليه ، وإلا لم يكن للنيابة معنى ، ولا مجال لاعتبارها عند العقلاء ، فيكون بناؤهم على صحة النيابة في هذه العناوين كاشفاً عن كونها موضوعاً للأثار مطلقاً ، فيتعين الوجه الثاني الذي هو ثالث الوجوه المذكورة في المتن ، ويترتب عليه ما عرفت من أنه إذا استأجره بلحاظ المنفعة الخاصة - أعني : منفعة الحيازة - كان المحاز ملكاً للمستأجر ، تبعاً للملكية الحيازة وإن قصد الأجير الحيازة عن نفسه أو عن غير المستأجر ، لعدم نفوذ قصده ، لكونه تصرفاً في ملك المستأجر ، كما لو حاز العبد بقصد غير مولاه .

وفي الشرايع في كتاب الشركة قال : « إذا استأجره للاحتطاب أو الاحتشاش أو الاصطياد مدة معينة ، صححت الاجارة ، ويملك المستأجر ما يحصل في تلك المدة » . لكن قال في كتاب الوكالة : « إن الأمور المذكورة لا تقبل النيابة » . وأشكل عليه : بأن البناء على أنها لا تقبل النيابة يقتضي المنع من صحة الاجارة عليها . وفي الجواهر دفع الأشكال : « بأنه قد يمنع التلازم ، ويكون حينئذ ملك المباح في الفرض من توابع ملك العمل بالاجارة ، وهو غير التملك بالنيابة في الحيازة . ثم قال : فتأمل » ولعله أشار بالأمر بالتأمل إلى أنه إذا لم تقبل العناوين المذكورة اختصت آثارها بالمباشر ، فيكون المباح ملكاً له ، فإذا بني على كونه ملكاً للمالك الحيازة وإن لم يكن هو المباشر ، كان ذلك قولاً بقبولها للنيابة ، إذ ليس المراد من كونها قابلة للنيابة إلا هذا المعنى ، بأن يكون الأثر لغير المباشر ثم إنه قد استدل على الوجه الأول من الوجوه التي ذكرناها ، بما دل على أن من حاز ملك ، فإن المضمون المذكور وإن لم يرد به نص بلفظه ، فقد ورد ما يدل على معناه ، مثل قوله (ع) : « للبد ما أخذت

وللعين ما رأت » (١٥) . وفيه : أنه إذا كانت المرتكزات العرفية قاضية بقبولها النيابة ، فقد صدق ذلك بالنسبة إلى المنوب عنه ولا يصدق بالنسبة إلى النائب ، كما يظهر من ملاحظة نظائره ، فإذا ورد : « من صلى ركعتين فله كذا » ، وقلنا بقبول الصلاة للنيابة ، كانت الصلاة الواقعة من النائب منسوبة إلى المنوب عنه . لا إلى النائب ، مثل : من باع أو تزوج أو قبض وغيرها . ونظير المقام باب إحياء الموات ، فان قولهم (ع) : « من أحيا أرضاً مواتاً فهي له » (٢٥) . وإن كان مقتضى الجمود على عبارته تملك من قام به الإحياء ، لكن مادل على قبول الإحياء للنيابة يقتضي عمومها للمباشرة والنيابة ، لأن فعل النائب فعل المنوب عنه ، فمن أحيا عن غيره كان غيره المحيي لا المباشر ، نظير قوله (ع) : « من بنى مسجداً كمفحص قطاة بنى الله له بيتاً في الجنة » (٣٥) ، فان الأثر المذكور يكون لمن ملك البناء ولو لم يباشر .

نعم هنا شيء وهو : أن ملك الحيابة هل يحصل بمجرد نية المباشر عن غيره كما يحصل بعقد الاجارة ، أولا ؟ فيه إشكال ، ومقتضى أصالة عدم ترتب الأثر عدمه . بل العدم مقتضى قاعدة السلطنة على النفس . ومن ذلك يشكل البناء على عموم صحة النيابة ولو تبرعاً .

والمتحصل مما ذكرنا : أن مقتضى الجمود على ماتحت مفاد الأدلة الأولية هو عدم صحة النيابة في أمثال المقام ، وأن المحاز ملك للحائز مباشرة . وبعد ملاحظة مادل على قبول مثل ذلك للنيابة ، والجمع بينه وبين الأدلة الأولية ، يتعين البناء على أن المحاز ملك للمالك الحيابة ، لامن قامت به

(١٥) الوسائل باب : ٣٨ من أبواب الصيد حديث : ١ .

(٢٥) الوسائل باب : ١ من أبواب كتاب إحياء الموات حديث : ٦٤٥ .

(٣٥) الوسائل باب : ٨ من أبواب أحكام المساجد حديث : ٦٤٢ .

الحيازة ، نظير : « من أحبي أرضاً » و « من بنى مسجداً » . وهذا الملك تارة : يكون بالاجارة ، وأخرى : يكون بغيرها من جعالة ونحوها ، وقد يكون بالأمر بها مجاناً ، فيحوز المأمور بنية ملك الأمر . أما تبرع الحائز بدون إذن من حاز له فلا أثر له في الملك ، لما عرفت من أنه خلاف قاعدة السلطنة . بل قد يشكل حصوله بمجرد الأمر بالحيازة مجاناً ، لعدم الدليل على حصول الملك بمجرد ذلك . وقبول الحيازة المنياة لا يقتضي ذلك ، لأن القابلية أعم من الفعلية ، فما لم يقيم دليل على النفوذ يكون المرجع أصالة عدم ترتب الأثر . اللهم إلا أن يدخل ذلك في الهبة ، فيدل على ترتب الأثر مادل على نفوذ الهبة . فتأمل .

ثم إنه هل يعتبر في ملك الحائز لما حاز نية التملك ، أولاً يعتبر ذلك ؟ في الشرايع : « قيل : لا . وفيه تردد » . وفي القواعد : « فيه اشكال . وصريح المبسوط في كتاب احياء الموات اعتبارها . قال فيه : لأن المحي إنما يملك بالاحياء اذا قصد تملكه » . وتبعه عليه جماعة ، منهم الشهيد في الدروس . وجزم في الجواهر في كتاب احياء الموات وغيره بعدم الاعتبار ، وقال في كتاب الشركة : « يمكن دعوى السيرة ، بل الضرورة على خلاف ذلك » (يعني : ما ذكره في المبسوط) وفي مفتاح الكرامة : « الأقرب الاعتبار » ، وذكر أنه قد استدل عليه بالاختبار المستفيضة الواردة فيما يكون في جوف السمكة مما يكون في البحر (١٥) ، وبالإجماعين الظاهرين من التذكرة والمختلف ، المعتضدين بالشهرات . واستدل له في جامع المقاصد بما تكرر في فتوى الأصحاب من أن ما يوجد في جوف السمكة مما يكون في البحر يملكه المشتري ولا يجب دفعه إلى البائع يعني : أنه لو لم تعتبر النية لكان ما كالألبيائع لكونه حائزاً ، ولا وجه

من الاسباب القهرية لتملك الحائز (١) ولوقصد للغير ، ولازمه عدم صحة الاستئجار لها . أو يعتبر فيها نية للملك ودائرة مدارها ، ولازمه صحة الاجارة ، وكون المحوز لنفسه إذا قصد نفسه وإن كان أجيراً للغير ، وأيضاً لازمه عدم حصول الملكية له إذا قصد كونه للغير ، من دون أن يكون أجيراً له أو وكيلاً عنه ، وبقاؤه على الاباحة الا اذا قصد بعد ذلك كونه له بناء على عدم جريان للتبرع في حيابة المباحات وللسبق إلى المشتريات ، وإن كان لا يبعد جريانه . أو أنها من الاسباب القهرية لمن له تلك المنفعة ، فان لم يكن أجيراً يكون له ، وإن

لأن يكون للمشتري . وفيه : أن الظاهر أن البائع باع تمام ما حازه ، وإن كان يعتقد أنه سمكة فقط ، فالخطأ يكون في التطبيق لا غير .

ثم إن ما ذكره من الفتوى قد تضمنتها جملة من النصوص ، ذكرها في الوسائل في كتاب اللقطة ، فراجعها . ودلائلها على اعتبار نية التملك غير ظاهرة ، وإن استدل بها في مفتاح الكرامة .

هذا وفي الجواهر قوى اعتبار قصد الحيابة في حصول الملك ، فمن حول تراباً أو حجراً عن طريق بقصد التمكن من العبور عنه لا يملكه . وكأنه لانصراف الأدلة عن مثل ذلك وهو غير بعيد ، ولا سيما مع موافقته للسيرة : وأظهر منه صورة ما إذا لم يتحقق القصد أصلاً ، كما في حيابة النائم ونحوه .

(١) الظاهر من العبارة - بقرينة ما يأتي من قوله : « أو أنها من الاسباب القهرية . . . » - أن المراد من كونها من الاسباب القهرية : أنها توجب تملك المباشر ، الذي هو الوجه الأول من الوجوه التي ذكرناها في الحاشية السابقة . لكن هذا المبني لا يترتب عليه شيء من الاحتمالين السابقين ، إذ الاحتمال الثاني - وهو كون المحاز للمستأجر - لا وجه لترتبه

قصد الغير فضولاً فيملك بمجرد قصد الحيازة ، وإن كان أجيراً للغير يكون لذلك للغير قهراً ، وإن قصد نفسه أو قصد غير ذلك للغير (١) . وللظاهر عدم كونها من الاسباب للقهرية مطلقاً ، فالوجه الاول غير صحيح ، ويبقى الاشكال في ترجيح أحد الاخيرين ، ولا بد من التأمل (٢) .

(مسألة ٧) : يجوز استئجار المرأة للارضاع (٣) ، بل

للرضاع بمعنى :

عليه . وأما الاحتمال الأول : فهو وإن كان يترتب في الجملة ، لكن من بعض آثار ذلك الاحتمال أن يكون ضامناً للمستأجر ، ولا وجه لترتبه على هذا المبنى ، لان لازم المبنى - كما ذكر - عدم صحة الاجارة ، فلا وجه لضمان المستأجر . وأيضاً لازم هذا المبنى تملك الحائز المحاز مطلقاً قصد نفسه أو غيره . وأيضاً فان القول بأن المحاز ملك للمستأجر لا يترتب على شيء من المبنيين . وبالجمله : ابتناء القولين السابقين على المبنيين المذكورين غير ظاهر .

(١) لما عرفت من أنه لا سلطنة له على ذلك القصد ، لأنه تصرف في ملك الغير فلا يؤثر شيئاً . هذا اذا كانت الاجارة واقعة على المنفعة الخارجية ، ولو كانت على مافي الذمة يكون المدار على قصده ، إذ لا مانع عن تأثيره .

(٢) قد عرفت في الحاشية السابقة ترجيح الأخير ، الذي هو الوجه الثاني مما ذكرناه من الوجوه الثلاثة .

(٣) بلا اشكال ظاهر . وهو المتيقن من معقد الإجماع على الجواز في المسألة . وتقتضيه عمومات الصحة ، لان الارضاع من المنافع ذات المالية التي يبذل المال بازائها عند العقلاء . والقرآن المجيد شاهد بذلك ،

الانتفاع بلبنها (١) وإن لم يكن منها فعل مدة معينة . ولا بد من مشاهدة للصبي للذي استؤجرت لارضاعه ، لاختلاف للصبيان . ويكفي وصفه على وجه يرتفع للغرر . وكذا لا بد من تعيين المرضعة شخصاً أو وصفاً على وجه يرتفع للغرر . نعم لو استؤجرت على وجه يستحق منافعها أجمع للتي منها الرضاع ، لا يعتبر حينئذ مشاهدة للصبي أو وصفه (٢) . وإن اختلفت الأغراض بالنسبة إلى مكان الارضاع - لاختلافه من حيث السهولة والصعوبة والوثاقة وعدمها - لا بد من تعيينه أيضاً .

لقوله تعالى : « فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن » (١٥) ، فلا مانع من أخذ العوض بازائه .

وأما الاجارة للرضاع : فالقول بجوازها محكي عن جماعة . وهو ظاهر الشرائع وغيرها مما عبر فيه بجواز الاستئجار للرضاع . لكنه مشكل كما أشار إلى وجهه غير واحد ، منهم جامع المقاصد ، لأن الاجارة مشروعة لنقل المنافع لا الأعيان ، واللبن من الثانية . بل يظهر من محكي التذكرة : الاجماع على الفساد فيه ، وأنه يتم على قول المخالفين من أن الاجارة قد تكون لنقل الأعيان . اللهم الا أن يقال : إن الارتضاع من المرأة من قبيل المعنى مقابل اللبن ، يمكن تملكه بالاجارة .

(١) كان اللازم أن يقيد بقوله : « على نحو الارتضاع » لتكون إجارة المرأة كإجارة الدار ، لتستوفي منافعها ، في مقابل الاجارة للارضاع التي هي من قبيل إجارة العامل . وأما الانتفاع باللبن فهو انتفاع بالعين ، لا تصح الاجارة بلحاظه كما عرفت ، وسيأتي في المسألة الثانية عشرة .

(٢) كما نص على ذلك في الجواهر . وكأنه لعدم كونه موضوعاً

(مسألة ٨) : إذا كانت الامرأة المستأجرة مزوجة ، لا يعتبر في صحة استئجارها إذنه (١) ، ما لم يناف ذلك لحق استمتاعه ، لأن اللبن ليس له (٢) ، فيجوز لها الارضاع من غير رضاه . ولذا يجوز لها أخذ الأجرة من الزوج على إرضاعها لولده (٣) ، سواء كان منها أو من غيرها . نعم لو نافي ذلك حقه لم يجز إلا بإذنه ، ولو كان غائبا فأجرت نفسها الارضاع فحضر في أثناء المدة وكان على وجه ينافي حقه ، انفسخت

للأجرة ، كما لو استأجر الدابة بجميع منافعها ، فانه لا يعتبر في صحتها ذكر الحمل فضلاً عن مقداره ، لأن الغرر مرتفع بذكر المدة ، والمرجع في كيفية الانتفاع هو المتعارف . ومن ذلك يظهر أنه اذا استأجر الدابة للحمل والمرأة للارضاع ، لم يحتاج الى تعيين الحمل أو المرتضع ، لأن التعارف كاف في رفع الغرر ، بخلاف ما لو استأجر الدابة لحمل شيء معين ، أو المرأة لارضاع طفل معين ، لأن خصوصية المنفعة لما كانت تختلف الغرض والقيمة باختلافها ، كان الجهل بها موجباً للغرر . فعدم الحاجة الى تعيين الصبي لا يختص بصورة اجارتها بلحاظ جميع المنافع ، فانه اذا استأجرها لخصوص الارضاع لا يحتاج أيضاً الى تعيين الصبي .

(١) عن المبسوط والخلاف والسرائر : اعتبار ذلك . وحكي عن الشرائع والجامع ، لأنه لا دليل على الصحة بدونه ، ولأن الزوج مالك لمنافعها . وكلا الأمرين كما ترى .

(٢) وكذا الارضاع والارتضاع .

(٣) عن الشيخ في المبسوط : المنع عن ذلك ، وحكي عن جماعة من أهل الخلاف ، لأنها قد أخذت عوضاً في مقابل الاستمتاع ، وآخر في مقابل التمكين والحبس ، فلا تأخذ عوضاً آخر . وهو كما ترى .

ج ١٢ (يجوز اجبار الامة على الارضاع دون المكاتب والمبغضة) -- ١٣١ --

الاجارة بالنسبة إلى بقية المدة .

(مسألة ٩) : لو كانت المرأة خلية فأجرت نفسها للارضاع أو غيره من الاعمال ، ثم تزوجت ، قدم حق المستأجر على حق للزوج في صورة المعارضة ، حتى أنه إذا كان وطؤه لها مضرراً بالولد منع منه (١) .

(مسألة ١٠) : يجوز للمولى إجبار أمته على الارضاع (٢) إجارة أو تبرعاً ، قنة كانت أو مدبرة أو أم ولد . وأما المكاتب المطلق : فلا يجوز له إجبارها (٣) . بل وكذا المشروطة . كما لا يجوز في المبغضة (٤) . ولا فرق بين كونها ذات ولد يحتاج إلى اللبن أولاً ، لا مكان إرضاعه من لبن غيرها .

(مسألة ١١) : لا فرق في المرتضع بين أن يكون معيناً أو كلياً ، ولا في المستأجر بين تعيين مباشرتها للارضاع أو جعله في ذمتها ، فلو مات للصبي في صورة للتعيين أو المرأة في صورة تعيين المباشرة انفسخت الاجارة . بخلاف مالو كان للولد كلياً أو جعل في ذمتها ، فإنه لا تبطل بموته أو موتها إلا مع تعذر للغير من صبي أو مرضعة .

(١) في القواعد : « للزوج الوطاء وإن لم يرض المستأجر » . وكأنه منزل على صورة عدم الضرر .

(٢) لأنه مملوك له تبعاً لملك الأمة ، فلا يجوز التصرف فيه بغير إذنه .

(٣) لخروجها عن سلطنته ، للاجماع على انقطاع سلطنة المولى عن مال المكاتب بغير الاستيفاء ، من غير فرق بين المكاتب المطلق والمشروط .

(٤) للاشتراك بينه وبينها .

(مسألة ١٢) : يجوز استئجار الشاة للبئها (١) ،
والاشجار للانتفاع باثمارها (٢) ، والآبار للاستقاء (٣) ، ونحو
ذلك . ولا يضر كون الانتفاع فيها باتلاف الاعيان ، لأن
المناط في المنفعة هو للعرف ، وعندهم يعد اللبن منفعة للشاة ،
وللشمر منفعة للشجر ، وهكذا . ولذا قلنا بصحة استئجار
المرأة للرضاع وإن لم يكن منها فعل (٤) ، بأن انتفع بلبنها ،
في حال نومها ، أو بوضع للولد في حجرها وجعل ثديها في

(١) المشهور في الشاة - كما قيل - : المنع . وعن بعض : الجواز ،
اعتماداً على مصححة ابن سنان : « عن رجل دفع إلى رجل غنمه بسمن
ودراهم معلومة ، لكل شاة كذا وكذا في كل شهر . قال (ع) :
لا بأس بالدراهم ، أما السمن فلا أحب ذلك ، إلا أن تكون حوالب
فلا بأس » (١٠) ونحوها رواية الحلبي (٢٠) . لكنها غير ظاهرة في
الاجارة . فالمرجع القواعد المقتضية للمنع .
(٢) قيل : لاخلاف ظاهراً في فساد الاجارة . ويقتضيه ما تقدم في
الاستئجار للرضاع .

(٣) عن موضع من التذكرة وعن الايضاح : القول بالجواز ، بدعوى
أن الماحوظ في الاجارة منفعة البشر ، وإن أدى استيفائها إلى اتلاف
العين . وفيه : أنه لا يظهر للبشر منفعة غير الانتفاع باتلاف مائها ، ولذا
كان المختار للقواعد وموضع من التذكرة وعن جامع المقاصد : المنع . وهو
في محله كما يأتي .

(٤) قد عرفت إشكاله في شرح المسألة السابقة ، وأن الارتضاع من

(١٠) الوسائل باب : ٩ من ابواب عقد البيع وشروطه حديث : ٤

(٢٠) الوسائل باب : ٩ من ابواب عقد البيع وشروطه حديث : ١

فم للولد من دون مباشرتها لذلك . فما عن بعض العلماء من إشكال الاجارة في المذكورات ، لأن الانتفاع فيها باتسلاف الاعيان ، وهو خلاف وضع الاجارة ، لا وجه له (١) .

المرأة نحو منفعة لها خصوصية زائدة على الانتفاع باللبن ، فان انتفاع الطفل باللبن حين ما يوضع في كأس ويشرب غير انتفاعه به حين ما يشرب بنحو الارتضاع ، ولذا كان الأول غير محرم والثاني محرماً للكنكاح . وكأن ما ذكرناه في كتاب (نهج الفقاهة) من عدم صحة إجارة المرأة للرضاع ، ناشيء عن غرض النظر عن ذلك ، كما قد يتفق كون المقصود مجرد الانتفاع باللبن ولو بالشرب من كأس لا خصوص الارتضاع من الثدي .

(١) بل له وجه ظاهر ، لأن الاجارة عرفاً - كما عرفت في أول الكتاب - وإن كانت واقعة على العين ، لكن في حاقها المعاوضة على المنفعة ، فتكون الأجرة في مقابل المنفعة ، واللبن والماء والتمر في الموارد المذكورة أعيان لا منافع ، فلا تكون المعاوضة عليها من قبيل الاجارة .

ودعوى : أنها وإن كانت أعياناً لكنها بالاضافة الى الأعيان التي وقعت عليها الاجارة منافع ، فان منفعة الشاة لبنها ، ومنفعة الشجرة ثمرها ، ومنفعة البئر ماؤها ، فالامور المذكورة أعيان في أنفسها ومنافع لغيرها ، فلا مانع من ايقاع الاجارة على أصلها بلحاظها .

مندفعة : بأن المنفعة الملحوظة في المعاوضة في الاجارة يراد بها ما هو مقابل العين ، فانهم ذكروا : أن البيع تمليك الاعيان ، والاجارة تمليك المنافع ، فالمنافع يراد بها ما يقابل العين ، فلا تنطبق على العين ، والا لجازت إجارة الشاة بلحاظ سخلها ، والجارية بلحاظ ولدها ، والبذر بلحاظ الزرع . وكذا في جميع موارد التوالد . فيكون الفرق بين البيع والاجارة : أن البيع يقع على ما هو مقصود بنفسه في المعاوضة ، والاجارة

(مسألة ١٣) : لا يجوز الاجارة لاتيان للواجبات العينية (١) ، كالصلوات الخمس ، والكفائية كتغسيل الاموات وتكفينهم والصلاة عليهم ، وكتعليم القدر للواجب من أصول الدين وفروعه ، وللقدر الواجب من تعليم للقرآن ، كالحمد وسورة منه ، وكالقضاء والفتوى ، ونحو ذلك . ولا يجوز الاجارة على الأذان (٢) . نعم لا بأس بارتزاق للقاضي ، والمفتي والمؤذن من بيت المال . ويجوز الاجارة لتعليم الفقه والحديث والعلوم الادبية وتعليم للقرآن (٣) ، ما عدا المقدار للواجب ، ونحو ذلك .

تقع على ما هو مقصود لغيره فيها وإن كان عيناً ، ويكون باب بيع الثمار من قبيل اجارة الاشجار ، فيناسب ذكره في باب الاجارة . ولأجل ما ذكرنا صح أن يضاف الأجر الى ذي المنفعة ، فيقال : أجر الأجير ، وأجرة الدار ، وأمثال ذلك ، لكون المنفعة قائمة بالعين المستأجرة . ولو كانت المنفعة عيناً لم يحسن ذلك .

ومثالها دعوى : أن المنفعة الملحوظة في اجارة الشجر ليست الثمر بل الانتفاع بالثمر ، وهو من قبيل المعنى لا العين . وجه الاندفاع : أن الانتفاع بالثمرة ليس منفعة للشجر ، بل للثمر نفسه ، فلا يرتبط باجارة الشجر . (١) قد تكرر التعرض لذلك في هذا الشرح ، وقد تقدم في مبحث القراءة في الصلاة الوجوه المستدل بها على المنع ، والمناقشة فيها ، وأن العمدة في دعوى المنع : اليقين بوجود حصولها مجاناً . فراجع .

(٢) تقدم الكلام فيه في مبحث الأذان ، فراجع .

(٣) تقتضي ذلك عمومات الصحة ، بعد أن كان التعليم موضوع الاغراض العقلانية ، بل هو من أفضلها .

(مسألة ١٤) : يجوز الاجارة لكنس المسجد والمشهد وفرشها ، وإشعال السراج ، ونحو ذلك (١) .

(مسألة ١٥) : يجوز الاجارة لحفظ المتاع أو للدار أو للبستان مدة معينة عن السرقة والاتلاف ، واشتراط للضمان لو حصلت السرقة أو الاتلاف ولو من غير تقصير (٢) ، فلا بأس بما هو المتداول من اشتراط الضمان على للناطور إذا ضاع مال

(١) لما عرفت ، فلا يكون أكل الأجرة أكلاً للمال بالباطل .

(٢) يعني : شرط نفس الضمان على نحو يكون من شرط النتيجة : وقبل بعدم صحة ذلك ، فلا يصح إلا إذا كان بنحو شرط الفعل ، يعني : تدارك الخسارة ، بناء على عدم ضمان الأمين ، فانه إذا كان الشرط بنحو شرط النتيجة ، يكون الشرط مخالفاً للكتاب فيبطل . وما في خبر إصحاق ابن عمار (١٥) من ضمان الأجير إذا كان أجيراً على الحفظ محمول على صورة اشتراط تدارك الخسارة ، لا الضمان بمعنى النتيجة كما هو ظاهره عند الاطلاق ، إذ بعد عدم إمكان الأخذ باطلاقه لمخالفته للإجماع ، لا يتعين حمله على صورة اشتراط الضمان بمعنى النتيجة ، بل من الجائز حمله على صورة اشتراط الضمان بمعنى شرط الفعل ، بل هو المتعين ، لأن الأول شرط مخالف للكتاب .

هذا وقد تقدم في فصل : أن العين المستأجرة أمانة ، الكلام في ذلك . وأن قاعدة عدم ضمان الأمين لا تقتضي كون شرط الضمان بمعنى النتيجة مخالفاً للكتاب . والعمدة في المنع : كون شرط النتيجة في نفسه غير معقول . فراجع .

لكن لابد من تعيين للعمل والمدة والأجرة على شرائط الاجارة .
(مسألة ١٦) : لا يجوز استئجار اثنين للصلاة عن ميت
واحد في وقت واحد (١) ، لمنافاته للترتيب المعتبر في القضاء
بخلاف للصوم فانه لا يعتبر فيه الترتيب . وكذا لا يجوز استئجار
شخص واحد لنيابة الحج للواجب عن اثنين ، ويجوز ذلك في
الحج المندوب (٢) . وكذا في للزيارات (٣) كما يجوز للنيابة

(١) نص على ذلك غير واحد ، لما ذكره المصنف (ره) من منافاته
للترتيب المعتبر في القضاء . فمن لا يقول باعتباره في القضاء لا مانع عنده
من ذلك .

(٢) في صحيح ابن اسماعيل : « سألت أبا الحسن (ع) كم أشرك في
حجتي ؟ قال (ع) : كم شئت » (١٥) . وفي صحيح معاوية بن عمار
عن أبي عبد الله (ع) : « قلت له : أشرك أبوي في حجتي ؟ قال (ع) :
نعم . قلت أشرك أخوتي في حجتي ؟ . قال (ع) : نعم ، إن الله عز وجل
جاء لك حجاً ولك أجر لصلتك إياهم » (٢٥) . ونحوها غيرهما . فإذا
ثبتت مشروعيته جازت الاجارة عليه .

(٣) في رواية إبراهيم الحضرمي عن أبي الحسن موسى بن جعفر (ع) :
« فإذا أتيت قبر النبي (ص) فقصيت ما يجب عليك ، فصل ركعتين ،
ثم قف عند رأس النبي (ص) ، ثم قل السلام عليك يا نبي الله ، عن أبي وأمي
وولدي وخاصتي وجميع أهل بلدي ، حرهم وعبدتهم ، وأبيضهم وأسودهم ،
فلا تشاء أن تقول للرجل : قد أقرأت رسول الله (ص) عنك السلام
إلا كنت صادقاً » (٣٥) .

(١٥) الوسائل باب : ٢٨ من أبواب النيابة في الحج حديث : ١ .

(٢٥) الوسائل باب : ٢٨ من أبواب النيابة في الحج حديث : ٢ .

(٣٥) الوسائل باب : ٣٥ من أبواب النيابة في الحج حديث : ١ .

عن المتعدد تبرعاً في الحج وللزيارات (١) . ويجوز الاتيان بها لا بعنوان للنيابة بل بقصد إهداء للثواب لواحد أو متعدد (٢) (مسألة ١٧) : لا يجوز الاجارة للنيابة عن الحي في الصلاة ولو في الصلوات المستحبة (٣) . نعم يجوز ذلك في للزيارات والحج المندوب . وإتيان صلاة الزيارة ليس بعنوان

(١) كما هو مورد النصوص المتقدمة .

(٢) قد تقدم في صلاة الاستيجار ذكر بعض ما يدل على إهداء الثواب ، ولعل منه ما في مرسل الفقيه : « قال رجل للصادق (ع) : جعلت فداك إني كنت نويت أن أدخل في حجتي العام أبي أو بعض أهلي فنسيت . فقال (ع) : الآن فاشركها » (١٠) . ونحوه خبر الحارث بن المغيرة (٢٠) . فان الظاهر من الاشراك بعد العمل الاشراك في الثواب ، كما فهمه منه في الوسائل . ثم إن المصنف (ره) سيتعرض للاجارة على إهداء الثواب في المسألة الحادية والعشرين :

(٣) يدل على الجواز رواية محمد بن مروان : « ما يمنع الرجل منكم أن يبر والديه حين وميتين ، يصلي عنهما ، ويتصدق عنهما ، ويحج عنهما ، ويصوم عنهما ، فيكون الذي صنع لهما وله مثل ذلك . . . » (٣٠) ، وفي رواية علي بن أبي حمزة : « قلت لأبي ابراهيم (ع) : أحج وأصلي وأنصدق عن الأحياء والأموات من قرابتي وأصحابي ؟ . قال (ع) : نعم تصدق عنه ، وصل عنه ، ولك أجر بصااتك إياه » (٤٠) . لكن في الوسائل بعد ذكر الخبر

(١٠) الوسائل باب : ٢٩ من أبواب النيابة في الحج حديث : ٢ .

(٢٠) الوسائل باب : ٢٩ من أبواب النيابة في الحج حديث : ١ .

(٣٠) الوسائل باب : ١٢ من أبواب قضاء الصلاة حديث : ١ .

(٤٠) الوسائل باب : ١٢ من أبواب قضاء الصلاة حديث : ٩ .

النيابة بل من باب سببية للزيارة ، لاستحباب الصلاة بعدها ركعتين (١) .

الأول قال : « أقول : الصلاة عن الحي مخصوص بصلاة الطواف والزيارة لما يأتي » . وكأنه يشير إلى ما ذكره من خبر عبد الله بن جندب : « كتبت إلى أبي الحسن (ع) : أسأله عن الرجل يريد أن يجعل أعماله في البر والصلة والخير أثلاثاً ، ثلثاً له وثلثين لأبويه أو يفردهما بشيء مما يتطوع به . وإن كان أحدهما حياً والآخر ميتاً . فكتب الي : أما الميت : فحسن جائز ، وأما الحي : فلا إلا البر والصلة » (١٠) . بناء على ما في بعض النسخ من كون « الصلاة » بدل « الصلة » ، كما هو الصحيح حسب ما يظهر من كلام ابن طاووس في ذيل الحديث المذكور . وفيه : أن مورد الحديث التشريك للحي في الصلاة ، فلا يسد على المنع من إفراده بالنيابة عنه ، إذ لعل للتشريك خصوصية ، كما قد ورد ذلك في خبر علي بن جعفر عليه السلام عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام : « سألت عن رجل جعل ثلث حجته لميت وثلثها لحي . فقال عليه السلام : للميت ذلك وللحي فلا » (٢٠) ، مع ورود النص في جواز التبرع بالحج عن الحي . ولذلك قال السيد ابن طاووس - بعد ذكر خبر عبد الله بن جندب - : « لا يراد بهذه الصلاة المندوبة ، لأن الظاهر جوازها عن الأحياء في الزيارات والحج وغيرها » . فالظاهر جواز النيابة عن الحي في الصلاة المندوبة كغيرها ، كما هو ظاهر شيخنا الأعظم (ره) في رسالة القضاء .

(١) الذي يظهر من النصوص : أن النيابة في الصلاة على نحو

(١٥) الوسائل باب : ١٢ من أبواب قضاء الصلاة حديث : ١٦ .

(٢٥) الوسائل باب : ٢٥ من أبواب النيابة في الحج حديث : ٩ .

ويحتمل جواز قصد النيابة فيها لأنها تابعة للزيارة (١) .
والأحوط إتيانها بقصد ما في الواقع .

(مسألة ١٨) : إذا عمل للغير لا بأمره ولا إذنه ، لا يستحق عليه العوض (٢) وإن كان بتخييل أنه مأجور عليه فبان خلافه .

(مسألة ١٩) : إذا أمر باتيان عمل فعمل المأمور ذلك فإن كان بقصد للتبرع لا يستحق عليه أجره وإن كان من قصد الأمر إعطاء الأجرة (٣) ، وإن قصد الأجرة وكان ذلك للعمل مما له أجره استحق وإن كان من قصد الأمر إتيانه تبرعاً (٤) ، سواء كان للعامل ممن شأنه أخذ الأجرة ومعداً نفسه لذلك أولاً بل وكذلك إن لم يقصد للتبرع ولا أخذ الأجرة ، فإن عمل المسلم محترم . ولو تنازعا بعد ذلك في أنه قصد للتبرع أولاً ،

النيابة في الزيارة ، لأن الصلاة عن نفسه والزيارة عن غيره .

(١) كما عرفت أنه ظاهر النصوص .

(٢) بلا خلاف ظاهر ، للأصل ، وعدم ثبوت سبب الضمان من عقد أو يد أو اتلاف . نعم بناء على أنه يكفي في كون العمل تحت اليد رجوع فائدته اليه يكون القول بالضمان في محله . لكنه غير ثابت . وقاعدة احترام عمل المسلم كماله غير ثابتة كلية بنحو تستتبع الضمان عن المعمول له كما لا يخفى .

(٣) بلا خلاف ظاهر ، فإنه لإباحة منه لعمله تمنع عن ضمانه واحترامه كإباحة ماله .

(٤) على المشهور شهرة عظيمة ، بل لم يحك الخلاف فيه . نعم

قدّم قول للعامل ، لأصالة عدم قصد للتبرع بعد كون عمل المسلم محترماً ، بل اقتضاء احترام عمل المسلم ذلك وإن أغمضنا

ظاهر ما في الشرائع في كتاب الجمالة من قوله : « لو استدعى الرد ولم يبذل الأجرة لم يكن للراد شيء » ، لأنه متبرع بالعمل ، بخلافه في ذلك ، مع بنائه في كتاب الاجارة على الاستحقاق إذا دفع الى العامل شيئاً ليعمل فيه ، إذا كان من عادة العامل أن يستأجر لذلك - كالغسال والصباغ - أو كان العمل مما له اجرة .

وكيف كان : فلا خلاف محقق في الضمان . وفي مجمع البرهان : « يحتمل أن يكون مجمعاً عليه » . نعم الاشكال في مستنده ، إذ الضمان إما بالعقد أو باليد أو بالانلاف ، والجميع هنا محل الاشكال ، فانه لا عقد صحيح في البين ، لا إجارة ولا جمالة ، للجهل بالاجرة والجعل . ولو سلم ثبوتها فاسدتين ليرتب عليه الضمان بقاعدة : « ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده » ، فغير مطرد في صورة قصد الأمر التبرع كما فرض في المتن . وإن كان باليد فغير ظاهر أيضاً ، لأن قاعدة : (على اليد) لو شملت المنافع اختصت بما لو كان ذو المنفعة تحت اليد ، لتكون المنفعة تحت اليد تبعاً ، وهو لا يتم في عمل الحر كما عرفت في أول الكتاب . فتأمل . وإن كان بالانلاف فأشكل ، لأن سببية العامل فيه أقوى من الأمر ، لأنه المباشر ، كما لو أمره باتلاف مال الغير وأكل طعامه ، فان المتلف هو الضامن لا الأمر .

والذي ذكره في المسالك وغيرها : أن الموجب للضمان استيفاء المنفعة ذات المالية . لكن سببية ذلك للضمان أيضاً محتاجة إلى دليل . وفي الجواهر : الاستدلال له بقاعدة احترام عمل المسلم كماله . كما أشار اليه في المتن وجملة من كتب الأصحاب . لكن عرفت سابقاً : أن كون عمل المسلم محترماً

ج ١٢ (لواختلف الأمر والعامل في أنه قصد التبرع أو الاجرة) -- ١٤١ --

كما لا يكفي في ثبوت ضمانه . وعموم مادل على احترام دم المسلم وماله (١٥) ظاهر في الحرمة التكليفية ، بمعنى : أنه لا يجبر المسلم على العمل ولا يقهر عليه ، ويكون ذلك حراماً ، لأنه يكون مضموناً . ولو سلم فهو أعم من ضمان الأمر وغيره . وقد يدعى : أنه وجه الضمان أن الأمر بالعمل نظير الإباحة بالضمان والتعليك بالضمان ، فانه استعمال بالضمان نافذ شرعاً كغيره . ويشكل بأنه لو سلم ذلك لم يجد مع قصد الأمر المجانية ، وسيشير إلى ذلك المصنف (ره) في المسألة الخامسة والعشرين .

وكانه لذلك استشكل في مفتاح الكرامة في الضمان حيث قال :
« لولا اتفاق من تعرض لهذا الفرع على ثبوت الأجرة عند اجتماع الأمرين (يعني : كون العمل ذا أجرة ، وكون العامل معتاداً في أخذ الأجرة) إلا من قلّ ممن لا نعرفه لكان احتمال عدم الأجرة مطلقاً قوياً ، إذ لعله لا يقصر عن قوله : أعطني مافي يدك ، وأطعمني طعامك ، وأدعني ديني ، ولم يقل : وعليّ عوضه ، عند جماعة ونحو ذلك مما لا ضمان فيه ، لأنه مما يحتمل أن يكون بعوض وأن يكون بدونه ، والأصل براءة ذمته من لزومه . ولعلّ الذي دعاهم إلى ذلك استمرار السيرة ، ولكنها غير مستمرة فيما إذا لم يكن له عادة . . . »

أقول : قد ظهر لك : أن موضع الاشكال صورة قصد الأمر التبرع ، إذ مع قصده الأجرة يمكن أن يكون الضمان من جهة كون المورد لإجارة أو جمالة فاسدتين ، وهما يقتضيان الضمان كالصحيحيتين ، أو أن تكون معاملة مستقلة ، أعني : الاستعمال بشرط الضمان ، فلاوجه للرجوع إلى أصالة البراءة . أما إذا قصد الأمر التبرع ، فلا مجال لذلك . والضمان بالبد والائتلاف قد عرفت إشكاله ، لكن التفصيل بين الصورتين خلاف

عن جريان أصالة عدم التبرع (١) . ولا فرق في ذلك بين

ارتكاز العرف والمتشعبة ، والمناطق الموجب للضمان عندهم موجود في الصورتين على حد واحد ، وهو استيفاء العمل غير المباح من العامل ، كما أشار إليه في المسالك وغيرها . فإذا لا يبعد البناء على الضمان ، لبناء العرف والمتشعبة عليه ، وعدّهم لاستباحة العمل ظاهراً وعدواناً . والمناطق في حصول الاستيفاء الموجب للضمان ، أن يكون بعث وتحريض للعامل ، ولا فرق في البعث بين أن يكون بالقول كالأمر ، وأن يكون بالفعل كأن يدفع إلى الخياط الثوب ليخيطه ، أو الفسّال ليفسّله ، أو يجلس بين يدي الحلاق أو الدلاك فيحلق رأسه أو يدلك بدنه ، كما صرح به في جامع المقاصد ، فإن ذلك بمنزلة الأمر في حصول الاستيفاء المقنضي للضمان .

هذا والظاهر أن الأجرة التي يضمن بها العمل : هي أجرة المثل كما صرح به جماعة . وما في كلام جماعة آخرين من أنها الأجرة المسماة لمثل ذلك العمل قرينة على تواطئها عليها ، فتكون جعالة صحيحة لتعين الجمل . لكن ذلك إن تم يختص بصورة علم الأمر ، لا مع جهله . كما أنه يمكن أن يكون المقام من باب الإجارة الصحيحة ، بأن يكون غرض الأمر توكيل العامل في تعيين الأجرة ، كما يتعارف ذلك في الشراء من مخازن البقالين والبزازين وغيرهم ، من دون تواطؤ على أجرة معينة ، فلا بد أن يكون مقصود المشتري توكيل البائع من بقال أو بزاز أو غيرها في تعيين الثمن ، فيكون البيع صحيحاً ، لأنه يكفي في معرفة العرضين المتبعة في البيع معرفة الوكيل . وكذا في المقام . لكنه يختص التوكيل بالتعارف وهي أجرة المثل ، فلا يكون الضمان بالمسمى . وكذا في البيع . وبالجمل : الضمان بالمسمى غير ظاهر ، إلا أن يكون مفاد الأمر التوكيل المطلق . (١) كأنه مبني على التمسك بالعام في الشبهة المصداقية .

أن يكون للعامل ممن شأنه وشغله أخذ الأجرة وغيره ، إلا أن يكون هناك انصراف أو قرينة على كونه بقصد للتبرع ، أو على اشتراطه .

(مسألة ٢٠) : كل ما يمكن الانتفاع به منفعة محلبة مقصودة للعقلاء مع بقاء عينه يجوز إجارته . وكذا كل عمل محلل مقصود للعقلاء - عدا ما استثني - يجوز الاجارة عليه ، ولو كان تعاق القصد والغرض به نادراً لكن في صورة تحقق ذلك للنادر (١) . بل الأمر في باب المعاوضات للواقعة على الأعيان أيضاً كذلك . فمثل حبة الخنطة لا يجوز بيعها ، لكن إذا حصل مورد يكون متعلقاً لغرض للعقلاء ويبذلون المال في قبالتها يجوز بيعها .

(مسألة ٢١) : في الاستئجار للحج المستحبي أو للزيارة لا يشترط أن يكون الاتيان بها بقصد النيابة ، بل يجوز أن يستأجره لآتيانها بقصد إهداء الثواب إلى المستأجر أو إلى ميتة (٢) ويجوز أن يكون لا بعنوان النيابة ولا إهداء للثواب ، بل يكون المقصود إيجادها في الخارج من حيث أنها من الأعمال للراجعة فيأتي بها لنفسه أو لمن يريد نيابة أو إهداء .

(١) إذا كان الغرض النادر عاماً ، وكان العمل عزيز الوجود . وكذا الحال في الأعيان . فإذا كان الغرض خاصاً أو كان كثير الوجود لا يكون ذا مالية ، ولا يجوز بذل المال بازائه ، لأنه أكل للمال بالباطل . (٢) قد يشكل ذلك لعدم إحراز الموضوع ، لاحتمال كون العمل مقروناً بما يمنع من تحقق الثواب . والاجارة على الإهداء على تقدير وجود

(مسألة ٢٢) : في كون ما يتوقف عليه استيفاء المنفعة - كالمداد للكتابة ، والابرة والحيط للخياطة مثلاً - على المؤجر أو المستأجر قولان (١) . والأقوى وجوب التعيين ، إلا إذا كان هناك عادة ينصرف إليها الاطلاق ، وإن كان للقول بكونه مع عدم التعيين وعدم للعادة على المستأجر لا يخلو عن وجهه

الثواب كما ترى ، لا يخرج عن كونه مشكوكاً ومع الجهل بثبوت العوض لا تصح الاجارة . مضافاً إلى أن المالبية في الثواب ، لافي إهداء الثواب ، فلا يكون طرفاً للمعاوضة . اللهم إلا أن يقال : إنه يكفي في صلاحيته للعوضية كونه موصلاً إلى المال ، نظير الاجارة على البيع ، كما يتعارف عند الدالين في البيع أو الاجارة أو نحوهما .

(١) في الشرائع وعن السرائر والتحرير والارشاد : أنها على المؤجر واختاره في الجواهر ، لتوقف العمل المستأجر عليه على ذلك ، فيجب من باب المقدمة . وعن المسالك والروضة وغيرها : أنها على المستأجر ، إلا أن تكون العادة على المؤجر ، لأن المقصود من الاجارة العمل ، أما الأعيان فلا تدخل في مفهوم الاجارة على وجه يجب أداؤها لأجلها ، إلا في شواذ تثبت على خلاف الأصل ، كالرضاع والاستحمام . ورده في الجواهر بأن عدم دخولها في مفهوم الاجارة لا ينافي وجوبها للمقدمة للواجب ، الذي الأصل فيه أن يكون واجباً مطلقاً لا مشروطاً . وعن مجمع البرهان : وجوب التعيين . وكأنه لاجمال المستأجر عليه من حيث الاطلاق والاشتراط ورده في الجواهر : بأنها من التواضع ، وليست من مورد الاجارة الذي يعتبر فيه المعلومية . وفيه : أن الاجمال في مورد الاجارة من حيث الاطلاق والاشتراط كما عرفت ، لافي التواضع .

هذا ولأجل ما ذكره في الجواهر ، من أصالة الاطلاق في العمل ،

أيضاً ، لأن لللازم على المؤجر ليس الا للعمل (١) .

تعرف أنه لا إجمال كي يحتاج إلى التعيين ، فيكون الأقوى أنها على المؤجر لا المستأجر ، إلا أن تكون قرينة على خلاف الإطلاق ، فيتعين العمل عليها . ولو أجمل المراد لوجود ما يصاحبه المقرينة وجب التعيين ، وإلا بطلت الاجارة . هذا ولكن قد يشكل ما في الجواهر : بأن إطلاق الوجوب يقتضي وجوب المقدمة ، أما أنها على وجه تكون ملكاً للمستأجر فليس مما يقتضيه الإطلاق . وبالجمله : إطلاق الوجوب يقتضي المبادرة إلى العمل ، ولا يقتضي تملك الخيوط - مثلاً - للمستأجر . وقاعدة السلطنة تقتضي بقاها على ملك الأجير ، وحينئذ يجب دفع بدلها إلى الأجير . وهذا المعنى وإن كان مخالفاً للقول بأنها على المستأجر ، وللقول بأنها على الأجير ، لا بأس بالالتزام به إذا كان مقتضى الدليل . لكن هذا يختص بما إذا كان إطلاقاً للعمل المستأجر عليه ، أما إذا لم يكن لعدم تمامية مقدمات الحكمة ، فالعقد باطل ، لا جمل موضوعه وإمهاله ، المانع ذلك من صحته ، إذ المهمل لا يمكن انطباقه على كل من الواجد للقيود والفاقد . من الافراد الخارجية والفرضية . ومن ذلك يظهر : أن قول المصنف (ره) : « والأقوى وجوب التعيين » مبني على إهمال العمل وعدم إطلاقه ، فإنه مع الإطلاق لا موجب للتعين ، بل يؤخذ بمقتضى الإطلاق .

كما أن ما ذكرنا يظهر الفرق بين مثل الابرة ، وبين مثل الخيوط والخبر ونحوهما مما لا تبنى عينه بيد المؤجر ، فإن الرجوع على المستأجر يختص به ، ولا يجري في مثل الابرة ونحوها . وهذا فرق آخر بين هذا القول والقولين الآخرين ، فلاحظ .

(١) لكن عرفت أنه إذا وجب العمل وجبت مقدماته ، ولكن

لا يجب بذلها مجازاً .

(مسألة ٢٣) : يجوز الجمع بين الاجارة والبيع - مثلاً -
بعقد واحد (١) ، كأن يقول : بعثك داري وآجرتك حماري

(١) قال في الشرايع - في ذيل مسألة بيع الصاع من صبرة - :
« لو جمع بين شيئين مختلفين في عقد واحد - كبيع وسلف ، أو لإجارة
وبيع ، أو نكاح وإجارة - صح ، ويقسط العوض على قيمة المبيع ، وأجرة
المثل ، ومهر المثل » . وفي المسالك : « لا خلاف عندنا في ذلك كله » .
وفي الجواهر : « بلا خلاف أجده فيه » . ولكن قد يشكل ذلك من
جهه عدم معلومية الثمن ولا الأجرة ، للجهل بالنسبة . وجواز ذلك في
بيع الصفقة أو لإجارة الصفقة لا يقتضي الجواز هنا ، لأجل أن الثمن أو الأجرة
هناك معلوم ، وإن كان ما يقابل كل واحد من أبعاض المبيع أو المستأجر
مجهولاً ، وهنا كل من الثمن والأجرة مجهول . اللهم إلا أن يقال : إن
العمدة في دليل المنع مع الجهل هو الاجماع ، وهو منتف في المقام .

وفي الجواهر : حكى عن الأردبيلي التأمل في الصحة ، لما سبق ،
وللشك في مثل هذا العقد . ودفع الأول بما أشرنا اليه من أن المعلوم من
قدح الجهالة ما إذا كان البيع عقداً مستقلاً . ودفع الثاني : بأنه خلاف
الاطلاق ، وأنه لو بني على اختصاص العموم بالعقود المتعارفة ، فظهور
اتفاق الأصحاب عليه يقتضي دخوله في المتعارف . انتهى . والآخر كما
ترى ، فإن كونه غير متعارف أمر وجداني لا يقبل الشك ، كي يكون
اتفاق الاصحاب دليلاً على خلافه .

فالعمدة : منع الاختصاص بالمتعارف ، بل ضرورة الفقه على خلاف
ذلك ، وإلا لزم تأسيس فقه جديد ، كما أشرنا إلى ذلك في غير مورد
من مباحث هذا الشرح . ثم إنه لو بني على وجود إطلاق يقتضي قاذحية
الجهالة في المقام - كما يقتضيه استدلال الأصحاب على ذلك بما ورد من

بكذا . وحينئذ يوزع العوض عليهما بالنسبة ، ويلحق كلاً منهما حكمه . فلو قال : آجرتك هذه للدار وبعثت هذا الدينار بعشرة دنانير ، فلا بد من قبض العوضين بالنسبة إلى البيع في المجلس ، وإذا كان في مقابل الدينار - بعد ملاحظة للنسبة - أزيد من دينار أو أقل منه بطل بالنسبة ليه ، للزوم الربا (١) . ولو قال : آجرتك هذه للدار وصالحتك على هذا الدينار بعشرة دنانير مثلاً ، فإن قلنا بجريان حكم للصرف من وجوب للقبض في المجلس (٢) ، وحكم للربا في الصلح ، (٣) فالحال كالبيع وإلا فيصح بالنسبة إلى المصالحة أيضاً .

نهى النبي (ص) عن بيع الغرر (١٠) - فاتفق الأصحاب على المقام يقتضي الخروج عنه ، فلاحظ .

(١) قد يشكل ذلك بأن الضميمة مانعة من تحقق الربا نصاً وفتوى ، فراجع كلماتهم في مبحث الحيل المانع من تحقق الربا .

(٢) لكن الظاهر عدم جريانه ، بل قيل : « لا خلاف فيه ظاهر » . ويقتضيه اختصاص نصوص الشرطية بالبيع ، الموجب للرجوع إلى إطلاق الصحة في غيره .

(٣) جريان حكم الربا في جميع العقود هو المشهور ، ويقتضيه إطلاق جملة من النصوص المتضمنة لتحريم الربا . ودعوى انصرافها إلى البيع غير ظاهرة . وبمجرد الغلبة غير كاف فيه . نعم في صحيح ابن مسلم عن أبي جعفر (ع) : « في رجلين كان لـكل واحد منهما طعام عند صاحبه ، ولا يدري كل واحد منهما كم له عند صاحبه ؟ فقال كل واحد

منها لصاحبه : لك ما عندك ولي ما عندي . فقال (ع) : لا بأس بذلك إذا تراضيا وطابت نفسيهما بذلك « (١٥) . وإطلاقه يقتضي الشمول لصورة العلم بالتفاضل ، فيدل على جواز الربا في الصلح . ومنع الاطلاق المذكور غير ظاهر ، ولا سيما مع غلبة الاختلاف . ولو سلم فهو كالصريح في عدم اعتبار العلم بالتساوي ، فيصح الصلح مع الجهل به . كما أن إطلاقه شامل لصورة العلم بزيادة أحدهما بعينه ، ، ومقتضاه الجواز فيها . وعلى هذا يقتصر في الخروج عن عمومات المنع على مورد الصحيح المذكور ، وفي غيره يرجع إلى العمومات المانعة .

هذا ويمكن أن يقال : إن عمومات المنع مورد بعضها خصوص البيع ، ولا تشمل الصلح ، وظاهر بعضها الآخر خصوص المعاوضة بين العيينين ولو كانت بطريق الصلح . أما إذا كان مفاد الصلح خالياً عن المعاوضة بين العيينين - كما هو ظاهر مورد الصحيح المذكور - فلا عموم يقتضي المنع عنه . فإذا قال : صالحتك على أن تكون هذه العشرة بهذه الخمسة ، كان الصلح معاوضة بين العيينين ، فلا يصح . وإذا قال : صالحتك على أن تكون هذه العشرة لي وهذه الخمسة لك ، لم يكن فيه معاوضة بين العيينين ، فيصح عملاً بعمومات الصحة . وأما الآيات الشريفة - مثل قوله تعالى : (يمحق الله الربا ويربي الصدقات) (٢٥) ، وقوله تعالى : (قالوا إنما البيع مثل الربا وأحل الله البيع وحرم الربا) (٣٥) ، وقوله تعالى : (الذين يأكلون الربا لا يقومون إلا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان . . .) (٤٥) ، وقوله تعالى : (يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا) (٥٥) ، ونحوها - فلا تخلو من إجمال ، إذ ليس المراد

(١٥) الوسائل باب : ٥ من أبواب الصلح حديث : ١ .

(٢٥) البقرة : ٢٧٦ .

(٣٥)، (٤٥) البقرة : ٢٧٥ .

(٥٥) البقرة : ٢٧٨ .

(مسألة ٢٤) : يجوز استئجار من يقوم بكل ما يأمره من حوائجه (١) ، فيكون له جميع منافعه . والأقوى أن نفقته على نفسه لا على المستأجر (٢) ، إلا مع الشرط ، أو الانصراف من جهة للعادة .

منها المعنى اللغوي ، والمراد الشرعي غير ظاهر ، فلا مجال للرجوع اليها في عموم المنع . فلاحظ وتأمل .

(١) قال في الجواهر : « ظاهر الأصحاب المفروغية عن جواز الاستئجار ، للانفاذ في حوائجه على الاجمال ، اتكالا على المعتاد المقدور له واللائق بحاله من ذلك » . أقول : ذلك مقتضى عمومات الصحة : (٢) كما عن السرائر والتذكرة والمختلف وجامع المقاصد ، والروضة ومجمع البرهان وغيرها ، لعدم اقتضاء عقد الاجارة كونها على المستأجر ، وإن اختاره في الشرائع ، وحكى عن النهاية والقواعد والارشاد والروض . وقد يستدل له بالصحيح عن سليمان بن سالم قال : « سألت أبا الحسن (ع) عن رجل استأجر رجلاً بنفقة ودراهم مسماة على أن يبعثه إلى أرض ، فلما أن قدم أقبل رجل من أصحابه يدعوه إلى منزله الشهر والشهرين فيصيب عنده ما يفيقه عن نفقة المستأجر ، فنظر الأجير إلى ما كان ينفق عليه في الشهر إذا هو لم يدعه ، فكافأ به الذي يدعوه ، فمن مال من تكون تلك المكافأة ؟ أمن مال الأجير أو من مال المستأجر ؟ قال (ع) : إن كان في مصلحة المستأجر فهو من ماله ، وإلا فهو على الأجير . وعن رجل استأجر رجلاً بنفقة مسماة ولم يفسر شيئاً ، على أن يبعثه إلى أرض أخرى ، فما كان من مؤنة الأجير من غسل الثياب والحمام فعلى من ؟ قال (ع) : على المستأجر » (١٠) . وفيه : أن مورده صورة كون النفقة

وعلى الأول (١) : لابد من تعيينها كمأ وكيفاً (٢) ، إلا أن يكون متعارفاً . وعلى الثاني : على ما هو المعتاد المتعارف . ولو أنفق من نفسه أو أنفقه متبرع يستحق مطالبة عوضها على الأول (٣) ، بل وكذا على الثاني ، لأن الانصراف بمنزلة الشرط . (مسألة ٢٥) : يجوز أن يستعمل الأجير مع عدم تعيين الأجرة (٤) وعدم إجراء صيغة الاجارة ، فيرجع إلى أجرة المثل . لكنه مكروه (٥) . ولا يكون حينئذ من الاجارة المعاطاتية ، كما قد يتخيل ، لأنه يعتبر في المعاملة المعاطاتية

مأخوذة جزءاً من الأجرة ، وهو غير مانح فيه . وأيضاً : فإن مورد كونه نظر المستأجر إلى منفعة خاصة استأجره عليها . لا إلى جميع المنافع كما هو محل الكلام .

(١) يعني : الشرط .

(٢) قد يظهر من الصحيح الاكتفاء بذكرها إجمالاً ، اعتماداً على التقدير الشرعي ، فلا يبعد حينئذ عدم اعتبار ذكرها تفصيلاً للخبر المذكور ، ولا سيما مع ما عرفت من عدم وضوح الدليل على اعتبار العلم تفصيلاً بالأجرة ، بنحو لا يلزم الغرر ، فضلاً عن مثل الشرط مما كان من التوابع كما مال إليه في الجواهر .

(٣) عملاً بالشرط الموجب للاستحقاق مع عدم المسقط . اللهم إلا أن يكون المتبرع قد تبرع عن المستأجر .

(٤) فإن الظاهر عدم الخلاف فيه ، كما عن مجمع البرهان . وفي مفتاح الكرامة : عدم وجدان القائل بالتحريم .

(٥) كما هو المشهور الذي طفحت به عباراتهم . نعم عبر جماعة بأنه

اشتمالها على جميع شرائط تلك المعاملة عدا للصيغة ، والمفروض عدم تعيين الأجرة في المقام ، بل عدم قصد الانشاء منها (١) ولا فعل من المستأجر (٢) . بل يكون من باب للعمل بالضم (٣) ،

يستحب مقاطعة الأجير . ولعل مرادهم ذلك . وكيف كان : فيدل على الحكم صحيح سليمان الجعفري : « إن مولانا الرضا (ع) ضرب غلامه وغضب غضباً شديداً ، حيث استعانوا برجل في عمل وما عينوا له أجرته ، فقال له سليمان : لم تدخل على نفسك ؟ قال (ع) : قد نهيتهم عن مثل هذا غير مرة ، واعلم أنه ما من أحد يعمل لك شيئاً من غير مقاطعة ، ثم زدته على ذلك الشيء ثلاثة أضعاف على أجرته إلا ظن أنك قد أنقصته أجرته ، وإذا قاطعته ثم أعطيته أجرته حمدك على الوفاء ، فإذا زدته حبة عرف ذلك لك . ورأى أنك قد زدته » (١٠) . ومن التعليل يظهر تعيين حمل نهيه على الكراهة ، وغضبه (ع) وضربه كان لمعصيته التي هي معصية الله سبحانه . كما يتعين أيضاً حمل خبر مسعدة : « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يستعمل الأجير حتى يعلمه ما أجره » (٢٠) على الكراهة أيضاً . (١) بعد أن كان كل منها قاصداً للأجر ، وأنها قد تباينا على أمر واحد ، كيف لا يكونان قد قصدا الانشاء ؟ ! وسأتي منه : أن ذلك من باب العمل بالضم ، الذي لا يكون إلا مع قصد الانشاء .

(٢) الأمر بالعمل من قبيل الفعل الدال على إنشاء المعاملة ، وقد عنون المصنف (ره) المسألة باستعمال الأجير ، ولا بد حينئذ من أن يصدر فعل أو قول من المستأجر ، ليتحقق به الاستعمال للأجير . (٣) قد تقدم منه في المسألة التاسعة عشرة : أنه إذا أمر العامل بالعمل

(١٠) الوسائل باب : ٣ من أبواب أحكام الاجارة حديث : ١ .

(٢٠) الوسائل باب : ٣ من أبواب أحكام الاجارة حديث : ٢ .

نظير الاباحة بالضمان كما إذا أذن في أكل طعامه بضمان للمحوض
ونظير التملك بالضمان كما في القرض ، على الأقوى من عدم
كونه معلومة . فهذه الأمور عناوين مستقلة غير المعاوضة (١)
والدليل عليها للسيرة ، بل الأخبار أيضاً (٢) . وأما للكرهية
فلأخبار أيضاً (٣) .

(مسألة ٢٦) : لو استأجر أرضاً مدة معينة ، فغرس
فيها أو زرع مالا يدرك في تلك المدة ، فبعد انقضائها للمالك
أن يأمره بقلعها . بل وكذا لو استأجر لخصوص الغرس أو
لخصوص للزرع . وليس له الابقاء ولو مع الأجرة (٤) ، ولا

ضمن أجرته ، إذا لم يقصد العامل التبرع وإن قصد الأمر التبرع . وما نحن
فيه من ذلك الباب ، الذي قد عرفت أنه من قبيل الاستيفاء الموجب
للضمان وإن قصد المستوفي التبرع . فجعله من باب آخر غير ظاهر .

(١) كما صرح به في الجواهر ، مستدلاً عليه بالسيرة .

(٢) يعني : الصحيح والخبر المتقدمين .

(٣) كما عرفت .

(٤) وفي القواعد : « هو كالمغاصب » . وكذا في مفتاح الكرامة

عن المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد . ولم يحك فيه الخلاف
من غيرها . ولكنه إنما يتم لو كان التقييد بالمدة يقتضي خروج ذلك
عن مورد الاجارة ، ولازمه جواز منع المالك له من ذلك حين الزرع
أو الغرس ، مع أنه استشكل فيه في القواعد . وظاهر جامع المقاصد :
الميل إلى عدمه . وعن التذكرة : الأقرب العدم . وكذا عن التحرير .
نعم عن المبسوط : أن له المنع ، لاحتياجه إلى المطالبة بالقلم ومثل ذلك

يشق . انتهى . وهو كما ترى ، ظاهر تعليقه دخوله في مورد الاجارة . نعم ظاهر جامع المقاصد عدم تناول مورد الاجارة له . لكنه غير ظاهر في بعض الموارد . بل هو خلاف الاطلاق . وحينئذ يشكل الفرق بين المسألتين . ودعوى : أنه في هذه المسألة يكون الزارع مقدماً على الضرر : فلا مجال لتطبيق قاعدة نفي الضرر فيه ، لتكون حاکمة على عموم السلطنة ، بخلاف المسألة الثانية ، ممنوعة ، فان الاقدام على الضرر يتوقف على علمه باستحقاق المالك للقلع ، وبناءه على ذلك . أما بدون ذلك فلا إقدام له على الضرر كالمسألة الثانية .

وتوضيح أحكام صور المسألة : أنه إذا استأجر أرضاً مدة معينة : فتارة : يذكر خصوص الزرع أو الغرس . وأخرى : لا يذكر انتفاع بعينه . وفي الأولى : تارة : يذكر زرع أو غرس ما لا يكمل في تلك المدة . وأخرى : يذكر ما يكمل فيها . وثالثة : يذكر مطلقاً . فان ذكر ما لا يكمل في المدة : فتارة : يتوقف الانتفاع به على كماله ، وأخرى لا يتوقف ، كما لو كان الزرع يمكن الانتفاع بفصيله والغرس يمكن قلعه وغرسه في موضع آخر . فان ذكر ما يتوقف الانتفاع به على كماله ، ففي صحة الاجارة وعدمها وجهان أو قولان . وعن الايضاح وجامع المقاصد : أن الأقوى الصحة ، لأن العلم بحصول الانتفاع إلى آخر المدة ليس شرطاً في الصحة ، فما دام يحتمل الانتفاع به ولو للابقاء بالأجرة تبرعاً أو صلحاً أو نحوهما تصح الاجارة ، لعدم المانع . ثم إنه على تقدير الصحة : فهل يجب الابقاء بالاجرة أو يجوز للمالك القلع ؟ وجهان . قال في القواعد : « ولو استأجر مدة لزرع لا يكمل فيها ، فان شرط نقله بعد المدة لزم ، وإن اطلق احتمل الصحة مطلقاً ، وبقيد امكان الانتفاع ، فعلى الأول احتمال وجوب الابقاء بالاجرة » . وعن جامع المقاصد والمسالك : أن عدم وجوب الابقاء أقوى ،

مطالبة الأرض مع للقلع ، لأن التقصير من قبله (١) . نعم لو استأجرها مدة يبلغ للزرع ، فاتفق للتأخير لتغير الهواء أو غيره

لأنه دخل على أنه لاحق له بعد المدة . (انتهى) . لكن في القواعد قال - قبل ذلك - : « فان استأجر للزرع فانقضت المدة قبل حصاده ، فان كان لتفريط المستأجر - كأن يزرع ما يبقى بعدها - فكأن غاصب » ، وهو بظاھر مناف لما ذكره . والفرق بين المسألتين غير واضح .

والتحقيق ما ذكره أولاً ، وتبعه عليه في جامع المقاصد والمسالك : من عدم وجوب الإبقاء ، لعدم مقتضي اللوجوب . فقاعدة السلطنة تقتضي عدمه . وقاعدة الضرر لا مجال لها في أمثال المقام ، مما أقدم فيه المالك على ما لاحق له فيه ، فان الظاهر من دليل نفي الضرر اختصاصه بصورة ما إذا لزم الضرر من الحكم الشرعي عرفاً على نحو الاستقلال ، وفي المقام ينسب الضرر إلى إقدام المالك على ما لاحق له فيه ، كما ذكر في المسالك وغيرها . وأظهر من ذلك الصورة الثانية وهي : ما إذا كان يمكن الانتفاع بالزرع أو الغرس قبل كماله ، إذ حينئذ يكون ترك الإبقاء مؤدياً إلى فوات نفع زائد ، وقاعدة الضرر إنما تنفي الضرر ولا تثبت النفع : ومثلها في ذلك الصورة الثالثة وهي : ما إذا ذكر الزرع أو الغرس مطلقاً ، الشامل لما لا ينتفع به قبل كماله ، فان الحكم فيها هو الحكم في الصورتين . وأما الصورة الرابعة - وهي : ما إذا ذكر ما يكمل في المدة فاتفق عدم كماله - : فسيأتي في كلام المصنف (ره) التعرض له .

(١) يشير به إلى ما عرفت من أنه أقدم على ما لاحق له فيه ، وفي مثله لا مجال لتطبيق دليل نفي الضرر ، لانصرافه عن مثله ، كما يظهر من ملاحظة كثير من نظائره ، التي لا ريب عند المتشرعة في بقاء سلطنة المالك على ماله أو نفسه بحادثاً . وما يجري على لسان جماعة من التعبير بأنه أقدم

أمكن أن يقال : بوجوب للصبر على المالك مع الأجرة ،
للزوم للضرر (١) ، إلا أن يكون موجبا لتضرر المالك (٢) .

على الضرر ، يراد به هذا المعنى ، وإلا فليس هو مقدم على الضرر
ضرورة ، لكونه أقدم برجاه لإقدام صاحبه على الإذن له في البقاء ، على
حسب رغبته .

(١) يعني : يرجع الى قاعدة الضرر ، الحاكمة على عموم قاعدة السلطنة .
(٢) يعني : بمنع الرجوع الى قاعدة نفي الضرر حينئذ ، لأن تطبيقها
بالنسبة الى ضرر الزارع ليس أولى بالنسبة الى ضرر المالك ، ومع عدم
المرجح تسقط بالاضافة اليهما معا ، فيرجع الى قاعدة السلطنة . وقد يتوهم
ترجيح الضرر الأقوى . وفيه : أن زيادة الضرر لا توجب تأكيد النفي ،
إذ لا تأكد في الاعداد . كما أنه لا مجال للتخيير مع تساوي الضررين .
لأنه لا معنى للتخيير بالاضافة الى الشخصين ، لأنه إذا اختار كل منهما
الاعمال بالنسبة الى ضرره يرجع التنافي ، وإن اختار ضرر غيره كان إقداماً
على الضرر ، وهو مانع من تطبيق القاعدة كلية . وأما تخيير المفتي في
المسألة الأصولية : فلا دليل عليه ، لاختصاص دليل التخيير بالدليلين
المتعارضين ، فلا يشمل الدليل الواحد بلحاظ فردين ، كما في المقام . ولأجل
ذلك وغيره تعين عند تعارض الضررين سقوط قاعدة الضرر ، والرجوع
إلى غيرها من القواعد المتأخرة عنها ، كقاعدة السلطنة في المقام . والله سبحانه
هو العالم ، ومنه نستمد الاعتصام .

فصل في التنازع

(مسألة ١) : إذا تنازعا في أصل الاجارة قدم قول منكرها مع اليمين (١) ، فان كان هو المالك استحق أجره المثل دون ما يقوله المدعي .

فصل في التنازع

(١) كما في جملة من الكتب . وفي مفتاح الكرامة : « طفحت بذلك عباراتهم - خصوصاً المتأخرين - من غير خلاف ، إلا من المذهب والخلاف » . ثم نقل عن الأول قوله : « إذا سكن دار غيره فقال الساكن : سكنت بغير أجره ، وقال المالك : استأجرتها ، كان القول قول صاحبها مع يمينه » : ونقل عن الخلاف قوله : « اذا زرع أرض غيره فقال الزراع : أعرتها ، وقال رب الأرض : أكريتها ، حكم بالقرعة » .

أقول : ظاهر الخلاف أن فرضه من قبيل المسألة الآتية ، لا من قبيل هذه المسألة التي كان النزاع فيها للاختلاف بينهما في الاجارة وعدمها ، على أن يكون المتصرف معترفاً بعدم بذل المالك للمنفعة على وجه المجانية . ولعل كلام المذهب وارد في إثبات أصل الاستحقاق للأجرة والعوض ، لا في إثبات الأجرة المسماة ، وإلا فلا وجه له ظاهر ، إذ لا ريب في كون المالك المدعي للاجارة مدعياً ، فيكون عليه البينة ، لا أنه يسمع قوله بيمينه . وتوضيح ذلك : أنه وان اختلفت كلماتهم في تفسير المدعي ، فبعضهم فسر : بمن لو ترك الخصومة لترك . وآخر : بمن يدعي خلاف الأصل

الظاهر . وثالث : بمن يذكر أمراً خفياً بحسب الظاهر . ورابع : وهو من يدعي خلاف الأصل أو الظاهر ، أو يذكر أمراً خفياً بحسب الظاهر . وخامس : وهو من يكون في مقام إثبات قضية على غيره . وربما ذكر غير ذلك ، والظاهر أن الاختلاف المذكور ليس اختلافاً في المفهوم ، بل هو اختلاف في مقام بيان المفهوم مساهلة منهم في التحديد ، إذ لا يظن من أحد من هؤلاء المفسرين الالتزام بما يلزم التعريف الذي ذكر من اللوازم . والمتعين تعريفه بمن كان قوله يخالف الحجة التي يرجع إليها في تعيين الوظيفة الشرعية ، أمارة كانت أو أصلاً . وكان وجه تسميته بالمدعي في النصوص المتضمنة : « البينة على المدعي ، واليمين على المدعى عليه » - وكذا في اللغة والعرف - : أن المدعي اسم فاعل : « ادعى » ، وهو افتعال من الدعاء الذي هو الطلب بالقول ونحوه ، وطلب الشيء إنما يصح إذا لم يكن حاضراً عند الطالب ، فكأن الشيء الذي قامت عليه الحجة حاضر لدى الشخص ، فلا مجال لطلبه ، ولا معنى لدعائه وادعائه ، والشيء الذي لم تقم عليه الحجة غير حاضر لديه ، فيصح دعاؤه وادعائه . هذا هو المفهوم منه لغة وعرفاً .

ثم إن المراد من كون قوله مخالفاً للحجة : أنه مخالف للحجة التي يلزم الرجوع إليها في نفس الدعوى لولا المعارضة ، فلو كان كل منهما قوله مخالفاً للحجة في مورد الدعوى ، لكنها كانت معارضة بالحجة الجارية في مورد دعوى خصمه ، فهما متداعيان ، وإن كان مقتضى العلم الاجمالي بكذب إحدى الدعويتين بطلان الأصلين معاً ، لكن ذلك لا يقدر في صدق المدعي ، ويكونان بذلك متداعيين .

وعلى هذا فثبوت الاجارة لما كان على خلاف الأصل العملي ، كان المخبر عنه مدعياً ، والمنكر له مدعى عليه . وهذا مما لا إشكال فيه .

نعم هنا شيء وهو : أن المعيار في تطبيق المدعي والمدعى عليه ، هل هو مصب الدعوى وعبرة المتنازعين ، أو هو الغرض المقصود للمتنازعين ؟ . وتحرير هذا الخلاف في كتب القدماء والمتأخرين مما لم أقف عايه ، لكن يستفاد ذلك من تعليقاتهم في كثير من الموارد لكون الحكم هو التحالف الذي هو من أحكام التداعي ، أو كون البيئة من أحدهما واليمين من الآخر الذي هو من أحكام المدعي والمنكر ، فإن من ذكرهم للوجوه المختلفة يفهم خلافهم في ذلك . نعم صرح في الجواهر بوقوع الخلاف المذكور ، واختار الوجه الأول في صدر كلامه في مبحث الاختلاف في العقود من كتاب القضاء ، وكذا في صدر كلامه فيما لو اختلف المتبايعان في قدر الثمن ، فانه - بعد ما نقل عن المختلف القول بأن القول قول المشتري - قال (ره) : « إلا أنه لا يخفى عليك ضعفه في خصوص المقام ، لما سمعت (يعني : من النص) ، نعم لا بأس به في غيره ، لو أبرزت الدعوى باشتغال الذمة بالزائد إنكاره . أما لو أبرزت في تشخيص سبب الشغل ، بحيث يكون الاستحقاق تبعياً ، فقد يمنع تقديم قول المشتري فيه ، ضرورة كون كل منهما مدعياً ومنكراً . ففي المقام - مثلاً - يدعي البائع أن ما وقع ثمناً في عقد البيع المخصوص مائة ، والمشتري نحسون ، فنزاعهما في تشخيص العقد المشخص في الواقع ، ولا ريب في كون كل منهما مدعياً فيه ومنكراً . ولعله لذا احتمل التحالف الفاضل في كثير من كتبه ، بل عن ولده أنه صححه ، والشهيد الأول اختياره في قواعده وإن نسبته في الدروس إلى الندرة . بل مال إليه هنا في جامع المقاصد . وفي مفتاح الكرامة - في مسألة مالواختلفا في قدر الأجرة فقال : آجرتك سنة بدينار ، فقال : بل بنصفه - نسب إلى المذهب القول بالتحالف ، وإلى جامع المقاصد أنه قال : « لا ريب في قوة التحالف » ، وإلى المختلف أنه قال : « أنه متجه »

انتهى . والثاني منسوب إلى المشهور . لكن عرفت أن الوجه في النسبة : استفادة ذلك من بنائهم على إجراء حكم المدعي والمنكر في كثير من موارد النزاع ، والا فقد عرفت أنه لا تصريح منهم بذلك .

وكيف كان : فما يتفرع على الخلاف المذكور أنه إذا قال المالك : آجرتك الدار بعشرة ، فقال الآخر : آجرتها بخمسة ، فعلى الأول : أنها متداعيان لاختلافهما في المدعى لكل منهما ، وعلى الثاني : أنها مدع ومنكر ، لأن غرض الأول استحقاق العشرة ، وغرض خصمه نفي استحقاق الخمسة الزائدة على الخمسة التي يعترف بها ، وهذا النفي مقتضى الأصل ، فمدعي خلافه مدع ، ومدعيه منكر .

هذا ، والتحقيق هو القول المنسوب إلى المشهور ، كما اختاره في الجواهر في آخر كلامه المتقدم ، وكذلك في مبحث الاجارة فيما لو اختلفا في قدر الأجرة ، وجعل القول بالتحالف فيها ضعيفا . ونسب إلى شيخنا الأعظم (ره) في قضائه ، لأنه منصرف الأدلة ، فان المقصود من نزاع المتخاصمين أولى بالملاحظة في ذلك ، وأولى أن يكون من وظيفة القاضي البت به والحكم فيه ، ولا معنى للملاحظة أمر آخر ، بل الدعوى التي لا يترتب عليها غرض لا يجب سماعها .

وعلى هذا فقد يتوجه الاشكال على ما ذكره الجماعة في مفروض المتن من إطلاق القول : بأن القول قول منكر الاجارة ، بأنه لا يتم على المشهور ، إذ اللازم عليه التفصيل بين ما إذا كانت أجرة المثل أكثر ، فالقول قول مدعي الاجارة ، وبين ما إذا كانت أقل ، فالقول قول منكر الاجارة ، لأنه في الأول مدعي الاجارة ينفي استحقاق الزائد ، فيطابق قوله الأصل ، وفي الثاني يكون مدعي الاجارة مدعياً لاستحقاق الزائد فيكون مدعياً ، وخصمه ينفي استحقاق الزائد فيكون منكراً . نعم يتم كلامهم على المذهب

ولو زاد عنها لم يستحق تلك للزيادة (١)، ووجب على المدعي المتصرف إيصاها ليه (٢). وإن كان المنكر هو المتصرف فكذلك لم

الآخر ، لأن مصب الدعوى ثبوت الاجارة وعدمها ، فمدعي الأول مدع وخصمه منكر على كل حال .

لكن يدفع الاشكال المذكور : أن المراد من كون المدار على مقصود المتنازعين أن ينظر إلى مقصودهما ، فإن كان كل منهما مخالفاً للأصل كانا متداعيين ، وإذا كان مقصود أحدهما موافقاً للأصل ، ومقصود خصمه مخالفاً للأصل كان أحدهما مدعياً والآخر منكراً ، سواء كان الأصل المثبت لأحدهما النافي للآخر . أو النافي لهما معاً جارياً في أحدهما أم فيها بلا واسطة ، أم كان جارياً بواسطة كما في الأصل السببي ، كما في المقام ، فإن أجره المثل إذا كانت أكثر من الأجرة المسماة ، فالأكثر مما يشتهه الأصل بالواسطة ، لأن أصالة عدم الاجارة تثبت أجره المثل وإن كانت هي الأكثر ، لأن كل منفعة مستوفاة على وجه الضمان مضمونة بأجرة المثل ، إذا لم تكن أجره مسماة : فيكون الضمان بأجرة المثل - التي هي الأكثر - من آثار نفي الأجرة المسماة بالأصل . وليس المراد من كون المدار على مقصود المتنازعين : أنه لابد من الأصول الجارية في نفس المقصود بلا واسطة ، يعني مع قطع النظر عن السبب وعن الأصل السببي الجاري فيه . فإن ذلك ممالاً لمجال للقول به ، لأن الأصل السببي إذا كان قد اجتمعت شرائط حجتيه لم يكن وجه لطرحه بالاضافة إلى الأثر المسبب ، فيكون مدعي الأثر منكراً حينئذ . فلا مجال للاشكال على ما ذكره الجماعة من إطلاق : أن القول قول منكر الاجارة ، فإنه في محله على المذهبين .

(١) يعني : ليس له المطالبة بها ، لاعترافه بعدم استحقاقها .

(٢) إذا كان يرى استحقاق المالك لها .

لم يستحق المالك إلا أجرة المثل ، ولكن لو زادت عما يدعيه من المسمى لم يستحق للزيادة ، لا عترافه بعدم استحقاقها ، ويجب على المتصرف إيصاها إليه . هذا إذا كان للنزاع بعد استيفاء المنفعة . وإن كان قبله رجع كل مال إلى صاحبه .

(مسألة ٢) : لو اتفقا على أنه أذن للمتصرف في استيفاء المنفعة ، ولكن المالك يدعي : أنه على وجه الاجارة بكذا أو الاذن بالضمان ، والمتصرف يدعي : أنه على وجه العارية ، ففي تقديم أيهما وجهان ، بل قولان (١) ، من أصالة البراءة

(١) حكى في مفتاح الكرامة : تقديم قول مدعي العارية بيمينه عن عارية الخلاف والمبسوط والغنية واللمعة ومجمع البرهان والكفاية ، ثم قال : « وهو الذي في نفس الشيخ في مزارعة الخلاف » . وحكى نحوه في الجواهر ، لأصالة البراءة ، لاتفاقها على أن استيفاء المنفعة لم يكن بعنوان غير مشروع ، فالتردد في استحقاق العوض وعدمه ، والأصل البراءة . وقيل القول قول المالك في عدم العارية ، فإذا حلف سقطت دعوى مدعي العارية ، وثبت عليه أجرة المثل . اختاره في الشرائع ، وحكى عن الحلبي وإجارة المهذب . وفي الجواهر في كتاب العارية قال : « لعله المشهور » . واختاره في القواعد ، وحكى عن جامع المقاصد والروض والمسالك والكفاية وغيرها ، لكنهم قيدوا ماذكروه من ثبوت أجرة المثل بما إذا لم يزد على المدعي . وربما حكى غير ذلك عن غيرهم .

ومبنى الخلاف في الجملة على أن الأصل في المنفعة المستوفاة هو الضمان إلا أن يبنها المالك مجازاً ، أو عدم الضمان إلا أن يثبت سبب الضمان . فالقول الأول مبني على الثاني ، والثاني مبني على الأول . والمصرح به في

بعد فرض كون للتصرف جائزاً ، ومن أصالة احترام مال المسلم للذي لا يحل الا بالاباحة والأصل عدمها ، فتثبت أجرة المثل بعد للتحالف . ولا يبعد ترجيح للثاني . وجواز للتصرف أعم من الاباحة .

كلمات القائلين بالثاني : أن المقام لابد فيه من التحالف ، فيحلف المالك على عدم العارية ، ويحلف مدعي العارية على نفي الاجارة ، فيثبت للمالك أجرة المثل .

هذا والذي ينبغي هو التعرض لصور المسألة ، فنقول : الأجرة المسماة تارة : تكون في الذمة ، وأخرى : في الخارج ، والأولى تارة : تكون مساوية لأجرة المثل ، وأخرى : تكون أكثر منها ، وثالثة : تكون أقل . فالصور أربع :

الأولى : أن تكون مساوية لأجرة المثل ، كأن يدعي المالك : أنه أجر زيدا داره بدينار . ويدعي زيد : أنها عارية . ومحل الكلام صورة ما إذا كان النزاع بعد انقضاء مدة الاجارة التي يدعيها المالك ، فنقول : بناء على كون المعيار في تطبيق المدعي والمنكر مضمون كلام المتداعيين ، يكون كل واحد منهما مدعياً ومنكراً لمدعى خصمه في جميع الصور الاربع ، لأن كلاً من الاجارة والعارية خلاف الأصل ، فيتحالفان . وحينئذ فان ثبتت قاعدة احترام مال المسلم ، بمعنى : الحكم بضمانه على من هو عنده حتى يثبت ما يقتضي عدمه ، من إباحة أو عارية مجانية - واستشهد لها في مفتاح الكرامة ، وتبعه في الجواهر بصحيح إسماعيل بن عمار عن أبي الحسن ، الوارد فيمن استودع رجلاً ألف درهم فضاعت ، فقال الرجل : إنها ودیعة ، وقال الآخر : إنها قرض . قال (ع) : المال لازم له ، إلا أن يقيم

البينة أنها كانت ودیعة « (١٥) - لزمت المتصرف أجره المثل . وإن لم تثبت القاعدة المذكورة ، لما عرفت سابقاً من أن مادل على حرمة المسلم ودمه وعرضه ظاهر في الحكم التكليفي لا غير ، وأما الصحيح فلا يمكن استفادة القاعدة الكالية منه . نعم ظاهر الأكثر ذلك ، فلا ملزم بأجرة المثل ولا غيرها . والانصاف لزوم البناء على القاعدة المذكورة ، ومرتكزات المشرعة تقتضيها ، وكفى بها حجة ، والصحيح المتقدم مؤيد لها ، بل البناء على ضمان المنافع المستوفاة شاهد بها ، فالبناء على الضمان بأجرة المثل متعين . هذا بناء على كون المعيار في المدعي والمنكر عبارة المتنازعين . أما بناء على كون المعيار مقصودهما وغرضهما من النزاع ، فيكون مدعي العارية مدعياً ومدعي الاجارة منكرأ بناء على ثبوت قاعدة الاحترام ، لأن ثبوت المسمى المساوي لأجرة المثل مقتضى أصالة عدم العارية التي يدعيها المتصرف وأصالة عدم الاجارة لا أثر له ، إذ ليس للاجارة في المقام أثر خاص ، فان ضمان المتصرف بالعوض الخاص مترتب على مجرد عدم العارية وإن علم بعدم الاجارة ، فيكون المقام من باب المدعي والمنكر . وكذا بناء على عدم ثبوت قاعدة الاحترام ، لكن يكون مدعي الاجارة مدعياً ، ومدعي العارية منكرأ ، على عكس مقتضى المبني السابق ، لأنه يكفي في نفي الضمان نفي الاجارة من دون حاجة الى اثبات العارية ، لأن السبب الموجب للضمان - على هذا المبني - هو الاجارة لا غير . فمدعي الاجارة يدعي الضمان ومدعي العارية ينفي الضمان ، فيكون منكرأ ، فيكون القول قوله بيمينه .

وبالجملة : بناء على كون المعيار في المدعي والمنكر غرض المتنازعين يكون فرض المسألة من باب المدعي والمنكر ، فان بني على قاعدة الاحترام ،

يكون مدعي العارية مدعياً ، ومدعي الاجارة منكرأ . وبناء على عدم ثبوت القاعدة ، يكون الأمر بالعكس ، مدعي الاجارة مدعياً ومدعي العارية منكرأ .

الصورة الثانية : أن تكون الأجرة المسماة أكثر من أجرة المثل . وحكمها هو : أنه بناء على كون المعيار الغرض من النزاع ، فإن بني على قاعدة الاحترام ، فهي أيضاً من قبيل التداعي ، لأن مدعي الاجارة يثبت الاجرة الزائدة على أجرة المثل ، ومدعي العارية ينفي الاستحقاق بالمرة ، لا للأجرة المسماة ولا لأجرة المثل . ولما كانت كلتا الدعويين ذات أثر ، وكلتاهما خلاف الاصل ، كان الخصمان متداعيين ، فيحلف المالك على نفي العارية ، فيثبت الاستحقاق لأجرة المثل ، ويحلف المتصرف على نفي الاجارة ، فينتفي الزائد على أجرة المثل ، فيكون للمالك أجرة المثل لاغير . أما بناء على عدم ثبوت قاعدة الاحترام : فالمقام من باب المدعي والمنكر ، ومدعي الاجارة يكون مدعياً ومدعي العارية منكرأ ، بلحاظ نفي الاجارة الذي هو لازم دعواه ، لا بلحاظ نفس العارية ، إذ العارية لا أثر لها على هذا المبني ، لأن عدم الضمان مقتضى الأصل ، حتى يثبت السبب المضمن وهو الاجارة ، فيحلف مدعي العارية على نفي الاجارة ، ولا شيء عليه حينئذ كما تقدم القول بذلك من جماعة في صدر المسألة .

الصورة الثالثة : أن تكون الأجرة المسماة أقل من أجرة المثل . وحكمها : أنه بناء على كون المعيار في تشخيص المدعي هو الغرض المقصود من النزاع ، فالغرض من باب المدعي والمنكر ، سواء قلنا بقاعدة الاحترام أم لم نقل . غاية الأمر أنه على الأول يكون مدعي العارية مدعياً ، لترتب الأثر الشرعي على مدعاه الذي هو خلاف الأصل ، ومدعي الاجارة منكرأ ، بلحاظ نفي العارية لا بلحاظ نفس الاجارة ، إذ الضمان ليس موضوعه

الاجارة ، بل موضوعه الاستيفاء بلا بذل مجاني كما عرفت . فالمدعي لا أثر له ولا يجري فيه الأصل في المقام ، ولذا لو اعترف المالك بعدم الاجارة وأنكر العارية ثبت الضمان مع يمينه على نفي العارية . وبناء على عدم ثبوت قاعدة الاحترام ، يكون مدعي الاجارة مدعياً ومدعي العارية منكرأ كما عرفت سابقاً . وعلى الأول : يستحق المالك بعد يمينه المسمى لا غير ، لاعترافه بعدم استحقاق الزائد عليه ، وعلى الثاني : لا يستحق المالك شيئاً ، بعد يمين مدعي العارية على نفي الاجارة .

الصورة الرابعة : أن تكون الأجرة عيناً خارجية . وحكمها : أنه بناء على كون المعيار في تشخيص المدعي الغرض من النزاع ، فهما من باب المدعي والمنكر ، لأن المالك يدعي ملك العين الخارجية والمتصرف ينفي ذلك . ودعوى الأول خلاف الأصل ، ونفي الثاني موافق للأصل . ودعوى المتصرف العارية وإن كانت خلاف الأصل ، لكن لا أثر لأصالة عدمها ، إذ المقصود منها إن كان إشغال ذمة المتصرف ، فلا مجال له لاعتراف المالك بعدم اشتغال ذمة المتصرف بشيء ، وإن كان المقصود منها إثبات ملك المالك للعين الخارجية ، فهي لا تصاح لإثبات ذلك ، لأنه لازم غير شرعي . فادعاء المتصرف العارية لا أثر له إلا بلمحظ ما يلزمه من نفي الاجارة كما عرفت . فاذا حلف المتصرف على نفي الاجارة انتفى ملك العين الخارجية للمالك . أما إذا حلف المالك على نفي العارية لم يثبت ملكها للمالك ، لأنه لازم عقلي ، ولم ينتف به اشتغال ذمة المتصرف بأجرة المالك ، لأنه حاصل باعترافه .

هذا كله حكم الصور الثلاث بناء على كون المعيار في تشخيص المدعي الغرض المقصود من النزاع . أما بناء على كون المعيار فيه صورة الدعوى : فالخصمان في جميع الصور الثلاث المذكورة متدعيان ، لأن كلا

(مسألة ٣) : إذا تنازعا في قدر المستأجر عليه قسدم قول مدعي الأقل (١) .

منها يدعي أمراً على خلاف الأصل ، كما عرفت في الصورة الرابعة . وبعد التحالف يستحق المالك أجره المثل في الصورة الأولى منها ، والمسمى في الثانية دون الزائد ، أخذاً له باعترافه بناء على قاعدة الاحترام . أما بناء على عدمها فلا يستحق شيئاً ، لأصالة البراءة من دون ثبوت سبب مضمن . وأما في الصورة الثالثة فلا يستحق شيئاً على كل من المبنيين ، أخذاً له باعترافه بفراغ ذمة المتصرف .

هذا حكم صور المسألة على اختلاف المباني المتقدمة . ففي الشرائع قال في كتاب العارية : « إذا قال الراكب : أعرتها ، وقال المالك : أجرتكها ، فالقول قول الراكب ، لأن المالك مدع للأجرة . وقيل : القول قول المالك في عدم العارية ، فإذا حلف سقطت دعوى الراكب وثبتت عليه أجره المثل لا المسمى . وهو أشبه » . وظاهر كل من القولين : أن المورد من باب المدعي والمنكر لا من باب التداعي . لكن في القواعد في كتاب المزارعة : « لو ادعى العامل العارية والمالك الحصة أو الأجرة قدم قول المالك في عدم العارية ، وله أجره المثل مع يمين العامل ما لم تزد على المدعى » . وظاهره : أن المقام من باب التداعي . وعن الشيخ في المبسوط : العمل بالقرعة في تعيين المدعي والمنكر . لكن المحكي عن عبارته . أن ذلك أحوط . والاشكال فيه ظاهر على كل حال ، إذ لا موجب للخروج عن القواعد - التي قد عرفت - من دون دليل مخرج .

(١) كما هو المعروف المصرح به في كلماتهم ، لأصالة عدم وقوع الاجارة على الزائد المختلف فيه ، فيكون القائل به منكراً . نعم بناء على أن المعيار في المدعي صورة القضية : يكونان متداعيين ، كما نسب الى

(مسألة ٤) : إذا تنازعا في رد العين المستأجرة قدم

قول المالك (١) .

(مسألة ٥) : إذا ادعى للصائغ أو الملاح أو المكاري

تلف المتاع من غير تعد ولا تفريط ، وأنكر المالك للتلف ، أو ادعى
للتفريط أو للتعدي ، قدم قولهم مع اليمين على الأقوى (٢) .

جماعة ، في جامع المقاصد : أنه لا ريب في قوة التحالف . وقد عرفت ضعفه .

(١) من دون خلاف ظاهر ولا إشكال ، لأصالة عدم الرد . وقبول

دعوى الودعي الرد بالاجماع - لو تم - لا يقتضي قياس المقام عليه ، لاختلافها

في أن القبض في المقام لمصلحة القابض ، بخلاف الودعي ، فانه لمصلحة المالك .

(٢) وهو المحكي عن جماعة من القدماء والمتأخرين . وعن الخلاف :

الاجماع عليه . ويشهد له خبر بكر بن حبيب : « قلت لأبي عبد الله (ع) :

أعطيت جبة الى القصار ، فذهبت بزعمه . قال (ع) : إن اتهمته فاستحلفه ،

وإن لم تنهمه فليس عليه شيء » (١) وخبره الآخر عنه (ع) : « لا يضمن

القصار إلا ما جنت يده ، وإن اتهمته أحلفته » (٢) ، وخبر أبي بصير

المرادي عنه (ع) : « لا يضمن الصائغ ولا القصار ولا الحائك ، إلا أن

يكونوا متهمين ، فيخوف بالبينة ويستحلف ، لعله يستخرج منه شيئاً » (٣) .

والمشهور - كما عن المسالك وعن السيد أن عليه إجماعنا وأنه من

منفرداتنا - أنهم يكلفون بالبينة . ويشهد له جملة من النصوص ، كمصحح

الحلي عن أبي عبد الله (ع) : « في الفسال والصباغ ماسرق منهم من

شيء فلم يخرج منه على أمر بين أنه قد سرق ، وكل قليل له أو كثير ،

(١٥) الوسائل باب : ٢٩ من أبواب احكام الاجارة حديث : ١٦ .

(٢٥) الوسائل باب : ٢٩ من أبواب احكام الاجارة حديث : ١٧ .

(٣٥) الوسائل باب : ٢٩ من أبواب احكام الاجارة حديث : ١١ .

(مسألة ٦) : يكره تضمين الأجير في مورد ضمانه (١)

فان فعل فليس عليه شيء ، وإن لم يقم البينة وزعم : أنه قد ذهب الذي ادعي عليه ، فقد ضمنه إن لم يكن له بينة على قوله « (١) وصحيح ابن مسكان عن أبي بصير عن أبي عبد الله (ع) قال : « سألت عن قصار دفعت اليه ثوباً ، فزعم أنه سرق من بين متاعه . قال : فعليه أن يقيم البينة أنه سرق من بين متاعه ، وليس عليه شيء ، وإن سرق متاعه كله فليس عليه شيء » (٢٠) . ونحوهما غيرهما .

هذا وفي نسبة القول المذكور الى الشهرة تأمل ، فضلاً عن نسبته الى الاجماع . وفي الجواهر : لم يتحقق القول به الا من المفيد والمرضى . وكذا في صحة الاستدلال له بهذه النصوص ، فان التأمل في مجموع النصوص - على اختلاف مضامينها - يقتضي لزوم البناء على الاكتفاء في عدم الضمان بأحد أمور : إما اليمين ، أو البينة ، أو قيام اماراة على صدقه مثل : أن يدعي السرقة ويكون قد سرق جميع متاعه ، أو يكون مأموناً في نفسه . ففي صحيح الحلبي عن أبي عبد الله (ع) : قال « كان أمير المؤمنين (ع) : يضمن القصار والصائغ احتياطاً للناس ، وكان أبي (ع) يتطول عليه إذا كان مأموناً » (٣) . ونحوه غيره . هذا مضافاً الى أن إعراض المشهور عن هذه النصوص مع أنها أصح سنداً وأكثر عدداً مما يوهن حجيتها ، وحينئذ لا مجال للعمل بها في قبال النصوص الأول . وما في الشرائع : من أن الأول أشهر الروايتين ، فيه تأمل ظاهر .

(١) كما نسب الى الاصحاب . وقد يشهد به خبر حذيفة : « عن الرجل

(١٥) الوسائل باب : ٢٩ من ابواب احكام الاجارة حديث : ٢ .

(٢٥) الوسائل باب : ٢٩ من ابواب احكام الاجارة حديث : ٥ .

(٣٥) الوسائل باب : ٢٩ من ابواب احكام الاجارة حديث : ٤ .

من قيام البيئة على إتلافه ، أو تفريطه في الحفظ ، أو تعديده أو نكوله عن اليمين ، أو نحو ذلك .

(مسألة ٧) : إذا تنازعا في مقدار الأجرة قدم قول المستأجر (١) .

(مسألة ٨) : إذا تنازعا في أنه أجره بغلاً أو حماراً أو أجره هذا الحمار مثلاً أو ذاك ، فالمرجع للتحالف (٢) .

يحمل المتاع بالأجر فيضيع ، فتطيب نفسه أن يغرره لأهله ، يأخذونه؟ قال : فقال : أمين هو؟ قلت نعم . قال : فلا يأخذون منه شيئاً (١) فتأمل . (١) قاله علماؤنا ، كما عن التذكرة ، لأصالة عدم لزوم الزائد . لكن عرفت القول بالتداعي والتحالف ممن يرى أن المعيار في تشخيص المدعي مصب الدعوى لا الغرض . وفي جامع المقاصد : أنه لا ريب في قوة التحالف في المقام ، معللاً له بما ذكر . ونحوه كلامه فيما لو اختلفا في قدر الثمن كما عرفت ضعفه .

(٢) كما هو المشهور المعروف . يظهر ذلك من كلماتهم في مباحث النزاع من كتاب البيع ، ففي الشرائع : « لو قال : بعثك هذا الثوب ، فقال : بل هذا ، فهنا دعويان » . ونظيره ذكر في القواعد قال : لو قال : بعثك العبد بمائة ، فقال : بل الجارية ، تحالفا وبطل البيع . وظاهر الجواهر وغيرها : عدم الخلاف والاشكال في ذلك . نعم قال الشهيد في اللمعة : « وفي تعيين المبيع يتحالفان . وقال الشيخ والقاضي : يحلف البائع كالإختلاف في الثمن » . وفي الروضة : « وضرب عليه في بعض النسخ المقررة على المصنف (ره) » . وفي المسالك - بعد ما نقل ما تقدم عن الشرائع -

قال : « الحكم هنا واضح بعد الاحاطة بما سلف » .
وقد اشتهر في كلامهم هنا توجيه التحالف : بأن ضابط التحالف
أن لا يتفقا على أمر . قال في المسالك في كتاب الاجارة : « وضابط
التحالف : أن لا يتفقا على شيء كما لو قال : آجرتك البيت الفلاني ،
فقال : بل الفلاني ، أو قال : آجرتك البيت ، فقال : بل الحمام » . ونحوه كلام
غيره . لكن التوجيه المذكور يتم بناء على أن المعيار في تشخيص المدعي مصب
الدعوى أما بناء على أن المعيار الغرض المقصود ، فالغرض المقصود في البيع
ليس الا مطالبة المشتري بما يدعي شراؤه ، وفي الاجارة مطالبة المستأجر بما يدعي
استئجاره ، والمالك ينفي ذلك ، والأصل يقتضي عدم وقوع الاجارة على
ما يدعي المستأجر . وأما المالك فهو وإن كان يدعي وقوع الاجارة على ما يدعي
وقوع الاجارة عليه ، لكن هذه الدعوى لا أثر لها في مطالبته بشيء ، وليس له
غرض فيها إلا بلحاظ ما يترتب عليها من اللزوم ، وهو نفي ما يدعيه المستأجر ، ولذا
يصح له الاختصار على بطلان دعوى المستأجر ، من دون تعرض لدعائه .
وبالجملة : بعد اتفاقهما على استحقاق المالك للأجرة ، فالخلاف إنما
هو في استحقاق المستأجر لمنفعة ما يدعيه ، والمالك ينفيه ، والأصل معه ،
فهو منكر والمستأجر مدع . فإذا حلف المالك على نفي ما يدعيه المستأجر ،
فقد بطلت دعوى المستأجر ، وليس له المطالبة بشيء .

هذا إذا كان النزاع قبل التصرف . أما لو كان بعد التصرف وانقضاء
المدة فاللزام - بعد يمين المالك - أن يدفع له أجرة المثل عن المنفعة المستوفاة
بما يدعيه ، بناء على ما عرفت من أصالة احترام مال المسلم ، لأنه لما لم
يثبت استحقاقه لمنفعة الفرس التي قد استوفاه ، كان اللزوم دفع أجرتها .
وأما منفعة الحمار الذي يدعي وقوع الاجارة عليه فقد فاتت بتقصير منه ،
لأنه هو الذي ترك الانتفاع بها في المدة المضروبة ، فتكون عليه الأجرة

وكذا او اختلفا في الأجرة أنها عشرة دراهم أو دينار (١).

(مسألة ٩) : إذا اختلفا في أنه شرط أحدهما على الآخر شرطاً أو لا ، فالقول قول منكره (٢) .

المتفق عاينها بينهما ، وعليه أجرة الفرس بمقتضى أزالة عدم إجارتها إياه . هذا ماقتضيه القواعد ، وإن لم اعرف من ذكره أو احتمله ، عدا ماسبق من الشهيد في اللمعة . نعم ذكره بعض الأكابر في حاشيته على المتن وهو في محله . () الكلام في هذه المسألة هو الكلام في سابقتها بعينه . نعم يختلفان في أن المدعي في المسألة السابقة هو المستأجر ، بناء على أن المعيار في تشخيص المدعي الغرض المقصود . وفي هذه المسألة يكون المدعي هو المؤجر ، لأنه يدعي أن الاجارة واقعة على مايدعيه ، والمستأجر ينكر ذلك . مثلاً إذا كان المؤجر يدعي : أن الاجرة كانت عشرة دراهم ، والمستأجر يدعي : أنها كانت ديناراً ، فهما يتفقان على أن منفعة العين المستأجرة صارت ملكاً للمستأجر ، ويختلفان في الأجرة ، فالمؤجر يدعي أنها كانت عشرة دراهم والمستأجر يدعي أنها كانت ديناراً ، فدعوى المؤجر ملزمة وموجبة للمطالبة بالعشرة دراهم ، ودعوى المستأجر لا توجب شيئاً إلا بلمحظ مايلزمها من نفي دعوى المؤجر ونفي استحقاق المؤجر المطالبة له بالعشرة ، فمرجعها إلى انكار دعوى المؤجر ، فهما من قبيل المدعي والمنكر ، كما في المسألة السابقة ، غير أن المؤجر هنا هو المدعي ، والمستأجر منكر ، على عكس ماسبق هناك . ومقتضى ذلك سماع قول المستأجر بيمينه ، إذا لم تكن بينة للمؤجر على دعواه .

(٢) لا ينبغي التأمل في ذلك بناء على ماعرفت من المعيار . نعم بناء على الوجه الآخر يكون المقام من التداعي ، لاختلافها في الخصوصيات المشخصة الموجب للاختلاف في المتشخص .

(مسألة ١٠) : إذا اختلفا في المدة أنها شهر أو شهران مثلاً ، فالقول قول منكر الأزيد (١) .
(مسألة ١١) : إذا اختلفا في الصحة وللفساد ، قدم قول من يدعي للصحة (٢) .

(١) كما عن الحلبي ، لأصالة عدم وقوع الاجارة في الزيادة المختلف فيها ، فيكون قول المالك هو الموافق للأصل وقول المستأجر على خلافه ، فيكون مدعياً : لكن في القواعد : « ولو اختلفا في المدة ، فقال : آجرتك سنة بدينار ، فقال : بل سنتين بدينارين ، فالقول قول المالك مع يمينه . ولو قال بل سنتين بدينار ، فهنا قد اختلفا في قدر العوض والمدة ، والأقرب التحالف » . ونحوه ذكر في التحرير . وفي جامع المقاصد - في شرح عبارة القواعد المذكورة - قال : « أما الاختلاف في المدة فظاهر ، وأما الاختلاف في العوض فانه على قول أحدهما عوض السنة دينار ، وعلى قول الآخر نصف دينار . ولقائل أن يقول : إن العوض الذي جرى عليه العقد متفقان عليه ، وإنما الاختلاف في زيادة المدة وعدمها . ووجه القرب : أن كل واحد منها يدعي عقداً مغايراً للعقد الذي يدعيه الآخر ، والآخر ينكره فيتحالفان » وعن الشيخ : القول بالقرعة . لكن عبارته في غير هذه المسألة ، وقد تقدمت الإشارة اليها .
والتحقيق ما عرفت : من أنه بناء على أن المعيار في المدعي الغرض المقصود من النزاع ، فالمستأجر مدع والمالك منكر ، وبناء على أن المعيار مصب الدعوى ، فهما متدعيان .

(٢) كما هو المعروف بين الأصحاب ، كما عن الكفاية ، لاستقرار سيرة العقلاء والمتشعبة على حمل الفعل الصادر المحتمل الصحة والفساد على الصحة ، ولا يختص ذلك بفعل المسلم ، بل يطرد في فعل كل عاقل ، كما

(مسألة ١٢) : إذا حمل المؤجر متاعه إلى بلد ، فقال
المستأجر استأجرتك على أن تحمله إلى البلد الفلاني غير ذلك

عرفت . وفي جامع المقاصد قال في هذا المقام : « لاشك أنه إذا حصل الاتفاق
على حصول جميع الأمور المعبرة في العقد ، من حصول الإيجاب والقبول
من الكاملين ، وجريانها على العوضين المعبرين ، ووقع الاختلاف في شرط
مفسد مثلاً ، فالقول قول مدعي الصحة بيمينه ، لأنه الموافق للأصل ،
فإن الأصل عدم ذلك المفسد ، والأصل في فعل المسلم الصحة . لا يقال :
الأصل بقاء الملك على مال مالكة ، فيعارض الأصل المذكور . لأننا نقول :
بعد صدور الإيجاب والقبول على الوجه المعبر ، وعدم العلم بالمنافي لصحتها ،
المقتضي للحكم بصحتها عملاً بالاستصحاب لحال تحقق السبب الناقل ، فلم يبق
ذلك الأصل كما كان . أما إذا حصل الاختلاف مع الصحة والفساد في
حصول بعض الأمور المعبرة وعدمه ، فإن هذا الاستدلال لا يستمر هاهنا ،
فإن الأصل عدم السبب الناقل . ومن ذلك ما لو ادعى : أني اشتريت
العبد ، فقال بل بعثك حرّاً . »

وفيه أن التفصيل المذكور بلافصل ، لاستقراء السيرة على الصحة
في الجميع . ولذلك حكى الاعتراف منه بذلك في موضع من كتاب البيع ،
وآخر من كتاب الرهن ، فقال في أحدهما : « لو قال : بعثك وأنا صبي ،
أنه يقدم مدعي الصحة (يعني : المشتري) . وقال : إن تقديم قول
البائع في غاية الضعف » وقال في ثانيهما : « إذا قال : بعثك بعبد ، فقال :
بل بحر ، أنه يقدم قول مدعي الصحة » . والكلام في ذلك موكول إلى
محله . وقد تعرض شيخنا الأعظم (ره) في رسائله للكلام في هذه
المسألة . فراجع .

البلد ، وتنازعا ، قدم قول المستأجر (١) فلا يستحق المؤجر
أجرة حمله . وإن طلب منه الرد إلى المكان الأول (٢)

(١) لأصالة عدم وقوع الاجارة على ما ادعاه الأجير ، فلا يستحق
الأجرة على عمله . لكن هذا يتم بناء على ما عرفت من أن المعيار في تشخيص
المدعي الغرض المقصود . أما إذا كان المعيار صورة الدعوى فهما متداعيان ،
لتباين الدعويين بتباين متعلقيهما وكذا إذا كان الغرض المقصود من دعوى
المستأجر المطالبة بالنقل الى الموضع الذي يدعيه ، بأن كانت مدة الاجارة
باقية ، فان غرض كل منهما مبين لغرض الآخر ، وكلاهما ثبوتي ،
فيكونان متداعيين ، يحلف كل منهما على نفي مدعي الآخر ، وبعد حلفهما
معا يحكم ببطالان كل من الدعويين . فلا يجوز للمستأجر مطالبة الأجير
بنقل المتاع الى الموضع الذي يدعيه ، ولا للأجير المطالبة بالأجرة على نقله
المتاع الذي يدعيه .

وبالجملة : للمسألة صورتان : (الأولى) : أن يكون كل واحد
من المتعاقدين في مقام مطالبة صاحبه بحق ، بأن يكون المستأجر في مقام
مطالبة الأجير بالعمل المستأجر عليه حسبما يدعي ، والأجير في مقام مطالبة
المستأجر بالأجرة ، لأنه يدعي وقوع العمل المستأجر عليه . وفي هذه
الصورة هما متداعيان ، يدعي كل منهما شيئاً على خلاف الأصل ، وينكره
الآخر ، فيتحالفان . (الثانية) : أن يكون أحدهما مطالباً لصاحبه
بشيء ، دون صاحبه فلا يطالبه بشيء . وفي هذه الصورة يكون المطالب
مدعياً وصاحبه منكراً ، فيقدم قوله بيمينه . كما إذا انتهت مدة الاجارة
فبطلت ، أو تعذر العمل المستأجر عليه ، لعجز عقلي أو شرعي .

(٢) قد عرفت : أن المستأجر إنما يكون منكراً إذا لم يكن مطالباً
بشيء ينكره صاحبه ، فاذا كان مطالباً برد العين الى الموضع الذي نقلت

وجب عليه (١) ، وليس له رده لئله إذا لم يرض ، ويضمن له عنه ، وربما يقال إنه يكون مدعياً ، فيكون الآخر منكراً ، فيكونان متداعيين ، المؤجر يطالب بالأجرة ، والمستأجر يطالب بالرد . وفيه : أن المعيار في التداعي أن يطالب كل واحد منهما بأمر يكون من لوازم دعواه وثبوته يترتب على ثبوت دعواه . أما إذا كان المطالب يترتب على نفي دعوى خصمه ، لأنه من آثار عدمها ، فانه حينئذ لا يكون مدعياً بالاضافة اليه ، لأن الأصل النافي لدعوى خصمه ، بعد ما كان مثبتاً لذلك الأثر الذي يطالب به ، يكون بملاحظته أيضاً منكراً ، لأنه يدعي أمراً تثبت به الحجة الشرعية ، وهو الأصل ، وليس معنى المنكر إلا ذلك ، كما عرفت . ونظير المقام : ما لو أكل طعام غيره مدعياً الإذن منه ، فأنكر صاحب الطعام الإذن وطالب بالعوض ، فانه بالمطالبة بالعوض لا يكون مدعياً ، لأنه يدعي أمراً تقتضيه أصالة عدم إذن المالك ، كما هو ظاهر .

(١) وجوب الرد إلى المكان الذي نقله منه إما أن يستفاد من قوله (ع) : « كل مغصوب مردود » (١٥) ، وقوله (ص) : « على اليد ما أخذت حتى تؤدي » (٢٥) . وإما لأن خصوصية المكان من قبيل سائر الخصوصيات القائمة بالعين ، مضمونة على المتلف ، لكن الأول إنما يقتضي الرد والاداء إلى المالك ، وربما يحصلان بحضور المالك في البلد الذي نقل اليه المتاع . وأما الثاني : فلأن الخصوصيات التي تكون عليها العين إنما تكون مضمونة إذا كانت ذات مالية ، أما إذا لم تكن فلا دليل على ضمانها ، وإن كانت مما تختلف بها الرغبات ، فضلاً عما إذا لم تكن كذلك

(١٥) لم نثر على النص بهذا اللفظ . نعم مثراً على قوله (ع) « لأن الفصص كله مردود »

فراجع الوسائل باب : ١ من كتاب الفصص حديث : ٣ ، وباب : ١ من كتاب الانفال حديث : ٤

(٢٥) مستدرک الوسائل باب : ١ من أبواب الفصص حديث : ٤ .

إن تلف أو عاب ، لعدم كونه أميناً حينئذ في ظاهر للشرع (١).
(مسألة ١٣) : إذا خاط ثوبه قباء ، وادعى المستأجر
أنه أمره بأن يخطه قيصاً ، فالأقوى تقديم قول المستأجر (٢)

أيضاً . وخصوصية المكان ربما تكون مما لا تختلف بها الرغبات ، ولا
تكون ذات مالية . فالدليلان المذكوران غير ظاهرين في إثبات ذلك على
إطلاقه . نعم لا يبعد أن يكون ذلك من الأحكام العرفية للضمان .

(١) وحينئذ فيشملة عموم أدلة الضمان .

(٢) كما عن جملة كثيرة من كتب الفاضلين والشهيدين والمحقق الثاني
وغيرهم . وعن الحواشي نسبته إلى المشهور ، لأن المستأجر منكر لما
يدعيه العامل من الاذن ، فيكون قوله مقديماً .

لكن في الخلاف - بعد أن اختار أن القول قول صاحب الثوب
واستدل له بما ذكر - قال : « وكنا نقول فيما تقدم في هذه المسألة :
ان القول قول الخياط لأنه غارم ، وأن رب الثوب يدعي عليه قطعاً لم
يأمره به ، فيلزمه بذلك ضمان الثوب ، فكان عليه البينة ، فاذا فقدتها
وجب على الخياط اليمين . وهذا أيضاً قوي » . وعن وكالة التذكرة :
الجزم بأن القول قول الخياط . وظاهرهما أن المقام من باب المدعي والمنكر
وان المالك مدع والعامل منكر . وفيه : ما عرفت من أن مطالبة المالك
للعامل بضمن الثوب لا توجب كون المالك مدعياً ، لأن ذلك من آثار
عدم الاذن في قطع الثوب قباء ، فاذا جرى كفى في ترتب استحقاق
الارش ، فيكون قوله موافقاً للأصل أيضاً ، فيكون منكراً لا مدعياً .

ومن ذلك يظهر لك ضعف ما يقال : من أن تقديم قول المالك يختص
بصورة ما إذا لم يدع المالك الارش . أما إذا ادعى الارش على العامل
فهما متدعيان ، لأن العامل يدعي الأجرة والمالك يدعي الارش . وادعي

ج ١٢ (لو خاط المؤجر الثوب قباء ونفى المالك الاستئجار عليها) - ١٧٧ -

لأصالة عدم الاذن في خياطته قباء . وعلى هـذا فيضمن له عوض للنقص الحاصل من ذلك (١) . ولا يجوز له نقضه إذا كان الخيط للمستأجر (٢) . وإن كان له كان له (٣) .

فهم ذلك من مجمع البرهان من قوله : « ولعل المصنف لم يذكر التحالف بناء على عدم دعوى الآخر وأما مع دعواه فالظاهر التحالف ، فتأمل » . بل فهم أيضاً ذلك من التذكرة ، لما ذكر فيها من أن من قدم قول الخياط لابد وأن يقول بالتحالف .

وجه الضعف : ما عرفت من أن دعوى المالك الارش لما كانت مقتضى أصالة عدم الاذن في عمل العامل ، لا توجب كونه مدعياً ، بل هو أيضاً من هذه الجهة منكر . ولا فرق في كون المالك منكراً ، بين اقتضائه على نفي الاجارة بداعي نفي الاجرة ، أو بداعي المطالبة بالارش ، أو بداعيها معا ، لأنه في الجميع يدعي ما يقتضيه الأصل . وكلام التذكرة ومجمع البرهان لا يخلو من إجمال . نعم عن صريح الشافعي : أن رب الثوب يدعي عليه الغرم وينفي الاجرة ، والخياط يدعي الاجرة وينفي الغرم فيتحالفان . انتهى . وهو صريح فيما ذكر ، الذي قد عرفت ضعفه .

ومن ذلك يظهر أنه لا فرق في كون المالك منكراً والعامل مدعياً بين أن يكون فرض المسألة من باب الاجارة ، كما هو ظاهر المتن ، وأن يكون من باب الأمر بالعمل على وجه الجمالة ، كما هو ظاهر فرض الاصحاب للمسألة . نعم لا بأس بالبناء على التحالف إذا كان المعيار في تشخيص المدعي صورة الدعوى ، لتباين الدعويين ، كما عرفت في نظائره .

(١) لأنه بفعله ، فيدخل في عموم : من أفسد فهو ضامن .

(٢) لعدم جواز التصرف في مال أحد إلا بإذنه .

(٣) يعني : إذا كان الخيط للمؤجر جاز له نقضه ، لأنه ماله فيكون

تحت سلطنته . فان قلت : نقضه يوجب تصرفاً في الثوب الذي هو للمستأجر ، فيكون تحت سلطنته ، فلا يجوز التصرف فيه . قلت : الوجود القائم بعينين للمالكين ، لما كان تصرفاً في العينين ، كان تحت سلطة واحدة قائمة بسلطانين ، فتكون سلطنتين ضمنيتين . وإذا عملت إحدى السلطنتين الضمنتين في الوجود كان الوجود تحت سلطة مطابقة للسلطان الآخر . وإذا عملت بالعدم بطلت السلطنة الأخرى من السلطان الآخر . مثلاً : العقد القائم بالعوضين للمالكين ، لما كان قائماً بمالين ، كان تحت سلطة المالكين معاً ، فإذا أقدم أحد السلطانين على الوجود ، كان الوجود تحت سلطة مطلقة للطرف الآخر ، فإذا أوجب البائع كانت المعاوضة تحت سلطان القابل ، فوجودها وعدمها تحت سلطانه ، وإذا لم يوجب ولم يرض بالمعاوضة ، بطلت السلطنة من الآخر . ففي المقام : لما كان بقاء الخيط بالثوب قائماً بالعينين معاً ، فهو تحت سلطة مالكيها على النحو الذي ذكرناه ، فان رضي صاحب الخيط ببقائه فبقاؤه تحت سلطة مطلقة لصاحب الثوب ، وإن رضي صاحب الثوب ببقائه فهو تحت سلطة مطلقة لصاحب الخيط ، وإن لم يرض صاحب الثوب ببقائه بطلت سلطة صاحب الخيط على بقاءه ، وإن لم يرض صاحب الخيط ببقائه بطلت سلطة صاحب الثوب على بقاءه ، فلا يكون له منه بدعوى أنه تصرف في الثوب .

لكن هذا إنما يتم بالإضافة إلى التصرف في الثوب من حيث كونه مخيطاً ، ولا يقتضي جواز التصرف فيه ، التصرف الذي يكون مقدمة لنقضه وفصل الخيط عنه ، فان ذلك التصرف ليس قائماً بالثوب والخيط ، وإنما هو قائم بالثوب نفسه ، فهو تحت سلطة المالك مستقلاً ، نظير التصرف في آلات صاحب الثوب لأجل فصل الخيط عنه . وعلى هذا فالخروج عن القواعد المقتضية للمنع لا يصح ، إلا إذ كان ضرراً على

ويضمن للنقص الحاصل من ذلك (١) . ولا يجب عليه قبول

صاحب الخيط ، فتكون قاعدة نفي الضرر حاکمة على قاعدة السلطنة .

لكن إذا منع المالك صاحب الخيط عن أخذ خيطه ، فامتنع ، جاء الاشكال في تصرفه في الثوب ، لأنه تصرف في الخيط أيضاً ، فيحرم . إلا أن يقال : إن منع مالك الثوب عن التصرف في ثوبه ضرر ، فينتفي ، ولا ضرر في منع مالك الخيط عن أخذ خيطه حسب الفرض .

وبالجملة : الخروج عن القواعد المقتضية لما ذكرنا غير ظاهر ، وإن تصدى بعض لاثبات أن مقتضاها جواز أخذ الخيط للمالكه ، وإن لزم التصرف في الثوب مطلقاً ، وجواز منع صاحب الخيط من أخذه ، وإن لم يلزم ضرر على صاحب الثوب ، كما أشرنا إلى ذلك في تعليقتنا على مباحث خيار الغبن .

(١) لأنه بفعله ، فيشمله عموم أدلة الضمان . نعم إذا كانت تستوجب صفة ذا مالية في الثوب ، كانت تلك الصفة ملكاً للمؤجر ، فيكون الثوب للمالكه والخياطة للعامل ، وله المطالبة بها . وحينئذ فهل لازم ذلك الشركة في العين أولاً ؟ وجهان . أقواهما الثاني ، لعدم الدليل عليه .

وأضعف منه جعل الشركة في المالية . وجه الضعف : أن المالية من الاعتبارات التي هي منتزعة من حصول الرغبة ، ولا تقبل الشركة عند العقلاء . وكذلك الحكم لو أراد الخياط أخذ الخيط ، فمنعه المالك من التصرف في الثوب ، وكان منعه موجباً للضرر ، كما كان - أيضاً - التصرف في الثوب حين أخذ الخيط ضرراً على المالك ، فإنه مع تعارض الضرر وسقوط قاعدة نفي الضرر في الطرفين ، يرجع إلى قاعدة السلطنة في الطرفين ، ومقتضاها عدم جواز أخذ الخيط ، وعدم جواز التصرف في الثوب ،

عوضه لو طلبه المستأجر (١) ، كما ليس عليه قبول عوض للثوب لو طلبه المؤجر . هذا ولو تنازعا في هذه المسألة والمسألة المتقدمة قبل الحمل وقبل الخياطة فالمرجع للتحالف (٢)

فبقي الثوب ممنوعاً من التصرف فيه من كل منهما ، ولا بد من أن ينتهي الأمر إلى التخلص بالبيع ، ونحوه من المعاولات على العين ، ويكون الاشتراك بينهما بالثمن ، بناء على أن ذلك من الأحكام العرفية ، كما هو غير بعيد ، وإن كان لا يخلو من خفاء .

(١) الوجه فيه وفيما بعده ظاهر ، لأنه مقتضى قاعدة السلطنة .

(٢) هذا واضح بناء على أن المعيار في تشخيص المدعي مهيب الدعوى أما إذا كان المعيار هو الغرض المقصود للمتنازعين فمشكل ، لأن المستأجر يطالب بالعمل الذي يدعيه ، والأجير ينكر ذلك . أما الأجير فلا يطالب بشيء ، لأنهما يعترفان باستحقاق الأجرة ولا ينكرها أحدهما . نعم يدعي الأجير استحقاق أخذ الأجرة والمطالبة لو عمل ، وهذه الدعوى ليس فيها مطالبة بحق فعلي ، وإنما هي مطالبة بحق استقبالي ، ومثل هذه الدعوى لا تسمع ، لعدم استحقاق المطالبة بالحقوق المذكور إلا في ظرف فعليته . نعم إذا مضت المدة التي يمكن فيها العمل ، وبذل الأجير نفسه للعمل ، استحق المطالبة بالأجرة لو كانت الاجارة واقعة على العمل الذي يدعيه . وحينئذ تصح له الدعوى ، فتكون مسموعة ، ويكون مدعياً ، والمستأجر منكراً . وحينئذ فان كان مقصود المصنف (قده) هذا المعنى من التحالف فلا بأس به ، وإن كان المقصود أنها في الزمان الواحد متداعيان فقد عرفت اشكاله . وكأنه لذلك ذكر في بعض الحواشي لبعض الأكابر : أنه يقدم قول المؤجر في المسألتين مع يمينه على نفي ما يدعي المستأجر استحقاقه . (انتهى) ثم إنه إذا تحالفا حكم الحاكم على طبق كل من اليمينين ، فيحكم ببطلان

كل من الدعويين . وحينئذ يقع الكلام في أمور .
 الأول : في أن الحكم الصادر من الحاكم ليس حكماً واقعياً عندنا ،
 لما يستفاد من النصوص : مثل قول أبي عبد الله (ع) في صحيح هشام
 ابن الحكم : « قال رسول الله (ص) : إنما أقضي بينكم بالبينات والايمان ،
 وبعضكم الحن بحجته من بعض ، فأيمسا رجل قطعت له من مال أخيه
 شيئاً ، فأنما قطعت له به قطعة من النار » (١٥) . فانه كالصریح في أن
 حكم الحاكم لا يغير الواقع ولا يبدله الى حكم آخر ، فاذا حكم ببطلان الدعوى
 لم يكن ذلك موجباً لبطلانها واقعاً ، بل الواقع بحاله .

ولأجل ذلك يقع الكلام في الأمر الثاني وهو : أنه إذا كان الأمر
 الواقعي بحاله باقياً ، يقع الاشكال في جواز الحكم في مورد التحالف ،
 للعلم بمخالفته للواقع ، فكيف يجوز له الحكم ببطلان كلتا الدعويين ، مع
 العلم بأن إحداها ثابتة في الواقع ؟ ! فالحكم المذكور مع هذا العلم حكم على
 خلاف الواقع . وقد تعرضوا للدفع الاشكال المذكور بوجوده مذكورة في
 مباحث حجية القطع .

ولعل الأسد أن يقال : إن مادل على لزوم حسم النزاع ، والمنع
 من وقوع الفساد المترقب منه ، اقتضى جواز الحكم المذكور وإن كان على
 خلاف الواقع . مثل ما إذا توقف دفع اللص على دفع مقدار من المال
 اليه ، فان وجوب الدفع لا يقتضي استحقاق اللص للمقدار المدفوع اليه ،
 ولا يخرج المدفوع من ملك مالكة ، ولا عن تحريم التصرف فيه بغير
 إذنه ، فيحرم على اللص التصرف فيه ، ويجب إرجاعه إلى الدافع ،
 وإن وجب دفعه اليه وتمكينه منه ، لدفع ضرره وانتفاء شره ، مع بقاء
 المدفوع على ملك مالكة ، وترتب جميع احكامه عليه . ففي المقام يكون

حكم الحاكم من هذا القبيل ، فانه لا يوجب بطلان الدعويين واقعا وحقيقة ، وإنما يحكم ببطلانها عملا ، بمعنى أنه لا يجوز للمدعي مطالبة المنكر ، ولا الدعوى عليه ، ولا النزاع معه ، وإن كان المدعى به على ما هو عليه ، لا تغيير فيه ولا تبديل .

وبالجملة : المدعى به باق على ما هو عليه موضوعاً وحكماً ، إلا في هذه الجهة . وهي جواز المطالبة فيه والادعاء والنزاع ، نظير ما ذكرنا من المثال . فدليل نفوذ الحكم مخصص لدليل آثار الواقع في غير الآثار المذكور ، فيخرجه عن الدليل مع بقاء عموم الدليل لساير الآثار الأخرى . إذ من جملة الأحكام الواقعية للمال مثلاً جواز المطالبة ، فإذا حكم الحاكم انتفى الحكم المذكور واقعاً ، وبقيت الأحكام الأخرى بحالها ، وكذا بالنسبة إلى ساير موارد الدعاوى . وحينئذ لا مانع من جواز الحكم في مورد التحالف ، مع العلم الاجمالي بمخالفته للواقع في إحدى الدعويين ، بل بناء على القول بعدم جواز القضاء بعلم الحاكم وتعين الرجوع إلى البينة واليمين ، نقول : يقضي بالبينة أو اليمين ، وينفذ قضاؤه وإن علم بمخالفته للواقع . فالمحدور المذكور لا يصلح للمنع ، إذ لا مانع من تخصيص دليل الآثار بغير جواز المطالبة .

الثالث : أن حكم الحاكم من قبيل الامارة بالنسبة إلى من عداه من المكلفين فيكون طريقتاً إلى ثبوت مؤداه في جميع الآثار غير الأثر المقصود ، فيجب على جميع المكلفين ترتيب آثار المحكوم به ظاهراً ، ويكون حجة على ذلك لما دل على عدم جواز رده ووجوب قبوله ، مثل ما في مقبولة عمر بن حنظلة من قول الصادق (ع) : « فإذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه فانما استخف بحكم الله تعالى ، وعلينا رد . والراد علينا الراد على الله تعالى ، وهو على حد الشرك بالله تعالى » (١٥) فيترتب عليه أحكام الامارات من الحجية

في ظرف الشك ، وعدم الحجية في ظرف العلم بالواقع تفصيلاً أو إجمالاً إذا كان منجزاً . وحينئذ يشكل الأمر في موارد التحالف ، فإنه يعلم بمخالفته إجمالاً للواقع ، فلا مجال للاعتداد عليه ، فلا بد من الرجوع عند العلم بمخالفته للواقع إجمالاً أو تفصيلاً إلى ما تقتضيه القواعد بالنسبة إلى ذلك العلم ، فإن كان العلم تفصيلياً عمل بمقتضاه ، وإذا كان إجمالياً عمل بمقتضاه : فإذا ادعى رجل زوجية امرأة ، وأنكرت هي ذلك فحلفت ، وحكم الحاكم بنفي زوجيتها ، لا يجوز له أن يتزوج أمها أو بنتها أو أختها أو خامسة . وكل من علم بصدقه لا يجوز له أن يتزوجها . كما أنها لا يجوز لها أن تتزوج رجلاً آخر إذا كان انكارها جحوداً . وإذا اختلف المتبايعان في المبيع والتمن ، فقال البائع بعثك العبد بالدار ، فيقول المشتري : بعثني الجارية بالبستان ، وحلفا ، وحكم الحاكم بانتفاء البيعين ، فقد علم إجمالاً بملك البائع للدار أو البستان ، وملك المشتري للعبد أو الجارية . وحينئذ لا يجوز شراء العبد أو الجارية من المشتري ولا من البائع ، وكذا لا يجوز شراء الدار أو البستان من كل منهما .

لكن في الدروس في أواخر كتاب البيع قال : « إذا حلفا أو نكلا احتمل أن يفسخ العقد ، إذ لمضاؤه على وفق اليمينين متعذر ، وعلى وفق أحدهما تحكم . ويحتمل أن يتزلزل فيفسخه المتعاقدان أو أحدهما أو يرضى أحدهما بدعوى الآخر ، أو يفسخه الحاكم إذا يش من توافقهما وامتنعا من فسخه ، لئلا يطول النزاع . وعلى الانفساخ يفسخ من حينه ، لا من أصله . ثم إن توافقهما على الفسخ أو فسخه الحاكم انفساخ ظاهر أو باطناً ، ولو بدر أحدهما فإن كان الحق فكذلك ، والا انفساخ ظاهراً . » وحكي الجزم بالانفساخ عن كثير من كتب الفاضلين والشهيدين ، وإن اختلفت عباراتهم في كون

الفسخ بعد التحالف من حينه أو من أصله ، كما عن اللمعة والروضة .
وفي الجواهر : « لا ريب أن المتجه على مقتضى الضوابط الشرعية عدم
الانفساخ بالتحالف ، ولا يتسلط الحاكم على ذلك . هذا كله بحسب الواقع » :
وهو في محله . والاستدلال عليه بالنبوي المذكور في الدروس : « إذا اختلف
المتبايعان تحالفا وزادا » ، كما ترى ، لقصوره عن إثبات ذلك دلالة ،
لعموم الاختلاف لصورة التداعي وغيره ، ولذا قال في الدروس : « وعليه
يحمل قول النبي (ص) » . وكذا سنداً ، وهو ظاهر . بل المروي
لأصحاب السنن - أبي داود والترمذي والنسائي - هكذا : « إذا اختلف
البيعان وليس بينهما بينة فهو ما يقول رب السلعة أو يتاركان » أي :
يتفاسخان العقد . وهو غير مانحن فيه ، ولم يرد عن أصحابهم وسننهم
غير ذلك .

وكيف كان : فالبناء على الانفساخ أو فسخ الحاكم غير ظاهر ، كما
ذكر في الجواهر . واللازم على المتداعيين وعلى غيرهما العمل على مقتضى
العلم الاجمالي أو التفصيلي ، على وجه لا يؤدي إلى الخصومة والزراع ، لئلا
يلزم رد الحكم وعدم قبوله .

لكن قال في الجواهر : « نعم قد يقال : إن للغير التصرف في كل
من الثوبين نقلاً وشراءهما ، بل والتمن الذي يرجع الى المشتري منها
أيضاً وإن علم أن الواقع يتنافى ذلك ، إلا أن الظاهر عدم اعتبار مثل هذا
العلم في المنع عن العمل بما يقتضيه الحكم في الظاهر . وله نظائر كثيرة
في الفقه ، منها : العين المقسومة بين اثنين لتعارض البيتين مثلاً ، بل ومع
العلم بأنها لواحد منها إذا لم نقل بالقرعة ، فإن للغير شراء الجميع من
كل واحد منها ، وإن علم أن أحدهما غير مالك للنصف ، لإجراء الحكم
الظاهري . بل إذا لم يكن إجماع جرى مثله في النكاح لو فرض التداعي

بين السيد وآخر في تزويج أمته ، فقال السيد هذه ، وقال الآخر بل هذه ، وتحالفا ، فان للغير التزويج بهما وإن علم أن احدهما ذات زوج ، محلاً بالحكم الظاهري .

وفيه : أنه مع الاعتراف بأنه حكم ظاهري كيف يجوز العمل به مع العلم التفصيلي بمخالفته للواقع ؟ ! وهل هو الاتناقض بين الحكمين ؟ ! . وكذا الحكم مع العلم الاجمالي على التحقيق من كونه حجة على نحو يمنع من جعل الحكم الظاهري على خلافه في أحد الاطراف ، فضلاً عن تمامها .

والحكم فيما ذكره من المثال من العين المقسومة بين المتداعين لتعارض بينتيهما أيضاً كذلك ، فانه لا يجوز البناء على كون القسمة ظاهرية ، وأنه يجوز العمل عليها حتى مع العلم بالمخالفة للواقع . نعم لا بأس إذا كانت القسمة واقعية ، بأن تكون البيئتان سببا للاشتراك في العين ، فحينئذ يجوز ترتيب الآثار عليها مطلقاً . لكن الدليل المتضمن للقسمة ظاهر في كونها مخض حسم النزاع ودفع الفساد المترتب عليه ، وليس فيها تحليل الحرام وتحريم الحلال واقعا .

بل اللازم ايكال أمر عمل المتخاصمين بالنظر الى الواقع الى علمهما . وكذلك عمل غيرهما ممن يكون مورداً للابتلاء . ولذا قال في الدروس في أواخر كتاب القضاء : « تنمة : لا يتغير الشيء عما هو عليه بحكم الحاكم ، فلو حكم بشاهدي زور على عقد أو فسخ أو طلاق أو نكاح لم يستبح المحكوم به ، ولا يحل - للعلم بكذبهما - موافقة الحكم . وعلى المرأة الامتناع لو علمت بالتزوير ، فان أكرهها أثم دونها ، ولها التزويج لغيره بعد العدة ، وللرجل اتيانها إذا كان محكوماً عليه بطلاقها ، وإن تزوجت بغيره بعد العدة . »

وقد اشتهر في كلامهم عدم وجوب العمل بالحكم اذا علم بمخالفته

للواقع ، بل الظاهر أنه لا كلام فيه ولا إشكال . فكيف يمكن جعل حكم الحاكم حجة حينئذ ؟ ! وليس هو إلا كغيره من الحجج التي لا مجال للعمل بها مع العلم التفصيلي على خلافها ضرورة . وكذا مع العلم الاجمالي على خلافها على ما هو التحقيق عند المحققين من كونه منجزاً للواقع كالعلم التفصيلي . كما أنه يجب العمل به مع الشك والجهل بالواقع ، ولا فرق بين المتداعين في ذلك وغيرهما ، لعموم قوله (ع) : « فلم يقبل منه فانما استخف بحكم الله سبحانه . . » (١٥) ، الشامل للمتداعين وغيرهما .

ومما يترتب على ذلك : أنه لو تمكن ذو الحق من المتداعين من استنفاد حقه من خصمه ، مع علمه بثبوت حقه ، جاز له ذلك وإن كان حكم الحاكم عليه لاله ، لعدم حجية الحكم عليه مع العلم ببطلانه ، وإن كان لا يجوز لسه المطالبة به والادعاء ، كما تقدم في الأمر الثاني من أن دليل نفوذ الحكم كما يدل على حجتيه في ظرف الشك ، يدل على كونه فاصلاً للخصومة وحاسماً للنزاع . وترتب الأثر المذكور عليه ليس من باب الطريقة ، ليكون ملقياً مع العلم بالواقع ، بل من باب الموضوعية ، وإلا تعذر الفصل به غالباً ، لعلم كل من المتخاصمين بصحة دعواه نقياً أو اثباتاً ، فلو اختص بحال الشك لم يكن حاسماً للنزاع مع العلم ، وهو خلاف المقطوع به من أدلة نفوذه .

نعم المذكور في كلام الأصحاب : أنه إذا كان حكم الحاكم مستنداً إلى اليمين ، لم تجز لمن حكم عليه بالحق المقاصة من مال المحكوم له ، وإن علم بثبوت حقه . قال في الشرائع : « إذا حلف - يعني المدعى عليه - سقطت الدعوى . ولو ظفر المدعي بعد ذلك بمال الغريم لم تحل له المقاصة » : وفي المسالك : « هذا هو المشهور بين الأصحاب ، لا يظهر فيه مخالف » :

وفي الجواهر : « بلا خلاف أجده في شيء من ذلك » .
وهذا وإن كان خلاف مقتضى الأدلة الأولية ، المقتضية لبقاء حقه
وجواز استنقاذه بكل طريق شاء ، بلا مطالبة ولا منازعة إلا أن مستنده
جملة من النصوص ، أدعي دلالتها عليه . منها : خبر عبد الله بن أبي يعفور ،
عن أبي عبد الله (ع) : « إذا رضي صاحب الحق بيمين المنكر لحقه ، فاستحلفه ،
فحلف أن لاحق له قبله ، ذهب اليمين بحق المدعي ، فلا دعوى له :
قلت له : وإن كان عليه بينة عادلة ؟ قال : نعم ، وإن أقام بعد ما استحلفه
بالله تعالى نحسين قسامة ما كان له ، وكانت اليمين قد أبطلت كل ما ادعاه
قبله مما قد استحلفه عليه » (١٥) . وزاد في الفقيه : « قال رسول الله (ص) :
من حلف لكم على حق فصدقوه ، ومن سألكم بالله فاعطوه ، ذهب اليمين
بدعوى المدعي ولا دعوى له » (٢٥) . وخبر خضر النخعي عن أبي
عبد الله (ع) : « في الرجل يكون له على الرجل المال فيجحده قال (ع) :
إن استحلفه فليس له أن يأخذ شيئاً ، وإن تركه ولم يستحلفه فهو على
حقه » (٣٥) . وخبر عبد الله بن وضاح : « قال : كانت بيني وبين رجل
من اليهود معاملة ، فخاني بألف درهم ، فقدمته الى الوالي فاحلفته فحلف ،
وقد علمت أنه حلف يميناً فاجراً فوقع له بعد ذلك عندي أربعين دراهم
كثيرة ، فأردت أن اقتص الألف درهم التي كانت لي عنده ، وأحلف
عليها ، فكتبت الى أبي الحسن (ع) فاخبرته أنني قد أحلفته فحلف ، وقد
وقع له عندي مال ، فان أمرتني أن آخذ منه الألف درهم التي حلف
عليها فعات . فكتب (ع) : لا تأخذ منه شيئاً ، إن كان ظلمك فلا تظلمه ،

(١٥) الوسائل باب : ٩ من أبواب كيفية القضاء حديث : ١ .

(٢٥) الوسائل باب : ٩ من أبواب كيفية القضاء حديث : ٢ .

(٣٥) الوسائل باب : ١٠ من أبواب كيفية القضاء حديث : ١ .

ولو لا أنك رضيت بيمينه فحلفته لأمرتك أن تأخذ من تحت يدك ،
ولكنك رضيت بيمينه وقد ذهبت اليمين بما فيها . فلم آخذ منه شيئاً ، وانتهيت
إلى كتاب أبي الحسن (ع) ، (١٥) . وأما النبوي : « من حلف بالله
فليصدق ، ومن لم يصدق فليس من الله ومن حلف لله بالله فليرض ،
ومن لم يرض فليس من الله في شيء » (٢٥) ، فليس مما نحن فيه لظهوره في
الترغيب في الأذعان بمضمون الحلف .

لكن الخبر الأول ظاهر في نفي - واز التداعي . والثاني غير بعيد .
والواضح الدلالة الأخير . وهما وإن كانا ضعيفي السند ، لكن ضعفهما مجبور
بالعمل . لكنهما مختصان بالدين والمقاصة من مال المحكوم له ، ولا يشمل
أخذ العين نفسها إذا أمكن المحكوم عليه ، ولا المقاصة عنها . وقد عرفت
أن مقتضى القواعد جواز ذلك ، والتعدي من مورد النصوص إلى ذلك غير
ظاهر . وأشكل منه التعدي عن المقاصة إلى سائر التصرفات في العين من لبس
ونحوه . وأشكل منه التعدي إلى التصرفات الاعتبارية ، مثل احتسابه زكاة ،
وإبرائه منه ، وعتقه ، ووقفه ، ونحو ذلك ، فإن ذلك كله بعيد عن مدلول
النصوص المذكورة جداً ، فلا موجب فيه للخروج عن القواعد . نعم لا تبعد
دعوى عموم النص للمقاصة عن العين بقرينة التعليل : « إن كان ظلمك
فلا تظلمه » ، فإن الظاهر أن المقصود من ظلمه أخذ ماله بغير اذنه من
عين أو دين . فتأمل .

كما أن النصوص المذكورة مختصة باليمين ، فإذا كان مستند الحكم
البيئة أو النكول أو الإقرار لا مانع من المقاصة ، عملاً بالقواعد الأولية
من دون مخرج عنها . والتعليل في خصوص الخبر الأخير غير واضح الانجبار

(١٥) الوسائل باب : ١٥ من أبواب كيفية القضاء حديث : ٢ .

(٢٥) الوسائل باب : ٦ من أبواب كتاب الإيمان حديث : ١ .

بالاعتماد ، لاقتصار كلماتهم على خصوص اليمين ، وظاهرهم الاعتماد على
نصوص اليمين من حيث كونها يميناً ، ومن الجائز أن لا يكون اعتمادهم
على هذا الخبر ، فلم يثبت انجباره ، ولا سيما بملاحظة ما دل على مشروعية
المقاصة ، وعموم قوله تعالى : (فمن اعتسدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل
ما اعتدى عليكم) (١٥) .

هذا والذي تحصل مما ذكرنا أمور :

(الأول) : أن حكم الحاكم لا يغير الواقع ، بل هو محفوظ في نفسه
وعلى حاله . (الثاني) : أن علم الحاكم إجمالاً لا ينافي حكمه بخلاف العلم .
(الثالث) : أن حكم الحاكم فاصل للخصومة ومانع من النزاع وإن علم أحد
الخصمين أو كلاهما بطلانه ، وأن هذا الأثر حكم واقعي . (الرابع) :
أن حكم الحاكم بالنسبة إلى مؤاده حكم ظاهري ، لا يجوز العمل به مع العلم
بخلافه إجمالاً أو تفصيلاً ، وإنما يجب العمل به مع الشك . ولا فرق بين
المتخاصمين وغيرهما من سائر المكلفين . (الخامس) : أن بناء جمع من
الاصحاب على انفساخ العقد بعد التحالف - إذا كان النزاع في العقود -
مما لا دليل عليه ، فلا مجال للبناء عليه . وكذا البناء على أن الحاكم له الولاية
على الفسخ . (السادس) : يستثنى من جواز العمل بالعلم - إذا كان على
خلاف الحكم - المقاصة ، فلا تجوز المقاصة من المحكوم عليه إذا كان عالماً
بثبوت حقه ، وكان مستند الحكم اليمين . (السابع) : أنه لا يلحق بالمقاصة
أخذ العين نفسها ، ولا التصرف فيها بغير نحو المقاصة ، سواء كان التصرف
خارجياً مثل اللبس ونحوه ، أم اعتبارياً مثل الإبراء والوقف . (الثامن) :
أن حرمة المقاصة مختصة بما إذا كان مستند الحكم اليمين ، فلا مانع من
المقاصة إذا كان مستند الحكم البيئة ، أو النكول ، أو الإقرار خطأ أو اشتهاً .

(مسألة ١٤) : كل من يقدم قوله في الموارد المذكورة عليه لليمين للآخر .

خاتمة

فيها مسائل :

(الأولى) : خراج الأرض المستأجرة في الأراضي الخراجية على مالكيها (١) . ولو شرط كونه على المستأجر

خاتمة

(١) لا ينبغي التأمل في أن الأرض الخراجية - وهي الحياة حين الفتح - ملك للمسلمين من ولد ومن لم يولد ، لا يملكها أحد غيرهم . وما ذكره جماعة من أنها تملك لآحاد الناس تبعاً للأثار ، لا دليل عليه ، كما ذكرنا في حاشيتنا على مكاسب شيخنا الأعظم (ره) . وما في مفتاح الكرامة من أن دعوى أن أرض الخراج لا تكون ملكاً ، وهم قطعاً ، فإن الأرض المفتوحة عنوة الحياة قبل الفتح إذا أذن الإمام لأحد بأن يبني فيها أو يفرس ، وأن يكون عليه خراجها ، ملك رقبتهأ أصالة أو تبعاً - على الخلاف - فإذا زالت آثاره زال ملكه . (انتهى) . غير ظاهر ، فراجع . ولعل مقصود المتن من المالك : المؤجر الذي يملك منفعتها .

ثم الظاهر أنه لا إشكال ظاهر فيما ذكره من أن الخراج على المالك لا على المستأجر ، لأنه موضوع على من بيده الأرض ، ومن جعل له سلطان التصرف فيها ، فلا يكون على المستأجر . ويظهر من كلماتهم في كتاب

صح على الأقوى . ولا يضر كونه مجهولاً من حيث القلة والكثرة (١) ، لاغتفار مثل هذه الجهالة عرفاً ،

المزارعة التسالم على الحكم المذكور ، وإن اختلفت عباراتهم ، فمنهم من عبر بالمالك . وآخر بالصاحب . وثالث برب الأرض . والمراد به ما عرفت . ويشهد بالحكم المذكور خبر سعيد الكندي قال : « قلت لأبي عبد الله (ع) : إني آجرت قوماً أرضاً ، فزاد السلطان عليهم . فقال (ع) : أعطهم فضل ما بينهما . قلت : أنا لم أظلمهم ولم أزد عليهم . قال (ع) : لأنهم إنما زادوا على أرضك » (١٠) .

(١) أشار بذلك إلى ما ذكر في المسالك في مبحث المزارعة من المنع عن الشرط المذكور . للجهالة القادحة . واستشكل فيه في الرياض . ودفعه المصنف باغتفار مثل هذه الجهالة عرفاً . وكأنه لأن الشرط تابع وليس مقوماً للعقد ، فالجهالة فيه ليست جهالة في العقد . ويشكل : بأن الشرط في ضمن العقد وإن لم يكن من مقومات كلي العقد ، لكنه من مقومات شخصه ، فالجهل فيه جهل بمضمون العقد الشخصي ، فيصدق على الاجارة الشخصية أنها غرورية . نعم قد يصح ذلك في الشروط الملحوظة تبعاً لركن العقد ، مثل : اشتراط حمل الدابة وسرجها ولجامها ونحو ذلك مما كان معدوداً من توابع العوض .

هذا وفي الجواهر قال في مبحث المزارعة : « لعل الوجه في إطلاق النص والفتوى صحة هذا الشرط : أنه من اشتراط كون حق الخراج عليه نحو اشتراط حق الزكاة على مشتري الثمرة ، مع عدم العلم بمقدارها ، إذ ليس هو اشتراط قدر ، بل اشتراط حق ، وربما لا يؤدي عنه شيئاً ، ومرجهه إلى اشتراط كون الزارع كالمالك في تعلق هذا الحق ، الذي

ولاطلاق بعض الأخبار (١) .

لا إشكال في صحة اشتراطه .

ويشكل : بأن اشتراط كون الحق عليه لا يخلو من إشكال في نفسه لأن موضوع حق الخراج هو المالك ، فكيف يمكن أن يجعل موضوعه غيره ؟ فإن أمر موضوع الحق بيد جاعله ، ولا يكون بيد غيره ، فاشتراط ذلك غير معقول ، فضلاً عن أن يكون صحته مما لا إشكال فيها . وكذا الحكم في اشتراط حق الزكاة ، فإن متعلقه عين النصاب ، وليس متعلقاً بالمالك ليكون مما نحن فيه . نعم خطاب أداء الزكاة متعلق بالمالك ، واشتراط كونه على المشتري بحيث يخرج المالك عن موضوع الخطاب ، أيضاً غير معقول ، إذ ليس للمأمور صلاحية نقل الخطاب المتعلق به إلى غيره . هذا مضافاً إلى أن مقدار الخراج إذا كان مجهولاً كان الحق مجهولاً . ومثله : أن يشترط عليه أن يملكه ما في الصندوق المردد بين القاييل والكثير ، فالتقريب المذكور لا يرفع الإشكال .

فالعمدة ما عرفت في أول الكتاب من أنه لا دليل على قدح الجهة الكلية في عقد الاجارة . ودليل نفي الفرر مختص بالبيع . والاجماع على القدح غير حاصل .

(١) في صحيح داود بن سرحان عن أبي عبدالله (ع) : « في الرجل تكون له الأرض عليها خراج معلوم ، وربما زاد وربما نقص ، فيبلغها إلى رجل على أن يكفيه خراجها ، ويعطيه مائتي درهم في السنة . قال (ع) : لا بأس » (١٠) . ونحوه صحيح يعقوب بن شعيب (٢٥) . وظاهرهما جواز شرط ذلك مع تردده بين الأقل والأكثر ، فالدلالة تكون بالظهور

(١٥) الوسائل باب : ١٧ من أبواب المزارعة حديث : ١ .

(٢٥) الوسائل باب : ١٧ من أبواب المزارعة ملحق حديث : ١ .

(للثانية) : لا بأس بأخذ الأجرة على قراءة تعزية

سيد الشهداء وسائر الائمة صلوات الله عليهم (١) ، ولكن

لا بالاطلاق . نعم في صحيح يعقوب الآخر عن أبي عبد الله (ع) قال :
« سأله عن الرجل تكون له الأرض من أرض الخراج ، فيدفعها إلى
الرجل على أن يعمرها ويصلحها ويؤدي خراجها ، فما كان من فضل فهو
بينهما . قال (ع) : لا بأس » (١٥) . لكن الظاهر منه المزارعة لا الاجارة .
وخبر ابراهيم بن ميمون : « سألت أبا عبد الله (ع) عن قرية لأناس
من أهل الذمة ، لا أدري أصلها لهم أم لا ، غير أنها في أيديهم وعليها
خراج ، فاعتدى عليهم السلطان ، فطالبوا إلى فاعطوني أرضهم وقربتهم ،
على أن أكفهم السلطان بما قل أو كثر ، ففضل لي بعد ذلك فضل ، بعد
ما قبض السلطان ما قبض . قال (ع) : لا بأس بذلك ، لك ما كان من
فضل » (٢٥) . ونحوه خبر أبي بردة (٣٥) . وخبر أبي الربيع (٤٥) .
وهذه الروايات وإن كانت مطلقة ، لكنها ظاهرة في كون أداء الخراج
عوضاً ، لا شرطاً في العقد .

(١) لا ينبغي التأمل في صحة ذلك ، لكونه عملاً له منفعة معتد بها
دنيوية وأخروية . نعم قد يشكل ماهو المتعارف ، من جهة أنه لا بد من
تعيين العمل بالخصوصيات التي تختلف بها الرغبات والمالية ، لاختلاف مالية
القراءة بإحاطة اختلاف المضامين ، واختلاف كيفية الأداء . واختلاف
المدة ، فإذا لم يكن تعيين بطلت الاجارة . نعم اذا كانت الاجارة واقعة

(١٥) الوسائل باب : ١٥ من أبواب المزارعة حديث : ٢ .

(٢٥) الوسائل باب : ١٧ من أبواب المزارعة حديث : ٢ .

(٣٥) الوسائل باب : ١٧ من أبواب المزارعة حديث : ٣ .

(٤٥) الوسائل باب : ١٧ من أبواب المزارعة حديث : ٤ .

لو أخذها على مقدماتها من المشي إلى المكان الذي يقرأ فيه .
كان أولى (١) .

(الثالثة) : يجوز استئجار للصبي المميز من وليه
الاجباري أو غيره - كالحاكم الشرعي - لقراءة القرآن أو للتغزية
والزيارات (٢) . بل للظاهر جوازه لنيابة للصلاة عن الاموات
بناء على الاقوى من شرعية عباداته (٣) .

على كلي القراءة ومسمى ذكر المصاب ، صحت وإن لم يكن تعيين .
وحينئذ لا بد في تصحيح الاجارة من وقوعها على النحو المذكور ، وحينئذ
يستحق الأجرة بمجرد ذلك .

(١) كأنه ليكون أبعد عن شبهة منافاة قصد أخذ الأجرة للاخلاص .
(٢) الأمور الثلاثة وأمثالها : تارة : يحصل المقصود منها بمجرد
وجودها ، سواء كانت عبادة أم لا ، وحينئذ لا شبهة في صحة اجارة
الصبي عليها ، كسائر الأعمال غير العبادية مثل الخياطة والنساجة ونحوها .
وأخرى : لا يحصل المقصود منها إلا بوقوعها على وجه العبادة ، فقد تشكل
الاجارة عليها بناء على أن عبادات الصبي تمرينية لا شرعية . إلا أن يقال :
إن الخلاف المذكور يختص بالعبادات الوجوبية ، لأن حديث رفع القلم عن
الصبي يختص برفع الوجوب . لكن الظاهر منهم عموم الخلاف ، بناء منهم
على أن أدلة التشريع العامة غير شاملة للصبي ، فينحصر تشريع عباداته
بدليل آخر غيرها . ولذلك جعلوا مبنى الخلاف المذكور : أن الأمر بالأمر
هل هو أمر أو لا ؟ فعلى الأول : تكون مشروعة ، وعلى الثاني : لا تكون .
ولا فرق في ذلك بين الواجبات والمستحبات .

(٣) قد تكرر مراراً في هذا الشرح التعرض لهذه المسألة . وقد ذكرنا
فيما سبق أن أدلة التشريع عامة للبالغ وغير البالغ . وليس ما يستوجب رفع

(الرابعة) : إذا بقي في الأرض المستأجرة للزراعة بعد انقضاء المدة أصول للزرع فنبتت ، فإن لم يعرض المستأجر عنها كانت له (١) ،

اليد عن العموم المذكور الا حديث رفع القلم عن الصبي ، لكن الجمع العرفي بينه وبين الأدلة العامة بحمله على رفع الالزم ، فيكون ترخيصاً في مخالفة الوجوب والحرمة ، كما يشهد به ذكره في سياق النائم ، فانه أحد الثلاثة الذين رفع عنهم القلم ، ولا ريب أنه لا يسقط عنه التكليف بالمرة ، وإنما يسقط عنه اللزوم العقلي ، فراجع مبحث المرتد في باب نجاسة الكافر وغيره من المباحث .

ثم إن أظاهر أن صحة النيابة عن الاموات لا تبتني على شرعية عبادة النائب ، فان الفقير غير المستطيع يجوز نيابته عن الميت في حج الاسلام ، والمسافر تشرع له النيابة عن الميت في صلاة التمام ، والحاضر تشرع له النيابة عن الميت في صلاة القصر . . وهكذا . إذ الالزم في صحة النيابة في العبادة مشروعية العبادة في حق المنوب عنه ، لأن النائب يمثل الأمر المتوجه إلى المنوب عنه ، فاذا لم يكن المنوب عنه مأموراً لم تمكن النيابة عنه . وأما النائب فلا يعتبر في صحة نيابته توجه أمر اليه بالفعل المنوب فيه ، نعم يعتبر وجود عموم يدل على مشروعية النيابة من الصبي ، كما لو شك في مشروعية نيابة الذكر عن الانثى وبالعكس . والظاهر ثبوت هذا العموم ، لعموم بناء العقلاء ، وعموم الاخبار المتقدمة في مباحث النيابة .

(١) قال في التذكرة في كتساب المزارعة : « إذا زارع رجلاً في أرضه فزرعها ، وسقط من الحب شيء ونبت في ملك صاحب الأرض عاماً آخر ، فهو لصاحب البذر عند علمائنا أجمع . وبه قال الشافعي » . وقال في كتاب العارية : « لو حمل السيل حب الغير أو نواه أو جوزه

أو لوزه إلى أرض آخر ، كان على صاحب الأرض رده على مالكة إن عرفه ، وإلا كان لقطة . فان نبت في أرضه وصار زرعاً أو شجراً ، فانه يكون لصاحب الحب والنوى والجوز واللوز ، لأنه نماء أصله ، كما أن الفرخ لصاحب البيض . ولا نعلم فيه خلافاً . وفي القواعد في كتاب المزارعة : « ولو تناثر من الحاصل حب فنبت في العام الثاني ، فهو لصاحب البذر . ولو كان من مال المزارعة فهو لها » ونحوه كلام غيره . ومثله مفروض المتن . والحكم فيه كما ذكر المصنف (ره) . ووجهه ما أشار إليه في التذكرة من أن الماء تابع الأصل ، فيملكه مالك الأصل .

نعم قال في التذكرة أيضاً : « لو كان المحمول بالسيل مالا قيمة له كنواة واحدة وحب واحدة فنبت ، احتمل أن يكون للمالك الأرض إن قلنا لا يجب عليه ردها إلى مالكة لو لم تثبت ، لانتفاء حقيقة المالة فيها ، والتقرير إنما حصل في أرضه . وهو أحد وجهي الشافعية . وأن يكون للمالكها إن قلنا بتحريم أخذها ووجوب ردها قبل نباتها . فعلى هذا في قلع النابت وجهان » . ولا ينبغي التأمل في أن الاصح الاحتمال الثاني ، فان الملكية ليست متقومة بالمالية ، فان المالة تابعة لتنافس العقلاء على موضوعها ، والتنافس إنما يكون مع الاعتداد بمرتبة المالة ، فاذا لم تكن بمرتبة معتد بها لم يكن موضوعها . وليست الملكية كذلك ، فانها تابعة لأسباب أخرى عرفية أو شرعية ، فيصح اعتبارها مع وجود السبب ، ولو لم تكن للعين مالة . فالمالة والملكية متباينان مفهوماً ، وبينهما عموم من وجه مورداً . نعم الأدلة اللفظية مثل : « لا يحل دم امرئ مسلم ولا ماله إلا بطيبة نفسه » (١٥) ، ومثل : « فلا يحل لأحد أن يتصرف في مال غيره بغير إذنه » (٢٥) إنما يدلان على حرمة التصرف في مال الغير ، ولا يدلان

(١٥) الوسائل باب : ٣ من أبواب مكان المصلي حديث : ١ .

(٢٥) الوسائل باب : ٣ من أبواب الانفال حديث : ٦ .

ولإن أعرض عنها وقصد صاحب الأرض تملكها كانت له (١).

على حرمة التصرف في ملك الغير . لكن الظاهر التسالم على حرمة التصرف في ملك الغير كماله . يظهر ذلك من كلمات أصحابنا ، وغيرهم من المخالفين : ويكفي في إثباته كونه ظلماً وعدواناً ، فيدل على حرمة ما دل على حرمة الظلم والعدوان . وقد أشار المصنف (ره) إلى شيء من ذلك في مبحث التيمم في مسألة ما إذا حبس في مكان مغمصوب .

(١) المنسوب الى المشهور : أن مجرد إعراض المالك عن المملوك يجعله كالإباح بالأصل ، فيجوز لكل تملكه .

قال في السرائر - بعد ما روى عن الشعبي : « قال : سئل أبو عبد الله (ع) عن سفينة انكسرت في البحر ، فأخرج بعضه بالغوص ، وأخرج البحر بعض ما غرق فيها . فقال (ع) : « أما ما أخرجه البحر فهو لأهله : الله أخرجه لهم ، وأما ما أخرج بالغوص فهو لهم وهم أحق به » (١٥) : - « قال محمد بن ادريس : وجه الفرق في هذا الحديث : أن ما أخرجه البحر فهو لأصحابه ، وما تركه أصحابه آيسين منه ، فهو لمن وجده أو غاص عليه ، لأنه صار بمنزلة المباح . ومثله من ترك بعيره من جهد في غير كلاء ولا ماء ، فهو لمن أخذه ، لأنه خلاه آيساً منه ، ورفع يده عنه ، فصار مباحاً . وليس هذا قياساً ، لأن مذهبنا ترك القياس ، وإنما هذا على جهة المثال ، والمرجع فيه إلى الإجماع وتواتر النصوص ، دون القياس والاجتهاد . وعلى الخبرين إجماع أصحابنا منعقد » .

قال في الجواهر - بعد نقل بعض كلامه هذا - : « قلت : لعل ذلك هو العمدة في تملك المعرض عنه . مضافاً إلى السيرة في حطب المسافرين ونحوه ، وإلا فمن المعلوم توقف زوال الملك على سبب شرعي ،

كثوقف حصواه ، ولا دليل على زوال الملك بالاعراض ، على وجه يتماكة من أخذه كالمباح . ومن هنا احتمل جماعة إباحة التصرف في المال المعرض عنه دون الملك ، بل عن ثاني الشهيدين : الجزم بذلك . وعن بعض : أنه لا يزول الملك بالاعراض ، إلا في الشيء اليسير كاللقمة ، وفي التالف كمتاع البحر ، وفي الذي يملك لغاية قد حصلت كحطب المسافر . وعن آخر : اعتبار كون المعرض عنه في مهلكة ، ويحتاج الاستيلاء عليه الى الاجتهاد - كقوص وتفتيش ونحوهما - في حصول التملك به . وربما استظهر من عبارة ابن ادريس المتقدمة : اعتبار اليأس ، زيادة على الاعراض فيه أيضاً . . الى غير ذلك من كلماتهم ، التي مرجعها الى تهجس في ضبط عنوان لذلك . مع أن السيرة عليه في الجملة ، وليس في النصوص غير ما عرفت التعرض له .

أقول : مثل خبر الشعيري خبر السكوني ، عن أبي عبد الله (ع) عن أمير المؤمنين (ع) - في حديث - : « قال : وإذا غرقت السفينة وما فيها فاصابه الناس ، فما قذف به البحر على ساحله فهو لأهله وهم أحق به ، وما غاص عليه الناس وتركه صاحبه فهو لهم » (١٥) . ولا يخفى أن الخبرين المذكورين لا دلالة فيهما على أن الوجه في جواز تملك القواص لما أخرجه . هو يأس المالك ، أو إعراضه ، أوهما ، أو شيء آخر غيرهما ، إذ هو حكم في واقعة خاصة ، لا تعرض فيهما لمناطه .

لكن ربما يستفاد منها ومن غيرها من النصوص المذكورة في مبحث اللقطة : أن المال المملوك إذا صار بحال يؤدي الى ضياعه وتلفه ، فاستنقذه شخص آخر من الضياع والتلف ، كان ملكاً له ، نظير : « من

أحيى أرضاً مواتاً فهي له « (١٥) ففي صحيح عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله (ع) : « من أصاب مالا أو بعيراً في فلاة من الأرض ، قد كلت وقامت وسيبها صاحبها لما لم تتبعه ، فأخذها غيره ، فأقام عليها وانفق نفقة حتى أحيها من الكلال ومن الموت ، فهي له ولا سبيل له عليها وإنما هي مثل الشيء المباح » (٢٥) . وخبر مسمع عن أبي عبدالله (ع) قال : « إن أمير المؤمنين (ع) كان يقول في الدابة إذا سرحها أهلها أو عجزوا عن علفها أو نفقتها فهي للذي أحيها . قال : وقضى أمير المؤمنين (ع) في رجل ترك دابة بمضيعة ، قال : إن كان تركها في كلاء وماء وأمن ، فهي له يأخذها متى شاء ، وإن كان تركها في غير كلاء ولا ماء ، فهي لمن أحيها » (٣٥) . وصحيح هشام بن سالم عن أبي عبدالله (ع) : « قال : جاء رجل الى النبي (ص) فقال : يا رسول الله إني وجدت شاة . فقال رسول الله (ص) : هي لك أو لأخيك أو للذئب . فقال : يا رسول الله (ص) إني وجدت بعيراً فقال (ص) : معه حذاؤه وسقاؤه ، - حذاؤه : خفه وسقاؤه : كرشه - فلا تهجه » (٤٥) . ونحوها غيرها . فإن الظاهر من الجميع : أن الاستنقاذ من التلف في ظرف عجز المالك - سواء كان ملتفتاً الى ذلك وترك المال عجزاً منه ، أم غير ملتفت اليه ، كما في مورد النصوص الأخيرة - مملك . وعليه فإن أمكن العمل بالنصوص تعين القول بذلك : ولا دخل للاعراض وعدمه ولا لباحة المالك وعدمها في جواز التملك من المنتقد ، وإن لم يمكن العمل بالنصوص - لاعراض المشهور عنها - فاللزام

(١٥) الوسائل باب : ١ من ابواب احياء الموات حديث : ٦٥٥ .

(٢٥) الوسائل باب : ١٣ من ابواب القطة حديث : ٢ .

(٣٥) الوسائل باب : ١٣ من ابواب القطة حديث : ٣ .

(٤٥) الوسائل باب : ١٣ من ابواب القطة حديث : ١ .

القول بعدم جواز التملك بمجرد ذلك وغيره .
وفي الجواهر قال : « وأما المال الذي امتنع على صاحبه تحصيله بسبب من الأسباب - كفرق أو حرق ونحوهما - فيشكل تملكه بالاستيلاء عليه ، خصوصاً مع عدم العلم باغراض صاحبه عنه على وجه يقتضي لإنشاء لإباحة منه لمن أراد تملكه ، أو رفع يده عن ملكيته ، وإنما هو للعجز عن تحصيله ، نحو المال الذي يأخذه قطاع الطريق والظلمة » . أقول : قد عرفت أن موضوع النصوص المال الذي بحال ينتهي إلى التلف لا المال الذي امتنع على صاحبه تحصيله ، فلا يدخل فيه المال الذي يأخذه قطاع الطريق والظلمة .

والانصاف يقتضي جواز العمل بالنصوص المذكورة ، ولم يتحقق من المشهور الاعراض عنها ، وقد تعرضوا لمضمونها في لقطة الحيوان الذي لا يمتنع من السباع والفضياء ، وفي حكم السفينة إذا انكسرت وغرق ما فيها . لكن لإثبات القاعدة الكلية ، وأن كل ما يؤدي بقاءه إلى التلف لو لم يؤخذ يجوز أخذه وتملكه ، غير ظاهر . ولا سيما أن نصوص الشاة لم يعمل بظاهرها عند المشهور ، لبنائهم على جواز أخذها مع الضمان ، على اختلاف منهم في معنى الضمان ، وأنه فعلي فتكون في الذمة كسائر الديون ، أو على تقدير المطالبة ، كبنائهم على وجوب التعريف ، وإن كان الأظهر عدم الضمان ، وعدم لزوم التعريف ، أخذاً بظاهر النصوص المشار إليها وحملها دل على الضمان أو التعريف على غير الالتقاط في الفلاة ، بقرينة لزوم التعريف الذي لا يكون في الفلاة . كما أشرنا إلى ذلك في مباحث اللقطة . هذا ، وأما إعراض المالك : فلا يظهر من الأدلة كونه موجباً لخروج المال عن ملك مالكة ، وصيرورته من قبيل المباحات الأصلية ، كما عرفت نسبه إلى المشهور ، بل يظهر من كلماتهم المتعرضة لحكم الحب

ولو بادر آخر إلى تملكها ملك (١) ،

المتساقط : التسالم على خلاف ذلك . قال في التذكرة : « لو نبتت نواة سقطت من إنسان في أرض مباحة أو مملوكة ، ثم صارت نخلة ولم يستول عليها غيره ، فإن النخلة تكون ملك صاحب النواة قطعاً » . ولعل مرادهم جواز تملكه لغير المالك ، وإن كان باقياً على ملك مالكة ، كما قد يظهر من بعضهم . لكنه أيضاً غير ظاهر ، لقصور النصوص المذكورة عن إثبات ذلك ، إذ ليس مايتوهم منه الدلالة على ذلك ، إلا صحيح ابن سنان ونحوه ، مما اشتمل على ترك المالك ، وقد عرفت أنه ظاهر في التملك بالاحياء ، لا بالاستيلاء . والسيرة المدعاة عليه غير ظاهرة . وأما تحليل نثار العرس وحطب المسافرين (٥) ونحوهما فالظاهر اختصاصه بصورة حصول امارة على إباحة المالك . ولأجل ذلك يتعين تقييد عبارة المتن بهذه الصورة ، اقتصاراً على القدر المتيقن . ولعل مقصود المصنف (ره) - كغيره - صورة ما إذا ظهر من المالك الإباحة ، كما هو الغالب .

(١) وفي الجواهر - في بيان أصل المسألة ، بعد ما ذكر أن الزرع لصاحب البذر - قال : « لكن مع فرض كون الحب من السني هو معرض عنه ، على وجه يجوز للملتقط التقاطه ، فهل هو كذلك ، لأنه لا يزول عن الملك ، بالاعراض ، بل به مع الاستيلاء ، والفرض عدمه إلى أن صار زرعاً ، والفرض عدم الاعراض عنه في هذا الحال ؟ ، وأنه يكون لصاحب الأرض لأنه من توابعها ونماؤها ، بل لعل كونه فيها نوع

(١٥) لعل المنظور في مستند التحليل في هذين الموردين هو السيرة وإلا فلم نعثر على خبر يدل على الحلية في الثاني ، نعم في بعض الاخبار تدل عليه بالفحوى . فراجع الوسائل باب : ١٢ من القطة . وأما الأول فالأخبار الواردة فيه ادل على المنع إلا أن تأول . فراجع الوسائل باب : ٣٦ من ابواب ما يكتسب به من كتاب التجارة .

وإن لم يجز له للدخول في الأرض إلا باذن مالكيها (١) .
(الخامسة) : إذا استأجر القصاب لذبح الحيوان فذبحه
على غير الوجه الشرعي بحيث صار حراماً ، ضمن قيمته (٢) .
بل للظاهر ذلك إذا أمره بالذبح تبرعاً . وكذا في نظائر المسألة .

استيلاء من المالك عليه ؟ وجهان ، إلا أنه جزم في التذكرة : بأنه بينهما
على كل حال ، خلافاً لبعض العامة . ذكر ذلك في آخر كتاب المزارعة .
وبشكل الأول : بأن الزرع عرفاً نماء الحب في الأرض ، ولذا لو غصبه
غاصب فزرعه كان الزرع للمالك . والثاني : بأن الاستيلاء بغير قصد
لا يستوجب الملك .

(١) هذا وإن كان مقتضى عموم : « فلا يحل لأحد أن يتصرف في
مال غيره بغير اذنه » (١٠) ، إلا أن السيرة جارية في الأرض غير المحصنة
والمحجة على الدخول إليها والعبور فيها ، ونحو ذلك من التصرفات غير
المعتد بها . وقد جرت سيرة النجفيين على اختلاف طبقاتهم في العلم
والصلاح ، على الدخول في البساتين التي بين مسجد الكوفة والفرات ،
إذا لم تكن مسورة ، فتراهم يعبرون فيها ويجلسون للاستراحة ، أو لأكل
الطعام وشرب الشاي ونحو ذلك ، من دون توقف . وكذلك في غيرها
من البساتين الواقعة على حافة نهر الفرات أو نهر الحسينية ، أو غيرها
من الجداول ، فيدل ذلك على الجواز . ومن ذلك يظهر جواز العبور
في الشوارع المستحدثة في المدن . فلاحظ .

(٢) كما تقدم في المسألة الرابعة من فصل كون العين المستأجرة
أمانة . وقد تقدم الاستدلال عليه بالنصوص المستفاد منها قاعدة : « من
أتلف مال غيره فهو له ضامن » . فراجع .

(السادسة) : إذا آجر نفسه للصلاة عن زيد ، فاشتبه وأتى بها عن عمرو ، فإن كان من قصده للنيابة عن وقع للعقد عليه (١) . وتخيل أنه عمرو فالظاهر للصحة عن زيد ، واستحقاقه الأجرة . وإن كان ناوياً بالنيابة عن عمرو على وجه التقييد لم تفرغ ذمة زيد ، ولم يستحق الأجرة ، وتفرغ ذمة عمرو إن كانت مشغولة ، ولا يستحق الأجرة من تركته ، لأنه بمنزلة المتبرع (٢) . وكذا الحال في كل عمل مفتقر إلى النية .

(السابعة) : يجوز أن يؤجر داره - مثلاً - إلى سنة بأجرة معينة ، ويوكل المستأجر في تجديد الإجارة عند انقضاء المدة ، وله عزله بعد ذلك . وإن جدد قبل أن يباغخه خبر العزل

(١) لا إشكال في أن ذات زيد غير ذات عمرو ، فإذا قصد النائب ذات زيد : فتارة : يكون قصد عنوان عمرو على نحو يكون طريقاً إلى ذات زيد ومرتأة لها . وتارة : يكون قيداً لها على نحو تعدد المطلوب . وثالثة : على نحو وحدة المطلوب . فإن كان على أحد النحويين الأولين كانت صلاته وفاء للإجارة ، وأداء العمل المستأجر عليه . وإذا كان على النحو الأخير ، لم تكن صلاته وفاء ولا أداء للعمل المستأجر عليه ، لأنه غير ما استؤجر عليه . وإذا قصد النائب ذات عمرو جاء فيه أيضاً الصور الثلاث . وفي الجميع لا تكون صلاته أداء للعمل المستأجر عليه ، ولا وفاء بالإجارة . وأما فراغ ذمة عمرو من الصلاة التي عليه ، فيختص بفرض ما إذا قصد ذات عمرو بصورها ولا يكون بفرض ما إذا قصد ذات زيد بصورها .

(٢) كما تقدم في المسألة الثامنة عشرة من فصل إجارة الأرض بالخطبة والشعير . فراجع .

لزم عقده . ويجوز أن يشترط في ضمن العقد أن يكون وكيلا عنه في التجديد بعد الانقضاء . وفي هذه الصورة ليس له عزله (١) .
(للثامنة) : لا يجوز للمشتري ببيع الخيار بشرط رد الثمن للبائع أن يؤجر المبيع أزيد من مدة الخيار للبائع (٢) ، ولا في مدة الخيار من دون اشتراط الخيار ، حتى إذا فسخ

(١) لأن مرجع الشرط الى شرط التوكيل حدوثاً وبقاءً ، وعزله مناف لشرط البقاء . اللهم إلا أن يقال : إن الوكالة من النتائج التي لا يصح شرطها كما عرفت ، فضلاً عن شرطها حدوثاً وبقاءً ، إذ البقاء يمنع جعله وإنشاؤه ، لأن البقاء مستند إلى استعداد الذات ، فمن جعل له وكيلا بقيت وكالته . وكذلك الحكم في البيع والنكاح والطلاق ، وإنما يقصد بالإيجاب حدوثها ، لا حدوثها وبقاؤها . فإذا كان البقاء لا يقبل الانشاء بالعقد ، فأولى لا يقبل الانشاء بالشرط ، فلا بد أن يكون المقصود شرط أن لا يعزله عن الوكالة ، فإذا عزله لم يصح ، لأنه تصرف في حق الغير ، فيخرج عن سلطانه .

(٢) المنسوب الى الأكثر والمشهور والمصرح به في كلام جماعة من الأساطين : أنه لا يجوز تصرف من عليه الخيار في العين تصرفاً يمنع من استردادها . وظاهر ما ذكر في وجهه : أن الخيار حق متعلق بالعين ، فالنصرف فيها تصرف في موضوع الحق ، ولأجل قاعدة السلطنة على الحقوق - التي هي كقاعدة السلطنة على الأموال - يمنع النصرف ، لأنه خلاف القاعدة المذكورة . والوجه في تعلقه بالعين : أنه قائم بالعقد ، والعقد قائم بالعين .

وفيه : أنه لا ريب عندهم في جواز الفسخ مع تلف العين في الجملة ، كما يظهر من ملاحظة كلماتهم في جواز الاقالة مع التلف ، وجواز الفسخ

للبائع يمكنه أن يفسخ الاجارة ، وذلك لأن اشتراط الخيار من البائع في قوة إبقاء المبيع على حاله حتى يمكنه للفسخ (١) ،

بالخيار معه . ودعوى : أنه قائم بالعين على نحو تعدد المطلوب . غير ثابتة ، وكيف ذلك ؟ ! مع أنه لو كان الخيار قائماً بالعين لبطل بتصرف من له الخيار . ولا مجال للالتزام بذلك في مثل بيع الخيار ، ضرورة أن البائع يتصرف في الثمن ، بل إنما باع لأجل الثمن . ولذلك قال شيخنا الأعظم (ره) : « فالجواز لا يخلو من قوة في الخيارات الأصلية . وأما الخيارات المجهولة بالشرط ، فالظاهر من اشتراطه لإرادة إبقاء الملك ، ليسترده عند الفسخ » . وما ذكره غير بعيد ، عملاً بالقرينة العامة على لإرادة ذي الخيار من شرط الخيار ذلك . ولكن على هذا لو اتفق وجود قرينة خاصة على غير ذلك . لم يكن مانع من التصرف .

ثم إنه بناء على المنع في الخيار المجهول : هل تجوز الاجارة ونحوها مما لا يكون مانعاً من رجوع العين إلى ملك البائع أولاً ؟ فيه وجهان ، كما في كلام شيخنا الأعظم (ره) : « من كونه ملكاً له . ومن إبطال التصرف لتسلط الفاسخ على أخذ العين » . أقول : ظاهر ما ذكره في وجه المنع : أن البائع إذا الخيار كما اشترط الخيار في الفسخ ، اشترط التمكن من الاسترداد ، والمراد من الاسترداد وإن كان الاسترداد الخارجي ، وهذا المعنى تنافيه الاجارة . لكن ذلك يختص بما إذا كان مقتضى الاجارة تسليط المستأجر على العين . أما إذا لم يكن كذلك ، كما في إجارة السفينة على المسافرين ، لا تكون الاجارة منافية لذلك . كما أن مقتضى الشرط المذكور : أن لا يتصرف المشتري بالعين بما يمنع من ردها خارجاً إلى البائع عند الفسخ ، بأن يضعها في مكان مغلق يحتاج فتحه إلى مضي مدة .

(١) قد عرفت : أن الاجارة لا تنافي الفسخ وإن قلنا بأن العقد

فلا يجوز تصرف بنا في ذلك .

(التاسعة) : إذا استؤجر لخياطة ثوب معين لا بقيد المباشرة ، فخاطه شخص آخر تبرعاً عنه استحق الأجرة المسماة (١) . وإن خاطه تبرعاً عن المالك لم يستحق المستأجر شيئاً (٢) ، وبطلت الاجارة . وكذا إن لم يقصد التبرع عن أحدهما ، ولا يستحق على المالك أجرة ، لأنه لم يكن مأذوناً من قبله (٣) ، وإن كان قاصداً لها ، أو معتقداً أن المالك أمره بذلك .

(العاشرة) : إذا آجره ليوصل مكتوبه إلى بلد كذا إلى زيد مثلاً ، في مدة معينة ، فحصل مانع في أثناء الطريق أو بعد الوصول إلى البلد ، فإن كان المستأجر عليه الإيصال ، وكان طي الطريق مقدمة ، لم يستحق شيئاً . وإن كان المستأجر عليه

متعلق بالعين ، وإنما تنافي الاسترداد والأخذ بمجرد الفسخ في بعض الصور ، فالمنع من الاجارة كلية يتوقف على فهم اشتراط كون العين على حالها غير مسلوقة المنفعة ، وهذا الشرط زائد على إمكان الأخذ الخارجي ، وزائد على بقاء العين على ملك المشتري ، ينحو ليكون الفسخ موجباً لرجوعها إلى البائع . وعبارة المصنف (ره) في تعليل الحكم لاني بما ذكر .

(١) يعني : استحق الأجير الأجرة ، لحصول العمل المستأجر عليه منه بتبرع المتبرع ، فيستقر له العوض .

(٢) لعدم تحقق العمل من الأجير ، فتبطل الاجارة ، لتعذر العمل المستأجر عليه ، لعدم قابلية المحل لخياطة ثانية .

(٣) تقدم وجهه في المسألة الثامنة عشرة من فصل إجارة الأرض

ج ١٢ (إذا أجره على مجموع عمل فحصل مانع عن إتمامه) -- ٢٠٧ --

مجموع السير والايصال ، استحق بالنسبة . وكذا الحال في كل ما هو من هذا القبيل . فالاجارة مثل الجمالة ، قد يكون على العمل المركب من أجزاء ، وقد تكون على نتيجة ذلك للعمل ، فمع عدم حصول تمام للعمل في الصورة الاولى : يستحق الاجرة بمقدار ما أتى به ، وفي الثانية : لا يستحق شيئاً (١) . ومثل للصورة ما إذا جعلت الاجرة في مقابلة مجموع العمل من حيث المجموع (٢) ، كما اذا استأجره للصلاة أو للصوم فحصل مانع في الاثناء عن إتمامها .

(الحادية عشرة) : إذا كان للأجير على للعمل خيار

للزرع ، ولا يكفي مجرد الاذن في الضمان ، بل إما أن تكون ظاهرة في التعهد بالعوض على وجه الاجارة أو الجمالة ، أو ظاهرة في الأمر بالعمل ، ليكون استيفاء موجباً للضمان ، كما سبق وجهه . وإذا لم تكن الاذن ظاهرة في أحد الأمرين لم يكن موجب للضمان .

() بناء على ما يأتي منه في المسألة الحادية عشرة من قاعدة احترام عمل المسلم : أنه يستحق اجرة المثل . فانتظر .

(٢) يظهر من هذا التعبير : أن التوزيع في المسألة السابقة كان من جهة أن الاجرة مبذولة في مقابل العمل المركب من الأجزاء ، الملحوظة على نحو الجميع لا المجموع . وليس كذلك ، فإن الأجزاء ملحوظة فيه على نحو المجموع أيضاً . ولو كانت ملحوظة على نحو الجميع ، للزمت الاجرة لكل واحد من الاجزاء ، فإنه الفارق بين العام الجمعي والمجموعي . وإذا استأجره للصلاة أو للصوم فحصل مانع في الاثناء عن الاتمام ، فالوجه في عدم تبعض الاجزاء : أن أجزاء الصلاة في ظرف عدم

للفسخ ، فان فسخ قبل للشروع فيه فلا إشكال ، وإن كان بعده استحق أجره المثل (١) ، وإن كان في أثناؤه استحق بمقدار ما أتى به من المسمى أو المثل على الوجهين المتقدمين إلا إذا كان المستأجر عليه المجموع من حيث المجموع ، فلا يستحق شيئاً (٢) . وإن كان للعمل مما يجب إتمامه بعد الشروع فيه - كما في الصلاة بناء على حرمة قطعها ، والحج بناء على

انضمام بعضها الى بعض لانقبل المعاوضة ، لعدم ترتب أثر عليها حتى عند غير المتعاقدين ، فلا تكون لها مالية ، فتوزع الأجرة عليها في حال الانفراد يوجب أكل المال بالباطل . وإن لم يكن فرق بينها وبين أجزاء السير في المثال ، فانه اذا استأجره ليصوم من أول النهار إلى آخره فهو كما إذا استأجره ليسافر من البلد الفلاني إلى البلد الآخر في كيفية ملاحظة الاجزاء ، وأنها في الجميع ملاحظة على نحو المجموع لا الجميع ، وإنما الفرق بينها : أن اجزاء الصوم ليست موضوعاً لغرض عقلائي في حال انفراد بعضها عن بعض ، بخلاف أجزاء السير ، فقد تكون موضوعاً للغرض ، وتصح الاجارة عليها في حال الانفراد عن الباقي .

ومن ذلك يظهر : أن أحكام تبعض الصفقة إنما تجري إذا كانت الأبعاد موضوعاً للغرض والمالية عند العقلاء في حال الانفراد عن الباقي . أما إذا لم تكن موضوعاً للغرض ، فلا تبعض في العقد ولا في العوض . (١) لأن العمل وقيع على نحو الضمان ، فاذا بطل ضمانه بالمسمى تعين ضمانه بأجرة المثل . والظاهر أن ذلك مما لا إشكال فيه ولا خلاف ، فان الضمان هنا أولى من الضمان مع فساد العقد بقاعدة : (ما يضمن ...) (٢) الكلام فيه كما سبق .

وجوب إتمامه - فهل هو كما إذا فسخ بعد العمل أولاً؟ وجهان
أوجههما : الأول (١) . هذا إذا كان الخيار فورياً كما في خيار
الغبين إن ظهر كونه مغبوناً في أثناء العمل ، وقلنا إن الإتمام
منافٍ للفورية ، وإلا فله أن لا يفسخ إلا بعد الإتمام . وكذا

(١) كأن وجهه : أن الممتنع شرعاً كالممتنع عقلاً ، فالاجارة تكون
على الحدوث لا على الحدوث والبقاء ، فيستحق الأجرة بمجرد الحدوث .
لكن لازم ذلك ثبوت الأجرة وإن لم يتم العمل ، وهو كما ترى .
وبالجملة : إذا جوزنا وقوع الاجارة على الواجب ، واستحقاق
الأجرة بفعله ، فلا مانع من أن تكون الاجارة في مثل الفرض على الحدوث
والبقاء . فإذا فسخ في الأثناء كان الإتمام واجباً عليه تكافئاً ، غير مستحق
عليه بالاجارة ، فإن أتم فقد أدى الواجب ، وإن قطع عصي ، وليس
لأحد حق عليه . مع أن الامتناع العقلي إذا كان بالاختيار لم يكن منافياً
للاختيار ، ولا مانعاً من وقوع الاجارة عليه . ومن ذلك يظهر لك
الوجه الثاني .

وقد يتوهم : أن الوجوب كان بتسبيب المستأجر ، فيكون التدارك
عليه . وفيه أن التسبيب غير مختص به ، بل كان من كل من المؤجر
والمستأجر . مع أن مثل هذا التسبيب لا يقتضي الضمان ، لعدم الدليل عليه
بعد أن لم يكن موجباً لنسبة الضرر اليه عرفاً . بل الأولى نسبته إلى الأجير
نفسه ، لأنه هو الفاسخ الذي فوت على نفسه الاجارة المسماة .

ومثله توهم : أنه كان بتغيرير من المستأجر ، فيرجع اليه بقاعدة
الغرور . إذ فيه : أنه لا تغيرير من المستأجر بعد أن كان العقد مشتركاً
بينهما . والوقوع في الخدور إنما كان من فسخ الأجير نفسه ، بل هذا
التوهم موهون جداً .

الحال إذا كان الخيار للمستأجر (١)، إلا أنه إذا كان المستأجر عليه المجموع من حيث المجموع ، وكان في أثناء العمل . يمكن أن يقال : إن الأجير يستحق بمقدار ما عمل من أجره

(١) يعني : تجري الأحكام السابقة من عدم لزوم شيء على أحدهما إذا كان الفسخ قبل العمل ، ولزوم المسمى أو أجره المثل للأجير إذا كان الفسخ بعد العمل ، والتبعض في المسمى أو أجره المثل إذا كان الفسخ في أثناء العمل ، إلا فيما إذا كان العمل مما يجب لإتمامه فيجب تمام المسمى . هذا ، والحكم في هذه الصورة باستحقاق الأجير تمام الأجرة مع الفسخ في الإثناء أهون منه في الصورة السابقة ، لأن الضرر يستند إلى فسخ المستأجر ، فيمكن توهم استناد الضرر إليه الموجب للرجوع عليه . وإن كان أيضاً يشكل : بأن الخيار إن كان مجعولاً فهو بقبول الأجير واختياره ، فاقدامه عليه إقدام منه على لوازمه ، وإن كان من قبل الشارع فالضرر يستند إليه ، لأن المستأجر إنما عمل بحقه المجعول له شرعاً ، وليس عليه أن لا يأخذ بحقه ، لئلا يقع الأجير بالضرر .

إلا أن يقال : إن الحق الخياري إذا جعله الشارع دفعاً للضرر الوارد عليه ، يمتنع أن يثبت في حال لزوم الضرر على الأجير . وبالجمل : بعد ما كان المستأجر مقدماً على بذل الأجرة في مقام العمل من دون خيار ، فازوم الضرر المثبت لخياره معارض بلزوم الضرر الوارد على الأجير بالفسخ ، ومعه لا مجال لتقديم ضرره ، فلا خيار له في الفسخ . وهذا غير بعيد . وعلى هذا فاللازم التفصيل في المقام بين صورة أن يكون الفاسخ المستأجر . ويكون الخيار شرعياً ، وبين غيرها من الصور ، فيستحق الأجير في الأول تمام الأجرة ، ولا يستحق في غيرها شيئاً . فتأمل .

المثل لاحترام عمل المسلم (١) ، خصوصاً إذا لم يكن الخيار من باب الشرط (٢) .

(لثانية عشرة) : كما يجوز اشتراط كون نفقة للدابة المستأجرة وللعبد والأجير المستأجرين للخدمة أو غيرها على المستأجر ، إذا كانت معينة بحسب العادة ، أو عينها على وجه يرتفع للغرر ، كذلك يجوز اشتراط كون نفقه المستأجر على

(١) لاجمال لتطبيق هذه القاعدة في المقام بناء على ما عرفت من أن المراد من كون المستأجر عليه المجموع من حيث المجموع : أن كل واحد من الأجزاء على الانفراد مما لا قيمة له ، لأنه يكون أخذ أجره المثل لما يقابل بعض العمل أكلاً للمال بالباطل . وإن شئت قلت : قاعده الاحترام لاجمال لها ، إذا كان العمل لا قيمة له ولا مالية ، فإن الاحترام يختص بماله قيمة ومالية . وكذا بناء على الاحتمال الثاني أعني : كون الأجزاء ملحوظة على نحو وحدة المطلوب وإن كان لكل واحد منها مالية ، إذ كما أن عمل المسلم محترم كذلك مال المستأجر ، فإنه مسلم وماله محترم لا يجوز أخذه بلا عوض عائد إليه ، لأن المفروض أن البعض على الانفراد لم يقصد المستأجر المعاوضة عليه ، كي يؤخذ منه عوضه . فأخذ العوض منه مع ذلك كان خلاف احترام ماله ، كما إذا استأجره ليخيط ثوبه فصبغه اشتباهاً منه ، فإنه لا يستحق عليه أجره كما سبق . نعم إذا أتم الأجير العمل تبرعاً منه بعد الفسخ في الأثناء ، كان تبعض الأجرة في محله ، لكون البعض حينئذ له مالية في ضمن الكل ، كما أنه بعض المطلوب ومقابل ببعض الأجرة . وعلى هذا كان اللازم تقييد العبارة بذلك ، وإلا توجه عليها الاشكال .

(٢) لأنه إذا كان من باب الشرط يكون العامل قد أقدم على ضياع

الأجير أو المؤجر ، بشرط للتعيين أو للتعيين الرافعين للغرر .
فما هو المتعارف من إجارة الدابة للحج واشتراط كون تمام
للفتحة ومصارف للطريق ونحوهما على المؤجر . لا مانع منه ،
إذا عينوها على وجه رافع للغرر (١) .

(الثالثة عشرة) : إذا أجر داره أو دابته من زيد
إجارة صحيحة بلا خيار له ، ثم أجرها من عمرو كانت الثانية
فصولية موقوفة على إجازة زيد ، فإن أجاز صحت له ويملك
هو الأجرة فيطلبها من عمرو (٢) ، ولا يصح له إجازتها على

عمله على تقدير الفسخ في الأثناء ، ولا يتأتى ذلك لو كان الخيار شرعياً ،
لأنه لم يكن يجعله وقبوله ، فلا مجال لتوهم الاقدام حتى لو كان عالماً ،
لأن العلم به لا يستلزم العلم بالأعمال والفسخ ، فيمكن أن يكون لإقدامه
على العقد برضاء عدم الاعمال . ولا يتأتى ذلك في صورة جعل الخيار ،
لأن القبول الصادر من الأجير يعد عرفاً إقداماً على الفسخ في الأثناء
وعلى لوازمه .

(١) لكن الاشكال في إمكان ذلك فيما يتعارف ، لاختلاف الاحوال
والاطوار السفرية ، الموجب لاختلاف النفقات كماً وكيفاً ومدة .

(٢) يعني : صحت الاجارة الثانية لزيد ، لان المنفعة له فيملك
عوضها وهو الأجرة . هذا إذا كانت الاجارة الثانية واقعة على المنفعة
المقصودة بالاجارة الاولى . أما إذا كانت واقعة على غيرها ، فالاجارة
الثانية لا تصح بإجازة زيد ، لأن المنفعة غير مملوكة له ، ولا تصح بايقاع
المؤجر المالك للعين ، لأنها أيضاً غير مملوكة له ، على ما عرفت من عدم
ملك المنافع المتضادة . ولا يجدي فسخ الاجارة الاولى بعد ذلك في الصحة ،

أن تكون الاجرة للمؤجر ، وإن فسخ الاجارة الأولى بعدها لأنه لم يكن مالكا للمنفعة حين للعقد الثاني (١) .

لما ذكر في المتن من أنه من قبيل من باع شيئاً ثم ملكه . نعم بناء على أن المنافع المتضادة مملوكة للمالك العين ، وأن بطلان الاجارة الثانية من جهة أنها منافية لحق المستأجر الأول فإذا أجاز صحت ، وتكون الاجرة الثانية للمالك ، لأنها عوض منفعة ، كما أن الاجرة الأولى له أيضاً .
والمتحصل : ان الاجارة الثانية : تارة : تكون بلحاظ منفعة الاجارة الأولى ، وأخرى : تكون بلحاظ غيرها . فعلى الأول : تصح الاجارة الثانية باجازه المستأجر الأول ، وتكون الاجرة له ، وإذا لم يحجز بطلت . وعلى الثاني : تبطل الاجارة الثانية مطلقاً ، لأنها بلحاظ منفعة غير مملوكة ، إذا قلنا بأن المنافع المتضادة غير مملوكة ، وتصح باجازه المستأجر إن قلنا إنها مملوكة ، وتكون الاجرة في الاجارتين معاً ملك المؤجر المالك للعين ، لكون المنفعتين المعوضتين ملكاً له . وإذا ردها المستأجر بطلت ، لمنافاتها لحقه .
(١) هذا إشارة الى أن قوام المعاوضة التي يتضمنها عقد الاجارة وغيره من عقود المعاوضات بدخول العوض في ملك من خرج عن ملكه المعوض ، وأن اعتبار العوضية إنما يصح بلحاظ ذلك . ولو كان العوض بدخول في ملك غير من خرج عن ملكه المعوض لم يكن عوضاً عنه ، ولم يكن المعوض عنه معوضاً . والظاهر أن هذا مما لا إشكال فيه . وإنما الاشكال في لزوم ذلك من الطرفين . يعني : يجب أن يدخل المعوض عنه في ملك من خرج من ملكه المعوض ، كما لزم أن يدخل العوض في ملك من خرج عن ملكه المعوض عنه ، أو لا يجب ذلك ؟ فإذا قال زيد لعمر : خذ هذا الدرهم واشتر لك به ثوبا ، لم يصح حتى يتملك عمرو الدرهم ، فإذا لم يتملكه وبقي على ملك زيد ، فاشترى به ثوباً لنفسه لم يصح الشراء

لنفسه ، لأن الدرهم وإن صار عوضاً عن الثوب ، لكن الثوب لم يصير عوضاً عن الدرهم ، لأن الدرهم خرج عن ملك زيد ودخل الثوب في ملك عمره ، فلم يقيم الثوب مقامه ، ولم يصير في مكانه .

والمنسوب الى المشهور : لزوم ذلك ، بل في مكاسب شيخنا (ره) : أنه ادعى بعضهم في مسألة قبض المبيع عدم الخلاف في بطلان قول مالك الثمن : اشتر لنفسك به طعاماً . (انتهى) . كما أنه (ره) حكى عن العلامة التصريح في غير موضع من كتبه ، تارة : بأنه لا يتصور ، وأخرى : بأنه لا يعقل أن يشتري الانسان لنفسه بمال غيره شيئاً . (انتهى) . وقد ذكروا الاستدلال عليه : بأن المعاوضة متقومة بذلك ، إذ مفهوم المعاوضة راجع الى جعل كل من العوضين عوضاً عن الآخر . وبشكل : بأن صيغة المعاوضة لا تقتضي الاشتراك على النحو المذكور ، كما يظهر ذلك من ملاحظة موارد استعمال صيغة المفاعلة في موارد المتفرقة ، مثل : شايعت زيداً ، وسافرت ، وطالعت الكتاب ، وأمثال ذلك من الموارد الكثيرة ، كما أشرنا الى ذلك أيضاً في بعض مباحث الطهارة من هذا الشرح ، فان ملاحظة موارد الاستعمال للصيغة ، تشرف على القطع ببطلان اعتبار المشاركة من الطرفين . ويشهد بذلك : أنك اذا قلت : بعت الكتاب بدينار ، اعتبر الكتاب معوضاً عنه والدينار عوضاً ، بقرينة دخول باء العوض عليه ، ولا يصح اعتبار العكس - أعني : اعتبار أن يكون الكتاب عوضاً والدينار معوضاً عنه - وإنما يصح ذلك لو قيل : بعت الدينار بالكتاب ، وفي مثله لا يصح اعتبار الكتاب معوضاً عنه والدينار عوضاً .

وبالجملة : المفهوم من قول القائل : بعت الكتاب بالدينار ، غير المفهوم من قوله : بعت الدينار بالكتاب ، فان مفهوم الأول أن الدينار عوض عن الكتاب ، ومفهوم الثاني أن الكتاب عوض عن الدينار . فالعوض

يجب أن يقوم مقام المعوض ، لكن المعوض عنه لا يجب أن يقوم مقام المعوض .
ولأجل ذلك ذكر بعضهم : أنه لا دليل على اشتراط كون أحد
العوضين ملكاً للعاقِد في انتقال بدله اليه ، بل يكفي أن يكون مأذوناً في
بيعه لنفسه أو الشراء به . (انتهى) : والمصنف (ره) في حاشيته على
مكاسب شيخنا الأعظم (قده) جعله ممكناً ، وأن اعتبار البدلية قد يكون
بملاحظة تبديل ملكية هذا بملكية ذلك ، وقد يكون بملاحظة إخراجهِ عن
ملكه من دون تبديل الملكية ، وقد يكون بملاحظة إتلافه . (انتهى) .
وفيه : أن المعاوضة وإن كانت تختلف بالملاحظات المذكورة ، لكن المعاوضة
بين الأعيان التي هي قوام البيع إنما هي بلحاظ البدلية في المملوك ، لا في
الملكية ولا في غيرها مما ذكر . فالملكية القائمة بين المالك والمملوك المتقومة
بهما ، إن كان فيها تبديل المملوك كانت بيعاً ، وإن كان فيها تبديل المالك
كانت ميراثاً ، وإن كان فيها تبديل الملكية كانت هبة معاوضة ، فلا بد في البيع
من تحقق تبديل المملوك ، فيكون الثمن عوضاً عن الثمن في قيامه مقام
الثمن في تقويم الاضافة الخاصة القائمة بالطرفين ، ولذا لا تأمل في كون
الثمن عند المتبايعين عوضاً عن المبيع . فالمعاوضة في البيع بين العيين ،
لا بين الملكيتين ، ولا بين غيرهما مما ذكره (قده) .

ولما التأمل : في أن المبيع أيضاً عندهم عوض عن الثمن في البيع ،
والمنفعة عوض عن الاجرة في الاجارة ، فتكون العوضية من الطرفين ،
أولاً ، بل العوضية من طرف واحد ، وقد عرفت : أن مفاد البيع
والاجارة عوضية الثمن والاجرة عن المبيع والمنفعة ، وأما عوضية المبيع
والمنفعة عن الثمن والاجرة فغير ظاهرة . وإنكار المصنف (ره) الأمرين
معاً تبعاً لبعض - كما عرفت - غريب .

بل الانصاف يقتضي البناء على الأمرين معاً ، وإن كانت دلالة الكلام

وملكيته لها حال للفسخ لا تنفع إلا إذا جدد الصيغة . وإلا فهو من قبيل من باع شيئاً ثم ملك (١) ولو زادت مدة للثانية

على الأول بالمطابقة وعلى الثاني بالالتزام . فالمفهوم من قول القائل : بعث الكتاب بدينار ، هو المفهوم من قوله : بعث الدينار بالكتاب ، وإنما يختلفان في المدلول المطابقي ، فإن الإيجاب الأول يدل بالمطابقة على عوضية الدينار عن الكتاب ، وبالاتزام على عوضية الكتاب عن الدينار . والإيجاب الثاني يدل بعكس ذلك ، فيدل على عوضية الكتاب عن الدينار بالمطابقة ، وعلى عوضية الدينار عن الكتاب بالالتزام . فالمدلول لأحدهما مدلول للآخر من دون زيادة ولا نقصان ، وإنما الاختلاف بينهما في أن المدلول المطابقي لأحدهما مدلول التزامي للآخر . ولذلك اختلفا عرفاً ، فلا اختلاف بينهما في ذات المدلول ولا في كمية المدلول ، وإنما الاختلاف بينهما في كيفية الدلالة عليه . فإن كان المطلوب الذي يسعى نحو تحصيله هو الكتاب ، قيل : بعثت الكتاب بدينار مثلاً . وإن كان المطلوب هو الدينار ، قيل : بعثت الدينار بالكتاب ، وإلا فقد لوحظ كل منهما عوضاً عن الآخر ومعوضاً عنه . ومفهوم المعاوضة وإن لم يدل على تكرار النسبة ، لكن المقصود منه ذلك عرفاً . ومرتكزات العرف في مضامين العقود المعاوضية شاهد بذلك . وما في بعض الكلمات من خلاف ذلك تمحل ، قضت ارتكابه ضرورة في دفع إشكال أو توجيه إشكال . والله سبحانه ولي التوفيق والسداد .

(١) فإن المشهور عدم صحة العقد الواقع باجازه المالك حين الاجازة ، لأمر مذكورة في محلها . ذكرها شيخنا الأعظم في مكاسبه ، وذكرناها جريباً على منهجه في : « نهج الفقاهة » . والعمدة فيه أمران : النصوص الناهية عن بيع ماليس عنده . وأن خصوصية الاضافة إلى المالك من الخصوصيات المقومة للمعاوضة ، فالاجازة من المشتري إن كانت قد لوحظ

عن الأولى لا يبعد لزومها على المؤجر في تلك الزيادة ، وأن يكون لزيد امضاؤها بالنسبة إلى مقدار مدة الأولى .

(الرابعة عشرة) : إذا استأجر عيناً ثم تملكها قبل انقضاء مدة الاجارة ، بقيت الاجارة على حالها ، فلو باعها والحال هذه لم يملكها المشتري إلا مسلوقة المنفعة في تلك المدة (١) ، فالمنفعة تكون له ولا تتبع للعين . نعم للمشتري خيار للفسخ إذا لم يكن عالماً بالحال . وكذا الحال إذا تملك المنفعة بغير الاجارة في مدة ثم تملك للعين ، كما إذا تملكها بالوصية أو بالصلح أو نحو ذلك ، فهي تابعة للعين إذا لم تكن

فيها خصوصية الانضافة إلى المالك حين العقد ، فذلك خلاف قاعدة السلطنة في حق المالك المذكور ، مع أنه ليس من محل الكلام ، وإن لوحظ فيها خصوصية الاضافة الى نفسه ، فتلك ليست إجازة للعقد . فراجع « نهج الفقاهة » في مبحث الفصولي . لكن النصوص مختصة بالبيع ، فلا تشمل الاجارة وغيرها من عقود المعاوضة . فالعمدة فيها هو الأمر الثاني ، فانه مطرد في الجميع على نحو واحد . بل العمدة في البيع أيضاً هو الأمر الثاني ، لأن النصوص لا تخلو من إشكال ، من جهة المعارضة ، أو من جهة العموم والخصوص . فراجع .

(١) لأن المنفعة في تلك المدة لم تكن مملوكة للبائع بالتبعية ، وإنما كانت مملوكة له بسبب آخر ، إذ البيع لا يبطل الاجارة ، ومقتضاها أن تكون المنفعة مملوكة للمستأجر بالاجارة في مقابل الاجارة ، والمشتري إنما يقوم مقام البائع فيحتاج ملكيته لها الى سبب آخر أيضاً . وبالجملة : لا دليل على التبعية في المقام .

اللهم إلا أن يقال : التبعية إنما كانت سبباً للملك ، عملاً بالارتكاز العرفي ولا فرق في ذلك بين المقام وغيره . توضيح ذلك : أنه لا إشكال في أن التبعية تقتضي ملكية التابع ، فيملكه مالك المتبوع ، سواء كان التابع من الأعيان الخارجية ، كالثمرة للشجرة والبيضة للدجاجة ، والحمل للدابة ، أم من الأفعال ، كالمنافع المستوفاة من العين ذات المنفعة ، أم من الصفات الخارجية ، كالقصارة الحاصلة بعمل القصار ، والنساجة الحاصلة بعمل النساج ، وهينة السرير الحاصلة من عمل النجار ، أم من الاعتبار المحضة ، مثل المنافع غير المستوفاة للعين ذات المنفعة ، فإنها حينئذ تكون من الاعتبار المملوكة لمالك العين . ولذلك يصح القول بكونها مضمونة ، إذ لو لا أنها مملوكة لم يكن معنى لضمانها ، فإن الضمان لا يصح اعتباره إلا مع وجود مضمون له يكون مالكا للمضمون . نعم المنافع المستوفاة من قبيل الموجودات الخارجية كما عرفت . فالتابع في جميع الموارد المذكورة مملوك لمالك المتبوع ، والموجب للملكية المذكورة هو التبعية ، حسبما يقتضيه بناء العرف والمنشوعة عليه . ويشترط في تأثير التبعية المذكورة في الملك أن لا يكون مقتضى على خلافها ، فلو آجر داره على زيد فملك زيد منفعتها ، ثم باع الدار على عمرو ، لم يملك المنافع عمرو بالتبعية ، لأن ذلك خلاف مقتضى عقد الاجارة .

وقد ذكر المصنف (ره) هنا شرطاً آخر ، وهو : أن يكون من انتقل عنه التابع مملوكاً له بالتبعية ، فلو لم يكن كذلك لم يستوجب التبعية في الملك ، ولذلك التزم : بأن المشتري الثاني في فرض المسألة لم يملك المنافع بالتبعية ، لأن البائع لم يملكها بالتبعية . ولا بد أن يلتزم بذلك في مثل ما إذا اشترى ثمر الشجر ، ثم اشترى الشجر ، فإذا باعه على آخر لم يملك الآخر الثمر المتولد بعد البيع بالتبعية ، بل يبقى على ملك البائع . هذا

ج ١٢ (إذا أجرة أرضاً للزراعة فحصلت آفة توجب نقص الحاصل) -- ٢١٩ --

مفروزة . ومجرد كونها للمالك العين لا ينفع في الانتقال إلى المشتري ، نعم لا يبعد تبعيتها للعين إذا كان قاصداً لذلك حين البيع (١) .

(الخامسة عشرة) : إذا استأجر أرضاً للزراعة مثلاً ، فحصلت آفة سماوية أو أرضية توجب نقص الحاصل لم تبطل (٢) ولا يوجب ذلك نقصاً في مال الاجارة (٣) ، ولا خياراً للمستأجر (٤) . نعم لو شرط على المؤجر ابراءه من ذلك بمقدار ما نقص ، بحسب تعيين أهل الخبرة ، ثلثاً أو ربعاً أو

ولأجل أن المرجع في اقتضاء التبعة للملك بناء العرف والمنشوعة عليه ، وأن الظاهر بناؤهم على عدم اعتبار الشرط المذكور ، فالبناء على عدم اعتباره متعين .

(١) إذا كان المراد من القصد المذكور : أنه قاصد لتمليك لإنشاء ، فيكون قاصداً لتمليك المنفعة والعين معاً ، فهو في محله ، كما لو قصد تمليك شيء مع المبيع ، وإذا كان المراد : أنه قاصد للتبعة ، فهو غير ظاهر ، لأن قصد التبعة لا يوجب الملك بالتبعة ، إذا لم تكن مقتضية لذلك .

(٢) لعدم مقتضي ذلك ، بعد أن كانت العين ذات منفعة يصح بذل المال بازائها .

(٣) إذ لا تبعض في المنفعة .

(٤) إذ لا نقص في صفة العين يوجب نقصاً في صفة المنفعة ، إذ المفروض كون النقص الحاصل لأمر خارج عن العين ، وليس عدمه مبنياً عليه العقد ليوجب الخيار ، فهو نظير مالو استأجر داراً ليسكنها ، فسكنها ، فحدث حادث موجب للقلق أو الارق ، فتفحص عيشه فيها .

نحو ذلك ، أو أن يهبه ذلك المقدار إذا كان مال الاجارة عيناً شخصية ، فالظاهر للصحة (١) . بل الظاهر صحة اشتراط البراءة على للتقدير المذكور بنحو شرط النتيجة (٢) . ولا

(١) لاغتفار الجهالة في الشرط إذا كان تابعاً .
(٢) هذا من قبيل شرط النتيجة ، الذي قد عرفت الاشكال في صحته في أول فصل : (أن العين المستأجرة أمانة) ، فراجع . وقد ذكرنا هناك : أن البناء على أن الشرط ملك للمشروط له - كما هو كذلك في شرط الفعل - يمنع من صحة النتيجة ، لأن النتائج التي هي مضامين العقود والايقاع لا تصلح أن تكون موضوعاً لاضافة الملكية إذا لم تكن في عهدة المشروط عليه ، كما هو مقتضى كونها شرط نتيجة في مقابل شرط الفعل . فالملكية مثلاً : تارة : تشتط في ضمن العقد على أن تكون في عهدة المشروط عليه ، فيجب عليه تحصيلها فتكون حينئذ من قبيل شرط الفعل . وتارة : تشتط لا على أن تكون في عهدة متعهد بها ، وهي بهذه الملاحظة مما لا تقبل أن تكون موضوعاً لاضافة المملوكية : مضافاً إلى أن جعلها مملوكة للمشروط له وجعل ملكيتها له ، لا يوجب حصولها ، فلا يترتب على الشرط المذكور أثر حصولها . ولأجل ذلك يازم البناء على بطلان شرط النتيجة على نسق شرط الفعل ، بحيث يكون من تمليك النتيجة للمشروط له .

نعم لا مانع من أن يكون المقصود انشاءها على حد إنشاء مضمون العقد منضمها اليه ، فيكون المنشأ أمرين : مضمون العقد ، ونفس النتيجة . فتترتب النتيجة بمجرد الشرط ، إذا لم يعتبر في إنشائها سبب خاص . وعلى ذلك يحمل ما ورد في كلماتهم من صحة شرط سقوط الخيار في ضمن العقد ، وكذلك شرط الضمان في العارية ، ونحو ذلك . ومنه المقام ،

ج ١٢ (إذا آجر ارضا للزراعة فحصلت آفة توجب نقص الحاصل) -- ٢٢١ --

يضر التعليق ، لمنع كونه مضرّاً في الشروط (١) . نعم لو شرط براءته على للتقدير المذكور حين العقد ، بأن يكون ظهور للنقص كاشفاً عن البراءة من الأول ، فالظاهر عدم صحته ، لأوله الى الجهل بمقدار مال الاجارة حين للعقد (٢) .

(السادسة عشرة) : يجوز إجارة الأرض مدة معلومة بتعميرها واعمال عمل فيها ، من كرى الأنهار ، وتنقية الآبار وغرس الاشجار ، ونحو ذلك . وعليه يحمل قوله (ع) : « لا بأس بقبالة الأرض من أهلها بعشرين سنة أو أقل أو أكثر ، فيعمرها

أعني : شرط براءة الذمة من مقدار من الأجرة إذا كانت الاجرة ذمية لا عيناً خارجية . ويشهد بذلك ماورد فيمن تطيب أو تبيطر وأنه ضامن إلا أن يأخذ البراءة (١٥) ، فان الظاهر منه اشتراط البراءة من الضمان على نحو شرط النتيجة .

(١) وإن قال شيخنا الأعظم (ره) : إنه قد يتوهم ذلك ، بناء على أن التعليق في الشرط يسري إلى العقد ، لرجوع الشرط إلى جزء من أحد العوضين . وفيه : منع ذلك ، كما هو ظاهر ، نعم بناء على ما ذكره بعض في وجه مانعية التعليق في العقود والايقاعات من منافاة التعليق للانشاء ، عموم المانعية ، ولا وجه للتفكيك بين الشرط وغيره في ذلك . وإن كان التحقيق أن الوجه في المانعية : الاجماع المحقق الموعول عليه عندهم ، لا ما ذكر . ولذلك جاز عندهم التعليق مع الانشاء في الوصية التمليلية ، والنذر المعلق ، والتدبير . فراجع .

(٢) هذا إذا كان المراد من البراءة عدم اشتغال الذمة به . أما إذا كان المراد السقوط عن الذمة بعد الاشتغال به فلا يلزم المحذور .

ويؤدي ما خرج عليها » (١) ونحو غيره .

(١) هذا مذكور في مصصح الحلي عن أبي عبد الله (ع) : قال : إن القبالة أن تأتي الأرض الخربة فتقبلها من أهلها عشرين سنة أو أقل من ذلك أو أكثر ، فتعمرها وتؤدي ما خرج عليها ، فلا بأس به » (١٥) . وصحيحه الآخر عن أبي عبد الله (ع) : « لا بأس بقبالة الأرض من أهلها بعشرين سنة أو أقل أو أكثر ، فيعمرها ، ويؤدي خراجها . ولا يدخل العلوج في شيء من القبالة ، لأنه لا يحل » (٢٥) . وصحيح يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله (ع) - في حديث قال : « وسألته عن الرجل يعطي الأرض الخربة ويقول : عمرها ، وهي لك ثلاث سنين أو خمس سنين أو ما شاء الله . قال : لا بأس » (٣٥) . ونحوها غيرها .

والمحتمل فيها أمور : (الأول) : ما ذكره المصنف (ره) ، من أن المراد من القبالة الاجارة ، ويكون العمل هو الاجرة ، فتكون من اجارة العين . (الثاني) : أن المراد بها الاجارة على العمل ، فتكون الاجرة منفعة الأرض ، والمستأجر العامل ، والمستأجر عليه هو العمل من التعمير وغيره . (الثالث) : أن تكون من الجمالة على العمل ، والجعل هو المنفعة ، ويحتمل - كما قيل - أن تكون الاجرة شيئاً معلوماً ، ويكون ذلك الشيء أجرة للعمل ، فتكون اجارتان ، اجارة الأرض ، واجارة الأجير العامل . (الرابع) : أن تكون معاملة مستقلة ، نظير المصالحة ، مفادها تمليك المنفعة للعامل وتمليك مالك الأرض للعمل ، بلا معاوضة بين المنفعة والعمل . ولعل الأخير هو الأقرب .

(١٥) الوسائل باب : ١١ من أبواب المزارعة حديث : ٢ .

(٢٥) الوسائل باب : ٩٣ من أبواب ما يكتسب به حديث : ٣ .

(٣٥) الوسائل باب : ١١ من أبواب المزارعة حديث : ١ .

(السابعة عشرة) : لا بأس بأخذ الأجرة على الطباية وإن كانت من الواجبات للكفائية ، لأنها كسائر للصنائع واجبة بالعرض (١) لانتظام معاش العباد . بل يجوز وإن وجبت عيناً لعدم من يقوم بها غيره . ويجوز اشتراط كون للدواء عليه

(١) الظاهر : أنه تعليل لكونها من الواجبات الكفائية ، لا لجواز أخذ الأجرة . نعم في النسخ التي رأيتها بدل قوله : « واجبة بالعرض » : « واجبة بالعوض » ، فيكون تعليلاً لجواز أخذ الأجرة . يعني : إنما جاز أخذ الأجرة عليها لأنها واجبة بالعوض لا مجاناً ، فقد أخذ في موضوع الوجوب العوض . لكن الظاهر أنه غلط ، لأنها واجبة بالعوض وبغير عوض ، وإلا لما كان فعلها مجاناً أداء للواجب .

ثم إنك عرفت في مواضع من هذا الشرح التعرض لجواز أخذ الأجرة على الواجبات وعلمه ، وأنه لم يقدّم دليل على عدم جواز أخذ الأجرة على الواجب ، وأن وجوب الشيء لا يمنع من أخذ الأجرة عليه . فالعمدة في عدم جواز أخذ الأجرة على الواجبات في بعض المقامات عينية وكفائية : هو الإجماع ولولاه لكان القول بجوازه في محله .

ويشهد لذلك جواز أخذ الأجرة على الواجبات الكفائية ، التي يتوقف عليها النظام ، إذ الوجوب لو كان مانعاً لم يفرق في منعه بين العيني والكفائي . وما في بعض الحواشي من الفرق بين الواجبات العينية والكفائية بأن الوجوب في الواجبات الكفائية عبارة عن الإلزام بعدم حبسها عن محتاج إليها ، فلا يكون مخرجاً لذات العمل عن ملك مالكه ، ويجوز أخذ الأجرة عليه . غير ظاهر ، إذ الحبس ترك العمل ، فعلم الحبس هو العمل . ولو أراد من الحبس معنى وجودياً ، فعلمه ليس مقدمة للنظام ، بل المقدمة هو العمل ضرورة .

مع التعمين للرافع للغرر (١) . ويجوز - أيضاً - مقاطعة على المعالجة (٢) إلى مدة أو مطلقاً (٣) ، بل يجوز المقاطعة عليها بقاء للبرء ، أو بشرطه إذا كان مضموناً (٤) ، بل مطلقاً (٥) . وما قيل من عدم جواز ذلك ، لأن البرء بيد الله فليس اختيارياً

(١) لعموم صحة الشرط كشرط كون الخيوط على الخياط ، والخبر على الكتاب . وفي القواعد قال : « والكحل على المريض . ويجوز اشتراطه على الكحل » . وحكي التصريح به عن غيره . وقد يستشكل فيه : بأنه مناه للتعقد ، لأن الأعيان لا تملك بعقد الاجارة أصالة ، ولا تبعاً . بل قيل : قد يرجع الى بيع الكحل بلفظ الشرط . وفيه : أنه لا دليل على المنع من تملك العين بالشرط في الاجارة ، وعموم صحة الشرط يقتضي الصحة . مع أن الشرط المذكور لا يقتضي التملك ، وإنما يقتضي بذل الكحل مجاناً ، فلا اشكال حينئذ . لكن قال في القواعد بعد ذلك : « ولو اشترط الدواء على الطبيب فالأقرب الجواز » . والفرق بين المسألتين غير ظاهر ، كما اعترف به بعض .

(٢) يريد بها المداواة واستعمال الأدوية لمكافحة المرض .

(٣) لكن مع عدم التقييد بالمدة وتردها بين القليل والكثير يلزم الغرر . اللهم إلا أن يكون المرض متعيناً بنحو خاص ، فيستأجر الطبيب على مداواته ، فيكون تعينه كافياً في رفع الغرر مثل الصداق ونحوه ، نظير خياطة الثوب المردد زمانها بين القليل والكثير ، لكن تعين الثوب كافٍ في رفع الغرر .

(٤) الفرق بينهما ظاهر ، إذ في الأول يكون البرء مقوماً لموضوع الاجارة ، وفي الثاني يكون غير مقوم ، بل وصفاً فيه على نحو تعدد المطلوب . (٥) يعني : وإن لم يكن مضموناً ، لان المصحح للاجارة القدرة

له ، وأن اللازم مع إرادة ذلك أن يكون بعنوان الجمعالة لا
الاجارة (١) ،

الواقعية ، لا العلم بها أو الأعم منه ومن الظن ، بل تصح الاجارة مع
احتمال القدرة ، فاذا تبين عدم القدرة انكشف البطلان . اللهم إلا أن
يحصل الفرر مع عدم الظن بالحصول ، فتبطل لذلك ، لا لعدم القدرة .
لكنه يتوقف على عموم نفي الفرر للاجارة ، وقد عرفت الاشكال فيه .
(١) قال في القواعد : « ولو جعل له على البرء صح جمعالة لا إجارة » .
وفي جامع المقاصد : « أما عدم صحته إجارة : فان ذلك ليس من مقدور
الكحال ، وإنما هو من فعل الله سبحانه . وأما صحته جمعالة : فلأن
السبب الى حصوله كاف في استحقاق الجعل إذا حصل ، وإن كان من
فعل الله تعالى » .

أقول : كونه من فعل الله تعالى كما يمنع من صحة الاجارة عليه يمنع من
صحة الجمعالة ، لأن الجمعالة إنما تكون على فعل المجهول له ، فانه إذا قال
مالك العبد : إذا رددت عبيدي فلك درهم ، فردده غير المخاطب ، لا يستحق
المخاطب الجعل . وإن كان المراد من كونه من فعل الله سبحانه : أنه من فعله
تعالى بنحو لا ينافي نسبة البرء الى الكحال ، فلا يمنع من صحة الاجارة عليه .
نعم الفرق بين الاجارة والجمعالة : أن الاجارة تتضمن تملك المستأجر
عمل الأجير ، والجمعالة لا تتضمن ذلك . ولأجل هذا الفرق امتنع وقوع
الاجارة على غير المقدور ، وجاز وقوع الجمعالة عليه ، مع الاحتفاظ بصحة
النسبة إلى المجهول له ، وهدم القدرة لا ينافي صحة النسبة ، وإن كان ينافي
صحة التملك . وكأن مراد جامع المقاصد من قوله : « بفعل الله تعالى »
معنى لا ينافي صحة النسبة ، وإن كان مانعا من القدرة ، فيكون المراد
من التعليل أن البرء غير مقدور للكحال ، فلا تصح الاجارة عليه وإن

فيه : أنه يكفي كون مقدماته للعادية اختيارية (١) .

صحت الجمالة عليه ، لصحة نسبته الى المجهول له ، كما أفاده في المتن .
(١) المائز بين الفعل الاختياري وغيره : أن الاختياري : ما يكون جميع مقدماته اختيارياً ، أو بعضها اختياري وبعضها غير اختياري . مع كون غير الاختياري متحققاً في ظرفه . وغير الاختياري : ما يكون جميع مقدماته غير اختياري ، أو بعضها اختياري وبعضها غير اختياري مع كون غير الاختياري غير متحقق . مثلاً : نقل المتاع في السفينة من بلد الى آخر ، يتوقف على وضع المتاع في السفينة ، وسحب السفينة في الماء ، وعلى وجود الماء . ولا ريب أن وجود الماء غير اختياري ، لكن لما كان الماء موجوداً ، كان نقل المتاع اختيارياً ، وإذا اتفق غور الماء صار نقل المتاع غير اختياري . فعلى هذا قد يكون البرء اختيارياً ، كما إذا كانت مقدماته غير الاختيارية متحققة ، وقد يكون غير اختياري ، كما إذا كانت مقدماته غير الاختيارية غير متحققة ، فإطلاق أن البرء غير مقدور غير ظاهر .

وفي حاشية بعض الاعاظم على المقام : « إنما يكفي اختيارية المقدمات في اختيارية ذيلها ، إذا كان - كمخيطية الثوب مثلاً - أثراً متولداً منها ، ولم يتوسط في البين مقدمة أخرى غير اختيارية ، وإلا كانت هي الأخير من أجزاء علته ويستند الأثر اليها ، ويكون تابعا لها في عدم المقدورية ، ولا يصح الالتزام به بالاجارة ، أو الاشتراط ، أو غير ذلك ، وظاهر أن برء المريض وكذا سمن الدابة ونحوهما من ذلك » والاشكال فيه يظهر مما ذكرنا ، فإن توسط بعض المقدمات غير الاختيارية إذا كانت متهيئة لا يقدح في اختيارية ذيلها ، كما عرفت . ولا فرق بين المخيطية وبين برء المريض وسمن الدابة في كونها اختيارية ، إذا كانت المقدمات غير الاختيارية متهيئة . نعم تختلف من حيث السرعة والبطء . مع أن برء المريض

ولا يضر للتخلف في بعض الاوقات (١) ، كيف وإلا لم يصح بعنوان الجمالة أيضاً (٢) .

(للثامنة عشرة) : إذا استؤجر لحتم للقرآن لا يجب أن يقرأه مرتباً (٣) .

قد يكون مثل المخبطة في سرعة الحصول .

(١) ظاهر العبارة : أن التخلف لا يضر في اختيارية الفعل ، وقد عرفت أن التخلف لعدم تحقق بعض المقدمات غير الاختيارية يضر في صدق الاختيار ، فكأن المراد : أن التخلف في بعض الأوقات لا يضر في صدق الاختيار في حال عدم التخلف .

(٢) قد عرفت أنه يكفي في صحة الجمالة صحة النسبة وإن لم يكن الفعل اختيارياً . اللهم إلا أن يقال : يعتبر في استحقاق الجعل تحقق الفعل بقصد الجري على مقتضى الجمالة ، ومع عدم الاختيار لا قصد وإن صحت النسبة ، فلا يستحق الجعل . ولا يخلو من وجه ، إذ لازم البناء على استحقاق الجعل بمجرد صحة النسبة استحقاق الجعل ولو مع قصد التبرع ، وهو بعيد . فتأمل .

(٣) عملاً بالاطلاق . وأما الانصراف الى الابتداء بالأول والختم بالأخير فبدوي . ولذلك يتعين البناء على جواز قراءة آيات السورة من دون ترتيب . اللهم إلا أن يقال : قراءة القرآن تارة : راد بها قراءة جنس القرآن ، وأخرى : راد بها قراءة الفرد التام . فإن أريد الأول تم مافي المتن ، وإن أريد الثاني فلا بد من الابتداء بالأول والانتهاه بالأخير ، لأن الفرد له هيئة خاصة على ترتيب خاص ، فاذا قرئ على غير تلك الهيئة لم يؤت بقراءة الفرد الخاص . وأوضح منه قراءة السورة ، فانه لا يراد منها الجنس ، بل المراد منها الآيات على الهيئة الخاصة ، فاذا قرئت على غير

بالشروع من الفاتحة والختم بسورة للناس ، بل يجوز أن يقرأ سورة فسورة على خلاف الترتيب ، بل يجوز عدم رعاية الترتيب في آيات السورة أيضاً . ولهذا إذا علم بعد الاتهام أنه قرأ الآية للكذائية غلطاً أو نسي قراءتها يكفيه قراءتها فقط (١) نعم لو اشترط عليه للترتيب وجب مراعاته . ولو علم اجمالاً بعد الاتهام أنه قرأ بعض الآيات غلطاً ، من حيث الاعراب ، أو من حيث عدم أداء الحرف من مخرجه ، أو من حيث المادة ، فلا يبعد كفايته وعدم وجوب الاعادة ، لان للالزام للقراءة على المتعارف والمعتاد ، ومن المعلوم وقوع ذلك من القارئ غالباً إلا من شذ منهم . نعم لو اشترط المستأجر عدم الغلط أصلاً ، لزم عليه الاعادة مع العلم به في الجملة . وكذا للكلام في الاستئجار لبعض الزيارات المأثورة أو غيرها (٢) .

الترتيب فقد فانت الهيئة ولم يكن قراءة للسورة . وأوضح من ذلك قراءة كلمات الآية على غير الترتيب ، فانه لو كان المراد جنس القرآن جازت قراءة كلمات الآيات على غير الترتيب ، لصدق الجنس على ذلك .

(١) هذا ليس لما ذكره (قده) ، بل لأن غلبة وقوع الغلط تقتضي الاجتزاء بذلك ، وإلا لجازت قراءة الكلمات على غير الترتيب ، ولم يتعرض له ، وظاهره عدم جوازها ، بل ينبغي القطع بذلك . فالوجه في الاكتفاء بقراءة ما وقع فيه الغلط هو ما ذكرناه وذكره هو (قده) بعد ذلك في صورة اشتراط الترتيب في عقد الاجارة . وبالجملة : قوله (ره) : « ولهذا... » ينفيه قوله بعد ذلك : « لأن اللزوم القراءة... » .

(٢) ما ذكره في آيات السور جار في فقرات الزيارة . وكذا جار

وكذا في الاستئجار لكتابة كتاب أو قرآن أو دعاء أو نحوها لا يضر في استحقاق الأجرة إسقاط كلمة أو حرف أو كتابتها غلطاً .

(للتاسعة عشرة) : لا يجوز في الاستئجار للحج للبلدي أن يستأجر شخصاً من بلد المبيت إلى للنجف ، وشخصاً آخر من للنجف إلى مكة أو إلى الميقات ، وشخصاً آخر منها إلى مكة ، إذ لل لازم أن يكون قصد المؤجر من البلد الحج والمفروض أن مقصده للنجف مثلاً (١) ، وهكذا ، فما أتى

أيضاً في الاستئجار لكتابة الكتاب أو القرآن ، والالتزام بجواز قراءة الزيارة وكتابة الكتاب والقرآن على غير ترتيب الفقرات والصور أو الآيات ، كما ترى . ولأجله يتضح ما ذكرناه من عدم جواز قراءة الآيات على خلاف الترتيب ، ولا قراءة السور كذلك ، فإن الجميع من باب واحد . ولم يتعرض المصنف (ره) صريحاً لحكم الاجارة على قراءة الزيارة وعلى كتابة الكتاب أو القرآن ، ولكن يفهم من قوله : « لا يضر في استحقاق الأجرة . . . » أن اعتبار الترتيب في الموارد الثلاثة المذكورة مفروغ عنه . وقد عرفت أن الفرق بينها وبين الاستئجار لقراءة القرآن غير ظاهر ، بالنظر إلى طبع الكلام . نعم قد تقوم القرينة على خلاف ذلك ، فلا بأس بالعمل بها ، بل يمكن أن يدعى أن عدم الارتباط بين السور قرينة عامة على عدم ملاحظة الترتيب ولا يخلو من تأمل .

(١) هذا عين مفاد الدعوى التي ذكرها في صدر المسألة ، ليس مسوقاً مساق التعليل لها . نعم ظاهر قوله : « فما أتى به من السير ليس . . . » أنه تعاليل لها . ويشكل : بأنه لا يصلح أن يكون تعليلاً ، إلا بناء على

به من السير ليس مقدمة للحج . وهو نظير أن يستأجر شخصاً
لعمره للتمتع وشخصاً آخر للحج ، ومعلوم أنه مشكل ، بل
للإلزام على للقائل بكفايته أن يقول بكفاية استئجار شخص
للكعبة الأولى من الصلاة وشخص آخر للثانية ، وهكذا ، يتم .

القول بالمقدمة الموصلة ، فإن ما أتى به من السير لا قصور في مقدمته للحج
إلا عدم ترتب الحج عليه . ولذا قال بعض الأعظم في حاشيته في المقام :
« لا يبعد أن يكون ما أفق به من عدم الجواز مبنيّاً على ما اختاره في
الأصول من تخصيص وجوب المقدمة بالموصلة » . لكن لو كان مبنياً ذلك
كان الإلزام أن يقول : « ليس واجباً » ، بدل قوله : « ليس مقدمة
لحج » . فكان مراده أن الواجب في الحج البلدي أن يحج الشخص عن
السير من البلد بقصد الحج ، فالسير من البلد لا يقصد الحج ليس قيداً
لحج البلدي . فلا يكون مقدمة للحج . وهذا التعليل في غاية المتانة . وما ذكرناه
أنفاً من أن السير من البلد إلى النجف لا قصور في مقدمته للحج ، إنما
يصح بالاضافة إلى حج السائر ، لا بالاضافة إلى حج غيره ، إذ لا مقدمة
بينه وبينه ، فالتعليل لا يرتبط بالقول بالمقدمة الموصلة بوجه .

ونظير المقام وضوء زيد بالنسبة إلى صلاة عمرو ، فإنه لا يكون مقدمة
لها ، وإنما يكون مقدمة لصلاة زيد نفسه . وهذا نظير أن يستأجره للصلاة
عن ميت لا بقيد المباشرة ، فيصلّي الأجير بلا وضوء ويتوضأ شخص آخر
مكانه . وكان الأولى للمصنف (ره) التمثيل به ، لا التمثيل بالأمثلة التي
ذكرها ، فإن فيها تبعض النيابة في الاجزاء ، لا في الشروط والقيود ،
كما هو في فرض المسألة . ولا يلزم من عدم جواز التبعض في النيابة في
الاجزاء ، عدم جوازه فيها في القيود . فمنشأ الخلاف في جواز التبعض -
كما في الحاشية المتقدمة - وعدمه - كما في المتن - هو أن الحج البلدي هل

(للعشرون) : إذا استؤجر للصلاة عن الميت فصلى ونقص من صلاته بعض الواجبات غير للركنية سهواً ، فإن لم يكن زائداً على للقدر المتعارف للذي قد يتفق أمكن أن يقال لا ينقص من أجرته شيء (١) ، وإن كان للنقص من الواجبات والمستحبات المتعارفة أزيد من المقدار المتعارف ، ينقص من الاجرة بمقداره (٢) ،

يعتبر فيه أن يكون الحاج قد خرج من البلد بقصد الحج إلى أن يحج ، أولاً يعتبر فيه ذلك ، بل يكفي أن يخرج شخص من البلد وإن كان غير الحاج ؟ فعلى الأول : لا يجوز التبعض في النيابة وتعدد النائب ، وإن قلنا بوجوب مطلق المقدمة كما هو المشهور ، لأن خروج شخص غير من قام به الحج ليس مقدمة لحج غيره ، نظير مالهو صلى النائب بوضوء نائب آخر . وعلى الثاني : يجوز التبعض ، وإن قلنا بالمقدمة الموصلة ، لأن المقدمة على هذا موصلة ، لكون المفروض تحقق الحج مع وجود مقدمته ، نظير مالهو صلى شخص نائب بثوب طاهر قد غسله غيره ، فإن غسل غير المصلي مقدمة وموصلة لتحقيق الصلاة حسب الفرض .

فالاشكال على المحشي (قده) من وجهين : أحدهما : استظهاره من الدليل السدال على الحج البلدي : الاكتفاء بخروج غير الحاج من البلد ، وهو في غاية من البعد . ثانيها : بناؤه المنع على القول بالمقدمة الموصلة ، وهو غير مبين على ذلك . مع أن المقدمة في المقام موصلة حسب الفرض ، لتحقيق الحج من النائب الثاني .

(١) لأن التعارف يكون قرينة على أن موضوع الاجارة مايشمل الناقص .

(٢) لأن الأجرة موزعة على الجميع ، فمع فوات البعض يفوت بعض الأجرة .

إلا أن يكون المستأجر عليه للصلاة للصحيحة المبرئة للذمة (١) ونظير ذلك إذا استؤجر للحج فمات بعد الاحرام ودخول الحرم ، حيث ان ذمة الميت تبرأ بذلك (٢) ، فان كان المستأجر عليه ما يبرىء للذمة استحق تمام الاجرة ، والا فتوزع ويسترد ما يقابل به بقية الاعمال .

(١) فان الصلاة الناقصة لما كانت مبرئة للذمة كانت تمام موضوع الاجارة ، فيستحق الآتي بها تمام الاجرة .
(٢) لإجماعاً محققاً كما في المستند ، وبقسميه كما في الجواهر ، وبشهادته مصحح إمام بن عمار قال : « سألت عن الرجل يموت فيوصي بحجة فيعطى رجل دراهم يحج بها عنه فيموت قبل أن يحج ثم أعطي الدراهم غيره . فقال (ع) : إن مات في الطريق أو بمكة قبل أن يقضي مناسكه فإنه يجزىء عن الأول » (١٥) . واطلاقه وإن كان يشمل غير الفرض ، لكن لا يقدح في جواز الاستدلال به على الفرض . ويعضده ماورد من النصوص فيمن مات بعد دخول الحرم ، كصحيح ضريس عن أبي جعفر (ع) قال : « في رجل خرج حاجاً حجة الاسلام فمات في الطريق . فقال : إن مات في الحرم فقد أجزأت عنه حجة الاسلام ، وإن مات دون الحرم فليقض عنه وليه حجة الاسلام » (٢٥) . وقريب منه غيره ، فإنها وإن كان المنصرف منها الحاج عن نفسه ، لكن يقرب جداً كونه من أحكام مطاق الحج ، أو لأن الأصل في حج النائب أن يكون بحكم حج المنوب عنه ، وتتمام الكلام في هذه المسألة موكول الى محله من كتاب الحج . والحمد لله رب العالمين .

(١٥) الوسائل باب : ١٥ من أبواب النيابة حديث : ١

(٢٥) الوسائل باب : ٢٦ من أبواب وجوب الحج حديث : ١ .

الى هنا انتهى ما أردنا تعليقه على كتاب الاجارة من كتاب
العروة الوثقى ، في جوار المشهد المقدس الحيدري على مشرفه أفضل
الصلاة والسلام ، يوم الثلاثاء ، في اليوم الثالث والعشرين من شهر
جمادى الثانية ، سنة الألف والثلاثمائة واثنين وسبعين هجرية ، على
مهاجرها أفضل الصلاة وأكمل التحية ، وما توفيقى إلا بالله عليه توكلت
واليه انيب .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب المضاربة

وتسمى قراضاً عند أهل الحجاز (١) . والأول من
للضرب ، لضرب للعامل في الأرض لتحصيل الربح ،
والمفاعلة باعتبار كون المالك سبباً له وللعامل مباشراً (٢) .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على سيد النبيين وأشرف
المرسلين محمد وآله ، الغر الميامين الطيبين الطاهرين .

كتاب المضاربة

(١) بذلك صرح في التذكرة والمسالك وغيرهما ، كما صرحوا بأنه
سمي مضاربة عند أهل العراق .
(٢) يشير الى أن المفاعلة لابد فيها من الاشتراك ، وقد ذكر ذلك
في كلام جماعة كثيرة ، منهم صاحب الجواهر ، على نحو يظهر منهم
المفروغية عنه . ولكن لأصل له ، كما يظهر من ملاحظة موارد الاستعمال
فتقول : طالعت الكتاب ، وتابعت زبداً ، وباركت له ، وناولته الكتاب ،

وسافرت وآويته ، وجازفت . . . الى غير ذلك مما لا يحصى ، وكل ذلك لا مشاركة فيه . نعم الذي يقتضي المشاركة التفاعل ، مثل : تضاربا ، وتجادلا ، وتكافحا ، وتعاوضا . . . الى غير ذلك . وأما المفاعلة : فانها تقتضي السعي الى الفعل ، فاذا قلت : قتل ، فقد اخبرت عن وقوع القتل ، واذا قلت : قاتلت ، كنت قد اخبرت بالسعي الى القتل ، وربما يقع وربما لا يقع ، ولا تقتضي المشاركة . نعم ربما تكون المادة مقتضية للمشاركة ، لكنها حينئذ ليست من مفاد الهيئة . ولأجل ذلك لا حاجة الى تكلف بيان وجه المشاركة في المقام ، وهو إما ما ذكره المصنف ، ولعله المشهور ، المبني على حمل الضرب على الضرب في الأرض . أولأن كلاً منهما يضرب الربح بسهمه ، كما ذكره في التذكرة والمسالك . وقيل : إنه من الضرب في المال وتقليبه ، كما حكي في التذكرة والمسالك . لكن على هذا لا مشاركة ، لأن الفاعل لذلك العامل لا غير . إلا أن يكون المقصود من مشاركة المالك سببته لذلك ، كما سبق في المعنى الأول ، وفي الجواهر : « لعل الأولى من ذلك في تحقق المفاعلة ضرب كل منهما فيما هو للآخر من المال والعمل » . وكأن مراده من الضرب في المال والعمل الأخذ من نمائه ونتاجه ، فكان كل واحد منهما قد ضرب فيما هو للآخر وأخذ منه . ولا يخفى أن لازم المشاركة في المقام أن كلاما من المالك والعامل مضارب للآخر ، مع أن الظاهر أن المضارب هو العامل ، والمالك ليس بمضارب . قال في التذكرة : « ولم يشتق أهل اللغة لرب المال من المضاربة اسماً » ، ونحوه في المسالك ، وفي الجواهر : « لم نعثر على اشتقاق أهل اللغة اسماً لرب المال من المضاربة . . . » . فالأولى أن يكون معنى المضاربة مغالبة الناس على أموالهم بالطرق الشرعية ، والعامل هو الذي

والثاني من القرض ، بمعنى : للقطع (١) . لقطع المالك حصة من ماله ودفعه إلى العامل ليتجر به (٢) . وعليه للعامل مقارض بالبناء للمفعول (٣) وعلى الأول مضارب بالبناء للفاعل .

يقوم بهذه المضاربة ، دون المالك ، فتختص المضاربة به . والذي يتحصل مما ذكرنا أمران : (الأول) : أن هيئة المفاعلة لا تبدل على المشاركة ، وإنما تدل على سعي الفاعل نحو الفعل ، والمشاركة خارجة عن مفهومها ، نعم ربما تستفاد من المادة في بعض المقامات أو من قرائن خارجية : (والثاني) : أن المراد من الضرب في المضاربة المعنى المجازي الذي يحصل من التغلب على أموالهم بالطرق المشروعة ، فالمضاربة في المقام المغالبة على الناس في أخذ أموالهم واسترباحها ، ويمتاز المقام من أنواع الاتجار الأخرى : بأن دفع المال إلى العامل بقصد التغلب والاسترباح ، بخلاف سائر موارد الاتجار ، فقد يكون المقصود مجرد التبديل والتقليب بلا نظر إلى الربح وزيادة المال .

(١) صرح بذلك في التذكرة والمسالك وغيرهما .

(٢) يحتمل أن القرض الملحوظ في مادة القراض ليس هو دفع مقدار من ماله وتمكينه منه ، بل المقصود الربح الذي يكون من المال ، الذي يصير للعامل ، لما عرفت من أن (فاعل) يدل على السعي نحو الفعل ، لأنفس إيقاع الفعل ، والا كان قارض بمعنى قرض ، يعني : ملك قطعة من ماله لغيره .

(٣) لأنه المفعول به ، وليس فاعلاً . ومن ذلك يتضح ما ذكرناه من أن قارض لا يبدل على المشاركة ، وإلا كان كل من المالك والعامل فاعلاً ومفعولاً به مقارضاً - بالكسر - ومقارضاً - بالفتح - ومن ذلك

وكيف كان عبارة عن دفع الانسان (١) مالا إلى غيره ليتجر به على أن يكون الربح بينهما ، لا أن يكون تمام الربح للمالك ، ولا أن يكون تمامه للعامل . وتوضيح ذلك (٢) : أن من دفع مالا إلى غيره للتجارة (تارة) : على أن يكون الربح بينهما ، وهي مضاربة (وتارة) : على أن يكون تمامه للعامل ، وهذا داخل في عنوان القرض إن كان بقصده (٣) (وتارة) : على أن يكون تمامه للمالك ، ويسمى عندهم باسم للبضاعة (وتارة) : لا يشترطان شيئاً ، وعلى هذا أيضاً يكون تمام الربح للمالك ،

يظهر أن القراض قائم بين المالك والعامل ، والمضاربة قائمة بين العامل وغير المالك من الناس الذين يتجر معهم ، هذا بحسب الاشتقاق ، وأما في الاصطلاح فهي قائمة بين المالك والعامل ، وهما طرفا الإيجاب والقبول . (١) لا يخفى أن المضاربة من الانشاءات ، والدفع معنى خارجي ، فليست هي الدفع ، بل الدفع من مقتضياتها ، وإنما هي المعاملة بين المالك والعامل على أن يتجر العامل بمال المالك ، ويكون له بمض ربحه . فتفسيرها بالدفع - كما ذكره في النافع والتذكرة والمسالك وغيرها - مبني على نحو من المساهلة .

(٢) هذا التوضيح ذكره في الشرائع ، وتبعه على ذلك في التذكرة والمسالك وغيرها .

(٣) هذا القيد لم يتعرض له في الشرائع والتذكرة والمسالك . واشكاله ظاهر ، فإن القرض تمليك المال بعوض في الذمة مثله أو قيمته ، وهو من العناوين الإيقاعية لا يتحقق إلا بالقصد ، فكيف يكون دفع المال إلى العامل على أن يكون له تمام الربح قرضاً من دون قصد ؟ ! كما أشار إلى ذلك

فهو داخل في عنوان للبضاعة . وعليهما يستحق للعامل أجره المثل لعمله (١) . إلا أن يشترطاً عدمه ، أو يكون للعامل قاصداً للتبرع . ومع عدم الشرط وعدم قصد التبرع أيضاً له أن يطلب

الأردبيلي (قده) . واحتمل في الرياض : أن يكون مراد التذكرة والمسالك من كونه قرضاً أن ذلك حكم القرض ، لأنه قرض موضوعاً ، وكذلك قصدهما من كونه قرضاً في صورة اشتراط أن يكون الربح لهما . وهو كما ترى غير ظاهر . كما أنه احتمال صحة ما ذكرناه وعدم لزوم القصد في حصول القرض ، للمعتبرة المستفيضة ، التي منها الصحيح والموثق وغيرهما (١٥) من أنه من ضمن تاجراً فليس له إلا رأس ماله وليس له من الربح شيء ، لظهورها في أنه بمجرد تضمين المالك للمضارب ، يصير المال قرضاً ويخرج عن المضاربة وإن لم يتقدم عقد القرض ، وهو في معنى اشتراطه الربح للعامل ، فإن الأمرين من لوازم القرض . انتهى . وهو كما ترى ، إذ لو بني على الأخذ بهذه النصوص ، التي مرجعها إلى ما اشتهر عن أبي حنيفة من أن الخراج بالضمان ، فهو مختص بالتضمين ، وهو غير مورد كلام التذكرة والمسالك . ورجوع التضمين واشتراط الربح للعامل إلى ذلك ممنوع ، فإن التضمين لا يوجب خروج المال المضمون عن ملك المالك ودخوله في ملك الضامن .

(١) ظاهر عبارتي التذكرة والمسالك : أنه مع اشتراط كون الربح للمالك لا شيء للعامل ، ونسبه في الرياض أيضاً إلى ظاهر غيرهما من الأصحاب ، ثم قال : وهو حسن إن لم يكن هناك قرينة من عرف أو عادة

(١٥) يشير إلى رواية محمد بن قيس (٥) المروية بطريق فيها الصحيح والحسن والموثق . منه

قدس سره .

(٥) الوسائل باب : ٤ من أبواب كتاب المضاربة حديث : ١ .

الاجرة ، إلا أن يكون للظاهر منهما في مثله عدم أخذ الاجرة وإلا فعمل المسلم محترم (١) ما لم يقصد للتبرع .

بلزومه . وإلا فالمتجه لزومه . كما أنه استشكل عليهما في الحكم بأجرة المثل في صورة عدم اشتراط شيء للعامل ، وأنه لا دليل عليه ، والأصل العدم . ومزجه الى قيام احتمال التبرع ولا أجره معه . انتهى . وكان احتمال التبرع هو الوجه في ما استحسنته في الفرض السابق من عدم الاجرة ، وقد ذكره (قده) أنه إذا انتفى احتمال التبرع وجبت الاجرة ، بلا خلاف في الظاهر ، لئلا يلزم الضرر على العامل الناشئ من إغراء المالك له بتربيته الى العمل تحصيلاً لما بازائه من الاجرة . انتهى . والمتحصل من كلامه أمور : (الأول) : أنه لا ضمان لعامل العامل على المالك مع احتمال التبرع ، للأصل . وقد سبقه الى ذلك المحقق الاردبيلي . : (الثاني) : أنه إذا قامت قرينة من عرف أو عادة بلزوم الأجرة لزم . (الثالث) : أنه مع عدم احتمال التبرع تجب الاجرة ، لئلا يلزم الضرر . وبشكل الاول : بأن استيفاء عمل الغير موجب للضمان كاستيفاء ماله ، حتى مع احتمال التبرع ما لم يثبت التبرع ، وعلى ذلك استقرت طريقة العرف والعقلاء ، بلا رادع عنها ، كما أوضحنا ذلك في كتاب الاجارة وغيره من هذا الشرح ، ومع الشك في التبرع يبنى على أصالة عدمه عندهم ، لا على أصالة البراءة . وبشكل الأخير : بأن أدلة نفي الضرر لا تقتضي الضمان ، لأنها نافية لامثبة .

(١) استشكل في الجواهر على ما ذكرناه في التذكيرة والمساالك من عدم الاجرة إذا اشترط المالك أن يكون الربح له : بأن ذلك خلاف قاعدة احترام عمل المسلم ، وتبعه عليه المصنف ، وقد عرفت في كتاب الاجارة أن قاعدة الاحترام نفسها لا تصلح لاثبات الضمان على المالك ، نظير : قاعدة نفي الضرر ، وإنما تقتضي قاعدة الاحترام حرمة وعدم جواز استيفائه

ويشترط في المضاربة الإيجاب والقبول (١) .

جبراً أو كرهاً ، فالعمدة في وجه الضمان ما ذكرناه من أن استيفاء عمل العامل موجب لضمانه عند العرف والعقلاء من دون رادع عنه .

(١) دعوى الإجماع على كون المضاربة من العقود المحتاجة إلى الإيجاب والقبول صريحة وظاهرة في كلام جماعة ، وقد ذكرنا في بعض مباحث النكاح أن المعيار في كون المعنى الانشائي عقداً أو إيقاعاً ليس بملحوظ مفهومه ذاتاً بمعنى أن المفهوم العقدي يخالف المفهوم الإيقاعي ذاتاً ، ولا بالنظر إلى كونه قائماً بين شخصين أو شخص واحد ، بل المعيار كونه تحت ولاية شخص واحد أو شخصين ، فإن كان تحت ولاية شخص واحد فهو إيقاع ، وإن كان تحت ولاية شخصين فهو عقد . ولما كان مفاد المضاربة خروج حصة من الربح من ملك صاحب المال ، ودخولها في ملك العامل ، وكان الخروج عن الملك قهراً خلاف قاعدة السلطنة على المال ، كما أن الدخول في الملك قهراً خلاف قاعدة السلطنة على النفس ، تعين أن يكون ذلك تحت ولاية المالك والعامل معاً ، فيكون ذلك المفهوم عقداً ، محتاجاً إلى الإيجاب من أحدهما ، والقبول من الآخر ، وإذا فرض كون المالك والعامل سفيهين ووليها واحداً فالمضاربة حينئذ إيقاع يكتفى فيها بالإيجاب بلا قبول . كما أن الزوج والزوجة إذا كانا بالغين فالنكاح بينهما عقد يحتاج إلى الإيجاب والقبول ، فإذا اتفق أنهما رقان لملك واحد كفى في حصول النكاح بينهما إيجاب المالك بلا حاجة إلى القبول ، وكذا إذا عقد الجد لابن ابنه على بنت ابنه الآخر فإنه يكفي في حصول النكاح بينهما أن يقول : زوجت فلانة من فلان . بل الوكيل على التزويج من الطرفين كذلك . نعم إذا كان وكيلاً من أحدهما على الإيجاب ومن الآخر على القبول تعين الإيجاب والقبول معاً .

ويكفي فيها كل دال ، قولاً ، أو فعلاً (١) . والایجاب للقولی
 كأن یقول : ضاربتك علی كذا ، وما یفید هذا المعنی . فیکول :
 قبلت .

ویشترط فیها أيضاً - بعد البلوغ ، وللعقل ، والاختیار (٢)
 وعدم الحجر لفلس أو جنون (٣) - أمور :

(١) لما دل علی صحة المعاظة وكونها عقداً فعلياً لا قولياً ، والعقدية
 لا تتوقف علی الانشاء باللفظ ، بل تكون بالانشاء بالفعل أيضاً بلا فرق
 إلا فی بعض الاحكام المذكورة فی مبحث المعاظة ، التي قد لا تطرد هنا .
 وفي الرياض : « ومن لوازم جوازها وقوع العقد بكل لفظ يدل علیه ،
 وفي اشتراط وقوع قبوله لفظياً ، أو جوازه بالفعل أيضاً ، قولان ، قوی
 ثانيهما فی الروضة تبعاً للتذكرة ، ویظهر منها عدم الخلاف بیننا فيه ،
 وفي الاكتفاء فی طرف الايجاب بكل لفظ ، فان تم ، والا فالأولی خلافهما
 اقتصاراً فيما خالف الأصل علی المتیقن » ، وظاهره المفروغية عن عدم جواز
 الايجاب بالفعل . ولكنه غير ظاهر ، بل ممنوع . ومثله الأصل الذي ذكره ،
 فان العمومات كافية فی رفع الأصل والمنع من جريانه ، يتضح ذلك
 بملاحظة مباحث المعاظة .

(٢) هذه الامور شروط فی عموم تصرفات الانسان فی ماله ونفسه ،
 وبيان أدلة ذلك موكول الى كتاب الحجر ، وقد تعرض الفقهاء - قدس سرهم -
 لذلك فی الجملة فی كتاب البيع ، لأنه أول الكتب المتعلقة بالتصرفات
 الاعتبارية تحريراً ، وقل ما يتعرضون للذكر ذلك فی غيره .

(٣) ذكر الجنون مستدرك للاكتفاء بذكر اشتراط العقل سابقاً .
 وكان اللازم ذكر السفه بدله ، لما دل علی حجر السفه عن تصرفه فی
 ماله فلا تصح المضاربة إذا كان المالك سفياً ، كما لا تصح إذا كان العامل

الاول : أن يكون رأس المال عيناً (١) ، فلا تصح بالمنفعة ، ولا بالدين ، فلو كان له دين على أحد لم يجوز أن يجعله مضاربة إلا بعد قبضه . ولو أذن للعامل في قبضه ، لم يحدد للعقد بعد للقبض . نعم لو وكاه على القبض والايجاب من طرف المالك وللقبول منه ، بأن يكون موجباً قابلاً ، صح .

سفيهاً ، لعدم الفرق في حجر السفه بين أن يكون المال عيناً أو عملاً ، أما الفلاس فليس عدمه شرطاً في العامل ، وإنما هو شرط في المالك ، وإن كان ظاهر العبارة أنه شرط فيها معاً ، كالبلوغ والعقل . لكن سيأتي في المسألة الثالثة من مسائل الختام أن كلامه هنا مختص بالمالك .

(١) وفي الجواهر : دعوى الاجماع بقسميه عليه ، وفي التذكرة : « الأول أن يكون من النقدين دراهم ودنانير ، مضروبة منقوشة ، عند علمائنا » ، وفيها : « لا يجوز القراض على الديون ، ولا نعلم فيه خلافاً . قال ابن المنذر : أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم أنه لا يجوز أن يجعل الرجل ديناً له مضاربة . . . » ، وفي المسالك : « اشتراط ذلك في المال موضع وفاق ، نقله في التذكرة . وهو العمدة » ، وفي الرياض استدلل عليه بعد الاجماع : بأنه القدر المتيقن في الخروج عن أصالة عدم ترتب الأثر ، بل أصالة كون الربح للمالك . ولا مجال للتمسك بعموم الوفاء بالعقود في المقام لمنع الاصل المذكور ، لاختصاصه بالعقود اللازمة . كما لا مجال للتمسك باطلاقات المضاربة ، لعدم ورودها في مقام البيان من هذه الجهة ، فينبغي الاقتصار على المتيقن من النص والفتوى ، وهو خصوص النقدين . وفي الجواهر الاشكال على ذلك : بأنه يكفي في الصحة قوله تعالى : (إلا أن تكون تجارة عن تراض) ونحوه . وفيه : أن ذلك إنما يقتضي الصحة ، ولا يقتضي كونها مضاربة . ومن ذلك يظهر أنه لو سلم

جواز التمسك بعموم : (أوفوا بالعقود) (١٥) فانما يقتضي الصحة أيضاً ولا يقتضي كونها مضاربة ، وأما الاطلاقات المقامية فلا تجدي شيئاً ، إذ مقتضاها صحة المضاربة التي عند العرف ، ولم يثبت أن المعاملة على الدين والمنفعة مضاربة عند العرف ، والأصل عدم ترتب أحكام المضاربة عليها .

نعم إذا كان مراد الأصحاب من عدم الصحة في الدين والمنفعة عدم الصحة مطلقاً لا مضاربة ولا غيرها ، كان الاشكال عليهم في محله ، إذ الصحة تقتضي بعض العمومات . اللهم إلا أن يدعى اختصاص العمومات بالعقود المتعارفة ، فلا تقتضي صحة غيرها . لكنه محل منع ، إذ لا مقتضي لهذا التخصيص ، والأصل عدمه . اللهم إلا أن يقال : الأصل رجوع الربح إلى مالك الأصل ، فثبوته لغيره خلاف دليل صحة المعاملة على ماله ، فيكون الأصل بطلان العقد المذكور ما لم يقم عليه دليل بالخصوص . وفيه : أن المضاربة لما كانت من سنخ المعاوضة ، لأن الحصة من الربح في مقابل العمل ، فالمراد من دخول حصة الربح في ملك العامل أن ذلك بعد أن تدخل في ملك المالك ، عملاً بمقتضى المعاوضة ، ليكون ضمان عمل العامل بمال المالك في ظرف أنه مال المالك ، ولا بد أن يكون ذلك بعد الدخول في ملك المالك ، وهكذا ما كان من هذا القبيل . وأما الاجماع على اشتراط ذلك فالقدر المتيقن أنه شرط في المضاربة ، لا مطلقاً . ومن ذلك تعرف الاشكال فيما ذكره في الجواهر في شرح قول مائنه : « ولو دفع آلة الصيد كالشبكة بحصته ، فاصطاد ، كان الصيد للمصائد ، وعليه أجرة الآلة » ، قال في الجواهر : « لم يكن مضاربة قطعاً ، لانتهاء الشرط ، ولا شركة ، لعدم الامتزاج ، ولا اجارة ، لعدم معلومية الأجرة ، فليس هي إلا معاملة باطلة » . وحاصل الاشكال : أنه لا دليل على انحصار المعاملة الصحيحة

وكذا لو كان له على العامل دين لم يصح جعله قراضاً (١) .
إلا أن يوكله في تعيينه ثم إيقاع للعقد عليه بالإيجاب والقبول
بتولي الطرفين .

الثاني : أن يكون من للذهب أو للفضة المسكوكين
بسكة المعاملة ، بأن يكون درهماً أو ديناراً ، فلا تصح
بالفلوس ولا بالعروض ، بلا خلاف بينهم ، وإن لم يكن عليه
دليل سوى دعوى الاجماع (٢) . نعم تأمل فيه بعضهم (٣) . وهو
في محله ، لشمول العمومات ، إلا أن يتحقق الاجماع ، وليس

في أحد الأقسام ، وعموم : (أوفوا بالعقود) (١٠) ونحوه يقتضي عدم
الانحصار ، وحمله على المتعارف - لو سلم - لا يقتضي عدم شمول المورد ،
لأنه من المتعارف ، وحمله على ما تعارف عند الفقهاء غريب .

(١) في رواية السكوني عن أبي عبد الله (ع) : « قال أمير المؤمنين (ع) :
في رجل له على رجل مال فيتقاضاه ولا (فلا . خل) يكون عنده (ما يقتضيه . خل)
فيقول : هو عندك مضاربة . قال (ع) : لا يصلح حتى تقبضه منه » (٢٠) .
(٢) في الجواهر : دعوى الاجماع بقسميه عليه ، وقد تقدم في التذكرة

نسبته إلى علمائنا ، وقد اشتهرت دعوى الاجماع على ذلك في كلام جماعة كثيرة .
(٣) قال في الحقائق : « إن من لا يلتفت إلى دعوى مثل هذه

الاجماع ، لعدم ثبوت كونها دليلاً شرعياً فإنه لا منع عنده من الحكم
بالجواز في غير التقدين ، نظراً إلى عموم الأدلة على جوازه ، وتخصيصها
يحتاج إلى دليل شرعي ، وليس فليس » . أقول : قد عرفت أن مراد
الأصحاب إن كان عدم صحة المضاربة بغير الدينار والدرهم ، فهو في

(١٠) المائدة : ١ .

(٢٠) الوسائل باب : ٥ من كتاب المضاربة حديث : ١ .

ج ١٢ (اعتبار كون رأس المال من الفضة والذهب المسكوكين) - ٢٤٥ -

ببعيد ، فلا يترك الاحتياط . ولا بأس بكونه من المغشوش
للذي يعامل به (١) ، مثل للشاميات وللقمري ونحوها . نعم
لو كان مغشوشاً يجب كسره (٢)

محلّه ، للأصل بعد عدم ثبوت كون المعاملة حينئذ مضاربة عند العرف ،
ولا حاجة الى دعوى الاجماع في ذلك . وإن كان مرادهم عدم الصحة
أصلاً ولو لا بعنوان المضاربة ، فهو غير ظاهر ، ولم يثبت اجماعهم عليه ،
كما عرفت ذلك في اشتراط السابق .

(١) بعدما عرفت من أن الشرط أن يكون المال درهماً أو ديناراً
لا فرق بين كونها مغشوشين أولاً ، للاطلاق ، إذ الدرهم والدينار القطعة
من الفضة أو الذهب المسكوكة للمعاملة وإن كان فيها غش ، ولذا تجب
فيها الزكاة ، كما ذكر ذلك في الجواهر . نعم إذا كان الغش مانعاً من
صدق الذهب والفضة لغلبة الخليط لم تصح المضاربة ، لعدم كونها درهماً
أو ديناراً . ولذا يشكل الحكم في مثل القمريات والشاميات ، لعدم صدق
الفضة عليهما ، لغلبة الخليط . ومن ذلك يشكل ما ذكره المصنف بقوله :
« مثل الشاميات والقمري » فإن التعامل نفسه لا يكفي في صحة المضاربة
بهما ، لعدم صدق الذهب والفضة عليهما .

(٢) في خبر المفضل بن عمرو الجعفي قال : « كنت عند أبي عبد الله (ع)
فالتقي بين يديه دراهم ، فالتقي إلي درهماً منها . فقال : أيش هذا ؟ فقلت :
ستوق . فقال : وما الستوق ؟ فقلت : طبقتين فضة وطبقة من نحاس وطبقة
من فضة . فقال (ع) : اكسرها ، فإنه لا يحل بيع هذا ولا لإفناقه » (١٥)
لكن قال في الجواهر « الظاهر عدم وجوب الكسر وإن نص عليه في
الخبر السابق ، إلا اني لم أجده من أفتى به بل الفتوى وباقى النصوص على

- بأن كان قلباً - لم يصح (١) وإن كان له قيمة ، فهو مثل للفلوس . ولو قال للعامل : بع هذه السلعة وخذ ثمنها قراضاً لم يصح (٢) ، إلا أن يوكله في تجديد للعقد عليه بعد أن نض ثمنه .

لثالث : أن يكون معلوماً قدرأً ووصفاً (٣) ،

خلافه . ويشير بذلك إلى صحيح محمد بن مسلم : « قلت لأبي عبد الله (ع) : الرجل يعمل الدراهم يحمل عليها النحاس أو غيره ، ثم يبيعها . قال (ع) : إذا بين (الناس . خ) ذلك فلا بأس » (١٥) وقريب منه غيره .

(١) لخروجه عن الدرهم والدينار وإن كان خالصاً ، فضلاً عما إذا لم يكن ، لاختصاصهما بما كان مسكوكاً بسكة المعاملة ، فلا يشملان غيره . (٢) لفقد الشرط الأول . وكان الأنسب ذكر هذا الشرط فيما سبق .

(٣) على المشهور ، بل ظاهر التذكرة : أنه لاخلاف فيه بيننا ، وحكي عن الشيخ في الخلاف . ولكن عن المبسوط : أنه حكى عن بعض بطلان المضاربة بالجزاف ، وحكى عن بعض : الصحة ، ثم قال : « وهو الأقوى عندي » وعن المختلف : اختياره . لعموم أدلة الصحة ، من دون دليل واضح على المنع . وفي الشرائع : اشتراط أن يكون المال معلوم المقدار ، واستدل له في الجواهر بما دل على النهي عن الفرر (٢٥) ثم أجاب عنه

(١٥) الوسائل باب : ١٠ من أبواب الصرف حديث : ٢ .

(٢٥) روي ذلك بنحوين : أحدهما : ما دل على النهي عن الفرر بقول مطلق ، رواه في التذكرة

في المسألة : ٢ من الركن الثالث من الفصل الثاني من كتاب الاجارة . ويمكن استفادته من رواه

في الوسائل باب : ١٠ من أبواب عقد البيع وشروطه حديث : ٢ . وباب : ١٢ منها حديث : ١٣

والآخر : ما دل على النهي عن بيع الفرر ، وقد تقدمت الإشارة في صفحة : ٧ من هذا الجزء الى

روايته في الوسائل وكثر المال وصحيح الترمذي والموطأ . فراجع كما رواه في مستدرك الوسائل

باب : ٣١ من أبواب آداب التجارة حديث : ١

ولا تكفي المشاهدة (١) وإن زال به معظم الغرر .

بأن النهي عن الغرر مختص بالبيع ، ثم قال : « اللهم إلا أن يقال : بأن في بعض النصوص النهي عن الغرر ، فيشمل المقام ، بل لو سلم تحقق إطلاق في المضاربة يشمل محل الفرض كان التعارض من وجه ، والترجيح للأول بفتوى المشهور بذلك » . والاشكال عليه ظاهر ، فإن النص لم يثبت بنحو يعتمد عليه . ولو سلم فلا يمكن الأخذ بظاهره ، لكثرة التخصيص . ولو سلم فالفتوى لا تصلح للترجيح . نعم يكون ترجحه لأنه لو لم يؤخذ به في مقابل عموم الصحة لم يبق له مورد ، للمعارضة دائماً بينها . وكأنه لذلك قال بعد ذلك : « والتحقق إن لم يكن إجماع عدم قدح الجهالة التي تؤول الى العلم ، نحو أن يقع العقد على مافي الكيس ، لإطلاق الأدلة أو عمومها . نعم بناء على عدم عموم أو إطلاق فلا ريب أن الأصل الفساد . أما الجهالة التي لا تؤول الى العلم فالظاهر عدم جوازها ، لعدم إمكان تحقق الربح معها ، وهو روح هذه المعاملة . فتأمل جيداً » . لكن ما ذكر من أن الربح روح المعاملة المذكورة مسلم ، لكن يمكن الرجوع في تعيين مقداره الى القرعة ، ولو بأن يجعل ذلك شرطاً فيها ، أو الى حكم الحاكم مع التنازع أو غير ذلك ، ولا يقتضي البطلان . ولو أنه استدل على بطلان المضاربة بقصور الإطلاق عن إثبات الصحة ، فالمرجع الاصل ، المقتضي للبطلان ، كان متيناً .

(١) حكى في جامع المقاصد عن الشيخ في المبسوط الاكتفاء بالمشاهدة في جواز المضاربة وصحتها ، لزوال معظم الغرر . لكن زوال المعظم لا يجدي مع بقاء الغرر بناء على النهي عنه ، ولا حاجة إليها بناء على عدم النهي عنه ، فالتفصيل غير ظاهر .

الرابع : أن يكون معيناً (١) ، فلو أحضر مالين وقال : قارضتك بأحدهما ، أو بأيهما شئت ، لم ينعقد إلا أن يعين ثم يوقعان للعقد عليه . نعم لا فرق بين أن يكون مشاعاً أو مفروزاً (٢) بعد للعلم بمقداره ووصفه (٣) ، فلو كان المال مشتركاً بين شخصين ، فقال أحدهما للعامل : قارضتك بحصتي في هذا المال ، صح مع العلم بحصته من ثلث أو ربع . وكذا لو كان للمالك مائة دينار مثلاً ، فقال : قارضتك بنصف هذا المال ، صح .

الخامس : أن يكون للربح مشاعاً بينهما ، فلو جعل لأحدهما مقدراً معيناً والبقية للآخر ، أو للبقية مشتركة بينهما لم يصح (٤) .

(١) وعليه الاجماع ، فان المبهم المردد لا وجود له في الخارج ، فلا يكون موضوعاً للاحكام .

(٢) بلا خلاف ولا اشكال عندنا ، كما في الجواهر . ويقتضيه اطلاق أدلة الصحة مع صدق المضاربة عرفاً معه . نعم لو فرض الشك في الصدق لاحتمال اعتبار الافراز في صدق المفهوم عرفاً فالاطلاق لا مجال للتمسك به ، بل المرجع أصالة عدم الأثر . هذا بالنسبة الى أثر المضاربة ، أما بالنسبة الى أثر العقد فلا مانع من البناء عليه ، عملاً بالعموم الدال على صحة العقود فحينئذ يكون نفي الشرطية مستنداً الى الاجماع لا غير .

(٣) بناء على ما تقدم من اشتراط العلم بالمقدار .

(٤) قال في الحقائق : « الظاهر أنه لاخلاف بينهم في أنه يشترط في الربح الشباع ، بمعنى أنه يشترط أن يكون كل جزء جزء منه مشتركاً ،

السادس : تعيين حصة كل منهما (١) من نصف أو ثلث

لأنه مقتضى المضاربة ، كما تنادي به الاخبار المتقدمة في حكمها : بأن الربح بينهما . يعني : كل جزء جزء منه ، وما لم يكن مشتركاً فإنه خارج عن مقتضاها ، فهذا الشرط داخل في مفهوم المضاربة ، ويظهر من كلمات غيره الاجماع على الحكم المذكور . وفي الشرائع : علله بعدم الوثوق بمحصل الزيادة ، فلا تتحقق الشركة . انتهى . وإشكاله ظاهر بعدم اطراده في صورة الوثوق بمحصل الزيادة . وأما في الحدائق فمبني على ظهور النصوص في كون الربح بينهما على وجه الاشتراك على الاشاعة ، لا بمجرد الاشتراك ، وإلا فهو حاصل في الصورة المذكورة أيضاً ، وعلى الأول فالشرط المذكور يكون منافياً لمفهوم العقد كما اختاره طاب ثراه ، لا منافياً لحكمه ، إذ من البعيد جداً أن يكون حكماً لها مع عموم مفهومها ، فيكون الحكم على خلاف المفهوم . فإذا ما ذكره هو ظاهر النصوص ، لا ما يتخيل من أن ظاهر النصوص بيان حكمها لمفهومها . فلاحظ .

(١) بلا خلاف ، كما في التذكرة ، بل ظاهر أنه لاخلاف فيه بين المسلمين ، وقد ذكره الأصحاب شرطاً للمضاربة على نحو ذكر المسلمات ، من دون تعرض منهم لنقل خلاف أو إشكال فكأنه لاخلاف فيه بيننا . والمراد به إن كان تعيين الحصة في مقابل ترديدها ، بأن تكون معينة لامرددة فدليله واضح ، إذ المردد لا يقبل الملك ، كما لا يقبل غيره من الاحكام ، وإن كان المراد تعيينها عندهما بمعنى كونها معلومة المقدار عندهما ، في مقابل الخهولة . كما هو ظاهر كلامهم . فلا تصح المضاربة إذا قال للعامل : ولك مثل ما شرط فلان ، فدلياه غير ظاهر ، لما عرفت في الشرط الثاني من عدم الدليل على مانعية الفرر على نحو الكاية . اللهم إلا أن يحصل الشك حينئذ في صدق المضاربة عرفاً ، فلا يمكن الرجوع إلى إطلاق

أو نحو ذلك ، إلا أن يكون هناك متعارف ينصرف إليه (١) الاطلاق .

السابع : أن يكون للربح بين المالك وللعامل ، فلو شرطاً جزء منه لأجنبي عنها ، لم يصح (٢) . إلا أن يشترط عليه عمل متعلق بالتجارة (٣) . نعم ذكروا أنه لو اشترط كون جزء من الربح لغلام أحدهما صح ، ولا بأس به خصوصاً على القول بأن للعبد لا يملك ، لأنه يرجع إلى مولاه ، وعلى القول الآخر يشكل . إلا أنه لما كان مقتضى القاعدة صحة للشرط حتى للأجنبي (٤) ، وللقدر المتيقن من عدم الجواز ما إذا لم يكن غلاماً لأحدهما ، فالأقوى الصحة مطلقاً . بل لا يبعد

أدلة أحكامها بل يرجع الى أصالة عدم ترتب الأثر . لكن لا مانع من صحة المعاملة مع الجهل لا بعنوان المضاربة .

(١) فيكون الانصراف موجباً للعلم بالمقدار .

(٢) لظهور النصوص في كون الربح بينهما لا غير ، فلا تكون مضاربة إذا كان بينهما وبين غيرها . مضافاً إلى الأصل الذي عرفته بناء على الشك في صدق المضاربة عرفاً حينئذ .

(٣) فيكون الأجنبي عاملاً آخر ، فتكون المضاربة بين المالك وعاملين أو يكون من قبيل الحمال ونحوه إذا لم يكن عمله التجارة ، فيكون أحد مصارف الربح فيكون من قبيل مؤنة التجارة التي تستثنى من الربح المشترك . (٤) كأن المراد من القاعدة عمومات صحة العقود والتجارة ونحوها .

لكنها مخصصة بما دل على اعتبار اختصاص الربح بالمالك والعامل في المضاربة فلا مجال للعمل بها في المقام . نعم يتم ما ذكره لو كان الفرض

للقول به في الأجني أيضاً وإن لم يكن عاملاً ، لعموم الأدلة .
 للثامن : ذكر بعضهم أنه يشترط أن يكون رأس المال
 بيد للعامل (١) ، فلو اشترط المالك أن يكون بيده لم يصح .
 لكن لا دليل عليه (٢) ، فلا مانع أن يتصدى للعامل للمعاملة

صحة المعاملة في نفسها ، لا بعنوان المضاربة . لكنه خارج عن محل الكلام
 مع أنك قد عرفت الاشكال في ذلك في الشرط الاول . ومن ذلك
 يظهر الاشكال في قوله (ره) : « فالأقوى الصحة » وقوله : « بل لا يبعد
 القول . . . » وبالجمل : إن كان الكلام في منع ذلك من المضاربة فالمنع
 مقتضى النصوص القائلة الربح بينهما ، ولا مجال للعمل بما دل على صحة
 المضاربة بعد تخصيصه بهذه النصوص . ولا فرق بين هذا الشرط وغيره
 مما سبق . وكان على المصنف التعرض فيما سبق أيضاً لذلك ، وإن الدليل
 الدال على الشرطية إنما يقتضي بطلان المضاربة بفقد الشرط ، لا بطلان
 المعاملة بلا عنوان المضاربة . وإن كان الكلام في منع ذلك من صحة
 المعاملة لا بعنوان المضاربة ، فالمنع خلاف عموم الأدلة . فلاحظ .

(١) قال العلامة في القواعد : « الرابع (يعنى : من شروط رأس
 المال) : أن يكون مسلماً في يد العامل ، فلو شرط المالك أن تكون يده
 عليه لم يصح ، أما لو شرط أن يكون مشاركاً في اليد أو يراجعه في
 التصرف أو يراجع مشرفه فالأقرب الجواز » .

(٢) علله في جامع المقاصد : بأن ذلك خلاف وضع المضاربة ،
 ثم قال : إنه موضع تأمل ، لأنه إن أريد بوضع المضاربة مقتضى العقد
 فلا نسلم أن العقد يقتضي ذلك . . . إلى أن قال : وإن أريد بالوضع أن
 الغالب في العادات ذلك لم يقدح ذلك في جواز المخالفة . . . الخ .
 وفيه : أن الشك في اعتباره عرفاً في مفهوم المضاربة كاف في اعتباره ،

مع كون المال بيد المالك ، كما عن التذكرة (١) .
 للتاسع : أن يكون الاسترباح بالتجارة ، وأما إذا كان
 بغيرها - كأن يدفع إليه ليصرفه في الزراعة ، مثلاً ويكون
 للربح بينهما - يشكل صحته (٢) . إذ للقدر المعلوم من الأدلة
 لما عرفت من أصالة عدم ترتب الأثر ، ولا عموم يقتضي صحته مضاربة
 والاطلاقات المقامية لا مجال لها مع الشك في الموضوع العرفي ، كما سبق
 في نظيره .

(١) قال فيها : « الأقرب عندي أنه لا يشترط في القراض أن يكون
 رأس المال مساماً إلى العامل بحيث يستقل ياء عليه ، وينفرد بالتصرف
 فيه عن المالك وغيره ، فلو شرط المالك أن يكون الكيس في يده يوفي
 الثمن منه إذا اشترى العامل شيئاً ، أو شرط أن يراجع العامل في التصرف
 أو يراجع مشرفاً نصبه ، جاز ذلك ، ولم يجوز للعامل التجاوز ، وكان
 القراض صحيحاً ، لأنه شرط سائغ لا يخالف الكتاب والسنة ... » . ثم
 حكى عن الشافعية : أنه يشترط في القراض أن يكون رأس المال مسلماً إلى
 العامل ، ويستقل باليد عليه والتصرف فيه ، ثم قال : « وقد وافقنا بغض
 الشافعية على ما قلناه » . والتحقيق ما عرفت من انتفاء المضاربة مع عدم
 استقلال العامل بالمال ، لعدم ثبوتها عرفاً حينئذ ، وصحة معاملة أخرى
 بمقتضى العمومات .

(٢) في التذكرة : « شرطه (يعني : العمل في المضاربة) أن يكون
 تجارة ، فلا يصح على الاعمال ، كالطبخ ، والخبز ، وغيرهما من الصنائع
 لأن هذه أعمال مضبوطة يمكن الاستيجار عليها ، فاستغني بها عن القراض
 فيها ، وإنما يسوغ القراض فيما لا يجوز الاستيجار عليه وهو التجارة ، التي
 لا يمكن ضبطها ولا معرفة قدر العمل فيها ، ولا قدر العوض ، والحاجة

هو للتجارة . ولو فرض صحة غيرها للعمومات - كما لا يبعد (١) لا يكون داخلاً في عنوان المضاربة .

للعاشر : أن لا يكون رأس المال بمقدار يعجز للعامل عن التجارة به ، مع اشتراط المباشرة من دون الاستعانة بالغير أو كان عاجزاً حتى مع الاستعانة بالغير ، وإلا فلا يصح (٢) ، لاشتراط كون العامل قادراً على العمل . كما أن الأمر كذلك في الاجارة للعمل ، فانه إذا كان عاجزاً تكون باطلة (٣)

داعية اليها ، ولا يمكن الاستيجار عليها ، فللضرورة مع جهالة العوضين شرع عقد المضاربة « والعمدة ما أشرنا إليه فيما مضى من الشك في تحقق المضاربة عرفاً في مثل ذلك الموجب للرجوع إلى أصالة عدم ترتب الأثر . (١) كما عرفت في نظيره من الشروط فيما سبق . وكان المناسب للمصنف أن يتعرض لذلك في الموارد السابقة أيضاً .

(٢) هذا الشرط لم يذكره في الشرائع وغيرها على النحو المذكور هنا ، فقد قال في الشرايع : « وإذا أخذ من مال القراض ما يعجز عنه ضمن » ونحو ذلك ذكر في القواعد ، وفي المسالك : « وحيث يثبت الضمان لا يبطل العقد به ، إذ لا منافاة بين الضمان وصحة العقد » ، وفي الحقائق بعد ما حكى عنهم أنه لا منافاة بين الضمان وصحة العقد قال : « ويدل عليه ما تقدم في تلك الأخبار ، وعليه اتفاق الأصحاب ، من أنه مع المخالفة لما شرطه المالك فانه يضمن والربح بينهما » لكن في الجواهر : « لعل المتجه الفساد لمعلومية اعتبار قدرة العامل على العمل في الصحة ، نحو ما ذكره في الاجارة ، ضرورة لغوية التعاقد مع العاجز » وتبعه عليه المصنف وغيره ، وهو في محله .

(٣) إذا كان الموجب للبطلان العجز ، فالعجز كان عن المجموع ،

وحينئذ فيكون تمام الربح للمالك (١) وللعامل أجره عمله مع جهله بالبطلان (٢) ،

فيوجب بطلان المجموع ، لا بطلان كل جزء جزء ، لعدم العجز عن ذلك ،
وحينئذ تصح في المفسدور وتبطل في الزائد ، ويكون من قبيل تبعض
الصفقة .

(١) هذا متفرع على بطلان المضاربة كلية ، أما إذا كانت صحيحة
في المقدور باطلة في غيره . فالمقدار المتجر به الذي حصل به الربح مقدور
فيكون الربح بين المالك والعامل ، ولا يستحق العامل عليه أجره المثل من
المالك . وبالجمله : المقدار الذي انجر به مقدور ، فتصح فيه المضاربة
وبكون الربح بينهما على حسب ما شرط في إيقاعها ، والمقدار الذي عجز
عن العمل به لا عمل فيه ، ولا ربح فلا يستحق العامل فيه شيئاً ،
لانتفاء السبب .

(٢) أما مع علمه بالبطلان فلا يستحق الاجرة ، لأنه أقدم على بذل
عمله مجاناً ، فيكون متبرعاً ، ولا يستحق الاجرة ، وقد وافق في ذلك
جماعة من الأعاضم ، ومنهم المحقق الثاني في جامع المقاصد والشهيد الثاني
في المسالك ، حيث ذكروا أن ضمان المال المقبوض بالعقد الفاسد يختص
بصورة جهل الدافع وضمن المنافع المستوفاة بالعقد الفاسد يختص ايضاً
بصورة جهل العامل ، أما إذا كان الدافع للمال والعامل عالماً بالحال فقد
أقدم الدافع للمال على هتك حرمة ماله ، وكذلك العامل يكون متبرعاً
بعمله ، فلا يستحقان عوضاً . وقد أطال المصنف (ره) في بيان ذلك
في كتاب الاجارة . وفيه : أنه غير ظاهر ، كما أشرنا إلى ذلك هناك ،
وأنه لما كان التشريع في السبب فدفع المال والعمل يكون بقصد العوض
لا بقصد التبرع . فراجع مباحث الاجارة .

ج ١٢ (اذا بطلت المضاربة لعدم القدرة على التجارة بتناع المال) -- ٢٥٥ --

ويكون ضامناً لتلف المال (١) ، إلا مع علم المالك بالحال .
وهل يضمن حينئذ جميعه (٢) ، لعدم للتمييز مع عدم الاذن
في أخذه على هذا للوجه ، أو للقدر للزائد ، لأن للعجز إنما
يكون بسببه ، فيختص به ، أو الأول إذا أخذ الجميع دفعة

(١) كما في الشرائع ، وكذلك في جامع المقاصد والمسالك شرط جهل
المالك لا مع علمه ، لما سبق . والوجه في الضمان - على ما ذكره الجماعة -
أن وضع العامل يده على المال لم يكن باذن من مالكة ، لأن الاذن كان
بعنوان المضاربة وهو مفقود ، فاخذ العامل للمال ووضع يده عليه كان
بلا إذن من مالكة ، فيكون موجباً للضمان . قال في جامع المقاصد :
« لأن تسليم المال إليه إنما هو ليعمل فيه ، فاذا كان عاجزاً عن العمل
كان وضع يده على خلاف الوجه المأذون فيه ، فكان ضامناً » ، ونحوه
عبارة المسالك . هذا ولكن الضمان في المقام مخالف لقاعدة : (ما لا يضمن
بصحيحه لا يضمن بفاسده) ، فان مال المضاربة غير مضمون على العامل
في المضاربة الصحيحة فلا يكون مضموناً عليه في الباطلة . ويدل على
القاعدة المذكورة ما دل على عدم ضمان المؤتمن ، مثل صحيح الحلبي عن
أبي عبد الله (ع) : « صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمن ، وقال (ع) :
ليس على مستعير عارية ضمان . وصاحب العارية والوديعة مؤتمن » (١٥)
ونحوه غيره . فراجع وقد اختار المصنف في كتاب الاجارة أن الاقوى
عدم ضمان العين المستأجرة في الاجارة الفاسدة . والفرق بينه وبين المقام
غير ظاهر . فراجع ما ذكرناه في شرح ذلك الباب ، وما ذكرناه في
دليل القاعدة من كتابنا (نهج الفقاهة) ، وتأمل . والله سبحانه ولي السداد .
(٢) قال في المسالك : « وهل يكون ضامناً للجميع ، أو القدر

والثاني إذا أخذ أولاً بقدر مقدوره ثم أخذ الزائد ولم يمزجه مع ما أخذه أولاً (١) ؟ أقواها الأخير . (ودعوى) (٢) : أنه بعد أخذ الزايد يكون يده على الجميع ، وهو عاجز عن المجموع من حيث المجموع ، ولا ترجيح الآن لأحد أجزائه إذ لو ترك الأول وأخذ للزيادة لا يكون عاجزاً (كما ترى) إذ الأول وقع صحيحاً ، وللبطلان مستند إلى الثاني وبسببه (٣) ،

الزائد على مقدوره ؟ قولان . من عدم التمييز ، والنهي عن أخذه على هذا الوجه . ومن أن التقصير بسبب الزائد ، فيختص به . والأول أقوى . أقول : كل جزء من المال إذا لوحظ منفرداً فهو مقدور العمل به ، وإذا لوحظ منضمّاً فهو غير مقدور العمل به ، ولما كان وضع اليد عليه في حال الانضمام ، لا في حال الانفرد فهو غير مقدور العمل به ، فلا يكون مأذوناً في قبضه ، فيكون مضموناً بنساء على ما عرفت من اقتضاء اليد الضمان . ومن ذلك تعرف ضعف الوجه الثاني فإن الزائد لو كان مقبوضاً منفرداً كان مقدوراً ، لكن المفروض كونه مقبوضاً منضمّاً ، فلا يكون مقدوراً .

(١) قال في المسالك : « وربما قيل انه إن أخذ الجميع دفعة فالحكم كأول ، وإن أخذ مقدوره ثم أخذ الزائد ولم يمزجه به ضمن الزائد خاصة » .

(٣) هذه الدعوى ذكرها في المسالك بعنوان الاشكال على هذا التفصيل .

(٤) هذا يتم لو كان أخذ الأول بعقد يختص به ، والثاني بعقد آخر

يختص به ، أما إذا كان الأخذ الثاني بعقد موضوعه مجموع الأول والثاني ، فيكون موضوع العقد غير مقدور ، فيكون العقد باطلاً ، فالأخوذ به أولاً

والمفروض عدم المزج . هذا ولكن ذكر بعضهم (١) أن مع العجز
المعاملة صحيحة ، فالربح مشترك ، ومع ذلك يكون العامل
ضامناً مع جهل المالك . ولا وجه له ، لما ذكرنا مع أنه إذا
كانت المعاملة صحيحة لم يكن وجه للضمان (٢) . ثم اذا تجدد
للعجز في الأثناء وجب عليه رد الزائد (٣) ،

كلما أخذ به ثانياً ، كلاهما مأخوذ بعقد باطل ، فيكون كل منهما مضموناً .
ولا فرق بينهما .

(١) تقدم ذلك عن المسالك . وفي الحدائق : « قالوا وحيث ثبت
الضمان لا يبطل العقد ، إذ لا منافاة بين الضمان وصحة العقد . أقول :
ويدل عليه ما تقدم في تلك الأخبار . وعليه اتفاق الاصحاب . من أنه
مع المخالفة لما شرطه المالك فانه يضمن ، والربح بينهما » .
(٢) لأن العامل أمين عندهم ، والأمين لا يضمن . وأما ما ذكره
في الحدائق فضعيف ، لخروج المورد عن عموم النصوص الدالة على أن
العامل إذا خالف ما شرط عليه فهو ضامن والربح بينهما ، الآتية في المسألة
الخامسة . فلاحظ .

(٣) قال في المسالك : « ولو كان قادراً فتجدد العجز وجب عليه
رد الزائد عن مقدوره ، لوجوب حفظه ، وهو عاجز عنه ، وإمكان
التخلص منه بالفسخ ، فلو لم يفسخ ضمن وبقي العقد كما هو » . ولا يخلو
مراده من غموض ، فانه لم يكن عاجزاً عن الحفظ ، وإنما كان عاجزاً عن
العمل الموجب للانفساخ ، بلا حاجة إلى الفسخ . ولذلك يجب أن يقال :
انه إذا تجدد العجز جرى عليه حكم ما لو كان العجز من أول الأمر ، فاذا
بنينا على البطلان في الجميع كان هنا كذلك . ولا فرق بين أن يكون قد
عمل في بعض المال وأن لا يكون قد عمل ، لأن العمل ببعض المال لا يوجب

وإلا ضمن (١) .

(مسألة ١) : لو كان له مال موجود في يد غيره ، أمانة أو غيرها ، فضاربه عليها صح (٢) ، وإن كان في يده غصباً (٣) ، أو غيره مما يكون لليد فيه يد ضمان فالأقوى أنه يرتفع للضمان بذلك (٤) ، لانقلاب اليد حينئذ فينقلب الحكم .

اختصاص العجز بغيره لا مكان رفع اليد عما عمل به ، والاشتغال بالعمل في غيره ، وحينئذ لا معين فيكون الحكم كما لو لم يعمل بالمال أصلاً .

(١) إذا بنينا على الضمان في المضاربة فقد ثبت هنا بمجرد الفسخ . ولا يتوقف على عدم الرد ، نعم الاثم في ترك الرد يتوقف على عدم الرد حيث يمكن الرد ولم يحصل . اللهم إلا أن يقال : لا شمول لعموم على اليد لمثل المقام مما كان الأخذ حدوثاً باذن المالك .

(٢) نص في التذكرة على صحة المضاربة في مال الوديعة والعارية . ويظهر منه إجماع المسلمين عليه . ويقتضيه الإطلاق المقامي بعد عدم الفرق عرفاً بين كون المال المضارب عليه في يد المالك وفي يد غيره ، أميناً كان ، أو مستعيراً ، أو غيرها . وكان على التذكرة التعرض لغير الوديعة والعارية أيضاً .

(٣) قال في الشرائع : « ولو كان له في يد غاصب مال فقارضه عليه صح ، ولم يبطل الضمان » . كما نص على صحة المضاربة في الفرض في التذكرة ، ونسبه إلينا وإلى أحد وجهي الشافعية ، ويظهر منه اتفاقنا عليه . وفي الحقائق : والظاهر أن الحكم اتفقي عند الأصحاب ، إذ لم أقف على نقل خلاف في المسألة .

(٤) كما استوجهه في التذكرة ، وحكاه عن أبي حنيفة ومالك ، لأنه ماسك له باذن صاحبه . وكأنه إليه أشار المصنف (ره) بقوله :

ودعوى : أن للضمان مغني بالتأدية . ولم تحصل (١) كما ترى (٢)

« لانقلاب اليد » يعني : كانت اليد غاصبة فصارت غير غاصبة . لكنه لا يجدي في نفي الضمان إلا أن يثبت أمران : الاذن في القبض ، وأن المأذون لا يضمن .

(١) قال في المسالك : « وان وجه بقاء الضمان أنه كان حاصلاً قبل ولم يحصل ما يزيله ، لأن عقد القراض لا يلزمه عدم الضمان ، فانه قد يجامعه بأن يتعدى فلا ينافيه . ولقونه (ص) : (على اليد ما أخذت حتى تؤدي) (١٥) وحتى لانتهاه الغاية ، فيبقى الضمان إلى الاداء ، إما على المالك أو على من أذن له ، والدفع إلى البائع مأذون فيه ، فيكون من جملة الغاية . ومحصله الرجوع إلى استصحاب الضمان تارة ، وإلى عموم « على اليد . . . » أخرى من دون مخصص .

(٢) كأنه يريد أن الغاية تحصل بالاذن في البقاء كما تحصل بالاذن بالدفع إلى الغير . لكنه غير ظاهر ، لأن الاذن بالدفع إلى غيره . يجعل غيره كوكيل عنه في القبض ، فيكون الدفع إلى الغير دفعاً إلى نفسه ، أما الاذن في الابقاء فلا يس فيه شيء من الغاية ، فكيف يكون غايه للضمان ؟ ! هذا مع أن في المسالك منع من حصول الاذن في الابقاء من مجرد العقد ، قال : « وأما اقتضاء العقد الاذن في القبض فضعفه ظاهر ، لأن مجرد العقد لا يقتضي ذلك ، وإنما يحصل الاذن بأمر آخر ، ولو حصل سلمنا زوال الضمان . كيف والعلامة قد صرح في التذكرة : بأن كون المال في يد العامل ليس بشرط في صحة القراض » . ومن ذلك تعرف أن الكلام في المقام يكون في أمور (الأول) : أنه هل يحصل

(١٥) كنز العمال الجزء : ٥ صفحة : ٢٥٧ ، مستدرک الوسائل باب : ١ من كتاب الودعية

حديث : ١٢ وباب : ١ من كتاب الغصب حديث : ٤ .

ولكن ذكر جماعة بقاء الضمان (١) إلا إذا اشترى به شيئاً ودفعه إلى البائع ، فإنه يرتفع الضمان (٢) به ، لأنه قد قضى دينه بأذنه (٣) ، وذكروا نحو ذلك في للرهن أيضاً ، وأن

الاذن في القبض من مجرد العقد أولاً ؟ وقد منع في المسالك من ذلك ، لأن عقد المضاربة أعم . وكان على المصنف موافقته ، لما سبق في الشرط الثامن ، وكذلك كان على العلامة في التذكرة . (الثاني) : أنه على تقدير حصول الاذن في القبض هل يرتفع الضمان ويحصل الأداء الذي جعل غاية للضمان في حديث : « على اليد . . . » أولاً ؟ الذي اختاره في المسالك الأول وحكى منعه عن بعض ، قال : « وربما قيل بعدم زوال الضمان وإن أذن له في قبضه بعد ذلك ، لما تقدم من الأدلة . ويضعف : بأنه حينئذ وكيل محض » . وقد عرفت أن الاذن في بقاء المال عند أخذه لا يكون موجباً لحصول غاية الضمان ، ولا يكون المأذون كالوكيل في القبض ، إذ لا دفع هنا ولا أداء بخلاف الوكيل . نعم يرتفع الضمان بمقتضى الأدلة الخاصة بالدالة على أن المأذون في القبض أمين ولا يضمن الأمين ، فبطلان الضمان للأدلة الخاصة ، لا لحصول الغاية . وهذا هو الأمر الثالث الذي ينبغي التنبيه عليه . وهذه الأدلة مانعة من الاستصحاب ومخصصة لعموم : « على اليد . . . » . ومن ذلك يظهر أن ارتفاع الضمان بالاذن بدفعه ثمناً بملاك حصول الغاية وارتفاعه بالاذن بالقبض بملاك آخر .

(١) كما تقدم في الشرائع ، وفي الحدائق : أنه المشهور .

(٢) إجماعاً في المسالك .

(٣) كأنه يشير إلى أن الأداء المجهول غاية للضمان يراد منه أن يكون

المال تحت سلطانه الخارجي أو الاعتباري ، كما إذا أذن في دفعه ثمناً أو

للعين إذا كانت في يد للغاصب فجعله رهناً عنده أنها تبقى على الضمان والأقوى ما ذكرنا في المقامين ، لما ذكرنا (١) .

(مسألة ٢) : المضاربة جائزة من الطرفين (٢) يجوز لكل منهما فسخها ، سواء كان قبل للشروع في العمل أو بعده قبل حصول الربح أو بعده ، نض المال أو كان به عروض ، مطلقاً كانت أو مع اشتراط الأجل (٣) وإن كان قبل انقضائه . نعم لو اشترط فيها عدم الفسخ إلى زمان كذا يمكن أن يقال بعدم جواز فسخها قبله ، بل هو الأقوى ، لوجوب الوفاء بالشرط . ولكن عن المشهور بطلان الشرط المذكور (٤) ،

دفعه وفاء عما في ذمته ، فان هذا الأداء لما كان باذنه كان تحت سلطانه ؛ (١) قد عرفت أنه لا يتم إلا بناء على اعتبار القبض في صحة الرهن وفي صحة المضاربة .

(٢) بلا خلاف ، كما في المسالك ، وفي الجواهر : « الإجماع بقسميه عليه ، وهو الحجة في الخروج عن قاعدة لزوم » .

(٣) فإنه يصح الفسخ قبل الأجل بلا خلاف أجده فيه ، للأصل وغيره . كذا في الجواهر . وكون الأصل مقتضياً للجواز حينئذ غير ظاهر سواء كان الأصل العملي : إذ الأصل عدم ترتب الأثر على الفسخ ، أم عموم ما دل على الجواز ، لما تقدم من عدم العموم اللفظي ، والدليل منحصر بالإجماع ، والاقتصار على المتيقن في المخصص اللبي لازم ، ويتعين الرجوع إلى عموم اللزوم . فالدليل حينئذ عموم الإجماع على الجواز ، لا الأصل .

(٤) قال في الشرائع بعد ما ذكر : أن عقد المضاربة جائز من

الطرفين » ولو اشترط فيه الأجل لم يلزم . لكن لو قال : إن مرت بك سنة مثلاً فلا تشتري بعدها وبع ، صح ، لأن ذلك من مقتضى العقد . وليس كذلك لو قال : « على أن لا أملك فيها منعك ، لأن ذلك مناف لمقتضى العقد » وفي القواعد : « ولو شرط توقيت المضاربة لم يلزم الشرط والعقد صحيح لكن ليس للعامل التصرف بعده » . وقال قبل ذلك : « ولو شرط ما ينافيه فالوجه بطلان العقد ، مثل أن يشترط ضمان المال ، أو سهماً من الخسران أو لزوم المضاربة . . . » . وفي جامع المقاصد : أن هذه شروط باطلة ، لمنافاتها مقتضى العقد شرعاً ، فيبطل العقد بها ، لأن التراضي المعتبر فيه لم يقع إلا على وجه فاسد ، فيكون باطلاً انتهى . ومن ذلك تعرف أن الشرط المنافي لمقتضى العقد عندهم هو شرط لزوم المضاربة وعدم ملك الفسخ ، لا مجرد شرط عدم الفسخ ، الراجع إلى شرط الأجل في عبارة الشرائع والتوقيت في عبارة القواعد ، فإنه عندهم لا يلزم ولا يجب الوفاء به ، لا أنه مناف لمقتضى العقد ، ولا أنه مبطل للعقد . وعليه فنسبة بطلان شرط عدم الفسخ وإبطاله العقد لأنه مناف لمقتضى العقد إلى المشهور في كلام المصنف ليس مما ينبغي ، وإنما هو في شرط لزوم المضاربة وعدم ملك الفسخ . وكيف كان فاشتراط عدم الفسخ إلى أجل بعينه في عقد المضاربة ليس منافياً لمقتضى العقد ، ولا يلزمونه ، ولا للكتاب والسنة ، فإن بطل فلوجه آخر غير ما ذكر . وسيأتي التعرض لوجهه في كلام المصنف .

ثم إن المصنف ذكر شرط الأجل وذكر أنه باطل لا يترتب عليه أثر فيجوز معه الفسخ ، كما ذكر الأصحاب ، وذكر شرط عدم الفسخ مقابلاً له وذكر فيه ما ذكر ، مع أنه لا يظهر الفرق بينهما ، إذ لا معنى لشرط التأجيل إلا ذلك ، ولذا لم يذكره الأصحاب في مقابل شرط

بل للعقد أيضاً (١) ، لأنه مناف لمقتضى العقد . وفيه : منع ،

التأجيل وإنما ذكروا شرط أن لا يملك الفسخ . ولعل مراد المصنف منه ذلك . لكن استدلاله على صحته بما ذكره لا يساعد على ذلك ويقتضي أن يكون المراد ما هو ظاهر العبارة . وحينئذ يتوجه عليه الاشكال في وجه الفرق بين شرط التأجيل وبينه .

(١) قد عرفت تصريح الشرائع والقواعد وجامع المقاصد ببطلان العقد لمنافاة الشرط لمقتضاه ، ولعل في جامع المقاصد ذلك : بأن التراضي المعتبر في العقد لم يقع إلا على وجه فاسد وكان الأولى تعليقه : بأن القصد إلى المتنافيين متعذر ، فيكون العقد غير مقصود ، فلا يصح .

وبالجملة : الشرط الواقع في ضمن العقد (تارة) : يكون منافياً لمضمون العقد ، كما إذا شرط في البيع أن لا يكون للمبيع ثمن ، فإن قوام المبادلة الطرفان ، فلا تكون مع طرف واحد ، (وأخرى) : منافياً لمقتضاه عرفاً ، كما إذا شرط في البيع أن لا يملك المشتري المبيع أو لا يملك البائع الثمن ، فإن ذلك خلاف ما تقتضيه المبادلة ، فإنها تقتضي أن يكون كل من البديلين قائماً مقام الآخر ، فإذا كان الثمن ملكاً للمشتري فالمثل من بدله لابد أن يكون كذلك ، وإذا كان المثل ملكاً للبائع فالمثل من بدله كذلك (وثالثة) : أن يكون مخالفاً للكتساب وإن لم يكن مخالفاً لمضمون العقد ولا لمقتضاه ، كما إذا اشترطت الزوجة في عقد نكاحها أن يرث أبوها أو أخوها من زوجها ، فإن ذلك مخالف لما دل على إرث غيرهما من مراتب الإرث . وهذه الأقسام الثلاثة كلها باطلة . أما الأولان : فلامتناع القصد إلى المتنافيين ، ولذلك يكون الشرط مبطلا للعقد أيضاً . وأما الثالث : فالأدلة الخاصة ، والتحقيق : أنه ليس بمبطل للعقد إذ لا مقتضى لذلك ، فعدم الصحة محكم . وقد عرفت أن شرط عدم الفسخ

بل هو منافع لاطلاقه (١) . ودعوى : أن الشرط في العقود للغير اللازمة غير لازم للوفاء (٢) ،

ليس من أحد المذكورات ، وشرط أن لا يكون له الفسخ من قبيل الشرط المخالف للكتاب ، لما دل على جواز عقد المضاربة ، فيكون باطلاً لذلك لانفاؤه لمقتضى العقد ، إذ ليس في عقد المضاربة ما يقتضي عرفاً ملك الفسخ ، حتى يكون شرط عدم ملك الفسخ مخالفاً لمقتضى العقد . (١) هذا إن تم فأنما يتم بالنسبة إلى شرط أن لا يملك ، يعني : أن اطلاق المضاربة بلا شرط يقتضي أن يكون لكل من الطرفين الفسخ ، أما مع الشرط فلا تقتضي ذلك ، وحينئذ لا مانع من صحة الشرط . أما بالنسبة إلى شرط عدم الفسخ فلا يتم ، ولا مجال له ، لأن عدم الفسخ لا يرتبط باطلاق العقد ولا بتقييده ، كما لعله ظاهر بالتأمل . فالجواب يناسب الاستدلال بالنسبة إلى شرط عدم ملك الفسخ ، لا بالنسبة إلى شرط عدم الفسخ .

(٢) هذه الدعوى المذكورة في كلام بعض من قارب عصرنا . قال في الحقائق في كتاب الدين : « المشهور أن القراض من العقود الجائزة التي يجوز الرجوع فيها من الطرفين ، بل ادعى عليه الإجماع . وعلى هذا فلو شرط التأجيل فيه لم يلزم . وبذلك صرحوا أيضاً . وكذا كل شرط سائر » . وقال في الرياض في شرح قول مائنه في كتاب المضاربة « ولا يلزم فيها اشتراط الأجل » : « هذه العبارة تحتمل معنيين . . . (إلى أن قال) : الثاني : أن الأجل المشروط فيها حيث كان غير لازم بل جائز ، يجوز لكل منهما الرجوع ، لجواز أصله ، بلا خلاف كما مضى ، فلن يكون الشرط المثبت فيه جائزاً بطريق أولى » . وهذا المضمون ربما يحتمل من كلام جماعة ، ففي جامع المقاصد : « قال الشيخ في المبسوط :

إذا دفع إليه ألفاً قراضاً على أن يدفع إليه ألفاً بضاعة ، بطل الشرط ، لأن العامل في المضاربة لا يعمل عملاً بغير جعل . . . (إلى أن قال) : قال الشيخ : ولو قلنا القراض والشرط جائز لا يلزم الوفاء به ، لأن البضاعة لا يلزم القيام بها كان قوياً . . . (إلى أن قال في جامع المقاصد) : وصرح في التحرير : بأنه لا يلزم الوفاء به ، وهو حق ، لأن العقد جائز من الطرفين . - ويحتمل أن يكون مراده عدم وجوب الوفاء لجواز فسخ العقد فيسقط الشرط ، لا مع بقاء العقد . وفي جامع المقاصد في شرح قول مائنه : « ولا يصح التأجيل فيها » - يعني : في الشركة - : « المراد بصحته ترتب أثره عليه ، وهو لزومها إلى الأجل وإنما لم يصح لانها عقد جائز فلو شرط التأجيل كان لكل منها فسخها متى شاء » ، ونحوه في المسالك في شرح قول مائنه : « ولو شرط التأجيل في الشركة لم يصح » . ويحتمل أن يكون مرادهما أنها جائزة على نحو لا تلزم بالشرط فيكون بطلان الشرط لأجل ما دل على جوازها ، لا لأنه شرط في عقد جائز . ولذلك علله في الجواهر بقوله : « لما عرفت من الإجماع على كونها عقداً جائزاً بالنسبة إلى فسخها بالقسمة ، فلا يلزم الشرط المذكور فيها » وهذا الاحتمال هو الأقرب ، إذ لو كان المراد الأول كان اللازم التعبير بأنها عقد جائز والشرط في العقد الجائز جائز . (ودعوى) : أنه لو كان المراد الثاني كان اللازم بناؤهم على بطلان شرط التأجيل في عقد آخر مع أن بناؤهم على صحته (مدفوعة) : بإمكان كون التفصيل بين المقامين مبنيّاً على أمر آخر اعتقدوه : وحينئذ فكأن هذه الكلية - أعني : علم لزوم الشرط في العقد الجائز - لا أثر لها في كلام الأصحاب .

قال في القواعد في كتاب القراض : « وهو عقد قابل للشروط الصحيحة » ، وفي جامع المقاصد : « لا مزية لهذا العقد في ذلك ، بل

كل عقد قابل لذلك . والظاهر من الشروط الصحيحة ما يلزم العمل بها ويترتب الأثر على مضمونها وقال في القواعد : « ولو شرط على العامل المضاربة في مال آخر ، أو يأخذ منه بضاعة أو قرصاً ، أو يخدمه في شيء بعينه ، فالوجه صحة الشرط » . وفي جامع المقاصد : « حكي عن الشيخ بطلان الشرط إذا اشترط في المضاربة أن يدفع إليه ألفاً بضاعة ، لأن العامل في المضاربة لا يعمل عملاً بغير جعل ولا قسط من الربح ، وإذا بطل الشرط بطل القراض . . . » وقال في القواعد في كتاب الشركة : « ولو شرطاً التفاوت مع تساوي المالكين ، أو التساوي مع تفاوتها ، فالأقرب جوازه إن عملاً أو أحدهما ، سواء شرطت الزيادة للعامل أو للآخر وقيل : تبطل إلا أن تشترط الزيادة للعامل ، ونحوه في الشرائع . فالقائل بالصحة لا يراها منافية لجواز العقد ، والقائل بالبطلان لم يستند إلى جواز العقد وعدم صحة الشرط في العقد الجائر ، بل استند إلى أمر آخر . وفي التذكرة : أو شرط في المضاربة أن يعطيه بهيمة يحمل عليها جاز لأنه شرط سائغ لا ينافي الكتاب والسنة ، فوجب الوفاء به ، عملاً بقوله (ع) : « المسلمون عند شروطهم » (١٥) . وبالجمل : ملاحظة كلماتهم في الشروط في العقود الجائزة - مثل الشركة والمضاربة والعارية وغيرها - وبنائهم على صحة بعض الشروط فيها وعلى بطلان البعض الآخر ، لأمر ذكرها مع عدم تعرضهم للقاعدة المذكورة ، وجعلها منشأ لبطلان بعضها ، أو مخصصة بالنسبة إلى الصحيح منها ، دليل على عدم بنائهم عليها وما في بعض الكلمات المتقدمة ونحوها محمول على خلاف ظاهره ، أو أنه رأي خاص للقائل نفسه .

نعم قال في الجواهر في هذا المقام : « إنما الكلام في حكمه

(يعني : حكم الشرط بالنسبة إلى وجوب الوفاء به وعدمه) فيحتمل الأول ، لكن بمعنى الوجوب المشروط بالبقاء على العقد وعدم إنشائه فسخه لكونه حينئذ كنفس مقتضى العقد ، إذ هو من توابعه . وبهذا المعنى يندرج في قوله تعالى : (أوفوا بالعقود) (١٥) . . . (إلى أن قال) : ويحتمل الثاني ، لا بمعنى تسلطه على فسخ العقد ، بل على معنى عدم وجوب الوفاء به وإن لم يفسخ العقد : للأصل السالم عن معارضة الآية ... (إلى أن قال) : ولعل هذا هو مراد الشيخ والفاضل في التحرير من المحكي عنهما ، لا أن المراد عدم لزوم الوفاء بالعقد باعتبار جواز العقد ، وإلا فالوفاء به واجب حال عدم فسخ العقد ، إذ هو كما ترى لا دليل عليه ، بل المعلوم خلافه ، ضرورة كون الشرط أولى من مقتضى العقد الذي لا يجب الوفاء به وإن لم يفسخ العقد ، فإن من استودع أو وكل أو أعار أو ضارب - أي جاء بعقد من هذه العقود - لا يجب عليه الوفاء بمقتضى ذلك ، فيأخذ الوديعة مثلاً ، ويفعل كل ما وكل ، ويتناول العارية ويأخذ عين مال القراض ، فالشرط أولى . ومنه يعلم حينئذ أنه هو مراد الشيخ والفاضل فيما ذكرناه من عدم لزوم الوفاء به . وهو لا يخلو من قوة . وما ذكره (قده) من أنه مراد الشيخ والفاضل في التحرير غير ظاهر ، فإن الشيخ (قده) قد علل البطلان بما ذكر ، ثم علل الجواز : بأن البضاعة لا يجب القيام بها وظاهره أن الوجه في الجواز امتناع وجوب البضاعة ، لا كون الشرط في عقد جائز ، والفرق بين البطلان وبين الجواز الذي اختاره : أن مقتضى البطلان أن لو جاء المشروط عليه بالشرط استحق العوض ، كما هو الملاك في ضمان المقبوض بالعقد الفاسد ، بخلاف الجواز ، فإنه لا يستحق كما لو فعل ما وعد به ، فإنه لا يستحق على الموعود عوضاً . وأما العلامة في

التحرير فلم يعلم منه الوجه في عدم وجوب الوفاء به ، ومن القريب أن يكون هو الوجه فيما ذكره الشيخ ، وإلا فقصد ذكر جملة من الشروط في عقد المضاربة وغيره وصححها ولم يتعرض فيها لما ذكر ، فلو كان الشرط في العقد الجائز لا يجب الوفاء به وإن لم يفسخ العقد لم يكن وجه للبناء على صحة الشروط الأخرى المذكورة في كتابي الشركة والمضاربة وغيرهما . وبالجملة : فكلمات الأصحاب خالية عن التعرض لهذه القاعدة ، ويظهر منهم عدم البناء عليها ، ولزوم العمل بالشروط وإن كانت في عقد جائز ، والعبارات السابقة لا بد من حملها على غير هذا المعنى ، وإلا لم يكن وجه لبنائهم على صحة جملة من الشروط المذكورة في العقود الجائزة ، وتمسكهم على صحتها بلزوم الوفاء بالعقود والشروط . فلاحظ ما تقدم عن القواعد من قوله في كتاب القراض : « وهو عقد قابل . . . » ، وما تقدم في شرحه من جامع المقاصد .

وكيف كان فالذي يمكن أن يكون وجهاً لهذه القاعدة أمور . (الأول) الأولوية المشار إليها في عبارتي الرياض والجواهر . وفيه : أنها لا تخلو من خفاء ، فلا تصلح للاثبات . (الثاني) : أن دليل الجواز يدل على جواز العقد بتوابعه والشرط من توابعه . وقد يظهر ذلك من عبارة المسالك الآتية . وفيه : أنه غير ظاهر ، فإن دليل الجواز هو الإجماع ، والمتيقن منه يختص بالعقد ولا يشمل توابعه . (الثالث) : أنه لو لزم الالتزام بالشرط مع عدم الالتزام بالعقد للزم الالتزام به ولو مع فسخ العقد ، ولا قائل به . وفيه : أن دليل لزوم الشرط يختص بما كان في العقد ، فإذا فسخ العقد ارتفع الشرط الذي هو موضوع اللزوم . (الرابع) : أن جواز الشرط مقتضى الأصل كما أشار إلى ذلك في الجواهر في عبارته المتقدمة ، وفيه : أن وجوب الوفاء بالعقد أو الشرط لا يراد منه الوجوب التكليفي ، بل

ممنوعة (١). نعم يجوز فسخ العقد ، فيسقط الشرط (٢) ، وإلا فما دام للعقد باقياً يجب للوفاء بالشرط فيه (٣) ، وهذا لأنها يتم في غير للشرط الذي مفاده عدم الفسخ . مثل المقام ، فإنه يوجب لزوم ذلك للعقد (٤) . هذا ولو شرط عدم فسخها

الارشادي إلى نفوذ العقود والشروط ، وكذلك وجوب الوفاء بالنذر فالشك في الحقيقة في اللزوم والجواز يرجع إلى الشك في جواز الفسخ وعدمه ، والأصل عدم ترتب الأثر على الفسخ . وكأنه لذلك لم يتعرض لها الأصحاب ، وكأن بنائهم على خلافها ، وشيخنا الأعظم في مكاسبه لم يتعرض لذكرها مع أنه أطال في ذكر مباحث الشروط وما يتعلق بها . نعم في المسالك - في شرح قول مائنه فيما إذا اشترط في المضاربة أن يأخذ مالاً آخر بضاعة : « ولو قبل بصحتها » يعني : صحة المضاربة وصحة الشرط (كان حسناً » قال : والقراض من العقود الجائزة لا يلزم الوفاء به ، فلا يلزم الوفاء بما شرط في عقده ، لأن الشرط كالجزء من العقد فلا يزيد عليه » والاستدلال بما ذكر مشكل كما عرفت . ولذا قال بعد ذلك : « والذي تقتضيه القواعد أنه يلزم العامل الوفاء به ، وبه صرح في التحرير ، فمضى أدخل به تسلط المالك على فسخ العقد وإن كان ذلك له بدون الشرط ، إذ لا يمكن هنا سوى ذلك » . والذي يظهر من مجموع كلامه أن القاعدة المذكورة لا أصل لها في كلامهم وإنما تذكر كوجه من الوجوه الذي تختلف فيها العلماء . فلاحظ .

(١) قد عرفت وجهه .

(٢) لعدم لزوم العمل بالشروط الابتدائية ، كالوعد .

(٣) لعدم ترتب الأثر على الفسخ ، للأصل كما عرفت .

(٤) إذا كان وجود العقد شرطاً في لزوم العمل بالشرط امتنع أن

في ضمن عقد لازم آخر فلا إشكال في صحة الشرط (١) ولزومه . وهذا يؤيد ما ذكرنا من عدم كون الشرط المذكور منافياً لمقتضى للعقد (٢) ، إذ لو كان منافياً لزم عدم صحته في ضمن عقد آخر أيضاً (٣) .

يكون لزوم العمل بالشرط مقتضياً لوجود العقد ومانعاً من فسخه ، لما تحرر في محله من أن الوجوب المشروط لا يقتضي وجود شرطه . وبالجمله : شرط عدم فسخ العقد بمنع أن يكون موجباً للزوم العقد وامتناع فسخه ، لأن لزوم عدم الفسخ يتوقف على وجود العقد ، فلا يتوقف عليه وجود العقد . ومن ذلك يظهر بطلان شرط التأجيل في جميع العقود الجائزة ، كالشركة ، والمضاربة ، والوكالة ، وغيرها ، لأن شرط التأجيل راجع الى شرط عدم الفسخ الى الأجل ، وقد عرفت بطلانه .

(١) نفي الاشكال غير ظاهر . نعم صرح بعضهم بصحته وبطلان اشتراطه في ضمن عقد المضاربة . وبعض الوجوه المذكورة في وجه عدم صحته في ضمن عقد المضاربة مطرد في ضمن غيره .

(٢) قد عرفت أن من ذكر هذا الوجه أراد بالشرط شرط عدم ملك الفسخ لا شرط عدم الفسخ ، وإن كان الأول أيضاً غير مناف لمقتضى العقد ، وإنما هو مخالف للكتاب ، فيبطل ذلك .

(٣) كذا في الجواهر . لكن قد عرفت آنفاً أن بطلان الشرط المنافي لمقتضى العقد لا امتناع قصده مع قصد العقد ، ولذلك يبطل العقد أيضاً ، بخلاف الشرط المخالف للكتاب فان بطلانه لصرف المخالفة للكتاب . ولأجل ذلك لا فرق في بطلانه بين أن يكون في العقد الجائر والعقد اللازم ، أما المتناهي فانما يناهز مقتضى العقد الجائر ، ولا يناهز مقتضى العقد اللازم ، فلا مانع من صحته إذا كان في عقد لازم . اللهم الا أن يقال : الشرط

ولو شرط في عقد مضاربة عدم فسخ مضاربة أخرى (١) سابقة صحح ، ووجب الوفاء به (٢) ، إلا أن يفسخ هذه المضاربة ، فيسقط للوجوب . كما أنه لو اشترط في مضاربة مضاربة أخرى في مال آخر : أو أخذ بضاعة منه ، أو قرض أو خدمة ، أو نحو ذلك ، وجب للوفاء به (٣) مادامت المضاربة باقية ، وإن فسخها سقط للوجوب . ولا بد أن يحمل ما اشتهر من أن للشروط في ضمن العقود الجائزة غير لازمة الوفاء (٤)

المنافي لمقتضى العقد وإن كان واقعاً في ضمن عقد آخر أيضاً يكون من الشرط المنافي للكتاب ، لأن دليل صحة العقد الآخر يقتضي ثبوت مقتضاه ، فاشتراط خلافه مخالف للمشروع ، فيبطل .

(١) الكلام فيه هو الكلام فيما لو اشترط في العقد اللازم وإن اختلفا في الجهة المذكورة في المتن .

(٢) الوجه الذي ذكرناه سابقاً لبطلان شرط عدم الفسخ لا يأتي هنا ، كما هو ظاهر ، فيتعين البناء على الصحة هنا .

(٣) قال في القواعد : « ولو شرط على العامل المضاربة في مال آخر أو يأخذ منه بضاعة أو قرضاً ، أو يخدمه في شيء بعينه ، فالوجه صحة الشروط » . وقال في جامع المقاصد في شرحه : « وجه الصحة عموم قوله تعالى : (أفؤوا بالعقود) (١٥) وقوله (ع) : « المسلمون عند شروطهم » (٢٥) ، وليس الشرط محرماً ، ولا منافياً لمقتضى العقد . قال الشيخ في المبسوط . . . » إلى آخر ما نقلناه عنه في الحاشية السابقة .

(٤) قد عرفت أن نسبة ذلك إلى الشهرة غير ظاهرة .

(١٥) المائدة : ١ .

(٢٥) الوسائل باب : ٦ من أبواب الخيار حديث : ٥٤٢٠١ .

على هذا المعنى ، وإلا فلا وجه لعدم لزومها مع بقاء للعقد على حاله ، كما اختاره صاحب الجواهر (١) ، بدعوى : أنها تابعة للعقد لزوماً وجوازاً ، بل مع جوازه هي أولى بالجواز ، وأنها معه شبه للوعد . والمراد من قوله تعالى : (أوفوا بالعقود) للالزمة منها ، لظهور الأمر فيها في الوجوب المطلق (٢) . والمراد من قوله (ع) : « المؤمنون عند شروطهم » بيان صحة أصل للشرط : لا اللزوم والجواز . إذ لا يخفى ما فيه .

(مسألة ٣) : إذا دفع إليه مالا وقال : اشتر به بستاناً مثلاً ، أو قطيعاً من الغنم ، فإن كان المراد الاسترباح بهما بزيادة القيمة صح مضاربة ، وإن كان المراد الانتفاع بنائهما بالاشتراك ففي صحته مضاربة وجهان ، من أن الانتفاع بالنماء ليس من التجارة ، فلا يصح ، ومن أن حصوله يكون بسبب الشراء ،

(١) تقدمت عبارة الجواهر الدالة على مختاره .

(٢) يعني : فيتعين حماها على العقود اللازمة ، وتخرج منها العقود الجائزة ، التي منها مانحن فيه . وفيه : ما أشرنا إليه آنفاً من أن قوله تعالى : (أوفوا بالعقود) وقوله (ع) : « المؤمنون عند شروطهم » (١٠) ونحوهما ليس في مقام جعل الحكم التكليفي ، والا لزم ترتب عقابين على البائع إذا امتنع عن تسليم المبيع إلى المشتري ، عقاب الغصب والعدوان على مال الغير ، وعقاب مخالفة وجوب الوفاء ، ولا يمكن الالتزام بذلك فيتعين أن يكون المقصود منها الارشاد إلى صحة العقد والشرط والنذر ،

(١٥) الوسائل باب : ٢٠ من أبواب المهور حديث : ٤ ، مستدرک الوسائل باب : ٥ من

أبواب الحيار حديث : ٧ .

فيكون بالتجارة والأقوى البطلان (١) مع إرادة عنوان المضاربة إذ هي ما يكون الاسترباح فيه بالمعاملات وزيادة للقيمة ، لا مثل هذه للفوائد ، نعم لا بأس بضمها إلى زيادة القيمة (٢) .

ومقتضى العموم الإزماني عموم الصحة بحسب الإزمان ، فيدل على اللزوم ، وعدم ترتب أثر على الفسخ لو وقع ، وقد خرج من ذلك نفس العقد الجائز ، لما دل على الجواز وترتب أثر الفسخ ، وبقي الشرط الواقع في ضمنه على حاله ، فلا يحتاج في إثبات اللزوم إلى الوجوب التكليفي ، ولو فرض الاحتياج إليه فالحارج عن عموم الآية نفس العقد ، دون الشرط في ضمنه .

(١) قال في القواعد : « ولو شرط أن يشتري أصلاً بشارك في نمائه كالشجر والغنم - فالأقرب الفساد ، لأن مقتضى القراض التصرف في رأس المال » ، وفي جامع المقاصد : « ولأن مقتضى القراض الاسترباح بالتجارة ، وليس موضوع النزاع كذلك ، فلا يصح القراض عليه . وهو الأصح » . ولم يتضح الفرق بين التعليين . وفي الشرائع بعدما حكى القول بالفساد قال : « وفيه تردد » ، وفي جامع المقاصد : « ويحتمل ضعيفاً الصحة . لأن ذلك حصل بسعي العامل ، وهو شراؤه الشجر والغنم ، وذلك من جملة الاسترباح بالتجارة ، وضعفه ظاهر ، لأن الحاصل بالتجارة هو زيادة القيمة لما وقع عليه العقد ، لا نماءه الحاصل مع بقاء عين المال » والعمدة : عدم الدليل على صحة المضاربة في المقام ومفهومها العرفي بأباه . ولذا لم يعرف القول بالصحة لأحد من أصحابنا ، كما في الجواهر ، والأصل عدم ترتب الأثر .

(٢) قال في الجواهر : « لو قال له اشتره وما يحصل من ارتفاع قيمته ومن نمائه فهو بيننا » فالأقوى الصحة ، لاطلاق الأدلة . كما أنه

وإن لم يكن المراد خصوص عنوان المضاربة فيمكن دعوى صحته للعمومات (١) .

لو اتفق نماء أعيان المضاربة قبل بيعها شارك في النماء قطعاً ، ثم قال : « وبذلك ظهر لك أن لشركة العامل في النماء صوراً ثلاثة ، أحدها : معلومة الصحة ، والثانية : مظنونة ، والثالثة : شك في شمول الاطلاق لها ، والأصل الفساد » . ويريد بالمعلومة صورة تحقق النماء من باب الاتفاق ، وهي التي ذكرها ثانياً في كلامه ، والمظنونة صورة التعرض له في العقد مضافاً إلى الربح ، التي ذكرها أولاً في كلامه . وكان الأولى العكس لأنه إذا حصل النماء من باب الاتفاق ، ولم يكن قد تعرض له المتعاقدان ، فالقاعدة تقتضي كونه للمالك ، لأنه نماء ملكه ولا وجه لمشاركة العامل فيه ، بخلاف صورة التعرض له ، فإنه يكون كالشرط في المضاربة ، ولا وجه للتوقف في صحته . والمصنف اقتصر على هذه الصورة ، ولم يتعرض للصورة الأخرى ، وفي المسالك ذكر ما يشمل الصورتين قال : « واعلم أن المنع إنما هو في حصر الربح في النماء المذكور - كما تقتضيه هذه المعاملة - وإلا فلا يمنع كون النماء بينهما وبحسب من جملة الربح على بعض الوجوه ، كما إذا اشترى شيئاً له غلة ، فظهرت غلته قبل أن يبيعه ، فإنها تكون بينهما من جملة الربح ، إلا أن الربح لم يحصره فيها لامكان تحصيله من أصل المال » . وبالجمل : إذا لم يتعرض للنماء فاللازم كونه للمالك ، إلا أن يكون ملحوضاً لإجمالاً تبعاً . ولعله مراد الجواهر في الصورة الثانية في كلامه ، فيكون الاشتراك فيه شرطاً إجمالياً في المضاربة ، في مقابل الصورة الأولى في كلامه التي يكون الاشتراك فيه شرطاً مصرحاً في ضمن العقد . (١) فإنها كافية في إثبات الصحة . واحتمال اختصاص العمومات بالمتعارف ، فلا يشمل المقام . ممنوع ، كما تقدم نظير ذلك .

(مسألة ٤) : إذا اشترط المالك على العامل أن يكون الخسارة عليهما كالربح ، أو اشترط ضمانه لرأس المال ، ففي صحته وجهان (١) أقواهما الأول ، لأنه ليس شرطاً منافياً لمقتضى العقد - كما قد يتخيل - بل إنها هو مناف لاطلاقه ، إذ مقتضاه كون الخسارة على المالك وعدم ضمان العامل إلا مع التعدي ، أو التفريط .

(مسألة ٥) : إذا اشترط المالك على العامل أن لا يسافر مطلقاً أو إلى البلد الفلاني أو إلا إلى البلد الفلاني ، أو لا يشتري الجنس الفلاني ، أو إلا الجنس الفلاني ، أو لا يبيع من زيد مثلاً ، أو إلا من زيد ، أو لا يشتري من شخص ، أو إلا من

(١) بل قولان أحدهما العدم ، وقد تقدم ما في القواعد من قوله : « ولو اشترط ما ينافيه فالوجه بطلان العقد ، مثل أن يشترط ضمان المال أو سهماً من الخسران . . . » ، وفي جامع المقاصد : « وجه البطلان أن هذه شروط باطلة ، لمنافاتها مقتضى العقد شرعاً ، فيبطل العقد بها لأن التراضي المعتبر فيه لم يقع إلا على وجه فاسد ، فيكون باطلاً . ويحتمل ضعيفاً صحة العقد وبطلان الشرط ، لأن بطلان أحد المتقارنين لا يقتضي بطلان الآخر . وجوابه أن التراضي في العقد شرط ، ولم يحصل إلا على الوجه الفاسد . فيكون غير معتبر ، فيفوت شرط الصحة . » وكأنه لوضوح منافاة الشرط للعقد لم يتعرض لبيان وجهها وتعرض لوجه ابطال الشرط الباطل للعقد .

لكن في الجواهر : أن جميع هذه الأمور من الأحكام أو ما هو مقتضى اطلاق العقد ، لأنها من منافيات مقتضاه التي تعود عليه بالنقض

فتأمل جيداً . انتهى . وكأنه يريد بالأحكام الأحكام غير الاقتضائية ، وإلا فالأحكام الاقتضائية لا يصح اشتراط خلافها ، لأن الشرط المخالف للكتاب باطل . وبالجملة : قد أشرنا في المسألة السابقة إلى أن الشرط المخالف لمقتضى العقد تارة : يكون مخالفاً لمضمونه ، وأخرى : يكون مخالفاً للوازمه العرفية ، وثالثة : يكون مخالفاً لأحكامه الشرعية الاقتضائية . وكون شرط الضمان أو شرط تحمل الخسارة من أحد الأقسام المذكورة غير ظاهر ، بل من الواضح أنها غير مخالفين لمضمون المضاربة ولا للوازمها العرفية . نعم قد يتوهم مخالفتها لما دل على عدم ضمان الأمين . لكنه ممنوع لاحتمال أن عدم ضمان الأمين لعدم المقتضي ، لا لمقتضي العدم ، ومع الاحتمال يبنى على صحة الشرط المخالف له ، لعدم ثبوت كونه مخالفاً للكتاب ، والأصل العدم . بل الظاهر المفهوم عرفاً أن عدم ضمانه لعدم المقتضي ، وحينئذ لا تضر مخالفته للشرط .

نعم في مصحيح إسحاق بن عمار عن أبي الحسن (ع) قال : « سألته عن مال المضاربة قال (ع) : الربح بينهما والوضيعة على المال » (١٥) ، وصحيح الحلبي عن أبي عبد الله (ع) أنه قال : « المال الذي يعمل به مضاربة له من الربح ، وليس عليه من الوضيعة شيء » ، إلا أن يخالف أمر صاحب المال » (٢٥) ، ونحوه رواية الكتاني عن أبي عبد الله (ع) (٣٥) وظاهر الروايات المذكورة أن عدم ضمان العامل للخسارة من أحكام المضاربة فيكون الشرط مخالفاً للكتاب ، ومخالفاً لمقتضى العقد شرعاً . اللهم إلا أن يقال أيضاً : إن الحكم المذكور لعدم المقتضي فلا ينافيه الشرط .

(١٥) الوسائل باب : ٣ من أبواب المضاربة حديث : ٥ .

(٢٥) الوسائل باب : ١ من أبواب المضاربة حديث : ٤ .

(٣٥) الوسائل باب : ١ من أبواب المضاربة حديث : ٣ .

اللهم إلا أن يقال الاستثناء في روايتي الحلبي والكناني يقتضي عدم الضمان حتى بملاحظة العناوين الثانوية ، فيدل على عدم تحمل الخسارة مطلقاً في غير المستثنى حتى مع الشرط ، فيدل على عدم صحة شرط الضمان وتدارك الخسارة تبعداً ، لا من جهة كونه مخالفاً لمقتضى العقد شرعاً. اللهم إلا أن يكون منصرف النصوص الجعل الشرعي ، لا جعل المالك ، كما هو مورد الكلام ، وهو غير بعيد جمعاً بين النصوص المذكورة وعموم نفوذ الشروط .
وحينئذ لا مانع من اشتراط تدارك الخسارة كلاً أو بعضاً .

هذا وفي حسن الكاهلي عن أبي الحسن موسى (ع) : « في رجل دفع إلى رجل مالاً مضاربة ، فجعل له شيئاً من الربح مسمى ، فابتاع المضارب متاعاً فوضع فيه . قال (ع) : على المضارب من الوضعية بقدر ما جعل له من الربح » (١٥) : لكنه متروك الظاهر . وفي صحيح محمد ابن قيس عن أبي جعفر (ع) في حديث إن علياً (ع) قال : « من ضمن تاجراً فليس له إلا رأس ماله (المال . خ ل) وليس له من الربح شيء » (٢٥) ، وفي بعض طرقه : « من ضمن مضاربة » . وظاهره أن شرط الضمان صحيح لكنه مانع من استحقاق الربح للمالك ، فيكون من قبيل ما أرسل عن النبي صلى الله عليه وآله : « الخراج بالضمان » (٣٥)

(١٥) الوسائل باب : ٣ من أبواب المضاربة حديث : ٦ .

(٢٥) الوسائل باب : ٤ من أبواب المضاربة حديث : ١ .

(٣٥) هكذا روي في كتب أصحابنا وقد أمر سيدنا المؤلف - قدس سره - بالفحص من سند الحديث ومنتها في كتب الجمهور ، لأنه من رواياتهم وقد ظهر أنه مروي في صحيح الترمذي في (ج) صفحة ٢٨٥ (هكذا :) حدثنا محمد بن المنفي حدثنا عثمان بن عمر وأبو عامر المعدي عن ابن أبي ذئب عن معاذ ابن عفاف عن مروة عن عائشة : أن رسول الله (ص) قضى أن الخراج بالضمان ونحوه في (الجزء ٥ صفحة ٢٨٦) بسند آخر . ورواه في سنن أبي داود (الجزء ٢ صفحة ٢٥٥) هكذا : (حدثنا إبراهيم بن مروان -

شخص معين ، أو نحو ذلك من الشروط ، فلا يجوز له المخالفة (١) ،

وهو مذهب المخالف ، وغير معمول به ، ولا معمول عليه عندنا . وحمل في الوافي وغيره على أنه يكون المال قرضاً . وهو - مع أنه خلاف الظاهر منه - مخالف للقواعد .

والمتحصل : أن المنع من شرط الضمان وتدارك الخسارة لا يقتضيه ما دل على عدم ضمان الأمين ، لأنه حكم غير اقتضائي . فشرط خلافه لا يكون مخالفاً للكتاب . ولا رواية اسحاق ونحوها مما ورد في خصوص المضاربة ، لما ذكر أيضاً . ولا إطلاق صحيح الحلبي لأن منصرفه خصوص جعل الشارع ، فلا يشمل جعل العاقد ، ولا قوله (ع) : « من ضمن تاجراً فليس له إلا رأس ماله وليس له من الربح شيء » لأنه يدل على صحة الشرط لا بطلانه . فالعمل باطلاق ما دل على صحة الشروط محكم .

(١) نص على ذلك في الشرائع والقواعد وغيرهما ، وفي المسالك : « لا خلاف عندنا في جواز هذه الشروط ولزومها وإن ضاقت بسبب هذه التجارة » . ثم إن عدم الجواز (تارة) : يكون تكليفاً ، بأن تصرف تصرفاً عينياً ممنوعاً منه من المالك . ودليله ما دل على عدم جواز التصرف في مال أحد إلا بإذنه ، مثل التوقيع المشهور (١٥) ، ونحوه (وتارة) :

— حدثنا أبي حدثنا مسلم بن خالد الزنجي حدثنا هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة (رض) أن رجلاً ابتاع . معلماً فأقام عنده ما شاء الله أن يقيم ثم وجد به عيباً فخاصمه إلى النبي (ص) فردّه عليه فقال الرجل : يا رسول الله قد استغل غلامي فقال رسول الله (ص) : الحراج بالضمان . ومورد الأخير الضمان العقدي الراجع إلى التملك بالثمن ، لا الضمان الشرعي المتقوم بكون الشيء في عهدة الضامن وعليه دركه ، كضمان اليد . وقد حكى عن أكثر فقهاءهم تخصيص القاعدة بالضمان العقدي ، وتعميمها إلى الضمان الشرعي مختص بالحنفية . لكن المحكي منهم أنهم استدلوا عليها بوجه اعتباري لا بالحديث . فراجع ...

(١٥) الوسائل باب : ٣ من أبواب الانفال وما يختص بالامام من كتاب الخمس حديث : ٦ .

وإلا ضمن المال لو تلف (١) بعضاً أو كلاً ، وضمن الخسارة مع فرضها . ومقتضى القاعدة وإن كان كون تمام للربح للمالك على فرض إرادة للقيدية (٢) ،

يكون وضعياً كما إذا كان التصرف الممنوع منه من المالك اعتبارياً ، كما إذا قال له : لاتبع على زيد فباع عليه . وحينئذ لا يكون مأثوماً بالبيع ، ولا فاعلاً للمحرام ، وإنما كان تصرفه باطلاً ، لا غير . ودليله عموم قاعدة السلطنة . ومن ذلك يظهر الاشكال في الاستدلال على المقام بالقاعدة ، فإنها لا عموم فيها للتصرف العيني ، الذي هو موضوع الحكم التكليفي . (١) بلا خلاف ولا اشكال . ويقتضيه النصوص الكثيرة ، منها

صحيح الحلبي ورواية الكتاني المتقدمان ، وصحيح محمد بن مسلم عن أحدهما (ع) قال : « سأله عن الرجل يعطى المال مضاربة وينهى أن يخرج به فخرج .

قال (ع) : يضمن المال والربح بينهما » (١٠) ونحوها غيرها (٢) القيود التي تذكر في المضاربة (تارة) : تكون من مقومات المضاربة ، مثل المبيع والمثمن ومكان البيع وزمانه والبائع والمشتري ونحو ذلك وهذه لا تكون إلا قيوداً للمجموع وهو المضاربة ، لا لمجموعة يجعل مستقل لتعذر ذلك فيها ، فإذا قال له : اشتر الغنم ، أو في السوق الفلاني ، أو في النهار ، أو في الليل ، أو لاتبع على زيد ، أو لا تشتري من زيد ، أو بتوسط الدلال الفلاني ، أو نحو ذلك ، فهذه قيود المضاربة أخذت قيداً للمجموع ، لا أنها مجموعة يجعل مستقل في ضمن المضاربة ، لا ممتناع جعلها لأنها عينية لاتقبل الجعل ، وجعلها في ضمن جعل المفهوم بمثل قوله : وعليك أن تشتري الغنم ، راجع الى تقييد المفهوم ، لا جعل شيء في ضمن جعل المفهوم ، فهو إذا قيد لا شرط (وتارة) : لاتكون مقومة للمضاربة

بل خارجة عنها ، مثل أن يقول : لا تحمل المال معك ، أو لا تنقد الثمن في مجلس البيع ، أو اقرأ سورة من القرآن وقت البيع ، أو نحو ذلك . وهذا القسم (تارة) : يكون ملحوظاً قيداً للمضاربة ، كأن يقول : بيع وأنت تقرأ القرآن ، أو نذكر الله تعالى (وأخرى) : يكون ملحوظاً شرطاً في ضمن المضاربة ، مجعولاً يجعل مستقل ، بأن يقول : واشترطت عليك أن تقرأ القرآن وقت البيع (وثالثة) : أن يأمر المالك به أو ينهى عنه ، من دون ملاحظة كونه شرطاً له على العامل ، ولا قيداً للعمل ، بل لوحظ لنفسه لما فيه من الفائدة ، مثل أن يقول : احمل النقد في هميان ، أو اتخذ حارساً يحفظ مال التجارة . أما ما أخذ قيداً للمضاربة - سواء كان من مقوماتها أم خارجاً عنها - فهو على قسمين : (الأول) : ما يؤخذ قيداً في مقام الواقع ، كما إذا قال له : لا تتجر بالاكفان ، أو لا تبع وأنت جنب فلا ينبغي التأمل في عدم صحة المعاملة لو خالف ، لأنها غير مأذون فيها من المالك ، فصحتها خلاف قاعدة السلطنة ، ولا تصح إلا بإجازة المالك . (الثاني) : ما أخذ قيداً في مقام الظاهر خوفاً من الخسران ، كما إذا قال : لا تشتري التمر فإنه خطر ، فاشترى تمرأ وربح ، فالمعاملة وإن كانت غير مأذون فيها ظاهراً مأذون فيها واقعاً ، ولا منافاة بين الأمرين ، لعدم التنافي بين الحكم الظاهري والواقعي . وعليه فالمعاملة صحيحة ، ولا تحتاج إلى إمضاء وإجازة . وكذلك تصح المعاملة فيما لم يؤخذ قيداً أو شرطاً مجعولاً يجعل مستقل ، فإنها حينئذ مأذون فيها ولا خيار للمالك في الفسخ لعدم المقتضي لذلك ، فإذا لم يتخذ حارساً لحفظ ماله أو لم يحمل النقد في هميان كان مخالفاً لما أمره به المالك ، فيكون آثماً وضامناً ، لكن لا خلل في المعاملة ، ولا في لزومها ، ولا خيار للمالك .

والمتحصل مما ذكرنا أمور : (الأول) : أن القيود المذكورة في

إذا أجاز المعاملة (١) ، وثبت خيار تخلف للشرط على فرض كون المراد من للشرط الالتزام في الالتزام (٢) ، وكون تمام الربح له على تقدير للفسخ ، إلا أن الأقوى اشتراكهما في الربح (٣) على ما قرر ، لجملة من الأخبار الدالة على ذلك (٤)

ضمن عقد المضاربة ، تارة : تكون قيوداً للمضاربة ، وأخرى : تكون شرطاً فيها ، وثالثة : لا تكون قيوداً لها ولا شرطاً فيها . (الثاني) : أن المأخوذة قيوداً لاتصح المضاربة بدونها إذا كانت قيوداً واقعية ، وتصح إذا كانت قيوداً ظاهرية (الثالث) : أنها إذا لم تكن قيوداً ولا شروطاً تصح المضاربة معها ، ولا تحتاج الى الاجازة من المالك ، وإن كان العامل آثماً وضامناً .

(١) قد عرفت أنه يختص بالقيود الواقعية .

(٢) قد عرفت أنه توجد أيضاً صورة ثالثة .

(٣) كما هو المنسوب إلى الأصحاب .

(٤) الأخبار الواردة في الباب وإن كانت كثيرة ، لكن لا يظهر منها ورودها في صورة كون القيد واقعياً ، فقد تقدم صحيح محمد بن مسلم (١٠) ومورده النهي عن الخروج ، ونحوه أحد صحاح الحلبي ، (٢٠) وروايات الكنتاني (٣٠) وأبي بصير (٤٠) وزيد الشحام (٥٠) ، والنهي عن الخروج ليس من قبيل تقييد المعاملة ، بل الظاهر منه أنه من القسم الثالث . وقد تقدم أحد صحاح الحلبي (٦٠) ، ودلالته على الاشتراك في الربح مع المخالفة

(١٠) راجع صفحة : ٢٧٩ .

(٢٠) الوسائل باب : ١ من كتاب المضاربة حديث : ٢ .

(٣٠) الوسائل باب : ١ من كتاب المضاربة حديث : ٦ .

(٤٠) الوسائل باب : ١ من كتاب المضاربة حديث : ١٠ .

(٥٠) الوسائل باب : ١ من كتاب المضاربة حديث : ١١ .

(٦٠) راجع صفحة : ٢٧٦ .

ولا داعي إلى حملها على بعض المحامل (١) ،

غير ظاهرة ، فضلاً عن كون المخالفة في قيود المعاملة ، فلا يكون من أدلة المقام ، ونحوه رواية الكنافي (١٥) الأخرى ، وكذلك صحيح الحلبي الثالث عن أبي عبد الله (ع) : « أنه قال في المال الذي يعمل به مضاربة : له من الربح ، وليس عليه من الوضعية شيء ، إلا أن يخالف أمر صاحب المال . فإن العباس كان كثير المال ، وكان يعطي الرجال يعملون به مضاربة ، ويشترط عليهم أن لا ينزلوا بطن واد ، ولا يشتروا ذا كبدة رطبة ، فإن خالفت شيئاً مما أمرتك به فانت ضامن للمال » (٢٥) . وليس في الخبرين دلالة على الاشتراك في الربح مع المخالفة . نعم في صحيح جميل عن أبي عبد الله (ع) : « في رجل دفع إلى رجل مالا يشتري به ضرباً من المتاع مضاربة ، فذهب فاشترى به غير الذي أمره . قال : هو ضامن ، والربح بينهما على ما شرط » (٣٥) . ولا يبعد أن يكون التقييد فيه من قبيل التقييد في مقام الظاهر ، لا الواقع وعلى هذا فليس في الروايات بأجمعها ما هو ظاهر في الاشتراك في الربح مع التقييد الواقعي الذي هو خلاف القواعد . نعم في صحيح الحلبي عن أبي عبد الله (ع) : « في الرجل يعطي الرجل مالا مضاربة فيخالف ما شرط عليه قال (ع) : هو ضامن والربح بينهما » (٤٥) . فإن إطلاقه يقتضي الاشتراك في الربح حتى في القيود الواقعية . لكن الخروج عن القواعد به في صورة التقييد الواقعي مشكل مع احتمال الحمل على غيره .

(١) فقد ذكر في الجواهر : أنه يمكن تنزيل النصوص على إرادة بقاء

(١٥) الوسائل باب ١ من أبواب المضاربة حديث : ٣ .

(٢٥) الوسائل باب ١ من أبواب المضاربة حديث : ٧ .

(٣٥) الوسائل باب ١ من أبواب المضاربة حديث : ٩ .

(٤٥) الوسائل باب ١ من أبواب المضاربة حديث : ٥ .

ولا إلى الاقتصار على مواردها (١) ، لاستفادة العموم من بعضها الآخر (٢) .

(مسألة ٦) : لا يجوز للعامل خلط رأس المال مع مال آخر (٣) لنفسه أو غيره ، إلا مع إذن المالك ، عموماً ،

الاذن في المضاربة بأن يكون الغرض من الاشتراط الضمان لاغير ، كما يؤمى إليه صحيح الحلبي السابق - يعني : المتعرض لذكر العباس - فان قوله في آخره : « فأنت ضامن . . . » يقتضي الاقتصار فيه على الضمان . وإلا لقال فأنت ضامن وغير مأذون في المعاملة . ولكنه كما ترى غير ظاهر . (١) حكاه في الجواهر عن بعض الناس ، واحتمله من الشرائع ، حيث اقتصر فيها على ذكر موردين ، قال فيها : « ولو أمره بالسفر الى جهة فسافر الى غيرها ، أو أمره بابتناع شيء معين ، فابتناع غيره ، ضمن ، ولو ربح والحال هذه كان الربح بينهما بموجب الشرط » . والمثال الأول المذكور في صحيح الحلبي وغيره ، والثاني في صحيح جميل .

(٢) لا يظهر وجود العام الدال على الاشتراك في الربح مع المخالفة وانما الموجود العام الدال على الضمان مع المخالفة لاغير ، مثل صحيح الحلبي الأول وخبر الكتاني وغيرهما . فالعمدة إذاً ما ذكرناه من التفصيل . فلاحظ . تنبيه : إطلاق بعض النصوص والكلمات يقتضي ضمان العامل اذا خالف المالك من غير فرق بين الموارد . ولكن الذي ينصرف اليه الذهن هو ما إذا خالفه فيما كان من شؤون المال مما كان له الولاية عليه ، أما إذا كان خارجاً عن ذلك - كما إذا أمره بصلاة الليل ونوافل النهار وقراءة القرآن ونحو ذلك ، مما لا يرجع إلى المسال وإلى المعاملة به ، فلم يفعل شيئاً من ذلك - فلا ضمان عليه ، لقصور الأدلة على ذلك .

(٣) نص على ذلك في الشرائع ، وعلاه : بأنه تصرف غير مشروع .

كأن يقول : اعمل به على حسب ما تراه مصلحة ، إن كان هناك مصلحة ، أو خصوصاً ، فلو خلط بدون الاذن ضمن للتلف (١) . إلا أن المضاربة باقية (٢) وللربح بين المالين على النسبة .

(مسألة ٧) : مع إطلاق للعقد يجوز للعامل التصرف على حسب ما يراه (٣) ، من حيث البايع ، والمشتري ، ونوع الجنس المشتري . لكن لا يجوز له أن يسافر من دون إذن المالك (٤) ، إلا إذا كان هناك متعارف ينصرف إليه الاطلاق

وعلى في المسالك : بأنه أمانة لا يجوز خلطها ، كالوديعة . والعمدة مادل على حرمة التصرف في مال أحد إلا بإذنه ، فإذا لم يكن إذن في التصرف - عام أو خاص - حرم .

(١) كما في المسالك وغيرها . لعدم الاذن في ذلك الموجب للرجوع إلى عموم : « على اليد . . . » والعمدة النصوص المتقدمة .
(٢) كما نص على ذلك في المسالك والجواهر . لما عرفت من أن مثل ذلك لا ينافي بقاء الاذن في المضاربة .

(٣) عملاً باطلاق الاذن والأصل الحل والبراءة .

(٤) قال في القواعد : « ليس للعامل أن يسافر إلا بإذن المالك » . وفي جامع المقاصد : « هو مذهب علمائنا . لأن فيه تقريراً بالمال . ولأنه لا يتبادر من اطلاق العقد ولا يتفاهم منه ، ليكون شاملاً له ، وللروايات الصريحة في ذلك عن أهل البيت (ع) ، مثل رواية الحلبي عن الصادق (ع) ، وصحيفة محمد بن مسلم عن أحدهما (ع) . ودلالة الروايات لا تخلو من نظر ، فإنها إنما تعرضت لصورة نهى المالك عن الخروج - كما تقدم -

وإن خالف فسافر فعلى مامر في المسألة المتقدمة (١) .
 (مسألة ٨) : مع إطلاق العقد وعدم الاذن في البيع نسيئة لا يجوز له ذلك (٢) ، إلا أن يكون متعارفاً ينصرف إليه الاطلاق . ولو خالف في غير مورد الانصراف ، فإن استوفى الثمن قبل اطلاع المالك فهو (٣) ، وإن اطلع المالك قبل الاستيفاء فإن أمضى فهو (٤) ، وإلا فالبيع باطل (٥) ، ولم تتضمن النهي عنه . كما تشكل دعوى عدم تبادره من إطلاق العقد ، إذ لا مقتضى للانصراف عنه . وكونه تغريراً بالمال كلية غير ظاهر . نعم ربما يكون كذلك ، وربما يكون الحضر كذلك . وكأنه لذلك أهمل ذكره في الشرائع . فإذا لافرق بين السفر والحضر في الجواز مالم تكن قرينة موجبة للانصراف عنه .

- (١) لاطلاق بعض النصوص المتقدمة الشامل للمقام ، كما عرفت .
- (٢) قال في التذكرة : « وليس له أن يبيع نسيئة بدون إذن المالك . لما فيه من التغرير بالمال ، فإن خالف ضمن عندنا » . وفي المسالك : أن فيه تغريراً بمال المالك ، وأن الأمر فيه واضح . وفيه : أنه غير ظاهر ، بل ربما يكون النقد كذلك . فالأولى المنع عن كل منهما إذا كان فيه تغرير بالمال ، والجواز إذا لم يكن ، من دون فرق بين أن يكون متعارفاً وأن لا يكون ، كما هو ظاهر المختلف وغيره ، بل نسب إلى جماعة من متأخري المتأخرين .
- (٣) يعني : تصح المعاملة ، ويكون الربح بينهما ، على ما تقدم .
- (٤) يعني : يصح البيع ، ويكون الربح مشتركاً .
- (٥) لكونه غير مأذون فيه . قال في الشرائع : « ويقضي إطلاق الاذن البيع نقداً ، بثمن المثل ، من نقد البلد . ولو خالف لم يمحض إلا

وله الرجوع على كل من العامل والمشتري (١) مع عدم وجود

مع إجازة المالك . وقال في المسالك : « إذا خالف ما دل عليه اللفظ بخصوصه أو إطلاقه لم يقع التصرف باطلا ، بناءً على جواز بيع الفضولي لكن يقف على إجازة المالك ، فإن أجاز نفذ . ثم إن قدر على تحصيل النسبة ، وإلا ضمن الثمن ، لثبوته بالبيع الصحيح ، لا القيمة . وإلا وجب الاسترداد مع إمكانه ، ولو تعذر ضمن قيمة المبيع أو مثله ، لا الثمن المؤجل وإن كان أزيد ، ولا التفاوت في صورة النقيصة ، لأنه مع عدم إجازة البيع يقع باطلا ، فيضمن للمالك عين ماله ، الذي تعدى فيه وسلمه من غير إذن شرعي » وفي التذكرة : « إذا باع نسبة في موضع لا يجوز له فقد خالف مطلق الأمر ، فيقف على إجازة المالك ، لأنه كالفضولي في هذا التصرف » . وكأن المصنف جرى على هذا المجرى . وهو مخالف لما تقدم ، من أنه إذا خالف المالك ضمن والربح بينهما ، إذ قد عرفت أنه يقتضي صحة المعاملة من دون توقف على إجازة المالك ، للنصوص ، فيما الذي فرق بين المقامين ؟ بل في الجواهر : أن الصحة في المقام أولى منها في صورة المخالفة الصريحة التي هي مورد النصوص بل يمكن القول بشمول بعض النصوص للجميع فلاحظ . مع أنه على تقدير الفرق لم يكن وجه لقوله : « فإن استوفى الثمن قبل اطلاع المالك فهو » ، وكان اللازم أن يقول : إذا استوفى الثمن قبل اطلاع المالك راجع المالك ، فإن أجاز فهو ، وإلا رده على المشتري ، لبطلان المعاملة ، إذ الموجب للبطلان عدم الاذن ، من دون فرق بين اطلاع المالك قبل الاستيفاء وبين الاستيفاء قبل اطلاع المالك .

(١) قد عرفت أنه بناءً على بطلان البيع فالعين للمالك ، له المطالبة

بها من كل من وضع يده عليها ، فإن كان العامل سلمها الى المشتري جاز

المال عنده أو عند مشتر آخر منه (١) ، فإن رجع على المشتري بالمثل أو القيمة لا يرجع (٢) هو على العامل ، إلا أن يكون مغروراً من قبله (٣) وكانت للقيمة أزيد من الثمن ، فإنه حينئذ يرجع بتلك الزيادة عليه (٤) .

للمالك الرجوع على العامل وعلى المشتري ، كما في جميع موارد تعاقب الأيدي فإن كان المشتري قد باعها على ثالث وسلمها له ، جاز للمالك الرجوع على العامل والمشتري الأول والمشتري الثاني .

(١) الذي يظهر من هذا القيد أن العين إذا كانت موجودة عند المشتري أو عند مشتر آخر لم يجز للمالك الرجوع الى العامل ، بل يرجع على من كانت العين موجودة عنده . ولكنه غير ظاهر الوجه ، فإنه مع تعاقب الأيدي يجوز الرجوع الى كل واحد من ذوي الأيدي المتعاقبة وإن كانت العين موجودة عند بعضهم ، ولا يختص رجوعه بمن كانت العين عنده . إذ الموجب للضمان اليد ، وهي حاصلة في الجميع . وفي القواعد : « وللمالك إلزام من شاء » ، وفي مفتاح الكرامة : حكاية ذلك عن المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد وغيرها . ولعل هذا الشرط للرجوع بالبذل ، لا لأصل الرجوع على العامل . لكن الشرط حينئذ التعلل ، لا عدم وجود للعين .

(٢) يعني : المشتري . لتأخر يده ، كما هو حكم تعاقب الأيدي ، فإنه يرجع السابق على اللاحق ، ولا يرجع اللاحق على السابق .

(٣) يعني : إذا كان المشتري مغروراً من العامل جاز له الرجوع عليه ، لأن المغرور يرجع على من غره .

(٤) أما بمقدار الثمن فلا يرجع به ، لاقدامه على ضمانه بالثمن بلاغور من العامل ، والغرور إنما كان بالزيادة ، فإذا فرض أن القيمة التي رجع بها

وإن رجع (١) على العامل يرجع هو على المشتري بما غرم ، إلا أن يكون مغروراً منه وكان الثمن أقل ، فإنه (٢) حينئذ يرجع (٣) بمقدار الثمن (٤) .

(مسألة ٩) : في صورة إطلاق العقد لا يجوز له أن يشتري بأزيد من قيمة المثل (٥) . كما أنه لا يجوز أن يبيع بأقل من قيمة المثل ، وإلا بطل . نعم إذا اقتضت المصلحة أحد الأمرين لا بأس به (٦) .

المالك على المشتري بمقدار الثمن . فليس له الرجوع على العامل بشيء منها .

(١) يعني : المالك .

(٢) يعني : العامل .

(٣) يعني : على المشتري .

(٤) إذ لا تغير من العامل فيه . وأما الزائد على مقدار الثمن الذي غرمه للمالك فلا يرجع فيه على المشتري ، لأنه غار له فيه ، فإذا رجع على المشتري بتلك الزيادة رجع المشتري عليه بها ، لأنه غار له . وإن شئت قلت : لا يرجع على المشتري بتلك الزيادة ، لأنه غار له فيها ، فغرامتها مستندة إلى تقريره لا إلى المشتري .

(٥) كما هو المعروف المصرح به في جملة كثيرة من كتب الأصحاب . لما فيه من تضييع المال ، المانع من دخوله في إطلاق الاذن . وكذا ما بعده . (٦) كما في المختلف وعن جماعة من متأخري المتأخرين . إذ من المعلوم الاذن مع المصلحة . وفي الجواهر : تخصيصه بما إذا كان متعارفاً ، أما إذا كان نادراً فلا يدخل في الإطلاق ، لانصرافه إلى المتعارف . لكن الانصراف ممنوع ، والإطلاق محكم .

(مسألة ١٠) : لا يجب في صورة الاطلاق أن يبيع بالنقد ، بل يجوز أن يبيع الجنس بجنس آخر (١). وقيل بعدم جواز للبيع إلا بالنقد المتعارف (٢). ولا وجه له إلا إذا كان جنساً لا رغبة للناس فيه غالباً (٣).

(مسألة ١١) : لا يجوز شراء المعيب ، إلا إذا اقتضت المصلحة ، ولو اتفق فله للرد أو الأرش ، على ما تقتضيه المصلحة.

(مسألة ١٢) : المشهور - على ما قيل - أن في صورة الاطلاق يجب أن يشتري بعين المال ، فلا يجوز للشراء في الذمة (٤). وبعبارة أخرى : يجب أن يكون الثمن شخصياً من مال المالك ، لا كلياً في الذمة . وللظاهر أنه يلحق به (٥) للكلي في المعين أيضاً . وعمل ذلك : بأنه القدر المتيقن . وأيضاً للشراء في الذمة قد يؤدي إلى وجوب دفع غيره (٦) - كما إذا

(١) كما قواه في المسالك مع الغبطة . عملاً باطلاق الاذن .

(٢) كما في الشرايع وغيرها .

(٣) فلا يكون فيه مصلحة . أما إذا كان فيه مصلحة أيضاً فلا بأس عملاً باطلاق الاذن .

(٤) قال في الشرائع : « وكذا يجب أن يشتري بعين المال ، ولو اشترى في الذمة لم يصح ، إلا مع الاذن » . وفي القواعد : « وان اشترى في الذمة لزم العامل إن أطلق الشراء ولم يجز المالك ، وإن ذكر المالك بطل مع عدم الاجازة » . وفي الحدايق : أنه صرح بذلك جملة من الاصحاب .

(٥) يعني : بالشراء بعين المال ، لأنه نوع منه .

(٦) هذا وما بعده ذكرهما في المسالك .

تلف رأس المال قبل للوفاء - ولعل المالك غير راض بذلك .
وأيضاً إذا اشترى بكلي في للذمة لا يصدق على الربح أنه ربح
مال المضاربة . ولا يخفى ما في هذه للعلل (١) . والأقوى - كما
هو المتعارف - جواز للشراء في للذمة (٢) وللدفع من رأس
المال . ثم إنهم لم يتعرضوا لبيعه ، ومقتضى ما ذكره وجوب
كون المبيع أيضاً شخصياً ، لا كلياً . ثم للدفع من الأجناس
لتي عنده . والأقوى فيه أيضاً جواز كونه كلياً . وإن لم يكن
في المتعارف مثل للشراء .

ثم إن للشراء في للذمة يتصور على وجوه .
أحدها : أن يشتري للعامل بقصد المالك وفي ذمته من

(١) فإن العمل بالقدر المتيقن إنما يكون مع عدم الاطلاق ، أما مع
الاطلاق فالعمل به متعين . ووجوب دفع غيره ليس محذوراً إذا كان مقتضى
الاطلاق ، وإذا كان الشراء بالمال يشمل الشراء بالذمة فقد صدق أن الربح
للمال لتبعية ذلك لما ذكر .

(٢) كما مال إليه في الجواهر واحتمل لإرادة الأصحاب من المنع
صورة الشراء في الذمة مع لإرادة الرجوع إليه بغير مال المضاربة . وفي
الرياض : « ويمكن تنزيل إطلاق كلام الأصحاب عليه بصرفه الى غير صورة
غلبة ذلك (يعني : مراد الأصحاب من لزوم الشراء بعين المال صورة
ما إذا لم يكن الغالب والمتعارف ذلك) أما إذا كان الغالب والمتعارف
ذلك فقد جاز الشراء بالذمة » ، إذ المتعارف مانع من حمل الاطلاق على
غيره . بل قيل : يكون موجباً لحمل الاطلاق عليه بالخصوص . لكن
الاطهر العمل بالاطلاق في الجميع .

حيث المضاربة (١) .

لثاني : أن يقصد كون للثمن في ذمته من حيث أنه عامل ووكيل عن المالك . ويرجع إلى الأول . وحكمها الصحة وكون للربح مشتركاً بينهما على ما ذكرنا . وإذا فرض تلف مال المضاربة قبل للوفاء كان في ذمة المالك يؤدي من ماله الآخر (٢)

(١) يعني على أن يكون المبيع مورد المضاربة وكون الثمن من مال المالك المعين للمضاربة .

(٢) قد تقدم ما عن المسالك من الاستدلال على عدم جواز الشراء في الذمة ما ظاهره المفروغية عن وجوب الاداء من ماله الآخر ، وأنه من المسلمات ، وفي الجواهر : استدلل عليه بأنه مقتضى الاطلاق . وفيه : أن الاطلاق من حيث كون الشراء في الذمة أو في العين لا يلزم الاطلاق من حيث كون الاداء من مال المضاربة وغيره ، إذ المفروض أن الشراء في الذمة وإن كان باذن المالك فهو بلحاظ المضاربة وكون الاداء لما في الذمة بمال المضاربة لاغيره ، ولذلك قيد المصنف الوجه الأول بكونه من حيث المضاربة ، لا مطلقاً ، فاذا كان عنوان المضاربة مأخوذاً قيداً للشراء فمع تعذره يبطل الشراء ، كما إذا اشترى ولي الزكاة شيئاً بمال الزكاة فتلف المال قبل الوفاء ، فانه يبطل ، فلا يكلف بدفع الثمن من ماله .

وأشكل من ذلك ما ذكره في الجواهر من أنه إذا دفع من ماله الآخر يكون من مال القراض ، للاطلاق المذكور ، وأنه حكى عن المبسوط التصريح به . إذ من الواضح أن مال المضاربة هو التالف لاغيره ، وأن الاذن في الشراء في الذمة كان بقيد الوفاء من ذلك المال لاغيره ، فلم يقصد المضاربة بما في الذمة مطلقاً . ولذلك ذكر في الخلاف أن الذي يقوى في نفسه أن المبيع للعامل ، ولا شيء على رب المال . وستدل عليه : بأن رب المال إنما

الثالث : أن يقصد ذمة نفسه وكان قصده للشراء لنفسه ولم يقصد للوفاء حين للشراء من مال المضاربة ، ثم دفع منه وعلى هذا للشراء صحيح ، ويكون غاصباً في دفع مال المضاربة من غير إذن المالك ، إلا إذا كان مأذوناً في الاستقراض وقصد للقرض (١) .

الرابع : كذلك لكن مع قصد دفع الثمن من مال المضاربة حين للشراء ، حتى يكون للربح له ، فقصد نفسه حيلة منه ، وعليه يمكن الحكم بصحة للشراء وإن كان غاصباً

فسح للعامل في التصرف في الف إما أن يشتري به بعينه أو في الذمة وينقد منه ولم يدخل على أن يكون له في القراض أكثر منه . وما ذكره من الوجه متين ، لكن انما يقتضي عدم الصحة للمالك ، لا التحول الى العامل لعدم قصد العامل ذلك ، فكيف يدخل في ملكه من دون قصد ، ويكلف بدفع البدل من دون اختيار ؟ ! ونسب في الخلاف إلى أبي حنيفة ومحمد أن يلزم المالك أن يدفع الثمن من مال آخر ويكوناً معاً رأس المال . وإلى مالك أن المالك مخير بين أن يدفع الثمن من مال آخر ويكون هو رأس المال لا غير وبين أن لا يدفع شيئاً ، فيكون المبيع للعامل والثمن عليه . كما نسب إلى أبي حنيفة أيضاً أنه إذا تلف المال الثاني لم يلزم المالك شيء ، وإلى غيره أنه كلما تلف الثمن دفع المالك غيره ولم يظهر من الجواهر أنه إذا تلف المال الثاني فهل يلزم الدفع من مال ثالث وهكذا أو لا يلزمه ؟ كما أنه لم يظهر منه أن رأس المال هو مجموع المالكين ، أو الأكثر ، أو هو الأخير لا غير ؟ والتحقيق ما عرفت .

(١) أو كان قاصداً الشراء من نفسه للمالك بمال المضاربة ، فانه لما

في التصرف في مال المضاربة من غير إذن المالك ، وضامناً له بل ضامناً للبايع أيضاً ، حيث أن الوفاء بمال للغير غير صحيح ويحتمل للقول ببطالان للشراء (١) لأن رضى للبايع مقيد بدفع للثمن (٢) والمفروض أن للدفع بمال للغير غير صحيح ، فهو بمنزلة السرقة ، كما ورد في بعض الأخبار : أن من استقرض ولم يكن قاصداً للأداء فهو سارق . ويحتمل صحة الشراء وكون قصده لنفسه لغواً بعد أن كان بنائه للدفع من مال

كان ولياً على الشراء للمالك وولياً على نفسه لم يحتج في الشراء للمالك مال نفسه الى أكثر من إنشاء الإيجاب ، فيقصد المعاوضة بينه وبين المالك بدفع مال المالك وفاء عما في ذمته من الثمن ، فيكون إنشاء المعاوضة بالفعل ، وهو دفع المال الى البائع ، لا بالقول ، وإنشاء واحد بلا قبول ، كما تحقق ذلك في بعض مباحث نكاح العبيد من هذا الشرح . فراجع . فيكون في الخارج شراءً : شراء من المشتري لنفسه ، وشراء من نفسه للمالك ، فالشراء للعامل بثمن في الذمة والشراء للمالك بعين المال .

(١) هذا الاحتمال ضعيف إذ النقص في الشراء على النحو المذكور إن كان لأجل نية عدم أداء الثمن فأمر لم يقل به أحد ، ولا دليل عليه وإن كان لأجل دفع مال الغير ، الرجوع الى عدم دفع الثمن شرعاً فهو أيضاً لم يقل به أحد ، ولا دليل عليه .

(٢) قد عرفت أنه لا دليل عليه . وما في بعض الأخبار راجع الى نية عدم دفع الثمن حال البيع ، لعدم الدفع بعد ذلك ، فالشاهد لا يرتبط بالمشهود له . مع أن ما في المقام ليس من باب عدم نية الدفع ، بل من باب نية دفع ما ليس ملكاً له شرعاً ، بعنوان كونه ملكاً له تشريعاً ، فهو أمر ثالث غير ماذكر .

المضاربة ، فان للبيع وإن كان بقصد نفسه وكلية في ذمته ، إلا أنه ينصب على هذا للذي يدفعه (١) فكأن للبيع وقع عليه . والأوفق بالقواعد للوجه الأول ، وبالاحتياط للثاني . واضعف للوجه الثالث ، وإن لم يستبعده الآقا البهبهاني .

الخامس : أن يقصد للشراء في ذمته من غير للتفات إلى نفسه وغيره . وعليه أيضاً يكون المبيع له (٢) ، وإذا دفعه من مال المضاربة يكون عاصياً . ولو اختلف البايع والعامل في أن للشراء كان لنفسه أو لغيره وهو المالك المضارب ، يقدم قول البايع ، لظاهر الحال (٣) ، فيلزم بالثمن من ماله ، وليس له إرجاع البايع الى المالك المضارب .

(١) هذا غير ظاهر الوجه ، ولا يظن الالتزام به في نظائر المقام ، فان الغاصب للمال إذا دخل السوق واشترى لنفسه في النمة ، ونوى الوفاء من ذلك المال المغصوب ، فاجاز المغصوب منه ذلك لم يكن الشراء له ، ولا يكون ما اشتراه ملكاً للمغصوب منه . مضافاً الى أن البناء على كون ذلك من الشراء بعين المال موجب للبناء على صحة البيع الواقع على العين الخارجية المجهولة للبائع وعدم كونها مقصودة له ولا منوية له ، وهو كما ترى .

(٢) لكون عوضه منه وهو ما في ذمته .

(٣) قال في الشرائع : « ولو اشترى في النمة لأمعه ، ولم يذكر المالك تعلق الثمن بذمته ظاهراً » . فيحتمل أن يكون التعلق ظاهراً بلزمته اعتماداً على أصالة الصحة ، لأنه إذا كان لغيره بطل لعدم الاذن ، وإذا كان له صح . ويحتمل أن يكون لظاهر الحال ، حيث أن حمل الذمة على ذمة المالك خلاف الظاهر ، يحتاج الى قرينة ، فان الاصل في الفعل المنسوب

(مسألة ١٣) : يجب على العامل بعد تحقق عقد المضاربة ما يعتاد بالنسبة إليه وإلى تلك للتجارة ، في مثل ذلك المكان وللزمان ، من للعمل ، وتولي ما يتولاه للتاجر لنفسه ، من عرض للقماش ، وللنشر واللطي ، وقبض للثمن ، وايداعه في للصندوق ونحو ذلك مما هو للإيق والمتعارف ويجوز له استئجار من يكون المتعارف استيجاره ، مثل للدلال ، والجمال ، وللوزان ، وللكيل ، وغير ذلك ، ويعطي الأجرة من للوسط . ولو استأجر فيما يتعارف مباشرة بنفسه فالأجرة من ماله (١) ، ولو تولى بنفسه ما يعتاد الاستئجار له فالظاهر جواز أخذ الأجرة (٢) إن لم يقصد للتبرع . وربما يقال بعدم الجواز (٣) . وفيه أنه :

إلى الفاعل كونه عن نفسه ، فإذا قال القائل : صليت ، يعني : عن نفسي وإذا قال : صل ، يعني : عن نفسك ، وهكذا ، فلو فرض أن المالك قد أذن بالشراء له ، وشك في الشراء أنه للمالك أو للعامل حل على الثاني ، فإذا ادعى المالك ذلك كان قوله مطابقاً للحجة والعامل بخلافه ، وهذا مالا ينبغي الاشكال فيه . لكن في الرياض في صورة ما لو اشترى في ذمة المالك ، أو في الذمة مطلقاً ، احتمال الحكم بكون الشراء للمالك ، لعموم الاذن . وفيه : أن الاشكال في ظهور الذمة مطلقاً في ذمة المالك ، وكيف يكون ذلك وهو خلاف ما عليه العرف ؟ . نعم يصح ما ذكره في صورة الشراء بذمة المالك . فلاحظ .

(١) لعدم الاذن . فلا موجب للزومها للمالك .

(٢) وفي المسالك : أنه له وجها .

(٣) كما في الشرائع والمبسوط ، وفي المسالك : نسبة إلى إطلاق

مناف لقاعدة احترام عمل المسلم (١) المفروض عدم وجوبه عليه .
(مسألة ١٤) : قد مر أنه لا يجوز للعامل للسفر من
دون إذن المالك . ومعه فنفقته في السفر من رأس المال (٢) ،

المصنف والجماعة .

() كذا في الجواهر . لكن عرفت غير مرة أن قاعدة الاحترام
لا تقتضي الضمان للعمل ، وإنما الذي يقتضيه الاستيفاء وإن كان واجبا عليه ،
فإن المريض إذا طلب من الطبيب المعالجة ضمن الاجرة وإن كانت المعالجة
واجبة عليه ، والاستيفاء لعمل العامل في باب المضاربة في مقابل الحصة
من الربح لا غير ، فاثبات شيء آخر يحتاج إلى دليل . ولأجل ذلك لا يرتبط
المقام بما إذا أذن له في البيع أو الشراء ، بناءً على عموم الاذن للشراء من
نفسه والبيع على نفسه ، مضافاً إلى أن ذلك يختص بما إذا صرح له بالاذن
بالاستيجار ، وفي المقام ربما لا يكون إلا الاذن في الاتجار ولوازمه على نحو
العموم ، ومنها استيجار من جرت العادة باستيجاره لحمل الاثقال ، لكن
عموم ذلك لنفسه غير ظاهر ، إذ من المحتمل أن يكون المراد أن لا يتحمل
العامل خسارة الاجرة ، فلا يشمل الفرض .

(٢) قال في الشرائع : « وينفق في السفر كمال نفقته من أصل المال
على الاظهر » ، وفي المسالك وعن غيرها : أنه الاشهر بين الأصحاب ،
وفي التذكرة وجامع المقاصد : أنه المشهور ، بل في التذكرة في موضع
نسبته إلى علمائنا ، وعن الخلاف : أن عليه اجماع الفرقة وأخبارهم . انتهى .
لأنه بسفره انقطع إلى العمل في مال القراض فناسب أن تكون النفقة على
المال ، كما في التذكرة وجامع المقاصد ، ولأن السفر لمصلحة المال فنفقته
عليه كما في التذكرة ، لكن مقتضى الاخير الاختصاص بنفقة السفر نفسه ،
لا نفقة العامل في السفر ، ومقتضى الاول العموم لنفقة الحضر أيضاً إذا كان

إلا إذا اشترط المالك كونها على نفسه . وعن بعضهم (١) كونها على نفسه مطلقاً ، وللظاهر أن مراده فيما إذا لم يشترط كونها من الأصل . وربما يقال : له تفاوت ما بين للسفر والحضر (٢) . والأقوى ما ذكرنا من جواز أخذها من أصل المال بتمامها ، من مأكل ، ومشرب ، وملبس ، ومسكن ، ونحو ذلك مما يصدق عليه للنفقة . ففي صحيح علي بن جعفر عن أخيه أبي الحسن عليه السلام (٣) : « في المضارب ما أنفق في سفره فهو من جميع المال ، فاذا قدم بلده فما أنفق فن نصيبه » هذا وأما في الحضر فليس له أن يأخذ من رأس المال شيئاً (٤) إلا إذا اشترط على المالك ذلك .

(مسألة ١٥) : المراد بالنفقة ما يحتاج إليه من مأكل وملبوس ومركوب وآلات يحتاج إليها في سفره وأجرة المسكن

منقطعاً إلى العمل فيه ، وعدم العموم لنفقة السفر مع عدم الانقطاع إلى العمل في المال . مضافاً إلى أن المناسبة لا تصلح للاثبات .

(١) المراد به الشيخ في المبسوط ، لأنه دخل على أن له سهماً معلوماً من الربح ، فلا يستحق سواه ، وقد لا يربح من المال أكثر من النفقة .

(٢) قاله الشيخ في المبسوط على تقدير القول بالانفاق .

(٣) رواه في الكافي عن محمد بن يحيى عن العمري ، ورواه في

التهذيب عن محمد بن أحمد بن يحيى عن محمد بن أحمد الكوكبي عن العمري ، ونحوه رواية السكوني عن أبي عبد الله (ع) عن أمير المؤمنين (ع) ، رواها في الكافي ، ونحوه مرسل الفقيه (١٥) .

(٤) إجماعاً ، صريحاً وظاهراً ، حكاه جماعة .

ونحو ذلك (١) ، وأما جوائزه وعطاياه وضيافاته ومصانعاته فعلى نفسه (٢) إلا إذا كانت للتجارة موقوفة عليها .

(مسألة ١٦) : لللازم الاقتصار على للقدر لللايق ، فلو أسرف حسب عليه (٣) . نعم لو قتر على نفسه ، أو صار ضيفاً عند شخص ، لا يحسب له (٤) .

(مسألة ١٧) : المراد من للسفر للعرفي (٥) ، لا للشرعي فيشمل للسفر فرسخين أو ثلاثة . كما أنه إذا أقام في بلد عشرة أيام أو أزيد كان نفقته من رأس المال ، لأنه في للسفر عرفاً . نعم إذا أقام بعد تمام العمل لغرض آخر - مثل للتفرج ، أو لتحصيل مال له ، أو لغيره مما ليس متعلقاً بالتجارة - فنفقته

(١) لا شبهة في كون ذلك مراداً ولا اشكال ، للصدق .

(٢) لأن الظاهر من النفقة ما يحتاجه لمعاشه ، وما ذكر إنما يحتاجه لجهات أدبية ، لامعاشه ، فهو داخل في المؤنة المستثناة في الخمس ، لا في النفقة الواجبة للزوجة أو للقريب المذكورة في باب النفقات ، كما ذكر ذلك في الجواهر .

(٣) لخروجه عن المأذون فيه ، فيكون مضموناً عليه .

(٤) كما صرح به في الجواهر لأن المأذون فيه النفقة المنتفية بالفرض لامقدار النفقة .

(٥) كما صرح به في المسالك والجواهر ، وحكي عن الروضة ومجمع البرهان والكفاية وغيرها . لاطلاق الأدلة ، وثبوت القصر وبعض الاحكام لخصوص السفر الى المسافة مع الشروط الخاصة لا يقتضي حقيقة شرعية ولا متشرعية ، بحيث يحمل عليه المراد في جميع موارد الاستعمال من دون

في تلك المدة على نفسه (١) . وإن كان مقامه لما يتعلق بالتجارة ولأمر آخر ، بحيث يكون كل منها علة مستقلة لولا الآخر فإن كان الأمر الآخر عارضاً في اللين فالظاهر جواز أخذ تمام للنفقة من مال للتجارة (٢) ، وإن كانا في عرض واحد ففيه وجوه ، ثالثها للتوزيع (٣) . وهو الأحوط في الجملة (٤) وأحوط منه كون للتمام على نفسه وإن كانت لليلة مجموعهما ، بحيث يكون كل واحد جزء من الداعي فالظاهر للتوزيع (٥) .
(مسألة ١٨) : استحقاق للنفقة مختص بالسفر المأذون فيه (٦) فلو سافر من غير إذن ، أو في غير الجهة المأذون فيه

قرينة ، إذ لا دليل على ذلك ، فالحمل على المفهوم العرفي متعين .
(١) كما صرح به في التذكرة والمسالك والجواهر . لأن السفر حينئذ لم يكن لمصلحة المال فيكون خارجاً عن منصرف الأدلة .

(٢) لدخوله في إطلاق الدليل .

(٣) وأقواها - كما في الجواهر - جواز الانفاق ، لإطلاق النص الشامل له ، ولأنه لا يخرج عن كونه لمصلحة المال المقتضية له على الاستقلال فتأمل .
(٤) والأضعف ، لأن الأدلة إن عمت اقتضت الأول ، وإلا اقتضت الثاني .
(٥) كما في الجواهر . لكنه غير ظاهر ، لما عرفت من أن الأدلة إن عمت اقتضت كون النفقة على المال ، وإلا اقتضت كونها على نفسه فالتوزيع لا مقتضي له ، ولذا كان الأقوى كونها على نفسه ، لعدم ثبوت دخوله في إطلاق الدليل .

(٦) كما في المسالك والجواهر . لاختصاص الدليل به ، أو لأن ما دل على الضمان بالتعدي مقدم عليه عرفاً ، أو لأنه خاص فيخصص به .

أو مع التعدي عما أذن فيه ، ليس له أن يأخذ من مال للتجارة .
 (مسألة ١٩) : لو تعدد أرباب المال - كأن يكون
 عاملاً لاثنتين أو أزيد ، أو عاملاً لنفسه وغيره - توزع للنفقة (١)
 وهل هو على نسبة المالكين ، أو على نسبة للعميلين ؟ قولان (٢) .
 (مسألة ٢٠) : لا يشترط في استحقاق النفقة ظهور

(١) كما هو المحكي عن جملة كثيرة من كتب الأعيان ، كالشيخ
 والفاضلين والمحقق والشهيد الثانيين وغيرهم . قال في الشرائع : « ولو كان
 لنفسه مال غير مال القراض فالوجه التقسيط » قال في المسالك : « وجه
 التقسيط ظاهر ، لأن السفر لأجلها ، فنفقته عليها » .
 أقول : قد عرفت إشكال هذا التعليل ، فلا مجال للاستدلال به في
 المقام . نعم يتجه الحكم المذكور في الأول ، لصدق مال المضاربة على
 جميع الأموال ، ومقتضى إطلاق أن نفقة المضارب على مال المضاربة أنها
 على جميع الأموال ، ومقتضى ذلك التوزيع على الجميع . ويشكل في الثاني ،
 لصدق كون العامل مضارباً فتكون نفقته على مال المضاربة ، ولا وجه
 للتوزيع . نعم في الجواهر : أن السفر لما لم يكن للقراض خاصة اتجه التوزيع
 المزبور ، وهو راجع إلى ما في المسالك . وفيه ما عرفت .
 (٢) في المبسوط : الجزم بالأول ، وفي جامع المقاصد : أنه أوجه ،
 وفي المسالك : أنه أجود ، لأن استحقاق النفقة في مال المضاربة منوط
 بالمال ، ولا ينظر إلى العمل . انتهى . وإن شئت قلت . موضوع النفقة
 مال المضاربة . فهو موضوع التوزيع . وأما القول الثاني فلم نعرف قائله .
 نعم عن التذكرة : أنه إذا كان المال لنفسه فالنفس على المالكين ، وإذا
 كان لغيره فعلى العميلين . انتهى . لكن عبارة التذكرة لا تساعد عليه .
 وعلى تقديره فغير ظاهر الوجه .

ربح بل ينفق من أصل المال (١) وإن لم يحصل ربح أصلاً .
نعم لو حصل للربح بعد هذا تحسب من الربح ، ويعطى المالك
تمام رأس ماله ، ثم يقسم بينهما .

(مسألة ٢١) : لو مرض في أثناء السفر ، فإن كان لم
يمنعه من شغله فله أخذ للنفقة (٢) ، وإن منعه ليس له (٣) ،
وعلى الأول لا يكون منها ما يحتاج إليه للبرء من المرض (٤) .

(١) قال في المسالك : « ولا يعتبر في النفقة ثبوت الربح ، بل
ينفق ولو من أصل المال إن لم يكن ربح وإن قصر المال . نعم لو كان
ربح فهي منه مقدمة على حق العامل » ، ونحوه كلام غيره . لكن في
الرياض : « مقتضى إطلاق النص والفتوى انفاقها من الأصل ولو مع
حصول الربح ، ولكن ذكر جماعة إنفاقها منه دون الأصل ، وعليه فليقدم
على حصة العامل » . وما ذكره الجماعة هو الوجه ، إذ لا يصدق الربح
الا بعد استثناء النفقة وغيرها من مؤنة التجارة . والظاهر أن ذلك
لا إشكال فيه بينهم ، ولذلك قال في الجواهر - بعد حكاية ما في الرياض - :
« وهو من غرائب الكلام » .

(٢) بلا ريب ، كما في الجواهر . لإطلاق الأدلة .

(٣) كما في الجواهر . وكأنه لأن السفر في حال المرض المانع عن
العمل ليس للتجارة . وهو غير ظاهر ، ولازمه عدم النفقة مع طرود المانع
عن العمل غير المرض إذا كان في مقام الزوال ، وهو كما ترى .

(٤) قال في المسالك : « إن مؤنة المرض والموت في السفر سويتان على
العامل خاصة ، لأنها لم يتعلق بالتجارة » . وهو في محله بالنسبة إلى الموت
لأنفساخ المضاربة ، لا لعدم تعلقه بالتجارة ، أما بالنسبة إلى المرض فيشكل
بأن المرض وإن لم يكن للتجارة لكن السفر لها ، فإذا كانت مؤنة المرض

من نفقات السفر كانت على المالك ، كغيرها من شؤون النفقة .
نعم يتم بناء على عدم كونها من النفقة الواجبة لواجب النفقة ، كما هو المصرح به في كلام غير واحد من الأكابر . وكأن وجهه عدم الدليل على وجوب نفقة المرض الزوجة ، فضلا عن غيرها . إذ دليل نفقتها إن كان قوله تعالى : (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) (١٥) فمن الواضح اختصاصه بالرزق والكسوة ، ولا يشمل الدواء المشروب ، لانصرافه عنه ، فضلا عن العلاج بالضاد ونحوه ، وإن كان قوله تعالى : (وعاشروهن بالمعروف) (٢٥) فهو ناظر الى الجهات الاخلاقية لا غيرها وإن كان قوله تعالى : (لينفق ذو سعة من سعته) (٣٥) فالظاهر منه الاتفاق على المطلقات ، بقرينة ما قبله من قوله تعالى في سورة الطلاق : (وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضمن حملهن) (٤٥) ولأجل ذلك لا يكون وارداً في مقام تشريع النفقة للزوجة ، بل في مقام وجود النفقة المشروعة للزوجة على المطلقة ، ولا مجال للتمسك باطلاقه ، ولا لحمله على المتعارف كما في الجواهر . نعم يتعين ذلك لو كان في مقام تشريع النفقة ، لامتناع كون المراد الاتفاق في الجملة ، كامتناع كون المراد اتفاق كل شيء ، فيتعين الحمل على المتعارف . لكن الظاهر من سياقه أنه ليس في مقام التشريع الأصلي ، وحينئذ لا دليل على وجوب نفقة المرض للزوجة . بل الأصل العدم في كل ماشك في وجوبه لها من أنواع النفقات ، مثل الآت التنظيف والغطاء والفراش وظروف الطعام والشراب وغير ذلك مما لا يدخل

(١٥) البقرة : ٢٣٣ .

(٢٥) النساء : ٣٤ .

(٣٥) الطلاق : ٧ .

(٤٥) الطلاق : ٦ .

في الطعام والشراب .

ومن ذلك يشكل ما في الجواهر فانه بعدما حكى كلمات بعض الأصحاب في تحديد النفقة ، وما فيها من الاختلاف والاضطراب والتشويش ، قال : « إن كان المدار في الاتفاق بذل جميع ما تحتاج اليه المرأة لم يكن لاستثناء الدواء والطبيب والكحل وأجرة الحمام والفصد وجه . وإن كان المدار على خصوص الكسوة والاطعام والمسكن لم يكن لعدّ الفراش والاختدام - وخصوصا ما كان منه للمرض وغير ذلك مما سمعته في الواجب - وجه . وإن جعل المدار فيه المعاشرة بالمعروف واطلاق الانفاق كان المتجه وجوب الجميع ، بل وغير مذكروه من أمور آخر لا حصر لها فالمتجه لإحالة جميع ذلك إلى العادة في انفاق الأزواج على الزوجات من حيث الزوجية ، لامن حيث شدة حب ونحوه . . . » وجه الاشكال : أن الأمر بالمعاشرة بالمعروف ليس مما نحن فيه ، والأمر بالانفاق في الآية الشريفة ليس في مقام تشريع وجوب النفقة للزوجة ، بل في مقام إلحاق المطلقة بها . وإن كان الذي يظهر من بعض الصحاح أنه وارد في الزوجة ، كصحيح ربيعي والفضيل بن يسار عن أبي عبد الله (ع) « في قوله تعالى : (ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله) (١٥) قال (ع) : إن أنفق عليها ما يقيم ظهرها مع كسوة ، وإلا فرق بينهما » (٢٥) ونحوه صحيح أبي بصير (٣) لكن ظاهره اختصاص النفقة بالاطعام والكسوة ، كآية الشريفة ، لا يعم غيرهما . اللهم الا أن يكون جواز التفريق مختصاً بذلك ، لا وجوب النفقة ، وحينئذ يتم ما ذكر في الجواهر من لزوم الرجوع إلى المتعارف في النفقة

(١٥) الطلاق : ٦٥ .

(٢٥) الوسائل باب : ١ من أبواب النفقات حديث : ١ .

(٣٥) الوسائل باب : ١ من أبواب النفقات حديث : ١٢ .

بعد تعذر الأخذ بصرف الطبيعة ، كتعذر الأخذ بالعموم . ويعضد ذلك صحيح عبد الرحمن بن الحجاج عن أبي عبد الله (ع) : « خمسة لا يعطون من الزكاة شيئاً الأب والأم والولد والمملوك والمرأة ، وذلك أنهم عياله لازمون له » (١٥) وفي خبر ابن الصلت « لأنه يجبر على نفقتهم » (٢٥) والتعليل بأنهم لازمون له بعد أن لم يكن تعديلاً يراد به إما أنهم أغنياء ولا تجوز إعطاء الزكاة لذلك ، وأما لأن الزوم يمنع من تعلق لزوم آخر من جهة الزكاة ، لثلا يلزم التداخل ، فيكون هو المانع من إعطائهم الزكاة . ولو كانت النفقة مختصة ببعض الحاجيات دون بعض كان البعض الآخر مورداً للزكاة فلا يحصل التداخل ، كما لا يحصل الغنى . فالتعليل المذكور يكون دليلاً واضحاً على وجوب الانفاق بالنسبة الى جميع الحاجات ، ومنها الدواء وأجرة الطبيب وأجرة الفصد والأواني والظروف اللازمة في الاستعمال وأواني التنظيف وغير ذلك مما يحتاج إليه . وكان الأولى التمسك بالصحيح المذكور على ما ذكر ، لا إهماله والتمسك بالاطلاق المحتاج في دليليته الى تكلف . هذا كله بالنسبة الى نفقة الزوجة . وأما نفقة العامل فيما نحن فيه ، فإن قلنا بوحدة المراد كانت نفقة المرض مستثناة أيضاً ، وإن لم نقل بأن المقامين من باب واحد أمكن التمسك باطلاق الدليل في المقام على ذلك ، فإن نفقة المرض من أهم ما يحتاج إليه في معاشه . ولذلك يضعف ما تقدم في المسالك ومسبقه إليه في جامع المقاصد والتذكرة وغيرهما ، من دون تعرض منهم لوجهه . وكأنه دعوى انصراف الاطلاق في المقام عنه ، أو لبنائه على ذلك في نفقة الزوجة وكون المقامين من باب واحد . لكن دعوى الانصراف ممنوعة ، كدعوى ذلك في نفقة الزوجة على ما عرفت .

(١٥) الوسائل باب : ١٣ من أبواب المستحقين للزكاة حديث : ١ .

(٢٥) الوسائل باب : ١٣ من أبواب المستحقين للزكاة حديث : ٤ .

(مسألة ٢٢) : لو حصل للفسخ أو الانفساخ في أثناء السفر فنفقة الرجوع على نفسه (١) ، بخلاف ما إذا بقيت ولم تنفسخ ، فإنها من مال المضاربة .

(مسألة ٢٣) : قد عرفت الفرق بين المضاربة والقرض والبضاعة ، وأن في الأول للربح مشترك ، وفي الثاني للعامل ، وفي الثالث للمالك ، فإذا قال : خذ هذا المال مضاربة وللربح بتمامه لي ، كان مضاربة فاسدة (٢) ، إلا إذا علم أنه قصد

(١) كما صرح بذلك غير واحد ، وظاهر المسالك : أنه لا خلاف فيه بيننا لارتفاع المضاربة ، فيرتفع حكمها . وعن بعض العامة لزوم النفقة من أصل المال ، لأنه استحقها بالسفر . ولا بأس به لو بني على كون الحكم على القاعدة ، كما يقتضي ذلك ما تقدم عن جامع المقاصد والتذكرة من تعليل الحكم . أما إذا كان المستند النص فالنص غير شامل له . اللهم إلا أن يقال : النص لا ينفية ، والقاعدة تقتضيه ، فالعمل بها متعين في خصوص نفقة السفر ، لا نفقة العامل .

(٢) قال في الشرائع : « لو قال : خذ قراضاً والربح لي ، فسد . ويمكن أن يجعل بضاعة ، نظراً إلى المعنى . وفيه تردد » . وفي القواعد : « لو قال : خذ قراضاً على أن الربح لك ، أو لي ، بطل » ، ونحوه في التذكرة وغيرها ، وفي المسالك : أنه المشهور . بل قيل لانعرف خلافاً صريحاً فيه ، وإنما وقع التردد من بعضهم كالشرائع .

وكيف كان نقول : إن كون الربح مشتركاً بين المالك والعامل داخل في قوام المضاربة فكون الربح كله للمالك مناف له ، ولأجل أن الجمع بين المتنافيين محال فالقصد اليها معاً محال ، فلا بد في المقام من أحد أمور

الابضاع ، فيصير بضاعة ، ولا يستحق العامل أجره (١) ،

عدم قصد الأمرين ، أو قصد الأول دون الثاني ، أو العكس ، فعلى الأول لا يكون معنى لإنشائي أصلاً لا صحيح ولا فاسد . وعلى الثاني تكون مضاربة صحيحة ، وعلى الثالث تكون بضاعة أنشئت بلفظ المضاربة ، فتكون صحيحة . وإذا علم أن المتكلم شاعر في مقام الانشاء فقد انتفى الاحتمال الأول ، وتعين أحد الأخيرين ، وثانيها أولى ، لأن التصرف في لفظ المضاربة بحمله على البضاعة أولى من التصرف في قوله : ولي الربح ، بحمله على ما لا يتنافى المضاربة ، فيكون هو المتعين ، ويحمل الكلام على البضاعة . وعلى هذا لا مجال للمضاربة الفاسدة في مقام الثبوت ، فضلاً عن مقام الإثبات . هذا كله مع الالتفات . أما مع الغفلة فيمكن القصد إلى المتنافيين معاً ، بأن يكون أحدهما مقصوداً إجمالاً ، والآخر تفصيلاً ، وفي المقام يكون المنشئ قد قصد المضاربة بمألفها من المعنى إجمالاً ، وقصد أن يكون تمام الربح له تفصيلاً . فيكون شرطاً منافياً لمقتضى العقد ، فيكون فاسداً . فان قلنا بأن الشرط الفاسد مفسد فقد فسد العقد ، وإلا فلا ، ولا وجه للبناء على فساد العقد ممن لا يرى فساده بالشرط الفاسد . اللهم إلا أن يقال القصد الإجمالي إنما يكتفى به في مقام الانشاء إذ لم يكن قصد تفصيلي على خلافه ، والا فلا يعتد به في حصول الانشاء ، ويكون العمل على القصد التفصيلي ، فلا مضاربة في المقام لا صحيحة ولا فاسدة ، بل هو بضاعة .

والمتحصل : أنه مع الالتفات التفصيلي في مقام الثبوت لا مضاربة لا صحيحة ولا فاسدة ، وفي مقام الإثبات بضاعة ، ومع عدم الالتفات التفصيلي فالواقع إما مضاربة صحيحة أو بضاعة صحيحة ، لا مضاربة فاسدة . (١) الذي يظهر من كلمات الأصحاب أنه يعتبر في البضاعة كون

إلا مع الشرط أو للقرائن للدالة على عدم التبرع ، ومع للشك فيه وفي إرادة الأجرة يستحق الأجرة أيضاً ، لقاعدة احترام عمل المسلم . وإذا قال خذه قراضاً وتنام للربح لك ، فكذلك مضاربة فاسدة (١) . إلا إذا علم أنه أراد للقرض . ولو لم يذكر لفظ المضاربة ، بأن قال : خذه واتجر به وللربح بتمامه لي ، كان بضاعة (٢) ،

الربح للمالك من دون أجرة عليه للعامل . قال في الوسيلة : « وإن دفع إليه ليتجر به له من دون أجرة كان بضاعة » ، ونحوه في غيرها ، وفي الجواهر : « قد عرفت أنها (يعني : البضاعة) المال المدفوع ليعمل به على أن الربح للمالك بلا أجره للعامل ، فهي حينئذ توكيل في التجارة تبرعاً » ولأجل عدم الدليل على هذا المعنى في المقام قيده المصنف بما إذا كانت القرينة على التبرع ، أما إذا كانت على عدم التبرع أو لم تقم على أحد الأمرين ، فاللازم البناء على الأجرة ، لقاعدة الاحترام ، كما ذكر المصنف ، أو لقاعدة الاستيفاء كما هو التحقيق . وحكى في الرياض عن التنقيح : نحو ذلك ، واختاره ، ثم قال : « وينبغي تنزيل كلمات الاصحاب عليه » . ثم إن عبارة المتن لا تخلو من اشكال ، وكان الأولى التعبير بقوله : ويستحق العامل الأجرة ، إلا أن تكون قرينة على التبرع بدل ما ذكر من العبارة .

(١) كما في القواعد ، وكذا في غيرها ، وفي التذكرة : « ولو قال : قارضتك على أن يكون جميع الربح لك ، فسد القراض أيضاً عندنا » وظاهره الاجماع على الفساد . لكن يشكل ما ذكره بما عرفت في الفرض السابق ، إذ الكلام في المقامين من باب واحد .

(٢) قال في الشرائع : « أما لو قال خذه فاتجر به وللربح لي ،

إلا مع العلم بإرادة المضاربة ، فتكون فاسدة (١) . ولو قال : خذه واتجر به ولربح لك بتمامه ، فهو قرض (٢) ، إلا مع العلم بإرادة

كان بضاعة . ولو قال : والربح لك كان قرضاً ، ونحوه مافي القواعد ، وحكي عن كثير من كتب الاصحاح ويظهر منهم عدم الخلاف فيه . ولكنه يشكل إذا أريد عدم استحقاق العامل الأجرة - كما هو معنى البضاعة على ما عرفت - وذلك لعدم القرينة على المجانية ، ومقتضى استيفاء عمل المسلم ضمانه .

(١) قد عرفت إشكاله ، وأنه على تقدير إرادة المضاربة يكون شرط خلافها مخالفاً لمقتضى العقد ، فيكون فاسداً ، لكنه غير مفسد ، على ما هو التحقيق ، بل على تقدير قصد المضاربة تفصيلاً يمتنع القصد إلى معنى قوله والربح لي ، فلا شرط حينئذ ، كي يكون منافياً لمقتضى العقد ، وفاسداً .

(٢) كما سبق في الشرائع والقواعد وغيرهما ، وظاهرهم التسالم عليه . ويشكل - كما عن مجمع البرهان - بأن القرض تملك بعوض ، وهو غير مفروض في كلام المالك ، ولا مقصود له . وقد ينزل كلامهم - كما في الرياض - على إرادة أن اشتراط تمام الربح للعامل من أحكام القرض ، لا أنه قرض فعلاً . ولكنه بعيد جداً . كما أنه استدل على تحقق القرض بذلك بما ورد في المعتبرة المستفيضة التي فيها الصحيح والموثق : « من ضمن تاجراً فليس له إلا رأس ماله وليس له من الربح شيء » (١٠) ، لظهورها في أنه بمجرد تضمين المالك للمضارب بصير المال قرضاً . وفيه : أنه لا تضمين في المقام ، ولو فرض فلا دلالة في النصوص المذكورة على حصول القرض ، بل ظاهرها أنها من قبيل ماروي مرسل من قول

المضاربة ، ففساد . ومع للفساد في الصور المذكورة يكون تمام الربح للمالك (١) ، وللعامل أجرة عمله (٢) ، إلا مع علمه بالفساد (٣) (مسألة ٢٤) : لو اختلف للعامل والمالك في أنها مضاربة فاسدة أو قرض ، أو مضاربة فاسدة أو بضاعة ، ولم يكن هناك ظهور لفظي (٤) ولا قرينة معينة ،

النبي (ص) : « الخراج بالضمان » (١٥) الذي لم يكن بناء الاصحاب على العمل به . ولذا أفتوا بضمان المنافع المستوفاة للمقبوض بالعقد الفاسد ، كما دلت عليه بعض الصحاح .

(١) لأن الربح تابع للمال . لكن هذا مع إجازة المالك وإلا فله عين ماله مع وجوده ، أو بدله مع فقده . ولا ربح حينئذ ، ففرض وجود الربح مبني على ثبوت الإجازة أو استفادة الاذن ، وسيأتي التعرض لذلك في المسألة الثامنة والاربعين .

(٢) للاستيفاء .

(٣) لأقدمه على العمل بدون استحقاق ، فيكون بمنزلة التبرع . وفيه : أن العلم بعدم الاستحقاق شرعاً لا يقتضي التبرع ، ضرورة أن فعله كان بقصد الربح ولو بغير استحقاق ، وهذا المقدار كاف في الاستحقاق .

(٤) تبع في ذلك الجواهر حيث حكى عن المسالك : أنه إذا اختلفا في القصد المبطل احتمل تقدم قول المالك لأنه أعرف بنيته ، والعامل نظراً إلى ظاهر اللفظ وترجيحاً للصحة ، ثم قال : « لا يفتى عليك عدم إتيان الوجهين بعد تسليم كون ظاهر اللفظ في ذلك ، ضرورة عدم وجه لمن يدعي خلاف الظاهر بلا قرينة وإلا لزم من ذلك فساد كثير » . وفيه : أن دعوى خلاف ظاهر اللفظ كدعوى خلاف ظاهر اليد وغيرها من

فقتضى القاعدة للتحالف (١) .

الحجج في أن صاحبها مدَّعٍ وخصمه منكر ، ولا فرق بين الحجج في ذلك ، وكذلك من يدعي خلاف مقتضى القرينة تسمع دعواه ، وعليه الاثبات . ولعل مراد المصنف أن ذلك شرط في التحالف . ومع الظهور اللفظي أو القرينة يكون المورد من موارد المدعي ، والمنكر . لأنه لا تسمع دعوى الخلاف . (١) لأن كلا منهما يدعي أمراً خلاف الأصل . هذا بناءً على أن المعيار في المدعي والمنكر مصب الدعوى ، أما إذا كان المعيار الغرض المقصود من الدعوى - كما هو التحقيق ، وأشرنا إليه في كتاب الاجارة - فيختلف ذلك باختلاف المقامات ، فإذا ادعى العامل القرض وادعى المالك المضاربة الفاسدة ، وكانت دعوى العامل القرض راجعة الى دعوى استحقاق الربح وحده ، ودعوى المالك المضاربة الفاسدة راجعة الى دعوى نفي القرض وبقاء المال على ملكه ليكون ربحه له ، كانت دعوى المالك على وفق الاصل ودعوى العامل على خلاف الاصل . وإذا لم يكن ربح للمال فادعى العامل المضاربة الفاسدة ليكون له على المالك أجره العمل ، وادعى المالك القرض ليتخلص من الاجرة كانت دعوى المالك موافقة لاصالة برائة ذمته من الاجرة ، ودعوى العامل المضاربة الفاسدة خلاف الاصل ، فيكون منكراً . وأصالة عدم القرض لما لم تثبت الاجرة لم تكن جارية في المقام لعدم ترتب الأثر على مجراها ، ففي الفرض الأول يكون مدعي القرض مدعياً ، وفي هذا الفرض يكون منكراً . وإذا ادعى المالك البضاعة وادعى العامل المضاربة الفاسدة فقد اتفقا على كون الربح للمالك ، ويكون الخصام بينهما في أن العامل يستحق على المالك الاجرة أولاً ، فالمالك يدعي أنها بضاعة تنفي على المجانية - كما عرفت - والعامل يدعي المضاربة الفاسدة الموجبة لاستحقاق الاجرة ، فاستيفاء عمل العامل الموجب للضمان حاصل على

وقد يقال : بتقديم قول من يدعي الصحة (١) . وهو مشكل ، إذ مورد الحمل على الصحة (٢) ما إذا علم أنها أوقعا معاملة معينة واختلفا في صحتها وفسادها ، لا مثل المقام ، والذي يكون الأمر دائراً بين معاملتين على إحداها صحيح وعلى الأخرى باطل ، نظير ما إذا اختلفا في أنها أوقعا للبيع للصحيح أو الاجارة للفاسدة مثلاً . وفي مثل هذا مقتضى للقاعدة للتحالف (٣) وأصالة للصحة لا تثبت كونه بيعاً مثلاً لا إجارة ، أو بضاعة صحيحة مثلاً لا مضاربة فاسدة .

(مسألة ٢٥) : إذا قال المالك للعامل : خذ هذا المال قراضاً وللربح بيننا صح (٤) . ولكل منهما للنصف ، وإذا قال : ونصف للربح لك ، فكذلك (٥) ، بل وكذا لو قال : ونصف للربح لي ، فإن للظاهر أن للنصف الآخر للعامل . ولكن فرق بعضهم (٦) بين العبارتين ، وحكم بالصحة في الاولى ، لأنه

كل حال ، ويدعي المالك التبرع وينكر العامل ذلك .

(١) كما في المسالك .

(٢) كما قرره في الجواهر :

(٣) قد عرفت إشكاله ، وأن مدعي الاجارة الفاسدة إنما يقصد

إنكار البيع الصحيح ، والاجارة الفاسدة ليست موضع غرض له .

(٤) كما في الشرائع وغيره ، وظاهر المسالك : الاتفاق عليه عندنا

وعند غيرنا إلا بعض الشافعية . والوجه فيه ظهور الكلام في التنصيف ،

وما عن بعض الشافعية من منع ذلك ممنوع عليه .

(٥) بلا خلاف .

(٦) كالحقق في الشرائع . ووجه الفرق ما في المتن ، كما قرره في المسالك .

صرح فيها بكون النصف للعامل وللنصف الآخر يبقى له ، على قاعدة للتبعية ، بخلاف العبارة الثانية ، فإن كون النصف للمالك لا ينافي كون الآخر له أيضاً ، على قاعدة للتبعية ، فلا دلالة فيها على كون النصف الآخر للعامل . وأنت خير بأن المفهوم من العبارة عرفاً كون النصف الآخر للعامل (١) .

(مسألة ٢٦) : لا فرق (٢) بين أن يقول : خذ هذا المال قراضاً ولك نصف ربحه ، أو قال : خذه قراضاً ولك ربح نصفه ، في الصحة والاشتراك في الربح بالمناصفة . وربما يقال : بالبطلان في الثاني (٣) ، بدعوى : أن مقتضاه كون ربح للنصف الآخر بتمامه للمالك ، وقد يربح النصف فيختص به أحدهما ، أو يربح أكثر من النصف ، فلا يكون الحصة معلومة وأيضاً قد لا يعامل إلا في النصف . وفيه : أن المراد ربح نصف ما عومل به وربح ، فلا إشكال .

- (١) كما في الجواهر ، بل قال : « هو واضح » . وهو كما قال .
 لكن منعه في المسالك ، لعدم استقرار العرف على ذلك ، ثم قال : « والأجود البطلان » وفي القواعد : « بطل على إشكال » .
 (٢) كما في الشرائع والقواعد ، وفي المسالك : « المشهور صحة القراض في صورتين ، وأنه لا فرق بينهما من حيث المعنى » .
 (٣) نسيه في المسالك إلى الشيخ في أحد قوليه ، وعلاه بما ذكر ، ومحصله اشكالان (الاول) : أن شرط القراض الاشتراك في كل جزء من الربح وفي الفرض لا اشتراك ، لأن ربح أحد النصفين للعامل ، وربح النصف الآخر للمالك . وأيضاً قد لا يعامل إلا بالنصف ، فيكون ربحه

(مسألة ٤٧) : يجوز اتحاد المالك وتعدد للعامل (١) ،

لأحدهما بعينه بلا اشتراك بينهما (الثاني) : جهالة النسبة إذ ربما يكون ربح النصف الآخر أقل ، وربما يكون أكثر ، فالنسبة بين الحصتين مجهولة . وأيضاً إذا كان ربح أحد النصفين للعامل وربح الباقي للمالك ، فربما يكون ربح الباقي ربح بعض النصف ، وربما يكون ربح تمامه ، فيكون مقداره مجهولاً أيضاً . وحمله في الجواهر على صورة تعيين النصف المضاف إليه ربح العامل فإنه الذي يصح معه الدليل ، وهو غير مانحن فيه . ولذا ذكر في المسالك : أنه أجيب عنه بأن الإشارة ليست إلى نصف معين ، بل إلى مبهم ، فإذا ربح أحد النصفين فذلك الذي ربح هو المال . والذي لم يربح لا اعتداد به . انتهى . ولأجل أن أخذ النصف مبهماً لا يكفي في رفع الاشكال ، لأن العمل إذا كان بالنصف وقد ربح ، فذلك النصف إما أن ينطبق عليه نصف المال ، وإما أن لا ينطبق ، فإن انطبق كان ربحه للعامل أو للمالك بلا معين وإن لم ينطبق لم يكن لأحدهما ، وكل ذلك كما ترى ، ألحقه بقوله : « فإذا ربح أحد . . . » يريد أن النصف المبهم لا ينطبق على تمام النصف المذكور ، بل ينطبق على نصفه ، كما ينطبق النصف الثاني على نصفه الثاني ، لأن ذلك النصف المعمول به هو المال ذو النصفين ، ولا اعتداد بالنصف الذي لم يعمل به . ولكنه كما ترى فإن المراد من المال تمامه ، فالنصف المعمول به نصفه لا كله . فالمتعين في دفع الاشكال أن يقال : إن ربح النصف ربح لتمام المال ، ولذا يقسم بين العامل والمالك في العبارة الأخرى وهي ما إذا قال : خذ هذا المال ولك نصف ربحه ، فإذا صدق أنه ربح لتمام المال فقد صدق أن نصفه ربح لنصف المال ، فيكون للعامل ، والنصف الآخر للمالك .

(١) قال في القواعد : « يجوز تعددهما ، واتحادهما ، وتعدد أحدهما

مع اتحاد المال ، أو تميز مال كل من للعاملين ، فلو قال : ضاربتكما ولكما نصف للربح ، صح ، وكنا فيه سواء . ولو فضل أحدهما على الآخر صح أيضاً (١) وإن كنا في العمل سواء ، فإن غايته اشتراط حصته قليلة لصاحب للعمل للكثير وهذا لا بأس به (٢) ويكون للعقد الواحد بمنزلة عقدين مع اثنين ، ويكون كما لو قارض أحدهما في نصف المال بنصف وقارض الآخر في النصف الآخر بربع للربح ، ولا مانع منه (٣) وكذا يجوز تعدد المالك واتحاد للعامل : بأن كان المال مشتركاً بين اثنين ، فقارضا واحداً بعقد واحد بالنصف مثلاً متساوياً بينهما ، أو بالاختلاف : بأن يكون في حصة أحدهما بالنصف وفي حصة الآخر بالثلث أو للربح مثلاً . وكذا يجوز مع عدم اشتراك المال : بأن يكون مال كل منهما ممتازاً ، وقارضاً واحداً مع الإذن في الخلط ، مع للتساوي في حصة للعامل بينهما ، أو الاختلاف : بأن يكون في مال أحدهما بالنصف وفي مال الآخر بالثلث أو للربح .

(مسألة ٢٨) : إذا كان مال مشتركاً بين اثنين ، فقارضا واحداً ، واشترطا له نصف للربح ، وتفاضلا في

خاصة . والظاهر أنه لا اشكال ولا خلاف في جميع ذلك ، فقد ذكر في كثير من الكتب ، من دون تعرض لخلاف أو تردد . ويقتضيه إطلاق الأدلة .

(١) وفي المسالك : أنه صحيح عندنا .

(٢) عملاً بالعمومات .

(٣) وفي المسالك : أن ذلك جائز اتفاقاً .

لنصف الآخر : بأن جعل لأحدهما أزيد من الآخر مع تساويهما في ذلك المال ، أو تساويا فيه مع تفاوتهما فيه ، فإن كان من قصدهما كون ذلك للنقص على للعامل بالنسبة إلى صاحب الزيادة : بأن يكون كأنه اشترط على للعامل في العمل بماله أقل مما شرطه الآخر له ، كأن اشترط هو للعامل ثلث ربح حصته ، وشرط له صاحب للنقيصة ثلثي ربح حصته مثلاً مع تساويهما في المال ، فهو صحيح لجواز اختلاف للشريكين في مقدار للربح المشترط للعامل (١) . وإن لم يكن للنقص راجعاً الى للعامل ، بل على الشريك الآخر : بأن يكون المجمعول للعامل بالنسبة إليهما سواء ، لكن اختلفا في حصتهما ، بأن لا يكون على حسب شركتهما ، فقد يقال فيه بالبطلان (٢) ، لاستلزامه زيادة لأحدهما على الآخر مع تساوي المالكين أو تساويهما مع للتفاوت في المالكين ، بلا عمل من صاحب للزيادة ، لأن المفروض كون للعامل غيرهما ، ولا يجوز ذلك في للشركة والأقوى للصحة (٣)

(١) هذا التعليل أشبه بالمصادرة ، واللازم التعليل باطلاق الأدلة ، وعموم المرتكزات العرفية ، ولا يحتاج الى تعدد عقد المضاربة مع كل من الشريكين ، لانحلال العقد الواحد الصادر من الشريكين الى عقدين ، لامتناع قيام العقد الواحد بالاثنتين ، كيف وكل من الشريكين له ولاية على حصته دون حصة شريكه ، وكل من العقدين المنضمين بمنزلة العقد المستقل ، فكان أحد الشريكين قال للعامل : إنجز بحصتي ولك النصف ، وقال الآخر له : إنجز بحصتي ولك الثلث .

(٢) حكى البطلان عن المبسوط وجامع الشرائع ، وتوقف فيه في التحرير .

(٣) في بعض الحواشي أن الصحة تتوقف على إيقاع عقد الشركة

بين الشريكين على الشرط المذكور من التساوي أو التفاضل . ووجهه : أن المالكين هما موضوعا هذا الاشتراط ، أحدهما مشروط له ، والآخر مشروط عليه ، ولا يرتبط ذلك بالعامل كي يكون الشرط المذكور في عقد المضاربة الذي أحد أركانه العامل . نعم بناء على ما تقدم ، من جواز شرط حصته من الربح للأجنبي ، يصح الاشتراط في عقد المضاربة إذ مرجعه إلى أن العامل يشترط على أحد المالكين أن يكون مقدار من حصته للمالك الآخر بل لو قلنا بعدم صحة الشرط للأجنبي ، لانه على خلاف قوله (ع) « الربح بينهما » (١٥) أمكن القول بالصحة هنا ، لعدم منافاته لذلك ، لأن الحصة المشروطة ليست للأجنبي ، بل لأحد المالكين . وبالجمله : يكفي في صحة الشرط من العامل أن يكون محط غرضه في الجملة وإن كانت فائدة الشرط راجعة لغيره ، فإذا عرف العامل أن أحد المالكين لا يحضر لأجراء المضاربة إلا إذا كانت حصته أكثر من حصة شريكه صح للعامل أن يشترط في عقد المضاربة ذلك على الشريك الآخر ، بل له أن يشترط على أحد الشريكين شروطاً تعود فائدتها إلى الشريك الثاني لا غير إذا كان لا يقبل المضاربة الا بذلك ، فإذا قال : لا أضارب بمالي إلا إذا زوجني الشريك جاريته فحينئذ يصح للعامل الذي يريد المضاربة أن يشترط على أحد الشريكين أن يزوج جاريته شريكه الآخر ، كي يتمكن من المضاربة بالمال ، ولا يجوز أن نقول إن هذا الشرط قائم بين الشريكين ولا دخل للعامل فيه . وبالجمله : لا يعتبر في صحة الشرط أن تكون فائدة الشرط راجعة إلى المشتري ، بل يكفي أن يكون له غرض في الشرط وإن كانت فائدته ترجع إلى غيره . بل يصح للعامل أن يشترط على المالك في عقد المضاربة أن يزوج ابنته من أخ العامل أو ولده بما لا يتعلق بالربح أصلاً ،

(١٥) الوسائل باب ٣ من أبواب المضاربة حديث : « . وقد تقدم في صفحة : ٢٧٦ .

لمنع عدم جواز للزيادة لأحد الشريكين بلا مقابلتها لعمل منه (١) ، فإن الأقوى جواز ذلك بالشرط ، ونمنع كونه خلاف مقتضى الشركة ، بل هو خلاف مقتضى إطلاقها .

كما يقتضيه عموم الأدلة .

(١) يشير بذلك الى وجه المنع منه ، يعني : أنه قد يتوهم أن اشتراط التفاضل خلاف مقتضى الشركة ، فيكون الشرط مخالفاً للكتاب ، وحاصل الجواب : أن ذلك ليس مخالفاً لمقتضى الشركة ، وإنما هو مخالف لمقتضى إطلاقها ، وهو حاصل في كل شرط يذكر في العقد ، إذ لولا ما يكون الحكم على خلاف مقتضى الشرط ، ولا يقدح في صحته ، والا لم يصح الشرط دائماً . وتوضح ذلك : أن الشرط المخالف للكتاب يراد به ما يكون مخالفاً للحكم الاقتضائي الشرعي على ما هو التحقيق وكون المقام منه ممنوع كما يدل عليه ما تضمن مشروعية المضاربة إذ لا يخطر (١٥) في البال أن جعل حصة من الربح للعامل مخالف للكتاب ، فإنه خلاف مقتضى الارتكازات الشرعية ، فيدل على أن تبعية الربح للمال من باب وجود المرجح للتبعية مع عدم مقتضى للخلاف ، وحينئذ لا مانع من اشتراط التفاضل ، لافي عقد الشركة ، ولا في غيره من العقود ، فيصح أن يشترط في البيع التفاضل في الثاء للمال المشترك ، كما يصح أن يشترط ذلك في المضاربة ، ولا مانع منه ، مع أن الشك في كون الشرط مخالفاً للكتاب أولاً موجب للرجوع إلى أصالة عدم المخالفة ، على ما هو التحقيق من جريان الاصل في العدم الأزلي ، كما أشرنا إلى ذلك في حاشية المكاسب .

(١٥) سيأتي في كتاب الشركة بيان وجه الفرق بين جعل حصة من الربح للعامل وجعل التفاضل وأن التحقيق عدم جواز اشتراط التفاضل في عقد الشركة ولا في المقام . (منه قدس سره) .

مع أنه يمكن أن يدعى للفرق بين الشركة والمضاربة (١) وإن كانت متضمنة للشركة .

(مسألة ٢٩) : تبطل المضاربة بموت كل من للعامل والمالك (٢) ، أما الأول : فلاختصاص الإذن به (٣) ، وأما

(١) يعني : لو سلم أنه خلاف مقتضى الشركة أمكن البناء عليه ، عملاً بدليل صحة المضاربة المتضمنة ثبوت حصة للعامل ، فإن ذلك خلاف مقتضى الشركة الذي هو تبعية الربح للمال ، لكن قام الدليل عليه ، فوجب البناء عليه ، كما أشرنا إلى ذلك .

والمتحصل مما ذكر أمور : (الأول) : الاشكال بأن تفاضل المالكين الشريكين في الربح قائم بهما ، لا بالعامل ، فلا يصح ذكره شرطاً في المضاربة . (الثاني) : اندفاعه بأنه يمكن أن يكون محط غرض العامل ، فيكون متعلقاً به ، فيصح اشتراطه . (الثالث) : أن تفاضل الشريكين في الربح لا ينافي مقتضى العقد ، وإنما ينافي إطلاقه ، فيصح اشتراطه في الشركة وفي غيرها من العقود . (الرابع) : أنه لو سلم أنه منافي لمقتضى العقد جاز البناء عليه للدليل على صحة المضاربة . اللهم إلا أن يقال : لا إطلاق لدليل صحة المضاربة يشمل ذلك ، لخروجه عن مفهومها ، وإنما هو داخل في عموم صحة الشروط . فإذا خصص ذلك العموم بالشرط المخالف لمقتضى العقد ، تعين في المقام الرجوع إلى المخصص ، لا إلى العموم .

(٢) قال في الشرائع : « وبموت كل واحد منها تبطل المضاربة ، لأنها في المعنى وكالة » ، ونحوه في كثير من الكتب ، ويظهر منهم أن ذلك من المسلمات ، فإن ذلك حكم العقود الجائزة ، ومنها المضاربة . (٣) فيكون الوارث كسائر الناس ، لا يجوز أن يتصرف بغير إذن المالك ، وليس ذلك من الحقوق ، حتى يكون موروثاً للوارث .

الثاني : فلانتقال المال بموته إلى وارثه ، فابقاؤها يحتاج إلى عقد جديد (١) بشرائطه ، فان كان المال نقداً صح (٢) ، وإن كان عروضاً فلا ، لما عرفت من عدم جواز المضاربة على غير للتقدين . وهل يجوز لو ارث المالك إجازة للعقد بعد موته ، قد يقال بعدم الجواز (٣) ، لعدم علقته له بالمال حال للعقد بوجه من الوجوه (٤) ، ليكون واقعاً على ماله أو متعلق حقه . وهذا بخلاف إجازة للبطن السابق في الوقف أزيد من مدة حياته ، فان البطن لللاحق يجوز له الإجازة ، لأن له حقاً بحسب جعل للواقف . وأما في المقام فليس للوارث حق حال حياة المورث أصلاً ، وإنما ينتقل إليه المال حال موته . وبخلاف إجازة للوارث لما زاد من الثلث في الوصية ، وفي المنعز حال

(١) يعني : بين العامل والمالك الجديد .

(٢) يعني : بعقد جديد .

(٣) قال في الشرائع : « ولو مات رب المال والمال متاع ، فأقره الوارث ، لم يصح ، لأن الأول بطل ، ولا يصح ابتداء القراض بالعروض » وظاهر التعليق أن المراد من إقراره بعد الموت إبقاؤه ، وهذا بعد الموت متعذر للبطلان ، وكذلك تجديده ، لأن في المال عروض . والمصنف رحمه الله حرر المسألة بعنوان الإجازة ، وذكر في الجواهر : أن المقام ليس من الفضولي ، إذ لا علقه للوارث بالمال حال العقد بوجه من الوجوه . . . إلى آخر ما ذكر في المتن في تقريب عدم الجواز .

(٤) الإجازة لا تصح الا بشرطين (الاول) : أن يكون العقد

المجاز صادراً من غير الولي عليه ، فلا يصح منه إلا بالإجازة . (الثاني) :

المرض - على القول بالثلث فيه - فان له حقاً فيما زاد ، فلذا يصح إجازته ، ونظير المقام اجارة للشخص ماله مدة مات في أثنائها ، على القول بالبطلان بموته ، فانه لا يجوز للوارث اجازتها . لكن يمكن أن يقال : يكفي في صحة الاجازة كون المال في معرض الانتقال اليه وإن لم يكن له علة به حال للعقد ، فكونه سيصير له كاف ومرجع اجازته حينئذ الى ابقاء ما فعله المورث ، لا قبوله ، ولا تنفيذه ، فان الاجازة أقسام ، قد تكون قبولاً لما فعله للغير ، كما في اجازة بيع ماله فضولاً ، وقد تكون راجعاً الى اسقاط حق ، كما في اجازة المرتهن لبيع للراهن ، واجازة للوارث لما زاد عن الثلث . وقد تكون ابقاء لما فعله المالك (١) ، كما في المقام .

أن يكون للمجيز ولاية على العقد ، فاذا انتفى ذلك لم تصح الاجازة . وهذان الشرطان موجودان في الأمثلة المذكورة في الجواهر وفي المتن ، أما فيما نحن فيه فمفقودان معاً ، إذ العقد الواقع من المالك صادر من الولي عليه فيصح ، ولا معنى لاجازته والاجازة الصادرة من الوارث - سواء كانت صادرة منه حال حياة الموروث ، أم بعد وفاته - صادرة ممن لا ولاية له على العقد . نعم إذا كانت صادرة منه بعد وفاة الموروث فهي ممن له ولاية على تجديد العقد لا على العقد نفسه ، فلا معنى لتعلقها بالعقد .

(١) قد عرفت أن العقد الواقع لا قصور فيه ، فهو نافذ بلا إجازة والاجازة الصادرة من الوارث ليست ممن له ولاية على العقد ، ولا أدنى تعلق له به ، والابقاء - مع أنه ليس بمجوعولاً ، لأن بقاء العقد بنفسه ، لا يجعل جاعل - متعذر ، لأن المفروض بطلانه ، فكيف يمكن إبقاؤه ؟ مع أنه

(مسألة ٣٠) : لا يجوز للعامل أن يوكل وكيلاً في عمله ، أو يستأجر أجيراً إلا بإذن المالك . نعم لا بأس بالتوكيل

غير مقصود للمجيز . نعم يمكن تجديده للوارث ، وهذا شيء آخر غير إجازة العقد ، ويختص بصورة ما اذا كان المال نقداً لا عروضاً .

والمتحصل في الاشكال : أنه إن أريد إجازة العقد بلحاظ الحدوث كما في إجازة الفضيولي - فالعقد لا قصور فيه من هذه الجهة ، كي يحتاج إلى الإجازة ، والإجازة صادرة ممن لا تعلق له بالعقد . وإن أريد إجازته بلحاظ البقاء ، فالبقاء ليس مقصوداً للمجيز ، ولا مما يقبل الجعل ، وفي المقام متعذر . لفرض البطلان ، كما ذكر في الشرائع . وإن أريد من الإبقاء التجديد اختص ذلك بما اذا كان المال نقداً ، ولا يصح إذا كان عروضاً كما ذكر أيضاً في الشرائع .

ولعل مراد المصنف الاشكال على الشرائع : بأن الاقرار إنما يمتنع إذا ثبت البطلان ، وهو ممنوع ، إذ يختص البطلان بما إذا لم يقره الوارث أما إذا أقره فلا بطلان . كما أنه يمكن دفع الاشكال : بأن البقاء لا يحتاج إلى جعل بأن ذلك مسلم إذا لم يكن موجب للبطلان ، كما في المقام ، أما معه فيصح جعل البقاء ، ويكون مستنداً إلى الجعل لأنفسه . ولكن عبارة المصنف بعيدة عن ذلك ، وفيها تهافت ، فإن الإجازة بمعنى الإبقاء صادرة من الوارث المالك ، وقد ذكر أنها صادرة ممن سيصير له علاقة ، فكأن موضوع كلامه الإجازة من الوارث حال حياة الموروث لا بعد وفاته .

والتحقيق : أن المالك ركن في عقد المضاربة كالعامل ، فإذا مات أحدهما بطل العقد ضرورة ، كما في موت أحد الزوجين ، فلا يمكن جعل ابقائه أبداً ، كما ذكر المحقق رحمه الله ، فلا يمكن لإبقاء العقد ، لا بالإجازة ولا بالإبقاء ، ولا بغير ذلك . نعم يمكن إيقاع عقد المضاربة بين الوارث

أو الاستيجار في بعض المقدمات ، على ما هو المتعارف (١) .
وأما الإيكال الى للغير وكالة أو استيجاراً في أصل للتجارة ،
فلا يجوز من دون إذن المالك ، ومعه لا مانع منه . كما أنه
لا يجوز له أن يضارب غيره إلا بإذن المالك .

(مسألة ٣١) : إذا أذن في مضاربة للغير فإما أن يكون
يجعل العامل للثاني عاملاً للمالك ، أو يجعله شريكاً معه في العمل
والحصة ، وإما يجعله عاملاً لنفسه . أما الأول فلا مانع منه
وتنفسخ مضاربة نفسه على الأقوى (٢) . واحتمال بقائها مع
ذلك (٣) ، لعدم المناقاة ، كما ترى . ويكون للربح مشتركاً بين

والعامل إذا اجتمعت الشرائط .

(١) كأن الفرق بين المقامين أن المنصرف من المضاربة استعمال العامل
في التجارة مباشرة ، فايكال التجارة إلى غيره خلاف الظاهر يحتاج إلى
إذن بالخصوص ، بخلاف المقدمات ، فإنه ليس في عنوان المضاربة ما يقتضي
المباشرة فيها ، فاطلاقها يقتضي الاذن إلا اذا كانت قريبة على الخلاف .
والحكم في الجميع وجوب أن يكون العمل باذن المالك ، الاستفادة من
الاطلاق ، أو من صريح الخطاب ، أو من العادة ، أو غير ذلك من
القرائن ، فإذا لم تعلم لم يجز التصرف

(٢) كما هو ظاهر المسالك .

(٣) بل جزم به في الجواهر ، لعدم ما يدل على اعتبار خلو المال
عن وقوع عقد قراض عليه في صحة الثاني . انتهى . وكأنه اعتبر المضاربة
نوعاً من الوكالة ، ولا مانع من توكيل وكيلين على عمل واحد ، لعدم
التنافي في ذلك . لكن الظاهر عرفاً من المضاربة أنها استعمال للعامل وهو

المالك وللعامل الثاني ، وليس للأول شيء (١) ، الا اذا كان بعد أن عمل عملاً وحصل ربح ، فيستحق حصته (٢) من ذلك وليس له أن يشترط على للعامل الثاني شيئاً من الربح (٣) بعد أن لم يكن له عمل بعد المضاربة الثانية . بل لو جعل الحصصة للعامل في المضاربة الثانية أقل مما اشترط له في الاولى ، كأن يكون في الاولى بالنصف ، وجعله ثلثاً في الثانية لا يستحق تلك الزيادة (٤) ، بل ترجع الى المالك . وربما يحتمل جواز اشتراط شيء من الربح ، أو كون للزيادة له (٥) ، بدعوى أن هذا المقدار - وهو ايقاع عقد المضاربة ثم جعلها للغير -

لا يقبل التعدد ، نظير الاستيجار على العمل لكن لو سلم فذلك يمنع من تعدد العامل بالنسبة الى العمل الواحد ، لا بالنسبة الى العاملين ، فاذا عمل الأول وربح كان له سهم من الربح ، واذا عمل الثاني أيضاً فربح كان له سهم ، كما صرح بذلك في الجواهر . والأولى أن يقال : انه إذا كان العامل قد انتزع نفسه من المضاربة ، انفسخت بالنسبة اليه ، واختص بها الثاني . وإن كان لم ينتزع نفسه ، كان كل منها عاملاً ، واختص كل واحد منها بحصته من الربح في عمله .

- (١) إذ المفروض أن الربح مشترك بين المالك والعامل ، وهو غيرهما .
- (٢) كما هو مقتضى المضاربة معه .
- (٣) الا بناءً على جواز اشتراط حصصة من الربح للأجنبي ، وقد تقدم .
- (٤) لأنها للمالك حسب المحمول في المضاربة الثانية ، فلا تكون كلها أو بعضها لغيره .

(٥) هذا الاحتمال احتمله في الجواهر ، معللاً له بما ذكر .

نوع من للعمل ، يكفي في جواز جعل حصة من للربح له .
وفيه : أنه وكالة ، لا مضاربة (١) . وللثاني أيضاً لا مانع
منه ، وتكون الحصة المجعلولة له في المضاربة الاولى مشتركة
بينه وبين العامل للثاني ، على حسب قرارهما . وأما للثالث فلا

(١) قد يكون التوكيل من شؤون المضاربة - كما تقدم في المسألة
الثلاثين - فيستحق عليه العامل حصة من الربح . فالعمدة : أن العمل الذي
يجعل الحصة له في المضاربة الثانية ما يكون حاصلًا من العامل في المضاربة
الثانية بعد حصولها ، والعمل المذكور حاصل قبلها من غير العامل فيها ،
بل من العامل في المضاربة الاولى وحينئذ إذا كان موجبا لاستحقاق شيء
لصدوره لا بعنوان التبرع ، فهو على المالك ، لا حصة في ربح المضاربة
الثانية ، لعدم كونه عاملا فيها . بل إذا فرض أن عمل المضاربة الأولى
كان بذلك استحق حصة من الربح الحاصل من ذلك العمل ولو بتوسط
المضاربة الثانية التي هي في ضمن المضاربة الأولى . ومن ذلك يظهر أن
القسم الاول له صورتان : (الأولى) أن تكون المضاربة الثانية أجنبية عن
الاولى ، تبطلها أو لا تبطلها ، على الخلاف المتقدم بين المصنف والجواهر .
(الثانية) : أن تكون المضاربة الثانية في ضمن الاولى ومن شؤونها فتكون
الثانية من قبيل الجعالة التي تكون في ضمن الاولى ، وحصة المالك فيها
راجعة إلى ربح المضاربة الاولى فتتقسم بين المالك والعامل الأول . وبالجملة :
قد تكون المضاربة الثانية أجنبية عن الأولى تنافيا أو لا تنافيا ، وقد تكون
في طولها ومن شؤونها فأرباح الثانية بعد اخراج حصة العامل تكون من
أرباح الأولى ، فتكون حصة منها للعامل ، والباقي للمالك . وقد كان
المناسب للمصنف التعرض لهذا القسم ، فتكون الاقسام أربعة .

يصح من دون أن يكون له عمل مع العامل الثاني (١) ، ومعه يرجع الى للتشريك .

(مسألة ٣٢) : اذا ضارب للعامل غيره مع عدم الإذن من المالك ، فان أجاز المالك ذلك كان الحكم كما في الإذن للسابق في الصور المتقدمة ، فيلحق كلاً حكمه (٢) ، وان لم يجز بطلت المضاربة للثانية (٣) . وحينئذ فان كان للعامل الثاني عمل وحصل الربح (٤) ، فما قرر للمالك في المضاربة الأولى فله (٥) وأما ما قرر للعامل فهل هو أيضاً له (٦) أو للعامل الأول ، أو مشترك بين العاملين ؟ وجوه وأقوال (٧) ، أقواها الأول ،

(١) من المعلوم أن العامل في المضاربة من يكون عاملاً للمالك في ماله ، والعامل لغير المالك خارج عنه ؛ سواء كان له عمل أم لم يكن . إلا أن يكون المراد منه ما لا يتنافى مع كونه عاملاً للمالك ، ويكون الاختلاف بمجرد التعبير .

(٢) إذ لا فرق بين الإجازة اللاحقة والأذن السابقة في الأحكام .

(٣) لصدورها من غير الولي ، بلا إذن ، ولا إجازة من الولي .

(٤) يعني بإجازة المالك لشراء العامل الثاني ، إذ مع عدم الإجازة

لا تصح المعاملة ، فلا ربح وسيأتي التصريح بذلك من المصنف . وإطلاق كلامه هنا كإطلاق كلام غيره مبني على ذلك ، كما هو الغالب .

(٥) لتبعية الربح للمال ، كما هو الأصل .

(٦) يعني : للمالك .

(٧) قال في الشرائع في مسألة ما إذا قارض العامل غيره : « فان

كان باذنه وشرط الربح بين العامل الثاني والمالك صح ، ولو شرط لنفسه لم

لأن المفروض بطلان المضاربة الثانية ، فلا يستحق العامل الثاني شيئاً ، وأن العامل الأول لم يعمل حتى يستحق ، فيكون تمام الربح للمالك اذا أجاز تلك المعاملات للواقعة على ماله . ويستحق للعامل الثاني أجره عمله مع جهله بالبطلان (١) على العامل الأول

يصح ، لأنه لا عمل له . وإن كان بغير إذنه لم يصح القراض ، فان ربح كان نصف الربح للمالك ، والنصف الآخر للعامل الأول ، وعليه أجره الثاني . وقيل : للمالك أيضاً ، لأن الأول لم يعمل . وقيل : بين العاملين ويرجع الثاني على الأول بنصف الاجرة . والأول حسن . وقال في المسالك : « وهذه الأقوال ليست لأصحابنا ، ولا نقلها عنهم أحد ممن نقل الخلاف ، وإن كان ظاهر العبارة بقليل وقيل يشعر به ، وإنما هي وجوه لشافعية موجهة ، ذكرها المصنف والعلامة في كتبه ، ونقل الشيخ في المبسوط قريباً منها بطريقة أخرى غير منقحة . ولهم وجه رابع : أن جميع النصف للعامل الثاني . عملاً بالشرط ، ولا شيء للأول ، إذ لا ملك له ولا عمل له . » وقريب منه مافي جامع المقاصد . ويشهد لما ذكرناه مافي التذكرة ، فإنه بعد ما ذكر أن الأقرب أن يكون الربح للمالك ذكر الوجوه الأخرى ، ونسبها الى الشافعية ، ولم ينسب شيئاً منها الى أحد من أصحابنا .

() كما قبله بذلك الجماعة ، ولم أقف على غير ذلك من أحد ، بل في جامع المقاصد : « لاشك في أنه إذا كان عالماً لا يستحق أجره » لكن الاختصاص بهذه الصورة يتوقف على كون الضمان بالغرور ، أما إذا كان الضمان بالاستيفاء ، وأن من استوفى عمل غيره كان ضامناً له وإن كان عالماً بالبطلان ، فالرجوع إلى العامل بأجرة المثل يكون في صورتي الجهل والعلم .

لأنه مغرور من قبله . وقيل : يستحق على المالك (١) . ولا وجه له مع فرض عدم الإذن منه له في العمل هذا إذا ضاربه على أن يكون عاملاً للمالك (٢) ، وأما إذا ضاربه على أن يكون عاملاً له ، وقصد للعامل في عمله العامل الأول ، فيمكن أن يقال : إن للربح للعامل الأول ، بل هو مختار المحقق في الشرايع (٣)

(١) حكى هذا الاحتمال في التذكرة ، وعلمه : بأن نفع عمله عاد اليه . انتهى . ولا يخفى ما فيه ، فان ذلك ليس من أسباب الضمان .
(٢) سواء كان الشراء له بذمته أم بعين ماله ، فان المبيع له ، فيكون له ربحه .

(٣) قد تقدمت عبارة الشرائع ، وهي خالية عن التقييد المذكور ، ولا سيما بناء على ما تقدم منه من عدم صحتها حتى مع اذن المالك ، فكيف يخص بها كلام المحقق ؟ ! ولذلك وجهه في المسالك : بأن عقد المضاربة وقع معه ، فيستحق ما شرط ، وعقده مع الثاني فاسد ، فلا يتبع شرطه . انتهى . وأشكل عليه بعد ذلك : بأن العامل الاول لم يعمل شيئاً ، فلا يكون له شيء من الربح . وأما التوجيه المذكور في المتن من أن العمل المعتبر في المضاربة الاولى ما يعم المباشرة وغيرها فقد ذكره في الجواهر ، فقال : « ليس في عقد القراض ما يقتضي مباشرة العمل بنفسه ، ضرورة الاكتفاء بمتبرع عنه وبأجرة أو نحو ذلك » . وحينئذ يسقط الاشكال المتقدم من أن العامل الاول لم يعمل شيئاً فلا يستحق شيئاً . وعلى هذا عول في الجواهر واختار ما في الشرائع . لكن عرفت أن مختار الشرائع لا يخص بهذه الصورة ، كسائر الأقوال الأخرى المحكية فيها ، فلا وجه لتخصيصه بها ، كما في المتن مضافاً إلى أن البناء على عموم العمل لغير المباشرة يقتضي صحة المضاربة الثانية ، إذ ليس مضمونها إلا ما هو مأذون فيه فلا وجه للبناء

وذلك بدعوى : أن المضاربة الأولى باقية بعد فرض بطلان الثانية ، والمفروض أن العامل قصد العمل للعامل الأول ، فيكون كأنه هو العامل فيستحق للربح ، وعليه أجرة عمل العامل ، إذا كان جاهلاً بالبطلان ، وبطلان المعاملة لا يضر بالاذن الحاصل منه للعمل له (١) . لكن هذا انما يتم اذا لم يكن المباشرة

على بطلانها بدعوى عدم الاذن . وأيضاً إذا كان المراد من العمل في المضاربة ما يعم عمل غيره عنه وجب أن يكون عمل الغير للمالك ، كما أن عمل العامل له ، فكما أن العامل يتجر للمالك فالمتبرع عن العامل أيضاً يتجر للمالك ، وهذا لا يتناسب مع الصورة المذكورة في المتن من أن العامل الثاني يعمل للعامل الأول ، كما يظهر من قول المصنف : « وأما إذا ضاربه على أن يكون عاملاً له » . والمتحصل مما ذكرنا وجوه من الاشكال . (الاول) : أن مورد كلام المحقق وغيره من الفقهاء الذين صوروا هذه المسألة صورة ما اذا ضارب العامل غيره من دون اختصاص بأنه عن نفسه . (الثاني) : أن البناء على عموم عمل العامل الذي ضاربه المالك للمباشري وغيره يقتضي صحة المضاربة من العامل لغيره عن المالك . إذ ليست المضاربة الثانية إلا عملاً بالعموم المذكور . (الثالث) : أن عموم عمل العامل لغير المباشرة لا يتناسب مع الصورة المذكورة في المتن ، فإن عمل المتبرع للعامل يكون للمالك ، لا للعامل المتبرع عنه إلا أن يكون المراد من قصد العامل الثاني في عمله العامل الأول المذكور في المتن عمل العامل الثاني نيابة عن العامل الأول ، وإن كان شراؤه للمالك . لكنه خلاف ظاهر العبارة . (١) قال في الجواهر : « ولا ينافيه فرض عدم إجازة المالك . إذ هي للقراض ، أما ما وقع منه من الشراء والبيع فهو باذن العامل الأول الذي لم يشترط عليه مباشرة ذلك بنفسه » . ولا يخفى أن إذن العامل لا تكفي

معتبرة في المضاربة الاولى (١) ، وأما مع اعتبارها فلا يتم ، ويتعين كون تمام الربح للمالك اذا أجاز المعاملات وان لم تجز المضاربة الثانية .

(مسألة ٣٣) : اذا شرط أحدهما على الآخر في ضمن عقد المضاربة مالا أو عملاً ، كأن اشترط المالك على للعامل أن

في صحة الشراء والبيع إلا اذا كان العامل مأذوناً من المالك في الاذن ، وإذا لم يكن مأذوناً فيه من المالك فلاوجه لصحته ، وقد عرفت أنه إذا كان مأذوناً فيه من المالك كان مأذوناً في المضاربة الثانية ، إذ مضمونها الشراء والبيع الذي لم يشترط عليه المباشرة فيها .

(١) كما قيده بذلك في الجواهر ، وأن ماتقدم مبني على ماهو الظاهر عدم كون ذلك قيداً لها هنا ، كما في نظائره . والذي يتحصل مما ذكرناه : أنه إن كان المفهوم من المضاربة الاولى عموم العمل من العامل للبشارة وغيرها كان ذلك موجباً للاذن في المضاربة الثانية ، على نحو تكون من توابع الأولى . فيضارب العامل غيره على أن يكون حصته من الربح بينها على نحو التساوي أو التفاضل . ولو ضاربه على أن يكون تمام الربح بينها لم تصح لمنافاتها للأولى . وفي الصورة الاولى لابد أن يكون قصد المتعاملين أن يكون العمل للمالك ، بمعنى أن الشراء والبيع له لا للعامل الأول ، إذ لا معنى له بعد أن كان المال للمالك . إلا أن يكون المقصود أن العامل الثاني ينوب عن العامل الأول في الشراء للمالك ، بأن يقصد النيابة عن العامل الاول في الشراء للمالك ، ولا بأبس به حينئذ . وإن كان المفهوم من المضاربة الأولى خصوص المباشرة فالحكم كما ذكر المصنف ، من بطلان المضاربة ، وكون الربح جميعه للمالك إذا أجاز معاملة العامل الثاني ويستحق على العامل الأول أجرة المثل .

يخيط له ثوباً ، أو يعطيه درهماً أو نحو ذلك ، أو بالعكس ، فالظاهر صحته (١) ، وكذا إذا اشترط أحدهما على الآخر بيعاً أو قرضاً أو قراضاً أو بضاعة أو نحو ذلك . ودعوى : أن للقدر المتيقن ما إذا لم يكن من المالك إلا رأس المسال ومن العامل إلا للتجارة . مدفوعة : بأن ذلك من حيث متعلق العقد فلا ينافي اشتراط مال أو عمل خارجي في ضمنه . ويكفي في صحته عموم أدلة للشروط (٢) . وعن الشيخ اللطوسي فيما إذا

(١) قال في القواعد : « ولو شرط على العامل المضاربة في مال آخر ، أو يأخذ منه بضاعة أو قرضاً ، أو يخدمه في شيء بعينه ، فالظاهر صحة الشروط » وقال في التحرير : « الشروط الفاسدة على أقسام ثلاثة ، أحدها : ما ينافي مقتضى العقد ، مثل أن يشترط البيع برأس المال . . . (إلى أن قال) : الثاني : ما يقتضي جهالة الربح ، مثل أن يشترط العامل جزء من الربح مجهولاً أو ربح أحد الكيسين . . . (إلى أن قال) : الثالث اشتراط ما ليس من مصلحة العقد ولا مقتضاه ، مثل اشتراط النفع ببعض السلع مثل لبس الثوب ، واستخدام العبد ، وركوب الدابة ووطء الجارية وضمان العامل المال أو بعضه . فهذه الشروط كلها باطلة تفسد العقد إن اقتضت جهالة الربح ، وإلا فلا على إشكال » ، ونحوه ما حكاه السيد في مفتاح الكرامة عن العامة ، ثم قال : « ولعلهم يستندون إلى أن هذا العقد على خلاف الأصل ، فيقتصر فيه على المتيقن » ولا يخفى أنه إذا تم ذلك جرى في جميع العقود المشتملة على الشروط ، لأنها على خلاف الأصل أيضاً ولا يختص بهذا العقد .

(٢) هذا العموم إنما ينفع بعد احراز عنوان المضاربة عرفاً ، لتشمله الاطلاقات المقامية . أما إذا شك في العنوان فالأصل يقتضي بطلان المضاربة .

اشترط المالك على العامل بضاعة بطلان الشرط دون العقد في أحد قوليه ، وبطلانها في قوله الآخر (١) ، قال : لأن للعامل في القراض لا يعمل عملاً بغير جعل ولا قسط من الربح ، وإذا بطل الشرط بطل القراض ، لان قسط للعامل يكون مجهولاً (٢) ثم قال : « وان قلنا : إن القراض صحيح وللشرط

وعوم صحة العقود إنما يقتضي صحة العقد ، لا صحة المضاربة ، كما هو محل الكلام . وان كان الظاهر صدق العنوان عرفاً .

(١) قال في الشرائع في أواخر كتاب المضاربة : « اذا دفع مالا قراضاً ، وشرط أن يأخذ له بضاعة ، قيل : لا يصح ، لان العامل في القراض لا يعمل مالا يستحق عليه أجر ، وقيل : يصح القراض ويبطل الشرط . ولو قيل بصحتها كان حسناً » وقال في المسالك : « القولان الأولان للشيخ في المبسوط » أقول : هذه النسبة غير ظاهرة الوجه ، كما يظهر ذلك من ملاحظة كلامه ، فان ما ذكره أولاً كان وجهاً لا قولاً ، وما ذكره ثانياً كان قولاً بقرينة قوله رحمه الله : « كان قوياً » لكنه ظاهر في صحة الشرط والعقد . غاية الأمر أنه لا يجب الوفاء بالشرط ، لأن مضمونه - وهو البضاعة - من العقود الجائزة التي لا يجب الوفاء بها ، وحينئذ يكون موافقاً للشرائع والقواعد وجماعة من الأصحاب ، على مانسبه اليهم في جامع المقاصد . ومن ذلك بشكل ما في المتن من نسبة القولين إلى الشيخ رحمه الله مستنداً في ذلك إلى عبارة المبسوط المذكورة .

(٢) قال في المبسوط : « وذلك أن رب المال ما قارض بالنصف حتى اشترط على العامل عملاً بغير جعل ، وقد بطل الشرط ، وإذا بطل ذهب من نصيب العامل وهو النصف قدر ما زيد فيه لاجل البضاعة ، وذلك القدر مجهول ، وإذا ذهب من المعلوم مجهول كان الباقي مجهولاً ،

جائز ، لكنه لا يلزم الوفاء به ، لان البضاعة لا يلزم للقيام بها كان قويا » وحاصل كلامه في وجه بطلانها : أن للشرط المفروض منافع لمقتضى للعقد ، فيكون باطلا ، وبطلانه يبطل للعقد ، لاستلزامه جهالة حصة للعامل من حيث أن للشرط قسطا من الربح ، وبطلانه يسقط ذلك للقسط ، وهو غير معلوم المقدار . وفيه : منع كونه منافيا لمقتضى العقد (١) ، فان مقتضاه ليس أزيد من أن يكون عمله في مال للقراض بجزء من الربح ، وللعمل الخارجي ليس عملا في مال للقراض . هذا مع أن ما ذكره من لزوم جهالة حصة للعامل بعد بطلان الشرط ممنوع ، اذ ليس للشرط مقابلا بالعوض في شيء من الموارد (٢) ، وانما يوجب زيادة للعوض ، فلا ينقص من بطلانه شيء من الحصة حتى تصير مجهولة . وأما ما ذكره في

ولهذا بطل القراض . وان قلنا أن القراض . . . الى آخر ما في المتن .
(١) ذكر ذلك في المسالك وغيرها .

(٢) كان الاولى في الاشكال عليه أن يقال : إذا كان الشرط ملحوظاً عوضاً عن العمل فبطلانه يوجب بطلان المعاوضة وحصول الجهالة ، لانتفاء المعاوضة بانتفاء أحد طرفيها ، وإذا لم يكن ملحوظاً عوضاً فلا جهالة في العوض . ولو سلم فالجهالة على هذا النهج غير قاذحة في البيع ، كما اذا باع ما يملك وما لم يملك ، فضلاً عن المقام الذي لا تنقذ فيه جهالة وجود الربح ، ولا جهالة مقداره التعيني ، وإن كان معلوماً بالحصة المشاعة . كما يشكل أيضاً : بأن ما ذكره أخيراً من أن العمل في البضاعة لوحظ عوضاً عن جزء من النصف ، فالعمل لم يكن مجاناً ، منافع لما ذكره أولاً من

قوله : « وان قلنا . . . » فلعل غرضه أنه اذا لم يكن للوفاء بالشرط لازماً يكون وجوده كعدمه (١) ، فكأنه لم يشترط ، فلا يلزم الجهالة في الحصة . وفيه : أنه على فرض ايجابه للجهالة لا يتفاوت الحال بين لزوم للعمل به وعدمه (٢) حيث أنه على التقديرين زيد بعض للعوض لاجله . هذا وقد يقرر (٣) في وجه بطلان الشرط المذكور : أن هذا الشرط لا أثر له أصلاً ، لأنه ليس بلازم الوفاء ، حيث أنه في العقد الجائز ، ولا يلزم من تخلفه أثر التسلط على الفسخ ، حيث أنه يجوز فسخه ولو مع عدم التخلف . وفيه أولاً : ما عرفت

بطلان الشرط ، لأنه يقتضي كون العمل مجانياً .

(١) إذا كان غرضه ذلك كان الأولى تقريره بناءً على البطلان ، لأن الباطل أولى أن يكون وجوده كعدمه ، فكأنه لم يشترط . بل غرضه تضعيف ما ذكره أولاً ، واختيار صحة الشرط وعدم وجوب الوفاء به ، لخصوصية في مضمونه ، وهو البضاعة التي هي من العقود الجائزة ، لا لقصور فيه . وإن كان بشكل : بأن كون البضاعة من العقود الجائزة في نفسها لا ينافي وجوبها بالشرط .

(٢) لأن مبنى الاشكال على قدح الجهالة على فرض التوزيع على الابعاض ، وحينئذ لا يختلف الحكم في الصحة والبطلان لكن عرفت أن الشيخ بنى على عدم تمامية ما ذكره أولاً ، وأنه غير صحيح ، ولذا قال بصحة العقد وصحة الشرط ، غير أنه لا يجب الوفاء به ، لخصوصية في مضمونه ، كما عرفت . نعم كان المناسب له - قدس سره - أن يتعرض لوجه النظر فيما ذكره أولاً ، على ما هو القاعدة عند المؤلفين .

(٣) المقرر صاحب الجواهر في ذيل شرح مسألة عدم صحة اشتراط

سابقا من لزوم العمل بالشرط في ضمن العقود الجائزة ما دامت باقية ولم تفسخ ، وان كان له أن يفسخ حتى يسقط وجوب العمل به . وثانيا : لا نسلم أن تخلفه لا يؤثر في التسلط على الفسخ ، اذ للفسخ الذي يأتي من قبل كون العقد جازيا إنما يكون بالنسبة إلى الاستمرار بخلاف الفسخ الآتي من تخلف للشرط ، فانه يوجب فسخ المعاملة من الاصل ، فاذا فرضنا أن للفسخ بعد حصول الربح ، فان كان من القسم الاول اقتضى حصوله من حينه ، فالعامل يستحق ذلك الربح بمقدار حصته ، وإن كان من القسم الثاني يكون تمام الربح للمالك (١) ويستحق العامل أجره المثل لعمله ، وهي قد تكون أزيد من الربح ، وقد تكون أقل في تفاوت الحال بالفسخ وعدمه اذا كان لأجل تخلف الشرط .

الأجل في المضاربة ، وأشار إليه ايضا في أواخر كتاب المضاربة ، وحاصله : أن الشرط في العقود يترتب عليه أثران ، تكليفي وهو وجوب الوفاء ، الراجع الى وجوب إيصال الحقوق إلى أهلها ، ووضعى وهو جواز الفسخ مع التخلف ، وهما في المقام لا يترتبان .

(١) هذا ذكره في جامع المقاصد ، وجعله مقتضى النظر . لكن في الجواهر بعدما حكاه عنه قال : « إنه لا يمكن التزام فقيه به » وفي أواخر كتاب المضاربة قال : « إنه كما ترى لا ينطبق على القواعد ، وعلى ما اشتهر بينهم من عدم لزوم الوفاء بالشروط في العقود الجائزة ، وأن حالها كحال الوعد ، وليس فائدة الشرط فيها فائدته في العقد اللازم من التسلط على الفسخ مع عدم الوفاء به والاشكال عليه - كما ذكره المصنف -

(مسألة ٣٤) : يملك العامل حصته من الربح بمجرد ظهوره من غير توقف على الانقضاء أو للقسمة ، لا نقلا ، ولا كشفا ، على المشهور ، بل للظاهر الاجماع عليه (١) ، لانه مقتضى اشتراط كون الربح بينهما (٢) ، ولأنه مملوك وليس للمالك ، فيكون للعامل . وللصحيح (٣) : « رجل دفع الى رجل الف درهم مضاربة ، فاشترى أباه وهو لا يعلم . قال : يقوم فان زاد درهما واحدا انعتق ، واستسعى في مال للرجل »

ظاهر . وقد تقدم في المسألة الثانية بعض الكلام في ذلك .

(١) قال في المسالك : « لا يكاد يتحقق فيه مخالف ، ولا نقل في كتب الخلاف عن أحد من أصحابنا ما يخالفه » ، ونحوه ما عن المفاتيح لكن في القواعد : « ويملك بالظهور ، لا بالانقضاء على رأي » . وظاهره التوقف وعدم انعقاد الاجماع عليه .

(٢) لكن الشرط انما اقتضى المالك على تقدير الوجود ، لا أنه يقتضي الوجود ، كما هو المدعى . ومنه يظهر الاشكال في قوله (ره) : « ولأنه مملوك . . » .
(٣) رواه الكليني عن علي بن إبراهيم عن أبيه عن ابن أبي عمير عن محمد بن ميسر (قيس خ ل) قال : « قلت لأبي عبد الله (ع) : رجل دفع . . . الى آخر ما في المتن » ورواه الصدوق باسناده عن محمد بن قيس ، ورواه الشيخ باسناده عن الحسين بن سعيد عن ابن أبي عمير عن محمد بن قيس ، وباسناده عن محمد بن علي بن محبوب عن أيوب بن نوح عن ابن أبي عمير عن محمد بن ميسره . كذا في الوسائل (١٥) .
والطريق الأول مصحح ، والباقية صحاح

اذ لو لم يكن مالكا لحصته لم ينعق أبوه (١). نعم عن الفخر عن والده: أن في المسألة أربعة أقوال (٢)، ولكن لم يذكر للقائل ولعلها من العامة (أحدها) : ما ذكرنا (لثاني) : أنه يملك بالانضاض ، لأنه قبله ليس موجوداً خارجياً (٣) ، بل هو مقدر موهوم . (الثالث) : أنه يملك بالقسمة ، لأنه لو ملك

(١) هذا أول الكلام ، بل من الجائز الاعتناق بذلك ، وارتكابه أهون من ارتكاب ملك العامل بالظهور إذا تحقق أنه لا وجود له ، فلا تصاح الرواية دليلاً على ذلك ، إلا إذا امتنع الاعتناق بغير الملك ، كما أشار إلى ذلك في الجواهر .

(٢) حكي عن الإيضاح أنه قال : « الذي سمعناه عن والدي المصنف أن في هذه المسألة ثلاثة أقوال » ، ثم بعد أن ذكر الأقوال الثلاثة والاستدلال لها قال : « الرابع : أن القسمة كاشفة عن ملك العامل ، لأنها ليست بعمل حتى يملك بها » فذكر أولاً أن الأقوال ثلاثة ، ثم ذكر قولاً رابعاً ، فيكون المتحصل من نقله وجود أربعة أقوال . ولذلك قال في المسالك : « ونقل الامام فخر الدين عن والده في هذه المسألة أربعة أقوال » . لكن في التذكرة بعد ما ذكر القول الأول قال : « وبه قال أبو حنيفة ، والشافعي في أحد قوليه ، واحد في إحدى الروايتين » ثم استدل له بما في المتن ، ثم قال : « وقال مالك إنما يملك العامل حصته من الربح بالقسمة ، وهو القول الثاني للشافعي والرواية الثانية عن أحمد ، واقتصر على ذلك ولم ينقل الثاني ولا الرابع . لكن في المسالك عن التذكرة حكاية القولين الأولين فليلاحظ .

(٣) هذا التعليل مذكور في الإيضاح لاثبات الوجه الثاني . لكنه إن

تم اقتضى نفي الأول لإثبات الثاني .

قبله لاختصاص بربحه (١) ، ولم يكن وقاية لرأس المال . (الرابع) :
أن للقسمة كاشفة عن الملك سابقاً ، لأنها توجب استقراره .
والأقوى ما ذكرنا ، لما ذكرنا . ودعوى : أنه ليس موجوداً كما ترى (٢)
وكون للقيمة أمراً وهمياً ممنوع (٣) . مع أنا نقول : إنه يصير
شريكاً في العين الموجودة بالنسبة (٤) ، ولذا يصح له مطالبة
للقسمة مع أن المملوك لا يلزم أن يكون موجوداً خارجياً ،
فان للدين مملوك مع أنه ليس في الخارج (٥) . ومن للغريب
إصرار صاحب الجواهر على الاشكال في ملكيته ، بدعوى :
أنه حقيقة ما زاد على عين الأصل ، وقيمة الشيء أمر وهمي

(١) هذا أيضاً مذكور في الايضاح تعليلاً للوجه الثالث لكنه إنما
بني الأولين ، ولا يثبت الثالث .

(٢) إذا كان الربح حقيقة ما زاد على عين رأس المال - كما ادعاه
في الجواهر ، ويقتضيه العرف واللغة في الجملة - فالدعوى المذكورة في
محلها . ولذلك كان المعروف بينهم عدم وجوب الخمس في ارتفاع القيمة
وأفتى به المصنف رحمه الله في كتاب الخمس .

(٣) هذا المنع غير ظاهر ، إذ القيمة عبارة عن المالية التي تكون
في العين ، ولا شك في أنها أمر اعتباري ناشئ عن حدوث الرغبة في
العين المصحح للتنافس عليها عند العقلاء وبذل المال بأزائها ، وليس لها
وجود عيني في الخارج .

(٤) لا وجه له ، لأنه إذا لم يكن ربح فلا ملك للعامل في الذمة
ولا في العين .

(٥) هذا مسلم ، إلا أنه لما كان له مطابق خارجي ومصدق عيني

لا وجود له لا ذمة ولا خارجاً ، فلا يصدق عليه للربح . نعم
لابأس أن يقال : إنه بالظهور ملك أن يملك ، بمعنى أن له
الانضاض ، فيملك . وأغرب منه أنه قال : « بل لعل للوجه
في خبر عتق الأب ذلك أيضاً ، بناء على الاكتفاء بمثل ذلك
في لعتق المبني على السراية » . إذ لا يخفى ما فيه (١) ، مع أن
لازم ما ذكره كون العين بتمامها ملكاً للمالك حتى مقدار الربح
مع أنه ادعى الاتفاق على عدم كون مقدار حصة للعامل من
الربح للمالك (٢) فلا ينبغي للتأمل في أن الأقوى ما هو المشهور (٣)
نعم إن حصل خسران أو تلف بعد ظهور للربح خرج عن

صح أن يكون مملوكاً ، وليس كذلك القيمة المالية . ومن هنا يظهر
الاشكال في النقض بملك الدين ، كما في جامع المقاصد والمسالك وغيرها .
مضافاً إلى أن الدين إنما صح ملكه لكونه في الذمة ، فإنه لا يجوز ملك
ماليس في الذمة ولا في الخارج ، والمدعى في المقام أنه مملوك وليس في
الذمة ولا في الخارج .

(١) بل لا يخفى ما في كلمات المصنف رحمه الله في هذا المقام ، مثل
قوله رحمه الله : « كما ترى » و « ممنوع » و « غريب » و « أغرب » .
فإنها كلها غامضة المراد بنحو تكون رداً على ما ذكره في الجواهر .

(٢) إذا تحقق الاتفاق بنحو يصح الاعتماد عليه كان هو الوجه فيما
ذكره المشهور ، فلا مجال حينئذ للاخذ بما ذكره في الجواهر .

(٣) لا ينبغي التأمل في أنه هو الأقوى . لكن العمدة فيه : أن المراد
من الربح في باب المضاربة الذي يشترك فيه المالك والعامل الحصة من العين
الزائدة على مقدار رأس المال مالية ، لا الربح بالمعنى اللغوي والعرفي ، كما

ملكية للعامل ، لأن يكون كاشفاً عن عدم ملكيته من الأول (١) وعلى ما ذكرنا يترتب عليه جميع آثار الملكية ، من جواز المطالبة بالقسمة وإن كانت موقوفة على رضى المالك ، ومن صحة تصرفاته فيه من البيع والصلح ونحوهما . ومن الارث ، وتعلق الخمس والزكاة ، وحصول الاستطاعة للحج ، وتعلق حق للغرماء به ، ووجوب صرفه في الدين مع المطالبة . . . إلى غير ذلك .

(مسألة ٣٥) : للربح وقاية لرأس المال (٢) ، فملكية

يقوله في الجواهر ، كي يتوجه عليه ما ذكره من الاشكال . هذا ما تقتضيه الارتكازات العرفية . والشاهد على ذلك أنه لا يجوز للمالك عندهم أن يفسخ المضاربة عند ظهور الربح ، ويستقل بالعين ، ويطرد العامل محتجاً بعدم حصول الربح ، بل يرون أن العامل شريك في العين على حسب حصته من المالية . وظني أن ذلك واضح . وحينئذ لا يحتاج إلى الاستدلال على الحكم بما ذكر ، ولا مجال للاشكال بما تقدم .

(١) فالملكية ثابتة حين الظهور ، لكنها غير مستقرة . وقد استفاض . التعبير بذلك في كتبهم . وكأنه عملاً بالصحيح المتقدم الدال على حصول الملكية بمجرد الظهور . ولولاه كان اللازم البناء على عدم الملكية واقعاً إذا كان هناك نقص مالي لاحق ، إما لتنزل السعر ، أو لتلف المال ، أو نحو ذلك ، لأن الربح المجهول للعامل مازاد على ذلك ، لا مطلق الربح . (٢) هذا من الأحكام المستلمة بينهم ، وفي المسالك : أنه محل وفاق

ويقتضيه ما عرفت من أن الربح المجهول للعامل مازاد على تدارك النقص المالي الحادث من خسران أو تلف . وهو العمدة فيما ذكروه . ولم أقف على نص فيه . نعم استدلل له بموثق اسحاق بن عمار عن أبي الحسن (ع)

للعامل له بالظهور متزلزلة ، فلو عرض بعد ذلك خسران أو تلف يجبر به إلى أن تستقر ملكيته ، والاستقرار يحصل بعد الانقضاء والفسخ وللقسمة (١) ، فبعدها إذا تلف شيء لا يحسب من الربح ، بل تلف كل على صاحبه ، ولا يكفي في الاستقرار قسمة الربح فقط مع عدم للفسخ (٢) . بل ولا

قال : « سألت عن مال المضاربة . قال : الربح بينهما ، والوضعية على المال » (١٠) بناءً على أن المال يشمل الأصل والربح . وهو كما ترى ظاهر في أن المراد من المال ما يقابل الربح .

(١) هذا مما لا ريب فيه ، وفي جامع المقاصد : « لا بحث في الاستقرار بذلك » ، وفي الجواهر : « لا ريب في الاستقرار حينئذ ، ضرورة انتهاء العقد بجميع نوابه مع تراضيهما بذلك » ، وعن الإيضاح : « يستقر بارتفاع العقد وإنقضاء المال والقسمة ، عند الكل » .

(٢) بلا ريب ، كما في الجواهر ، لبقاء عقد المضاربة المستتبع لحكمه من جبران الخسارة بالربح كما لو لم يقسم . ومجرد تعيين حصة العامل بالقسمة غير كافٍ في الخروج عن مقتضى العقد . لكن ظاهر ما في القواعد من قوله : « وإنما يستقر بالقسمة أو بالانقضاء والفسخ » : أن القسمة كافية في الاستقرار ، كما أن الانقضاء والفسخ كافيان فيه وإن لم تكن القسمة . ولذا أورد عليه في جامع المقاصد : بأن القسمة بمجرد لا توجب الاستقرار من دون فسخ القراض ، لأنه لا معنى للقسمة إلا قسمة الربح ، إذ ليس في رأس المال شراكة إلا باعتباره ، وقسمة الربح وحده لا تخرجه عن كونه وقاية لرأس المال . وتبعه على ذلك في الجواهر . لكن عرفت أنه لا إطلاق لفظي لدليل الوقاية ، كي يتمسك به في المقام ، وأن العمدة في

قسمة للكل كذلك (١) ، ولا بالفسخ مع عدم للقسمة (٢) ، فلو حصل خسران أو تلف أو ربح كان كما سبق ، فيكون للربح مشتركاً وللتلف والخسران عليهما ، ويتم رأس المال بالربح . نعم لو حصل للفسخ ولم يحصل الانقضاء ولو بالنسبة

الوقاية الإجماع والارتكاز العرفي ، وليس من الواضح شمولها لما بعد القسمة وإن كان المعروف بينهم ذلك ، بل يظهر منهم التسالم عليه . وما في القواعد يخالفه ما فيها ، فقد جزم بعدم استقرار الملك مع انقضاء قدر الربح والقسمة وأنه إذا خسر المال بعد ذلك رجع على العامل ، كما سيأتي في المسألة التالية . (١) تقدم ما في جامع المقاصد من أنه لا معنى للقسمة إلا قسمة الربح إذ ليس في رأس المال شراكة .

(٢) جعله في الجواهر - تبعاً لجامع المقاصد - مبنياً على وجوب البيع على العامل بعد الفسخ . وإن قلنا بعدمه فوجهان . انتهى . لكن سيأتي من المصنف رحمه الله القول بعدم إجبار العامل على الانقضاء والبيع . وأما أحد الوجهين الذين ذكرهما أخيراً فهو الاستصحاب ، وعموم على اليد وصدق مال القراض ليشمله ما دل على أن مال القراض وضيعة من الربح ، وارتفاع صدق القراض على العامل بالفسخ لا ينافي صدق مال المقارضة ، الذي هو موضوع الحكم المذكور .

بل قد يقال : بأن تسليم رأس المال إلى المالك من تنمة المضاربة ، فلا يجوز تسليمه ناقصاً مع وجود الربح الذي يمكن به التدارك . هذا ولكن الجميع لا يخلو من اشكال . إذ الاستصحاب تعليلي ، وهو غير حجة . وعموم « على اليد . . . » لا مجال له في الامانات ، والوقاية إنما كانت للدليل الخاص لا لليد ، ولذا يختص الخسران بالمالك . وصدق مال المقارضة غير ظاهر مع الفسخ وارتفاع القراض به . مع أن مال

إلى البعض وحصلت للقسمة فهل تستقر الملكية أم لا (١) ؟
 إن قلنا بوجوب الانضاض على العامل فالظاهر عدم الاستقرار
 وإن قلنا بعدم وجوبه ففيه وجهان أقواهما الاستقرار . والحاصل:
 أن لللازم أولاً دفع مقدار رأس المال للمالك ، ثم يقسم ما زاد
 عنه بينهما على حسب حصتهما ، فكل خسارة وتلف قبل تمام
 المضاربة يجبر بالربح ، وتماमितها بما ذكرنا من الفسخ وللقسمة .
 (مسألة ٣٦) : إذا ظهر للربح ونض تمامه أو بعض
 منه ، فطلب أحدهما قسمته ، فإن رضي الآخر فلا مانع منها
 وإن لم يرض المالك لم يجبر عليها (٢) ، لاحتقال الخسران

المقارضة لم يؤخذ موضوعاً لدليل لفظي ، كي يتمسك باطلاقه وتسليم رأس
 المال إلى المالك لا دليل على وجوبه ، كما سيأتي من المصنف . وعلى هذا
 يكون أقوى الوجهين هو الاستقرار . (ودعوى) : أنه لا يساعده
 الارتكاز العرفي ، الذي هو العمدة في الحكم ، فإن مقتضاه بقاء الأحكام
 إلى أن تتحقق القسمة ، ولذا لو فرض زيادة السعر بعد الفسخ لم تختص
 الزيادة بالمالك بل تكون بينه وبين العامل ، وكذا حكم النقيصة ، فيدل على
 عدم استقرار الملكية بالفسخ (ممنوعة جداً) لمنع ذلك كله إذ الفسخ بعد
 أن كان رافعاً للمضاربة كان رافعاً لأحكامها ، ولكل شرط ذكر في ضمنها ،
 وثبتت أحكام عرفية للمضاربة بعد انقضاءها يحتاج إلى دليل مفقود .

(١) في الجواهر - تبعاً لجامع المقاصد - الجزم بالاستقرار . ولعله
 لعدم القول بوجوب الانضاض على العامل ، وإن كان الظاهر أن الارتكاز
 العرفي يساعد على الاستقرار بالقسمة وإن قلنا بوجوب الانضاض على
 العامل تبعاً .

(٢) كما في الشرائع والقواعد ، ويظهر من جامع المقاصد والمسالك

بعد ذلك والحاجة إلى جبره به . قيل : وإن لم يرض للعامل فكذاك أيضاً (١) ، لأنه لو حصل الخسران وجب عليه رد ما أخذه ، ولعله لا يقدر بعد ذلك عليه لفواته في يده ، وهو ضرر عليه . وفيه : أن هذا لا يعد ضرراً (٢) . فالأقوى : أنه يجبر إذا طلب المالك . وكيف كان إذا اقتسماه ثم حصل الخسران ، فإن حصل بعده ربح يجبره فهو ، وإلا رد للعامل

والجواهر عدم الخلاف فيه ، معلّين ذلك بلزوم الضرر على المالك ، لاحتمال الخسران بعد ذلك ، كما ذكر المصنف . وهو بظاهره غير تام ، لأن احتمال الضرر باحتمال الخسران غير مطرد . مع أنه لا يمنع من وجوب القسمة وإنما يمنع من وجوب تمكين العامل من حصته ، لا من أصل القسمة . مضافاً إلى إمكان تدارك الضرر المحتمل باخذ الكفيل ونحوه كما في غير المقام مع أن احتمال الضرر غير كافٍ في منع سلطنة العامل على قسمة حصته المشاعة . واحتمال الضرر المالي غير منفي ، ولا مأخوذ موضوعاً للاحكام . نعم احتمال الضرر النفسي منفي ، فيرفع اللزوم لإجماعاً ، ولبعض النصوص الواردة في بعض الموارد الخاصة ، مثل : « الصائم إذا خاف على عينه من الرمذ فليفطر » (١٥) ، وليس كذلك الضرر المالي .

(١) يظهر ذلك من القواعد ، حيث قال : « إن امتنع أحدهما عن

القسمة لم يجبر عليها » ، ونحوه حكى عن التذكرة والتحرير ، وفي جامع المقاصد : « أما إذا كان المرید للقسمة المالك فلأن العامل لا يأمن أن يطرأ الخسران ، وقد أتلّف ما وصل اليه ، فيحتاج إلى غرم ما وصل اليه بالقسمة وذلك ضرر . وأورد عليه في الجواهر بما في المتن .

(٢) ضرورة إمكان المحافظة عليه بعدم التصرف . بل لو أغرمه لم

أقل الأمرين من مقدار الخسران وما أخذ من الربح ، لأن الأقل إن كان هو الخسران فليس عليه إلا جبره ، وللازيد له وإن كان هو الربح فليس عليه إلا مقدار ما أخذ . ويظهر من الشهيد أن قسمة الربح موجبة لاستقراره وعدم جبره للخسارة الحاصلة بعدها ، لكن قسمة مقداره ليست قسمة له من حيث أنه مشاع في جميع المال ، فأخذ مقدار منه ليس أخذاً له فقط حيث قال على ما نقل عنه (١) : « إن المردود أقل الأمرين مما أخذه للعامل من رأس المال لا من الربح ، فلو كان رأس المال مائة والربح عشرين ، فاقسما للعشرين ، فالعشرون التي هي للربح مشاعة في الجميع ، نسبتها إلى رأس المال نسبة السدس فالمأخوذ سدس الجميع ، فيكون خمسة أسداسها من رأس المال وسدسها من الربح ، فإذا اقتسمها استقر ملك العامل على نصيبه من الربح ، وهو نصف سدس العشرين ، وذلك درهم وثلثان يبقى معه ثمانية وثلث من رأس المال ، فإذا خسر المال للباقي رد أقل الأمرين مما خسر ومن ثمانية وثلث » . وفيه (٢) : - مضافاً إلى أنه خلاف ما هو المعلوم من وجوب جبر الخسران الحاصل بعد ذلك بالربح السابق إن لم يلحقه ربح وأن عليه غرامة ما أخذه منه - أنظار آخر .

يكن عليه ضرر ، لأنه في مقابل ما تصرف فيه . كذا في الجواهر .
 (١) نقله في المسالك . لكن لا يأنفذه بل حاصله ، لأنه بعد أن نقل ذلك قال :
 « هذا خلاصة تقريره » . كما أنه لم يذكر الكتاب الذي ذكر ذلك فيه .
 (٢) هذه الاشكالات ذكرها في المسالك .

منها : أن الماخوذ إذا كان من رأس المال فوجوب رده لا يتوقف على حصول الخسران بعد ذلك . ومنها : أنه ليس مأذوناً في أخذ رأس المال ، فلا وجه للقسمة المفروضة . ومنها : أن المفروض أنهما اقتسما المقدار من الربح بعنوان أنه ربح لا بعنوان كونه منه ومن رأس المال (١) . ودعوى : أنه لا يتعين لكونه من الربح بمجرد قصدهما مع فرض اشاعته في تمام المال (٢) مدفوعة : بأن المال بعد حصول الربح يصير مشتركاً بين المالك وللعامل ، فمقدار رأس المال مع حصة من الربح للمالك ومقدار حصة الربح المشروط للعامل له ، فلا وجه لعدم التعيين بعد تعيينهما مقدار مالهما في هذا المال (٣) فقسمة الربح في

(١) ومنها : أن اللازم البناء على الوقاية بالربح الباقي في المال ، لأن المفروض على كلامه عدم صحة القسمة ، فالربح باق مشاعاً في المال . (٢) هذه الدعوى ادعائها في الجواهر ، وجعلها مقتضى أصالة بقاء الاشاعة .

(٣) إذ التعيين مقتضى ولايتها معاً مع مطابقتها للمركز العرفي الذي هو المرجع بمقتضى إطلاق المقام . ثم إن شيخنا في الجواهر وجه كلام الشهيد رحمه الله بحمله على أن المالك قد فسخ المضاربة بالنسبة إلى المقدار المستخرج فيستقر الملك بالنسبة إلى ربحه . وفيه : أن ما ذكر يصلح توجيهاً لاستقرار ملك الربح ، لا توجيهاً لكلام الشهيد إذ يبقى إشكال عدم جواز تصرف العامل في رأس المال بغير إذن المالك بحاله . وكذا إشكال بأنه يجب رد رأس المال إلى المالك وإن لم يطرأ الخسران . وكذا إشكال تسمية ذلك مقاسمة الربح .

الحقيقة قسمة لجميع المال ، ولا مانع منها .

(مسألة ٣٧) : إذا باع العامل حصته من الربح بعد ظهوره صح مع تحقق للشرائط من معلومية المقدار وغيره ، وإذا حصل خسران بعد هذا لا يبطل البيع ، بل يكون بمنزلة للتلف (١) ، فيجب عليه جبره بدفع أقل الأمرين من مقدار قيمة ما باعه (٢) ومقدار الخسران .

(مسألة ٣٨) : لا إشكال في أن الخسارة للواردة على مال المضاربة تجبر بالربح ، سواء كان سابقاً عليها أو لاحقاً ، ما دامت المضاربة باقية ولم يتم عملها . نعم قد عرفت ما عن الشهيد (٣) من عدم جبران الخسارة لللاحقة بالربح السابق إذا اقتسماه ، وأن مقدار الربح من المقسوم تستقر ملكيته . وأما للتلف فاما أن يكون بعد الدوران في للتجارة (٤) ، أو بعد للشروع فيها (٥) ، أو قبله ، ثم إما أن يكون للتالف للبعض أو للكل ، وأيضاً إما أن يكون بأفة من الله سماوية أو أرضية ، أو باتلاف المالك أو العامل أو الأجنبي على وجه

- (١) لما دل على لزوم البيع ، المانع من ارجاع المبيع الى البائع أو غيره . وسيأتي نظيره في المسألة الأربعين .
- (٢) إذا كان قيمياً ، وأما إذا كان مثلياً فمثل ما باعه .
- (٣) وعرفت في المسألة السابقة ما فيه .
- (٤) بأن كان منه شراء وبيع فوق التلف .
- (٥) سيجيء من المصنف مثاله .

للضمان . فان كان بعد الدوران في التجارة فالظاهر جبره بالربح (١) ولو كان لاحقاً مطلقاً ، سواء كان للتالف البعض أو للكل (٢) كان للتلف بآفة أو باتلاف ضامن من للعامل أو الأجنبي . ودعوى : (٣) أن مع للضمان كأنه لم يتلف ، لأنه في ذمة

(١) قال في الشرائع : « المسألة الثامنة : إذا تلف مال القراض أو بعضه بعد دورانه في التجارة احتسب التالف من الربح . وكذا لو تلف قبل ذلك . وفي هذا تردد » ، ونحوه ما في القواعد والعدة وغيرهما . والظاهر أنه لاختلاف فيه ، وعن مجمع البرهان : أنه لإجماع ، وكذا عن السيد العميدي وكأنه الموافق للارتكاز العرفي المنزل عليه الاطلاقات المقامية . لكن في جامع المقاصد : يحتمل ضعيفاً عدم الجبران إذا كان التلف بآفة سماوية ، أو غصب غاصب ، أو سرقة سارق ، لأنه نقصان لا تعلق له بتصرف العامل وتجارته ، ولأنه في الغصب والسرقة يحصل الضمان على الغاصب والسارق بلا حاجة إلى جبره بمال القراض . وضعفه ظاهر ، فإن كون الربح وقاية لرأس المال في القراض لم يدل دليل على اشتراطه بكون النقص بسبب السوق ، ولأنه لا يعقل وجود الربح مع كون رأس المال ناقصاً ، والكلام في الغصب والسرقة إنما هو مع عدم العوض من الغاصب والسارق ، وحينئذ فهو تلف . ومما قررنا يظهر أن دعوى الشارح السيد الاجماع على جبر التالف من الربح بعد دورانه في التجارة ليس بجيد . انتهى لكن أشكل عليه : بأن هذا الاحتمال من بعض الشافعية ، فلا ينافي الاجماع المدعى . (٢) يعني : المساوي لرأس المال ، إذ لو تلف جميع المال لم يبق مجال للجبران .

(٣) حكاهما في جامع المقاصد - كما سبق - واستضعفها ، وتبعه في ذلك في المسالك والجواهر وغيرهما ، وحكاها في التذكرة عن بعض الشافعية

للضامن كما ترى . نعم لو أخذ العوض يكون من جملة المال (١) بل الأقوى ذلك إذا كان بعد للشروع في للتجارة (٢) وإن كان للتلف للكل ، كما إذا اشترى في للذمة وتلف المال قبل دفعه

على أنها أحد الوجهين عندهم ، ثم قال : والأصح عندهم أنه مجبور بالربح . (١) كما تقدم في جامع المقاصد .

(٢) قد تقدم التردد في ذلك في الشرائع والقواعد ، ورده في جامع المقاصد والمسالك والجواهر : بأن المقتضي لكونه من مال القراض العقد ، لا دورانه في التجارة ثم إن هذا الجبر مبني على بقاء المضاربة في الفرض المذكور ، كما هو المشهور ، قال في القواعد : « فان اشترى للمضاربة فتلف الثمن قبل نقله فالشراء للمضاربة ، وعقدها باقي ، وعلى المالك الثمن » وفي مفتاح الكرامة : أنه الأقوى ، كما في المبسوط ، والتحرير ، والمسالك ، وبه جزم في المهذب والسرائر والتذكرة والارشاد وجامع المقاصد والروض وجميع البرهان وكذا الايضاح . انتهى . والمصرح به في كلام جماعة اختصاص الحكم بصورة ما إذا أذن المالك في الشراء بالذمة وأطلق بعضهم . ولكن لا ينبغي التأمل في البطلان مع عدم الاذن ، لأن العامل قصد المالك في الشراء فلا يصح له بدون إذنه . ولا يبعد ذلك أيضاً في صورة الاذن ، لأنه وإن أذن في الشراء بالذمة ، لكنه قيده بأن يكون الوفاء من مال المضاربة ، وقد تلف فانتفت الاذن ، فلا يصح الشراء للمالك إلا باذن جديد ، وحينئذ لا يكون الشراء للمضاربة ، بل يكون للمالك خالياً عن حق العامل . ولو فرض أنه أذن له في الشراء بالذمة من دون قيد الوفاء بمال المضاربة فتلف المال ، لزم المالك دفع الثمن ، ولا يكون مضاربة مستقلة لعدم المال حين الشراء ، ولا متممة للمضاربة الأولى ، بحيث يكون مجموع المالكين مال المضاربة ، لا اعتبار التعيين الخارجي

إلى البائع فأداه المالك ، أو باع للعامل المبيع (١) وبيع فأدى .
 كما أن الأقوى في تلف البعض الجبر (٢) وإن كان قبل للشروع
 أيضاً كما إذا سرق في أثناء السفر قبل أن يشرع في التجارة أو
 في البلد أيضاً قبل أن يسافر . وأما تلف الكل قبل للشروع
 في التجارة فالظاهر أنه موجب لانفساخ العقد (٣) ، إذ لا يبقى
 معه مال للتجارة حتى يجبر أو لا يجبر . نعم إذا أتلغه أجنبي
 وأدى عوضه تكون المضاربة باقية . وكذا إذا أتلغه للعامل .
 (مسألة ٣٩) : للعامل أمين (٤)

في مال المضاربة ، وذلك منتفٍ بالنسبة إلى الثمن الجديد فلا يمكن أن
 ينضم إلى المال التالف . وبالجمل : قوام المضاربة المال الخارجي ، فإذا انتفى
 بالتلف انتفت ، وفرض مضاربة جديدة متممة أو مستقلة ممنوعة ، لعدم
 تعيين مال آخر خارجاً . هذا إذا انحصر وفاء الثمن ببذل من المالك .

(١) معطوف على قوله (ره) : « فأداه المالك » وهذه الصورة
 خارجة عن محل الكلام السابق ، فيحتمل فيها صحة المضاربة ، لأن الوفاء
 كان بمال المضاربة وهو الربح . لكنه ضعيف لانتهاء مال المضاربة الذي
 كان قوام المضاربة ، الموجب لانتهائها ، وحينئذ يكون الربح للمالك ،
 وللعامل أجره المثل .

(٢) لما سبق .

(٣) لما عرفت ، وكأنه واضح عندهم ، بل الظاهر أنه مسلم ، وإن
 كان مقتضى ما ذكروه في المسألة السابقة من أن قوام المضاربة العقد الصحة ،
 إذ لا فرق في ذلك بين أن يكون التلف بعد الشراء وقبله .

(٤) كما هو المصرح به في كلام جماعة كثيرة ، بل الظاهر أنه

فلا يضمن إلا بالخيانة (١) - كما لو أكل بعض مال المضاربة أو اشترى شيئاً لنفسه فأدى للثمن من ذلك ، أو وطء الجارية المشتراة أو نحو ذلك - أو التفريط بترك الحفظ ، أو للتعدي ، بأن خالف ما أمره به أو نهاه عنه ، كما لو سافر مع نهيه عنه أو عدم اذنه في السفر ، أو اشترى ما نهى عن شرائه ، أو ترك شراء ما أمره به ، فإنه يصير بذلك ضامناً للمال لو تلف

لا خلاف فيه ولا اشكال ، وفي الجواهر : أنه لإجماعي . ويقتضيه جملة من النصوص العامة الدالة على عدم ضمان المستامن (١٥) والخاصة كصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع) قال : « سألت عن الرجل يستبضع المال فيهلك أو يسرق ، على صاحبه ضمان ؟ قال (ع) : ليس عليه غرم بعد أن يكون الرجل أميناً (٢٥) .

(١) قد تقدم في المسألة الخامسة ما يدل على الضمان في الموارد المذكورة هنا . فراجع تلك النصوص .

ثم إن ظاهر المصنف أن الخيانة مفهوماً تقابل التعدي والتفريط ، فالخيانة والتعدي والتفريط مفاهيم ثلاثة متباينة ، والمصرح به في المسالك : أن الخيانة هي التعدي مفهوماً ، فمفهومها واحد يقابل التفريط . ولعلّه ظاهر الشرائع ، حيث عتبر بالتفريط والخيانة مقتصرأ عليهما في وجه الضمان . والذي يظهر من الاستعمالات العرفية أن التعدي والتفريط كل منهما خيانة ، وهما متقابلان فالتعدي فعل ما لا ينبغي أن يفعل ، والتفريط ترك ما ينبغي أن يفعل ، فأكل مال المضاربة تعدي ، ومخالفة أمر المالك تعدي ، وترك وضعها في الخرز تفريط ، والجميع خيانة .

(١٥) راجع الوسائل باب : ٤ من كتاب الودعة .

(٢٥) الوسائل باب ٣ من كتاب المضاربة حديث : ٣ .

ولو بأقفة سماوية ، وإن بقيت المضاربة ، كما مر . والظاهر ضمانه للخسارة الحاصلة بعد ذلك أيضاً (١) . وإذا رجع عن تعديبه أو خيانه فهل يبقى للضمان أو لا ؟ وجهان . مقتضى الاستصحاب بقاءه ، كما ذكرنا في باب اللوديعة أنه لو أخرجها للودعي عن الحرز بقي للضمان وإن ردها بعد ذلك إليه . ولكن لا يخلو عن إشكال ، لأن المفروض بقاء الاذن (٢) ، وارتفاع

(١) وفي الجواهر : أنه ظاهر الأدلة ، وتقدم الجزم بذلك من المصنف قدس سره ، لبعض النصوص الصريحة في ذلك . بل قال في الجواهر : « بل قد يقال أو يقوى ضمانه للوضيعة المتجددة بعد التعدي ، وبالسفر مثلاً » وإن تساوى السعر في البلدين ، على وجه لو بقي في الباد الذي سافر عنها كان سعرها ذلك أيضاً . لأطلاق كونها على العامل مع مخالفته . وقد يظهر منه نوع من التوقف ، لاحتمال انصراف الوضيعة الى الوضيعة التي جاءت بسبب مخالفته ، فلا تشمل صورة ما إذا كانت الوضيعة عامة . لكن مقتضى كون الوضيعة المذكورة في سياق الربح وهو عام فهي أيضاً عامة ، بقربة السياق .

ثم إن المذكور في النصوص أمرين : ضمان المال ، وضمان الوضيعة والأول يكون بمطلق الخيانة والتعدي والتفريط . أما ضمان الوضيعة فيختص بالمخالفة للمالك ، فإذا كانت الوضيعة حاصلة بعد التعدي أو التفريط لم يضمها ، وإن كان ضمن العين . وإذا كانت الوضيعة بعد مخالفة المالك ضمها كما ضمن العين . فلاحظ .

(٢) يعني فإذا بقيت الاذن فقد بقي الاستيان ، وإذا ثبت الاستيان فقد شمله عموم : لا ضمان على الأمين ، وهو مقدم على الاستصحاب . ومثله الكلام في اللوديعة .

سبب الضمان . ولو اقتضت المصلحة بيع الجنس في زمان ولم يبيع ضمن للوضيعة إن حصلت بعد ذلك (١) . وهل يضمن بنية الخيانة مع عدم فعلها ؟ وجهان ، من عدم كون مجرد للنية خيانة ، ومن صيرورة يده حال للنية بمنزلة يد للغاصب (٢) ويمكن للفرق بين للعزم عليها فعلاً وبين للعزم على أن يخون بعد ذلك (٣) .

(مسألة ٤٠) : لا يجوز للمالك أن يشتري من للعامل شيئاً من مال المضاربة (٤) ، لأنه ماله . نعم إذا ظهر للربح يجوز له أن يشتري حصة للعامل منه مع معلومية قدرها . ولا يبطل بيعه بحصول الخسارة بعد ذلك ، فإنه بمنزلة للتلف (٥) ويجب على للعامل رد قيمتها لجبر الخسارة ، كما لو باعها من غير المالك . وأما للعامل فيجوز أن يشتري من المالك قبيل

(١) قد عرفت أن ضمان الوضيعة يختص بصورة مخالفة المالك ، فإن لم تكن مخالفة للمالك فلا ضمان لها وإن كان مفرطاً في عمله ، كما هو المفروض في المقام . بل في اقتضائه ضمان العين اشكال ، فإنه أيضاً يختص بالتعدي والتفريط في حفظ العين لا في العمل . اللهم إلا أن يكون مبنى العقد على البيع مع المصلحة ، فتركه مخالفة للعقد ، فيكون مخالفاً للمالك .

(٢) هذا أول الكلام ، ولا دليل عليه .

(٣) لكنه ليس بفارق .

(٤) كما نص في الشرائع والقواعد وغيرها ، وفي الجواهر : أنه بلا خلاف ولا إشكال ، معللاً له بما في المتن .

(٥) كذا في الجواهر أيضاً . وقد تقدم ذلك من المصنف في المسألة

ظهور الربح ، بل وبعده ، لكن يبطل للشراء بمقدار حصته من المبيع (١) ، لأنه ماله . نعم لو اشترى منه قبل ظهور الربح بأزيد من قيمته بحيث يكون الربح حاصلًا بهذا الشراء يمكن الاشكال فيه ، حيث أن بعض الثمن حينئذ يرجع إليه من جهة كونه ربحاً ، فيلزم من نقله إلى البايع عدم نقله من حيث عوده إلى نفسه . ويمكن دفعه : بأن كونه ربحاً متأخر عن صيرورته للبايع ، فيصير أولاً للبايع الذي هو المالك من جهة كونه ثمناً ، وبعد أن تمت المعاملة وصار ملكاً للبايع وصدق كونه ربحاً يرجع إلى المشتري الذي هو العامل على حسب قرار المضاربة ، فلكية للبايع متقدمة طبعاً (٢) . وهذا مثل ما إذا باع للعامل مال المضاربة الذي هو مال المالك من أجنبي بأزيد من قيمته ، فإن المبيع ينتقل من المالك وللمن يكون مشتركاً بينه وبين العامل ، ولا بأس به فانه من الأول يصير ملكاً للمالك ثم يصير بمقدار حصة للعامل منه له بمقتضى قرار المضاربة . لكن هذا على ما هو المشهور من أن مقتضى المعاوضة دخول المعوض في ملك من خرج عنه للعوض وأنه لا يعقل غيره . وأما على ما هو الأقوى من عدم المانع من كون

السابعة والثلاثين . لكن في جامع المقاصد : « لو تجدد الخسران أمكن القول بالبطلان ، ولم أجد تصريحاً بذلك ، فينبغي التوقف » . وضعفه مما تقدم ظاهر ، وفي الجواهر : أنه في غير محله .

(١) كما في القواعد وغيرها ،

(٢) تقدم الموضوع على حكمه .

المعوض لشخص وللعوض داخل في ملك غيره ، وأنه لا ينافي بحقيقة المعاوضة (١) ، فيمكن أن يقال : من الأول يدخل للربح

(١) المعاوضة مصدر «عاض» ، و «فاعل» لا يدل على المشاركة كما يظهر من ملاحظة موارد الاستعمال كما أشرنا إلى ذلك في أول كتاب المضاربة ، وإنما الذي يدل على المشاركة «تعاض» والمصدر له التعاض فمعنى عاض أنه أعطى العوض وجعله في مكان المعوض ، أما المعوض فلا يجب أن يكون في مكان المعوض ، وعليه فالثمن الذي هو العوض يجب أن يكون في مكان المثلث المعوض ، ولا يجب العكس . نعم يكون العكس إذا لم يكن مقتضى للخلاف . هذا هو الموافق للمرتكزات العقلية . وأما احتمال أنه لا يجب أن يكون العوض داخل في ملك مالك المعوض فيجوز أن يكون المعوض لشخص ، فيخرج من ملكه إلى ملك غيره ، ولا يدخل في ملكه شيء ، بل يدخل العوض في ملك غيره ، وهو الذي جعله المصنف (ره) أقوى ، فضعيف جداً ، لأن الظاهر من البساء كون مدخولها عوضاً ، والظاهر من العوض كونه في مكان المعوض ، ولذلك كان من المسلمات امتناع الجمع بين العوض والمعوض . والذي يتحصل : أن المحتمل في مفهوم المعاوضة أمور ثلاثة (الأول) : دخول كل من العوض والمعوض في ملك من خرج عنه الآخر . (الثاني) : دخول العوض في ملك مالك المعوض دون العكس . (الثالث) : عدم لزوم دخول أحدهما في ملك مالك الآخر فيجوز أن يدخل كل منهما في غير ملك من خرج عنه الآخر . والاحتمال الأول هو المشهور ، والثاني هو الأقوى ، والثالث ضعيف . وعلى الأولين يتوجه الاشكال الذي ذكره المصنف ثم الجواب عنه بما ذكر ، ولا يختص الاشكال والجواب بالمشهور فقط . وعلى الثالث لا يتوجه الاشكال من أصله ، إذ لا موجب لأن ينتقل المال إلى البائع لعدم دخله في مفهوم المعاوضة

في ملك العامل بمقتضى قرار المضاربة ، فلا يكون هذه للصورة مثالا للمقام ونظيراً له (١) .

(مسألة ٤١) : يجوز للعامل الأخذ بالشفعة من المالك في مال المضاربة (٢) ولا يجوز للعكس (٣) . مثلاً إذا كانت دار مشتركة بين العامل والأجنبي ، فاشتري العامل حصة الأجنبي بمال المضاربة ، يجوز له إذا كان قبل ظهور للربح أن يأخذها بالشفعة ، لأن الشراء قبل حصول للربح يكون للمالك ، فللعامل أن يأخذ تلك الحصة بالشفعة منه . وأما إذا كانت للدار مشتركة بين المالك والأجنبي ، فاشتري العامل حصة الأجنبي ، ليس للمالك الأخذ بالشفعة ، لأن للشراء له فليس له أن يأخذ بالشفعة ما هو له .

على ما هو المقروض ، كي يشكل : بأنه يلزم من نقله الى البائع عدم نقله وعوده الى نفسه .

(١) لأن الذي يلزم في هذه الصورة أن العوض ينتقل الى غير مالك المعوض ، وهو غير الاشكال السابق الذي هو أنه يلزم من نقل العوض عدم نقله . لكن قد عرفت أيضاً أنه لا يتوجه الاشكال من أصابه في المقام لجواز كون الشيء عوضاً من دون انتقال من مالكه ، لأن الموجب لانتقاله من ماله أن يكون في ملك مالك المعوض ، فإذا لم يلزم ذلك في المعاوضة لم يلزم الانتقال أيضاً .

(٢) يعني : أن يأخذ ما اشتراه للمضاربة لنفسه بالشفعة .

(٣) يعني أن يأخذ المالك بالشفعة ما اشتراه العامل له ، لأنه إذا اشتراه صار للمالك ، فلا معنى لتملكه بالشفعة . وهذا الحكم مذكور في

(مسألة ٤٢) : لا إشكال في عدم جواز وطء العامل للجارية التي اشتراها بمال المضاربة بدون إذن المالك ، سواء كان قبل ظهور الربح أو بعده ، لأنها مال للغير أو مشتركة بينه وبين للغير الذي هو المالك . فان فعل كان زانياً ، يحد مع عدم للشبهة كاملاً إن كان قبل حصول الربح ، وبقدر نصيب المالك إن كان بعده . كما لا إشكال في جواز وطئها إذا أذن له المالك بعد الشراء (١) ، وكان قبل حصول الربح ، بل يجوز بعده على الأقوى (٢) من جواز تحليل أحد الشريكين صاحبه وطء الجارية المشتركة بينهما . وهل يجوز له وطؤها بالاذن للسابق في حال إيقاع عقد المضاربة ، أو بعده قبل الشراء ، أم لا ؟ المشهور على عدم الجواز ، لأن التحليل إما تملك أو عقد (٣) وكلاهما لا يصلحان قبل الشراء (٤) . والأقوى - كما عن

الشرائع والقواعد وغيرها ، ولا إشكال فيه .

(١) فانه من التحليل الذي لا إشكال في صحته في الجملة .

(٢) كما ذهب اليه جماعة من الأساطين . ويدل عليه صحيح محمد بن قيس (١٥) وسيأتي تحرير ذلك في المسألة الواحدة والعشرين من فصل نكاح العبيد والاماء .

(٣) كذا في المسالك .

(٤) فلا يتناولها الحصر في قوله تعالى : (الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم) (٢٠) . كذا في المسالك .

(١٥) الوسائل باب : ٤١ من أبواب نكاح العبيد والاماء حديث : ١ .

(٢٠) المؤمنون : ٦ .

للشيخ في النهاية - الجواز ، لمنع كونه أحله الأمرين ، بل هو إباحة (١) ، ولا مانع من إنشائها قبل للشراء إذا لم يرجع عن إذنه بعد ذلك ، كما إذا قال : اشتر بمالي طعاماً ثم كل منه (٢) هذا مضافاً إلى خبر للكاظمي (٣) عن أبي الحسن (ع) « قلت : رجل سألتني أن أسألك أن رجلاً أعطاه مالا مضاربة يشتري

(١) لكن يشكل للحصر المذكور في الآية الشريفة . إلا أن يقال : إن الدليل القطعي الدال على جواز الوطء بتحليل المالك موجب للخروج عن عموم الحصر . أو يكون المراد بما ملكت أيما نعم ما يعم التحليل ، والموجب لذلك أن مادل على مشروعية التحليل لا يقبل الحمل على أحد الأمرين من العقد والتملك ، فيتعين المصير الى ما ذكر . لكن في جواز التحليل بهذا المعنى قبل الشراء اشكال ، إذ لا إطلاق يقتضي جوازه حينئذ ، والأصل عدم ترتب الأثر .

(٢) لا ينبغي التأمل في صحة ذلك . لكن المقايضة مع المقام غير ظاهرة لأن التصرفات الخارجية لا تتوقف على الإذن الانشائي ، ويكفي فيها الرضا النفساني التقديري المستفاد من الفحوى ، فمن أذن لغيره في دخول داره جاز للمأذون شرب الماء والوضوء ونحوهما من التصرفات الخارجية التي لو سئل عنها المالك لأذن فيها ، ولا ريب في عدم كفاية ذلك هنا . نعم المناسب المقايضة بالتصرفات الاعتبارية ، كما إذا أذن له في شراء دار ووقفها أو إيجارها ونحوها من التصرفات الاعتبارية ، فإن الإذن فيها لا يتوقف على وجود الموضوع - كما مثل له في الجواهر - وإن كان المقام يختلف عن المثال بأنه تصرف خارجي والمثال تصرف اعتباري ، لكنه لما كان لا بد فيه من الرضا الانشائي كان نظيراً .

(٣) رواه الشيخ بإسناده عن الحسن بن محمد بن سماعة عن محمد

ما يرى من شيء ، وقال له : اشتر جارية تكون معك ، والجارية إنما هي لصاحب المال ، إن كان فيها وضعية فعليه ، وإن كان ربح فله ، فللمضارب أن يطأها ؟ قال (ع) : نعم . ولا يضر

ابن زياد عن عبد الله بن يحيى الكاهلي عن أبي الحسن (ع) ، قال : « قلت . . . » (١٥) . واسناد الشيخ الى الحسن موثق ، والحسن ثقة ، ومحمد ابن زياد صحيح الحديث ، لأن الظاهر أنه محمد ابن أبي عمير ، واحتمال غيره لا يعول عليه عند الاطلاق ، وكذلك عبد الله بن يحيى الكاهلي ، فإنه من الاجلاء - كما قيل - وقد عد حديثه صحيحاً في كثير من الموارد فالخير من الموثق .

وفي المسالك : « والقول بالجواز للشيخ في النهاية ، استناداً الى رواية ضعيفة ، مضطربة المفهوم ، قاصرة الدلالة . » والاشكال على الاول ظاهر . وفي جامع المقاصد في بيان وجه ما في القواعد من أن الاقرب المنع : « ووجه القرب الحصر المستفاد من قوله تعالى : (إلا على ازواجهم أو ما ملكت أيمانهم) . ولأن أمر الفروج مبني على الاحتياط التام ، فلا يعول فيه على مثل هذه الرواية . لكن الحصر لابد من التصرف فيه لماد على مشروعية التحليل ، ولا مجال للاحتياط مع الدليل . نعم ذكر في النافع أن الرواية متروكة ، وهذا الترك يوجب سقوطها عن الحجية كغيرها من المهجورات . لكن ذلك يختص بما إذا كان يمنع من الوثوق بصدورها . وفي المقام غير ظاهر ، لاحتمال كونه صادراً لأجل هذه الطعون غير المقبولة وإن كان ظاهر المحقق أن القادح في الرواية أنها متروكة لا قاصرة عن الحجية ، فالطعون المذكورة في كلام من تأخر عنه من باب التعليل بعد الورود ، فاذاً لا مجال للعمل بالرواية . فلاحظ .

ظهورها في كون الشراء من غير مال المضاربة (١) من حيث جعل ربحها للمالك ، لأن للظاهر عدم الفرق بين المضاربة وغيرها في تأثير الاذن السابق وعدمه . وأما وطء المالك لتلك الجارية فلا بأس به (٢) قبل حصول الربح ، بل مع الشك فيه ، لأصالة عدمه . وأما بعده فيتوقف على إذن للعامل ، فيجوز معه على الأقوى (٣) من جواز إذن أحد الشريكين صاحبه .

(مسألة ٤٣) : لو كان المالك في المضاربة امرأة فاشتري للعامل زوجها ، فإن كان بإذنها فلا إشكال في صحته ، وبطلان

(١) لأن قول السائل : « هي لصاحب المال » يراد منه أنها ليست من مال المضاربة ، والا فان مال المضاربة أيضاً لصاحب المال . ثم إن الظاهر أن هذا الظهور هو الذي دعا المسالك إلى دعوى كونها قاصرة الدلالة . وأما دعواه اضطراب المفهوم فالظاهر أن الوجه فيه أن قول المالك : « تكون معك » غير ظاهر في الاذن في الوطاء ، ولعل المراد أنها تكون معك أمانة ووديعة إلى أن ترجع في مقابل أن يرسلها إلى المالك ، لكن لما كان من البعيد الاذن للعامل في الوطاء للوديعة تعين أن يكون الاذن قرينة على أن المراد من كونها مع العامل أن يتخذها فراشاً له . وفيه : أن الظاهر من قوله : « تكون معك » الذي هو جملة وصفية للجارية ومن قيود الجارية أنه يريد كونها مصاحبة له والمنصرف منه أن تكون فراشاً له ، لا أمانة .

(٢) لكونها ملكه بلا شريك .

(٣) لما يأتي في المسألة الواحدة والعشرين من فصل نكاح العبيد والاماء كما سبق .

نكاحها (١) ، ولا ضمان عليه (٢) ، وإن استلزم ذلك الضرر عليها بسقوط مهرها ونفقتها . وإلا ففي المسألة أقوال (٣) : للبطلان مطلقاً ، للاستلزام المذكور ، فيكون خلاف مصلحتها . وللصحة كذلك ، لأنه من أعمال المضاربة المأذون فيها في ضمن العقد ، كما إذا اشترى غير زوجها . وللصحة إذا أجازت بعد ذلك . وهذا هو الأقوى ، إذ لا فرق بين الإذن السابق والاجازة لللاحقة ، فلا وجه للقول الأول (٤) . مع أن قائله غير معلوم (٥) . ولعله من يقول بعدم صحة الفضولي إلا فيما ورد دليل خاص . مع أن الاستلزام المذكور ممنوع ، لأنها لا يستحق للنفقة إلا تدريجاً ، فليست هي مالاً لها فوته عليها وإلا لزم غرامتها على من قتل للزوج . وأما المهر فإن كان

(١) إجماعاً ، نصاً وفتوى ، كما يأتي في شرح المسألة السابعة من فصل نكاح العبد والاماء .

(٢) لعدم الموجب له بعد أن كان الشراء باذنها . كما هو المفروض .
(٣) قال في القواعد : « قيل : يبطل الشراء ، لتضررها به ، وقيل يصح موقوفاً . . . (إلى أن قال) وقيل : مطلقاً ، فيضمن المهر مع العلم » ، ونحوه حكى في جملة من الكتب ، وفي الشرائع : اقتصر على ذكر قولين ، فقال : « قيل : يصح الشراء ، وقيل : يبطل ، لأن عليها في ذلك ضرراً . وهو أشبه » ، ونحوه حكى عن المبسوط .

(٤) فالاستلزام الذي ذكر وجهاً له لا يقتضي البطلان مع الاجازة
(٥) كما الجواهر ، لكن قال : « وإن حكى عن ظاهر الشيخ في المبسوط » ، وفي التذكرة حكاه قولاً للشافعي .

ذلك بعد للدخول فلا سقوط ، وإن كان قبله فيمكن أن يدعى عدم سقوطه أيضاً بمطلق المبطل (١) ، وإنما يسقط بالطلاق فقط مع أن المهر كان لسيدها (٢) لا لها . وكذا

(١) احتمال ذلك في الجواهر هنا ، وسيأتي تحقيق ذلك في المسألة السابعة من فصل نكاح العبيد والاماء ، وذكرنا هناك أن التحقيق بقاء تمام المهر ، لأن العقد لم يفسخ ولم ينحل ، وإنما طرأ الطارئ على مورد العقد فمنع من بقاء أثره ، وما دام العقد باقياً لم ينحل يصح كل شرط فيه ، ومنه شرط المهر ، فلا وجه لتبعيضه ، ولا لسقوطه . فراجع .

(٢) هكذا في النسخ التي بأيدينا ، والصحيح كان لسيده ، والمراد منه غامض جداً . ويحتمل أن يكون مراد المصنف ما في الجواهر فانه حكى عن المسالك وجامع المقاصد ضمان المهر في المقام . بل في الأول منها جعل الضمان ظاهراً ، واستشكل عليه .

أولاً : بمحصل الاذن منها على فرض الصحة ولو في ضمن الاطلاق .
وثانياً : بمنع فوات المهر عليها مع فرض عدم الفسخ من قبلها ، لكونه مستحقاً لها بالعقد .

ثم قال : « ولعل مرادهما ضمان المهر لسيد العبد الذي هو الزوج » ، يعني : فلا يكون ضمان المهر للزوجة ، وكأن المصنف (ره) يريد بيان ذلك . هذا ولكن احتمال ذلك في كلام المسالك وجامع المقاصد بعيد جداً ، لذكر المهر في سياق النفقة التي هي إن كانت مضمونة فللزوجة . مع أنه لا وجه لضمان السيد مع اقدمه على بيع عبده ، إلا أن يكون المفروض الشراء من وكيله ، وحينئذ تشكل صحة الشراء إذا كان فيه ضرر على السيد . ولو صحح كان وكيل السيد ضامناً أيضاً كالعامل . مضافاً إلى أن ما فات على السيد هو زوجية عبده بعد أن صار حراً أجنبياً ، لا المهر ،

لا وجه للمقول للثاني (١) بعد أن كان للشراء المذكور على خلاف مصلحتها ، لا من حيث استلزام الضرر المذكور (٢) بل لأنها تريد زوجها لاغراض أخرى ، والإذن الذي تضمنه للعقد منصرف عن مثل هذا (٣). ومما ذكرنا ظهر حال ما إذا اشترى العامل زوجة المالك ، فإنه صحيح مع الإذن السابق أو الإجازة لللاحقة ، ولا يكفيه الإذن الضمني في العقد ، الانصراف .

(مسألة ٤٤) : إذا اشترى للعامل من ينعق على المالك فاما أن يكون بإذنه ، أولاً . فعلى الأول ولم يكن فيه ربح صح وانعق عليه (٤) ، وبطلت المضاربة بالنسبة إليه (٥) ، لانه خلاف وضعها وخارج عن عنوانها ، حيث أنها مبنية على طلب الربح المفروض عدمه ، بل كونه خسارة محضة ، فيكون

وفوات الزوجية حينئذ كيف يكون ضرراً مالياً على السيد حتى يكون مضموناً له . ثم إن حمل كلام المصنف على هذا المعنى بعيد جداً عن العبارة ، فلا مجال له . ولعل في العبارة سقطاً .

(١) وإن كان القائل به غير معلوم أيضاً كما في المسالك والجواهر ، وفي التذكرة : حكاه عن أبي حنيفة .

(٢) لما عرفت من المناقشة فيه .

(٣) دعوى الانصراف كلية غير ظاهرة . وكذا فيما بعده .

(٤) لا إشكال في الحكمين المذكورين ، عملاً بعموم الأدلة .

(٥) كما صرح به غير واحد ، منهم المحقق في الشرائع ، معللين له

نما ذكر في المتن .

صححة الشراء من حيث الاذن من المالك ، لا من حيث المضاربة
وحينئذ فان بقي من مالها غيره بقيت بالنسبة إليه (١) ، وإلا
بطلت من الأصل . وللعامل أجره عمله (٢) إذا لم يقصد التبرع .

(١) كما صرح به في الشرائع وغيرها ، لعدم الموجب للبطلان في
الجميع كما لو تلف بعض المال أو أتلفه المالك أو استرده ، لأن العقد على
الجميع قابل للتحليل والتجزأة ، لأنه على نحو تعدد المطلوب .

(٢) كما عن الارشاد والمختلف وغيرها . وعن المبسوط عدم الاجرة ،
وظاهر المحقق الثاني الميل اليه ، بل لعل ظاهر الشرائع لعدم مقتضي لها ،
إذ لا أمر بالعمل المذكور ، كي يكون استيفاءً موجباً للضمان . وبمجرد الاذن
في الشرائع لا يقتضي الأمر به . والاجماع على أن بطلان المضاربة يوجب
ثبوت الأجرة . كما عن الفخر في الايضاح - لا يشمل مانحن فيه ، بل
يختص بما إذا كان العمل بأمر من المالك في مقام الاسترباح ، وليس
منه المقام .

نعم إذا كانت قرينة على كون الاستئذان للعمل بأجرة استحق المستأذن
الاجرة ، وتكون الاذن منه كعامل على العمل بأجرة . أما إذا لم تكن
قرينة فلا موجب لاستحقاقها وان لم يقصد المستأذن التبرع . وبذلك يظهر
الفرق بين الأمر بالعمل وبين الاذن في العمل ، فان الأول يوجب الضمان
إلا إذا قصد المأمور التبرع ، والثاني لا يوجب الضمان الا إذا قصد الاذن
الاجرة ، ونحوه في ذلك الاذن في الاستيفاء ، فانه لا يوجب ضمان المستوفي
الا إذا كانت قرينة على الضمان ، كاذن الحامي في الاستحمام ، واذن صاحب
المطعم في الاكل من طعامه ، فانه يوجب الضمان للقرينة عليه ، فلو لم
تكن قرينة لم يستوجب الضمان ، كما إذا أذن صاحب الدار في دخول داره
والاكل من طعامه ، فانه لا يضمن الداخل ولا الآكل ، فباب الاذن

وإن كان فيه ربح فلا إشكال في صحته (١) ، لكن في كونه قراضاً - فيملك العامل بمقدار حصته من العبد (٢) ، أو يستحق عوضه على المالك للسراية (٣) - أو بطلانه مضاربة واستحقاق للعامل أجره المثل لعمله (٤) - كما إذا لم يكن ربح - أقوال ، لا يبعد ترجيح الأخير ، لالكونه خلاف وضع المضاربة (٥) ، للفرق بينه وبين صورة عدم للربح (٦) ، بل لأنه فرع ملكية المالك المفروض عدمها (٧) . ودعوى : أنه لا بد أن يقال : إنه يملكه آنأ ما ثم ينعتق ، أو تقدر ملكيته ، حفظاً لحقيقة البيع ، على القولين في تلك المسألة (٨) وأي منها

غير باب الأمر .

(١) عملاً بعموم الأدلة .

(٢) يعني بناءً على عدم السراية في مثله .

(٣) كما عن المبسوط . ويقتضيه الصحيح المتقدم في المسألة الرابعة والثلاثين

(٤) كما جعله الوجه في الشرائع والقواعد ، واختاره العلامة في

كثير من كتبه ، وتبعها عليه غير واحد ممن تأخر عنها .

(٥) بذلك استدلل في جامع المقاصد والمسالك على بطلان المضاربة فيه .

(٦) فإنه بعد أن كان المفروض حصول الربح يكون كسائر أنواع

التجارة في مال المضاربة .

(٧) : يعني أن العامل إنما يملك حصته من الربح بعد أن يكون الربح

للمالك ، لأنه عوض ماله ، عملاً بمقتضى المعاوضة ، على ما عرفت في المسألة

الأربعين ، وهنا يتعذر أن يكون الربح للمالك ، للانعقاد عليه .

(٨) يعني : القول بالملكية الفعلية والملكية التقديرية ، يعني : الملكية

كان يكفي في ملكية الربح . مدفوعة (١) بمعارضتها بالانعتاق الذي هو أيضاً متفرع على ملكية المالك ، فان لها أثرين في عرض واحد ، ملكية للعامل للربح ، والانعتاق ، ومقتضى بناء العتق على التغليب تقديم الثاني ، وعليه فلم يحصل للعامل ملكية نفس للعبد (٢) ، ولم يفوت المالك عليه أيضاً شيئاً (٣) ، بل فعل ما يمنع عن ملكيته . مع أنه يمكن أن يقال : إن للتفويت من للشارع (٤) لا منه . لكن الانصاف أن المسألة مشككة ، بناء على لزوم تقدم ملكية المالك وصيرورته للعامل بعده ، إذ تقدم الانعتاق على ملكية للعامل عند المعاوضة في محل المنع (٥) . نعم

على تقدير عدم المانع ، فان ذلك يكفي في صادق العوضية من الطرفين .

(١) كان المناسب أن يقول : مسامة لكنها لا تجدي في ملك العامل

لحصته من الربح ، لوجود المانع وهو الانعتاق من جهة التغليب .

(٢) هذا يقتضي أن يكون المناسب له في تعليل اختيار الأخير

أن يقول - بدل قوله : « لأنه فرع ملكية المالك » - : لتعذر ملكية

العامل للربح .

(٣) يعني : فلا يكون المالك ضامناً لحصته من الربح للتفويت ،

فيكون العامل مالكاً لبذل الحصة ، لأن الفوات كان باقداً للعامل على شراء

من ينعق على المالك ، لا بتسبيب المالك .

(٤) لكن تفويت الشارع لا يكون موضوع أثر شرعي ، والضمان

يستند إلى فعل المكلف ، فمن اتقى نجاسة في دهن مائع كان ضامناً له

للاتلاف ، وإن كان ذلك مستنداً إلى حكم الشارع بنجاسة المائع .

(٥) لأن تغليب العتق لا دليل عليه كلية لكن اذا لم يكن يكون

لو قلنا : إن العامل يملك للربح أولاً بلا توسط ملكية المالك بالجعل الأولي حين العقد ، وعدم منافاته لحقيقة المعاوضة ، لكون للعوض من مال المالك والمعوض مشتركاً بينهما وبين العامل - كما هو الأقوى (١) - لا يبقى إشكال ، فيمكن أن يقال (٢) بصحته مضاربة ، وملكية للعامل حصته من نفس العبد على للقول

اللازم تساقط الدليلين ، وحينئذ يتم المدعى من عدم ملك العامل ، فتبطل المضاربة . اللهم إلا أن يقال : إن إطلاق مادل على ملكية العامل للربح بعد أن يملكه المالك لا يصلح لتشريع الاحكام المخالفة للاحكام الاقتضائية فإذا كان ملك المالك يقتضي الانعقاد فلا تصاح أدلة مشروعية المضاربة لمنع ذلك .

(١) تقدم ذلك في المسألة الاربعين .

(٢) المذكور في جامع المقاصد والمسالك وغيرهما في توجيه بطلان المضاربة في المقام : اعتبار صلاحية المال للتقليب مرة بعد أخرى فيها ، وهو منتف في المقام ، للانعقاد بمجرد الشراء . وفي الجواهر : استشكل في ذلك بل منع من اعتبار ذلك في مفهوم المضاربة بالنسبة الى جميع المال . وكأنه لذلك لم يعن بهذا الوجه المصنف . وفيه : أنه لا إطلاق لفظي في دليل المضاربة يشمل المقام ، والإطلاق المقامي قاصر عنه ، للشك في صدق المضاربة فيه . ونحوه مما كان المال لا يقبل التقليب ، والاصل عدم ترتب الأثر . وعموم صحة العقود وإن كان يقتضي الصحة ، لكن لا بعنوان المضاربة ، كما سبق في نظيره من شروط المضاربة . اللهم إلا أن يكون داخلاً في عموم المضاربة للصحيح المتقدم في المسألة الرابعة والثلاثين ، وكفى به دليلاً على صحة المضاربة حينئذ وإن كان مختصاً بالجهل .

بعدم للسراية (١) ، وملكيته عوضها إن قلنا بها . وعلى الثاني - أي إذا كان من غير إذن المالك - فإن أجاز فكما في صورة الاذن ، وإن لم يحجز بطل الشراء . ودعوى : للبطلان ولو مع الاجازة (٢) ، لأنه تصرف منهى عنه ، كما ترى ، إذ للنهي ليس عن المعاملة بما هي ، بل لأمر خارج (٣) ، فلا مانع من صحتها مع الاجازة . ولا فرق في البطلان مع عدمها بين كون العامل عالماً بأنه ممن ينعق على المالك حين الشراء أو

(١) بطله على اختصاصها بالعتق الاختياري ، فلا يشمل المقام وإن كان سببه اختيارياً وهو الاذن في الشراء . وستأتي الإشارة الى ذلك في المسألة الآتية .

(٢) قال في القواعد : « وإن لم يأذن فالاقرب البطلان إن كان الشراء بالعين أو في الذمة وذكر المالك ، وإلا وقع للعامل » . وفي جامع المقاصد : « يظهر من تقرير الشارح الفاضل أن مراد المصنف بالبطلان أنه لا يقع موقوفاً ، بل يقع باطلاً ، لاستلزام عقد القراض النهي عن هذا التصرف » ، ونحو عبارة القواعد عبارة الشرائع واحتمل في المسالك ما حكى عن شرح الفاضل من البطلان حتى مع الاجازة ، للنهي المذكور في المتن . (٣) لم يتضح وجود هذا النهي حتى يتكلم في معناه ، بل ليس الا ما دل على المنع من التصرف في مال الغير بغير إذنه ، ولا بد - بناء على صحة الفضولي - من حمله على الارشاد الى عدم الصحة بدون الاجازة . وبالجملة : لا دليل بالخصوص على النهي ، ولا على البطلان وإنما هو من صفريات باب الفضولي ، فاذا بني على صحته بالاجازة فلا بد من البناء على ذلك في المقام .

جاهلاً ، وللقول بالصحة مع الجهل (١) ، لأن بناء معاملات
للعامل على للظاهر ، فهو كما إذا اشترى المغيب جهلاً بالحال (٢)
ضعيف ، وللفرق بين المقامين واضح (٣) . ثم لا فرق في
البطلان بين كون الشراء بعين مال المضاربة ، أو في الذمة
بقصد الأداء منه (٤) وإن لم يذكره لفظاً . نعم لو تنازع هو
والبائع في كونه لنفسه أو للمضاربة قدم قول البائع ، ويلزم
للعامل به ظاهراً ، وإن وجب عليه للتخلص منه (٥) ، ولو لم

(١) قال في القواعد : « في جاهل النسب والحكم إشكال » ووجهه
- كما في جامع المقاصد والمسالك - ما ذكره في المتن .

(٢) هذا التمثيل ذكره في المسالك ، واعتمد عليه .

(٣) فرق في الجواهر بين المقامين : بأن مبنى المضاربة على الاجتهاد
بالنسبة إلى العيب وعدمه والرغبة فيها وعدمها ، فالخطأ والصواب من توابع
المضاربة ، ضرورة جريانها على المتعارف في أعمال التجارة ، بخلاف المقام
الذي لم يكن حاضراً في الذهن ، ولا هو متعارف التجارة . انتهى .
وحاصله : أن شراء المغيب مأذون فيه كشراء الصحيح ، لأنه يكون مورداً
للغبطة والفائدة كالصحيح ، وطروء التلف لا يقدر في الاذن كطروءه في
شراء الصحيح ، بخلاف ما نحن فيه ، فإنه غير مأذون فيه ، كما هو المفروض .
(٤) قد تقدم ما في القواعد من الصحة للعامل مع عدم ذكر المالك
وهو ظاهر الشرائع أيضاً ، وفيه : أنه يازم وقوع ما لم يقصد . اللهم إلا
أن يكون مقصودهما الوقوع للعامل ظاهراً وفي مقام الاثبات ، فمع النزاع
بين البائع والمشتري إذا ادعى البائع أنه للعامل كان قوله موافقاً للحجة ،
ويكون خصمه مدعياً . أما مع الاتفاق على قصد المالك فالحكم البطلان .
(٥) لبقائه على ملك البائع ، فيجب عليه رده عليه . وأخذه من باب

يذكر المالك لفظاً ولا قصداً كان له ظاهراً وواقعاً (١) .

(مسألة ٤٥) : إذا اشترى للعامل أباه أو غيره ممن ينعق عليه ، فإن كان قبل ظهور الربح ولا ربح فيه أيضاً (٢) صحح للشراء (٣) وكان من مال للقراض ، وإن كان بعد

المقاصة للبائع في مقابل أخذه الثمن ، غير ظاهر ، إذ لا دليل عليها فيما إذا كان المقاص عنه ممتنعاً عن دفع الحق عن شبهة .

(١) إذا لم يذكر المالك لفظاً ولا قصداً وكان الشراء بالعين ، فالمبادلة تكون بين العيين . وينتقل كل منهما الى ملك مالك الآخر ، وإذا كان الشراء بالذمة فلا بد من تعيين الذمة ، وإلا لم يكن البذل ذا مالية ، ولا صالحاً للمبادلة به لا عوضاً ولا معوضاً . نعم لا يعتبر التعيين التفصيلي بل يكفي التعيين الاجمالي الارتكازي ، والمرتكز في الذهن من قول القائل : اشتريت هذا بدينار : أنه بدينار في ذمتي ، فيكون الشراء للقائل لا لغيره . (٢) لم يظهر وجه المقابلة بين الامرين ، ولذلك كانت العبارات خالية عن الجمع ، فمنهم من ذكر الظهور ، قال في الشرائع : « إذا اشترى العامل أباه فإن ظهر فيه ربح انعق . . . » ، ومنهم من ذكر الربح ، قال في المسالك : « فإن لم يكن فيه ربح سابقاً ولا لاحقاً فالبيع صحيح . . » وكأنه يريد من ظهور الربح خصوص ارتفاع السوق بعد الشراء ، ومن الربح زيادة القيمة حال الشراء ، وإن كان ذلك لا يناسب ما يأتي في الصورة الاخرى .

وبالجملة الصور ثلاث ، لأنه تارة : يظهر الربح حين الشراء ، وأخرى : بعد ذلك ، وثالثة : لا يظهر لا حال الشراء ولا بعد ذلك . والصورة الثالثة واضحة الحكم عندهم وهي الصورة الاولى في كلام المصنف وفي كلام المسالك . (٣) بلا اشكال ، وفي جامع المقاصد : « قطعاً ، لعدم المانع » وفي

ظهوره أو كان فيه ربح ، ففقتضى القاعدة وإن كان بطلانه (١) لكونه خلاف وضع المضاربة ، فانها موضوعة - كما مر - للاسترباح بالتقليب في التجارة ، وللشراء المفروض من حيث استلزامه للانعتاق ليس كذلك - إلا أن المشهور - بل ادعي عليه الاجماع (٢) صحته ، وهو الأقوى في صورة الجهل بكونه ممن ينعتق عليه ، فينعتق مقدار حصته من الربح منه ، ويسري في البقية ، وعليه عوضها للمالك مع يساره ، ويستسعى للعبد فيه مع إعساره (٣) .

المسالك : « إذ لا ضرر فيه على أحد ، ولا عتق » . والمراد لزوم العمل بعموم الأدلة لما لم يكن مخصص .
(١) كما احتمله في القواعد ، لما في المتن ، ونسب إلى جماعة ، وجعله في المسالك أحد الوجوه في المسألة .

(٢) وفي القواعد : أن الصحة أقرب . وعن ظاهر التذكرة : أنه اجماعي ، وفي الجواهر : « بلا خلاف أجده فيه ، كما اعترف به غير واحد بل عن الغنية والسرائر : الاجماع عليه » ، وعن مجمع البرهان : نسبته إلى فتوى الفقهاء تارة ، وإلى نفي الخلاف أخرى .

(٣) هذا أحد الوجوه أو الأقوال وخارج عن معقد الاجماع ونفي الخلاف ، والمنسوب اليه قليل ، والمذكور في معاهد الاجماع ونفي الخلاف ما في الشرائع وغيرها من أنه يسعى المعتقد في باقي قيمته ، سواء كان العامل موسراً أم معسراً ، بدعوى : أنه ظاهر الصحيح الآتي ، وفي المسالك : أنه مقتضى إطلاق الرواية . ومن ذلك تعرف أن بيان المصنف لا يخلو من قصور ، فقد يظهر منه أن التفصيل بين اليسار والاعسار معقد الشهرة

لصحيحة ابن أبي عمير (١) عن محمد بن قيس عن الصادق (ع) « في رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة ، فاشترى أباه وهو لا يعلم قال (ع) : يقوم ، فإن زاد درهماً واحداً انعتق واستسعى في مال للرجل » . وهي مختصة بصورة الجهل (٢) المنزل عليها لإطلاق كلمات للعلماء أيضاً (٣) . واختصاصها بشراء الأب لا يضر ، بعد كون المناط كونه ممن ينعق عليه (٤) كما أن اختصاصها بما إذا كان فيه ربح لا يضر أيضاً ، بعد عدم للفرق بينه وبين للربح للسابق (٥) وإطلاقها من حيث اليسار والإعسار في الاستسعاء أيضاً منزل على الثاني ، جمعاً والاجماع ، وليس كذلك . وكأن مراده دعوى الاجماع على الصحة فقط .

(١) قد تقدم ذكر هذا الصحيح في المسألة الرابعة والثلاثين .

(٢) كما هو مصرح به في الصحيحة .

(٣) لعدم الوثوق بارادة الأعم منه ، كما في الجواهر . لكن يتم ذلك لو كان الحكم خلاف الاصل - كما أشرنا اليه سابقاً - وإلا أمكن الرجوع الى الأصل المقتضي للصحة وإن كان النص قاصراً عنه .

(٤) كما يقتضيه الارتكاز العرفي ، فيكون قرينة على العموم ، كما هو ظاهر بعض الكلمات كالفواعد - وإن كان بعضها الآخر - كالشرائع - الاختصاص بالأب . لكن في المسالك : أن الحكم عام ، والتخصيص بالأب في الشرائع من جهة أنه مورد الرواية .

(٥) قد عرفت الاشكال في المراد من ذلك ، ولو أريد منه الربح السابق على الشراء فليس ذلك موضوعاً لأي أثر شرعي ، بل إن بقي حال الشراء فبقاؤه موضوع الأثر وإن زال لم يترتب عليه شيء .

بين الأدلة (١) . هذا ولو لم يكن ربح سابق (٢) ولا كان فيه أيضاً ، لكن تجدد بعد ذلك قبل أن يباع ، فالظاهر أن حكمه أيضاً الإنعتاق والسراية ، بمقتضى القاعدة (٣) . مع إمكان دعوى شمول إطلاق للصحيحة أيضاً للربح المتجدد فيه (٤) فيلحق به للربح الحاصل من غيره (٥) ، لعدم للفرق .

(١) كما في المسالك والجواهر . والمراد الجمع بين الصحيح المذكور وما دل على ضمان المعتق مع يساره . لكن عموم ذلك للمقام محل تأمل ، بل منع ، لاختصاص ذلك بما إذا اعتقه ، فلا يشمل ما إذا اشتراه فاعتق . وعليه فلا موجب لتقييد النص في المقام ، ولا وجه للتفصيل المذكور في المتن ، الذي جعله في القواعد أقرب .

(٢) قد عرفت إشكاله .

(٣) قد عرفت إشكاله . وأن أدلة السراية مختصة بما إذا اعتق شقصاً وهو لا يشمل ما نحن فيه . وربما استشكل في السراية في المقام حتى بناء على عموم الدليل لمطلق العتق الاختياري ، لأن الموجب للعتق ارتفاع السوق وهو خارج عن الاختيار . وفيه : أنه يكفي في الاختيار الاختيار في بعض المقدمات .

(٤) كما في المسالك والجواهر . وهو كذلك ، فان قوله (ع) : « يقوم » يشمل ما كان التقويم والزيادة حال الشراء وبعده ، فإذا المواجه عموم الحكم للمقامين .

(٥) يعني : إذا لم تزد قيمة العبد على ثمنه لكن زادت قيمة الإعيان الأخرى ، فان زيادتها توجب ملكية العامل لحصته في جميع مال المضاربة ومنها العبد ، فينعتق ويسري العتق في الباقي ، ويستسعى العبد ، كما أشار إلى ذلك في الجواهر . وقد يشكل : بأن الحكم بالسراية على خلاف الأصل

(مسألة ٤٦) : قد عرفت أن المضاربة من العقود الجائزة (١) وأنه يجوز لكل منها للفسخ إذا لم يشترط لزومها في ضمن عقد لازم ، بل أو في ضمن عقدها أيضاً . ثم قد يحصل للفسخ من أحدهما ، وقد يحصل للبطلان والانسفاخ لموت أو جنون ، أو تلف مال للتجارة بتمامها ، أو لعدم إمكان للتجارة لمانع أو نحو ذلك ، فلا بد من التكلم في حكمها من حيث استحقاق للعامل للأجرة وعدمه ، ومن حيث وجوب الانضاض عليه وعدمه إذا كان بالمال عروض ، ومن حيث وجوب الجباية عليه وعدمه إذا كان به ديون على الناس ، ومن حيث وجوب الرد إلى المالك وعدمه ، وكون الأجرة عليه أولاً ، فنقول : إما أن يكون للفسخ من المالك ، أو للعامل ، وأيضاً إما أن يكون قبل للشروع في التجارة أو في مقدماتها أو بعده ، قبل ظهور الربح أو بعده ، في الأثناء أو بعد تمام للتجارة ، بعد إنضاض الجميع أو للبعض أو قبله ،

فلا بصر إليه إلا بدليل ، وهو مفقود في المقام ، لعدم شمول النص له ولا دليل سواه . اللهم إلا أن يستفاد من النص بمقتضى الارتكاز العرفي الموجب لتنقيح المناط . ومثله في الاشكال ما إذا زادت قيمة العبد ونقصت قيمة غيره من الاعيان بحيث لا ربح في المجموع ، فلا يملك العامل حصته من الربح لا في العبد ولا في غيره ، فان مقتضى النص شمول الفرض ، لكن القرينة على عدم ظاهرة ، كما أشار الى ذلك في الجواهر أيضاً . وكان على المصنف التنبيه عليه .

(١) تقدم ذلك كله في المسألة الثانية .

قبل القسمة أو بعدها ، وبيان أحكامها في طي مسائل :
 الأولى : إذا كان للفسخ أو الانفساخ ولم يشرع في
 للعمل ولا في مقدماته فلا إشكال ولا شيء له ولا عليه (١)
 وإن كان بعد تمام للعمل والانضاض فكذلك (٢) ، إذ مع
 حصول الربح يقتسمانه (٣) ، ومع عدمه لا شيء للعامل ولا
 عليه إن حصلت خسارة ، إلا أن يشترط المالك كونها بينهما
 على الأقوى من صحة هذا للشرط (٤) ، أو يشترط للعامل
 على المالك شيئاً إن لم يحصل ربح (٥) . وربما يظهر من
 إطلاق بعضهم ثبوت أجره المثل مع عدم الربح (٦) . ولا

- (١) لعدم الموجب لذلك كله .
 (٢) يعني : لا شيء له بعد ذلك ولا عليه ، لعدم الموجب أيضاً .
 (٣) عملاً بالمضاربة التي انتهت .
 (٤) تقدم الكلام في ذلك في المسألة الرابعة .
 (٥) كأنه لصحة الشرط المذكور ، عملاً بعدم : « المؤمنون عند
 شروطهم » (١٠) . لكن بعد فسخ العقد يبطل الشرط معه ، ولا يجب
 العمل به . نعم قد تجب أجره المثل أو أقل الأمرين من أجره المثل
 والشرط ، لقاعدة : الضمان بالاستيفاء ، كما يظهر من ملاحظة ما يأتي في
 بيان ضعف القول الآتي .

(٦) قال في التذكرة : « فان فسخا العقد أو أحدهما فان كان قبل
 العمل عاد المالك في رأس المال ، ولم يكن للعامل أن يشتري بعده ،
 وإن كان قد عمل فان كان المال ناضاً ولا ربح فيه أخذه المالك أيضاً ،

(١٠) مستدرك الوسائل كتاب التجارة باب : « من ابواب الخبار حديث : ٧ ، غوالي اللآلي
 من النبي (ص) أنه قال : « المؤمنون عند شروطهم » الجزء : ١ - صفحة : ٤٧٣ .

وجه له أصلاً ، لأن بناء المضاربة على عدم استحقاق العامل لشيء سوى الربح على فرض حصوله ، كما في الجمالة (١) .
 الثانية : إذا كان للفسخ من العامل في الأثناء قبل حصول الربح فلا أجر له (٢) لما مضى من عمله . واحتمال استحقاقه ، لقاعدة الاحترام ، لا وجه له أصلاً (٣) . وإن كان من المالك ، أو حصل الانفساخ للقهرى ، ففيه قولان (٤) ، أقواهما للعدم أيضاً بعد كونه هو المقدم على المعاملة الجائزة التي مقتضاها عدم استحقاق شيء إلا للربح ، ولا ينفعه بعد

وكان للعامل أجره عمله الى ذلك الوقت أيضاً . وهو صريح في استحقاق العامل الأجر حتى مع فسخه وكون المال ناضاً ولا ربح فيه . وفي الجواهر : نسبته الى الغرابة وهو كذلك ، إذ هو خلاف مبنى المضاربة ضرورة ، ولذا قال في القواعد : « وإذا فسخ القراض والمال ناض لا ربح فيه أخذه المالك ، ولا شيء للعامل » .

(١) فانه لا إشكال في عدم استحقاق العامل شيئاً إذا لم يحصل الأمر المجهول له .

(٢) لما عرفت من كونه مقتضى المضاربة .

(٣) لأن قاعدة الاحترام لو صح أنها موجبة لضمان العمل فذلك فيما لم يكن متبرعاً به ، والمفروض في المقام ذلك بعد كونه مقتضى المضاربة على أنك قد عرفت أنها لا توجب الضمان ، لأن احترامه يقتضي حرمة اغتصابه ، لا ضمان مايقع منه .

(٤) قال في الشرائع : « إذا فسخ المالك صح ، وكان للعامل أجره المثل الى ذلك الوقت » ، ونحوه ما في المختصر النافع وعن الارشاد والمعة

والروض (١٥) . وعلمه في المسالك : بأن عمله محترم صدر باذن المالك لا على وجه التبرع بل في مقابلة الحصة ، وقد فانت بفسخ المالك قبل ظهور الربح ، فيستحق أجره المثل إلى حين الفسخ . واستشكل فيه : بأنه لم يقدم إلا على الحصة على تقدير وجودها ، ولو لم توجد فلا شيء له ، والمالك مسلط على الفسخ حيث شاء . ثم قال : « ويمكن دفعه : بأنه إنما جعل الحصة خاصة على تقدير استمراره وهو يقتضي عدم عزله قبل حصولها ، فإذا خالف فقد فوتها عليه ، فتجب عليه أجرته ، كما إذا فسخ الجاعل بعد الشروع في العمل » . وقد ذكر ذلك كله جامع المقاصد ، غير أنه لم ينتظر فيه ، وفي المسالك قال : « وفيه نظر ، لأن رضاها بهذا العقد قدوم على مقتضياته ومنها جواز فسخه في كل وقت ، والأجرة لا دليل عليها » . وظاهره البناء على عدم الاجرة ، كما أن ظاهر جامع المقاصد البناء عليها ، والعمدة عنده فيها تفويت المالك . وفي القواعد : « وإذا فسخ المالك القراض ففي استحقاق العامل أجره المثل إلى ذلك الوقت نظر » ، وظاهره الميل إلى عدم الاجرة . واختاره في الجواهر وغيرها .

والوجه في العدم أصالة البراءة ، لأن ما يحتمل أن يكون موجباً للأجرة أمور كلها ضعيفة . (الاول) : قاعدة الاحترام ، وهي لا تصلح لاثبات الحكم الوضعي : كما سبق . ولو سلم اختصاصت بما إذا لم يكن في مقام التبرع . (الثاني) : قاعدة الاستيفاء وفيها أيضاً الاشكال المذكور . (الثالث) : التفويت ، كما عرفت من جامع المقاصد . لكن لا دليل

(١٥) حكاه عنه في مفتاح الكرامة الجزء ٧ : صفحة ٥٠٦ وتكرر النقل عنه في مواضع من كلامه في هذه المباحث ، وصرح في بعضها أنه شرح للإرشاد الجزء ٧ : صفحة ٥١٥ والمعروف أن الكتاب المذكور لم يخرج منه غير كتاب الطهارة والصلاة وهو المطبوع ، وهو الظاهر من كتاب الدية إلى تصانيف الشيعة الجزء ١١ : الصفحة ٢٧٥ .

ذلك كون إقدامه من حيث البناء على الاستمرار (١) .

للتالفة : لو كان للفسخ من العامل بعد للسفر بإذن المالك وصرف جملة من رأس المال في نفقته ، فهل للمالك تضمينه مطلقاً أو إذا كان (٢) لا لعذر منه ؟ وجهان ، أقواهما لعدم لما ذكر من جواز المعاملة وجواز للفسخ في كل وقت (٣) فالمالك هو المقدم على ضرر نفسه (٤) .

لرابعة : لو حصل للفسخ أو الانفساخ قبل حصول الربح وبالمال عروض لا يجوز للعامل للتصرف فيه بدون إذن المالك (٥) ببيع ونحوه وإن احتمل تحقق الربح بهذا البيع ،

على سببية التفويت وأنه كاتلاف موجب للضمان . ولا سيما إذا كان بحكم الشارع .

ثم إن القولين المذكورين إنما هما في صورة فسخ المالك ، أما في صورة الانفساخ القهري فلم يعرف القول بضمان المالك للأجرة ، وليس هو إلا في خصوص صورة فسخ المالك لا غير . فلاحظ كلماتهم .

(١) إذ البناء المذكور لا يوجب ضمان الأجرة .

(٢) يعني : الفسخ .

(٣) يعني : فلا مقتضي للضمان . ولأن للسفر كان بإذن المالك وصرف

المال فيه أيضاً كان بإذنه ، وذلك لا يوجب الضمان .

(٤) إنما يتم ذلك إذا كان المالك يحتمل الفسخ ، أما إذا كان لا يحتمله

فلا إقدام منه . فالعمدة عدم موجب للضمان لأحال السفر ولا حال الفسخ .

(٥) كما في الشرائع وغيرها . وحكى فيها قولاً بالجواز ، ونسب في

غيرها إلى المبسوط وجامع الشرائع . ولكنه غير ظاهر ، إذ الفسخ رافع

بل وإن وجد زبون يمكن أن يزيد في الثمن فيحصل للربح .
نعم لو كان هناك زبون بان على للشراء بأزيد من قيمته لا يبعد
جواز إجبار المالك على بيعه منه (١) ، لأنه في قوة وجود الربح
فعلاً . ولكنه مشكل (٢) مع ذلك ، لأن المناط كون الشيء
في حد نفسه زايد للقيمة ، والمفروض عدمه . وهل يجب عليه
البيع والانضاض إذا طلبه المالك أولاً ؟ قولان ، أقواهما عدمه (٣)
ودعوى (٤) : إن مقتضى قوله (ع) : « على اليد ما أخذت
حتى تؤدي » (١٠) وجوب رد المال إلى المالك كما كان ، كما ترى (٥) .

للاذن في التصرف ، ومنه البيع ، فلا وجه لجوازه بدون إذن المالك .
() كما في المسالك ، وكذا في القواعد على إشكال منه .

(٢) كما في الجواهر (أولاً) : بما في المتن (وثانياً) : بأنه
لا سلطة له على المالك في صورة ظهور الربح الذي لا يزيد على كونه
شريكاً . ضرورة أنه لا سلطة للشريك على بيع مال الشركة بغير إذن شريكه .
(٣) كما جزم به في الشرائع ، وعن الروضة وفي المسالك : « لعله
الأقوى في صورة عدم الربح » . اعتماداً منهم على أصالة البراءة ، وعن
جامع الشرائع : الوجوب ، وعن موضع من المبسوط : موافقته ، وفي
القواعد : « ولو طلب العامل بيعه فإن لم يكن ربح ، أو كان وأسقط
العامل حقه منه ، فالأقرب إجباره على البيع ليرد المال كما أخذه » .

(٤) ذكر ذلك في جامع المقاصد ، ورد به الظاهر منه رد المأخوذ
أما رده على ما كان عليه فلا دلالة له ، والتغيير بما حدث كان باذن المالك وأمره .
(٥) إذ مال المالك حال الفسخ هو العروض بعد كون الشراء باذنه

(١٥) مستفرك الوسائل باب : ١ من كتاب الودعة حديث : ١٢ ، كسز العمال الجزء : ٥

الخامسة : إذا حصل للفسخ أو الانفساخ بعد حصول الربح قبل تمام للعمل أو بعده ، وبالمال عروض ، فإن رضىها بالقسمة كذلك فلا إشكال ، وإن طلب للعامل بيعها فالظاهر عدم وجوب إجابته (١) وإن احتمل ربح فيه ، خصوصاً إذا كان هو للفاسخ . وإن طلبه المالك ففي وجوب إجابته وعدمه وجوه ، ثالثها للتفصيل بين صورة كون مقدار رأس المال

والعروض هو الذي يجب رده وأداؤه ، لأصل المال . على أن الحديث المذكور وارد في ضمان المأخوذ وأنه في ذمة الآخذ ، لا في الحكم التكليفي - الذي هو وجوب الرد - ليكون مما نحن فيه . وكان الأولى التمسك بوجوب رد الأمانات ، وإن كان بشكل أيضاً بما عرفت .

(١) وفي المسالك : « فيه وجهان ، مأخذهما إمكان وصول العامل إلى حقه بقسمة العروض واسقاط باقي العمل عنه تخفيف من المالك لأنه حقه ، فلا يكلف الأجابة إلى بيع ماله بعد فسخ المعاملة ، وإن حال العامل لا يزيد على حال الشريك ، ومعلوم أنه لا يكلف شريكه إجابته إلى البيع . ومن وجوب تمكين العامل من الوصول إلى غرضه الحاصل بالأذن ، وربما لم يوجد راغب في شراء بعض العروض ، أو وجد لكن بنقصان ، أو رغب وجود زبون يشتري بأزيد ، فيزيد الربح ، ولا ريب أن للعامل مزية على الشريك ، من حيث أن حقه يظهر بالعمل ، والربح عوضه » ، ونحوه في جامع المقاصد .

ولا يخفى أن الوجه الثاني لا يرجع إلى محصل يخرج به عن قواعد الشركة ، المانعة من تسلط الشريك على إجبار شريكه الآخر ، كما هو ظاهر بالتأمل . ومن ذلك يظهر ضعف ما في القواعد : من أنه يجبر المالك على إجابته .

نقداً فلا يجب ، وبين عدمه فيجب (١) ، لأن لللازم تسليم مقدار رأس المال كما كان ، عملاً بقوله (ع) : « على اليد ... » والاقوى عدم الوجوب مطلقاً ، وإن كان استقرار ملكية للعامل للربح موقوفاً على الانضاض ولعله يحصل الخسارة بالبيع ، إذ لا منافاة ، فنقول : لا يجب عليه الانضاض بعد الفسخ لعدم الدليل عليه ، لكن لو حصلت الخسارة بعده قبل القسمة ، بل أو بعدها يجب جبرها بالربح ، حتى أنه لو أخذه يسترد منه .
للسادسة : لو كان في المال ديون على الناس فهل يجب

(١) كما في القواعد ، قال : « وكذا يجبر مع الربح . ولو نص قدر رأس المال فرداه العامل لم يجبر على انضاض الباقي ، وكان مشتركاً بينهما » وهو ظاهر جامع المقاصد ، بل وظاهر المسالك في آخر كلامه ، وفي صدر كلامه أطلق الوجوب ، لكن مورده صورة مالهو كان الفسخ قبل الانضاض . وظاهر الشرائع عدم الوجوب وحكي عن التحرير ، وفي الجواهر جعل مبنى الخلاف هنا الخلاف فيما يتحقق به الاستقرار - يعني استقرار ملك العامل للربح - فإن قلنا بتحققه بالفسخ لم يكن للمالك الاجبار وإن قلنا بتوقفه على الانضاض ، لأنه من تنمة المضاربة ، فلا بد من البناء على الوجوب ، لأن فرض كونه من تنمة المضاربة مساوق لوجوبه ، كما لو لم يتحقق الفسخ .

وظاهر المتن المنع من الابتناء المذكور ، لا مكان التفكيك بين البناء على كون الانضاض من تنمة المضاربة ، بلحاظ جبران الخسارة بالربح وإن حصل الفسخ بينهما ، وبين البناء على عدم كونه من تنمتها بلحاظ وجوبه على العامل ، لأن ثبوت هذه الأمور ليس من مقتضى المضاربة ، لأن

على للعامل أخذها وجبايتها بعد الفسخ أو الانفساخ أم لا ؟
وجهان (١) أقواهما للعدم ، من غير فرق بين أن يكون الفسخ
من للعامل أو المالك .

للسابعة : إذا مات المالك أو للعامل قام وارثه مقامه

المفروض انفساخها ، بل يكون لدليل تعبدى ، ومن الجائز أن يدل الدليل
على الجبران ولا يدل على وجوب الانقضاء على العامل . وبالجملة :
المضاربة انفسخت وتمت ، وليس لها بعد الفسخ متمم . والجبران إن قيل
به فللدليل تعبدى ، ومن الجائز أن لا يدل على وجوب الانقضاء .

وفيه : أن التفكيك المذكور وإن كان ممكناً في نفسه ، إلا أنه غير
ظاهر ، لأن المضاربة إن كانت تنتهي بالفسخ فلا وجه لوجوب الانقضاء
ولا للجبران ، بل يكون حال العامل والمالك حال الشريكين . وإلا فلا بد
من القول بالوجوب كالقول بالجبران . وقد عرفت فيما سبق أن الأوفق
بالقواعد الأول . فراجع المسألة الخامسة والثلاثين .

(١) بل قولان أشهرهما الوجوب ، كما عن المبسوط وجامع الشرائع
والتذكرة وجامع المقاصد وغيرها ، وفي الشرائع : أن على العامل جباية
السلف ، ونحوه عن الارشاد والروض ، وفي القواعد : أن على العامل تقاضيه ،
واختاره في المسالك ، واستدل له : بأن مقتضى المضاربة رد رأس المال
على صفته والديون لا تجري مجرى المال ، وأن الدين ملك ناقص والذي
أخذه كان ملكاً تاماً ، فليرد كما أخذ بظاهر : « على اليد ما أخذت حتى
تؤدي » ، وإذن المالك بالادانة إنما كانت على طريق الاستيفاء لا مطلقة ،
بدلالة القرائن ، ولاقتضاء الخبر ذلك . انتهى . وفيه : أن دلالة القرائن
ممنوعة ، والخبر قد عرفت إشكاله .

فما مر من الاحكام (١) .

للاثامنة : لا يجب على العامل بعد حصول الفسخ أو الانفساخ أزيد من للتخلية بين المالك وماله ، فلا يجب عليه الإيصال إليه (٢) . نعم لو أرسله إلى بلد آخر غير بلد المالك

(١) لأن الموت فسخ قهري ، فيجري عليه حكم الفسخ الاختياري ، فإذا كان من حقوق المالك على العامل وجوب الانضاض بعد الفسخ وجوب استيفاء الديون وغير ذلك ، كان ذلك الحق لوارث المالك بعد موته ، وإذا كان من حقوق العامل على المالك جواز بيع العروض بعد الفسخ كان ذلك لوارثه بعد موته أيضاً ، فيجوز لوارث العامل البيع . وإذا لم نقل بثبوت الحقوق المذكورة للمالك والعامل - كما تقدم من المصنف - لم يكن للوارث شيء من ذلك أيضاً . لكن قال في الشرائع : « وكذا لو مات رب المال وهو عروض كان له البيع إلا أن يمنعه الوارث . وفيه قول » ، وظاهره أن جواز البيع الثابت للعامل ثابت له مع موت المالك ، إلا أن يمنعه وارث المالك . ولكنه غير ظاهر الوجه . فان المأذون لا يجوز له التصرف المأذون فيه مع موت الآذن ، للانتقال الى الوارث المقتضي لحرمة التصرف فيه بغير إذنه ، ولا يكفي في جوازه عدم المنع من المالك . ولذلك كان القول الآخر الذي حكاه في الشرائع هو المتجه - كما في المسالك ، ونفى عنه البأس في التذكرة - وإن كان القائل ليس منا على ما قيل ، بل حكاه في التذكرة عن بعض الشافعية . هذا إذا كان المراد منه القول بعدم جواز البيع إلا بالآذن . ويحتمل أن يكون المراد القول بالجواز وإن نهاه الوارث ، بناء على ما تقدم في بعض الأقوال من وجوب إجابة المالك إذا أراد العامل البيع .

(٢) للأصل .

ولو كان بإذنه يمكن دعوى وجوب الرد إلى بلده . لكنه مع ذلك مشكل (١) . وقوله (ع) : « على اليد ما أخذت ... » (١٠) أيضاً (٢) لا يدل على أزيد من التخلية (٣) . وإذا احتاج للرد

(١) أما إذا كان بإذنه فلا ينبغي التأمل في عدم الوجوب ، للاصل والأمر برد الامانات في قوله تعالى : (إن الله يأمركم أن تؤدوا الامانات إلى أهلها) (٢٠) يختص بما إذا كان بعد الطلب ، فالمراد منه ما يقابل الحبس . وأما إذا كان بغير إذنه فلا ينبغي التأمل في الوجوب ، لأن النقل تفويت لخصوصية المكان التي كانت للعين ، فيجب تداركها . فالمسألان ليستا من باب واحد ، الأولى من باب الأمانة ، والثانية من باب الضمان . (٢) قد عرفت أنه لا يحسن التمسك في المقام بالحديث الشريف المذكور في المسألتين ، بل المتجه التمسك في الأولى بما دل على وجوب أداء الأمانة وحرمة حبسها ، وفي الثانية بالحديث الشريف . وبالجمله : ينبغي لإجراء أحكام الأمانة في المقام .

(٣) لا يخفى أن الاداء الذي أخذ غاية للضمان ملازم لأخذ المالك ، فلا يتحقق بدونه ، ولا يكفي فيه مجرد التخلية من دون أن يأخذه المالك ، (فان قلت) : إن ذلك خلاف قاعدة السلطنة على النفس ، لأن عدم أخذ المالك - على هذا - يوجب اشتغال ذمة الضامن من دون اختياره . (قلت) : لا مانع من ذلك إذا اقتضاه الدليل . وكذا دعوى : أن ذلك خلاف قاعدة نفي الضرر ، فان اشتغال ذمته بالعين ضرر عليه . إذ لا مانع من تخصيص القاعدة بالدليل المذكور . اللهم إلا أن يقال : إن حمل الاداء

(١٠) مستدرك الوسائل باب ١ من كتاب الودعة حديث : ١٢ ، وباب ١ من كتاب

الذهب حديث : ٤ .

(٢٠) النساء : ٥٨ .

إليه إلى الاجرة فالاجرة على المالك (١) ، كما في ساير الاموال .
نعم لو سافر به بدون إذن المالك إلى بلد آخر ، وحصل
للفسخ فيه ، يكون حاله حال الغاصب في وجوب الرد
والاجرة (٢) . وإن كان ذلك منه للمجهل بالحكم الشرعي (٣)
من عدم جواز للسفر بدون إذنه .

(مسألة ٤٧) : قد عرفت أن للربح وقاية لرأس المال
من غير فرق بين أن يكون سابقاً على التلف أو الخسران أو
لاحقاً (٤) ، فالخسارة للسابقة تجبر بالربح لللاحق وبالعكس .

على ما يقابل الاخذ أهون من تخصيص القاعدتين المذكورتين . ولا سيما
بملاحظة ذكره في الحديث الشريف في مقابل الاخذ ، فالمراد من الأداء
رفع اليد عن العين . مضافاً إلى أن ذلك هو الموافق للارتكاز العقلاني في
باب الضمان ، وأنه يكفي في ارتفاع الضمان تقديم العين إلى المالك وجعلها
بين يديه وتحت سلطانه . والمظنون أن على ذلك بناء الفقهاء وإن لم يحضرنى
فعلاً تحرير لذلك فلاحظ .

(١) لأنها لمصلحة ماله .

(٢) أما وجوب الرد فلأن خصوصية كونه في المكان الكذائي قد
فوتها الغاصب ، فيجب عليه تداركها . وأما الأجرة فلتوقف الرد
الواجب عليها .

(٣) لعدم الفرق في وجوب تدارك ما فات بفعله بين العلم بالحكم
والجهل به .

(٤) والظاهر أنه من القطعيات ، وفي الجواهر : جعل بعض ذلك
ضرورياً ، لا طلاق الدليل ، وكذا ما بعده .

ثم لا يلزم أن يكون الربح حاصلًا من مجموع رأس المال ، وكذا لا يلزم أن تكون الخسارة واردة على المجموع ، فلو اتجر بجميع رأس المال فخسر ثم اتجر ببعض الباقي فربح ، يجبر ذلك الخسران بهذا الربح ، وكذا إذا اتجر ببعض فخسر ثم اتجر ببعض الآخر أو بجميع الباقي فربح . ولا يلزم في الربح أو الخسران أن يكون مع بقاء المضاربة حال حصولها ، فالربح مطلقاً جابر للخسارة والتلف مطلقاً ما دام لم يتم عمل المضاربة (١) ثم إنه يجوز للمالك أن يسترد بعض مال المضاربة في الاثثناء ، ولكن تبطل بالنسبة إليه ، وتبقى بالنسبة إلى البقية (٢) ، وتكون رأس المال ، وحينئذ فإذا فرضنا أنه أخذ بعد ما حصل الخسران أو للتلف بالنسبة إلى رأس المال مقداراً من البقية ، ثم اتجر للعامل بالبقية أو ببعضها ، فحصل ربح يكون ذلك الربح جابراً للخسران أو للتلف السابق بتمامه . مثلاً إذا كان رأس المال مائة ، فتلف منها عشرة أو خسر عشرة وبقي تسعون ، ثم أخذ المالك من التسعين عشرة وبقيت ثمانون ، فأرأس المال تسعون ، وإذا اتجر بالثمانين فصار تسعين ، فهذه للعشرة الحاصلة ربحاً

(١) قد تقدم الكلام في ذلك في المسألة الخامسة والثلاثين .

(٢) سيأتي في المسألة الثانية عشرة من مسائل الختام عدم صحة التبويض في الفسخ ، فإذا انفسخت المضاربة بالنسبة إلى بعض المال انفسخت بالنسبة إلى جميعه ، فيحتاج تجديددها في الباقي إلى اجتماع الشروط . وعليه يشكل البناء في المقام على بطلانها بالنسبة إلى ما أخذه المالك وصحتها بالنسبة إلى ما بقي ويكون هو رأس المال ، وإن كان يظهر من كليهما في المقام التسالم

تجبر تلك العشرة ، ولا يبقى للعامل شيء . وكذا إذا أخذ المالك بعدما حصل الربح مقداراً من المال - سواء كان بعنوان استرداد بعض رأس المال ، أو هو مع الربح ، أو من غير قصد إلى أحد للوجهين - ثم اتجر العامل بالباقي أو ببعضه ، فحصل خسران أو تلف ، يجبر بالربح السابق بتمامه ، حتى المقدار للشايع منه في الذي أخذه المالك ، ولا يختص الجبر بما عده ، حتى يكون مقدار حصة العامل منه باقياً له . مثلاً إذا كان رأس المال مائة فربح عشرة ثم أخذ المالك عشرة ، ثم اتجر للعامل بالبقية فخسر عشرة أو تلف منه عشرة ، يجب جبره بالربح السابق حتى المقدار للشايع منه في للعشرة المأخوذة ، فلا يبقى للعامل من الربح السابق شيء . وعلى ما ذكرنا فلا وجه لما ذكره المحقق (١) وتبعه غيره من أن للربح لللاحق لا يجبر مقدار الخسران للذي ورد على للعشرة

على ذلك . وكذا في باب الاقالة ، فانها تجوز في البعض دون البعض ، والمخالف في ذلك شاذ نادر . فلاحظ . ويحتمل في المقام الالتزام ببقاء المضاربة حتى بالنسبة إلى ما أخذه المالك ، ويكون ما أخذه المالك بحكم ما لو وضع في كيس مستقل وأفرز عن باقي المال . لكن لازم ذلك جواز تصرف العامل به بعد أخذ المالك فيتعين البناء على التبعض .

(١) قال في الشرائع : « إذا كان مال القراض مائة فخسر عشرة وأخذ المالك عشرة ، ثم عمل بها الساعي فربح كان رأس المال تسعة وثمانين إلا تسعاً ، لأن المأخوذ محسوب من رأس المال ، فهو كالموجود ، فإذا المال في تقدير تسعين ، فإذا قسم الخسران - وهو عشرة - على تسعين كانت حصة العشرة المأخوذة ديناراً وتسعاً ، فيوضع ذلك من رأس المال ،

المأخوذة ، لبطلان المضاربة بالنسبة إليها ، فمقدار الخسران للشايع فيها لا يجبر بهذا الربح ، فرأس المال للباقي (١) بعد خسران العشرة في المثال المذكور لا يكون تسعين ، بل أقل منه بمقدار

ونحوه عبارة القواعد والتذكرة والارشاد وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان ، وعن المبسوط وجامع الشرائع والمفاتيح ، من دون تعرض للاشكال فيه ، بل في كلام بعضهم أنه ظاهر . وغرضهم أن خسران العشرة لما كان موزعاً على الجميع فيلحق كل عشرة من التسعين الباقية تسع منه ، وهو واحد وتسع ، فالعشرة التي أخذها المالك لما خرجت عن مال المضاربة لم يكن خسرتها مجبوراً من الربح ، لأن الربح إنما يجبر به الخسران المتعلق بمال المضاربة ، والمفروض أن العشرة التي أخذها المالك قد خرجت عن مال المضاربة ، وحينئذ يختص الجبران بالخسران المتعلق بالباقي ، وهو تسعة وثمانون الا تسعاً ، فإذا كان الربح عشرة - كما هو المفروض - ويجبر منه الخسران المتعلق بباقي المال ، ويزيد منه واحد وتسع ، فيكون هذا الزايد بين المالك والعامل .

(١) لعل الأولى في التعبير أن يقول : فرأس المال ، الذي يجبر نفسه بعد أخذ المالك العشرة ، هو تسعة وثمانون الا تسعاً ولا يجبر من الربح المتأخر النقص المتعلق بالعشرة التي أخذها المالك ، لخروجها عن مال المضاربة وقد ذكر في القواعد والتذكرة مثلاً آخر ، وهو ما لو كان رأس المال مائة فخسر عشرة ، ثم أخذ المالك خمسة وأربعين ، والحكم أيضاً أن يوزع الخسران على الجميع ، فيلحق الخمسة والأربعين التي أخذها المالك نصف الخسران وهو خمسة ، ويلحق الباقي أيضاً خمسة ، فإذا ربح بعد ذلك عشرة كان نصفها جابراً للخسران الوارد على الباقي ، والنصف الآخر بين المالك والعامل على حسب شرطها في المضاربة ، ولا يجبر من الربح المذكور

حصّة خسارة للعشرة المأخوذة ، وهو واحد وتسع ، فيكون رأس المال للباقي تسعين إلا واحد وتسع ، وهي تسعة وثمانون

الخسران الوارد على المقدار الذي أخذه ، لخروجه عن مال المضاربة . وكذا الحكم عندهم في سائر الموارد يوزع الخسران على الجميع بالنسبة ، ولا يجبر بالربح الخسران المتعلق بما أخذه المالك ، بل يجبر خصوص الخسران المتعلق بالباقي . ولم أقف على متأمل منهم في ذلك .

نعم في الجواهر - بعد تقريب ما ذكره في الشرائع - قال : « لكن الانصاف عدم خلو المسألة الأولى عن إشكال ، باعتبار عدم ثبوت ما يقتضي شيوع الخسارة على المال كله على وجه لو أخذ المالك بعض المال يلحقه بعض الخسارة ، وإنما المنساق احتساب ما يأخذه المالك من رأس المال ، وأما الخسارة السابقة فتجبر بما بقي من مال المضاربة ، إذ المالك قد أخذ العشرة مستحقة للجبر . . . »

وفيه : أنه لا ريب في أن الخسارة موزعة على جميع المال حتى الذي أخذه المالك ، وإنما الاشكال في جبر الخسارة المتعلقة بما أخذه المالك من الربح الحاصل من الباقي ، والعمدة في الاشكال فيه : أنه بعد بطلان المضاربة فيه يخرج عن كونه مال المضاربة ، فلا وجه لجبر خسارته بربح غيره الباقي ، لأن ربح مال المضاربة يجبر خسران ذلك المال ، لا خسران غيره . وما تقدم من المصنف (ره) وغيره من بقاء حكم الجبر وإن فسخت المضاربة إنما يسلم فيما إذا ورد الفسخ على تمام المال قبل انقضاؤه أو قسمته ، ثم ربح هو فيجبر به الخسران السابق ، لا فيما إذا فسخ العقد بالاضافة الى بعض مال المضاربة وصار ملكاً للمالك مختصاً به . وبقيت المضاربة في غيره من المال ، فانه لا وجه لهذا الجبران حينئذ ، فان ذلك مما لا يساعده الارتكاز العرفي أصلاً .

إلا تسع . وكذا لا وجه لما ذكره بعضهم (١) في للفرض الثاني أن مقدار الربح للشايح في للعشرة التي أخذها المالك لا يجبر الخسران لللاحق ، وان حصة للعامل منه يبقى له ويجب على المالك رده إليه ، فاللازم في المثال المفروض عدم بقاء ربح للعامل بعد حصول الخسران المذكور ، بل قد عرفت سابقاً

ويتضح ما ذكرنا في المثال الثاني الذي ذكره في القواعد والتذكرة ، من أن المالك بعد خسران العشرة قد أخذ خمسة وأربعين ، فانه على تقدير فسخ المالك فيها وأخذها وابقاء مثلها في يد العامل يبعد جداً أن يكون الربح الحاصل في الخمسة والأربعين التي بيد العامل يجبر به الخسران المتعلق بما أخذه المالك ، فان أحدهما صار أجنياً عن الآخر .

نعم إذا كان المالك قد أخذ بعض مال المضاربة لا بعنوان الفسخ ، فانه لم يبعد الحكم بالجبران حينئذ . بل حتى لو صرفه المالك فخرج عن كونه مال المضاربة لانعدامه ، فان مثل هذا الخروج لانتهاء القابلية لا يمنع من لزوم الجبر ، ضرورة أنه في المثال الأول لو تلفت عشرة بعد خسران عشرة فان التالفة تجبر خسارتها المتعلقة بها مع خروجها عن مال المضاربة بالتلف ، كما تجبر هي نفسها ، فالخروج عن مال المضاربة لتلف أو نحوه لا يمنع من بقاء الجبر ، فيجبر نفس المال وتجبر خسارته ، ومن ذلك يظهر لزوم التفصيل بين أن يكون ما يأخذه المالك بعنوان الفسخ فيتم ما ذكره المحقق ومن وافقه ، وبين أن لا يكون بعنوان الفسخ ، فيتم ما ذكره في الجواهر ومن وافقه وان خرج البعض عن كونه مال المضاربة لفقد القابلية . والله سبحانه ولي التوفيق والسداد .

(١) اقتصر في الشرائع على ذكر المسألة الأولى ، وكذا في الارشاد ومجمع البرهان ، ولم يتعرضوا للثانية . لكن في القواعد والتذكرة وجامع

أنه لو حصل ربح واقتسماه في الأثناء وأخذ كل حصته منه ، ثم حصل خسران : أنه يسترد من العامل مقدار ما أخذ ، بل ولو كان الخسران بعد للفسخ (١) قبل للقسمة ، بل أو بعدها إذا اقتسما للعروض وقلنا بوجوب الانضاض على العامل وأنه من تمام المضاربة .

(مسألة ٤٨) : إذا كانت المضاربة فاسدة فإما أن يكون مع جهلها بالفساد ، أو مع علمها أو علم أحدها دون الآخر فعلى كل للتقدير للربح بتمامه للمالك ، لآذنه في للتجارات (٢) وإن كانت مضاربه باطلة . نعم لو كان الإذن مقيداً بالمضاربة (٣) توقف ذلك على إجازته ، وإلا (٤) فالمعاملات للواقعة باطلة (٥) وعلى عدم للتقيد أو الاجازة يستحق للعامل مع جهلها لأجرة عمله (٦) . وهل يضمن عوض ما أنفق في السفر على نفسه ،

المقاصد : ذكرت المسألتان معاً ، وجعلنا في كلامهم من باب واحد . لكن في الجواهر : خص إشكاله بالمسألة الأولى ، وظاهره أنه وافق الجماعة في المسألة الثانية والفرق بين المسألتين غير ظاهر .

- (١) قد عرفت الإشكال فيه في المسألة الخامسة والثلاثين .
- (٢) لأن المضاربة تستأزم الإذن في التجارة وإن كانت باطلة .
- (٣) يأتي في المسألة الثانية من مسائل الختام : أنه إذا لم تكن قرينة على التقيد فإطلاق العقد يقتضي إطلاق الإذن وإن كان العقد باطلاً .
- (٤) يعني : وإن لم يجز .
- (٥) لعدم الإذن من المالك ولا الاجازة .
- (٦) لأنه لم يقصد التبرع فيكون مضموناً على من استوفاه ولو بالعقد

لتبين عدم استحقاقه للنفقة ، أولاً ، لأن المالك سلطه على الاتفاق مجاناً ؟ وجهان أقواهما الأول (١) . ولا يضمن للتلف وللنقص . وكذا الحال إذا كان المالك عالماً دون للعامل ، فانه يستحق الاجرة ، ولا يضمن التلف وللنقص . وإن كانا عالين أو كان للعامل عالماً دون المالك ، فلا أجره له ، لإقدامه على للعمل مع علمه بعدم صحة المعاملة (٢) ، وربما يحتمل في

الفاقد ، لأن الضمان بالاستيفاء لا يختص بعقد صحيح أو فاسد ، لعموم بناء العقلاء عليه .

(١) مقتضى قاعدة : ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده ، عدم الضمان . ولو أشكل تطبيق القاعدة : من جهة أنها تختص بمورد العقد ، والنفقة في المقام ليست موضوعاً للعقد ، كفى مستندهما في عدم الضمان ، وهو التسليط على إتلاف ماله مجاناً ، والاقدام على عدم ضمانه ، المانع من عموم : من أتلف مال غيره فهو له ضامن ، للمقام . وكما أن عموم : « على اليد » لا يشمل المضاربة الفاسدة ، فلا يضمن العامل المال مع فساد المضاربة ، لعموم ما دل على عدم ضمان الأمين كذلك عموم : من أتلف . . . لا يشمل المضاربة الفاسدة ، فلا يقتضي الضمان بالاتلاف ، لعموم ما دل على عدم ضمان المأذون بالاتلاف ، المستفاد من بعض نصوص القاعدة . اللهم إلا أن يقال : إنه لا إذن في الاتلاف ، لاختصاصها بعامل المضاربة ، والمفروض انتفاؤه ، فهو نظير ماله أعطى الطعام لزوجته بعنوان كونه نفقة الزوجية فتبين أنها ليست زوجة ، فانه لا ينبغي التأمل في الضمان . فلاحظ وتأمل .

(٢) العلم بعدم صحة المعاملة شرعاً لا يقتضي الاقدام على التبرع ، الموجب لعدم الاستحقاق . وكذلك الغاصب إذا اشترى بالمال المغصوب إنما يقصد الشراء ، ولا يقصد أخذ المال مجاناً ، والبائع إذا كان عالماً

صورة علمها أنه يستحق حصته من الربح من باب الجعالة (١) وفيه : أن المفروض عدم قصدها (٢) ، كما أنه ربما يحتمل

بالغصب إنما يقصد البيع ولا يقصد التمليك المجاني . ولذلك يصح البيع بالاجازة من المالك ، ولو لم يكونا قد قصدا البيع والشراء لم يصح بالاجازة وقد تقدم في كتاب الاجارة نظير المقام في المسألة السادسة عشرة من فصل تمليك المستأجر المنفعة . فراجع .

(١) تفرق الجعالة عن الاجارة والمضاربة والمزارعة والمساقاة ونحوها : بأنها لا يقع لا يقوم إلا بالجاعل ، ولا يعطي لغيره لوناً ولا حكماً ، فان من قال لغيره : إن خطت ثوبي فلك علي درهم ، فقد جعل شيئاً على نفسه ولم يجعل شيئاً على غيره ، بخلاف العناوين المذكورة فانه فيها يكون العامل ذا لون خاص ، يكون به مستحقاً عليه العمل ومسؤولاً عن العمل ولا بد له منه ، ولذلك كانت من العقود ، لأن هذه المسؤولية وكونه مستحقاً عليه العمل لا تكون إلا بقبول من عليه المسؤولية ، ولا تكون بغير ساططانه ، ولا يتنافى ذلك جواز الفسخ في المضاربة ، فان المسؤولية لولا الفسخ كافية في الاحتياج الى القبول . ونحو ذلك الفرق بين الاذن والوكالة فان الاذن من الإيقاع ، فلا يحتاج الى قبول المأذون ، لأنه لا يكتسي به عنواناً ، ولا مسؤولية ، بخلاف الوكالة فانها توجب ثبوت عنوان للوكيل يكون به مسؤولاً عن العمل ، وقائماً مقام الموكل ، فالوكيل في البيع والشراء يجب عليه أن يبيع إذا اقتضت مصلحة الموكل ذلك ، كما يجب عليه أن يشتري إذا اقتضت مصلحة الموكل ذلك ، وإلا كان خائناً وجارياً على خلاف مقتضى عنوان الوكالة ، وليس كذلك المأذون في البيع والشراء (٢) قد عرفت اختلاف عنوان الجعالة عن عنوان المضاربة ، ولما كانا قصديين فلا يصح أحدهما إلا بقصده .

استحقاقه أجرة المثل إذا اعتقد أنه يستحقها مع للفساد . وله وجه (١) ، وإن كان الأقوى خلافه . هذا كله إذا حصل ربح ولو قليلا ، وأما مع عدم حصوله فاستحقاق للعامل الأجرة ولو مع الجهل مشكل ، لإقدامه على عدم للعوض لعمله مع عدم حصول الربح . وعلى هذا ففي صورة حصوله أيضاً يستحق أقل الأمرين من مقدار الربح وأجرة المثل . لكن الأقوى خلافه (٢) ، لأن رضاه بذلك كان مقيداً بالمضاربة (٣) ومراعاة الاحتياط في هذا وبعض للصور المتقدمة أولى .

(١) لأنه حينئذ لم يقدم على عدم الاستحقاق شرعاً ، وإنما أقدم على أنه مستحق شرعاً لأجرة المثل .

(٢) يعني : فلا يستحق العامل أيضاً في هذه الصورة . لكنه غير ظاهر ، لأن الموجب لعدم الاستحقاق على هذا المبنى . لإقدامه على العمل باعتقاد عدم الاستحقاق شرعاً ، وهو غير حاصل في الفرض .

(٣) فمع فسادها يضمن بقيمتها ، كما في غيره من الموارد ، لعدم كونه متبرعاً ، كما هو المفروض . لكن على هذا يشكل الحكم بعدم الاستحقاق في الصورة السابقة ، لإقدامه على العمل بلا عوض أيضاً يكون مقيداً بالمضاربة ومبنيّاً عليها ، ومع فسادها لا إقدام على العمل بلا عوض . اللهم إلا أن يستند في الصورة السابقة إلى قاعدة : ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده ، لأن العمل في المضاربة الصحيحة غير مضمون ، فلا يكون مضموناً في الفاسدة . لكن القاعدة لا تصلح للحجة مع قصور دليلها عن شمول المقام . اللهم إلا أن يقال : إن ضمان المالك لعمل العامل في المقام إن كان فبالاستيفاء ، وهو غير حاصل ، إذ المالك إنما يبحث على الاسترباح لا مجرد

(مسألة ٤٩) : إذا ادعى على أحد أنه أعطاه كذا مقداراً مضاربة وأنكر ولم يكن للمدعي بينة فالقول قول المنكر مع اليمين (١) .

(مسألة ٥٠) : إذا تنازع المالك وللعامل في مقدار رأس المال الذي أعطاه للعامل قدم قول للعامل بيمينه مع عدم البينة (٢) ، من غير فرق بين كون المال موجوداً أو تالفاً مع ضمان للعامل (٣) لأصالة عدم إعطائه أزيد مما يقوله ، وأصالة براءة ذمته إذا كان تالفاً بالأزيد . هذا إذا لم يرجع نزاعهما

العمل بلا ربح ، والاسترباح مفقود حسب المفروض ، والعمل المجرد عن الربح لم يكن بأمر المالك كي يكون ضامناً له بالاستيفاء ، فلم يدخل في كيس المالك شيء من عمل العامل حتى يكون مضموناً عليه باستيفائه . ويشكل : بأن الأمر بالعمل كان بداعي الربح ، لا بقيده واقعاً ، فمع تخلفه لا ينكشف عدم الأمر بالعمل ، وإلا لزم بطلان العمل ، لانتهاء الاذن به فيكون فضولياً . بل لو كان المالك بنفسه يباشر العمل فمع تخلف الداعي لا ينتفي القصد .

(١) لموافقته للحجة ، وهو أصالة العدم . ولو فرض عدم جريانه كفى الأصل الحكمي ، وهو أصالة عدم وجوب شيء على العامل من إرجاع المال أو ضمانه ، الذي هو الغرض المقصود من الدعوى ، وبدونه لا تسمع فلو فرض أن المالك يعترف بإرجاع المال إليه على تقدير صدقه في الدعوى أو يعترف بتلفه من غير ضمان لم يكن أثر الدعواه ، فلا تسمع منه .

(٢) لما عرفت في المسألة السابقة .

(٣) لما عرفت من أنه مع عدم ضمانه لا تسمع دعوى الزيادة .

إلى للنزاع في مقدار نصيب العامل من الربح ، كما إذا كان نزاعهما بعد حصول الربح وعلم أن للذي بيده هو مال المضاربة إذ حينئذ للنزاع في قلة رأس المال وكثرته يرجع إلى للنزاع في مقدار نصيب العامل من هذا المال الموجود ، إذ على تقدير قلة رأس المال يصير مقدار الربح منه أكثر ، فيكون نصيب العامل أزيد ، وعلى تقدير كثرته بالعكس ، ومقتضى الأصل كون جميع هذا المال للمالك إلا بمقدار ما أقر به للعامل (١). وعلى هذا أيضاً لا فرق بين كون المال باقياً أو تالفاً بضمان العامل ، إذ بعد الحكم بكونه للمالك إلا كذا مقدار منه فاذا تلف مع ضمانه لابد أن يغرم المقدار للذي للمالك .

(مسألة ٥١) : لو ادعى المالك على للعامل أنه خان أو فرط في الحفظ فتلف أو شرط عليه أن لا يشتري الجنس الفلاني ، أو لا يبيع من زيد أو نحو ذلك ، فالقول قول للعامل في عدم الخيانة والتفريط ، وعدم شرط المالك عليه للشرط الكذائي ، والمفروض أن مع عدم للشرط يكون مختاراً في للشراء

(١) وإن كان مقتضى اليد كون جميعه للعامل إلا ما أقر به للمالك ، إلا أن ذا اليد لما أقر بأن أصله للمالك احتاج في اثبات دعوى الاستحقاق إلى بينة ، فمع عدمها يقدم قول المالك لسقوط يد العامل عن الحجية بهذا الاقرار ، حسبما يقتضيه بناء العقلاء ، المنزل عليه دليل حجية اليد ، إذ الظاهر أن دليل الحجية شرعاً من باب الامضاء لما عند العقلاء لا من باب التأسيس .

ثم إن الاختلاف بين هذه المسألة وما قبلها مبني على أن المرجع في

وفي البيع من أي شخص أراد . نعم لو فعل العامل ما لا يجوز له إلا بإذن من المالك - كما لو سافر أو باع بالنسيئة وادعى الإذن من المالك - فالقول قول المالك في عدم الإذن . والحاصل : أن للعامل لو ادعى الإذن فيما لا يجوز إلا بالاذن قدم فيه قول المالك المنكر ، ولو ادعى المالك المنع فيما يجوز إلا مع المنع (١) قدم قول للعامل المنكر له .

(مسألة ٥٢) : لو ادعى للعامل للتلف وأنكر المالك قدم قول للعامل (٢) ، لأنه أمين (٣) ، سواء كان بأمر ظاهر أو

تشخيص المدعي والمنكر الغرض المقصود من الدعوى ، ولما اختلف الغرض في المسألتين اختلف الحكم ، أما بناءً على أن المرجع مصب الدعوى فلا فرق بين المسألتين في أن المالك في المقامين مدع والعامل منكر ، لاتحاد مصب الدعوى فيهما . لكن التحقيق هو الأول ، كما أشرنا الى ذلك في كتاب الاجارة .

(١) بأن كانت الاذن محرزة ولو لاطلاق اللفظ . ويسدعي المالك المخصص المنفصل أو المقيّد ، فان الأصل عدم التخصيص والتقييد . ولو كان النزاع في المقيّد أو المخصص المتصل يرجع النزاع الى إطلاق الاذن وعدمه ، فيكون الشك في الاذن والأصل عدمه . وبالجملّة : إذا ادعى المالك المنع ، فان كانت حجة على الاذن سواء كانت لفظية أم حالية كان المالك مدعياً ، وإلا كان منكراً والعامل المدعي للاذن مدعياً .

(٢) بلا إشكال ولا خلاف . كذا في الجواهر .

(٣) كذا في الجواهر ، وزاد بأنه ذو يد على المال باذن المالك . انتهى . يريد به أنه أمين عند المالك ومستأمن منه وكأنه يشير بذلك الى النصوص

خفي (١) . وكذا لو ادعى الخسارة ، أو ادعى عدم الربح ، أو ادعى عدم حصول المطالبات في النسبة مع فرض كونه مأذوناً في البيع بالدين . ولا فرق في سماع قوله بين أن يكون للدعوى قبل فسخ المضاربة أو بعده . نعم لو ادعى بعد الفسخ للتلف بعده ففي سماع قوله لبقاء حكم أمانته (٢) ، وعدمه

الواردة في عدم ضمان الأمين (١٥) ، وأنه إذا اتهم يستحلف ، الظاهرة في أنه لا يكلف بالبينة ، وقد تقدمت في مباحث الاجارة ، كما تقدمت نسبة القول بأنه يكلف بالبينة إلى المشهور ، وأنه يشهد به بعض النصوص . لكن الجمع بين جميع النصوص يقتضي القول الأول . وأما صحيح محمد ابن مسلم عن أبي جعفر (ع) : « عن الرجل يستبضع المال فيهلك أو يسرق أعلى صاحبه ضمان ؟ قال (ع) : ليس على صاحبه غرم بعد أن يكون الرجل أميناً » (٢٥) ونحوه غيره . فانما تدل على عدم ضمان الأمين ، لا على عدم تكليفه بالبينة ، فهي حكم في مقام الثبوت ، لا في مقام الانبات . (١) لاطلاق النصوص المتقدمة .

(٢) إذا تحقق ذلك فلا مجال للوجه الثاني . فكأنه أراد استصحاب بقائه ، ويكون الوجه الثاني خروجه عن كونه أميناً ، فيرجع الى عموم : « البينة على المدعي » . لكن الاستصحاب ليس بحجة ، لأنه تعليلي ولو سلم فالظاهر الرجوع الى عموم العام في أمثال المقام مما كان ظاهراً في العموم الازماني ، على ما هو محقق في بعض مباحث الاستصحاب . نعم مقتضى اطلاق الأخبار الدالة على عدم ضمان الأمين العموم للمقام ، فيكون الأقوى سماع قوله بيمينه .

(١٥) راجع صفحة : ٣٥٠ .

(٢٥) الوسائل باب : ٣ من أبواب كتاب المضاربة حديث : ٣ .

لخروجه بعده عن كونه أميناً ، وجهان . ولو أقر بحصول
للربح ثم بعد ذلك ادعى التلف (١) أو الخسارة ، وقال : إني
اشتبهت في حصوله ، لم يسمع منه (٢) ، لأنه رجوع عن إقراره
الأول . ولكن لو قال : ربحت ثم تلف ، أو ثم حصلت
الخسارة ، قبل منه .

(١) يعني : ادعى تلف أصل المال قبل الاتجار به ، إذ لو كان
المراد أنه ادعى التلف بعد الربح فلا اشكال في سماع قوله ، لعدم المناقاة
مع لإقراره بوجه ، كما سيأتي فرضه .

(٢) قال في الشرائع : « ولو قال العامل ربحت كذا ورجع لم
يقبل رجوعه . وكذا لو ادعى الغلط » ، وفي التذكرة : « لو قال ربحت
ألفاً ثم قال : غلطت ، وإنما ربحت مائة ، أو تبينت أنه لا ربح هنا ، أو
قال : كذبت في الاخبار خوفاً من انتزاع المال لم يقبل رجوعه ، لأنه أقر
بحق عليه ثم رجع فلم يقبل كسائر الأقاير » ، ونحوها كلام غيرهما .
وعليه في الجواهر بسبق لإقراره الماضي عليه بقاعدة : لإقرار العقلاء على
أنفسهم جائز ، وقاعدة : عدم سماع الإنكار بعد الإقرار ، السالمين عن
معارضة قاعدة : سماع الأمين في كل ما يدعيه ، بعد عدم ثبوت هذا العموم
وإنما الثابت المسلم مالم يسبق بإقرار . . . إلى آخر كلامه .

هذا ولا يخفى أن قاعدة : عدم سماع الإنكار بعد الإقرار ، تختص
بما إذا كان الإنكار وارداً على ما ورد عليه الإقرار ، بحيث يكون معارضاً
له ، كما إذا قال : لك علي درهم ، ثم قال : ليس لك علي درهم . أما
إذا كان الإنكار وارداً على أمر آخر غير الواقع الذي ورد عليه الإقرار
- كما في المقام - لم يكن وجه للرد ، فإن قوله : اشتبهت ، أو غلطت
أو ما قصدت الواقع وإنما كان اخباري تورية ، أو قصدت الواقع لا بقصد

بيان الواقع ، بل بقصد التخلص من الضرر ونحو ذلك مما لا يكون القول الثاني وارداً على ماورد عليه الأول ولا معارضاً له . فلا يكون من الانكار بعد الاقرار قال في الشرائع في كتاب الاقرار : « إذا شهد على نفسه بالبيع وقبض الثمن ، ثم أنكر فيما بعد وادعى أنه أشهد تبعاً للعادة ولم يقبض ، قيل : لا يقبل دعواه ، لأنه مكذب لاقراره ، وقيل : تقبل ، لأنه ادعى ما هو معتاد وهو أشبه » وفي الجواهر حكى الأخير عن الشيخ ومن تأخر عنه ، وأما في الأول فقال : « لم نتحقق قائله من العامة فضلاً عن الخاصة » .

ومن ذلك يظهر إشكال ما في الشرائع وغيرها من عدم قبول قوله الذي ذكره هنا ، الظاهر في أنه لا يقبل حتى مع البينة ، ولا يسمع أصلاً كما استظهره أيضاً في الجواهر ، قال (ره) : « ظاهر قول المصنف وغيره » لم يقبل « عدم سماع بيئته على ذلك ، لكونه مكذباً لها باقراره السابق وعموم : « البينة على المدعي » إنما هو ظاهر في كون الدعوى مسموعة ، لا ما أسقطها الشارع بقاعدة الاقرار فتبقى حينئذ شهادة البينة نفسها بلا دعوى ولا ريب في تقديم قول المخالف لها عليها ، لعدم ثبوت حجيتها في هذا الحال ، خصوصاً بعد أن كان المشهود به حقاً له ، فلا ريب في تقديم قوله فيه . فتأمل . وحمل كلامهم هنا على عدم قبول قوله كما يقبل قول الامين مع اليمين بل يحتاج في قبوله إلى البينة ، خلاف الظاهر من كلامهم جداً .

والمتحصل : أن الاحتمالات في المقام ثلاثة (الأول) : عدم السماع أصلاً ولو مع البينة (الثاني) : عدم السماع إلا مع البينة ، كما في سائر الدعاوى (الثالث) : السماع مع اليمين ، كما في سائر موارد دعاوى الامين . ووجه الأول : ما اشار إليه في التذكرة - ووضحه في الجواهر -

(مسألة ٥٣) : إذا اختلفا في مقدار حصة للعامل وأنه نصف للربح مثلاً أو ثلثه قدم قول المالك (١) .

من أن الدعوى الثانية من قبيل الإنكار بعد الإقرار ، وهو غير مسموع والبينة لما كانت مكذبة بإقراره الأول فهي أيضاً غير مسموعة . مع أنها لا تسمع إذا لم تكن لها دعوى مسموعة ، وفيه : ما عرفت من أنه ليس من الإنكار بعد الإقرار ، بل هو من باب شرح حال الإقرار ، وإطلاق سماع قول الأمين يقتضي قبوله ، فيسقط به الإقرار . ودعوى عدم العموم في سماع قول الأمين - كما تقدمت عن الجواهر - ضعيفة لإطلاق قولهم (ح) . « إن اتهمته فاستحلفه » (١٥) الشامل له من دون قرينة على صرفه عنه . وحينئذ تظهر قوة الاحتمال الثالث .

نعم لو فرض عدم العموم لما دل على سماع قول الأمين تعيين الاحتمال الثاني ، عملاً بما دل على قبول قول المدعي مع البينة . وما تقدم في الجواهر من عدم سماع دعواه ولا بينته ، لأنها مكذبان بالإقرار ، كما نرى ، إذ الإقرار لا يكذب دعوى الغلط ولا الشهادة به ، كما هو ظاهر .

(١) في التذكرة : نسبه الى علمائنا ، وفي جامع المقاصد : وهذا واضح إن كان الاختلاف قبل حصول الربح ، لأن المالك متمكن من منع الربح كله ، بفسخ العقد ، وأما بعد حصوله فإن كلا منهما مدع ومدعى عليه ، فإن المالك يدعي استحقاق العمل الصادر بالحصة الدنيا ، والعامل ينكر ذكر فيجبيء القول بالتحالف إن كانت أجرة المثل أزيد مما يدعيه المالك ولا أعلم لأصحابنا قولاً بالتحالف ، وإنما القول بالتحالف مع الاختلاف في الربح مطلقاً قول الشافعي .

(١٥) الوسائل باب : ٢٩ من أبواب كتاب الاجارة حديث : ١٦ ، وقريب منه حديث :

وكانه مبني على أن المعيار في تشخيص المدعي والمنكر مصب الدعوى فان دعوى المالك أن المجهول في العقد الحصة الدنيا دعوى ايجابية ، كما أن دعوى العامل أن المجهول في العقد الحصة العليا دعوى ايجابية ، فكل منهما مدع دعوى ايجابية ينكرها الآخر ، فيكونا لذلك متداعيين ، حكمهما التحالف ، وعلى هذا المبني ذكر في جامع المقاصد في كتاب الاجارة أنه لا ريب في قوة التحالف إذا اختلف المؤجر والمستأجر في قدر الأجرة وفي قدر المستأجر (بالفتح) وعمله بما ذكرنا ، ونسبه بعض إلى جماعة أيضاً ، لكن عرفت ضعف المبني ، وأن المعيار في تشخيص ذلك الغرض المقصود من الدعوى ، وأما مصب الدعوى بلا غرض فمما لا مجال لوجوب سماعه ، فانه غير مازم ، ولا يترتب عليه فائدة ثبت أم لم يثبت فلا يكون معياراً ، كما أشرنا الى ذلك في مباحث التنازع من كتاب الاجارة .

وأما ما أشكله في الجواهر على جامع المقاصد بقوله : « لا ريب في أن كلاً منهما مدع ومنكر ، اذا كان نزاعهما في تشخيص ما وقع عليه عقد المضاربة ، ضرورة اقتضاء الاصل عدم كل من الشخصين . نعم بعد تعارض الاصول في ذلك يرجع إلى أصل آخر ، ولا ريب في كونه مع المالك ، لأن الأصل عدم استحقاق العامل الزائد . . . » . ففيه : أن الاصل المذكور لا يثبت إحدى الدعويتين ولا ينفيهما ، وإنما يتعرض لأمر آخر ، فكيف يكون مرجعاً للحاكم في حسم النزاع بين المتداعيين ؟ ! . فالعمدة : ما ذكرنا من ضعف مبني التحالف في المقام ، وان التحقيق أن المعيار الغرض المقصود ، وهو في المقام متعلق بالزائد على الأقل ، وهو مورد النفي من أحد الخصمين والاثبات من الآخر ، لا مورد الاثبات من كل منهما . كي يكون المقام من التداعي الذي يكون المرجع فيه التحالف ، فالمالك ينفي الزائد ، والعامل يثبتته ، فالاول منكر ، والثاني مدع . وإذا لاحظنا

(مسألة ٥٤) : إذا ادعى المالك أنني ضاربتك على كذا مقدار وأعطيتك ، فأنكر أصل المضاربة ، أو أنكر تسليم المال إليه ، فأقام المالك بينة على ذلك ، فادعى العامل تلفه لم يسمع منه (١) وأخذ باقراره المستفاد من إنكاره الأصل .

أن المالك يثبت الاقل فالأخبار عنه ليس دعوى على العامل بل لإقرار له بأمر معلوم ، فلا يسمع من حيث كونه دعوى .

ثم لو بني على الأول وكان المقام من التداعي لم يفرق بين ما قبل العمل وبعده . وكون المالك قبل العمل متمكن من الفسخ لا أثر له في تبديل مصب الدعوى . كما أنه لا فرق بين كون أجره المثل أكثر من الحصة وكونها أقل وكونها مساوية ، فإن أجره المثل خارجة عن محل الابتلاء على حال زادت أو نقصت أو ساوت ، ولا يتغير الحكم باختلاف الحالات المذكورة .

(١) مقتضى الجمود على مانحة العبارة أنه لا يسمع منه دعوى التلف ويكاف باداء العين ولو أدى ذلك إلى حبسه أو ضربه ، وبنحو ذلك عبر في القواعد ، فقال : « ولو أنكر القراض ثم ادعى التلف لم يقبل قوله » وعلى هذا يكون المراد من قول المصنف (ره) : « وأخذ باقراره المستفاد من إنكاره » أن إنكاره لأخذ المال يستفاد منه تكذيب دعوى التلف وإقراره منه بكذبها فلا تسمع . وعلى هذا لا يكون في هذا الكلام تعرض للضمان بحيث لو تحقق التلف كان المال مضموناً عليه ويجب دفع بدله .

وهذا البيان يخالف ما في الشرائع حيث قال : « إذا قال دفعت إليه مالا قراضاً فأنكر العامل ، فأقام المدعي بينة ، فادعى العامل التلف قضى عليه بالضمان » ، وظاهره سماع دعوى التلف مع الحكم بالضمان . ووجه هذا الضمان : أن دعوى التلف لإقراره منه بأن إنكاره لقبض المال خيانة منه

وهي موجبة للضمان. لكن لا يظهر الوجه لسماع دعوى التلف، لما عرفت من أن انكاره لأخذ المال تكذيب منه لدعوى التلف وإقرار منه بكذبها، فكيف تسمع منه ؟ ! بل دعواه التلف إذا كانت موجبة لخيانته بانكار أخذ المال فلا وجه لسماعها، لأن الخائن لا يسمع قوله، وإنما يسمع قول الأمين.

نعم هذا الوجه لا يمنع من سماع بينته على التلف لكن الوجه الأول يمنع من ذلك، لأن انكاره كما يقتضي تكذيب دعوى التلف يقتضي تكذيب بينة التلف، فلا يصح له إقامتها. وبالجملية: مقتضى عبارة القواعد عدم سماع دعوى التلف من دون تعرض للضمان، ومقتضى عبارة الشرائع الحكم بالضمان وسماع دعوى التلف والاشكال عليها ظاهر.

ومن ذلك يظهر الاشكال فيما في المسالك: « من أن عبارة الشرائع أجود من قول العلامة: « لم يقبل دعواه » لاستلزام عدم القبول حبسه إلى أن يدفع العين، وقد تكون تالفة. إلا أن يتكلف نحو ما تقدم من حبسه مدة يظهر منها اليأس من وجود العين ». وما ذكره من المحذور لا محذور فيه فإنه لا مانع من حبسه حتى يدفع العين أو يتبين التلف، وحينئذ يكون العمل بالتبين لا بقوله، فإطلاق عدم سماع قوله في محله.

وفي الجواهر دفع اشكال المسالك: بأن مراد القواعد من عدم سماع قوله عدم قبول دعوى التلف التي كانت تقبل منه سابقاً بيمينه في إسقاط الضمان عنه، وأما التكليف بالعين نفسها فلايس مقصوداً، ضرورة عدم تصديق مجرد قوله في ذلك من دون استظهار بيمين أو بينة أو حبس أو نحو ذلك. وقريب منه ما في مفتاح الكرامة. ولكنه كما ترى: فإنه لا دليل على سماع قوله باليمين وقد كذبه، ولا بالبينة وقد كذبها. ولو سلم فهو عمل بالبينة، لا بالقول. مع أن دعوى التلف لا تقتضي سقوط الضمان إلا

نعم لو أجاب المالك بأنني لست مشغول للذمة لك بشيء ، ثم

إذا كان قبل الخيانة ولم يكن بتعد أو تفريط .

هذا ولعل مراد الشرائع من الضمان الضمان حتى مع وجود العين ، لا خصوص الضمان حال التلف ، حتى يكون الكلام دالاً على السماع . لكن هذا المعنى من الضمان يحصل بمجرد قيام البينة على الأخذ لثبوت الخيانة حينئذ ، ولا يتوقف على دعوى التلف ، فضلاً عن تحقق التلف .

ثم إن الضمان إذا كان من جهة الخيانة الموجبة لخروج اليد عن الأمانة فذلك يختص بالتلف بعد الخيانة ، فإذا تحقق أنه كان قبل الإنكار فلا ضمان وكذا إذا شك في ذلك ، لأصالة البراءة من الضمان حتى لو علم تاريخ الإنكار وشك في تاريخ التلف ، فإن أصالة عدم التلف إلى حين الإنكار لا تثبت التلف بعده . ولا يجوز التمسك بعموم : « على اليد . . . » في الشبهة المصدقية بعد تخصيصه بما دل على عدم ضمان الأمين . وأصالة عدم الأمانة الأزلي لا مجال لها ، للعلم بتحقيق الأمانة في الزمان السابق .

والذي يتحصل مما ذكرنا أمور : عدم سماع قوله الذي كذبه ، وعدم سماع بينته التي كذبها ، وأنه خائن ، وأنه ضامن إذا تحقق أن التلف بعد الإنكار ، وأنه غير ضامن إذا كان التلف قبل الإنكار ، أو كان التلف مجهول التاريخ .

وفي بعض الحواشي تعليقاً على قول المصنف : « لم يسمع منه » ، يعني : يقضي عليه بالضمان ، ولا يقبل قوله في التلف كما كان يقبل لولا إنكاره . وفي قبول الغرامة منه بنفس هذه الدعوى ، أو مع إقامة البينة على ما ادعاه ، أو يحبس حتى يتبين صدقه ، وجوه وأقوال ، أقواها سماع بينته . ولم نقف على هذه الأقوال غير التعبيرات المذكورة ، وقد عرفت ما هو المتحصل . فلاحظ .

بعد الاثبات (١) ادعى التلف ، قبل منه ، لعدم المناقاة بين الإنكار من الأول وبين دعوى التلف .

(مسألة ٥٥) : إذا اختلفا في صحة المضاربة الواقعة بينهما وبطلانها قدم قول مدعي للصحة (٢) .

(مسألة ٥٦) : إذا ادعى أحدهما للفسخ في الأثناء وأنكر الآخر قدم قول المنكر . وكل من يقدم قوله في المسائل المذكورة لابد له من اليمين (٣) .

(مسألة ٥٧) : إذا ادعى العامل الرد وأنكره المالك قدم قول المالك (٤) .

(مسألة ٥٨) : لو ادعى العامل في جنس اشتراه أنه اشتراه لنفسه ، وادعى المالك أنه اشتراه للمضاربة ، قدم قول العامل . وكذا لو ادعى أنه اشتراه للمضاربة ، وادعى المالك

(١) ظاهر العبارة إثبات الاشتغال بالبينة ، وحينئذ لا تجدي دعوى التلف في نفي الضمان . فالمراد اثبات الإخذ . لكن إثبات ذلك لا ينافي إنكار الاشتغال ، فلا تسمع البينة عليه . فكأن مراد المصنف - كغيره من الفقهاء - ذكر فرض آخر في قبال الفرض السابق وإن لم يكن صحيحاً .
(٢) لأصالة الصحة المعول عليها عند العقلاء والمنشوعة والفقهاء .
(٣) ولابد أيضاً أن يكون بعد امتناع المدعي من إثبات دعواه ببينة ونحوها .

(٤) لمطابقة قوله لأصالة عدم الرد ، فيكون منكراً . (ودعوى) : أن عموم ما دل على قبول قول الأمين يقتضي المنع من العمل بالأصل . (مندفعة) : بأنه لا عموم لما دل على قبول قول الأمين يشمل المقام مما

أنه اشتراه لنفسه ، لأنه أعرف بنيته (١) ، ولأنه أمين ، فيقبل قوله . وللظاهر أن الأمر كذلك لو علم أنه أدى الثمن من مال المضاربة (٢) ، بأن ادعى . أنه اشتراه في الذمة لنفسه ثم أدى

كان الفعل مشتركاً بينه وبين المالك ، ولذا كان المشهور عدم القبول . وعن الشيخ القبول والاستدلال له بالقياس على الودعي ، وبأنه إذا لم يقبل قوله كان ضرراً عليه . وفي ذلك نظر ظاهر . بل قيل ان ذلك ليس في كلام الشيخ ، وأنه (قد) أجل من أن يستدل بمثل ذلك ، إذ القياس ليس بحجة . وقبول قوله يوجب الضرر على المالك ، ولا وجه للترجيح .

نعم في جامع المقاصد والمسالك الاستدلال له : بأنه إذا لم يقبل قوله يلزم تخليده في السجن ، لأنه إذا كان صادقاً امتنع أخذ المال منه ، وإذا كان كاذباً فظاهر حاله أنه لا يكذب نفسه ، فيلزم تخليده حبسه . إلا أن يحمل كلامهم على أن الواجب حبسه إلى أن يظهر الحال . ولكن الاستدلال بذلك أيضاً كما ترى ، لما سبق من عدم محذور في ذلك . فإذا لا معدل عن المشهور عملاً بالأصل نعم إذا كان المالك قد أمره بالرد إلى موضع معين عند انتهاء المضاربة ، فادعى العامل ذلك لم يبعد القبول كغيره من الاعمال المتعلقة به بالنسبة إلى المال لاختصاص الفعل به حينئذ .

(١) يشير إلى قاعدة ذكرت في كلام جماعة من الفقهاء من قبول قول من لا يعرف المقول إلى من قبله . ولا يبعد بناء العقلاء على القاعدة المذكورة ، وإلا لزم تعطيل تشريع الحكم ، وهو خلاف دليل جعله . فإذا اشترى الانسان شيئاً كان ظاهر الفعل الشراء لنفسه ، فيحكم به لذلك . وصريح القول أولى من ظاهر الفعل في القبول . مضافاً إلى قاعدة : من ملك شيئاً ملك الاقرار به .

(٢) لا يخلو من إشكال ، فان قاعدة قبول قول من لا يعرف إلا

لثمن من مال المضاربة ، ولو كان عاصياً في ذلك .
 (مسألة ٥٩) : لو ادعى المالك أنه أعطاه المال مضاربة
 وادعى للقبض أنه أعطاه قرضاً ، يتحالفان (١) ،

من قبله لا تخلو من إشكال في المقام ، لمخالفتها لظاهر الفعل . وكذلك
 قاعدة سماع قول الأمين ، فإنه يختص بما إذا لم يكن ظاهر حجة على
 خلافه ، كما في المقام .

(١) وهو أقرب - كما عن التحرير - وواضح - كما عن الإيضاح -
 ومحتمل - كما في القواعد - وعلة في جامع المقاصد : بأن كل واحد منهما
 مدع ومنكر ، فإن العامل يدعي خروج المال عن ملك المالك ، والمالك
 ينكره ، والمالك يدعي استحقاق عمل العامل في مقابل الحصة بالقرض ،
 والعامل ينكره . لكن قال في القواعد : « ولو ادعى المالك القراض
 والعامل القرض فانقول قول المالك ، فيثبت له مع اليمين مدعاه من الحصة »
 واختاره في التذكرة ، لأن المال ملكه ، والاصل تبعية الربح له ، فمدعي
 خلافه يحتاج إلى بينة .

أقول : إذا كان المعيار في تشخيص المدعي والمنكر مصب الدعوى
 فلا ريب في أن المقام من التداعي ، لأن كلا منهما يدعي خلاف الأصل :
 وإذا كان المعيار القرض المقصود من الدعوى فيختلف باختلاف الموارد ،
 فإن كان النزاع بعد انتهاء عمل المضاربة ووجود الربح فدعوى العامل
 القرض خلاف الأصل ، لأن الاصل يقتضي بقاء المال على ملك مالكه ،
 فدعوى خروجه عنه بالقرض مخالفة له ، ودعوى المالك المضاربة بقصد
 اثبات استحقاقه لحصة من الربح موافقة له ، لأن استحقاق حصة من الربح
 موافقة لاصالة تبعية النماء للاصل . وإن كان النزاع قبل انتهاء عمل المضاربة
 بأن قلنا بوجوب التصفية على العامل ، فدعوى المالك المضاربة وإن كانت

فان حلفا أو نكلا للقباض أكثر الامرين من أجرة المثل والحصة

موافقة لاصالة بقاء المال على ملك مالكة ، لكنها مخالفة لاصالة عدم استحقاق المالك التصفية على العامل ، فيكون المالك من هذه الجهة مدعياً والعامل النافي للمضاربة منكرأ ، لموافقته للاصل المذكور . وكأنه إلى ذلك أشار في جامع المقاصد في عبارته المتقدمة . ولو كان النزاع قبل حصول الربح لم يبعد أن يكون الحكم كذلك لأن استحقاق العمل على العامل من آثار العقد وإن كان جائزاً .

لكن في جامع المقاصد : « لو كان الاختلاف قبل حصول الربح لكان القول قول المالك مع يمينه قطعاً ، لأن الاصل بقاء المال له ، ولا معارض له هنا » . وإشكاله ظاهر ، لما عرفت من أن استحقاق العمل على العامل من آثار عقد المضاربة ، يترتب بمجرد حصوله ، فمع الشك فيه يكون الاصل عدم الأثر المذكور .

هذا والظاهر أن مورد كلامهم هنا الصورة الاولى ، بقرينة عدم التعرض لوجوب العمل على العامل وعدمه ، والتعرض للربح فقط ، وعليه فلا وجه للتحالف . اللهم إلا أن يكون لبنائهم على أن مرجع دعوى المالك المضاربة إلى استحقاق ما سبق من عمل العامل الذي ترتب عليه الربح بالحصة ، والأصل عدمه ، وفيه : أن دعوى ذلك إنما يقصد منها نفي استحقاق تمام الربح للعامل الموافق للاصل ، لا إثبات شيء للمالك على العامل ، حتى يكون بذلك مدعياً . وهذا نظير ما إذا ادعى المالك أنه أجره الحمار وادعى المستأجر أنه أجره البغل ، كما سبق في كتاب الاجارة فالبناء على ذلك رجوع إلى تشخيص المدعي والمنكر بمصوب الدعوى ، لا الغرض المقصود ، وقد عرفت ضعفه .

من الربح (١) إلا اذا كانت الأجرة زائدة عن تمام الربح فليس له أخذها ، لاعترافه بعدم استحقاق أزيد من الربح .

(١) كذا في القواعد على تقدير البناء على التحالف ، وهو خيرة التحرير والابضاح وجامع المقاصد . وفي التذكرة : اختار أن القول قول المالك ، وحكى عن بعض العامة القول بالتحالف ، وعلة : بأنه إن كان الأكثر نصيبه من الربح فرب المال يعترف له به وهو يدعي كله ، وإن كانت أجرة المثل أكثر فالقول قوله بيمينه في عمله ، كما أن القول قول رب المال في ماله ، فإذا حلف قبل قوله في أنه ما عمل بهذا الشرط ، وإنما عمل بعوض لم يسلم له ، فيكون له أجرة المثل . انتهى . وفيه : أن أجرة المثل إنما تكون لمن عمل لغيره ، لا لمن عمل لنفسه معترفاً بأنه لم يكن بأمر غيره ولا يقصد غيره .

وبالجملة : هما معاً يعترفان باستحقاق العامل الحصة ، ويختلفان في استحقاقه للزائد ، فالعامل يدعي ذلك بدعوى كون المال له ، والمالك ينكر ذلك ، وحيث أن الاصل عدم خروج المال عن ملك المالك فقول العامل مخالف للاصل ، فيكون مدعياً ، وقول المالك موافق له ، فيكون منكراً ، فإذا حلف المالك ثبت قوله ، وبطلت دعوى العامل . وأما أجرة المثل فمباينة لكل من دعوى المالك والعامل ، فلا وجه لاستحقاق العامل لها وهو لم يقصدها ، بل ولم يقصد العمل لغيره ، كما عرفت .

ومن ذلك تعرف الاشكال فيما في بعض الحواشي : من أن المقام من قبيل المدعي والمنكر ، ويختلف الحكم بكون المالك مدعياً أو منكراً باختلاف الصور ، فعلى تقدير كون أجرة المثل مساوية لتمام الربح يكون المالك مدعياً على العامل بأنه تنازل عن قيمة عمله إلى الحصة ، والعامل ينكر ذلك ، فإذا حلف العامل قبل قوله فيكون تمام الربح له ، وإذا

(مسألة ٦٠): إذا حصل تلف أو خسران ، فادعى المالك أنه أقرضه وادعى العامل أنه ضاربه ، قدم قول المالك مع اليمين (١) .

كانت مساوية للحصة يكون العامل مدعياً ، لأنه يدعي استحقاق أكثر من قيمة عمله ، وهو تمام الربح والمالك ينكر ذلك ، فإذا حلف قبل قوله ، ويكون للعامل الحصة لا غير . وإذا كانت أزيد من الحصة ودون تمام الربح يكون العامل منكراً بالنسبة إلى دعوى المالك الحصة ، ويكون مدعياً بالنسبة إلى دعواه تمام الربح ، ويكون المالك مدعياً في الأولى ومنكراً في الثانية ، فيقبل قول المنكر من كل منهما في نفى دعوى خصمه .

وتوضيح الاشكال عليه : أن أجرة المثل مبيّنة لكل من الدعويين حتى لو كانت مساوية للربح أو الحصة ، فإنها غيرهما ، وأنه لا وجه لاستحقاقها مع عدم قصد العامل العمل لغيره ولا بأمر غيره ، فكيف تكون معياراً للمدعي والمنكر .

(١) كذا في القواعد والتذكرة وعن التحرير ، واختاره في جامع المقاصد ، وعلة : بأن الاصل في وضع اليد على مال الغير ترتب وجوب الرد عليه ، لعموم قوله (ع) : « على اليد ما أخذت حتى تؤدي » (١٠) ولأن العامل يدعي على المالك كون ماله في يده على وجه لو تلف لم يجب بدله ، والمالك ينكر . فان قيل : المالك أيضاً يدعي على العامل شغل ذمته بماله ، والاصل البراءة . قلنا : زال هذا الاصل بتحقيق إثبات يده على مال المالك ، المقتضي لكونه في العهدة ، والأمر الزائد المقتضي لانتفاء العهدة لم يتحقق ، والاصل عدمه .

وفيه : أن قوله (ص) : « على اليد . . . » يختص بما إذا كان

المال المأخوذ مال الغير ، وهو خلاف دعوى المالك ، إذ في القرض لا يكون المال مال الغير ، بل يكون مال نفسه ، ولذا يكون ضمان المال بالقرض لا باليد ، وكذا ضمان المبيع يكون بالبيع لا باليد ، ويسمى ضمان المعاوضة . فتقديم قول المالك يتوقف على أصالة احترام مال المسلم على نحو يقتضي ضمانه مطلقاً وهي غير ثابتة .

وإن كان قد يشهد بها مصحح اسحاق بن عمار قال : « سألت أبا الحسن (ع) عن رجل استودع رجلاً ألف درهم فضاقت ، فقال الرجل كانت عندي ودبة ، وقال الآخر : إنما كانت لي عليك قرصاً ، فقال (ع) : المال لازم له إلا أن يقيم البينة انها كانت ودبة » (١٥) .

لكن استفادة الكلية من المصحح غير ظاهرة ، وإن كان ظاهر المشهور ذلك . فقد ذكر الأكثر أنه إذا اختلف المالك والراكب في أنه عارية أو إجارة ، فالقول قول مدعي الإجارة ، وعالله في الجواهر بأصالة احترام مال المسلم كدمه وعرضه ، بمعنى الحكم بضمانه على من هو عنده . وفيه : أن احترام مال المسلم إنما هو بمعنى عدم جواز التصرف فيه - كما هو معنى احترام دمه وعرضه - لا بمعنى ضمانه على من هو عنده ، فانه لا دليل عليه غير عموم : « على اليد ... » الذي قد عرفت اختصاصه بمال الغير الذي لا يشمل المقام بعد ادعاء المالك أنه قرض . لكن في الجواهر : « الظاهر أنه مفروغ منه في غير المقام ، كما لا يخفى على من أحاط خبراً بأفراد المسألة في الابواب المتفرقة » . ولكنه مشكل .

وكانه لذلك كان ما عن الشيخ وابن زهرة وأول الشهيدين والاردبيلي والخراساني القول بقبول قول الراكب بيمينه في المسألة المذكورة ، عملاً بأصالة البراءة ، الموافق لقول الراكب . وإن كان يشكل ذلك : بأن أصالة

البراءة أصل مسبي ، وهو محكوم للأصل السبي ، وهو أصالة عدم الاعارة الموجب لكونه قد استوفى منافع العين بلا إذن من المالك ، فيرجع إلى أصالة ضمان المنافع بالاستيفاء ، الذي عرفت الإشارة إلى أنه من المرتكزات العقلانية التي استقر عليها بناء المتشريعة وعملهم ، وحينئذ لا مجال لأصالة البراءة معه . إلا أن يقال : على تقدير صحة قول المالك ف ضمان المنافع يكون بالاجارة لا بالاستيفاء ، نحو ما ذكرناه في المقام ، من أنه على تقدير قول العامل يكون الضمان بالقرض لا باليد . وحينئذ يشكل البناء على ضمان العامل في المقام لأجل دعوى استيفائه منافع غيره ، كالأشكال في البناء على ضمان الراكب ، على ما عرفت .

اللهم إلا أن يدعى الارتكاز العقلائي في أمثال المقام على ضمان العين والمنفعة بالبدل ، وإن كان المالك يدعي الضمان الخاص ، فيضمن الراكب قيمة المنفعة دون الاجرة التي يدعيها المالك ، ويضمن المتهب قيمة العين لا الثمن الذي يدعيه المالك فيما إذا اختلفا في أنه هبة أو بيع وأمثال ذلك فيكون من قبيل الحكم الواقعي جعله الشارع للحاكم لحسم النزاع وفصل الخصومة مع ثبوت الحكم الواقعي الأولي بحاله ، ولا تنافي بين الحكمين فإن الأول يدعو إلى العمل به ورفع النزاع ، والثاني يدعو إلى العمل به على فرض النزاع ، فيحرم أخذ المالك للبدل على تقدير العارية ، ويحرم امتناع الراكب من دفع الاجرة على تقدير الاجارة واقعاً ، فالحكم الواقعي بحاله وإن ثبت في حق الحاكم معه حكم يخالفه في حال النزاع ويحتمل بعيداً أن يكون من قبيل الصلح القهري . وكيف كان فهذا الارتكاز غير بعيد ، فالعمل به لازم .

لكن الظاهر اختصاصه بصورة دعوى الاستحلال ، مثل دعوى الهبة في مقابل دعوى البيع ، أو دعوى العارية في مقابل دعوى الاجارة ، أما

(مسألة ٦١) : لو ادعى المالك الإبضاع وللعامل المضاربة يتحالفان (١) ومع الحلف أو للنكول منهما يستحق للعامل أقل

إذا لم يكن استحلال - مثل المقام - فلا دليل على الضمان المذكور ، بل الارتكاز لا يساعد عليه . وكذلك مورد مصحح اسحاق المتقدم ، فإن الحكم فيه على خلاف الارتكاز ، فيقتصر على مورد لا غير .

(١) كما في التذكرة : أنه أقرب ، وعن الإيضاح : أنه الأصح . وفي القواعد : أن القول قول العامل ، لأن عمله له ، فيكون قوله مقدماً فيه . انتهى . لكن التعليل المذكور معارض بمثله بالنسبة إلى المالك ، فإن المال للمالك ، فيكون قوله مقدماً فيه أيضاً . مع أنه لا يرجع إلى محصل لأن من يكون القول قوله يجب أن يكون قوله موافقاً للحجة ، وبمجرد كون العمل للعامل لا يقتضي أن يكون قوله موافقاً للحجة ، كما أن كون المال للمالك لا يقتضي أن يكون قوله موافقاً للحجة .

نعم لما كان المال للمالك فالأصل في نمائه وربحه أن يكون للمالك أيضاً لأنه تابع له ، فدعوى العامل الاستحقاق لحصة من الربح خلاف الأصل المذكور ، فيكون قوله مخالفاً للحجة فيكون مدعياً ، ويكون المالك من هذه الجهة منكراً . كما أن دعوى المالك الإبضاع مجاناً خلاف الأصل ، المقتضي لضمان عمل العامل بالاستيفاء ، فيكون المالك من هذه الجهة مدعياً والعامل منكراً ، فيكون المقام من التداعي والتناكر من الجانبين ، فإذا حلفا بطلت دعوى العامل الاستحقاق للحصة ، فيكون الربح كله للمالك ، كما بطلت دعوى المالك كون البضاعة مجانية ، فيتعين الرجوع إلى قاعدة : ضمان عمل العامل على من استوفاه .

وهذا البيان بعينه جار فيما لو اختلف الراكب والمالك في كون الدابة عارية أو مستأجرة ، فإنه أيضاً يرجع إلى أصالة ضمان المنفعة المستوفاة

الأمرين من الأجرة والحصة من الربح (١)، ولو لم يحصل ربح

بأجره المثل ، لا بالأجرة التي يدعيها المالك . وقد عرفت أنه لا يشكل ذلك في المقام وفي المثال المذكور وامثالها بأن أجرة المثل غير مدعاة لاحد الخصمين بل ينكرها كلاهما . لما عرفت من أن الحكم بضمان أجرة المثل نظير الصاح القهري في حسم الخصومة ليس مبنياً على إثبات الحق المدعى . هذا بناء على أن المراد من البضاعة التي يدعيها المالك كون العمل بلا أجرة - كما نسب إلى ظاهر الاصحاب ، وتقدم ذلك في أول الكتاب - أما إذا كان المراد من البضاعة العمل بأجرة المثل - كما هو ظاهر المصنف بقريئة ما سيأتي في ذيل المسألة - فادعاء المالك البضاعة يقتضي اعترافه باستحقاق العامل الأجرة ، فإذا ادعى العامل الحصة وأنكر الأجرة وبطلت دعواه بيمين المالك يكون انكاره منافياً لاعتراف المالك ، فيسقط ، كما هو الحكم فيما لو أقر بشيء فأنكر المقر له ذلك ، للتنافي الموجب للسقوط ، نظير الحجتين المتعارضتين . لكن يتعين بعد ذلك الرجوع إلى قاعدة : ضمان عمل العامل على من استوفاه - كما في الفرض السابق - ويكون للعامل أجرة المثل لذلك . وعلى هذا لا يكون المالك مدعياً لأنه معترف للعامل باستحقاق الأجرة ، لأنه يدعي عليه شيئاً ، بل ذكر هذا الاعتراف للتخلص من دعوى العامل استحقاق الحصة ، فيكون منكراً لا غير .

() كما صرح بذلك في القواعد وغيرها على تقدير القول بالتحالف ووجهه : أن الأجرة إن كانت أقل من الحصة فلأن الحصة قد انتفت بيمين المالك ، فلا تجب عليه ، وإن كانت الحصة أقل فلاقرار العامل بعدم استحقاق غيرها فيجوز للمالك أن يقتصر على دفعها بدلاً عن الأجرة إلزاماً للعامل باقراره بالحكم الاولي الذي اقتضاه عموم : ضمان العمل بالأجرة ، هو الأجرة ، لكن يجوز للمالك أن يعطي العامل الحصة التي

يدعيها إلزاماً له باقراره ، فلا يجب عليه إعطاؤه أجره المثل .
وفي بعض الحواشي في تعليل الحكم فيما لو كانت الحصة أقل من
الاجرة . بأن الحصة هو المتفق عليه بينهما ، وبالنسبة إلى الزائد عليها يقر
المالك للعامل (١٥) بما ينفي استحقاقه له ، ويندرج المقام فيما لو تعارض
إقرار المقر وإنكار المقر له . وفيه : أن الاجرة مبينة للحصة ، وليس من
قبيل الأقل والأكثر ، وليس هناك منها شيء متفق عليه بين العامل والمالك .
وأما وجه اندراج المسألة فيما لو تعارض الاقرار بانكار المقر له فهو أن
المالك لما نفى الحصة التي يدعيها العامل ، فكان حكمه ضمان العمل بالاجرة
كان قد أقر بثبوت الاجرة ، والعامل لما ادعى الحصة فقد أنكر الاجرة ،
فالاجرة مورد اقرار المالك وإنكار العامل ، فالمراد من قوله : « بما ينفي
استحقاقه له » بما ينفي العامل استحقاقه له .

هذا وما ذكره وإن كان صحيحاً ، لكن لا يدخل فيما لو تعارض
الاقرار بالانكار ، لاختصاص ذلك بما إذا لم يكن تداعٍ بل كان إقرار
وإنكار ، كما إذا أقر زيد بأن عليه درهماً لعمرو ، فأنكر عمرو ذلك ، فإن
التحقيق تعارض الاقرار بالانكار ، فيبطل الاقرار ولا يؤخذ به . أما المقام
فلما كان بين المقر والمنكر تداعٍ وخصام ولا بد من حسم الخصومة تعين
الرجوع الى قاعدة : ضمان عمل المسلم بالاجرة ، ويجب البناء على الاجرة
لذلك ، فلا يسقط إقرار المالك بالاجرة بانكار العامل لها ، وإلا لزم سقوط
الاجرة والحصة معاً - سقوط الاجرة بانكار العامل ، وسقوط الحصة
بيمين المالك - فلا شيء للعامل حينئذ ، وهو خلاف مبنى الكلام من
ثبوت شيء على العامل للمالك ، والخيار يكون للمالك بين أن يدفع الاجرة

(١٥) كذا في الحاشية المذكورة ، وهي حاشية المرحوم الثاني (فده) . والظاهر أن حق العبارة

(يقر العامل للمالك ...) . ولعله من خطأ النسخة المطبوعة (الناشر) .

فادعى المالك المضاربة لدفع الاجرة (١) ، وادعى للعامل
الابضاع استحق العامل بعد التحالف (٢) أجره المثل لعمله .
(مسألة ٦٢) : إذا علم مقدار رأس المال ومقدار
حصة للعامل ، واختلفا في مقدار الربح الحاصل ، فالقول قول
للعامل (٣) . كما أنهما لو اختلفا في حصوله وعدمه كان للقول
قوله (٤) . ولو علم مقدار المال الموجود فعلاً بيد العامل ،
واختلفا في مقدار نصيب العامل منه ، فإن كان من جهة

وبين أن يدفع الحصة المبينة لها ، سواء كانت قيمتها أكثر أم أقل ، عملاً
بإقرار العامل باستحقاقها ، فلا يختص جواز دفع الاجرة بما إذا كانت
أقل قيمة .

ولعل هذا هو المراد من قول المصنف : « يستحق العامل . . . » .
وليس على ظاهره ، فإن العامل إنما يستحق بحكم الحاكم الاجرة لا غير ،
ولكن يجوز للمالك أن يدفع له الحصة التي يدعيها عملاً بإقراره ، سواء
كانت قيمتها أقل أم أكثر .

(١) يعني : للتخلص من الاجرة اللازمة له على تقدير الابضاع .

(٢) لا يخفى أن دعوى المالك المضاربة إذا كان يقصد بها دفع
الاجرة عن نفسه ، فيكون العمل بلا عوض ، كان حينئذ مدعياً ، لمخالفة
قوله لأصالة ضمان عمل العامل ، وكان العامل المدعي للاجرة منكراً ، لموافقة
قوله للأصل المذكور ، فإذا لم يقم المالك البينة على المضاربة حلف العامل
وثبتت له الاجرة ، فالمقام من باب المدعي والمذكر عكس المسألة السابقة ،
التي كان العامل فيها مدعياً والمالك منكراً .

(٣) لأنه أمين . ولأصالة عدم الربح الزائد على ما يدعيه العامل .

(٤) لما ذكر .

الاختلاف في الحصة أنها نصف أو ثلث فالقول قول المالك (١) قطعاً ، وإن كان من جهة الاختلاف في مقدار رأس المال فالقول قوله أيضاً ، لأن المفروض أن تمام هذا الموجود من مال المضاربة أصلاً وربحاً ، ومقتضى الأصل كونه بتمامه للمالك (٢) إلا ما علم جعله للعامل . وأصالة عدم دفع أزيد من مقدار كذا إلى العامل لا تثبت كون البقية ربحاً (٣) . مع أنها معارضة بأصالة عدم حصول الربح أزيد من مقدار كذا (٤) ، فيبقى كون الربح تابعاً للأصل إلا ما خرج .

(مسائل : الأولى) : إذا كان عنده مال المضاربة فمات فإن علم بعينه فلا إشكال (٥) ، وإلا فإن علم بوجوده في التركة الموجودة من غير تعيين فكذلك ، ويكون المالك شريكاً مع الورثة بالنسبة (٦) ، ويقدم على الغرماء إن كان الميت مديوناً ،

(١) كما سبق ، لما سبق .

(٢) لأصالة تبعية الربح للأصل .

(٣) لأنه من اللوازم العقلية التي لا تثبت إلا بناء على حجية الأصل المثبت .

(٤) هذا الأصل أيضاً لا يثبت كون الربح الموجود للمالك إلا بناء

على الأصل المثبت ، وحينئذ لا يكون حجة حتى يعارض ويعارض به . ولو بني على حجته للاكتفاء بالسببية العقلية صحت المعارضة ، وبقي أصل تبعية الربح للمال - الذي هو أصل مسبي - بحاله .

(٥) وفي الجواهر : « بلا خلاف ولا إشكال » . ويقتضيه أصالة

بقاء المال على ملك مالكة .

(٦) قال في الشرائع : « فإن علم ما أحد بم بعينه كان أحق به ،

ولأن جهل كانوا فيه سواء ، ، وفي الجواهر في شرحه : « بمعنى أنه يقسم بينهم على نسبة أموالهم كما في انقسام غيرهم من الشركاء » ، وفي الحدائق : نسب هذا المعنى إلى الأصحاب ، وفي جامع المقاصد : « إن علم بقاء المال في جملة الشركة ولم تعلم عينه بخصوصه فصاحبه كالشريك » ، ونحوه عبارة غيره . ويظهر من الجميع أن الاشتباه في المقام يقتضي الاشتراك حتى مع عدم الامتزاج ، وهو غير ظاهر ، بل يشكل حتى مع العلم بالامتزاج في المثليات ، مثل وضع ثوب في أثواب ، فإنه لا يوجب الاشتراك إذا عرف بعينه ، وكذا إذا اشتبه بغيره ، فإنه لا دليل على هذا الاشتراك .

وفي الحدائق والرياض وغيرهما : الاستدلال على ذلك بالخبر ، وهو رواية السكوني عن جعفر (ع) عن آبائه (ع) عن علي (ع) : « أنه كان يقول : من يموت وعنده مال مضاربة ، قال (ع) : إن سماه بعينه قبل موته ، فقال : هذا لفلان ، فهو له ، وإن مات ولم يذكر فهو أسوة الغرماء » (١٥) . وظاهره تعلق حق المالك بالتركة تعلق حق الغريم بها ، ومن المعلوم أن الغريم إذا أعطى ماله بطل حقه ولم يجز له المطالبة بجزء من عين التركة ، فضلا عن كونه شريكاً فيها ، فالخبر لا دلالة فيه على مشاركة المالك للورثة في التركة ، فضلا عن مشاركة المالكين بعضهم مع بعض في مجموع أموالهم مع اشتباه بعضها ببعض ، كما ذكر الجماعة ، وقد عرفت أنه لا دليل على حصول الشركة بالاشتباه . بل الخبر الوارد في الدراهم المودعة (٢٥) يقتضي خلاف ذلك ، إذ لو كان الامتزاج يقتضي الاشتراك في المثليات حتى مع الاشتباه كان اللازم أن يكون لصاحب الدرهم ثلث الدرهمين الباقيين ، لأربعهما ، كما ذكر في النص ، فدل ذلك على نفى

(٢٥) الوسائل باب ١٣ من كتاب المضاربة حديث : ١ .

(٢٥) الوسائل باب ١٢ من كتاب الصلح حديث : ١ .

لوجود عين ماله في للتركة (١) . وإن علم بعدم وجوده في تركته ولا في يده ، ولم يعلم أنه تلف بتفريط أو بغيره أو رده

الاشتراك . ولعله يأتي في مباحث الشركة ماله نفع في المقام .

ويحتمل حمل الخبر على صورة عدم العلم بوجود مال المضاربة في ضمن التركة ، فيكون مفاد الخبر ضمان العامل للمال إذا علم أنه في يده في حال الموت . ولعل الوجه في هذا الضمان تقصيره في عدم الوصية به ، ولا يشمل صورة ما إذا علم بأنه في ضمن التركة ، بل في هذه الصورة يرجع إلى القرعة . وبالجملية هنا صور : (الأولى) : أن يموت وعنده أموال متعددة مختلطة للمالكين . وظاهر الاصحاب الحكم بالاشتراك بينهم فيها على نسبة أموالهم . (الثانية) : أن يموت وعنده مال للمالك واحد مختلط بالتركة وظاهرهم مشاركة المالك للورثة بالجموع على النسبة ، كما صرح بذلك المصنف (قده) . وهذان الحكمان لا يقتضيها الاصل ، ولا الخبر (الثالثة) : أن يموت وعنده مال المضاربة ولم يعلم أنه في ضمن التركة . بل يحتمل ذلك ويحتمل خلافه ، ولا يبعد أن تكون هذه الصورة هي مورد الخبر ، وإن كان إطلاقه يقتضي عموم الحكم لجميع الصور . وحينئذ يكون بناء الجماعة على الاشتراك في الصورتين الأوليين غير ظاهر ، وأشكل منه دعوى جماعة أنه مفاد الخبر . نعم في القواعد : « لو مات العامل ولم يعلم بقاء مال المضاربة بعينه صار ثابتاً في ذمته ، وصار صاحبه أسوة الغرماء ، على إشكال » وهو تعبير بمن الخبر ، لكن في مطلق عدم العلم ببقاء مال المضاربة بعينه ، والحديث يختص بصورة العلم ببقاء مال المضاربة في يده وعدم معرفته بعينه ، فلا يقتصر عليها كان ذلك عملاً بالخبر .

(١) ولم يخرج عن ملكه ، فلا يكون وفاء عن ذمة الميت .

على المالك ، فالظاهر عدم ضمانه (١) وكون جميع تركته للورثة ، وإن كان لا يخلو عن إشكال بمقتضى بعض الوجوه الآتية (٢) . وأما إذا علم ببقائه في يده إلى ما بعد الموت ولم يعلم أنه موجود في تركته الموجودة أولاً - بأن كان مدفوناً في مكان غير معلوم أو عند شخص آخر أمانة أو نحو ذلك - أو علم بعدم وجوده في تركته مع العلم ببقائه في يده (٣) - بحيث لو كان حياً أمكنه الإيصال إلى المالك - أو شك في بقاءه في يده وعدمه أيضاً ، ففي ضمانه في هذه الصور الثلاث وعدمه خلاف وإشكال على اختلاف مراتبه ، وكلمات العلماء في المقام وأمثاله - كالرهن والوديعة ونحوهما - مختلفة (٤) . والأقوى للضمان في الصورتين الأولىين . لعموم قوله (ع) : « على اليد ما أخذت حتى تؤدي » (١٠) حيث أن الأظهر شموله للامانات أيضاً . ودعوى : خروجها لأن المفروض عدم الضمان فيها .

(١) لأصالة البراءة من الضمان .

(٢) يعني عموم : « على اليد ... » إذ لا يعتبر فيه أن يكون حال الموت ، ضرورة صدقه مع كون اليد في بعض آتات الحياة . وعلى هذا كان اللازم على المصنف القول بالضمان فيه ، كما في الصور الآتية .
(٣) هذا مشترك بين هذه الصورة وما قبلها . والاختلاف بينهما في العلم بعدم الوجود في التركة في الصورة الثانية وعدم العلم بذلك في الصورة الأولى .

(٤) قال في الشرائع : « إذا اعترف بالوديعة ثم مات وجهلت

مدفوعة : بأن غاية ما يكون خروج بعض للصور منها (١) ،

عينها قيل : يخرج من أصل تركته . ولو كان له غرماء وضاقَت التركة حاصتهم المستودع . وفيه تردد « ، وفي المسالك : نسب الاول إلى المشهور واستدل على الضمان بعموم : « على اليد . د . » ، ولأنه بترك التعيين مفرط ، ولأن الأصل بقاؤنا في يده إلى الموت ، فتكون من جملة تركته فإذا تعذر الوصول إلى عينها وجب البذل فتكون بمنزلة الدين . ثم ذكر أن التردد يحتمل أمرين (الاول) : أن يكون في أصل الضمان ، فإن الاعتراف بها إنما يقتضي وجوب الحفظ ، لا الضمان . (والثاني) : أن يكون في كفية الضمان ، لأن بقاءها بمقتضى الأصل إنما يقتضي كونها من جملة التركة ، غاية أن عينها مجهولة ، فيكون مالکها بمنزلة الشريك ، ثم قال : « والاقوى أنه إن علم بقاء عينها إلى بعد الموت ولم يتميز قدم مالکها على الغرماء ، وكان بمنزلة الشريك ، وإن علم تلفها بتفريط فهو أسوة الغرماء ، وإلا فلا ضمان أصلاً » ، ونحو ذلك كلامهم في وجوب الاشهاد على الوديعة إذا ظهر للمستودع اشارة الموت ، أو وجوب الوصية بها حينئذ ، وأنه يحصل الضمان بترك الاشهاد ، أو بترك الوصية معاً ، أولاً يحصل حتى مع تركها معاً . فلاحظ كلماتهم في المقامين :

(١) من البعيد جداً أن يكون خروج الامانات من باب التخصيص ، فإن المتعارف في اليد هو يد الأمين ، كالمرتهن والمستعير ، والمستودع ، والاجير على عمل في العين ، والمستأجر للعين لاستيفاء منافعتها ، والملتقط والوصي ، والولي ، والشريك ، وعامل المضاربة ، والعامل في المزارعة والمساقاة والجعالة ... إلى غير ذلك ، ويد غير الأمين مختصة بالغاصب والقباض بالسوم ، فلو أريد من اليد العموم لزم تخصيص الاكثر ، لندرة

كما إذا تلفت بلا تفريط أو ادعى تلفها كذلك (١) إذا حلف وأما صورة التفريط والاتلاف ودعوى الرد في غير للوديعة (٢) ودعوى للتلف والنكول عن الحلف (٣) فهي باقية تحت للعموم (٤)

اليد في الموردین المذكورین . فلا بد أن يكون المراد من اليد في قوله (ص) « على اليد ... » اليد المبنية على الرد ، فلا يشمل اليد المبنية على الإبقاء وترك الاداء ، وحينئذ لا يشمل يد الأمين المفروضة في المقام ، ويتعين الرجوع إلى أصالة البراءة .

(١) هذا راجع إلى ما قبله ، والاختلاف بينهما من قبيل الاختلاف بين مقامي الثبوت والاثبات .

(٢) أما في الوديعة فيظهر منهم التسالم على قبولها باليمين . مثل دعوى التلف ، وهذا الإجماع هو العملة في القبول . أما إذا ادعى الرد في غير الوديعة لم تسمع دعواه على المشهور ، لعدم الدليل على سماعها ، فيشمله عموم : البينة على المدعي . وما دل على قبول قول الأمين أو قول ذي اليد مختص بما كان متعلقاً بما في اليد ، فلا يشمل ما كان متعلقاً بالمالك فإذا لم يقم البينة كان ضامناً للمعين . وكأنه للخيانة . ولكنه غير ظاهر كلية لجواز الاشتباه منه في دعوى الرد .

(٣) ثبوت الضمان في هذه الصورة كأنه لأجل تحقق الخيانة . ولكنه غير ظاهر ، لجواز أن يكون التورع عن اليمين . كما يجوز أن يكون اشتباهاً منه في دعوى التلف ، فلم تحرز الخيانة .

(٤) قد عرفت أن بقاءها تحت العموم يتوقف على تحقق الخيانة ، وهو غير ثابت ، فالضمان يكون بحكم الحاكم في مقام حسم النزاع ، فلا يكون حكماً واقعياً ، بل ظاهري لحسم النزاع ، وليس مما نحن فيه .

ودعوى : أن للضمان في صورة التفريط والتعدي من جهة الخروج عن كونها أمانة (١) ، أو من جهة للدليل الخارجي كما ترى لا داعي إليها . ويمكن أن يتمسك بعموم ما دل على وجوب رد الأمانة (٢) بدعوى : أن للرد أعم من رد العين

(١) لظهور أن ذلك نوع من الخيانة ، وهي مقابل الأمانة ، فإن المالك ائتمن الأمين على العين ، فجعل له ولاية حفظها ، فاذن له في إبقائها عنده لأجل حفظها ، فإذا خاذه في ذلك وصار في مقام تضييعها وضيعا فقد فات الغرض المقصود للمالك ، فتفوت معه الاذن في البقاء ، فيكون داخلا في عموم : « على اليد ... » الذي قد عرفت أن موضوعه اليد غير المأذونة في البقاء ، فالضمان بالتعدي والتفريط لأجل ذلك . مضافاً إلى النصوص الخاصة الوارد بعضها في التعدي على الوديعة (١٠) ، بأن خالف ما أمره به المودع ، واكثرها في مخالفة العامل في المضاربة ما أمره به المالك (٢٥) ، وقد تقدمت . فالخارج من عموم : « على اليد ... » الأمين غير الخائن ، أما الخائن فهو داخل تحت العموم . لكن لما ذكره المصنف (ره) من عموم على اليد للأمانات بل لأن الامانات الخارجة موضوعاً عن عموم على اليد مختصة بغير الخيانة . ثم إن ما ذكره المصنف من التمسك بعموم « على اليد . . » على التفصيل المذكور قد سبقه إليه في الجواهر . (٢) قال الله تعالى : (إن الله يأمركم أن تؤدوا الامانات إلى أهلها) (٣٥) لكن الوجوب المذكور تكافئ محض ، لا يقتضي ضماناً ولا اشتغال ذمة بالعين ، ليتعلق ذلك الحق بالتركة . ولذا لا يلتزم أحد بأن وجوب رد

(١٥) الوسائل باب : « من كتاب الوديعة حديث : ١ .

(٢٥) راجع الوسائل باب : ١ من كتاب المضاربة .

(٣٥) النساء : ٥٨ .

ورد البديل (١) ، واختصاصه بالأول ممنوع ألا ترى أنه يفهم من قوله (ع) : « المغصوب مردود » (١٠) وجوب عوضه عند تلفه (٢) هذا مضافاً إلى خبر السكوني عن علي (ع) أنه كان يقول : « من يموت وعنده مال مضاربة قال : إن سماه بعينه قبل موته فقال هذا لفلان فهو له ، وإن مات ولم يذكر فهو أسوة للغرماء » (٢٥) (٣) . وأما للصورة الثالثة : فالضمان

الامانات المتوجه للأمين حين المطالبة موجب لضمانه ، فإذا تلفت العين حين الرد كان ضامناً لها ، فليس هو إلا وجوب تكليفي لا غير . وهذا بخلاف عموم : « على اليد . . . » . ثم إن من المعلوم أن وجوب رد الامانات يختص بصورة مطالبة المالك وعدم إذنه في بقاء العين ، وذلك منتف بالنسبة إلى العامل في حال حياته ، وأما بالنسبة إلى الوارث فالعدم كونه مؤتمناً من قبل المالك على العين ولم يتسلمها منه لا يشمل الدليل ، فضلاً عن أن يقتضي ضمانه .

(١) هذه الدعوى لا تجدي في وجوب الرد على الوارث ما لم يثبت الضمان على الموروث ، وإلا فهو كالأجنبي خارج عن هذا التكليف .
(٢) هذا أول الكلام ، بل هو ممنوع ، كما فيما قبله ، وفهم البديل من جهة ضمان المغصوب ، لا من جهة وجوب رده .

(٣) رواه الشيخ عن محمد بن محبوب عن أحمد عن البرقي عن النوفلي عن السكوني عن جعفر (ع) عن آبائه عن علي (ع) والاشكال على التمسك بالحديث من وجهين (الأول) : السند ، فإن النوفلي لم يثبت توثيقه . (والثاني) : الدلالة ، إذ منصرف الحديث صورة وجود مال

(١٥) الوسائل باب ١ من كتاب الغصب حديث ٣ .

(٢٥) الوسائل باب ١٣ من كتاب المضاربة حديث ١ .

فيها أيضاً لا يخلو عن قوة ، لان الأصل بقاء يده عليه إلى ما بعد الموت (١) واشتغال ذمته بالرد عند المطالبة (٢) ، وإذا لم يمكنه ذلك لموته يؤخذ من تركته بقيمته . ودعوى : أن

المالك مشتبه ، فيكون الحكم وارداً لعلاج المال المشتبه ، لأنه وارد لعلاج خسارة مالك مال المضاربة .

(١) يشكل بأن عموم اليد إذا كان يقتضي الضمان في الامانات فلا حاجة الى أصالة بقاء يده عليه في اثبات الضمان ، لتحقق اليد من أوّل الأمر ، ولم يثبت ما يوجب الخروج عنه ، وهو صورة تلفه بلا تفريط . نعم إذا كان الموجب للضمان اليد حال الموت احتيج الى اثبات ذلك . لكنه غير ظاهر . وقد أشار إلى ذلك المصنف في صدر المسألة . لكنه لم يعن به وقوى خلافه هناك . نعم إذا كان المستند في الضمان خبر السكوني فلاجل أن موضوع الضمان فيه أن يموت وعنده مال مضاربة ، فإذا شك في بقاء المال عنده حال الموت جرى الاستصحاب في إثباته ، لكونه موضوع أثر شرعي ، فيترتب بالأصل أثره .

(٢) إشارة الى ماتقدم منه من الاستدلال على الضمان بوجوب رد الامانات ، فيراد من الأصل عموم الرد المقتضي لاشتغال ذمته . لكن الاصل هنا بمعنى العموم لا يتناسب مع الأصل السابق وهو الاستصحاب ، ليصح العطف . مع أنه مشروط بالمطالبة ، كما عرفت ، وهي منتفية . ويحتمل أن يريد به الاستصحاب ، فيكون معطوفاً على « يده » لا على « بقاء » لكنه بعيد ، لأن الاشتغال بحدوثه يقتضي الرد لو فرض تحقق المطالبة وإن لم يجر الاستصحاب . لكفاية الاشتغال السابق في حكم العقل بوجوب الرد ولو أريد استصحاب الاشتغال بالرد بعد الموت فاشكاله ظاهر ، لانقضاء التكليف بالموت .

الأصل المذكور معارض بأصالة براءة ذمته من للعوض ، والمرجع بعد للتعارض قاعدة اليد المقتضية للملكية . مدفوعة : بأن الأصل الأول حاكم على الثاني (١) . هذا مع أنه يمكن الخدشة في قاعدة اليد : بأنها مقتضية للملكية (٢) إذا كانت مختصة (٣) ، وفي المقام كانت مشتركة ، والأصل بقاؤها

(١) لأن الأول موضوعي والثاني حكمي . لكن عرفت أن الأول لا مجال له ، لعدم الأثر لمورده ، وعموم : « على اليد . . . » لا مجال للعمل به في يد الأمين ، فالمتعين الرجوع إلى أصالة عدم التعدي والتفريط الموجبين للضمان فينتفي الضمان بها ، لا إلى أصالة البراءة لأنها أصل مسبي لا مجال له مع الأصل السبي وإن كان موافقاً له .

(٢) الملكية ليست موضوعاً للكلام ، بل موضوعه الضمان واللاضمان سواء كانت ملكية أم لم تكن ، فقاعدة اليد المقتضية للملكية لا توافق أحد الأصلين ولا تخالفه ، فالرجوع اليها بعد المعارضة غير ظاهر . مع أن اليد إذا جرت كانت مقدمة على كل من الأصلين المذكورين ، لأن الرجوع اليها يتوقف على سقوط الأصلين .

(٣) الظاهر من قوله « مختصة » أن تختص بمال ذي اليد ، في مقابل المشتركة التي يكون فيها ماله ومال غيره وهو أيضاً خلاف عموم : « على اليد . . . » . مع أن لازمه امتناع التمسك بها غالباً ، لأن الشك في ملكية ما في اليد مساوق للشك في الاختصاص ، لأنه إذا كان ما في اليد مملوكاً لغير ذي اليد فقد كانت مشتركة ، فالشك غالباً يكون في الاختصاص والاشتراك ، وإذا لم يحرز الاختصاص لم يجز التمسك بها ، للشك في عنوان الدليل . إلا أن يراد من المختصة ما لم تكن معلومة الاشتراك .

على الاشتراك (١) . بل في بعض الصور يمكن أن يقال : إن يده يد المالك من حيث كونه عاملاً له ، كما إذا لم يكن له شيء أصلاً فأخذ رأس المال وسافر للتجارة ولم يكن في يده سوى مال المضاربة ، فإذا مات يكون ما في يده بمنزلة ما في يد المالك ، وإن احتمل أن يكون قد تلف جميع ما عنده من ذلك المال (٢) وأنه استفاد لنفسه ما هو الموجود في يده . وفي بعض الصور يده مشتركة بينه وبين المالك كما إذا سافر وعنده من مال المضاربة مقدار ومن ماله أيضاً مقدار . نعم في بعض للصور لا يعد يده مشتركة أيضاً (٣) ، فالتمسك باليد بقول

(١) يعني : فلا يصح التمسك بها لاثبات المالكية الذي اليد .
(٢) يعني : فيحكم بأنه مال المالك ، فتسقط يده عن الحجية على كونه ماله وتكون حجة على كونه للمالك . ولكن ذلك خلاف عموم دليل حجية اليد ، وخلاف المرتكزات العقلية . وأظهر منه ما لو علم بتبدل العين التي كانت للمالك بعين أخرى ، كما إذا كانت بيده دراهم فمات فوجد بيده دنائير ، فانه لا مجال للحكم بأنها ملك المالك ، نعم مع وحدة عين المال يحكم بكونه للمالك ، لاستصحاب كون اليد أمانة وكون العين للمالكها وكذا في العين المفصوبة ، فالغاصب إذا مات وبه العين التي قد غصبها إذا احتمل أنه قد ملكها بعد الفصب لا يحكم بملكيتها له بل يحكم بملكيتها للمالكها لعدم الدليل على حجية اليد على المالكية في المقام فيتعين الرجوع إلى الأصول . أما في الصورتين السابقتين فيتعين الرجوع إلى عموم دليل حجية اليد .

(٣) إذا كان المناط في الاشتراك أن يكون بيده ماله ومال

مطلق مشكل (١) . ثم إن جميع ما ذكر إنما هو إذا لم يكن بترك التعمين عند ظهور امارات الموت مفرطاً ، وإلا فلا اشكال في ضمانه (٢) .

(الثانية) : ذكروا من شروط المضاربة التنجيز (٣) ، وأنه لو علقها على أمر متوقع بطلت ، وكذا لو علقها على أمر

غيره فهذه الصورة غير ظاهرة .

(١) قد عرفت حقيقته .

(٢) للخيانة .

(٣) أهمل ذكر هذا الشرط في المضاربة في الشرائع والقواعد . وفي التذكرة : « يجب التنجيز في العقد ، فلا يجوز تعليقه على شرط أو صفة مثل : إذا دخلت الدار أو إذا جاء رأس الشهر فقد قارضتك . وكذا لا يجوز تعليق البيع ونحوه . لأن الأصل عصمة مال الغير » . وفي جامع المقاصد في المقام : « واعلم أنه يشترط لصحة العقد التنجيز فلو علقه بشرط كدخول الدار أو صفة كطلوع الشمس لم يصح . وبه صرح في التذكرة لانتفاء الجزم المعتبر في العقد » . وعن شرح الارشاد للفخر : أن تعليق الوكالة على الشرط لا يصح عند الامامية . وكذا سائر العقود جائزة كانت أو لازمة . انتهى . وفي المسالك من مبحث اشتراطه التنجيز في الوقف قال : « واشترط تنجيزه مطلقاً موضع وفاق ، كالبيع وغيره من العقود وليس عليه دليل بخصوصه . . . (الى ان قال) : ويستثنى من بطلانه بتعليقه على الشرط ما لو كان الشرط واقعاً والواقف عالماً بوقوعه كقوله : وقفت إن كان اليوم يوم الجمعة فلا يفسر كغيره » . والذي يستفاد من ملاحظة كنهاتهم في أبواب العقود والایقاعات أن إهمال ذكر التنجيز في بعض تلك الأبواب مبني على ماذكروه في باب آخر من عموم شرطية

حاصل إذا لم يعلم بمحصوله (١) . نعم لو علق للتصرف على أمر صح (٢) وإن كان متوقع الحصول . ولا دليل لهم على ذلك (٣) إلا دعوى الاجماع على أن أثر العقد لا بد أن يكون حاصلًا من حين صدوره (٤) .

التنجيز للعقود والایقاعات .

(١) كما يفهم من تعليل جامع المقاصد ومن صريح عبارة المسالك .
(٢) بمقتضى عموم الصحة بعد أن لم يكن فيه تعليق لنفس المضاربة وفي الشرائع في باب الوكالة : « لو نجز الوكالة وشرط تأخير التصرف جاز » . وفي المسالك عن التذكرة : نفي الخلاف فيه ، ثم قال في المسالك : « وهذا وإن كان في معنى التعليق ، إلا أن العقود لمساكنت متلقاة من الشارع نيطة بهذه الضوابط ، وبطلت فيما خرج عنها وإن أفاد فائدتها » . ويشكل : بأن معنى تعليق الوكالة غير معنى تعليق التصرف مع تنجز الوكالة واشتراكها في بعض الأحكام لا يوجب الاشتراك في المعنى . ولعل مراد المسالك ما ذكرنا .

(٣) يعني : اشتراط التنجيز

(٤) دعوى الاجماع المتقدمة في عبارتي المسالك وشرح الارشاد إنما هي على اعتبار التنجيز ومانعية التعليق ، وكذلك عبارات غيرهما ، مثل ما ذكره في التذكرة « لا يصح عقد الوكالة معلقاً بشرط أو وصف ، فإن علق عاينها بطلت ، مثل أن يقول : إن قدم زيد أو إذا جاء رأس الشهر فقد وكلتك ، عند علمائنا » ، وفي جامع المقاصد : « يجب أن تكون الوكالة منجزة عند جميع علمائنا » . وأما الاجماع على أن أثر العقد يجب أن يكون حاصلًا من حين صدوره فلم يدعه أحد في المقام ولا في غيره ، وإنما ذكر في كلام بعضهم تعاليلاً للحكم باشتراط التنجيز كما ذكر غيره من

وهو إن صح (١) إنما يتم في التعليق على المتوقع ، حيث أن الأثر متأخر ، وأما التعليق على ما هو حاصل (٢) فلا يستلزم للتأخير ، بل في المتوقع أيضاً إذا أخذ على نحو للكشف (٣) - بأن يكون المعلق عليه وجوده الاستقبالي - لا يكون الأثر متأخراً (٤) . نعم لو قام الإجماع على اعتبار العلم بتحقيق الأثر حين العقد تم في صورة الجهل (٥) . لكنه غير معلوم (٦) .

الوجود . مع أنه لو كان المستند في الحكم هو الإجماع على أن أثر العقد يجب أن يكون حاصلًا من حين العقد فهذا الإجماع لا يقتضي اشتراط التنجيز ومانع التعليق ، لأن أثر العقد مع التعليق أثر تعلقي وهو حاصل حال العقد . (١) لا إشكال أنه صحيح ، لامتناع التفكيك بين العلة والمعلول والأثر والمؤثر . لكن عرفت أنه لا يثبت الدعوى .

(٢) يعني : إذا لم يعلم بحصوله كما تقدم .

(٣) يعني : بنحو الشرط المتأخر .

(٤) لكنه خارج عن محل كلامهم في مانعية التعليق على المتأخر ، إذ المراد منه ما يكون متأخراً عن العقد ولوحظ بنحو الشرط المقارن للمعنى الانشائي ، فلا يشمل ما ذكر . هذا إذا كان الشرط معلوم الحصول ، كما إذا قال : بعثك إذا كان بجيء رأس الشهر ، فإن العقد فيه صحيح ، وإذا كان مجهول الحصول فهو عين الإشكال السابق ، لأنه من التعليق على ما هو حاصل مجهول .

(٥) يعني : في صورة التعليق على الشرط المقارن في صورة الجهل .

(٦) وإن أدعي ذلك فيما تقدم عن جامع المقاصد من اعتبار الجزم ،

وقبله العلامة في التذكرة ، قال (ره) في كتاب البيع : « الشرط الخامس

من شرائط العقد الجزم ، فلو عاق العقد على شرط لم يصح وان كان الشرط المشيئة ، للجهل بشبوتها حال العقد وبقائها مدته . وتبعه على ذلك الشهيد في قواعده ، قال (ره) : « لأن الانتقال بحكم الرضا ، ولا رضا إلا مع الجزم ، والجزم ينافي التعليق » . وهذا أحد الوجوه المذكورة تعليلاً لاشتراط التنجيز في العقود ، ودليله غير ظاهر ، بل مقتضى عمومات الصحة عدم الشرطية ، وما ذكره الشهيد في قواعده من أنه لا رضا إلا مع الجزم ممنوع ، لأن الرضا على تقدير مجهول حاصل جزماً ، فمع العلم بذلك التقدير يحصل العلم بالرضا ويترتب الأثر وهو الانتقال ، ولا يتوقف الانتقال على الجزم حال العقد بالرضا ، بل يكفي الجزم بعد ذلك بالرضا حال العقد : وهناك وجه ثالث لشرطية التنجيز أشار إليه في التذكرة في عبارته المتقدمة التي ذكرها في كتاب المضاربة من أن الأصل عصمة مال الغير . وسبقه إلى ذلك في المبسوط والخلاف ، قال فيها في مبحث الوكالة : « من أنه لا دليل على الجواز والصحة إذا لم تكن منجزة » . وفيه : أن إطلاق أدلة الصحة شامل للمعلق كالمنجز ، وبه يخرج عن الأصل .

والذي يتحصل أمور (الأول) : أن المذكور في كلام الاصحاب (رض) دعوى الإجماع على اعتبار التنجيز لا على شيء آخر . (الثاني) : أن المفهوم من كلماتهم في المواضع المختلفة الاستدلال على ذلك تارة : بأنه لا بد من ترتيب أثر العقد حين وقوعه ، كما يقتضيه دليل السببية ، والتعليق ينافي ذلك . وأخرى : بأنه يعتبر في ترتيب الأثر على العقد الرضا ، ولا يحصل الجزم بذلك إلا مع التنجيز . وثالثة : بأنه لا دليل على صحة الانشاء المعلق ، والأصل يقتضي عدم ترتيب الأثر عليه . وقد عرفت الاشكال على هذه الوجوه . (الثالث) : أن هذه الوجوه مختلفة المفاد من حيث المطابقة للدعوى والمخالفة لها ، فالوجه الأول لا يقتضي المنع من التعليق على أمر حالي ، مثل :

إن كان هذا اليوم الجمعة فقد بعثك ، ويختص بالمنع من التعليق على الأمر الاستقبالي ، والثاني لا يقتضي المنع من التعليق على معلوم الحصول مثل : بعثك إذا جاء شهر رمضان ، ويختص بالمنع من التعليق على مجهول الحصول حالياً كان أو استقبالياً ، والثالث يقتضي المنع من التعليق حتى على ماهو معلوم حال العقد مع تصريح غير واحد بصحة التعليق فيه كما تقدم في بعض العبارات (الرابع) : أن الوجوه المذكورة بعد أن لم تكن خالية من الاشكال ولم تكن مطابقة للدعوى فليست هي المستند في الحكم ، بل المستند الاجماع هذا وقد يتوهم أن الوجه في اعتبار التنجيز هو عدم قابلية الانشاء للتعليق . وفيه : أن التعليق في العقود والايقاعات ثابت في الشريعة ، مثل الوصية التمليلية والعهدية والتدبير والنذر والعهد واليمين لاجماعاً ، بل ضرورة عند أهل العلم . مع أنه راجع إلى تعليق المنشأ ، لا تعليق نفس الانشاء ، فقول القائل : بعثك إذا جاء رأس الشهر ، يراد به تعليق البيع على مجيء رأس الشهر ، لا تعليق لإنشاء البيع عليه ، وكذلك في الخبر ، فإذا قلت : إذا كانت الشمس طالعة فالنهار موجود كان المراد تعليق وجود النهار على طلوع الشمس ، لا تعليق الاخبار بوجود النهار على طلوع الشمس ، فالجزء المعلق على الشرط في الجملة الشرطية يراد به تعليق مضمونه - أعني : الخبر به إن كان الجزء خبراً ، أو المنشأ إن كان الجزء إنشاءً - لا تعليق نفس الخبر أو الانشاء ، وإذا أريد به تعليق الخبر كان اللازم أن يقول : إن كانت الشمس طالعة أخبرتك بأن النهار موجود ، وكذا إذا أراد تعليق الانشاء ، فانه لا بد حينئذ أن يقول : إذا جاء رأس الشهر أنشأت بيعك ، فإذا قال في الجزء : « بعثك » كان المعلق نفس البيع المنشأ ، لا إنشاؤه إذ إنشاؤه مصداق للانشاء ، والمصداق لا يقبل التقييد والاطلاق ، وإنما الذي يقبلها هو المفهوم . وكذلك الكلام في الخبر فان المصداق منه

لا يقبل التقييد والاطلاق ، وانما الذي يقبلها المفهوم . هذا مضافاً الى أن مصداقي الخبر والانشاء لم يلحظا لحاظ المعنى الاسمي ، فلا يقبلان أن يكونا موضوعاً لاضافة التعليق ، وانما الملحوظ لحاظ المعنى الاسمي هو نفس الخبر به والمنشأ فيها اللذان يقبلان إضافة التعليق .

ومن ذلك يظهر الاشكال فيما ذكره بعض الأعيان من أن المعلق في الجمل الشرطية هو الاخبار بالجزاء أو انشاء الجزاء . لانفس الخبر به أو المعنى المنشأ ، مستدلاً على ذلك بأنه يلزم الكذب في قوله تعالى : (لو كان فيها آلهة إلا الله لفسدتا) (١٥) لأن الاخبار بالفساد إذا كان مطلقاً غير مقيد بحال كان بلا مطابق في الخارج ، فيكون كذباً - نعوذ بالله تعالى - فلا بد أن يكون الشرط قيداً للاخبار ، لا للمخبر به ، وكذلك الكلام في الانشاء لانها من باب واحد . وفيه : أن قيود الخبر به ليست على نسق واحد فالقيود التحقيقية يكون الاخبار عن المقيد بها اخباراً عنه وعنهما ، فنقول : جاء زيد راكباً فرساً ، فالأخبار فيه كما يكون عن مجيء زيد يكون عن ركوبه الفرس ، أما القيود التعليقية فالأخبار عن المقيد بها لا يكون إخباراً عنها ، فاذا قلت : إذا ركب زيد الفرس جاء ، لا يكون إخباراً عن مجيئه وعن ركوب الفرس ، ولانها يكون إخباراً عن مجيئه على تقدير ركوب الفرس ، ويصدق مع عدم ركوبه للفرس وعدم مجيئه ، ولذا قبل صدق الشرطية لا يتوقف على صدق طرفيها . فالاية الشريفة إخبار عن الفساد على تقدير تعدد الآلهة لا إخبار عن الفساد وتعدد الالهة كي يلزم الكذب - نعوذ بالله تعالى - فلاحظ وتأمل .

ويحتمل أن يكون الوجه في بناء الاصحاب على ذلك بناؤهم على أن العقود الصحيحة خصوص المتعارفة ، والتعاقب خارج عن المتعارف فيها .

ثم على فرض البطلان لا مانع من جواز التصرف ونفوذه من جهة الاذن (١) . لكن يستحق حينئذ أجره المثل لعمله ، إلا لكن المبنى ضعيف .

ثم إنه لم يعرف متأمل في الحكم المذكور أو راد له ، سوى ما عن الكفاية من نسبة الحكم الى المشهور ، وفي الخدائق : في المقام الرجوع الى أصالة عدم الشرطية وظاهره البناء على العدم . لكن الخروج عن الاجماع وعدم ظهور الخلاف - كما اعترف به في مجمع البرهان - كما ترى .

(١) قال في القواعد في مبحث الوكالة : « وإذا فسد العقد لتعليقها على الشرط احتمل تسويغ التصرف بحكم الاذن » ، وفي التذكرة : جعله الاقرب ، لأن الاذن حاصل مع الوكالة ، وإذا فسدت الوكالة فلا موجب لارتفاع الاذن ، لأن التعليق لا يفسد الاذن ، بخلاف الوكالة . ودعوى : أن الاذن حاصل في ضمن الوكالة ويمتنع بقاء الضمني مع زوال المتضمن له . مندفعة : بأن المتضمن للاذن الوكالة الباطلة الحاصلة من المالك ، وهي باقية ، وعدم صحتها شرعاً لا يقتضي زوالها . وليس ذلك قولاً بصحة الوكالة مع التعليق ، لان بقاء الاذن راجع الى التوكيل . ضرورة أن الوكالة من العقود والاذن من الايقاع ، فلا يرجع أحدهما الى الآخر ، فلا مانع من بطلان العقد وصحة الايقاع .

قال في التذكرة : « وهذا أحد وجهي الشافعية . والثاني : لا يصح لفساد العقد ولا اعتبار بالاذن الضمني في عقد فاسد . ألا ترى أنه لو باع بيعاً فاسداً وسلم اليه المبيع لا يجوز للمشتري التصرف فيه وإن تضمن البيع والتسليم الاذن في التصرف والتسليم عليه . وليس بجيد ، لان الاذن في تصرف المشتري باعتبار انتقال الثمن اليه والمالك الى المشتري ، وشيء منها ليس بحاصل ، وإنما أذن له في التصرف لنفسه ليس له الثمن . وهنا إما

أن يكون الاذن مقيداً بالصحة (١) ، فلا يجوز التصرف أيضاً .
 الثالثة : قد مر اشتراط عدم الحجر بالفلس في المالك ،
 وأما العامل فلا يشترط فيه ذلك (٢) ، لعدم منافاته لحق الغرماء
 نعم بعد حصول الربح منع من للتصرف إلا بالاذن من الغرماء
 بناء على تعلق الحجر بالمال الجديد (٣) .

لرابعة : تبطل المضاربة بعروض الموت - كما مر - أو
 الجنون أو الاغماء - كما مر في سائر العقود الجائزة -

أذن له في التصرف عن الآذن لا لنفسه ، وهو كما ذكر ، فانه قياس
 مع الفارق .

وعلى هذا البناء نقول باستحقاق العامل في الاجارة الباطلة أجرة
 المثل وإن كان عالماً بالبطان ، إذ لو لم يكن مأذوناً كان تصرفه في العين
 حراماً ، فلا يستحق عليه أجراً ، وإنما جاء الاذن من الاجارة الباطلة ،
 وهي غير منتفية ، وليس آتياً من الاجارة الصحيحة كي ينتفي بانتفائها ،
 وهكذا الكلام في جميع العقود الاذنية - كالعارية والوكالة والوديعة والاجارة
 على العمل وغيرها - إذا بطلت للتعليل جاز التصرف بعد حصول الشرط ،
 لحصول الاذن من العقد المعلق ، وبطلانه شرعاً لا يوجب بطلان الاذن ولا
 انتفاءها . وقد أطال المقدس الاردبيلي في شرح عبارة التذكرة في المقام بما
 لا يخلو عن نظر ، وإن كان لا يخاف من فائدة . فليراجع .

(١) ومع الشك يرجع إلى اطلاق العقد ، ألموجب لاطلاق الاذن .

(٢) الذي تقدم منه في أول كتاب المضاربة اشتراط عدم الحجر
 بالفلس في المالك والعامل معاً ، على ما هو ظاهر العبارة . وقد تقدم
 الاشكال عليه في ذلك .

(٣) لاتحاد المناط الموجب للحجر بالمال السابق على الحجر . لكن

وظاهرهم عدم الفرق بين كون الجنون مطبقاً أو أدوارياً (١) وكذا في الاغماء بين قصر مدته وطولها ، فان كان إجماعاً وإلا فيمكن أن يقال بعدم البطلان في الادواري والاغماء القصير المدة ، فغاية الأمر عدم نفوذ التصرف حال حصولها ، وأما بعد الافاقة فيجوز من دون حاجة إلي تجديد العقد ، سواء

المناط غير ظاهر ، والمال الجديد - كالدين الجديد - لم يثبت أن له حكم المال القديم في الحجر عليه ، فعموم السلطنة بحاله .

(١) قال في الشرايع في مبحث الوكالة : « وتبطل الوكالة بالمولت والجنون والاغماء من كل واحد منها » ، وفي المسالك في شرحه قال : « هذا موضع وفاق . ولانه من أحكام العقود الجائزة . ولا فرق عندنا بين طول زمان الاغماء وقصره ، ولا بين الجنون المطبق والادوار » . وفي الجواهر : نحو ذلك ، وفي التذكرة : « ولو جن الوكيل أو الموكل أو أغمي على أحدهما بطلت الوكالة ، لخروجه حينئذ عن التكليف ، وسقوط اعتبار تصرفه وعباراته في شيء البتة » .

ولا يخفى أن الخروج عن التكليف لا يدخل له في صحة الوكالة ولا في بطلانها . وأما سقوط اعتبار التصرف فان كان في الوكيل فهو صحيح لكن لا يقتضي بطلان الوكالة وعدم صحة التصرف بعد الافاقة . وإن كان في الموكل فهو لا يقتضي بطلان الوكالة وعدم صحة تصرف الوكيل في حاله فضلاً عما بعد الافاقة . فالبطلان لا تقتضيه القواعد العامة . ولذا حكى عن جامع الشرائع : عدم البطلان بالجنون . وكذا في الاغماء ساعة . لكن الفرق بين الساعة والاكثر غير ظاهر ، كالفرق بين الجنون والاغماء في الاطلاق والتقييد بساعة .

كانا في المالك أو للعامل . وكذا تبطل بعروض السفه لأحدهما (١) أو الحجر للفلس في المالك أو للعامل أيهما (٢) إذا كان بعد حصول الربح (٣) ، إلا مع اجازة للغرماء .

الخامسة : إذا ضارب المالك في مرض الموت صح وملاك العامل الحصة (٤) وإن كانت أزيد من أجرة المثل ، على الأقوى من كون منجزات المريض من الأصل . بل وكذلك على للقول بأنها من الثلث (٥) ، لأنه ليس مفوتاً شيء على الوارث ، إذ للربح أمر معدوم ، وليس مالا موجوداً للمالك ، وإنما حصل بسعي العامل (٦) .

(١) قال في الشرايع : « وتبطل وكالة الوكيل بالحجر على الموكل فيما يمنع الحجر من التصرف » ، ونحوه في القواعد ، وحكى عن غيرهما أيضاً . ويظهر منهم التسالم عليه . ولولاه لأشكل ذلك بأن الحجر على الموكل لسفه إنما يمنع تصرف الموكل ، لا تصرف الوكيل إذا كان توكيله في حال الرشده .

(٢) لأن أموال المفلس تكون تحت ولاية الحاكم ، لا يجوز للمالك ولا لقروعه التصرف فيه إلا باذن الحاكم أو الغرماء .

(٣) إذ الربح من أموال العامل فيحجر عليه فيه إلا باذن الغرماء . (٤) لعموم الصحة .

(٥) كما صرح به في القواعد وغيرها ، بل يظهر منهم أنه لا خلاف فيه ، بل عن صريح مجمع البرهان أو ظاهره أنه لا خلاف فيه ، معللين له بما ذكر .

(٦) لكنه نماء مال المالك ، فتملأه محاباة تضييع على الوارث ،

السادسة : إذا تبين كون رأس المال لغير المضارب - سواء كان غاصباً أو جاهلاً بكونه ليس له - فإن تلف في يد العامل أو حصل خسران (١) فلما لكه للرجوع على كـل منها (٢) ، فإن رجع على المضارب لم يرجع على العامل (٣) وإن رجع على العامل رجع إذا كان جاهلاً على المضارب وإن

كما إذا أجر أملاكه بأقل من أجره المثل ، إذ المنافع غير موجودة ، ولما يستوفيهما الاجير في ظرف حصولها . وكذا لو ساقى الفلاح باكثر من الحصة المتعارفة أو زارع الفلاح باكثر من الحصة المتعارفة ، فإن ذلك كله إضرار عرفاً بمال الوارث . ومنه يظهر ضعف ما في القواعد ، قال رحمه الله : « ولو شرط المريض ما يزيد عن أجره المثل لم يحسب الزائد من الثلث ، إذ المقيد بالثلث التفويت ، وليس حاصلها هنا ، لانتهاء الربح حينئذ . وهل المساقاة كذلك ؟ إشكال ينشأ من كون النخلة مثمرة بنفسها فهي كالحاصل » ، ونحوه ما في غيرها ، بل قيل : إنه لا خلاف فيه . اللهم إلا أن يدعى قصور الأدلة عن شمول مثل ذلك . فلاحظ .

(١) لا يمكن فرض الخسران الا في ظرف صحة المعاملة بالأقل ، والصحة حينئذ لا تكون الا باجازة المالك ، وحينئذ لا وجه لرجوع المالك على أحد فيه ، لأنه بفعله . ولو وقعت معاملتان في إحداها ربح وفي الاخرى خسران فجاز الاولى دون الثانية كان له الربح ولم يكن عليه خسران . (٢) لعموم : « على اليد . . . » المقتضي للرجوع على كل منها . والظاهر أنه لا خلاف فيه .

(٣) يعني : إذا رجع المالك على المضارب لم يرجع المضارب على العامل ، ونحوه ما في التذكرة . معللاً له بأنه أخذه من المضارب على وجه الامانة . انتهى ، وكلامه هذا يخالف ما ذكره في كتاب القصب من

رجوع الاول الى الثاني إذا كان عالماً ، قال رحمه الله : « ثم الثاني إن كان عالماً بالغصب فهو كالغاصب من الغاصب ، للمالك مطالبته بكل ما يطالب به الغاصب ، فان تلف المغصوب في يده فاستقرار الضمان عليه فلو غرمه المالك لم يرجع الى الغاصب الاول بشيء ... (الى أن قال) ولو غرم الاول رجوع عليه ، وفي القواعد هنا : « فان طالب الاول رجوع على الثاني مع علمه ، لاستقرار التلف في يده ، وكذا مع عدم علمه ، على إشكال ينشأ من الغرور » ، وهو يوافق كلامه في كتاب الغصب فانه ذكر ما ذكر في التذكرة ، قال : « لكن الثاني إن علم بالغصب طوبى بكل ما يطالب به الغاصب ويستقر الضمان عليه إذا تلف عنده ، ولا يرجع الى الاول لو رجع إليه ، ويرجع الاول إليه لو رجع الى الاول » . نعم ما ذكره في الجاهل من الاشكال من جهة الغرور يخالف ما ذكره في القواعد في كتاب الغصب ، قال : « ولو جهل الثاني الغصب فان كان وضع يده يد ضمان - كالعارية المضمونة ، والمقبوض بالسوم ، والبيع الفاسد - فقرار الضمان على الثاني ، والا فعلى الاول » فان مقتضى الثاني الجزم بعدم الرجوع ومقتضى الاول الميل الى الرجوع ، وفي جامع المقاصد هنا قال : « لو ظهر استحقاق مال المضاربة وقد تلف في يد العامل بغير تعدد فقرار الضمان على الدافع ، لانه دخل معه على أن التلف بغير تفريط يكون منه ، لان ذلك حكم المضاربة ، فيجب الوفاء به ، ولا ريب أن الجاهل بالغصب أولى بعدم استقرار الضمان من المقدم على العدوان » . وهذا منه يخالف كلامه في كتاب الغصب ، فانه وافق القواعد من رجوع الاول الى الثاني وعدم رجوع الثاني الى الاول ، لامتيازته عليه بوقوع التلف في يده ومثل ذلك في الاشكال دعوى مفتاح الكرامة نفى الخلاف من كل من تعرض له فيما ذكره مصنفه من رجوع المضارب

على العامل إذا كان عالماً مع ما عرفت من التذكرة من عدم الرجوع معللاً بما ذكر .

وكذا الاشكال في تعليلاتهم ، فان تعليل التذكرة عدم رجوع المضارب على العامل : بأن العامل أخذ على وجه الامانة ، غير ظاهر ، فان ذلك حكم من أخذ المال من مالكة باذنه ، لا من أخذ من غير المالك بغير إذن المالك عالماً بذلك ، ولذلك قلنا بجواز رجوع المالك عليه ومثله تعاميل جامع المقاصد بقوله : « لانه دخل معه على أن التلف بغير تفريط يكون منه ، لان ذلك حكم المضاربة فيجب الوفاء به » . إذ فيه : أن الشرط المذكور لم يكن في عقد لازم ولا جائز ، وإنما كان في المضاربة الفاسدة لعدم إذن المالك ، فكيف يجب الوفاء به ؟ ! .

وكذلك ما ذكر في القواعد هنا من تعليل رجوع المضارب على العامل إذا كان عالماً بقوله : « لاستقرار التلف في يده » ، إذ لا يظهر الوجه في اقتضاء ذلك للرجوع عليه ، إذ الضمان لم يكن بالتلف ، وإنما كان باليد ، والجميع في ذلك سواء ، فما وجه رجوع الاول إلى الثاني دون العكس في مسألة تعاقب الایدي العادية على العين ؟ ! وقد ذكروا في دفع الاشكال وجوهاً ، كلها موضع نظر ، وقد تعرضنا لذلك في كتاب نهج الفقاهة في بعض مباحث الفصولي ، وذكرنا فيه ما ذكره شيخنا الاعظم في مكاسبه وشيخ المشايخ في جواهره وغيرهما من وجوه دفع الاشكال .

والاقرب في دفعه أن ذلك من الاحكام العرفية التي أمضاها الشارع لعدم الردع عنها . لكن ثبوت ذلك عرفاً إذا لم يكن الثاني قد أخذ العين قهراً غير ظاهر . نعم لا يبعد ذلك في خصوص ما إذا كان الثاني قد أخذها قهراً . فلاحظ وتأمل .

ج ١٢ (الكلام في رجوع العامل على المضارب اذا رجع المالك عليه) -- ٤٤١ --

كان جاهلاً أيضاً ، لأنه مغرور من قبله (١) . وإن حصل ربح كان للمالك إذا أجاز المعاملات الواقعة على ماله (٢) ، وللعامل أجره المثل على المضارب (٣) مع جهله (٤) . والظاهر عدم استحقاقه الاجرة عليه مع عدم حصول الربح ، لأنه أقدم على عدم شيء له مع عدم حصوله (٥) . كما أنه لا يرجع عليه إذا كان عالماً بأنه ليس له (٦) ، لكونه متبرعاً بعمله (٧) حينئذ .

- (١) يشير بذلك إلى قاعدة : « المغرور يرجع على من غره » التي هي مضمون النبوي المشهور . نقلاً ، وعملاً فقد اشتهر نقله في كتب الفقهاء رضي الله عنهم ، وعموا به في باب رجوع المشتري من الفضولي فيما اغترمه للمالك إذا كان المشتري جاهلاً ، وان ذكروا في وجه الحكم بالرجوع أموراً كثيرة كلها لا تخلو من إشكال ، والعمدة هو النبوي المذكور . اللهم إلا أن يقال : لم يتضح اعتماد المشهور على الحديث بعد أن ذكروا تلك الامور ، فمن الجائر أن يكون اعتمادهم في الحكم بالرجوع عليها لاعليه . وفيه : أن ذلك بعيد ، إذ الامور المذكورة لم تذكر في كلام المشهور ، وإنما ذكرت في كلام بعضهم ، فلا تكون مستنداً للمشهور .
- (٢) والا لم تصح ، فلا ربح . كما أن المالك إذا أجاز نفس المضاربة كان الربح بينه وبين العامل على حسب ما قرر في المضاربة .
- (٣) لانه المستوفي لعمل العامل ، فيكون عليه ضمانه .
- (٤) قد تقدم في المسألة الثانية والاربعين الاشكال فيه . وسباني أيضاً .
- (٥) تقدم ذلك في أواخر المسألة الثامنة والاربعين .
- (٦) كذا في القواعد والتذكرة وغيرهما .
- (٧) هذا غير ظاهر ، فانه لم يقصد التبرع ، وإنما قصد الربح ولو تشريعاً ، فيكون المضارب قد استوفى عمله ، فعليه ضمانه ، الا إذا كان
- (١٥) تقدم التعرض له في الجزء العاشر صفحة : ١٤٤ من هذه الطبعة .

السابعة : يجوز اشتراط المضاربة في ضمن عقد لازم ، فيجب على المشروط عليه إيقاع عقدها (١) مع الشارط (٢) ولكن لكل منها فسخه بعده . والظاهر أنه يجوز اشتراط عمل المضاربة على للعامل ، بأن يشترط عليه أن يتجر بمقدار كذا من ماله إلى زمان كذا على أن يكون للربح بينهما ، نظير شرط كونه وكيلا في كذا (٣) في عقد لازم ، وحينئذ لا يجوز للمشروط عليه فسخها ، كما في الوكالة .

العمل محرماً . لكن العمل في المقام هو البيع والشراء ، وهما تصرفان اعتباريان لا خارجيان ، فلا يكونان محرمين ، فيكونان مضمونين ، كما في صورة الجهل بعينها .

(١) لأن الشرط المذكور أخذ بنحو شرط الفعل ، وهو إيقاع المضاربة فيجب على المشروط عليه إيقاعها ، عملاً بالشرط .

(٢) هذا إذا كان الشرط المضاربة مع الشارط ، فإذا كان الشرط المضاربة مع غيره فلا بد من إيقاعها معه .

(٣) الذي هو نظير شرط الوكالة هو شرط المضاربة لا شرط عمل المضاربة ، فإن شرط الوكالة من قبيل شرط النتيجة ، وشرط العمل من قبيل شرط الفعل ، وهما متغايران . والثاني لا إشكال في صحته إذا لم يخالف الكتاب والسنة . والاول في صحته إشكال من وجوه (الاول) : أن الشرط في ضمن العقد مملوك للمشروط له على المشروط عليه ، ولهذا صح للمشروط له المطالبة بالشرط . وهذا لا يتأتى في النتائج ، من جهة أنها لا تقبل إضافة المملوكية (والثاني) : أن مفاد الشرط حينئذ ملك المشروط له الوكالة مثلاً ، وملك الوكالة لا يقتضي وقوع الوكالة الذي هو مقصود المشترط ، فيكون خافياً . (الثالث) : أن بعض النتائج لا تقبل

الانشاء التبعية ، فلا يصح أن يبيعه فرساً بدينار بشرط أن تكون بنته زوجة له ، لان الزوجية لا تقبل الانشاء التبعية . وكذا لو باعه بشرط أن تكون زوجته مطلقة ، لان الطلاق لا يقبل الانشاء التبعية ... وهكذا فصحة شرط المضاربة يتوقف على كونها مما تقبل الانشاء التبعية ، وهو غير واضح .

ويدفع الاشكالين الأولين : أن ملك المشروط له للشرط يخص بشرط الفعل ، ولا يكون في شرط النتيجة . نعم لابد في شرط النتيجة من كون المشروط محبوباً للمشروط له وان لم يكن مملوكاً له ، فشرط النتيجة مجرد لإنشاء في ضمن إنشاء على أن يكون قيداً له من دون قصد تملكه للمشروط له . نعم يبقى الاشكال الثالث ، وتوضيحه : أن شرط النتيجة في ضمن العقد راجع إلى تقييد المنشأ بالنتيجة ، فإذا قلت : بعنك الدار على أن يكون ثمنها بيدك مضاربة ، فقد قيدت البيع المنشأ بقيد ، وهو المضاربة بثمنه ، وبهذا التقييد كنت قد أنشأت المضاربة ، لكونها مأخوذة قيداً للمنشأ ، لان إنشاء المقيد لإنشاء لقيد ، فهذا النحو من الانشاء ربما يترتب عليه الاثر ، فيحصل المنشأ ، كما في شرط الوكالة في ضمن البيع ، فيما لو قال : بعنك داري على أن اكون وكيلاً على إيجارها ، ومثل شرط الملكية مثل : بعنك داري بالف دينار بشرط أن يكون لي عليك من السكر أو مثل جميع شرائط الفعل ، لما عرفت من رجوع الشرط فيها إلى شرط ملكية الفعل للمشروط له ، وربما لا يترتب عليه الاثر ، مثل شرط الزوج والطلاق ، والمباين بين القسمين المرتكزات العرفية ، ومع الشك يبنى على عدم ترتب الاثر ، للشك في القابلية ، وإطلاقات الصحة لا تثبت القابلية .

ولا يبعد في المرتكزات العرفية أن تكون المضاربة من النتائج التي

يصح لإنشاؤها بجعلها قيداً للمنشأ ، ومثلها جميع العقود الاذنية ، كالعارية والوديعة والوكالة ، وكذلك الرهن ، فاذا قال : بعثك داري بشمن لى شهر بشرط أن تكون رهناً على ثمنها ، صح البيع وصح الرهن ، وليس كذلك البيع والاجارة والوقف والنكاح والطلاق . وقد عرفت أنه مع الشك في المرتكزات العرفية يرجع إلى أصالة عدم ترتب الأثر .

والذي يتحصل مما ذكرنا أمور (الاول) : أن شرط الفعل مفاده تملك المشروط له على المشروط عليه الفعل . (الثاني) : أن هذا لا يمكن في شرط النتيجة ، للاشكالين السابقين . (الثالث) : أن شرط النتيجة لإنشاء النتيجة كسائر الانشاءات للعناوين الانشائية ، ويختلف عنها بأنه لإنشاء تبعي ، بخلاف سائر الانشاءات فإنه أصلي . (الرابع) : أن النتائج في مرتكزات العرف على ثلاثة أقسام ، منها ما يقبل الانشاء التبعي ، ومنها ما لا يقبله ، ومنها ما هو مشكوك . والاول يصح أخذه شرطاً ويترتب عليه الأثر ، والاخيران لا يصح ذلك فيهما .

ثم إنه لا إشكال في أنه يجوز الجمع بين عنوانين بعقد واحد ، فيقول بعثك هذه الجارية وزوجتك أختها بالف دينار ، فاذا قال المخاطب : قبلت صح البيع والنكاح ، وليس أحدهما شرطاً في الآخر ، لأن الشرط يجب أن يكون قيداً للمشروط به كما عرفت ، وهنا لم يؤخذ أحدهما قيداً للآخر ولا مقيداً به ، بل الأمران مفترقان في عرض واحد بلا تقييد ولا تفيد . ولذلك لا خلاف بينهم في صحة الجمع من دون شبهة أو إشكال ، وقد تقدم في مبحث ضمان العين المستأجرة ما له نفع في المقام ، فليراجع .

هذا ولا يبعد أن يكون غرض المصنف من قوله : « عمل المضاربة » نفس المضاربة بقريئة تنظير ذلك بشرط الوكالة وبقريئة قوله بعد ذلك : « فلا يجوز له فسخها » . وإنما لم يجز فسخها لان التوقيت إلى زمان معين

الثامنة : يجوز إيقاع المضاربة بعنوان الجعالة (١) ، كأن يقول : إذا اتجرت بهذا المال وحصل ربح فلك نصفه ، فيكون جعالة تفيد فائدة المضاربة . ولا يلزم أن يكون جامعاً لشروط المضاربة (٢) ، فيجوز مع كون رأس المال من غير النقدين أو ديناً أو مجهولاً جهالة لا توجب الغرر (٣) . وكسذا في المضاربة المشروطة في ضمن عقد بنحو شرط للنتيجة (٤) ، فيجوز مع كون رأس المال من غير النقدين .

يقتضي اشتراط عدم فسخها مضافاً إلى اشتراط وجودها ، وحينئذ يكون فسخها قبل الغاية مخالفة للشرط ، فلا يكون تحت قدرة المشروط عليه . (١) قد تقدم في المسألة الثامنة والأربعين الفرق بين الجعالة والمضاربة وأن الأولى من الإيقاعات والثانية من العقود . ثم إنه قد أشرنا في بعض المباحث السابقة إلى أن المضاربة مخالفة لقاعدة كون الربح لصاحب الأصل التي هي مقتضى المعاملة ، ولكن بني عليها للدليل الخاص . وهذا الدليل لم يكن في الجعالة ، وعليه فلا تصح في المقام ، لمخالفتها لقاعدة لزوم رجوع الربح إلى المالك . فلاحظ ما ذكرناه في الشرط الأول من شروط المضاربة وغيره . نعم إذا قال له : اتجر بهذا المال فإذا ربحت أعطيتك حصة من الربح ، صح جعالة ، لعدم مخالفة القاعدة في ذلك . (٢) لأنه ليس مضاربة . نعم يلزم أن يكون بشروط الجعالة ، مثل أن يكون له جعل على العمل على كل حال ، ولا يعتبر ذلك في المضاربة ، فلو قال : من رد عبدي فله نصف ما في جيبه من المال إن كان ، لم يصح جعالة .

(٣) قد تقدم الاشكال في اعتبار عدم الغرر . فراجع .

(٤) هذا غير ظاهر ، إذ المضاربة مفهوم واحد ، ولا فرق بين

التاسعة : يجوز للأب والجد الاتجار بمال المولى عليه
بنحو المضاربة بايقاع عقدها (١) . بل مع عدمه أيضاً (٢) ،
بأن يكون بمجرد الاذن منها (٣) . وكذا يجوز لها المضاربة
بماله مع للغير (٤) على أن يكون للربح مشتركاً بينه وبين
العامل . وكذا يجوز ذلك للوصي في مال للصغير مع ملاحظة
للغبطة والمصلحة والأمن من هلاك المال (٥) .

العاشرة : يجوز للأب والجد الايصاء بالمضاربة بمال
المولى عليه بايقاع الوصي عقدها (٦) لنفسه أو لغيره مع تعيين

جماعه بالاصالة وبالتبعية ، وكل ما يعتبر في الاول يعتبر في الثاني ، فلو
شرط في حال فقد الشرائط كان الشرط مخالفاً للكتاب ، فيكون باطلاً .

(١) يعني : مع نفسه بحسب الولاية عليه . لكن في القواعد في
كتاب الحجر : الاشكال في صحة ايقاع العقد مع نفسه ، وعن التحرير :
المنع عنه . وهو - كما ترى - غير ظاهر ، إلا بدعوى اعتبار تعدد الموجب
والقابل في صحة العقد . وهو ممنوع . أو نقول بعدم الحاجة الى القبول
فيترتب الاثر بمجرد الايقاع ، كما أشرنا الى ذلك في مباحث نكاح العبد :
(٢) يعني : مع عدم العقد ، وحينئذ لا يكون مضاربة .

(٣) الاذن في القرض ضرورية مع الانتفات منها .

(٤) وكذا بمجرد الاذن بدون عقد مضاربة ، نظير ما سبق ، إذ لا

فرق بينهما .

(٥) لقوله تعالى : (ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن) (١٠) .

(٦) يعني : تكون الوصية بايقاع الوصي عقدها .

الحصة من الربح ، أو إيكالها إليه . وكذا يجوز لها الايصاء بالمضاربة (١) في حصة للقصير من تركتها بأحد الوجهين . كما أنه يجوز ذلك لكل منهما بالنسبة إلى الثلث المعزول لنفسه (٢) بأن يتجر الوصي به أو يدفعه إلى غيره مضاربة ويصرف حصة الميت في المصارف المعينة للثلث . بل وكذا يجوز الايصاء منها بالنسبة إلى حصة للكبار أيضاً (٣) .

(١) الفرق بين هذا وما قبله : أن ما قبله كان بالنظر إلى مال المولى عليه المملوك حال الوصية ، وهذا بالنظر إلى الحصة التي يملكها بعد موت الموصي . وفي بعض الحواشي الاشكال فيه . ولعله لعدم ولايتها على المال المذكور حال الوصية لعدم الملك . ويشكل : بأنه لا يعتبر في ولاية الولي وجود المال فعلاً ، بل يكفي وجوده بعد ذلك ولو بهبة أو كونه نعمة ملك موجود أو متجدد . اللهم الا أن يقال . إنه لا إطلاق في دليل ولاية الأب يشمل المال الذي يملكه بفقده إلا أن يستفاد ذلك من الخبر الآتي .

(٢) لإطلاق أدلة نفوذ الوصية .

(٣) قال في الشرايع : « ولو أوصى إلى إنسان بالمضاربة بتركته أو بعضها على أن الربح بينه وبين ورثته نصفان صح . وربما اشترط كونه قدر الثلث أو أقل . والأول مروى » وفي المسالك : « المصنف وأكثر الجماعة أطلقوا الصحة في الورثة الشامل للمكلفين ، ويشمل اطلاقهم وإطلاق الروايتين ما إذا كان الربح بقدر أجرة المثل ، وما إذا كان زائداً عليها بقدر الثلث وأكثر » ، وعن الكفاية : أن المشهور لم يعتبروا كون الأولاد صغاراً ، ونحو ذلك كلام غيرهما . وظاهر الشرايع : أن المستند فيه الرواية والرواية ستأتي ، (١٥) وهي مختصة بالصغار ، ولا تشمل الكبار . وظاهر

المصنف وغيره : أن المستند فيه عموم أدلة نفوذ الوصية ، إذ الخارج منه ما كان مفوتاً للمال على الورثة ، وليس منه المقام ، كما سيبينه . لكن تقدم ما في الشرايع ما يشير إلى القول بالمنع من الوصية بذلك في مال الصغار والكبار ، وتختص الصحة بما كان قدر الثلث ، ونسبه في المسالك إلى ابن ادريس . لكن عبارته ظاهرة في المنع من الوصية بالمضاربة مطلقاً حتى في قدر الثلث ، لأن الوصية لا تنفذ إلا في ثلث ما كان يملكه الميت قبل موته ، والربح متجدد بعد موته ، فكيف تنفذ وصيته وقوله فيه ؟ ! انتهى . وما هو ظاهر عبارته واضح الاشكال ، لعموم نفوذ الوصية حتى في تمام المال المتجدد ولو كان من قبيل الربح . مع أن التصرف من الموصي إنما هو في نفس التركة التي هي له ، لا في مال لا يملكه ، فإن الاتجار بها هو مورد الوصية ، والنماء لا يعتبر أن يكون مملوكاً لأحال المضاربة ولا الوصية بإبقاع عندها .

فالعمدة في وجه الاشكال في صحة الوصية بالنسبة إلى حصة الكبار : أنه خلاف قاعدة السلطنة في حقهم ، قال في القواعد : « ولو أوصى لكل وارث بقدر نصيبه فهو لغو . ولو خصص كل واحد بعين هي قدر نصيبه فالأقرب الافتقار إلى الإجازة ، لظهور الغرض في أعيان الاموال . وكذا لو أوصى أن يباع عين ماله من إنسان بنقد بثمن المثل » . وظاهره المنع من صحة التصرف في التركة وإن لم يكن موجباً لنقص القيمة إلا إذا أجاز الوارث ، وقال بعد ذلك بقليل : « ولو أوصى ببيع تركته بثمن المثل ففي اشتراط الإجازة اشكال » ، وكأنه عدل عن الجزم بالمنع إلى الاشكال فيه . وفي جامع المقاصد : « لا ريب في أن الأقوى الصحة » وحكى ذلك عن التذكرة . وهو كما ذكر ، فإن عموم ما دل على نفوذ الوصية شامل لكل تصرف من الموصي ، والخارج عنه

ولا يضر كونه ضرراً عليهم من حيث تعطيل ما لهم إلى مدة (١) لأنه منجبر بكون الاختيار لهم في فسخ المضاربة وإجازتها (٢).

ما كان زائداً على الثلث. والظاهر منه الزائد من حيث القيمة ، وليس منه تخصيص كل واحد من الورثة بعين هي قلب نصيبه ، ومثله الوصية ببيع التركة بثمن المثل على واحد من ورثته أو من غيرهم . وتعين ثلثه في عين من أعيان التركة . . . إلى غير ذلك مما لا يعد حيفاً على الوارث وضرراً عليه . والذي تحصل أمران (الأول) : أن الاحتمالات في المسألة ثلاثة : جواز الوصية بالمضاربة كما هو المشهور ، والجواز في الثلث فقط كما أشار إليه في الشرائع ، والمنع مطلقاً كما هو ظاهر عبارة السرائر . (الثاني) : أن وجه الأول القواعد العامة ، لا الرواية - كما قد يظهر من المحقق - ووجه الثاني قاعدة السلطنة ، ووجه الثالث ما ذكر في السرائر . وقد عرفت ضعف الأخير ، وعموم صحة الوصية مقدم على قاعدة السلطنة .

(١) هذا التعطيل ربما لا يكون ضرراً بل مصلحة للوارث ، كما إذا كان لا يتمكن من الاتجار بماله بنفسه ولا يعرف القادر على التجارة وكانت المدة قليلة ، وربما تكون ضرراً عرفاً ، كما إذا كانت المدة طويلة وكان عارفاً بالتجارة أو عارفاً بالعمال الذين يتجرون ، فإن حبس المال عنهم حيف وجور عليهم .

(٢) إذا كانت الوصية لإضراراً بالورثة فهي باطلة بلا حاجة إلى الفسخ ، لأنها صحيحة ويكون للوارث الفسخ . وإن شئت قلت : الوصية بالمضاربة (تارة) : تكون بمجرد إيقاع العقد على أحد الوجهين ، فهذا لا ضرر فيه على الوارث (وأخرى) : تكون بإيقاع العقد المشفوع بالعمل فهذه (تارة) : تكون بلا إضرار ، لقصر المدة مثلاً (وأخرى) : تكون ذات إضرار ، لطول المدة مثلاً . والاولتان صحيحتان ، والاخيرة

كما أن الحال كذلك بالنسبة إلى ما بعد البلوغ في القصر (١)،
فإن له أن يفسخ أو يحيز . وكذا يجوز لهما الإيصاء بالاتجار
بمال للقصر على نحو المضاربة ، بأن يكون هو الموصى به (٢)
لا إيقاع عقد المضاربة ، لكن إلى زمان للبلوغ أو أقل . وأما
إذا جعل المدة أزيد فيحتاج إلى الإجازة بالنسبة إلى للزائد (٣)

صحيحة إلى أن يحصل الضرر فبطل ، ولا دخل للفسخ وعدمه في الصحة
والبطلان ، إذ الفسخ في الأولى غير مناف للوصية ، وفي الثانية مناف لها
فلا يجوز لصحتها ، وفي الثالثة يجوز لبطلانها ، لأنه جابر لضررها .

لكن الظاهر من الوصية بالمضاربة لإحدى الصورتين الأخيرتين ، أعني
إيقاع العقد مع العمل طالت المدة أو قصرت ، لا مجرد إيقاع العقد ، وحينئذ
فهي صحيحة إذا لم تكن مضرة ، ولا يجوز الفسخ للوارث ، وباطلة إذا كانت
مضرة ويجوز له الفسخ . وإذا فرض أنها غير مضرة في أوائل المدة ومضرة
في أواخرها صحت في الأوائل ولا يجوز الفسخ ، وبطلت في الأواخر
وجاز الفسخ .

(١) الكلام فيه كما هو الكلام في الكبير ، فإن لم تكن الوصية
بالمضاربة في حصته مضرة فهي صحيحة ، وإن كانت مضرة فهي باطلة ،
وإذا كانت في أوائل المدة غير مضرة فهي صحيحة ولا يجوز فسخها حتى
بعد البلوغ ، وإن كانت في أواخرها مضرة بطلت حتى قبل البلوغ ، لأنها
تكون صحيحة ويكون الخيار في الفسخ جابراً لضررها .

(٢) يعني : تكون الوصية لإنشاء للمضاربة بعد الموت نظير الوصية
التمليكية التي هي إنشاء للملك بعد الموت .

(٣) إن صح هذا الإنشاء فلا فرق بين ما يكون بعد البلوغ وما يكون
قبله فإن كانت الوصية مضرة بمال القصر فهي باطلة وإن كانت بالإضافة

ودعوى : عدم صحة هذا للنحو من الايصاء ، لأن للصغير لا مال له حينئذ (١) وإنما ينتقل إليه بعد الموت ، ولا دليل على صحة الوصية للعقدية في غير التملك ، فلا يصح أن يكون إيجاب المضاربة على نحو إيجاب التملك بعد الموت . مدفوعة بالمنع (٢) .

إلى ما قبل البلوغ ، وإن كانت غير مضرّة فهي صحيحة حتى فيما بعد البلوغ ، ولا تحتاج الى الاجازة ، لما عرفت من عموم نفوذ الوصية إذا لم تكن مضرّة لما بعد البلوغ وما قبله . كما لا فرق في العموم بين الوصية بإيقاع العقد والوصية بنفس المضاربة .

(١) هذا لا دخل له في الاشكال ، فإنه يتوجه وإن كان للصبي مال في حياة والده ، إذ وجه الاشكال بطلان تعليق المنشأ على الموت في غير الوصية التملكية والعهدية ، فلا يصح للمالك أن يوصي بالوقف ، فيقول : هذا وقف بعد مماتي ، أو يوصي بالبيع بأن يقول : بعثك هذا بعد مماتي أو يوصي بالبراء ، فيقول : أنت بريء عمالي عليك بعد وفاتي . . . وهكذا لأن التعليق في المنشأ باطل وإن كان المعلق عليه الموت ، الا في الموردين المذكورين ، فلا تصح الوصية بالمضاربة بمال اليتيم معلقاً على الموت وإن كان المال ملكاً له في حياة الموصي .

نعم كون اليتيم لا مال له الا بعد وفاة الموصي يكون منشأ للاشكال في الوصية بالمضاربة بنحو النتيجة زائداً على الاشكال المتقدم ، لما تقدم في أول المضاربة من اعتبار وجود المال وكونه خارجياً ، فلا تصح المضاربة على مال سيملكه ، كما لا تصح على مال هو دين في ذمة غيره . فيكون في إنشاء المضاربة في المقام إشكالان : اشكال التعليق على الموت ، وإشكال عدم المال الخارجي ، لا اشكال واحد معلل بالآخر ، كما يظهر من العبارة . (٢) قد عرفت أنه لا مجال للمنع ، بل لو فرض التوقف في مانعية

مع أنه للظاهر من خبر خالد بن بكر للطويل في قضية ابن أبي ليلى (١) وموثق محمد بن مسلم (٢) المذكورين في باب الوصية . وأما بالنسبة إلى الكبار من الورثة فلا يجوز بهذا للنحو

التعليق في العقود فلا توقف في مانعة التعليق على الموت فيها ، وقد حصر الاصحاب الوصية الصحيحة في التمليكية والعهدية ، لا غير . وكذلك اعتبار وجود المال حال المضاربة ، فانه لا مجال لمنعه فكل من الاشكالين لا مجال لمنعه .

(١) رواه المشايخ الثلاثة - رضي الله عنهم - عن محمد بن أبي عمير عن عبد الرحمن بن الحجاج عن خالد بن بكر الطويل قال : « دعاني أبي حين حضرته الوفاة فقال : يا بني اقبض مال إخوتك الصغار واعمل به ، وخذ نصف الربح ، وأعطهم النصف ، وليس عليك ضمان . فقدمتني أم ولد أبي بعد وفاة أبي إلى ابن أبي ليلى . فقالت : إن هذا يأكل أموال ولدي ، قال : فاقصصت عليه ما أمرني به أبي ، فقال لي ابن أبي ليلى : إن كان أبوك أمرك بالباطل لم أجزه . ثم اشهد علي ابن أبي ليلى : إن أناحرته فأناله ضامن . فدخلت على أبي عبد الله (ع) فقصصت عليه قصتي ثم قلت له : ما ترى ؟ ! فقال : أما قول ابن أبي ليلى فلا أستطيع رده ، وأما فيما بينك وبين الله عز وجل فليس عليك ضمان » (١٠) .

(٢) رواه المشايخ الثلاثة رضي الله عنهم - عن محمد بن مسلم عن أبي عبد الله (ع) : « أنه سئل عن رجل أوصى لى رجل بولده وبمالهم ، وأذن له عند الوصية أن يعمل بالمال وأن يكون الربح بينه وبينهم . فقال : لا بأس به من أجل أن أباه قد أذن له في ذلك وهو حي » (٢٠) . وسماه - كغيره - موثقاً ، لوجود ابن فضال في سنده .

(١٠) الوسائل باب : ٩٢ من أبواب كتاب الوصايا حديث : ٢ .

(٢٠) الوسائل باب : ٩٢ من كتاب الوصايا حديث : ١ .

لوجوب للعمل بالوصية - وهو الاتجار - فيكون ضرراً عليهم (١) من حيث تعطيل حقهم من الارث وإن كان لهم حصتهم من

هذا ولا يبعد وحلة الواقعة المحكية بالخبرين ، ولا يظهر منها أنه من المضاربة ، ولا من الانشاء للمضاربة حال الحياة ، بل ماتحت العبارة هو الأمر بالعمل والاذن به على أن للعامل نصف الربح ، ومن الجائز أن تكون معاملة خاصة بينه وبين وصيه في حال الحياة وإن كان موضوعها بعد الوفاة ، تشبه المضاربة من جهة والجمالة من جهة أخرى . أو هي وصية عهدية بالولاية على مال الصغير - كما في الرواية الأولى - أو عليه وعلى ماله - كما في الثانية - ولا دخل لهما فيما نحن فيه .

(١) لم يتضح الفرق بين هذه المسألة وما تقدم ، فقد ذكر هناك أن الضرر منجبر بكون الاختيار لهم في الفسخ ، فلم لا يكون الضرر المذكور هنا أيضاً منجبر بكون الاختيار لهم في الفسخ ؟ ! وقد عرفت فيما سبق أن الضرر الحاصل من الوصية موجب لبطلانها ، ولا ينجبر بالاختيار في الفسخ والاجازة ، فهي تصح مع عدم الضرر للعموم ، وتبطل معه لقوله تعالى : (فمن خاف من موص جنفاً أو إثماً فاصلح بينهم فلا إثم عليه) (١٠) : فإن قلت : لا مجال لفسخ الوارث هنا ، لأن الفسخ إنما يشرع للعامل والمالك ، والوارث هنا ليس واحداً منهما ، لأن المضاربة كانت بين الموصي والعامل ، وقد مات الأول فليس للوارث الفسخ حتى ينجبر الضرر به . وبذلك افترقت هذه المسألة عن سابقتها ، فإن المضاربة في سابقتها بين الوارث والعامل ، قلت : المفروض في المسألة السابقة وقوع المضاربة بين الوصي والعامل والوارث إن تولى العقد فهو من باب كونه الوصي ، لا من باب كونه الوارث ، والوصي يتصرف بالنيابة عن الميت ، والوارث أجنبي عنه ، فإذا

للربح ، خصوصاً إذا جعل حصتهم أقل من المتعارف (١) .
الحادية عشرة : إذا تلف المال في يد للعامل بعد موت
المالك من غير تقصير فالظاهر عدم ضمانه (٢) ، وكذا إذا
تلف بعد انفساخها بوجه آخر (٣) .

لثانية عشرة : إذا كان رأس المال مشتركاً بين اثنين
فضارباً واحداً ثم فسخ أحد الشريكين (٤) هل تبقى بالنسبة

لم يكن له الفسخ في المسألة الأخيرة لم يكن له الفسخ في سابقتها . مضافاً
إلى أن الفسخ إنما هو للمالك والعامل لا للموجب والقابل ، والوارث هو
المالك . وإلا أشكل الأمر في فسخ الصغير بعد البلوغ لأن تصرف الوصي
من باب الوصية كما في الكبير ، وحينئذ يكون الصغير أجنبياً عن الطرفين ،
لامن باب الولاية على الطفل . فتأمل .

(١) في جامع المقاصد دفع هذا الاشكال بما حاصله : أن المضاربة
إن صحت كانت حصة العامل من الربح له من دون أن يخرج من ملك مالك
المال ، وإن بطلت فلا ربح أصلاً لأنه يكون الربح للمالك ، وفي كلتا الحالتين
لم يخرج من مال المالك شيء إلى العامل حتى تكون المضاربة بالاقبل من
المتعارف ضرر على المالك بتوسط الوصية . ودفعه في المسالك بما حاصله :
أنه يمكن أن تصح المعاملة بإجازة المالك وتبطل المضاربة ، فيكون تمام
الربح للمالك ، فتصحیح المضاربة لإضرار بالمالك . فراجع .

(٢) لأنه أمين المالك بالمضاربة ، ولا يخرج عن حكم الامانة ببطان
المضاربة بموت المالك ، للأصل .

(٣) لعين ماتقدم .

(٤) قد عرفت في المسألة السابعة والأربعين جواز الفسخ في البعض
عقلاً وعرفاً وشرعاً .

الى حصة الاخر او تنفسخ من الاصل ؟ وجهان أقربهما
الاتفساخ (١) . نعم لو كان مال كل منهما متميزاً وكان للعقد
واحدا لا يبعد بقاء العقد بالنسبة إلى الآخر .

لثلاثة عشرة : إذا أخذ العامل مال المضاربة وترك
للتجارة به إلى سنة مثلاً ، فان تلف ضمن (٢) ، ولا يستحق
المالك عليه غير أصل المال (٣) ، وان كان آثماً في تعطيل
مال للغير .

لرابعة عشرة : إذا اشترط للعامل على المالك عدم كون
الربح جابراً للخسران مطلقاً فكل ربح حصل يكون بينهما ،
وإن حصل خسران بعده أو قبله ، أو اشترط أن لا يكون
الربح لللاحق جابراً للخسران للسابق أو بالعكس ، فالظاهر
الصحة . وربما يستشكل بأنه خلاف وضع المضاربة . وهو
كما ترى (٤) .

(١) لأنها مضاربة واحدة ، فلا تتبعض بالفسخ . لكن تقدم في المسألة
السابعة والاربعة جواز التبعض في المال الواحد لشخص واحد ، فأولى
منه التبعض بالنسبة لشخصين ، كما هو ظاهر .

(٢) للخيانة بحبس المال وعدم الاتجار به ، وهو غير مأذون فيه .
(٣) إذ لا موجب له ، والأصل البراءة ، وإن كان آثماً في حبه
بغير إذن ماله .

(٤) هذا غير ظاهر ، فان منصرف قوله (ع) : « الربح بينهما
والوضعية على المال » (١٥) غير مذكور . فتصححه لا بد أن يكون

الخامسة عشرة: لو خالف للعامل المالك فيما عينه جهلاً أو نسياناً أو اشتباهاً - كما لو قال : لا تشتري الجنس الفلاني، أو من الشخص الفلاني مثلاً ، فاشتراه جهلاً - فالشراء فضولي موقوف على إجازة المالك (١) . وكذا لو عمل بما ينصرف إطلاقه إلى غيره ، فانه بمنزلة للنهي عنه (٢) . ولعل منه ما ذكرنا سابقاً من شراء من ينعق على المالك مع جهله بكونه كذلك . وكذا الحال إذا كان مخطئاً في طريقة للتجارة (٣) ، بأن اشترى ما لا مصلحة في شرائه عند أرباب المعاملة في ذلك الوقت ، بحيث لو عرض على التجار حكموا بخطائه .

السادسة عشرة : إذا تعدد للعامل (٤) - كأن ضارب اثنين بمائة مثلاً بنصف الربح بينهما متساوياً أو متفاضلاً - فاما أن يميز حصة كل منهما (٥) من رأس المال ، كأن يقول :

بالعمومات الدالة على صحة العقود . لكنها لا تقتضي جريان أحكام المضاربة عليها ، كما تقدم في نظائر المقام .

(١) لعدم إذن المالك .

(٢) يكفي عدم الاذن .

(٣) فإن ذلك خارج عن منصرف الاذن ، فيكون فضولياً .

(٤) قد تعرض لذلك الجماعة في كتبهم ، قال في الشرايع : « ولو

قال لائنين : لكما نصف الربح ، صح وكانا فيه سواء ، ولو فضل أحدهما صح أيضاً وإن كان عملها سواء » وفي القواعد : « ولو كان العامل اثنين

فساواهما في الربح صح وإن اختلفا في العمل » .

(٥) هذه الصورة خارجة عن كلام الجماعة .

على أن يكون لكل منه نصفه ، وإما لا يميز ، فعلى الأول للظاهر عدم اشتراكهما في الربح والخسران والجبر ، إلا مع الشرط (١) ، لأنه بمنزلة تعدد للعقد . وعلى الثاني يشتركان فيها (٢) وإن اقتسما بينهما فأخذ كل منهما مقداراً منه ، إلا أن يشترطاً عدم الاشتراك فيها ، فلو عمل أحدهما وربح وعمل الآخر ولم يربح أو خسر يشتركان في ذلك للربح ويجبر به خسران الآخر . بل لو عمل أحدهما وربح ولم يشرع الآخر بعد في العمل ، فانفسخت المضاربة ، يكون الآخر شريكاً (٣) وإن لم يصدر منه عمل ، لأنه مقتضى الاشتراك في المعاملة . ولا يعد هذا من شركة الأعمال ، كما قد يقال (٤) ، فهو نظير ما إذا آجرا نفسها لعمل بالشركة ، فهو داخل في عنوان المضاربة (٥) لا للشركة ، كما أن للنظير داخل في عنوان الاجارة .

السابعة عشرة : إذا أذن المالك للعامل في البيع والشراء نسيئة ، فاشترى نسيئة وباع كذلك ، فهلك المال ، فالدين في

- (١) لكن معه يشكل بقاء عنوان المضاربة ، لما تقدم في الشرط الخامس من شروط المضاربة . فراجع .
- (٢) لأن ذلك من لوازم وحدة المضاربة عرفاً ، كما هو المفروض .
- (٣) كما قواه في الجواهر بعد أن ذكر أنه لم يعثر على محرر لذلك .
- (٤) لم يعرف القول لأحد بذلك ، وإنما حكى عن مالك أنه اشترط التسوية في الربح مع التسوية في العمل ، قياساً على شركة الابدان . وفي المسالك : أن الاصل والفرع عندنا باطلان .
- (٥) لكنها قائمة بعاملين . وكذا الحكم في الاجارة ، إذ أنها اجارة

ذمة المالك . وللدیان إذا علم بالحال أو تبين له بعد ذلك للرجوع على كل منهما ، فان رجع على للعامل وأخذ منه رجع هو على المالك (١) . ودعوى : أنه مع العلم من الأول ليس له للرجوع على للعامل (٢) ، لعلمه بعدم اشتغال ذمته . مدفوعة : بأن مقتضى

قائمة بأجيرين وليستا من شراكة الأبدان في شيء . وعرفت أنه ليس مورداً للتوهم . كما أنه تقدم بعض الكلام في هذه المسألة في المسألة السابعة والعشرين .

(١) قال في الجواهر : « ويكون دخول الوكيل في هذا التصرف بمنزلة دخول الضامن في الضمان ، فان أعطاه كان له الرجوع بما وزن لأنه توكل باذنه في الشراء وذلك يتضمن تسليم الثمن وكان الاذن في الشراء إذنا فيه وفيما يتضمنه » . وهو كما ذكر .

(٢) قال في الشرايع : « إذا اشترى لموكله كان البايع بالخيار إن شاء طالب الوكيل ، وإن شاء طالب الموكل . والوجه اختصاص المطالبة بالموكل مع العلم بالوكالة واختصاص الوكيل مع الجهل بذلك » . وقال في الشرايع بعد ذلك : « ولو ظهر في المبيع عيب رده على الوكيل دون الموكل لأنه لم يثبت وصول الثمن إليه . ولو قيل برد المبيع على الموكل كان أشبه » ونحوه في المسألة الثانية ما في القواعد ، والقول الأول فيها منسوب إلى المبسوط ، وما قرره في القواعد وجعله في الشرايع أشبه جعله في الايضاح الاصح ، وكذا في غيره . وفي المسالك : « قول الشيخ ضعيف كدليله » . ووجهه : أن وصول الثمن إليه أو إلى الموكل لا يرتبط بوجود أداء المال إلى مالكة ، والوكيل قد انعزل عن الوكالة بالمبيع ، فلا وجه للرد إليه إلا أن يكون وكيلاً أيضاً في أخذ المبيع إذا رده إليه المشتري ، وحينئذ يجوز الرد إليه وإلى الموكل ، ولا وجه لاختصاص الوكيل به ،

فيجوز الرد إلى كل منهما . وأما استرداد الثمن فيجوز الرجوع فيه إلى الموكل إذا اعترف بوصول الثمن إليه أو إلى الوكيل ؛ وإذا أنكر الموكل وصول الثمن إلى أحدهما جاز له الامتناع من دفعه إلى المشتري ، ولا وجه لرجوع المشتري على الوكيل ، لعدم كونه وكيلًا في رد الثمن ، سواء اعترف الموكل بوصول الثمن أم لا . هذا ما تقتضيه القواعد الأولية في حكم المسألة الثانية .

أما ما تقتضيه القواعد في حكم المسألة الأولى فهو ما ذكر المحقق من أن الموكل هو الذي يستحق عليه الثمن ، فيكون هو المطالب به . والقول الأول محكي عن المبسوط أيضاً . ووجهه غير ظاهر إلا ما ذكره في الجواهر ، من أن ذلك من أحكام ولي العقد ، يريد بذلك أن من الأحكام العرفية جواز الرجوع إلى ولي العقد في ما يقتضيه العقد من دفع الثمن حتى مع العلم بالوكالة ، ولم يثبت الردع عنه ، فدل ذلك على إمضائه شرعاً . وهو كما ذكر ومنه يظهر الوجه في جواز الرد على الوكيل في المسألة الأولى وإن لم يكن وكيلًا في أخذ المبيع إذا رده إليه المشتري ، فإن ذلك من الأحكام العرفية . ومثله جواز مطالبته بما دفعه إليه من الثمن وإن كان الوكيل قد أخذه ودفعه إلى الموكل ، فإن ذلك أيضاً من الأحكام العرفية التي أمضاها الشارع المقدس ، فيجب الأخذ بها . ولا فرق في ذلك بين أن يكون الثمن عيناً خارجية أو ذمية .

وما ذكره الجماعة من أنه في الأول يرجع المشتري إلى خصوص من كانت في يده غير ظاهر من العرف ، بل بناؤهم على جواز الرجوع إلى كل من الوكيل والموكل . أما الوكيل فلأنه المتولي للعقد ، فيكون متولياً لمقتضاه من دفع الثمن وإن كان في يد الموكل . وأما الموكل فلأنه الذي دخل الثمن في كيسه ، فيكون مطالباً به وإن كان بيد وكيله .

المعاملة ذلك ، خصوصاً في المضاربة (١) ، وسياً إذا علم أنه عامل يشتري للغير ولكن لم يعرف ذلك للغير (٢) أنه من هو ومن أي بلد . ولو لم يتبين للديان أن الشراء للغير يتعين له الرجوع على العامل في الظاهر ويرجع هو على المالك .

الثامنة عشرة : يكره المضاربة مع الذمي ، خصوصاً إذا كان هو للعامل . لقوله (ع) : « لا ينبغي للرجل المسلم أن يشارك الذمي ، ولا يبضعه بضاعة ، ولا يودعه وديعة ، ولا يضافه المودة » (٣) . وقوله (ع) : « إن أمير المؤمنين (ع) كره مشاركة اليهودي والنصراني والمجوسي ، إلا أن تكون تجارة حاضرة لا يغيب عنها المسلم » (٤) . ويمكن أن يستفاد

ومن ذلك تعرف الوجه فما ذكره المصنف رحمه الله من كون الدعوى مدفوعة : بأن مقتضى المعاملة ذلك ، يريد أنه مقتضى الوكالة ذلك . إذ المعاملة إنما تقتضي وجوب دفع الثمن على من دخل في كيسه المثلث ، وذلك يقتضي الرجوع الى الأصل ، لكن تقتضي الوكالة ذلك .

(١) لما فيها من التفويض إلى العامل وبعد المالك عن المعاملة .
(٢) فإنه لولا جواز الرجوع على العامل لم يقدم على المعاملة معه أحد : لما في ذلك من الخطر العظيم .

(٣) في صحيح علي بن رثاب : « قال أبو عبد الله (ع) : لا ينبغي » رواه في الكافي عن عدة من أصحابنا عن أحمد بن محمد عن ابن محبوب عن ابن رثاب ، ورواه الشيخ بإسناده عن أحمد بن محمد ، ورواه الصدوق بإسناده عن ابن محبوب ، ورواه الحميري عن الحسن بن محبوب (١٥) .
(٤) رواه في الكافي عن علي بن إبراهيم عن أبيه عن النوفلي عن

من هذا الخبر كراهة مضاربة من لا يؤمن منه في معاملاته من الاحتراز عن الحرام .

للتاسعة عشرة : للظاهر صحة المضاربة على مائة دينار مثلاً كلياً (١) فلا يشترط كون مال المضاربة عيناً شخصية ، فيجوز إيقاعها للعقد على كلي ثم تعيينه في فرد . والقول بالمنع لأن للقدر المتيقن العين الخارجي من التقدين . ضعيف (٢) . وأضعف منه احتمال المنع حتى في الكلي في المعين ، إذ يكفي في للصحة للعمومات (٣) .

متمم للعشرين : لو ضاربه على ألف مثلاً فدفعت إليه نصفه فعامل به ، ثم دفع إليه النصف الآخر ، فالظاهر جبران خسارة أحدهما بربح الآخر ، لأنه مضاربة واحدة . وأما لو ضاربه على خمسمائة فدفعتها إليه وعامل بها ، وفي أثناء للتجارة زاده ودفع خمسمائة أخرى ، فالظاهر عدم جبر خسارة

السكوفي عن أبي عبدالله عليه السلام . ورواه الشيخ بإسناده عن علي بن ابراهيم (١٠) .

(١) لا يخفى أن الكلي إذا لم يكن خارجياً ولا ذمياً لم يقبل أن يكون مملوكاً ، فضلاً عن أن يكون موضوعاً للمضاربة ، لأن المضاربة إنما تكون من المالك .

(٢) هذا غير ظاهر ، لأصالة عدم ترتب المضاربة . والعمومات الدالة على الصحة قاصرة عن اثبات عنوان المضاربة .

(٣) قد عرفت إشكاله .

احداهما بربح الأخرى ، لأنهما في قوة مضاربتين . نعم بعد المزج وللتجارة بالمجموع يكونان واحدة (١) .

(١) المزج لا يستوجب ذلك ، كالمزج بمال الغير . نعم إذا كان دفع الزائد بعنوان مضاربة واحدة فكأنه فسخ الأولى وأنشأ غيرها ، فيكون مجموع المال مال مضاربة واحدة . وإذا لم يكن الدفع بهذا العنوان فهما مضاربتان لا يشتركان في شيء من الجبر والخسران والربح والفسخ . والله سبحانه ولي التوفيق والحمد لله رب العالمين .

انتهى الكلام في شرح كتاب المضاربة في السادس عشر من شهر جمادى الثانية من السنة الخامسة والثمانين بعد الألف والثلاثمائة هجرية .

فهرست الجزء الثاني عشر

من مستمسك العروة الوثقى

٩	(الخامس) : إباحة المنفعة	كتاب الاجارة	٣
١٠	(السادس) : إمكان استيفاء المنفعة المقصودة من العين	تعريف الاجارة	
١٠	(السابع) : تمكن المستأجر من الانتفاع بالعين	فصل في أركانها	
١١	لا تصح إجارة المكروه إلا مع إجازته وتصح إجارة المضطر	٤ وهي ثلاثة (الأول) : العقد ، وبكفي فيه كل ما دل عليها ، وتقع بالمعاطاة	
١١	لا تصح إجارة المفلس لماله ، وتصح إجارته لنفسه	٥ هل يصح إنشاء مضامين العقود بالمجازات المتعارفة أو المستنكرة ؟	
١١	الكلام في إجارة السفينة لنفسه أو ماله وفي تزويج السفينة نفسها	٦ (الثاني) : المتعاقدان . ويشترط فيها الشرائط العامة	
١٣	لا تصح إجارة العبد ماله أو نفسه إلا بإذن مولاه أو إجازته	٧ (الثالث) : العوضان ، ويشترط فيها أمور (الأول) : المعاومية في الجملة	
١٣	يعتبر تعيين العين المستأجرة والمنفعة معلومية المنفعة تارة تكون بتقدير المدة وأخرى بتقدير العمل . وحكم مالوقدر المدة والعمل على وجه التطبيق مع بعض فروع العلم بالمنفعة	٨ (الثاني) : القدرة على التسليم . مع الكلام في إجارة الآبق مع الضميمة	
١٤	حكم مالو أجره كل شهر بكذا من	٩ (الثالث) : أن يكونا مملوكين للمتعاقدين ، فلا تصح من غير المالك إلا مع إجازته	
١٧		٩ (الرابع) : أن تكون العين مما يمكن الانتفاع بها مع بقائها ، فلا تصح إجارة مالا ينتفع به إلا بتافه	

- دون بيان عدد الشهور ٣٢ إذا بيعت العين المستأجرة على المستأجر
- ١٨ حكم الاباحة بالعوض لم تنفسخ الاجارة ، مع بيان الفروع
- ١٩ حكم ما لو استأجره على أنه إن خا ط الثوب فارسيا فبدرهم وإن خا طه روميا فبدرهمين
- ٢٠ الكلام فيما إذا اشترط في الاجارة وقتاً معيناً ولم يأت بالعمل في ذلك الوقت . مع تحقيق حال جميع ما يؤخذ في عقد الاجارة وغيره من القيود والشروط
- ٢٥ حكم ما لو استأجره بثمن على تقدير وبثمن آخر على تقدير آخر
- ٢٨ إذا استأجره على أن يوصله إلى مكان فأوصله إلى بعض الطريق
- فصل**
- ٢٩ الاجارة من العمود اللازمة لإلّا في المعا طة
- ٢٩ يجوز بيع العين المستأجرة ولا تنفسخ به الاجارة وللمشتري مع الجهل بها خيار الفسخ دون الارش
- ٣٠ لو فسخت الاجارة أو تبين انقضائها فهل ترجع المنفعة إلى المشتري أو البائع؟
- ٣١ حكم ما لو استثنيت المدة في البيع لتوهم بقاء الاجارة
- ٣٢ إذا بيعت العين المستأجرة على المستأجر لم تنفسخ الاجارة ، مع بيان الفروع المترتبة على ذلك
- ٣٣ لو وقع البيع والاجارة في وقت واحد صحا معاً وانتقلت العين إلى البائع مسلوقة بالمنفعة
- ٣٣ الكلام في بطلان الاجارة بموت المؤجر أو المستأجر ، مع الاشارة إلى المواضع التي لا اشكال في البطلان فيها
- ٣٥ حكم ما إذا أجر الولي الصبي أو ملكه مدة تزيد على زمان بلوغه
- ٣٦ إذا أجرت امرأة نفسها للخدمة فتزوجت لم تبطل الاجارة وإن كانت الخدمة منافية للاستمتاع
- ٣٧ إذا أجر المولى عبده ثم أعتقه صح العتق والاجارة ، وليس له الرجوع على المولى بعوض الخدمة . مع الكلام في نفقة العبد مدة الاجارة
- ٣٩ تفصيل الكلام فيما إذا كانت العين المستأجرة معيبة
- ٤٢ إذا كانت الاجارة معيبة كان للمؤجر الفسخ ، مع الكلام في الارش
- ٤٣ إذا أفلس المستأجر بالاجارة تخير

- المؤجر بين استرداد العين مع النسخ والضرب مع الغرماء
- ٤٣ الغبن في الاجارة موجب لخيار المغبون
- ٤٣ انواع الخيار التي تجري في الاجارة والتي لا تجري فيها
- فصل**
- ٤٤ عقد الاجارة موجب لتملك المتعاقدين للعوضين بمجرد وقوعه ، وليس لكل منهما المطالبة بالتسليم إلا بعد التسليم
- ٤٥ إذا تسلم المستأجر العين ومضت مدة الاجارة لزمته الاجرة وإن لم ينتفع بالعين. وكذا الحال لو بذلها المؤجر له
- ٤٧ إذا استأجره لقلع ضرره ومضت المدة التي يمكن إبقاء العمل فيها مع بذل الاجير استقرت الاجرة ، بخلاف ما إذا زال الألم ، فإن الاجارة تبطل . مع الكلام في ضمان منافع الحر
- ٤٩ إذا تلفت العين المستأجرة قبل استيفاء المنفعة بطلت الاجارة . ولو تلفت في أثناء المدة فهل تبطل الاجارة من أصلها أو من حين التلف ؟
- ٥٠ الفسخ في أثناء المدة هل يوجب انفساخ الاجارة من أصلها أو من حينه؟
- ٥٢ إذا تلف بعض العين المستأجرة تبطل الاجارة بنسبته ويجري خيار تبعض الصنفه
- ٥٢ تلف العين بعد الاجارة هل يوجب رجوع الاجرة الى المستأجر من حينه أو يكشف عن عدم خروجها عن ملكه من أول الأمر ؟
- ٥٣ إذا أجر عيناً كلية ودفع فرداً فتلف لا تبطل الاجارة ، بل يجب التبديل
- ٥٣ إذا أجر الدار فانهدمت بطلت الاجارة على تفصيل
- ٥٥ إذا امتنع المؤجر من تسليم العين كان للمستأجر إجباره ، ولو تعذر كان مخيراً بين الفسخ والابقاء مع مطالبة عوض المنفعة الفائتة
- ٥٦ حكم ما إذا منعه الظالم عن الانتفاع بالعين المستأجرة
- ٥٧ حكم ما إذا تعذر على المستأجر استيفاء المنفعة
- ٥٨ التلف السماوي موجب للبطلان ، مع الكلام في حكم إتلاف المستأجر أو المؤجر أو الاجنبي

- ٥٩ إذا آجرت الزوجة نفسها بما ينافي
حق الاستمتاع وقف على اجازة الزوج
- ٦٠ الضابط في تسليم الاجرة والمنفعة والعمل
- ٦٥ إذا انكشف بطلان الاجارة رجعت
الاجرة إلى المستأجر ، وضمن
ما استوفاه أو فاتت تحت يده من المنفعة
على كلام
- ٦٦ يجوز إجارة المشاع ولا يجوز تسليمه
إلا باذن الشريك
- ٦٧ يجوز استئجار اثنين عيناً واحدة على
الاشاعة ويقسمان منفعتها بينهما على
النراضي
- ٦٨ لا يشترط اتصال مدة الاجارة بالعقد
- فصل**
- ٦٩ العين المستأجرة أمانة في يد المستأجر
لا يضمنها إلا بالتعدي أو التفريط
- ٦٩ الكلام في صحة شرط ضمان العين
المستأجرة ، وفي مطلق شرط النتيجة
- ٧٣ لا تضمن العين لو كانت الاجارة فاسدة
- ٧٤ العين التي هي مورد العمل المستأجر
عليه أمانة في يد الاجير غير مضمونة
فلا يضمن الثوب أو استؤجر لحياطته
- ٧٥ لو تلفت العين التي هي مورد العمل
المستأجر عليه بطلت الاجارة
- ٧٦ في تحقيق القيمة المضمونة وأنها قيمة
يوم التلف أو قيمة يوم الاداء أو قيمة
يوم المخالفة ، مع تحقيق مفاد صحيحة
أبي ولاد
- ٧٨ حكم ما إذا أتلّف الاجير الثوب بعد
خياطته
- ٧٨ إذا أفسد الاجير ضمن ما أفسده
- ٧٩ يضمن الطبيب إذا أفسد وكان مباشراً
- ٨٠ إذا تبرأ الطبيب من الضمان قبل المعالجة
لم يضمن
- ٨١ إذا عثر الحمال فسقط المتاع ضمن
- ٨٢ حكم ما إذا أذن في العمل بشرط عدم
الافساد . أو باعتقاد عدمه ، وكان
موجباً للافساد
- ٨٣ اذا أفسد العبد المستأجر
- ٨٤ إذا عثر الدابة فسقط المتاع لم يضمن
صاحبها ، إلا أن يكون هو المسبب
وكذا لو سرق المتاع من السفينة أو
نقص إلا مع اشتراط الضمان
- ٨٤ إذا حمل المستأجر الدابة أزيد من
المشترط أو المتعارف فتلفت ضمن ،

في جواز تسليم متعلقه لايه . ولا يجوز
استئجاره بأقل من الأجرة التي أخذها

٩٨ يجوز التبرع عن الاجبر وتفرغ ذمته

مع عدم اشتراط مباشرته في الاجارة
ولو جاء به الغير لا بقصد التبرع

بطلت الاجارة ولم يستحق الاجرة

٩٨ أحكام الاجبر الخاص الذي يملك

منفعته للمستأجر ، وكذا من اشتراط

مباشرة للعمل في مدة معينة

١٠٥ من أجر نفسه من دون اعتبار المباشرة

أو بدون تعيين المدة جاز عمله لغير

المستأجر ، مع الكلام في أن اطلاق

الاجارة يقتضي التعجيل أولا

١٠٥ الكلام فيما إذا استأجر العين لمنفعة

معينة فاستوفى المستأجر منفعة أخرى

أو أجر نفسه لعمل فاشتغل للمستأجر

بغيره ، مع الكلام في ضمان المتافع

المتضادة

١١٢ من استؤجر لعمل فعمل غيره للمستأجر

من دون أمر المستأجر

١١٢ من أجر دابته لحمل متاع شخص

فاشتبه وحملها متاع غيره لم يستحق

أجرة عليهما

مع الكلام في الاجرة المستحقة او لم
تتلف

٨٥ إذا سار على الدابة أكثر من المشترط

٨٥ يجوز كبيع الدابة وضربها على المتعارف

مع عدم منع المالك ، ولا ضمان حينئذ

٨٦ إذا استؤجر لحفظ متاع فسرقت لم

يضمن ، إلا مع الشرط أو التقصير .

ولا يستحق الاجرة

٨٧ صاحب الحمام لا يضمن الثياب

فصل

٨٨ يجوز للمالك المنفعة أن يؤجر العين وإن

لم يملك العين ، فيجوز للمستأجر

إجارة العين ، مع الكلام في أنه هل

يجوز له تسليمها إلى المستأجر الثاني

من دون إذن المالك ؟

٩٢ الصور التي يجوز فيها للمستأجر

إجارة العين والتي لا يجوز فيها ذلك

٩٢ الموارد التي لا يجوز فيها زيادة أجرة

الاجارة الثانية على أجرة الاجارة

الاولى

٩٦ من تقبل عملا من غير اشتراط المباشرة

يجوز أن يوكله إلى غيره مع الكلام

الزوج إلا أن ينافي حقه ، ولو أجزت نفسها قبل الزوج قدم حق المستأجر مع المعارضة ١٣١ يجوز للمولى إجبار أمته على الارضاع إلا المكاتب والمبعضة ١٣١ لا فرق في المرتضع بين أن يكون معيناً أو كلياً ١٣٢ حكم استئجار الشاة للبنها والشجرة لثمرتها ١٣٤ حكم الاجارة لاتبان الواجبات العينية والكفائية ، والاجارة على الاذان ١٣٥ يجوز الاستئجار للحراسة ، مع الكلام في شرط الضمان على الحارس ١٣٦ استئجار شخصين للصلاة عن ميت واحد واستئجار شخص واحد للحج عن ميتين أو نحوه ١٣٧ الاجارة عن الحي في الصلوات الواجبة والمستحبة وغيرها من أعمال البر ١٣٩ إذا عمل للغير لا بأمره ولا بإذنه لا يستحق عليه شيئاً وإن تخيل أنه مستأجر ١٣٩ من أمر غيره بعمل فعمل ضمن له الاجارة إذا لم يقصد المأمور التبرع . ولو اختلفا في قصد التبرع قدم قول منكر

١١٢ لو أجز دابته فشدت أو غصبت قبل التسليم أو بعده ١١٣ من استأجر العين لمنفعة محلاة فاستوفى منها منفعة محرمة ١١٤ لو استأجر دابة فاشتبه وركب غيرها من دواب المؤجر ١١٤ من أجز نفسه لصوم يوم معين عن شخص ثم أجز نفسه لصومه عن شخص آخر بطلت الاجارة الثانية

فصل

١١٥ لا يجوز إجارة الارض لزرع الحنطة والشعير بما يحصل منها ١١٨ إجارة حصّة مشاعة من أرض ، أو بنحو الكلي في المعين ، أو في الذمة ١١٨ استئجار الارض لتعمل مسجداً ١٢٠ يجوز استئجار الدراهم والدنانير للزينة ونحوها ، والشجر للاستغلال ونحوه ، والبستان للتنزه ١٢٠ الاستئجار لحيازة المباحات ، مع تحقيق حال سببية الحيازة للتملك ١٢٨ استئجار المرأة للارضاع والارتضاع ١٣٠ استئجار المزدوجة لا يتوقف على إذن

منكرها . مع تعريف المدعي والمنكر
وأن المدار فيها على مصب الدعوى
أو الغرض المقصود منها

١٦١ لو اتفقا على الاذن في التصرف واختلفا
في أنه على نحو الاجارة أو العارية
١٦٦ اذا اختلفا في قدر المستأجر عليه قدم
قول مدعي الأقل

١٦٧ إذا اختلفا في رد العين المستأجرة
قدم قول المالك

١٦٧ حكم ما إذا ادعى العامل تلف متعلق
عمله ، كما لو ادعى الخياط تلف الثوب
بلا تعد ولا تفریط

١٦٨ يكره تضمين الاجير في مورد ضمانه
١٦٩ اذا تنازعا في مقدار الاجرة قدم قول
المستأجر

١٦٩ إذا تنازعا في تعيين العين المستأجرة
أو تعيين الاجرة فالمرجع التحالف ،
مع تحقيق ضابط التحالف

١٧١ إذا اختلفا في اشتراط شيء قدم قول
منكره

١٧٢ إذا اختلفا في مدة الاجارة

١٧٢ إذا اختلفا في صحة العقد قدم قول
مدعيها

١٤٣ الضابط فيما يجوز اجارته والاجارة
عليه من الاعيان والاعمال

١٤٣ حكم الاجارة على الاعمال المستحبة لا
بعنوان النيابة ، بل بعنوان إهداء
الثوب ، أو بلا عنوان أصلا

١٤٤ ما يتوقف عليه العمل كالمداد والخيط
هل يكون على الاجير أو المستأجر ؟

١٤٦ يجوز الجمع بين البيع والاجارة في
عقد واحد ، ويترتب حكم كل منهما ،
وكذا حال جمع الصلح والاجارة في
عقد واحد

١٤٧ هل يدخل الربا في الصلح ؟

١٤٩ يجوز استئجار من يقوم بكل ما يأمره
من حوائجه ، ونفقة الاجير على نفسه
إلا مع الشرط أو الانصراف

١٥٠ يكره استعمال شخص مع عدم تعيين
أجرته قبل العمل ، ويستحق أجرة
المثل ، وليس ذلك من الاجارة

١٥٢ حكم مالو استأجر أرضاً مسدة فزرع
فيها ولم يدرك الزرع في تلك المدة

فصل في التنازع

١٥٦ إذا تنازعا في أصل الاجارة قدم قول

شرط صحة الاجارة عليها
 ١٩٤ (الثالثة) : في استئجار الصبي المميز
 لبعض الامور الراجحة والنيابة في
 الصلوات ، مع الكلام في شرعية
 عباداته ، وأن صحة نيابته لا تتوقف
 عليها
 ١٩٥ (الرابعة) : حكم الاصول والبذر
 المتخلف في الارض المستأجرة إذا
 نبتت بعد إنقضاء المدة
 ١٩٧ تفصيل الكلام في حكم لإعراض المالك
 عن ملكه
 ٢٠٢ دخول الأرض غير المحجبة بغير إذن
 المالك ، ومنه المرور في الشوارع
 المستحدثة في أملاك الناس
 ٢٠٢ (الخامسة) : إذا حرّم القصاب
 الذبيحة ضمن وإن طاب منه الذبيح
 تبرعاً لا بالاجرة
 ٢٠٣ (السادسة) : إذا استؤجر للصلاة
 عن زيد فاشتبه ونوى عمراً ، فهل
 تفرغ ذمة زيد أو عمرو ؟
 ٢٠٣ (السابعة) : يجوز توكيل المستأجر
 في تجديد الاجارة ، من الكلام في أن
 شرط التوكيل هل يمنع من العزل ؟

١٧٣ إذا حمل المكاري المتاع إلى بلد فقال
 المستأجر استأجرتك على حمائه إلى
 بلد غيره
 ١٧٦ إذا خاط ثوبه قباء وادعى المستأجر
 أنه أمره بخياطته قبيصاً
 ١٨٠ إذا كان النزاع في الحمل أو الخياطة
 قبل العمل فالمرجع التحالف ، مع
 الكلام في كيفية حكم الحاكم على طبق
 اليمينين وآثاره مع العلم بمخالفة
 أحدهما للواقع
 ١٨٦ هل يجوز لصاحب الحق استنفاد حقه
 إذا حكم الحاكم بخلافه

خاتمة فيها مسائل

١٩٠ (الأولى) : خراج الارض على المالك
 لا المستأجر
 ١٩٠ الكلام في ملكية الارض الخراجية
 ١٩٠ الكلام في اشتراط كون الخراج على
 المستأجر ، وأن جهالة مقدار الخراج
 هل تضرب فيه ؟
 ١٩٣ (الثانية) : لا بأس بأخذ الاجرة على
 القراءة في مأتم سيد الشهداء ومائت
 المعصومين (ع) ، مع الكلام في

- ٢٠٤ (الثامنة) في أن المشتري بالخيار بشرط رد الثمن هل له إجازة العين في مدة الخيار أو أزيد ؟ ، وهل يمنع من الخيار التصرف المانع من رد العين ؟
- ٢٠٦ (التاسعة) : إذا استؤجر لعمل لا يقيد المباشرة فتبرع به شخص عنه استحق الاجير الاجرة ولو كان التبرع عن المستأجر لم يستحق الاجير شيئاً
- ٢٠٦ (العاشرة) : من استؤجر على عمل يقتضي قطع المسافة فقطعها ولم يأت بالعمل لم يستحق شيئاً ولو كان قطعها داخلاً في الاجارة استحق من الاجرة بالنسبة
- ٢٠٧ (الحادية عشرة) : فيما يستحقه الاجير لو كان له خيار الفسخ ففسخ قبل العمل أو بعده أو في أثناءه
- ٢١١ (الثانية عشرة) : بصح اشتراط نفقة العين المستأجرة أو الاجير على المؤجر أو المستأجر
- ٢١٢ (الثالثة عشرة) : فيما لو أجر المالك العين المستأجرة لإجازة أخرى فضولاً
- ٢١٥ الكلام في اعتبار دخول المعوض في ملك من خرج منه المعوض
- ٢١٧ (الرابعة عشرة) : لو استأجر عيناً ثم اشتراها لم تبطل الاجارة ، ولو باعها فهل يملك المشتري المنفعة بالتبعية
- ٢١٩ (الخامسة عشرة) : إذا استأجر أرضاً للزراعة فنقص الحاصل بأفة لم تبطل الاجارة ، ولو اشترط على المؤجر لإبراءه من بعض الاجرة حينئذ أو براءته بنحو شرط النتيجة فهل يصح ؟
- ٢٢١ حكم التعليق في الشروط
- ٢٢١ (السادسة عشرة) : في إجازة الارض مدة بتعميرها . مع الكلام في المراد من القبالة في النصوص
- ٢٢٣ (السابعة عشرة) : يجوز أخذ الاجرة على الطبابة وإن كانت من الواجبات الكفائية أو العينية مع بيان صور الاجارة عليها ، وأنه هل يجوز المقاطعة بشرط البرء مع كونه غير اختياري ؟
- ٢٢٧ (الثامنة عشرة) : هل يجب على من استؤجر لحتم القرآن أن يقرأه مرتباً ؟
- ٢٢٩ (التاسعة عشرة) : لا يجوز في الاستئجار للحج البلدي تعدد النائب بتبعض الطريق على النواب

معلوماً ، ولا تكفي مشاهدته
 ٢٤٨ (الرابع) : أن يكون رأس المال
 معيناً لا مردداً . ولا بأس بإشاعته
 ٢٤٨ (الخامس) : أن يكون الربح بنهما
 مشاعاً بينهما
 ٢٤٩ (السادس) : تعيين حصة كل منهما
 ولو من جهة الانصراف
 ٢٥٠ (السابع) : اختصاص المالك والعامل
 بالربح ، فلا يصح اشتراط شيء
 للاجنبي ، إلا مع اشتراط عمل متعلق
 بالتجارة عليه ، أو يكون غلاماً لأحدهما
 ٢٥١ (الثامن) : أن يكون رأس المال بيد
 العامل على كلام في ذلك
 ٢٥٢ (التاسع) : أن يكون الاسترباح
 بالتجارة ، لا بغيرها من أنواع التكسب
 كالزراعة
 ٢٥٣ (العاشر) : أن لا يكون رأس المال
 بمقدار يعجز العامل عن الانجسار به
 مع اشتراط المباشرة عليه ، ولو كان
 كذلك بطل العقد ، مع الكلام في ضمان
 العامل حينئذ لتمام رأس المال أو
 لخصوص مقدار الزيادة
 ٢٥٨ المضاربة على مال الوديعة أو الموصوب

٢٣١ (العشرون) حكم الاخلال السهوي
 في الصلاة الاستنجارية إذا لم يكن
 مبطلاً لها

كتاب المضاربة

٢٣٤ اشتقاق لفظ المضاربة والقراض لغة
 ٢٣٤ تحقيق مفاد هيئة المفاعلة
 ٢٣٧ تعريف المضاربة بحسب الاصطلاح
 ٢٣٧ اشتراط كون تمام الربح للعامل هل
 يوجب كون المعاملة قرضاً ؟
 ٢٣٧ الكلام فيما لو اشترط كون تمام الربح
 للمالك أو لم يشترط شيئاً
 ٢٤٠ المضاربة من العقود فتتوقف على
 الإيجاب والقبول
 ٢٤١ لا يعتبر في عقد الماظة ، بل يكفي
 الفعل بنحو المعاوضة
 ٢٤١ يعتبر في المتعاقدين الشروط العامة
 ٢٤١ يشترط في المضاربة أمور (الأول) :
 أن يكون رأس المال عيناً ، فلا تصح
 بالمنفعة ، ولا بالدين ولو كان على العامل
 ٢٤٤ (الثاني) : أن يكون رأس المال
 دراهم أو دنانير مسكوكة يتعامل بها
 ٢٤٦ (الثالث) : أن يكون رأس المال

- الموجود عند العامل أو غيره ، مع
الكلام في ارتفاع ضمان العامل لو كان
غاصباً بتحقيق عقد المضاربة ، وفي
ارتفاع ضمان اليد بأذن المالك بإبقاء
المال في يد الضامن
- ٢٦١ المضاربة عقد جائز من الطرفين ،
لا تازم باشتراك الأجل . مع الكلام
في حكم اشتراط عدم الفسخ
- ٢٦٤ الكلام في لزوم الشرط في ضمن
العقد الجائز
- ٢٧١ إذا اشترط في مضاربة عدم فسخ
مضاربة أخرى
- ٢٧٢ هل يصح العقد إذا كان المقصود منه
الاسترباح بالاستئمان لا بالتجارة ؟
وهل يقع مضاربة ؟
- ٢٧٥ إذا اشترط المالك على العامل كون
الحسارة بينهما ، أو ضمان رأس المال
- ٢٧٥ يجب على العامل العمل بشرط المالك
والقيام بما يأمر به ، وحكم الضمان مع
المخالفة ، مع تفصيل الكلام في شروط
المالك ، وتحقيق أقسامها وأحكامها
من حيث الضمان والربح وغيرهما .
مع التعرض لحديث : « الخراج
- بالضمان » .
- ٢٨٣ لا يجوز للعامل خلط رأس المال بغيره
إلا مع إذن المالك
- ٢٨٤ مع إطلاق العقد يجوز للعامل التصرف
بما يرى فيه مصلحة . مع الكلام في
حكم السفر حينئذ
- ٢٨٥ الكلام في البيع نسبية مع إطلاق العقد
مع الكلام في رجوع المالك على العامل
والمشتري لو فرض بطلان البيع
- ٢٨٨ لا يجوز للعامل الشراء بأكثر من ثمن
المثل ولا البيع بأقل منه إلا مع المصلحة
- ٢٨٩ يجوز البيع بالعروض ولا يجب بالنقد
- ٢٨٩ لا يجوز شراء المعيب إلا مع المصلحة
- ٢٨٩ الكلام في الشراء بالذمة من حيث
جوازه وآثاره وأقسامه
- ٢٩٥ وظيفة العامل ، وما يصح له بذل المال
بأثرائه ، وحكم أخذه الأجرة إذا قام
بما يزيد على وظيفته
- ٢٩٦ نفقة السفر من رأس المال
- ٢٩٧ تحديد النفقة التي تكون على رأس المال
- ٢٩٨ المراد من السفر العرفي لا الشرعي
- ٢٩٩ استحقاق النفقة مختص بالسفر
المأذون فيه

- ٣٠٠ لو تعدد أرباب المال فهل توزع النفقة على نسبة المالكين أو على نسبة العملين؟
- ٣٠٠ لا يشترط في استحقاق النفقة ظهور الربح
- ٣٠١ الكلام في استحقاق العامل النفقة أو مرض في السفر ، سواء كانت نفقة للاستشفاء أم لغيره . مع الكلام في أن نفقة الاستشفاء من النفقة الواجبة أولاً
- ٣٠٥ لو انفسخ عقد المضاربة في أثناء السفر فهل يستحق العامل نفقة الرجوع؟
- ٣٠٥ حكم ما لو اشترط المالك أو العامل الاختصاص بالربح
- ٣٠٩ لو ادعى أحدهما أن العقد واقع مضاربة فاسدة وادعى الآخر أنه قرض أو بضاعة
- ٣١١ إذا قال المالك : خذ هذا المال قراضاً والربح بيننا ، أو : ونصف الربح لك ، أو : ونصف الربح لي
- ٣١٢ لو قال المالك : خذ هذا المال ولك نصف ربحه ، أو ربح نصفه
- ٣١٣ تفصيل صور اتحاد المالك وتعدد العامل ، والعكس
- ٣١٤ حكم اختلاف الشريكين في الحصة مع اتحاد العامل لهما
- ٣١٨ تبطل المضاربة بموت العامل أو المالك مع الكلام في صحة إجازة وراث المالك للعقد بنحو يقتضي بقاءه بعد موته
- ٣٢١ حكم تركيل العامل فيما عليه فعله
- ٣٢٢ الكلام في صور الاذن للعامل في مضاربة غيره
- ٣٢٥ إذا ضارب العامل غيره بدون إذن المالك
- ٣٢٩ يجوز لكل من العامل والمالك اشتراط أمر خارج عن مقتضى المضاربة على الآخر من مال أو عمل
- ٣٣٥ يملك العامل حصته من الربح بمجرد ظهوره ، مع التعرض إلى بقية الأقوال في المسألة
- ٣٣٩ الربح وقاية لرأس المال فيجبر به الحسran اللاحق مع الكلام فيما يكون موجياً لاستقرار ملكية العامل للحصة
- ٣٤٢ لو طلب أحدهما قسمة الربح بمجرد ظهوره مع عدم انتهاء المضاربة فهل تجب على الآخر إجابته ؟ ولو فرض

- أخذ العامل حصته من الربح ثم تجدد
الخسران وجب عليه رده على المالك
مع التعرض للكلام الشهيد في المقام
٣٤٦ إذا باع العامل حصته من الربح ثم
تجدد الخسران وجب عليه ضمان
الحصة ولم يبطل البيع
٣٤٦ الكلام في جبران تلف رأس المال
بالربح
٣٤٩ العامل أمين فلا يضمن إلا بالخيانة
أو التفريط أو التعدي ، مع الكلام
في الفرق بين هذه الأمور الثلاثة وفي
فروعها
٣٥٢ لا يجوز للمالك أن يشترى لنفسه من
مال المضاربة ويجوز للعامل في غير
حصته من الربح مع الكلام فيما لو
حصل الربح بنفس الشراء ، وفي
تحقيق مفاد المعاوضة
٣٥٥ يجوز للعامل الأخذ بالشفعة من المالك
بعد ظهور حصته ، ولا يجوز العكس
٣٥٦ لا يجوز للعامل أن يطاء الأمة المشتراة
بمال المضاربة إلا بإذن المالك ، مع
الكلام في حكم الاذن السابقة على
الشراء . ويجوز للمالك وطء الأمة
- المشتراة قبل ظهور الربح وإن لم يأذن
العامل ، وبعد ظهور الربح إذا أذن
٣٥٩ حكم شراء زوج المالكة بمال المضاربة
أو شراء زوجة المالك به
٣٦٢ الكلام في شراء من ينعق على المالك
بمال المضاربة
٣٦٩ الكلام في شراء من ينعق على العامل
بمال المضاربة
٣٧٣ الكلام في أحكام فسخ عقد المضاربة
أو انفساخه في ضمن مسائل (الأولى)
إذا حصل قبل الشروع في العمل ،
أو بعد تمام الأعمال مع الانقضاء
٣٧٥ (الثانية) : إذا حصل الفسخ من
العامل في أثناء العمل قبل حصول
الربح فلا أجر له . وكذا إذا كان
الفسخ من المالك أو حصل الانقضاء
القهري
٣٧٧ (الثالثة) : فيما لو كان الفسخ من
العامل بعد السفر المأذون فيه وصرف
جملة من رأس المال
٣٧٧ (الرابعة) : فيما لو حصل الفسخ أو
الانقضاء قبل حصول الربح وبالمال
عروض

٣٩٥ إذا ادعى المالك على العامل الخيانة أو التفريط أو أنه اشترط عليه ما لم يفعله أو ادعى العامل اذن المالك فيما لا يجوز له فعله إلا بالاذن

٣٩٦ لو ادعى العامل قبل الفسخ أو بعده تلف المال أو حصول الخسران ، أو عدم حصول الربح ، أو أقر بالربح وادعى حصول الخسران أو التلف بعد حصوله أو أقر بالربح ثم ادعى الخطأ في إقراره

٤٠٠ إذا اختلف المالك والعامل في مقدار حصة العامل

٤٠٢ إذا ادعى المالك المضاربة فانكرها العامل فاقام المالك البيينة فادعى العامل التلف

٤٠٥ إذا اختلفا في صحة المضاربة قدم قول مدعي الصحة

٤٠٥ إذا ادعى أحدهما الفسخ في الاثناء وانكر الآخر قدم قول مدعي الصحة

٤٠٥ إذا ادعى العامل أنه رد مال المضاربة على المالك وأنكر المالك

٤٠٥ إذا ادعى العامل كون الشراء لنفسه أو للمضاربة فانكر المالك

٣٧٩ (الخامسة) : لو حصل الفسخ أو الانفساخ بعد حصول الربح وبالمال عروض

٣٨٠ (السادسة) : هل يجب على العامل جباية الديون التي على الناس بعد الفسخ أو الانفساخ ؟

٣٨١ (السابعة) : إذا مات العامل أو المالك قام الوارث مقامهما فيما من الاحكام

٣٨٢ (الثامنة) : لا يجب على العامل إلا التخلية بين المال والمالك بعد الفسخ ولا يجب عليه إيصاله اليه ، مع الكلام فيما يتحقق به الاداء

٣٨٤ الكلام في جبران الخسارة الحاصلة من الاتجار ببعض المال بالربح الحاصل من الاتجار ببعضه الآخر وكذا الكلام فيما لو استرجع المالك بعض المال وحصل الربح من الاتجار بالباقي

٣٩٠ أحكام المضاربة الفاسدة

٣٩٤ إذا ادعى شخص على آخر أنه دفع له مالا مضاربة فانكر ذلك الشخص

٣٩٤ إذا تنازع المالك والعامل في مقدار رأس المال

- ٤٠٧ إذا ادعى المالك أنه دفع المال مضاربة
وادعى العامل أنه أعطاه قرضاً
- ٤١٠ إذا حصل تلف أو خسران فادعى
المالك القرض وادعى القابض المضاربة
مع تفصيل الكلام فيما يفصل الحاكم
به الدعاوى مما يكون مخالفاً لكلام
الدعويين
- ٤١٣ لو ادعى المالك الإيضاع والعامل
المضاربة، مع الكلام في وجدها مستحقاق
العامل لأجرة عمله وقدرها
- ٤١٦ إذا اختلفا في مقدار الربيع الحاصل
مع العلم بمقدار حصة العامل ومقدار
رأس المال ، أو للاختلاف فيهما
- ٤١٧ مسائل (الأولى) : فيما إذا مات
وعنده مال المضاربة مع تميزه ، أو
اختلاطه بماله ، أو احتمال تلفه بوجه
مضمون أو غير مضمون
- ٤٢٠ الكلام في كون خروج الأمانات عن
عموم على اليد للتخصيص أو التخصيص
- ٤٢٣ الكلام في الاستدلال في المقام على
الضمان بمبادل على وجوب رد الأمانات
- ٤٢٨ (الثانية) : في حكم التعليق في عقد
المضاربة
- ٤٣١ أدلة اعتبار التنجيز في العقد والابقاع
- ٤٣٤ الكلام في صحة التصرف على تقدير
بطلان العقود الأذنية
- ٤٣٥ (الثالثة) : في حكم فلس العامل
- ٤٣٥ (الرابعة) : تبطل المضاربة بما يبطل
العقود الجائزة ، مع الكلام في بطلانها
بالجنون الإذاري والاعفاء القصير
- ٤٣٧ (الخامسة) : فيما إذا ضارب المالك
في مرض الموت
- ٤٣٨ (السادسة) : فيما لو تبين كون رأس
المال لغير المضارب . وحكم رجوع
المالك على المضارب والعامل ،
ورجوع المضارب على العامل ، أو
العكس
- ٤٤٢ (السابعة) : حكم اشتراط المضاربة
في عقد لازم . وصور ذلك ، مع
الكلام في حكم شرط النتيجة
- ٤٤٥ (الثامنة) : في ابقاع المضاربة بعنوان
الجماعة
- ٤٤٦ (التاسعة) : يجوز للاب والجد الاتجار
بمال الصغير
- ٤٤٦ (العاشرة) : في وصية الأب والجد
بالمضاربة بمال الصغير ، وصورها .

البعض بربح الآخر	مع الكلام في حكم الوصية بحصة
٤٥٧ (السابعة عشرة) : لو اشترى العامل	الكبار من الورثة
نسبة فتلف رأس المال فهل يرجع	٤٥٤ (الحادية عشرة) : لا يضمن العامل
الدائن عليه أو على المالك أو عليهما؟	مال المضاربة إذا تلف بعد بطلانها
مع تحقيق الكلام في مسؤولية الوكيل	أو فسخها
بشؤون المعاملة	٤٥٤ (الثانية عشرة) : إذا كان رأس
٤٥٠ (الثامنة عشرة) : يكره المضاربة	المال مشتركاً بين اثنين ففسخ أحدهما
مع الذمي	هل تنفسخ في حصة الآخر؟
٤٦١ (التاسعة عشرة) : في حكم المضاربة	٤٥٥ (الثالثة عشرة) : إذا ترك العامل
على الكلي في الذمة أو في المعين	الاتجار بالمال وعطله فتلف ضمنه
٤٦١ (العشرون) : لو دفع إليه نصف	٤٥٥ (الرابعة عشرة) : في حكم اشتراط
مال المضاربة فاتجر به ، ثم دفع إليه	العامل عدم جبران الربح للمضاربة
نصفه الثاني ، فهل تنجر خسارة	٤٥٦ (الخامسة عشرة) : في مخالفة العامل
أحدهما بربح الآخر؟ وكذا الكلام	للمالك جهلاً أو نسياناً أو اشتباهاً
فيما إذا زاده على مال المضاربة بعد	٤٥٦ (السادسة عشرة) : في حكم تعدد
الاتجار به	العامل من حيث جبران خسارة

