PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY

This book is due on the latest date stamped below. Please return or renew by this date.

Khu'i

منشورات
مدرسة دار العلم
(١١)

مباني العروة الوثقى

تقرير البحث آية الله العظمى
السيد ابو القاسم الخوئي
دام ظله العالي

كتاب المضاربة

الجزء الثالث

محمد تقي الخوئي

2276
.15
.7567
1987
jv2' 3

هوية الكتاب

الكتاب : مباني العروة الوثقى (كتاب المضاربة)
تقريراً لبحث آية الله العظمى السيد ابوالقاسم الخوئي
دام ظله

المؤلف : محمد تقي الخوئي

عدد الطبع : الطبعة الاولى

عام الطبع : ١٤٠٨ هـ ـ ق

عدد المطبوع : ٣٥٠٠

الناشر : لطفي

المطبعة : العلمية ـ قم

PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY DUPL
32101 016495812

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على

سيدنا ونبينا محمد وآله الطيبين الطاهرين

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف
أنبيائه ورسله محمد وعترته الطيبين الطاهرين واللعنة
الدائمة على أعدائهم أجمعين إلى يوم الدين
وبعد فقد لاحظت هذا الكتاب كتاب المضاربة
في مباني العروة الذي كتبه ولدي وقرة عيني العزيز
الحاج السيد محمد تقي حفظه الله وأصلح باله وزاد في
هدايته تقريراً لإيحائي الفقهية فوجدته كأجزائه
السابقة حسن التعبير خالياً عن الإيجاز المخل
والإطناب الممل كافياً ووافياً بما هو المراد
والمقصود وإني أسأل الله جل شأنه أن
يبلغ به مبتغاه ويجعله علماً من أعلام
الدين وركناً من أركان المسلمين فإنه
ولي التوفيق أبو القاسم الموسوي الخوئي
١٥ شوال المكرم
١٤٠٦

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على محمد وآله الطيبين الطاهرين واللعنة الدائمة على اعدائهم اجمعين الى قيام الدين .

وبعد : فمن دواعي سروري واعتزازي أن ألتقي بالقارىء الكريم مرة اخرى في محاولة اخرى لشرح جانب آخر من الجوانب المهمة للفقه الأسلامي الشامل .

وإذا كانت الدراسة الأولى -- كتاب النكاح -- ذات اهمية كبيرة بالنظر لاشتمالها على نظام تكوّن المجتمع وتنظيم نسب افراده وانتمائاتهم ، فالدراسة الثانية -- الكتاب الذي بين يديك -- لاتقل اهمية عنها لانها المكمّل الأساسي في نظام المجتمع السعيد .

فان كلاً من نظام إرتباط الافراد بعضهم ببعض والنظام الاقتصادي يعتبر مقوماً اساسياً للمجتمع في حياته وكيانه بعد نظام العبادات الذي يقوم بربط العبد بمولاه ويكون الطريق المفتوح بين المخلوق وخالقه فان المجتمع إذا كان لايستقيم الا بنظام يتحكم في انتساب الافراد وشخصيتهم ، فهو لايستقيم أيضاً الابقواعد تتحكم في معاملاتهم وادارة شؤن اموالهم .

وعلى اى حال فالكتاب الذي بين يديك دراسة اقتصادية فقهية مهمة تشتمل على كتاب المضاربة الذي يعتبر احد الاركان الأساسية لنظام الاقتصاد الاسلامي وما يعرف بالمصطلح الحديث بنظام المصرف اللاربوي .

وهي تقرير للمحاضرات التي القاها سماحة آية الله العظمى الامام السيد الوالد — دام ظله — وقد حظي هذا الجزء — كسابقيه — بفائق لطفه وعنايته — حفظه الله — حيث اولاه اهتماماً خاصاً فطالعه بتمامه .

حفظ الله سيدنا — دام ظله — مناراً للاسلام والمسلمين واسئله التوفيق لنشر ما بقى من المحاضرات التي كان لي شرف حضورها وتدوينها والله ولي التوفيق .

النجف الاشرف ٢٠ / ذ ق / ١٤٠٦ هـ محمد تقي الخوئي

كتاب المضاربة

بسم الله الرحمن الرحيم

(كتاب المضاربة)

وتسمى قراضاً عند أهل الحجاز . والأول من الضرب ، لضرب العامل في الأرض لتحصيل الربح ، والمفاعلة باعتبار كون المالك مسبباً له وللعامل مباشراً (١)

---

(١) ما أفاده (قده) إنما هو لتوجيه صدق المفاعلة في المضاربة ، حيث أن باب المفاعلة يقتضي صدور الفعل من اثنين وهو غير متحقق في المقام ، فان القرض إنما يكون من المالك خاصة والضرب من العامل فقط .

غير إننا ذكرنا في مباحث المكاسب ان هيئة المفاعلة وان اشتهر وضعها للدلالة على صدور المادة من اثنين ، إلا انه لا اساس له فانها لا تدل إلا على قيام الفاعل وتصديه نحو تحقيق المادة في الخارج سواء اتحقق ذلك أم لم يتحقق ؟ فيقال : خادعته فلم ينخدع . والشواهد على ذلك كثيرة حيث تستعمل هذه الهيئة ولا يراد منها سوى تصدي الفاعل - ولوحده - للفعل فيقال : سايرته ودافعته - ولو كان الطرف الآخر واقفاً لا يتحرك - وطالعت وناولته إلى غير ذلك .

نعم قد تقتضي المادة في بعض الموارد القيام في اثنين كالمساواة

والثاني من القرض بمعنى : القطع لقطع المالك حصة من ماله ودفعه إلى العامل ليتجر به . وعليه العامل مقارض بالبناء للمفعول وعلى الأول مضارب بالبناء للفاعل . وكيف كان : عبارة عن دفع (١) الانسان مالاً إلى غيره ليتجر به على أن يكون الربح بينهما ، لا أن يكون تمام الربح للمالك ، ولا ان يكون تمامه للعامل ، وتوضيح ذلك : أن من دفع مالاً إلى غيره للتجارة (تارة) : على أن يكون الربح بينهما ، وهي مضاربة . (وتارة) : على أن يكون تمامه للعامل ،

والمقابلة والمحاذاة والمشاركة وغيرها حيث انها لا تتحقق إلا بطرفين غير ان ذلك أجنبي عن الهيئة وانما هو من خصوصيات المادة .

والذي يدلنا على ما ندعيه قوله تعالى : « يخادعون الله والذين آمنوا وما يخدعون إلا أنفسهم وما يشعرون » (١) فانها تدلنا على عدم اتحاد مفهوم خادع مع مفهوم خدع حيث ان الثاني ظاهر في تحقق المادة في الخارج في حين ان الأول لا يدل إلا على تصدي الفاعل وارادته لذلك من غير اعتبار لتحققه في الخارج .

وعلى هذا الأساس فلا حاجة لتحمل عناء ما ذكر من التأويلات لتصحيح صدق المفاعلة على المضاربة ؛ فانها صادقة عليها حقيقة ومن غير حاجة إلى التأويل نظراً لقيام المالك مقام الضرب وتصديه للقرض .

(١) بل هو عقد بين المالك والعامل .

---

(١) سورة البقرة آية ٩ .

وهـذا داخـل في عنوان القرض إن كان بقصـده (١) (وتارة) : على أن يكون تمامه للمالك ويسمى عندهم باسم البضاعة (وتارة): لا يشترطان شيئاً وعلى هذا أيضاً يكون تمام الربح للمالك(٢) فهو داخل في عنوان البضاعـة وعليها يستحق العامل أجرة المثل لعمله (٣) إلا أن يشترطا عدمه ، أو يكون العامل قاصداً للتبرع ، ومع عدم الشرط وعـدم قصد التبرع أيضاً له أن يطلب الأجرة ، الا أن يكون الظاهر منهما في مثله عدم أخذ الأجرة والا فعمـل المسلم محترم ما لم يقصد التبرع .

---

(١) والا فيبقى المال في ملك المالك ومقتضى قانون تبعية الربح لرأس المال كونه بأكمله للمالك .

وبعبارة أخرى : ان القرض يتوقف على القصد ، فإن قصدا ذلك كان المال ملكاً للعامل وحينئذٍ فتكون الأرباح - وبمقتضى القاعدة - ملكاً له أيضاً ، والا - بان قصد المالك ابقاء المال على ملكه - كانت المعاملة من المضاربة الفاسدة ، فتجري عليها أحكامها ، وذلك لأن كون تمام الربح للعامل غير ممضى شرعاً لعدم الدليل عليه ، ومقتضى القاعدة تبعية الربح للمال .

(٢) بموجب القاعدة ، حيث أن كون بعضه أو كله للعامل يحتاج إلى جعل من المالك وأمضاء من الشارع ، وهما معاً مفقودان .

(٣) ما أفاده (قده) بالنسبة إلى القسم الثالث - البضاعة -

ينافي ما التزم به في المسألة الرابعة عشرة من كتاب المساقاة حيث صرح بعدم استحقاق العامل للأجرة فيما إذا اشترط المالك إنفراده بالثمر، لكونه حينئذٍ متبرعاً . فان المسئلتين من وادٍ واحد .

والظاهر ان ما ذكره (قده) في باب المساقاة هو الصحيح ، فان لهذا الكلام - اعني طلب العمل على أن لا يكون له من الربح شيء - ظهوراً عرفياً في التبرع والعمل المجاني ، وعليه فلا يكون له بأزاء عمله شيء لا من الربح - للتصريح بعدمه - ولا أجرة المثل - للتبرع بالعمل - .

وأما ما أفاده بالنسبة إلى القسم الأخير فهو تام ومتين وذلك لأن أمر الغير بعمل له قيمة ومالية لدى العرف ، تارة يكون ظاهراً في المجانية فحينئذٍ لا أجرة للعامل نظراً لكون الأمر متعلقاً بحصة معينة هي العمل المجاني ، فكأن العامل قد فعل هذا الفعل من غير أمر .

وأخرى لا يكون له ظهور في المجانية وفي هذا الفرض ان قصد العامل التبرع والمجانية ، فلا يستحق الأجرة عليه أيضاً ، لأنه متبرع به وبذلك فقد فوت على نفسه ما كان يستحقه من الأجرة وان أتى به بقصد الأجرة - كما هو الغالب في أكثر المعاملات الخارجية ، فيؤمر الحمال بحمل المتاع من غير تحديد للأجرة - فحينئذٍ وبطبيعة الحال وبمقتضى السيرة العقلائية القطعية يستحق العامل عليه الأجرة فيكون الآمر ضامناً لها .

بل وكذا الحال فيما لو كان لمتعلق الأمر مالية كأمر الخباز بأعطاء الخبز للفقير ، فانه لو لم يكن للأمر ظهور في المجانية وقصد الدافع أخذ الثمن ، كان الآمر مطالباً به .

وعلى هذا ففيما نحن فيه : إذا فرض انه لم يكن أمر المالك

ويشترط في المضاربة الايجاب والقبول (١) ويكفي فيهما كل دالٍ قولاً أو فعلاً (٢) والايجاب القولي كأن يقول، ضاربتك على كذا، وما يفيد هذا المعنى، فيقول : قبلت.

ويشترط فيها أيضاً ـ بعد البلوغ والعقل والأختيار (٣) وعدم الحجر لفلس (٤) أو جنون (٥) ـ أمور : ـ

للعامل بالتجارة ظاهراً في المجانية ـ كما هو الغالب في أكثر الأوامر المتعلقة بالاعمال ـ فللعامل المطالبة بأجرة مثل عمله فيما لم يقصد التبرع سواء أتحقق الربح أم لم يتحقق، على ما تقتضيه القاعدة.

(١) ليتحقق بهما مفهوم العقد والمعاملة، كما هو الحال في سائر العقود.

(٢) لما عرفت غير مرة من انه مقتضى القاعدة في العقود حيث لا يعتبر فيها الا الاعتبار النفساني وابرازه بمبرز في الخارج وهو متحقق في المقام.

نعم لابد من رفع اليد عن القاعدة فيما دل الدليل على اعتبار لفظ خاص فيه ـ كالطلاق ـ أو مطلق اللفظ ـ كالنكاح ـ.

(٣) بلا خلاف فيها، فانها من الشرائط العامة المعتبرة في كل عقد.

(٤) مقتضى اطلاق العبارة ان المفلس لا تصح منه المضاربة سواء أكان مالكاً أم عاملاً، الا أن الاطلاق غير مراد جزماً فانه لامحذور في كونه عاملاً وسيجيء منه (قده) التصريح بصحتها حينئذ

(٥) لايبعد ان يكون مراده (قده) منه السفه لأن حمله على

الأول : أن يكون رأس المـال عيناً (١) فلا تصح بالمنفعة ولا بالدين ، فلو كان له دين على أحد لم يجز أن يجعله مضاربة إلا بعد قبضه . ولو أذن للعامل في قبضه، ما لم يجدد العقد بعد القبض ، نعم لو وكله على القبض والايجاب من طرف المالك والقبول منه ، بأن يكون موجباً قابلاً ، صح .

معناه الحقيقي أي ما يقابل العقل يوجب كونه مستدركاً لأنه (قده) قد اعتبر فيها العقل صريحاً .

ثم بناءاً على الأول ؛ مقتضى اطلاق كلامه (قده) اعتبار عدمه في كلا طرفي المضاربة وقد صرح بذلك بعضهم غير ان أكثر الفقهاء لم يتعرضوا لذلك في كتاب المضاربة وإنما اقتصروا على ما ذكروه في باب الحجر من ان السفيه محجور عليه في ماله .

وكيف كان : فاعتباره بالنسبة إلى المالك مما لا خلاف فيه فانه ليس للسفيه ان يعقد المضاربة مع العامل لكونه محجوراً عن التصرف في أمواله وأما اعتباره بالنسبة إلى العامل فلا وجه له إذ لا يعتبر قبول ذلك منه تصرفاً في أمواله - كما هو واضح - بل ولا عمـله الذي هو بحكم المال ، وذلك لأن العامل لايملك المالك عمله ، وإنما المضاربة عقد شبيه بالوكالة - كما عن المحقق (قده) - أو الجعالة .

وعليه فلا وجه لاعتبار عدم السفه فيه فانه غير ممنوع منهما بل ذكر غير واحد منهم أن له أخذ عوض الخلع لكونه من تحصيل المال لا التصرف في أمواله .

(١) اعتبره غير واحد من الفقهاء ، نظراً لأختصاص أدلتها الخاصة

بالعين فلا يمكن الحكم بالصحة في المنفعة والدين لعدم الدليل عليها .

وخالف فيه بعض فالتزم بالصحة تمسكاً بالأدلة العامة وعمومات التجارة بدعوى ان مقتضاها نفي اشتراط ما يحتمل اعتباره في العقد .

وقد أشكل عليه في بعض الكلمات بانه لا مجال للتمسك بهذه العمومات في نفي اعتبار ما يحتمل اعتباره بالنسبة إلى العقد .

والذي ينبغي أن يقال : أن العقد الواقع في الخارج قد يكون من قبيل البيع والأجارة ونحوهما مما يكون التمليك من كل من الطرفين للآخر تمليكاً لما يملكه ، وفيه لا مانع من التمسك بعمومات التجارة وقد تمسكنا بها لأثبات صحة المعاملة المعاطاتية .

وقد لا يكون كذلك بان لا يكون فيه تمليك من أحد الطرفين ماله للآخر ، كالمضاربة والمزارعة والمساقاة حيث لا يملك المالك العامل الا حصة من الربح وهي غير متحققة بالفعل لأنه لا يملك الا أصل ماله ، فكيف يصح تمليكها لغيره ؟ وفيه فالقاعدة تقتضي البطلان ولا عموم يقتضي صحته ؛ وعليه فيكون تمام الربح للمالك نظراً لتبعية المنافع للأصل وكون بعضه للعامل رأساً وابتداءاً على خلاف القاعدة في العقود إذ مقتضاها كون العوض لمن له المعوض فمن يبذل المثمن له الثمن والعكس بالعكس فلا وجه لكون بعضه للعامل .

وانتقاله آناً ما إلى ملك المالك ومن ثم إلى العامل وان كان معقولاً إلا انه على خلاف قانون المضاربة والمزارعة والمساقاة .

على انه من تمليك ما لا يملك فعلاً إذ ليس له الآن السلطنة عليه ولذا لم يستشكل أحد في بطلان العقد إذا لم تكن حصة العامل من ربح ما يتجر به ، بان يقول له المالك : اتجر بهذا المال ولك الربح من

أرباح تجارتي الخاصة أو من ثمر بستاني في العام القادم .

والحاصل : ان الصحة في هذه الموارد التي ليس فيها شيء مملوك للمملك بالفعل يملكه لغيره ، تحتاج إلى دليل خاص ، فان كان فهو والا فالقاعدة تقتضي البطلان نظير ما تقدم في أجارة الأرض بحاصلها أو بيع ما سيرثه من مورثه ، فانها غير مشمولة لأدلة التجارة عن تراض وصحتها على خلاف القاعدة ، فلابد لاثباتها من دليل خاص والا فهي محكومة بالفساد .

على أن المضاربة تزيد على غيرها في الاشكال بانهـا لاتنحصر - غالبـاً - بالتجارة مرة واحدة ، بل تكون من التجارة المستمرة والمتعددة ، وعلى هذا فلو فرض أن رأس المـال ماءة دينار وكان للعامل نصف الربح ، فاتجر العامل به واشترى سلعة بماءة دينار ثم باعها بمائتي دينار ، كان مقتضى العقد اختصاص المالك بماءة وخمسين ديناراً واختصاص العامل بخمسين ديناراً فقط ، فلو اشترى بعد ذلك شيئاً بمائتي دينار ثم باعه بأربعماءة دينار ؛ فمقتضى العقد ان يكون للعامل ماءة وخمسون ديناراً وللمالك مأتان وخمسون دينـاراً ، وهو مخالف للقاعدة من حيث أن المائتين ديناراً الحاصلة من التجارة الثانية إنما هي ربح لمجموع خمسين ديناراً - حصة العامل - وماءة وخمسين ديناراً - حصة المالك - ومقتضى القاعدة ان يكون ربع هذا المبلغ له والثلاثة أرباع الباقية بينه وبين المالك وهذا يعني ان يكون للعامل من مجموع الأربعماءة ، ماءة وخمسة وسبعون ديناراً وللمالك منه مائتان وخمسة وعشرون ديناراً فقط ، والحال انه لا يأخذ الا ماءة وخمسين ديناراً ؛ ولازمه ان يكون ربح العامل أيضاً مناصفة بينه وبين المالك وهو على خلاف القاعدة حيث ان المالك لم يعمل فيه شيئاً بل ذلك

المال حصة العامل بتمامه والعمل فيه من العامل فلا وجه لأن يكون للمالك نصف ربحه .

ومن هنا فلو كنا نحن والقاعدة ولم يكن هناك دليل على الصحة لالتزمنا بفساد عقد المضاربة بقول مطلق ؛ وانما قلنا بالصحة فيها النصوص الخاصة وعليه فلابد في تحديد ما يعتبر في الحكم بالصحة من اتباع دلالتها فبمقدار تلك الدلالة يحكم بالصحة ، والباقي بما في ذلك المشكوك يبقى على أصل الفساد .

وعليه فنقول : أما بالنسبة إلى الدين فيكفي في الحكم بفساد المضاربة به معتبرة السكوني عن أبي عبد الله (ع) قال : (قال أمير المؤمنين (عليه السلام) في رجل له على رجل مال فيتقاضاه ولا يكون عنده فيقول : هو عندك مضاربة ، قال : لا يصلح حتى تقبضه منه)(١)

على أن المذكور في أدلة المضاربة عنوان « اعطاء المال » وهو ظاهر في دفع العين فلا تشمل الأدلة الدين ويكفينا في ذلك الشك حيث عرفت ان مقتضى الأصل البطلان .

وأما بالنسبة إلى المنفعة فالمعروف والمشهور بينهم هو عدم الجواز لكن يمكن أن يقال : ان التعبير في أدلة المضاربة بالمال لا سيما ما ورد في الوصية بالمضاربة بمال أولاده ، شامل للمنفعة أيضاً حيث لا دليل على بطلان المضاربة بها خلافاً للدين .

إلا انه مردود : بان الظاهر من نصوص المضاربة ان موضوعها اعطاء المالك ماله للعامل كي يعمل به على ان يكون رأس المال محفوظاً والربح بينهما على حسب ما يتفقان عليه ، وهو لا ينطبق على المنفعة

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ب ٥ من أبواب أحكام المضاربة ح ١

وكذا لو كان له على العامل دين لم يصح جعله قراضاً (١) الا ان يوكله في تعيينه ثم ايقاع العقد عليه بالايجاب والقبول بتولي الطرفين .

الثاني : أن يكون من الذهب أو الفضة المسكوكين بسكة المعاملة بان يكون درهماً أو ديناراً ، فلا تصح بالفلوس ولا بالعروض ، بلا خلاف بينهم ، وان لم يكن عليه دليل سوى دعوى الاجماع . نعم تأمل فيه بعضهم ، وهو في محله ، لشمول للعمومات ، الا ان يتحقق الاجماع ، وليس ببعيد (٢) فلا يترك الاحتياط .

حيث انها غير قابلة للبقاء نظراً إلى انها تتلف بنفسها ومن هنا فكل ما يكون في قبالها يكون باجمعه ربحاً ، ولذا قالوا في باب الخمس ان كل ما يقع بأزاء المنافع سواء الاعيان وغيرها يكون متعلقاً للخمس وليس ذلك إلا لكونه باجمعه ربحاً لا أن الأصل محفوظ والباقي هو الربح .

إذن : فما ذكره المشهور من عدم صحة المضاربة بالمنفعة إن لم يكن أقوى فهو أحوط .

هذا بناءاً على جواز المضاربة بمطلق المال وان لم يكن من الاثمان وأما بناءاً على عدم جوازه فلا ينبغي الاشكال في عدم جواز المضاربة بالمنفعة .

(١) للقاعدة ومعتبرة السكوني - على ما تقدم - .

(٢) الظاهر أن الاجماع المدعى من الاجماع المنقول فلا يمكن

ولا بأس بكونه من المغشوش الذي يعامل به (١) مثل الشاميات والقمري ونحوها .

الاعتماد عليه لا سيما بعد خلو كلمات غير واحد من الاصحاب من التعرض اليه .

وكيف كان : فالأصل في هذه الدعوى كلام القاضي في الجواهر الا ان عبارته صريحة في دعوى الاجماع على صحة المضاربة بالدراهم والدنانير، وأين هذا من دعوى الأجماع على بطلانها في غيرهما ؟ فان بينهما بوناً بعيداً .

ومنه يظهر ان الأجماع بمعنى الاتفاق الكاشف عن رأي المعصوم (عليه السلام) غير متحقق في المقام ، ومعه فلا موجب لرفع اليد عن اطلاقات الأدلة المعتبرة للمال في المضاربة ، حيث لم يثبت تقييد بكونه من الدراهم أو الدنانير . فان هذا العنوان كما يصدق عليهما يصدق على غيرهما من الأثمان والأموال المتمحضة في المالية .

نعم الحكم لا يعم العروض باعتبار ان الربح والخسران إنما يلاحظان بالنسبة إلى ما هو متمحض في الماليـة وهو الاثمان التي يتحفظ بها أولاً ثم يلاحظ ربحها وخسارتها .

إذن : فما اختاره صاحب الحدائق (قده) من عدم اعتبار هذا الشرط هو الصحيح .

(١) إذ العبرة - بنـاءاً على اعتبار كونه من الذهب والفضة والمسكوكين - بصدق الدرهم والدينار وهو صادق على المغشوش على حد صدقه على الخالص بل الخالص منهما إما لا يكون أو يكون نادراً جداً ، وقد تقدم الكلام فيه مفصلاً في باب الزكاة .

نعم لو كان مغشوشاً يجب كسره ، بان كان قلباً لم يصح (١) وان كان له قيمة ، فهو مثل الفلوس . ولو قال للعامل : بع هذه السلعة وخذ ثمنها قراضاً لم يصح (٢) .

نعم لو كان الغش بحد يمنع صدق الأسم عليه منع من صحة المضاربة به ، بناءاً على القول باعتبار كون مال المضاربة درهماً ودیناراً .

(١) بان كان الغش في الهيئة لا المادة ، بان صب الذهب والفضة بشكل الدراهم والدنانير فانه لايكون حينئذ من الاثمان وتقدم اعتبار كون مال المضاربة منها .

وبذلك يظهر الفرق بينه وبين الفلوس .

(٢) وكأنه لأن الذي يعطيه المالك للعامل ليس بالفعل درهماً أو ديناراً وقد اعتبر كون مال المضاربة منهما ، وثمنه وان كان منهما إلا انه حين اعطاءه لم يكن مالكاً لذلك ، وإنما يملكه بعد البيع وفيه ما لا يخفى ، فاذا وان سلمنا عدم صحة المضاربة بالعروض ، الا انه إذا قصد المعطي المضاربة بالبدل والثمن - كما هو صريح عبارته - كان ذلك في الحقيقة توكيلاً للعامل في جعل الثمن قراضاً - كما هو الحال في سائر موارد الأمر بالأمور المترتبة كان يقول بع داري وأصرف ثمنه على الفقراء فانه توكيل في الصرف عليهم لا محالة .

ومن هنا فإذا نفذ العامل ذلك فباع المتاع ثم تصدى للتجارة بالثمن كان فعله هذا إيجاباً للمضاربة بالوكالة من المالك وقبولاً منه هو .

إلا أن يوكله في تجديد العقد عليه بعد ان نض للثمن الثالث : أن يكون معلوماً قدراً ووصفاً (١) .

ومحذور كونها مضاربة معاطاتية ، مدفوع بانه لا اشكال فيها حيث عرفت ان مقتضى العمومات عدم اعتبار اللفظ في صحة العقد إلا ما خرج بالدليل .

(١) ذكر صاحب الجواهر (قده) في وجهه : ان الجهالة تمنع من تحقق الربح الذي ينبغي ان يكون مشتركاً بين المالك والعامل وحيث انه روح هذه المعاملة فيحكم ببطلانها .

وفيه : انا لو سلمنا عموم النهي عن الغرر للمضاربة أيضاً ، فالمقام خارج عنه تخصصاً إذ لا غرر في هذه المعاملة من ناحية المضاربة ، فانه لو اعطى المالك العامل كيساً مملوءاً بالدنانير وأمره بالمضاربة بها من دون ان يعلما مقدارها أو وصفها ، لم يكن ذلك غررياً من جهة تمكن العامل من عدّها بعد ذلك واخبار المالك به فيرتفع جهلهما لكونه أميناً عنده .

على أن لو لم يتمكن من عدها ، فيكفي في رفع الغرر ان المعاملة بذلك المال يستلزم علمه ولو تدريجاً بمقداره ، فانه كلما يشتري شيئاً ليتجر به يعرف ما اخرج بازاءه من الكيس إلى ان ينتهي كلما فيه وحينئذ يرتفع غرره ويعلم بما كان في الكيس حين قبضه .

ثم لو فرضنا عدم ذلك أيضاً فالربح يكون مشتركاً بين العامل والمالك وحينئذ فيمكن حل المشكلة بالرجوع إلى التصالح ـ ان أمكن ـ والا فيحلها الحاكم ولو بالقرعة .

وليس في شيء من ذلك أي غرر حيث انه عبارة عن الخطر

ولا تكفي المشاهدة وان زال به معظم الغرر (١) .

الرابع : أن يكون معيناً (٢) فلو أحضر مالين وقال : قارضتك بأحدهما أو بأيهما شئت ، لم ينعقد الا ان يعين ثم يوقعان العقد عليه .

المالي أو العرضي أو النفسي ، وكلها مفقود في المقام فان الربح لكل منهما مضمون .

إذن : فالظاهر عدم اعتبار هذا الشرط في عقد المضاربة ، نظراً لعدم الدليل علية .

(١) خلافاً لما حكي عن الشيخ (قده) من الاكتفاء بها لما ذكره وقد ظهر الحال فيه مما تقدم .

(٢) لم يظهر لنا وجهه ، فان دعوى : ان أحدهما والفرد المبهم لا وجود له في الخارج ، إذ الموجود في الخارج إنما هو الفرد المعين المشخص فلا تصح المضاربة به .

مدفوعة : بما ذكرناه في مبحث الواجب التخييري من المباحث الأصولية ، من أن الفرد المردد وان لم يكن له وجود في الخارج الا أن الجامع الذي هو عبارة عن عنوان احدهما موجود في الخارج لا محالة ، فانه مرجود بوجود الفردين ولذا يقال : انه يعلم بنجاسة أحد الأنائين والحال ان الذي لا وجود له كيف يعلم بنجاسته ؟ .

إذن : فلا مانع من ايقاع المضاربة على أحدهما ، فانه مشمول للعنوان الوارد في النصوص اعني دفع المال للتجارة وحينئذٍ فيكون التخيير للعامل أو المالك على حسب ما يتفقان عليه .

نعم لا فرق بين أن يكون مشاعاً أو مفروزاً (١) بعد العلم بمقداره ووصفه ، 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 ماءة دينار ـ مثلاً ـ فقال : قارضتك بنصف هذا المال صح .

الخامس : أن يكون الربح مشاعاً بينهما (٢) فلو جعل لأحدهما مقداراً معيناً والبقية للآخر ،أو للبقية مشتركة بينهما لم يصح (٣) .

---

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

(٢) لتقوم مفهوم المضاربة به والا فيكون داخلاً في مفهوم الأجارة أو الجعالة وعلى كلا التقديرين يحكم ببطلان العقد لأن غير المملوك بالفعل لا يصلح ان يكون أجرة أو جعلاً بازاء عمل العامل .

(٣) ما أفاده (قده) إنما يتم فيما إذا لم يكن وثوق بزيادة الربح عن المقدار الذي جعل لأحدهما تعييناً . فانه حينئذٍ تخرج المعاملة عن المضاربة حيث ان معه لا يبقى للآخر شيء من الربح .

وأما إذا كان هناك وثوق بزيادة الربح عن المقدار المعين ، فقد استدل للبطلان فيه ، بان ظاهر كون الربح مشتركاً بين المالك والعامل ـ على ما دلت عليه النصوص ـ هو اشتراكهما في كل جزء منه على نحو الاشاعة .

ومن هنا فاختصاص أحدهما بجزء منه دون الآخر يكون على خلاف

السادس : تعيين حصة كل منهما (١) من نصف أو ثلث أو نحو ذلك ، الا أن يكون هناك متعارف ينصرف اليه

مفهوم المضاربة فلا يشمله دليلها والقاعدة تقتضي البطلان .

وفيه : انه لا يستفاد من أدلة المضاربة كون كل جزء من الربح مشتركاً بينهما - كما قيل - وإنما المستفاد منها ان مجموع الربح يكون بينهما في قبال اختصاص أحدهما به ، وهو صادق في المقام أيضاً فانه إذا استثنى المالك لنفسه عشرة دنانير - مثلاً - على أن يكون باقي الربح بينهما مناصفة كان مرجع ذلك إلى المضاربة بالمال على ان يكون للعامل نصف الربح الا خمسة دنانير وهو لا محذور فيه مع الوثوق بزيادة الربح على عشرة دنانير لصدق كون الربح بينهما مشتركاً ومشاعاً

وقد التزم الماتن (قده) بجواز ذلك في المساقاة مع أن المضاربة والمزارعة والمساقاة من هذه الجهة من واد واحد ولا فرق بينها .

إذن : فالحكم بالبطلان في هذه الصورة لا يخلو عن اشكال بل منع .

(١) فان الملك لابد وان يتعلق بأمر معين ، فان الشيء الذي لا واقع له لا يصلح ان يكون مملوكاً لأحدهما . وحيث ان النسبة المجهولة لا واقع لها فلا يصلح تمليكها للعامل .

هذا اذا كانت النسبة مجهولة ومرددة في الواقع ، وأما إذا كان لها واقع لكنهما لم يكونا يعلمان بها ، كما لو ضاربه بالنسبة التي اتفقا عليها في السنة الماضية مع نسيانهما لها ، فهل يحكم بصحتها أم لا ؟ قيل بالثاني من جهة استلزامه للغرر .

إلا انك قد عرفت ما فيه حيث لا خطر على العامل في الربح

الاطلاق (١) .

السابع : ان يكون للربح بين المالك والعامل ، فلو شرطا جزءاً منه للأجنبي عنهما لم يصح (٢) الا أن يشترط عليه عمل متعلق بالتجارة (٣) نعم ذكروا أنه لو أشترط كون جزء من الربح لغلام أحدهما صح ، ولا بأس به خصوصاً على القول بان العبد لا يملك لأنه يرجع إلى مولاه ، وعلى القول الآخر يشكل ، الا انه لما كان مقتضى القاعدة صحة

وإنما الشك في زيادته ونقصانه ، على انه لم يثبت نهيه (ص) عن مطلق الغرر .

إذن فلا مانع من الالتزام بصحتها ، إذ يصدق معه ان المالك اعطى ماله للعامل ليتجر به على ان يكون الربح مشتركاً بينهما بنحو الاشاعة على النسبة المعينة في الواقع .

لكن لا يخفى ان ظاهر عبارة الماتن (قده) هو القسم الأول فانه (قده) غير ناظر إلى فرض كون النسبة معلومة في الواقع .

(١) حيث به يحصل العلم بالمقدار .

(٢) وذلك لأن مقتضى القاعدة - وكما عرفت - هو تبعية المنافع بأكملها لرأس المال في الملكية . وإنما خرجنا عنها في المضاربة حيث يكون بعض الربح للعامل بالدليل الخاص . وحيث لا دليل على جواز الجعل للأجنبي يكون باطلاً لامحالة بعد أن لم يكن له شيء من رأس المال أو العمل .

(٣) لأنها في الحقيقة ترجع إلى المضاربة مع اثنين .

للشرط حتى للأجنبي (١) . وللقدر المتيقن من عدم الجواز ما إذا لم يكن غلاماً لأحدهما ، فالأقوي الصحة مطلقاً ، بل لا يبعد القول به في الأجنبي أيضاً وان لم يكن عاملاً لعموم الأدلة (٢) .

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

التاسع : ان يكون الاسترباح بالتجارة ، وأما إذا كان بغيرها ـ كأن يدفع اليه ليصرفه في الزراعة مثلاً ويكون

---

(١) مراده (قده) من القاعدة هي العمومات والاطلاقات، غير انك قد عرفت منا غير مرة إنكار ذلك حيث ليس لدينا أي عموم أو اطلاق يشمل تمليك ما لا يملك ، ولذا لو اشترط شيئاً من الربح للأجنبي في غير عقد المضاربة لم يصح جزماً لأنه من تمليك المعدوم .

إذن : فالصحيح ان الجعل للأجنبي غير جائز سواء أكان الأجنبي عبداً لأحدهما ـ بناءاً على ملكية العبد كما هو الصحيح ـ أم لم يكن .

(٢) ظهر الحال فيه مما تقدم .

(٣) إذ المضاربة انما تكون باعتبار صدور العمل من العامل ورجوع الربح اليه وإلى المالك مشتركاً على النسبة المتفق عليها ، وأما كون المال بيد العامل فلم يدل عليه دليل بل ربما لا يكون في العامل وثوق

الربح بينهما - يشكل صحته (١) إذ القدر المعلوم من الادلة هو التجارة . ولو فرض صحة غيرهـا للعمومات - كما لا يبعد (٢) - لا يكون داخلاً في عنوان المضاربة .

العاشر : ان لا يكون رأس المال بمقدار يعجز العامل

فيبقي المالك ماله في يده تحفظاً عليه .

نعم بعض النصوص تضمن التعبير بـ « يعطي مالاً » وهو ظاهر في الدفع اليه وجعله في يده ، الا أن التقييد وارد في كلام السائل دون جوابه (ع) فلا يدل على اعتبار كونه في يد العامل وعدم صحتها عند الخلاف .

على أن بعض النصوص مطلقة ففي بعضها . . (الرجل يقول للرجل : ابتاع لك متاعاً والربح بيني وبينك) (١) وفي بعضها . . (الرجل يعمل بالمال مضاربة) (٢) وغيرها ، فان هذه التعابير إن لم تكن ظاهرة في كون المال في يد المالك فلا أقل من كونها عامة لكلا الطرفين .

(١) لاختصاص المضاربة على ما يستفاد من نصوصها بالاسترباح بالتجارة .

(٢) بل هو بعيد ؛ لما عرفت من عدم تمامية العمومات واحتياج الحكم بالصحة في هذه المعاملات إلى الدليل الخاص وحيث انه مفقود فالقاعدة تقتضي البطلان .

---

(١) الوسائل: ج ١٣ ب ٣ من أبواب أحكام المضاربة ح ١ .

(٢) الوسائل: ج ١٣ ب ١ من أبواب أحكام المضاربة ح ٣ .

عن التجارة به ، مع اشتراط المباشرة من دون الاستعانة بالغير . أو كان عاجزاً حتى مع الاستعانة بالغير ، والا فلا يصح (١) لاشتراط كون العامل قادراً على العمل . كما ان الأمر كذلك في الاجارة للعمل ، فانه إذا كان عاجزاً تكون باطلة وحينئذٍ فيكون تمام الربح للمالك وللعامل أجرة عمله

(١) فيه اشكال بل منع فان المضاربة كغيرها من العقود تنحل إلى عقود متعددة على أجزاء رأس المال وان كانت بحسب الانشاء واحدة حالها في ذلك حال سائر العقود ، ومن هنا فحيث ان المفروض ان العامل ليس بعاجز عن التجارة بجميع أجزاء ذلك المال وان كان عاجزاً عن الاتجار بمجموعه ؛ فلا موجب للحكم بالبطلان من رأس وفي جميع المال ، بل يتعين الحكم بالصحة فيما يقدر عليه والبطلان فيما يعجز عنه ، فانه لا محذور فيه سوى توهم ان الجهالة بالمقدار المقدور يستتبع الغرر الموجب لبطلان العقد ، الا انك قد عرفت ما في هذا التوهم حيث لا غرر فلا موجب للحكم بالفساد .

نعم لو كانت أجرة المثل في الخارج أقل من الربح المجعول للعامل وكان المالك حين العقد جاهلاً بعجز العامل عن الاتجار ببعض المال كان له الخيار في فسخ العقد من رأس لتخلف الشرط وهو انضمام المضاربة بكل جزء بالمضاربة بالجزء الآخر كما هو الحال في سائر موارد تبعض الصفقة ، فيثبت للعامل أجرة مثل عمله حينئذٍ ، أو أمضاء العقد في ذلك الجزء فيكون له ما اتفقا عليه من النسبة ، وأما الحكم بالبطلان

من رأس - كما أفاده الماتن (قده) - فلا وجه له ولا يمكن المساعدة عليه .

وبعبارة أخرى نقول : ان المقدار المقدور تارة يكون متميزاً عن غير المقدور وأخرى لايكون كذلك ففي الأول لاينبغي الشك في صحة المعاملة بالنسبة إلى المقدار المقدور فانه من ضم المعاملة الصحيحة إلى المعاملة الفاسدة نظير بيع الخنزير والشاة جملة أو بيع ماله ومال غيره كذلك فانها تتبعض لامحالة فتبطل في الخنزير ومال الغير وتصح في الشاة وماله .

وهذا جارٍ في الأجارة أيضاً فانه لو آجره لعملين أحدهما مقدور والآخر غير مقدور دفعة صحت بالنسبة إلى المقدور وبطلت بالنسبة إلى غيره .

والحاصل : إن ضم معاملة صحيحة إلى أخرى فاسدة لا يوجب البطلان بالنسبة إلى الصحيحة ، بل تنحل المعاملة الواحدة إلى معاملتين فتصح بالنسبة إلى الواجدة للشرائط وتبطل بالنسبة إلى غيرها - ومنه يتضح فساد ما ذكره (قده) من عدم استحقاق العامل شيئاً من الربح فان له النسبة المتفق عليها من ربح ما اتجر به لانكشاف كونه مقدوراً وصحيحاً .

وفي الثاني : فيحكم بالصحة في المقام أيضاً وان كنا نحكم بالفساد في الاجارة باعتبار انه يعتبر فيها معلومية العمل بخلاف المضاربة حيث قد عرفت انه لا يعتبر فيها معرفة مقدار المال لعدم الغرر في الجهل به وعلى تقديره فلا دليل على نفيه بقول مطلق .

إذن : فلا موجب للحكم فيه بالبطلان فيما ظهر مقداريته بعد ذلك من رأس بعد إن كانت المضاربة عقداً جائزاً ولم يتضمن

مع جهله بالبطلان (١) ويكون ضامناً

التمليك من الابتداء ، ولا مجال لقياسها بالأجارة التي هي من العقود اللازمة المتضمنة للتمليك من الطرفين بل المتعين هو الحكم بثبوت النسبة المعينة من الربح للعامل فيما إذا لم يكن المالك جاهلاً بعجزه عن المضاربة بالجميع من أول الأمر والا فهو بالخيار إن شاء ابقى المعاملة كما كانت فيأخذ العامل نصيبه من الربح أو فسخ لتبعض الصفقة فيكون للعامل أجرة مثل عمله .

(١) ما أفاده (قده) متفرع على اختياره لبطلان المضاربة في المقام فلا تثبت له الحصة المعينة من الربح وأما بناءاً على ما اخترناه من صحتها بالنسبة إلى المقدور فلا موضوع لهذا الكلام كما عرفت .

وكيف كان : فكأن الوجه فيما أفاده (قده) من استحقاق العامل لأجرة مثل عمله عند جهله بالبطلان خاصة ، هو عدم إقدام العامل حينئذٍ على التبرع بعمله والمجانية بخلاف ما لو كان عالماً بالفساد وعدم استحقاقه للنصيب المعين فانه وبأقدامه بعد ذلك على العمل يكون مقدماً على التبرع بالعمل والمجانية .

إلا إنك عرفت في مبحث الأجارة ان العلم بالفساد لا يعني اقدام العامل على العمل مجاناً بل غاية ما يقتضيه هو العلم بعدم إمضاء الشارع المقدس للعقد وعدم إستحقاقه للنصيب المعين ، وهو لا يعني التبرع بعمله والاقدام على المجانية ، ولذا يضمن كل من المتبايعين ما قبضاه بالعقد الفاسد حتى مع علمها بالفساد .

وعليه : فلا وجه للقول بعدم استحقاق العامل لأجرة مثل عمله

لتلف المال (١) إلا مع علم المالك بالحال (٢) وهل يضمن

على تقدير علمه بفساد العقد بل هو مستحق لها على كلا التقديرين نظراً لعدم إقدامه على المجانية .

نعم استحقاقه لاجرة المثل إنما هو في فرض عدم زيادتها عن الحصة المعينة في المضاربة الفاسدة والا فليس له الا ذلك المقدار لاقدامه على العمل بذلك المقدار والغاء احترامه بالنسبة إلى الزائد .

(١) فيه اشكال بل منع فان الضمان إنما يثبت ببناء العقلاء أو ضم الدليل الشرعي اليه أو التعبد المحض في موارد خاصة من تعد او تفريط أو أخذ مال الغير بغير رضاه او الاتلاف او اقدام الآخذ على الضمان - كما هو الحال في العقود الضمانية - أو عارية الذهب والفضة ؛ ولا شيء من هذه العناوين متحققة في المقام فان المفروض عدم التعدي أو التفريط وكلمة الأخذ ظاهرة في القهر والغصب فلا تشمل ما إذا كان برضاه أو اختياره ، والاتلاف العمدي مفروض العدم وليس الآخذ مقدماً على الضمان بل ولم يسلمه المالك المال في المقام على أن يكون دركه عليه ولا نص خاص يقتضي الضمان في المقام .

ومن هنا فمقتضى كون اليد امانة مالكية عدم الضمان في المقام ويقتضيه مضافاً إلى ذلك تسالمهم - على ما ذكره الشيخ الأعظم (قده) - على ان ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده وبالعكس ، فان مقتضاه عدم ثبوت الضمان فيما نحن فيه لأن المضاربة الصحيحة غير مضمونة فتكون فاسدتها كذلك .

(٢) ظهر مما تقدم انه لا وجه لتقييد عدم الضمان بفرض علم

حينئذ جميعه ، لعدم التميز مع عدم الأذن في أخذه على هذا الوجه . أو القدر الزائد لأن للعجز إنما يكون بسببه فيختص به ، أو الأول إذا أخذ الجميع دفعة والثاني إذا أخذ أولاً بقدر مقدوره ثم أخذ الزائد ولم يمزجه مع ما أخذه أولاً؟أقوال :أقواها الأخير .(ودعوى) : انه بعد أخذ الزائد يكون يده على الجميع ، وهو عاجز عن المجموع من حيث المجموع ، ولا ترجيح الآن لأحد اجزاءه إذ لو ترك الأول وأخذ الزيادة لا يكون عاجزاً (١) (كما ترى) إذ الأول وقع صحيحاً والبطلان مستند إلى الثاني وبسببه (٢) .

المالك بالحال ، فان أدلة الضمان قاصرة عن شمول المقام سواء علم المالك بالحال أم جهل .

(١) وبعبارة أخرى : ان الدفعين الأول والثاني لما كانا مبنيين على المضاربة الواقعة على الجميع والمحكوم عليها بالفساد بالنسبة إلى جميع المال أيضاً المقدور وغير المقدور - كما هو المفروض - لم يكن للتفصيل وترجيح الأول على الثاني وجه ، فان العقد واحد ونسبة كل واحد من الدفعين اليه واحدة أيضاً .

(٢) وتوضيحه ان يقال : ان عقد المضاربة لما كان جائزاً من الطرفين وكان المالك غير ملزم بدفع المال إلى العامل بعد العقد حيث انه ليس له مطالبته به كما انه ليس للمالك الزام العامل بالعمل ، فلا وجه لأن يقال ان تسليم المالك للعامل من الجري على المعاملة الفاسدة

ونسبة تلك المعاملة إلى كلا الدفعين واحدة ، فانه إنما يتم في العقود اللازمة حيث لا يكون التسليم بعد الحكم بالفساد بنفسه مصداقاً لانشاء ذلك العقد ، فيتعين كونه جرياً على العقد الفاسد وأما في العقود الجائزة التي يكون العمل بعد العقد الفاسد بنفسه مصداقاً لذلك العقد فلا مجال لأن يكون العمل بعده جرياً على العقد السابق بحيث يرى المالك نفسه ملزماً به ، بل هو بعينه يكون مصداقاً لذلك العقد فلو اكره شخص آخر ليهب ماله اليه فوهب ومن ثم سلم المال باختياره اليه ؛ لم يكن ذلك من الجري على الهبة الفاسدة ، وإنما كان التسليم بنفسه مصداقاً للهبة .

وما نحن فيه من هذا القبيل فان دفع المالك للمال بعد فساد المضاربة إلى العامل لا يمكن أن يكون جرياً على المعاملة الفاسدة وإنما هو مضاربة حقيقية انشأت بالفعل لا اللفظ ، حيث ان المالك بدفعه للمال قاصد لمتاجرة العامل به على أن يكون الربح بينهما على النسبة التي اتفقا عليها ، فيحكم بصحته حيث لا موجب للحكم بالفساد فان مجرد كون العقد السابق اللفظي محكوماً بالفساد لا يقتضي الحكم بالبطلان فيما انشأ بعده بالفعل .

وعلى هذا الأساس يتضح وجه ما أفاده الماتن (قده) من التفصيل فان المقدار المقدور المقبوض أولاً مضاربة مستقلة عن المضاربة بالمقدار الثاني حيث لا يكونان من الجري على المضاربة القولية الفاسدة ، فيحكم بصحة الأولى حيث لا موجب للبطلان وفساد الثانية لكونها غير مقدورة .

والظاهر ان ما ذكرناه هو مراد الماتن (قده) من قوله : « إذ الأول وقع صحيحاً » فانه محمول على أن الأول مضاربة معاطاتية

والمفروض عدم المزج (١) هـذا ولكن ذكر بعضهم 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 . ثم إذا تجدد العجز في الاثناء وجب عليه رد الزائد (٢) والاضمن.

صحيحة ، والا فالجري على العقد السابق فعل خارجي لامعنى لوصفه بالصحة والفساد .

وبالجملة : فالمتعين بناءاً على القول ببطلان تمام المضاربة عند عدم القدرة على بعضها ، والحكم بضمان العامل لتلف المال مع جهل المالك بالحال ـ كما بنى عليها المتن (قده) ـ هو ما أفاده (قده) من التفصيل بين قبض المال جملة وتدريجاً .

(١) لم يظهر لنا وجه تقييد عدم الضمان في المقدار المقدور المقبوض أولاً بما اذا لم يمزج الثاني به بحيث لو مزجه لكان ضامناً للجميع فان المزج وعدم التمييز لا يقتضي ثبوت الضمان فيما لم يكن مضموناً من قبل ، فانه لا موجب للضمان فيه لا سيما وان المالين ملك لمالك واحد .

(٢) يظهر وجهه مما تقدم ، فان هذا المال بعد العجز عن المضاربة به يكون امانة شرعية في يد العامل وعليه رده إلى مالكه في أقرب أزمنة الامكان .

(مسألة ١) : لو كان له مال موجود في يد غيره أمانة أو غيرها . فضاربه عليها صح (١) وإن كان في يده غصباً أو غيره مما يكون اليد فيه يد ضمان فالأقوى انه يرتفع الضمان بذلك ، لانقلاب اليد حينئذٍ فينقلب الحكم (٢) ودعوى : أن الضمان مغيى بالتأدية (٣) ولم تحصل ، كما ترى (٤) ولكن ذكر جماعة بقاء الضمان إلا إذا اشترى به شيئاً ودفعه إلى البائع ، فانه يرتفع الضمان به ، لأنه قد قضى

(١) إذ لا يعتبر في المضاربة ان يكون المال عند المالك كي يقبضه إلى العامل .

(٢) فان موضوع الحكم بالضمان إنما هو اليد الضمانية كيد الغاصب أو العارية المضمونة وحيث ان هذا الموضوع تبدل بيد الأمانة والمضاربة ينتفي الضمان قهراً ويكون من السالبة بانتفاء الموضوع .

(٣) لقوله « ص » (على اليد ما أخذت حتى تؤدي) (١) حيث أن مقتضاه ثبوت الضمان إلى حين الأداء والتسليم .

(٤) فان هذه الرواية نبوية لم تثبت ، والعبرة في الضمان إنما هي ببناء العقلاء أو المتشرعة عليه ، ولا شيء منهما متحقق في المقام .

على أن موضوع هذا النص هو الاستيلاء على مال الغير على نحو يوجب الضمان كالغصب والعارية المضمونة ، والمفروض عدم بقاءه لأنه تبدل إلى الأمانة ومعه فلا مجال لبقاء الحكم الأول نظير ما لو تبدل عنوان الغصب أو العارية المضمونة بالأجارة ونحوها ، فان

(١) مستدرك الوسائل : باب ١ من كتاب الوديعة ح ١٢ .

دينه بإذنه (١) وذكروا نحو ذلك في الرهن أيضاً ، وأن العين إذا كانت في يد الغاصب فجعله رهناً عنده أنها تبقى على الضمان ، والأقوى ما ذكرنا في المقامين لما ذكرنا .

(مسألة ٢) : المضاربة جائزة من الطرفين يجوز لكل منهما فسخها (٢) سواء كان قبل الشروع في العمل أو بعده

معه أفيحتمل الحكم ببقاء الضمان من دون موضوع ؟ .

بل لو تنزلنا عن هـذا أيضاً فاطلاق هذا النص معارض باطلاق ما دل على عدم ضمان الأمين ، حيث ان المال وبعد اجازة المالك أمانة بيد العامل ومقتضى اطلاق ان الأمين لا يضمن عدم ضمانه بلا فرق فيه بين ما إذا كان مضموناً قبل ذلك وعدمه ، وحينئذ فيتعارض الاطلاقان ومن ثم يتساقطان والنتيجة هو الحكم بعدم الضمان .

إذن : فالصحيح هو الحكم بعدم الضمان تبعاً للماتن (قده) ، ولكن لابد من تقييد ذلك بما إذا قامت القرينة على رضاه ببقاء المال عند العامـل . والا فمجرد عقد المضاربة لا يقتضي سقوط الضمان ورضاه ببقائه عنده ، إذ قد عرفت فيما تقدم انه لا يعتبر في عقد المضاربة كون المال بيد العامل .

نعم الظاهر ان اجراء المالك لعقد المضاربة مع الغاصب مع عدم مطالبته به قرينة عرفية على رضاه ببقاء ذلك المال في يده وتصرفه فيه فينتفي الضمان .

(١) فيكون في فعله هذا كالوكيل ، فيسقط الضمان عنه لأنه اداء لحقه حقيقة .

(٢) وليس الوجه فيه هو الاجماع كي يناقش بانه غير معلوم ،

قبل حصول الربح أو بعده (١) نض المال أو كان به عروض ، مطلقاً كانت أو مع اشتراط الأجل وان كان قبل انقضائه (٢) نعم لو اشترط فيها عدم الفسخ إلى زمان

وإنما هو قصور أدلة اللزوم عن شمول العقود الاذنية التي لا يكون فيها أي التزام من أحدهما بشيء كي يشمله أوفوا بالعقود ، وان من التزم بشيء فعليه ان ينهيه ، وإنما هي مجرد إباحة وإذن في التصرف من أحدهما وقبول من الآخر كالعارية ، وعليه فمتى ما رجع الآذن في إذنه لكونه مسلطاً على ماله يتصرف فيه كيف يشاء ، ارتفع الموضوع ومعه ينتفي الحكم لا محالة .

(١) يريد بذلك جواز الفسخ بالنسبة إلى المعاملات المتأخرة عن المعاملة الواقعة التي ظهر فيها الربح وأما بالنسبة اليها فلا خلاف ولا اشكال في اللزوم وان الربح وبطبيعة الحال يكون مشتركاً بينهما وليس للمالك ان يفسخ العقد ليأخذ تمام الربح ويدفع للعامل اجرة المثل .

والوجه فيه واضح فان العقد لما كان محكوماً بالصحة وممضى من الشارع ، كان مقتضاه اشتراك المالك والعامل في الربح الحاصل على النسبة المتفق عليها وبمجرد ظهوره ، وليس للمالك ان يفسخ العقد لينزعه منه من غير رضاه .

نعم قد يثبت له ذلك من جهة أخرى كتخلف العامل عن شرط اشترط عليه الا إنه خارج عن محل كلامهم .

(٢) حيث ان التأجيل لا يعني الا تحديد الاذن بالأجل وتقييد جواز التصرف بالمال به بحيث لا يكون العامل مأذوناً فيه بعد ذلك ،

كذا يمكن أن يقال بعدم جواز فسخها قبله، بل هو الأقوى لوجوب الوفاء بالشرط ولكن عن المشهور بطلان الشرط المذكور بل للعقد أيضاً، لأنه منافٍ لمقتضى العقد، وفيه منع، بل هو منافٍ لأطلاقه(١). ودعوى: أن الشرط في العقود الغير اللازمة

وليس معناه اشتراط عدم الفسخ في تلك الفترة - كما توهمه بعض - فان لكل منهما فسخ العقد متى شاء ومن هنا يندفع ما قيل من انه إذا لم يصح اشتراط عدم الفسخ لم يصح اشتراط التأجيل أيضاً.

(١) وفيه ما لا يخفى وذلك أما إذا كان الشرط هو عدم مالكيته للفسخ أو عدم الفسخ خارجاً بعد ظهور الربح فقد ظهر لك مما تقدم عدم منافاته للعقد أو اطلاقه بل كونه تأكيداً محضاً لمقتضاه لكونه ثابتاً قبل الاشتراط.

واما إن كان الشرط هو عدم مالكيته للفسخ أو عدم الفسخ خارجاً في محل الكلام - اعني قبل ظهور الربح - فهو خارج عن مقتضى العقد اصلاً وإطلاقاً اذ الجواز واللزوم حكمان شرعيان خارجان عن العقد وليسا من مقتضياته.

إذن: فلا مجال للحكم بفساد العقد من هذه الناحية.

وأما من سائر النواحي فقد ذكرنا في طي ابحاثنا الفقهية غير مرة ان الشرط في العقد ليس مجرد مقارنة التزام بالتزام او أمر آخر وإنما هو نحو ارتباط بين الشرط والمشروط، وهو يكون على نحوين على سبيل القضية مانعة الخلو إذ قد يجتمعان معاً.

فقد يكون الشرط بمعنى تعليق المنشأ ونفس العقد على التزام المشروط عليه بشيء بحيث لو لم يلتزم به لما كان الأول منشأ لذلك العقد

كأشتراط الزوجة الاستقلال في السكنى أو عدم اخراجها من بلد أهلها فيصح بقبول الآخر ولا يضر مثله لأنه من التعليق على أمر حاصل حال العقد ، ويجب عليه الوفاء به لقوله « ص » (المؤمنون عند شروطهم) .

الا أنه لا يترتب عليه غير الزامه به إذ التعليق إنما كان على نفس التزامه وقد حصل ولم يكن على الفعل في الخارج .

وقد يكون الشرط بمعنى تعليق التزامه بالمنشأ والوفاء به على شيء في الخارج ، فيكون العقد فيه مطلقاً وغير معلق ، وإنما المعلق التزامه ووفائه به ويرجع هذا في الحقيقة إلى جعل الخيار لنفسه عند فقدان ذلك الوصف المطلوب كاشتراط الكتابة أو العدالة في قبول بيع العبد

وقد يجتمعان معاً كما إذا اشترط أحد طرفي العقد على الآخر عملاً معيناً كخياطة ثوب أو كتابة شيء فانه يكون من تعليق نفس العقد على التزام الآخر بذلك العمل وتعليق التزامه بذلك العقد والوفاء به على تحقق ذلك العمل في الخارج .

إذا اتضح ذلك فما نحن فيه لا يمكن ان يكون من قبيل الثاني حيث ان المضاربة - على ما عرفت - من العقود الأذنية حيث ليس فيها أي التزام من الطرفين المالك والعامل كي يكون الاشتراط فيها من تعليق الالتزام بشيء فلا محالة يكون الاشتراط من قبيل الأول بمعنى تعليق نفس إذن المالك في التصرف بالمال أو قبول العامل على ذلك .

وحينئذ فتارة يفرض كون المعلق عليه هو اللزوم وعدم مالكيته للفسخ .

واخرى يفرض كونه هو التزام الآخر بعدم الفسخ خارجاً .

غير لازم الوفاء . ممنوعة (١) نعم يجوز فسخ العقد فيسقط الشرط والا فما دام العقد باقياً يجب الوفاء بالشرط فيه ، وهذا إنما يتم في غير الشرط الذي مفاده عدم الفسخ ،

ففي الأول فبما ان المعلق عليه غير حاصل في الخارج ، باعتبار ان عقد المضاربة عقد جائز حيث ان كلا من المالك والعامل مالك للفسخ بحكم الشارع ولا ينقلب إلى اللازم بالاشتراط يكون هذا العقد تبعاً للشرط محكوماً بالبطلان ؛ لأن المالك لم يقدم على التجارة بماله على الأطلاق وإنما أذن فيها على تقدير عدم ثبوت ملك الفسخ للآخر وحيث انه ثابت فالمالك لم يأذن فيها .

وفي الثاني فحيث ان الفسخ فعل سائغ وجوداً وعدماً ، فليس فيه أي محذور إذ الالتزام بعدمه كالالتزام بسائر الأمور المباحة من الخياطة والكتابة وغيرهما .

فحيث لم يكن يجب على المالك أو العامل الفسخ او عدمه وكان كل منهما سائغاً وجائزاً في حقه ، لم يكن في الالتزام به محذور بل يصح الشرط والعقد معاً .

إذن : فالصحيح في المقام هو التفصيل بين اشتراط عدم ملك الفسخ فيحكم فيه بفساد الشرط والعقد وبين اشتراط عدم الفسخ خارجاً فيحكم بصحتهما .

(١) لعموم قوله (ص) « المؤمنون عند شروطهم » فانه غير مختص بالشروط في ضمن العقود اللازمة ، بل يعم كل ما يصدق عليه الشرط سواء أكان في ضمن عقد لازم أم جائز ، بل لو لم يكن الشرط ظاهراً في نحو ارتباط شيء بشيء ، لقلنا بوجوب الوفاء

بالشروط الأبتدائية لكن الأمر ليس كذلك باعتبار ان الشرط الابتدائي ليس شرطاً في الحقيقة ، وإنما هو وعد محض .

ودعوى : ان الشرط لا يزيد على المشروط فإذا لم يكن لازماً فلا يكون الشرط لازماً أيضاً بالاولوية .

مدفوعة : بانها صدى محض لا واقع لها ، إذ لا مانع من كون وجوب الوفاء بالشرط مشروطاً بأمر جائز كما هو الحال في اكثر الواجبات المشروطة كالسفر بالنسبة إلى القصر في الصلاة او قصد الاقامة بالنسبة إلى التمام فانه وفي حين انه لايجب السفر يجب القصر على تقديره فللمكلف ان يبقى السفر فيجب عليه القصر وله ان ينهيه ويرجع إلى أهله فينتفي موضوعه .

ومن هنا فلا ملازمة بينهما ولا أولوية .

وعليه ففي المقام فللمكلف ان يلغي العقد فينتفي الشرط وله ان يبقيه فيجب عليه الوفاء به ، فابقاء العقد وان لم يكن واجباً ، الا انه على تقدير ابقائه يجب الوفاء بالشرط .

وما قد يقال : من ان ما دل على جواز العقد دال على جوازه بتوابعه ومنها الشرط .

مدفوع : بان : دليل الجواز في عقد المضاربة إما هو الاجماع ـ كما ذهب اليه المشهور ـ وهو يختص بنفس العقد ؛ وإما هو ما ذكرناه من عدم الدليل على اللزوم فيه ، فهو مختص بالعقد أيضاً ولا يعم الشرط لأنه واجب الوفاء لقوله (ص) « المؤمنون عند شروطهم » فلا يمكن ان يقال انه لا دليل على لزومه .

وبالجملة : فالصحيح ان الشروط مطلقاً سواء أكانت في ضمن عقد لازم ام كانت في ضمن عقد جائز ، يجب الوفاء بها ما دام

مثل المقام فانه يوجب لزوم ذلك العقد (١) هذا ولو شرط عدم فسخها في ضمن عقد لازم آخر فلا اشكال في صحة

العقد باقياً ، فاذا ارتفع العقد انتفى الموضوع .

ثم ان لزوم الشرط هذا إنما هو لزوم تكليفي محض ولا يترتب عليه أي أثر وضعي ، باعتبار ان دليله اعني قوله (ص) « المؤمنون عند شروطهم » لا يقتضي ازيد من ذلك . ومن هنا فإذا تخلف المشروط عليه نفذ فعله وان فعل حراماً .

(١) قد عرفت ان العمل بالشرط وان كان لازماً الا انه لايوجب لزوم العقد فان اللزوم محض تكليف ولا يترتب عليه أي أثر وضعي

ثم انه ذكر بعضهم : ان وجود العقد إذا كان شرطاً في لزوم العمل بالشرط امتنع أن يكون لزوم العمل بالشرط مقتضياً لوجود العقد ومانعاً من فسخه .

وبعبارة أخرى : ان وجوب العمل بالشرط لما كان منوطاً ببقاء العقد كان لابد من التفصيل في اشتراط عدم فسخ المضاربة بين ما يكون في نفس العقد وما يكون في عقد جائز آخر ففي الثاني يصح الشرط ويجب الوفاء به ما دام العقد الثاني باقياً ، وأما إذا فسخ انتفى الشرط لانتفاء موضوعه . وأما في الأول فينبغي الحكم بعدم صحة الشرط وذلك لأنه لما كان فرع بقاء العقد لم يعقل أن يكون بقاء العقد معلولاً له .

وفيه ما لا يخفى : إذ إن توقف وجوب العمل بالشرط على بقاء العقد ليس مستنداً إلى دليل خاص من إجماع أو نص أو غيرهما وإنما هو من جهة قصور الشرط بنفسه عن اثبات الأزيد من ذلك ، فان

للشرط (١) ولزومه ، وهـذا يؤيد ما ذكرنا من عدم كون الشرط المذكور منافياً لمقتضى العقـد ، إذ لو كان

المتفاهم العرفي من اشتراط شيء على الغير في المعاملة هو العمل بالشرط ما دام العقد باقياً ولذا لو فسخ العقد بخيار المجلس أو غيره لم يجب على المشروط عليه العمل بالشرط بدعوى انه يجب الوفاء به ، وكذا لو اشترطت المرأة على الرجل النفقـة في النكاح المنقطع فان المتفاهم العرفي في جميع ذلك هو العمل بالشرط ما دام العقد باقياً ، بلا فرق في ذلك بين عقد المضاربة وغيره .

هذا كله إذا كان الشرط عملاً خارجياً وأما إذا كان الشرط هو عدم الفسخ فحيث انه لا معنى لأن يكون متوقفاً على بقاء العقد اذ لا معنى للقول بان عدم الفسخ متوقف على بقاء العقد ، وجب العمل على وفق ذلك الشرط والوفاء به مباشرة .

وملخص الكلام : ان المستفاد من قوله (ص) « المؤمنون عند شروطهم » هو وجوب العمل بكل شرط سائغ وممكن بقول مطلق.

نعم قد يكون وجوب العمل ببعض الشروط مشروطاً ببقاء الموضوع من جهة المتفاهم العرفي ، الا ان ذلك لا يعني توقف وجوب الوفاء على بقاء العقد دائماً .

إذن : فما ذكر من التفصيل لا يمكن المساعدة عليه والصحيح هو القول بصحة الشرط على التقديرين .

(١) في اطلاقة اشكال بل منع إذ يجري فيه ما ذكرناه من التفصيل في الشرط فان كان الشرط هو عـدم الفسخ خارجاً ، تم ما أفاده (قده) نظراً لكون فعله سائغاً فيجب بالشرط لقوله (ص) « المؤمنون

منافياً لزم عـدم صحته في ضمن عقـد آخر أيضاً . ولو شرط في عقد مضاربة عـدم فسخ مضاربة أخرى سابقة صح (١) ووجب الوفاء به ، الا أن يفسخ هذه المضاربة فيسقط الوجوب ، كما أنه لو اشترط في مضاربة أخرى في مال آخر ، أو أخذ بضاعة منه ، أو قرض ، أو خدمة أو نحو ذلك ، وجب الوفاء به ما دامت المضاربة باقية ، وان فسخها سقط الوجوب ، ولابد أن يحمل ما اشتهر من أن الشروط في ضمن العقود الجائزة غير لازمة الوفاء على هذا المعنى والا فلا وجه لعدم لزومها مع بقاء للعقد على حاله ، كما اختاره صاحب الجواهر (قده) .

عند شروطهم » ، لكن يبقى هذا الوجوب تكليفياً محضاً ولذا لو عصى وفسخ لكان فسخه نافذاً ، وان ثبت بذلك للشارط الخيار في العقد اللازم الآخر لتخلف الشرط .

وان كان الشرط هو لزوم المضاربة وعدم مالكيته للفسخ ، فهو باطل لكونه مخالفاً للسنة ، حيث ان عقد المضاربة جائز فلا ينقلب بالشرط إلى اللزوم فان الحكم الشرعي لا يتغير به ، وحينئذٍ فهل يسري فساده إلى العقد أم لا ؟ فيه خلاف والصحيح عندنا هو الثاني فيبقى العقد ويبطل الشرط .

(١) على التفصيل المتقدم حرفاً بحرف بالقياس إلى صحة الشرط وفساده وأما العقد المشروط فيه فيختلف الحال فيه في المقام عن الحال في العقد اللازم ؛ فان بطلان الشرط هناك لم يكن يوجب فساد

بدعوى : انها تابعـة للعقد لزوماً وجوازاً ، بل مع جوازه هي أولى بالجواز وانها معه شبه الوعـد . والمراد من قوله تعـالى (أوفوا بالعقود) اللازمة منهـا لظهور الامر فيهـا في الوجوب المطلق والمراد من قوله (ع) : « المؤمنون عندشروطهم » بيان صحة أصل الشرط لا اللزوم والجواز ، إذ لا يخفى ما فيه (١) .

(مسألة ٣) : إذا دفع اليه مالاً وقال : اشتر به بستاناً مثلاً أو قطيعاً من الغنم ، فان كان المراد الاسترباح بهما بزيادة القيمة صح مضاربة وان كان المراد الانتفاع بنمائهما

العقد وهذا بخلاف المقام فان بطلانه يوجب بطلان العقد لا محالة لأن الأذن في التصرف إنما كان معلقـاً على الشرط فاذا انتفى ينتفي هو أيضاً ومعه فلا يجوز للمشروط عليه التصرف فيه .

هذا فيما إذا كان الشرط لزوم العقد وعدم مالكية المشروط عليه الفسخ وأما اذا كان الشرط هو عدم الفسخ خارجاً وتخلف المشروط عليه عن شرطه وفسخ العقد ، فاذا كان ذلك قبل ظهور الربح في المعاملة الثانية ـ المشروطة ـ فلا أثر لتخلف الشرط فان العقـد جائز في نفسه وأما إذا كان بعد ظهور الربح في المعاملة الثانية فللمشروط له أن يفسخ العقد من جهة تخلف الشرط فيكون تمام الربح للمالك وللعامل أجرة المثل .

(١) أما الأول فيرده ما ذكرناه في مباحث المكاسب عند التعرض لما يقتضيه الأصل عند الشك في لزوم عقـد أو جوازه ، من أن

بالاشتراك ففي صحته مضاربة وجهـان : من أن الانتفاع بالنماء ليس من التجارة فلا يصح ، ومن أن حصوله يكون بسبب الشراء فيكون بالتجارة . والأقوى البطـلان مع إرادة عنوان المضاربـة إذ هي ما يكون الاسترباح فيـه بالمعامـلات وزيادة القيمة لا مثل هـذه الفوائد (١) نعم لا بأس بضمهـا إلى زيادة القيمة (٢) وإن لم يكن المراد

الوفاء إنما هو بمعنى الاتمام والانهاء فالوفاء بالشيء عبارة عن انهائه وعـدم فسخه وحيث انه يقطع بعدم حرمة الفسخ تكليفاً فلابد من حمل الأمر بالوفاء على الارشاد إلى اللزوم وعدم نفوذ الفسخ والرجوع

إذن : فالآية الكريمة دليل للزوم كل عقد نشك في لزومـه وجوازه ولم يقم دليل على جوازه ، لا ان موضوعها العقد اللازم .

وأما الثاني فلما عرفت من انه انما يتضمن حكماً تكليفياً صرفاً نظير قولهم (ع) « المؤمن عند عدته » لا الصحة وإنمـا هي تستفاد بالملازمة من الحكم التكليفي ، وليس هذا موضوعاً للجواز أو اللزوم بل مقتضاه وجوب الوفاء بكل شرط سائغ في ضمن أي عقـد من العقود كان ـ الجائزة أو اللازمة ـ ولا مانع من الالتزام بذلك .

(١) وبعبارة أخرى : إن هذا العقد غير مشمول لأدلة المضاربة حيث أن المستفاد من أدلتها اعتبار كون الاسترباح وما ينتفع به كل من المالك والعامل كل حسب حصته ، حاصلاً بالتجارة بحيث يعد ربح التجارة ، وهو غير صادق على النماء فانه ليس بربح التجارة .

(٢) بلا خلاف فيه بينهم ، فان الأذن في التجارة ببيع وشراء

خصوص عنوان المضاربة فيمكن دعوى صحته للعمومات (١)

(مسألة ٤) : إذا اشترط المالك على العامل أن يكون الخسارة عليهما كالربح ، أو اشترط ضمانه لرأس المال ،

ما له نماء إذن في بيع النماء أيضاً ؛ فيشتركان في ربحه ، ولا ينافيه عنوان المضاربة لأنه اشتراك في الربح الحاصل من التجارة وان كان مال التجارة يزيد أيضاً .

(١) كأوفوا بالعقود والتجارة عن تراضٍ ، بدعوى انها وبمقتضى عمومها تقتضي الحكم بصحة كل معاملة تنشأ بين طرفين سواء أكانت من المعاملات المتعارفة المعهودة أم لم تكن .

غير انك قد عرفت غير مرة ان هذه العمومات لا تصلح لأن تشمل مثل هذه المعاملات فان التمليك لابد وان يتعلق إما بشيء خارجي مملوك له بالفعل وإما بشيء في ذمته ، باعتبار انه مسلط عليهما وهما تحت سلطانه فاذا انشأ المالك تمليك شيء من هذين شملته العمومات لا محالة .

وأما إذا تعلق انشاء التمليك بأمر معدوم ليس بمملوك له فعلاً فلا يصح بأي مملك كان ، ولذا لم يلتزموا بصحته فيما إذا كان ذلك في ضمن عقد آخر ، واشتراط ان يكون ملكاً له في ظرفه غير صحيح أيضاً إذ الملكية لا تكون بغير سبب مملك .

إذن : فهذا النحو من المعاملة الذي يتضمن تمليك أمر معدوم غير صحيح وإنما قلنا بصحته في المزارعة والمضاربة والمساقاة والوصية لأجل الدليل الخاص ، والا فمقتضى القاعدة فيه هو البطلان .

ففي صحته وجهان : أقواهما الأول (١) ، لأنه ليس شرطاً منافياً لمقتضى العقد - كما قد يتخيل - بل إنما هو مناف لإطلاقه . إذ مقتضاه كون الخسارة على المالك وعدم ضمان العامل الا مع التعدي او التفريط .

(١) بل الأقوى هو التفصيل بين ما إذا كان الشرط هو الضمان وكون الخسارة في عهدة العامل فيبطل وبين ما إذا كان هو التدارك الخارجي فيصح .

أماالأول : فليس ما ذكرناه من جهة كونه منافياً لمقتضى العقد إذ الضمان وعدمه كالجواز واللزوم خارجان عن مقتضى العقد أصلاً وإطلاقاً ، فان مقتضاه ليس الا عمل العامل بالمال وتصرفه فيه على أن يكون الربح بينهما - على ما إتفقا عليه - وإنما ذلك من جهة ملاحظة ان العامل أمين ، ومقتضى ما دل على ان الأمين لا يضمن ولا سيما بعض النصوص الواردة في خصوص المضاربة هو عدم الضمان .

وعليه : فيكون اشتراط الضمان من الشرط المخالف للسنة حيث ان مقتضاه عدم ضمان الأمين سواء اشترط ذلك عليه أم لم يشترط فيبطل لا محالة .

وأما الثاني : فحيث أن تدارك العامل للخسارة والتلف من ماله الخاص لا على نحو الضمان أمر سائغ وفعل جائز قبل الاشتراط ، فلا مانع من اشتراطه عليه ، وعنده فيجب الوفاء به .

ومن الغريب في هذا المقام ما صدر من بعضهم من القول بانقلاب عقد المضاربة عند اشتراط الضمان على العامل قرضاً ، فيكون جميع

الربح للعامل ولا يكون للمالك الا رأس ماله وذلك للنص المعمول به لدى الاصحاب .

وكأنه صحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر (ع) (في حديث) ان عليـاً (ع) قال : (من ضمن تاجراً فليس له الا رأس ماله وليس له من الربح شيء) (١) لكنها وإن كانت صحيحة بحسب السند الا انها أجنبية بحسب الدلالة عن محل الكلام ، فانها واردة في التضمين من أول الأمر لا اشتراط الضمان عند التلف الذي هو محل كلامنا .

فانا ذكرنا في مبحث الفرق بين البيع والدين من مباحث المكاسب أن البيع عبارة عن مبادلة المال بالمال بحيث ان كلا من المتبايعين يعطي شيئاً بأزاء أخذ شيء من صاحبه ، في حين ان القرض لا يتضمن أي مبادلة بين المـالين ، وانما هو تمليك للمال مع الضمان بمعنى اثباته في عهدة الآخر ونقله إلى ذمته ـ كما هو الحال في الغاصب مع التلف ـ .

فليس القرض تبديل مال بمال غيره وإنما هو جعل المال المعين بعينه في ذمة الآخر ، وهذا ما يعبر عنه بالضمان المطلق .

إذن : فهذه الصحيحة لما كانت ناظرة إلى الضمان المطلق اعني دفع ماله إلى غيره ليكون في عهدته من أول الأمر ، كانت الرواية أجنبية عن محل الكلام ، فانها واردة في القرض ابتداءاً لا في انقلاب المضاربة إلى القرض بالأشتراط .

فالصحيحة ـ بناءاً على ما ذكرناه واختاره صاحبا الوافي والحدائق ـ غير واردة في المضاربة ، وانما هي واردة في التضمين الفعلي وأين ذلك من اشتراط الضمان عند التلف ؟ .

---

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ٤ من أبواب أحكام المضاربة ح ١ .

(مسألة ٥) : إذا اشترط المالك على العامل أن لايسافر مطلقاً أو إلى البلد الفلاني أو إلا الى البلد الفلاني، أو لا يشتري الجنس الفلاني ، أو الا الجنس الفلاني ، او لا يبيع من زيد مثلاً ، أو الا من زيد ، أو لا يشتري من شخص، أو إلا من شخص معين ، أو نحو ذلك من الشروط ، فلا يجوز له المخالفة (١) والا ضمن المال لو تلف بعضاً أو كلاً ، وضمن الخسارة مع فرضها . ومقتضى القاعدة (٢) وان كان كون تمام الربح للمالك على فرض ارادة القيدية (٣) إذا أجاز المعاملة ، وثبوت خيار تخلف الشرط على فرض كون المراد من الشرط الالتزام في الالتزام ، وكون تمام الربح له على تقدير الفسخ الا أن الاقوى

فما ذكره هذا القائل من كون الصحيحة معمولاً بها . غير تام بالقياس إلى المعنى الذي ذكره .

(١) عملاً بشرط المالك واقتصاراً على مورد إذنه .

(٢) باعتبار ان العامل حينئذٍ فضولى فان اجاز المالك ما صدر من المعاملة منه صح العقد وكان تمام الربح له والا حكم ببطلان المعاملة الصادرة منه .

(٣) يمتاز القيد من الشرط في العقود الالتزامية التمليكية كالبيع بان الشرط فيها قد يكون أمراً خارجياً اجنبياً عن المبيع والثمن كالخياطة ففي مثله لا يمكن ان يكون قيداً لمتعلق العقد إذ المبيع وجود والشرط وجود آخر والنسبة بين الوجودين هي التباين فلا معنى لأن

يكون احدهما مقيداً للوجود الآخر فيقال : ان الحنطة مقيدة بخياطة الثوب .

نعم من الممكن جعله قيداً للمنشأ بمعنى تعليق نفس البيع - لا المبيع - على الخياطة ، الا انه باطل جزماً ، لأنه من التعليق في العقود وهو موجب لبطلانه .

ومن هنا فينحصر أمره في ان يكون شرطاً في العقد بمعنى تعليق الالتزام بالعقد على الخياطة فيكون من الالتزام في ضمن الالتزام .

وقد يكون وصفاً لمتعلق العقد ، وهو تارة يكون من الأوصاف الذاتية المقومة للذات فهو قيد لا محالة كأن يقول « بعتك هذا الموجود الخارجي على ان يكون ذهباً » وعليه فلو تخلف الوصف لكان البيع محكوماً بالبطلان لا محالة ، وذلك لأن مالية الاشياء إنما هي بفصولها وما يمتاز به كل صنف عن الآخر من الصفات ، وحيث ان الجامع بين الصنفين فاقد لها فلا مالية له .

والعبرة في اختلاف الصنف والنوع إنما هي بالنظر العرفي لا الدقة العقلية الفلسفية فانه إذا باع المملوك على انه أمة فبان عبداً حكم ببطلان البيع إذ العرف يراهما نوعين وان كانا بنظر العقل واحداً باعتبار ان الذكورية والأنوثية من العوارض للانسان .

وأخرى لا يكون مقوماً للذات كما لو باع العبد على أنه كاتب ، ومثله لا يصلح ان يكون قيداً ، فان الموجود الخارجي لا اطلاق له لكي يكون مقيداً بالكتابة في بعض الاحيان وإنما هو موجود واحد إما هو كاتب بالفعل أو ليس بكاتب كذلك .

وحيث لا يجوز ان يكون من تعليق نفس البيع عليه لأنه من التعليق المبطل جزماً ، ينحصر أمره في كونه شرطاً اعني تعليق الالتزام

بالعقد على كونه كاتباً فيكون له الخيار على تقدير عدمه .

هذا كله بالنسبة إلى المائز بين القيود والشروط في الأعيان الخارجية وقد اتضح انه يختلف باختلاف الشرط .

ومن هنا يتضح ان العبرة في الفرق بينهما إنما هو بواقع الشرط لا التعبير فلا فرق بين ان يقول : (بعتك هذا العبد الكاتب) أو (بعتك هذا على ان يكون كاتباً) فان الحال فيهما واحد .

وأما إذا كان متعلق العقد كلياً في الذمة ، فحيث ان وجود الكلي ينحصر في وجود أفراده إذ لا وجود له الا في ضمنهـا ، كان الاشتراط - مقوماً كان الشرط أو غيره - موجباً لتعدد الوجود وامتياز المقيد عن غيره ، ومن هنا يكون الشرط قيداً في متعلق المعاملة لامحالة بحيث يكون متعلقها خصوص الحصة المقيدة دون غيرها لاقتضاء أخذ الوصف تخصص الكلي لا محالة .

وعليه فلو سلمه غيرها لم تبرأ ذمته ووجب عليه اداء الحصة التي اتفقا عليها .

وبهذا يفترق الكلي عن العين الخارجية .

وكذا الحال إذا كان متعلق العقد عملاً من الأعمال ، فانه عرض من الأعراض وهو يختلف ويتعـدد في الوجود بماله من صفات ؛ فهو موجود بوجودين واجد الصفة وفاقدها .

ومن هنا فاخذ صفة في ضمن العقد يعني كون متعلق المعامـلة خصوص تلك الحصة فلو أتى الأجير بغيرها لم تفرغ ذمته .

وليس هـذا من موارد الخيار وإنما هو من موارد عـدم تحقق متعلق العقد في الخارج .

والحاصل : ان باب الكلي في الذمة والأعمال من جهة يغاير باب

الأعيان الخارجية التي تكون متعلقة للعقد من جهة اخرى .

هذا كله في العقود الالتزامية التمليكية ، وأما في عقد المضاربة الذي ينحل في الحقيقة إلى أمرين إذن المالك للعامل في العمل والتزامه بان يكون الربح بينهما ، فهو من العقود الأذنية بلحاظ الجهة الأولى ومن العقود الالتزامية بلحاظ الجهة الثانية .

فاذا اشترط المالك على العامل ما يرجع إلى خصوصية في المبيع أو الشراء كان ذلك من تقييد الأذن لا محالة فيكون راجعاً إلى الجهة الأولى في المضاربة ، ومقتضى ذلك ان مخالفة الشرط توجب انتفاء الأذن في التصرف فيه وعليه فيحكم بعدم استحقاق العامل شيئاً .

وأما ما وقع من العمل خارجاً فهو معاملة فضولية ان أجازه المالك كان الربح أو الخسران له والا فهو محكوم بالفساد من أصله.

وأما إذا كان الشرط أمراً خارجياً كالخياطة والكتابة ونحوهما فيمكن ان يكون راجعاً إلى الجهة الأولى فيكون من تعليق الأذن في التجارة والتصرف بالمال على ذلك الفعل المعين كما هو الحال في الاباحات .

ولا يقدح فيه التعليق لأن الممنوع إنما هو التعليق في العقود التمليكية والمضاربة من العقود الأذنية .

ويمكن أن يكون راجعاً إلى الجهة الثانية أعني التزامه بكون الربح بينهما على النسبة المعينة ، وهذا هو الاظهر في الشروط التي لها مالية.

وعليه فعند تخلف العامل عن الشرط فللمالك ان يرفع يده عن التزامه هذا وإن كان إذنه في اصل التجارة باقياً ، فيأخذ تمام الربح ويكون للعامل أجرة مثل عمله .

هذا تمام الكلام بالنسبة إلى ما تقتضيه القاعدة ، ومنه يظهر الحال في بعض ما أفاده الماتن (قده) في هذا المقام .

اشتراكهما في الربح على ما قرر ، لجملة من الاخبار الدالة على ذلك (١) ولا داعي إلى حملها على بعض

(١) كصحيحة جميل عن أبي عبد الله (ع) (في الرجل دفع إلى رجل مالاً يشتري به ضرباً من المتاع مضاربة فذهب فاشترى به غير الذي أمره ، قال : هو ضامن والربح بينهما على ما شرط) (١) وصحيحة الحلبي عنه (ع) أيضاً : (في الرجل يعطى الرجل مالاً مضاربة فيخالف ما شرط عليه ، قال هو ضامن والربح بينهما) (٢) وغيرهما من النصوص .

ثم ان أغلب هذه الروايات وإن كانت واردة في مخالفة العامل للمالك في الخروج من البلد والمكان الذي حدده له في التجارة ، وصحيحة جميل واردة في مخالفته للمالك في جنس ما عينه له ، الا انه يمكن اثبات الحكم بشكل عام والتعدي عن المورد بدعوى الأولوية القطعية حيث انه إذا ثبت اشتراك العامل والمالك في الربح على النسبة المعينة مع مخالفة العامل للمالك في جنس المتاع والمخالفة ذاتية ، كان ثبوته في مورد مخالفته للشرائط الاخر العائدة إلى الاختلاف في الأوصاف أو الأزمان ، بطريق أولى .

وأن أبيت عن قبول ذلك ، يكفينا في اثبات الحكم في سائر الموارد اطلاق صحيحة الحلبي المتقدمة حيث أن مقتضى اطلاق قوله (فيخالف ما شرط عليه) عدم الفرق بين كون المخالفة من حيث الجنس أو الزمان او الوصف .

(١) الوسائل : ج ١٣ باب ١ من أبواب أحكام المضاربة ح ٩ .
(٢) الوسائل : ج ١٣ باب ١ من أبواب أحكام المضاربة ح ٥ .

المحامل (١) ولا الى الاقتصار على مواردها ، لاستفادة

(١) حمل بعضهم المخالفة في هذه النصوص على المخالفة الصورية بدعوى ان قصد المالك حين اعطائه لرأس المـال للعامـل إنما هو الاسترباح ، غاية الأمر انه كان يتخيل انه إنما يكون بشراء الأطعمة ـ مثلاً ـ لكن العامل لما يعلم انفعية شراء الحيوان ـ مثلاً ـ فيشتريه، فلا يمكن ان يقال انه كان من غير إذن المالك لأنه لما كان قصده الاسترباح كان راضياً بكل معاملة فيها ربح .

ومن هنا تكون المعاملة صحيحة والربح بينهما بالنسبة لا محالة باعتبار ان المخالفة صورية لا حقيقية

وعليه فالمتحصل ان هذه النصوص لا تتضمن حكماً تعبدياً مخالفة للقاعدة ، وإنما تتضمن حكماً تقتضيه القواعد بنفسها .

وفيه : انه لو تم فهو إنما يتم في صورة وجود الربح في المعاملة التي أتى بها العامل وأما مع الخسارة فمقتضى القاعدة كون المعامـلة فضولية ان اجازها المالك كانت الخسارة عليه والا استحق نفس ماله وعينه ، لا الحكم بصحتها مطلقاً مع تحمل العامل للخسارة فانه لاينطبق على أي قاعدة من القواعد .

على انه إنما يختص بما إذا كان ربح المعاملة التي قام بها العامل أزيد أو لا أقل مساوياً لربح المعاملة التي أمر بها المالك ، وأما مع قلته بالنسبة اليه فكيف يمكن أن يقال : ان المالك راضٍ بها وان المخالفة صورية ؟ والحال ان هذه النصوص مطلقة وغير مقيدة بفرض تساوي الربحين أو زيادة ربح الثانية عما أمر به المالك .

هذا كله مضافاً إلى ان العبرة في صحة التصرف في مال الغير انما

العموم من بعضها الآخر (١) .

هي بكون العقد الصادر منسوباً إلى المالك وهو لا يكون الا بأذنه السابق أو اجازته اللاحقة ، ولا يكفي مجرد الرضا الباطني التقديري فان كل انسان يرضى باطناً بالربح لكن أفهل يصحح ذلك أخذ ماله والتصرف من غير أذنه ؟ .

إذن : فهذه المخالفة حقيقية واقعية وليست بصورية ، ومقتضى القاعدة الحكم ببطلان ما صدر من العامل ، غير ان النصوص تضمنت صحته تعبداً وكون الربح بينهما والخسارة على العامل .

(١) على ما تقدم بيانه .

نعم الظاهر انها إنما تختص بمخالفة العامل للشرط الراجع إلى الجهة الأولى في المضاربة اعني الأذن في التصرف في المال ، ولا تشمل مخالفته لما يرجع إلى الجهة الثانية وكون الربح بالنسبة المعينة بينهما .

وذلك لانصراف هذه النصوص عن مثل هذه المخالفات ، إذ الظاهر انها ناظرة إلى عمل العامل عملاً لم يأذن فيه المالك وصدور العمل على خلاف الشرط ، لا ما إذا كان العمل مأذوناً فيه غاية الأمر انه لم يف بشرط خارجي اشترط عليه بلحاظ جعل الربح له ، على ما يشهد له ملاحظة سائر النصوص الواردة في مخالفة العمل ، فانها تقيد ما ظاهره الاطلاق لا محالة .

بل الظاهر انه لا حاجة إلى ذلك أيضاً إذ الظاهر من صحيحة الحلبي المتقدمة ترتب الأثر على العمل بخلاف ما شرط عليه ، ولو بملاحظة مناسبة الحكم والموضوع حيث ان مجرد عدم العمل بالشرط لايقتضي

(مسألة ٦) : لا يجوز للعامل خلط رأس المال مع مال آخر لنفسه أو غيره (١) الا مع إذن المالك عموماً كأن يقول : اعمل به على حسب ما تراه مصلحة إن كان هناك مصلحة أو خصوصاً . فلو خلط بدون الأذن ضمن التلف الا أن المضاربة باقية والربح بين المالين على النسبة (٢) .

(مسألة ٧) : مع اطلاق العقد يجوز للعامل التصرف على حسب ما يراه من حيث البايع والمشتري ونوع الجنس

الضمان وإنما يقتضيه العمل والتصرف على خلاف ما أذن فيه المالك وشرط على العامل ، وهذا غير متحقق في الشرط الخارجي لأن الأثر غير مترتب على العمل بخلاف ما شرط وانما هو مترتب على عدم العمل بالشرط .

فالاثر هناك مترتب على الفعل وهنا على الترك والبون بينهما بعيد ولما لم يكن الثاني مورداً للروايات فلابد فيه من الرجوع إلى القواعد وهي تقتضي الحكم بصحة المضاربة مع ثبوت الخيار للمالك فان أجاز كان الربح بينهما وان فسخ أخذ تمام الربح ودفع للعامل أجرة مثل عمله .

(١) لكونه على خلاف ما إذن فيه المالك ، حيث ان ظاهر كلامه عند تجرده عن القرينة هو الاتجار بالمال بشخصه لا مع خلطه بغيره .

(٢) كل ذلك للنصوص المتقدمة حيث انها غير قاصرة الشمول لمثل المقام .

المشترى ، لكن لايجوز له أن يسافر من دون إذن المالك(١) إلا إذا كان هناك متعارف ينصرف اليه الأطلاق ، وان خالف فسافر فعلى ما مر في المسألة المتقدمة (٢) .

(مسألة ٨) : مع اطلاق العقد وعدم الإذن في البيع نسيئة لا يجوز له ذلك (٣) الا أن يكون متعارفاً ينصرف اليه الأطلاق ، ولو خالف في غير مورد الأنصراف ، فان استوفى الثمن قبل اطلاع المالك فهو (٤) وان اطلع المالك

---

(١) يظهر الوجه فيه مما تقدم في المسألة السابقة فانه على خلاف ظاهر كلامه حيث انه منصرف إلى الاتجار في البلد فيما إذا لم يكن الاتجار في خارج البلد أمراً متعارفاً - كما كان الحال في الأزمنة السابقة - .

(٢) من كون الربح بينهما والخسران على العامل ، للنصوص المطلقة الشاملة للمقام بل وجملة من النصوص الواردة في خصوصه .

(٣) لأنه على خلاف ظاهر إذنه .

(٤) حيث يحكم بصحة المضاربة والعقد الذي صدر من العامل بلا خلاف فيه ولا اشكال .

وعليه فان كان هناك ربح فهو بينهما على النسبة التي اتفقا عليها وان كانت وضيعة فهي على العامل ، على ما تضمنته النصوص حيث ان المقام من مصاديق مخالفة العامل للمالك فيما شرط عليه ، اذ أنه قد اتجر تجارة لم يأذن المالك فيها ، فيكون مشمولاً لها لامحالة.

قبل الاستيفاء ، فان امضى فهو (١) والا فالبيع باطل (٢) وله الرجوع على كل من العامل والمشتري مع عدم وجود المال عنده أو عند مشتر آخر منه (٣) فان رجع على المشتري بالمثل أو القيمة لا يرجع هو على العامل (٤) إلا ان يكون مغروراً من قبله وكانت القيمة أزيد من الثمن،

(١) حيث يحكم بصحة المعاملة لانتسابها بالأجازة اليه .

(٢) لأنها معاملة غير مأذون فيها ولا تشملها النصوص السابقة لظهورها في كون المال عند العامل بالفعل بحيث لو طالب المالك برأس ماله لأخذه مع الربح أو مع تدارك العامل للخسران ، وهذا غير متحقق في المقام حيث ان المال عند المشتري ولا يلزمه الوفاء قبل الأجل .

وعليه : فيحكم ببطلانها عند عدم أجازة المالك لها .

(٣) وبعبارة أخرى : انه ان كانت العين موجودة كان للمالك مطالبتها من كل من وضع يده عليها ، وان كانت تالفة كان له تغريم أي منهم شاء بالمثل أو القيمة ، على ما هو الميزان في باب الضمانات .

وقد ذكرنا في مبحث تعاقب الأيادي من مباحث المكاسب انه لا مانع من اعتبار المال الواحد في ذمم اشخاص متعددين بمعنى ان يكون لمالكه مطالبة أيهم شاء ، وان استقر الضمان على من تلف المال بيده .

(٤) لأن المال قد تلف بيده أو يد من اعطى المال له ، ومن هنا فلو رجع على العامل رجع هو عليه لأن المفروض انه قدأخذمنه ؛

فانه حينئذٍ يرجع بتلك الزيادة عليه (١) وان رجع على العامل يرجع هو على المشتري بما غرم (٢) الا ان يكون مغروراً منه وكان الثمن أقل فانه حينئذٍ يرجع بمقدار الثمن .

(مسألة ٩) : في صورة اطلاق العقد لا يجوز له أن يشتري بأزيد من قيمة المثل ، كما أنه لا يجوز أن يبيع بأقل من قيمة المثل (٣) والا بطل . نعم إذا اقتضت المصلحة أحد الأمرين لا بأس به (٤) .

(مسألة ١٠) : لا يجب في صورة الاطلاق أن يبيع

---

(١) كما هو الحال في غير المضاربة من العقود أو التمليكات المجانية نظراً لكون السبب أقوى من المباشر .

(٢) فان ماله لا يذهب هدراً ، بل وبالمعاوضة القهرية ببناء العقلاء يملك المال التالف بمجرد دفع عوضه ، وحينئذٍ فله مطالبة كل من ترتبت يده لاحقاً عليه ببدله وهكذا يرجع كل من السابق على اللاحق .

(٣) والوجه في ذلك كله هو ان عقد المضاربة مبني على كون التجارة بالبيع والشراء بالقيمة المتعارفة وفي معرض تحصيل الربح ، فلا يشمل صورة علم العامل بالخسارة بأن يشتري بأزيد من ثمن المثل أو يبيع بالأقل منه .

(٤) فان العبرة انما هي بالمصلحة ، كما لو خاف تلف المال او سرقته عند بقائه فباعه بأقل من ثمنه ، فانه يحكم بصحته بلا اشكال .

بالنقد ، بل يجوز أن يبيع الجنس بجنس آخر (١) وقيل بعدم جواز للبيع الا بالنقد المتعارف ، ولا وجه له إلا إذا كان جنساً لا رغبة للناس فيه غالباً (٢) .

(مسألة ١١) : لا يجوز شراء المعيب ، الا إذا اقتضت المصلحة (٣) ولو اتفق فله الرد أو الارش ، على ماتقتضيه المصلحة .

(مسألة ١٢) : المشهور - على ما قيل - أن في صورة الاطلاق يجب أن يشتري بعين المال فلا يجوز الشراء في الذمة وبعبارة أخرى : يجب أن يكون الثمن شخصياً من مال المالك لا كلياً في الذمة ، والظاهر انه يلحق به الكلي في المعين أيضاً ، وعلل ذلك : بانه القدر المتيقن وأيضاً للشراء في الذمة قد يؤدي إلى وجوب دفع غيره - كما إذا تلف رأس المال قبل الوفاء - ولعل المالك غير راض بذلك . وأيضاً إذا اشترى بكلي في الذمة لا يصدق على الربح انه ربح مال المضاربة ولا يخفى ما في هذه

---

(١) لعدم الدليل على اعتبار النقد فضلاً عن النقد المتعارف ، واقتضاء الاطلاق جواز كل عقد يكون في معرض الربح وفي مصلحة المالك .

(٢) فلا يجوز لكونه على خلاف مبنى عقد المضاربة .

(٣) ظهر وجهه مما تقدم فان العبرة في الصحة انما هي بوجود

العلل (١) . والأقوى - كما هو المتعارف - جواز للشراء في الذمة والدفع من رأس المال ، ثم انهم لم يتعرضوا لبيعه ومقتضى ما ذكروه وجوب كون المبيع أيضاً شخصياً لا كلياً ثم الدفع من الاجناس التي عنده والاقوى فيه أيضاً جواز كونه كلياً وإن لم يكن في التعارف مثل للشراء.

ثم أن الشراء في الذمة يتصور على وجوه :

أحدها : أن يشتري العامل بقصد المالك في ذمته من حيث المضاربة (٢) .

الثاني : أن يقصد كون الثمن في ذمته من حيث انه عامل ووكيل عن المالك ويرجع الى الأول ، وحكمها الصحة وكون الربح مشتركاً بينهما على ما ذكرناه (٣) واذا فرض تلف مال المضاربة قبل الوفاء كان في ذمة

المصلحة وكون التجارة في معرض الربح .

(١) فانها مخالفة لاطلاقات ادلة المضاربة المقتضية للصحة ولا موجب لرفع اليد عنها .

(٢) بمعنى قصده لأداء الثمن من مال المضاربة .

(٣) لما تقدم من عدم اعتبار كون الشراء او البيع شخصياً وجواز كونهما في الذمة .

المالك يؤدي من مالـه الآخر (١) .

الثالث : أن يقصد ذمة نفسه وكان قصده الشراء لنفسه ولم يقصد الوفاء حين الشراء من مال المضاربة ، ثم دفع منه وعلى هذا الشراء صحيح (٢) ويكون غاصباً في دفع

---

(١) اعتبره في المسالك من المسلمات ، واستدل عليه في الجواهر بانه مقتضى إطلاق إذن المالك .

وفيه : أما التسالم فلم يثبت وعلى تقديره فلا يمكن المساعدة عليه إذ كيف يمكن الزام المالك بالدفع من ماله الخاص والحال انه لم يأذن فيه ، فان الزامه بذلك تعسف محض وبلا موجب ، فان المالك انما أذن بالشراء من ماله إما شخصياً او كلياً على أن يدفع بدله من المال المعين للمضاربة ولم يأذن في غيره .

وأما دعوى الأطلاق فهو واضح الاندفاع حيث ان المالك انما أذن في التصرف بالمال المعين ولم يجز في الزائد منه ، كي يكون مضموناً في ماله الخاص .

وعليه فالصحيح هو الحكم ببطلان هذه المعاملة فان الثمن وان كان كلياً في الذمة لكنه لما كان مقيداً بالدفع من المال الخارجي المعين ، وتعذر ذلك كان من مصاديق تلف الثمن قبل قبضه ، فيحكم بانفساخ العقد ورجوع مقابله الى مالكه الأصلي ، ولا موجب للحكم بالصحة مع تحمل العامل أو المالك للضرر بدفع عوضه من ماله الخاص .

(٢) بلا اشكال فيه ، فان البيع أو الشراء أمر والأداء الخارجي

مال المضاربة من غير إذن المالك ، إلا إذا كان مأذوناً في الاستقراض وقصد القرض .

الرابع : كذلك لكن مع قصد دفع الثمن من مال المضاربة حين الشراء حتى يكون الربح له ، فقصد نفسه حيلة منه وعليه يمكن الحكم بصحة الشراء (١) وإن كان عاصياً في التصرف في مال المضاربة من غير إذن المالك وضامناً له بل ضامناً للبايـــع أيضاً ، حيث أن الوفاء بمال الغير غير صحيح ، ويحتمل القول ببطلان الشراء (٢) لأن رضي البايع

أمر آخر ، فيصح الشراء لكونه في الذمة ، ويبطل الأداء لكونه تصرفاً في مال الغير بغير إذنه ، ومن هنا فلا تبرأ ذمتـه من الثمن بالنسبة إلى البائع في حين انه ضامن للعين بالنسبة إلى المالك لتصرفه فيها من غير إذنه .

وبالجملة : حال الدفع من مال المضاربة في هـذه الصورة حال الأداء من غير مال المضاربة من أموال الغير كمال الوديعة أو الغصب فان الحال فيهما واحد .

(١) لأنه قد اشتراه لنفسه ، ونيته لأداء ثمنه من مال القراض أمر خارج عن حقيقة البيع فانه عبارة عن مبادلة مال بمال ، فلا تكون موجبة لفساده .

(٢) وفيه : أن التقيد لم يثبت بدليل ، فان معنى البيع - على ما عرفت - إنما هو المبادلة بين المالين والمنشأ إنما هو ملـكية كل منهما لمال الآخر ، وأما الزائد عنه فلم يثبت بدليل . ودفع الثمن

مقيد بدفع الثمن والمفروض أن الدفع بمال الغير غير صحيح ، فهو بمنزلة السرقة (١) ، كما ورد في بعض الأخبار أن من استقرض ولم يكن قاصداً للأداء فهو سارق (٢) ويحتمل صحة الشراء وكون قصده لنفسه لغواً ، بعد أن كان بنائه الدفع من مال المضاربة ، فان البيع وان كان بقصد نفسه وكلياً في ذمته ، الا أنه ينصب على هذا الذي يدفعه فكان البيع وقع عليه (٣) والأوفق بالقواعد الوجه

شرط ضمني يوجب تخلفه الخيار لا غير وليس هو مقوماً للبيع والا اوجب القول بالبطلان في الصورة السابقة أيضاً ، إذ لا فرق بينهما من هذه الجهة حيث ان القيد متخلف فيهما ، فلا مبرر للفرق .

(١) لأنه ناوٍ لعدم دفع الثمن .

(٢) النص ضعيف ولا اقل من كونه مرسلاً ، ولعله محمول على عدم قصده للدين من أول الأمر حيث يكون اختلاساً وسرقة .

ثم ان نصوص المقام غير منحصر فيما أشار اليه الماتن (قده) الا أن جميعها لا يخلو من ضعف في السند او قصور في الدلالة .

(٣) وفيه : ان مجرد قصده للأداء من مال الآخر كيف يجعله منصباً عليه ، ويجعل البيع له مع عدم قصد العامل للشراء له بالمرة فان العقد لا ينقلب عما وقع عليه والأداء وفاء للمعاملة وخارج عنها ولذا لو قصد المشتري الأداء من مال غير مال المضاربة غصباً كان أم وديعة أم غيرهما لم يحكم بكون العقد لصاحب المال .

الأول ، وبالاحتياط الثاني (١) وأضعف الوجوه الثالث وإن لم يستبعده الآقا البهبهاني .

الخامس : أن يقصد الشراء في ذمته من غير التفات إلى نفسه وغيره . وعليه أيضاً يكون المبيع له (٢) وإذا دفعه من مال المضاربة يكون عاصياً ولو اختلف البائع والعامل في أن الشراء كان لنفسه أو لغيره وهو المالك المضارب ، يقدم قول البائع لظاهر الحال (٣) فيلزم بالثمن من ماله وليس له ارجاع البائع إلى المالك المضارب .

(مسألة ١٣) : يجب على العامل بعد تحقق عقد المضاربة ما يعتاد بالنسبة اليه والى تلك التجارة في مثل ذلك المكان

ومن هنا يظهر الحال فيما افاده شيخنا الاستاذ (قده) في تعليقته من أنه ليس ببعيد ، فانه بعيد جداً بل لم نعرف له وجهاً .

(١) ووجهه غير واضح فان كلا من الأمرين على حد سواء وليس أحدهما أحوط من الآخر إذ الأمر دائر بين ملكية المبيع للمشتري أو البائع أو مالك المال ، ومع احتمال كل منها لا وجه للقول بان الثاني موافق للأحتياط .

(٢) فان كونه للغير يحتاج إلى مؤنة زائدة ، فما لم يقصده المنشيء يحكم بكون العقد لنفسه كما هو الحال في سائر الوكلاء .

(٣) فان ظاهر الانشاء انتسابه إلى نفسه وكونه هو المسؤول عن بدله ، بحيث يكون هو طرف العقد والمطالب به كما يقتضيه بناء العقلاء والسيرة الجارية .

والزمان من العمل وتولي ما يتولاه التاجر لنفسه من عرض القماش والنشر والطي وقبض الثمن وايداعه في الصندوق ونحو ذلك مما هو اللايق والمتعارف ، ويجوز له استيجار من يكون المتعارف استيجاره مثل الدلال والحمال والوزان والكيال وغير ذلك ويعطي الأجرة من الوسط ، ولو استأجر فيما يتعارف مباشرته بنفسه فالأجرة من ماله (١) ولو تولى بنفسه ما يعتاد الاستيجار له فالظاهر جواز أخذ الأجرة إن لم يقصد التبرع ، وربما يقال بعدم الجواز ، وفيه : انه مناف لقاعدة احترام عمل المسلم المفروض عدم وجوبه عليه (٢) .

---

(١) لكونه على خلاف مقتضى عقد المضاربة ، حيث انه يقتضي كون تلك الافعال على العامل نفسه .

(٢) تقدم غير مرة أن هذا المقدار من التعليل لا يكفي في جواز أخذ العامل للأجرة بل لابد في اثباته من اضافة ان العمل صادر بأذنه ومستند اليه ، والا فلو لم يكن العمل صادراً بأمره لم يكن وجه لاثبات الأجرة عليه .

فصدور العمل عن أمر المالك مقوم لثبوت الأجرة عليه ، وهو متحقق في المقام فان العمل لما كان الاستيجار عليه أمراً متعارفاً كان مقتضى إذن المالك في المضاربة الأذن في الاستيجار ودفع الأجرة بازائه ومقتضى اطلاق هذا الأذن عدم الفرق بين كون الأجير هو العامل او غيره ، فانه وكما يجوز للعامل استيجار عبده للقيام بذلك

(مسألة ١٤) : قد مر أنه لا يجوز للعامل السفر من دون اذن المالك ، ومعه فنفقته في السفر من رأس المال (١) الا إذا اشترط المالك كونها على نفسه (٢) وعن بعضهم كونها على نفسه مطلقاً ، والظاهر أن مراده فيما إذا لم يشترط كونها من الأصل . وربما يقال : له تفاوت ما بين السفر والحضر . والاقوى ما ذكرنا (٣) من جواز أخذها من أصل المال بتمامها من مأكل ومشرب وملبس ومسكن ونحو ذلك مما يصدق عليه النفقة ففي صحيح علي ابن جعفر عن أخيه أبي الحسن (عليه السلام) : (في المضارب ما انفق في سفره فهو من جميع المال ، فاذا قدم بلده فما أنفق فمن نصيبه) هذا وأما في الحضر فليس له

الفعل فتكون الأجرة له قهراً كذلك يجوز له القيام به مباشرة ليأخذ الأجرة بلا واسطة .

(١) لأنها من لوازم السفر والأذن بالشيء وبالدلالة الالتزامية إذن في لوازمه .

ويقتضيه مضافاً إلى ذلك السيرة القطعية الجارية .

(٢) فيتبع الشرط بلا كلام ويقتضيه قولهم (ع) (المؤمنون عند شروطهم) بعد ان كان الفعل في حد نفسه سائغاً .

(٣) إذ ان القولين الآخرين مضافاً إلى منافاتهما لاطلاق الأذن ، والسيرة القطعية الجارية بالتزام الآمر لجميع نفقات المأمور في سفره منافيان لصحيحة علي بن جعفر المذكورة في المتن .

أن يأخذ من رأس المال شيئاً (١) الا إذا اشترط على المالك ذلك .

(مسألة ١٥) : المراد بالنفقة ما يحتاج اليه من مأكول وملبوس ومركوب والآت يحتاج اليها في سفره وأجرة المسكن ونحو ذلك . وأما جوائزه وعطاياه وضيافاته ومصانعاته فعلى نفسه (٢) الا إذا كانت التجارة موقوفة عليه .

(مسألة ١٦) : اللازم الاقتصار على القدر اللايق فلو أسرف حسب عليه (٣) نعم لو قتر على نفسه أو صار ضيفاً عند شخص لا يحسب له (٤) .

(مسألة ١٧) : المراد من السفر العرفي لا الشرعي (٥) فيشمل السفر فرسخين أو ثلاثة . كما انه إذا أقام في بلد عشرة أيام أو أزيد كان نفقته من رأس المال لأنه في السفر

---

(١) للسيرة وصحيحة علي بن جعفر المتقدمة .

(٢) لعدم صدق النفقة عليه .

(٣) لخروجه عن المأذون من قبل المالك .

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

(٥) فان المراد به ما يقابل كونه في بلده .

عرفاً . نعم إذا أقام بعد تمام العمل لغرض آخر - مثل التفرج ، أو لتحصيل مال له ، أو لغيره مما ليس متعلقاً بالتجارة - فنفقته في تلك المدة على نفسه (١) وإن كان مقامه لما يتعلق بالتجارة ولأمر آخر بحيث يكون كل منهما علة مستقلة لولا الآخر ، فان كان الأمر الآخر عارضاً في البين فالظاهر جواز أخذ تمام النفقة من مال التجارة (٢) وان كانا في عرض واحد ففيه وجوه (٣) ثالثها التوزيع وهو الاحوط في الجملة (٤) وأحوط منه كون التمام على نفسه وإن كانت العلة مجموعهما بحيث يكون كل واحد جزء من الداعي فالظاهر التوزيع (٥) .

---

(١) لأن نفقته حينئذ ليست بما انه عامل مضارب ، فلا يشملها دليل خروجها من أصل المال .

(٢) لاطلاق الدليل بعد صدق كون مقامه للتجارة .

(٣) أقواها جواز الانفاق حيث لا قصور في شمول الأدلة للمقام بل يقتضيه السيرة القطعية الجارية حيث يتحمل المرسل نفقات الرسول من غير فرق بين ان يكون للعامل في البلد المرسل اليه شغل غيره وعدمه .

(٤) أي بالنسبة إلى العامل .

(٥) ويقتضيه الارتكاز العرفي فانه إذا كان تمام المقام مستنداً إلى المالك ولأجله كان تمام نفقة العامل عليه ، فاذا لم يكن غير بعضه له كان عليه من النفقات بحساب ذلك البعض إلى المجموع

(مسألة ١٨) : استحقاق النفقة مختص بالسفر المأذون فيه (١) فلو سافر من غير إذن ، أو في غير الجهة المأذون فيه أو مع التعدي عما اذن فيه ، ليس له أن يأخذ من مال التجارة .

وبحسب هذا الارتكاز يمكن استفادة الحكم من صحيحة علي بن جعفر المتقدمة أيضاً ، إذ العامل في سفره هذا يجمع بين صفتين فهو عامل مضاربة وغيره حيث ان سفره أو مقامه مستند اليهما معاً فله ان يطالب المالك من النفقات بمقدار ما هو عامل مضارب .

(١) على ما يقتضيه الارتكاز العرفي ، فان ثبوت النفقة كان بملاك أن الأذن في الشيء إذن - وبالدلالة الالتزامية - في لوازمه ، ومع انتفاء أصل الأذن لاتبقى دلالة التزامية ، ومن هنا - وبحسب الارتكاز أيضاً - يكون مورد صحيحة علي بن جعفر المتقدمة مختصاً بفرض الأذن فلا تعم صورة الغصب فان معه كيف يمكن للعامل الصرف من مال المالك .

على أنا لو سلمنا اطلاقها فمقتضى ما دل على ضمان العامل عند مخالفته لأمر المالك هو ضمان العامل لما ينفقه عند مخالفته لأذنه

ومن هنا فان قلنا بتقدم القاعدة عليها ولو من جهة الفهم العرفي فهو المطلوب ، وإن قلنا بمعارضتها بالعموم من وجه وتساقطهما ، فالمرجع هو عمومات ما دل على ان من أتلف مال غيره فهو له ضامن ، فانها شاملة للمقام بلا اشكال ومقتضاها ضمان العامل لما يتلفه بالانفاق ، وهو يعني عدم جواز صرفه من مال المالك .

(مسألة ١٩) : لو تعدد أرباب المال ـ كأن يكون عاملاً لأثنين أو أزيد أو عاملاً لنفسه وغيره ـ توزع النفقة (١) وهل هو على نسبة المالين أو على نسبة العملين؟ قولان (٢) .

---

(١) على ما يقتضيه الارتكاز العرفي والقاعدة وصحيحة علي بن جعفر ـ على ما تقدم بيانه ـ .

(٢) ذهب المشهور إلى الأول ، بل وكأنه المتسالم عليه بينهم ونسب إلى بعض القول الثاني ، الا انه لم يعرف قائله .

وكيف كان فهو الحق وذلك لعدم ملاحظه القيمة والمالية في المضاربة عند اخراج نفقات العامل فانه يأخذ نفقات سفره بتمامها وكمالها بأزاء عمله من غير فرق بين قلة مال المضاربة وكثرتها ، كما لو ارسل كل من تاجرين رسولاً إلى بلد لقيامه بعمل معين ، وكان رأس مال أحدهما اضعاف رأس مال الآخر ، فان كلاً منهما سيخسر من النفقات بمقدار ما يخسره الآخر منها ـ إذا تساوت نفقتهما ـ والحال ان رأس مال أحدهما أضعاف رأس مال صاحبه .

وليس ذلك الا لكون العبرة في اخراج نفقته من رأس المال بالعمل والسفر لأجله دون كثرة مال المضاربة أو قلتها .

وإذا كان الأمر كذلك في أصل المطلب ، يكون الأمر كذلك عند التوزيع أيضاً فيلحظ العملين دون المالين .

والحاصل : ان سبب استحقاق النفقة إنما هو العمل دون المال فانه أجنبي بالمرة عنه ، ولعل هذا هو المرتكز في الاذهان .

(مسألة ٢٠) : لا يشترط في استحقاق النفقة ظهور ربح (١) بل ينفق من أصل المال وان لم يحصل ربح أصلاً نعم لو حصل الربح بعد هذا تحسب من الربح ، ويعطى المالك تمام رأس ماله ، ثم يقسم بينهما (٢) .

(مسألة ٢١) : لو مرض في اثناء السفر ، فان كان لم يمنعه من شغله فله أخذ النفقة (٣) وان منعه ليس

---

(١) للسيرة القطعية فان العامل يؤدي أجرة ذهابه إلى تلك البلدة من رأس المال والحال انه لا ربح عند ذاك ، بل وكذا نفقاته من المأكل والمشرب في الطريق بل وفي البلدة عند بدو الوصول اليها ، بل وبعد وصوله إلى قبل اشتغاله بالتجارة بل وفي بعض مراحلها أيضاً ، فانه وفي كل تلك المراحل يصرف من رأس المال وقبل ظهور الربح .

(٢) على ما يقتضيه النص ، فان « جميع المال » المذكور فيه ليس الا كل ما تحت يد العامل من الأصل والربح ، فتخرج النفقات منه ثم يستثنى رأس المال والباقي يكون بينهما بمقتضى ما دل على ان الربح بينهما على ما أتفقا عليه .

نعم حكي عن الرياض القول بخروجها من أصل المال من غير تدارك من الربح بعد ذلك ناسباً له إلى الاصحاب .

إلا أنه غير قابل للتصديق ؛ فانه خلاف خروجها من جميع المال وظاهر النص والارتكاز العرفي استثناءها من الربح على تقدير ظهوره

(٣) بلا اشكال فيه ، لشمول الأدلة له .

له (١) وعلى الاول لا يكون منها ما يحتاج اليه للبرء من المرض (٢) .

(١) فان الصرف من مال التجارة في مورد يكون القصور من قبله لا لوجود مانع ليس مشمولاً للنص ولا يدخل في الارتكاز العرفي .

(٢) قد يقال ان الحكم في هذه المسألة مبني على الخلاف في شمول النفقات الواجبة ـ كنفقة الزوجة ـ لمثل نفقات العلاج ، وعدمه بدعوى اختصاصها بالمسكن والملبس والمأكل والمشرب .

الا انه في غير محله ولا يمكن المساعدة عليه ، فان كلا من الأمرين تابع لدليله ، وقد اخترنا في مسألة نفقات الزوجة وجوب نفقة العلاج بكل ما يكون دخيلاً في قوام حياتها كالحمام للتنظيف على الزوج ، باعتبار ان الوارد في النصوص عنوان « يقيم ظهرها » وهو شامل لكل ما تحتاج اليه في حياتها المتعارفة .

وأما فيما نحن فيه فلا دليل على وجوب نفقة العلاج على المالك فان الارتكاز العرفي مختص بما هو المتعارف وما يعد نفقة للمسافر في سفره فلا يعم ما يحتاج اليه من غير جهة السفر كالدية لو وجبت عليه فانها غير مشمولة للارتكاز العرفي جزماً .

وكذا الحال بالنسبة إلى صحيحة علي بن جعفر حيث أن المذكور فيها : « ما أنفق في سفره » وهو ظاهر فيما ينفقه لأجل سفره فلا تشمل ما كان أجنبياً عنه .

ومن هنا فالصحيح هو القول بتحمل العامل بنفسه لها إذ لاموجب لاخراجها من أصل المال أو الربح .

(مسألة ٢٢) : لو حصل الفسخ أو الانفساخ في اثناء السفر فنفقة الرجوع على نفسه (١) بخلاف ما إذا بقيت ولم تنفسخ فانها من مال المضاربة .

(مسألة ٢٣) : قد عرفت الفرق بين المضاربة والقرض والبضاعة ، وأن في الأول الربح مشترك وفي الثاني للعامل وفي الثالث للمالك ، فاذا قال : خذ هذا المال مضاربة والربح بتمامه لي ، كان مضاربة فاسدة (٢) إلا إذا علم انه

---

(١) فيما إذا انفسخ العقد بموت أو غيره أو جاء الفسخ من قبل العامل ، وأما إذا كان بفعل المالك فالالتزام بكون مصرف الرجوع على العامل نفسه مشكل جداً ، فان صحيحة علي بن جعفر وإن لم تكن شاملة لها باعتبار ان موضوعها هو العامل المضارب وهو غير متحقق في المقام ، الا انه لا موجب لرفع اليد عن الارتكاز العرفي والتزام المالك بكون نفقاته في سفره عليه .

وبعبارة أخرى : ان اساس المضاربة قائم على ان لا يتوجه خسارة على العامل بوجه من الوجوه ، فهو إما ان يأخذ شيئاً - وذلك على تقدير ظهور الربح - وإما ان لا يكون له شيء ، واما تحمله للخسارة من كيسه الخاص فهو خارج عن عنوان المضاربة .

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

(٢) لفساد الشرط ، حيث انه مخالف لمقتضى العقد ولا يجتمع معه ، وليس هو كاشتراط أمر خارجي حتى لا يكون فساده سارياً

قصد الابضاع (١) فيصير بضاعة ، ولا يستحق العامل أجرة (٢) الا مع الشرط أو القرائن للدالة على عدم التبرع (٣) ومع الشك فيه وفي ارادة الأجرة يستحق الأجرة أيضاً، لقاعدة احترام عمل المسلم (٤) واذا قال : خذه قراضاً

إلى العقد نفسه ، فان بينهما بوناً بعيداً ، فان في المقام لما لم يكن المنشيء قد انشأ العقد مطلقاً وإنما انشأه مع شرط مناف كان ذلك من انشاء أمر لا يتحقق في الخارج فهو في انشاءه فرض عدمه حيث اعتبر عنوان المضاربة وكون الربح مشتركاً بينهما على ان لا يتحقق ذلك في الخارج ، فيحكم ببطلانه حيث لا يقبل الامضاء .

ومن هنا يظهر ان البحث الكلي في سراية الفساد من الشرط إلى العقد وعدمه غير شامل للشرط المخالف لمقتضى العقد فانه محكوم بالبطلان جزماً نظراً لاعتبار المالك عدمه في ضمن وجوده لأنه أنشأه على ان لا يتحقق في الخارج .

(١) فيحكم بصحته لأنه حينئذ ليس بمضاربة وأنما أتى المنشيء بلفظها غلطاً أو مجازاً أو جهلاً بمفاهيم الالفاظ .

(٢) باعتبار ان العمل لم يصدر عن أمره الضماني ، فانه لم يأمر به بضمان وإنما أمره به مجاناً ، فلا وجه لاستحقاق العامل الأجرة عليه .

(٣) فتثبت اجرة المثل لصدور العمل عن الأمر مع الضمان .

(٤) وفيه ان مجرد ذلك لا يقتضي ثبوت الاجرة عليه ، بعدما كان الابضاع ظاهراً في العمل مجاناً ، كما يظهر ذلك من اشتراط كون

وتمام الربح لك ، فكذلك مضاربة فاسدة (١) الا إذا علم انه أراد للقرض (٢) . ولو لم يـذكر لفظ المضاربة بأن قال : خذه واتجر به والربح بتمامه لي ، كان بضاعة (٣) الا مع العـلم بارادة المضاربة فتكون فاسدة (٤) . ولو قال : خذه واتجر بهوالربح لك بتمامه ، فهو قرض ، الا مع العلم بارادة المضاربة ، ففاسدة ، ومع الفساد في الصور المذكورة يكون تمام الربح للمالك (٥)وللعامل أجرة عمله (٦)

تمام الربح له ، وقصد العامل لعدم التبرع لا أثر له بعد ان لم يكن الآمر قد أمر بضمان .

(١) لمنافاته لمقتضى العقد على ما عرفت .

(٢) ظهر وجهه مما تقدم .

(٣) لظهوره فيه .

(٤) لما تقدم .

(٥) لتبعية النماءات والارباح للأصل فهي لمالك المال .

(٦) قد يفرض فساد المضاربة لسبب غير اشتراط ما ينافي مقتضى العقد كما لو كان رأس المال ديناً ؛ وقد يفرض فساده من جهة اشتراط ما يخالف مقتضاه .

والحكم في الأول كما أفاده (قده) فان الربح بتمامه يكون للمالك ولا يعطى للعامل منه شيء باعتبار انه لا أثر لجعل النسبة المعينة منه له ، فانه قد بطل بعدم امضاء الشارع للعقد ، لكن لما كان العمل بأمر من المالك لا على نحو المجانية ، واستيفاء العمل المحترم بضمان

يوجب الضمان كان عليه دفع أجرة مثل العمل إلى العامل .

وأما في الثاني فلابد من التفصيل بين ما إذا كان الشرط المخالف لمقتضى العقد هو كون تمام الربح للعامل وبين ما إذا كان الشرط كون تمامه للمالك .

ففي الأول فالحكم ما تقدم أيضاً ، فان تمام الربح يكون للمالك لكن لما كان عمل العامل عملاً محترماً وصادراً بأمر المالك على نحو الضمان ، تثبت أجرة المثل لا محالة وهذا بخلاف الثاني حيث لا وجه فيه للضمان بالمرة ، فان وجهه في العقود الفاسدة إنما هو الاقدام عليه وأمر الغير بعمل له أجرة من غير ظهور في المجانية وهو غير متحقق في المقام لظهور أمره في التبرع والمجانية ـ كما يظهر من اعتبار كون تمام الربح له ـ ومعه فكيف يكون ضامناً ؟

بل حال هذه الصورة حال البضاعة عند عدم القرينة على الأجرة وهو الموافق للقاعدة الكلية : ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده .

ثم أن في اطلاق استحقاق العامل لأجرة المثل في فرض فساد العقد ـ بأي وجه كان ـ نظراً بل منعاً .

إذ الضمان في مثل هذه الموارد لم يثبت بدليل لفظي كي يتمسك باطلاقه ، وانما هو ثابت ببناء العقلاء ، والقدر المتيقن منه هو استحقاقه للأجرة فيما إذا كانت مساوية للمقدار الذي جعل له في العقد الفاسد أو أنقص منه ، فلو كان الفساد من جهة اشتراط كون تمام الربح للعامل وفرضنا انه كان مائة دينار ، فهو لا يستحق في فرض الفساد إلا ذلك المقدار من أجرة المثل .

وأما إذا فرض زيادة الأجرة عليه فلم يثبت بناء منهم على لزوم

الا مع علمه بالفساد (١) .

(مسألة ٢٤) : لو اختلف العامل والمالك في أنهـا مضاربة فاسدة أو قرض أو مضاربة فاسدة أو بضاعة ، ولم يكن هناك ظهور لفظي ولا قرينـة معينة ، فمقتضى القاعدة التحالف (٢) .

دفعها بتمامها ، بل لا ينبغي الشك والريب في عدم وجوب دفع ما زاد عن الربح اليه ، لأنه الذي الغى احترامه فيه .

والحاصل : ان اطلاق لزوم دفع أجرة مثل عمل العامل في فرض فساد المضاربة انما يتم فيما إذا كانت الأجرة أنقص أو مساوية لما اتفقا عليه من الربح وأما إذا كانت ازيد منه فلم يثبت بناءً منهم على استحقاقه للزائد .

(١) تقدم نظيره في عدة من ابواب المعاملات وقد تكلمنا حوله في مبحث الاجارة مفصلا حيث قد عرفت ان العلم بالفساد وعدمه سيان من هذه الجهة ، فان علمه بالفساد ليس إلا العلم بعدم امضاء الشارع لهذا العقد وهو لا يلازم قصده التبرع والمجانية ، بل هو قاصد للربح ولو بغير استحقاق شرعاً ، فاذا كان قصده كذلك ولم يكن أمر الآمر ظاهراً في المجانية ، لا وجه للحكم بعدم استحقاقه للأجرة .

والحاصل : ان العلم بالفساد لا يلازم قصد التبرع والمجانية في العمل ، وانما هو من هذه الناحية مع عدمه سيان .

(٢) ذكرنا في محله من كتاب القضاء أن النصوص الواردة في

التخاصم على كثرتها لم تتعرض لبيان المدعي والمنكر ومن هنا فلم تثبت لهما حقيقة شرعية ولا متشرعية بل هما باقيان على معناهما اللغوي المفهوم عرفاً .

والمراد بالمدعي كل من يدعي شيئاً ويكون هو المطالب باثباته عند العقلاء وهو يتحقق في موردين ادعاؤه على غيره شيئاً من مال أو حق ، أو اعترافه بثبوت حق لغيره عليه مع دعواه الاداء والوفاء ، كما لو أقر بدين لغيره على نفسه وادعى الأداء فان المطالب وان كان هو المقرض ولو ترك ترك ، إلا انه لما اعترف الطرف الآخر به كان هو المدعي والملزم بالاثبات لدى العقلاء .

ومن هنا : فان كان هذا من طرف واحد فهو المدعي والطرف الآخر هو المنكر ، وان كان من الطرفين بحيث يدعي كل منهما على الآخر شيئاً وهو ينكره ، فهو التداعي ، فيلزم كل منهما ببناء العقلاء باثبات ما يدعيه ، فلابد من التحالف ، فان حلفا سقطت كلتا الدعويين . والا فدعوى الذي لم يحلف خاصة .

هذا كله بحسب كبرى المسألة واما بلحاظ تطبيقها على المقام فقد يفرض أن المالك يدعي القرض والعامل يدعي المضاربة الفاسدة - وكانت المعاملة خاسرة - فبناءاً على ما تقدم منه (قده) من استحقاق العامل لاجرة المثل في المضاربة الفاسدة مطلقاً وان ناقشنا فيه على تفصيل تقدم ، فهو من مصاديق التداعي حيث يطالب كل منهما الآخر بشيء فالمالك يدعي القرض ويطالب العامل بتمام المال من دون ان يتحمل شيئاً من الخسارة والعامل يدعي المضاربة الفاسدة ويطالب المالك باجرة مثل عمله فيتحالفان لا محالة .

وأما لو انعكس الامر بان كانت التجارة مربحة والمالك يدعي المضاربة الفاسدة كي يكون تمام الربح له والعامل يدعي القرض ليحرمه منه ، فليس المورد من التداعي في شيء ، وذلك لان المالك بدعواه المضاربة الفاسدة لا يطالب العامل بشيء كي يكون عليه اثباته وانما يكفيه عدم ثبوت ما يدعيه العامل . لان انتقال الربح التابع لرأس المال قهراً إلى العامل بالقرض هو الذي يحتاج إلى الاثبات ، فان اثبته بالبينة كان الربح له وإلا حلف المالك واخذه بتمامه .

وبعبارة اخرى : ان المالك لا يحتاج في أخذ الربح إلى اثبات كون العقد مضاربة فاسدة ، فانه لا يلزم العامل بشيء وانما يطالبه بربح ماله بعد أن يثبت كونه قرضاً .

ومن هنا فالنماء له حتى ولو لم يدع المضاربة الفاسدة حيث يكفيه مجرد انكاره للقرض .

وعلى هذا فالعامل هو المدعي . والمالك هو المنكر .

وأوضح من هذا ما لو ادعى احدهما البضاعة والآخر المضاربة الفاسدة - بناءاً على ما أختاره (قده) من ثبوت اجرة المثل للعامل في كلا الفرضين مع كون الربح بتمامه للمالك - فانه لا وجه لجعله من موارد التداعي ، إذ لا نزاع بينهما بالمرة . لاتفاقهما على ثبوت الربح للمالك واستحقاق العامل اجرة المثل على التقديرين فليس هناك نزاع بينهما إلا في الصورة وإلا فليس في الواقع مدع ومنكر .

نعم بناءاً على ما أخترناه من عدم استحقاق العامل الاجرة في البضاعة فلو ادعى العامل المضاربة الفاسدة والمالك البضاعة ، كان العامل هو المدعي والمالك منكراً لانه لا يلزمه بشيء ، ولا تصل النوبة

وقد يقال : بتقديم قول من يدعي الصحة . وهو مشكل إذ مورد الحمل على الصحة (١) ما إذا علم انهما أوقعا معاملة معينة واختلفا في صحتها وفسادها لا مثل المقام الذي يكون الأمر دائراً بين معاملتين على احداهما صحيح وعلى الاخرى باطل نظير ما إذا اختلفا في انهما اوقعا البيع الصحيح أو الأجارة الفاسدة مثلا ، وفي مثل هذا مقتضى القاعدة التحالف . واصالة الصحة لا تثبت كونه بيعاً مثلا لا اجارة ، أو بضاعة صحيحة مثلا لا مضاربة فاسدة .

الى التداعي ؛

(١) على ما تقدم بيانه منا غير مرة ، فان اصالة الصحة تجري في موردين : -

الأول : حمل فعل المؤمن على الصحة وانه لا يرتكب فعلا على خلاف وظيفته والأصل في هذا المورد ثابت بدليل لفظي وانه لا ينبغي ان يتهم بل ينبغي حمل فعله على أحسنه .

ومن هنا فلا يختلف الحال فيه بين احراز عنوان العمل وعدمه فلا فرق في وجوب الحمل على الصحة بهذا المعنى بين أن يرى مفطراً في شهر رمضان مع احتمال كونه مسافراً أو مريضاً ، فيحمل عمله على الصحة ولا يتهم بالإفطار في شهر رمضان عمداً ، وبين ما لو صدر منه كلام مردد بين الشتم والسلام ، فيحمل على الصحيح ولا يظن به السوء .

(مسألة ٢٥) : إذا قال المالك للعامل : خذ هذا المال قراضاً والربح بيننا صح ولكل منهما النصف (١) وإذا قال :

الا أن اصالة الصحة بهذا المعنى لا تثبت لوازمها وأنه قد سلم ، ومن هنا فلا يجب الجواب عليه .

الثاني : الحمل على الصحة بمعنى ترتيب آثارها على الفعل ، فاذا صدر منه بيع أو طلاق أو غيرهما من العقود وشككنا في اشتماله على شرائط الصحة وعدمه ، كان مقتضى اصالة الصحة الحكم بالصحة وترتيب آثارها عليه . فهي كقاعدة الفراغ في العبادات .

وهذا الأصل لا دليل عليه سوى السيرة القطعية والتسالم عليه بين المسلمين وموردة ما إذا كان العنوان معلوماً وكان الشك في الصحة والفساد فقط .

وأما إذا كان العمل مجهولا كما لو دار الامر بين طلاق زوجته طلاقاً صحيحاً أو اجارة داره اجارة فاسدة فلم تثبت السيرة منهم على البناء على الصحة وترتيب آثار الطلاق الصحيح عليه . إذ لم يحرز عنوان الطلاق كي يحكم بصحته .

(١) لانه ظاهر الكلام ، حيث ان مثل هذا التعبير ظاهر عرفاً في التساوي . وخلافه هو الذي يحتاج إلى الاثبات ، كما هو الحال في سائر الموارد كالوصية بشيء واحد لاثنين فانها ظاهرة في تساويهما فيه ، ولأجل هذا الظهور يحكم بصحة المعاملة وان كانت قد تبدو لاول وهلة مجملة .

ونصف الربح لك فكذلك (١) بل وكذا لو قال : ونصف الربح لي ، فان الظاهر ان النصف الآخر للعامل ولكن فرق بعضهم بين العبارتين ، وحكم بالصحة في الاولى ، لأنه صرح فيها بكون النصف للعامل وللنصف الآخر يبقى له . على قاعدة التبعية ، بخلاف العبارة الثانية ، فان كون النصف للمالك لا ينافي كون الآخر له أيضاً ، على قاعدة التبعية ، فلا دلالة فيها على كون النصف الآخر للعامل وأنت خبير بان المفهوم من العبارة عرفاً كون النصف الآخر للعامل (٢) .

(مسألة ٢٦) : لا فرق 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 ، بدعوى : ان مقتضاه

---

(١) حيث ان ظاهره كون تمام النصف الآخر للمالك ، باعتبار ان النماء بتمامه تابع للعين فما لم يجعله المالك لغيره يكون بطبيعة الحال له لانه نماء ملكه .

(٢) باعتبار ان ظاهر الكلام هو كون النصف تمام ماله من الربح وتحديد ما يستحقه بذلك ، وهو يقتضي كون الباقي للعامل والا لما كان تمام ما للمالك هو النصف .

كون ربح النصف الآخر بتمامه للمالك ، وقد يربح النصف فيختص به أحدهما أو يربح اكثر من النصف ، فلا يكون الحصة معلومة ، وأيضاً قد لا يعامل الا في النصف . وفيه: ان المراد ربح نصف ما عومل به وربح (١) فلا اشكال.

(مسألة ٢٧) : يجوز اتحاد المالك وتعدد العامل (٢) مع اتحاد المال ، أو تميز مال كل من العاملين ، فلو قال: ضاربتكما ولكما نصف الربح صح ، وكانا فيه سواء . ولو فضل أحدهما على الآخر صح أيضاً وإن كانا في العمل سواء . فان غايتـــه اشتراط حصة قليلة لصاحب العمل الكثير وهذا لا بأس به ويكون العقد الواحد بمنزلة عقدين مع اثنين ، ويكون كما لو قارض احدهما في نصف المال بنصف وقارض الآخر في النصف الآخر بربـع للربح ، ولا مانع منه ، وكذا يجوز تعدد المالك واتحاد العامل بان

---

(١) فالمراد ربـح نصف المقدار الذي وقع مورداً للتجارة فهو نصف الربح فيما اتجر به لا ما لم يتجر كما يشهد له الفهم العرفي ، كما هو الحال في التعبير الأول أيضاً .

(٢) لاطلاق الادلة وانحلال المضاربة في الحقيقة والواقـــع إلى مضاربتين أو اكثر ، فهو كما لو ضارب المالك كلا منهما بنصف المال رأساً ، فان الاتحاد في مقام الانشاء لا ينافي التعدد في الواقع واللب.

كان المال مشتركاً بين اثنين فقارضا واحداً (١) بعقد واحد بالنصف مثلا متساوياً بينهما أو بالاختلاف : بان يكون في حصة أحدهما بالنصف وفي حصة الآخر بالثلث أو الربع مثلا . وكذا يجوز مع عدم اشتراك المال بان يكون مال كل منهما ممتازاً وقارضا واحداً مع الأذن في الخلط مع التساوي في حصة العامل بينهما أو الاختلاف : بان يكون في مال احدهما بالنصف وفي مال الآخر بالثلث أو الربع.

(مسألة ٢٨) : إذا كان مال مشتركاً بين اثنين فقارضا واحداً ، واشترطا له نصف الربح ، وتفاضلا في النصف الآخر : بان جعل لاحدهما أزيد من الآخر مع تساويهما في ذلك المال . أو تساويا فيه مع تفاوتهما فيه ، فان كان من قصدهما كون ذلك النقص على العامل بالنسبة إلى صاحب الزيادة : بان يكون كأنه اشترط على العامل في العمل بما له أقل مما شرطه الآخر له ، كأن اشترط هو للعامل ثلث ربح حصته ، وشرط له صاحب النقيصة ثلثي ربح حصته ـ مثلا ـ مع تساويهما في المال ، فهو صحيح لجواز اختلاف الشريكين في مقدار الربح المشترط للعامل (٢)

(١) لما تقدم من الاطلاق وانحلال المضاربة بعدد الملاك .

(٢) والوجه فيه واضح بعد ما عرفت من انحلال المضاربة الواحدة

وان لم يكن النقص راجعاً إلى العامل بـل على الشريك الآخر : بان يكون المجعول للعامـل بالنسبة اليهما سواء لكن اختلفا في حصتهما ، بأن لا يكون على حسب شركتهما فقد يقال فيـه بالبطلان ، لاستلزامه زيادة لأحدهمـا على الآخر مع تساوي المالين أو تساويهما مع التفاوت في المالين بلا عمل من صاحب الزيادة ، لان المفروض كون العامل غيرهما ولا يجوز ذلك في الشركة والاقوى الصحة (١)

في الواقع إلى مضاربتين مستقلتين بنصفي المال ، على ان يكون للعامل في احداهما ثلثا الربح وللمالك الثلث وفي الأخرى بالعكس .

(١) بل الاقوى هو القول الأول وهو البطلان لعدم نفوذ مثل هذه الشروط - على ما تقدم بيانه غير مرة - فان ادلة نفوذ الشروط كقولهم (ع) « المؤمنون عند شروطهم » غير شاملة له ، لان هذا الشرط وان لم يكن مخالفاً لمقتضى العقد إلا انه مخالف للسنة .

والوجه فيه ما عرفت من ان ادلة نفوذ الشروط غير مشرعة وانما هي دالة على لزوم العمل بكل شرط سائـغ في نفسه ، فما لم يكن سائغاً بنفسه قبل الاشتراط لا يكون سائغاً بالشرط .

فان الاشتراط لا يوجب انقلاب الحكم الشرعي ، ولا يقتضي تحليل الحرام أو تحريم الحلال .

ومن هنا فحيث إن مقتضى تبعيـة النماء للعين في الملك ، كون ربح مال كل احد له ، يكون اشتراطه لغيره محتاجاً إلى الدليل الخاص

لمنع عدم جواز الزيادة لأحد الشريكين بلا مقابلتها لعمل منه ، فان الاقوى جواز ذلك الشرط ونمنع كونه خلاف مقتضى الشركة ، بل هو مخالف لمقتضى اطلاقها مع أنه يمكن أن يدعى الفرق بين الشركة والمضاربة وان كانت متضمنة للشركة (١)

ولذا لم يلتزموا بصحة هذا الشرط في غير عقد الشركة والمضاربة كما لو باع متاعه لشخص على ان يكون ربحه من تجارته الاخرى له ـ على نحو شرط النتيجة كما هو المفروض في المقام ـ فانه يكون باطلا جزماً .

إذن : فهذا الشرط مخالف للسنة ، وأدلة نفوذ الشرط لا تشمله لانها غير مشرعة .

(١) ما أفاده (قده) مبني على ثبوت اطلاق في ادلة المضاربة يقتضي جواز جعل بعض الربح للأجنبي ـ كما اختاره (قده) في اول الكتاب ـ فان المقام من صغريات تلك الكبرى حيث ان كلا من الشريكين اجنبي بالنسبة إلى حصة شريكه الآخر .

لكنك قد عرفت منا عدم ثبوت مثل هذا الأطلاق ، ومن هنا فالظاهر عدم جواز هذا الاشتراط بلا فرق في ذلك بين الشركة والمضاربة.

نعم لو كان هذا الاشتراط على نحو شرط الفعل لا شرط النتيجة لصح ووجب الوفاء به لانه فعل سائغ في نفسه ؛ الا انه خارج عن محل الكلام حيث ان المفروض في المقام ملكية احد الشريكين لبعض حصة شريكه بمجرد الشرط .

(مسألة ٢٩) : تبطل المضاربة بموت كل من العامل والمالك ، أما الأول : فلأختصاص الأذن به (١) وأما الثاني : فلأنتقال المال بموته إلى وارثه ، فأبقاؤها يحتاج إلى عقد جديد بشرائطه (٢) فان كان المال نقداً صح ، وان كان عروضا فلا (٣) لما عرفت من عدم جواز المضاربة على غير النقدين ، وهل يجوز لوارث المالك اجازة العقد بعد موته ؟ قد يقال بعدم الجواز ، لعدم علقة له بالمال حال العقد بوجه من الوجوه ليكون واقعاً على ماله أو متعلق حقه . وهذا بخلاف اجارة البطن السابق في الوقف أزيد من حياته ، فان البطن اللاحق يجوز له الأجازة ، لان له حقاً بحسب جعل الواقف . وأما في المقام فليس للوارث حق حال حياة المورث أصلا ، وانما ينتقل اليه المال حال موته وبخلاف اجازة الوارث لما زاد من الثلث في الوصية وفي المنجز حال المرض - على القول بالثلث

(١) فيرتفع بموته وورثته اناس اجانب عنه ، فليس لهم التصرف في المال من دون إذن مالكه .

(٢) لما تقدم من بطلان العقود الاذنية الجائزة بموت احد الطرفين .

(٣) على خلاف تقدم في محله ، وقد عرفت ان الأقوى جواز المضاربة بغير النقدين فراجع .

فيه ـ فان له حقاً فيما زاد ، فلذا يصح اجازته ونظير المقام اجارة الشخص ماله مدة مات في اثنائها ـ على القول بالبطلان بموته ـ فانه لا يجوز للوارث اجازتها ، لكن يمكن ان يقال : يكفي في صحة الأجارة كون المال في معرض الانتقال اليه وان لم يكن له علقة به حال العقد (١) فكونه سيصير له كاف ومرجع أجازته حينئذ إلى ابقاء ما فعله المورث (٢) لا قبوله ولا تنفيذه فان الاجازة أقسام قد تكون قبولا لما فعله الغير ، كما في اجازة بيع ماله فضولا وقد تكون راجعاً إلى اسقاط حق ، كما في اجازة المرتهن

(١) وفيه : ان الكلام في اجازة الوارث للمضاربة بعد موت المالك لا في حال حياته ومن هنا فكونه في معرض الانتقال اليه اجنبي عن الموضوع بالمرة . لانه إذا ثبت له حق الأجازة كان له ذلك سواء أكان في معرض الانتقال اليه ام لم يكن ، إذ لا فرق في المجيز بين كونه وارثاً وكونه اجنبياً كما لو انتقل اليه المال بالشراء أو الصداق فان الكلام في ثبوت حق الأجازة له هو الكلام في ثبوته للوارث .

(٢) لم يتحصل لنا أفاده (قده) وجه محصل ، فان الموت يوجب بطلان المضاربة ومعه كيف يمكن الحكم ببقاءها ؟ بل ان كانت هناك مضاربة فهي مضاربة جديدة غير التي كانت بين المالك الأول والعامل .

على أن لازم بقاء المضاربة الأولى وعدم كون هذه المضاربة

لبيع الراهن ، واجازة الوارث لما زاد عن الثلث ، وقد تكون ابقاءاً لما فعله المالك كما في المقام .

(مسألة ٣٠) : لا يجوز للعامل ان يوكل وكيلا في عمله أو يستأجر أجيراً الا بأذن المالك (١) نعم لا بأس بالتوكيل او الاستيجار في بعض المقدمات على ما هو المتعارف (٢) وأما الايكال إلى الغير وكالة أو استيجاراً في أصل التجارة فلا يجوز من دون إذن المالك ومعه لا مانع منه ، كما أنه لا يجوز له أن يضارب غيره إلا بأذن المالك .

ـ الثانية ـ مضاربة جديدة ، هو تدارك الخسران الواقع في زمن المالك الأول من الربح في عهد المالك الجديد وبالعكس وهو يعني حرمان العامل في احدى المضاربتين عن بعض الربح وتحميله لبعض الخسارة ، وهذا مما لا يمكن الالتزام به لمنافاته لما دل على عدم تحمل العامل لشيء من الخسران .

إذن : فما أفاده ـ قدس سره ـ لا يمكن المساعدة عليه والصحيح هو الحكم بالبطلان .

(١) لقبح التصرف في مال الغير بغير إذنه ، وخروجه عن عنوان المضاربة .

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

(مسألة ٣١) : إذا أذن في مضاربة الغير ، فاما ان يكون بجعل العامل الثاني عاملا للمالك ، أو بجعله شريكاً معه في العمل والحصة ، وأما بجعله عاملا لنفسه . أما الأول فلا مانع منه وتنفسخ مضاربة نفسه على الاقوى(١) واحتمال بقائها مع ذلك لعدم المنافاة كما ترى . ويكون الربح مشتركاً بين المالك والعامل الثاني وليس للأول شيء(٢)

---

(١) بل الاقوى البقاء ، بل لم يظهر للانفساخ وجه صحيح ، فان المضاربة من العقود الأذنية الجائزة ولا تتضمن اي تمليك أو تملك وانما هي عبارة عن الأذن في التصرف بالمال ونتيجتها كون الربح مشتركاً بينهما . ومعه فما هو المانع من مضاربة اثنين من بادىء الأمر ؟ فيكون لكل منها الاتجار بذلك المال ، فان سبق احدهما واتجر به انتفى موضوع المضاربة الثانية . فان ظهر ربح كان بين المالك والعامل .

ولا تقاس هذه بالأجارة أو المزارعة حيث انهما يتضمنان التمليك ولا يصح ان يكون العمل الواحد مملوكاً لشخصين أو يصدر العمل الواحد من اثنين على نحو الاستقلال كي يكونا مالكين للأجرة ، بل المقام من قبيل التوكيل حيث لا مانع من توكيل المتعددين في العمل الواحد.

والحاصل : انه لا وجه لما أفاده - قدس سره - بعد امكان اجتماع المضاربتين على المال الواحد .

(٢) لخروجه عن حدود المضاربة لانه ليس بمالك لرأس المال

الا إذا كان بعد أن عمل عملا وحصل ربح ، فيستحق حصته من ذلك (١) وليس له أن يشترط على العامل الثاني شيئاً من الربح (٢) بعد ان لم يكن له عمل بعد المضاربة الثانية بل لو جعل الحصة للعامل في المضاربة الثانية أقل مما اشترط

ولا عامل فيه .

(١) عملا بالمضاربة التي اتفقا عليه هو والمالك .

(٢) ما أفاده (قده) انما يتم بنـاءاً على ما اخترناه من عدم جواز جعل شيء من الربح للأجنبي ، نظراً الى كون الحكم في المضاربة على خلاف القاعدة باعتبار أن مقتضى تبعية النماء لأصل المال هو كون الربح بأكمله للمالك ، فكون بعضه لغيره على خلاف القاعدة ، ومن هنا يحتاج نفوذه إلى الدليل وهو مختص بما إذا اشترط البعض للعامل .

وأما ادلة الوفاء بالشروط فقد عرفت انها ليست بمشرعة فلا تشمل مثل هذا الشرط المخالف للسنة .

وأما بناءاً على ما أفـاده (قده) من جواز اشتراط بعض الربح للأجنبي تمسكاً بما ادعاه من عموم « المؤمنون عند شروطهم » فلا وجه للقول بعدم نفوذ الشرط في المقام . إذ العامل الأول اجنبي بالنسبة إلى المضاربة الثانية فلا مانع من ان يستحق شيئاً من الربح بالاشتراط .

ومنه يظهر الحال فيما أفاده (قده) فيما لو جعل الحصة للعامل في المضاربة الثانية أقل مما اشترط له في الأولى ، فانـه من مصاديق اشتراط بعض الربح لنفسه أيضاً .

له في الأولى ، كأن يكون في الاولى بالنصف وجعله ثلثاً في الثانية لا يستحق تلك الزيادة ، بل ترجع الى المالك . وربما يحتمل جواز اشتراط شيء من الربح ، أو كون الزيادة له . بدعوى ان هذا المقدار - وهو ايقاع عقد مضاربة ثم جعلها للغير - نوع من العمل ، يكفي في جواز جعل حصة من الربح له . وفيه : أنه وكالة لا مضاربة(١) والثاني أيضاً لا مانع منه (٢) وتكون الحصة المجعولة له في المضاربة الأولى مشتركة بينه وبين العامل الثاني ، على حسب قرارهما . وأما الثالث فلا يصح (٣) من دون أن يكون له عمل مع العامل الثاني ، ومعه يرجع الى التشريك.

(مسألة ٣٢) : إذا ضارب العامل غيره مع عدم الأذن

---

(١) وبعبارة اخرى : ان مطلق العمل لا يوجب استحقاقه شيئاً من الربح ، وانما الذي يقتضيه هو العمل تجارة مع ظهور الربح فيه وليس هذا منه .

(٢) فان العقد الثاني لما كان وبحسب الفرض باذن المالك ورضاه كان مرجعه إلى تعدد العامل المضارب في المضاربة الاولى بعد ان كان متحداً حدوثاً .

(٣) فان العامل اجنبي عن مال المضاربة فلا يحق له تسليط الغير عليه بانشاء العقد عليه معه فان ذلك من مختصات المالك أو من يقوم مقامه .

من المالك ، فان اجاز المالك ذلك كان الحكم كما في الأذن السابق في الصور المتقدمة فيلحق كلا حكمه (١) وان لم يجز بطلت المضاربة الثانية ، وحينئذ فان كان العامل الثاني عمل وحصل الربح فما قرر للمالك في المضاربة الاولى فله ، وأما ما قرر للعامل فهل هو أيضاً له أو للعامل الأول أو مشترك بين العاملين ؟ وجوه وأقوال ، أقواها الأول لان المفروض بطلان المضاربة الثانية فلا يستحق للعامل الثاني شيئاً ، وان العامل الأول لم يعمل حتى يستحق ، فيكون تمام الربح للمالك إذا أجاز تلك المعاملات الواقعة على ماله ويستحق العامل الثاني أجرة عمله مع جهله بالبطلان (٢)

(١) لانتساب العقد الصادر فضولة بالأجازة إلى المجيز ، فيكون العقد عقده ومن ثم يترتب عليه الآثار .

(٢) وأما إذا كان عالماً بالحال فالأظهر انه لا ضمان لا على المالك ولا على العامل ، ولا ينافيه ما تقدم منا في غير مورد انه لا فرق في الضمان بين علم العامل بفساد العقد وعدمه ، فان بينه وبين المقام من الفرق ما لا يكاد يخفى فان المفروض في غير المقام صدور العمل من العامل بامر الآمر لا على نحو المجانية ، فهو بأموره قد التزم للعامل بالأجرة ، فلا يضر علم العامل بالفساد ، وهذا بخلاف المقام حيث لم يلتزم العامل الأول للثاني بشيء وانما اخبره عن ضمان المالك له ، وحيث ان العامل يعلم كذبه وانه ليس بوكيل عنه ، فلا وجه للحكم بضمانه ، بل يكون حاله حال من استأجر غيره للعمل في ملك الغير

على العامل الأول لأنه مغرور من قبله . وقيل : يستحق على المالك (١) ولا وجه له مع فرض عدم الأذن منه له في العمل . هذا إذا ضاربه على أن يكون عاملا للمالك ، وأما إذا ضاربه على أن يكون عاملا له ، وقصد العامل في عمله العامل الأول ، فيمكن ان يقال : ان الربح للعامل الأول ، بل هو مختار المحقق في الشرايع ، وذلك بدعوى ان المضاربة الأولى باقية بعد فرض بطلان الثانية ، والمفروض أن العامل قصد العمل للعامل الأول ، فيكون كأنه هو العامل فيستحق الربح ، وعليه اجرة عمل العامل إذا كان جاهلا بالبطلان ، وبطلان المعاملة لا يضر بالأذن الحاصل منه للعامل له لكن هذا انما يتم اذا لم يكن المباشرة معتبرة في المضاربة الأولى (٢) وأما مع اعتبارها فلا يتم ويتعين

على أن تكون اجرته على المالك . مع علم الأجير بعدم كونه وكيلا عنه.

(١) وكأنه لان المالك قد استفاد من فعله وهو قد عمل على طبق نفعه ، وعمل المسلم محترم .

الا أن فساده أوضح من أن يخفى ، فان احترام عمل المسلم لا يقتضي ان يكون لغيره ضمان بالنسبة اليه ما لم يكن العمل بأمره وإذنه.

(٢) فانه حينئذٍ تصح المضاربة الأولى ويكون للعامل الأول ما قرراه من الربح ، وللثاني اجرة مثل عمله على الاول مع جهله بالفساد بل مع علمه به أيضاً على ما تقدم ، لان العمل قد استوفاه العامل

كون تمام الربح للمالك (١) إذا أجاز المعاملات وان لم تجز المضاربة الثانية .

(مسألة ٣٣) : إذا شرط أحدهما على الآخر في ضمن عقد المضاربة مالا أو عملا كأن اشترط المالك على العامل أن يخيط له ثوباً أو يعطيه درهماً أو نحو ذلك ، أو بالعكس فالظاهر صحته . وكذا اذا اشترط أحدهما على الآخر بيعاً أو قرضاً أو قراضاً أو بضاعة أو نحو ذلك . ودعوى : أن العقد المتيقن ما إذا لم يكن من المالك الا رأس المال ومن العامل الا التجارة . مدفوعة : بأن ذلك من حيث متعلق القدر فلا ينافي اشتراط مال أو عمل خارجي في ضمنه ، ويكفي في صحته عموم أدلة الشروط وعن الشيخ الطوسي فيما إذا اشترط المالك على العامل بضاعة ، بطلان الشرط دون العقد في أحد قوليه ، وبطلانهما في قوله الآخر قال : لان العامل في القراض لا يعمل عملا بغير جعل ولا قسط من الربح ، وإذا بطل الشرط بطل القراض ، لان قسط

الأول . والتزم بعوضه للثاني ، فيضمنه عند ظهور فساد العقد معه.

(١) لان الأول لم يعمل شيئاً ، والثاني وان عمل الا ان عمله لم يكن بأمر المالك فلا يستحق شيئاً ،

وتوهم استحقاق العامل الأول لما قرر في المضاربة الأولى باعتبار ان المقام من مصاديق تخلف الشرط ، وقد دلت النصوص

العامل يكون مجهولا (١). ثم قال : « وان قلنا ان القراض صحيح والشرط جائز ، لكنه لا يلزم الوفاء بـــه ، لان البضاعة لا يلزم القيام بها كان قوياً » وحاصل كلامه في وجه بطلانها : أن الشرط المفروض مناف لمقتضى العقد فيكون باطلا ، وببطلانه يبطل العقد ، لاستلزامه جهالة حصة العامل من حيث ان للشرط قسطاً من الربح وببطلانه يسقط ذلك القسط ، وهو غير معلوم المقدار وفيه : منع كونه منافياً لمقتضى العقد ، فان مقتضاه ليس أزيد من أن يكون عمله في مال القراض بجزء من الربـــح ، والعمل

على استحقاقه للحصة المعينة من الربح عند ظهوره .

مدفوع : بان النصوص انما وردت في عمل العامل على خلاف شرط المالك كما لو اشترط التجارة في البلد ، فتاجر في غيره ، وأين هذا من صدور العمل من اجنبي عن حدود المضاربة بالكلية ؟ .

وبعبارة اخرى : ان المفروض في هذه النصوص صدور التجارة من العامل فاقداً لشرط المالك ، فلا تشمل صورة صدور الفعل من غيره كما هو الحال في المقام .

(١) وذلك لان المالك انما رضي بجعل النسبة المعينة من الربح للعامل لاشتراطه عليه عملا آخر مجاناً فهو انما اعطاه النصف ـ مثلا ـ لاشتراطه عليه خياطة ثوبه مجاناً ، ولولاها لما كان يجعل للعامل النصف وهذا يعني مقابلة بعض الحصة المجعولة للشرط .

ومن هنا فاذا فسد الشرط فسد ما يقابله قهراً وحيث انه مجهول

الخارجي ليس عملا في مال القراض (١) هذا مع أن ما ذكره من لزوم جهالة حصة العامل بعد بطلان الشرط ممنوع ، إذ ليس الشرط مقابلا بالعوض في شيء من الموارد ، وانما يوجب زيادة العوض فلا ينقص من بطلانه شيء من الحصة حتى تصير مجهولا . وأما ما ذكره في قوله : « وان قلنا . . . » فلعل غرضه انه اذا لم يكن الوفاء بالشرط لازماً يكون وجوده كعدمه ، فكأن لم يشترط ، فلا يلزم الجهالة في الحصة . وفيه : أنه على فرض ايجابه للجهالة لا يتفاوت الحال بين لزوم العمل به وعدمه حيث انه على التقديرين زيد بعض العوض لاجله . هذا وقد يقرر في وجه بطلان الشرط المذكور : أن هذا الشرط لا اثر له أصلا ، لانه ليس بلازم الوفاء ، حيث انه في العقد الجائز ولا يلزم من تخلفه أثر التسليط على الفسخ ، حيث انه يجوز فسخه

يكون ما بازاء نفس عمل المضاربة مجهولا أيضاً ، وحينئذ فيبطل العقد إذ يعتبر في عقد المضاربة تحديد حصة العامل من الربح .

(١) وبعبارة اخرى : ان مقتضى عقد المضاربة ان لا يكون عمل العامل في مال المضاربة مجاناً وبلا عوض ، بل لابد من جعل شيء من الربح بازائه ، وأما كون عمله في مال آخر غيره بعوض أيضاً ، فلا يقتضيه عقد المضاربة ولا دليل عليه بل مقتضى عمومات الوفاء بالشرط صحة هذا الشرط .

ولو مع عدم التخلف . وفيه أولا : ما عرفت سابقاً من لزوم العمل بالشرط في ضمن العقود الجائزة ما دامت باقية ولم تفسخ وان كان له أن يفسخ حتى يسقط وجوب العمل به وثانياً : لا نسلم ان تخلفه لا يؤثر في التسلط على الفسخ إذ الفسخ الذي يأتي من قبل كون العقد جايزاً انما يكون بالنسبة الى الاستمرار بخلاف الفسخ الآتي من تخلف الشرط فانه يوجب فسخ المعاملة من الأصل (١) فاذا فرضنا أن الفسخ بعد حصول الربح ، فان كان من القسم الأول اقتضى حصوله من حينه ، فالعامل يستحق ذلك الربح بمقدار حصته ، وان كان من القسم الثاني يكون تمام الربح للمالك ، ويستحق العامل أجرة المثل لعمله وهي قد تكون أزيد من الربح (٢) وقد تكون أقل فيتفاوت الحال بالفسخ وعدمه إذا كان لاجل تخلف الشرط .

---

(١) والفرق بينهما ان الجواز الآتي من قبل الشرط جواز وضعي حقي قابل للأسقاط من قبل المتعاقدين ، في حين ان الجواز المضاف الى العقد مباشرة جواز حكمي لا يقبل الاسقاط .

(٢) انما يستحق العامل زيادة الأجرة عن الحصة المعينة من الربح على تقدير الفسخ فيما إذا لم يكن التخلف من نفسه ، كما لو جاء الفسخ نتيجة لتخلف المالك عما شرط عليه ، وأما إذا كان الفسخ نتيجة لتخلف العامل عن الشرط فهو انما يستحق اقل الأمرين من

(مسألة ٣٤) : يملك العامل حصته من الربح بمجرد ظهوره من غير توقف على الانضاض أو القسمة لا نقلا ولا كشفاً ، على المشهور ، بل الظاهر الاجماع عليه لانه مقتضى اشتراط كون الربح بينهما (١) ولأنه مملوك وليس

اجرة المثل وما اتفقا عليه من الحصة ، ولا يستحق الزيادة لاقدامه على العمل في المضاربة بأقل من ذلك المقدار ، فهو قد الغى احترام ماله فيه .

(١) فان مقتضاه مع ملاحظة اطلاقات ادلة المضاربة ملكية العامل للربح بمجرد ظهوره ومن غير توقف على أمر آخر غيره .

وقد ذكرنا في مبحث الخمس تبعاً للماتن (قده) ان ارتفاع القيمة السوقية قد يفرض في الأموال التي لم تعد للتجارة والاكتساب كالمعدات المتخذة للانتفاع الشخصي وقد يفرض فيما يتخذ للانتفاع بماليته.

ففي الأول لا يعد ترقي القيمة ربحاً عند العقلاء نظراً إلى ان الغاية من ملكيته لها ليست هي التجارة كي تكون مورداً لصدق الربح والاستفادة فمن يشتري دار سكناه بالف ثم ترتفع القيمة السوقية بمرور الزمان فتصبح خمسة آلاف لا يعد لدى العقلاء انه قد ربح اربعة آلاف ما دام هو يحتفظ بداره ولم يبعها ، وانما هو يملك دار سكناه فقط نعم لو باعها صدق الربح عند ذلك ، وهذا بخلاف الثاني حيث ان زيادة القيمة فيه تعتبر ربحاً لدى العقلاء سواءاً أباعه أم لم يبعه ، فانه رابح ومالك للزيادة بالفعل ،

ودعوى : انه أمر موهوم واضح الفساد ، فانه امر اعتباري ثابت ببناء العقلاء على حد ثبوت اصل المالية والا فلا نعرف اي فرق

للمالك ، فيكون للعامل . للصحيح (١) : « رجل دفع الى رجل الف درهم للمضاربة ، فاشترى اباه وهو لا يعلم . قال : يقوم فان زاد درهماً واحداً انعتق ، واستسعى في مال الرجل » إذ لو لم يكن مالكاً لحصته لم ينعتق أبوه . نعم عن للفخر عن والده : أن في المسألة اربعة اقوال ، ولكن لم يذكر القائل ولعله من العامة (أحدها) ما ذكرنا (الثاني) : انه يملك بالانضاض ، لأنه قبله ليس موجوداً خارجياً بل هو مقدر موهوم (الثالث) : انه يملك بالقسمة لانه لو ملك قبله لاختص بربحه ولم يكن وقاية لرأس المال (الرابع) : أن القسمة كاشفة عن الملك سابقاً لانها توجب استقراره . والاقوى ما ذكرنا ، لما ذكرنا . ودعوى :

بين الذهب والحديد ، فتاجر الحنطة وان لم تزد حنطته عيناً الا انها لما كانت تباع في آخر السنة باكثر مما كانت تباع به في أولهـا يصدق عليه انه ربح كذا مقداراً .

وعليه ففيما نحن فيه العبرة في صدق الربح عرفاً انما هو بصدق الربح لدى العقلاء وحيث انك قـد عرفت صدقه عند ظهوره في الأموال التجارية حقيقة وبالاعتبار العقلائي ، يكون العامل مالكاً لحصته.

ولولا ذلك لما كان له مطالبة المالك بالقسمة وكان للمالك ان يفسخ العقد من دون أن يعطيه شيئاً .

(١) رواه الكليني عن علي بن ابراهيم عن ابيه عن ابن أبي عمير

انه ليس موجود كما ترى (١) وكون القيمة أمراً وهميا ممنوع . مع أنا نقول : إنه يصير شريكاً في العين الموجودة بالنسبة ، ولذا يصح له مطالبة القسمة ، مع أن المملوك لا يلزم ان يكون موجوداً خارجياً . فان الدين مملوك مع أنه ليس في الخارج ومن الغريب (٢) اصرار صاحب الجواهر على الاشكال في ملكيته . بدعوى : أنه حقيقة ما زاد على عين الأصل ، وقيمة الشيء أمر وهمي لا وجود له لا ذمة ولا خارجاً ، فلا يصدق عليه الربح نعم لا بأس ان يقال : انه بالظهور ملك أن يملك . بمعنى أن له الانضاض فيملك . واغرب منه أنه قال : «بل لعل الوجه في خبر عتق الأب ذلك أيضاً ، بناءاً على الاكتفاء بمثل ذلك في العتق المبني على السراية » إذ لا يخفى ما فيه (٣)

عن محمد بن ميسر (قيس) قال : قلت لأبي عبدالله (ع) (١):

(١) ظهر وجهه ووجه ما يليه مما تقدم منا بيانه .

(٢) استغرابه (قده) في محله بعد ما عرفت صدق الربح عند العقلاء حقيقة .

(٣) لوضوح دلالة الصحيحة ، بعد توقف العتق وبحسب الارتكاز العرفي على الملك ، فلو لم يكن العامل مالكاً لجزء من ابيه بالشراء فلا وجه لانعتاق مال الغير على العامل ، على ان قوله (ع) :

---

(١) الوسائل : ج ١٣ باب ٨ من أبواب المضاربة ح ١ .

مع أن لازم ما ذكره كون العين بتمامها ملكاً للمالك حتى مقدار الربح مع انه ادعي الاتفاق على عدم كون مقدار حصة العامل من الربح للمالك فلا ينبغي التأمل في أن الأقوى ما هو المشهور . نعم أن حصل خسران أو تلف بعد ظهور الربح خرج عن ملكية العامل (١) لاان يكون كاشفاً عن عدم ملكيته من الأول . وعلى ما ذكرنا يترتب عليه جميع آثار الملكية من جواز المطالبة بالقسمة وان كانت موقوفة على رضى المالك ، ومن صحة تصرفاته فيه من البيع والصلح ونحوهما ، ومن الارث ، وتعلق الخمس والزكاة وحصول الاستطاعة للحج ، وتعلق حق الغرماء به ، ووجوب صرفه في الدين مع المطالبة الى غير ذلك .

(مسألة ٣٥) : الربح وقاية لرأس المال ، فملكية العامل له بالظهور متزلزلة فلو عرض بعد ذلك خسران أو تلف يجبر به الى ان تستقر ملكيته (٢) والاستقرار يحصل

واستسعى في مال الرجل » دليل على ان العتق انما بدأ من حصة العامل وملكه ، حيث يعلم من هذا التعبير ان مال الرجل غير المقدار الذي انعتق . ولو كان الجميع للمالك لوجب الاستدعاء في جميع قيمته لا في خصوص مال الرجل .

(١) على ما سيأتي بيانه في المسألة القادمة .

(٢) بلا خلاف فيه بينهم ، بل وعليه التسالم ، مضافاً إلى كونه

بعد الانضاض والفسخ والقسمة (١) فبعدها إذا تلف شيء لا يحسب من الربح (٢) بل تلف كل على صاحبه ،

مقتضى عقد المضاربة من أول الأمر . فان ارجاع رأس المال بتمامه عند عدم الخسران أمر مفروغ عنه في أصل عقد المضاربة .

ومعنى هذا أخذ المالك لرأس ماله بعد الانتهاء من التجارة ، على ان يكون الزائد - على تقدير وجوده - مشتركاً بينه وبين العامل ومن هنا فاذا خسرت التجارة اولا ثم ربحت لم يكن للعامل المطالبة بحصة من الربح إذا لم يكن زائداً عما خسرته اولا ؛ وعلى هذا الارتكاز العرفي .

وبعبارة اخرى : ان المجعول في عقد المضاربة للعامل ليس هي الحصة من الربح في كل معاملة بعينها . وانما هي الحصة من الربح من حيث مجموع التجارات ، وعليه فما دامت التجارة باقية ومستمرة يكون الخسران بأجمعه وارداً على الربح السابق عليه ، ومنجبراً بالذي يحصل بعده . نظراً لعدم صدق ربح مجموع التجارة من حيث انه مجموع على الزائد قبل ذلك - كما هو واضح - .

ومن هنا فلا حاجة في الحكم الى الدليل الخاص . إذ يكفي فيه كونه مقتضى عقد المضاربة بحد ذاته .

(١) بلا خلاف فيه ، بل يظهر من بعض الكلمات دعوى الاجماع عليه ، ويقتضيه انهاء العقد وتسلط كل على ما يختص به .

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

ولا يكفي في الاستقرار قسمة الربح فقط مع عدم الفسخ(١) بل ولا قسمة الكل كذلك (٢) ولا بالفسخ مع عدم القسمة (٣) فلو حصل خسران أو تلف أو ربح كان كما سبق ، فيكون الربح مشتركاً والتلف والخسران عليهما ، ويتم رأس المال بالربح ، نعم لو حصل الفسخ ولم يحصل الانضاض ولو بالنسبة الى البعض وحصلت القسمة فهل تستقر الملكية ام لا ؟ إن قلنا بوجوب الانضاض على

---

(١) لعدم ارتفاع عقد المضاربة فيبقى حكمه - اعني جبر الخسارة بالربح - سواء تحققت قسمة الربح ام لم تتحقق .

(٢) بان يرجع الأصل الى المالك ويكون الربح بينهما على ما اتفقا عليه . الا ان الالتزام بذلك مشكل جداً ، حيث ان الفسخ لا يتوقف على اللفظ ، بل يحقق بالفعل أيضاً ، ومن اظهر مصاديقه اعطاء العامل للمالك رأس ماله مع حصته من الربح ، واخذه هو حصته منه أيضاً ، فانه فسخ فعلي وانهاء لعقد المضاربة ومعه فلا وجه لجبران الخسارة بالربح السابق .

(٣) لعدم وصول رأس المال معه الى مالكه ، فيكون الخسران محسوباً من الربح لا محالة .

وبعبارة اخرى : ان العبرة انما هي بوصول ما اعطاه المالك - رأس المال - اليه فما لم يتحقق ذلك يكون الخسران منجبراً بالربح خاصة ولا وجه لجعله في مال المالك أو المجموع منه ومن الربح .

للعامل فالظاهر عدم الاستقرار (١) ، وان قلنا بعدم وجوبه ففيه وجهان أقواهما الاستقرار (٢) . والحاصل : ان اللازم أولا دفع مقدار رأس المال للمالك ، ثم يقسم ما زاد عنه بينهما على حسب حصتهما ، فكل خسارة وتلف قبل تمام المضاربة يجبر بالربح ، وتماميتها بما ذكرنا من الفسخ والقسمة .

(مسألة ٣٦) : إذا ظهر الربح ونض تمامه أو بعض منه ، فطلب أحدهما قسمته ، فان رضي الآخر فلا مانع منها وان لم يرض المالك لم يجبر عليها لاحتمال الخسران بعد ذلك والحاجة الى جبره به (٣) .

---

(١) لعدم انتهاء العقد . نظراً لبقاء المتمم له .

الا ان هذا القول لا وجه له ، إذ القول بوجوب الانضاض على العامل بعد رضى المالك بقسمة العروض ومن ثم الغاء حقه في المطالبة بالانضاض - كما هو مفروض المسألة - بعيد جداً ولا موجب له نظراً لعدم كونه من الواجبات التعبدية .

(٢) لانتهاء عقد المضاربة بالقسمة ، وعدم كون الانضاض متمماً له ، فان معه لا يبقى وجه للقول بعدم الاستقرار .

(٣) الظاهر انه (قده) لا يريد بهذا التعليل دعوى كونها ضررية عليه ، كي يورد عليه بانه لا ضرر عليه في القسمة لامكان اخذ الكفيل ونحوه على المال مما يطمئن معه بعدم الضرر وانما يريد به ما ذكره (قده) في المسألة السابقة من كون الربح وقاية لرأس المال . فانه وان كان

قيل : وان لم يرض العامل فكذلك أيضاً ، لانه لو حصل الخسران وجب عليه رد ما أخذه ، ولعله لا يقدر عليه لفواته في يده ، وهو ضرر عليه وفيه : أن هذا لا يعد ضرراً (١) ، فالأقوى انه يجبر إذا طلب المالك . وكيف كان : إذا اقتسماه ثم حصل الخسران ، فان حصل بعده ربح يجبره فهو ، والا رد العامل أقل الأمرين من مقدار الخسران وما أخذ من الربح لان الأقل ان كان هو الخسران فليس عليه الاجبره . والزايد له ، وان كان هو الربح

يملك بمجرد ظهوره الا ان ذلك لا يعني ان للعامل أخذ حصته من الربح في كل معاملة شخصية ، فانه غير جائز لما عرفت من ان العبرة في الربح انما هي بالنتيجة .

وبعبارة اخرى : ان الملكية وان كانت حاصلة من الأول ومن حين حصول الربح . الا انها متزلزلة ، نظراً لكونه ـ وبمقتضى العقد ـ وقاية لرأس المال ، ومعه فكيف يكون للعامل المطالبة به وأخذه واتلافه وان كنا على ثقة بعدم تضرر المالك ؟ فان الربح وبحكم الاشتراط متعلق لحق المالك فلا يجوز التصرف فيه بغير إذنه .

إذن : فلابد للعامل حينئذ من كسب رضى المالك أو انتظار انتهاء الامد أو انفساخ المضاربة .

(١) لامكان تحفظه على المال وعدم التصرف فيه حتى يتبين الأمر وعلى تقدير تعديه بالتصرف فيه فدفع بدله لا يعد ضرراً .

على اننا لو سلمنا كونه ضرراً في بعض الأحوال فهو لا يوجب سقوط سلطنة المالك عن ماله ، لانه ضرر عليه أيضاً .

فليس عليه الا مقدار ما أخذ (١) ويظهر من الشهيد ان قسمة الربح موجبة لاستقراره وعدم جبره للخسارة الحاصلة بعدها ، لكن قسمة مقداره ليست قسمة له من حيث انه مشاع في جميع المال ، فأخذ مقدار منه ليس أخذاً له فقط حيث قال على ما نقل عنه : « ان المردود أقل الأمرين مما أخذه العامل من رأس المال لا من الربح ، فلو كان رأس المال ماءة والربح عشرين فاقتسما العشرين ، فالعشرون التي هي الربح مشاعة في الجميع ، نسبتها إلى رأس المال نسبة السدس ، فالمأخوذ سدس الجميع فيكون خمسة اسداسها من رأس المال وسدسها من الربح ، فاذا اقتسماها استقر ملك العامل على نصيبه من الربح ، وهو نصف سدس العشرين ، وذلك درهم وثلثان ، يبقى معه ثمانية وثلث من رأس المال ، فاذا خسر المال الباقي رد أقل الأمرين مما خسر ومن ثمانية وثلث » .

وفيه : مضافاً الى انه خلاف ما هو المعلوم من وجوب جبر الخسران الحاصل بعد ذلك بالربح السابق ان لم يلحقه ربح وأن عليه غرامة ما أخذه منه ، انظار أخر .

منها : ان المأخوذ إذا كان من رأس المال فوجوب رده

---

(١) على ما يقتضيه عقد المضاربة كما ظهر مما تقدم .

لا يتوقف على حصول الخسران بعد ذلك .

ومنها : انه ليس مأذوناً في أخذ رأس المال ، فلا وجه للقسمة المفروضة .

ومنها : ان المفروض انهما اقتسما المقدار من الربح بعنوان انه ربح لا بعنوان كونه منه ومن رأس المال .

ودعوى : انه لا يتعين لكونه من الربح بمجرد قصدهما مع فرض اشاعته في تمام المال مدفوعة : بان المال بعد حصول الربح يصير مشتركاً بين المالك والعامل ، فمقدار رأس المال مع حصة من الربح للمالك ومقدار حصة الربح المشروط للعامل له ، فلا وجه لعدم التعين بعد تعيينهما مقدار مالهما في هذا المال ، فقسمة الربح في الحقيقة قسمة لجميع المال ، ولا مانع منها .

(مسألة ٣٧) : إذا باع العامل حصته من الربح بعد ظهوره صح مع تحقق الشرايط من معلومية المقدار وغيره وإذا حصل خسران بعد هذا لا يبطل البيع(١) ، بل يكون بمنزلة التلف ، فيجب عليه جبره بدفع أقل الأمرين من قيمة ما باعه ومقدار الخسران .

---

(١) أما إذا كان البيع بأذن المالك فلا ينبغي الشك في صحته لكونه بمنزلة التقسيم وعدم ما يقتضي منعه منه فان الناس مسلطون على أموالهم وللمالك التصرف فيما يملكه كيف ما يشاء . فان ظهرت هناك

خسارة بعد ذلك فلابد من تداركها بالبدل لا محالة لتلف العين المملوكة بالملك المتزلزل .

وأما إذا كان البيع بغير إذن المالك فقد يقال ببطلانه نظراً لكون الربح متعلقاً لحق المالك ، ومن هنا فالخسارة إما ان تكشف عن عدم ملكية العامل للحصة المبيعة من أول الأمر . وإما ان تكشف من تعلق حق المالك بها ، فلا يصح التصرف فيها بغير إذنه .

لكن الظاهر ان هـذه المسألة لا تقاس بمسألة عدم الزام المالك بالقسمة عند طلب العامل ذلك .

والوجه فيه : ان مطالبة العامل بالقسمة مطالبة لتمييز حقه ليستقل به وهو امر على خلاف اساس المضاربة حيث انها عقد قائم على اساس كون الربح وقاية لرأس المال وتداركاً للخسارة المحتملة . وهذا بخلاف تصرف العامل فيما يستقل به ويملكه . فانه وان كان على خلاف ما شرط عليه ، الا انه لا يوجب بطلان التصرف الصادر منه وانما غايته ثبوت الخيار للمالك في فسخ عقد المضاربة نظراً لتخلف الشرط ، فان فسخ فهو ، والا الزم العامل بتدارك الخسارة من ماله بدلا عما اتلفه من الربح بالبيع بدفع أقل الأمرين من قيمة ما باعه ومقدار الخسران ، وأما احتمال بطلان بيع العامل فلا موجب له بعدما كان البيع واقعاً على ما يملكه بالفعل ، وكذا الحال في احتمال كشف الخسارة اللاحقة عن عدم ملكية العامل للمبيع من بادىء الأمر فانه موهون ولا وجه له إذ الملك يحصل بمجرد ظهور الربح ويستقل به العامل من غير ان يكون هناك اي حق للمالك فيه ومن هنا فتصرفه فيه لا يكون الا مخالفة للشرط وهي لا تقتضي الا الحكم التكليفي بالحرمة ، وثبوت الخيار للمالك .

(مسألة ٣٨) : لا اشكال في أن الخسارة الواردة على مال المضاربة تجبر بالربح (١) ، سواء كان سابقاً عليها أو لاحقاً ، ما دامت المضاربة باقية ولم يتم عملها . نعم قد عرفت ما عن الشهيد من عدم جبران الخسارة اللاحقة بالربح السابق إذا اقتسماه وان مقدار الربح من المقسوم تستقر ملكيته ، واما التلف فإما أن يكون بعد الدوران في التجارة أو بعد الشروع فيها ، أو قبله ، ثم إما أن يكون التالف البعض أو الكل ، وأيضاً إما إن يكون بآفة من الله سماوية أو أرضية ، أو بإتلاف المالك أو العامل أو الأجنبي على وجه الضمان . فان كان بعد الدوران في التجارة فالظاهر جبره بالربح (٢) ولو كان لاحقاً مطلقاً سواءاً كان التالف البعض أو الكل (٣) ، كان التلف بآفة أو باتلاف ضامن من العامل أو الأجنبي ودعوى : أن مع الضمان كأنه

(١) على ما يقتضيه عقد المضاربة بنفسه .

(٢) لاقتضاء اصل المضاربة ذلك ، حيث انها مبنية على بقاء رأس المال وعوده إلى المالك وعدم تضرره فيه .

(٣) حيث يقوم الباقي مقام رأس المال ان كان مساوياً له فيختص به المالك لما تقدم وكذا الحال إذا كان أنقص منه ، حيث يأخذه المالك ولا شيء للعامل .

لم يتلف ، لانه في ذمة الضامن كما ترى(١) . نعم لو أخذ العوض يكون من جملة المال (٢) بل الأقوى ذلك إذا كان بعد الشروع في التجارة وان كان التالف الكل (٣) كما إذا اشترى في الذمة وتلف المال قبل دفعه إلى البايع فأداه المالك ، أو باع العامل المبيع وربح فأدى . كما أن الأقوى في تلف البعض الجبر وان كان قبل الشروع أيضاً(٤) كما إذا سرق في اثناء السفر قبل أن يشرع في التجارة أو في البلد أيضاً قبل أن يسافر ، وأما تلف الكل قبل الشروع في التجارة فالظاهر انه موجب لانفساخ العقد ، إذ لا يبقى معه مال للتجارة حتى يجبر أو لا يجبر ، نعم إذا اتلفه اجنبي وأدى عوضه تكون المضاربة باقية ، وكذا إذا اتلفه العامل .

---

(١) إذ العبرة انما هي بأخذ المالك وتسلطه على ما اعطاه للعامل من رأس المال وهو غير متحقق في المقام ، ومجرد وجوده في ذمة ضامن لا يوجب عدم صدق التلف عليه ، فان التلف صادق وجداناً وان كانت الملكية محفوظة .

(٢) فيكون مشتركاً بينهما على ما اتفقا عليه .

(٣) لما تقدم من اقتضاء العقد له .

(٤) لما عرفت من كون اساس المضاربة على عدم ورود النقص على مال المضاربة وأخذ المالك لتمام رأس المال ، وكون الاشتراك في الزائد خاصة ،

(مسألة ٣٩) : العامل أمين (١) فلا يضمن الا بالخيانة(٢) كما لو أكل بعض مال المضاربة أو اشترى شيئاً لنفسه فأدى الثمن من ذلك ، أو وطأ الجارية المشتراة أو نحو ذلك - أو التفريط بترك الحفظ أو التعدي ، بأن خالف ما أمره به أو نهاه عنه كما لو سافر مع نهيه عنه أو عدم اذنه في السفر أو اشترى ما نهي عن شرائه ، أو ترك شراء ما أمره به ، فإنه يصير بذلك ضامناً للمال لو تلف ولو بآفة سماوية وان بقيت المضاربة ، كما مر . والظاهر ضمانه للخسارة الحاصلة بعد ذلك أيضاً (٣) وإذا رجع عن تعديه أو خيانته

---

(١) بلا خلاف فيه ولا اشكال بل وعليه الاجماع .

(٢) على ما يستفاد من جملة من النصوص الواردة في الضمان بل والنصوص الواردة في خصوص المضاربة حيث علقت الضمان على المخالفة والتعدي فيكون مفهومها عدم ضمان العامل عند تلف مال المضاربة من غير تعد أو تفريط .

نعم عند التلف بالتعدي أو التفريط يكون ضامناً له بلا خلاف لقاعدة اليد حيث خرج منها عنوان الأمين ويد العامل هذا ليست منه ، مضافاً إلى النصوص الكثيرة الدالة على ضمان العامل عند مخالفته لما اشترط عليه . وقد تقدمت في المسألة الخامسة فراجع .

(٣) لأطلاق النصوص حيث ان مقتضاه كون الوضيعة على العامل حينئذ ما لم يصل مال المالك بتمامه اليه ، بلا فرق في ذلك بين كونها حال المعاملة أو بعدها .

فهل يبقى الضمان أولا ؟ وجهان : مقتضى الاستصحاب بقاءه ، كما ذكروا في باب الوديعة انه لو اخرجها الودعي عن الحرز بقي الضمان وإن ردها بعد ذلك اليه . ولكن لا يخلو عن إشكال ، لان المفروض بقاء الأذن وارتفاع سبب الضمان (١) ولو اقتضت المصلحة بيع الجنس في زمان ولم يبع ضمن للوضيعة ان حصلت بعد ذلك (٢) وهل يضمن بنية الخيانة مع عدم فعلها وجهان (٣) من عدم كون مجرد النية خيانة ، ومن صيرورة يده حال النية بمنزلة

---

(١) وبذلك ينتفي موضوع الاستصحاب اعني التعدي أو التفريط ومعه فلا مقتضي للحكم بالضمان ، هذا مضافاً إلى عدم جريان الاستصحاب في الاحكام الكلية - على ما بيناه في محله - .

ومنه يظهر الحال فيما ذكروه في باب اخراج الودعي للوديعة من الحرز .

(٢) وتقتضيه الاخبار الواردة في مخالفة العامل لما شرط عليه ، فان ابقاء المال عنده - على خلاف المصلحة - على خلاف ما شرط عليه ومبنى عقد المضاربة من كون المال متخذاً للأسترباح .

(٣) أقربها عدم الضمان ، نظراً لكون المستفاد من النصوص الواردة في المقام دوران الضمان مدار المخالفة الفعلية والخيانة الخارجية فيكون مقتضى مفهومها عدمه عند عدمها .

ودعوى : ان النية توجب انقلاب اليد من الأمانة الى الغصب ، أول الكلام وعهدتها على مدعيها ، فان النية المحضة لا اثر لها .

يد الغاصب ، ويمكن الفرق بين العزم عليها فعلا وبين العزم على أن يخون بعد ذلك (١) .

(مسألة ٤٠) : لا يجوز للمالك أن يشتري من العامل شيئاً من مال المضاربة لأنه ماله (٢) . نعم إذا ظهر الربح يجوز له أن يشتري حصة العامل منه مع معلومية قدرها(٣) ولا يبطل بيعه بحصول الخسارة بعد ذلك ، فانه بمنزلة التلف (٤) ويجب على العامل رد قيمتها لجبر الخسارة (٥) كما لو باعها من غير المالك . وأما العامل فيجوز أن يشتري من المالك قبل ظهور الربح (٦) ، بل وبعده ، لكن يبطل

---

(١) بالالتزام بالضمان في الأول باعتبار كون يده في ذلك الحين يداً غصبية ، وعدمه في الثاني لبقاء يده حين النية على وصف الأمانية. لكن ضعفه يظهر مما تقدم .

(٢) ومعه فلا تتحقق المعاوضة ولا يصدق كونه مبادلة مال بمال كما هو واضح .

(٣) لما عرفت فيما سبق من ملكية العامل لحصته من الربح بمجرد ظهوره .

(٤) على ما تقدم بيانه في المسألة السابعة والثلاثين مفصلا فراجع .

(٥) لان مجرد الأذن في البيع وجواز الاتلاف لا يقتضي عدم ضمانه ووجوب تداركه عند ظهور الخسارة .

(٦) لعدم اتحاد مالك العوض والمعوض ، فتصدق المعاوضة حقيقة ، حيث ينتقل المال المشترى من المالك إلى العامل في حين ينتقل

الشراء بمقدار حصته من المبيـــع ، لانه ماله . نعم لو اشترى منه قبل ظهور الربح بأزيد من قيمته بحيث يكون الربح حاصلا بهذا الشراء يمكن الاشكال فيه ، حيث ان بعض الثمن حينئذ يرجع اليه من جهة كونه ربحاً فيلزم من نقله إلى البايع عدم نقله من حيث عوده إلى نفسه .

ويمكن دفعه : بان كونه ربحـاً متأخر عن صيرورته للبايع ، فيصير أولا للبايع الذي هو المالك من جهة كونـه ثمناً ، وبعد أن تمت المعاملة وصار ملكاً للبايع وصدق كونه ربحاً يرجع إلى المشتري الذي هو العامل على حسب قرار المضاربة ، فملكية البايع متقدمة طبعاً . وهـذا مثل ما إذا باع العامل مال المضاربة الذي هو مـال المالك من اجنبـي بأزيد من قيمته ، فان المبيع ينتقل من المالك والثمن يكون مشتركاً بينه وبين العامل ، ولا بأس به فانه من الأول يصير ملكاً للمالك ثم يصير بمقدار حصة العامل منـه له بمقتضى قرار المضاربة . لكن هذا على ما هو المشهور(١)

الثمن من العامل الى المالك .

(١) بل هو المتعين ، لما ذكرناه في مباحث المكاسب من أن حقيقة البيع مبادلة بـين المالين وتبديل للمال والغاء للخصوصية في العوضين ، فمن يشتري الكتاب ـ مثلا ـ بدينار أو يبيعه به يبدل ماله بشيء آخر يقوم مقامه في المالية وان لم يكن مشتملا على ما اشتمل

من أن مقتضى المعاوضة دخول المعوض في ملك من خرج عنه العوض وأنه لا يعقل غيره . وأما على ما هو الأقوى من عدم المانع من كون المعوض لشخص والعوض داخل في ملك غيره ، وأنه لا ينافي حقيقة المعاوضة ، فيمكن أن يقال : من الأول يدخل الربح في ملك العامل بمقتضى قرار المضاربة ، فلا يكون هذه الصورة مثالا للمقام ونظيراً له .

(مسألة ٤١) : يجوز للعامل الأخذ بالشفعة من المالك في مال المضاربة (١)

عليه ماله من الخصوصيات .

وعلى هذا ؛ فحقيقة البيع متقومة بالأخذ والعطاء في قباله بحسب المرتكز العرفي ، وحيث ان هذا المعنى غير متحقق في المقام فقد يشكل الحكم بصحته .

الا انه مندفع بما في المتن من ان حصة العامل من الربح في المضاربة لا تدخل في ملكه ابتداءاً بل تدخل في ملك البائع - المالك - آناً ما ثم تنتقل وبموجب عقد المضاربة اليه .

وهذا مما لا محيص عن الالتزام به ، إذ به يتحقق الجمع بين مقتضى العقدين ، البيع المقتضي لدخول العوض في ملك من خرج منه العوض والمضاربة المقتضية لملكية العامل للحصة المعينة من الربح .

(١) لوجود المقتضي وانتفاء المانع ، فان المالك لما اصبح شريكاً للعامل في المال بشراءه حصة شريكه ، شملته ادلة الشفعة

ولا يجوز العكس (١) . مثلا إذا كانت دار مشتركة بين العامل والأجنبي ، فاشترى العامل حصة الأجنبي بمال المضاربة ، يجوز له إذا كان قبل ظهور الربح أن يأخذها بالشفعة (٢) لأن الشراء قبل حصول الربح يكون للمالك فللعامل ان يأخذ تلك الحصة بالشفعة منه وأما إذا كانت الدار مشتركة بين المالك والأجنبي فاشترى للعامل حصة الأجنبي ليس للمالك الأخذ بالشفعة ، لان للشراء له فليس له أن يأخذ بالشفعة ما هو له .

من غير معارض ، فانه شريك وله الأخذ بالشفعة في حصة شريكه المبيعة لغيره .

(١) لانتفاء موضوعها فيه ، فان المال وبشراء العامل حصة شريك المالك له يصبح وبتمامه مملوكاً للمالك ، ومعه فلا مجال لأخذه بالشفعة ، لانها انما تثبت لأحد الشريكين في الحصة المبيعة لشريكه الآخر من غيره وهو منتف في المقام .

(٢) مقتضى مفهوم هذه القضية ، عدم ثبوت الشفعة للعامل إذا كان بعد ظهور الربح ، ولم يظهر لنا وجه ذلك ، فان ادلة الشفعة شاملة للمقام من غير معارض حيث ان الحصة المبيعة حصة شريك العامل فله ان يأخذ بالشفعة حتى بعد ظهور الربح .

نعم انه يملك بعض تلك الحصة من جهة ظهور الربح بمقتضى عقد المضاربة لكنه لا يمنع من الاخذ بالشفعة في غيره ولعله (قدّه) نظر إلى عدم جواز اخذ الجميع بالشفعة والا فلا وجه لما ذكره .

(مسألة ٤٢) : لا اشكال في عدم جواز وطء للعامل للجارية التي اشتراها بمال المضاربة بدون إذن المالك ، سواء كان قبل ظهور الربح أو بعده ، لانها مال الغير أو مشتركة بينه وبين الغير للذي هو المالك فان فعل كان زانياً يحد - مع عدم الشبهة - كاملا إن كان قبل حصول الربح(١) وبقدر نصيب المالك ان كان بعده (٢) . كما لا اشكال في جواز وطئها إذا أذن له المالك بعد الشراء وكان قبل حصول الربح (٣) بل يجوز بعده على الأقوى (٤)

---

(١) لتمحض الجارية في الرقية لمولاها وانفراده في ملكها .

(٢) لاشتراكها في ملكيتها .

(٣) حيث تكون محللة من قبل المالك .

(٤) تقدم الكلام في هذا الفرع في المسألة الحادية والعشرين من فصل نكاح العبيد والأماء ، وقد عرفت ان مقتضى القاعدة في المقام وان كان هو المنع والحرمة باعتبار ان الملفقة من التحليل والملك لا يشملها شيء من اسباب الحل المذكورة في الآية الكريمة والنصوص الا انه لا محيص عن رفع اليد عنها والالتزام بالجواز وذلك لصحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر (ع) قال : « سألته عن جارية بين رجلين دبراها جميعاً ثم احل أحدهما فرجها لشريكه ، قال : هو حلال ، وايهما مات قبل صاحبه فقد صار نصفها حراً من قبل الذي مات ونصفها مدبراً ...» الحديث » (١) .

الوسائل : ج ١٤ باب ٤١ من أبواب نكاح العبيد والاماء ح ١ .

من جواز تحليل أحد الشريكين صاحبه ووطء الجارية المشتركة بينهما . وهل يجوز له وطئها بالأذن السابق في حال ايقاع عقد المضاربة ، أو بعده قبل الشراء ، أم لا ؟ المشهور على عدم الجواز ، لان التحليل إما تمليك أو عقد وكلاهما لا يصلحان قبل الشراء (١) والأقوى ـ كما عن الشيخ في النهاية ـ الجواز ، لمنع كونه أحد الأمرين ، بل هو أباحة (٢) ، ولا مانع من انشائها قبل الشراء إذا

فانها صريحة في جواز وطء الجارية المشتركة باذن الشريك . وهذه الصحيحة وان لم تكن واردة في المضاربة ، إلا ان الحكم ثابت فيما نحن فيه أيضاً للقطع بعدم وجود خصوصية للتدبير ، فان الحكم ثابت للأمة المشتركة بما هي مشتركة .

(١) لعدم ملكيته لها ، ومن هنا فلا اثر لتمليكه وطئها لغيره أو العقد عليها له .

(٢) وفيه ان الوطء وان كان من منافع الأمة ، فيمكن تمليكه للغير باباحتها له ويدخل ذلك في قوله تعالى « او ما ملكت ايمانهم » الا انه لا دليل على جوازه ، على ان الظاهر من الآية الكريمة كون المجوز للوطء هو ملكية عين الأمة فلا تشمل ملكية منفعتها .

وبعبارة اخرى . انه لو كنا نحن والآية الكريمة لقلنا بعدم جواز وطء الأمة المحللة حيث انها ظاهرة في حصر سبب الحل في الزوجية وملك اليمين ، والتحليل خارج عنهما .

غير اننا التزمنا بجوازه به للنصوص الخاصة الدالة عليه ، فانها

لم يرجع عن اذنه بعد ذلك كما إذا قال : اشتر بمالي طعاماً ثم كل منه (١) هذا مضافاً إلى خبر الكاهلي (٢) عن أبي الحسن (ع) : « قلت : رجل

تكون مخصصة لعموم الآية الكريمة .

لكن هذا لا يعني الموافقة على ما افاده الماتن (قده) في مقام التعليل ، فان هذه النصوص وان كانت دالة على حلية الجارية بالتحليل الا انها ظاهرة في حليتها بالتحليل الصادر من المالك بالفعل ، فلا تشمل المقام حيث لا يكون الآذن مالكاً لها حين إذنه وانما سيملكها بعد ذلك .

(١) قياسه (قده) للمقام على ما ذكره من المثال ، قياس مع الفارق ، فان جواز الأكل في المثال على القاعدة حيث لا يعتبر في اكل مال الغير والتصرف فيه الا تحصيل رضاه وطيب نفسه ولو باطناً فيجوز التصرف فيه حتى مع عدم الأذن الانشائي بالمرة فضلا عن وجوده في مرحلة سابقة على ملكيته له .

واين هذا من المقام اعني باب التحليل ـ حيث يعتبر فيه الانشاء ولا يكفي مجرد احراز رضا المالك .

والحاصل : ان المؤثر في حلية الجارية انما هو انشاء المالك لحليتها له ، ومن هنا فلا اثر لانشاء غيره وان كان سيملكها فيما بعد لعدم الدليل عليه ـ

(٢) رواه الشيخ (قده) باسناده عن الحسن بن محمد بن سماعة عن محمد بن زياد عن عبد الله بن يحيى الكاهلي عن أبي الحسن (ع)(١).

---

(١) الوسائل : ج ١٣ باب ١١ من أبواب المضاربة ح ١ .

سألني أن أسألك أن رجلا اعطاه مالا مضاربة يشتري ما يرى من شيء ، وقال له : اشتر جارية تكون معك ، والجارية انما هي لصاحب المال ، ان كان فيها وضيعة فعليه وان كان ربح فله ، فللمضارب أن يطأها ؟ قال : (ع) نعم » . ولا يضر ظهورها في كون الشراء من غير مال المضاربة من حيث جعل ربحها للمالك ، لان الظاهر عدم الفرق بين المضاربة وغيرها في تأثير الأذن السابق وعدمه .

وهذه الرواية هي العمدة في الاستدلال ، فانها ان تمت امكن الالتزام بالجواز في المقام ، والا فمقتضى القاعدة هو المنع ، وما ذكره الماتن (قده) اولا لا يصلح دليلا .

وكيف كان : قد أورد على هذه الرواية تارة بضعف السند واخرى بضعف الدلالة .

أما الأول : فلأن المذكورين في السند وان كانوا بأجمعهم ثقات ، الا ان طريق الشيخ (قده) إلى الحسن بن محمد بن سماعة ، على ما في الفهرست ضعيف بأبي طالب الأنباري وعلي بن محمد بن الزبير .

وفيه : ان الأمر وان كان كذلك فان طريق الشيخ (قده) في الفهرست إلى الحسن بن محمد بن سماعة ضعيف ، خلافاً لما ادعاه الاردبيلي (قده) من صحته ، الا ان ذلك لا يمنع من القول بصحة الرواية بعد وجود طريق آخر صحيح للشيخ (قده) إلى الحسن بن محمد بن سماعة وهو ما ذكره (قده) في المشيخة .

والحاصل : ان صحة طريقه (قده) في المشيخة إلى الحسن بن

محمد بن سماعة ، تكفي في الحكم بصحة هذه الرواية ، وان كان طريقه (قده) في الفهرست اليه ضعيفاً .

إذن : فالرواية صحيحة من حيث السند .

وأما الثاني : فقد أورد على دلالتها بايرادين : -

الأول : ما ذكره (قده) في المتن من كونها اجنبية عن محل الكلام نظراً لتضمنها الحكم بكون الربح بأجمعه للمالك .

وفيه : ما أفاده (قده) من عدم وجود فرق بين المضاربة وغيرها من هذه الناحية فاذا كان التحليل قبل الملكية مجوزاً لوطء الجارية في غير مال المضاربة لكان مجوزاً له في مال المضاربة أيضاً .

الثاني : ما ذكره غير واحد من كونها مضطربة من حيث المفهوم والدلالة ، ومتروكة أو مهجورة من قبل الاصحاب ، وذلك لظهورها في كون الجارية وديعة عنده حيث لم يرد فيها ما دل على تحليله أياها له. وهذا المعنى مما يقطع ببطلانه ولم يلتزم احد بجوازه ومن هنا فلابد من رد علمها إلى اهلها .

وفيه : منع عدم دلالتها على التحليل . فان كلمة : « تكون معك » ظاهرة فيه فانها بمعنى المصاحبة وهي في المقام كناية واضحة عن جواز وطئها باتخاذها زوجة أو أمة محللة له ، على ما يشهد استعمالها في القرآن الكريم فيه قال تعالى « يود المجرم لو يفتدي يؤمئذ ببنيه وصاحبته وأخيه » (١) وقال تعالى « يوم يفر المرء من اخيه وأمه وأبيه وصاحبته وبنيه » (٢) .

والحاصل : ان الرواية واردة في المقام اعني تحليل الرجل الأمة

(١) سورة المعارج الآية ١٣ .

(٢) سورة عبس الآية ٣٤ ـ ٣٦ .

وأما وطء المالك لتلك الجارية فلابأس به قبل حصول الربح (١) ، بل مع الشك فيه ، لاصالة عدمه . وأما بعده فيتوقف على إذن العامل ، فيجوز معه على الأقوى من جواز إذن احد الشريكين صاحبه .

(مسألة ٤٣) : لو كان المالك في المضاربة امرأة فاشترى للعامل زوجها ، فان كان باذنها فلا اشكال في صحته (٢) ، وبطلان نكاحها (٣) ولا ضمان عليه (٤) وإن استلزم ذلك الضرر عليها بسقوط المهر ونفقتها (٥) .

لغيره قبل أن يملكها . وأما دعوى اعراض المشهور عنها ؛ فقد عرفت منا غير مرة انه لايوجب رفع اليد عن الرواية وطرحها بعد تامية سندها .

إذن : فما ذهب اليه الماتن (قده) من الجواز هو الصحيح حيث لا موجب لرفع اليد عن صحيحة الكاهلي ؛ وان كان ما استند اليه (قده) أولا قابلا للمناقشة .

(١) لاستقلاله حينئذ في ملكيتها .

(٢) بلا خلاف فيها ، كما لو باشرت هي ذلك بنفسها .

(٣) ويدل عليه مضافاً إلى النصوص العديدة . الاجماع وتسالم الأصحاب عليه . وقد تقدم بيان ذلك مفصلا في المسألة السابعة من فصل نكاح العبيد والاماء من كتاب النكاح فراجع .

(٤) لصدور الفعل عن اذنها .

(٥) أما الاخير فلارتفاع موضوعها - اعني الزوجية - .

والا ففي المسألة أقوال : البطلان مطلقاً ، للاستلزام المذكور فيكون خلاف مصلحتها . والصحة كذلك ، لانه من اعمال المضاربة المأذون فيها في ضمن العقد ، كما إذا اشترى غير زوجها . والصحة إذا اجازت بعد ذلك . وهذا هو الأقوى ، إذ لا فرق بين الأذن السابق والأجازة اللاحقة (١) فلا وجه للقول الأول . مع أن قائله غير معلوم . ولعله من يقول بعدم صحة الفضولي الا فيما ورد دليل خاص . مع أن الاستلزام المذكور ممنوع ، لانها لا تستحق النفقة الا تدريجاً ، فليست هي مالا لها فوته عليها ، والا لزم غرامتها على من قتل الزوج . وأما المهر فان كان ذلك

وأما الأول : فان كان ذلك بعد دخوله بها فلا اشكال في عدم سقوطه ، واستقراره به . وان كان قبله ففيه اقوال : السقوط مطلقاً ، وعدمه كذلك ، والتنصيف الحاقاً له بالطلاق .

وقد عرفت في المسألة السابعة من فصل نكاح العبيد والاماء ان القاعدة تقتضي الثاني ، إذ السقوط ينحصر بالفسخ الكاشف عن عدم ثبوت العقد من حينه ، فالحاق غيره من موجبات البطلان كالرضاع ونحوه بد ، يحتاج إلى الدليل وهو مفقود . كما لا وجه لقياسه على الطلاق حيث ثبت فيه التنصيف بالدليل التعبدي الخاص .

(١) بناءاً على ما هو الصحيح من كون صحة العقد بالاجازة اللاحقة على القاعدة وأما لو قلنا بان صحته على خلاف القاعدة ، فلابد من الاقتصار في الحكم بصحة العقد الفضولي على القدر المتيقن منه ،

بعد الدخول فلا سقوط ، وان كان قبله فيمكن أن يدعى عدم سقوطه أيضاً بمطلق المبطل ، وانما يسقط بالطلاق فقط (١) مع أن المهر كان لسيدها (٢) لا لها . وكذا لا وجه للقول الثاني بعد ان كان الشراء المذكور على خلاف مصلحتها ، لا من حيث استلزام الضرر المذكور (٣) بل لأنها تريد زوجها لاغراض أخر ، والأذن الذى تضمنه العقد منصرف عن مثل هذا . ومما ذكرنا ظهر حال ما إذا اشترى العامل زوجة المالك ، فانه صحيح مع الأذن السابق أو الأجازة اللاحقة ، ولا يكفيه الأذن الضمني في العقد للأنصراف .

(مسألة ٤٤) : إذا اشترى العامل من ينعتق على المالك فإما أن يكون باذنه ، أولا . فعلى الأول ولم يكن فيه ربح

حيث ليس في المقام دليل خاص يقتضي صحته .

(١) ما أفاده (قده) من سهو القلم جزماً إذ لا قائل بسقوط المهر بالطلاق ، وانما به ينتصف المهر . وحق العبارة أن يبدل كلمة « الطلاق » بـ « الفسخ » .

(٢) وهو من سهو القلم أيضاً ، فان الكلام في الحرة التي يكون زوجها عبداً .

(٣) لما عرفت من عدم ثبوته فان ارتفاع النفقة بعد ارتفاع موضوعها وكونها تدريجياً لا يعد ضرراً . وسقوط المهر لا نقول به .

صح وانعتق عليه (١) ، وبطلت المضاربة بالنسبة اليه ، لأنه خلاف وضعها وخارج عن عنوانها ، حيث انها مبنية على طلب الربح المفروض عدمه ، بل كونه خسارة محضة فيكون صحة الشراء من حيث الأذن من المالك ، لا من حيث المضاربة . وحينئذ فان بقي من مالها غيره بقيت بالنسبة اليه (٢) والا بطلت من الأصل (٣) وللعامل اجرة عمله إذا لم يقصد التبرع (٤) وان كان فيه ربح فلا اشكال في صحته ، لكن في كونه قراضاً فيملك العامل بمقدار حصته من العبد(٥) أو يستحق عوضه على المالك للسراية(٦) أو بطلانه مضاربة واستحقاق العامل أجرة المثل لعمله(٧) كما إذا لم يكن ربح ، أقوال ، لا يبعد ترجيح الأخير ،

---

(١) جزماً وبلا خلاف فيه ، فانه كما يصح للمالك مباشرته لشراءهم يصح له شرائهم بالواسطة .

(٢) لعدم المقتضي للبطلان بالقياس اليه .

(٣) لانتفاء موضوعها بذهاب رأس المال بأجمعه .

(٤) لاستيفاء المالك عمله المحترم الصادر عن أمره من غير قصد للمجانية والتبرع .

(٥) وكأن الوجه فيه عموم أدلة المضاربة مع عدم القول بالسراية .

(٦) لكون الانعتاق عليه ، فيكون وكأنه هو المعتق له بالمباشرة .

(٧) لصدوره عن أمره من غير قصد للتبرع .

لا لكونه خلاف وضع المضاربة ، للفرق بينه وبين صورة عدم الربح (١) بل لأنـــه فرع ملكية العامل المفروض عدمها (٢) . ودعوى : أنه لابـد ان يقال : انه يملكه آناً ما ثم ينعتق ، أو تقدر ملكيته حفظاً لحقيقة البيع ، على القولين في تلك المسألة ، وأي منهما كان يكفي في ملكية الربح . مدفوعة : بمعارضتها بالانعتاق الذي هو أيضاً متفرع على ملكية المالك ، فان لها أثرين في عرض واحد ـ ملكية العامل للربح ، والانعتاق ـ ومقتضى بناء العتق على التغليب تقديم الثاني ، وعليه فلم يحصل للعامل ملكية نفس العبد ولم يفوت المالك عليه أيضاً ، بل فعل ما يمنع عن ملكيته مع أنه يمكن أن يقال : إن التفويت من الشارع لا منه . لكن الانصاف ان المسألة مشكلة ، بناءاً على لزوم تقدم ملكية المالك وصيرورته للعامل بعده ، إذ تقدم الانعتاق

---

(١) إذ مع وجود الربح لا يمكن ان يقال انه خلاف كونه في مقام الاسترباح .

(٢) بل الصحيح في التعليل ان يقال : ان عدم استحقاق العامل للحصة من الربح ناشٍ عن عدم تحققه واقعاً في المقام ، وذلك لتوقف ملكية العامل لها على كون المعاملة رابحة بالنسبة إلى المالك ، وهو غير متصور فيما نحن فيه ، اذ الملكية آناً ما قبل الانعتاق القهري لا يعد ربحاً ، كي يقال باستحقاق العامل منه شيئاً .

على ملكية العامل عند المعارضة في محل المنع (١) .

وبعبارة اخرى : ان ادلة المضاربة لما كانت صريحة في تقسيم الربح بين المالك والعامل على ما اتفقا عليه وكان ذلك متوقفاً على صدق الربح وتحققه في الخارج وهو مفقود في المقام حيث لا اثر للربح التقديري وانما العبرة بالربح الفعلي ، فلا مجال لشمولها له .

إذن : فالصحيح في التعليل هو نفي تحقق الربح في المقام . لا نفي تحقق ملكية المالك .

(١) وكأنه من جهة ان دليل صحة المضاربة لا يبقى مجالا لدليل الانعتاق ، إذ الأخير ظاهر في عدم استقرار ملكه للعمودين . فلا يشمل ما إذا لم يكن ملكه مستقراً حتى مع عدم دليل الانعتاق .

وبعبارة اخرى : ان ظاهر دليل الانعتاق هو عدم استقرار ملكه للعمودين على نحو بحيث لولاه لكان مستقراً ، فلا يشمل المقام الذي لا يكون الملك مستقراً حتى ولو فرض عدم الدليل على الانعتاق القهري ، حيث ان الحصة المعينة تنتقل إلى ملك العامل بمقتضى قانون المضاربة ، ولا تكون مستقرة في ملك المالك .

وفيه . انه انما يتم فيما إذا لم نلتزم بكون ملكية العامل مترتبة على ربح المالك في المعاملة ، والا فلا وجه للمنع من تقدم الانعتاق عليها ، نظراً لما عرفت من عدم صدق الربح بالملك التقديري عرفاً مع كفايته في الانعتاق .

ومن هنا تكون ادلة الانعتاق شاملة للمقام من غير مزاحم ، لعدم شمول ادلة المضاربة له باعتبار ان اساسها مبني على الاسترباح وهذه المعاملة خاسرة بالقياس إلى المالك - من بادىء الأمر .

نعم لو قلنا : ان العامل يملك الربح اولا بلا توسط ملكية المالك بالجعل الأولي حين العقد ، وعدم منافاته لحقيقة المعاوضة ، لكون العوض من مال المالك والمعوض مشتركاً بينه وبين العامل - كما هو الأقوى - (١) لا يبقى اشكال ، فيمكن ان يقال بصحته مضاربة ، وملكية العامل حصته من نفس العبد على القول بعدم السراية ، وملكيته عوضها إن قلنا بها - وعلى الثاني - اي إذا كان من غير إذن المالك - فان اجاز فكما في صورة الأذن (٢) ، وان لم يجز بطل الشراء . ودعوى : البطلان ولو مع الأجازة لأنه تصرف منهي عنه ، كما ترى ، إذ النهي ليس عن المعاملة بما هي ، بل لأمر خارج (٣) فلا مانع من صحتها مع الأجازة . ولا فرق في البطلان مع عدمها بين كون

---

(١) بل الأقوى خلافه ، على ما تقدم بيانه غير مرة باعتبار ان حقيقة المعاوضة والمبادلة بدخول العوض في كيس من خرج منه المعوض وبالعكس ، والا لما كانت معاوضة .

(٢) حيث ينتسب العقد بالأجازة اليه - وحاله في ذلك حال سائر العقود الفضولية - وبذلك يكون كالعقد الصادر عن إذنه السابق فيلحقه حكمه حرفاً بحرف .

(٣) الصحيح في الجواب ان يقال : ان المعاملة الخارجية المفروضة قد تقع على شخص مال المضاربة بان يشتري العامل أبا المالك بعين مال المضاربة وقد تقع على الذمة بان يشتري العامل أبا المالك في

العامل عالماً بأنه ممن ينعتق على المالك حين الشراء أو جاهلا والقول بالصحة مع الجهل ، لان بناء معاملات العامل على الظاهر ، فهو كما إذا اشترى المعيب جهلا بالحال ضعيف والفرق بين المقامين واضح (١) .

ذمته قاصداً الاداء من مال المضاربة .

اما في الثاني فالحكم واضح حيث لا نهي مولوي في البين ولا حرمة شرعية مطلقاً ، بل غاية ما هناك عدم نفوذ المعاملة قهراً على المالك وتوقفها على إذنه .

واما في الأول : فالأمر كذلك إذ المعاملة بما هي ليست بمحرمة شرعاً ، وانما المحرم التصرف في مال الغير بتسليمه إلى البائع بغير اذن المالك .

فالحكم في هذه المعاملة هو الحكم في بيع الغاصب لنفسه ، حيث يتعلق التحريم بتصرفه فيه ولو بابقاء المال عنده .

إذن : فالحرمة في المقام لم تتعلق لا بالمعاملة نفسها ولا لأمر خارج عنها .

هذا مضافاً إلى ما تقدم غير مرة من أن النهي حتى ولو كان متعلقاً بعنوان المعاملة لا يوجب الفساد .

(١) إذ ان أمر الشراء منوط بنظر العامل ، ولما كان شراء المعيب أمراً متعارفاً حيث يتحقق فيه الاسترباح أيضاً ، كان داخلا تحت عقد المضاربة ومشمولا لأذن المالك . غاية ما هناك انه إذا جهل العيب كان له الخيار في فسخ المضاربة أو أخذ الارش ، وهذا بخلاف المقام حيث ان شراء من ينعتق على المالك ليس أمراً متعارفاً

ثم لا فرق في البطلان بين كون الشراء بعين مال المضاربة ، أو في الذمة بقصد الأداء منه وان لم يذكره لفظاً.

نعم لو تنازع هو والبايع في كونه لنفسه أو للمضاربة قدم قول البايع ، ويلزم العامل به ظاهراً (١) وان وجب عليه التخلص منه (٢) ولو لم يذكر المالك لفظاً ولا قصداً كان له ظاهراً وواقعاً (٣) .

(مسألة ٤٥) : إذا اشترى العامل أباه أو غيره ممن

كي يشمله الأذن بعد كون مبنى عقد المضاربة على الاسترباح وكون هذه المعاملة متمحضة في الخسارة .

(١) لاقتضاء الظهور الحالي ذلك ، حيث ان الظاهر من اقدام كل انسان على عقد كونه له ما لم ينصب القرينة على الخلاف .

(٢) لبقاءه على ملك مالكه . الا انه قد يقال : بجواز اخذه له مقاصة ، باعتبار انه قد أخذ منه الثمن قهراً .

لكنه مدفوع : بان ادلة التقاص مختصة بما إذا كان المقتص منه ظالماً أو مماطلا ، فلا تشمل المقام حيث يكون أخذ البايع للثمن منه بمقتضى الموازين الشرعية .

نعم لابأس بالالتزام بذلك من جهة انه ليس للبايع الجمع بين الثمن والمثمن معاً ، وعلى هذا يكون أخذه للثمن مبرزاً لرضاه بتملك العامل للمثمن بأزاءه . فيجوز للعامل التصرف فيه من هذه الجهة .

(٣) لما تقدم من الظهور الحالي ، حيث يكفي في كونه لنفسه واقعاً إقدامه على الشراء من دون اضافته إلى الغير ، فان اضافته إلى غيره تحتاج إلى مؤنة زائدة وبيان .

ينعتق عليه ، فان كان قبل ظهور الربح ولا ربح فيه أيضاً (١) صح الشراء وكان من مال القراض (٢)، وان كان بعد ظهوره أو كان فيه ربح ، فمقتضى القاعدة وان كان بطلانه(٣)لكونه خلاف وضع المضاربة ، فانها موضوعة

(١) الفرق بين الفرضين يكمن في أن الأول ناظر إلى الربح السابق على هذا الشراء والمشترك بين المالك والعامل بمقتضى قانون المضاربة بحيث يكون العامل قد اشترى من ينعتق عليه من ربح التجارات السابقة في حين أن الثاني ناظر إلى وجود الربح في نفس هذا الشراء ، بحيث تكون هذه المعاملة بنفسها رابحة .

والحاصل : ان مراده (قده) من هذه المقابلة بيان اعتبار عدم كون شراء من ينعتق على العامل من ارباح التجارات السابقة عليه وعدم كونه بنفسه تجارة رابحة ، في الحكم بصحة هذا الشراء .

(٢) لاستقلال المالك في ملكية العبد ، إذ لا موجب لاشتراك العامل معه في ذلك ومن ثم الحكم بعتقه .

(٣) وفيه : ان البطلان مبني على القول بالسراية وتغليب جانب العتق مطلقاً ومن دون فرق بين صورتي العلم والجهل ، الا ان الأمر ليس كذلك فان صحيحة محمد بن قيس مختصة بصورة الجهل ولا تشمل صورة العلم ، ومعه فلا يبقى وجه للقول بالسراية مع علم العامل بالحال.

نعم ورد في بعض النصوص ان عتق أحد الشريكين لحصته من العبد المشترك موجب لانعتاق الباقي وسراية العتق فيه .

الا انه اجنبي عن محل الكلام ، حيث انه يختص بالعتق الاختياري الناشيء من انشاء احد الشريكين له بالنسبة إلى حصته من العبد المشترك

- كما مر - للأستربـاح بالتقليب في التجارة ، والشراء المفروض من حيث استلزامه للأنعتاق ليس كذلك ، الا ان المشهور ، بل ادعي عليه الأجماع صحته ، وهو الأقوى في صورة الجهل بكونه ممن ينعتق عليه ، فينعتق مقدار حصته من الربح منه ، ويسري في البقية ، وعليه عوضها للمالك

فلا مجال للتعدي عنه إلى موارد الانعتاق القهري مطلقاً سواء أكان بمقدمات اختيارية كالشراء أو غيرها كالأرث .

والحاصل : ان النص انما يختص بالعتق الاختياري بالمباشرة ، فلا يشمل موارد الانعتاق القهري حتى ولو كان بمقدمات اختيارية .

ومن هنا يكون مقتضى القاعدة في المقام هو الالتزام بصحة الشراء مع التبعيض في العتق بالقول بانعتاق حصة العامل مع بقاء حصة المالك على صفته - اعني كونه مال المضاربة - .

على أنا لو التزمنا بالسراية حتى في مورد الانعتاق القهري ، لاسيما بناءاً على ما ذكره (قده) من كفاية حصول الربح في البعض الآخر من اموال المضاربة ، كان لازمه بطلان الشراء مضاربة حتى في الفرض الأول . وذلك فان بناء المضاربة كما عرفت انما هو على الاسترباح ولا يتصور ذلك في شراء العبد في مفروض الكلام فانه إما ان لا يكون بعد ذلك زيادة في قيمة العبد ولا في غيره من اموال المضاربة واما ان يكون ذلك وعلى التقديرين لا يكون ربح في هذه المعاملة اما على الاول فواضح وكذا على الثاني فان حصة العامل من الربح في العبد ينعتق عليه ويسرى العتق إلى الباقي فيكون خسارة على المالك ، ومعه كيف يمكن ان يقال انه يصح الشراء ويكون من مال القراض ؟ .

مع يساره ، ويستسعى العبد فيه مع اعساره(١) لصحيحة ابن أبي عمير عن محمد بن قيس عن الصادق (ع) : « في رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة ، فأشترى أباه وهو لا يعلم قال (ع) : يقوم ، فان زاد درهماً واحداً انعتق واستسعى في مال الرجل »(١) وهي مختصة بصورة الجهل المنزل عليها اطلاق كلمات العلماء أيضاً .

وبالجملة : ان القول ببطلان الشراء مضاربة - بحسب القاعدة - في مفروض كلامه (قده) إنما يتم بناءاً على القول بالسراية مطلقاً حيث يكون الشراء حينئذ متمحضاً في الخسارة ، واساس المضاربة على الاسترباح . وأما بناءاً على ما هو الصحيح من اختصاص السراية بالعتق الاختياري بالمباشرة ، فلا وجه للحكم بالبطلان فيما نحن فيه حيث يكون الانعتاق قهرياً .

ثم ان مما ذكرنا يظهر ان اساس المضاربة وان كان على الاسترباح الا انه يكفي فيها امكان استرباح المالك وان حصل الجزم بعدم حصول الربح للعامل .

هذا كله بالنسبة إلى ما تقتضيه القاعدة في المقام ، الا انه لابد من الخروج عنها في خصوص فرض الجهل من المقام حيث دلت صحيحة محمد بن قيس على السراية فيه .

(١) لا دليل على ما افاده (قده) من التفصيل فان صحيحة محمد بن قيس مطلقة ومقتضاها سعاية العبد في عوض حصة المالك سواء أكان العامل موسراً ام معسراً وسيأتي مزيد بيان عند تعرضه (قده)

---

(١) الوسائل ج ١٣ باب ٨ من أبواب المضاربة ح ١ .

واختصاصها بشراء الأب لا يضر ، بعد كون المناط كونه ممن ينعتق عليه (١) . كما أن اختصاصها بما إذا كان فيه ربح لا يضر أيضاً ، بعد عدم الفرق بينه وبين الربح السابق(٢)واطلاقها من حيث اليسار والاعسار في الاستسعاء أيضاً منزل على الثاني ، جمعاً بين الأدلة (٣) هذا ولو لم يكن ربح سابق ولا كان فيه أيضاً ، لكن تجدد بعد ذلك قبل أن يباع ، فالظاهر أن حكمه أيضاً الانعتاق والسراية بمقتضى القاعدة (٤) مع إمكان دعوى شمول اطلاق

له ثانياً في هذه المسألة .

(١) إذ العبرة انما هي بمالكية العامل ومن حيث انه لا يمكن ان يكون مالكاً له ملكية مستقرة .

(٢) ظهر وجهه مما تقدم في التعليقة السابقة ، فان العبرة انما هي بمالكية المالك حيث أن الموجب للانعتاق هو دخول العبد في ملكه ولا فرق في ذلك بين حصول الربح في نفس الشراء أو شراءه من الربح الحاصل سابقاً .

(٣) وفيه انه لا تعارض بين الأدلة كي يحتاج إلى الجمع بينها بما ذكر ، فان ادلة التفصيل مختصة بعتق الشريك حصته من العبد المشترك اختياراً ، فلا تشمل موارد الانعتاق القهري ، ومن هنا فيتعين العمل في هذه الموارد باطلاق صحيحة محمد بن قيس الدال على استسعاء العبد في عوض حصة المالك في الفرضين ، حيث لا موجب لرفع اليد عنه .

(٤) لكنك قد عرفت ان القاعدة لا تقتضي السراية في المقام ، وانها انما تقتضي السراية في خصوص موارد العتق بالمباشرة .

الصحيحة أيضاً للربح المتجدد فيه . فيلحق به الربح الحاصل من غيره ، لعدم الفرق (١) .

نعم دعوى شمول صحيحة محمد بن قيس له غير بعيدة . فان مقتضى اطلاق قوله (ع) فيها : «يقوم فان زاد درهماً واحداً انعتق واستسعى في مال الرجل» عدم اختصاص التقويم بزمان البيع ، بل متى ما قوم وكانت قيمته زائدة ولو بدرهم عن قيمة شراءه بحيث كان العامل شريكاً فيه انعتق وسرى العتق .

والحاصل : ان العبرة - على ما يستفاد من الصحيحة - انما هي بشركة العامل للمالك في العبد في اي زمان تحققت .

(١) ما أفاده (قده) مبني على اشتراك العامل مع المالك في جميع اموال المضاربة ، لا في خصوص ما يكون فيه ربح .

الا انه لم يثبت بدليل ، بل ينافيه اطلاق مفهوم صحيحة محمد بن قيس المتقدمة حيث ان مقتضاه عدم انعتاق الأب إذا لم تزد قيمته حتى ولو زادت قيمة سائر اموال المضاربة .

ثم انه لو انعكس الأمر بـان حصلت النقيصة في سائر اموال المضاربة . فهل يمنع ذلك من انعتاق الأب عند ظهور الربح فيه بخصوصه أم لا ؟

الصحيح في المقام هو التفصيل : فان الخسارة إما ان تكون سابقة على الربح أو مقارنة له أو متأخرة عنه .

ففي الأوليين لا ينبغي الشك في عدم الانعتاق إذا لم يكن الربح الحاصل فيه زائداً عن الخسارة الحاصلة ، فان الصحيحة منصرفة عن هذا جزماً إذ الانعتاق انما هو بملاك ملكية العامل لجزء من ابيه .

(مسألة ٤٦) : قد عرفت ان المضاربة من العقود الجائزة ، وانه يجوز لكل منهما الفسخ (١) إذا لم يشترط لزومها (٢) في ضمن عقد لازم ، ثم قد يحصل الفسخ

ومن الواضح انه مع فرض الخسران السابق يكون الربح وبمقتضى قانون المضاربة بأزاءه ولا شيء للعامل كي ينعتق عليه .

نعم لو زاد الربح عن الخسران السابق ، كان للعامل حصته من الزيادة وينعتق الأب عليه ، على ما تقدم تفصيله :

وأما في الفرض الثالث فلا اشكال في كون الربح السابق جابراً للخسران اللاحق لما عرفت من كون الملاك في صدق الربح وعدمه مجموع المعاملات لاخصوص كل معاملة على حده .

الا ان هذا لا يكشف عن عدم تحقق العتق من الأول ، فانه متحقق غايته انه يجب على العامل تدارك الخسارة اللاحقة من سائر امواله . فيكون المقام من قبيل طرو الخسارة بعد اتلاف العامل لما ملكه من الربح .

ومما يدل على ما ذكرناه اطلاق صحيحة محمد بن قيس المتقدمة ، حيث ان مقتضاه تحقق الانعتاق عند ظهور الربح فيه ، سواء طرأت الخسارة بعد ذلك على المضاربة ام لم تطرأ .

(١) تقدم الكلام فيه في المسألة الثانية ، وقد عرفت ان جواز الفسخ انما هو بالنسبة إلى ما يأتي من المعاملات ، لا بالنسبة إلى ما سبق منها ، فانها بالنسبة اليها لازمة ولابد لها من العمل على وفق ما اتفقا عليه . فليس للمالك فسخ العقد وأخذ الربح كله في قبال اعطاء اجرة المثل .

(٢) قد عرفت في المسألة الثانية ان اشتراط اللزوم انما ينفع فيما

من احدهما ، وقد يحصل البطلان والانفساخ لموت أو جنون أو تلف مال التجارة بتمامها أو لعدم إمكان التجارة لمانع أو نحو ذلك ، فلابـد من التكلم في حكمها من حيث استحقاق العامل 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 الى المالك وعدمه ، وكون الأجرة عليه أولا ، فنقول : إما ان يكون الفسخ من المالك أو العامل ، وأيضاً إما ان يكون قبل الشروع في التجارة أو في مقدماتها أو بعده ، قبل ظهور الربـح أو بعده ، في الاثناء أو بعد تمام التجارة ، بعد انضاض الجميع أو البعض أو قبله ، قبل القسمة أو بعدها ، وبيان احكامها في طي مسائل . .

الأولى : إذا كان الفسخ أو الانفساخ ولم يشرع في العمل ولا في مقدماته فلا اشكال ولا شيء له ولا عليه (١) وان كان بعد تمام للعمل والانضاض فكذلك ، إذ مع حصول

إذا كان على نحو شرط الفعل اعني اشتراط عدم اعمال سلطنته على الفسخ ، وأما إذا كان على نحو شرط النتيجة بان يكون العقد لازماً ولا يكون له حق الفسخ بمعنى ان لا يملك الفسخ : فهو فاسـد ومفسد للعقد أيضاً .

(١) لعدم المقتضي له .

الربح يقتسمانه ، ومع عدمه لا شيء للعامل ولا عليه إن حصلت خسارة ، الا ان يشترط المالك كونها بينهما على الاقوى من صحة هذا الشرط (١) ، أو يشترط العامل على المالك شيئاً ان لم يحصل ربح (٢) . وربما يظهر من اطلاق بعضهم ثبوت اجرة المثل مع عدم الربح . ولا وجه له اصلا ، لأن بناء المضاربة على عدم استحقاق العامل لشيء سوى الربح على فرض حصوله (٣) ، كما في الجعالة .

الثانية : إذا كان الفسخ من العامل في الأثناء قبل حصول الربح فلا أجرة له لما مضى من عمله . واحتمال استحقاقه

(١) بل الأقوى هو التفصيل بين شرط النتيجة وشرط الفعل .

ففي الأول - كما لو شرط عليه كون بعض الخسارة في عهدته - يبطل لانه ليس بمشروع ومضمونه مخالف للسنة الدالة على عدم ضمان الأمين .

وفي الثاني - كما لو اشترط عليه أن يعطيه شيئاً من امواله - يصح حيث لا محذور فيه ، لانه وبحد نفسه فعل سائغ . فاذا وقع متعلقاً للشرط وجب الوفاء به . ومجرد كونه في ضمن عقد جائز لا يمنع من وجوب العمل به . لما عرفت من كونه لازماً بالنسبة إلى ما مضت من المعاملات ، نعم له رفع اليد عن العقد بالقياس إلى ما يأتي فيرتفع معه موضوع وجوب الوفاء ،

وقد تقدم تفصيل الكلام في المسألة الرابعة فراجع .

(٢) على التفصيل المتقدم .

(٣) ومعه فلا تشمله قاعدة احترام عمل المسلم ، لانه الذي فوت على نفسه ذلك حيث اقدم على العمل مجاناً عند عدم الربح .

لقاعدة الاحترام ، لا وجه له أصلا (١) . وان كان من المالك ، أو حصل الانفساخ القهري ، ففيه قولان (١) ، أقواهما العدم أيضاً بعد كونه هو المقدم على المعاملة الجائزة التي مقتضاها عدم استحقاق شيء الا الربح ، ولا ينفعه بعد ذلك كون اقدامه من حيث البناء على الاستمرار .

(١) فان القاعدة لا تقتضي الضمان ، فان معنى احترام عمل المسلم انما هو عدم جواز جبره على شيء بلا مقابل ومجاناً ، فلا تشمل المقام حيث يكون العمل صادراً منه بأختيار رجاءاً للربح ، على ان القاعدة لو اقتضت الضمان في حد نفسها فلا تقتضيه في المقام باعتبار ان العامل هو الذي فوت على نفسه الربح بفسخه لعقد المضاربة .

ودعوى : اقتضاء الأمر له ، حيث ان العمل قد صدر عن أمره واستوفى هو منفعته .

مدفوعة : بانها انما تتم لو كان الآمر قد التزم على نفسه بشيء غير الحصة من الربح ، فلا تعم المقام حيث لم يلتزم الآمر بدفع شيء بازاء العمل سوى الحصة من الربح على تقدير ظهوره .

ومن هنا فيكون العامل في فرض عدمه ومن غير هـذه الجهة متبرعاً ومقدماً على العمل مجاناً .

(١) ظاهر كلامه (قده) اختيار بعض الأصحاب للضمان حتى في فرض الانفساخ القهري الا اننا لم نعثر على قائل به حيث لم ينسب إلى احد من الأصحاب .

وكيف كان فالحكم فيه واضح لعين ما تقدم في فسخ العامل ، حيث لا موجب للضمان وتوهم اقتضاء قاعدة الأحترام أو صدوره عن أمره له ، مدفوع بما تقدم .

الثالثة : لو كان الفسخ من للعامل بعد السفر بأذن المالك وصرف جملة من رأس المال في نفقته ، فهل للمالك تضمينه مطلقاً أو إذا كان لا لعذر منه ؟ وجهان أقواهما العدم (١) لما ذكر من جواز المعاملة وجواز الفسخ في كل وقت فالمالك هو المقدم على ضرر نفسه .

نعم في فرض الفسخ من قبل المالك ، ذهب جماعة من الأصحاب إلى الضمان من أجل التفويت ، حيث فوت المالك بفسخه للعقد الربح على العامل ، فيجب عليه اداء أقل الأمرين من أجرة المثل والربح المترقب من التجارات الآتية .

وفيه : انه لا دليل على الضمان عند التفويت والمنع عن الاسترباح فانه إنما يترتب على اتلاف المال الموجود بالفعل أو الاستيلاء عليه ، فلا يعم ما ليس بمال بالفعل ، وإنما يترقب ان يكون كذلك في المستقبل .

على انه من التفويت بحق لبناء عقد المضاربة عليه ، لأنه عقد جائز ، فيكون من قبيل الشرط في ضمن العقد ومعه فلا موجب للضمان بعد اقدام العامل عليه .

(١) فيه اشكال بل منع ، وذلك لأن اعطاء المالك للمال إلى العامل والأذن له في صرفه خارج عن العقد بينهما ، وإنما العامل يصرف ذلك المال باذن المالك في مقدمات العقد الذي يقصد به الاسترباح . إلا ان الظاهر كون اعطاء المالك للمال والأذن في التصرف فيه مشروطاً بشرط متأخر وهو تحقق التجارة الخارجية .

الرابعة : لو حصل الفسخ أو الانفساخ قبل حصول الربح وبالمال عروض لا يجوز للعامل التصرف فيه بدون إذن المالك (١) ببيع ونحوه وان احتمل تحقق الربح بهذا البيع ، بل وان وجد زبون يمكن ان يزيد في الثمن فيحصل الربح (٢) نعم لو كان هناك زبون بانٍ على الشراء بأزيد

وبعبارة أخرى : ان دفع المالك المال اليه والأذن في التصرف له لم يكن مطلقاً وإنما هو مقيد بحصول التجارة بعد ذلك ، ومن هنا فاذا لم يحصل الشرط لم يكن صرفه مأذوناً فيه ، وبذلك فيكون ضامناً لأتلافه مال غيره بغير إذنه .

ولا يبعد ان يكون هذا من المرتكزات الأولية في باب المضاربة وغيرها كأرسال الرسل والمبعوثين ، فانه هل يمكن ان يقال بعدم ضمانهم لما صرفوه في سفرهم مع عدم قيامهم بما كلفوا به من مهام بدعوى انه كان بأذنه ؟ كلا ، فان الأذن في ذلك مقيد بانتهاء السفر إلى العمل المعين ، فعدمه يكشف عن عدم الإذن لا محالة .

نعم ما أفاده (قده) إنما يتم لو كان الفسخ من قبل المالك أو حصل الانفساخ القهري حيث لا موجب للقول بضمان العامل باعتبار انه لم يلتزم بشيء في صرفه للمال ، ولم يقصر في شيء مما هو عليه بعد إن كان الصرف باذن المالك .

(١) لكونه بأكمله ملكاً للمالك ، وقد ارتفع إذنه في التصرف بالفسخ أو الانفساخ .

(٢) لما تقدم من كونه تصرفاً في مال الغير فلا يجوز إلا بأذنه .

من قيمته لا يبعد جواز اجبار المالك على بيعه منه ، لأنه في قوة وجود الربح فعلاً . ولكنه مشكل مع ذلك ، لأن المناط كون الشيء في حد نفسه زائد القيمة (١) والمفروض عدمه وهل يجب عليه للبيع والانضاض إذا طلبه المالك أولا ؟ قولان أقواهما عدمه (٢) ودعوى : ان مقتضى قوله (ع) « على اليد ما أخذت حتى تؤدي » (١) وجوب رد المال إلى المالك كما كان ، كما ترى (٣) .

---

(١) وبعبارة أخرى : ان الملاك في اشتراك العامل للمالك إنما هي الزيادة في المال والعبرة فيها إنما هي بارتفاع القيمة السوقية ، ولا يكفي فيها وجود مشترٍ يشتري المال باكثر من قيمته السوقية ، فانه لا يوجب زيادة في مال المضاربة كما لا يخفى .

على انه سيأتي في المسألة القادمة من هذه المسائل انه لو حصل الفسخ أو الأنفساخ وكان في المال عروض تزيد قيمته على رأس المال فليس للعامل اجبار المالك على بيع العروض وإن كان شريكاً له في ذلك ، وإنما له اجباره على القسمة خاصة ، نظراً إلى ان جواز التصرف في مال الغير بغير إذنه يحتاج إلى الدليل وهو مفقود .

فاذا كان الحال هذا في فرض وجود الربح بالفعل ، فعدم الجواز في فرض عدمه يكون بطريق أولى .

(٢) لعدم الدليل عليه .

(٣) إذ مع الاغماض عن سندها ، والمناقشة في صدق الأخذ على

---

(١) مستدرك الوسائل باب ١ من كتاب الوديعة ح ١٢

الخامسة : إذا حصل الفسخ أو الانفساخ بعد حصول الربح قبل تمام العمل أو بعده ، وبالمال عروض ، فان رضيا بالقسمة كذلك فلا اشكال (١) ، وإن طلب العامل بيعها فالظاهر عدم وجوب إجابته (٢) وان احتمل ربح فيه ، خصوصاً إذا كان هو الفاسخ . وان طلبه المالك ففي وجوب اجابته وعدمه وجوه ، ثالثها التفصيل بين صورة كون مقدار رأس المال نقداً فلا يجب وبين عدمه فيجب لأن اللازم تسليم مقدار رأس المال كما كان ، عملاً بقوله (عليه السلام) : « على اليد ..... » . والأقوى عدم الوجوب مطلقاً (٣) ، وإن كان استقرار ملكية العامل للربح موقوفاً على الانضاض ولعله يحصل الخسارة بالبيع ،

مثل المقام بدعوى انصرافه إلى ما يكون بالقهر ، فهو غير شامل لما نحن فيه ، لأنه إنما يجب على العامل رد ما أخذه بعينه ما دام هو باقياً في ملكه ، وأما إذا خرج عنه باذن المالك فلا يجب عليه رده بعينه جزماً ، بل غاية ما يجب عليه هو رد بدله . فهو كمن غصب الدار ثم باعها باذن المالك حيث لا يجب عليه الا رد الثمن خاصة

(١) لاشتراكهما في المال ، فالحق لا يعدوهما .

(٢) فان المالك مسلط على ماله ، غاية الأمر ان للعامل مطالبته بحصته من الربح فيعطيه المالك من أمواله ، أو يطالبه بالقسمة فيأخذ من العروض .

(٣) نظراً لانتفاء عقد المضاربة ، وعدم الدليل على الوجوب ،

إذ لا منافاة (١) فنقول : لا يجب عليه الانضاض بعد الفسخ لعدم الدليل عليه ، لكن لو حصلت الخسارة بعده قبل القسمة ، أو بعدها يجب جبرها (٢) بالربح ، حتى أنه لو أخذه يسترد منه .

السادسة : لو كان في المال ديون على الناس فهل يجب على العامل أخذها وجبايتها بعد الفسخ أو الانفساخ أم لا ؟

وقاعدة اليد مضافاً إلى قصور سندها ، لا دلالة لها على الوجوب في المقام ، فان الواجب إنما هو رد مال الغير اليه سواء أكان عروضاً أم غيره .

وبعبارة أخرى : ان المعاملات الصادرة من العامل لما كانت باذن المالك ، كانت موجبة لتبدل مال المالك لدى العامل من النقد إلى العروض ، فهي التي تكون مال المالك بالفعل ، ومن هنا فالزامه بتبديله إلى النقد ثانياً يحتاج إلى الدليل وهو مفقود .

(١) لما عرفت من أن مقتضى عقد المضاربة وصول رأس المال إلى المالك ، على أن يكون الزائد عنه مشتركاً بينه وبين العامل . ومن هنا فلو حصل تلف في المال كان محسوباً على العامل والمالك حتى بعد تمامية المضاربة ما لم يصل رأس المال إلى المالك ، وهذا لايستلزم بالطبع لزوم اجابة العامل له في طلب البيع كما هو واضح .

(٢) تقدم فيما مضى ان جبر الخسارة بالربح إنما يكون قبل الفسخ أو الانفساخ ، وأما بعدها فلا لا سيما بعد تحقق القسمة لانتهاء عقد المضاربة ووصول رأس المال إلى المالك ، فيكون اثباته محتاجاً إلى

وجهان ، أقواهما العدم (١) من غير فرق بين أن يكون الفسخ من العامل أو المالك .

السابعة : إذا مات المالك أو العامل قام وارثه مقامه فيما مر من الاحكام (٢) .

الدليل وهو مفقود .

وبعبارة أخرى : انه لا وجه لجبر الخسارة بعد الفسخ أو الانفساخ - فضلاً عن القسمة - بالربح السابق بعد وصول كل من الحصتين إلى مالكها وتملكه لها مستقلاً وبعينه .

(١) بل الوجوب - على ما هو المشهور - وذلك لابتناء عقد المضاربة من الأول على تسليم العامل لما أخذه من المالك اليه ، فانه أمر مفروغ عنه في عقدها .

ومن هنا فيكون من الشرط في ضمن العقد ؛ فيجب عليه الوفاء به وليس له إرجاع المالك على المديونين .

وبالجملة : فتسليم العامل للمال إلى المالك أمر مفروغ عنه في عقد المضاربة فيجب عليه الوفاء به ، ورد ما أخذه منه ، ثم ان كان ربح فهو مشترك معه فيه .

(٢) في اطلاقه اشكال بل منع ، إذ لا دليل على قيام الوارث مقام الميت في جميع الأمور : وبقول مطلق ، وإنما المنتقل اليه خصوص ما تركه من الأموال والحقوق القابلة للانتقال بحيث لاتكون متقومة بشخص خاص وهو مما لا خلاف فيه .

ومن هنا فلابد من ملاحظة الاحكام المتقدمة ، لتشخيص ما تنطبق

الثامنة : لا يجب على العامل بعد حصول الفسخ أو الانفساخ أزيد من التخلية بين المالك وماله ، فلا يجب عليه الأيصال اليه . نعم لو أرسله إلى بلد آخر غير بلد

عليه هذه الضابطة فنقول : -

أما الزام المالك للعامل بتحصيل الديون بعد حصول الفسخ أو الانفساخ ، فالظاهر عدم كونه من الحقوق . وإنما هو حكم مترتب على الملك من باب تسلط المالك على ماله ووجوب رد الأمانة إلى أهلها .

ومن هنا : اذا مات المالك وانتقل المال إلى ورثته ، كان لكل منهم مطالبة العامل برد حصته منه اليه ، حتى مع فرض رضي غيره ببقاء حصته ديناً في ذمة المديون ولو كان هذا حقاً لما وجب على العامل في الفرض شيء ، إذ الحق أمر واحد بسيط ثابت لمجموع الورثة من حيث المجموع ، فلا يقبل التجزئة لعدم ثبوته للبعض بخصوصه .

نعم لو قلنا بأن المالك له اجبار العامل على بيع العروض بعد الفسخ ، بلا اشتراط كان لهم جميعاً اجباره على ذلك ، لأن حق الشرط قابل للانتقال . فلا مانع من الالتزام به بالنسبة إلى الوارث أيضاً .

وأما حق العامل في بيع المتاع بعد الفسخ - بناءاً على القول به - فهو حكم تكليفي محض يختص به ، فلا يقبل الانتقال إلى ورثته .

والحاصل : ان ما أفاده الماتن (قده) لا يمكن المساعدة عليه لأن المنتقل إلى الوارث ينحصر في المال والحقوق القابلة للأنتقال وهي

المالك ولو كان بأذنه يمكن دعوى وجوب الرد إلى بلده (١) لكنه مع ذلك مشكل . وقوله (ع) : « على اليد ما أخذت . . . . » أيضاً لا يدل على أزيد من التخلية ، وإذا احتاج الرد اليه إلى الأجرة فالأجرة على المالك (٢) كما في سائر الأموال . نعم لو سافر به بدون إذن المالك إلى بلد آخر وحصل الفسخ فيه ، يكون حاله حال الغاصب

لجميعهم لا لكل فرد فرد . وأما الحكم فهو يختص به ولا ينتقل إلى الوارث .

(١) وهذا القول هو الصحيح ، والاشكال عليه في غير محله .

وذلك : لأن الأذن في الارسال لم يكن مطلقاً ، فانه إنما اذن فيه للأتجار - على ما يقتضيه عقد المضاربة - وهذا يعني لزوم رده إلى المالك نقداً أو عروضاً بعد الاتجار به أولا معه ، فهو مفروض في عقد المضاربة .

ومن هنا فاذا فسخ العقد كان مقتضى كون المال أمانة عنده ، واقتضاء عقد المضاربة للرد ، لزوم الرد اليه .

نعم لو رضي المالك ببقاء ماله في ذلك البلد ، فليس للعامل ارجاعه لكونه مسلطاً على ماله فلا يجوز التصرف فيه بغير إذنه ، كما هو ظاهر .

(٢) لعدم الموجب لالزام العامل بشيء من الأجرة بعد فسخ المضاربة وكون المال امانة في يده .

في وجوب الرد والأجرة (١) وان كان ذلك منه للجهل بالحكم الشرعي من عدم جواز السفر بدون إذنه .

(مسألة ٤٧) : قد عرفت ان الربح وقاية لرأس المال من غير فرق بين أن يكون سابقاً على التلف أو الخسران أو لاحقاً ، فالخسارة تجبر بالربح اللاحق وبالعكس (٢) ولا يلزم ان يكون الربح حاصلاً 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 بالبعض فخسر ثم اتجر بالبعض الآخر أو بجميع الباقي فربح ، ولا يلزم في الربح أو الخسران أن يكون مع بقاء المضاربة حال حصولها ، فالربح مطلقاً جابر للخسارة والتلف مطلقاً (٣) ما دام لم يتم عمل المضاربة . ثم انه

(١) على ما تقتضيه قاعدة اليد والضمان .

(٢) على ما يقتضيه عقد المضاربة ، حيث قد عرفت ان مقتضاه كون رأس المال محفوظاً بمعنى ارجاعه إلى المالك والاشتراك في الربح خاصة .

(٣) قد عرفت فيما تقدم ان جبر الخسران بالربح إنما يختص بفرض بقاء عقد المضاربة وأما بعد ارتفاعه واستقرار ملكية كل من المالك والعامل على ماله وحصته فلا وجه للتدارك بالمرة .

يجوز للمالك ان يسترد بعض مال المضاربة في الاثناء (١)،

(١) فانه ماله وملكه والعقد جائز ، فله التصرف فيه كيف ما يشاء .

والاشكال عليه : بان العقد الواحد كيف يجوز فسخه في بعضه دون بعض ، والحال انه لم يلتزم الفقهاء به في باب الخيارات .

مدفوع : بالفرق بين المقامين ، إذ الجواز قد يكون حقياً - كالخيارات - حيث يكون العقد بطبعه الأولي لازماً ، لكن الشارع يجعل الخيار لهما أو لأحدهما ابتداءاً - كخيار المجلس - أو إمضاءاً لجعل البايعين - كخيار الشرط - .

وقد يكون حكمياً حيث يكون العقد بطبعه الأولي جائزاً ، كالهبة والوديعة والعارية والمضاربة إلى غيرها من العقود الجائزة .

ففي الأول حيث أن ظاهر الدليل تعلق الخيار بالعقد على ما وقع عليه لا ابعاضه بما هي ، فليس لمن له الخيار التبعيض ، بل أما ان يفسخ في الجميع أو يلتزم به ، فان الانشاء واحد - وان كان البيع منحلاً إلى بيوع متعددة - وظاهر دليل الخيار ثبوت الحق له في فسخ ما أنشأ . ومن هنا فلا يجوز له التبعيض .

وبالجملة : فدليل الخيار قاصر الشمول للفسخ في البعض خاصة .

وهذا بخلاف الثاني ، فان العقد لما كان منحلاً إلى عقود متعددة كان جواز الفسخ في البعض على القاعدة ، فان كل عقد من هذه العقود جائز في حد نفسه وله الفسخ بأي مقدار شاء لأطلاق الدليل .

والحاصل : ان قياس ما نحن فيه على باب الخيارات قياس مع

ولكن تبطل بالنسبة اليـــه ، وتبقى بالنسبة إلى البقية (١) وتكون رأس المال ، وحينئذٍ فإذا فرضنا أنه أخذ بعد ما حصل الخسران أو التلف بالنسبة إلى رأس المال مقداراً من البقية ، ثم اتجر العامل بالبقية أو ببعضها ، فحصل ربح يكون ذلك الربح جابراً للخسران أو التلف السابق بتمامه (٢) . مثلاً إذا كان رأس المال مائة فتلف منها عشرة أو خسر عشرة وبقي تسعون ، ثم أخذ المالك من التسعين عشرة وبقيت ثمانون ، فرأس المال تسعون ، وإذا اتجر بالثمانين فصار تسعين فهذه العشرة الحاصلة ربحاً تجبر تلك العشرة ، ولا يبقى للعامل شيء . وكذا إذا أخذ المالك

الفارق ، فان العقد في المقام جائز في حد نفسه والمالك مسلط على ماله غاية الأمر انه اذن للغير في التصرف فيه ، فله رفع إذنه في أي مقدار منه شاء ، كما هو الحال في الوكالة .

(١) قد عرفت وجهه مما تقدم .

(٢) لأن عقد المضاربة من الأول مبني على وصول رأس المال المدفوع إلى العامل بتمامه إلى المالك ومن دون ورود أي نقص عليه مع فرض ما يمكنه جبره سواء أكانت التجارة بجميع رأس المال أم بعضه .

وبعبارة أخرى : ان مقتضى أصل عقد المضاربة رجوع ما يدفعه المالك بعنوان رأس المال اليه من غير نقص فيه ، حتى ولو لم تكن التجارة بكل ذلك المال ، بل ومع الفسخ في بعضه وانحصار المضاربة

بعدما حصل الربح مقداراً من المال (١) ، سواء كان بعنوان استرداد بعض رأس المال ، أو هو مع الربح ، أو من غير قصد إلى أحد الوجهين ، ثم اتجر العامل بالباقي أو ببعضه ، فحصل خسران أو تلف ، يجبر بالربح السابق بتمامه ، حتى المقدار الشايع منه في الذي أخذه المالك ولا يختص الجبر بما عداه ، حتى يكون مقدار حصة العامل منه باقياً له . مثلاً إذا كان رأس المال مائة فربح عشرة ثم أخذ المالك عشرة ثم اتجر العامل بالبقية فخسر عشرة أو تلف منه عشرة ، يجب جبره بالربح السابق حتى المقدار الشايع منه في العشرة المأخوذة ، فلا يبقى للعامل من الربح السابق شيء . وعلى ما ذكرنا فلا وجه لما ذكره المحقق وتبعه غيره من أن الربح اللاحق لا يجبر مقدار الخسران الذي ورد على العشرة المأخوذة ، لبطلان المضاربة بالنسبة اليها ، فمقدار الخسران الشايع فيها لاينجبر بهذا الربح ، فرأس المال الباقي بعد خسران العشرة في

في الباقي ، لأنه لا يعني عدم كون المضاربة الأصلية مبنية على رجوع رأس المال بتمامه اليه حتى على تقدير استرداده للبعض .

(١) وفيه ما لا يخفى ، فانه لا وجه للجبران في المقام ، نظراً إلى ان ما يأخذه المالك إن كان بعنوان استرداد بعض المال ، فهو فسخ للمعاملة بالنسبة إلى ذلك المقدار ، فينحصر رأس المال بالباقي

المثال المذكور لا يكون تسعين ، بل أقل منه بمقدار حصة خسارة العشرة المأخوذة ، وهو واحد وتسع ، فيكون رأس المال الباقي تسعين إلا واحد وتسع ، وهي تسعة وثمانون الا تسع ، وكذا لا وجه لما ذكره بعضهم في الفرض الثاني أن مقدار الربح الشايع في العشرة التي أخذها المالك لايجبر الخسران اللاحق ، وان حصة العامل منه يبقى له ويجب على المالك رده اليه (١) فاللازم في

لا محالة . وحينئذٍ يكون العامل مالكاً لحصته من الربح في ذلك المقدار ، ومعه لا وجه لجبران ما يطرء من الخسارة على رأس المال الجديد . فان الفسخ موجب لاستقرار ملكه فيه كما هو الحال في فسخ العقد في الجميع .

وان كان بعنوان كونه من مجموع رأس المال والربح ، فالأمر كذلك ، إذ الربح الحاصل عند الفسخ في البعض ينقسم على ذلك والباقي بالنسبة ، ومعه يكون للعامل حصة فيما أخذه المالك لا محالة ويعتبر ذلك ديناً في ذمته .

وعليه : فاذا خسرت المعاملة في الباقي بعد ذلك لم يكن وجه لارجاع ما ملكه العامل وأقرضه للمالك إلى رأس المال وجبر الخسارة به .

والحاصل : انه لا وجه لجبران الخسران اللاحق بالربح السابق على الفسخ ، بلا فرق فيه بين كون الفسخ في الكل أو البعض .

(١) لكنك قد عرفت انه الصحيح ولا مناص من الالتزام به .

المثال المفروض عدم بقاء ربح للعامل بعد حصول الخسران المذكور ، بل قد عرفت سابقاً انه 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 الفسخ (١) قبل القسمة ، بل أو بعدها إذا اقتسما العروض وقلنا بوجوب الانضاض على العامل (٢) وانه من تتمات المضاربة .

(مسألة ٤٨) : إذا كانت المضاربة فاسدة ، فإما ان يكون مع جهلهما بالفساد أو مع علمهما ، أو علم أحدهما دون الآخر . فعلى كل التقادير الربح بتمامه للمالك ، لأذنه في التجارات (٣) وان كانت مضاربته باطلة . نعم لو كان

---

(١) إلا إنك قد عرفت فيما مضى انه لا وجه للجبران ، لاسيما إذا كانت الخسارة بعد القسمة حيث يستقر ملك كل منهما على ما في يده .

(٢) ظاهر كلامه (قده) في المقام اناطة تدارك الخسران بوجوب الانضاض على العامل بحيث لو لم نقل به لما وجب التدارك ، وهو ينافي ما تقدم منه (قده) في الفرع الخامس من المسألة السادسة والأربعين من عدم كونه منوطاً به حيث اختار (قده) عدم وجوب الانضاض على العامل ومع ذلك قال بوجوب التدارك عليه .

(٣) وهو يكفي في صحتها ، حيث أنها لا تتوقف على صحة عقد

الأذن مقيداً بالمضاربة توقف ذلك على إجازته (١) ، والا فالمعاملات الواقعة باطلة (٢) . وعلى عدم التقيد أو الأجازة يستحق العامل مع جهلهما لأجرة عمله (٣) . وهل يضمن عوض ما أنفقه في السفر على نفسه ، لتبين عدم استحقاقه النفقـــة ، أولا ، لأن المالك سلطـه على الانفاق مجاناً ؟ وجهان ، أقواهما الأول (٤) ولايضمن التلف والنقص (٥)

المضاربة ، إذ الذي يتوقف عليها إنما هو استحقاق العامل للحصة المعينة من الربح .

(١) على ما تقتضيه القاعدة في العقد الفضولي .

(٢) لفقدانها الأذن والأجازة معاً .

(٣) لاستيفاء المالك عمل الغير الصادر عن أمره لا على نحو المجانية فانه موجب لضمانه له بدفع بدله ـ اعني أجرة المثل ـ على ما تقتضيه السيرة القطعية على تفصيل في المقام يأتي .

(٤) بل الثاني ، فان إذن المالك له بالسفر والصرف من ماله لما لم يكن مقيداً بصحة عقد المضاربة ، كان مقتضى القاعدة عدم الضمان ، إذ الضمان إنما يختص بفرض التصرف فيه بالتعدي أو التفريط وهو مفقود . وفي المقام تفصيل ستعرفه .

(٥) ظاهر عبارته (قده) ترتب الاحكام الثلاثة ـ استحقاق أجرة المثل وعدم ضمانه لما أنفقه في السفر على نفسه وعدم ضمانه للتلف والنقص ـ على فرضي عدم كون الأذن في المعاملات مقيداً بصحة عقد المضاربة . والتقييد مع أجازته للمعاملات بعد ذلك معاً

ومن دون فرق بينهما .

إلا ان الظاهر هو التفصيل بين الفرضين .

فعلى الأول : يستحق العامل أجرة المثل قطعاً ، لاستيفاء المالك عمل مسلم محترم صادر عن أمره من دون قصد التبرع والمجانية ؛ على ما تقتضيه السيرة القطعية الممضاة من قبل الشارع المقدس ، حيث لم يرد الردع عنها .

كما لا يضمن العامل ما أنفقه على نفسه في سفره ؛ حيث أنه قد صدر عن إذنه واجازته وان كان عقد المضاربة فاسداً .

وعليه فلا موجب لحكمه (قده) بالضمان ، فانه لو كان العقد صحيحاً لما كان فيه ضمان ، ففاسده يكون كذلك لنفس الملاك أعني صدوره عن إذنه .

ومنه يظهر الحال فيما يتلف في يد العامل من الأموال ، فانه لا موجب للحكم بالضمان بعد كون هذه الأموال امانة في يده ، ولم يكن العامل متعدياً أو مفرطاً .

وعلى الثاني : بحيث لو لا الاجازة المتأخرة لبطلت المعاملات الصادرة من العامل ، فحكم هذه الصور حكم باقي العقود الفضولية ، فلا يستحق العامل شيئاً من الربح ولا أجرة المثل ، باعتبار ان المالك لم يأمره بشيء بل ولم يستوف من عمله شيئاً ، وإنما هو استوفى الربح بعمل نفسه بأجازته للعقد .

ومن هنا فحكمه (قده) باستحقاقه لأجرة المثل حتى في هذه الصورة - على ما يظهر من عبارته - لا يمكن المساعدة عليه .

وكذا الحال فيما صرفه العامل في سفره ، فانه لا موجب لحسابه

وكـذا الحال إذا كان المالك عالماً دون العامـل (١) فانه يستحق الأجرة ، ولا يضمن التلـف والنقص وان كانا عالمين أو كان العامل عالماً دون المالك ، فلا أجرة له ، لإقدامه على العمل مع علمه بعدم صحـة المعاملة (٢) وربما يحتمل في صورة علمها أنه يستحق حصته من الربـح من باب الجعالة . وفيه : أن المفروض عـدم قصدها (٣) كما أنه ربما يحتمل استحقاقه أجرة المثل إذا إعتقد أنه يستحقها

على المالك بعد أن لم يكن كل ذلك باذن منه .

ومنه يظهر الحال فيما يتلف في يد العامل . فانه ضامن له لامحالة بعد إن لم تكن يده يد امانة ، حيث ان المالك لم يأذن له في التصرف مطلقاً ، وإنما أذن له فيه مقيداً بصحة عقد المضاربة ، فاذا انتفى القيد كان المقيد مثله .

(١) يظهر الحال فيه مما تقدم ، فان الكلام في هذا الفرض هو الكلام في الفرض السابق من حيث الأدلة والتفصيل حرفاً بحرف .

(٢) لكنك قد عرفت غير مرة ان العلم بالفساد شرعاً لا يلازم الاتيـان بالعمل مجاناً وبغير عوض ، فان العامل قاصد للعوض وان كان يعلم بان الشارع لم يمضه . ومقتضى السيرة العقلائية القطعية . اقتضاء استيفاء عمل الغير الصادر عن أمره للضمان مطلقاً علم العامل بالفساد أو جهل ، فان العبرة في عـدم الضمان إنما هو بالتبرع به وهو غير متحقق .

(٣) ظاهر هذا التعليل ان عدم الاستحقاق ناش من عدم القصد

مع الفساد ، وله وجه (١) وان كان الأقوى خلافه . هذا كله إذا حصل ربح ولو قليلاً ، وأما مع عدم حصوله فاستحقاق العامل الأجرة ولو مع الجهل مشكل (٢) ، لإقدامه على عدم العوض لعمله مع عدم حصول الربح .

إلى الجعالة وفيه : انه لا اثر للقصد وعدمه ، وذلك لما تقدم مراراً من عدم صحة تمليك الانسان ما لا يملكه بالفعل إلا ما خرج بالدليل إذ ليس له - بالفعل - مال وملك كي ينقله إلى غيره ويجعله هو المالك .

وعليه : فحيث لا دليل على صحته في الجعالة ، فلابد في الجعل من كونه مالاً مملوكاً للجاعل في الخارج أو في الذمة بالفعل ، ولما لم يكن الربح من هذا القبيل حيث لا وجود له حين الجعل ، فلا يصلح للجعل سواء تحقق القصد إلى الجعالة أم لم يتحقق .

فالبطلان غير ناش من جهة عدم قصده لها في عقد المضاربة ، فانه باطل حتى مع القصد .

على انه قد تقدم ان المضاربة عين الجعالة وليست شيئاً في قبالها نعم تمتاز هي عن سائر أفراد الجعالة بالصحة مع مجهولية الجعل .

(١) عرفته فيما تقدم .

(٢) الظاهر انه لا ينبغي الاشكال في عدم استحقاق العامل للأجرة في الفرض ، وذلك لأن الضمان في هذه الموارد لم يثبت بدليل لفظي كي يتمسك باطلاقه في اثبات أجرة المثل في مثل المورد أيضاً ، وإنما هو قد ثبت بالسيرة العقلائية القائمة على اقتضاء الأمر بعمل ذي أجرة

وعلى هذا ففي صورة حصوله أيضاً يستحق أقل الأمرين من مقدار الربح وأجرة المثل (١) لكن الاقوى خلافه ، لأن رضاه بذلك كان مقيداً بالمضاربة (٢) ومراعاة الاحتياط في هذا وبعض الصور المتقدمة أولى .

لا مجاناً لثبوتها في ذمة الآمر .

ومن هنا يكون المتبع في الحكم هي السيرة القطعية ، وحيث أنه لا ينبغي الشك في عدم ثبوت شيء على الآمر غيره بعمل مجاناً ومن غير أجرة مطلقاً أو على تقدير دون تقدير ، سواء أقصد العامل التبرع أيضاً أم لم يقصده ، إذ لا أثر لقصده ، فلا ينبغي الاشكال في عدم ثبوت الأجرة للعامل في المقام ؛ فان المالك إنما جعل له الحصة من الربح - على تقدير تحققه - ولم يجعل له شيئاً من ماله الخاص ، وهو إنما يعني أن المالك انما أمره بالعمل - على تقدير عدم الربح - مجاناً وبغير عوض ومعه فلا يكون وجه للضمان .

والحاصل : ان الضمان إنما يثبت عند الأمر بالعمل لا مجاناً ، وأما مع كون الأمر به مقيداً بالمجانية ولو على تقدير - على فرض تحققه - فلا موجب للضمان .

(١) ظهر وجهه مما تقدم ، فان الأمر إنما يقتضي الضمان بالمقدار الذي التزم به الآمر وأما الزائد عنه فلا دليل عليه . وأما مع زيادة الأجرة عن الحصة فلاقدام العامل على العمل على ان لا يستحق الزائد عن هذا المقدار .

(٢) إلا انك قد عرفت ان العبرة إنما هي بما التزم به الآمر على نفسه ، لا برضا العامل وعدمه على اننا لو التزمنا بكون رضا العامل

(مسألة ٤٩) : إذا أدعي علي أحد أنه أعطاه كـذا مقداراً مضاربة وانكر ولم يكن للمدعي بينة ، فالقول قول المنكر مع اليمين (١) .

(مسألة ٥٠) : إذا تنازع المالك والعامل في مقـدار رأس المال الذي اعطاه للعامل قدم قول العامل بيمينه مع عدم البينة (٢) ، من غير فرق بين كون المال موجوداً أو تالفاً مع ضمان العامل ، لأصالة عدم اعطائه أزيد مما يقوله وأصالة براءة ذمته إذا كان تالفاً بالأزيد . هذا إذا لم يرجع نزاعهما إلى النزاع في مقدار نصيب العامل من الربح ، كما

مقيداً بصحة المضاربة لكان لازمه القول بعدم استحقاق العامل شيئاً بالمرة ، لأن كون رضا العامل مقيداً بها يستلزم كون رضا المالك وأمره له مقيداً بها أيضاً ، وهـذا يعني فساد جميع العقود الصادرة منه لكونه فضولياً وتوقف صحتها على الأجازة ، فاذا أجاز صحت المعاملات بها ومعه فلا يستحق العامل شيئاً من الربح أو أجرة المثل - على ما تقدم .

(١) على ما تقتضيه قواعد القضاء ، فان أقام المدعي البينة فهو والا فله احلاف المنكر ، فان حلف فهو ، وإن نكل عن اليمين ولم يردها على المالـك أيضاً الزم بدفع المـال إن كانت عيناً معينة وإلا فبدله .

(٢) لما تقدم .

إذا كان نزاعهما بعد حصول الربح وعلم أن الذي بيده هو مال المضاربة ، إذ حينئذٍ النزاع في قلة رأس المال وكثرته يرجع إلى النزاع في مقدار نصيب العامل من هـذا المال الموجود ، إذ على تقدير قلة رأس المال يصير مقدار الربح منه أكثر ، فيكون نصيب العامل أزيد ، وعلى تقـدير كثرته بالعكس ، ومقتضى الأصل كون جميع هـذا المال للمالك إلا بمقدار ما أقر به للعامل (١) وعلى هذا أيضاً لا فرق بين كون المال باقياً أو تالفاً بضمان العامـل ، إذ بعد الحكم بكونه للمالك إلا كذا مقداراً منه ، فاذا تلـف مع ضمانه لابد أن يغرم المقدار الذي للمالك .

(مسألة ٥١) : لو ادعى المالك على العامل انه خان أو فرط في الحفظ فتلف أو شرط عليه أن لا يشتري الجنس

(١) ولا يرد عليه : ان العامل ذو اليد حيث ان المال بأجمعه في يده بالفعل ومقتضى القاعدة كونه بأجمعه له إلا ما أقر به للمالك . فانه إنما يتم فيما إذا لم يكن ذو اليد معترفاً بانتقاله اليه من المالك، وأما معه فلا أثر لليد ، حيث ينقلب المدعي منكراً والمنكر مدعياً ، فيلزم بالاثبات والا فالمال للمالك بمقتضى اعترافه ، ولا يستحق إلا ما يقر به المالك .

نعم للعامل إحـلاف المالك في الفرض على ما تقتضيه قواعـد القضاء .

الفلاني ، أو لا يبيع من زيد أو نحو ذلك ، فالقول قول العامل في عدم الخيانة والتفريط ، وعـدم شرط المالك عليه الشرط الكذائي (١) والمفروض أن مع عـدم الشرط يكون مختاراً في الشراء وفي البيع من أي شخص أراد . نعم لو فعل العامل ما لا يجوز له إلا بأذن من المالك ـ كما لو سافر أو باع بالنسيئة وادعي الأذن من المـالك فالقول

(١) فيه اشكال بل منع ، وذلك لما ذكرناه في مبحث الاطلاق والتقييد من المباحث الأصولية من ان النسبة بين الاطلاق والتقييد بحسب مقام الثبوت هو التضاد حيث ان الإهمال أمر غـير معقول ، فان المنشىء إذا التفت الى انقسام متعلق حكمه أو موضوعـه ، فاما ان يكون لأحدى تلك الخصوصيات الموجبة للأنقسام دخل في ثبوت ذلك الحكم المنشأ أو لا يكون ، ولا ثالث لهما لامتناع ارتفاع النقيضين . والأول هو المقيد ويسمى بالطبيعة بشرط شيء ان كان القيد وجودياً ، والطبيعة بشرط لا إن كان عدمياً ، والثاني هو المطلق ويسمى بالطبيعة لا بشرط القسمي . والأهمال غير معقول لاستحالة ارتفاع النقيضين .

وبعبارة أخرى : ان حال الآمر لا يخلو بحسب الواقـع إما من لحـاظ الطبيعة السارية أو لحاظ الطبيعة المقيـدة ببعض الخصوصيات الوجودية أو العدمية ، ومن هنا فتكون النسبة بينهما هي نسبة التضاد حيث ان كلاً منهما ـ لحاظ الدخل ولحاظ عدمه ـ أمر وجودي .

وأما بحسب مقام الاثبات فالنسبة بينهما إنما هي نسبة العدم والملكة فان المتكلم ان لم يكن في مقام البيان فالقضية مجملة مهملة ، لامطلقة

ولا مقيدة ، وان كان في مقام البيان ، فان ذكر القيد فالقضية مقيدة والا فهي مطلقة .

ثم ان الاطلاق في هذا المقام يكشف عن عدم التقيد في مقام الثبوت وكون مراده هي الطبيعة السارية ، والا لكان متكلماً على خلاف ما هو المتعارف لدى الناس في مقام التفاهم .

ومما ذكرنا يظهر الوجه في كون النسبة بينهما بحسب هذا المقام هو العدم والملكة ، فان الأطلاق عبارة عن عدم تقيد ما هو قابل للتقيد .

ومن هنا : فما ذكر في كلمات الأصحاب من كون المقابلة بينهما من تقابل العدم والملكة ، صحيح لكنه بالقياس إلى مقام الأثبات فقط

وعلى ضوء هذا ففيما نحن فيه : -

إذا إعترف المالك بكون عقد المضاربة حين وقوعه مطلقاً كشف ذلك عن اطلاقه في مقام الثبوت أيضاً ، فان أدعى انه قد منع العامل بعد ذلك عن الاتجار بنحو معين بحيث يكون مقيداً منفصلاً ورافعاً لحجية ظهور ذلك الأطلاق - مع بقاء أصل الظهور على حاله - وأنكر العامل ذلك . فالأمر كما أفاده (قده) من تقديم قول العامل : فان اطلاق كلامه - بمقتضى اعترافه - حجة عليه ما لم يثبت أنه أقام حجة أخرى .

لكن الظاهر انه (قده) لا ينظر إلى فرض دعوى قيام الحجة المنفصلة ، وانه ناظر إلى فرض دعوى الحجة المتصلة ، بمعنى ادعاء المالك لمنع العامل عن التجارة المعينة حين المضاربة ، وخيانة العامل بمخالفته لذلك . وانكار العامل لذلك .

وفي هذا الفرض لا يتم ما أفاده (قده) حيث ان العامل حينئذ

قول المالك في عدم الأذن (١) .

والحاصل : ان العامل لو ادعى الأذن فيما لا يجوز إلا بالأذن قدم فيه قول المالك المنكر ، ولو ادعى المالك المنع فيما يجوز إلا مع المنع قدم قول العامل المنكر له .

يدعي الاطلاق والمالك يدعي التقييد ، وفي مثله لا يمكن تقديم قول العامل لأنه مدع أيضاً لأن اصالة عدم التقييد ، ان أريد بها استصحاب العدم الأزلي - لو قلنا به كما هو الصحيح - فلا أثر له في المقام حيث لا يثبت الأطلاق . وان اريد بها اصالة الأطلاق الثابتة ببناء العقلاء فلا مورد لها في المقام ، فانها إنما تجري فيما إذا احرز الأطلاق في مقام الاثبات وكان الشك في مطابقة مقام الثبوت له ؛ فلا تجري في فرض الشك في أصل ثبوت الاطلاق .

والحاصل : انه بعد الشك في الاطلاق والتقييد في المقام لا وجه لأثبات الأذن من المالك ما لم يثبت هو التقييد ، لما عرفت من أنهما من المتضادين ، بل لابد على العامل من اثبات ذلك والا فهو له ضامن .

ثم ان هذا الكلام لا يختص بالمقام بل يجري في موارد كثيرة منها الوقف إذا شك في عمومه وخصوصه ، فانه لابد من الاقتصار على القدر المتيقن ما لم يعلم ان الصادر من المنشأ هو المطلق .

(١) حيث ان العامل مدعٍ والمالك منكر ، والقول قول المنكر ما لم يثبت المدعي دعواه بالبينة أو حلف اليمين المردودة .

(مسألة ٥٢) : لو ادعى العامل التلف وأنكر المالك قدم قول العامل لأنه أمين (١) سواء كان بأمر ظاهر أو

(١) تقدم التعرض لهذه المسألة في مسائل تنازع المالك والمستأجر من كتاب الأجارة ، وحيث انها لا تخلو عن غموض فلا بأس باعادة التعرض لها ثانياً لبيان ما هو الحق في المقام ويقتضيه التحقيق جلياً ؛ فنقول :

لهذه المسألة صور أربع : -

الأولى : ما إذا كان العامل غير مأمون وادعى تلف المال بغير تفريط حتى ينفي عن نفسه الضمان للمالك ، وادعى المالك في قباله اتلافه للمال عمداً أو تفريطه في تلفه أو عدم تلفه أصلاً ، فطالبه بالعين أو ببدلها .

والمشهور - في هذه الصورة - بل ادعي عليه الاجماع ، انه ليس على العامل إلا اليمين وعلى المالك المدعي للضمان اقامة البينة على خلاف ما يدعيه العامل .

غير ان الشهيد الثاني (قده) نسب في المسالك إلى المشهور مطالبة العامل بالبينة .

أقول : لا يخفى ان الموافق لقواعد القضاء وعمومات كون البينة على المدعي واليمين على من أدعي عليه ، هو ما ادعي عليه الأجماع نظراً لكون المالك هو المدعي للضمان على العامل .

إلا ان المستفاد من النصوص الخاصة كون المطالب بالبينة في محل الكلام هو العامل .

وعليه فيتعين رفع اليد عن العمومات والحكم بالزام العامل بالبينة

بيان ذلك : ان الروايات الواردة في المقام على ثلاث طوائف : ـ

الطائفة الأولى : ـ ما دل على ضمان العامل وانه لابد له في دفع الضمان عن نفسه من اثبات مدعاه . وهي عدة روايات :

منها : صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله (ع) : (قال : في الغسال والصبّاغ ما سرق منهم من شيء فلم يخرج منه على أمر بين انه سرق وكل قليل له أو كثير فان فعل فليس عليه شيء وان لم يقم البينة وزعم انه قد ذهب الذي أدعي عليه فقد ضمنه ان لم يكن له بينة على قوله) (١) .

ومنها : صحيحة ابن مسكان عن أبي بصير عن أبي عبد الله (ع) قال : (سألته عن قصار دفعت اليه ثوباً فزعم انه سرق من بين متاعه . قال : فعليه ان يقيم البينة انه سرق من بين متاعه وليس عليه شيء ، فان سرق متاعه كله فليس عليه شيء) (٢) .

ومنها : معتبرة السكوني عن أبي عبد الله (ع) قال : (كان أمير المؤمنين (ع) يضمن الصباغ والقصار والصائغ احتياطاً على أمتعة الناس) (٣) .

ومنها : صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله (ع) قال : (سئل عن رجل جمّال استكري منه ابلا وبعث معه بزيت إلى أرض فزعم ان بعض زقاق الزيت انخرق فاهراق ما فيه ، فقال : إن شاء أخذ

---

(١) الوسائل : ج ١٢ باب ٢٩ من أبواب أحكام الاجارة ح ٢

(٢) الوسائل : ج ١٢ باب ٢٩ من أبواب أحكام الاجارة ح ٥

(٣) الوسائل : ج ١٢ باب ٢٩ من أبواب أحكام الاجارة ح ٦

الزيت وقال انه انخرق ولكنه لا يصدق إلا ببينة عادلة) (١) .

ومنها : صحيحته عنه (ع) أيضاً : (في رجل حمل مع رجل في سفينته طعاماً فنقص . قال هو ضامن . . . الحديث) (٢) ونحوها غيرها .

فان هذه الروايات المعتبرة تدل وبوضوح على ضمان العامل في فرض دعواه التلف ما لم يقم بينة عادلة على صدق ما يقوله .

الطائفة الثانية : ـ ما دل على عدم ضمان العامل عند دعواه التلف وهي عدة روايات :

منها : معتبرة يونس قال : (سألت الرضا (ع) عن القصار والصائغ أيضمنون ؟ قال : لا يصلح إلا أن يضمنوا) (٣) .

وهذه الرواية معتبرة سنداً وان كان في طريقها اسماعيل بن مرار فانه ثقة على الأصح لوروده في اسناد تفسير علي بن ابراهيم ، وقد دلت على عدم تضمين العامل مطلقاً إلا ان يشترط عليه الضمان في ضمن العقد .

ومنها : صحيحة معاوية بن عمار عن أبي عبد الله (ع) قال : (سألته عن الصبّاغ والقصار ، فقال : ليس يضمنان) (٤) .

الطائفة الثالثة : ـ ما دل على التفصيل بين المتهم وغيره حيث يضمن الأول دون الثاني . وهي عدة روايات أيضاً :

---

(١) الوسائل : ج ١٢ باب ٣٠ من أبواب أحكام الاجارة ح ١

(٢) الوسائل : ج ١٢ باب ٣٠ من أبواب أحكام الأجارة ح ٢

(٣) الوسائل : ج ١٢ باب ٢٩ من أبواب أحكام الأجارة ح ٩

(٤) الوسائل : ج ١٢ باب ٢٩ من أبواب أحكام الاجارة ح ١٤

منها : صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله (ع) قال : (كان أمير المؤمنين (ع) يضمن القصار والصائغ احتياطاً للناس ، وكان أبي يتطول عليه إذا كان مأموناً) (١) :

حيث دلت على تضمينه (ع) لمن لم يكن مأموناً .

ومنها : معتبرة أبي بصير عن أبي عبد الله (ع) قال : (كان علي (ع) يضمن القصار والصائغ يحتاط به على أموال الناس ، وكان أبو جعفر (ع) يتفضل عليه إذا كان مأموناً) (٢) .

وهي في الدلالة كسابقتها .

ومنها : صحيحة جعفر بن عثمان - الرواسي الثقة - قال : (حمل أبي متاعاً إلى الشام مع جمّال فذكر ان حملاً منه ضاع ، فذكرت ذلك لأبي عبد الله (ع) ، فقال : أتتهمه ؟ قلت : لا ، قال : فلا تضمنه) (٣) .

وهي تدلنا بمنطوقها ومفهومها على ان التضمين إنما يختص بصورة الاتهام ولا يثبت في غيرها .

ومنها : معتبرة أبي بصير عن أبي عبد الله (ع) : (في الجمال يكسر الذي يحمل أو يهريقه ، قال : إن كان مأموناً فليس عليه شيء ، وان كان غير مأمون فهو ضامن) (٤) .

ولا اشكال في أن السؤال في هذه المعتبرة إنما هو عن حكم التلف

---

(١) الوسائل : ج ١٢ باب ٢٩ من أبواب أحكام الأجارة ح ٤

(٢) الوسائل : ج ١٢ باب ٢٩ من أبواب أحكام الاجارة ح ١٢

(٣) الوسائل : ج ١٢ باب ٣٠ من أبواب أحكام الاجارة ح ٦

(٤) الوسائل : ج ١٢ باب ٣٠ من أبواب أحكام الاجارة ج ٧

والا فلا فرق في ضمان المتلف بين المأمون وغيره جزماً .

ومما يؤيد هذه الطائفة رواية خالد بن الحجاج - كما في الكافي - أو الحجال - كما في التهذيب - قال : (سألت أبا عبد الله (ع) عن الملاح أحمله الطعام ثم أقبضه منه فينقص ، قال : إن كان مأموناً فلا تضمنه) (١) .

فانها وإن كانت صريحة في المدعى الا انها قاصرة من حيث السند ، فان خالد بن الحجال لا وجود له على الاطلاق لا في كتب الرجال ولا في كتب الحديث ما عدا نسخة التهذيب من هذه الرواية، والمظنون قوياً وقوع التحريف فيها والصحيح ما في الكافي فان الكليني أضبط في النقل ، وخالد بن الحجاج لم يوثق .

ومن هنا : فلا تصلح هذه الرواية إلا لتأييد هذه الطائفة .

ثم ان الطائفتين الأوليين وإن كانتا متعارضتين بالتباين حيث دلت الأولى على الضمان في حين صرحت الثانية بعدمه ، إلا ان الطائفة الثالثة تقيد كلاً منهما وبذلك يرتفع التعارض بينهما وتكون النتيجة عدم ضمان العامل فيما إذا كان مأموناً من غير ان يطلب منه الاثبات باقامة البينة على دعواه ، بخلاف ما إذا كان متهماً حيث يطالب باثبات ما ادعاه وإلا تعين الضمان عليه .

بقي الكلام في انه هل للمالك في فرض كون العامل متهماً مطالبته بالحلف بدلاً عن مطالبته بالبينة ؟

وبعبارة أخرى : هل المالك في صورة اتهام العامل مخير بين مطالبته باقامة البينة على التلف وبين مطالبته بالحلف عليه . أم انه

---

(١) الوسائل . ج ١٢ باب ٣٠ من أبواب أحكام الاجارة ح ٣

ليس للمالك إلا مطالبة العامل بالاثبات ؟

الظاهر هو الأول وذلك لوجوه : -

الأول : ان جواز مطالبة المالك العامل بالبينة حق له وله ان يرفع اليد عنه ويرضى بحلفه بدلاً عنه .

نعم لا يترتب على هذا الوجه الزامه العامل بالحلف ، فان للعامل الإمتناع عنه واقامة البينة على ما يدعيه .

الثاني : عمومات ما دل على ان البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه ، فانها غير قاصرة عن شمول محل الكلام ، لأنها وان خصصت فيه بالنسبة إلى مطالبة المدعي بالبينة ، حيث دلت النصوص الخاصة على مطالبتها من المدعى عليه ، إلا انها لم تدل على عدم جواز مطالبة الحلف منه ، فتبقى العمومات على حالها وسليمة عن المخصص من هذه الناحية ، وبذلك فيثبت للمالك مطالبة العامل باليمين .

نعم يختص هذا الوجه بما إذا كان المالك مدعياً لخلاف ما يدعيه العامل جزماً والا فليس له حق الدعوى عليه بمقتضى العمومات .

الثالث : صحيحة أبي بصير يعني المرادي عن أبي عبد الله (ع) قال : (لا يضمن الصائغ ولا القصار ولا الحائك إلا أن يكونوا متهمين فيخوفون بالبينة ويستحلف لعله يستخرج منه شيئاً . . الحديث) (١) .

وجه الدلالة : ان جملة « ويستحلف » معطوفة على جملة « فيخوف » فتدل الصحيحة انه كما يخوف العامل بالبينة يطلب منه اليمين .

---

(١) الوسائل : ج ١٢ باب ٣٠ من أبواب أحكام الاجارة ح ١١

بل لو كنا نحن وهذه الصحيحة لحكمنا بان وظيفة العامل هو الحلف فقط ، لكننا وبلحاظ الروايات السابقة نحكم بتخيير المالك بين مطالبة البينة والحلف .

وأما ما تقدم منا في كتاب الاجارة من المناقشة في دلالة الصحيحة على جواز الاستحلاف ، فلم يكن في محله والظاهر هو التخيير كما عرفت .

ومما يؤيد ذلك ما رواه الشيخ باسناده عن بكر بن حبيب قال: (قلت لأبي عبد الله (ع) : أعطيت جبة إلى القصار فذهب بزعمه قال : ان تتهمه فاستحلفه ، وان لم تتهمه فليس عليه شيء) (١).

وما رواه أيضاً عنه عن أبي عبد الله (ع) قال : (لايضمن القصار إلا ما جنت يده وان اتهمته احلفته) (٢) .

الصورة الثانية : - ما إذا كان العامل غير مأمون وادعى التلف بغير تفريط ولم يدع المالك عليه شيئاً لعدم جزمه بكذب العامل في دعواه واحتمال صدقه .

وفيها لو كنا نحن ولم تكن الروايات الخاصة المتقدمة لحكمنا بعدم ضمان العامل حيث لا يدعي المالك عليه الضمان .

غير ان الروايات الخاصة المتقدمة والدالة على ضمان العامل إذا كان متهماً في نفسه وغير مأمون غير قاصرة الشمول عن هذه الصورة . وعليه فيكون حكمها حكم سابقتها في تخير المالك بين مطالبة العامل بالبينة أو اليمين والا فالعامل ضامن للمال .

---

(١) الوسائل : ج ١٢ باب ٣٠ من أبواب أحكام الاجارة ح ١٦

(٢) الوسائل : ج ١٢ باب ٣٠ من أبواب أحكام الاجارة ح ١٧

خفي ، وكذا لو ادعى الخسارة ، أو ادعي عدم الربح (١) أو ادعى حصول المطالبـــات في النسيئـة مع فرض كونه

الصورة الثالثة : ما إذا كان العامل مأموناً وادعى التلف بغير تفريط ولم يدع المالك عليه شيئاً .

وفيها لا اشكال في عدم ضمان العامل وانه لا يلزم بشيء من الحلف أو اقامة البينة إذ لا مقتضي لشيء منهما بعد عدم توجه دعوىً اليه من قبـل المالك ، بل الروايات المتقدمـة واضحة الدلالة على عـدم التضمين في هذه الصورة .

الصورة الرابعة : ـ ما إذا كان العامل مأموناً في نفسه وادعى التلف بغير تفريط إلا ان المالك اتهمه وادعى عليه الاتلاف أو التلف بتعد أو تفريط .

وفيها يكون المالك هو المطالب بالبينة ، إلا ان له احلاف العامل على ما تقتضيه موازين القضاء .

وما تقدم من الروايات الدالة على التضمين قاصرة الشمول لمثـل هذه الصورة ، مضافاً إلى ان صحيحة جعفر بن عثمان المتقدمـة دلت على جواز التضمين في فرض الاتهام .

(١) في خصوص الفرض حيث يكون التنازع في أمر زائد عن رأس المال ، فللمالك اقامة الدعوى إن كان جازماً بما يدعيه ، إذ بدونه ليس له حق الدعوى .

وعليه فان أقام البينة فهو والا فله احلاف العامل فان حلف فهو والا فـله رده على المالـك والا الزم به ـ على ما تقتضيه موازين القضاء ـ .

مأذوناً في البيع بالدين ولا فرق في سماع قوله بين أن يكون الدعوى قبل فسخ المضاربة أو بعده (١) . نعم لو ادعى بعد الفسخ التلف بعده ففي سماع قوله لبقاء أمانته ، وعدمه لخروجه بعده عن كونه أميناً ، وجهان (٢) ولو أقر بحصول الربح ثم بعد ذلك ادعى التلف أو الخسارة ، وقال إني اشتبهت في حصوله ، لم يسمع منه ، لأنه رجوع عن إقراره الأول (٣) ولكن لو قال : ربحت ثم تلف ، أو

---

(١) لأطلاق الأدلة .

(٢) أظهرهما الأول ، إذ لم يظهر وجه خروج يده عن الأمانة فان المالك هو الذي سلمه المال وسلطه عليه ليكون امانة عنده حتى يرده اليه ، ومقتضاه كونه كذلك حتى بعد الفسخ وقبل الرد .

نعم لو طالبه المالك به وامتنع خرجت يده عن الأمانة واتصفت بالعدوان لا محالة ، إلا انه خلاف المفروض في المقام .

(٣) في كون هذا رجوعاً عن الأقرار السابق اشكال بل منع ؛ فانه ليس من الانكار بعد الأقرار حيث لا يتحد مورده مع ما ورد عليه الانكار ، وإنما هو من الدعوى على خلاف ظاهر الكلام فان ظاهر كل كلام صادر من عاقل شاعر ملتفت هو صدوره عن جد ومن غير غلط فيه .

وبعبارة أخرى : ان دعوى الاشتباه في المقام إنما يصطدم مع ظهور كلامه في الجد وعدم الغلط ، ولا يصطدم مع أقراره السابق إلا ان هذا لا يعني سماع دعواه في ذلك ، بل لابد له من الاثبات

ثم حصلت الخسارة ، قبل منه (١) .

(مسألة ٥٣) : إذا اختلفا في مقدار حصة العامل وأنه نصف الربح مثلاً أو ثلثه قدم قول المالك (٢) .

(مسألة ٥٤) : إذا ادعي المالك أني ضاربتك على كذا مقدار وأعطيتك ، فأنكر أصل المضاربة ، أو انكر تسليم

نظراً لحجية ظهور الكلام لدى العقلاء ، فان أثبت سمعت دعواه وإلا فلا .

(١) إذا لم يكن متهماً على ما تقدم .

(٢) وعلى العامل الأثبات - على ما تقتضيه موازين الدعوى - .

وقد يتوهم كون المقام من التداعي ، باعتبار ان المتيقن في استحقاق كل منهما من المال هو ما يعترف الآخر له . فالمتيقن من حصة المالك هو ما يعترف به العامل ، ومن حصة العامل هو ما يعترف به المالك ويكون الباقي هو محل الخلاف بينهما فكل منهما يدعيه ، وبذلك فيكون من التداعي .

إلا أنه في غاية الضعف ، وذلك لما ذكرناه في باب القضاء من أن الروايات الواردة فيه على كثرتها لم تتعرض لتحديد المدعي والمنكر حيث لم يرد في ذلك ولا نص ضعيف .

ومن هنا فلابد من الرجوع إلى العرف ، ومقتضاه كون المطالب بالاثبات هو المدعي وصاحبه المنكر .

وعلى ضوء هذا ففيما نحن فيه ، تكون الارباح بأكملها - وبمقتضى قانون تبعية النماء للعين - للمالك إلا ما أخرجه عنه باختياره . وحيث

المال اليه ، فأقام المالك بينة على ذلك ، فادعى العامل تلفه لم يسمع منه ، وأخذ بإقراره المستفاد من انكاره الأصل (١) نعم لو أجاب المالك بأني لست مشغول الذمة لك بشيء ، ثم بعد الأثبات أدعى التلف ، قبل منه ، لعدم المنافاة بين

ان المتيقن فيه هو ما يعترف به المالك ، فعلى العامل الاثبات في الزائد عنه . وعليه فلا مجال للتحالف .

(١) حيث ان انكار المضاربة أو تسلم المال ، تكذيب لدعواه التلف لأنه فرع تسلمه منه إذ لا يمكن اتلاف المعدوم .

وعليه فللمالك مطالبته باداء نفس العين لخروج يده عن وصف الأمانة ، ما لم يثبت تلفه بالبينة ، والا فينتقل الأمر إلى مطالبة البدل لا محالة لامتناع ردها بنفسها .

هذا وقد يقال : انه لا أثر للبينة في المقام ، نظراً لاعتراف العامل بعدم التلف ، فانه بانكاره تسلم المال معترف بعدمه لتوقفه عليه ، فلا تسمع بينته لأنها لا تكون حجة في مقابل الاقرار ، وعليه فيلزم العامل برد العين والا فيحبس - على ما هو مقتضى القضاء - ،

وفيه : ان تكذيبه لنفسه في دعوى التلف ليس تكذيباً على الأطلاق فان العامل إنما اعترف بعدم التلف من باب القضية السالبة بانتفاء الموضوع خاصة ، وأما التلف على نحو القضية السالبة بانتفاء المحمول فلم يعترف به ولم ينكره أيضاً . فان كلامه ساكت عن هذه الناحية أعني التلف أو عدمه على تقدير ثبوت أخذه للمال .

وعليه : فاللازم على العامل أولاً هو أداء العين بنفسها ،

الانكار من الأول وبين دعوى التلف (١) .

(مسألة ٥٥) : إذا إختلفا في صحة المضاربة للواقعة بينهما وبطلانها قدم قول مدعي الصحة (٢) .

(مسألة ٥٦) : إذا إدعى أحدهما للفسخ في الأثناء وانكر الآخر ، قدم قول المنكر (٣) وكل من يقدم قوله

لاستصحاب بقاءها عنده ، إلا أنه إذا أثبت تلفها بالبينة طولب بالبدل .

والحاصل : انه ليس معنى عدم سماع قوله مطالبته بالعين مطلقاً وعلى كل تقدير - كما يظهر ذلك من عبارة الماتن (قده) - وإنما معناه انه ليس كسائر العملاء في القول بعدم ضمانه مطلقاً - على ما اختاره الماتن (قده) - أو مع عدم التهمة - على ما اخترناه - لأن يده قد خرجت عن الأمانة واتصفت بالخيانة والعدوان ، فلا يقبل قوله إلا مع أقامة البينة على التلف فيطالب ببدلها .

(١) وحينئذٍ فيكون الحكم ما تقدم في المسألة الثانية والخمسين ، من سماع قوله مطلقاً - على ما أختاره الماتن (قده) أو في خصوص فرض عدم التهمة - على ما اخترناه - .

(٢) لأصالة الصحة الثابتة عند المتشرعة بلا خلاف والمقتضية لحمل العقد على الصحة وترتيب آثارها عليه ، ما لم يثبت الطرف الآخر مدعاه .

(٣) أما بالنسبة إلى الحالة الفعلية ، فنفس دعوى الفسخ يكفي في انفساخ العقد ، نظير دعوى الزوج الرجوع في اثناء العدة الرجعية ،

في المسائل المذكورة لابد له من اليمين (١) .

(مسألة ٥٧) : إذا أدعى العامل الرد وانكره المالك قدم قول المالك (٢) .

(مسألة ٥٨) : لو أدعى العامل في جنس اشتراه أنه اشتراه لنفسه ، وادعى المالك انه اشتراه للمضاربة ، قدم قول العامل . وكذا لو ادعى أنه اشتراه للمضاربة ، وادعى المالك أنه اشتراه لنفسه ، لأنه أعرف بنيته (٣) ، ولأنه

حيث تكون بنفسها رجوعاً ، وأما بالنسبة إلى المعاملات السابقة ، فلا يسمع قول مدعي الفسخ ما لم يثبته بالبينة ، وذلك لاستصحاب بقاءه .

نعم لو ادعى مدعي الفسخ علم الطرف الآخر به كان له احلافه عليه .

(١) على ما تقتضيه قواعد القضاء ، فان على المدعي البينة واليمين على من أنكر .

(٢) بيمينه لكونه منكراً .

وقد يقال : بتقديم قول العامل نظراً لكونه أميناً .

إلا انه في غير محله جداً ، فان الدليل على قبول قوله يختص بمورد ادعاءه التلف ومن هنا فيكون باقي الموارد مشمولاً لعموم : البينة على المدعي واليمين على من انكر . وبما أن العامل هو المدعي حيث يعترف بالأخذ ويدعي الرد ، فيلزم بالبينة لا محالة .

(٣) للسيرة العقلائية القطعية . المعبر عنها في الكلمات بأن من ملك

أمين فيقبل قوله . والظاهر أن الأمر كذلك لو علم أنه أدى للثمن من مال المضاربة (١) ، بان ادعى أنه اشتراه في الذمة لنفسه ثم ادى الثمن من مال المضاربة ، ولو كان عاصياً في ذلك .

(مسألة ٥٩) : لو ادعى المالك انه اعطاه المال مضاربة وادعى القابض أنه اعطاه قرضاً ، يتحالفان (٢) ، فان

شيئاً ملك الأقرار به ، باعتبار ان الأمر بيده فله ان يشتري لنفسه وله أن يشتري للمضاربة فالقول قوله وليس لدعوى المالك أثر ما لم يثبته بالبينة .

(١) لكونه أمراً خارجاً عن العقد الصادر عنهما . فلا ينافي قبول قوله في مدعاه .

(٢) وفيه : ان المقام ليس من موارد التداعي كي يثبت التحالف فانه انما يكون فيما إذا كان كل منهما ملزماً للآخر بشيء وهو ينكره فلا يعم المقام حيث يختص الالزام بطرف واحد خاصة . فان المالك لا يلزم العامل بشيء وانما يطلب منه المال وربحه ، وانما العامل يلزمه بانه ملكه المال بالقرض ، فلابد له من الاثبات ، والا فله احلافه والا فمقتضى الأصل - وهو كون المال مال المالك . والربح تابعاً له - كونه بجميعه له .

نعم يخرج منه ما يعترف به هو من الحصة .

والحاصل : ان المقام من قبيل سائر موارد الدعاوي ، حيث يدعي العامل انتقال مال الغير اليه وهو ينكره ، فعلى العامل الاثبات والا فله مطالبة المالك باليمين ، وأين هذا من التداعي والتحالف ؟ .

حلفا أو نكلا للقابض اكثر الأمرين من أجرة المثل والحصة من الربح (١) الا إذا كانت الأجرة زائدة عن تمام الربح فليس له أخذها ، لاعترافه بعدم استحقاق أزيد من الربح.

(مسألة ٦٠) : إذا حصل تلف أو خسران ، فأدعى المالك أنه أقرضه ، وادعى العامل أنه ضاربه ، قدم قول المالك مع اليمين (٢) .

---

(١) وفيه : انه لا موجب لملاحظة اجرة المثل في المقام بالمرة - زادت عن الربح أم نقصت - بعد اتفاقهما على عدم استحقاق العامل لها في هذه المعاملة ، لان المالك يدعي المضاربة وان العامل انما يستحق الحصة من الربح خاصة ، والعامل يدعي القرض وكون الربح بتمامه له ، فملاحظة اجرة المثل مما لا وجه له أصلاً .

(٢) لان التصرف في مال الغير والتجارة به متوقف على ثبوت إذنه في الأبقاء أو التجارة فما لم يثبت الأذن يكون الاستيلاء عليه موجباً للضمان .

وبعبارة اخرى : ان القرض وان كان أمراً وجودياً والأصل عدمه الا أن هذا الاستصحاب لا اثر له حيث لا يثبت كون العقد مضاربة ، وهذا بخلاف استصحاب عدم المضاربة . فانه يثبت عدم إذن المالك في ابقاءه عنده والتصرف فيه ، وهو كاف في اثبات الضمان.

والحاصل : انه لا حاجة في اثبات الضمان الى اثبات ما يدعيه المالك من القرض كي يقال بعدم تكفل استصحاب عدم المضاربة لاثباته ، وانما يكفي فيه مجرد نفي الأذن في التصرف ، وهو حاصل بنفي المضاربة بخلاف اثبات عدم الضمان حيث يحتاج الى اثبات

(مسألة ٦١) : لو ادعى المالك الأبضاع والعامل المضاربة يتحالفان (١) ومع الحلف أو النكول منهما يستحق العامل أقل الأمرين من الاجرة والحصة من الربح (٢) ولو لم يحصل ربح فادعى المالك المضاربة لدفع الأجرة ، وأدعى

المضاربة وهو لا يتحقق باستصحاب عدم القرض .

ومما يؤكد ذلك صحيحة اسحاق بن عمار قال : « سألت أبا الحسن (ع) عن رجل استودع رجلا ألف درهم فضاعت ، فقال الرجل : كانت عندي وديعة ، وقال الآخر . انما كانت لي عليك قرضاً ، فقال : المال لازم له الا أن يقيم البينة أنها كانت وديعة » (١) .

فانه إذا ثبت الحكم في الوديعة التي هي لمصلحة المالك فقط . فثبوته في المضاربة - على ما يدعي العامل - التي تكون لمصلحتهما معاً لعله يكون بالأولوية .

وكيف كان : فيكفينا الأصل في المقام .

(١) لان العامل يلزم المالك بالحصة المعينة من المال المعين ، والمالك يلزمه بقبول ما يدعيه من الأجرة من اي مال شاء ان يدفعه .

ثم ان هذا كله بناءاً على مختار الماتن (قده) من ثبوت اجرة المثل في الأبضاع ، وأما بناءاً على ما هو الصحيح من عدم ثبوتها فيه فالمقام من موارد المدعي والمنكر لا التداعي . إذ المالك حينئذ لا يلزم العامل بشيء وانما العامل يلزمه بدفع الحصة ، فيكون هو المدعي والمالك منكراً .

(٢) مقتضى ظهور كلامه (قده) بل صريحه ان أجرة المثل

(١) الوسائل ج ١٣ باب ٧ من أبواب احكام الوديعة ح ١ .

العامل الأبضاع استحق العامل بعد التحالف اجرة المثل لعمله (١) .

قد تكون أقل من الحصة التي يدعيها العامل وقد تكون اكثر منها والحال انه لا يتصور معنى للترافع والتنازع ووصول الأمر إلى التحالف فيما إذا كانت اجرة المثل اكثر مما يدعيه العامل من الحصة بعد ان لم يكن للمالك والعامل نظر في خصوصية المال كما هو الغالب وذلك لعدم وجود الالزام من الطرفين حينئذٍ ، فان المالك يعترف باستحقاق العامل اكثر مما يدعيه هو ، والعامل يعترف بعدم استحقاقه سوى الأقل مما يدعيه المالك ، فكل منهما يعترف للآخر شيئاً وهو ينكره ، ومعه فلا وجه للتحالف ، إذ لا يدعي احدهما على الآخر شيئاً كي يقيم البينة عليه أو يطلب منه اليمين .

بل يجب حينئذٍ ان يعمل كل منهما على حسب تكليفه واعتقاده ، فعلى المالك ايصال الزائد إلى العامل كيف حصل ، وعلى العامل ان لا يأخذه .

ولا يبعد ان يكون هذا سهواً من قلمه (قده) فان النزاع انما يختص بفرض نقصان اجرة المثل عن الحصة المدعاة من قبل العامل .

(١) وفيه : انه كيف يمكن فرض المقام من التداعي بعد ان لم يكن المالك ملزماً للعامل بشيء حيث انه لا يطالبه الا بما بقي من رأس ماله ، وانما العامل هو الذي يدعي عليه استحقاق اجرة المثل.

بل الظاهر ان المقام من المدعي والمنكر ، حيث يدعي العامل على المالك أجرة المثل وهو ينكره .

هذا كله بناءاً على ثبوت اجرة المثل في الأبضاع ، وأما بناءاً على عدمه - على ما عرفت انه الصحيح - فالأمر واضح ، فانه ليس

(مسألة ٦٢) : إذا علم مقدار رأس المال ومقدار حصة العامل واختلفا في مقدار الربح الحاصل ، فالقول قول العامل (١) ، كما أنهما لو اختلفا في حصوله وعدمه كان القول قوله : ولو علم مقدار المال الموجود فعلاً بيد العامل ، واختلفا في مقدار نصيب العامل منه ، فان كان من جهة الاختلاف في الحصة أنها نصف أو ثلث فالقول قول المالك قطعاً (٢) ، وان كان من جهة الاختلاف في مقدار رأس المال فالقول قوله أيضاً ، لان المفروض ان تمام هذا الموجود من مال المضاربة أصلاً وربحاً ، ومقتضى الأصل كونه بتمامه للمالك ، الا ما علم جعله للعامل ، وأصالة عدم دفع أزيد من مقدار كذا الى العامل لا تثبت كون البقية ربحاً (٣) مع أنها معارضة بأصالة عدم حصول الربح أزيد من مقدار كذا فيبقى كون الربح تابعاً للأصل إلا ما خرج .

للعامل شيء على كلا التقديرين .

(١) لأصالة عدمه ، فالمالك هو المدعي والعامل هو المنكر ، فعلى المالك الاثبات والا فالعامل أمين ويقبل قوله بيمينه .

(٢) لكون المال بأجمعه - أصلاً ونماءاً - له ، فلا يخرج عنه الا فيما يعترف به هو أو يثبته العامل بالبينة ، وقد تقدم بيانه مفصلاً في المسألة الثالثة والخمسين .

(٣) إذ لا نقول بحجية الأصل المثبت .

(مسائل : الأولى) : إذا كان عنده مال المضاربة فمات فان علم بعينه فلا اشكال (١) والا فان علم بوجوده في التركة الموجودة من غير تعيين فكذلك ويكون المالك شريكاً مع الورثة بالنسبة (٢)

---

(١) ولا خلاف في وجوب رده إلى مالكه ، وليس للورثة فيه حق .

(٢) على ما هو المشهور بين الاصحاب ، الا أنه لا يمكن المساعدة عليه وذلك لما سيأتي في باب الشركة من أنها انما تكون بأحد أمرين :-

الأول : العقد ، فانهما إذا تعاقدا عليها وحصل الأمتزاج الخارجي كانا شريكين في ابعاض كل مال من تلك الأموال ، وبذلك يكون تلف بعضه محسوباً عليهما معاً ، وتسمى هذه الشركة العقدية .

الثاني : الأمتزاج ، فانه لو اختلط المالان على نحو بحيث اصبحا شيئاً واحداً كان صاحباهما شريكين في الممتزج ، سواء أكان المالان من جنس واحد كالمائين ، أم من جنسين كالماء والسكر ، وتسمى هذه الشركة بالشركة القهرية .

وأما إذا لم يكن لا هذا ولا ذلك ، كما فيما نحن فيه حيث لا عقد ولا امتزاج فان كلا من المالين متميز عن الآخر ، غاية الأمر انه لا يمكن تعيين ما للمالك منهما وما للورثة ، فلا موجب للقول بالاشتراك ، فان مجرد الاختلاط الخارجي وعدم امكان التشخيص لا يحقق الشركة ولا يوجب انتقال مقدار من مال كل منهما إلى الآخر بأزاء انتقال مقدار من مال الآخر اليه . فانه لا دليل عليه . بل المتعين هو التصالح والا فالقرعة لانها لكل أمر مشكل .

ومما يؤيد ذلك ما ورد في الودعي الذي يكون لاحد عنده درهمان ولآخر درهم واحد ثم تتلف احد تلك الدراهم . حيث حكم (ع) بكون درهم ونصف لصاحب الدرهمين ونصف درهم لصاحب الدرهم.

فان عدم التشخيص لو كان موجباً للأشتراك لكان المتعين هو الحكم بكون ثلثي الدرهمين لصاحب الدرهمين وثلثاً منهما لصاحب الدرهم.

والحاصل : ان الجهل في مقام التعيين لا يوجب قلب الواقع واخراج مقدار من ملك كل منهما إلى الآخر في قبال خروج مقدار من ملك الآخر اليه .

ثم لو تنزلنا وقلنا بحصول الشركة بالاختلاط ، فغايته الالتزام بها فيما إذا اتحدت الأموال جنساً بان اختلطت شياه مال المضاربة بشياه مال العامل ، وأما إذا اختلفت فلا موجب للقول بها في فرض الجهل مع تمييز الأجناس وجوداً وجنساً ، إذ لا موجب لاشتراك المالك مع الورثة في مختصات الميت مما لا يتحد مع جنس مال المضاربة كداره وثيابه وكتبه ، فانها مما يقطع باستقلال الورثة فيها .

ثم أنه قد يستدل على تحقق الشركة في المقام بمعتبرة السكوني عن جعفر عن أبيه عن آبائه عن علي (ع) انه كان يقول : (من يموت وعنده مال المضاربة ، قال : ان سماه بعينه قبل موته فقال: هذا لفلان ، فهو له ، وان مات ولم يذكر فهو أسوة الغرماء)(١).

بدعوى : ان المستفاد منها كون حال المالك حال الغرماء في ذلك ، فكما أنهم يشتركون مع الوارث ، فكذلك هو يشترك معهم أيضاً .

الا انه ضعيف جداً ؛ فان الغرماء لا يشتركون مع الوارث جزماً

(١) الوسائل : ج ١٣ باب ١٣ من أبواب احكام المضاربة ح١.

بل غاية الأمر أن لهم حقاً في المال ، بل قد عرفت في بعض المباحث المتقدمة أن لا حق لهم في التركة أيضاً ، لعدم الدليل عليه ، إذ غاية ما دل عليه الدليل هو كون الانتقال إلى الورثة بعد أداء الديون ، فليس لهم التصرف فيه الا بعده ، وحينئذ فمقتضى القاعدة الالتزام ببقاء التركة على ملك الميت وعدم انتقالها إلى الورثة الا في الزائد عن الدين ، لا القول باشتراك الغرماء معهم فيها .

ومما يؤيد ما ذكرناه من عدم ثبوت الحق للغرماء في التركة فضلا عن اشتراكهم معهم فيها ، أنه يجوز للوارث الأداء من خارج التركة ، بل للأجنبي التبرع به من عنده من دون أن يكون لهم حق المطالبة بعين التركة .

وعلى هذا : فليس معنى قوله (ع) : « فهو أسوة الغرماء » كونه شريكاً للورثة في المال وانما معناه أن حاله كجالهم في عدم انتقال التركة إلى الورثة الا بعد أداء مالهم فكما انها لا تنتقل اليهم الا بعد اداء الديون ، فكذلك هي لا تنتقل اليهم الا بعد اداء مال المضاربة .

ومن غرائب الكلام ما صدر عن صاحب الوسائل (قده) في المقام حيث عنون باب هذه الرواية بقوله : « ان من كان بيده مضاربة فمات فان عينها لواحد بعينه فهي له ، والا قسمت على الغرماء بالحصص » . وهو كالصريح في استفادته (قده) منها كون المال معلوماً والمالك مجهولا .

فانه على خلاف المقطوع به ، فانه لو كان المالك مجهولا لوجب اخراجه في مصرف مجهول المالك لا اعطاءه إلى الغرماء بالحصص .

والحاصل : ان الرواية وان كانت معتبرة من حيث السند لما تقدم

ويقدم على الغرماء ان كان الميت مديوناً لوجود عين ماله في التركة ، وإن علم بعدم وجوده في تركته ولا في يده ولم يعلم أنه تلف بتفريط أو بغيره أورد على المالك ، فالظاهر عدم ضمانه ، وكون جميع تركته للورثة ، وان كان لا يخلو عن إشكال بمقتضى بعض الوجوه الآتية (١) وأما إذا علم ببقائه في يده الى ما بعد الموت ولم يعلم أنه موجود في تركته الموجودة أولا - 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 - بحيث لو كان حياً أمكنه الايصال الى 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 . والأقوى الضمان في الصورتين الأوليين (٢) لعموم قوله (ع)

مراراً من أن الأظهر وثاقة كل من النوفلي والسكوني ، الا انها اجنبية عن محل الكلام بالمرة .

(١) مراده (قده) منه هي قاعدة اليد ، حيث يراها (قده) مثبتة للضمان بقول مطلق الا في صورتي التلف القهري أو دعوى التلف مع الحلف .

وسيأتي الحديث في شمول القاعدة للمقام وعدمه .

(٢) بل الأقوى عدم الضمان فيها الا مع ثبوت التفريط ، وذلك

« على اليد ما أخذت حتى تؤدي » ، حيث ان الأظهر شموله للأمانات أيضاً ودعوى : خروجها لأن المفروض عدم الضمان فيها مدفوعة : بان غاية ما يكون خروج

فلأن رواية على اليد نبوية لم تثبت من طرقنا فلا تصلح للاعتماد عليها في اثبات الضمان - على ما تقدم غير مرة - .

ودعوى انجبارها بالشهرة ، ممنوعة صغرى وكبرى .

بل الدليل على الضمان انما هي السيرة العقلائية القطعية ، وهي غير شاملة لموارد يد الأمين جزماً .

إذن : فليس هناك عموم يصح التمسك به لأثبات الضمان في المقام.

على أننا لو تنزلنا وقلنا بصحة قاعدة اليد من حيث السند ، فهي غير شاملة للمقام جزماً ، فان يد الأمين خارجة عنها قطعاً ، إذ لا معنى لأن يقال بان أخذه موجب للضمان ، غايته أنه يرتفع بالتلف من غير تعد أو تفريط . فان الضمان غير ثابت من حين أخذه ؛ وانما هو يثبت بتعديه أو تفريطه . وحيث انه لم يثبت فلا مجال للقول بضمانه.

والحاصل : انه حيث لا دليل على الضمان في المقام ، فأصالة البراءة عنه محكمة .

هذا وقد يقال بالتفصيل بين الصورتين باختيار الضمان فيما إذا احتمل وجود مال المضاربة في ضمن التركة ، وعدمه فيما إذا علم بعدم وجوده في ضمنها .

بدعوى : ان الضمان وان لم يكن يثبت بقاعدة على اليد ، باعتبار ان يد العامل يد أمانة ، الا ان ذلك لا يعني جواز تصرف الورثة في التركة مع احتمال وجود مال المضاربة فيها ، إذ أن يد

العامل هذه لا تكشف عن ملكيته لهذا المال ، لاحتمال كونه لغيره ، ومقتضى العلم الاجمالي بكون مال الغير هذا أو غيره ، عدم جواز تصرفهم فيه ولزوم المصالحة عليهم مع المالك وتخليص التركة من حقه قبل تصرفهم فيها .

وبعبارة أخرى : ان الضمان في المقام ليس من جهة يد الميت وضمانه لما أخذه ، وانما هو من جهة ان يد الميت هذه لا تكشف عن ملكيته لتلك الأموال ، للعلم بكون مال المضاربة تحت يد العامل إلى حين موته ، فللميت على المال يدان ومعه يشك في كون ما تحت يده ملكاً له . فلا يجوز للورثة التصرف فيه .

وبالجملة : فالعلم الأجمالي بكون مال المضاربة في ضمن التركة أو غيرها يسقط اليد عن الكشف عن الملكية ، ومعه يكون المال مردداً من حيث المالك بين الميت وصاحب مال المضاربة ومن هنا فلا يجوز للورثة التصرف فيه حيث لم يثبت كونه ملكاً للميت وفي جملة ما ترك .

وهذا لا يجري فيما علم بعدم وجود مال المضاربة في ضمن التركة فان معه لا مجال للشك في استقلال الورثة بالتركة وجواز التصرف لهم كيف ما شاؤا .

الا انه لا يمكن المساعدة عليه .

وذلك : فلأن العلم الأجمالي بعدم كون يد الميت على بعض ما في يده . يد المالك وان كان محرزاً بالوجدان ، الا أنه غير منجز نظراً لخروج بعض اطرافه عن محل الأبتلاء ، فانه وبعد احتمال كون المضاربة في غير التركة بحيث تكون هي بأكملها للورثة - كما هو المفروض - فلا مانع من اجراء قاعدة اليد الكاشفة عن الملك في التركة حيث لا تعارضها قاعدة اليد في المال الآخر الذي هو خارج عن

محل الابتلاء .

وتوهم : ان اعتبار كون اطراف العلم الاجمالي محلا للأبتلاء انما يختص بالأصول دون الأمارات التي منها قاعدة اليد ، فانها لا يعتبر في حجيتها كون اطراف العلم الأجمالي بأكملها محلا للابتلاء ، ولذا لو قامت البينة على كون التركة هي مال المضاربة وقامت اخرى على كونه في غيرها ، تعارضتا حتى مع خروج الثاني عن محل الابتلاء ، وتعين الرجوع إلى ما تقتضيه القواعد والأصول .

مدفوع : بما ذكرناه في المباحث الأصولية من انه لا فرق في اعتبار كون اطراف العلم الأجمالي محلا للأبتلاء في تنجيزه وسقوط الأصول بين الامارات والأصول فانهما على حد سواء في ذلك ، وانما لا يعتبر ذلك في الاخبارات - كالبينة وخبر الثقة - خاصة ، حيث تثبت لوازمها بالدلالة الالتزامية ، وأما غيرها فهي لا تثبت اللازم العقلي سواء في ذلك الأصول وغيرها لقصور دليل حجيتها عن ذلك فالالتزام بثبوت القبلة - مثلاً - بالظن لا يثبت لازمه - اعني دخول الوقت - لمن أراد الصلاة ، باعتبار ان الدليل انما تكفل اثبات جواز الصلاة فقط وأما لازمه فلا .

وبعبارة اخرى : ان الأخبارات تختلف عن غيرها بانها تتضمن اثبات لوازمها بالدلالة الالتزامية ومن هنا تكون معارضة للخبر الآخر من دون اعتبار ان يكون الطرف الآخر محلاً للأبتلاء ، بخلاف غيرها حيث لا يتضمن اثبات اللوازم ومن هنا فلابد في تنجيزه من كون اطراف العلم محلاً للأبتلاء . وهو مفقود في المقام .

إذن : فقاعدة اليد فيما تركه الميت سالمة عن المعارض حيث لا علم لنا في وجود رأس المال في ضمن التركة ، ومعه فتنتقل إلى الوارث

بعض الصور منها(١) ، كما إذا تلفت بلا تفريط أو ادعى تلفها كذلك إذا حلف (٢) . وأما صورة التفريط والاتلاف ودعوى الرد في غير الوديعة (٣) ودعوى التلف والنكول

بلا ضمان ويجوز لهم التصرف فيها .

والذي يتحصل من جميع ما تقدم أن الصحيح في المقام هو الحكم بعدم الضمان مطلقاً ما لم يعلم تعديه أو تفريطه ، سواء في ذلك العلم بعدمها أو الشك فيها أما مع الأول فواضح وأما مع الثاني فلأن الشبهة مصداقية ولا يصح التمسك بالعالم فيها ، ومقتضى اصالة البراءة عدمه.

نعم مع احراز التعدي أو التفريط يحكم بضمانه لكن لا من جهة قاعدة اليد وانما من جهة التعدي أو التفريط ولو بعدم اخباره للورثة بمكان مال المضاربة وايصاءه به مع علمه بجهلهم به ، فانه امانة في يده ولابد له من إيصاله إلى مالكه ولو بتعيين مكانه . فاذا قصر فيه كان مفرطاً فيضمن لا محالة .

وبالجملة : فحكمنا بعدم الضمان انما يختص بما إذا لم يحرز تعديه أو تفريطه ولو من ناحية عدم ايصاءه به ، بان كان موته فجأة أو نحوها ، والا فهو ضامن لا محالة .

(١) قد عرفت ما فيه مما تقدم ، فان يد الأمين غير مشمولة لها من الأول ، وانما الضمان يثبت بتفريطه أو تعديه .

(٢) تقدم ان الأقوى في هذه الصورة قبول قوله بغير يمين ما لم يكن متهماً ،

(٣) الظاهر عدم الفرق بين الوديعة وغيرها ، فانه لا دليل على استثناءها الا الأجماع المدعى ، وهو غير ثابت .

عن الحلف (١) فهي باقية تحت العموم . ودعوى : أن الضمان في صورة التفريط والتعدي من جهة الخروج عن كونها أمانة ، أو من جهة الدليل الخارجي كما ترى لا داعي اليها . ويمكن ان يتمسك بعموم ما دل على وجوب رد الأمانة (٢) بدعوى : أن الرد أعم من رد العين ورد البدل (٣) ، واختصاصه بالأول ممنوع الا ترى أنه يفهم

(١) قد عرفت ان مقتضى النصوص قبول دعواه بغير يمين ما لم يكن متهماً .

(٢) كقوله تعالى «ان الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى اهلها» (١) وقوله تعالى : «فأن أمن بعضكم بعضاً فليؤد الذي اؤتمن امانته وليتق الله ربه» (٢) .

(٣) وفيها : ان الرد انما تعلق بنفس العين لا ببدلها ، فان الأمانة اسم للعين الخارجية التي تودع عند الغير ، ومن هنا فلا دلالة لهذه الادلة على رد البدل ؛ وانما هي تتضمن حكماً تكليفياً محضاً متعلقاً بنفس العين .

ولو تنزلنا عن ذلك فحال هذه الأدلة حال قاعدة الضمان باليد، حيث يحتاج اثباته بها إلى احراز التعدي أو التفريط ، والا فالحكم هو عدم الضمان حتى مع الشك حيث أن الشبهة مصداقية ولا يصح التمسك بالعام فيها .

(١) سورة النساء آية ٥٨ .

(٢) سورة البقرة آية ٢٨٣ .

من قوله (ع) : « المغصوب مردود » (١) وجوب عوضه عند تلفه (١) هـذا 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 الغرماء » (٢) .

وأما الصورة الثالثة فالضمان فيها لا يخلو عن قوة (٣) لأن الأصل بقاء يده عليه الى ما بعد الموت (٤) واشتغال

---

(١) وفيه : انه مستفاد من الخارج والا فاللفظ لا يقتضي الا رد العين خاصة .

(٢) تقدم ان الرواية وان كانت معتبرة الا انها اجنبية عن محل الكلام . باعتبار ان موردها فرض العلم بوجود مال المضاربة في التركة ، ومحل كلامنا هو فرض العلم بعدمه أو احتمال وجوده فيها

(٣) بل الأقوى فيها عدم الضمان أيضاً لعدم تمامية شيء مما ذكره (قده) على ما ستعرف فتكون أصالة البراءة سالمة عن المعارض.

(٤) وفيه : انه وان كان تاماً في حد نفسه الا أنه لا اثر لاجراءه حيث لا يثبت به الضمان لما عرفت من أنه غير مترتب في باب الأمانات على اليد كي يثبت باستصحاب بقاء يده عليه ، وانما هو ثابت من جهة التعدي والتفريط ، واستصحاب بقاء يده عليه لا يثبتهما .

---

(١) الوسائل : ج ١٧ باب ١ من أبواب كتاب الغصب ح ٣.

(٢) الوسائل : ج ١٣ باب ١٣ من أبواب احكام المضاربة ح١ :

ذمته بالرد عند المطالبة (١) وإذا لم يمكنه ذلك لموته يؤخذ من تركته بقيمته . ودعوى : أن الأصل المذكور معارض بأصالة براءة ذمته من العوض ، والمرجع بعد التعارض قاعدة اليد المقتضية لملكيته . مدفوعة . بأن الأصل الأول حاكم على الثاني (٢) . هذا مع أنه يمكن الخدشة في قاعدة اليد بأنها مقتضية للملكية إذا كانت مختصة ، وفي المقام كانت مشتركة (٣)

---

(٢) وفيه : انه من الاستصحاب التعليقي ، حيث ان وجوب الرد مشروط بالمطالبة ، ولا نقول بحجيته .

على ان وجوب الرد في الأمانات وجوب تكليفي محض - كما عرفت - فلا يحتمل بقاءه بعد الموت لسقوط التكاليف بالموت ، ومن هنا فلا مجال لاستصحابه ، لان المتيقن مرتفع قطعاً ، والمحتمل - وجوب الرد على الوارث - لم يكن متيقناً سابقاً .

هذا كله مضافاً إلى ما قد عرفت من أن وجوب الرد لا يقتضي وجوب دفع البدل عند امتناع رد العين نفسها .

إذن : فأصالة البراءة من الضمان محكمة من غير معارض .

(٢) لكنك قد عرفت ان الأول غير جار في المقام ، فجريان الثاني يكون من غير معارض .

(٣) الظاهر عدم كون المقام من موارد الاشتراك في اليد في شيء فانه انما يكون في موارد ثبوت يدين على مال واحد - كالصندوق المشترك ما فيه بين أثنين - فانه حينئذٍ لا يمكن الحكم بملكية صاحبه لما فيه - على ما دل عليه النص - وأما إذا كان بدان لشخص واحد.

والأصل بقاءها على الاشتراك بل في بعض الصور يمكن أن يقال : أن يده يد المالك من حيث كونه عاملا له ، كما إذا لم يكن له شيء أصلا فأخذ رأس المال وسافر للتجارة ولم يكن في يده سوى مال المضاربة ، فاذا مات يكون ما في يده بمنزلة ما في يد المالك (١) وان احتمل أن يكون قد تلف جميع ما عنده من ذلك المال ، وأنه استفاد لنفسه ما هو الموجود في يده . وفي بعض الصور يده مشتركة بينه وبين المالك كما إذا سافر وعنده من مال المضاربة

بان كان له يد على أمواله الخاصة ويد على اموال غيره ، فلا مجال للحكم بالاشتراك ، بل مقتضى القواعد الحكم بملكيته لجميع ما تحت يده ، الا ما عرف كونه للغير بعينه .

ولعل ما نذكره من الأمور الواضحة لدى الجميع ، والا فقل من يخلو من وجود الأمانة أو الوديعة أو مال الغير بشتى العناوين ، تحت يده . افهل يحتمل أن يكون ذلك موجباً للاشتراك في اليد ومانعاً عن انتقال تركته عند موته ؟ .

(٢) ما أفاده (قده) انما يتم فيما إذا كان مال المضاربة بعينه - ولو بدلاً - موجوداً ومعروفاً في الخارج فانه حينئذٍ يكون يد العامل هي يد المالك بعينها . وأما إذا شك في وجوده بحيث كان احتمال تلفه معتداً به ، فانه لا مجال لان يقال بان يد العامل على المال الموجود تحت يده حين الموت هي بعينها يد المالك ، فانه متى كان مالكاً لهذا المال كي تكون يد العامل عليه هي بعينها يده . بل الصحيح هو الحكم بملكية العامل لذلك المال بمقتضى قاعدة اليد السالمة عن المعارض.

مقدار ومن ماله أيضاً مقدار (١) نعم في بعض الصور لا يعد يده مشتركة أيضاً ، فالتمسك بقاعدة اليد بقول مطلق مشكل ، ثم إن جميع ما ذكر انما هو إذا لم يكن بترك التعيين عند ظهور امارات الموت مفرطاً ، والا فلا اشكال في ضمانه (٢) .

(الثانية) : ذكروا من شروط المضاربة التنجيز ، وأنه لو علقها على أمر متوقع بطلت ، وكذا لو علقها على أمر حاصل إذا لم يعلم بحصوله (٣)

---

(١) قد عرفت الحال فيه مما تقدم فلا نعيد .

(٢) على ما تقدم بيانه مفصلاً .

(٣) وتفصيل الكلام في المقام : ان القضية الخارجية اما ان تكون جملة انشائية وإما أن تكون جملة خبرية ؛ وفي كليهما لا يعقل ان يكون الانشاء أو الأخبار معلقاً على شيء ، بل هما منجزان دائماً وذلك لما عرفت في المباحث الأصولية من أن الأول عبارة عن ابراز امر نفساني غير قصد الحكاية . في حين أن الثاني عبارة عن ابراز قصد الحكاية واظهاره . وحيث ان من الواضح ان الاظهار والابراز من الأمور الخارجية فلا معنى لتعليقه ، فانها إما أن تتحقق خارجاً أو لا تتحقق .

ومن هنا فلا مجال للبحث في صحة التعليق في العقود والايقاعات أو فساده ، فانه بحث لا موضوع له ، حيث لا مجال للتعليق في نفس الانشاء والأخبار ، بل التعليق اما ان يكون في المنشأ أو المخبر به . فانه قد يكون مطلقاً وقد يكون معلقاً على تقدير بحيث يكون الانشاء

والاخبار متعلقاً بالحصة على ذلك التقدير .

وقد ذكر العلماء ان صدق الجملة الشرطية الخبرية وكذبها تابع لصدق الملازمة وعدمه ، من دون ان يكون لصدق الطرفين أو كذبهما تأثير في ذلك ، فأذا صدقت الملازمة كانت الجملة صادقة حتى مع فرض كذب الطرفين كقوله تعالى : « لو كان فيهما آلهة الا الله لفسدتا » (١) ، فان الجملة صادقة مع كذب الطرفين ، والا فهي كاذبة .

ثم ان التعليق في العقود والايقاعات قد لا يكون راجعاً إلى الانشاء أو المنشأ ، بل يكون راجعاً إلى أمر خارج عن مدلول العقد بالكلية كما لو ضارب المالك عاملاً على حصة معينة من الربح ثم نهاه عن تصرف على تقدير معين كشراء الشيء المعين في اليوم المعين أو الفصل المعين ، وفيه لا ينبغي الاشكال في صحته . فانه مالك وله أن يأذن أو يمنع العامل من التصرف في ماله مطلقاً كما له ذلك على تقدير دون تقدير .

ومن هذا القبيل ما ذكروه في باب الوكالة ، فان للموكل ان يقيد تصرفات الوكيل بما يشاء ، حتى ولو كانت وكالته حين صدورها مطلقة .

وكذا الحال - من حيث الحكم بالصحة بلا اشكال - فيما إذا كان التعليق في مدلول العقد ، لكن كان المعلق عليه أمراً يتوقف العقد بحسب طبعه عند العقلاء أو الشارع عليه كتعليق الطلاق على الزوجية أو البيع على المالك أو بلوغ المشتري . فانه خارج عن محل كلامهم في التعليق من حيث النفي والاثبات جزماً ، باعتبار ان هذا التعليق

(١) سورة الأنبياء آية ٢٢ .

ليس أمراً زائداً عما هو معلق عليه في الواقع ، ومن هنا فوجوده وعدمه سيان .

وأما إذا كان التعليق على أمر اجنبي عما يكون العقد معلقاً عليه بطبعه كما لو كان المنشأ أمراً متأخراً ، أو فعلياً معلقاً على أمر مشكوك الوجود ، فالمشهور والمعروف هو اعتبار التنجيز من كلتا الناحيتين - الجزم والتنجيز - .

الا انه لا دليل لهم على ذلك سوى الأجماع حيث لم ينسب الخلاف فيه إلى أحد وقد علل اعتبار الثاني - في بعض الكلمات - بان التعليق في المنشأ ليس أمراً متعارفاً .

وفيه : انه لا اثر له بعد شمول الاطلاقات والعمومات له أيضاً فالعمدة في المقام هو الاجماع .

لكن الذي ينبغي ان يقال انه مختص بالعقود اللازمة ، واما العقود الجائزة الأذنية كالوكالة والمضاربة ونحوهما ، فلم يثبت اجماع على اعتبار التنجيز فيها . بل صرح المحقق القمي (قده) في موضعين من كتابه « جامع الشتات » بصحة التعليق في الوكالة ، وهو الصحيح حيث لا مانع فيها من التعليق بكلا معنييه ، بعد أن لم يكن فيهـا الزام أو التزام .

والحاصل : انه لا مانع من التعليق فيما هو إذن محض ، حيث لا ظن بالأجماع فضلاً عن القطع به ، بل لا يبعد دعوى السيرة عليه إذ ما اكثر التعليق في الوكالة ، فتراه يوكل غيره عند سفره في بيع داره أو طلاق زوجته ان لم يرجع إلى سنة ، وما إلى ذلك ، بخلاف التعليق في العقود اللازمة حيث لم يتعارف فيها التعليق باستثناء ما ثبت في التدبير والوصية .

نعم لو علق التصرف على أمر صح وان كان متوقع الحصول ولا دليل لهم على ذلك الا دعوى الاجماع على أن اثر العقد لابد أن يكون حاصلاً من حين صدوره وهو إن صح إنما يتم في التعليق على المتوقع ، حيث أن الأثر متأخر ، وأما التعليق على ما هو حاصل فلا يستلزم التأخير ، بل في المتوقع أيضاً إذا أخذ على نحو الكشف - بان يكون المعلق عليه وجوده الاستقبالي - لا يكون الأثر متأخراً . نعم لو قام الأجماع على اعتبار العلم بتحقق الأثر حين العقد تم في صورة الجهل . لكنه غير معلوم . ثم على فرض البطلان لا مانع من جواز التصرف ونفوذه من جهة الآذن (١)

وترهم : صحة التعليق في الأجارة وتعارفه لدى الناس ، فيؤجر داره لمدة سنة من بعد شهر أو بعد انتهاء اجارة المستأجر الأول .

واضح البطلان ، فانه اجنبي عن محل الكلام ، إذ لا تعليق فيها بالمرة ، فان الملكية منجزة وفعلية غايـة الأمر انها متعلقة بالمنفعة المتأخرة ، فالمستأجر ومن حين العقد يملك تلك المنفعة المتأخرة . واين هذا من التعليق في الملكية الموجب للبطلان .

وبعبارة اخرى : لابد من التفريق بين التعليق في الملكية ، وبين كون الملكية المنجزة متعلقة بأمر متأخر فان الذي يقتضي البطلان انما هو الأول ، وأما الثاني فلا موجب للحكم فيه بالبطلان ، بل لا ينبغي الاشكال في صحته .

(١) لما عرفت من عدم الملازمة بين بطلانها وبطلان المعاملات

لكن يستحق حينئذ اجرة المثل لعمله (١) ، الا أن يكون الأذن مقيداً بالصحة ، فلا يجوز التصرف أيضاً .

(الثالثة) : قد مر اشتراط عدم الحجر بالفلس في المالك (٢) ، وأما العامل فلا يشترط فيه ذلك ، لعدم منافاته لحق الغرماء (٣) نعم بعد حصول الربح منع من التصرف إلا بأذن من الغرماء ، بناءاً على تعلق الحجر

الصادرة من العامل فانها صحيحة حتى على فرض بطلان المضاربة ، ما لم يكن إذن المالك فيها مقيداً بصحة المضاربة والا فهي كسائر العقود الفضولية متوقفة على اجازته .

(١) لان عمل المسلم الصادر عن أمر الغير لا على وجه المجانية لا يذهب هدراً وحيث لم تسلم له الحصة المعينة ، تثبت له اجرة المثل لا محالة .

لكنك قد عرفت فيما مضى انه انما يتم فيما إذا لم تزد اجرة المثل عن الحصة المعينة من الربح والا فله الأقل خاصة لاقدام العامل على اهدار الزائد .

هذا كله فيما إذا لم يكن اذن المالك مقيداً بصحة المضاربة ، والا فلا شيء له ، لعدم صدور شيء من المعاملات عن أمر المالك ، وكون استيفاء المالك للربح مستنداً إلى اجازته .

(٢) وهو واضح ، لكونه ممنوعاً من التصرف في امواله مطلقاً سواء بالمباشرة أو الاستنابة .

(٣) نظراً لعدم كونه تصرفاً في امواله .

بالمال الجديد (١) .

(الرابعة) : تبطل المضاربة بعروض الموت (٢) ـ كما مر ـ أو الجنون أو الأغمـاء (٣) ـ كما في سائر العقود الجائزة ـ وظاهرهم عدم الفرق بين كون الجنون مطبقاً أو ادوارياً وكذا الاغماء بين قصر مدته وطولها ، فان كان اجماعاً والا فيمكن أن يقال بعدم البطلان (٤) في الأدواري والاغماء القصير المدة ، فغاية الأمر عدم نفوذ التصرف

(١) لكنك قد عرفت في محله ان الصحيح اختصاص الحجر بالمال الموجود حين الحكم ، وعدم تعلقه بما يتجدد بعد ذلك .

(٢) لكونها عقداً جائزاً أذنياً ، فلا معنى لقيام الوارث مقام الميت منها ، لأنه ان كان المالك فاذنه قد انتفى بموته وانتقل المال إلى غيره ، وإذا كان العامل فاذن المالك كان له لا لورثته فلا يجوز لهم التصرف فيه من غير إذن مالكه .

(٣) بلا اشكال فيها ، فان الحكم بصحة المعاملات الصادرة من العامل إنما يكون فيما إذا كان المباشر اهلاً لذلك وكان المالك قابلاً لاستنادها اليه ، وحيث لا مجال لذلك مع فرض الجنون أو الأغماء في احدهما فلا ينبغي الاشكال في بطلانها .

(٤) بل هو الصحيح ؛ لعدم الدليل على البطلان ، فان المستفاد من الأدلة عدم صحة العقد الصادر من المجنون أو المغمى عليه أو المنتسب اليهما في ذلك الحال خاصة . وأما إذا كان المنشأ في حال الصحة هي الوكالة الدائمة والمستمرة في جميع الأزمنة ، فارتفاعها في بعض الأزمنة لا يستلزم ارتفاعها فيما بعد ذلك من الأزمنة الآتية

حال حصولها ، وأما بعد الأفاقة فيجوز من دون حاجة الى تجديد العقد ، سواء كانا في المالك أو العامل . وكذا تبطل بعروض السفه لاحدهما (١) أو الحجر للفلس في المالك أو العامل أيضاً إذا كان بعد حصول الربح (٢) الا مع اجازة الغرماء .

(الخامسة) : إذا ضارب المالك في مرض الموت صح وملك العامل الحصة وان كانت أزيد من أجرة المثل ، على الأقوى من كون منجزات المريض من الأصل بل وكذلك على القول بانها من الثلث ، لأنه ليس مفوتاً لشيء على الوارث (٣) إذ الربح أمر معدوم وليس مالاً موجوداً للمالك ، وانما حصل بسعي العامل .

أيضاً ، بعد أمضاء الشارع لها والحكم بصحتها حين صدورها .

(١) أما في جانب المالك فالأمر كما افاده (قده) فان السفه يوجب الحجر عليه وهو يمنعه من التصرف في أمواله ، وأما في جانب العامل فقد تقدم الكلام فيه في اول هذا الكتاب وقد عرفت انه لا دليل على اعتبار عدمه فيه ابتداءاً فضلاً عن عروضه له في الأثناء نعم لو حصل له شيء من الربح لم يكن له التصرف فيه لكونه محجوراً عليه .

(٢) لكونه كسائر امواله يتعلق به حق الغرماء ، وكذلك الحال بالنسبة إلى الربح المتأخر بناءاً على عموم الحجر للمال الجديد أيضاً .

(٣) وفيه : ان الحصة المعينة التي ستوجد فيما بعد وان لم تكن

(السادسة) : إذا تبين كون رأس المال لغير المضارب - سواء كان غاصباً أو جاهلاً بكونه ليس له - فان تلف في يد العامل أو حصل خسران (١) فلمالكه الرجوع على كل منهما (٢) ؛ فان رجع على المضارب لم يرجع على

مملوكة للعامل وللمالك إذ لا معنى لملكية المعدوم ، إلا انها وفي ظرف وجودها تكون مملوكة للعامل نتيجة لجعل المالك ذلك له ، إذ لولاه لكان الربح بتمامه مملوكاً للمالك بمقتضى قانون المعاوضة المقتضي لانتقال تمام الثمن إلى مالك المثمن - على ما تقدم بيانه غير مرة - ، ومن هنا فانتقال الحصة من المالك إلى العامل يكون في ظرفه انتقالاً للمال الموجود بالفعل وان لم يكن كذلك حين العقد ، وعليه فاذا جعلنا منجزات المريض من الثلث كان حال هذا النقل كحال سائر ما يصدر منه من التصرفات المنجزة فيمنع منه إذا زاد عن ثلث تركته لا محالة والذي يهون الخطب أن منجزات المريض تخرج من الاصل لا الثلث.

(١) لا مجال لفرض الرجوع في الخسران في المقام ، فان العقود الصادرة من العامل لما لم تكن عن إذن المالك كانت فضولية لا محالة ومن ثم فان لم يجزها المالك كان له الرجوع بتمام ماله على من يجدها في يده ، وان اجازها فقد رضي بها ومعه فلا موجب للضمان.

(٢) بلا اشكال فيه ، لوقوع ماله في يد كل منهما ومقتضى ضمان اليد لزوم خروج كل منهما عن عهدته فيكون كل منهما ضامناً له على نحو تعاقب الايدي ، ولا مانع من ضمان شخصين أو اكثر لمال واحد ، بحيث يكون كل منهما مطالباً به والمال ثابت في ذمته على نحو الواجب الكفائي وكون يد العامل امانة لا ينفع في سقوط الضمان عنه في المقام ، بعد ان لم يكن المال امانة عنده من قبل المالك ، وانما هو امانة من قبل المضارب ولا اثر لذلك .

العامل (١) ، وإن رجع على العامل رجع إذا كان جاهلا على المضارب وإن كان جاهلاً أيضاً لأنـــه مغرور من قبله (٢) . وان حصل ربح

---

(١) لانه قد دفع اليه المال على أن لا يكون له حق الرجوع عليه عند تلفه بغير تعدٍ أو تفريط ، فالعامل غير مسؤول في قبال الدافع على التلف في غير هاتين الحالتين .

(٢) في تعليل الحكم بالغرور اشكال بل منع ، فانه مضافاً إلى عدم ثبوت القاعدة يتوقف صدقه على علم المضارب وجهل العامل، إذ بدونه يكون كل منهما معذوراً ولا يصدق الغرور عرفاً .

الا ان هذا لا يعني عدم موافقتنا للماتن (قده) في الحكم ، فان للعامل ان يرجع على المضارب وان كان جاهلاً ، فيما لو رجع المالك عليه .

وذلك لما ذكرناه في مباحث تعاقب الايدي من المكاسب ، من أن الضمان فيها انما هو على نحو الواجب الكفائي ، حيث يضمن كل منهم المال التالف ويكون للمالك الرجوع على اي منهم شاء ، فاذا ادى احدهم لعوضه كان وباعتبار العقلاء مالكاً لذلك التالف بقاءاً بحيث يكون التلف بقاءاً من ماله ، ومن هنا فله مطالبة كل من الايادي المتأخرة عنه بملكه وماله ان وجد بعينه وبدله عند تلفه ، وليس له مطالبة الايادي المتقدمة عنه لاداتهم المال اليه .

وهذا الكلام يجري بعينه في المقام ، فان العامل وبأداءه للعوض إلى المالك يصبح مالكاً للعين التالف بقاءاً ، ومن هنا فله الرجوع على المضارب ومطالبته بأداء ماله اليه .

كان للمالك إذا أجاز المعاملات الواقعة على ماله (١) ، وللعامل أجرة المثل على المضارب مع جهله (٢) . والظاهر عدم استحقاقه الأجرة عليه مع عدم حصول الربح ، لانه أقدم على عدم شيء له مع عدم حصوله (٣) . كما أنه لا يرجع عليه إذا كان عالماً بأنه ليس له ، لكونه متبرعاً بعمله حينئذٍ (٤) .

(السابعة) : يجوز اشتراط المضاربة في ضمن عقد

ولا يقدح في ذلك ان المفروض اداء المضارب للمال إلى العامل وتسليمه له ، فانه انما كان على نحو عدم ضمانه للتلف فهو نظير ما ذكروه فيما إذا غصب شخص طعاماً وقدمه إلى غيره فأكله ، فرجع المالك على الآكل فضمنه ، فانه يرجع إلى الغاصب بلا اشكال لأنه قد وقع في يده ، وليس له الاعتذار بانه قد سلمه اليه . لانه انما اباحه له وسلمه اليه مجاناً ، فلا يكون موجباً لسقوط الضمان .

(١) حالها في ذلك حال سائر العقود الفضولية الصادرة بغير رضا المالك .

(٢) لصدوره عن أمره لا مجاناً .

(٣) فيكون من مصاديق القاعدة المعروفة : « ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده » .

ولا يخفى ان ما أفاده (قده) في المقام مناف لما أفاده في المسألة الثامنة والأربعين ، حيث استشكل في الحكم ولم يجزم به .

وكيف كان : فالصحيح ما أفاده (قده) في المقام .

(٤) تقدم غير مرة انه لا ملازمة بين العلم بالفساد وعدم استحقاقه

لازم ؛ فيجب على المشروط عليه ايقاع عقدها مع الشارط ولكن لكل منهما فسخه بعـــده (١) . والظاهر أنه يجوز

للمجعول شرعاً وبين قصد التبرع والمجانية ، فهو مقدم على العمل بعوض معين ، وحيث لم يسلم ذلك له ، يكون له اجرة المثل ، للسيرة العقلائية ، فان العمل المباح - فان المحرم انما هو التصرف في مال الغير لا إجراء العقد عليه - الصادر عن أمر الغير موجب للضمان.

(١) ما أفاده (قده) وان كان مما لا بأس بـه في حد نفسه ، الا ان الظاهر وبحسب المنصرف العرفي من هـذا الشرط هو الجريان عليه والاستمرار على مقتضاه ، لا ايقاع مجرد العقد وصرف التلفظ به .

فيكون هذا الاشتراط نظير اشتراط الهبة في عقد لازم ، حيث ان المتفاهم العرفي منه هو الالتزام بها واتمامها ، دون مجرد انشائها بحيث يكون له حق الرجوع بعد اجراء العقد ولو بلحظة .

وعليه : فاذا فسخ المشروط عليه العقد صح فسخه ، الا انه موجب لثبوت الخيار للطرف الآخر نظراً لتخلف الشرط .

ثم انهذاالاشتراط يمكن ان يتصور علىنحو آخر هو اشتراط الفعل الخارجي - اعني الاتجار - على ان يكون الربح بينهما على ما يتفقان عليه ، نظير اشتراط الخياطة أو الزيارة أو نحوهما من الافعال الخارجية في ضمن العقد .

وهو أيضاً صحيح ولابأس به ، لأنه امر سائغ في حد نفسه فلا مانع من أخذه شرطاً في ضمن العقد ، ويجب على المشروط عليه الوفاء به .

الا انه لا معنى للبحث عن جواز فسخه وعدمه ، فانه فعل من الافعال الخارجية وليس بعقد كي يبحث عن جواز فسخه وعدمه .

اشتراط عمل المضاربة على العامل ، بأن يشترط عليه (١) أن يتجر بمقدار كذا من ماله إلى زمان كذا على أن يكون الربح بينهما ، نظير شرط كونه وكيلاً في كذا في عقد لازم ، وحينئذٍ لا يجوز للمشروط عليه فسخها (٢) ، كما في الوكالة .

(الثامنة) : يجوز ايقاع المضاربة بعنوان الجعالة (٣)

والظاهر أنه خارج عن موضوع كلام الماتن (قده) حيث ان المفروض فيه كون المضاربة شرطاً ، فيكون شرطية الاتجار خارجة عنه . وكيف كان : ففيه لا ينبغي الاشكال في وجوب الوفاء به على المشروط عليه ويكون تخلفه عنه موجباً لثبوت الخيار للشارط . كما لا ينبغي الاشكال في جواز اسقاطه من قبل الشارط ، فانه حق من حقوقه .

(١) على نحو شرط النتيجة .

(٢) لتحققها بتحقق نفس العقد اللازم وفي ضمنه وكأنه جزء منها فلا يجوز رفع اليد عنها وفسخها .

(٣) وهو انما يتم بناءاً على الالتزام بكون صحة المضاربة على القاعدة وأما بناءاً على ما ذكرناه من كون مقتضى القاعدة هو الحكم بالبطلان فيها حتى ولو كانت مستكملة لجميع الشرائط باعتبار انه ليس للانسان ان يملك غيره ما لا يملكه هو بالفعل - على ما تقدم بيانه غير مرة - ولذا قلنا في الاجارة انه لا يجوز اجارة الارض بحاصلها أو حاصل غيرها إذا لم يكن موجوداً بالفعل ، فلا مجال للمساعدة على ما اختاره الماتن (قده) في المقام ، لاننا انما خرجنا عن القاعدة في المضاربة والمزارعة والمساقاة . والتزمنا بصحتها للدليل الخاص ، وحيث انه

كأن يقول : إذا اتجرت بهذا المال وحصل ربح فلك نصفه ، فيكون جعالة تفيد فائدة المضاربة ولا يلزم أن يكون جامعاً لشروط المضاربة (١) ، فيجوز مع كون رأس المال من غير النقدين أو ديناً أو مجهولاً جهالة لا توجب الغرر . وكذا في المضاربة المشروطة في ضمن عقد بنحو شرط النتيجة (٢) فيجوز مع كون رأس المال من غير النقدين .

مفقود في المقام إذ لم يقم دليل على الصحة في الجعالة الفاقدة لشرائط المضاربة . فلا يمكن القول بصحتها بل مقتضى القاعدة هو الحكم بالبطلان.

والحاصل : انه لا وجه للحكم بصحة مثل هذه الجعالة ، فان الربح لا يمكن ان يكون ملكاً للعامل بعد ان لم يكن مملوكاً للمالك .

(١) وكأنه لخروج المقام عن عقد المضاربة ، فانه ايقاع مجرد يفيد فائدة المضاربة وادلة الشروط انما دلت على اعتبارها في المضاربة لا في غيرها .

لكنك قد عرفت ما فيه حيث ان القاعدة تقتضي البطلان في الجميع وانما خرجنا عنها في المضاربة للنص وحينئذٍ فلابد من مراعاة الشروط المعتبرة.

ومن هنا فيشكل الحكم بصحتها مع كون رأس المال من غير النقدين بناءاً على اعتبار ذلك في المضاربة .

(٢) يظهر الحال فيه مما تقدم ، فان الحال فيه هو الحال في ايقاع المضاربة بعنوان الجعالة ، فان مثل هذا الشرط محكوم بالفساد إذ لا يصح تمليك ما لا يملكه بالفعل .

(التاسعة) : يجوز للأب والجد الأتجار بمال المولى عليه بنحو المضاربة بايقاع عقدها ، بل مع عدمه أيضاً(١) بأن يكون بمجرد الأذن منهما(٢) وكذا يجوز لهما المضاربة بماله مع الغير (٣) على أن يكون الربح مشتركاً بينه وبين العامل . وكذا يجوز ذلك للوصي في مال الصغير مع ملاحظة الغبطة والمصلحة والأمن من الهلاك .

(العاشرة) : يجوز للأب والجد الأيصاء بالمضاربة بمال المولى عليه (٤)

---

(١) بأن يتجر به ناوياً المضاربة وكون الربح بينهما ، وذلك لعموم ولايته ما دام ان الفعل في مصلحة المولى عليه .

(٢) لايخفى ما في العبارة من المسامحة فانه لا معنى لأذن الانسان لنفسه في الفعل الصادر منه كما هو المفروض ، ومن هنا فامّا ان يحمل الأذن على القصد والنية ، بان يقال ان مراده (قده) انما هو جواز ذلك إذا كان الولي ـ أباً كان أو جداً ـ قاصداً بتصرفه هذا المضاربة ، والا فهو من سهو القلم لا محالة .

(٣) لعموم ولايتهما ، وعدم الفرق بين صدور الفعل عنهما بالمباشرة أو التسبيب ما دام أنه في مصلحة الصغير .

(٤) والذي يمكن ان يستدل به على هذا المدعى مع قطع النظر عن النص الخاص أحد أمرين :

الأول : شمول دليل الولاية له بدعوى انه غير مختص بتصرفاته في حياته وعمومه لما يكون متأخراً عن وفاته أيضاً .

الثاني : اطلاقات ادلة نفوذ الوصية ودعوى شمولها لوصيتها بالاتجار

بمال الصبي بعد موتهما ، فان مقتضاها صحة مثل هذه الوصية ونفوذها .

والذي يظهر من الماتن (قده) هنا وفي ذيل المسألة ان مستنده في ذلك انما هو الأمر الثاني دون الأول ، إذ لا اطلاق ولا عموم يشمل تصرفاتهما بعد موتهما ؛ بل لهما التصرف في مال الصغير ما داما على قيد الحياة ، واما بعد موتهما فلا ولاية لهما عليه في شيء .

ومما يشهد لذلك ـ اعني كون مستنده (قده) في ذلك هو الأمر الثاني ـ انه (قده) لم يخص الحكم بالصغار بل عممه للكبار أيضاً مع الالتزام بثبوت الخيار لهم باعتبار ان المضاربة من العقود الجائزة ، والحال انه لا ولاية لهما على الكبار جزماً .

وكيف كان : فما أفاده (قده) لا يمكن المساعدة عليه بالنسبة إلى الصغار فضلاً عن الكبار ، إذ لا يوجد في ادلة الوصية اطلاق يشمل الوصية التي لا ترجع إلى الميت وامواله ، فأنها وبأجمعها واردة في الوصايا الراجعة إلى الميت نفسه وامواله ومن هنا فلا تنفذ إلا في الثلث مما يملك وأما الزائد عنه فهو وصية في مال الغير ـ على ما دلت عليه النصوص ـ ولذا لم يلتزم أحد بنفوذ الوصية بالحج مجاناً ، أو الوصية بالاتجار بما يصل اليه منه بالشيء المعين . فانه لا يلزمه شيء من ذلك اجماعاً وليس ذلك الا لكونها وصية متعلقة بمال الغير .

ومن هنا فلا مجال للالتزام بصحة مثل هذه الوصية ونفوذها بالنسبة إلى الصغار فضلاً عن الكبار ، فانها إذا لم تتم بالنسبة اليهم فعدم تماميتها في الكبار يكون بطريق اولى .

هذا كله بالنسبة إلى ما تقتضيه القواعد الاولية ومع قطع النظر عن النصوص الخاصة ، وأما مع الالتفات اليها ، فلابأس بما التزم به (قده) بالنسبة إلى الصغار خاصة على ما سيأتي بيانه عند تعرضه (قده) للروايات .

بأيقاع الوصي عقدها لنفسه أو لغيره مع تعيين الحصة من الربح أو أيكاله اليه ، وكذا يجوز لهما الأيصاء بالمضاربة في حصة القصير من تركتها بأحد الوجهين (١) . كما أنه يجوز ذلك لكل منهما بالنسبة إلى الثلث المعزول لنفسه (٢) بأن يتجر للوصي به أو يدفعه إلى غيره مضاربة ويصرف حصة الميت في المصارف المعينة للثلث . بل وكذا يجوز الأيصاء منهما بالنسبة الى حصة الكبار أيضاً (٣) ولا يضر كونه ضرراً عليهم من حيث تعطيل مالهم إلى مدة ، لأنه منجبر (٤) بكون الأختيار لهم في فسخ المضاربة وأجازتها كما أن الحال كذلك بالنسبة إلى ما بعد البلوغ في القصير ،

---

(١) الفرق بين هذه الصورة وسابقتها يكمن في أن متعلق الوصية في الأولى هي اموال الصبي الموجودة حال الوصية في حين ان متعلقها في الثانية هو خصوص ما ينتقل اليه من الأب أو الجد بالأرث ،

وكيف كان : فالحكم في الصورتين واحد .

(٢) بلا خلاف فيه ، ويقتضيه ما عرفت من شمول ادلة نفوذ الوصية له .

(٣) فيه اشكال بل منع ، ينشأ مما تقدم من كونه خلاف القواعد الأولية ، وعدم شمول الأدلة الخاصة له ـ على ما سيأتي بيانه ـ .

(٤) في التعبير بالانجبار مسامحة واضحة ، والصحيح منع دعوى الضرر ، لكون العقد جائزاً وأمره بيد الوارث إن شاء أبقاه وان شاء فسخه ، فلا يكون ضرراً عليه . لانه ثابت غاية الأمر انه

فان له ان يفسخ أو يجيز (١) وكـذا يجوز لهما الأيصاء بالاتجار بمال القصير على نحو المضاربة (٢) ، بان يكون هو الموصى به ، لاإيقاع عقد المضاربة ، لكن إلى زمان البلوغ أو أقل ، وأما إذا جعل المدة أزيد فيحتاج إلى الأجازة بالنسبة إلى الزائد (٣) .

ودعوى : عدم صحة هـذا النحو من الأيصاء ، لان الصغير لا مال له حينه وانما ينتقل اليه بعد الموت ، ولا دليل على صحة الوصية العقدية في غير التمليك ، فلا يصح ان يكون ايجاب المضاربة على نحو ايجاب للتمليك بعد الموت مدفوعة : بالمنع (٤)

منجبر بالخيار ، والا لكان مقتضاه هو الحكم بالبطلان لا ثبوت الخيار فان الحكم الضرري مرفوع ، والانجبار لا يوجب الحكم بالصحة .

(١) فان ما صدر منهما انما يصح ويلزم الصغير ما دامت الوصية نافذة والولاية ثابتة عليه ، وحيث انهما يرتفعان ببلوغه إذ لا وصاية حينئذٍ عليه ولا ولاية ، والعقد إذني محض ، فلا مجال لالزامه به بل لابد من إذنه فيه ، فان أجاز فهو والا فلا يجوز التصرف في ماله.

(٢) لشمول التعليل المذكور في الرواية له .

(٣) لانتفاء الولاية عليه بعد البلوغ ، والعقد إذني فيحتاج إلى إذنه لا محالة كما تقدم .

(٤) لعموم النص له .

مع أن الظاهر من خبر خالد بن بكر الطويل (١) في قضية ابن إبي ليلى ، وموثق محمد بن مسلم (١) المذكورين في باب

(١) رواه محمد بن يعقوب عن محمد بن أبي عمير ، عن عبدالرحمن ابن الحجاج عن خالد ابن بكير (بكر نسخة) الطويل قال : (دعاني أبي حين حضرته الوفاة ، فقال : يابني اقبض مال أخوتك الصغار واعمل به وخذ نصف الربح وأعطهم النصف ، وليس عليك ضمان ، فقدمتني أم ولد أبي بعد وفاة أبي إلى ابن أبي ليلى ، فقالت : ان هذا يأكل أموال ولدي ، قال : فاقتصصت عليه ما أمرني به أبي فقال لي ابن أبي ليلى : ان كان أبوك أمرك بالباطل لم أجزه ، ثم أشهد علي ابن أبي ليلى إن أنا حركته فأنا له ضامن ، فدخلت على أبي عبد الله (ع) فقصصت عليه قصتي ، ثم قلت له : ما ترى ؟ فقال : أما قول ابن أبي ليلى فلا استطيع رده ، وأما فيما بينك وبين الله عزوجل فليس عليك ضمان) (١) .

وهو مضافاً إلى ضعف سنده بخالد بن بكير (بكر) وارد في الصغار ، فالتعدي عنهم إلى الكبار يحتاج إلى دليل وهو مفقود .

(١) رواه محمد بن يعقوب عن احمد بن محمد عن علي بن الحسن عن الحسن بن علي بن يوسف عن مثنى بن الوليد ، عن محمد بن مسلم عن أبي عبد الله (ع) : (أنه سئل عن رجل أوصى إلى رجل بولده وبمال لهم وأذن له عند الوصية أن يعمل بالمال . وأن يكون الربح بينه وبينهم فقال : لابأس به من أجل أن أباه قد أذن له في

(١) الوسائل : ج ١٣ باب ٩ من أبواب احكام الوصايا ح ٢ .

ذلك وهو حي) (١) .

ثم ان في الفقيه علي بن الحسين الميثمي بدلاً من علي بن الحسن - على ما في الكافي والتهذيب والوسائل - وهوابن فضال الذي يروي عنه احمد بن محمد وهو من سهو قلمه الشريف أو غلط النساخ جزماً إذ لا وجود لعلي بن الحسين الميثمي لا في الروايات ولا في كتب الرجال .

نعم روى (قده) في بعض الموارد عن علي بن الحسن الميثمي الا أنه غلط أيضاً والصحيح علي بن الحسن التيمي .

وكيف كان فهو غير علي بن الحسين الميثمي .

ثم ان صاحب الوسائل قد جعل المروي عنه لعلي بن الحسن هو الحسن بن علي بن يونس وجعل كلمة « يوسف » نسخة بدل ليونس.

وهو من الغلط جزماً ، فان الحسن بن علي بن يونس لا وجود له في الروايات وكتب الرجال أيضاً ، فالصحيح هو الحسن بن علي ابن يوسف - على ما في الكافي والفقيه والتهذيب - وهو ابن بقاح الثقة .

وكيف كان : فالرواية معتبرة من حيث السند ، وأما من حيث الدلالة فهي واضحة الدلالة ومقتضى اطلاق كلمة المال فيها عدم الفرق بين ما كان يملكه الصغير حين الوصية وما يملكه بعد ذلك ، كما أن مقتضى التعليل عدم الفرق بين الوصية بالمضاربة والوصية بالاتجار فانه على جميع هذه التقادير تنفذ الوصية وتلزم الصبي ما دام هو كذلك وأما إذا بلغ فهو بالخيار بين ابقائه ورفعه .

هذا كله بالنسبة إلى الصغير ، وأما بالنسبة إلى الكبير فحيث لم يرد نص فيه ، فلا موجب للألتزام بصحة الوصية بالنسبة اليه .

نعم قد عرفت ان الماتن (قده) انما يستند في ذلك إلى ادلة

---

(١) الوسائل : ج ١٣ باب ٩ من أبواب احكام الوصايا ح ١ .

للوصية وأما بالنسبة إلى الكبار من الورثة فلا يجوز بهذا النحو (١) لوجوب العمل بالوصية - وهو الاتجار - فيكون ضرراً عليهم (٢) من حيث تعطيل حقهم من الأرث وان كان لهم حصتهم من الربح ، خصوصاً إذا جعل حصتهم أقل من المتعارف .

(الحادية عشرة) : إذا تلف المال في يد العامل بعد موت المالك من غير تقصير فالظاهر عدم ضمانه (٣) ،

نفوذ الوصية ، لكنك قد عرفت ما في العبارة والمطلب معاً .

(١) ما أفاده (قده) في جانب الكبار من التفصيل بين كون متعلق الوصية هو عقد المضاربة وبين كونه الاتجار تام ومتين على تقدير شمول ادلة الوصية للمقام ، فانه حينئذٍ لا محيص عن الالتزام بهذا التفصيل ، الا انك قد عرفت منع اصل المبنى ، فان ادلة نفوذ الوصية قاصرة الشمول لمثله .

(٢) حيث لا يكون لهم حق الفسخ ، نظراً لعدم وجود عقد في البين ، فان الوصية انما تعلقت بالعمل وهو الأتجار ، فاذا قلنا بوجوبه عليهم كان ضررياً لا محالة .

ومن هنا يظهر الفرق بين المقام وصورة تعلق الوصية بالمضاربة فان الثانية - عقد المضاربة - قابلة للرفع حتى بناءاً على القول بنفوذ الوصية بخلاف الاولى .

(٣) لكون يده على المال يد أمانة ، فلا يضمن الا بالتعدي أو التفريط ، والمفروض عدمهما .

وكذا إذا تلف بعد انفساخها بوجه آخر (١) .

(الثانية عشرة) : إذا كان رأس المال مشتركاً بين أثنين فضاربا واحداً ثم فسخ أحد الشريكين ، هل تبقى بالنسبة إلى حصة الآخر أو تنفسخ من الأصل ؟ وجهان: أقر بهما الأنفساخ (٢) نعم لو كان مال كل منهما متميزاً

(١) لما تقدم .

(٢) بل أقربهما عدمه ، إذ لا وجه لاعتبار هذا العقد عقداً واحداً فان تعدد المالك يستلزم تعدد المضاربة لا محالة فيكون العامل عاملاً للأول في نصف المال وللآخر في النصف الثاني - كما هو واضح - وان اتحد الانشاء ، فانه لا يستلزم اتحاد المضاربة بوجه .

وهذا الكلام غير مختص بالمضاربة . بل يجري في جميع العقود فأنه لو وهب الشريكان مالهما المشترك بانشاء واحد لشخص واحد ، ثم رجع احدهما في ذلك . لم يكن ذلك الا رجوعاً وفسخاً للهبة في حصته دون حصة صاحبه .

هذا على ان الماتن (قده) قد التزم في المسألة السابعة والأربعين بجواز فسخ المالك للمضاربة ببعض المال واسترداده له من دون ان يكون ذلك محلاً لبقاءها في الباقي .

فان هذا - الفسخ بالنسبة إلى بعض المال - إذا كان جائزاً مع اتحاد المالك ، فجوازه مع تعدده يكون أوضح وبطريق أولى .

والحاصل : ان الصحيح هو عدم السراية مطلقاً سواء أكان المالك واحداً أم متعدداً كان المال متميزاً أم لم يكن كذلك .

وكان العقد واحداً لا يبعد بقاء العقد بالنسبة الى الآخر (١).

(الثالثة عشرة) : إذا أخذ العامل مال المضاربة وترك للتجارة به إلى سنة مثـلاً ، فان تلف ضمن (٢) ، ولا يستحق المالك عليه غير أصل المال (٣) ، وان كان آثماً في تعطيل مال الغير .

(الرابعة عشرة) : إذا اشترط العامل على المالك عدم كون الربح جابراً للخسران مطلقاً فكل ربح حصل يكون بينهما ، وان حصل خسران بعده أو قبله ، أو اشترط أن لا يكون الربح اللاحق جابراً للخسران السابق أو بالعكس فالظاهر الصحة . وربما يستشكل بأنـه خلاف وضع المضاربة وهو كما ترى (٤) .

---

(١) لما عرفت من تعدد المضاربة حقيقة وان اتحدت انشاءاً .

(٢) لتعديه وتفريطه باهماله للمال وابقائه كذلك عنده من غير إذن المالك حيث ان الأذن مختص بابقائه عنده للأتجار خاصة لا مطلقاً.

(٣) باعتبار ان الربح لم يكن موجوداً خارجاً كي يكون العامل بأهماله للمال متلفاً ومن ثم ضامناً له ، غاية الأمر انـه بفعله حرم المالك من الربح بحيث لم يدعه يربح وهو لا يوجب الضمان .

(٤) وذلك لان عنوان المضاربة متقوم بجعل مقدار من الربـح للعامل ، وهو متحقق في المقام .

نعم ذلك قد يلحظ بالقياس إلى مجموع المعاملات ـ كما هو الغالب في باب المضاربة ـ وقد يلحظ بالقياس إلى كل معاملة ، الا انـه

(الخامسة عشرة) : لو خالف العامل المالك فيما عينه جهلاً أو نسياناً أو اشتباهاً - كما لو قال : لا تشتر الجنس الفلاني أو من الشخص الفلاني ، فاشتراه جهلاً - فالشراء فضولي (١) موقوف على اجازة المالك .

أمر خارج عن مفهوم المضاربة فانه اعم من هذا وذاك ، وعليه فلا مانع من شمول الاطلاقات له .

ودعوى : منافاته لقوله (ع) : « الربح بينهما والوضيعة على المال » (١) .

مدفوعة : بان كون الربح بينهما اعم من كونه من مجموع التجارات أو كل تجارة ، فانه أمر تابع للجعل وخارج عن مفهوم المضاربة .

(١) أرسله غير واحد من الاصحاب ارسال المسلمات ، وعلله بعضهم بعدم إذن المالك ، لكن الظاهر انه لا يخلو من اشكال ، وذلك لان ما أفاده (قده) وإن كان مقتضى القاعدة - الا انه لا مجال للأستناد اليها بعد دلالة جملة كثيرة من النصوص (١) - واكثرها صحاح - على صحة المعاملة عند مخالفة العامل لما عين له شرطاً أو قيداً على كل تقدير مع كون الربح بينهما على ما اتفقا عليه والخسران على العامل فقط لتعديه ومخالفته ، فان هذه النصوص غير قاصرة الشمول للمقام وقد عمل بها الماتن (قده) وغيره في صورة علم العامل بالحال ، ومن الواضح انه لا خصوصية لفرض العلم إذ لا قصور في هذه النصوص عن شمول فرض الجهل أيضاً ، فان المفروض فيها مخالفة العامل للمالك فيما إذا اشترط عليه أو أخذه قيداً في المعاملة ، وأما كون

---

(١) الوسائل : ج ١٣ باب ١ من أبواب احكام المضاربة .

وكذا لو عمل بما ينصرف اطلاقه الى غيره ، فانه بمنزلة النهي عنه . ولعل منه ما ذكرنا سابقاً من شراء من ينعتق على المالك (١) مع جهله بكونه كذلك . وكذا الحال اذا كان مخطئاً في طريقة التجارة ، بأن اشترى ما لا مصلحة في شراءه عند أرباب المعاملة في ذلك الوقت ، بحيث لو عرض على التجار حكموا بخطائه .

(السادسة عشرة) : إذا تعدد العامل - كأن ضارب أثنين بماءة مثلاً بنصف الربح بينهما متساوياً أو متفاضلاً - فاما أن يميز حصة كل منهما من رأس المال (٢) كأن

ذلك عن عمد أو جهل فلا تعرض لها اليه ومقتضى الاطلاق ثبوت الحكم في الصورتين .

نعم ورد في بعض تلك النصوص أخذ عنوان العصيان وهو لا يشمل فرض الجهل ، الا انه ضعيف من حيث السند فلا مجال للأعتماد عليه .

إذن : فالصحيح هو الحكم بصحة هذه المعاملات في المقام مع الالتزام بكون الربح بينهما والخسران على العامل .

ولعل غفلة المعلقين عن التعليقة على هذا الحكم في المقام ناشئة عن غفلتهم عن هذه النصوص والله العالم .

(١) في خصوص هذا الفرض الأمر كما أفاده (قده) لخروجه عن عنوان المضاربة فانها مبنية على الاسترباح وهذه المعاملة لا يمكن فيها الاسترباح ، فلا تصح مضاربة مع إذن المالك فضلاً عن عدمه وقد تقدم بيانه مفصلاً .

(٢) بحيث تكون المضاربة متعددة حقيقة بان تكون مع كل منهما

يقول : على أن يكون لكل منه نصفه ، وإما لا يميز(١) فعلى الأول الظاهر عدم اشتراكهما في الربح والخسران والجبر (٢) الا مع الشرط (٣) ، لأنه بمنزلة تعدد العقد . وعلى الثاني يشتركان فيها وإن اقتسما بينهما فأخذ كل منهما مقداراً منه (٤) .

مضاربة مستقلة عن المضاربة مع الآخر وان اتحدتا إنشاءاً .

(١) بان تكون المضاربة مضاربة واحدة معهما معاً ، بحيث يكونان بمنزلة العامل الواحد ويكون كل منهما عاملاً مضارباً في جميع المال .

(٢) لعدم الموجب له ، بعد تعدد المضاربة واستقلال كل منهما عن الآخر .

(٣) بل ومعه أيضاً - إذا كان على نحو شرط النتيجة كما هو المفروض - وذلك لما عرفت غير مرة من أن الشروط ليست مشرعة ، ومن هنا فصحتها تكون محتاجة إلى الدليل ، والا فمقتضى عقد المضاربة كون الربح بين العامل والمالك خاصة .

وبعبارة اخرى : ان جبر ربح مضاربة شخص لخسران شخص آخر يحتاج إلى الدليل ، ولا يكفي في اثباته ادلة الشروط لانها ليست مشرعة . ومن هنا فيكون حال هذا الفرع حال اشتراط الربح للأجنبي ، بل هذا من مصاديقه حيث أن العامل الآخر اجنبي عن هذه المعاملة .

(٤) لان التقسيم خارجاً لا يجعل المضاربة الواحدة مضاربتين مستقلتين . وهذا مما لا كلام فيه ، وانما الكلام ينبغي ان يقع في صحة مثل هذه المضاربة حيث تتحد المضاربة ويتعدد العامل .

الا ان يشترطا عدم الأشتراك فيها (١) فلو عمل أحدهما

والذي يظهر من كلمات الاصحاب ان صحتها امر مفروغ عنه ومتسالم عليه . إلا اننا لو كنا والروايات الواردة في المضاربة للزم الحكم ببطلان هذه المعاملة إذ لا يوجد فيها ما يدل على صحة المضاربة مع اثنين ، وانما الوارد فيها عنوان الرجل وهو ظاهر في العامل المتحد .

نعم ذكر صاحب الجواهر (قده) ان المراد بالرجل والعامل في لسان النصوص انما هو الجنس ومن هنا فيصدق على الواحد والمتعدد

وهذه الدعوى وان كانت قابلة للتصديق امكاناً ، إلا انها خلاف الظاهر جداً فتحتاج في مقام الأثبات إلى الدليل وهو مفقود .

والذي يمكن ان يقال في هذا المقام ، ان المضاربة ليست من المعاملات الشرعية المحضة ، بحيث يكون الشارع المقدس هو المؤسس لها ابتداءاً وانما هي معاملة عقلائية ثابتة ومتعارفة لدى العقلاء قبل التشريع . وقد امضاها الشارع المقدس ، وأقر العقلاء على فعلهم ذلك .

ومن هنا : فحيث ان هذه المعاملة غير مقيدة لدى العقلاء باتحاد العامل فأنها كما تتحقق مع العامل الواحد تتحقق مع تعدد العملاء ، حاله في ذلك حال الأجير فان المالك قد يجعل اجيراً واحداً وقد يجعل أجراء متعددين ، كفى دليل الأمضاء في الحكم بصحة هذه المعاملة ، حيث لم يدل دليل على اعتبار وحدة العامل ٥

وبعبارة أخرى : ان عدم ورود الردع عن تعدد العامل في شيء من ادلة أمضاء عقد المضاربة بعد قيام السيرة العقلائية عليه ، يكفي في الحكم بصحة هذه المعاملة وحمل عنوان الأجير في لسان الأدلة على الجنس .

(١) الظاهر انه لا اثر لهذا الاشتراط . فان الشرط لا يكون مشرعاً

وربح وعمل الآخر ولم يربح أو خسر يشتركان في ذلك الربح ويجبر به خسران الآخر . بل لو عمل أحدهما وربح ولم يشرع الآخر بعد في العمل ، فانفسخت المضاربة ، يكون الآخر شريكاً (١) وان لم يصدر منه عمل ، لانه مقتضى الاشتراك في المعاملة . ولا يعد هذا من شركة الأعمال كما قد يقال ، فهو نظير ما إذا آجرا نفسهما لعمل بالشركة فهو داخل في عنوان المضاربة لا الشركة ، كما إن للنظير داخل في عنوان الأجارة .

(السابعة عشرة) : إذا أذن المالك للعامل في البيع والشراء نسيئة ، فأشترى نسيئة وباع كذلك ، فهلك المال ، فالدين في ذمة المالك (٢) . وللديان إذا علم بالحال أو تبين له بعد ذلك الرجوع على كل منهما (٣)

ولابد من دليل يقتضي ذلك وهو مفقود .

(١) لاتحاد المضاربة وكونهما بمنزلة العامل الواحد .

(٢) بلا اشكال فيه ، فان المعاملة الصادرة من العامل بأذنه معاملة له ، فيكون مطالباً بعوضها لا محالة .

(٣) أما المالك فلما عرفت ، وأما العامل فلكونه مسؤولاً عن المعاملة وطرفاً لها ، فانه ليس كالوكيل في اجراء الصيغة خاصة حيث لا يتحمل شيئاً من مسؤولية العقد ، بل هو طرف له حقيقة لاسيما إذا كان المالك جاهلاً بما يقوم به كما هو الحال في وكالات التجار بيعاً وشراءاً ، فان الوكيل يقوم بتلكم المعاملات على وفق ما يراه

فان رجع على العامل وأخذ منه رجع هو على المالك (١) ودعوى : انه مع العلم من الأول ليس له الرجوع على العامل ، لعلمه بعدم اشتغال ذمته . مدفوعة : بان مقتضى المعاملة ذلك (٢) ، خصوصاً في المضاربة (٣) ، وسيما إذا علم انه عامل يشتري للغير ولكن لم يعرف ذلك الغير أنه من هو ومن اي بلد . ولو لم يتبين للديان ان الشراء للغير يتعين له للرجوع على العامل في الظاهر (٤) ويرجع هو على المالك .

(الثامنة عشرة) : يكره المضاربة مع الذمي خصوصاً إذا كان هو العامل ، لقوله (ع) : « لا ينبغي للرجل

صالحاً من دون اخبار الموكل بجزئيات كل منها قبل ايقاعها .

ومن هنا فيتحمل العامل مسؤوليته في المعاملة باعتبار ان اقدامه على البيع والشراء اقدام على الضمان وكونه مسؤولاً عنه ، على ما تقتضيه السيرة القطعية فان المشتري يرجع على الذي باشر العقد وكان طرفاً له ومسؤولاً عنه من غير التفات إلى كونه وكيلاً أو مالكاً .

(١) لاستقرار الضمان عليه ، باعتبار ان المعاملة له وهو الطرف الحقيقي فيها .

(٢) لاقدامه على الضمان وكونه مسؤولاً عنها - كما عرفت - مضافاً إلى السيرة العقلائية القطعية .

(٣) حيث يكون العامل شريكاً للمالك في الربح .

(٤) لظهور كونه له ، وان كان في الواقع لغيره .

المسلم ان يشارك الذمي ، ولا يبضعه بضاعة ، ولا يودعه وديعة ، ولا يصافيه المودة » (١) . وقوله (ع) : « ان أمير المؤمنين (ع) كـره مشاركة اليهودي والنصراني والمجوسي ، الا ان تكون تجارة لا يغيب عنها المسلم »(٢) ويمكن ان يستفاد من هذا الخبر (٣) كراهة مضاربة من لا يؤمن منه في معاملاته من الاحتراز عن الحرام .

(التاسعة عشرة) : الظاهر صحة المضاربة على ماءة دينار كلياً ، فلا يشترط كون مال المضاربة عيناً شخصية

---

(١) رواه محمد بن يعقوب عن عدة من أصحابنا عن احمد بن محمد عن ابن محبوب عن ابن رئاب قال : قال أبو عبد الله (ع) . . . . المتن (١) . والرواية معتبرة .

(٢) رواه محمد بن يعقوب عن علي بن ابراهيم عن أبيه عن النوفلي عن السكوني عن أبي عبد الله (ع) . . . . المتن (٢) .

وهي كسابقتها معتبرة من حيث السند . فان النوفلي والسكوني ثقتان على ما تقدم غير مرة .

(٣) حيث لا يبعد دعوى كون النهي نهياً ارشادياً إلى عدم وثاقتهم كما يشهد له استثناء التجارة الحاضرة .

فمن هنا يمكن تعدية الحكم إلى كل من لا يكون محلاً للوثوق ، فتكون المضاربة معه مكروهة تنزيهاً أو منهياً عنها ارشاداً .

---

(١) الوسائل ج ١٣ باب ٢ من أبواب احكام الشركة ح ١ .

(٢) الوسائل ج ١٣ باب ٢ من أبواب احكام الشركة ح ٢ .

فيجوز ايقاعها العقد على كلي ثم تعيينه في فرد . والقول بالمنع لان القدر المتيقن العين الخارجي من النقدين ضعيف(١) وأضعف منه احتمال المنع حتى في الكلي في المعين (٢) ، إذ يكفي في الصحة العمومات .

(متمم العشرين) : لو ضاربه على ألف مثلاً فدفع اليه نصفه فعامل به ، ثم دفع اليه النصف الآخر ، فالظاهر جبران خسارة أحدهما بربح الآخر ، لانه مضاربة واحدة (٣) وأما لو ضاربه على خمسمائة فدفعها اليه وعامل بها ، وفي اثناء التجارة زاده ودفع خمسمائة اخرى ، فالظاهر عدم جبر

---

(١) لا وجه لتضعيف هذا القول بل هو المتعين ، بعد عدم شمول الروايات الواردة في المضاربة له حيث لا يصدق عنوان اعطاء المال له عليه ، بل يقتضيه ما دل على عدم جواز المضاربة بالدين ما لم يقبض فانه يقتضي عدم جواز المضاربة بالكلي في الذمة ما لم يتشخص في الخارج .

إذن : فالظاهر في المقام هو عدم صحة مثل هذه المضاربة ، ويكفينا في ذلك الشك نظراً لاحتياج صحة المضاربة إلى الدليل الخاص وعدم كفاية العمومات في اثبات صحتها .

(٢) بلا اشكال فيه ، لصدق عنوان اعطاء المال عليه ومن ثم شمول النصوص له .

(٣) وهو واضح ، إذ لا عبرة بتعدد التسليم والقبض وانما العبرة بوحدة المضاربة وتعددها .

خسارة احداهما بربح الأخرى (١) لأنهما في قوة مضاربتين نعم بعد المزج والتجارة بالمجموع يكونان واحدة .

(١) وفيه : ان الخمسمائة الثانية إذا كانت متممة للمضاربة الاولى وتوسعة لها ، فحالها حال الصورة الاولى حيث تكون المضاربة واحدة غاية الأمر انها كانت عند بدئها ضيقة النطاق ؛ فاتسعت بعد ذلك - كما يتفق ذلك كثيراً في التجارات حيث تبدأ برأس مال بسيط لاعتبارات قد تكون منها اختبار قدرة العامل أو قلة المال ثم تتسع مع احساس المالك بالربح - وحينئذٍ يكون الربح جابراً للخسران لا محالة بلا فرق بين مزج المالين وعدمه ، نظراً لاتحاد المضاربة وعدم تعددها حيث لم تلحظ الثانية مستقلة عن الاولى وفي قبالها .

وأما إذا كانت الخمسمائة الثانية مضاربة مستقلة ومنحازة عن المضاربة الاولى - كما لو اختلفت نسبة الربح فيهما بان كان للعامل في الاولى النصف وفي الثانية الثلث أو بالعكس - كان الربح في الثانية غير جابر للخسران في الاولى لا محالة بلا فرق في ذلك بين فرض مزج المالين وعدمه ، فان الامتزاج لا يوجب اتحاد المضاربتين كما لو كان عاملاً لشخصين واختلط مالها في يده ، فانه لا يوجب اتحادهما وجبر خسران احداهما بربح الأخرى .

والحمد لله أولاً وآخراً

كِتَابُ الشَّرِكَةِ

كتاب الشركة

فصل في احكام الشركة

وهي عبارة عن كون الشيء الواحد لاثنين أو أزيد ملكاً أو حقاً (١) .

وهي (إما واقعية قهرية) كما في المال أو الحق الموروث.

---

(١) لا يخفى ان لفظ الشركة في كلمات الفقهاء مستعمل في معناه اللغوي وهو ما يقابل الاختصاص ، وليس لديهم هناك اصطلاح خاص فيه .

نعم كلامهم (قدهم) في المقام يختص بحصة خاصة منها :

فانها قد تفرض في الأمور التكوينية الخارجية كالحفر والقتل ، وبهذا المعنى جاء في الكتاب العزيز «ولم يكن له شريك في الملك»(١) حيث دلت على انحصار السلطة الحقيقية والاستيلاء الخارجي به تعالى.

وقد تفرض في الأمور الاعتبارية من ملكية أو حق ، فانها قد يختصان بواحد وقد يكونان للمتعددين فيكونون شركاء فيها .

وهذا القسم هو محل الكلام بين الفقهاء (قده) .

---

(١) الفرقان : ٢ .

(وإما واقعية اختيارية) من غير استناد إلى عقد ، كما إذا أحيى شخصان أرضاً مواتاً بالاشتراك ، أو حفرا بئراً أو اغترفا ماءاً ، أو اقتلعا شجراً .

(وإما ظاهرية قهرية) (١) ، كما إذا امتزج مالهما من

---

(١) وفيه : انه لا معنى للشركة الظاهرية ـ قهرية كانت ام اختيارية ـ بعد العلم بعدم الاشتراك واقعاً ، فان الاحكام الظاهرية انما هي مجعولة في فرض الشك والجهل بالحكم الواقعي ، فلا معنى لثبوتها مع العلم به

ودعوى : ان المراد من الشركة الظاهرية ، هو ترتيب آثارها في مقام العمل وان لم تكن هناك شركة في الواقع .

مدفوعة : بانه لا موجب لأجراء احكام الشركة بعد العلم بعدمها واقعاً واستقلال كل منهما في ماله .

إذن فالصحيح ان يقال : ان الامتزاج إذا كان على نحو يعد الممتزجان شيئاً واحداً عرفاً وأمراً ثالثاً مغايراً للموجودين السابقين ، كما في مزج السكر بالخل حيث يوجب ذلك انعدامهما معاً وتولد شيء جديد مغاير لهما يسمى بالسكنجبين ، ففيه تكون الشركة شركة واقعية حقيقية ، فان الموجود بالفعل مال واحد نشأ عن المالين فيكون ملكاً لهما معاً ، إذ لا موجب لاختصاص احدهما به .

وهذا الكلام يجري في كل مزيج يعد موجوداً واحداً لدى العرف فانه يكون مشتركاً واقعاً .

ولا ينافي ذلك انه لو اتفق تفكيكهما بوجه من الوجوه ، لكان كل منهما مختصاً بمالكه الأول ، إذ الشركة الواقعية في المقام مشروطة

دون اختيارهما - ولو بفعل أجنبي - بحيث لا يتميز أحدهما من الآخر ، سواء كانا من جنس واحد ، كمزج حنطة بحنطة ، أو جنسين كمزج دقيق الحنطة بدقيق الشعير ، أو دهن اللوز بدهن الجوز ، أو الخل بالدبس .

(وإما ظاهرية اختيارية) كما إذا مزجا باختيارهما لا بقصد الشركة فان مال كل منهما في الواقع ممتاز عن الآخر ، ولذا لو فرض تمييزهما اختص كل منهما بماله وأما الأختلاط

ببقاء الامتزاج وكونه موجوداً واحداً بنظر العرف ، فاذا إمتازا انفسخت الشركة لا محالة .

وأما إذا كان الامتزاج بنحو يكون الموجود بالفعل عبارة عن موجودات متعددة غير قابلة للتميز خارجاً ، كما في مزج الدراهم بمثلها ، فلا موجب للقول بالشركة أصلاً ، فان كل درهم موجود مستقل عن الآخر ومحفوظ في الواقع .

ولا يبعد ان يكون مزج الحنطة بالحنطة والحنطة بالشعير من هذا القبيل حيث تكون كل حبة من الخليط مملوكة لصاحبها ، ولا موجب للقول بالشركة ، بعد ان لم يكن العرف يراهُ موجوداً واحداً في قبال الموجودين السابقين .

نعم في دقيقهما لا يبعد حكم العرف بوحدة الموجود بالفعل .

والحاصل ، ففي فرض عدم اعتبار العرف للموجود الخارجي بالفعل موجوداً واحداً يبقى كل من المالين على ملك مالكه ، وحينئذ فلابد في مقام التميز من الرجوع إلى الصلح القهري أو القرعة على ما سيأتي .

مع التميز فلا يوجب الشركة ولو ظاهراً (١) ، إذ مع الاشتباه مرجعه الصلح القهري (٢) أو القرعة .

(١) كما هو واضح ، لعدم الموجب لها .

(٢) والمراد به اجبار الحاكم لهما على الصلح بالتراضي . وإلا فالصلح لا يكون قهراً ، فان تعاندا ينتهي الأمر إلى القرعة حيث انها لكل امر مشكل ومع امكان التصالح لا اشكال ، واما احتمال اشتراكهما فيه فبعيد جداً ولا موجب له .

وتفصيل الكلام في المقام ان يقال : انه إذا امتزج المالان فان امكن الفرز والتمييز فلا خلاف ولا اشكال ، حيث يجب ذلك ولا تصل النوبة إلى الشركة أو الصلح أو القرعة .

وان لم يمكن التخليص الا بكلفة بالغة كما إذا امتزج طن من الحنطة بطن من الشعير ، حيث قد تزيد اجرة الفرز عن قيمة المالين معاً ، وحينئذٍ فان تصالح المالكان فهو والا اجبرهما الحاكم عليه ويكون ذلك صلحاً قهرياً ، فان امتنعا باشر الحاكم ذلك بنفسه ، حفظاً لمال المسلم عن التلف حيث يريد كل منهما اتلاف مال الآخر بمنعه من التصرف فيه وأخذه لنفسه .

وأما القرعة في المقام فلا موضوع لها ، لانها لرفع الاشتباه ولا اشتباه في المقام بعد فرض امتياز كل من المالين عن الآخر ، فان كل حبة من الحنطة مملوك لمالك الحنطة وكل حبة من الشعير مملوك لمالك الشعير .

هذا كله فيما إذا كان المالك معلوماً واما إذا كان هو مجهولاً كاشتباه الشاتين والعبائتين والكتابين وما شاكلها حيث لا يعرف مالك

(وإما واقعية) مستندة الى عقد غير عقد الشركة ، كما إذا ملكا شيئاً واحداً بالشراء أو الصلح أو الهبة أو نحوها.

(وإما واقعية) منشأة بتشريك أحدهما الآخر في ماله كما إذا اشترى شيئاً فطلب منه شخص أن يشركه ويسمى عندهم بالتشريك . وهو صحيح لجملة من الاخبار (١) .

(وإما واقعية) منشأة بتشريك كل منهما الآخر في ماله(٢)

كل منهما بعينه ، ففيه لا مجال للشركة أيضاً حيث يكون المالان ممتازين في الخارج ، بل ان تصالحا بالاختيار فهو والا فالقرعة لانها لكل أمر مشكل ، ولا مجال للصلح القهري نظراً لعدم الموجب له ، بعد جهالة المالكين وعدم معرفتهما .

إذن : فموضوع كل من الصلح القهري والقرعة مغاير للآخر ، الا انهما قد يجتمعان في فرض واحد ، كما لو امتزج احد المالين بالآخر على نحو لا يمكن تخليصهما مع جهالة المالك بحيث لا يعلم من هو مالك الأول ومن هو مالك الثاني . وحينئذٍ : فان تصالحا فهو ، والا فالقرعة اولاً ثم المصالحة القهرية .

(١) ففي صحيحة هشام بن سالم عن أبي عبد الله (ع) قال : (سألته عن الرجل يشارك في السلعة ، قال : ان ربح فله ، وان وضع فعليه) (١) .

وغيرها ، مضافاً إلى السيرة العقلائية .

(٢) وهذا القسم هو المعروف والشايع من الشركة العقدية ، وهو محل الكلام في المقام .

---

(١) الوسائل : ج ١٣ باب ١ من أبواب احكام الشركة ح ١ .

ويسمى هذا بالشركة العقدية ومعدود من العقود ، ثم ان الشركة قد تكون في عين وقد تكون في منفعة وقد تكون في حق ، وبحسب الكيفية إما بنحو الأشاعة وإما بنحو الكلي في المعين (١) وقد تكون على وجه يكون كل

(١) كما لو باع منّاً من الصبرة المعينة لزيد ، فان المن الكلي يكون لزيد والباقي للمالك البائع ، وبذلك يكونان شريكين في الصبرة المعينة.

وقد ذكر صاحب الجواهر (قده) انه ، لا اشكال في صدق الشركة معه ولا اشاعة .اللهم إلا أن يزاد منها عدم التعيين ، لاخصوص الثلث والربع ونحوها .

وقد أورد عليه في بعض الكلمات ، بان الفرض خارج عن موضوع الشركة ، فانها انما تتحقق فيما إذا كان المال الواحد مملوكاً لشخصين أو اكثر على نحو الاشاعة بان يكون لكل منهما حصة في كل جزء من ذلك المال ، لا ما إذا كان مال كل منهما مستقلاً عن مال الآخر وان كانا بحسب الوجود واحداً كما في البيت الواحد إذا كان طابوقه لشخص وجصه لآخر وخشبه لثالث ، فانه لا تتحقق الشركة فيه لاستقلال كل واحد منهم بجزء منه .

وما نحن فيه من هذا القبيل فان المالك يملك شيئاً والمشتري يملك شيئاً آخر حيث يملك الأول الصبرة الخارجية في حين يملك الثاني الكلي فقط ومعه فلا معنى للشركة .

لكن الصحيح هو ما ذهب اليه صاحب الجواهر (قده) ، فان قياس المقام على مثال الدار من القياس مع الفارق ، إذ العبرة في تحقق الشركة انما هي بوحدة الوجود في الخارج بنظر العرف ،

من الشريكين أو الشركاء مستقلاً في التصرف ، كما في شركة الفقراء في الزكاة (١) .

وهي غير متحققة في مثال الدار بخلاف ما نحن فيه حيث لا يكون وجود الكلي منحازاً في الخارج عن وجود الفرد الخارجي . بل الكلي موجود بوجود الفرد ، ومن هنا فالموجود الواحد في الخارج بالفعل مضاف إلى مالكين ولكن بنحوين من الأضافة ، فانه وبلحاظ الافراد مملوك بتمامه للمالك ، وبلحاظ الكلي - الذي هو الثاني موجود بوجود الأفراد - مضاف ومملوك للمشتري .

والحاصل : ان الوجود الواحد لما كان مضافاً إلى شخصين ؛ تحققت الشركة بينهما فيه ، وان اختلفت نحو الاضافة اليهما .

(١) ورد التعبير بذلك في بعض النصوص ففي معتبرة أبي المعزا عن أبي عبد الله (ع) قال « ان الله تبارك وتعالى أشرك بين الأغنياء والفقراء في الأموال ، فليس لهم أن يصرفوا إلى غير شركائهم »(١).

الا أن التعبير بالشركة في هذه الموارد مبني على نوع من المسامحة ومن باب الاستعارة ، والا فلا شركة في الواقع - على ما تقدم بيانه في محله من كتاب الزكاة مفصلاً - فان الموارد المذكورة في باب مستحقي الزكاة انما هي من باب المصرف لا الملكية ، فالفقير - مثلا - مصرف للزكاة والا فهو لا يملك شيئاً منها ، ومن هنا كان التزام الاصحاب بعدم وجوب البسط والاستيعاب ، إذ لو كانت ملكاً لهم لوجب ذلك ، ايصالاً للمال إلى مالكه .

ثم على فرض الالتزام بالملكية تحفظاً على ظهور اللام في قوله تعالى

(١) الوسائل : ج ٦ باب ٢ من أبواب المستحقين للزكاة ح ٤ .

« انما الصدقات للفقراء والمساكين . . . . » (١) فيها ، فلا مجال للألتزام بها في المقام أيضاً ، إذ الملكية - على تقديرها - انما تكون للكلي الجامع والطبيعي الشامل للأفراد ، لا للأفراد بما هي ، ومن هنا فلا يملك الفرد بما هو وكل واحد منهم بشخصه شيئاً ، والا لوجب البسط على جميع افراد الصنف الواحد ، وهو غير واجب جزماً - بل غير ممكن في الخارج - حتى بناءاً على وجوب البسط بين الأصناف.

إذن : فلا معنى لان يقال ان لبعض الشركاء في الزكاة التصرف في المال المشترك مستقلاً ، إذ لا شركة حقيقية وفي الواقع ، وانما عبر عما فرضه الله لهم في مال الاغنياء بها مسامحة ومن باب ضيق التعبير.

ثم ان بعضهم (قده) قد علق على كلام الماتن (قده) في المقام بأن ما أفاده من كون كل من الفقراء مستقلاً بالتصرف في الزكاة غريب ، إذ لا يجوز لفقير التصرف في الزكاة بدون اذن الولي وهو المالك أو الحاكم الشرعي فضلاً عن أن يكون مستقلاً بالتصرف.

وما ذكره (قده) ناش من التخيل بان مراد الماتن (قده) مما أفاده هو شركة الفقراء للمالك في المال وجواز تصرفهم فيه مستقلاً.

الا أنه غير صحيح ، فانه (قده) لا يقصد بما أفاده شركة الفقراء للمالك ، وانما يعني به شركة الفقراء بعضهم لبعض في الزكاة وعبارته (قده) واضحة في ذلك ، فانه انما عبر بشركة الفقراء في الزكاة ولم يعبر بشركتهم في المال الزكوي - المال المشتمل على الزكاة - .

والحاصل : أن الشركة انما هي بين الفقراء أنفسهم لا بينهم وبين المالك وموردها هي الزكاة بنفسها لا المال الزكوي ، ومن هنا فلا

---

(١) التوبة : ٦ .

والسادة في الخمس (١) . والموقوف عليهم في الأوقاف العامة (٢)

وجه للأيراد عليه بانه لا يجوز لهم التصرف الا بأذن المالك .

وعليه : فكلام الماتن (قده) سالم عن الاشكال من هذه الناحية وان كان هو بحد ذاته مبنياً على المسامحة كما عرفت .

(١) التعبير بالشركة في الخمس لم يرد في شيء من النصوص ، الا انه وكما ذكرنا في محله ، لما كان بدلاً عن الزكاة ـ على ما ورد في النصوص ـ حيث جعله الله بدلاً للهاشميين عنها ، كان الكلام فيه هو الكلام في الزكاة ، فانهم لا يملكونه وانما هم مصرف له خاصة ولذا لا يجب بسطه عليهم واستيعابهم في القسمة .

وعلى تقدير الالتزام بملكيتهم لظاهر اللام في قوله تعالى « واعلموا انما غنمتم من شيء فان لله خمسه وللرسول ولذي القربى ... الآية » (١) فالملكية انما هي للجامع الكلي دون الأفراد .

(٢) الوقف قد يكون على نحو الأنتفاع فقط كوقف المدارس والمساكن ونحوهما .

وقد يكون على نحو الصرف دون التمليك كوقف البستان على أن يصرف وارداته على الفقراء .

وقد يكون على نحو التمليك كما لو أوقف البستان على أن يكون منافعه ملكاً للفقراء .

ففي الأولين لا موضوع للشركة كما هو واضح ، إذ لا ملك لأحد كي يكون شريكاً لغيره ، غايـة الأمر أن له حق الأنتفاع في الأول

(١) سورة الانفال آية ٤١ .

ونحوها (١) .

(مسألة١) : لا تصح الشركة العقدية إلا في الأموال(٢) بل الأعيان فلا تصح في الديون (٣) ، فلو كان لكل منهما

ويكون مصرفاً للوقف في الثاني .

وأما الثالث فالملكية وان كانت متحققة الا أن طرفها هو الكلي والجهة العامة ، وأما الفرد بما هو فلا يملك شيئاً كي يكون شريكاً لصاحبه.

والحاصل : ان ما أفاده الماتن (قده) من شركة الأفراد في الزكاة والخمس والوقف مبني على المسامحة ، وإلا فشركة الأفراد غير متحققة بالمرة ، وان تحققت شركة الكلي والجهة العامة في بعض الموارد وعلى بعض التقادير .

(١) كالوصية ، والحال فيها هو الحال في الأوقاف حرفاً بحرف.

(٢) وهي القدر المتيقن من الشركة العقدية الصحيحة .

(٣) أما بناءاً على اعتبار الأمتزاج في عقد الشركة ، فالأمر واضح نظراً لعدم امكانه اذ لا معنى لامتزاج دين كل منهما بدين الآخر ، فان كلا منهما مستقل في الوجود ومنحاز عن الآخر .

واما بناءاً على عدم اعتباره - كما لم يستبعده الماتن (قده) نظراً لعدم الدليل عليه غير الاجماع المدعى في كلمات بعض ، على ما سيأتي في المسألة الرابعة - انشاء الله - فلأن حقيقة الشركة هذه ترجع إلى تمليك كل من المتعاقدين حصة مما له في ذمة مدينه للآخر بأزاء تمليكه له حصة مما له في ذمة مدينه ، فهي في الحقيقة معاوضة بلفظ الشركة ، وهي ممنوعة لنهي النبي (ص) عن بيع الدين بالدين ، فان المنصرف منه هو النهي عن المعاوضة بالدين مطلقاً ومن غير

دين على شخص فأوقعا العقد على كون كل منهما بينهما لم يصح وكذا لا تصح في المنافع (١) ،

اختصاص بعنوان البيع ، كما يشهد له ما ورد في جملة من النصوص من النهي عن قسمة الدين ، بان يجعل تمام ما في ذمة المدين الأول لأحد الورثة في قبال كون تمام ما في ذمة المدين الثاني للوارث الآخر فانها تؤكد منع الشارع المقدس عن تعويض الدين بالدين ومبادلته بمثله تحت اي عنوان من العناوين كان .

(١) اما بناءاً على اعتبار الامتزاج ، فالأمر واضح ، لعدم امكان تحققه فيما نحن فيه .

واما بناءاً على عدمه فقد تفرض الشركة في المنفعة بمعنى كون كل منهما شريكاً في الأجرة الحاصلة من استيفاء منفعة عين الآخر ، وهي محكومة بالبطلان جزماً ، لانه من تمليك المعدوم حيث لا يملك كل منهما الأجرة بالفعل ، وقد تقدم غير مرة انه يحتاج إلى الدليل وهو مفقود .

وقد تفرض الشركة في نفس المنفعة ، اعني قابلية الدار للسكنى التي هي موجودة بالفعل .

وفيه ان لم يكن الزمان محدوداً ومعيناً ، بان ملك كل منهما صاحبه نصف منفعة داره مطلقاً ومن غير تحديد بحد معين ، حكم ببطلانها لا محالة ، لعدم صحة تمليك المنفعة بقول مطلق ، مطلقاً وبكافة انواع المملكات ، وذلك للجهالة والغرر وعدم معلومية مقدار المنفعة المملوكة إذ قد يتفق تلف احدى العينين قبل الأخرى بزمن طويل.

وأما إذا كان زمان التمليك محدوداً ومعلوماً ، فان تم اجماع على البطلان فيه فهو ، والا فلا نرى محذوراً في الحكم بصحتها ، فانها

بأن يكون لكل منهما دار - مثلاً - وأوقعا العقد على أن يكون منفعة كل منهما بينهما بالنصف مثلاً . ولو أرادا ذلك صالح أحدهما الآخر نصف منفعة داره بنصف منفعة دار الآخر (١) أو صالح نصف منفعة داره بدينار - مثلاً - وصالحه الآخر نصف منفعة داره بذلك الدينار وكذا لا تصح شركة الأعمال (٢) وتسمي شركة الأبدان أيضاً وهي أن يوقعا العقد على أن يكون أجرة عمل كل منهما مشتركاً بينهما ، سواء اتفق عملهما كالخياطة مثلاً ، أو كان عمل أحدهما الخياطة والآخر النساجة ، وسواء كان ذلك

وفي الحقيقة ترجع إلى تمليك كل منهما الحصة من منفعة داره لصاحبه بازاء تمليك صاحبه الحصة من منفعة داره له ، وهي بمنزلة الأجارة .

ويظهر من المحقق الأردبيلي (قده) الميل إلى الصحة في هذه الموارد ، فانه (قده) وان لم يذكر هذا الفرض بخصوصه ، إلا انه (قده) ذكر انه لم يظهر دليل على عدم الجواز إلا الاجماع . فان كان فهو ، وإلا فلا مانع منه .

ومن هنا يظهر ان ما ارتكبه الماتن (قده) من الحكم بالبطلان في المقام ، مع عدم اعتباره للأمتزاج في غير محله .

ولعله لهذه الجهة لم يتعرض المحقق وصاحب الجواهر (قدهما) إلى اعتبار كونه من الأعيان ، فانهما لم يعتبرا إلا كونه من الأموال ومقتضاه صحة الشركة في المنافع أيضاً ، لكونها منها جزماً .

(١) قد عرفت الحال فيه مما تقدم .

(٢) ان ارادوا بذلك عقد الشركة في الأجرتين اللتين تحصل لهما

في عمل معين أو في كل ما يعمل كل منهما . ولو أراد الاشتراك في ذلك صالح أحدهما الآخر نصف منفعته المعينة أو منافعه إلى مدة كذا بنصف منفعة أو منافع الآخر ، أو صالحه نصف منفعته بعوض معين وصالحه الآخر أيضاً نصف منفعته بذلك العوض . ولا تصح أيضاً شركة الوجوه (١) ، وهي أن يشترك اثنان وجيهان لا مال لهما بعقد الشركة على أن يبتاع كل منهما في ذمته إلى أجل ، ويكون ما يبتاعه بينهما ، فيبيعانه ويؤديان الثمن ويكون

من عملها - كما هو غير بعيد من ظاهر كلماتهم - فلا ينبغي الاشكال في بطلانها .

وذلك : لما تقدم غير مرة من عدم الدليل على صحة تمليك المعدوم ، فانه ليس للأنسان ان يملك غيره ما لا يملكه بالفعل .

وان ارادوا بها الشركة في نفس المنفعة بان يملك كل منهما نصف خياطته - مثلاً - في ذلك اليوم لصاحبه في قبال تمليك صاحبه نصف خياطته في ذلك اليوم له ، فلا نعلم وجهاً لبطلانها . فانها من شركة المنافع ، وقد عرفت صحتها بناءاً على عدم اعتبار الامتزاج .

وقد ذكر صاحب الجواهر (قده) ان المحكي عن الأردبيلي (قده) صحة شركة الاعمال ، ما لم يتم اجماع على البطلان .

(١) والوجه فيه واضح ، إذ لا معنى لان يشترك الانسان في ثمن ما يختص بغيره ، ومثل هذا العقد داخل في تمليك المعدوم وهو غير جائز .

ما حصل من الربح بينهما . وإذا أرادا ذلك على الوجه الصحيح وكل كل منهما الآخر في الشراء ، فاشترى لهما في ذمتهما . وشركة المفاوضة أيضاً باطلة (١) وهي أن يشترك اثنان أو أزيد على أن يكون كل ما يحصل لأحدهما من ربح تجارة أو زراعة أو كسب آخر أو إرث أو وصية أو نحو ذلك مشتركاً بينهما ، وكذا كل غرامة ترد على أحدهما تكون عليهما . فانحصرت الشركة العقدية الصحيحة بالشركة في الأعيان المملوكة فعلاً (٢) وتسمى شركة العنان .

(مسألة ٢) : لو أستأجر اثنين لعمل واحد بأجرة معلومة صح (٣) .

---

(١) والوجه فيه أوضح من سابقه ، فانه من تمليك ما قد يملكه في المستقبل ، وهو باطل جزماً .

(٢) بل والمنافع إن لم يتم اجماع على اعتبار الامتزاج .

(٣) بل الاظهر البطلان ، لجهل المستأجر بمقدار العمل الذي يملكه في ذمة كل من الأجيرين ، وجهلهما بما يخص كلاً منهما من الأجرة في ذمة المستأجر فانه قادح في الصحة لا محالة .

والعلم بمجموع الأجرتين والعملين لا ينفع في الصحة ، بعد الجهالة بما لكل واحد منهما وما عليه ، ولا يقاس المقام ببيع الصفقة حيث يحكم فيه بالصحة للعلم بمجموع المبيع ومجموع الثمن ، ولا يقدح فيه الجهل بما يقابل كل جزء من الثمن .

فانه من القياس مع الفارق فان البيع فعل واحد صادر من بايع

واحد لمشتر واحد متعلق بمجموع شيئين بثمن واحد ، فكل من المبيع والبايع والمشتري والثمن معلوم ، غاية الأمر أن تقسيم الثمن على اجزاء المثمن مجهول وهو غير قادح بعد علم كل من البايع والمشتري بمقدار ما يملكه بازاء ما يدفعه بمقتضى العقد .

واين هذا من المقام حيث يكون المملوك لكل من المستأجر والأجيرين مجهولاً فان المستأجر لا يعلم بمقدار ما يملكه في ذمة الأجير الأول وما يملكه في ذمة الأجير الثاني ، كما أن كلاً منهما لا يعلم بما يملكه في ذمة المستأجر .

وبعبارة اخرى : ان الأجارة لما كانت واقعة مع اجيرين ، كانت في الحقيقة بمنزلة أجارتين ومن هنا فلا يكفي معلومية مقدار مجموع العمل ، بل لابد من العلم بمقدار ما يملكه المستأجر على كل منهما مستقلاً ، وحيث انه غير حاصل فلا محيص عن الحكم ببطلان مثل هذا العقد .

وبذلك يظهر الفرق بين المقام وبيع الصفقة وان كانت الصفقة لمالكين كما إذا باع الوكيل ماله ومال موكله صفقة واحدة فان مجموع الصفقة والثمن معلوم للبايع والمشتري وان ما انتقل إلى المشتري هو تمام الصفقة ، كما ان ما انتقل إلى كل من مالكي الصفقة من الثمن متعين في الواقع بنسبة ما يملكه كل منهما إلى مجموع الصفقة .

وهذا قد يكون مجهولاً للبايع والمشتري حين البيع إلا انه لا يضر بالصحة إذ لا يترتب عليه اي غرر ، ولا يعتبر في صحة البيع العلم بمقدار ما يقع من الثمن بازاء كل جزء من المبيع .

واما في المقام فما يملكه المستأجر على كل من الأجيرين وما يملكانه عليه من الأجرة فلا تعين لهما حتى في الواقع ونفس الامر ، وما يصدر

منهما من العمل فيما بعد وان كان متعيناً في علم الله ، إلا انه لا يكشف عن ان المملوك من الأول كان بهذا المقدار كما هو ظاهر .

ولاجل ذلك يحكم بالبطلان لا محالة .

هذا ولكن المنصرف عرفاً ، من اجارة شخصين لعمل واحد بأجرة واحدة هو ارادة توزيع العمل بينهما نصفين متساويين ، فيكون مرجع اجارتهما كذلك اجارة كل منهما على نصف العمل بنصف الأجرة.

وهذه الأجارة وان كانت صحيحة إلا انه لا يتفرع عليها ما ذكره الماتن (قده) بعد الحكم بالصحة .

بل الصحيح حينئذٍ ان يقال : انهما ان أتيا بالعمل كذلك - نصفين متساويين - استحق كل منهما نصف الأجرة ، وان أتى احدهما بنصيبه مع زيادة بحيث قام ببعض واجب الآخر أيضاً ، لم يؤثر ذلك في زيادة استحقاقه من الأجرة على حساب صاحبه ، بل لكل منهما نصف الأجرة أيضاً ، فانه لا يستحق صاحب الزيادة بازاءها شيئاً لا من المسمى لخروج عمله الزائد عن متعلق اجارته ولا أجرة المثل لعدم الأمر به من المستأجر أو الأجير الثاني ، وبذلك فيذهب عمله الزائد هدراً لا محالة .

وأما العامل الآخر - الآتي بالأقل - فيستحق تمام النصف ، لانه ملكه بالعقد وقد هيأ نفسه للأتيان بما وجب عليه من العمل فسبقه الغير بالأتيان ببعضه وبذلك قد فوت عليه موضوعه - على ما تقدم تحقيقه مفصلاً في كتاب الأجارة فراجع - .

والحاصل : ان الأجارة هذه ان وقعت على ان توزع الأجرة بينهما بنسبة عمل كل منهما إلى المجموع ، بطلت لمجهولية ما يملكه كل منهما على الآخر ، وعدم الجدوى في العلم بمقدار المجموع في

امثال المقام .

وان وقعت على ما هو المنصرف اليه في مثل المقام من الاشتراك في العمل والأجرة بالمناصفة صحت واستحق كل منهما نصف الأجرة وان اختلفا في مقدار العمل .

نعم لو فرض ان الأجيرين اتفقا فيما بينهما بعقد الجعالة على ان يكون لمن يقوم ببعض عمل الآخر بنسبة ما أتى به إلى مجموع العمل من الأجرة ، صح واستحق من أتى بعمله وزيادة نصف المسمى بعقد الأجارة وما قابل الزيادة بالنسبة من حصة صاحبه بعقد الجعالة .

وحينئذٍ فان علم بتساوي العملين استحق كل منهما النصف ولم يبق لعقد الجعالة موضوع .

وان علم بزيادة عمل احدهما بعينه على الآخر وعلم مقدار الزيادة استحق زيادة على النصف الذي يأخذه بعقد الأجارة من الجعل بالنسبة .

وإن شك في التساوي والزيادة كان المورد من موارد الشك في استحقاقه على الآخر شيئاً ومقتضى الأصل عدمه .

ونحوه ما إذا علم بالزيادة وشك في مقدارها حيث يؤخذ بالمتيقن منها وينفى الزائد عنه بالأصل .

وكذا لو شك في زيادة عمل كل منهما على الآخر وعدمها .

بل وكذا لو علم بأصل الزيادة ولكن جهل صاحبها فانه وان تحقق العلم الاجمالي باستحقاق احدهما على الآخر شيئاً بالجعل ، إلا انه لا اثر لهذا العلم الاجمالي لدورانه بين مكلفين لا تكليفين لمكلف واحد وحينئذٍ فينفي كل منهما استحقاق الآخر شيئاً عليه بالأصل وبذلك يأخذ كل منهما نصف الأجرة لا محالة .

ومما ذكرنا يظهر انه لا مورد في الفرض المذكور للقرعة ولا الصلح

وكانت الأجرة مقسمة عليهما بنسبة عملهما . ولا يضر الجهل بمقدار حصة كل منهما حين العقد ، لكفاية معلومية المجموع . ولا يكون من شركة الأعمال التي تكون باطلة بل من شركة الأموال ، فهو كما لو استأجر كلاً منهما لعمل وأعطاهما شيئاً واحداً بأزاء اجرتهما ولو اشتبه مقدار عمل كل منهما فان احتمل التساوي حمل عليه ، لأصالة عدم زيادة عمل أحدهما على الآخر (١) وان علم زيادة احدهما على الآخر .

القهري حيث يدور أمر المكلف بين كونه مشغول الذمة للغير وكون الغير مشغول الذمة له ، وفي مثله فان لم يدع احدهما على الآخر شيئاً فهو وإلا فان ادعى احدهما الزيادة خاصة كان المورد من قبيل المدعي والمنكر وان ادعيا معاً كان من التداعي وعلى كلا التقديرين لابد من الرجوع إلى القواعد المذكورة في باب القضاء .

هذا وما ذكرناه من ظهور استئجار اثنين لعمل واحد في المناصفة غير مختص بالمقام بل يجري في سائر الأبواب أيضاً ، وقد تعرض له الفقهاء (قدهم) في بعضها كابواب الهبة والوصية والبيع ونحوها فانه لو أوصى بداره لاثنين كان بينهما بالتنصيف وليس ذلك إلا لفهم العرف من تشريك اثنين في الهبة كون المال بينهما نصفين .

(١) لا يخفى انه لا مجال للتمسك بهذا الاصل في المقام بناءاً على ما أفاده الماتن (قده) من الصحة واستحقاق كل من العاملين من الأجرة بمقدار ما يقع بازاء عمله بالنسبة فانه حينئذ لا اثر شرعي

فيحتمل القرعة في المقدار الزائد (١) ويحتمل الصلح القهري.

(مسألة ٣) : لو اقتلعا شجرة أو اغترفا ماء بآنية واحدة أو نصبا معاً شبكة للصيد أو أحييا أرضاً معاً ، فان ملك كل منهما نصف منفعته بنصف منفعة الآخر اشتركا فيه بالتساوي ، والا فلكل منهما بنسبة عمله ولو بحسب القوة والضعف . ولو اشتبه الحال فكالمسألة السابقة (٢) وربما يحتمل التساوي مطلقا (٣) ، لصدق اتحاد فعلهما في السببية .

يترتب على الزيادة وعدمها ، إذ الأثر انما يترتب على مقدار نسبة عمل كل منهما إلى المجموع وهي لا تثبت باصالة عدم الزيادة ، على انها معارضة باصالة عدم التساوي حيث ان كلا منها أمر حادث .

وعليه فلابد من الرجوع إلى القرعة أو الصلح القهري .

(١) قد عرفت انه لا مجال للرجوع إلى القرعة أو الصلح القهري عند الشك في مقدار الزيادة إذا كان استحقاق الآتي بالزيادة من جهة الجعالة لا باصل الاجارة واما إذا كان باصل الاجارة كما ذهب اليه الماتن (قده) فالرجوع إلى القرعة انما يكون فيما إذا كانت اطرافها معلومة ، وأما مع جهالتها كما لو كثرت جداً بان دار أمر الزيادة بين جزء من الف جزء إلى مأة جزء من الف جزء ، فحيث لا يمكن تعيين المحتمل بالقرعة فلا محيص عن الرجوع إلى الصلح القهري ان لم يمكن الأختياري منه .

(٢) من الحمل على التساوي عند احتماله ، والقرعة أو الصلح القهري عند العلم بالزيادة . وقد تقدم الكلام فيه آنفاً .

(٣) ذكره صاحب الجواهر (قده) لاستناد الفعل اليهما معاً

ومن دون ترجيح في ذلك لأحدهما على الآخر .

وما أفاده (قده) صحيح في الجملة لا مطلقاً ، فانه لابد من التفصيل في هذه الموارد وموارد الجعالة مما تكون الملكية مسببة عن العمل الخارجي بين كون العمل الصادر من الاثنين مركباً ذا اجزاء وبين كونه بسيطاً لا جزء له .

ففي الأول - كالكتابة والخياطة والبناء - لا محيص عن الالتزام بملكية كل منهما بنسبة عمله ، ولا وجه للتنصيف بعد فرض اختلاف مقدار عمل احدهما عن الآخر .

وفي الثاني يتم ما أفاده (قده) ، إذ العمل الواحد البسيط مستند اليهما معاً لا محالة على حد سواء ، وان كان احدهما اقوى من الآخر إذ لولا كل منهما لما تحقق نهائياً ، ففي مثل القلع واغتراف مقدار معين من الماء دفعة وما شاكلهما لا يتحقق هذا الفعل الوحداني إلا بهما معاً ، فهو مستند اليهما وحاصل بفعلهما معاً .

ومن هنا يشتركان في ملكيته على حد سواء وان كان احدهما اقوى من صاحبه ، وكذا الحال في الصيد فان نصب الشبكة المؤدي إلى الاستيلاء على السمكة اثر وحداني بسيط يستند اليهما على حد سواء وان اختلفا في نسبة صنعهما فانه لا اثر له .

وعلى ما ذكرنا جرى الاصحاب في موارد الضمانات وغيرها ، فذكروا انه إذا اتلف اثنان مال ثالث ضمناه بالسوية بحيث يكون على كل منهما نصف قيمته مطلقاً وان كان فعل احدهما اقوى من صاحبه كما لو كانت ضربته أقوى من ضربة الآخر ، وذكروا أيضاً ان القاتلين لثالث يشتركان في قصاصه او ديته وان كان القتل حاصلاً من ضربة واحدة من احدهما وضربتين من الآخر .

واندراجها في قوله « من حاز ملك » (١) وهو كما ترى.

(مسألة ٤) : يشترط - على ما هو ظاهر كلماتهم - في الشركة العقدية ، مضافاً إلى الايجاب والقبول ، والبلوغ والعقل ، والاختيار ، وعدم الحجر لفلس أو سفه ، امتزاج المالين (٢) سابقاً على العقد أو لاحقاً ، بحيث لا يتميز

وليس ذلك الا لكون الاتلاف والقتل فعلاً بسيطاً مستنداً اليهما على حد سواء فكلامهم (قده) هذا في أبواب الضمانات والقصاص والديات يشهد بما اخترناه من الحكم بالتنصيف مع بساطة الفعل فيما نحن فيه من موارد سببية الفعل للتملك ، لوحدة المناط في المقامين وهو كون الفعل الصادر سبباً لأثر يرتبط بفاعله .

(١) هذه الجملة وان لم ترد في النصوص ، إلا ان أصل الحكم متسالم عليه بينهم ويدل عليه قولهم (ع) « للعين ما رأت ولليد ما أخذت » .

(٢) والكلام فيه ينبغي ان يقع في مقامين : -

الأول : في مقام الثبوت وامكان اخذ الأمتزاج شرطاً في الشركة العقدية .

الثاني : في مقام الاثبات والدليل على اعتبار هذا الشرط .

أما المقام الأول : فان كان مرادهم (قدهم) من الأمتزاج في كلماتهم هو الامتزاج المتقدم في أول هذا الفصل ، والذي يكون سبباً للشركة القهرية سواء أحصل عن الأختيار والقصد أم لا ، كمزج الدهن بالدهن ، فلا يعقل كونه شرطاً في الشركة العقدية ، لانه ان تقدم على العقد كان هو تمام السبب في تحققها ولا يكون العقد من

بعده إلا كوضع الحجر في جنب الانسان ، وان تأخر عنه كان العقد لغواً محضاً لتحقق الشركة بالمزج سواء سبقه العقد أم لم يسبقه .

ودعوى : ان المزج المتأخر يكون كاشفاً عن تحقق الشركة بالعقد السابق فلا يكون لغواً - على ما احتمله صاحب الجواهر (قده) - .

تكلف بلا موجب وحمل لكلماتهم على خلاف ظاهرها ، فان ظاهر كلمات المعتبرين للمزج عدم تحقق الشركة إلا بعده ، ومن هنا فلا موجب لحمله على الكاشفية بل هو شرط مقارن - في نظرهم - ومعه فيرد عليه انه تمام السبب لها وبذلك فلا يكون العقد السابق إلا لغواً محضاً .

نعم لو كان مرادهم (قدهم) من المزج غير ذلك . بان ارادوا به ما يوجب الشركة الظاهرية - على ما التزم به الماتن (قده) كمزج الدرهم بمثلها فهو أمر معقول ولابأس به .

ولعله هو مراد الجماعة من الأمتزاج ، لاسيما من لم يشترط فيه اتحاد الجنس والوصف ، بان يقال بان الأمتزاج هذا وان لم يكن موجباً للشركة الواقعية إلا انه حيث لحق العقد أو لحقه العقد أوجب الشركة بينهما حقيقة .

أما المقام الثاني : فالظاهر عدم انعقاد الاجماع على اعتباره ، وان ورد ذلك في كلمات بعض كالعلامة (قده) .

والذي يكشف عن صحة ما ذكرناه عدم تعرض اكثر القدماء من الاصحاب لهذه المسألة بالمرة ، إذ لم يرد في كلمات كثير منهم ذكر لها ، نعم تعرض لها جملة منهم الا ان عباراتهم قاصرة عن اثبات الاجماع على اعتبار الأمتزاج .

فقد ذكر القاضي (قده) في الجواهر ان صحة الشركة مع الامتزاج

أحدهما من الآخر ، من النقود كانا أو من العروض .
بل اشترط جماعة اتحادهما في الجنس والوصف . والأظهر

اجماعي ولا اجماع على صحتها مع عدمه .

وعبارته (قده) كما تراها قاصرة عن اثبات الاجماع على اعتبار الأمتزاج في صحة الشركة العقدية ، إذ غاية ما تدل عليه هو انعقاد الاجماع على صحة الشركة مع الأمتزاج لا بطلانها مع عدمه ، وبينهما بون بعيد .

ومثله المحكي عن الشيخ (قده) .

واعتبر ابن زهرة (قده) في الغنية الامتزاج ، إلا انه لم يتعرض لدعوى الاجماع على اعتباره .

نعم تعرض ابن حمزة (قده) في الوسيلة إلى هذا الشرط واعتبره وادعى عليه الاجماع .

إلا ان الشهيد (قده) في اللمعة والمحقق (قده) في الشرايع لم يتعرضا له بالمرة ، وانما ذكرا أن المزج سبب قهري للشركة سواء أحصل بالاختيار أم لا به ، وهو كما تراه اجنبي عن محل الكلام .

هذا وقد صرح صاحب الحدائق (قده) بعدم الدليل على اعتبار اتحاد الجنس والوصف والامتزاج ، واعتبره منافياً لأطلاقات الآيات الكريمة والنصوص الشريفة .

والذي يتحصل مما تقدم انـــه لا طريق لاحراز الاجماع التعبدي على اعتبار الأمتزاج ، وحينئذٍ فمقتضى القاعدة كما مال اليه الماتن (قده) هو القول بعدم اعتباره في الشركة بقول مطلق .

عدم اعتباره (١) ، بل يكفي الامتزاج على وجه لا يتميز أحدهما من الآخر ، كما لو امتزج دقيق الحنطة بدقيق الشعير ونحوه ، أو امتزج نوع من الحنطة بنوع آخر . بل لا يبعد كفاية امتزاج الحنطة بالشعير وذلك للعمومات العامة ، كقوله تعالى « أوفوا بالعقود » «١» .

وقوله (ع) : « المؤمنون عند شروطهم » «٢» وغيرهما بل لولا ظهور الاجماع على اعتبار الامتزاج أمكن منعه مطلقاً ، عملاً بالعمومات . ودعوى عدم كفايتها لاثبات ذلك ، كما ترى . لكن الاحوط مع ذلك ان يبيع كل منهما حصة مما هو له بحصة مما للآخر ، أو يهبها كل منهما للآخر أو نحو ذلك ، في غير صورة الأمتزاج الذي هو المتيقن. هذا ويكفي في الايجاب والقبول كل ما دل على الشركة من قول أو فعل .

(مسألة ٥) : يتساوى الشريكان في الربح والخسران

---

(١) لانه وان ذكر في كلمات بعضهم ، إلا ان جملة منهم كالشيخ (قده) لم يعتبره صريحاً ومن هنا فاثباته بالدليل مشكل جداً ، لفقدان الدليل اللفظي وعدم تمامية الاجماع ، بل ومخالفته للعمومات .

«١» سورة المائدة ، آية ١ .

«٢» الوسائل : ج ١٥ باب ٢٠ من أبواب المهور ، ح ٤ .

مع تساوي المالين ، ومع زيادة فبنسبة الزيادة ربحاً أو خسراناً (١) سواء كان العمل من أحدهما أو منهما ، مع التساوي فيه أو الاختلاف أو من متبرع أو من اجير هذا مع الاطلاق ، ولو شرطا في العقد زيادة لأحدهما ، فان كان للعامل منهما أو لمن عمله أزيد ، فلا اشكال ولا خلاف عندهم في صحته (٢) أما لو شرطا لغير العامل منهما أو لغير من عمله أزيد ففي صحة الشرط والعقد ، وبطلانهما ، وفي صحة العقد وبطلان الشرط - فيكون كصورة الأطلاق -

---

(١) وهو واضح لقاعدة تبعية النماء والربح في الملك للأصل ، نظراً لكون نسبتهما إلى المالين على حد واحد .

(٢) بل ادعي عليه الأجماع في بعض الكلمات صريحاً ، والوجه فيه رجوعه إلى اشتراط عقد المضاربة في ضمن عقد الشركة وهو لا محذور فيه حتى ولو كان رأس المال من غير النقدين ، إذ ان اعتباره فيها انما كان للأجماع الذي ادعي عليه ، وهو في المقام مفقود ، بل الاجماع قائم على عدم اعتباره في المقام حيث لم ينسب الخلاف في صحته إلى احد من الاصحاب .

والحاصل : انه لا ينبغي الاشكال في صحة هذا العقد مع الشرط ، لانه شرط سائغ ومشروع في حد ذاته ، واعتبار كون رأس المال من النقدين - إن تم - فهو انما يعتبر في المضاربة المستقلة دون ما كان في ضمن عقد الشركة .

أقوال ، أقواها الأول (١) وكذا لو شرطا كون الخسارة على أحدهما أزيد(٢)وذلك لعموم «المؤمنون عند شروطهم» ودعوى : انه مخالف لمقتضى العقد ، كما ترى . نعم هو مخالف لمقتضى إطلاقه (٣) والقول بأن جعل الزيادة لأحدهما من غير أن يكون له عمل يكون في مقابلتها ليس تجارة ،

(١) بل الأخير لمخالفة الشرط لمقتضى السنة على ما سيأتي بيانه .

(٢) الحال فيه كالحال في سابقه حرفاً بحرف .

(٣) الصحيح في الجواب ان يقال : ان عقد الشركة اجنبي عن الربح بالمرة . فان مقتضاه الاشتراك في المالين بنسبتهما إلى المجموع فقط ، فلو اشترطا خلاف ذلك بان يكون لأحدهما ثلثا المجموع وللآخر الثلث مع تساويهما في المالين ، حكم ببطلانها ، لمخالفة الشرط لمقتضى عقدها ، واما الربح فعقد الشركة اجنبي عنه تماماً ، وتساويهما فيه بالنسبة انما ثبت بدليل خارجي هو ما دل على تبعية النماء لأصل المال في الملكية ، لا بعقد الشركة .

ومن هنا . فان كانت هناك مخالفة في الشرط فهي مخالفته للسنة لا لمقتضى العقد كي يقال انه ليس مخالفاً له وانما هو مخالف لأطلاقه .

وعلى ضوء هذا يتضح وجه عدولنا عما اختاره الماتن (قده) من أقوائية القول الأول إلى أقوائية القول الأخير .

فان هذا الشرط من الشرط المخالف للسنة حيث ان مقتضاها تبعية الربح للمال في الملك وكونه لصاحبه ، فاشتراط كونه كلا أو بعضاً لغيره يكون من الشرط المخالف لها .

وبعبارة اخرى : ان الربح المشترط كونه للغير إذا كان موجوداً

بالفعل ومملوكاً له ، كما لو كان ربحاً لتجارة سابقة ، فلا مانع من أخذه في العقد لانه شرط سائغ والمالك مسلط على ماله يتصرف فيه كيف يشاء .

وأما إذا لم يكن كذلك ، كما هو الحال فيما نحن فيه حيث ان ربح التجارات الآتية أمر معدوم ولا وجود له بالفعل ، فلا يصح أخذه شرطاً إذ لا يصح تمليك المعدوم وكان من الشرط المخالف لمقتضى السنة ، إلا ما اخرجه الدليل كالمضاربة والمزارعة والمساقاة .

ولذا لم يتوقف احد في بطلان هذا الشرط إذا أخذ في ضمن عقد آخر كالبيع والاجارة ونحوهما بان يشترط البايع على المشتري في عقد بيع الدار ـ مثلاً ـ أن يكون أرباح بستانه له ، فانه فاسد جزماً ، إذ الشرط لا يكون مشرعاً وانما ادلته تنظر إلى لزوم الوفاء به فيما يكون سائغاً ومشروعاً في نفسه .

والحاصل : أن اشتراط احد الشريكين الزيادة في الربح من دون ان يكون ذلك في قبال عمل أو زيادة فيه ، من الشرط المخالف ومحكوم بالفساد لا محالة ، الا أن ذلك لا يؤثر على العقد شيئاً فانه محكوم بالصحة لما عرفته في محله من أن التحقيق يقتضي عدم سراية فساد الشرط إلى العقد نفسه .

ثم انه قد يفصل في المقام بين ما إذا كان الشرط ملكية احدهما الزيادة ابتداءاً وبنفس العقد بحيث ينتقل ذلك المقدار من الربح اليه مباشرة ، فيحكم ببطلانه لمخالفته للسنة ، وبين ما إذا كان الشرط تملك الشريك ذلك المقدار بعد تملكه هوله بحيث يكون انتقاله منه اليه لا من المشتري مباشرة ، فيحكم بصحته لعدم مخالفته للسنة نظراً لعدم منافاته لقانون تبعية الربح لأصل المال في الملكية . فان كلا منهما

يملك من الربح بنسبة ماله إلى المجموع ، ثم ينتقل ما اشترط من الزيادة من المشروط عليه إلى المشروط له .

الا ان فساده يظهر مما تقدم ، فانه مخالف للكتاب والسنة أيضاً حيث انه يتضمن تمليك المعدوم بالفعل وهو غير جائز ، فانه ليس للأنسان أن يملك غيره ما لا يملكه بالفعل وبذلك يكون اشتراطه من اشتراط أمر غير جائز فيحكم بفساده لا محالة لان ادلته ليست بمشرعة.

والحاصل : انه لا فرق في الحكم ببطلان هذا الاشتراط بين كون الشرط هو انتقال الزيادة إلى الشريك مباشرة وانتقالها اليه بواسطة مالكها وبعد انتقالها اليه ، فان مالا يكون مشروعاً في حد نفسه لا يكون كذلك بالشرط ، لان الاشتراط لا يغير الاحكام الالهية ، لكن ذلك لا يوجب فساد العقد أيضاً ، فانه محكوم بالصحة .

ويقتضيه مضافاً إلى ما بيناه في محله ، صحيحة رفاعة قال : « سألت أبا الحسن موسى (ع) عن رجل شارك رجلاً في جارية له وقال : إن ربحنا فيها فلك نصف الربح ، وان كانت وضيعة فليس عليك شيء فقال : لا أرى بهذا بأساً إذا طابت نفس صاحب الجارية » (١) .

فانها دالة على صحة العقد في ظرف فساد الشرط المأخوذة فيه وإن لم أر من تعرض لها في المقام وذلك لان المشار اليه بقوله(ع): « لا أرى بهذا بأساً » لا يمكن أن يكون هو نفس عقد الشركة ، لاستلزامه المنافاة مع قوله (ع) : « إذا طابت نفس صاحب الجارية » : فانه يكون لغواً محضاً ، لان المفروض انه هو الذي طلب

---

(١) الوسائل : ج ١٣ باب ١ من أبواب احكام الشركة ، ح ٨ .

بل هو أكل بالباطل ، كما ترى باطل (١) . ودعوى : أن العمل بالشرط غير لازم لانه في عقد جايز . مدفوعة أولا : بأنه مشترك للورود إذ لازمه عدم وجوب الوفاء

من الآخر ذلك .

بل المشار اليه بأداة الاشارة انما هو نتيجة الشرط اعني احتساب تمام الوضيعة على نفسه وعدم تحميل صاحبه شيئاً منها .

ومن هنا تكون الرواية دالة على فساد الشرط إذ لولاه لكان مجبوراً على ذلك سواء اطابت نفسه به أم لا .

وبعبارة اخرى : ان اناطة الحكم بطيب النفس وعدمه كاشف عن عدم لزوم الشرط ونفوذه عليه ، بمعنى كونه غير مجبور على الوفاء به بل الأمر بيده ، فان طابت نفسه به فله ذلك وإلا فله الامتناع عنه ، وهذه عبارة اخرى عن فساد الشرط وإلا فلا وجه لاعتبار طيب النفس في الحكم .

إذن : تكون الرواية دالة على ان فساد الشرط وعدم نفوذه ، لا يتنافى مع كون أصل العقد صحيحاً .

(١) لان التمليك برضا كل من المتعاملين ، والأكل المستند اليه لا يكون من الأكل بالباطل جزماً ، فان التمليك بالرضا ينافيه .

ولذا لو كان متعلق الشرط في المقام غير الزيادة في الربح ، بان اشترط احدهما على الآخر عملاً أو مالاً معيناً لم يكن من الاكل بالباطل جزماً .

والحاصل : ان الأكل المستند إلى التمليك بالرضا في ضمن عقد سائغ مع وجوب الوفاء به لا يكون من الأكل بالباطل .

به في صورة العمل أو زيادته (١) . وثانياً : بأن غاية الأمر جواز فسخ العقد فيسقط وجوب الوفاء بالشرط (٢) والمفروض في صورة عدم الفسخ ، فما لم يفسخ يجب الوفاء به ، وليس معنى الفسخ حل للعقد من الأول ، بل من حينه (٣) ، فيجب الوفاء بمقتضاه مع الشرط إلى ذلك الحين ، هذا ولو شرط تمام الربح لأحدهما بطل العقد ، لانه خلاف مقتضاه (٤) . نعم لو شرطا كون تمام الخسارة

ومن هنا فلو كان عموم : « المؤمنون عند شروطهم » شاملاً له ، لكان الشرط محكوماً بالصحة بلا اشكال .

(١) والحال انك قد عرفت انه لم ينسب الخلاف في صحته إلى أحد من الأصحاب .

(٢) على ما عرفت بيانه مفصلاً في كتاب المضاربة .

(٣) ولذا ذكرنا في كتاب المضاربة ان الفسخ لا يؤثر بالنسبة إلى الارباح السابقة عليه شيئاً ، بل يوزع الربح بينهما بالنسبة التي اتفقا عليه في العقد .

(٤) لم يظهر لنا وجه التفصيل بين اشتراط تمام الربح لأحدهما واشتراط بعضه ، فانه يجري فيه ما قيل في اشتراط البعض من انه ليس منافياً لمقتضى العقد وانما هو مناف لمقتضى اطلاقه خاصة ، فلا فرق بينهما من هذه الجهة .

على انك قد عرفت انه ليس منهما معاً فان العقد اجنبي عن الربح تماماً ، فانه لا يقتضي الا اشتراكهما في المالين في قبال اختصاص كل منهما بأحدهما .

على أحدهما ، فالظاهر صحته (١) لعدم كونه منافياً .

(مسألة ٦) : إذا اشترطا في ضمن العقد كون العمل من أحدهما أو منهما مع استقلال كل منهما أو مع انضمامهما

نعم يبقى فيه ما ذكرناه في اشتراط البعض من كونه منافياً للسنة حيث يقتضي المنع من تمليك المعدوم بالفعل ، فانه لولا هذه الجهة لوجب الالتزام بصحة الشرط والعقد معاً كما التزم به الماتن (قده) في اشتراط البعض .

ثم انه لو قلنا بفساد الشرط لمخالفته لمقتضى العقد ـ كما أفاده الماتن (قده) لم يكن محيص عن الالتزام بفساد العقد أيضاً ، إذ لا يجرى فيه ان فساد الشرط لا يسري إلى العقد ، فانه انما يتم في الشروط الخارجية عن مفاد العقد ، واما الشروط المنافية لمقتضاه ففسادها يستدعي فساد العقد لا محالة ، لرجوعه إلى انشاء امرين متناقضين ، كما لو باعه الدار على ان لا يملك ، وهو يرجع في الحقيقة إلى عدم البيع .

(١) بل الظاهر بطلانه ، وذلك لا لكونه منافياً لمقتضى العقد ، إذ قد عرفت أن مفهوم الشركة اجنبي عنها وعن الربح بالمرة ، فانه ليس إلا تبديل عنوان الاختصاص بعنوان الاشتراك فقط ، واما كون الربح أو الخسارة بينهما فهو أمر خارج عنه ولا علاقة له به .

بل لكونه منافياً للكتاب والسنة ، فان كون خسارة مال احد وتلفه على غيره من غير ما يوجب الضمان من تلف أو اتلاف يحتاج إلى الدليل وهو مفقود .

ولذا لا يلتزمون بصحته في غير هذا العقد .

فهو المتبع ، ولا يجوز التعدي ، وان اطلقا لم يجز لواحد منهما التصرف الا باذن الآخر . ومع الإذن بعد العقد أو الاشتراط فيه ، فان كان مقيداً بنوع خاص من التجارة لم يجز التعدي عنه ، وكذا مع تعيين كيفية خاصة (١) وان كان مطلقاً فاللازم الاقتصار على المتعارف (٢) من حيث النوع والكيفية . ويكون حال المأذون حال العامل في المضاربة ، فلا يجوز البيع بالنسيئة ، بل ولا الشراء بها ، ولا يجوز السفر بالمال ، وان تعدى عما عين له أو عن المتعارف ضمن الخسارة والتلف(٣) ، ولكن يبقى الأذن بعد

إذن : فالظاهر في جميع هذه الموارد - اشتراط الربح تماماً أو بعضاً والخسارة كذلك لأحدهما أو عليه - بطلان الشرط خاصة ومن دون سراية إلى العقد نفسه ، وبذلك يكون حال هذه الصور حال صورة الأطلاق حيث يتقاسم الشريكان الربح والخسران بنسبة ماليهما إلى المجموع .

(١) لأختصاص الأذن بها وانتفاءه عن غيرها .

(٢) للأنصراف اليه عند عدم التعيين .

(٣) أما مع التلف فلا ينبغي الاشكال في ضمانه . فانه وبتصرفه تصرفاً غير مأذون فيه يكون متعدياً ومتلفاً لمال الغير فيضمنه لا محالة .

الا ان معه لا مجال لبقاء الأذن على حاله ، لارتفاعه بارتفاع موضوعه اعني تلف المال .

وأما مع الخسارة فما أفاده (قده) لا يمكن المساعدة عليه . إذ لا وجه لضمانه لها بالمرة ، فان العقد الصادر على خلاف ما عين له أو

التعدي (١) أيضاً ، إذ لا ينافي الضمان بقاءه ، والأحوط مع اطلاق الإذن ملاحظة المصلحة ، وان كان لا يبعد كفاية عدم المفسدة (٢) .

المتعارف ، لما لم يكن عقداً مأذوناً فيه ، كان عقداً فضولياً لا محالة ومعه فيتخير المالك الشريك بين أجازته وقبض الثمن المسمى خاصة وبين رده والمطالبة بماله على تقدير كونه موجوداً وبدله على تقدير تلفه .

وعلى كلا التقديرين فلا يضمن الشريك البايع الخسارة .

نعم ضمان العامل للخسارة في فرض التعدي حكم ثابت في المضاربة على خلاف القاعدة ، للنصوص الخاصة حيث دلت على صحة المعاملة عند مخالفة العامل المضارب لصاحب المال فيما اشترط عليه مع كون الربح - على تقديره - بينهما والخسارة عليه خاصة .

الا ان التعدي عنها إلى كل مورد يتصرف فيه احد في مال غيره بغير إذنه يحتاج إلى الدليل وهو مفقود .

(١) في غير التلف . حيث عرفت انه لا مجال لبقاءه معه ، نظراً لانتفاء موضوعه .

(٢) اختاره صاحب الجواهر (قده) ووجهه ظاهر فان مقتضى اطلاق الأذن فيه عدم تقييده بما يقترن بالمصلحة للمالك ، بل يكفي فيه ما يخلو عن المفسدة له . فانه الخارج عن الأذن خاصة ، ويكون الأمر في الباقي بما في ذلك ما لا مصلحة فيه ، بيد العامل المأذون له بالتصرف .

وأوضح من ذلك في الجواز ما إذا كان أصل البيع مقروناً بالمصلحة وكان الفرد المختار من بين سائر الافراد فاقداً لها بحيث لم يكن فيه

(مسألة ٧) : العامل أمين ، فلا يضمن التلف ما لم يفرط أو يلف أو يتعدى (١) .

(مسألة ٨) : عقد الشركة من العقود الجائزة (٢) ،

مصلحة زائدة على مصلحة اصل البيع ، فانه لا ينبغي فيه الاشكال في الجواز . فان تطبيق الكلي على الافراد الخارجية بيد العامل المأذون جزماً ولا يحتاج فيه إلى وجود المصلحة قطعاً .

(١) وهو واضح ، فان الضمان انما يثبت بالاتلاف أو اليد إذا كانت عدوانية ، فلا يثبت مع كونها يد أمانة وعدم استناد التلف اليه .

(٢) يوضيح الحال في المقام : ان الشركة إن لوحظت بالقياس إلى أصل المال وكونه غير مختص بأحدهما - سواء في ذلك الشركة الاختيارية أو غير الاختيارية مع القصد أو لا معه - فهي لا تنفسخ ما لم تتحقق القسمة في الخارج ، ولا تتبدل الملكية الاشتراكية بالملكية الاختصاصية إلا بها .

ولكل منهما المطالبة بذلك في جميع مواردها بلا اشكال فيه ولا خلاف .

وتدل عليه السيرة القطعية العقلائية والمتشرعية المتصلة بعهد المعصوم (عليه السلام) ، فانه ليس لبعض الورثة الامتناع من التقسيم والمطالبة بالبقاء التركة على حالها بعد مطالبة غيره به ، بل لابد من استجابته اليه .

ومن هنا يظهر انه ليس معنى الجواز في المقام هو ارتفاع الشركة وزوالها بالفسخ فانها موجودة ما لم تتحقق القسمة في الخارج ، وانما هو بمعنى جواز مطالبة كل منهما بالقسمة وعدم جواز امتناع صاحبه منها .

فيجوز لكل من الشريكين فسخه ، لا بمعنى أن يكون الفسخ موجباً للأنفساخ من الأول أو من حينه بحيث تبطل الشركة ، إذ هي باقية ما لم تحصل القسمة ، بل بمعنى جواز رجوع كل منهما عن الأذن في التصرف الذي بمنزلة عزل الوكيل عن الوكالة ، أو بمعنى مطالبة القسمة . وإذا رجع أحدهما عن أذنه دون الآخر - فيما لو كان كل منهما مأذوناً - لم يجز التصرف للآخر ، ويبقى الجواز بالنسبة الى الأول وإذا رجع كل منهما عن إذنه لم يجز لواحد منهما . وبمطالبة القسمة يجب القبول على الآخر ، وإذا أوقعا الشركة على وجه يكون لأحدهما زيادة في الربح أو نقصان في الخسارة يمكن الفسخ (١) ،

وان لوحظت بالقياس إلى الربح الحاصل من التجارة ، فحيث ان استحقاق الربح لم يكن من جهة عقد الشركة ومقتضاها ، وانما كان من جهة الأذن في التصرف في ماله - على ما تقدم بيانه - وليس في المقام ملزم للآذن بأبقاء إذنه ، كان له رفع اليد عنه متى شاء كما هو الحال في سائر موارد الأذن .

وليس للعامل التصرف في المال بعد ذلك ، لانه من التصرف في مال الغير بغير إذنه .

وعليه فمعنى الجواز هنا عدم كون الآذن ملزماً بابقاء إذنه ، وجواز رفعه له متى شاء ذلك .

(١) وذلك باسقاط من له الشرط الشرط ، فانه من الحقوق ولصاحبه

بمعنى ابطال هذا القرار ، بحيث لو حصل بعده ربح أو خسران كان بنسبة المالين على ما هو مقتضى اطلاق الشركة.

(مسألة ٩) : لو ذكر في عقد الشركة أجلاً لا يلزم فيجوز لكل منهما الرجوع قبل انقضائه (١) . الا أن يكون مشروطاً في عقد لازم فيكون لازماً (٢) .

(مسألة ١٠) : لو ادعى أحدهما على الآخر الخيانة أو التفريط في الحفظ فانكر ، عليه الحلف مع عدم البينة(٣).

اسقاطه أو رفع من عليه الشرط يده عن الأذن في التصرف ، إذ به يرتفع موضوع كون الزيادة للشارط ، نظراً لكونها تابعة لجواز التصرف في المال وصحة المعاملة .

لكنك قد عرفت في المسألة السادسة بطلان هذا الاشتراط من اساسه نظراً لكونه مخالفاً للسنة ، ومن هنا فيكون الربح أو الخسران بينهما على نسبة المالين من غير حاجة إلى الطريقين السابقين .

(١) والوجه فيه ظاهر ، فان الشركة من العقود الأذنية ، ولا ملزم للشريك للبقاء على إذنه ، بل له رفع اليد عنه متى شاء كما هو الحال في الوكالة ، وتعيين الأجل في العقد الأذني يرجع إلى تعيين الأجل للأذن ولا ريب في عدم لزومه فيجوز الرجوع قبل انقضاءه.

(٢) لكونه حينئذٍ من توابع العقد وشئونه فيلزم بلزومه ، ومعه فلا أثر لرجوع المالك عن اذنه .

(٣) على ما تقتضيه قواعد الدعوى ، فان المدعي يلزم بالبينة وإلا فليس على المنكر إلا اليمين .

(مسألة ١١) : إذا ادعى العامل التلف ، قبل قوله مع اليمين لانه أمين (١) .

(مسألة١٢) : تبطل الشركة بالموت(٢) . والجنون (٣)

(١) على ما هو المشهور بين الاصحاب ، لكنك قد عرفت في كتاب الأجارة عند التعرض لدعوى الأجير تلف مال الأجارة ، أن مقتضى النصوص الواردة في دعوى الأمين التلف هو التفصيل بين كونه متهماً وعدمه ففي الأول يلزم بالبدل ما لم يقم البينة على العدم في حين يقبل قوله في الثاني مع يمينه ما لم يقم المدعي البينة .

(٢) بلا اشكال فيه ولا خلاف ، فان جواز تصرف العامل في المال مستند إلى أذن المالك ، وحيث ان المال قد انتقل من الآذن إلى ورثته ، وبذلك بطل اذنه ، فلا يجوز له التصرف فيه إلا بأذن شريكه الجديد - الورثة - .

وكذا الحال فيما لو كان العقد مع ولي شريكه ، فان موته يمنعه من جواز التصرف في المال المشترك ، ما لم يأذن الولي الجديد في ذلك فان إذن الأول انما يختص بدور ولايته ، فاذا انتفت بموته وانتقلت إلى غيره ، بطل اذنه واحتاج جواز التصرف فيه إلى اذن من له الولاية على الشريك بالفعل .

(٣) فان حكم المجنون حكم الحيوانات من حيث فقدانه للأهلية ، وحيث ان جواز التصرف متوقف على الأذن بقاءاً وهو منتف في المقام نظراً لانعدام اهليته ، فلا محيص عن الالتزام ببطلان الشركة وعدم جواز تصرف الآخر في المال المشترك .

والحاصل : انه انما يحكم على الأذن الصادر من احد بالبقاء ،

والأغماء (١)، والحجر بالفلس أو السفه (٢) بمعنى : أنه لا يجوز للآخر التصرف ، وأما أصل الشركة فهي باقية(٣) نعم يبطل أيضاً ماقرراه من زيادة احدهما في النماء بالنسبة إلى ماله أو نقصان الخسارة كذلك (٤) وإذا تبين بطلان الشركة فالمعاملات الواقعة قبله محكومة بالصحة ، ويكون الربح على نسبة المالين ، لكفاية الأذن المفروض

فيما إذا صح منه الأذن فعلاً ، وحيث ان المجنون ليس كذلك فيبطل اذنه السابق ولو كان صادراً حال عقله وامانته .

(١) فانه ملحق بالمجنون ، فانه لا يقاس بالنائم ، - على ما هو المتسالم عليه بينهم - فان الأذن السابق لا اثر له واللاحق ساقط عن الاعتبار لانتفاء اهلية المجيز .

(٢) يظهر وجهه مما تقدم ، فانجواز الأذن متوقف على صلاحية الآذن واهليته للقيام بذلك التصرف مباشرة ، وحيث انه مفقود في المقام : فلا اعتبار بأذنه .

وبعبارة اخرى : ان العقود الجائزة متقومة بالأذن حدوثاً وبقاءاً فتنتفي بمجرد انتفاءه ، وحيث ان المحجور عليه ليس له التصرف في ماله فليس له حق الأذن في ذلك فعلاً - بقاءاً - أيضاً ، ومعه فلا يجوز للمأذون سابقاً التصرف فيه لانتفاء الأذن الفعلي وعدم تأثير الأذن السابق .

(٣) غاية الأمر انها في فرض الموت تكون بينه وبين الورثة لانتقال المال اليهم .

(٤) لاختصاصه على تقدير صحته بالإذن السابق والمفروض انتفاءه الا

حصوله (١) ، نعم لو كان مقيداً بالصحة ، تكون كلها

انك قد عرفت ان هذا الشرط باطل على كل تقدير .

(١) وقد تقدم نظيره في المضاربة ، حيث ذكرنا ان بطلانها لسبب من الاسباب لا ينافي صحة المعاملات الواقعة على مال المالك بعد أن كانت صادرة عن إذنه .

نعم لا يستحق العامل - في الفرض - الحصة المعينة له في العقد، فانه فرع صحته والمفروض بطلانه ، إلا ان ذلك لا يعني ذهاب عمله هدراً ، فانه عمل مسلم محترم صدر عن أمر الغير لا على وجه المجانية فيكون ضامناً له لا محالة ، وبذلك فيستحق العامل اجرة المثل .

وهذا الكلام بعينه يجري في المقام ، فان صحة العقد الصادر من الشريك العامل غير متوقفة على صحة عقد الشركة بالمرة ، وانما هي متوقفة على تحقق الأذن من الشريك الثاني في التصرف ، المفروض وجوده ، فيحكم بصحته لا محالة ، وبذلك يستحق العامل اجرة المثل على عمله نظراً لصدوره عن أمر الغير لا على وجه التبرع كما إذا اشترط الزيادة للعامل واما مع عدمه فلا يستحق شيئاً لانه متبرع بعمله.

بقي ان نعرف في المقام أن فساد عقد الشركة قد يفرض من جهة فقدان العاقد لبعض الشروط المعتبرة في صحته كالبلوغ والعقل ، وقد يفرض من جهة فقدان العقد لبعض الشروط المعتبرة فيه كالمزج بناءاً على القول باعتباره .

والظاهر أن موضوع كلام الماتن (قده) في المقام هو الثاني - وان كان ذلك لا يلتئم مع سياق عبارته - إذ فيه يأتي ما ذكره (قده) من فساد عقد الشركة مع صحة المعاملات الصادرة من العامل واستحقاقه اجرة المثل .

فضولياً بالنسبة الى من يكون إذنه مقيداً (١) .

الا انه يرد عليه انه لا وجه لتقيد الحكم بالمعاملات الواقعة قبل تبين بطلان الشركة والعلم به ، بل ينبغي الحكم بالصحة مطلقاً كانت المعاملة صادرة قبل العلم بالبطلان أو بعده ، فانه لا اثر لذلك بعد ان كان المعيار فيه هو صدورها عن إذن المالك ، فانه موجود في كلا الفرضين على حد سواء ، إذ لا منافاة بين العلم بالفساد وبقاء الأذن.

نعم لو كان موضوع كلامه (قده) هو الأول على ما يشهد له سياق عبارته (قده) حيث ذكر ذلك بعد تعرضه للبطلان بفقد شيء من الشرائط المعتبرة في العاقد - فما أفاده (قده) من بطلان المعاملات الواقعة بعد العلم بالفساد ، وان كان صحيحاً ، إلا انه يستلزم انعكاس الاشكال السابق ، حيث ان لازم ذلك الحكم بفساد المعاملات الصادرة منه قبل العلم بالفساد أيضاً ، إذ لا عبرة باذن المجنون أو الصغير أو المحجور عليه ، فانه من هؤلاء مساوق للعدم .

والحاصل : انه لا وجه لما أفاده (قده) من التفصيل بين المعاملات الصادرة من العامل قبل العلم بفساد عقد الشركة ، والصادرة بعد العلم به ، فان الحكم على كلا التقديرين واحد ، فان الفساد إذا كان ناشئاً من جهة فقدان العاقد لبعض الشروط المعتبرة فيه ، تعين الحكم ببطلان المعاملات الصادرة من العامل سواء في ذلك الصادرة منه قبل علمه بالفساد أم بعده . وإن كان ذلك ناشئاً من جهة فقدان العقد لبعض الشروط المعتبرة فيه ، تعين الحكم بصحتها مطلقاً ، صدرت منه قبل علمه بالفساد أم بعده .

(١) لفقدانه لأذن المالك . ومن هنا فان أجاز العقد بعد ذلك

ولكل منهما أجرة مثل عمله (١) بالنسبة الى حصة الآخر إذا كان العمل منهما وان كان من أحدهما فله أجرة مثل عمله.

فهو والا حكم ببطلانها .

(١) الظاهر رجوع هذه الفقرة إلى فرض عدم بطلان المعاملات اعني عدم كون الأذن مقيداً بصحة الشركة ، فان الشريك العامل حينئذ يستحق اجرة مثل عمله بالنسبة إلى حصة صاحبه مضافاً إلى ما يأخذه من ربح حصته - كما عرفت - ، وعليه فيكون قوله (قده) (نعم لو كان مقيداً . . . إلى قوله يكون إذنه مقيداً) جملة معترضة والا فلا وجه لاثبات اجرة المثل في فرض عدم الأذن في المعاملة وكونها فضولية محضة إذ لا موجب لضمان المالك حتى على تقدير اجازته لتلك المعاملات والربح فيها - على ما عرفته مفصلاً في كتاب المضاربة - .

ومما يشهد لما ذكرناه انه (قده) لم يفرض الفضولية من الطرفين فقد يكون أحدهما كذلك والآخر مأذوناً ، ومعه فلا وجه لاستحقاق كل منهما الأجرة بالنسبة إلى حصة صاحبه ، فانه انما ينسجم مع كون الأذن من كل منهما غير مقيد بصحة الشركة .

على ان اطلاق استحقاق كل منهما أجرة مثل عمله ، يعم فرض اجازة المالك للعقد الفضولي وعدمها ، وهو مما لا يمكن الالتزام به في فرض الرد جزماً وان التزم (قده) به في فرض الأجازة في كتاب المضاربة ، وقد عرفت منا منعه نظراً لعدم صدور المعاملات عن أمره وكون ما يصل اليه من الربح حاصلاً من فعله اعني الأجازة.

والحاصل : ان في المقام يستحق كل من العاملين على صاحبه اجرة

(مسألة ١٣) : إذا اشترى أحدهما متاعاً وادعى أنه اشتراه لنفسه وادعى الآخر انه اشتراه بالشركة ، فمع عدم البينة القول قوله مع اليمين ، لأنه اعرف بنيته (١) . كما أنه كذلك لو ادعى انه اشتراه بالشركة وقال الآخر انه اشتراه لنفسه ، فانه يقدم قوله أيضاً ، لأنه اعرف ، ولأنه أمين (٢) .

مثل عمله في حصته إذا كان العمل منهما معاً وإلا فالعامل منهما خاصة لصدوره عن أمره به لا على سبيل التبرع والمجانية ، إذ لا يذهب عمل المسلم هدراً حيث لم يسلم له شرط الزيادة في الربح نظراً لفساده بفساد العقد .

الا ان هذا انما يتم فيما إذا كانت الزيادة مشروطة للعامل منهما واما لو اشترطت لمن لا عمل له - وقلنا بصحة هذا الشرط في نفسه - فلا يستحق العامل في فرض الفساد شيئاً زائداً عن ربح حصته ، وذلك لأقدامه على التبرع بعمله والاتيان به مجاناً .

ثم انه وفي فرض اشتراط الزيادة له فهو انما يستحق اجرة المثل فيما إذا لم تزد عن الزيادة التي كانت له على تقدير الصحة ، وإلا فلا يستحق الزائد عنها لاقدامه على عدم استحقاقه والتبرع بهذا المقدار فهو في الحقيقة انما يستحق اقل الأمرين من الزيادة واجرة المثل .

(١) بل لظهور اطلاق البيع والعقد وبطبعه الأولي في كونه للعاقد نفسه ، وكونه للغير تقييد يحتاج إلى مؤنة زائدة ، ومن هنا فعلى مدعيه الاثبات وإلا فالأصل عدمه .

(٢) بل للسيرة العقلائية والمتشرعية القطعية على قبول قول الوكيل

فيما هو وكيل فيه ، ودخوله تحت قاعدة : « من ملك شيئاً ملك الأقرار به » التي ارسلت في كلماتهم ارسال المسلمات .

نعم لو ادعى الشريك كذبه في ذلك كان له احلافه على ما تقتضيه قواعد الدعوى .

والحمد لله أولاً وآخراً

كتاب المزارعة

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب المزارعة

وهي المعاملة على الأرض بالزراعة بحصة من حاصلها وتسمى مخابرة أيضاً ، ولعلها من الخبرة بمعنى النصيب، كما يظهر من مجمع البحرين . ولا اشكال في مشروعيتها، بل يمكن دعوى استحبابها ، لما دل على استحباب الزراعة بدعوى كونها اعم من المباشرة والتسبيب (١) ، ففي خبر الواسطي قال : « سألت جعفر بن محمد (ع) عن الفلاحين؟ قال : هم الزارعون كنوز الله في أرضه ، وما في الأعمال شيء أحب إلى الله من الزراعة ، وما بعث الله نبياً إلا زارعاً الا ادريس (ع) فانه كان خياطاً » «١» وفي آخر عن أبي عبد الله (ع) : « الزارعون كنوز الأنام يزرعون طيباً أخرجه الله وهم يوم القيامة احسن الناس مقاماً وأقربهم منزلة يدعون المباركين » «٢» وفي خبر

(١) هذه الدعوى عهدتها على مدعيها ، فان الظاهر من كلمة

«١» الوسائل : ج ١٢ باب ١٠ من أبواب مقدمات التجارة . ح ٣.

«٢» الوسائل : ج١٣ باب ٣ من أبواب كتاب المزارعة والمساقاة، ح٧.

عنه (ع) قال : « سأل النبي (ص) أي الاعمال خير؟ قال : زرع يزرعه صاحبه وأصلحه وادى حقه يوم حصاده قال : فاي الاعمال بعد الزرع ؟ قال : رجل في غنم له قد تبع بها مواضع القطر يقيم الصلاة ويؤتي الزكاة . قال: فاي المال بعد الغنم خير ؟ قال : البقر يغدو بخير ويروح بخير . قال : فاي المال بعد البقر خير ؟ قال : للراسيات في الوحل المطعمات في المحل : نعم المال النخل ، من باعها فانما ثمنه بمنزلة رماد على رأس شاهق اشتدت به الريح في يوم عاصف ، الا ان يخلف مكانها . قيل يارسول الله (ص) فاي المال بعد النخل خير ؟ فسكت فقام اليه رجل فقال له : فأين الأبل؟ قال : فيها الشقاء والعناء وبعد الدار ، تغدو مدبرة وتروح مدبرة ، لا يأتي خيرها الا من جانبها الأشأم أما أنها لا تعدم

« الزراعة » انما هو الفعل الخارجي بنفسه ، بحيث يباشر المكلف الاتيان به ، ومن هنا فاثبات كون الاتيان بسببه محبوباً أيضاً يحتاج إلى الدليل وهو مفقود .

نعم لا يبعد دعوى استحبابه من باب كونه مقدمة لأمر مستحب في نفسه ، واعانة عليه فيدخل في قوله تعالى « وتعاونوا على البر والتقوى » ، الا انه خارج عن محل الكلام ، فان الكلام انما هو في استحبابه بعنوان المعاملة والمزارعة ، لااستحبابه مطلقاً وتحت اي عنوان كان ولو كان ذلك هو عنوان الاعانة على أمر محبوب ومرغوب عند الشارع المقدس .

الاشقياء الفجرة » «١» وعنه (ع) « الكيمياء الاكبر الزراعة » «٢» وعنه (ع) : « ان الله جعل أرزاق انبيائه في الزرع والضرع كيلا يكرهوا شيئاً من قطر السماء» «٣» وعنه (ع) : « أنه سأله رجل فقال له : جعلت فداك أسمع قوماً يقولون : ان المزارعة مكروهة ، فقال : ازرعوا فلا والله ما عمل الناس عملاً أحل ولا أطيب منه » «٤» . (١)

(١) هذه الرواية قد رواها المشايخ الثلاثة . غير أن الصدوق (قده) قد رواها عن ابن سيابة ، والكليني والشيخ (قدهما) قد روياها عن سيابة ، وكذا في الوافي والوسائل .

والظاهر ان نسخة الصدوق (قده) خطأ ، إذ لا وجود لابن سيابة - بهذا العنوان - في غير هذا الموضع من كلامه (قده) فضلاً عن غيره .

نعم لسيابة ولدان عبد الرحمن وصباح - والأول اكثر رواية من أخيه - الا انه لم يرد في شيء من النصوص ذكرهما بعنوان ابن سيابة بقول مطلق ، وانما هما يذكران باسمهما الخاص (عبد الرحمن بن سيابة وصباح بن سيابة) .

إذن فالصحيح هو سيابة - صاحب الكتاب - وفاقاً للكليني (قده) الذي هو أضبط نقلاً من الصدوق (قده) لاسيما بعد موافقة الشيخ (قده)

«١» الوسائل : ج ٨ باب ٤٨ من أبواب احكام الدواب ، ح ١ .

«٢» الكافي : ج ٥ ص ٢٦١ .

«٣» الوسائل : ج ١٣ باب ٣ من أبواب المزارعة والمساقاة ، ح ٢ .

«٤» الوسائل : ج ١٣ باب ٣ من أبواب المزارعة والمساقاة ، ح ١ .

ويستفاد من هذا الخبر ما ذكرنا من أن الزراعة أعم من المباشرة والتسبيب (١) وأما ما رواه الصدوق مرفوعاً عن النبي (ص) : « أنه نهى عن المخابرة . قال : وهي المزارعة بالنصف أو الثلث أو الربع » «١» فلابد من حمله على بعض المحامل ، لعدم مقاومته لما ذكر (٢) وفي مجمع البحرين : « وما روي من أنه (ص) نهى عن المخابرة كان ذلك حين تنازعوا ، فنهاهم عنها » .

له في موضعين من التهذيب .

وعليه فتكون الرواية ضعيفة السند نظراً لعدم وثاقة سيابة .

وكيف كان : فالموجود في الكتب الثلاثة : « اسمع قوماً يقولون: ان الزراعة مكروهة » بدلاً عن « اسمع قوماً يقولون : ان المزارعة مكروهة » ، ولا ادري ان الماتن (قده) من اين أتى بهذه النسخة .

ومن هنا فيكون حالها حال سائر النصوص الواردة في المقام من حيث الدلالة على استحباب الزراعة بمعنى مباشرة الانسان للفعل بنفسه وقد عرفت انها اجنبية عن محل الكلام .

(١) قد عرفت منع ذلك وان هذه الرواية ليست رواية مستقلة بأزاء تلك النصوص السابقة وانما هي مثلها .

(٢) الا انك قد عرفت عدم تمامية شيء مما تقدم في الدلالة على استحباب المزارعة بعنوانها المستقل ، ومن هنا فلا تكون معارضة لهذه الرواية .

الا ان هذا لا يعني التزامنا بالحكم بالكراهة ، فان هذه الرواية

«١» معاني الأخبار : الجزء ٢ الباب ١٣٣ الصفحة ٨٠ .

ويشترط فيها أمور :

ـ أحدها ـ الايجـاب والقبول (١) ويكفي فيهما كل لفظ دال (٢) ، سواء كان حقيقة أو مجازاً مع القرينة ،

ساقطة من حيث السند نظراً لكونها مرفوعة ، ومعه فـلا تصلح للأستدلال بها على شيء .

إذن : فالصحيح ان عقد المزارعة في نفسه وكمعاملة مستقلة ، غير متصف بشيء من الاستحباب أو الكراهة ، حاله في ذلك حال سائر العقود كالبيع والأجارة ونحوهما ، وانما يتصف بالاحكام الخمسة بلحاظ مايقترن به ويعرض عليه من الأوصاف والعناوين الخاصة فانه وبهذا اللحاظ قد يكون واجباً وقد يكون مستحباً وقد يكون حرامـاً وقد يكون مكروهاً وقد يكون مباحاً أيضاً .

(١) بلا خلاف فيه . فان عقد المزارعة لما كان موجباً لاستحقاق كل من مالك الأرض والعامل على الآخر شيئاً ، كان لابد فيه من اعتبار كل منهما ذلك لصاحبه ورضاه به مع ابرازه في الخارج ، على ما تقتضيه قضية كونه من العقود .

(٢) وذلك لما ذكرناه في المباحث الأصولية وغير مورد من المباحث الفقهية من أن حقيقة الانشاء في قبال الاخبار ليست إلا ابراز امر نفساني غير قصد الحكاية عن وقوع شيء في الخارج أو عدمه .

فان هذا الاعتبار إذا صدر ممن له الاهلية ، كان موضوعاً لترتب الآثار عليه .

ومن هنا : فيصح الانشاء بكل ما يكون مبرزاً ومظهراً لذلك الاعتبار عرفاً ، سواء في ذلك عقد المزارعة وغيره ، فيصح الانشاء

بصيغة الماضي والمضارع والأمر بالعربية وغيرها ، ولذا يصح انشاء الملكية في الهبة بصيغة الأمر حيث يكتفي فيها بقول الواهب للموهوب له « خذ هذا » ونحوه .

والحاصل : ان العبرة انما هي بدلالة اللفظ على الأمر الاعتباري الكامن في النفس فانه لو تمت دلالته صدق العقد عليه وشملته ادلة امضاء ذلك العقد من قبل الشارع .

هذا مضافاً إلى كفاية اطلاقات ادلة صحة المزارعة في المقام ، فانها وبمقتضى عدم تحديدها بلفظ خاص شاملة لكل ما يصدق عليه عنوان المزارعة ، اعني اتفاق مالك الارض والعامل على ان يعمل الثاني في ارض الأول بشرط ان يكون الربح بينهما ، سواء أكان ذلك بالجملة الفعلية أو الماضوية أو العربية أم لم يكن .

كما ورد ذلك في المساقاة حيث دلت صحيحة يعقوب بن شعيب على جواز انشاءها بصيغة الأمر فقد روى عن أبي عبد الله (ع) (في حديث) قال : « سألته عن رجل يعطي الرجل أرضه وفيها ماء أو نخل أو فاكهة ، ويقول : اسق هذا من الماء واعمره ولك نصف ما أخرج الله عزوجل منه ، قال : لابأس » (١) .

والذي يتحصل مما تقدم : انه ما لم يدل دليل خاص على اعتبار لفظ معين في وقوع معاملة فمقتضى مطلقات المزارعة ـ في خصوص المقام ـ وقوع المعاملة بكل لفظ يكون كاشفاً عن ذلك الاعتبار النفساني ، ولو كان ذلك الكاشف جملة اسمية فضلاً عن كونها فعلية بصيغة المضارع أو الأمر .

---

(١) الوسائل : ج ١٣ باب ٩ من أبواب احكام المزارعة والمساقاة ح ٢ .

كـ « زارعتك أو سلمت اليك الأرض على ان تزرع علي كذا » . ولا يعتبر فيهما العربية (١) ولا الماضويـــة (٢) فيكفي بالفارسي وغيره ، والأمر كقوله : « ازرع هذه الارض على كذا » أو المستقبل أو الجملة الاسمية مع قصد الانشاء بها .

وكذا لا يعتبر تقديم الايجـــاب على القبول ، ويصح الايجاب من كل من المالك والزارع (٣) . بل يكفي القبول

(١) لعدم اختصاص عقد المزارعة بالعرب خاصة ، فهو عقـد عقلائي يصدر من العرب ومن غيرهم على حد سواء ، وحيث ان من الواضح ان ما يصدر من غيرهم لا يكون بالعربية ، يكون مقتضى ادلة امضاء عقد المزارعة من قبل الشارع من غير تقييد ، صحة العقد المنشأ بغير العربية .

(٢) لاطلاق دليل الأمضاء بعد كون العقد بحد نفسه عقداً عقلائياً يقع كثيراً ويتعارف فيه الانشاء بغير الماضوية ، فان عدم التعرض إلى اعتبارها في مقام البيان ، دليل على عدم الاعتبار .

هذا كله مضافاً إلى اطلاقات ادلة المزارعة ، حيث لا قصور فيها عن شمول العقد الفاقد لها .

وتوهم : دلالة عمومات التجارة والوفاء بالعقود على عدم اعتبارها أيضاً .

مدفوع : بما تقدم غير مرة من عدم شمولها للعقود التي تتضمن تمليك امر معدوم بالفعل ، حيث تحتاج صحتها إلى دليل خاص .

(٣) بهذا يمتاز عقد المزارعة عن سائر العقود ، والوجه فيه ان

الفعلي بعد الايجاب القولي على الأقوى (١) . وتجري فيها المعاطاة ، وإن كانت لا تلزم الا بالشروع في العمل (٢).

المزارعة عقد يملك كل من طرفيه الآخر شيئاً ويلتزم به فالعامل يملك رب الارض العمل فيها وهو يملكه الحصة المعينة من حاصلها ومن هنا فيصح ان يقول المالك للعامل زارعتك ، كما يصح ان يقول العامل له ذلك ، لاتحاد نسبة كل منهما اليه ، فانهما بالقياس اليه على حد سواء وليس هو كسائر العقود من البيع والاجارة وغيرهما حيث تختلف نسبة طرفيها اليها ، وانما هو نظير ما ذكرناه في مسألة تمييز البايع عن المشتري في المكاسب ، من فرض عقد يتضمن مبادلة الكتاب بالعباءة حيث يتساوى نسبة مالكيهما إلى ذلك العقد من دون أن يتصف احدهما بعنوان البايع والآخر بعنوان المشتري .

(١) لصدق العقد عليه بعد ابراز الفعل لاعتباره النفساني .

(٢) على ما هو المعروف والمشهور بينهم ، حيث ذكروا ان العقد المعاطاتي يكون جائزاً ما لم يتصرف احدهما فيما يتعلق به ، وأن اللزوم انما يختص بالعقد اللفظي .

الا اننا قد ذكرنا في مباحث المكاسب ، انه لا دليل على هـذا الحكم سوى الشهرة ، بل مقتضى العمومات وما دل على لزوم العقود في غير المقام وادلة الامضاء في المقام - اعني السيرة القطعية المتصلة بعهد المعصومين (ع) من دون ردع عنها - هو اللزوم مطلقاً من غير فرق بين ما كان باللفظ وما كان بالمعاطاة .

إذن : فالمعاملة المعاطاتية هذه محكومة بالصحة واللزوم ، حالها في ذلك حال المعاملة المنشأة باللفظ .

ـ الثاني ـ البلوغ ، والعقل ، والاختيار ، وعدم الحجر لسفه أو فلس ، ومالكية التصرف (١) في كل من المالك والزارع . نعم لا يقدح حينئذ فلس الزارع اذا لم يكن منه مال لانه ليس تصرفاً مالياً (٢) .

ـ الثالث ـ أن يكون النماء مشتركاً بينهما ، فلو جعل الكل لاحدهما لم يصح مزارعة (٣) .

---

(١) والمراد به تمكن كل من المالك والزارع من التصرف زائداً على اعتبار البلوغ والعقل والاختيار وعدم الحجر ، بل ومالكيته للعين فان كل ذلك لا ينفع فيما إذا لم يكن متمكناً من التصرف بالفعل ، كما لو كان عمل العامل في تلك الفترة مملوكاً لغيره بالاجارة أو غيرها أو كانت منفعة الارض كذلك أو كانت مرهونة لدى الغير .

فان هذه الأمور وغيرها مما يسلب مالكية احد الطرفين للتصرف تمنع من صحة المزارعة .

(٢) والحجر عليه مختص بالتصرفات المالية في امواله خاصة ، والا فله التصرف في مال الغير بأذنه بل وفيما يعود إلى نفسه فيما لا يكون تصرفاً مالياً كالاستدانة وانشاء عقد الاجارة والمزارعة وغيرهما .

(٣) وتدل عليه جملة من النصوص المعتبرة كصحيحة الحلبي عن أبي عبد الله (ع) : (قال : لا تقبل الارض بحنطة مسماة ، ولكن بالنصف والثلث والربع والخمس لا بأس به ، وقال : لا بأس بالمزارعة بالثلث والربع والخمس) (١) .

---

(١) الوسائل : ج ١٣ باب ٨ من أبواب احكام المزارعة والمساقاة ، ح ٣ .

وصحيحة عبد الله الحلبي عن أبي عبد الله (ع) (قال : لابأس بالمزارعة بالثلث والربع والخمس) (١) . وغيرهما .

حيث يستفاد منها تقوم المزارعة بكون الحاصل وما يخرجه الله من الأرض مشتركاً بينهما بالنصف والثلث ونحوهما .

ومع قطع النظر عن دلالة هذه النصوص ، يكفينا في اثبات الحكم في المقام ما ذكرناه غير مرة من عدم شمول عمومات واطلاقات الوفاء بالعقد للمزارعة ونحوها من المعاملات التي تتضمن تمليك المعدوم بالفعل ، فان عدم الدليل دليل على الفساد في مثله .

وعليه فالحاصل وبحكم قانون تبعية النتاج للبذر يكون لمالك البذر منهما .

ومن هنا فان كان البذر لمالك الارض وكان الشرط كون النماء باكمله له ، كان مقتضى فساد العقد كون النتاج له ، لكن لا للشرط - لما عرفت فساده - وانما لقانون التبعية ، ولا يستحق العامل شيئاً اما من النتاج فواضح واما اجرة المثل فلاقدامه على التبرع بعمله على ما كان يقتضيه عقد المزارعة بينهما .

وان كان الشرط كون النماء للعامل ، فهو وبحكم فساد العقد يكون كالعدم ، وبذلك يكون النتاج كله للمالك ، الا ان عمل العامل في هذا الفرض لا يذهب هدراً ، لأنه لم يقدم على التبرع به والمجانية وانما أقدم على ان يكون النتاج له ، وحيث انه لم يسلم له فله اجرة مثل عمله ما لم تزد على تمام النتاج وإلا فله الأقل منهما .

وان كان البذر للعامل ، فان كان الشرط كون النماء له ، أخذ

---

(١) الوسائل : ج ١٣ باب ٨ من أبواب احكام المزارعة والمساقاة ، ح ٧ .

- الرابع - : أن يكون مشاعاً بينهما ، فلو شرطا اختصاص أحدهما بنوع - كالذي حصل أولاً - والآخر بنوع آخر ، أو شرطا أن يكون ما حصل من هذه القطعة من الارض لأحدهما ، وما حصل من القطعة الأخرى للآخر ، لم يصح (١) .

تمام النماء من جهة تبعية النتاج للبذر لا الشرط لفساده . ولا يستحق المالك عليه شيئاً لأقدامه على اعطاء الارض له للزرع مجاناً وبلا عوض.

وان كان الشرط كون النماء لمالك الأرض ، كان النتاج للعامل لما عرفت من فساد الشرط بفساد العقد وتبعية النتاج للبذر في الملك الا ان للمالك اجرة مثل ارضه على العامل إذا لم تزد على تمام النتاج، لانه لم يقدم على المجانية .

والحاصل : انه على جميع التقادير المذكورة ، يكون العقد باطلاً لفقدانه شرط اعتبار كون النماء مشتركاً بينهما ، وعندئذٍ يكون النتاج باكمله لمالك البذر لقانون التبعية . ويستحق صاحبه عليه اجرة المثل في بعض الفروض على التفصيل المتقدم .

ثم ان مما ذكرناه كله يظهر الحال فيما يأتي من المسائل مما حكم فيها الماتن (قده) بالبطلان .

(١) ويقتضيه كل ما تقدم في وجه اشتراط الاشتراك في النماء ، فان الظاهر من الصحيحتين المتقدمتين تقوم المزارعة بالاشاعة في النماء بالنصف أو الثلث ونحوهما .

ومع الاغماض عنها يكفي في الحكم بالفساد عدم شمول العمومات والمطلقات الأولية لمثل هذه المعاملات ، فان عدم الدليل على الصحة

ـ الخامس ـ : تعيين الحصة بمثل النصف أو الثلث أو الربع أو نحو ذلك ، فلو قال : إزرع هـذه الارض على أن يكون لك أو لي شيء من حاصلها بطل (١) .

ـ السادس ـ : تعيين المدة بالاشهر والسنين (٢) ، فلو

يكفي في الحكم ببطلانها .

وعليه : فيجري فيه ما تقـدم في الفرع السابق من التفصيل في استحقاق أجرة المثل على العمل أو الأرض .

(١) لظهور الأدلة في معلومية الحصة بالنصف أو الثلث ونحوهما. على انه يكفي في الحكم بالبطلان عند عدم التعيين عدم الدليل على الصحة ، نظراً لما عرفت من عدم شمول عمومات واطلاقات الوفاء بالعقد له .

هذا مضافاً إلى قصور العقد عن قابلية الحكم بالصحة ، فان ما لا تعين له في الواقع وعلم الله غير قابل للتمليك في نفسه ، فانـه امر تابع للاعتبار وجعل المملك ، فاذا لم يكن معلوماً ولو في علم الله فلا معنى لتعلق الاعتبار به وتمليكه لغيره .

إذن : فمثل هذا العقـد باطل في حد نفسه لقصوره في مقام الثبوت فضلاً عن عدم الدليل عليه في مقام الاثبات .

(٢) اما اعتباره فيما يقابل دورانه بين الأقل والاكثر من حيث نوع الزرع ومدته ، فهو واضح ولا خلاف فيه ، إذ لا يمكن الحكم بصحة عقد يكون متعلقه فاقداً للتعيين في الواقع ، فان الالتزام بمجهول لا واقع له حتى في علم الله باطل بطبعه ولا تشمله ادلة المزارعة ، والعمومات والمطلقات ـ بناءاً على شمولها لمثل هذا العقد في حد نفسه ـ .

اطلق بطل ، نعم لو عين المزروع ، أو(١) مبدأ الشروع في الزرع لا يبعد صحته (٢) إذا لم يستلزم غرراً . بل مع

وأما اعتباره بمعنى تحديد سنة الزراعة بعد معلومية نوع الزرع في مقابل ايقاعها العقد على الزراعة المعينة في الاعم من هذه السنة والسنة الآتية - مثلاً - ، بحيث يكون العمل معلوماً والمدة مجهولة في الجملة لوقوع العقد على الجامع ، فهو كذلك ، فان متعلق الحق والمملوك إذا كان كلياً ، كان تعيينه بيد من عليه الحق - كما هو واضح - ، ومن هنا فقد يختلف الطرفان من حيث المدة فيختار المالك السنة الاولى - مثلاً - والزارع السنة الثانية ، وحيث لا يمكن في مثله الحكم بالوفاء به على احد الطرفين على الاطلاق ، فانه كيف يمكن ان يقال بلزوم الوفاء بما عينه صاحبه مع ان له الامتناع عنه ؟ فلا محالة يحكم ببطلانه .

وبعبارة اخرى نقول : يعتبر في صحة العقد ان يكون على نحو يمكن الزام كلا طرفيه بالوفاء به والالتزام بمضمونه ، وحيث ان هذا مفقود في المقام ، فان الواجب على العامل القيام بالزراعة في احدى تينك السنتين مع كون الخيار له في التعيين ، والواجب على المالك تسليم أرضه للزراعة في احدى السنتين مع كون الخيار في التعيين له أيضاً ، فلا يجب على احدهما اطاعة الآخر فيما عينه ، ويحكم بفساده لا محالة .

(١) كلمة « أو » غلط جزماً والصحيح « الواو » ، ويشهد له قوله (قده) بعد هذا « بل مع عدم تعيين ابتداء الشروع أيضاً » .

(٢) إذ بانتهاء الزرع وحصول النتاج ، يقسم الحاصل بينهما على

عدم تعيين ابتداء الشروع أيضاً إذا كانت الارض مما لا يزرع في السنة الا مرة ، لكن مع تعيين السنة (١) لعدم الغرر فيه . ولا دليل على اعتبار التعيين تعبداً ، والقدر المسلم من الاجماع على تعيينها غير هذه الصورة (٢) . وفي صورة تعيين المدة لابد وأن تكون بمقدار يبلغ فيه الزرع (٣) فلا تكفي المدة القليلة التي تقصر عن ادراك النماء.

ما اتفقا عليه من النسبة ، وتلغى الفترة الزائدة قهراً ، ومعه فلا يبقى للعامل حق في التصرف في الارض بعد ذلك ، لانتهاء المزارعة به .

(١) بلا اشكال فيه ، فان المزارعة لما كانت زراعة واحدة ، وقد اعطى المالك العامل الحق فيها مرة واحدة متى شاء . حكم بصحتها لعدم فوات شيء على المالك .

(٢) ظاهر كلامه (قده) ان الدليل على اعتبار تعيين المدة بالاشهر والسنين ، انما هو الاجماع ودليل نفي الغرر ومن هنا : فقد يورد عليه بعدم الدليل على المنع من الغرر مطلقاً ، إذ الثابت انما هو النهي عن البيع الغرري خاصة ، وعليه فان تم اجماع محصل فهو وإلا فلا عبرة بالاجماع المنقول .

الا انك قد عرفت اننا في غنى عن اثبات الأجماع أو الدليل على نفي الغرر مطلقاً ، ـ وان كان الظاهر تحقق الاجماع ـ فان نفس ادلة المزارعة قاصرة عن شمول ما لا تعيين فيه بالمعنيين السابقين .

(٣) بلا خلاف فيه ، فان فرضها أقل من فترة بلوغ الحاصل خلاف جعل المزارعة والمقصود منها ، فيكون مثل هذا الاقدام لغواً لكونه اقداماً على امر لا يتحقق في الخارج ، فان النتاج لا يحصل في

ـ السابع ـ : ان تكون الارض قابلة للزرع ولو بالعلاج فلو كانت سبخة لا يمكن الانتفاع بها ، أو كان يستولي عليها الماء قبل أوان ادراك الحاصل أو نحو ذلك ، أو لم يكن هناك ماء للزراعة ولم يمكن تحصيله ولو بمثل حفر بئر أو نحو ذلك ولم يمكن الاكتفاء بالغيث ، بطل (١).

ـ الثامن ـ : تعيين المزروع من الحنطة والشعير وغيرهما(٢) مع اختلاف الاغراض فيه ، فمع عدمه يبطل ، الا أن يكون هناك انصراف يوجب التعيين ، أو كان مرادهما التعميم (٣) وحينئذٍ فيتخير الزارع بين أنواعه .

المدة المعينة في حين لم يلتزم المالك باعطاء شيء له إزاء ما يحصل خارج تلك الفترة .

(١) كما هو ظاهر ، فان مفهوم المزارعة متقوم بامكان تحقق الزرع وقابلية الأرض له ، وخروج شيء منها يكون بينهما على ما اتفقا عليه من النسبة .

(٢) في قبال قصد كل منهما نوعاً غير ما قصده الآخر ، إذ معه لا يتحقق مفهوم العقد ، وإلا فلا دليل على اعتبار تعيين النوع في حد ذاته ، كما يشهد له قوله (قده) بعد هذا : « أو كان مرادهما التعميم » فانه لولا ما ذكرناه لكان منافياً لما ذكره (قده) من اعتبار تعيين المزروع .

(٣) فانه نوع من التعيين بالمعنى الذي ذكرناه .

- التاسع - : تعيين الأرض (١)

(١) وتفصيل الكلام في المقام : انه لا ينبغي الاشكال في صحة المزارعة فيما إذا كانت الارض معلومة معينة

وكذا الحال فيما لو كانت كلياً في معين ، فانه لا قصور في ادلة المزارعة عن شموله ، فقد ورد في صحيحة الحلبي عن أبي عبدالله(ع): (لابأس بالمزارعة بالثلث والربع والخمس) (١) فان مقتضى اطلاقها عدم الفرق بين العقد الواقع على العين الخارجية والواقع على الكلي في معين ،

بل الاطلاقات شاملة للعقد الواقع على الكلي في الذمة ، إذ يصح فيه ان يقال : ان المالك زارع العامل على ان يكون ما يخرجه الله بينهما .

نعم لو زارعه على احدى القطعتين المختلفتين في الصفات بحيث تكون المزارعة في احداهما أيسر واسهل من الآخرى . فقد يقال : كما ذهب اليه الماتن (قده) بالبطلان ، نظراً للزوم الغرر .

الا ان للمناقشة فيه مجالاً واسعاً ، فانه لا وجه للحكم بالبطلان فيه بعد البناء على صحة المزارعة في الكلي في المعين ، فانه من مصاديقه ، فان عنوان احدى هاتين القطعتين كلي قابل للانطباق على كل منهما .

ودعوى لزوم الغرر ، مدفوعة : بانه انما يكون فيما إذا كان العوض أمراً معلوماً ومعيناً ، كما لو باعه احد الثوبين المختلفين من حيث الجنس والوصف بخمسة دنانير . حيث لا يعلم المشتري ما يملكه بازاء ما يدفعه ثمناً ، فلا يتم في مثل المقام حيث يكون العوض هي النسبة المعينة من الحاصل من الارض التي يعمل فيها ، فانه لا غرر فيه على الاطلاق ولا يكون إقدام العامل عليه إقداماً غررياً ، فانه

(١) الوسائل : ج١٣ باب ٨ من أبواب احكام المزارعة والمساقاة ، ح٧.

سيأخذ الحصة المعينة مما اخرجه الله تبارك وتعالى من الارض .

فحال العامل في هذه الصورة هو الحال في اقدامه على المزارعة والعمل في الارض المعينة .

على إنك قد عرفت غير مرة انه لا دليل على اقتضاء الغرر لبطلان المعاملات بقول مطلق ، إذ المسلم منه هو بطلان البيع الغرري خاصة .

وعليه : فان تم اجماع في المقام على بطلان عقد المزارعة عند عدم تعيين الارض فهو المستند ، والا - كما هو الظاهر - فلا وجه لاعتبار هذا الشرط

وبعبارة اخرى : ان القطعتين إذا كانتا متساويتين من حيث النسبة والحصة بحيث كان العقلاء يقدمون على زراعة كل منهما بتلك الحصة من حاصلها ، فلا ينبغي الريب في صحة العقد إذ لا غرر فيه على المالك أو العامل ، فانه انما يكون مع تعيين العوض بحيث يكون مالاً معيناً معلوماً لا مع النسبة .

ولا يضر في ذلك كون حاصل احداهما أقل من الاخرى ، بعد ان كانت كل منهما تعطى بنفس تلك النسبة التي تعطي بها الاخرى .

وأما إذا اختلفتا من حيث النسبة بان كانت احداهما تزارع على ان يعطى للمالك النصف من الحاصل والاخرى على ان يكون له الثلث فالأمر كذلك أيضاً فيما لو وقع العقد على كلي القطعتين بأقل الحصتين - الثلث - للمالك ، إذ لا غرر عليهما معاً ، فان المالك ان عين القطعة التي تزارع على الثلث للمالك فهو ما أقدم عليه العامل ، وإن عين الاخرى كان ذلك من جانب العامل حيث أخذ ما يعطى بالنصف من الحاصل للمالك بالثلث له ، فلا غرر عليه بالمرة .

وأما المالك فحيث ان الخيار في التعيين بيده وتطبيق الكلي على

ومقدارها (١) فلو لم يعينها بأنها هـذه القطعة أو تلك

اي الفردين شاء منوط بنظره فلا يكون فيما يختاره خطر عليه .

نعم لو اقدم العامل على العقـد باكثر الحصتين للمالك ، احتمل الخطر عليه ، لأنه قد يختار الأرض التي تعطى بالأقـل ، فيكون ضرراً عليه .

الا ان هذا لا يقتضي البطلان ، إذ لا دليل على المنع من الغرر مطلقاً ، وانما الدليل يختص بالبيع وما يلحق به كالاجارة - للأجماع - ومن هنا فمقتضى الاطلاقات هو الحكم بالصحة .

ومعه فيكون الخيار في التعيين بيد المالك لان الحق عليه ، لانه الذي ملك العامل الكلي في المعين ، وأما العامل فهو وان كان قد ملك كلي العمل في احدى القطعتين ، الا انه لا خيار له لانه انما ملك كلي العمل في احدى القطعتين اللتين يكون الخيار في تعيينها بيد المالك ، فهو في الحقيقة قد ملك المالك عمله فيما يختار المالك من القطعتين .

ومن هنا يظهر عدم صحة قياس مسألتنا على مسألة تعيين المـدة بالاشهر والسنين حيث حكمنا بالبطلان نظراً لعدم شمول ادلة اللزوم لها ، حيث يملك المالك العامل كلي حق التصرف في الأرض في قبال تمليك العامل له كلي العمل في احدى السنتين .

(١) بلا ريب فيه ، فان المردد بـين الأقل والاكثر غير قابل للتمليك ، لعدم التعين له في الواقع ونفس الأمر ، فلو قال المالك زارعتك على مقدار من الارض من غير تحديد لم تصح ، فان المزارعة تشتمل على حقين حق المالك وحق العامـل ، فلابد فيها من التعيين في الواقع بحيث يتعلق التزام كل منهما بأمر له واقع ، وإلا فلا يقبل

القطعة ، أو من هذه المزرعة أو تلك ، أو لم يعين مقدارها بطل مع اختلافها ، بحيث يلزم الغرر (١) . نعم مع عدم لزومه لا يبعد الصحة ، كأن يقول : « مقدار جريب من هذه القطعة من الارض التي لا اختلاف بين أجزائها ، أو اي مقدار شئت منها » (٢) ولا يعتبر كونها شخصية فلو عين كلياً موصوفاً على وجه يرتفع الغرر فالظاهر صحته(٣) وحينئذٍ يتخير المالك في تعينه .

ـ العاشر ـ : تعيين كون البذر على اي منهما (٤) ، وكذا سائر المصارف واللوازم إذا لم يكن هناك انصراف مغن عنه ولو بسبب التعارف .

التمليك والتملك ـ كما تقدم غير مرة ـ .

(١) قد عرفت ان الغرر غير متحقق ، وعلى فرضه فلا دليل على اقتضاءه للبطلان . وأن الصحيح عدم اعتبار التعيين بالنسبة إلى اصل الأرض ، واعتبارها بالنسبة إلى المقدار .

(٢) ما افاده (قده) من الصحة في المثال الاخير ينافي اعتباره (قده) لتعيين مقدار الارض والالتزام ببطلانها عند عدمه .

اللهم الا ان يكون المراد به الاشارة الاجمالية إلى ما سيعين من قبله أو قبل العامل بعد ذلك ، بحيث يكون الاختيار بيده فانه معه يرتفع محذور الابهام وعدم التعيين الواقعي لكونه معلوماً في علم الله.

(٣) لأطلاق ادلة المزارعة ، على ما تقدم بيانه مفصلاً .

(٤) فاذا لم يعينا بطل العقد لانتفاء موضوع المزارعة بانتفاء البذر

نظراً لعدم وجوب بذله على كل منهما . وذهب بعض إلى كونه على العامل حينئذ لانه المأمور بالعمل فتكون مقدماته عليه نظير ما يذكر في باب الاجارة من كون الخيط عند عدم التعيين على الخياط .

بل ربما يستشكل في جعله ولو بالتعيين على المالك - لولا الاجماع على صحته - وذلك لصحيحة يعقوب بن شعيب عن أبي عبدالله (ع) قال : « سألته عن الرجل تكون له الارض من أرض الخراج فيدفعها إلى الرجل على أن يعمرها ويصلحها ويؤدي خراجها ، وما كان من فضل فهو بينهما ، قال : لابأس » إلى ان قال » : وسألته عن المزارعة ، فقال : النفقة منك والارض لصاحبها ، فما أخرج الله من شيء قسم على الشطر وكذلك اعطى رسول الله (ص) خيبر حين أتوه فأعطاهم اياها على ان يعمروها ولهم النصف مما أخرجت »(١) .

حيث إن المستفاد منها تقوم المزارعة بكون البذر وغيره من النفقة على العامل في قبال كون الارض من صاحبه .

ومن هنا فقد ذكر بعضهم انه لو اشترط كون البذر على المالك خرج العقد عن حقيقة المزارعة ، ومن ثم حكم ببطلانه .

لكن الظاهر عدم تمامية شيء من الامرين - كون البذر عند الاطلاق على العامل وبطلان العقد عند جعله على المالك - .

وذلك لان الواجب على العامل - بمقتضى عقد المزارعة - هو العمل خاصة وأما مقدماته فاثبات كونها عليه أيضاً يحتاج إلى الدليل وهو مفقود .

فالمقام نظير ما ذكرناه في تكفين الميت ، من أن الواجب على

---

(١) الوسائل : ج ١٣ باب ١٠ من أبواب احكام المزارعة والمساقاة ، ح ٢ .

المسلمين القيام بالعمل خاصة . وأما ايجاد الموضوع وتحصيل الكفن فلا دليل على وجوبه عليهم .

ومن هنا فلا يجب على احد منهم بذله ، بل إن كان للميت مال فمنه والا فمن الزكاة ونحوها ، فان لم يوجد دفن عارياً إذا لم يحصل من يتبرع به عن طوع رغبته وارادته .

ومن هنا فما نحن فيه اشبه شيء بالبناء حيث لا يجب على العامل الا العمل بالمواد دون تحصيلها .

وصحيحة يعقوب بن شعيب وان كانت دالة على كون البذر من العامل وتقوم المزارعة بذلك ، الا انه لابد من رفع اليد عن ظهورها هذا وحملها على بعض المحامل ككون ذلك هو المعهود في ذلك الزمان ونحوه ، وذلك لجملة من النصوص الدالة على عدم اعتباره من حيث فرض فيها كون البذر من غير العامل .

ففي معتبرة محمد بن مسلم عن احدهما (ع) قال : « سألته عن رجل استأجر ارضاً بألف درهم ثم آجر بعضها بمأتي درهم ثم قال له صاحب الأرض الذي آجره : أنا أدخل معك بما استأجرت فتنفق جميعاً فما كان من فضل بيني وبينك ، قال : لابأس بذلك »(١).

فانه (ع) حكم بصحة العقد مع كون المفروض فيها مشاركة المالك للعامل في الانفاق عليها .

وفي صحيحة سماعة قال : « سألته عن مزارعة المسلم المشترك فيكون من عند المسلم البذر والبقر وتكون الارض والماء والخراج والعمل على

---

(١) الوسائل : ج ١٣ باب ١٥ من أبواب احكام المزارعة والمساقاة ، ح ٢ .

(مسألة ١) : لا يشترط في المزارعة كون الأرض ملكاً للمزارع ، بل يكفي كونه مسلطاً عليها بوجه من الوجوه كأن يكون مالكاً لمنفعتها بالأجارة أو الوصية أو الوقف عليه أو مسلطاً عليها بالتولية كمتولي الوقف العام أو الخاص والوصي أو كان له حق اختصاص بها بمثل التحجير والسبق ونحو ذلك ، أو كان مالكاً للأنتفاع بها،

العلج قال : لابأس به » (١) .

حيث فرض فيها كون البذر على غير العامل صريحاً .

وأصرح من الكل خبر ابراهيم الكرخي قال : « قلت لأبي عبدالله (عليه السلام) : اشارك العلج فيكون من عندي الارض والبذر والبقر ويكون على العلج القيام والسقي والعمل في الزرع حتى يصير حنطة أو شعيراً ، وتكون القسمة ، فيأخذ السلطان حقه ويبقى ما بقي على ان للعلج منه الثلث ولي الباقي ، قال : لابأس بذلك ، قلت: فلي عليه أن يرد علي مما أخرجت الارض البذر ويقسم ما بقي؟ قال: انما شاركته على ان البذر من عندك وعليه السقي والقيام » (٢) .

الا انه ضعيف السند فلا يصلح الا شاهداً لما ذكرناه .

على ان المزارعة من العقود العرفية المعهودة التي يكثر تحققها في الخارج بحيث جرت عليها سيرة العقلاء قاطبة فضلاً عن سيرة

---

(١) الوسائل : ج ١٣ باب ١٢ من أبواب احكام المزارعة والمساقاة ، ح ١ .

(٢) الوسائل : ج ١٣ باب ١٠ من أبواب احكام المزارعة المساقاة ، ح ١ .

كما إذا أخذها بعنوان المزارعة فزارع غيره أو شارك غيره بل يجوز ان يستعير الارض للمزارعة (١) نعم لو لم يكن له فيها حق أصلاً لم يصح مزارعتها ، فلا يجوز المزارعة في الارض الموات مع عدم تحجير أو سبق أو نحو ذلك ، فان المزارع والعامل فيها سواء ، نعم يصح الشركة في زراعتها مع اشتراك البذر أو باجارة احدهما نفسه للآخر في مقابل البذر أو نحو ذلك . لكنه ليس حينئذٍ من المزارعة المصطلحة . ولعل هذا مراد الشهيد في المسالك من عدم جواز المزارعة في الأراضي الخراجية التي هي للمسلمين قاطبة الا مع الاشتراك في البذر أو بعنوان آخر ، فمراده هو فيما إذا لم يكن للمزارع جهة اختصاص (٢) ، والا فلا اشكال في جوازها بعد الاجارة من السلطان كما يدل عليه جملة من الاخبار .

المتشرعة المتصلة بعهد المعصوم (ع) ، ومن هنا فلو كان اعتبار كون البذر من العامل شرطاً فيها لوجب ان يكون من الواضحات ، فكيف وقد قام الاجماع على خلافه .

(١) كل ذلك لعدم الدليل على اعتبار الملك ، بل وقيام الدليل - على ما ستعرف - على خلافه .

(٢) ذكره صاحب الجواهر (قده) أيضاً ، إلا انه بعيد جداً إذ الشهيد (قده) قد رتب حكمه هذا على اعتبار الملكية صريحاً . إذن : فالصحيح ان يقال ان ما افاده الشهيد (قده) في المسالك

(مسألة ٢) : إذا أذن لشخص في زرع أرضه على أن يكون الحاصل بينهما بالنصف أو الثلث أو نحوهما فالظاهر صحته وان لم يكن من المزارعة المصطلحة (١) .

من سهو قلمه الشريف .

إذ لا دليل على اعتبار الملكية في المزارعة ، بل الدليل قائم على عدمه ، ففي صحيحة محمد بن مسلم المتقدمة الحكم بصحة المزارعة على الارض المستأجرة .

بل وفي نصوص المزارعة في الارض الخراجية ما فيه الكفاية لاثبات المدعى .

والحاصل : ان المتعين في جميع الموارد المذكورة في المتن هو الحكم بالصحة . ولا وجه لما أفاده الشهيد (قده) من الحكم بالبطلان .

(٢) الا إنك قد عرفت غير مرة عدم امكان التمسك بالعمومات والمطلقات لاثبات الصحة لمثل هذه المعاملة تحت اي عنوان كانت الجعالة أو غيرها ، وان صحتها تحتاج إلى دليل خاص ٥

والوجه فيه : ان التزام مالك البذر إذا كان متعلقاً بكون الحاصل مشتركاً ومن حين حدوثه وحصوله بينه وبين صاحبه ـ كما هو مقتضى الأدلة في الزكاة ـ فهو باطل ولا اثر له ، فانه غير مشروع في نفسه لمخالفته للكتاب والسنة ، فان النتاج تابع للبذر في الملكية ، فلا يمكن ان يكون ـ ولو بعضاً ـ ملكاً للغير حين حدوثه .

فهو نظير ما لو التزم احد في عقد بكون ما يتركه ابوه عند وفاته ـ كلاً أو بعضاً ـ لغيره ، فان هذا الالتزام لا يكون نافذاً ولا يشمله قوله تعالى : « اوفوا بالعقود » .

بل لا يبعد كونه منها أيضاً (١) . وكذا لو أذن لكل من

وان كان التزامه متعلقاً بتمليك ما سيملكه بعد ذلك ، بان يلتزم بانتقال نصف الحاصل - مثلاً - إلى صاحبه بعد انتقاله بتمامه اليه أولاً ، بحيث يملك صاحبه من الآن الأمر المتأخر ، فهو وان لم يكن مخالفاً للكتاب والسنة ، إلا انه القدر المتيقن من اجماعهم على بطلان التعليق في العقود ، بل لم يقع مثله إلا في الوصية حيث انها ولأطلاقات ادلتها تعم ما يملكه الموصي بعدها إلى حين الوفاة ، وأما في غيرها فلم يقع بتاتاً حتى في التعبير إذ لا يصح ان يقول : « العبد الذي سأملكه غداً حر بعد وفاتي » .

وهذا الكلام غير مختص بباب المزارعة ، فانه كما لا يجوز فيها لا يجوز في غيرها من انواع المعاملات أيضاً حتى ولو كان ذلك بعنوان الجعالة ، فلا يصح ان يجعل لمن يرجع عبده اليه ثلث ما سيملكه في المستقبل أو ثلث ما سيخرجه ارضه .

ومن هنا تكون صحتها محتاجة إلى دليل خاص ، ولا يكفي فيها التمسك بالعمومات والاطلاقات فانها غير شاملة له ، وحيث لا دليل على الصحة إلا في المضاربة والمزارعة والمساقاة ، فلابد من الحكم بالبطلان لعدم المخرج له عن عموم المنع .

ولذا لم يلتزم احد من الاصحاب - فيما نعلم - بصحة مثل ذلك في غير المزارعة من العقود .

والحاصل : ان الصحيح في المقام هو الحكم بالبطلان ، لعدم الدليل على الصحة ومن هنا فلا يستحق العامل الا اجرة مثل عمله .

(١) بل هو في غاية البعد ، فان المزارعة من العقود اللازمة - على ما سيأتي - ويتضمن التزاماً من الطرفين مع وجوب الوفاء عليهما

يتصدى للزرع وان لم يعين شخصاً . وكـذا لو قال : « كل من زرع أرضي هذه أو مقداراً من المزرعة الفلانية فلي نصف حاصله أو ثلثه » - مثلا - فاقدم واحد على ذلك ، فيكون نظير الجعالة (١) ، فهو كما لو قال : « كل من بات في خاني أو داري فعليه في كل ليلة درهم » أو « كل من دخل حمامي فعليه في كل مرة ورقة » (٢) فان للظاهر صحته للعمومات ، إذ هو نوع من المعاملات العقلائية ولا نسلم انحصارها في المعهودات ، ولا حاجة الى الدليل

بحيث لا يكون لكل منهما رفع اليد عنه ، وهذا كله مفقود في المقام فانه من موارد الأذن والاباحة بالتصرف الخارجي وليس من العقد الذي يجب الوفاء به في شيء .

والحاصل : ان الأذن المجرد مغاير للعقد اللازم بالضرورة ، فلا وجه لجعله منها .

(١) التنظير انما يتم فيما إذا كان البـذر من المالك ، إذ المالك حينئذٍ يجعل على نفسه شيئاً للغير عند قيامه بالعمل المعين ، وأما اذا كان البذر من العامل فلا وجه لتنظيره بالجعالة حيث ان المالك حينئذٍ يجعل لنفسه شيئاً على الغير - اعني الحصة من النتاج الذي يكون تابعاً للبذر في الملكية - ولا يلتزم على نفسه شيئاً للغير .

(٢) وهو من القياس مع الفارق ، فانه اجنبي عن المزارعة بالمرة إذ المال الذي يجب دفعه على الداخل أمر معلوم معين ، فيدخل في عنوان الاباحة بالعوض وهي اجنبية عن باب المعاملات كلية .

الخاص لمشروعيتها ، بل كل معاملة عقلائيـــة صحيحة الا ما خرج بالدليل الخاص ، كما هو مقتضى للعمومات(١) .

(مسألة ٣) : المزارعة من العقود اللازمة (٢) لا تبطل

(١) قد عرفت انها لا تعم المعاملات التي تتضمن تمليك المعدوم بالفعل.

(٢) بلا خلاف فيه ، بل ادعي عليه الاجماع في كلمات غير واحد لأصالة اللزوم في العقود التي استدل عليها الشيخ الاعظم (قده) بوجوه عديدة .

منها : ما يختص بالبيع وتمليك الاعيان كقوله تعالى : «لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا ان تكون تجارة عن تراض » (١) فان اخذ المال ثانياً بعد تمليكه للغير منه قهراً عليه تجارة من غير تراض واكل للمال بالباطل ، وقولهم (ع) : « البيعان بالخيار ما لم يفترقا » (٢).

ومنها : ما هو عام لجميع العقود كاستصحاب بقاء الملكية وقوله تعالى : « أوفوا بالعقود » (٣) .

وفي الأول مما يعم محل الكلام بحث طويل وعريض من حيث كونه استصحاباً كلياً أو شخصياً وانه من قبيل الشك في المقتضي أو الشك في الرافع .

فقد اورد عليه المحقق الخراساني والسيد اليزدي (قدهما) بأنه من الاول ، لكننا قد أوضحنا في محله انه ليس منه وانه من الشك في الرافع

(١) سورة النساء آية ٣٤ .

(٢) الوسائل : باب ١ من أبواب الخيار .

(٣) سورة المائدة آية ٢ .

لكنك قد عرفت هناك أيضاً ، انه لا اثر لهذا الاستصحاب لانه من استصحاب الاحكام الكلية الالهيـــة ، وهو غير تام على ما بيناه في محله .

نعم الاستدلال الثاني تام ومتين ومقتضاه لزوم العقد في المقام وغيره. وذلك لان الأمر بالوفاء ليس أمراً تكليفياً محضاً إذ لا يحتمـــل كون الفسخ - على تقديري ثبوتـه وعدمه - من المحرمات الالهية ، وانما هو امر ارشادي إلى عدم ثبوت حق رفع اليد عنه له فان معنى الوفاء بالعقد انهاءه واتمامه والالتزام بمقتضاه .

ومن هنا فتدل الآية الكريمة على لزوم العقد وعدم تأثير الفسخ فيه ، وبما أن المزارعة من العقود المتعارفة المعهودة من قبل التشريع وإلى الآن ، وممضاة من قبل الشارع المقدس بالسيرة القطعية ، فتشملها الآية الكريمة لا محالة .

هذا مضافاً إلى امكان التمسك بادلة امضاء العقود كقوله تعالى: « أحل الله البيع » (١) وما دل على جواز الصلح بين المسلمين .

وذلك : لان الالزام والالتزام الصادر من المتعاقدين لا يخلو حاله من كونه مطلقاً من حيث الزمان كالبيع أو مقيداً بزمان معين كالنكاح المنقطع ، إذ الاهمال غير معقول في الأمور الواقعية - على ما تقدم بيانه غير مرة - .

ومن هنا فاذا انشأ المكلف الملكية الدائمية بالبيع ونحوه أو المقيدة بزمان الأجارة ونحوها كان معنى امضاء الشارع لما أنشأه الحكم بتحقق الملكية المطلقة في الفرض الأول والمقيدة بذلك الزمان في الثاني للطرف الآخر ، ومقتضى اطلاق دليل الامضاء عدم ارتفاعها بالفسخ ، فانه

(١) سورة البقرة آية ٢٧٧ .

الا بالتقايل (١) أو الفسخ بخيار للشرط أو بخيار الإشتراط (٢)

مناف له ولا يصار اليه إلا بدليل خاص .

والحاصل : ان دليل الامضاء يكفي في اثبات اللزوم ، لانه انما يكون على طبق ما أنشأه المنشأ ، وبذلك فيكون رفعه محتاجاً إلى دليل خاص مقيد للأطلاق والا فمقتضاه عدم الارتفاع .

ولعل هذا الوجه خير الوجوه التي يمكن بها اثبات اصالة اللزوم فلاحظ .

(١) على ما هو الحال في جميع العقود التي يكون مدلولها من قبيل الحق للطرفين كالبيع ونحوه ، فان الحق لا يعدوهما ، فلهما رفع اليد عنه برضاهما ، ويكون ذلك من قبيل البيع الثاني .

نعم لا مجال لذلك فيما يكون مدلوله من قبيل الحكم الشرعي كالنكاح ، فانه لا مجال لرفعه بالتقايل من الطرفين .

(٢) لا يبعد ان يكون ذكره (قده) لهذين الخيارين من باب المثال والا فموجبات الفسخ في المقام لا ينحصر فيها ، إذ يمكن تصوره في الغبن ونحوه .

وقد ذكرنا في بحث الخيارات ان خيار الغبن ليس خياراً مستقلاً في قبال سائر الخيارات ، وانما هو راجع في الحقيقة إلى خيار تخلف الشرط ، نظراً لما هو المرتكز في المعاملات من تبديل الشخص والعين مع التحفظ على المالية والقيمة السوقية ، فانه أمر مفروغ عنه لدى العقلاء في جميع العقود التي منها النقل مع غبن بوضيعة من احد الطرفين .

ومن هنا فاذا ثبت خلاف ذلك ، كان للآخر الخيار نظراً لتخلف الشرط الضمني في العقد .

وعليه : فيكون الحكم بثبوت الخيار عند ظهور الغبن حكماً على القاعدة ، ولا حاجة للتمسك في اثباته بالاجماع أو دليل نفي الضرر .

أي : تخلف بعض الشروط المشترطة على أحدهما وتبطل أيضاً بخروج الأرض عن قابلية الأنتفاع (١) لفقد الماء أو استيلائه أو نحو ذلك . ولا تبطل بموت أحدهما (٢) فيقوم

هذا ويمكن الفسخ بخيار تعذر تسليم العوض عند موت العامل مع عدم قيام الوارث مقامه ، على ما سيأتي بيانه .

(١) بلا خلاف فيه ، إذ لا معنى للعقد على أمر غير ممكن التحقق في الخارج ، والاتفاق على حصة من زرع لا يحصل ، فانه لا يعدو اللغو المحض .

(٢) أما مع موت المالك فـلأن الارض وان كانت تنتقل إلى الورثة ، الا انها انما تنتقل اليهم متعلقة لحق الغير ومسلوبة المنفعة في الفترة المعينة بازاء الحصة المعينة لهم ، نظير موت المالك المؤجر بعد انشاء عقد الأجارة فان العين المستأجرة وان انتقلت إلى الورثة إلا انها تنتقل مسلوبة المنفعة حيث انها تكون للمستأجر .

وأما مع موت العامل ، فلقيام وارثه مقامه .

الا ان هذا ليس بمعنى الزامه بالعمل على طبق ما جعل ، فانه لم يكن طرفاً في العقد والمعاهدة ، وانما هو بمعنى لابدية استئجاره احداً من مال الميت ـ ان كان له مال ـ لقيامـه بالعمل الثابت في ذمة الميت ، مقدمة لارثه لما ترك حيث انه انما يكون بعد اخراج الديون .

وبعبارة اخرى : ان الوارث لا يرث شيئاً إلا بعـد اداء ديون الميت ، لأنه انما يرث ما تركه الميت ، وما يقابل الديون ليس منه .

ومن هنا فحيث ان العمل في الارض دين ثابت في ذمة الميت يكون مانعاً من ارث الوارث ، فلابد مقدمة للأرث من قيامه بالعمل

وارث الميت منها مقامه .

نعم تبطل بموت العامل مع اشتراط مباشرته للعمل(١) سواء كان قبل خروج الزرع أو بعده . وأما المزارعة المعاطاتية فلا تلزم الا بعد التصرف (٢) وأما الاذنية فيجوز

مباشرة أو بأستئجاره لغيره من مال الميت .

وعليه : فلو لم يكن للميت مال بالمرة لم يجب على الوارث التبرع به من ماله الخاص بل يبقى العمل ديناً في ذمة الميت .

وحينئذٍ : فحيث يتعذر تسليم العمل ، يثبت للمالك خيار الفسخ ويسمى هذا بخيار تعذر تسليم العوض ، الذى مرت الاشارة اليه .

(١) سواء أكان ذلك بعنوان التقيد أو الاشتراط ، حيث ذكرنا في المباحث الاصولية ان تقييد الكلي الطبيعي بشرط يوجب تخصصه لا محالة ، فيكون المطلوب هو الحصة الخاصة المتصفة بكذا .

ومن هنا : فالشرط في الكليات الوضعية منها والتكليفية يرجع إلى التقييد لا محالة فتكون المزارعة واقعة على الحصة الخاصة من العمل وهي في المقام ما يصدر من العامل مباشرة .

وعليه : فلو مات العامل كشف ذلك عن بطلانها من الاول لانكشاف تعلقها بأمر ممتنع الوجود في الخارج .

(٢) ما أفاده (قده) مبني على ما اشتهر بينهم من جواز العقد المعاطاتي قبل التصرف بل يظهر من كلمات بعضهم انه لا يفيد الملكية اصلاً ، وانما يفيد الاباحة خاصة ، وقد حملها بعض على الملكية المتزلزلة.

وكيف كان : فقد تعرضنا لهذا البحث في مباحثنا الفقهية التي القيت تعليقاً على كتاب المكاسب لشيخنا الاعظم الانصاري (قده)

فيها الرجوع دائماً (١) ، لكن إذا كان بعد الزرع وكان البذر من العامل يمكن دعوى لزوم ابقاءه إلى حصول

وقد عرفت ان جميع ما استدل به على لزوم العقود وما ذكرناه أخيراً من اطلاق دليل الأمضاء ، غير مختص بالعقد اللفظي وشامل للعقد المعاطاتي على حد سواء .

ومن هنا : فان تم اجماع على جواز المعاملة المعاطاتية فهو وإلا - كما هو الظاهر ويكفي فيه الشك - فمقتضى القاعدة هو اللزوم .

(١) تقدم الكلام فيها في المسألة الثانية مفصلاً ، وقد عرفت ان هذه المعاملة خارجة عن العقد فضلاً عن كونها من المزارعة المصطلحة فانها لا تتجاوز الوعد المجرد ومن هنا فيحكم بفسادها لا محالة ، لاشتمالها على تمليك المعدوم وهو غير جائز ما لم يدل عليه دليل خاص حيث لا تكفي العمومات والاطلاقات في الحكم بصحة مثل هذه المعاملات .

الا ان الماتن (قده) قد التزم في تلك المسألة بصحتها وان لم تكن من المزارعة المصطلحة ، بل لم يستبعد (قده) كونها منها أيضاً .

وعلى ضوء هذا المبنى يقع الكلام في لزوم هذه المعاملة وجوازها .

فنقول : أما إذا كان الرجوع قبل الزرع والعمل فلا ينبغي الاشكال في جوازه . إذ ليس هناك الا الأذن في التصرف وهو غير ملزم به فله الرجوع عنه متى شاء .

وان كان بعد عمل المقدمات وقبل الزرع ككري الانهار ونحوه ففي جوازه وعدمه وجهان .

اختار الماتن (قده) الأول حيث خص المنع بما إذا كان بعد الزرع .

الحاصل ، لأن الأذن في الشيء إذن في لوازمه . وفائدة الرجوع أخذ اجرة الأرض منه حينئذٍ ويكون الحاصل كله للعامل (١) .

الا ان الصحيح هو الثاني ، وذلك لتضرر العامل حيث يذهب عمله هدراً ويفوت حقه من دون عوض ، فيشمله التعليل المذكور في معتبرة محمد بن الحسين قال : « كتبت إلى أبي محمد (ع) : رجل كانت له رحى على نهر قرية ، والقرية لرجل ، وأراد صاحب القرية ان يسوق إلى قريته الماء في غير هذا النهر ويعطل هذه الرحى أله ذلك أم لا ؟ فوقع (ع) يتقي الله ويعمل ذلك بالمعروف ولا يضر أخاه المؤمن (١) .

حيث ان المستفاد منه انه ليس للمالك رفع اليد عن اذنه للغير في التصرف إذا كان ذلك موجباً لتضرره .

فالتصرف الواقع في ملك الغير باذنه لا يذهب هدراً . وليس للمالك منعه منه ومطالبته برفعه .

وعليه : ففي المقام حيث لم يكن العمل الصادر من العامل مجانياً ومتبرعاً به فليس للمالك رفع اليد عن اذنه ، لاستلزامه لتفويت حق العامل واهدار عمله .

وأوضح من ذلك ما لو كان الرجوع بعد الزرع والعمل ، فانه ليس للمالك ذلك جزماً ، لكونه من اوضح مصاديق التعليل في الصحيحة المتقدمة ، فيلزم باذنه إلى حين بلوغ الزرع .

(١) الكلام في هذا الفرع بناءاً على القول بصحة المعاملة وجواز

(١) الوسائل : ج ١٧ باب ١٥ من أبواب احياء الموات . ح ١ .

(مسألة ٤) : إذا استعار أرضاً للمزارعة (١) ثم اجرى

الرجوع للمالك ينبغي أن يقع في صورتين :

الأولى : فيما يكون على المالك عند رفع يده عن الأذن بعد اتيان العامل بالمقدمات خاصة .

الثانية : فيما يكون عليه عند رفع يده عن الأذن بعد قيام العامل بالزرع .

أما في الصورة الاولى : فيجب على المالك دفع اجرة مثل عمل العامل له نظراً لصدوره عن أمره لا بقصد التبرع والمجانية .

وأما في الصورة الثانية : فعليه مضافاً إلى اجرة مثل العمل عوض البذر مثلاً أو قيمة حيث يكون تالفاً بسببه .

نعم لو كان البذر للمالك لم يكن عليه للعامل الا اجرة مثل عمله .

ومن هنا يظهر انه لا وجه لما ذكره (قده) من الزام المالك للعامل بأجرة مثل ارضه فترة بقاء الزرع بعد الرجوع .

بل العامل بالخيار بين قبول ذلك وبين الاعراض عن زرعه ومطالبته المالك باجرة مثل عمله وعوض بذره حيث تلف نتيجة للزرع في الارض المعينة .

فالمتحصل : انه بناءاً على جواز الرجوع في هاتين الصورتين ، فان كان الصادر من العامل شيئاً غير الزرع ، فليس له على المالك الا اجرة مثل عمله وان كان المأتي به هو الزرع فله مضافاً إلى اجرة مثل عمله المطالبة بعوض البذر .

هذا لكنك قد عرفت ان الصحيح بناءاً على صحة هذه المعاملة هو لزومها وعدم جواز الرجوع للمالك وبذلك فيترتب عليه آثاره .

(١) لا ينبغي الاشكال في صحة الاعارة هذه ، فان الانتفاع بالأرض

عقدها لزمت ، لكن للمعير الرجوع في اعارته(١) . فيستحق أجرة المثل لارضه على المستعير ، كما إذا استعارها للأجارة(٢) فآجرها ، بناءاً على ما هو الأقوى من جواز كون العوض لغير مالك المعوض .

قد يكون بالمباشرة كزراعتها من قبله وقد يكون بالتسبيب والواسطة بالاتفاق مع الغير .

(١) الكلام في هذا الفرع من هذه المسألة هو الكلام في المسألة السابقة حرفاً بحرف فان التعليـــل المذكور في صحيحة محمد بن الحسين المتقدمة شامل له أيضاً ، فانه ليس للمالك الرجوع عن الأذن وفسخ العارية فيما إذا استلزم تضرر العامل .

نعم بناءاً على جواز الرجوع للمالك ، فلابأس بما ذكره (قده) من استحقاقه لأجرة مثل ارضه فترة بقاء الزرع على المستعير .

ولا يقاس هذا بالمزارعة الأذنية فان المالك في المقام أجنبي عن الزرع بالمرة ، فانه لم يصدر عن أمره كي يكون ضامناً له ، وانما أتى العامل مجاناً وتبرعاً ليستفيد هو بنفسه .

فاذا رجع فان تصالحا على شيء فهو . وإلا فله المطالبة باجرة مثل أرضه في الفترة الباقية لرجوع منفعة تلك المدة اليه ، ومعه فلا يجوز للعامل التصرف فيها واستيفاءها ، بل لابد له إما من رفع يده عن زرعه ورضاه بتلفه ، أو استجابته في دفع اجرة مثل ارضه اليه.

وهذا بخلاف الفرض السابق حيث كان عملـــه بأمر من المالك لا بقصد التبرع والمجانية .

(٢) وقد استشكل في صحة هذه الأجارة بوجهين : -

الأول : - ان العارية متقومة باستفادة المستعير من عين المال ، فاذا آجرها من غيره حكم ببطلانها نظراً لانتفاعه بالاجرة حينئذٍ وهي غير معارة له ، فان الاجرة عين اخرى اجنبية عن العين المعارة وليست هي منفعة لها .

الثاني : - ما اشار اليه الماتن (قده) من ان المستعير انما يملك الانتفاع بالعين دون منفعتها ، فانها باقية على ملك المالك المعير ، ومن هنا فاذا انتقلت بالأجارة إلى ملك المستأجر - حيث تتضمن الأجارة تمليك المنفعة - كان لازم ذلك دخول العوض في كيس غير من خرج منه المعوض ، فان المنفعة تخرج من ملك المعير في حين يدخل العوض في كيس المستعير . وهو أمر غير جائز .

الا أن كلا هذين الاشكالين قابل للدفع : -

أما الأول فيرده : ان الأنتفاع بالعين المعارة لا يلزم ان يكون من المنفعة مباشرة بمعنى كونه من نفسها وعينها ، بل يجوز ان يكون ببدلها مع اجازة المالك بلا اشكال بل لعله مما لا خلاف فيه أيضاً ، ولذا يجوز له دفع العين المعارة إلى غيره بأزاء انتفاعه بعين الآخر مع رضى المالك .

ومما يشهد له جواز استعارة اللحاف وما شاكله للضيوف ، فانه مما لا ينبغي الاشكال في جوازها ، والحال ان المستعير لا يستفيد من العين المعارة بالمباشرة فانه ليس إلا لكون استفادة الضيف انتفاعاً للمضيف ، حيث انه من عياله ولابد له من القيام بشؤونه وواجباته ومنها تهيئة الغطاء له .

فاذا صح ذلك مجاناً صح مع العوض أيضاً ، فانه لا ينافي حقيقة الاستعارة فان الاجرة بدل عن منفعة الارض فيصح ان يقال للمستعير

المستفيد منها انه مستفيد من منفعة الأرض .

وأما الثاني : فقد رده الماتن (قده) بأن الاقوى جواز كون العوض لغير مالك المعوض .

الا إنك قد عرفت منا غير مرة ان ما افاده (قده) ممنوع كبروياً فان مفهوم المعاوضة متقوم بدخول العوض في ملك مالك المعوض والا فلا يكون عوضاً له بل كل منهما يعتبر هبة مجانية وبلا عوض .

ومن هنا فلا يصلح ما أفاده (قده) جواباً للاشكال .

فالصحيح في مقام الجواب هو المنع الصغروي ، فان مسألة جواز الاعارة للأجارة غير مبنية على هذا الاعتبار - اعني جواز كون العوض لغير مالك المعوض - فانهـا جائزة حتى بناءاً على ما هو المشهور والصحيح من اعتبار دخول العوض في ملك من يخرج منه المعوض.

وقد ظهر وجهه مما تقدم في جواب الاشكال الأول فان العارية نوع تمليك وليست باباحة محضة .

نعم ذكر الاعلام انها تمليك للانتفاع الا انه لا يمكن المساعدة عليه ، فان الانتفاع من افعال المستعير فلا معنى لتمليكه من قبل الغير إذ لا معنى لتمليك احد غيره فعل نفسه - الغير - فانه مالك لعمله وفعله واقعاً ومن دون حاجة إلى التمليك .

إذن : فتعبيرهم (قدهم) بانها تمليك الانتفاع لا يخـلو من المسامحة الواضحة ، فانها في الحقيقة من تمليك المنفعة حالها في ذلك حال الأجارة ، غاية الأمر انها ليست مثلها من حيث تضمنها لتمليك المنفعة على الاطلاق ، فانها - العارية - انما تتضمن تمليك حصة خاصة من المنفعة هي المنفعة من حيث استعدادها لانتفاع المستعير ، ولذا فلا تنتقل إلى ورثته بعد موته كما انه ليس له نقلها إلى غيره بغير اجازة المالك.

(مسألة ٥) : إذا شرط أحدهما على الآخر شيئاً في ذمته أو في الخارج - من ذهب أو فضة أو غيرهما - مضافاً إلى حصته من الحاصل صح (١) وليس قراره مشروطاً بسلامة الحاصل (٢) ، بل الأقوى صحة استثناء مقدار معين من الحاصل لأحدهما (٣) مع العلم ببقاء مقدار آخر ليكون

وعلى ضوء هذا يتضح ان الاجارة في المقام محكومة بالصحة فيما إذا كانت صادرة عن رضا المالك المعير ، فان المنفعة لما كانت ملكاً للمستعير بحكم العارية كان العوض - الأجرة - داخلاً في كيس من خرج منه المعوض لا محالة .

وبهذا فلا يبقى محذور يمكن ان يستند اليه في مقام المنع عن صحة هذا العقد فانه مستكمل لجميع شرائط الصحة بما في ذلك اعتبار كون العوض داخلاً في ملك من يخرج منه المعوض .

(١) بلا كلام فيه . فان الشرط لا يتضمن مخالفة للعقد ، لانه لا يتقوم الا بكون الأرض من أحدهما والعمل من الآخر على ان يكون النتاج بينهما ، ومن هنا فتشمله عمومات وجوب الوفاء بالشرط .

(٢) نظراً لعدم ارتباط كل من الأمرين بالآخر ، فان دليل وجوب الوفاء بالشرط اجنبي عن دليل العقد الذي اقتضى كون الناتج بينهما والتالف عليهما ، ومن هنا فحيث كان التزام المشروط له بالعقد معلقاً على التزام صاحبه بالشرط ، وقد تحقق منه ذلك ، وجب عليه الوفاء به لأدلة لزوم الوفاء بالشروط ، وان لم يتم الحاصل .

(٣) فيه نظر بل منع ، يظهر وجهه مما تقدم ، فان العمومات والاطلاقات غير شاملة لمثل هذا العقد الذي يتضمن تمليك المعدوم

مشاعاً بينهما ، فلا يعتبر اشاعة جميع الحاصل بينهما على الأقوى . كما يجوز استثناء مقدار البذر لمن كان منه (١)

بالفعل ، ومن هنا فلابد في الحكم بصحتها من الدليل الخاص ، وحيث ان المورد خارج عن مورد النصوص الواردة في المزارعة باعتبار أنها انما تضمنت الصحة فيما إذا كان الحاصل مشاعاً بينهما ، وهـذا مفقود في المقام فان احدهما يختص بمقدار منه ويكون الباقي مشاعاً بينهما ، يحكم ببطلانه بمقتضى القاعدة لا محالة .

ثم لابأس بما أفاده (قده) بناءاً على مختاره من شمول العمومات والاطلاقات لمثل هذه المعاملات .

(١) ظاهر تشبيهه (قده) لاستثناء الأرطال المعلومة باستثناء مقدار البذر هو كون الحكم بالصحة في الثاني مفروغاً عنه .

الا ان الأمر ليس كذلك ، فان الحال في البـذر هو الحال في الأرطال المعلومة من حيث القاعدة ، فينبغي الحكم فيه بالبطلان أيضاً.

نعم ادعى بعضهم الصحة في المقام حتى مع القول بالبطلان في استثناء الارطال المعلومة ، خروجاً عن القاعدة لأجل النص الخاص.

واستدل عليها بصحيحة يعقوب بن شعيب عن أبي عبدالله (ع): « قال : سألته عن الرجل تكون له الأرض من أرض الخراج فيدفعها إلى الرجل على أن يعمرها ويصلحها ويؤدي خراجها ، وما كان من فضل فهو بينهما . قال : لابأس » (١) .

وخبر ابراهيم الكرخي : « قال : قلت لأبي عبد الله (ع)

(١) الوسائل : ج ١٣ باب ١٠ من أبواب احكام المزارعة والمساقاة ، ح ٢ .

أشارك العلج فيكون من عندي الأرض والبذور والبقر ويكون على العلج القيام والسقي (السعي) والعمل في الزرع حتى يصير حنطة أو شعيراً وتكون القسمة فيأخذ السلطان حقه . ويبقى ما بقي على أن للعلج منه الثلث ولي الباقي . قال : لابأس بذلك . قلت : فلي عليه أن يرد علي مما اخرجت الأرض والبذر ويقسم ما بقي ؟ قال : انما شاركته على أن البذر من عندك وعليه السقي والقيام » (١) .

الا أن الاستدلال بهما محل نظر بل منع : -

أما الصحيحة فهي اجنبية عن محل الكلام بالمرة ، إذ ليس فيها أية دلالة أو اشعار على اخراج البذر من الحاصل ، بل هي كسائر نصوص الباب دالة على اشاعة الحاصل بينهما كما يقتضيه قوله (ع): « وما كان من فضل فهو بينهما » .

فما أفيد من دلالتها على المدعى غير واضح .

على اننا لو سلمنا دلالتها على اخراج البذر من الحاصل كان مقتضاه خروج البذر من الحاصل مطلقاً سواء اشترط ذلك ضمن العقد ام لم يشترط ، وهو مقطوع البطلان حيث لا قول به بل لا وجه له فانه لا يستثنى منه من غير الشرط جزماً ، وانما الكلام في استثناءه على تقدير الإشتراط .

وأما الخبر فهو مضافاً إلى ضعف سنده بابراهيم الكرخي حيث لم يرد فيه مدح فضلا عن التوثيق ، قاصر الدلالة أيضاً ، فان ظاهر قوله (ع) : « انما شاركته على أن البذر من عندك وعليه السقي

---

(١) الوسائل : ج ١٣ باب ١٠ من أبواب احكام المزارعة والمساقاة ، ح ١ .

أو استثناء مقدار خراج السلطان (١) أو ما يصرف في تعمير الأرض (٢) ثم القسمة . وهل يكون قراره في هذه الصورة مشروطاً بالسلامة كاستثناء الأرطال في بيع الثمار أولا ؟ وجهان (٣) .

والقيام » ان النتاج الحاصل انما هو وليدة امرين معاً البذر من جهة والعمل من جهة اخرى ومن هنا يكون الحاصل لهما معاً على حد سواء من غير اختصاص لاحدهما به كلاً أو بعضاً .

إذن : فالاستدلال بهذا الخبر على بطلان الاشتراط اولى من الاستدلال به على صحته فلاحظ .

(١) على ما دلت عليه صحيحة يعقوب بن شعيب المتقدمة وغيرها.

(٢) فيدخل في عنوان الاعمار والاصلاح المذكورين في الصحيحة المتقدمة.

(٣) كونها محمولة على الاشاعة فيحسب التالف على الشارط والمشروط عليه بالنسبة ، وكونها من قبيل الكلي في المعين فلا ينقص من الشرط شيء .

والأول هو الأقوى ، فان نسبة المستثنى ـ الحصة المعينة ـ والمستثنى منه إلى المجموع واحدة ، فلا يختص احدهما بملك الشخص والآخر بملك الكلي بل ملكهما معاً على نحو واحد ، والموجود بالفعل مضاف في الملك اليهما على حد سواء .

ومما يدلنا على ذلك انه لو تلف جميع الحاصل ولم يبق منه الا مقدار البذر أو الشرط ، لم يمكن ان يقال بكونه للمشروط له ، فانه مخالف لوضع المزارعة وقانونها حيث ان مقتضاها لزوم بقاء مقدار من الناتج لكل منهما بعد اخراج الشرط بحيث لا يبقى احد منهما فاقداً

(مسألة ٦) : إذا شرط مدة معينة يبلغ الحاصل فيها غالباً فمضت والزرع باق لم يبلغ ، فالظاهر ان للمالك الأمر بازالته بلا أرش أو إبقاءه ومطالبة الأجرة ان رضي العامل باعطائها ، ولا يجب عليه الإبقاء بلا أجرة ، كما لا يجب عليه الأرش مع ارادة الأزالة ، لعدم حق للزارع بعد المدة ، والناس مسلطون على أموالهم(١) ولا فرق بين أن يكون

للنصيب مع وجود الحاصل حتى مع الأشتراط وهو انما ينسجم مع القول بكون الحصة على نحو الاشاعة لا الكلي في المعين .

وعليه : فيتعين القول بها .

(١) الا انه قد يقال بان قاعدة السلطنة محكومة لدليل لا ضرر ، فان في قلع المالك للزرع من دون دفع الارش إلى العامل ضرراً عليه حيث يوجب ذهاب عمله أو هو مع البذر - على تقدير كونه منه - هدراً فيشمله دليل لا ضرر ، وهو حاكم على جميع الأدلة بما في ذلك قاعدة السلطنة .

ومن هنا : فليس للمالك الزام العامل بقلع الزرع ، لكنه حيث لا يذهب مال المسلم هدراً لم يجب على المالك ابقاءه في ارضه مجاناً ، بل له مطالبة العامل باجرة الأرض في الفترة الباقية .

وبهذا فيكون العامل - في الحقيقة - بالخيار بين دفع اجرة مثل الارض في الفترة الباقية للمالك وبين تنازله عن زرعه وقبوله لقلعه من غير ارش .

لكنك قد عرفت منا عند التعرض لقاعدة لا ضرر ، ان نفي الضرر في الاسلام كنفي الحرج وسائر المنفيات والمرفوعات ، وارد

مورد الامتنان على الأمة المرحومة ، ومن هنا يجب أن يكون الحكم المنفي امتنانياً على جميع المكلفين على حد واحد ، لا البعض دون البعض الآخر ، فانه لو كان في رفع الحكم امتنان على بعض وضرر على غيره لم يثبت لمنافاته للأمتنان والتفضل من الشارع المقدس .

وعليه : ففي المقام حيث يكون منع المالك من التصرف في ارضه والحجر عليه في ماله ضرراً عليه ، فلا يشمله ـ المقام ـ دليل نفي الضرر ، لمنافاته للأمتنان .

ولو قلنا بشموله لمثل ذلك لوجب القول به فيما لو اشتبه احد فزرع في أرض الغير خطاءاً ثم تبين له الحال ولم يرض المالك ببقائه في ارضه .

والحال انه لا يمكن الالتزام في هذه الصورة بلزوم ابقاء المالك لزرع الغير أو بناءه ، وانتفاء سلطنته على ماله . بل وينبغي ان يقال به في صورة العمد والغصب أيضاً ، إذ في أمر المالك بالقلع ضرر على الغاصب ، وهو مرفوع في الشريعة المقدسة .

ودعوى : ان الغاصب بفعله مقدم على الضرر لعلمه بغصبه وعدم جوازه له ، وحديث نفي الضرر لا يشمل موارد الاقدام عليه .

مدفوعة : بأن الأقدام على الضرر انما يكون فيما إذا كان فعل المكلف ضرراً بنفسه وقد أقدم عليه مع الالتفات اليه ، كما لو باع ماله الذي يسوى بماءة بعشرة مع التفاته إلى ذلك ، فانه لا يمكن الحكم حينئذ ببطلان هذه المعاملة أو ثبوت الخيار له تمسكاً بدليل نفي الضرر ، فان الضرر انما اتى من قبل نفسه باقدامه عليه .

بل شمول دليل نفي الضرر لمثله يكون على خلاف الامتنان ، فان نقض الشارع لما يختاره المكلف لنفسه لا يعد امتناناً عليه ، بل هو على خلاف الامتنان كما لا يخفى .

وأما إذا لم يكن الفعل بنفسه ضررياً . إلا انه كان مقدمة لحكم شرعي ضرري ، كان مشمولاً لدليل نفي الضرر جزماً وبلا اشكال فيه ، حيث ان الضرر انما جاء من قبل حكم الشارع لا من قبل فعل المكلف نفسه .

ولذا لا يمكن ان يقال بوجوب الغسل أو الوضوء على من يكون استعمال الماء له ضرريـاً ، إذا اجنب نفسه عمداً أو نقض وضوءه كذلك ، بدعوى انه هو الذي اقدم عليه .

فانه لم يقدم على الغسل أو الوضوء ، وانما اقدم على مقدمة حكم الشارع بوجوبها ، والأقدام عليها لا يعتبر إقداماً على الضرر نفسه ، بل يبقى الضرر ناشئاً من حكم الشارع خاصة ، وان تحقق موضوعه بفعل المكلف اختياراً .

والحاصل : ان مقتضى التمسك بدليل لا ضرر هو القول بشموله لمورد الغصب أيضاً ، فان الغاصب لم يقدم على الضرر مباشرة وانما اقدم على الزرع في ارض الغير وهو بحد نفسه ليس بضرري عليه ، وانما الضرر يحصل من حكم الشارع بالقلع . فينبغي ان يقال بانتفاءه والحال ان بطلان هذا الحكم يكاد أن يكون من الضروريات .

إذن : فالصحيح ان يقال بعدم شمول دليل لا ضرر للمقام نظراً لمنافاته للأمتنان وحينئذٍ فمقتضى دليل السلطنة جواز الزام المالك له بالقلع من غير ضمان .

وهل للمالك مباشرة ازالة الزرع بنفسه ام لا ؟

قيل بالأول ، لانه لما كان له الزام العامل بالقلع كان له مباشرة ذلك بنفسه .

وفيه : انه لا ملازمة بين الأمرين ، فله ان يطالبه بالأزالة وليس

ذلك بتفريط الزارع أو من قبل الله (١) كتأخير المياه أو تغير الهواء . وقيل بتخييره بين القلع مع الأرش والبقاء مع الأجرة وفيه : ما عرفت (٢) ، خصوصاً إذا كان بتفريط الزارع . مع أنه لا وجه لإلزامه العامل بالأجرة بلا رضاه . نعم لو شرط الزارع على المالك ابقاءه إلى البلوغ - بلا أجرة أو معها - ان مضت المدة قبله لا يبعد صحته(٣) ووجوب الإبقاء عليه .

له تصديه لذلك ، فانه اتلاف لمال الغير بلا موجب .

ولذا لو دخل حيوان الغير إلى داره ، كان للمالك الزامه باخراجه ولو بذبحه عند تعذر اخراجه حياً ، وليس له مباشرة ذلك بنفسه ولو فعل كان ضامناً له ، لانه تصرف في مال الغير واتلاف له من غير رضاه .

نعم لو امتنع العامل من القلع كان له رفع امره إلى الحاكم الشرعي لاجباره عليه . وعند تعذره يتولاه عدول المؤمنين وعند تعذرهم يصل الدور إلى نفسه ، على ما تقتضيه قواعد المرافعات ومطالبة الحقوق.

(١) إذ لا اثر لذلك في قاعدة سلطنة الناس على اموالهم .

(٢) من كونه منافياً لسلطنة المالك على ماله .

(٣) خلافاً لجملة من الاصحاب حيث حكموا بفساد الشرط ، وآخرون بسرايته للعقد أيضاً .

واستدل للأول بأن إبقاء الزرع بعد المدة إذا كان معلقاً على عدم بلوغه فيها ، حكم ببطلانه لمكان التعليق .

في حين استدل للثاني بانه لابد في المزارعة من تعيين المدة ، فاذا

(مسألة ٧) : لو ترك الزارع الزرع بعد العقد وتسليم الأرض اليه حتى انقضت المدة ، ففي ضمانه اجرة المثل للأرض ـ كما انه يستقر عليه المسمى في الأجارة ـ أو عدم ضمانه أصلاً غاية الأمر كونه آثماً بترك تحصيل الحاصل أو التفصيل بين ما إذا تركه اختياراً فيضمن أو معذوراً فلا ، أو ضمانه ما يعادل الحصة المسماة من الثلث أو النصف أو غيرهما بحسب التخمين في تلك السنة ، أو ضمانه بمقدار تلك الحصة من منفعة الأرض من نصف أو ثلث ومن قيمة عمل الزارع ، أو الفرق بين ما إذا اطلع المالك على تركه للزرع فلم يفسخ المعاملة لتدارك استيفاء منفعة ارضه

ترددت بين الفترة المعينة وما بعدها إلى حين بلوغ الزرع ، حكم ببطلانها لجهالة المدة .

الا أن في كليهما نظراً ، وما ذهب اليه الماتن (قده) هو الصحيح فان مرجع هذا الشرط انما هو إلى جعل مدة المزارعة هي فترة بلوغ الحاصل وادراك الزرع ـ تحقق في المدة المعينة فهو وإلا فالى حين حصوله ـ ولا ريب في صحة العقد مع تعيين المدة بالبلوغ وادراك الحاصل ، إذ لا يعتبر في عقد المزارعة تعيين المدة الزمانية . ولا تضر مثل هذه الجهالة فانها انما تبطل بلحاظ الغرر وهو منتف في المقام .

ومن هنا يظهر الحال في دعوى البطلان من جهة التعليق ، فانه لا تعليق حقيقة وفي الواقع ، مضافاً إلى انه لا دليل على البطلان عند التعليق في التوابع والشروط .

فلا يضمن وبين صورة عدم اطلاعه إلى ان فات وقت الزرع فيضمن ، وجوه وبعضها أقوال (١) فظاهر بل صريح جماعة الأول بل قال بعضهم يضمن النقص الحاصل بسبب ترك الزرع إذا حصل نقص واستظهر بعضهم الثاني وربما يستقرب الثالث ، ويمكن القول بالرابع والأوجه الخامس ، وأضعفها السادس - ثم هذا كله إذا لم يكن

(١) وقد ذكر بعضهم وجهاً سابعاً هو ضمان العامل للمالك قيمة العمل لانه قد ملكه عليه بعقد المزارعة فاذا اتلفه بتركه ضمنه بقيمته.

والتحقيق ان يقال : ان الأصل في المقام يقتضي القول الثاني - اعني عدم الضمان مطلقاً - فان اثبات الضمان يحتاج إلى الدليل وإلا فمقتضى الأصل العدم .

ومن هنا فلابد من ملاحظة الوجوه المذكورة وما يمكن ان يقال في توجيهها .

فنقول : أما ضمان العامل لقيمة العمل كلاً - كما هو الوجه الأخير - أو بعضاً - على ما هو مختار المصنف (قده) فلا وجه له بالمرة ، فان عقد المزارعة - على ما يستفاد من نصوصها - ليس إلا معاملة بين طرفين على ان يبذل احدهما الارض والآخر العمل واشتراكهما في الحاصل ، ومن دون ان يكون كل منهما مالكاً على الآخر شيئاً فليس صاحب الارض مالكاً للعمل على المزارع كما لا يملك هو منفعة الارض على صاحبها بل كل منهما يبذل الذي عليه من الارض أو العمل مجاناً وبأزاء لا شيء إلا الشركة في النتيجة والحاصل .

وما ذكرناه فيما لو كان البذر من العامل أوضح مما لو كان من

صاحب الأرض ، فانه حينئذٍ انما يعمل في بذره ويكون عمله له ، غاية الأمر انه يجعل نصيباً من الحاصل للمالك بأزاء تصرفه في ارضه .

ومعه فما معنى ان يقال بان المالك يملك على المزارع العمل ، فانه لم يعمل إلا لنفسه .

لكن هذا لا يعني خفاء الحكم فيما لو كان البذر من صاحب الأرض ، فان الحال فيه هو الحال في فرض كون البذر من المزارع لأنه انما يعمل لكي يكون النصيب المعين والحصة المفروضة من الحاصل له ، لا ان تكون له منفعة الأرض ، كي يقال بان المالك يملك عليه بأزاء ذلك العمل .

وأما الضمان من جهة الأرض فلابد فيه من التفصيل بين ما لو سلمها المالك اليه بحيث كانت تحت يد المالك وبين ما لو خلى السبيل بينها وبين العامل .

ففي الاول : لابد من الحكم بالضمان للقاعدة ، فان تصرف العامل في الأرض بالاستيلاء عليها تصرف عدواني لفقده إذن المالك ورضاه ، لأنه انما اذن له في الاستيلاء عليها مقيداً بالعمل فيها ، فاذا لم يعمل - كما هو المفروض - كان استيلاءه فاقداً لرضاه ، فيحكم بالضمان لا محالة حاله في ذلك حال سائر موارد الغصب .

من غير فرق في الحكم بين علم المالك بالحال وجهله به ، وبين كون ترك العمل لعذر وعدمه ، فان الضمان بقاعدة اليد غير مشروط بجهل المالك أو عدم العذر للمستولي .

بخلاف الثاني : حيث يختص ضمانه بفرض جهل المالك بالحال ، فانه لا مجال لاثبات الضمان في هذا الفرض بقاعدة اليد - إذ المفروض بقاءها تحت يد المالك وانما لابد في اثباته من التمسك بقاعدة الاتلاف

الترك بسبب عذر عام ، وإلا فيكشف عن بطلان المعاملة(١) ولو انعكس المطلب ، بأن امتنع المالك من تسليم الأرض بعد العقد ، فللعامل الفسخ (٢) ، ومع عدمه ففي ضمان المالك ما يعادل حصته من منفعة الأرض ، أو ما يعادل حصته من الحاصل بحسب التخمين ، أو التفصيل بين صورة العذر وعدمه ، أو عدم الضمان حتى لو قلنا به في

ومقتضاها اختصاص الضمان بفرض جهل المالك بالحال حتى فوات اوان الزراعة ، فانه حينئذٍ يستند تلف المنفعة إلى ترك الزارع للزراعة فيها ، إذ لو كان عالماً بالحال لاستند الفوات إلى تركه ـ المالك ـ الانتفاع بأرضه بعد علمه بترك العامل للعمل في ارضه .

إذن فالصحيح في المقام هو التفصيل على النحو الذي ذكرناه من الفرق بين ما لو كانت الأرض تحت يد العامل فيضمن منفعتها مطلقاً وبين ما لو كانت تحت يد المالك فالتفصيل بين علمه بالحال وجهله به فيضمن في الأول دون الثاني .

ثم ان مما ذكرنا يظهر الحال في الآثار المترتبة على ترك الزرع ، كما لو فرضنا تضرر الارض بذلك ، فان العامل يضمنه مضافاً إلى ضمان المنفعة على التفصيل المتقدم حرفاً بحرف .

(١) لما تقدم من اعتبار امكان الزراعة ، إذ مع عدمه لا معنى لايقاع عقد تكون نتيجته الاشتراك في الحاصل .

وعليه : فلا ضمان في المقام ، فان العين امانة في يده وفوات المنافع غير مستند اليه .

(٢) بموجب خيار عدم التسليم ، ومعه فيفرض العقد كأن لم يكن .

الفرض الأول ، بدعوى الفرق بينهما ، وجوه (١) .

(المسألة ٨) : إذا غصب الأرض بعد عقد المزارعة غاصب ولم يمكن الاسترداد منه ، فان كان ذلك قبل تسليم الأرض الى العامل تخير بين الفسخ وعدمه (٢) ، وان كان بعده لم يكن له الفسخ (٣) ، وهل يضمن الغاصب

---

(١) أقواها الاخير ، ويظهر وجهه مما تقدم ، فان ضمان العامل لمنفعة الأجرة انما كان بملاك قاعدة اليد عند استيلاءه على الارض أو قاعدة الاتلاف عند جهل المالك بالحال مع عدم استيلاء العامل عليها.

وحيث انه لا شيء منهما متحقق في المقام ، إذ المالك لم يفوت على العامل شيئاً لانه لم يكن يملك حصة من منفعة الأرض - على ما عرفت بيانه مما تقدم ، باعتبار ان عقد المزارعة مبني على بذل كل من الطرفين ما يجب عليه مجاناً بأزاء اشتراكهما في النتيجة خاصة - فلا وجه للحكم بضمانه لحصته من منفعة الأرض .

وأوضح من ذلك في الفساد القول بضمانه للحصة من الحاصل تخميناً فانها ليست مملوكة للعامل بالفعل ، كي يضمنها المالك له ، نعم انه كان سيملكها على تقدير ظهورها ، وقد منع المالك من تحققها برفع موضوعها ، إلا انه غير موجب للضمان جزماً .

ومما تقدم يظهر الحال في التفصيل بين العذر وغيره ، فانه لا موجب له بالمرة ، بعد عدم شمول دليل الضمان للمقام .

نعم المالك آثم بتركه التسليم ، لامتناعه عما هو واجب عليه .

(٢) لما تقدم من ثبوت الخيار عند عدم التسليم .

(٣) لتمامية العقد به .

تمام منفعة الأرض في تلك المدة للمالك فقط ، أو يضمن له بمقدار حصته - من النصف أو الثلث - من منفعة الأرض ويضمن له أيضاً قيمة حصته من عمل العامل ، حيث فوته عليه ، ويضمن للعامل أيضاً مقدار حصته من منفعة الأرض؟ وجهان (١) ، ويحتمل ضمانه لكل منهما ما يعادل حصته من الحاصل بحسب التخمين .

(مسألة ٩) : إذا عين المالك نوعاً من الزرع - من حنطة أو شعير أو غيرهما - تعين ولم يجز للزارع التعدي عنه(٢)

---

(١) ظهر مما تقدم في المسألة السابقة أن الأقوى في المقام هو القول الأول ، فان العامل لا يملك شيئاً من منفعة الارض كي يضمن له نتيجة لفواته بالغصب بموجب قاعدة الاتلاف ، كما ان المالك لا يملك شيئاً من عمل العامل كي يضمن له بالاتلاف أيضاً ، فان كلاً منهما متبرع بالذي عليه للأشتراك في النتيجة .

ومن هنا يظهر الحال في الوجه الأخير أيضاً ، فانه لا معنى لضمان الغاصب ما لم يكن بمملوك بالفعل ، فان الضمان انما يختص بما يعد مالاً بالفعل ، وأما ما سيكون كذلك في المستقبل فلا يثبت الضمان برفع موضوعه والمنع من تحققه كما هو واضح .

إذن : فالصحيح هو ضمان الغاصب للمالك خاصة منفعة ارضه الفائتة بالغصب ، لعموم قاعدة الضمان للمنافع كالأعيان .

(٢) لوجوب الوفاء بالعقد عليه ، وانتفاء الأذن في التصرف في غيره .

ولو تعدى إلى غيره ذهب بعضهم إلى أنه إن كان ما زرع أضر مما عينه المالك كان المالك مخيراً بين الفسخ وأخذ أجرة المثل للأرض ، والأمضاء وأخذ الحصة من المزروع مع أرش النقص الحاصل من الأضر ، وان كان أقل ضرراً لزم وأخذ الحصة منه . وقال بعضهم : يتعين أخذ أجرة المثل للأرض مطلقاً ، لان ما زرع غير ما وقع عليه العقد فلا يجوز أخذ الحصة منه مطلقاً ، والأقوى (١) أنه ان علم أن المقصود مطلق الزرع .

---

(١) بل الأقوى هو ان يقال : انه قد يفرض انكشاف الحال للمالك بعد تمامية الزرع الذي تعدى الزارع به ، وبلوغ الحاصل ، وقد يفرض انكشافه في اثناء العمل وقبل بلوغ النتاج .

ثم وعلى كلا التقديرين اما ان يكون ما عينه المالك على نحو التقييد واما ان يكون على نحو الشرطية ، فانه أمر ممكن وان كان على خلاف المرتكزات العرفية ، حيث انها قائمة على كون التعيين على نحو التقييد وان كان ظاهره هو الاشتراط .

فان كان على نحو التقييد فحيث ان ما وقع عليه العقد لم يتحقق في الخارج وما تحقق لم يتعلق به العقد ، كان الزارع بتصرفه هذا معتدياً ومتصرفاً في مال الغير بغير إذنه ، وبذلك يضمن ما يستوفيه من منفعة الارض .

وليس هناك ضمان آخر لهذه المنفعة غير هذا الضمان ، فان المنفعة الواحدة لا يكون لها إلا ضمان واحد ، وسيأتي مزيد توضيح له انشاء الله .

هذا كله فيما يتعلق بضمان الأرض واستيفاء الزارع لمنفعتها .

واما البذر فان كان للمالك فله ان يسقط ضمان العامل الثابت عليه بوضعه ليده عليه بغير إذنه ، وبذلك فيكون له جميع الحاصل ، على ما تقتضيه قاعدة تبعية النتاج للبذر ،

كما ان له مطالبة العامل بالبذر ، لأنه قد اتلفه عليه بالزرع ، فاذا بذله له وخرج عن عهدته . ملك الحاصل قهراً تبعاً للبذر على ما يقتضيه بناء العقلاء ويساعد عليه الارتكاز العرفي ، فانهم يعاملون مع المؤدي لبدل التالف معاملة المالك له بقاءاً على ما ذكرناه مفصلاً في مسألة ضمان الأيادي المتعددة من مباحث المكاسب .

هذا كله فيما إذا انكشف الحال للمالك بعد تمامية الزرع وبلوغ الحاصل ، وأما إذا كان ذلك في اثناء المدة ، فالأمر كما تقدم بالقياس إلى المدة الفائتة ، فان العامل يضمن له اجرة مثل ارضه في تلك الفترة .

وأما البذر فان كان للعامل ، فللمالك الزامه بتخلية ارضه واخراج بذره كيف ماكان .

وليس للعامل الزامه ببقاءه في ارضه في مقابل الأجرة فضلاً عن المجانية .

وان كان للمالك فالكلام فيه هو الكلام فيما لو انكشف الحال له بعد تمامية الزرع وبلوغ الحاصل ، حرفاً بحرف ، فان له ان يسقط ضمان العامل ويرضى ببقاءه في ملكه فيكون الحاصل له ، وله ان يطالب العامل بضمانه وبعده فله الخيار أيضاً بين رضاه ببقاءه في قبال الأجرة أو أمره بالقلع من غير ارش .

ثم ان هذا كله فيما إذا كان التعيين على نحو التقييد ، وأما لو كان على نحو الاشتراط خلافاً للمرتكزات العرفية بالتصريح أو القرينة ،

وان الغرض من التعيين ملاحظة مصلحة الأرض وترك ما يوجب ضرراً فيها يمكن أن يقال أن الأمر كما ذكر من التخيير بين الأمرين في صورة كون المزروع أضر وتعيين الشركة في صورة كونه أقل ضرراً . لكن التحقيق مع ذلك خلافه ، وإن كان للتعيين لغرض متعلق بالنوع الخاص لا لأجل قلة الضرر وكثرته ، فاما أن يكون التعيين على وجه التقييد والعنوانية ، أو يكون على وجه تعدد المطلوب والشرطية (١) ، فعلى الأول إذا خالف ما عين فبالنسبة

فالمالك بالخيار بين اسقاط شرطه ورضاه بالمزروع بالفعل ، فيكون الحاصل على ما قرراه في العقد ، وبين فسخ العقد من جهة تخلف الشرط وحينئذٍ فيكون حاله حال التقييد حيث يفرض العقد كأن لم يكن وبذلك فيضمن العامل اجرة مثل الأرض لتصرفه فيها بغير إذن مالكها .

وحكم البذر ما تقدم من التفصيل بين كونه للمالك أو العامل تماماً فراجع .

(١) تقدم منا غير مرة ان ذلك وان كان ممكناً في حد ذاته إلا انه على خلاف المرتكزات العرفية جداً .

فان الاشتراط في الكلي - بملاحظتها - تقييد لها لا محالة ، وان كان ظاهر التعبير هو الشرطية ، فان معناه كون مورد العقد خصوص الحصة المعينة من الزرع دون الطبيعي اينما سرى .

نعم ما يؤخذ في الاعيان الخارجية كالكتابة في العبد يكون شرطاً

اليه يكون كما لو ترك الزرع أصلاً حتى انقضت المدة ، فيجري فيه الوجوه الستة المتقدمة في تلك المسألة (١) ، واما بالنسبة إلى الزرع الموجود فان كان البذر من المالك فهو له ، ويستحق العامل أجرة عمله (٢) على اشكال في صورة علمه بالتعيين وتعمده الخلاف لاقدامه حينئذٍ على هتك حرمة عمله ، وان كان البذر للعامل كان الزرع له

لا محالة وان ذكر بنحو القيدية ، إذ لا مجال لتصور الاطلاق فيها كي يتصور التقييد .

(١) وقد عرفت أن أقواها هو ضمان العامل لمنفعة الارض فيما إذا كان قد استلمها من المالك بحيث اصبحت تحت سلطانه ، أو كان المالك جاهلاً بالحال .

(٢) والذي اظنه - والله العالم - انه (قده) قد غفل عما أفاده في غير مورد من عدم استحقاق العامل للأجرة عند علمه بفساد العقد.

فان ما أفاده (قده) في تلك الموارد وان لم يكن تاماً في نفسه لما عرفته من عدم مدخلية العلم بالفساد في ارتفاع الضمان لعدم ملازمته للتبرع وقصد المجانية ، إلا انه وعلى تقدير تماميته انما يختص بما إذا كان صادراً عن أمر الغير - كالأجارة الفاسدة ونحوها - . وأما إذا لم يكن العمل واقعاً عن أمر الغير ، فلا وجه لان يقال بان للعامل اجرة مثل عمله على الغير فيما إذا كان جاهلاً بالحال ، فانه لم يكن قد صدر عن امره كي يكون ضامناً له .

فالصحيح : هو الحكم بعدم الضمان مطلقاً سواءاً أكان العامل عالماً ام جاهلاً .

ويستحق المالك عليه أجرة الأرض مضافاً (١) إلى ما استحقه من بعض الوجوه المتقدمة ، ولا يضر استلزامه الضمان للمالك من قبل أرضه مرتين على ما بيناه في محله ، لأنه من جهتين ، وقد ذكرنا نظير ذلك في الاجارة أيضاً .

---

(١) وفيه : ان الضمان من جهة الترك لم يكن ضماناً من جهة الحاصل أو عمل العامل في الارض ، وانما كان ضماناً من جهة تفويته لمنفعة الارض تمسكاً بقاعدة اليد أو الاتلاف .

وحيث أن في المقام لا شيء وراء الاستيفاء حيث لم يفت من المالك إلا منفعة ارضه - سواء استوفاها العامل بزرع بذره ام لا - فلا وجه للضمان الثاني ، فان من يغصب الدار أو غيرها لا يضمن منفعتها إلا بضمان واحد سواء أسكنها أم لا ، وليس عليه مضافاً إلى ذلك على تقدير سكناه فيها اجرة المثل لتلك المدة .

ومن هنا يظهر ان قياسه (قده) للمقام على الأجارة فيما إذا استأجر العين لاستيفاء منفعة معينة كالدابة للركوب عليها إلى كربلاء - مثلاً - فترك ذلك وركبها إلى الكوفة حيث يضمن المنفعتين معاً، قياس مع الفارق :

فان المنفعتين في باب الأجارة لما كانتا متضادتين وجب ضمانهما معاً فانه يضمن الأجرة المسماة بأزاء ملكيته لمنفعة ركوب الدابة إلى كربلاء ، والتي فوتها على نفسه بتركه لها اختياراً ، كما يضمن منفعة ركوبها إلى الكوفة لاستيفاء منفعة لم يكن يملكها .

واين هذا من المقام حيث تنحصر الفائدة بالتي فوتها العامل على المالك تارة بالاستيفاء واخرى مع عدمه ؟

وعلى الثاني يكون المالك مخيراً (١) بين أن يفسخ المعاملة لتخلف الشرط ، فيأخـذ أجرة المثل للأرض (٢) وحال الزرع الموجود حينئذٍ ما ذكرنا من كونه لمن له البذر ، وبين أن لا يفسخ ويأخذ حصته من الزرع الموجود باسقاط حق شرطه ، وبين ان لا يفسخ ولكن لا يسقط حق شرطه أيضاً (٣) بل يغرم العامل على بعض الوجوه الستة المتقدمة ويكون حال الزرع الموجود كما مر من كونه لمالك البذر.

(مسألة ١٠) : لو زارع على أرض لا ماء لها فعلاً لكن أمكن تحصيله بعلاج - من حفر ساقية أو بئر أو نحو ذلك - فان كان الزارع عالماً بالحال صح ولزم (٤) وان كان جاهلاً كان له خيار الفسخ (٥) وكذا لو كان الماء

---

(١) لتعليقه التزامه بالعقد على التزام الآخر بالزرع المعين ، فمع عدمه ثبت له الخيار .

وقد تقدم الكلام غير مرة في حقيقة الشرط وبيانها .

(٢) حيث يفرض العقد حينئذٍ كالعدم ، ومن هنا فيترتب عليه ما ذكر في فرض التقييد .

(٣) هذا الاحتمال لا وجه له بالمرة ، بعدما عرفت مراراً من ان الاشتراط لا يؤثر إلا في ثبوت الخيار عند تخلفه ، فهو إما ان يفسخ واما ان يبقي العقد على حاله .

(٤) لتمامية اركان العقد وانتفاء المانع .

(٥) لانتفاء شرط ضمني هو امكان زرع الارض بلا مؤنة خارجة

مستولياً عليها وأمكن قطعه عنها . وأما لو لم يمكن التحصيل في الصورة الاولى أو القطع في الثانية كان باطلاً (١) سواء كان الزارع عالماً أو جاهلاً (٢) وكذا لو انقطع في الاثناء ولم يمكن تحصيله أو استولى عليها ولم يمكن قطعه . وربما يقال بالصحة مع علمه بالحال (٣) ولا وجه له (٤) وإن

عن فعل الزرع ، فأنه أمر مفروغ عنه ، فبتخلفه يثبت للزارع الخيار إذا كان جاهلاً بالحال .

(١) لما تقدم في الشرط السابع من اعتبار امكان الزرع في صحة المزارعة ، إذ بدونه لا معنى للأتفاق على كون الحاصل بينهما بالنسبة المعينة ، فانه لغو محض .

(٢) وذلك لان اعتبار امكان الزرع شرط واقعي في صحة العقد ومن هنا فلا يختلف الحال فيه بين صورتي العلم والجهل .

(٣) نسب ذلك إلى المحقق والعلامة (قدهما) .

(٤) لما عرفت من كون شرطية امكان الزراعة ، واقعية لا تتأثر بالعلم والجهل .

نعم لا يبعد حمل كلامهما (قدهما) على الصورة الاولى اعني امكان ايصال الماء إلى الارض أو قطعه عنها ، فيلتزم فيها بالتفصيل بين علم العامل بالحال فتصح وجهله به فتبطل .

إلا انه يشكل أيضاً من جهة ان الجهل انما يقتضي ثبوت الخيار فلا موجب للحكم بالبطلان كما عن الارشاد .

والحاصل : ان ما أفاداه (قدهما) لا يمكن المساعدة عليه على كلا التقديرين - عمومه لصورة امكان تحصيل الماء وعدمها ، واختصاصه

امكن الانتفاع بها بغير الزرع لاختصاص المزارعة بالانتفاع بالزرع (١) . نعم لو استأجر أرضاً للزراعة مع علمه بعدم الماء وعدم امكان تحصيله أمكن الصحة لعدم اختصاص الأجارة بالانتفاع بالزرع ، الا ان يكون على وجه التقييد(٢) فيكون باطلاً أيضاً .

(مسألة ١١) : لا فرق في صحة المزارعة بين أن يكون البذر من المالك أو العامل أو منهما (٣)

بصورة الأمكان - .

(١) على ما تقتضيه حقيقة المزارعة ، ويقوم به مفهومها .

(٢) بان استأجر أرضاً للزراعة خاصة ، فانه حينئذٍ ان امكن الانتفاع بها في الزراعة بالعلاج فالتفصيل المتقدم من حيث علم المستأجر بالحال وجهله به ، وان لم يمكن فالحكم بالبطلان رأساً لانكشاف عدم تملك صاحبها للمنفعة التي ملكها بالعقد للمستأجر .

(٣) بلا خلاف فيه وفيما يلية من الاركان بين الاصحاب ويستفاد من ضم بعض النصوص إلى بعضها الآخر .

ففي صحيحة سماعة قال : « سألته عن مزارعة المسلم المشرك فيكون من عند المسلم البذر والبقر وتكون الارض والماء والخراج والعمل على العلج ، قال : لا بأس به » (١) .

حيث فرض فيها كون البذر والبقر خاصة على المزارع ، ومع

---

(١) الوسائل : ج ١٣ باب ١٢ من أبواب احكام المزارعة والمساقاة ، ح ١ ،

ذلك حكم (ع) بالصحة .

وحمل هذه المعاملة على معاملة مستقلة عن المزارعة وفي قبالها ، فلا تدل على الجواز فيما نحن فيه .

حمل لا موجب له ، ولاسيما بعد أخذ عنوان المزارعة فيها صريحاً.

والحاصل : ان المستفاد منها ، انه لا يعتبر في المزارعة كون العمل على المزارع ، فيجوز ان يكون على صاحب الارض .

وفي صحيحته الأخرى قال : « سألته عن المزارعة ، قلت : الرجل يبذر في الارض مأة جريب أو أقل أو أكثر طعاماً أو غيره فيأتيه رجل فيقول : خذ مني نصف ثمن هذا البذر الذي زرعته في الارض ونصف نفقتك عليّ واشركني فيه . قال : لا بأس »(١).

حيث دلت على جواز كون نصف البذر من مالك الارض .

وهي وان كانت واردة في جواز ذلك بعد الزرع ، إلا انها تكفي لاثبات الجواز قبله أيضاً ، فانه إذا جاز ذلك بعد الزرع ، جاز قبله بطريق أولى .

ويؤيدهما رواية ابراهيم الكرخي قال : «قلت لأبي عبدالله(ع): اشارك العلج « المشرك » فيكون من عندي الارض والبذر والبقر ويكون على العلج القيام والسقي « والسعي » والعمل في الزرع حتى يصير حنطة أو شعيراً ، وتكون القسمة فيأخذ السلطان حقه « حظه » ويبقى ما بقي على أن للعلج منه الثلث ولي الباقي ، قال : لابأس بذلك . قلت : فلي عليه أن يرد عليّ مما أخرجت الأرض البذر ويقسم ما بقي ؟ قال:

---

(١) الوسائل : ج ١٢ باب ١٣ من أبواب احكام المزارعة والمساقاة ، ح ١ .

انما شاركته على أن البذر من عندك وعليه السقي والقيام «القيام والسعي» (١).

وهي وان كانت صريحة في كون البذر والبقر على صاحب الأرض الا انها ضعيفة السند بابراهيم الكرخي حيث لم يرد فيه مدح فضلاً عن التوثيق ، فلا مجال للأعتماد عليها .

والحاصل : ان المستفاد من ضم النصوص بعضاً إلى بعض ، انه لا يعتبر في مفهوم عقد المزارعة إلا اشتراك الطرفين في الاركان الاربعة لهذه المعاملة في الجملة من غير اختصاص لأحدهما بشيء معين من حيث النوع والكمية .

هذا ولكن المستفاد من صحيحة يعقوب بن شعيب عن أبي عبدالله (ع) (في حديث) : قال : (سألته عن المزارعة ، فقال : النفقة منك والأرض لصاحبها ، فما أخرج الله من شيء قسم على الشطر وكذلك اعطى رسول الله (ص) خيبر حين أتوه فأعطاهم اياها على ان يعمروها ولهم النصف مما أخرجت) (٢) .

اعتبار كون النفقة على العامل ، لانه (ع) انما ذكر ذلك في جواب السؤال عن حقيقة المزارعة فيكون ظاهراً في الحصر .

ومن هنا فتصطدم مع الصحيحتين المتقدمتين .

إلا انه لابد من رفع اليد عن ظهورها هذا ، وحملها على بيان المزارعة الخارجية التي صدرت من النبي (ص) لا مطلق العقد ، بان يقال ان العقد الذي أوقعه النبي (ص) مع يهود خيبر كان

---

(١) الوسائل : ج ١٣ باب ١٠ من أبواب احكام المزارعة والمساقاة ، ح ١ .

(٢) الوسائل : ج ١٣ باب ١٠ من أبواب احكام المزارعة والمساقاة ، ح ٢ .

ولابد من تعيين ذلك (١) الا ان يكون هناك معتاد ينصرف اليه الأطلاق (٢) وكذا لا فرق بين ان يكون الارض

على هذا النحو وإلا فمفهوم المزارعة غير متقوم به ، كما يشهد له قوله (ع) في ذيلها « وكذلك اعطى رسول الله (ص) خيبر » وذلك لصراحة الصحيحتين المتقدمتين في عدم اعتباره وجواز كونها على صاحب الارض .

هذا مضافاً إلى تسالم الاصحاب حيث لم ينقل الخلاف في جوازه من أحد من الاصحاب مطلقاً .

اضف إلى ذلك كله اطلاقات ادلة المزارعة فانها شاملة للمقام حيث ان مفهومها لا يتقوم إلا بالاشتراك في الزرع وتحصيل النماء من غير تخصيص لاحدهما بشيء وصاحبه بآخر كما هو الحال في المزارعات الخارجية فانها تختلف باختلاف البلاد والمناطق ، فقد يكون المتعارف في مكان كون البذر على العامل في حين يكون المتعارف في مكان آخر هو العكس فيتبع في كل منطقة ما هو المتعارف فيها عند الأطلاق وإلا فما اتفقا عليه .

وهذا ديدن المزارعين فعلاً وعليه سيرتهم متصلاً بزمان المعصوم (عليه السلام) ، فيكشف ذلك كله عن عدم تقوم مفهوم المزارعة بكون شيء بخصوصه على احدهما بعينه .

إذن : فلابد من حمل صحيحة يعقوب على المزارعة الخارجية التي وقعت بين النبي (ص) واليهود ، بان يقال انها كانت على الوصف المذكور في الصحيحة وإلا فظاهرها لا يمكن الالتزام به .

(١) على ما تقدم بيانه في الشرط العاشر .

(٢) فان الايكال اليه وعدم التعيين نوع من التعيين .

مختصة بالمزارع أو مشتركة بينه وبين العامل . وكذا لا يلزم أن يكون تمام العمل على العامل ، فيجوز كونه عليهما . وكذا الحال في سائر المصارف . وبالجملة : هنا أمور أربعة : الأرض والبذر والعمل والعوامل ، فيصح أن يكون من أحدهما أحد هذه ومن الآخر البقية ، ويجوز أن يكون من كل منهما اثنان منهما ، بل يجوز أن يكون من أحدهما بعض احدها ومن الآخر البقية ، كما يجوز الاشتراك في الكل فهي على حسب ما يشترطان . ولا يلزم على من عليه البذر دفع عينه فيجوز له دفع قيمته ، وكذا بالنسبة إلى العوامل ، كما لا يلزم مباشرة العامل بنفسه فيجوز له أخذ الاجير على العمل الا مع الشرط .

(مسألة ١٢) : الأقوى جواز عقد المزارعة بين أزيد من أثنين (١) بان تكون الارض من واحد والبذر من آخر

(١) الكلام في هذه المسألة يقع في مقامين .

الأول : في تعدد العامل أو المالك أو هما معاً .

الثاني : في اشتراكهما مع غيرهما .

أما المقام الأول : فلا ينبغي الاشكال في صحته ، إذ لا يعتبر في العقد انحصار اطرافه بين اثنين خاصة ، فيجوز كون الشيء الواحد مشتركاً بين اكثر من اثنين من حيث ملك العين أو المنفعة أو الانتفاع وهو أمر طبيعي جداً يقع في الخارج كثيراً .

ومن هنا فيحكم بصحة عقد المزارعة عليها حاله في ذلك حال

سائر العقود .

وكيف كان : فالظاهر انه لا خلاف في صحة الاشتراك في الارض وصحة المزارعة على الأرض المشتركة .

ومن غير البعيد دعوى كون اعطاء النبي (ص) لأرض خيبر لليهود مزارعة من هذا القبيل ، إذ من البعيد جداً دعوى اختصاص كل قطعة منها بشخص بعينه ، إذ الأراضي غالباً ما تكون مشتركة بين جماعة بسبب الارث أو غيره .

بل لا يبعد دعوى كون الغالب في العامل هو التعدد .

وأما المقام الثاني : فقد ذهب الماتن (قده) وجماعة إلى الجواز والصحة بدعوى صدق المزارعة عليه وشمول الأطلاقات له .

في حين اختار صاحب المسالك (قده) وجماعة البطلان لوجهين : -

الأول : دعوى لابدية تركب العقد من طرفين الموجب والقابل خاصة .

وقد اجاب عنه الماتن (قده) بأنه أول الدعوى .

والأمر كما أفاده (قده) حيث لم يرد دليل على اعتبار ذلك ، بل العقد قد يكون بين اكثر من اثنين كما هو الحال في الشركة .

الثاني : ما ذكره في المسالك من أن العقود توقيفية فلابد من الاقتصار في الحكم بصحتها على ما دل عليه النص ، وحيث انه مفقود في المقام فلا محيص عن الحكم بالبطلان .

وما أفاده (قده) في محله جداً لما عرفت من توقف صحة هذه العقود على الدليل الخاص وعدم امكان اثباتها بالعمومات ، وحيث لم يرد في شيء من النصوص الحكم بالصحة في المزارعة المعقودة بين اكثر من طرفين - الموجب والقابل - فلابد من الحكم بفساده للقاعدة .

نعم بناءاً على ما اختاره الماتن (قده) من شمول العمومات للمقام

والعمل من ثالث والعوامل من رابع . بل يجوز أن يكون بين أزيد من ذلك ، كأن يكون بعض البذر من واحد وبعضه الآخر من آخر ، وهكذا بالنسبة إلى العمل والعوامل . لصدق المزارعة وشمول الاطلاقات ، بل يكفي العمومات العامة (١) . فلا وجه لما في المسالك من تقوية عدم الصحة (٢) بدعوى انها على خلاف الأصل ، فتتوقف على التوقيف من الشارع ، ولم يثبت عنه ذلك . ودعوى : أن العقد لابد أن يكون بين طرفين موجب وقابل ، فلا يجوز تركبه من ثلاثة أو أزيد على وجه تكون أركاناً له . مدفوعة : بالمنع ، فانه أول الدعوى .

(مسألة ١٣) : يجوز للعامل ان يشارك غيره في مزارعته (٣)

فلابأس بالحكم بالصحة هنا .

الا انك قد عرفت ما فيه ، وانها لا تشمل العقود التي تتضمن تمليك المعدوم بالفعل ، ولذا لم نعهد فقيهاً التزم بصحة ذلك في غير هذه الموارد .

إذن : فالصحيح في المقام هو ما ذهب اليه الشهيد (قده) في المسالك ، حيث لا اطلاق للأدلة الواردة في المقام يشمل هذا العقد والعمومات قاصرة في نفسها .

(١) ظهر لك الحال مما تقدم .

(٢) بل قد عرفت انه هو الصحيح والمتعين في المقام .

(٣) والمراد به ان كان نقل ما له من الحصة إلى غيره على نحو

أو يزارعه في حصته (١)

ما سيجيء منه (قده) بعد هذا فهو في حيز المنع على ما ستعرف فانه ليس لأحد نقل الزرع قبل ظهوره وتحققه .

على انه لا دليل على ملكية العامل لشيء قبل ظهور الحاصل ، فانه انما يملك الحصة المعينة له منها ، فلا شيء له قبل ظهور الزرع .

نعم فيما لو كان البذر له ، لم يجر هذا الاشكال بخصوصه .

وان كان المراد به هي المزارعة في حصته فهو عين الشق الثاني في كلامه (قده) وليس قسيماً له .

إذن : فالصحيح انه ليس في المقام إلا قسم واحد هو مزارعة العامل لغيره في حصته .

(١) بلا خلاف فيه ، بل كاد ان يكون اجماعاً ، وذلك لما عرفته منا من أن عقد المزارعة يجعل لكل من الطرفين حقاً في الزام صاحبه بما عليه فللعامل الزام المالك بتسليم الأرض وللمالك الزام العامل بالعمل ، ولـذا صح ان يقوم ورثتهما مقامهما عند موتهما من دون حق الاعتراض للطرف الآخر فليس لورثة المالك منع العامل عن العمل عند انتقالها اليهم ، لانهـا انما انتقلت اليهم بهذا الوصف ، اعني ثبوت حق التصرف له فيها.

ومن هنا : فاذا كان هذا الحق قابلاً للأنتقال بالارث كان قابلاً للأنتقال بالمعاملة أيضاً .

على أن ادلة المزارعة غير قاصرة الشمول لمثلها ، فانك قد عرفت في المسألة الأولى من هذه المسائل ، انه لا يعتبر في صحة المزارعة مالكية المزارع للأرض ، بل يكفي كونه مالكاً للتصرف فيها ، وحيث انه متحقق في المقام فان المزارع يملك هذا الحق وله الولاية على ذلك ، فله ان يزارع غيره فيجعله في مقامه من غير توقف على اعتبـار

من غير فرق بين أن يكون البذر منه أو من المالك (١) ولا يشترط فيه إذنه نعم لا يجوز تسليم الأرض إلى ذلك الغير الا بأذنه (٢) والا كان ضامناً ، كما هو كذلك في الأجارة أيضاً . والظاهر جواز نقل مزارعته إلى الغير (٣) بحيث يكون كأنه هو الطرف للمالك بصلح ونحوه بعوض

ملكيته للمنفعة .

(١) فان للمزارع - العامل - حق التصرف في هذا البذر مطلقاً بالمباشرة أو بغيرها .

ولا يختص ذلك بصورة الاطلاق بل له ذلك حتى مع اشتراط المباشرة عليه ، لعدم المنافاة بين اشتراط المباشرة عليه وكون المزارعة لغيره فينتقل حصته الى الغير بحيث يصبح ذلك الغير هو المزارع لكنه يبقى هو العامل في الأرض والبذر مجاناً أو بعوض يتقاضاه من المشتري .

(٢) تقدم الكلام في ذلك في كتاب الأجارة ، وقد عرفت انه لا وجه له ، فان يد العامل على الارض يد أمانة ، فلا تضمن إذا سلمها إلى أمين مثله إذ الاستئمان لا يقتضي بوجه مباشرة الأمين للسلطنة على المال ووضع اليد عليه فان تسليمه إلى أمين مثله يعد من شئون الأمانة ومن انحاء المحافظة على المال .

وبعبارة اخرى : ان تسليم الارض إلى العامل الثاني الأمين لا يعد تعدياً أو تفريطاً في مال الغير بعد فرض كون المزارعة مطلقة من حيث المباشرة والتسبيب وعليه : فلا مجال للحكم بالضمان في فرض التلف .

(٣) لما تقدم من ملكية العامل لحق التصرف في الأرض وولايته على ذلك ، فيكون له نقله إلى الغير وجعله في مقامه .

ولو من خارج أو بلا عوض ، كما يجوز نقل حصته إلى الغير (١) سواء كان ذلك قبل ظهور الحاصل أو بعده ، كل ذلك لان عقد المزارعة من العقود اللازمة الموجبة لنقل منفعة الأرض نصفاً أو ثلثاً أو نحوهما إلى العامل (٢) فله نقلها إلى الغير بمقتضى قاعدة السلطنة ، ولا فرق فيما ذكرنا بين أن يكون المالك شرط عليه مباشرة العمل بنفسه أولا إذ لا منافاة بين صحة المذكورات وبين مباشرته للعمل ، إذ لا يلزم في صحة المزارعة مباشرة العمل فيصح ان يشارك أو يزارع غيره ويكون هو المباشر دون ذلك الغير .

---

(١) فتكون نتيجته نتيجة المزارعة ، حيث يكون المزارع الثاني شريكاً للمالك في الحاصل بالنسبة المجعولة للعامل الأول .

لكن الظاهر عدم جوازه فيما إذا كان النقل قبل ظهور الحاصل ، إذ لا يجوز نقل الزرع أو الثمر قبل ظهورهما ، على ما يذكر مفصلاً في كتاب البيع .

نعم يجوز ذلك في موردين :

الاول : بيع الثمر لاكثر من سنة .

والثاني : بيعه مع الضميمة على تفصيل يذكر في محله .

(٢) قد عرفت غير مرة ان المزارعة لا تتضمن تمليك العامل منفعة الأرض ، كما لا يتضمن تمليك المالك حصة عمل العامل ، وانما هي عقد لا تتضمن إلا تبرع كل من الطرفين بما عليه في قبال الحصة المعينة من الحاصل ان تحقق .

(مسألة ١٤) : إذا تبين بطلان للعقد ، فاما ان يكون قبل الشروع في العمل ، أو بعده وقبل الزرع بمعنى نثر الحب في الأرض أو بعده وقبل حصول الحاصل ، أو بعده فان كان قبل للشروع فلا بحث ولا اشكال (١) وان كان بعده وقبل الزرع بمعنى الاتيان بالمقدمات من حفر النهر وكري الأرض وشراء الآلات ونحو ذلك ، فكذلك (٢)

ومن هنا ، فما ذكره (قده) لا يمكن المساعدة عليه . والصحيح في توجيه الحكم هو ما اشرنا اليه سابقاً من تضمن العقد حقاً للعامل قابلاً للنقل يجعل له نوعاً من التولية والسلطنة في التصرف والزام المالك بتسليم ارضه له ، فاذا قام العامل بنقل هذا الحق إلى غيره ، حكمنا بصحته لكونه تصرفاً فيما هو ملك له .

(١) إذا لم يفت من أحد شيء ولم يرد ضرر على احدهما بسببه.

(٢) فيه اشكال بل منع ، والأقوى ثبوت اجرة مثل عمله له على المالك ، لقاعدة احترام عمل المسلم ، فانه وبعد صدوره عن أمر الغير - بتبع أمره باصل العمل - لا بقصد التبرع مجانية ، لا يذهب هدراً سواء استفاد المالك من العمل أم لا .

وبعبارة اخرى : لا تأثير لاستفادة المالك وعدمها في ضمانه للعمل الصادر من غيره عن أمره لا بقصد المجانية ، فان الأمر مع هذا القصد موجب للضمان على كلا التقديرين .

هذا كله فيما إذا كان البذر للمالك ، فانه وحيث كان عمل العامل في ماله صادراً عن إذنه لا مجاناً وقد تبين فساد العقد ، يثبت عليه الضمان بأجرة المثل كما هو الحال في سائر العقود الفاسدة .

نعم لو حصل وصف في الأرض يقابل بالعوض من جهة كريها أو حفر النهر لها أو ازالة الموانع عنها كان للعامل قيمة ذلك للوصف (١) وان لم يكن كذلك وكان للعمل

وأما إذا كان البذر للعامل فحيث ان المالك لم يلتزم له على نفسه بشيء مطلقاً عدا تسليمه للأرض وتسليطه عليها ، بل العامل هو الذي قد التزم للمالك بالحصة المعينة من ماله ـ الناتج ـ بازاء زرعه في ارضه فلا وجه لضمانه لشيء ، فان العمل لم يصدر عن أمره بازاء شيء والالتزام بحصة من ماله .

(١) وفيه : ان الأوصاف ـ على ما ذكرناه مفصلاً في المكاسب ـ لا تقابل بالقيمة مطلقاً ولا استقلالية لها في المالية فليست هي مالاً في قبال مالية الموصوف ، وانما المالية لنفس الموصوف بلحاظ وجود الوصف وعدمه .

وعليه : فليس الحال في الاوصاف هو الحال في المنافع حيث تعتبر اموالاً في قبال مالية العين تبذل بأزائها المال مستقلاً ، وانما هي امور تؤثر في زيادة قيمة الموصوف ونقصانها من دون أن تقابل هي بشيء منها .

ومن هنا : فليس الوصف مملوكاً للعامل كي يصح رجوعه على المالك بقيمته ، فانه ـ وعلى ضوء ما بيناه ـ لم يأت إلا بعمل يوجب زيادة قيمة مال المالك ، ومن دون أن يكون له شيء منه .

نعم حيث يكون عمله صادراً عن أمره لا بقصد المجانية فلا يذهب هدراً ، فيستحق عليه اجرة مثله ساوت الزيادة الحاصلة في الارض بسبب العمل أم زادت عليها أم نقصت .

لغواً فلا شيء له (١) كما ان الآلات لمن اعطى ثمنها ، وان كان بعد الزرع كان الزرع لصاحب البذر (٢) فان كان للمالك كان الزرع له وعليه للعامل أجرة عمله وعوامله وان كان للعامل كان له ، وعليه اجرة الارض للمالك ، وان كان منهما كان لهما على النسبة نصفاً أو ثلثاً ولكل منهما على الآخر أجرة مثل ما يخصه من تلك النسبة وان كان من ثالث (٣) فالزرع له وعليه للمالك أجرة الأرض وللعامل أجرة عمله وعوامله . ولا يجب على المالك ابقاء الزرع إلى بلوغ الحاصل (٤) ان كان التبين قبله ، بل له أن يأمر بقلعه وله أن يبقي بالأجرة إذا رضي صاحبه ، وإلا فليس له الزامه بدفع الأجرة . هذا كله مع الجهل بالبطلان ، وأما مع العلم فليس للعالم منهما الرجوع على الآخر بعوض أرضه أو عمله لانه هو الهاتك لانه لحرمة ماله أو عمله فكأنه متبرع به (٥) وإن كان الآخر أيضاً عالماً بالبطلان .

(١) وقد عرفت الاشكال فيه .

(٢) على ما تقتضيه القاعدة فان النماء تابع للبذر .

(٣) بناءاً على ما ذهب اليه في المسألة الثانية عشرة من جواز عقد المزارعة بين اكثر من اثنين .

(٤) على ما تقدم بيانه مفصلاً في المسألة السادسة فراجع .

(٥) تقدم مراراً انه لا اثر للعلم بالفساد والجهل به في استحقاق اجرة المثل ، لانه لا يلزم هتك حرمة المال أو العمل والتبرع به ، بل العامل مقدم على العمل بأزاء العوض لا مجاناً وان علم ان الشارع لم

ولو كان العامل بعدما تسلم الأرض تركها في يده بلا زرع فكذلك يضمن أجرتها للمالك مع بطلان المعاملة لفوات منفعتها تحت يده (١) إلا في صورة علم المالك بالبطلان لما مر (٢) .

(مسألة ١٥) : الظاهر (٣) من مقتضى وضع المزارعة ملكية العامل لمنفعة الأرض بمقدار الحصة المقررة له ، وملكية المالك للعمل على العامل بمقدار حصته واشتراك البذر بينهما على النسبة ، سواء كان منهما أو من احدهما أو من ثالث ، فاذا خرج الزرع صار مشتركاً بينهما على النسبة ، لا ان يكون لصاحب البذر إلى حين ظهور الحاصل ، فيصير الحاصل مشتركاً من ذلك الحين ، كما ربما يستفاد من بعض الكلمات أو كونه لصاحب البذر إلى حين بلوغ الحاصل وادراكه فيصير مشتركاً في ذلك الوقت ، كما يستفاد من بعض آخر نعم للظاهر جواز ايقاع العقد على احد هذين الوجهين مع التصريح والاشتراط به من حين العقد ، ويترتب على هذه الوجوه ثمرات : ـ (منها) : كون التبن أيضاً مشتركاً

يمضه ، فعلمه بذلك شيء وكون اقدامه بازاء العوض شيء آخر .

(١) على تفصيل مر في المسألة السابعة فراجع .

(٢) وقد عرفت الحال فيه .

(٣) قد عرفت فيما تقدم مراراً ان عقد المزارعة لا يقتضي إلا

بينهما على النسبة على الأول ، دون الأخيرين (١) فانه لصاحب البذر . (ومنها) : في مسألة الزكاة (٢) ، (ومنها) : في

بذل كل من الطرفين ما عليه مجاناً في قبال الاشتراك في الناتج ، فليس المالك يملك شيئاً من منفعة الارض للعامل ، ولا العامل يملك شيئاً من عمله للمالك ، بل المالك يبذل ارضه مجاناً كما يعمل العامل فيها كذلك ليشتركا في الحاصل ويكون بينهما على النسبة التي اتفقا عليها ، على ما يساعد عليه الفهم العرفي ويفهمه المزارعون من المزارعة .

نعم من غير البعيد دعوى مساعدة الارتكاز العرفي على اشتراك الطرفين من أول خروج الزرع وان لم يدرك ، فانه وعندئذٍ يرى كل منهما أنه مالك لبعضه وشريك لصاحبه فيه .

هذا ويمكن التمسك في اثبات المدعى باطلاقات النصوص فان عنوان ما أخرجته الارض صادق على الزرع بمجرد خروجه .

ثم ان هذا كله بالقياس إلى صورة اطلاق العقد وعدم التصريح بنحو معين ، وأما معه فلا ريب في امكان الصور الثلاث جميعاً ، نظراً لأطلاقات ادلة المزارعة حيث لم يؤخذ في شيء منها كون الشركة بينهما من زمان معين - من حين نثر البذر أو خروج الزرع أو ادراكه - فيكون الامر بيد الطرفين يتفقان عليه كيفما شاءا ، فلهما تحديد ذلك بالنثر بحيث يكون البذر مشتركاً بينهما كما ان لهما التحديد بخروج الزرع أو بلوغه ، حيث يصدق على الجميع عنوان المزارعة .

(١) لانه يكون قبل ظهور الحاصل ولا اشتراك على الاخيرين حينئذٍ فيختص به مالك البذر .

(٢) فانها على الأولين لا تجب على كل منهما إذا لم يبلغ نصيب

مسألة الانفساخ او للفسخ في الاثناء قبل ظهور الحاصل (١) (ومنها) : في مسألة مشاركة الزارع مع غيره (٢) ومزارعته معه (٣) ، ومنها في مسألة ترك الزرع الى

كل منهما النصاب وان بلغ المجموع ذلك فان الحاصل لم يدرك باكمله على ملك احدهما خاصة وانما ادرك على ملكهما معاً ، فلم يحصل شرط الزكاة اعني بلوغ النصاب وادراكه على ملك واحد .

وهذا بخلاف الالتزام بالوجه الثالث حيث تجب على مالك البذر إذا بلغ المجموع النصاب ، إذ الحاصل وعند الادراك وصدق عنوان الحنطة أو الشعير أو غيرهما عليه ، ملك له لوحده وقد بلغ النصاب فتجب عليه دون صاحبه .

وسيأتي التعرض لهذا الفرع ثانياً في المسألة الحادية والعشرين .

(١) حيث يكون العامل شريكاً فيه على الاولين ، دون الاخير حيث يختص به صاحب البذر ولا شيء للآخر .

وسيأتي التعرض اليه في المسألة السابعة عشرة ، وستعرف عدم تمامية هذه الثمرة .

(٢) فعلى الأول يكون للعامل اشراك غيره في حصته ونقل مقدار منها اليه بصلح أو بغيره ، وعلى الاخيرين فلا يجوز لاختصاص مالك البذر به قبل ظهور الحاصل أو بلوغه ، فلا شيء للعامل عندئذ كي ينقله إلى شريكه .

إلا إنك قد عرفت في المسألة الثالثة عشرة انه لا يجوز نقل الزرع مطلقاً إلا في موردين تقدم ذكرهما .

(٣) لم يظهر وجه الثمرة في المقام ، فان مزارعته مع الغير

انقضت المدة (١) إلى غير ذلك .

(مسأله ١٦) : إذا حصل ما يوجب الانفساخ في الاثناء قبل ظهور الثمر أو بلوغه كما إذا انقطع الماء عنه ولم يمكن تحصيله ، أو استولى عليه ولم يمكن قطعه أو حصل مانع

لا تتوقف على كون العامل مالكاً للأرض أو البذر - كما عرفت - فان عقد المزارعة يحدث للعامل حقاً في التصرف في الارض بالزرع سواء أكان البـذر منه أم من المالك على أن يكون الحاصل مشتركاً بينهما بالنسبة ، وبذلك فله نقـله الى الغير - على ما تقدم وجهه - على جميع التقادير ،

والحاصل : انه لا فرق في جواز نقله لحقـه في مزارعة الأرض بين الالتزام بكون مشاركته لمالك الأرض من حيث نثر البذر أو ظهور الحاصل أو بلوغه وادراكه ، فانه وعلى جميع هـذه التقادير يجوز له ذلك .

ومن هنا : فلم يظهر وجه جعل الماتن - قدس سره - لهذا الفرد من مصاديق ثمرات هذه الأقوال .

(١) فانه على الأول يكون العامل شريكاً لصاحب البذر فيه بناءاً على ما اختاره (قده) من اقتضاء عقد المزارعة تمليك كل منهما الحصة مما عليه للآخر ، فن العامل يكون شريكاً للمالك في البـذر بأصل العقد فيبقى كذلك رغم تركه للعمل في الأرض ، بخلاف الأخيرين حيث لا تكون الشركة إلا بعد ظهور الحاصل أو ادراكه ، إذ يختص به صاحب البذر قبل ذلك .

آخر عام ، فالظاهر لحوق حكم تبين للبطلان من الأول(١) لأنه يكشف عن عدم قابليتها للزرع فالصحة كانت ظاهرية فيكون الزرع الموجود لصاحب البذر (٢) ويحتمل بعيداً كون الانفساخ من حينه فيلحقه حكم الفسخ في الاثناء على ما يأتي فيكون مشتركاً بينهما على النسبة (٣) .

(مسألة ١٧) : إذا كان العقد واجداً لجميع الشرائط وحصل الفسخ في الاثناء إما بالتقايل أو بخيار الشرط لاحدهما أو بخيار الاشتراط بسبب تخلف ما شرط على أحدهما ، فعلى ماذكرنا من مقتضى المزارعـــة - وهو الوجه الأول من الوجوه المتقدمة - فالزرع الموجود مشترك بينهما على النسبـة (٤)

---

(١) لتقوم حقيقة عقد المزارعة بالاشتراك في الحاصل ، وحيث انه متوقف على قابلية الارض له وامكان حصوله ، يكون العقد عند انكشاف عدم قابليتها له من المعاقدة على أمر ممتنع التحقق في الخارج فيحكم بفساده لا محالة .

(٢) لقانون تبعية النماء للبذر .

(٣) وستعرف في المسألة الآتية انه لا وجه لاشتراكهما في الزرع حتى بناءاً على القول بالانفساخ من حينه .

(٤) وفيه : ان تأثير الفسخ وان كان من حينه ، إلا ان معناه لما كان رفع العقد وفرضه كأن لم يقع بالمرة ، كان مقتضاه ارجاع كل من الطرفين ما وصله من صاحبه اليه عيناً أو بدلاً ، وحيث كان المختار في مبدأ الأشتراك هو حين خروج الزرع كان مقتضى الفسخ

رجوع هذه الحصة التي ملكها مالك البذر اياه اليه كما يقتضيه فرض العقد كأن لم يكن ، فان فرضه كذلك يعني كون الزرع باكمله لمالك البذر بقانون التبعية .

نعم بناءاً على ما اختاره الماتن (قده) من كون مبدأ الأشتراك هو البذر ، يتم ما أفاده (قده) من الاشتراك في الزرع ، فان مالك البذر انما ملك صاحبه الحصة منه ولم يملكه الزرع وإنما هو قد حصل في ملكه ، ومن هنا فاذا انفسخ العقد لم يكن لصاحب البذر المطالبة بالزرع الموجود بتمامه فان حصة صاحبه منه لم يكن هو قد ملكها اياه كي يستردها بالفسخ . وانما الواجب على صاحبه رد البذر اليه وحيث انه ممتنع بعينه لتلفه نتيجة للزرع تعين عليه رده بمثله ان كان مثلياً وقيمته ان كان قيمياً ، ولا اثر للفسخ حينئذٍ في كون الزرع لاحدهما خاصة ، فانه ـ وعلى هذا التقدير ـ لهما سواء أكان هناك فسخ أم لم يكن ، فان الاشتراك في الزرع ثابت وعلى كلا التقديرين الفسخ وعدمه وحينئذٍ فيجري ما ذكره (قده) تفريعاً على ذلك من احكام .

والحاصل : ان ما ذكره (قده) انما يتم بناءاً على ما ملكه من ايجاب عقد المزارعة كون البذر مشتركاً بين الطرفين بمعنى ملكية الطرف الآخر للحصة منه أيضاً ، فانه حينئذٍ يكون الزرع مشتركاً بينهما سواء أحصل الفسخ أم لم يحصل .

وكان عليه (قده) ان ينبه على رجوع البذر بتمامه بالفسخ إلى مالكه ، حيث انه يوجب فرض العقد كأن لم يكن ، فيجب على آخذه ارجاعه اليه ، إلا انه لما لم يكن يمكن ارجاعه بعينه لتلفه تعين رده بالمثل أو القيمة ، كما هو الحال في سائر موارد الفسخ .

وبعبارة اخرى : ان حصة الطرف الثاني من الزرع لا ترجع

وليس لصاحب الأرض على العامل أجرة أرضه (١) ولا للعامل أجرة عمله بالنسبة إلى ما مضى ، لأن المفروض صحة المعاملة وبقاؤها إلى حين الفسخ . وأما بالنسبة إلى الآتي فلهما التراضي على البقاء إلى البلوغ بـلا أجرة أو معها ، ولهما التراضي على القطع قصيلاً ، وليس للمزارع الابقاء

بالفسخ إلى مالك البذر فانه لم يملكه اياه ، وانما اعطاه البذر خاصة وملك الطرف الثاني الزرع بقانون تبعية النماء للبذر ، وعليه فاذا حصل الفسخ لم يجب على الطرف الآخر الا ارجاع ما أخذه من البذر وحيث انه ممتنع بعينه ينتقل الأمر إلى البدل .

نعم بناءاً على ما ذكرناه من كون مبدء الاشتراك بينهما هو خروج الزرع ، فلا يمكن المساعدة على ما أفاده (قده) لما عرفت من ان المنقول من صاحب البذر إلى صاحبه انما هو الزرع وهو قابـل للرجوع اليه بالفسخ .

وهذه ثمرة واضحة بين المسلكين .

(١) فيه منع واضح يظهر وجهه مما تقدم ، فانه لما كان الفسخ موجباً لرجوع كل مال إلى صاحبـه وكأن العقد لم يكن ، كانت منافع الأرض للمالك لا محالة وحيث ان العامل قـد استوفاها بزرع بذره فيها - على تقدير كون البذر منه - فعليه ضمانها باجرة المثل .

نعم لو كان البذر للمالك لم يكن على العامل شيء من جهـة الأرض ، إلا انه لما لم يكن أقدم على العمل مجاناً وانما اقدم عليـه ليكون بأزاء ذلك الحصة المعينة من الحاصل ، وكان عمله صادراً عن أمر المالك ، وقد استوفى منافعه ، فعليه - المالك - ان يرجع

إلى البلوغ بدون رضى المالك (١) ولو بدفع اجرة الأرض ولا مطالبة الأرش إذا أمره المالك بالقلع (٢) وللمالك مطالبة القسمة وابقاء حصته في أرضه الى حين البلوغ وأمر الزارع بقطع حصته قصيلاً (٣) .

هذا وأما على الوجهين الأخرين فالزرع الموجود لصاحب البذر (٤) والظاهر عدم ثبوت شيء عليه من اجرة الارض أو العمل (٥) ، لان المفروض صحة المعاملة إلى هذا الحين وان لم يحصل للمالك أو العامل شيء من الحاصل ، فهو كما

اليه - العامل - ما يعادل بدل عمله اعني اجرة مثله في تلك المدة .

والحاصل : ان تأثير الفسخ وان كان من حينه ، الا أن مدلوله انما هو فرض العقد كأن لم يكن ، وعليه فيرجع كل شيء إلى صاحبه.

لكن هذا لا يعني ذهاب حق الطرف الثاني هدراً ، فان البذر ان كان للمالك أخذ تمام الزرع وضمن للعامل أجرة مثل عمله ، لأنه قد استوفاه بأمر منه لا مجاناً وان كان من العامل ضمن للمالك اجرة أرضه.

(١) وقد ظهر الوجه فيه في المسألة السادسة فراجع .

(٢) لأنه قلع بحق .

(٣) ظهر الحال فيما تقدم .

(٤) حالها في ذلك حال الوجه الأول لعين ما مر فان الفسخ يوجب ارتفاع العقد وفرضه كأن لم يكن ومن هنا فيعود كل شيء إلى محله الأول .

(٥) وقد عرفت ما فيه فلا نعيد .

لو بقي الزرع إلى الآخر ولم يحصل حاصل من جهة آفة سماوية أو أرضية (١) . ويحتمل ثبوت الأجرة عليه إذا كان هو الفاسخ (٢) .

(فذلكة) : قد تبين مما ذكرنا في طي المسائل المذكورة ان ههنا صوراً : -

الأولى : وقوع العقد صحيحاً جامعاً للشرائط والعمل على طبقه إلى الآخر ، حصل الحاصل أم لم يحصل لآفة سماوية أو أرضية (٣) .

---

(١) قياس ما نحن فيه بصورة عدم حصول شيء نتيجة لآفة سماوية أو أرضية قياس مع الفارق ، فان كلا من المتعاقدين لم يلتزم لصاحبه في العقد بشيء زائداً على الاشتراك في الحاصل ان كان ، ومن هنا فليس لأحدهما مطالبة صاحبه بشيء عند انتهاء أمر الزرع وعدم تحقق شيء نتيجة لآفة سماوية أو أرضية ، على ما يستفاد ذلك من النصوص الواردة في المقام مضافاً إلى الاتفاق ، فان المستفاد منها قسمة ما يخرج من الأرض بينهما خاصة ، ومن دون أن يكون لاحدهما على الآخر شيء على تقدير العدم ، واين هذا من الفسخ بالأختيار وفرض العقد كأن لم يكن .

(٢) لاستيفاء المنفعة العائدة إلى غيره إما بالزرع في أرضه أو عمل الغير له ، فيضمنه لا محالة .

(٣) وقد ظهر حكمها مما تقدم في صور الكتاب من ان عقد المزارعة عقد لازم يوجب اشتراك العامل وصاحب الأرض في الحاصل - ان كان - والا فلا شيء لاحدهما على الآخر .

الثانية : وقوعه صحيحاً مع ترك الزارع للعمل إلى أن انقضت المدة(١) ، سواء زرع غير ما وقع عليه العقد أو لم يزرع أصلا .

الثالثة : تركه العمل في الأثناء بعد أن زرع اختياراً أو لعذر خاص به (٢) .

---

(١) وقد تقدم حكمها في المسألة السابعة والتاسعة فراجع .

(٢) لم يظهر حكم هذه الصورة مما تقدم منه (قده) فانه - رحمه الله - لم يتعرض اليها فيما تقدم .

ودعوى : كون حكمها حكم ما لو ترك العامل العمل بالمرة .

مما لا وجه لها ، فان الأمر ليس كذلك ، والمسألتان مختلفتان :

وكيف كان : فالحكم في هذه الصورة هو ثبوت الخيار للمالك بين اجبار العامل على اتمام العمل ، لما عرفت من اقتضاء عقد المزارعة جواز الزام كل منهما للآخر باداء ما عليه ، ولو بالرجوع إلى الحاكم الشرعي وإلا فالعدول من المؤمنين وإلا فبنفسه .

وبين فسخه للعقد ، وحينئذ فان كان البذر للعامل ، كان للمالك مطالبته باجرة الأرض للفترة الماضية ، ويأمره بالقلع بلا ضمان أو ابقاءه مجاناً أو باجرة مع التراضي بالنسبة إلى الآتي .

وان كان للمالك ، رجع بتمامه اليه ، وفي مثله لا يبعد الالتزام بعدم وجوب شيء عليه للعامل ، فيقال بذهاب عمله هدراً ، لأنه الذي فوته على نفسه بترك الاكمال .

والوجه فيه : ان الضمان في هذه الموارد انما كان بملاك صدور العمل عن أمر الغير لا مجاناً وان هذا الملاك غير متوفر فيما نحن فيه فان عمل العامل هذا لم يصدر عن أمر صاحب البذر . فانه انما

الرابعة : تبين البطلان من الأول (١) .

الخامسة : حصول الانفساخ في الاثناء ، لقطع الماء أو نحوه من الاعذار العامة (٢) .

السادسة : حصول الفسخ بالتقايل أو بالخيار في الاثناء (٣) . وقد ظهر حكم الجميع في طي المسائل المذكورة كما لا يخفى .

(مسألة ١٨) : إذا تبين بعد عقد المزارعة أن الأرض كانت مغصوبة فمالكها مخير بين الأجازة فتكون الحصة له سواء كان بعد المدة أو قبلها في الاثناء أو قبل الشروع في الزرع بشرط ان لا يكون هناك قيد أو شرط لم يكن معه محل للأجازة (٤) ، وبين الرد ، وحينئذٍ فان كان

أمره بالعمل مستمراً إلى الآخر ، واما العمل الناقص فلم يكن مأموراً به من قبله فلاحظ .

وسيأتي مزيد توضيح لذلك عند التعرض لنظير هذه المسألة في المساقاة .

(١) وقد عرفت حكمها في المسألة الرابعة عشرة .

(٢) وقد تقدم حكمها في المسألة السادسة عشرة .

(٣) وقد عرفت حكمها في المسألة السابعة عشرة .

(٤) كما لو غصبت المرأة أرضاً وزارعت رجلاً اشترط عليها في ضمن العقد التزوج منه ، أو غصب الطبيب أرضاً وزارع غيره واشترط عليه مباشرته لعلاج مريض ، إلى غير ذلك من الشروط ،

قبل الشروع في الزرع فلا اشكال (١) ، وان كان بعد التمام فله اجرة المثل لذلك الزرع (٢) وهو لصاحب البذر . وكذا

التي لا يبقى معها مجال لأجازة المالك ومن ثم لا يمكن الحكم بالصحة لانها مع الأجازة اما ان تكون مع الشرط أو لا معه .

والأول ممتنع لفرض عدم قابليته للأجازة ، والثاني لا مجال للمصير اليه لان العقد انما انشأ مقيداً به فلا يمكن تصحيحه من دونه ، فان المطلق لم ينشأ .

والحاصل : ان هناك من الشروط ما لا يمكن الوفاء به بالقياس إلى المالك الحقيقي ، وحينئذٍ فلا محيص عن الحكم بالبطلان وعدم قابلية العقد للحوق الأجازة .

(١) فانه يحكم ببطلان العقد ولا شيء لاحدهما على الآخر ، لعدم تحقق ما يوجبه .

(٢) وتفصيل الكلام في المقام :

ان الارض قد يفرض كونها بيد الغاصب وتحت سلطنته ، بحيث يكون هو الآمر لغيره بزرعها ، وقد يفرض كونها بيد غيره جهلاً بالحكم أو مع العلم بالحال فيكون هو المزارع لغيره دون الغاصب .

وعلى التقديرين فقد يكون البذر من العامل وقد يكون من الآمر .

أما إذا كانت الأرض بيد الغاصب وتحت سلطانه ، كان للمالك تضمين كل من الآمر والعامل ، لتعاقب يديهما على ملكه ، فله الرجوع على ايهما شاء .

ثم لو كان البذر للعامل كان النتاج - بعد الحكم بفساد العقد - بتمامه له لقانون تبعية النماء للبذر ، وحينئذٍ فلو رجع عليه المالك

بأجرة الأرض لم يكن له الرجوع على الغاصب الآمر بها ، وان كان هو ضامناً أيضاً وللمالك الرجوع عليه مباشرة .

وذلك : لان العامل لم يقدم على أخذ الأرض من صاحبه مجاناً ومن دون الضمان ، وانما اقدم عليه بأزاء اعطاء الحصة المعينة من النماء له ، وحيث انها لم تسلم له لحكم الشارع بفساد العقد ، ونظراً لاستيفاء العامل المنفعة ، يلزم بدفع اجرة المثل .

ومن هنا يظهر حكم ما لو رجع المالك على الغاصب فباشره والزمه بدفع اجرة المثل عن أرضه ، فان له الرجوع على العامل وأخذها منه ، لاستقرار الضمان عليه ، نظراً لاستيفاءه منفعة الارض بعد الإقدام على أخذها مع الضمان .

وان كان البذر للغاصب فالأمر كذلك أيضاً فان النماء لصاحب البذر بقانون التبعية والمالك مخير في الرجوع بعوض منافع ارضه اجرة مثلها بين الرجوع عليه أو الرجوع على العامل على ما يقتضيه قانون تعاقب الأيدي على المال المغصوب .

ومن هنا : فان رجع على الآمر لم يكن له الرجوع على العامل فان الضمان مستقر عليه ، لانه انما سلمها اليه على ان لا يكون عليه شيء فهو قد أقدم على أخذها مجاناً وبأزاء لا شيء عليه ، بل على ان يكون له النصيب المعين من النماء .

فهو - العامل - لم يتعهد للمالك بشيء كي يقال بضمانه لإقدامه على أخذها لا مجاناً ، بل الأمر بالعكس من ذلك تماماً فانه انما أقدم على ان يكون له شيء من مال صاحب البذر - الحصة من النماء .

ومن هذا يظهر ان للعامل الرجوع على صاحب البذر ومطالبته بأجرة عمله ، لأنه قد صدر عن أمره لا مجاناً ، حيث كانت بأزاءه

الحصة من الزرع ، فاذا لم تسلم له نتيجة للفساد ، تعين دفع اجرة مثل العمل له .

والحاصل : ان استقرار الضمان انما يكون على الذي سلم الارض إلى صاحبه بعنوان المجانية ، حيث ذكرنا في مبحث تعاقب الأيدي ان الذي يخسر نتيجة لاخذ المالك منه البدل ، يملك المال التالف ببناء العقلاء ، ولذا يكون له الرجوع على الذي بعده إلى ان يستقر على الذي استوفاه وتلف عنده ، ما لم يكن قد سلمه اليه بعنوان المجانية فانه حينئذٍ لا حق له في الرجوع عليه .

ثم ان مما ذكرناه يظهر حكم ما لو رجع المالك على العامل مباشرة فان له الرجوع على الغاصب - صاحب البذر - باجرة مثل عمله مضافاً إلى ما غرمه للمالك .

هذا كله فيما إذا كانت الأرض بيد الغاصب وتحت سلطانه ، وإلا كما لو كان المزارع قد استلمها من غيره ، فليس للعامل الرجوع عليه فيما إذا كان البذر له - العامل - بما غرمه للمالك من اجرة الأرض ، ما لم يكن مغروراً من قبله اجماعاً ، فان الأرض لم تقع تحت يده كي يلزمه ضمانها بأجرة مثلها ، وأما إذا كان مغروراً من قبله فقد قيل بان له الحق في الرجوع عليه لقاعدة الغرور ، إلا إنك ستعرف قريباً انه لا اساس لهذه القاعدة يعتمد عليه .

ثم إن هذا كله من جهة ضمان الأرض والبذر ، واما ضمان العمل فلم يتعرض له الماتن (قده) .

والحق فيه ان يقال : -

أما إذا كان البذر للعامل فلا يضمن له احد بازاء عمله شيئاً ، لانه انما كان لنفسه ومجاناً وقد استوفى منافعه أيضاً حيث كان النتاج له ،

إذا كان في الاثناء (١) ويكون بالنسبة إلى بقية المدة الأمر

ومن هنا فلا معنى لان يرجع به على غيره .

وان كان البذر للآمر ، فلا يذهب عمل العامل فيه هدراً ، لانه عمل مسلم محترم صدر عن أمر الغير بأزاء الحصة المعينة من الحاصل فلم يكن مجانياً وقد استوفاه الآمر ، فلابد من ضمانه .

الا أن مقدار الضمان يختلف باختلاف الفرض .

فقد يفرض انه ليس للعامل إلا العمل المجرد ، بان يكون المالك قد رجع عليه بأجرة مثلها أو يكون قد رجع على العامل لكنه قد رجع عليه وأخذها منه .

وحينئذٍ فلا يكون له إلا قيمة العمل المجرد فقط ، يرجع بها على الآمر الذي استوفى المنافع باكملها بما في ذلك الحصة المجعولة للعامل نظراً لفساد العقد .

وقد يفرض ان للعامل العمل في الأرض المضمونة عليه ، بان يكون المورد من الموارد التي لا يكون له حق الرجوع باجرة مثل الأرض التي غرمها للمالك على الآمر ، نظراً لعدم كونها تحت يده .

وحينئذٍ فله الرجوع على الآمر بقيمة العمل الواقع في ارض مضمونة عليه وتكون مسؤوليتها عليه .

وهذه القيمة تزيد على قيمة العمل المجرد طبعاً ، وبهذه الزيادة تتدارك خسارة العامل التي خسرها للمالك - اعني اجرة مثل الارض - وان لم يكن له الرجوع بها بعنوانها على الآمر .

والحاصل : ان قيمة العمل في هذا الفرض تتدارك خسارة العامل من جهة اجرة الارض لا محالة وان لم يكن ذلك بهذا العنوان مباشرة .

(١) الكلام في هذه الصورة هو الكلام في صورة تبين الفساد بعد

بيده ، فاما يأمر بالأزالة ، وإما يرضى بأخذ الأجرة ، بشرط رضا صاحب البذر . ثم المغرور من المزارع والزارع يرجع فيما خسره على غاره (١) ومع عدم الغرور فلا رجوع .

التمامية ، فان للمالك مطالبة من له الزرع باجرة مثل ارضه عن الفترة السابقة وله الخيار بالنسبة إلى الفترة الباقية بين امره بالقلع وتفريغه ارضه من غير ضمان لانه الزام بحق حيث لم يكن الزرع باذنه ، وبين ابقاءه في ملكه مجاناً أو باجرة مع التراضي وليس له الزام صاحبه بابقاءه مع الاجرة كما ليس لصاحبه الزامه بذلك .

واما الزرع فهو تابع في الملكية للبذر ، على ما تقدم بيانه .

وكذا الحال في اجرة العمل ، فان الكلام فيه هو الكلام في الفرض السابق .

نعم لو طالب مالك الارض مالك البذر بالقلع وتضرر بذلك ، كان له في فرض الغرر الرجوع إلى الغار ، بناءاً على تمامية قاعدة الغرور ، وإلا - بان لم يكن غرور أو لم تتم قاعدة الغرور - فلا رجوع له على أحد لعدم الموجب له .

(١) لقاعدة الغرور .

لكننا قد ذكرنا في مبحث المكاسب ان هذه القاعدة وان اشتهرت في السن الاصحاب في كلماتهم ، إلا انها مما لا اساس لها بالمرة ، فان اسباب الضمان معدودة محدودة وليس منها الغرور .

وكلمة « المغرور يرجع على من غر » لم ترد حتى في رواية ضعيفة فضلاً عن المعتبرة .

نعم قد يستند فيها إلى رواية محمد بن سنان عن اسماعيل بن جابر

وإذا تبين كون البـذر مغصوباً ، فالزرع لصاحبه (١) وليس عليه أجرة الأرض ولا أجرة العمل (٢) ، نعم إذا كان التبين في الاثناء كان لمالك الأرض الأمر بالأزالة (٣)

قال : « سألت أبا عبد الله (ع) عن رجل نظر إلى امرأة فأعجبته فسأل عنها فقيل : هي ابنة فلان ، فأتى أباها فقال : زوجني ابنتك فزوجه غيرها فولدت منه فعلم بها بعد أنها غير ابنته وأنها أمة ، قال : ترد الوليدة على مواليها والولد للرجل ، وعلى الذي زوجه قيمة ثمن الولد يعطيه موالى الوليدة كما غر الرجل وخدعه » (١) .

حيث ان ظاهر التعليل كون التدليس موجباً للضمان .

الا أن هذه الرواية وان عبر عنها بالصحيحة في كلمات بعضهم ضعيفة السند بمحمد بن سنان حيث لم يثبت توثيق الرجل .

إذن : فهي ساقطة عن الاعتبار ولا يمكن الاعتماد عليها في شيء وحيث لا دليل غيرها على القاعدة ، فلا مجال للأستدلال بها .

(١) على ما تقتضيه قاعدة تبعية الحاصل للبذر .

الا أنه من غير الخفي أنه انما يتم فيما إذا لم يطالب صاحب البذر الغاصب ببدل بذره التالف نتيجة للزرع ، فانه له ذلك - على ما تقتضيه قاعدة الضمان - وإلا فالذي يغرم للمالك قيمة البذر يملك - وبالسيرة القطعية - البذر التالف قهراً - على ما تقدم بيانه غير مرة - وحينئذ فيكون الزرع له دون صاحبه .

(٢) لعدم صدور العمل عن أمره كما هو واضح .

(٣) على ما تقتضيه قاعدة السلطنة بعد وقوع الفعل من دون إذنه .

---

(١) الوسائل : ج ١٤ باب ٧ من أبواب العيوب والتدليس ، ح ١ .

هذا إذا لم يكن محل للأجازة - كما إذا وقعت المعاملة على البذر الكلي لا المشخص في الخارج أو نحو ذلك - أو كان ولم يجز ، ولو كان له محـل وأجاز يكون هو الطرف للمزارعة (١) يأخذ الحصة التي كانت للغاصب ، وإذا تبين

(١) هذا فيما إذا كان البذر مذكوراً في عقد المزارعة مستقلاً بحيث يكون صاحبه طرفاً للعامل كما إذا كان البذر على العامل وقد زارع غيره في حصته على أن يكون البذر على الغير ، أو للمالك كما لو بذل احد البذر وزارع غيره على ان يكون الأرض والعمل والعوامل من الغير ، ثم بان كون البذر المبذول من الطرف الأول مغصوباً فان مالكه يكون طرفاً لصاحب الأرض في المعاملة ، أولهما معاً بان يكون من احدهما الأرض ومن الآخر العمل والعوامل ومن الثالث البذر خاصة - بناءاً على ما اختاره الماتن (قده) من صحة عقد المزارعة بين اكثر من اثنين .

فانه وعلى تقدير تبين الفساد بانكشاف غصبية البذر يصبح ملكه بالأجازة للمعاملة .

وأما في غير هذه الصورة كما لو زارع المالك غيره على ان يكون البذر من الثاني فغصب البذر من غيره وزرع ، فلا مجال لأجازة مالك البذر المعاملة ، لانه ليست بطرف للعقد ، ويعتبر في صحة العقد الفضولي بالأجازة ان يكون المجيز طرفاً له .

والحاصل : انه لا مجال للمساعدة على اطلاق كلام الماتن (قده) من صحة العقد بالأجازة إذا كان البذر شخصاً ، فانه قد يكون مورداً للأجازة كما في الصور الأول المتقدمة ، وقد لا يكون مورداً لها كما

كون للعامل عبداً غير مأذون فالأمر إلى مولاه (١) . وإذا تبين كون العوامل أو ساير المصارف مغصوبة فالمزارعة صحيحة (٢) ، ولصاحبها أجرة المثل أو قيمة الاعيان التالفة (٣) وفي بعض الصور (٤) يحتمل جريان الفضولية وامكان الأجازة كما لا يخفى .

في الصور الأخيرة .

فالصحيح هو التفصيل بين ما إذا كان باذل البذر طرفاً للمعاملة فيصح العقد بالأجازة وعدمه فلا يصح .

(١) ان شاء أجاز وان شاء فسخ ، فان فسخ بطلت المعاملة وان اجاز كانت المزارعة له ، وعلى الأول يستحق على المستفيد اجرة مثل العمل لكونه قد استوفى منفعة ملك الغير .

(٢) يظهر الحال فيه مما تقدم ، فان الغصب في جميعها لا يضر بصحة المعاملة ، فانها انما تتحقق باباحة البذر والأرض ، واما غيرهما فهو يرجع إلى المقدمات ولا اثر لها في الحكم بالصحة .

والحاصل : ان الغصبية في هذه الأمور لا تضر بالصحة ، فان الجعل انما عين على الزرع وهو انما يتحقق بالارض والبذر ، وما عداهما يرجع إلى مقدمات التحصيل ولا اثر لها .

(٣) على ما تقتضيه قاعدة الضمان .

(٤) كما لو فرض وقوع العقد مع باذل هذه الأمور بحيث يكون طرفاً فيه ، - حيث تقدم جواز كون احد الاركان الأربعة خاصة على احدهما والباقي على الآخر .

فلمالك هذه الأمور حينئذٍ ان يمضي المعاملة ويكون طرفاً لها ،

كما هو الحال في مالك البذر بعينه ،

والحاصل : انه يختلف الحال في المسألة بين كون مالك المغصوب طرفاً مستقلاً للعقد فتصح منه الإجازة وعدمه فلا تصح .

ثم ان الماتن (قده) لم يتعرض لاجرة الأرض واجرة العمل بالنسبة إلى المتعاملين عند عدم امضاء مالك البذر للعقد .

والحق في المقام ان يقال : -

ان الغصب قد يكون منهما معاً بحيث يتفقان على غصب البذر من ثالث على ان ينثر في أرض احدهما ويعمل فيه الآخر ليشتركا في الحاصل ، ففيه لا شيء لأحدهما على صاحبه إطلاقاً ، فان كلاً منهما انما أقدم على بذل ما عليه مجاناً ومن غير عوض بأزاء اقتسامهما لمال الغير - اعني الحاصل التابع في الملكية للبذر - فلم يضمن احدهما لصاحبه شيئاً في ضمن العقد كي يكون لصاحبه الرجوع عليه .

وان كان الغصب من احدهما خاصة ، فان كان هو مالك الأرض بان غصب البذر من غيره وسلمه إلى العامل ليزرعه في ارضه بازاء النصيب المفروض ، فعليه للعامل اجرة مثل عمله حيث انه لم يصدر منه مجاناً وانما وقع عن امره بازاء الحصة المعينة وحيث انها لم تسلم له لفساد العقد وأخذ المالك للنتاج ، ينتقل إلى اجرة المثل لا محالة.

وليس للعامل الرجوع على مالك البذر بأجرة مثل عمله ولا لمالك الارض الرجوع عليه باجرة مثل ارضه ، حيث لم يكن شيء من العمل عن امره .

وان كان هو العامل بان غصب البذر وزارع مالك الارض على الحصة المعينة ، كان لمالك الأرض تغريمه باجرة مثل ارضه ، حيث انه لم يقدم على استيفاء منفعتها مجاناً وبلا عوض فتكون مضمونة

(مسألة ١٩) : خراج الأرض على صاحبها (١) ، وكذا مال الأجارة إذا كانت مستأجرة (٢) وكذا ما يصرف في اثبات اليد عند أخذها من السلطان (٣) : وما يؤخذ لتركها في يده (٤) ولو شرط كونها على العامل - بعضاً أو كلاً - صح (٥) ، وان كانت ربما تزاد وربما تنقص على الأقوى فلا يضر مثل هذه الجهالة ، للأخبار (٦) .

عليه لا محالة .

(١) بلا خلاف فيه ، لانه موضوع على الأرض . وجواز التصرف فيها وامكانه خارجاً متوقف على اداءه .

وبالجملة : فالمسألة اجماعية ، وتدل عليه النصوص صريحاً - على ما سيأتي - .

(٢) فان العامل أجنبي عنه بالمرة ، وعلى باذلها تسليم الأرض للعامل خالية عن جميع ما يترتب عليها ويمنع العامل من مزاولة العمل.

(٣) لعين ما تقدم .

(٤) إذ لا فرق فيما ذكرناه من لزوم تسليمها خالية عن جميع ما يترتب عليها ، بين الحدوث والبقاء .

(٥) لما عرفته في صدر الكتاب من صحة الاشتراط في عقد المزارعة حتى ولو كان ذلك مقداراً من الذهب أو الفضة .

وهذا كله مضافاً إلى دلالة النصوص - على ما ستعرفها في التعليقة الآتية - .

(٦) ففي صحيحة داود بن سرحان عن أبي عبد الله (ع) : « في الرجل تكون له الأرض عليها خراج معلوم ، وربما زاد وربما نقص

فيدفعها إلى الرجل على أن يكفيه خراجها ويعطيه مأتي درهم في السنة قال : لابأس) (١) .

ومثلها صحيحة يعقوب بن شعيب (٢) .

ومورد هاتين الصحيحتين وان كان الأجارة ، إلا ان ثبوت الحكم فيها مع كونها مبنية على تعيين العوضين - الأجرة والمنفعة - يقتضي ثبوته في المزارعة المبنية على الجهالة في الجملة .

وأوضح منها صحيحة يعقوب بن شعيب الأخرى عن أبي عبدالله (ع) قال : « سألته عن الرجل تكون له الأرض من أرض الخراج فيدفعها إلى الرجل على أن يعمرها ويصلحها ويؤدي خراجها ، وما كان من فضل فهو بينهما ، قال : لابأس » (٣) .

فان مقتضى اطلاقها عدم الفرق بين كون الخراج - الذي اشترط عليه اداءه - معلوماً مضبوطاً ، وكونه ربما يزيد أو ينقص ، ولعله يكون هو المتعارف خارجاً على ما يستفاد من الصحيحتين الأولتين .

هذا ومع قطع النظر عن النصوص ، يدلنا عليه اختصاص اعتبار عدم الغرر بالبيع فقط ، إذ لا دليل على اعتباره في سواه لاسيما في الشروط إذا لم يسر الغرر منه إلى المشروط .

بل حتى ولو قلنا باعتبار عدمه فيها أيضاً ، فان الجهالة في مثل هذه الأمور التي لها ضابط خارجي معين ، لا يعد غرراً عرفاً ، فان استئجار الدار بشرط ان تكون الضريبة على المستأجر ، لا يعد معاملة غررية لمضبوطية مقداره وان لم يعلمه المتعاملان بالفعل ، فان الزيادة

(١) الوسائل : ج ١٣ باب ١٧ من أبواب المزارعة والمساقاة ، ح ١ .
(٢) الوسائل : ج ١٣ باب ١٧ من أبواب المزارعة والمساقاة ، ح ١ .
(٣) الوسائل : ج ١٣ باب ١٠ من أبواب المزارعة والمساقاة ، ح ٢ .

وأما سائر المؤن - كشق الانهار ، وحفر الآبار ، وآلات للسقي ، واصلاح للنهر وتنقيته ، ونصب الأبواب مع الحاجة اليها والدولاب ، ونحو ذلك مما يتكرر كل سنة أو لا يتكرر - فلابد من تعيين كونها على المالك أو للعامل (١) الا إذا كان هناك عادة ينصرف الاطلاق اليها (٢) . وأما

والنقيصة في هذه الموارد مغتفرة ولا تبلغ عادة حد الغرر .

(١) خلافاً للشرايع حيث جعلها على العامل مع عدم الاشتراط ، وتبعه عليه غيره . بدعوى انه لما كان العمل واجباً عليه وجب عليه تحصيلها مقدمة لاداء الواجب عليه .

وفيه : ما عرفته في كتاب الأجارة من ان كيفية وجوب العمل ونحوه من حيث الاطلاق والاشتراط تابع للجعل والقرار ، فليس هناك وجوب مطلق ابتداءاً وبحسب جعل الشارع المقدس في المقام خارجاً عن اتفاق المتعاملين ، بل الأمر بيدهما من هذه الجهة تماماً ، فقد يجعل وجوب العمل على الزارع على نحو يقتضي قيامه بمقدماته أيضاً فيكون من قبيل الواجب المطلق ، وقد يجعل على نحو لا يقتضي إلا قيامه بالعمل في المواد المستحضرة من قبل المالك ، كما هو المتعارف في البناء ، حيث لا يجب على العامل إلا العمل في المواد التي يحضرها المالك ، فيكون من قبيل الواجب المشروط .

ومن هنا فلا يمكن اعطاء ضابط كلي لمن يكون عليه تهيئة المقدمات خارجاً عن قرار المتعاقدين واتفاقهما ، فيجب عليهما التعيين وإلا بطل العقد .

(٢) حيث يكون الاعتماد عليها في مقام الاتفاق والعقد نوعاً من

ما يأخذه المأمورون من الزارع ظلماً من غير الخراج فليس على المالك (١) . وان كان اخذهم ذلك من جهة الأرض.

(مسألة ٢٠) : يجوز لكل من المالك والزارع ان يخرص على الآخر (٢) بعد ادراك الحاصل بمقدار (٣) منه ، بشرط للقبول والرضا من الآخر (٤) لجملة من الأخبار (٥) هنا

التعيين . فيغني عن الذكر صريحاً .

(١) إذ لا يجب عليه تدارك ما ورد على العامل من ظلم وضرر، فانه اجنبي عنه بالمرة .

نعم لو أخذ الغاصب من عين الحاصل ، حسب عليهما معاً ، لانه ضرر توجه عليهما ومن غير اختصاص لاحدهما به دون صاحبه .

(٢) بلا خلاف فيه بين الاصحاب إلا من ابن ادريس حيث منع منه لبعض الوجوه الآتية .

(٣) لكونه من العقود .

(٤) على ما سيأتي بيان الوجه فيه

(٥) كصحيحة يعقوب بن شعيب « في حديث » قال : «سألت أبا عبد الله (ع) عن الرجلين يكون بينهما النخل فيقول احدهما لصاحبه : إختر اما ان تأخذ هذا النخل بكذا وكذا كيلاً مسمى وتعطيني نصف هذا الكيل إما زاد أو نقص وإما ان آخذ انا بذلك ، قال : نعم لابأس به » (١) .

---

(١) الوسائل : ج ١٣ باب ١٠ من أبواب بيع الثمار ، ح ١ : ولمزيد من الروايات راجع الوسائل : ج ١٣ باب ١٤ من أبواب المزارعة والمساقاة .

وفي الثمار . فلا يختص ذلك بالمزارعة والمساقاة (١) . بل مقتضى الاخبار جوازه في كل زرع مشترك أو ثمر مشترك(٢) والأقوى لزومه بعد القبول (٣) وان تبين بعد ذلك زيادته أو نقيصته لبعض تلك الاخبار . مضافاً إلى العمومات العامة خلافاً لجماعة والظاهر أنه معاملة مستقلة (٤) وليست بيعاً(٥)

---

(١) على ما يظهر ذلك من صحيحة يعقوب بن شعيب المتقدمة حيث لم يفرض فيها كون ذلك في المزارعة أو المساقاة ، أو حصل الاشتراك نتيجة لأرث أو شراء أو غيرهما .

هذا ولو تنزلنا عن دلالة النصوص ، فيكفينا في الاثبات كون الحكم على القاعدة فان امر المال المشترك بينهما لاي سبب كان لا يعدوهما بل هو بيدهما فلهما ان يقسماه بالتراضي كيف شاءا .

(٢) لما تقدم .

(٣) كما هو الحال في سائر موارد القسمة ، كتقسيم الارث بالتراضي فانه يمنع من الرجوع ومطالبة الشركة ، فان المال وبالتقسيم قد خرج من الاشتراك إلى الاختصاص ، ومعه فلا يجوز لهما الرجوع ، لأصالة اللزوم في كل عقد بمقتضى وجوب الوفاء بالعقد ، ودليل صحته ، فان اطلاقه - على ما عرفته غير مرة - يقتضي اللزوم وعدم جواز الفسخ لكل من المتعاقدين .

(٤) لانها انما تتضمن اخراج المال من الاشاعة والاشتراك إلى الافراز والاختصاص .

(٥) كما يشهد له الفهم العرفي .

ولا صلحاً معاوضياً (١) ، فلا يجري فيها إشكال اتحاد العوض والمعوض (٢) ، ولا اشكال النهي عن المحاقلة والمزابنة (٣) ، ولا اشكال الربا (٤) ولو بناءاً على ما هو الاقوى من عدم اختصاص حرمته بالبيع وجريانه في مطلق المعاوضات مع أن حاصل الزرع والشجر قبل الحصاد والجذاذ ليس من المكيل والموزون (٥) . ومع الاغماض عن ذلك كله يكفي في صحتها الاخبار الخاصة . فهو نوع من المعاملة عقلائية ثبت بالنصوص ، ولتسم بالتقبل .

---

(١) نعم الصلح بمعناه اللغوي صادق عليه ، فانه أيضاً متضمن للتسالم والاتفاق ، إلا انه غير مختص به فانه وبهذا المعنى صادق على جميع المعاملات .

(٢) فانه لا بيع في المقام كي يستلزم اتحاد العوض والمعوض ؛ وعلى تقدير تحقق البيع فلا استلزام إذ العوض انما هو من حصة احدهما والمعوض من حصة الآخر ، فكل منهما يتنازل لصاحبه عن حصته المشاعة في جزء معين من المال بأزاء تنازل صاحبه له عن حصته المشاعة في الجزء الآخر .

(٣) فانهما من بيع الثمر من النخيل أو السنبل من الحنطة بالحاصل من ذلك النخل والزرع . وأين هما مما نحن فيه من اخراج المال المشترك بينهما من الاشتراك إلى الافراز والاختصاص ؟ .

(٤) لاختصاصه بالمعاوضات والمقام ليس منها كما عرفت .

(٥) وحرمة الربا مختصة بهما .

وحصر المعاملات في المعهودات ممنوع (١) ، نعم يمكن ان يقال : إنها في المعنى راجعة إلى الصلح الغير المعاوضي فكأنهما يتسالمان على أن يكون حصة احدهما من المال المشترك كذا مقداراً والبقية للآخر ، شبه القسمة أو نوع منها . وعلى ذلك يصح ايقاعها بعنوان الصلح على الوجه المذكور مع قطع النظر عن الأخبار أيضاً ، على الأقوى من اغتفار هذا المقدار من الجهالة فيه إذا ارتفع الغرر بالخرص المفروض ، وعلى هذا لا يكون من التقبيل والتقبل. ثم ان المعاملة المذكورة لا تحتاج إلى صيغة مخصوصة ، بل يكفي كل لفظ دال على التقبل بل الأقوى عدم الحاجة إلى الصيغة أصلاً ، فيكفي فيها مجرد التراضي (٢) ، كما هو ظاهر الأخبار . والظاهر اشتراط كون الخرص بعد بلوغ الحاصل وادراكه (٣) فلا يجوز قبل ذلك ، والقدر

(١) على ما تقدم منا بيانه في مباحث المكاسب ، كالمبادلات المالية ، فان تبديل العباءة بالكتاب - مثلاً - معاملة عقلائية وليست هي من البيع ، حيث لا يختص فيها نظر احدهما إلى المالية والآخر إلى الخصوصية كي يعتبر الأول بائعاً والآخر مشترياً ، فان نسبتها اليهما على حد سواء .

(٢) مع وجود مبرز له في الخارج كي يتم معنى الانشاء والعقد - على ما بيناه في محله من الأصول - .

(٣) لا لكونه مورد النصوص ، إذ قد عرفت ان الحكم على القاعدة

المتيقن من الاخبار كون المقدار المخروص عليه من حاصل ذلك الزرع (١) فلا يصح الخرص وجعل المقدار في الذمة من جنس ذلك الحاصل . نعم لو أوقع المعاملة بعنوان الصلح على الوجه الذي ذكرنا لا مانع من ذلك فيه (٢) لكنه كما عرفت خارج عن هذه المعاملة . ثم ان المشهور بينهم أن قرار هذه المعاملة مشروط بسلامة الحاصل ، فلو

ولا حاجة فيه إلى النص ، وانما لاقتضاء القاعدة ذلك ، فان صحة تقسيم المعدوم تحتاج إلى الدليل ، لانه انما يتعلق بامر موجود بالفعل فلا أثر للتقسيم قبل تحقق العنوان وصدق كونه حنطة أو شعيراً أو غيرهما بلحاظ حال التحقق .

نعم لو فرضنا ارادتهما تقسيم الزرع الموجود بالفعل - بناءاً على ما اخترناه من كون مبدأ الشركة بينهما هو زمان تحقق الزرع - فلهما ذلك ، وتكون صحة القسمة على القاعدة ، إلا انه ليس من قسمة الحنطة والشعير على ما هو محل الكلام .

(١) لان التقسيم - على ما ذكرنا - اخراج للمال عن الاشاعة والاشتراك إلى الأفراز والأختصاص ، وهو غير صادق مع كون البدل أمراً ثابتاً في الذمة ، فانه من المبادلة لا محالة فيدخل في عنوان البيع أو الصلح .

(٢) إذ ليس هناك ما يوجب البطلان إلا محذور الربا ، ويدفعه عدم كون الحنطة والشعير قبل الجذاذ من المكيل أو الموزون ، والربا مختص بهما .

نعم لو كانت هذه المعاملة بعد الجذاذ والحصاد لم تصح لاستلزامها

تلف بآفة سماوية أو أرضية كان عليهما . ولعله لان تعيين الحصة في المقدار المعين ليس من باب الكلي في المعين ، بل هي باقية على اشاعتها (١) غاية الأمر تعيينها في مقدار معين.

الربا على تقدير عدم التساوي ، إلا ان هذا الفرض خارج عن محل كلامه (قده) .

(١) وفيه : انه لا مجال لتصور الاشاعة مع فرض التعيين ، فانهما لا يجتمعان اطلاقاً إذ الاشاعة تعني اشتراكهما في كل جزء ، وهو ينافي التعيين الذي يعني اختصاص كل منهما بشيء خاص .

إذن : فليس المقام إلا من قبيل الكلي في المعين ، فان شخص المال باجمعه لمالك البذر ولصاحبه المقدار المعين على نحو الكلي في ضمنه.

الا أن هذا لا يعني مخالفتنا للمشهور فيما ذهبوا اليه ، فانه هو الصحيح في المقام حتى بناءاً على ما اخترناه . وذلك لان الملحوظ في تعيين المقدار انما هو نسبته إلى المجموع فحينما يخرص الناتج بماءة رطل ويجعل لاحد الطرفين خمسين رطلاً فانما يعني ذلك جعل النصف له وهكذا في باقي المقادير ، فانه انما يدفع له المقدار المعين بلحاظ كون المجموع كذا مقداراً وبالقياس اليه ، فالمقدار انما يلحظ كمشير للنسبة لا غير .

ومن هنا يكون التالف محسوباً عليهما ، حيث انه يؤثر على المقدار العائد اليه لا محالة نتيجة لنقصان ما تخرج منه النسبة .

ولعل مراده (قده) من الاشاعة من المقام هذا المعنى ، وإلا فالتعيين لا يتلام معها .

ثم أن مما ذكرنا يظهر انه لا فرق في التلف بين كونه بآفة سماوية

مع احتمال أن يكون ذلك من الشرط الضمني بينهما . والظاهر أن المراد من الآفة الارضية ما كان من غير الانسان ولا يبعد (١) لحوق اتلاف متلف من الانسان أيضاً به ، وهل يجوز خرص ثالث حصة أحدهما أو كليهما في مقدار؟ وجهان أقواهما العدم (٢) .

(مسألة ٢١) : بناءاً على ما ذكرنا من الاشتراك اول الأمر في الزرع يجب على كل منهما الزكاة (٣) إذا كان نصيب كل منهما بحد النصاب وعلى من بلغ نصيبه ان بلغ نصيب أحدهما . وكذا إن إشترطا الاشتراك حين ظهور

أو أرضية ، فان الحكم في الجميع واحد ، لوحدة الملاك . اعني كون الملحوظ في الحقيقة هي النسبة ، فانه يوجب اشتراكهما في تحمل التالف .

(١) ظهر وجهه مما تقدم .

(٢) لم يظهر لنا وجهه بعدما تقدم منه (قده) ومنا من كون صحة هذه المعاملة على القاعدة كونها معاملة عقلائية ، فلا يحتاج إلى الدليل الخاص وان لم تكن من المعاملات المعهودة .

فانه وبناءاً على هذا لا وجه لتخصيص الجواز بما إذا كان الخارص احد الشريكين ، فانه ثابت حتى ولو كان الخارص شخصاً ثالثاً كما لو كان من اهل الخبرة والوثوق .

ومجرد كون مورد الروايات هو الأول لا يدل على اختصاص الحكم به ، فالظاهر هو الجواز مطلقاً .

(٣) وكذا بناءاً على ما اخترناه من كون الاشتراك من أول حصول الزرع ، لتحقق ملاك وجوب الزكاة فيه أيضاً .

الثمرة ، لان تعلق الزكاة بعد صدق الإسم ، وبمجرد الظهور لا يصدق . وان اشترطا الاشتراك بعد صدق الإسم وحين الحصاد والتصفية فهي على صاحب البذر فيهما لان المفروض أن الزرع والحاصل له إلى ذلك الوقت ، فتتعلق الزكاة في ملكه .

(مسألة ٢٢) : إذا بقي في الارض أصل الزرع بعد انقضاء المدة والقسمة فنبت بعد ذلك في العام الآتي ، فان كان البذر لهما فهو لهما (١) ، وان كان لأحدهما فله (٢) الا مع الاعراض وحينئذٍ فهو لمن سبق (٣) ويحتمل أن يكون لهما مع عدم الاعراض مطلقاً ، لان المفروض شركتهما في الزرع وأصله (٤) وإن كان البذر لأحدهما أو لثالث

---

(١) على ما تقتضيه قاعدة تبعية النماء للبذر في الملكية ، فان النماء الحاصل لما كان نماءاً لملكهما معاً كان كذلك أيضاً .

(٢) لما تقدم .

(٣) ما أفاده (قده) مبني على اقتضاء الاعراض لسقوط ملكية المعرض - بالكسر - عن المعرض عنه وزوالها .

إلا إنك قد عرفت غير مرة ، انه لا دليل على زوال الملكية وسقوطها بالاعراض ، فانه يحتاج إلى الدليل وهو مفقود ، بل مقتضى دليل الملك بقاءه وعدم زواله بالاعراض ، ما لم يكن تصرف الغير فيه متوقفاً على الملك .

(٤) وهو مبني على ما أفاده (قده) من كون مبدأ الاشتراك

وهو الأقوى . وكـذا إذا بقي في الأرض بعض الحب فنبت ، فانه مشترك بينهما (١) ، مع عـدم الاعراض (٢) نعم لو كان الباقي حب مختص باحدهما أختص به (٣) ثم لا يستحق صاحب الأرض أجرة لذلك الزرع النابت على الزارع في صورة الاشتراك أو الأختصاص به ، وان انتفع بها ، إذا لم يكن ذلك من فعله ولا من معاملة واقعـة بينهما (٤) .

بين العامل والمالك هو من حين نثر البذر بحيث يكون الحب مشتركاً بينهما ، أو يكون ذلك بالاشتراط حيث تقدم جواز تعيينه كيف مايشاء! .

وأما على غير هذين الوجهين كالوجهين الأخيرين اللذين ذكرهما (قده) أو الوجه الذي ذكرناه من كون مبدأ الاشتراك اول أزمنة حصول الزرع ، فحيث ان عقد المزارعة لا يقتضي إلا الاشتراك في الحاصل فلا وجه للأشتراك في المقام ، حيث ان البذر حينئذٍ يختص بباذله سواء أكان هو الزارع أو مالك الارض ؟

والحاصل : ان حال هـذه الصورة ـ اعني كون النماء نماءاً للأصول الباقية مع اختصاص البذر بأحدهما ـ حال صورة كون النماء نماءاً للحب المختص بأحدهما الآتية من غير فرق .

(١) لتبعية الحاصل للبذر في الملك ، فانه لما كان مشتركاً كان النماء مشتركاً لا محالة أيضاً .

(٢) بل معه أيضاً على ما تقدم ،

(٣) لما تقدم .

(٤) فلا موجب للضمان ، لانه انما يكون فيما إذا صدر الفعل

(مسألة ٢٣) : لو اختلفا في المدة وأنها سنة أوسنتان - مثلاً - فالقول قول منكر الزيادة (١) ، وكذا لو قال أحدهما أنها ستة اشهر والآخر قال إنها ثمانية أشهر ، نعم لو ادعى المالك مدة قليلة لا تكفي لبلوغ الحاصل ولو نادراً ففي تقديم قوله اشكال (٢) . ولو اختلفا في الحصة قلة وكثرة فالقول قول صاحب البذر المدعي للقلة (٣). هذا إذا كان نزاعهما في زيادة المدة أو الحصة وعدمها ، وأما لو اختلفا في تشخيص ما وقع عليه العقد وأنه وقع على كذا أو كذا فالظاهر التحالف (٤) وان كان خلاف اطلاق كلماتهم ، فان حلفا أو نكلا فالمرجع أصالة عدم الزيادة.

عن أمره أو مباشرته له ، فلا يثبت في مورد يكون ذلك خارجاً عن اختياره وارادته حتى مع استيفاءه للمنفعة ، فانه رزق ساقه الله اليه من حيث لم يحتسب .

(١) لان جواز تصرف الزارع في ارض المالك وملكه في الزائد أو الزام المالك له بالعمل فيه يحتاج إلى الدليل والأصل عدمه .

(٢) من جهة ان دعواه حينئذٍ يرجع إلى ادعاء فساد العقد ، لأنه يدعي المزارعة في فترة غير قابلة لتحقق الحاصل ، فيتقدم قول صاحبه لأصالة صحة العقد .

(٣) ظهر وجهه مما تقدم .

(٤) بل الظاهر أن القول قول من يدعي القلة حتى في هذه الصورة وذلك لما عرفته منا غير مرة ، ان نصوص القضاء والدعوى على

(مسألة ٢٤) : لو اختلفا في اشتراط كون البذر أو العمل أو العوامل على أيهما فالمرجع التحالف (١) ومع حلفهما أو نكولهما تنفسخ المعاملة (٢)

(مسألة ٢٥) : لو اختلفا في الأعارة والمزارعة فادعى

كثرتها لم تتعرض لتحديد المدعي والمنكر ، بل النصوص تعرضت لذكرهما تاركة تفسيرهما للفهم العرفي .

ومن هنا فلابد من الرجوع اليه في تحديدهما ، ومقتضاه اعتبار من يلزم باثبات ما يقوله مدعياً وصاحبه الذي لا يطالب به منكراً من غير نظر لمنصب الدعوى .

فمن يلزم بالاثبات هو المدعي وعليه البينة باي صيغة كان التعبير واظهار الدعوى .

وعليه : ففي المقام حيث يكون مدعي الزيادة ملزماً بالاثبات لدى العرف ، لأنه يدعي على صاحبه جواز تصرفه في المدة الزائدة في مال المالك أو استحقاقه للعمل على العامل فيها أو ملكيته لبعض امواله ، فهو المدعي ويلزم بالاثبات عرفاً من دون ان يكون على صاحبه شيء فانه لا يلزم عرفاً باثبات العدم ومن هنا يتضح انه لا وجه لاعتبار المقام من موارد التداعي والقول بالتحالف فيه .

(١) لان كلاً منهما يدعي على صاحبه شيئاً ويلزمه به وهو ينكره فيكون كل منهما ملزماً بالاثبات لدى العرف ، وهو ضابط التداعي .

(٢) لعدم امكان تحقق المزارعة بدون ذلك ، وعدم امكان الزام كل منهما به ظاهراً ، وعليه فيكون العقد كأن لم يكن ، نظراً لما تقدم في البيع من ان اختلاف المتعاقدين في المبيع يوجب الحكم بفساده ظاهراً .

الزارع أن المالك اعطاه الأرض عارية والمالك ادعى المزارعة فالمرجع التحالف أيضاً ، ومع حلفهما أو نكولهما تثبت اجرة المثل للأرض . فان كان بعد البلوغ فلا اشكال (١) وان

(١) الظاهر أنه لا وجه لعد هذه الصورة من باب التداعي ومن ثم القول بالتحالف فيها ، وذلك لما تقدم منا غير مرة من ان الملاك في اعتبار مورد من التداعي انما هو بالزام كل من طرفي النزاع لصاحبه بشيء وانكاره لما يدعيه الآخر ، فان هذا الملاك إذا تحقق في مورد كان ذلك المورد من التداعي وثبت فيه التحالف وإلا فهو اجنبي عنه.

وعليه ففيما نحن فيه ، فحيث ان الالزام يختص بطرف واحد خاصة وهو المالك حيث يلزم العامل وبحسب دعواه للمزارعة بدفع الحصة من النتاج له ، دون العكس فان العامل وبحسب دعواه للعارية لا يلزم المالك بشيء اطلاقاً ، غاية الأمر انه ينكر عليه ما يدعيه خاصة فالمورد خارج عن باب التداعي وداخل في باب المدعي والمنكر فعلى المدعي الاثبات وعلى المنكر اليمين .

ومجرد كون كل منهما يدعي أمراً وجودياً ، لا يجعل المقام من التداعي.

والحاصل : ان الالزام في المقام لما كان يختص بطرف واحد فقط لم يكن وجه لجعله من مصاديق التداعي ومن ثم اثبات اليمين على الطرفين فيه ، فانه من مصاديق المدعي والمنكر ، ولابد فيه من الرجوع إلى القواعد المذكورة له في باب القضاء ، ومقتضاها ان المدعي إذا تمكن من اثبات دعواه بالبينة أو اليمين المردودة فهو ، وإلا فالنتاج باجمعه للمنكر .

وأما مسألة ثبوت اجرة مثل الأرض على العامل للمالك ، لكونه

قد تصرف فيها واستوفى منفعتها ، فقد تعرض لها (قده) في كتاب الإجارة في مسألة ما إذا ادعى الساكن للدار العاريـــة وادعى المالك الإجارة ، وقد عرفت انه لا موجب لها بالمرة ، لان ضمان المنافع انما يثبت بالعقد والالتزام أو بوضع اليد والتصرف في مال الغير بغير إذنه ، ولا شيء فيها موجود في المقام .

أما الأول فلعدم ثبوته - كما هو المفروض - ، واما الثاني فلأحراز عدمه لكون تصرفه - العامل - في المال باذن المالك جزماً وان تردد كونه في ضمن المزارعة أو العارية .

وقد تعرضنا لتحقيق المسألة مفصلاً في كتاب الأجارة فراجع .

بل في المقام خصوصية زائدة تقتضي ثبوت اجرة المثل حتى ولو قلنا بثبوتها في الأجارة وهي اعتراف مالك الأرض بعـــدم ثبوتها فان هذه الخصوصية موجودة في المقام ومفقودة في باب التنازع في الأجارة ، إذ هناك يطالب المالك الساكن بالأجرة غاية الأمر انـــه يراها المقدار الذي يدعيه ، فاذا لم يثبت ما يدعيه فللقول بثبوت اجرة المثل وجه وان لم نكن نرتضيه ، في حين انه في المقام يعترف بعدم استحقاقه لها بالمرة لانه انما يدعي عليه الحصة من الحاصل خاصة ، ومن هنا فلا وجه لثبوتها حتى مع القول بها في الأجارة .

نعم قد يكون ادعاءه للحصة غير مستلزم لاعترافه بعدم استحقاقه الحصة المعينة ، كما لو ادعى المالك علم العامل بالحال بحيث يكون انكاره ناشئاً عن الجحود وغصبه لحصته لا الخطـــأ والنسيان ، فان ادعاءه للمزارعة حينئذٍ لا يلازم اعترافه بعدم استحقاقه لها ، فان له اخذها لكن لا بعنوانها وبما هي اجرة مثل ارضه وانما بعنوان التقاص واستيفاء حصته المغصوبة .

كان في الاثناء فالظاهر جواز الرجوع للمالك (١) ، وفي وجوب ابقاء الزرع إلى البلوغ عليه مع الأجرة إذا اراد

والحاصل : ان سبب الضمان منحصر في أمرين العقد والتصرف وكلاهما مفقود في المقام فان التصرف انما كان عن إذن المالك قطعاً والعقد لم يثبت وان ادعاه المالك .

إذن : فالصحيح في هذه الصورة هو الحكم باختصاص الزارع بالحاصل ومن دون أن يكون عليه شيء لمالك الأرض مطلقاً ما لم يثبت المالك مدعاه بالبينة أو اليمين المردودة .

(١) لان المقام من التداعي حيث ان كلاً منهما يلزم صاحبه بشيء وهو ينكره ، فالمالك بدعواه المزارعة يلزم العامل بالعمل في البذور والأرض كي يحصل الناتج ويكون مشتركاً بينهما . فيما يلزمه العامل بدعواه العارية بابقاء زرعه في أرضه وعدم مزاحمته في هذه الجهة حتى تحقق الحاصل ، باعتبار أنه ليس للمالك الرجوع في عاريته في اثناء العمل لاستلزامه تضرر العامل .

وبذلك يتحقق ضابط باب التداعي ومن ثم فيثبت التحالف فان حلفا أو نكلا معاً انفسخ العقد وكان كأن لم يكن ،

هذا كله بناءاً على ما اخترناه من لزوم العارية في المقام - على ما أوضحناه في المسألة الرابعة - واما بناءاً على ما ذهب اليه الماتن (قده) من جواز رجوع المالك في الارض المستعارة للمزارعة ، فلا وجه لاعتبار هذه الصورة من التداعي ، فان الادعاء والالزام - حينئذٍ - انما يختص بطرف واحد هو المالك ، حيث يلزم العامل بالحصة من الحاصل ، واما العامل فلا يلزمه بشيء على الاطلاق ، ومن هنا

الزارع وعدمه وجواز أمره بالإزالة وجهان (١) وان كان

فيكون المقام من المدعي والمنكر .

نعم بناءاً على وجوب ابقاء المالك للزرع في هذه الصورة حتى البلوغ عند طلب الزارع ذلك - على ما سيأتي التعرض اليه في الفرع القادم - فالمقام من التداعي أيضاً حيث ان الالزام لا يختص بالمالك بل العامل أيضاً يلزمه بالابقاء بالأجرة .

والحاصل : ان اعتبار المقام من التداعي ومن ثم اثبات التحالف فيه ، يتوقف اما على القول بلزوم العارية هنا أو القول بلزوم ابقاء الزرع مع الأجرة عند طلب الزارع ، وإلا فالمقام من موارد المدعي والمنكر حيث يختص الالزام بطرف واحد هو المالك فقط .

(١) من سلطنة الناس على اموالهم بعد عدم ثبوت دعوى العامل فلا يجب عليه الصبر إلى البلوغ حتى مع الأجرة ، ومن دليل لا ضرر حيث يستلزم قلعه الضرر على العامل باعتبار ان الزرع حينئذٍ انما يباع بقيمة العلف خاصة ،

والصحيح هو الأول ، والوجه فيه ما ذكرناه في غير مورد من أن دليل لا ضرر لما كان وارداً مورد الأمتنان على العباد والرأفة على الأمة ، لا يعم موارد استلزام رفع الحكم عن أحد تضرر غيره - كما فيما نحن فيه - فان شموله للمقام يستلزم تضرر المالك بقطع سلطنته على ماله ، وهو خلاف الامتنان . نظير ذلك ما وقع مقدار من الحب المملوك لاحد في ارض غيره بفعل الريح أو الصبي أو المجنون ، أفهل يحتمل فيه ان يقال بان لمالك البذر الزام مالك الأرض بابقاء الزرع في أرضه بالأجرة باعتبار ان قلعه مستلزم لتضرره ؟

فانه مما لا نظن ان يقول به فقيه .

النزاع قبل نثر الحب فالظاهر الانفساخ بعد حلفهما أو نكولهما (١) .

والحاصل : ان العقد لما فرض في حكم العدم نتيجة للتحالف ، لم يكن وجه لالزام مالك الأرض بابقاء الزرع في أرضه بازاء الأجرة فانه مناف لسلطنته ودليل لا ضرر لا يشمل مثله .

هذا كله بالنسبة إلى اجرة الأرض بالقياس إلى زمن ما بعد التحالف.

واما بالقياس إلى الفترة الماضية قبل التنازع ، فلم يتعرض لها (قده) والظاهر أن حكمها حكم صورة التنازع بعد البلوغ وادراك الحاصل، فبناءاً على ما اختاره (قده) لابد في المقام من القول بثبوتها أيضاً ، وبناءاً على ما اخترناه فلا .

(١) يظهر حكم هذه الصورة مما ذكرناه في الصورة الأولى - اعني التنازع بعد بلوغ الحاصل وادراكه فان الحكم هنا أوضح منه هناك ، إذ لا وجه لعد المقام من باب التداعي ، فان العامل لا يلزم المالك بشيء مطلقاً وانما هو يدعي العارية ولما كانت دعواه هذه قبل الشروع في العمل فهو معترف بجواز العقد وصلاحية المالك لفسخه ، وحيث ان المالك منكر له ، كفى ذلك في انفساخ ما يدعيه العامل على تقدير ثبوته واقعاً .

ومن هنا . فليس للعامل التصرف في الأرض من حيث دعواه العارية حتى بناءاً على صدقه واقعاً .

وعليه : فيبقى دعوى المالك عليه المزارعة حيث يلزمه بالعمل في الأرض خالية عن المعارض ، وبذلك فيكون من مصاديق المدعي والمنكر ، ولابد من اجراء احكامه ، فان أثبت مدعاه بالبينة أو اليمين

(مسألة ٢٦) : لو ادعى المالك الغصب والزارع ادعى المزارعة فالقول قول المالك(١) مع يمينه على نفي المزارعة(٢).

(مسألة ٢٧) : في الموارد التي للمالك قلع زرع الزارع هل يجوز له ذلك بعد تعلق الزكاة وقبل البلوغ ؟ قد يقال بعدم الجواز إلا أن يضمن حصتها للفقراء لانه ضرر عليهم

المردودة فهو وإلا فليس على العامل شيء .

(١) لان وضع اليد على مال الغير والتصرف فيه بغير إذنه محرم شرعاً وموجب للضمان ، ومن هنا فعلى العامل في اسقاط الضمان على نفسه من اثبات مدعاه ، وإلا فعليه اجرة المثل لتصرفه في ارض الغير الذي لم يثبت كونه عن إذن المالك ، والأصل عدمه .

(٢) على ما تقتضيه قواعد القضاء .

ثم ان تقييده (قده) اسماع قوله بنفي المزارعة انما هو من جهة انحلال ادعاء المالك في الحقيقة إلى دعويين : -

الأولى : دعوى عدم المزارعة وكون تصرف الزارع في أرضه تصرفاً بغير إذنه . الثانية : - دعوى كونه غاصباً وكون تصرفه محرماً وعلى خلاف الموازين الشرعية .

فدعوى المالك للغصب انما تسمع فيما يعود إلى الشق الأول خاصة حيث ان التصرف في مال الغير يتوقف على إذنه وهو غير ثابت بل الأصل عدمه ، فيضمن العامل لاجرة المثل لا محالة .

وأما فيما يعود إلى الشق الثاني ، فلا تسمع دعواه ، ومن هنا فلا يعامل الزارع معاملة الغاصب ، فلا يحكم بفسقه كما لا يثبت عليه التعزير للغصب .

والأقوى الجواز ، وحق الفقراء يتعلق بذلك الموجود(١) وان لم يكن بالغاً .

(مسألة ٢٨) : يستفاد من جملة من الأخبار (٢) أنه يجوز لمن بيده الأرض الخراجية أن يسلمها إلى غيره ليزرع لنفسه ويؤدى خراجها عنه ولا بأس به .

مسائل متفرقة :

الأولى : إذا قصر العامل في تربية الزرع فقل الحاصل فالظاهر ضمانه التفاوت (٣) بحسب تخمين اهل الخبرة ، كما

---

(١) بمعنى ان حق الفقراء انما تعلق بالمال بما هو هو وبما عليه من الحال اعني المال الذي لمالك الأرض حق قلعه ، ومن هنا فلا يكون حقهم مانعاً من استعمال المالك لحقه ، وهو ظاهر .

(٢) ففي صحيحة يعقوب بن شعيب عن أبي عبدالله (ع) قال : « سألته عن الرجل تكون له الأرض من أرض الخراج فيدفعها إلى الرجل على أن يعمرها ويصلحها ويؤدي خراجها ، ومـا كان من فضل فهو بينهما ، قال : لابأس » (١) .

ونحوها غيرها ، على ان الحكم على القاعدة ولا حاجة في اثباته إلى النص ، فان حق الزراعة والعمارة ثابت لمن الارض بيده فعلاً ، فله أن ينقله إلى غيره مجاناً أو بعوض معلوم أو الحصة من الحاصل .

(٣) وقد استشكل فيه بعضهم بدعوى انه لا دليل على ضمان النقص

---

(١) الوسائل : ج ١٣ باب ١٠ من أبواب احكام المزارعة والمساقاة ، ح ٢ .

صرّح به المحقق القمي (قده) في أجوبة مسائله .

الثانية : إذا ادعى المالك على العامل عدم العمل بما اشترط في ضمان عقد المزارعة من بعض الشروط ، أو ادعى عليه تقصيره في العمل على وجه يضر بالزرع ، وانكر الزارع عدم العمل بالشرط أو التقصير فيه ، فالقول قوله ، لأنه مؤتمن في

إلا قاعدة الاتلاف وهي تختص بالنقص الطارىء على المال الموجود بالفعل ، فلا تشمل صورة عمل العامل شيئاً يوجب قلة الحاصل ووجوده ناقصاً ،

نعم في هذه الصورة يكون للمالك الخيار فان فسخ رجع باجرة مثل ارضه وبدل بذره على تقدير كونه منه .

وفيه : ان ظاهر كلامه (قده) وجود الزرع بالفعل وكون التقصير في تربيته خاصة ، وهو موجب للضمان ، لان الزارع بتقصيره في التربية قد أوجب نقصاً وعيباً في المال الموجود بالفعل ، وتلف الوصف كتلف العين موجب للضمان إلا ان حقه لا ينحصر في ذلك فله فسخ العقد لتخلف العامل عن تربية الزرع .

والحاصل : ان المالك في هذه الصورة بالخيار بين فسخه للعقد وبين ابقاءه على حاله وتضمين العامل للوصف الفائت .

نعم لو كان التقصير قبل وجود الزرع وتحققه ، فالاشكال وارد فانه ليس بمال بالفعل ومعه فلا موجب للضمان .

إذن : فالصحيح في المقام هو التفصيل بين كون التقصير بعد خروج الزرع وتحققه فيضمن وبين كونه قبله فلا يضمن .

عمله (١) وكذا لو ادعى عليه التقصير في حفظ الحاصل بعد ظهوره وانكر (٢)

الثالثة : لو ادعى أحدهما على الآخر شرطاً متعلقاً بالزرع وانكر أصل الاشتراط ، فالقول قول المنكر (٣) .

الرابعة : لو ادعى احدهما على الآخر الغبن في المعاملة فعليه اثباته (٤) وبعده له الفسخ (٥) .

---

(١) خلافاً للقاعدة حيث تقتضي كون الاثبات على العامل ، إلا اننا قد خرجنا عنها لوجود الدليل على تقديم قول العامل وهو مضافاً إلى ما يستفاد من جملة من النصوص من قبول قول الأمين وعدم مطالبته بالاثبات ما لم يثبت خلافه ، السيرة العملية القطعية المتصلة بعهد المعصومين (ع) ، حيث جرى بناء العقلاء من المتشرعة وغيرهم على قبول قول الوكيل فيما هو وكيل فيه ، فتراهم يعتمدون على قوله في اجراء العقد إذا كان وكيلاً فيه ويرتبون عليه الاثر من غير ان يلزم بالاثبات .

وإلى هذا الدليل الكلمة المعروفة في السنتهم « من ملك شيئاً ملك الأقرار به » .

(٢) لما تقدم .

(٣) لكون الشرط أمراً زائداً على ما يقتضيه عقد المزارعة والأصل عدمه ، كما هو الحال في سائر العقود .

(٤) إذ العقد بطبيعته الأولية يقتضي اللزوم وعدم جواز رفع اليد لكل منهما عنه ومن هنا فعلى مدعي الغبن الاثبات لرجوع دعواه إلى ثبوت حق رفع اليد عما التزم به وفرض العقد كأن لم يكن .

الخامسة : إذا زارع المتولي للوقف الارض الموقوفة بملاحظة مصلحة للبطون إلى مدة لزم ولا تبطل بالموت(١) وأما إذا زارع البطن المتقدم من الموقوف عليهم الأرض الموقوفة ثم مات في الاثناء قبل انقضاء المدة ، فالظاهر بطلانها من ذلك الحين ، لانتقال الارض إلى البطن اللاحق(٢) كما ان الأمر كذلك في اجارته لها (٣) . لكن استشكل فيه المحقق القمي (قده) بان عقد المزارعة لازمة لا تنفسخ الا بالتقايل أو ببعض الوجوه التي ذكروها . ولم يذكروا في تعدادها هذه الصورة مع أنهم ذكروا في الأجارة بطلانها إذا آجر للبطن المتقدم ثم مات في أثناء المدة ثم استشعر عدم الفرق بينهما بحسب القاعدة ، فالتجأ إلى أن الأجارة أيضاً لا تبطل بموت للبطن السابق في اثناء المدة وان كان البطن اللاحق يتلقى الملك من الواقف لا من السابق ، وان ملكية السابق كانت إلى حين موته ، بدعوى : أنه إذا آجر مدة لا تزيد على عمره الطبيعي ومقتضى الاستصحاب بقاءه

(١) على ما يقتضيه خيار الغبن .

(٢) فان عقده نافذ عليهم ، لكونه مالكاً لذلك التصرف بحسب توليته .

(٣) فيكون العقد بالنسبة اليهم فضولياً إن شاءوا اجازوا والا حكم ببطلانه .

(٤) على ما مر بيانه مفصلاً في كتاب الأجارة .

بمقداره ، فكما أنها في الظاهر محكومة بالصحة كذلك عند الشارع وفي الواقع فبموت السابق ينتقل ما قرره من الأجرة إلى اللاحق ، لا الأرض بمنفعتها . . . . إلى آخر ما ذكره من النقض والأبرام ، وفيه ما لا يخفى (١) . ولا ينبغي الاشكال في البطلان بموته في المقامين .

(١) فان الاستصحاب حكم ظاهري صرف لا يوجب اي تبديل في الواقع ، ومن هنا فلا مجال للتمسك به بعد انكشاف الخلاف وكون العقد واقعاً على ملك الغير ومتعلقاً به ، بل لا محيص عن الحكم ببطلانه .

ولذا لا يلتزم احد بصحة العقد فيما لو باع المالك داره مستنداً إلى استصحاب بقاءه على ملكه ثم تبين بيع وكيله له قبل ذلك ، فانه لا يحتمل ان يقال بنفوذ عقد المالك على المشتري من الوكيل بحيث يكون الثمن المسمى في العقد له لمجرد انه استند إلى الاستصحاب ، فان بطلانه من اوضح الواضحات .

وأوضح منها في البطلان قياس المقام على موت المالك في اثناء مدة الإجارة ، فان الذي ينتقل من المورث إلى الوارث انما هو تركته ومن هنا فاذا كان المورث قد استوفى المنفعة في حياته ، حيث يكون له ذلك لانه مالك للمنافع إلى الابد لا المنفعة ما دام حياً كما هو الحال في ملكية البطن الموجود لمنفعة العين الموقوفة - باجارته للعين فترة تزيد على حياته ، فلم تبق تلك المنفعة على ملكه كي تنتقل إلى الورثة فان الانتقال اليهم فرع كونها مما تركه الميت ، وهو منتف مع استيفاءه لها في حياته .

السادسة : يجوز مزارعة الكافر ، مزارعـاً كان أو زارعاً (١) .

السابعة : في جملة من الأخبار (٢) النهـي عن جعل

وكيف كان : فما أفاده المحقق القمي (قده) يعد غريبـاً منه ـ رحمه الله ـ .

(١) بلا اشكال فيه ، وتدل عليه مضافاً إلى اطلاقات الادلة كما هو الحال في سائر المعاملات من البيع والأجارة وغيرها ، موثقة سماعة قال : « سألته عن مزارعة المسلم المشرك فيكون من عند المسلم البذر والبقر وتكون الأرض والماء والخراج والعمل على العلج ، قال : لا بأس به » (١).

فيستفاد من فرض كون الارض من الكافر صحة كونه مزارعاً للمسلم ، ومن فرض كون العمل عليه صحة كونه زارعاً .

(٢) ففي صحيحة عبدالله بن سنان أنه قال : « في الرجل يزارع فيزرع أرض غيره فيقول : ثلث للبقر ، وثلث للبذر ، وثلث للأرض قال : لا يسمى شيئاً من الحب والبقر ولكن يقول : ازرع فيها كذا وكذا ، ان شئت نصفاً ، وان شئت ثلثاً » (٢) .

وفي صحيحة سليمان بن خالد قال : « سألت أبا عبد الله (ع) عن الرجل يزارع فيزرع ارض آخر فيشترط للبذر ثلثاً وللبقر ثلثاً .

---

(١) الوسائل : ج ١٣ باب ١٢ من أبواب احكام المزارعة والمساقاة ح ١ .

(٢) الوسائل : ج ١٣ باب ٨ من أبواب احكام المزارعة والمساقاة، ح ٥ .

ثلث للبذر وثلث للبقر وثلث لصاحب الأرض ، وانه لا ينبغي ان يسمى بذراً ولا بقراً ، فانما يحرم الكلام ، والظاهر كراهته(١) وعن ابن الجنيد وابن البراج حرمته(٢) فالأحوط الترك .

الثامنة : بعد تحقق المزارعة على الوجه الشرعي ، يجوز لأحدهما بعد ظهور الحاصل ان يصالح عن حصته(٣) بمقدار معين من جنسه أو غيره بعد التخمين بحسب المتعارف بل لا بأس به قبل ظهوره أيضاً(٤) . كما أن الظاهر جواز

قال : لا ينبغي ان يسمى بذراً ولا بقراً فانما يحرم الكلام » (١) . ونحوهما غيرهما .

(١) لا وجه لهذا الظهور بعد صحة اسناد الروايات ووضوح دلالتها على المنع إلا دعوى اعراض الأصحاب عنها ، لكنك خبير بعدم تمامية هذه الدعوى ، فانه لا يوجب وهناً في الرواية ما لم يتم الاجماع القطعي على الخلاف .

(٢) ومال اليها صاحب الجواهر (قده) وهو الصحيح لما عرفت .

(٣) فانه مالك لها بالفعل ، وله التصرف فيها ونقلها إلى الغير كيف شاء .

(٤) وفيه ما لا يخفى ، فان الزرع قبل ظهوره أمر معدوم لا وجود له ، فلا يصلح للمصالحة عليه ، فانها انما تقع على المملوك دون غيره .

---

(١) الوسائل : ج ١٣ باب ٨ من أبواب احكام المزارعة والمساقاة ، ح ٦ .

مصالحة أحدهما مع الآخر عن حصته في هذه القطعة من الأرض بحصة الآخر في الأخرى (١) ، بل الظاهر جواز تقسيمها بجعل احدى القطعتين لأحدهما والأخرى للآخر إذ القدر المسلم لزوم جعل الحصة مشاعة من أول الأمر وفي أصل العقد (٢) *

التاسعة : لا يجب في المزارعة على أرض امكان زرعها من أول الأمر ، وفي السنة الأولى ، بل يجوز المزارعة على

وبعبارة اخرى : ان مصالحة الموجود بالمعدوم محكومة بالفساد نظراً لاختصاصها بما يعد مالاً ويكون مملوكاً بالفعل .

نعم في خصوص بيع الزرع قبل ظهوره ثبت جوازه مع الضميمة بالنص الخاص فيكون تخصيصاً لحكم القاعدة كما هو الحال في بيع الآبق مع الضميمة ، فيمكن اثبات الحكم في المقام والتزام جواز المصالحة على الزرع المعدوم بالفعل مع الضميمة بالأولوية القطعية ، فانه إذا جاز بيعه كذلك جاز الصلح عليه بطريق أولى .

إذن : فالصحيح هو التفصيل بين خلو العقد عن الضميمة فيحكم ببطلانه واقترانه بها فيحكم بصحته .

(١) فانه وان كان يعتبر في عقد المزارعة كون الحاصل مشتركاً ومشاعاً بينهما ، الا انه وبعد الحكم بصحة العقد وملكية كل منهما مقداراً من الناتج ، لابأس بنقل حصته إلى غيره وتقسيم المال المشترك بينهما بالصلح أو غيره ما لم يمكن ذلك قبل ظهور الزرع .

(٢) على ما تقدم توضيحه .

أرض بائرة لا يمكن زرعها الا بعد اصلاحها وتعميرها سنة أو أزيد (١) وعلى هذا إذا كانت أرض موقوفة (٢) - وقفاً عاماً أو خاصاً - وصارت بائرة يجوز للمتولي أن يسلمها الى شخص بعنوان المزارعة الى عشر سنين أو أقل أو أزيد - حسب ما تقتضيه المصلحة - على أن يعمرها ويزرعها الى سنتين - مثلاً - لنفسه ثم يكون الحاصل مشتركاً بالاشاعة بحصة معينة .

العاشرة : يستحب للزارع - كما في الأخبار - الدعاء

---

(١) فان ذلك يرجع في الحقيقة إلى جعل العقد بعد الفترة المستثناة للأصلاح والتعمير أو غيرهما وكأنه لا عقد قبلها ، مع تسليم الأرض للزارع من الآن لينتفع بها وحده كشرط مأخوذ في العقد ، فانه لابأس به ما دام سائغاً حيث قد عرفت جواز الاشتراط فيها .

ومما ذكرناه يظهر انه لا وجه للأيراد عليه ، بان اختصاص الزرع في الفترة المستثناة بالعامل ينافي وضع المزارعة ومبناها .

فان عقد المزارعة انما هو واقع في الحقيقة على الأرض بعد تلك المدة ، وأما قبلها فلا مزارعة ، وكون الأرض في يد المزارع أمر خارج عن المزارعة ثبت بالاشتراط .

(٢) لا وجه لتخصيص ذلك بالوقف كما يظهر من عبارته (قده) فانه يجوز في الملك الخاص أيضاً كما لو زارع المالك غيره على ان يكون الزرع بعد فترة محددة لأصلاح الأرض وتعميرها تكون الأرض فيها بيد الزارع بالاشتراط .

عند نثر الحب ، بأن يقول : « اللهم قد بذرنا وأنت الزارع واجعله حباً متراكماً (١) ، وفي بعض الأخبار : « إذا أردت أن تزرع زرعاً فخذ قبضة من البذر واستقبل القبلة وقل : أفرأيتم ما تحرثون ، أأنتم تزرعونه أم نحن الزارعون ثلاث مرات ثم تقول : بل الله الزارع ، ثلاث مرات ، ثم قل : اللهم اجعله حباً مباركاً وارزقنا فيه السلامة ، ثم انثر القبضة التي في يدك في القراح » (٢) . وفي خبر آخر (٣) « لما هبط آدم (ع) الى الارض احتاج الى الطعام والشراب فشكى ذلك إلى جبرئيل فقال له جبرئيل : يا آدم كن حراثاً فقال (ع) : فعلمني دعاءاً ، قال : قل : اللهم اكفني مؤنة الدنيا وكل هول دون الجنة والبسني العافية حتى تهنئني المعيشة » .

(١) ورد ذلك في رواية شعيب العقرقوفي عن أبي عبدالله (ع) (١) .

(٢) كما ورد في رواية ابن بكير عن أبي عبدالله (ع) (٢) .

(٣) رواه مسمع عن أبي عبدالله (ع) (٣) .

تم كتاب المزارعة وله الحمد والمنة والحمد لله رب العالمين

هذا اخر ما اردنا ايراده في هذا الجزء

وسيتلوه كتاب المساقاة ان شاء الله تعالى

(١) الوسائل : ج ١٣ باب ٥ من أبواب المزارعة والمساقاة . ح ٢ .

(٢) الوسائل : ج ١٣ باب ٥ من أبواب احكام المزارعة والمساقاة ح ٣ .

(٣) الوسائل : ج ١٣ باب ٥ من أبواب احكام المزارعة والمساقاة ح ١ .

الفهرس

الصفحة	الموضوع
٧	المقدمة :
١١	(كتاب المضاربة) تعريفها .
١٣	الفرق بين المضاربة والقرض والبضاعة .
١٥	شرائط عقد المضاربة .
١٦	اشتراط كون رأس المال عيناً .
٢٠	اشتراط كونه ذهباً أو فضة .
٢٣	اشتراط معلومية رأس المال .
٢٤	اشتراط كونه معيناً .
٢٥	اعتبار كون الربح مشاعاً بينهما .
٢٦	اعتبار تعيين الحصة .
٢٧	ان يكون الربح بينهما
٢٨	ان يكون الاسترباح بالتجارة .
٢٩	ان لا يكون رأس المال بمقدار يعجز عنه العامل .
٣٧	المضاربة مع من بيده المال .
٣٨	المضاربة جائزة من الطرفين ،
٤٠	معنى الشرط ونحاؤه .
٤٣	الشرط في العقود الجائزة .
٤٧	اذا دفع اليه مالا وقال اشتر به كذا .
٤٩	اذا اشترط الاشتراك في الخسارة !
٥٢	اذا اشترط المالك على العامل شرطاً .
٥٩	عدم جواز خلط رأس المال بغيره :
٦٠	حكم بيع العامل نسيئة .
٦٣	حكم الشراء في الذمة :
٦٤	صور الشراء في الذمة :
٦٨	ما يجب على العامل بالمضاربة .
٧٠	جواز اخذ نفقة السفر من رأس المال .
٧٥	فروع راجعة الى نفقة السفر ه
٧٧	حكم المضاربة الفاسدة .
٨١	اذا اختلفا في انها مضاربة فاسدة أو قرض او بضاعة .
٨٥	اذا قال خذه قراضاً والربح بيننا .
٨٧	جواز اتحاد المالك وتعدد العامل .
٨٨	قراض الشريكين واحداً .
٩١	بطلان المضاربة بموت احدهما :
٩٣	حكم توكيل العامل غيره في عمله .
٩٤	اذا اذن في مضاربة الغير .
٩٦	اذا ضارب غيره من دون اذن :
٩٩	اذا شرط ضمن العقد مالا أو عملا .

الصفحة	الموضوع
١٠٣	ما به يملك العامل حصته من الربح.
١٠٦	الربح وقاية لرأس المال .
١٠٩	اذا نض الربح فطلب احدهما القسمة .
١١٢	بيع العامل حصته بعد الظهور.
١١٤	جبر الخسارة والتلف بالربح .
١١٦	ضمان العامل بالخيانة .
١١٨	شراء كل من المالك والعامل من الآخر :
١٢٠	اخذ العامل بالشفعة دون المالك.
١٢٢	وطء العامل الجارية المشتراة بالمضاربة .
١٢٧	شراء العامل زوج المالكة .
١٢٩	شراء العامل من ينعتق على المالك.
١٣٥	شراء العامل من ينعتق عليه .
١٤٢	صور فسخ المضاربة أو انفساخها واحكامها :
١٤٩	الفسخ وفي المال ديون على الناس.
١٥٠	اذا مات المالك أو العامل :
١٥١	لا يجب على العامل ازيد من التخلية.
١٥٣	يجبر الخسران بربح البعض وبالعكس .

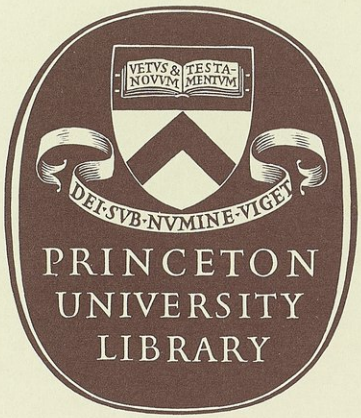
الصفحة	الموضوع
١٥٤	جريان الجبر حتى بعد استرداد المالك بعضاً .
١٥٨	حكم المضاربة الفاسدة ،
١٦٤	التنازع في اعطاء مال مضاربة .
١٦٤	التنازع في مقدار رأس المال :
١٦٦	التنازع في اشتراط امر في العقد .
١٦٩	التنازع في التلف .
١٧٨	التنازع في مقدمة الحصة :
١٧٨	التنازع في اصل المضاربة أو تسليم المال .
١٨٠	التنازع في صحة المضاربة أو الفسخ في الاثناء .
١٨١	التنازع في الرد .
١٨١	التنازع في انه اشتراه للمضاربة او لنفسه .
١٨٢	التنازع في انه ضاربه أو اقرضه.
١٨٤	التنازع في انه ضاربه أو ابضعه.
١٨٦	التنازع في مقدار الربح .
١٨٧	إذا مات وعنده مال المضاربة .
١٩٩	اعتبار التنجيز في المضاربة .
٢٠٣	لا يعتبر عدم الحجر في العامل :
٢٠٤	موارد عروض البطلان على المضاربة.

الموضوع	الصفحة
المضاربة في مرض الموت .	٢٠٥
اذا تبين كون رأس المال لغير المضارب	٢٠٧
اشتراط المضاربة في ضمن عقد لازم :	٢٠٨
ايقاع المضاربة بعنوان الجعالة .	٢١٠
الاتجار بمال المولى عليه والايصاء به :	٢١٢
فسخ احد الشريكين العقد .	٢١٩
اذا اشترط عدم جبر الربح بالخسران :	٢٢٠
لو خالف العامل ما عينه المالك .	٢٢١
إذا تعدد العامل المضارب :	٢٢٢
اذا اذن في المعاملة نسيئة فهلك المال .	٢٢٥
المضاربة مع الذمي .	٢٢٦
المضاربة بالمال الكلي :	٢٢٧
التبعيض في تسليم المال الى العامل .	٢٢٨
(كتاب الشركة) أقسامها :	٢٣٣
كيفياتها .	٢٣٨
اختصاص الشركة بالاعيان .	٢٤٢
لا تصح شركة الاعمال والوجوه .	٢٤٤
لو استأجر اثنين لعمل واحد .	٢٤٦
الاشتراك في حيازة شيء .	٢٥١
اعتبار الامتزاج في الشركة العقدية :	٢٥٣
كيفية تقسيم الربح والخسران بين الشريكين .	٢٥٦
حكم التصرف في المال المشترك :	٢٦٣
الشركة عقد جائز :	٢٦٦
لو ذكر في عقد الشركة أجلا .	٢٦٨
لو ادعى على شريكه الخيانة أو التفريط .	٢٦٨
تبطل الشركة بأمور :	٢٦٩
حكم المعاملات الواقعة مع بطلان الشركة :	٢٧٠
النزاع في انه اشترى لنفسه أو بالشركة .	٢٧٤
(كتاب المزارعة) مشروعيتها واستحبابها .	٢٧٩
شرائط عقد المزارعة .	٢٨٣
اعتبار كون النماء بينهما :	٢٨٧
اعتبار كونه مشاعاً بينهما :	٢٨٩
اعتبار تعيين الحصة والمدة .	٢٩٠
اعتبار قابلية الارض وتعيين المزروع .	٢٩٣

الصفحة	الموضوع
٢٩٤	اعتبار تعيين الارض .
٢٩٧	اشتراط تعيين من يدفع البذر والمصارف .
٣٠٠	كفاية سلطنة المزارع على الارض.
٣٠٢	حكم الاذن في زرع ارضه .
٣٠٥	المزارعة عقد لازم .
٣١٢	اذا استعار ارضاً للمزارعة .
٣١٦	اذا شرط احدهما على الآخر شيئاً .
٣٢٠	اذا عين مدة فمضت والزرع لم يبلغ .
٣٢٤	اذا ترك الزرع حتى انقضت المدة .
٣٢٨	اذا غصب الارض غاصب .
٣٣٠	اذا تعدى الزارع عما عين من الزرع .
٣٣٥	اذا زارعه على ارض لا ماء لها فعلا .
٣٣٧	لا فرق في المزارعة بين كون البذر من ايهما .
٣٤١	المزارعة بين ازيد من اثنين .
٣٤٣	مزارعة العامل غيره .
٣٤٧	اذا تبين بطلان العقد .

الصفحة	الموضوع
٣٥٠	تحديد زمان الاشتراك في الحاصل.
٣٥٣	اذا حصل موجب الانفساخ في الاثناء .
٣٥٤	اذا حصل الفسخ في الاثناء .
٣٥٩	حكم ترك العمل في الاثناء .
٣٦٠	اذا تبين بعد المزارعة مغصوبية الارض .
٣٦٦	اذا تبين مغصوبية البذر .
٣٧٠	حكم خراج الارض المزارع عليها.
٣٧٢	من عليه المؤن .
٣٧٣	جواز الخرص بمقدار من الحاصل.
٣٧٥	الخرص معاملة مستقلة .
٣٧٦	الامور المعتبرة في الخرص
٢٧٩	وجوب الزكاة على من بلغ نصيبه النصاب .
٣٨٠	اذا بقي اصل الزرع فنبت .
٣٨٢	لو اختلفا في المدة .
٣٨٣	لو اختلفا في كون البذر ونحوه على أيهما .
٣٨٤	لو اختلفا في الاعارة والمزارعة .
٣٨٩	لو ادعى المالك الغصب والزارع المزارعة .

الصفحة	الموضوع
٣٩٠	اذا قصر في تربية الزرع نقل الحاصل.
٣٩١	اذا ادعى على العامل التقصير في العمل.
٣٩٣	مزارعة الارض الموقوفة .
٣٩٥	جواز مزارعة الكافر :
٣٩٧	جواز المصالحة عن الحصة بمقدار معين :
٣٩٩	استحباب الدعاء عند نثر الحب .
٤٠١	الفهارس :


VETVS & NOVVM TESTAMENTVM
DEI·SVB·NVMINE·VIGET
PRINCETON
UNIVERSITY
LIBRARY