

2276

. 15

. 944

v. 11

2276. 15. 944

v. 11

al-Tabataba'i al-Hakim
Mustamsik

DATE

ISSUED TO

DATE ISSUED

DATE DUE

DATE ISSUED

DATE DUE

DUE JUN 15 1992

PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY

PAIR>



32101 020619407

وَمَنْ يُسَلِّمْ وَجْهَهُ إِلَى اللَّهِ وَهُوَ مُحْسِنٌ فَقَدْ اسْتَمْسَكَ بِالْعُرْوَةِ الْوُثْقَىٰ

فَلَا يَضِلُّ

مُسْتَمْسَكَ الْعُرْوَةِ الْوُثْقَىٰ

تأليف

فقيه العصر

المعتمد إمام طائفة الحكم

مد ظله العالي

الجزء الحادي عشر

الطبعة الثانية

مطبعة النجف - النجف الاشرف

١٣٨٢ هـ

al-Tabāṭabā'i: al-Hakīm, Muḥsin ibn Maḥdī

وَمَنْ يُسَلِّمْ وَجْهَهُ إِلَى اللَّهِ وَهُوَ مُحْسِنٌ فَقَدْ اسْتَمْسَكَ بِالْعُرْوَةِ الْوُثْقَىٰ

فَلَا يَخْشَى

Mustamsik

مُسْتَمْسِكُ

الْعُرْوَةِ الْوُثْقَىٰ

تأليف

فقيه العصر

السيد محمد الطباطبائي الحكيم

مد ظله العالی

الجزء الحادي عشر

الطبعة الثانية
مطبعة النجف - النجف

١٣٨٢ هـ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الاجارة

وهي : تملك عمل او منفعة بم عوض (١) ويمكن أن يقال : ان حقيقتها

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وله الحمد ، والصلاة والسلام على رسوله الكريم وآله الطاهرين

كتاب الاجارة

(١) عرفها بعضهم — كالعلامة في القواعد — : بانها عقد ثمرته نقل المنفعة . والاشكال عليه ظاهر ، لأن العقد هو مجموع الالتزامين النفسين : القائم أحدهما بالموجب والآخر بالقابل ، المرتبطين على نحو خاص من الارتباط والاجارة ليست كذلك ، بل هي الأمر الملزم به ، وكذلك غيرها من مفاهيم العقود والايقاعات . ولأجل ذلك عدل بعضهم إلى تعريفها بما في المتن . ويشكل : بان الاجارة ليست تملكاً للمنفعة ، بل هي قائمة بالعين ذات المنفعة ، فتقول : آجرت الدار ، ولا تقول : آجرت منفعة الدار . وبذلك امتازت عن أكثر العقود ، كالبيع والصلح والرهن والهبة والنكاح وغيرها : فان هذه المفاهيم قائمة بموضوعاتها وتقتضي التصرف فيها ، بخلاف الاجارة فانها قائمة بذوي المنفعة وتقتضي التصرف في المنفعة لافيه ، فلو بني على حصول تملك المنفعة في الاجارة فليس هو عين الاجارة بل مسبب عنها وأثرها . والمناسب حينئذ ان يقال : إنها جعل العين موضوعاً للأجر ، بنحو يقتضي تملك المنفعة ، لا أنها عين تملك

التسليط على عين للانتفاع بها بموضع (١) وفيه فصول .

فصل

في أركانها ، وهي ثلاثة :

(الاول) : الايجاب والقبول ، ويكتفي فيهما كل لفظ دال على المعنى المذكور - والصريح منه آجرتك او اكريتك الدار - مثلاً ، فيقول قبلت او استأجرت او استكرت . ويجري فيها المعاطاة كسائر العقود (٢) ويجوز ان يكون الايجاب بالقول والقبول بالفعل ، ولا يصح ان يقول في الايجاب

المنفعة . ويشكل هذا التعريف أيضاً : بان الاجارة قد لا تقتضي تملك المنفعة ، كما في استيجار ولي الزكاة أو ولي الوقف داراً ، لان يحرز فيها الغلة المأخوذة من الزكاة أو من ثماء الوقف . فان منفعة الدار - في الفرض - ليست مملوكة للمالك ، وإنما هي صدقة يتعين صرفها في مصرف الزكاة أو مصرف الوقف . وكأنه لذلك عدل في القواعد عن جعل ثمرة العقد التملك ، الى جعلها نقل المنفعة ، لكن عرفت الاشكال فيه أيضاً .

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

(٢) كما صرح به غير واحد ، بل قيل : لم يعرف متأمل في ذلك . ويقتضيه عموم ادلتها ، لعدم الفرق فيها بين البيع والاجارة وغيرهما . نعم خص ذلك بعض الاعاظم (ره) في منافع الأموال لا مطلقاً ، كما في الاجارة على عمل

بملاك الدار - مثلاً (١) - وإن قصد الاجارة ، نعم لو قال بعثك منفعة الدار
أو سكنى الدار - مثلاً - بكذا لا يبعد صحته ، إذا قصد الاجارة (٢) .

إذا كان الاجبر حرّاً ، فإنه لا تعاطي من قبله . اللهم الا ان يكون نفس المجاد
العمل - كبناء الجدار - إعطاء منه مع أنه مبني على اعتبار التعاطي من
الطرفين ، فلو اكتفي في حصول المعاطاة بالإعطاء من طرف والاخذ من الآخر :
يمكن جريانها مطلقاً ، إذا كانت الاجرة عيناً .

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

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

- (الثاني) : المتعاقدان ، ويشترط فيها : البلوغ (١) ، والعقل (٢) .
والاختيار (٣) ، وعدم الحجر لفلس اوسفه او رقية (٤) .
(الثالث) : العوضان . ويشترط فيها أمور :
(الاول) : المعلومية . وهي ، في كل شيء بحسبه (٥) بحيث لا يكون

(١) لا اشكال في ذلك ولا خلاف ، ويشهد له بعض النصوص . لكن المتيقن من دلالة عدم صحة عقد الصبي على وجه الاستقلال ، لا عدم الصحة وإن أذن له الولي ، ولأجل أن المسألة محررة في كتب القوم على التفصيل ، وقد تعرضنا لها في « نهج الفقاهة » على الاجمال : أهملنا ذكرها هنا اعتمادا على ذلك .
(٢) اعتبار العقل في مقابل الجنون — المانع من تحقق القصد — واضح ، لعدم تحقق العقد ، لتقومه بالقصد ، والمفروض انتفاؤه . أما الجنون غير المانع من تحقق القصد ، فالكلام فيه ينبغي أن يكون هو الكلام في الصبي فانه محجور عليه ، كما يظهر من ملاحظة كلماتهم في كتاب الحجر : وعدم صحة عقده بأذن الولي غير ظاهر من الأدلة .

(٣) اعتباره مما لا إشكال فيه عندنا . وتفصيل الكلام فيه وفي فروعه مذكور في كتابنا (نهج الفقاهة) فليراجع .
(٤) الكلام في ذلك موكول الى كتاب الحجر .

(٥) كما هو المشهور ، واستدل له بما ورد من نهى النبي ﷺ عن الغرر وبالنبوي : « من استأجر أجيراً فليعلمه أجره » . وفيه : أن الاول غير ثابت بل لعله ثابت العدم . والوارد إنما هو : « نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر » ، وهو مختص بالبيع . والنبوي لو تم حجة فلا يدل على ذلك ، بل يكفي في العلم المشاهدة . ولذا اختار في الشرائع الاكتفاء بها . وحكي ذلك عن الشيخ والمرضى

هناك غرر فلو أجره داراً أو حماراً من غير مشاهدة ولا وصف رافع للجهالة ، بطل . وكذا لو جعل العوض شيئاً مجهولاً .

(الثاني) : أن يكونا مقدوري التسليم (١) ، فلا تصح إجارة العبد الآبق . وفي كفاية ضم الضميمة هنا — كفاي البيع — اشكال (٢) .

وجاعة من المتأخرين ، وبعضه : ما ورد في قبالة الأرض بخراجها قل أو أكثر وفي بعضها جواز إيجارها بالنصف والثلث أو أقل من ذلك أو أكثر ، وما في الخبر : « عن أرض يريد رجل أن يتقبلها ، فأي وجوه القبالة أحل ؟ . قال ^{عليه السلام} : يتقبل الأرض من أربابها بشيء معلوم إلى سنين مسماة ، فيعمر ويؤدي الخراج ، فإن كان فيها علوج فلا يدخل العلوج في قبالته ، لأن ذلك لا يحل » فالظاهر أن المراد بالمعلوم مقابل المجهول المطلق ، لا ما هو مراد المشهور .

(١) هذا واضح لو كان المراد تعذر التسليم ، لعدم المالية في المنفعة حيثئذ لتصح المعاوضة عليها ، ولا يكون أكل الأجرة أكلاً بالباطل . أما مع رجاء حصوله فشكل : وقد عرفت اختصاص النهي عن الغرر بالبيع : مع إمكان المناقشة في صدقه بمجرد ذلك ، لاحتمال اختصاصه بالجهل باحد العوضين لا بمجرد الخطر ، ولا بمجرد الجهل ولو بالحصول . لكن الظاهر العموم ، وأن حكي الاول عن الشهيد الأول في شرح الارشاد ، لكن حكي عنه في قواعده الاختصاص بالجهل بالحصول ، كما اشرنا الى ذلك في (نهج الفقاهة) فراجع فلا يجري الحديث إلا في ذلك . لكن الاشكال في عموم الحديث للاجارة ، فمكان المستند فيه الاجماع المدعى على اشتراط ذلك لا غيره .

(٢) عن جماعة : الصحة ، منهم الاردبيلي . وعن آخرين : المنع ، منهم العلامة والشهيد . وعن آخرين : التردد . واستدل الاول : بأن الاجارة تتحمل

(الثالث) : أن يكونا مملوكين (١) ، فلا تصح إجازة مال الغير ولا الإجازة بمال الغير ، إلا مع الإجازة من المالك .

(الرابع) : أن تكون العين المستأجرة مما يمكن الانتفاع بها مع بقائها ، فلا تصح إجازة الخبز للأكل مثلاً ، ولا الحطب للاشغال وهكذا .

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

من الفرر مالا يتحمله البيع . وفيه : أن هذا المقدار لا يوجب القطع بالصحة . نعم يمكن الاستدلال بذيّل موثق سماعة ، الدال على جواز البيع مع الضميمة ، حيث علل ذلك بقوله **إِلَّا** : « فإن لم يقدر على العبد كان الذي نفقه فيما اشترى معه » . وفيه أيضاً : أنه لا يظهر منه أنه تعليل للجواز ، بل من المحتمل أن يكون بياناً لحكم تعذر الآبق ، وأنه لا يرجع المشتري إلى البائع بما قبله من الثمن ، بل تكون معاوضة قهرية بين تمام الثمن وبين الضميمة ، كما هو أحد الوجوه المحتملة في الرواية ، أو غير ذلك من الوجوه ، لا أنه تعليل للجواز . نعم إذا كان المستند في المنع الاجماع ، فلا بأس بالقول بالصحة مع الضميمة ، لعدم الاجماع على المنع فيها .

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

(٢) وفي حاشية بعض الاعاظم : « ان اشتراط مملوكية المنفعة يغني عن هذا الشرط ، فان المنفعة المحرمة غير مملوكة » ، لان اضافة الملك بحسب اعتبار العقلاء إنما تكون فيما ترجع مصلحته الى المالك ، ويكون من كماله ، ولا يصح اعتبارها فيما يكون مفسدة ومضرة على المالك . فيصح ان تقول : يملك زيد أن يأخذ درهما من عمرو ، ولا يصح أن تقول : يملك زيد أن يأخذ منه عمرو درهما .

لا حراز المحرمات ، أو الدكاكين لبيعها ، أو الدواب لحملها ، أو الجارية للغناء ، أو العبد لكتابة السكفر ، ونحو ذلك .. وتحرم الأجرة عليها .

السادس : أن تكون العين مما يمكن استيفاء المنفعة المقصودة بها (١) ، فلا تصح إجارة أرض المزارعة إذا لم يمكن إيصال الماء اليها ، مع عدم إمكان الزراعة بماء السماء ، أو عدم كفايته .

السابع : أن يتمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المستأجرة (٢) ، فلا تصح إجارة الحائض لسكنس المسجد (٣) مثلاً .

(مسألة ١) : لا تصح الاجارة إذا كان المؤجر أو المستأجر مكرهاً عليها إلا مع الاجازة اللاحقة ، بل الأحوط عدم الاكتفاء بها ، بل تجديد العقد إذا رضيا . نعم تصح مع الاضطرار ، كما إذا طلب منه ظالم مالا فاضطر إلى إجارة دار سكنها لذلك ، فانها تصح حينئذ (٤) . كما إذا اضطر إلى بيعها صح .

والمحرمات لما كانت بنظر الشارع مفسدة ، لا يصح اعتبارها مملوكة عنده .

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

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

(٣) في بعض الحواشي : « ان هذا المثال قد خرج باشتراط مملوكية المنفعة وإباحتها » ، وفيه : أن كسب الحائض للمسجد حلال ، وإنما الحرام المكث الموقوف عليه الكسب .

(٤) إما لا اختصاص دليل مانعية الاكراه بما إذا كان الاكراه على خصوص العقد أو الايقاع ، فلا يشمل صورة ما إذا كان الاكراه على الغاية . وإما لأن

(مسألة ٢) لا تصح إجارة المفلس - بعد الحجر عليه - داره أو عقاره ، نعم تصح إجارته نفسه لعمل أو خدمة (١) : وأما السفينة فهل هو كذلك - أي تصح إجارة نفسه للاكتساب مع كونه محجوراً عن إجارة داره مثلاً - أولاً ، وجهان : من كونه من التصرف المالي وهو محجور (٢) ، ومن أنه ليس تصرفاً في ماله الموجود (٣) بل هو تحصيل المال ، ولا تعد منافعه من أمواله (٤) ،

دليل مانعية الإكراه لما كان امتنائياً لم يشمل المقام ، لأن شموله له خلاف الامتنان ، إذ يلزم منه الوقوع في الضرورة .

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

(٢) لأنه معقد الإجماع على نفوذ تصرف السفينة .

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

(٤) لأن منافع الحر وإن كانت أموالاً ، ويصح بذل المال بأزائها ، لكنها ليست مملوكة له . لأن الملكية تتوقف على الانقيضية ، ولا انقيضية بينه وبين نفسه . فإذا لم يملك نفسه لم يملك منافعه ، لأنها تابعة للعين ، إذ لا وجود لها خارجي ، وإنما مشأ اعتبارها العين . . فإذا لم تكن مملوكة لنفسه لم تكن المنافع مملوكة ، ولذا لا تكون من أمواله . مع أنه لو سلم أنها مملوكة ومن أموال السفينة فليست داخلية في عموم الولاية عليه ، لاختصاصه بغيرها . نعم لا تبعد استفادة حكمها من دليل الولاية في الأموال الموجودة ، لأنها كلها أموال . والمستفاد من دليل الولاية أن العلة فيها الاحتفاظ بعصلحة السفينة من حيث المال ، ولا فرق

خصوصاً إذا لم يكن كسوباً . ومن هنا يظهر النظر فيما ذكره بعضهم من حجر السفينة من تزويج نفسها ، بدعوى : أن منفعة البضع مال (١) ، فإنه أيضاً محل إشكال .

بين الموردين . وهذا هو الذي يقتضيه مذاق العرف والشرع . مضافاً إلى رواية عبدالله بن سنان الآتية .

(١) قال في الجواهر - في مبحث السفينة - : « والظاهر دخول تزويجها نفسها في التصرفات المالية ، من جهة مقابلة البضع بالمال ، فلا يجوز بدون إذن الولي . وقد يظهر من المقاتيح : عدم الخلاف في ثبوت الولاية على السفينة والسفينة في النكاح . ولكنه كما ترى غير ظاهر ، لعدم كون البضع مالا ولا مقابلاً بالمال . » أقول : إن كان المراد : أن الصداق ليس في مقابل المنفعة المخصوصة ، وإلا لم يستحق المهر بالموت ، أو الطلاق قبل الدخول ، مع أن الاستحقاق ضروري .. فهو في محله . وإن كان المقصود : أن المهر ليس في مقابل المنفعة أصلاً فهو غير ظاهر . لأن المهر في مقابل الزوجية ، وهي أيضاً نوع من المنفعة . ولا ينافي ذلك صحة العقد بلا مهر ، لجواز أن يكون من قبيل العارية أو الهبة المجانية . نعم الزوجية ليست ملحوظة عوضاً عن المهر ، بل لوحظت عنواناً لموضوع المهر . فالمهر من قبيل الهبة للزوجة ، لوحظ فيه الزوجية قيماً ، فالمقام ليس من باب المعاوضة ، إذ لم يدخل في ملك الزوج شيء ، لأنه لم يملك الزوجية ولا البضع ولا الانتفاع به ولا شيئاً آخر .. ليكون عوضاً عن مهره . وطى هذا فالمقام ليس من قبيل المعاملة على منافع السفينة ، بل هو نحو آخر . وإجراء الحكم السابق فيه لا يخلو من وجه ، لأنه هو الذي يقتضيه مذاق العرف والشرع أيضاً . مضافاً إلى ما يستفاد من رواية عبدالله بن سنان : « إذا بلغ ونبت عليه

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

(مسألة ٤) : لابد من تعيين العين المستأجرة ، فلو آجره أحد هذين العبدين أو إحدى هاتين الدارين لم يصح (١) . ولابد أيضاً من تعيين نوع المنفعة إذا كانت للعين منافع متعددة (٢) . نعم تصح إيجارها بجميع منافعها مع التعدد (٣) فيكون المستأجر مخيراً بينها .

الشعر جاز أمره ، إلا أن يكون سفيهاً أو ضعيفاً . هـ ، فإن إطلاقه يقتضي منع السفينة حتى من النكاح ، لأنه من أمره .

(١) هذا إذا كان على وجه التردد ، لأن المردد لا وجود له في الخارج فلا تصح إيجارته . أما إذا كان على وجه المكي في المعين ، فلا بأس بإيجارته كما لا بأس ببيعه . كما أنه إذا كان أحد العبدتين معيناً في نفسه ، مردداً عندهما أو عند أحدهما ، مثل الأكبر أو الأصغر . فالبناء على البطلان فيه مبني على مانعية الجهل والا فلا مانع عنه عقلاً ولا عرفاً ، والأدلة المطلقة تقتضي الصحة . وأدلة نفي الضرر قد عرفت الاشكال فيها . مع أنه قد لا يكون غرر ، كما إذا كان العبدان لا يختلفان بالصفات التي تختلف بها الرغبات أو المالية . فالعمدة في وجه البطلان ظهور التسالم عليه .

(٢) الكلام فيه كالكلام في تعيين العين المستأجرة .

(٣) يأتي الكلام في جواز ذلك ، في مبحث حكم الأجير الخاص ، إذ المنافع المتضادة يمتنع أن تكون مملوكة ، إذ القدرة عليها بدلية والملكية تابعة لها ، فلا تكون الملكية عرضية .

(مسألة ٥) : معلومية المنفعة (١) : إما بتقدير المدة ، كسكنى الدار شهراً والخياطة يوماً ، أو منفعة ركوب الدابة إلى زمان كذا . وأما بتقدير العمل (٢) كخياطة الثوب المعلوم طوله وعرضه ورقته وغلظته ، فارسية أو رومية ، من غير تعرض للزمان . نعم يلزم تعيين الزمان الواقع فيه هذا العمل كأن يقول : إلى يوم الجمعة مثلاً . وإن أطلق اقتضى التعميل على الوجه العرفي (٣) ، وفي مثل استئجار الفحل للضراب يعين بالمرة والمرة (٤) . ولو قدر المدة والعمل على وجه التطبيق (٥) ، فإن علم سعة الزمان له صحح ، وإن علم عدمها بطل ، وإن

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

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

(٣) وحينئذ لا حاجة الى ذكر المدة ، لارتفاع الفرر بذلك . نعم اذا كان الاطلاق لا يقتضي التعميل ، لقيام القرينة على عدمه ، لم يترك ذكر المدة بالمعنى المذكور .

(٤) هذا في غير ضراب الماشية ، فإنه يقدر بالزمان .

(٥) التقدير بالمدة مع العمل يكون : (تارة) : على نحو الظرفية ، مثل : أن يخيط هذا الثوب في هذا اليوم . (وأخرى) : على نحو التطبيق . وعلى الثاني : (تارة) يكون التطبيق ملحوظاً عنواناً لموضوع الاجارة ، (وأخرى) : يكون شرطاً . فإن علمت القدرة ، فلا اشكال في الصحة في الجميع . وإن علم عدمها ، فلا اشكال في الفساد في الجميع . ومع الاحتمال اختار في الجواهر الصحة

احتمل الأمران ففيه قولان .

(مسألة ٦) : إذا استأجر دابة للحمل عليها ، لابد من تعيين ما يحمل عليها بحسب الجنس إن كان يختلف الأغراض باختلافه ، وبحسب الوزن ولو بالمشاهدة والتعمين إن ارتفع به الغرر . وكذا بالنسبة إلى الركوب لابد من مشاهدة الراكب أو وصفه ، كما لابد من مشاهدة الدابة أو وصفها ، حتى المذكورة والانوية إن اختلفت الأغراض بحسبها . (والحاصل) : أنه يعتبر تعيين الحمل والمحمل عليه ، والراكب والركوب عليه ، من كل جهة يختلف غرض العقلاء باختلافها .

في الجميع ، لأن القدر المعلوم خروجه عن عموم الصحة صورة العلم بالعجز ، فلا يشمل صورة احتماله . ونزل القول بالبطلان في فرض التقدير على نحو التطبيق على صورة غلبة عدم حصوله . واستوضح البطلان حينئذ ، إلا مع اعتبار التطبيق على نحو الشرطية لا العنوانية . فإن احتمال الامكان حينئذ كاف في الصحة فلو لم يتفق ، كان له خيار تخلف الشرط .

(والتحقيق) : ابتناء الصحة والبطلان - في جميع الصور - على عموم النهي عن الغرر للإجارة وعدمه . فعلى الأول لا يصح مع الجهل ، إلا أن تجري العادة بحصوله . وعلى الثاني يصح ، إلا أن تجري العادة بعدم حصوله ، بحيث يكون ملحقاً بالمتعذر الذي تكون المعاملة عليه سهلاً . وقد تقدم في الشرط الثاني الاشكال في الأول فراجع . ومن ذلك تعرف الاشكال فيما ذكره في الجواهر مع أنه لا يخلو في نفسه من تدافع ، يظهر بالتأمل فيما ذكر وذكرناه . ثم إن المراد من قولنا بالصحة على الثاني : الصحة التقديرية ، بمعنى الصحة على تقدير التمكن إذ على تقدير عدمه يمتنع البناء على الصحة ، لعدم المنفعة .

(مسألة ٧) : إذا استأجر الدابة لحرق جريب معلوم ، فلا بد من مشاهدة الأرض أو وصفها ، على وجه يرتفع القرر .
 (مسألة ٨) : إذا استأجر دابة للسفر مسافة ، لابد من بيان زمان السير من ليل أو نهار (١) ، إلا إذا كان هناك عادة متبعة .
 (مسألة ٩) : إذا كانت الأجرة مما يكال أو يوزن ، لابد من تعيين كيلها أو وزنها ، ولا تكفي المشاهدة (٢) . وإن كانت مما يعد ، لابد من تعيين عددها وتكفي المشاهدة فيما يكون اعتباره بها .

(مسألة ١٠) : ما كان معلوميته بتقدير المدة ، لابد من تعيينها شهراً أو سنة أو نحو ذلك . ولو قال : آجرتك إلى شهر أو شهرين ، بطل . ولو قال : آجرتك كل شهر بدرهم مثلاً ، ففي صحته مطلقاً (٣) ، أو بطلانه مطلقاً (٤) ، أو صحته في شهر (٥) وبطلانه في الزيادة ، فان سكن فأجرة المثل بالنسبة إلى الزيادة ، أو الفرق بين التعبير المذكور وبين أن يقول : آجرتك شهراً بدرهم فان زدت فبحسابه بالبطان في الأول (٦) والصحة في شهر في الثاني . . أقوال ،

- (١) لاختلاف الأغراض في ذلك غالباً .
- (٢) تقدم الكلام فيه في الشرط الأول .
- (٣) حكى عن الشيخ وابن زهرة وابن الجنييد .
- (٤) كما حكى عن جماعة ، وفي الجواهر : « لعله المشهور بين المتأخرين » .
- (٥) اختاره في الشرائع ، ونسب إلى المقنعة والنهاية .
- (٦) هذا القول ذكره في القواعد ، والظاهر منه صورة ما إذا كان المقصود منه الاجارة في الشهر الأول . وقوله : فان زدت فبحسابه .. من قبيل

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

الشرط . وحينئذ فالبناء على البطلان في الجميع مبني على فساد الشرط ، وفساده العقد ، وكلاهما في المقام محل اشكال أو منع ، اذ التحقيق : ان الشرط الفاسد غير مفسد ، وان الغرر في الشرط الواقع في عقد الاجارة غير ظاهر في اقتضائه البطلان في نفسه ، كما عرفت . ومن ذلك يظهر ضعف ما عن الايضاح وجامع المقاصد : من القول بالبطلان لما ذكر .

(١) كما صرح به في الجواهر ، اسكن أشكل عليه في بعض الحواشي على المتن بأن البذل للجعل في الجمالة في مقابل العمل فالبذل غير العامل وهنا ليس كذلك .

(٢) كما صرح به في الجواهر .

(٣) يعني على تقدير الاستيفاء . ثم ان في بعض الحواشي : « أن الاباحة بالعوض تتوقف على عقد معاوضة صحيحة ، والا كان ما أباحه المالك بعوضه مضموناً بالمثل أو القيمة ، دون المسمى . » وفيه أنه لا مانع من الالتزام : بأن الاباحة بالعوض الخالص معاملة خاصة في قبالة غيرها من عقود المعاوضات ، نظير التمليك بالعوض كالمطبخة المعاوضة والقرض ، فتقتضي حينئذ ملك المسمى ، بلا حاجة الى معاوضة أخرى صحيحة . ودعوى : انها خارجة عن المعاوضات المتعارفة - لو تمت - غير قاذحة ، كدعوى أنها مع الغرر ، اذ هي ممنوعة ،

(مسألة ١١) : إذا قال : إن خطت هذا الثوب فارسياً أي بدرز ، فلك درهم ، وإن خطته رومياً أي بدرزين ، فلك درهman . فإن كان بعنوان الاجارة بطل لما مر من الجهالة (١) . وإن كان بعنوان الجعالة - كما هو ظاهر العبارة -

وكذا دعوى انها لا تتعلق بالكلي بل بالعين الخارجية ، اذ فيها أنها لا تقدر اذا كان المباح منفعة الدار ، أو كانت الأجرة عيناً خارجية . نعم لو كان المقصود باباحة الأجرة التي في الذمة : أن تكون المنفعة هي العوض ، كان الاشكال في محله . مع امكان دفعه بأنه لا مانع من تعلق الاباحة بالكلي ، ويكون المقصود انه يبيح الأجرة بعوض فيه المنفعة ، ودليل الصحة شامل للقسمين جميعاً .

(١) كما في السرائر وجامع المقاصد والمسالك وغيرها ، وعن المبسوط والخلاف وجملة من كتب العلامة وغيره : الصحة ، واختاره في الشرائع لعمومات الصحة . واشترط العلم بالمنفعة - على نحو يمنع من مثل هذا التردد - غير معلوم بل دعوى الاجماع عليه تقتضي عدم الشمول لمثل المقام ، لمخالفة الأعيان في البطلان . وأدلة نفي الفرر قد عرفت الاشكال في شمولها للمقام ، بل لو كان الفرر بمعنى الحظر فشموله له ممنوع لعدم الحظر . وقد استدلل أيضاً بصحيفة محمد الحلبي المشار اليها في المسألة الآتية ، لكن يأتي بيان المراد منها . نعم يمكن الاشكال على الصحة : بان الاجارة بعد ما لم تكن على كل منهما لتضادها ، ولا على أحدهما المعين لأنه خلاف المفروض .. فلا بد أن تكون على أحدهما المردد . والمردد لا يقبل أن يكون موضوعاً للملكية ، ولا لنظائرها من الوضعيات ، إذ لا خارجية له مصححة لذلك . لكن يدفع ذلك : أن هذا الاشكال يتم في المردد واقعاً ، وليس منه المقام . فإن الخياطة فارسية أو رومية لها تعين في الواقع بفعل العامل الخارجي .

صح ، وكذا الحال إذا قال : إن عملت العمل الغلافي في هذا اليوم فلك درهمان وإب عملته في الغد فلك درهم . والقول بالصحة إجارة في الفرضين ضعيف ، وأضعف منه القول بالفرق بينهما : بالصحة في الثاني ، دون الأول (١) . وعلى ما ذكرناه من البطالان : فعلى تقدير العمل يستحق أجره المثل ، وكذا في المسألة السابقة إذا سكن الدار شهراً أو أقل أو أكثر .

(مسألة ١٢) : إذا استأجره أو دابته ليعمله أو يحمل متاعه إلى مكان معين ، في وقت معين ، بأجرة معينة : كأن استأجر منه دابة لإبصاله إلى كربلاء قبل ليلة النصف من شعبان .. ولم يوصله . فإن كان ذلك لعدم سعة الوقت وعدم إمكان الإيصال ، فالإجارة باطلة (٢) ، وإن كان الزمان واسعاً ومع هذا قصر ولم يوصله : فإن كان ذلك على وجه العنوانية (٣)

(١) هذا القول لم أقف على قائله ، بل المعروف في كلماتهم اتحاد المسألتين قولاً وقائلاً ودليلاً ، ومن تأمل في إحداها تأمل في الأخرى . نعم عن المبسوط والتحرير والكفاية : التأمل في الثاني مع الجزم بالصحة في الأول . وفي جامع المقاصد - بعد أن جزم بالصحة في الأول - قال في الثاني : « وفيه تردد .. ثم قال : أظهره الجواز » ، وهو يدل على أن الصحة في الأول أوضح منها في الثاني نعم لعل منشأ القول المحكي في المتن : أن الثاني أقرب إلى مورد النصوص ، التي يمكن أن يستدل بها على الصحة ، لكنه يقتضي أن تكون الصحة في الثاني أظهر لا التفصيل المذكور .

(٢) هذا الفرض يمكن فيه محي الوجهيين الآتين في الفرض ، بناء على ذلك .

(٣) الأمور التي تذكر زائدة على موضوع الإجارة :

نارة : لا يمكن أن تستقل بالجمل والانشاء ، كزمان العمل ومكانه وآلته

ونحو ذلك من متعلقاته . . فهذه هي التي يتعين كونها ملحوظة على نحو التقييد مثلاً : إذا استأجره على خياطة ثوب ، فالخيط والمحيط والزمان والمكان والفاعل - أعني الخياط - والثوب ونحوها . . إذا ذكرت في ضمن العقد يتعين كونها قيوداً للعمل ، ولا يمكن أخذها شرطاً مجموعاً بجعل زائد على جعل الخياطة . وأخرى : يمكن أن تستقل بالجعل كما لو كانت عملاً آخر . . فهذه تارة : تلحظ قيداً ، وأخرى : تجعل بجعل زائد على مفاد الاجارة في ضمنه . (مثلاً) : إذا استأجره على الخياطة فتارة : يلحظ قراءة القرآن قيداً للخياطة ، فيقول : استأجرتك على خياطة الثوب قارئاً للقرآن . وأخرى : تؤخذ شرطاً في ضمن العقد ، مجعولة بجعل آخر في ضمن جعل الاجارة ، بأن يقول : استأجرتك على خياطة هذا الثوب ، واشترطت عليك أن تقرأ القرآن ، في حال الخياطة أو قبلها أو بعدها .

ثم إن ما يؤخذ قيداً تارة : يؤخذ على نحو وحدة المطلوب ، وأخرى : على نحو تعدد المطلوب . فان كان على النحو الأول لم يستحق الأجير الأجرة لوجه بالمستأجر عليه بدونه . وعلى النحو الثاني يستحق ، لكن للمشتراط خيار تخلف الوصف . ولعل ما في المتن إشارة إلى هذه الجهة فالمقصود من قوله (ره) : « على وجه الشرطية » ، على نحو تعدد المطلوب ، في قبالة القيدية الذي هو على نحو وحدة المطلوب ، لا التفصيل بين القيد والشرط ، وإلا فقد عرفت : أن الزمان لا ينبغي أن يكون ملحوظاً بنحو الاشتراط ، لأنه لا يمكن أن يكون مجموعاً بجعل مستقل .

نعم الاشكال في تشخيص كون الاشتراط والتقييد على نحو وحدة المطلوب أو على نحو تعدده . والذي ذكروه في مبحث الوكالة : أن الموكل إذا عين السوق أو المكان أو السعر أو غير ذلك . . تعين ، ولو فعل الوكيل على خلاف ذلك كان

تصرفه فضولياً محتاجاً الى إجازة . ومقتضاه أن التقييد على نحو وحدة المطلوب وكذا في باب الوديعة والعارية وغيرها من العقود الأذنية . ومقتضى ثبوت خيار الشرط ، والوصف ، والعيب ، وخيار الاشتراط : أن القيد والشرط ملحوظان على نحو تعدد المطلوب ، وكذا بناؤهم على أن الشرط الفاسد غير مفسد كما عليه المحققون . والفرق بين البابين غير ظاهر ، ولا سيما بملاحظة : أن الاذن كما تكون شرطاً في صحة فعل الوكيل ، كذلك تكون شرطاً في صحة العقود . فعدم جواز التصرف في مال أحد الا باذنه شامل للجميع بنحو واحد . فمما أن الاذن في باب الوكالة ونحوها من العقود الأذنية مختصة بصورة وجود القيد ولا تشمل ذات المقيّد العارية عن القيد .. كذلك في موارد خيار العيب وتختلف الوصف ونحوها . واذا كانت الاذن في مورد خيار الوصف والعيب والشرط ملحوظة بنحو تعدد المطلوب ، فلم لا تكون كذلك في باب الوكالة والعارية ونحوها ؟ . ولعل التحقيق : أن القيود والشروط في جميع الموارد مبنية على نحو وحدة المطلوب ، ولا فرق بين الوكالة والعارية والوديعة والاجارة ونحوها ، مما كان موضوع التصرف فيه عملاً . . وبين بيع السلف والنسيئة بالنسبة الى المبيع والتمن ونحوها ، مما كان موضوع التصرف فيه عيناً ذمياً . . وبين بيع العين الخارجية الموصوفة بالوصف المفقود ، وبيع العين المعيبة ، اللذين هما موضوع خيار تخلف الوصف وخيار العيب ونحوها من موارد الخيار . وكذا في العقود التي لا خيار فيها ، كتزويج الزوجة المعيبة بغير العيوب السبعة الموجبة للخيار . فان الاذن المعتبرة في صحة العقد أو الايقاع ، وفي جواز تصرف غير المالك . . كلها في الجميع على نحو واحد ، غير قابل للتحليل والتجزئة بين ذات المقيّد والمشرط . فذات المقيّد في الجميع - مع قطع النظر عن القيد والشرط - لا اذن فيها ولا رضا ، ومقتضى ذلك وان كان بطلان بيع فاقد الوصف ، وبيع المعيب

وفساد العقد والايقاع المشروطين بالشرط الفاسد .. لكن خرجنا عن حكم الدام بالدليل المخصص ، وهو : ما دل على الخيار في تخلف الوصف ، وفي موارد العيب من الاجماع أو النصوص أو بناء العقلاء . فان ذلك يدل على الاجتزاء بالاذن الضمنية في الصحة ، وان لم تكن قابلة للتحليل ، وكانت واردة على المقيد ، لا أن الاذن في الموارد المذكورة ملحوظة بنحو تعدد المطلوب ، فيكفي في صحة بيع ذات المقيد وقوع البيع على المقيد عن اذن ، وان كان القيد منتفياً . ويترد ذلك حتى في الوكالة . فاذا وكله في شراء العبد المكاتب ، فاشترى عبداً يعلم أنه ليس بكاتب ، كان العقد فضولياً خارجاً عن موضوع الوكالة . واذا اشترى عبداً على أنه كاتب فتبين أنه ليس بكاتب ، كان موضوعاً للتوكيل وصح العقد ، وكان المشتري الخيار . فليس الفرق بين الموارد المذكورة سابقاً : أن الاذن في بعضها على نحو تعدد المطلوب ، وفي آخر على نحو وحدة المطلوب .. بل الفرق الاجتزاء في بعضها بالاذن الواردة على المقيد لفقده القيد ، وعدم الاجتزاء بها في بعضها الآخر .

والمتحصل مما ذكرنا : أن الضابط في القيود هو أنها مبنية على نحو وحدة المطلوب ، من دون فرق بين الاعمال والاعيان الذمية والخارجية . ومقتضاء البطلان مع انتفاء القيد . خرجنا عن ذلك في خصوص الخارجيات العينية ، فانها تصح فيها العقود والايقاعات مع انتفاء القيد ، اجتزاء من العقلاء بالاذن الواردة على المقيد ، لا أن الاذن فيها منحلة الى الاذن بذات المقيد ، والاذن بالمقيد بما هو مقيد . هذا الكلام كله في القيود .

واما الشروط المجمولة بانشاء مستقل : فالظاهر أنها عند العقلاء كالخارجيات العينية ، يجري عليها حكم تعدد المطلوب ، فيجتزأ بالاذن الواردة على الشرط والمشروط فيها ، وان لم تكن الاذن فيها منحلة حقيقة الى اذنين : احدهما متعلقة

والتقييد لم يستحق شيئاً من الأجرة ، لعدم العمل بمقتضى الاجارة أصلاً (١) ،

بالمشروط ذاته ، والأخرى متعلقة بالمشروط بما هو مشروط . والظاهر أنه لا فرق بين الشرط الراجع لبأ إلى القيد ، مثل : ما لو استأجره على أن يصلي عن ميت له واشترط عليه التحنك ولبس اللباس الأبيض في صلاته .. وبين ما لم يكن كذلك : كما لو استأجره على أن يصلي عن ميت له ، واشترط عليه أن يخطب ثوبه . ومن ذلك يظهر أن القيود في الاجارة : ان كانت قيوداً للعمل المستأجر عليه فهي على نحو وحدة المطلوب ، وان كانت قيوداً للمعين المستأجره فهي على نحو تعدد المطلوب .. كما يظهر أن الاتصال في الوقت المعين ، في المثال الذي ذكره في المتن لا يكون إلا على نحو التقييد ، ولا يمكن أن يكون على نحو الشرطية ، لامتناع إنشائه بإنشاء مستقل فلاحظ .

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

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

نظير : ما إذا استأجره ليصوم يوم الجمعة ، فاشتبه وصام يوم السبت . وإن كان ذلك على وجه الشرطية : بأن يكون متعلق الاجارة الايصال إلى كربلاء ، ولكن اشترط عليه الايصال في ذلك الوقت فالاجارة صحيحة والأجرة المعينة لازمة ، لكن له خيار الفسخ من جهة تخلف الشرط ، ومعه يرجع إلى أجرة المثل . ولو قال : وإن لم توصلني في وقت كذا فلا أجرة كذا ، أقل مما عين أولاً . فهذا أيضاً قسمان (١) : قد يكون ذلك بحيث يكون كلتا الصورتين : من الايصال في ذلك الوقت ، وعدم الايصال فيه . . . مورداً للاجارة (٢) ، فيرجع إلى قوله : آجرتك بأجرة كذا ، ان أوصلتك في الوقت الفلاني ، وبأجرة كذا إن لم أوصلك في ذلك الوقت . وهذا باطل للجهالة ، نظير ما ذكر في المسألة السابقة من البطلان ان قال : إن عملت في هذا اليوم فلك درهمان . . الخ . وقد يكون مورد الاجارة هو الايصال في ذلك الوقت ، ويشترط عليه أن ينقص من الأجرة (٣) كذا على فرض عدم الايصال . والظاهر الصحة في هذه الصورة (٤)

(١) الظاهر من الفرض الاختصاص بالقسم الثاني ولا يجيء فيه القسم الأول ، وإنما يجيء في الاجارة على المردد بين الايصالين كما صرح بذلك غير واحد (٢) بنحو لو صح اقتضى اشتغال ذمته بأحدهما تخييراً ، بخلاف الصورة الآتية : فان عقد الاجارة إنما يقتضي اشتغال الذمة بالايصال في الوقت تعييناً ، فيجب فعله تعييناً .

(٣) يعني بنحو شرط النتيجة ، أو أن يتملك منها بنحو شرط الفعل . (٤) وعن المحقق السكري وجماعة البطلان ، طرْحاً منهم للصحيح أو حملاً له على الجمالة ، لمخالفته للقواعد من أجل التعليق والجهالة والابهام ، وانه كالبيع

لعموم « المؤمنون عند شروطهم » وغيره ، مضافاً إلى صحيحة محمد الحلبي (١) . ولو قال : إن لم توصاني فلا أجر لك : فإن كان على وجه الشرطية ، بأن يكون متعلق الاجارة هو الاتصال الكذائي فقط ، واشترط عليه عدم الأجرة على تقدير الخالفة . . . صح (٢) ، ويكون الشرط المذكور مؤكداً لمقتضى العقد . وإن كان

بشمنين . لكن الجميع كما ترى : إذ الأخير مبني على حمله على الصورة الأولى ، وما قبله لا دليل على قدحه في صحة الشرط ، بل المحقق بناؤهم في غير مورد على عدم قدحه فلا حظ ، وحمل الصحيح على الجمالة بعيد جداً ، لأن الجمالة تقتضي إحداث الداعي إلى العمل بتوسط بذل الجمل ، وظاهر الصحيح أن العمل غير مرغوب فيه للبازل ، فلا وجه للبحث على فعله والترغيب فيه .

(١) « قال : كنت قاعداً إلى قاضي ، وعنده أبو جعفر عليه السلام جالس ، جاء رجلان ، فقال أحدهما : إني تكرّيت إبل هذا الرجل ليحمل لي متاعاً إلى بعض المعادن ، فاشتريت عليه أن يدخلني المعدن يوم كذا وكذا ، لأنها سوق وأخاف أن تفوتني فإن احتبست عن ذلك حططت من الكرى لكل يوم احتبسته كذا وكذا . وانه حبسني عن ذلك اليوم كذا وكذا يوماً . فقال القاضي : هذا شرط فاسد وفه كراه . فلما قام الرجل أقبل إلى أبو جعفر عليه السلام فقال : شرطه هذا جائز ما لم يحط بجميع كراه . »

(٢) كما ذكره الشهيد في اللمعة ، حاملاً للفرض على هذا القسم لا غير . نعم قد يأتي الصحة الصحيح المتقدم ، اللهم إلا أن يحمل على صورة : كون الزمان الخاص مأخوذاً قيداً على نحو تعدد المطلوب ، إذ حينئذ يكون فوات القيد موجباً للخيار ، لعدم وقوع العمل المستأجر عليه ، كي لا يستحق الأجرة ويكون الشرط مؤكداً لمقتضى العقد كما هو المفروض في المتن ، وعرفت أنه الأصل في القيود .

على وجه القيدية ، بأن جعل كلتا صورتين مورداً للاجارة ، إلا أن في الصورة الثانية بلا أجرة . . يكون باطلا . ولعل هذه الصورة مراد المشهور (١) القائلين بالبطلان (٢) دون الأولى ، حيث قالوا : ولو شرط سقوط الأجرة إن لم يوصله لم يحجز .

(مسألة ١٣) إذا استأجر منه دابة لزبارة النصف من شعبان مثلاً ولكن لم يشترط على المؤجر ذلك ولم يكن على وجه العنوانية أيضاً واتفق أنه لم يوصله لم يكن له خيار الفسخ وعليه تمام المسمى من الأجرة وإن لم يوصله إلى كربلاء أصلاً

(١) المظنون قوياً : ان مورد كلام المشهور هنا وفي المسألة السابقة (أعني : ما لو اشترط نقص الأجرة) هو خصوص صورة الشرط في ضمن عقد الاجارة ، الوارد على الايصال في الوقت المعين ، فلا يشمل صورة وقوع الاجارة على المردد . ووجه تفصيلهم : بالبناء على الصحة في الأولى ، والبطلان في الثانية . . هو الصحيح المذكور لا غير . ولا بأس بالعمل به بعد اعتباره في نفسه ، واعتماد الأصحاب عليه . ومن ذلك يظهر ضعف ما في المتن من كون المراد القائلين بالبطلان : صورة وقوع الاجارة على الأمرين ، فإنه بعيد وموجب للتفكيك بين مورد البطلان - في كلامهم - ومورد الصحة ، لأنها في خصوص صورة وقوع الاجارة على الايصال في الوقت المعين ، وجعل نقص الأجرة على تقدير عدمه من قبيل الشرط . فان هذا التفكيك بعيد ، وأبعد من ذلك ما في الروضة : من جعل مورد الصحة والبطلان معاً صورة وقوع الاجارة على الأمرين على نحو التردد . فان ذلك أيضاً بعيد عن مذاقهم من اعتبار التعيين في الاجارة ، وان تقدم القول بالصحة من جماعة في المسألة الحادية عشرة ، فلاحظ .

(٢) بل عن بعض أنه لا خلاف فيه إلا من أبي علي .

سقط من المسمى بحساب ما بقي واستحق بمقدار ما مضى والفرق بين هذه المسألة وما مر في المسألة السابقة أن الاتصال هنا غرض وداع وفيما مر قيد أو شرط .

فصل

الاجارة من العقود اللازمة (١) . لا تنسخ إلا بالتقابل أو شرط الخيار لأحدهما أو كليهما إذا اختار الفسخ . نعم الاجارة المعاطاة جائزة (٢) . يجوز لكل منهما الفسخ ما لم تلزم بتصرفهما . أو تصرف أحدهما فيما انتقل اليه . (مسألة ١) يجوز بيع العين المستأجرة قبل تمام مدة الاجارة ، ولا تنسخ الاجارة به (٣) ، فتنتقل إلى المشتري مسلوقة المنفعة مدة الاجارة ، نعم المشتري مع جهله بالاجارة خيار فسخ البيع (٤) ، لأن نقص المنفعة عيب (٥) . ولكن

فصل

(١) بلا خلاف ، بل عليه الاجماع محكي ، ويشهد له غير واحد من النصوص ، مضافاً إلى عمومات لزوم . (٢) بناء على تمامية الاجماع على عدم لزوم المعاطاة إلا بملزمات مخصوصة المذكورة في محلها .

(٣) بلا خلاف ولا إشكال ، ويشهد له جملة من النصوص .

(٤) كما صرح به جمع كثير ، بل عن الغنية الاجماع عليه .

(٥) لأن مبنى المعاوضات على التسليم والانتفاع وهو متعذر بالاجارة ، أو لأن من الشرائط الارتكازية كون العين مستتبعة للمنفعة ، فإذا فات الشرط المذكور كان له خيار تخلف الشرط . وبالجمله : نقص المنفعة خلاف الأصل المعول

ليس كسائر العيوب ، مما يكون المشتري معه مخيراً بين الرد والأرض ، فليس له أن لا يفسخ وبطال بالارش . فان العيب الموجب للارش ما كان نقصاً في الشيء في حد نفسه ، مثل العمى والعرج وكونه مقطوع اليد أو نحو ذلك ، لا مثل المقام الذي العين في حد نفسها لا عيب فيها . وأما لو علم المشتري أنها مستأجرة ومع ذلك أقدم على الشراء ، فليس له الفسخ أيضاً . نعم لو اعتقد كون مدة الاجارة كذا مقداراً ، فبان أنها أزيد ، له الخيار أيضاً (١) . ولو فسخ المستأجر الاجارة رجعت المنفعة في بقية المدة إلى البائع ، لا إلى المشتري (٢) . نعم لو اعتقد البائع

عليه عند العقلاء ، كإزالة الصحة ، فيكون الخيار من قبيل خيار الرؤية .

(١) لفوات الزيادة عليه من دون إقدام .

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

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

والمشتري بقاء مدة الاجارة ، وان العين مسلوقة المنفعة إلى زمان كذا ، وتبين أن المدة منقضية .. فهل منفعة تلك المدة للبائع ، حيث أنه كأنه شرط كونها مسلوقة المنفعة إلى زمان كذا (١) . . أو للمشتري ، لأنها تابعة للعين ما لم تفرز بالنقل إلى الغير أو بالاستثناء ، والمفروض عدمها ؟ . وجهان ، والأقوى الثاني . نعم لو شرط كونها مسلوقة المنفعة إلى زمان كذا بعد اعتقاد بقاء المدة ، كان لما ذكر وجه (٢) . ثم بناء على ما هو الأقوى من رجوع المنفعة في الصورة السابقة إلى المشتري . . فهل للبائع الخيار أولا ؟ . وجهان لا يخلو أولهما من قوة (٣) ، خصوصاً إذا أوجب ذلك له الغير . هذا إذا بيعت العين المستأجرة على غير المستأجر ، أما لو بيعت عليه : ففي انفساخ الاجارة وجهان (٤) أقواهما العدم (٥) . ويتفرع على ذلك أمور :

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

(٢) في بعض الحواشي : « لكنه غير موجه ، إذ الشرط في المقام بمنزلة التوصيف لا الاستثناء فلا أثر له » . يعني في جعل المنفعة للبائع . بل محض الاستثناء أيضاً بمنزلة التوصيف لا يقتضي ثبوت المنفعة للبائع ، وإنما الذي يقتضي ذلك إنشاء كونها للبائع ، لكنه لا ييسر ذلك مع اعتقاد أنها للمستأجر . (٣) لما عرفت من أن الخيار في المقام من قبيل خيار الرؤية ، ولا فرق فيه بين المشتري والبائع ، وقد استظهر شيخنا الأعظم في مكاسبه الاتفاق على : عدم الفرق في خيار الرؤية بين البائع والمشتري .

(٤) بل قولان .

(٥) كما هو المشهور . وعن الارشاد الانفساخ ، لأن أنرا الاجارة الانتفاع بمال الغير وهذا لا يبقى بعد البيع ، ولأنه يلزم اجتماع العلتين على معلول واحد

منها : اجتماع الثمن والأجرة عليه حينئذ .
ومنها : بقاء ملكه للمنفعة في مدة تلك الاجارة لو فسخ البيع بأحد أسبابه
بخلاف ما لو قيل بانفساخ الاجارة .

ومنها : إرث الزوجة من المنفعة في تلك المدة (١) ، لومات الزوج المستأجر
بعد شرائه لتلك العين ، وإن كانت مما لا ترث الزوجة منه ، بخلاف ما لو قيل
بالانفساخ بمجرد البيع (٢) .

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

(مسألة ٢) لو وقع البيع والاجارة في زمان واحد : كما لو باع العين
مالكها على شخص وآجرها وكيله على شخص آخر ، واتفق وقوعهما في زمان
واحد . فهل يصحان معاً ويملكها المشتري مسلوقة بالمنفعة كما لو سبقت الاجارة
أو يبطلان معاً للتزاحم في ملكية المنفعة ، أو يبطلان معاً بالنسبة إلى تملك المنفعة
فيصح البيع على أنها مسلوقة بالمنفعة تلك المدة فتبقى المنفعة على ملك البائع ؟ وجوه
أقواها الأول ، لعدم التزاحم . فان البائع لا يملك المنفعة وإنما يملك العين (٣)

لأن المنفعة حينئذ تكون مملوكة بالاجارة والتبعية . وضعفه بالتأمل ظاهر .

(١) لأنها مملوكة اصالة بالاجارة .

(٢) فان المنافع تكون مملوكة للموروث بالتبعية للعين ، فاذا كانت الزوجة

لا ترث من العين لا ترث مما هو تابع لها .

(٣) بالتشديد ، يعني أن البائع إنما يبيع العين ولا يملك المشتري المنفعة ،

وملكية العين توجب ملكية المنفعة للتبعية ، وهي متأخرة عن الاجارة .

(مسألة ٣) لا تبطل الاجارة بموت المؤجر ولا بموت المستأجر على الأقوى (١) . نعم في اجارة العين الموقوفة ، إذا أجز البطان السابق تبطل بموته

بل يملكه العين ، والمنفعة يملكها المشتري بالتبعية . والملكية بالتبعية إنما تكون حيث لا يكون مقتض للملكية أخرى ، فإذا أجز الوكيل فقد ملك المستأجر المنفعة بمقدار الاجارة ، المانع من تأثير التبعية .

(١) كما هو المشهور بين المتأخرين . وفي المسالك نسبه اليهم أجمع . والمشهور بين القدماء أنها تبطل بالموت مطلقاً . وقيل : لا تبطل بموت المؤجر ، وتبطل بموت المستأجر ، ونسب إلى أكثر أصحابنا . وقد يستدل للبطالان بموثق إبراهيم بن محمد الهمداني : « قال : كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام وسألته : عن امرأة آجرت ضيعتها عشر سنتين ، على أن تعطى الاجارة (الأجرة «خل») في كل سنة عند انقضاءها ، لا يقدم لها شيء من الاجارة (الأجرة «خل») ما لم يمض الوقت ، فمات قبل ثلاث سنين أو بعدها .. هل يجب على ورثتها انفاذ الأجرة إلى الوقت أم تكون الاجارة منتقضة (منقضية «خل») بموت المرأة ؟ فقال عليه السلام : إن كان لها وقت مسمى لم يبلغ فمات فلورثتها تلك الاجارة ، فإن لم تبلغ ذلك الوقت وبلغت ثلثه أو نصفه أو شيئاً منه ، فتعطى ورثتها بقدر ما بلغت من ذلك الوقت إن شاء الله » .. بناء على أن الظاهر أن المراد من قوله عليه السلام : « فلورثتها تلك الاجارة » .. ان الاجارة لا تبطل من أصلها ، بل من حين الموت ، بقرينة ما بعده مما هو ظاهر في توزيع الأجرة ، بنسبة زمان الحياة إلى مجموع المدة . وفي مجمع البرهان : ادعى صراحته في الدلالة على عدم بطلانها بموت المؤجر . وكأنه استند في ذلك إلى ظاهر قوله عليه السلام : فلورثتها تلك الاجارة

بعد الانتقال إلى البطن اللاحق ، لأن الملكية محدودة ، ومثله ما لو كانت المنفعة موصى بها للمؤجر ما دام حياً . بخلاف ما إذا كان المؤجر هو المتولي للوقف وآجر لمصلحة البطون إلى مدة ، فإنها لا تبطل بموته ، ولا بموت البطن الموجود حال الاجارة وكذا تبطل إذا آجر نفسه للعمل بنفسه (١) من خدمة أو غيرها ، فإنه إذا مات لا يبقى محل الاجارة . وكذا إذا مات المستأجر الذي هو محل العمل من خدمة أو عمل آخر متعلق به بنفسه . ولو جعل العمل في ذمته لا تبطل الاجارة بموته ، بل يستوفى من تركته . وكذا بالنسبة إلى المستأجر إذا لم يكن محلاً للعمل ، بل كان مالكاً له على المؤجر ، كما إذا آجره للخدمة من غير تقييد بكونها له ، فإنه إذا مات تنتقل إلى وارثه ، فهم يملكون عليه ذلك العمل . وإذا آجر الدار واشترط على المستأجر سكناه بنفسه لا تبطل بموته (٢) ، ويكون المؤجر خيار الفسخ .

في أن الاجارة صحيحة . وحمل ما بعده على أن الورثة يستحقون الاجارة ، على حسب التوقيت الصادر في عقد الاجارة . واسكنه كما ترى . وان وافقه عليه جماعة - فإنه غير ظاهر ، بل الظاهر ما ذكرنا وان كان لا يخلو من خفاء .

(١) في بعض الحواشي : انه يختص البطلان بما إذا كان متعلق الاجارة هو منفعة نفسه ، ولو كان المتعلق هو الخدمة ونحوها كلياً ، وشرط المباشرة بنفسه فلم يستأجر الخيار . . . وفيه ما عرفت : من أن شرط المباشرة راجع إلى تقييد المنفعة ، وعرفت أن التقييد في المكليات على نحو وحدة المطلوب فلا مجال للخيار ، وكذا الحكم في الفرض الآخر . اللهم إلا أن تكون العبارة المؤدية إلى التقييد ظاهرة في كونه على نحو تعدد المطلوب .

(٢) قد عرفت أن الشرط في المقام راجع إلى القيد ، وان التقييد في المقام على نحو وحدة المطلوب .

نعم إذا اعتُبر سكناءه على وجه القيدية تبطل بموته .

(مسألة ٢) إذا آجر الولي أو الوصي ، الصبي المولى عليه . مدة تزيد على زمان بلوغه ورشده .. بطلت في المتيقن بلوغه فيه ، بمعنى أنها موقوفة على إجازته وصحت واقعا وظاهرا بالنسبة إلى المتيقن صغره ، وظاهرا بالنسبة إلى المحتمل . فاذا بلغ له أن يفسخ على الأقوى ، أي لا يجيز ، خلافا لبعضهم (١) فحكم بلزومها عليه لوقوعها من أهلها في محلها ، في وقت لم يعلم لها منافع وهو كما ترى . نعم لو اقتضت المصلحة اللازمة المراعاة ، إجارته مدة زائدة على زمان البلوغ ، بحيث تكون إجارته أقل من تلك المدة خلاف مصلحته .. تكون لازمة ليس له فسخها بعد بلوغه . وكذا الكلام في إجارة أملاكه .

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

(١) حكى ذلك عن الخلاف ، معالا بما ذكر . ورده في الجواهر بالمنع . لاسكن مقتضى ولايته على الطفل في جميع ماله الولاية عليه من ماله ونفسه . . صحة ما ذكر ، إذ لا ريب في أن الإنسان السلطنة على منافع المستقبل ، فتكون لوليه السلطنة عليها ، كما أن الحكم في أمواله كذلك ، والفرق بينهما غير ظاهر . فالأقوى حينئذ عدم جواز فسخه ونفوذ تصرف الولي . اللهم إلا أن يستشكل في ثبوت اطلاق دليل الولاية يقتضي ذلك في نفسه . وأما ماله فاطلاق قوله تعالى : (ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن) . . كاف في اثبات نفوذ التصرف .

(٢) لأن حق الاستمتاع يختص بغير صورة المزاحمة للواجب المعمول بالاجارة السابقة ، ولا مجال لدعوى العكس ، فيقال : الاجارة باطلة لعدم القدرة

(مسألة ٦) اذا آجر عبده او امته للخدمة ثم اعتقه ، (١) لا تبطل الاجارة بالعتق ، وليس له الرجوع على مولاه بعوض تلك الخدمة في بقية المدة (٢) لأنه كان مالمسكاً لمنافعه ابدأ وقد استوفاهما بالنسبة الى تلك المدة . فدعوى : انه فوت على العبد : ما كان له حال حريته .. كما ترى . نعم يبقى الكلام في نفقته في بقية المدة ، ان لم يكن شرط كونها على المستأجر . وفي المسألة وجوه :
احدها : كونها على المولى (٣) لأنه حيث استوفى بالاجارة منافعه فكأنه باق على ملكه (٤) .

الثاني : انه في كسبه ان امكن له الاكتساب لنفسه في غير زمان الخدمة (٥)
على التسليم . لأن التحقيق في العمل الشرعية ، التي يكون بعضها مزاحماً للآخر ، الترجيح بالسبق واللاحق ، فيكون الاثر للسابق دون اللاحق : ومن ذلك يظهر انه لو نذر ان يزور الحسين عليه السلام يوم عرفة فاستطاع ، كان النذر مقدماً على الاستطاعة ، ولو استطاع ثم نذر كانت الاستطاعة مقدمة على النذر .
(١) صح العتق قولاً واحداً لعموم أدلته ، كما في الجواهر . وكذا ذكر في صحة الاجارة ، وعن ايضاح النافع : انه ربما قيل بالبطلان . وفي الجواهر . ان الظاهر ان القول بذلك لبعض الشافعية .
(٢) حكى جواز الرجوع عن الشافعي في القديم ، وعن الشيخ والحلي حكايته قولاً ولم يعلم انه لاصحابنا .
(٣) حكى ذلك عن القواعد وفي الجواهر : ضعفه واضح ، ضرورة ان المقتضي لها الملك ، وقد زال .
(٤) هذا التنزيل غير ظاهر الوجه .
(٥) الظاهر ان هذه الصورة خارجة عن محل الكلام والخلاف ، وعلى هذا

وان لم يمكن فمن بيت المال (١) وان لم يكن فعلى المسلمين (٢) كفاية (٣)
 الثالث : انه إن لم يمكن اكتسابه في غير زمان الخدمة ففي كسبه ، وان
 كان منافيا للخدمة (٤) .

الرابع : انه من كسبه ويتعلق مقدار ما يفوت منه من الخدمة بذمته .
 الخامس : انه من بيت المال من الأول .
 ولا يبعد قوة الوجه الأول .

(مسألة ٧) اذا وجد المستأجر عيباً سابقاً على العقد وكان جاهلاً به : فان

يرجع الثاني الى الخامس .

(١) لسكن في كون نفقته من مصارف بيت المال اشكال ، فان بيت مال
 الخراج يصرف في المصالح العامة . اللهم إلا ان يكون ترك الاتفاق عليه مهانة
 عامة للمسلمين .

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

(٣) فان لم يمكن ففي كسبه او غيره ، مقتصرأ على مقدار الضرورة ، نظير
 أكل مال غيره عند المحضمة .

(٤) وفيه : انه تصرف في مال الغير من دون مسوغ ظاهر : مع انه لا
 فرق بين كسبه وسائر اموال المستأجر وغيره . وما في الجواهر : من ان النفقة
 مقدمة على كل واجب . فيه : أن ذلك يتم لو كان الواجب عليه الخدمة في ذمته ، وليس
 هو مقتضى الاجارة ، لانها واقعة على منافعه لا على ذمته . ومنافعه بالاجارة مال
 للمستأجر كسائر أمواله ، فاذا جاز له التصرف في كسبه جاز له التصرف في مال
 المستأجر غير الخدمة ، وهو كما ترى .

كان مما تنقض به المنفعة ، فلا اشكال في ثبوت الخيار له بين الفسخ والابقاء (١) والظاهر عدم جواز مطالبة الارش فله الفسخ او الرضا بها مجاناً (٢) نعم لو كان العيب مثل خراب بعض بيوت الدار ، فالظاهر تقسيط الاجرة (٣) لانه يكون حينئذ من قبيل تبعض الصفقة (٤) .

ولو كان العيب مما لا تنقص معه المنفعة ، كما اذا تبين كون الدابة مقطوعة

(١) قد نفي الخلاف فيه غير واحد ، وتأني في هذه المسألة الاشارة الى وجهه ، وأنه إما من قبيل خيار تخلف الوصف ، او هو مقتضى حديث لا ضرر . (٢) حكى عليه اتفاق الاصحاب الى زمان الشهيد ، فتردد فيه في اللعنة ، وتبعه غيره فيه . وعن جامع المقاصد : ان الاصح ثبوته . وهو في محله لو كان الناقص جزءاً ملحوظاً بالاجارة مقابلاً به جزءاً من الاجرة ، فانه يكون من قبيل الخراب لبعض البيوت ، أما اذا لم يكن كذلك ، بل كان من قبيل الوصف الموجب لنقص المالية ، كبطوء السير في الدابة فلا وجه له ظاهر . وكونه منشأ لنقص المالية غير كاف في لزوم ارجاع بعض الاجرة كما لا يخفى وثبوت الارش في العيب في المبيع لدليل يخصه ، لا يصح البناء عليه في المقام بعد كونه خلاف القاعدة . بل في فرض الاول انما الثابت التقسيط ، كما عبر به في المتن في خراب بعض بيوت الدار ، لا الارش المصطلح الذي هو تدارك لنقص المالية ، ولو بمال أجنبي عن الاجرة . مع كون المعاملة باقية على حالتها بلا تبعض فيها . (فدعوى) : عدم جواز مطالبة الارش ، كما في المتن . . في محله .

(٣) لما عرفت ، وان كان اطلاق قولهم : عدم ثبوت الارش ولو مع فوات بعض المنفعة . . يقتضي عدمه في المقام ، إلا انه منزل على الصورة السابقة . (٤) وحينئذ يكون له الخيار في الباقي ، كما في سائر موارد تبعض الصفقة .

الاذن او الذنب . . فربما يستشكل في ثبوت الخيار معه (١) لكن الاقوى ثبوته إذا كان مما يختلف به الرغبات وتتفاوت به الاجرة .
وكذا له الخيار إذا حدث فيها عيب بعد العقد وقبل القبض ، (٢)

(١) وان كان يقتضيه اطلاق كلامهم ، بل عن غير واحد التصريح به ، واستدل له : بان الصبر على العيب ضرر . وهو - كما ترى - ممنوع على اطلاقه .
وبالجملة : ان كان دليل الخيار في المقام هو : « لا ضرر . . » ، فيقتضي اختصاصه بصورة الضرر . وان كان دليل خيار العيب في المبيع ، فلو بني على التعدي عن البيع . . فأنما هو فيما لو كان العوض معيباً ، والعوض في الاجارة المنفعة والاجرة ، لا العين . مع ان تصور العيب بالمعنى المعتبر في عيب المبيع بالنسبة الى المنافع . . غير ظاهر ، إذ ليس لها خلقه أصلية يكون النقص عنها عيباً . وكذا لو كان دليل خيار تخلف الوصف ، من جهة اعتماد المستأجر على اصالة الصحة . . فإنه أيضاً يختص بالاعراض ، ولا يجري في غيرها ، إذ لا ريب في انه لا خيار للاجير لو استؤجر على خياطة ثوب ، وتبين بعد الاجارة انه معيب . وكذا لو استؤجر على حمل متاع فتبين انه معيب . وبالجملة دليل الخيار في المقام : إما حديث لا ضرر ، او دليل خيار تخلف الشرط ، وكلاهما غير مطرد . ولاجل ذلك يتعين التفصيل المذكور في المتن .

(٢) إما لقاعدة التلف قبل القبض الحاكمة ، بانه من مال الناقل فيكون العقد كأنه وقع على الفاقد . وفيه : انه لو تم ذلك في تلف وصف المبيع . . فالتعدي الى المقام يحتاج الى دليل . واما لان مبنى المعاوضة على التسليم والتسلم للمعوضين على ماها عليه فكما يثبت الخيار بتعذر تسليم العين ، كذلك يثبت الخيار بتعذر تسليمها على ما هي عليه من الوصف ، ولو لاجل تلف الوصف . وإما لاجل ان تلف الوصف يكشف عن تلفه وانتفائه في نفسه ، كما في تلف

بل بعد القبض ايضاً ، وان كان استوفى بعض المنفعة ومضى بعض المدة (١) هذا إذا كانت العين شخصية ، واما إذا كانت كلية وكان الفرد المقبوض معيباً . . فليس له فسخ العقد (٢) بل له مطالبة البديل نعم لو تعذر البديل كان له الخيار في اصل العقد (٣) .

(مسألة ٨) اذا وجد المؤجر عيباً سابقاً في الاجرة ، ولم يكن عالماً به كان له فسخ العقد ، وله الرضا به . وهل له مطالبة الارش معه ؟ لا يبعد ذلك ، بل ربما يدعى عدم الخلاف فيه (٤) لكن هذا إذا لم تكن الاجرة منفعة عين ، وإلا

العين المستأجرة ولو بعد العقد والقبض ، كما يأتي في الفصل اللاحق . ولاجله تصح دعوى ثبوت الخيار في مالو حدث العيب بعد القبض ، لان الاقدام كان على الانتفاع بالعين وهي على الوصف الخاص لا مطلقاً ، فالتخلف يستوجب الخيار . (١) كما في محكي التذكرة ، واختاره في الجواهر وغيرها . لان تسليم المنفعة تدريجي بتدرج زمانها ، فاذا حدث العيب فقد حدث قبل تسليم المعيب ، وقد عرفت ثبوت الخيار حينئذ . هذا مضافاً الى الوجه الماضي في صورة حدوث العيب قبل القبض وبعد العقد : من ان التلف حينئذ كاشف عن عدم المنفعة الصحيحة . لكن الوجه الأول قد ينافيه بناءهم على عدم الخيار لو غصبت العين بعد القبض . والوجه الأخير ينافيه بناءهم على الانفساخ من حين التلف ، فيما لو تلفت العين المستأجرة بعد القبض ، كما سيأتي في الفصل الآتي فتأمل .

(٢) كما صرح به غير واحد من دون خلاف فيه لعدم مقتضي الخيار في العقد .

(٣) لتعذر تسليم العوض الذي عليه مبنى المعاوضة ، ولذا يستتبع الخيار .

(٤) بل هو المصرح به في كلام جماعة ، بل في مفتاح الكرامة وغيره :

لا اجد فيه خلافاً . فان تم اجماع عليه . كما استظهره غير واحد . فهو الحجة . وإلا

فلا ريش فيه (١) مثل مامر في المسألة السابقة من كون العين المستأجرة معيبا (٢) هذا اذا كانت الاجرة عيناً شخصية، واما اذا كانت كلية ، فله مطالبة البدل لافسخ اصل العقد ، إلا مع تعذر البدل على حذو مامر في المسألة السابقة .

(مسألة ٩) إذا افلس المستأجر بالأجرة ، كان للوَجَر الخيار بين الفسخ واسترداد العين ، وبين الضرب مع الغرماء (٣) ، نظير ما اذا افلس المشتري بالثمن ، حيث ان للبايع الخيار إذا وجد عين ماله .

(مسألة ١٠) إذا تبين غيب الوَجَر او المستأجر فله الخيار ، اذا لم يكن

ففيه إشكال، لاختصاص دليله بالبيع فالتعدي الى المقام وغيره من سائر المعاوضات غير ظاهر . والاصل ينفيه وان حكى عن المحقق القول به في عوض الخلع . وفي القواعد القول به فيه ، وفي عوض الهبة ومال السكينة . وعن المسالك القول به في المهر . وفي محكي الروضة القول به في الصلح على وجه قوي . إلا ان ثبوت الاجماع بهذا المقدار على ثبوته كلياً في المعاوضات . ممنوع جداً . ولذا جزم بعدمه بعض في بعضها . لكن كان المناسب عدم الفرق فيها لانها جميعاً من واد واحد .

(١) كما نص على ذلك في الجواهر .

(٢) لما مر أيضاً .

(٣) بلا خلاف ، كما عن غير واحد . وصرح به جماعة من القدماء والمتأخرين ،

إلحاقاً للأجرة بالبيع الثابت فيه بالاجماع والنصوص . وبعضها وان لم يكن مختصاً بالبيع إلا انه ظاهر في العين ، فالحاق المنافع بها يحتاج الى تنقيح المناط ، كما هو ظاهرهم ، وان كان المحكي عن بعض : تكلف ادراج المنفعة في بعض تلك النصوص .

عالمًا به حال العقد (١) إلا اذا اشترط سقوطه في ضمن العقد .

(مسألة ١١) ليس في الاجارة خيار المجلس ولا خيار الحيون، بل ولا خيار التأخير، على الوجه المذكور في البيع (٢) ويجري فيها خيار الشرط حتى للأجنبي، وخيار العيب والغبن كما ذكرنا نابل يجري فيها سائر الخيارات كخيار الاشتراط، وتبعض الصفقة، وتعذر التسليم، والتفليس، والتدليس والشركة، وما يفسد ليومه، وخيار شرط رد العوض، نظير شرط رد الثمن في البيع (٣) .

(مسألة ١٢) اذا آجر عبده او داره مثلاً ثم باعه من المستأجر لم تبطل الاجارة، فيكون المشتري منفعه العبد مثلاً، من جهة الاجارة قبل انقضاء مدتها، لامن جهة تبعية العين . ولو فسخت الاجارة رجعت الى البايع (٤) ولو مات بعد القبض رجع المشتري المستأجر على البايع، بما يقابل بقية المدة من الاجارة، وان كان تلف العين عليه، والله العالم .

فصل

بملك المستأجر المنفعة في اجارة الاعيان، والعمل في الاجارة على الاعمال

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

(٢) لاختصاص أدلة الثلاثة المذكورة بالبيع، وعموم أدلة ما عداها لها، ولا بد من ملاحظة تلك الادلة .

(٣) نص على ذلك كله في الجواهر، متمسكا بعموم أدلتها .

(٤) عرفت إشكاله .

بنفس العقد ، من غير توقف على شيء ، كما هو مقتضى سببية العقود كما ان المؤجر يملك الاجرة ملكية منزلة به كذلك ، ولكن لا يستحق المؤجر مطالبة الاجرة (١) الا بتسليم العين او العمل ، كما لا يستحق المستأجر مطالبتها الا بتسليم الاجرة ، كما هو مقتضى المعاوضة وتستقر ملكية الاجرة باستيفاء المنفعة او العمل او ما يحكمه . فأصل الملكية للطرفين موقوف على تمامية العقد ، وجواز المطالبة موقوف على التسليم ، واستقرار ملكية الاجرة موقوف على استيفاء المنفعة او اتمام العمل او ما يحكمهما . فلو حصل مانع عن الاستيفاء او عن العمل تنفسخ الاجارة كما سيأتي تفصيله .

(مسألة ١) لو استأجر داراً مثلاً وتسلمها ، ومضت مدة الاجارة استقرت الاجرة عليه ، سواء سكنها او لم يسكنها باختياره (٢) وكذا إذا استأجر دابة الركوب او لحمل المتاع إلى مكان كذا ، ومضى زمان يمكن له ذلك ، وجب عليه الاجرة واستقرت ، وان لم يركب او لم يحمل بشرط ان يكون مقدراً بالزمان المتصل بالعقد . واما اذا عينا وقتاً فبعد مضي ذلك الوقت . هذا إذا كانت الاجارة واقعة على عين معينة شخصية ، في وقت معين . . واما ان وقعت على

(١) لان مبنى المعاوضات على التسليم والتسلم . . فليس من المتعاضين الامتناع من التسليم في ظرف امتناع صاحبه ، كما أن لسكل منهما المطالبة في ظرف صدور التسليم منه ، ولا يجوز الاخر الامتناع عنه حينئذ ، فلو تعذر جاز له الفسخ .
(٢) لتحقق التسليم من المؤجر ، الذي عرفت انه موجب لاستقرار ملكية الاجرة . وهذا مما لا إشكال فيه ولا خلاف ، ويشهد له غير واحد من النصوص .

كلي وعين في فرد ، وتسلمه ، فالأقوى أنه كذلك (١) مع تعيين الوقت وانقضائه نعم مع عدم تعيين الوقت فالظاهر عسدم استقرار الأجرة المسماة (٢) ، وبقاء الاجارة ، وإن كان ضامناً لأجرة المثل لتلك المدة ، من جهة تفويته المنفعة على المؤجر . « مسألة ٢ » إذا بذل المؤجر العين المستأجرة للمستأجر ، ولم يسلم حتى انقضت المدة ، استقرت عليه الأجرة (٣) . وكذا إذا استأجره ليخيط له ثوباً معيناً

(١) لأن تسلم الفرد تسلم الكلي ، فيتحقق التسليم الذي هو شرط استقرار الأجرة . ونسب إلى الشيخ العدم ، لكون المدفوع غير موضوع الاجارة . لكنه ضعيف كما عرفت ، وان احتمل في عبارة الشرائع .

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

(٣) كما صرح به في الجواهر ، حاكياً نفي الخلاف فيه عن كل من تعرض له وفي المسالك : « وفي حكم التسليم ما لو بذل العين فلم يأخذها المستأجر حتى انقضت المدة ، أو مضت مدة يمكن فيها الاستيفاء » . ونحوه في القواعد ، وعن غيرها ويقتضيه عموم لزوم ، لعدم الدليل على اعتبار أكثر من ذلك في استقرار العقد ولزومه .

— مثلاً — في وقت معين ، وامتنع من دفع الثوب اليه حتى مضى ذلك الوقت ، فإنه يجب عليه دفع الأجرة (١) ، سواء اشتغل في ذلك الوقت — مع امتناع المستأجر — من دفع الثوب اليه — بشغل آخر لنفسه ، أو لغيره ، أو جلوس فارغاً (٢) .

« مسألة ٣ » : إذا استأجره لقلع ضرر سه ومضت المدة التي يمكن إيقاع ذلك فيها (٣) ، وكان المؤجر باذلاً لنفسه ، استقرت الأجرة (٤) ، سواء كان المؤجر حراً أو عبداً باذن مولاه . واحتمال الفرق بينهما بالاستقرار في الثاني دون الأول ، لأن منافع الحر لا تضمن إلا بالاستيفاء . . لا وجه له ، لأن منافعه بعد العقد عليها صارت مالا للمستحق ، فإذا بذلها ولم يقبل كان تلفها منه (٥) . مع

(١) لما سبق .

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

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

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

(٥) الفرق المذكور ذكره في جامع المقاصد وغيره ، من جهة : أن الحر لا يكون تحت اليد ، فلا تكون منافعه تحت اليد بمجرد بذل نفسه ، فلا يتحقق تسليمها إلا باستيفائها . وفيه ما عرفت من أن التسليم الذي يتحقق به استقرار

أنا لا نسلم أن منافعه لا تضمن إلا بالاستيفاء ،

الأجرة ، ويكون التلف من المستأجر .. يتحقق بمجرد التخلية ، بحيث لا يكون مانع من استيفاء المنفعة إلا من قبل المستأجر . وبهذا المعنى يتحقق بمجرد بذل الأجير نفسه للعمل ، كما يتحقق ببذل العين المستأجرة . بل الظاهر أنه لا فرق بين العبد والحر ، إلا بالحرية والرقية بالإضافة إلى نفسها . وأما بالإضافة إلى منافعهما فهو : أن منافع العبد مملوكة للمالك ، ومنافع الحر غير مملوكة . وأما من حيث إمكان إثبات اليد على العين ، أو على المنافع تبعاً للعين فيها . . فهما سواء . وعدم ضمان الحر بمجرد اليد ، لعدم ملكية نفسه إجماعاً . . لا يقتضي ذلك . كما أن عدم ضمان منافعه باليد عليه ، لعدم كونها مملوكة له أيضاً . . لا يوجب الفرق بينهما في ما نحن فيه . مع أن استقرار الأجرة في إجارة العبد ، بمجرد بذل مولا له ، لم يكن من جهة إثبات اليد عليه ، ليعرف بينه وبين الحر : بأن الحر لا يمكن أن يكون تحت اليد ، بخلاف العبد . . بل إنما كان من جهة تحقق التسليم الحاصل بالبذل ، وإن لم يكن العبد تحت اليد ، فلم لا يلتزم بذلك بالنسبة إلى الحر ؟ ١٢ .

هذا وقد يحكي عن شيخنا الأعظم المحقق الأنصاري (ره) : الفرق بين كون الإجارة على عمل جزئي معين وعلى عمل كلي ، فتستقر في الأول بالبذل دون الثاني ، لأن تسليم الأول يكون بتسليم العامل نفسه ، وتسليم الثاني إنما يكون بتسليم فردة ، وهو لا يكون إلا بالمجادة في الخارج . لكن عرفت فيما سبق الاشكال فيه : وإن تسليم الجزئي إذا كان يكفي في حصوله تسليم العامل . . فلم لا يكون تسليم الفرد الذي به يتحقق تسليم الكلي كذلك ؟ ١٢ . (وبالجمل) : الفرق بين تسليم الجزئي الذي وقعت عليه الإجارة ، وبين تسليم الجزئي الذي هو مصداق لما وقعت عليه : بأنه يكفي في الأول تسليم العامل ، ولا يكفي في الثاني . . غير ظاهر .

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

« مسألة ٤ » : إذا تلفت العين المستأجرة قبل قبض المستأجر ، بطلت الاجارة (٣) . وكذا إذا تلفت عقيب قبضها بلا فصل . واما إذا تلفت بعد

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

(٢) لصيرورة المنفعة محرمة ، فيمتنع أكل المال بازائها ، لأنه أكل بالباطل . (٣) بخلاف نعلمه ، كما في محكي التذكرة ، ونحوه في الجواهر . وقد يستدل على ذلك : بأن مبنى عقود المعاوضة على المعاوضة الاعتبارية والخارجية التي هي تبديل سلطنة بسلطنة ، فتعذره يقتضي انتفاءها . وأشكل عليه في الجواهر : بأن ذلك خلاف ما ذكره في مسألة تلف المبيع قبل القبض : من أنه خلاف الأصل ، ثبت بدليل خاص بالمبيع ، ولا وجه للتعدي إلى غيره .. اللهم إلا

استيفاء منفعتها في بعض المدة ، فتبطل بالنسبة إلى بقية المدة ، فيرجع من الأجرة بما قابل المتخلف من المدة ، ان نصفاً فنصف ، وان ثلثاً فثلث ، مع تساوي الاجزاء بحسب الأوقات ، ومع التفاوت تلاحظ النسبة .

«مسألة ٥» : إذا حصل الفسخ في أثناء المدة بأحد أسبابه ، ثبتت الأجرة المسماة بالنسبة إلى ما مضى ، ويرجع منها بالنسبة إلى ما بقي - كما ذكرنا في البطلان - على المشهور (١) . ويحتمل قريباً أن يرجع تمام المسمى ، ويكون المؤجر أجرة المثل

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

(١) فإنه ذكر في الشرائع : انه لو تجدد فسخ ، صح فيما مضى وبطل في الباقي . ولم يتعرض في الجواهر والمسالك وغيرها - في شرح العبارة المذكورة - لشبهة أو إشكال . وكذا ذكر في الارشاد ، فيما لو انهدم المسكن ففسخ : أنه يرجع بنسبة المتخلف . ولم يتعرض في مجمع البرهان للإشكال فيه ، وكذا ذكره في الحقائق من دون نقل خلاف أو إشكال . ولم أقف على من تعرض لخلاف فيه

بالنسبة إلى ماضى ، لأن المفروض أنه يفسخ العقد الواقع أولاً ، ومقتضى الفسخ عود كل عوض إلى مالكه . بل يحتمل أن يكون الأمر كذلك في صورة البطلان

بل يظهر من كلامهم أنه من المسلمات . وقد ادعى بعض الأعيان : ظهور اتفاقهم عليه . وعن بعض توجيهه : بعدم تعقل الفسخ فيما مضى ، لانعدامه ، فلا معنى لانتقاله بالفسخ إلى المؤجر . وفيه : ان الانتقال من الاعتبارات الصالحة للتعلم بالمعدوم ، كالموجود . . مع أنه منقوض باجارة العين فضولاً ، فان المنفعة قبل الاجارة ملك للمالك العين ، وبعد الاجارة ملك للمستأجر . نعم قد يشكل ذلك من جهة : أن الفسخ إنما يكون من حينه ، لا من حين حدوث العقد . وفيه : أنه مسلم ، لكن بالاضافة إلى تمام مضمون العقد ، فلا يجوز الفسخ بالنسبة إلى بعضه دون بعض ، وفي الاجارة المنافع التدريجية بحسب تدرج الزمان ، ابعاض موضوع واحد لا يجوز التفكيك بينها فيه ، فاذا وقع الفسخ وقع بالنسبة إلى الجميع . ولا مجال للمقايضة بالتلف في أثناء المدة ، فان البطلان في ذلك من أول الأمر ، نظير تبعض الصفقة . ويشهد لما ذكرنا ما هو المعروف المدعى عليه الاجماع : أنه لا يجوز التبعض في الرد إذا ظهر عيب في بعض المبيع ، كما لو باعه ثوباً وخاتماً فتبين عيب في الثوب . ويشير اليه ما ذكره من وجوب مطابقة القبول مع الايجاب ، فلو قبل في بعض المبيع لم يصح العقد . لكن الظاهر بناؤهم على جواز التبعض في : ماله كان بعض المبيع حيواناً ، فانه يثبت فيه خيار الحيوان ويجوز رد الحيوان دون البعض الآخر . بل المشهور جواز الاقالة في بعض المبيع دون بعض ، ولم ينقل الخلاف في ذلك إلا من ابن المتوج ، على ما حكاه عنه الشهيد . والانصاف : أن المراكز العرفية لا تساعد على التبعض ، وإطلاقات مشروعية الاقالة والفسخ في مورده لا يصلح لاثبات قابلية المحل ، ومع الشك في القابلية يرجع إلى أصالة عدم ترتب الاثر .

أيضاً لسكنه بعيد (١) .

« مسألة ٦ » : إذا تلف بعض العين المستأجرة ، تبطل بنسبته ، ويجزيه

خيار تبعض الصفقة .

« مسألة ٧ » : ظاهراً كلمات العلماء : ان الأجرة من حين العقد مملوكة

للمؤجر بتمامها ، وبالتلف - قبل القبض أو بعده أو في أثناء المدة - ترجع إلى المستأجر كلاً أو بعضاً من حين البطلان ، كما هو الحال عندهم في تلف المبيع قبل القبض ، لا أن يكون كاشفاً عن عدم ملكيتها من الأول . . وهو مشكل : لأن مع التلف ينكشف عدم كون المؤجر مالكا للمنفعة إلى تمام المدة ، فلم ينتقل ما يقابل المتخلف من الأول إليه . و فرق واضح بين تلف المبيع قبل القبض ، وتلف العين هنا : لأن المبيع حين بيعه كان مالا موجوداً قوبل بالعوض ، واما المنفعة في المقام فلم تكن موجودة حين العقد ، ولا في علم الله ، إلا بمقدار بقاء العين . وعلى هذا فإذا تصرف في الأجرة ، يكون تصرفه بالنسبة إلى ما يقابل المتخلف فضولياً . ومن هذا يظهر : أن وجه البطلان في صورة التلف كلاً أو بعضاً : انكشاف عدم الملكية للعوض .

« مسألة ٨ » : إذا آجر دابة كلية ، ودفع فرداً منها ، فتلف ، لا تنسخ

الاجارة ، بل ينسخ الوفاء (٢) ، فعليه أن يدفع فرداً آخر .

« مسألة ٩ » : إذا آجره داراً فانهدمت : فان خرجت عن الانتفاع بالمرة

بطلت : فان كان قبل القبض أو بعده قبل أن يسكن فيها أصلاً رجعت الأجرة

(١) سيأتي وجهه في المسألة التاسعة .

(٢) لسكون المدفوع ليس فرداً لموضوع الاجارة .

بتمامها ، وإلا بالنسبة ، ويحتمل تمامها في هذه الصورة أيضاً ، ويضمن أجره المثل بالنسبة إلى ما مضى . لكنه بعيد (١) . وإن أمكن الانتفاع بها مع ذلك ، كان للمستأجر الخيار بين الإبقاء والفسخ (٢) . وإذا فسخ كان حكم الأجرة ما ذكرنا ويقوى هنا رجوع تمام المسمى مطلقاً ، ودفع أجره المثل بالنسبة إلى ما مضى ، لأن هذا مقتضى فسخ العقد كما مر سابقاً . وإن انهدم بعض بيوتها بقيت الاجارة بالنسبة إلى البقية (٣) ، وكان للمستأجر خيار تبعض الصفقة . ولو بادر المؤجر إلى تعميرها ، بحيث لم يفت الانتفاع أصلاً ، ليس للمستأجر الفسخ حينئذ على الأقوى خلافاً للثانين (٤) .

(١) بلا خلاف في ذلك ولا إشكال ، كما في الجواهر . وكأنه لانهلال العقد إلى عقود متعددة ، بتعدد مراتب المنفعة في الأزمنة التدريجية ، ولا تلازم بينها في الصحة والبطالان ، وإن كانت متلازمة في الفسخ ، نظير موارد تبعض الصفقة بل المقام منه . ويستفاد ذلك - هنا - من النصوص الواردة في الموارد المتفرقة ، الوارد بعضها فيمن استأجر دابة إلى مسافة فأعيت ، وبعضها فيمن استأجر أجيراً ليحفر له بئراً فأعيا ، وفيمن استأجر أجيراً ليحج فأت . وبالجمله: المقام من البطلان في البعض من أول الأمر ، كما هو باب تبعض الصفقة ، لا من باب البطلان الطارىء بالفسخ ، فليسا هما من باب واحد . ثم إنه تقدم من المصنف (هـ) في المسألة الرابعة : الجزم بالبطلان في البعض دون البعض .

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

(٣) يعني وبطلت بالنسبة إلى ما انهدم .

(٤) يعني المحقق والشهيد الثانين ، فقد اختار الأول في الجامع ، والثاني في المسالك : أن للمستأجر الفسخ وإن لم يفت الانتفاع أصلاً ، لثبوت الخيار

« مسألة ١٠ » : إذا امتنع المؤجر من تسليم العين المستأجرة ، يجبر عليه ، وإن لم يمكن إجباره . كان المستأجر فسخ الاجارة والرجوع بالأجرة (١) ، وله الابقاء ومطالبة عوض المنفعة الفائتة . وكذا ان أخذها منه بعد التسليم ، بلافصل

بالانهدام فيستصحب ، إذ لم يدل دليل على سقوطه بالاعادة . وفي الجواهر : « قد يناقش فيه بمنع ما يدل على ثبوته بالانهدام ، من حيث كونه انهداماً ، وإن لم يفت به شيء من المنفعة على وجه تنقطع به أصالة الزوم ، اللهم إلا أن يستبعد الفرض ، وهو خروج عن محل الفرض » .

أقول : ابعاض العين المستأجرة : منه ما يكون انهدامه موجباً لفوات المنفعة حين الانهدام ، ومنه ما لا يكون كذلك ، لاختصاص الانتفاع به بغير زمان الانهدام ، كما إذا انهدم درج السطح أو السرداب في أيام الشتاء ، فإنه لا يوجب نقصاً في المنفعة . أما القسم الثاني فلا يفبغي التأمل في عدم اقتضائه البطلان . وأما القسم الأول : فإن كان فوات المنفعة بنحو يعتد به ، فلا يفبغي التأمل في البطلان فيه ، لانتفاء المعاوضة بالنسبة اليه ، لانتفاء موضوعها . وإن كان بنحو لا يعتد به ، فالظاهر عدم اقتضائه البطلان ولا الخيار . ومما ذكرنا يظهر جريان ما ذكر في انهدام المكل ، ونجى . فيه الاحكام . فإذا انهدم الدكان في أثناء الليل فأعاده قبل الصبح لم يقتض شيئاً . ولعله أشار بعض الأعظم في حاشيته إلى ما ذكرنا ، فراجع .

(١) كما حكى عن جماعة ، واختاره في الشرائع : لأن مبنى المعاوضات على التسليم ، فمع تعذره يثبت الخيار . وعن الشيخ والعلامة في التذكرة : انفساخ الاجارة ، تنزيلاً لذلك منزلة التلف قبل القبض . وهو كما ترى : إذ التلف يكشف عن انتفاء المنفعة ، ولا موجب لهذا التنزيل .

أو في أثناء المدة (١) . ومع الفسخ في الأثناء يرجع بما يقابل التخلف من الأجرة ويحتمل قوياً رجوع تمام الأجرة ودفع أجرة المثل لما مضى (٢) ، كما مر نظيره سابقاً ، لأن مقتضى فسخ العقد عود تمام كل من العوضين إلى ما سلكهما الأول ، لكن هذا الاحتمال خلاف فتوى المشهور .

« مسألة ١١ » : إذا منعه ظالم عن الانتفاع بالعين قبل القبض تخير : بين الفسخ (٣) والرجوع بالأجرة (٤) ، وبين الرجوع على الظالم بمعرض ما فات . ويحتمل قوياً تمين الثاني (٥) ، وإن كان منع الظالم أو غصبه

(١) لأن المنفعة لما كانت تدريجية فأخذ العين بعد القبض ، يوجب عدم تحقق القبض بالنسبة إلى المنفعة اللاحقة ، ولذا نسب الخيار المذكور إلى جماعة . لكن في جامع المقاصد وعن المسالك : لزوم العقد لتحقيق التسليم المعتبر في لزوم بالتسليم قبل الأخذ . وهو غير بعيد ، لأن القبض المعتبر ارتكازاً عند العرف يراد به قبض العين ، وإن كان لا يخلو من خفاء .

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

(٣) لما سبق في منع المؤجر .

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

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

بعد القبض يتعين الوجه الثاني (١) . فليس له النسخ حينئذ ، سواء كان بعد القبض في ابتداء المدة أم في أثنائها . ثم لو أعاد الظالم العين المستأجرة في أثناء المدة إلى المستأجر .. فالخيار باق (٢) ، لكن ليس له الفسخ إلا في الجميع . وربما يحتمل جواز الفسخ بالنسبة إلى ما مضى من المدة في يد الغاصب (٣) ، والرجوع بقسطه من المسمى واستيفاء باقي المنفعة . وهو ضعيف ، لزوم التبعض في العقد ، وإن كان يشكل الفرق بينه وبين ما ذكر من مذهب المشهور : من إبقاء العقد فيما مضى وفسخه فيما بقي ، إذ إشكال تبعض العقد مشترك بينهما .

« مسألة ١٢ » : لو حدث المستأجر عذر في الاستيفاء ، كما لو استأجر دابة لتحمله إلى بلد ، فرض المستأجر ولم يقدر .. فالظاهر البطلان ،

(١) بلا خلاف كما قيل . وما تقدم في أخذ المؤجر بعد التسليم ، غير آت هنا كما قيل . لكن الفرق لا يخلو من خفاء : فإن منع الظالم قبل القبض ، إذا كان قادحاً في حصول التسليم الذي تبنتي عليه المعاوضة ، كان مانعاً كذلك بعد القبض ، بالإضافة إلى المنفعة اللاحقة .

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

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

إن اشترط المباشرة (١) على وجه القيدية (٢) . وكذا لو حصل له عذر آخر ،
ويحتمل عدم البطلان (٣) . نعم لو كان هناك عذر عام بطلت قطعاً (٤) ، لعدم
قابلية العين الاستيفاء حينئذ (٥) .

« مسألة ١٣ » : التلف السماوي للعين المستأجرة أو لمحل العمل موجب
للإبطال ، ومنه إتلاف الحيوانات . وإتلاف المستأجر بمنزلة القبض (٦) ،

(١) لتعذر المنفعة المشروطة ، ومع عدم المنفعة لا مجال لصحة الاجارة .
ولا يكفي في الصحة مجرد قابلية العين للمنفعة في نفسها ، كما لا يخفى بعد التأمل .
(٢) بأن تؤخذ المباشرة قيداً على نحو وحدة المطلوب ، أما إذا كان أخذها
على نحو تعدد المطلوب ، كان لصاحب الشرط الخيار ، نظير ما لو باعه شيئاً موصوفاً
فتعذر الوصف ، فالمستأجر يكون له الخيار بين الفسخ والرضا بذات المقيّد .
(٣) قال في القواعد : « ولو حدث خوف منع المستأجر من الاستيفاء ،
كما لو استأجر جملاً للحج فتقطع السابلة .. فالأقرب تخيير كل من المؤجر والمستأجر
في الفسخ والامضاء » . وفيه ما عرفت ، مع أن الوجه في تخيير المؤجر لا يخلو
من خفاء ، إذ لا خلل في مقصده .

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

(٥) عبارة التعليل لا يخلو من مسامحة .

(٦) لا يخلو من إشكال ، لأن اعتبار المنفعة عند العقلاء تابع لوجود العين

وإتلاف المؤجر موجب للتخيير بين ضمانه (١) والفسخ ، وإتلاف الأجنبي موجب لضمائه (٢) ، والعذر العام بمنزلة التلف . وأما العذر الخاص بالمستأجر - كما إذا استأجر دابة لركوبه بنفسه فرض ولم يقدر على المسافرة ، أو رجلاً لقلع سنه فزال أمله ، أو نحو ذلك - ففيه إشكال . ولا يبعد أن يقال : انه يوجب البطلان ، إذا كان بحيث لو كان قبل العقد لم يصح معه العقد (٣) .

« مسألة ١٤ » : إذا آجرت الزوجة نفسها بدون إذن الزوج فيما ينافي حق الاستمتاع ، وقفت على إجازة الزوج . بخلاف ما إذا لم يكن منافياً ، فانها صحيحة . وإذا انفق إرادة الزوج الاستمتاع ، كشف عن فسادها .

« مسألة ١٥ » : قد ذكر سابقاً : ان كلا من المؤجر والمستأجر يملك ما انتقل اليه بالاجارة بنفس العقد ، ولكن لا يجب تسليم أحدهما إلا بتسليم الآخر ، وتسليم المنفعة بتسليم العين ، وتسليم الأجرة باقباضها إلا إذا كانت منفعة خارجاً ، ولا يكفي فيه الوجود الفرضي ، ولو كان ذمياً . ومنه يظهر الاشكال فيما بعده ، وإن كان يظهر من الجواهر وغيرها التسالم عليه .

(١) اما الضمان فلأن إتلاف العين إتلاف للمنفعة ، وهو موجب لضمائنها ، وأما الفسخ فلتخلف المقصود ، وهو الانتفاع الخاص بالعين . ويظهر من كلام غير واحد : المفروغية عن ثبوت الخيار لذلك .

(٢) الموجب للفسخ في إتلاف المؤجر موجود هنا أيضاً . فالفرق بينهما في ذلك غير ظاهر .

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

أيضاً ، فبتسليم العين التي تستوفى منها ، ولا يجب على واحد منهما الابتداء بالتسليم ولو تعامرا أجبرهما الحاكم ، ولو كان أحدهما باذلاً دون الآخر ولم يمكن جبره كان للأول الحبس ، إلى أن يسلم الآخر . هذا كله إذا لم يشترط في العقد تأجيل التسليم في أحدهما ، وإلا كان هو المقيع . هذا وأما تسليم العمل : فإن كان مثل الصلاة والصوم والحج والزيارة ونحوها . . فبإتمامه ، فقبله لا يستحق المؤجر المطالبة وبعبء لا يجوز للمستأجر الماطلة ، إلا أن يكون هناك شرط أو عادة في تقديم الأجرة ، فيتبع ، وإلا فلا يستحق - حتى لو لم يمكن له العمل - إلا بعد أخذ الأجرة ، كما في الحج الاستثنائي إذا كان المؤجر معسراً . وكذلك في مثل بناء جدار داره أو حفر بئر في داره أو نحو ذلك (١) ، فإن إتمام العمل تسليم ، ولا يحتاج إلى شيء آخر . وأما في مثل الثوب الذي أعطاه ليعخطه ، أو السكتاب الذي يكتبه ، أو نحو ذلك مما كان العمل في شيء بيد المؤجر . . فهل يكفي إتمامه في التسليم ، فبمجرد الإتمام يستحق المطالبة ، أولاً إلا بعد تسليم مورد العمل ، فقبل أن يسلم الثوب مثلاً لا يستحق مطالبة الأجرة ؟ قولان أقواهما الأول (٢)

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

(٢) كما اختاره في الجواهر ، تبعاً لما في الشرائع ، وظاهر غيرها ، للوجه المذكور في المتن . والثاني ظاهر القواعد ، وحكي عن جملة أخرى ، واختاره بعض الأعظم في حاشيته فقال : « بل الثاني ، وضابط ذلك هو : أنه

لأن المستأجر عليه نفس العمل ، والمفروض أنه قد حصل ،

لما كانت مالية العمل باعتبار نفس صدوره من العامل ، كالعبادات مثلاً ، وحفر البئر ، وبناء الجدار ، وحمل المتاع ونحوه من مكان إلى آخر . . فالفراغ عن العمل تسليمه . وإن كان الأثر المتولد منه هو مناط ماليته ، كالخياطة والقصارة والصياغة ونحو ذلك . . فذلك الأثر يملك تبعاً لملك العمل ، ويتوقف تسليم ما آجر نفسه له على تسليمه بتسليم مورده على الأقوى . ولو تلف قبل ذلك بعد الفراغ عن العمل المستأجر له كالخياطة مثلاً . . كان بالنسبة إلى متعلق الاجارة من التلف قبل القبض الموجب لانفساخها . ولو أتلّفه المؤجر الأجنبي ، يتمخّر المالك في فسخ الاجارة . فيستوفي قيمة الثوب غير مخيط ممن أتلّفه ، أو امضائها فيستوفي قيمته مخيطاً ، ويدفع الى العامل قيمة الخياطة ، ويثبت للعامل حق حبس العين بعد اتمام العمل الى أن يستوفي أجرته .

أقول : قوله في الحاشية المذكورة : « كالعبادات » .. لا يخلو من نظر : فان مالية الافعال المذكورة انما هو بلحاظ ما يترتب عليها من الآثار ، لا بلحاظها في نفسها ، ولا سيما في مثل بناء الجدار ، فان الفرق بينه وبين خياطة الثوب في غاية الخفاء ، فان الصفة الحادثة في الثوب من الخياطة بعينها الصفة الحادثة في الجدار من البناء ، وهي في المقامين مذشاً الرغبة في العمل ، التي هي الموجب لاعتبار المالية فيهما . وربما يحتمل أن يكون وجه الفرق بين الأمثلة المذكورة : أن الأثر المترتب على العمل في القسم الأول ليس له وجود خارجي ، فان نقل المتاع من مكان إلى آخر ، إنما يترتب عليه إضافة الظرفية إلى المكان الثاني ، وليس هناك وجود زائد على وجود الظرف والمظروف ، ونحوه بناء الجدار ، وحفر البئر ، اذ لا يترتب على الأول إلا اتصال الحجارة بالطين ، ولا على الثاني إلا فصل التراب عن موضعه . وكذا أمثالها مما لا يترتب على الأعمال فيها إلا

لا الصفة الحادثة في الثوب - مثلاً - وهي الخيطة (١)، حتى يقال : إنها في الثوب

الإضافات الخاصة ، بخلاف مثل صمغ الثوب ، فإن اللون موجود خارجي زائد على موضوعه . (وفيه) : أن ذلك جار بعينه في مثل الخياطة والصياغة ، فإن المترتب عليه ليس إلا الهيئة الخاصة ، الحاصلة من تقارب الأجزاء أو توصلها . مع أن كون الأمور المذكورة ليست موجودات خارجية ، وأنها إضافات خارجية لا يستوجب الفرق بينها وبين مثل السواد والبياض في الحكم المذكور ، فإن العرف لا يفرق بينهما في جميع الأحكام ، فإن كان مثل السواد والبياض مملوكاً فهي أيضاً مملوكة ، وإن كان مثلها مناط المالية فهي أيضاً كذلك ، وإن كان مثلها مما تصح الاجارة عليه فهي أيضاً كذلك ، وإن كان تسليم العمل بتسليمها فهي أيضاً كذلك ، فالفرق بينهما غير ظاهر . قوله في الحاشية : « تبعاً لتلك » لا إشكال في أن الأثر يملك تبعاً للعمل ، لأنه متولد منه ، إلا أن هذا المقدار لا يستوجب كون الأثر موضوعاً للمعاوضة المأخوذة في حاق الاجارة ، لمباينة العمل الذي هو تمام موضوعها ، وحينئذ لا يكون عقد الاجارة موجباً لتسليمه في ظرف تسليم الأجرة . هذا مضافاً إلى أن تملك الأثر بالتبعية لا يتوقف على كون مالية العمل بلحاظ نفسه ، وكان يترتب عليه أثر عيني خارجي أيضاً يكون مملوكاً للمالك . فالضابط - على هذا - ينبغي أن يكون هكذا : يعني أن العمل المستأجر عليه قسمان : الأول : ما لا يكون له أثر في موضوع . والآخر : ما يكون له أثر عيني في موضوع . فالأول لا إشكال في حصول تسليمه بتمامه واستحقاق الأجرة به . والثاني فيه القولان المذكوران . قوله في الحاشية : « يتخير المالك » يعني لا تبطل الاجارة بالتلف المذكور ، لأن التالف لما كان مضموناً لم يكن من التلف قبل القبض ، بل من قبيل تخلف الوصف قبل القبض ، الموجب للخيار . (١) لأنها عين ، والاجارة إنما تكون على المنفعة التي تنطبق على العمل ، لا على العين .

وتسليمها بتسليمه . وعلى ما ذكرنا ، فلو تلف الثوب - مثلاً - بعد تمام الخياطة في يد المؤجر بلا ضمان ، يستحق أجره العمل ، بخلافه على القول الآخر (١) . ولو تلف مع ضمانه أو أتلفه ، وجب عليه قيمته مع وصف الخيطية لا قيمته قبلها ، وله الأجرة المسماة . بخلافه على القول الآخر ، فإنه لا يستحق الأجرة وعليه قيمته غير مخيط . واما احتمال عدم استحقاقه الأجرة مع ضمانه القيمة مع الوصف ، فبعيد وإن كان له وجه (٢) . وكذا يتفرع على ما ذكر :

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

(٢) يمكن أن يكون الوجه فيه ما أشرنا إليه ، من عدم بطلان الاجارة بالتلف ، غاية الأمر أنه لا يستحق الأجير المطالبة بالأجرة ، ولا يجب على المستأجر تسليمها ، إذ على هذا تكون الصفة ملكاً للمستأجر ، فيضمنها الأجير للمستأجر ، ولا تجوز له المطالبة بالأجرة . نعم بناء على أن التلف قبل القبض موجب للبطلان في الاجارة ، كالبيع . يكون التلف موجباً لرجوع العمل ملكاً للعامل ، فيتبعه أثره ، ولا موجب لضمان العامل لأنه له لا لغيره . لكن يشكل هذا الوجه : بأن الصفة إذا كانت مضمونة للمستأجر ، فقد سلمت إليه بدفع البذل ، فيجب عليه دفع الأجرة لحصول التسليم من طرفه ، ولا فرق في ذلك بين القول : بكون الضمان معاوضة ، وكونه تدارك خسارة ، لأن تدارك

أنه لا يجوز حبس العين بعد إتمام العمل إلى أن يستوفي الأجرة (١) ، فإنها بيده أمانة ، إذ ليست هي ولا الصفة التي فيها مورداً للمعاوضة ، فلو حبسها ضمن بخلافه على القول الآخر .

« مسألة ١٦ » : إذا تبين بطلان الاجارة رجعت الأجرة إلى المستأجر ، واستحق المؤجر أجرة المثل بمقدار ما استوفاه المستأجر من المنفعة (٢) ، أو فأت تحت يده (٣) ، إذا كان جاهلاً بالبطلان ، خصوصاً مع علم المستأجر (٤) . وأما إذا كان عالماً فيشكل ضمان المستأجر ، خصوصاً إذا كان جاهلاً ، لأنه بتسليمه العين إليه قد هتك حرمة ماله ، خصوصاً إذا كان البطلان من جهة جعل الأجرة مالا يتمول شرعاً أو عرفاً ، أو إذا كان أجرة بلا عوض . (ودعوى) : أن الخسارة أيضاً نوع من التسليم ، فيجب معه التسليم من الطرف الآخر . وإن شئت قلت : الأصل وجوب التسليم إلا ما خرج ، والمتيقن منه صورة عدم التسليم من الطرف الآخر من كل وجه . فلاحظ .

(١) كما جزم به في القواعد . وفي الجواهر : أنه مناف لما سبق منه : من عدم استحقاق الأجرة بتمام العمل .

(٢) العمدة في دليله الاجماع . والاستدلال له بمبادل على احترام مال المسلم أو قاعدة الضرر .. غير ظاهر ، كما حرر ذلك في قاعدة : (ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده) . مضافاً إلى ما يستفاد من صحيح أبي ولاد المشهور ، فإنه تضمن ضمان الانتفاعات المستوفاة .

(٣) دليله غير ظاهر ، والاجماع المدعى عليه في التذكرة لا مجال للركون إليه ، لنقل الخلاف من جماعة ، كما حرر ذلك في محله .

(٤) فإنه في هذه الحال يكون آنماً عاصياً ، فأولى أن يؤخذ بأشق الأحوال .

إقدامه وإذنه في الاستيفاء إنما هو بعنوان الاجارة ، والفروض عدم تحققها ، فإذنه مقيد بما لم يتحقق .. (مدفوعة) : بأنه إن كان المراد كونه مقيداً بالتحقق شرعاً فممنوع ، إذ مع فرض العلم بعدم الصحة شرعاً لا يعقل قصد تحققه ، إلا على وجه التشريع المعلوم عدمه (١) . وإن كان المراد تقيده بتحقيقها الانشائي فهو حاصل . ومن هنا يظهر حال الأجرة أيضاً ، فأنها لو تلفت في يد المؤجر يضمن عوضها ، إلا إذا كان المستأجر عالماً ببطلان الاجارة ، ومع ذلك دفعها إليه . نعم إذا كانت موجودة ، له أن يستردها . هذا وكذا في الاجارة على الأعمال ، إذا كانت باطلة يستحق العامل أجرة المثل لعمله ، دون المساءة إذا كان جاهلاً بالبطلان ، وأما إذا كان عالماً فيكون هو المتبرع بعمله ، سواء كان بأمر من المستأجر أولاً ، فيجب عليه رد الأجرة المساءة أو عوضها ، ولا يستحق أجرة المثل . وإذا كان المستأجر أيضاً عالماً فليس له مطالبة الأجرة مع تلفها ، ولو مع عدم العمل من المؤجر .

« مسألة ١٧ » : يجوز إجارة المشاع ، كما يجوز بيعه وصاحبه وهبته ، واسكن لا يجوز تسليمه إلا باذن الشريك إذا كان مشتركاً . نعم إذا كان المستأجر جاهلاً بكونه مشتركاً ، كان له خيار الفسخ للشركة ، وذلك كما إذا آجره داره ،

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

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

« مسألة ١٨ » : لا بأس باستئجار اثنين داراً على الاشاعة ، ثم يقتسمان مساكنها بالتراضي أو بالقرعة (٢) . وكذا يجوز استئجار اثنين دابة المركوب

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

(٢) هذا من قبيل قسمة المنافع ، وقد صرح جماعة منهم العلامة في القواعد : بعدم وجوب الاجابة اليها ، ولو وقعت الاجابة جاز الفسخ حتى لو تصرف أحدهما على طبق القسمة . نعم لو تصرفا معاً على طبق القسمة لم يجز الرجوع إلا بالتراضي ، وكأنه لعدم الدليل على عموم الاجابة اليها ، بل عدم الدليل أيضاً على صحتها من حيث أنها قسمة ، لاختصاص أدلة مشروعيتها بقسمة الأعيان ، ولا تشمل المنافع . نعم لو وقع الصلح بينهم على القسمة كان لازماً ، عملاً بعموم دليله . اللهم إلا أن يتمسك بعموم الوفاء بالعقود ، فإنها نوع منها ، وحينئذ يجب البناء على لزومها ، ولا يصح الرجوع عنها . نعم لا تجب الاجابة اليها لعدم الدليل عليه ، وليكونه خلاف قاعدة السلطنة ، وأما التفكيك بين تصرفها وتصرف أحدها ، فيجوز الرجوع في الثاني دون الأول . . فغير ظاهر الوجه ، لأنها إن كانت جائزة بعد تصرف أحدها فقط فلتكن جائزة بعد تصرفها . وكأنه لذلك تنظر في الجواهر في الجملة ، فيما ذكره الجماعة .

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

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

فصل

العين المستأجرة في يد المستأجر أمانة ، فلا يضمن تلفها أو تعييبها إلا بالتعدي أو التفريط (٣) . ولو شرط المؤجر عليه ضمانها بدونها

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

(٢) للإبهام .

(٣) إجماعاً بقسميه عليه ، كما في الجواهر . ويستفاد من النصوص الواردة في ضمان المستأجر إذا تعدى ، فإن مفهومها يقتضي عدم الضمان مع عديمه ، كصباح علي بن جعفر ، والحلي ، وأبي ولاد ، وغيرها . وفي صحيح محمد بن

فالمشهور (١) عدم الصحة (٢) ، لكن الأقوى صحته . وأولى بالصحة إذا اشترط

قيس : « قال أمير المؤمنين عليه السلام : ولا يغرم الرجل إذا استأجر الدابة ما لم يكرها أو يبيعها غائلة » . وبالجمل : الحكم المذكور لا إشكال فيه . وأما ما دل على عدم ضمان الأمين ، ففي شموله للمقام إشكال ، لأن الظاهر منه الأمين على الحفظ ، وهو غير ما نحن فيه . وأما صحيح الحلبي : « عن رجل استأجر أجيراً ، فأقعه على متاعه ، فسرق . قال عليه السلام : مؤتمن » .. فيحتمل أن يكون المراد منه المؤتمن على الحفظ ، فلا مجال للاستدلال به على المقام . نعم في صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام : « صاحبا الوديعة والبضاعة مؤتمنان » .. وقال : ليس على مستعير عارية ضمان ، وصاحب العارية والوديعة مؤتمن ، ودلالته على عدم ضمان المؤتمن على المال ظاهرة . وبعضها ما دل على عدم ضمان الأجير والمستأجر والمرتهن والمستعير والعامل ونحوهم من المؤتمنين . فيمكن استفادة قاعدة عدم ضمان الأمين بالمعنى الأعم ، ويخرج به عن عموم : (على اليد ما أخذت حتى تؤدي) .. بناء على عمومه للأمانة كما هو الظاهر . وعلى هذا فعدم ضمان المستأجر كما يستفاد من الأدلة الخاصة ، يستفاد من القاعدة المذكورة .

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

(٢) لما دل على عدم ضمان الأمين ، فيكون شرط الضمان مخالفاً للكتاب . ودعوى : أن عدم ضمانه لعدم المقتضي ، فلا يكون الشرط حينئذ مخالفاً للكتاب ، لاختصاص المخالف بما كان على خلاف الحكم الاقتضائي لا مطلقاً .. مندفعة : بأن عموم (على اليد...) بعدما كان شاملاً ليد الأمين ، ظاهر في وجود مقتضي الضمان في يده ، فعدم ضمانه لا بد أن يكون لمقتضي العدم . مع أن

الشك في كونه من باب التزام ، فيكون عدم الضمان اقتضائياً . وكونه من باب التخصيص كاف في عدم جواز الرجوع إلى عموم (المؤمنون عند شروطهم) لسكون الشبهة حيفئذ مصداقية . وإصالة عدم المخالفة للكتاب موقوفة على امتصاص عدم الأزمي . اللهم إلا أن يقال : المرتكز عند العقلاء كون خروج يد الأمين من باب التخصيص ، فيكون عدم الضمان لعدم المقتضي ، لا من باب التزام ، وحيفئذ يشكل البناء على فساد الشرط ، لأجل كونه مخالفاً للكتاب . اللهم إلا أن يوجه الفساد بأنه من باب شرط النتيجة ، كما أشار إلى ذلك في الجواهر هنا . فإن التحقيق بطلان شرط النتيجة ، إذ النتائج لا تقبل أن تكون مضافة إلى مالك ، فلا تكون شرطاً ، إذ التحقيق أن الشرط مملوك للمشروط له فإذا امتنع أن تكون مملوكة امتنع أن تشتط ملكيتها . نعم إذا كانت في العهدة جاز أن تكون مملوكة ، لكنها حيفئذ تخرج عن كونها شرط نتيجة ، بل تكون من قبيل شرط الفعل ، وليس هو محل الكلام . مثلاً إذا قال : بعثك داري ولك علي أن أملكك فرسي . . كان من شرط الفعل ، ولا إشكال في جوازه . وإذا قال : ولك علي ملكية فرسي ، وقصد المعنى الأول . . كان أيضاً من شرط الفعل وكان صحيحاً . وإذا قصد أن له ملكية الفرس من دون أن تكون في عهدة المشروط عليه . . كان من شرط النتيجة ، وكان مورداً للاشكال المذكور ، من أن النتائج إذا لم تكن في العهدة لا تصلح لأن تكون طرفاً لاضافة الملكية . وكذلك مسائل الأعيان التي لا وجود لها في الخارج ، إذا لم تكن في العهدة لا تكون مملوكة أيضاً . هذا مضافاً : إلى أن مفاد صيغة الشرط مجرد جعل التمليك بين المشروط له والشرط ، لا جعل الشرط المملوك ، فإن الصيغة لا تتكفل ، فإذا لم يكن معمولاً لم يكن ثابتاً ، فلا يكون شرط النتيجة موجباً لتحقيق النتيجة ، ولا يصح حيفئذ ترتيب الأثر عليها . وليس المراد من بطلان شرط النتيجة إلا

عليه أداء مقدار مخصوص من ماله (١) ، على تقدير التلف أو التعيب ، لا بعنوان الضمان (٢) . والظاهر عدم الفرق في عدم الضمان مع عدم الأمرين ، بين أن

هذا المعنى ، أعني عدم ترتب النتيجة عليه . ثم أن الاشكالين المذكورين في شرط النتيجة ، إنما يمنعان عنه إذا كان مفاد الشرط في العقد تملك الشرط للمعشروط له ، كما هو الظاهر ، وبقتضيه مناسبته بباب شرط الفعل ، وباب الاقرار ، ونحوها . . . أما لو كان مفاده مجرد الالتزام للمعشروط له بالشرط ، فرجعه إلى إنشاء شرط النتيجة في ضمن العقد ، ولا بأس به عملاً بمصموم نفوذ الشرط ، إلا إذا كان مفهومه لا ينشأ إلا بسبب خاص ، فان عموم الشرط حينئذ لا يصلح لتشريع صحة إنشائه بدون ذلك السبب ، لأنه يكون مخالفاً للكتاب ، فيدخل في الشرط الباطل . ثم إن ما ورد في النصوص من شرط النتيجة ، كشرط الضمان في العارية ، وشرط الضمان في المسألة الآتية . . لا بد إما أن يحمل على شرط الفعل بأن يكون المقصود من شرط الضمان شرط تدارك خسارة التالف ، كما سيأتي في كلام المصنف ، وأما أن يكون المقصود إنشاء النتيجة نفسها في ضمن العقد ، من دون قصد تملك المعشروط له . ومثل ذلك ما ورد في الاستعمال العرفي ، فانه لا بد أن يحمل على أحد الأمرين ، ويختلف ذلك باختلاف القرائن المكتنفة في المقام ، فقد تقتضي الأول ، وقد تقتضي الثاني . وأما نذر النتيجة ، فالكلام فيه أظهر ، لاشتغال صيغة النذر على اللام الدالة على الملك . وحمل اللام على أنها لام الصلة ، والظرف مستقر متعلق بقوله : التزمت ، يعني التزمت لله تعالى . . خلاف الظاهر جداً . وقد تعرضنا لذلك في أوائل مباحث الزكاة من هذا الشرح .

(١) لعدم المانع المذكور ، بل عليه حمل القول بصحة شرط الضمان .

(٢) كما صرح بذلك في الجواهر ، والظاهر أنه المشهور عملاً بالاستصحاب

يكون التلف في أثناء المدة أو بعدها ، إذا لم يحصل منه منع للمؤجر عن عين ماله إذا طلبها ، بل خلى بينه وبينها ولم يتصرف بعد ذلك فيها . ثم هذا إذا كانت الاجارة صحيحة ، واما إذا كانت باطلة ففي ضمانها وجهان ، أقواها العدم (١) ،

وعن الاسكافي والطوسي : إطلاق الضمان بمد المدة . ويقتضيه عموم (على اليد ...) ، المقتصر في الخروج عنه على ما في المدة لدليله ، والاستصحاب لا يعارض العام . نعم إذا كان ظاهر ترك المطالبة الائتمان ، دخل في عموم نفي الضمان .

(١) كما هو المشهور ، لقاعدة : (ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده) المجمع عليها . وقد استدل بها على ذلك في المقام في محكي التذكرة وغيرها . ودعوى : اختصاص القاعدة فيما هو مصب العقد ، وهو - في الاجارة - منفعة العين . فيها : أن ذلك خلاف مقتضى استدلالهم بها على عدم الضمان . مع أن استدلالهم عليها بالاقدام على الاذن المجاني ، المانع من عموم (على اليد ما أخذت ...) مطرد في المقامين . مضافاً إلى أن الاجارة أيضاً موضوعها العين كما عرفت في أول الكتاب ، فإنه يصح أن يقول : آجرت العين ، ولا يصح أن يقول : آجرت المنفعة ، فالعين موضوع للاجارة . وكذلك يقال : أعرت العين . ثم إنه لو بني على عدم شمول عكس القاعدة ، كفي في نفي الضمان ما دل على عدم ضمان المستأمن ، فإن موضوع عدم الضمان هو الأمين العرفي ، وهو حاصل في الاجارة الصحيحة والفاسدة بنحو واحد . ودعوى : أن الاستيذان مبني على الاجارة ، فإذا تبين فسادها فقد تبين انتفاؤه .. يدفعها : أن ظاهر نصوص عدم الضمان مع الاستيذان : عموم الحكم لصورة التلف المؤدي إلى فساد العقد من أول الأمر ، فتدل تلك النصوص على نفي الضمان مع الاستيذان ، ولو كان في العقد

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

« مسألة ١ » : العين التي المستأجر بيد المؤجر الذي أجر نفسه لعمل فيها كالثوب أجر نفسه ليخيطه .. أمانة ، فلا يضمن تلفها أو نقصها إلا بالتعدي أو التفريط (١) ، أو اشتراط ضمانها على حذر ما مر في العين المستأجرة (٢) . ولو

الفاسد . فلاحظ تلك النصوص العامة والخاصة في مواردنا ، فإنها تدل على ما ذكرنا من أن الاستيمان المبني على العقد موضوع لعدم الضمان ، وإن تبين بطلان العقد كما أشرنا إلى ذلك في (نهج الفقاهة) . وهذا ولم يحك الخلاف في المقام إلا عن الأردبيلي وصاحب الرياض ، والذي عثرت عليه من كلام الأول في مسألة عدم ضمان المستأجر هو : عدم الضمان في الاجارة الفاسدة ، مستدلاله عليه بالأصل والقاعدة المتقدمة . نعم في الرياض ، في مسألة ثبوت أجرة المثل في كل موضع تبطل فيه الاجارة ، فاختار الضمان حاكياً نسبته إلى المفهوم من كلمات الأصحاب ، مستدلالاً عليه بعموم (على اليد ...) ، واستشكل فيه إذا كان المؤجر عالماً بالفساد ، للشبهة المتقدمة .

(١) بخلاف فيه ، كما اعترف به غير واحد . نعم في الشرائع نسبته إلى الأصح ، وظاهره وقوع الخلاف فيه . وفي المسالك وجود القول بالضمان ، وعن المرتضى الاجماع . لكن في الجواهر - تبعاً لمفتاح الكرامة - أن الخلاف في الضمان مع التهمة ، لا مع العلم بعدم التفريط والتعدي . (وكيف كان) ، فيدل عليه ما عرفت من النصوص الدالة على عدم ضمان المستأمن ، فإن المقام منه . (٢) كما هو المشهور - كما قيل - ويشهد له خبر موسى بن بكير : « عن رجل استأجر ملاحاً وحمله طعاماً في سفينة ، واشترط عليه إن نقص فعليه . قال عليه السلام : جاز ، قلت : إنه ربما زاد الطعام ، قال : فقال : يدعي الملاح أنه

تلفت أو أتلفها المؤجر أو الأجنبي ، قبل العمل أو في الأثناء .. بطلت الاجارة ورجعت الأجرة تمامها أو بعضها إلى المستأجر ، بل لو أتلفها مالـكها المستأجر كذلك أيضاً (١) . نعم لو كانت الاجارة واقعة على منفعة المؤجر ، بأن يملك منفعته الخياطي في يوم كذا .. يكون إتلافه لمتعلق العمل بمنزلة استيفائه ، لأنه باتلافه إياه فوت على نفسه المنفعة . ففرق بين أن يكون العمل في ذمته ، أو أن يكون منفعة السكذائية للمستأجر ، ففي الصورة الأولى التلف قبل العمل موجب للبطلان ، ورجوع الأجرة إلى المستأجر وإن كان هو المتلف ، وفي الصورة

زاد فيه شيئاً ؟ ، قلت : لا ، قال : هو لصاحب الطعام الزيادة ، وعليه النقصان إذا كان قد اشترط ذلك » . وقد عرفت أنه لا بد من حمله على شرط الفعل ، أو على كون المقصود منه إنشاء الضمان في ضمن العقد .

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

الثانية إتلافه بمنزلة الاستيفاء ، وحيث أنه مالك لمنفعة المؤجر وقد فوتها على نفسه فالأجرة ثابتة عليه .

« مسألة ٢ » : المدار في الضمان على قيمة يوم الأداء في القيميات (١) ،

(١) كما هو أحد الأقوال في المسألة ، والعمدة فيه البناء على بقاء العين في الذمة إلى زمان الأداء ، فتعتبر القيمة حينئذ ، وقيل قيمة المخالفة ، اعتماداً على صحيح أبي ولاد ، المشتمل على قوله : « رأيت لوفنق البغل أوعطب أليس كان يلزمني ؟ ! » ، قال عليه السلام : قيمة بغل يوم خالفته . بناء على أن قوله عليه السلام : « يوم خالفته » ، إما مضاف إليه القيمة ، المضافة إلى البغل ، أو قيد للاختصاص الحاصل من إضافة القيمة إلى البغل . وفيه : أن الأول غير معهود في الاستعمال ولا يمكن ارتكابه ، والثاني غير معقول ، لأن الاختصاص ملحوظ معنى حرفياً لا إسمياً ، ولا يمكن التعلق به ، بل الظاهر كونه قيداً لعامل الجملة الجوابية المقدر ، أعني قوله : « يلزمك » . وكما أن القيمة فاعله ، كذلك الظرف قيده ، والتقدير - بعد ملاحظة الشرط في السؤال - : يلزمك يوم المخالفة قيمة بغل لوفنق أو عطب البغل ، فيدل على أن الانتقال إلى القيمة يوم التلف . ولا جل أن الوجه في ضمان القيمة تدارك الخسارة المالية في العين ، يتعين البناء على قيمة يوم التلف ، لأن ثبوت القيمة المذكورة تدارك لمالية العين الفائتة حينئذ . ومن هنا حكى عن الأكثر : أن الاعتبار بقيمة يوم التلف ، ويعضده بعض النصوص الأخرى : مثل ما ورد في المعتق حصته من عبد : أنه يقوم قيمته يوم أعتق أو يوم حرر . وكان المصنف (ره) جعل المتعلق به الظرف ، الفعل المقدر وهو : يلزمك ، من دون أن يقدره معلقاً على شرط التلف ، فتكون الرواية عنده مجملة من هذه الجهة ، فيتمين الرجوع في تعيين القيمة إلى القواعد . ولما

لا يوم التلف ، ولا أعلى القيم على الأقوى .

« مسألة ٣ » : إذا أتلف الثوب بعد الخياطة ضمن قيمته مخيطاً (١) ، واستحق الأجرة المسماة . وكذا لو حمل متاعاً إلى مكان معين ثم تلف مضموناً أو أتلفه .. فانه يضمن قيمته في ذلك المكان ، لا أن يكون المالك مخيراً بين تضمينه غير مخيط بلا أجرة ، أو مخيطاً مع الأجرة (٢) ، وكذا إلا أن يكون في المتاع مخيراً بين قيمته غير محمول في مكانه الأول بلا أجرة ، أو في ذلك المكان مع الأجرة ، كما قد يقال .

كان الأظهر عنده : أن العين بنفسها باقية بعد التلف في الذمة ، وإن كانت قيمة تعين أن تكون القيمة بلحاظ زمان الأداء ، لأنه زمان التدارك . وما ذكره (ره) من بقاء العين في الذمة وإن كان في محله ، لكن جعل الفعل المقدر المتعلق به الظرف ، مطلقاً لا معلقاً على التلف .. خلاف الظاهر . وقد عرفت : أنه إذا أخذ معلقاً على التلف ، فالإطلاق المقامي لدليل ثبوت القيمة يقتضي الحمل على المراكز العقلية ، وهي تقتضي أن تكون بلحاظ زمان التلف ، لأنه به يكون التدارك وإلا كان تداركاً بالأكثر أو بالأقل ، وهو خلاف المرتكز جداً .

(١) كما تقدم في المسألة العاشرة ، من الفصل السابق .

(٢) قد تقدم منه أنه على القول الثاني يكون من التلف قبل القبض ، الموجب لبطلان الاجارة ، فلا يستحق الأجرة ، ويضمن قيمة العين غير موصوفة وقد تقدم في بعض الحواشي القول بالتخيير بين الأمرين المذكورين ، وذكرنا هناك وجهه ، وأن الضمان يجعل التلف من قبيل تلف الوصف ، وهو خصوصية الصفة ، لا تلف العين التي هي قوام المعاوضة ، الموجب للبطلان إذا كان قبل القبض ، وتلف الوصف قبل القبض يوجب الخيار .

« مسألة ٤ » : إذا أفسد الأجير للخياطة أو القصارة أو التفصيل . . الثوب ضمن ، وكذا الحجام إذا جنى في حجامة (١) ، أو الختان في ختانه ، وكذا الكحال أو البيطار . وكل من آجر نفسه لعمل في مال المستأجر إذا أفسده ، يكون ضامناً إذا تجاوز عن الحد المأذون فيه ، وإن كان بغير قصده ، لعموم (من أئلف ..) وللصحيح (٢) : « عن أبي عبد الله (ع) ، في الرجل يعطي الثوب ليصبغه ، فقال (ع) : كل عامل أعطيته أجراً على أن يصلح فأفسد فهو ضامن » . بل ظاهر المشهور ضمانه وإن لم يتجاوز عن الحد المأذون فيه (٣) ، ولا كنهه مشكل (٤) . فلو مات الولد بسبب الختان ، مع كون الختان حادثاً ، من غير أن

(١) استفاض نقل الاجماع صريحاً وظاهراً عليه ، في محكي جماعة .

(٢) يريد به صحيح الحلبي .

(٣) لاطلاقهم القول بضمان الأجير .

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

يتعمد عن محل القطع ، بأن كان أصل الختان مضرآ به .. في ضمانه إشكال .
 « مسألة ٥ » : الطيب المباشر للعلاج إذا أفسد ضامن (١) ، وإن كان
 حاذقآ ، وأما إذا لم يكن مباشرآ ، بل كان آمرآ ، ففي ضمانه إشكال (٢) ، إلا
 أن يكون سببآ وكان أقوى من المباشر . وأشكل منه إذا كان واصفاً للدواء ،
 من دون أن يكون آمرآ ، كأن يقول : إن دواءك كذا وكذا ، بل الأقوى
 فيه عدم الضمان . وإن قال : الدواء الفلاني نافع للرض الفلاني .. فلا ينبغي
 الاشكال في عدم ضمانه ، فلا وجه لما عن بعضهم من التأمل فيه . وكذا لو قال :
 لو كنت مريضاً بمثل هذا المرض لشربت الدواء الفلاني .

« مسألة ٦ » : إذا تبرأ الطيب من الضمان ، وقبل المريض أو وليه ، ولم

(١) كما هو المعروف ، ويشهد له خبر السكوني : « من تطب أو تبيطر
 فليأخذ البراءة من وليه ، وإلا فهو ضامن » . مضافاً إلى عموم قاعدة : (من
 أتلّف ..) ، والصحيح المتقدم ونحوه . وعن الحلبي عدم الضمان للأذن ، وفيه :
 أن الأذن كان في العلاج ، لا في الإفساد .

(٢) المحكي عن بعض : نفي الريب في الضمان ، لاطلاق الاجماع المحكي على
 ضمان الطيب ، وخبر السكوني المتقدم ، ولأنه المتلف لأنه السبب ، وهو هنا
 أقوى من المباشر . والجميع كما ترى ، لمنع الاجماع ، والخبر ظاهر في المباشر ،
 بقرينة اقترانه بالبيطار ، لا أقل من عدم عمومته للأمّر ، وقوة السبب بنحو
 يستند اليه التلف عرفاً غير ظاهر . وأما قاعدة الغرور فليس بناؤهم على العمل بها
 في أمثال المقام ظاهرآ ، على أن في صدقه مع جهل الغار تأملاً ، ولا سيما مع
 قيام السيرة على عدم التضمين بمجرد ذلك ، ولا أجل ما ذكر كان عدم الضمان
 مختار جماعة من المحققين إذا كان واصفاً غير آمر ، منهم صاحب الجواهر ، بل

يقصر في الاجتهاد والاحتياط .. برأ على الأقوى (١) .

« مسألة ٧ » : إذا عثر الحال فسقط ما كان على رأسه أو ظهره مثلاً ..

ضمن (٢) ، لقاعدة الاتلاف .

وإذا كان آمراً أيضاً ، وإن كان في الجواهر مال الى الضمان ، بناء على قوة السبب بالنسبة الى المباشر في مثله ، الذي عرفت منعه ، ولا سيما وكون الأمر إرشادياً ، فهو بمنزلة الوصف .

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

(٢) كما نص عليه في الجواهر ، لما ذكر ، وللصحيح : « في رجل حمل متاعاً على رأسه ، فأصاب إنساناً فمات أو انكسر منه . قال ^{الطحاوي} : هو ضامن » لكن في شموله للفرض تأمل . فالعمدة قاعدة الاتلاف . ودعوى أنه من التلف غير ظاهرة ، لاستناده اليه وإن كان عن غير قصد ، كما لو عثر فرجع على إناؤه غيره فكسره . ومنه يظهر ما عن كشف اللثام من عدم الضمان إلا مع التفريط ، أو كونه عارية مضمونة . نعم إذا كانت سلسلة أسباب ، بعضها اختياري وبعضها غير اختياري ، نسب الفعل إلى الفاعل المختار ، كما لو عمد إلى نائم

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

فمنحصره فانقلب على إناؤه ثالث فكسره ، نسب الكسر إلى الناحس . أما لو كانت كلها غير اختيارية نسب الفعل إلى المباشر ، كما لو انقلب النائم على نائم آخر فانقلب الثاني على إناؤه فكسره ، نسب الفعل إلى الثاني . ولو كانت كلها اختيارية ، كما لو ضرب زيد عمراً فغضب عمرو وكسر إناؤه بكر ، نسب الكسر إلى عمرو . ومن ذلك تعرف أن الاختيار ليس شرطاً في صحة النسبة ، إلا إذا كان موجوداً في سلسلة العلل ، فإنه يستند الفعل إلى السبب الاختياري لا غير .

(١) كما في القواعد وغيرها ، واختاره في الجواهر لعدم الاذن في القطع فيكون النقص موجباً لضمان فاعله .

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

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

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

(٥) بل غير مقيد وإنما هو مطلق ، وإن كان عن داعي اعتقاد الكفاية

لكن تخلف الداعي لا يقدح في حصول الاذن كما في غيره .

وعدمه ، والأحوط مراعاة الاحتياط .

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

(١) كما عن النهاية وفي الروض وغيره ، وكأنه للحسن : « قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل ، كان له غلام استأجره منه صائغ أو غيره : قال عليه السلام : إن كان صنع شيئاً أو أبق منه فواليه ضامنون » ، بعد حمل الصحيح الآتي على المثال ، بأن يكون ذكر الكسب من باب تمثيل ما يكون مع الضمان .
(٢) كما عن الحلي وجامع المقاصد ، عملاً منهم بالقواعد ، لأن العبد هو المتلف .

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

(٤) كما في القواعد تبعاً للشرائع ، وتبعها جماعة للصحيح : « في رجل استأجر مملوكاً فيستهلك مالا كثيراً ، قال عليه السلام : ليس على مولاه شيء ، وليس لهم أن يبيعهوه ، ولكنه يستسمى فان عجز فليس على مولاه شيء . ولا على العبد » فيقيد به إطلاق الحسن السابق ، فيحمل على كون ضمان المولى في خصوص الكسب .

وأقوال ، أقواها الأخير للنص الصحيح (١) . هذا في غير الجناية على نفس أو طرف ، وإلا فيمتعلق برقبته ، وللعولى فداؤه بأقل الأمرين من الارش والقيمة .
«مسألة ١٠» : إذا آجر دابة لحل متاع فعثرت وتلف أو نقص ، لضمان على صاحبها إلا إذا كان هو السبب ، بنخس أو ضرب .

«مسألة ١١» : إذا استأجر سفينة أو دابة لحل متاع ، فنقص أو سرق لم يضمن صاحبها . نعم لو اشترط عليه الضمان صح ، لعموم دليل الشرط وللنص (٢)
«مسألة ١٢» : إذا حل الدابة المستأجرة أزيد من المشرط أو المقدار المتعارف ، مع الاطلاق ، ضمن تلفها أو عوارها (٣) . والظاهر ثبوت أجره المثل لا المسمى مع عدم التلف ، لأن العقد لم يقع على هذا المقدار من الحل . نعم لو لم يكن ذلك على وجه التقييد ، ثبت عليه المسماة وأجرة المثل بالنسبة إلى الزيادة (٤) .

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

(٢) تقدم في المسألة الأولى .

(٣) إجماعاً نصاً وفتوى ، والمشهور أنه يضمن تمامها . وعن الارشاد أنه يضمن نصفها ، لأن الحمل بعضه مأذون فيه وبعضه غير مأذون فيه . وفيه : أن الموجب للضمان العدوان ، الحاصل بحمل ما لم يأذن به المالك .

(٤) حكى في المسألة ثلاثة أقوال : الأول : ثبوت أجره مثل المجموع ، حكى عن الأردبيلي . والثاني : أجره مثل الزائد مع المسمى ، حكى عن المشهور . والثالث : ثبوت المسمى مع أجره الزيادة بحساب المسمى ، حكى عن المقنعة . والأخير غير ظاهر ، والأولان محمولان على التفصيل المذكور في المتن فيرتفع الخلاف ، يظهر ذلك من دليلهما . نعم لازم ما اختاره في المسألة السادسة من الفصل الآتي وجوب المسمى وأجرة المثل للمجموع . أما الأولى فبالاجارة لعدم

« مسألة ١٣ » : إذا اكترى دابة فسار عليها زيادة عن المشرط ، ضمن والظاهر ثبوت الأجرة المسماة بالنسبة إلى المقدار المشرط ، وأجرة المثل بالنسبة إلى الزائد .

« مسألة ١٤ » : يجوز لمن استأجر دابة للركوب أو الحمل أن يضر بها إذا وقفت على المتعارف ، أو يكسرها بالأجام أو نحو ذلك على المتعارف ، إلا مع منع المالك من ذلك (١) ، أو كونه معها وكان المتعارف سوقه هو ، ولو تعدى عن المتعارف أو مع منعه ضمن نقصها أو تلفها . أما في صورة الجواز ففي ضمانه مع عدم التعدي إشكال ، بل الأقوى العدم لأنه مأذون فيه (٢) .

« مسألة ١٥ » : إذا استؤجر لحفظ متاع فسرقت ، لم يضمن (٣) ، إلا مع

الموجب لفسادها . وأما الثانية فلاستيفاء المنفعة غير المأذون فيها وسيأتي هناك التعرض لذلك .

(١) هذا إذا لم يكن قد اشترط في العقد ، ولو لأجل المتعارف المنزل عليه العقد ، وإلا كان منع المالك بلا حق .
(٢) كما تقدم في المسألة الرابعة .

(٣) لأنه أمين ، فيدل على عدم ضمانه ما دل على عدم ضمان الأمين . نعم يظهر من خبر إسحاق الآتي الضمان . لكن لم يعرف العمل به إلا من ابن إدريس فلا مجال للاعتماد عليه ، ويتعين محمله على صورة شرط الضمان ، بمعنى شرط التدارك ، فيكون من شرط الفعل ، أو من شرط النتيجة بناء على جوازه ، وقد تقدم الكلام في ذلك في أوائل فصل (أن العين المستأجرة أمانة) ، فراجع وفي الجواهر عارضه بالصحيح : « عن رجل استأجر أجيراً فأقعده على متاعه فسرقت . قال عليه السلام : هو أمين » . لكن في ظهوره في كونه أجيراً على الحفظ

التقصير في الحفظ ولو لغلبة النوم عليه (١) ، أو مع اشتراط الضمان . وهل يستحق الأجرة مع السرقة ؟ ، الظاهر لا (٢) ، لعدم حصول العمل المستأجر عليه ، إلا أن يكون متعلق الإجارة الجلوس عنده ، وكان الغرض هو الحفظ ، لا أن يكون هو المستأجر عليه .

« مسألة ١٦ » : صاحب الحمام لا يضمن الثياب (٣) ، إلا إذا أودع وفطر أو تعدى ، وحينئذ يشكل صحة اشتراط الضمان أيضاً ، لأنه أمين محض (٤)

غير واضح ، وإن لم يكن بعيداً .

(١) لا يخلو من نظر ، لأن غلبة النوم ليست من التقصير . نعم ربما كان منه .

(٢) كما مال إليه في الجواهر ، معللاً به بما ذكر ، بل ينبغي أن لا يكون

محلاً للإشكال .

(٣) بلا خلاف ولا إشكال كما في الجواهر ، ويشهد له خبر إسحاق بن

عمار : « عن جعفر عن أبيه (عليهما السلام) : أن علياً عليه السلام كان يقول : لا ضمان

على صاحب الحمام فيما ذهب من الثياب ، لأنه إنما أخذ الجمل على الحمام ، ولم يأخذ

على الثياب » ، ونحوه خبر أبي البختری . وفي خبر غياث بن ابراهيم : « إن

أمير المؤمنين عليه السلام أتى بصاحب حمام وضعت عنده الثياب فضاعت ، فلم يضمنه ،

وقال عليه السلام : إنما هو أمين » . وظاهر الأخير أن صاحب الحمام من أفراد الأمين

دائماً ، مع أنه قد لا يكون كذلك كما هو الغالب ، فان الداخل إلى الحمام يضع

ثيابه في المسلخ وثوقاً منه بعدم الدواعي إلى سرقة ثيابه ، لجهات دينية أو

أخلاقية أو خارجية ، من دون إيمان أحد معين عليها ، ولذلك ذكر في المتن

قسمين كما يفهم من الاستثناء .

(٤) وقد يظهر منهم في الودعي الاتفاق على عدم صحة اشتراط الضمان

فانه إنما أخذ الأجرة على الحمام ولم يأخذ على الثياب (١) . نعم لو استؤجر مع ذلك للحفاظ أيضاً ، ضمن مع التعدي أو التفريط ، ومع اشتراط الضمان أيضاً ، لأنه حينئذ يأخذ الأجرة على الثياب أيضاً ، فلا يكون أميناً محضاً (٢) .

فصل

يكفي في صحة الاجارة كون المؤجر مالكا للمنفعة ، أو وكيلاً عن المالك لها ، أو ولياً عليه ، وإن كانت العين للغير ، كما إذا كانت مملوكة بالوصية أو بالصلح أو بالاجارة ، فيجوز للمستأجر أن يؤجرها من المؤجر أو من غيره ، سكن في جواز تسليمه العين إلى المستأجر الثاني بدون إذن المؤجر إشكال (٣) .
عليه كما تقدم ، ولولا ذلك كان الحكم كما في غيره من الأمناء ، وقد تقدم من المصنف (ره) الجواز فيه .

(١) هذا مضمون الخبر السابق .

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

(٣) عن النهاية والسرائر والقواعد وغيرها : المنع ، لأنها أمانة لم يأذن له المالك في تسليمها إلى غيره . وفيه : أن الائتمان للأول إنما كان من مقتضيات عقد الاجارة ، لأن استيفاء المنفعة يتوقف عليه ، فإذا كان مقتضى عقد الاجارة تملك المنفعة مطلقاً ، من دون شرط الاستيفاء مباشرة من المستأجر .. اقتضى أيضاً إيمانه كذلك ، فله أن يستأمن غيره على العين كما استأمنه المؤجر عليها ، فيكون المستأجر الثاني مستوفياً للمنفعة وأميناً على العين كالمستأجر الأول .

فلو استأجر دابة للركوب أو لحل المتاع مدة معينة ، فأجرها في تلك المدة أو في بعضها من آخر يجوز ، ولكن لا يسلمها إليه ، بل يكون هو معها . وإن ركبها ذلك الآخر أو حملها متاعه ، فجواز الاجارة

وهكذا الحال في المستأجر الثالث . ومنه يظهر : أنه لو لم يكن عقد الاجارة مقتضياً للائتمان المذكور - كالمستأجر لموضع معين من سفينة أو سيارة - لم يكن له حق في تسلّم العين ، ولا حق تسليمها من المستأجر منه . هذا مضافاً إلى ظاهر النصوص الواردة في اجارة الأرض وغيرها بمساوي الأجرة أو بالأقل ، حيث صرحت بالجواز من دون تعرض فيها لشبهة عدم جواز التسليم . وحملها على صورة عدم الحاجة في استيفاء المنفعة إلى تسليم العين ، كما ترى ، فإنه كالمقطوع بخلافه في جميعها . ونحوها صحيح ابن جعفر عليه السلام : « في رجل استأجر دابة فأعطاه غيره فنفتقت ، فما عليه ؟ » قال عليه السلام : « إن كان اشترط أن لا يركبها غيره فهو ضامن لها ، وإن لم يسم فليس عليه شيء » . وما في الجواهر من حمله على كون الدفع إلى الغير ، كان على نحو تكون أمانة عند الدافع ، لسكونها في يده وإن كان الغير راكباً لها . . بعيد . ولأجل ما ذكرنا ذهب المشهور إلى الجواز كما حكى ، وعن ابن الجنيد التفصيل ، فيجوز تسليمها إلى أمين دون غيره . وكأن وجهه : أن المستأجر الأول مؤتمن على العين بلا شرط المباشرة ، فله أن يأتمن غيره عليها . ولا بأس به ، وقد يشهد له مصحح الصفار : « في رجل دفع ثوباً إلى القصار ليقصره ، فدفعه القصار إلى قصار غيره ليقصره ، فضاع الثوب هل يجب على القصار أن يرده إذا دفعه إلى غيره ، وإن كان القصار مأموناً ؟ » . فوق عليه السلام : « هو ضامن له إلا أن يكون ثقة مأموناً إن شاء الله » . ونحوه مكتوبة محمد بن علي بن محبوب ، بناء على أن المراد بالقصار المأمون هو القصار الثاني ، بقرينة مناسبة الحكم والموضوع . نعم مورده عين المستأجر ، لا عين المؤجر .

لا يلزم تسليم العين بيده (١)، فإن سلمها بدون إذن المالك ضمن . هذا إذا كانت الاجارة الاولى مطلقة ، وأما إذا كانت مقيدة ، كان استأجر الدابة لركوبه نفسه ، فلا يجوز إجارتها من آخر (٢) ، كما أنه إذا اشترط المؤجر عدم إجارتها من غيره ، أو اشترط استيفاء المنفعة بنفسه لنفسه ، كذلك أيضاً أي لا يجوز إجارتها من الغير . نعم لو اشترط استيفاء المنفعة بنفسه ، ولم يشترط كونها لنفسه ، جاز أيضاً إجارتها من الغير ، بشرط أن يكون هو المباشر للاستيفاء لذلك الغير . ثم لو خالف وآجر في هذه الصور ، ففي الصورة الاولى وهي ما إذا استأجر الدابة لركوبه نفسه . بطلت . لعدم كونه مالكا لإلار كوبه نفسه ، فيكون المستأجر الثاني ضامناً لأجرة المثل للمالك ان استوفى المنفعة (٣) ، وفي الصورة الثانية والثالثة في

(١) لكن في هذه الصورة لا يجب على المؤجر تسليم العين أيضاً ، إذ ليس حينئذ من لوازم الاجارة الاولى التسليم . والكلام لا بد أن يكون في غير هذه الصورة كما أشرنا اليه .

(٢) يأتي وجهه .

(٣) قد يشكل : بأنه إذا ملك المستأجر منفعة ركوب نفسه ، امتنع أن تكون منفعة ركوب غيره مملوكة للمالك ، بناء على امتناع ملك المنفعتين المتضادتين للمالك واحد أو المالكين ، لامتناع القدرة على المتضادتين في عرض واحد . وعليه يكون للمالك المسمى على المستأجر ، عملاً بالاجارة الصحيحة ، فيكون للمالك الأمران : المسمى على المستأجر ، وأجرة المثل على المستوفي الثاني . وعلى القول الآخر ليس له إلا الأول ، وسيجيء الكلام في ذلك . ثم إنه بناء على ما ذكره المصنف ، إذا دفع المستوفي أجرة المثل إلى المالك ، فإن كان مغروراً من قبل المستأجر الأول ، فهل يرجع اليه أولا ؟ وجهان المذكوران في مبحث قاعدة الفرور

بطلان الاجارة وعدمه وجهان ، مبنيان على أن التصرف المخالف للشرط باطل
 لـكونه مفوتاً لحق الشرط ، (١) أولاً بل حرام وموجب للخيار ، وكذلك في
 الصورة الرابعة (٢) اذا لم يستوف هو ، بل سلمها إلى ذلك الغير .
 (مسألة ١) : يجوز للمستأجر مع عدم اشتراط المباشرة وما بمعناها ان يؤثر

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

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

العين المستأجرة بأقل مما استأجر ، وبالمساوي له مطلقاً (١) أي شيء كانت بل بأكثر منه أيضاً إذا أحدث فيها حدثاً (٢) ، أو كانت الأجرة من غير جنس الأجرة السابقة (٣) بل مع عدم الشراطين أيضاً فيما عدا البيت والدار والدكان والأجير ، وأما فيها فاشكال (٤) فلا يترك الاحتياط بترك إجارتها بالأكثر بل الاحوط .

(١) بلا خلاف ظاهر ولا إشكال لا اختصاص أدلة المنع بغيره ، والنصوص الخاصة والعامة تقتضي الصحة . وعن مجمع البرهان أنه لا خلاف فيه وفي المساوي .
(٢) بلا إشكال أيضاً ، لانفاق النص والفتوى عليه ، وعن جماعة دعوى الاجماع على الجواز فيه .

(٣) كما عن جماعة كثيرة التصريح به ، لان الظاهر من الاكثر في الجنس ، لا الاكثر في القيمة والمالية لا أقل من عدم الظهور في العموم بنحو يقيد به اطلاق دليل الصحة فيها عدا البيت - كما نسب إلى جماعة لعمومات الصحة ، واختصاص نصوص المنع بالذكورات ، فالتعدي إلى غيرها من الاعيان المستأجرة - كما نسب إلى السيدين والشيخين والصدوق وغيرهم - في غير محله ، ولا سيما مع تصريح النصوص بالفرق : مثل خبر أبي الربيع : « إن الأرض ليست مثل الاجير ولا مثل البيت ، إن فضل الاجير والبيت حرام » ، ونحوه غيره .

(٤) بل المنع مذهب جماعة ، لحسنة أبي الربيع عن أبي عبد الله عليه السلام : « سألته عن الرجل يتقبل الأرض من الدهاقين ، ثم يؤجرها بأكثر مما يتقبلها ويقوم فيها بحظ السلطان ، فقال عليه السلام : لا بأس به ، إن الأرض ليست مثل الاجير ولا مثل البيت إن فضل الاجير والبيت حرام » . وفي حسنة أبي المعز : قال عليه السلام - في الجواب عن السؤال المذكور - : « لا بأس إن هذا ليس كالحانوت ولا الأجير ، إن فضل الحانوت والاجير حرام » ، وبمضمون الاول خبر ابراهيم ابن ميمون ، ومصحح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام : « لو أن رجلاً استأجر داراً »

الحالاق الرحى (١) والسفينة (٢) بها إضافي ذلك ، والاقوى جواز ذلك مع عدم الشرطين في الأرض على كراهة ، (٣)

بعشرة دراهم ، فسكن ثلثيها وأجر ثلثها بعشرة دراهم ، لم يكن به بأس ، ولا يؤجرها بأكثر مما استأجرها به ، إلا أن يحدث فيها شيئاً . وذهب جماعة إلى الجواز فيها ، وعن التذكرة والمختلف وجامع المقاصد وغيرها ، الاستدلال عليه بحسنة أبي المعز المتقدمة . لكن دلالتها غير ظاهرة بل عرفت دلالتها على المنع وكأن وجه إشكال المصنف ما ورد في جواز ذلك في الأرض ، بناء على التعددي من مورده ، لكنه ضعيف .

(١) كما عن بعض ، للخبر : « إني لأكره أن استأجر رحى وحدها ثم أؤجرها بأكثر مما استأجرتها به ، إلا أن أحدث فيها حدثاً أو غرم فيها غراماً . ودلالته قاهرة ، وإن كان سنده غير قاصر .

(٢) واستدل على المنع فيها بالخبر أيضاً : « لا بأس أن يستأجر الرجل الدار والأرض والسفينة ، ثم يؤجرها بأكثر مما استأجرها به إذا أصلح شيئاً » لكن ذكر الأرض في سياق التي لا منع فيها - كما سيأتي - قرينة على إرادة ما هو أعم من الحرمة والكراهة من البأس المفهوم ، لكن الإشكال المذكور مبني على القول بالجواز في الأرض وسيأتي .

(٣) لتصريح النصوص فيها بالجواز ، كما عرفت بعضها ، فيحمل ما ظاهره المنع على الكراهة كما هو مذهب جماعة . لكن الروايات الدالة على الجواز مطلقة ، وهي روايتا أبي المعز وإبراهيم بن ميمون ، ويقيدهما خبر الحلبي « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : أتقبل الأرض بالثلث أو الربع فأقبلها بالنصف ، قال عليه السلام : لا بأس به قلت : فأقبلها بالف درهم وأقبلها بالفين ؟ ، قال عليه السلام : لا يجوز . قلت :

وإن كان الاحوط الترك فيها أيضاً (١) بل الاحوط الترك في مطلق الاعيان إلا مع أحداث حدث فيها (٢) هذا وكذا لا يجوز أن يؤجر بعض احد الاربعة المذكورة بأزيد من الأجرة (٣) كما إذا استأجر داراً بعشرة دنانير وسكن بعضها وآجر البعض الآخر بأزيد من العشرة ، فانه لايجوز بدون أحداث حدث

لم ؟ قال : لان هذا مضمون وذلك غير مضمون . ونحوه مصحح إسحاق بن عمار عن أبي عبدالله عليه السلام ومصححه عن أبي بصير عن أبي عبدالله عليه السلام . لكن ذكر فيه أن الذهب والفضة مصمتان ، ولعله من غلط النساخ ويحتمل أن يكون المراد أن الذهب والفضة لا يزيدان ولا ينقصان . وكيف كان ، فهذه الروايات ما نعمة عن الاجرة الزائدة اذا كانت مضمونة في الذمة ، أو أنها لا تقبل الزيادة والنقيصة ، فتحمل المطلقات عليها وتقيد بها ، وليس لهذه المقيدات معارض كي تسقط عن الحجية . وأما ما في رواية إسماعيل بن الفضل : من المنع من الاجارة بالاكثر مع اختلاف الجنس إلا إذا غرم شيئاً أو أحدث حدثاً . فالظاهر انه مما لا عامل به على ظاهره ، ولعله محمول على الكراهة .

(١) بل المنع مذهب بعض ، ويشهد له رواية أبي بصير عن أبي عبدالله عليه السلام : « قال : إذا تقبلت أرضاً بذهب أو فضة ، فلا تقبلها بأكثر مما تقبلتها به ، لان الذهب والفضة مصمتان » .

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

(٣) كما صرح به في الشرايع وغيرها ، نظير أبي الربيع المروي عن الفقيه : « لو أن رجلاً استأجر دار فسكن ثلثيها وآجر ثلثها بعشرة دراهم ، لم يكن به بأس ، ولكن لا يؤجرها بأكثر مما استأجرها به » . ونحوه مصحح الحلبي المتقدم ، بناء على

وأما لو آجر بأقل من العشرة ، فلا اشكال ، والاقوى الجواز بالعشرة ايضاً (١) وان كان الاحوط تركه .

(مسألة ٢) : اذا تقبل عملاً من غير اشتراط المباشرة ولا مع الانصراف اليها ، يجوز أن بوكاه الى عبده أو صانعه أو اجنبي ، ويسكن الاحوط عدم تسليم متعلق العمل كالثوب ونحوه إلى غيره من دون إذن المالك ، وإلا ضمن (٢) وجواز الايسكال لا يستلزم جواز الدفع كما مر نظيره في العين المستأجرة ، فيجوز له أن الضمير في الجملة الأخيرة راجع إلى الدار باعتبار ثلثها ، وإلا فلو كان المراد منه الدار نفسها لم يكن مما نحن فيه . اللهم إلا ان يستفاد من مفهوم الشرط في الصدر أو من الأولوية .

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

(٢) كما في الشرايع وغيرها ، بل قيل : لم يعثر على مصرح بعدم الضمان عدا المختلف والمسالك ، حيث ذكرنا : أن عدم الضمان أولى . والذي ينبغي أن يكون الكلام هنا هو الكلام في العين المستأجرة . ودعوى : الفرق بينهما بأن العين المستأجرة يكون الحق للمستأجر في قبضها ، وهنا لاحق للأجير في قبضها ، إذ لا ريب في أنه لا يجب على المستأجر استئمان الأجير . . مندفعة : بأنه ليس بفارق في المقام ، لأن إطلاق الاجارة إذا اقتضى جواز عمل الأجير الثاني ، فعدم الاذن له في القبض كعدم الاذن للأجير الأول فيه يقتضي استقرار الأجرة ، فلا فرق بين الاجير الثاني والأول في لزوم الأجرة بمنع قبضه ، كما لا فرق بينهما في عدم وجوب التسليم اليه ، وفي عدم الحق في الايمان له . وان شئت قلت : الاجارة على العمل المطلق الشامل لعمل الأجير الثاني ، تتوقف على الاذن المطلقة الشاملة لتصرف الاجير الثاني .

استئجار غيره لذلك العمل بمساوي الاجرة التي قررناها في إجارته أو أكثر. وفي جواز استئجار الغير بأقل من الأجرة اشكال، الا ان يحدث حدثا أو يأتي ببعض، فلو أجر نفسه لخياطة ثوب بدرهم يشكل استئجار غيره لها بأقل منه ، الا ان يفصله أو يخيط شيئا منه ولو قليلا، بل يكفي ان يشتري الخيط او الابرة في جواز الاقل (١) ، وكذا لو أجر نفسه لعمل صلاة سنة أو صوم شهر بعشرة دراهم مثلا في صورة عدم اعتبار المباشرة بشكل استئجار غيره بتسعة مثلا الا ان يأتي بصلاة واحدة او صوم يوم واحد مثلا .

(مسألة ٣) : اذا استؤجر ليعمل في ذمته لا بشرط المباشرة يجوز تبرع الغير عنه (٢) ، وتفرغ ذمته بذلك ، ويستحق الأجرة المسماة نعم لو أتى بذلك

(١) فيه اشكال ، لعدم شمول العمل فيه لمثله . نعم في رواية مجمع ، « أقطعها واشتري لها الخيوط ، قال عليه السلام : لأبأس » . لسنكته غير ظاهر في الاكتفاء بالخيوط . والشراء وان كان عملا إلا انه ليس عملا فيه . وظاهر النصوص اعتبار ذلك ، ففي صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام : « انه سئل عن الرجل يتقبل العمل فلا يعمل فيه، ويدفعه إلى آخر فيربح فيه ، قال (ع) : لا إلا ان يكون قد عمل فيه شيئا » . ونحوه غيره . وما في بعض الحواشي - من تفسير عبارة المتن - : بان المراد منها دفع ما اشترى من الابر والخيوط . لا يجدي في تحقيق العمل المعتبر ، مع انه مراد المصنف (ره) قطعا . نعم يصدق بذلك الغرم ، لسنكته غير كاف .

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

العمل المعين غيره لا بقصد التبرع عنه ، لا يستحق الاجرة السماة (١) وتفسخ
الاجارة حينئذ لفوات المحل ، نظير ما مر سابقا من الاجارة على قلع
السن فزال المله ، او لخياطة ثوب فسرق أو حرق .

(مسألة ٤) : الأجير الخاص وهو : من آجر نفسه على وجه يكون جميع
منافعه المستأجر في مدة معينة ، أو على وجه تكون منفعة الخاصة كالخياطة مثلا
له (٢) أو آجر نفسه لعمل مباشرة مدة معينة ، وكان اعتبار المباشرة او كونها في تلك
المدة أو كليهما على وجه الشرطية لا القيدية .. (٣) لا يجوز له ان يعمل في تلك
المدة لنفسه او لغيره بالاجارة أو الجعالة أو التبرع ، عملا ينافي حق المستأجر الا مع
إذنه . (٤) ومثل تعيين المدة تعيين أول زمان العمل ، بحيث لا يتوأن فيه الى الفراغ
نعم لا بأس بغير المنافي ، كما إذا عمل البناء لنفسه .

(١) لعدم انطباق ما في الذمة عليه إلا بالقصد ، وكذا الحكم في الدين ،
فان المدينون اذا أعطى الدائن ما يساوي الدين لا يكون وفاء الا مع قصد الوفاء .
(٢) من دون اشغال ذمته بشيء ، نظير اجارة الدابة بلحاظ منفعتها
الخاصة ، فانه لا اشتغال في ذلك لذمة الدابة ولا لذمة المؤجر ، وبذلك افترق
الثالث عنه ، فان فيه إشغال ذمته بلا تملك لمنفعته الخاصة أصلا .
(٣) كما في الثالث .

(٤) بلا خلاف فيه . بل لعلمه مجمع عليه كما في الجواهر . وقد يشير اليه
خير اسحاق : « سالت أبا ابراهيم (ع) عن الرجل يستأجر الرجل بامر معلوم ،
فيبعثه في ضيعته فيعطيه رجل آخر دراهم ، ويقول : اشتريها كذا وكذا ، فما ربحت
بيني وبينك فقال (ع) : اذا أذن له الذي استأجره فليس به بأس وان كان في
القواعد العامة كفاية ، لأنه تصرف في حق الغير وهو حرام .

أو لغيره في الليل (١) فانه لا مانع منه إذا لم يكن موجبا لضعفه في النهار . ومثل اجراء عقد أو إيقاع أو تعليم أو تعلم في أثناء الخياطة ونحوها ، لا نصراف المنافع عن مثلها (٢) هذا ولو خالف واتى بعمل مناف لحق المستأجر ، فان كانت الاجارة على الوجه الأول بأن يكون جميع منافعه للمستأجر ، وعمل لنفسه في تمام المدة أو بعضها فلمستأجر ان يفسخ ويسترجع تمام الاجرة المسماة (٣) أو بعضها (٤) أو يبقيا وإطالب عوض الفائت من المنفعة بعضا أو كلا ، وكذا ان عمل لغير تبرعا ولا يجوز له على فرض عدم الفسخ مطالبة الغير (٥) المتبرع له بالعوض ، سواء كان جاهلا بالحال ام عالما ، لأن المؤجر هو الذي اتلف المنفعة عليه دون ذلك الغير ، وإن كان ذلك الغير آمرا له بالعمل ، الا إذا فرض على وجه يتحقق معه .

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

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

(٣) لعدم التسليم الذي عليه مبنى المعاوضة .

(٤) اذا كان عمله في بعض المدة ، لسكن تقدم : أن القاعدة تقتضي عدم التبعية في الفسخ ، فلو فسخ كان له المسمى وعليه عوض البعض المستوفى .

(٥) وفي المسالك . أنه يتخير بين مطالبته من شاء منهما ، لتحقيق العدوان وهذا التعليل - مع اختصاصه بصورة علم الغير - غير ظاهر ، اذ الغير ليس متصرفا في المنفعة المملوكة لغيره كي يكون عاديا ، ومن هنا علله بعضهم بان الغير مستوف للمنفعة فعليه ضمانها ، بل قد يظهر من بعض اختصاصه بالرجوع اليه . وفي الجواهر : لا وجه للرجوع اليه مع الجهل اذ لا يزيد على من عمل له العبد بدون

صدق الغرور (١)، والا فلفروض ان المباشر للاتلاف هو المؤجر . وإن كان عمل للغير بعنوان الاجارة أو الجمالة ، فلامستأجر ان يجيز ذلك (٢) ويكون له الاجرة المسماة في تلك الاجارة أو الجمالة (٣) كما ان له الفسخ والرجوع إلى الاجرة المسماة ، وله الابقاء .

اذن مولاه ومن دون اذنه واستدعائه . وفيه : أن الحكم في العبد لو تم كان لدليله الخاص به فالمعمدة : أن الضمان اما أن يكون بالاتلاف أو باليد ، وكلاهما غير حاصل بالنسبة إلى المتبرع له ، فانه ليس متلفا لمنفعة المستأجر ولا هي تحت يده ، لأن المنافع إنما تكون تحت اليد بتبع العين ذات المنفعة ، والأجير ليس تحت يد الغير المتبرع له . وأما الضمان بالاستيفاء فلا مجال له ، لانه يتوقف على الأمر ، والمفروض عدمه .

(١) مجرد الأمر لا يوجب غرور الأجير مع تقدم الاجارة منه لنفسه ، ففرضه غير ظاهر ، ولو سلم فصدق الغرور إنما يصحح رجوع الأجير وهو الغرور إلى الغار ، ولا يصحح رجوع المستأجر عليه لعدم كونه مغرورا . وكان الأولى استثناء صورة كون الأمر موجبا للنسبة للاتلاف إلى الأمر ، وان كان التحقيق جواز الرجوع إلى الأمر ، لتحقيق الاستيفاء .

(٢) لانها معاملة وقعت على ماله من غير السلطان ، فتكون كسائر موارد الفضولي محتاجة إلى الاجازة من السلطان . واذا كانت الاجارة على مافي الذمة فهي وان لم تكن على مال الغير ، لمكنها على ما ينافي حق الغير ، فلا بد من إجازته حينئذ ، وكذا لو كان الواقع جمالة .

(٣) هذا اذا كانت الاجارة الثانية واقعة على ما وقعت عليه الاجارة الأولى ، أما مع الاختلاف ، كما لو وقعت الاجارة الثانية على مافي الذمة ، ففي استحقاق المجيز المسمى المذكور اشكال ، لعدم كونه عوضا عن ماله ، لسكون

ومطالبة عوض المقدار الذي فات (١) فيتخير بين الامور الثلاثة . وان كانت الاجارة على الوجه الثاني وهو كون منفعة الخاصة للمستأجر .. فخاله كالوجه الأول ، الا اذا كان العمل للغير على وجه الاجارة أو الجمالة ، ولم يكن من نوع العمل المستأجر عليه ، كأن تكون الاجارة واقعة على منفعة الخياطي فأجر نفسه للغير للكتابة او عمل الكتابة بعنوان الجمالة . فانه ليس للمستأجر إجازة ذلك ، لأن المفروض انه مالك لمنفعة الخياطي (٢) فليس له إجازة العقد الواقع على الكتابة فيكون مخيرا بين الامرين من الفسخ

المفروض كون الاجارة الأولى على المنفعة الخاصة ، والثانية على مافي الذمة بلا تعلق لها بالخارج . نعم في الجمالة لا يكون العمل في الذمة موضوعا ، بل العمل الخارجي المتعدد مع موضوع الاجارة السابقة ، فتكون الاجارة كافية في تملك الجمل . ولا فرق بين ان تكون الجمالة شخصية كما لو تعلقت بعمل شخص ذلك الاجير ، أو كلية كما اذا قال : من رد عبدي فله كذا ، فان الثانية منحلة إلى جمالات متعددة بتعدد الاشخاص .

(١) يعني مطالبة الاجير لما عرفت . وفي المسالك وعن القواعد : انه يتخير بين مطالبة الاجير والمستأجر ، أما الأول فلا أنه المباشر للاتلاف ، واما الثاني فلا أنه المستوفي . وهو في محله لان كلا منهما سبب في الضمان ، فيعمل بمقتضاه .

(٢) اذا فرضنا ان الاجارة الثانية منافية للاجارة الأولى ، وجب البناء على توقف صحتها على اجازة المستأجر الأول ، ولا تتوقف صحة الاجازة على كون موضوع العقد المجاز ملكا للمجيز ، فانه تصح اجازة المرتهن لبيع الرهن وان لم يكن ملكا له ، ونجوز اجازة ولي الزكاة لبيع العين الزكوية ، وان قلنا بان الزكاة حق في العين لاجزء مشاع فيها . فصحة الاجازة من المجيز لا تتوقف على كونه مالكا

واسترجاع الأجرة المسماة ، والابقاء ومطالبة عوض الفائت (١) . وإن كانت على الوجه الثالث فكالثاني ، إلا أنه لا فرق فيه في عدم صحة الاجازة : بين ما إذا كانت الاجارة أو الجمالة واقعة على نوع العمل المستأجر عليه ، أو على غيره (٢) إذ ليست منفعة الخياطة مثلاً مملوكة للمستأجر حتى يمكنه اجازة العقد الواقع عليها (٣) بل يملك عمل الخياطة في ذمة المؤجر . وإن كانت على الوجه الرابع ، وهو ككون اعتبار المباشرة أو المدة المعينة على وجه الشرطية لا القيدية ، ففيه وجهان : يمكن أن يقال : بصحة العمل للغير بعنوان الاجارة أو الجمالة ، من غير

لموضوع الاجازة . نعم انتقال الموضع اليه يتوقف على كونه مائلاً للمعوض . وعلى هذا : فإذا أجاز المستأجر الأول الاجارة الثانية واطلاق الاجازة صحت الاجارة ، ووجب على الاجير العمل بمقتضاها ، وليس للمستأجر الأول شيء ، وعليه الاجرة المسماة ، وليس له الفسخ . نعم لو لم يحجز وعمل الاجير بمقتضى الاجارة الثانية ، كان المستأجر الأول مخيراً بين الفسخ والامضاء ، كما ذكر في المتن . ثم أنه بناء على ما عرفت من الامتناع ملك المنفعتين المتضادتين ، إذا وقعت الاجارة الثانية على المنفعة المضادة لما وقعت عليه الاجازة الأولى .. يشكل القول بصحتها حتى مع إجازة المستأجر الأول ، لأنها ليست مملوكة للاجير ، فلا يمكن أن يملك عوضها .

(١) يعني مطالبة الاجير على ما عرفت .

(٢) أما اذا وقعت على غيره ، فلا أنه ليس مملوكاً بل هو مناف للمملوك له ،

وأما اذا كانت واقعة على نوعه ، فلما ذكر في المتن .

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

المجاز ملكاً للمعجز ، بل يكفي كون مقتضى العقد منافياً لحقه . وعليه لا مانع

حاجة إلى الاجازة ، وإن لم يكن جائزا من حيث كونه مخالفة للشرط الواجب العمل ، غاية ما يكون أن المستأجر خيار تخلف الشرط . ويمكن ان يقال : بالحاجة الى الاجازة ، لان الاجارة أو الجمالة منافية لحق الشرط (١) . فتكون باطلة بدون الاجازة (٢) .

من صحة الاجازة ، فيصح العقد معها ، واذا عمل بمقتضاه لا يكون للمعجز الخيار ، ويلزمه دفع الأجرة التي استحقها عليه الأجير بالاجارة الاولى . وبالجملة : اذا وقعت الاجارة الثانية على ضد العمل المستأجر عليه ، فهي غير واقعة على ملك المستأجر الاول ، لسكنها منافية لحقه فلا تصح إلا باذنه . وكذا اذا وقعت على مثله الخارجي ، فإنه مضاد لما في الذمة تضاد المثلين ، فلا تصح أيضاً إلا باذنه . وكذا اذا وقعت على مثله الذي . أما اذا وقعت على نفسه ، فقد وقعت على مال المستأجر نفسه ، فلا مجال للشبهة المذكورة . ومن هنا يظهر : أن الصور المتصورة في الاجارة الثانية خمس هي : الاجارة على مثل العمل المستأجر عليه أولا مع كونه ذمياً ، وعلى مثله الخارجي ، وعلى ضده الذي ، وعلى ضده الخارجي . والجميع مورد للاجازة ، بناء على ما ذكرنا من صحة الاجازة اذا كان العمل على العقد الثاني منافيا لحق المستأجر . الصورة الخامسة : ان تكون الاجارة الثانية واقعة على نفس العمل الذي يملكه المستأجر ، فلا مجال للاشكال الذي ذكره في المتن ، وتصح الاجازة فيه ، وإذا اجاز ملك الأجرة الثانية وعليه الأجرة الاولى للاجير ، بخلاف الصور الأربع فان الاجازة فيها لا تستوجب رجوع الأجرة الثانية اليه ، وعليه الأجرة الاولى للاجير .

(١) قد عرفت سابقا ان حق الشرط موجب لقصور سلطنة الأجير عما ينافيه ، فلو وقع المنافي كان صادراً من غير السلطان ، فيتعين القول بالبطلان بدون الاجازة .

(٢) وعليه يرجع الاجير على الممول له باجرة المثل ، لقاعدة : « ما يضمن

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

(مسألة ٦) لو استأجر دابة لحل متاع معين شخصي أو كلي على وجه التقييد ، فحملها غير ذلك المتاع أو استعمالها في الركوب ، لزمه الأجرة المسماة واجرة المثل لحل المتاع الآخراو للركوب . وكذا لو استأجر عبدا للخياطة فاستعمله في الكتابة ، بل وكذا لو استأجر حرا لعمل معين ، في زمان معين ، وحمله على غير ذلك العمل مع تعمده وغفلة ذلك الحر واعتقاده (٢) انه العمل المستأجر عليه . ودعوى : ان ليس المدابة في زمان واحد منفعتان متضادتان ، وكذا ليس للعبد في زمان واحد الا احدى المنفعتين من الكتابة او الخياطة ، فكيف يستحق اجرتهن ؟ . مدفوعة : بأن المستأجر بتفويته على نفسه ، واستعماله في غير ما بصحيحه يضمن بفاسده . وكذا في الوجه الثالث اذا كانت الاجارة واقعة على غير نوع العمل الذي ملكه عليه المستأجر الأول ، كما صرح بذلك في الجواهر (١) قد تقدم منه في المسألة الخامسة من الفصل الاول : البناء على هذا الاطلاق والاجتزاء به عن تعيين المدة مع ان المذكور في كلماتهم في مبحث القبض : أن الاطلاق يقتضي وجوب التعجيل في دفع الثمن والمثل ولا فرق بينه وبين المقام .

(٢) هذا الاعتقاد لا يتوقف عليه الضمان ، فان استيفاء المنفعة يوجب

يستحق كأنه حصل له منفعة (١) أخرى .

(مسألة ٧) لو أجر نفسه للخياطة مثلاً في زمان معين ، فاشتغل بالسكتابة للمستأجر مع عمله بانه غير العمل المستأجر عليه ، لم يستحق شيئاً اما الأجرة المسماة فلتفويتها على نفسه بترك الخياطة ، واما اجرة المثل للسكتابة - مثلاً - فليعدم كونها مستأجراً عليها ، فيكون كالمبترع بها ، بل يمكن ان يقال بعدم استحقاقه لها .

ضمانها حتى مع علم العامل بعدم الاستحقاق ، كما يأتي في الفصل الآتي .

(١) قال العلامة في القواعد : « لو سلك بالدابة الاشق من الطريق ضمن ، وعليه المسمى والتفاوت بين الاجرتين ، ويحتمل اجرة المثل وكذا لو شرط حمل قطن فحمل بوزنه حديداً » . وعلل احتمال أن المضمون أجرة المثل لا غير : بان المسمى مجعول بالعقد في قبالة المنفعة الخاصة ، وقد فأت فيفوت بفواتها . وعن جامع المقاصد : أنه الاصح . وفيه : أن فوات المنفعة لا يقتضي بطلان العقد ، وقد تقدم أنه لو بذل الأجير نفسه في المدة الميعنة فلم يستعمله المستأجر استحق الاجرة ، وكذا اذا بذل المؤجر العين المستأجرة فلم ينتفع بها المستأجر في المدة ، فان المؤجر ايضاً يستحق الأجرة ، ففوات المنفعة في المقام من قبل المستأجر لا يقتضي بطلان العقد ، كي يقتضي عدم استحقاق الاجرة المسماة . وتفصيل الكلام في هذه المسألة : أن المنافع المتضادة لما لم تكن مقدورة قدرة عرضية ، لا تمتناع اجتماع الضدين . لم تكن مملوكة ملكية عرضية ، لان القدرة على المنفعة من شرائط ملكها عند العقلاء ، ولا يصح اعتبار الملكية لها عندهم اذا لم تكن مقدورة ، فاذا كانت المنافع المتضادة غير مقدور عليها أصلاً لم تكن مملوكة أصلاً ، واذا كانت مقدورة قدرة بدلية لا عرضية كانت مملوكة ملكية بدلية لا عرضية . ولذا لم يكن اشكال عندهم في أن الغاصب لا يضمن جميع المنافع المتضادة ، وإنما يضمن واحدة منها . وهذه الملكية تحتل وجوهاً .

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

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

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

الرابع : أن يكون المملوك هو الذي يعينه المالك اذا لم يكن تعين خارجي ، وإلا كان التعين هو المملوك لا غير وان عينه المالك . ولازمه في المقام ان يكون المضمون اجرة المثل ، لانها في مقابل المنفعة المستوفاة المتعينة المملوكة ، وعدم ضمان الأجرة المسماة لانها في مقابل منفعة غير مملوكة لانها غير المتعينة ، وتعيين المالك لا أثر له مع التعين . وفي باب الغصب يضمن الغاصب ما استوفاه ولا أثر لتعيين المالك .

وقد عرفت الاشكال في الوجهين الأولين . وأما الوجه الأخير فتأباه كلمات الاصحاب في باب الغصب ، وأن الغاصب اذا استوفى منفعة وكان غيرها أعلى قيمة كان للمالك اختيار ضمان الغاصب الأعلى قيمة ، فعن موضع من القواعد : « ولو تعددت المنافع كالعبد الخياط الحائك لزمه أجره أعلاها ، ولا تجب أجره المكل . » وعن موضع آخر انه قال : « ولو انتفع بالازيد ضمن الازيد ، وان انتفع بالانقص ضمن أجره المطلق . » وعن الروضة : « لو تعددت المنافع فان أمكن فعلها جملة أو فعل أكثر من واحدة وجب أجره ما أمكن والا - كالحياكة والخياطة والكتابة - فأعلاها أجره ، ولو كانت الواحدة أعلى منفردة عن منافع متعددة يمكن جمعها ضمن الأعلى . » لسكن الظاهر ان مورد كلامه صورة عدم الانتفاع بمنفعة معينة . نعم عن المسالك : « ان استعملها في الأعلى ضمنها ، وان استعملها في الوسطى أو الدنيا أو لم يستعملها ، ففي ضمان أجره متوسطة أو الأعلى ، وجهان » ، فهذه الكلمات ونحوها كما ترى صريحة في عدم ضمان المنفعة المستوفاة ، وضمان غير المستوفاة . وهو في بادىء النظر غريب ، فانه لا اشكال ولا خلاف في ضمان المنافع المستوفاة ، فكيف ساغ البناء على عدم ضمانها وضمان غير المستوفاة ؟ .

والتحقيق ان يقال في المقام : إن المنافع المتضادة وان كانت متباينة ، لكنها مشتركة في جهة الانتفاع ، فإذا اختلفت مرتبة الانتفاع بالشدة والضعف والزيادة والنقصية ، فالأجرة على احدها بعينها قد لوحظ فيها القيد بنحو تعدد المطلوب فإذا استوفى المستأجر المساوي المبين لها كان للمالك المؤجر الخيار . فإذا استأجر الدابة ليحمل عليها كيسا فيه مقدار معين من الحنطة ، فحملها كيسا آخر مثله لم يستحق أجره اخرى ، وانما له الخيار بفوات القيد ، واذا حملها كيسا آخر فيه حنطة ضعف المقدار المعين في الاجارة ، فنصفه مستحق الاجارة

وعليه أجرة النصف الآخر، وإذا حملها كيساً آخر فيه من الحنطة نصف المقدار المعين في الاجارة ، لم يكن عليه غير المسمى ، كأنه استوفى نصف حقه . نعم ربما يكون للمؤجر الخيار لفوات القيد أيضاً وبالجملة : الذي يساعده الارتكاز العرفي ان المتباينات ملحوظة في المقام في باب الضمان مع تفاوت القيمة، من قبيل الأقل والأكثر . والقيود والخصوصيات الموجبة للتباين ملحوظة عندهم بنحو تعدد المطلوب ، فيكون الأقوى في المقام ما ذكره في القواعد من لزوم المسمى والتفاوت . ولم أقف عاجلاً على من وافق المصنف في وجوب الامرين : المسمى واجرة المثل ، وان كان له في نفسه وجه ، لكنه خلاف المرتكز العرفي ومذاق الفقهاء في باب الضمانات ، فلاحظ . وكذا الحكم في ضمان الغاصب .

ومما ذكرنا يظهر ان المحتملات في حكم المسألة أربعة : الأول : لزوم المسمى فقط ، ويقتضيه الوجه الثالث من وجوه كيفية ملك المنافع المتضادة . الثاني : لزوم أجرة المثل فقط . ومبناه بطلان العقد، إما لفوات المنفعة كما ذكر في التعليل ، أو لعدم ملكية المنفعة غير الموجودة كما يقتضيه الوجه الرابع من الوجوه السابقة ، أو لصحیح أبي ولاد الآتي . الثالث : لزوم المسمى وأجرة المثل معاً . كما هو مختار المصنف (ره) ، ويقتضيه البناء على ملكية المنافع المتضادة في عرض واحد . الرابع : أعلى القيمتين إن كانت إحدى المنفعتين أعلى قيمة ، والمسمى فقط إن لم يكن كذلك . ويقتضيه ما ذكرناه : من أن المرتكز العرفي جعل القيود الموجبة للتباين ملحوظة بنحو تعدد المطلوب ، وتكون الزيادة في المنفعة المستوفاة من قبيل الزيادة في المنفعة المسماة ، ويكون المقام نظير : ما لو استأجر الدابة واشترط عليه المالك أن يكون الحمل مقداراً معيناً لا يزيد ، فحملها أكثر منه وأزيد ، فانه يستحق المسمى واجرة الزائد لا غير ، ويكون له الخيار في الفسخ والرجوع إلى أجرة المثل . نعم قد ينافي

ذلك في باب الغصب ظاهر ما ورد من النصوص الواردة في الموارد المتفرقة ، المتضمنة لضمان الغاصب أجرة ما استوفاه مطلقاً ، وإن كان للعين المغصوبة منفعة أعلى . منها صحيح أبي ولاد المشهور : الذي قد اُكترى بغلا من الكوفة إلى قصر ابن هبيرة ذاهباً وجائياً لطلب غريم له ، فلما صار قرب قنطرة الكوفة أخبر أن غريمه توجه إلى النيل ، فتوجه نحو النيل ، فلما أتى النيل أخبر أن صاحبه توجه إلى بغداد ، فتوجه إلى بغداد ثم رجع إلى الكوفة . بل هو وارد فيما نحن فيه من استيفاء المستأجر منفعة مضادة للمنفعة المقصودة له بالاجارة ، والامام عليه السلام ضمنه كرى البغل من الكوفة إلى النيل ، ومن النيل إلى بغداد . ومن بغداد إلى الكوفة . ولم يضمنه الاجرة المسماة . ولم يجعل للعالك الاختيار لاي منفعة شاء . لكن الظاهر أن الوجه فيه ما ذكرناه : من أن الملحوظ للمكاري قطع المسافة ، فتكون نسبة المنفعة المستوفاة إلى المسماة نسبة الاكثر إلى الاقل ، لا لأجل بطلان العقد الواقع ، ولا لأن التعيين الخارجي دخيل في الملكية . وكذلك حال النصوص الأخرى فإنها أيضاً منزلة على ما ذكرناه ، ويكون المراد من النص هو المراد من تعبير الفقهاء : انه يضمن الأعلى . يعنون به انه يضمن المستوفى مع التفاوت كما انه لا يبعد أن يكون عدم تعرض النصوص - كالصحيح وغيره - لضمان المنافع غير المستوفاة التي هي أعلى قيمة . لانها منفعة غير محسبة ولا منتظرة من العين ، وحينئذ لا يدل الصحيح على عدم ضمانها مطلقاً . وإن كان هذا المعنى لا يرتبط بما نحن فيه .

والمتحصل : مما ذكرناه : أن ما ذكره في القواعد من الاحتمال الأول هو الذي يقتضيه المذاق العربي ، لكن البناء عليه ورفع اليد عن الاحتمال الثالث ، الموافق لأصل البراءة . لا يخلو من شبهة وإشكال ، وإن كان هو الاظهر ، وقد جزم به في موضع آخر من القواعد ، قال : « ولو زرع آخر من

المعين فللمالك المسمى وأرش التقصان ». وعن التحرير انه قال: له المسمى وأجرة الزيادة وهو المراد مما في القواعد كما في مفتاح الكرامة، وحكى فيه عن المبسوط: التخيير بين ذلك وبين أجرة المثل، وقال: « إنه أشبه بالصواب، - ثم قال: - وهو خيرة التذكرة وكذا الشرايع والتحرير والارشاد في باب المزارعة، قالوا: لو زرع ما هو الاضر كان للمالك أجرة المثل أو المسمى مع الأرض، والذي يقتضيه التدبر في ملاحظة السكتب الثلاثة: أن ذلك فيما لو استأجرها للزراعة أو زارع عليها، وليست مسوقة للمزارعة خاصة... إلى أن قال: وان هذه العبارة خاصة بالاجارة ». ويؤيد ذلك ما ذكره في القواعد قال: « لو عين اقتصر عليه وعلى ما يساويه، أو يقصر عنه في الضرر على اشكال »، وعن التذكرة: أن القول بان له أن يزرع ما عينه، وما ضرره كضرره أو أدون ولا يتعين ما عينه قول عامة أهل العلم، الا داود وباقي الظاهرية، فانهم قالوا: لا يجوز له زرع غير ما عينه، حتى لو وصف الحنطة بانها حمراء لم يحجز أن يزرع البيضاء. ونسبه في محكي الخلاف أيضاً إلى أبي حنيفة والشافعي وعامة الفقهاء، وعن المبسوط: أنه نسبه إلى جميع المخالفين، وعن جامع المقاصد: ان جواز العدول هو المشهور بين عامة الفقهاء، وقال أيضاً: إنه المشهور. وفي مفتاح الكرامة وجه القول بجواز العدول: بان الغالب المعروف المألوف، أن الغرض المقصود في الاجارة للمالك تحصيل الاجرة خاصة، وهي حاصلة على التقادير الثلاثة، فكلام أهل العلم مبني على الغالب المعروف ». وما ذكره الجماعة وان كان محلا للنعى، بل لا يذنبى الارتياب في خلافه، وعدم جواز التعدي عن تعيين المالك.. لكن قد يفهم منه حكم المقام بطريق الاولوية. وبالجمله اذا لاحظت كلامهم تعرف ان الارتكاز العرفي المذكور مما لا معدل عنه عندهم.

ولو كان مشتبهاً غير متعمد (١) ، خصوصاً مع جهل المستأجر بالحال .

(مسألة ٨) لو أجر دابته لحمل متاع زيد من مكان إلى آخر فاشتبهوه حملها متاع عمرو ، لم يستحق الاجرة على زيد ولا على عمرو .

(مسألة ٩) لو أجر دابته من زيد مثلاً ، فشردت قبل التسليم اليه أو بعده في اثناء المدة ، بطلت الاجارة (٢) . وكذا لو أجر عبده فأبق . ولو غصبها غاصب فإن كان قبل التسليم فيكذلك ، وإن كان بعده يرجع المستأجر على الغاصب بعوض المقدار الفائت من المنفعة (٣) ويحتمل التخيير (٤) بين الرجوع على الغاصب وبين الفسخ في الصورة الأولى (٥) وهو ما إذا كان الغصب قبل التسليم .

(مسألة ١٠) إذا أجر سفينة لحمل الحبل مثلاً من بلد إلى بلد ، فحملها المستأجر خيراً ، لم يستحق المؤجر الا الاجرة المسماة ، ولا يستحق اجرة المثل لحمل

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

(٢) يعني في باقي المدة ، لفوات المنفعة وتعمدتها ، فتكون الاجارة واقعة على مالا منفعة له .

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

(٤) هذا هو المتعين كما عرفت .

(٥) قد عرفت هناك احتمالاً في الصورة الثانية .

الحجر ، لأن اخذ الاجرة عليه حرام فليست هذه المسألة مثل مسألة اجارة العبد للخياطة ، فاستعمله المستأجر في الكتابة (١) . لا يقال : فعلى هذا اذا غصب السفينة وحملها خمرآ ، كان اللازم عدم استحقاق المالك اجرة المثل ، لأن اجرة حمل الحجر حرام . لآنا نقول : إنما يستحق المالك اجرة المثل للنافع المحللة الفائنة في هذه المدة . وفي المسألة المفروضة لم يفوت على المؤجر منفعة ، لأنه اعطاه الاجرة المسماة لحمل الخمر بالفرض .

(مسألة ١١) لو استأجر دابة معينة من زيد للركوب إلى مكان ، فاشتبهه وركب دابة أخرى له ، لزمه الاجرة المسماة للأولى ، واجرة المثل للثانية كما اذا اشتبهه فركب دابة عمرو ، فانه يلزمه اجرة المثل للدابة عمرو ، والمسماة لدابة زيد ، حيث فوت منفعتها على نفسه .

(مسألة ١٢) لو أجز نفسه لصوم يوم معين عن زيد مثلاً ، ثم أجز نفسه لصوم ذلك اليوم عن عمرو ، لم تصح الاجارة الثانية (٢) ولو فسخ الأولى بخيار

(١) تقدم فيها ماله نفع هنا فراجع

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

أو اقالة قبل ذلك اليوم. لم ينفع في صحتها ، بل ولو اجازها ثانيا ، بل لا بد له من تجديد العقد لان الاجازة كاشفة ، (١) ولا يمكن الكشف هنا لوجود المانع حين الاجارة ، فيكون نظير من باع شيئا ثم ملك بل اشكل (٢)

فصل

لا يجوز إجارة الأرض لزرع الحنطة أو الشعير ، بما يحصل منها من الحنطة أو الشعير ، لا لما قيل : من عدم كون مال الاجارة موجوداً حينئذ ، لافي الخارج ولا في الذمة ، ومن هنا يظهر عدم جواز اجارتها بما يحصل منها ولو من غير الحنطة والشعير ، بل عدم جوازها بما يحصل من ارض اخرى أيضاً .

(١) هذا لا يجدي في المنع ، إلا بناء على الكشف الحقيقي والعمدة : أن إضافة العوض إلى مالك بعينه من قوام المعاوضة ، فإذا تبدل فقد فانت المعاوضة الواقعة وتعدرت صحتها .

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

لمنع ذلك (١) : فانها في نظر العرف واعتباره بمنزلة الموجود كنفس المنفعة ، وهذا المقدار كاف في الصحة ، نظير بيع الثمار سنين . أو مع ضم الضميمة فانها لا يحمل غير الموجود موجودا ، مع أن البيع وقع على المجموع .. بل للاخبار الخاصة (٢) واما إذا آجره بالحنطة أو الشعير في الذمة لكن بشرط الاداء منها .. ففي جوازه اشكال ، والاحوط العدم (٣) لما يظهر من بعض الاخبار ، وإن كان يمكن حمله على

فصل لا يجوز اجارة الأرض

(١) هذا المنع يتم إذا كان المقصود من الدليل المنع العقلي أما إذا كان المقصود المنع الشرعي من جهة الفرر، الحاصل من الشك في الوجود أو الشك في مقدار الوجود .. فالمنع المذكور لا يرفع الفرر الحاصل .

(٢) المشتمل بعضها على النهي عن إجارة الأرض بالطعام ، وعلل في بعضها بانه غير مضمون . ففي موثق أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام : « لا تؤجر الأرض بالحنطة ولا بالشعير ولا بالتمر ولا بالاربعاء ولا بالنطاف ، ولكن بالذهب والفضة ، لأن الذهب والفضة مضمون وهذا ليس بمضمون » . وفي آخر : « بانه يلزم اجارة الحنطة بالحنطة والشعير بالشعير » . وفي ثالث : « ان كان من طعامها فلا خير فيه » . وظاهر الجميع الاختصاص بما كان منها أو من غيرها المعين ، ولم يعرف المخالف في المنع إلا ما يظهر من التبصرة والمختلف ، تبعاً لما يظهر من النافع كما قيل . لكنه مخالف لظاهر النهي المذكور الموعول عليه عند المشهور . والتعبير بقوله عليه السلام : « لا خير فيه » ، لا يصلح لصرف النهي عن ظاهره ، بل لعله ظاهر في نفسه في المنع .

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

الصورة الأولى . ولو آجرها بالحنطة أو الشعير من غير اشتراط كونها منها ، فالاقوى جوازه (١) ، نعم لا يبعد كراهته . وأما اجارتها بغير الحنطة والشعير من الجبوب (٢) ، فلا اشكال فيه ، خصوصا إذا كان في الذمة ، مع اشتراط كونه منها أولا .

(١) عملا بالتعليل بأنه غير مضمون ، المقتضي للجواز في المضمون لكن عن بعض المنع اذا كان من جنس ما يزرع فيها ، لصحيح الحلبي : « لا تستأجر الأرض بالحنطة ثم تزرعها حنطة » . ويساعده بعض التعليقات المتقدمة ، لكن المشهور على خلافه ، ولأنه يشكل العمل بالصحيح ، مع أن دلالة لا تخلو من خفاء . وأما دعوى : المعارضة للتعليل بعدم الضمان . . فغير ظاهرة ، لا مكان تعدد وجوه المنع . والعمدة : أن الخبر المشتغل على التعليل ضعيف بالارسال وغيره ، فلا مجال للاعتداد عليه . مضافا إلى معارضته بخبر الهاشمي ، عن أبي عبد الله عليه السلام : « سألت عن رجل استأجر من السلطان من أرض الخراج ، بدرهم مساة أو بطعام مسمى ، ثم آجرها وشرط لمن يزرعها ان يقاسمه النصف أو أقل من ذلك أو أكثر ، وله في العوض بعد ذلك فضل ، أيصلح له لذلك ؟ قال عليه السلام : نعم اذا حفر لهم نهرا . . . الحديث » فتأمل .

(٢) في خبر أبي بصير المتقدم ذكر التمر مع الحنطة والشعير ، ومقتضاه المنع فيه ، بل مقتضى التعليل بعدم الضمان اطراد المنع في كل ما يخرج منها ، وان كان ظاهر بعض : الاختصاص بالحنطة والشعير . ووجهه غير ظاهر ، لعموم التعليل في النص ، وعموم ما ذكره في وجه المنع اشار اليه المصنف (ره) في صدر المسألة ، ولذا كانت عباراتهم مطلقة . قال في القواعد في كتاب المزارعة : « تجوز إجارة الأرض بكل ما يصلح أن يكون عوضا في الاجارة ، وان كان طعاما إذا لم يشترط انه مما يخرج من الأرض » . وقال في مفتاح السكرامة : « لانه لا يجوز

(مسألة ١) لا بأس باجارة حصة من ارض معينة مشاعة ، كما لا بأس باجارة حصة منها على وجه السكلي في المعين ، مع مشاهدتها على وجه يرتفع به الفرر . وأما اجارتها على وجه السكلي في الذمة فمحل اشكال ، بل قد يقال : بعدم جوازها لعدم ارتفاع الفرر بالوصف ، ولذا لا يصح السلم فيها . وفيه : انه يمكن وصفها على وجه يرتفع ، فلا مانع منها إذا كان كذلك .

(مسألة ٢) يجوز استئجار الأرض لتعمل مسجداً لأنه منفعة محالة (١) ، وهل يثبت لها آثار المسجد : من حرمة التلويت ودخول الجنب والحائض ونحو ذلك . . ؟ ، قولان اقواهما عدم (٢) نعم إذا كان قصده عنوان المسجدية لا مجرد

اشتراط كونه مما يخرج منه ، كما في الخلاف ، والمبسوط ، والسرائر ، والمختلف ، والتنقيح ، وجامع المقاصد ، ولا يصح ، كما في إيضاح النافع ، والكتاب ، ويكون حراما ، كما في التذكرة . . . » إلى آخر ما حكاه من عباراتهم . وحينئذ فنفى الاشكال في المتن غير ظاهر ، لامن حيث النص ولا من حيث الفتوى .

(١) خلافا لابي حنيفة ، لأن فعل الصلاة لا يجوز استحقاقه بمقد الاجارة ، فلا تجوز الاجارة لذلك . وفيه : انه لا ملازمة بين بطلان الاجارة على الصلاة ، وبطلان اجارة المكان للصلاة ، لأن الاجارة على الصلاة تقتضي لزوم الصلاة ، واجارة المكان للصلاة لا يقتضي لزوم الصلاة . مضافا إلى ان استحقاق الصلاة ولزومها بالاجارة لا يقتضي بطلانها ، كما في صلاة الأجير .

(٢) كما عن جامع المقاصد ، لأن المسجد اسم للموقوف مؤبدا لذلك . وعن الاردبيلي : دعوى كون المسجد أعم من الموقوف مؤبدا وغيره كالمقام ، خصوصا في المدة الطويلة كاثثة سنة . لاسكنه كما ترى مخالف لظاهر الاتفاق على اعتبار التأييد ، كما يظهر من كلماتهم في الصلاة ، مع ان الشك في ذلك كاف في

الصلاة فيه (١) ، وكانت المدة طويلة ككائة سنة أو أزيد ، لا يعد ذلك لصدق المسجد عليه حينئذ .

(مسألة ٣) يجوز استئجار الدراهم والدنانير لازينة (٢) أو لحفظ الاعتبار ، أو غير ذلك من الغوائد التي لا تنافي بقاء العين .

عدم ترتب الاحكام للأصل . وإطلاق أدلتها يسقط عن الحجية ، إذ ليس المراد منه المعنى اللغوي ضرورة ، بل المراد منه مفهوم شرعي ، فمع الشك في حصوله يرجع إلى أصالة عدم ترتب الأثر .

(١) لا اشكال في أن عنوان المسجد من العناوين القائمة بنفسها ، لا ترتبط بفعل المكلف ، ولذا لو خرب المسجد لم تبطل مسجديته وإن تعذرت الصلاة فيه ، بخلاف ما لو خرب المكان الذي وقف على أن يكون مصلى ، فإنه إذا تعذرت الصلاة فيه فقد تعذرت المنفعة المقصودة من الوقف ، فتبطل وقفيته . ثم إنه إذا اعتبر الدوام في المسجدية ، فلا مجال للإجارة المذكورة ، وإن لم يعتبر لا حاجة إلى اعتبار أن تكون المدة طويلة .

(٢) كما صرح به في الشرايع وغيرها . وعن مجمع البرهان : « لاشك فيه لو حصل نفع مقصود محل ، لإطلاق أدلة الإجارة » . وهو في محله . أما إذا لم يكن لها نفع كذلك فلا ينبغي التأمل في البطلان ، لأن أكل الإجارة حينئذ يكون اكلا للمال بالباطل . وفي الجواهر : « واحتمال عدم الجواز حتى مع تحقق المنفعة ، للشك في تناول مثل ذلك . . في غير محله ، كاحتمال عدم جواز إيجارتهما لعدم صحة وقفهما ، وعدم ضمان منفعتهما لو غصبا ، وفيه أولا . . » إلى آخر ما ذكر في الاشكال : من منع الملازمة ، ومنع عدم جواز الوقف ، ومنع عدم الضمان .

(مسألة ٤) يجوز استئجار الشجر لفائدة الاستغلال ونحوه (١) كربط الدابة به ، أو نشر الثياب عليه .

(مسألة ٥) يجوز استئجار البستان لفائدة التزهة ، لأنه منفعة محللة عقلائية .

(مسألة ٦) يجوز الاستئجار لحيازة المباحات (٢) كالاخطاب والاحتشاش

والاستقاء . فلو استأجر من يحمل الماء له من الشط مثلاً ، ملك ذلك الماء بمجرد حيازة السقاء ، فلو اتلفه متلف قبل الايصال إلى المستأجر ضمن قيمته له ، وكذا في حيازة الخطب والحشيش . نعم لو قصد المؤجر كون المحوز لنفسه ، فيحتمل القول بكونه له (٣) ، ويكون ضامناً للمستأجر عوض ما فوته عليه من المنفعة ، خصوصاً (٤) إذا كان المؤجر آجر نفسه على وجه يكون تمام منافعه في اليوم الغلافي للمستأجر ، أو يكون منفعته من حيث الحيازة له ، وذلك لا اعتبار النية في التملك بالحيازة والمفروض انه لم يقصد كونه للمستأجر ، بل قصد نفسه ويحتمل القول بكونه للمستأجر ، لأن المفروض ان منفعته من طرف الحيازة له ، فيكون نية كونه لنفسه لغوا .

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

(٢) هذه المسألة مذكورة في الشرائع في أو آخر كتاب الشركة ، وقد

اختار فيها الجواز . وفي القواعد قال « في جواز الاستئجار على الاخطاب أو الاحتشاش أو الالتقاط نظر ، ينشأ من وقوع ذلك للمؤجر أو المستأجر » .

(٣) هذا يتم حتى على القول بتبعية المحاز للحيازة في الملكية ، اذا كان

المستأجر عليه في الذمة ، لأن انطباق مافي الذمة على مافي الخارج يحتاج إلى قصد ، وان انحصر في فرد ، ولا يكون قهرياً وان كان ذلك في السكلي الخارجى .

(٤) راجع إلى الضمان .

والمسألة مبينة على ان الحيازة (٥)

(٥) الوجوه المتصورة بدواً في سببية الحيازة للملك ثلاثة: الأول: ان تكون سبباً لملك الحائز مباشرة، وهو من قامت به الحيازة مطلقاً، سواء قصد نفسه أم غيره أم لم يقصد. الثاني: أن تكون سبباً لملك من كانت له الحيازة، فيكون المحاز تابعاً لها في الملكية، تبعية الثمرة للشجرة، والحمل للدابة، والنماء لذي النماء، مطلقاً أيضاً. الثالث: أن تكون سبباً لملك من جعلت له ولو تبرعاً، فتكون سببيتها متقومة بالقصد، فان قصد الحائز بها نفسه ملك هو المحاز، وان قصد غيره ملك غيره المحاز، وان لم يقصد أصلاً لم يملك المحاز مالك، وبقي على اباحته الأصلية.

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

نعم تختلف في أمر آخر، وهو ملكية المحاز للمستأجر: فعلى الأول لا يملكه المستأجر مطلقاً، وانما يملكه الأجير الحائز. وعلى الثاني يملكه المستأجر مطلقاً، اذا كانت الاجارة واقعة على المنفعة الخاصة وحدها أعني منفعة الحيازة أو مع غيرها بان كان جميع منافعه ملحوظة في الاجارة، فان الحيازة على هذا تكون ملكاً للمستأجر فيتبعها المحاز. وأما اذا كانت واقعة على مافي الذمة، فان قصد الأجير تشخيص مافي ذمته الواجب عليه بالاجارة.. كانت الحيازة الخارجية

ملكاً للمستأجر فيتبعها المحاز، أما إذا لم يقصد ذلك ، بل قصد نفسه ، كان المحاز له ، ويكون قد فوت العمل المستأجر عليه على المستأجر ، فيرجع المستأجر عليه بأجرة المثل لو لم يفسخ ، أو بالمسمى إذا كان قد فسخ ، وعلى الثالث مقدمة الاجارة لتملك المحاز، تتوقف على وقوعها على الحيازة بقصد كونها للمستأجر، إذا لو وقعت على نفس فعل الحيازة مطلقاً استحق الأجير الأجرة ولو قصد نفسه، ويكون هو المالك حينئذ للمحاز ، فالاجارة إنما يترتب عليها تملك المستأجر للمحاز ، إذا وقعت على الحيازة بنحو خاص ، اعني بقصد كونها للمستأجر . وحينئذ فان قصد الحائز ذلك استحق الأجرة ، وكان المحاز للمستأجر ، وان قصد نفسه كان المحاز له دون المستأجر ، من دون فرق بين وقوع الاجارة على منفعته الخاصة ووقوعها على مافي الذمة ، وحينئذ يستحق المستأجر عليه المسمى أو أجرة المثل كما سبق . وكذا لو لم يقصد شيئاً ، لكن في هذه الصورة يبقى المحاز على اباحته الاصلية .

ثم إن الوجهين الآخرين يمكن ارجاع ثانيهما إلى أو لهما، بناء على أنه يكفي في ملكية العمل صدوره عن فاعله بقصد انه لزيد مثلاً، فيكون ملكاً لزيد بمجرد ذلك فانه على هذا المبنى تكون ملكية المقصود للمحاز تابعة لملكية الحيازة، فالمتبرع عن غيره بالحيازة يملكها للمتبرع عنه ، فيملك المتبرع عنه المحاز ، كما يملك نفس الحيازة بالتبرع عنه فيها . فالحيازة تارة: تملك بعقد الاجارة للمستأجر . وأخرى: يملكها المتبرع عنه بالتبرع من الحائز عنه ، فيملكها المتبرع عنه بذلك التبرع الراجع إلى فعلها بقصد كونها لغيره ، فتكون حال وقوعها ملكاً للمتبرع عنه فيتبعها المحاز . فالبناء على الثالث أيضاً راجع إلى تبعية المحاز للحيازة في الملكية . نعم اذا كانت منفعة الحيازة مملوكة على الحائز بالاجارة ، لا سلطنة له على جعلها لغير المستأجر المالك لها . نعم بين الوجهين فرق من جهة أخرى ،

تظهر بالتأمل فيما ذكرنا .

وكيف كان : لا ينبغي التأمل في أن الرجوع إلى المرتكز العرفي، الذي هو المعيار المأثور بين ما تدخله النيابة والوكالة ومالا تدخله . . يقتضي البناء على كون العناوين المذكورة في المتن مما تدخله النيابة ، فإنها عند العرف كذلك . بل التسالم على كون القبض مما تدخله النيابة ، في كل مورد كان موضوعا لحكم شرعي . . يقتضي البناء عليه هنا ، لأنها من أنواعه وأنحاءه ، فيبطل الوجه الأول هذا ولأجل أن اعتبار النيابة عند العقلاء إنما يصح فيما إذا كان للمنوب فيه أثر يترتب عليه ، وإلا لم يكن للنيابة معنى ، ولا مجال لاعتبارها عند العقلاء ، فيكون بناؤهم على صحة النيابة في هذه العناوين كاشفا عن كونها موضوعا للأثار مطلقا ، فيتعين الوجه الثاني الذي هو ثالث الوجوه المذكورة في المتن ، و يترتب عليه ما عرفت من أنه إذا استأجره بلحاظ المنفعة الخاصة - أعني منفعة الحيازة - كان المحاز ملكا للمستأجر ، تبعاً للملكية الحيازة ، وإن قصد الاجير الحيازة عن نفسه أو عن غير المستأجر ، لعدم نفوذ قصده لمكونه تصرفاً في ملك المستأجر ، كما لو حاز العبد بقصد غير مولاه . وفي الشرايع في كتاب الشركة قال : « إذا استأجره للاحتطاب أو الاحتشاش أو الاصطياد مدة معينة ، صحت الاجارة ، ويملك المستأجر ما يحصل في تلك المدة . » لكن قال في كتاب الوكالة : « إن الأمور المذكورة لا تقبل النيابة » ، وأشكل عليه : بأن البناء على أنها لا تقبل النيابة يقتضي المنع من صحة الاجارة عليها . وفي الجواهر دفع الاشكال : « بأنه قد يمنع التلازم ، ويكون حينئذ ملك المباح في الفرض من توابع ملك العمل بالاجارة ، وهو غير التملك بالنيابة في الحيازة . . ثم قال : فتأمل . » ولعله أشار بالأمر بالتأمل ، إلى أنه إذا لم تقبل العناوين المذكورة اختصت آثارها بالمباشر ، فيكون المباح ملكاً له ، فإذا بني على كونه ملكاً للمالك الحيازة وإن لم يكن هو

المباشر . . كان ذلك قولاً بقبولها للنيابة ، إذ ليس المراد من كونها قابلة للنيابة إلا هذا المعنى ، بأن يكون الأثر لغير المباشر .

ثم انه قد استدلل على الوجه الأول من الوجوه التي ذكرناها ، بما دل على أن من حاز ملك . فإن المضمون المذكور وإن لم يرد به نص بلفظه ، فقد ورد ما يدل على معناه مثل قوله عليه السلام : « لبيد ما أخذت وللمين ما رأت » . وفيه : أنه إذا كانت المرتكزات العرفية قاضية بقبولها للنيابة ، فقد صدق ذلك بالنسبة إلى المنوب عنه ولا يصدق بالنسبة إلى النائب ، كما يظهر من ملاحظة نظائره . فإذا ورد : « من صلى ركعتين فله كذا ، وقلنا بقبول الصلاة للنيابة ، كانت الصلاة الواقعة من النائب منسوبة إلى المنوب عنه ، لا إلى النائب ، مثل : من باع أو تزوج أو قبض وغيرها . ونظير المقام باب إحياء الموات ، فإن قولهم عليه السلام : من أحيا أرضاً مواتاً فهي له وإن كان مقتضى الجود على عبارته تملك من قام به الإحياء ، لكن ما دل على قبول الإحياء للنيابة يقتضي عمومها للمباشرة والنيابة ، لأن فعل النائب فعل المنوب عنه ، فمن أحيا عن غيره كان غيره المحي لا المباشر ، نظير قوله عليه السلام : « من بنى مسجداً ولو كفح حصاً قطاة بنى الله له بيتاً في الجنة » ، فإن الأثر المذكور يكون لمن ملك البناء ولو لم يباشر . نعم هنا شيء وهو : أن ملك الحيازة هل يحصل بمجرد نية المباشر عن غيره كما يحصل بعقد الإجارة ، أو لا ؟ . فيه اشكال ، ومقتضى أصالة عدم ترتب الأثر عدمه ، بل العدم مقتضى قاعدة السلطنة على النفس . ومن ذلك يشكل البناء على عموم صحة النيابة ولو تبرعاً .

والمتحصل مما ذكرنا : أن مقتضى الجود على ما تحت مفاد الأدلة الأولية هو عدم صحة النيابة في أمثال المقام ، وإن الحاز ملك للحائز مباشرة ، وبعد ملاحظة ما دل على قبول مثل ذلك للنيابة ، والجمع بينه وبين الأدلة الأولية . . يتعين البناء على أن الحاز ملك للمالك الحيازة ، لا من قامت به الحيازة ، نظير :

« من أحبي أرضاً » « ومن بنى مسجداً ». وهذا الملك تارة : يكون بالاجارة ، واخرى : يكون بغيرها من جمالة ونحوها ، وقد يكون بالامر بها مجاناً ، فيحوز المأمور بنية ملك الأمر . أما تبرع الحائز بدون إذن من حازله فلا أثر له في الملك ، لما عرفت من انه خلاف قاعدة السلطنة ، بل قد يشكل حصوله بمجرد الأمر بالحيازة مجاناً ، لعدم الدليل على حصول الملك بمجرد ذلك . وقبول الحيازة للنيابة لا يقتضي ذلك ، لأن القابلية أعم من الفعلية ، فالملك لم يقم دليل على النفوذ يكون المرجع أصالة عدم ترتب الأثر . اللهم إلا ان يدخل ذلك في الهبة ، فيدل على ترتب الأثر مادل على نفوذ الهبة ، فتأمل .

ثم انه هل يعتبر في ملك الحائز لما حاز نية التملك ، أولاً يعتبر ذلك ؟ في الشرائع : « قيل : لا ، وفيه تردد » . وفي القواعد : « فيه اشكال . وصريح المبسوط في كتاب احياء الموات اعتبارها ، قال فيه : لأن المحي إنما يملك بالاحياء اذا قصد تملكه » . وتبعه عليه جماعة ، منهم الشهيد في الدروس ، وجزم في الجواهر في كتاب احياء الموات وغيره بعدم الاعتبار ، وقال في كتاب الشركة : « يمكن دعوى السيرة ، بل الضرورة على خلاف ذلك (يعني ما ذكره في المبسوط) في مفتاح الكرامة : « الاقرب الاعتبار » ، وذكر أنه قد استدل عليه : بالاخبار المستفيضة الواردة فيما يكون في جوف السمكة مما يكون في البحر ، وبالا جماعين الظاهرين من التذكرة والمختلف المعتضدين بالشهرات . واستدل له في جامع المقاصد بما تكرر في فتوى الاصحاب ، من أن ما يوجد في جوف السمكة مما يكون في البحر يملكه المشتري ولا يجب دفعه إلى البائع ؛ يعني انه لو لم تعتبر النية لكان للبائع لكونه حائزاً ، ولا وجه لان يكون للمشتري . وفيه : أن الظاهر أن البائع باع تمام ما حازه ، وان كان يعتقد أنه سمكة فقط ، فالخطأ يكون في التطبيق لا غير . ثم إن ما ذكره من الفتوى قد تضمنتها جملة

من الاسباب القهرية لتملك الحائز (١) ولو قصد الغير ، ولازمه عدم صحة الاستئجار لها ، أو يعتبر فيها نية التملك ودائرة مدارها ، ولازمه صحة الاجارة ، وكون المحوز لنفسه إذا قصد نفسه وإن كان اجيراً للغير ، وايضا لازمه عدم حصول الملكية له إذا قصد كونه للغير ، من دون ان يكون اجيراً له أو وكيلاً عنه ، وبقاؤه على الاباحة إلا اذا قصد بعد ذلك كونه له ، بناء على عدم جريان التبرع في حيابة المباحات والسبق إلى المشتريات ، وان كان لا يبعد جريانه . أو انها

من النصوص ، ذكرها في الوسائل في كتاب اللقطة ، فراجعها . ودلتها على اعتبار نية التملك غير ظاهرة ، وان استدل بها في مفتاح الكرامة . هذا وفي الجواهر قوى اعتبار قصد الحيابة في حصول الملك ، فمن حول تراباً أو حجراً عن طريق ، بقصد التمكّن من العبور عنه ، لا يملكه . وكأنه لانصراف الأدلة عن مثل ذلك ، وهو غير بعيد ، ولا سيما مع موافقته للسيرة . وأظهر منه صورة : ما إذا لم يتحقق القصد أصلاً ، كما في حيابة النائم ونحوه .

(١) الظاهر من العبارة - بقرينة ما يأتي من قوله: أو أنها من الاسباب القهرية . . . الخ - أن المراد من كونها من الاسباب القهرية : أنها توجب تملك المباشر ، الذي هو الوجه الأول من الوجوه التي ذكرناها في الحاشية السابقة . لكن هذا المبني لا يترتب عليه شيء من الاحتمالين السابقين ، إذ الاحتمال الثاني وهو كون المحاز للمستأجر لا وجه لترتبه عليه . وأما الاحتمال الأول فهو وان كان يترتب في الجملة ، لكن من بعض آثار ذلك الاحتمال أن يكون ضامناً للمستأجر ، ولا وجه لترتبه على هذا المبني ، لان لازم المبني - كما ذكر - عدم صحة الاجارة ، فلا وجه لضمان المستأجر ، وأيضاً لازم هذا المبني تملك الحائز المحاز مطلقاً قصد نفسه أو غيره ، وأيضاً فإن القول بان المحاز ملك للمستأجر

من الاسباب القهرية لمن له تلك المنفعة ، فان لم يكن اجيرا يكون له ، وإن قصد الغير فضولا ، فيملك بمجرد قصد الحيازة ، وإن كان اجيرا للغير يكون لذلك الغير قهرا ، وإن قصد نفسه أو قصد غير ذلك الغير (١) . والظاهر عدم كونها من الاسباب القهرية مطلقا ، فالوجه الأول غير صحيح ، ويبقى الاشكال في ترجيح احد الاخيرين ، ولا بد من التأمل (٢) .

(مسألة ٧) يجوز استئجار المرأة للارضاع (٣) ، بل الرضاع بمعنى

لا يترتب على شيء من المبنيين . وبالجمل : ابتناء القولين السابقين على المبنيين المذكورين غير ظاهر .

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

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

(٣) بلا اشكال ظاهر ، وهو المتيقن من معقد الاجماع على الجواز في المسألة ، وتقضيته عمومات الصحة ، لان الارضاع من المنافع ذات المالية التي يبذل المال بازائها عند العقلاء . والقرآن المجيد شاهد بذلك لقوله تعالى : « فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن » فلا مانع من أخذ العوض بازائه . وأما الاجارة للرضاع ، فالقول بجوازها محكي عن جماعة ، وهو ظاهر الشرائع وغيرها ، مما عبر فيه بجواز الاستئجار للرضاع ، لكنه مشكل كما أشار إلى وجهه غير واحد ، منهم جامع المقاصد ، لأن الاجارة مشروعة لنقل المنافع لا الأعيان ، واللبن من الثانية ، بل يظهر من محكي التذكرة الاجماع على الفساد فيه ، وأنه يتم على قول المخالفين

الانتفاع بلبنها (١) وإن لم يكن منها فعل مدة معينة . ولا بد من مشاهدة الصبي الذي استؤجرت لارضاعه لاختلاف الصبيان ويكفي وصفه على وجه يرتفع الغرر . وكذا لا بد من تعيين المرضة شخصاً أو وصفاً على وجه يرتفع الغرر . نعم لو استؤجرت على وجه يستحقق منافعها اجمع التي منها الرضاع ، لا يعتبر حينئذ مشاهدة الصبي أو وصفه (٢) ، وإن اختلفت الاغراض بالنسبة إلى مكان الارضاع لاختلافه من حيث السهولة والصعوبة والوثاقة وعدمها . . لا بد من تعيينه ايضا .

من أن الاجارة قد تكون لنقل (الاعيان) . اللهم أن يقال : إن الارضاع من المرأة من قبيل المعنى مقابل اللبن ، يمكن تملكه بالاجارة .

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

(٢) كما نص على ذلك في الجواهر . وكأنه لعدم كونه موضوعاً للاجارة ، كما لو استأجر الدابة بجميع منافعها ، فإنه لا يعتبر في صحتها ذكر الحمل فضلاً عن مقداره ، لأن الغرر مرتفع بذكر المدة ، والرجع في كيفية الانتفاع هو المتعارف . ومن ذلك يظهر انه إذا استأجر الدابة للحمل والمرأة للارضاع ، لم يحتاج إلى تعيين الحمل أو المرتضع ، لأن المتعارف كاف في رفع الغرر ، بخلاف ما لو استأجر الدابة لحمل شيء معين ، أو المرأة لارضاع طفل معين ، لأن خصوصية المنفعة لما كانت يختلف الغرض والقيمة باختلافها . . كان الجهل بها موجبا للغرر ، فعدم الحاجة إلى تعيين الصبي لا يختص بصورة اجارتها بلحفاظ جميع المنافع ، فإنه إذا استأجرها لخصوص الارضاع لا يحتاج أيضاً إلى تعيين الصبي .

(مسألة ٨) إذا كانت الامرأة المستأجرة مزروجة ، لا يعتبر في صحة استئجارها إذنه (١) ، مالم يناف ذلك لحق استمتاعه . لأن اللبن ليس له (٢) فيجوز لها الارضاع من غير رضاه . ولذا يجوز لها اخذ الأجرة من الزوج على ارضاعها لو لده (٣) ، سواء كان منها أو من غيرها . نعم لو نافي ذلك حقه لم يجوز إلا بإذنه ، ولو كان غائبا فأجرت نفسها للارضاع فحضر في اثناء المدة ، وكان على وجه ينافي حقه . . انفسخت الاجارة بالنسبة إلى بقية المدة .

(مسألة ٩) لو كانت الامرأة خلية فأجرت نفسها للارضاع أو غيره من الاعمال ، ثم تزوجت . . قدم حق المستأجر على حق الزوج في صورة المعارضة ، حتى انه اذا كان وطؤه لها مضرا بالولد منع منه (٤) .

(مسألة ١٠) يجوز للمولى اجبار امته على الارضاع (٥) إجارة أو تبرعا ، فنة كانت أو مدبرة أو ام ولد . واما المكاتبه المطلقة فلا يجوز له

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

(٢) وكذا الارضاع والارتضاع .

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

(٤) في القواعد : « للزوج الوطء وان لم يرض المستأجر » . وكأ انه منزل على صورة عدم الضرر .

(٥) لأنه مملوك له تبعاً لملك الامة ، فلا يجوز التصرف فيه بغير اذنه .

إجبارها (١) بل وكذا المشروطة. كما لا يجوز في المبيعة (٢)، ولا فرق بين كونها ذات ولد يحتاج إلى اللبن أولا ، لا يمكن إرضاعه من لبن غيرها .

(مسألة ١١) لا فرق في المرتضع بين أن يكون معينا أو كليا ، ولا في المستأجر بين تعيين مباشرتها للإرضاع أو جعله في ذمتها: فلو مات الصبي في صورة التعيين أو المرأة في صورة تعيين المباشرة . . انفسخت الاجارة . بخلاف ما لو كان الولد كليا أو جعل في ذمتها ، فانه لا تبطل بموته أو موتها الا مع تعذر الغير من صبي أو مرضعة .

(مسألة ١٢) يجوز استئجار الشاة للبنها (٣) والاشجار للانتفاع بأثمارها (٤) والآبار للاستقاء (٥) ونحو ذلك ، ولا يضر كون الانتفاع فيها بالانلاف الاعيان ،

(١) لخروجها عن سلطنته للاجماع على انقطاع سلطنة الولي عن مال المكاتب بغير الاستيفاء ، من غير فرق بين المكاتب المطلق والمشروط .
(٢) للاشتراك بينهما وبينها .

(٣) المشهور في الشاة - كما قيل - المنع . وعن بعض الجواز ، اعتمادا على مصححة ابن سنان « عن رجل دفع إلى رجل قيمة سمن ودراهم معلومة ، لئكل شاة كذا وكذا في كل شهر . قال ^{الشافعي} : لا بأس بالدراهم ، أما السمن فلا أحب ذلك ، إلا أن تكون حوالب فلا بأس » . ونحوها رواية الحلبي . لكنها غير ظاهرتين في الاجارة فالمرجع القواعد المقتضية للمنع .

(٤) قيل : لا خلاف - ظاهرا - في فساد الاجارة . ويقتضيه ما تقدم في الاستئجار للرضاع .

(٥) عن موضع من التذكرة وعن الايضاح القول بالجواز ، بدعوى أن المملوك في الاجارة منفعة البئر ، وان أدى استيفاءها إلى اتلاف العين . وفيه :

لأن المناط في المنفعة هو العرف، وعندم يعد اللبن منفعة للشاة، والتمر منفعة للشجر، وهكذا. ولذا قلنا بصحة استئجار المرأة للرضاع وإن لم يكن منها فعل (١)، بأن انتفع بلبنها في حال نومها، أو بوضع الولد في حجرها وجعل ثديها في فم الولد من دون مباشرتها لذلك. فما عن بعض العلماء من اشكال الاجارة في المذكورات، لأن الانتفاع فيها باتلاف الاعيان، وهو خلاف وضع الاجارة... لا وجه له (٢)

أنه لا يظهر للبئر منفعة غير الانتفاع باتلاف مائها، ولذا كان المختار للقواعد وموضع من التذكرة وعن جامع المقاصد المنع، وهو في محله كما يأتي.

(١) قد عرفت إشكاله في شرح المسألة السابقة، وان الارتضاع من المرأة نحو منفعة لها خصوصية زائدة على الانتفاع باللبن، فان انتفاع الطفل باللبن حين ما يوضع في كأس ويشرب، غير انتفاعه به حين ما يشرب بنحو الارتضاع، ولذا كان الأول غير محرم والثاني محرماً للنكاح. وكأن ما ذكرناه في كتاب (نهج الفقاهة) من عدم صحة اجارة المرأة للرضاع... ناشى عن غض النظر عن ذلك، كما قد يتفق كون المقصود مجرى الانتفاع. باللبن ولو بالشرب من كأس لا خصوص الارتضاع من الثدي.

(٢) بل له وجه ظاهر، لأن الاجارة عرفاً - كما عرفت في اول الكتاب - وإن كانت واقعة على العين، لكن في حاقها المعاوضة على المنفعة فتكون الأجرة في مقابل المنفعة: واللبن والماء والتمر في الموارد المذكورة أعيان لا منافع، فلا تكون المعاوضة عليها من قبيل الاجارة. ودعوى: أنها وإن كانت أعياناً، لكنها بالإضافة إلى الاعيان التي وقعت عليها الاجارة منافع، فان منفعة الشاة لبنها ومنفعة الشجرة ثمرها ومنفعة البئر ماءؤها، فالامور المذكورة أعيان في انفسها ومنافع لغيرها، فلا مانع من ايقاع الاجارة على أصلها بلحاظها. مندفعة: بأن المنفعة الملحوظة في المعاوضة في الاجارة يراد بها ما هو مقابل العين، فانهم

(مسألة ١٣) لا يجوز الاجارة لاتيان الواجبات العينية (١) ، كالصلوات الخمس والكفائية كتغسيل الاموات وتكفينهم والصلاة عليهم ، وكتعليم القدر الواجب من اصول الدين وفروعه . والقدر الواجب من تعليم القرآن كالحمد وسورة منه ، وكالقضاء والفتوى ونحو ذلك . ولا يجوز الاجارة على الاذان (٢) . نعم لا بأس بارتزاق القاضي والمفتي والمؤذن من بيت المال ، ويجوز الاجارة لتعليم

ذكروا: أن البيع تملك الاعيان، والاجارة تملك المنافع. فالمنافع يراد بها ما يقابل العين فلا تنطبق على العين، والا لجازت اجارة الشاة بلحاظ سخلها، والجارية بلحاظ ولدها، والبذر بلحاظ الزرع، وكذا في جميع موارد التوالد، فيكون الفرق بين البيع والاجارة: أن البيع يقع على ما هو مقصود بنفسه في المعاوضة، والاجارة تقع على ما هو مقصود لغيره فيها وان كان عينا، ويكون باب بيع الثمار من قبيل اجارة الاشجار، فيناسب ذكره في باب الاجارة. ولاجل ما ذكرنا صح أن يضاف الاجر إلى ذي المنفعة، فيقال: أجر الاجير وأجرة الدار وأمثال ذلك، لتكون المنفعة قائمة بالعين المستأجرة ولو كانت المنفعة عينا لم يحسن ذلك ومثلها دعوى: أن المنفعة الملحوظة في اجارة الشجر ليست الثمر بل الانتفاع بالثمر، وهو من قبيل المعنى لا العين. وجه الاندفاع: أن الانتفاع بالثمر ليس منفعة للشجر بل للثمر نفسه، فلا يرتبط باجارة الشجر.

(١) قد تكرر التعرض لذلك في هذا الشرح، وقد تقدم في مبحث القراءة في الصلاة الوجوه المستدل بها على المنع، والمناقشة فيها، وأن العمدة في دعوى المنع: اليقين بوجود حصولها مجانا فراجع.

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

الفقه والحديث والعلوم الادبية وتعليم القرآن - (١) ، ما عدا المقدار الواجب - ونحو ذلك .

(مسألة ١٤) يجوز الاجارة لـكنس المسجد والمشهد وفرشها واشعال السراج ، ونحو ذلك (٢) .

(مسألة ١٥) يجوز الاجارة لحفظ المتاع أو الدار أو البستان مدة معينة عن السرقة والاتلاف . واشتراط الضمان لو حصلت السرقة أو الاتلاف ولو من غير تقصير (٣) فلا بأس بما هو المتداول من اشتراط الضمان على الناطور إذا ضاع

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

(٢) لما عرفت ، فلا يكون أكل الأجرة اكلا للمال بالباطل .

(٣) يعني شرط نفس الضمان على نحو يكون من شرط النتيجة . وقيل بعدم صحة ذلك ، فلا يصح إلا اذا كان بنحو شرط الفعل يعني تدارك الخسارة ، بناء على عدم ضمان الأمين . فإنه اذا كان الشرط بنحو شرط النتيجة ، يكون الشرط مخالفاً للكتاب فيبطل ، وما في خبر اسحاق بن عمار ، من ضمان الأجير اذا كان أجيراً على الحفظ . . محمول على صورة اشتراط تدارك الخسارة ، لا الضمان بمعنى النتيجة كما هو ظاهره عند الاطلاق ، إذ بعد عدم امكان الاخذ باطلاقه لمخالفته للاجماع ، لا يتعين حمله على صورة اشتراط الضمان بمعنى النتيجة ، بل من الجائز حمله على صورة اشتراط الضمان بمعنى شرط الفعل ، بل هو الممتنع لأن الأول شرط يخالف للكتاب . هذا وقد تقدم - في فصل أن العين المستأجرة أمانة - الكلام في ذلك ، وان قاعدة عدم ضمان الأمين لا تقتضي كون شرط الضمان بمعنى النتيجة مخالفاً للكتاب . والعمدة في المنع كون شرط النتيجة في نفسه غير معقول ، فراجع .

مال ، لكن لا بد من تعيين العمل والمدة والاجرة على شرائط الاجارة .
(مسألة ١٦) لا يجوز استيجار اثنين للصلاة عن ميت واحد في وقت واحد (١)
لمنافاته للترتيب المعتبر في القضاء ، بخلاف الصوم فانه لا يعتبر فيه الترتيب . وكذا
لا يجوز استيجار شخص واحد لنيابة الحج الواجب عن اثنين ، ويجوز ذلك في
الحج المندوب (٢) وكذا في الزيارات (٣) ، كما يجوز النيابة عن المتعدد تبرعا في
الحج والزيارات (٤) ويجوز الاتيان بها لا بعنوان النيابة بل بقصد اهداء الثواب
لواحد أو متعدد (٥) .

(١) نص على ذلك غير واحد ، لما ذكره المصنف (ره) من منافاته
للترتيب المعتبر في القضاء . فمن لا يقول باعتباره في القضاء لا مانع عنده من ذلك
(٢) في صحيح ابن إسماعيل « سألت ابا الحسن عليه السلام كم أشرك في حجتي ؟
قال عليه السلام : كم شئت » . وفي صحيح معاوية بن عمار عن ابي عبد الله عليه السلام
« قلت له : أشرك أبوي في حجتي ؟ قال عليه السلام : نعم . قلت أشرك اخوتي في
حجتي ؟ قال عليه السلام : نعم ، إن الله عز وجل جاعل لك حججا ولك أجر لصلتك
إياهم » . ونحوها غيرهما . فإذا ثبتت مشروعيتها جازت الاجارة عليه .

(٣) في رواية إبراهيم الحضرمي عن أبي الحسن موسى بن جعفر عليه السلام :
« فإذا أتيت قبر النبي صلى الله عليه وآله فقصيت ما يجب عليك ، فصل ركعتين ، ثم قف
عند رأس النبي صلى الله عليه وآله ، ثم قل : السلام عليك يا نبي الله ، عن أبي وأمي وولدي
وخاصتي وجميع أهل بلدي ، حرهم وعبدهم وأبيضهم وأسودهم . فلا تشاء أن
تقول للرجل : قد أقرأت رسول الله صلى الله عليه وآله عنك السلام ، إلا كنت صادقا »
(٤) كما هو مورد النصوص المتقدمة .

(٥) قد تقدم في صلاة الاستيجار ذكر بعض ما يدل على إهداء الثواب ،

(مسألة ١٧) لا يجوز الاجارة للنيابة عن الحي في الصلاة ولو في الصلوات

المستحبة. (١) نعم يجوز ذلك في الزيارات والحج المندوب ، وإتيان صلاة الزيارة

ولعل منه ما في مرسل الفقيه : « قال رجل للمصادق عليه السلام : جعلت فداك إني كنت نويت أن أدخل في حجتي العام، أبي أو بعض أهلي فذسيت . فقال عليه السلام : الآن فاشركهما » ونحوه خبر الحارث بن المغيرة ، فإن الظاهر من الاشراك بعد العمل الاشراك في الثواب ، كما فهمه منه في الوسائل . ثم ان المصنف (ره) سيتمعرض للاجارة على اهداء الثواب في المسألة الحادية والعشرين .

(١) يدل على الجواز رواية محمد بن مروان : « ما يمنع الرجل منكم أن

ير والديه حين وميتين ، يصلي عنهما ويتصدق عنهما ويحج عنهما ويصوم عنهما ، فيكون الذي صنع لهما وله مثل ذلك... » الحديث ، وفي رواية علي ابن أبي حمزة : « قلت لابي ابراهيم عليه السلام : أحج وأصلي وأتصدق عن الأحياء والاموات من قرابتي وأصحابي ؟ . قال عليه السلام : نعم تصدق عنه وصل عنه ، ولك أجر بصلتك اياه . » . لسكن في الوسائل بعد ذكر الخبر الأول قال : « أقول : الصلاة عن الحي مخصوص بصلاة الطواف والزيارة لما يأتي » . وكأنه يشير إلى ما ذكره من خبر عبدالله بن جندب : « كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام : أسأله عن الرجل يريد أن يجعل أعماله في البر والصلة والخير أثلاثا ، ثلثا له وثلثين لأبويه ، أو يفردهما بشيء مما يتطوع به ، وان كان احدهما حيا والآخر ميتا . فكتب الي : أما الميت فحسن جائز ، وأما الحي فلا إلا البر والصلة » . بناء على ما في بعض النسخ من كون (الصلاة) بدل « الصلاة » كما هو الصحيح ، حسب ما يظهر من كلام ابن طاووس في ذيل الحديث المذكور . وفيه أن مورد الحديث التشريك للحي في الصلاة ، فلا يدل على المنع من إفراده بالنيابة عنه ، اذ لعل للتشريك خصوصية ، كما قد ورد ذلك في خبر علي ابن جعفر عليه السلام عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام :

ليس بعنوان النيابة بل من باب سينية الزيارة لاستحباب الصلاة بعدها ركعتين (١) ، ويحتمل جواز قصد النيابة فيها لأنها تابعة للزيارة (٢) والاحوط إتيانها بقصد مافي الواقع .

(مسألة ١٨) اذا عمل للغير لا بامر له ولا إذنه ، لا يستحق عليه

العوض (٣) وإن كان بتخييل انه مأجور عليه فبان خلافه .

(مسألة ١٩) اذا امر بائنان عمل فعمل المأمور ذلك : فان كان بقصد

التبرع لا يستحق عليه اجرة ، وإن كان من قصد الأمر اعطاء الاجرة (٤) وإن

« سألته عن رجل جعل ثلث حجته لميت وثلثها لحي . فقال عليه السلام : للميت ذلك وللحي فلا » . مع ورود النص في جواز التبرع بالحج عن الحي ولذلك قال السيد ابن طاووس - بعد ذكر خبر عبدالله بن جندب - : « لا يراد بهذه الصلاة المندوبة ، لأن الظاهر جوازها عن الأحياء في الزيارات والحج وغيرها » . فالظاهر جواز النيابة عن الحي في الصلاة المندوبة كغيرها ، كما هو ظاهر شيخنا الأعظم (ره) في رسالة القضاء .

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

الزيارة ، لا أن الصلاة عن نفسه والزيارة عن غيره .

(٢) كما عرفت انه ظاهر النصوص .

(٣) بلا خلاف ظاهر ، للاصل ، وعدم ثبوت سبب الضمان من عقد أو

يد أو إتلاف . نعم بناء على انه يكفي في كون العمل تحت اليد رجوع فائده اليه . . يكون القول بالضمان في محله ، لكنه غير ثابت . وقاعدة احترام عمل المسلم كماله غير ثابتة كلية ، بنحو تستتبع الضمان عن المعمول له كما لا يخفى .

(٤) بلا خلاف ظاهر ، فانه إباحة منه لعمله تمنع عن ضمانه واحترامه

كإباحة ماله .

قصد الاجرة وكان ذلك العمل مما له اجرة استحق ، وان كان من قصد الأمر اتيانه تبرعا (١) ، سواء كان العامل ممن شأنه اخذ الاجرة ومعداً نفسه لذلك اولاً . بل وكذلك ان لم يقصد التبرع ولا اخذ الاجرة . فان عمل المسلم محترم . ولو تنازعا بعد ذلك في انه قصد التبرع اولاً قدم قول العامل لاصالة عدم قصد التبرع بعد كون عمل المسلم محترماً بل اقتضاء احترام عمل المسلم ذلك

(١) على المشهور شهره عظيمة ، بل لم يحك الخلاف فيه . نعم ظاهر ما في الشرائع في كتاب الجمالة من قوله : « لو استدعى الرد ولم يبذل الأجرة لم يكن للراد شيء ، لانه متبرع بالعمل » . . . خلافه في ذلك ، مع بناءه في كتاب الاجارة على الاستحقاق ، إذا دفع إلى العامل شيئاً ليعمل فيه ، اذا كان من عادة العامل أن يستأجر لذلك - كالغسال والصباغ - أو كان العمل مما له أجرة . وكيف كان : فلا خلاف محقق في الضمان . وفي مجمع البرهان : « يحتمل ان يكون مجعاً عليه » . نعم الاشكال في مستنده ، إذ الضمان إما بالعقد أو باليد أو بالتلف ، والجميع هنا محل الاشكال . فانه لا عقد صحيح في البين لا إجارة ولا جمالة للجهل بالاجرة والجعل ، ولو سلم ثبوتها فاسدتين ليرتب عليه الضمان بقاعدة : « ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده » . . . فغير مطرد في صورة قصد الأمر التبرع ، كما فرض في المتن . وإن كان باليد فغير ظاهر أيضاً ، لأن قاعدة : (على اليد...) لو شملت المنافع اختصت بما لو كان ذو المنفعة تحت اليد ، لتكون المنفعة تحت اليد تبعاً ، وهو لا يتم في عمل الحر كما عرفت في أول الكتاب ، فتأمل . وان كان بالتلف فاشكل ، لان سببية العامل فيه أقوى من الأمر لانه المباشر ، كما لو أمره بالتلف مال الغير وأكل طعامه ، فان المتلف هو الضامن لا الأمر . والذي ذكره في المسالك وغيرها : ان الموجب للضمان استيفاء المنفعة ذات المالية . لكن سببية ذلك للضمان أيضاً محتاجة إلى دليل . وفي الجواهر : الاستدلال له بقاعدة

احترام عمل المسلم كماله . كما اشار اليه في المتن وجلة من كتب الأصحاب . لكن عرفت سابقا أن كون عمل المسلم محترما كماله ، لا يكفي في ثبوت ضمانه ، وعموم مادل على احترام دم المسلم وماله ظاهر في الحرمة التكليفية ، بمعنى انه لا يجبر المسلم على العمل ولا يقهر عليه ، ويكون ذلك حراما لا أنه يكون مضمونا . ولو سلم فهو اعم من ضمان الأمر وغيره . وقد يدعى : أن وجه الضمان أن الأمر بالعمل نظير الاباحة بالضمان والتملك بالضمان ، فانه استعمال بالضمان نافذ شرعا كغيره . ويشكل بانه لو سلم ذلك لم يجد مع قصد الأمر المجانية ، وسيشير إلى ذلك المصنف (ره) في المسألة الخامسة والعشرين .

وكأنه لذلك استشكل في مفتاح الكرامة في الضمان حيث قال : « لولا اتفاق من تعرض لهذا الفرع على ثبوت الاجرة عند اجتماع الأمرين : (يعني كون العمل ذا أجره ، وكون العامل معتادا في أخذ الاجرة) إلا من قل ممن لانعرفه . . لكان احتمال عدم الاجرة مطلقا قويا ، إذ لعله لا يقصر عن قوله : أعطني ما في يدك وأطعمني طعامك وأدعني ديني ، ولم يقل : وعلي عوضه . . عند جماعة ، ونحو ذلك مما لا ضمان فيه ، لأنه مما يحتمل ان يكون بعوض وان يكون بدونه ، والأصل براءة ذمته من لزومه . ولعل الذي دعاهم إلى ذلك استمرار السيرة ، وليكنها غير مستمرة فيما إذا لم يكن له عادة . . » أقول : قد ظهر لك أن موضع الاشكال صورة قصد الأمر التبرع ، إذ مع قصده الاجرة يمكن أن يكون الضمان من جهة كون المورد إجارة أو جمالة فاسدين ، وهما يقتضيان الضمان كالصحيحين ، أو أن تكون معاملة مستقلة ، أعني الاستعمال بشرط الضمان ، فلا وجه للرجوع إلى أصالة البراءة . أما اذا قصد الأمر التبرع ، فلا مجال لذلك . والضمان باليد والانلاف قد عرفت إشكاله ، لكن التفصيل بين الصورتين خلاف ارتكاز العرف والمشرعة ، والنطاق الموجب للضمان عندهم موجود

وإن اغمضنا عن جريان اصاله عدم التبرع (١) ولا فرق في ذلك بين ان يكون العامل ممن شأنه وشغله اخذ الاجرة وغيره ، إلا أن يكون هناك انصراف أو قرينة على في الصورتين على حد واحد ، وهو استيفاء العمل غير المباح من العامل ، كما اشار اليه في المسالك وغيرها. فإذا لا يبعد البناء على الضمان لبناء العرف والمتشعبة عليه ، وعدمه لاستباحة العمل ظاهراً وعدواناً . والمناط في حصول الاستيفاء الموجب للضمان ، أن يكون بعث وتحريض للعامل ، ولا فرق في البعث بين ان يكون بالقول كالأمر، وان يكون بالفعل كأن يدفع إلى الخياط الثوب ليخيطه ، أو الفسال ليفسله ، أو يجلس بين يدي الحلاق أو الدلاك فيحلق رأسه أو يدلك بدنه ، كما صرح به في جامع المقاصد ، فان ذلك بمنزلة الأمر في حصول الاستيفاء المقتضي للضمان .

هذا والظاهر أن الأجرة التي يضمن بها العمل هي أجرة المثل كما صرح به جماعة ، وما في كلام جماعة آخرين: من انها الأجرة المسماة لمثل ذلك العمل قرينة على تواطئها عليها ، فتكون جمالة صحيحة لتعين الجعل . لسكن ذلك إن تم يختص بصورة علم الأمر لاعم جهله. كما أنه يمكن أن يكون المقام من باب الاجارة الصحيحة، بان يكون غرض الأمر توكيل العامل في تعيين الاجرة، كما يتعارف ذلك في الشراء من مخازن البقالين والبرازين وغيرهم ، من دون تواطئ على أجرة معينة ، فلا بد أن يكون مقصود المشتري توكيل البائع من بقال او برزاز أو غيرها في تعيين الثمن ، فيكون البيع صحيحاً ، لانه يكفي في معرفة العوضين المتبرعة في البيع معرفة التوكيل ، وكذا في المقام . لسكنه يختص التوكيل بالمتعارف وهي أجرة المثل ، فلا يكون الضمان بالمسمى وكذا في البيع . وبالجملة : الضمان بالمسمى غير ظاهر ، إلا أن يكون مفاد الامر التوكيل المطلق .

(١) كما أنه مبني على التمسك بالعام في الشبهة المصداقية .

كونه بقصد التبرع أو على اشتراطه .

(مسألة ٢٠) كل ما يمكن الانتفاع به منفعة محالة مقصودة للعقلاء ، مع بقاء عينه . . يجوز اجارته ، وكذا كل عمل محلل مقصود للعقلاء عدا ما استثنى يجوز الاجارة عليه ، ولو كان تعلق القصد والغرض به نادراً ، لسكن في صورة تحقق ذلك النادر (١) ، بل الامر في باب المعاوضات الواقعة على الاعيان أيضاً كذلك . فمثل حبة الحنطة لايجوز بيعها ، لسكن إذا حصل مورد يكون متعلقاً لغرض العقلاء ويندولون المال في قبالتها . . يجوز بيعها .

(مسألة ٢١) في الاستئجار للحج المستحي أو الزيارة ، لا يشترط ان يكون الاتيان بها بقصد النيابة ، بل يجوز ان يستأجره لاتيانها بقصد اهداء الثواب إلى المستأجر أو الى ميتة (٢) ويجوز ان يكون لا بعنوان النيابة ولا اهداء الثواب ، بل يكون المقصود ايجادها في الخارج من حيث انها من الاعمال الراجعة ، فيأتي بها لنفسه ولمن يريد نيابة او اهداء .

(١) اذا كان الغرض النادر عاماً ، وكان العمل عزيز الوجود ، وكذا الحال في الاعيان . فاذا كان الغرض خاصاً او كان كثير الوجود ، لا يكون ذا مالية ولايجوز بذل المال بازائه ، لانه اكل للمال بالباطل .

(٢) قد يشكل ذلك لعدم إحراز الموضوع ، لاحتمال كون العمل مقروناً بما يمنع من تحقق الثواب . والاجارة على الاهداء على تقدير وجود الثواب ، كما ترى لا يخرج عن كونه مشكوكاً ، ومع الجهل بثبوت العوض لا تصح الاجارة مضافاً إلى أن المالية في الثواب ، لا في اهداء الثواب ، فلا يكون طرفاً للمعاوضة ، اللهم إلا أن يقال : إنه يكفي في صلاحيته للعوض كونه موصلاً إلى المال ، نظير الاجارة على البيع كما يتعارف عند الدالين في البيع أو الاجارة أو نحوهما .

(مسألة ٢٢) في كون ما يتوقف عليه استيفاء المنفعة كالمدايد للكتابة والابرة والخيطة للخياطة مثلاً - على المؤجر ، أو المستأجر قولان (١) . والاقوى وجوب التعيين ، إلا إذا كان هناك عادة ينصرف اليها الاطلاق ، وإن كان القول بكونه مع عدم التعيين وعدم العادة على المستأجر لا يخلو عن وجه أيضاً لان اللازم على المؤجر

(١) في الشرائع وعن السرائر والتحرير والارشاد : أنها على المؤجر ، واختاره في الجواهر ، لتوقف العمل المستأجر عليه على ذلك ، فيجب من باب المقدمة . وعن المسالك والروضة وغيرها : أنها على المستأجر ، إلا أن تكون العادة على المؤجر ، لأن المقصود من الاجارة العمل ، أما الاعيان فلا تدخل في مفهوم الاجارة على وجه يجب أداؤها لا جملها ، إلا في شواذ تثبت على خلاف الأصل ، كالرضاع والاستحمام ؛ ورده في الجواهر : بان عدم دخولها في مفهوم الاجارة لا ينافي وجوبها ، للمقدمة الواجب ، الذي الاصل فيه أن يكون واجبا مطلقاً لا مشروطاً . وعن جمع البرهان : وجوب التعيين . وكأنه لاجمال المستأجر عليه من حيث الاطلاق والاشتراط . ورده في الجواهر : بانها من التوابع ، وليست من مورد الاجارة الذي يعتبر فيه المعلومية . وفيه : أن الاجال في مورد الاجارة من حيث الاطلاق والاشتراط - كما عرفت - لافي التوابع . هذا ولاجل ما ذكره في الجواهر ، من اصاله الاطلاق في العمل ، تعرف أنه لا إجمال كي يحتاج إلى التعيين ، فيكون الاقوى أنها على المؤجر لا المستأجر ، إلا تكون قرينة على خلاف الاطلاق ، فيتمتع بالعمل عليها . ولو أجمل المراد لوجود ما يصلح للقرينية وجب التعيين ، وإلا بطلت الاجارة .

هذا ولكن قد يشكل ما في الجواهر : بان اطلاق الوجوب يقتضي وجوب المقدمة ، أما أنها على وجه تكون ملية للمستأجر فليس مما يقتضيه الاطلاق .

ليس الا العمل (١) .

(مسألة ٢٣) يجوز الجمع بين الاجارة والبيع (٢) - مثلاً - بعقد واحد ،

وبالجملة : إطلاق الوجوب يقتضي المبادرة إلى العمل ، ولا يقتضي تملك الخيوط مثلاً للمستأجر . وقاعدة السلطنة تقتضي بقاءها على ملك الأجير ، وحينئذ يجب دفع بدلها إلى الأجير . وهذا المعنى وان كان مخالفاً للقول بانها على المستأجر ، وللقول بانها على الأجير . . لا بأس بالالتزام به إذا كان مقتضى الدليل . لكن هذا يختص بما اذا كان اطلاق للعمل المستأجر عليه ، أما اذا لم يكن لعدم تمامية مقدمات الحكمة ، فالعقد باطل لا جمال موضوعه وإهماله ، المانع ذلك من صحته ، إذ المهمل لا يمكن انطباقه على كل من الواجد للقيود والفاقد ، من الافراد الخارجية والفرضية . ومن ذلك يظهر أن قول المصنف (ره) : « والاقوى وجوب التعمين » . . . مبني على إهمال العمل وعدم إطلاقه ، فإنه مع الإطلاق لا موجب للتعمين ، بل يؤخذ بمقتضى الإطلاق . كما ان مما ذكرنا يظهر الفرق بين مثل الابرة ، وبين مثل الخيوط والحبر ونحوها ، مما لا تبقى عينه بيد المؤجر ، فان الرجوع على المستأجر يختص به ، ولا يجري في مثل الابرة ونحوها . وهذا فرق آخر بين هذا القول والقولين الآخرين ، فلا حظ .

(١) لكن عرفت انه اذا وجب العمل وجبت مقدماته ، ولكن لا يجب

بدلها مجاناً .

(٢) قال في الشرايع - في ذيل مسألة يبيع الصاع من صبرة - : « لو جمع

بين شيئين مختلفين في عقد واحد ، كبيع وسلف ، أو اجارة وبيع ، أو نكاح وإجارة . . . صح ويقسط العوض على قيمة المبيع ، وأجرة المثل ومهر المثل » . وفي المسالك : « لا خلاف عندنا في ذلك كله » وفي الجواهر : « بلا خلاف أجده فيه » ولكن قد يشكل ذلك . من جهة عدم معلومية الثمن ولا الاجرة ،

كأن يقول : بعثك داري وأجرتك حماري بكذا . حينئذ يوزع العوض عليهما بالنسبة ، ويلحق كلا منهما حكمه . فلو قال : أجرتك هذه الدار وبعثك هذا الدينار بعشرة دنانير . . فلا بد من قبض العوضين بالنسبة إلى البيع في المجلس ، وإذا كان في مقابل الدينار - بعد ملاحظة النسبة - ازبد من دينار أو أقل منه ، بطل بالنسبة اليه ، للزوم الربا (١) . ولو قال : أجرتك هذه الدار وصالحتك على هذا

للجهل بالنسبة . وجواز ذلك في بيع الصفقة أو اجارة الصفقة لا يقتضي الجواز هنا ، لأجل ان الثمن أو الاجرة هناك معلوم ، وان كان ما يقابل كل واحد من أبعاض المبيع أو المستأجر مجهولا ، وهنا كل من الثمن والاجرة مجهول . اللهم إلا أن يقال : إن العمدة في دليل المنع مع الجهل هو الاجماع ، وهو منتف في المقام . وفي الجواهر : حكى عن الاردبيلي التأمل في الصحة ، لما سبق وللشك في مثل هذا العقد ، ودفع الأول بما أشرنا اليه : من أن المعلوم من قدح الجهالة ما اذا كان البيع عقدا مستقلا . ودفع الثاني : بانه خلاف الاطلاق ، وانه لو بني على اختصاص العموم بالعقود المتعارفة ، فظهور اتفاق الاصحاب عليه يقتضي دخوله في المتعارف . انتهى . والآخر كما ترى : فان كونه غير متعارف أمر وجداني لا يقبل الشك ، كي يكون اتفاق الاصحاب دليلا على خلافه . فالعمدة : منع الاختصاص بالمتعارف ، بل ضرورة الفقه على خلاف ذلك ، والالزام تأسيس فقه جديد كما أشرنا إلى ذلك في غير مورد من مباحث هذا الشرح . ثم انه لو بني على وجود إطلاق يقتضي قاذبية الجهالة في المقام ، كما يقتضيه استدلال الاصحاب على ذلك بما ورد من نهي النبي ﷺ عن بيع الغرر . فاتفاق الاصحاب على المقام يقتضي الخروج عنه ، فلاحظ .

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

الدينار بمشرة دنانير مثلاً ، فان قلنا بجريان حكم الصرف من وجوب القبض في المجلس (١) ، وحكم الربا في الصلح . . (٢) فالحال كالبيع ، وإلا فيصح بالنسبة إلى المصالحة أيضاً .

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

(٢) جريان حكم الربا في جميع العقود هو المشهور ، ويقتضيه اطلاق جملة من النصوص المتضمنة لتحريم الربا . ودعوى انصرافها إلى البيع غير ظاهرة ، ومجرد الغلبة غير كاف فيه . نعم في صحيح ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام : « في رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه ، ولا يدري كل واحد منهما كم له عند صاحبه ؟ فقال كل واحد منهما لصاحبه : لك ما عندك ولي ما عندي . فقال عليه السلام : لا بأس بذلك ، اذا راضيا وطابت نفسها بذلك » واطلاقه يقتضي الشمول لصورة العلم بالتفاضل ، فيدل على جواز الربا في الصلح . ومنع الاطلاق المذكور غير ظاهر ، ولا سيما مع غلبة الاختلاف ، ولو سلم فهو كالصريح في عدم اعتبار العلم بالتساوي ، فيصح الصلح مع الجهل به ، كما أن إطلاقه شامل لصورة العلم بزيادة أحدهما بعينه ، ومقتضاه الجواز فيها . وعلى هذا يقتصر في الخروج عن عمومات المنع على مورد الصحيح المذكور ، وفي غيره يرجع إلى العمومات المانعة .

هذا ويمكن أن يقال : إن عمومات المنع مورد بعضها خصوص البيع ، ولا تشمل الصلح ، وظاهر بعضها الآخر خصوص المعاوضة بين العيينين ولو كانت بطريق الصلح أما اذا كان مفاد الصلح خاليا عن المعاوضة بين العيينين ، كما هو ظاهر مورد الصحيح المذكور ، فلا عموم يقتضي المنع عنه . فاذا قال : صالحتك

(مسألة ٢٤) يجوز استئجار من يقوم بكل ما يأمره من حوائجه (١) ، فيكون له جميع منافعه ، والا أقوى ان نفقته على نفسه لا على المستأجر (٢) ، إلا مع الشرط أو الانصراف من جهة العادة .

على أن تكون هذه العشرة بهذه الخمسة ، كان الصلح معاوضة بين العينين ، فلا يصح . واذا قال : صالحتك على أن تكون هذه العشرة لي وهذه الخمسة لك ، لم يكن فيه معاوضة بين العينين ، فيصح عملاً بعمومات الصحة . واما الآيات الشريفة مثل قوله تعالى : « يحق الله الربا ويربي الصدقات » ، وقوله تعالى : « قالوا إنما البيع مثل الربا وأحل الله البيع وحرم الربا » ، وقوله تعالى : « الذين يأكلون الربا لا يقومون إلا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان . . . » الآية وقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا » ، ونحوها . . . فلا تخلو من إجمال ، إذ ليس المراد منها المعنى اللغوي والمراد الشرعي غير ظاهر ، فلا مجال للرجوع إليها في عموم المنع ، فلاحظ وتأمل .

(١) قال في الجواهر : « ظاهر الاصحاب المفروغية عن جواز الاستئجار ، للانفاذ في حوائجه على الاجمال ، اتكالا على المعتاد المقدور له اللائق بحاله من ذلك » أقول : ذلك مقتضى عمومات الصحة .

(٢) كما عن السرائر ، والتذكرة ، والمختلف ، وجامع المقاصد ، والروضة ، وجمع البرهان وغيرها ، لعدم اقتضاء عقد الاجارة كونها على المستأجر ، وان اختاره في الشرائع ، وحكي عن النهاية والقواعد والارشاد والروض . وقد يستدل له بالصحيح عن سليمان بن سالم قال : « سألت أبا الحسن عليه السلام : عن رجل استأجر رجلاً بنفقة ودراهم مسماة ، على أن يبعثه إلى أرض ، فلما أن أقدم أقبل رجل من أصحابه يدعوه إلى منزله الشهر والشهرين فيصيب عنده ما يغنيه

وعلى الأول (١) لابد من تعيينها كما وكيفاً (٢)، إلا ان يكون متعارفاً ، وعلى الثاني على ما هو المعتاد المتعارف . ولو أنفق من نفسه أو أنفقه متبرع يستحق مطالبة عوضها على الأول (٣) ، بل وكذا على الثاني ، لأن الانصراف منزلة الشرط .

عن نفقة المستأجر ، فنظر الاجير إلى ما كان ينفق عليه في الشهر ، إذا هو لم يدعه فكافاً به الذي يدعوه . فمن مال من تكون تلك المكافأة : أمن مال الاجير : أو من مال المستأجر ؟ قال عليه السلام : إن كان في مصلحة المستأجر فهو من ماله ، وإلا فهو على الاجير . وعن رجل استأجر رجلاً بنفقة مسماة ولم يفسر شيئاً ، على أن يبعثه إلى أرض أخرى ، فما كان من مؤنة الأجير من غسل الثياب والحمام فعلى من ؟ . قال عليه السلام : على المستأجر « وفيه : أن مورده صورة كون النفقة مأخوذة جزءاً من الأجرة ، وهو غير مانح فيه . وأيضاً : فان مورده كون نظر المستأجر إلى منفعة خاصة استأجره عليها ، لا إلى جميع المنافع كما هو محل الكلام (١) يعني الشرط .

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

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

(مسألة ٢٥) يجوز أن يستعمل (١) الأجير مع عدم تعيين الأجرة وعدم اجراء صيغة الاجارة ، فيرجع إلى اجرة المثل ، لكنه مكروه (٢) ولا يكون حينئذ من الاجارة المعاطية ، كما قد يتخيل ، لانه يعتبر في المعاملة المعاطية اشتغالها على جميع شرائط تلك المعاملة عدا الصيغة والمفروض عدم تعيين الاجرة في المقام . بل عدم قصد الانشاء منهما (٣) ،

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

(٢) كما هو المشهور الذي طفحت به عباراتهم . نعم عبر جماعة : بانه يستحب مقاطعة الأجير ، ولعل مرادهم ذلك . وكيف كان : فيدل على الحكم صحيح سليمان الجعفري : « إن مولانا الرضا عليه السلام ضرب غلامانه وغضب غضبا شديدا ، حيث استعانوا برجل في عمل وما عينوا له أجرته ، فقال له سليمان : لم تدخل على نفسك ؟ قال عليه السلام : قد نهيتهم عن مثل هذا غير مرة ، واعلم انه ما من أحد يعمل لك شيئا من غير مقاطعة ، ثم زدته على ذلك الشيء ثلاثة أضعاف على أجرته ، إلا ظن انك قد انقصته أجرته ، وإذا قاطعته ثم اعطيته أجرته حمدك على الوفاء ، فإذا زدته حبة عرف ذلك لك ، ورأى أنك قد زدته » . ومن التعليل يظهر تعين حمل نهييه على الكراهة ، وغضبه عليه السلام وضربه كان لمعصيته التي هي معصية لله سبحانه . كما يتعين أيضا حمل خبر مسعدة : « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يستعمل الأجير حتى يعلمه ما أجره » . على الكراهة أيضا .

(٣) بعد أن كان كل منهما قاصدا للأجر ، وأنها قد تباينا على أمر واحد ، كيف لا يكونان قد قصدا الانشاء ؟ ! . وسيأتي منه : أن ذلك من باب العمل بالظن ، الذي لا يكون إلا مع قصد الانشاء .

ولا فعل من المستأجر (١) . بل يكون من باب العمل بالضمان (٢) ، نظير
الاباحة بالضمان كما إذا اذن في اكل طعامه بضمان العوض . ونظير التملك بالضمان
كما في القرض ، على الأقوى من عدم كونه معاوضة . فهذه الامور عناوين مستقلة غير
المعاوضة (٣) ، والدليل عليها السيرة ، بل الاخبار ايضاً (٤) وأما الكراهه فللاخبار ايضاً (٥) .
(مسألة ٢٦) لو استأجر أرضاً مدة معينة ، فغرس فيها أو زرع مالا
يدرك في تلك المدة ، فبعد انقضاءها المالك ان يأمره بقلعها . بل وكذا لو استأجر
لخصوص الغرس او لخصوص الزرع ، وليس له الابقاء ولو مع الاجرة ، (٦) ،
ولا مطالبة الارش مع القلع ،

(١) الامر بالعمل من قبيل الفعل الدال على إنشاء المعاملة ، وقد عنون
المصنف (ره) المسألة باستعمال الاجير ، ولا بد حينئذ من أن يصدر فعل أو
قول من المستأجر ، ليتحقق به الاستعمال للأجير .

(٢) قد تقدم منه في المسألة التاسعة عشرة : أنه إذا أمر العامل بالعمل
ضمن أجرته ، إذا لم يقصد العامل التبرع ، وان قصد الأمر التبرع . وما نحن
فيه من ذلك الباب ، الذي قد عرفت انه من قبيل الاستيفاء الموجب للضمان .
وان قصد المستوفي التبرع . فجعله من باب آخر غير ظاهر .

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

(٤) يعني الصحيح والخبر المتقدمين .

(٥) كما عرفت .

(٦) وفي القواعد : « هو كالفاسب » ، وكذا في مفتاح السكرامة عن
المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد ، ولم يحك فيه الخلاف من غيرها ،
ولكنه إنما يتم لو كان التقييد بالمدة يقتضي خروج ذلك عن مورد الاجارة ،
ولازمه جواز منع المالك له من ذلك حين الزرع أو الغرس ، مع انه استشكل

فيه في القواعد ، وظاهر جامع المقاصد : الميل إلى عدمه : وعن التذكرة :
 الاقرب العدم ، وكذا عن التحرير . نعم عن المبسوط : ان له المنع لاحتياجه
 إلى المطالبة بالقلع ومثل ذلك يشق . انتهى ، وهو كما ترى ظاهر تعليمه دخوله
 في مورد الاجارة . نعم ظاهر جامع المقاصد عدم تناول مورد الاجارة له لكنه
 غير ظاهر في بعض الموارد ، بل هو خلاف الاطلاق ، وحينئذ يشكل الفرق بين
 المسألتين . ودعوى : أنه في هذه المسألة يكون الزارع مقدما على الضرر ، فلا
 مجال لتطبيق قاعدة نفي الضرر فيه ، لتكون حكمة على عموم السلطنة ، بخلاف
 المسألة الثانية . ممنوعة : فان الاقدام على الضرر يتوقف على علمه باستحقاق
 المالك للقلع ، وبناءه على ذلك . اما بدون ذلك فلا إقدام له على الضرر ،
 كالمسألة الثانية .

وتوضيح أحكام صور المسألة : أنه اذا استأجر أرضا مدة معينة : فتارة :
 يذكر خصوص الزرع أو الغرس . وأخرى : لا يذكر انتفاع بعينه . وفي
 الأولى : تارة : يذكر زرع أو غرس مالا يكمل في تلك المدة . وأخرى : يذكر
 ما يكمل فيها . وثالثة : يذكر مطلقا . فان ذكر مالا يكمل في المدة : فتارة :
 يتوقف الانتفاع به على كماله ، وأخرى لا يتوقف ، كما لو كان الزرع يمكن
 الانتفاع بغسيله ، والغرس يمكن قلعه وغرسه في موضع آخر . فان ذكر ما يتوقف
 الانتفاع على كماله ، ففي صحة الاجارة وعدمها وجهان أو قولان وعن الايضاح
 وجامع المقاصد : أن الاقوى الصحة ، لان العلم بحصول الانتفاع إلى آخر المدة
 ليس شرطا في الصحة ، فما دام يحتمل الانتفاع به ولو للابقاء بالأجرة تبرعا أو
 صلحا أو نحوها تصح الاجارة لعدم المانع . ثم إنه على تقدير الصحة ، فهل يجب
 الابقاء بالأجرة أو يجوز للمالك القلع ؟ وجهان . قال في القواعد : « ولو
 استأجر مدة لزرع لا يكمل فيها ، فان شرط نقله بعد المدة لزم ، وإن أطلق احتمل

لأن التقصير من قبله (١) نعم لو استأجرها مدة يبلغ الزرع ، فاتفق التأخير لتغير الهواء أو غيره ، أمكن أن يقال : بوجود الصبر على المالك مع الأجرة ،

الصحة مطلقاً ، وبقيدها مكان الانتفاع ، فعلى الأول احتمال وجوب الابقاء بالأجرة . وعن جامع المقاصد والمسالك : أن عدم وجوب الابقاء أقوى ، لأنه دخل على أنه لاحق له بعد المدة . انتهى . لكن في القواعد قال - قبل ذلك - : « فإن استأجر للزرع فانقضت المدة قبل حصاده ، فإن كان لتفريط المستأجر كأن يزرع ما يبقى بعدها ، فكالمغاصب » ، وهو بظااهر مناف لما ذكره . والفرق بين المسألتين غير واضح . والتحقيق ما ذكره أولاً . وتبعه عليه في جامع المقاصد والمسالك : من عدم وجوب الابقاء لعدم مقتضي للوجوب . فقاعدة السلطنة تقتضي عدمه . وقاعدة الضرر لا مجال لها في أمثال المقام ، مما أقدم فيه المالك على مما لا حق له فيه ، فإن الظاهر من دليل نفي الضرر اختصاصه بصورة : ما إذا لزم الضرر من الحكم الشرعي عرفاً على نحو الاستقلال ، وفي المقام ينسب الضرر إلى إقدام المالك على مالا حق له فيه ، كما ذكر في المسالك وغيرها ، وأظهر من ذلك الصورة الثانية وهي : ما إذا كان يمكن الانتفاع بالزرع أو الفرس قبل كماله ، إذ حينئذ يكون ترك الابقاء مؤدياً إلى فوات نفع زائد ، وقاعدة الضرر إنما تنفي الضرر ولا تثبت النفع . ومثلها في ذلك الصورة الثالثة وهي : ما إذا ذكر الزرع أو الفرس مطلقاً ، الشامل لما لا ينتفع به قبل كماله ، فإن الحكم فيها هو الحكم في الصورتين . وأما الصورة الرابعة وهي : ما إذا ذكر ما يكمل في المدة ، فاتفق عدم كماله ، فسيأتي في كلام المصنف (ره) التعرض له .

(١) يشير به إلى ما عرفت : من أنه أقدم على مالا حق له فيه . وفي

للزوم الضرر (١) إلا ان يكون موجبا لتضرر المالك (٢) .

مثله لا مجال لتطبيق دليل نفي الضرر لانصرافه عن مثله ، كما يظهر من ملاحظة كثير من نظائره ، التي لاريب عند المتشعبة في بقاء سلطنة المالك على ماله أو نفسه بحالها . وما يجري على لسان جماعة من التعبير بأنه اقدم على الضرر ، يراد به هذا المعنى ، وإلا فليس هو مقدم على الضرر ضرورة ، لكونه أقدم برجاه إقدام صاحبه على الاذن له في البقاء ، على حسب رغبته .

(١) يعني يرجع إلى قاعدة الضرر ، الحاكمة على عموم قاعدة السلطنة .

(٢) يعني يمتنع الرجوع إلى قاعدة نفي الضرر حينئذ ، لان تطبيقها بالنسبة إلى ضرر الزارع ليس أولى بالنسبة إلى ضرر المالك ، ومع عدم المرجح تسقط بالاضافة اليهما معا ، فيرجع الى قاعده السلطنة . وقد يتوهم ترجيح الضرر الاقوى . وفيه : أن زيادة الضرر لا توجب تأكد النفي ، اذ لا تأكد في الاعدام . كما أنه لا مجال للتخير مع تساوي الضررين . لانه لا معنى للتخير بالاضافة إلى الشخصين ، لانه اذا اختار كل منهما الاعمال بالنسبة الى ضرره يرجع التنافي ، وان اختار ضرر غيره كان اقداما على الضرر ، وهو مانع من تطبيق القاعدة كلية . واما تخيير المفتي في المسألة الأصولية فلا دليل عليه ، لاختصاص دليل التخير بالدليلين المتعارضين ، فلا يشمل الدليل الواحد بلحاظ فردين ، كما في المقام . ولاجل ذلك وغيره تعين عند تعارض الضررين سقوط قاعدة الضرر ، والرجوع إلى غيرها من القواعد المتأخرة عنها ، كقاعدة السلطنة في المقام والله سبحانه هو العالم ومنه نستمد الاعتصام .

فصل في التنازع

(مسألة ١) إذا تنازعا في أصل الاجارة ، قدم قول منكرها مع اليمين (١)

فان كان هو المالك استحق أجره انثل دون ما يقوله المدعي ، ولو زاد عنها

فصل في التنازع

(١) كما في جملة من الكتب . وفي مفتاح الكرامة : « طفحت بذلك عباراتهم - خصوصاً المتأخرين - من غير خلاف ، إلا من المذهب والخلاف » . ثم نقل عن الأول قوله : « اذا سكن دار غيره فقال الساكن : سكنت بغير أجره ، وقال المالك : استأجرتها ، كان القول قول صاحبها مع يمينه » . ونقل عن الخلاف قوله : « اذا زرع أرض غيره فقال الزراع : أعرتنيها وقال رب الأرض : أكريتها ، حكم بالقرعة » . أقول : ظاهر الخلاف ان فرضه من قبيل المسألة الآتية ، لا من قبيل هذه المسألة ، التي كان النزاع فيها للاختلاف بينهما في الاجارة وعدمها ، على ان يكون المتصرف معترفا بعدم بذل المالك للمنفعة على وجه المجانية . ولعل كلام المذهب وارد في إثبات أصل الاستحقاق للأجرة والعوض ، لا في إثبات الأجرة المسماة ، وإلا فلا وجه له ظاهر ، إذ لا ريب في كون المالك المدعي للاجارة مدعياً ، فيكون عليه البينة ، لا انه يسمع قوله بيمينه .

وتوضيح ذلك : أنه وان اختلفت كلماتهم في تفسير المدعي ، فبعضهم فسر : بمن لو ترك الخصومة لترك وآخر : بمن يدعي خلاف الأصل والظاهر . وثالث : بمن يذكر أمراً خفياً بحسب الظاهر . ورابع : وهو من يدعي خلاف الأصل أو الظاهر أو يذكر أمراً خفياً بحسب الظاهر . وخامس : وهو من يكون في مقام إثبات قضية على غيره . وربما ذكر غير ذلك ، والظاهر أن الاختلاف

المذكور ليس اختلافاً في المفهوم ، بل هو اختلاف في مقام بيان المفهوم ، مساهلة منهم في التحديد ، إذ لا يظن من أحد من هؤلاء المفسرين الالتزام بما يلزم التعريف الذي ذكر من اللوازم . والمتعين تعريفه بمن كان قوله يخالف الحجة التي يرجع إليها في تعيين الوظيفة الشرعية ، اشارة كانت أو أصلاً . وكأن وجه تسميته بالمدعي في النصوص المتضمنة : البينة على المدعي ، واليمين على المدعى عليه ، وكذا في اللغة والعرف . . أن المدعي اسم فاعل « ادعى » ، وهو افتعال من الدعاء الذي هو الطلب بالقول ونحوه ، وطلب الشيء إنما يصح إذا لم يكن حاضراً عند الطالب ، فكأن الشيء الذي قامت عليه الحجة حاضر لدى الشخص ، فلا مجال لطلبه ولا معنى لدعائه وادعائه ، والشيء الذي لم تقم عليه الحجة غير حاضر لديه فيصح دعاؤه وادعائه . هذا هو المفهوم منه لغة وعرفاً . ثم إن المراد من كون قوله مخالفاً للحجة : أنه يخالف للحجة التي يلزم الرجوع إليها في نفس الدعوى لولا المعارضة ، فلو كان كل منها قوله مخالفاً للحجة في مورد الدعوى ، لكنها كانت معارضة بالحجة الجارية في مورد دعوى خصمه ، فهما متداعيان ، وإن كان مقتضى العلم الاجمالي بكذب إحدى الدعويتين بطلان الأصلين معاً ، لكن ذلك لا يقدر في صدق المدعي ، ويكونان بذلك متداعيين . وعلى هذا فثبوت الاجارة لما كان على خلاف الأصل العملي ، كان المخبر عنه مدعياً ، والمنكر له مدعى عليه . وهذا مما لا اشكال فيه .

نعم هنا شيء وهو : أن المعيار في تطبيق المدعي والمدعى عليه ، هل هو مصب الدعوى وعبرة المتنازعين ، أو هو الغرض المقصود للمتنازعين ؟ . وتحرير هذا الخلاف في كتب القدماء والمتأخرين مما لم أقف عليه ، لكن يستفاد ذلك من تعليقاتهم في كثير من الموارد ، أن يكون الحكم هو التحالف الذي هو من أحكام التداعي ، أو كون البينة من أحدها واليمين من الآخر ،

الذي هو من أحكام المدعي والمنكر، فإن من ذكرهم للوجوه المختلفة يفهم خلافهم في ذلك . نعم صرح في الجواهر بوقوع الخلاف المذكور ، واختار الوجه الأول في صدر كلامه ، في مبحث الاختلاف في العقود من كتاب القضاء ، وكذا في صدر كلامه فيما لو اختلف المتبايعان في قدر الثمن ، فإنه - بعد ما نقل عن المختلف القول بان القول قول المشتري - قال (ره) : « إلا أنه لا يخفى عليك ضعفه في خصوص المقام ، لما سمعت (يعني من النص) ، نعم لا بأس به في غيره ، لو أبرزت الدعوى باشتغال الذمة بالزائد وإنكاره . أما لو أبرزت في تشخيص سبب الشغل ، بحيث يكون الاستحقاق تبعياً ، فقد يمنع تقديم قول المشتري فيه ، ضرورة كون كل منهما مدعياً ومنكراً . في المقام - مثلاً - يدعي البائع ان ما وقع ثمناً في عقد البيع المخصوص مائة ، والمشتري خمسون ، فنزاعهما في تشخيص العقد المشخص في الواقع ، ولا ريب في كون كل منهما مدعياً فيه ومنكراً . ولعله لذا احتل التحالف الفاضل في كثير من كتبه ، بل عن ولده أنه صححه ، والشهيد الأول اختياره في قواعده ، وإن نسبته في الدروس إلى الندرة ، بل مال إليه هنا في جامع المقاصد . وفي مفتاح الكرامة - في مسألة ما لو اختلفا في قدر الأجرة فقال : آجرتك سنة بدينار ، فقال : بل بنصفه - نسب إلى المذهب القول بالتحالف ، وإلى جامع المقاصد أنه قال : « لا ريب في قوة التحالف » ، وإلى المختلف أنه قال : « أنه متجة » انتهى . والثاني مذسوب إلى المشهور . لكن عرفت أن الوجه في النسبة : استفادة ذلك من بناءهم على إجراء حكم المدعي والمنكر في كثير من موارد النزاع ، والا فقد عرفت أنه لا تصريح منهم بذلك . وكيف كان : فما يتفرع على الخلاف المذكور أنه إذا قال المالك : آجرتك الدار بعشرة ، فقال الآخر : آجرتنيها بخمسة ، فعلى الأول أنها متداعيان لاختلافهما في المدعي

لسكل منها ، وعلى الثاني أنها مدع ومنكر ، لأن غرض الأول استحقاق العشرة ، وغرض خصمه نفي استحقاق الخمسة الزائدة على الخمسة التي يعترف بها ، وهذا النفي مقتضى الأصل ، فمدعي خلافه مدع ، ومدعيه منكر .

هذا ، والتحقيق هو القول المنسوب إلى المشهور ، كما اختاره في الجواهر في آخر كلامه المتقدم ، وكذلك في مبحث الاجارة فيما لو اختلفا في قدر الاجرة ، وجعل القول بالتحالف فيها ضعيفا . ونسب إلى شيخنا الأعظم (ره) في قضائه ، لانه منصرف الأدلة ، فان المقصود من نزاع المتخاصمين أولى بالملاحظة في ذلك ، وأولى أن يكون من وظيفة القاضي البت به والحكم فيه ، ولا معنى للملاحظة أمر آخر . وعلى هذا فقد يتوجه الاشكال على ما ذكره الجماعة في مفروض المتن ، من إطلاق القول : بان القول قول منكر الاجارة . . بانه لا يتم على المشهور ، إذ اللازم عليه التفصيل بين ما اذا كانت أجرة المثل أكثر ، فالقول قول مدعي الاجارة ، وبين ما اذا كانت أقل ، فالقول قول منكر الاجارة ، لانه في الأول مدعي الاجارة ينفي استحقاق الزائد ، فيطابق قوله الأصل ، وفي الثاني يكون مدعي الاجارة مدعي لا استحقاق الزائد فيكون مدعي ، وخصمه ينفي استحقاق الزائد فيكون منكرا . نعم يتم كلامهم على المذهب الآخر ، لأن مصب الدعوى ثبوت الاجارة وعدمها ، فمدعي الأول مدع وخصمه منكر على كل حال ، لكن يدفع الاشكال المذكور : أن المراد من كون المدار على مقصود المتنازعين أن ينظر إلى مقصودهما ، فان كان كل منهما مخالفا للأصل كانا متداعيين ، واذا كان مقصود أحدهما موافقا للأصل ، ومقصود خصمه مخالفا للأصل . . كان أحدهما مدعي والآخر منكرا ، سواء كان الأصل المثبت لأحدهما النافي للآخر ، أو النافي لهما معا . جاريا في أحدهما أم فيهما بلا واسطة ، أم كان جاريا بواسطة كما في الأصل السببي ، كما في المقام .

لم يستحق تلك الزيادة (١) ، ووجب على المدعي المتصرف ابصاها اليه (٢) ، وان كان المنكر هو المتصرف ، فيكذلك لم يستحق المالك إلا اجرة المثل ، ولكن لو زادت عما يدعيه من المسمى لم يستحق الزيادة ، لا عترافه بعدم استحقاقها ، ويجب على المتصرف ابصاها اليه . هذا إذا كان النزاع بعد استيفاء المنفعة ، وإن كان قبله رجع كل مال إلى صاحبه .

(مسألة ٢) لو اتفقا على أنه اذن للمتصرف في استيفاء المنفعة ، ولكن المالك يدعي : أنه على وجه الاجارة بكذا أو الاذن بالضمان ، والمتصرف يدعي : أنه على وجه العارية . . . ففي تقديم أيهما وجهان ، بل قولان : (٣) من أصالة البراءة

فإن أجرة المثل إذا كانت أكثر من الأجرة المسماة ، فلا أكثر مما يثبتها الأصل بالواسطة ، لأن أصالة عدم الاجارة تثبت أجرة المثل ، وإن كانت هي الأكثر ، لأن كل منفعة مستوفاة على وجه الضمان مضمونة بأجرة المثل ، إذا لم تكن أجرة مسماة ، فيكون الضمان بأجرة المثل التي هي الأكثر ، من آثار نفي الأجرة المسماة بالأصل . وليس المراد من كون المدار على مقصود المتنازعين : أنه لا بد من الأصول الجارية في نفس المقصود بلا واسطة ، يعني مع قطع النظر عن السبب وعن الأصل السببي الجاري فيه . فإن ذلك مما لا مجال للقول به ، لأن الأصل السببي إذا كان قد اجتمعت شرائط حجتيه ، لم يكن وجه لطرحة بالاضافة إلى الأثر المسبب ، فيكون مدعي الأثر منكرأ حينئذ ، فلا مجال للاشكال على ما ذكره الجماعة من إطلاق : أن القول قول منكر الاجارة ، فإنه في محله على المذهبين .

(١) يعني ليس له المطالبة بها ، لا عترافه بعدم استحقاقها .

(٢) إذا كان يرى استحقاق المالك لها .

(٣) حكى في مفتاح الكرامة : تقديم قول مدعي العارية يمينه . . . عن

بعد فرض كون التصرف جائزاً ، ومن أصالة احترام مال المسلم الذي لا يحل الا
بالإباحة والأصل عدمها ، فتثبت أجره المثل بعد التحالف ، ولا يبعد ترجيح
الثاني ، وجواز التصرف أعم من الإباحة

عارية الخلاف والمبسوط والغنية والمعة وجمع البرهان والكفاية، ثم قال: «وهو
الذي في نفس الشيخ في مزارعة الخلاف». وحكى نحوه في الجواهر ، لأصالة
البراءة ، لاتفاقهما على أن استيفاء المنفعة لم يكن بعنوان غير مشروع ، فالتردد
في استحقاق العوض وعدمه ، والأصل البراءة . وقيل : القول قول المالك في
عدم العارية ، فإذا حلف سقطت دعوى مدعي العارية ، وثبت عليه أجره
المثل . اختاره في الشرائع وحكي عن الحلبي واجارة المذهب . وفي الجواهر في
كتاب العارية قال : « لعله المشهور ». واختاره في القواعد ، وحكى عن جامع
المقاصد والروض والمسالك والكفاية وغيرها ، لكنهم قيدوا ما ذكره من
ثبوت أجره المثل : بما إذا لم يزد على المدعى . وربما حكي غير ذلك عن غيرهم .
ومبنى الخلاف في الجملة على : أن الأصل في المنفعة المستوفاة هو الضمان إلا أن
يبذلها المالك مجانا ، أو عدم الضمان إلا أن يثبت سبب الضمان . فالقول الأول
مبنى على الأول ، والثاني مبنى على الثاني . والمصرح به في كلمات القائلين بالثاني :
أن المقام لا بد فيه من التحالف ، فيحلف المالك على عدم العارية ، ويحلف مدعى
العارية على نفي الاجارة ، فيثبت للمالك أجره المثل .

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

زيداً داره بدينار . ويدعي زيد : أنها عارية . ومحل الكلام صورة : ما اذا كان النزاع بعد انقضاء مدة الاجارة التي يدعيها المالك . فنقول بناء على كون المعيار في تطبيق المدعي والمنكر مضمون كلام المتداعيين ، يكون كل واحد منهما مدعياً ومنكراً لمدعى خصمه ، في جميع الصور الاربع ، لان كلامنا من الاجارة والعارية خلاف الأصل ، فيتحالفان . وحيث أن ثبتت قاعدة احترام مال المسلم ، بمعنى الحكم بضمانه على من هو عنده حتى يثبت ما يقتضي عدمه ، من اباحة أو عارية مجانية ، واستشهد لها في مفتاح الكرامة وتبعه في الجواهر . . . بصحيح إسحاق بن عمار عن أبي الحسن ، الوارد فيمن استودع رجلاً ألف درهم فضاعت ، فقال الرجل : إنها وديعة ، وقال الآخر : إنها قرض . قال عليه السلام : « المال لازم له ، إلا أن يقيم البينة أنها كانت وديعة » . . . لزمت المتصرف أجرة المثل . وان لم تثبت القاعدة المذكورة ، لما عرفت سابقاً : من أن ما دل على حرمة المسلم ودمه وعرضه ظاهر في الحكم التكليفي لا غير ، وأما الصحيح فلا يمكن استفادة القاعدة الكلية منه . نعم ظاهر الاكثر ذلك ، فلا ملزم باجرة المثل ولا غيرها . والانصاف لزوم البناء على القاعدة المذكورة ، ومصر تكيزات المتشريعة تقتضيها وكفى بها حجة ، والصحيح المتقدم مؤيد لها ، بل البناء على ضمان المنافع المستوفاة شاهد بها . . . فالبناء على الضمان باجرة المثل متعين .

هذا بناء على كون المعيار في المدعي والمنكر : عبارة المتنازعين . أما بناء على كون المعيار : مقصودها وغرضها من النزاع ، فيكون مدعي العارية مدعياً ومدعي الاجارة منكراً بناء على ثبوت قاعدة الاحترام ، لان ثبوت المسمى المساوي لاجرة المثل مقتضى أصالة عدم العارية التي يدعيها المتصرف . واصالة عدم الاجارة لا أثر له ، إذ ليس للاجارة في المقام اثر خاص ، فان ضمان المتصرف بالعوض الخاص مترتب على مجرد عدم العارية ، وان علم بعدم الاجارة . .

فيكون المقام من باب المدعي والمنكر . وكذا بناء على عدم ثبوت قاعدة الاحترام ، لـسكن يكون مدعي الاجارة مدعيًا ، ومدعي العارية منكرًا على عكس مقتضى المبنى السابق ، لانه يكفي في نفي الضمان نفي الاجارة ، من دون حاجة إلى إثبات العارية ، لان السبب الموجب للضمان - على هذا المبنى - هو الاجارة لا غير . فمدعي الاجارة يدعي الضمان ومدعي العارية ينفي الضمان ، فيكون منكرًا ، فيكون القول قوله يمينه . وبالجملة : بناء على كون المعيار في المدعي والمنكر غرض المتنازعين ، يكون فرض المسألة من باب المدعي والمنكر ، فان بني على قاعدة الاحترام ، يكون مدعي العارية مدعيًا ، ومدعي الاجارة منكرًا . وبناء على عدم ثبوت القاعدة ، يكون الامر بالعكس ، مدعي الاجارة مدعيًا ومدعي العارية منكرًا .

الصورة الثانية : أن تكون الاجرة المسماة اكثر من اجرة المثل ، وحكمها هو : أنه بناء على كون المعيار : الغرض من النزاع ، فان بني على قاعدة الاحترام ، فهي أيضا من قبيل التداعي ، لان مدعي الاجارة يثبت الاجرة الزائدة على اجرة المثل ، ومدعي العارية ينفي الاستحقاق بالمرءة ، لا للأجرة المسماة ولا لاجرة المثل . ولما كانت كلتا الدعويين ذات أثر ، وكلتاها خلاف الأصل ، كان الخصمان متداعيين ، فيحلف المالك على نفي العارية ، فيثبت الاستحقاق لاجرة المثل ، ويحلف المتصرف على نفي الاجارة ، فينتفي الزائد على اجرة المثل ، فيكون للمالك اجرة المثل لا غير . أما بناء على عدم ثبوت قاعدة الاحترام ، فالمقام من باب المدعي والمنكر ، ومدعي الاجارة يكون مدعيًا ومدعي العارية منكرًا ، بلحاظ نفي الاجارة الذي هو لازم دعواه ، لا بلحاظ نفس العارية ، إذ العارية لا أثر لها على هذا المبنى ، لان عدم الضمان مقتضى الأصل ، حتى يثبت السبب المضمن وهو الاجارة ، فيحلف مدعي العارية على نفي الاجارة ، ولا شيء .

عليه حينئذ كما تقدم القول بذلك من جماعة في صدر المسألة .
 الصورة الثالثة : أن تكون الأجرة المسماة أقل من أجرة المثل . وحكمها :
 أنه بناء على كون المعيار في تشخيص المدعي هو الغرض المقصود من النزاع ،
 فالغرض من باب المدعي والمنكر ، سواء قلنا بقاعدة الاحترام أم لم نقل . غاية
 الامر أنه على الأول يكون مدعي العارية مدعياً ، لترتب الاثر الشرعي على
 مدعاه الذي هو خلاف الأصل ، ومدعي الاجارة منكرأ ، بلحاظ نفي العارية لا بلحاظ
 نفس الاجارة ، إذ الضمان ليس موضوعه الاجارة ، بل موضوعه الاستيفاء . بل بذل
 مجاني كما عرفت . فالمدعى لا اثر له ولا يجري فيه الأصل في المقام ولذا لو اعترف
 المالك بعدم الاجارة وانكر العارية ، ثبت الضمان مع يمينه على نفي العارية .
 وبناء على عدم ثبوت قاعدة الاحترام ، يكون مدعي الاجارة مدعياً ومدعي
 العارية منكرأ كما عرفت سابقاً . وعلى الأول يستحق المالك بعد يمينه المسمى
 لا غير ، لاعترافه بعدم استحقاق الزائد عليه ، وعلى الثاني لا يستحق المالك
 شيئاً ، بعد يمين مدعي العارية على نفي الاجارة .

الصورة الرابعة : أن تكون الأجرة عيناً خارجية . وحكمها : أنه بناء
 على كون المعيار في تشخيص المدعي الغرض من النزاع ، فهما من باب المدعي
 والمنكر ، لأن المالك يدعي ملك العين الخارجية والمتصرف ينفي ذلك . ودعوى
 الأول خلاف الأصل ، ونفي الثاني موافق للأصل . ودعوى المتصرف العارية
 وان كانت خلاف الأصل ، لكن لا أثر لاصالة عدمها ، إذ المقصود منها إن
 كان إشغال ذمة المتصرف ، فلا مجال له لا عتراف المالك بعدم اشتغال ذمة
 المتصرف بشيء . وان كان المقصود منها اثبات ملك المالك للعين الخارجية ،
 فهي لا تصلح لاثبات ذلك لانه لازم غير شرعي . فادعاء المتصرف العارية لا أثر
 له ، إلا بلحاظ ما يلزمه من نفي الاجارة كما عرفت . فاذا حلف المتصرف على نفي

الاجارة ، انتفى ملك العين الخارجية للمالك . أما إذا حلف المالك على نفي العارية ، فلم يثبت ملكها للمالك ، لأنه لازم عقلي ، ولم يفتف به اشتغال ذمة المتصرف باجرة المالك لانه حاصل باعترافه .

هذا كله حكم الصور الثلاث ، بناء على كون المعيار في تشخيص المدعي : الغرض المقصود من النزاع . أما بناء على كون المعيار فيه صورة الدعوى ، فالخصمان في جميع الصور الثلاث المذكورة متدعيان ، لان كلا منهما يدعي امرا على خلاف الاصل ، كما عرفت في الصورة الرابعة ، وبعد التحالف يستحق المالك أجرة المثل في الصورة الأولى منها ، والمسمى في الثانية دون الزائد ، اخذاه باعترافه بناء على قاعدة الاحترام . أما بناء على عدمها فلا يستحق شيئا ، لاصالة البراءة من دون ثبوت سبب مضمن . وأما في الصورة الثالثة فلا يستحق شيئا على كل من المبنيين ، اخذاه باعترافه بفراغ ذمة المتصرف . هذا حكم صور المسألة على اختلاف المباني المتقدمة . ففي الشرائع قال في كتاب العارية : « إذا قال الراكب أعرتنيها ، وقال المالك آجرتكها . فالقول قول الراكب ، لان المالك مدع للأجرة ، وقيل القول قول المالك في عدم العارية ، فإذا حلف سقطت دعوى الراكب وتثبت عليه أجرة المثل أو المسمى ، وهو أشبه » . وظاهر كل من القولين : أن المورد من باب المدعي والمنكر لامن باب التداعي . لسكن في القواعد في كتاب المزارعة : « لو ادعى العامل العارية والمالك الحصة أو الاجرة قدم قول المالك في عدم العارية ، وله أجرة المثل مع يمين العامل ما لم تزد على المدعى » . وظاهره ان المقام من باب التداعي . وعن الشيخ في المبسوط : العمل بالقرعة في تعيين المدعي والمنكر . لسكن المحكي عن عبارته أن ذلك احوط ، والاشكال فيه ظاهر على كل حال ، إذ لا موجب للخروج عن القواعد - التي قد عرفت - من دون دليل مخرج .

- (مسألة ٣) إذا تنازعا في قدر المستأجر عليه يقدم قول مدعي الأقل (١)
 (مسألة ٤) إذا تنازعا في رد العين المستأجرة ، قدم قول المالك (٢)
 (مسألة ٥) إذا ادعى الصانع أو الملاح أو المكاري تلف المتاع ، من
 غير تعد ولا تفريط ، وانسكرك المالك التلف ، أو ادعى التفريط أو التعدي .. قدم
 قولهم مع اليمين على الأقوى (٣) .

(١) كما هو المعروف المصرح به في كتاباتهم ، لا صالة عدم وقوع الاجارة
 على الزائد المختلف فيه ، فيكون القائل به منكراً . نعم بناء على أن المعيار في
 المدعي : صورة القضية ، يكونان متداعيين ، كما نسب إلى جماعة . فمن جامع
 المقاصد : أنه لا ريب في قوة التحالف . وقد عرفت ضعفه .

(٢) من دون خلاف ظاهر ولا إشكال ، لأصالة عدم الرد . وقبول دعوى
 الودعي الرد بالاجماع - لو تم - لا يقتضي قياس المقام عليه . لا اختلافها في أن
 القبض في المقام لمصلحة القابض ، بخلاف الودعي فإنه لمصلحة المالك .

(٣) وهو المحكي عن جماعة من القدماء والمتأخرين . وعن الخلاف : الاجماع
 عليه . ويشهد له خبر بكر بن حبيب : « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : أعطيت جبة
 إلى القصار ، فذهبت بزعمه . قال عليه السلام : إن اتهمته فاستحلفه ، وإن لم اتهمه
 فليس عليه شيء » ، وخبره الآخر عنه عليه السلام : « لا يضمن القصار إلا ما جنت
 يده » ، وإن اتهمته احلفته » ، وخبر أبي بصير المرادي عنه عليه السلام : « لا يضمن
 الصائغ ولا القصار ولا الحائك ، إلا أن يكونوا متهمين » ، فيخوف بالبينة
 ويستحلف ، لعله يستخرج منه شيئاً . والمشهور - كما عن المسالك وعن السيد
 أن عليه اجماعنا وأنه من منفرداتنا - أنهم يكلفون بالبينة . وبشهادة له جملة من
 النصوص ، كمصحح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام : « في الغسال والصباغ : ما سرق

(مسألة ٦) يكره تضمين الأجير في مورد ضمانه : (١) من قيام البينة على اتلافه ، أو تفریطه في الحفظ أو تعديبه ، أو نسكوله عن اليمين ، أو نحو ذلك

منهم من شيء فلم يخرج منه على أمر بين ، وكل قليل له أو كثير فإن فعل فليس عليه شيء ، وإن لم يقيم البينة ، وزعم : أنه قد ذهب الذي ادعى عليه ، فقد ضمنه وإن لم يكن له بينة على قوله « وصحيح ابن مسكان عن أبي بصير عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سألت عن قصار دفعت إليه ثوبا ، فزعم أنه سرق من بين متاعه . قال : فعليه أن يقيم البينة أنه سرق من بين متاعه ، وليس عليه شيء ، وإن سرق متاعه كله فليس عليه شيء . » ونحوها غيرها .

هذا وفي نسبة القول المذكور إلى الشهرة تأمل ، فضلا عن نسبته إلى الاجماع . وفي الجواهر : « لم يتحقق القول به الا من المفيد والمرضى » . وكذا في صحة الاستدلال له بهذه النصوص ، فإن التأمل في مجموع النصوص - على اختلاف مضامينها - يقتضي لزوم البناء على الاكتفاء في عدم الضمان باحد أمور : اما اليمين ، أو البينة ، أو قيام اماره على صدقه : مثل أن يدعى السرقة ويكون قد سرق جميع متاعه ، أو يكون مأمونا في نفسه . ففي صحيح الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام : كان أمير المؤمنين عليه السلام : يضمن القصار والصائغ احتياطا للناس ، وكان أبي عليه السلام يتطول عليه إذا كان مأمونا ، ونحوه غيره . هذا مضافا إلى ان اعراض المشهور عن هذه النصوص ، مع انها أصح سنداً وأكثر عدداً . مما يوهن حجيتها ، وحينئذ لا مجال للعمل بها في قبال النصوص الأول . وما في الشرائع : من أن الأول اشهر الروايتين . . فيه تأمل ظاهر .

(١) كما نسب إلى الاصحاب ، وقد يشهد به خبر حذيفة : « عن الرجل يحمل المتاع بالأجر فيضيع ، فتطيب نفسه ان يغرمه لأهله ، أيأخذونه ؟ » قال : فقال : أمين هو ؟ ، قلت : نعم . قال : فلا يأخذون منه شيئا » فتأمل .

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

(مسألة ٨) إذا تنازعا في أنه أجره بغلا أو حماراً أو أجره هذا الحمار

مثلاً أو ذلك . فالرجع التحالف (٢) .

(١) قاله علماؤنا - كما عن التذكرة - لاصالة عدم لزوم الزائد ، لكن عرفت القول بالتداعي والتحالف ، ممن يرى أن المعيار في تشخيص المدعي مصب الدعوى لا الغرض ، كما عرفت ضعفه .

(٢) كما هو المشهور المعروف ، يظهر ذلك من كلماتهم في مباحث النزاع من كتاب البيع في الشرائع : « لو قال : بعثك هذا الثوب ، فقال : بل هذا ، فهنا دعويان » . ونظيره ذكر في القواعد قال : « لو قال : بعثك العبد بمائة ، فقال : بل الجارية ، تحالفا وبطل البيع » . وظاهر الجواهر وغيرها : عدم الخلاف والاشكال في ذلك نعم قال الشهيد في اللمعة : « وفي تعيين المبيع يتحالفان ، وقال الشيخ والقاضي يحلف البائع كالاختلاف في الثمن » . وفي الروضة : « وضرب عليه في بعض النسخ المقررة على المصنف (ره) » . وفي المسالك - بعد ما نقل ما تقدم عن الشرائع - قال : « الحكم هنا واضح بعد الاطاعة بما سلف » . وقد اشتهر في كلامهم - هنا - توجيه التحالف : بأن ضابط التحالف ان لا يتفقا على أمر . قال في المسالك في كتاب الاجارة : « وضابط التحالف : ان لا يتفقا على شيء كما لو قال : أجرتك البيت الفلاني ، فقال : بل الفلاني ، أو قال : أجرتك البيت ، فقال : بل الحمام » . ونحوه كلام غيره . لكن التوجيه المذكور يتم بناء على أن المعيار في تشخيص المدعي : مصب الدعوى ، أما بناء على أن المعيار : الغرض المقصود ، فالغرض المقصود في البيع ليس الا مطالبة المشتري بما يدعي شراؤه ، وفي الاجارة مطالبة المستأجر بما يدعي استئجاره والمالك ينفي ذلك ، والأصل يقتضي عدم وقوع الاجارة على ما يدعي المستأجر . وأما

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

(مسألة ٩) إذا اختلفا في أنه شرط أحدهما على الآخر شرطا أولا ،

المالك فهو وإن كان يدعي وقوع الاجارة على ما يدعي وقوع الاجارة عليه ،
لسكن هذه الدعوى لا أثر لها في مطالبته بشيء ، وليس له غرض فيها إلا بلحاظ
ما يترتب عليها من اللزم ، وهو نفي ما يدعيه المستأجر ، ولذا يصح له الاقتصار
على بطلان دعوى المستأجر ، من دون تعرض لدعاه . وبالجمله : بعد اتفاقهما على
استحقاق المالك للاجرة ، فالخلاف إنما هو في استحقاق المستأجر لمنفعة ما يدعيه ،
والمالك ينفيه والأصل معه ، فهو منكر والمستأجر مدع . فإذا حلف المالك على
نفي ما يدعيه المستأجر ، فقد بطلت دعوى المستأجر وليس له المطالبة بشيء .

هذا اذا كان النزاع قبل التصرف ، أما لو كان بعد التصرف وانقضاء
المدة ، فاللزم - بعد عيّن المالك - أن يدفع له أجرة المثل عن المنفعة المستوفاة
مما يدعيه ، بناء على ما عرفت من أصالة احترام مال المسلم ، لأنه لما لم يثبت
استحقاقه لمنفعة الفرس التي قد استوفّاها ، كان اللزم دفع اجرتها ، وأما منفعة
الحمار الذي يدعي وقوع الاجارة عليه فقد فانت بتقصير منه ، لأنه هو الذي
ترك الانتفاع بها في المدة المضروبة ، فتكون عليه الأجرة المتفق عليها بينهما ،
وعليه أجرة الفرس بمقتضى أصالة عدم اجارتها اياه . هذا ما تقتضيه القواعد ،
وإن لم اعرف من ذكره أو احتمله ، عدا ما سبق من الشهيد في اللمعة . نعم
ذكره بعض الاكابر في حاشيته على المتن ، وهو في محله .

(١) الكلام في هذه المسألة هو الكلام في سابقتهما بعينه . نعم يختلفان في أن

المدعي في المسألة السابقة هو المستأجر ، بناء على أن المعيار في تشخيص المدعي :
الغرض المقصود . وفي هذه المسألة يكون المدعي هو المؤجر ، لأنه يدعي أن الاجارة
واقعة على ما يدعيه ، والمستأجر ينكر ذلك مثلا إذا كان المؤجر يدعي أن الاجارة

فالقول قول منكره (١).

(مسألة ١٠) إذا اختلفا في المدة انها شهر أو شهران مثلا ، فالقول قول

منكر الازيد (٢).

كانت عشرة دراهم ، والمستأجر يدعي : انها كانت ديناراً ، فهما يتفقان على أن منفعة العين المستأجرة صارت ملكاً للمستأجر ، ويختلفان في الأجرة ، فالمؤجر يدعي انها كانت عشرة دراهم والمستأجر يدعي أنها كانت ديناراً ، فدعوى المؤجر ملزمة وموجبة للمطالبة بالعشرة دراهم ، ودعوى المستأجر لا توجب شيئاً إلا بلمحظ ما يلزمها ، من نفي دعوى المؤجر ونفي استحقاق المؤجر المطالبة له بالعشرة ، فرجعها إلى انكار دعوى المؤجر ، فهما من قبيل المدعي والمنكر ، كما في المسألة السابقة . غير أن المؤجر هنا هو المدعي ، والمستأجر منكر ، على عكس ما سبق هناك . ومقتضى ذلك سماع قول المستأجر بيمينه ، إذا لم تكن بيينة للمؤجر على دعواه .

(١) لا ينبغي التأمل في ذلك بناء على ما عرفت من المعيار . نعم بناء على الوجه الآخر يكون المقام من التداعي ، لا اختلافهما في الخصوصيات المشخصة الموجب للاختلاف في المتشخص .

(٢) كما عن الحلبي ، لاصالة عدم وقوع الاجارة في الزيادة المختلف فيها ، فيكون قول المالك هو الموافق للأصل وقول المستأجر على خلافه ، فيكون مدعياً . لسكن في القواعد : « ولو اختلفا في المدة ، فقال : آجرتك سنة بدينار ، فقال : بل سفتين بدينارين . فalcول قول المالك مع يمينه ، ولو قال بل سفتين بدينار ، فهنا قد اختلفا في قدر الموض والمدة ، والاقرب التحالف » . ونحوه ذكر في التحرير . وفي جامع المقاصد - في شرح عبارة القواعد المذكورة - قال « أما الاختلاف في المدة فظاهر ، وأما الاختلاف في

(مسألة ١١) إذا اختلفا في الصحة والفساد، قدم قول من يدعي الصحة (١)

العوض فإنه على قول أحدهما عوض السنة دينار، وعلى قول الآخر نصف دينار. ولقائل أن يقول: إن العوض الذي جرى عليه العقد متفقان عليه، وإنما الاختلاف في زيادة المدة وعدمها. ووجه القرب: أن كل واحد منهما يدعي عقداً مغايراً للعقد الذي يدعيه الآخر، والآخر ينكره فيتحالفان. وعن الشيخ: القول بالقرعة. لكن عبارته في غير هذه المسألة، وقد تقدمت الإشارة إليها. والتحقيق ما عرفت: من أنه بناء على أن المعيار في المدعي الغرض المقصود من النزاع، فلمستأجر مدع والمالك منكر، وبناء على أن المعيار مصب الدعوى فهما متداعيان.

(١) كما هو المعروف بين الأصحاب كما عن الكفاية، لا استقرار سيرة العقلاء والمتشرعة على حمل الفعل الصادر المحتمل الصحة والفساد على الصحة، ولا يختص ذلك بفعل المسلم، بل يطرد في فعل كل عاقل، كما عرفت. وفي جامع المقاصد قال في هذا المقام: «لا شك أنه إذا حصل الاتفاق على حصول جميع الأمور المعتبرة في العقد، من حصول الإيجاب والقبول من الكاملين، وجرىانها على العوضين المعترين، ووقع الاختلاف في شرط مفسد مثلاً فالقول قول مدعي الصحة يمينه، لأنه الموافق للأصل، فإن الأصل عدم ذلك المفسد، والأصل في فعل المسلم الصحة. لا يقال: الأصل بقاء الملك على مال ماله، فيعارض الأصل المذكور. لانا نقول بعد صدور الإيجاب والقبول على الوجه المعبر، وعدم العلم بالمنافي لصحةهما المقتضي للحكم بصحةهما عملاً بالاستصحاب لحال تحقق السبب الناقل. فلم يبق ذلك الأصل كما كان. أما إذا حصل الاختلاف مع الصحة والفساد في حصول بعض الأمور المعتبرة وعدمه، فإن هذا الاستدلال لا يستمرها هنا، فإن الأصل عدم السبب الناقل. ومن ذلك ما لو ادعى: أني

(مسألة ١٢) إذا حمل المؤجر متاعه إلى بلد ، فقال المستأجر استأجرتك على أن تحمله إلى البلد الغلاني غير ذلك البلد ، وتنازعا ، قدم قول المستأجر (١) ، فلا يستحق المؤجر أجرة

اشترت العبد ، فقال بل بعثك حراً .

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

(١) لا صالة عدم وقوع الاجارة على ما ادعاه الاجير ، فلا يستحق الاجرة على عمله . لكن هذا يتم بناء على ما عرفت : من ان المعيار في تشخيص المدعى الغرض المقصود ، أما إذا كان المعيار صورة الدعوى فيها متداعيان ، لتباين الدعويين بتباين متعلقيهما . وكذا إذا كان الغرض المقصود من دعوى المستأجر المطالبة بالنقل إلى الموضع الذي يدعيه ، بان كانت مدة الاجارة باقية ، فان غرض كل منهما مبين لغرض الآخر ، وكلاهما ثبوتي ، فيكونان متداعيين ، يحلف كل منهما على نفي مدعى الآخر ، وبعد حلفهما معا يحكم ببطالان كل من الدعويين . فلا يجوز للمستأجر مطالبة الاجير بنقل المتاع إلى الموضع الذي يدعيه ، ولا للاجير المطالبة بالاجرة على نقله المتاع الذي يدعيه .

وبالجملة : للمسألة صورتان : الأولى : أن يكون كل واحد من المتعاقدين

حمله ، وان طلب منه الرد إلى المكان الأول (١) وجب عليه (٢) ، وليس له رده في مقام مطالبة صاحبه بحق ، بان يكون المستأجر في مقام مطالبة الأجير بالعمل المستأجر عليه حسبما يدعي ، والأجير في مقام مطالبة المستأجر بالأجرة لأنه يدعي وقوع العمل المستأجر عليه . وفي هذه الصورة هما متداعيان ، يدعي كل منهما شيئاً على خلاف الأصل ، وينكره والآخر ، فيتحالفان . الثانية : أن يكون أحدهما مطالباً لصاحبه بشيء ، دون صاحبه فلا يطالبه بشيء . وفي هذه الصورة يكون المطالب مدعياً وصاحبه منكرأ ، فيقدم قوله بيمينه . كما إذا انتهت مدة الاجارة فبطلت ، أو تعذر العمل المستأجر عليه ، لعجز عقلي أو شرعي .

(١) قد عرفت : أن المستأجر إنما يكون منكرأ إذا لم يكن مطالباً بشيء ينكره صاحبه ، فإذا كان مطالباً برد العين إلى الموضع الذي نقلت عنه ، فربما يقال أنه يكون مدعياً ، فيكون الآخر منكرأ فيكونان متداعيين ، المؤجر يطالب بالأجرة والمستأجر يطالب بالرد . وفيه : أن الميعار في التداعي ان يطالب كل واحد منهما بأمر يكون من لوازم دعواه ، وثبوتها يترتب على ثبوت دعواه . أما إذا كان المطالب يترتب على نفي دعوى خصمه ، لأنه من آثار عدمها ، فإنه حينئذ لا يكون مدعياً بالاضافة اليه ، لأن الأصل النافي لدعوى خصمه ، بعد ما كان مثبتاً لذلك الأثر الذي يطالب به . . . يكون بملا حظته أيضاً منكرأ لأنه يدعي أمراً تثبته الحجة الشرعية وهو الأصل ، وليس معنى المنكر إلا ذلك ، كما عرفت . ونظير المقام : مالو أكل طعام غيره مدعياً الاذن ، منه ، فأنكر صاحب الطعام الاذن ، وطالب بالعوض ، فإنه بالمطالبة بالعوض لا يكون مدعياً ، لأنه يدعي أمراً تقتضيه أصالة عدم إذن المالك ، كما هو ظاهر .

(٢) وجوب الرد إلى المكان الذي نقله منه ، إما أن يستفاد من قوله **طالباً** :

إليه إذا لم يرض ويضمن له أن تلف أو عاب ، لعدم كونه أميناً حينئذ في ظاهر الشرع (١) .

(مسألة ١٣) إذا خا ط نوبه قباء ، وادعى المستأجر أنه أمره بأن يخطه قيصاً ، فالأقوى تقديم قول المستأجر (٢) . لاصالة عدم الاذن في خياطته قباء وعلى هذا

« كل مغضوب مردود » ، وقوله بالحكم : « على اليد ما أخذت حتى تؤدي » ، وإما لأن خصوصية المسكان من قبيل سائر الخصوصيات ، القائمة بالعين مضمونة على المتلف . لكن الأول إنما يقتضي الرد والاداء إلى المالك ، وربما يحصلان بحضور المالك في البلد الذي نقل إليه المتاع . وإما الثاني فلأن الخصوصيات التي تكون عليها العين إنما تكون مضمونة إذا كانت ذات مالية ، أما إذا لم تكن فلا دليل على ضمانها ، وإن كانت مما تختلف بها الرغبات ، فضلاً عما إذا لم تكن كذلك أيضاً . وخصوصية المسكان ربما تكون مما لا تختلف بها الرغبات ، ولا تكون ذات مالية . فالدليلان المذكوران غير ظاهرين في اثبات ذلك على إطلاقه . نعم لا يبعد أن يكون ذلك من الأحكام العرفية للضمان .

(١) وحينئذ فيشملة عموم أدلة الضمان .

(٢) كما عن جملة كسيرة من كتب الفاضلين والشهيدين والمحقق الثاني وغيرهم . وعن الخواشي نسبته إلى المشهور ، لأن المستأجر منكر لما يدعيه العامل من الاذن ، فيكون قوله مقدماً . لكن في الخلاف - بعد أن اختار : أن القول قول صاحب الثوب واستدل له بما ذكر - قال : « وكنا نقول فيما تقدم في هذه المسألة : أن القول قول الخياط لأنه غارم ، وإن رب الثوب يدعي عليه قطعاً لم يأمره به فيلزمه بذلك ضمان الثوب ، فكان عليه البينة ، فإذا فقدوها وجب على الخياط اليمين ، وهذا أيضاً قوي » . وعن وكالة التذكرة : الجزم

بأن القول قول الخياط . وظاهرهما ان المقام من باب المدعي والمنكر ، وان المالك مدع والعامل منكر . وفيه ما عرفت : من أن مطالبة المالك للعامل بضمان الثوب لا توجب كون المالك مدعياً ، لأن ذلك من آثار عدم الاذن في قطع الثوب قباه ، فاذا جرى كفى في ترتب استحقاق الارش ، فيكون قوله موافقاً للأصل أيضاً ، فيكون منكرآ لا مدعياً . ومن ذلك يظهر لك ضعف ما يقال : من ان تقديم قول المالك يختص بصورة ما إذا لم يدع المالك الارش ، أما إذا ادعى الارش على العامل فهما متدعيان ، لأن العامل يدعي الأجرة والمالك يدعي الارش . وادعي فهم ذلك من مجمع البرهان من قوله : « ولعل المصنف لم يذكر التحالف بناء على عدم دعوى الآخر ، وأما مع دعواه فالظاهر التحالف ، فتأمل » . بل فهم أيضاً ذلك من التذكرة ، لما ذكر فيها : من أن من قدم قول الخياط لا بد وأن يقول بالتحالف .

وجه الضعف : ما عرفت من ان دعوى المالك الارش ، لما كانت مقتضى أصالة عدم الاذن في عمل العامل . لا توجب كونه مدعياً ، بل هو أيضاً من هذه الجهة منكر . ولا فرق في كون المالك منكرآ ، بين اقتضائه على نفي الاجارة بداعي نفي الاجرة ، أو بداعي المطالبة بالارش ، أو بداعيها معا ، لأنه في الجميع يدعي ما يقتضيه الأصل . وكلام التذكرة ومجمع البرهان لا يخلو من إجمال . نعم عن صريح الشافعي : ان رب الثوب يدعي عليه الغرم وينفي الاجرة ، والخياط يدعي الاجرة وينفي الغرم فيتحالفان . انتهى ، وهو صريح فيما ذكر ، الذي قد عرفت ضعفه . ومن ذلك يظهر أنه لا فرق في كون المالك منكرآ والعامل مدعياً ، بين ان يكون فرض المسألة من باب الاجارة - كما هو ظاهر المتن - وان يكون من باب الامر بالعمل على وجه الجمالة ، كما هو ظاهر فرض الاصحاب للمسألة : نعم لا بأس بالبناء على التحالف ، إذا كان المعيار

فيضمن له عوض النقص الحاصل من ذلك (١)، ولا يجوز له نقضه إذا كان الخيط المستأجر (٢)، وان كان له كان له (٣)،

في تشخيص المدعي صورة الدعوى لتباين الدعويين؛ كما عرفت في نظائره.

(١) لأنه بفعله فيدخل في عموم: من أفسد فهو ضامن.

(٢) لعدم جواز التصرف في مال أحد إلا بأذنه.

(٣) يعني إذا كان الخيط للمؤجر جاز له نقضه، لأنه ماله فيكون تحت سلطنته. فإن قلت: نقضه يوجب تصرفاً في الثوب الذي هو للمستأجر، فيكون تحت سلطنته فلا يجوز التصرف فيه. قلت: الوجود القائم بعينين للمالكين، لما كان تصرفاً في العينين، كان تحت سلطنة واحدة قائمة بسلطانين، فتكون سلطنتين ضميتين. وإذا عملت إحدى السلطنتين الضميتين في الوجود، كان الوجود تحت سلطنة مطلقة للسلطان الآخر، وإذا عملت بالعدم، بطلت السلطنة الأخرى من السلطان الآخر. مثلاً العقد القائم بالعوضين للمالكين، لما كان قائماً بمالين، كان تحت سلطنة المالكين معاً، فإذا أقدم أحد السلطانين على الوجود، كان الوجود تحت سلطنة مطلقة للطرف الآخر، فإذا أوجب البائع كانت المعاوضة تحت سلطان القابل، فوجودها وعدمها تحت سلطانه، وإذا لم يوجب ولم يرض بالمعاوضة، بطلت السلطنة من الآخر. ففي المقام: لما كان بقاء الخيط بالثوب قائماً بالعينين معاً، فهو تحت سلطنة مالكيهما على النحو الذي ذكرناه. فإن رضي صاحب الخيط ببقائه، فبقاؤه تحت سلطنة مطلقة لصاحب الثوب، وإن رضي صاحب الثوب ببقائه فهو تحت سلطنة مطلقة لصاحب الخيط. وإن لم يرض صاحب الثوب ببقائه بطلت سلطنة صاحب الخيط على بقاءه. وإن لم يرض صاحب الخيط ببقائه بطلت سلطنة صاحب الثوب على بقاءه، فلا يكون له منعه بدعوى أنه تصرف في الثوب.

ويضمن النقص الحاصل من ذلك (١) ، ولا يجب عليه قبول عوضه لو طلبه

اسكن هذا إنمّا يتم بالإضافة إلى التصرف في الثوب من حيث كونه مخيطاً، ولا يقتضي جواز التصرف فيه ، التصرف الذي يكون مقدمة لنقصه وفصل الخيط عنه ، فإن ذلك التصرف ليس قائماً بالثوب والخيط ، وإنمّا هو قائم بالثوب نفسه ، فهو تحت سلطنة المالك مستقلاً ، نظير التصرف في آلات صاحب الثوب لاجل فصل الخيط عنه. وعلى هذا فالخروج عن القواعد المقتضية للمنع إذن لا يصح إلا إذا كان ضرر على صاحب الخيط ، فتكون قاعدة نفي الضرر حاكمة على قاعدة السلطنة .

اسكن إذا منع المالك صاحب الخيط عن أخذ خيطه ، فامتنع ، جاء الاشكال في تصرفه في الثوب ، لأنه تصرف في الخيط أيضاً فيحرم . إلا أن يقال : إن منع مالك الثوب عن التصرف في ثوبه ضرر فينتفي ، ولا ضرر في منع مالك الخيط عن أخذ خيطه حسب الفرض . وبالجملّة : الخروج عن القواعد المقتضية لما ذكرنا غير ظاهر ، وإن تصدى بعض لا ثبات ان مقتضاها جواز أخذ الخيط لما أسكه ، وإن لزم التصرف في الثوب مطلقاً ، وإن لم يلزم ضرر على صاحب الثوب ، كما اشرنا إلى ذلك في تعليلتنا على مباحث خيار الغبن .

(١) لأنه بفعله ، فيشملة عموم أدلة الضمان . نعم إذا كانت تستوجب صفة ذات مالية في الثوب ، كانت تلك الصفة ملصقة للمؤجر ، فيكون الثوب لما أسكه واخياطة للعامل ، وله المطالبة بها. وحينئذ ، فهل لازم ذلك الشركة في العين أولاً؟ وجهان اقواهما الثاني ، لعدم الدليل عليه ، واضعف منه جعل الشركة في المالية ، وجه الضعف : ان المالية من الاعتبارات التي هي منتزعة من حصول الرغبة ، ولا تقبل الشركة عند العقلاء . وكذلك الحكم لو أراد الخياط أخذ الخيط ، فمنعه المالك من التصرف في الثوب ، وكان منعه موجبا للضرر ،

المستأجر (١) ، كما ليس عليه قبول عوض الثوب لو طلبه المؤجر . هذا ولو تنازعا في هذه المسألة والمسألة المتقدمة ، قبل الحمل وقبل الخياطة ، فالرجع التحالف (٢)

كما كان أيضاً التصرف في الثوب حين اخذ الخيط ضرراً على المالك ، فانه مع تعارض الضرر ، وسقوط قاعدة نفي الضرر في الطرفين ، يرجع إلى قاعدة السلطنة في الطرفين : ومقتضاها عدم جواز أخذ الخيط ، وعدم جواز التصرف في الثوب ، فيبقى الثوب ممنوعاً من التصرف فيه من كل منهما . ولا بد من ان ينتهي الامر إلى التخلص بالبيع ، ونحوه من المعاضات على العين ، ويكون الاشتراك بينهما بالثمن . بناء على أن ذلك من الاحكام العرفية ، كما هو غير بعيد ، وان كان لا يخلو من خفاء .

(١) الوجه فيه وفيما بعده ظاهر ، لأنه مقتضى قاعدة السلطنة .

(٢) هذا واضح بناء على ان المعيار في تشخيص المدعي مصب الدعوى ، أما إذا كان المعيار هو الغرض المقصود للمتنازعين فمشكل ، لأن المستأجر يطالب بالعمل الذي يدعيه ، والاجير ينكر ذلك . أما الاجير فلا يطالب بشيء ، لانها يعترفان باستحقاق الاجرة ولا ينكرها أحدهما . نعم يدعي الاجير استحقاق أخذ الاجرة والمطالبة لو عمل ، وهذه الدعوى ليس فيها مطالبة بحق فعلي ، وإنما هي مطالبة بحق استقبالي . ومثل هذه الدعوى لا تسمع ، لعدم استحقاق المطالبة بالحق المذكور ، إلا في ظرف فعليته . نعم إذا مضت المدة التي يمكن فيها العمل ، وبذل الاجير نفسه للعمل ، استحق المطالبة بالاجرة ، لو كانت الاجارة واقعة على العمل الذي يدعيه . وحينئذ تصح الدعوى ، فتكون مسموعة ، ويكون مدعياً ، والمستأجر منكراً . وحينئذ فإن كان مقصود المصنف (قده)

هذا المعنى من التحالف ، فلا بأس به ، وإن كان المقصود أنهما في الزمان الواحد متداعيان ، فقد عرفت اشكاله . وكأنه لذلك ذكر في بعض الحواشي لبعض الاكابر : أنه يقدم قول المؤجر في المسألتين مع يمينه ، على نفي ما يدعي المستأجر استحقاقه . انتهى .

ثم انه إذا تحالفا حكم الحاكم على طبق كل من اليمينين ، فيحكم ببطلان كل من الدعويين . وحينئذ يقع الكلام في أمور .

الأول : في ان الحكم الصادر من الحاكم ليس حكما واقعيا عندنا ، لما يستفاد من النصوص : مثل قول أبي عبد الله عليه السلام : في صحيح هشام بن الحكم : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إنما أقضي بينكم بالبينات والايان ، وبعضكم الحن بحجته من بعض ، فأما رجل قطعت له من مال أخيه شيئا ، فأما قطعت له به قطعة من النار » . فإنه كالصریح : في ان حكم الحاكم لا يغير الواقع ولا يبدله إلى حكم آخر ، فإذا حكم ببطلان الدعوى لم يكن ذلك موجبا لبطلانها واقعا ، بل الواقع بحاله .

ولأنجل ذلك يقع الكلام في الامر الثاني وهو : أنه إذا كان الامر الواقعي بحاله باقيا ، يقع الاشكال في جواز الحكم في مورد التحالف ، للعلم بمخالفته للواقع ، فكيف يجوز له الحكم ببطلان كلتا الدعويين ، مع العلم بان احدهما ثابتة في الواقع ؟ . فالحكم المذكور مع هذا العلم حكم على خلاف الواقع . وقد تعرضوا لدفع الاشكال المذكور بوجوه ، مذكورة في مباحث حجية القطع .

ولعل الأسد أن يقال : إن مادل على لزوم حسم النزاع ، والمنع من وقوع الفساد المترقب منه ، اقتضى جواز الحكم المذكور وإن كان على خلاف الواقع . مثل ما إذا توقف دفع اللص على دفع مقدار من المال اليه ، فإن وجوب الدفع لا يقتضي استحقاق اللص للمقدار المدفوع اليه ، ولا يخرج المدفوع من ملك

ماله، ولا عن تحريم التصرف فيه بغير اذنه، فيحرم على اللص التصرف فيه، ويجب ارجاعه إلى الدافع، وان وجب دفعه اليه وتمسك به منه، لدفع ضرره واتقاء شره، مع بقاء المدفوع على ملك مالكه، وترتب جميع احكامه عليه. ففي المقام، يكون حكم الحاكم من هذا القبيل، فانه لا يوجب بطلان الدعويين واقعا وحقيقة، وانما يحكم ببطلانها عملا، بمعنى أنه لا يجوز للمدعي مطالبة المنكر، ولا الدعوى عليه، ولا النزاع معه، وان كان للمدعي به على ما هو عليه، لانتغير فيه ولا تبديل. وبالجملة: المدعي به باق على ما هو عليه موضوعا وحكما، إلا في هذه الجهة، وهي جواز المطالبة فيه والادعاء والنزاع، نظير ما ذكرنا من المثال. فدليل نفوذ الحكم مخصص لدليل آثار الواقع في غير الآثار المذكور، فيخرج عن الدليل مع بقاء عموم الدليل لسائر الآثار الأخرى. إذ من جملة الاحكام الواقعية للعمال مثلا جواز المطالبة، فاذا حكم الحاكم انتفى الحكم المذكور واقعا، وبقيت الاحكام الأخرى بحالها، وكذا بالنسبة إلى سائر موارد الدعاوى. وحينئذ لا مانع من جواز الحكم في مورد التحالف، مع العلم الاجمالي بمخالفته للواقع في إحدى الدعويين، بل بناء على القول: بعدم جواز القضاء بعلم الحاكم، وتعين الرجوع إلى البينة واليمين.. نقول يقضي بالبينة أو اليمين، وينفذ قضاؤه وان علم بمخالفته للواقع. فالمحذور المذكور لا يصلح للمنع، إذا لا مانع من تخصيص دليل الآثار بغير جواز المطالبة.

الثالث: أن حكم الحاكم من قبيل الامارة بالنسبة إلى من عداه من المكلفين، فيكون طريقا إلى ثبوت مؤداه في جميع الآثار، غير الآثار المقصود، فيجب على جميع المكلفين ترتيب آثار المحكوم به ظاهرا، ويكون حجة على ذلك، لما دل على عدم جواز رده ووجوب قبوله. مثل ما في مقبولة عمر بن حنظلة من قول الصادق عليه السلام: «فاذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه، فانما استخف بحكم الله تعالى».

وعلينا رد ، والراد علينا الراد على الله تعالى ، وهو على حد الشرك بالله تعالى .
 فيترتب عليه أحكام الامارات من الحجية في ظرف الشك ، وعدم الحجية في
 ظرف العلم بالواقع ، تفصيلاً أو اجمالاً إذا كان منجزاً . وحينئذ يشكل الامر
 في موارد التحالف ، فانه يعلم بمخالفته اجمالاً للواقع ، فلا مجال للاعتداد عليه ،
 فلا بد من الرجوع عند العلم بمخالفته للواقع اجمالاً أو تفصيلاً . إلى ما تقتضيه
 القواعد بالنسبة إلى ذلك العلم ، فان كان العلم تفصيلياً عمل بمقتضاه ، وإذا
 كان اجمالياً عمل بمقتضاه . فإذا ادعى رجل زوجية امرأة ، وانكرت هي ذلك
 خلقت ، وحكم الحاكم بنفي زوجيتها ، لا يجوز له ان يتزوج امها أو بنتها أو
 اختها أو خامسة . وكل من علم بصدقه لا يجوز له ان يتزوجها . كما انها لا يجوز
 لها ان تتزوج رجلاً آخر إذا كان انكارها جحوداً . وإذا اختلف المتبايعان
 في المبيع والتمن ، فقال البائع بعتك العبد بالدار ، فيقول المشتري : بعثني
 الجارية بالبستان ، وحلفا ، وحكم الحاكم بانتفاء البيعين ، فقد علم اجمالاً بملك
 البائع للدار أو البستان ، وملك المشتري للعبد أو الجارية . وحينئذ لا يجوز
 شراء العبد أو الجارية من المشتري ولا من البائع ، وكذا لا يجوز شراء الدار
 أو البستان من كل منهما .

اسكن في الدروس في اواخر كتاب البيع قال : « إذا حلفا أو نكلا
 احتمل ان يفسخ العقد ، إذا مضاه على وفق اليمينين متعذر ، وعلى وفق
 احدهما تحكم . ويحتمل ان يترزل فيفسخه المتعاقدان أو احدهما أو يرضى احدهما
 بدعوى الآخر ، أو يفسخه الحاكم إذا يئس من توافقهما وامتنعا من فسخه ،
 لئلا يطول النزاع . وعلى الانفساخ يفسخ من حينه ، لا من اصله . ثم ان توافقهما
 على الفسخ أو فسخه الحاكم انفساخ ظاهراً وباطناً ، ولو بدر احدهما ، فان كان
 المحق فكذلك ، والا انفساخ ظاهراً . وحكي الجزم بالانفساخ عن كثير من

كتب الفاضلين والشهيدين ، وإن اختلفت عباراتهم في كون الفسخ بعد التحالف من حينه أو من أصله ، كما عن اللمعة والروضة . وفي الجواهر « لاريب أن المتجه على مقتضى الضوابط الشرعية عدم الانفساخ بالتحالف ، ولا بتسلط الحاكم على ذلك . هذا كله بحسب الواقع » . وهو في محله . والاستدلال عليه بالنبوي المذكور في الدروس : « إذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا » ، كما ترى ، لقصوره عن اثبات ذلك دلالة لعموم الاختلاف ، لصورة التداعي وغيره ولذا قال في الدروس : « وعليه يحمل قول النبي ﷺ . . . » . وكذا سنداً وهو ظاهر ، بل المروي لأصحاب السنن - أبي داود والترمذي والنسائي - هكذا : « إذا اختلف البيعان وليس بينهما بيعة فهو ما يقول رب السلعة أو يتقاركان » ، أي يتفاسخان العقد : وهو غير ما نحن فيه ، ولم يرد عن صحاحهم وسننهم غير ذلك .

وكيف كان : فالبناء على الانفساخ أو فسخ الحاكم غير ظاهر ، كما ذكر في الجواهر . واللازم على المتداعيين وعلى غيرها العمل على مقتضى العلم الاجمالي أو التفصيلي ، على وجه لا يؤدي إلى الخصومة والنزاع ، لئلا يلزم رد الحكم وعدم قبوله .

لسكن قال في الجواهر : « نعم قد يقال : ان للغير التصرف في كل من الثوبين نقلاً وشراءهما ، بل والتمن الذي يرجع إلى المشتري منهما أيضاً ، وإن علم ان الواقع ينافي ذلك . إلا ان الظاهر عدم اعتبار مثل هذا العلم عن العمل بما يقتضيه الحكم في الظاهر ، وله نظائر كثيرة في الفقه ، منها العين المقسومة بين اثنين لتعارض البيعتين مثلاً ، بل ومع العلم باذنها لواحد منهما ، إذا لم نقل بالقرعة ، فإن للغير شراء الجميع من كل واحد منهما ، وإن علم ان أحدهما غير مالك للنصف ، اجراء للحكم الظاهري . بل إذا لم يكن اجماع جرى مثله في النكاح ، لو فرض

التداعي بين السيد وآخر في تزويج أمته ، فقال السيد هذه ، وقال الآخر بل هذه ، وتحالفا ، وإن للغير التزويج بهما ، وإن علم أن أحدهما ذات زوج عملاً بالحكم الظاهري . »

وفيه : أنه مع الاعتراف بأنه حكم ظاهري ، كيف يجوز العمل به مع العلم التفصيلي بمخالفته للواقع ؟ وهل هو الاتناقض بين الحكمين ؟ ! وكذا الحكم مع العلم الاجمالي ، على التحقيق من كونه حجة على نحو يمنع من جعل الحكم الظاهري على خلافه في أحد الاطراف ، فضلاً عن تمامها .

والحكم فيما ذكره من المثال من العين المقسومة بين المتداعين لتعارض بينيتيها . . أيضاً كذلك ، فإنه لا يجوز البناء على كون القسمة ظاهرية ، وأنه يجوز العمل عليها حتى مع العلم بالمخالفة للواقع . نعم لا بأس إذا كانت القسمة واقعية ، بأن تكون البينتان سبباً للاشتراك في العين ، حينئذ يجوز ترتيب الآثار عليهما مطلقاً . لكن الدليل المتضمن للقسمة ظاهر في كونها لحض حسم النزاع ، ودفع الفساد المترتب عليه ، وليس فيها تحليل الحرام وتحريم الحلال واقعاً . بل اللازم إكمال أمر عمل المتخاصمين بالنظر إلى الواقع إلى علمتهما ،

وكذلك عمل غيرهما ممن يكون مورداً للابتلاء . ولذا قال في الدروس في أواخر كتاب القضاء : « تنمة : لا يتغير الشيء عما هو عليه بحكم الحاكم ، فلو حكم بشاهدي زور على عقد أو فسخ أو طلاق أو نكاح لم يستبح المحكوم به ، ولا يحل للعلم بسكذبهما - موافقة الحكم . وعلى المرأة الامتناع لو علمت بالتزوير ، فإن أكرهها ثم دونها ، ولها التزويج لغيره بعد العدة ، وللرجل إتيانها إذا كان محكوماً عليه بطلاقها ، وإن تزوجت بغيره بعد العدة . » وقد اشتهر في كلامهم عدم وجوب العمل بالحكم إذا علم بمخالفته للواقع ، بل الظاهر أنه لا كلام فيه والا إشكال . فكيف يمكن جعل حكم الحاكم حجة حينئذ ، وليس هو إلا

كـتـغـيـره من الحجج التي لا مجال للعمل بها مع العلم التفصيلي على خلافها ضرورة! وكذا مع العلم الاجمالي على خلافها ، على ما هو التحقيق عند المحققين من كونه منجزاً للواقع كالعلم التفصيلي ، كما أنه يجب العمل به مع الشك والجهل بالواقع . ولا فرق بين المتداعين في ذلك وغيرهما ، لعموم قوله **الْبَيِّنَات** : « فلم يقبل منه فأنما استخف بحكم الله سبحانه . . . » ، الشامل للمتداعين وغيرهما .

ومما يترتب على ذلك : أنه لو تمكن ذو الحق من المتداعين من استنقاذ حقه من خصمه ، مع علمه بثبوت حقه ، جاز له ذلك وإن كان حكم الحاكم عليه لا له ، لعدم حجية الحكم عليه مع العلم ببطلانه ، وإن كان لا يجوز له المطالبة به والادعاء ، كما تقدم في الامر الثاني من أن دليل نفوذ الحكم ، كما يدل على حجيته في ظرف الشك ، يدل على كونه فاصلاً للخصومة وحاسماً للنزاع . وترتب الأثر المذكور عليه ليس من باب الطريقية ، لـيـسـكـون ملغياً مع العلم بالواقع ، بل من باب الموضوعية ، وإلا تعذر الفصل به غالباً ، لعلم كل من المتخاصمين بصحة دعواه نفيًا أو اثباتاً ، فلو اختص بحال الشك لم يكن حاسماً للنزاع مع العلم ، وهو خلاف المقطوع به من أدلة نفوذه .

نعم المذكور في كلام الاصحاب ، أنه إذا كان حكم الحاكم مستنداً إلى اليمين ، لم تجز لمن حكم عليه بالحق المقاصة من مال المحكوم له ، وإن علم بثبوت حقه . قال في الشرائع : « إذا حلف - يعني المدعى عليه - سقطت الدعوى ، ولو ظفر المدعي بعد ذلك بمال الغريم لم يحل له المقاصة » . وفي المسالك : « هذا هو المشهور بين الاصحاب ، لا يظهر فيه مخالف » . وفي الجواهر : « بلا خلاف أجده في شيء من ذلك » . وهذا وإن كان خلاف مقتضى الأدلة الأولية ، المقتضية لبقاء حقه وجواز استنقاذه بكل طريق شاء ، بلا مطالبة ولا منازعة .. إلا أن مستندة جملة من النصوص ، أدعي دالتها عليه :

منها : خبر عبدالله بن أبي يعفور ، عن أبي عبدالله عليه السلام : « إذا رضي صاحب الحق يمين المنكر لحقه ، فاستحلفه خلف ، أن لا حق له قبله ، ذهب اليمين بحق المدعي ، فلا دعوى له . قلت له : وإن كان عليه بيعة عادلة ؟ قال : نعم ، وإن أقام بعد ما استحلفه بالله تعالى خمسين قسامة ما كان له ، وكانت اليمين قد أبطلت كل ما ادعاه قبله مما استحلفه عليه » . وزاد في الفقيه : « قال رسول الله صلى الله عليه وآله : من حلف لسكم على حق فصدقه ، ومن سألكم بالله فأعطوه ، ذهب اليمين بدعوى المدعي ولا دعوى له » . وخبر خضر النخعي عن أبي عبدالله عليه السلام : « في الرجل يكون له على الرجل المال فيجعله قال عليه السلام : إن استحلفه فليس له أن يأخذ شيئا ، وإن تركه ولم يستحلفه فهو على حقه . وخبر عبدالله بن وضاح : « قال : كانت بيني وبين رجل من اليهود معاملة ، تخافني بالف درهم ، فقدمته إلى الوالي فأحلفته خلف ، وقد علمت إنه حلف يميناً فأجرأ فوق له بعد ذلك عندي أرباح ودرهم كثيرة ، فاردت أن اقتص الألف درهم التي كانت لي عنده ، وأحلف عليها ، فكتبت إلى أبي الحسن عليه السلام فأخبرته أنني قد أحلفته خلف ، وقد وقع له عندي مال ، فإن أمرتني أن آخذ منه الألف درهم التي حلف عليها فعلت . فكتب عليه السلام : لا تأخذ منه شيئا إن كان ظلمك فلا تظلمه ، ولو لا أنك رضيت بيمينه خلفته لأمرتك أن تأخذ من تحت يدك ، ولكنك رضيت بيمينه وقد ذهب اليمين بما فيها ، فلم آخذ منه شيئا ، وانتهيت إلى كتاب أبي الحسن عليه السلام . « وأما النبوي : « من حلف بالله فليصدق ، ومن حلف له بالله فليرض ، ومن لم يرض فليس من الله في شيء » . فليس مما نحن فيه لظهوره في الترغيب في الأذعان بمضمون الخبر .

لكن الخبر الأول ظاهر في نفي جواز التداعي ، والثاني غير بعيد ، والواضح الدلالة الأخير . وهما وإن كانا ضعيفي السند ، لكن ضعفهما مجبور

بالعمل . لكنهما مختصان بالدين والمقاصة من مال المحكوم له ، ولا يشمل اخذ العين نفسها إذا امكن المحكوم عليه ، ولا المقاصة عنها . وقد عرفت ان مقتضى القواعد جواز ذلك . والتعدي من مورد النصوص إلى ذلك غير ظاهر . واشكل منه التعدي عن المقاصة إلى سائر التصرفات في العين ، من لبس ونحوه . واشكل منه التعدي إلى التصرفات الاعتبارية ، مثل احتسابه زكاة ، وابرائه منه ، وعتقه ووقفه ونحو ذلك ، فان ذلك كله بعيد عن مدلول النصوص المذكورة جداً ، فلا موجب فيه للخروج عن القواعد . نعم لا تبعد دعوى عموم النص للمقاصة عن العين بقريضة التعليل : « ان كان ظلمك فلا تظلمه » ، فان الظاهر : أن المقصود من ظلمه أخذ ماله بغير إذنه من عين أودين . فتأمل .

كما أن النصوص المذكورة مختصة باليمين ، فاذا كان مستند الحكم البينة أو النكول أو الاقرار لا مانع من المقاصة ، عملاً بالقواعد الأولية من دون مخرج عنها . والتعليل في خصوص الخبر الاخير غير واضح الانحياز بالاعتماد ، لاقتصار كلماتهم على خصوص اليمين . وظاهرهم الاعتماد على نصوص اليمين من حيث كونها يميناً ، ومن الجائز ان لا يكون اعتمادهم على هذا الخبر ، فلم يثبت انحيازهم ، ولا سيما بملاحظة ما دل على مشروعية المقاصة ، وعموم قوله تعالى : (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) .

هذا والذي تحصل مما ذكرنا أمور :

الأول : إن حكم الحاكم لا يغير الواقع ، بل هو محفوظ في نفسه وعلى حاله .
الثاني : إن علم الحاكم اجمالاً لا يناقض حكمه بخلاف العلم . الثالث : إن حكم الحاكم فاصل للخصومة ومانع من النزاع ، وإن علم احد الخصمين أو كلاهما ببطلانه ، وإن هذا الآخر حكم واقعي . الرابع : إن حكم الحاكم بالنسبة إلى مؤداه حكم ظاهري ، لا يجوز العمل به مع العلم بخلافه اجمالاً أو تفصيلاً ، وإنما يجب العمل

(مسألة ١٢) كل من يقدم قوله في الموارد المذكورة ، عليه اليمين للآخر

خاتمة

فيها مسائل :

(الأولى) خراج الأرض المستأجرة في الأراضي الخراجية على مالئها (١) ولو شرط كونه على المستأجر صح على الأقوى ، ولا يضر كونه مجهولاً من حيث القلة والكثرة ،

به مع الشك . ولا فرق بين المتخاصمين وغيرها من سائر المكلفين . الخامس : ان بناء جمع من الاصحاب على انفساخ العقد بعدم التحالف ، إذا كان النزاع في العقود مما لا دليل عليه ، فلا مجال للبناء عليه . وكذا البناء على ان الحاكم له الولاية على الفسخ . السادس : يستثنى من جواز العمل بالعلم إذا كان على خلاف الحكم المقاصة ، فلا تجوز المقاصة من المحكوم عليه إذا كان عالماً بثبوت حقه ، وكان مستند الحكم اليمين . السابع : أنه لا يلحق بالمقاصة أخذ العين نفسها ، ولا التصرف فيها بغير نحو المقاصة ، سواء كان التصرف خارجياً مثل اللبس ونحوه ، أم اعتبارياً مثل الأبراء والوقف . الثامن : إن حرمة المقاصة مختصة بما إذا كان مستند الحكم اليمين ، فلا مانع من المقاصة إذا كان مستند الحكم البينة ، أو النكول ، أو الاقرار خطأ أو اشتباهاً .

خاتمة

(١) لا ينبغي التأمل في ان الأرض الخراجية ، وهي المحياة حين الفتح . ملك للمسلمين من ولد ومن لم يولد ، لا يملكها احد غيرهم . وما ذكره جماعة ، من انها تملك لأحد الناس تبعاً للآثار لا دليل عليه ، كما ذكرنا في حاشيتنا

لا غتفار مثل هذه الجهالة عرفاً (١) ،

على مكاسب شيخنا الأعظم (ره) . وما في مفتاح الكرامة : من ان دعوى ان ارض الخراج لا تكون ملكاً وهم قطعاً ، فان الأرض المفتوحة عنوة الحياة قبل الفتح ، إذا اذن الامام لأحد بان يبني فيها أو يفرس ، وان يكون عليه خراجها . . ملك رقبتهأ أصالة أو تبعاً ، على الخلاف . فاذا زالت آثاره زال ملكه . - انتهى - . . غير ظاهر ، فراجع . ولعل مقصود المتن من المالك المؤجر الذي يملك منفعتها .

ثم الظاهر أنه لا اشكال ظاهر فيما ذكره ، من ان الخراج على المالك لا على المستأجر ، لأنه موضوع على من بيده الأرض ، ومن جعل له سلطان التصرف فيها ، فلا يكون على المستأجر . ويظهر من كتاباتهم في كتاب المزارعة التسالم على الحكم المذكور ، وان اختلفت عباراتهم ، فمنهم من عبر بالمالك ، وآخر بالصاحب ، وثالث برب الأرض . والمراد به ما عرفت . ويشهد بالحكم المذكور خبر سعيد الكندي « قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : اني آجرت قوما أرضاً ، فزاد السلطان عليهم . فقال عليه السلام : اعطهم فضل ما بينهما . قلت : أنا لم أظلمهم ولم أزد عليهم ، قال عليه السلام : انهم انما زادوا على ارضك » .

(١) اشار بذلك إلى ما ذكر في المسالك ، في مبحث المزارعة ، من المنع عن الشرط المذكور للجهالة القادحة ، واستشكل فيه في الرياض ، ودفعه المصنف باغتفار مثل هذه الجهالة عرفاً . وكأنه لأن الشرط تابع وليس مقوما للعقد ، فالجهالة فيه ليست جهالة في العقد . ويشكل : بان الشرط في ضمن العقد ، وان لم يكن من مقومات كلي العقد ، لكنه من مقومات شخصيه ، فالجهل فيه جهل بمضمون العقد الشخصي ، فيصدق على الاجارة الشخصية انها غررية . نعم قد يصح ذلك في الشروط الملحوظة تبعاً لركن العقد ، مثل اشتراط حمل الدابة

ولاطلاق بعض الأخبار (١) .

وسرجها ولجامها ، ونحو ذلك مما كان معدوداً من توابع العوض .

هذا وفي الجواهر قال في مبحث المزارعة : « لعل الوجه في اطلاق النص والفتوى صحة هذا الشرط ، أنه من اشتراط كون حق الخراج عليه نحو اشتراط حق الزكاة على مشتري الثمرة ، مع عدم العلم بمقدارها ، إذ ليس هو اشتراط قدر بل اشتراط حق ، وربما لا يؤدي عنه شيئاً ، ومرجه إلى اشتراط كون الزارع كالمالك في متعلق هذا الحق ، الذي لا اشكال في صحة اشتراطه » . ويشكل : بأن اشتراط كون الحق عليه لا يخلو من اشكال في نفسه ، لأن موضوع حق الخراج هو المالك ، فكيف يمكن أن يجعل موضوعه غيره ؟ ، فان امر موضوع الحق بيد جاعله ، ولا يكون بيد غيره ، فأشترط ذلك غير معقول ، فضلاً عن أن يكون صحته مما لا اشكال فيها . وكذا الحكم في اشتراط حق الزكاة ، فان متعلقه عين النصاب ، وليس متعلقاً بالمالك ، فيكون مما نحن فيه . نعم خطاب أداء الزكاة متعلق بالمالك ، واشترط كونه على المشتري بحيث يخرج المالك عن موضوع الخطاب أيضاً . غير معقول ، إذ ليس للمأمور صلاحية نقل الخطاب للمتعلق به إلى غيره .

هذا مضافاً إلى أن مقدار الخراج إذا كان مجهولاً كان الحق مجهولاً . ومثله ان يشترط عليه أن يملكه ما في الصندوق المردد بين القليل والكثير ، فالتقريب المذكور لا يرفع الاشكال . فالعمدة ما عرفت في اول الكتاب : من أنه لا دليل على قبح الجهالة كلية في عقد الاجارة . ودليل نفي الفرر مختص بالبيع ، والاجماع على القبح غير حاصل .

(١) في صحيح دواد بن سرحان عن أبي عبدالله عليه السلام : في الرجل تكون له الأرض عليها خراج معلوم ، وربما زاد وربما نقص ، فيدفعها إلى رجل على

(الثانية) : لا بأس بأخذ الأجرة على قراءة تعزية سيد الشهداء وسائر الأئمة صلوات الله عليهم (١) ، ولكن لو أخذها على مقدماتها من المشي إلى المكان الذي يقرأ

أن يكفيه خراجها ، ويعطيه مائتي درهم في السنة . قال عليه السلام : لا بأس . ونحوه صحيح يعقوب بن شعيب وظاهرهما جواز شرط ذلك ، مع ترده بين الأقل والاكثر ، فالدلالة تكون بالظهور لا بالاطلاق . نعم في صحيح يعقوب الآخر عن أبي عبدالله عليه السلام : « قال : سألت عن الرجل تكون له الأرض من أرض الخراج ، فيدفعها إلى الرجل على أن يعمرها ويصلحها ويؤدي خراجها ، فما كان من فضل فهو بينهما ؟ » قال عليه السلام : لا بأس . لكن الظاهر منه المزارعة لا الاجارة . وخبر إبراهيم بن ميمون : « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن قرية لأناس من أهل النمة ، لا أدري أصلها لهم أم لا ، غير أنها في أيديهم وعليها خراج ، فاعتدى عليهم السلطان فطلبوا الي فاعطوني ارضهم وقريتهم ، على ان اكفئهم السلطان بما قل أو كثر ، ففضل لي بعد ذلك فضل ، بعد ما قبض السلطان ما قبض . قال عليه السلام : لا بأس بذلك ، لك ما كان من فضل . » ونحوه خبر أبي بردة وخبر أبي الربيع . وهذه الروايات وان كانت مطلقة ، لكنها ظاهرة في كون أداء الخراج (عوضا) لا شرطا في العقد .

(١) لا ينبغي التأمل في صحة ذلك ، لسكونه عملا له منفعة معتد بها دنيوية واخروية . نعم قد يشكل ما هو المتعارف ، من جهة أنه لا بد من تعيين العمل بالخصوصيات التي تختلف بها الرغبات والمالية ، لا اختلاف مالية القراءة بلحاظ اختلاف المضامين ، واختلاف كيفية الأداء ، واختلاف المدة ، فإذا لم يكن تعيين بطلت الاجارة . نعم إذا كانت الاجارة واقعة على كلي القراءة ومسمى ذكر المصائب . . صحت ، وإن لم يكن تعيين . وحينئذ لا بد في تصحيح الاجارة

فيه كان اولى (١) .

(الثالثة) يجوز استئجار الصبي المميز من وليه الاجباري ، أو غيره كالحاكم الشرعي ، لقراءة القرآن أو التعزية والزيارات (٢) ، بل الظاهر جوازه لنياحة الصلاة عن الاموات ، بناء على الاقوى من شرعية عباداته (٣) .

من وقوعها على النحو المذكور ، وحيفئذ يستحق الأجرة بمجرد ذلك .

(١) كأنه ليكون أبعد عن شبهة منافاة قصد أخذ الأجرة للاخلاص .
(٢) الامور الثلاثة وامثالها . تارة : يحصل المقصود منها بمجرد وجودها ، سواء كانت عبادة أم لا ، وحيفئذ لا شبهة في صحة إجارة الصبي عليها ، كسائر الاعمال غير العبادية مثل الخياطة والنساجة ونحوها . واخرى : لا يحصل المقصود منها الا بوقوعها على وجه العبادة ، فقد تشكل الاجارة عليها بناء على ان عبادات الصبي تمرينية لا شرعية . إلا أن يقال : ان الخلاف المذكور يختص بالعبادات الوجوبية ، لأن حديث رفع القلم عن الصبي يختص برفع الوجوب . لكن الظاهر منهم عموم الخلاف ، بناء منهم على ان ادلة التشريع العامة غير شاملة للصبي ، فينحصر تشريع عباداته بدليل آخر غيرها . ولذلك جعلوا مبنى الخلاف المذكور : ان الأمر بالأمر هل هو أمر اولاً ؟ . فعلى الأول تكون مشروعة ، وعلى الثاني لا تكون ، ولا فرق في ذلك بين الواجبات والمستحبات .

(٣) قد تكرر مرارا في هذا الشرح التعرض لهذه المسألة ، وقد ذكرنا فيما سبق أن أدلة التشريع عامة للبالغ وغير البالغ ، وليس ما يستوجب رفع اليد عن العموم المذكور الا حديث رفع القلم عن الصبي ، لكن الجمع العرفي بينه وبين الادلة العامة يحمله على رفع الاكراه ، فيكون رخصاً في مخالفة الوجوب والحرمة ، كما يشهد به ذكره في سياق النائم ، فانه أحد الثلاثة الذين رفع عنهم القلم ، ولا ريب أنه لا يسقط

(الرابعة) : إذا بقي في الأرض المستأجرة للزراعة بعد انقضاء المسدة

أصول الزرع فنبتت ، فإن لم يعرض المستأجر عنها كانت له (١) ،

عنه التكليف بالمرة ، وإنما يسقط عنه اللوزم العقلي ، فراجع بمبحث المرتد في باب نجاسة الكافر وغيره من المباحث .

ثم إن الظاهر أن صحة النيابة عن الاموات لا تثبتني على شرعية عبادة النائب ، فإن الفقير غير المستطيع يجوز نيابته عن الميت في حج الاسلام ، والمسافر تشرع له النيابة عن الميت في صلاة التمام ، والحاضر تشرع له النيابة عن الميت في صلاة القصر . . وهكذا . إذ اللازم في صحة النيابة في العبادة مشروعية العبادة في حق المنوب عنه ، لأن النائب يمثل الامر المتوجه إلى المنوب عنه ، فإذا لم يكن المنوب عنه مأموراً لم تمكن النيابة عنه . وأما النائب فلا يعتبر في صحة نيابته توجه أمر اليه بالفعل المنوب فيه ، نعم يعتبر وجود عموم يدل على مشروعية النيابة من الصبي ، كما لو شك في مشروعية نيابة الذكر عن الانثى وبالعكس . والظاهر ثبوت هذا العموم ، لعموم بناء العقلاء ، وعموم الاخبار المتقدمة في مباحث النيابة .

(١) قال في التذكرة في كتاب المزارعة : « إذا زارع رجلاً في أرضه فزرعها ، وسقط من الحب شيء ونبت في ملك صاحب الأرض عاماً آخر ، فهو لصاحب البذر عند علمائنا أجمع ، وبه قال الشافعي » . وقال في كتاب العارية : « لو حمل السيل حب الغير أو نواه أو جوزة أولوزه إلى أرض آخر ، كان على صاحب الأرض رده على ما أسكه إن عرفه ، والا كان لقطعة . فإن نبت في أرضه وصار زرعاً أو شجراً ، فإنه يكون لصاحب الحب والنوى والجوز واللوز ، لأنه نماء أصله ، كما أن الفرخ لصاحب البيض ، ولا نعلم فيه خلافاً » . وفي القواعد في كتاب المزارعة : « ولو تناثر من الحاصل فنبت في العام الثاني ، فهو لصاحب

البذر ، ولو كان من مال المزارعة فهو لها « ونحوه كلام غيره ، ومثله مفروض المتن . والحكم فيه كما ذكر المصنف (ره) ، ووجهه ما اشار اليه في التذكرة : من ان النماء تابع الأصل ، فيملكه مالك الأصل .

نعم قال في التذكرة أيضاً : « لو كان المحمول بالسييل مالا قيمة له كنواة واحدة وحبّة واحدة فنبت ، احتمل : أن يكون للمالك الأرض ، إن قلنا لا يجب عليه ردها إلى مالـكها لو لم تنبت ، لانتفاء حقيقة المالـية فيها ، والتقويم إنما حصل في أرضه . وهو احد وجهي الشافعية . وأن يكون لمالكها ، إن قلنا بتحريم اخذها ووجوب ردها قبل نباتها . فعلى هذا في قلع النبات وجهان . ولا ينبغي التأمل في ان الاصح الاحتمال الثاني ، فان المـلكية ليست متقومة بالمالية فان المـالية تابعة لتنافس العقلاء على موضوعها والتنافس إنما يكون مع الاعتداد بمرتبة المـالية ، فاذا لم تكن بمرتبة معتد بها لم يكن موضوعها . وليست المـلكية كذلك ، فانها تابعة لاسباب اخرى عرفية أو شرعية ، فيصح اعتبارها مع وجود السبب ، ولو لم تكن للعين مـالية . فالمـالية والمـلكية متباينان مفهوماً ، وبينهما عموم من وجه مورداً .

نعم الادلة اللفظية مثل : « لا يخل دم امرئ مسلم ولا ماله إلا بطيبة نفسه » ، ومثل : « لا يجوز لأحد ان يتصرف في مال غيره إلا بإذنه » . . . إنما يدلان على حرمة التصرف في مال الغير ، ولا يدلان على حرمة التصرف في ملك الغير . لكن الظاهر التسالم على حرمة التصرف في ملك الغير ، كما له . يظهر ذلك من كلمات اصحابنا ، وغيرهم من المخالفين . ويكفي في اثباته ، كونه ظلماً وعدواناً ، فيدل على حرمة مـادله على حرمة الظلم والعدوان . وقد اشار المصنف (ره) إلى شيء من ذلك في مبحث التيمم ، في مسألة ما اذا حبس في مكان مـفصوب .

وإن أعرض عنها وقصد صاحب الأرض تملكها (١) كانت له .

(١) المنسوب إلى المشهور : ان مجرد إعراض المالك عن المملوك يجعله كالمباح بالأصل ، فيجوز لسكك تملكه .

قال في السرائر - بعد ما روى عن الشعيري : « قال : سئل أبو عبد الله عليه السلام عن سفينة انكسرت في البحر ، فأخرج بعضه بالغوص ، وأخرج البحر بعض ما غرق فيها . فقال عليه السلام : أما ما أخرجه البحر فهو لأهله ، الله أخرجه لهم ، وأما ما خرج بالغوص فهو لهم وهم أحق » - : « قال محمد بن إدريس : وجه الفرق في هذا الحديث : ان ما أخرجه البحر فهو لأصحابه ، وما تركه أصحابه آيسين منه ، فهو لمن وجدته أو غاص عليه ، لأنه صار بمنزلة المباح . ومثله من ترك بعيره من جهد في غير كلاء ولا ماء ، فهو لمن أخذه ، لأنه خلاه آيسا منه ، ورفع يده عنه ، فصار مباحا . وليس هذا قياسا ، لأن مذهبنا ترك القياس ، وإنما هذا على جهة المثال ، والمرجع فيه إلى الاجماع وتواتر النصوص ، دون القياس والاجتهاد . وعلى الخبرين اجماع اصحابنا منعقد » .

قال في الجواهر : - بعد نقل بعض كلامه هذا - « قلت : لعل ذلك هو العمدة في تملك المعرض عنه . مضافا إلى السيرة في حطب المسافرين ونحوه ، وإلا فن المعلوم توقف زوال الملك على سبب شرعي ، كتوقف حصوله ، ولا دليل على زوال الملك بالاعراض ، على وجه يملكه من أخذه كالمباح . ومن هنا احتمل جماعة إباحة التصرف في المال المعرض عنه دون الملك ، بل عن ثاني الشهيدين الجزم بذلك . وعن بعض : انه لا يزول الملك بالاعراض ، إلا في الشيء اليسير كاللقمة ، وفي التالف كمتاع البحر ، وفي الذي يملك لغاية قد حصلت كحطب المسافر . وعن آخر : اعتبار كون المعرض عنه في مملكة ، ويحتاج الاستيلاء عليه إلى الاجتهاد ، كغوص وتفتيش ونحوهما . . في حصول التملك به . وربما استظهر

من عبارة ابن ادريس المتقدمة : اعتبار اليأس ، زيادة على الاعراض فيه أيضاً... إلى غير ذلك من كلماتهم ، التي مرجعها الى تهجس في ضبط عنوان لذلك . مع ان السيرة عليه في الجملة ، وليس في النصوص غير ما عرفت التعرض له .

أقول : مثل خبر الشعيري خبر السكوني ، عن أبي عبدالله عليه السلام ، عن أمير المؤمنين عليه السلام - في حديث - « قال : وإذا غرقت السفينة وما فيها فاصابه الناس ، فما قذف به البحر على ساحله فهو لأهله وهم احق به ، وما غاص عليه الناس وتركه صاحبه فهو لهم » . ولا يخفى ان الخبرين المذكورين لادلالة فيهما على أن الوجه في جواز تملك الغواص لما أخرجه ، هو يأس المالك أو اعراضه ، أوها ، أو شيء آخر غيرها ، إذ هو حكم في واقعة خاصة ، لا تعرض فيها لمناطه . لكن ربما يستفاد منها ، ومن غيرها من النصوص المذكورة في مبحث اللقطة : ان المالك المملوك إذا صار بحال يؤدي إلى ضياعه وتلفه ، فاستنقذه شخص آخر من الضياع والتلف . كان ملكا له ، نظير من أحييا أرضا موأنا فهي له . ففي صحيح معاوية بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام : « من اصاب مالا أو بعيراً في فلاة من الأرض ، قد كالت وقامت وسيبها صاحبها لما لم تتبعه ، فأخذها غيره ، فأقام عليها وانفق نفقة حتى أحيياها من الكلال ومن الموت ، فهي له ولا سبيل له عليها » . وخبر مسمع عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « إن أمير المؤمنين عليه السلام كان يقول في الدابة إذا سرحها أهلها أو عجزوا عن علفها أو نفقتها : فهي للذي أحيياها . قال : وقضى أمير المؤمنين عليه السلام ، في رجل ترك دابة بمضيعة ، قال : إن كان تركها في كلاء وماء وأمن ، فهي له يأخذها متى شاء ، وإن كان تركها في غير كلاء ولا ماء ، فهي لمن أحيياها » . وصحيح هشام بن سالم عن أبي عبدالله عليه السلام قال : جاء رجل الى النبي ﷺ ، فقال : يا رسول الله إني وجدت شاة فقال رسول الله ﷺ : هي لك أو لأخيك أو للذئب . فقال : يا رسول الله ﷺ : إني وجدت بعيراً

فقال رحمته : معه حذاؤه ، وسقاؤه ، حذاؤه خفه وسقاؤه كرشه ، فلا تهجه » ونحوها غيرها . فان الظاهر من الجميع : أن الاستنقاذ من التلف في ظرف عجز المالك - سواء كان ملتفتا إلى ذلك وترك المال عجزاً منه ، أم غير ملتفت إليه ، كما في مورد النصوص الأخيرة - مملك وعليه فان أمكن العمل بالنصوص تعين القول بذلك ، ولا دخل للإعراض وعدمه ، ولا لإباحة المالك . وعدمها ، في جواز التملك من المنقذ ، وإن لم يمكن العمل بالنصوص ، لإعراض المشهور عنها ، فالإلزام القول بعدم جواز التملك بمجرد ذلك وغيره .

وفي الجواهر قال : « وأما المال الذي امتنع على صاحبه تحصيله بسبب من الأسباب ، كغرق أو حرق ونحوها ، فيشكل تملكه بالاستيلاء عليه ، خصوصاً مع عدم العلم بإعراض صاحبه عنه . على وجه يقتضي إنشاء إباحة منه لمن أراد تملكه ، أو رفع يده عن ملكيته ، وإنما هو للعجز عن تحصيله ، نحو المال الذي يأخذه قطاع الطريق والظلمة » . أقول : قد عرفت : أن موضوع النصوص المال الذي بحال ينتهي إلى التلف للمال الذي امتنع على صاحبه تحصيله ، فلا يدخل فيه المال الذي يأخذه قطاع الطريق والظلمة .

والإنصاف يقتضي جواز العمل بالنصوص المذكورة ، ولم يتحقق من المشهور الإعراض عنها ، وقد تعرضوا لمضمونها في لقطة الحيوان ، الذي لا يمتنع من السباع والضباع ، وفي حكم السفينة إذا انكسرت وغرق ما فيها .

لكن اثبات القاعدة السكينة ، وأن كل ما يؤدي بقاؤه إلى التلف لو لم يؤخذ يجوز أخذه وتملكه . . غير ظاهر . ولا سيما أن نصوص الشاة لم يعمل بظاهرها عند المشهور ، لبنائهم على جواز أخذها مع الضمان ، على اختلاف منهم في معنى الضمان ، وأنه فعلي فتكون في الذمة كسائر الديون ، أو على تقدير المطالبة ، كبنائهم على وجوب التعريف ، وإن كان لاظهر عدم الضمان ، وعدم

ولو بادر آخر إلى تملكها ملك (١) وإن

لزم التعريف ، أخذاً بظاهر النصوص المشار إليها ، وحملاً لما دل على الضمان أو التعريف على غير الالتقاط في الفلاة ، بقرينة لزوم التعريف الذي لا يكون في الفلاة . كما أشرنا إلى ذلك في مباحث اللقطة .

هذا ، وأما اعراض المالك فلا يظهر من الأدلة كونه موجباً لخروج المال عن ملك ماله ، وصيرورته من قبيل المباحات الأصلية ، كما عرفت نسبتبه إلى المشهور ، بل يظهر من كلماتهم المتعرضة لحكم الحب المتساقط ، التسالم على خلاف ذلك . قال في التذكرة : « لو نبتت نواة سقطت من انسان في أرض مباحة أو مملوكة ، ثم صارت نخلة ولم يستول عليها غيره ، فإن النخلة تكون ملك صاحب النواة قطعاً » . ولعل مرادهم جواز تملكه لغير المالك ، وإن كان باقياً على ملك ماله ، كما قد يظهر من بعضهم . لكنه أيضاً غير ظاهر ، لقصور النصوص المذكورة عن إثبات ذلك ، إذ ليس ما يتوهم منه الدلالة على ذلك ، إلا صحيح ابن سنان ونحوه ، مما اشتمل على ترك المالك ، وقد عرفت أنه ظاهر في التملك بالاحياء ، لا بالاستيلاء . والسيرة المدعاة عليه غير ظاهرة . وأما تحليل نثار العرس وحطب المسافرين ونحوها ، فالظاهر اختصاصه بصورة حصول امارة على إباحة المالك . ولأجل ذلك يتعين تقييد عبارة المتن بهذه الصورة ، اقتصاراً على القدر المتيقن ، ولعل مقصود المصنف (ره) - كغيره - صورة ما اذا ظهر من المالك الإباحة ، كما هو الغالب .

(١) وفي الجواهر - في بيان أصل المسألة ، بعد ما ذكر أن الزرع لصاحب البذر - قال : « لكن مع فرض كون الحب من الذي هو معرض عنه ، على وجه يجوز للملتقط التقاطه ، فهل هو كذلك ، لأنه لا يزول عن الملك ، بالاعراض ، بل به مع الاستيلاء ، والفرض عدمه إلى أن صار زرعاً ، والفرض عدم الاعراض عنه في هذا الحال ؟ ، أو انه يكون لصاحب الأرض لأنه من توابعها ونماؤها ،

لم يجوز له الدخول في الأرض إلا باذن مالكها (١)

(الخامسة) : إذا استأجر القصاب لذبح الحيوان فذبحه على غير الوجه الشرعي ، بحيث صار حراماً . . ضمن قيمته (٢) ، بل الظاهر ذلك إذا أمره بالذبح تبرعاً ، وكذا في نظائر المسألة

بل لعل كونه فيها نوع استيلاء من المالك عليه ؟ . . وجهان ، إلا أنه جزم في التذكرة ، بأنه بينهما على كل حال ، خلافاً لبعض العامة . ذكر ذلك في آخر كتاب المزارعة . ويشكل الأول : بأن الزرع عرفاً نماء الحب في الأرض ، ولذا لو غصبه غاصب فزرعه كان الزرع للمالك . والثاني : بأن الاستيلاء بغير قصد لا يستوجب الملك .

(١) هذا وإن كان مقتضى عموم : « لا يجوز لأحد أن يتصرف في مال غيره إلا باذنه » ، إلا أن السيرة جارية في الأرض غير المحصنة ، والمحجبة ، على الدخول اليها والعبور فيها ، ونحو ذلك من التصرفات غير المعتمد بها . وقد جرت سيرة النجفيين على اختلاف طبقاتهم في العلم والصلاح ، على الدخول في البساتين التي بين مسجد الكوفة والفرات ، إذا لم تكن مسورة ، فتراهم يعبرون فيها ويجلسون للاستراحة ، أو لأكل الطعام وشرب الشاي ونحو ذلك ، من دون توقف . وكذلك في غيرها من البساتين الواقعة على حافة نهر الفرات أو نهر الحسينية ، أو غيرها من الجداول ، فيدل ذلك على الجواز . ومن ذلك يظهر جواز العبور في الشوارع المستحدثة في المدن . فلاحظ .

(٢) كما تقدم في المسألة الرابعة من فصل كون العين المستأجرة أمانة ، وقد تقدم الاستدلال عليه بالنصوص المستفاد منها . قاعدة : من أ تلف مال غيره فهو له ضامن . فراجع .

(السادسة) : إذا آجر نفسه للصلاة عن زيد ، فاشتبه وأتى بها عن عمرو ، فإن كان من قصده النياية عن وقع العقد عليه (١) ، وتخيّل أنه عمرو ، فالظاهر الصحة عن زيد ، واستحقاقه الأجرة . وإن كان ناوياً بالنياية عن عمرو على وجه التقييد ، لم تفرغ ذمة زيد ولم يستحق الأجرة ، وتفرغ ذمة عمرو وإن كانت مشغولة ، ولا يستحق الأجرة من تركته ، لأنه بمنزلة المتبرع (٢) . وكذا الحال في كل عمل مفتقر إلى النية .

(السابعة) : يجوز أن يؤجر داره مثلاً إلى سنة بأجرة معينة ، وبوكل المستأجر في تجديد الاجارة عند انقضاء المدة ، وله عزله بعد ذلك . وإن جدد قبل أن يبلغه خبر العزل لزم عقده ، ويجوز أن يشترط في ضمن العقد أن يكون

(١) لا إشكال في أن ذات زيد غير ذات عمرو ، فإذا قصد النائب ذات زيد : فتارة : يكون قصد عنوان عمرو على نحو يكون طريقاً إلى ذات زيد ومראה لها ، وتارة : يكون قيداً لها على نحو تعدد المطلوب ، وثالثة : على نحو وحدة المطلوب . فإن كان على أحد النحويين الأولين كانت صلاته وفاء للاجارة ، وأداء للعمل المستأجر عليه ، وإذا كان على النحو الأخير ، لم تكن صلاته وفاء ولا أداء للعمل المستأجر عليه ، لأنه غير ما استؤجر عليه . وإذا قصد النائب ذات عمرو جاء فيه أيضاً الصور الثلاث . وفي الجميع لا تكون صلاته أداء للعمل المستأجر عليه ، ولا وفاء بالاجارة . وأما فراغ ذمة عمرو من الصلاة التي عليه ، فيختص بفرض ما إذا قصد ذات عمرو بصورها ، ولا يكون بفرض ما إذا قصد ذات زيد بصورها .

(٢) كما تقدم في المسألة الثامنة عشرة من فصل اجارة الارض بالحنطة والشعير . فراجع .

وكيلا عنه في التجديد بعد الانقضاء . وفي هذه الصورة ليس له عزله . (١)

(الثامنة) : لا يجوز للمشتري يبيع الخيار بشرط رد الثمن للبائع أن يؤثر المبيع أزيد من مدة الخيار للبائع (٢) ولا في مدة الخيار من دون اشتراط الخيار، حتى إذا فسخ البائع يمكنه أن يفسخ الاجارة . وذلك لأن اشتراط الخيار من (١) لان مرجع الشرط الى شرط التوكيل حدودا وبقاء، وعزله مناف لشرط البقاء، اللهم إلا ان يقال: إن الوكالة من النتائج التي لا يصح شرطها، كما عرفت، فضلا عن شرطها حدودا وبقاء، إذ البقاء يمتنع جعله وإنشاؤه، لأن البقاء مستند إلى استعداد الذات . فمن جعل له وكيلا بقيت وكالته، وكذلك الحكم في البيع والنكاح والطلاق، وإنما يقصد بالايحباب حدودها، لا حدودها وبقاؤها . فإذا كان البقاء لا يقبل الانشاء بالعقد، فأولى لا يقبل الانشاء بالشرط، فلا بد أن يكون المقصود شرط أن لا يعزله عن الوكالة، فإذا عزله لم يصح، لأنه تصرف في حق الغير، فيخرج عن سلطانه .

(٢) المنسوب إلى الاكثر والمشهور والمصرح به في كلام جماعة من الاساطين أنه لا يجوز تصرف من عليه الخيار في العين تصرفاً يمنع من استردادها . وظاهر ما ذكر في وجهه : أن الخيار حق متعلق بالعين، فالتصرف فيها تصرف في موضوع الحق، ولأجل قاعدة السلطنة على الحقوق، التي هي كقاعدة السلطنة على الاموال، يمتنع التصرف، لأنه خلاف القاعدة المذكورة . والوجه في تعلقه بالعقد : أنه قائم بالعقد، والعقد قائم بالعين .

وفيه : أنه لا ريب عندهم في جواز الفسخ مع تلف العين في الجملة، كما يظهر من ملاحظة كلماتهم في جواز الاقالة مع التلف، وجواز الفسخ بالخيار معه ودعوى: انه قائم بالعين على نحو تعدد المطلوب . . غير ثابتة، وكيف ذلك، مع أنه لو كان الخيار قائماً بالعين لبطل بتصرف من له الخيار؟! ولا مجال للالتزام بذلك في مثل

البائع في قوة إبقاء المبيع على حاله، حتى يمكنه الفسخ (١)، فلا يجوز تصرف ينافي ذلك.

بيع الخيار ، ضرورة أن البائع يتصرف في الثمن ، بل إنما باع لأجل الثمن .
ولذلك قال شيخنا الأعظم (ره) : « فالجواز لا يخلو من قوة في الخيارات
الأصلية ، وأما الخيارات المفعولة بالشرط ، فالظاهر من اشتراطه إرادة إبقاء
المالك ، ليسترده عند الفسخ » . وما ذكره غير بعيد ، عملاً بالقرينة العامة على
إرادة ذي الخيار من شرط الخيار ذلك . ولسكن على هذا لو اتفق وجود قرينة
خاصة على غير ذلك ، لم يكن مانع من التصرف .

ثم إنه بناء على المنع في الخيار المفعول ، هل تجوز الاجارة ونحوها ، مما
لا يكون مانعاً من رجوع العين إلى ملك البائع أولاً ؟ فيه وجهان ، كما في كلام
شيخنا الأعظم (ره) : « من كونه مأسكاً له ، ومن ابطال التصرف لتسلط
الفاسخ على أخذ العين » . اقول : ظاهر ما ذكره في وجه المنع : ان البائع ذا
الخيار كما اشترط الخيار في الفسخ ، اشترط التمكن من الاسترداد ، والمراد من
الاسترداد وإن كان الاسترداد الخارجي ، وهذا المعنى لا تنافيه الاجارة . .
لسكن ذلك يختص بما إذا كان مقتضى الاجارة تسليط المستأجر على العين ، أما
إذا لم يكن كذلك ، كما في اجارة السفينة على المسافرين ، لا تكون الاجارة
منافية لذلك . كما إن مقتضى الشرط المذكور : أن لا يتصرف المشتري بالعين
بما يمنع من ردها خارجاً إلى البائع عند الفسخ ، بان يضعها في مكان مغلق يحتاج
فتحه إلى مضي مدة .

(١) قد عرفت : ان الاجارة لا تنافي الفسخ ، وإن قلنا بأن العقد متعلق
بالعين ، وإنما تنافي الاسترداد والاخذ بمجرد الفسخ في بعض الصور . فالمنع من
الاجارة كلية يتوقف على فهم اشتراط كون العين على حالها غير مسلوطة بالمنفعة
وهذا الشرط زائد على إمكان الأخذ الخارجي ، وزائد على بقاء العين على ملك

(التاسعة) : إذا استؤجر لحياطة ثوب معين ، لا بقيد المباشرة ، فخطاه شخص آخر تبرعاً عنه استحق الأجرة المسماة (١) وإن خطاه تبرعاً عن المالك لم يستحق المستأجر شيئاً (٢) ، وبطلت الاجارة . وكذا إن لم يقصد التبرع عن أحدهما ، ولا يستحق على المالك اجرة ، لأنه لم يكن مأذوناً من قبله (٣) ، وإن كان قاصداً لها ، أو معتقداً أن المالك امره بذلك .

(العاشرة) إذا آجره ليوصل مكتوبه إلى بلد كذا إلى زيد مثلاً ، في مدة معينة ، فحصل مانع في أثناء الطريق أو بعد الوصول إلى البلد . . فإن كان المستأجر عليه الإيصال ، وكان طلي الطريق مقدمة لم يستحق شيئاً . وإن كان المستأجر عليه مجموع السير والإيصال ، استحق بالنسبة . وكذا الحال في كل ما هو من هذا القبيل . فالاجارة مثل الجمالة ، قد يكون على العمل المار كمن اجزاء ، وقد تكون على نتيجة ذلك العمل ، فمع عدم حصول تمام العمل في الصورة المشتري ، بنحو يكون الفسخ واجباً لرجوعها إلى البائع . وعبرة المصنف (ره) في تعليل الحكم لا تفي بما ذكر .

(١) يعني استحق الاجير الأجرة ، لحصول العمل المستأجر عليه منه بتبرع المتبرع فيستقر له العوض .

(٢) لعدم تحقق العمل من الاجير ، فتبطل الاجارة ، لتعذر العمل المستأجر عليه ، لعدم قابلية المحل لحياطة ثانية .

(٣) تقدم وجهه في المسألة الثامنة عشرة من فصل اجارة الأرض للزراع ، ولا يكفي مجرد الاذن في الضمان ، بل إما ان تكون ظاهرة في التعهد بالعوض ، على وجه الاجارة أو الجمالة ، أو ظاهرة في الامر بالعمل ، ليكون استيفاء واجباً للضمان ، كما سبق وجهه . وإذا لم تكن الاذن ظاهرة في احد الامرين ، لم يكن موجب للضمان .

الأولى يستحق الاجرة بمقدار ما أتى به ، وفي الثانية لا يستحق شيئاً (١) . ومثل الصورة ما اذا جعلت الاجرة في مقابلة مجموع العمل من حيث المجموع (٢) ، كما اذا استأجره للصلاة أو الصوم ، فحصل مانع في الانشاء عن اتمامها .
(الحادية عشرة) : إذا كان للاجير على العمل خيار الفسخ ، فان فسخ

(١) بناء على ما يأتي منه في المسألة الحادية عشرة : من قاعدة احترام عمل المسلم : انه يستحق اجرة المثل فانظر .

(٢) يظهر من هذا التعبير : أن التوزيع في المسألة السابقة ، كان من جهة ان الاجرة مبذولة في مقابل العمل المركب من الاجزاء ، الملحوظة على نحو الجميع لا المجموع . وليس كذلك ، فان الأجزاء ملحوظة فيه على نحو المجموع أيضاً . ولو كانت ملحوظة على نحو الجميع ، للزمت الاجرة لكل واحد من الاجزاء ، فانه الفارق بين العام للجميع والمجموعي . وإذا استأجره للصلاة أو الصوم فحصل مانع في الانشاء عن الاتمام ، فالوجه في عدم تبعض الاجزاء : ان اجزاء الصلاة في ظرف عدم انظام بعضها إلى بعض لا تقبل المعاوضة ، لعدم ترتب اثر عليها حتى عند غير المتعاقدين ، فلا تكون لها مالية ، فتوزيع الاجرة عليها في حال الانفراد يوجب أكل المال بالباطل ، وإن لم يكن فرق بينها وبين اجزاء السير في المثال فانه إذا استأجره ليصوم من اول النهار إلى آخره ، فهو كما إذا استأجره ليسافر من البلد الفلاني إلى البلد الآخر ، في كيفية ملاحظة الاجزاء وأنها في الجميع ملحوظة على نحو المجموع لا الجميع ، وإنما الفرق بينهما : أن اجزاء الصوم ليست موضوعاً لغرض عقلائي في حال انفراد بعضها عن بعض ، بخلاف اجزاء السير ، فقد تكون موضوعاً للغرض ، وتصح الاجارة عليها في حال الانفراد عن الباقي . ومن ذلك يظهر : أن أحكام تبعض الصفة إنما تجري

قبل الشروع فيه فلا اشكال ، وإن كان بعده استحق اجرة المثل (١) ، وإن كان في اثنايه استحق بمقدار ما أني به من المسمى أو المثل على الوجهين المتقدمين ، إلا اذا كان المستأجر عليه المجموع من حيث المجموع ، فلا يستحق شيئاً (٢) . وإن كان العمل مما يجب اتمامه بعد الشروع فيه ، كما في الصلاة بناء على حرمة قطعها ، والحج بناء على وجوب اتمامه ، فهل هو كما اذا فسخ بعد العمل اولاً؟ وجهان اوجهها الأول (٣) . هذا اذا كان الخيار فورياً كما في خيار الغبن إن ظهر كونه

إذا كانت الاباض موضوعاً للغرض والمالية عند العقلاء ، في حال الانفراد عن الباقي ، أما إذا لم تكن موضوعاً للغرض ، فلا تبعيض في العقد ولا في العوض . (١) لأن العمل وقع على نحو الضمان ، فإذا بطل ضمانه بالمسمى تعين ضمانه باجرة المثل . والظاهر ان ذلك مما لا اشكال فيه ولا خلاف ، فان الضمان هنا أولى من الضمان مع فساد العقد ، بقاعدة : ما يضمن . . .

(٢) الكلام فيه كما سبق .

(٣) كأن وجهه : أن الممتنع شرعاً كالممتنع عقلاً ، فالاجارة تكون على الحدوث لا على الحدوث والبقاء ، فيستحق الأجرة بمجرد الحدوث . لكن لازم ذلك ثبوت الأجرة وإن لم يتم العمل ، وهو كما ترى .

وبالجملة : إذا جوزنا وقوع الاجارة على الواجب ، واستحقاق الأجرة بفعله ، فلا مانع من أن تكون الاجارة في مثل الفرض على الحدوث والبقاء . فإذا فسخ في الاثناء كان الاتمام واجباً عليه تكليفاً ، غير مستحق عليه بالاجارة ، فان أتم فقد أدى الواجب ، وإن قطع عصي ، وليس لأحد حق عليه . مع ان الامتناع العقلي إذا كان بالاختيار لم يكن منافياً للاختيار ، ولا مانعاً من وقوع الاجارة عليه . ومن ذلك يظهر لك الوجه الثاني .

مقبولاً في اثناء العمل، وقلنا إن الاتمام مناف للفورية، وإلا فله أن لا يفسخ إلا بعد الاتمام . وكذا الحال إذا كان الخيار للمستأجر (١)، إلا أنه إذا كان المستأجر عليه المجموع من حيث المجموع، وكان في اثناء العمل . . يمكن أن يقال : إن

وقد يتوهم : أن الوجوب كان بتسبيب المستأجر، فيكون التدارك عليه، وفيه : أن التسبيب غير مختص به، بل كان كل من المؤجر والمستأجر . مع أن مثل هذا التسبيب لا يقتضي الضمان، لعدم الدليل عليه بعد أن لم يكن موجباً لنسبة الضرر إليه عرفاً . بل الأولى نسبته إلى الأجير نفسه، لأنه هو الفاسخ الذي فوت على نفسه الاجرة المسماة . ومثله توهم : أنه كان بتفجير من المستأجر، فيرجع إليه بقاعدة الغرور . اذ فيه : أنه لا تفجير من المستأجر بعد أن كان العقد مشتركاً بينهما . والوقوع في المحذور إنما كان من فسخ الأجير نفسه، بل هذا التوهم موهون جداً .

(١) يعني تجري الاحكام السابقة من عدم لزوم شيء على أحدهما إذا كان الفسخ قبل العمل ولزوم المسمى أو اجرة المثل للأجير إذا كان الفسخ بعد العمل، والتبعيض في المسمى أو اجرة المثل إذا كان الفسخ في اثناء العمل، إلا فيما إذا كان العمل مما يجب اتمامه فيجب تمام المسمى .

هذا، والحكم في هذه الصورة باستحقاق الأجير تمام الاجرة مع الفسخ في الاثناء . . أهون منه في الصورة السابقة، لأن الضرر يستند إلى فسخ المستأجر، فيمكن توهم استناد الضرر إليه الموجب للرجوع عليه . وإن كان أيضاً يشكل : بأن الخيار إن كان مجعولاً فهو بقبول الأجير واختياره، فأقدامه عليه اقدام منه على لوازمه، وإن كان من قبل الشارع فالضرر يستند إليه، لأن المستأجر إنما عمل بحقه المجعول له شرعاً، وليس عليه أن لا يأخذ بحقه، لئلا يقع الأجير بالضرر .

الاجير يستحق بمقدار ما عمل من أجره المثل لاحتزام عمل المسلم (١) ، خصوصاً

إلا أن يقال : إن الحق الخياري إذا جعله الشارع دفعاً للضرر الوارد عليه ، يمتنع أن يثبت في حال لزوم الضرر على الأجير . وبالمجمل : بعد ما كان المستأجر مقدماً على بذل الاجرة في مقام العمل من دون خيار ، فلزوم الضرر المثبت لخياره معارض بلزوم الضرر الوارد على الأجير بالفسخ ، ومعه لا مجال لتقديم ضرره ، فلا خيار له في الفسخ . وهذا غير بعيد . وعلى هذا فاللازم التفصيل في المقام : بين صورة ان يكون الفاسخ المستأجر ، ويكون الخيار شرعياً . وبين غيرها من الصور ، فيستحق الأجير في الأول تمام الأجرة ، ولا يستحق في غيرها شيئاً . فتأمل .

(١) لا مجال لتطبيق هذه القاعدة في المقام ، بناء على ما عرفت : من ان

المراد من كون المستأجر عليه المجموع من حيث المجموع : أن كل واحد من الأجزاء على الانفراد مما لا قيمة له ، لأنه يكون أخذ أجره المثل لما يقابل بعض العمل أكلاً للمال بالباطل . وان شئت قلت : قاعدة الاحترام لا مجال لها ، إذا كان العمل لا قيمة له ولا مالية ، فان الاحترام يختص بماله قيمة ومالية . وكذا بناء على الاحتمال الثاني :- اعني كون الاجزاء ملحوظة على نحو وحدة المطلوب . وإن كان لكل واحد منها مالية ، إذ كما ان عمل المسلم محترم ، كذلك مال المستأجر ، فانه مسلم وماله محترم لا يجوز أخذه بلا عوض عائداً اليه . لأن المفروض ان البعض على الانفراد لم يقصد المستأجر المعاوضة عليه ، كي يؤخذ منه عوضه ، فأخذ العوض منه مع ذلك كان خلاف احترام ماله ، كما إذا استأجره ليخيط ثوبه فصبغه اشتباهاً منه ، فانه لا يستحق عليه اجرة كما سبق . نعم إذا تم الأجير العمل تبرعاً منه بعد الفسخ في الاثناء ، كان تبعض الأجرة في محله ، لكون البعض حينئذ له مالية في ضمن الكل كما أنه بعض المطلوب ومقابل ببعض الأجرة . وعلى هذا كان اللازم تقييد العبارة بذلك ، وإلا توجه عليها الاشكال .

إذا لم يكن الخيار من باب الشرط . (١)

(الثانية عشرة) : كما يجوز اشتراط كون نفقة الدابة المستأجرة والعبد والاجير المستأجرين للخدمة أو غيرها .. على المستأجر ، إذا كانت معينة بحسب العادة أو عينها على وجه يرتفع الغرر .. كذلك يجوز اشتراط كون نفقة المستأجر على الاجير أو المؤجر ، بشرط التعيين أو التعين الرافعين للغرر . فما هو المتعارف من اجارة الدابة للحجج ، واشتراط كون تمام النفقة ومصارف الطريق ونحوها على المؤجر .. لا مانع منه ، اذا عينوها على وجه رافع للغرر (٢) .

(الثالثة عشرة) : إذا آجر داره أو دابته من زيد اجارة صحيحة بلا خيار له ، ثم آجرها من عمرو كانت الثانية فضولية موقوفة على إجازة زيد ، فان أجاز صحت له ويملك هو الاجرة فيطلبها من عمرو (٣) ، ولا يصح له إجازتها على أن

(١) لأنه إذا كان من باب الشرط ، يكون العامل قد أقدم على ضياع عمله على تقدير الفسخ في الأثناء ، ولا يتأتى ذلك لو كان الخيار شرعياً ، لأنه لم يكن بجعله وقبوله ، فلا مجال لتوهم الاقدام حتى لو كان عالماً ، لأن العلم به لا يستلزم العلم بالأعمال والفسخ ، فيمكن أن يكون اقدامه على العقد برجاء عدم الأعمال . ولا يتأتى ذلك في صورة جعل الخيار ، لان القبول الصادر من الاجير يعد عرفاً اقداماً على الفسخ في الأثناء على لوازمه .

(٢) لكن الاشكال في إمكان ذلك فيما يتعارف ، لاختلاف الاحوال والاطوار السفرية ، الموجب لاختلاف النفقات كما وكيفاً ومدة .

(٣) يعني صحت الاجارة الثانية لزيد ، لان المنفعة له فيملك عوضها وهو الأجرة . هذا اذا كانت الاجارة الثانية واقعة على المنفعة المقصودة بالاجارة الاولى ، أما إذا كانت واقعة على غيرها ، فالاجارة الثانية لا تصح باجازه زيد ،

تكون الاجرة للمؤجر ، وإن فسخ الاجارة الاولى بعدها ، لأنه لم يكن مالـ كما
للمنفعة حين العقد الثاني (١) . ومـلكيته لها حال الفسخ لا تنفع ، إلا إذا جدد
الصيغة ، وإلا فهو من قبيل من باع شيئاً ثم ملك . ولو زادت مدة الثانية عن
الأولى لا يبعد لزومها على المؤجر في تلك الزيادة ، وأن يكون لزيد امضاؤها بالنسبة
إلى مقدار مدة الأولى .

لان المنفعة غير مملوكة له ، ولا تصح بايقاع المؤجر المالك للعين ، لأنها أيضاً
غير مملوكة له ، على ما عرفت من عدم ملك المنافع المتضادة . ولا يجدي فسخ
الاجارة الأولى بعد ذلك في الصحة ، لما ذكر في المتن من أنه من قبيل من باع
شيئاً ثم ملكه . نعم بناء على ان المنافع المتضادة مملوكة للمالك العين ، وأن بطلان
الاجارة الثانية من جهة انها منافية لحق المستأجر الأول فإذا اجاز صحت ،
وتكون الاجرة الثانية للمالك ، لأنها عوض منفعته ، كما ان الاجرة الأولى له أيضاً .
والمتحصل : إن الاجارة الثانية : تارة : تكون بلحاظ منفعة الاجارة
الأولى ، وأخرى تكون بلحاظ غيرها . فعلى الأول تصح الاجارة الثانية باجازه
المستأجر الاول ، وتكون الاجرة له ، وإذا لم يجز بطلت . وعلى الثاني تبطل
الاجارة الثانية مطلقاً ، لأنها بلحاظ منفعة غير مملوكة ، إذا قلنا بان المنافع
المتضادة غير مملوكة ، وتصح باجازه المستأجر إن قلنا انها مملوكة ، وتكون الاجرة
في الاجارتين معاً ملك المؤجر المالك للعين ، لسكون المنفعتين المعوضتين ملكاً له .
وإذا ردها المستأجر بطلت ، لمنافاتها لحقه .

(١) هذا اشارة الى ان قوام المعاوضة التي يتضمنها عقد الاجارة وغيره
من عقود المعاوضات . . دخول العوض في ملك من خرج عن ملكه العوض ،
وان اعتبار العوضية إنما يصح بلحاظ ذلك . ولو كان العوض يدخل في ملك غير

من خرج عن ملكه المعوض ، لم يكن عوضاً عنه ولم يكن المعوض عنه معوضاً .
والظاهر ان هذا مما لا اشكال فيه ، وانما الاشكال في لزوم ذلك من الطرفين -
يعنى يجب أن يدخل المعوض عنه في ملك من خرج من ملكه المعوض ، كما لم
أن يدخل المعوض في ملك من خرج عن ملكه المعوض عنه أو لا يجب ذلك ؟ -
فاذا قال زيد لعمرى : خذ هذا الدرهم واشتر لك به ثوباً . . لم يصح حتى يتملك
عمرى الدرهم ، فاذا لم يتملكه وبقي على ملك زيد فاشترى به ثوباً لنفسه لم يصح
الشراء لنفسه ، لأن الدرهم وان صار عوضاً عن الثوب ، لكن الثوب لم يصح
عوضاً عن الدرهم ، لأن الدرهم خرج عن ملك زيد ودخل الثوب في
ملك عمرى ، فلم يحم الثوب مقامه ، ولم يصح في مكانه .

والمنسوب الى المشهور لزوم ذلك ، بل في مكاسب شيخنا (ره) انه
ادعى بعضهم في مسألة قبض المبيع عدم الخلاف في بطلان قول مالك الثمن :
اشتر لنفسك به طعاماً . انتهى . كما انه (ره) حكى عن العلامة التصريح في
غير موضع من كتبه : تارة : بانه لا يتصور ، وأخرى بانه لا يعقل أن يشتري
الانسان لنفسه بمال غيره شيئاً . انتهى . وقد ذكروا الاستدلال عليه : بان
المعاوضة المتقومة بذلك ، اذ مفهوم المعاوضة راجع الى جعل كل من العوضين عوضاً
عن الآخر . ويشكل بأن صيغة المعاوضة لا تقتضي الاشتراك على النحو المذكور ،
كما يظهر ذلك من ملاحظة موارد استعمال صيغة المفاعلة في موارد المتفرقة ، مثل :
شايحت زيدا ، وسافرت ، وطالعت الكتاب ، وامثال ذلك من الموارد الكثيرة -
كما أشرنا الى ذلك أيضاً في بعض مباحث الطهارة من هذا الشرح - فان ملاحظة
موارد الاستعمال للصيغة ، تشرف على القطع ببطلان اعتبار المشاركة من الطرفين .
ويشهد بذلك : أنك اذا قلت : بعت الكتاب بدينار ، اعتبر الكتاب معوضاً
عنه والدينار عوضاً ، بقرينة دخول باء العوض عليه ، ولا يصح اعتبار العكس -

اعني اعتبار أن يكون الكتاب عوضاً والدينار معوضاً عنه - وإنما يصح ذلك لو قيل : بعث الدينار بالكتاب ، وفي مثله لا يصح اعتبار الكتاب معوضاً عنه والدينار عوضاً . وبالجمله : المفهوم من قول القائل : بعث الكتاب بالدينار ، غير المفهوم من قوله : بعث الدينار بالكتاب ، فإن مفهوم الأول أن الدينار عوض عن الكتاب ، ومفهوم الثاني أن الكتاب عوض عن الدينار . فالعوض يجب أن يقوم مقام المعوض ، لكن المعوض عنه لا يجب أن يقوم مقام المعوض .

ولاجل ذلك ذكر بعضهم : أنه لا دليل على اشتراط كون أحد العوضين ملكاً للعاقدة في انتقال بدله اليه ، بل يكفي أن يكون مأذوناً في بيعه لنفسه والشراء به . انتهى . والمصنف (ره) في حاشيته على مكاسب شيخنا الأعظم (قدّه) : جعله ممكناً ، وان اعتبار البدلية قد يكون بملاحظة تبديل ملكية هذا بملكية ذلك ، وقد يكون بملاحظة إخراجة عن ملكه من دون تبديل الملكية ، وقد يكون بملاحظة إتلافه . انتهى . وفيه : إن المعاوضة وإن كانت تختلف بالملاحظات المذكورة ، لكن المعاوضة بين الاعيان التي هي قوام البيع إنما هي بلحاظ البدلية في المملوك ، لافي الملكية ولا في غيرها مما ذكر . فالملكية القائمة بين المالك والمملوك المتقومة بهما ، إن كان فيها تبديل المملوك . كانت بيعاً ، وإن كان فيها تبديل المالك كانت ميراثاً ، وإن كان فيها تبديل الملكية كانت هبة معوضة ، فلا بد في البيع من تحقق تبديل المملوك فيكون الثمن عوضاً عن الثمن في قيامه مقام الثمن في تقويم الاضافة الخاصة القائمة بالطرفين ، ولذا لا تأمل في كون الثمن عند المتبايعين عوضاً عن المبيع . فالمعاوضة في البيع بين العيينين ، لا بين الممكيين ولا بين غيرها مما ذكره (قدّه) .

وإنما التأمل في أن المبيع أيضاً عندهم عوض عن الثمن في البيع ، والمنفعة عوض عن الأجرة في الاجارة ، فتكون العوضية من الطرفين ، أولاً ، بل العوضية

لأنه لم يكن مالسكاً للمنفعة حين العقد الثاني ، ومالكته لها حال الفسخ لا تنفع إلا إذا جدد الصيغة ، وإلا فهو من قبيل من باع شيئاً ثم ملك (١) ولو زادت مدة الثانية من طرف واحد ، وقد عرفت : أن مفاد البيع والاجارة عوضية الثمن والاجرة عن المبيع والمنفعة ، وأما عوضية المبيع والمنفعة عن الثمن والاجرة فغير ظاهرة . وانكار المصنف (ره) الامرين معا تبعاً لبعض — كما عرفت — غريب . بل الانصاف يقتضي البناء على الامرين معاً ، وإن كانت دلالة الكلام على الأول بالمطابقة وعلى الثاني بالالتزام . فالمفهوم من قول القائل : بعث الكتاب بدينار ، هو المفهوم من قوله : بعث الدينار بالكتاب ، وإنما يختلفان في المدلول المطابق ، فإن الإيجاب الأول يدل بالمطابقة على عوضية الدينار عن الكتاب ، وبالاتزام على عوضية الكتاب عن الدينار ، والإيجاب الثاني يدل بعكس ذلك ، فيدل على عوضية الكتاب عن الدينار بالمطابقة ، وعلى عوضية الدينار عن الكتاب بالاتزام . فالمدلول لاحدهما مدلول للآخر من دون زيادة ولا نقصان ، وإنما الاختلاف بينهما في أن المدلول المطابق لاحدهما مدلول التزامي للآخر ، ولذلك اختلفا عرفاً ، فلا اختلاف بينهما في ذات المدلول ولا في كمية المدلول ، وإنما الاختلاف بينهما في كيفية الدلالة عليه . فإن كان المطلوب الذي يسعى نحو تحصيله هو الكتاب ، قيل : بعثت الكتاب بدينار مثلاً ، وإن كان المطلوب هو الدينار ، قيل بعثت الدينار بالكتاب وإلا فقد لوحظ كل منهما عوضاً عن الآخر ومعوضاً عنه ، ومفهوم المعاوضة وإن لم يدل على تكرار النسبة ، لسكن المقصود منه ذلك عرفاً . ومراكزات العرف في مضامين العقود المعاوضية شاهد بذلك . وما في بعض الكلمات من خلاف ذلك تمحل ، قضت ارتكابه ضرورة في دفع إشكال أو توجيه إشكال . والله سبحانه ولي التوفيق والسداد .

(١) فإن المشهور عدم صحة العقد الواقع بأجازة المالك حين الاجازة ،

عن الأولى لا يبعد لزومها على المؤجر في تلك الزيادة ، وأن يكون لزيد امضاؤها بالنسبة إلى مقدار مدة الأولى .

(الرابعة عشرة) : إذا استأجر عيناً ثم تملكها قبل انقضاء مدة الاجارة ، بقيت الاجارة على حالها فلو باعها والحال هذه لم يملكها المشتري إلا مساوية المنفعة في تلك المدة (١) فالمنفعة تكون له ولا تتبع العين . نعم للمشتري خيار الفسخ إذا لم يكن عالماً بالحال . وكذا الحال إذا تملك المنفعة بغير الاجارة في مدة ثم تملك العين ، كما إذا تملكها بالوصية أو بالصلح أو نحو ذلك ، فهي تابعة للعين إذا لم تكن مفروزة ومجرد كونها للمالك

لأمر مذكورة في محلها . ذكرها شيخنا الاعظم في مكاسبه ، وذكرناها جرياً على منهجه في « نهج الفقاهة » . والعمدة فيه امران : النصوص الناهية عن بيع ماليس عنده . وأن خصوصية الاضافة إلى المالك من الخصوصيات المقومة للمعاوضة ، فالاجارة من المشتري إن كانت قد لوحظ فيها خصوصية الاضافة إلى المالك حين العقد ، فذلك خلاف قاعدة السلطنة في حق المالك المذكور ، مع أنه ليس من محل الكلام ، وإن لوحظ فيها خصوصية الاضافة إلى نفسه ، فتلك ليست إجازة للعقد . فراجع « نهج الفقاهة » في مبحث الفضولي . لكن النصوص مختصة بالبيع ، فلا تشمل الاجارة وغيرها من عقود المعاوضة . فالعمدة فيها هو الامر الثاني ، فانه مطرد في الجميع على نحو واحد . بل العمدة في البيع أيضاً هو الامر الثاني ، لان النصوص لا تخلو من اشكال من جهة المعارضة ، أو من جهة العموم والخصوص . فراجع .

(١) لأن المنفعة في تلك المدة لم تكن مملوكة للبائع بالتبعية ، وإنما كانت مملوكة له بسبب آخر ، إذ البيع لا يبطل الاجارة ، ومقتضاها أن تكون المنفعة

مملوكة للمستأجر بالاجارة في مقابل الاجرة ، والمشتري وإنما يقوم مقام البائع فيحتاج ملكيته لها إلى سبب آخر أيضا وبالجمله : لا دليل على التبعية في المقام . اللهم إلا أن يقال : التبعية إنما كانت سبباً للملك ، عملاً بالارتكاز العرفي ولا فرق في ذلك بين المقام وغيره .

توضيح ذلك : إنه لا اشكال في أن التبعية تقتضي ملكية التابع فيملكه مالك المتبوع ، سواء كان التابع من الاعيان الخارجية ، كالثمرة للشجرة والبيضة للدجاجة والحمل للدابة ، أم من الافعال ، كالمنافع المستوفاة من العين ذات المنفعة ، أم من الصفات الخارجية ، كالقصاراة الحاصلة بعمل القصار ، والنساجة الحاصلة بعمل النساج ، وهيئة السرير الحاصلة من عمل النجار ، أم من الاعتبارات المحضة ، مثل المنافع غير المستوفاة للعين ذات المنفعة ، فإنها حينئذ تكون من الاعتبارات المملوكة لمالك العين . ولذلك يصح القول بكونها مضمونة ، إذ لو لا أنها مملوكة لم يكن معنى لضمانها ، فان الضمان لا يصح اعتباره إلا مع وجود مضمون له يكون مالكا للمضمون نعم المنافع المستوفاة من قبيل الموجودات الخارجية كما عرفت . فالتابع في جميع الوارد المذكورة مملوك لمالك المتبوع ، والموجب للملكية المذكورة هو التبعية ، حسبما يقتضيه بناء العرف والمشرعة عليه . ويشترط في تأثير التبعية المذكورة في المالك أن لا يكون مقتض على خلافها ، فلو أجر داره على زيد فملك زيد منفعتها ، ثم باع الدار على عمرو ، لم يملك المنافع عمرو بالتبعية ، لأن ذلك خلاف مقتضى عقد الاجارة .

وقد ذكر المصنف (ره) هنا شرطاً آخر ، وهو : أن يكون من انتقل عنه التابع مملوكاً له بالتبعية ، فلو لم يكن كذلك لم يستوجب التبعية في الملك ، ولذلك التزم بان المشتري الثاني في فرض المسألة لم يملك المنافع بالتبعية ، لأن البائع لم يملكها بالتبعية . ولا بد أن يلتزم بذلك في مثل ما اذا اشترى ثمر الشجر ، ثم

ج ١١ (في أن تلف حاصلات الأرض المستأجرة للزراعة لا يبطل الاجارة) — ١٩٧ —

العين لا ينفع في الانتقال إلى المشتري ، نعم لا يبعد تبعيتها للعين إذا كان قاصداً لذلك حين البيع (١) .

(الخامسة عشرة) : إذا استأجر أرضاً للزراعة مثلاً ، فحصلت آفة تنموية

أو أرضية توجب نقص الحاصل لم تبطل (٢) ، ولا يوجب نقصاً في مال الاجارة (٣) ، ولا خياراً للمستأجر (٤) . نعم لو شرط على المؤجر ابراءه من ذلك بمقدار ما نقص بحسب تعيين أهل الخبرة ثلثاً أو ربعاً أو نحو ذلك ، أو أن

اشترى الشجر ، فاذا باعه على آخر لم يملك الآخر الثمر المتولد بعد البيع بالتبعية ، بل يبقى على ملك البائع . هذا ولأن أجل أن المرجع في اقتضاء التبعية للملك بناء العرف والمتشعة عليه ، وأن الظاهر بناؤهم على عدم اعتبار الشرط المذكور . فالبناء على عدم اعتباره متعين .

(١) إذا كان المراد من القصد المذكور انه قاصد للتملك انشاءً ، فيكون قاصداً لتملك المنفعة والعين معاً . . فهو في محله ، كما لو قصد تملك شيء مع المبيع ، وإذا كان المراد أنه قاصد للتبعية ، فهو غير ظاهر ، لأن قصد التبعية لا يوجب الملك بالتبعية ، إذا لم تكن مقتضية لذلك .

(٢) لعدم المقتضى لذلك ، بعد أن كانت العين ذات منفعة يصح بذلك المال بازائها .

(٣) إذ لا تبعض في المنفعة .

(٤) إذ لا نقص في صفة العين يوجب نقصاً في صفة المنفعة ، إذ المفروض كون النقص الحاصل لأمر خارج عن العين ، وليس عدمه مبنيّاً عليه العقد ليوجب الخيار ، فهو نظير مالهو استأجر داراً ليسكنها فمكناها ، فحدث حادث موجب للقلق أو الارق ، فتغص عيشه فيها .

يبه ذلك المقدار إذا كان مال الاجارة عيناً شخصية . . فالظاهر (١) الصحة بل الظاهر صحة اشتراط البراءة على التقدير المذكور بنحو شرط النتيجة (٢) ، ولا

(١) لاغتفار الجهالة في الشرط إذا كان تابعا .

(٢) هذا من قبيل شرط النتيجة، الذي قد عرفت الاشكال في صحته في أول فصل (أن العين المستأجرة امانة) ، فراجع ، وقد ذكرنا هناك : ان البناء على أن الشرط ملك للمشروط له - كما هو كذلك في شرط الفعل - يمنع من صحة النتيجة ، لأن النتائج التي هي مضامين العقود والايقاع لا تصلح أن تكون موضوعاً لاضافة الملكية إذا لم تكن في عهدة المشروط عليه ، كما هو مقتضى كونها شرط نتيجة في مقابل شرط الفعل . فالملكية مثلاً تارة : تشتترط في ضمن العقد على أن تكون في عهدة المشروط عليه ، فيجب عليه تحصيلها فتكون حينئذ من قبيل شرط الفعل . وتارة : تشتترط لا على أن تكون في عهدة متعهد بها ، وهي بهذه الملاحظة مما لا تقبل أن تكون موضوعاً لاضافة المملوكية . مضافاً إلى أن جعلها مملوكة للمشروط له وجعل ملكيتها له ، لا يوجب حصولها ، فلا يترتب على الشرط المذكور اثر حصولها . ولأجل ذلك يلزم البناء على بطلان شرط النتيجة ، على نسق شرط الفعل ، بحيث يكون من تملك النتيجة للمشروط له . نعم لا مانع من أن يكون المقصود انشاءها على حد انشاء مضمون العقد منضمّاً اليه ، فيكون المنشأ أمرين مضمون العقد ، ونفس النتيجة ، فتترتب النتيجة بمجرد الشرط ، إذا لم يعتبر في انشاءها سبب خاص . وعلى ذلك يحمل ماورد في كلامهم من صحة شرط سقوط الخيار في ضمن العقد ، وكذلك شرط الضمان في العارية ، ونحو ذلك ومنه المقام ، أعني : شرط براءة الذمة من مقدار من الاجرة إذا كانت الاجرة ذمية لاعيناً خارجية . ويشهد بذلك ماورد فيمن تطيب أو تبيطر وأنه ضامن إلا أن يأخذ البراءة . فان الظاهر منه اشتراط البراءة من الضمان على نحو شرط النتيجة .

يضر التعليق لمنع كونه مضرأ في الشروط (١) . نعم لو شرط براءته على التقدير المذكور حين العقد . بأن يكون ظهور النقص كاشفاً عن البراءة من الأول . فالظاهر عدم صحته لأوله الى الجمل ، بمقدار مال الاجارة حين العقد (٢) .

(السادسة عشرة) : يجوز اجارة الأرض مدة معلومة بتعميرها واعمال عمل فيها ، من كرى الانهار وتنقية الآبار وغرس الاشجار ونحو ذلك عليه يحمل قوله (ع) : لا بأس بقبالة الارض من اهلها بعشرين سنة أو أقل أو أكثر ، فيعمرها ويؤدي ما خرج عليها (٣) ونحوه غيره .

(١) وإن قال شيخنا الاعظم (ره) : انه قد يتوهم ذلك ، بناء على ان التعليق في الشرط يسري إلى العقد ، لرجوع الشرط إلى جزء من أحد العوضين . وفيه : منع ذلك ، كما هو ظاهر . نعم بناء على ما ذكره بعض ، في وجه مانعية التعليق في العقود والايقاعات من منافاة التعليق للانشاء . . عموم المانعية ، ولا وجه للتفكيك بين الشرط وغيره في ذلك ، وإن كان التحقيق ان الوجه في المانعية : الاجماع المحقق المعول عليه عندهم ، لا ما ذكر . ولذلك جاز عندهم التعليق مع الانشاء ، في الوصية التمليلية ، والنذر المعاق ، والتدبير . فراجع .

(٢) هذا إذا كان المراد من البراءة عدم اشتغال الذمة به أما إذا كان المراد السقوط عن الذمة بعد الاشتغال به ، فلا يلزم المحذور .

(٣) هذا مذكور في مصحح الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام « قال : إن القبالة أن تأتي الأرض الخربة فتقبلها من أهلها بعشرين سنة أو أقل من ذلك أو أكثر ، فتعمرها وتؤدي ما خرج عليها ، فلا بأس به » . ومصححه الآخر عن أبي عبدالله عليه السلام : لا بأس بقبالة الارض من أهلها بعشرين سنة أو أقل أو أكثر فيعمرها ويؤدي خراجها ، ولا يدخل أصلاً في شيء من القبالة ، فإنه لا يحل . ومصححه

(السابعة عشرة) لا بأس بأخذ الأجرة على الطباية . وإن كانت من الواجبات الكفائية لأنها كسائر الصنائع واجبة بالعوض (١) لا بنظام معاش العباد . بل يجوز وإن وجبت عيناً لعدم من يقوم بها غيره ، ويجوز اشتراط كون الدواء عليه

يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام - في حديث - : « قال وسألته عن الرجل يعطى الأرض الخربة ويقول : أعمرها ، وهي ملك ثلاث سنين أو خمس سنين أو ما شاء الله . قال : لا بأس » . ونحوها غيرها .

والمحتمل فيها أمور : الأول : ما ذكره المصنف (ره) ، من أن المراد من القبالة الإجارة ، ويكون العمل هو الإجارة ، فتكون من إجارة العين . الثاني : أن المراد بها الإجارة على العمل فتكون الإجارة منفعة الأرض والمستأجر العامل ، والمستأجر عليه هو العمل من التعمير وغيره . الثالث : أن تكون من الجعالة على العمل ، والجعل هو المنفعة ، ويحتمل - كما قيل - أن تكون الإجارة شيئاً معلوماً ، ويكون ذلك الشيء أجرة للعمل ، فتكون إجارتيان ، إجارة الأرض ، وإجارة الاجير العامل . الرابع : أن تكون معاملة مستقلة ، فظير المصالحاة ، مفادها تمليك المنفعة للعامل وتمليك مالك الأرض للعمل ، بلا معاوضة بين المنفعة والعمل . ولعل الأخير هو الأقرب .

(١) الظاهر : أنه تعليل لكونها من الواجبات الكفائية ، لا لجواز أخذ الأجرة . نعم في النسخ التي رأيتها بدل قوله : « واجبة بالعرض » « واجبة بالعوض » ، فيكون تعليلاً لجواز أخذ الأجرة . يعني : إنما جاز أخذ الأجرة عليها لأنها واجبة بالعوض لا مجاناً فقد أخذ في موضوع الوجوب العوض . لكن الظاهر أنه غلط ، لأنها واجبة بالعوض وبغير عوض ، وإلا لما كان فعلها مجاناً أداءً للواجب . ثم أنك عرفت في مواضع من هذا الشرح ، التعرض لجواز أخذ

مع التعيين الراجع للفرر (١) ، ويجوز أيضاً مقاطعته على المعالجة (٢) إلى مدة

الاجرة على الواجبات وعدمه ، وأنه لم يقد دليل على عدم جواز أخذ الاجرة على الواجب ، وأن وجوب الشيء لا يمنع من أخذ الاجرة عليه . فالعمدة في عدم جواز أخذ الاجرة على الواجبات في بعض المقامات عينية وكفائية . هو الاجماع ولولاه كان القول بجوازه في محله .

ويشهد لذلك جواز أخذ الاجرة على الواجبات الكفائية ، التي يتوقف عليها النظام ، إذ الوجوب لو كان مانعاً لم يفرق في منعه بين العيني والكفائي . وما في بعض الحواشي من الفرق بين الواجبات العينية والكفائية : بان الوجوب في الواجبات الكفائية عبارة عن الالتزام بعدم حبسها عن محتاج اليها ، فلا يكون مخرجاً لذات العمل عن ملك مالكه ، ويجوز أخذ الاجرة عليه . غير ظاهر ، إذ الحبس ترك العمل ، فعدم الحبس هو العمل . ولو أراد من الحبس معنى وجودياً ، فعدمه ليس مقدمة للنظام ، بل المقدمة هو العمل ضرورة .

(١) لعموم صحة الشرط كشرط كون الخيوط على الخياط والحبر على الكاتب وفي القواعد قال : « والكحل على المريض ، ويجوز اشتراطه على الكحال » . وحكي التصريح به عن غيره . وقد يستشكل فيه : بانه مناف للعقد ، لأن الاعيان لا تملك بعقد الاجارة ، أصالة ولا تبعاً . بل قيل : قد يرجع الى بيع الكحل بلفظ الشرط . وفيه : انه لا دليل على المنع من تملك العين بالشرط في الاجارة ، وعموم صحة الشرط يقتضي الصحة . مع أن الشرط المذكور لا يقتضي التملك ، وإنما يقتضي بذل الكحل مجاناً ، فلا اشكال حينئذ . لكن قال في القواعد بعد ذلك : « ولو اشترط الدواء على الطبيب فالأقرب الجواز » . والفرق بين المسألتين غير ظاهر ، كما اعترف به بعض .

(٢) يريد بها المداواة واستعمال الأدوية لمكافحة المرض .

أو مطلقاً (١) ، بل يجوز المقاطعة عليها بقيد البرء ، أو بشرطه إذا كان مظلوناً (٢) ، بل مطلقاً (٣) . وما قيل من عدم جواز ذلك (٤) ، لأن البرء بيد الله فليس اختيارياً له ، وأن اللازم مع إرادة ذلك أن يكون بعنوان الجمالة لا الاجارة .

(١) لسكن مع عدم التقييد بالمدة وتردها بين القليل والكثير يلزم الفرر . اللهم إلا أن يكون المرض متعيناً بنحو خاص ، فيستأجر الطبيب على مداواته ، فيكون تعينه كافياً في رفع الفرر مثل الصداع ونحوه . نظير خياطة الثوب المردد زمانها بين القليل والكثير ، لسكن تعين الثوب كاف في رفع الفرر .

(٢) الفرق بينهما ظاهر ، إذ في الأول يكون البرء مقوماً لموضوع الاجارة ، وفي الثاني يكون غير مقوم ، بل وصفاً فيه على نحو تعدد المطلوب .

(٣) يعني وإن لم يكن مظلوناً ، لأن المصحح للاجارة القدرة الواقعية لا العلم بها أو الاعم منه ومن الظن ، بل تصح الاجارة مع احتمال القدرة ، فاذا تبين عدم القدرة انكشف البطلان . اللهم إلا أن يحصل الفرر مع عدم الظن بالحصول ، فتبطل لذلك ، لا لعدم القدرة . لكنه يتوقف على عموم نفي الفرر للاجارة ، وقد عرفت الاشكال فيه .

(٤) قال في القواعد : « ولو جعل له على البرء صح جمالة لا اجارة » . وفي جامع المقاصد : « أما عدم صحته اجارة فإن ذلك ليس من مقدور الكمال ، وإنما هو من فعل الله سبحانه ، وأما صحته جمالة فلان السبب الى حصوله كاف في استحقاق الجعل إذا حصل ، وإن كان من فعل الله تعالى » اقول : كونه من فعل الله تعالى كما يمنع من صحة الاجارة عليه يمنع من صحة الجمالة ، لأن الجمالة إنما تكون على فعل المجهول له ، فإنه إذا قال مالك العبد : إذا رددت عبدي فلك درهم ، فرده غير المخاطب ، لا يستحق المخاطب الجعل . وإن كان المراد من كونه من فعل الله سبحانه : أنه من فعله تعالى بنحو لا ينافي نسبة البرء إلى الكمال ،

فيه أنه يكفي كون مقدماته العادية اختيارية (١).

فلا يمنع من صحة الاجارة عليه .

نعم الفرق بين الاجارة والجمالة : ان الاجارة تتضمن تملك المستأجر عمل الاجير ، والجمالة لا تتضمن ذلك . ولأجل هذا الفرق امتنع وقوع الاجارة على غير المقدور ، وجاز وقوع الجمالة عليه ، مع الاحتفاظ بصحة النسبة إلى المجهول له وعدم القدرة لا ينافي صحة النسبة ، وإن كان ينافي صحة التملك . وكأن مراد جامع المقاصد من قوله : « بفعل الله تعالى ، معنى لا ينافي صحة النسبة ، وإن كان مانعاً من القدرة ، فيكون المراد من التعليل أن البرء غير مقدور للكمال ، فلا تصح الاجارة عليه وإن صحت الجمالة عليه ، لصحة نسبته إلى المجهول له كما أفاده في المتن .

(١) المماز بين الفعل الاختياري وغيره : ان الاختياري ما يكون جميع مقدماته اختيارياً أو بعضها اختياري وبعضها غير اختياري . مع كون غير الاختياري متحققاً في ظرفه . وغير الاختياري ما يكون جميع مقدماته غير اختياري ، أو بعضها اختياري وبعضها غير اختياري مع كون غير الاختياري غير متحقق . مثلاً نقل المتاع في السفينة من بلد إلى آخر ، يتوقف على وضع المتاع في السفينة ، وسحب السفينة في الماء ، وعلى وجود الماء . ولا ريب ان وجود الماء غير اختياري ، لكن لما كان الماء موجوداً ، كان نقل المتاع اختيارياً ، وإذا اتفق غور الماء صار نقل المتاع غير اختياري . فعلى هذا قد يكون البرء اختيارياً ، كما إذا كانت مقدماته غير الاختيارية متحققة ، وقد يكون غير اختياري ، كما إذا كانت مقدماته غير الاختيارية غير متحققة ، فإطلاق ان البرء غير مقدور غير ظاهر .

وفي حاشية بعض الاعاظم على المقام : « إنما يكفي اختيارية المقدمات في اختيارية ذهابها ، إذا كان - كمخيطية الثوب مثلاً - اثرأ متولداً منها ، ولم يتوسط

ولا يضر التخلف في بعض الأوقات (١) ، كيف وإلا لم يصح بعنوان الجمالة أيضاً (٢) .

(الثامنة عشرة) : إذا استؤجر لحتم القرآن لا يجب ان يقرأه مرتباً (٣) ،

في البين مقدمة اخرى غير اختيارية ، وإلا كانت هي الأخير من اجزاء علته ويستند الأثر اليها ، ويكون تابعا لها في عدم المقدورية ، ولا يصح الالتزام به بالاجارة أو الاشتراط أو غير ذلك ، وظاهر ان بره المريض وكذا سمن الدابة ونحوهما من ذلك والاشكال فيه يظهر مما ذكرنا ، فان توسط بعض المقدمات غير الاختيارية إذا كانت متهيئة لا يقدح في اختيارية ذبها ، كما عرفت ولا فرق بين المخيطية وبين بره المريض وسمن الدابة في كونها اختيارية ، إذا كانت المقدمات غير الاختيارية متهيئة . نعم تختلف من حيث السرعة والبطء . مع أن بره المريض قد يكون مثل المخيطية في سرعة الحصول .

(١) ظاهر العبارة : أن التخلف لا يضر في اختيارية الفعل ، وقد عرفت ان التخلف لعدم تحقق بعض المقدمات غير الاختيارية . يضر في صدق الاختيار ، فسكان المراد ان التخلف في بعض الأوقات لا يضر في صدق الاختيار في حال عدم التخلف .

(٢) قد عرفت أنه يكفي في صحة الجمالة صحة النسبة وان لم يكن الفعل اختياريا . اللهم إلا أن يقال : يعتبر في استحقاق الجعل تحقق الفعل . بقصد الجري على مقتضى الجمالة ، ومع عدم الاختيار لا قصد وإن صحت النسبة ، فلا يستحق الجعل . ولا يخلو من وجه ، إذ لازم البناء على استحقاق الجعل بمجرد صحة النسبة استحقاق الجعل ولو مع قصد التبرع ، وهو بعيد . فتأمل .

(٣) عملا بالاطلاق . وأما الانصراف الى الابتداء بالأول والختم بالأخير

بالشروع من الفاتحة والختم بسورة الناس ، بل يجوز ان يقرأ سورة فسورة على خلاف الترتيب بل يجوز عدم رعاية الترتيب في آيات السورة أيضاً. ولهذا إذا علم بعد الاتمام انه قرأ الآية السكذائية غلطاً أو نسي قراءتها بكفيه قراءتها فقط (١) . نعم لو اشترط عليه الترتيب وجب مراعاته ، ولو علم اجمالاً بعد الاتمام أنه قرأ بعض الآيات غلطاً، من حيث الاعراب أو من حيث عدم اداء الحرف من مخرجه او من حيث المادة .. فلا يبعد كفايته وعدم وجوب الاعادة ، لأن اللزوم القراءة

فبدوي ، ولذلك يتعين البناء على جواز قراءة آيات السورة من دون ترتيب . اللهم إلا أن يقال : قراءة القرآن تارة يراد بها قراءة جنس القرآن ، واخرى يراد بها قراءة الفرد التام . فان أريد الأول ثم ما في المتن ، وإن أريد الثاني فلا بد من الابتداء بالاول والانتها بالآخر ، لأن الفرد له هيئة خاصة على ترتيب خاص ، فاذا قرئ على غير تلك الهيئة لم يؤت بقراءة الفرد الخاص . وأوضح منه قراءة السورة ، فانه لا يراد منها الجنس، بل المراد منها الآيات على الهيئة الخاصة ، فاذا قرئت على غير الترتيب فقد فأت الهيئة ، ولم يكن قراءة للسورة . وأوضح من ذلك قراءة كلمات الآية على غير الترتيب ، فانه لو كان المراد جنس القرآن جازت قراءة كلمات الآيات على غير الترتيب ، لصدق الجنس على ذلك .

(١) هذا ليس لما ذكره (قدّه) ، بل لأن غلبة وقوع الغلط تقتضي الاجتزاء بذلك ، وإلا لجازت قراءة الكلمات على غير الترتيب ، ولم يتعرض له ، وظاهره عدم جوازها ، بل ينبغي القطع بذلك . فالوجه في الاكتفاء بقراءة ما وقع فيه الغلط هو ما ذكرناه ، وذكره هو (قدّه) . بعد ذلك في صورة اشتراط الترتيب في عقد الاجارة وبالجملة: قوله (ره) : « ولهذا... » ينافية قوله بعد ذلك : « لأن اللزوم القراءة... » .

على المتعارف والمعتاد، ومن المعلوم وقوع ذلك من القارئ غالباً إلا من شذ منهم نعم لو اشترط المستأجر عدم الغلط أصلاً ، لزم عليه الاعادة مع العلم به في الجملة . وكذا الكلام في الاستئجار لبعض الزيارات المأثورة أو غيرها (١) ، وكذا في الاستئجار لكتابة كتاب أو قرآن أو دعاء أو نحوها ، لا يضر في استحقاق الاجرة إسقاط كلمة أو حرف أو كتابتها غلطاً .

(التاسعة عشرة) : لا يجوز في الاستئجار للحج البلدي أن يستأجر شخصاً من بلد الميت إلى النجف ، وشخصاً آخر من النجف إلى مكة أو إلى الميقات ، وشخصاً آخر منها إلى مكة ، إذ اللازم أن يكون قصد المؤجر من البلد الحج والمفروض أن مقصده النجف مثلاً (٢) ، وهكذا فما أتى به من السير ليس مقدمة

(١) ما ذكره في آيات السور جار في فقرات الزيارة ، وكذا جار أيضاً في الاستئجار لكتابة الكتاب أو القرآن . والالتزام بجواز قراءة الزيارة وكتابة الكتاب والقرآن على غير ترتيب الفقرات والسور أو الآيات ، كما ترى . ولأجله يتضح ما ذكرناه من عدم جواز قراءة الآيات على خلاف الترتيب ، ولا قراءة السور كذلك ، فإن الجميع من باب واحد . ولم يتعرض المصنف (ره) صريحاً لحكم الاجارة على قراءة الزيارة وعلى كتابة الكتاب أو القرآن ، ولكن يفهم من قوله : « لا يضر في استحقاق الأجرة . . . » أن اعتبار الترتيب في الموارد الثلاثة المذكورة مفروغ عنه . وقد عرفت أن الفرق بينها وبين الاستئجار لقراءة القرآن غير ظاهر ، بالنظر إلى طبع الكلام . نعم قد تقوم القرينة على خلاف ذلك فلا بأس بالعمل بها ، بل يمكن أن يدعى أن عدم الارتباط بين السور قرينة عامة على عدم ملاحظة الترتيب ولا يخلو من تأمل .

(٢) هذا عين مفاد الدعوى التي ذكرها في صدر المسألة ، ليس مسوقاً

للحج . وهو نظير أن يستأجر شخصاً لعمرة التمتع وشخصاً آخر للحج ، ومعلوم أنه مشكل ، بل اللازم على القائل بكفايته أن يقول بكفاية استئجار شخص للركعة الأولى من الصلاة وشخص آخر للثانية ، وهكذا يتم .

مساق التعليل لها . نعم ظاهر قوله : « فما أتى به من السير ليس ... » أنه تعليل لها . ويشكل : بأنه لا يصلح أن يكون تعليلاً ، إلا بناء على القول بالمقدمة الموصلة ، فإن ما أتى به من السير لا قصور في مقدميته للحج لعدم ترتب الحج عليه . ولذا قال بعض الاعاظم في حاشيته في المقام : « لا يبعد أن يكون ما أتى به من عدم الجواز مبنياً على ما اختاره في الأصول ، من تخصيص وجوب المقدمة بالموصلة » . لكن لو كان مبنياً ذلك كان اللازم أن يقول : « ليس واجباً » ، بدل قوله : « ليس مقدمة للحج » . فكأن مراده أن الواجب في الحج البلدي أن يحج الشخص عن السير من البلد بقصد الحج فالسير من البلد لا بقصد الحج ليس قيداً للحج البلدي ، فلا يكون مقدمة للحج . وهذا التعليل في غاية المتانة . وما ذكرناه آنفاً : من أن السير من البلد إلى النجف لا قصور في مقدميته للحج ، إنما يصح بالاضافة إلى حج السائر لا بالاضافة إلى حج غيره ، إذ لا مقدمة بينه ، وبينه فالتعليل لا يرتبط بالقول بالمقدمة الموصلة بوجه .

ونظير المقام وضوء زيد بالنسبة إلى صلاة عمرو ، فإنه لا يكون مقدمة لها ، وإنما يكون مقدمة لصلاة زيد نفسه . وهذا نظير أن يستأجره للصلاة عن ميت لا بقيد المباشرة ، فيصلي الأجير بلا وضوء ويتوضأ شخص آخر مكانه . وكان الأولى للمصنف (ره) التمثيل به ، لا التمثيل بالأمثلة التي ذكرها ، فإن فيها تبعض النيابة في الاجزاء لا في الشروط والقيود ، كما هو في فرض المسألة . ولا يلزم من عدم جواز التبعض في النيابة في الاجزاء ، عدم جوازه فيها في القيود

(العشرون) : إذا استؤجر للصلاة عن الميت فصلى ونقص من صلاته بعض الواجبات غير الركنية سهواً ، فإن لم يكن زائداً على القدر المتعارف الذي قد يتفق أمكن أن يقال لا ينقص من أجرته شيء (١) ، وإن كان الناقص من الواجبات والمستحبات المتعارفة أزيد من المقدار المتعارف ، ينقص من الأجرة بمقداره (٢) إلا أن يكون المستأجر عليه الصلاة الصحيحة المبرئة للذمة (٣) . ونظير فنشأ الخلاف في جواز التبعض - كما في الحاشية المتقدمة - وعدمه - كما في المتن - هو أن الحج البلدي هل يعتبر فيه أن يكون الحاج قد خرج من البلد بقصد الحج إلى أن يحج ، أولاً يعتبر فيه ذلك ، بل يكفي أن يخرج شخص من البلد وإن كان غير الحاج ؟ فعلى الأول لا يجوز التبعض في النيابة وتعدد النائب ، وإن قلنا بوجوب مطلق المقدمة كما هو المشهور ، لأن خروج شخص غير من قام به الحج ليس مقدمة لحج غيره ، نظير ما لو صلى النائب بوضوء نائب آخر . وعلى الثاني يجوز التبعض ، وإن قلنا بالمقدمة الموصلة ، لأن المقدمة على هذا موصلة لكون المفروض تحقق الحج مع وجود مقدمته ، نظير ما لو صلى شخص نائب بثوب طاهر قد غسله غيره ، فإن غسل غير المصلي مقدمة وموصلة لتحقيق الصلاة حسب الفرض .

فلاشكال على المحشي (قد هـ) من وجهين : أحدهما : استظهاره من الدليل الدال على الحج البلدي : الاكتفاء بخروج غير الحاج من البلد ، وهو في غاية من البعد . ثانيهما : بناءه المنع على القول بالمقدمة الموصلة ، وهو غير مبتن على ذلك . مع أن المقدمة في المقام موصلة حسب الفرض ، لتحقيق الحج من النائب الثاني .

(١) لأن التعارف يكون قرينة على أن موضوع الإجارة ما يشمل الناقص .

(٢) لأن الأجرة موزعة على الجميع ، فمع فوات البعض يفوت بعض الأجرة .

(٣) فإن الصلاة الناقصة لما كانت مبرئة للذمة كانت تمام موضوع الإجارة

ذلك إذا استؤجر للحج فمات بعد الاحرام ، ودخول الحرم ، حيث ان ذمة الميت تبرأ بذلك (١) فان كان المستأجر عليه ما يبرىء الذمة استحق تمام الاجرة والا فتوزع ويسترد ما يقابل بقية الاعمال
(تم كتاب الاجارة)

فيمستحق الآتي بها تمام الاجرة .

(١) إجماعاً محققاً كما في المستند ، وبقسميه كما في الجواهر ، ويشهد له مصحح اسحاق بن عمار قال : « سألته عن الرجل يموت فيوصي بحجة فيعطى رجل دراهم يحج بها عنه فيموت قبل أن يحج ثم اعطى الدراهم غيره فقال (ع) : إن مات في الطريق او بمكة قبل ان يقضي مناسكه فانه يحجزى عن الاول » . واطلاقه وان كان يشمل غير الفرض لمكن لا يقدح في جواز الاستدلال به على الفرض ، وبعضه ماورد من النصوص فيمن مات بعد دخول الحرم ، كصحيح ضريس عن أبي جعفر (ع) : « في الرجل خرج حاجاً حجة الاسلام فمات في الطريق فقال : ان مات في الحرم فقد أجزأت عنه حجة الاسلام وان مات دون الحرم فليقض عنه وليه حجة الاسلام » وقريب منه غيره ، فانها وان كان المنصرف منها الحاج عن نفسه ، لكن يقرب جيداً كونه من احكام مطلق الحج ، أو لأن الاصل في حج النائب ان يكون بحكم حج المنيوب عنه ، وتام الكلام في هذه المسألة موكل الى محله من كتاب الحج . والحمد لله رب العالمين الى هنا انتهى ما أردنا تعليقه على كتاب الاجارة من كتاب العروة الوثقى في جوار المشهد المقدس الحيدري على مشرفه أفضل الصلاة والسلام يوم الثلاثاء في اليوم الثالث والعشرين من شهر جمادى الثانية سنة الالف والثلاثمائة واثنتين وسبعين هجرية على مهاجرها أفضل الصلاة واكمل التحية وما توفيقى إلا بالله عليه توكلت واليه أنيب .

الى هنا تم كتاب الاجارة
ويليه كتاب الضمان

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الضمان

وهو من الضمن (١) لانه موجب لتضمن ذمة الضامن للمال الذي على

بسم الله الرحمن الرحيم

والصلاة والسلام على رسوله وآله الطاهرين :

كتاب الضمان

(١) قال في المسالك: «الضمان عندنا مشتق من الضمن ، لانه يجعل ماكان في ذمته من المال في ضمن ذمة أخرى ، أو لأن ذمة الضامن تتضمن الحق . فالنون فيه أصلية، بناء على أنه ينقل المال من الذمة إلى الذمة. وعند أكثر العامة: انه غير ناقل ، وإنما يفيد اشتراك الذمتين ، فاشتقاقه من الضم والنون فيه زائدة ،

المضمون عنه المضمون له فالنون فيه أصلية ، كما يشهد له سائر تصرفاته من الماضي والمستقبل وغيرها . وما قيل من احتمال كونه من الضم (١) فيكون النون زائدة (٢) واضح الفساد ، إذ - مع منافاته لسائر مشتقاته - (٣) لازمه كون الميم مشددة (٤) وله اطلاقان: (٥) اطلاق بالمعنى الاعم الشامل للحوالة والكفالة

لانه ضم ذمة إلى ذمة ، فيتمخير المضمون له في المطالبة . لكن في كونه عندنا مشتقاً من الضمن خفاء ، فمن الجائز ان يكون الضمن مشتقاً منه ، فيكون معنى كون الشيء في ضمن شيء آخر : أنه في عهده ، وكذا معنى قولنا : ان كذا تضمن كذا ، أو مضمون العبارة كذا ، وضمنت قصيدي آية أو بيتاً من شعر فلان ، ونحو ذلك ، فان معنى ذلك وان كان الظرفية ، لكن يمكن أن تكون الظرفية موجبة للتعهد . وبالجمل : الضمن معناه الظرفية ، ولازمها نوع من التعهد والضمان هو التعهد . ولازمه نوع من الظرفية ، فيحتمل أن يكون كل واحد منها أصلاً للآخر . ومقتضى كثرة استعمال الضمان ومشتقاته كونه أصلاً للآخر ، لا فرعاً عليه .

(١) تقدمت حكايته عن أكثر العامة .

(٢) نظير : الجولان ، والنزوان ، والجريان ، والحيوان ، والضربان وغيرها مما هو كثير . ويختص غالباً بما كان فيه حركة وتقلب ، كما ذكره ابن مالك في منظومته .

(٣) لان زيادة النون في المصدر تقتضي خلو سائر المشتقات منها ، مع أنها موجودة فيها . اللهم إلا أن يكون المراد الاشتقاق الكبير .

(٤) ليكون الفعل ثلاثياً لاثنائياً .

(٥) كما نص على ذلك جماعة منهم المحقق والشهيد الثائبان ، في جامع

ايضاً ، فيكون بمعنى التعهد بالمال أو النفس . واطلاق بالمعنى الخاص ، وهو التعهد بالمال عيناً أو منفعة أو عملاً ، وهو المقصود من هذا الفصل . ويشترط فيه امور :

المقاصد والمسالك . وفي الشرائع : « كتاب : الضمان . وهو عقد شرع للتعهد بمال أو نفس . والتعهد بالمال قد يكون ممن عليه للمضمون عنه مال ، وقد لا يكون . فهنا ثلاثة أقسام » ، فحمل الضمان مقسماً للأقسام الثلاثة : لكن قال بعد ذلك : « القسم الاول في ضمان المال ممن ليس للمضمون عنه عليه مال وهو المسمى بالضمان بقول مطلق » ، ونحوه في القواعد . وفي الجواهر : أنه - يعني الاخير - : المعنى الحقيقي المتبادر عند الاطلاق ، وما تقدم من تقسيم الضمان الى الثلاثة بحسب المعنى المجازي بالعارض ، وان كان هو في الاصل المعنى الحقيقي ، لكنه هجر : أو أنه على جهة الاشتراك اللفظي بين المعنى الخاص والعام والاشتهار قرينة على إرادة الخاص : أو انه باق على الاشتراك المعنوي والاشتهار قرينة على إرادة الخاص عند الاطلاق . لكن ما ذكر من الاحتمالات الثلاثة كلها بعيدة عن المراد ، وأبعد منها ما ذكره في المسالك ، من أن الفرق بين مطلق الضمان والضمان المطلق هو الفرق بين مطلق الماء والماء المطلق ، وكما أن مطلق الماء ينقسم الى المطلق والمضاف ، كذلك مطلق الضمان ينقسم الى الضمان المطلق والضمان المقيّد ، فإن مطلق الماء ليس جامعاً بين الماء المطلق والمضاف ، بل هو جامع بين أفراد الماء المطلق ، مطلقها ومقيدها ، وكذلك مطلق الضمان إنما يكون جامعاً بين أفراد الضمان بالمعنى المقابل للحوالة والكفالة ، لا جامعاً بينه وبين الحوالة والكفالة . ولا جامع بين الماء المطلق والمضاف حقيقي ، وإنما هو اعتباري ، وهو ما يسمى ماء ، مثل الجامع بين معاني المشترك اللفظي .

والتحقيق : ان للضمان معنيين : عرفي ، وهو التعهد بالمال أو النفس

« أحدها » : الإيجاب . ويكفي فيه كل لفظ دال (١) بل - يكفي الفعل الدال ولو بضميمة القرائن - على التمسك والالتزام بما على غيره من المال .

« الثاني » : القبول من المضمون له . ويكفي فيه أيضاً كل ما دل على ذلك من قول أو فعل (٢) وعلى هذا فيكون من العقود المفتقرة الى الإيجاب والقبول كذا ذكره (٣) ولكن لا يبعد دعوى عدم اشتراط القبول على حد سائر العقود اللازمة ، بل يكفي رضى المضمون له سابقاً أو لاحقاً ، (٤) كما عن الإيضاح والاردبيلي ، حيث قال : يكفي فيه الرضا ولا يعتبر القبول العقدي .

واصطلاحى : وهو الضمان الخاص . فإذا أطلق الضمان في العرف كان المراد منه المعنى العام الشامل للضمان ، وإذا أطلق عند الفقهاء كان المراد منه المعنى الخاص لاغير . فإن كان مراد الشهيد ذلك كان في محله ، وإن كان غيره كان محلاً للنظر كما يظهر بالتأمل .

(١) هذا مما لا ينبغي الاشكال فيه ، لتحقيق الانشاء بذلك ، الموجب لصدق العنوان . ولأجل ذلك نقول بكفاية الفعل لتحقيق الانشاء به تحقيقه بالقول ، فإن الفعل وإن كان في نفسه خالياً عن الدلالة على شيء ، لكن بتوسط القرائن يكون دالاً على إنشاء العنوان ، كالقول ، فإن لم يكن دالاً لم يكف في صدق العنوان عرفاً ، وإن قصد به الانشاء .

(٢) لما سبق في الإيجاب .

(٣) قد عرفت عبارة الشرائع والقواعد ، ونحوها غيرها مما تضمن أن الضمان عقد . وفي جامع المقاصد : أن الضمان عقد إجماعاً .

(٤) قال في الخلاف : « ليس من شرط صحة الضمان رضاها أيضاً . وإن قيل : إن من شرطه رضى المضمون له كان أولى » . وهو صريح في عدم لزوم

بل عن القواعد : (١) وفي اشتراط قبوله احتمال ويمكن استظهاره من قضية الميت المديون الذي امتنع النبي (ص) « أن يصلي عليه حتى ضمنه علي (ع) ». وعلى هذا فلا

الرضا فضلاً عن القبول ، واحتج على ذلك بضمان أمير المؤمنين (ع) وأبي قتادة الدين عن الميت (*) ، ولم يسأل النبي (ص) عن رضا المضمون له . وفيه : أن عدم السؤال أهم من عدم اعتبار الرضا ، كما هو ظاهر ، إذ من الجائز إطلاعه (ص) على حصول الرضا فلم يسأل عنه . ولذلك قيل : انه قضية في واقعة لاعموم فيها . وفي الجواهر : ان احتمال الخبر على وقوع الضمان يدل على وقوع الرضا لأن الضمان عقد مؤلف من الإيجاب والقبول ، فلاخبار عنه اخبار عنها . لكن في صحيح عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله (ع) : « في الرجل يموت وعليه دين فيضمنه ضامن للغرماء . فقال : (ع) إذا رضي به الغرماء فقد برئت ذمة الميت » وظاهر اشتراط الرضا في الجواب ، أنه أمر زائد على الضمان ، وأنه يتحقق وان لم يرض المضمون له . وعلى هذا فوقع الضمان لا يدل على الرضا ولا على القبول . فاللازم في الجواب عن احتجاج الشيخ (ره) ما ذكرنا . هذا بناء على ثبوت الخبر لكنه محل تأمل . وحيثئذ فلاحتجاج به غير ظاهر وان سلمت الدلالة مضافاً إلى أنه إذا تمت دلالة الخبر على عدم اعتبار الرضا كان معارضاً لصحيح ابن سنان المذكور ، فيتعين حمله على الصحيح ، لا حمل الصحيح عليه ، لأن الصحيح أظهر دلالة . (١) قال في القواعد : « وفي اشتراط قبوله احتمال » . وفي جامع المقاصد — في شرحه — قال : « ينشأ من واقعة علي (ع) ، والتمسك بالأصل . والاصح

(*) المحكى في الخلاف ان أمير المؤمنين ضمن درهمين عن الميت فقال النبي (ص) له : « جزاك الله عن الاسلام خيراً ، وفك رهانك كما فككت رهان أخيك » . والمحكى أيضاً ان ابا قتادة ضمن دينارين عن ميت فقال (ع) له هما عليك والميت منهما برى .
منه مد ظله

يعتبر فيه ما يعتبر في العقود من الترتيب والموالاته ، سائر ما يعتبر في قبولها . وأما

الاشتراط ، لأن الضمان عقد اجماعاً فلا بد فيه من القبول : ولأن المال للمضمون له ، فكيف يملك شخص نقله الى ذمته بغير رضاه ؟ . وقضية علي (ع) واقعة في عين لاعموم لها ، ولا أصل في هذا ، بل الاصل عدم شرعيته إلى ان يثبت . أقول : دعوى الاجماع على كون الضمان عقداً وإن كان يقتضيها ما عرفت من عبارة الشرائع ونحوها ، لكن خلاف الخلاف في اعتبار الرضا يوهنها جداً ، بل عبارة القواعد مثل عبارة الشرائع صريحة في كونه عقداً ، ومع ذلك جعل اعتبار قبول المضمون له احتمالاً ، فربما يدل ذلك على كون المراد من كونه عقداً : أنه عند العرف لا عند الشارع . وحيفئذ يسهل المنع عن ذلك ، فإن الضمان تعهد بالمال - وهو بمنزلة الوعد - قائم بنفس المتعهد . ويشير الى ذلك صحيح ابن سنان المتقدم ، حيث جعل الرضا شرطاً زائداً على الضمان وأنه يتحقق وان لم يرض المضمون له . إلا أن يقال : إن الضمان ليس بمنزلة الوعد تعهداً محضاً ، وإنما هو نقل مال المضمون له من ذمة المدين الى ذمة الضامن ، ولما كان نقله تصرفاً بمال الغير كان قائماً بالغير ، فهو عقد قائم بين الضامن والمضمون له ، كما أشار الى ذلك في جامع المقاصد . وأما صحيح ابن سنان فيمكن حمله إذاً على مجرد ايجاب الضامن وإنشائه ، كما يطلق الفاظ سائر العقود على إنشاء ايجابها ، فيقال : باع زيد على عمرو فلم يقبل عمرو ، ويكون المراد من رضا المضمون له قبوله ، لا مجرد الرضا النفساني

اللهم إلا أن يقال : الضمان عندنا نقل مافي ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن . وحكي عن أبي ثور وابن أبي ليلى وابن شبرمة وداود ايضاً وعن الشافعي وباقي الفقهاء : أنه لا نقل فيه من ذمة إلى ذمة ، بل هو ضم ذمة إلى ذمته ، والمضمون له مخير في أن يطالب أيهما شاء . وهذا الاختلاف لا يجوز أن

رضی المضمون عنه فليس معتبراً فيه (١) إذ يصح الضمان التبرعي ، فيكون

أن يكون في المفهوم ، ضرورة أن المفهوم المنشأ عندهم هو المفهوم المنشأ عندنا فلا بد أن يكون مفهومه مابه الاشتراك بيننا وبينهم ، وأما مابه الاختلاف فهو خارج عن المفهوم . وعلى هذا فليس الضمان الا التعهد بالدين وشغل الذمة به ، من دون تعرض فيه الى نقل الدين ، بل هو من الاحكام المستفادة من الادلة الخاصة الآتية . ولأجل ذلك يظهر أنه من المفاهيم الايقاعية دون العقدية ، لعدم تعرض الضامن لشؤون غيره نفساً أو مالا ، ولا تصرف منه في ذلك . ولأجل ذلك يجب الاخذ بظاهر صحيح ابن سنان المتقدم ، ولا موجب للتصرف فيه بحمله على الايجاب الناقص ، كما ذكرنا سابقاً ، بل يحمل على ماهو الظاهر من الضمان الكامل ، وأن حكمه اعتبار الرضا من المضمون له شرطاً له على نحو لا يصح بدونه . ويشهد بما ذكرنا تفسير الفقهاء للضمان ، بانه تعهد بمال ، في قبالة الحوالة التي هي تعهد بنفس . فكما أن التعهد بالنفس ليس إلا محض التعهد بالنفس ، كذلك التعهد بالمال ليس الا التعهد بالمال ، من دون تعرض لنقل التعهد من غيره اليه . وقد عرف في الشرائع وغيرها الضمان بالمعنى الاعم - حسبما ذكره - بانه تعهد بالمال أو النفس . فهما على وتيرة واحدة . ومن ذلك كله يظهر أنه لا مقتضي لاعتبار قبول المضمون له . نعم لا بأس باعتبار رضاه ، كما تضمنه صحيح ابن سنان . ولا سيما ان من أحكامه انتقال الضمان ، وربما كان ذلك ضرراً على المضمون له مالياً أو أدبياً ، لا يجوز ارتكابه بلا رضاه . وإن كان هذا الوجه لا يقتضي اعتبار رضاه لإلزام الضرر ، بخلاف الصحيح فإنه يقتضيه مطاقاً .

(١) هذا موضع وفاق ، كما في المسالك . وفي الجواهر : « بلا خلاف

أجد فيه ، بل الاجماع بقسميه عليه » . لما ذكره في المتن .

بمغزلة وفاء دين الغير تبرعاً حيث لا يعتبر رضاه . وهذا واضح فيما لم يستلزم الوفاء او الضمان عنه ضرراً عليه أو حرجاً ، (١) ، من حيث كون تبرع هذا الشخص لوفاء دينه منافياً لشأنه ، كما اذا تبرع وضيع ديناً عن شريف غني قادر على وفاء دينه فعلاً .

« الثالث » : كون الضامن بالغاً عاقلاً ، فلا يصح ضمان الصبي وان كان مرافقاً ، (٢) بل وان أذن له الولي على اشكال ، (٣) ولا ضمان المجنون ، (٤) إلا اذا كان ادوارياً في دور إفاقة . (٥)

(١) أما اذا استلزم ذلك فقاعدة نفي الضرر والحرج مانعتان من الصحة .
(٢) إجماعاً حكاه جماعة . لقصور سلطنة الصبي عن التصرف في ماله .
(٣) ظاهرهم الاتفاق عليه ، فقد فصلوا في ضمان العبد بين إذن المولى وعدمه ، ولم يفصلوا هنا ولا في المجنون ، بناءً منهم على قصور عبارتهما . لكنه في الصبي غير ظاهر إذا كان مميزاً ، لانصراف أدلة المنع من نقوذ تصرفه عن صورة إذن الولي ، بل لعل قوله تعالى : (وابتلو اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح . . . الآية) ظاهر في صحة تصرفه باذن الولي . وكذا رواية السكوني عن أبي عبد الله (ع) : « نهى رسول الله (ص) عن كسب الاماء فانهما إن لم تجد زنت ، إلا أمة قد عرفت بصنعة يبد . ونهى عن كسب الغلام الصغير الذي لا يحسن صناعة ييده ، فانه إن لم يجد سرق . » وقد تعرضنا لذلك في مباحث الاجارة من هذا الشرح . فلاحظ .

(٤) قصور عبارته عند العقلاء ظاهر ، فلا يدخل عقده في أدلة الصحة وان أذن له الولي .

(٥) هذا الاستثناء منقطع .

وكذا يعتبر كون المضمون له بالغاً عاقلاً (١) وأما المضمون عنه فلا يعتبر فيه ذلك ، (٢) فيصح كونه صغيراً أو مجنوناً . نعم لا ينفع إذنها في جواز الرجوع بالعوض . (٣) .

« الرابع » : كونه مختاراً ، فلا يصح ضمان المكره . (٤) .

« الخامس » : عدم كونه مجبوراً لسفه (٥) إلا باذن الولي ، وكذا المضمون له ، (٦) ولا بأس بكون الضامن مفلساً ، (٧) .

(١) لما تقدم من اعتبار رضاه ، الذي لا يصح من غير البالغ إلا باذن وليه ، ولا من المجنون مطلقاً .

(٢) إذ لا دخل له في صحة الضمان على ما عرفت .

(٣) لأن ذلك من احكام إذن المضمون له - كما سيأتي - وإذنها تصرف منفي بادلته قصور سلطنتهما .

(٤) إجماعاً ، لحديث نفي الاكراه ، بناء على كون المراد منه رفع السببية ولو بقرينة استدلال الأمام (ع) به في صحيح البرزنجي عن أبي الحسن (ع) : « في الرجل يستكره على اليمين فيحلف بالطلاق والعتاق وصدقة ما يملك ، أيلزمه ذلك ؟ . فقال (ع) : لا . قال رسول الله (ص) : وضع عن امتي ما أكرهوا عليه . وما لم يطيقوا ، وما أخطؤا » .

(٥) لدليل الحجر المانع من صحة التصرف .

(٦) لما سبق من اعتبار رضاه ، ودليل الحجر مانع من صحة رضاه وترتب الاثر عليه .

(٧) لأن الفلاس إنما يمنع من التصرف في ماله لا في نفسه ، والضمان تصرف في النفس ، لأنه اشغال الذمة بالمضمون ، نظير الأجرة على العمل ، فإنها

فإن ضمانه نظير اقتراضه (١) فلا يشارك المضمون له مع الغرماء (٢) وأما المضمون له فيشترط عدم كونه مفلساً . (٣) ولا بأس بكون المضمون عنه سفيهاً أو مفلساً ، لكن لا ينفع إذنه في جواز الرجوع عليه .

« السادس » : أن يكون الضامن مملوكاً غير مأذون من قبل مولاه على المشهور ، (٤) لقوله تعالى : (لا يقدر على شيء) . (٥) ولكن لا يبعد صحة ضمانه وكونه في ذمته يتبع به بعد العتق ، كما عن التذكرة والمختلف ، ونفي القدرة منصرف عما لا ينافي حق المولى (٦) ودعوى : أن المملوك لازمة له -

تصرف في النفس ، مقابل اجارة العين ، فإنها تصرف في المال .

(١) فإنه يوجب اشتغال ذمته ، فهو تصرف في نفسه لا في ماله .

(٢) لتعلق حق الغرماء بالمال قبل صيرورته غريباً ، فلا يصح أن يشاركهم

(٣) لما سبق . وكذا الكلام فيما يأتي ، فإنه قد سبق أيضاً .

(٤) وحكي عن المبسوط ، والارشاد ، والتحرير ، واللمعة ، وجامع

المقاصد ، والروضة ، والمسالك ، واختاره في الشرائع .

(٥) فإن إطلاقه يقتضي نفي سلطنته على كل شيء ومنه الضمان .

وتخصيصه بالمال - كما عن المختلف - غير ظاهر ، بل خلاف صحيح زرارة عن

أبي جعفر (ع) وأبي عبد الله (ع) : « قالا المملوك لا يجوز طلاقه ولا نكاحه إلا

بإذن سيده قلت : فإن كان السيد زوجته ، بيد من الطلاق ؟ قال (ع) : بيد السيد

(ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء) أفشيء الطلاق ؟ . نعم

المشهور تخصيص ذلك بما إذا كان قد تزوج أمة سيده ، أما إذا كان قد تزوج

حرة أو أمة لغير سيده وكان بإذن مولاه ، فالطلاق بيده لا بيد سيده . لكنه

حينئذ يكون تخصيصاً للآية الشريفة ، لامانع من العمل بعمومها في غيره .

(٦) هذا الانصراف غير ظاهر ، بل ظاهر قوله تعالى : (مملوكاً لا يقدر) : أن

كجائزى ، (١) ولذا لا اشكال فى ضمانه لمتلفاته . هذا وأما إذا أذن له مولاه فلا اشكال فى صحة ضمانه ، (٢) وحينئذ فان عين كونه فى ذمة نفسه ، أو فى ذمة المملوك يتبع به بعد عتقه أو فى كسبه . . فهو المتبع ، (٣) وان أطلق الاذن فى

انتفاء القدرة لكونه مملوكاً ، وفعله مملوكاً تابع عينه ، وإذا كان فعله مملوكاً لم يكن تحت سلطانه ، سواء كان منافياً لحق المولى أم لم يكن . مضافاً إلى أن الاستدلال به فى الصحيح على عدم قدرته على الطلاق ، صريح فى عدم اختصاصه بما ينافى حق المولى . ومنه يظهر الاشكال فيما فى المختلف من تخصيص الآية بالمال ، بقرينة ما بعدها من قوله تعالى : (ومن رزقناه منا رزقاً حسناً فهو ينفق منه . . . الآية) : كما يظهر اشكال آخر عليه وعلى المصنف (ره) وهو أن الآية فى نفسها غير ظاهرة فى جعل الحكم الشرعى ، نظير قوله تعالى : (مثل الذين ينفقون أموالهم فى سبيل الله . . . الآية) ، فانه لا يدل على أن كل حبة تزرع نتاجها سبعمائة حبة ، فالاستدلال بها لا بد أن يكون بملاحظة الاستدلال بها فى الصحيح ، وهو صريح فى غير المال ، وصريح فيما لا ينافى حق المولى . فتأمل جيداً .

(١) هذه الدعوى لم أقف عليها لأحد فيما يحضرنى نعم ذكر فى جامع المقاصد وغيره : كون ذمته مملوكة لمولاه ، فلا سلطان له عليها بغير إذنه . وفيه : أنه ممنوع ، اذا لم يرجع الى ما ذكرنا من ملكية فعله .

(٢) عن المبسوط نسبته إلينا ، وعن التذكرة ، انه قولاً واحداً ، وفى المختلف : « يصبح ضمان العبد باذن مولاه إجماعاً » .

(٣) قال فى المختلف : « وإن عينه فى ذمته ، أو فى كسبه ، أو فى مال غيرها من أمواله تعين » . وفى الشرائع : « ويثبت ما ضمنه فى ذمته لافى كسبه إلا أن يشترطه فى الضمان باذن مولاه . وكذا إذا شرط أن يكون الضمان من

كونه في ذمة المولى (١) أو في كسب المملوك أو في ذمته (٢) يتبع به بعد عتقه ، (٣) أو كونه متعلقاً برقبته ، (٤) وجوه وأقوال ، أوجها الاول لانفهامه عرفاً ، (٥) .

مال معين ، وفي القواعد : « ولو أذن له احتمال تعلقه بكسبه وبذمته ويتبع به بعد العتق ، أما لو شرطه في الضمان باذن السيد صح ، كما لو شرط الاداء من مال بعينه » . ونحوها عبارات غيرهم ، وكلها تشتك ، في أنه اذا اشترط المولى كون الضمان في ذمة معينة — ذمته أو ذمة عبده — أو من مال معين — سواء كان كسب العبد أو غيره — تعين ، ويظهر منهم المفروغية عن ذلك . وكأنه لعموم نفوذ الشروط وصحتها .

(١) في جامع المقاصد: انه لا يخلو من قرب . وفي المسالك : « لعله الاقوى »
(٢) حكى عن بعض الشافعية ، وحكا في المسالك قولاً ، وفي القواعد وغيرها احتمالاً .

(٣) اختاره المحقق في الشرائع ، وحكى عن جملة من كتب الملامسة وعن اللمعة .

(٤) حكى عن نسختين من التحرير ، كما حكى عن بعض الشافعية أيضاً .

(٥) يعني : يفهم من الاذن في الضمان أن المال في ذمة المولى لا في ذمة العبد ، فيكون الاذن في الضمان راجعاً إلى التوكيل فيه . ولذلك أشكل عليه في الجواهر : بأنه خلف ، لأن المفروض أن المولى أذن له في الضمان ، والضمان اشتغال الذمة بالدين ، فلماذا ذم فيه إشغال ذمته بالدين لا اشتغال ذمة مولاه ، فكيف يمكن دعوى انفهامه ؟ ! . نعم لما كان الضمان يستتبع الاداء ، وكان العبد عاجزاً عنه ، أمكنت دعوى كون المفهوم كون الاداء على السيد لا أنه في

كما في إذنه في الاستدانة لنفقته أولاً من آخر ، (١) وكما في إذنه في التزويج حيث ان المهر والنفقة على مولاه . (٢) ودعوى الفرق بين الضمان

ذمته : وهذا هو مراد القائلين بهذا القول . ففي جامع المقاصد ، بعد أن ذكر وجه القول بتعلقه بكسبه - وهو أن إطلاق الاذن يستعقب الاداء ، والاداء من غير مال السيد ممتنع - قال : « وهذا التوجيه إن تم يقتضي عدم القصر على الكسب ، بل يقتضي وجوب الاداء على السيد ، وهو قريب من قول ابن الجنييد ولا يخلو من قرب » . فالمراد : ان الواجب على السيد الاداء لما في ذمة العبد ، من دون اشتغال ذمته بالمال .

والمتحصل : أنه يتوجه اشكال الجواهر على المصنف (ره) ، في دعواه ان فهم التوكيل من الاذن في الضمان . كما يتوجه عليه وعلى الجواهر إشكال حمل القول المذكور على هذا المعنى - أعني : اشتغال ذمة السيد - مع أن ظاهر عبارته كون الاداء على السيد ، لا كون الدين عليه ومثله القولان الآخران فان مرجعهما الى كون الاداء على السيد من رقة العبد أو من كسبه ، في مقابل القول المذكور ، وهو كونه على السيد مطلقاً من غير تقييد بمال معين . فالأقوال الاربعة كلها مشتركة في كون الدين بذمة العبد ، واختلفت في انه ليس على السيد ادائه بل يتبع به العبد بعد العتق ، أو على السيد ادائه من ماله الخاص وهو كسب العبد ، أو من ماله الخاص وهو رقة العبد ، أو من ماله مطلقاً ، وهذا الذي اختاره في جامع المقاصد . ومن ذلك يظهر أن الاحتمالات خمسة ، خامسها : انه في ذمة السيد لا غير كسايه ديونه ، وهو الذي اختاره المصنف .

(١) يعني : انه إذا أذن له في الاستدانة يكون العوض في ذمة المولى فكذلك اذا أذن له في الضمان .

(٢) تقدم في هذا الشرح من مباحث النكاح : انه إذا أذن السيد لعبيده في

والاستدانة (١) : بان الاستدانة موجبة للملكية ، وحيث انه لاقابلية له لذلك يستفاد منه كونه على مولاه ، بخلاف الضمان حيث انه لا ملكية فيه . مدفوعة بمنع عدم قابليته للملكية ، (٢) .

التزويج كانت ذمة العبد مشغولة بالمهر والنفقة ، وذمة السيد فارغة منها ، لكن يجب عليه الاداء .

(١) قال في الجواهر : « وفرق واضح بين إطلاق الاذن في المقام ، وبينه في الاستدانة المقتضية ملك العين المستدانة على أن يملك صاحبها مثلها أو قيمتها في ذمة المستدين ، والعبد لا قابلية له لذلك ، لما حررناه من عدم ملكه لشيء ، فلا وجه لإطلاق الاستدانة الا على السيد ، بخلاف المقام الذي لا ملك فيه » .

(٢) لكن على تقديره نقول في الاستدانة أيضاً بان الضمان على العبد لأن الذي دعى الى القول بانه على السيد امتناع الملكية ، لظهور الاذن في الاستدانة . وكان المناسب للعصنف أن يتعرض لاشكال الجواهر الاول ، كما تعرض لاشكاله هذا ، فإن الاول أهم والزم ، فان الالتزام باشتغال ذمة السيد مخالفة للظاهر من دون سبب ظاهر . فهذا القول ضعيف جداً . ومثله القول بان الدين في ذمة العبد ، لكن الاداء يكون من كسب العبد أو من رقبته ، فانه بلا قرينة . فيفتن يدور الامر بين القولين الآخرين : القول بانه في ذمة العبد ولا

دخل للسيد فيه ولا في وفائه ، والقول بانه في ذمة العبد وعلى السيد وفاءه . والظاهر اختلاف الحكم باختلاف المقامات : فان كان العبد قد أهمله مولاه وسببه وأذن له في الذهاب حيث يشاء ، فهذا ضمانه على نفسه ولا يرتبط بالسيد : نعم يفي من كسبه وكده ، سواء بقي على رقبته أو أعتق ، فان عجز عن الوفاء كان كفره . من المعسرين . وإن كان العبد في خدمة مولاه ويسير في ركابه ، وتحت

وعلى فرضه ايضاً لا يكون فارقاً بعد الانفهام العرفي (١) .

« السابع » : التنجيز ، فلو علق الضمان على شرط - كأن يقول : أنا ضامن لما على فلان ان اذن لي أبي ، وانا ضامن إن لم يف المديون الى زمان كذا او ان لم يف اصلاً - بطل على المشهور . (٢) لكن لادليل عليه - بعد صدق الضمان وشمول العمومات العامة - الادعوى الاجماع في كلي العقود على ان

سلطانه ورعايته ، فهذا اذا ضمن فضمانه في ذمته ، لكن وفاؤه على مولاه حسبما تقتضيه قرينة الحال . وإذا كان العبد ذا مال فضمن ، وكان ناوياً الوفاء من ماله وأذن له مولاه وقد علم بذلك ، فتلف المال بعد الضمان قبل الوفاء ، فالمال يبقى بذمته يتبع به بعد العتق ، كما ذكر المحقق . وإن شئت قلت : إذا كانت القرينة على كون ضمانه مبنياً على كون وفاؤه من كسبه ، أو في عهدة المولى عمل بها ، وإن لم تكن القرينة على شيء كان وفاؤه بعد عتقه .

(١) قد عرفت أن الانفهام العرفي الذي ادعاه جامع المقاصد بالنسبة إلى الاداء ، لا بالنسبة إلى اشتغال الذمة .

(٢) قال في التذكرة : « يشترط في الضمان التنجيز ، فلو علقه بمجيء الشهر أو قدوم زيد ، لم يصح . . (الى أن قال) : ولو قال : ان لم يؤد اليك غداً فأنا ضامن ، لم يصح عندنا ، وبه قال الشافعي ، لانه عقد من العقود فلا يقبل التعليق ، كالبيع ونحوه » . وفي القواعد جعل التنجيز شرطاً ، ولم يتعرض لشرحه في جامع المقاصد ، ولم يتعرض في مفتاح الكرامة لنقل ذلك عن أحد نعم حكى عن تمهيد القواعد الاجماع على عدم صحة التعليق في العقود على الشرط وان ذلك يلوح من التذكرة وكشف اللثام وقد عرفت ما في التذكرة . وفي الرياض - في مسألة ضمان الدين الحال مؤجلاً - قال : « وربما يتوهم كونه

اللازم ترتب الاثر عند إنشاء العقد من غير تأخير . او دعوى : منافاة التعليق
للانشاء . (١) وفي الثاني مالا يخفى ، (٢) وفي الاول منع تحققه في المقام (٣)
وربما يقال : (٤) لا يجوز تعليق الضمان ، ولكن يجوز تعليق الوفاء على شرط مع
كون الضمان مطلقاً . وفيه ان تعليق الوفاء عين تعليق الضمان ،

ضماناً معلقاً وهو غير جائز عندنا ، وليس كما يتوهم ، بل هو تأجيل للدين الحال
والى ذلك أشير في تلك المسألة في المسالك والجواهر ، وأهمل ذكره في الشرائع
هنا ، وجملة كتب أخرى . لكن الظاهر انه من المسلمات التي لا تقبل
المناقشة والتأمل .

(١) لان الانشاء الإيجاد ، وكما أن الإيجاد والوجود واحد والاختلاف
اعتباري ، كذلك الانشاء والنشوء واحد والاختلاف اعتباري ، فلا يمكن
أن يكون الانشاء فعلياً والنشوء معلقاً .

(٢) ضرورة صحة الانشاء المعلق في جملة من الموارد ، كالوصية التمليلية
والتدبير ، والنذر المعلق على شرط ، فضلاً عن امكان ذلك . والسرفيه : أن
المعلق عليه الوجود اللحظي لا الخارجي ، فالانشاء يكون حالياً والمنشأ كذلك
لكنه معلق على أمر ذهني لحظي ، لا على الامر الخارجي الاستقبالي ، حتى
يكون منوطاً بوجوده اللاحق .

(٣) لا يظهر الفرق بين المقام وغيره من موارد العقود والایقاعات ، التي
صرح الفقهاء بعدم صحة التعليق فيها عدا موارد مخصوصة . وقد عرفت : انه
يظهر منهم عدم المناقشة فيه ، وانه من المسلمات .

(٤) قد تقدم هذا المضمون صريحاً في كلام الرياض ، وإشارة في
المسالك والجواهر .

ولا يعقل التفكيك ، (١) نعم في المثال الثاني يمكن أن يقال بإمكان تحقق الضمان منجزاً ، مع كون الوفاء معلقاً على عدم وفاء المضمون له ، (٢) لأنه لا يصدق أنه ضمن الدين على نحو الضمان في الأعيان المضمونة . إذ حقيقته قضية تعليلية . (٣)

(١) اشكاله ظاهر من ملاحظة الديون المؤجلة ، فإن الدين فيها مضمون في الذمة حالا ، والوفاء مؤجل . وسيأتي بيان جواز الضمان للدين الحال حالا ومؤجلاً ، وهو اجماعي . والمراد منه تأجيل الوفاء مع حلول الضمان ، كما تقدم التصريح بذلك في الرياض وغيره .

(٢) هذا - مع أنه خلاف ظاهر العبارة ، فإنها مشتملة على تعليق الضمان لانتعليق الوفاء ، فكيف يكون الضمان منجزاً ؟ ! يلزم منه كون الضمان ضم ذمة إلى ذمة ، لا نقل مافي الذمة إلى ذمة أخرى ، لأن وفاء المديون المعلق على عدمه الضمان يراد منه وفاء مافي ذمته ، فلا بد أن يكون الدين في ذمته لافي ذمة الضامن .

(٣) قال في الجواهر - في شرح قول مائنه . «وكذا لو أبرأه من الضمان» يعين لوفرط الودعي في الوديعة فأبرأه المالك من ضمانها برأه : «المراد من الضمان اشتغال ذمته لتلف بالمثل أو القيمة ، فهو كما لو قال للغاصب أبرأتك من ضمان المال المنصوب في يدك ، ونحوه مما هو إبراء مما لم يجب بعد » ، ونحوه كلام غيره . وفيه : أن ضمان العين معناه كونها في العهدة ، ووجوب المثل أو القيمة على تقدير التلف من قبيل الحكم لذلك الضمان ، لأنه معناه ، إذ لا مانع من اعتبار وجود العين في العهدة ، في قبال وجودها في الخارج ، على نحو البديل عنه بل هو الظاهر من العرف في المضمونات . ثم أنه إذا سلم كون الضمان في ضمان الأعيان من قبيل القضية التعليلية ، فحمل الضمان في المقام عليه يلزم منه كون الضمان في المقام معلق ، وقد سبق منه : أن الضمان منجز وإن التعليق للوفاء

إلا ان يقال بالفرق بين الضمان العقدي والضمان اليدي . (١)

لا للضمان . وأيضاً يلزم منه تكرار التعليق على أمر واحد ، لأن التعليق مأخوذ في حاق مفهومه ، وهو غير التعليق الذي تضمنته أداة الشرط . نظير قول الشارع اذا فرط الودعي ضمن ، فان فيه تعليقين أحدهما في حاق مفهوم الضمان ، لأن الضمان حسب الفرض معناه اشتغال الذمة بالمثل أو القيمة على تقدير التلف فهو معنى داخل فيه التعليق ، وقد علق هذا المعنى التعليقي على التفريط . لكنه في لسان الشارع على أمرين ، وهنا يكون التعليقان في لسان الموجب على أمر واحد .

وبالجملة : اذا حملنا معنى الضمان في المقام على معنى الضمان في الاعيان بناء على ما ذكر في الجواهر من أنه تعليقي ، ويكون معنى ضمنيت الدين : أنه يلزمي الدين على تقدير عدم اداء المديون . . . حينئذ يصح انشاؤه بلا تعليق بأن يقول ضمنيت الدين ويريد المعنى المذكور ، أما اذا أنشأه معلقاً على عدم الوفاء يكون المعنى حينئذ أني يلزمي الدين على تقدير عدم وفاء الدين على تقدير عدم وفاء الدين ، فيكون عدم وفاء المديون دينه شرطاً للموضوع والحكم وهو ممتنع . اللهم إلا أن يرصد من القضية التعليقية : أن التعليق مقدر خارج عن معنى الضمان ، فيكون الضامن هنا قد خرج به ، غاية الامر أن المعلق عليه الضمان هناك التلف . وهنا عدم اداء المديون دينه . فلاشكل على المصنف تارة : من جهة منع كون ضمان الاعيان تعليقاً . واخرى : أنه لو سلم فلا وجه لجل المقام عليه ، فان الضمان هناك حكم شرعي وهنا انشائي جملي ، وجواز التعليق في الاول لا يقتضي جوازه في الثاني . ولو سلم لزم وجود تعليقين ولا يمكن الجمع بينهما . فتأمل .

(١) الفرق بينهما ظاهر ، فان الاول انشائي جملي ، والاخر حكم شرعي

« الثامن » : كون الدين الذي يضمنه ثابتاً في ذمة المضمون عنه ، (١) سواء كان مستقراً كالقرض والعوضين في البيع الذي لا خيار فيه ، أو متزلزلاً كاحد عوضين في البيع الخياري ، كما اذا ضمن الثمن الكلي للبائع ، او المبيع الكلي للمشتري ، او المبيع الشخصي قبل القبض ، (٢) وكالمهر قبل الدخول

غير انشائي . والاول يختص بالذمي ، والآخر يختص بالخارجي . والاول تنجزني والثاني معنى تعليلي على ما اختاره المصنف .

(١) قال في الشرائع : « الثاني في الحق المضمون ، وهو كل مال ثابت في الذمة ، سواء كان مستقراً كالبيع بعد القبض وانقضاء الخيار ، أو معرضاً للبطلان كالثمن في مدة الخيار بعد قبض الثمن . ولو كان قبله لم يصح ضمانه عن البائع » . وفي القواعد : « الخامس الحق المضمون ، وشرطه المالية والثبوت في الذمة ، وان كان متزلزلاً كالثمن في مدة الخيار والمهر قبل الدخول » . وفي مفتاح الكرامة : « كما طفحت به عباراتهم كالتخلف والغنية وغيرها . وفي المبسوط نفى التخلف - وظاهره بين المسلمين - عن صحة ضمان الثمن في البيع بعد تسليم المبيع ، والمهر بعد الدخول ، والاجرة بعد دخول المدة ، وعن صحة ضمان الثمن قبل التسليم ، والاجرة قبل انقضاء الاجارة ، والمهر قبل الدخول . قال : فهذه الحقوق لازمة غير مستقرة ، فيصح ضمانها أيضاً بلا خلاف » .

(٢) المبيع الشخصي قبل القبض مضمون بضمان المعاوضة ، يعني : بالتلف يكون من مال البائع ، لا نفساخ العقد قبله آنما ، وليس مضموناً بضمان اليد ، فلا يكون مضموناً في ذمة البائع . والضمان بهذا المعنى حكم شرعي لا يقبل الاسقاط ، ولا يمكن نقله الى غيره بضمانه ، وذلك يختص بالضمان باليد . نعم اذا اتلفه البائع كان ضامناً له ، لكنه بالتلف لا باليد .

ونحو ذلك . فلو قال : (١) اقرض فلانا كذا وانا ضامن ، او بعه نسيئة وانا ضامن لم يصح على المشهور . بل عن التذكرة الاجماع ، قال : « لو قال لغيره معاً أعطيت فلانا فهو علي . . لم يصح اجماعاً » . (٢) ولكن مذكروه من الشرط ينافي جملة من الفروع الآتية . (٣) ويمكن أن يقال بالصحة اذا حصل المقتضي للثبوت وان لم يثبت فعلاً ، بل مطلقاً ، اصدق الضمان وشمول العمومات العامة ، (٤) وان لم يكن من الضمان المصطلح عندهم . بل يمكن منع عدم كونه منه أيضاً .

(١) تفريع على الشرط المذكور .

(٢) في التذكرة : « ولو قال لغيره : ما أعطيت فلانا فهو علي ، لم يصح أيضاً عند علمائنا أجمع ، وبه قال أحمد » .

(٣) قال في مفتاح الكرامة - بعد ما حكى عن التذكرة العبارة المذكورة :- « وقد جوزوا ضمان أشياء كثيرة ليست ثابتة في الذمة ، كضمان الاعيان المضمونة ، وضمان العهدة ، ونقصان الصنعة وغير ذلك ، فهي اما مستثناة أو الشرط أغلبي » . وسيأتي في المسألة الثامنة والثلاثين وغيرها التعرض للموارد التي يكون الضمان فيها منافياً لما ذكر .

(٤) قد عرفت في أول الكتاب أن الضمان إشغال الضامن ذمته بما اشتغلت به ذمة المضمون عنه ، وهو يتوقف على اشتغال ذمة المضمون عنه ليصح القصد اليه ، فإذا لم يكن في ذمة المضمون عنه شيء ، لم يمكن للضامن قصداً إشغال ذمته به ولا انشاء ذلك ، فلا ضمان ولا عقد ، كي يتمسك بالعمومات الدالة على صحة الضمان أو صحة العقود . ولذلك لم يصح ضمان ما لم يجب ، أما ما سيجب وما سيثبت فيمكن ضمانه على نحو الواجب المعلق ، أو على نحو الواجب

المشروط . والثاني تعليق في الانشاء مانع عن صحته . والأول وان كان جائزاً لكنه غير ثابت بالنسبة الى المضمون عنه ، فكيف يكون ثابتاً بالنسبة الى الضامن وهو تابع له ؟ ١ .

نعم على ما عرفت من معنى الضمان فهو من ضمان مالم يجب ، الذي لا يكون من الضمان الذي هو محل الكلام ، بل إن صح كان ضماناً بمعنى آخر . ولا يتوقف على وجود المقتضي . لكنه يكون المضمون في الذمة بدون مضمون له لفرض عدم حصول السبب المملك له ، وربما يأتي التعرض له في المسألة الثامنة والثلاثين . كما يمكن أيضاً التعهد على غير وجه الضمان ، بأن يتعهد انسان للزوجة بان ترفع اليد عن النفقة التي لها على الزوج في المستقبل ، ويعطيها هو النفقة . ولا بأس به لدخوله في عمومات الصحة . ونظيره أن يتعهد لمن له دين على زيد أن يصلي عنه ركعتين ، ويرفع اليد عن دينه على زيد ، فإنه نوع من أنواع العقد إن صح لم يكن من جنس الضمان ، بل هو عقد لنفسه يدخل في عموم صحة العقود . لكن لا يسقط الدين في الفرض بمجرد العقد ، بل لابد من اسقاط الدين من الدائن . وإذا كان العوض مفروضاً بدلا عن الدين ، كان الدين الذي العوض ولا يسقط إلا بالوفاء أو البراء منه . ويمكن أن تكون المعاملة بنحو آخر .

وكيف كان : فهذا ليس من الضمان في شيء ، والضمان ليس مطلق التعهد ، وإلا فالعقود كلها تعهدات على أنحاء مختلفة باختلاف مضامينها . ومن ذلك تعرف صحة ما ذكره الاصحاب كما تعرف الاشكال فيما ذكره من قوله (ره) « يمكن منع عدم كونه منه » .

والذي يتحصل : أن ضمان مالم يجب ليس من الضمان المصطلح ، فإن صح كان ضماناً بالمعنى اللغوي ، ولا يتوقف على وجود المقتضي . وسيأتي إن شاء الله فلاحظ .

« التاسع » : أن لا تكون ذمة الضامن مشغولة بالمضمون عنه بمثل الدين الذي عليه ، على ما يظهر من كلماتهم في بيان الضمان بالمعنى الاعم ، حيث قالوا : انه بمعنى التعهد بمال او نفس ، (١) فالثاني الكفالة ، والاول ان كان ممن عليه المضمون عنه مال فهو الحوالة وان لم يكن فضمان بالمعنى الاخص . ولكن لادليل على هذا الشرط ، (٢) فاذا ضمن المضمون عنه بمثل ماله عليه يكون ضمانا ، فان كان باذنه يتهاثران بعد اداء مال الضمان ، والا فيبقى الذي للمضمون عنه عليه ، وتفرغ ذمته مما عليه بضمان الضامن تبرعاً . وليس من الحوالة ، لان المضمون عنه على التقديرين لم يحل مديونه (٣) على الضامن حتى تكون حوالة . ومع الاغماض عن ذلك (٤) غاية ما يكون انه يكون داخلا في كلا العنوانين ، (٥)

(١) ذكر ذلك في الشرائع والقواعد وغيرها .

(٢) كما أنه أيضاً لا يتم التقسيم المذكور ، بناء على صحة الحوالة على البرى ، كما أشار الى ذلك في المسالك وغيرها .

(٣) أصل العبارة لم يحل دائنه .

(٤) يعني : يصدق عليه حوالة وان لم يكن المضمون عنه قد أحال دايته .

(٥) كما ذكر ذلك في المسالك . والذي يتحصل : الاشكال على الاصحاب

من وجوه : الأول : أن الحوالة لا تختص بالمديون للمحيل ، بل تصح على البرى . على قول يأتي . الثاني : أن الضمان لا يختص بالبرى ، فانه لادليل على ذلك ، والعمومات تنفيه فيصح من المديون . الثالث : أن الفرق بين الحوالة والضمان في نفس المفهوم ، فان الحوالة متقومة بالحيل والمحال بل والمحال عليه ، والضمان متقوم بالضامن والمضمون له ، ولا يتوقف على رضا المضمون عنه . فالمتصدي في الضمان الضامن ، والمضمون له تابع له ، والمضمون عنه أجنبي عنه .

فينرتب عليه ما يخص بكل منهما مضافاً الى ما يكون مشتركاً .

« العاشر » : امتياز الدين والمضمون له والمضمون عنه عند الضامن ، (١)
على وجه يصح معه القصد الى الضامن ، ويكفي التميز الواقعي (٢) وان لم يعلمه
الضامن . فالضرر هو الالهام والترديد ، (٣) فلا يصح ضمان أحد الدينين ولو
اشخص واحد على شخص واحد على وجه الترديد مع فرض تحقق الدينين ، ولا
ضمان دين أحد الشخصين ولو لواحد ، ولا ضمان دين لأحد الشخصين ولو على
واحد . ولو قال : ضمنت الدين الذي على فلان ، ولم يعلم انه يزيد أو لعمره ،
أو الدين الذي لفلان ، ولم يعلم أنه على زيد أو على عمرو ، صح لانه متعين
واقعاً ، وكذا لو قال : ضمنت لك كلما كان لك على الناس ، أو قال : ضمنت
عنك كلما كان عليك لـكل من كان من الناس . ومن الغريب ما عن بعضهم من
اعتبار العلم بالمضمون عنه والمضمون له بالوصف والنسب ، أو العلم باسمهما
ونسبهما ، (٤) مع انه لا دليل عليه أصلاً ، ولم يعتبر ذلك في البيع الذي هو
اضيق دائرة من سائر العقود .

والمتصدي في الحوالة المحيل ، والمحال والمحال عليه تابعان له . فالفرق بين الحوالة
والضمان في المفهوم ، كالفرق بين البيع والرهن ، وليس الفرق بينهما في حدود
المفهوم ، كالفرق بين النقد والنسيئة مثلاً .

(١) بلا خلاف ولا اشكال .

(٢) اذ لا دليل على اعتبار اكثر من ذلك ، والعمومات تقتضي الصحة .

(٣) لان المبهم لا خارجية له ، فلا ينطبق على فرد بعينه ، فلا يترتب عليه

الاثار ، لان الاثر للعوجود المتعين الخارجي دون غيره .

(٤) حكى عن المبسوط أنه قال : « يشترط معرفة المضمون له ، لتعرف

(مسألة ١) : لا يشترط في صحة الضمان العلم بمقدار الدين ولا بنجسه (١)

ويمكن ان يستدل عليه . مضافاً الى العمومات العامة ، وقوله (ص) « الزعيم غارم »

هل هو سهل المعاملة أم لا ، ومع انتفاء ذلك يتطرق الفرر . ومعرفة المضمون عنه لينظر هل يستحق ذلك أم لا ، ، وحكي ذلك عن المفاتيح ، للفرر والضرر ، ولانه ربما تمس الحاجة الى المعرفة ، ولانه إحسان فلا بد من معرفة محله ، حتى لا يوضع في غير موضعه ولا يخفى ما في الجميع من التأمل . وفي المختلف : « والوجه عندي : أن معرفة المضمون عنه شرط دون معرفة المضمون له . لنا : ان المضمون عنه لا بد أن يتميز عند الضامن ويتخصص عن غيره ، ليقع الضمان عنه ، وذلك يستدعي العلم به » . وهو كما ترى . وفي الخلاف : « ليس من شرط الضمان أن يعرف المضمون له أو المضمون عنه » . واستدل على ذلك بما تضمن ضمان علي (ع) وأبي قتادة لدين الميت ، ولم يسألها النبي (ص) عن معرفة صاحب الدين ولا الميت ، فدل على أنه ليس من شرطه معرفتها . وفيه : أن ذلك قضية في واقعة مجملة من هذه الجهة ، فلا مجال للاستدلال بها ، كما تقدم . وفي الشرائع : « لكن لا بد أن يمتاز المضمون عنه عند الضامن بما يصح معه القصد الى الضمان » والظاهر منه الامتياز المصحح للقصد الى الضمان ، في مقابل الابهام المانع من القصد الى الضمان ، كما فسره به في الجواهر . لكن في المسالك حمل التمييز على التمييز التفصيلي ، فأشكل عليه بأن القصد الى الضمان غير متوقف على معرفة من عليه الدين ، فلو قال شخص : إني أستحق في ذمة شخص مائة درهم ، فقال له آخر : ضمننتها لك ، كان قاصداً الى عقد الضمان عن أي من كان عليه الدين ولا دليل على اعتبار ما زاد عن ذلك » .

(١) كما عن جماعة كثيرة وفي المسالك : انه الاشهر ، وفي جامع المقاصد

« هذا قول الشيخ واكثر الاصحاب . للاصل ، ولقوله (ع) : الزعيم غارم »

بضمان علي بن الحسين (ع) لدين عبد الله بن الحسن ، (١) وضمانه لدين محمد ابن أسامة . (٢)

ولأن الضمان عقد لا ينافيه الفرر ، وكان المراد من الاصل العموم الدال على صحة العقود . وأما ما بعده فغير ثابت من طرقنا ، بل المروي في خبر الحسن بن خالد تكذيبه . وفي المسالك استدل بظاهر قوله تعالى (ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم) ، مع اختلاف كمية الحمل . لكن الظاهر أن حمل البعير مقدار معين من الوزن . وفي زماننا حمل البعير وزنتان : مائة وستون حقة اسلامبول أو مائتا كيلو تقريباً .

(١) روى ذلك في الفقيه ، قال : « روي أنه احتضر عبد الله بن الحسن فاجتمع اليه غرماؤه فطالبوه بدين لهم ، فقال لهم : ما عندي ما أعطيكم ، ولكن أَرْضُوا بِمَنْ شِئْتُمْ مِنْ أَخِي وَبَنِي عَمِّي ، علي بن الحسين وعبد الله بن جعفر . فقال الغرماء : أما عبد الله بن جعفر فلي مطول ، وأما علي بن الحسين فرجل لا مال له صدوق ، وهو أحبهما إلينا . فأرسل اليه فأخبره الخبر ، فقال (ع) : أضمن لكم المال إلى غلة . ولم يكن له غلة ، فقال القوم : قد رضينا ، فضمنه فلما أتت الغلة أتاح الله تعالى له المال فأداه . »

(٢) مروي في الكافي عن فضيل وعبيد عن أبي عبد الله (ع) : « قال : لما حضر محمد بن أسامة الموت دخل عليه بنو هاشم ، فقال لهم : قد عرفتم قرابتي ومنزلاتي منكم ، وعلي دين فاحب أن تقضوه . فقال : علي بن الحسين (ع) نلت دينك علي . ثم سكت وسكتوا ، فقال علي بن الحسين (ع) : علي دينك كله . ثم قال علي بن الحسين : أما إنه لم يعني أن أضمنه أولاً إلا كراهة أن يقولوا سبقنا . » لكنهما من حكاية واقعة ، وهي بحجة لادلالة فيها على المقصود نقياً أو اثباتاً . فأدأ العمدة في دليل الحكم العمومات .

لكن الصحة مخصوصة بـأ إذا كان له واقع معين ، وأما إذا لم يكن كذلك ،
كقولك : «ضمنت شيئاً من دينك» فلا يصح (١) . ولعله مراد من قال ان الصحة
أنما هي فيما إذا كان يمكن العلم به بعد ذلك . (٢) فلا يرد عليه ما يقال من عدم الاشكال
في الصحة مع فرض تعيينه واقعاً (٣) وان لم يمكن العلم به فيأخذ بالقدر المعلوم (٤)
هذا وخالف بعضهم فاشتراط العلم به ، (٥) لنفي الغرر والضرر . ورد بعدم العموم
في الاول ، لاختصاصه بالبيع ، (٦)

- (١) قولاً واحداً ، كما في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك .
(٢) ذكر ذلك في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك ، قال في التذكرة :
« إن قلنا بصحة ضمان المجهول فأنما يصح في صورة يمكن العلم فيها بعد ذلك
كما لو قال : أنا ضامن الدين الذي عليك ، وأنا ضامن لثمن ما بعت من فلان
وهو جاهل بالدين والثمن ، لأن معرفته ممكنة ، والخروج عن العهدة مقدور عليه
أما لو لم يمكن الاستعلام فان الضمان لا يصح فيه قولاً واحداً ، كما لو قال ضمننت
لك شيئاً مما لك على فلان . » ونحوه ما في جامع المقاصد والمسالك .
(٣) قال في الجواهر - بعد نقل ما ذكره عن التذكرة والمسالك وغيرها - :
« وهو جيد إن كان المراد عدم إمكان العلم في الواقع للإبهام ونحوه كما عساه
يؤمى إليه قوله « فيدفع . . . » انتهى . وإلا كان محلاً للنظر . . . » .
(٤) هذا إذا دار بين الأقل والأكثر ، أما إذا دار بين المتباينين فلا بد
من طريق آخر ، إما قرعة أو غيرها .
(٥) حكى عن الخلاف والمبسوط والقاضي وابن إدريس ، وعن كشف
الرموز : انه أشبه .
(٦) فان الحديث المشهور : نهى النبي (ص) عن بيع الغرر « مختص بالبيع

أو مطلق المعارضات . (١) وبالأقدام في الثاني (٢) ويمكن الفرق بين الضمان التبصري والاذني ، فيعتبر في الثاني دون الاول ، إذ ضمان علي بن الحسين (ع) كان تبرعياً . (٣) واختصاص نفي الغرر بالمعاوضات ممنوع ، بل يجري في مثل المقام الشبيهة بالمعاوضة (٤) إذا كان بالاذن مع قصد الرجوع على الآذن . وهذا التفصيل لا يخلو عن قرب . (٥)

« مسألة ٢ : » إذا تحقق الضمان الجامع لشرائط الصحة انتقل الحق من ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن ، وتبره ذمة المضمون عنه ، بالاجماع والنصوص (٦) خلافاً للجمهور ، حيث أن الضمان

وفي بعض كتب العلامة روايته : « نهى النبي (ص) عن الغرر » . لكنه غير ثابت ، بل المظنون أن مراد العلامة من ذلك هو الحديث المشهور . (١) إما للاجماع ، كما قد يدعى ، وإما للتعدي عن البيع المذكور في الحديث إلى غيره من المعاوضات .

(٢) فإنه مع الاقدام لانفي للضرر إما لأنه امتناني ولا امتنان في نفيه مع الاقدام . وإما لأن الظاهر من نفي الضرر نفي الحكم الذي يؤدي الى الضرر ومع الاقدام على الضرر يكون الضرر من جهة الاقدام لا من جهة الحكم . (٣) الذي يظهر من الروايتين السابقتين أنه كان بالاذن والطلب ، لكن من الخارج يعلم أنه (ع) لم يضمن بقصد الرجوع على المضمون عنه .

(٤) لكن دليله غير ظاهر ، كما عرفت . (٥) لكن الجواز مطلقاً أقرب ، لما عرفت من اطلاق أدلة الصحة من دون مقيد ظاهر .

(٦) في التذكرة : انه عند علمائنا أجمع ، وبه قال ابن أبي ليلى وابن

عندهم ضم ذمة الى ذمة . (١) وظاهر كلمات الاصحاب عدم صحة ماذكروه حتى مع التصريح به على هذا النحو ويمكن الحكم بصحته حينئذ ، (٢)

شبرمة وداود وأبو نور ، وعن الغنية : ان عليه اجماع الطائفة . وفي المسالك : انه موضع وفاق ، وفي الحقائق : « الظاهر أنه لاخلاف فيه » ، وفي الجواهر : « لا خلاف في ذلك ولا إشكال ، بل الاجماع بقسميه عليه ، بل لعله من ضروريات الفقيه » . وتقدم في مبحث اعتبار رضی المضمون عنه صحيح ابن سنان المتضمن أنه إذا رضي المضمون عنه فقد برئت ذمة الميت . كما تقدمت الروايات الدالة على براءة ذمة الميت بالضمان عنه ، التي هي من طرقنا ومن طرق الجماعة ، كرواية أبي سعيد الخدري في ضمان علي (ع) دين الميت ، ورواية جابر في ضمان أبي قتادة دين الميت

(١) نسب في التذكرة ذلك إلى عامة الفقهاء كالثوري والشافعي وأحمد وإسحاق وأبي عبيدة وأصحاب الرأي ، على خلاف بينهم في أن المضمون عنه مطالبة كل منها ، كما عن الشافعي وأبي حنيفة وأحمد وغيرهم ، أو أنه لايطالب الضامن إلا اذا عجز من تحصيله من المضمون عنه لغيبته أو إفساره ، كما عن مالك .

(٢) إذ لا مانع من اشتغال ذمم متعددة بمال واحد على أن يكون بعضها بدلا عن الآخر ، كما في المقام ، أو لم يلحظ فيها ذلك ، كما في تعاقب الأيدي فإن العين المنصوبة اذا تعاقبت عليها الأيدي كان كل واحد من ذوي الأيدي ضامنا لها على السواء بما بينهم لم يكن قد لوحظت البدلية معه . وامتناع كون الشيء الواحد في مكانين ، يختص بالامور الحقيقية ، ولايجري في الامور الاعتبارية التي هي وجودات ادعائية اعتبرت عند العقلاء لاسباب اقتضت ذلك الاعتبار . ونظير ذلك الوجوب الكفائي ، فإنه يتعدد بتعدد الواجب عليهم مع

للمعمومات . (١)

وحدة الواجب فكما يصح اعتبار وجوب متعدد لواجب واحد يصح اعتبار ضمان متعدد لمضمون واحد ، ولا فرق إلا من حيث التكليف والوضع ، فالواجب الكفائي مع انه واحد ثابت على كل واحد من المكلفين أو في ذمته ، والمضمون في تعاقب الايدي أيضاً ثابت في ذمة كل واحد من ذوي الايدي . وسيأتي في المسألة السادسة والعشرين بعض الكلام في ذلك .

(١) الظاهر انه يريد عمومات صحة الشروط . لكن يشك بان تلك العمومات مخصصة بما لا يخالف الكتاب والسنة ، والمراد به الشرط الذي لا يكون على خلاف الحكم الشرعي الاقتضائي ، فاذا كان مخالفاً للحكم الشرعي الاقتضائي كان باطلاً . والظاهر من الدليل الدال على كون الضمان موجباً لبراءة ذمة المضمون عنه كونه مقتضياً لذلك حسب الارتكاز العقلائي ، لا أن البراءة لعدم مقتضي الاشتغال ، فاذا كانت براءة ذمة المضمون عنه لوجود مقتضي لها لا لعدم مقتضي للاشتغال فاشتراط الاشتغال يكون على خلاف الحكم الاقتضائي ، فلا يصح . وكذا بناء على ما ذكره شيخنا الاعظم (ره) في تفسير الشرط المخالف للكتاب والسنة بانه ما كان على خلاف إطلاق دليل الحكم ، فان إطلاق قوله (ع) : « اذا رضي المضمون له فقد برئت ذمة الميت » يقتضي البراءة حتى مع الشرط المذكور ، فيكون الشرط المذكور مخالفاً لدليل الحكم ، فيبطل . وإن كانت ما ذكره - قدس سره - ضعيفاً ، فان أكثر أدلة الأحكام مطلقة من حيث العنوان الثانوي حتى الأحكام غير الالزامية . وحينئذ يشكل الأمر في أكثر الشروط إذ ما من شرط إلا ويبدل حكم مشروطه الى اللزوم ، وهو مناف لإطلاق دليل حكم المشروط ، ولازم ذلك بطلان الشروط عامة إلا النادر منها ، وهو كما ترى ودعوى : أن أغلب المباحات والمستحبات والمكروهات بل جميعها إنما دل دليلها

«مسألة ٣»: إذا أبره المضمون له ذمة الضامن برئت ذمته وذمة المضمون عنه (١)

على حكمها بالنظر إلى الذات ومن حيث نفسها ومجرداً عن ملاحظة عنوان آخر طارئ عليه بخلاف أغلب المحرمات والواجبات ، فان دليل الحكم بالمنع عن الفعل أو الترك مطلق لا مقيد بحيثية تجرد الموضوع . ممنوعة ، لورود أدلة الطرفين على نهج واحد ، اما مطلقة من حيث العناوين الثانوية أو هائلة . بل ربما وردت في سياق واحد ، مثل قوله تعالى : (يحل لهم الطبيبات ويحرم عليهم الخبائث) وقوله تعالى : (وأحل الله البيع وحرم الربا) فالتفكيك بينهما يحمل : « أحل » على النظر إلى الذات دون العناوين الثانوية ، و « حرم » بالنظر إلى العناوين الثانوية ، بلا فارق . وكيف كان فالتحقيق : أن الشرط المخالف للكتاب هو المخالف للحكم الاقتضائي ، ومنه الشرط في المقام حسب الارتكاز العرفي : فان كون الحكم اقتضائياً أو غير إقتضائي لما لم يكن طريق اليه شرعاً تعين الرجوع إلى المرتكزات العقلانية ، إذ لولا ذلك كان البيان المذكور خالياً عن الفائدة ، إذ لا طريق إلى تشخيص الموضوع سواء . وبالجمل : مقتضى الإطلاق المقامي الرجوع إلى المرتكزات ، كما أن مقتضاه الرجوع إليها في تشخيص مفاهيم موضوعات الأحكام الشرعية . نعم إذا توقف العرف في تشخيص الحكم الاقتضائي واللا اقتضائي تعين الرجوع إلى الأصل ؛ وهو أصل عدم كون الشرط مخالفاً ، بناء على جريان الأصل في عدم الأزلي بنحو مفاد ليس الناقصة ، كما هو الظاهر . وتحقيق ذلك في مبحث الشروط من كتاب المكاسب . فلاحظ .

(١) اما براءة ذمته فللإبراء ، وأما براءة ذمة المضمون عنه فلأنها كانت بريئة بالضمان قبل الإبراء المذكور ، ففائدته بالنسبة إلى المضمون عنه تكون من جهة استحقاق الضامن الرجوع عليه بالأداء ، ولا أداء ، فتكون ذمة للمضمون عنه بريئة عن مال المضمون له وعن مال الضامن .

وإن أبرأ ذمة المضمون عنه لم يؤثر شيئاً ، (١) فلا تبره ذمة الضامن ، لعدم المحل للابراء بعد برائته بالضمان . إلا إذا استفيد منه الابراء من الدين الذي كان عليه ، (٢) بحيث يفهم منه عرفاً ابراء ذمة الضامن . وأما في الضمان بمعنى ضم ذمة الى ذمة فإن أبرء ذمة المضمون عنه برأت ذمة الضامن أيضاً ، وإن أبرء ذمة الضامن فلا تبره ذمة المضمون عنه . كذا قالوا . ويمكن أن يقال ببرائة ذمتها على التقديرين . (٣)

(١) قال في الشرائع : « ولو أبرأ المضمون له المضمون عنه لم يبرأ الضامن على قول مشهور لنا » ، وفي المسالك : « فقول المصنف : على قول مشهور لنا » يشعر بثبوت مخالف منا . لكن لم نقف عليه ، وفي التذكرة ادعى اجماع علمائنا على ذلك . ولعله أراد بذلك أنه لم يتحقق اجماع وإن لم نجد مخالفاً ، فإن عدم الاطلاع على المخالف لا يوجب اجماعاً وكيف كان لا ينبغي الاشكال فيما ذكره المصنف ، لما ذكره من التعليل .

(٢) كما أشار الى ذلك في الجواهر . لكنه قال : « إلا أن ذلك لو سلم فهو خروج عما نحن فيه ضرورة كون المراد من الحيثية المزبورة ، لامن حيث دعوى دلالة العرف على ارادة براءة ذمة الضامن أيضاً . مع أنها واضحة المنع على مدعيها مع عدم القرائن » .

(٣) بان يفهم منه ارادة رفع اليد عن الدين المضمون ، كما سبق في ابراء ذمة المضمون عنه على قول الاصحاب ، بل هنا أولى . لكنه خرج عن موضوع البحث ، كما تقدم من الجواهر في المسألة السابقة . أو يقال بان الابراء بمنزلة الاستيفاء ، فكما أن استيفاء الدين من أحدهما يوجب براءة الآخر ، كذلك ابراء أحدهما منه . وسيأتي التعرض لذلك في المسألة السادسة والعشرين .

« مسألة ٤ » : الضمان لازم من طرف الضامن والمضمون له ، (١) فلا يجوز للضامن فسخه حتى لو كان باذن المضمون عنه وتبين اعساره . (٢) وكذا لا يجوز للمضمون له فسخه والرجوع على المضمون عنه (٣) لكن بشرط ملاءة الضامن حين الضمان أو علم المضمون له باعساره ، بخلاف ما لو كان معسرا حين الضمان وكان جاهلا باعساره ، ففي هذه الصورة يجوز له الفسخ ، على المشهور ، (٤) بل الظاهر عدم الخلاف فيه . ويستفاد من بعض الاخبار أيضاً (٥) والمدار - كما اشرنا اليه - في الاعسار واليسار على حال الضمان ، فلو كان موسرا

(١) بلا خلاف ظاهر ، بل الظاهر الاتفاق عليه ، كما يظهر من كلامهم في المسألة الآتية . وتقتضيه أصالة اللزوم .

(٢) كما يقتضيه إطلاق الفتاوى وتقتضيه أصالة اللزوم .

(٣) بلا إشكال ولا خلاف ، كما في الجواهر . لا صالة اللزوم .

(٤) بل لا خلاف فيه عندنا ، كما في الجواهر ، وعن ظاهر الفنية الاجماع عليه ، وعن السرائر نسبته إلى اصحابنا ، وفي جامع المقاصد : « ظاهرهم ان هذا الحكم موضع وفاق » ، وعن الرياض : انه لم نجد خلافاً فيه .

(٥) يريد موثق الحسن بن الجهم : « سألت أبا الحسن (ع) عن رجل مات وله علي دين وخلف ولداً رجلاً ونساء وصبياناً ، فجاء رجل منهم فقال : أنت في حل مما لأبي عليك من حصتي ، وأنت حل مما لآخوتي وأخواني ، وأنا ضامن لرضاهم عنك . قال : تكون في سعة من ذلك وحل . قلت : وإن لم يعطهم . قال : ذلك في عنقه . قلت : فإن رجع الورثة علي فقالوا : أعطنا حقنا . فقال (ع) : لهم ذلك في الحكم الظاهر ، وأما بينك وبين الله تعالى فانت في حل منها إذا كان الرجل الذي أحلك يضمن رضاهم . قلت : فما تقول في الصبي

ثم أعسر لا يجوز له الفسخ . (١) كما أنه لو كان معسراً ثم أبسر يبقى الخيار (٢)

لامه أن تحمل ؟ قال (ع) : نعم إذا كان لها ما ترضيه وتعطيه . قلت فإن لم يكن لها مال ؟ قال (ع) : فلا . لكن مورده التحليل لا الضمان . ومفاده أن الملاءة شرط الصحة فيه لا شرط الزوم ، كما هو المدعى . وأن ذلك يختص بالصبي وأمه دون البالغ وأخيه ، فان اطلاق الصحة في الثاني يقتضي عدم الشرطية فيه فيكون صدر الحديث دليلاً على عدم الخيار . ولذلك قال في مفتاح الكرامة « والشهرة تجبر السند والدلالة » ، وفي الجواهر قال : « وما عساه يشعر به ذيل خبر ابن الجهم . . . » فلم يحمل الخبر دالاً عليه . هذا مضافاً الى ما فيه من الاشكال من صحة التحليل بلا اذن الدائن أو الضمان بلا اذن المضمون له . ولم يعرف خبر يدل على المشهور غير ما ذكر . نعم قيل : ان فتوى ابن ادريس به وذكر الشيخ له في النهاية يدل على أن به خبراً أو أخباراً . انتهى ولعله اجتهد منهما في دلالة خبر ابن الجهم . وفي الجواهر استدل عليه بما دل على اشتراط الملاءة في المحال عليه ، لأن الحوالة أخت الضمان . لكن لم تثبت هذه الاخوة في المقام .

(١) كما صرح به في التذكرة والقواعد والتحرير وغيرها ، وفي مفتاح الكرامة : « طفحت به عباراتهم منطوقاً ومفهوماً » . وظاهر جامع المقاصد ان ظاهرهم الاتفاق عليه . ويقتضيه أصالة الزوم بعدم اختصاص دليل الخيار في الصورة السابقة . ومثله ما إذا ضمن باستدعاء المضمون عنه بانياً على الرجوع اليه فتبين إعساره ، فانه لا خيار للضامن ، لاختصاص الدليل بالمضمون له .

(٢) وفي الجواهر : « قد يقوى عدم الخيار أيضاً لو كان معسراً حال الضمان ولم يعلم به حتى تجدد يساره . للاصل » . لكن الاصل يقتضي بقاء الخيار لاعدمه . الا أن يقال : أصالة الزوم تقتضي عدم الخيار ، ولم يثبت لها

والظاهر عدم الفرق في ثبوت الخيار مع الجهل بالاعسار بين كون المضمون عنه أيضاً معسراً أولاً . (١) وهل يلحق بالاعسار تبين كونه مماطلاً مع يساره في ثبوت الخيار أولاً ؟ وجهان . (٢)

مخصص ، لما عرفت من إجمال دليل التخصيص ، والمتيقن منه غير هذه الصورة . نعم إطلاق كلمات الاصحاب يقتضي عدم الفرق بين زوال الاعسار وبقائه . اللهم إلا أن يكون تعليلهم الحكم بالارفاق يقتضي الاختصاص بغير من تجدد يساره . ولكنه نعم من علم بأعساره حال الضمان أيضاً . اللهم إلا أن يكون عدم الفسخ مع العلم بالاعسار موجباً لسقوط الخيار وان لم يتجدد اليسار لانه فوري ، وحينئذ يتعين تخصيص الاستثناء بصورة عدم العلم بالاعسار ، كما ذكر في الجواهر لكن الظاهر أن التعليل بالارفاق من باب بيان الحكمة لا العلة ، والا لم يكن وجه للاقتصار في الخيار على الصورة المذكورة . وحينئذ يكون إطلاق كلماتهم بلامقيد . (١) كما في الجواهر . لإطلاق الفتاوى .

(٢) من ظهور اتفاقهم على اختصاص الخيار بصورة الاعسار مع الجهل به ومن قاعدة نفي الضرر . ولذا ذكر في الجواهر : ان إطلاق الفتاوى يقتضي عدم الخيار مع الملاءة وان لم يكن وفيها . بل ظاهرهم عدم ثبوته بغير ذلك من وجوه الضرر أو تعسر الاستيفاء . ولكنه لا يخلو من نظر . لكن العمل بقاعدة نفي الضرر لاثبات الخيار ليس بناء الاصحاب عليه في البيع وليس من أنواع الخيار خيار المعاوضة للبائع أو المشتري . وكأنه لعدم الضرر فيها ، وانما فيها تحديد سلطة المالك عن ملكه وجبسه عنه . ولذلك قال في المسالك : « وكما لا يقدر تجدد إعساره المانع من الاستيفاء كذا لا يقدر تعذر الاستيفاء منه بوجه آخر ، فلا يرجع على المضمون عنه متى لزم الضمان » . هذا مع عدم امكان الاجبار ، والا فلا مجال للقول بالخيار .

« مسألة ٥ » يجوز اشتراط الخيار في الضمان للضامن والمضمون له . (١)

(١) وهو الاصح كما في جامع المقاصد ، وحكاه عن صريح بيع التذكرة وظاهر بيع القواعد ، لكن في القواعد في كتاب الضمان ذكر أن شرط الخيار في الضمان مفسد ، وفي التذكرة : « لو شرط الضامن الخيار لنفسه كان باطلاً ، لأنه ينافي بمقتضى الضمان ، فان الضامن على يقين من الغرر » . وهو كما ترى غير ظاهر . والذي ينبغي ابتناء الجواز وعدمه على كون الزوم في المقام من الحقوق أو من الاحكام ، فعلى الاول يجوز الشرط ، وعلى الثاني لا يجوز ، لانه يخالف للكتاب . والمراكز العرفية تقتضي الأول ، وهو ظاهر للمانعين ، فان العلامة في التذكرة علل المنع بما عرفت ، لا بكون الزوم حكماً ، وصرح بجواز شرط الخيار للمضمون له ، لأن له الخيار في البراء والمطالبة ، ولو كان الزوم عنده حكماً لم يحز شرط الخيار حتى للمضمون له . وعلى ذلك يمتني جواز التقايل لاختصاص الاقالة بما يكون الفسخ فيه من حقوق الطرفين ، ولا تكون فيما لا يكون الفسخ كذلك ، لان أدلة الاقالة العامة ليست واردة في مقام اثبات قابلية المحل وأما هي واردة في مقام تشريعها على تقدير القابلية ، فالقابلية تحرز من الخارج والأطلاق المقامي يقتضي الرجوع الى العرف في إحراز القابلية ، والأركان العرفي يقتضي ثبوت القابلية فيما كانت الفسخ من الحقوق الراجعة الى طرفي المعاقدة . والظاهر ايراد ذلك في عامة العقود المتعلقة بالنفس أو المال ، فان ايقاعها من حقوق الطرفين وفسخها كذلك ، ما لم يقد دليل على الخلاف ، كالنكاح والوقف ، لما دل على لزومها وعدم تمكن المتعاقدين من فسخها . فما لم يقد ذلك الدليل فالأركان العرفي يقتضي جواز الاقالة ، لتعلق العقد بحقوق الطرفين وشؤونهما ، وكما أن لهما ايقاعه لهما فسخه . ولأجل ذلك يصح شرط الخيار فيه والضمان من قبيل ذلك ، لما عرفت من ان لزومه مأخوذ من أصالة الزوم الذي

لعموم أدلة الشروط والظاهر جواز اشتراط شيء لكل منها، (١) كما اذا قال الضامن : « انا ضامن بشرط أن تحيط لي ثوبا » أو قال المضمون له : « أقبل الضمان بشرط ان تعمل لي كذا » ، ومع التخلف يثبت للشارط خيار تخلف الشرط . (٢)

« مسألة ٦ » : اذا تبين كون الضامن مملوكا وضمن من غير اذن مولاه أو باذنه ، وقلنا انه يتبع بما ضمن بعد العتق ، لا يبعد ثبوت الخيار للمضمون له (٣)
« مسألة ٧ » : يجوز ضمان الدين الحال حالا ، ومؤجلا . (٤)

هو من حقوق المتعاقدين ، ولا دليل على لزومه حكما كالنكاح .

(١) كما يقتضيه عموم أدلة الشروط الذي كان بناؤهم على العمل به في الضمان بشرط التأجيل أو الحلول ، وبشرط أن يكون الضمان من مال معين وغير ذلك . لكن في التذكرة : « لو ضمن رجل عن غيره الفا وشرط المضمون له أن يدفع اليه الضامن أو المضمون عنه كل شهر درهما لا يحسبه من مال الضمان بطل الشرط اجماعا » . والظاهر أن دعوى الاجماع المذكورة مبنية على كونه من الربا المحرم بالاجماع ، والا فلم أقف على من تعرض لهذا الشرط ولحكمه ، فضلا عن كونه معقدا اجماع . وليس هو من الربا في البيع ، ولا في القرض . ثم انه اذا تم ذلك في الشرط للمضمون له لا يتم في الشرط للضامن ، لأن الشرط الموجب للربا ما يرجع الى الدائن ، دون ما يرجع الى المدين .

(٢) لأنه مقتضى الشرط عرفا ، فكان المشتراط اشتراط الشرط ، واشتراط الخيار على تقدير تخلف الشرط ، وقد عرفت أن عقد الضمان يقبل الخيار بالشرط (٣) لان ذلك نوع من الاعمار الموجب للخيار .

(٤) اما مؤجلا فقد حكى الاجماع عليه في الشرائع ، قال : « والضمان

وكذا ضمان المؤجل حالا ، ومؤجلا (١) بمثل ذلك الأجل ، أو أزيد ، أو انقاص والقول بعدم صحة الضمان إلا مؤجلا (٢) وإنه يعتبر فيه الأجل كالسلم .
ضعيف ، (٣) كالقول بعدم صحة ضمان الدين المؤجل حالا (٤)

المؤجل جائز اجماعاً ، وفي المسالك أنه موضع وفاق ونحوها ما عن التنقيح وإيضاح النافع وجامع المقاصد والمفاتيح وعن الكفاية : « لأعرف فيه خلافاً » ويقتضيه عموم الأدلة قال في المسالك : « وليس هذا تعليقاً للضمان على الأجل بل تأجيل للدين الحال في عقد لازم فيلزم » . وأما حالا فسيأتي نقل الخلاف فيه من الشيخ .

(١) أما ضمان المؤجل حالا فهو مقتضى عموم الصحة في الضمان وفي شرط الحلول ، وفي الشرائع - بعدم أن ذكر ماسبق - قال : « وفي الحال تردد أظهره الجواز » . وسيأتي فيه نقل خلاف الشيخ والفخر أيضاً . وأما ضمان المؤجل مؤجلا فلا إشكال فيه إذا كان أجل الضمان أبعد . وأما إذا كان مساوياً فيأتي فيه الخلاف المحكي عن الشيخ . وإذا كان أجل الضمان أقل فيأتي فيه خلاف الشيخ والفخر أيضاً . لكن عموم الصحة يقتضي صحته من دون تخصيص كما يأتي .

(٢) حكى في المختلف عن الشيخ في النهاية أنه قال : « ولا يصح ضمان مال ولا نفس إلا بأجل معلوم » ، ونسب في المختلف ذلك إلى المقنعة والى ابن البراج في الكامل وابن حمزة . قال في مفتاح الكرامة : « لم أجد ذلك في المقنعة » وفي السرائر حمل كلام النهاية على أنه إذا اتفقا على كون الضمان باجل فلا بد من تعيينه ، وجعله حق اليقين . لكنه خلاف ظاهر العبارة ، كما فهمه الأصحاب .

(٣) لمخالفته للعمومات المقتضية للصحة .

(٤) في جامع المقاصد في شرح قول مصنفه : « والأقرب جواز العكس »

— يعني : جواز ضمان المؤجل حالا — قال : « وجه الأقرب : أن الاداء معجلا جائز ، فكذا الضمان ، لأنه كالاداء . وقال الشيخ : انه لا يصح ، لأن الفرع لا يكون أقوى من الاصل . وفي هذا التوجيه ضعف . ولأن الضمان نقل المال على ما هو به ، ولا يرد تأجيل الحال ، لأن ذلك شرط زائد يستقل صاحب الحق باثباته في العقد اللازم ، بخلاف الأجل الذي هو مشترك بين المضمون له والمضمون عنه . ولأن الحلول زيادة في الحق ، ولهذا يختلف الأمان به ، وهذه الزيادة غير واجبة على المديون ولا ثابتة في ذمته ، فيكون ضمان مالم يجب ، فلا يصح عندنا . وهذا التوجيه الاخير ذكره الشيخ نغرا الدين ولد المصنف ، وحسنه في المختلف . وهو المختار . » وقد أشار بذلك إلى ما ذكره العلامة في المختلف قال : « اذا ضمن المؤجل حالا قال في المبسوط : الأقوى انه لا يصح ، لأنه لا يجوز أن يكون الفرع أقوى من الأصل . والوجه عندي الصحة ، ولا نسلم تحقق القوة هنا ، فانه كما يجوز للمضمون عنه دفع المال معجلا كذا يجوز الضمان معجلا ، فان الضمان كالقضاء . . . (الى أن قال) وقد استخرج ولدي العزيز محمد — جعلت فداءه — وجهاً حسناً يقوي قول الشيخ ، وهو أن الحلول زيادة في الحق ولهذا تختلف الأمان به ، وهذه الزيادة غير واجبة على المديون ، ولا ثابتة في ذمته ، فيكون ضمان مالم يجب ، فلا يصح عندنا . » وقد تضمن كلامهما هذا وجوها من الاشكال . منها : أن الفرع لا يكون أقوى من الاصل . ومنها : أن الضمان نقل المال على ما هو به . ومنها : أن الحلول زيادة غير ثابتة في ذمة المديون فيكون ضمانها ضمان مالم يجب . لكن الجميع كما ترى ، بل ما كان يؤمل من مقامه الرفيع في التحقيق والاطمئنان الاعتماد على مثل هذه الوجوه الضعيفة . اذ لا دليل على القاعدة الاولى على نحو تمنع من الصحة في المقام . والضمان في المقام لنفس الدين على ما هو عليه ، والأجل ليس مضموناً ، وانما هو ظرف اداء المضمون

أو بأنقص . ودعوى : انه من ضمان ما لم يجب ، كما ترى . (١)

ومن ذلك يظهر ضعف الوجه الاخير . والذي يظهر من عبارة المختلف اختيار الصيغة — كما هو المشهور — والاستحسان منه — كما كان الوجه لا للفتوى بالمنع . ولعل نحر المحققين كذلك .

والذي يتحصل مما ذكر : أن الدين المضمون تارة : يكون حالا ، وأخرى مؤجلا ، وكل منهما إما يضمن حالا ، أو مؤجلا ، فهذه أربعة صور ، والصورة الرابعة — وهي ضمان المؤجل مؤجلا — تارة : يكون الاجل — فيها مساويا لأجل الدين ، وأخرى : يكون أقل ، وثالثة : يكون أكثر . فهذه ست صور . وفي كل منها إما أن يكون الضمان بسؤال المضمون عنه ، أو تبرعا من الضامن . فهذه اثنتي عشرة صورة . والاشكال والخلاف يكون في صورة ضمان المؤجل حالا كما عن الشيخ في المبسوط ، واختاره في جامع المقاصد ، وتردد فيه في الشرائع في آخر كتاب الضمان ، وإن جزم بالصحة في أوائل الكتاب . وصورة ضمان الحال حالا ، كما تقدم عن الشيخ في النهاية ، ونسب الى المقنعة وغيرها ، كما عرفت خلافاً للشيخ في المبسوط فأختار الجواز . وصورة ضمان المؤجل باجل أقل ، وفي المختلف نسب الى الشيخ الاجماع للمنع من الضمان الحال — الذي تقدمت حكايته عن النهاية — بأن الضمان شرع للرافاق بالمضمون عنه ، فإذا كان الضمان حالا ورجع الضامن على المضمون عنه لم يكن إرفاق به . وفيه : انه لو تم انه إرفاق فهو بملاحظة افراغ ذمته بالضمان ، وهو حاصل في الحال . مع أنه ، عليه يختص المنع بصورة ما اذا كان الضمان موجبا للرجوع على المضمون عنه لكونه بسؤاله أما اذا لم يكن كذلك — بأن كان تبرعا — فلا اشكال في الجواز .

(١) إذ الضمان للدين ، وهو ثابت في الذمة ، لا للاجل ، فإن الاجل

لوفاء بما في الذمة ، لا أنه مضمون بنفسه .

« مسألة ٨ » : اذا ضمن الدين الحال مؤجلاً باذن المضمون عنه فالأجل للضمان لا الدين ، (١) فلو اسقط الضامن أجله وأدى الدين قبل الاجل يجوز له الرجوع على المضمون عنه ، (٢) لان الذي عليه كان حالاً (٣) ولم يصر مؤجلاً بتأجيل الضمان . وكذا اذا مات قبل انقضاء أجله وحل ماعليه وأخذ من تركته يجوز لو ارثه الرجوع على المضمون عنه . (٤) واحتمال صيرورة أصل الدين مؤجلاً حتى بالنسبة الى المضمون عنه ضعيف .

(١) وفي الجواهر : أنه لا يخلو من قوة . والمراد به أنه أجل لجواز مطالبة الضامن ، فلا تجوز مطالبته قبله ، فان ذلك مقتضى الشرط النافذ الصحيح وهو لا يرتبط بالدين الذي كان في ذمة المضمون عنه ، فانه لم يكن مؤجلاً قبل الضمان ، والضمان لا يقتضي تأجيله ، لأن الشرط لم يكن متعلقاً به ، وانما كان متعلقاً بالضامن .

(٢) كما صرح به في جامع المقاصد والمسالك والحدائق والجواهر ، وعن المبسوط والتحرير والتذكرة التنبيه عليه .

(٣) لا يخفى ان الدين الذي عليه كان المضمون عنه ، وقد فرغت ذمته منه حالاً كان أو مؤجلاً ، وليس للضامن عليه شيء سابقاً ، وانما حدث لدفع الضامن إلى المضمون ، فليس هناك دين حال كي يعمل به الحكم . وكان اللازم تعليقه باطلاق مادل على جواز رجوع الضامن على المضمون عنه بما دفعه المقتضي للحلول . لكن ذلك إذا أذن في الضمان عنه مطلقاً . أما إذا أذن بشرط الأجل ففي جواز الرجوع قبل الأجل إشكال ، إذ قد يرجع ذلك الى اشتراط الأجل في الرجوع اليه ، فلا يجوز الرجوع اليه قبله .

(٤) كما صرح بذلك في جامع المقاصد والمسالك والحدائق والجواهر وعن

« مسألة ٩ » : اذا كان الدين مؤجلاً ، فضمنه الضامن كذلك ، فبات وحل ماعليه وأخذ من تركته ، ليس لوارثه الرجوع على المضمون عنه إلا بعد حلول أجل أصل الدين . (١) لان الحلول على الضامن بموته لا يستلزم الحلول على المضمون عنه . وكذا لو أسقط أجله وادى الدين قبل الأجل لا يجوز له الرجوع على المضمون عنه الا بعد انقضاء الاجل .

المبسوط والتحرير والتذكرة التفهيم عليه . لما ذكر فيما قبله . ويشكل أيضاً إطلاقه بما سبق فيما قبله .

(١) قال في القواعد : « ولو ضمن الحال مؤجلاً تأجل ، وليس للضامن مطالبة المدين قبل الأداء . وإذا مات حل ، ولورثته مطالبة المضمون عنه قبل الأجل . ولو كان الأصل مؤجلاً لم يكن لهم » ، وذكره في الجواهر من دون نقل خلاف ، وكذا في مفتاح الكرامة حاكياً له عن صريح المبسوط والتذكرة والتحرير ، معللاً له بما في المتن . وتبعه في الجواهر . لكن قد عرفت أن الدين الأصلي قد فرغت منه ذمة المضمون عنه فلا يتصف بالحلول أو التأجيل ، وإطلاق ما دل على رجوع الضامن على المضمون عنه بما أداه ، يقتضي جواز الرجوع في المقام بعد الاداء من دون مقيد يقتضي تأجيل الرجوع . ومجرد كون الدين الذي كان على المضمون عنه مؤجلاً لا يقتضي التأجيل للدين الجديد . نعم إذا كان إذن المضمون عنه مقيداً بالمؤجل ، بحيث يفهم منه اشتراط عدم الرجوع اليه قبل الأجل ، كان الشرط المذكور مانعاً من الرجوع على المضمون عنه ، وهو أمر آخر غير كون الدين مؤجلاً في نفسه . وبالجملة : تعليل جواز الرجوع على المضمون حالا ومؤجلاً بكون الدين الذي كان عليه حالا أو مؤجلاً ، غير ظاهر ، لعدم دخل ذلك به ، وإنما الدخيل فيه الاذن ، مطلقاً أو مشروطاً بعدم الرجوع حالا .

« مسألة ١٠ » : إذا ضمن الدين المؤجل حالا باذن المضمون عنه ، (١)

(١) إذا ضمن المؤجل حالا صار الدين حالا بالنسبة إلى الضامن ، فيجب عليه الاداء حالا . وهل يكون حالا بالنسبة الى المضمون عنه ، بحيث يكون للضامن الرجوع عليه بمجرد الاداء قبل الأجل ؟ فيه أقوال : (الأول) : عدمه مطلقاً . قال في التذكرة : « على قولنا - انه يصح ضمان المؤجل حالا - إذا أدى الضامن المال الى صاحبه لم يكن له مطالبة المضمون عنه إلا عند الأجل إن أذن له في مطلق الضمان . ولو أذن له في الضمان عنه معجلاً في حلوله عليه اشكال ، أقرببه عدم الحلول أيضاً » . وفي مفتاح الكرامة نسب ذلك الى المختلف والمسالك والروضة وظاهر التحرير وجمع البرهان . (الثاني) : أنه يجوز الرجوع الى المضمون عنه بسؤاله مطلقاً . حكاه في مفتاح الكرامة عن صريح التنقيح . ولعله ظاهر القواعد ، حيث قال : فيحل مع السؤال على اشكال . (الثالث) : أنه يصير حالا مع التصريح بالاذن حالا ، لامع الاطلاق . حكاه في مفتاح الكرامة عن ظاهر المفاتيح . (الرابع) . أنه مع التصريح بالسؤال حالا يرجع عليه حالا وأما مع الاطلاق فحل إشكال . وحكاه في مفتاح الكرامة عن الايضاح . قال في جامع المقاصد : « وأعلم أن الشارح ولد المصنف قال : ان موضع الاشكال ما إذا أذن في الضمان وأطلق ، أما اذا أذن فيه حالا فلا اشكال في الحلول . وليس بشيء بل قد يقال : انه مع الاطلاق لا إشكال في عدم الحلول » . ومن ذلك يظهر قول خامس ، وهو ما ذكره في جامع المقاصد .

والاقرب هو الثاني . لا إطلاق . ادل على رجوع الضامن على المضمون عنه عند أداء مال الضمان من دون مقيد ظاهر . والاذن في الضمان وإن كانت أعم من كونه حالا ، لكن الاطلاق المتقدم كاف في جواز الرجوع . ومن ذلك يظهر ضعف الثالث ، الذي جعله في الجواهر الاقوى ، لعدم اقتضاء الاطلاق

فإن فهم من اذنه رضاه بالرجوع عليه يجوز للضامن ذلك وإلا فلا يجوز إلا بعد انقضاء الاجل . والاذن في الضمان أعم من كونه حالاً .

« مسألة ١١ » : إذا ضمن الدين المؤجل بأقل من أجله واداه (١) ليس له الرجوع على المضمون عنه إلا بعد انقضاء أجله . وإذا ضمنه بأزيد من أجله فاسقط الزائد واداه جاز له الرجوع عليه ، على ما مر (٢) من أن أجل الضمان لا يوجب صيرورة أصل الدين مؤجلاً . وكذا إذا مات بعد انقضاء أجل الدين قبل انقضاء الزائد فاخذ من تركته ، فإنه يرجع على المضمون عنه .

الاذن في التعجيل ، فيكون كالم تبرع . إذ التعجيل في الرجوع لا يحتاج إلى الاذن بل يكفي فيه إطلاق الدليل الدال عليه . والذي اختاره المصنف هو المنع من الرجوع على المضمون عنه مطلقاً ، إلا أن يفهم من اذنه رضاه بالرجوع عليه . ولعله راجع إلى القول الاول ، وهو قول سادس . والذي يقتضيه إطلاق أدلة الرجوع على المضمون عنه هو القول الثاني . إلا أن يفهم من الاذن بالضمان المؤجل اشتراط عدم الرجوع عليه قبل الأجل ، فيجب العمل بالشرط . ولعله يكون قولاً سابقاً . ومنه يظهر ضعف بقية الاقوال ، فإن المنع من الرجوع قبل الأجل مطلقاً — كما هو القول الاول — أو في بعض الصور — كما في الاقوال الأخر — خلاف إطلاق ما دل على الرجوع على المضمون عنه إذا كان بسؤاله ، كما يأتي .

(١) الذي يظهر من الجواهر أن هذه المسألة نظير المسألة السابقة ، يأتي فيها الاقوال كلها ، لوجود مأخذ الاقوال المذكورة فيها بعينها .

(٢) ومصر الكلام فيه في المسألة الثامنة ، وأنه وإن لم يوجب أجل الدين ولكنه قد يوجب اشتراط عدم الرجوع قبل أجل الضمان .

« مسألة ١٢ » : إذا ضمن بغير إذن المضمون عنه برئت ذمته ، ولم يكن له الرجوع عليه (١) وان كان اداؤه باذنه او امره (٢) . الا ان ياذن له (٣) في الاداء عنه (٤) تبرعاً منه في وفاء دينه ، كأن يقول : « أد ماضمت عني وارجع به علي » على اشكال في هذه الصورة أيضاً (٥) ،

(١) قال في الشرائع : « ويرجع الضامن على المضمون عنه بما آداه إن ضمن باذنه ولو أدى بغير إذنه . ولا يرجع إذا ضمن بغير إذنه ولو أدى باذنه » وفي المسالك بعد أن ذكر أن العبارة تتضمن أحكاماً أربعة ، اثنين بالمنطوق واثنين بالمفهوم قال : « وحكم الاربعة كما ذكر عند علمائنا أجمع » ، وفي جامع المقاصد : « والحكم عدم الرجوع فيهما عند علمائنا ذكره في التذكرة » وفي الجواهر : « الاجماع بقسميه عليه » ، ونحو ذلك كلام غيرهم . ويكفي في إثباته أصالة البراءة لولا ما يقتضيه - إطلاق الاخبار الآتية في المسألة الثانية لشمولها لما نحن فيه . فالعمدة إذاً الاجماع .

(٢) كما صرح به في معقّد اجماع المسالك وجامع المقاصد وغيرهما ، إذ الاذن في أداء ما وجب أو الامر به ليس من أسباب الضمان .

(٣) كما مال اليه في الجواهر ، وجعله نظير ما اذا قال ، الاجنبي : أد عن الضامن المتبرع وارجع به علي ، فإذا أدى بعنوان امتثال أمر المضمون عنه انتج الرجوع عليه .

(٤) يعني عن الآذن .

(٥) حكاه في الجواهر عن بعض الناس ، معللاً له بما ذكر في المتن ، ثم قال : « لا يخلو من نظر أو منع بعد ما عرفت » . والمراد مما عرفت قاعدة الاحترام فانه وإن لم يكن دليل على قاعدة الاحترام كلية ، لكن المتيقن منها صورة استيفاء عمل الغير . وهو على قسمين .

الاول : أن يكون الاستيفاء بالامر على وجه الضمان ، كما في المثال الذي ذكره . والظاهر أنه لا إشكال في الضمان ، فإن الامر به على وجه الضمان من المعاملات العرفية المضافة من الشارع المقدس ، بشهادة استقرار سيرة المتشركة عليها . فهي نظير القرض الذي هو ملك للعين على وجه الضمان بالمثل في المثليات وبالقيمة في القيميات ، فإذا قال له : « أقرضني درهما » أو « أقرضني ثوباً » كان ضامناً لدرهم في الاول ولقيمة الثوب في الثاني ، لان معنى : « أقرضني » : ملكني على وجه الضمان . كذلك الامر في المقام ، فإذا قال : « ادفع عني لزيد درهما وعلي ضمانه » أو : « خط ثوب زيد وعلي ضمانه » كان ضامناً في الاول لدرهم وفي الثاني قيمة الخياطة ، فهي معاملة جرت عليها سيرة العرف والمتشركة ، أشبه ما يكون بالجماعة ، فتكون صحيحة ، وتستوجب الضمان . وتوهم : أنها وعد لا يجب الوفاء به ، غريب ، لاختصاصه بالوعد بالاحسان المجاني ، ولا ينطبق على الاحسان الماوضي .

الثاني : مالا يكون الامر على وجه الضمان ، كما إذا قال للعلاق : « اخلق رأسي » خلق رأسه وكان كل من الأمر والمأمور غافلاً عن الضمان فإنه يكون الأمر ضامناً للاجرة مالم يقصد المأمور المجانية . والضمان في المقام لا يكون مستنداً إلى معاملة ، لعدم قصد العوض منهما . والمعروف عندهم الضمان أيضاً ، اعتماداً على قاعدة احترام مال المسلم كدمه ، فإن استيفاءه بلا عوض ظلم وعدوان . فإذا كان المناط في الضمان في القسمين أحراً واحداً تعين أن يكون سبب الضمان في القسم الاول هو الاستيفاء أيضاً ، لا المعاملة ، ويكون الضمان في المقامين لقاعدة الاحترام . وإذا كان سبب الضمان فيها مختلفاً كان الضمان في القسم الاول مقتضى المعاملة ، وفي الثاني لقاعدة الاحترام . والذي يظهر من الجواهر وغيرها أن المناط في الضمان في القسمين واحد ، ولذلك جعل الضمان في

من حيث أن مرجعه حينئذ الى الوعد الذي لا يلزم الوفاء به واذا ضمن باذنه فله الرجوع عليه بعد الاداء (١)

المثال المذكور في الجواهر هو قاعدة الاحترام . وهو محتمل ، بل في كتاب الاجارة جزمنا به . ولكن الاظهر خلافه .

هذا كله إذا كان الأمر بالفعل على أن يكون للأمر ، وأما إذا كان للفاعل كما إذا قال له : « أد دينك ، وانفق على زوجتك ، وأحسن إلى من اساء اليك » ففعل المأمور لم يكن الأمر ضامناً ، لعدم الدليل عليه ، بل هو على خلافه . ضرورة أن الأمر بالمعروف واجباً كان أو مستحباً لا يوجب ضمان الامر حسب ما تقتضيه السيرة القطعية . هذا إذا كان خالياً عن التعويض . أما إذا كان مشتملاً عليه - كما إذا قال لأخيه : « صل اليومية ولك علي أن اعطيك كل يوم درهماً - فالظاهر أنه كذلك ، فلا يجب عليه دفع العوض - أعني الدرهم في المثال - لأنه وعد وإحسان مجاني ، فلا يجب الوفاء فيه . والذي يتحصل : ان استيفاء عمل الغير على أربعة أقسام ، لأن الفعل المأمور به تارة : يكون للأمر ، واخرى : يكون للمأمور . واذا كانت للأمر فهو مضمون ، سواء قصد الامر والمأمور الضمان ليكون نوعاً من المعاملة ، ام لم يقصدا . واذا كان للمأمور فلا ضمان على الأمر ، سواء قصد الضمان أم لم يقصدا . ومن ذلك يتوجه الاشكال على الجواهر ، حيث جعل الضمان في القسم المعاملي ، لقاعدة الاحترام . كما يتوجه على المصنف ، حيث ذكر الاشكال عليه من بعضهم بأنه وعد ، وسكت عنه ، مع أن الوعد يختص بالاحسان المجاني ، ولا مجانية في الفرض ، لأن الأمر أمر بالتبرع عن نفسه . نعم اذا أمره بالوفاء عن نفسه - يعني المأمور - فقال : أد دينك ولا تعص ربك وعلي عوضه ، كان من الاحسان المجاني ، فيكون وعداً لا يجب الوفاء به . (١) اجماعاً حكاه جماعة كثيرة ، كما سبق . وفي الجواهر . « الاجماع

وان لم يكن باذنه ، لانه بمجرد الاذن في الضمان اشتغلت ذمته من غير توقف على شيء . نعم لو اذن له في الضمان تبرعاً فضمن ليس له الرجوع عليه ، لان الاذن على هذا الوجه كلا اذن .

(مسألة ١٣) : ليس للضامن الرجوع على المضمون عنه في صورة

الاذن الا بعد اداء مال الضمان ، على المشهور ، بل الظاهر عدم الخلاف فيه . (١)
وانما يرجع عليه بمقدار ما أدى ، فليس له المطالبة قبله . إما لان ذمة الضامن وان
اشتغلت حين الضمان بمجرد اذنه إلا ان ذمة المضمون عنه لا تشتغل الا بعد الاداء
وبمقداره . وإما لانها تشتغل حين الضمان ، لكن بشرط الاداء ، فالاداء على
هذا كاشف عن الاشتغال من حينه . (٢)

بقسميه عليه » . ويشهد له ما رواه المشايخ الثلاثة عن الحسن بن خالد . قال :
« قلت لأبي الحسن (ع) : جعلت فداك قول الناس : الضامن غارم . قال : فقال :
ليس على الضامن غرم . الغرم على من اكل المال » . واطلاقه يشمل صورة الضمان
بغير اذنه . لكنه مقيد بغير ذلك بالاجماع . ويعضده الاخبار الآتية في المسألة
الآتية . ولعله الى ذلك أشار في السرائر بقوله : « وردت به الاخبار عن
الائمة الاطهار » .

(١) قد أخذ الأداء . موضوعا للرجوع في معاقبة الاجماع ، قال في
الشرائع : « ويرجع الضامن على المضمون عنه بما أداه ان ضمن باذنه » ، ونحوه
عبارات غيره . وظاهر الجميع أن الرجوع بعد الاداء . وفي جامع المقاصد : ان
الضامن إنما يرجع بعد الاداء ، فلا يرجع بما لم يؤده ، ويظهر التسالم عليه .
(٢) ويحتمل أن يكون اشتغال الذمة حاصلًا بمجرد الضمان لكنه متزلزل
فيمتقر بالاداء ، واذا لم يحصل الاداء بطل الاشتغال وانفسخ . احتمله في

وامالانها وان اشتغلت بمجرد الضمان إلا ان جواز المطالبة مشروط بالاداء .
وظاهرهم هو الوجه الاول . (١) وعلى اي حال لاخلاف في اصل الحكم ، وان
كان مقتضى القاعدة جواز المطالبة واشتغال ذمته من حين الضمان في قبال
اشتغال ذمة الضامن ، (٢)

الجواهر أيضاً . واما الاحتمال الثالث المذكور في المتن فالظاهر منه حصول
الاشتغال بمجرد الضمان وبقاؤه وإن لم يحصل الاداء ابداً . فتكون
الاحتمالات أربعة .

(١) قال في المسالك : « قد عرفت ان الضامن لا يستحق عند المضمون
عنه شيئاً إلى أن يؤدي مال الضمان » ، وفي الجواهر نسب الوجه المذكور الى
المسالك وغيرها ، ثم قال : « ولعله الأقوى » . لكن في الشرائع : « اذا ضمن
عنه دينار باذنه فدفعه الى الضامن فقد قضى ماعليه » . وظاهره اشتغال الذمة
بمجرد الضمان بالاذن . ولكن حمله في المسالك على خلاف ظاهره ، ويظهر منه
عدم احتمال ذلك .

(٢) يعني لما كان اشتغال ذمة الضامن بالضمان كان بامر المضمون عنه ،
وكان ذلك ضرراً على الضامن ، كان مضمونا على المضمون عنه . وعلة في الجواهر
بان الضمان نوع أداء والفرض حصوله باذنه ، فيقتضي شغل ذمة المضمون عنه ،
فيصح حينئذ الدفع له وفاء ، كما يصح للضامن ابراء ذمة المضمون عنه قبل الاداء
انتهى . ليكنه أشكل عليه . بانه لم يثبت كون الضمان أداء بالنسبة الى ذلك ،
وان كان هو كالاداء بالنسبة الى ابراء ذمة المضمون عنه ، فلا سبب حينئذ
لشغل ذمة المضمون عنه إلا الاداء المأذون فيه بالاذن بالضمان ، لقاعدة احترام
مال المسلم . انتهى . وكل من التعليل واشكاله مبني على كون سبب ضمان

المضمون عنه للضامن هو أدائه ، فالتعليل مبني على أن الضمان أداء ، والاشكال راجع إلى نفي ذلك وفيه : أنه لاضرورة تدعو إلى ذلك ، بل من الجائز أن يكون السبب هو الضمان الايقاعي باذن المضمون عنه ، لأنه الماذون فيه والمأمور به وبه يكون خلاص المضمون عنه من الدين الذي عليه للمضمون له ، والاداء لا يتعلق به بوجه ، وإنما يتعلق بالضامن وبه فراغ ذمته . وفي حاشية بعض الاعاظم : ان القاعدة تقتضي ذلك ، من جهة ان اشتغال ذمة المضمون عنه إنما يكون باستيفاء مال الضامن وهو إنما يحصل بالاداء وقبله لاستيفاء . انتهى . والاشكال فيه ظاهر مما عرفت فان أداء الضامن للمال لا يرتبط بالمضمون عنه بوجه ، وإنما يرتبط بالضامن وبه فراغ ذمته . وأما ما يرتبط بالمضمون عنه ويكون به فراغ ذمته من ثقل الدين فهو ضمان الضامن ، وهو الذي أذن له فيه وأمره به ، وبنفس الضمان تكون الخسارة المالية على الضامن ، وهي بامر المضمون عنه ، فيكون ضامناً لها . قال في التذكرة : « وان لم يكن (يعني الضامن) متبوعاً بالضمان وضمن بسؤال المضمون عنه فهل يثبت للضامن حق عليه ويوجب علقه بينهما ؟ للشافعية وجهان : أحدهما : انه يثبت ، لأنه اشتغلت ذمته بالحق كمالاً لما ضمن ، فليثبت له عوضه على الاصيل . والثاني : لا يثبت ، لانه لا يفوت عليه قبل الغرم شيء ، فلا يثبت له شيء إلا بالغرم . اذا عرفت هذا فان كان المضمون له يطالب الضامن بأداء المال فهل للضامن مطالبة الاصيل بتخليصه ؟ قال أكثر الشافعية : نعم ، كما أنه يغرم إذا غرم . وقال القفال : لا يملك مطالبته به . وهو الاقوى عندي إذ الضامن إنما يرجع بما أدى فقبل الاداء لا يستحق الرجوع ، فلا يستحق المطالبة . . . » ومن أمعن النظر في الوجهين الذين ذكرهما الشافعية يتضح له ان الأوجه أوامها وأن العلامة إنما رجح ثانيهما لعدم وجوب شيء على المضمون عنه إلا ما أداه الضامن حسب ما دل عليه الدليل بالخصوص ، فكأنه لأجله لم رفع اليد عن

سواء أدى أو لم يؤد . فالحكم المذكور على خلاف القاعدة ، ثبت بالاجماع ،
وخصوص الخبر : (١) عن رجل ضمن ضمانا ثم صالح عليه ، قال : ليس له إلا
الذي صالح عليه . بدعوى : الاستفادة منه أن ليس للضامن إلا ماخسر . ويتفرع
على ما ذكره (٢)

القاعدة المقتضية لجواز الرجوع من أول الأمر . لكن الاجماع على عدم جواز
رجوع الضامن إلا بما أداه ، وكذا النص لم يدل على نفي استحقاق الضامن بمجرد
ضمانه ، فإن الاجماع دل على عدم جواز المطالبة قبل الاداء ، وقد عرفت عبارة
الشرائع الظاهرة في ثبوت الاستحقاق على المضمون عنه بمجرد ضمان الضامن .
وأما الخبر فسيأتي بيانه .

(١) وهو موثق عمر بن يزيد ، قال : « سألت أبا عبد الله (ع) عن رجل
ضمن عن رجل ضمانا ثم صالح عليه . قال (ع) : ليس له إلا الذي صالح عليه »
ونحوه موثق عبد الله بن بكير عن أبي عبد الله (ع) . وهذا الخبر لا يدل على عدم
اشتغال الذمة حين الضمان ، وإنما يدل على عدم اشتغال الذمة بما لم يؤد أو ما لم
يصالح عليه . وكذلك خبر الحسين بن خالد المتقدم يدل على أن الضامن بعد أن
يغرم تكون غرامته على المضمون عنه ولو لأجل كونه مشغول الذمة بذلك من
الاول ، أما لانه لا تشتغل ذمته قبل الاداء فلا دلالة له عليه . فالنصوص قاصرة
عن اثبات الوجه الثالث ، لا أنها دالة على الوجه الاول وتكون موجبة
خلاف القواعد .

(٢) يعني : ما ذكره أولا من أنه يرجع بما أدى لاتبام المال المضمون .
والوجه في تفرع الامور المذكورة على ذلك واضح في الجميع ، عدا صورة ما إذا
ضمن عنه ضامن فادى تبرعا ، أو وفى عنه تبرعا ، أو وفى عنه من باب الزكاة ،

أن المضمون له لو أبره ذمة الضامن عن تمام الدين ليس له الرجوع على المضمون عنه أصلاً ، وإن أبراه من البعض ليس له الرجوع بمقداره . وكذا لو صالح معه بالاقبل ، كما هو مورد الخبر . وكذا لو ضمن عن الضامن ضامن تبرعاً فادى ، فإنه حيث لم ينحسر بشيء لم يرجع على المضمون عنه وإن كان باذنه . وكذا لو وفاه عنه غيره تبرعاً .

« مسألة ١٤ » : لو حسب المضمون له على الضامن ما عليه خمساً أو زكاة

أو صدقة ، فالظاهر أن له الرجوع على المضمون عنه (١) ،

فإن الجميع غير داخل في النص . وحينئذ يشكل الحاقه بمورد النص ، ولا بد من الرجوع فيه الى القاعدة الآتية بيانها .

(١) وفي الجواهر : « لعله كذلك » . ولا يخلو من إشكال ، إذ لا غرم من الضامن ليكون على المضمون عنه . نعم كان الغرم فيه على مستحق الزكاة مثلاً ، لا على الشخص المذكور . اللهم إلا أن نقول : أن القاعدة تقتضي اشتغال ذمة المضمون عنه بمجرد الضمان بامرءه ، ولم يثبت في المقام ما يقتضي الخروج عنها . والحاقه بمورد النص غير ظاهر . ولأجل ذلك يكون اللازم الحكم بالرجوع في جميع موارد الشك في الخروج بخلاف ما إذا كان السبب في ضمان المضمون عنه استيفاءه لمال الضامن ، فإنه مع الشك يبني على عدم الرجوع ، لاصالة البرائة . فعلى المبنى الأول يكون الشك في السقوط ، وعلى المبنى الثاني يكون الشك في الثبوت . اللهم إلا أن يقال : لما كان المدين له باحتسابه من الزكاة برأت ذمته فأبراه كانت بماله ، فيكون ماله قد استوفاه المضمون عنه ، فعليه ضمانه . ومن ذلك يصح أن يقال : أنه قد غرم ماله ، فيكون الغرم على المضمون عنه . فالحكم في هذا الغرض لا يختلف باختلاف المباني . لكنه يتم بناء على ثبوت ملك ما في

ولا يكون ذلك في حكم الابرأه . وكذا لو أخذه منه ثم رده عليه هبة (١) . وأما لو وهبه ما في ذمته فهل هو كالابرأه اولا ؟ وجهان (٢) ولومات المضمون له فورته الضامن لم يسقط جواز الرجوع به على المضمون عنه (٣) .

« مسألة ١٥ » لو باعه أو صالحه المضمون له بما يسوى أقل من الدين (٤) ، أو وفاه الضامن بما يسوى أقل منه (٥) ، فقد صرح بعضهم بأنه لا يرجع على المضمون عنه إلا بمقدار ما يسوى (٦) .

الذمة آنا ما ، أما اذا قلنا بامتناعه ، لعدم الفرق بين الآنا ت ، فلا استيفاء لماله ولا غرامة عليه . فيتعين الابتناء على المباني .

(١) كما نص عليه في الجواهر ، وفي التذكرة : انه أقرب . ووجهه واضح لحصول الغرم ، فيرجع به على المضمون عنه .

(٢) بناء على ما سبق في الزكاة يكون الاقرب الثاني ، اذ لا فرق بين الهبة المجانية وبين الصدقة أو الزكاة في ان البراءة بماله في الجميع ، بخلاف الابرأه فان البراءة فيه لم تكن بمال الضامن . وعليه يتعين الرجوع الى المباني .

(٣) يتعين فيه الرجوع الى المباني المتقدمة .

(٤) الظاهر أن أصل العبارة لو باع أو صالح وفاعله ضمير الضامن كما يظهر بالتأمل .

(٥) الوفاء بالاقل قيمة يختص بما اذا كان من الجنس الردي مثلاً ، أما اذا كان من غير الجنس فلا يمكن الوفاء الا بمقدار القيمة .

(٦) ذكر ذلك في الشرائع والتذكرة والقواعد والمسالك وغيرها . قال في التذكرة : « لو صالح عن الف على عبد يساوي ستمائة لم يرجع الا بستمائة » ، ثم استدل عليه بموثقي عمر بن يزيد وعبد الله بن بكير .

وهو مشكل بعد كون الحكم على خلاف القاعدة ، وكون القدر المسلم غير هذه الصور وظاهر خبر الصالح الرضا من الدين باقل منه ، لا ما اذا صالحه بما يسوى اقل منه (١) واما لو باعه او صالحه او وفاه الضامن بما يسوى ازيد فلا اشكال في عدم جواز الرجوع بالزيادة (٢) .

(مسألة ١٦) : اذا دفع المضمون عنه الى الضامن مقدار ماضن قبل أدائه فان كان ذلك بعنوان الامانة ليحتسب بعد الاداء عماله عليه ، فلا اشكال ويكون في يده امانة ، لا يضمن لو تلف الا بالتعدي او التفريط . وان كان بعنوان وفاه ماعليه ، فان قلنا باشتغال ذمته حين الضمان وان لم يجب عليه دفعه الا بعد اداء الضامن ، او قلنا باشتغاله حينه بشرط الاداء بعد ذلك على وجه الكشف ، فهو صحيح ، ويحتسب وفاه ، لكن بشرط حصول الاداء من الضامن على التقدير

(١) ظهور الخبر فيما يشمل هذا الفرض الذي ذكره لا يقبل الانكار لوضوحه نعم الخبر بلفظه لا يشمل البيع . لكن الظاهر منه عرفا الأعم من البيع . وقد نفي الخلاف عن انه لا يجب على المضمون عنه ان يدفع الى الضامن ازيد مما دفعه الى المضمون له . نعم لو صالحه عن ذلك أو باعه عليه بما يساوي الدين وتقاصا عنه بالاقل ففي المسالك : اتجه رجوعه عليه بما يساوي الدين ، وفي التذكرة احتمل ذلك ، واحتمل الرجوع بقيمة العين ، لان الضمان وضع للارتفاق ، ونسب الى الشافعية الاول .

(٢) صرح بذلك غير واحد من سلفنا له ارسال المسامحات ، معطين له بانه متبرع بالزيادة غير ماذون فيها ، فلا استيفاء لها من المضمون عنه ، بناء على كون الضمان بالاستيفاء . وكذا بناء على كون الضمان بالضمان ، لان الضمان لم يكن بالزايد وهو واضح .

الثاني . وان قلنا : انه لا تشتغل ذمته إلا بالاداء وحينه - كما هو ظاهر المشهور - فيشكل صحته وفاء ، لان المفروض عدم اشتغال ذمته بـمد ، فيكون في يده كالمقبوض بالعقد الفاسد (١) ، وبـمد الاداء ليس له الاحتساب إلا باذن جديد (٢) ، او العلم ببقاء الرضا به .

(مسألة ١٧) : لو قال الضامن للمضمون عنه : « ادفع عني الى المضمون له

ما علي من مال الضمان » فدفع برئت ذمتها معا (٣)

(١) كما صرح به في التذكرة ، فيكون مضموناً عليه ، ويجب عليه رده الى مالكة . وفي المسالك : انه كالمقبوض بالسوم . وليكنه غير ظاهر ، لان المقبوض بالسوم مقبوض على أنه ملك الدافع ، والمفروض في المقام انه مقبوض على أنه ملك القابض - كما هو معنى الوفاء - كالمقبوض بالعقد الفاسد ، فالاذن في قبضه مقيدة بعنوان مفقود ، فتكون مفقودة . ولذا قلنا لا يجوز التصرف فيه ولو بوضع اليد عليه ، ويجب رده الى مالكة ، كالمغصوب ، فيكون مضموناً .

(٢) لاجابة إلى الاذن الجديد ، بل يكفي بقاء الاذن السابق ، لانها كانت مقيدة بعنوان الوفاء المفقود سابقاً ، فاذا وجد لاحقاً بحصول الاداء وبقيت الاذن كفت في حصول الملك . ومن ذلك يظهر أن الاذن الجديد لا فائدة فيها إذا لم ترجع الى بقاء الاذن السابق ، ولعل هذا هو المراد مما في حاشية بعض الاعظم في هذا المقام ، وإلا فلا محصل له . وبكفي الشك في بقاء الاذن لجريان الاستصحاب ، ولا حاجة الى العلم بالبقاء . فلاحظ .

(٣) قال في الشرائع : « ولو قال : ادفعه الى المضمون له ، فدفعه ، فقد

برئاً » وقال في المسالك في شرحه : « أي : قال الضامن للمضمون عنه : ادفعه أنت الى المضمون له ، فدفعه فقد برئاً ، اما الضامن فلو طأ دينه ، وأما المضمون

اما الضامن فلانه قد ادى دينه ، واما المضمون عنه فلان المفروض ان الضامن لم يخسر . كذا قد يقال . والاوجه ان يقال : ان الضامن حيث امر المضمون عنه باداء دينه فقد اشتغلت ذمته بالاداء ، والمفروض ان ذمة المضمون عنه ايضاً مشغولة له . حيث انه اذن له في الضمان ، فالاداء المفروض موجب لاشتغال ذمة الضامن من حيث كونه باسمه ، ولاشتغال ذمة المضمون عنه حيث ان الضامن باذنه وقد وفي الضامن ، فيتهاثران ، او بتقصان (١) . واشكال صاحب الجواهر في اشتغال ذمة الضامن بالقول المزبور (٢) في غير محله (٣)

عنه فلان الضامن لم يغرم ، فلا يرجع عليه . ويمكن اعتبار التقاص القهري لثبوت مادفعه المديون في ذمة الضامن ، لانه المديون وقد اذن له في وقائه وثبوت مثله في ذمة المضمون عنه لادائه ، فيتقاصا .

(١) وقع التعبير بالتقاص القهري في المسالك ، وكأن المراد منه التهاثر بقرينة وصفه بالقهري ، والتقاص المشروع اختياري من أفعال المكلف القصدية بخلاف التهاثر ، فانه من الاحكام الشرعية . وكأن عطفه في المتن على التهاثر بقصد التوضيح ، لا للتقاص الاصطلاحي .

(٢) قال في الجواهر بعد نقل عبارة المسالك السابقة : « وفيه : أن أداء دين الضامن المأذون بمال المضمون عنه باذن الضامن لا يقتضي اشتغال ذمة الضامن بمثله ، اذ ليس هو قد صار بذلك قرضاً عليه مع عدم قصده وعدم توقف وفاة الدين على كونه مملوكاً للمديون . كما انه لا يستحق رجوعاً على المضمون عنه ، لعدم حصول الاداء منه . فلا تقاص حينئذ ، لعدم ثبوت المالين في ذمة كل منهما . فتأمل . »

(٣) لان الموجب لضمان الضامن لما أداه المضمون عنه أمر الضامن له

(مسألة ١٨) : اذا دفع المضمون عنه الى المضمون له من غير اذن الضامن بره (١) ، كما لو دفعه اجنبي عنه .

(مسألة ١٩) : اذا ضمن تبرعا فضمن عنه ضامن باذنه وأدى ليس له الرجوع على المضمون عنه (٢) ، بل على الضامن (٣) .

بالاداء ، الموجب لصدق الاستيفاء ، الذي هو من أسباب الضمان - كما عرفت - لا لتحقق القرض حتى يتوقف على قصده ، ولا لتوقف الوفاء على كونه مملوكا للمدينون حتى يمنع ذلك . كما أنه يستحق الضامن الرجوع على المضمون عنه بادائه ، لان هذا الاداء من المضمون عنه لما كان بامر الضامن وموجباً لاستحقاق الرجوع على الضامن ، كانت ذلك خسارة على الضامن ، فاستحق الرجوع على المضمون عنه في تدارك خسارته بعد أن كان ضمانه باذنه . نعم يتوجه الاشكال على المسالك باذن المضمون عنه لما دفع الى المضمون له بامر الضامن ان كان يستحق الرجوع على الضامن - من جهة تحقق الاستيفاء - تعين الوجه الثاني ولم يصح الوجه الاول ، وان كان لا يستحق الرجوع على الضامن - من جهة قصده التبرع بالدفع - تعين الوجه الاول ولم يصح الوجه الثاني .

(١) قال في الشرائع : « ولو دفع المضمون عنه مالا إلى المضمون له بغير إذن الضامن فقد برىء الضامن والمضمون عنه » ، ونحوها مافي القواعد وغيرها وفي الجواهر نفي الاشكال والخلاف في ذلك . وهو واضح مما عرفت في صدر المسألة السابقة .

(٢) يعني : ليس للضامن الثاني الرجوع على المضمون عنه الاول ، لانه لم يضمن عنه فلا موجب لرجوعه عليه .

(٣) لانه ضمن عنه باذنه .

بل وكذا لو ضمن بالاذن فضمن عنه ضامن باذنه ، فانه بالاداء يرجع على الضامن ويرجع هو على المضمون عنه الاول .

(مسألة ٢٠) : يجوز أن يضمن الدين باقل منه برضى المضمون له (١) . وكذا يجوز أن يضمنه بأكثر منه . وفي الصورة الاولى لا يرجع على المضمون عنه مع إذنه في الضمان إلا بذلك الاقل (٢) . كما ان في الثانية لا يرجع عليه إلا بمقدار الدين (٣) ، إلا اذا أذن المضمون عنه في الضمان بالزيادة (٤) .

(مسألة ٢١) : يجوز الضمان بغير جنس الدين (٥)

(١) لم يحضرني عاجلا من تعرض له . ومقتضى ما تقدم من معنى الضمان من أنه نقل مافي الذمة الى ذمة الضامن امتناع ذلك ، إلا أن يرجع الى ضمان البعض وسقوط الباقي أو البراء منه . وكذلك الفرض الثاني ، فانه ممتنع إلا أن يرجع الى اشتراط الزيادة للمضمون له . اللهم إلا أن يكون المراد من الضمان في المقام مفهوما آخر ، وهو اثبات بدل مافي الذمة في ذمة أخرى أقل منه أو أكثر . ولا بأس بالبناء على صحته ، عملا بعمومات الصحة ، ولا يكون من الضمان الاصطلاحي ، ولا تجري عليه أحكامه إلا ما تقتضيه العمومات .

(٢) لأن الزائد عليه لم يؤده ، فلا يرجع به على المضمون عنه وإن كان باذنه .

(٣) كما سبق .

(٤) لاطلاق ما دل على الرجوع بما أدى .

(٥) لم أقف على من تعرض له . وبشكل بما سبق من امتناع ذلك ، لان نقله من ذمة إلى ذمة مع البناء على ثبوت غيره خلف . إلا أن يكون المقصود اشتراط الاداء من غير الجنس ، فلا بأس ، لعموم الوفاء بالشروط ، نظيرا لاشتراط

كما يجوز الوفاء بغير الجنس (١) ، وليس له أن يرجع على المضمون عنه الا بالجنس الذي عليه (٢) الا برضاه .

(مسألة ٢٢) : يجوز الضمان بشرط الرهانة (٣) فيرهن بمسد الضمان . بل الظاهر جواز اشتراط كون المملك الفلاني رهنا بنحو شرط النتيجة في ضمن عقد الضمان (٤) .

من مال معين ، كما سيأتي . أو يكون المراد غير الضمان الاصطلاحي ، بل معنى آخر وهو اثبات بدل لما في الذمة في ذمة أخرى ، كما تقدم . وحينئذ لا تجري عليه أحكام الضمان ، وتثبت له الاحكام العامة .

(١) بلا إشكال . والنصوص به شاهدة .

(٢) لا طلاق الموثق : « لبس له الا الذي صالح عليه » .

(٣) يعين بنحو شرط الفعل ، يعني : شرط أن يرهن ، فيجب على الضامن أن يرهن عند المضمون له عينا ، لتكون مورد حق الاستيفاء .

(٤) قد ذكرنا في كتاب الاجارة من هذا الشرح الأشكال في صحة شرط النتيجة من وجهين : الاول : أن النتائج لا تقبل ان تكون مضافة الى مالك ، فلا يمكن أن تكون شرطا ، لان التحقيق أن الشرط مملوك للمشروط له ، ولذا كان له الخيار في فواته ، وإذا امتنع أن تكون مملوكة امتنع ان تشتترط ملكيتها . نعم اذا كانت في العهدة جاز أن تكون مملوكة . لمكنها تكون من شرط الفعل لامن شرط النتيجة . الوجه الثاني : أن مفاد صيغة الشرط مجرد جعل التمليك بين المشروط له والمشروط ، لا جعل نفس المشروط ، فان صيغة الشرط لا تتكفل ذلك فاذا لم يحصل الشرط لا يكون ثابتاً ، فلا ترتب آثاره ، وحينئذ لا نتيجة ولا يجوز ترتيب آثارها . وهذا معنى بطلان شرط النتيجة .

ثم ان الاشكالين المذكورين انما يتوجهان على شرط النتيجة بناء على أن مفاد الشرط تمليك المشروط له للشرط ، كما يقتضيه مناسبته مع شرط الفعل . أما اذا كانت مفاده مجرد الالتزام للمشروط له بالشرط ، فيكون مفاده انشاء المشروط وهو النتيجة في ضمن العقد ، فلا بأس به ، عملاً بعموم نفوذ الشرط . إلا إذا كانت النتيجة لانذراً الا بسبب خاص ، فان عموم نفوذ الشرط لا يصلح لتشريع مالم يشرع ، فيكون الشرط حينئذ مخالفاً للكتاب ، فيدخل في الشرط الباطل . واذا لم يشترط في انشاءها سبب خاص صح شرطها وترتب عليه الاثر وإن لم يكن مملوكاً للمشروط . ويكون له الخيار في تخلفه نظير خيار تبعض الصفة ، كما اذا جمع بين بيع ونكاح فبطل أحدهما ، فانه يكون الخيار في الآخر . لكن هنا يبطل الشرط ببطلان العقد ، لأن الشرط لوحظ تابعاً لمضمون العقد ومبنياً عليه ، فلا يستقل بدونه ، بخلاف ما لوجع بين بيع ونكاح ، فانه لم يلاحظ أحدهما تابعاً للآخر ومبنياً عليه ، بل انشاء كل منهما في مقابل الآخر ، فيكون بطلان كل منهما موجباً للخيار في الآخر . كما أن بطلان الشرط موجب للخيار في العقد لعين الوجه الموجب للخيار هناك عند بطلان أحد الأمرين ، وهو اشتراكهما في قصد واحد كما هو موضح في محله .

والذي تحصل مما ذكرناه : أن شرط الفعل يتضمن انشاء تمليك الفعل وشرط النتيجة لا يتضمن انشاء التمليك ، وانما يتضمن انشاء نفس النتيجة ، فإذا لم يشترط في انشاء النتيجة سبب خاص صح ، واذا اشترط في انشاءها سبب خاص لم يصح ، لانه لا يصلح دليله لتشريع مالم يشرع . واذا تخلف الأول - إما لعدم صحة التمليك ، أو لعدم حصول الملوک - يكون الخيار للمشروط له ، وتختلف الثاني لا يكون إلا لعدم صحة الانشاء ، وهو موجب للخيار للمشروط له ، وهو من كان انشاؤه موافقاً لرغبة أحدهما ، فان كان انشاؤه موافقاً لرغبة أحدهما

(مسألة ٢٣) : اذا كان على الدين الذي على المضمون عنه رهن فهل ينفك بالضمان أولا؟ يظهر من المسالك والجواهر انفكاكه (١)، لانه بمنزلة الوفاء (٢) .

بمعينه كان تخلفه موجبا لخياره فقط ، كما اذا باعه الشجر بشرط أن يكون للمشتري الثمر الموجود ، فان الشرط يوافق رغبة المشتري ، فيكون الخيار له أو يبيع الشجر بشرط أن يكون ثمره في السنة الآتية للبائع ، فان الشرط يوافق رغبة البائع ، فيكون الخيار له . واذا كان موافقا لرغبة كل منهما كان الخيار لكل منهما ، كما اذا باعه الجارية بشرط أن يكون حملها عوضا عن دين المشتري على البائع ، فان المعاوضة لما كانت من الطرفين كانت موافقة لرغبة كل منهما فيكون خيار التخلف لكل منهما ، نظير تخلف البيع في بعض الصفقة ، فانه يوجب الخيار لكل من البائع والمشتري .

ثم انه لا ينبغي التأمل في صحة شرط النتيجة بمعد ماورد النص به في شرط الضمان في الاجارة والعارية وشرط الاجل في النسيئة والسلف وغير ذلك . نعم لا مجال للبناء على جواز نذر النتيجة ، فان اللام في قول الناذر : « لله علي ، لام الملك ، فيتوجه على نذر النتيجة الاشكالان السابقان . واحتمال أن تكون اللام لام التعليل ، ويكون معنى : « لله علي » : التزمت لله علي ، خلاف الظاهر جسداً ، فالبناء على المنع من صحة نذر النتيجة في محله ، كالبناء على صحة شرط النتيجة .

وعليه يصح شرط الرهن في ضمن عقد الضمان ، ولا بد فيه من القبض - بناء على اشتراطه في الرهن - اذ لا فرق بين الموارد .

(١) قد صرحا بذلك في شرح المسألة الرابعة من الشرائع في كتاب الضمان .

(٢) في الجواهر : « لأن الضمان أداء ، وفي المسالك : « لان الضمان

بمنزلة الاداء » . ويظهر منها المفروغية عن ذلك .

لكنه لا يخلو عن اشكال (١) . هذا مع الاطلاق ، وأما مع اشتراط البقاء أو عدمه فهو المتبع (٢)

(مسألة ٢٤) : يجوز اشتراط الضمان (٣) في مال معين (٤) على وجه التقييد (٥) ، أو على نحو الشرائط في العقود من كونه من باب الالتزام في الالتزام . وحينئذ يجب على الضامن الوفاء من ذلك المال (٦)

(١) اذ لا اداء ولا وفاء ، وإنما كانت فائدة الضمان اشتغال ذمة الضامن به وفراغ ذمة المضمون عنه ، فالدين انتقل من ذمة الى اخرى من دون أداء فان كان الرهن على وفاؤه بقي على حاله ، لعدم الوفاء ، وان كان على افراغ ذمة المديون بطل ، لفراغ ذمته بالضمان . ولكن الاظهر الثاني ، لان الراهن انما وضع الرهن لحسابه ، لا لحساب المرتهن .

(٢) عملاً بعموم صحة الشروط .

(٣) كما في الشرائع والقواعد والتذكرة وغيرها ، ويظهر منهم التسالم على ذلك ، ولم ينقل فيه خلاف أو اشكال ، وفي الجواهر : « لا خلاف أبجده في صحته » . وكفى دليلاً عليه عموم : « المؤمنون عند شروطهم » .

(٤) يعني : يكون الاداء منه ، كما في عبارة القواعد والتذكرة ، وعبارة الشرائع كعبارة المصنف . والظاهر أن المراد منها ذلك . وسيجيء احتمال آخر . فانتظر .

(٥) يعني : يؤخذ الاداء من ذلك المال قيداً للضمان أو قيداً للمضمون فكأنه قال : أضمن الضمان الذي يكون وفاؤه ماله من المال المعين ، أو أضمن المال الذي يكون وفاؤه من المال المعين .

(٦) عملاً بالشرط .

بمعنى صرفه فيه . وعلى الاول اذا تلف ذلك المال يبطل الضمان (١)

(١) لفوات القيد الموجب لفوات المقيد . قال في التذكرة : « لو شرط في الضمان الاداء من مال بعينه صح الضمان والشرط معا ، لتفاوت الاغراض في أعيان الاموال . فلو تلف المال قبل الاداء بغير تفریط الضامن فلا قرب فساد الضمان لفوات شرطه ، فيرجع صاحب المال على الاصيل . وهل يتعلق الضمان بالمال المشروط تعلقه به تعلق الدين بالرهن ، أو الارش بالجاني ؟ الاقرب الأول فيرجع على الضامن لو تلف . وعلى الثاني يرجع على المضمون عنه . » والمباراة لا تخلو من اشكال ، لتنافي الصدر والذيل فيها ، لأن الرجوع على الضامن الذي قرب به في الذيل يقتضي صحة الضمان ، وهو ينافي ما في الصدر من بطلان الضمان والرجوع على الاصيل ، المناسب لكون التعلق نظير تعلق أرض الجناية .

والمصنف (ره) جعل البطلان من آثار أخذ الشرط على نحو القيد ، لأن فوات القيد يوجب فوات المقيد . وقد تبعه الى ذلك في المسالك في توجيه البطلان الذي حكاه عن التذكرة والشهيد في بعض فتاواه . ولكنه يشكك بان فوات القيد لا يوجب بطلان المقيد ، وإنما يوجب الخيار المسمى بخيار تخلف الوصف ، كما اذا قال : « بعتك هذا العبد الكاتب » فتبين أنه غير كاتب ، فلا فرق بين فوات القيد وفوات الشرط (فان قلت) : فوات المقيد بفوات قيده من الضروريات ، فالقصد انما يتعلق بالمقيد لا بغيره ، فكيف يصح مع فواته الموجب لانتفاء قصده ؟ ! (قلت) هذا الاشكال يتوجه نظيره في صورة فوات الشرط ، لأن القصد انما كان الى المشروط لا إلى الخالي عن الشرط ، فكيف يصح الخالي عن الشرط من دون قصد ؟ ! بل يتوجه أيضاً في باب تبعض الصفقة ، فان من اشترى داراً وتبين أن بعضها لغير البائع ولم يجز أو بعضها وقف لا يصح بيعه لم يكن يقصد شراء البعض أبداً ، وإنما كان يقصد شراء المجموع . ويندفع بان

القصد الضمني التحليلي كاف في صحة العقد بالنسبة الى الفاقد للقيد أو الشرط وبالنسبة الى الجزء في باب تبعض الصفقة . ويشهد بذلك بناؤهم على صحة العقد في البعض لكن مع الخيار ، وكذا بناؤهم على صحة العقد مع تخلف الوصف . يمكن مع الخيار ، المعبر عنه خيار الوصف ، كما في : « بعثك : العبد الكاتب » . ومثله الكلام في مورد خيار الرؤية ودعوى : أن الصحة في هذه الموارد لان الانشاء فيها من باب تعدد المطلوب ، بحيث يكون قصدان : قصد قائم بالمجموع وبالمشروط وبالموصوف ، وقصد قائم ببعض وبالحالي عن الشرط أو الوصف فاذا فات القصد الاول كفي القصد الثاني ، فيها - مع أن ذلك ممنوع ، بل ليس إلا قصد واحد في اكثر الموارد - أنه لو صحح ذلك جاء فيما نحن فيه أيضاً واقتضى الصحة ، فلا وجه للبطلان .

ثم إن العلامة في القواعد قال : « فان تلف بغير تفريط في بطلان الضمان اشكال ، ومع عدمه يتعلق به تعلق الدين بالرهن ، لا الارش بالجاني ، فيرجع على الضامن . وعلى الثاني يرجع على المضمون عنه » . وكأن منشأ الاشكال في البطلان الاشكال في أن فوات الشرط يوجب فوات المشروط وعدمه . والظاهر من قوله (ره) : « ومع عدمه » أنه مع عدم البطلان ، وقوله : « تعلق الدين بالرهن » يعني : يثبت الدين في ذمة الضامن كما يثبت في ذمة الراهن ، لا انه لا يثبت في ذمته كما في حق الجناية ، فانه لا يتعلق بذمة المالك للجاني ، وانما يثبت في رقبة الجاني فقط . لكن هذا التردد لا يتناسب مع عنوان المسألة التي هي الضمان واشترط كون الاداء من المال المعين ، اذ المراد منه أن الذمة مشغولة ويكون الاداء لما في الذمة من المال المعين ، لا ان الذمة فارغة ، فليس من شقوقها كون الذمة فارغة كما في حق الجناية .

ويرجع المضمون له على المضمون عنه . كما أنه اذا نقص ببقى الناقص فى عهده .
وعلى الثانى لا يبطل (١)

(١) الظاهر من الثانى تعلق الارش بالجاني ، كما صرح بذلك فى عبارة التذكرة . وحمله فى مفتاح الكرامة على البطلان . ووجهه غير ظاهر لأن البطلان لم يذكر ثانياً لأول ، وانما ذكر أولاً بدون ذكر ثان . ولذلك فهم منه فى جامع المقاصد ما ذكرنا ، وأشكى عليه بأنه اذا صح الضمان وبيننا على كون التعلق كمتعلق أرض الجناية كيف يتصور الرجوع على المضمون عنه ؟ . وعلى هذا فالمتعين أنه بناء على صحة الضمان مع الشرط المذكور يكون تعلق الدين بالمال المعين تعلق الدين بالرهن ، فتكون ذمة الضامن مشغولة ، وعليه الوفاء من المال المعين . ولا مجال لاحتمال كون التعلق به تعلق أرض الجناية ، وعلى تقديره يتعين البناء على سقوط الدين بالتلف بدون تفريط ، لا أنه يرجع المضمون له على المضمون عنه ، فان أرض الجناية المتعلق بالعبد الجاني يسقط بموته ، لا أنه يرجع الجنى عليه الى مالكه أو غيره ، فانه بعد انتقال الدين من ذمة المضمون عنه الى المال المعين لا وجه لرجوعه الى ذمة المضمون عنه بتلف موضوعه . نظير حق الزكاة الذى يسقط بتلف العين بدون تفريط .

ثم ان الاختلاف بين حق الرهانة وحق الجناية من وجهين : الاول : ما ذكرناه من أن حق الرهانة مقرون باشتغال ذمة الراهن ، بخلاف حق الجناية فانه مقرون باشتغال ذمة المالك . الثانى : أن حق الرهانة مانع من التصرف فى الرهن ، فكانه قائم بالعين بما أنها مضافة الى مالكها حال الرهن ، بخلاف حق الجناية فانه غير مانع من التصرف ، فلو باع المالك العبد الجاني صح البيع وانتقل الحق معه ، فكان الحق قائم به غير مقيد باضافته الى مالك بعينه .

بل يوجب الخيار لمن له الشرط من الضامن أو المضمون له أوهما ومع النقصان يجب على الضامن الاتمام مع عدم الفسخ . وأما جعل الضمان في مال معين من غير اشتغال ذمة الضامن ، بان يكون الدين في عهدة ذلك المال ، فلا يصح (١) .

(١) قال في المسالك فيما لو اشترط أن يكون الضمان من مال معين : « وهل هو متعلق به كمتعلق الدين بالرهن ، أو كمتعلق الدين بالجاني ؟ وجهان مأخذهما : أن الضمان ناقل للدين الى ذمة الضامن ، لأن موضعه إنما هو الذمة وتخصيص هذا المال أفاد انحصار المطالبة فيه ، ولم تخرج الذمة عن العهدة ، لان مقتضى الضمان ابتداء التعلق بها . وهذا هو وجه تعلق الرهن ، ومن أن الضامن لم يدخل ذمته مطلقاً ، وإنما حصر الاستحقاق في المال المعين وجعله متعلق بحق المضمون له ، فينحصر حقه فيه ابتداء من غير تعلق بالذمة . وأقواها الاول » . ولا يخفى أن مفاد الوجه الثاني إلى ارجاع اشتراط الضمان من مال معين إلى تخصيص حق المضمون له بالمال المعين ، فالبناء على صحته حينئذ يقتضي البناء على صحة هذه الصورة ، بل ظاهر بعض عبارات المسالك الاخرى ذلك . وهو كذلك عملاً بمجموعات الصحة ، وان لم تكن من الضمان المصطلح الذي هو اشتغال الذمة فلا تجري عليها أحكامه .

والذي يتحصل مما ذكرنا أمور : (الاول) : أن اشتراط الضمان في مال معين يكون على صور ثلاث ذكرها المصنف كلها صحيحة . (الثاني) : أن أحكام الضمان تجري على الاولتين منها دون الاخيرة . (الثالث) : أنه مع التلف بدون تفريط يكون الخيار المشروط له في الصورتين الاولتين ، ولا يكون له الخيار في الاخيرة . (الرابع) : أنه مع التلف بدون تفريط يرجع المضمون عنه على الضامن في الصورتين الاولتين ، ولا يرجع على أحد في الصورة الثالثة ، لا على

(مسألة ٢٥) : اذ أذن المولى لمملوكه في الضمان في كسبه ، فان قلنا أن الضامن هو المولى ، للانفهام العرفي ، أو لقرائن خارجية ، يكون من اشتراط الضمان في مال معين - وهو الكسب الذي للمولى - وحينئذ فإذا مات العبد تبقى ذمة المولى مشغولة ان كان على نحو الشرط في ضمن العقود ، وببطلان ان كان على وجه التقييد (١) . وان انعتق يبقى وجوب الكسب عليه (٢) . وان قلنا ان الضامن هو المملوك ، وان مرجعه الى رفع الحجر عنه بالنسبة الى الضمان ، فإذا مات لا يجب على المولى شيء (٣) وتبقى ذمة المملوك مشغولة يمكن تفريغه بالزكاة

الضامن ، لأن المفروض فراغ ذمته ، ولا على المضمون عنه لان المفروض انتقال المال من ذمته الى المال للمعين ، فلا موجب لبطلان هذا الانتقال ، كما احتمله في المسالك ، خلافاً لما سبق عن التذكرة والقواعد وغيرها . (الخامس) : أن الوجه في صحة العقد في صورتني تخلف القيد والشرط هو الاجتزاء بالقصد الضمني الارتباطي في صدق العقد والايقاع ، وكذلك في باب تبعض الصفقة وان كان القصد المذكور غير حاصل في حال انتفاء القيد أو الشرط أو المقارن (السادس) : أن الفرق بين حق الرهانة وحق الجفائية من وجهين: الاول: أن الاول لا يسقط الدين فيه بتلف موضوع الحق ، بخلاف الثاني . الثاني : أن الاول يمنع من التصرف في موضوعه بنقل أو نحوه بخلاف الثاني .

(١) قد سبق في المسألة الماضية الاشكال فيه .

(٢) عملاً بمقتضى الشرط وإن لم نقل بان المدين يجب عليه المكسب .

(٣) اذ لا مقتضى لهذا الوجوب ، فان الضمان الواقع لا يقتضيه ، وليس

له مقتض غير .

ونحوها . وإن انعتق يبقى الوجوب عليه (١) .

(مسألة ٢٦) : إذا ضمن اثنان أو أزيد عن واحد ، فلما ان يكون على التعاقب ، أو دفعة . فعلى الاول الضامن من رضى المضمون له بضمانه (٢) . ولو أطلق الرضا بهما كان الضامن هو السابق (٣) . وبمقتضى قويا كونه كما اذا ضمنا دفعة ، خصوصا بناء على اعتبار القبول من المضمون له ، فان الاثر حاصل بالقبول نقلا لا كشفا (٤)

(١) عملا بمقتضى إطلاق عقد الضمان لما لم يقيد بحال الرقية .

(٢) تارة : يرضى المضمون له بضمان أحدهما دون الآخر ، واخرى : يرضى بضمان أحدهما ثم يرضى بالآخر . فان كان الاول صح ضمان من رضى المضمون له به ، لحصول شرطه ، سواء كان سابقاً أم لاحقاً ، وبطل الآخر لفقد شرطه كذلك . وان كان الثاني صح ضمان الاول وبطل ضمان الثاني ، لانتفاء موضوعه بالاول ، لأنه أوجب فراغ ذمة المضمون عنه ، فلامعنى للضمان الثاني (٣) كذا في الجواهر وغيرها . وعمله في مفتاح الكرامة بانه اذا رضى بضمان كل منهما فقد رضى بضمان الاول ، فيمتثل المال اليه ، فلا يصادف ضمان الثاني ولا الرضا به حقاً على المضمون عنه ، فيبطل .

(٤) فتكون نسبتته الى الايجابين نسبة واحدة ، فترجح أحدهما على الآخر من دون مرجح فيكون الحكم كما اذا اقترن الايجابان . هذا بناء على اعتبار القبول في الضمان لكونه من العقود . أما بناء على اشتراط الرضا في الضمان لكونه من الايقاع فالرضا وان كان شرطاً خارجاً عن السبب المؤثر الا أنه دخیل في ترتب الأثر فيكون الأثر مقارناً له ، وحينئذ يرجع الكلام السابق من أن نسبة الرضا إلى الايقاعين نسبة واحدة ، فلا يترجح أحدهما على الآخر وإن سبق زمانا . نعم

وعلى الثاني ان رضى باحدهما دون الآخر فهو الضامن ، وان رضى بهما معا ففي بطلانه - كما عن المختلف وجامع المقاصد (١) ، واختاره صاحب الجواهر (٢) أو التقسيط بينها بالنصف أو بينهم بالثلث ان كانوا ثلاثة وهكذا (٣) .

بناء على الكشف يتمين الاثر الاول ، ويبطل الثاني لارتفاع موضوعه بالاول كما سبق في مفتاح الكرامة ، ولا يتوجه ما ذكره بناء على النقل .

(١) قال في المختلف فيما اذا وقع ضمان الجماعة دفعة : « وان وقع الرضا دفعة احتمل بطلان الضمان ، لامتناع انتقال الحق دفعة واحدة الى ذمم متعددة . والصحة فيطالب كل واحد بقسطه لا بالجميع . والأقوى الاول » وفي جامع المقاصد بعد ما نقل القول الثالث في المسألة وهو البطلان قال : « وهو الأصح » وفي التذكرة : « لو اتفق ضمان الاول مع صاحب الحق وضمان الثاني مع وكيله في الزمان الواحد بطل الضمانان معا ، لعدم أولوية أحدهما بالصحة والآخر بالبطلان » .

(٢) فانه بعد أن نقل القول الثالث في المسألة وهو البطلان قال : « ولكن لا يخفى على من أحاط خبراً بنظائر المسألة قوة الأخير منها . وما ذكر الفاضل من وجود النفي - لو سلم انه مثله - لا يصح دليلاً للمسألة » .

(٣) حكاه في المختلف وجامع المقاصد قولاً ، ونسبه في مفتاح الكرامة الى ابن الجنيد . لكن عبارته غير ظاهرة فيه ، قال : « ولو كفل جماعة بمال الرجل على رجل ، ولم يفصلوا قدر ما كفل به كل واحد من المال ، كان كل واحد منهم كفيلاً بحقه على قدر عددهم » . وظاهره أنه في مقام الاثبات لا الثبوت ، فـ لا يكون مما نحن فيه . وكيف كان فاستدل لهذا القول في جامع المقاصد بان الاصل صحة الضمان ، ولما امتنع انتقال المضمون الى كل من

أو ضمان كل منها فالمضمون له مطالبة من شاء ، كما في تعاقب الايدي ، وجوه أقوها الاخير (١)

الذمتين ، ولا أولوية ، انتقل الى كل واحدة منها ما يقتضيه التحاص . ثم قال : « وفيه نظر ، لانه خلاف ما اقتضاه العقدان وأراداه الضامنان . بل ان كان العقد صحيحاً ترتب عليه مقتضاه ، والا كان باطلاً » . وقد يتوهم أن التقسيط مقتضى التزامهم . وفيه : أن التزامهم يتوقف على وجود المقتضي في الطرفين وهو أول الكلام ، فإنه بناء على امتناع اشتغال الذمتين بتام المالين يكون التنافي بين تطبيق الدليل بالاضافة الى كل من العقدين ، ولعدم المرجح يسقط الدليل فيهما معا .

(١) حكاه في جامع المقاصد عن ابن حمزة في الوسيلة ، وعبارته صريحة فيه ، وسماه ضمان الانفراد ، وهو ضمان جماعة عن واحد ، ويكون للمضمون له الخيار في مطالبة المال من أيهم شاء على الانفراد وعلى الاجتماع ، في مقابل ضمان الاشتراك ، وهو بالعكس ؛ يعني : ضمان واحد عن جماعة . وكان المناسب التسمية على العكس . وفي جامع المقاصد عن الفخر عن والده في درسه الشريف توجيهاً بان مثله واقع في العبادات ، كالواجب على الكفاية ، وفي الاموال كالغاصب من الغاصب ، وحكى ذلك عنه الشهيد أيضاً على ما حكاه في مفتاح الكرامة . ثم ذكر أن ظاهر الفخر وصريح الشهيد الرضا به . لكن أشكل على مقايسته بباب الغاصب من الغاصب بأنه لم يثبت المال في ذم متعددة وإنما وجب على من جرت يده على المنصوب رده على مالكه ، عملاً بعموم : « على اليد ما أخذت حتى تؤدي » . وفيه : أن تقدير المضاف خلاف الاصل : مع أنه لا ينسجم المصدر فيه مع الدليل ، لان مرجع التقدير الى قوله : على اليد اداء ما أخذت حتى تؤدي ، فمتحد الغاية والمغني ، وهو كما ترى .

وفي الجواهر في شرح مفهوم الضمان ذكر أن المشغول به في تعاقب
الايدي على المصوب ذمة واحد ، وهو من تلف في يده المال مثلا ، وان جاز
لمالك الرجوع على كل واحد لعدم قصور اشتغال ذمتين فصاعدا بمال واحد ،
وكأنه الى ذلك أشار في عبارته السالفة بقوله : « لو سلم أنه مثله » . وفيه :
أنه خلاف قوله (ص) : « على اليد ما أخذت حتى تؤدي » . وجواز الرجوع
الى كل واحد لادليل عليه سواء . وشيخنا الاعظم ذكر أن الشيء الواحد
لا يقبل الاستقرار إلا في ذمة واحدة ، ولأجل ذلك يتعين الالتزام بأن اشتغال
ذمة كل واحد من الايدي المتعاقبة على البديل . ثم قال : « ويمكن أن يكون
نظير ذلك ضمان المال على طريقة الجمهور ، وضمان الاثنين لواحد ، كما اختاره
ابن حمزة » وظاهره حمل هذه الاقوال على ما ذكر من كون الضمان بدلي
لاعرضي . ويشكل بأن الضمان على البديل غير معقول ، اذ كل ما يكون في الخارج
متعين . إلا أن يريد - قدس سره - من كونه على البديل أنه كذلك من حيث
الحكم ، فالذمتان وان كانت كل واحدة منهما مشغولة بالبديل في عرض واحد
ليكن بالاستيفاء من أحدهما يسقط الآخر . والا لم يكن البديل بدلا ، فان معنى
كونه بدلا أنه يقوم مقام البديل منه ويشغل الفراغ الذي كان بفقده ، فاذا قام
مقامه وتدارك الخسارة التي جاءت من فقده فلا معنى لضمانه . وعلى هذا
يجوز عنده اشتغال الذم المتعددة بمال واحد ، لكنها في مقام الفراغ متلازمة
فاذا فرغت إحدى الذم من المال بدفع البديل فرغت الأخرى حينئذ . ولا يحسن
التعبير منه بأن الشيء الواحد لا يقبل الاستقرار الا في ذمة واحدة . وكيف
كان فالتحقيق جواز اشتغال الذم المتعددة بمال واحد . لمالك واحد كجواز
اشتغال ذم متعددة بواجب واحد كما في الواجبات الكفائية ، فان اشتغال الذم
المتعددة بالواجب فيها حاصل ، ولا فرق بينها وبين المقام إلا في أن المصحح

وعليه إذا أبره المضمون له واحدا منها بره دون الآخر (١) إلا إذا علم إرادته إبراء أصل الدين ، لا خصوص ذمة ذلك الواحد .

« مسألة ٢٧ » : إذا كان له على رجلين مال ، فضمن كل منهما ما على

للاشتغال فيها الوجوب والمصحح للاشتغال هنا الملك . ودعوى : أن الواحد لا يقبل الوجود الا في مكان واحد . مدفوعة بأن ذلك في الوجود الحقيقي والوجود هنا اعتباري لاحقيقي ، واعتباره تابع لوجود منشأ الاعتبار ، وهو سبب الضمان ، فلما كان : « على اليد » ينطبق بالنسبة الى كل واحد من ذوي الايدي المتعاقبة كان موجبا لاشتغال الذمة بالنسبة اليهم جميعاً أيضاً ، وان كان الحكم اذا أدى واحد منهم فقد برأت ذمة الباقيين ، لأن المضمون في جميع الذمم مال واحد ، فاذا وصل الى أهله لزم حصول البراءة منه . نظير ما يقال في الواجبات الكفائية من أنه يسقط الوجوب عن الجميع بفعل واحد منهم ، لان الواجب واحد يسقط الأمر به بمجرد حصوله . وهنا تبرأ الذمم منه بمجرد وصوله إلى مالكة .

(١) لا اختصاصه بالبراء فلا يتعدى الى الآخر . اللهم الا أن يقال : انه بمنزلة الاستيفاء ، لانه إسقاط لما في الذمة وقطع العلاقة بينه وبينه ، فهو تصرف في المال نفسه ، لا تصرف في الذمة ، ليختص باحدها دون الآخر ، إذ لا سلطان له على الذمة ، وانما سلطانه على ماله ، فاذا كان قد قطع العلاقة بينه وبينه فقد قطع العلاقة بينه وبين باقي غيرها من الذمم ، لان المفروض انه عينه لا غيره وقد تقدم من المصنف (ره) احتمال ذلك في المسألة الثالثة . لكن التحقيق أن إبراء الذمة بحسب الارتكاز العرفي مجرد اخلائها من ماله ، فان كان له مستقر آخر فهو على حاله ، لا أنه قطع للعلاقة بينه وبين المال ، كي يسقط من جميع الذمم .

الآخر باذنه ، فان رضي المضمون له بهما صح (١) . وحينئذ فان كان الدينان متماثلين جنسا وقدرًا تحول ما على كل منهما الى ذمة الآخر . ويظهر الثمر في الاعسار واليسار (٢) ، وفي كون احدهما عليه رهن دون الآخر (٣) ، بناء على افتكك الرهن بالضمان . وان كانا مختلفين قدرًا أو جنسا أو تعجيلًا وتأجيلًا أو في مقدار الاجل فالثمر ظاهر . وان رضي المضمون له باحدهما دون الآخر كان الجميع عليه (٤) . وحينئذ فان أدى الجميع رجوع على الآخر بما أدى ، حيث ان المفروض كونه ماذونا منه . وان أدى البعض ، فان قصد كونه ماعليه أصلاً أو بما عليه ضماناً فهو المتبع . ويقبل قوله ان ادعى ذلك (٥) .

(١) قال في الشرائع : « اذا كان له على رجلين مال فضمن كل منهما ما على صاحبه تحول ما كان على كل واحد منهما الى صاحبه » ، ونحوه في القواعد وغيرها . وفي المسالك : « لا اشكال في صحة هذا الضمان ، لأن كل واحد جامع لشرائط الصحة » .

(٢) فإذا كان أحدهما معسراً كان للمضمون له الخيار في فسخ الضمان فإذا فسخ استقر تمام المال على المؤسر .

(٣) كما نص عليه في المسالك ، معللاً له بان الضمان بمنزلة الاداء . وقد تقدم الكلام فيه في المسألة الثالثة والعشرين .

(٤) أما دينه الاول فلا أنه لم ينتقل عنه بضمان صاحبه ، لبطلانه . وأما دين صاحبه فلا انتقاله الى ذمته بضمانه .

(٥) كما نص عليه في الشرائع في آخر كتاب الرهن ، معللاً له بانه أبصر بنية وفي جامع المقاصد : « لأنه أعرف بنية » وفي الجواهر : « بخلاف ولا اشكال » ، وكأنه لبناء العقلاء والمتشرعة ، نظير اخبار ذي عما في يده ، بل هو

وان أطلق ولم يقصد أحدهما فالظاهر التقييط (١)

أولى منه ، لانه اخبار عن النفس ، وبناء العقلاء والمشرعة على الاخذ به . نعم اذا كان في مقام النزاع ثم الرجوع الى الحاكم الشرعي يتعين اليمين عليه ، لأنه منكر ، فاليمين يحتاج اليه الحاكم الشرعي لفصل الخصومة ، ولا يحتاج اليه غيره لترتيب أنار الصدق . وهكذا جميع موارد الحجج ، فان الحجة تكون مع المنكر ولا يكتفي بها الحاكم ، بل يحتاج الى يمين اذا لم يقم المدعي ببينة على صدقه لقوله (ص) : « انما أقضى بينكم بالبينات والايمان » . وان كان غير الحاكم يرتب أنار الواقع على الحجة التي تكون مع المنكر ، فان المنكر من يوافق قوله الحجة ، ولا يكتفي بها الحاكم في فصل الخصومة ، لانحصار فصل الخصومة بالبينة واليمين .

(١) كما نص عليه في القواعد . وفي جامع المقاصد : « لامتناع صرفه الى أحدهما ، نظراً الى عدم الأولوية ، فيتعين الأول لانحصار الحال فيهما . ويحتمل صرفه الآن الى ماشاء ، لعدم القصد وامتناع وقوعه بدونه . ويضعف بان المدفوع اليه ملكه من حين القبض ، فيمتنع أن لا يسقط شيء من الدين في مقابله ، لأن قبضه انما كان عن جهته ، فيتعين التوزيع لمساقلنا من انتفاء الاولوية . وهو الاصح . واعلم أن المصنف تردد في الرهن في نظائر هذه المسألة ثم رجع الى الفتوى هنا ، وفيه : أنه لا دليل على حصول الملك بالقبض كي يتعين التوزيع لعدم الاولوية ، كيف وان كل واحد من الدينين متعين في نفسه ، ولذا لوعينه في الوفاء تعين ، فاذا كان متعيناً في نفسه كان محتاجاً الى التعين ، لان الوفاء قصدي ، وقصد الشيء يتوقف على ملاحظته بخصوصياته . وإلا فالتقييط محتاج الى مرجح كالتعيين لاحدهما ، فالبناء على التقييط لعدم المرجح ليس أولى من البناء على عدم التقييط لعدم المرجح . وقد ذكر الاصحاب أنه اذا

ويحتمل القرعة (١) . ويحتمل كونه مخيراً في التعيين بعد ذلك (٢) . والظاهر الاول . وكذا الحال في نظائر المسألة ، كما اذا كان عليه دين وعليه رهن ودين

كان الواجب متعددا بلا تعيين امتنع التعيين في مقام الوفاء ، فاذا جاء المسكف ببعض الواجب سقط البعض وبقي البعض بلا تعيين . فاذا كان عليه صوم أيام من شهر رمضان فصام يوماً سقط يوم من تلك الايام بلا تعيين . واذا كان الواجب متعددا مع تعيين بعضه في مقابل البعض الآخر ، كما اذا كان عليه صوم الكفارة وصوم القضاء ، فصام يوماً ولم يعين بطل ولم يصح لاحدهما . وكذا في المقام مادام كل واحد من الدينين متعيناً في نفسه في مقابل الآخر لم يحصل الوفاء القصدي إلا بقصد أحـد المتعينين ، وإلا خرج عن كونه قصدياً . وأما قصد الجامع بين المتعينين ، فليس قصداً لما في الذمة ، لعدم كون الجامع المذكور في الذمة ، وإنما الذي في الذمة كل واحد من المتعينين . هذا ما تقتضيه المراكز العرفية . ونظير المقام ما اذا كان عليه قضاء رمضان من هذه السنة وقضاء رمضان من السنين السابقة ، فإن قضاء رمضان هذه السنة تجب المبادرة اليه قبل رمضان الثاني ، فاذا لم يبادر كان عليه الكفارة ، وليس كذلك قضاء رمضان السابق فاذا نوى صوماً قضاء ولم يعين لم يصح لاحدهما .

(١) كما احتملت فيما لو كان له زوجتان أو زوجات فقال : زوجتي طالق ولم ينو واحدة منها . لكن هذا الاحتمال ضعيف في المقيس والمقيس عليه ، اذ لا دليل على القرعة بعد أن كان موضوعها المشكل أو المشتبه ، لعدم الاشكال والاشتباه بعد قيام الأدلة على البطلان .

(٢) قد عرفت أنه هو المتعين الذي تقتضيه الأدلة ، فيبقى المدفوع على ملك الدافع الى أن يعين المراد له .

آخر لارهن عليه فادى مقدار أحدهما (١) ، أو كان أحدهما من باب القرض والآخر من مبيع (٢) ، وهكذا ، فإن الظاهر في الجميع التقييط . وكذا الحال إذا أبرء المضمون له مقدار أحد الدينين مع عدم قصد كونه من مال الضمان (٣) أو من الدين الأصلي . ويقبل قوله إذا ادعى التعمين في القصد (٤) ، لأنه لا يعلم إلا من قبله .

« مسألة ٢٨ » : لا يشترط علم الضامن حين الضمان بثبوت الدين على المضمون عنه (٥) ، كما لا يشترط العلم بمقداره (٦) ، فلو ادعى رجل على آخر ديناً فقال : « علي ما عليه » صح . وحينئذ فإن ثبت بالمينة يجب عليه ادأؤه

(١) فإن المدفوع ان كان وفاء للاول بطل حق الرهانة لوفاء الدين ، وإن كان عن الثاني فالحق بحاله لبقاء دينه .

(٢) فإن كان الوفاء للاول بقي حق الخيار من جهة عدم دفع الثمن .

(٣) فإن كان من مال الضمان لم يرجع الضامن على المضمون عنه ، وإن كان من غيره رجع ، على ما تقدم .

(٤) قد تقدم وجهه .

(٥) قد يظهر من جامع المقاصد والمسالك وضوحه والتسالم عليه . وقد يظهر من عبارتي الشرائع والقواعد اشتراط ذلك ، وسيأتي نقل ذلك في المسألة الآتية . وعمومات الصحة تقتضي عدم اشتراط ذلك . ولازم استدلال القائلين باشتراط العلم بمقدار المضمون بقاعدة نفي الغرر القول باشتراط العلم بوجوده لحصول الغرر بدونه . وقد أصر على ذلك في مفتاح الكرامة ، ناسباً له إلى الأصحاب ، مستدلاً عليه بقاعدة نفي الغرر ، مؤيداً له بالعقل .

(٦) تقدم الكلام فيه في المسألة الأولى .

سواء كانت سابقة او لاحقة (١) ، وكذا ان ثبت بالاقرار السابق على الضمان او باليمين (٢) الردودة (٣) كذلك (٤) . واما اذا اقر المضمون عنه بعد الضمان او ثبت باليمين الردودة فلا يكون حجة على الضامن اذا انكره (٥) ويلزم عنه بادائه في الظاهر (٦) . ولو اختلف الضامن والمضمون له في ثبوت الدين او مقداره

(١) لاطلاق عموم دليل حجية البينة الشامل للحالين . والعمدة في هذا العموم رواية مسعدة بن صدقة المتضمنة قوله (ع) : « والاشياء كلها على هذا حتى يتبين غير ذلك او تقوم به البينة » .
(٢) كما صرح بذلك غير واحد ، لحجيتها .

(٣) بان كان المضمون عنه قد انكر الدين الذي يدعيه المضمون له ولم يقر المضمون له البينة على دعواه ، فكان على المضمون عنه اليمين على النفي أو رد اليمين على المضمون له ، فردها خلف المضمون له على ثبوت دعواه .
(٤) يعني قبل الضمان .

(٥) أما الاقرار فلا أنه إقرار في حق الغير . وأما اليمين الردودة فهي بمنزلة الاقرار من هذه الجهة ، لا تكون حجة الا للحاكم في فصل الخصومة لقصور دليل حجيتها عن شمول ذلك . وقد أشرنا الى الخلاف في حجية اليمين الردودة في المسألة الثالثة من (فصل فيه مسائل متفرقة) من كتاب النكاح . وعن أبي الصلاح وأبي المكارم حجية الاقرار ، بل عن الثاني دعوى الاجماع عليه . وفيه : ما عرفت . والاجماع ممنوع .

(٦) هذا الزوم غير ظاهر ، للعلم بفراغ ذمة المضمون عنه ، لأنه ان كان مشغول الذمة قبل الضمان فقد برئت بالضمان ، وان كان بريء الذمة قبل الضمان فلا موجب لاشتغالها ، فأخذ المال منه مما يعلم بعدم استحقاقه .

فاقر الضامن أورد اليمين على المضمون له خلف ، ليس له الرجوع على المضمون عنه اذا كان منكرا (١) وان كان أصل الضمان باذنه . ولا بد في البيئة المثبتة للدين أن تشهد بثبوتها حين الضمان ، فلو شهدت بالدين اللاحق او اطلقت ولم يعلم سبقه على الضمان او لحوقه لم يجب على الضامن اداؤه (٢) .

« مسألة ٢٩ » : لو قال الضامن : « علي ما تشهد به البيئة » وجب عليه اداؤه ما شهدت بثبوتها حين التكلم بهذا الكلام (٣) ، لأنها طريق الى الواقع وكاشف عن كون الدين ثابتا حينه (٤) . فما في الشرائع من الحكم بعدم الصحة لا وجه له (٥)

(١) لعدم ثبوت الدين على المضمون عنه باقرار الضامن ، لاختصاص حجبيته به ، ولا ييمين المضمون له الردودة ، لما عرفت .

(٢) لعدم ثبوت الدين حال الضمان لينتقل الى ذمته ، والاصل عدمه .

(٣) يعني : حين الضمان .

(٤) واذا كان ثابتاً حينه كان مضموناً على الضامن ومنقلاً الى ذمته .

(٥) قال في الشرائع : « لو ضمن ما تشهد به عليه لم يصح ، لانه لا يعلم

ثبوتها في الذمة وقت الضمان » . وقوله : « وقت الضمان » يحتمل فيه أن يكون قيداً للثبوت في الذمة ، يعني : أن الثبوت في الذمة وقت الضمان غير معلوم ، إما لعدم شهادة البيئة بالثبوت وقت الضمان ، وانما كانت شهادتها بالثبوت حال الشهادة ، وإما لعدم كونها حجة على الثبوت وقت الضمان وان كانت قد شهدت بذلك . ويحتمل أن يكون قيداً للعلم ، يعني : لا يعلم وقت الضمان بالثبوت في الذمة . ومقتضى الاخير اعتبار العلم وقت الضمان بالثبوت في الذمة ، فاذا لم يعلم حين الضمان الثبوت في الذمة لم يصح الضمان ، كما أصر على

ذلك في مفتاح الكرامة ، حاملا عبارات الاصحاب عليه ، كما أشرنا اليه آنفا فيكون مخالفا لما تقدم في المسألة السابقة ، كما أشرنا اليه هناك . وعلى الاحتمالين السابقين لا تعرض فيه لذلك . والمصنف حملها على الاحتمال الثاني منهما . وهو غير ظاهر ، إذ لا خلاف من أحد في حجية البيعة ، فكيف يحتمل الخلاف من المحقق (ره) ؟ ! والاول منهما أيضاً غير ظاهر ، إذ ربما تشهد بالثبوت وقت الضمان ، كما ربما تشهد بالثبوت في الجملة ، فأطلاق عدم شهادتها بالثبوت حال الضمان لا وجه له .

ومثلها في هذه الاحتمالات عبارة القواعد ، قال : « ولو ضمن ما تقوم به البيعة لم يصح ، لعدم العلم بثبوته حينئذ » . نعم ظاهر عبارة المختلف أن المراد الاحتمال الاول ، قال في المختلف : « قال الشيخ في المبسوط : قال قوم من أصحابنا انه يصح أن يضمن ما تقوم به البيعة ، دون ما يخرج به دفتر الحساب . ولست أعرف به نصا . وفي هذه العبارة اشكال ، وعبارة المفيد وأبي الصلاح هنا أحق ، وهو أنه يضمن حقه عليه ، إذ ما تقوم به البيعة لا يعلم ثبوته وقت الضمان ، فلا يصح ، لانه يكون ضمان ما لم يجب » فان الظاهر أن وجه الفرق بين عبارة قوم من أصحابنا وعبارة المفيد وأبي الصلاح : أن الثانية من قبيل ما علم ثبوته حال الضمان ، لان المفروض أن المضمون الحق الذي عليه ، والثانية من قبيل ما لم يعلم ثبوته حال الضمان ، لعدم شهادة البيعة بذلك ، ولذلك كان من قبيل ضمان ما لم يجب ، يعني : ضمان ما لم يعلم أنه وجب ، لعدم ثبوت البيعة بثبوته ، فيحتمل أن يكون من ضمان ما لم يجب .

وفي المسالك حمل عبارة الشرائع على إرادة ضمان الجامع بين الثابت وقت الضمان وغيره ، فانه لا يصح ضمان الجامع المذكور ، ثم قال : « فعلى هذا لو صرح بقوله : ما يشهد عليه ان كان ثابتاً وقت الضمان ، فلا مانع من الصحة

ولا للتعليل الذي ذكره بقوله : « لانه لا يعلم ثبوته في الذمة » . إلا ان يكون مراده في صورة إطلاق البينة المحتمل للثبوت بعد الضمان . وأما مافي الجواهر (١) من ان مراده بيان عدم صحة ضمان ما يثبت بالبينة من حيث كونه كذلك ، لانه من ضمان مالم يجب ، حيث لم يحمل العنوان مافي ذمته لتكون البينة طريقا ، بل جعل العنوان ما يثبت بها ، والفرض وقوعه قبل ثبوته بها . فهو كما ترى لا وجه له (٢) .

كما لو ضمن مافي ذمته ، ولزمه ما تقوم به البينة ان كان ثابتا . وكانه أخذه من جامع المقاصد ، فإنه في شرح عبارة القواعد المتقدمة قال : « لو قال لعدم دلالة عقد الضمان على ضمان مافي الذمة حيثئذ لكان أولى ، وتخرج العبارة على أن المراد لعدم العلم بثبوته من صيغة الضمان ... » يعني : أن صيغة الضمان بالمعنى المذكور لا تدل على ضمان ما ثبت ، لأن ما ثبت أخذ بنحو الاجمال والاهمال لا بنحو الاطلاق . فلا يتوجه عليه مافي الجواهر ، من أنه إذا أخذ مطلقا كان اللازم البناء على الصحة على تقدير شهادة البينة بالثبوت حال الضمان ، فلا وجه لاطلاق البطلان . فإنه يتم لو كان المراد مطلق ما تشهد به البينة ، وليس كذلك بل المراد ما تشهد به في الجملة .

(١) قال في الجواهر : « ولعل الاولى تفسير ذلك بارادة بيان عدم صحة ضمان ما يثبت بالبينة من حيث كونه كذلك ، لانه حيثئذ من ضمان مالم يجب ضرورة عدم جعل عنوان الضمان في ذمته والبينة طريق لمعرفة ، بل كانت العنوان مالم يثبت بها ، والفرض وقوعه قبل ثبوته . ومن هنا أردف التعليل الزبور في المختلف بقوله : فلا يصح لانه ضمان مالم يجب » .

(٢) إن كان المراد انه لا وجه للحكم المذكور على تقدير كون المراد ذلك

« مسألة ٣٠ » : يجوز الدور في الضمان (١) ، بأن يضمن عن الضامن ضامن آخر ، ويضمن عنه المضمون عنه الاصيل . وما عن المبسوط من عدم صحته

فوجه ظاهر ، لانه من ضمان مالم يجب . وان كان المراد أنه لاوجه لحمل العبارة عليه لانه بعيد ، فهو ليس بأبعد مما ذكره من الحمل . وبالجمله : عبارتنا الشرائع والقواعد ونحوها تحتل معاني كثيرة قد حملها كل واحد من الاكابر على واحد منها ، فحملها في مفتاح الكرامة على عدم العلم حال الضمان بالثبوت حاله فيكون من ضمان مجهول الثبوت ، وهو غير صحيح ، لاشتراط العلم بالثبوت حال الضمان . وحملها في المسالك وجامع المقاصد على ضمان مالم يكن مفروض الثبوت حال الضمان . وحملها في الجواهر على ضمان ما عنون بعنوان غير ثابت حال الضمان . وحملها المصنف على عدم العلم حتى بعد الضمان بالثبوت ، لعدم حجية البيئته . والمحامل الثلاثة الاخيرة بعيدة جداً عن العبارات المذكورة . والمحمل الاول وان كان قريباً بالنظر الى نفس التعبير ، لكنه بعيد عن سيرة الاصحاب إذ لو كان العلم وقت الضمان بثبوت الدين شرطاً للضمان كان اللازم عنه في جملة شرائطه التي فصلت في كتبهم ، لا إهماله والاشارة اليه بمثل هذه العبارة . مضافاً إلى عدم الدليل على شرطيته غير عموم نفي الغرر ، وهو غير ثابت . ولذا بني على عدم اشتراط العلم بمقدار الدين المضمون . وأما تأييد الشرطية بالعقل - على ما ذكر في مفتاح الكرامة - فغير ظاهر . هذا بالنظر الى كل من الاحتمالات في نفسه . لكن إذا دار الامر بينها فالاقرب ما ذكره في المسالك وجامع المقاصد . (١) كما صرح به جماعة ، وفي الجواهر : « لاشكال في جواز الدور . خلافاً للمحكي عن الشيخ في المبسوط ، فمنعه ، لصيرورة الفرع أصلاً وبالعكس ولعدم الفائدة فيه » .

لاستلزامه صيرورة الفرع أصلاً وبالعكس ، ولعدم الفائدة لرجوع الدين كما كان مردود بان الاول غير صالح للمانعية (١) ، بل الثاني أيضاً كذلك (٢) . مع ان الفائدة تظهر في الاعسار واليسار (٣) ، وفي الحلول والتأجيل ، والاذن وعدمه . وكذا يجوز التسلسل بلا اشكال (٤) .

(مسألة ٣١) : اذا كان المديون فقيراً يجوز أن يضمن عنه بالوفاء من طرف الخمس أو الزكاة أو المظالم أو نحوها من الوجوه التي تنطبق عليه (٥) اذا كانت ذمته مشغولة بها فعلاً ، بل وإن لم تشتغل فعلاً ، على اشكال .

(١) إذ لا محذور في صيرورة الفرع أصلاً ولا في عكسه .

(٢) إذ لا محذور فيه ، لان مجرد عدم الفائدة لا يوجب الخروج عن إطلاق الأدلة المقتضية للصحة .

(٣) كما تقدم نظير ذلك في المسألة السابعة والعشرين .

(٤) كما في الجواهر ، أولاً شبهة في جوازه ، كما في المسالك ، أو الظاهر عدم الخلاف فيه عند الاصحاب ، كما عن مجمع البرهان .

(٥) تارة : يكون المراد نقل الدين من ذمة الفقير الى مصرف الخمس أو غيره ، بان يكون المتعهد بالمصرف الخاص . وأخرى : يكون المراد النقل الى ذمة الضامن ويكون الاداء من الحق الخاص وثالثة : بان يكون المراد التعهد بالوفاء من الحق الخاص من دون اشتغال ذمته بالمال ، لان التعهد كان بالوفاء لا بالمال . أما الاول فتتوقف صحته على ولاية الضامن على الحق بحيث يجعله مديناً للمضمون له ، نظير ما اذا اشترى ولي الزكاة علماً لانعام الصدقة ، فان الثمن يكون على الزكاة لاعلى الولي ، فاذا لم يكن له ولاية على الحق لم يصح منه أن يجعله مديناً للمضمون له . وثبوت هذه الولاية غير واضح من الأدلة ، خصوصاً

« مسألة ٣٢ » : إذا كان الدين الذي على المدينون زكاة أو خمسا جاز أن يضمن عنه ضامن للحاكم الشرعي (١) ، بل وآحاد الفقراء ، على اشكال (٢)

في الخمس ورد المظالم والكفارات ونحوها من الحقوق التي يجب تملكها إلى الفقير فإنه لا تبرأ ذمة من عليه الحق إلا بالتملك والوفاء على النحو المذكور ليس تملكها أما مالا يجب فيه التملك كالزكاة فإنه قد تبرأ ذمة المالك بالصرف في مصارفها من دون تملك . لكن الولاية للمالك على هذه الاستدانة عليها غير ثابتة . بل ثبوتها للحاكم الشرعي غير ظاهر ، لقصور أدلة ولاية الحاكم الشرعي عن شمول مثل ذلك ، وإن كانت له ولاية على الاستدانة عليها إذا قضت الضرورة بذلك ، لكن عموم الولاية لما نحن فيه بحيث يجعل الضمان على الزكاة غير ثابت . مضافاً إلى أنه قد تقدم في المسألة الرابعة والعشرين أن نقل الدين من ذمة المضمون عنه إلى نفس المال المعين لا يصح عند المصنف ، فكيف صح هنا عنده ؟ . وأما الثاني فهو أوضح اشكالا ، لأن صرف الحقوق في الوفاء عن ذمة المالك لا يصح في الزكاة فضلا عن غيرها ، فلا يصح اشتراطه . وأما الثالث فهو وعد بالوفاء لا يجب العمل به ، ولا يوجب انتقال الدين من ذمة المضمون عنه إلى ذمة أخرى .

(١) لأنه الولي عليه ، فيكون هو المضمون له ، لأن المراد من المضمون له من له ولاية المال ، سواء كان مالكا له أم وليا عليه وإن لم يكن الدين مملوكا لمالك كالزكاة . وإن شئت قلت : المضمون له الجهة المختصة بها المال ، والحاكم ولي عليها فيقبوله يتم الضمان . وكذلك الحكم في الصدقات المعينة للجهات إذا كانت ديناً فضمنه للجهة المعينة اعتبار قبول الولي الخاص إن كان ، وإلا كان القبول من الحاكم الشرعي . كل ذلك لعموم الأدلة المقتضية للصحة .

(٢) ظاهر ، لأن آحاد الفقراء لا يملكون المال ، بل ولاحق لهم فيه ، إذ

(مسألة ٣٣) : اذا ضمن في مرض موته ، فان كان باذن المضمون عنه فلا اشكال في خروجه من الاصل ، لانه ليس من التبرعات ، بل هو نظير القرض والبيع بضمن المثل نسيئة (١) . وان لم يكن باذنه فالاقوى خروجه من الاصل كسائر المنجزات . نعم على القول بالثالث يخرج منه (٢) .

(مسألة ٣٤) : اذا كان ماعلى المديون يعتبر فيه مباشرة لا يوضح ضمانه (٣) ، كما اذا كان عليه خياطة ثوب مباشرة ، وكما اذا اشترط أداء الدين من مال معين للمديون (٤) .

لا دليل على شيء من ذلك ، فلا ولاية لهم عليه .

(١) كما صرح بذلك في المسالك وغيرها .

(٢) كما جعله الاصح في الشرائع - قال (ره) : « اذا ضمن المريض في مرضه ومات فيه خرج ماضمته من ثلث تركته على الاصح » - لبنائه على خروج المنجزات من الثلث ، وقوله (ره) : « خرج ماضمته من ثلث تركته » ظاهر في الضمان التبرعي الذي يحتاج الى المخرج ، إذ الضمان المأذون فيه لانقص فيه مالي كي يحتاج الى مخرج .

(٣) لامتناع انتقاله الى ذمة غير المديون ، لان ما في ذمة غير المديون ليس صدقا لما في ذمة المديون . اللهم إلا أن يقال لامانع من تعهد غير المديون بفعل المديون ، فمباشرة الخياطة مثلا انما تقتضي اعتبار صدور الخياطة من المديون ولا تقتضي اعتبار اشتغال ذمته به ، فيجوز ان يتعهد غير الخياط بفعل الخياط ، بان يستأجر زيد على خياطة ثوب ، ويشترط ان يكون المباشر للخياطة عبده أو أجيريه .

(٤) يمكن محيى الاشكال السابق فيه أيضاً ، بان يتعهد زيد بالوفاء من

وكذا لا يجوز ضمان الكلبي في المعين (١) ، كما اذا باع صاعا من صبرة معينة ، فانه لا يجوز الضمان عنه والاداء من غيرها مع بقاء تلك الصبرة موجودة .
(مسألة ٣٥) : يجوز ضمان النفقة الماضية للزوجة (٢) ، لانها دين على الزوج . وكذا نفقة اليوم الحاضر لها اذا كانت ممكنة في صبيحته ، لوجوبها عليه حينئذ (٣) .

مال عمرو ، فاعتبار الوفاء من مال معين لا يقتضي اختصاص التعهد به بمالك المال ، بحيث لا يمكن ان يتعهد به غيره وتشتغل ذمته به .
(١) لا يخفى ان الكلبي في المعين ليس ثابتا في ذمة ، فلا يكون ضمانه من ضمان ما في الذمة ، الذي هو موضوع كتاب الضمان ، على ما عرفت في الشرط الثامن . ومع غض النظر عن ذلك فلو ضمنه بقصد الاداء من تلك الصبرة لامانع من صحته ، ولو ضمنه بقصد الاداء من صبرة أخرى مع بقاء تلك الصبرة لم يصح ، لان الاداء من الصبرة الاخرى ليس اداء للمضمون ، بل اداء لغيره .
(٢) قال في الشرائع : « ويصح ضمان النفقة الماضية والحاضرة للزوجة . لاستقرارها في ذمة الزوج دون المستقبل » ، ونحوه في القواعد باسقاط التعليل وحكي عن كثير من كتب القدماء والمتأخرين ، وفي مفتاح الكرامة عن مجمع البرهان : « لعله لا خلاف فيه » ثم قال : « وهو كذلك » ، وفي الجواهر في الماضية نفي الخلاف والاشكال ، ويظهر من المسالك التسالم على الحكم في الماضية والحاضرة .

(٣) قال في الشرائع : « الزوجة تملك نفقة يومها مع التمكين » ، وظاهره انها تملك نفقة اليوم في أول اليوم مع التمكين ، كما لعله صريح القواعد ، حيث قال انها تملك النفقة في صبيحة اليوم ، وظاهر المسالك انه لا اشكال فيه . وكذا

وان لم تكن مستقرة لاحتمال نشوزها في اثناء النهار ، بناء على سقوطها بذلك (١)

ظاهر غيرها . وعلمه في المسالك بانها تحتاج الى الطحن والخبز والطبخ ، اذ الواجب عليه دفع الحب ونحوه ومؤونة إصلاحه ، لاعين المأكل مهيئاً ، عملاً بالعادة فلولم يسلم اليها في أول النهار لم تنله عند الحاجة . وبشكل يمنع الاكتفاء بدفع الحب ونحوه ، اذ هو خلاف إطلاق النفقة والرزق ، والا لأجزأ دفع الصوف والقطن في نفقة الكسوة . مع أنه لو سلم ذلك كان اللازم الدفع في الوقت الذي لا بد منه في تحصيل المأكل والملبوس ، فقد يقتضي تقديمه على اليوم ، كما هو الغالب ، فان دفع الحب لا يكفي في أكلة الصبح ، وقد يقتضي تأخيرها عن الصبح اذا كانت المقدمات تتهياً في جزء يسير من الزمان . وبالجملة : تعيين أول اليوم لادليل عليه ، ومقتضى الادلة حصول الملك عند الحاجة . ولذلك اعترف في الجواهر بان أدلة الاتفاق لا تقتضي الملك ، فضلاً عن ثبوته في صبيحة اليوم . لكن الظاهر من قوله تعالى : (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) هو الملك . اللهم الا أن يحمل الرزق والكسوة على المصدر لالعين . لكن لازم ذلك السقوط بخروج الوقت ، فلا تقضى اذا طأت ، وهو خلاف المتسالم عليه . وكون العادة جارية على البذل لا ينافي ذلك اذا كان البذل مع التراضي ، فانه يجوز وفاء الدين بغير جنسه اذا كان مع التراضي .

(١) الاحتمالات في نفقة الممكنة في أول اليوم اذا نشزت في اثناء النهار ثلاثة : الاول : أن تكون ثابتة في ذمة الزوج أول اليوم ، ولا يجوز استرجاعها اذا طرأ النشوز في اثناء النهار . الثاني : أن تكون ثابتة في الذمة أول اليوم ويكون النشوز مسقطاً لها بعد الثبوت . الثالث : أن تكون ثابتة في الذمة أول اليوم ثبوتاً مراعى باستمرار التمكين ، فاذا نشزت في اثناء النهار انكشف عدم الثبوت من أول الامر . والذي يقتضيه إطلاق الادلة هو الاخير ، لان النشوز

مانع من استحقاق النفقة ، فإذا حصل في أثناء النهار انكشف عدم الاستحقاق من أول الامر . ودعوى : حصول الاستحقاق بالتمكين أول اليوم ، فيكون النشوز مانعاً من بقاءه وموجباً لسقوطه بعد الثبوت . لادليل عليها ولا تساعدنا أدلة المقام ، كما أن الزوجية موضوع النفقة فإذا زالت بالموت أو الطلاق انكشف عدم الحكم لعدم موضوعه . ودعوى : أن الموضوع هو الزوجية في صبيحة اليوم ، فإذا كانت زوجة حينئذ استحققت نفقة اليوم تامة غير ظاهر من الأدلة . ومن ذلك يشكل ما في القواعد ، من أنها إذا ماتت أو طلقها في أثناء النهار لم يسترد النفقة لأنها ملكتها . كما يشكل الفرق بين الطلاق والموت وبين النشوز حيث حكم في القواعد أيضاً بالاسترداد فيه دونها إذا طرأ في أثناء النهار ، على اشكال ، من تقديم القبض الموجب لعلك قبل النشوز ، ومن أن التمكين شرط في ملك النفقة . إذ لا يخفى أن دخل الزوجية في استحقاق النفقة أكد من دخل التمكين فيه ، فكيف لا يكون فوات الزوجية بالموت أو الطلاق موجباً لفوات الاستحقاق وفوات التمكين موجباً لذلك ؟ ! ، وفي بعض عبارات القواعد أنه لا تسترد النفقة في الطلاق في أثناء النهار ، وتسترد في موتها أو موته أو نشوزها . وهو كما ترى . فإذا التحقّق أن الجميع من باب واحد ، وأن فوات كل منها موجب لفوات الاستحقاق والملك في أول اليوم إن تم فهو مراعى ببقاء الموضوع والشرط ، ومع انتفاء واحد منها ينكشف فوات الاستحقاق من أول الامر . وعلى هذا فصحة ضمان النفقة الحاضرة مراعاة بقاء التمكين . وأما ما ذكره المصنف من احتمال ثبوت الملك أول النهار ، ويستقر باستمرار التمكين فإذا طرأ النشوز بطل التملك . فهو ظاهر التعبير بالاسترداد في كلام الجماعة . قال في المسالك : « وأما الحاضرة فلا اشكال في وجوبها وثبوتها في الذمة مع التمكين . أما استقرارها ففيه نظر ، مبني على أنه لو نشزت في أثناء النهار هل

وأما النفقة المستقبلية فلا يجوز ضمانها عندهم ، لأنه من ضمان مالم يجب . ولكن لا يبعد صحته لكفاية وجود المقتضي وهو الزوجية (١) . وأما نفقة الأقارب فلا يجوز ضمانها بالنسبة إلى ماضى ، لعدم كونها ديناً على من كانت عليه (٢) .

تسترد نفقة ذلك اليوم أم لا ؟ فيه خلاف ، يأتي إن شاء الله الكلام فيه ، وظاهر أن القائلين بالاسترداد يقولون بالسقوط بعد الثبوت ، لا أنه كاشف عن عدم الثبوت من أول الأمر ، كما عرفت أنه ظاهر الأدلة . وكيف كان فلاشكال في كون الملك لتام نفقة اليوم أول اليوم وإن الملك يكون حين الحاجة إلى النفقة بالنسبة إلى أبعاضها في اليوم - كما هو ظاهر الأدلة - لا ينافي صحة ضمان النفقة الحاضرة ، بناء على الملك ، لحصول الملك واشتغال الذمة المصحح للضمان على كل حال .

- (١) قد تقدم الاشكال فيه في الشرط الثامن من شروط الضمان فراجع .
 (٢) فلا تقضى بسلا خلاف أجده فيه ، بل ظاهر بعضهم الاجماع عليه .
 كذا في الجواهر . لكن قال بعد ذلك : « قد يشكل أصل عدم وجوب القضاء بان الاصل القضاء في كل حق مالي لآدمي . ودعوى : كون الحق هنا خصوص السد الذي لا يمكن تداركه ، واضحة المنع بعد إطلاق الأدلة المزبورة ، وحرمة العلة المستنبطة عندنا » . وفيه : أن أدلة النفقة للأقارب قاصرة عن اثبات ملك المال . ففي خبر حرير : « قلت لأبي عبد الله (ع) : من الذي أجبر عليه وتلزمي نفقته ؟ فقال : الوالدان والولد والزوجة » ، ونحوه غيره . وهي كما ترى لا تعرض فيها للملك عين النفقة ، بل ظاهرها التكليف بالبذل للنفقة في زمان الحاجة إليها فلا موضوع له بالنسبة إلى الزمان الماضي ، فلا يتضح هذا الإطلاق المقتضي للقضاء .

الا اذا اذن للقريب ان يستقرض (١) وينفق على نفسه ، أو أذن له الحاكم في ذلك (٢) ، اذ حينئذ يكون ديننا عليه (٣) . وأما بالنسبة الى ماسياني (٤) فمن ضمان ما لم يجب . مضافا الى أن وجوب الانفاق حكم تكليفي (٥) ولا تكون النفقة في ذمته . ولكن مع ذلك لا يخلو عن اشكال (٦)

(١) هذا واضح ، فان الاذن كاف في صحة الاستقرض .

(٢) كما ذكره في الشرائع وغيرها ، ويظهر منهم المفروغية عن صحته .

(٣) لكن الدين يكون للمقرض ، لا للقريب المستقرض .

(٤) ظاهره خصوص المستقبل .

(٥) ان كان مورد كلامه المستقبل فكونها من قبيل الحكم التكليفي أيضاً

غير ظاهر ، لعدم ثبوت هذا التكليف بالنسبة الى الزمان المستقبل . نعم يتم بالنسبة الى الزمان الحاضر لو بني على الاقتصار على ماتحت عبارة النصوص . أما بالنظر إلى جواز مطالبة القريب بالنفقة ، وعرض الامر على الحاكم الشرعي واذنه في الاستدانة لها ، يتعين البناء على عدم كونها تكليفاً بحتاً ، بل على كون القريب يملك الانفاق عليه أو النفقة ، إذ لولا الملك والحق الوضعي لم تجز المطالبة إلا من باب الأمر بالمعروف . ولكنه يختص بشرائط لا مجال له مع فقدها . وكذلك لولا الحق الوضعي لوجه لرفع الامر الى الحاكم ، ولا لادنه بالاستقرض ، كما هو واضح نعم لما كان الحق مردداً بين الحقين لا مجال للاستصحاب في اثبات القضاء لانه من قبيل الاستصحاب الجاري في المفهوم المردد ، وهو غير حجة ، فيتعين الرجوع في وجوب قضائه الى أصالة البراءة ، فهو حق وضعي لا تكليف محض . (٦) لما عرفت . مضافا الى بنائهم على صحة ضمانها فقد ذكر في القواعد أنه يصح ضمان النفقة الحاضرة للقريب دون الماضية والمستقبلية وفي التذكرة :

« أما نفقة اليوم فالأقرب جواز ضمانها ، لوجوبها بطولع الفجر » ، ونحوه في المسالك وعن مجمع البرهان . ومن المعلوم ان الضمان لا يصح في التكليف ، فلا بد أن يكون الانفاق حقاً مالياً مملوكاً للقريب ويكون المضمون هو ذلك الحق المالي . وان كان ظاهر كلامهم أن المضمون عين النفقة ، كما يقتضيه أيضاً سوقها مساق نفقة الزوجة التي يكون المضمون منها عين النفقة بلا شبهة . لكن لا مجال للاخذ بهذا الظاهر ، إذ لا دليل عليه ، بل لا يتناسب مع فتواهم بعدم قضاء الماضية .

والذي يتحصل مما ذكرنا أمور : (الأول) : أن وجوب الانفاق ليس من باب التكليف ، بل من باب الحق المالي (الثاني) : أن هذا الحق في الزوجة لما كان مشروطاً بالتمكين وعدم النشوز لا يكون ثابتاً الا عند الحاجة مع حصول الشرط ، ولا يثبت قبله . وما ذكره الاصحاب من أن نفقة اليوم تثبت للزوجة عند طلوع الفجر غير ظاهر ، بل تثبت نفقة الصبح عند حصوله مع الشرط ونفقة الظهر عند حصوله كذلك ، ونفقة العشاء عند حصوله كذلك ، وكذلك نفقة القريب . وعلى تقدير البناء على ثبوت الملك عند الفجر فهو مراعى ببقاء الشروط . (الثالث) : ان الفرق بين نفقة الزوجة ونفقة القريب : أن الاولى من قبيل ملك النفقة ، والثانية من قبيل ملك الانفاق (الرابع) : أن عبارة المصنف أملت التعرض لنفقة القريب الحاضرة ، مع أنها أول من غيرها بالتعرض ، لذكر الاصحاب لها بالخصوص من حيث جواز الضمان ، وان كان التعليل الثاني كافياً في المنع عن ضمانها . لكن عرفت اشكاله . (الخامس) : أن التحقيق جواز ضمان نفقة القريب الحاضرة كنفقة الزوجة الحاضرة . كما ذكره الجماعة آنفاً وكون الثابت في الثانية ملك العين وفي الاولى ملك الانفاق لا يوجب الفرق بينهما في ذلك ، فان الانفاق حق مالي في الذمة يقبل الانتقال منها الى ذمة أخرى

(مسألة ٣٦) : الاقوى جواز ضمان مال الكتابة (١) ، سواء كانت مشروطة أو مطلقة ، لانه دين في ذمة العبد (٢) وان لم يكن مستقرا لامكان تعجيز نفسه (٣) . والقول بعدم الجواز مطلقاً (٤)

وليس من قبيل الحكم التكليفي الذي لا يقبل ذلك ، فكما ان الخطيئة اذا كانت ديناً يجوز ضمانها كذلك الانفاق .

(١) وفي الشرائع : انه حسن ، وفي التذكرة والقواعد : أنه أقرب ، وحكى عن الارشاد والتحرير والمختلف ، وفي جامع المقاصد : انه الاصح ، وفي المسالك : انه يصح ، وحكى نحو ذلك عن غيرها .

(٢) هذا مما لا خلاف فيه حتى من الشيخ (ره) ، كما سيأتي كلامه ووجه خلافه .

(٣) لأنه اذا عجز نفسه بطلت المكاتبه ، فتبرأ الذمة من مالها .

(٤) ذكره الشيخ في المبسوط ، لانه لا يلزم العبد في الحال ، لأن للمكاتب اسقاطه بنفسه الكتابة للعجز ، فلا يلزم العبد في الحال ، ولا يؤل الى الزوم لانه اذا أداه أعتق وإذا أعتق خرج عن أن يكون مكاتباً ، فلا يتصور أن يلزم في ذمته مال الكتابة بحيث لا يكون له الامتناع من أدائه ، فهذا المال لا يصح ضمانه ، لأن الضمان اثبات مال في الذمة والزام لأدائه وهو فرع لزومه للمضمون عنه ، فلا يجوز ان يكون ذلك المال في الاصل غير لازم ويكون في الفرع لازماً ، فهذا منعنا من ضمانه . وهذا لا خلاف فيه . انتهى . هذا وفي المسالك ان موضع الخلاف الكتابة المشروطة ، كما بينا إذ لا خلاف في المطلقة فأطلاقها من المصنف غير جيد انتهى . وما ذكر غير ظاهر لا طلاق عبارة المبسوط وقد صرح جماعة بان الخلاف لا يختص بالمشروطة كما ذكر في الشرائع . نعم ما حكاه

أو في خصوص المشروطة معللاً بأنه ليس بلازم ولا يؤل الى الزوم . ضعيف
كتعليقه (١). وربما يعال (٢) بان لازم ضمانه لزومه ، مع انه بالنسبة الى المضمون
عنه غير لازم ، فيكون في الفرع لازماً مع انه في الاصل غير لازم . وهو أيضاً
كما ترى (٣) .

في الشرائع من أن بناء الشيخ (ره) على جواز تمجيز العبد نفسه يختص بالمشروطة
وأنها الجائزة دون المطلقة يقتضي اختصاص خلافه بها دون المطلقة ، وإن كان
هذا التخصيص من الشيخ غير ظاهر .

(١) قد يظهر من العبارة تعليان للحكم . الاول : أن مال الكتابة في
ذمة العبد غير لازم . وهو كما ترى أولاً : من أجل أن عدم الزوم غير مانع من
صحة الضمان ، فيكفي في الضمان الثبوت في الذمة - كما سبق في شرائط الضمان -
فيكون كضمان الثمن في مدة الخيار . وثانياً . أن المشهور المنصور لزومه من
جهة العبد ، قال في الشرائع : « الكتابة عقد لازم ، مطلقة كانت أو مشروطة .
وقيل : ان كانت مشروطة فهي جائزة من جهة العبد ، لأن له أن يعجز نفسه .
والأول أشبه ، ولا نسلم أن للعبد أن يعجز نفسه ؛ بل يجب عليه السعي ، ولو
امتنع بحجر . وقال الشيخ : لا يحجر . وفيه اشكال ، من حيث اقتضاء عقد الكتابة
وجوب السعي ، فكان الاشبه الاجبار ، لكن لو عجز كان للعوى الفسخ » .
وما ذكره مقتضى القواعد ، كما اشار اليه في كلامه ، لان الاصل الزوم .

(٢) هذا هو التعليل الثاني من التعليلين الذين ذكرهما في عبارة المبسوط
المتقدمة . ويحتمل أن مفاد العبارة تعليل واحد ، وهو هذا الاخير . وحاصله :
أنه لا يجوز ضمان غير اللازم ، لانه يؤدي الى أن يكون الفرع غير لازم والاصل
لازماً . فيكون الاول من قبيل الصغرى له .

(٣) لانه لم يتضح وجه منعه من صحة الضمان ، إذ يكون من قبيل ضمان

(مسألة ٣٧) : اختلفوا في جواز ضمان مال الجماعة قبل الاتيان بالعمل وكذا مال السبق والرماية ، فقيل بعدم الجواز (١) ، لعدم ثبوته في الذمة قبل العمل . والا قوى - وفقا لجماعة - الجواز (٢)

الضمن في مدة الخيار .

والذي يتحصل في الاشكال على الشيخ : أنه إن كان المانع من صحة ضمان مال الكتابة هو الجواز مطلقاً . ففيه أولاً : أنها ليست جائزة . ولو سلم فليس بمانع ، إذ لا دليل على منعه . وإن كان الجواز الذي لا يؤل الى اللزوم ولذلك اُفترق عن ثمن البيع الخياري . ففيه : أيضاً : أنه ليس بفارق ، ولا دليل على الفرق به . وإن كان قاعدة عدم جواز زيادة الفرع على أصله . ففيه : أنها ليست قاعدة عقلية على نحو يجب تخصيص الأدلة الشرعية لأجلها . كما أن المتحصل في الاشكال على المصنف : أنه جزم أن الأول تعليل للنعى ، واحتمل أن يكون الثاني تعليلًا ثانيًا ، مع أن الأولى العكس وأن الثاني هو تعليل الحكم ، ويحتمل أن يكون الأول تعليلًا آخر ، كما يحتمل أن يكون تمهيداً للتعليل الثاني نظير الصغرى للكبرى .

(١) قال في جامع المقاصد : « والفرق بينه (يعني : مال الجماعة) وبين الثمن في مدة الخيار ظاهر ، لأن الثمن حينئذ ثابت ، غاية ما في الباب أنه مترزّل ، بخلاف الجعل فإنه لا يثبت له أصلاً ، والمتجه عدم الجواز قبل الفعل » ونحوه في المسالك .

(٢) كما عن المبسوط والتحرير وجمع البرهان وغيرها . وفي القواعد : « الخامس : الحق المضمون . وشرطه المالية ، والثبوت في الذمة وإن كان مترزلاً كالضمن في مدة الخيار ، والمهر قبل الدخول . أو لم يكن لازماً لكن يؤل إليه

لا لدعوى ثبوته في الذمة من الاول وسقوطه اذا لم يعمل (١) ولا لثبوته من الاول بشرط مجيء العمل في المستقبل (٢) ، اذ الظاهر ان الثبوت انما هو بالعمل بل لقوله تعالى : (ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم) (٣) .

كحال الجمالة قبل العمل ، ومال السبق والرماية ، ونحوه في الشرائع ، لكن قال بعد ذلك : « وفيه تردد » . وصريحها الثبوت في الذمة ، كظاهر الاستدلال عليه بالعمومات ، مثل قوله (ص) : « الزعيم غارم » .

(١) فيكون عدم العمل بمنزلة الفسخ .

(٢) فيكون العمل بمنزلة الشرط المتأخر ، فان تحقق العمل تبين ثبوت الجعل من حين الجمالة . وهذان الاحتمالان جعلهما في الجواهر مبنى للقول بصحة الضمان ، ثم قال : « ولعل ذلك لا يخلو من قوة » . ولكنه غير ظاهر ، فان مفاد الجمالة ثبوت مال على تقدير العمل ، لا الثبوت وملك العمل كالأجارة . ولذا ذكروا من غير خلاف ان العامل يستحق الجعل بالعمل الذي جعل له الجعل ، فان جعل للتسليم لم يستحق الجعل الا بالتسليم ، وان جعل لغيره لم يستحق الجعل الا بفعل ذلك الغير . وبالجملة : ظاهر قول الجاعل : « إن فعلت كذا فلك كذا » أن المملك يكون على تقدير العمل وفي حينه ، فلا يكون قبله ، لامنوطا به بنحو الشرط المتأخر ، ولا غير منوط به ، فان ذلك خلاف الظاهر ، وخلاف ظاهر كلماتهم في كتاب الجمالة ، فكيف يصح البناء على ثبوته قبله وان كان غير لازم أو غير مستقر ، فانه لا مأخذ له . وعلى هذا فضمان المال المذكور من ضمان مالم يجب . وعن المختلف الاستدلال على صحة الضمان بمسيس الحاجة اليه ، فجاز ضمانه ، كقوله : « الق متاعك في البحر وعلي ضمانه » . وهو كما ترى ، فان ذلك لا يصلح لتشريع مالم يشرع .

(٣) وفيه : أن الآية انما دلت على مشروعية التعهد على النحو المذكور

والكفاية المقتضي للثبوت في صحة الضمان (١) ومنع اعتبار الثبوت الفعلي ، كما اشرنا اليه سابقاً .

« مسألة ٣٨ : اختلفوا في جواز ضمان الاعيان المضمونة - كالغصب والمقبوض بالعد - الفاسد ، ونحوهما - على قولين ، ذهب الى كل منهما جماعة . والاقوى الجواز (٢) ، سواء كان المراد ضمانها بمعنى التزام ردها (٣)

ولا دلالة فيها على أنه من الضمان الذي هو محل البحث ، أو هو من قبيل الوعد الذي لا يجب الوفاء به فلا دلالة لها على شيء من ذلك .

(١) هذا خلاف ما تقدم من اعتبار كون الحق المضمون ثابتاً في الذمة وكون الضمان نقل مافي ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن ، فاذا لم يكن ثبوت في ذمة المضمون عنه لم يكن ثبوت في ذمة الضامن أيضاً . فلو صح مثل هذا الضمان لم يكن من الضمان المصطلح ، بل كان بمعنى آخر .

(٢) قال في الشرائع : « وفي ضمان الاعيان المضمونة والمقبوض بالبيع الفاسد تردد ، والاشبه الجواز » ، وفي القواعد : « ويصح ضمان أرش الجنائية . . . (إلى أن قال) : والاعيان المضمونة - كالغصب والعارية والامانة مع التعدي - على إشكال » ، وحكي الجواز عن البسوط والتحرير والارشاد وغيرها .

(٣) قال في التذكرة : « الاعيان المضمونة - كالغصب ، والمستعار مع التضمين ، أو كونه أحد التقدين ، والمستام ، والامانات اذا خان فيها - فله صورتان : الاولى : أن يضمن رد أعيانها . وهو جائز ، لأنه ضمان مال مضمون على المضمون عنه . وبه قال أبو حنيفة . . . (إلى أن قال) : الثانية : أن يضمن قيمتها لو تلفت . والاقوى عندي الصحة ، لان ذلك ثابت في ذمة الغاصب فيصح الضمان . . . »

عينا ومثلها أو قيمتها على فرض التلف ، أو كان المراد ضما نها بمعنى التزام مثلها أو قيمتها إذا تلفت . وذلك اعموم قوله (ص) : « الزعيم غارم » والعمومات العامة ، مثل قوله تعالى : (أفؤ بالعقود) . ودعوى : أنه على التقدير الاول يكون من ضمان العين (١) بمعنى الالتزام بردها (٢) ، مع ان الضمان نقل الحق من ذمة الى أخرى . وأيضاً لا اشكال (٣) في أن الغاصب ايضاً مكلف بالرد (٤) فيكون من ضم ذمة الى أخرى ، وليس من مذهبنا . وعلى الثاني يكون من ضمان مالم يجب كما أنه على الاول ايضاً كذلك بالنسبة الى رد المثل أو القيمة عند التلف (٥) .

(١) هذه الدعوى ذكرها في جامع المقاصد ، فإنه أشكل على ما ذكره في التذكرة - من أن لضمانيها صورتين الاولى : أن يضمن رد اعيانها ، وجوزه لانه ضمان مال مضمون على المضمون عنه - بان الثابت في الذمة هو وجوب ردها ، وليس بمال . وبان القيمة انما تثبت بعد التلف فضمانيها قبله ضمان مالم يجب . مع أن الضمان على تقدير التلف حكم شرعي تابع لوصف الغصب والاستعارة والتعدي في الامانة ، وهذا لا يمكن نقله بالضمان ، لان الذي ينقل بالضمان هو الحق لالحكم الشرعي ، فعدم صحة الضمان قوي . انتهى . وتبعه عليه جمع ممن تأخر عنه ، ومنهم في الجواهر .

(٢) يعني : ان الضامن انما يلتزم برد العين ، وليس هو بمال كان في ذمة المضمون عنه .

(٣) هذا اشكال ثاني ذكره في المسالك مضافاً الى الاشكال الذي ذكره تبعاً لجامع المقاصد .

(٤) اجماعاً ، كما في المسالك .

(٥) يعني : اذا كان المراد من الضمان الالتزام بالرد فبالاضافة الى رد

العين نفسها حكم فعلي ، لكن بالنسبة الى المثل أو القيمة حكم تعليلي على تقدير التلف ، فيكون من ضمان مالم يجب ، فلا يصح وان قلنا بصحة ضمان الحكم الشرعي . إلا أن يقال : إن الضمان بلحاظ الحكم الفعلي لا غير . والذي يتحصل من عبارة جامع المقاصد الاشكال على الضمان في المقام من وجهين : الاول : أن الثابت في المقام حكم شرعي لاحق مالي ، وهو لا يقبل الانتقال . وهذا الاشكال ذكره في كل من المعنيين . الثاني : انه ضمان مالم يجب . وهذا يختص بالمعنى الثاني . والذي يظهر من عبارة المتن اختصاص الاشكال الاول بالمعنى الاول والاشكال الثاني بالمعنى الثاني ، وهو في محله ، اذ لافرق على المعنى الثاني بين الضمان حال التلف والضمان على تقدير التلف ، فكما أنه على الاول يكون حقا ماليا كذلك على الثاني ، والاختلاف إنما هو في التعليق والتنجيز .

وكيف كان فالاشكال الأول إن تم ، لا يمكن دفعه بالعمومات ، لانها لا تصلح لذلك . أما قوله (ص) : « الزعيم غارم » فقد عرفت انه غير ثابت من طرفنا ، وفي بعض الأخبار تكذيبه . مع انه لاغرامة مع وجود العين ، والرد ليس غرامة ليدل عليه الحديث . وأما قوله تعالى : (أوفوا بالعقود) ونحوه فأنما يدل على صحة العقد وتحقق مضمونه ، فإذا كان مضمون قول الضامن : « ضمنت » : التزمت لك برد العين ، فقد ملك مالك العين عليه الرد ، ولا يرتبط برد الغاصب ، فكيف يقتضي عدم وجوب الرد على الغاصب ؟ ! وقد تقدم أن فراغ ذمة المضمون عنه إنما قلنا بها للنص أو لامتناع اشتغال ذمتين بمال واحد ، وكلاهما لا مجال لهما في المقام ، إذ النص لا يشمل المقام ، وذمة الغاصب ليست مشغولة بمال ولا برد ، وإنما يجب الرد تمكيفا لا غير . بل الظاهر أن الضامن في المقام إنما يلتزم بالرد من دون ان يشغل ذمته بملك الرد للمالك ، ولأن ذلك يكون من باب الوعد لامن باب الوضع والعقد ، فلا مجال للتمسك

مدفوعة بانه لا مانع منه بعد شمول العمومات ، غاية الامر انه ليس من الضمان المصطلح . وكونه من ضمان مالم يجب لا يضر بعد ثبوت المقتضي (١)

بعموم الوفاء بالعقد ، إذ لا عقد وإنما هو محض الوعد . وبالجملة : تارة يقول الضامن : سأرد مالك . واخرى يقول : لك علي أن أرد مالك . فالاول من قبيل الوعد ، والثاني من قبيل العقد . والواقع في الخارج هو الاول . وعلى تقدير الثاني فلا موجب لسقوط وجوب الرد على الغاصب . نعم لو كان مضمون قول الضامن تعهدت برد الغاصب ، كان مقتضاه السقوط . لكنه يحتاج الى قبول من الشارع وبدونه لا يصح ، وعمومات العقود لا تقتضي مشروعية هذا الفعل ، نظير ما اذا ضمن الفرائض اليومية عن شخص ، فإن عموم الوفاء بالعقد لا يقتضي سقوط الفريضة عن المضمون عنه ، لانه لا يدل على قابلية المحل لذلك ، وعموم دليل الوجوب على المضمون عنه محكم .

(١) قد تقدم في الشرط الثامن من شروط الضمان الكلام في ذلك ، وأن ضمان ما سيجب إن كان المراد اشتغال الذمة به فعلاً فهو غير مقصود ولا مدعى وإن كان المراد اشتغال الذمة به معلقاً فهو من الانشاء المعلق ، الذي لا يصح اجماعاً ، فإن التعليق مانع من صحة العقود والايقاعات الا في موارد خاصة . فراجع . وإن كان المراد الضمان بنحو الواجب المعلق ، فيكون الضمان حالياً والمضمون استقبالياً ، فقد عرفت أن الضامن تابع للمضمون عنه فلما لم يثبت في ذمة المضمون عنه ولو بنحو الواجب المعلق لم يثبت كذلك في ذمة الضامن فلو أريد اثباته كذلك لم يكن من باب الضمان المصطلح ، بل كان من باب الضمان العرفي ، وليس هو محل كلامهم ، فإن المراد من ضمان مالم يجب ضمان مالم يثبت في الذمة ولو بنحو الواجب المعلق ، اذ ما يثبت بنحو الوجوب المعلق

ثابت وواجب ، لا مالم يجب ، وذلك يختص بالضمان المصطلح الذي يمكن فرض شيء ثابت في الذمة غير ذمة الضامن ، أما الضمان العرفي فليس موضوعه ماثبت ، اذ ثبوته بالضمان فلا يكون موضوعاً للضمان ، فلو ثبت بالضمان كان بلا مضمون له ، لان المفروض ان المضمون له لم يتحقق السبب المملك له .

هذا ولا يخفى ان حمل الضمان للاعيان المضمونة على أحد المعنيين قد عرفت انه ذكره العلامة في التذكرة ، وتبعه عليه الجماعة ، وجعلوا ذلك مورد النقص والابرار في المقام . مع أن الظاهر من الضمان في الاعيان المضمونة كونها بنفسها في الذمة ، كما يقتضيه ظاهر دليل الضمان ، مثل : « على اليد ما أخذت حتى تؤدي » فان ظاهر العبارة المذكورة أن نفس المأخوذ ثابت في الذمة ، ولما لم يكن مانع من ذلك عقلي ولا غيره ، وجب الأخذ به . ودعوى : ان الاعيان الخارجية موجودة في الخارج ، فكيف تكون موجودة في الذمة ، لان الواحد لا يكون في مكانين . مندفعة بان الخارج ظرف للوجود الحقيقي ، والذمة ظرف للوجود الاعتباري ، ولا مانع من أن يكون للشيء الواحد وجودان اعتباري وخارجي ، فالوجود الذهني نظير الوجود الذهني ، فكما ان الوجود الخارجي يجوز أن يكون له وجود ذهني يجوز أن يكون له وجود ذي . وعلى هذا يكون الغاصب ونحوه مشغول الذمة بالعين ، فيصح الضمان عنه ، وبه تبرأ ذمته من العين ، وتشغل بها ذمة الضامن فقط . وأما وجوب الرد فهو من أحكام عدم الاذن في الاستيلاء على العين ، فاذا حصل الاذن لم يجب الرد ولو مع الضمان . كالمقبوض بالسوم ، فانه مضمون ولا يجب رده مادام مشغولاً بالسوم ، واذا لم يحصل الاذن يجب الرد حتى مع عدم الضمان ، كالأمانة عند انتهاء مدة الايمان ، فانه يجب الرد ولا ضمان . وعلى هذا فوجوب الرد ليس معنى للضمان ، ولان أحكامه . وأما المعنى الثاني للضمان فاشكل ، لان اشتغال

ولا دليل على عدم صحة ضمان ما لم يجب من نص أو اجماع وان اشتهر في الاسن، بل في جملة من الموارد حكوا بصحته ، وفي جملة منها اختلفوا فيه ، فلا اجماع . واما ضمان الاعيان غير المضمونة - كمال المضاربة والرهن والوديعة قبل تحقق سبب ضمانها من تعد او تفريط - فلا خلاف بينهم في عدم صحته (١) . والا فوى بمقتضى العمومات صحته أيضاً (٢) .

الذمة بالبديل على تقدير التلف حكم تعليلي ، وضمان الغاصب حكم تنجيزي فكيف يكون أحدهما معنى للآخر ؟ ! ولا يبعد أن تكون العين نفسها في الذمة على تقدير التلف ، ووجوب أداء البديل من أحكام ذلك ، لا من معانيه .

(١) قال في الشرائع: « ولو ضمن ما هو أمانة كالمضاربة والوديعة لم يصح لانها ليست مضمونة في الاصل » ، ونحوه في المنع مافي القواعد وجامع المقاصد والمسالك وعن غيرها ، وفي التذكرة نسبته الى علمائنا أجمع ، لانها غير مضمونة العين ولا مضمونة الرد ، وانما الذي يجب على الامين مجرد التخلية ، واذا لم تكن مضمونة على ذي اليد فكذا على ضامنه ، وفي الجواهر انه لا اشكال ولا خلاف فيه .

(٢) قد عرفت اشكاله في المسألة السابقة . نعم اذا كان المراد من ضمانها اشتغال الذمة بها ، لا بالمعنى المصطلح من الضمان الذي نحن في مباحثه ومسائله بل بمعنى محض اشتغال الذمة ، فمعنى : « ضمننت الامانة التي عند زيد » : اشغلت ذمتي بها ، أمكن التمسك بعموم وجوب الوفاء بالشرط والعهد ونحوهما في صحة الضمان المذكور ، فاذا تلفت العين لم يكن الامين ضامنا ، وكان الضامن له ضامنا بمقتضى انشائه .

ولعل من ذلك ضمان شركة التأمين المتعارف في هذا العصر وإن كان ضمانها في مقابل المسال لا تبرعا ، فصاحب المسال يعطي الشركة مالا في قبال أن

(مسألة ٣٩) : يجوز عندهم بلا خلاف بينهم (١) ضمان درك الثمن.

المشتري (٢)

ان تضمن أو في قبالة تنشيء الضمان ، فتنشئ الضمان ويلزمها ذلك ، لعموم الوفاء بالعهد ، وان كان الجاري بينهم الاول . وكيف كان فهذا ليس من الضمان الذي نحن فيه بل هو معنى آخر ، اذ ليس فيه مضمون عنه أصلاً . والذي يتحصل : أن الضمان المصطلح لا يصح اذا لم يكن المال المضمون مضموناً لمضمون عنه حال الضمان . وأما الضمان العربي فانه شرعي بحت ، مثل من ألتف مال غيره فهو له ضامن . ومنه انشائي إما تبرعاً ، ويحتمل أنه ايقاعي لا عقدي ، لانه ليس فيه تصرف في المال ، ليتوقف على قبول المالك . اللهم إلا أن يكون عقداً لاقتضائه التملك . وإما بعموض ، فيكون عقداً ، كضمان شركة التأمين المجمول في مقابل مال معين . وقد يكون العوض في مقابل إنشاء الضمان ، فيكون نظير عقد الاجارة ، ولا بد فيه من انشاء الضمان بعد العقد . ويمكن أن يكون المال مبذولاً مجاناً بشرط انشاء الضمان ، أو بشرط تدارك الخسارة لو اتفقت ، فلا يكون ضمان في البين ، وانما يكون تدارك خسارة لا غير . وأما بذل المال في مقابل تدارك الخسارة فلا يصح ، لعدم وجود الخسارة في بعض الاوقات ، فيكون المال بلا عوض .

(١) وفي الجواهر : « بلا خلاف أجده فيه ، بل في محكي التذكرة . وكذا يجمع البرهان - نصيبته إلى إطباق الناس عليه في جميع الاعصار ، وفي المسالك ان ظاهرهم الاطباق عليه » ، وفي جامع المقاصد : إطباق الناس على ضمان العهدة انتهى .

(٢) قال في الصحاح : « الدرك التبعة . وقيل : سمي ضمان الدرك لالتزامه الغرامة عند ادراك المستحق عين ماله » . ويسمى ضمان العهدة ، وفي

إذا ظهر كون المبيع مستحقاً للغير ، أو ظهر بطلان البيع لفقد شرط من شروط صحته إذا كان ذلك بعد قبض الثمن (١) .

التذكرة : « سمي ضمان العهدة ، لالتزام الضامن مافي عهدة البائع رده ... » .
 (١) يعنى : إذا وقع البيع وقبض البائع الثمن بخاف المشتري من ضياع ثمنه إذا تبين بعد ذلك ان المبيع لغير البائع ، فيأخذ المالك من المشتري ويتمرد البائع عن دفع الثمن اليه ، فيئنذ بضمن ضامن للمشتري ثمنه الذي دفعه إلى البائع ، ليكون المشتري واثقاً بعدم ضياع ماله ، فالضمان يكون احتمالي لا يقيني لانه اذا كان البيع صحيحاً كان الثمن ملكاً للبائع ، فلا معنى لضمانه للمشتري وانما يصح هذا الضمان اذا كان البيع باطلاً والثمن الذي قبضه البائع غير مملوك له ولا يستحقه ، لانه مقبوض بالعقد الفاسد ، فيكون مضموناً عليه ، فيضمنه آخر للمشتري . قال في المسالك : « وفي الحقيقة هذا فرد من أفراد ضمان الاعيان المضمونة على تقدير كونه موجوداً حالة الضمان » ، وفي مفتاح الكرامة : « وقد قيد بكونه بعد القبض في اكثر الكتب المتقدمة ، ماعدا المبسوط والشرائع والارشاد واللمعة ، بل في الوسيلة والتذكرة والتحرير التصريح بانه ان كان قبض الثمن صح الضمان وان لم يكن قد قبض لم يصح . وهو أيضاً مراد في كلام من لم يقيد به ، لانهم لا يختلفون في ان الضمان لا يسد فيه من ثبوت حق في ذمة المضمون عنه في نفس الامر وقت الضمان ، بحيث يمكن تكليف غيره به ، والبائع مالم يقبض لم يتعلق بذمته حق » ، وقال في الجواهر : « ومن ذلك يعلم إراحة المصنف وغيره ممن ترك التقييد بالقبض ما صرح به الاكثر من التقييد به ضرورة عدم دخوله في عهدة البائع الذي هو المضمون عنه الا بقبضه » . ومن ذلك تعرف الاشكال في قول المصنف .

- كما قيد به الأكثر - أو مطلقا - كما اطلق آخر - وهو الأقوى (١) . قيل : وهذا مستثنى من عدم ضمان الاعيان (٢) . هذا واما لو كان البيع صحيحا وحصل الفسخ بالخيار أو التقابل أو تلف المبيع قبل القبض ، فعلى المشهور لم يلزم الضامن ويرجع على البائع ، لعدم ثبوت الحق وقت الضمان ، فيكون من ضمان ما لم يجب . بل لو صرح بالضمان اذا حصل الفسخ لم يصح بمقتضى التعليل المذكور (٣) .

(١) وكأنه مبني على ما ذكره في آخر المسألة السابقة من جواز ضمان الاعيان غير المضمونة ، فكان المشتري يخاف أن يدفع الثمن الى البائع ويتبين عدم استحقاق البائع له ، ولا يتمكن المشتري من استرجاعه ، فيضمنه للمشتري ضامن قبل ان يدفعه الى البائع ، فيأمن من ضياعه ، فيدفعه اليه .

(٢) قال في جامع المقاصد : « ولا شبهة في صحة ضمان الثمن عن المشتري للبائع اذا كان ديناً . أما اذا كانت عينا فهو من جملة الاعيان المضمونة . ولعل تجوز ضمانه لعموم البلوى ودعاء الحاجة اليه ، واطباق الناس على ضمان العهدة » ونحوه في المسالك والجواهر . بل الظاهر أنه لا ينبغي الاشكال فيه ، فالضمان فيما نحن فيه من قبيل ضمان العين على تقدير كونها مضمونة على المضمون عنه . لكن في المسالك جعل الفرق بين ضمان المال وضمان العهدة الاختلاف في نفس المضمون ، قال (ره) : « والفرق يظهر في اللفظ والمعنى . أما اللفظ فالعبارة عن ضمان الثمن : ضمنت لك الثمن الذي في ذمة زيد مثلاً ، ونحوه ، وضمان العهدة : ضمنت لك عهده أو دركه ، ونحو ذلك . وأما المعنى فظاهر ، اذ ضمانه نفسه يفيد انتقاله الى ذمة الضامن وبرائة المضمون عنه ، وضمان العهدة ليس كذلك ، انما يفيد ضمان دركه على بعض التقديرات » . وهو كما ترى .

(٣) كما صرح به في الجواهر ، معللاً بما ذكر .

نعم في الفسخ بالعيب السابق او اللاحق اختلفوا في انه هل يدخل في العهدة ويصح الضمان اولا ؟ فالمشهور على العدم (١) ، وعن بعضهم دخوله (٢) ، ولازمه الصحة مع التصريح بالاولى . والاقوى في الجميع الدخول مع الاطلاق ، والصحة مع التصريح . ودعوى : أنه من ضمان ما لم يجب . مدفوعة بكفاية وجود السبب (٣) .

(١) قال في الشرائع : « أما لو تجدد الفسخ بالتقاييل أو تلف المبيع قبل القبض لم يلزم الضامن ، ويرجع المشتري على البائع . وكذا لو فسخ المشتري بعيب سابق » ، وفي الجواهر نسبته إلى المشهور ، لأن الفسخ انما أ بطل العقد من حينه لا من أصله ، فلم يكن حالة الضمان مضمونا ، بل لو صرح بضمانه كان فاسدا ، لانه ضمان ما لم يجب . فما في القواعد ومخكي التذكرة من الاشكال فيه مما عرفت ، ومن وجود سبب الفسخ حال البيع ، بل عن نحر المحققين الجزم بالدخول فيه للحاجة . واضح الضعف ، ولذا استقرب (يعني : العلامة في القواعد) عدم اندراجه بعد أسطر من الاشكال ، بل جزم به بعد ذلك . انتهى . ويشير بقوله : « ولذا استقرب . . . » الى قوله في القواعد بعد أسطر من الاشكال : « والاقرب انه لا يصح ضمان عهدة الثمن لو خرج المبيع معيبا ورده » ، وقوله بعد ذلك : « ويرجع على ضامن عهدة الثمن في كل موضع يبطل فيه البيع من رأس لا ما يتجدد له الفسخ بالتقاييل أو العيب السابق . . . » .

(٢) حكى ذلك عن نحر المحققين ، كما تقدم في الجواهر ، وذكر في مفتاح الكرامة : أنه قوي متين . انتهى .

(٣) قد عرفت أن ضمان ما لم يجب لا يدخل في الضمان المصطلح ، ولا تشمل أدلته الخاصة . نعم تشمل أدلة الصحة العامة . لكن شمولها لا يتوقف على

هذا بالنسبة الى ضمان عهدة الثمن اذا حصل الفسخ ، واما بالنسبة الى مطالبة الارش ، فقال بعض من منع من ذلك بجوازها (١) ، لان الاستحقاق له ثابت عند العقد ، فلا يكون من ضمان ما لم يجب . وقد عرفت ان الاقوى صحة الاول ايضاً ، وان تحقق السبب حال العقد كاف . مع امكان دعوى : ان الارش ايضاً لا يثبت إلا بعد اختياره ومطالبة (٢)

وجوب السبب .

(١) قال في القواعد : « ويرجع على ضامن عهدة الثمن في كل موضع يبطل فيه البيع من رأس ، لا ما يتجدد له الفسخ بالتقابل أو العيب السابق أو تلفه قبل قبضه ، بل يرجع على البائع . ولو طالب بالارش فلا قرب مطالبة الضامن » ، ونحوه في الشرائع بزيادة تعليل الحكم الاخير بان استحقاقه ثابت حين العقد ، ثم قال : « وفيه تردد » .

(١) هذا ذكره في المسالك وجهاً لتردد الشرائع قال (ره) : « والموجود حالة العقد من العيب ما كان يلزمه تعيين الارش ، بل التخيير بينه وبين الرد فلم يتعين الارش الا باختياره . ولو قيل (*) انه أحد الفردين الثابتين على وجه التخيير ، فيكون كافراده الواجب المخير حيث يوصف بالوجوب قبل اختياره فيوصف هذا بالثبوت قبل اختياره ، لزمه مثله في الثمن ، لانه قسيمه في ذلك . والحق ثبوت الفرق بينهما ، فان الثمن ماوجب الا بالفسخ ، وأما الارش فانه كان واجباً بالاصل ، لانه عوض جزء فائت من مال المعاوضة . . . » ، وتبعه على ذلك في الجواهر . ولكنه كما ترى ، فان صفة الصحة لا تقابل بجزء من الثمن ، وانما

(*) هذا القول اختاره في الروضة . وحينئذ بشكل بما ذكره في المسالك .

مضافاً الى ما ذكرناه . منه مد ظله .

فالصحة فيه أيضاً من جهة كفاية تحقق السبب . وما ذكرنا ظهر حال ضمان درك المبيع للبائع (١) .

هي دخيلة في زيادة الثمن في مقابل الذات الموصوفة . وكذا الكلام في الصفات المشروطة في المبيع . ولذا كان خيار تخلف الوصف وخيار العيب غير خيار تبعض الصفة . والمقايضة على الواجب التخيري غير ظاهرة ، فإن وجوب الاختيار في الواجب التخيري دليل على ثبوت الوجوب ، وفي المقام لا يجب الاختيار ، وإنما هو جائز ، فإن اختار أحد الأمرين ثبت له والا لم يثبت ، فلا تشتغل ذمة البائع بالارش إلا بعد اختياره . نعم المطالبة فرع الاستحقاق ، فلا يتوقف عليها الاستحقاق . نعم لو اختص الكلام بصورة تعذر الرد وتعين الاخذ بالارش أمكن دعوى ثبوت الارش من أول الامر حين العقد ، كما قد يقتضيه ظاهر النصوص . لكن مورد كلامهم أعم . ومن ذلك يظهر عدم صحة الضمان الاصطلاحي في المقام ، الذي يتوقف على وجود مضمون عنه ، ويكون قصد الضامن الضمان عنه ، لا مجرد الضمان العرفي . ولذا جزم في التحرير بعدمه . والذي يتحصل : انه اذا كان غرض الضامن الضمان عن مضمون عنه هو ضامن ، فلا يصح في جميع الموارد المذكورة حتى الارش ، لعدم وجود مضمون عنه ضامن . وإذا كان غرضه الضمان بنفسه مع التغافل عن مضمون عنه ، فإن كان المقصود الضمان مطلقاً صح في جميع ذلك ، وإذا كان غرضه مقيداً بصورة دون أخرى اقتصر في الرجوع اليه على خصوص تلك الصورة ، ولا يتعداها إلى غيرها .

(١) إذا ضمن ضامن درك المبيع للبائع عن المشتري جرى فيه جميع ما ذكر من الصور والاحكام ، ولا يصح الضمان الاصطلاحي إلا اذا تبين عدم استحقاق المشتري للمبيع حال القبض ، لما سبق .

(مسألة ٤٠) : إذا ضمن عهدة الثمن فظهر بعض المبيع مستحقاً ، فالأقوى اختصاص ضمان الضامن بذلك البعض ، وفي البعض الآخر يتخير المشتري بين الامضاء والفسخ لتبعض الصفة ، فيرجع على البائع بما قابله . وعن الشيخ جواز الرجوع على الضامن بالجميع (١) . ولا وجه له (٢) .

(مسألة ٤١) : الأقوى - وفقاً للشهيدين (٣) - صحة ضمان ما يحدّثه المشتري من بناء أو غرس في الأرض المشتراة إذا ظهر كونها مستحقة للغير وقطع البناء والغرس ، فيضمن الارش ، وهو تفاوت ما بين المقلوع والثابت عن البائع . خلافاً للمشهور ، لأنه من ضمان ما لم يجب . وقد عرفت كفاية السبب . هذا ولو

(١) حكى ذلك عن الشيخ (ره) في المبسوط .

(٢) هذا يتوجه على المشهور الذي لا يقولون بجواز الرجوع على الضامن لو حدث ما يقتضي انفساخ العقد بخيار أو إقالة أو نحو ذلك . أما بناء على ما ذكره المصنف في المسألة السابقة من أن الأقوى جواز الضمان فيرجع المشتري على الضامن ، فوجهه ظاهر ، وهو عموم الصحة الذي تمسك به فيما سبق لرد دعوى المشهور من عدم صحة الضمان وعدم جواز الرجوع على الضامن . وبالجمله : الجمع بين كلامي المصنف في المسألتين غامض .

(٣) قال في الشرائع : « إذا ضمن ضمان المشتري درك ما يحدث من بناء أو غرس لم يصح ، لأنه من ضمان ما لم يجب » ، ونحوه في القواعد وغيرها . وفي اللمعة قال : « والأقوى جوازه » وظاهر الروضة الميل إليه ، وعن التذكرة الاشكال فيه ، وعن التحرير احتمال على ضعف . والوجه في الجواز وجود السبب حال العقد . وقد عرفت الاشكال فيه ، وأنه إن أريد الضمان المصطلح فلا يبد فيه من وجود ضمان قبل هذا الضمان ليكون مضمونا عنه ، وهو مفقود . وإن

ضمنه البائع قيل : لا يصح أيضاً كالأجنبي (١) ، وثبوته بحكم الشرع لا يقتضي صحة عقد الضمان المشروط بتحقق الحق حال الضمان (٢) . وقيل بالصحة ، لأنه لازم بنفس العقد (٣) . فلا مانع من ضمانه ، لما مر من كفاية تحقق السبب (٤) فيكون حينئذ للضمان سببان نفس العقد (٥) والضمان بعقده . وتظهر الثمرة (٦) فيما لو أسقط المشتري عنه حق الضمان الثابت بالعقد .

أريد الضمان العرفي لم يتوقف على وجود السبب حال الضمان .

(١) حكاة في الشرائع قولاً ، وهو المحكي عن المبسوط ، واختاره جماعة ممن تأخر .

(٢) يعني : وهو مفقود ، إذ ليس هناك حق مضمون حال الضمان .

(٣) كذا ذكر في الشرائع ، ونحوه في القواعد والتذكرة . وفيه : أن العقد بنفسه لا يقتضي الضمان ، وإنما يقتضي الغرور . وضمان الغار إنما يكون بعد ورود الخسارة على المغرور ، وذلك إنما يكون بعد قلع البناء والشجر ، كما حرر ذلك في مباحث الفصولي .

(٤) لكن إذا كان وجود السبب كافياً لزم البناء على صحة ضمان الأجنبي أيضاً لوجود المصحح . ولو حمل كلام المحقق على حصول الضمان نفسه بالعقد أيضاً جاء الاشكال المذكور من عدم الوجه في المنع من ضمان الأجنبي معللاً بأنه من ضمان مالم يجب ، فلاشكال على المحقق ومن وافقه في التفصيل بين الأجنبي والبائع متوجه على كل حال . مضافاً إلى أن وجود السبب لا يكفي في تحقق الضمان المصطلح ، كما هو ظاهر كلامهم .

(٥) قد عرفت أن نفس العقد لا يقتضي الضمان .

(٦) هذه الثمرة ذكرها في المسالك والروضة .

فانه يبقى الضمان العقدي (١) .

(١) المراد ان الضمان يقتضي اشتغال الذمة بالمال المضمون ، فان تكرر الضمان فقد تكرر اشتغال الذمة ، فيكون للعمال المضمون وجودان في الذمة كل واحد بعنوان البدلية عن المضمون ، فيجوز إسقاط أحدهما دون الآخر ، ولا تلازم بينهما في السقوط كما لا تلازم في الثبوت . وعبرة المسالك هكذا : « وظهر الفائدة فيما لو أسقط المشتري عنه حق الرجوع بسبب البيع ، فانه يبقى له الرجوع عليه بسبب الضمان » . لكن من المعلوم ان الرجوع ليس من الحقوق التي تسقط بالاسقاط ، بل من الاحكام ، ولو أسقطه لم يسقط . ولعل مراده ما ذكر في المتن . وإن كان هو أيضاً لا يخلو من خفاء . وجواز التعدد مع تعدد الذم لتعدد الضامن لا يقتضي جواز التعدد في ذمة واحدة . ولذا عبر بعضهم بالتأكيّد . وان كان التأكيّد يختص بالماهية التشكيكية ، وكون العين المضمونة من ذلك غير ظاهر . نعم وجوب الاداء مما يقبل التأكيّد . لكنه لا يمكن اسقاطه . ولأجل ذلك يشكل البناء على الفائدة المذكورة .

ثم ان الذي يظهر من الشرائع وغيرها أن الضمان الذي يكون من البائع من الضمان المصطلح ، فانه ذكره في سياق ضمان الاجنبي المنوع من صحته لأجل أنه من ضمان ما لم يجب ، والضمان المصطلح إذا صح فرغت ذمة المضمون عنه ، فضمن البائع اذا صح فرغت ذمة البائع من جهة كونه غاراً . وعلى هذا لا يجتمع ضمانان في وقت واحد حتى تجري الفائدة المذكورة من سقوط أحدهما وبقاء الآخر فالجمع بين كلامهم في تصحيح الضمان من البائع وفي بيان فائدة الضمان المذكور لا يخلو من غموض ، فان الاول يقتضي الضمان المصطلح ، والثاني يقتضي غيره . ومن هنا يتعين أن يكون المراد من الضمان غير المصطلح ، وهو العرفي ، كما هو الظاهر من أمثال المقام . فلاحظ .

كما اذا كان لشخص خياران بسببين فاسقط أحدهما . وقد يورد عليه بانه لامعنى لضمان شخص عن نفسه ، والمقام من هذا القبيل (١) . ويمكن أن يقال : لامانع منه مع تعدد الجهة (٢) . هذا كله اذا كان بعنوان عقد الضمان . وأما اذا اشترط ضمانه فلا بأس به (٣) ، ويكون مؤكداً لما هو لازم للعقد (٤) .

« مسألة ٤٢ » : لو قال عند خوف غرق السفينة : الق متاعك في البحر وعلي ضمانه ، صح بلا خلاف بينهم ، بل الظاهر الاجماع عليه (٥)

(١) المورد صاحب الجواهر (ره) ، وبعد تقرير الايراد المذكور قال : « ومن الغريب اشتباه هؤلاء الافاضل في ذلك . وحمل كلام الشرائع على صورة اشتراط الضمان على البائع كما في بعض نسخ الشرائع . لكن على هذا لاجابة إلى تعليل الجواز بانه لازم بنفس العقد ، فانه يجوز اشتراط الضمان ولو لم يكن لازماً بنفس العقد .

(٢) فان أحد الضمانين قائم بالغرور والضمان الثاني قائم بالعقد . إلا أن يقال : إن هذه الجهات تعليلية ، فلا توجب تعدد الموضوع .

(٣) يعني : اشترط في عقد البيع أو غيره ضمان البائع . وقد حكى في الجواهر عن نسختين من نسخ الشرائع ان العبارة هكذا : « اذا ضمن ضامن للمشتري درك ما يحدث من بناء أو غرس لم يصح » ، لانه من ضمان ما لم يجب . وقيل : وكذا لو ضمنه البائع ولو شرط في نفس العقد . والوجه الجواز ، لانه لازم بنفس العقد » ، فتكون متعوضة لشرط الضمان . لكن عرفت أن شرط الضمان يصح ولو لم يكن لازماً بنفس العقد ، فالتعليل به غير ظاهر .

(٤) الضمان ليس من الماهيات التشكيكية ليقبل التأكد والتأكيد ، فالمراد التأكيد في الاثر ، وهو وجوب الاداء .

(٥) هذه المسألة حررت في الشرائع والقواعد وغيرها في كتاب الديات

وهو الدليل عندهم وأما إذا لم يكن لخوف الفرق ، بل لمصلحة أخرى من خفة السفينة أو نحوها ، فلا يصح عندهم (١) . ومقتضى العمومات صحته أيضاً .

لبعض المناسبات ، كما حررت أيضاً في بعض الكتب في كتاب الضمان لبعض المناسبات ، قال الضمان فيها ليس من الضمان المصطلح ؟ قال في الشرائع في أوائل مباحث الديات : « ولو قال : الق متاعك في البحر لتسلم السفينة ، فالتقاء فلا ضمان . ولو قال : وعلي ضمانه ، ضمن دفعا لضرورة الخوف . ولو لم يكن خوف فقال : ألقه وعلي ضمانه ، ففي الضمان تردد ، أقربه أنه لا يضمن » ، وفي القواعد : « ولو أشرفت سفينة على الفرق فقال الخائف على نفسه أو غيره : الق متاعك في البحر وعلي ضمانه ، ضمن » ، وفي كشف اللثام : « بلا خلاف إلا من أبي ثور ، كما في المبسوط والخلاف » وفي الجواهر : « بلا خلاف أجده فيه بينما ، بل وبين غيرنا ، إلا من أبي ثور ، وهو شاذ لا يعتد به ، كما في محكي الخلاف ، بل فيه أن عليه إجماع الأمة عداً ، كما عن المبسوط في الخلاف فيه من غيره » . ويقتضيه - مضافاً إلى ذلك - عموم الصحة ، فإنه نوع من العهد . ويحتمل أن يكون عقداً ويكون قبوله فعلياً وهو الالتقاء ، وأن يكون قولياً كما إذا قال : قبلت ، فيلزمه الالتقاء ، عملاً بالعقد ، ولا يلزم في الصورة الأولى لعدم تحقق القبول . ويحتمل أن يكون إيقاعاً ، نظير : خط نوبي ولك درهم » أورد عبيدي ولك نصفه . وهذا هو الأقرب . وقد عرفت أن الضمان هنا ليس من الضمان المصطلح ، بل هو من الضمان العرفي .

(١) قال في الشرائع : « ولو لم يكن خوف فقال : ألقه وعلي ضمانه ففي الضمان تردد ، أقربه أنه لا يضمن » ، ونحوه في القواعد ، إلا أنه لم يذكر التردد ، وفي المسالك أنه ادعى عليه الشيخ في المبسوط الإجماع . انتهى ، وفي كشف اللثام عن المبسوط أنه قال : قيل : أنه لا خلاف في عدم الضمان . انتهى

وفي المسالك بعد أن جعل الاظهر عدم الضمان قال : « لكن المصنف تردد في الحكم عند عدم الخوف . ووجه التردد من عدم الفائدة ، والاجماع المدعى بكون الضمان على خلاف الاصل وإنما ترك العمل به مع الخوف للمصلحة فيبقى الباقي . ومن عموم الامر بالوفاء بالعقود ، وهو عام إلا ما خصه الدليل ولا يخص هنا . وهو ضعيف لوجود المخصص » ولا يخفى أن فرض عدم الفائدة لا يتناسب مع اطلاق عنوان المسألة وهو عدم الخوف ، فإنه أعم من أن يكون فائدة وأن لا تكون . كما انه لا وجه لتنظيره بقوله : اهدم دارك ومزق ثوبك واجرح نفسك .

ومن ذلك يظهر أن القاء المتاع اذا كان يترتب عليه فائدة عقلانية من خفة السفينة وحسن سيرها فتقطع المسافة البعيدة في مدة قليلة ، وكان المتاع بحيث يحسن بذله في سبيل الفائدة عند العقلاء ، جاز لصاحبه القاءه بلا عوض وجاز التعويض عليه من ركبان السفينة أو من بعضهم . واذا كان لا يترتب عليه فائدة عقلانية لم يجز الالتقاء مع الضمان وبدونه . وكذلك في مثل : اهدم دارك ومزق ثوبك واجرح نفسك ، فإنه إذا كان يترتب فائدة عقلانية على كل واحد من الامور المذكورة جاز فعله بلا عوض ومع العوض ، يكون ذلك من قبيل اعادة السفينة لصاحب موسى (ع) ، وإذا لم يترتب عليه فائدة لم يجز مع الضمان وبدونه . وإذا أمره أمر على شرط الضمان فالضمان باطل ، لانه تعويض على الحرام وتضييع المال . ولا يبعد أن تكون هذه الصورة ، مورد القول بالمنع ومورد الاجماع عليه . ولذا قال في محكي الايضاح : « لو خلى عن الفائدة بالكلية لم يصح قطعاً » . ومن ذلك تعرف ان إطلاق الصحة عملاً بالعمومات غير ظاهر ، واللازم التفصيل بين صورة وجود الفائدة العقلانية وعدمه فلاحظ . هذا ولم يتعرض المصنف (ره) المسألة الاولى التي ذكرها في الشرائع في

صدر كلامه ، من أنه إذا كانت خوف على السفينة فقال لصاحب المتاع : الق متاعك ، واقتصر على ذلك فالتى المتاع صاحبه لم يرجع على القائل وليس عليه ضمانه . وفي الجواهر : « بلا خلاف أجده فيه بين من تعرض له كالشيخين والفاضلين وثاني الشهيدين وغيرهم . للاصل ، كما لو قال : اعتق عبدك ، فاعتقه أو : طلق زوجتك ، فطلقها » ، وسبقه في الاستدلال المذكور كاشف اللثام وفي المسالك : « والفرق بينه وبين قوله : أد ديني ، فاداه حيث يرجع عليه : أن أداء دينه منفعة لاحالة ، والقاء المتاع قد يفضي الى النجاة وقد لا يفضي فلا يضمن الاعم التصريح » . وفي الجواهر : « وهو كما ترى . نعم قد يقال : الفارق الاجماع . أو لأن المفهوم من الأمر بالاداء التوكيل في ذلك ، فيكون حينئذ بالاداء كالقرض عليه ، كما أن المفهوم من الامر بالضمان عنه الرجوع به عليه ، بخلاف المفروض » . وهو أيضاً كما ترى ، فإن التمسك بالاجماع على الفرق خلاف ظاهر الاستدلال منهم على ذلك بالاصل ونحوه . كما أنه إذا كان المفهوم من الامر باداء الدين التوكيل فلم لا يكون المفهوم من الامر بالقاء المتاع ذلك . فالتحقيق : أن استيفاء مال الغير وعمل الغير موجب لضمانه ، وكما توجد قاعدة : من أتلف مال غيره فهو له ضامن ، توجب قاعدة أخرى : من استوفى مال غيره فهو له ضامن . وكما انه إذا قال للحلاق : احلق رأسي ، يكون ضامناً للاجرة يكون ضامناً للعالم الذي أداه إذا قال له : أد ديني . وكذلك في المقام إذا كانت الامر بالالقاء لمصلحة الأمر كان ضامناً للمتع . وإذا كان لمصلحة المأمور لاغير - كما إذا كان الأمر خارجاً عن السفينة ، وكان الباعث له على الامر مصلحة المأمور - لم يكن ضامناً ، لعدم تحقق استيفاء مال الغير . ولاجل ذلك لا يضمن إذا قال له : أد دينك ، ويضمن إذا قال له : أد ديني .

(تنمة)

قد علم من تضاعيف المسائل المتقدمة الاتفاقية أو الخلافية : أن مذكروه في أول الفصل من تعريف الضمان ، وأنه نقل الحق الثابت من ذمة الى أخرى وأنه لا يصح في غير الدين ولا في غير الثابت حين الضمان ، لا وجه له ، وأنه أعم من ذلك ، حسب ما فصل (١) .

(مسألة ١) : لو اختلف المضمون له والمضمون عنه في أصل الضمان ، فادعى أنه ضمنه ضامن وانكره المضمون له ، فالقول قوله (٢) .

(تنمة)

قد فصل المسائل الآتية عما قبلها فجعلها تنمة لما قبلها من جهة أن ما قبلها كان في أحكام الضمان الكلية والتنمة في بيان حكم الشبهة الموضوعية .
(١) لكن عرفت إشكاله ، وأن الضمان في الموارد التي أشار إليها ليس من الضمان المصطلح ، بل بالمعنى العرفي ، الذي يدل على صحته العمومات ، ولا سيما وأنه متداول عند العرف . فراجع .
(٢) يعني : قول المضمون له . والمراد أن قوله لا يحتاج إلى الإثبات

وكذا لو ادعى انه ضمن تمام ديونه وانكره المضمون له (١) ، لاصالة بقاء ما كان عليه (٢) .

لأنه يطابق الحجة ، بخلاف قول خصمه ، فإنه المحتاج إلى الاثبات ، لمخالفته للحجة . والمراد من الحجة ما يجب العمل به من غير دافع ولا معارض ، وهي هنا أصالة عدم الضمان الجارية بلا معارض ولا دافع .

(١) امين ماذكر ، فإن الاصل عدم ضمان تمام الديون .

(٢) الظاهر من هذا الاصل استصحاب بقاء الدين على حاله في ذممة المضمون عنه ، وهو وان كان جاريا في نفسه ، لكنه محكوم باصالة عدم الضمان للسببية والمسببية بين مجراها ، فإن بقاء الدين وعدمه من اثار عدم الضمان وحدوثه شرعاً . فإذا حصل الضمان زال الدين وسقط ، وإذا لم يحدث بقى الدين بحاله . فإن قلت : الوجود لا يكون من اثار العدم ، كما ان العدم لا يكون من اثار الوجود ، فإن العدم لا شيء فلا يكون أثر الشيء . قلت : هذا في العلل العقلية لا الشرعية ، والا فهي تابعة لدليل الجعل وكيفية مؤداه ، والاصول إنما تجري بملاحظ مؤدى الدليل الشرعي . لكن قد يشكل ما ذكرنا بان صحيح زرارة الذي هو دليل الاستصحاب تضمن جريان استصحاب الطهارة مع الشك في النوم ؛ مع انها من اثار عدم النوم ، نظير مانحن فيه بعينه ، وكان اللازم على ما ذكرنا جريان أصالة عدم النوم الذي هي الاصل السببي . اللهم الا أن يقال : انه لا بد من توجيهه وحمله على خلاف الظاهر ، عملاً بما دل على لزوم تقدم الأصل في السبب على الأصل في المسبب . هذا ولعل مقصود الامام (ع) التمثيل للاستصحاب بالمثال الواضح ، فإن بقاء الطهارة أوضح من بقاء عدم النوم وأقرب الى الفهم منه ، وليس مقصوده (ع) بيان الحجة الفعلية . ويحتمل غير ذلك .

ولو اختلفا في اعسار الضامن حين العقد ويساره فادعى المضمون له اعساره فالقول قول المضمون عنه (١) . وكذا لو اختلفا في اشتراط الخيار للمضمون له وعدمه ، فان القول قول المضمون عنه (٢) . وكذا لو اختلفا في صحة الضمان وعدمها (٣) .

(مسألة ٢) : لو اختلف الضامن والمضمون له في أصل الضمان ، أو في ثبوت الدين وعدمه ، أو في مقداره أو في مقدار ماضن ، أو في اشتراط تعجيله أو تنقيص أجله إذا كان مؤجلا ، أو في اشتراط شيء عليه زائداً على أصل الدين

(١) كانه لاصالة اللزوم . لكن الظاهر أنه مع سبق إعسار الضامن يجري استصحابه ، فيثبت إعساره حال الضمان ، فيكون مدعيه منكراً لادعياً . بل مع سبق العلم باليسار يجري استصحاب اليسار المقدم على أصالة اللزوم . نعم تجري مع عدم العلم بسبق أحسد الأمرين ، ومرجعها الى عموم اللزوم . لكن الشك في المقام من قبيل الشبهة المصدقية ، ولا مجال للعموم في الشبهة المصدقية . اللهم إلا أن يقال ان التخصص في المقام لي لا لفظي ، فلا مانع من التمسك حينئذ بالعام في الشبهة المصدقية . ثم ان الرجوع الى أصالة اللزوم لاثبات كون مدعي الاعسار مدعياً وخصمه مدعى عليه مبني على ان المعيار في كون الخصم مدعياً أو مدعى عليه الغرض المقصود من الدعوى . أما اذا كان المعيار منصب الدعوى فالأصل الحكمي لا أثر له في ذلك ، ولا بد أن يلاحظ الأصل الموضوعي الجاري في الاعسار وعدمه ، فمع تعاقب الحالتين يكون كل من المضمون له والمضمون عنه مدعياً ، لعدم قيام الحجة على أحد الأمرين .

(٢) لاصالة عدم اشتراط الخيار .

(٣) لاصالة صحة الضمان .

فالقول قول الضامن (١) . ولو اختلفا في اشتراط تأجيله (٢) مع كونه حالا ، أو زيادة أجله مع كونه مؤجلا ، أو فاه أو إبراء المضمون له عن جميعه أو بعضه ، أو تقييده بكونه من مال معين والمفروض تلفه ، أو اشتراط خيار الفسخ للضامن ، أو اشتراط شيء على المضمون له ، أو اشتراط كون الضمان بما يسوى أقل من الدين قدم قول المضمون له .

(مسألة ٣) : لو اختلف الضامن والمضمون عنه في الاذن وعدمه (٣) أو في وفاء الضامن (٤) .

(١) لاصالة عدم الضمان الذي يدعيه المضمون له ، ولاصالة عدم الدين الذي يدعيه ، أو لاصالة عدم الزيادة التي يدعيها ، أو لاصالة عدم الضمان في الزائد الذي يدعيه أو لاصالة عدم اشتراط التعجيل الذي يدعيه ، أو لاصالة عدم اشتراط تنقيص الأجل الذي يدعيه ، أو لاصالة عدم اشتراط شيء عليه زائداً على أصل الدين .

(٢) بان ادعى الضامن أنه اشترط تأجيله مع كونه حالا ، أو ادعى أنه اشترط زيادة أجله مع كونه مؤجلا ، أو ادعى الوفاء ، أو ادعى إبراء المضمون له عن جميعه أو عن بعضه ، أو ادعى أنه اشترط أدائه من مال معين وقد تلف فبطل الضمان وبرأت ذمته من المال ، وكذا اذا كان المال المعين موجودا وليكن الوفاء منه موقوف على مقدمات تستوجب تأخره زمانا والمضمون له مطالب بالاداء فورا . فان الاصل في جميع ذلك يوافق قول المضمون له . وكذا في الفروض الآتية في بقية المسألة .

(٣) يعني : فادعى الضامن الاذن من المضمون عنه ليرجع عليه بما آداه للمضمون له وأنكر المضمون عنه ذلك .

(٤) يعني : ادعى الضامن الوفاء فطالب المضمون عنه ، فأنكر المضمون عنه

حتى يجوز له الرجوع وعدمه ، أو في مقدار الدين الذي ضمن وانكر المضمون عنه الزيادة ، أو في اشتراط شيء على المضمون عنه (١) ، أو اشتراط الخيار للضامن قدم قول المضمون عنه (٢) .

الوفاء حتى لا يرجع عليه الضامن بما ضمن . ومقتضى اطلاق المتن عدم الفرق بين صورتين إقرار المضمون له بالوفاء وعدمه . لكن في القواعد في الصورة الاولى احتمال عدم سماع انكار المضمون عنه ، لسقوط المطالبة بالاقرار الذي هو أقوى من البينة ، كما احتمال السماع أيضاً لان قول المضمون له ليس حجة . وأشكل عليه في جامع المقاصد بان عدم السماع ليس لان قول المضمون له حجة بل لسقوط المطالبة كما سبق . كما أنه أشكل على وجه الاحتمال الاول بان الاقرار انما يقتضي سقوط المطالبة ظاهراً لا واقعاً ، إذ من الجائز كذبه في الاقرار فيكون دينه باقياً ونجوز مطالبته . أقول : لو سلم عدم جواز المطالبة واقعا فلموجب لجواز رجوع الضامن على المضمون عنه وفاؤه لدينه واقعا وهو غير ثابت ، ومجرد عدم جواز المطالبة واقعا وظاهراً غير كاف في جواز الرجوع إذا لم يحصل الوفاء . فإذا ما في المتن أقوى .

(١) المضمون عنه ليس طرفاً لعقد الضمان ، فلا يصح اشتراط شيء على المضمون عنه فيه . نعم يمكن اشتراط ذلك في عقد آخر غير عقد الضمان . لكنه خارج عن محل الكلام .

(٢) لانه يدعي عدم الأذن في الفرض الاول ، وعدم الوفاء في الفرض الثاني ، وعدم الزيادة في الدين في الفرض الثالث ، وعدم اشتراط شيء عليه في الفرض الرابع ، وعدم اشتراط الخيار للضامن في الفرض الخامس . والأصل يوافق مدعاه في جميع هذه الفروض ، فان الأصل عدم الأذن ، وعدم الوفاء وعدم زيادة الدين ، وعدم اشتراط شيء عليه ، وعدم اشتراط الخيار للضامن .

ولو اختلفا في أصل الضمان ، أو في مقدار الدين الذي ضمنه (١) وانكر الضامن الزيادة ، فالقول قول الضامن .

(مسألة ٤) : إذا انكر الضامن الضمان فاستوفى الحق منه بالبينة ليس له الرجوع على المضمون عنه المنكر للأذن أو الدين ، لاعترافه بكونه اخذ منه ظلماً . نعم لو كان مدعياً مع ذلك للأذن في الاداء بسلاضمان ، ولم يكن منكراً لأصل الدين ، وفرض كون المضمون عنه ايضاً معترفاً بالدين والأذن في الضمان ، جازله الرجوع عليه ، إذ لا منافاة بين انكار الضامن وادعاء الأذن في الاداء ، فاستحقاقه الرجوع معلوم غاية الأمر انه يقول ان ذلك للأذن في الاداء (٢) .

فيكون لذلك منكراً ، ويكون القول قوله إلا إذا اقام خصمه البينة على مدعاه . (١) بان ادعى المضمون عنه الضمان وانكر الضامن ، أو ادعى المضمون عنه ان الدين عشرون وادعى الضامن أنه عشرة . ومن الواضح أن قول الضامن هو الذي يوافق الأصل ، فان الأصل عدم الضمان وعدم الزيادة .

(٢) من المعلوم أن الأذن في الاداء انما يقتضي جواز الاداء لا وجوبه كما لا يقتضي ولاية الدائن على الأخذ من المأذون ، ولا جواز إجباره على الاداء فإذا أجبر على الاداء لم يكن الاداء صحيحاً بل المال باق على ملك المالك ، ولا يدخل في ملك الدائن ، فكيف يجوز الرجوع على المضمون عنه بعد الاداء الاجباري ، والأذن انما يقتضي جواز الرجوع على الأذن إذا كان الاداء صحيحاً موجباً لافراغ ذمة الأذن لا مطلقاً ، فإذا لم يكن موجباً لافراغ ذمة الأذن لا يكون معنوياً للرجوع عليه ، فلا مجال لرجوعه على المضمون عنه وان اعتقد انه اذن في الاداء ، ليكون المفروض ان هذا الاداء كلا أداء ، لعدم كونه مفراً لذمته ، فالضامن يعلم بعد استحقاقه الرجوع على المضمون عنه بما

والمضمون عنه يقول انه الاذن في الضمان فهو كما لو ادعى على شخص انه يطلب منه عشر قرانات قرضاً ، والمدعى ينكر القرض ويقول : انه يطلبه من باب ثمن البيع ، فأصل الطلب معلوم . ولولم يعترف المضمون عنه بالضمان او الاذن فيه (١)

أداه لعدم حصول الاداء الصحيح . نعم اذا رضي به بعد ذلك - بناء على صحة احتساب دينه على الغاصب وفاء عن دين الغاصب على شخص آخر - فإذا صح هذا الوفاء فقد تحقق المأذون فيه وجاز رجوعه على الآذن ، كما أن الآذن يعلم بجواز رجوعه عليه ، لانه ضامن عن إذن المضمون عنه ، فجواز الرجوع مما يعتقده كل واحد منهما ، فـ لا مانع منه ، بخلاف ما اذا لم يرض فانه يعلم بعدم جواز رجوعه على المضمون عنه لعدم حصول الاداء . ومن ذلك يظهر انه لا مجال لتمثيل المقام بالفرض المذكور في المتن . نعم يصح التمثيل إذا رضي بالاداء لما عرفت من أن جواز الرجوع مما يعتقده كل واحد منهما وان اختلفا في سببه فالضامن يعتقد أن سببه الاداء المأذون فيه ، والمضمون عنه يعتقد أن سببه الضمان المأذون فيه ، فقد تصادقا معا على اشتغال ذمة المضمون عنه وجواز الرجوع عليه ، فيكون كالمثال بعينه .

(١) هذا هو الشق الثاني لما ذكره سابقاً بقوله : « وفرض كون المضمون عنه أيضاً معترفاً . . . » يعني : إذا لم يعترف المضمون عنه بالاذن بالضمان لكن قامت على ذلك البينة ، فالحكم كما سبق يجوز رجوع الضامن عليه بما أخذ منه قهراً ، لكن بالمقاصة ، لان المضمون له لما كان ظالماً في أخذه للعالم جاز للضامن المظلوم أن يستوفي حقه من مال المضمون له الموجود في ذمة المضمون عنه ، فيأخذه من المضمون عنه بدلاً عن ماله المأخوذ منه ظالماً ، فيكون الرجوع على المضمون عنه ليس لاجل اشتغال ذمته - كما في الفرض السابق - بل لاشتغال

ذمة المضمون له بما أخذ بغير استحقاق ، السويع لجواز أخذه ماله الذي في ذمة المضمون عنه . فالمضمون عنه على هذا ليس مشغول الذمة بشيء ولا ضامناً لشيء وإنما يرجع عليه لأن عنده مال المضمون له ، فالحساسة تكون على المضمون له لا المضمون عنه . هذا ويشكل أولاً : بأنه لم يظهر الفرق بين هذه الصورة وما قبلها ، ولأي جهة لم تصح المقاصة فيما قبلها كما صحت هنا ؟ ولأي جهة لم يصح الرجوع على المضمون عنه في هذه الصورة للعلم باشتغال ذمته لأحد السببين كما صح الرجوع عليه لذلك فيما قبلها ؟ . وثانياً : بأنه لم تثبت المقاصة في الذمة وإنما تثبت بما في الخارج ، فالعين الخارجية المملوكة للظالم يجوز للمظلوم أخذها أما دين الظالم الذي له على الناس فلم يثبت جواز أخذه مقاصة ، بحيث يكون للمظلوم ولاية على تعيينه وتشخيصه في الخارج ، لقصور أدلتها عن العموم لذلك . فراجعها في المكاسب المحرمة في أوائل كتاب التجارة من الوسائل . وإن كان الذي يظهر من التذكرة والقواعد وشروحها المفروغية عن جواز المقاصة في الذميات ، فقد تعرضوا للمسألة وأفتوا بجواز المقاصة بالرجوع الى المضمون عنه . وإن كان المذكور في كلام بعضهم أن المراد من المقاصة معنى آخر ، وهو مطالبة الظالم بالحق من غير الطريق الواقعي ، بأن يطالبه بضمن المبيع في الفرض السابق مع أن الدين قرض لا مئمن ، وفي المقام يطالبه بمؤدى البينة مع أن السبب الاذن في الاداء . وحيث أن يكون الرجوع في الصورة السابقة من باب المقاصة ايضاً ، وإن كان التعبير بها كان في هذه الصورة لا غير ، فلاختلاف بين الصورتين في مجرد التعبير . فلاحظ كلاهما .

والذي ينبغي في بيان صور المسألة أن يقال : إذا ادعى المضمون له الضمان على شخص وانكر ذلك الشخص ، فقامت البينة على الضمان ، فآخذ منه قهراً بحكم الحاكم ، فاما أن يكون المضمون عنه قد اذن له في اداء ما عليه أولاً .

وثبت عليه ذلك بالبينه فلذلك يجوز له الرجوع عليه مقاصة عما اخذ منه . وهل يجوز للشاهدين على الآذن في الضمان حينئذ أن يشهدا بالاذن من غير بيان كونه الآذن في الضمان أو كونه الآذن في الاداء ؟ الظاهر ذلك (١) ، وإن كان لا يخلو عن اشكال . وكذا في نظائره . كما إذا ادعى شخص على آخر انه يطلب قرضا وبينته تشهد بانه يطلبه من باب ثمن المبيع لا القرض ، فيجوز لهما ان يشهدا باصل الطالب من غير بيان انه للقرض او لثمن البيع على اشكال .

وعلى الاول لا يجوز رجوعه عليه من جهة اذنه ، لعدم حصول الاداء ، والمال المأخوذ من الضامن باق على ملكه . كما لا يجوز الرجوع عليه باخذ الدين الذي عليه المضمون بعنوان المقاصة للمضمون له في قبال ما أخذه من الضامن ، لما عرفت من عدم الدليل على المقاصة في الذميات . ومنه يظهر أنه لا يجوز الرجوع على المضمون عنه على الثاني ، لامن باب المقاصة ، ولامن باب الاذن ، لفرض عدم الاذن مضافاً الى عدم الاداء . ولا فرق فيما ذكرنا بين إذن المضمون عنه بالضمان وعدمه ، لان المفروض عدم الضمان ، فلا يقتضي الاذن فيه جواز الرجوع على الآذن . ثم إنه لو فرض تحقق الاداء المأذون فيه إذا أخذ المال من الضامن بحكم الحاكم قهراً حينئذ يجوز للضامن الرجوع على المضمون عنه ، لتحقيق المأذون فيه ، ولا دخل لاذنه في الضمان وعدمه في جواز الرجوع المذكور ، ففرض الاذن في الضمان والاعتراف بها وإنكارها لا ينبغي ذكره في فروض المسألة .

(١) لا يخفى أنه لما كان الاذن بالشيء في نفسه ليس موضوعاً لاثر شرعي وإعنا موضوع الاثر الشرعي الاذن المتعلقة بشيء بعينه من ضمان أو اداء أو نحوها ، فإذا شهد الشاهد بالاذن نفسه من دون ذكر المتعلقة لم تسمع هذه الشهادة لعدم الاثر . وهذا بخلاف الدين ، فإنه بنفسه موضوع للاثر الشرعي وان

(مسألة ٥) : إذا ادعى الضامن الوفاء وانكر المضمون له وحلف ليس له الرجوع على المضمون عنه (١) إذا لم يصدقه في ذلك . وإن صدقه جازله الرجوع إذا كان بأذنه (٢) . وتقبل شهادته له بالاداء (٣) إذا لم يكن هناك مانع من تهمة (٤) أو غيرها مما يمنع من قبول الشهادة (٥) .

(مسألة ٦) : لو أذن المديون لغيره في وفاء دينه بلا ضمان فوفى جازله الرجوع عليه (٦) .

لم يذكر السبب المقتضي له من بيع أو قرض أو غيرها ، فالفرق بين الأمرين ظاهر ولا يجوز مقايضة أحدهما على الآخر .

(١) لعدم ثبوت الاداء ، بل ثبوت عدمه ، فلا موجب للرجوع .

(٢) أخذاً له باقراره واعترافه .

(٣) يعني : شهادة المضمون عنه . كما صرح بذلك في الشرائع والقواعد وغيرها من كتب الاصحاب .

(٤) في المسالك : « ذكروا للتهمة صوراً ، ومنها : أن يكون الضامن معسراً ولم يعلم المضمون له باعساره ، فإن له الفسخ حيث لا يثبت الاداء ، ويرجع على المضمون عنه فيدفع بشهادته عود الحق الى ذمته . . . » . وهذه الصورة ذكرها في جامع المقاصد .

(٥) مثل فقد شرط قبول الشهادة على ما ذكر في كتاب الشهادة .

(٦) قال في القواعد : « ومن أدى دين غيره بغير ضمان ولا إذن لم يرجع وإن أداه بأذنه بشرط الرجوع رجح . ولو لم يشترط الرجوع احتمل عدمه إذ ليس من ضرورة الاداء الرجوع ، وثبوته للعادة » ، ونحوه في التذكرة ، وفي جامع المقاصد : « والحق أن العادة إن كانت مضبوطة في أن من أذن في الاداء

ولو ادعى الوفاء وانكر الآذن (١) قبل قول المأذون ، لانه أمين من قبله (٢) .
ولو قيد الاداء بالاشهاد وادعى الاشهاد وغيبة الشاهدين قبل قوله ايضا (٣) .
ولو علم عدم إشهاده ليس له الرجوع (٤) .

يريد به الرجوع ويكتفي بالاذن مطلقاً استحق الرجوع ، وإلا فلا . وهو كما ذكر . كما أنه لم يثبت أن العادة تقتضي ذلك . نعم إذا كان الاذن مستفاداً من الاستدعاء ، بان قال : « أديني » كان مقتضياً للرجوع ، لما عرفت سابقاً من أن استيفاء مال الغير موجب لضمانه . ولعله المراد من العادة في كلامهم . وإلا لم يكن مقتضياً له ، كما إذا قال : « أنت مأذون في وفاء ديني » بعد أن استأذنه المخاطب في الوفاء لاحتمال كراهته لذلك لغرض من الاغراض . ولو قال ابتداء : « أنت مأذون في وفاء ديني فقد يكون دالاً على اشتراط الرجوع ، من أجل أن وفاء غيره لدينه ليس تحت سلطانه حتى يكون محتاجاً الى الاذن ، فليس الغرض من الاذن إلا اشتراط الرجوع . فان لم يفهم ذلك لم يكن له الرجوع . وعلى هذا فالرجوع ليس للاذن ، بل لاشتراط الرجوع المفهوم من القرائن .

(١) اسم فاعل .

(٢) كما في الجواهر ، والأمين يقبل خبره ، كما إذا أمر الجارية بتطهير الثوب فأخبرت بذلك ، فانه يقبل خبرها ، وكذلك الاجير على عمل اذا أخبر بوقوعه ، كالاجير على العبادة عن ميت يقبل خبره بفعلها وهكذا . والعمدة في ذلك سيرة العقلاء والمتشرعة .

(٣) لما سبق .

(٤) كما في الجواهر ، لانتفاء الاذن بالاداء الواقع في الخارج ، لانتفاء المقيّد بانتفاء قيده .

نعم لو علم انه وفاء ، ولكن لم يشهد يحتمل جواز الرجوع عليه ، لان الغرض من
الاشهاد العلم بحصول الوفاء (١) والمفروض تحققه .

(تم كتاب الضمان)

(١) هذا غير ظاهر ، فقد يكون الغرض من الاشهاد التخلص من دعوى
الدائن عدم الاداء ، أو التخلص من تهمة الناس له أنه مماطل في وفاء دينه ، وقد
يكون الغرض أمرا آخر . وبالجمل : المدار في جواز الرجوع وقوع الاداء على
الوجه المأذون فيه ، فإذا لم يحصل لم يجز الرجوع وان حصل الغرض . والله
سبحانه العالم العاصم . وهو حسبنا ونعم الوكيل . والحمد لله رب العالمين .
انتهى الكلام الى هنا في الرابع والعشرين من ربيع الثاني في سنة
اثنيتين وثمانين بمعد الالف والثلاثمائة للهجرة . وقد انتهى الكلام في الشرح
القديم في ١١ ج ١ / ١٣٥٩ .

بسم الله الرحمن الرحيم

(كتاب الحوالة)

وهي عندهم تحويل المال من ذمة الى ذمة (١) . والاولى ان يقال : انها إحالة المديون دابنه إلى غيره ، أو إحالة المديون دينه من ذمته الى ذمة غيره . وعلى هذا فلا ينتقض طرده بالضمان ، فانه وان كان تحويلا من الضامن للدين من ذمة المضمون عنه إلى ذمته ، إلا أنه ليس فيه الاحالة المذكورة ، خصوصا اذا لم

كتاب الحوالة

قال في التذكرة : « الحوالة عقد جائز بالنص والاجماع » وعن المبسوط والسرائر انها مشروعة بالنص واجماع الامة انتهى .

(١) قال في الشرائع : « فالحوالة عقد شرع لتحويل المال من ذمة الى ذمة مشفولة بمثله » . ولاجل ان هذا التعريف مانع من صحة الحوالة على البرى . والعلامة يرى صحتها عدل في القواعد عن هذا التعريف الى تعريفها بقوله : « وهي عقد شرع لتحويل المال من ذمة الى أخرى » ، ونحوه في التذكرة والتحرير وكذلك غيره . ومن ذلك يظهر أن نسبة التعريف المذكور اليهم غير ظاهر .

يكن بسؤال من المضمون عنه (١) . ويشترط فيها - مضافا إلى البلوغ ، والعقل ، والاختيار (٢) ، وعدم السفه ، (٣) ، في الثلاثة من المحيل والمحتال والمحال عليه ، وعدم الحجر بالسفه في المحتال (٤) والمحال عليه (٥) ، بل والمحيل ، إلا اذا كانت الحوالة على البرىء ، فانه لا بأس به (٦) فانه نظير الاقتراض منه - أمور :

(١) أما إذا كان بسؤاله فقد يوهم أن المضمون عنه هو الذي نقل المال من ذمته إلى ذمة الضامن . لكن التأمل يقتضي خلاف ذلك ، لأن الذي يسأل الفعل من غيره غير فاعل ، بل الفاعل هو المسؤول منه الفعل .

(٢) هذه الثلاثة شرائط عامة لمطلق التصرف ، فلا يصح التصرف بدونها ، كما أشرنا إلى ذلك في كتاب الضمان . وتحرير ذلك مفصلا من الفقهاء (رضي الله عنهم) يكون في كتاب البيع الذي هو أول المكتب الباحثة عن العقود والايقاعات .

(٣) هذا شرط للتصرف المالي ، لا لمطلق التصرف . ولأجل أن كلا من المحيل والمحتال والمحال عليه متصرف في مال لم يصح منه ذلك .

(٤) أصل العبارة بالفلس ، كما يشهد بذلك ما قبله وما بعده .

(٥) يشكل ذلك بان قبوله ليس تصرفا في ماله الذي هو موضوع حق الغرماء ، وإنما هو تصرف في نفسه وفي ذمته ، فلا مانع منه . نعم هو تصرف مالي ، فلا يجوز من السفه ويجوز من المفلس ، نظير الاقتراض الذي سيذكره .

(٦) فان مرجع الحوالة على غير البرىء نقل الدين الى ذمة المحال عليه ليكون وفاؤه ممسا في ذمته ، فتكون الحوالة تصرفا في ماله الذي في ذمة المحال عليه ، وهو متعلق حق الغرماء . لكن إذا قلنا بصحة الحوالة على البرىء أمكن القول بصحتها من المفلس على غير البرىء ، إذ ليس من لوازم التحويل التصرف في

(احدها) : الايجاب والقبول ، على ماهو المشهور بينهم (١) ، حيث عدوها من العقود اللازمة . فالايجاب من المحيل (٢) ، والقبول من المحتال . وأما المحال عليه فليس من اركان العقد وان اعتبرنا رضاه مطلقاً او اذا كان بريئاً فان مجرد اشتراط الرضا منه لا يدل على كونه طرفاً وركناً للعاملة . ويحتمل ان يقال : يعتبر قبوله ايضاً (٣) فيكون العقد مركباً من الايجاب والقبولين . وعلى ما ذكره يشترط فيها ما يشترط في العقود اللازمة ، من الموالاة بين الايجاب

ماله ، بل من الجائز صحة الحوالة وكون ماله الذي في ذمة المحال تحت سلطان الغرماء ، اذ هو بمنزلة الاقتراض - كما ذكر - فكما يجوز اقتراض المفلس من البرىء يجوز اقتراضه من المديون . وكما يجوز للمفلس التحويل على البرىء يجوز له التحويل على غير البرىء . ويكون المال في ذمة المحيل للمحال عليه بعد دفعه الحوالة .

(١) بل الظاهر أنه من المسلمات من دون خلاف ولا إشكال .

(٢) قال في المسالك : « ثم على تقدير اعتبار رضى المحيل عليه ليس هو على حد رضا الآخرين ، لان الحوالة عقد لازم من جملة العقود اللازمة ، فلا يتم الا بايجاب وقبول ، فالايجاب من المحيل ، والقبول من المحتال . ويعتبر فيهما ما يعتبر في غيرهما من اللفظ والمقارنة وغيرهما . وأما رضا المحال عليه فيمكنه كيف اتفق مقارنة أم متراخياً » .

(٣) قال في الجواهر : « لم أجد القول باحتمال اعتباره على وجه القبول بان يكون هذا العقد مركباً من ايجاب وقبولين ، وإن كان هو مقتضى ما تسمعه من دليلهم » . ويريد به دعوى الاجماع على انها تقتضي نقل الحق من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه ، ضرورة توقف انتقال الدين إلى ذمة الغير على رضاه .

والقبول ونحوها ، فلا تصح مع غيبة المحتال أو المحال عليه أو كليهما بأن أوقع الحوالة بالكتابة . ولكن الذي يقوى عندي كونها من الإيقاع (١) غاية الأمر اعتبار الرضا من المحتال أو منه ومن المحال عليه ، ومجرد هذا لا يصيره عقداً وذلك لأنها نوع من وفاء الدين (٢)

(١) لا يخفى أن الفرق بين الإيقاع والعقد أن الأول يكفي في حصوله إعمال سلطنة سلطان واحد ، والثاني يتوقف حصوله على أعمال سلطنة سلطانيين ، ولا يكفي في حصوله أعمال سلطنة واحدة . فإذا قال الإنسان لزوجته : « طلقتك » ثم قال لها : « تزوجتك » فالطلاق إيقاع لأنه يكفي في حصوله أعمال سلطنة الزوج ، والتزويج عقد لأنه يتوقف حصوله على أعمال سلطنة الزوج والزوجة معاً ، فالطلاق وإن كان تصرفاً في الزوجة كالتزويج ، إلا أن الأول لما جعله الشارع الأقدس تحت سلطان الزوج فقط كان إيقاعاً ، والتزويج لما جعله الشارع تحت سلطان الزوجين معاً كان عقداً . وربما يكون إيقاعاً إذا كان تحت سلطنة شخص واحد ، كما في تزويج المولى أمته من عبده ، فإنه لما لم يكن تحت سلطان كل من الزوجين وإنما هو تحت سلطان مولاها كان إيقاعاً . وهكذا فنكاح تصرف لا يتحقق إلا بأعمال سلطنة شخصين فهو عقد ، وكل تصرف يتحقق بأعمال سلطنة شخص واحد فهو إيقاع ، فالاختلاف بين العقد والإيقاع ليس باختلاف مفاهيمها المنشأة ، بل باختلاف أحكامها من حيث السلطنة . وعلى هذا يتمتع أن تكون الحوالة إيقاعاً ، لأنها تصرف في مال المحتال الذي هو تحت سلطانه وفي ذمة المحال عليه التي هي تحت سلطانه ، فيجب أن تكون بقبولها معاً ، ولا تكون بإيقاع المحيل فقط لتكون إيقاعاً .

(٢) الفرق بين الوفاء والحوالة أظهر من أن يحتاج إلى بيان ، لأن المحتال

وان كانت توجب انتقال الدين من ذمته الى ذمة المحال عليه ، فهذا النقل والانتقال نوع من الوفاء ، وهو لا يكون عقداً (١) وان احتاج إلى الرضا من الآخر ، كما في الوفاء بغير الجنس ، فانه يعتبر فيه رضى الدائن ومع ذلك ايقاع (٢) ومن ذلك يظهر ان الضمان أيضاً من الايقاع ، فانه نوع من الوفاء (٣) . وعلى هذا فلا يعتبر فيها شيء مما يعتبر في العقود اللازمة (٤) ، ويتحققان بالكتابة ونحوها (٥) . بل يمكن دعوى أن الوكالة أيضاً كذلك (٦)

إنما انتقل بالحوالة دينه من ذمة الى أخرى ، وهذا الانتقال بعيد عن معنى الوفاء الذي هو وصول الدين الى الدائن ، فكيف يكون هذا الانتقال نوعاً من الوفاء ؟ ! وكذلك الكلام في الضمان ، فانه لم يحصل به وفاء الدين وإنما يكون به انتقال الدين من ذمة المديون الى غيره . نعم يشترك الوفاء والحوالة والضمان في فراغ ذمة المديون ، لكنه ليس للوفاء بل للانتقال .

(١) لانه يكون تحت سلطة المديون على افراغ ذمته ، وليس تحت سلطة الدائن ، فلو أراد المديون الوفاء ليس للدائن الامتناع ، إذ لا سلطان له على ذمة المديون لجعلها محلاً لماله .

(٢) فيه منع ظاهر ، بل هو نوع من المعاوضة بين الدين والجنس الآخر .

(٣) سبق الاشكال فيه كالاشكال في الحوالة .

(٤) بناء على ما ذكر لا يعتبر فيها ما يعتبر في العقود لازمة كانت أو غير

لازمة ، ولا يختص باللازمة .

(٥) يمكن القول به في العقود كلية كالمطاعة . ولو بني على المنع في العقود

بني عليه الايقاع ، لاشتراكهما في دليله نفياً وإثباتاً .

(٦) يعني من الايقاع .

كما ان الجمالة كذلك وان كان يعتبر فيها الرضى من الطرف الآخر (١) .
 الا ترى أنه لافرق بين ان يقول : « انت مأذون في بيع دارى » أو قال :
 « انت وكيل » (٢) ، مع ان الاول من الايقاع قطعاً .

(١) قد عرفت ان اعتبار الرضا يقتضى كونها من العقود ، والعقود
 لا بد ان تكون بايجاب وقبول ، ولا يكفي الرضا النفساني المقابل للكرهية
 والارادة الذي ليس من الانشاء ، فانه غير القبول اللازم اعتباره في صدق
 العقد . وبالجملة : اعتبار الرضا مساوق لكون الوكالة من العقود المعتبر
 فيها القبول .

(٢) الفرق بين الامرين ظاهر ، فان الوكيل كالاصيل فالوكيل في وفاء
 الدين يجب عليه الوفاء مع المطالبة ، والمأذون في الاداء ليس كذلك . وأيضاً
 فان الوكيل تجوز مطالبته في الوفاء ومخاصمته ، والمأذون ليس كذلك . وأيضاً
 الوكيل يتمكن من عزل نفسه عن الوكالة ، فلا يكون وكيلاً ، والمأذون لا يتمكن
 من عزل نفسه عن الاذن . والوكيل يستطيع أن لا يقبل الوكالة ويرد الايجاب
 فلا يكون وكيلاً ، والمأذون ليس كذلك . والوكالة المعلقة باطلة ، بخلاف الاذن .
 والوكيل المعزول ينفذ تصرفه قبل بلوغ العزل ، وليس كذلك المأذون . ومن
 ذلك يتبين أن الوكالة قائمة باختيار الوكيل وتتوقف على قبوله ، وليس كذلك
 الاذن . والمتحصل : أن المفهوم الانشائي إذا كان تحت سلطنتين فهو قائم بهما
 فلا يتحقق إلا باعمالهما ، فيكون عقداً . واذا كان تحت سلطنة واحدة يتحقق
 باعمالها فقط ، فيكون ايقاعاً . ودعوى أنه ايقاع ومع ذلك يتوقف على رضا
 الآخر تناقض ، فان اعتبار الرضا من الطرفين مساوق لكون المفهوم
 عقداً . فلاحظ .

(الثاني) : التنجيز (١) ، فلا تصح مع التعليق على شرط أو وصف ، كما هو ظاهر المشهور . لكن الأقوى عدم اعتباره . كما مال إليه بعض متأخري المتأخرين .
(الثالث) : الرضا من المحيل والمحتال بلا اشكال (٢) . وما عن بعضهم من عدم اعتبار رضا المحيل (٣)

(١) العمدة في اعتباره الاجماع المدعى على اعتباره في كلية العقود ، الذي لا مجال لرفع اليد عنه بعد دعواه من الاساطين . وتلقي الباقي له بالقبول . وإلا فلم يذكر هذا الشرط هنا في جملة من الكتب ، كالشرائع والقواعد وغيرها ولم يتعرض له فيما وقفت عليه من شروحيها ، وفي التذكرة ذكر التنجيز من شروط الضمان - كما سبق - ولم يذكر ذلك في الحوالة . ولعله اكتفى بذكره في غيرها مع دعوى الاجماع عليه في عامة العقود .

(٢) من التذكرة والمسالك والروضة والمفاتيح والكفاية الاجماع عليه وفي الجواهر : « الاجماع بقسميه عليه ، بل المحكي منه مستفيض أو متواتر » .
(٣) قال في التذكرة : « يشترط في الحوالة رضا المحيل - وهو الذي عليه الحق - إجماعاً . . . (إلى أن قال) : في صورة واحدة لا يعتبر فيها رضا المحيل وهي ما إذا جوزنا الحوالة على من لا دين عليه ، لو قال للمستحق : « أحلت بالدين الذي لك على فلان على نفسي » فقبل ، صحت الحوالة . فإذا لا يشترط هنا رضا المحيل ، بل رضا المحال والمحال عليه خاصة » ، ونحوه في المسالك والحدائق وعن الروضة . ويمكن في الجواهر منع صحة هذه الحوالة ، لعدم إطلاق في نصوص المقام يتناولها : (وأوفوا بالعقود) يراد به العقود المتعارفة ، فلا تشمل فيه المشكوك » وفيه : ان التعارف لا يقيـد الاطلاق ، ولو بني على ذلك لزم تأسيس فقه جديد ، كما أشرنا إلى وجه ذلك في مواضع من هذا الشرح .

فيما لو تبرع المحال عليه بالوفاء ، بأن قال للمعتال : « أحلت بالدين الذي لك على فلان على نفسي » ، وحينئذ فيشترط رضا المعتال والمحال عليه دون المحيل .
لاوجه له ، إذ المفروض لا يكون من الحوالة بل هو من الضمان (١) .

(١) يتم إذا كانت مفهوم الضمان نقل مافي ذمته إلى ذمة ، كما ذكره الاصحاب . أما إذا كان التعهد بالدين فهو غير التحويل المذكور ، وإن كان التعهد من لوازمه . وحينئذ لا بد من الرجوع في تصحيحه إلى عموم الوفاء بالعقود ونحوه . وعليه فلا يختص بصورة ما إذا كان المحال عليه بريئا ، بل يجري في غيره . غاية الامر أنه لا يكون الوفاء من مال المحيل ، بل من مال المحال عليه ، ويبقى دين المحيل على المحال عليه بحاله . كما لا يختص أيضا بتحويل المحال عليه على نفسه ، بل يكون أيضا بتحويل المحال على المحال عليه ، فيقول المحال للمحال عليه : « أحلت ديني عليك » فيقول المحال عليه : « قبلت » فيكون المحيل هو المحال لا المحال عليه . وجميع هذه الصور ليست من الحوالة المصطلحة عند الفقهاء ، بل هي حوالة بالمعنى اللغوي قام الدليل على صحتها إن تم . ومثل ذلك ما إذا كانت التحويل من شخص آخر ، كما إذا كان دين زيد على عمرو ، فيحيل الدين المذكور خالد على بكر ، فيقبل الدائن - وهو زيد - والمحول عليه - وهو بكر - فتصح مثل هذه الحوالة بالعمومات مع عدم رضا المدين وهو المحيل ، وليست من الحوالة الاصطلاحية ذات الأحكام المخصوصة المستفادة من النصوص والاجماع .

ثم انه لا يخفى أن من يعتبر رضاه يجب أن يكون المفهوم الانشائي تحت سلطانه ، والمحيل ليس كذلك ، فإن التحويل افراغ لذمته ، ولا سلطان له على المنع من افراغ ذمته . نعم سلطانه على المنع من اشغال ذمته ، والتحويل ليس

وكذا من المحال عليه إذا كان بريئاً (١) أو كانت الحوالة بغير جنس ماعليه .
وأما إذا كانت بمثل ماعليه ففيه خلاف (٢) ولا يبعد التفصيل بين أن يحول عليه
بماله عليه ، بأن يقول : « اعطه من الحق الذي لي عليك » ، فلا يعتبر رضاه ،
فانه بمنزلة الوكيل في وفاء دينه (٣)

فيه شيء من ذلك . نعم لما كان التحويل موجبا إما لاشتغال ذمته بمثل الدين
للمحال عليه لو كانت الحوالة على البريء أو بغير الجنس وإما لسقوط دينه الذي
على المحال عليه لو كانت الحوالة بالجنس على غير البريء ، وكان كل ذلك تحت
سلطانه ، كانت الحوالة تحت سلطانه .

(١) يعني : يشترط رضاه . ويقتضيه قاعدة السلطنة على نفسه ، لأن إشغال
ذمته بدين للمحتال تصرف في نفسه . وهو واضح لو كان بريئاً . وكذلك لو كان
مشغول الذمة بغير جنس الدين ، فإن اشتغال ذمته بجنس الدين أيضاً تصرف في
نفسه يحتاج إلى اعمال سلطنته . وعن التنقيح انه في هذه الصورة يعتبر رضاه
قطعا . لكن في الجواهر قد يمنع القطع فيما ذكره .

(٢) والمنسوب إلى المشهور اعتبار رضاه ، وعن الاردبيلي انه لم يظهر
فيه مخالف ، وعن التذكرة نسبته إلى أصحابنا ، وعن المختلف نسبته إلى
علمائنا . ولكن عن أبي الصلاح عدم اعتبار رضاه ، وعن المختلف الميل اليه
وفي مفتاح الكرامة انه خيرة المقتصر والتنقيح وايضاح النافع والمسالك
والروضة ، وعن التنقيح انه قال : « ان اعتبرنا شغل الذمة والحوالة بمثل ماعليه
فلا يشترط رضاه قطعا » .

(٣) قد استدل في المسالك على ذلك بان المحيل قد أقام المحتال مقام نفسه
في القبض بالحوالة ، فلا وجه للافتقار إلى رضا من عليه الحق ، كما لو وكله في
القبض منه . ثم ذكر انا نمنع أن مقتضى الحوالة النقل ، بل هي ايفاء بما في ذمة

الغير ، فلا تقصر عن بيع مافي ذمة الغير ، ولا يشترط فيه الرضا اجماعا . انتهى
وتبعه على ذلك في الجواهر ، غير أنه لم يتعرض لما ذكره أولا من اقامة المحتال
مقام نفسه في القبض بالحوالة . وفي المتن جعل المحول عليه بمنزلة الوكيل في
وفاء دينه .

والمتحصل من كلمات الجماعة في الاستدلال على عدم اعتبار رضا المحول
عليه أمور : الاول : منع كون الحوالة نقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال
عليه . الثاني : أن المحيل قد أقام المحتال مقامه في قبض دينه . الثالث : أن
الحوالة إيفاء بماله الذي في ذمة المحال عليه . الرابع : أن الحوالة بمنزلة توكيل
المحال عليه في وفاء دينه . وفي الجميع إشكال ظاهر . إذ الاول خلاف ما عليه
الاجماع من أن الحوالة نقل مافي ذمة المحيل إلى ذمة المحال . فراجع كلماتهم
في تعريف الحوالة ، وقد ادعى في المسالك الاتفاق على ذلك في مسألة اعتبار
إبراء المحتال للمحيل في عدم جواز رجوعه اليه . ومن ذلك يظهر الاشكال في
الثاني ، إذ لو كان مفادها ذلك لم تكن نقلا ، بل كان الدين باقيا بحاله في ذمة
المحيل حتى يحصل الوفاء بقبض المحتال من المحال عليه . ومنه يظهر الاشكال في
الثالث . وأما الرابع فيتوجه عليه أن مقتضى ذلك اعتبار الرضا من المحال عليه
كالوكيل الذي لا تصح كالأية إلا برضاه ، كما تقدم . مضافا إلى أن جعله بمنزلة
الوكيل في الاستيفاء ينافي كون الحوالة نقلا ، كما سبق . فالمصنف جزم بين
دعويين متنافيتين . مضافا إلى أن أولاها أولى بالدليل على اعتبار الرضا من
الدليلية على عدم الاعتبار ، والثانية كذلك لان اشتغال ذمة المحول عليه بغير
سلطانه خلاف قاعدة سلطنة الناس على أنفسهم ، الاستفادة من قاعدة سلطنة
الناس على أموالهم . فحكم هذه الصورة كالصورة الآتية ، والفرق الذي ذكره
غير طارق .

وان كان بنحو اشتغال ذمته للمحتال وبرائة ذمة المحيل بمجرد الحوالة ، بخلاف ما اذا وكاه فان ذمة المحيل مشغولة الى حين الاداء . وبين أن يحوله عليه من غير نظر إلى الحق الذي له عليه على نحو الحوالة على البريء ، فيعتبر رضاه . لان شغل ذمته بغير رضاه على خلاف القاعدة . وقد يعمل باختلاف الناس في الاقتضاء (١) فلا بد من رضاه . ولا يخفى ضعفه ، كيف وإلا لزم عدم جواز بيع دينه على غيره ، مع أنه لا اشكال فيه .

(الرابع) : ان يكون المال المحال به ثابتا في ذمة المحيل (٢) ، سواء كان مستقرا او متزلا ، فلا تصح في غير الثابت ، سواء وجد سببه كمال الجعالة قبل العمل ومال السبق والرمية قبل حصول السبق ، او لم يوجد سببه ايضا كالحوالة بما يستقرضه . هذا ما هو المشهور (٣) . لكن لا يبعد كفاية حصول السبب ، كما ذكرنا في الضمان (٤) ، بل لا يبعد الصحة فيما اذا قال : « اقرضني كذا

-
- (١) علله بذلك في المسالك في جملة أدلة المشهور ، وأجاب عنه بان اختلاف الناس في الاقتضاء لا يمنع من مطالبة المستحق ومن ينصب .
- (٢) إجماعا ، كما عن الحدائق ، وعن جمع البرهان حكايته عن بعضهم وعن التحرير : ان شرطها ثبوته في ذمة المحيل ، فلو أحاله بما يقرضه لم يصح إجماعا . انتهى . ويقتضيه مفهومها عرفا ، فان التحويل عرفا يقتضي نقل ما في ذمة إلى ذمة ، فهو يتوقف على وجود شيء في الذمة ، كما يقتضي ثبوت شيء في ذمة المحال عليه ، فلا يتحقق مع عدم ذلك . وبالجمل : التحويل والتحويل يتوقف على ثبوت شيء في محل فينتقل إلى محل آخر .
- (٣) قد عرفت الإجماع عليه .

(٤) قد عرفت الاشكال عليه في الضمان وأن امتناع ضمان ما لم يجب من

وخذ عوضه من زيد « (١) فرضي ورضي زيد ايضاً ، لصدق الحوالة ، وشمول العمومات فتفرغ ذمة المحيل وتشتغل ذمة المحال بعد العمل وبعد الافتراض .

القضايا التي قياساتها معها ، فانه إذا لم يجب الشيء فضمانه بسلا مضمون عنه ولا مضمون له ، لان المضمون عنه من يكون عليه شيء غيره والمضمون له من يكون له شيء على غيره ، ومع عدم ثبوت شيء لا يكون شيء لأحد ولا في ذمة أحد . نعم يجوز أن يتعهد شخص لآخر بأمر استقبالي ، فيكون وجوبه بالضمان ، فيملك المضمون له . ولكنه ليس من الضمان الاصطلاحي ، بل هو ضمان لغوي ليس موضوعاً للكلام الاصحاب ، كما تقدم تفصيل ذلك مراراً . وكذا نقول في المقام : إذا لم يكن دين فلم ينقل المحيل ما في ذمته إلى ذمة المحال عليه .

(١) مفهوم الجملة المذكورة أن العوض يؤخذ من زيد ، لأن الدين ينتقل إلى ذمة زيد ، وحينئذ لا تحويل ولا تحول . فكيف تصدق الحوالة ؟ وكذا إذا قال : « أقرضني درهما ، ومنتقل بدله الذي في ذمتي إلى ذمة زيد » فقبل المخاطب وزيد ، فانه أيضاً لا شيء في ذمة القائل ولا انتقال من ذمته إلى ذمة زيد إذا أقرض . نعم إذا وقع القرض وقع الانتقال إذا أخذ بنحو الواجب المعلق امتنع الثبوت فعلاً ، لعدم القرض وإذا كان مشروطاً بالقرض كان العقد معلقاً وهو باطل . فإذا قال الزوج لزوجته : « احملتك في نفقة الغد على زيد » فقبل ، امتنع أن تملك المرأة شيئاً على زيد بعنوان نفقة الغد ، لأنها لا تملك قبل الغد ، وإذا كان الملك على نحو التعليق على الغد فهو باطل ، لقدح التعليق في العقود والایقاعات ، إلا في موارد مخصوصة ليس هذا منها . وكذلك الكلام في مال الجمالة قبل العمل ، فان التحويل يقتضي ان يملك المحتال في ذمة المحال

(الخامس) : ان يكون المال المحال به معلوما جنسا وقدرا المحيل والمحتمل ، فلا تصح الحوالة بالمجهول على المشهور (١) ، لغير (٢) . ويمكن أن يقال بصحته إذا كان آنلا إلى العلم ، كما إذا كان ثابتا في دفتره على حد مامر في الضمان من صحته مع الجهل بالدين . بل لا يبعد الجواز مع عدم أوله الى العلم بعدم إمكان الاخذ بالقدر المتيقن . بل وكذا لو قال : « كلما شهدت به البينة وثبت خذه من فلان » نعم لو كان مبها كما إذا قال : « أحد الدينين الذين لك علي خذه من فلان » بطل (٣) ، وكذا لو قال : « خذ شيئا من دينك من فلان » (٤) . هذا ولو احال الدينين على نحو الواجب التخيري (٥)

عليه ، وقبل العمل لا يملك العامل شيئا لافي ذمة المحيل ولا في ذمة غيره . وكذا الكلام في مال السبق ونحوه .

(١) وعن النهاية الاجماع عليه ، وفي مفتاح الكرامة : « لم نجد المخالف وإنما ذكرت الصحة احتمالا مع الجهل في التذكرة والمسالك وجمع البرهان . نعم لم يذكر هذا الشرط في عداد الشرائط في الوسيلة والغنية وغيرها . ولعل تركهم له لظهوره كالبوغ والرشد وغيرها » .

(٢) قد عرفت في الضمان أن عموم نفي الغرر لم يثبت ، وإنما الثابت نفيه في البيع ، فلا يشمل المقام ، وعموم الصحة يقتضي الجواز . فراجع ما سبق في الضمان . (٣) لان المجهوم المردد لا مطابق له في الخارج ، إذ كل مافي الخارج متعين غير مردد ، وإذا لم يكن له مطابق في الخارج امتنع أن يثبت له حكم شرعي يترتب عليه عمل .

(٤) لا بهام الشيء .

(٥) يفترق الواجب التخيري عن المردد أن المردد لا يكون موضوعا لحكم

امكن الحكم بصحته ، لعدم الابهام (١) فيه حينئذ .

(السادس) : تساوي المالين - أي الحال به والحال عليه - جنسا ونوعا

ووصفا ، على ما ذكره جماعة (٢)

شرعي ، لعدم المطابق الخارجي له ، والواجب التخيري يكون موضوعا للوجوب التخيري ، وله مطابق خارجي ، فان الوجوب التخيري ليس قائماً بالمردد بين الخصال ، وانما قائم بكل واحدة من الخصال ، لكن قيامه على نحو خاص بحيث يسقط عن الجميع بفعل واحدة من الخصال . وكذلك الوجوب المكفائي ، فانه موجه إلى كل واحد من المكافئين على نحو خاص ، بحيث يسقط بامثال واحد منهم ، وليس متعلقا بالمردد بين أفراد المكافئين . فالواجب التخيري كل واحد من الخصال الثلاث في الكفارة ، لا أمر مردد بينها ، وهذه الخصال الثلاث مع أن كل واحدة منها واجبة لايجب فعلها أجمع ، لان الوجوب تعلق بها على نحو لا يقتضي فعلها أجمع ، بل يسقط عن الجميع بفعل واحدة منها فاذا تعلقت الحوالة بالدينين على وجه التخير اقتضت وفاة الحال عليه لاحدهما على التخير لاجمعا ؛ فاذا وفي أحد الدينين بطلت الحوالة بالنسبة إلى الآخر ولم تقتض وفاهه .

(١) كأن الوجه فيه عمومات صحة العقود ، والابهام المانع عقلا من

الصحة مفقود .

(٢) قال في الشرائع . « ويشترط تساوي المالين جنسا ووصفا ، تفصيلا

عن التسلط على الحال عليه ، إذ لايجب أن يدفع الا مثل ماعليه . وفيه تردد . ونسبه في المسالك إلى الشيخ وجماعة ، وفي جامع المقاصد إلى الشيخ في المبسوط وابن البراج وابن حمزة ، وفي مفتاح الكرامة نسبه إلى المبسوط في آخر الباب وحكى عن الايضاح نسبه إلى القاضي وابن حمزة ، ثم قال : « ولم نجد ذلك في

خلافًا لآخريين (١) . وهذا العنوان وان كان عاما إلا أن مرادهم - بقرينة التعليل بقولهم : تنصيبا من التسلط على المحال عليه بما لم تشتغل ذمته به ، اذ لا يجب عليه أن يدفع إلا مثل ما عليه - فيما كانت الحوالة (٢) على مشغول الذمة بغير ما هو مشغول الذمة به ، كأن يحيل من له عليه دراهم على من له عليه دنانير ، بأن يدفع بدل الدنانير دراهم . فلا يشمل ما اذا أحال من له عليه الدراهم على البريء (٣) .

الوسيلة ، ولم يحكمه في المختلف عن أحد غير الشيخ في المبسوط .

(١) حكى ذلك عن التذكرة والتحرير والخواشي واللمعة والتنقيح وايضاح النافع وجامع المقاصد والمسالك والروضة وغيرها ، وحكى ذلك ايضا عن موضع من المبسوط .

(٢) متعلق بقوله : « ان مرادهم » . ويحقق ان مرادهم ذلك قول العلامة في القواعد في تحرير المسألة : « وتصح على من ليس عليه حق ، أو عليه مخالف ، على رأي » . فموضع الخلاف أن يكون المال المحول به مخالفا لما على المحول عليه من حق .

(٣) لكن يشكل ذلك من وجه آخر ، وهو أنك عرفت في الشرط الرابع وجوب كون المال المحال به ثابتا في ذمة المحيل ، فاذا أحال في الفرضين المذكورين بغير الجنس فقد أحال بما ليس ثابتا في ذمة المحيل ، لان ما هو الثابت في ذمة المحيل في الفرضين المذكورين الدراهم لا الدنانير ، فلاحالة بالدنانير إحالة بما ليس ثابتا في الذمة . ولعل عدم تعرضهم لهذه المسألة لوضوح حكمها ، وهو بطلان الحوالة لفقد الشرط المذكور . نعم اذا تراخى المحيل والمحتال على تحول الدراهم التي للمحتال في ذمة المحيل الى الدنانير وصار الدين دنانير ، جاز التحويل حيثئذ ، وكان تحويلا لما هو ثابت في الذمة . ولعل انشاء الحوالة كاف في حصول هذا التحول .

بان يدفع الدنانير ، أو على مشغول الذمة بالدنانير ، بان يدفع الدرهم . ولعله لانه وفاء بغير الجنس (١) برضا الدائن . فحل الخلاف ما اذا احال على من عليه جنس بغير ذلك الجنس . والوجه في عدم الصحة ما اشير اليه (٢) من أنه لا يجب عليه أن يدفع الامثل ماعليه . وأيضا الحكم على خلاف القاعدة (٣) . ولا اطلاق في خصوص الباب ، ولا سيرة كاشفة ، والعمومات منصرفة الى العقود المتعارفة ووجه الصحة : أن غاية ما يكون أنه مثل الوفاء بغير الجنس (٤) ، ولا بأس به . وهذا هو الأقوى (٥) . ثم لا يخفى أن الاشكال انما هو فيما اذا قال : « اعطى مما

(١) قد عرفت الاشكال في أن الحوالة وفاء ، إذ هي نقل وتحويل لمسا في الذمة الى ذمة أخرى . كما قد عرفت الاشكال أيضاً في الحوالة هنا من جهة عدم ثبوت شيء في الذمة . والذي يرفع الاشكال من الوجهين في المقام هو تحويل ما في الذمة من جنس إلى آخر ثم تحويله من ذمة الى أخرى ، وحيفئذ يكون من الوفاء بالجنس لا بغير الجنس .

(٢) يعني في تعليل الحكم المتقدم .

(٣) ذكر ذلك في الجواهر .

(٤) فيه ما عرفت من المباعدة بين الحوالة والوفاء بالجنس أو بغيره ، وحيفئذ تحتاج في مشروعيتها إلى دليل ، فإذا تم ما ذكره في الجواهر تعين الرجوع إلى أصالة البطلان .

(٥) إذ الاشكال المشار اليه في الشرائع لا مجال له مع التراضي ، لأن التعليل يكون بسلطنته . وأما إشكال الجواهر ففيه أن التعارف لا يوجب قصور الاطلاق ولا تخصيص العمومات ، كما أشرنا الى ذلك مرارا . فالعمل بالاطلاق مقتضى للصحة متعين . ثم لا يخفى أن مقتضى التحويل نفسه انتقال

لي عليك من الدنانير دراهم ، بان احوال عليه بالدرهم من الدنانير التي عليه . وأما اذا احوال عليه بالدرهم من غير نظر الى ما عليه من الدنانير فلا ينبغي الاشكال فيه ، اذ هو نظير احواله من له الدرهم على البري ، بان يدفع الدنانير ، وحينئذ فتفرغ ذمة المحيل من الدرهم ، وتستغل ذمة المحال عليه بها ، وتبقى ذمة المحال عليه مشغولة بالدنانير ، وتستغل ذمة المحيل له بالدرهم ، فيتحاسبان بعد ذلك . ولعل

الدين الى ذمة المحال عليه ، وأما كون المدفوع بدلا عما للمحيل في ذمة المحال عليه فامر خارج عن التحويل قد أنشئ في ضمنه ، فالمحيل قصد انشاء نقل الدين في ذمته الى ذمة المحال عليه ، كما قصد انشاء كون المدفوع من المال عوضا عما له في ذمته ، فالقبول من المحال عليه قبول للامرين معا . وهذه البدلية الانشائية ظاهرة في محل الكلام من اختلاف الجنسين ، أما مع اتحادهما فيمكن أن يقصد انشاء البدلية ويمكن أن لا يقصد ذلك ، بل تكون البدلية قهرية بنحو التهاثر وصحة الجميع موافقة لمقتضى القواعد العامة من دون معارض ولا مقيد .

والذي يتحصل مما ذكرنا : أن الاشكال في صورة اختلاف مافي ذمة المحيل مع المال المحال به يلزم من وجهين ، من جهة صحة الحوالة ومن جهة الوفاء فإذا صحت الحوالة - بأن حول مافي الذمة الى جنس المال المحول به - ارتفع الاشكال الثاني وكان الوفاء بالجنس ، وان لم تصح الحوالة - بعدم قصد هذا التحويل - لم يحصل الوفاء بالجنس ولا بغير الجنس . وأما صورة اختلاف المال المحال به مع مافي ذمة المحال عليه فإن قصد الوفاء به صحت الحوالة وكان الوفاء بغير الجنس ، وان لم يقصد الوفاء صحت الحوالة ولم يكن وفاء . فالحوالة لا مانع من صحتها ولا وجه للاشكال فيها ، وان كان اشكال فهو في الوفاء ، وعلى تقدير قصد الوفاء لا مجال للاشكال ، لأنه يكون من قبيل الوفاء بغير الجنس .

الخلاف ايضا يختص بالصورة الاولى ، لاما يشمل هذه الصورة أيضا (١) وعلى هذا فيختص الخلاف بصورة واحدة وهي ما اذا كانت الحوالة على مشغول الذمة بان يدفع من طرف ما عليه من الحق بغير جنسه ، كأن يدفع من الدنانير التي عليه دراهم .

«مسألة ١» : لافرق في المال المحال به بين ان يكون عينا في الذمة او منفعة او عملا لا يعتبر فيه المباشرة (٢) ، ولو مثل الصلاة والصوم والحج والزيارة والقراءة (٣) ، سواء كانت على البريء او على مشغول الذمة بمثلها (٤) . وايضا

(١) التي يختص الانشاء فيها بنقل الدين لاغير .

(٢) في الجواهر : « لا يبعد - ان لم يكن اجماعا - جواز الحوالة بالاعمال على البريء ، أو على مشغول الذمة للمحيل بمثلها ، بناء على أنها بحكم المال ، بدليل صحة وقوعها ثمنا للمبيع وعوضا للخلع ومهرا في النكاح . . . (الى ان قال) : لكن لم أجده مصرحا به ، كما أنه لم أجده في نصوص الحوالة ما هو صريح فيه أو ظاهر ، بل هو غير متعارف » أما احتمال الاجماع على الخلاف فضعيف ، إذ لا مأخذ له ، وعدم التعرض له أعم من البناء على العدم . وعدم دلالة نصوص الحوالة عليه لا يمنع من الرجوع فيه الى القواعد العامة المقتضية للصحة ، وكذلك عدم التعارف على ما عرفت . ثم ان الفرق بين المنفعة والعمل : أن المنفعة أثر العمل ، فالمملوك تارة : يكون العمل ، وأخرى : المنفعة والآخر المترتب على العمل .

(٣) مما كان الفرض منه الثواب أو غيره من الامور المتعلقة بالآخرة كما أشار الى ذلك في الجواهر .

(٤) لعدم الفرق في الدخول في عموم الأدلة .

لا فرق بين ان يكون مثليا كالطعام ، او قيميا كالعبد والثوب (١) . والقول بعدم الصحة في القيمي للجهالة ، ضعيف (٢) ، والجهالة مرتفعة بالوصف الرافع لها (٣) .

(١) قال في الشرائع : « وأن يكون (يعنى : المال المحال به) ثابتاً في الذمة ، سواء كان له مثل كالطعام ، أو لا مثل له كالعبد » ، ونحوه مافي غيرها . ويقتضيه عموم أدلة الصحة .

(٢) حكى عن الشيخ (ره) في أحد قوليه وابن حمزة ، وفي الحدائق نسبته إلى الشيخ وجماعة ، وفي مفتاح الكرامة ان نسبته الى الشيخ وجماعة في غير محله ، إذ ليس غير الشيخ الا ابن حمزة . قال في المبسوط : « وإنما تصح في الأموال ذوات الامثال » .

(٣) قد عرفت ان الجهالة لا تقدر في الحوالة ، وليس من شرائطها العلم . ولاجل ذلك كان المناسب الجواب بذلك . ولو سلم منع الجهالة فلا يقتضي ذلك عموم المنع عن القيمي ، إذ قد لا يكون القيمي مجهولاً . هذا وأما الجواب المذكور فلا إشكال فيه ظاهر ، إذ بعد ما عرفت من أنه لا تجوز الحوالة بغير مافي الذمة فالقيمي المحول به هو عين مافي ذمة المحيل للمحتال ، فان كان كلياً قابلاً للانطباق على الواجد للصفات والفاقد لها فالمحال به هو ذلك الكلبي ، وإن كان مافي الذمة مقيداً ببعض الصفات الوجودية والمعدمية فالمحال به هو ذلك المقيد . وفي الصورة الاولى لا يجوز أن يكون المحال به مقيداً بصفات خاصة ، وفي الصورة الثانية لا يجوز ان يكون مطلقاً ولا مقيداً بغير الصفات المقيد بها مافي الذمة ، والا كان التحويل بغير مافي الذمة . وعليه فيجوز أن يكون المحال به مجهولاً إذا كان مافي الذمة كذلك . ولو قيد بالصفات الموجبة لمعلوميته لم تصح الحوالة . وعلى هذا فالجواب المذكور ظاهر الاشكال .

« مسألة ٢ » : اذا تحققت الحوالة برئت ذمة المحيل وان لم يبرهه المحتال .
والقول بالتوقف على ابرائه ضعيف (١) . والخبر الدال على تقييد عدم الرجوع
على المحيل بالابراء من المحتال (٢) ، المراد منه القبول (٣) ، لا اعتبارها بعده

(١) حكى ذلك عن أبي علي والشيخ في النهاية والقاضي والحلي والمقداد .
(٢) هو خبر زرارة عن أحدهما (ع) : « في الرجل يحيل الرجل بما كان
له على رجل آخر ، فيقول له الذي احتال : برئت مما لي عليك . فقال (ع) : إذا
أبرأه فليس له أن يرجع عليه ، وإن لم يبرأه فله أن يرجع الى الذي أحاله » .
والسند ليس فيه مناقشة أو اشكال إلا من جهة ابراهيم بن هاشم ، والصحيح
أنه صحيح الحديث . وظاهره اشتغال الذمة بالدين إلى أن يحصل الابراء ،
فيكون المراد من الرجوع عدم صحة الحوالة ، لا فسخ الحوالة ، اذ معنى
الابراء يتوقف على ذلك .

(٣) هذا أحد المحامل . وحمل أيضا على ما اذا شرط المحيل البراءة ، فإنه
يستفيد بذلك عدم الرجوع لو ظهر إفلاس المحال عليه . وحمل أيضا على ما إذا
ظهر بعد التحويل اعسار المحال عليه فأبرأ المحتال المحيل . وهذه المحامل كلها
بعيدة . لكن لا بد من ارتكاب واحد منها أو من غيرها لما في رواية أبي
أيوب : « انه سأل أبا عبد الله (ع) عن الرجل يحيل الرجل بالمال أيرجع عليه .
قال (ع) : لا يرجع عليه أبداً ، إلا ان يكون قد أفلس قبل ذلك » ونحو رواية
منصور بن حازم ، وفي رواية عقبة بن جعفر عن أبي الحسن (ع) قال : « سألته
عن الرجل يحيل الرجل بالمال على الصيرفي ثم يتغير حال الصيرفي أيرجع على
صاحبه اذا احتال ورضي؟ قال (ع) لا » فإن حمل هذه النصوص على صورة الابراء
— فيكون الجمع من حمل المطلق على المقيّد — بعيد ، فإن الاستثناء دليل على كون
المتكلم في مقام الحصر . ولا سيما وان اعتبار الابراء بعيد عن الارتكازات العرفية

ابضا. وتشتغل ذمة المحال عليه المحتمل . فينتقل الدين الى ذمته . وتبرأ ذمة المحال عليه المحيل ان كانت الحوالة بالمثل بقدر المال المحال به ، وتشتغل ذمة المحيل للمحال عليه (١) ان كانت على بريء او كانت بغير المثل ، ويتعاسبان بعد ذلك .

(مسألة ٣) : لا يجب على المحتمل قبول الحوالة (٢) وان كانت

على ملي (٣) .

« مسألة ٤ » : الحوالة لازمة ، فلا يجوز فسخها (٤) بالنسبة الى كل من

جدا ، فيكون أولى بالتنبيه عليه من صورة الافلاس ولعل الاقرب من وجوه الجمع المتقدمة ما ذكره في المتن وسبقه اليه جماعة ، ويكون المراد من قوله في الرواية : « في الرجل يحيل » خصوص الايجاب لا العقد ، يعني : في الرجل ينشئ التحويل ، اذ بعد تحقق القبول تبرأ ذمة المحيل ، ولا معنى للابراء بعد ذلك ، بناء على اتفاقهم على ان الحوالة نافذة للدين من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه . ومن ذلك تعرف الوجه في قوله : « وتشتغل ذمة المحال عليه » .

(١) بلا اشكال ظاهر . لانه استوفى مال المحال عليه ، فيكون له ضامنا .

(٢) اجماعا بقسميه ، كما في الجواهر . وعن الخلاف والغنية والمبسوط

والنذكرة وغيرها اجماع المسلمين الا من زفر . ويقتضيه ما تقدم مما دل على اعتبار رضا المحال عليه .

(٣) وعن داود الظاهري وجوب القبول حينئذ ، للنبيوي : « إذا أحيل

أحدكم على المي فليحتل » لكنه غير ظاهر الحجية .

(٤) اتفاقا . كما يقتضيه أصالة اللزوم . ولبعض النصوص المتقدمة في رجوع

المحتمل في لزومها بالنسبة اليه . وعن سائر جواز رجوع المحتمل الى المحيل اذا لم يأخذ شيئا من المال ، ودليله غير ظاهر . مع أنه يخالف لما تقدم .

الثلاثة . نعم لو كانت على معسر مع جهل المحتال باعساره يجوز له الفسخ والرجوع على المحيل (١) . والمراد من الاعسار أن لا يكون له ما يوفي دينه زائدا على مستثنيات الدين (٢) ، وهو المراد من الفقر في كلام بعضهم (٣) ولا يعتبر فيه كونه محجورا (٤) . والمناط الاعسار واليسار حال الحوالة (٥) وتعاميتها ولا

(١) بلا خلاف أجده فيه ، كما في الجواهر ، بل عن غير واحد دعوى الاجماع عليه صريحا أو ظاهرا . ويقتضيه رواية أبي أيوب ومنصور المتقدمتان في المسألة الثانية .

(٢) التعبير بالاعسار وقع في كلام العلامة في القواعد ، ولم يكن في النص وانما الذي كان في النص التعبير بالفلس ، والظاهر منه عدم التمكن من وفاء الدين ، فان المفلس عرفا هو العاجز عن وفاء دينه ، وكذلك المعسر ظاهر في الواقع في العسر واذا كان الانسان لا يتمكن من وفاء دينه فهو في عسر . ويشير الى ذلك قوله تعالى : (فان كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة) .

(٣) كالمحقق في الشرائع . ولولا ذلك لم يكن دليل عليه ، بل الدليل على خلافه ، فان ظاهر قوله (ع) : « لا يرجع عليه إلا أن يكون قد أفلس » المنع من الرجوع في غير المفلس وإن كان فقيرا . ومن ذلك تعرف أن التعبير بالاعسار أصح من التعبير بالفقر .

(٤) لاطلاق النصوص التي أخذ موضوعها المفلس واقعا في مقام الثبوت فلا يعتبر أن يكون في مقام الاثبات .

(٥) كما يقتضيه ظاهر قوله (ع) في رواية أبي أيوب : « قد أفلس قبل ذلك » وما في رواية عقبة من المنع من الرجوع على المحيل اذا تغير حال الصيرفي بعد التحويل . نعم ظاهر رواية أبي أيوب اعتبار الافلاس قبل الحوالة . لكن

يعتبر الفوز في جوار الفسخ (١) . ومع إمكان الافتراض والبناء عليه يسقط الخيار ، للانصراف على اشكال (٢) .

من المعلوم أن المراد به حال الحوالة ، والتعبير بذلك مبني على الغالب لندرة المقارنة بينهما حدوثا .

(١) كما يقتضيه إطلاق النص والفتوى . وفي الجواهر : « وهل هو على الفور أو التراخي ؟ وجهان ، أقواها الثاني ، للإطلاق وغيره » . وكأنه يريد من غير الإطلاق الاستصحاب . لكن يشكل بناء على أن المرجع في المقام عموم اللزوم ، لا استصحاب الجواز . فلاحظ . وعن الحواشي إذا قلنا بالخيار في نظير المسألة الآتية فهو على الفور . ولم يتضح وجهه في قبيل ما عرفت . اللهم إلا أن يتأمل في الإطلاق . وهو كما ترى .

(٢) المفروض في كلامهم صورة ما إذا تجدد اليسار والعلم بسبق الفقر . وعن جامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية والرياض : ثبوت الخيار ، للإطلاق . وفي القواعد : أنه فيه اشكال ، وكذا عن التذكرة والحواشي .

وعن الايضاح : أن التحقيق أنه يبنى على أن علل الشرع معارف أو علل حقيقية ، وعلى الثاني فالباقي مستغن عن المؤثر أو محتاج . يعني : فعلى الأولين يثبت الخيار ، وعلى الأخير ينتفي . وفي الجواهر أنه لا بأس به بعيد كون علل الشرع معارف وعدم احتياج الباقي في بقائه إلى غير الأول . وفيه : أنه لو سلمت هذه المباني فليس بحيث يجوز رفع اليد عن الأدلة الشرعية من إماراة أو أصل ، فلو قلنا بأن علل الشرع معارف أو أنها علل حقيقة أصلية وكان عموم اللزوم بلا معارض كان هو الحكم ، ولو قلنا بأنها علل أصلية وكان الباقي محتاجا إلى مؤثر وكان إطلاق دليل الخيار بلا معارض كان هو الحكم ، أو كان استصحاب الخيار بلا معارض كان أيضا هو الحكم . فالمباني المذكورة إذا لم توجب العلم

وكذا مع وجود المتبرع (١) .

(مسألة ٥) : الاقوى جواز الحوالة على البري . (٢) .

لانسقط الأدلة الشرعية عن مقام الرجعية ، وأنى لها بالعلم مع ان العملية غير منصوصة ، وإنما استفيدت من قرائن الاحوال الظنية . وبالجملة : فاتمويّل على الامور المذكورة في اثبات الاحكام الشرعية في غاية من الوهن .

هذا فيما فرضه الاصحاب من تجدد اليسار . والمصنف لم يتعرض له وإنما تعرض لمثله . والكلام في الجميع من باب واحد ، والعمل باطلاق دليل الخيار المقتضي للتراخي - كما ذكره في الجواهر وغيره - متعين . وأما دعوى الانصراف فمنوعة . ولو كان الانصراف موجبا لسقوط الخيار بتجدد اليسار كان موجبا لثبوته بتجدد الاعسار ، وهو خلاف النص ، فذشأ الانصراف مخالف للنص . (١) الكلام فيه كالكلام فيما قبله .

(٢) على المشهور شهرة عظيمة ، بل عن السرائر في الخلاف فيه بين أصحابنا ، بل حكى بعضهم عنها الاجماع عليه . ويقتضيه اطلاق الأدلة عمومها وخصوصها . وفي الجواهر استدل على ذلك بالسيرة على فعلها بحيث يعلم شرعيتها لكنه كما ترى . وعن الشيخ في المبسوط في آخر الباب المنع وحكى بعضهم ذلك عن القاضي وابن حمزة ، لاصالة عدم ترتب الاثر ، التي لا مجال لها مع الاطلاق المقتضي للصحة .

وفي جامع المقاصد ان مبنى القولين المذكورين على الخلاف في أن الحوالة استيفاء أو اعتياض ، فعلى الاول يجوز ، وعلى الثاني لا يجوز . وتبعه على ذلك في المسالك ، وسبقه اليه الشهيد في الحواشي على ما حكى . وفيه ، كما في مفتاح الكرامة ، : أن ذلك من تخریجات الشافعية ، وإنما هي أصل برأسه وعقد مفرد كما صرح بذلك جماعة ، ومنهم الخلاف قال : « ان الذي يقتضيه مذهبنا ان

ولا يكون داخلا في الضمان (١) .

(مسألة ٦) : يجوز اشتراط خيار الفسخ لكل من الثلاثة (٢) .

(مسألة ٧) : يجوز الدور في الحوالة (٣) .

نقول انها عقد قائم بنفسه ، ثم حكى اطباق اصحابنا على أنها ليست بيعا الا ما يلوح من المبسوط ، وهو مؤل . . . الى آخر ما ذكره . وفي الجواهر ان الاصح كونها أصلا برأسه ، وان لحقها حكم الوفاء في بعض الاحوال ، والاعتياض في بعض آخر . . . الخ . هذا والتأمل في مفهوم الحوالة والبيع والوفاء يقتضي وضوح تباين المفاهيم المذكورة وعدم انطباق بعضها على بعض ، فلا وجه لاجراء أحكام بعضها على بعض الا بدليل خاص . وقد سبق في الشرط السادس التعرض لما يظهر من جماعة من الاصحاب - ومنهم المصنف - من كونها وفاء . فراجع .

(١) أشار بذلك الى ما ذكره في الشرائع ، قال : « ويصح أن يحيل على من ليس له عليه دين ، لكن يكون ذلك بالضمان أشبه » ، وفي القواعد : « لكنه أشبه بالضمان » . ووجه المشابهة اشتراكها مع الضمان في انتقال الدين الى ذمة المحال عليه كانتقاله الى ذمة الضامن البريء . وعن الكاشاني : « الاظهر انها ضمان » . لكنه كما ترى ، فان الضمان التمهيد بالدين الذي في ذمة المضمون عنه ومن أحكامه انتقاله الى ذمة الضامن ، لاعين الانتقال ، ولذا خالف فيه المخالفون ، وفي المقام معنى الحوالة هو النقل والانتقال ، فاختلفا مفهومهما وان اشتركا في بعض الآثار .

(٢) بلا اشكال ظاهر ، عملا بعموم نفوذ الشروط وصحتها . قال في الجواهر : « وقد تقدم في الضمان مالا يخفى عليك جريانه في المقام كغيره ، من أحكام الاجل واشتراط الخيار وغير ذلك » .

(٣) كما ذكره في التذكرة وغيرها . وفي الجواهر : « بل لم نجد خلافا هنا

وكذا يجوز الترامي (١) بتعدد المحال عليه واتحاد المحتال (٢) ، أو بتعدد المحتال واتحاد المحال عليه (٣) .

(مسألة ٨) : لو تبرع اجنبي عن المحال عليه برئت ذمته (٤) . وكذا لو ضمن عنه ضامن برضا المحتال (٥) . وكذا لو تبرع المحيل عنه (٦) .

(مسألة ٩) : لو أحال عليه فقبل وأدى ثم طالب المحيل بما أداه ، فادعى

وان ستمته في الضمان . ويقترضه عموم الأدلة في البابين . والمراد به أن يحيل المحال عليه في بعض المراتب على المحيل الأول ، فيرجع المحتال منه أولاً عليه بعد ذلك .

(١) كما نص عليه في الشرائع والقواعد وغيرها . والظاهر أنه لا إشكال فيه كما يظهر ذلك من ذكرهم له مرسلين له إرسال المسلمات . ويقترضه عموم الأدلة .

(٢) كما إذا أحال زيد بكراً على عمرو فأحاله عمرو على خالد فأحاله خالد على الوليد فأحاله الوليد على عبد الملك ، فإن المحتال واحد وهو بكر ، والمحال عليه عمرو ثم خالد ثم الوليد . . .

(٣) كما إذا أحال بكر في المثال السابق خالدًا على عمرو فأحاله خالد الوليد على عمرو فأحاله الوليد عبد الملك على عمرو .

(٤) هذا مما لا إشكال فيه ، ضرورة جواز التبرع عن الغير في وفاة دينه وعدم اعتبار المباشرة فيه عرفاً . ويقترضه ما دل على جواز وفاة الوارث دين المورث ، وما دل على وفاة دين الفقير من الزكاة ، وما ورد في وفاة الولد دين والده وأنه يكتب بذلك باراً .

(٥) على ما تقدم في كتاب الضمان .

(٦) هذا من أفراد المسألة الأولى .

انه كان له عليه مال وانكر المحال عليه ، فالقول قوله مع عدم اليقظة (١) ، فيحلف على براءته وبطالب عوض ما أداه لاصالة البراءة من شغل ذمته المحيل (٢) . ودعوى: أن الاصل ايضا عدم اشتغال ذمة المحيل بهذا الاداء . مدفوعة بان الشك في حصول اشتغال ذمته وعدمه مسبب عن الشك في اشتغال ذمة المحال عليه (٣) . وعدمه وبعد جريان أصالة براءة ذمته يرتفع الشك . هذا على المختار من صحت الحوالة على البريء ، وأما على القول بعدم صحتها فيقدم قول المحيل ، لان مرجع الخلاف الى صحت الحوالة وعدمها ، ومع اعتراف المحال عليه بالحوالة يقدم قول مدعي الصحة وهو المحيل (٤) . ودعوى : ان تقديم

(١) كما في الشرائع والقواعد وغيرها .

(٢) فيكون قول المحيل موافقا للاصل ، فيكون منكرا وعليه اليمين اذا لم تكن بينة لخصمه .

(٣) يعني : ان اداه المال المحول به يوجب اشتغال ذمة المحيل لو لم يكن ذمة المحال عليه مشغولة بمثله ، أما اذا كانت مشغولة بمثله فيفتد يقع التهاور قهرا ، فلا تشتغل ذمة المحيل بشيء ، فيكون الحكم الشرعي أنه تشتغل ذمة المحيل باداء المال اذا لم تكن ذمة المحال عليه مشغولة به للمحيل ، فاذا كان هذا العدم مجرى الاصل ثبت الحكم الوجودي ، وهو اشتغال ذمة المحيل .

(٤) فاذا ثبتت الصحة ثبت اشتغال ذمة المحال عليه ، لتوقف الصحة عليه وإذا ثبت ذلك ثبتت براءة ذمة المحيل من مثل المال الذي دفعه المحال عليه للمحتال وفي جامع المقاصد والمسالك وعن غيرها تعارض أصل الصحة مع أصالة براءة ذمة المحال عليه ، فيبقى مع المحال عليه أداء دين المحيل باذنه ، فيرجع عليه . وفي مفتاح الكرامة والجواهر الاشكال على ذلك بان أصل الصحة مقدم على أصل

قول مدعي الصحة (١) انما هو اذا كان النزاع بين المتعاقدين (٢)، وهما في الحوالة المحيل والمحتمل، واما المحال عليه فليس طرفا وان اعتبر رضاه في صحتها . مدفوعة اولاً : بمنع عدم كونه طرفا ، فان الحوالة مركبة من ايجاب وقبولين .
وثانياً : يكفي اعتبار رضاه في الصحة في جمل اعترافه بتحقيق المعاملة حجة عليه (٣) بالحمل على الصحة . نعم لو لم يعترف بالحوالة ، بل ادعى انه اذن له في

البراءة في المقام وكذلك على جميع الاصول المقتضية للفساد ، لأخصية دليل حجبية أصل الصحة من أدلة حجبية الاصول المذكورة ، ولو بني على العمل بها لم يبق لأصل الصحة مورد . نعم يشكل ما ذكره بان أصل الصحة وإن اقتضى اشتغال ذمة المحال عليه لكن بلحاظ أثر الصحة ، لا بلحاظ أثر آخر ، فإذا وقع عقد أو ايقاع من مشكوك البلوغ وكان أصل الصحة يقتضي تحقق البلوغ لم يحز ترتيب اثار البلوغ كلية ، بل يختص بصحة العقد المذكور ، وكذلك إذا شك في الطهارة بعد الفراغ من الصلاة ، فإنه لا يترتب على أصالة صحة الصلاة إلا الطهارة من حيث الصلاة الواقعة ، فلا يجوز له أن يصلي صلاة أخرى بلا طهارة اعتماداً على أصالة صحة الصلاة المثبتة للطهارة فلا تثبت الطهارة بلحاظ سائر اثارها ، كما بني على ذلك المصنف في مباحث الشك من مباحث الخلل وكذلك غيره ممن سبقه أو لحقه .

(١) هذه الدعوى ذكرها في الجواهر معترضاً بها على ما تقدم منه ومن مفتاح الكرامة .

(٢) لا يخفى أن أصل الصحة لا يختص بطرف العقد ، بل يجري بالاضافة إلى كل من هو محل ابتلاء العمل الصحيح ، سواء كان أحد طرفي العقد أو غيره .
(٣) لا يتوقف العمل بأصل الصحة على اعترافه ، بل اذا ثبت وجود الحوالة

اداء دينه بقدوم قوله ، لاصالة البراءة من شغل ذمته ، فبإذنه في أداء دينه له مطالبة عوضه ، ولم يتحقق هنا حوالة بالنسبة اليه حتى تحمل على الصحة وان تحقق بالنسبة الى المحيل والمحتال لاعترافهما بها .

(مسألة ١٠) : قد يستفاد من عنوان المسألة السابقة (١) - حيث قالوا :

« لو احال عليه فقبل وأدى » فجعلوا محل الخلاف ما اذا كان النزاع بعد الاداء - ان حال الحوالة حال الضمان في عدم جواز مطالبة العوض الا بعد الاداء ، فقبله

وشك في صحتها لزم ترتيب الاثر عليها وان لم يعترف بها أحد المتنازعين ، فان القاضي الشرعي يجري الاصل المذكور ويعمل عليه في تشخيص المدعي والمنكر وترتيب الاحكام .

(١) قال في جامع المقاصد: « فرع لا يرجع المحال عليه مع براءة ذمته إلا بعد الاداء ، لأن الحوالة حينئذ في معنى الضمان » وفي المسالك : « وفي قوله (يعني : المحقق في الشرائع) : « أدى ثم طالب » اشارة إلى أن المحال عليه مع براءة ذمته لا يرجع على المحيل إلا مع الاداء ، كالضامن ، لما تقدم من أن هذا القسم بالضمان أشبهه » ، وفي مفتاح الكرامة : « وليعلم أن المحال عليه اذا كان بريء الذمة لا يرجع على المحيل إلا بعد الاداء ، لارت الحوالة حينئذ في معنى الضمان . ولذا عبر في الشرائع وغيرها بالاداء » ، وفي الجواهر نحو ذلك . وصريح الجميع أن الوجه في ذلك المشابهة بالضمان من أنها نقل للعالم من ذمة المحيل إلى ذمة البرى . وهو كما ترى ، فان هذا النوع من المشابهة لا يقتضي ثبوت حكم الضمان من دون دليل عليه . وما اكثرت المشابهات بين العقود مع ان امكل واحد منها حكمه لا يتعدى منه الى غيره مما يشابهه ، فان اهبة المعوضة تشبه البيع ، ولا يجري عليها حكم البيع ، وكذا الصلح المعاوضي . بل عموم

وان حصل الوفاء بالنسبة الى المحيل والمحتال ، لكن ذمة المحيل لا تشتغل بالمحال عليه البريء الا بعد الاداء . والاقوى حصول الشغل بالنسبة الى المحيل بمجرد قبول المحال عليه ، اذ كما يحصل به الوفاء (١) بالنسبة الى دين المحيل بمجرد فكهذا في حصوله بالنسبة الى دين المحال عليه للمحيل اذا كان مديونا له وحصول شغل ذمة المحيل له اذا كان بريئا . ومقتضى القاعدة في الضمان ايضا تحقق شغل المضمون عنه للضامن بمجرد ضمانه ، إلا ان الاجماع وخبر الصلح دلا على التوقف

المعاوضات ، مع أن اكل حكمه لا يتعدى منه الى غيره . فالتعليل بذلك أشبه بتخريجات الشافعية ونحوهم ، لا يعول عليه في اثبات الحكم الشرعي .

(١) يعني: كما يحصل بالقبول وفاء ذمة المحيل يحصل اشتغال ذمة المحيل به فيحصل التهاثر إذا كان له دين على المحال عليه ، أو يستقر في ذمته اذا كان المحال عليه بريئا . لما قد عرفت من أن من أسباب الضمان عرفا استيفاء مال الغير ، والمحيل هنا قد استوفى مال المحال عليه باشتغال ذمته لافراغ ذمة نفسه . لكن في حاشية بعض الاعاظم : ان ما ذكر هو الصحيح ، وكذا في كتاب الضمان بدعوى ان استيفاء مال الغير الموجب لضمانه إنما يحصل بالاداء ، لا بمجرد الاشتغال . وقد ذكرنا هناك الاشكال فيه وأن الاداء إنما يكون لمصلحة المحال عليه ، لا لمصلحة المحيل ، فان مصلحة المحيل حصلت بمجرد الحوالة ، وبها كان فراغ ذمته وصلاحي حاله ، والاداء له دخل في فراغ ذمة المحال عليه ، ولا يرتبط بالمحيل حتى يكون استيفاء له من المحيل . مع انه لو سلم ذلك هنا لم يكن فرق بين الحوالة على البريء والحوالة على غيره ، وكل من قال باعتبار الاداء خصه بالحوالة على البريء ، لانها في معنى الضمان ، ولم يقل به في الحوالة على غيره لانها ليست كذلك . وما ذكره (قده) في حاشيته الاخرى من الفرق بين الحوالة على البريء

على الاداء فيه ، وفي المقام لا اجماع ولا خبر ، بل لم يتعرضوا لهذه المسألة . وعلى هذا فله الرجوع على المحيل ولو قبل الاداء ، بل وكذا لو ابرأه المحتال او وفاه بالاقبل او صالحه بالاقبل ، فله عوض ما حاله عليه بتمامه مطلقا اذا كان بريئا .

(مسألة ١١) : اذا حال السيد بدينه على مكاتبه (١) بمال الكتابة المشروطة او المطلقة صح ، سواء كان قبل حلول النجم او بعده ، لثبوته في ذمته (٢) . والقول بعدم صحته قبل الحلول (٣) ، لجواز تعجيل نفسه ، ضعيف اذ غاية ما يكون كونه منزلا ، فيكون كالحالة على المشتري بالثمن في زمان الخيار . واحتمال عدم اشتغال ذمة العبد (٤) ، لعدم ثبوت ذمة اختيارية له فيكون وجوب الاداء تكليفيا . كما ترى . ثم ان العبد بقبول الحوالة يتحرر

والحوالة على المديون ، بانه في الحوالة على المديون لو توقف اشتغال ذمة المحيل للمحال عليه على الاداء لزم اشتغال ذمة المحال عليه للمحيل قبل الاداء ولمحتال معا . غير ظاهر ، إذ لم يتضح كون ذلك محذورا حتى يتعين الفرار عنه بالالتزام بفراغ ذمة المحال عليه عن دين المحيل ويبقى في ذمته دين المحتال لا غير . ولو سلم فثله في الاشكال الالتزام باشتغال ذمة المحال عليه بمال الحوالة بلا عوض في الحوالة على البريء ، اذ لم يكن ذلك قد أقدم عليه . فلاحظ .

(١) يعني : اذا كان السيد مدينا ، فأحال دائنه على عبده المكاتب بلحاظ ما عليه من مال المكتابة ، صح التحويل .

(٢) هذا مالا اشكال فيه ، كما في المسالك . ويقتضيه عمومات الصحة .

(٣) هذا القول حكى عن الشيخ في المبسوط ، وعن القاضي متابعتة مستديلا بما ذكر .

(٤) حكى ذلك عن الشيخ أيضا ، كما تقدم في كتاب الضمان . ومقتضاه

لحصول وفاء مال الكتابة بالحوالة ولو لم يحصل الاداء منه فاذا اعتقه المولى قبل الاداء بطل عتقه وما عن المسالك من عدم حصول الانعتاق قبل الاداء ، لان الحوالة ليست في حكم الاداء ، بل في حكم التوكيل ، وعلى هذا اذا اعتقه المولى صح وبطلت الكتابة ، ولم يسقط عن المكاتب مال الحوالة ، لانه صار لازماً للمحتال ولا يضمن السيد ما يفرمه من مال الحوالة. فيه نظر من وجوه (١) . وكان دعواه ان الحوالة ليست في حكم الاداء انما هي بالنظر الى مامر من دعوى توقف شغل ذمة المحيل للمحال عليه على الاداء ، كما في الضمان ، فهي وان كان كالاداء بالنسبة الى المحيل والمحتال فبمجرد ما يحصل الوفاء وتبرأ ذمة المحيل ، لكن بالنسبة الى المحال عليه والمحيل ليس كذلك . وفيه منع التوقف المذكور - كما عرفت - فلا فرق بين المقامين في كون الحوالة كالاداء ، فيتحقق بها الوفاء (٢) .

(مسألة ١٢) لو باع السيد مكانه سلعة فاحاله بثمنها صح ، لان حاله حال

الاحرار ، من غير فرق بين سيده وغيره .

عدم صحة الحوالة حتى بعد حلول النجم ، كما حكى عن الشيخ القول به . لكن ظاهر الشرائع وصريح المسالك اختصاص خلاف الشيخ بما قبل حلول النجم .
(١) أحدها : أنه لو كانت الحوالة توكيلاً لم يكن وجه لانتقال المال من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه . ثانيها : أنه مناف لما ذكره من لزوم المال للمحتال ، إذ لو كانت توكيلاً فبالعتق يفتني موضوع التوكيل ، فتبطل الوكالة فكيف يبقى المال في ذمة المحال عليه للمحتال . ثالثها : أن لزوم المال للمحتال في ذمة المحال عليه يقتضي اشتغال ذمة السيد بمثله للاستيفاء .

(٢) وحيفئذ يتحقق الانعتاق ، ولا يصح عتق المولى بعد ذلك ، حسب

ما ذكر في المتن ، ولا يصح ما ذكره في المسالك .

وما عن الشيخ من المنع ضعيف (١) .

(مسألة ١٣) : لو كان المكاتب دين على اجنبي فاحال سيده عليه من

مال الكتابة صح ، فيجب عليه تسليمه للسيد (٢) ، ويكون موجبا لانعاقبه (٣)

سواء ادى المحال عليه المال للسيد أم لا .

(مسألة ١٤) : لو اختلفا في ان الواقع منها كانت حوالة او وكالة (٤)

(١) استدلل له بان المكاتب جائزة ، فلو اشترى شيئا من سيده لزمه

ثمنه ، ومن الجائز فسخ الكتابة ، لانها من العقود الجائزة ، فيلزم حينئذ ثبوت

شيء في ذمة العبد لسيده . وفيه أولا : منع كونها جائزة ، ولو سلم وفرض

تحقق الفسخ فان امتنع ملك المولى شيئا في ذمة العبد كان ذلك موجبا لانفساخ

البيع ، لا بطلان البيع مطلقا من أول الأمر . ولاجل ذلك لم ينسب المنع إلى

أحد سوى الشيخ فلم يوافق عليه أحد . كما أنه بناء على ذلك فالمسألة من

مسائل الكتابة لا الحوالة .

(٢) أما الصحة فتقتضي العمومات . وأما وجوب التسليم فلمكونه

من لوازمها .

(٣) كما ذكره في الجواهر وقبله في المسالك وغيرها . لانه بمنزلة الاداء .

ولم ينقل خلاف فيه ، بل لا ينبغي ذلك ، فكأن المراد من أداء مال الكتابة

عدم بقاءه في ذمة العبد وافراغ ذمة العبد منه ، كما اذا أبرأه منه .

(٤) قال في الشرائع : « إذا قال : « أحلتك عليه » فقبض ، وقال المحيل

قصدت الوكالة ، وقال المحتال : انما أحلنتي بما عليك فالقول قول المحيل ، لانه

أعرف بلفظه . وفيه تردد . أما لو لم يقبض واختلفا فقال : « وكلتك » فقال :

« بل أحلنتي » فالقول قول المحيل قطعا . ولو انعكس الفرض فالقول قول

المحتال . فاقصر في تحرير الخلاف على صورة الاتفاق على صدور لفظ التحويل

فمع عدم اليقينة يقدم قول منكر الحوالة (١) ، سواء كان هو المحيل أو المحتال وسواء كان ذلك قبل القبض من المحال عليه أو بعده وذلك لاصالة بقاء اشتغال ذمة المحيل للمحتال (٢) ، وبقاء اشتغال ذمة المحال عليه للمحيل ، واصالة عدم ملكية المال المحال به للمحتال . ودعوى : انه اذا كان بعد القبض (٣) يكون مقتضى اليد ملكية المحتال ، فيكون المحيل المنكر للحوالة مدعيا ، فيكون القول قول المحتال في هذه الصورة . مدفوعة بان مثل هذه اليد لا يكون امارا على

والمصنف فرض المسألة أولا في صورة عدم الاتفاق منهما على لفظ بيمينه ، ثم فرضها ثانيا في صورة الاتفاق على صدور لفظ « أحتلتك » من المحيل ، وقد تبع في ذلك القواعد ، غير أنه فيها قدم الفرض الثاني على الاول . وهو أوسع وأنفع .

(١) كما عن التذكرة والتحرير والمبسوط ، بل عن الاخير أنه لا خلاف فيه .
(٢) اذا كان المعيار في كون الشخص مدعيا ومنكرا مصب الدعوى ففي المقام يقتضي ذلك أن يكون الخصمان متداعيين ، لان كلا من الحوالة والوكالة يخالف لاصالة عدمه . لكن التحقيق ان المدار في تشخيص المدعي والمنكر هو الغرض المقصود من التداعي لامصب الدعوى . والغرض المقصود هنا هو اشتغال ذمة المحيل للمحتال ، واشتغال ذمة المحال عليه للمحيل أو للمحتال والاصل يقتضي بقاء الاول والثاني وعدم الثالث . وكل هذه الاصول توافق الغرض من دعوى الوكالة وتخالف الغرض من دعوى الحوالة ، فيكون مدعي الحوالة مدعيا لمخالفته دعواه للحجة ، ومدعي الوكالة منكرا لموافقة دعواه للحجة .

(٣) هذه الدعوى ذكرها في الجواهر وجها للتردد في تقديم قول المحيل

ملكية ذبها (١) . فهو نظير ما اذا دفع شخص ماله إلى شخص وادعى انه دفعه أمانة وقال الآخر: دفعتني هبة أو قرضا ، فانه لا يقدم قول ذي اليد هذا كله اذا لم يعلم اللفظ الصادر منهما . وأما اذا علم وكان ظاهرا في الحوالة أو في الوكالة فهو المتبع . ولو علم انه قال : « أحلتك على فلان » وقال : « قبلت » ثم اختلفا في أنه حوالة أو وكالة فربما يقال : انه يقدم قول مدعي الحوالة (٢) ، لان الظاهر من لفظ : « أحلت » هو الحوالة المصطلحة (٣) ، واستعماله في الوكالة مجاز

إذا كان يدعي التوكيل ، كما ذكر في الشرائع .

(١) لما اشتهر من ان ذا اليد إذا ادعى الملكية عن سبب معين كان مدعيا لان اليد إنما تدل على الملكية في الجملة ولا تدل على السبب المدعى ، فالمدعي له يخالف دعواه الاصل . لكن عرفت أن المدار في كون الخصم مدعيا هو الغرض لا مصب الدهوى ، والغرض هو الملكية لا السبب المعين . فالعمدة في عدم حجية اليد في المقام عدم الدليل على حجية اليد ، لان أدلة الحجية منزلة على الارتكاز العقلاني وهو يختص بغير هذه الصورة .

(٢) كذا في المسالك - لكن قوى خلافه - وفي جامع المقاصد جعله الاصح ، وتبعه في الجواهر . خلافا للمبسوط فذكر أن القول قول مدعي الوكالة ، عملا بالاصول المتقدمة في صدر المسألة . وفي القواعد : انه الاقرب ومال اليه في الشرائع ، بل قطع به اذا كان الاختلاف بعد القبض ، كما تقدم في عبارته المحكية . وفي المسالك نسبه الى الشيخ وجماعة . لكن في مفتاح الكرامة « لم نعرفهم ، ولا وجدنا ناقلًا عنهم » . ولعل غرض المسالك من ذلك المحقق والعلامة . وقد أطال في المسالك في تقريره والدفاع عنه .

(٣) ذكر ذلك في جامع المقاصد ، وسبقه الى ذلك في التذكرة ، وتبعه على

فيحمل على الحوالة . وفيه منع الظهور المذكور (١) . نعم لفظ الحوالة ظاهر في الحوالة المصطلحة ، وأما ما يشتق منها كلفظ : « أحلت » فظهوره فيها ذلك في الجواهر وغيرها .

(١) لكن ظاهر الجماعة الذين ذهبوا إلى تقديم قول مدعي الوكالة الاعتراف بذلك ، فقد ذكر في القواعد أن الأقرب تقديم قول المحيل إذا كان قد ادعى التوكيل ، لأنه أعرف بلفظه وقصده ، واعتضاده بالأصل . ثم قال : « ويحتمل تصديق المستحق ، عملاً بشهادة اللفظ » فهو يعترف بشهادة اللفظ بالحوالة ومع ذلك جعل الأقرب تقديم قول مدعي الوكالة ، ونحوه كلام الشيخ في المبسوط ، فإن المحكي عنه في الاستدلال على تقديم دعوى المحيل قصد الوكالة : أنه أعرف بلفظه باعتبار استعماله في المعنى الحقيقي وغيره ، وكذا هو أعرف بما قصده إذ لا يعلم قصده إلا من قبله ، وإن قوله معترض بأصالة بقاء المحيل... فهو يعترف بأن الحوالة حقيقة في معناها لكن يقبل قول القائل أردت الوكالة . وبالجملة : فالذي يظهر من كلماتهم الاعتراف بظهور أحلتك ونحوه في الحوالة لكن يقبل قول مدعي الوكالة من جهة الأصل . وحينئذ فلا إشكال عليه واضح ، فإن الأصل لا يجري مع ظهور الكلام على خلافه ، فلا يكون من يوافق قوله الأصل منكراً بعد أن كان الأصل غير حجة لمخالفته لظاهر الكلام .

وأما منع الظهور الذي ادعاه المصنف (ره) فغير ظاهر ، إذ التحويل له معنيان : شرعي في الأصل وحقيقة في عرف المتشعبة ، وهو نقل المحيل دينه من ذمته إلى ذمة المحال عليه ، وعرفي وفي الأصل لغوي وهو نقل الشيء من شيء إلى آخر ، سواء كان من ذمة إلى أخرى أم من مكان إلى آخر أم من حال إلى حال آخر ، فإذا قال المدين للدائن « أحلت دينك على فلان » كانت حوالة شرعية وعرفية ، وإذا قال : « أحلتك على فلان » فالمعنى الذي تحت اللفظ هو الحوالة

ممنوع (١) كما ان لفظ الوصية ظاهر في الوصية المصطلحة ، وأما لفظ « أوصيت »

العرفية ، لكنه كناية عن الحوالة الشرعية ، لان الدين لما نقل من ذمة المدين الى غيره كأنه نقل الدائن من مكان المطالبة الى مكان آخر ، فهو نظير قولنا : « زيد كثير الرماح » المراد منه كثير الطيخ والكرم . واما استعماله في الوكالة فهو من المجاز ، اذ لا راحة فيه للنقل للدين ولا لأثر من اناره ، إذ في التوكيل تسليط على مطالبة غير المدين ، فيكون الوكيل قادرا على مطالبة المدين الموكل ومطالبة مدينه ، فالوكالة حينئذ توسع في سلطان الدائن ، لانقل لمدينه ولا لسلطانه على المطالبة ، لأن توكل المدين له على استيفاء دينه لا يمنعه من مطالبته وانما يسوغ له مطالبة المدين لمدينه مضافا الى مطالبة مدينه ، فكيف يصح حمله على الوكالة ؟ ! إلا ان تكون من المجازات البعيدة .

ومن ذلك تعرف الاشكال على ما ذكره في المسالك ، حيث أشكل على ما ذكره في جامع المقاصد - من أن ظهور « أحلتك » في الحوالة مقدم على الاصول التي توافق الوكالة ، لان الاصل الحقيقة - بان الوكالة لما كانت تتحقق بكل لفظ يدل على الاذن بطريق الحقيقة وكانت الحوالة مؤدية لذلك ، لان معنى أحلتك كما يحتمل تحويل المال من ذمة إلى ذمة يحتمل إرادة تحويل المطالبة من المحيل الى المحتال ، ففائدتها تسليطه على الحال عليه ... الى آخر ما ذكر في النقض والابرام في تقريب ما ذكره الشيخ والجماعة . وجه الاشكال : ان الوكالة ليس فيها تحويل المطالبة من المحيل الى المحتال ، فان الوكالة لا تمنع من مطالبة الموكل لمدينه ، فان الوكالة لا توجب انعزال الموكل عن السلطان ، فلا تحويل ولا تحويل فلا بد أن يكون من المجاز .

(١) فيه نظر ، لان المشتق تابع المشتق منه ومشارك له في مادة الاشتقاق . نعم كان الاولى له ان يمنع ان يكون « أحلتك » مشتقا من الحوالة

أو « أوصيك بكذا » فليس كذلك (١) . فتقديم قول مدعي الحوالة في الصورة المفروضة محل منع (٢) .

(مسألة ١٥) : إذا أحال البائع من له عليه دين على المشتري بالثمن ، أو أحال المشتري البائع بالثمن على اجنبي بريء أو مديون للمشتري ، ثم بان بطلان البيع ، بطلت الحوالة في الصورتين (٣) ، لظهور عدم اشتغال ذمة المشتري للبائع واللازم اشتغال ذمة المحيل للمحتال . هذا في الصورة الثانية ، وفي الصورة الاولى وان كان المشتري محالا عليه ويجوز الحوالة على البريء ، إلا ان المفروض ارادة الحوالة عليه من حيث ثبوت الثمن في ذمته ، فهي في الحقيقة حوالة

فلعله مشتق من التحويل ، وحينئذ يتخلص من الاشكال المذكور . لكن يتوجه عليه أن اشتقاقه من التحويل لا يصحح استعماله في الوكالة على وجه الحقيقة ، لما عرفت من أنه لا تحويل فيه ولا تحول ، فيتمين حملة على الحوالة الاصطلاحية بقريضة المورد .

(١) قد عرفت الاشكال فيه ، وأن اللازم حينئذ دعوى كون « أوصيت » ونحوه من المشتقات مشتقة من الايصاء لا من الوصية .

(٢) بل هو المتعين ، كما عرفت .

(٣) كما في الشرائع والقواعد وجامع المقاصد والمسالك وغيرها ، وعن الفخر في شرحه الاجماع عليه . وعلل بما في المتن ، ومقتضاه بطلان الحوالة من أصلها ، وان كان ظاهر العبارة كعبارة الشرائع والقواعد وغيرها يقتضي طرده البطلان على الحوالة بظهور بطلان البيع ، لا بطلانها من أصلها . فيكأنه تسامح في التعبير . ولذا قال في جامع المقاصد : « وقد كان الاحسن ان يقول : ولو فسد البيع فالحوالة باطلة إذ لم يطرأ بطلانها » ونحوه في المسالك .

على ما في ذمته (١) لاعليه . ولا فرق بين ان يكون انكشاف البطلان قبل القبض او بعده فاذا كان بعد القبض يكون المقبوض باقيا على ملك المشتري، فله الرجوع به ومع تلفه يرجع على المحتال في الصورة الاولى وعلى البائع في الثانية .

(مسألة ١٦) : اذا وقعت الحوالة باحد الوجهين ثم انفسخ البيع بالاقالة او باحد الخيارات فالحوالة صحيحة ، لوقوعها في حال اشتغال ذمة المشتري بالثمن (٢) فيكون كما لو تصرف أحد المتبايعين في ما انتقل اليه ثم حصل الفسخ فان التصرف لا يبطل بفسخ البيع . ولا فرق بين ان يكون الفسخ قبل قبض مال الحوالة او بعده (٣) ، فهي تبقى بحالها ويرجع البائع على المشتري (٤) بالثمن . وما عن الشيخ وبعض آخر (٥) من الفرق بين الصورتين والحكم بالبطلان في

(١) بذلك دفع الاشكال في مفتاح الكرامة والجواهر . وفيه : أن الحوالة نقل الدين إلى ذمة المحال عليه ، لا إلى ما في ذمته . نعم قد يلحظ ما في ذمته قيلاً للتحويل ، وقد يلحظ داعياً ، وقد لا يلحظ أصلاً ، وفي الاول تبطل الحوالة بفقده لانتفاء المقيّد بانتفاء قيده ، ولا تبطل في الاخيرين لانتفاء المقتضي .

(٢) هذا يصلح تعليلاً لصحتها حال وقوعها ، لا لصحتها حال انفساخ البيع الذي هو محل الكلام . واللازم تعليل الصحة حينئذ بعدم المقتضي للبطلان كما إذا تصرف أحد المتبايعين ثم وقع الفسخ .

(٣) لاطراد المقتضي للصحة في المقامين .

(٤) لانه القابض لغير ماله ، وكذا البائع في الثانية .

(٥) المحكي عن الشيخ في المبسوط بطلان الحوالة إذا كان المشتري قد

أحال البائع ثم فسخ البيع ، لانها تابعة للبيع ، فاذا بطل المتبوع بطل التابع ،

الصورة الثانية - وهي ما اذا احال المشتري البائع بالثمن على اجنبي - لانها تتبع البيع في هذه الصورة ، حيث انها بين المتبايعين بخلاف الصورة الاولى . ضعيف والتبعية في الفسخ وعدمه ممنوعة . نعم هي تبع للبيع حيث انها واقعة على الثمن وبهذا المعنى لا فرق بين الصورتين (١) .

وعن مجمع البراهان ابن البطران أقوى ، وفي الشرائع : « إذا أحال المشتري البائع بالثمن ثم رد المبيع بالعيب السابق بطلت الحوالة ، لانها تتبع البيع . وفيه تردد » . فيحتمل أن يكون وجه التردد ما ذكره المصنف (ره) - تبعاً لجماعة - من أن الحوالة من العقود اللازمة ، وتبعيتها للبيع في الانفساخ لا تقتضي لها ، وبمحتمل أن يكون وجه التردد ماسياً في نقله عن العلامة .

(١) إذ في الصورة الاولى الحوالة واقعة من البائع على الثمن ، وفي الصورة الثانية واقعة من المشتري بالثمن ، فالثمن موضوع لها في الصورتين معا هذا ولا يخفى أنه في الصورة الثانية لما كانت المشتري قد حول البائع بالثمن فالبايع يقبض الثمن من المحول عليه ، فاذا بطل البيع رجع الثمن الى ملك المشتري أما في الصورة الاولى فالبايع حول غريمه على الثمن ، فالمقبوض للغريم هو الثمن ، فاذا بطل البيع بالفسخ امتنع أن يرجع الثمن المقبوض للغريم البائع إلى المشتري ، لانه ليس ملكا للبائع ، بل هو مضمون على البائع ضمان المعاوضة فيرجع المشتري به على البائع الضامن له لا على غيره . فيكون الحكم كما إذا اشترى البائع بالثمن ثوبا ، فانه لا يرجع الثوب الى المشتري بالفسخ . وبالجمله : في الصورة الثانية ينتقل الثمن الذي للبائع على المشتري من ذمة المشتري إلى ذمة المحال عليه ؛ فلا تبدل في نفس المال ، وانما التبدل في الذمة ، فانقل من ذمة الى ذمة ، فاذا قبضه البائع من المحال عليه ففسخ البيع رجع نفس المقبوض الى

وربما يقال بطلانها (١) إن قلنا انها استيفاء ، وتبقى ان قلنا انها اعتياض .
والاقوى البقاء وان قلنا انها استيفاء ، لانها معاملة مستقلة (٢) لازمة لاتنسخ

المشتري ، لانه عين الثمن . وفي الصورة الاولى يكون الثمن الذي في ذمة المشتري قد انتقل الى غريم البائع ، ولم يبق في ملك البائع كي يرجع بالنسخ الى المشتري فالتبعية للبيع وان كانت موجودة في الصورتين ولكن الكيفية مختلفة . بل عرفت سابقاً أن الحوالة على غير البري ليست حوالة على المال ، وانما هي حوالة على الذمة ، والمال مأخوذ قيداً تارة ، وداعياً أخرى ، وغير ملحوظة نالمة كما عرفت ، والتبعية تختص بالصورة الاولى لاغير ، وفيها أيضاً لا تبعية في النسخ ولذلك قال في الشرائع : « أما لو أحال البائع أجنبياً بثمن على المشتري ، ثم فسخ المشتري بالعيب أو بامر حادث ، لم تبطل الحوالة ، لانها تعلقت بغير المتعاقدين » ونحوه ما في القواعد . وعن الفخر في شرح الارشاد الاجماع عليه ، بل عن الشيخ نفي الخلاف فيه ، وإن تأمل في الحكاية بعض .

(١) ذكر ذلك في القواعد ، قال : « ولو احتال البائع ثم ردت السلعة بعيب سابق ، فان قلنا : ان الحوالة استيفاء بطلت ، لانها نوع ارفاق ، فاذا بطل الاصل بطلت هيئة الارقاق ، كما لو اشترى بدراهم مكسرة فاعطاه صحيحاً ثم فسخ ، فانه يرجع بالصحاح . وان قلنا : انها اعتياض ، لم تبطل ، كما لو استبدل عن الثمن ثوباً ثم رد بالعيب ، فانه يرجع بالثمن لا الثوب ، فللمشتري الرجوع على البائع خاصة ان قبض ، ولا يتعين المقبوض ، وان لم يقبضه فله قبضه » .

(٢) هذا خلف ، فانه إذا سلم انها استيفاء لاتكون معاملة مستقلة في قبال الاستيفاء والاعتياض . اللهم الا ان يكون مراده من الاستيفاء الاعم من ذلك ، كما يظهر من عبارته . إلا أنه غير مرادهم من الاستيفاء ، كما يظهر من

المثال المذكور في القواعد ، فإنه من الاستيفاء بالمعنى الخاص . وقد تقدم في كلام جماعة أنها استيفاء ، والمصنف وافقهم على ذلك ، وتقدمت المناقشة معهم بأنها لا تكون استيفاء ، إذ لم يصل إلى الدائن شيء فلم يكن وفاة ، وإنما كانت مجرد فراغ ذمة المديون المحيل لا غير . وإن شئت قلت : ليست الحوالة وفاة حال وقوعها إذ لم يصل إلى الدائن شيء من ماله ، ولا حال القبض من المحال عليه لفراغ ذمته قبل ذلك وإنما القبض وفاة عما في ذمة المحال عليه لا غير . كما أنها ليست اعتياضا ، إذ لم تكن معاوضة بين المحيل والمحتمل بأن يكون المال الذي في ذمة المحال عليه عوضا عما له في ذمة المحيل ، فإن ذلك غير مقصود ولا هو مفهوم الحوالة عرفا . بل ليس مفهومها إلا نقل ما في ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه ، فالثمن الذي في ذمة المشتري للبائع قد انتقل إلى ذمة المحال عليه فالحوالة تبديل في الذمم لا تبديل في المال ، فإن المال باق بحاله وخصوصياته من دون تغيير فيه ولا تبديل ، كالعين الخارجية التي تنقل من صندوق إلى صندوق ومن ظرف إلى ظرف . ولو كانت اعتياضا جرى عليها حكم بيع الصرف ، من لزوم التقابض في المجلس ، وجرى عليها حكم بيع الدين بالدين . فالبائع المحتمل يملك الثمن في ذمة المحال عليه ، فإذا وقع الفسخ قبل القبض بطلت الحوالة لرجوع الثمن إلى ملك المشتري ، وليس للبائع أخذه من المحال عليه ، وإذا وقع الفسخ بعد القبض رجع المقبوض إلى ملك المشتري ، لأنه الثمن فيرجع إليه بالفسخ . ولذلك قال في الشرائع تقريرا على بطلان الحوالة : « فإن لم يكن البائع قبض المال فهو باق في ذمة المحال عليه للمشتري . وإن كان البائع قبضه فبعد بريء المحال عليه ويستعيده المشتري من البائع » . وأوضحه العلامة في التذكرة والشهيد الثاني في المسالك بنحو ما ذكرنا ، بل في الجواهر : « بلا خلاف أجده فيه بين من تعرض له » . وعلى هذا فالإلزام القول ببطلان الحوالة إذا وقع

بأنفساخ البيع ، وليس حالها حال الوفاء بغير معاملة لازمة ، كما اذا اشترى شيئاً بـدراهم مكسرة فـدفع الى البائع الصحاح أو دفع بدلها شيئاً آخر (١) وفاء ، حيث أنه اذا أنسخ البيع يرجع اليه ما دفع من الصحاح أو الشيء الآخر ، لا الدراهم المكسرة ، فان الوفاء بهذا النحو ليس معاملة لازمة ، بل يتبع البيع في الانفساخ

الفسخ قبل القبض ، وصحتها إذا وقع بعد القبض ، لان بطلانها حينئذ يقتضي رجوع المقبوض الى ملك المحال عليه ، لا إلا المشتري ، ولا يقولون به ، ولا مقتضي له . فاللازم التفصيل بين ما قبل القبض فالبطلان ، وما بعده فالصحة لا إطلاق القول ببطلان الحوالة . بل تمكن المناقشة فيما في الشرائع اذا بطلت الحوالة للفسخ قبل القبض يكون المال باقياً في ذمة المحال عليه للمشتري ، بأن بطلان الحوالة يقتضي فراغ ذمة المحال عليه لا اشتغالها بالمحال به للمشتري ، فان ذلك مقتضى الصحة لا البطلان .

(١) في كون ذلك من الوفاء اشكال ، لان الوفاء أداء مافي الذمة والجنس الآخر أجنبي عما في الذمة فلا يكون أداء له . نعم إذا كان الاختلاف بالصفات مثل الصحاح والمكسرة والعبد المكاتب وغير المكاتب ، يمكن تنازل المشتري عن الوصف فيقبل غير الموصوف ، أو تنازل البائع عنه فيدفع غير الموصوف كالصحيح بدل المكسور ، فيكون الوفاء بالنسبة الى الذات ، وهذا المعنى لا يأتي مع اختلاف الذات . والاكتفاء بالمالية ، فيكون الوفاء بالاضافة اليها لا غير . خلاف ما بنوا عليه من بطلان البيع مع اختلاف الجنس ، كما إذا باع عبداً فتبين أنه حيوان أو باع ذهباً فتبين انه نحاس ونحو ذلك ، فان البناء على البطلان يقتضي عدم البناء على تعدد المطلوب في ذلك ، بخلاف باب الاختلاف بالصفة . وعلى هذا فلو بطل البيع رجع المشتري بالمسمى ، لا يبدله .

بمخلاف ما نحن فيه ، حيث أن الحوالة عقد لازم (١) وإن كان نوعا من الاستيفاء .
 (مسألة ١٧) : إذا كان له عند وكيله أو أمينه مال معين خارجي فاحال دابنه عليه ليدفع اليه بما عنده فقبل المحتال والمحال عليه ، وجب عليه الدفع اليه (٢) ، وإن لم يكن من الحوالة المصطلحة (٣) . وإذا لم يدفع له الرجوع على المحيل ، لبقاء شغل ذمته ولو لم يتمكن من الاستيفاء منه ضمن الوكيل المحال عليه إذا كانت الخسارة الواردة عليه مستندا اليه ، للغرور (٤) .

(تم كتاب الحوالة)

(١) لزوم في نفسه لا ينافي الانقراض بذهاب الموضوع وانتفائه .
 (٢) جواز الدفع من جهة الاذن معلوم . أما وجوبه فغير معلوم إذا أمكن الدفع الى المالك في ذلك الزمان أو فيما قبله ، إذ الوكيل ممنوع من التصرف في المال بغير إذن مالكه ، وكما يمكن الفرار عن ذلك بالدفع الى المحتال يمكن بارجاءه الى المالك . نعم إذا تعذر الدفع الى المالك حينئذ وجب الدفع الى المحتال ، لئلا يلزم التصرف في مال المالك بغير اذنه ، وحينئذ لا يتوقف وجوب الدفع على قبوله الحوالة .

(٣) لعدم انتقال الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه .

(٤) فإن قاعدة الغرور شاملة للعقار ، ومجرد عدم وجوب الوفاء بالوعد والقبول لا يمنع من صدق الغرور ، فإن الغرور لم يكن مستندا الى وجوب الوفاء بل مستندا الى الثقة بالوعد ، كما لعله ظاهر .

والحمد لله رب العالمين كما هو أهله . والصلاة والسلام على رسوله الكريم وأهل بيته الطاهرين . انتهى الكلام في ثامن شعبان المكرم ، في السنة الثانية والثمانين بعد الألف والثلاثمائة من الهجرة النبوية ، على صاحبها أفضل السلام وأكمل التحية

فهرست الجزء الحادى عشر

من مستهسك العروة الوثقى كتاب الاجارة

الصفحة	الموضوع
٣	مفهوم عقد الاجارة
	(فصل فى اركانها)
٤	وهي ثلاثة (الاول) : العقد ، ويكفي فيه كل ما دل عليها ، وتقع بالمعاطاة
٤	هل يصح إنشاء مضامين العقود بالمجازات المتعارفة أو المستنكرة ؟
٦	(الثانى) : المتعاقدان . ويشترط فيها الشرائط العامة
٦	(الثالث) : العوضان ، ويشترط فيها امور (الاول) : المعلوماتية فى الجملة
٧	(الثانى) : القدرة على التسليم . مع الكلام فى اجارة الآبق مع الضميمة
٨	(الثالث) : أن يكونا مملوكين للمتعاقدين ، فلا تصح من غير المالك إلا مع اجازته
٨	(الرابع) : أن تكون العين مما يمكن الانتفاع بها مع بقائها ، فلا تصح اجارة مالا يفتفع به إلا بتلفه
٨	(الخامس) : إباحة المنفعة
٩	(السادس) : امكان استيفاء المنفعة المقصودة من العين
٩	(السابع) : تمكن المستأجر من الانتفاع بالعين
٩	لا تصح إجارة المكره إلا مع إجازته ، وتصح اجارة المضطر
١٠	لا تصح إجارة المفلس لماله ، وتصح اجارته لنفسه
١٠	الكلام فى اجارة السفينة لنفسه أو ماله ، وفى تزويج السفينة نفسها
١٢	يعتبر تعيين العين المستأجرة والمنفعة

الموضوع

الصفحة

- ١٣ معلومية المنفعة تارة تكون بتقدير المدة وأخرى بتقدير العمل . وحكم
مالو قدر المدة والعمل على وجه التطبيق مع بعض فروع العلم بالمنفعة
- ١٥ حكم مالوا أجره كل شهر بكذا من دون بيان عدد الشهور
- ١٦ حكم الاباحة بالعوض
- ١٧ حكم مالوا استأجره على أنه ان خاط الثوب فارسيا فبدرهم وإن خاطه
روميا فبدرهمين
- ١٨ إذا اشترط في الاجارة وقتاً معيناً ولم يأت بالعمل في ذلك الوقت . مع
تحقيق حال جميع ما يؤخذ في عقد الاجارة وغيره من القيود والشروط
- ٢٣ حكم مالوا استأجره بثمن على تقدير وبثمن آخر على تقدير آخر
- ٢٥ إذا استأجره على أن يوصله الى مكان فأوصله الى بعض الطريق

(فصل)

- ٢٦ الاجارة من العقود اللازمة إلا في المعاطاة
- ٢٦ يجوز بيع العين المستأجرة ولا تنفسخ به الاجارة والمشتري مع الجهل
بها خيار الفسخ دون الارش
- ٢٧ لو فسخت الاجارة أو تبين انقضائها فهل ترجع المنفعة الى المشتري
أو البائع ؟
- ٢٨ حكم مالوا استثنيت المدة في البيع لتوهم بقاء الاجارة
- ٢٨ إذا بيعت العين المستأجرة على المستأجر لم تنفسخ الاجارة مع بيان
الفروع المترتبة على ذلك
- ٢٩ لو وقع البيع والاجارة في وقت واحد صحا معاً وانتقلت العين إلى البائع
مسلوقة بالمنفعة

الصفحة	الموضوع
٣٠	الكلام في بطلان الاجارة بموت المؤجر أو المستأجر ، مع الاشارة إلى المواضع التي لا اشكال في البطلان فيها
٣٢	حكم ما اذا آجر الولي الصبي أو ملكه مدة تزيد على زمان بلوغه
٣٢	اذا آجرت امرأة نفسها للخدمة فتزوجت لم تبطل الاجارة وان كانت الخدمة منافية للاستمتاع
٣٣	اذا آجر الولي عبده ثم اعتقه صح العتق والاجارة وليس له الرجوع على المولى بعوض الخدمة . مع الكلام في نفقة العبد مدة الاجارة
٣٤	تفصيل الكلام فيما اذا كانت العين المستأجرة معيبة
٣٧	اذا كانت الاجارة معيبة كان للمؤجر الفسخ مع الكلام في الارش
٣٨	اذا أفلس المستأجر بالاجارة تخير المؤجر بين استرداد العين مع الفسخ والضرب مع الغرماء
٣٨	الغبن في الاجارة موجب لخيار المغبون
٣٩	انواع الخيار التي تجري في الاجارة والتي لا تجري فيها
	(فصل)
٣٩	عقد الاجارة موجب لتملك المتعاقدين للموضين بمجرد وقوعه وليس لكل منهما المطالبة بالتسليم إلا بعد التسليم
٤٠	اذا تسلم المستأجر العين ومضت مدة الاجارة لزمته الاجارة وان لم ينتفع بالعين . وكذا الحال لو بذلها المؤجر له
٤٤	اذا استأجره لقلع ضرره ومضت المدة التي يمكن ايقاع العمل فيها مع بذل الاجير استقرت الاجارة ، بخلاف ما اذا زال الألم فان الاجارة تبطل . مع الكلام في ضمان منافع الحر

الموضوع

الصفحة

- ٤٤ اذا تلفت العين المستأجرة قبل استيفاء المنفعة بطلت الاجارة . ولو تلفت في اثناء المدة فهل تبطل الاجارة من أصلها أو من حين التلف ؟
- ٤٥ الفسخ في اثناء المدة هل يوجب انفساخ الاجارة من أصل أو من حينه ؟
- ٤٧ تلف العين بعد الاجارة هل يوجب رجوع الاجارة الى المستأجر من حينه ، أو يكشف عن عدم خروجها عن ملكه من أول الأمر ؟
- ٤٧ اذا أجر عيناً كلية ودفع فرداً فتلف لا تبطل الاجارة ، بل يجب التبديل
- ٤٧ اذا أجر الدار فانهدمت بطلت الاجارة على تفصيل
- ٤٩ اذا امتنع المؤجر من تسليم العين كان للمستأجر اجباره ولو تعذر كان مخيراً بين الفسخ والابقاء مع مطالبة عوض المنفعة الفائتة
- ٥٠ حكم ما إذا منعه الظالم عن الانتفاع بالعين المستأجرة
- ٥١ حكم ما إذا تعذر على المستأجر استيفاء المنفعة
- ٥٢ التلف السماوي موجب للبطلان ، مع الكلام في حكم اتلاف المستأجر أو المؤجر
- ٥٣ اذا آجرت الزوجة نفسها بما ينافي حق الاستمتاع وقف على اجازة الزوج
- ٥٣ الضابط في تسليم الاجارة والمنفعة والعمل
- ٥٨ إذا انكشف بطلان الاجارة رجعت الاجارة الى المستأجر وضمن ما استوفاه أوقات تحت يده من المنفعة على كلام
- ٥٩ يجوز إجارة المشاع ولا يجوز تسليمه إلا باذن الشريك
- ٦٠ يجوز استئجار اثنين عيناً واحدة على الاشاعة ويقسمان منفعتها بينهما على التراضي
- ٦١ لا يشترط اتصال مدة الاجارة بالعقد

(فصل)

- | | |
|----|---|
| ٦١ | العين المستأجرة أمانة في يد المستأجر لا يضمنها إلا بالتعدي أو التفريط |
| ٦١ | الكلام في صحة شرط ضمان العين المستأجرة ، وفي مطلق شرط النتيجة |
| ٦٤ | الكلام في ضمان العين المستأجرة لو تلفت بعد انقضاء مدة الاجارة |
| ٦٥ | لا تضمن العين لو كانت الاجارة فاسدة |
| ٦٦ | العين التي هي مورد العمل المستأجر عليه أمانة في يد الاجير غير مضمونة |
| | فلا يضمن الثوب لو استؤجر لخياطته |
| ٦٧ | لو تلفت العين التي هي مورد العمل المستأجر عليه بطلت الاجارة |
| ٦٨ | في تحقيق القيمة المضمونة وأنها قيمة يوم التلف أو قيمة يوم الاداء أو |
| | قيمة يوم المخالفة ، مع تحقيق مفاد صحيحة أبي ولاد |
| ٦٩ | حكم ما إذا تلف الاجير الثوب بعد خياطته |
| ٧٠ | إذا أفسد الأجير ضمن ما أفسده . |
| ٧١ | يضمن الطبيب إذا أفسد وكان مباشراً |
| ٧١ | إذا تبرأ الطبيب من الضمان قبل المعالجة لم يضمن |
| ٧٢ | إذا عثر الجمال فسقط المتاع ضمن |
| ٧٣ | حكم ما إذا أذن في العمل بشرط عدم الافساد ، أو باعتقاد عدمه ، وكان |
| | موجباً للافساد |
| ٧٤ | إذا أفسد العبيد المستأجر |
| ٧٥ | إذا عثرت الدابة فسقط المتاع لم يضمن صاحبها إلا أن يكون هو السبب |
| | وكذا لو سرق المتاع من السفينة أو نقص الإل مع اشتراط الضمان |
| ٧٥ | إذا أحمل المستأجر الدابة أزيد من المشرط أو المتعارف فتلفت ضمن مع |

الصفحة	الموضوع
	الكلام في الاجرة المستحقة لو لم تتلف
٧٦	إذا سار على الدابة أكثر من المشترط
٧٦	يجوز كبج الدابة وضربها مع التعارف عدم منع المالك ، ولا ضمان حينئذ
٧٧	إذا استؤجر لحفظ متاع فسرق لم يضمن إلا مع الشرط أو التقصير ولم يستحق الاجرة
٧٧	صاحب الحمام لا يضمن الثياب

(فصل)

٧٨	يجوز للمالك المنفعة أن يؤجر العين وان لم يملك العين فيجوز للمستأجر اجارة العين مع الكلام في أنه هل يجوز له تسليمها الى المستأجر الثاني من دون إذن المالك ؟
٨٠	الصور التي يجوز فيها للمستأجر اجارة العين والتي لايجوز
٨١	الموارد التي لايجوز فيها زيادة أجرة الاجارة الثانية على اجرة الاجارة الاولى
٨٥	من تقبل عملا من غير اشتراط المباشرة يجوز أن يوكله الى غيره مع الكلام في جواز تسليم متعلقه اليه . ولا يجوز استئجاره بأقل من الأجرة التي أخذها .
٨٦	يجوز التبرع عن الاجير وتفرغ ذمته مع عدم اشتراط مباشرته في الاجارة ولو جاء به الغير لا بقصد التبرع بطلت الاجارة ولم يستحق الاجرة
٨٧	أحكام الاجير الخاص الذي يملك منفعته للمستأجر ، وكذا من اشتراط مباشرته للعمل في مدة معينة
٩٣	من أجر نفسه من دون اعتبار المباشرة أو بدون تعيين المدة عمله لغير

الصفحة	الموضوع
٩٣	المستأجر ، مع الكلام في ان اطلاق الاجارة يقتضي التعجيل أولا اذا استأجر العين لمنفعة معينة فاستوفى المستأجر منفعة أخرى ، أو آجر نفسه لعمل فاشتغل للمستأجر بغيره ، مع الكلام في ضمان المنافع المتضادة
١٠٠	من آجر دابته لحمل متاع شخص فاشتبه وحملها متاع غيره لم يستحق أجرة عليها
١٠٠	لو آجر دابته فشردت أو غصبت قبل التسليم أو بعده
١٠٠	من استأجر العين لمنفعة محلاة فاستوفى منها منفعة محرمة
١٠١	لو استأجر دابة فاشتبه وركب غيرها من دواب المؤجر
١١٠	من آجر نفسه لصوم يوم معين عن شخص ثم آجر نفسه لصومه عن شخص آخر بطلت الاجارة الثانية

(فصل)

١٠٢	لا يجوز اجارة الارض لزرع الحنطة والشعير بما يحصل منها
١٠٥	اجارة حصّة مشاعة من أرض ، أو بنحو الكلي في المعين ، أو في الذمة
١٠٥	استئجار الارض لتعمل مسجداً
١٠٦	يجوز استئجار الدراهم والدنانير الزينة ونحوها ، والشجر للاستغلال ونحوه ، والبستان للتزده
١٠٧	الاستئجار لحيازة المباحات ، مع تحقيق حال سببية الحيازة للملك
١١٤	استئجار المرأة للارضاع والارتضاع
١١٦	استئجار المزوجة لا يتوقف على اذن الزوج الا أن ينافي حقه ، ولو

الموضوعالصفحة

- آجرت نفسها قبل التزوج قدم حق المستأجر مع المعارضة
- ١١٦ يجوز للمولى اجبار أمته على الارضاع الا المكاتب والمبعضة
- ١١٧ لافرق في المرتضع بين أن يكون معيناً أو كلياً
- ١١٧ حكم استئجار الشاة للبنها والشجرة لثمرتها
- ١١٨ حكم الاجارة لانيان الواجبات العينية والكفائية والاجارة على الاذان
- ١٢٠ يجوز الاستئجار للحراسة ، مع الكلام في شرط الضمان على الحارس
- ١٢١ استئجار شخصين للصلاة عن ميت واحد واستئجار شخص واحد للحج عن ميتين أو نحوه
- ١٢٢ الاجارة عن الحي في الصلوات الواجبة والمستحبة وغيرها من أعمال البر
- ١٢٣ اذا عمل للغير لا بأمره ولا باذنه لا يستحق عليه شيئاً وان تخلل أنه مستأجر
- ١٢٣ من أمر غيره بعمل فعمل ضمن له الاجارة اذا لم يقصد المأور التبرع
- ١٢٧ المضابط فيما يجوز اجارته والاجارة عليه من الاعيان والاعمال
- ١٢٧ حكم الاجارة على الاعمال المستحبة لابعنوان النيابة ، بل بعبوات اهداء الثواب ، أو بلا عنوان أصلاً
- ١٢٨ ما يتوقف عليه العمل كالمدا والخيوط هل يكون على الاجير أو المستأجر
- ١٢٩ يجوز الجمع بين البيع والاجارة في عقد واحد ويترتب حكم كل منهما وكذا حال جمع الصلح والاجارة في عقد
- ١٣١ هل يدخل الربا في الصلح ؟
- ١٣٢ يجوز استئجار من يقوم بكل ما يأمره من حوائجه ، ونفقة الاجير على نفسه الا مع الشرط او الانصراف

الصفحة	الموضوع
١٣٤	يكره استعمال شخص مع عـدم تعيين أجرته قبل العمل ، ويستحق أجرة المثل ، وليس ذلك من الاجارة
١٣٥	حكم مالوا استأجر أرضاً مسدة فزرع فيها ولم يدرك الزرع في تلك المدة
	(فصل في التنازع)
١٣٩	إذا تنازعا في أصل الاجارة قدم قول منكرها . مع تعريف المدعي والمنكر ، وان المدار فيهما على مصب الدعوى أو الغرض المقصود منها
١٤٣	لو اتفقا على الاذن في التصرف واختلفا في انه على نحو الاجارة أو العارية
١٤٩	إذا اختلفا في قدر المستأجر عليه قدم قول مدعي الأقل
١٤٩	إذا اختلفا في رد العين المستأجرة قدم قول المالك
١٤٩	حكم ما إذا ادعى العامل تلف متعلق عمله ، كما لو ادعى الخياط تلف الثوب بسلا تعدي ولا تفريط
١٥٠	يكره تضمين الاجير في مورد ضمانه
١٥١	إذا تنازعا في مقدار الاجرة قدم قول المستأجر
١٥١	إذا تنازعا في تعيين العين المستأجرة فالمرجع التحالف ، مع تحقيق ضابط التحالف
١٥٢	إذا اختلفا في اشتراط شيء قدم قول منكره
١٥٣	إذا اختلفا في مدة الاجارة
١٥٤	إذا اختلفا في صحة العقد قدم قول مدعيها
١٥٥	إذا حمل المكاري المتاع إلى بلد فقال المستأجر استأجرتك على حمله إلى بلد غيره
١٥٧	إذا خاط نوبه قباه وادعى المستأجر أنه أمره بخياطته قبيهاً .

الموضوعالصفحة

- ١٦٩ اذا كان النزاع في الحمل او الخياطة قبل العمل فالمرجع التحالف مع الكلام في كيفية حكم الحاكم على طبق اليمينين وآثاره مع العلم بمخالفة أحدهما الواقع
١٦٧ هل يجوز لصاحب الحق استنقاذ حقه إذا حكم الحاكم بخلافه

(خاتمة فيها مسائل)

- ١٧٠ (الأولى) : خراج الارض على المالك لا المستأجر
١٧٠ الكلام في ملكية الارض الخراجية
١٧٠ الكلام في اشتراط كون الخراج على المستأجر ، وأن جهالة مقدار الخراج هل تضر فيه ؟
١٧٣ (الثانية) : لا بأس بأخذ الاجرة على القراءة في مأثم سيد الشهداء وسائر المعصومين (ع) ، مع الكلام في شرط صحة الاجارة عليها
١٧٤ (الثالثة) : في استئجار العبي المعتز لبعض الامور الراجحة والنيابة في الصلوات ، مع الكلام في شرعية عباداته ، وأن صحة نيابته لا تتوقف عليها
١٧٥ (الرابعة) : حكم البذر المتخلف في الارض المستأجرة إذا نبت بعدد إنقضاء المدة
١٧٧ تفصيل الكلام في حكم اعراض المالك عن ملكه
١٨١ دخول الأرض غير المحجبة بغير اذن المالك ، ومنه المرور في الشوارع المستعدثة في املاك الناس
١٨١ (الخامسة) : إذا حرم القصاب الذبيحة ضمن وإن طلب منه الذبح تبرعاً لا بالاجرة
١٨٢ (السادسة) : إذا استؤجر للصلاة عن زيد فاشتبه ونوى عمرأ ،

الصفحة	الموضوع
	فهل تفرغ ذمة زيد أو عمر؟
١٨٢	(العابعة) : يجوز توكيل المستأجر في تجديد الاجارة ، وأن شرط التوكيل يمنع من العزل
١٨٣	(الثامنة) : في أن المشتري بالخيار بشرط رد الثمن هل له إجارة العين في مدة الخيار أو أزيد؟ ، وهل يمنع من الخيار التصرف المانع من رد العين؟
١٨٥	(التاسعة) : إذا استؤجر لعمل لا بقيد المباشرة فتبرع به شخص عنه استحق الاجير الاجرة ولو كان التبرع عن المستأجر لم يستحق الاجير شيئاً
١٨٥	(العاشرة) : من استؤجر على عمل يقتضي قطع المسافة فقطعها ولم يأت بالعمل لم يستحق شيئاً ولو كان قطعها داخلاً في الاجارة استحق من الاجرة بالذمبة
	(الحادية عشرة) : فيما يستحقه الاجير لو كان له خيار الفسخ ففسخ قبل العمل أو بعده أو في اثنايه
١٩٠	(الثانية عشرة) : يصح اشتراط نفقة العين للمستأجرة أو الاجير على المؤجر أو المستأجر
١٩١	(الثالثة عشرة) : فيما لو آجر المالك العين للمستأجرة فضولاً
١٩٢	الكلام في اعتبار دخول المعوض في ملك من خرج منه المعوض
١٩٥	(الرابعة عشرة) : لو استأجر عيناً ثم اشتراها لم تبطل الاجارة ، ولو باعها فهل يملك المشتري المنفعة بالتبعية ؟
٢٩٧	(الخامسة عشرة) : إذا استأجر أرضاً للزراعة فنقص الحاصل بأفة لم تبطل الاجارة ولو اشترط على المؤجر إبراءه من بعض الاجرة حينئذ أو

الموضوع

الصفحة

براهنه بنحو شرط النتيجة فهل يصح؟

١٩٩ حكم التعليق في الشروط

١٩٩ (السادسة عشرة) : في إجارة الأرض مسدة بتعميرها . مع الكلام في المراد من القبالة النصوص

٢٠٠ (السابعة عشرة) : يجوز أخذ الاجرة على الطباة وإن كانت من الواجبات الكفائية أو العينية مع بيان صور الاجارة عليها ، وأنه هل

يجوز المقاطعة بشرط البرء مع كونه غير اختياري ؟

٢٠٤ (الثامنة عشرة) : هل يجب على من استؤجر نخل القرآن أن يقرأه مرتباً؟

(التاسعة عشرة) : لا يجوز في الاستئجار للحجج البلدي تعدد النائب

وتبعض الطريق على النواب

٢٠٨ (العشرون) : حكم الاخلال السهوي في الصلاة الاستئجارية إذا لم

يكن في الركن

كتاب الضمان

٢٠٩ معنى الضمان لغة واصطلاحاً

٢١٢ يشترط في الضمان أمور (الاول) : الإيجاب

٢١٢ (الثاني) : القبول من المضمون له على كلام في اعتباره وأن المعتبر إنعسا

هو رضاه من دون أن يكون قبولا عقديا

٢١٤ تحقيق مفاد عقد الضمان ، وأنه إيقاعي أو عقدي

٢١٥ لا يعتبر رضا المضمون عنه . ولو استلزم الضرر أو الحرج عليه لم يصح

٢١٦ (الثالث) : كمال الضامن والمضمون له بالبلوغ والعقل ، دون المضمون

الصفحة	الموضوع
	عنه لكن لو أذن غير الكامل في الضمان عنه لم يرجع الضامن عليه
٢١٧	(الرابع) : كون الضامن مختاراً فلا يصح ضمان المكره
٢١٧	(الخامس) : عدم التحجير على المضمون له لسفه أو فلس ، أو على الضامن لسفه ولا بأس بكونه مفلساً وليكن لا يشارك المضمون له حيثئذ الغرماء ولا بأس بكون المضمون عنه سفياً أو مفلساً لكن لا يجوز الرجوع عليه لو أذن في الضمان
٢١٨	(السادس) : أن لا يكون الضامن مملوكاً غير ماذون من قبل مولاه على المشهور
٢١٩	إذا أذن المولى للعبد في الضمان صح ، وهل يكون الضمان في ذمته أو في ذمة المولى ؟
٢٢٣	(السابع) : التنجيز في الضمان على المشهور ، مع الكلام في تنجيز الضمان مع تعليق الوفاء
٢٢٧	(الثامن) : ثبوت الدين المضمون في ذمة المضمون عنه على المشهور سواء كان مستقراً أم متزلاً ، مع الإشارة إلى حال بعض الضمانات العرفية
٢٣٠	(التاسع) : أن لا تكون ذمة الضامن مشغولة للمضمون عنه بمثل الدين الذي عليه ، على ما قد يظهر منهم
٢٣١	(العاشر) : امتياز الدين والمضمون له والمضمون عنه واقعاً ، ولا يضر الجهالة بالشخص
٢٣٥	الضمان يقتضي انتقال الدين من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن لازم ذمة أحدهما إلى ذمة الآخر ، مع الكلام فيما لو صرحا بالضمان على نحو ضم ذمة إلى أخرى ، وفي الضابط لمخالفة الشرط للكتاب

الموضوع

الصفحة

- ٢٣٨ إذا أبرأ المضمون له ذمة الضامن أو المضمون عنه
- ٢٤٠ الضمان لازم من طرف الضامن والمضمون له . ولو جهل المضمون عنه باعسار الضامن حين الضمان كان له الفسخ
- ٢٤٣ يجوز اشتراط الخيار في الضمان ، مع بيات الضابط في صحة الشرط المذكور وفي صحة الاقالة في جميع العقود
- ٢٤٤ إذا تبين كون الضامن مملوكا وكان الضمان في ذمته يتبع به بعد العتق يثبت الخيار للمضمون له .
- ٢٤٤ يصح ضمان الدين الحال مؤجلا ومؤجلا حالا ، مع الكلام في أن الرجوع على المضمون عنه بعد الاداء تابع لأجل الدين أو لأجل الضمان أو للاداء على تفصيل في فروع ذلك وصوره
- ٢٥٢ إذا ضمن بغير اذن المضمون عنه برئت ذمته وليس له الرجوع عليه بعد الاداء
- ٢٥٢ لو قال المضمون عنه للضامن بغير اذنه : « أد ماضمت عني وارجع به علي » فهل له الرجوع عليه بما أدى ؟ مع الكلام في صور استيفاء عمل الغير والضابط في ضمانه
- ٢٥٤ إذا ضمن باذن المضمون عنه فله الرجوع عليه بمقدار ما أدى فقط وحكم مطالبته قبل الاداء من حيث القواعد العامة والأدلة الخاصة
- ٢٥٩ لو حسب المضمون له الدين على الضامن من الحقوق الشرعية فهل للضامن الرجوع به على المضمون عنه أولا ؟
- ٢٦٠ حكم ما لو باعه أو ضاحله عن الدين بما يساوي أقل منه
- ٢٦١ إذا دفع المضمون عنه إلى الضامن مقدار ماضى قبل الاداء فهل يقع

الصفحة	الموضوع
	وفاء أولا ؟
٢٦٢	إذا أمر الضامن المضمون عنه بالوفاء عنه فوفى برئت ذمتهما معاً . وكذا لو وفى عنه بغير اذنه
٢٦٤	إذا ضمن عن الضامن شخص فدفوع ليس له الرجوع على المضمون عنه الاول
٢٦٥	ضمان الدين بأقل منه او بأكثر منه
٢٦٥	يجوز الضمان بغير جنس الدين كما يجوز الوفاء به وحكم الرجوع على المضمون عنه حينئذ
٢٦٦	الضمان بشرط الرهانة بنحو شرط الفعل وبنحو شرط النتيجة . مع تحقيق حال شرط النتيجة
٢٦٨	إذا كان على الدين المضمون رهن فهل ينفك بالضمان ؟
٢٦٩	صور اشتراط الضمان في مال معين واحكامها ، مع التعرض إلى حكم تخلف القيد في العقد
٢٧٤	إذا أذن المولى للعبد في الضمان في كسبه فهو من اشتراط الضمان في مال معين إن قلنا برجوعه إلى ضمان المولى وإلا فلا
٢٧٥	إذا ضمن اثنان عن واحد دفعة او على التعاقب ، مع الكلام في انشغال ذمم متعددة بمال واحد ، وفي كيفية انشغال الذمم في تعاقب الايدي
٢٧٩	إذا كان لرجل على شخصين مال فضمن كل منهما ما على الآخر باذنه صح مع رضا الدائن ، ولو رضي باحدهما صح خاصة وانشغلت ذمته بكلا المالين مع التعرض لحكم ما إذا دفع مالا ولم يبينه لوفاء احدهما
٢٨٣	لا يشترط علم الضامن بالدين حين الضمان فلو ضمن ما يشك في ثبوته صح

الصفحة	الموضوع
	واحـتاج إلى اثبات ، ومنه ما إذا قال : « علي ما تشهد به البينة »
٢٨٨	يجوز الدور في الضمان بأن يضمن المضمون عنه عن الضامن
٢٨٩	إذا كان المديون فقيراً فهل يجوز الضمان عنه من الحقوق الشرعية ؟
٢٩٠	إذا كان الدين من الحقوق فهل يصح ضمانه للحاكم الشرعي أو للفقير ؟
٢٩١	حكم ضمان الشخص في مرض موته تبرعاً أو باذن المديون
٢٩١	حكم ضمان ما يعتبر مباشرة المديون له ، وضمان الكلي في المعين
٢٩٤	ضمان النفقة الماضية والحاضرة والمستقبلة للزوجة والرحم . مع الكلام في كيفية استحقاق النفقة ووقته
٢٩٨	يجوز ضمان مال الكتابة
٣٠٠	هل يصح ضمان مال الجمالة ومال السبق والراية قبل العمل ؟
٣٠٢	الكلام في ضمان الاعيان المضمونة ، وفي حقيقة ضمانها شرعاً ، وفي ضمان الاعيان غير المضمونة
٣٠٨	ضمان درك الثمن للمشتري لو ظهر بطلان البيع فسخ بعيب أو غيره
٣١٤	ضمان ما يحدنه المشتري من بناء أو غرس لو ظهر المبيع مستحقاً للغير فقلع
٣١٧	إذا قال عند خوف الفرق أو بدونه : « إلق متاعك في البحر وعلي ضمان »
	(تنهية في مسائل النزاع)
٣٢١	صور اختلاف المضمون له والمضمون عنه
٣٢٣	صور اختلاف الضامن والمضمون له
٣٢٤	صور اختلاف الضامن والمضمون عنه
٣٢٦	إذا أنكر الضامن الضمان فاستوفى الحق منه بالبينة ليس له الرجوع على المضمون عنه المنكر ، وحكم ما لو أنكر الضمان وادعى الاذن في الاداء .

الصفحة	الموضوع
	مع الكلام في المقاصة في الذميات
٣٣٠	إذا ادعى الضامن الوفاء وانكر المضمون له وحلف ليس للضامن الرجوع على المضمون عنه إلا أن يصدقه ، وتقبل شهادة المضمون عنه في حقه إلا مع التهمة
٣٣٠	إذا أذن المديون لشخص في وفاة دينه فوفاه جاز رجوعه عليه

كتاب الحوالة

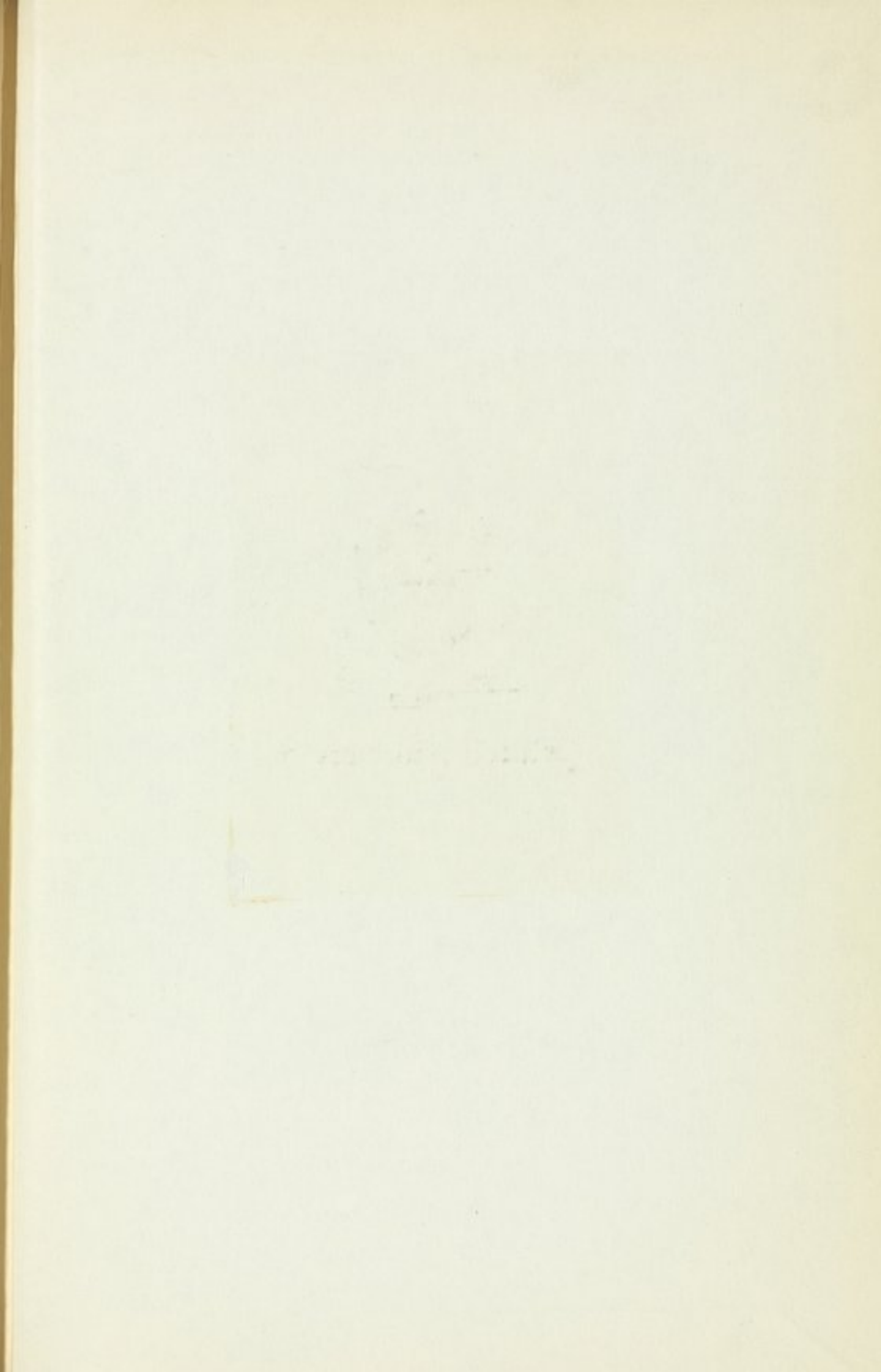
٣٣٣	تعريف الحوالة
٣٣٤	شروط الحوالة - مضافاً إلى الشرائط العامة - أمور (الاول) : الإيجاب من المحيل والقبول من المحتمل على ما ذكره ، مع الكلام في المحال عليه واحتمال تركب العقد من إيجاب وقبولين . واحتمال كون الحوالة من الإيقاع .
٣٣٩	(الثاني) : التنجيز على المشهور
٣٣٩	(الثالث) : رضا المحيل والمحتال ، مع الكلام في اعتبار رضا المحيل أو تبرع المحال عليه بالحوالة على نفسه . وفي اعتبار رضا المحال عليه
٣٤٣	(الرابع) : أن يكون المال المحال به ثابتاً في ذمة المحيل على المشهور
٣٤٥	(الخامس) : أن يكون المال المحال به معلوماً جنساً وقدرأ على المشهور ومعيناً واقعاً ، مع الكلام فيما لو أقال الدينين بنحو الواجب التخييري
٣٤٦	(السادس) : تساوي المالين المحال به والمحال عليه على تفصيل

الصفحة	الموضوع
٣٥٠	لا فرق في المال المحال به بين أن يكون عيناً أو منفعة أو عملاً ، مثلياً أو قهيباً
٣٥٢	إذا تحققت الحوالة برئت ذمة المحيل وإن لم يبرئه المحال
٣٥٣	لا يجب على المحال قبول الحوالة وإن كانت على مليء
٣٥٣	الحوالة لازمة ، إلا مع اعسار المحال عليه وجهل المحال به فله الفسخ
٣٥٦	تصح الحوالة على البريء وليست ضماناً
٣٥٧	يجوز اشتراط خيار الفسخ لكل من الثلاثة
٣٥٧	يجوز الدور والتراخي في الحوالة
٣٥٨	لو تبرع شخص عن المحال عليه أو ضمن عنه برئت ذمته
٣٥٨	لو طالب المحال عليه المحيل بما أداه فادعى المحيل أنه كان له عليه مال
٣٦١	يجوز مطالبة المحال عليه للمحيل بمال الحوالة قبل أدائه للمحتمل
٣٦٣	يجوز للسيد أن يحيل على مكاتبه بدينه قبل حلول النجم وبمده
٣٦٤	لو باع السيد مكاتبه سلمة فأحاله بشمئها صح
٣٦٥	لو كان للمكاتب دين على شخص فأحال سيده عليه من مال المكاتب صح
٣٦٥	إذا اختلفا في أن الواقم حوالة أو وكالة
٣٧٠	إذا أحال البائع من له عليه دين على المشتري بالثمن أو أحال المشتري البائع بالثمن على أجنبي ثم بان بطلان البيع ، أو كان صحيحاً ثم فسخ بخيار أو إقالة
٣٧٦	إذا أحال دائئه على وكيله أو أمينه وجب عليهما الدفع ولا يكون من الحوالة المصطلحة

6194 70

66





Library of



Princeton University.

