حقائق الفقه

في شرح شرائع الإسلام

المجلد الثلاثون

من كتاب المضاربة

تصنيف

حجة الإسلام والمسلمين آية الله العظمى الحاج الشيخ
محمد رضا المشتهر بالمحقق الطهراني دام ظله

صفر المظفر - ١٤١٠

المطبعة العلمية - قم

Princeton University Library
32101 047105828

Princeton University Library

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

muḥaqqiq al-Ṭihrānī

حقائق الفقه

في شرح شرائع الإسلام

المجلد الثلاثون

من كتاب المضاربة

تصنيف

حجة الإسلام والمسلمين آية الله العظمى الحاج الشيخ
محمد رضا المشتهر بالمحقق الطهراني دام ظله

صفر المظفر - ١٤١٠

المطبعة العلمية - قم

2271
.3553
.827
mujallad 30

هوية الكتاب

الكتاب : حقائق الفقه

المؤلف : حجة الاسلام والمسلمين آية الله العظمى الحاج الشيخ محمدرضا المشتهر بالمحقق الطهرانى دام ظله

الناشر : المؤلف

المطبعة : المطبعة العلمية ـ قم

عدد الطبع : الطبعة الاولى

عدد المطبوع : ٥٠٠

سنة الطبع : صفر المظفر ١٤١٠ هـ ـ ق

السعر : مجان

PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY DUPL
32101 024270488

بسم الله الرحمن الرحيم

احمدك اللهم يامن نور قلوبنا بنور معرفته واغرقنا فى بحور نعمه واظهر لنا سبيل النجاة وهدانا الى ما يوجب الفرار من أليم سخطه فسبحانك يامن غرس فى نفوسنا اشجار محبته ومحبة اوليائه من حبيبه محمد صلى الله عليه وآله واوصيائه عليهم سلام الله وصلواته خصوصا على الاول والآخر منهم الى بقاء داراكرامه .

كتاب المضاربة

اما بعد فهذا ﴿كتاب المضاربة﴾ ويقال له بالقراض ايضا من القرض حيث ان رب المال يقرض المال بالعامل وفى الجواهر مالفظه من الضرب فى الارض لضرب العامل فيها للتجارة ، وابتغاء الربح بطلب صاحب المال ، فكان الضرب مسبب عنهما ، طرداً لباب المفاعلة فى طرفى الفاعل ، اومن ضرب كل منهما فى الربح بسهم ، أو لما فيه من ضرب المال وتقليبه ، كذا قيل ولعل الاولى من ذلك فى تحقق المفاعلة ضرب كل منهما فيما هو للاخر من المال والعمل ، ويقال : للعامل مضارب ، بكسر الراء ، لانه الذى يضرب فى الارض .

ولم نعثر على اشتقاق أهل اللغة اسما لرب المال من المضاربة التى هى لغة

أهل العراق ، فاما اهل الحجاز فيسمونه قراضاً ، من القرض بمعنى القطع الذى منه المقراض ، فكان صاحب المال اقتطع من ماله قطعة ، وسلمها للعامل الذى أقطع له قطعة من الربح الى ان قال بعد كلام طويل .

وكيف كان فقد علم مما ذكرنا أن المضاربة دفع الانسان الى غيره مالا ليعمل فيه بحصة من ربحه ، ولكن يتبعها أحكام عقود كالوكالة والوديعة والشركة ، وغيرها كالغصب وأجرة المثل ونحوها ، والظاهر أنه المراد مما فى المسالك من أن عقد القراض مركب من عقود كثيرة ، لان العامل - مع صحة العقد وعدم ظهور ربح - ودعى أمين ، ومع ظهوره شريك ، ومع التعدى غاصب ، وفى تصرفه وكيل ، ومع فساد العقد أجير ، لأن المراد انشاء هذه العقود بانشاء عقدها ، والاكان محلا للنظر ، مضافاً الى مافى ذكر الغصب وأجرة المثل ، والشركة فى الربح فى العقود انتهى وهو محله .

وفى مفتاح الكرامة بعد قوله [المقصد الخامس فى القراض] قال ماهو لفظه هو والمضاربة لفظان مترادفان على معنى واحد كما فى المبسوط وفقه القرآن والغنية والسرائر وشرح الفخر والمهذب البارع وهو معنى مافى الوسيلة وغيرها من ان القراض هو المضاربة وقد صرح فى اكثر هذه ان القراض لغة أهل الحجاز والمضاربة لغة اهل العراق وقد تعرض جماعة للوجه فى الاشتقاق وقد صرح فى المبسوط وفقه القرآن والتذكرة والتحرير وايضاح النافع والمسالك ان ليس لرب المال اشتقاق من المضاربة فلا يقال له مضارب اسم فاعل ولا مفعول وانما يقال للعامل مضارب اسم فاعل وصرح جماعة بانه يقال لرب المال مقارض بكسر الراء وللعامل بفتح الراء قالوا ولما كان صاحب المال طالبا والعامل مضاربا صار الضرب كأنه صادر عنهما انتهى .

﴿و﴾ على كل حال فـ ﴿هو﴾ اى تمام البحث ﴿يستدعى بيان أمور أربعة : الاول : فى العقد﴾ وهو من أركان هذه المعاملة ، بل عن التذكرة أنه لابد فيها من لفظ يدل على الرضا .

فان العقد هو الایجاب والقبول وهما لفظان دالان علی العقد فان العقد هو المعنی المدلول من اللفظ والظاهر کفایة المعاطاة لان الاصل هو المعنی الذی یقصد انه الجانبان بای لسان کان ویدل علیه ان السیرة جرت علی عدم الرجوع الی اهل العلم لاجراء الصیغة مع ان بلاد العجم غیر عازمین بلسان العرب فلا مناص من الصحة بکل لسان حتی بالفعل .

﴿و﴾ کیف کان فـ ﴿هو جائز من الطرفین ، لکل واحد منهما فسخه ، سواء نض المال﴾ بأن صار دراهم أو دنانیر ﴿أو کان به عروض﴾ وفی الجواهر بلا خلاف فیه ، بل الاجماع بقسمیه علیه ، وهو الحجة فی الخروج عن قاعدة اللزوم . انتهی

و فی مفتاح الکرامة قال و هذه المعاملة جائزة باجماع الامة و الکتاب کما فی المبسوط و السرائر و باجماع الامة و لا خلاف فیه بین الامة کما فی المهذب البارع ونحوه ما فی الغنیة من نفی الخلاف وظاهره بین المسلمین وفی (مجمع البرهان) ان الظاهر انه لاخلاف فیها بین المسلمین وفی (الروضة) فی رد کلام المفید والشیخ فی النهایة وابی الصلاح ان اجماع المسلمین یدفعه .

(قلت) وهذه الاجماعات ایضاً تدفعه وفی (فقه القرآن والتذکرة والمهذب البارع ایضاً و التنقیح و الکفایة) و غیرها انها جائزة بالنص و الاجماع و فی (المسالک والکفایة) أنه لاخلاف فی انها عقد جائز من الطرفین وبذلک قد طفحت عباراتهم لکن فی جامع الشرائع انها عقد لازم من الطرفین فلعل فی النسخة غلطا والا لما اغفلوه .

وقال ایضاً فی الفصل الثالث ما هو قریب من هذه العبارة وهوما لفظه بعد قول الماتن :القراض عقد جائز من الطرفین لکل منهما فسخه اجماعاً کما فی مجمع البرهان و بلاخلاف کما فیه ایضاً و فی الکفایة والریاض وفی (الغنیة) الاجماع علی جوازه و ان لکل منهما فسخه متی شاء و بذلک صرح فی السرائر

والتذكرة مراراً و بجميع ما فى الكتاب صرح فى المبسوط و الشرائع والنافع والتحرير والارشاد وشروحه والروضة وصرح بانها جائزه من الطرفين فى الوسيلة وغيرها وهو المستفاد من مطاوى كلمات كتب القدماء وبه افصحت عباراتهم عند قولهم لايلزم اشتراط الاجل وهو قضية كلام كل من قال انها تبطل بالموت ومع ذلك قال فى جامع الشرائع انها عقد لازم من الطرفين ولم يحضرنى نسخة اخرى اذ لعله غلط من قلم الناسخ لانه قد صرح بانها تنفسخ بالموت (الا أن تقول) انه يقول انها كالاجارة عند جماعه كثيرين انتهى .

اقول : عبارة جامع الشرائع هذه صورته المضاربة عقد جائز من الطرفين انتهى فعلى هذا كان موافقاً مع الجميع نعم الكلام فى اصل الجواز ولولا الاجماع لكان للاشكال فيه مجال لاصالة اللزوم العام لكل عقد الا ماخرج ولادليل على الخروج الا الاجماع وهو كما ترى .

اما اولا فلما عرفت منا مكرراً من عدم تحققه لان الاجماع اتفاق الكل لاالصاحبون للكتب فقط وهو غير حاصل وثانيا عبارة المحكى عن جامع الشرائع قادحة له واحتمال الغلط مندفع بالاصل واما عبارة التى نقلتها و هو غير معتمد من حيث ان الكتاب كان فى زمن مفتاح الكرامة مخطوطا و طبع بعداً تقريباً بمأة و خمسين سنة و من الممكن ان عبارة مفتاح الكرامة بمنظرهم وايديهم فزعموا ان الاصح ما توهم مفتاح الكرامة فصححهم بنحو ما نقلته عن الكتاب المطبوع وعلى اى حال مع هذا الاحتمال لا اعتماد بما طبع بهذه العبارة .

و كيف كان فالمسألة عندى فى غاية الاشكال لعدم الخروج من اصالة اللزوم الا الاجماع الغير المتحقق الذى لادليل على الاعتماد به غايته انه كاشف عن ان المسألة اتفاقية ولكن احتمال الاشتباه من الجميع ليس اول قارورة كسرت فى الاسلام و كيف يمكن الاعتماد بهذه الاقوال مع منافاتها لقوله عز من قائل اوفوا بالعقود بعد بداهة ان المضاربة عقد عرفا وشرعا ومعنى الوفاء به عدم نقضه

الامع الشرط بالفسخ ونحوه وهومعنى اصالة اللزوم والفسخ بدون رضى احدهما مناف للزوم وموجب للضرر على احدهما قطعا وايضا ان مثل هذا العقد داخل فى المشارطة مع احدهما وتثبت امورهما على ذلك والمؤمنون عند شروطهم وحمله على الاستحباب كحمل الوفاء على ما يقتضيه العقد فان اقتضى لزوماً فاللزوم وان اقتضى ندبا فالندب كما ترى اذ اللزوم والجواز من الاحكام الثابتة على العقد فالشارع حكم لما يقتضيه وجوب الوفاء بالجواز فالجواز حكم متأخر عن اقتضاء العقد بمقتضى الفاظه فاذا يقال بعتك اووهبتك ففى كليهما كان الظاهر هوالعقد الذى جعل للتمليك وهوالموضوع وقد تعلق عليهما امر بالوفاء وهوالوجوب فيجب على المملك الوفاء بهما لكنه قد احكم عليه بعدم وجوب الوفاء فى الهبة فيفهم من الخارج خروج الهبة عن الوفاء فهوجائز بالدليل الخارجى .

والحاصل كل عقد يجب الوفاء به الا ما خرج الوجوب بالدليل القطعى والاجماع ماعرفت فيه مكرراً ولادليل آخر على خروج المقام عن الوجوب فيجب الوفاء به وقال شيخنا المرتضى فى باب الخيارات فى مقام بيان ان الاصل باى معنى كان ما هذا لفظه: واما بمعنى القاعدة فيجرى فى البيع وغيره لان اكثر العمومات الدالة على هذا المطلب يعم غير البيع .

وقد اشرنا فى مسألة المعاطاة اليها وذكرها هنا تسهيلا على الطالب فمنها قوله تعالى: «اوفوا بالعقود» دل على وجوب الوفاء بكل عقد والمراد بالعقد مطلق العهد كمامر به فى صحيحة ابن سنان الخ فالظاهر منه ان كل عقد مقتضاه هو العموم الا ما اخرجه الدليل فلادليل غير الاجماع فمن لم يكن الاجماع له دليلا لم يكن له حجة على الجواز فى المقام .

ثم ان المحقق النائينى على مافى تقريرات بحثه فى بحث المعاطاة بعد قوله فلااشكال فى اصالة اللزوم فى كل عقد شك فى لزومه شرعا قال مالفظه: لايخفى ان مراده قده من كل عقد هوالعقود العهدية لاالعقود الاذنية فانها لاتجرى فيها

اصالة اللزوم لان قوام هذه العقود بالاذن فاذا ارتفع بفسخ المالك ونحو الفسخ يرتفع المنشأ بها قطعا ولايبقى شك حتى يستصحب اثر العقد والمنشأ به الى ان قال : وبالجملة لااشكال فى جريان اصالة اللزوم فى كل عقد شك فى لزومه وجوازه لشبهة حكمية وكذا فيما شك فى لزومه وجوازه لشبهة موضوعية كما لو شك فى ان الواقع فى الخارج هبة او بيع مع العلم بكون الاول جائزا والثانى لازما نعم فى دوران الامر بين الوديعة والقرض لايجرى اصالة اللزوم لعدم احراز تملك من بيده المال فى وقت حتى يستصحب فمورد البحث هو العقود المملكة المشكوك جوازها او لزومها فمن يدعى اللزوم هو المنكر لمطابقة قوله للاصل واحتمال كون المقام من باب التداعى اذا كان مصب الدعوى تعيين العقد الواقع فى الخارج كما يظهر من صاحب الجواهر قده تبعا لبعض من تقدم عنه وتبعه السيد الطباطبائى فى حاشيته على المتن وفى بعض كلماته فى كتاب القضاء احتمال لايعتنى به كما اوضحناه فى كتاب القضاء واجماله ان باب التداعى هو ما كان قول كل منهما مطابقا للاصل اومخالفا واما اذا كان قول احدهما مطابقا للاصل دون الاخر فهو باب المدعى والمنكر الى آخر عبارته انتهى ولايخفى ان الظاهر من قوله نعم فى دوران الامر بين الوديعة الخ ان فى مثل الوديعة ايضا يمكن جريان اصالة اللزوم مع انه من العقود الاذنيّة لعدم تعليل عدم الجريان بانه من العقود الاذنيّة بل لعدم احراز الخ .

وكيف كان فظاهر كلماته قده هو اللزوم فى كل عقد عهدية وان كان فى بعض كلماته التأمل كما اذا كان الشك فى الشبهة الحكمية من حيث اشتباه مصداقه فاذا لم يعلم بان العقد الخارجى بيع اوهبة مع العلم بانه لو كان هبة لايلزم فاصالة عدم اللزوم يدخله فى مصاديق الهبة لان الظاهر من قوله تعالى اوفوا بالعقود مصداقه وهو العقد الذى لايكون دائراً بين اللازم والجائز ومع العلم بانه كذلك كان التمسك باوفوا تمسكا بالعموم فى الشبهات المصداقية لانه مع العلم بانه

لو كانت هبة كانت غير لازمة فكيف يجعلها فى مصاديق اللزوم بتوهم معلومية كونه عقداً داخلا فى اوفوا فانه لا يعلم دخولها فيه بما هو حجة و كذا قوله اذا كان مصب الدعوى تعيين العقد الواقع فى الخارج للفرق الواضح بين ذلك وبين باب التداعى وباب المدعى والمنكر فان المدعى كما عرفت فى ج ٥٠ ص ١٢٧ الى ١٣٣ من كان قوله مخالفا للاصل بخلاف المنكر .

وحينئذ ان كان قول كلا المدعيين مخالفا للاصل كان من باب التداعى وان كان قول احدهما كذلك والاخر موافقا له كان من باب المدعى و المنكر فمصداق كل منهما معلوم فيحكم على كل منهما بحكمه وقدمر بيان حكم كل منهما فجعله مثل ذلك احتمالا لا يعتنى به غير تام فما نقله عن الجواهر والسيد فى محله وليس ذلك مربوطا بما شك فى ان الخارج هل هو لازم او جائز مفهوما لوجود اصالة اللزوم المستفاد من اوفوا بالعقود .

و كيف كان فالشك فى ان هذا الخارج من مصاديق اللزوم او الجائز بعد العلم بالمفهوم كان مورد للبرائة عن اللزوم بخلاف ما اذا كان الشك فى اصل اللزوم وعدمه من حيث المفهوم كما فى المقام فاذا شك فى ان عقد المضاربة لازم او جائز فلا مجال للجواز بعد العلم بدخوله تحت العقد والعهد فتأمل جيداً

و كيف كان فاظن ان المعيار ليس هو كون العقد عهدية او اذنية بل المعيار هو الدخول فى العقد والعهد وعدمه فان كان يحتاج الى صيغة ولو معاطاة كانت عقداً لازما الا اذا دل الدليل على خلافه اللهم الا ان يقال ان الاذنية ايضا يحتاج الى الصيغة فالمعيار ما افاد .

و كيف كان فعقد المضاربة عقد وعهد بين الطرفين والزام والتزام بالدفع المال من احدهما والالتزام بالعمل على طبق ما وقع بينهما وتسليط من رب المال العامل على العمل ويحتاج الى ايجاب وقبول منهما والدليل على الالزام والالتزام هو آية اوفوا وليس بينهما مجرد الاذن كى يبطل و يفسخ متى شاء ومنه يعلم

ان العقود الجائزة هى مجرد الاذن من الطرفين من دون الزام وتسليط من احدهما.

وكيف كان فان كان مدرك اللزوم والجواز هو اوفوا بالعقود فهى فى موارد الشك عامة لجميع العقود الالزامية تمليكا او تسليطا دون ما يكون مجرد اذن كالوديعة والعارية وان كان هو الاصل فلازمها الجواز وقد تمسك العلامة فى المختلف لجواز السبق والرماية بان الاصل عدم اللزوم وظاهره جريانه فى كل ماشك فى جوازه ولزومه ولذا رد قوله بوجوب اوفوا بالعقود قال شيخنا المرتضى فى متاجره مالفظه :

ثم انه يظهر فى المختلف فى مسئلة ان المسابقة لازمة او جائزة ان الاصل عدم اللزوم ولم يرده من تأخر عنه الابعموم قوله تعالى اوفوا بالعقود ولم يكن وجه صحيح لتقرير هذا الاصل نعم هو حسن فى خصوص المسابقة وشبهه مما لا يتضمن تمليكا او تسليطا ليكون الاصل بقاء ذلك الاثر وعدم زواله بدون رضى الطرفين انتهى

وواضح انه لورد قوله بهذا العموم فلازمه لزوم كل عقد وقوله ولم يكن وجه صحيح لتقرير هذا الاصل اى الاصل عدم اللزوم مع تحقق قوله اوفوا بالعقود ولذا لم يرد قوله الا بذلك وان مع هذه الاية لايصح التمسك باصالة عدم اللزوم.

والحاصل فى العقود المتضمنة للتمليك او التسليط لايصح التمسك باصالة عدم اللزوم ولذا استدرك بقوله نعم الخ وقد ظهر من جميع ذلك ان معيار اللزوم و الجواز كون العقد تمليكية او تسليطية و عدمها بان يكون مفاده مجرد الاذن من دون الزام والتزام اصلا والاول من اللزوم والثانى من الجواز.

فعقد المضاربة عقد اوقع القائل بصيغتها لزوم معنى عدم الافتراق عنهما بعد ذلك ويؤيده انه لوقالا باختيار الفسخ فى كل زمان لم يقبلا ولازم اوفوا هو الوفاء عليه فمن اين يعلم جوازه حينئذ والفرض انه يتضمن تسليط صاحب المال العامل ولادليل على خلافه الاالاجماع ففى المقام قد عهد الجانبان ايجاد الصيغة

بكونهما معاً فلزم الوفاء به فلا دليل على الجواز و نظيره عموم المؤمنون عند شروطهم .

وظاهر قوله قده ولم يكن وجه صحيح لتقرير هذا الاصل هو تقريره فى خصوص العقود الغير المتضمنة لتمليك مال او تسلط على امر فالتمسك به حسن لخصوص المسابقة مما لا يتضمن تمليكا اوتسليطا مع انه فى المسابقة ايضا يتضمن للتمليك كما يقال لكل من سبق كان كذا .

وقال الشيخ الاعظم فى متاجره ما هو لفظه :

و منها قوله الناس مسلطون على اموالهم فان مقتضى السلطنة التى امضاها الشارع ان لا يجوز اخذه من يده وتملكه عليه من دون رضاء ولذا استدل المحقق فى الشرايع على عدم جواز رجوع المقرض فيما اقرضه بان فائدة الملك التسلط ونحوه العلامة فى بعض كتبه .

والحاصل ان جواز العقد الراجع الى تسلط الفاسخ على تملك ماانتقل عنه وصارا مالا لغيره واخذه منه بغير رضاه مناف لهذا العموم .

و منها قوله ﷺ المؤمنون عند شروطهم وقد استدل به على اللزوم غير واحد منهم المحقق الاردبيلى قدس سره بناء على ان الشرط مطلق الالزام اوالالتزام ولوابتدء من غير ربط بعقد آخر فان العقد على هذا شرط فيجب الوقوف عنده ويحرم التعدى عنه فيدل على اللزوم بالتقريب المتقدم فى اوفوا بالعقود انتهى .

فقرب دلالة الاول للّزوم بذلك واما الثانى فظاهره لزوم كل عقد وقع على وجه الشرط فلا معنى معه للجواز فهذا الشرط والالتزام ثابت فى الشرط قطعا .

و كيف كان فالتمسك باوفوا بالعقود لا يلائم مع الجواز فلاجرم اما يلتزم بعدم كون عقد المضاربة عقداً ويلتزم بظهوره فى الاستحباب او بالوجوب الوضعى او التكليفى المستتبع للحكم الوضعى وهو الالتزام بمضمون العقد الاّ ما خرج بالدليل .

فان قلت المضاربة كالوكالة فانهما ايضا مجرد اذن فكلاهما مجرد اذن مع ان الوكالة جائزة بالاجماع .

قلت قياسها على الوكالة قياس مع الفارق فانه لا ضرر يترتب على فسخ الموكل بخلاف المضاربة فانه معها بناء التجارة وفي نصبه وعزله ضرر .

وبالجملة قد لزم في المضاربة بناء رب المال على جمع المال وتعيين عامل وغير ذلك مما يحتاج الى تهيىء نفسه وماله واسبابه .

وكذا العامل و جميع ذلك يحتاج الى اطمئنان ثبوت هذا الامر وعدم هدمه وخرابه فاذا لم يطمئن احدهما او كلاهما بذلك واحتملا بمجرد الاستقرار بفسخ احدهما فلا يصح الاقدام في مثله من العقلاء حيث ان ضرره عظيم وليس مثل الوكيل الذى اذا عزله الموكل خلص نفسه وتعلق بشيء آخر اوموكل آخر

وبالجملة العقد هو الحاصل من الايجاب والقبول الواقع بين الطرفين والوفاء هو البناء عليه والعمل بمايقتضيه فلو كان البناء على عدم ذلك بل الفسخ والهدم والخراب فلايكون الوفاء به اصلا ولاالثبات عليه ابداً .

فان قلت لزومه ضرر على رب المال لانه اذا اراد الفسخ لاطريق له اليه فلابد له من بقائه فيه وهوضرر عظيم ومناف لقوله الناس مسلطون على اموالهم ولايحل مال امرء الا بطيب نفسه حيث لاطيب للمالك الى التصرف في امواله بعد كراهته قلت الطريق صحة شرط الفسخ متى شاء في ضمن العقد .

فان قلت في العقد الجائز لايصح شرط اللزوم .

قلت هذا مصادرة واضحة .

فان قلت في العقود الجائزة لايصح التمسك بها باوفوا بالعقود .

قلت جوازه اول الكلام وانما ذهبوا الى جوازه بالاجماع فليس لهم دليل سواه وهو غيرتام .

فان قلت اثبات اللزوم متوقف على التمسك باوفوا بالعقود وهومتوقف على

كون العقد لازما وهو دور.

قلت اللزوم ليس الّا بالآية وهى الدليل على اللزوم لا ان الآية تتوقف على كون العقد لازما اذ حينئذ لا يحتاج الى التمسك بالآية رأساً.

و كيف كان فلم اجد مفراً من ظهور قوله عز من قائل اوفوا بالعقود و فى اللزوم فانه وان قيل لمعناه وجوه كثيرة لكنه ظاهر فى العقود الواقعة بين الناس على ميل ورضى والفرض تعلق الوفاء به فيكون ظاهراً فى وجوب الوفاء بمطلق عقد وعهد شرعى واقع بينهما ويلتزم على كل منهما الوفاء والثبوت و القيام على العمل على طبقه من غير فسخ منهما او من احدهما الامع شرط الفسخ وعليه فلازم كل عقد هو اللزوم الا ما خرج بدليل صحيح من الشرع او بقرينة دالة على كونه فى الشرع ليس بنحو الوجوب والالتزام من اول الامر كالو كالة والشركة ونحوهما.

وبالجملة ظاهر الآية العقود الشرعية التى تقع بينهم مما يأمر الله به من امر دنياهم وآخرتهم الواقعة من الاشخاص والمكلفين بينهما لا العقود الواقعة بين الله وبين عباده بلسان انبيائه او فى عالم الذر والآية صريحة فى العقود التى من فعل العباد فالله تعالى امر بالوفاء والثبوت واللزوم بما عقد الناس بينهم والمراد ان ما عقدتم من الامور الشرعية لازم عليكم القيام عليه من دون ان يرفعوا اليد عنه وفسخوا بلاجهة من شرط ونحوه الا اذا شرطوا فى ضمن العقد الفسخ متى شاء أحدهما.

والحاصل ظهور الآية فى عقد وقع بين شخص وشخص والامر بالوفاء بمثل هذا العقد والعمد لا العقد الذى اوجب الله على نبينا ابلاغه فانه راجع الى عالم الذر الذى عهد الله على عباده بقوله الست بربكم قالوا بلى وهو معاهدة تكوينية ليس للعبد سبيل فهو لازم الاطاعة لكنه الزام من طرف واحد ولفظة كم ظاهرة فى الزام احدكم صاحبه لا الزام الله عليكم قهراً وسلطنة عليكم والناس ملجئون على القبول.

وكذا العقود الذى اوقعه رسول الله على البيعة لعلى عليه السلام فانه وان كان لازما على الناس لكنه نظير العهد والعقد الواقع فى عالم الذر وماهو بلسان الانبياء.

وبالجملة الكل لازم الوفاء بالادلة الخارجة عن المقام لكن اوفوا بالعقود ناظر الى العقود الواقع بين الناس اختيارا لاالزاما واكراها فعقد المضاربة عقد وقع بين العامل ورب المال بالاختيار والميل فاذا عقدا كذلك لزم القيام بمقتضاه وعدم القبول انما يكون فى اول الامر وقبل الانعقاد لاالدخول فيه فانه لايكون النقض والفسخ الا بالشرط فى ضمن العقد.

ومن ذلك قال النراقى قده فى عوائده مالفظه: عائدة قال الله سبحانه يا ايها الذين آمنوا اوفوا بالعقود قد اشتهر عند الفقهاء الاستدلال بهذه الاية الكريمة فى تصحيح العقود ولزومها وبه يجعلون الاصل فى كل عقد عرفى وكل ايجاب وقبول اللزوم الى ان قال قال صاحب الكشاف وتفسيرها يقال وفى بالعهد واوفى به ومنه والموفون بعهدهم والعقد العهد الموثق ثم تكلم كثيرا.

ثم نقل من مجمع البيان والمحقق الاردبيلى والراغب وغيرهم وبالجملة يستدلون العلماء كلابها للزوم البيع والاجارة ونحوهما فالعقود والاحكام التى واقعة بين الناس قد حكم بالوفاء والثبوت عنده فلا فرق بين البيع والمضاربة الا انه فى الثانى ذهب المعروفين والرؤساء الى جوازه فلم يكن قولهم حجة الامن حيث كونه اجماعا كاشفا عن قول الامام وهو كما ترى لان ماظفر عليه اقل بالنسبة الى ما خفى عليه فكم من العلماء كانوا فى خفاء من الناس ولم يكن لهم داع الى تعريفهم ورئاستهم وكم خفى كتبهم المخطوطة التى لم يطلع عليه احد فى زمن اجماعهم فاطلعوا على خلاف اجماعهم فى حال تدوينهم وهكذا.

وتوهم ان مدعى اتفاق الكل لا يراه حجة بزعم ان المتفقين لايكون معصوما فلاحجية فى اتفاقهم فاسد لان المتفقين لايراه الحجية لامن حيث انهم غير معصومين بل من حيث ان اتفاق الكل غير متحقق فان اتفاقهم ليس الامن

حيث صاحبى الكتب وغير الرؤساء وغير المعروفين قد يكون اكثر من الرؤساء المعروفين فلهذا ليس اتفاقهم حجة لا من حيث عدم كونهم معصومين فتدبر حتى يظهر لك الامر ولو كان المتوهم وحيد الدهر لكن لم يكن توهمه على حقيقة الامر عند المنكرين وكيف كان لايكون هذا الاتفاق بحجة الافى كون المسألة اتفاقية من المعروفين ولادليل سواه على الجواز راجع ج ٢٩ ص٩٧ و ج ٢٥ ص ١٤٠ .

﴿و﴾ كيف كان فـ﴿لو اشترط فيه﴾ أى فى عقد المضاربة ﴿الاجل﴾ بان يقول بشرط كون المضاربة باقية ومستمرة الى سنة ولم يفسخ ﴿لم يلزم﴾ بل كان لاحدهما الفسخ والمسألة مشكلة بنظر القوم والاكثر فهموا من هذا الشرط الفساد بل افساد العقد فالمراد من عدم اللزوم عدم الصحة كمافهمه صاحب الجواهر والقرينة على بطلانه وصله المصنف بقوله لكن لو قال الخ وسيأتى .

وكيف كان فقد كثر الاختلاف فى الصحة والبطلان ولاينتهى الى شىء يمكن للنفس هو الاطمئنان والسكون وكذا كلام الشارحين والشهيد فهم من قوله لو اشترط فيه الاجل لم يلزم صحة العقد والشرط .

فقال بعد قوله ولو اشترط فيه الاجل لم يلزم اه اى لم يلزم العقد مدة الاجل بل يصح فسخها قبله ولكن العقد والشرط صحيحان اما الشرط ففائدته المنع من التصرف بعده لان التصرف تابع للاذن ولا اذن بعده واما العقد فلان الشرط المذكور لم يناف مقتضاه اذ ليس مقتضاه الاطلاق وكذا القول فى قوله ان مرت بك سنة فلا تشتر لان امر البيع والشراء منوط بامر المالك فله المنع منهما بعد السنة فمن احدهما اولى ومثله مالو عكس بان قال لاتبع واشتر وانما لم يذكره لان البيع هو المقصود فى هذا الباب بطلب الربح وتحصيل الانضاض انتهى .

اقول اما قوله لم يلزم العقد مدة الاجل فواضح بناءاً على جواز العقد وانه بالشرط لزمه الى مدة معينة فلم يلزم بذلك بل يصح لهما الفسخ قبل المدة

لكن مامعنى صيرورة العقد الجائز لازما فالعقد الذى كان مقتضاه جواز الفسخ اذا صار بالشرط لازما فهل يكون الشرط حينئذ خلاف مقتضى العقد اولا يكون والثانى كما ترى فشرط اللزوم الى اجل مناف للعقل الذى كان فى جميع مدته جائزاً فجعله قده الشرط صحيحا كما ترى فالحق مع القائلين بان المراد من عدم اللزوم عدم الصحة لان الشرط صحيح غاية الامر لا يوجب لزوم العقد بل وجوده كعدمه وهو معنى عدم صحته .

ولذا كان عدم الصحة مذهب صاحب الجواهر قال قده بعد قول المصنف لو اشترط فيه الاجل ما زجا لعبارته ماهذا لفظه (لم يلزم) العقد مدته على احد منهما فيصح لكل منهما فسخه قبله بلا خلاف أجده فيه ، للأصل وغيره . نعم فى المسالك وغيرها بعد تفسير العبارة ونحوها بما سمعت قال : «لكن العقد والشرط صحيحان ، أمّا الشرط ففائدته المنع من التصرف بعده، لأن التصرف تابع للاذن ولا اذن بعده، وأما العقد فلأن الشرط المذكور لم يناف مقتضاه اذ ليس مقتضاه الاطلاق .

قلت قد يراد من العبارة عدم الصحة من نفى اللزوم بقرينة قوله متصلا بها ﴿ لكن لو قال : ان مرّت بك سنة مثلا ، فلا تشتر بعدها وبع صح ﴾ عندنا ﴿لأن ذلك من مقتضى العقد ﴾ الذى هو تسلط رب المال على فسخ القراض متى شاء وعلى منع العامل عما يشاء من النوع والزمان والمكان ضرورة الاستدراك فيه فى ان الاول ليس كذلك بل هو من افراد المسألة التى ذكرها بقوله ايضا

﴿وليس كذلك لو قال : على أنى لا أملك فيها﴾ أى السنة ﴿منعك ﴾ فانه شرط باطل ﴿ لأن ذلك مناف لمقتضى العقد ﴾ بل المشهور كما قيل : بطلان العقد معه فالتحقيق حينئذ أن يقال ان أريد باشتراط الأجل المعنى الاول صح وان أريد به المعنى الثانى بطل وأبطل كما صرح به غير واحد بل لم أجد خلافاً هنا فى بطلانه وزاد فى القواعد وجامع المقاصد اشتراط ضمان العامل المال أو الزامه بحصة من الخسارة

قوله فالتحقيق حينئذ ان يقال الخ اقول اراد قده بالمعنى الاول معنى الذى ذهب اليه فى المسالك بان يكون معنى اشتراط الاجل عدم اللزوم بحيث يجوز لاحدهما الفسخ مع شرط عدمه فصح اى صح عدم اللزوم وبهذا المعنى يكون الشرط والعقد صحيحين بنحوما بينه فى المسالك وبالمعنى الثانى عدم الصحة كما قال قده قلت قد يراد من العبارة عدم الصحة من نفى اللزوم .

وحينئذ لا يصح شرط الاجل وبقاء العقد الى مدة كالسنة فانه على خلاف مقتضى العقد الذى يجوز فسخه لاحدهما فى كل زمان فتلخص ان شرط الاجل والمدة الى زمن معين بمعنى عدم فسخ المضاربة ان اريد منه عدم لزوم هذا الشرط فلا ينثلم بالعقد وان اريد به عدم الصحة يكون باطلا ومفسداً للعقد على القول بسراية الفساد الى العقد .

وقد مر الكلام فى ذلك فى ج٢٣ ص ٢٢٩

ثم قال قده « الا أنه قد يناقش فى ذلك ان اريد بها الكناية عن اللزوم مثلا بالعارض ولو بالشرط لا أن المراد به ما ينافى حكمها شرعاً فانه لا اشكال فى البطلان حينئذ انما المناقشة فى الاول بمنع كونها من منافيات مقتضى العقد المراد به ما يعود على العقد بالنقض ولا ريب فى عدم منافاة اللزوم لعقد المضاربة اذ هو كالجواز فى العقد اللازم الذى لا اشكال فى صحة اشتراطه ومن هنا كان له شرطه أى اللزوم فى العقد الجائز بعقد لازم آخر ولو أنه من المنافى لمقتضاه لم يصح ذلك اذ هو كاشتراطه عدم الملك فى البيع ونظيره هنا عدم ملك العامل الحصة ذلك من الربح لا اشتراط اللزوم فى المضاربة .

وكذا الكلام فى الضمان الذى لا ينافى كون الشىء أمانة فان كثيراً من الامانات مضمونة كعارية الذهب والفضة والعارية المشترط فيها ذلك والمقبوض بالسوم وغير ذلك بل ستسمع ضمان العامل فى كثير من صور المضاربة بل وكذا الكلام فى اشتراط الزام العامل حصة من الخسارة .

فان جميع هذه الامور من الاحكام اومما هو مقتضى اطلاق العقد لانها من منافيات مقتضاه التى تعود عليه بالنقض فتأمل جيداً انتهى كلامه زيد مقامه .

محصله انه يمكن ان يراد بالمعنى الاول هو اللزوم عرضاً بالشرط لامكان جعل الجائز لازماً كما يمكن جعل اللازم جائزاً بالعرض وبالجملة تارة اريد من قوله بشرط كون المضاربة باقية الى اجل معلوم عدم تصرف رب المال فى هذه المدة فى شيء من امواله وهو باطل لانه خلاف مقتضى العقد واخرى اريد منه لزومه بالشرط كما اريد جواز بيع اللازم بالشرط واحتمال كون شرط اللزوم لايجرى فى العقد الجائز كما ترى .

فان قلت معنى شرط اللزوم عدم امكان فسخ العقد فى مدة اللزوم وهو مناف لمقتضى العقد اذ لافرق بين شرط اللزوم وبين شرط عدم قدرة المالك الى سنة حيث انه فى كليهما سلب قدرة المالك عن الفسخ والتغيير مجدد عبارة فيهما

قلت لولم يصح ذلك لما يصح شرط الجواز فى العقد اللازم كالبيع والاجارة فان مقتضى البيع عدم قدرة احدهما على الفسخ وشرط الجواز ينافيه وحيث صح شرط الجواز فى اللزوم فصح شرط اللزوم فى الجواز فشرط المنافى كشرط كون تمام الربح لاحدهما مثلا او كون الخسارة على العامل مثلا ونحوهما والحل ان شرط اللزوم لاينافى لمقتضى العقد وانما ينافى لاطلاقه فلايجرى الكلام فى كون الشرط على خلاف مقتضى العقد فانه بالعرض يرفع اطلاق الجواز ابداً ويجعل هذا الاطلاق مقيداً بمدة الشرط وانه فى هذه يلزم .

وكذا شرط الجواز فى اللزوم فالبيع يقتضى عدم الفسخ دائماً والشرط يجعل هذا الدوام مقيداً بغير مدة الشرط فلايكون له الدوام مع الشرط ولعمرى صحة شرط اللزوم فى العقد الجائز من غير مناف لمقتضاه .

وحينئذ يصح الشروط حتى شرط عدم قدرة المالك على البيع والشراء فانه توقيت موقت لادائماً فمقتضى العقد لزوماً اوجوازاً هو الدوام لوخلى وطبعه

و يمكن و يصح قطع هذا الدوام مدة قليلة بالشرط ولولاه لم يصح اكثر الشروط فالشروط فى المقام راجعة الى اللزوم من غير كونه منافيا لمقتضى العقد كما انه لو قلنا باللزوم فى المقام صح قطع لزومه موقتا بالشرط فالشرط كناية عن شرط اللزوم كما اشار اليه فى الجواهر فى المناقشة فراجع وبذلك ظهر فساد الاجماع على الفساد .

فنقول قال العلامة فى القواعد [و لو شرط على العامل توقيت المضاربة لم يلزم الشرط والعقد صحيح] وفى مفتاح الكرامة بعده قال ما هذا لفظه توقيت المضاربة يقع مع الاطلاق والتقييد فالاطلاق ان يقول قارضتك على هذا المال سنة والتقييد ان يقول قارضتك سنة فاذا انقضت فلا تبع ولاتشتر أو فبع ولاتشتر أو بالعكس ومعنى عدم لزوم الشرط عدم صحته بمعنى عدم ترتب أثره عليه وهو لزومها الى الاجل فيكون لكل منهما الفسخ متى شاء و قد أطلق المصنف كما سمعت هنا .

وفى (الارشاد) وما يأتى ايضا فى الكتاب حيث قال ولايلزم الاجل ومثله ما فى جامع المقاصد والروض ومجمع البرهان ومثله قوله فى النافع لايلزم فيها اشتراط الاجل و كذا ايضاحه و هو معنى قوله فى اللمعة لايصح فيها اشتراط الاجل و مثله ما فى الرياض و قد قيل فيها كلها عدا النافع انه يثمر المنع من التصرف وفيه دلالة على صحة العقد وقيد فى التذكرة عدم لزوم الشرط وصحة العقد بصورة الاطلاق و ستسمع كلامه فى صورة التقييد وعكس فى التحرير قال لايلزم التأجيل بان يقول قارضتك الى سنة فاذا مضت فلاتبع ولاتشتر قاله الشيخ ولو قيل بالجواز كان حسنا انتهى .

وفى (الجامع الشرايع) انه لو قارضه سنة بشرط ان لايبيع ولايشترى صح القراض وفسد الشرط وان شرط ان لايشترى بعد السنة صح القراض والشرط انتهى .

(وقال فى الشرائع) لواشترط الاجل لم يلزم لكن ان قال ان مرت بك سنة فلا تشتر

بعدها وبع صب فقد صرح بالصحة فى بعض صور التقييد وقد وافقه على الاخير فى التحرير وقد سمعت مافى جامع الشرائع ومرادهما قصر الصحة على خصوص المثال لا كما فهمه من الشرائع فى المسالك من العموم كما ستسمع فيكون قائلا فى الشرايع بصحة الشرط فى جميع صور التقييد كما هو خيرة التذكرة ومايأتى فى الكتاب وجامع المقاصد و المسالك و الروضة و الكفاية و الرياض و صرح فى المبسوط والمهذب فيما اذا قال قارضتك على الف سنة فاذا انتهت فلاتبع ولاتشتر ببطلان القراض و بالصحة فيما اذا قال قارضتك سنة على انك تمتنع من الشراء دون البيع اذا انقضت السنة فقد تحصل من ظاهر كلامهم ان بعضا يقول ببطلان الشرط فى صورة التقييد و الاطلاق و بعضا يقول به فى بعض صور التقييد و بعضا يقول به فى صورة الاطلاق فقط وبعضا يقون ببطلان العقد والشرط فى بعض التقييدات وصحتهما معافى بعض التقييدات انتهى .

ونقلت العبارة بتمامها حتى يعلم انه مع اشتمالها على عمدة كلمات الاعلام لايستفاد منها الا الاختلاف مع عدم رفع اشكال وصرح بعضهم بعدم اللزوم وبعضهم بعدم الصحة وبعضهم بالفساد كماهو صريح قوله فقد يحصل من ظاهر كلماتهم الخ .

والعجب من المصرح بصحة الشرط كمافى المسالك معللا بان الشرط فائدته المنع من التصرف بعده وذلك لايحتاج الى الذكر اذ بعد ذكر الاجل عدم اذن رب المال فى التصرف كاف فى عدم الجواز ولايحتاج الى الشرط وفيه اولا ان الشرط اذا كان بلافائدة كان لغواً واللغو باطل جدا وثانيا شرط الاجل كالسنة معناه كون المضاربة فى هذه المدة لازمة ولم يكن للمالك فسخه وهو عين سلب القدرة عن صاحب المال وهو على خلاف مقتضى العقد و كان باطلا فلافرق بين شرط اللزوم وشرط عدم الفسخ حقيقة .

وبالجمله توقيت المضاربة مطلقا كان كما اذا قال الى سنة او مقيدا كما اذا قال فبعد السنة لاتشتر وبع اوالعكس اوقال بعد السنة اشتر وبع كان غير صحيح لانه

فى ايام اطلاقه كان رب المال ممنوعا عن الفسخ وهو على خلاف مقتضى العقد فيكون باطلا كما هو كذلك فى شرط اللزوم فشرط الاجل وتوقيت المضاربة مطلقا غير صحيح مطلقا كان التوقيت اومقيدا ولاطريق لاصلاحه الاّ القول بان المراد منه هو شرط اللزوم كما شرط فى عقد اللازم بالجواز .

وقد عرفت صحة شرط اللازم فى العقد الجائز من غير مناف لمقتضاه وقد اشار اليه قبلا صاحب الجواهر كما عرفت .

واشار اليه ايضاً صاحب العروة فى المضاربة فقال المضاربة جائزة من الطرفين يجوز لكل منهما فسخها سواء كان قبل الشروع فى العمل او بعده قبل حصول الربح او بعده نض المال اوكان به عروض مطلقا كانت اومع اشتراط الاجل وان كان قبل انقضائه نعم لو اشترط فيها عدم الفسخ الى زمان كذا يمكن ان يقال بعدم جواز فسخها قبله بل هو الاقوى لوجوب الوفاء بالشرط ولكن عن المشهور بطلان الشرط المذكور بل العقد ايضاً لانه مناف لمقتضى العقد وفيه منع بل هو مناف لاطلاقه ودعوى ان الشرط فى العقود غير اللازمة غير لازم الوفاء ممنوعة نعم يجوز فسخ العقد فيسقط الشرط والا فما دام العقد باقيا يجب الوفاء بالشرط فيه وهذا انما يتم فى غير الشرط الذى مفاده عدم الفسخ مثل المقام فانه يوجب لزوم ذلك العقد هذا انتهى .

قوله نعم لو اشترط فيها عدم الفسخ الى زمان كذا يمكن ان يقال بعدم جواز فسخها قبله الخ وقد عرفت ان جواز الفسخ مذهب الكل لما عرفت من تصريحاتهم بعدم صحة الشرط وجواز فسخ العقد ولذا قال ولكن عن المشهور بطلان الشرط وجعل نفسه الشريف عدم جواز الفسخ اقوى مستدلا بعموم الوفاء بالشرط .

وقد اراد عليه بردّ قولهم ان هذا الشرط على خلاف مقتضى العقد بل على خلاف اطلاقه فى الجواز وانه صار لازماً بالعرض بالشرط كما عرفت وهو قده لعله تبع فى ذلك صاحب الجواهر.

وكيف كان فعلى ظنى القاصر لامناص فى الشرط من ذلك القصد اى قصد مقدار من اطلاقه فى اللزوم كما يقصد مقدار من لزوم العقود اللازمة فى الجواز وصحة الفسخ فهذا الشرط يصح ولو كان فى ضمن العقد الجائز تأمل فى جميع ذلك حتى يظهر لك وجه الاجماع على عدم صحة مثل شرط التوقيت مطلقاً ومقيداً وان صحة الشرط فى المضاربة فى غير مثل هذا الشرط .

فان قلت ان شرط اللزوم فى المضاربة مناف لمقتضاه فهو باطل وانما الصحيح هو شرط عدم الفسخ .

قلت عدم الفسخ ايضاً عبارة اخرى عن اللزوم وقد عرفت صحة شرط اللازم فى العقد الجائز بل قد اشار الى ان مقتضى العقد اللزوم والاجماع صار مانعاً عن مقتضاه ولولاه لكان لازماً ولو لم نقل بمقتضاه لو خلى وطبعه فلا جرم نقول به بالعرض بالشرط وانه يمكن صيرورته لازماً بالشرط فى مدة معينة .

فان قلت لو كان لازماً لامناص للمالك من خلاصه فيكون ضرراً عليه .

قلت يجعل لنفسه الفسخ متى شاء .

وكيف كان فعلى المشهور من جواز العقد يمكن لزومه بالشرط فى مدة معينة ومحصل الجميع على الجواز يصح شرط اللزوم الى مدة وعلى اللزوم يصح شرط الجواز .

وفى الحدائق بعد اشتراط العلامة التنجيز فى العقد و انه لايجوز تعليقه على شرط قال ماهذا لفظه وبالجملة فانه لادليل يعتمد عليه فى ماذكره من البطلان بهذا الشرط ، والاصل عدمه ولو قال ضاربتك سنة بمعنى انه جعل اجلا للمضاربة لم تلزم المضاربة فى هذه المدة ، بل لكل منهما فسخها قبل الاجل ، و الشرط والعقد صحيحان .

أما الشرط ففائدته المنع من التصرف بعد السنة، لان جواز التصرف تابع للاذن عن المالك ، ولااذن بعد المدة المذكورة .

وأما العقد فانه لامانع من صحته الاما ربما يتوهم من هذا الشرط ، وهو غير مناف لمقتضى العقد ، اذ غايته أن التصرف ليس مطلقا بل محدود بوقت معين وهو صحيح لما عرفت ، وكذا لو قال له : ان مرت بك سنة فلا تشتر وبع ، أو قال فلا تبع واشتر ، فان العقد صحيح ، وكذا الشرط لعين ماعرفت ، من أن أمر البيع والشراء منوط بنظر المالك وأمره ، فله المنع منهما بعد السنة ، أو من أحدهما بطريق اولى ، وهذا بخلاف مالو شرط اللزوم ، بأن قال : على أنى لاأملك منعك فان هذا الشرط مناف لمقتضى العقد ، اذ مقتضاه كما عرفت الجواز ، فيكون الشرط المذكور باطلا ، وبه يبطل العقد على المشهور من أن العقد المشتمل على شرط فاسد باطل ، وشرط الاجل مرجعه الى تقييد التصرف بوقت خاص ، وهو غير مناف لمقتضى العقد كما عرفت انتهى

ويظهر ما فيه مما تقدم تدبر .

قال المحقق الخونسارى فى جامعه ما هذا لفظه وأما ماذكر فى المتن من أنه لايلزم فيها اشتراط الأجل فالظاهر أن المراد أنه ليست المضاربة مثل الاجارة ونحوها التى لابد فيها من ذكر الأجل بل حالها حال الوكالة ونحوها فمقتضى الاطلاق بقاؤها الا أن يكون انصراف موجب للتحديد ووجهه عدم الدليل على اشتراط الأجل وعدم لزومه عند العقلاء والمضاربة المتعارفة بينهم كانت ممضاة عند الشرع كالوكالة ونحوها .

و يمكن أن يكون المراد أنه اذا اشترط فيه الأجل لم يلزم بل لكل من المالك والعامل رفع اليد عنها والمعروف بطلان الشرط بل بطلان العقد بناء على مفسدية الشرط الفاسد ، ويمكن القول بالصحة واللزوم لأنه بعد مالم يكن الشرط منافياً لمقتضى العقد ولم يعلم مخالفته للكتاب والسنة فهو محكوم بالصحة ، أما عدم المنافاة مع مقتضى العقد فمعلوم بل لولا الاجماع كان مقتضى القاعدة اللزوم

وأما الحكم بالصحة مع عدم احراز المخالفة فللتقريب المذكور فى أمثال

المقام الى ان قال ولا يتوجه الاشكال بانه بعد ما كان الشرط تابعاً للعقد فمع عدم لزوم العقد كيف يلزم الشرط من جهة أن المعروف عدم وجوب الوفاء بالشرط اذا لم يكن فى ضمن عقد بل هو وعد لا يجب الوفاء به ، و ان التزم بعض الأعاظم قدس سره بلزوم الوفاء به أيضاً بل قد ينكر صدق الشرط على مثله ، وأما اذا كان الشرط فى ضمن عقد سواء كان العقد لازماً أو جائزاً يكون مسئولا لعموم « المؤمنون أو المسلمون عند شروطهم » فيجب الوفاء به ، غاية الأمر وجوب الوفاء مادام الشرط باقياً فمع انفساخ العقد وارتفاعه لاشرط حتى يجب الوفاء به

وأما اذا كان اشترط لزوم هذا العقد الذى كان الشرط فى ضمنه فمع صحته لزم العقد ومع لزوم العقد لامجال لارتفاع الشرط انتهى .

﴿و﴾ على كل حال فـ ﴿لو اشترط﴾ على العامل ﴿أن لا يشترى الا من زيد ، أو لا يبيع الا على عمرو صح﴾ لأن الناس مسلطون على اموالهم ﴿وكذا لو قال:﴾ له ﴿على أن لا تشترى الا الثوب الفلانى﴾ مثلا ﴿أو ثمرة البستان الفلانى وسواء كان وجود ما أشار اليه عاماً أو نادراً﴾ وذلك لان اختيار المال بيد المالك فربما كان نظره الى معاملة معينة او شخص معين او غيرها فلابد من ان يعمل على شرطه بمقتضى قاعدة السلطنة وعموم الشرط وعليه لو خالف و حصل فى مخالفته الخسران كان على العامل .

وهذا الحكم يجرى فى كل شىء خالف رب المال ولا يختص بالبيع والشراء من شخص فخالف بل من جنس الى جنس آخر او مكان الى مكان آخر وغير ذلك

ويدل عليه ما رواه الشيخ عن جميل «عن أبى عبدالله عليه السلام فى رجل دفع الى رجل مالا يشترى به ضرباً من المتاع مضاربة ، فذهب فاشترى به غير الذى أمره به ، قال : هو ضامن ، والربح بينهما على ما شرط» وغير ذلك مما سيأتى .

﴿ولو شرط أن يشترى أصلا يشتركان فى نمائه كالشجر أو الغنم قيل : يفسد﴾ وفى الجواهر بل لم أجد من جزم بالصحة من أصحابنا وذلك ﴿لأن مقتضاه﴾

أى القراض الاشتراك فى الربح الحاصل من﴿التصرف فى رأس المال﴾.

وفى الجواهر وان تبعه النماء أيضاً فى بعض الاحوال فى الربح لاحصره الحاصل من نماء المال مع بقاء عينه لاقل من الشك فى تناول الاطلاقات له والاصل الفساد انتهى وذلك لان المقصود من هذا العقد كون العامل دائما يتبادل مال القراض ويتجر معه لحصول ربحه دائما وفى هذا الفرض يحبس المال الى مدة كثيرة حتى يحصل من نمائه ونمو اشجاره ولكن الظاهر ليس ذلك باطلاقه فاسداً بل صح ذلك لو كان الشرط مطلقا بل الموارد مختلفة فربما يحصل به غرض المالك لعدم احتياجه الى الربح الفعلى بل غرضه الى حصول مدة كى يحصل الاستفادة من الربح والنتاج.

وفى المسالك بعد عبارة المصنف قال اى مقتضى عقد المضاربة او مقتضى القراض الذى هو رديفها التصرف فى رأس المال بالبيع والشراء و تحصيل الربح بالتجارة وهذا ليس كذلك لان فوائده تحصل بغير تصرف بل من غير المال ووجه الصحة انه حصل بسعى العامل اذلولا شراؤه لم يحصل النماء وذلك من جملة الاسترباح بالتجارة ويضعف بان الحاصل بالتجارة هو زيادة القيمة لما وقع عليه العقد لانماؤه الحاصل مع بقاء عين المال اوبان المضاربة يقتضى معاوضتين احديهما بالشراء والاخرى بالبيع واقل ما يتحققان بمرة وهما يظهر الربح والانضاض والمضاربة تدل على ملك العامل لهما بالمطابقة وعلى كل واحد بالتضمن فمنعه من احدهما مخالف لمقتضاها فان قيل هلا كان ذلك كتقييد المالك عليه فى الشراء المعين اومن معين اوالبيع عليه ونحو ذلك مما كان يدخل فى اطلاقها و بالتقييد خرج ولم يناف ذلك مقتضاها.

قلنا الفرق بينهما حصول اصل المقتضى وهو البيع والشراء ويحصل الربح بما ذكروانما قيد موضوعها بخلاف المتنازع فان المقتضى لم يتحقق اصلا كما بيناه و على القول بالفساد يصح الشراء المذكور بالاذن و يكون النماء الحاصل

باجمعه للمالك لانه نماء ملكه وعليه اجرة المثل للعامل انتهى .

وحاصله انه امر رب المال باشتراء ارض اواغنام وآبال للاستفادة عن نماء تلك الاشياء وبقاء الاصل وجه اشكال المصنف ان المقصود عن المضاربة هو عمل العامل والنمو والنتاج والسخال ليس من عمل العامل فلايصح وجه الصحة كون اشتراء الاصل ايضا بعمل العامل لارب المال وحيث اقدم بالشراء وقبول ذلك وحفظ المواشي والانعام كان ذلك عمل ايضا بل عمل ذلك اشد من التجارة بداهة . . . ان مثل سخال المواشي ونحوه وتربية الاراضي والاشجار للاثمار كان في غاية الشدة ولولا عمل العامل لم يحصل ذلك اصلا ﴿و﴾ الظاهر لااشكال في الصحة فضلا عن ان يكون ﴿فيه تردد﴾ وريب كما عليه المصنف .

وكيف كان وفي الجواهر بعد العبارة في وجهي الترديد قال ماهذا لفظه مما سمعت و من امكان منع اعتبار ذلك في القراض الذي هو دفع المال من ربه ، والعمل من العامل والاشتراك فيما يحصل من ذلك ، سواء كان نماء فعل أو مال اذهو أيضاً مسبب من فعل العامل الذي هو شراء ذي النماء ، لكن يقوى في النظر الاول انتهى قوله هو دفع المال من ربه الخ .

حاصله ان دفع المال كان لاجل حصول منافعه فقط مع بقاء الاصل بحاله من غير فرق بين القصدين فانه ايضا عمل من العامل بل هو اولى واشد من التجارة ولولا حفظ العامل لم يبلغ الثمار الى كماله ولا السخال الى الغناء عن الام فتوجيهه وجه الصحة اى الثاني اولى واقرب .

وكيف كان فالظاهر صحة شراء العامل الاصل للارباح الحاصلة منه وبذلك يعلم ضعف ما افاده في الحدائق قال في المقام ما نصه ولو اشتراط ان يشتري اصلا ان يشتركان في نمائه كالشجر والغنم ونحوهما قيل يفسد العقد لان مقتضى عقد المضاربة التصرف في رأس المال بالبيع و الشراء و تحصيل الربح بالتجارة ومن هنا استحق العامل حصته من الربح في مقابلة هذا العمل و ما ذكرهنا ليس

كذلك لان فوائده تحصل من غير تصرف بل من عين المال ، وتردد بعضهم في الصورة المذكورة نظراً - الى ماذكر مما يدل على البطلان - والى أن حصول هذه الاشياء انما وقع بسبب سعي العامل ، اذلولا شرائه لم يحصل النماء ، و ذلك من جملة الاسترباح بالتجارة ، فيكون صحيحاً .

وضعف الثاني بان الحاصل بالتجارة هو زيادة القيمة لما وقع عليه العقد لانماؤه الحاصل مع بقاء عين المال ، وبأن المضاربة تقتضي معاوضتين ، أحدهما بالشراء ، والاخرى بالبيع ، وأقل ما يتحققان بمرة ، وبها يظهر الربح :

والتحقيق أن الفرع المذكور لما كان غير منصوص ، فالحكم فيه بأحد الوجهين مشكل ، والبناء على هذه العلل الاعتبارية مجازفة في الاحكام الشرعية انتهى

وقال المحقق الخوانساري ماهذا لفظه لااشكال في انه مع الاطلاق يتصرف العامل كيف شاء لكن يشترط أن لايخرج عن شأن المضاربة لأن مقتضاها الاشتراك في الربح الحاصل من التصرف في رأس المال وان تبعه النماء في بعض الاحوال فيشكل صرف رأس المال في اشتراء مثل الأشجار بانتظار نموها نعم مع الاذن لااشكال لكنه لايبعد خروجه عن عنوان المضاربة ولما كان وضع المضاربة على الاشتراك في الربح الحاصل من التصرف فلاتصح المضاربة مع اشتراط تمام الربح لرب المال أو للعامل فلوشرط كذلك تبطل المضاربة و قد عمل العامل و عمله محترم فلايبعد استحقاقه اجرة المثل الا أن يستشكل من جهة ان العمل ليس بامر رب المال بل العمل وقع بتخيل صحة المضاربة كما لوعمل الأجير في الاجارة الفاسدة بتخيل لزوم الوفاء بالعقد الواقع انتهى .

وقال العلامة في القواعد [ولو شرطا ان يشتري أصلا يشتركان في نمائه كالشجر والنعم فالاقرب الفساد لان مقتضى القراض التصرف في رأس المال] وفي مفتاح الكرامة في شرحها كماهو خيرة المبسوط والسرائر وجامع الشرائع والتذكرة والتحرير والايضاح وجامع المقاصد والمسالك ولم ينقل فيه في المبسوط والتذكرة

عن العامة قول بالصحة و لا احتمال لما أشار اليه المصنف وغيره من ان مقتضى القراض التصرف فى رأس المال بالبيع و الشراء و تحصيل الربح بالتجارة ولا كذلك هنا لان فوائده تحصيل من عين المال بغير تصرف ولان المضاربة عبارة عن معاوضتين معاوضة الشراء و بها يحصل للمالك ظهور الربح و معاوضة البيع و بها يحصل الانضاض والمضاربة تدل على ملك العامل لهما معا مطابقة وعلى كل واحد بالتضمن .

(قلت) اطلاق الاخبار يأتى على ذلك كله ويدفعه ففى (الصحيح والموثق) من اتجر مالا واشترط نصف الربح مضافاً الى اطلاقات أخر والى اطلاقات اكثر عبارات القدماء و بعض المتأخرين فللحظ و قد تردد فى الشرائع فى الفساد لان النماء حصل بسعى العامل اذلولا شراؤه لم يحصل وذلك من جملة الاسترباح بالتجارة

وفى (جامع المقاصد) ان ضعفه ظاهر لان الحاصل بالتجارة هوزيادة قيمة العين لانماءها و على القول بالفساد يصح الشراء لمكان الاذن و يكون الحاصل بأجمعه للمالك لأنه نماء عينه وعليه أجرة المثل للعامل ومحل البحث انما هو اذا حصرا الربح فى النماء المذكوروالافلامانع من كون النماء بينهما ويحتسب من جملة الربح على بعض الوجوه كما اذا اشترى شيئاً له غلة فظهرت غلته قبل ان يبيعه فعبارة الكتاب والشرائع والتحرير لعلها غير جيدة الا ان تقول ان الشرط يفيد الحصر والاولى ما فى المبسوط من قوله ولو قارضه على ان يشترى أصلا له فائدة ليستبقى الاصل ويطلب فائدته ونحوه ما فى السرائر والجامع والتذكرانتهى

ولايخفى ان الجمود فى الفاظ الاخبار قد انسد علينا باب الاستنباط منها كما سمعت من عبارة الحدائق فزعم ان اللازم فى كل واقعة، واقعة ورود نص مع ان الفروع غير المتناهية تقريباً لابد من اخراجها من تلك الاخبار المتناهية مع انه لافرق فى المقام عرفا بين كون الربح من البيع و الشراء من خصوص الاصل الحاصل من فعل العامل او من نماء الاصل مع بقائه للمالك بل الظاهر

من العرف اذا قيل لشخص اشتر وبع اشياء للربح والتجارة بيننا كان نظر القائل الى مجرد حصول ربح له وللعامل كان من بيعه وشرائه الاصول وتبادل اصل باصل او بقاء الاصل و حصول الربح من نمائه بل ربما كان ارضى و اميل من الثانى لكونه اكثر نفعا من الاول كما اذا امره بشراء قطيع غنم اواراضى زراعة او بستان لاجل سخاله وحصاده واثماره فقط .

والظاهر لاوجه للاشكال وقد تعارف تسليم بستان الى العامل لكون ربح اثماره بينهما فقط ومجرد كون حصوله ليس بفعل العامل بل بفعل الله ليس مضرا بذلك مع كون فعل الله ايضا يحتاج الى اعمال و محافظة لحصوله والا يفسد فهو ايضا بفعل العامل .

﴿واذا أذن له فى التصرف﴾ بمعنى أنه عقد معه عقد المضاربة مثلا وأطلق ﴿تولى باطلاق الاذن﴾ المستفادة من العقد ﴿ما يتولاه المالك﴾ و غيره ﴿ من عرض القماش ، و النشر و الطى ، و احرازه وقبض الثمن ، و ايداعه الصندوق ، واستيجار من جرت العادة باستيجاره ، كالدلال والوزان والحمال﴾ وغير ذلك فلا كلام فى جميع ذلك اذ الاذن المطلق من رب المال يجعله نفسه فى جميع التصرفات التى يكون له لاعليه فللعامل هو التصرف التام وبذل المال فى جميع ما يحتاج اليه التكسب ويتوقف الربح اليه ﴿عملا بالعرف﴾ الذى هو الضابط لذلك فهو يرى لزوم العمل فى كل ما يكون راجعا الى التجارة له وله ولا يحتاج من رب المال اذن لخصوص كل واحد بل كفاه مطلق الأذن فى الجميع بحكم العرف بانه راجع الى المضاربة واما لو لم يكن راجعا الى رب المال او حصل الافراط او التفريط بحيث لو قال بصاحب المال ليجعله مؤاخذاً له كان له ضامنا قطعاً .

وبالجملة كل ما صدر من العامل لابد وان يكون برضاه ومأذونا منه اما بالخصوص او بعموم الاذن .

﴿ ولو استاجر ﴾ المضارب ﴿ للاول ﴾ الذى لزم مباشرته بنفسه ﴿ ضمن

الاجرة ﴾ بل ضمان العين لامكان انه لو باشره بنفسه لما حصل به نقص او تلف الا اذا لايمكن المباشرة بنفسه بل الظاهر عدم الضمان لو نقص فى حال العمل من دون تفريط اذ العيوب غالبا يحصل فى حال العامل بخلاف ما اذا استأجر له وحصل عيب فانه ضمن الاجرة ﴿ ولو تولى الأخير ﴾ الذى جرت العادة بالاستيجار له ﴿ بنفسه ﴾ قاصداً للتبرع ﴿ لم يستحق أجرة ﴾ أما مع قصد الرجوع فقد يقوى استحقاقها ﴿ وينفق فى ﴾ حال ﴿ السفر كمال نفقته ﴾ اى تمام نفقته يعنى يكون جميع نفقة السفر من رأس المال من مأكل ومشرب و ملبس ومسكن ، ونحو ذلك مما هو داخل فى النفقة ﴿ من أصل المال على الاظهر ﴾ .

وفى الجواهر الاشهر بل المشهور فى التذكرة نسبته الى علمائنا ، بل فى محكى الخلاف الأجماع عليه انتهى بل هو مقتضى حكم العرف فان السفر لحصول التجارة للمالك فيكون السفر من الوسائل اللازمة لحصوله فكيف تكون النفقة على نفسه .

قال فى الخلاف اذا سافر باذن رب المال كان نفقة السفر من الماكول و المشروب والملبوس من مال القراض وللشافعى فيه ثلثة اوجه احدها لاينفق كالحضر والثانى ينفق كمال نفقته كما قلناه والثالث ينفق القدر الزايد على نفقة الحضر لاجل السفر . [دليلنا] اجماع الفرقة واخبارهم انتهى .

ويدل عليه صحيح على بن جعفر « عن أخيه أبى الحسن عليه السلام فى المضارب ما أنفق فى سفره ، فهو من جميع المال ، فاذا قدم بلده ، فما أنفق فمن نصيبه » و نحوه خبر السكونى عن امير المؤمنين عليه السلام .

وفى الجواهر خلافاً للمحكى عن بعض ، من كون جميع نفقته على نفسه ، كالحضر ، للأصل المقطوع بما عرفت ، فالعمل عليه حينئذ كالاجتهاد فى مقابلة النص.

نعم عن آخر أن له تفاوت ما بين نفقة السفر والحضر ، وهو مخالف لظاهر النص أيضاً ، المعتضد بما سمعت ، والمراد بالسفر هنا العرفى ، لا الشرعى الذى

هو فى الحقيقة أحد أفراد السفر ، قد علق الشارع عليه بعض الأحكام الخاصة ، كقصر الصلوة والافطار ونحوهما ، كما أنه أجرى أحكام الحضر عليه مع الاقامة والتردد ثلاثين يوما انتهى .

ثم انه لابد من الاقتصار على ما لابد منه فلو تجاوز عن ذلك كان نفقته على نفسه وكل ذلك يكون معلوما للعامل ومثل ذلك طول السفر للتفرج والتفريح اوكان لازما للتجارة وفى الاول كان نفقاته على نفسه وفى الثانى لمال القراض فلو حصل الغرض بيوم وطاله بيومين او الاكثر للتفرج كانت نفقة الزائدة عليه على نفسه .

واما لواحتاج الى كثرة الطول كحصول مرض او تأخير من يقع المعاملة معه واخر ذهابه كذلك كانت النفقة من مال القراض نعم فى لزوم الدواء لحصول المرض المحتاج الى المعالجة واجرة الطبيب اشكال فلو كان حصوله لذلك كان من مال القراض بحيث لو كان فى بلده لم يقع فى مثل هذا المرض .

ومن ذلك يعلم ان العامل لو كان مبتلى بمرض دائمى لايختص بالسفر و الحضر كان نفقة الطبيب ودوائه فى السفر على نفسه لامال المضاربة و كيف كان فما كان من جهة المضاربة فمن مال القراض وما لم يكن كذلك فعلى العامل وهو ادرى بذلك من غيره .

وفى الجواهر ما هذا لفظه نعم فى المسالك وغيرها يجب الاقتصار منه على ما يحتاج اليه للتجارة ، فلو أقام زيادة عنه فنفقته عليه خاصة ، قلت ، هو كذلك مالم يكن لخوف طريق مثلا . أو حبس ظالم أو نحو ذلك مما يتعلق بالتجارة ، ولذا قال فى التذكرة : « لو أقام فى طريقه فوق مدة المسافرين فى بلد للحاجة لجباية المال أو لانتظار الرفقة أو لغير ذلك من المصالح لمال القراض ، كانت النفقة على مال القراض أيضاً ، لأنه من مصلحة القراض .

أما لو أقام للراحة او للتفرج أو لتحصيل مال له أو لغير مال القراض، فانه

لايستحق عن تلك المدة شيئاً من مال القراض للنفقة .

أما لو أقام للتجارة أو لأمر آخر بحيث يكون كل منهاعلة تامة فى المكث ففى اختصاص النفقة فى مال القراض ـ للاطلاق وعدمه للأصل والتوزيع ـ أوجه ، أقواها الأول ، كما أن أقويها الأخير لو تركب الداعى منهما ، بحيث يكون كل منهما جزء العلة ، والمراد بالنفقة ما يحتاج اليه فيه من مأكول ومشروب وملبوس ومركوب ، وآلات ذلك كالقربة والجوالق ، وأجرة المسكن ونحوذلك مما هو داخل فى اسم النفقة انتهى .

ومن جميع ذلك ظهران الضمان بعهدة العامل وكل ما كان على خلاف رضى المالك كزيادة على مايحتاج اليه او لم يكن السفر باذنه كان النفقة حينئذعليه.

قال فى الخلاف ليس للعامل ان يسافر بمال القراض بغير اذن رب المال وبه قال الشافعى وقال ابو حنيفة ومالك له ذلك وللشافعى فى البويطى مادل على ذلك قال اصحابه لايجىء (ذلك ـ خ) على مذهبه وبنى ابوحنيفة ومالك ذلك على الوديعة وان له ان يسافر بها وعندنا انه ليس له ذلك فى الوديعة ايضاً .

[دليلنا] اجماع الفرقة وايضاً الاصل انه ليس له ذلك لانه تصرف فى مال الغير و اثبات ذلك واجازته يحتاج الى دليل (والى اذنه ولم يوجدخ) انتهى .

ويدل على ذلك جملة من الاخبار منها ما رواه ثقة الاسلام والشيخ عن محمد بن مسلم فى الصحيح عن احدهما عليهما السلام قال : « سألته عن الرجل يعطى المال مضاربة ، وينهى أن يخرج به فخرج قال : يضمن المال ، والربح بينهما » .

وروى الحلبى فى الصحيح عن أبى عبدالله عليه السلام أنه قال : فى الرجل يعطى الرجل المال فيقول له : ائت أرض كذاو كذا ولاتجاوزها ، واشتر منها قال : فان جاوزها وهلك المال فهو ضامن ، وان اشترى متاعاً فوضع فيه فهوعليه وان ربح فهو بينهما » .

وما رواه من الكافى عن ابى الصباح الكنانى فى الحسن «عن أبى عبدالله عليه السلام

فى الرجل يعمل المال مضاربة «قال : له الربح وليس عليه من الوضيعة شيء الا أن يخالف عن شيء مما أمره صاحب المال » .

فتلخص ان نفقات السفر الذى كان رجل لاجل المضاربة يعد من رأس المال اى مال المضاربة لامثل نفقات المرض الداعى للعامل او انفق موته فى السفر ونحو ذلك فليس نفقاته الزيادة على مقدار مال المضاربة عليه فالنفقات الزائدة على مقدار الحاجة وما كان بدون اذن المالك كلها على نفس العامل قال فى الحدائق ماهذا لفظه ما ذكرنا من وجوب النفقة مخصوص بالسفر المأذون فيه فلو سافر الى غيره اما بتجاوز السفر المأذون فيه الى مكان غير مأذون فيه أو الى جهة غير جهة السفر المأذون فيه فلا نفقة له ، وان كانت المضاربة صحيحة والربح بينهما كما عرفت آنفا الى ان قال لو اتفق موته أو مرضه فى السفر كان ماينفق فى ذلك من ماله اذ لا تعلق لذلك بالتجارة ، واستثنى بعضهم ما لو كان معلوماً أنه لو كان فى بلده لم يمرض ، أو أن مؤنة مرضه يكون فى الحضر ، وفى بلده أرخص منها فى تلك البلد قال فيمكن حينئذ احتساب الزيادة من مال المضاربة انتهى .

﴿و﴾ كيف كان و ﴿لو كان لنفسه مال غير مال القراض﴾ وشرط مع المالك ذلك اى التجارة بماله لنفسه ايضا وقبل المالك ولم يكن عمله لنفسه مزاحما لمال القراض اورضى به المالك ولو مع المزاحمة فكان تجارته لنفسه وللمالك من غير خلط احدهما على الاخر ﴿فالوجه﴾ حينئذ هو ﴿التقسيط﴾ فما وقع لتجارته كان عليه وما وقع للمالك كان عليه من غير تجاوز عن ذلك .

وفى الجواهر ما هذا لفظه لان السفر لاجلهما فنفقته عليهما وهل هو على نسبة المالين أو العاملين ؟ وجهان : أجودهما فى المسالك تبعاً لجامع المقاصد الاول لان استحقاق النفقة فى مال المضاربة منوط بالمال ، ولا نظر الى العمل ومن هنا اتجه تفريع المصنف ذلك على ماذكره اولا لكن أورد عليه فى الاخير أنه يقتضى أن لا يستحق نفقة أصلا ، لو أخذ مضاربة فى حال السفر انتهى .

وفى المسالك بعدقوله ولو كان لنفسه مال اه قال وجه التقسيط ظاهر لان السفر لاجلهما فنفقته عليهما وهل التقسيط على نسبة المالين او على نسبة العاملين وجهان اجودهما الاول لان استحقاق النفقة فى مال المضاربة منوط بالمال ولاينظر الى العمل ثم ان قلنا بوجوب كمال النفقة على مال المضاربة فالتقسيط كما ذكرناه وان قلنا انما يجب النفقة الزائدة فالتقسيط لتلك الزيادة خاصة عليهما والباقى على ماله انتهى .

ولايخفى ان التقسيط لايصح بنحو الاطلاق لان كثيراً مامع العاملين فى المضاربة مال غير مال التجارة بل انما يصح التقسيط اذا كان السفر لنفسه وللمالك وكان مع ذلك تجارته لنفسه غير مزاحم لتجارة المالك فالمسألة غير واضحة .

وفى الحدائق مانصه لو تعدد أرباب المال الذى فى يده بأن كان بعضه له مثلا وبعضه لزيد ، وبعضه لثالث ، وهكذا ... قسطت النفقة على حسب المال ، فلو كان نصف المال للعامل ، ونصفه للمالك كانت النفقة انصافا ، وهكذا ... هذا هو الاظهر الاشهر وقيل بأن التقسيط بنسبة العملين اى مايعمله لكل واحد من أصحاب المال وردبأن استحقاق النفقة فى مال المضاربة منوط بالمال ولاينظر الى العمل انتهى

والمسألة غير محررة خصوصا لو كان المناط بمن ماله اكثر والكلام فعلا ليس فى ارباب الاموال بل فى مالك واحد والحاصل كثيراً مايكون للعامل مالا فالمناط ليس بان يكون فقيرا اوله مال بل المناط بان يكون سفره لخصوص رب المال اوله ولنفسه ايضا والاول معلوم وليس للتقسيط مجال والثانى بان يكون السفر لهما بان يصاحب معه اويرسله المالك الى السفر للمعاملة لنفسه عملا خارجا عن عمل المضاربة بان اشترى فرشا مثلا له .

وفرض ان عمل المضاربة غير ذلك والا فان كان داخلا فيه بان يكون اعماله لرب المال ايضاً كان شريكاً له لامضاربا ويكون الربح لهما والخسران عليهما قليلا او كثيراً فبهذا المعنى صح التقسيط لكن لاربط لعمله له بالمضاربة حتى ينظر الى كون احدهما اكثر مالا او عملا ولو لم يكف مال المالك وباع

واشترى من ماله للمالك بان باع واشترى وكالة ورضاية منه وكان ما يصرف من ماله قرضاً من المالك فلامعنى ايضاً للتقسيط وان كان لنفسه ولم يمكن جعله للمالك لعدم كفاية ماله لذلك او عدم رضايته فى مثل هذا المورد فكان مقدار نفقته على العامل ايضاً .

اذ فى هذا الفرض لم يكن السفر لخصوص المضاربة فالتقسيط ان كان لمجرد مصاحبته مع مال نفسه من دون عمل لنفسه اصلا فلا معنى له وان كان للعمل لنفسه بان كان مضارباً لنفسه وللمالك فله وجه وان كان مضارباً للمالك ولغير المالك فهو خارج عن محل الكلام وكان محله مسألة تعدد المالكين مع العامل الواحد بان يعامل لكثير فالتقسيط وان صح على فرض تصوره ورضاية المالكين وعدم خلط المعاملة فيمابينهم لكن له مقام اخر.

وكيف كان فالظاهر كان ما عن فخر المحققين ـ من عدم جريان ذلك على هذا القول ، بل تكون النفقة على نفسه ، لكونه كالحاضر باعتبار اشتغاله بمال نفسه ، وان استصحبه مال القراض . غير بعيد ولتمام المسألة شقوق متعددة يمكن فرض التقسيط معها لوصح فرض التعدد قال فى الجواهر ماهذا لفظه :

نعم يندرج فى النص المضارب الذى معه مضاربات متعددة ، ضرورة صدق كونه مضارباً ، والتوزيع حينئذ متجه فيه، اما لأن قوله عليه السلام «من جميع المال» يشمل مال الجميع على جهة النسبة ، اولأن اختصاصه بمال دون آخر ترجيح بلا مرجح مع أن علة الاستحقاق صدق وصف المضاربية المتحققة فى الجميع ، فلاعدل حينئذ الا التوزيع بعد تعذر التكرار، وقيمة النفقة ليست نفقة ، بل قد يدعى انسياقه من أمثال ذلك ، كما لايخفى على من لاحظ نظائره فى النفقات ، كما أنه قد يدعى انسياق ذلك ايضاً حتى لو كان مال لنفسه مع مال القراض ، لاسقوط النفقة، ضرورة صدق كونه مضارباً معه، الا أنه لما كان السفر ليس للقراض خاصة، اتجه التوزيع المزبور انتهى .

﴿ولو انفق صاحب المال﴾ للعامل مايحتاج اليه للسفر ثم صار نفسه ايضا ﴿مسافراً﴾ معه ﴿فانتزع المال منه﴾ وفى الجواهر بقصد فسخ المضاربة انتهى وهو يتصور فى صورة حصول البداء لرب المال فانتزع منه ما يعطيه للسفر قال فى الحدائق لو سافر بالمال للمضاربة فاتفق عزله فى السفر ، وانتزع المال منه كانت نفقة الرجوع عليه ، لانه انما استحق النفقة فى السفر للمضاربة ، وقد ارتفعت بالفسخ وعزله عنها انتهى ولذا قال المصنف ايضا ﴿فنفقة عوده منه خاصة﴾ .

وفى الجواهر لارتفاع وصف المضاربة الذى هو سبب استحقاق النفقة ، ولاغرر ، بعد دخوله على العقد الجائز الذى هو معرض ذلك ونحوه ، فما عن بعض العامة من ثبوتها واضح الضعف انتهى واما بناءاً على لزومه فلايمكن للمالك فسخه الامع الشرط .

وقد عرفت انه بناء على الجواز كان لكل منهما هو الفسخ من دون اختيار الاخر وهو غرر وضرر على الاخر وعسر وحرج فربما قد اختل ما كان عليه بنائه قبل القبول وقد اذهبه وخربه لاجل المضاربة ويطول الى ان يصل الى حال قبل القبول ثم بعد القبول ثانيا يمكن ايضاً حصول الفسخ وهكذا .

وكيف كان فلا اشكال ﴿و﴾ لاخلاف فى أن ﴿للعامل ابتياع المعيب والرد بالعيب وأخذ الارش﴾ نعم ﴿كل ذلك﴾ ونحوه ﴿مع الغبطة﴾ .

وفى الجواهر لان الغرض الذاتى هنا الاسترباح الذى يحصل بالصحيح والمعيب ، فلايتقيد اطلاقها حينئذ بالاول ، وان كان هو كذلك فى اطلاق الوكالة ، المحتمل ارادة القنية التى لايناسبها المعيب ، وكذلك الكلام فى الرد بالعيب ، وأخذ الارش انتهى .

﴿و﴾ كيف كان فقال المصنف وبعض الاصحاب بأنه ﴿يقتضى اطلاق الاذن﴾ هنا ﴿البيع نقداً بثمن المثل من نقد البلد﴾ اذ فى النسيئة تغرير وضرر بالمال وهو كما ترى ومجرد زعم ذلك لايكون كذلك فى اكثر الاوقات ولو كان قد

ينجر الى ذلك وهو لايوجب الاخذ بظهور الاطلاق فى المقام لو فرض ذلك .

وبالجملة لانسلم كون اطلاق الاذن مقتضيا نقداً بثمن المثل بل الاطلاق يقتضى الغبطة والمصلحة فى المضاربة .

والحاصل ان رب المال فى المضاربة كان تمام همه الاسترباح الذى قد حصل فى البيع والشراء نقدا اوفى الذمة وليس فى جميع الاوقات ضررا على البيع والشراء بما فى الذمة بداهة ان الذى فى نظم رب المال كون المعاملة وقعت مع اشخاص مورد للاطمئنان فان الضرر فيما لم يكن مورد وثوق له وحينئذ صح له اشتراط عدم المعاملة مع فلان ولو خالف لكان ضامنا وهو غير ما نحن فيه فصح البيع والشراء مطلقا فيما كان مأمونا من الضرر والتلف .

و يدل عليه صحة مؤاخذة رب المال العامل بانه لم يبع بفلان ولا يصح بانه لم يبع نسيئة خصوصا فيما اجابه بانه محل اعتماد بى فلا جواب حينئذ له فضلا عن الحكم بالبطلان ونحوه .

ولذا فى الجواهر قال والتحقيق أنه لاوجه للتوقف مع المصلحة ، اذا كان الاذن على وجه العموم فله البيع نسيئة وبدون ثمن المثل ، أما مع الاطلاق فالمدار حصولها فى الأفراد المتعارفة بين التجار فى تحصيل الأرباح ، و أما النادر و ان فرضت فيه المصلحة فلايدخل فى الاطلاق ، اذ ليس العنوان الاذن فى عمل كل مافيه مصلحة ، وانما هو الاطلاق المنصرف الى الافراد المتعارفة التى منها نقصان ما يتسامح به الناس انتهى .

﴿و﴾ على كل حال فقد ذكر المصنف و غيره انه ﴿لو خالف﴾ مادل عليه اللفظ ﴿لم يمض﴾ وان دل على النقد فخالف النقد وان دل على العموم فخالف العموم ونظير المتن ما فى المسالك شارحا لكلامه لكن قال بعد قوله لو خالف لم يمض ماهذا لفظه اذا خالف مادل عليه اللفظ بخصوصه اواطلاقه لم يقع التصرف باطلا بناء على جواز بيع الفضولى لكن يقف على اجازة المالك فان اجاز نفذ ثم

ان قدر على تحصيل النسيئة والا ضمن الثمن لثبوته بالبيع الصحيح لا القيمة والاوجب الاسترداد مع امكانه ولو تعذر ضمن قيمة المبيع او مثله لا الثمن المؤجل و ان كان ازيد ولا التفاوت فى صورة النقيصة لانه مع عدم اجازة البيع يقع باطلا فيضمن للمالك عين ماله الذى تعدى فيه وسلمه من غير اذن شرعى وفى المسئلة احتمالات اخر مدخولة انتهى ﴿الا مع اجازة المالك﴾.

وفى الجواهر لكونه تصرفاً قد وقع بدون اذن المالك وهو غير باطل عندنا وانما هو فضولى ،فان أجاز نفذ لكن فى المسالك تبعاً لجامع المقاصد «انه مع الأجازة بان قدر على تحصيل النسيئة ، والا ضمن الثمن ، لثبوته بالبيع الصحيح ، لا القيمة ومع عدمها يجب استرداد العين مع الامكان ، والا ضمن قيمة المبيع أو مثله ، لا الثمن المؤجل و ان كان ازيد ، ولا التفاوت فى صورة النقيصة لأنه مع عدم الاجازة بيع باطل ، فيضمن للمالك عين ماله الذى تعدى فيه وسلمه من غير اذن شرعى» انتهى .

والحاصل ما افاد المصنف فى المقام غير تام جداً والا فينسد باب المضاربة وعلى فرض كون اطلاق اللفظ يقتضى نقداً فباع نسيئة كانت المعاملة فضوليا يحتاج الى الاجازة للمالك وقد عرفت ان الاطلاق لا يقتضى ذلك بل ظاهر فى المعاملات المتعارفة فالنقد والنسيئة كلاهما متعارفان نعم على هذا الفرض لو تعامل مع زيادة ضرر على النسيئة كما اذا كان طرف المعاملة غير موثق فاخرما عليه او انكره كان ضمانه على العامل او اراد الدفع فى رأس الاجل فاخر العامل اخذه وتلف وهكذا

وكيف كان فلو كان من العامل تقصير فى تلف مال المالك كان ضامنا كما باع او اشترى على خلاف ظهور اللفظ سواء كان ظاهراً فى كون المعاملة بعين المال او ظاهرا فى الاعم فالضمان مترتب على مخالفة ظاهر اللفظ فى اى معنى كان له الظهور فيترتب الحكم على مخالفة اللفظ .

ومن جميع ذلك ظهر عدم تمامية قوله ﴿وكذا يجب﴾ مع الاطلاق ﴿أن

يشترى﴾ العامل ﴿بعين المال﴾ لماعرفت من عدم اقتضاء الاطلاق ذلك بل يعم الاطلاق النسيئة ايضا وفى المسالك بعد قوله وكذا يجب ان يشترى اه قال لما فى شرائه فى الذمة من احتمال الضرر اذ ربما يتلف رأس المال فيبقى عهدة الثمن متعلقة بالمالك وقد لايقدر عليه اولايكون له غرض فى غير مادفع ولان المقصود من العقد ان يكون ربح المال بينهما ولايكون ذلك الااذا اشترى بالعين لان الحاصل بالشراء فى الذمة ليس ربح هذا المال انتهى .

ولايخفى ما فيه لما عرفت من عدم اقتضاء الاطلاق ذلك بل فى المعاملات التى كانت مضاربة يدور مدار الغبطة للمالك بل لو كان فى النقد عدمها وفى النسيئة وجودها لزم وقوع المعامله نسيئة كما اذا كان الثمن النقد اقل وثمن النسيئة اكثر من دون مضرّة على طول الاجل هذا وفى الجواهر بعد العبارة قال .

قلت : قد يناقش فى ضمانه بأنه مع اجازة المالك ورضاه بالبيع نسيئة ، صار الثمن الذى فى ذمّة المشترى له برضاه ، ولم يحصل من العامل ما يقتضى ضمانه بل لعل ذلك كذلك فى الغاصب اذا باع المغصوب نسيئة ، ثم ندم الغاصب فأجاز المالك ذلك ورضى بالثمن الذى فى ذمّة المشترى أن يكون له ، خرج الغاصب من الضمان ، ولا ينتقل ضمان العين الذى كان عليه الى الثمن الذى لم تستولى يده عليه ، وكأن ذلك كله لااشكال فيه بمقتضى المعلوم من القواعد انتهى .

والانصاف ان ماذكر المصنف بعيد فى مطلق المعاملات خصوصا فى المقام الذى تمام النظر كان فى الربح والغبطة بحال المالك مع تعارف البيع والشراء بالنقد والنسيئة وكثيراً ما كان الثانى انفع وكم من عدم القدرة على النقد لعدم وجود الثمن واشتراه نسيئة وكذا فى البيع لامكان عدم ثمن للمشترى فاشتراه نسيئة ثم دفع فيبعد اقتضاء الاطلاق ذلك بل الاطلاق يقتضى كل معاملة للمالك مع الغبطة فربما كانت المصلحة مع نسيئة

نعم ان صرح بذلك كان لازما ولو رأى المالك الغبطة له فى الدين ومع ذلك

لايرضى به بل بالنقد لكان مايترتب على خلاف رضاه ضامنا

وفي الجواهر ما هذا لفظه لكن في المسالك وغيرها المناقشة في الاخير بأن « المضاربة تفارق الوكالة في بعض المطالب ، لان الغرض الاقصى منها تحصيل الربح ، وهو قد يكون بالعروض ، فالاقوى جواز بها مع الغبطة » الى أن قال : «ولو أذن له في شيء من ذلك عموماً أو خصوصاً « كتصرف كيف شئت» وبحسب رأيك ونظرك ونحوه ذلك ، فانه يجوز له البيع بالعروض قطعاً ، أما النقد وثمن المثل فلا يخالفهما الا بالتصريح» وما أبعد مابينه وبين فاضل الرياض حيث جعل المدار على حصول المصلحة مع الاطلاق ، وان كان فرضها في نحو البيع بدون ثمن المثل نادراً ، وظني أنه لاموافق له علي ذلك ، وان كان قد يتوهم من بعض العبارات انتهى

قال في الحدائق قد صرح جملة من الاصحاب بأن مقتضى اطلاق الاذن في المضاربة هو البيع نقداً بثمن المثل من نقد البلد ، فلو خالف لم يمض الامع اجازة المالك ، وكذا مقتضى الاطلاق هو ان يشترى بعين المال ، فلو اشترى في ذمة لم يصح الامع الاجازة .

وتفصيل الكلام في هذه الجملة أن يقال انه لما كان عقد المضاربة محمولا على ما هو المتعارف في التجارة والموجب لتحصيل الربح وجب قصر تصرف العامل على ما يوجب حصول الغاية المذكورة ثم نقل عن التذكرة : بما هذا لفظه .

لما كان الغرض الاقصى من القراض تحصيل الربح ، والفائدة وجب أن يكون تصرف العامل مقصوراً على ما يحصل هذه الغاية الذاتية وان يمنع من التصرف المؤدى الى ما يضادها فينفذ تصرفه بما فيه الغبطة والفائدة كتصرف الوكيل للموكل لانها في الحقيقة نوع وكالة ، وان كان له أن يتصرف في نوع مما ليس للوكيل التصرف به تحصيلا للفائدة ، فان له أن يبيع بالعروض كماله أن يبيع بالنقد بخلاف الوكيل ، فان تصرفه في البيع انما هو بالنقد خاصة ، لان المقصود من القراض الاسترباح ، والبيع بالعروض قد يكون وصلة اليه وطريقاً فيه

وأيضاً له أن يشترى المعيب اذا رأى فيه ربحاً بخلاف الوكيل انتهى .

ثم قال وحينئذ فليس له البيع الانقداً لما فى النسية من التغرير بمال المالك وجعله فى معرض التلف ، كما فى الوكالة ، مع أنه يمكن أن يكون فى بعض الاحوال حصول الربح فى جانب النسيئة مع المصحلة وأمن التلف ، الاأنهم منعوا من ذلك مطلقاً ، وكأنهم بنوا على أن الاغلب فى مثل ذلك التلف ، والتعرض له محل خطر وتغرير ، وكذا ليس له البيع الابثمن المثل ، وهو ظاهر ، لان البيع ، بدونه تضييع على المالك ، مع أنه يمكن حصول الزايد ، وأما البيع بنقد البلد فلان الاطلاق فى الوكالة انما ينصرف اليه ، والقراض فى معناه ، فلذا أطلقوا الحكم هنا

وفيه أن القراض قد يفارق الوكالة فى بعض الموارد ، لان القرض المطلوب به تحصيل الربح قد يتفق فى غير نقد البلد كالعروض ، واليه يميل كلام الشهيد الثانى فى المسالك ، فيجوز البيع بغير نقد البلد مع ظهور الغبطة ، وحصول المصلحة لانها هى المدار فى القراض وهو الظاهر من كلام التذكرة والمذكور وتردد فى القواعد .

وبالجملة فانه لما كان المدار فى القراض انما هو تحصيل الربح والفايدة فينبغى أن يترتب الجواز عليه ، سواء كان فى البيع بالعروض التى هى غير نقد البلد ، أو فى البيع بالنسية التى ليست نقداً ، بل يمكن أيضاً فى البيع بأقل من ثمن المثل اذا اقتضته المصلحة ، وترتبت عليه الغبطة ، بأن يبيع بأقل من ثمن المثل ، ويشترى مالا فيه ربح كثير ، فاطلاق الجماعة المذكورة أن اطلاق الاذن فى المضاربة يقتضى الامور المذكورة محل تأمل كما ظهر لك ، والحمل على الوكالة غير مطرد كما عرفت من كلامه فى التذكرة .

والعجب انهم اعترفوا بذلك فى شراء المعيب ، فجوزوا للعامل شراء المعيب اذا رأى الغبطة فى شراءه بحصول الربح فيه ، حيث انه المدار فى القراض مع أن ذلك لايجوز للوكيل ، وحينئذ فالواجب بمقتضى ذلك هو دوران الحكم جوازاً

ومنعاً مدار الغرض المذكور وجوداً وعدماً انتهى .

ولا يخفى ظهور العبارات فى عدم اقتضاء الاطلاق هو المعاملة نقداً وانما نقلتها بتمام عباراتهم ليظهر مراداتهم على غيرهم والمحقق الخوانسارى بعد قول المصنف [ولو اشترى فى الذمة وقع الشراء له والربح له] قال ما هذا صورته .

لا أشكال فى أنه مع الاطلاق يتصرف العامل كيف شاء لكن يشترط أن لا يخرج عن شأن المضاربة الى ان قال :

وأما لزوم اشتراء العامل بعين المال ووقوع الشراء والربح له لو اشترى فى الذمة فلزوم اشتراء العامل بعين المال لا فى الذمة لعله المشهور ، وقد علل بوجوه غير ناهضة للمدعى كدعوى أنه القدر المتيقن فى باب المضاربة وأن الشراء فى الذمة قد يؤدى الى وجوب دفع غيره كما اذا تلف رأس المال قبل الوفاء ولعل المالك غير راض به وعدم صدق ربح مال المضاربة .

ولا يخفى الاشكال فيه بل الظاهر جواز الاشتراء فى ذمة صاحب المال أو فى ذمة العامل بما هو عامل ومختار من قبل رب المال حيث ان المتعارف فى التجارة بل الغالب وقوع الاشتراء فى الذمة ورب المال فوض أمرها الى العامل فالمقام كصورة التوكيل والفرق استحقاق العامل حصة من الربح على تقدير حصوله بخلاف صورة التوكيل حيث ان الوكيل مع التبرع لا يستحق شيئاً ومع عدمه يستحق اجرة المثل أو ما عقدا عليه من الاجرة .

وأما وقوع الشرى للعامل وكون الربح له مع فرض قصده لرب المال أو له بما هو عامل والقول بعدم صحة الاشتراء فى الذمة فى باب المضاربة فلم يظهر وجهه ، نعم بحسب الظاهر حيث لم يصرح فى المعاملة بمن له الاشتراء يؤخذ العامل به كصورة التوكيل لكن الكلام فى الوقوع بحسب الواقع وذلك لأن الكلى فى الذمة ما لم ينسب الى ذمة خاصة لم تشتغل به فمع قصد العامل ذمة رب المال أو ما يرجع اليها كيف تشتغل ذمة العامل ، ثم ان ما قلنا من ان

العامل اذا اشترى فى الذمة يؤخذ به بحسب الظاهر حيث لم يصرح بأن الاشتراء لرب المال يشكل بالنسبة الى من ظهر من حاله أنه عامل وكذا الكلام فيمن ظهر من حاله أنه وكيل انتهى .

ولقد اجاد وتأمل فى كلامه زيد فى علو مقامه حتى تعرف فـ ﴿ لو ﴾ خالف و ﴿ اشترى فى الذمة ﴾ للمالك ﴿ لم يصح البيع الاّ مع الاذن ﴾ فيه ، ولو لاحقا بمعنى الاجازة فانه حينئذ على فرض صحة ذلك كان الشراء والبيع فضوليا يحتاج الى الاجازة ولكنك قدعرفت خلافه ولذا قال فى الجواهر بما هو نصه لكن قد يشكل ذلك باقتضاء الاطلاق عرفاً الشراء بالذمة على وجه الحلول ، وارادة الدفع من مال المضاربة ، كما هو المتعارف بين الناس ، من غير فرق بين الملاك والعمال والوكلاء وغيرهم .

نعم ليس له الشراء فى الذمة على ارادة الرجوع عليه بغير مال المضاربة ، فانه ليس فى الاطلاق ما يشعر بالاذن بذلك ، ويمكن ارادة الأصحاب المنع عن هذا بالخصوص لاما يشمل الأول الذى قد يتسامح فى العرف بجعله من الشراء بالعين ، فاذا اتفق عروض ذلك من العامل ، وفرض تلف مال المضاربة ، أدى المالك من غيرها حينئذ، لما عرفته من تناول الاطلاق الاذن على الوجه المزبور ، المفروض وقوعه .

﴿ و ﴾ على كل حال فـ ﴿ لو اشترى ﴾ العامل ﴿ فى الذمة ﴾ بنية أنه للمالك ﴿ لامعه ﴾ أى الاذن منه ، لاسابقاً ولومن الاطلاق المزبور ، ولا لاحقاً ﴿ و ﴾ لكن ﴿ لم يذكر المالك ﴾ أى المالك على وجه يفهم البايع أن البيع له ﴿ تعلق الثمن بذمته ظاهراً ﴾ :

ولا يخفى ان العامل انما يعمل للمالك وكان بيعه وشرائه من مال القراض بحيث فى الحقيقة عدّ الشراء للمالك والاّ خرج عن بحث المضاربة فمجرد اجراء العقد بينهما كان امر البيع والشراء للمالك بيد العامل فكان جميع المعاملات

للمالك من دون احتياج الى نية نفسه او المالك الاّ اذا فرض فيما لنفسه ايضا مال بحيث جاز له البيع لنفسه وللمالك لان الفرض كان عمله للمالك .

وكيف كان فليس هنا مقام تعيين الاذن مع وجوده بمقتضى الاطلاق و الفرض وقوع الشراء بنية المالك فيتحقق النية مع الاذن ولو بمقتضى اذنه بنحو العموم فى الشراء والبيع ولا يحتاج حينئذ الى ذكره للبايع حتى يفهم كون البيع له فالبايع باع بهذا المشترى المعين وتعلق الثمن بذمته حسب الظاهر .

ولو كان الشراء للمالك فعلى المشترى دفع الثمن الى البايع وكالة عن رب المال والحاصل ان المسألة فى غاية الوضوح من حيث وجود الاذن الاطلاقى مع وجود نية كون الشراء للمالك بل يمكن ان يقال ليس الشراء صحيحا لنفسه كان له المال اولا وعلى الثانى واضح لكون المال للمالك فهو بمنزلة الوكيل فى الشراء عنه فلا يصح قصده نفسه ودفع الثمن من مال المضاربة على الاول ايضا كان وظيفته كون الشراء للمالك فانه من جانبه ولزم عليه ملاحظة غبطة المالك لانه كل معاملة لها نفع وقعت لنفسها فيخرج عن المضاربة ويدخل فى الخيانة .

ومن جميع ذلك ظهر ما فى كلام الشارح المقداد حيث ادعى اقتضاء الاطلاق هو الشراء نقداً بعين المال فقال ما هذا لفظه :

(قوله : ولا يشترى العامل الا بعين المال ، ولو اشترى فى الذمة وقع الشراء له والربح له) .

لا كلام أن اطلاق العقد يقتضى أن يشترى نقداً بعين المال [لانه لو اشترى فى الذمة فاما فى ذمته أو ذمة المالك ، و الاول محال لاستحالة أن يملك الانسان شيئا و ثمنه على غيره ، والثانى يقتضى اثبات دين على المالك من غير ضرورة ، فلم يتناوله العقد مطابقة و لا تضمناً ولا التزاماً ، ولان المضاربة انما وقعت على العين والدين غير العين ، فلو اشترى فى ذمة المالك اشترى بغير مال المضاربة ، لان المضاربة يقتضى التصرف فى المال الذى وقع عليه عقد المضاربة ولا يقتضى

التصرف فى الذمة] (١) ولان خلافه غرر وخطر فيكون منافياً للاسترباح المقصود هنا . فلواشترى كذلك واتفق تلفها انفسخ البيع والمضاربة وكان المبيع لمالكه سواء كان التلف قبل الشراء أو بعده .

ولواشترى فى الذمة فلا يخلو اما أن يكون باذن رب المال أولا ، والثانى أما أن يضيف حال الشراء فى العقد أنه لرب المال أولا ، و الثانى أما أن ينوى الشراء لرب المال أولا ، والثانى أما أن يطلق أوينوى لنفسه . فهنا اقسام خمسة

١ ـ أن يشترى بأذنه ، فيقع للمضاربة ويلزم أداء الثمن من مال المضاربة فلو تلف قبل التسليم من غير تفريط من العامل لزم المالك دفع بدله و يكون المالان مال قراض . وهوقول الشيخ فى المبسوط ، و حكى فيه وفى الخلاف هنا أقوالا غير محصلة لافائدة بذكرها .

٢ ـ أن يكون بغير اذنه و يضيف الشراء له لفظا ، فهو كالفضولى ان أجاز فهو كالاول والاّ بطل .

٣ ـ بغير اذنه ولم يضف لفظاً بل نية ، فيقع للعامل ظاهراً .

٤ ـ بغير اذنه وقيل مطلقاً ، فيقع له شرعاً .

٥ ـ بغير اذنه وأضاف العامل الى نفسه ، فيقع له قطعاً .

وفى الاخيرين الربح له كله ولودفع مال القراض فيهما ثمناً كان مضموناً عليه وفى الثالث لودفع الثمن من مال القراض وأجاز المالك الشراء والدفع فالمبيع مال قراض والا فهو للعامل والثمن عليه انتهى .

وانما نقلت العبارات بطولها ليظهر جميع مايمكن ان يقال فى المقام وقد عرفت من نقل تلك العبارات خلافه وان الشراء لايقتضى ذلك بل البيع والشراء فى تعارف الناس يعمّ ان النقد والنسيئة قوله من غير ضرورة الخ لانسلم كونه من غير ضرورة بل اذنه بالعامل ولومطلقا لازمه الاذن فى مطلق البيع والشراء بعد العلم اجمالا

(١) ما بين القوسين ليس فى بعض النسخ .

بان فى المعاملات كان المتعارف مطلق البيع نقداو نسيئة فاذنه للعامل اذن فى كون الدين على ذمته فى مقابل المبيع الداخل فى امواله فاذنه المطلق التزام بذلك .

قوله والدين غير العين ففيه ان الدين وان كان غير العين لكن كون الدين غير ظاهر من الاذن اول الكلام .

وقد عرفت ان اطلاق الاذن لا يقتضى كون البيع نقداً بل الاذن يقتضى الاعم فكون مقتضاه العين مصادرة قوله بغير مال المضاربة وفيه ان الاشتراء للمالك سواء كان ثمنه نقداً اوعلى ذمة العامل فان كان نقداً دفع ثمنه من مال المالك وان كان نسيئة كان على ذمة المالك لان المبيع دخل فى ملكه فكان ثمنه على ذمته وان جرى بيد العامل فما على ذمة العامل كأنه على ذمة المالك لكون المبيع داخلا فى ملكه فذمته مشغولة للبايع ولذا باع مال المالك اعم من النقد اوالنسيئة فان كان نقداً اخذ ثمنه للمالك وان كان نسيئة كان الثمن على ذمة البايع للمالك .

وكيف كان فكان العامل فى البيع والشراء بمنزلة الوكيل يدور العوضين مدار رب المال الذى بمنزلة الموكل قوله وخلافه غرر

قد عرفت عدم الغرر والخطر فى كون الثمن على الذمة غالباً والنادر كالمعدوم والاسترباح حاصل من العين والدين قوله انفسخ البيع الخ هذا كله فرع اقتضاء الاذن فى المعاملات النقد وحينئذ يحتاج الى الاجارة لانه فضولى لا يبطل الامع عدمها فالحكم بالانفساخ على فرض البطلان ايضا منوط بعدم الاجازة فاذا لم يجز بطل هذه المعاملة ولاربط له بسائر معاملة كى يبطل المضاربة فان اريد بطلان المعاملة الغير مأذونة فهو اجنبى عن المضاربة و ان اريد بطلان المضاربة فهو كما ترى قوله فلا يخلو الخ .

وفيه ان عمل العامل كلا فى مطلق تصرفاته مع اذن من المالك فكل مايصدر عنه كانه صدر من نفس المالك ويظهر من ذلك الذى ذكرنا حكم اكثر الاقسام

نعم لو اشترى اوباع لنفسه فله شقوق من كونه بماله او بمال المالك وبيانه فى محله تدبر فى الجميع

وفى الجواهر ماهذا لفظه: نعم لو وقع الشراء منه بلانية انه للمالك، اولنفسه تعلق الثمن بذمته ظاهراً وواقعاً، وكان الربح له، كما لو نوى لنفسه، لظهور المعاملة فى ذلك، حتى لو فرض كونه مأذوناً فى الشراء فى الذمة للمالك، لكن لا ينصرف الشراء فى نفس الامر عمن وقعت المعاملة له الا بنية انه له، كما هو واضح، فما فى الرياض- من الوقوع للمالك فى هذه الصورة- واضح الضعف، الا أن فيما حضرنى من نسخته غير نقية من الغلط انتهى.

قوله واضح الضعف بل فى غاية القوة قوله قده بلانية للمالك اولنفسه نظير قول العوام قد اكلوا فى اسحار شهر رمضان للصوم ثم قالوا لم اقصد الصوم والعامل الذى شغله العمل لرب المال فقط ولا يفعل الاله كيف يصدر عنه بلانية مع انه لوصح وقوع المعاملة بلانية كانت باطلة لانه وقع للعامل او المالك فان البيع والشراء تمليك العين و هو متقوم بالقصد و هو متقوم بالتعيين فلولم يكن فى نية العامل البيع اوالشراء لنفسه اوللمالك بطلت المعاملة لانها وقعت صحيحة وتعلق الثمن بذمته ظاهراً او باطناً و هذه قاعدة فى جميع المعاملات و العبادات المتقومة بالقصد لكن المقام حيث كان الجميع لرب المال قصد اولم يقصد يقع له ويصح قطعاً.

﴿و﴾ كيف كان فـ ﴿لو امره بالسفر الى جهة فسافر الى غيرها أو أمره بابتياع شىء بعينه فابتاع غيره ضمن ولو ربح والحال هذه كان الربح بينهما بموجب الشرط﴾ الذى بينهما من الربح نصفاً اوثلثاً اوغيرهما ويدل عليه روايات مشكلة حلها عند القوم كالصحيح عن أحدهما «سألته عن رجل يعطى المال مضاربة وينهى أن يخرج، قال: يضمن المال والربح بينهما».

وفى صحيح الحلبى عن الصادق عليه السلام «فى الرجل يعطى للرجل المال فيقول:

ائت ارض كذا و كذا ولاتجاوزها واشتر منها ؟ قال : فان جاوزها وهلك المال فهو ضامن وان اشترى متاعاً فوضع فيه، فهوعليه وان ربح فهو بينهما» .

و فى خبر أبى بصير عنه عليه السلام ايضاً « فى الرجل يعطى الرجل مالا مضاربة وينهاه أن يخرج به الى أرض أخرى ، فعصاه قال : هوضامن، والربح بينهما اذا خالف شرطه وعصاه» .

و فى خبر أبى الصباح عنه أيضاً «فى الرجل يعمل بالمال مضاربة؟ قال: له الربح و ليس عليه من الوضيعة شيء ، الا أن يخالف عن شيء مما أمره صاحب المال » بل فى صحيح جميل عنه أيضاً « فى رجل دفع الى رجل ما لايشترى به ضرباً من المتاع مضاربة فذهب فاشترى غير الذى أمره قال هوضامن والربح بينهما على ما شرط» .

وخبر أبى الصباح «سألت ابا عبدالله عن المضاربة، يعطى الرجل المال يخرج به الى ارض ، وينهى ان يخرج به الى غيرها ، فعصى فخرج به الى ارض أخرى فعطب المال ؟ فقال : هوضامن ، وان سلم فهو بينهما» .

بل فى صحيح الحلبى عنه ايضاً أعم من ذلك قال : «فى المال الذى يعمل به مضاربة ، له من الربح ، وليس عليه من الوضيعة شيء الاّ أن يخالف أمر صاحب المال ، فان العباس كان كثير المال ، و كان يعطى الرجال يعملون به مضاربة ، ويشترط عليهم أن لاينزلوا بطن واد ، ولايشتروا ذا كبد رطبة ، فأن خالفت شيئاً مما امرتك به فأنت ضامن للمال » وفى صحيحة الاخر عنه أيضاً «فى الرجل يعطى الرجل مالامضاربة ، فيخالف ماشرط ؟ قال : هوضامن ، والربح بينهما » .

والمسألة مشكلة من حيث الحكم بالضمان الظاهر فى البطلان ومن حيث الحكم بكون الربح بينهما فانه على هذا الفرض لايجمع بين الضمان و كون الربح بينهما فان الاول مقتضى البطلان والثانى مقتضى الصحة .

وفى الجواهر بعد قول المصنف كان الربح بينهما قال ما هذا لفظه الاأنه

أشكله بمخالفته القواعد المعلومة ، ضرورة عدم الدخول فى الملك مع عدم الاذن لاحقا وسابقاً ، فكيف يتّجه استحقاق الربح حينئذ ، ومن هنا جمد بعض الناس على مافى النصوص ، ولعل اقتصار المصنف على هذين الصورتين لذلك ، لكن لايخفى عليك مافيه بعد ماسمعته من النصوص الدالة على الاعم من ذلك ، وهو كل شرط قد خولف ، وهو الذي جزم به غير واحد ، قائلا أنه لابأس بتخصيص القواعد بهذه النصوص المعمول عليها بين الأصحاب الاّ أنه كما ترى أيضاً انتهى

والمسألة مشكلة من حيث مخالفة تلك الاخبار مع القواعد المسلمة فانه اذا نهى المالك العامل عن المعاملة فى ارض كذا اوعن جنس كذا اوعن شخص كذا كانت المعاملة باطلة والعامل ضامن للمال اوالثمن فكيف يكون الربح لهما مع انه فرع صحة المعاملة فلا مناص الاّ تخصيص هذه القاعدة بتلك الاخبار فتأمل

وفى الجواهر بعد قوله المتقدم آنفا قال ويمكن تنزيل هذه النصوص على ارادة بقاء الاذن فى المضاربة ، وارادة الضمان من الاشتراط ، كما يؤمى اليه ما فى ذيل صحيح الحلبى السابق ، وخصوصاً ذكره عليه السلام له بعنوان التعليل للحكم بل لعل ذلك هو المعروف فيما بينهم سابقاً من الشرط كما عساه يؤمى اليه خبر رفاعة عن ابى عبدالله عليه السلام «فى مضارب يقول لصاحبه ان أنت أذهبته أوأكلته ، فانت له ضامن ؟ قال : هو له ضامن اذا خالف شرطه » هذا انتهى .

ولايخفى مافيه اذ قوله عليه السلام اذا خالف شرطه ظاهر فى بطلان المضاربة والاّ فلا معنى للضمان نعم فى بطلانها فى هذا الذى يخالفه لامطلق المضاربة وفى المسالك ايضا بعد قوله ولو امره بالسفر آه قال المراد ان المضاربة لاتبطل بهذه المخالفة وان وجب الضمان والاثم فى التصرف غير المأذون و الربح بينهما على حسب الشرط وللنصوص الصحيحة الدالة عليه والالتوجه الاشكال الى صحة الابتياع المخالف لوقوعه بغير اذن فينبغى ان يكون فضوليا و كان السبب فى ذلك ان الغرض الذاتى

فى هذه المعاملة هوالربح و باقى التخصيصات عرضية لايؤثر فى فساد المعاوضة المخالفة لحصول المقصود بالذات وبالجملة فالمستند النص الصحيح وعمل الاصحاب به انتهى .

قوله وينبغى ان يكون فضوليا بناء على صحته مع النهى لكن المتيقن من الصحة عدم سبقه بالنهى من المالك قال شيخنا المرتضى فى مكاسبه ما هذا لفظه ثم اعلم ان الفضولى قد يبيع للمالك وقد يبيع لنفسه و على الاول فقد لايسبقه منع من المالك وقد يسبقه المنع فهنا مسائل ثلث : الاولى ان يبيع للمالك مع عدم سبق منع من المالك و هذا هوالمتيقن من عقد الفضولى و المشهور الصحة انتهى والشهرة فى صحة غير المسبوق بالنهى فالمسبوقة به لاوجه لصحة ماله مع النهى الدال على الحرمة .

و كيف كان فمضافا الى ان ظاهر الاخبارهو الجمع بين المتنافيين فان لازم الضمان هوالبطلان ولازم الربح هو الصحة كانت على خلاف القاعدة المسلمة من عدم حصول الملك لمن لم يأذن فى بيع ماله و لذا قد اتفق على بطلان الفضولى اذا لم يجز المالك فمثل هذا الشراء كان منهيا عنه لانه بدون الاذن ولم يلحقه الاذن بعداً كما هوالمفروض فلايصل النوبة بحصول الربح واشكل من ذلك تخصيص القائدة بتلك الاخبار فان المخصص لايصلح للتخصيص لتناقض احدجزئيهامع جزء آخر فيتوقف التخصيص على تصحيحه اولا حتى يصح التخصيص فالقول بالتخصيص غير تام .

ومنه ظهر عدم صحة قول القائلين بتخصيص القواعد بهذه الاخبار وفى الحدائق بعد نقل الاخبار قال ما هذا لفظه: وهذه الاخبار على كثرتها وتعددها فقد اشتركت فى الدلالة على ان الربح بينهما مع المخالفة ، وضمان العامل لوعطب المال أو حصلت فيه نقيصة وهولايوافق قواعدهم .

ولهذا قال فى المسالك : و لو لا النص لكان مقتضى لزوم الشرط فساد ماوقع مخالفاً أوموقوفاً على الاجازة ، انتهى .

وتوضيحه ما عرفت من ان القراض فى معنى الوكالة ، بل هو وكالة ، وحينئذ فان لم يكن وكيلا فى شراء عين فكيف يصح الشراء ، ويترتب عليه حل الربح بينهما ، وكذا فيما لو نهى عن السفر الى جهة أو البيع أو الشراء على شخص بعينه ، مع أنه فى الوكالة لا تصح ذلك ، فانه متى وكل على أمر مخصوص وتجاوزه الى أمر آخر غيرما وكل عليه فانه يكون بيعه وشرائه باطلا ، وكيف يستحق ربح عمل لم يكن مأذوناً فيه ، ولا مقارضاً عليه ، بل يكون آثماً ضامناً مع أن الاخبار كما عرفت قد اتفقت على حل الربح ، وأنه بينهما .

وهو مؤيد لما قدمناه فى غير مقام من أن الواجب هو الوقوف على مقتضى الاخبار ، و ان خالفت مقتضى قواعدهم ، ومن الجايز تخصيص قواعدهم بهذه الاخبار فيكون مادلت عليه مستثنى من مقتضى تلك القواعد كما قدمنا مثله مرارا انتهى .

ان اريد بالتخصيص ان المقام مع كونه على خلاف القواعد من البطلان صحيح فهو كما ترى وان اريد عدم بطلانه فليس من التخصيص اصلا فلابد من اصلاح مادل على الصحة واخراجه عن البطلان .

قال المحقق الخوانسارى ما هذا لفظه مقتضى القاعدة الاشكال فى صحة المعاملة مع النهى عن السفر الى جهة بل مع الأمر الى السفر الى جهة فعدل العامل الى غيرها مع النهى أو مع المضادة الاّ أن يكون بنحو تعدد المطلوب لكن فى المقام نصوص تدل على الصحة الى ان قال بعد نقل اخبار الباب ايضا .

ولا يخفى أنه لولا هذه الأخبار لأشكل تصحيح المعاملة لأنه كثيراً ما يكون نظر رب المال بنحو وحدة المطلوب فيكون المقام نظير نفوذ عمل الوكيل المعزول قبل بلوغ العزل اليه انتهى .

ولابد اولا من توضيح كلامه ومقصوده ان اللازم بطلان المعاملة للنهى لان الغالب بنظر المالك وحدة المطلوب و هو وقوع المعاملة بمن لم ينهه عنه

وحاصله ان صحة المعاملة مع النهى باطل لانه بنحو وحدة المطلوب فيكون باطلا لكن اخبار المقام دلت على الصحة نظير بيع وكيل المعزول بدون العلم بعزله فمقتضى القاعدة بطلان بيعه لكن الاخبار دلت على صحة بيعه ما لم يعلم بعزله ولا يخفى ان معنى ذلك هو الالتزام بالبطلان لكن هذا الباطل صحيح فى المقام للاخبار وهو كما ترى اذ لا معنى لارتفاع الحرمة الا لجهة شرعى فلابد وان يكون لجهة يخرجه عن حرمة بيع المنهى كما يخرج زيد العالم عن حرمة اكرامه للفسق فان قلت جهته الغبطة والمصلحة للمالك بنظر العامل.

قلت فالنهى كان بحسب الصورة فقط فيكون تخصصا لا تخصيصاً وان النهى ليس بحرام فلا ينافى القواعد الموجبة للبطلان فتأمل هذا حال كلمات القوم وقد يلتجئون الى توجيهات اخر فقال فى المسالك «يجب تقييد المخالفة فى جهته بما اذا بيع المتاع فى تلك الجهة بما يوافق قيمته فى الجهة المعينة او يزيد، فلو كان ناقصاً لا يتغابن بمثله لم يصح، كما لو باع بدون ثمن المثل» ومثله عن جامع المقاصد وزاد «أنه اذا أجاز المالك كان الثمن مضموناً» انتهى.

ومحصله تقييد المخالفة فى المكان او بالشخص بما اذا باع بازيد من ثمنه وان مثل هذه المخالفة غير مبطل ويكون الربح بينهما لا بما باع باقل بل بدون ثمن المثل

والحاصل ليس غرض المالك من النهى عدم المعاملة رأساً بل غرضه كان البيع والشراء فى مورد النهى وقع اقل من قيمة اليوم ولو علم بكونه ازيد من غير مورد النهى لما نهاه فحينئذ نهيه لما كان مبطلا اصلا بل مؤثراً و مصححاً للمعاملة مطلقا فانه ان كانت باكثر من ثمن المثل كان الربح بينهما وان كانت باقل كانت خسارة الاقليّة عليه بمخالفته امر المالك.

و كيف كان فاصل المعاملة صحيحة وليس بطلان وحرام فى البين كى يوجب تخصيص القاعدة الدالة على الحرمة بمادل على الصحة.

وقال فى الجواهر مالفظه قلت: قد يقال بالصحة من غير احتياج الى الاجازة لما سمعته من النصوص أن البيع صحيح مع المخالفة، ولكنه ضامن للوضيعة،

ولاريب أن محل الفرض من ذلك انتهى .

ولعله توجه لما نذكره وهو كون النهى لامر خارج عن المعاملة .

و كيف كان فالظاهر عدم دفع الاشكال عن المقام و يمكن ان يقال ان اصل المعاملة غير منهى عنها التحقق الاذن من المالك بالبداهة فلا يكون المقام داخلا فى البيع المنهى عنه و كم فرق بين ان بيع مال الغير بدون اطلاعه و بين بيعه باذنه غاية الامر خالفه البـايع فى كيفيته بتوهم الغبطة والاصحاب فرضوا المعاملة من اول الامر منهيا فوقعوا فى اشكال حله وانه مع النهى باطل فكيف يكون الربح بينهما

وليت شعرى كيف غفلوا عن ذلك مع ان الفرض ان رب المال فوض الى العامل امر البيع والشراء بالاذن العام والخاص فكل معاملة صدر عن العامل كان مأذوناً غاية الامر نهاه فى بعض المعاملات من حيث المكان او الشخص او الجنس وهذا النهى خارج عن اصل المعاملة بل لاجل التحرز عن الضرر فاصل المعاملة مأمور بها والنهى خارج عنها راجع الى بعض المحذورات العرضية وهو غير مفسد بالاتفاق كما فى قوله لاتبع وقت النداء فلا نقيصة فى اصل البيع لو خالف وباع بل انما يوجب منقصة لنفسه لاجل تركه صلاة الجمعة الواجبة مع المعصوم ففى المقام كانت المعاملة صحيحة والربح بينهما والخسارة فى امر خارج عن المعاملة كانت على العامل .

فالتحقيق ان يقال ان النهى اما ان يتعلق بالامر الخارج عن المعاملة او بنفسها والاول كما اذا كان النهى لاجل حصول المعاملة فى مكان مخصوص او شخص مخصوص او بلد مخصوص فهو ليس بمفسد لتعلق النهى بالامر الخارج عن المعاملة فالربح حينئذ بينهما والضرر على العامل والثانى كما نهى عن اصل المعاملة مثل شراء اموال الناس المأخوذة عنهم بالقهر والغلبة وفروا صاحبيها خوفاً عن الخصم ومن المعلوم بيعها وشرائها غصب وحرام ولاتدخل فى ملك صاحب المال مع دفع ثمنه عن امواله ففى مثله قد تعلق النهى على نفس المعاملة

فلا يحتاج الى تخصيص الحرام بالمقام اللازم منه الجوازمع حرمته وعدم صحة بيعه حتى يكون الربح بينهما بل اختص الاخبار بجميعها بما اذا كان النهى قد تعلق بامر خارج فلا يوجب البطلان فالربح بينهما والضرر الموجب لعدم البطلان على العامل .

وبالجملة ففى مثل حرمة اصل المعاملة كان العامل ضامناً لمال صاحبه لبطلانها ولاربح لها ففى مثله كان مطلوب رب المال عدم المعاملة رأساً واما لو كان نظره من المنع ربح اكثر فاصل المعاملة صحيحة وكان ضرر النقيصة على البائع ثم انه من جميع ذلك ظهر حال الوكيل فيما اذا وكله الموكل فى شراء ملك ونهاه عن شراء املاك مغصوبة فانه اذا اشترى للمالك داراً مغصوبة كان عليه جميع قيمة الدار للموكل ورد الملك على من اشتراه منه حتى يرده على صاحبه .

ومنه يعلم حال الدكاكين المسمية [به بنگاه معاملات ملكى] فان صاحبيها بمنزلة الوكيل فى البيع والشراء للموكل فاذا اشترى للموكل دارا غصبياً فرده الموكل كان عليه رده الى صاحبه بحسب الصورة ودفع الثمن الى الموكل وكيف كان فصاحب المعاملات اما وكيل اذا قيل له اشترى لى منزلا او نحوه او كان دلالا فى ذلك وعلى اى حال ان اشترى له من المنازل المأخوذة من صاحبيه قهراً لزم عليه رد ثمنه الى الموكل وخروجه عن عهدة الثمن لصاحبه .

﴿و﴾ كيف كان ﴿ بموت كل منهما تبطل المضاربة ، لأنها فى المعنى وكالة﴾ وفى الجواهر بعده قال التى هى كغيرها من العقود الجائزة ، نحو العارية والوديعة تنفسخ بالموت والجنون والاغماء ، ونحو ذلك مما يقتضى بطلان الاذن من المالك التى هى بمنزلة الروح لهذا العقد وشبهه ، بل ظاهر الاصحاب فى المقام وغيره عدم تأثير اجازة الوارث أو ولى المالك فى حال الجنون والاغماء ، لتصريحهم بالانفساخ بعروض أحد هذه العوارض ، وحينئذ فاذا اريد تجديدها مع

وارث أحدهما اشترط فى الثانية شروط الأولى من انضاض المال دراهم ودنانير وغيرذلك كما هوواضح انتهى .

وفى المسالك بعد قوله وبموت كل منهما تبطل اه قال لما كان هذا العقد من العقود الجائزة بطل مما يبطل به من موت كل منهما وجنونه واغمائه والحجر عليه للسفه لانه متصرف فى مال غيره باذنه فهو كالوكيل ولا فرق بين حصول ذلك قبل التصرف وبعده ولا فرق بين ان يكون قد ظهر ربح وعدمه ثم ان كان الميت المالك وكان المال ناضاً لاربح فيه اخذه الوارث وان كان فيه ربح اقتسماه وتقدم حصة العامل على جميع الغرماء لملكه لها بالظهور فكان شريكاً للمالك ولأن حقه متعلق بعين المال دون الذمة وان كان المال عرضاً فللعامل بيعه ان رجى الربح والا فلا وللوارث الزامه بالانضاض ان شاء مطلقا وسيأتى الكلام فى ذلك فى مسئلة الفسخ وان كان الميت العامل فان كان المال ناضاً ولاربح اخذه المالك وان كان فيه ربح دفع الى الورثة حصتهم منه ولو كان هناك متاع واحتيج الى البيع والتنضيض فان اذن المالك للوارث فيه جاز والانصب له الحاكم امينا يبيعه فان ظهر فيه ربح اوصل حصة الوارث اليه والاسلم الثمن الى المالك وحيث حكم ببطلان المضاربة بالموت واريد تجديدها مع وارث احدهما اشترط فى الثانية شروط الاولى من انضاض المال والصيغة وغيرهما انتهى .

اما قول الشارحين بكونه من العقود الجائزة وفيه ماعرفت وان المضاربة من العقود اللازمة .

وليت شعرى كيف غفلوا عن ذلك حتى ادعى الاجماع على عدم لزومه مع ان ذلك مساوق لعدم الالتزام بالاية وبانه عقد فاخراج اصحاب الجواز هذا العقد عن العقدية اولى باخراجه عن اللزوم بالاجماع اذ معنى عدم اللزوم عدم الوفاء وهو كما ترى .

وكيف كان فبطلانها بالموت من الواضحات الذى لايتطرق اليه طريق

الاحتمال لقوام الاذن بهما وذهب بموت احدهما .

والعجب من المحقق الخوانسارى حيث قال و أما ابطال موت كل واحد للمضاربة فهو المعروف و قد علل بأنها فى معنى الوكالة التى هى كغيرها من العقود الجائزة ونحوالوديعة والعارية تنفسخ بالموت و الجنون والاغماء فان تم الاجماع والاّ فللاشكال فيه مجال لمنع بطلان الاذن من المالك بالموت نعم مع خروج المال عن الملك لااشكال وأما مع بقاء المال على ملكه كما ، لوعين ثلث ماله للمضاربة فيشكل ألاترى أن الوصية استنابة للوصى فى العمل بعدالموت ولاتبطل بالجنون والاغماء والموت نعم فى طرف العامل اذا كان العامل بشخصه مأذوناً فى العمل ترتفع المضاربة بموته انتهى .

اقول وبطلان الاذن بالموت من الواضحات لان الاذن من المالك فلامالك بعد الموت والاذن قائم به فيزول بزواله كما هو ظاهر الشارحين و عدم بطلان الوصية فى الثلث بالفرق بان فى الوصية يجعله لنفسه لبعد و فاته باذن الشارع فهو يحكم بقائه بعد الموت .

وان شئت قلت ان الاموال الذى جعله مالك الملوك لعبيده قسمان قسم الى خصوص زمن حياته وقسم الى بعده والوصية بالثلث هو الثانى باذن صاحب الدين بخلاف المضاربة فان اذنه بحكم العقل قائم بحياته والفرق بينه وبين الوصية لعل الثانى تخصيص بحكم الشارع بل لعله الظاهر من جعل الشارع ثلث المال للميت واختياره فى المصرف بيده فانه جعله من اقسام ماله فى حياته و كيف كان فعدم بطلان الاذن فى الوصية لايضر بالبطلان فى المضاربة اذ الاذن فى المضاربة قد يقوم بالمالك الحى ومن ذلك يمكن الحاق الاجارة بالمضاربة فى البطلان لان الاذن هناك ايضا يقوم بالشخصين فاحدهما ركن فى الاجارة وبالموت زال احد الركنين فلايبقى الاخر ايضا ولايكون بطلان العقد بالموت مربوطا بالجواز واللزوم بل المعيار ببقاء احد الركنين وعدمه فكما ان فى المضاربة جعل المالك

الاذن بخصوص العامل المعين بحيث لو كان غيره لعله لم يقبله فكذا فى الاجارة قد اجار المالك الملك بهذا الشخص المعين واذن له فى التصرف فى العين الى آخر مدتها فاذا مات يبطل اذنه هذا .

لكن الانصاف ان الفرق بين المقام والاجارة بيّن اذ فى الاجارة كان الموجر يرفع اليد عن منافع عينه الى وقت معلوم وجعل هذه المنافع ملكا للمستأجر الى هذه المدة واخذ منه اجرة الاجارة بقيت نفسه اولا فكما لا يقدر الموجر على اخراج العين من يده قبل انقضاء المدة فى حياته بل بقيت المنافع للمستأجر بحاله فكذلك بعد موته فالملكية للمنافع ليست دائراً مدار بقاء من ملّكها بل بقيت للمستأجر مادامت المدة باقية وتمام الكلام فى باب الاجارة ان شاءالله .

الامر﴿الثانى : فى مال القراض﴾ اى القرض حيث ان المالك يقرض المال بالعامل كما مر فى اول الكتاب فصح القراض كما يصح المضاربة ﴿ومن شرطه أن يكون عيناً﴾ فلا يجوز بالدين .

وفى المسالك بعد قوله ومن شرطه ان يكون عينا قال اشتراط ذلك فى المال موضع وفاق نقله فى كرة وهو العمدة وعلل مع ذلك بان مافى الذمة لابد من تحصيله اولا ولا يجوز ضم عمل الى التجارة وان المضاربة معاملة يشتمل على غرر اذ العمل مجهول والربح غير متيقن الحصول وانما سوغت هذه المعاملة مع ذلك للحاجة فيختص بما يسهل التجارة وبه يروج فى كل وقت وحال وهو النقدان ولا يخفى ان اثبات الحكم بمثل هذه التعليلات بعيد والعمدة على نقل الاجماع انتهى .

ولا اشكال فى المسألة نصا وفتوى اما فتوى فمشهور واما نصا فلما رواه المشايخ الثلاثة عن السكونى عن أبى عبدالله عليه السلام «قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام : فى رجل له على رجل مال فتقاضاه ولا يكون عنده مايقضيه ، فيقول : هو عندك مضاربة ، قال : لا يصلح حتى يقبضه منه» وهو صريح فى المطلوب وضعف السند منجبر بتلقى

الاصحاب له بالقبول واجماعهم على ذلك .

وقيل فى كونه كالدين مالوأذن للعامل فى قبضه من الغريم ، فانه لايخرج بذلك عن كون المضاربة قد وقعت بالدين الا أن يجدد العقد بعد القبض وفيه تأمل.

﴿و﴾ شرط آخر ﴿أن يكون دراهم أو دنانير﴾ وفى الجواهر بلاخلاف أجده فى شيء منه ، بل الاجماع بقسميه عليه فمضافاً الى ماقيل : من أصالة الفساد هنا ، السالمة عن معارضة «أوفوا بالعقود» «والمؤمنون عند شروطهم» ونحو ذلك مماعرفت ارادة العقود اللازمة منه . وعن الاطلاقات التى لم تسق لبيان ماتجوز به المضاربة ، وانماهى فى معرض أحكام اخر، وان كان لايخلو من تأمل ، ضرورة الاكتفاء «بتجارة عن تراض» ونحوه فى ذلك بعد الاغضاء عن دعوى عدم اطلاق صالح ، ولكن الامر سهل بعد الاجماع المزبور انتهى .

ويرد عليه (اولا) انه على ما افيد وادعى عليه الاجماع لزم ترك احكام المضاربة لازمنة لايتعارف المعاملات كلا بالدراهم الاندرة اولعدم وجودهما كما فى عصرنا الحاضر حيث كان جميع اموال الناس بالقرطاس المسمى بالاسكناس مع ان الاحكام الشرعية ثابتة و باقية الى يوم القيامة و ما جعله الشارع تحليلا اوتحريماً باق الى يوم معلوم .

(وثانياً) انهما لم يبق بحالهما من حيث القيمة كما فى عصرنا الحاضر ايضاً فان قيمتهما فى كل ساعة يتغير زيادة ونقصاناً ويمكن ان يكون اول الدفع الى العامل قيمتهما اضعاف قيمتهما من حين المعاملة فلا يبقى من رأس المال الاالقليل ولا يمكن فى مثل ذلك جعله رأس المال الذى فى ساعة بعده وصل الى غاية سعود والنزول ولذا كان جعلهما مهراً فى ذمة الزوج غير صحيح لكونهما فى كل ساعة له قيمة غير الاولى واذا نقص رأس المال فلا يجوز لهما الربح حتى يصل الى قيمة اول الدراهم فانه يجب حفظ رأس المال لئلا ينهدم اصل المضاربة والفرض انه حينئذ ينقص الى

قرب التلف و فى عصرنا كانت القيمة مختلفة فى الغاية و لازمه تعطيل احكام المضاربة .

(وثالثا) ان اصل عينهما على الاشتراط لايبقى بحالهما بل بمجرد وصولهما الى يد العامل بدل بالعروض لجعلهما ثمن ما اريد به التكسب المقصود من المضاربة مثلا دفع اليه رب المال مأة دينار للمعاملة و دفعها العامل كلها الى البايع الذى اراد منه شراء المتاع ثمنا له ففى المعاملة الاولة بدلت مأة دينار بملك او ثياب اوقماش و حينئذ ان اريد كون الدينار شرطاً بانه شرطاً فى اول معاملة العامل دون سائر معاملاته فهو كما ترى وان اريد بقائهما فى كل المعاملات فمعناه المعاملة الدينار بالدينار الى آخر انتهاء المضاربة فيلزم كون كل معاملة صدر عن العامل ان يكون بالدرهم والدينار ثمناً كان اومثمناً فهو اسوء حالا من الاول و ان اريد بقاء عوض الدينار او الدرهم ولو لم يكن عينهما فاى ثمرة فى شىء لايبقى الا فى آن فى يد العامل ثم خرج من يده ثمناً لبيع ونحوه .

(ورابعا) تحصيل ذلك على فرض وجوده عسراً وحرجا غالباً بخلاف المال والاثمان المتعارفة فى كل زمان و كيف كان فهو بعيد عن مذاق الشرع ومن ذلك يرد على من ادعى ذلك تلك المناقشات فلاحجية فى الاجماعات .

و على ذلك ظهر مافى الخلاف قال ما لفظه : لايجوز القراض الابالاثمان التى هى الدراهم والدنانير و به قال ابوحنيفة ومالك والشافعى و قال الاوزاعى وابن ابى ليلى يجوز بكل شىء يتمول فانكان ممالا مثل كالحبوب او الادهان رجع (يرجع - خ) الى مثله حين المفاصلة و الربح بعده بينهما نصفين و انكان مما لامثل كالثياب والمتاع والحيوان كان رأس المال قيمته والربح بعد بينهما .

(دليلنا) انما اخترناه مجمع على جواز القراض به وليس على جواز ماقالوه

دليل انتهى بل ليس على الاجماع دليل مع عدم تحققه فى المقام لان كثيراً منهم ذهبوا الى خلافه.

و قال المحقق الخونسارى ما هذا لفظه : اما اشتراط كون مال المضاربة عيناً دنانير أو دراهم فادعى عليه الاجماع لكن المصنف - قدس سره - ترد دفى الشرايع فى القراض بالنقرة أى القطعة المذابة من الذهب والفضة مع انها ليست من الدراهم والدنانير ولا يبعد أن يقال المضاربة معاملة متعارفة بين العقلاء ممضاة لها احكام خاصة والقدر المتيقن منها ما كانت بالدراهم والدنانير وان امكن الخدشة بشمول «الا ان تكون تجارة عن تراض» انتهى .

و ظاهره انكار ذلك اولا بان المتيقن كونه بالدراهم لا يدل على صحة غير الدراهم و ثانياً ان قوله تجارة عن تراض يدل على صحة غيرهما ايضاً لحصول التراضى .

قال فى الحدائق ما لفظه وأما اشتراط كونه دراهم أو دنانير فقد اعترف جملة من الاصحاب بانهم لم يقفوا له على دليل غير الاجماع المدعى فى المقام ، والظاهر أنه كذلك ، حيث انا لم نقف بعد الفحص والتتبع على دليل من النصوص على ذلك ، وتردد المحقق فى الشرايع فى الجواز بالنقرة ، وهى بضم النون القطعة المذابة من الذهب والفضة .

ثم حكى مؤيداً لمقصودهم من عدم لزوم الدراهم والدينار عن المسالك بما هو لفظه المحكى ومنشأ التردد فيها من عدم كونها دراهم ودنانير الذى هو موضع الوفاق ، ومن مساواتها لهما فى المعنى ، حيث أنها من النقدين ، وانما فاتها النقش ونحوه ، وانضباط قيمتها بها واصالة الجواز ، ثم قال : وهذا كله يندفع لما ذكرناه من اتفاقهم على اشتراط أحديهما ، ومع ذلك لا نعلم قائلا بجوازه بها ، وانما ذكرها المصنف متردداً فى حكمها ، ولم ينقل غيره فيها خلافاً ، واذا كانت المضاربة حكماً شرعياً فلابد من الوقوف على ما ثبت الاذن

فيه شرعاً ، وربما أطلقت النقرة على الدراهم المضروبة من غير سكة ، فان صح هذا الاسم كان الترددمن حيث أنها قدصارت دراهم ودنانير : وانماتخلفت السكة وهى وصف فى النقدين ، وربما لايقدح خصوصاً اذا تعومل بهما علىذلك الوجه ومما تقدم من وجوه المنع انتهى وهو جيد .

ثم قال أقول : لايخفى أن من لا يلتفت الى دعوى مثل هذه الاجماعات ، لعدم ثبوت كونها دليلا شرعياً فانه لامانع عنده من الحكم بالجواز فى غير النقدين نظراً الى عموم الادلة الدالة على جوازه ، وتخصيصها يحتاج الى دليل شرعى ، وليس فليس .

قالوا تفريعاً على ما تقدم : فلا يصح المضاربة بالفلوس ، ولا بالدراهم المغشوشة ، سواء كان الغش أقل أو أكثر ، ولا بالعروض وأنت خبير بما فيه بعد ما عرفت ، حيث أنه لامستند لهم هنا أيضاً سوى دعوى الاجماع .

ولكن ينبغى تقييد المنع من الدراهم المغشوشة بما لو كان التعامل بها ساقطاً ، والا فلو جرت فى المعاملة فانه لامانع من المضاربة بها انتهى .

ولقد اجاد مع ان الاجماع غير منعقد لوجود المخالف حتى من العامة الذين هم الاصل فى الاجماع .

والمسألة مهمة ومحل الابتلاء و لازم هذا الشرط عدم تحققه فى عصرنا الحاضر فلاجرم يجب التأمل فيه اكثر مما قيل او يقال وظاهر المسالك عدم دليل عليه سوى الاجماع الذى عرفت حاله فلابد من التماس دليل معتبر سواه والاّ فالاصل عدماشتراطه بالدراهم والدنانير وقال فى الروضة بعد قول المصنف بالدراهم والدنانير اجماعا وليس ثمة علة مقنعة غيره انتهى .

وفى مفتاح الكرامة بعدقول المصنف [الثالث رأس المال وشروطه اربعة الاول ان يكون نقدا] قال ما لفظه أى دراهم أو دنانير كما صرحت به عباراتهم من غير نقل خلاف ولا اشكال الا من مولانا اردبيلى كما ستسمع وقديظهر ذلك

من الكاشانى نعم خلت عنه المقنعة والمراسم والنهاية والكافى ولعلهم ليسوا مخالفين كما خلى المقنع والانتصار عن الباب بالكلية .

وفى (جامع المقاصد) ان ماعدا الدراهم والدنانير المسكوكة لاتصح المضاربة عليه بأجماعنا واتفاق أكثر العامة وفى (الروضة والمفاتيح) انما تجوز المضاربة بالدراهم والدنانير اجماعا مع زيادة وصفهما بالمسكوكين فى الاخير وهو ظاهر التذكرة حيث قال الشرط ان يكون من النقدين دراهم أو دنانير مضروبة منقوشة عند علمائنا وقدفهم منها فى المسالك الاجماع وحكاه عنها أولا و ثانيا وقال انه العمدة ثم أخذ بعد ذلك يدعيه .

(وقال فى مجمع البرهان) بعد حكاية مافى التذكرة ان كان هذا صحيحاً فلا اشكال فى النقرة والافاشكال بل ينبغى عدم الاشكال فى الجواز لعموم أدلة القراض ومثل ذلك قال فى المضاربة بالفلوس والمغشوش .

(ونحن نقول) لاريب فى صحة ما فى التذكرة لانه محصل معلوم ولا يقدح فيه عدم ادعائه فى الخلاف والغنية حيث قالا فيهما ان المضاربة بالاثمان مجمع على جوازها ولم يدعياه على اشتراطه كما أنه لاريب فى مخالفة المضاربة الاصل من وجوه فيقتصر فيما خالفه على المتيقن المجمع عليه وليس فى أخبار الباب على كثرتها لان كادت تبلغ ثلاثين خبرا عموم يتناول ما نحن فيه ونحوه وانما اشتملت على اطلاقات مسوقات لبيان أمور أخر لالبيان جواز المضاربة على الاطلاق فكان شرط الاستدلال بالاطلاقات مفقوداً لانه يشترط فيه عدم سوقها لامور اخر غير محل الاطلاق كما تقدم غير مرة .

واما عمومات الايفاء بالعقود والشروط فقد تقدم غير مرة ان المراد بها ما تداول منها فى عصره ﷺ وهو الذى ضبطه الفقهاء فى كتبهم فلو كانت شهرة هناك تخالف ذلك العموم قلنا انها قرينة على عدم تداول ذلك فى عصره ﷺ فلا يتناوله العموم ويكون ذلك من العقود المخترعة فما ظنك بأطباق الاصحاب و

أكثر العامة على اشتراط كون مال المضاربة من النقدين وقد أجاب عن ذلك فى الرياض بانها من العقود الجائزة فلا يصح الاستدلال بهذه العمومات فيها وقد تقدم لنا بيان فساده آنفا انتهى كلامه .

و لايخفى ما فى هذه الكلمات و الاتفاقات و الاجماعات الغير الثابتة من كثير و عدم ذكر غير واحد من القدماء ذلك وهو دليل على عدم الاجماع و من العجيب عدم ذكر ذلك فى مثل المسألة فى الاخبار الكثيرة مع ان كلها فى مقام البيان واحتياج المكلفين الى العمل بذلك بل العجيب هو الاستدلال باصالة الفساد مع كثرة الدليل الظاهرة فى الصحة خصوصا عمومات اوفوا بالعقود والمؤمنون عند شروطهم وعمومات تجارة عن تراض مع عدم تصريح من واحد منها بكون رأس المال هو الدراهم والدنانير فلادليل لهم سوى الاجماع وقد عرفت مكرراً منّا حاله .

و قد مرّ مفصلا فى ج ٢٥ ص ١٤٠ فلا اشارة فى دليل و لاخبر من ذلك بل ولايمكن هذا مضافا الى لزوم كون رأس المال معينا وزنا و قيمة والدراهم والدنانير وان كانا متعينا وزنا لكنه لايتعين من حيث القيمة ويتغيرا فى كل ساعة وهذا مضافا الى مشقة حملهما على الحامل بل اكثر المعاملات كان اخذ الثمن وجعله بمكان يسمى به (بانك) والثمن يسمى (بچك) بالحوالة اليه فلازم كون الصحة بالدرهم والدينار تعطيل هذه الاحكام والوقوع فى العسر والحرج والضرر .

ومن جميع ما ذكرنا ظهر وجه قول المصنف ﴿ وفى القراض بالنقرة ﴾ التى هى القطعة المذابة من الذهب والفضة ﴿تردد﴾ وفى الجواهر ضرورة عدم كونها حينئذ منهما، ومن هنا لم نعرف مخالفاً فى عدم الجواز بها ، بل ولامترددا غير المصنف انتهى وجه التردد ظاهر مما بيناه ومما حكى عن المسالك قال ومنشأ التردد فيها من عدم كونها دراهم ودنانير الذى هو موضع الوفاق ، ومن مساواتها لهما فى المعنى ، حيث أنها من النقدين ، وانما فاتها النقش و نحوه ، و انضباط

قيمتها بها واصالة الجواز ، ثم قال : وهذا كله يندفع لماذكرناه من اتفاقهم على اشتراط أحديهما ، و مع ذلك لا نعلم قائلا بجوازه بها ، و انما ذكرها المصنف متردداً فى حكمها ، ولم ينقل غيره فيها خلافاً ، واذا كانت المضاربة حكماشرعياً فلابد من الوقوف على ما ثبت الاذن فيه شرعاً انتهى .

ولايخفى ظهور قوله ومن مساواتها لهما فى المعنى فيظهر منه جواز كل شىء يساويهما ففى هذا العصر يساوى ما يسمى باسكناس حيث لا فرق فى هذا العصر بينهما وبين نقود المعمولة بل الثانى احب عندهم من حيث امكان حمل كثير منه اياباً وذهاباً بخلاف الدينار والدرهم لثقلهما ومشقتهما .

﴿و﴾ مما ذكرنا يعلم عدم صحة قوله ﴿ لايصح بالفلوس ﴾ لفقد الشرط المزبور عندهم وذلك لانه لافرق اصلا بين كلمايكون به رواج عصر وصرفه فى المعاملات و كان عندهم نقود للمعاملات و منه يعلم عدم صحة ما فى الخلاف حيث قال القراض بالفلوس لايجوز وبه قال ابو حنيفة وابو يوسف والشافعى وقال محمد هو القياس الا انى اجيزه استحسانا لانها ثمن الاشياء فى بعض البلاد .

[دليلنا] ان ماقلناه (ذكرناه خ) مجمع على جوازالقراض به وماذكروه ليس عليه دليل والاستحسان عندنا باطل انتهى .

فاللازم كان بحيث يقبله العرف فى معاملاتهم من كل شىء يصح عندهم بحسب زمانهم ففى مثل زماننا كان بناء المال والثمن والنقود بالاسكناس والدلار ونحوهما فى كل ما يتعارف المعاملة به فى كل بلد و مدينة فان قلت فعلى هذا تعلق بالانسان بمقدار عشرين ديناراً ومأة درهم من غيرهما الزكاة اذ على هذا كان المراد بهما ايضا سائر النقود قلت كلا اذ الحكم هناك موضوعة للدرهم و الدينار لاغيرهما و الفرق ايضا واضح اذ مناط التعلق بهما عدم حبسهما الانام ويختل امر المعيشة والعسر والحرج واختلال النظام فحكم بالزكاة لئلا يحبس عندالناس مضافا الى انه لوتعدى عنهما بغيرهما لزم تعلق الزكاة على كل الاموال

كالخمس فيوجب العسر والحرج ولذا اختص حكم الزكاة بهما بخلاف المقام الذى لو اختص الحكم بالدرهم و الدينار ليلزم تعطيل احكام المضاربة كلا الاّ نادراً تأمل فيما ذكرنا تعرف مع ان المقصود بالدرهم و الدينار اما جنسهما او نقشهما والاول حاصل فى النقرة اى القطعة منهما والثانى ليس شيئاً يعتبر بازائه المال فالمراد بنفسهما فيعم ما يساوى قيمتها من كل شىء .

﴿و﴾ كيف كان فـ ﴿لا﴾ يصح (بالورق المغشوش﴾ الذى يجب كسره ﴿سواء كان﴾ فيه ﴿الغش أقل أو اكثر﴾ فانه لا نفع به المعاملة فمثل ذلك لا يدخل فى النقود كى يصح به المعاملة قال فى الخلاف لا يجوز القراض بالورق المغشوش سواء كان الغش اقل او اكثر او سواء وبه قال الشافعى وقال ابو حنيفة انكانا سواء او كان الغش اقل جاز وان كان الغش اكثر لم يجز بناء على اصله فى الزكوة وقد مضى الكلام عليه [دليلنا] ما قلناه فى المسئلة الاولى سواء انتهى .

نعم هذا اذا لم يكن المعاملة متعارفا بالمغشوش والاصحت كما عن المسالك وفى الجواهر بعد قول المصنف ولا بالورق المغشوش قال المراد به المغشوش بالنسبة الى تلك السكة فى ذلك الزمان ، المعبر عنه فى زماننا بالقلب ، لأن المراد به مايشمل المتعارف فى زماننا من الشاميات والشوشيات وغيرهما من النقد المعلوم امتزاجه بغير الفضة » ضرورة صحة المضاربة بها ، ووجوب الزكاة ، لعدم اعتبار الخلوص فى الدرهم والدينار ، وانما هو القطعة المسكوكة للمعاملة ، سواء كان خليطا أولا ، وان اتفق خلوصه فى ذلك الزمان ، الا أنه أحد الافراد ، كهيئته السابقة ، وحينئذ فلا حاجة الى مافى جامع المقاصد من تقييد نحو عبارة المصنف بما اذا لم يكن متعاملا به ، أى المغشوش ، فلو كان معلوم الصرف بين الناس جازت به المعاملة ، وصح جعله ما لا للقراض ، سواء كان الغش أقل أو اكثر ، اذ قد عرفت ارادة المصنف وغيره من المغشوش ما سمعت ، لانحو ذلك كما هو واضح انتهى .

﴿و﴾ كذا لايصح ﴿لابالعروض﴾ التى هى غير النقدين من المتاع مطلقاً والامتعة التى لايدخلها كيل ولاوزن ، ولايكون حيواناً ولاعقاراً لانتفاء الشرط المزبور كما هو واضح . وكأن المصنف ذكر الاول ولم يستغن عنها بالعروض بناء على التفسير الأول دفعاً لتوهم الجواز فى النقرة باعتبار كونها مادة للدرهم والدينار وفى الفلوس ونحوها باعتبار كونها مثل النقدين فى السكة والمعاملة ، فأراد النص عليهما بعدم الجواز انتهى .

وكيف كان فالمقصود حصول كون المال من المالك وهو حاصل باى طريق والمتيقن منه هو الدراهم والدنانير اى الافضل من الجميع و غيرهما فقد يرجع اليهما وغاية ما يحتاط فى المقام ان امكن جعل اصل المال منهما وكيف كان ففى الجواهر ما زجا لعبارة المصنف ما هذا لفظه ﴿ ولو دفع اليه ﴾ اى الى العامل ﴿آلة الصيد كالشبكة بحصة﴾ ثلث اونصف اوغيرهما ﴿فاصطاد﴾ لم يكن مضاربة قطعاً ، لانتفاء الشرط ولاشركة لعدم الامتزاج ، ولااجارة لعدم معلومية الاجرة فليس هى الامعاملة باطلة وحينئذ ﴿كان الصيد﴾ ما اصطاده ﴿للصايد﴾ الذى قد حازه ﴿و﴾ لكن ﴿عليه أجرة﴾ المثل ﴿الآلة﴾ قوله لانتفاء الشرط ولعل مراده من ذلك كما فى المسالك ان الشرط فى المضاربة هو تصرف العامل فى رقبة المال ويمكن ان يكون مراده بانتفاء الشرط انتفاء الدرهم والدينار ،

وفى المسالك قال وذلك لفساد المضاربة بمخالفة مقتضاها فان مقتضاها تصرف العامل فى رقبة المال وهنا ليس كذلك وليس بشركة لانه مركب من شركة الابدان وغيرها ولتميز مال صاحب الشبكة ولا بالاجارة وهو ظاهر وحينئذ فالحكم بكون الصيد للصايد مبنى على عدم تصور التوكيل فى تملك المباح و الا كان الصيد لهما على حسب ما نواه الصايد و قد سبق الكلام على نظيره ويبعد بناؤه على ان العامل لم ينو بالتملك الانفسه لان ظاهر الحال دخوله على الشركة وحيث يكون الصيد لهما فعلى كل منهما من اجرة مثل الصايد والشبكة بحسب ما اصابه من الملك انتهى .

اما لو كان مراده عدم كون الدرهم والدينار فقد عرفت عدم تحقق هذا الشرط و اما لو كان المراد عدم كون التصرف فى رقبة المال اى نفس المال كالتصرف فى نماء المال دون نفسه فقد عرفت عدم لزومه وصحة المضاربة لقصد الاستنماء من نفس الاشجار والاثمار مع بقاء اصل المال كالاراضى ونحوهما وكيف كان فلا يبعد شمول المضاربة الآلة الصيد نعم يمكن خروجه عنها بان المنصرف الى الاذهان غير هذه الصورة .

وهى التجارة باموال المالك فى مدة مستمرة حيث يكون فى ذهن العرف من المضاربة ذلك كما يقال انه يعمل ويتجر لفلان خصوصاً على القول باللزوم المحتاج الى صيغة معلومة مدة وكيف كان فلا يدخل ذلك فى افراد المضاربة جداً وحينئذ فالحكم ما افاد فى المتن الماتن والشارح جداً قال فى الحدائق :

الثانى : قالوا : لو دفع آلة الصيد كالشبكة بحصة من الصيد كان الصيد للصائد وعليه أجرة الآلة ، وذلك لان هذه المعاملة ليست بمضاربة اذ المضاربة كما هو المجمع عليه عندهم انما يكون بالدراهم والدنانير ، ولان مقتضى المضاربة التصرف فى عين المال المدفوع ، واتلافه بالبيع أو الشراء ، وهنا ليس كذلك ، لا بالنسبة الى الاول ولا الثانى . وليس أيضاً بشركة ، لانها هنا مركبة من شركة الابدان وغيرها ، وقد تقدم بطلانها مع تميز مال صاحب الشبكة ، و عدم حصول الشركة فيه ، وليست أيضاً باجارة ، وهو ظاهر .

ثم ان الحكم هنا بكون الصيد للصائد خاصة يبنى على عدم تصور التوكيل فى تملك المباح ، كما هو أحد القولين ، والافانه يصير الصيد مشتركا بينهما حسبما يراه الصائد ، وقد تقدم الكلام فى ذلك فى المسئلة الثالثة من الفصل الثالث فى اللواحق من الكتاب المتقدم واحتمال أنه انما قصد الصيد لنفسه ، ولم ينو مشاركة الاخر بعيد ، فان الظاهر أن دخوله انما كان على جهة الشركة .

قال فى المسالك : وحيث يكون الصيد لهما فعلى كل منهما من أجرة

مثل الصائد والشبكة بحسب ما أصابه من الملك انتهى وسيجيء بعض الكلام فى الوكالة انشاء الله.

﴿ويصح القراض بالمال المشاع﴾ وفى الجواهر بلاخلاف ولااشكال عندنا لأنه معين فى نفسه جامع لشرائط الصحة من غير فرق بين وقوع العقد مع الشريك وغيره وكذا عبارة المسالك وظاهر الشارحين عدم الخلاف فيه مع ان الكلام فى تصوره ونظيرهما فى الحدائق وظاهر الشارح عدم الخلاف فيه لكنه مجهول المراد مثلا اذا كان رأس المال مأة دينار مشاعاً بين المضارب وغيره فان اريد بجعله رأس المال سهمه المختص به وهو خمسين ديناراً فى المثال وصار مفروزاً قهراً قبل الدفع فلا يكون مشاعاً اللهم الا أن يريدوا بالاشاعة قبل الدفع علم العامل بحصة احدهما.

والحاصل: المال المشاع بين اكثر تارة اريد المضاربة بين حصة شخص المضارب فقط فلا جرم يتوقف اولا افراز ماله عن شريكه و دفعه الى العامل و حينئذ لايكون المال مشاعاً و اخرى اريد الشركة مع شريكه كما هو صريح قول الشارح من غير فرق الخ بمعنى كونهما مضاربين مع العامل الواحد فالمال المشاع بينهما يدفع الى العامل ويكون رب المال اثنين والعامل عمل لهما فالمراد من الاشاعة او الافراز هو كون الدفع الى العامل مشاعاً اموال الاثنين و لكن الظاهر انه غير مراد من المتن.

وكيف كان فالدفع الى العامل اشاعة لايصح الا اذا كان المتضارب اكثر من الواحد او كان المراد هو تكلم للعامل فى مال اشاعة وقبوله ودفع اليه افرازاً الامكان كون مال القراض لرب المال بين كثير من الاموال وعند الدفع افرزه فان مال القراض تارة يعيّنه صاحبه و يدفع الى العامل معينا و اخرى مخلوطاً ممزوجاً بين امواله فيخرجه ويعدّه عند العقد او بعده الى العامل.

وكيف كان فاحسن تعبير لذلك مافى وسيلة السيد الاصفهانى قال فى المقام

ماهذالفظه فلو كان دراهم معلومة مشتركة بين اثنين فقال احدهما للعامل قارضتك بحصتى من هذه الدراهم صح مع العلم بمقدار حصته و كذالو كان عنده الف دينار مثلا وقال قارضتك بنصف هذه الدنانير انتهى .

و كيف كان فعند الدفع يدفع مفروزا على خلاف ظاهر المتن ﴿ولابدان يكون معلوم المقدار﴾ حتى يرتفع به الغرر و انقطع النزاع بين العامل والمالك ولكن ذلك يتوقف على القبض مشاعاً هوالظاهر من المتن والافافرازا يكون معلوم المقدار لامحالة .

﴿ولايكفى المشاهدة﴾ لعدم رفع الغرر وعدم حصول المعلومية الااجمالا وهوغير كاف ولايندفع الاعتراضات و النزاع الواقعة بين الطرفين الا بالمشاهدة ﴿وقيل : يصح مع الجهالة ، و يكون القول قول العامل مع التنازع فى قدره﴾

ومنه ما لايخفى وفى الجواهر بعده قال بل فى المسالك «انه فى المختلف عن الشيخ القول بجواز المضاربة بالجزاف من غير تقييد بالمشاهدة ، و قواه فى المختلف محتجاً بالأصل ، و قوله عليه السلام «المؤمنون عند شروطهم» و لااثر لاقتضاء هذه الجهالة التنازع بعد ان كان القول قول العامل شرعا فى قدر الواصل لان الاصل عدم وصول الزايد اليه انتهى وفى الجميع مالايخفى .

﴿و﴾ كيف كان ﴿لوأحضر مالين ، وقال قارضتك﴾ بأحدهما أو﴿بأيهما شئت : لم ينعقد بذلك قراض﴾ .

وفى الجواهر للابهام فى الأول المانع من تعلق العقد ، فان المبهم لاوجود له فى الخارج ، وموقوفية العقد مع التخيير الى حال وقوعه ، وليس فى الأدلة حتى الاطلاقات مايدل على مشروعية ذلك ، بل لعل الأدلة قاضية بخلافه ، ضرورة ظهورها فى سببية العقود وعدم تأخر آثارها عنها ، وجعل الخيار كاشفا عن مورد العقد من أول الامر لادليل عليه ، لكونه مخالفاً للاصل ، ومن هنالم يحك خلاف فى البطلان حتى من القائلين بالجواز مع الجهالة انتهى ﴿و اذا أخذ من مال

القراض ما يعجز عنه ضمن﴾ العامل له لانه يعلم من نفسه عجزه والمالك ايضا ان علم عجزه فكلاهما قد أقدما على الضمان و ان جهل المالك فكان الضمان على العامل اذبعدعلمه بعجزه المساوق لتلف الاموال كان قبوله اقداما على ضرره

قال فى الحدائق ماهذالفظه : لوأخذ مالا للمضاربة مع عجزه عنه بمعنى أنه يعجزعن تقليبه فى التجارة والبيع والشراء به لكثرته ، قالوا : لايخلو اماأن يكون المالك عالماً بعجزه ، أو جاهلا بذلك ، فان كان الثانى فانه يضمن ، لانه مع علمه بنفسه وأنه يعجز عن ذلك يكون واضعاً يده على المال على غيرالوجه المأذون له فيه ، فانه انما دفع اليه ليعمل به فى التجارة .

لكن هل يكون ضامناً للجميع أو القدرالزائد على مقدوره قولان : اختار أولهما فى المسالك ، ووجه الاول من عدم التميز والنهى عن أخذه على هذاالوجه ووجه الثانى من أن التقصيرانما حصل بسبب الزائد ، فيختص به الى ان قال .

وفيه أنه يمكن تخصيصها بالزائد لانه هوالذى حصل فيه العجز ، فيكون هوالغيرالمأذون و اما ما يمكن العمل به فانه يكون مأذونا فيه انتهى و فيه ان الزيادة سبب وعلة للتلف ولولاها كما يعجز فيتلف فالحق هوضامن للجميع .

وفى الجواهر بعد المتن قال مع جهل المالك ، كمافى المسالك قال«لانه حينئذ يكون واضعاً يده على المال على الوجه الغير المأذون فيه ، لأن تسليمه اليه انما كان ليعمل فيه فكان ضامناً انتهى .

قوله لانه اى العامل والظاهر لااشكال فيه كمالااشكال فى ان سبب ضمان الكل انما يكون الزائد اى هو العلة للعجز الموجب للاتلاف و لولاها لكان قادراعلى الحفظ فالحق هوالضامن للكل لوتلف بعجزه عن التحفظ .

نعم ان علم المالك ايضا بعجزه فله منعه وان لم يمنعه كان قد اقدم ايضا على تلف ماله فيشترك فى سبب التلف ونصفه على المالك وان لم يعلم بعجز العامل و زعم كونه قادر عليه العامل يعلم بعجزه فاقدم عليه فتكون ضمان الكل

عليه فانه سبب للعجز الموجب للتلف وضمان خصوص الزائد لامعنى له للاجمال وعدم تميزها ولان علة التلف هى الزائد قال فى القواعد [ولواخذ من واحدمالا كثيراً يعجز عن العمل فيه ضمن مع جهل المالك].

وفى مفتاح الكرامة بعده ماهذا لفظه كمافى المبسوط والمهذب والشرائع والتحرير والارشاد والروض والمسالك ومجمع البرهان غيرانه لاتقييد فى الثلاثة الاول بجهل المالك بل اطلق فيها الضمان لكنه مراد جزما لانه مع عجزه يكون واضعا يده عليه على غير الوجه المأذون فيه لان تسليمه اليه انما كان ليعمل فيه فكان ضامنا وهذا مع جهله واما مع علمه فلاضمان اما لقدومه على التفويت او لانه يكون كالاذن له فى التوكيل و المراد بالعجز العجز عن التصرف فى المال وتقليبه فى التجارة وهذا يحصل حال العقد فمن ثم فرقوا بين علمه وجهله وظاهر عباراتهم انه يضمن الجميع لان وضع يده عليه غير مشروع وقد يمنع عدم مشروعية وضع اليد على الجميع للاصل وان عدم القدرة انما هو على تلك الزيادة فلايتعدى المنع الى غيرها فلايضمن الا الزائد الذى لايقدر على التصرف فيه وحفظه.

(وقال فى المسالك) وهل يكون ضامنا للجميع اوللقدر الزائد على مقدوره قولان ثم قوى ضمان الجميع لعدم التمييز والنهى عن أخذه على هذا الوجه ثم قال وربما قيل انه ان اخذ الجميع دفعة ضمن الجميع وان اخذ مقدوره ثم اخذ الزائد ولم يمزجه ضمن الزائد خاصة ثم قال ويشكل بانه بعد وضعه يده على الجميع عاجز عن المجموع من حيث هو مجموع ولاترجيح الآن لاحد اجزائه اذلو ترك الاول وأخذ الزيادة لم يعجز انتهى.

(وفيه أولا) انا لم نجد هذين القولين ولاالقول بالتفصيل للخاصة ولاالعامة ولاحكاها غيره.

(وثانيا) أنه ان كان أخذ الجميع بعقد واحد فلافرق بين الاخذ بالتدريج وعدمه لان وضع اليد على الكل ممنوع فيكون ضامنا للجميع و عليه ينزل

اطلاق العبارات وان كان قدأخذه بعقدين فصاعدا بطل العقد المشتمل على الزيادة ومجرد وضع اليد على الكل مع تعدد العقد لا يوجب ضمان الكل فلم يتجه القول ولا الاشكال ومثل العجز عن المال لكثرته العجز عنه لضعفه مع قلته كما فى المبسوط والمهذب والتحرير ولو تجدد وجب عليه رد الزائد عن مقدوره انتهى

وقد عرفت من قول الشارح الجواهر مع جهل المالك معناه عدم علمه بعجزه جسماً او حفظا عن التلف او السرقة وزعم انه قادر على اخذه وحفظه وحينئذ العامل اما يعلم ذلك واما يجهل وعلى الثانى معناه ايضا علمه بقدرته فكلاهما يزعمان القدرة على اخذ المال والدفع اليه وحينئذ لاضمان اصلى وان علما كلاهما بالعجز فقد اقدما على الضمان والتلف فكان الضمان على العامل من حيث علمه بعجزه المساوق مع تلفه وعلى المالك كذلك من حيث علمه ايضا بعجزه لان الفرض ان كل منهما يعلمان بوضع اليد عليه فبعد حصول العلم بالعجز كان وظيفة المالك منعه عن التحمل ووظيفة العامل القبول والفرض ان كليهما يخالفان فان لم يقبل العامل كان ضمان الكل عليه .

والمسألة محل الابتلاء فى كثير من الموارد وفى مثل عصرنا الذى كان اموال الناس فى محل يسمى بـ(بانك) فلو امره المالك باخذ المال منه وعلم بكثرة السارقين وعلم بعدم قدرته من حفظ المال اذا اخذ ومع ذلك ارسله اليه للاخذ فسرق منه لاضمان على العامل مع عدم التقصير والتعدى وكذا الحال فى كل امين بل عهدة التلف على المرسل فلو لم يعلم بذلك وعلم بقدرته عليه وان المرسل بالفتح شغله ذلك فى جميع الايام فحينئذ ان لم يكن فى حفظه له افراط وتفريط فسرق المال فلا ضمان عليه ايضا مع الامانة والا فعليه الضمان .

وكيف كان فالحكم بالضمان فى المقام مشكل بنحو الاطلاق الا فيما علم العامل بعجزه عن حفظ المال جسما او سرقة فلا يكون وظيفته القبول بهذا الوجه فلو قبل واخذ كان الضمان عليه فتأمل فى جميع ذلك .

ومنه يعلم شقوق كثيرة لاكثر موارد الفقه كالاجير لعمل غير قادر عليه والوصى فى امر لايقدر على العمل به والقرض لمن لايقدر على الاداء والعارية مع علمه على عدم القدرة على الرد على صاحبه والودعى مع علمه على عدم قدرته لحفظه .

وغير ذلك من الموارد الموجودة قبل العقد او الحاصلة فى اثناء العمل وتأمل فى جميع ذلك وموارده المتفرقة فان له نفع كثير ومحصل الجميع بطلان العقد مع عدم القدرة عليه ثم ان العجز لو ثبت من اول الامر لزم منه فساد العقد خلافا لما عن المسالك من عدم المنافاة بين الضمان وصحة العقد وهو كما ترى .

ثم ان العجز ان حصل للعامل فى اثناء العمل وجب عليه فوراً رد الزائد الى المالك او الفسخ ولايكون ضامنا لكل ما يترتب عليه ولو لم يفسخ كان ضامنا مع بقاء العقد كما عن المسالك لكن صحة العقد غير معلوم مع كونه فى مقام اضمحلاله وفناءه لو لم يفسخ .

وفى الجواهر بعد ماحكاه عن المسالك صحتهما قال قلت : لعل المتجه فى مفروض المسألة الفساد من غير فرق بين حالى العلم والجهل ، وذلك لمعلومية اعتبار قدرة العامل على العمل فى الصحة ، نحو ماذكروه فى الاجارة ، ضرورة لغوية التعاقد مع العاجز عن العمل الذى هو روح هذه المعاملة ، فضلا عن معلومية بطلان وكالة من هو عاجز عن العمل ، على العمل العاجز عنه ، اذ هو أولى بذلك من الوصى الذى حكموا ببطلان وصايته مع عجزه عن القيام فيما أوصى به ، بل الظاهر أن الحكم كذلك بتجدد العجز ، فضلا عما كان حال العقد .

ومن ذلك يظهر لك سقوط جملة من الكلمات السابقة ، بل لعل عبارة المتن والقواعد كذلك ، بناء على ارادة الضمان مع الصحة منها ، بل يقوى البطلان حتى مع اذن المالك فى التوكيل للغير ، أو الاستيجار ، فان ذلك فرع صحة العقد الذى قد عرفت اعتبار قدرة العامل على العمل المعقود عليه بنفسه ، وان لم يشترط عليه

المباشرة ، على أنه لو اكتفى بذلك فى الصحة لم يكن للضمان حينئذ وجه ، ضرورة اقتضاء صحة العقد عدم الضمان الاماخرج ، كما هو واضح ، والله العالم انتهى .

﴿ ولو كان له فى يد غاصب ﴾ مثلا ﴿ مال فقارضه عليه صح و لم يبطل الضمان﴾ الذى يتلف قبل وقوع عقد المعاوضة عليه وفى الجواهر مالفظه السابق للاصل السالم عن معارضة وقوع عقد القراض الذى لا يلزمه عدمه الضمان، بل يجامعه فى كثير من المقامات، ولظهور قوله عليه السلام «حتى يؤدى» فى بقاء الضمان الى حال التأدية التى ليس وقوع عقدالقراض منها ، و كون العين فى عقدالقراض امانة لاينافى الضمان من جهة اخرى ، و رفع اليد عن الغصب ليس وصولا الى يد المالك لكن قد تقدم فى كتاب الرهن منا تحقيق ذلك على وجه يعلم منه قوة عدم الضمان، ولو من جهة اقتضاء العقد الاذن فى دوام القبض انتهى .

ولايخفى ان المسألة غير خال عن الاشكال من جهة ان ما فى ذمة الغاصب كالدين فلا يصح الا بالدفع الى المغصوب عنه ثم جعل عنده مال القراض .

وفى المسالك بعد قوله ولو كان له فى يد غاصب قال قدتقدم البحث فى نظير هذه المسئلة فى باب الرهن وان وجه بقاء الضمان انه كان حاصلا قبل ولم يحصل ما يزيله لان عقد القراض لا يلزمه عدم الضمان فانه قد يجامعه بان يتعدى فلا ينافيه و لقوله صلى الله عليه وآله على اليد ما اخذت حتى تؤدى و حتى لانتهاء الغاية فيبقى الضمان الى الاداء اما على المالك او على من اذن له واندفع الى البايع مأذون فيه فيكون من جملة الغاية واستقرب العلامة زوال الضمان هنا وتبعه ولده ره فى الشرح لان القراض امانة فصحة عقده يوجب كون المال امانة لان معنى الصحة ترتب الاثر و لانتفاء علة الضمان لزوال الغصب و لانه اذن فى بقائه فى يده و فيه نظر لان معنى كون القراض امانة من حيث انه قراض وذلك لا ينافى الضمان من حيثية اخرى كما لو كان غصباً فان الضمان قد يجامعه كما اذا تعدى العامل انتهى .

ولايخفى ما فى قوله ولم يحصل مايزيله بداهة ان مجرد جعل المال عنده قراضاً زال مايوجب الضمان ولذا فى الحدائق فى المقام قال والظاهر أن الحكم اتفاقى عند الاصحاب ، اذلم أقف على نقل خلاف فى المسئلة والظاهر أنه لااشكال فى ذلك المضاربة، وكذا لااشكال ولاخلاف فى أنه متى وقعت المضاربة واشترى العامل وهو الغاصب بذلك المال المغصوب عروضاً ودفعه عن قيمتها ، فانه تبرىء ذمته من الضمان الثابت عليه بالغصب، لانه قضى دين المالك باذنه ثم قال .

انما الخلاف فى انه هل تبرىء ذمته بمجرد عقد المضاربة ام لا ؟ الظاهر أن المشهور الثانى، وبالاول صرح العلامة وولده فى الشرح الى ان قال :

اقول : قال العلامة فى التذكرة وهل يزول عن الغاصب ضمان الغصب بعقد المضاربة عليه أو بدفعه الى بايع السلعة للقراض ؟ ابو حنيفة و مالك على الاول لانه ماسك له باذن صاحبه، والشافعى على الثانى لعدم التنافى بين القراض وضمان الغصب كما لوتعدى فيه ، والوجه عندى الاول ، لان ضمان الغصب يتبع الغصب والغصب قد زال بعقد القراض ، فيزول تابعه انتهى .

والظاهر أن الحق فى المسئلة هو ما ذكره العلامة ، انتهى وماذكره فى محله بداهة انه بمجرد قصد بقاء الاموال للقراض انقطع حكم الغصب لتبدل موضوعه فلايلحقه حكم الغصب فيكون تلفه بعد القصد بمنزلة تلف مال القراض بل لايصح استصحاب حكم الغصب وعليه يرتفع هذه الاحتمالات لعدم بقاء موضوع الغصب حتى امر بتأدى اليد فيكون كالحاضر الذى صار مسافراً .

وبالجملة من حين التوبة والعزم يجعل ما غصبه مال القراض ويرتفع حكم الضمان الاماتلف قبل ذلك .

ولعله من ذلك ايضا لوتنبه وتاب عن عمله وقصد رده الى صاحبه من دون امر المالك للقراض فجعل عنده امانة حتى يصل الى صاحبه فتلف من دون تقصير سوى تقصير الاول فتأمل فان تلفه مسبب عن غصبه فلا يرتفع حينئذ الضمان حتى ادى

الى المالك لبقاء على أليد حتى تؤدى بخلاف المقام فانه تلف بعد قبول المالك بكونه قراضا .

وحينئذ ﴿فاذا اشترى﴾ الغاصب ﴿به﴾ اى بالمال الغصب الذى جعل المالك عنده المضاربة ﴿ودفع المال﴾ الغصب ﴿الى البايع﴾ حتى جعل المبيع للمالك كمابه حكم المصنف وغيره ، بل فى المسالك الاجماع عليه ، بأنه متى فعل ذلك ﴿برء﴾ الغاصب من الضمان ﴿لانه﴾ قد ﴿قضى دينه﴾ أى المالك ﴿باذنه﴾ .

وفى الجواهر ضرورة صراحة ذلك فى تحقق الاذن منه التى هو قد اعترف صريحاً بعد ذلك فى كلامه بزوال الضمان معها حتى أنه حكى عن بعضهم القول بالعدم ، وضعفه بأنه حينئذ وكيل محض ، وان كان له فى القبض مصلحة اذهو كالوكيل بجعل ، وبذلك ظهر لك انتقاض كلامه من جميع أطرافه انتهى .

﴿ولو كان له دين لم يجز أن يجعله مضاربة الا بعد قبضه﴾ بلا خلاف ولااشكال لما عرفت من اعتبار العينية فى مال القراض المنافية للدينية ﴿وكذا لو أذن للعامل فى قبضه من الغريم مالم يجدد العقد﴾ وفى الجواهر بعد القبض، اذ هو لم يخرج بالاذن عن كونه دينا .

نعم لو وكّله على القبض ثم العقد عليه قراضاً فيكون موجباً قابلا عنه صح بناء على جواز مثل ذلك انتهى والامر سهل وهنا ﴿فروع﴾ الاول انه ﴿لو قال بع هذه السلعة فاذا نضّ ثمنها ، فهو قراض لم يصح﴾ .

وفى الجواهر ماهذا لفظه: ضرورة عدم دخوله فى الملك قبل وقوع البيع ، على انه مجهول ، بل التعليق محقق ، فلا اشكال فى الفساد خلافاً للمحكى عن بعض العامة من الجواز ، فلاريب فى فساده انتهى ونظيره قوله فى المسالك المراد بالمال الثمن الذى يصح به القراض وعدم مملوكيته واضح اذلا يحصل الا بعقد البيع ولانه مجهول وقد تقدم ان المال المجهول لايصح به ولان العقد معلق على شرط فلا يصح كالبيع خلافا لبعض العامة حيث جوزه كذلك انتهى وكذا التذكرة قال ماهذا لفظه:

لو دفع اليه ثوبا فقال له بعه فاذا نض ثمنه فقد قارضتك عليه لم يصح عند علمائنا وبه قال الشافعي لانه عقد لا يصح على المجهول فلم يجز تعليقه بالشرط كالبيع ولان شرط مال القراض التعيين والتشخيص ولا يتحقق ذلك في الثمن الذي يحصل بعد عقد القراض وقال ابو حنيفة يصح فاذا باعه وقبض الثمن كان قراضا لان ذلك امر له بالتصرف فجاز تعليقه على شرط كالامارة والفرق ان الامارة يجوز ان يكون شورى بين جماعة ولا يجوز مثل ذلك في القراض انتهى .

وفي الحدائق قال ما هذا لفظه قالوا : لو قال : بع هذه السلعة فاذا نض ثمنها فهو قراض كان باطلا ، لان شرط صحة القراض أن يكون مال القراض عيناً معينة مملوكة للمالك ، وما هنا ليس كذلك ، فان ثمن السلعة حال العقد مجهول ، ولانه أمر كلي بعد البيع في ذمة المالك ، وهو أيضاً غير مملوك للمالك حال العقد ، وأيضاً فان العقد معلق على شرط ، وقد تقدم أنه لا يصح عندهم انتهى .

ولا يخفى انه ان كان المراد اذا نض الثمن ونقد جعل ثمنها قراضا كما هو الظاهر من العبارة فلا يدل ما استدل به على عدم الصحة عليه اذ الثمن وفي هذه الحالة مملوك معلوم معين فان نض الثمن ونقده متأخر عن البيع فانه اذا باع السلعة وباع بثمن معلوم وصار مملوكا للمالك لان بيع الوكيل بيع له فعدم المملوكية وعدم التعيين للثمن انما كان فيما جعلت السلعة قبل البيع قراضا الى زمان البيع اى قبل بيع السلعة ونقد الثمن جعل قراضا فح باطل حيث لا ثمن كي يكون مملوكا ومعينا وعبارات القوم كلها ظاهرة في جعل الثمن قراضا بعد نقده وفي تلك الحالة لا يصح الاستدلال للفساد بعدم المملوكية وعدم التعيين للثمن بقوله ﴿لان المال﴾ اى الثمن ﴿ليس بمملوك عند العقد﴾ فانه ان اريد بالعقد عقد السلعة الواقعة على ثمن المشترى كما هو ظاهر اذا نض الثمن اى نقد السلعة فلا يكون الا بعد بيع السلعة فهذا الثمن كان قبل البيع مملوكا للمشترى وبعده واشتراء المشترى السلعة صار مملوكا للمالك بعقد وكيله وان اريد عقد المضاربة على السلعة التي لا تبيع

فعلا وجعل نفس السلعة قراضا فلاعقد ولاثمن حينئذ وهوعلى خلاف اذا نض الثمن ونقد .

والحاصل ان هذه العلل على عدم الصحة انما يصح لو كان المراد ارادة المالك فى وكالة العامل جعل السلعة فعلا قراضا قبل النقد فيقول للعامل ان ثمن السلعة قراض بحيث ان العامل ايضا يعامل معها معاملة القراض قبل بيعها وحينئذ ان الموجود فقط نفس السلعة فلا بيع فعلا حتى يتحقق الثمن .

ومن المعلوم ان الثمن مالم يتحقق عليه البيع لم يصر مملوكا بل قبل النقد كانت السالبة بانتفاء الموضوع اذ ليس ثمن كى يكون ملكا وكذا كونه مجهولا اذلا يعلم كم يكون الثمن حتى يكون قراضاً والشرط ان يكون ثمن القراض معلوما

والحاصل ان اريد من قوله فاذا نض ثمنه فقد قارضتك انه اذا بعت الثوب واخذت ثمنه كان هذا الثمن الذى لى عندك مضاربة فالبحث عن غير المملوكية وغير المعلومية ساقط وان اريد كون السلعة قبل البيع كان قراضا فلايدل عليه العبارة فمايظهر من العبارة كان الثمن مملوكا ومعينا ويمكن ان يكون المراد هو الاول وانما هو مراد العامة .

وكيف كان فلايستقيم العبارة صحة وبطلانا والوجوه المذكورة للبطلان انما تصح اذا كان المراد من بيع السلعة جعل ثمنها قبل البيع مضاربة ومن المعلوم انه قبل البيع لاثمن موجود حتى يجعل مضاربة ولا كونه مملوكا للعامل واما بعد نض المال ونقد الثمن كان مملوكا وموجوداً تأمل فيها حتى تفهم مايظهر من عبارة المسالك وعبارة التذكرة فانها عين عبارة المصنف ولايصح الجمع بينهما وبين مااستدلوا عليها .

ومايظهر من بعض العامة هو بيع السلعة وجعل ثمنها المضاربة وقد صرح بذلك الصحة فى الفقه على مذاهب عن الحنابلة ج ٣ ص ٥٤ قال مالفظه نعم يصح ان يقول له خذ هذا القطن وبعه واعمل بثمنه مضاربة لانه فى هذه الحالة يكون

قد وكّله فى بيعه وعلى المضاربة على قبضه للثمن فاشبه الوديعة وتعليق المضاربة جائز اما اذا قال له ضاربتك على ثمن هذه السلعة قبل بيعها فانه لايصح لان ثمنها معدوم قبل بيعها فلا يصح المضاربة به فعلا انتهى .

والعبارة صريحة فيما ذكرنا و كررناه واوضحناه ولايكاد ينقضى تعجبى من ذلك واصرح من الجميع شباهته بالوديعة وان المالك جعل القطن وديعة عند العامل حتى باعها وجعل ثمنها مضاربة بعد البيع فهذا امر متين مطابق لظاهر اذا نض المال ونقد الثمن اجعل ثمنه مضاربة فان كان ذلك الظاهر مراداً لا يتم ما استدل على بطلانه بان الثمن غير مملوك و غير معلوم و ان اريد نفس السلعة مضاربة قبل البيع وبعد البيع ثمنها فصح ما استدلوا عليه لكنه غير ظاهر من العبارة فتأمل فى جميع ماذكر حتى تعلم .

و بالجملة لو كان مراده حصول المضاربة بمجرد قول المالك بع السلعة وكان ثمنه مضاربة بحيث كان قوله بع السلعة واجعله مضاربة بمنزلة كون السلعة مضاربة نظير الايجاد والانشاء فى الخارج فكما اذا قال يازيد قد تحقق فى الخارج فرد من النداء واذا قال صل او اضرب قد تحقق فى الخارج وجوب الصلاة والضرب فكذلك اذا قال واجعل ثمن السلعة مضاربة قد تحقق فى الخارج انشاء المضاربة فلا كلام فى بطلانه اذ لم يتحقق فى الخارج فعلا بيع السلعة حتى يتحقق مملوكية ثمنها ولايعلم العامل بكم يصير السلعة نقداً واى مقدار يكون ثمن السلعة و مال القراض لابد و ان يكون معلوماً وبطلان المضاربة بهذا المعنى من البديهيات.

واما لو كان المراد بعها واذا بعتها واخذت ثمنها اجعل ثمنها مضاربة فلامحالة يكون صحيحة اذ بعد بيعها صار مالكاً لثمنها فالثمن صار مملوكاً للمالك امانة عند العامل حتى يجعله مضاربة و كان معلوماً عندهما اما عند الوكيل فمن حين البيع واما عند المالك فباخبار العامل .

واما التعليق ان كان مرادهم بذلك قوله اذا بعتها ونقد الثمن اجعل الثمن

مضاربة فهو حينئذ ظاهر فى القسم الصحيح وليس فى الحقيقة تعليقاً فان معناه اذا جعل الثمن فى يدك اجعله مضاربة والفرض انه نقد الثمن بعداً فالثمن مملوك معلوم وان كان غيره مراداً فعليهم البيان .

و كيف كان فالعبارة غير مستقيم لاحتمالها الصحة والبطلان وعليك بالتأمل الكامل فيها ونعم ما عبر عنه بالشباهة بالوديعة فان معنى اذا نض ثمنها فهو قراض انه اذا بعت كان ثمن السلعة مضاربة وقبل البيع كانت السلعة وديعة عندك .

الفرع الثانى ﴿ولو مات رب المال وبالمال متاع فأقره الوارث لم يصح لأن﴾ العقد ﴿الأول بطل﴾ بالموت .

وفى الجواهر وليس هو فضولياً بالنسبة الى الوارث الذى لم يكن له علقة بالمال حال العقد بوجه من الوجوه ، وبذلك افترق عن اجارة البطن الأول العين الموقوفة مدة زادت على حياتهم ، فان الاجارة تصح باجازة البطن الثانى ، لتعلق حق لهم من الواقف . فالاجارة على المدة الزائدة فى نفس الامر لهم ، و ان لم يعلم بها حال العقد ، بخلاف المقام الذى هو ابتداء ملك للوارث بالموت ، وحينئذ فالمدار فى الفضولية كون المعقود عليه حال العقد للغير ، ولكن الفضولى أجرى العقد عليه ، بخلاف نحو المقام الذى هو للمالك ، ولكن بالموت ينتقل عنه الى وارثه انتهى .

ولا يخفى ان المسألة على الظاهر بلا اشكال سواء كان بعد موت المالك كان المال الدرهم و الدينار اوعروض ومتاع فان المال وان انتقل الى الوارث لولم يكن دين مستغرق لكن مالك المضاربة غير الوارث ولم يقع المضاربة مع الوارث كى يكون باقيا فيحتاج بقائه الى تجديد المضاربة للوارث بخلاف البطون المتأخرة فان الكل متأخر يتلقى العين الموقوفة من متقدمه والكل من الواقف .

وفى الحدائق ماهذا لفظه الثانى : لومات رب المال والمال عروض فى يد العامل ، وأقره الوارث على العقد الاول ، فانهم صرحوا بأنه لايصح ، لان العقد

الاول بطل بالموت ، كما تقدم من أنه من العقود الجائزة التى تبطل بالموت فلايصح الابتجديد العقد من المالك الثانى ، والتجديد أيضاً غير جائز ، لانه لابد فى مال المضاربة أن يكون من النقدين ، والموجود الان عروض ، فلايصح المضاربة بها انتهى .

ولايخفى ان ظاهره كون رأس المال فى جميع المدة هو الدرهم والدينار ولومع وقوع الف معاملة معهما فانه لوسلم ذلك مع عدم دليل عليهما سوى الاجماع الغير المتحقق وغير الحجة انما كان فى اول الامر لا الى آخر المضاربة فيمكن كون الموت بعد خمسين سنة ففى جميع هذه المدة كانت المعاملات بالدرهم والدينار فلولم تصح المعاملة الا بهما لكان جميع المعاملات الواقعة فى حال الحياة باطلة ايضا وهو كما ترى اذلازمه كون جميع نفوذ المعاملات هو الدرهم والدينار وهو مع عدم امكانه فى جميع الايام كعصرنا الحاضر الذى كان جميع اموالهم القرطاس لم يكن له دليل اصلا بل لو سلم هو فى اول المعاملة ويدل فى اول معاملة العامل بالعروض .

وكيف كان فاذا مات فى اثناء المضاربة المالك وبطلت المضاربة كان رأس المال هو العروض فلوصح للوارث اجازة المضاربة لايصح من حيث العروض حيث ان اللازم عند القوم فى اول الشروع كون رأس المال الدرهم والدينار ولذا قال ﴿ولايصح ابتداء القراض﴾ .

وفى الجواهر قال فى القرض الذى قد عرفت امتزاج المال فيه ﴿بالعروض﴾ حتى فى النقد منه خاصة ، لعدم ذكر الحصة له ، و انما ذكرت للجميع الذى منه العروض ﴿ولو اختلفا فى قدر رأس المال ، فالقول قول العامل مع يمينه﴾ سواء كان المال باقياً أوتالفاً بتفريط اوغيره ﴿لانه اختلاف فى المقبوض﴾ .

وفى الجواهر قال وفى الواصل اليه والداخل تحت سلطانه بالتصرف فيه، ولاريب فى أن الاصل عدم ذلك بالنسبة الى الزايد ، بل هو فى صورة التلف بتفريط

غارم محض، و الأصل براءة ذمته ، فيكون هو المنكر ، بل ظاهر المتن و غيره أن ذلك كذلك حتى لو فرض ظهور ربح لذلك أيضاً .

لكن قد يشكل حينئذ بأن ذلك يؤل من العامل الى دعوى زيادة استحقاقه فى المال المشخص الى ان قال و من هنا جزم فى جامع المقاصد و المسالك بأن القول قول المالك فى الفرض واستحسنه فى الرياض ، ولعله الأقوى ، ومنه يعلم ماعن فخر المحققين من أن القول قول المالك الا مع التلف بتفريط ، اذ لايخفى عليك ما فيه بعد الاحاطة بما ذكرناه انتهى .

ولايخفى ان مصب الدعوى دعوى العامل فى اقلية رأس المال والاصل عدم الزيادة لان الاختلاف فى القبوض وانه قبض العامل مأة اوخمسين والاصل عدم الاخذ الافى المتيقن كما هوفى كل حادث فدعوى زيادة رأس المال على خلاف الاصل ولا يصل النوبة الى احتمال زيادة استحقاقه فى المال المشخص والاصل عدم زيادة استحقاقه توضيح ذلك انه كان الموجود من رأس المال مأة دينار .

و قد اختلف فيها و قال المالك هى رأس المال و قال العامل هو خمسون دينارا فان كان القول هو العامل لاصالة عدم الزيادة معناه كان الخمسون الزيادة على رأس المال حسب ادعاء العامل ربح و يكون بين المالك والعامل و ان كان القول قول المالك فلاربح فى البين بل كان الجميع رأس المال فلانصيب للعامل من المال فادعاء كون رأس المال هو الخمسون مستلزم لزيادة نصيبه فى المال المشخص والاصل عدم الزيادة فالقول قول المالك و هو كما ترى اذقول العامل حسب دعواه اقلية رأس المال موافق لاصالة عدم الزيادة بخلاف قول المالك فان دعواه الزيادة على خلاف الاصل فلايصل النوبة الى ان لازم دعواه الزيادة دعوى زيادة حق العامل فى المال المشخص والاصل عدم زيادة المال على حقه .

نعم ان كان اصل الدعوى فى زيادة الربح وعدمها كان الاصل عدم زيادته

فالقول بتقدم قول المالك فى غير محله سواء ظهر ربح اولا و فى الحدائق قال لو اختلف العامل والمالك فى قدر رأس المال فمقتضى القاعدة ان القول قول العامل بيمينه ، لانه ينكر قبض الزيادة ، و المالك يدعى اقباضها و لافرق فى ذلك بين كون المال باقياً ، أو تالفاً بتفريط العامل ، بل الحكم فى الثانى بطريق اولى فان العامل حينئذ غارم ، فالقول قوله فى القدر .

قال فى المسالك : هذا كله اذا لم يكن ظهر ربح ، والافقى قبول قوله اشكال من جريان التعليل المذكور ، وهو الظاهر من اطلاق المصنف ، ومن اقتضاء انكاره لزيادة رأس المال توفير الربح ، فيزيد حصته منه ، فيكون ذلك فى قوة اختلافهما فى قدر حصته منه مع أن القول قول المالك فيه بيمينه ، و لانه مع بقاء المال الاصل يقتضى كون جميعه للمالك ، الى أن يدل دليل على استحقاقه الزائد ، ومع تلفه بتفريط فالمضمون قدر مال المالك ، واذا كان الاصل استحقاق المالك لجميعه قبل التلف الاما أقر به للعامل ، فالضمان تابع للاستحقاق و هذا هو الاقوى ، وربما قيل : ان القول قول المالك الامع التلف بتفريط مطلقاً ، وهو ضعيف جدا انتهى كلام الحدائق .

و كيف كان فاللازم فى الدعوى اجراء الحكم الى ظاهر كلام المتخاصمين لارفع اليد عن ظاهر كلام احدهما والاخذ بما هو لازمه فهو بمنزلة من ترك ظاهر الكلام ومعنى المطابقى والاخذ بالخارج اللازم بل لمجرد الاحتمال فالعامل يدعى صريحا كون رأس المال اقل وهو موافق لاصالة عدم الزيادة فيكون منكرا وداخلا فى عموم البينة على المدعى واليمين على من انكر مع لزوم حمل قول المسلم على احسنه وانه صدق فى دعواه فيترك مايرجع الى شئى اخر وحمل قول العامل على الكذب باحتمال ارادته زيادة الربح حتى يكون له من الربح ايضا نصيب كما ترى .

بل المسألة من الشك السببى والمسببى فان الشك فى استحقاق المالك زيادة على المتيقن فيما بينهما مسبب عن زيادة رأس المال والقاعدة فى امثال المقامات هو اجراء الاصل فى السبب وهو زيادة رأس المال على المتسالم بينهما والاصل عدم الزيادة كما اذا شك فى زوال نجاسة المغسول بماء المشكوك الكرية الذى كان كرا سابقا فان الشك فى بقاء النجاسة مسبب عن كون الماء كراً اولا فاذا جرى استصحاب بقاء الكرية السابقة قد علم بطهارة المغسول ظاهرا فاذا كان فى البين مأة دينار مثلا وكان المالك يدعى هذه رأس المال وقال العامل نصفه مثلا مال القراض ونصفه الاخر ربح بيننا واللازم هو الاخذ بمقدار اعترافه وهو الاقل والباقى من الزيادة بينهما .

﴿ولو خلط العامل مال القراض بماله بغير اذن المالك خلطاً لا يتميز ضمن لانه تصرف غير مشروع﴾ له وفى الجواهر ضرورة كونه أمانة فى يده ، فلا يجوز خلطها كالوديعة ، على أن الشركة عيب .

نعم لا يبطل العقد بذلك، فيبقى الربح حينئذ بينهما على حسب الشرط ، وان أثم بذلك العامل وضمن، هذا كله مع اطلاق العقد ، أما مع الاذن فى ذلك خصوصاً أو عموماً فلا بأس به مع المصلحة فى الاخير ، كما هو واضح انتهى وهو فى محله

الامر ﴿الثالث فى الربح﴾ وقد ورد فى الاخبار والربح بينهما والوضيعة على المال وقد يقال ان الربح معدوم عند العقد وحصوله بعد العمل غير معلوم فلا يملكه رب المال حال العقد حتى تملك العامل حصة منه عوضا عن عمله انتهى وهو على الظاهر على خلاف الروايات المثبتة حصة من الربح للعامل على حسب الشرط نصفاً اوثلثا او ربعا .

فان ظاهر هذا الكلام عدم وجوده حال العقد ووجوده بعده غير معلوم فلا يملكه رب المال كى يملك العامل الحصة وهو اجتهاد فى مقابل النص مع ان الامر المحقق الوقوع بمنزلة الوقوع فعلى تقدير التحقق يجرى حسب الشرط

على ان ظاهر الاخبار ليس هو تمليك فعلى بل على فرض التحقق والافلا ﴿ويلزم الحصة﴾ منه ﴿بالشرط﴾ .

فى الجواهر فى هذه المعاملة ان نصفاً فنصف وان ثلثا فثلث ﴿دون الاجرة على الاصح﴾ الموافق لما هو المشهور بل المجمع عليه من مشروعيتها ، المدلول عليها بقوله تعالى «الا أن تكون تجارة عن تراض» وغيره وبالمتواتر من السنة المروية من الطرفين ، انتهى .

و المقصود انه اذا انعقد عقد المضاربة و جعل للعامل الشرط نصفا او ثلثا ونحوهما ينعقد بلا كلام خلافا لما عن المفيد ره وبعض الاخر حيث ذهبوا الى عدم لزوم الشرط بل ليس للعامل الا اجرة المثل ولا يخفى بعده فالقوى ان العامل يملك حصته من الربح بنحو ما شرط له كما عليه الاجماع .

قال فى الحدائق ما لفظه : المشهور بين الاصحاب ان المضارب يستحق من الربح ما وقع عليه الشرط من النصف او الثلث أو الربع أو غير ذلك ، وهو اختيار الشيخ فى الخلاف والمبسوط والاستبصار ، وقال فى النهاية ان له أجرة المثل ، والربح بتمامه للمالك ، قال : وقد روى أنه يكون للمضارب من الربح بمقدار ما وقع الشرط عليه من نصف أوربع ، أو أقل أو اكثر ، ونقل هذا القول أيضاً عن الشيخ المفيد ، وسلار وابن البراج انتهى .

قال فى القواعد (المطلب الرابع العامل يملك الحصة من الربح بالشرط) وفى مفتاح الكرامة بعده ما هذا لفظه كما صرح به فى الاستبصار لانه جعله عنوان الباب والنهاية فيما اذا اشترى العامل أباه أو ولده وفيما اذا ضارب بمال اليتيم و فيما اذا خالف أمر المالك وغير ذلك من كلامه فيها وبه طفحت عبارة الخلاف والمبسوط فى الباب و باب الزكوة و المهذب فيما يقرب من عشرين موضعا منه وفقه الراوندى و الوسيلة و الغنية و السرائر و جامع الشرائع

والشرائع والنافع و كشف الرموز والتذكرة والتحرير والارشاد وشرحه لولده والتبصرة والمختلف والايضاح واللمعة وغاية المراد والمهذب البارع والمقتصر والتنقيح وجامع المقاصد والروض والمسالك والروضة و مجمع البرهان والكفاية والمفاتيح والرياض .

وهو المحكى عن أبى على وهو قول جميع المسلمين كما فى الروضة وقول جميع العلماء على اختلاف مذاهبهم الاقليلا من أصحابنا كما فى المسالك والكفاية الاّ شواذاً من اصحابنا كما فى المفاتيح و عليه الاجماع كما فى السرائر و هو المشهور كما فى المهذب البارع والمقتصر والمشهور المفتى به كما فى التنقيح وعليه الاكثر كما فى جامع المقاصد و عامة من تأخر كما فى الرياض و القول بالخلاف نادر كما فى الروضة بل فيها ان اجماع المسلمين يدفعه و المخالف المفيد فى المقنعة قال وللمضارب أجر مثله والربح كله لصاحب المال .

وقال أيضا انه ان شاء اعطاه ما شرطه له فى الربح وان شاء منعه و كان عليه أجرة مثله و قال فى موضع النهاية للمضارب أجرة المثل و الربح لصاحب المال و قد روى أنه يكون للمضارب من الربح بقدر ما وقع الشرط عليه من نصف أو ربع .

(وقال فى المراسم) المضاربة أن يسافر رجل بمال رجل فله أجرة المثل و لاضمان عليه (وقال فى الكافى) اذا دفع المرء لغيره مالا ليتجر به أو متاعا ليبيعه وجعل له قسطا من الربح لم ينعقد بينهما شركة وانما له فى الحكم اجرة مثله دون ما شرطه والاولى الوفاء به و هذا صريح فى الخلاف و قد حكاه فى المختلف عن ظاهره و قد حكاه عن القاضى و لم نجد له أثراً فى المهذب بل سمعت ما وجدناه .

و قد حكى الجماعة كلام المختلف حرفا فحرفا مستريحين اليه كما أنه

فى السرائر لم يحك الخلاف الا عن النهاية مع انه موافق فيها للاصحاب فى عدة مواضع وقد رد فى السرائر كلام النهاية باجماعنا وتواتر اخبارنا فى ان المضارب اذا اشترى أباه أو ولده وكان فيه ربح انعتق عليه وهو دليل متين لكن ليس فى ذلك فى الجوامع العظام الاخبران لكن الاخبار الدالة على ذلك غير هذين الخبرين كثيرة مصرحة فى الربح بالشركة وان الربح بينهما على حسب ما شرط ولو كان مستحقا للاجرة لكان ذلك على المالك لا على الربح وقد استدل المصنف وولده والكركى على المشهور بعمومات الايفاء بالعقود والشروط .

(وفيه) انها تفيد الوجوب من حين ايقاعهما وهو كما ترى (الا أن تقول) انها تفيده من حين ظهور الربح فيتم الاستدلال وقد انتهض الجماعة لتأويل كلام المخالفين (قال فى كشف الرموز) قال صاحب الواسطة يحمل قول المفيد على الوجوب و قول المعظم على الاستحباب قال و حمل بعض الاصحاب كلام المفيد على ما اذا كانت فاسدة .

قلت : كلام ابى الصلاح صالح للامرين لانه جعل دفع المال للمضاربة و دفع المتاع ليبيعه سواء وقال الاولى الوفاء به وقد احتج المصنف وولده لهم بان المضاربة معاملة فاسدة والنماء تابع للاصل وحكى فى ايضاح النافع عن المحقق انه قال لااعرف لهم مستنداً يصح الاعتماد عليه فان تمسكوا بان الحصة مجهولة فليس بشىء لانه اجتهاد فى مقابلة النص و الشهرة و يرد مثله فى المزارعة وفى كلام النهاية حيث لم يجز المضاربة بالدين ما يدل على أن هناك مضاربتين صحيحة وفاسدة فكلامها شديد الاضطراب غير ملتئم الاطراف وكلام المراسم فيه اختصار مخل جدا وكلام الكافى فى الباب غير كاف و نحوه كلام المقنعة انتهى .

ولايخفى ان مثل هذه الاختلاف من مثل من لم يلد الدهر بمثله الاالقليل مع ورود كثرة الروايات الدالة على صحة الشرط وان الربح بينهما وعدم دلالة

رواية يمكن معارضتها معها ومع ذهاب الكل اليه وكون الاجماعات على خلافه كما ترى مشكل جدا و بعض الموافقين له انما ذهبوا الى موافقته لاجل جلالة قدره و عظمته والا فلو لا كونه بنى المخالفة لا اظن ان يخالف احد على فتوى القوم واجماعاتهم فذلك الامر منه لعجيب .

﴿و﴾ اذا عرفت ان الاقوال الكثيرة على الاول فيعرف بان هذا القول واضح الفساد . نعم ﴿لابد أن يكون﴾ جميع ﴿الربح مشاعاً﴾ على جهة الشركة بينهما ﴿فـ﴾ حينئذ ﴿لو قال خذه قراضاً والربح لى﴾ من دون شراكة له بل كان الكل للمالك ﴿فسد﴾ قراضا بلا كلام وله اجرة المثل ﴿ويمكن﴾ بعيدا ﴿ان يجعل﴾ المراد بقوله قراضا هو ﴿ بضاعة نظرا الى المعنى ﴾ لااللفظ فان لفظ القراض غير البضاعة التى هى امانة بمعنى ان العامل لا يستحق على عمله اجرة فلا يصح من لفظ القراض ارادة الامانة حقيقة لكن يصح مجازاً بحسب المعنى اذ القراض والبضاعة كلاهما يستعمل فى المال والاستفادة غاية الامر القراض ربحاً والبضاعة تبرعا فيراد من القراض البضاعة مجازاً فيكون متبرعا .

﴿و﴾ هو عجيب فضلا عن ان يكون ﴿فيه تردد﴾ مما تقدم ومن ظهور اللفظ فى معناه الحقيقى بل لايسبق الى الذهن من القراض البضاعة والعمل للمالك مجانا و تبرعا فاللفظ ظاهر فى معناه الحقيقى سواء كان قراضا صحيحا كالشراكة فى الربح اوفاسدا كى يكون له اجرة المثل فاللفظ ظاهر فى معناه الحقيقى صحيحا اوفاسداً كما فى المقام فالصلاة مثلا ظاهرة فى الاركان المخصوصة صحيحة كانت اوفاسدة عند المتشرعة الا ان يراد منها المعنى المجازى بالقرينة المنصرفة عن معناها الحقيقى .

و كذا فى كل حقيقة ومجاز وان ارادة المعنى المجازى تحتاج الى قرينة تنصرف الذهن عن معناه الحقيقى كما فى قوله رأيت اسداً يرمى وبدون القرينة ظاهر فى معناه الحقيقى وهو القراض الفاسد وفى الجواهر بعد قوله فيه تردد .

قال من ذلك ، ومن ظهور اللفظ فى ارادة المعنى الحقيقى الذى هو أعم من الصحيح والفاسد ، وهو غير معنى البضاعة الذى هو الاقدام على التبرع فى العمل وليس فى الفرض مايشعر بذلك بوجه فدعوى اتحاد المعنى حينئذ واضحة الفساد كدعوى كون اللفظ لغوا انتهى .

﴿ وكذا التردد لو قال ﴾ خذه قراضاً ﴿ و الربح لك ﴾ فانه بين كونه قرضاً ولازمه جميع الربح له لانه بالاخذ كان مالكا فالربح له وبين كونه قراضا فاسداً والربح للمالك وكان للعامل اجرة المثل والاول بعيد عملا بظاهر لفظ القراض كما عن المشهور .

﴿أما لو قال : خذه فاتجر به و الربح لى كان بضاعة﴾ فليس بقراض ولو فاسداً من حيث نسبة المال الى البضاعة الظاهرة فى غير القراض وقوله والربح لى ظاهر فى ان الربح كله للمالك ويكون متبرعا ﴿ولو قال : والربح لك كان قرضاً﴾ حيث ان كون الربح له ظاهر فى كونه مالكا للمال وليس الا فى القرض .

وفى الحدائق فى مقام الاشتراك فى الربح قال ومنها أن يقول : خذه قراضاً والربح لى ، ووجه الفساد فيه أيضا ظاهر ، لان مقتضى القراض كما عرفت من النصوص واتفاق كلمة الاصحاب الاشتراك فى الربح ، وقوله : والربح لى ، ينافى ذلك ، وحينئذ فلا يصح أن يكون قراضاً البتة ، و هل يكون فى هذه الصورة بضاعة بمعنى أن العامل لا يستحق على عمله أجرة كما هو المقرر فى البضاعة ، أم يكون قراضا باطلا ؟ للاخلال بشرط القراض مع التصريح بكونه قراضاً ـ وجهان : والمشهور الثانى لما ذكر ، وعلى تقديره حينئذ قراضاً يكون الربح للمالك خاصة لانه نماء ماله ، وعليه أجرة المثل للعامل ، هذا مقتضى قواعدهم ، وبه صرحوا هنا .

قيل : و وجه الاول النظر الى المعنى ، فانه دال على البضاعة ، و ان كان بلفظ القراض ولان البضاعة توكيل فى التجارة تبرعاً ، وهو لا يختص بلفظ ، وما

ذكر دال عليها ، ولانه لايحكم بالغاء اللفظ ما أمكن حمله على الصحة ، وذكر القراض وان كان منافياً بحسب الظاهر ، الا أنه يمكن أن يكون مأخوذا من معنى المساوات التى هى أن يكون من أحدهما المال ، ومن الاخر العمل ، من غير التفات الى أمر آخر ، وهو أخذ ما اشتق منه المعنى الشرعى .

ولو قيل : ان ذلك بحسب اللغة ، والحقيقة الشرعية تأباه ، امكن أن يتجوز فيه ، فان الحقايق اللغوية تصير مجازات شرعية ، وهو أولى من الفساد انتهى .

أقول : لايخفى مافيه من التكلف البعيد ، و التحمل الغير السديد ، و لو انفتح هذا الباب فى مفاهيم الالفاظ ، لانفتح الباب فى الجدال ، واتسعت دائرة القيل والقال الى ان قال بقى الكلام فى أن ظاهر الاصحاب أنه - مع الحكم بكونه قراضاً فاسداً - يكون الربح للمالك ، وللعامل أجرة المثل كما عرفت .

وقال العلامة فى المختلف بعد أن نقل عن الشيخ فى الخلاف و المبسوط أنه لوقال : خذه قراضاً على أن الربح كلّه لى ، كان قراضاً فاسداً ولايكون بضاعة - ما لفظه : والوجه عندى أنه لاأجرة للعامل ، لانه دخل على ذلك فكان متبرعا بالعمل ، فلاأجرة له حينئذ ، و ظاهره أنه و ان كان قراضاً فاسداً فانه لاأجرة له لدخوله مع عدم تعيين أجرة ، فكان عمله تبرعا ، وقواه فى المسالك ، الا أنه احتمل بناء كلام العلامة على البضاعة أيضاً ، ولايخلو من قوة.

فعلى تسليم كون البناء على البضاعة كان متبرعا لاقراضا فاسداً و الحاصل عدم الاجرة من حيث كون البناء على البضاعة لاالقراض الفاسد و كيف كان فاحتمال عدم الاجرة على العامل ولوعلى القراض الفاسد من العجائب فتقوية الحدائق قول العلامة على عدم الاجرة من حيث ان بناءه على البضاعة لاالقراض الفاسد فان اجرة المثل قدثبتت لكون عمل المسلم محترماً .

ثم قال «ومنها أن يقول : خذه قراضاً والربح كله لك ، و قد عرفت آنفاً وجه الفساد فيه ، وأنه لايصح قراضاً ، وهل يكون ذلك قرضاً بالتقريب المتقدم

فى البضاعة بالنظر الى تلك العبارة ، أو قراضاً فاسداً كما تقدم أيضاً ، فعلى الاول يكون الربح كله للعامل ، والمال مضمون عليه ، كما هو شأن القرض ولا شيء للمالك وعلى الثانى فالربح كله للمالك ، وعليه أجرة المثل للعامل انتهى ولا كلام فى الاول فيكون قراضاً فاسداً وللعامل اجرة المثل .

وفى الجواهر بعد العبارة قال ضرورة عدم الفرق بين هذا وبين ما تقدم ، الا بعدم وجود لفظ القراض فيه ، ولكن ذلك لا يعين ارادة القرض والبضاعة منه ، الا بدعوى انصراف الاطلاق اليهما ، أو حمله عليهما ولو لأصالة الصحة كما هو ظاهر المسالك الا أنها يمكن منعها .

نعم لو قصد القرض والبضاعة منه لم يكن ثم اشكال ، بل لا اشكال فى جريان القراض الفاسد عليه اذا قصد به ، فان التصريح بالقراض ونحوه فى العقد ليس بشرط بعد صلاحية العقد له .

ولو اختلفا فى العقد المبطل ففى المسالك احتمل تقديم المالك ، لأنه أعرف به والعامل نظراً الى ظاهر اللفظ ، وترجيحاً للصحة ، ولو اختلفا فى ضميمة اللفظ قدم قول مدعى ما يصح معه العقد ، لأصالة الصحة وعدم الضميمة .

قلت : لا يخفى عليك عدم اتيان الوجهين بعد تسليم كون ظاهر اللفظ ذلك ضرورة عدم وجه لمن يدعى خلاف الظاهر بلا قرينة ، و الا لزم من ذلك فساد كثير انتهى .

وهو متين اذ جميع الامورات استفادتها موقوفة على ظهور الالفاظ وبه يطمئن النفوس فى جميع مراداتهم ومن يدعى خلافه لا يقبل منه الا بالقرينة الموجبة لانصراف اللفظ عن ظاهره وحيث ان قول المالك مستند الى ظاهر لفظ القراض فيكون قراضا فاسدا فاذا قال قارضتك والربح لى اولك ظهور اللفظ هو المضاربة الا انها فاسدة بقرينة لى ولك .

﴿ولو شرط احدهما شيئا معينا﴾ كعشرة الدراهم مثلا ﴿والباقى بينهما﴾

وقد ﴿فسد لعدم الوثوق بحصول الزيادة فلا تتحقق الشركة﴾ .

وفى الجواهر بعد المتن قال لعدم ثبوت ما يدل على الصحة فى الفرض ، ضرورة اقتصار النص والفتوى على صحة المشتمل على اشتراك جميع الربح بينهما على جهة الاشاعة بنحو النصف والثلث والربع ، وما يؤدى مؤداها ، انتهى .

و فى الحدائق فى مقام الاشتراك فى الربح ما نصه و يتفرع عليه صور ، منها - أن يجعل لاحدهما شيئا معينا كعشرة دراهم مثلا ، فانه باطل اتفاقا ، و كذا لوضم الى ذلك أن الباقى بينهما ، ولانه ربما لا يربح الا ذلك القدر ، فيلزم أن يختص به من شرط له ، ويبقى الاخر بغير شىء مع ان الروايات المتقدمة قد اتفقت على ان الربح بينهما .

وبالجملة فان عقد المضاربة يقتضى الاشتراك بينهما فى كل ما يحصل من الربح بمقتضى الاخبار المذكورة ، وهيهنا الربح ليس بينهما ، سواء ضم الى ذلك ان الباقى بينهما أم لا ، بل الذى بينهما انما هو بعضه على تقدير الزيادة ، وجميعه على تقدير عدم الزيادة انما هو لمن شرط له ، فيبطل العقد البتة على كل من الصورتين انتهى .

و كيف كان فالمسألة واضحة ﴿ولو قال خذه على النصف صح﴾ وفى الجواهر لتبادر كون المراد من مثل هذه العبارة ان الربح بينهما نصفين ، ﴿و كذا لو قال:﴾ خذه ﴿على أن الربح بيننا﴾ للتبادر المذكور ، ومن هنا لو اتفقا على ذكر ذلك ﴿و﴾ اختلفا بالتفاوت ﴿يقضى بالربح بينهما نصفين﴾ وفى الجواهر كما فى كل مقام ذكر فيه لفظ الاشتراك أو ما يؤدى مؤداه فى الأقرار وغيره ، فانه يفهم عرفا منه مع الاطلاق التساوى انتهى .

و فى الحدائق ما لفظه الظاهر أنه لا خلاف بينهم فى أنه يشترط فى الربح الشياع ، بمعنى ان يكون كل جزء جزء منه مشتركاً ، لانه مقتضى المضاربة كما تنادى به الاخبار المتقدمة من حكمها بأن الربح بينهما ، يعنى كل جزء جزء

منه ، ومالم يكن مشتركاً فانه خارج عن مقتضاها ، فهذا الشرط داخل فى مفهوم المضاربة .

ويتفرع عليه صور ، منها - ان يجعل لاحدهما معينا كعشرة دراهم مثلا، فانه باطل اتفاقا ، وكذا لوضم الى ذلك أن الباقى بينهما ، ولانه ربما لايربح الا ذلك القدر ، فيلزم أن يختص به من شرط له ، و يبقى الاخر بغير شىء مع أن الروايات المتقدمة قد اتفقت على أن الربح بينهما .

وبالجملة فان عقد المضاربة يقتضى الاشتراك بينهما فى كل ما يحصل من الربح بمقتضى الاخبار المذكورة ، وهيهنا الربح ليس بينهما ، سواء ضم الى ذلك ان الباقى بينهما أم لا ، بل الذى بينهما انما هو بعضه على تقدير الزيادة ، وجميعه على تقدير عدم الزيادة انما هو لمن شرط له . فيبطل العقد البتة على كل من الصورتين انتهى .

﴿ولو قال :﴾ خذه ﴿على أن لك النصف صح﴾ و﴿ أما ﴿لو قال : على أن لى النصف واقتصر ، لم يصح لانه لم يعين للعامل حصة﴾ .

ولايخفى ما فيه فان قوله لى النصف كالصريح فى كون نصف الاخر للعامل فان الواحد له نصفان فاذا كان نصفه للمالك فنصفه الاخر للعامل وكذا لو قال لى الثلثان فان الظاهر ان للعامل ثلث وهكذا نعم لو لم تعين له كانت المضاربة باطلة وله اجرة المثل .

وفى الجواهر قال قلت : قد يمنع ذلك بدعوى انسياق ارادة كون الربح بينهما نصفين من نحو هذه العبارة عرفاً ، من غير فرق بين ذكر النصف للمالك أو للعامل ، فان المراد النصف الآخر للاخر ، كما هو واضح .

﴿ولو شرط لغلامه﴾ أو غلام العامل ﴿حصة معهما صح ، عمل الغلام أو لم يعمل﴾ وفى الجواهر بناء على أن العبد لايملك شيئا ، فاشتراطها حينئذ له اشتراط لسيده والفرض أنه أحدهما ، ويجوز تساويهما فى الصحة وتفاوتهما .

﴿و﴾ أما ﴿لو شرط لأجنبي و﴾ لو كان خادماً لأحدهما فالمشهور أنه ان ﴿كان عاملا صح﴾ الشرط لانه حينئذ يكون بمنزلة العامل المتعدد ﴿وان لم يكن عاملا فسد﴾ وفي الجواهر لان الثابت من القراض ما كان تمام الربح فيه مشتركاً بين المالك والعامل ، انتهى .

ولايخفى ان ذلك فيما لم يشترط والافمع الشرط لايبعد الصحة ولذا قال ﴿وفيه وجه آخر﴾ و في الجواهر بناء على أنه ما حكاه في المسالك من صحة الشرط له وان لم يعمل ، لعموم « المؤمنون » « وأوفوا » او ان المشروط يكون للمالك حيث لم يعمل ، رجوعا الى اصله ، لئلا يخالف مقتضى العقد ، ولاقدام العامل على أن له ما عين له خاصة ، اذقد عرفت أن ظاهر النصوص اوالثابت فيها ما سمعت على وجه لايعارضه العموم المزبور ، بناء على شموله لمثل المقام . والله العالم انتهى .

ولكن المسألة غير خالية عن الاشكال اذالقدرالمتيقن فيماكان الغير عاملا واما بدون العمل فيكون فيما اخذ ضررا على المالك و العامل فانه حقهما يصل الى غير مستحقه .

﴿ولو قال﴾ خذه قراضاً و﴿لك نصف ربحه صح﴾ بلاخلاف ولااشكال وانما ذكره مقدمة لقوله ﴿و كذا لو قال : لك ربح نصفه﴾ وهو واضح .

﴿ولو قال لاثنين﴾ مثلا : ضاربتكما بهذاالمال مثلا و﴿لكما نصف الربح﴾ مثلا ﴿صح﴾ وفي الجواهر لاطلاق الادلة والسيرة ، ولفظ العامل في النصوص يراد منه الجنس الشامل لمازاد على الواحد ، أو المثال ، كالمالك فانه لايعتبر فيه الاتحاد أيضاً ، فيجوز مضاربة الاثنين لواحد مثلا ، كما أنه يجوز في الصورتين تمييز كل من مالي العاملين وعدمه انتهى .

﴿و كانا فيه﴾ اى النصف ﴿سواء﴾ لماعرفته من اقتضاء الاطلاق ذلك ولو للتبادر و كان لكل واحد منهما ربع والنصف الباقي للمالك ﴿ولو فضّل أحدهما

صح أيضا﴾ عندنا ﴿وان كان عملهما﴾ فيه ﴿سواء﴾ اومختلفا بان يجعل المالك نصف الربح له كاربعة اثمان وثمنان لاحدهما وثلاثة اثمان للاخر وهكذا الوجعل لنفسه ثمنين واربعة لاحدهما واثنين للاخر .

﴿ولو اختلفا فى نصيب العامل فالقول قول المالك مع يمينه﴾ وفى الجواهر عند علمائنا كما فى التذكرة لانه منكر للزايد ، ولان الاصل تبعية النماء للمال فلا يخرج عنه الا ما أقر المالك بخروجه عنه ، من غير فرق فى ذلك بين ظهور وعدمه انتهى مثلا اذا قال العامل كان لى نصف الربح وقال المالك بل ثلثة واصالة عدم الزيادة تقتضى تقدم قوله واما تبعية النماء للمال فهو مسلم ايضا فاذا كان مأءة دينار كان كل الربح لها الا المقدار الذى خرج بالشرط وهو الاقل بمقتضى اصالة عدم زياده الربح فهو الحكم فلازمه جميع الربح للمالك الا المتيقن من الخروج .

وفى الحدائق مالفظه لو اختلفا فى نصيب العامل فان مقتضى القواعد الشرعية أن القول قول المالك بيمينه ، لانه منكر لما يدعيه العامل من الزيادة ، ولان الاختلاف فى فعل المالك الذى هو تعيين الحصة وهو أبصر به ، ولان الاصل تبعية الربح لرأس المال ، فلا يخرج عنه الا ما أقر المالك بخروجه ، والمعتمد من هذه الوجوه هو الوجه الاول ، فانه المعتضد بالنصوص الصحيحة الصريحة وماعداه من المؤيدات الواضحة .

وقيل : ان هذا مع عدم ظهور الربح ، أما معه فالحكم هو التحالف ، لان كلا منهما مدع ، ومدعى عليه ، فان المالك يدعى استحقاق العمل الصادر بالحصة الدنيا ، والعامل ينكر ذلك ، فيجىء القول بالتحالف ، لان ضابطه كما سلف فى البيع أن ينكر كل واحد منهما مايدعيه الاخر ، بحيث لا يجتمعان على أمر ويختلفان فيما زاد عليه ، ورد بأنه ضعيف ، لان نفس العمل لا يتناوله الدعوى ، لانه بعد انقضائه لامعنى لدعوى المالك استحقاقه ، وكذا قبله ، لان العقد الجائز

لايستحق به العمل ، وانما المستحق المال الذى أصله للمالك ، وحقيقة النزاع فيه فيجىء فيه ماتقدم من الاصول وهو جيد .

﴿ ولو دفع قراضاً فى مرض الموت ، و شرط ربحا صح ، و ملك العامل الحصة ﴾ وان كانت أزيد من أجرة المثل ، و قد مر تمام الكلام فى منجزات المريض ج ٢٨ ص ٣١ .

﴿ولو قال العامل : ربحت كذا ورجع ، لم يقبل رجوعه ، و كذا لو ادعى الغلط﴾ و فى الجواهر لسبق اقراره الماضى عليه ، لقاعدة « اقرار العقلاء على أنفسهم جائز » و قاعدة « عدم سماع الانكار بعد الاقرار » السالمتين عن معارضة قاعدة « سماع الامين فى كل ما يدعيه » بعد عدم ثبوت هذا العموم فيها ، و انما الثابت المسلم منها ما لم يسبق باقرار ، وعلى فرض العموم المزبور يمكن ترجيح قاعدة « الاقرار » عليها ، فتخص بها حينئذ ، بل قد يقال : ان ما نحن فيه من تقديم أحد قولى الامين على الاخر انتهى .

ولايخفى ما فيه لان الامين امين على كل حال وقوله حجة ولو بعد قوله على خلافه لاحتمال وقوع قول الخلاف سهواً او نسيانا او جهلا وقد ارتفع العذر واخبر بما هو حق وترجيح قاعدة الاقرار فيما لم يحتمل السهو او النسيان عن الامين و منه يعلم انه لايلزم منه كذب اقراره السابق مع كثرة احتمال السهو ولزوم حمل قول الامين على الصحة بل يلزم منه كذب اقراره السابق و لاينثلم ذلك بامانته بخلاف عدم قبول الثانى فان لازمه عدم قبول قوله مع انه امين مع انه مدعى فعلا وعموم البينة على المدعى بحاله و كون امانته بمنزلة بينته فلا تصل النوبة بيمين المنكر و منه يظهر عدم تمامية الفرق بقوله .

﴿أما لو قال : ثم خسرت ، أو قال : ثم تلف الربح ، قبل﴾ لانه أمين يصدق فى القسمين وفى الجواهر مانصه نعم قيده فى التذكرة فيما اذا كان دعوى الخسران فى موضع يحتمل ، بأن عرض فى السوق كساد ، والا لم يقبل ، ولا بأس به انتهى .

وقد عرفت عدم الفرق ﴿والعامل يملك حصته من الربح بظهوره﴾ ملكاً متزلزلا ﴿ولا يتوقف﴾ ذلك ﴿على وجوده ناضاً﴾ والمسألة مشكلة وفيها اقوال اربعة مشهورها ما ذكره المصنف من ان العامل يملكه بالظهور ويبقى الربح بحاله حتى يظهر حال رأس المال وهذا هو المراد بكونه ملكا مستقراً لقولهم بان الربح وقاية لرأس المال اللازم منه عدم حصوله حتى يتعين حال رأس المال فان نقص بالخسران يضم اليه حتى يصل الى اوله قال فى القواعد ويملك بالظهور لا بالانضاض على رأى ملكا غير مستقر وانما يستقر بالقسمة أو بالانضاض والفسخ قبل القسمة وفى الايضاح بعدها قال ما لفظه :

اقول: الذى سمعناه من والدى المصنف ادام الله ايامه ان فى هذه المسألة ثلاثة اقوال انه يملك بمجرد الظهور وهو الاصح لان سبب الاستحقاق الشرط الصحيح فاذا حصل الربح فليثبت مقتضى الشرط ولانه مملوك لا بد له من مالك وليس رب المال لانه لا يثبت احكام الملك فى حقه فيلزم ان يكون للعامل اذ لا مالك سواهما اجماعاً ولانه لو لم يملك بالظهور لم يكن له المطالبة بالقسمة لكن التالى باطل اتفاقاً فكذا المقدم والملازمة ظاهرة لصدق لاشىء من غير الشريك له المطالبة بالقسمة اتفاقاً ولانه لو لم يملك بالظهور لم يعتق عليه نصيبه من ابيه لو اشتراه وظهر ربح لكن التالى باطل فالمقدم مثله .

اما الملازمة فظاهرة اذ لا مقتضى الا ملكه قطعاً، واما بطلان التالى فلحديث محمد بن قيس ولقول ابى الحسن عليه السلام الربح بينهما وهذا يقتضى بعمومه ملكه بمجرد الظهور والاخبار كثيرة متواترة بهذا المعنى (واعلم) انه اذا قلنا انه يملك بالظهور يريد به ملكاً غير مستقر فلا يتسلط العامل عليه وليس له التصرف فيه لانه وقاية لرأس المال بمعنى انحصار الخسران فيه لو حصل ما دامت المعاملة باقية (ب) انه يملك بالانضاض لانه قبله غير موجود خارجا بل هو مقدر موهوم وكل مملوك موجود خارجا بالضرورة مادام مملوكا وعلى هذا يثبت له بالظهور حق مؤكد انتهى .

وفى مفتاح الكرامة بعد العبارة الى قوله وانما يستقر بالقسمة قال كما فى التحرير وقضية مقابلة القسمة فى الكتابين بالانضاض كما يأتى انه يستقر بها وان كان بعض المال أو كله عروضاً والمراد قسمة الربح اذ ليس له فى رأس المال شركة (وفيه) ان قسمة الربح وحدها لا توجب الاستقرار من دون فسخ القراض ولا تخرجه عن كونه وقاية لرأس المال كما يأتى للمصنف التصريح بذلك فى الكتاب فالمدار على الفسخ .

(قال فى الايضاح) يستقر بارتفاع العقد وانضاض المال والقسمة عند الكل وفى (جامع المقاصد) أنه لا بحث فيه وستسمع ما فى المسالك قوله أو الانضاض والفسخ قبل القسمة هذا هو الاقرب كما فى التذكرة وفى (المسالك) انه قوى وبه جزم فى جامع المقاصد واستشكل فيه فى التحرير من جهة ان العقد قد ارتفع والمال قد نض غاية الامر أنه لم يقسم الربح فيخرج بالانضاض والفسخ عن كونه وقاية ومن ان القسمة من تتمة عمل العامل .

وفى (التذكرة) انه ليس شيئا قلت لخروجه عن كونه مال قراض بتميز رأس المال وارتفاع العقد ومنه يعلم أنه لا يصح التمسك باستصحاب أنه كان بحيث لو تلف جبر بالربح والا لورد مثله فيما اذا قسم ولم يقبض لكنه لا يخرج عن ضمانه حتى يؤديه .

وفى (جامع المقاصد) أنه لا ريب فى ضعف التردد وظاهر عبارة الكتاب والتذكرة والتحرير يقتضى اعتبار انضاض جميع المال وظاهر الايضاح أنه يكفى انضاض قدر رأس المال وبه صرح فى جامع المقاصد وكذا المسالك والكفاية واما اذا قسم حينئذ فظاهر الاول انه يستقر عند الكل وصرح فى الثانى بانه لا بحث فيه وهو كذلك لانه نهاية الحال وظاهر العبارات الثلاث ان انضاض قدر الربح لا اثر له وانه لا يستقر اذا حصل الفسخ والمال عروض كله او بعضه بحيث لم ينض رأس المال على القول بوجوب الانضاض على العامل نعم ان حصلت قسمة مع ذلك حصل

الاستقرار لانقطاع حكم القراض هذا .

وفى (المسالك) أنه على تقدير الملك بالظهور فلا بد لاستقراره من أمر آخر وهو اما انضاض جميع المال أو انضاض قدر رأس المال مع الفسخ أو القسمة او لامعها على قول قوى وبدونه يجبر مايقع فى التجارة من تلف او خسران وهو محل وفاق انتهى وقد تبعه على ذلك صاحب الكفاية وصاحب الرياض وكانهم جميعاً لم يلحظوا الكتاب والتحرير فان فيهما كما عرفت انه يستقر بالقسمة مع أنه يقدح فى دعوى الاجماع عندهما التردد والاستشكال انتهى .

قوله وفى المسالك الى قوله وهو اما انضاض جميع المال الخ قد عرفت عدم اشتراط كون المال منضضاً اى درهما ودينارا اولا فضلا عن الاواسط والاواخر نعم بعد ظهور الربح استقراره بالقسمة اوالفسخ لوضوح انه بعد احدهما يكون له سلطنة المطالبة للربح سواء كان منضضا اوكان عروضا ويجعل منضضا ام لا بل بقى بحال العروض واخذ سهمه من الربح من نفس العروض .

وسيأتى ما اشار اليه فى الجواهر حيث قال لان المال غير منحصر فى النقد الخ والظاهر انه عجيب وتعليق على المحال فى غالب الموارد وبذلك يرد على جميع من ذهب اليه وانما نقلت العبارات من الاصحاب حتى يعلم حال ما قيل او يقال وله اشكالات اخر سيأتى فى محله وفى المسالك بعد العبارة قال هذا هو المشهور بين الاصحاب بل لايكاد يتحقق فيه مخالف ولانقل فى كتاب الخلاف عن احد من اصحابنا ما يخالفه ووجهه مع ذلك اطلاق النصوص بان العامل يملك ما شرط له من الربح وهو متحقق قبل الانضاض وقبل القسمة ولان سبب الاستحقاق هو الشرط الواقع فى العقد فيجب ان يثبت مقتضاه متى وجد الربح كما يملك عامل المساقاة حصته من الثمرة بظهورها ولان الربح مع ظهوره مملوك فلا بد له من مالك ورب المال لايملكه اتفاقاً ولايثبت احكام الملك فى حقه فيلزم ان يكون للعامل اذ لامالك غيرهما اتفاقا ولان العامل يملك المطالبة بالقسمة فكان

مالكاً لانها فرع الملك ولا يكفى فى استحقاقها مجرد العلاقة لانها حينئذ ليست قسمة حقيقية واطلاقهم يقتضى انها حقيقية ولانه لولم يكن مالكا بالظهور لم يعتق عليه نصيبه من ابيه لواشتراه والثانى باطل لحديث محمد بن قيس عن الصادق عليه السلام قال قلت له رجل دفع الى رجل الف درهم مضاربة فاشترى اباه وهو لايعلم قال يقوم فان زاد درهما واحداً عتق واستسعى فى مال الرجل والمقتضى للاعتاق انما هودخوله فى ملكه ونقل الامام فخرالدين عن والده رحمه الله ان فى هذه المسئلة اربعة اقوال ولكن لم يذكر القائل باحد منها .

احدها انه يملك بمجرد الظهور.

وثانيها انه يملك بالانضاض لانه قبله غيرموجود خارجا بل هومقدرموهوم والمملوك لابد ان يكون محقق الوجود فيكون الظهورموجباً لاستحقاق الملك بعدالتحقق ولهذا يورث عنه ويضمن حصته من اتلفها سواء المالك والاجنبى .

وثالثها انه انما يملك بالقسمة لانه لوملك قبلها لكان النقصان الحادث بعد ذلك شايعا فى المال كسايرالاموال المشتركة والثانى باطل لانحصاره فى الربح ولانه لوملك لاختص بربحه ولان القراض معاملة جايزة والعمل فيها غيرمضبوط فلايستحق العوض فيها الا بتمامه كمال الجعالة .

ورابعها ان القسمة كاشفة عن ملك العامل لان القسمة ليست من الاسباب المملكة والمقتضى للملك انما هو العمل وهى دالة على تمام العمل الموجب للملك انتهى وفى الجواهر فى مقام اثبات ان العامل يملك الربح بالظهور قال بعد عبارة المتن ما هذا لفظه على المشهور بين الاصحاب ، بل لايكاد يتحقق مخالف فيه منا ، كما فى المسالك ، بل لعله ظاهرالتذكرة ايضاً ، لاتفاق اقتضاء العقد والنص والفتوى على كون الربح بينهما ، ولاريب فى تحققه بمجرد ظهوره لغة وعرفا الى ان قال ولان الربح مع ظهوره مملوك ، فلابد له من مالك ، ورب المال لايملكه اتفاقاً ، ولايثبت أحكام الملك فى حقه ، فيلزم أن يكون العامل،

اذ لامالك غيرهما اتفاقا» .

ولايخفى ان ذلك لايوجب استحقاقه الاخذ فعلا فالملك بهذا المعنى لايترتب عليه آثار الملكية الفعلية بل متزلزلا بمعنى ان يكون فى معرض الزوال ولان العامل يملك المطالبة بالقسمة التى هى فرع الملك ، اذ لايكفى فى استحقاقها مجرد العلقة ، لانها حينئذ ليست قسمة حقيقة ، واطلاقهم يقتضى انها حقيقة .

لكن مع ذلك كله عن الفخر عن والده أن فى المسئلة اربعة اقوال ، وان كان لم يذكر القائل بها ، احدها : ما سمعت الى ان قال فلايدرى لمن ينتسب اليه هذه الاقوال ، وهى مع ذلك ضعيفة المأخذ .

ثم شرع فى بيان قول الثانى فقال الملك بالانضاض لانه قبله غير موجود خارجا فقال فى رده ما نصه «فانا لانسلم ان الربح قبل الانضاض غير موجود ، لان المال غير منحصر فى النقد ، فاذا ارتفعت قيمة العرض فرأس المال منه ما قابل قيمة رأس المال ، والزائد ربح متحقق الوجود ، ولو سلم أنه غير متحقق الوجود لايقدح فى كونه ملكا ، فان الدين مملوك ، وهو غير موجود فى الخارج بل هو فى الذمة أمر كلى ، هذا ما على الثانى .

وقوله فانا لانسلم الخ كان حقاً اذ حصول الربح لايتوقف على الانضاض بل حاصل سواء كان المال منضّضا ام لا بل القول بان الربح قبل الانضاض غير موجود من العجائب كأن المتوهم توهم ان الربح منحصر فى الدرهم والدينار وان المال منحصر فيها وليس غيرهما مال غفلة عن ان المال اعم من كونه هو الدرهم او الدينار اوما يحاذيهما من سائر العروض والنفوذ والاموال فكلما رفعت القيمة كان هو رأس المال فهو ملك خارجى ولو سلم عدمه فى الخارج كان موجوداً فى الذهن كالدين الذى مال وليس له وجود خارجى بل فى ذهن المديون بنحو الكلية نعم ان هذا الربح ليس قابلا فعلا للتصرف ولايستحق مطالبته حقيقة

ويكون كالملك فى زمن الخيار ممنوعا من التصرف حتى يستقل بمضى زمانه وفى المقام لايستقرالا بعد حفظ رأس المال وهوفيما يقسم اويفسخ .

ثم قال «الثالث الملك بالقسمة لانه لوملك قبلها لكان النقصان الحاصل بعد ذلك شايعا فى المال الخ» ثم قال فى رده وعلى الثالث انه لاملازمة بين الملك وضمان الحادث على الشياع اذ يجوز ان يكون مالكا ويكون ما يملكه وقاية لرأس المال فيكون الملك متزلزلا واستقراره مشروط بالسلامة .

ثم بين قول الرابع فقال «الرابع ان القسمة كاشفة عن ملك العامل لان القسمة ليست من الاسباب الملكة و المقتضى للملك انما هو العمل وهى دالة على تمام العمل الموجب للملك الخ .

و كيف كان فهذه اقوال المقام وقد ذكرها وذكروجهها وما اورد عليها و كلها غيرتامة اثباتا ونفيا بحيث قال الاّ أن الانصاف عدم خلو المسألة من اشكال ان لم يكن اجماعاً ، وذلك لأن الربح حقيقة مازاد على عين الأصل الذى هورأس المال ، وقيمة الشيء أمر وهمى لاوجودله ذمة ، ولاخارجا و انما هومن فروض الذهن ، وبذلك افترقت عن الدين الذى هووان كان كلياً ، الاّ أنه مال ـ شرعاً وعرفاً ـ موجود فى الذمة ، بخلاف قيمة الشيء ، وعدم انحصارالمال فى النقد ، بل هو والعرض مال ، لايقتضى تحقق الرابع حقيقة ، بعدماعرفت أنه حقيقةالزايد على عين رأس المال المتوقف على تحقق رأس المال فى الخارج ، ولايكفى فيه كون الشيء يسوى مقدار رأس المال ، ضرورة عدم صيرورته بذلك عين رأس المال انتهى .

والمسألة مشكلة وغيرخفى مايرد على قوله وقيمة الشيء امر و همى الخ وفى الحدائق بعد نقل الاقوال اربعة فيه وبيانها وردها سوى الاول قال مالفظه قال فى المسالك بعد نقل هذه الاقوال : وفى التذكرة لم يذكر فى المسئلة عن سائر الفقهاء من العامة والخاصة سوى القولين الاولين ، الى انقال ولاندرى لمن

ثبت هذه الاقوال وهى مع ذلك ضعيفة المأخذ الى آخرما قال والحق فساد ماسوى الاول فيملك الربح بملك متزلزل الا بالفسخ او القسمة .

وفى المسالك قال اذا تقرر ذلك فنقول على تقرير الملك بالظهور فهو ليس بملك تام ولا مستقر لان الربح وقاية لرأس المال فلابد لاستقراره من امر آخر و هو اما انضاض جميع المال او انضاض قدر رأس المال مع الفسخ والقسمة او لامعها على قول قوى وبدونه يجبر ما يقع فى التجارة من تلف او خسران سواء كان الربح والخسران فى مرة واحدة ام مرتين وفى صفقة ام اثنتين وفى سفرة ام سفرات لان معنى الربح هو الفاضل عن رأس المال فى زمن ذلك العقد فاذا لم يفضل شىء فلا ربح وهو محل وفاق وسياتى بعض احكام ذلك انتهى و كيف كان فهذا حال المسألة والاقوال الواردة فيها .

وقد يستدل لهذا القول بصحيح محمد بن قيس كصاحبى مسالك والجواهر وغيرهما ففى الحدائق مانصه أقول : ومن أظهر الادلة على ذلك ما رواه الشيخ والصدوق عن محمد بن قيس فى الصحيح «قال : قلت لابى عبدالله عليه السلام رجل دفع الى رجل ألف درهم مضاربة فاشترى أباه ، وهو لايعلم ، قال : يقوم فان زاد درهماً واحداً اعتق ، واستسعى فى مال الرجل» ، والتقريب فيها انه لو لم يكن مالكا لحصته بمجرد الظهور لم ينعتق عليه أبوه فى الصورة المفروضة فى الخبر ، مع أنه قد حكم بأنه بعد تقويم العبد فان حصل فى الثمن زيادة على رأس المال ولو درهم ، فانه ينعتق الاب على ابنه بنصيبه من ذلك الدرهم . فالمقتضى للانعتاق انما هو دخوله فى ملكه بتلك الحصة فيسرى العتق فى الباقى كما هو القاعدة فى العتق انتهى وهكذا قرره القوم وتلقاهم بالقبول .

وفيه ان الرجل الدافع لالف درهم لم يشترط للعامل حق عمله نصفا او ثلثا اوغيرهما والمضاربة الصحيحة لابد من تعيين حق العامل و حينئذ ان اراد كون الربح للعامل بتمامه اولنفسه بتمامه كانت فاسدة فالصحيح صدرا وذيلا متناقضة

هذا مع ان الظاهر من قوله وهو لا يعلم هو المالك لا العامل لعدم امكان جهل الشخص بأبيه فالمعامل ارتكب الخيانة فى ذلك .

بداهة ان المالك قصده المضاربة للربح لا جعل ماله بمنزلة العدم كسعى العبد فيحتاج الشراء الى اجازة المالك و بدونها كان الشراء باطلا و ليس فى البين انعتاق ولا ظهور ربح فالصحيح اجنبى عن مسألة ظهور ربح فالاستدلال به ساقط فالمالك دفع اليه الالف للمضاربة لا لانه اشترى أباه حتى انعتق عليه واستسعى فى مال الرجل لانه قد يعصى فى الاستسعاء وقد لا يتمكن او لا يقدر عليه وقد لا يمكن لصاحب المال الصبر الى مدة حصول الف درهم فلا يرضى المالك بعد العلم بذلك فاصل المعاملة حينئذ فضولى محتاج الى الاجازة فان اجازها صحت المعاملة لا المضاربة فلا حصة له كى ينعتق بمقدارها فالشراء حينئذ بمنزلة ان يشترى اجنبى ماله فضولة وهو قد اجازه والكلام فى المضاربة الصحيحة وايضا قد مر مفصلا انه لو اشترى العامل ما لا يكون باذنه فعل حراما وضامنا لما اضره سواء كان من حيث المكان او الشخص او الجنس ويكون ضامناً للمال .

ومن المعلوم انه لو علم المالك بان يشترى العامل اباه قد منعه و صريح النص بانه لا يعلم المالك كون العبد أباً للعامل وبعد الاشتراء قد علم ذلك ولذا سئل حكمه عن الامام وليس صحة حكمه عليه السلام بالانعتاق بنحو الاطلاق الا على فرض صحة المضاربة وهى باطلة من وجهين عدم تعيين الحصة له وعدم رضاه بهذا الشراء بعد علمه باشتراء ابيه فحكم الاماء بانعتاق ابيه على فرضه عليه السلام صحة المضاربة فان السائل سأله عن المضاربة وظاهره مضاربة الصحيحة والامام حكم بالصحة والانعتاق من حيث ان ظاهر السؤال هو السؤال عن شيء صحيح فلا يرد الاشكال على الامام ولا على جوابه لهذا السؤال على فرض بطلانه فالصحيح اولا بلا تعيين للحصة لنفسه وثانيا على خلاف المضاربة لكونها مبنية على الربح لا الضرر فلو حمل الصحيح على صورة علم الامام برضا المالك بصحته من حيث الانعتاق على فرض صحة المضاربة والفرض هى باطلة من حيث عدم تعيين الحصة

فهو حينئذ مثل من اشترى بمال الغصبى ثم علم بذلك بعد الشراء فيبطل الشراء فان الفرض عدم رضا المالك بمثل هذه المعاملة المبنية لقرض الربح لا مثل الشراء المتعقب للعتق المستلزم للاستسعاء الذى لا يحصل او يحصل فى مدة كثيرة بحيث كان وجوده كعدمه وكان مناقضا للمضاربة ولذا فى الجواهر فى مسئلة شراء العامل اباه قال ما هذا لفظه بل فى جامع المقاصد والمسالك احتمال بطلان البيع من أصله ، لانه مناف لمقصود القراض الذى هو السعى للتجارة ، القابلة للتقليب للاسترباح المنافى لهذا الشراء المتعقب للعتق، فيكون حينئذ باطلا ، أوموقوفاً على الاجازة ، انتهى .

ورده قده بانه اجتهاد فى مقابل النص كما ترى اذ ذلك يضر بما اذا كان النص خال عن المحذورات الموجبة للسقوط وسالما من جميع الجهات لا بمثل هذا المحذور الموجب للسقوط عن الحجية فان ملاك السقوط ليس منحصرا فى الضعف من حيث الراوى بل من جهات اخر فربما كان السند فى غاية القوة ومع ذلك ضعيف من جهات اخر افلاترى فى الصحاح القوية الدالة على صحة الصوم مع الجنابة العمدية وان رسول الله ﷺ يصبح جنبا عمدا فى رمضان ولذلك لااعتماد بعلم الرجال على الاصطلاح الجديد .

ثم قال «ولكن فى جامع المقاصد والمسالك فى سراية العتق حينئذ وعدمها وجهان: أحدهما نعم، لاختياره السبب وهو الشراء، اذ لولاه لم يملك شيئا بارتفاع السوق وهو اختيار للمسبب . وثانيهما لا، لان الشراء ليس هو مجموع السبب ، بل جزؤه والسبب القريب انما هو ارتفاع السوق ، ولادخل لاختياره فيه ، فلايكون مختاراً للسبب ، لان جزءه غير مقدور، فهو حينئذ كالارث الذى لايوجب سراية .

وفيه ماعرفت من أنه أيضا اجتهاد فى مقابلة النص والفتوى ومعقد الاجماع التى لم يفرق فيها أجمع بين الامرين .

نعم قد يقال بعدم اندراج مثل هذا الشراء فى اطلاق المضاربة مع العلم

بالنسب للضرر على المالك بانتظار سعى العبد الذى قد يعجز عن الأداء ، و الصحيح مختص بحال الجهل ، والفتوى ومعقد الاجماع لاوثوق بارادة هذا الفرد من اطلاقهما ، وحينئذ فالوقوف فى مثله على الاجازة لايخلو من قوة انتهى ويصح حينئذ من حيث المعاملة لامن تعيين نصيب العامل فهذا الصحيح مطلقا غير مربوط بالمقام ثم ان بناء المضاربة على الدوام الى مدة خصوصا على المختار الذى هو اللزوم فيكون حينئذ كالاجارة لزم تعيين المدة كالسنة والسنتين او جعل الفسخ لهما وعلى فرض الجواز ايضا كان المتعارف من المضاربة هو ذو مدة كثيرة و حينئذ ليس البناء على اخذ الربح الحاصل فى كل يوم بل بقى بحاله وقاية لمال المضاربة حتى انجبر الخسران لو حصل بالربح ومع حصول الخسران والضرر لايجوز الاخذ من الربح الحاصل قبلا لاحدهما والا فلايبقى من مال المضاربة شيء لو تصادف مع كساد السوق ونحوه من السرقة والغصب وغير ذلك فلا يجوز اخذ الارباح بمجرد حصولها الى مدة يعلم بحفظ رأس المال فليس المناط بربح معاملة او ضررها بل بقاء الربح للجبر والانجبار حتى يظهر الحال بظهور الربح اذا المقصود بالظهور كان نفس الربح فالقول بكونه ملكا متزلزلا لاجل كونه وقاية لرأس المال وكيف كان فالقول الاول المشهور اسلم من غيره بخلاف سايرها كما عرفت لوضوح فسادها مثل انه قبل الانضاض لاربح ومثل انه بالقسمة تملك مع انه فرع الملك قبلا ولولا ملكيته قبلا لما كان له اولوية القسمة فالملكية بالظهور والاستقرار بالقسمة .

وقال المحقق الخوانسارى وحكى عن فخر المحققين عن والده ـ قدس سرهما ـ ان فى المسئلة أربعة أقوال أحدها ما ذكر. الثانية أنه يملك بالانضاض لأنه قبله ليس موجود خارجياً بل مقدر موهوم ، الثالث أنه يملك بالقسمة لأنه لوملك قبله لاختص بربحه ولم يكن وقاية لرأس المال ، الرابع أن القسمة كاشفة عن الملك سابقاً لأنها توجب استقراره ، ورد القول الثانى بمنع كون

القيمة أمراً وهمياً بل المالك يسير شريكاً فى العين الموجودة مع أن المملوك لايلزم أن يكون موجوداً خارجياً فان الدين مملوك من أنه ليس فى الخارج .
ورد القول الثالث بانه لا ملازمة بين الملك وضمان الحادث على الشياع اذ يجوز أن يكون مالكاً ويكون مايملكه وقاية لرأس المال فيكون الملك متزلزلا واستقراره مشروط بالسلامة ومن ضعف القول الثانى والثالث ظهر ضعف القول الرابع لكونه متفرعاً ويمكن أن يقال قدذكروا فى باب الخمس أن ترقى القيمة السوقية لاتوجب تعلق الخمس لعدم صدق الفائدة وعدم صدق التكسب ، نعم اذا اشترى المتاع بقصد التجارة فارتفاع القيمة السوقية يوجب الخمس بعد البيع أوقبل البيع فمع منع صدق الفائدة هناك كيف يسلم فى المقام صدق الربح وشركة العامل فى العين الموجودة ولازم الشركة فى المقام شركة صاحب الخمس هناك ان قلنا فى باب الخمس بالشركة أو بنحو الكلى فى المعين كما أنه لم يظهر الفرق فى باب الخمس بين اشتراء الشيء بقصدالتجارة وارتفاع قيمته وبين الاشتراء بقصد الاقتناء وارتفاع قيمة فى صدق الفائدة انتهى .

وحاصله انه فى باب الخمس ان اخذ اشياء بقصد الاقتناء والتزيين فلايجب عليه الخمس لان مجرد ارتفاع القيمة السوقية لايصدق عليه صدق التكسب وصدق الفائدة بخلاف ما اذا كان الغرض من الاشياء هو التجارة فارتفاع القيمة السوقية يوجب صدق التكسب وصدق الفائدة فيجب عليه الخمس بعدالبيع او قبله فهذان القسمان حالهما معلومان من حيث صدق الفائدة والتكسب على احدهما وعدمه على احدهما .

وعلى ماقرره انه هناك قسمان قسم لايكون بقصدالتجارة فترقى القيمةالسوقية لايوجب الخمس وانما يوجب بالقسم الاخربان يؤخذ بقصد التجارة ولايخفى ان المنطبق على المقام هوالقسم الذى يؤخذ بقصد التجارة لان فى المقام كان القصد قصد التجارة والربح والفائدة .

قوله ره فمع منع صدق الفائدة هناك الخ يرد عليه ان منع صدق الفائدة اذا اخذ بقصد الاقتناء وفى هذه الصورة لا يتعلق خمس ترقى القيمة السوقية وهو غير المقام والمقام داخل فيما اخذ بقصد التجارة حيث كان المضاربة لتجارة العامل وربحه واذا كان ترقى قيمة السوقية موجبا للخمس هناك كان ترقى القيمة السوقية موجبا للربح فى المقام وفى هذه الصورة كما يحصل الشركة هناك فكذلك يحصل فى المقام فبنفس تحقق الربح يحصل الشركة للمالك والعامل بين كل جزء جزء من الربح .

وبالجملة صدق الفائدة فى باب خمس فيما كان بقصد التجارة ففى المقام الذى يقصد التجارة كان ارتفاع القيمة السوقية موجباً للربح فيحصل الشركة بينهما فالمقامان من حيث الشركة وعدمه متساويان دائران مدار قصد الاقتناء او التجارة ففى قصد التجارة ارتفاع قيمة السوقية يوجب الخمس فيشترك مع صاحبى الخمس اى الفقراء وفى المقام ايضا بالربح يشترك المالك مع العامل ففى صورة قصد التجارة متحد مع المقام وفى عدم قصده لا ربط له بالمقام .

ومنه تعجب فى هذه العبارة ومع ذلك ليس الكلام فى الشركة وعدمه فان الشركة مسلم بين المالك والعامل بمجرد ظهور الربح وانه فى كل جزء من اموال مال المضاربة بعد اخذ المالك كل رأس ماله كان من الربح لكل واحد النصف من الربح لو كان القرار بالنصف وليس فيه كلام والكلام فى ان افراز الشركة والاشاعة هل هو بظهور الربح او بالقسمة او بغيرهما وقد عرفت ان الاظهر هو القول المشهور واستقرار الملك بالقسمة او الفتح .

الامر ﴿الرابع فى اللواحق : وفيه مسائل الاولى﴾ لا خلاف ولا اشكال فى ان ﴿العامل أمين﴾ بل هو اجماعى : فـ ﴿لا يضمن﴾ حينئذ ﴿ما يتلف الا عن تفريط أو خيانة﴾ .

وفى الجواهر ولو للتعدى فيه بان فعل فيه ما لم يأذن له شرعاً فيه ، ولعل

منه السفر بلااذن من المالك ، وشراء شيء نهاه المالك عنه ، ونحو ذلك مما عرفت ضمان العمل فيه وان بقيت المضاربة ، بل ظاهر الادلة كونه ضامنا للوضيعة التى تكون فى ذلك ، بل صريح بعضهم أو ظاهره ضمانه بالثمن الذى يكون للشيء فى البلد التى سافر عنها ، بل قد يقال : أو يقوى ضمانه الوضيعة المتجددة بعد التعدى . وبالسفر مثلا ، وان تساوى السعر فى البلدين على وجه لو بقى فى البلد التى سافر عنها لحصلت تلك الوضيعة أيضا انتهى وقد مر تمام ذلك فى السابق فراجع

وعلى كل حال فلا اشكال ﴿و﴾ لاخلاف فى أن ﴿قوله﴾ أى العامل ﴿مقبول فى التلف﴾ لانه أمين وذو يد على المال باذن المالك ، من غير فرق عندنا بين دعواه التلف بأمر ظاهر يمكن اقامة البينة عليه أو خفى .

﴿وهل يقبل فى الرد ؟ فيه تردد﴾ من كونه أميناً كالمودع : ولما فى عدم قبول قوله من التكليف بما لايطاق ، لاحتمال صدقه ، فتكليفه ثانياً بذلك من ذلك ، او التخليد بالسجن ، وهو المحكى عن الشيخ . ومن اصالة عدم الرد فيكون المالك منكرا والمسألة غير خال عن الاشكال وفى الحدائق مانصه لاخلاف بين الاصحاب فى ان العامل أمين فيقبل قوله فى التلف بغير تفريط بيمينه ، الى ان قال وبقى الكلام هنا فى الاختلاف فى الرد ، فهل يقبل قول العامل فى رد المال الى المالك ام لا ؟ قولان : أولهما للشيخ فى المبسوط قال : اذا ادعى العامل رد المال الى المالك فهل يقبل قوله ؟ فيه قولان : أحدهما وهو الصحيح أنه يقبل قوله أقول : وقد علل ذلك بأنه أمين كالمستودع ، ولما فى عدم تقديم قوله من الضرر لجواز أن يكون صادقاً فتكليفه بالرد ثانياً تكليف ما لايطاق ، . ولايخفى ما فيه ولو علله بانه ضرر عليه اولى ثم قال « والمشهور بين الاصحاب الثانى ، لاصالة العدم ، ولان المالك منكر فيكون القول قوله بيمينه ، كما هو القاعدة المتفق عليها نصا وفتوى ، كما ان العامل فى ذلك مدع فعليه البينة بمقتضى القاعدة المذكورة وثبوت قول العامل فى دعوى التلف لدليل خارج لايقتضى ثبوت قوله مطلقا .

وأما ماعلل به من أنه أمين كالمستودع وكل أمين يجب قبول قوله ففيه منع كلية الكبرى، والفرق بين العامل هنا وبين المستودع ظاهر، فان العامل هنا قبض لنفع نفسه والمستودع قبض لنفع المالك، وهو محسن محض فلا يناسب اثبات السبيل عليه لعدم قبول قوله، لمافيه من الضرر» وفيه عدم الفرق بين المقام وبين المستودع فيقبل قولهما «ومافرق بينهما بلافرق ثم حكى عن المسالك بما حاصله اذا لم يقبل قوله فى الرد يلزم تخليده فى الحبس ثم قال:

أقول: ماذكره من أنه اذا لم يقبل قوله- فى الرد يلزم تخليده فى الحبس الى آخره- لاأعرف له وجهاً وجيهاً بحسب نظرى القاصر، وفكرى الفاتر، وأى موجب للحبس هنا، وذلك فان المسئلة هنا أحد أفراد مسئلة المدعى والمنكر ولاريب أن الحكم الشرعى فيها هو البينة على المدعى، والافاليمين على المنكر فان أقام المدعى البينة على الرد انقطعت الدعوى والاحلف المالك ووجب على مدعى الرد دفع الحق اليه والنظر الى كونه أميناً غير ملتفت اليه هنا لماعرفت آنفا انتهى ويمكن ان يقال بتخصيص قاعدة البينة على المدعى بالامين فيكون امانته بمنزلة بينته فلايصل النوبة الى يمين المالك المنكر.

وكيف كان فيقبل قول الامين فى التلف والرد الاان يعلم من حاله خيانة وحينئذ يلحظ فى قول قوله عدم التهمة والخيانة.

وبالجملة معنى كونه امينا هو الاعتناء بقوله والاعتماد على ماأثبت سواء كان له اوعليه وعليه لايتم قول المصنف ﴿اظهره أنه لايقبل﴾

وفى الجواهر قال بعموم قوله عليه السلام «البينة على المدعى» وقبول قوله فى التلف مثلا لايقتضى القبول فى ذلك، وليس فى الأدلة ما يقتضى قبول قول الأمين فى جميع مايدعيه على وجه يشمل مانحن فيه، والقياس على الودعى غير جائز عندنا خصوصاً بعد الفرق بينهما بالقبض هناك لمصلحة المالك خاصة، بخلاف المقام الذى هو لمصلحتهما والتكليف برد المثل أوالقيمة يرفع التكليف بمالايطاق، والتخليد بالسجن، اذ

الكلام هنا فى القبول وعدمه من حيث الغرامة وعدمها، لامن حيث خصوص العين وعدمها انتهى .

ولا يخفى ان عمومات البينة على المدعى واليمين على من انكر بحالها سواء كانت فى خصوص العين اوفى دعوى الغرامات ومع جريانها لايصل النوبة الى الحبس فضلاعن التخليد الذى تنفرعنه الشرع بحال المسلم المأمور باتيان الصوم والصلاة المنافى لهما السجن مع كثرة الروايات الواردة فى ذلك فى ابواب متفرقة فمافى الحدائق فى محله :

بل يرد على كثير من الموارد التى ذكرها فى عبارته الطويلة وانها فى غير محله والمسلم من عدم قبول قوله هو صورة التعدى وقياس المقام فى الوديعى قياس فى محله بل ليس بقياس كى يرد عليه عدم الحجية بل اجراء حكم واسرائه الى مثله بما يستفاد من دليله من عدم كون المحسن مأخوذ اوالقياس قياس الغاصب بالامين لاالامين بالوديعى فهو فى المقام مدع وعليه البينة بل امانته بمنزلة البينة كما عرفت ولو سلم لزومها عليه والافيكون القول قول المنكر للرد ويؤخذ منه العين بعد اليمين اوالبدل الحيلولة لو كان له بدل بل يمكن ان يقال بعدم التخليد فى السجن وانه غير جائز فى حق المسلم الافى الموارد المنصوصة من غير تعدى عنها كما فى القاتل والسارق والزانى الذين كانوا فى مظان الفرار فيسجن حتى يمكن محاكمتهم والشرح الازيد يوجب الطول وهذا المقدار لعله كاف .

المسألة ﴿ الثانية : اذا اشترى ﴾ العامل ﴿ من ينعتق على رب المال فان كان باذنه صح ﴾ الشراء ﴿وينعتق﴾ قهراً عليه لعدم ملك الولد العمودين ﴿فان فضل﴾ شيء ﴿من المال﴾ الذى دفعه للقراض ﴿عن ثمنه شيء كان هو﴾ أى الباقى ﴿ قراضاً ﴾

وفى الجواهر ما هذا لفظه لعدم انفساخ عقده ، والا بطل القراض ، لأن

مبنى عقد القراض على طلب الربح ، فكل تصرف ينافيه يكون باطلا ، ومن جملته شراء من ينعتق على المالك ، لأنه تخسير محض .

﴿و﴾ أما ﴿ لو كان ﴾ أى فى العبد المذكور ﴿ فضل ﴾ وزيادة على مال المضاربة كما اذا دفع المالك اليه مأة دينار واشترى العامل عبداً وكانت قيمته مأة وخمسين ديناراً فالمحكى عن بعض أنه متى كان كذلك ﴿ ضمن رب المال حصة العامل من الزيادة ﴾ لتحقق الملك بالظهور فلو كان حصة كل منهما من الربح هى النصف فكان سهم العامل خمسة وعشرين ديناراً من الربح فيضمن المالك للعامل وحيث كان الربح من مال المضاربة وذلك ليس من باب المضاربة فيضمن بمقداره من اجرة المثل لو كانت بقدر نصف الربح والا بمقدار تعد" اجرة عمله ﴿و﴾ ح فـ ﴿الوجه﴾ عند المصنف وثانى الشهيدين وغيرهما ﴿الاجرة﴾ لا الحصة ، لما عرفت من عدم كون ذلك من عمل المضاربة المعتبر فيه امكان تقليب المال للربح ، وهنا لايمكن لانعتاق العبد قهراً .

هذا كله اذا كان الشراء من العامل باذن المالك ﴿ وان كان بغير اذنه وكان الشراء بعين المال بطل ﴾ أى كان موقوفا على الاجازة فيصح الشراء حينئذ ويقع العتق ، وكان على العامل اجرة المثل ﴿وان كان فى الذمة﴾ التى قد عرفت ان اطلاق الاذن فى المضاربة يعم كليهما لكن حيث كان بدون الاجازة كان الشراء فضوليا ولايكون ﴿وقع الشراء للعامل﴾ لان الثمن للمالك ومع الاجازة يقع له ﴿الا ان﴾ لايجيز المالك فيبطل سواء ان ﴿يذكر﴾ العامل حين الشراء ﴿رب المال﴾ لفظا ام لا .

وكيف كان فمن حيث الذمة لامحذور فيه لاينتج ذكر رب المال فالشراء بدون الاذن باطل ومع الاجازة يصح له ويكون للعامل اجرة المثل .

المسألة ﴿ الثالثة : لو كان المال لامرأة فاشترى ﴾ العامل ﴿زوجها فان كان باذنها بطل النكاح﴾

وفي الجواهر لعدم اجتماعه مع الملك والمسألة محل تردد حتى نظفر على دليل صريح ثم لو قلنا بطلان النكاح صارت زوجة العبد سيدة له فهل يجوز له نكاحها فالظاهر عدمه لقوله تعالى او ما ملكت ايمانهم والخطاب الى الرجال لا النساء فلو كن ملكن العبيد فلا يجوز لهن التمكين لهم ولا لهم وطئهن وانما لهم النظر الى غير العورتين منهن ﴿وان كان بغير اذنها قيل : يصح الشراء﴾ ولا يخفى ما في صحة الشراء مع عدم اذنها فيه مضافا الى انه موجب للاضرار بها بناء على كون الصحة موجبا لفساد النكاح مضافا الى استصحاب صحة العقد ﴿و﴾ لذا ﴿قيل يبطل الشراء لان عليها في ذلك ضرراً﴾ بانفساخ النكاح بل كون ذلك لا يكون قابلا للترديد فكيف يكون الامر المنهي الفاسد موجبا لذهاب الامر الصحيح الثابت ولذا قال ﴿وهو أشبه﴾ عند المصنف

المسألة ﴿الرابعة : اذا اشترى العامل أباه﴾ أو غيره ممن ينعتق عليه وحينئذ ان لم يكن حصل ربح صح الشراء وكان الاب من مال القراض اذا الفرض عدم ربح حتى يحصل مقدار منه للعامل كي ينعتق عليه ابوه ﴿فان﴾ كان قد ﴿ظهر فيه ربح﴾ حين الشراء أو بعده وقلنا بملك العامل بالظهور ﴿انعتق نصيبه من الربح﴾ ويسرى في الباقي ﴿و﴾ لكن ليس عليه بل ﴿يسعى المعتق في باقي قيمته﴾ سواء ﴿كان العامل مؤسراً كان العامل أو معسراً﴾.

وفي الجواهر بلا خلاف أجده فيه كما اعترف به غير واحد بل عن الغنية والسرائر الاجماع عليه وهو الحجة بعد صحيح ابن أبي عمير عن محمد ابن قيس «عن الصادق عليه السلام في رجل دفع الى رجل ألف درهم مضاربة ، فاشترى أباه وهو لا يعلم ، قال : يقوم فان زاد درهما واحداً اعتق واستسعى في مال الرجل» .

اقول ما يتعلق بذلك وبالنص قد عرفت آنفا وانه لو كان شراء العامل بدون الاذن كان فضوليا يحتاج الى الاجازة وبدونها كان الشراء باطلا فيكون من مال المضاربة سواء ربح ام لا .

المسألة ﴿الخامسة : اذا فسخ المالك﴾ أو العامل أو هما ﴿صح﴾ بلا خلاف بناءاً على كون العقد جائزاً والا فلا الا مع شرط الفسخ وحينئذ ان فسخ كان الربح

بينهما على حسب شرطهما ، فان لم يكن ربح ﴿وكان﴾ المال ناضاً او عروضاً أخذه المالك ، ولاشيء للعامل الا أن يكون الفسخ من المالك فان ﴿للعامل أجرة المثل الى ذلك الوقت﴾ .

وفي الجواهر عند المصنف وبعض ، على ماحكي ، لان عمله محترم صدر باذن المالك لاعلى وجه التبرع . ويشكل بانه لم يقدم الاعلى الحصة على تقدير وجودها ولم توجد - ولاشيء له ، والمالك مسلط على الفسخ حيث شاء ، واحتمال دفعه - بأنه انما جعل له الحصة خاصة على تقدير استمراره الى أن يحصل ، وهو يقتضي عدم عزله قبل حصولها ، فاذا خالف فقد فوتها عليه فتجب عليه أجرته ، كما اذا فسخ الجاعل بعد الشروع في العمل - كما ترى ، لاينبغي صدوره من فقيه ، ضرورة اقتضائه ضمان المالك الاجرة لو فسخ ، وان قلبه العامل مراراً متعددة ولم يحصل ربح ، بل وان خسر ، وهو مناف للمعلوم من شرع المضاربة المبنية على استحقاق العامل حصة من الربح ان حصل ، والافلاشيء له وأغرب منه مايحكى عن اطلاق التذكرة من أن له الاجرة في الفرض حتى لو كان الفسخ من العامل انتهى .

و المسألة مشكلة موجبة لاضرار العامل لو لم تكن له اجرة المثل بعد عدم حصول حصته له واعجب واغرب انه قده قال لاينبغي صدوره من فقيه ثم قال و اغرب منه مايحكى عن اطلاق التذكرة الخ فان اجرة المثل اذا استفادت من اطلاق التذكرة مع ان صاحبها رئيس الفقهاء بقوله لاينبغي صدوره من فقيه كما ترى فالظاهر كما في المتن لزوم اجرة المثل له حينئذ واقدامه على الحصة لايوجب محروميته مطلقا عند عدم حصول الحصة

﴿و﴾ كيف كان فـ ﴿لو كان بالمال عروض﴾ بعد الفسخ ﴿قيل : كان له أن يبيعه﴾ وفي الجواهر من دون رضا المالك ﴿والوجه المنع﴾ من البيع مطلقا لقاعدة منع التصرف في مال الغير بغير اذنه وغيرها ﴿ولو﴾ انعكس الحال بأن ﴿ألزمه المالك﴾ بالبيع ﴿قيل يجب عليه أن ينض المال﴾ ويجعله درهما او

دينارا بتوهم كونه كذلك فى اول الامر .

وفيه قد عرفت من الكلام فى اول الشروع فضلا عن بعده ولو سلم ذلك من الاصحاب غايته انه كذلك فى اول الشروع و انه بمجرد العقد بدّل بالعروض والقرطاس فلو اريد من هذا الشرط ان العامل ايضا ان يبيع و يشترى بالدرهم والدينار الى مدة بقاء المضاربة فيستحيل صحة المضاربة فى ازمنة عدم وجودهما الا نادرا .

ومن الغريب هو التمسك لذلك باطلاق قوله عليه السلام «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» ولحدوث التغيير فى المال بفعله فالمقصود بالرد هو العين او مثله بحيث لا يتلف مال الغير ولزوم ردّ ما اخذ عينا ان كان والا فمثله وهو كما ترى وفى الجواهر فى مقام رده قال وفيه منع دلالة الخبر المذكور على وجوب ردّ المال المأخوذ بالاذن المتغير بها كما أخذه أولا ﴿و﴾ الاصل البراءة فـ﴿الوجه﴾ حينئذ ﴿أنه لا يجب﴾ عليه الاجابة وهو فى محله .

﴿و﴾ كيف كان ففى المتن وغيره أنه ﴿ان كان﴾ المال ﴿سلفاً ، كان عليه﴾ أى العامل ﴿جبايته﴾ وفى الجواهر وان فسخ المالك ، وكذا غيره من الديون المأذون فيها لاقتضاء المضاربة رد رأس المال على صفته والديون لا يجرى مجرى المال ، ولان الدين ملك ناقص ، والذى أخذه ملك تام ، انتهى .

﴿وكذا لو مات رب المال وهو عروض ، كان له﴾ أى العامل ﴿البيع ، الا ان يمنعه الوارث﴾ بل هو مناف لما ذكره سابقاً ، من أن الوجه المنع ﴿وفيه قول : آخر﴾ وهو ما ذكرناه من عدم جواز البيع الا باذن ، لبطلان العقد وقد استوجهه فى المسالك ، وهو فى محله . والله العالم .

المسألة ﴿السادسة : اذا قارض العامل غيره ، فان كان باذنه﴾ أى المالك ﴿وشرط الربح بين العامل الثانى والمالك صح﴾ .

ولا يخفى ظهور العبارة فى كون الثانى هو العامل دون الاول غاية الامر بتوسط الاول وكان العامل الاول بعد قرار المضاربة انصرف وجعل الثانى مكانه

وشرط الربح بين الثانى والمالك غايته كانت مضاربة جديدة وكان الاول بمنزلة وكيل للمالك وهو الظاهر عن المسالك قال فى الجواهر ماهذا لفظه :

وفى المسالك «اذن المالك للعامل فى المضاربة قد يكون بمعنى جعل العامل هو الثانى والعامل الاول اذا أراد ذلك بمنزلة وكيل المالك ، وقد يكون بمعنى ادخال من شاء معه ، وجعلهما عاملين ، وقد يكون بالاعم - الى أن قال - بعد الاعتراف بأن مراد المصنف هنا الاول : ولو كان الاذن بالمعنى الثانى أو بالاعم وجعل الثانى شريكاله فى العمل والحصة بينهما صح ، لانتفاء المانع فى الاول ، وهو عدم العمل » انتهى .

﴿و﴾ كيف كان فـ﴿لو شرط﴾ العامل الاول ﴿لنفسه﴾ شيئاً من الربح ﴿لم يصح لانه﴾ اى العامل الاول اذا انصرف عن المضاربة ﴿لا عمل له﴾ كى يستحق به شيئا نعم حيث كان باذن المالك فلو عمل شيئا يمكن ان يكون له اجرة المثل وقبل الشروع فى الاقوال لزم الشرح الاجمالى الى ما هو الحق .

وحاصله ان العامل الاول ان فوض الامر الى العامل الثانى وكان قبل شروع الاول فى العمل وحينئذ ان كان برضى المالك فالظاهر ان عقد المضاربة مع الاول بطل ويكون مع الثانى فلا معنى لاشتراط شىء للاول لانه لامال له ولاعمل وان كان فى اثناء العمل مع رضى المالك فلو ظهر فيها وقع على يدى الاول ربح مع بقاء سلامة رأس المال فله نصيبه من دون صحة اشتراط زائد على ما اشترط به المالك فالامر يثبت للثانى .

وان كان التفويض من الاول الثانى بدون رضى المالك فلا يجوز له التصرف بحال ولا يملك من الربح ولا اجرة المثل شيئا لان الفرض كل اعماله غير جائز عند المالك فالشرط ماهو بين الاول والمالك من دون حق للثانى اصلا لان عمله غير مرضى عند الله و عند المالك ولا يصح على الاول اجرة المثل للثانى اذ عمله كالعدم مع رضى المالك وحينئذ لا وجه للاقوال الثلاثة اواربعة .

﴿و﴾ كذا قال المصنف ﴿لوكان﴾ عمل الثانى ﴿بغيراذنه لم يصح القراض الثانى﴾ .

واستدل عليه بخبراحمد بن محمدبن عيسى المروى عن نوادره وعن أبيه «سئل أبوجعفر عليه السلام عن رجل أخذ مالا مضاربة أيحل له أن يعطيه غيره بأقل مما أخذ ، قال : لا» وقوله باقل اى اقل من الربح مثلا لوجعل لنفسه من الربح النصف جعل للثانى الربع بحيث كان الربح بين نصفه للمالك و نصفه بين العامل الاول والثانى و حينئذ قوله عليه السلام لايمكن ان يكون لذلك لامن حيث انه بغير اذنه ويضعف بان نفس الاقل ايضا بغيراذنه اذ جعل المالك النصف للعامل الاول فاذا امتنع وجعل الثانى مضاربا ليس له ذلك لانه لاعمل له حتى يستحق شيئا .

نعم بدون الاذن من المالك كان فضوليا ان أجاز ترتب عليه حكمه ، والاّ بطل القراض وحينئذ الاول قد خرج عن المضاربة لتكبره عن العمل وغيره من سائر العوارض والثانى كان عمله بدون اذن المالك ومع ذلك قد عمل بالمضاربة مع فرض حرمة عمله ﴿فان﴾ فرض حصول ﴿ربح﴾ على عمله مع بطلانه ألمن كان هذا الربح فيه اقوال وعند المصنف ﴿كان نصف الربح للمالك ، والنصف الاخر للعامل الأول﴾ وهو كما ترى مع عدم عمل للاول .

ويرد عليه ايضا قوله ﴿وعليه﴾ أى على العامل الأول ﴿أجرة﴾ العامل ﴿الثانى﴾ وذلك لان المفروض ان عمله بدون رضا المالك فلا اجرة له على الاول ونفسه خارج عن المضاربة .

ويرد على الجواهر حيث قال بعد قول المصنف مالفظه وبهاصار عمله الذى قد عمله ، للاول الذى كان قد وقع القراض معه فيستحق حينئذ ما شرط له ،اذ ليس فى عقد القراض ما يقتضى مباشرة العمل بنفسه ، ضرورة الاكتفاء بمتبرع عنه ، وبأجرة ونحو ذلك» وذلك لان الفرض كون عمل الثانى بدون اذن المالك وقد عرفت انه حرام فلايستحق به الاجرة فكما لايصح قول الماتن لايصح

قوله وبها صار عمله الذى قد عمله للاول وذلك لانه انما يصح ذلك مع اذن المالك وبدونه لايقع القراض معه ولايستحق شيئا مما عمل كى يكون على الاول اجرة عمله .

﴿و﴾ الحاصل فى صورة عدم الاذن وصدور عمل منه مع حرمته و عدم عمل من الاول كانت المسألة على اقوال ثلاثة احدها مامر من المصنف الثانى ما ﴿قيل : ﴾ والقائل بعض الشافعية النصف الآخر ﴿للمالك أيضاً لأ﴾ نه نماء ملكه والفرض أ﴿ن الأول لم يعمل﴾ شيئاً والثانى غير مأذون عنه .

وهذا القول قوى بعد كون عمل الثانى محرماً وغير مأذون والاول حينئذ كالاجنبى كان النصفان للمالك .

﴿و﴾ القول الثالث ما ﴿قيل﴾ كما عن بعض آخر منهم أيضاً ان النصف الاخر ﴿بين العاملين ، ويرجع الثانى﴾ منهما ﴿على الأول بنصف الأجرة﴾ وفى الجواهر لأنه قد فاته بغروره منه نصف ما جعل له من الربح ، وهذا اخس الاقوال اذ العامل الاول يرفع يده عن ذلك والعامل الثانى عمله حرام لايستحق به شيئا فليس لهما ربح كى يكونا فى نصفه شريكان .

﴿و﴾ كيف كان فعند المصنف ﴿الاول حسن﴾ ولايخفى ان الاول الذى ذهب اليه المصنف ان نصفه للمالك و نصفه للعامل الاول كمامر آنفا وصاحب الجواهر جعل نصف الاخر للعامل الثانى فقال بعد قوله الاول حسن مالفظه : لما عرفت ، ولاينافيه فرض عدم اجازة المالك اذهى للقراض ، أما ما وقع منه من الشراء والبيع فهو باذن العامل الاول الذى لم يشترط عليه مباشرة ذلك بنفسه أقصى ما هنالك أن العامل الثانى أوقعه بعنوان أنه مقارض ، وقد بان فساده ، فاستحق على من غره أجرة المثل انتهى .

وعدم حسنه غير خفى لان العاملين كليهما قد خرجا عن الاعتبار الاول لاجل رفع يده عما شرط له المالك والثانى لعدم قبول عمله .

ويرد على الجواهر امور: الاول ما عرفت من نص العبارة نصفه للاول وهو يجعل نصفه للثانى الثانى. مع ان عمل الثانى فاسد وحرام حكم بعدم المنافاة الثالث جعل وجه عدم المنافات ان الشراء والبيع من الثانى كان باذن العامل الاول مع ان العامل الاول حينئذ بمنزلة الاجنبى فضلا عن ان يكون امر الاجازة بيده. الرابع صحّح عمل الثانى بانه اوقع الفعل بعنوان انه مقارض مع انه بمنزلة خيال انه مثلا سلطان بل هو نظير ان ابابكر استقر على بساط الخلافة بعنوان انه خليفة حقيقة عندالله او الغاصب باع مال المالك فضولة بعنوان انه مالك فجعل نفسه مالكا وكانه عجيب نعم لو غره الاول ولم يعلم الثانى رضا المالك يرجع الى الاول فى ربح عمله من دون ان يكون للاول شيئا.

وفى الحدائق ما هذا لفظه قد تقرر ان مقتضى المضاربة هو عمل العامل بنفسه فلا يجوز أن يضارب غيره الا باذن المالك لما فيه من التغرير بمال المالك، والتصرف فيه بغير اذنه، وهو محرم، فان اذن له المالك صح وكان وكيلا من قبل المالك فى ذلك، فان كان بعد عمل العامل الاول وقد ظهر فيه ربح فله حصته من الربح، بناء على الاشهر الاظهر من أنه يملك الربح بمجرد الظهور.

وأما على القول بتوقفه على الانضاض أو القسمة فلا، ولكن له أجرة المثل بمقتضى كلام الاصحاب وبه صرح فى التذكرة هنا أيضا، و أيما كان فانه ليس للعامل الاول على هذا التقدير أن يشترط لنفسه شيئاً من الربح، اذ ليس له مال ولا عمل هنا والربح تابع لهما الى أن قال، أما لو لم يأذن له فانه لا يصح القراض الثانى لما عرفت آنفاً من أنه تصرف بغير اذن المالك، وتغرير به.

وحينئذ فلو عمل به العامل الثانى والحال هذه وظهر فيه ربح فلا خلاف فى أن نصفه للمالك، وانما الخلاف فى النصف الاخر، **وفيه** أقوال ثلاثة: احدهما أنه للعامل الاول، واختاره فى الشرايع والعلامة فى الارشاد وعلل بوقوع العقد الصحيح بينه و بين المالك، على أن يكون ذلك له، فيستحقه لاشتراطه له،

وعقده مع الثانى باطل لماعرفت .

قالوا : وعلى هذا فللعامل الثانى على الاول أجرة مثل عمله . لانه غره .

وفيه انه انما يتم مع جهل العامل الثانى أما مع علمه بكون العامل الذى ضاربه غير مالك ، ولا مأذون من المالك ، فانه لايستحق شيئا ، لانه تصرف فى مال الغير بغير اذنه مع علمه بأنه ممنوع منه الى أن قال .

وثانيها ـ أن النصف الاخر للمالك ، وهوظاهر العلامة فى التذكره قال بعد ذكر المسئلة : فان حصل ربح فالاقرب أنه للمالك ، ثم لايخلو اما أن يكون العامل الثانى عالماً بالحال أولا ، فان كان عالماً لم يكن له شيء ، وان لم يكن عالماً رجع على الاول بأجرة المثل ، انتهى .

وكلامه ظاهر فى منع العامل الثانى من الربح وعدم استحقاقه شيئاً منه وأما الاول فلم يتعرض له ، وينبغى أن يعلم أن الوجه فى عدم استحقاقه ، هوانه لم يعمل شيئاً يوجب استحقاقه بشيء من الربح ، وعلل منع الثانى أيضا ، بأن عقده فاسد ، فلايترتب عليه أثر الى أن قال :

وثالثها ـ ان النصف بين العاملين بالسوية ، اتباعاً للشرط ، خرج منه النصف الذى أخذه المالك ، فكأنه تالف ، وانحصر الربح فى الثانى ، قالوا : وعلى هذا فيرجع العامل الثانى على الاول بنصف أجرته ، لانه دخل على نصف الربح بتمامه ، ولم يسلم اليه الانصفه .

قيل : ويحتمل هنا عدم الرجوع ، لان الشرط محمول على اشتراكهما فيما يحصل ، ولم يحصل الا النصف .

وكيف كان فينبغى أن يعلم أن هذا كله مع الجهل ليتم التوجيه المذكور والا فمع العلم فالعمل على ما تقدم من التفصيل بكون الشراء بالعين ، أوفى الذمة فلايتم ما ذكرهنا انتهى موضع الحاجة .

وفى الجواهر ولكن فى المسالك «ان هذه الاقوال ليست لاصحابنا ، ولا نقلها أحد عن أحد منهم ، وان كان ظاهر التعبير بـ«قيل وقيل» ذلك ، وانما هى وجوه

للشافعية ، ذكرها المصنف والعلامة فى كتبه ، و نقل الشيخ فى المبسوط قريباً منها بطريقة أخرى غير منقحة ـ الى أن قال تبعاً لجامع المقاصد ـ : و التحقيق فى هذه المسألة المرتب على أصولنا أن المالك ان اجاز العقد فالربح بينه وبين الثانى على الشرط ، وان لم يجزه بطل ثم الشراء ان كان بالعين وقف على اجازة المالك فأن اجاز فالملك له خاصة ولاشىء لهما فى الربح أما الاول فلعدم العمل وأما الثانى فلعدم الاذن له ، ولكن له أجرة مثل عمله على الاول مع جهله لامع عمله ، وان كان الشراء فى الذمة ونوى صاحب المال فكذلك ، وان نوى عن عامله وقع الشراء له ، لانه وكيله ، وان لم ينو شيئاً أنوى نفسه فالعقد له ، وضمان المال عليه ، لتعديه بمخالفة مقتضى المضاربة ، و حيث لايقع العقد للعامل الثانى فله الاجرة على الاول مع جهله ان لم يتعد مقتضى المضاربة» انتهى

المسألة ﴿السابعة : اذا قال﴾ المالك : ﴿دفعت اليه مالا قراضا ، فأنكر﴾ العامل ذلك ﴿وأقام المدعى بينة﴾ على أنه دفع اليه مالا قراضا ﴿فادعى العامل التلف قضى عليه بالضمان و كذا لو ادعى عليه وديعة أو غيرها من الأمانات﴾ لثبوت كونه خائناً بانكاره المال الذى قامت البينة عليه ، وأقر هو أيضاً به بعد ذلك بدعواه تلفه ، ولاريب فى كونه خيانة .

﴿أما لو كان جوابه : لايستحق عندى شيئا أو ما أشبهه لم يضمن﴾ وفى الجواهر وان قامت البينة على دفع المال اليه قراضا ، لكون ذلك أعم من ضمانه بل لو ادعى التلف بعد ذلك سمع منه بيمينه ، لعدم التنافى بينه وبين كلامه الأول كما هو واضح انتهى .

وفيه تأمل بل منع لامكان ان اجاب بعد قول المالك دفعت اليك قد تلف فقبل قوله لانه امين بخلاف الانكار ثم بعده قال بالتلف .

المسألة ﴿الثامنة : اذا تلف مال القراض أو بعضه بعد دورانه فى التجارة احتسب التالف من الربح﴾ الذى هو وقاية لرأس المال فى شرع المعاملة وفى

عرفها ، ﴿و كذا لو تلف قبل ذلك﴾ اى قبل الدوران كلا او بعضا والاشكال فى تلف الكل خصوصا قبل الدوران والشروع ولا اشكال فى تلف البعض بعد الدوران او قبله فللمسألة اربعة شقوق الاول تلف الكل قبل الشروع الثانى تلف الكل بعد الشروع الثالث تلف البعض قبل الشروع الرابع تلف البعض بعد الشروع ولا اشكال فى الاخيرين وانما الاشكال فى الاولين خصوصا قبل الشروع منهما .

وفى الجواهر لتصوير تلف الكل قبل الشروع قال بعد قول المصنف لو تلف قبل ذلك مالفظه: كما لو أذن له فى الشراء فى الذمة فاشترى ثم تلف المال ونقد الثمن عنه . فان القراض يستمر ويمكن جبره حينئذ بالربح المتجدد انتهى .

وحاصله انه كما لو اذن المالك للعامل بالشراء فى الذمة فاشترى العامل المال وقبضه ودفع الثمن ثم تلف المال المشترى باجمعه وانت خبير بانه اذا تلف المال المشترى كلا فلا مال له للمضاربة والبيع والشراء متوقفان على وجود الثمن مع انه حينئذ لا يحتاج الى تعبه فى تصحيح ذلك بهذا الوجه بل يكفيه القول بان أخذه المال من المالك وتلف بعده لعدم الفرق وحينئذ ان اراد بهذا المثال لبعد الدوران فلا يناسبه بعد قوله تلف قبل ذلك وان اراد لقبل الدوران فيكفيه ان يقول خذ للمضاربة وبعد الاخذ تلف حيث ان فى كليهما ذهب موضوع المضاربة ويبطل .

ولذا كانت المسئلة عند المصنف محل تردد حيث قال ﴿و فى هذا تردد﴾ اى لما قبل الدوران والعجيب من شارح الجواهر حيث انه صححه مع ان تلف الكل مطلقا باطل جداً نعم لا يضرره تلف البعض لامكان كون الباقى يجبر رأس المال بالربح بل ومن ذلك يظهر ان تلف الكل مبطل فى الاثناء الا ان يكون له فى ذمة الاشخاص ثمن ما باعهم ويدفعون اليه ويجبر رأس المال وحينئذ خارج عن تلف الكل لان ما فى ذممهم من مال المضاربة .

وبالجملة تلف كل المال مطلقا موجب لذهاب المضاربة كان قبل الشروع

وهومعلوم اوبعده .

ومن العجيب قول الشارح الجواهر من ان الاقوى عدم الفرق الخ بداهة ان رأس المال اذا تلف ولوكان العقد باقيا لكن البيع والشراء بماذا يتحقق .

وبالجملة بعد تلف كل المال قبل الدوران او بعده لايبقى معه ما يمكن ادامة العقدولازمه بطلان العقدايضا ومن ذلك يعلم ان ماوجهه فى مفتاح الكرامة لتلف الجميع غيرموجه بان يشترى العامل برأس المال متاعا يزيد قيمته على المال كما دفع المالك اليه مأة دينار فاشترى به متاعا كان قيمته مأتين فتلف بقدر المأة التى هورأس المال فالمقدار الباقى يمكن به الجبران وبلوغ رأس المال باوله

ويمكن ان يرد عليه بان رأس المال فى المثال لايتلف الكل بل بعضه بمعنى انه تلف منه بمقدار خمسين ديناراً ومع زيادة قيمته يكون بقدر مأة دينار فالمتلف بعض رأس المال ومع جبر ربحه يصير بمنزلة كل رأس المال وتلف الكل بان يتلف كل رأس المال لابعضه وكان مع ربحه بقدر كل راس المال والعجيب انه اراد تلف كل رأس المال لكن قال فتلف منه مقدار راس المال مع ان مقدار رأس المال هو تلف بعض منه مع ربحه ويكون المجموع بمقدار راس المال .

وبالجملة الربح ليس له وجود فى الخارج سوى العين المترقية بل صفة قائمة بالعين قدتكون وقدتزول ومن المعلوم انه لاوجود للصفة فى قبال الموصوف فى الخارج وحينئذ المتاع الذى اشتراه العامل قيمته ازيد من ثمنه الذى اخذه من رب المال فكل جزء منه فى الخارج من رأس المال وربحه فقوله فتلف بقدر المأة التى هورأس المال مرجعه الى تلف بعض من رأس المال وربحه بحيث يكون المجموع منهما بقدر رأس المال فالتلف تلف بعض من رأس المال ومع ربحه بقدر رأس المال فيكون خارجا عن المقام اذلا كلام فى تلف البعض فقال فى القواعد ولو تلف مال القراض أو بعضه بعددورانه فى التجارة احتسب التالف من الربح وفى مفتاح الكرامة بعده قال ماهذالفظه : تلف بعض المال بعدالدوران فى التجارة

واضح واما تلف جميعه كذلك فيكون بان يشترى برأس المال متاعا تزيد قيمته على اصل المال بان يكون فيه الربح فتلف منه مقدار رأس المال والمراد بالدوران التصرف فيه بالبيع و الشراء كما فى جامع المقاصد و المسالك وعليه نبه فى التذكرة .

وليس المراد به مجرد السفر بقصده والتلف فى البعض بعض افراد نقص مال التجارة لانه يكون بانخفاض السوق وبالمرض الحادث والعيب المتجدد ولا تأمل لاحد فى ان النقص الحاصل بانخفاض السوق يجب جبره و اما الحاصل بالعيب والمرض فلم ينقل فى التذكرة فيه عن احد تأملا ولا خلافا فى أنه كذلك واما النقص بالتلف بالآفة السماوية كالاحتراق ونحوه مما لا ضمان فيه على احد وبالغصب والسرقة ونحوهما مما يكون الضمان فيه على المتلف فقد قال بعض الشافعية فى احد الوجهين ان ما كان الضمان فيه على المتلف لا حاجة الى جبره بمال القراض لان الضمان فيه على الغاصب والسارق مثلا وهو يجبر النقص فاطلق المصنف التلف بحيث يتناول الامرين» قوله فاطلق المصنف التلف بحيث يتناول الامرين يعنى ان قوله ولو تلف يعم مطلق اسبابه سواء كان مثل الغصب والسرقة او الغرق والحرق والسيل و نحوها فيكون كلامهم فى مطلق النقصان والضرر لا خصوص الحاصل من انخفاض السوق ويدل على كون نزاعهم مطلق التلف وما كان ضمانه على المتلف كالغصب والسرقة تمسكهم بالروايات كما سيأتى .

ولا يخفى ما فى تعميم تلف الكل قبل الدوران او بعده ثم قال فمما صرح فيه بان تلف مال القراض بعد دورانه فى التجارة يحتسب من الربح : المبسوط والشرائع والارشاد والتحرير والايضاح وجامع المقاصد والمسالك وغيرها .

وفى (التذكرة) أنه أقرب وفى (مجمع البرهان) تارة الظاهر أنه لا خلاف فى ان التالف مأخوذ من الربح بعد دوران رأس المال فى التجارة و أخرى انه اجماع وهو يوافق ما حكى عن كنز الفوائد ومما صرح فيه بان تلف بعضه كذلك:

المبسوط و الشرائع والتذكرة والتحرير و الاشارد وجامع المقاصد و المسالك والكتاب فيما يأتي والايضاح» المسألة من المشكلات خصوصا من حيث تعميم اسبابه ومع ذلك ليست اتفاقيا فانها عند العلامة في التذكرة انه اقرب وعن مجمع البرهان الظاهر او الاجماع فاصل مسألة كون الربح لوقاية رأس المال يظهر منه كونه ضرريا ولو فيما هو المسلم بين الاصحاب كانخفاض السوق لامكان عدم الربح اصل وبان السوق يوما فيوما في حال الانخفاض .

ثم قال وكانهم يستندون في الصورتين الى ان الغرض من القراض هو استعمال المال وسلامته وبقاؤه والانتفاع بربحه مشتركا بينه وبين العامل فمادام رأس المال غير موجود بتمامه على وجه يأخذه المالك فلا ربح فلابد من ابقاء أصل المال وقسمة الربح بعد اخراج رأس المال فيلزم كون التالف من الربح على أنه قد يستفاد من الروايات الدالة على كون الربح بينهما كقول احدهما عليهما السلام في صحيحة محمد بن مسلم عن الرجل يعطى المال مضاربة وينهى عن ان يخرج به فيخرج يضمن المال والربح بينهما اذ لا ريب ان المتبادر من الربح هنا هو ما زاد على اصل مال التجارة فلابد من اخراج رأس المال كله لانه لا يعقل وجود الربح مع كون رأس المال ناقصا .

اولا الرواية اجنبية عن المقام و ثانيا ليس الكلام في كون الربح بينهما اذ لا كلام فيما حصل الربح كان بينهما وثالثا كان الظاهر من الرواية هو الحصول بقرينة قوله بينهما ولا نظر حينئذ الى كون رأس المال تماما بل الكلام من حيث رأس المال مفروغ عنه انما نظر الامام الى ان العامل حيث خالف امر المالك وخرج الى غير مورد رضاه وليس الكلام في تلف المال اصلا مع ان الرواية من حيث الامر بالضمان ظاهرة في البطلان ومن حيث كون الربح بينهما ظاهرة في الصحة ولا يمكن الجمع بينهما .

وقدمر الكلام في صلاحها راجع الى ص ٤٨ وبالجملة الكلام في انه هل يكون تلف الكل قبل الدوران او بعده موجبا للجبران وليس للعامل احد الربح

حتى يتعين حال رأس المال اولا بل قد انفسخ حينئذ عقد المضاربة وايضا كان الكلام في خصوص كون الخسارة مطلقا حتى مثل الغصب والسرقة والحرق والغرق اولا

فلو كان مرادهم جبران رأس المال بمطلق الخسارة حتى مثل تلف السماوي او الغاصب والسارق كان استناده الى الشرعي من المحالات الدالة على اشتباه القوم ومنشأه ناش من بعض الشافعية بل ظاهر كلماتهم عدم اخذ العامل من الربح لمعاش يومه حتى بقي الربح لحفظ رأس المال وهو عجيب واعجب منه انه في مقام رد التفصيل وان ظاهر الادلة مطلق النقصان قال :

واما وجه العدم ففي الغصب والسرقة قد تقدم وفي غيرهما فلانه نقصان لا تعلق له بتصرف العامل وتجارته ولا عبرة بمجرد الشراء فانه تهيئة محل التصرف والركن الاعظم في التجارة البيع لانه به يحصل الربح فكان العبد التالف فيما اذا اشترى عبدين بالفين ومات أحد العبدين بمنزلة تلف الالف فكانها تلفت بنفسها وليس بناش من نفس المال الذي اشتراه بخلاف النقصان الحاصل بانخفاض السوق والمرض والعيب فلا يجب على العامل جبره وفيه بعد ما عرفت ان مادل على ان الربح وقاية لرأس المال من خبر و اجماع لادلالة فيه على اشتراط ذلك بكون النقص بسبب السوق أو من نفس المال على ان هذه احتمالات ووجوه لبعض الشافعية والاصح عندهم كما في التذكرة أنه مجبور بالربح ومنه يعلم صحة دعوى اجماع السيد العميد ووهن مافي جامع المقاصد والمسالك حيث اثبت فيهما وجود الخلاف وأوهن من ذلك قوله في الاخيران الاحتساب هو المشهور انتهى .

وكيف كان فقد عرفت ان تلف الكل سواء كان قبل الشروع في البيع والشراء او بعدهما لا يجبر بالربح وانما يجبر التلف بالربح في البعض قبل الشروع او بعده خلافا للقوم كما عرفت ومن المشهور صاحب الحدائق فقال ما هذا لفظه .

الظاهر أنه لا خلاف في أن التالف من مال التجارة كلا أو بعضاً بعد دورانه في التجارة يجبر بالربح ، والمراد بدورانه في التجارة التصرف فيه بالبيع والشراء

لامجرد السفر به . قبل وقوع شيء من ذلك ، ويمكن أن يستدل على هذا الحكم أعنى جبر الفائت كلا أو بعضاً بالربح بالاخبار الكثيرة المتقدمة ثم نقلها فقال .

ومنها صحيحة محمد بن مسلم «عن أحدهما (عليهما السلام) » قال : سألته عن الرجل يعطى المال مضاربة وينهى أن يخرج به فيخرج قال يضمن المال والربح بينهما» ولا يخفى عدم دلالتها على ذلك اصلا تأمل حتى تعرف الى ان قال وظاهر الاصحاب أنه لا فرق فى الفوائت التى يترتب عليها الخسران بين أن يكون بآفة سماوية أو بغصب غاصب أو سرقة أو نحو ذلك .

ووجه الاطلاق فى ذلك ما عرفت من أن الربح وقاية لرأس المال فما دام المال لا يكون موجوداً بكماله فلا ربح ولا يخفى ان لازم هذا الحكم انه لو دفع المالك اليه الف دينار للمضاربة فسرق قبل الشروع من غير تعد وافراط وتقصير وفرض امكان ايجاد العامل مالا آخر قرضا او نحو ذلك ولم يقل بان مثل هذا المال يخرج عن مال المضاربة اذ مال المضاربة خصوص ما اخذ من المالك فلازم هذا الحكم عدم تملك العامل من الربح ويصبر حتى يجبر من الربح الف دينار الذى رأس المال ولم يرد عليه اولم يجبر لعدم كون الربح بهذا المقدار وكان جميع اعماله فى هذه المدة الكثير مجانا وبلا عوض وهل يكون عليه دليل من الشرع اولا تامل فيه حتى تفهم.

ثم قال ، وربما قيل : باختصاص الحكم بما لا يتعلق فيه الضمان بذمة المتلف لانه حينئذ بمنزلة الموجود فلا حاجة الى جبره ، ولانه نقصان لا يتعلق بتصرف العامل وتجارته بخلاف النقصان الحاصل بانخفاض السوق ونحوه : والمشهور عدم الفرق ولا يخفى ان ما قيل متين فى الغاية ولو كان خلافا للمشهور وموافق لنفى الضرر والعسر والحرج فلا دليل على الشهرة على مثل هذا الحكم الضررى ومنه ظهر ما فى الجواهر حيث رده بنحو لا ينبغى ان يصغى اليه تامل فيه حتى تعلم ان لازم كون الربح جابراً لرأس المال مطلقا حتى مثل السرقة والغصب والغرق والحرق التى لا يتعلق على ذمة العامل كان لازمه الالتزام بالحكم الضررى والعسرى كما عرفت

هذا مضافاً الى ما عرفت من انه بعد تلف كل المال ينتفى موضوع المضاربة اذ كون العقد منعقدا على مال المتلف لا مطلقا والى انه بعد التلف بهذا النحو لا مال للعامل حتى ادام المضاربة ثم قال قال فى التذكرة: لو حصل فى المال نقص بانخفاض السوق، فهو خسران مجبور بالربح، وكذا ان نقص المال بمرض حادث أو بعيب متجدد، وأما ان حصل نقص فى العين بأن يتلف بعضها فان حصل بعد التصرف فى المال بالبيع والشراء، فالاقرب انه كذلك، وأكثر الشافعية على أن الاحتراق وغيره من الافات السماوية خسران مجبور بالربح أيضا.

وأما التلف بالسرقة والغصب ففيه لهم وجهان، وفرقوا بينهما بأن فى الغصب والسرقة يحصل الضمان على الغاصب والسارق، وهو يجبر النقص فلا حاجة الى جبره بمال القراض، وأكثرهم لم يفرقوا بينهما، وسووا بين التلف بالافة السماوية وغيرها فجعلوا الوجهين فى النوعين: أحدهما المنع، لانه نقصان لا تعلق له بتصرف العامل وتجارته، بخلاف النقصان الحاصل بانخفاض السوق، وليس هو بناش من نفس المال الذى اشتراه العامل، بخلاف المرض والعيب فلا يجب على العامل جبره.

وكيف كان فالاصح عندهم أنه مجبور بالربح انتهى كلامه. وبه يظهر لك أن ما ذكره الاصحاب فى المقام مأخوذ من كلام الشافعية انتهى فلا اعتبار به اصلا والحكم الضررى منفى فى الشرع فلا يتعلق النقصان بالجبر الا بانخفاض السوق وما يوجب النقص من فعل العامل لا مثل الحرق والغرق والسيل ولا مثل السرقة والغصب الذين يوجب الضمان على فاعله فلا ربط بالعامل ولا يتعلق به انجباره تأمل فى عبارات القوم والروايات هل يفهم عموم التلف للتلف السماوى والتلف الذى له ضمان على المتلف كالسرقة والغصب اولا.

والحاصل اذا تلف رأس المال كلا سواء كان قبل الشروع فى التجارة او بعده فالقوى عندى لا يجبر به رأس المال كما يجبر بتلف البعض قبل الشروع

او بعده ان كان النقص بكساد السوق لا بمثل الغصب والسرقة والموت والسيل والحرق والغرق حيث ان ورود ذلك ليس باختيار العامل والحاصل فى التلف الكل لافرق بين الشروع فى الدوران وعدمه وفى القواعد ايضا ما هذا لفظه و كذا لوكان قبل دورانه على اشكال .

وفى مفتاح الكرامة بعده قال ما هذا لفظه ونحوه ما فى الشرائع ومجمع البرهان من التردد والتأمل وفى التحرير ان فى الاحتساب نظراً ضعيفا وستسمع ما فى الايضاح ومجمع البرهان ومعناه أنه كذلك يحتسب التالف من الربح سواء كان التالف . الجميع أوالبعض فهنا صورتان ايضا على اشكال فى الاحتساب ينشأ من أن وضع المضاربة على ان الربح وقاية لرأس المال فلايستحقه العامل الا بعد ان يبقى رأس المال بكماله لدخوله على ذلك ولادخل لعدم دورانه فى الحكم بخلافه لان المقتضى لكونه مال قراض هو العقد لاالدوران ومن ان التلف قبل الشروع فى التجارة يخرج التالف عن كونه مال قراض والاول خيرة المبسوط والمهذب والسرائر فى موضع آخر والتذكرة والارشاد وشرحه لولده والمختلف وجامع المقاصد والروض والمسالك والكفاية والمفاتيح وتصوير تلف جميع المال قبل دورانه فى التجارة يكون فيما اذا اذن المالك للعامل فى القراض بأن يشترى فى الذمة فاشترى متاعا للقراض فى الذمة بقدر مال القراض وتلف المال بغير تفريط قبل الدفع فان البيع. لاينفسخ بذلك ولايقع الشراء للعامل ويجب ان ينزل كلام المبسوط وما وافقه على انه اذن له فى الشراء فى الذمة و ان الشراء كان قبل تلف مال القراض اما لو كان بعده فان المضاربة تبطل وينفسخ عقدها .

وقد حكى فى المختلف وغيره الخلاف فى المسألة والمثال عن الخلاف وهو كذلك فانه قال فى المثال البيع للعامل والثمن عليه ولاشىء على رب المال وهو صريح المقنعة وجامع الشرائع وان حملنا كلام هؤلاء على انه لم يأذن

له فى الشراء فى الذمة ارتفع الخلاف ونعم ما قال فى المختلف ان كان اذن له فى الشراء فى الذمة فالقول ما قاله فى المبسوط وان لم يكن اذن له فالقول ما قاله فى الخلاف ونحوه ما فى التذكرة والارشاد والروض ومجمع البرهان لكن يرد عليهم ان العقود تابعة للقصود فاذا كان قد سمى ذلك للقراض ونواه كيف يقع للعامل الا ان تقول انه لم يذكر انه للقراض لفظا وانما نواه نية (وفيه) ان هذا لايدفع الايراد فى نفس الامر وان كان يلزم به فى ظاهر الشرع وقد بينا ذلك فى باب الوكالة انتهى .

ثم انه فى القواعد عقيب العبارة المتقدمة آنفا قال سواء كان التلف للمال أو للعوض باحتراق اوسرقة اونهب او فوات عين او انخفاض سوق او طريان عيب والزيادات العينية كالثمرة والنتاج محسوبة من الربح وكذا بدل منافع الدواب والعبارة صريحة فى تعميم اسباب التلف حتى قبل الدوران و قد عرفت خلافه فان العبارة تشتمل ما لوأخذ العامل من المالك .

ثم سرق اوغصب وحينئذ وان لم نقل بانفساخ عقد المضاربة لكن هل يكون للعامل مال آخر وكان ضامنا للمال التالف اوعلى المالك تكرار ما دفع اولامع انه على الاخير كانت عقداً جديداً وهذا الذى ذكر يجرى فى جميع اسباب التلف فالحق انه بتلف الكل انهدم عقد المضاربة قبل الدوران اوبعده الا اذا تصور امكان ادامة العقد بعد الدوران ولونادراً نعم لامانع فيما ذكروا فى تلف البعض قبل الدوران او بعده فيحبس الربح فى الاخيرين حتى يظهر سلامة رأس المال اذا كان سبب النقصان كساد السوق لابمثل الغصب والغرق الذين ضمانه عليهما ولابمثل التلف السماوى الذى يتلف مال المالك بيد الامين من غير تعدّ وافراط وتقصير فلا ضمان على العامل لامانته فلايتحقق مضاربة الا بالمال الجديد من المالك .

تذنيب متعلق بالبحث لم يتعرض له المصنف مع تعرضه لفروعات كثيرة وهو نفقة العامل اذ ليس كل الناس غنياً غير محتاج بل كانوا محتاجاً فى كل يوم

الى مقدار يتعيش لنفسه واهله واذا كان البناء على ابقاء الربح الحاصل وعدم اخذه حتى ظهر حال رأس المال فلايتم فى العامل الفقير المحتاج فلابد لاخذه من الربح بمقدار معاشه والكل متفقون على عدم جواز اخذه من الربح .

نعم فى التذكرة قد تعرض للمسألة مع الشرط فقال ماهذا لفظه ولوشرط له النفقة فى الحضر لزم الشرط ووجب له مايحتاج فيه اليه من المأكول والمشروب والمركوب والملبوس وكذا لوشرطها فى السفر على قول من لايوجبها على المال اجماعا عملا بالشرط وينبغى ان يعين قدر النفقة و جنسها فلايجوز له التخطى ولو اطلق رجع الى العادة وكان صحيحا و بعض الشافعية اشترط تعيين النفقة وليس شيئا لان الأسعار قد تختلف وتقل وتكثر وقال احمد لا كسوة له مع الاطلاق اذا شرط له النفقة اذا عرفت هذا فان الكسوة يستحقها للاستمتاع بها على جهة الملك الصريح الخ .

وقال قبلها ايضا ليس للعامل ان ينفق من مال القراض فى الحضر على نفسه عند علمائنا ولا ان يواسى منه بشىء و به قال الشافعى لان الاصل حراسة مال الغير وحفظه وعدم تعلق وجوب الانفاق منه وقال مالك له ان ينفق منه على العادة كالغذاء ودفع الكسرة الى السقاء واجرة الكيال والوزان والحمال فى مال القراض وليس بمعتمد واما فى السفر فالمشهور انه ينفق فيه كمال النفقة من اصل مال القراض اذا شخص عن البلد من المأكول والملبوس وبه قال علماؤنا والحسن و النخعى والاوزاعى ومالك واسحاق واصحاب الراى و الشافعى فى احد اقواله لان سفره لاجل المال فكانت نفقته منه كاجرة الحمال ولانه فى السفر قد سلم نفسه وجردها لهذا الشغل فاشبه الزوجة تستحق النفقة اذا سلمت نفسها ولا تستحق اذا لم تسلم

ولما رواه على بن جعفر عن اخيه موسى الكاظم عليه السلام قال فى المضاربة هنا انفق فى سفره فهو من جميع المال واذا قدم بلدة فما انفق فمن نصيبه وظاهر مذهب الشافعى انه لانفقة للعامل بحال وبه قال ابن سيرين وحماد بن ابى سليمى واحمد

كما فى الحضر لان نفقته تخصه فكانت عليه كما فى الحضر واجرة الطبيب وثمن الطيب ولانه دخل على انه يستحق من الربح الجزء المسمى فلا يكون له غيره ولانه لواستحق النفقة افضى الى ان يختص بالربح اذالم يربح سوى ما انفقه فيخل بمقصود العقد انتهى .

وانما الكلام ايضا فى انه اذا شرط الاجرة واخذه لمقدار معاشه هل ينقص سهمه من الربح بمقدار الذى اخذه اولا وعلى الاول بقى بعض الاشكالات بحاله لامكان ان لايصل الربح بمقدار الاداء وهذه المسائل مشكلة . قال فى القواعد (ونفقته فى الحضر على نفسه) وفى مفتاح الكرامة بعد قال اجماعا كما فى جامع المقاصد و المسالك وعند علمائنا كما فى التذكرة وبه صرحه فى المبسوط والمهذب والوسيلة والغنية والسرائر وجامع الشرائع والتحرير و التذكرة لان الاصل حفظ مال الغير وعدم وجوب الانفاق منه ويدل عليه صحيح على بن جعفر وغيره كما يأتى وقال مالك له ان ينفق منه على العادة كالغدا و كسرة السقا انتهى ولايخفى مافيه لوضوح ان ظهور الربح ليس بحيث يظهر فى كل يوم ويؤخذ فى كل يوم ويمكن ان لايظهر الا بعد مدة كثيرة مع كون العامل فقيرا محتاجا اليه لصرفه فى معاشه فلزم له تعيين المعاش مع انه فى تعيينه وعدمه كلاهما اشكال اما اشكال التعيين فلو جعل الربح بينهما نصفين وشرط نفقة ايامه مضافا الى نصفه الاخر عند الفسخ اوعند موت المالك ونحوه لزم الزيادة على نصيب المالك بل يمكن كون الكثرة باضعاف مضاعفة بل يزيد على الكل كذلك بل يمكن كون جميع الاباح الكثيرة له دون المالك اذا لم يظهر الربح عند احد اسباب الانفساخ ولم يكن للمالك ولا العامل شيئا سوى ماصرف فى معاشه يوما فيوما وان كان ما يأخذه لمعاشه بالشرط بنحوان يحسب عليه عند ظهور الربح بان كل ما اخذه ديناً على ذمته حتى اداه عند ظهور الربح فيمكن ان لايزيد الربح للاداء .

ويمكن ان يموت العامل حين عدم ظهور الربح ولم يكن له وارث اداه

او كان ولم يتمكنوا للاداء اوعصوا فى ذلك وغيرذلك من الاشكالات واما اشكال عدم التعيين فانه من المعلوم ان المضاربة كما يحتاج الى اموريتوقف عليها بقائها من الدكان والابزار والميزان وغيرذلك فكذلك يحتاج الى تعيين معاش للعامل الذى كونه ركنا فى المضاربة والاغلب فى مثل تلك الموارد كان المتكفل له هو الفقراء الذين يحتاجون الى معاشهم يومافيوما ولم يقدروا على الصبر الى ظهور الربح وبعده الصبر الى سلامة رأس المال مع امكان حصول الآفة بعد الظهور وقبل التسليم وقد عرفت الاشكالات .

والاقوال فى وقت ملكية الربح وبالجملة ذلك للفقراء غير ممكن على ما قالوا والمسألة غيرمحررة بهذا النحو وسياتى فى امثال هذه الاشكالات فى فروعات الآتية انشاء الله .

وكيف كان فاظن تعيين معاش ايام الاشتغال بالمضاربة و لزوم بقاء رأس المال وحفظ مال الناس ليس باعظم من الضرر على الغير اى كما يجب حفظ مال المحترم فكذلك لزم حفظ عدم الضرر على الغير مع امكان تخصيص قاعدة كون الربح وقاية لرأس المال بمقدارمعاش اللازم من المضارب والله العالم .

المسألة ﴿التاسعة : اذا قارض اثنان﴾ مثلا ﴿واحداً﴾ مثلا ﴿وشرطا له النصف منهما وتفاضلا فى النصف الآخر مع التساوى فى المال﴾ أو تساويا فيه مع التفاوت فى المال ﴿كان فاسداً لفساد الشرط﴾ وفى الجواهر المقتضى زيادة لاحدهما على الاخر مع تساوى المالين ، أو التساوى مع التفاوت فى المالين بلا عمل من ذى الزيادة ، ضرورة كون العامل غيرهما ، وقد عرفت سابقاً عدم جواز ذلك فى الشريكين ، فكذا هنا ، اذ لا فرق بين امتزاج المالين و عدمه ، ﴿و﴾ لكن قال المصنف هنا ﴿فيه تردد﴾ .

وفى مفردات الشرائع ما هذا لفظه :

اقول : هذا التردد مبنى على انه هل يجوز التفاضل فى الربح والخسران

مع تساوى المالين ، او التساوى فيهما مع تفاضل المالين أم لا ؟ فان قلنا بالجواز - كما هو مذهب السيد المرتضى - صح ذلك . و ان قلنا بالبطلان - كما هو مذهب باقى الاصحاب - بطل انتهى .

اقول الظاهر هو الجواز لعموم المؤمنون عند شروطهم فاذا شرط احدهما الزيادة على صاحبها ورضى لامانع منه كما هو الظاهر مما حكاه عن السيد المرتضى واما ما افاده فى الجواهر فى وجه امكان الصحة ففيه من البعد ما لايخفى .

المسألة ﴿العاشرة : اذا اشترى عبداً﴾ او شاة ﴿للقراض فتلف الثمن قبل القبض قيل﴾ والقائل الشيخ فى محكى المبسوط ﴿يلزم صاحب المال ثمنه دائماً ويكون الجميع رأس ماله﴾ بجبر التالف منه بالربح ﴿وقيل﴾ والقائل ابن ادريس فيما حكى عنه ﴿ان كان اذن له فى الشراء فى الذمة فكذلك ، والاّ كان باطلا ولايلزم الثمن احدهما﴾ .

والمسألة مشكلة وان كانت من حيث العبد لم يكن محل الحاجة فى زماننا ولكنه يسهل الامر من حيث ان مراده من باب المثال والمثال المحتاج اليها فى كل زمان تبديل العبد بالشاة او الفرس فنقول اذ اشترى العامل شاة للقراض فتلف الثمن قبل قبض الشاة وقلنا ان الشراء كان باذن المالك ولم نقل بان اذن المطلق للمالك كاف فى مطلق الشراء نقدا او فى الذمة كى يكون انه لولم يكن باذن المالك كان باطلا كما عن ابن ادريس واوكان باذنه كان صحيحا ويلزم المالك الثمن ولو تلف الثمن ثانيا لزم عليه دفع الثمن ثالثاً و هكذا و لزم على المالك الذى هو الاصل فى الشراء لان العامل وكيل عنه هو دفع الثمن كراراً لو تلف ثانياً وهكذا .

وعلى ما ذكر لو تلف الثمن ثلاثة مرّات وكان رأس المال مأة درهم فكان الجميع رأس المال ففى هذا الفرض كانت ثلاثمأة درهم والكل قد تلف فبأىّ شىء يعامل العامل حتى يتحصل ثلاثمأة من دون الاخذ فى الربح حتى يصل

الى مدة عشرين سنة فتأمل فى ذلك اذ لابد اولا من مال للعامل حتى يتمكن من البيع والشراء ثم يحتاج الى مقدار معاش نفسه واهل بيته لامكان كون العامل فقيراً ليس له معاش يومه .

وكيف كان فنقول : ان المعاملة باطلة من وجهين الاولى من حيث ان المعاملة معاملة الحيوان وكان فى الذمة وفيه خيار للمشترى الى ثلاثة ايام و الشارع جعل هذا الخيارله حتى يطلع على موانع من شرائه من عيب فى الحيوان او عدم قدرة لحفظه من سبع او لص ونحو ذلك .

ومن جملة الاعذار تلف الثمن فالثمن تلف قبل قبض المثمن فكان له الخيار فى الفسخ فالعامل الذى بمنزلة الوكيل فسخ المعاملة فلاتبقى بحالها حتى يكون عليه ثمن آخر و هكذا راجع ج ٢٢ ص ٢٩٢ الجهة الثانية ما مر آنفاً من ان تلف مال المضاربة كلا موجب للبطلان سواءكان قبل الدوران فى التجارة او بعده فالتلف للكل موجب لبطلان المضاربة لعدم تمكن العامل من البيع و الشراء و الفرض هنا تلف الكل بعد الدوران و اشتراء العبد او الشاة فالثمن الذى رأس المال تلف فبطلت المضاربة وان شئت ان تفهم بطلان هذا الحكم فانظر الى صحة تكرار الثمن بعد تلفه فانه يعمه الى عشرة مرات و ازيد وليس بمحال فلوكان رأس المال مأة دينار وتلف عوض العبد اوالشاة لزم عليه تكرارالثمن عشرةمرات فيكون رأس المال الف دينارمع انه لم يكن الّامأة دينار فلزم على العامل السعى حتى بلغ من الربح الف دينار من دون ان يجوزله اخذه من الربح شيئاً ولوكان مدة عشرين سنة .

وفى الجواهر قال نعم فى المسالك بعد أن ذكر جميع ذلك قال : «وحيث يلزم المالك الثمن ثانياً يكون الجميع رأس ماله يجبر جميعه بالربح ، وهوجيد فى غير صورة الفضولى ، أما فيها فلا يخلو من اشكال ، ضرورة عدم وقوع عقد المضاربة ، فمع فرض اجازة المالك لذلك يلحق الثمن حكم المضاربة » و لكن

الانصاف عدم خلوه عن الاشكال ايضاً انتهى .

ولقد اجاد على ما انصف لو بنى على هذا الانصاف .

وقال ايضاً قبله وقد عرفت فيما مضى تفصيل الحال ، من انه ان كان الشراء فى الذمة باذن المالك لزم دفع الثمن ثانياً وثالثاً دائماً ، والاّ فان صرح بكون الشراء له وقف على اجازته ، فان اجاز لزمه الثمن ، و الا بطل البيع ، و ان لم يذكره لفظاً وقع الشراء للعامل ظاهراً مع فرض كونه قد نوى المالك ، و الا فواقعاً أيضاً ، وان كان الشراء بالعين فهلكت قبل دفعها بطل العقد ، و هذا كله واضح انتهى .

قوله لزمه الثمن اى تكراراً قوله وقع الشراء للعامل الخ الشراء فى كل حال للمالك صرح باللفظ اولا فانه وكيل عنه وفعله فعله .

والعجب قوله مع فرض كونه قد نوى المالك قوله وان كان الشراء بالعين كما اذاقال العامل اشتريت هذا الشاة بهذا الثمن فتلف الثمن فلااشكال فى بطلان العقد بخلاف ما اذا قال اشتريت هذا الشاة بمأة دراهم فان الدراهم حينئذ كلى يصدق على كل الماءة منها فالمعاملة حينئذ صحيحة من هذه الجهة اى فى كل معاملة غير المضاربة .

و اما فيها فيبطل ايضاً على الاقوى من حيث انعقد المضاربة على نفس هذه الماءة المعيّنة من الدّراهم و قد تلفت فلا يبقى لموضوع المضاربة محل حينئذ تأمل فيها .

المسألة ﴿الحادية عشرة : اذانض قدرالربح فطلب احدهما القسمة﴾ لقدر الربح ﴿فان اتفقاصح﴾ لانحصارالحق فيهما ﴿وان امتنع المالك لم يجبر﴾

وفى الجواهر ما هذا لفظه لما فيه من الضرر عليه ، لاحتمال خسارة مال القراض ، فيحتاج الجبر به ، اماالعامل فقديظهرمن العبارة انه ليس له الامتناع لانه متى احتاج الى الجبراحتسب على المالك لكن فى القواعد «ان امتنع احدهما لم يجبر على القسمة» .

وفى جامع المقاصد « اما المالك فظاهر ، واما العامل فلانه لايأمن ان يطرء الخسران ، وان اتلف ما وصل اليه فيحتاج الى غرم ماوصل اليه بالقسمة ، وذلك ضرر» .

وفيه منع كون ذلك ضرراً ، ضرورة امكان المحافظة عليه ، بعدم التصرف بل لواغرمه لم يكن عليه ضرر لأنه فى مقابل ماتصرف فيه انتهى

ولايخفى مافى ذلك من الضرر على العامل لاالضرر من حيث دفع مااخذفانه كمافى الجواهر لاضرر فيه مع امكان حفظه وعدم التصرف فيه بل ضرر من استلزام ذلك كون عمله مجانا لامكان طريان الآفة على رأس المال فيحرم من حقه فى جميع هذه المدة تأمل فيه وفيما تقدم منا

وعلى كل حال ﴿فلواقتسما وبقى راس المال﴾ بحاله ﴿معه﴾ اى مع مقدار حصول الربح سواء كان حصول رأس المال وربحه بالفسخ اوبانتهاء مدة المضاربة وغير ذلك بمعنى ان رأس المال بحاله مع ربحه واخذ العامل سهمه ﴿فخسر﴾ راس المال بعد القسمة واخذ الربح بآفة او كساد سوق ونحوه فلزم حينئذ ﴿ردّ العامل اقل الامرين﴾ مما اخذ ومما خسر برأس المال مثلا ان كان رأس المال مأتين درهم وربح مأة درهم خمسون للمالك وخمسون منه للعامل ثم حصل الخسران فى رأس المال بقدر عشرين درهما فاقل الامرين مما اخذ ومما خسر هو عشرون درهما فردالعامل من خمسين الى رأس المال عشرين درهما فلو كان فى هذا المثال قدخسر على رأس المال مأة درهم كان اقل الامرين من الماء وخمسين نفس الخمسون فرّد الى رأس الماء الخمسون الذى كان ربح العامل فلايكون فى المثال له شيء من الربح اصلا ولااجرة المثل بشيء ولوخسر فى المثال ثلاثون درهما كان سهم العامل خمسين والخسارة ثلاثون وهواقل من خمسين رد الى رأس المال ثلاثون وهكذا .

وفى الحدائق فى هذا المقام قال ماهذا لفظه: وحينئذ فاذا اتفق الخسران

بعد قسمتهما الربح رد العامل أقل الامرين مما وصل اليه من الربح ، ومما يصيبه من الخسران، لان الاقل ان كان هو الخسران ، فلا يلزمه سوى جبر المال والفاضل له وان كان هو الربح فلا يلزمه الجبر الا به وكذا يحتسب المالك برجوع اقل الامرين اليه .

وتوضيح ذلك بان نفرض أن أصل المال مأة درهم والربح عشرون درهما ، والشرط ان يكون الربح بينهما نصفين ، وبموجبه يكون النقصان كذلك فاقتسما الربح وصار حصة العامل عشرة دراهم ثم انه اتفق نقصان المال من التجارة عشرين درهماً ، فعلى العامل عشرة دراهم ، وهى تمام حصته ، لان له نصف الربح فعليه نصف النقصان ، وباقى النقصان على حصة المالك ، ولو كان الخسران ثلاثين درهماً والربح كما تقدم ، فان حصته من النقصان بموجب ما عرفت خمسة عشر درهما ، وحصته من الربح انما هى عشرة ، فيأخذ هنا بالاقل الذى هو حصته من الربح ، فانه لا يلزم بازيد مما يأخذه ، ولا يكلف بالجبر من غير الربح ، ولو كان الخسران عشرة دراهم فان حصته من الخسران خمسة دراهم بموجب ما عرفت وهى أقل من حصته من الربح التى هى عشرة كما عرفت فيؤخذ بالاول الذى هو الاقل والخمسة الاخرى على المالك ، وعلى هذا يكون الزائد له ، لان الامر هنا بالحصة والرصد والذى يتعلق بالعامل من ذلك هو النصف والنصف الاخر بالمالك .

ومنه يعلم ما يتعلق بالمالك انتهى ﴿و﴾ كذلك ﴿احتسب﴾ على ﴿المالك﴾ والله العالم .

المسألة ﴿الثانية عشرة لا يصح أن يشترى رب المال من العامل شيئًا من مال القراض﴾ بلا خلاف ولا اشكال لأنه ماله ﴿ و لا أن يأخذ منه بالشفعة ﴾ لذلك أيضاً اى لعدم المعنى لاخذ ماله بالشفعة و هى اخذ نصيب شريكه وضمه الى ماله نعم لو كانت ارض مثلا بينه وبين العامل قبل المضاربة او فى اثنائها خارجا عن المضاربة واراد العامل بيع نصيبه فقال المالك اخذته بالشفعة صح كما صح

عكسه اى اراد المالك بيع نصيبه ويأخذ العامل بالشفعة فلايكون الشفعة الأفى مثل ارض بينهما واراد احدهما اخذ نصيب الاخر فلا يصح لو كانت الارض مثلا للعامل واراد شرائها المالك ولا كون الارض للمالك واراد بيعه العامل كى يعلل عدم الصحة بانه ماله بل يمكن التعجب من مسألة الاخذ بالشفعة من المالك تدبر

﴿وكذا لايشترى﴾ المالك ﴿من عبده القن﴾ بكسر القاف وهو العبد الخالص من دون ان يطرق اليه شيء من الحرية اصلا وهو مبنى على عدم مالكية العبد لكن قدمر فى السابق كونه مالكا فعليه يصح راجع ج ٢٥ ص ٧٩ .

﴿وله الشراء من المكاتب﴾ المطلق و المشروط لانفتاح طريق الحرية اليهما خصوصا المطلق ولايخفى خروج تلك المسألة عن المضاربة و ذكرها فى المقام من باب الاستطراد .

وفى مفتاح الكرامة بعد قول المصنف [ولايصح أن يشترى المالك من العامل شيئا من مال القراض ولا أن يأخذ منه بالشفعة ولا من عبده القن ويصح من المكاتب] قال ما هذا لفظه كما صرح بذلك كله فى المبسوط و الشرائع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك وذكر العبد المكاتب استطرادا لكن لما ذكرهما فى المبسوط ذكرهما الجماعة والوجه فى انه لايشترى منه من مال القراض واضح لانه لايصح أن يشترى الانسان ماله ومثله القول فى الاخذ بالشفعة انتهى .

المسألة ﴿الثالثة عشرة :اذا دفع مالا قراضاً وشرط أن يأخذ له بضاعة﴾ اى دفع مالا للمضاربة واخذ مثله منه للبضاعة اى امانة فدفع ألفاً واخذ ألفاً دفع ألفاً للمضاربة وحصول الربح بينهما واخذ ألفا لنفسه امانة مع كون ربحه لنفسه فهل يصح هذا الشرط بان دفع مالا للمضاربة مع الربح بشرط ان يأخذ منه بمقداره اواقل اواكثر بلاعوض وكان كل ما اربح به لنفسه .

وانت تأمل فيه كى يظهر لك صحة العقد والشرط او فسادهما اوفساد الشرط

دون العقد وقد وقع فيه اختلافا كثيرا ونقل اقوالهم فى مفتاح الكرامة والظن ان صرف الوقت فيه بلاطائل فان المضاربة بنائها على الربح الحاصل من نفس المال الذى يدفع الى العامل لان يدفع ويأخذ منه بمقداره من العامل و يرجع ذلك الى انه المالك اخذ مادفعه فاين مال المضاربة ولو سمى بان ما اخذه بضاعة وامانة فلا يدفع شيئا للمضاربة اصلا فبأى شيء حصل الربح .

والحاصل الذى دفعه بعنوان المضاربة اخذه بعنوان الامانة والبضاعة .

﴿و﴾ كيف كان فـ ﴿ قيل ﴾ كما عن الشيخ فى المبسوط ﴿ لا يصح لان العامل فى القراض لا يعمل ما لا يستحق عليه اجرة ﴾ فيفسد الشرط ويتبعه العقد ، ولو لان قسط العامل حينئذ يكون مجهولا لاقتضاء الشرط قسطاً من الربح ، وقد بطل فيبطل ما يقابله فتجهل الحصة .

﴿ وقيل يصح القراض ويبطل الشرط ﴾ خاصة ، لان البضاعة لا يلزم القيام بها ، فلا يفسد اشتراطها ، بل يكون لاغياً لمنافاته العقد ﴿ ولو قيل بصحتهما ﴾ معاً ﴿ كان حسناً ﴾

ولا يخفى ان المسألة مضافا الى انها قليلة الجدوى لاحسن فيها قال فى القواعد [ولو شرط على العامل المضاربة فى مال آخر او يأخذ منه بضاعة او قرضا او يخدمه بشيء بعينه فالوجه صحة الشرط]

وفى مفتاح الكرامة بعده قال ما هذا لفظه ولعلهم يستندون الى ان هذا العقد على خلاف الاصل فيقتصر فيه على المتيقن ونص فى التحرير على بطلانها وافسادها العقد ان اقتضت جهالة وفى موضع من التذكرة انه لا باس بها وبيّن فى موضع آخر منها فى تذنيب ذكره انه يصح العقد والشرط معا فيما اذا اشترط ان يأخذ منه بضاعة وهو خيرته فى المختلف وولده فى الايضاح وقد مال اليه او قال به فى الشرائع حيث قال ولو قيل بصحتهما كان حسناً وقد فهم منه فى المسالك الحكم بذلك وقد انه الاقوى وقد حكي فى الشرائع والتذكرة القول

ببطلانهما والقول ببطلان الشرط فقط وصحة العقد الى ان قال .

(وقال فى جامع الشرائع) ولو اعطاه الفا قراضا على أن ياخذ منه الفا بضاعة جاز ولم يلزم الوفاء به فقد عبر بجواز الشرط كالمبسوط واوضح منه قوله فى التحرير صح القراض والشرط لكنه لايلزم الوفاء به وهو تحرير المبسوط ولكن قد قال فى جامع المقاصد ان المصنف وجماعة صرحوا بصحة القراض والشرط وصرح فى التحرير بأنه لايلزم الوفاء به وهو حق لان العقد جائز من الطرفين .

قلت قد سمعت انه فى التحرير صرح ايضا بصحة الشرط ونحوه ما فى المسالك فى آخر كلامه وقالا فيهما ان الذى يقتضيه النظر ان للمالك الفسخ لفوات ماجرى عليه التراضى فيكون للعامل اجرة المثل وللمالك الربح كله لكن الشهيد الثانى تأمل فى كون الربح كله للمالك اذا كان الفسخ بعد ظهور الربح وملك العامل له انتهى ،

ونحن نقول ان الاقوى والاشبه باصول المذهب صحة العقد والشرط وفاقا للكتاب وما وافقه الا فيما يقتضى جهالة كاستخدام العبد ولبس الثوب ونحو ذلك وفى كلام الكل نظر واضح كل من وجه الى آخر كلامه الطويلة والاقوى ماافاد الشيخ من عدم الصحة ووجهها واضح .

المسألة ﴿الرابعة عشرة : اذا كان مال القراض مأة﴾ مثلا ﴿فخسر عشرة﴾ مثلا ﴿وأخذ المالك﴾ منه بعد الخسارة ﴿عشرة﴾ مثلا ﴿ثم عمل بها﴾ اى بما بقى العامل الذى عبارة عن ﴿الساعى فربح ، كان رأس المال تسعة وثمانين الا تسعاً لأن المأخوذ محسوب من رأس المال . فهو كالموجود فاذاً المال فى تقدير تسعين فاذا قسم الخسران ، وهو عشرة على تسعين ، كانت حصة العشرة المأخوذة ديناراً وتسعاً ، فيوضع ذلك من رأس المال ﴾ .

وفى الجواهر بعد عبارة المتن ما هذا لفظه ويجبر الباقى ، لأن الربح انما يجبر خسران المال الذى ربح أى مال المضاربة الباقى على المضاربة لا مطلق الخسران فاذا

أخذ المالك شيئاً بعد الخسران كان من جملة رأس المال، فلا بد أن يخصه من الخسران شيء، فيسقط من أصل الخسران لانه خسران غير المال الذى ربح اى مال المضاربة الباقى فى يد العامل ، ضرورة أن أخذ المالك العشرة منه استرداد من العامل، وابطال للمضاربة فيها فلا بد أن يتبعها ما خصها من الخسارة السابقة على أخذها .

ثم قال متصلا بكلامه « والضابط فى معرفة ذلك نسبة المأخوذ الى الباقى وتوزيع الخسران عليه أجمع ، فيخصه على مقتضى نسبته ، ففى المقام نسبته تسع فيخصه تسع العشرة التى هى الخسارة ، وهو واحد وتسع ، فيبقى منه تسعة الاتسع تجبر من الربح المتجدد ولو فرض أنه أخذ نصف التسعين الباقية بعد خسارة العشرة ، بقى رأس المال خمسين ، منها خمسة وأربعون موجودة ، ويتبعها نصف الخسارة ، وهو خمسة ، وهى التى توخذ من الربح المجدد لو فرض .

وكذا فى طرف الربح ، بمعنى أنه يحسب المأخوذ من رأس المال والربح ، فلو كان المال مأة وربح عشرين ، فاخذها المالك بقى رأس المال ثلاثة وثمانين وثلث ، لان المأخوذ سدس المال جميعه الاصل والربح وسدس أصل المال ستة عشر وثلثان وسدس الربح ثلاثة وثلث وهى حظه من الربح الا أنه يستقر ملك العامل على نصف المأخوذ من الربح وهو درهم وثلثان ، وذلك لبطلان المضاربة فى أصله وهو السدس الذى استرده المالك وحينئذ فلو انخفض السوق وعاد ما فى يده الى ثمانين لم يكن للمالك أن يأخذه من العامل اذا فسخ المضاربة ليتم مع ما أخذه سابقاً المأة ، بل للعامل من الثمانين درهم وثلثان وهما نصف الربح الذى قد أخذه المالك فى ضمن العشرين ، وقد عرفت استقرار ملك العامل عليه بفسخ المالك المضاربة فى العشرين هذا .

ونظير عبارة المصنف ما فى القواعد فقال ما لفظه : [ولو كان رأس المال مائة فخسر عشرة ثم أخذ المالك عشرة ثم عمل الساعى فربح فرأس المال ثمانية وثمانون وثمانية اتساع لان المأخوذ محسوب من رأس المال فهو كالموجود فالمال فى

تقدير تسعين فاذا بسط الخسران و هو عشرة على تسعين أصاب العشرة المأخوذة دينار وتسع فيوضع ذلك من رأس المال] وشرحها فى مفتاح الكرامة فقال قد صرح بذلك كله فى خصوص المثال فى المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد و الروض والمسالك و مجمع البرهان و المفاتيح ونحوه ما فى جامع الشرائع .

وغرضهم بيان انه لايجبر من الربح فى الفرض المذكور مجموع الخسران وهو العشرة التالفة وانما يجبر منها ثمانية و ثمانية اتساع لان العشرة المأخوذة محسوبة من رأس المال فهى كالموجود فى ان لها حظا من الخسران لان الخسران من المجموع فالمال الموجود فى تقدير تسعين باعتبار العشرة المأخوذة فاذا بسط الخسران عليها وهو عشرة على تسعين اصاب كل عشرة دينار وتسع فيصيب العشرة المأخوذة دينار وتسع فيوضع ذلك اعنى الدينار و تسعا الذى أصاب العشرة من الخسران مما بقى من رأس المال بعد العشرة وهو تسعون لانه لما استرد العشرة فكانه استرد نصيبها من الخسران لخروجها بالاسترداد عن استحقاق الجبران لما يصيبها حيث بطل القراض فيها والضابط ان ينسب المأخوذ الى الباقى و يؤخذ للمأخوذ من الخسران بمثل تلك النسبة ففى المثال نسبة العشرة المأخوذة الى التسعين تسع فيصيبها من الخسران تسع الخسران وهو دينار و تسع دينار .

وقد اراد المصنف فى هذه المسئلة وما بعدها من المسائل ان يبين ما يترتب على الاسترداد فى صورتى الخسران والربح من الاحكام فبدأ أولا بما يترتب عليه فى طرف الخسران لانه لما ذكر ان المالك اذا وطأ كان مستردا من المال قدر العقر اراد ان يبين ذلك و أكثر الكتب المتقدمة قد اقتصر فيها على المسئلة المذكورة خاصة مفرغة من دون تقدم استرداد وعقر ولاغيره و تحرير المقام ان يقال اذا استرد المالك بعض المال من العامل بعد دورانه فى التجارة فان لم يكن هناك ربح ولا خسران رجع المال الى القدر الباقى وارتفع القراض فى المقدار

الذى أخذه المالك وان كان بعد ظهور الخسران كان الخسران موزعا على المسترد وعلى الباقى ولا يلزم جبر حصة المسترد من الخسران كما عرفت وان كان الاسترداد بعد ظهور الربح فالمسترد تابع ربحا وخسرانا على النسبة الحاصلة من جملتى الربح ورأس المال ويستقر ملك العامل على ما يخصه بحسب الشرط مما هو ربح منه فلا يسقط بالنقصان الحادث بعده كما سيتضح لديك ذلك فى عنوان المثال فيما يأتى انتهى .

وفى المسالك بعد قوله اذا كان مال القراض مائة فاه قال لما كان الربح انما يجبر خسران رأس المال الذى ربح لا مطلق الخسران فاذا اخذ المالك بعد الخسران شيئا كان من جملة رأس المال فلا بد ان يخصه من الخسران شىء فيسقط من اصل الخسران ويجبر الربح الباقى فاذا فرض ان المال كان مائة فخسر عشرة واخذ المالك بعد الخسران عشرة ثم ربح المال الباقى فهذا الربح لا يجبر مجموع ذلك الخسران لان الذى اخذه المالك من جملة المال الخاسر و قد بطل القراض فيه بأخذه فلا بد من اسقاط ما يخصه من الخسران ثم يجبر الباقى منه بالربح الجديد

وبالجملة فانما يجبر الربح خسران المال الذى ربح وطريق معرفة ما يخص المأخوذ من الخسران ان يقسط الخسران وهو عشرة على المال وهو تسعون فنصيب كل واحد تسع فنصيب العشرة المأخوذة دينار وتسع فيوضع ذلك اعنى الدينار والتسع الذى اصاب العشرة من الخسران مما بقى من اصل رأس المال بعد العشرة وهو تسعون لانه لما استرد العشرة فكانه استرد نصيبها من الخسران والضابط ان ينسب المأخود الى الباقى ويأخذ للمأخوذ من الخسران بمثل تلك النسبة

تامل فى هذه الكلمات حتى تعلم فيما تقدم مما اتصل بكلامه قده من قوله .

ولكن الانصاف عدم خلو المسألة الاولى عن اشكال ، باعتبار عدم ثبوت ما يقتضى شيوع الخسارة على المال كله ، على وجه لو أخذ المالك بعض المال

يلحقه بعض الخسارة ، وانما المنساق احتساب ما يأخذه المالك من رأس المال ، واما الخسارة السابقة على ذلك فتجبر بما بقى من مال المضاربة اذا المالك قد أخذ العشرة مثلا مستحقة للجبر ، ودعوى أن الذى يجبر هو المال الذى ربح واضحة الفساد ، ضرورة جبر المال الذى وقعت عليه المضاربة بربح أى جزء من مالها ، من غير فرق بين ما ربح منه و ما لا يربح ، بل قد يعمل العامل ببعض دون بعض ، كما أنه قد يربح بعض دون آخر ، وأخذ المالك لا يزيد على دفع العامل له بعنوان رد رأس المال له شيئاً فشيئاً ، وربما يشهد لبعض ما ذكرنا من السيرة على تناول المالك والعامل من مال المضاربة ، ثم الحساب بعد ذلك من دون أن يلحق ما عند المالك أو العامل من الخسارة أو غيرها ، ولكن يحتسب ما عنده من رأس ماله عليه ، ثم يقسم الباقى ان كان ، فتأمل جيداً انتهى .

ولقد اجاد مخصوصا فى قوله من السيرة الخ فان ماذكره بديهية وان لهما السلطنة بمال المضاربة اما المالك فواضح واما العامل فلان الفرض جعله المالك مسلطا على ماله مختاراً فيه فى جميع اعماله وافعاله وكان ما صدر عنه صدر عن المالك فالعشرة المأخوذة من المالك محفوظة عنده بل عند العامل ثم يحسب بعد ذلك.

ومثل هذا البيان فى الخسارة العشرة مما ينكره العرف والطبع السليم بل عدم فهمه بنحو ماذكروه ويؤيده امكان تكرار اخذ المالك من المال فينجر الى عسر او الامر المحال وعدم امكان حساب الخسارة بنحو ماذكروه بل لا دليل على شيوع الخسارة على المال مضافا الى ماعرفت من ان الخسارة الكلية لا ينجبر اصلا قبل الدوران او بعده سماوية كانت اولا .

اما الخسارة الجزئية كما فى المقام ينجبر بالربح حصل الخسارة قبل الربح او بعده باى ربح كان بل يمكن ان يقال الخسارة العشرة قد وقعت على المأة دينار وبعد لزوم رد العشرة المأخوذة الى المال المضاربة عد رأس المال المأة الاولية فاذا حصل ربح بعد معاملة او معاملات تنجبر العشرة الخاسرة

ويكون رأس المال الاولية بحاله فهو المعيار الى حصول الربح والخسارة مكرراً وبعداً فبعد .

وليت شعرى ما حال هذه البحوث المشكلة المتحيرة مع ان الكلام مع العرف الخارج عن فهم المشكلات فرأس المال فى المثال مأة وقد افاد وابان الربح الحاصل يكون وقاية لرأس المال ولا يجوز اخذه حتى ينجبر به ماتلف وخسر من المال و فى المثال ان الخسرة العشرة لاتلحظ اصلا بل المعيار اصل المأة و كذا لايلحظ العشرة المأخوذة للزوم ردها الى اصل رأس المال فان رد وباع واشترى العامل مع التسعين الموجودة فلا يجوز له اخذ الربح بعداً حتى ينجبر به العشرة الخاسرة ويبلغ الى المأة فالملحوظ هو المأة والربح والخسارة يلحظ بعد الفسخ او عند ظهور الربح كما عرفت والافيوما بعد يوم ينقص ويزيد .

فعلى هذا الذى ذكر لزم تمام شغله الى حساب ذلك فتأمل فى جميع ذلك وفى ما قالوا من عدم جواز التصرف فى الربح حتى يبلغ رأس المال الى اول الشروع من دون لحاظ اىّ مقدار وقعت الخسارة واىّ مقدار نقص من رأس المال .

قال فى القواعد (و الربح وقاية لرأس المال فان خسر وربح جبرت الوضيعة بالربح سواء كان الربح والخسران فى مرة واحدة أو مرتين أوفى صفقة أو اثنتين) .

وفى مفتاح الكرامة قال بعده أو الربح فى سفره والخسران فى اخرى لانعلم فى هذا خلافا كما فى التذكرة واجماعا كما فى المسالك وقداجمع أهل الاسلام على انه ان ربح وخسر جبرت الوضيعة بالربح كما فى جامع المقاصد لان الربح هو الفاضل عن رأس المال وقد روى اسحق بن عمار عن الكاظم عليه السلام انه سأله عن مال المضاربة فقال الربح بينهما والوضيعة على المال انتهى فلا اشكال فى كون الربح وقاية لرأس المال على مقتضى ظهور كلماتهم .

وليت شعرى كيف يجتمع ذلك مع هذه المسألة ففى المقام كان رأس المال مأة دراهم فخسر عشرة دراهم وبعد اخذ المالك عشرة اخرى فان ردّها اليه صار تسعون ومع لحاظ خسارة العشرة كان مأة دراهم وهو الحساب حتى ينجبر من الربح العشرة الخاسرة .

فاذا صارت المأة كان كالاول فبعد حصول المأة ان كان الربح كان لهما والا فلا حفظاً لرأس المال ووقاية له هذا مقتضى كلماتهم مع قطع النظر عما اوردنا عليهم من وجوب النفقة للعامل حيث ان ظاهر الكلمات ان العامل اذا دخل فى المضاربة لايتصرف فى المال ولو بقدر معاش يومه مع امكان عدم ربحه الى مدة كثيرة مع ان اخذ مقدار معاشه فى كل يوم لازمه النقصان قهرا وكيف كان فالمسألة غير منقّحة فراجع.

المسألة ﴿الخامسة عشرة .لايجوز للمضارب﴾ أى العامل ﴿ أن يشترى جارية يطأها ، وان أذن له المالك وقيل يجوز مع الاذن﴾ .

ولايخفى ان المسألة مع ان البحث فيها تطويل بلاطائل فى مثل هذا الزمان الذى لاوجود للعبد والجارية كانت فى غاية الاشكال من حيث وطء الجارية سواء كان مع اذن المالك املا وانا اكتفى فى ذلك بمافى الحدائق حتى لايكون كتابى خاليا عن بيانها قال فيها ماهذا لفظه : .

لاخلاف ولااشكال فى أنه لو اشترى جارية للقراض لم يجز له وطئها لانها ملك لرب المال ، ظهر فيها ربح أم لا ، غاية الامر بظهور الربح أن تكون مشتركة بين المالك والعامل ، والجارية المشتركة لايجوز لاحد الشريكين وطئها بدون اذن الاخر ، فان وطأها والحال كذلك فقد تقدم الكلام فى تحقيق القول فى ذلك بالنسبة الى الحد والمهر والولد فى كتاب البيع فى المسئلة الرابعة عشر من المقصد الثانى من الفصل التاسع فى بيع الحيوان .

وقد صرح العلامة فى التذكرة هنا بأن المهر المأخوذ منه هنا يجعل فى مال

القراض ، قال : لانه ربما وقع خسران فيحتاج الى الجبر .

وقال فى التذكرة أيضاً : أنه لايجوز للمالك أن يطأها أيضاً سواء كان هناك ربح أم لا ، لان حق العامل قد تعلق بها ، والوطىء ينقصها ان كانت بكراً ، أو يؤدى الى خروجها من المضاربة ، لانه ربما يؤدى الى احبالها ، الى ان قال : ولو لم يكن فيها ربح لم يكن للمالك أيضاً ، لان انتفاء الربح فى المتقومات غير معلوم وانما يتيقن الحال بالتنضيض للمال ، امالو تيقن عدم الربح فالاقرب انه يجوز له الوطىء انتهى .

أقول : وعلى هذا ينبغى أن يحمل قوله أولا لايجوز للمالك أن يطأها سواء كان هنا ربح أم لا ، على الربح الذى من أصل المال ، لامن الجارية جمعاً بين كلاميه ، وانما الخلاف والاشكال فيما اذا أذن له فى شراء الجارية ووطأها ، فالمشهور أنه كالاول ، لان الاذن قبل الشراء لاأثر لها فى التحليل ، سواء قلنا أن التحليل تمليك أوعقد ، فانه على تقدير كل منهما لايحصل شىء منهما قبل الشراء فلا يدخل تحت الحصر فى قوله تعالى « الاعلى أزواجهم أو ماملكت أيمانهم » الا انه قد روى الشيخ فى التهذيب عن الحسن بن محمد بن سماعة عن محمد بن زياد عن عبدالله بن يحيى الكاهلى عن ابى الحسن عليه السلام « قال : قلت : رجل سألنى أن أسألك أن رجلا أعطاه مالامضاربة يشترى له ما يرى من شىء ، فقال : اشتر جارية تكون معك ، والجارية انما هى لصاحب المال ان كان فيها وضيعة فعليه ، وان كان فيها ربح فله ، للمضارب أن يطأها ؟ قال : نعم » .

وبهذه الرواية أفتى الشيخ فى النهاية ، وظاهر المحدث الكاشانى فى الوافى الميل الى ذلك ، حيث قال : وانما أجاز له وطأها لان قوله تكون معك تحليل لها اياه ، انتهى .

والاصحاب قد ردوها بما عرفت ، قال فى المسالك : والقول بالجواز للشيخ فى النهاية استناداً الى رواية ضعيفة السند ، مضطربة المفهوم ، قاصرة الدلالة .

اقول : أما ضعف السند فهو غير وارد على الشيخ وأمثاله من المتقدمين الذين لاأثر لهذا الاصطلاح عندهم ، بل الاخبار كلها صحيح باصطلاحهم ، الاما نصّوا عليه ، وقد تقدم تحقيق ذلك فى المجلد الاول من الكتاب .

وأماقصور الدلالة فهومردود بأنه لاأصرح فى الجواز من قوله عليه السلام « نعم » بعد قول السائل « أله أن يطأها » وأما اضطراب المفهوم فهوغير مفهوم ولامعلوم وأما ما استندوا اليه من أن الاذن قبل الشراء لاأثر له فى التحليل فهو أول المسئلة ومحل البحث ، وأى مانع منع منه « قولهم : سواء قلنا أن التحليل تمليك أو عقد » مدخول بعد الانحصار فى القسمين المذكورين ، فان التحليل قسم ثالث ليس بتمليك ولاعقد ، وقد دلّت الاخبار على جواز النكاح به ، وان كان ظاهر كلامهم ارجاعه الى أحد القسمين المتقدمين ، الا أن ظاهر الاخبار كونه قسماً برأسه .

وبالجملة فان ردّ الخبر من غير معارض مشكل ، والركون الى هذه التعليلات العليلة وردّ الخبر بها مجازفة ظاهرة هذا كله فيما اذا كان الاذن قبل الشراء .

أما لو كان بعد الشراء فان الظاهر أنه لاخلاف ولااشكال فى جواز الوطىء الا أن يكون الشراء للقراض ويكون قد ظهر فيها ربح ، فانه تصير المسئلة هنا راجعة الى مسئلة تحليل أحد الشريكين لصاحبه ، وفيها خلاف واشكال سيأتى التنبيه عليه فى محله ان شاء الله ، ومنشأه من حيث لزوم حل النكاح بسببين مختلفين ، الا أن هذا خارج عن مورد الخبر المذكور ، فان ظاهره أن الجارية للمالك خاصة ، وليست من القراض فى شىء .

وكيف كان فالمسئلة لما عرفت محل توقف واشكال ، والاحتياط فيما ذكره الاصحاب انتهى وكل ما قال فى محلّه لكن الامر سهل فى امثال زماننا وقال ايضا المصنف فى نافعه ولا يطأ المضارب جارية القراض ولو كان المالك

أذن له وفيه رواية بالجواز متروكة وقال بعده المحقق الخوانساري لا اشكال في عدم جواز وطي المضارب أي العامل للجارية المشتراة بمال المضاربة انتهى.

﴿ أمّا لو احتلها ﴾ المالك له ﴿ بعد شرائها ﴾ ولم يكن ثم ربح فيها ﴿صح﴾ وطئها قطعاً مع القطع بعدم ربح فيها فعلا ولايجوز مع الشك لانه مع حصول الربح تكون مشتركة في الربح بين المالك والعامل ولايجوز وطء الامة المشتركة بين الاثنين وازيد وعن الرياض هنا « يشكل التحليل مع عدم القطع بعدم الربح أن قلنا بالمنع في صورته ، لاحتمال الشركة الموجبة للمنع في نفس الامر ، فيجب الترك من باب المقدمة - قال - : ويحتمل الجواز مطلقا كما قالوه لاصالة عدم حصول الظهور ، ولاريب أن الاحوط تركه.

وفي الجواهر قلت : وان كان الاقوى الجواز لاصالة عدم الشركة انتهى اقول وما في الرياض اولى بمراعات المسألة ﴿السادسة عشرة : اذا مات وفي يده أموال مضاربة﴾ لمتعددين ﴿فان علم مال أحدهم بعينه كان أحق به﴾ بلاخلاف ولااشكال ، ﴿وان جهل﴾ مال كل واحد منهم بخصوصه ﴿كانوا فيه سواء﴾

وفي الجواهر بمعنى أنه يقسم بينهم على نسبة أموالهم ، كما في اقتسام غيرهم من الشركاء ، كما سمعته في نظائره في كتاب الصلح هذا ، اذا كانت مجتمعة على حدة ، أما اذا كانت مع ماله ففي المسالك «ان الغرماء بالنسبة الى جميع التركة كالشريك ، ان وسعت أموالهم أخذوها ، والا تحاصوا» انتهى وفي الحدائق ماهذا نصه اذا مات وفي يده اموال مضاربة فان علم مال احدهم بعينه حكم له به ، وان جهل كانوا فيه سواء ، فان جهل كونه مضاربة حكم به للورثة انتهى.

وقد تمسكوا لذلك بالخبر السكوني عن جعفر عن أبيه عن آبائه عن علي عليهم السلام انه كان يقول : من يموت وعنده مال مضاربة قال : ان سماه بعينه قبل موته فقال : هذا لفلان فهو له ، وان مات ولم يذكر فهو أسوة الغرماء» ورواه الصدوق مرسلا ايضا وظاهره ان سمى مال الاشخاص فالمال له والا كان الجميع فيه سواء

يجعل لهم منها بحسب اموالهم لاالسواء بمعنى المساوى بين الجميع ويشكل ذلك بان فى المضاربة كان الاموال للمالك وقل ما يتفق فيها مال الغير فلايكون المال للوارث ولالغير المالك الاّ ما علم بانه للغير بان يعلم كونه وديعة اوامانة ونحوهما

والحاصل قوله عليه السلام من يموت وعنده مال المضاربة صريح فى موت العامل وكون ما بيده مال رب المال وحينئذ ما سماه العامل بكونه مال زيد او عمرو فمعلوم مثل ما عين بان هذا المال عارية او وديعة والا كان الظاهر ان كل ما بيده لرب المال فالخارج عن مال المضاربة ما عينه او عين بقرينة و نحوها من الشهادة عليه وفى غير ذلك كان المال لرب المال ولايصل النوبة بكون المال للغرماء اوللوارث اذ الظاهر كون العامل بيده مال المضاربة للمالك فكما لوفسخ المالك كان المال له وكان للعامل اجرة المثل فكذلك لومات العامل و الظاهر مقدم على الاصل فى مثل هذا المقام حيث لامال للعامل وكل ما بيده كان للمالك الاّ اذا علم بالتعيين بانه لفلان واحتمال كونه امانة اوعارية مندفع بالاصل فكل ما عينه للغير وجب رده اليه وكل ما علم للغير مع عدم تعيين صاحبيه كان الكل فيه سواء بمعنى ماتقدم وغيرها محكوم بكونه للمالك فكما لومات المالك انفسخ عقد المضاربة وكان المال لوارثه فكذلك لومات العامل كان المال لنفس المالك الافيما علم بكونه للغير كما اذا علم بان العامل اشترى مؤجلا واخذ منهم المبيع ولم يبلغ المدة لدفع الثمن يجب عليه ردها الى صاحبيها فهذا هو المعيار ولامعنى للحكم بالميراث مع كون ما فى يده للمالك .

فان قلت الغالب كان للعامل ايضا مال فلايصح الحكم بكون المال للمالك

قلت نعم لكن ماله لم يكن ممزوجا مع مال المالك و الاّ كان شريكا لامضاربا فحال المضاربة ما بيد العامل للمالك .

فان قلت يمكن كون العامل مضاربا عن المتعددين وكان فى يده اموال كثيرة لجواز كونه كذلك .

قلت نعم لكن اموال كل واحد من المالكين فى مكان غير مكان الاخر بالبداهة فلو كان فى كل مكان له مضاربة لشخص معين كان الحكم كذلك اى ما بيده بعد موته لمالكه وبالجملة لافرق فيما ذكر بين كون المالك ورب المال واحدا اومتعددا لعدم صحةامتزاج جميع اموال المالكين مع صدق كون العامل عاملا عن الجميع تدبر .

﴿فأن جهل كونه﴾ أى ما فى يد الميت العامل ﴿مضاربة قضى به ميراثاً﴾ وفى الجواهر قال عند المصنف وثانى الشهيدين وسيد الرياض ، قضاء لحكم اليد بل لاضمان عليه للمضاربة ، لاصالة البراءة انتهى .

اقول قد عرفت ان الجهل فى مثل المقام مشكل جدا بعد كونه عاملا لرب المال و كون المال له فمع هذا الظاهر واصالة الاشتغال لكون المال للمالك هل يصح التمسك باصالة البرائة والحكم بان المال ميراث اولا والاول فى غاية الاشكال مع ان اصالة البرائة معارضة باصالة العدم بكونه ميراثا بل استصحاب عدم جريانه للوارث بعد مالم يكن له محكّم فالاصل عدم كون المال ارثا بل لوشك فى كون ما بيد المضارب خارجا عن المضاربة فالاصل عدم الخروج و بقائها بل الحكم باقتضاء اليد عجيب فان المال كان فى يد العامل قبل الموت ومقتضى اليد هو الحكم بانه للعامل مضاربة فيكون للمالك .

وفى المسالك بعد قوله وان جهل كونه مضاربة اه قال المراد ان العامل كان بيده مضاربة فى الجملة ولكن لم يعلم بقاؤها ولاتلفها وبواسطة ذلك جهل كون المال الذى بيده مضاربة اذ كما يمكن ان يكون من مال المضاربة يمكن كونه ماله فيحكم بكونه ميراثا عملا بظاهر اليد .

اقول مقتضى كلامه الى هنا استصحاب بقاء المضاربة لاعترافه بالعلم بالمضاربة فى الجملة فلا يجوز رفع اليد عنه فبعد الحكم ببقائها يحكم بكون المال الذى بيده مضاربة و كان للمالك واما العمل بظاهر اليد فانما يصح اذا لم يعلم بكون

المال مضاربة ولوفى الجملة ومع هذا الاحتمال القوى لامجرى لليد اذالمتيقن ما اذا كان ذواليد و ادعى كونه له والفرض لاوجودله فلا مجرى لها ولايصدق اليد على من كان فى يده فى زمان سابق ويؤيد ماذكرنا قوله متصلا بكلامه .

ولكن مع ذلك هل يحكم بضمانه للمضاربة من حيث اصالة بقائه الى ان يعلم تلفه بغير تفريط ولعموم على اليد ما اخذت حتى تؤدى ام لااصالة برائة الذمة وكونه امانة غير مضمونة واصالة بقائه لايقتضى ثبوته فى ذمته مع كونه امانة وجهان ويتخرج على الاول ان اصالة بقائه يقتضى كون مالكه كالشريك فى مال العامل حيث يشتبه ماله فيه فيقدم على غيره من الغرماء مع احتمال كونه اسوتهم لان العامل يصير ضامنا بترك تعيينه والوصية به فاذا لم توجد العين كان بمنزلة التلف الى آخر العبارة الحمدلله اولا وآخرا .

بسم الله الرحمن الرحمن

وبه نستعين

* (كتاب المزارعة والمساقاة) *

﴿ أما المزارعة فهى ﴾ لغة : مفاعلة من الزرع وشرعاً ﴿ معاملة على الأرض بحصة من حاصلها ﴾ .

وفى الجواهر ولعل تحقق المعنى اللغوى فيه باعتبار مباشرة أحدهما وأمر الآخر به نحوماسمعته فى المضاربة وهل هى المخابرة ؟ فيه خلاف لافائدة مهمة فى تحقيقه لكن فى المسالك «قد يعبر عن المزارعة بالمخابرة اما من الخبر وهو الاكار أو من الخبارة وهى الأرض الرخوة أو مأخوذ من معاملة النبى ﷺ لاهل خيبر الى ان قال ولاريب فى مشروعية هذا العقد عندنا ، وعند أكثر علماء

الاسلام ، بل نصوصاً فيها وفى المساقاة مستفيضة أو متواترة . ﴿ وعبارة ﴾ عقد ﴿ ها أن يقول : ﴾ الموجب وهو من بيده الارض ﴿ زارعتك أو ازرع هذه الارض أوسلمتها اليك ، وماجرى مجراه مدة معلومة، بحصة معينة من حاصلها﴾ فيقول القابل ، قبلت ، ويصح فيها المعاطاة بل بكل لفظ يؤدى معنى هذه الصيغة فيصح من كل لسان ما افاد هذا المعنى .

وكيف كان فيدل على اصل مشروعية المزارعة روايات كثيرة .

منها خبر أبى الربيع الشامى « عن أبى عبدالله عليه السلام أنه سئل عن الرجل يزرع أرض رجل ، فيشترط عليه ثلثا للبذر وثلثاً للبقر فقال : لاينبغى أن يسمى بذراً ولا بقراً ولكن يقول لصاحب الارض : أزرع أرضك ولك منها كذا وكذا نصف أوثلث ، أوما كان من شرط ، ولايسمى بذراً ولا بقراً انما يحرّم الكلام » .

ونحوه خبر النضر بن سويد عن عبدالله بن سنان « أنه قال : فى الرجل يزارع فيزرع أرض غيره ، فيقول : ثلث للبقر وثلث للبذر ، وثلث للأرض قال : لايسمى شيئاً من الحبّ والبقر ، ولكن يقول : أزرع فيها كذا وكذا ان شئت نصفاً ، وان شئت ثلثاً » .

ومنها صحيح يعقوب عن أبى عبدالله عليه السلام فى حديث « سألته عن الرجل يعطى الرجل أرضه وفيها رمان أو نخل أو فاكهة ، ويقول : اسق هذا من الماء واعمره ولك نصف ما اخرج ؟ قال : لابأس » خلافاً لما عن الشافعى وأبى حنيفة وبعض العامة فمنعوا منه الاّ فى مواضع مخصوصة وظهور الروايات فى حصول الملكية لما شرط غير خفى .

والحاصل ظاهر الروايات وصيغ المزارعة كلاهماهو حصول الملك للزارع وقوله عليه السلام ان شئت نصفا وان شئت ثلثا ونحو ذلك ظاهر فى كون النصف اوالثلث اومايسمى بالشرط ملكا للزارع والنصف الباقى ملكا للمالك وبذلك يندفع ماينا قش فيه كما اشار اليه فى الجواهر قال وقدينا قش فيه بأن صيغة المزارعة التى هى

زارعتك وسلمتك ونحوهما وحقيقتها - التى هى المعاملة على الارض بالحصة من حاصلها - لاتقتضى اعتبار ملكية الارض لاعيناً ولامنفعة ، بل يكفى فيها الاولوية الحاصلة فى أرض الخراج بالاحياء أو بالتفويض ، ممن هى فى يده من حاكم الجور أو الشرع أوغير ذلك .

ومن هنا جزم فى الكفاية بعدم اعتبار ذلك فى المزارعة ، وذكر جملة من النصوص الدالة على جواز مزارعة ارض الخراج ، الى ان قال وذلك لانه لايكاد ينكر ظهور ما ذكروه من تعريف المزارعة المزبورة ومن صيغتها المذكورة فى كون الارض مملوكة العين أوالمنفعة أو الانتفاع ، والالم يكن وجه للمعاملة عليها بالحصة من حاصلها التى مقتضاها تسليط العامل عليها بعوض هو الحصة من الحاصل ، فهى حينئذ كالاجارة بالنسبة الى ذلك ، وان اختلفت معهافى الاجرة بل هو معنى زارعتك على هذه الارض ، أوسلمتك اياها اوسلطتك عليها بالحصة من حاصلها ، اذلامعنى له بدونه ، فان المعاوضات التمليكية لايتصورفيها عدم ملكية العوضين ، اواحدهما بأحد الوجوه التى ذكرناها .

بل قد سمعت مافى خبر يعقوب المؤل فيه عن المزارعة ، فقال : «النفقة منك والارض لصاحبها فما اخرج الله تعالى من شىء قسم على الشطر» كغيره من النصوص الظاهرة فى كون الارض فى المزارعة مملوكة عيناً او منفعة او انتفاعاً بمعنى اعتبار السلطان على الارض للمزارع ،وارض الخراج وان كانت غير مملوكة العين ذاتاً لكنها قدتملك منفعتا بالاستيجار من السلطان الذى قداجرى الشارع ذلك منه مجرى سلطان العدل انتهى .

ولقد اجادوان كان فى ملكية نفس الارض كلاما باى" وجه كان ﴿و﴾ على كل حال فـ ﴿هو﴾اى عقد المزارعة ﴿عقد لازم﴾ بلاخلاف كماهو كذلك فى اكثر العقود للاجماع بقسميه عليه ، لقاعدة اللزوم المستفادة من آية «اوفوا» وغيرها كما عرفت فى المضاربة فـ ﴿لاينفسخ﴾ حينئذ اختياراً ﴿الا بالتقايل﴾

أو باشتراط الخيار ونحوه نعم قد تنفسخ قهراً بخروج الارض عن الانتفاع ونحوه كما فى الجواهر ﴿ولا يبطل بموت احد المتعاقدين﴾.

وفى الجواهر قال كغيره من العقود اللازمة ، فاذا مات رب الارض انتقل حكم العقد الى وارثه ، واذا مات العامل قام وارثه مقامه ، اواستؤجر من ماله ولو الحصة المزبورة على اتمام العمل انتهى بل يمكن ان يقال ان المالك اجار بمن كان يتقبل امر الزراعة اعم من كون الفاعل شخص هذا المستأجر اووارثه فالمناط هو الزارعة فى الارض باى شخص كان الااذا شرط عليه المباشرة وعن المسالك وغيرها انه ربما استثنى من ذلك ما اذا شرط المالك على العامل العمل بنفسه فانها حينئذ تبطل بموته ، قال : «ويشكل لو كان موته بعد خروج الثمرة ، لانه حينئذ قد تملك الحصة وان وجب عليه بقية العمل ، فخروجها عن ملكه بعد ذلك بعيد، نعم لو كان قبله اتجه» انتهى فانه حينئذ يرتفع المزارعة بانتفاء المباشر لها

والحاصل انه لو شرط المالك على العامل المباشرة بنفسه قد بطل بموته والافلا فلو لم يشترط ومات العامل بعد ظهور الثمرة قد انتقل الى وارثه وعليهم بقية العمل حتى بلغت الثمرة الى كمالها ولو مات المالك قد اتم العامل عمله واخذ سهمه والباقى الى الوارث .

﴿و﴾ كيف كان فـ ﴿الكلام اما شروطه﴾ اى هذا العقد ﴿واما فى احكامه اما الشروط : فثلاثة الاول : ان يكون النماء مشاعاً بينهما ، تساويا فيه اوتفاضلا﴾ بلاخلاف ولااشكال .

وفى الجواهر على ما فى الرياض ، بل فى الغنية الاجماع عليه ، وانه الحجة مضافاً الى قاعدة الاقتصار على المتيقن من النص والفتاوى فى عقد المزارعة والمساقاة ، المخالف لاصالة عدم الغرر ، الى ان قال وفى المسالك فى تفسير الشرط المزبور «اى يكون مجموع النماء بينهما مشاعاً، فيخرج بذلك مالو شرط احدهما شيئاً معيناً ، والباقى للآخر اولهما، وما لو شرط احدهما خاصة وغير ذلك، والوجه

فى بطلان الجميع منافاته لوضع المزارعة » انتهى .

والمسألة مضافا الى انها محل اتفاق لامعنى لغير الاشاعة فلوشرط شيئا معينا لم يصح كما عرفت فى المضاربة ويدل عليه ما فى الصحيح « لاتقبل الارض بحنطة مسماة ، ولكن بالنصف والثلث والربع والخمس لابأس به » وقوله بحنطة مسماة معناه مقدار معين كما سماها بعشرة أمنان مثلا بل الصحيح بالنصف ونحوه وفى الجواهر مازجا لعبارة المتن .

﴿فلو شرطه﴾ أى النماء ﴿احدهما لم يصح﴾ وكذا لو اختص كل واحد منهما بنوع من الزرع دون صاحبه كأن يشترط احدهما الهرف﴾ اى المتقدم من الزرع ﴿والاخر الافل﴾ أى المتأخر منه ﴿أو ما يزرع على الجداول﴾ بمعنى الانهار الصغار او مايجمع حولها من التراب من قطع الارض ﴿والاخر ما يزرع فى غيرها﴾ اونحو ذلك مما لااشاعة فى شىء منه بينهما »

﴿و﴾ عليه ﴿ لو شرط احدهما قدراً من الحاصل ومازاد عليه بينهما ﴾ فانه ﴿ لم يصح﴾ بل انه المشهور ، سواء كان مقدار البذر او غيره ﴿ لجواز ان لاتحصل الزيادة﴾ فيبقى الاخر بلاشيء وعدم الجواز ظاهر الحدائق قال ماهذا نصه .

نعم وقع الخلاف هنا فى موضعين ، أحدهما لو شرط احدهما قدراً من الحاصل والزائد عليه يكون مشتركا بينهما ، فالظاهر - وبه صرح جملة من الاصحاب أيضا انه لايصح ، لجواز ان لايزيد شيء ، ولان ظاهر الاخبار المتقدمة هو الاشتراك فى جميع مايحصل من النماء الا ماخرج بالشرط ، ولافرق بين ذلك من كون القدر المشروط هو البذر وغيره ولابين كون الغالب على تلك الارض ان يخرج منها مايزيد على الشروط عادة أم لا لاشتراك الجميع فى الخروج عن قاعدة المزارعة ، مضافاً الى حصول الجهل فى العوض الموجب لكون العقد على خلاف الاصل فيبطل حينئذ ، ونقل عن الشيخ فى النهاية و جماعة جواز استثناء البذر من جملة الحاصل وفى المختلف جواز استثناء شيء من الحاصل مطلقا ، والاشهر الاظهر الاول انتهى .

والمسألة مشكلة من حيث ذلك ومن الروايات الدالة على الصحة بل المحكى عن الشيخ وجماعة جواز اشتراط مقدار البذر بل عن الفاضل جواز استثناء شيء مطلقاً، ورجّحه فى الكفاية، ولعلّه للعمومات والاطلاقات المتوهمة بزعم الشمول للمقام مع قطع النظر عن ظهور ما دلّ على شرعية المزارعة فى اشاعة الجميع والافمع لحاظه لايصل النوبة الى ادلة الجواز بل هو الاشكال الموجب للاختلاف مع ان المتيقن من المزارعة والمساقاة اللتين لايخلو عن الغرر هو صورة عدم جواز استثناء شيء حيث ان جوازه موجب لزيادة الغرر فاللازم هو الاقتصار على المتيقن وهو عدم جواز اشتراط شيىء معيّن سوى مايسمّى من حقه نصفا او ثلثا وغيرهما فلذلك يشكل التمسك بالخبرين الاتيين الدالين على الجواز.

فلا يتم ما فى الجواهر بعدهما فى ردّ الرياض بقوله ومن الغريب بعد ذلك كله ما فى الرياض حيث أنه بعد أن حكى عن الكفاية ترجيح ذلك استناداً الى قوله تعالى «الا أن تكون تجارة عن تراض» قال: «وهو كما ترى، اذ ليس المستفاد منه الاّ الجواز مع الرضا وهو لا يستلزم اللزوم مع فقده ولو بعدها، كما هو المدعى، مع أنه مخصص بما مضى، مضافاً الى ما دل على النهى عن التجارة المتضمنة للغرر، والجهالة، ومنها مفروض المسألة كما مر اليه الاشارة، وبه صرح فى الغنية، فقال، بعد الاستناد الى الاجماع: ولعله لايسلم الاّ ما قد عينه، فيبقى رب الأرض والنخل بلا شيء وقد يعطب الاّ غلة ما عينه، فيبقى العامل بلا شيء.

اذ لايخفى عليك ما فيه من عدم انحصار الدليل فى الآية التى يكفى فى المطلوب دلالتها على الجواز والمشروعية، واللزوم، يستفاد حينئذ من آية «أوفوا» وغيرها وليس فيما مضى ما يصلح مخصصاً، اذ ليس الاّ دعوى شرعيتها على خلاف ذلك، وقد عرفت منعها على مدعيها، وأن الاطلاقات والعمومات تكفى فى اثبات شرعيتها على الوجه المزبور، ولا نهى عن مطلق الغرر على

وجه يشمل هذه المعاملة التى هى مبنية عليه انتهى .

ولايخفى انه مضافا الى عدم الغرابة كان فيه جودة بينة اذ ليس فى صحة المعاملات مجرد الرضاية والاّ فيدل الآية على صحة بيع الخمر والخنزير اذ وقعت المعاملة مع الرضا بها قطعا فيصدق عليه تجارة عن تراض مع انه كما ترى فاصل المعاملة لابد من جوازها شرعا ثم وقعت مع الرضا ولو كان الجواز ظاهرا من شيء فلا محالة مخصص بالادلة والعمومات المتقدمة الدالة على عدم الجواز حيث صرح عليه السلام بعدم جواز اشتراط الزيادة فاذا دل الدليل على عدم اشتراط الزيادة على الاخر و الخروج بذلك عن الاشتراك بينهما ينتفى ما يتوهم منه الجواز .

وبالجملة اولاً لايكون مثل اشتراط الزيادة جائزاً وثانياً لو فرض الجواز يخصص بالصحيح الدال على عدمه كما فى قوله اكرم العلماء ولاتكرم عالما فاسقا فمع الصحيح كيف يصح التمسك بآية التجارة ولوقيل ان الاية غير منحصرة فيها بل يكون آية اوفوا كان الجواب الجواب فلابد اولا اثبات الجواز ثم التمسك بالاية باللزوم فاذا عقد على الخمر والخنزير كيف يصح التمسك باوفوا بالعقود .

وبالجملة هو امر معلوم من الشرع فى مثل هذا المقام بل المعاملة الغررية ممنوعة فى مقام وحيث كان اصل معاملة المزارعة والمساقاة غررية وبهذا الوصف صارتا مشروعة فلابد من الاقتصار على القدر المتيقن من الغرر وهو صورة شرط النصف اوالثلث وغيرهما دون الخارج عن ذلك لكن الانصاف ان المسألة مع ما ظاهره جواز الاشتراط فى غاية الاشكال

وفى خبر ابراهيم الكرخى قال قلت لابى عبدالله عليه السلام : أشارك العلج فيكون من عندى الارض والبذر والبقر ، ويكون على العلج القيام والسقى والزرع حتى يصير حنطة أو شعيراً ، وتكون القسمة فياخذ السلطان حقه ، ويبقى مابقى ، على ان للعلج منه الثلث ، ولى الباقى قال: لابأس بذلك ، قلت : فلى عليه ان يردّ على

مما اخرجت الارض البذر ، ويقسم مابقى ، قال : انماشار كته على ان البذر من عندك ، وعليه السقى والقيام» فيجب الوفاء عليه وهومفاد المؤمنون عندشروطهم

وخبر يعقوب بن شعيب «قال : سألت ابا عبدالله عليه السلام عن الرجل تكون له الارض من ارض الخراج فيدفعها الى الرجل على ان يعمرها ويصلحها ويؤدى خراجها وما كان من فضل فهوبينهما قال : لابأس»

وفى الجواهر بعدهما قال الى غيرذلك من النصوص على اختلافهافى الظهور والاشعار بجوازذلك الذى هوفى الحقيقة لاينافى الاشاعة ، خصوصا اذا كان لاجنبى وان نافى كونه بينهما انتهى .

ولايخفى ان محل الكلام هواشتراط احد طرفى المعاملة شيئاً من الحاصل لنفسه بحيث يخرج عن الاشاعة والكلام فى المنع و الجواز هو هذه الصورة لا الاشتراط لاجنبى مجبور على الاشتراط له بحيث لو لم يشترط و لم يقرر له لما يتحقق الحاصل بينهما كما فى مورد الخبر ففى الحقيقة ما يؤدى الخراج غير داخل فى حقهما وماحصل من الارض هوبعد دفع حق السلطان الجائر وهوخارج عن الاشتراك والذى يتحقق به الاشتراك هوما بينهما بعد الدفع فهو خارج عن محل الكلام والدليل على الجواز هو الاتيان بشىء ظاهر فى شرط مخالف للاشتراك بين طرفى المعاملة لامثل ذلك والعجيب ممن استدل بامثال هذا الخبر للمقام فتأمل .

والمحقق الخوانسارى فى جامعه بعد قول المصنف الاول ان يكون النماء مشاعا مساويا قال ماهذالفظه وأما اشتراط أن يكون النماء مشاعاً فالظاهر عدم الخلاف فيه بل ادعى عليه الاجماع واستدل عليه بقاعدة الاقتصارعلى المتيقن من النص والفتوى فى عقد المزارعة والمساقاة المخالف لاصالة عدم الغرر ، ثم ساق الصحيح .

ثم قال وفسر الشرط المزبور بكون مجموع النماء بينهما مشاعاً ويخرج

بذلك مالو شرط لاحدهما شيئاً معيناً والباقى للاخر أو لهما وما لو شرط لاحدهما نوع خاص من الزرع دون صاحبه و فى بعض الصور وقع الخلاف كما لو شرط أحدهما قدراً من الحاصل وما زاد عليه بينهما ففى الشرايع نفى الصحة لجواز أن لاتحصل الزيادة فيبقى الآخر بلاشىء ، وحكى عن الشيخ (ره) وجماعة جواز اشتراط مقدار البذر ، وعن الفاضل جواز استثناء شىء مطلقاً ورجحه فى الكفاية ، ويمكن أن يقال : ان تم الاجماع على الشرط المذكور بالنحو المفسر فلا كلام والا فيشكل من جهة أن المستفاد من الصحيح المذكور لزوم الاشاعة فى الجملة لافى جميع ما يزرع وما ذكر من الاقتصار على المتيقن من النص و الفتوى يتم لو تم قاعدة نفى الغرر فى المقام فمع وجود العام مثل «أوفوا بالعقود» يشكل الحكم بالبطلان الا أن يدعى ان وضع المضارعة المتعارفة بين الناس على الاشاعة فى جميع مايزرع و العمومات منصرفة الى ما هو المتعارف بينهم لكنه مع التسليم يكون كذلك مع عدم الاشتراط لامع الاشتراط كما أن بناء البيع على اللزوم و مع اشتراط الخيار لالزوم .

ومما ذكر يظهر قوة ماعن الشيخ والفاضل وقد يستفاد صحة بعض الصور من خبر ابراهيم الكرخى الى ان ساقه و خبر يعقوب بن شعيب ثم قال و يشكل الاستفادة من هذين الخبرين فان مايأخذه السلطان بحق أو بغير حق ليس شيئاً قابلا لان يقسم بين المالك والزارع بحيث يحتاج الى الاشتراط بل يؤخذ مع الاشاعة من ملك الطرفين ، نعم يمكن أن يشترط أن ينقص من حصة أحدهما وهذا غير مذكور فى الخبرين ، وأما اخراج مقدار البذر فلعل الظاهر من الخبر الاول عدم الجواز حيث يظهر منه أن البذر فى مقابل السقى والقيام فكيف يرد انتهى .

قوله قده لزوم الاشاعة فى الجملة قد تبع فى ذلك صاحب الجواهر حتى يصح اخراج مقدار او شىء معين ولكنه غير تام بل الظاهر من الصحيح هو الاشاعة التامة بحيث ينافيها اخراج معين من المجموع والتمسك باوفوا بالعقود قد عرفت

مافيه وانه وارد على العقد الصحيح لاالذى صحته اول الكلام بل المسلم ان وضع المزارعة على المزارعة المتعارفة بين الناس وهو الاشاعة فى الجميع مما يخرجه الارض كما اشار اليه والشرط انما يصح مع جواز الشيء لامع حرمته فانه لا يصحح ما كان باطلا وظاهره الميل الى الصحة .

ولكن مع ذلك لايخلو كلامه عن الاجمال فان الظاهر من قوله يشكل الاستفادة هو استفادة الجواز كما مر من توضيحنا آنفا ثم صرح بان اخراج البذر لا يستفاد من الخبر الاول فلا يدل الخبر الاول على اشتراط خروج البذر والخبر الثانى يشكل الاستفادة فمجوعهما ظاهران فى عدم جواز الاشتراط ولكن ينافيهما قوله يظهر قوة ما عن الشيخ الخ فانه ظاهر فى تقويته الجواز .

وقد عرفت خلافه خلافا لصاحب الجواهر وقد اورد قده على الغنية القائل بعدم الجواز ايضا بقوله :

ومافى الغنية ظاهر فى استثناء قطعة من الأرض يختص بها العامل أورب الأرض وهو غير ما نحن فيه من اشتراط مقدار معين كلى من الحاصل ، لأحدهما الذى قد عرفت عدم منافاته للاشاعة ، حتى لو كان لاحدهما ، بناء على أنه كاستثناء الارطال المعلومة فى بيع الثمار ، مع أنه قد يمنع عدم جواز ذلك أيضاً ، اذا كان بطريق الشرط خارجاً عن أرض المزارعة ، لعموم الادلة واطلاقها . ولعل منه ما فى أيدى الناس الان من اشتراط الشكارة المختصة بالسركار أو الفلاح أوغيرهما ومن ذلك كله يظهر الوجه فيما ذكره المصنف بقوله و اما لو شرط الخ انتهى ولا يخفى فى ما افاده فان استثناء قطعة من الارض اى حاصلها لا نفس الارض فيكون خارجا عن الاشاعة بل يكون استثناء مقدار معين ممنوع فان اللازم كون الجميع بنحو الاشاعة وخروج مقدار للاجنبى لايكون بنحو الاشاعة فانه حينئذ مختص بمن شرط له فما افاد غير تام خصوصاً استشهاده بقول المصنف كما سيأتى فى قوله جواز شرط شيىء فانه غير مربوط باشتراط الزيادة وقياس اشتراط

الذهب والفضة ونحوهما باشتراط زياد الحنطة مع بطلانه مع الفارق وكلامنا فى شرط زياد مقدار من الحنطة او لا لاحدهما ثم يشتركان وكيف كان فالاقوى هو المنع كما هو ظاهر المسالك ايضا حيث قال بعد قوله ان يكون النماء مشاعا بينهما اماى يكون مجموع النماء بينهما مشاعاً فيخرج من ذلك مالو شرط احدهما شيئا معينا والباقى للاخر اولهما ومالو شرطه احدهما خاصة وغير ذلك والوجه فى بطلان الجميع منافاته بوضع المزارعة انتهى .

وكيف كان فهذا كله فيما شرط اخذ صاحب الارض شيئا من الحاصل فقد عرفت عدم جوازه .

و﴿أما لو شرط أحدهما على الاخر شيئاً يضمنه له من غير الحاصل مضافاً الى الحصة﴾ من ذهب أوفضة أو غيرهما ﴿قيل﴾ والقائل المشهور ﴿يصح﴾ بل لعل عليه عامة من تأخر بل قد يشعر مافى المسالك ومحكى غيرها بعدم الخلاف فيه ، حيث لم يعلما القائل بالاخر ﴿و﴾ ان قال المصنف : ﴿قيل : يبطل و﴾ على كل حال لاريب فى أن ﴿الاول أشبه﴾ بل لاوجه للفساد اصلا مع عموم المؤمنون عند شروطهم بل فى الجواهر بعد قوله اشبه قال بأصول المذهب وقواعده ، بل فى المفاتيح فى بعض الاخبار عليه دلالة ، قيل : ولعله ما اشار اليه فى الكفاية من بعض المعتبرة « عن الرجل يزرع له الحراث الزعفران ويضمن له أن يعطيه فى كل جريب أرض يمسح عليه وزن كذا وكذا درهما ، فربما نقص وغرم ، وربما استفضل وزاد ، قال : لابأس اذا تراضيا » هذا انتهى .

﴿وتكره اجارة الارض للمزارعة بالحنطة أوالشعير﴾ ويكون الاجرة ﴿مما يخرج منها﴾ لامن غيرها ولو كانت من غيرها فلا كراهة ﴿و﴾ اما لو كانت من نفس الارض فـ ﴿المنع أشبه﴾ والمسألة مشكلة من حيث عدم وجه يعلم للمنع كما اذا شرط احدهما بان يكون الاجرة من النصف او الثلث من نفس هذه الارض

والشرط صحيح قطعا مع انه لايصح الشرط الا فيما يجوز فلو كان ذلك ممنوعا لما صح بالشرط .

وبالجملة ان اكثر اجارة الاراضى للزراعة بهذا النحواى بكون نصفه او ثلثه من نفس حاصل الارض للمالك او الزارع واحتمال ان لايخرج من الارض شيئا على خلاف الاصل مع ان الشروط مبنية على الحصول وعلى فرض العدم لاشىء لاحدهما لالصاحب الارض ولا للزارع صرحا بذلك فى العقد اولا كيف مع ان الاخبار الكثيرة المتقدمة المشتملة على النهى على تسمية البذر والبقر بل نصفا اوثلثا ظاهرة فى كون ذلك من نفس هذه الارض فراجع فانها صريحة فى صحة الثلث اوالنصف ونحوهما من هذه الارض المستجارة للزراعة وبعيد كونه من ارض اخرى مضافا الى امكان عدم التحصل من الغير .

وكيف كان فلادليل على المنع الاخبر أبى بردة سألت أبا عبدالله عليه السلام عن اجارة الارض المحدودة بالدراهم فقال : لابأس قال : وسألته عن اجارتها بالطعام فقال : ان كان من طعامها فلاخير فيه » .

وخبر الفضيل بن يسار « سألت أباجعفر عليه السلام عن اجارة الارض بالطعام قال ان كان من طعامها فلاخير فيه » وفى دلالتهما على المنع مالايخفى بل ظاهرهما الكراهة .

واما الحسن الوشاء « عن رجل اشترى من رجل أرضاً جريباناً معلومة بمأة كر على أن يعطيه من الارض قال حرام» ففيه انه صريح فى اشتراء ارض بمأة كر وهو الاجارة والفرق بينه و بين اجارة الارض للزراعة مما لا يخفى والاستدلال بالحسن للمنع كان مبنيا على عدم الفرق بين ثمن المبيع والاجرة مع ان الفرق بينهما كالفرق بين النهار والليل .

وفى الجواهر قال هذا كله اذا شخص الثمن بذلك .

أما لو جعله فى الذمة ولكن شرط الاداء منها او من أرض معينة أخرى

فلايبعد الجواز ، للعمومات ، ويجرى عليه حكم الشرط حينئذ ، مع احتمال البطلان فيه ، عملا بما سمعته من النصوص فى خصوص هذا الشرط انتهى .

وبالجملة الفرق بينهما واضح وفى البيع باطل وفى الاجارة يصح وجه صحة الاجارة ان الاجرة ليست عين الارض المستأجرة وانما خرجت من حاصلها بخلاف الثمن فى المثمن فانه عين المثمن فلزم اتحاد الثمن والمثمن ولو من بعض المثمن ان اراد بقوله على ان يعطيه من الارض نفس هذه الارض والا فمن ارض اخرى صحيح قطعا وخارج عن المقام ويمكن ان يراد اشتراء الارض و دفع ثمنها من حاصل المبيع وهو غرّرى كما لعله الظاهر من الحدائق و كيف كان فمضافا الى الفرق الواضح بينهما لايصح قياس الاجارة بالبيع والاستدلال للمنع بانه لاخير فيه كما ترى كالاستدلال للمنع بان خروج ذلك القدر منها غير معلوم فربما لايخرج منها شيء اويخرج بغير ذلك الوصف ومن ذلك ظهر فساد ما فى الحدائق قال .

أقول: الظاهر هو القول المشهور واما على القول بالتحريم فى المسئلة المتقدمة كما نقل عن ابن البراج فظاهر واما على القول بالجواز ثمة فلظاهر الخبرين المذكورين المؤيد بحسنة الوشا المتقدمة الصريحة فى التحريم اذا كان من حاصلها وموردها ، وان كان البيع وما نحن فيه انما هو الاجارة ، الاان الظاهر ان الوجه الجامع الذى اوجب البطلان فى الكل من حيث عدم صحة المعاوضة بما كان من الحاصل فى بيع كان او اجارة لخروج ذلك عن الشروط المعتبرة فى ثمن المبيع ومال الاجارة من معلومية حصوله و كميته عددا او كيلا اووزنا وقد عرفت ان ما كان من الارض غير مضمون ، ولاثابت فى الذمة ولاهو معلوم الحصول كما عرفت وحينئذ فلايجوز الاجارة به ولا البيع انتهى .

وفيه ما لايخفى كما عرفت من الفرق فان الاجارة مخالفة للبيع موضوعا وحكما بداهة التضاد بين احكامهما والخيارات الكثيرة ونحوها ثابتة للبيع دون الاجارة وبعيد منه قياس الاجارة بالبيع بجامع عدم صحة المعاوضة بما كان من

الحاصل فانه مضافا الى بطلان القياس كان مع الفارق كما عرفت .

وفى الجواهر بعد قوله المنع اشبه قال بأصول المذهب وقواعده ، ضرورة اعتبار ملكيّة الاجرة التى هى عوض المنفعة المملوكة خارجاً او ذمّة ، ولاشيء منهما فى الفرض ومن ذلك يعلم عدم الفرق بين تشخيص كونه منها ، أومن أرض اخرى ، ولا بين استيجارها بجنس ما يريد زرعه فيها وغيره انتهى .

وردّه قد ظهر ممّا اوضحناه مضافا الى ان ظاهره عدم صحة الاجارة للزراعة مطلقا وان دفع الاجرة من غيرهذه الارض كما اشار اليه بقوله او من ارض اخرى وهو كما ترى وحيث ان محل الكلام هو عدم صحة دفع الاجرة من نفس الارض فلازمة الصحة لو كانت من غيرها فما افاد من البطلان مطلقا باطل جدّاً وعدم تشخص الثمن وعدم معلوميته لافى الخارج ولافى الذمة مندفع اولا بان بناء المزارعة والمساقات ومشروعيتهما على الغرر ولذا قلنا بلزوم الاقتصار على المتيقن من عدم شرط الزيادة واما رفع الغرر والجهل كلا فلايندفع عنهما والالزم عدم تشريعهما وحيث شرعتا كذلك فلاجرم شرعتا على الغرر والجهل بالثمن وهذا مضافا الى ان الثمن فى الخارج او الذمة كلاهما معلومان فى الجملة عند الكل حتى النساء والصبيان والمجانين وان الكل يعلمون بحصول الحاصل الاما شذ وندروهو فى البابين غير مضر جداً وليت شعرى كيف يكون المنع اشبه باصول المذهب .

واما استدلاله للمنع بقول الصادق عليه السلام فى خبر أبى بصير لاتؤاجر الأرض بالحنطة والشعير و لا بالتمر ولا بالأربعاء ولا بالنطاف ، ولكن بالذهب ، والفضّة لان الذهب والفضة مضمون ، وهذا ليس بمضمون » بناء على ارادة عدم اجارتها بذلك اذا كان منها حتى يصح التعليل فيه بل منه يعلم كونه المراد من غيره من الاخبار المشتملة على النهى عن اجارتها بالحنطة والشعير من دون تعليل ، خصوصاً مع ملاحظة العادة فى ذلك مضافاً الى خصوص خبر ابى بردة انتهى .

ففيه اولا انه مطلق فى كون المذكورات من نفس الارض اوغيرها وثانيا انه لو كان من غيرها لكان مضمونا بالحصّة المعلومة لوحصلت بلا كلام فلايتم التعليل حيث اختص عليه السلام الضمان بالذهب والفضّة فالدليل اخص من المدعى .

وثالثاً انه معارض مع جميع ماعرفت من الصحيح لاتسم بذراً ولابقراً الخ فانه ظاهر فى حنطة ما تخرج من نفس الارض ولااقلّ من اطلاقه .

ورابعا قوله بناءاً على ارادة عدم اجارتها الخ ففيه اولا ان لفظ الاجارة استعمل فى معناه الحقيقى ولوسلم يستعمل فى معناه مجازا بالقرينة فان الضمان ولو فى الذهب والفضة فى صورة الاجارة وسيأتى صحة استعمال الاجارة فى معناه ولومجازا كماعن الاردبيلى ره بل يمكن ان يقال ان لفظ الاجارة فى تلك الموارد لايستعمل الا فى معناه الحقيقى وعدم معلومية الاجرة فى باب المزارعة معفّو والالزم عدم تشريعها كما عرفت وفى مرآة العقول ما هذا لفظه .

قوله عليه السلام : « لان هذا مضمون » يعنى فى الصورة الاولى لم يضمن شيئاً بل قال ان حصل شيء يكون ثلثه او نصفه لك وفى الثانية ضمن شيئاً معينا فعليه أن يعطيه ولو لم يحصل شيء ، كذا ذكره الفاضل الأسترابادى وهو جيّد ، فان الغرض بيان علّة الفرق واقعاً وان لم نعلم سبب عليتها ، وقيل : المراد : ان ما اخذت شيئاً مما دفعت من الذهب فهو مضمون ، اى انت ضامن له يجب دفعه الى صاحبه فهو نقل للحكم لا بيان للحكمة ، ولايخفى بعده ، وعلى الاول فذكر الذهب والفضة يكون على المثال ، ويكون الغرض الفرق بين الاجارة والمزارعة .

وقال فى المختلف : قال ابن البراج فى الكامل : من استأجر الأرض بعين أوورق واراد ان يؤاجرها بأكثر من ذلك فعلى قسمين ، اما ان يكون قد أحدث فيها حدثاً اولا ، فان كان قد أحدث جاز ، وان لم يكن أحدث لم يجز ، لان الذهب والفضة مضمونان ، وان كان استأجرها بغير العين والورق من حنطة او شعير او غير ذلك جاز ان يؤاجرها باكثر من ذلك اذا اختلف النوع انتهى .

ومماذكرنا يظهر مافيه قوله ولابارباعاء ولابالنطاف قال فى المجمع والربيع جدول او ساقية تجرى الى النخل والزرع والجمع اربعاء بكسر موحدة ومنه الحديث لاتستأجر الارض بالاربعاء ولابالنطاف قلت وما الاربعاء قال الشرب والنطاف فضل الماء انتهى والنطاف بالنون والطاء المهملة والمعنى ح لاتؤاجر الارض بالساقية و الماء الجارى منه ولاتؤجر الارض بكثرة مائها وهو اولا كما ترى وثانيا انهما قرينتان لكون الحنطة وغيرها من نفس الارض لان الماء الجارى من نفس الارض التى اريد شرائها فيكون كسائر الروايات التى يكون الحنطة مما يخرج منها .

وفى مرآت العقول قال والاربعاء جمع الربيع ، وهو النهر الصغير والنطاف جمع النطفة : وهى الماء الصافى قل او كثر .

وقال الفاضل الاسترآبادى : كان علة النهى فيهما ان فى اخذ احدهما عوضها نوعاً من العار فيكون النهى من باب الكراهة .

وقال الوالد العلامة (ره) : اى لاتستاجر الأرض بشرب أرض الموجر اما لجهالة وجه الاجارة لجهالة قدر الماء وان كانت معلومة بالجريان وقدر الماء بالأصابع فانه لايخرج بهما عن الجهالة ، واما لعلة لانعلمها ، وعلى اى حال فالظاهر الكراهة والجهالة فى النطاف اكثر لو كانت علة .

قوله عليه السلام «مضمون» لعل التعليل مبنى على اشتراط كون الحنطة والشعير من تلك الأرض اذ حينئذ لايصيران مضمونين ، لعدم العلم بالحصول وعدم الاطلاق فى الذمة بخلاف الذهب والفضة ويحتمل أن يكون الغرض بيان الحكم الكلى لاعلته ، فالمعنى أن حكم الله تعالى فى الذهب والفضة أن يكونا مضمونين فى الذمة ، فالاجارة تكون بهما ، وفى الحنطة والشعير ان تكونا بالنصف والثلث غير مضمونين فلاتصح الاجارة بهما بل المزارعة انتهى .

قدعرفت ما يمكن ان يقال فى هذا المقام كما عرفت ان غايتها الكراهة

وبينها وبين مايكون مخالفا للمذهب بون بعيد والمخالف للمذهب ولاية متروكة عند العامة فانهم تاركون عمدة مايكون على خلاف المذهب لا بمثل النهى الدال على عدم كون الحرمة مراداً منه .

وفى الكافى مسنداً عن سماعة قال : سألته عن رجل اشترى مرعى يرعى فيه بخمسين درهماً أو أقل أو أكثر فأراد أن يدخل معه من يرعى فيه ويأخذ منهم الثمن قال فليدخل معه من شاء ببعض ما أعطى وان أدخل معه بتسعة وأربعين وكانت غنمه بدرهم فلا بأس وان هو رعى فيه قبل أن يدخل [ه] بشهر أو شهرين أو أكثر من ذلك بعد أن يبين لهم فلا بأس وليس له أن يبيعه بخمسين درهماً ويرعى معهم ولا بأكثر من خمسين ولا يرعى معهم الا أن يكون قد عمل فى المرعى عملا حفر بئراً أو شق نهراً او تعنى فيه برضا أصحاب المرعى فلا بأس ببيعه باكثر مما اشتراه به لانه قد عمل فيه عملا فبذلك يصلح له » والتعنى من العناء بمعنى التعب .

ولا يخفى انه لا يستفاد من اخبار الباب اكثر من الكراهة كما لا يستفاد منع منها اذا كان من حنطة نفسها ولذا عبر عنه بانه لا خير فيها وهو لسان الكراهة كما يستفاد الكراهة كثيراً من امثالها بل قد يستفاد الكراهة من اشد ذلك كما قد يستفاد الاستحباب من لفظ الوجوب بقرينة غيره كما فى اخبار غسل الجمعة افلا ترى من اطلاق كثير من الروايات وكلمات الفقهاء وقد كثر ظاهر كلماتهم فى الثلث والنصف بنحو الاطلاق الشامل لنفس الارض وغيرها .

قال فى الخلاف : المزارعة بالثلث والربع والنصف او اقل او اكثر بعد ان يكون بينهما مشاعاً جايزة وبه قال فى الصحابة على عليه الصلوة والسلام وعبدالله بن مسعود وعمار بن ياسر وسعد بن ابى وقاص وخباب بن الارت وفى الفقهاء ابن ابى ليلى وابو يوسف ومحمد واحمد واسحق وقال قوم انها لا تجوز ذهب اليه ابن عباس وعبدالله بن عمر وابو هريرة وبه قال ابو حنيفة ومالك والشافعى وابو ثور .

[دليلنا] اجماع الفرقة واخبارهم فانهم لا يختلفون فى ذلك وايضاً الاصل جوازه والمنع يحتاج الى دلالة وايضاً روى ابن عمر: ان النبى ﷺ عامل اهل

خيبر بشطر مايخرج من ثمر اوزرع وروى مقسم عن ابن عباس ان النبى عليه السلام دفع خيبر ارضها ونخلها الى اهلها مقاسمة على النصف وروى عروة بن الزبير عن زيد بن ثابت انه قال يغفر (يرحم - خ) الله لرافع بن خديج انا والله اعلم الحديث منه انما اتاه رجلان من الانصار اقتتلا فقال رسول الله ﷺ انكان هذا شأنكم (نكما - خ) فلا تكروا المزارع وهذا يدل على ان النهى ليس بنهى تحريم لانه قال على وجه المشورة وطلب الصلاح انتهى .

وقال ايضا بعده يجوز اجازة الارضين للزراعة وبه قال جميع الفقهاء وحكى عن الحسن وطاوس انهما قالا لايجوز ذلك وحكى ابو بكر بن المنذر عنهما انهما جوزا المزارعة .

[دليلنا] اجماع الفرقة بل اجماع المسلمين لان هذا الخلاف قد انقرض ولان الاصل جوازه والمنع يحتاج الى دليل وروى سعد بن ابى وقاص قال كنا نكرى الارض بما على السواقى فنهانا رسول الله ﷺ وامرنا ان نكريها بذهب او فضة .

وقال بعده مسئله يجوز اجارة الارض بكل مايصح ان يكون ثمنا من ذهب او فضة او طعام وبه قال الشافعى وغيره وقال مالك لايجوز اكرائها بالطعام وبكل مايخرج منها .

[دليلنا] اجماع الفرقة لانهم (فانهم - خ) لايختلفون فيه الاان يشرط الطعام منها انتهى .

وبالجملة اجارة الارض للحنطة ونحوها بحنطة من نفس الارض وغيرها مما لا اشكال فيها .

وفى الجواهر متصلا بكلامه قبلا ماهذا لفظه واما اذا لم يذكر لا مشخصاً ولا شرطاً فلا ريب فى أن الاصول والعمومات تقتضى الجواز ، مضافاً الى التعليل والمفهوم من الاخبار السابقة الحاكمين على اطلاق غيرها من النصوص الذى قد

عرفت مع ذلك انسياقه الى ارادة مايخرج منها ، من غير فرق فى ذلك بين كون الاجرة من جنس مايزرع فيها، وغيره . انتهى وقد مال قده الى ماهوالحق ونظيره فى لزوم جملة على الكراهة صحيح الحلبى عن الصادق عليه السلام «لاتستأجر الارض بالحنطة ثم تزرعها حنطة» .

وفى الجواهر بعده قال وفيه مع عدم وفائه بتمام المدعى - أنه يمكن حمله على ارادة ماذا كان منها ، بل لعله لايخلو من ايماء اليه ، أو يحمل النهى فيه على الكراهة الى ان قال بعد كلام طويل .

وقد ظهر من جميع ماقررنا وجه الحكم بالحرمة فيما اذا كان منها ، بل او من غيرها المعين ، وعدمها فيما اذا لم يكن من جنس ما تزرع فيه ، كما لواستاجرها بشعير فى الذمة وزرعها حنطة بلاخلاف ولااشكال ، وأن الاصح عدمها أيضاً فيه ، وان كان هو مكروها للصحيح السابق ، بل لايبعد القول بالكراهة فى مطلق استيجارها بالطعام بناء على التسامح فيها فيكفى حينئذ احتمال ارادته من المطلقات انتهى .

وقد عرفت بحمدالله حمل النواهى على الكراهة وانه انسب بالشريعة السهلة والله العالم .

﴿و﴾ كما يكره اجارة الارض للزراعة بما يخرج من الارض فكذا يكره ﴿أن يؤجرها بأكثر مما استأجرها به ، الا أن يحدث فيها حدثا أو يؤجرها بجنس غيره﴾ عند جماعة ، بل المشهور وفى الحدائق ماهذا نصه لاخلاف بين الاصحاب فى جواز اجارة الارض وغيرها من الاعيان المستأجرة بأقل مما استأجرها به وبالمساوى وان لم يحدث فيها شيئا ، وكذا بأكثر مما استأجرها به اذا كان قد أحدث فيها عملا .

وانما الخلاف فيما لواستأجرها بالاكثر ولم يحدث فيها شيئا ، فقيل : بالتحريم ، وقيل : بالجواز على كراهة، وبالاول قال الشيخان ، وهو ظاهر المرتضى

واختيار سلار وابن الجنيد وبه قال الصدوق في المقنع وأبو الصلاح وابن البراج في المهذب وهو ظاهر العلامة في الارشاد والظاهر أنه المشهور بين المتقدمين وبالثاني قال ابن ادريس والعلامة في المختلف والمحقق ونقله العلامة في المختلف عن والده واليه ذهب سلار في موضع آخر وابن البراج في الكامل والظاهر أنه المشهور بين المتأخرين

والمسألة مشكلة من انه اذا استأجر كان تمام اختيارها بيده اجار بالغير اولا باكثر مما اجار اواقل اولافلاوجه للحرمة فضلا عن الكراهة ويكون من حيث المالكية بمنزلة البيع فكما يصح بيع ما اشترى باكثر فكذلك يصح في الاجارة غاية الامر في البيع مالكا للعين وفي الاجارة للمنافع والفرق بينهما غير مربوط بالملكية فالمستأجر بعد الاجارة مالك لمنافع العين ومسلط عليه بنحو من التسلط ولو تقديراً مادام باقيا زمن الاجارة ومدتها بل ومن ذلك يعلم انه لااثر لاحداث شيء فيها بل قد لايجوز ان كان على خلاف ميل المالك بل يحتاج الاذن الى اجازته قطعا فاذا حكم فيها بالحرمة بدون الاجازة من المالك علم ان جواز الاجارة بالاكثر انما يكون بدون الاحداث تدبر.

نعم ان ذلك فيما اريد منه الاجارة الحقيقية فانه فيها حيث سميت الاجرة كان المستأجر مالكا للمنافع دون الزراعة وايضا جواز الاجارة بالاكثر فيما اذا لم يشترط المالك عليه المباشرة بنفسه والافلايجوز التصرف بغير المستأجر.

وفي المسالك قال اختلف الاصحاب في جواز اجارة الارض وغيرها من الاعيان المستأجرة باكثر مما استأجرها به اذا لم يحدث فيها حدثا فمنع عنه جماعة من الاصحاب استناداً الى اخبار دلت باطلاقها على ذلك وذهب آخرون ومنهم المصنف الى الكراهة لدلالة اخبار اخر على الجواز وطريق الجمع بينها وبين ما دل على المنع حمل النهي على الكراهة وهو حسن واحتج الشيخ ره على المنع مع الاخبار بانه ربا وضعفه ظاهر لاشتراط الكيل والوزن في الربوي انتهى ولايخفى بعد ذلك اذ الكلام في اجارة الارض واجارتها باكثر فالبحث في الزيادة بالنسبة الى الربا

كالحجر فى جنب الانسان فلايكون الكلام فى البيع كى يجرى فى المتجانسين ربا ولا كون الارض من المكيل والموزون ومثله بعيد عن الشيخ قطعا .

وكيف كان فيدل على جواز الاجارة باكثر روايات فمنها مارواه المشايخ الثلاثة (رحمهم الله) عن ابى الربيع الشامى عن أبى عبدالله عليه السلام « قال : سألته عن الرجل يتقبل الارض من الدهاقين فيؤاجرها باكثر مما يتقبلها ، ويقوم فيها بحظ السلطان ؟ قال : لابأس به ، أن الارض ليست مثل الاجير، ولامثل البيت ان فضل الاجير والبيت حرام» .

ومنها ما رواه فى التهذيب والكافى فى الصحيح أو الحسن عن أبى المغرا عن ابى عبدالله عليه السلام « فى التهذيب والكافى » فى الرجل يستأجر الارض ثم يؤاجرها بأكثر مما استأجرها ، قال : لابأس ان هذا ليس كالحانوت ، ولا كالاجير فان فضل الحانوت والاجير حرام » .

ومارواه فى الكافى والتهذيب عن ابراهيم بن ميمون ان ابراهيم بن المثنى سأل أبا عبدالله عليه السلام وهو يسمع عن الارض يستأجرها الرجل ثم يؤاجرها بأكثر من ذلك ، قال : ليس به بأس ان الارض ليست بمنزلة البيت والاجير ، ان فضل البيت حرام وان فضل الاجير حرام» وهذه الطائفة دليل الجواز والمنع انما يكون فى اجارة البيت واجارتها باكثر والاجير والحانوت واما نفس الارض للزراعة فلا ولكن ذلك فيما لم يشترط المالك المباشرة والافلا يجوز مطلقا الامع رضاية المالك .

ويدل على الجواز ما رواه فى الكافى والتهذيب عن الحلبى فى الصحيح أوالحسن « عن أبى عبدالله عليه السلام قال : لوأن رجلا استأجر داراً بعشرة دراهم ، فسكن « ثلثيها وآجر ثلثها بعشرة لم تكن به بأس ، ولايؤاجرها باكثر مما استأجرها به الا ان يحدث فيها شيئاً » والنهى يدل على الكراهة بقرينة ما دل على الجواز فان هذا الطريق مما يوجب الجمع بين مادل على النهى والجواز .

ورواه فى الفقيه عن ابى الربيع «قال: سئل أبوعبدالله عليه السلام لوأن رجلا» الحديث

وعن الحلبى أيضا فى الصحيح أوالحسن « عن أبى عبدالله عليه السلام فى الرجل يستأجر الدار ثم يؤاجرها بأكثر مما استأجرها قال : لايصلح ذلك الا أن يحدث فيها شيئا » .

قوله لايصلح قرينة اخرى على حمل النهى على الكراهة حتى فى مثل الدار ونحوها ومنها ما رواه فى الكافى والتهذيب عن اسماعيل بن الفضل الهاشمى عن أبى عبدالله عليه السلام قال : سألته عن رجل استأجر من السلطان من أرض الخراج بدراهم مسماة او بطعام مسمى ، ثم آجرها وشرط لمن يزرعها أن يقاسمه النصف أو أقل من ذلك أوأكثر وله فى الارض بعد ذلك فضل ، أيصلح له ذلك ؟ قال : قال : نعم اذا حفر لهم نهراً أوعمل شيئاً يعينهم بذلك ، فله ذلك قال : وسألته عن رجل أستاجر ارضاً من أرض الخراج بدراهم مسماة أو بطعام معلوم ، فيؤاجرها قطعة قطعة أو جريبا جريباً بشىء معلوم ، فيكون له فضل فيما استاجره من السلطان ، ولاينفق شيئاً او يؤاجر تلك الارض قطعاً قطعاً على أن يعطيهم البذر والنفقة ، فيكون له فى ذلك فضل على اجارته ، وله تربة الارض أو ليست له ؟ فقال : اذا استاجرت أرضا فانفقت فيها شيئاً أو رممت فيها فلابأس بما ذكرت » .

ورواه فى الفقيه مرسلا «قال سئل أبو عبدالله عليه السلام عن رجل استأجر ارضاً من أرض الخراج الحديث .

وبالجملة لايستفاد من هذه الاخبار ازيد من الكراهة احدث فيه شيئاأولا وذلك مقتضى الجمع بين الروايات بحمل ما دل على المنع على الكراهة بقرينة الجواز وعدم النهى عن بعضها فقوله لاباس قرينة على ان المنع هو الكراهة .

ثم لا يخفى عليك ان ظاهر هذه الاخبار كما هو الكراهة دون الحرمة فكذلك ظاهر الجميع عدم لزوم كون الارض ملكا لاحدهما بل يكفى مجرد كون الزراعة مباحاله بنحومن انحاء الاباحة كاجارة ارض الخراجية اوالمباحة

له بالتحجير او الاراضى التى لامالك لها فيصح الاجارة فجميع ذلك للمزارعة بل يظهر ذلك من تعريف المزارعة بانها معاملة على الارض بحصة من حاصلها فيعم لفظ الارض بانحاء الملكية حتى بالتحجير والاباحة له واراضى الخراجية وغير ذلك فملكية نفس الارض لاحد المتزارعين غير داخل فى التعريف .

بل صريح الاخبار عدمه كما فى صحيح الحلبى عن أبى عبدالله عليه السلام فى حديث «سئل عن مزارعة أهل الخراج بالنصف والثلث والربع قال : نعم لابأس به قدقبل رسول الله صلى الله عليه وآله خيبر أعطاها اليهود حين فتحت عليه بالخبر والخبر هو النصف وفى خبر الفيض بن المختار «قال قلت لابى عبدالله عليه السلام : جعلت فداك ماتقول فى أرض أتقبلها من السلطان ثم أواجراها أكرتى على أن ماأخرج الله تعالى منها من شىء كان لى من ذلك النصف أو الثلث بعد حق السلطان قال : لابأس به كذلك أعامل أكرتى .

وفى خبر يعقوب بن شعيب عن أبى عبدالله عليه السلام «سألته عن الرجل له الارض من ارض الخراج فيدفعها الى الرجل على أن يعمرها ويصلحها ويؤدى خراجها وما كان من فضل فهو بينهما ، قال : لابأس ـ الى ان قال : ـ وسألته عن المزارعة فقال : النفقة منك ، والارض لصاحبها ، فما اخرج الله من شىء قسم على الشطر ، وكذلك أعطى رسول الله صلى الله عليه وآله يهود خيبر حين اتوه فأعطاهم اياها على ان يعمروها ولهم النصف مما اخرجت الى غير ذلك .

الشرط ﴿الثانى تعيين المدة﴾ وفى الجواهر بلاخلاف معتد به ، بل لعل الاجماع عليه بناء على عموم النهى عن الغرر ، وروده على أدلة المقام ولولرجحانه عليها ، لكون المزارعة كالاجارة فى المعنى ، لا كالقراض الذى هو عقد جائز لا فائدة لضرب الاجل فيه بالنسبة الى جواز الفسخ ، واحتمال المزارعة الغرر بالنظر الى الحصة لايقتضى احتمالها اياه من غير هذه الجهة ، وكون الزرع له أمد

لايكتفى به فى تعيين الاجل بعد فرض اعتباره كما فى غيرها من الاجارة ونحوها انتهى .

و هو فى محله بل فى العقود اللازمة لولا المدة قد يؤدى الى النزاع وقد يميل احدهما الفسخ والآخر البقاء وانجر الى المخاصمة فلابد من تعيين المدة وقوله لا كالقراض قد عرفت فيه ايضا اللزوم فيجب فيه تعين المدة ايضا اوجعل الخيار لاحدهما .

و كيف كان فيدل على تعيين المدة خبر ابى الربيع الشامى عن ابى عبدالله عليه السلام «سألته عن ارض يريد رجل ان يتقبلها فأى وجوه القبالة احل؟ قال : يتقبل الارض من اربابها بشيء معلوم الى سنين مسماة فيعمر ويؤدى الخراج فان كان فيها علوج فلا يدخل العلوج فى قبالة الارض فان ذلك لايحل بناء على ارادة المزارعة من القبالة فيه أوما يشملها .

ومنه يعلم وجه دلالة صحيح الحلبى عنه أيضا «ان القبالة ان تأتى الارض الخربة فتقبلها من اهلها عشرين سنة او اقل من ذلك او اكثر فتعمرها وتؤدى ماخرج فلابأس به» .

وفى مرآت العقول قوله عليه السلام : « ولايدخل العلوج » قال الوالد العلامة رحمه الله : أى لايوجر العلوج الزارعين مع الارض لأنهم أحرار لاولاية للموجر عليهم ، ولعله كان معروفاً فى ذلك الزمان كما فى بعض المحال من بلادنا ، لأن للرعايا مدخلا عظيماً فى قيمة الملك واجرته انتهى .

و أقول : يحتمل أن يكون المراد به جزية العلوج ، وقيل : أى لايشرك العلوج معه فى الاجارة والتقبل لكراهة مشاركتهم ، والاوسط كما خطر بالبال أظهر ، ولعله موافق لفهم الكلينى (ره) انتهى .

و كيف كان فظهورهما فى لزوم تعيين المدة غير خفى وفى مقابل ذلك كان القول بكفاية مدة ادراك الزرع حيث انها معلوم عند الزراع مقدار الشروع

ومقدار الحصادولايحتاج الى تعيين المدة وهو كماترى بداهةاختلاف ذلك كثيرا وتفاوت الاراضى بل كون معلومية الامدفيها يحتاج الى تعيين مدة لايختلف اصلا كالسنة اوسنين او ثلاثة شهور مثلا ونحو ذلك فما فى الجواهر من قوله بل صرح جماعة بوجوب كون المدة فيها مما يعلم فيها ادراك الزرع ولو من جهة العادة لان ادراك الزرع هو الملحوظ فى المزارعة بل هو ركنها الاعظم حتى انه ظن من جعل ذلك هو المدار من بعض النصوص عدم اعتبار المدة فى المزارعة وان ادراك الزرع هو الغاية فيها انتهى غير تام جدا فان قلت لم يظهر من بعضها المدة مع حكم الامام بعدم البأس كما ورد فى قضية العلج وهو الرجل الضخم من كفار العجم .

فقال ابراهيم الكرخى « قلت لأبى عبدالله عليه السلام : أشارك العلج فيكون من عندى الأرض والبذر والبقر ويكون على العلج القيام والسقى والعمل والزرع حتى يصير حنطة أو شعيراً ويكون القسم فيأخذ السلطان حقه ويبقى ما بقى على أن للعلج منه الثلث ولى الباقى قال : لابأس » قلت ليس الخبر فى مقام بيان لزوم المدة بل فى مقام بيان جواز اصل العمل الكذائى فلايتوهم منه عدم لزوم بيان شرط المدة بل اللازم هو بيان المدة .

﴿و﴾ كيف كان فبناء على ماذكرنا ﴿ اذا شرط مدة معينة بالأيام أو الاشهر﴾ والسنين ونحو ذلك على وجه يدرك فيه الزرع ﴿صح﴾ لماعرفت من لزوم ذكر المدة المعلومة حتى لاينجر الى النزاع والاختلاف .

﴿و﴾ امّا ﴿لو اقتصر على تعيين المزروع من غير ذكر المدة فـ﴾ فى الاكتفاء بذلك عنها ﴿ وجهان : أحدهما يصح لان لكل زرع أمداً ﴾ معتاداً ﴿فيبنى﴾ حينئذ ﴿على العادة كالقراض﴾ ويكتفى به عن ذكر المدة .

﴿والاخر يبطل ، لأنه عقد لازم فهو كالاجارة فيشترط فيه تعيين المدة دفعاً للغرر ، لأن أمد الزرع غير مضبوط ، وهو اشبه﴾ واظهر وقد عرفت عدم الاكتفاء بالمدة الغير المضبوطة فى الزرع القابلة للقلة والكثرة و فى المسالك

بعدقوله ولواقتصر على تعيين المزروع اه قال والاقوى اشتراط تعيين المدة على الوجه السابق لان مقتضى العقد اللازم ضبط اجله انتهى .

وفى الجواهر بعد قوله اشبه ما هذا لفظه بأصول المذهب و قواعده بعد القول باعتبار المدة التى من المعلوم عدم الاكتفاء بمثل ذلك فى جميع ماعتبرت فيه من الاجارة وغيرها ، وقدعرفت الفرق بينها وبين القراض ، كما انك قدعرفت الشبه بينها وبين الاجارة .

﴿و﴾ على كل حال فـ ﴿لو مضت المدة والزرع باق ، كان للمالك ازالته على الاشبه﴾ وهو واضح لقاعدة « تسلط الناس على اموالهم » « وعدم حل مال المسلم الا بطيب نفسه » ولان البقاء بعد مضى المدة من دون عذر ظلم و عدوان ﴿ سواء كان بسبب الزارع كالتفريط او من قبل الله سبحانه كتأخير المياه او تفسير الاهوية ﴾

وفى الجواهر وملحوظية ادراك الزرع لهما وضربهما المدة المذكورة لزعم ادراكه فيها لايقتضى استحقاق بقاء الزرع بعد المدة انتهى لكن المسلم من ذلك هو صورة التقصير والتفريط بأن يأخر الحصاد عمدا وعنادا والافلو كان ذلك لعذر من جانب الله فغير معلوم اذ كما لاحظ الشرع عدم الضرر والظلم على المالك فكذلك لاحظ عدم الضرر على المستأجر فكيف يجوز للمالك القلع والازالة اذا أخر وصوله الى التمام والاكمال مع انه موجب للضرر الكثير ومنكر عند العرف بل يجب البقاء الى آن حصول الحصاد وعلى المستأجر اجرة المثل الى مقدار الزيادة

فما عن بعض - من انه ليس له الازالة لأنه قدحصل فى الارض بحق ، فلم يكن للمالك قلعه ، ولان للزرع امداً معيناً غير دائم الثبات ، فاذا اتفق الخلل لايسقط حق الزارع كما لو استأجر مدة للزرع فانقضت قبل ادراكه - فى غاية الجودة والسلامة عما يرد عليه .

قال فى الخلاف اذا اكراه ارضاً سنة للغراس فغرس فى مدة السنة ثم خرجت

السنة لم يكن للمكرى المطالبة بقلع الغراس الابشرط ان يغرم قيمته فاذا غرم قيمته اجبر على اخذه وصار الارض بما فيها له وبين ان يجبره (او يجبره خ) على القلع ويلزمه ما بين قيمتها ثابتة ومقلوعة وبه قال الشافعى واصحابه و قال ابو حنيفة والمزنى له ان يجبره على القلع من غيران يغرم له شيئاً .

[دليلنا] قوله عليه السلام ليس لعرق ظالم حق فدل على ان العرق اذا كان لغير ظالم له حق وروت عايشة ان النبى صلى الله عليه وسلم قال من غرس فى رباع قوم باذنهم فله القيمة ومثل هذا رواه اصحابنا وعليه اجماعهم انتهى .

ويدل على قولهم عليه السلام لاضرر ولاضرار فى الاسلام .

وفى المسالك بعد قوله ولو مضت المدة والزرع باق كان للمالك ازالته على الاشبه قال وجه جواز الازالة انقضاء المدة التى يستحق عليه فيها التبقية ولاصل تسلط المالك على ملكه كيف شاء ولان الزرع بعد المدة لاحق له فيكون ابقاؤه بدون رضاء المالك ظلما وقيل وليس له الازالة لانه قد حصل فى الارض بحق فلم يكن للمالك قلعه ولان للزرع امداً معينا غير دائم الثبات فاذا اتفق الخلل لايسقط حق الزارع كما لواستأجر مدة معينة للزرع فانقضت قبل ادراكه مع ان الاحتمال ايضاً هناك قائم وقيل له الازالة بالارش جمعا بين الحقين ويشكل فيما لو كان التأخير بتقصير الزارع وما اختاره المصنف اقوى لزوال الحق الزارع بانقضاء المدة فلا ارش له ولا استحقاق نعم لو اتفقا على ابقائه بعوض اوغيره صح لان الحق لايعدوهما لكن لايجبر احدهما عليه خلافا لظاهر القواعد حيث جعل التخيير فى قلعه بالارش وابقائه باجرة الى المالك انتهى .

و كيف كان فالحق ماعرفت وباقى الفروعات فى كتاب الاجارة ان شاء الله

﴿و﴾ كيف كان فـ ﴿ان اتفقا على التبقية جاز بعوض وغيره﴾ .

وفى الجواهر مازجا لعبارة المصنف قال بلاخلاف ولا اشكال لان الحق لايعدوهما ﴿لكن ان شرط﴾ رب الارض ﴿عوضاً﴾ معيناً ﴿افتقر فى لزومه﴾

بعقد الاجارة ﴿الى تعيين المدة الزائدة﴾ واما الصلح فيقوى جوازه ، وان لم يعين المدة كما انه تلزمه اجرة المثل ان لم يعين العوض الذى قداتفقا عليه كما هو واضح بل لعل الحكم كذلك حتى على القول بوجوب البقاء ﴿و﴾على كل حال فـ ﴿لوشرط فى العقد تاخيره ان بقى بعدالمدة المشترطة ، بطل العقد على القول باشتراط تقدير المدة﴾ .

وفى الجواهر شارحا لكلامه قال فانه لاتقدير حينئذ ، اذ المدة هى مجموع المذكور منها ، والمشترط المفروض عدم تقديره ، بل الظاهر كفاية الجهل فى المدة المشترطة خاصة فى بطلان العقد انتهى .

اقول المراد انه اذا شرط فى العقد مثلا ثلاثة اشهر مشروطا بانه لو لم يبلغ الى كماله فى هذه المدة كانت المدة اربعة اشهر او زيادة عليه وهذا موجب لبطلان العقد لان مدته مجهولة اذ الزيادة لوضم الى ثلاثة اشهر كان كلاهما مجهولا والمعنى حينئذ ثلاثة اشهر او زيادة فيكون مجهولا غرريا .

وبالجملة حينئذ مجموع المدة التى لم يعلم كونها ثلاثة اشهر او خمسة مثلاجعل مدة على ان الزيادة حينئذ يكون من جملة العوض فان مال الاجارة الواقعة على ثلاثة اشهر غير الواقعة على خمسة اشهر والثانى ازيد من الاول فان المدة على الثانى زائدة من الاول فعوضها ايضا زائدة والفرض انها مجهولة فالعوض مجهول ايضا فلامفر لوجه الاصلاح بان يقال المدة مضبوطة و شرط الزيادة تابع له كما احتمله فى المسالك قال ما هذا لفظه .

وجه البطلان على القول المذكور ان المدة تصير فى الحقيقة هى المجموع من المذكور وما بعده الى ان يدرك الزرع وهى مجهولة فيبطل العقد للاخلال بالشرط وعلى تقدير عدم جهالة الجملة فالمدة المشروطة مجهولة وشرطها فى متن العقد من جملة العوض فاذا تضمن جهالة بطل العقد كما لو كان جميع المدة مجهولا ويحتمل على هذا القول صحة الشرط المذكور لان المدة مضبوطة وما

تضمنه الشرط بمنزلة التابع ذكر احتياطاً لاحتمال الحاجة وجهالة التابع غير مضرة كما تقدم غير مرة والاول اقوى انتهى .

وفى الحدائق ماهذا لفظه الثالث ـ قالوا : اذا عقد المزارعة الى مدة معينة فشرط فى متن العقد تأخير الزرع الى أن يدرك اوالى مدة أخرى ان بقى الزرع بعد المدة المشترطة غير مدرك بطل العقد ، لانه يعود الى الجهالة فى المدة لان المدة فى الحقيقة تصيرهى المجموع مما وقع عليه الشرط ، ومما عين أولاقى متن العقد ، والذى عين فى متن العقد وان كان مدة مضبوطة الاان المذكورة فى الشرط مجهولة وشرطها فى متن العقد من جملة العوض ، فاذا تضمن جهالة بطل العقد ، كمالو كان جميع المدة مجهولا .

ويحتمل على هذا القول صحة الشرط المذكور ، وان تضمن الجهالة لان المدة المذكورة فى العقد مضبوطة ، ومانضمنه الشرط انما هو من قبيل التابع ، ذكر احتياطاً ، لاحتمال الحاجة ، وجهالة التابع غير مضر ، كما تقدم نظيره فى الضمائم الا أن المشهور بينهم هناك هو البطلان متى كان المقصود بالبيع الجميع وانما يصح عندهم فيما اذا كان المقصود المعلوم ، وجعل المجهول تابعاً وقد بينا ضعفه ثمة ومن هنا رجح فى المسالك القول الاول بناء على مااختاره هناك من القول المشهور انتهى .

﴿ولو ترك الزراعة حتى انقضت المدة لزمه أجرة المثل، ولو كان استأجرها لزمته الاجرة﴾ وفى الجواهر لوضوح الفرق بينهما ، بتعذر معرفة المسمى فى الاول ولذا وجب الرجوع الى أجرة المثل ، بخلافه فى الاجرة انتهى .

قال فى الخلاف مسئلة ٩ : اذا استاجر داراً او ارضا اجارة صحيحة اوفاسدة مدة معلومة ومضت المدة استقرت الاجرة على المستأجر انتفع اولم ينتفع وبه قال الشافعى وقال ابوحنيفة انكانت الاجارة صحيحة مثل ماقلناه وانكانت فاسدة لم تستقر الاجرة عليه حتى ينتفع المستأجر فاما اذا مضت المدة ولم ينتفع به فان الاجرة لاتستقر عليه .

[دليلنا] ان هذه المنافع تلفت فى يده فلزمه (فيلزمه خ) ضمانها وان لم ينتفع بها كما لو انتفع بها انتهى والظاهر ان المسألة من حيث الحكم لافرق بينهما والكلام فى الفرق بين العبارتين واخذ الدار للزراعة او الاجارة مع عدم الفرق بينهما كما يظهر من عبارة الخلاف واستعمل الاجارة فى الدار اوالارض المراد بها الزراعة فان ظاهره عدم الفرق بينهما كما ان ظاهره تعلق المسمى فانه استقرت على المستأجر لا اجرة المثل فاللازم اولا هو بيان قول المصنف والشارح الجواهر فانه يحتاج الى توضيح وهو الفرق بين اخذ الارض للمزارعة وبينها للاجارة اذ فى الاول كانت الاجرة هى الحاصلة من الارض من النصف او الثلث اوالربع او الخمس وهى غير معلوم لامكان عدم حصول الزراعة فيصح بهذا النحو لما عرفت من ان بناء هذه المعاملة والمساقات على الغرر والجهل فى الجملة وهذا بخلاف الاجارة فان الاجرة ومال الاجارة لابد وان يكون معلوما.

اذا عرفت ذلك فقد ظهر عدم صحة اطلاق احدهما وارادة الاخر اما المزارعة فلا كلام فيه واما الاجارة وقد يختلف بصحة ارادة المزارعة منها ولو مجازا بقرينة لفظ الحصة كما حكى عن الاردبيلى ره والظاهر لا اشكال لكثرة الاستعمالات المجازية والفرض عدم اللبس فى ذلك بالقرينة مع شيوع المجازات اللغوية والتركيبية والاسنادية.

وقد فصلها المحقق الشيخ محمد رضا الاصفهانى الجرقوه اى قده فى كتابه وقاية الاذهان فراجع وكيف كان فعلى المشهور من عدم جواز استعمال الاجارة مكان المزارعة وان قصد بها المزارعة لو قال المزارع أجرنى او قال المالك آجارتك مريداً بها معنى الزراعة لا يصح فضلا عما اذا ارادا معناه الحقيقى اى الاجارة التى تمليك المنافع مع انها ليست المنافع موجودة لكن فيه تأمل من حيث ان استعمالات الاخبار والعبارات فى الاجارة بمعنى الزراعة ظاهرة.

وقال العلامة فى قواعده [ولو عقد بلفظ الاجارة لم ينعقد وان قصد الاجارة

او الزراعة] وفي مفتاح الكرامة بعدما هذا لفظه يريد انه اذا عقد المزارعة بلفظ الاجارة لم تصح سواء قصد حقيقة الاجارة أو قصد بذلك المزارعة اما اذا قصد الاجارة فلان العوض مجهول وانه مشروط من نماء الارض والنماء معدوم ومع ذلك مشروط من معين قد لا يحصل ومثله لا يجوز بل يجب أن يكون المشروط منه العوض في موضع الصحة مما يندر عدم حصوله حتى يكون الغالب صحة العقد وهذا أعني عدم صحة الاجارة حينئذ هو معنى ما في الشرائع والتذكرة والتحرير والكفاية لو كان اي النصف والثلث بلفظ الاجارة لم تصح لجهالة العوض وهو الذي فهمه صاحب الروض وصاحب مجمع البرهان من قوله في الارشاد و لو آجره بالحصة بطل ولا تأمل لاحد في ذلك وقد مثله في التذكرة بما اذا قال آجرتك هذه الارض مدة معينة بثلث ما يخرج منها .

(وقال في المسالك) في شرح كلام الشرائع لا اشكال في عدم وقوع المزارعة بلفظ الاجارة لاختلاف أحكامهما فان الاجارة تقتضي عوضاً معلوما ويكفي في المزارعة الحصة المجهولة وقضية اول كلامه هذا أنها لا تنعقد مزارعة وقضية آخره أنها لا تنعقد اجارة فليلحظ ذلك واما عدم انعقادها مزارعة اذا قصد بلفظ الاجارة المزارعة فلان لكل عقد لفظا متلقى هو سبب شرعي توقيفي فلا يصح استعماله في عقد آخر وافادته فائدته ويأتي للمصنف في المساقاة في مثل المسئلة استشكال ويأتي في ذلك في كلام جامع المقاصد خلل واضطراب .

(وقال في مجمع البرهان) لا مانع من وقوع المزارعة بلفظ الاجارة مع القصد الى المزارعة والقرينة والاتيان بجميع شرائطها فان غايته كونه مجازاً ولا فساد فيه وقال أيضا ويدل عليه مثل ما في صحيحة أبي المعزاء عن ابي عبدالله عليه السلام اما اجارة الارض بالطعام فلا تأخذ نصيب اليتيم منه الا ان تؤجرها بالربع وما في حسنة الحلبي عنه عليه السلام لا تقبل الارض بحصة مسماة ولكن بالنصف وغيرهما انتهى وانتهى ايضاً عبارة مفتاح الكرامة .

والانصاف صحة استعمال الاجارة وارادة المزارعة عنها لقول الصادق عليه السلام لاتؤاجر الارض بالحنطة والشعير الخ وقد مر قريب ذلك .

وقد عرفت فى عبارات المصنف استعمال الاجارة فى المزارعة حيث قال ويكره اجارة الارض للزراعة بالحنطة من نفس الارض وان يؤجرها باكثر الخ فاطلق الاجارة واراد منها الزراعة واظهر منه رواياتها مع كثرتها فعبرت بالاجارة مع ارادة المزارعة ولان الاصل فى الاستعمال الحقيقة .

وبالجملة ان الرواية التى نقل مفتاح الكرامة بقوله اما اجارة الارض بالطعام اقوى دليل على صحة ارادة المزارعة عن لفظ الاجارة بالقرينة التى هى الطعام فان الطعام مجهول وغير معلوم الحصول وهو قرينة ارادة الزراعة من الاجارة فانه لايصح ذلك فى الاجارة للزوم معلومية مال الاجارة ومما يصح ارادة الزراعة من الاجارة عبارة الخلاف ايضا قال يجوز اجارة الارض بكل ما يصح أن يكون ثمناً من ذهب او فضة او طعام ، وبه قال الشافعى و غيره ، وقال مالك ، لايجوز اكرائها بالطعام ، وبكل ما يخرج منها ـ دليلنا ـ اجماع الفرقة لا (فاخل) نهم لا يختلفون فيه الا ان يشرط الطعام منها فان ذلك لا يجوز . فاما الطعام فى الذمة فانه يجوز على كل حال انتهى .

ولا يخفى ان قوله او طعام تعميم لاجارة الارض بالطعام مع انه غير معلوم ومجهول حصة كل منهما فالعبارة صريحة فى اجارة الارض للحنطة والشعير ونحوهما

وكيف كان فمن الروايات بل عبارات المفصلين بين الاجارة والمزارعة لايظهر ذلك ويمكن ان يقال استعمال الاجارة فى الروايات وفى الكلمات فى معناه الحقيقى فان الاجارة تمليك المنافع وهى تارة تكون السكونة او التكسب ونحوهما واخرى عما تخرجه الارض وفى كليهما يصدق المنفعة وكذا الاجرة المسماة اقصاه انه فى احدهما هى النقود والورق وفى اخرى هى الحصة من النصف او الثلث و نحوهما وقد عرفت ان الغرر فى مثله معفو لان بناء هذا القسم من

الاجارة على الغرر والجهل فالاجارة تمليك المنفعة بعوض معلوم وهو شامل للزراعة ولو فرضا والعوض كما يكون الدرهم والدينار فكذلك يكون الحصة المعينة تقديراً فينطبق تعريف الاجارة على المزارعة كما ينطبق تعريف المزارعة على الاجارة فانها كما عرفت هي المعاملة على الارض بحصة من حاصلها فالمعاملة على الارض شاملة لكليهما والحصة من حاصلها عبارة عن العوض والفرق في ان الاجارة بالعوض المعلوم وفي المزارعة بالعوض المجهول والحاصل بغير ذلك لايصحح الروايات والكلمات .

فان قلت ان المعاملة على الارض في تعريف المزارعة خاص بخلاف الاجارة فانها تمليك المنافع بالعوض [قلت] تمليك المنافع في الاجارة عام يشمل الارض وغيرها فان المنفعة كما عرفت تارة السكونة في الارض ونحوها واخرى الزراعة والعوض ايضا تارة النقود والدراهم واخرى الحصة المعينة [فان قلت] فلم جعلوا المزارعة باباً وكتابا على حده .

[قلت] لانها بالخصوص لها فروعات يوجب ذكرها علا حده مع ان تدوين الكتاب بادنى تفاوت يجعل كتاباً آخر والملاك هو الاستفادة من الاخبار كما عرفت فتمليك المنافع يعم كليهما ولايضره بعض الفروعات الموجبة للفرق .

[فان قلت] في المزارعة يؤخذ الارض بخلاف الاجارة فانه قد تكون الارض وقد تكون الدار وقد تكون الانسان كما يستأجر انسانا للكتابة او الخياطة .

[قلت] قد عرفت ان الجميع من افراد تمليك المنافع مع ان بعض هذه الاختلافات التي يزعم الفرق جارية في جميع التعاريف التي لاتخلو من نقض طرداً او عكساً عليها وان المقصود بيان جامع اجمالي في كل تعريف يفرق من غيرها وليس المقصود حقيقة الامر وبيان كنهه وان ابيت عن هذا فلا يدلك من كون جميع استعمالات الاجارة في المزارعة مجازات لغوية المعينة المقصود بالقرائن كما عن مجمع الفوائد .

وبالجملة الامر يدور بين كون استعمال الاجارة فى المزارعة بنحو الحقيقة غاية الامر ان العوض حينئذ مجهول ولا بأس به فى خصوص المقام لارتفاع الغرر حينئذ وبين ان يكون الاستعمال مجازا بالقرينة كما عن الاردبيلى ره ولكن الظاهر ان الاول اظهر لبعد كون جميع الاخبار الواردة فى اجارة الارض وارادة المزارعة مجازا .

وللمحقق صاحب الحدائق كلام ايضا فى المقام قال ماهذا لفظه قال المحقق (رحمة الله عليه) فى الشرايع ولو كان بلفظ الاجارة لم تصح لجهالة العوض ، أما لو آجرها بمال مضمون أو معين من غيرها جاز .

أقول : ماذكره من قوله «ولو كان بلفظ الاجارة لم تصح لجهالة العوض» محتمل لمعنيين أحدهما ـ ماذكره فى المسالك قال (قدس سره) : لاشكال فى عدم وقوعها بلفظ الاجارة لاختلاف أحكامهما ، فان الاجارة يقتضى عوضاً معلوماً والمزارعة تكفى فيها الحصة المجهولة ، انتهى .

وحاصله أنه يقصد بالعقد المزارعة ، ولكن يأتى بلفظ الاجارة ، وثانيهما ـ أن يقصد الاجارة لا المزارعة ، لكن جعل الاجرة الحصة ، فانه لايصح هذه الاجارة ، لوجوب العلم بالعوض فى الاجارة . ولعوض هنا انما هو الحصة ، وهى مجهولة ، والظاهر أن هذا هو الاقرب فى العبارة بقرينة قوله «أما لو آجرها» الى آخره فانه ظاهر فى أن المقصود انما هو الاجارة فى كل من الموضعين ، لكنه فى الاول جعل العوض الحصة ، وهى مجهولة فتبطل الاجارة لزوال شرطها وهو معلومية العوض ، وفى الثانى تصح ، وأيضاً فانه على تقدير أن يكون العقد مقصوداً به المزارعة ، لكن أتى فيه بلفظ الاجارة كما ذكره ليس فيه أزيد من ارتكاب التجوز فى التعبير عن المزارعة بلفظ الاجارة ، وهو جائز مع القصد اليه والقرائن الدالة عليه ، واطلاق لفظ الاجارة وارادة المزارعة منه فى الاخبار غير عزيز .

ومنه مافى صحيحة أبى المعزا المتقدمة من قوله عليه السلام : «أما اجارة الارض

بالطعام» فلا تأخذ نصيب اليتيم منه ، الا أن تؤاجرها بالربع والثلث والنصف كما تقدم تحقيق ذلك فى الحاق المذكور بعد الشرط الاول من المقام الاول من هذا المطلب انتهى .

وليت شعرى انهم كيف يفرون من الاخبار الصريحة فى اجارة الارض مع ارادة المزارعة بعد كون الاستعمال مجازا بعيدا مع ان الاصل فى الاستعمال هو الحقيقة تأمل فى جميع ذلك .

ومن ذلك ظهر عدم تمامية قوله فى الجواهر فى ان الفرق بينهما حاصل بلا اشكال .

قال قلت : لااشكال فى الفرق بين الاجارة والمزارعة بذلك ، بل ان لم يكن اجماع أمكن القول بعدم وجوب أجرة المثل حتى فى صورة التفريط ، ضرورة عدم بطلان العقد بذلك ، وهو انما يقتضى الحصة المعدومة التى ليست بمضمونه فى الذمة ، كما سمعته فى مسألة الاجارة بشىء معين من حاصلها ، ومن الممكن عدم حصولها حتى لو زرع وله يقصر فالرجوع منهما حينئذ الى أجرة المثل مما لا يرجع الى قاعدة ، ضرورة عدم العدوان فى يده ، حتى يندرج فى عموم «على اليد» وعدم صدق اتلاف مال الغير ، لان عقد المزارعة جعله بحكم ماله لامال الغير انتهى .

ولقد اتى من العجائب مالا يخفى على غيره مع ان الاتلاف اعم من المنافع خصوصا فى مثل قوله حتى فى صورة التفريط بل قوله وعدم صدق اتلاف مال الغير فانه تناقض قوله جعله بحكم ماله لامال الغير لعدم الفرق فى الضمان بين تلف نفس مال الغير او منافعه لو حصلت مع ان المال مال الغير وفى صورة التفريط قد فوت تلك المنافع والكلام فيما لو ترك عمداً الزراعة حتى انقضت المدة فيصدق عليه انه متلف للمنافع التى لو لم يقصّر لكان حاصلا و كيف لا يجب اجرة المثل وقد حبس مال الغير بسوء اختياره بحيث لو زرع لحصل بحسب الغالب وعدمه نادر

فالمنافع قابلة الحصول وقد تركها فكان عليه اجرة المثل قطعاً وقد فوتها على المالك.

وكيف كان فحاصل ذلك انه لو ترك الزارع الزراعة حتى انقضت المدة لزم عليه اجرة المثل دون المسمى لعدم وجود المسمى واما لو اجار الارض ثم تركها حتى تنقضي المدة لزمه المسمى فانه في الاجارة لابد من تعيين مال الاجارة.

وفي الحدائق ماهذا لفظه من فروع اعتبار المدة في هذا العقد مالو ترك العامل المزارعة حتى انقضت المدة، فانه تلزمه أجرة المثل، كما لو استأجرها مدة معلومة، فانه تلزمه الاجرة، لان منفعتها قد صارت مستحقة له، حيث لا يتمكن المالك من استيفاءها، وقد فوتها عليه فتلزمه الاجرة لذلك الى ان قال والفرق بينهما وبين الاجارة ظاهر، لانه بالاجارة ينتقل المنفعة الى المستأجر، وترتفع يد الملك عن الارض بالكلية تلك المدة، فلتزمه الاجرة بلا اشكال بالتقريب المتقدم انتهى.

ولكن الظاهر ان ذلك فيما سلمه المالك الارض ويمتنع الزارع عن القبول واما لو لم يسلمه المالك فلا بل الامر بالعكس وعلى الزارع اجرة المثل وفي الجواهر قال:

وكيف كان فهذا مع تمكين المالك له منها، وتسليمه اياها، والا لم يستحق عليه شيئاً لان المنع من قبله، بل قد ينساق أن للعامل عليه أجرة المثل حيث انه فوت عليه المنفعة المستحقة له، وعدم العمل منه الذي هو المقابل لمنفعة الارض انما كان بتفريط المالك وتضييعه، فهو حينئذ كما لو استأجر على عمل في مدة فبذله الاجير ولم يستوفه منه المستأجر فتأمل انتهى.

الشرط ﴿الثالث: ان تكون الارض﴾ التي تقع المزارعة عليها ﴿مما يمكن الانتفاع بها﴾ في ذلك ﴿بان يكون لها ماء﴾ ولو تقديراً ﴿اما من نهر او بئر أو عين أو مصنع﴾ وفي الجواهر بعده قال أو غير ذلك حتى الغيث فان لم يمكن الانتفاع

بها فى ذلك لعدم امكان الماء لها لم تصح المزارعة عليها ، للاصل بعدم علومية ارادة غيرها من العمومات والاطلاقات انتهى .

وذلك واضح اذا الغرض من اجارة الارض هو الزراعة فلابد له من ان يكون له الماء بقدر الكفاية فلو لم يكن له ماء كان العقد باطلا بحيث لو حصل الامكان بعد ذلك بان تحقق الماء لما يفيده بل يحتاج الى عقد جديد الامع العلم بتحقق الماء بعد ذلك فى حال الانتفاع بالزراعة كما عن الارشاد فلا يحتاج الى العقد الجديد اذا علما بحصول الماء فوراً او بتحققه فعلا .

وانما الكلام فى العكس بان يكون الشرائط موجودا فى حال العقد والماء بقدر الوافى كان وانقطع فى الاثناء فهل يبطل العقد او يصح بالاستصحاب وقد اشار اليه المصنف وغيره فى قوله ﴿ولو انقطع﴾ الماء ﴿فى اثناء المدة فللمزارع الخيار لعدم الانتفاع ، هذا اذا زارع عليها أو استأجرها للزراعة﴾ .

وقد عرفت عدم الفرق بينهما وان كليهما من الاجارة اذ لا يلزم فى الاجارة كون مال الاجارة من خارج الارض بل يعم ما اذا كان من الارض نفسها او غيرها .

والمسألة مشكلة والكلام فيه بعد العلم بوجود الماء بقدر الزراعة الى تمام المدة ووقع العقد عليه مع هذا العلم ثم انقطع الماء فى اثناء العمل فهل يبطل العقد او يصح باستصحاب الصحة فيه نزاع عظيم :

وظاهر المصنف وغيره هو الثانى وظاهر كثير هو الاول للاخلال بشرط الاستصحاب وهو فقد الماء فلا يبقى موضوع له وظاهر العبارة كون الارض وقعت اجارة لا مزارعة فانه فيها لا مراجعة لاحدهما على الاخر اذ لا يحصل الحصة فيها بدون الماء فالرجوع قرينة على ارادة المزارعة من الاجارة .

وفى الحدائق ماهذا لفظه: الثانى حيث قد عرفت أن امكان الانتفاع شرط فى صحة المزارعة ، وأنها بدونه تكون باطلة فلو وجد الشرط المذكور ثم تجدد

انقطاع الماء فمقتضى القواعد بطلان العقد، لفوات الشرط فى المدة الباقية ، فان الظاهر شرطيته ابتداء واستدامة ليترتب عليه الغرض المطلوب من المزارعة ، الا أن ظاهر المحقق والعلامة الصحة ، وان للزارع الخيار ، حيث أطلقا القول بعدم البطلان ، وانما حكما بتسلطه على الفسخ .

قيل : وكانهما نظراً الى صحة العقد ابتداء ، فتستصحب و الضرر اللاحق للمزارع بانقطاع الماء ينجبر بتسلطه على الفسخ ، والظاهر ضعفه ، لعدم حجية الاستصحاب على هذا الوجه الى ان قال ينبغى أن يعلم أن ما تقدم من البحث و الخلاف مخصوص بالمزارعة .

وكذا الاجارة بشرط الزراعة ، لاشتراكهما فى المعنى ، أما لواستأجرها مطلقا ولم يشترط الزراعة فانهم قد صرحوا هنا بصحة الاجارة ، لامكان الانتفاع بها بغير الزراعة ، فليس له الفسخ حينئذ ، و الظاهر أن هذا الحكم مخصوص بالجاهل بكون الارض لا ماء لها ، والا فانه متى علم أنه لا ماء لها ، واستأجرها مع علمه بذلك فانه لامعنى لتخييره ، بل اما أن يكون العقد باطلا أو صحيحا .

والوجه حينئذ فى صحة الاجارة مع الجهل و عدم جواز الفسخ متى علم أنه استأجرها مطلقا لا بشرط الزراعة ، و وجوه الانتفاعات لا تختص بالزراعة بخصوصها ، لانها نوع من انواع الانتفاعات ، فانه يمكن الانتفاع بها فى وضع المتاع ، وكونها مراحاً ومسرحاً وغير ذلك ، وكذا ذكروه .

و يشكل بأنه متى كانت الارض انما أعدت للزراعة ، و أن الغالب عليها انما هو الاستعمال والانتفاع بها فى الزرع لا فى غيره ، وقد عرفت فى غير موضع مما تقدم أن الاطلاق ، انما ينصرف الى الافراد الغالبة المتكررة ، فالحكم بالصحة واللزوم والحال هذه مشكل ، فيحتمل تسلطه على الفسخ حملا على المعتاد والغالب انتهى .

وفى الرياض ما هذا لفظه وثالثها ان تكون الارض مما يمكن الانتفاع بها

فى الزراعة المقصودة منها او فى نوع منها على الاطلاق بان تكون لها ماء من نهر او بئر او مصنع او تسقيها الغيوث غالبا او الزيادة كالنيل و الضابط امكان الانتفاع بزرعها المقصودة عادة فان لم يكن بطلت المزارعة وان رضى العامل والوجه فى اشتراطه ظاهر لمنافات عدم الامكان بها للعقد لانصرافه الى مايمكن حصول المقصود من المزارعة اذ مع غيره تكون لغواً هذا مضافا الى مخالفته اصل هذا العقد من حيث تضمنه جهالة العوض للاصل فيقتصر فيه على المتيقن من النص والاجماع وليس الا مع امكان الانتفاع مع انه لاخلاف فى اشتراطه فى الجملة الخ .

وفى مفتاح الكرامة بعد قول العلامة [ولو انقطع الماء فى الاثناء فللزارع الخيار ان زارع او استأجر له] قال : ما هذا لفظه أى اذا انقطع الماء الدائم او الغالب فى اثناء مدة المزارعة فللزارع الخيار ان كان العقد مزارعة الى ان قال فى وجه عدم البطلان قد وجه ذلك فى الروضة بطرو العيب قال ولايبطل العقد لسبق الحكم بصحته فيستصحب و الضرر يندفع بالخيار انتهى الى ان قال : و قد مال صاحب الرياض الى البطلان حيث رماه بالضعف تارة و بالنظر اخرى (وقال فى المفاتيح) قيل يبطل وقيل له الخيار (وقال فى مجمع البرهان) يجيىء البطلان هنا على القول به فيما سلف فان وجود الماء على تقدير كونه شرطاً شرط مادام الزرع محتاجاً اليه ، بل يمكن ان يكون هنا أولى لعدم انتفاع آخر هنا فتأمل انتهى .

(قلت) الوجه فى البطلان كما ذكر ظاهر الى ان قال وبه صرح فى جامع المقاصد ومجمع البرهان وليس كذلك لانه قدتقدم للمصنف وغيره انه اذا تعذر الزرع لانقطاع الماء بالكلية ان الاجارة تنفسخ بنفسها الا ان يحمل كلامه هناك على انه له الخيار لأنه قابل لذلك لكنه فى جامع المقاصد جزم هناك بالانفساخ و مال هنا أو قال بالخيار وقد نبهنا هناك على ما هنا انتهى .

هذه حال كلمات القوم وكانوا بين بطلان الاجارة وبين صحتها بالاستصحاب مع انه لاموضوع له لفقد ركنه الاعظم وهو فقدان الذى يحتاج اليه الى آخر الزراعة فكيف الحكم بالاستصحاب والحكم بالبقاء انما يجرى فيماشك فى عين حالة السابقة من دون تغيير وكون الشك من حيث طرو مانع للبقاء اولا كالدار فى جنب الساحل فشك فى ان الدار هل يخربها طغيان الماء ام لا فيستصحب على القول بالعموم فى الشك فى المقتضى ايضاً وكزيد غاب عنه مدة كثيرة فشك فى بقائه لعروض عارض يرفع حياته اولا فيقال الاصل بقاءه لا ما اذا قطع بقطع ماله دخل فى اصل بقاءه كما فى المقام فالاستصحاب انما يكون حجة اذا كان الشك فى عين ما كان ثابتاً .

والثابت هوالارض مع الماء وقدفات اعظم جزئيها فهواشبه شيء باستصحاب وجوب التقليد عن الميت بان هذا الشخص قد جاز تقليده فالاصل بقاء الوجوب مع ان الذى يجوز تقليده ليس هذا الجسد بل هو مع الروح فالشك فى بقائه يرجع الى امور خارجة عن ذاته كما عرفت فى المثال فالتمسك بالاصل فى المقام غير خال عن التعجب .

واعجب منه جعل الزراعة والتجارة فى الحكم واحدا مع ان الرجوع الى الاجرة لما مضى ويأتى راجع الى الثانى لاالاول لعدم حصول شيء من الحصة على فرض قطع الماء و بالجملة الامور الموجبة للشك تارة لها مدخلية فى بقاء المستصحب بحيث لولاه لما كان باقيا واخرى لايكون كذلك وفى الاول لايجرى الاصل وفى الثانى يجرى والمقام من قبيل الاول فلامورد للاصل فالبطلان اظهر بل هو الاقوى .

ولذا فى الجواهر بعد قول المصنف قال من وجوه أحدها : ان المتجه البطلان اذا خرجت بانقطاع الماء عن قابلية امكان الانتفاع بها للزرع ، لاالخيار ضرورة اتحاد المدرك لشرطه ابتداء واستدامة ، وحمله على ارادة انقطاع الماء

المعد لها الذى قدم عليه المزارع ، لامطلق الماء حتى حفر بئر جديد لها مثلا جيد ، ضرورة ايجاب مثله الخيار فى باقى العقود اللازمة ، لقاعدة « لاضرر ولا ضرار » وغيرها ، الا انه ينافيه ماذكر أخيراً من وجوب الاجرة عليه لما سلف من المدة مع الفسخ ، فان ذلك لايتجه فى المزارعة التى كان الفسخ فيها من عدم امكان الاكمال ، وليس لها أجرة مسماة ، بل الحصة من الحاصل الذى تعذر ، اللهم الا أن يجعل ذلك فى الاجارة خاصة ، بقرينة قوله « ويرجع » الى آخره فانه لايتصور فى المزارعة .

نعم لايتجه ذلك فى مثل عبارة اللمعة التى هى لم يذكر فيها غير المزارعة ، قال : « ولو انقطع فى جميع المدة انفسخت ، وفى الاثناء يتخير العامل ، فان فسخ فعليه بنسبة ماسلف » وكذا الارشاد انتهى ثم ان الاشكال العظيم فى قوله :

﴿وعليه اجرة ماسلف ، ويرجع بـ﴾ اجرة ﴿ماقابل المدة المتخلفة﴾ فانه ظاهر فى كون الارض وقعت اجارة لمطلق ما اراد الزارع لالخصوص الزراعة فانه لو كانت للزراعة لما طولب مال الاجارة لانها الحصة المعينة من النصف اوالثلث اوالربع وهى دائرة مدار الحصول والفرض عدمه فكيف يصح الرجوع الى المستأجر بما مضى فانه ولو فرض صحة الاجارة لكن الرجوع مبنى على تسمية مال الاجارة وحصولها لافى مثل المقام الذى كانت الحصة مجرد الفرض وعلى تقدير الحصول بل على فرض صحة العقد وكونها اجارة ايضا لايستحق المالك اجرة المثل لما مضى من الايام ولاالمستأجر دفعها اليه اذالفرض انقطاع الماء فبعد الفسخ لولا كونه انفساخا قد بطلت الاجارة والفرض عدم حصول شىء من الارض فبعد الفسخ باطل وقبله بانقطاع الشرط .

قال فى مجمع البرهان بعد قول المصنف فان فسخ فعليه اجرة ماسلف مالفظه وجهه انه فسخ العقد باختياره فبطل العقد بفعله وماحصلت الحصة والارض لابد لها من الاجرة فيعطى اجرة زمان كانت الارض تحت تصرفه والمالك كان ممنوعا

عنها وفي الاجرة تأمل اذا الفسخ بسبب انقطاع ماهو شرط للحصة ولا اجرة لها سواها هذا اذا انفسخ واما اذا لم يفسخ فان حصل شيء والا لا شيء لاحدهما على الاخر وهو ظاهر والظاهر عدم الفرق بين المزارعة والاجارة هنا فتأمل انتهى اى سواء كان الارض للمزارعة او للاجارة فلا فرق فيما ذكرنا بينهما ويمكن ان يراد عدم الفرق بين كون الارض للاجارة او الزراعة وايضا في مفتاح الكرامة متصلا كلامه بقول العلامة .

[وعليه اجرة ما سلف] قال كما في الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد واللمعة والروض والروضة لكن الثلاثة الاول ظاهرة أو صريحة في ان ذلك فيما اذا استأجرها او زارع عليها بل يتعين الاول لقولهما فيها ويرجع بما قابل المدة المتخلفة لان ذلك لا يكون الا في الاجارة الا ان تقول بان هذا وحده ينصرف الى الاجارة .

وفي الارشاد وما ذكر بعده ان ذلك فيما زارع عليها اذ لم يتعرض فيها لما اذا استأجرها ولا ترجيح في الكفاية لأنه مازاد على قوله قال الفاضلان وقد صرح في التذكرة والارشاد واللمعة والروض والروضة ومجمع البرهان بأن ذلك فيما اذا فسخ وهو المراد من كلام الشرائع والتذكرة ووجهه في الروضة بانه انتفع بأرض الغير بعوض لم يسلم له و زواله باختياره الفسخ .

ثم قال ويشكل بان فسخه لعدم امكان الاكمال و عمله الماضي مشروط بالحصة لا بالاجرة فاذا فاتت بالانقطاع ينبغي ان لا يلزمه شيء آخر نعم لو كان قد استأجرها للزراعة توجه ذلك و قد جزم في جامع المقاصد بالحكمين أعني اللزوم في الاجارة وعدمه في المزارعة وقد سمعت ما في الشرائع والتذكرة و التحرير من انه يرجع بما قابل المدة المتخلفة .

(قلت) لزوم ذلك أعني أجرة ما سلف فيما اذا استأجرها هو الموافق لما تقدم في الاجارة وقد تأمل في لزوم اجرة ماسلف في المزارعة في مجمع البرهان

واستظهر عدم الفرق هنا بين المزارعة والاجارة فى لزوم الاجرة وعدمها وقد خبط بعض المحشين على الروضة هنا خبط انتهى .

هذه كلمات القوم ولا يفيد الناظر فيها الا اشكالا و اجمالا وخلطوا بين اخذ الارض للزراعة وبين اخذها للتجارة ولكل منهما احكاما غير احكام الآخر وقد خلط المصنف بينهما فى الحكم فان الاخذ والرد من مال الاجارة انما يكون فى الاجارة بخلاف اخذ الارض للزراعة فانه لا يسمى فيها الا الحصة المجهولة الحصول فاذا قطع الماء لم يحصل الحصة اصلا ولم يكن كلام من الاجرة كى يرجع اليه او يرده بعد البطلان او الفسخ .

ثم ان اجارة الارض لو كانت لمطلق التجارة لم يبطل لامكان الاستفادة من الارض بغير الزراعة والفرض عدم كون الاجارة للزراعة واذا لم يبطل لاخيار له فى هذا الفرض ايضا الا اذا كان الشرط المنقطع مماله دخل فى مقصود المستأجر. وليت شعرى مع فرق المصنف بين القسمين من الاجارة كيف جعل حكم احدهما للاخر الاعلى قلنا بشمول تمليك المنافع لهما .

و كيف كان فاذا ظهر فقد الماء يكشف عن انه من الاول كان باطلا او يقال بعد فقد الماء يعلم بذهاب عمدة الشرط فلا علم بالموضوع الاول بل يمكن ان يقال ان الخيار مختص بالبيع الا مع شرط الفسخ بل يمكن على القول بالبطلان ان يقال ان فسخ فلا كلام ولزم رد مايتصرف واخذ الباقى من المالك بعد فقد الماء وان لم يفسخ بمقتضى ، خياره لزم التصرف فى الباطل .

وبالجملة حق العبارة بناءاً على الفرق ان يقول ان كانت الارض للزراعة فلا شىء بعد البطلان او الفسخ بناء على الصحة اذ لم يحصل الحاصل وان كانت للاجارة من غير نظر للمالك الى الزراعة ونحوهما ويسمى مال الاجارة الى مدة معينة فلزم على المستأجر بعد العلم بالبطلان او الفسخ دفع الاجرة فانه حينئذ لا تكون الزراعة منظورة وملحوظة بحيث يضررها فقد الماء .

﴿و﴾ كيف كان فـ﴿اذا اطلق المزارعة زرع﴾ العامل الذى هو المخاطب بالزرع ومراد منه العمل ﴿ماشاء﴾ من أفراد الزرع التى ينصرف اليها الاطلاق قال فى الخلاف اذا اكرى ارضاً للزراعة ولم يعين ما يزرع فيها صح العقد وله ان يزرع ماشاء وانكان ابلغ ضررا ، وعليه اكثر أصحاب الشافعى وقال ابو العباس لايجوز ذلك لان انواع الزرع تختلف وتتباين فلابد من التعيين .

[دليلنا] ان الاصل جوازه والمنع يحتاج الى دليل ولان الزراعة وان اختلف فاختلافها متقارب فجرى (يجرى خ ـ) مجرى النوع الواحد انتهى هذا كله لواطلق الزرع فان اختيار الزرع بعد اجارة الارض للزراعة بنحو الاطلاق بيد العامل فله زرع اى شىء شاء ﴿وان عين﴾ المالك ﴿الزرع لم يجز﴾ له ﴿التعدى﴾ للشرط وعموم الوفاء بالعقد كما فى الخلاف .

قال مسئلة ٤ـ اذا أكرأه أرضا ليزرع فيها طعاماً صح العقد ، ولايجوز له أن يزرع غيره ، وبه قال داود ، وقال ابو حنيفة والشافعى وعامة الفقهاء : انه اذا عين الطعام بطل الشرط والعقد ، وللشافعى فى بطلان الشرط قول واحد ، وفى بطلان العقد وجهان دليلنا ـ قوله تعالى « اوفوا بالعقود » والايفاء بالعقد ان يزرع ما سمى ، وما تناوله العقد ، وقوله ﷺ المؤمنون عند شروطهم يدل عليه ايضاً انتهى

﴿و﴾ حينئذ ﴿لو﴾ خالف و﴿زرع ماهو أضر والحال هذه كان لمالكها أجرة المثل ان شاء﴾ واراد فسخ العقد حيث له الخيار وعلى الزارع اجرة المثل ﴿او﴾ اراد البقاء على اللزوم فكان له ﴿المسمى مع الارش﴾ للنقص الوارد منه فى الارض ومحصل ماذكر انه لو كان الزرع على ضرر المالك كان مختارا بين الشيئين فان فسخ رد الزارع المالك اجرة المثل للمقدار الذى تصرف فيه قبل الفسخ وان لم يفسخ كان العقد على لزومه ولزم على الزارع المسمى بتمامه مع ارش ما نقص على الارض .

و قد اشكل عليه بان المالك قد اقدم على حصة معينة من الحنطة ولم

يحصل والزارع قد زرع العدس مثلا وهو خارج عن العقد ولم يكن مأذونا من المالك فاجرة المسمى ما كانت على وفق شرط المالك فليس له الاأجرة المثل

ولايخفى ان الاشكال قوى وقد اجاب عنه فى الجواهر بما هو غريب جدا فقال فى رد ثانى المحققين والشهيدين بعد نقل قولهما بقوله لكن اشكله ثانى المحققين والشهيدين وأتباعهما بأن الحصة المسماة انما وقعت فى مقابلة زرع المعين ، ولم يحصل ، والذى زرع لم يتناوله العقد ولا الاذن ، فلاوجه لاستحقاق المالك فيه الحصة ، فوجوب أجرة المثل حينئذ أقوى، ماهذا لفظه .

قلت كان ذلك منهم بناء على تشخيص المزارعة بما وقع من التعيين و لو على جهة الاشتراط ، ولاريب فى فساده على التقدير المزبور ، بل قد يقال : بعدم تشخيصها بذلك مطلقا وان كل ماوقع فيها منه ليس الأعلى جهة الشرطية ، فان حقيقة المزارعة ليست الازرع الارض بحصة من حاصلها ، كائناً ما كان الحاصل وانما يذكر التعيين من الشرائط ، لانه منوع للمزارعة فليس هو حينئذ الا كذكر المكان فى المضاربة التى قد عرفت ضمانه للمال مع بقاء المالك على حصته لو تعدى وخرج الى غير ذلك المكان .

الا ان الشرط لما كان فى عقد لازم ، وقد عرفت فى كتاب البيع اقتضاء عدم الوفاء به الخيار لمن له الشرط ، اتجه حينئذ ما ذكره المصنف والفاضل ، فله الفسخ والمطالبة بأجرة المثل ، وعدمه فله المسمى من الزرع المخصوص الداخل فى كلى المزارعة ، وله الارش عوض النقصان الحاصل بسببه ، لعدم الاذن فيه بالخصوص انتهى .

قوله بناء على تشخيص الخ ولايخفى انه الحق الذى لاريب فيه وان قوام التشخيص بماهو المشروط فلوشرط المالك على الزارع بحصة من الحنطة البيضاء لايكون الاذلك فلايحصل بمثل العدس او الحنطة الحمراء فانه غير مطلوبة جدا ولم يكن الزارع مأذونا فى زراعته فان الشرط يجعل المشروط مختصا فى المثال

بالحنطة البيضاء فعدم الشرط يوجب عدم المشروط وليس المقام من الشروط التى لايسرى فقده الى المشروط كبيع العبد بشرط الكتابة فان العبد مع الكتابة عين المقصود عنه الكتابة بخلاف مثل زرع الحنطة فزرع العدس فهو كبيع الحنطة ودفع مكانه العدس مثلا ولوقلنا بان انتفاء الشرط غير موجب لفساد المشروط كان ذلك فيما لا يوجب للسراية ويرجع الى تعدد المطلوب لا وحدته وفساد ماقال معلوم فضلا عن انه لاريب فيه ومايقال بعدم تشخيصه بالتعيين فى غايه الفساد كما يظهر مما ذكرنا ولازم عدم التشخيص دفع العدس مكان الحنطة وقوله فليس هو حينئذ الخ كما ترى بداهة ان الفرق بينهما واضح اذالزرع فى مكان عينه فى مكان الاخر ولايقاس ذلك بالشيئين المتغايرين فالحنطة فى بلد عين الحنطة فى بلد آخر الا اذا لم يكن قابلة للحنطة المقصودة المشروطة فهو خارج عن المقام وقريب منه الوصف الملحق بالاثنينية بحيث يراه العرف متغايرين واقتضاء عدم الوفاء بالشرط الخيار انما يكون فيما لم يوجب الاثنينية كالحنطة والارز سواء كان مثل المقام او البيع او نحو ذلك والفرق بين بيع العبد ودفع الامة مكانه كالشمس فى رابعة النهار بخلاف فقد مثل الكتابة عن العبد تدبر .

ومما ذكرنا قد يظهر الوجه أيضاً فى قوله ﴿ ولو كان ﴾ قد زرع ما يكون المزروع ﴿ اقل ضررا ﴾ مما شرط فزعم المصنف انه ﴿ جاز ﴾ وهو زعم فاسد فان الغرض ليس فى جميع الاوقات هو النفع والضرر بل المقصود نفس ما فيه الضرر اوالنفع فاذا شرط زرع الحنطة يمكن ان يكون الغرض حفظها لمعاشه وهذا المقصود لايصل من زرع العدس ولوكان فى النفع مثل الحنطة بل اكثر بالنظر الى الشارط فضلا عما اذا كان اقل ضررا ومع ذلك لايصح لكون المزروع غير المشروط فكان للمالك الشارط رده واخذ اجرة المثل فى ارضه لهذه المدة .

كما افاد ثانى الشهيدين والمحققين ايضا على ما حكاه عنهما أيضاً بأن غرض المالك ليس منحصراً فيما يتعلق بمصلحة الأرض ، بل المقصد الذاتى له

انما هو الانتفاع بالزرع ، ومصلحة الارض تابعة لامقصودة بالذات ، ولاشك أن الاغراض تختلف فى أنواع المزروع ، فربما كان غرضه بالاشد ضرراً من حيث نفعه ، والحاجة اليه وان حصل للارض ضرر ، ولايتعلق غرضه بالاخف وان انتفعت الارض به ، ألاترى أن الارض لو انتفعت بترك الزرع رأساً لم يكن ذلك كافياً فى جواز ترك المزارع العمل ، نظراً الى مصلحة الارض فالاقوى عدم التعدى لما عين مطلقا الخ .

وقدشرح وفسرقده ومقصودهما فى البطلان بمافوق المراد ومعه لايحتاج الى بيان الصحة بل لاطريق يصح ان يتمسك بها والله العالم .

﴿ ولو زارع عليها او آجرها للزراعة ولا ماء لها ﴾ فعلا ﴿ مع علم المزارع ﴾ بعدم الماء ﴿لم يتخير﴾ لاقدامه على ذلك ﴿و﴾ أما ﴿مع الجهالة﴾ فـ ﴿له الفسخ ﴾ .

وفى الجواهر قال لتضرره بانتظار الاتيان بالماء لها بحفر بئر أوغيره، مع احتمال عدم كفايته لها انتهى وهو فى محله فانه مع العلم كأنه راض بعدم الماء فلاخيار له بوجه فضلا عن البطلان بل اجارته او زراعته صحيحة من دون خيار فما عن الشهيد الثانى وغيره فى غير محله ﴿ أما لواستأجرها مطلقا ولم يشترط الزراعة لم يفسخ ﴾ .

وفى الجواهر فى مقام تفسيره قال وان لم يكن عالماً بحالها ﴿ لامكان الانتفاع بها بغير الزرع﴾ الذى لايشترط فى صحة اجارة الأرض امكانه ضرورة كونه نوعاً من انواع الانتفاع ، ولايشترط فى استيجار شىء أن يمكن الانتفاع به فى جميع الوجوه ، بل يكفى امكان مطلق الانتفاع حيث تطلق ، وهو هنا كذلك ، لامكان الانتفاع بالأرض المذكورة فى وضع المتاع وجعلها مراحاً ومستراحاً وغير ذلك ، وان كان الغالب فى الأرض الزراعة ، انتهى وهو المعتمد .

﴿ وكذا لو ﴾ زارع أو ﴿ شرط الزراعة ﴾ وفى الجواهر وجعلها مورداً

لعقد اجارة الأرض ﴿و﴾ لكن ﴿ كانت في بلاد تسقيها الغيوث عادة ﴾ لاطلاق الادلة وعمومها التي لافرق فيها بين كون الماء من غيث أوزيادة نهر أو اجراء ساقية أو غير ذلك كما هو واضح انتهى .

وبالجملة اذا اجار ولم يشترط الزراعة صحت للانتفاع بغير الاجارة و كذلك صحت لواجارها للزراعة في بلاد تسقيها الغيوث ونحوه كما اذا امكن السقي من البحر ﴿ولواستأجر للزراعة مالاينحسر﴾ اى لاينقطع عنه الماء بل كان الماء دائما عليه بحيث لايمكن الزرع عليها لعدم امكان الزرع مالم يقطع ﴿عنه الماء﴾ فمع جهل المستأجر بذلك العيب ﴿ لم يجز لعدم الانتفاع ﴾ من الأرض وهو واضح اذ كما لايمكن الزراعة بدون الماء فكذلك لايمكن مع كثرة الماء بل لايمكن البذر بوجه مع وجود الماء على سطح الارض فمع علم المستأجر لايصح ذلك نعم ﴿ ولو ﴾ علم الحال فـ ﴿ رضى بذلك ﴾ أى ﴿المستأجر﴾ قيل ﴿ جاز ﴾ و في الجواهر لكونه حينئذ كاستيجار الارض التي لا ماء لها للزراعة ﴿و﴾ لكن ﴿لوقيل﴾ بالفرق بينهما فيحكم ﴿بالمنع﴾ هنا ﴿لجهالة الارض﴾ بخلافه هناك ﴿كان حسناً﴾ .

ولايخفى ان الارض التي لاماء له فان علم به المستأجر فصحّ لاقدامه عليه والّا فلايصح وله الفسخ لوعلم بخلاف المقام فان عدم قطع الماء منكشف ظاهر فيحصل به العلم لكل من شاهدها . وبالجملة الفرق ان العيب في المقام ظاهر فيعرفه الكل فلو اقدم عليه الزارع اقدم على ضرره فيصح ولاخيار له بخلاف عدم الماء فيمكن حين العقد ان لا يعلم به الزارع وانما يعرفه بعد مدة وحينئذ ان علم فقد الماء قد اقدم عليه فلاخيار وان جهل فله الفسخ فالفرق ان العيب في المقام ظاهر وهناك غير ظاهر ويعلم بعد ذلك نعم لوعلم قدرته على دفع الماء او قدرته على الزرع مع هذه الكيفية صحت الاجارة للزراعة للقادر عليها .

وفي الجواهر مازجا للمتن قال ﴿و﴾ على كل حال فـ ﴿ان كان﴾ الماء

الذى لاينحسر ﴿ قليلا يمكن معه بعض الزرع جاز ﴾ ولكن يتسلط أيضاً على الخيار مع فرض النقصان فى الزرع ، والجهل بحالها ﴿ ولو كان الماء ينحسر عنها تدريجاً لم يصح ، لجهالة وقت الانتفاع ﴾ وان رضى بذلك المستأجر، ضرورة عدم كفاية الرضا بفاقد شرط الصحة فيها .

قوله ضرورة عدم كفاية الرضا الخ كلام متين فانه مع القطع بفساد الارض كانت الاجارة سفهاً فكما ان الرضا لايثمر بعد فساد اصل المعاملة كبيع الخمر فكذلك فى المقام فمع العلم بفقد شرط الصحة لايصح الاجارة ولا بيع ونحوهما ومنه يعلم عدم صحة ماعن القواعد من انه لورضى المستأجر صح .

﴿ولو شرط الغرس والزرع﴾ وفى الجواهر فى استيجاره الارض ولم يفهم من ذلك التنصيف ﴿افتقر الى تعيين مقدار كل واحد منهما لتفاوت ضرريهما ، وكذا لو استأجر لزرعين أوغرسين مختلفى الضرر﴾ للغرر الحاصل من الاطلاق الذى هو بالنسبة الى ذلك كالمجمل ، فيمكن الاقتصار معه فى الاخف على مسماه انتهى .

قال فى الخلاف ماهذا لفظه اذا اكرأه أرضاً على أن يزرع فيها ويغرس ولم يعين مقدار كل واحد منهما لم يجز ، وبه قال المزنى وأكثر أصحاب الشافعى وقال ابو الطبيب بن سلمة : يجوز ويزرع نصفه ويغرس نصفه ، وقال الشافعى نصاً انه يجوز ، وقال اصحابه : انما أراد بذلك التخيير بين أن يزرع كلها أو يغرس كلها ، فاما من النوعين بلاتعيين فلايجوز ـ دليلنا ـ ان ذلك مجهول ، وضررهما مختلف ، فاذا لم يعين بطل العقد .

وقال ايضا : اذا اكرى ارضاً للغراس واطلق جاز وبه قال اكثر اصحاب الشافعى وقال ابو العباس لايجوز ذلك لانه يختلف .

[دليلنا] ماقلناه (قدمناه ـ خ) فى المسئلة الاولى سواء انتهى والمسألة مشكلة من حيث الغرس اذالكلام تارة فى مقدار الزرع اوالغرس من حيث الزرع

والغرس بان يجعله نصفه للزرع ونصفه للغرس او اختلف واخرى فى مدة بقاءهما حيث يختلف فى غاية الاختلاف لان بناء الغرس على البقاء ماشاء الغارس وسيأتى تفصيله وليكن فى ذكر منك .

﴿تفريع: لو استأجر أرضاً مدة معينة ليغرس فيها مايبقى بعد المدة غالباً﴾ صح مالم يكن سفها ، لاطلاق الادلة وعمومها بل قال فى المسالك مقتضى اطلاق العبارة عدم الفرق مع ضبط المدة بين كونها وافية بادراك الزرع فيها وقاصرة ومحتملة وهو احد الوجهين فى المسئلة والاقوى اعتبار مدة يدرك فيها الزرع علما اوظنا غالبا فلو اقتصر على تعين دون ذلك بطل العقد لان الغرض فى المزارعة هو الحصة من النماء فاذا لم يتحقق فى المدة عادة بقى العقد بلاعوض ولانه خلاف وضع المزارعة والاعتذار بامكان التراضى بعد ذلك على ابقائه لاينفع لان التراضى غير لازم فلايعلق عليه الشرط اللازم انتهى .

ولايخفى ان الظاهر من تعيين المدة هو مدة وافية وبهذا اللحاظ اطلق المصنف والمسألة عندى فى غاية الاشكال من حيث ان الغرس بنائه على الدوام وظاهرانه لايجوز لغير المالك خصوصا غرس الاشجار المثمرة فكيف يصح غرسه الااذا كانت المدة بمقدار لايبقى الشجر ازيد منها كخمسين مأة مثلا ولايصح غرسه فى مدة الزرع .

وكيف كان فان جعل المدة بنحو ماذكر فغير بعيد والافغى مدة سنة او سنتين ونحوهما بمقدار يعلم باستلزامه للقلع مع اثماره الموجبة للضرر الكثير على الغارس وبقائه فى ملك المالك مع امكان اتفاق احتياج المالك الى ارضه للبيع او البناء عليها الموجب بقائه على ضرر المالك لايخلو كلا الوجهين عن اشكال

ولا يصلحه ما﴿قيل يجب على المالك ابقاؤه) بل لاوجه له لماعرفت ولاماقيل ﴿له اوازالته مع الارش و﴾ ذلك لعدم اذنه حتى يأخذ منه الارش فالاصح ما﴿قيل له

ازالته كما لوغرس بعدالمدة والاول اشبه﴾ فيجوزله قلعه لعدم الاذن من المالك فقلعه فى محله بل لايصح الغرس حينئذ للغارس فانه قداقدم على ضرره وقدغرس مع علمه بانه فى محل القلع باذن الشارع وانمايوجب الارش فيما كان اصل مايتعلق به الارش باذنه وهنا ليس كذلك فالغرس فى ارض الغير بالاجارة مطلقا غير جائز الابنحو من اذن المالك باى نحو كان من اول الامر .

فان قلت ان المستأجر غيرمتعد بالزرع ، اذ الفرض كونه مالكاً للمنفعة تلك المدة ، فله الزرع ، و ذلك موجب على المالك ذلك ، لمفهوم قوله ﷺ «ليس لعرق ظالم حق» الذى حكى عن فخر المحققين اجماع الاصوليين عليه فى هذا الحديث محصله ان المفهوم منه انه لعرق غير الظالم حق ومفهوم الوصف حجة عند الاصوليين ومن المعلوم ان المستأجر غير معتد وغير ظالم فانه مالك للمنفعة فله حق الغرس .

قلت ان المستأجر مالكا للمنفعة المحدودة الى زمان حصاد الزرع لا الى مدة بقاء الغرس فلايكون مالكا للمنفعة الدائمة فالظالم حينئذ هو الغارس فلايجوز له غرس الاشجار اذ غرس الاشجار ليس لها امد كالزرع فلوغرس والحال هذه كان للمالك قلعه بعد المدة او اجار الارض جديداً الى بقاء الشجر سنة بعدسنة الى ان اراد بقائها وبعد قطع الاجارة كان له قلعه ايضا وهكذا .

وبالجملة التمسك بالخبر صغرى و كبرى ممنوع اما الصغرى فلان الظالم ليس هو الموجر بل المستأجر لعدم جواز غرسه فيما يبقى بعد وقت الاجارة واما الكبرى فان الخبر ليس وارداً فى ذلك بل ظاهره وصريحه الغصب .

وهو مارواه الشيخ فى التهذيب عن عبدالعزيز بن محمد الدراوردى «قال : سمعت أباعبدالله عليه السلام يقول : من اخذ ارضاً بغير حقها او بنى فيها قال : يرفع بناؤه ، ويسلم التربة الى صاحبها ليس لعرق ظالم حق ثم قال : قال رسول الله ﷺ من أخذ أرضاً بغير حقها كلف أن يحمل ترابها الى المحشر فلا صغراه صغراه ولا كبراه كبراه .

فصريح الخبر هوالتهديد والتخويف فيمن غصب ارض الغير بمثل ما كان صدوره محال عنه وهو حمل تراب هذه الارض التى غصبها الى المحشر خصوصا اذا كانت الارض المغصوبة كثيرة كمقدار فرسخ اوفرسخين اواكثر فكيف يمكن له نقل جميع ترابها الى المحشر فهو نظير قوله عليه السلام من صور صورة يامره الله يوم القيامة ان ينفخ فيها الروح فالغاصب لارضين الناس لابد له من ان يحضر نفسه لحمل تراب تلك الاراضى الى المحشر .

وكيف كان فلاربط لهذا الخبر بغرس الاشجار فى زمن اجارته بمقدار الذى كان شهراً او شهرين او ثلاثة اشهر وهويعلم ان الشجر المغروس يبقى فى هذه الارض سنين عديدة فوجوب قلعه بنفسه والافعلى الموجر المالك والافعلى الحاكم مما لاريب فيه ولو كان مستلزما للضرر على المستأجر .

فالأستدلال بمثل هذا الخبر بمفهوم الوصف لاثبات عدم كون المستأجر ظالما وان المفهوم منه انه يكون لعرق المستأجر حق لعدم كونه ظالما فى غاية البعد بل غير خال عن التعجب من قائله فانه غرس شيئا باقيا فى مدة لم يكن له حق اصلا فلافرق بينه وبين ما اذا غرسه فى الارض بعد انقضاء مدة الاجارة فكما لاحق له حينئذ ويكون ظالما فكذلك فيما غرس فى مدة اجارته شيئا يكون باقيا بعدها كثيراً مع انه كماعرفت لاربط لهذا الخبر بالمقام اصلا .

ولذا قال فى الحدائق بعد الخبر ما هذا لفظه وأنت خبير بأن مورد الخبر وسياقه من أوله الى آخره انما هو من اغتصب أرضاً فتصرف فيها ببناء أو غرس مع كونها مملوكة لغيره ، فانه لايملكها بذلك ، بل هى ملك لمن سبق اليها أولا وانه يجب عليه أن يدفع بناءه ويزيل غرسه للتعليل المذكور فيهما .

ومفهوم هذا التعليل بناء على ماذكرنا أنه لولم يكن مملوكة ولامستحقة لاحد قبله ، فانه يملكها ويستحقها ، لكون عرقه عرق غير ظالم ، ومرجعه الى كون تصرفه شرعياً ، وبه يظهر الاشكال فى انطباق الاستدلال بمفهوم الخبر على

المدعى فى هذا المقام لان التصرف هنا وان كان شرعياً بالنظر الى مدة ، الاجارة فيدخل تحت مفهوم الخبر الا أنه بعد انقضاء المدة وزوال الموجب لصحة التصرف لايمكن دخوله تحت المفهوم المذكور ، ومحل البحث و النزاع انما هو هنا ، لافيما تقدم من التصرف فى المدة .

فقول المحقق المتقدم ذكره أنه ثبت بالعقل والنقل أن لعرق المحق وغير ظالم حق ، و العامل غير ظالم ، فلعرقه حق ، ان أراد بالنسبة الى مدة الاجارة فمسلم ، ولكن لايجدى نفعاً وان أراد بعد انقضائها فهو عين البحث ومحل النزاع فلايخرج كلامه عن المصادرة . فان شمول المفهوم المذكور له غير متجه ، اذ لاريب انه تصرف فى مال الغير بغير اذنه ، ولهذا اضطروا الى القول بالاجرة فراراً مماذكرناه ، فكيف يدخل تحت المفهوم المذكور ، وانه محق وغير ظالم فيكون لعرقه حق .

و لو قيل : ببطلان هذا العقد من أصله لم يكن بعيداً من الصواب : لعدم الدليل عليه بالخصوص ، وخروجه عن مقتضى قواعد الاجارة ، فلايتناوله عموم أدلتها ، فان من قواعد الاجارة قصر جواز التصرف على مدة الاجارة ، وهذا العقد على هذا الوجه المذكور خارج عن ذلك ، فلا يدخل تحت عموم أدلتها .

واللازم منه على تقدير الحكم بصحته أحد المحذورين ، اما تضرر المستأجر بقلع الغرس مجاناً كما هو مقتضى القول الثانى ، أوجواز التصرف فى مال الغير بغير اذنه كما هو مقتضى القول الاول وهو أشد اشكالا انتهى ونعم ماافاد ولاوجه لما قيل فى المقام .

و كيف كان فالمسألة من حيث الدليل من الواضحات و ليس من جانب الشرع اذن كذائى بحيث يكون مستلزما لضيق الطريق على المؤمنين بداهة انه كما عرفت قد اجاره للزراعة التى يعلم عند الكل ان امدها لم يبلغ الى سنة فكيف يجوز للمستأجر ان يغرس مايكون باقيا الى مدة عمر كليهما بل ازيد مع عروض

كثرة الاحتياجات للمالك الى ارضه بحيث لو علم بحال المستأجر وعمله لما اجاره ابداً نعم لو اذن عند الغرس عن المالك واجازه جاز .

وحينئذ لايجوز له قلعه بل وجب على المستأجر اجرة مادام الشجر في ارضه نعم يجوز غرس الاشجار التي كانت بمنزلة الزرع في قلّة امده كما اذا كان الغرض منه غرض صغار الاشجار لاجل قلعها بعد النمّو والانبات كما انه كان شايعاً في اهل البساتين فيغرسون في اول الخريف ويقلعونها في فصل الربيع للبيع ونحوه وهي حينئذ كالزرع في قلّة أمدها وقلعها وحينئذ لو اخرها شهراً او شهرين يكون كتأخير الزرع عن أمده شهراً او اقل او ازيد فان المراد من غرس الاشجار ذلك فصح اجارة الارض لها فانه معلوم المبدء للغرس وهو اول الخريف او الربيع ثم بعد الانبات والنمّو والشروع في الخضر يقلع فلابد له ايضاً من تعيين المدّة فلو زادت عن وقت التعيين لزم عليه اجرة ما زادت عن وقت الاجارة ونظيره غرس الاوراد المختلفة والخضروات المتفاوتة ونحو ذلك والله العالم والحمد له عدد اوراق الاشجار والاثمار وله الشكر وله المنّة .

﴿واما احكامها فتشتمل على مسائل الاولى : اذا كان من احدهما الارض حسب ، ومن الاخر البذر والعمل والعوامل صح بلفظ المزارعة وكذا لو كان من احدهما الارض والبذر ومن الاخر العمل والعوامل او كان من احدهما الارض والعمل ، ومن الاخر البذر﴾ وبالجملة جميع الصور المتصورة في هذه الاربعة كلا او بعضاً بين المزارع والمزارع جائزة ﴿نظراً الى﴾ العموم و﴿الاطلاقات﴾ وفي الجواهر .

بلاخلاف اجده في شيء منها عندنا ، بل ربما ظهر من بعضهم الاجماع عليه فدخول ما زاد يخرج العقد عن وضعه ، ويحتاج اثباته الى دليل ، بل في الاول منهما : الاجود عدم الصحة انتهى وفي كلام الشارح والماتن مالايخفى مع قضية خيبر ولذا قال في الجواهر ايضا وأنكر عليه في الحدائق حاكياً له عن

الاردبيلى أيضاً بمنافاة ذلك لاطلاق الادلة ولما يفهم من خبر قصة خيبر ، وان اليهود كانوا كثيرين ، وقد زارعهم النبى ﷺ ، ولما هو معلوم جوازه فى باقى العقود من تعدد الموجهين والقابلين انتهى .

والانصاف ان قصة خيبر غير قابل للانكار فاذا جاز فلافرق بين خيبر وبين غيره وهو نص على الجواز ومايناقيه مورده الاثنان لان الجواز منحصر فى الاثنين الموجب والقابل .

والمصنف وشارحه الجواهر على الجواز فيما بين الاربعة المذكورة فى المتن من احدهم الارض والاخر البذر ومن الثالثة الارض والبذر ومن رابعة العمل وهكذا بادنى تفاوت خلافا لصاحب المسالك حيث خص بالاثنين الموجب و القابل و لصاحب الحدائق والمحقق الاردبيلى ره حيث ذهبا الى صحة كون المزارعة بين كثيرين لقضية خيبر وهكذا الاخبار الاخر .

ولايخفى ان مقتضى ظاهر قصة خيبر هو العموم .

وانه ﷺ جعل المزارعة بين الجميع وجعل جزء لنفسه ﷺ وجزءاً لاهل الخير كما سيأتى الاخبار و كيف كان فعن المسالك المنع .

فقال ماهذا لفظه الظاهر ان الصور الممكنة فى اشتراك هذه الاربعة بينهما كلا وبعضا جايزة لاطلاق الاذن فى المزارعة من غير تقييد بكون بعض ذلك بخصوصه من احدهما وهذا هو المراد من قوله نظراً الى الاطلاق هذا اذا كانا اثنين خاصة .

فلو جعلا معهما ثالثا وشرطا عليه بعض الاربعة ، اوربعاً كذلك ففى الصحة وجهان : من عموم الامر بالوفاء بالعقود ، والكون مع الشرط ، و من توقف المعاملة سيما التى هى على خلاف الاصل على التوقيف من الشارع ، ولم يثبت عنه مثل ذلك والاصل فى المزارعة قصة خيبر ، ومزارعة النبى ﷺ اليهود عليها على أن يزرعوها ولهم شطر ما يخرج منها . وله ﷺ شطره الاخر ، وليس فيها ان المعاملة مع اكثر من واحد وكذلك باقى النصوص التى وردت من طرقنا ولان العقد

يتم باثنين موجب وهو صاحب الارض وقابل فدخول مازاد يخرج العقد عن وضعه ويحتاج اثباته الى دليل ، والاجود عدم الصحة انتهى و هى صريحة فى كون المزارعة مختصة بالاثنين لازيد .

وفى الحدائق بعد نقله قال : لايخفى ما فى كلامه (رحمة الله عليه) من تطرق البحث اليه ، والايراد عليه اما اولا فان ما استند اليه فى منع اكثر من اثنين - من توقف هذه المعاملة على التوقيف من الشارع بمعنى دليل خاص - فهو خلاف ما يستندون اليه فى اكثر الاحكام من التمسك بعموم الادلة و اطلاقاتها ، كما لايخفى على من له أنس بالاطلاع على اقوالهم ، وخاض فى بحور استدلالهم .

واما ثانياً فان ماادعاه من ان معاملة النبى عليه السلام مع اهل خيبر لاتدل على ان المعاملة مع أكثر من واحد من أعجب العجاب عند ذوى الالباب لاستفاضة الاخبار بانه بعد فتح خيبر اقر الارض فى أيدى الذين فيها وقاطعهم بالنصف يعنى جميع من كان فيها من اليهود لاشخصاً بعينه منهم ، او اثنين او ثلاثة مثلا .

ومنها صحيحة يعقوب بن شعيب المذكورة هيهنا ، وقوله فيها « أعطاهم اياها على ان يعمروها ولهم النصف مما أخرجت » وفى حديث الكنانى قال : سمعت أباعبدالله عليه السلام يقول : ان النبى صلى الله عليه وآله لما فتح خيبر تركها فى أيديهم على النصف ، فلما بلغت الثمرة بعث عبدالله بن رواحة اليهم ، فخرص عليهم فجاؤا الى النبى صلى الله عليه وآله فقالوا : انه قد زاد علينا فأرسل الى عبدالله وقال : ما يقول هؤلاء ؟ قال : قد خرصت عليهم بشىء ، فان شاؤا يأخذون بما خرصنا وان شاؤا أخذنا ، فقال رجل من اليهود : بهذا قامت السماوات والارض » .

وفى معناه غيره من الاخبار الكثيرة ، فهل ترى هنا بعد ذكرهم بطريق الجمع فى هذه الموارد مجالا للحمل على واحد منهم ، بل الظاهر لكل ناظر انما هو دفع الارض اليهم كملا بعد فتحها وأخذها عنوة على أن يزرعوها بالمناصفة و هذا هو الذى عليه العمل الان فى جميع الاصقاع والبقاع و ذكر الاثنين

فى أكثر الاخبار انما خرج مخرج التمثيل ، لا الحصر .

وأما ثالثاً فان كون العقد يتم باثنين موجب وقابل لاينافى التعدد فى جانب كل منهما كما فى سائر العقود من بيع وغيره ، بأن يوجب عنه وعن غيره : ويقبل كذلك فان قيل : انه قد ثبت ذلك بدليل من خارج ـ قلنا : وهذا قد ثبت بعموم أدلة المزارعة ، ولاسيما قضية خيبر كما عرفت ، على أنك قد عرفت فى كتاب البيع أن ماذكروه من العقد المشتمل على الايجاب والقبول بالنحو الذى تقدم ذكره عنهم لادليل عليه ، وانما الذى دلت عليه الاخبار هو مجرد التراضى بالالفاظ الجارية بينهم ، وكلامه انما يتم على الاول كما هو المشهور بينهم ، مع أنك قد عرفت أنه لادليل عليه ثم نقل عين عبارة مجمع الفائدة فقال .

قال المحقق الاردبيلى (رحمة الله عليه) فى هذا المقام : ونعم ما قال وأيضاً لاخصوصية بالاثنين فيجوز بين الثلاثة وما زاد لما تقدم ، وليست المعاملة مطلقاً ، ولاهذه موقوفة على النص الخاص شرعاً ، بل يكفى العموم ، ولهذا ليس فى شىء من المعاملات بخصوصه دليل شرعى ، كيف ولو احتاج الى ذلك لاشكل الامر ، فانه معلوم عدم ورود نص فى كل صنف صنف من كل معاملة ، مع العلم بالمغايرة بمثل هذه ، أى كون المعاملين أكثر من الاثنين .

وهو الظاهر ولهذا يجوزون النكاح من الزوج فقط ، بأن يكون موجبا وقابلا معاً مع عدم نص بخصوصه فيه مع وجوب الاحتياط فى الفروج ، وكذا يجوزون فى الطلاق كون المطلق زوجته بالوكالة ، مع عدم دليل بخصوصه ، ومنع البعض الوكالة فى الطلاق مع الحضور ، ومنع البعض وكالة النساء خصوصا المطلقة وغيرها مع عدم نص ، بل ورد نص بعدم جواز الانحاد فى النكاح وليس لهم دليل الاعموم العقود وصدق النكاح مع عدم ثبوت المنع .

وبالجملة أمثاله كثيرة جداً ولايشترطون فيه النقل بخصوصه ، وأنه لو شرط لبطل أكثر ما ذكروه ، فقول الشارح فى شرح الشرايع بعدم الصحة ـ اذا

زاد على الاثنين محتجاً بأن القابل والموجب اثنان فيتم بهما ، ولايتعدى الى الغير ، وأن دليل المزارعة خبر حكاية خيبر ، وليس فيه غير الاثنين و كذا غيره من الاخبار عندنا لما تقدم - غير ظاهر ، على أنه ما يظهر من حكاية خيبر وغيرها كونهما اثنين فقط بل هو أعم ، بل الظاهر أن أهل خيبر كانوا كثيرين ، فوقع بينه عليه السلام وبينهم .

وبالجملة ما ذكره نجده بعيداً جداً وهوأعرف انتهى ما فى مجمع الفائدة بعين عبارته فالظاهرانه الحق الذى لاريب فيه بل لايمكن من خبرخيبر استفادة اثنان لظهوره فى الجميع بل هو المحكى عن ابن الجنيد قال : « ولا بأس باشتراك العمال بأموالهم وأبدانهم فى مزارعة الأرض واجارتها اذا كان على كل واحد قسط من المؤنة ، وله جزء من الغلة ، ولايقول أحدهم ثلث للبذر ، وثلث للبقر ، وثلث للعمل ، لأن صاحب البذر يرجع اليه بذره وثلث الغلة من الجنس ، وهذا ربا ، فان جعل البذر ديناً جاز ذلك » .

فالظاهر لااشكال فى وقوع المزارعة بين الكثيرين كما عقدوا مع جمع المزارعة فلم يجعل عليه السلام بين واحد منهم بل بين الكل فالحق مع المحقق الاردبيلى ره وصاحب الحدائق فالاولى نقل ما ورد من الاخبار التى تتعلق بالمقام مثل ما رواه المشايخ الثلاثة عن ابراهيم بن ابى زياد الكرخى .

« قال قلت لابى عبدالله عليه السلام اشارك العلج « المشرك » فيكون من عندى الارض والبذر والبقر ، ويكون على العلج القيام والسقى والعمل فى الزرع حتى يصير حنطة وشعيراً وتكون القسمة ، فيأخذ السلطان حقه و يبقى ما بقى على أن للعلج منه الثلث ، ولى الباقى قال : لابأس بذلك الحديث .

ومارواه فى الكافى والتهذيب عن يعقوب بن شعيب فى الصحيح عن ابى عبدالله عليه السلام « قال : سألته عن الرجل يكون له ارض الخراج فيدفعها الى الرجل على ان يعمرها ويصلحها ويؤدى خراجها وما كان من فضل و هو بينهما ، قال :

لابأس- الى ان قال- وسألته عن المزارعة فقال : النفقة منك والارض لصاحبها ، فمااخرج الله من شيء قسم على الشطر ، وكذلك أعطى رسول الله ﷺ خيبر حين اتوه ، فأعطاهم اياهاعلى ان يعمروها ولهم النصف مما اخرجت» .

ومارواه فى الكافى عن سماعة فى الموثق قال : سألته عليه السلام عن مزارعة المسلم المشرك فيكون من عند المسلم البذر والبقر ، وتكون الارض و الماء و الخراج والعمل على العلج ؟ قال : لابأس » ونحوها موثقة أخرى له فان قلت ظاهر هذه الاخبار كون الزراعة بين الاثنين قلت مورد السؤال عن خصوص هذا القسم فلايظهر منها الاختصاص .

﴿و﴾ كيف كان فـ ﴿لو كان﴾ العقد على النحو المزبور بين الاثنين ﴿بلفظ الاجارة لم يصح لجهالة العوض﴾ الذى هو الثلث والربع ولايجوز مثله فى الاجارة كما ستعرف بخلاف المزارعة .

﴿ اما لو آجره بمال معلوم مضمون فى الذمة او معين ﴾ موجود ﴿ من غيرها ﴾ اومنها ﴿جاز﴾ وفى الجواهر ولو كان المضمون من جنس ما يزرع فيها ، كما عرفت الكلام فى ذلك مفصلا ، بل قد عرفت ان الاصح عندنا جواز ذلك مزارعة وان كان بلفظ الاجارة بناء على جواز العقد بالمجاز الدال على المراد فى العقود اللازمة انتهى .

وقد عرفت انه صحيح والاصح منه استعمال الاجارة فى المزارعة حقيقة

المسألة ﴿الثانية اذا تنازعا﴾ اى المزارع ورب الأرض ﴿فى المدة فالقول قول منكر الزيادة مع يمينه﴾ سواء كان العامل او المالك ، لاصالة عدم استحقاقها لمدعيها كما فى الجواهر وقدمر تفصيل ذلك فى كتاب القضاء .

قال فى الخلاف اذا اختلف المكترى والمكترى فى قدر المنفعة او قدر الاجرة قال الشافعى : يتحالفان مثل المتبايعين اذا اختلفا فى قدر الثمن او المثمن فان كان لم يمض من المدة شيء رجع كل واحد منهما الى حقه ، وانكان بعد

مضى المدة فى يد المكترى لزمه أجرة المثل ويجىء على مذهب ابى حنيفة انه اذا كان ذلك قبل مضى المدة يتحالفان وانكان بعد مضى المدة فى يد المكترى لم يتحالفا وكان القول قول المكترى كما قال فى البيع : ان القول قول المشترى اذا كانت السلعة تالفة ، والذى يليق بمذهبنا ان يستعمل فيه القرعة فمن خرج اسمه حلف وحكم له به لاجماع الفرقة الخ .

اقول الحكم بانها واردة فى تلك الموارد فى غير محله جداً لانها لكل امر مشكل ولامشكل هنا بعد وجود القواعد التى ترتفع الاشكال وهى فى المقام اصالة عدم الزيادة .

وفى الحدائق قال وقيده بعض محققى متأخرى المتأخرين بأن لا يكذبه العرف ، ولعله اراد بأن يدعى نقصان المدة عن وقت يدرك فيها الزرع يقيناً ، حيث ان المعلوم عادة وعرفاً أن القصد من المزارعة وبذل المال فيها هو الحاصل فلابد ان يكون المدة تبلغ ذلك ولو ظناً ، فاذا ادعى مايوجب نقصانها عن ذلك يقيناً فانه يكذبه العرف ولابأس به ، لما عرفت فى غير موضع مما تقدم من بناء الاطلاق على المعروف المتكرر عادة انتهى وهو فى محله .

﴿وكذا لو اختلفا فى قدر الحصة﴾ وفى الجواهر هذا لفظه فادعى المالك قلتها ، وادعى العامل زيادتها ﴿فالقول قول صاحب البذر﴾ وأن كان هو مدعى الزيادة لاصالة تبعية النماء بلاخلاف أجده فى شىء من الحكمين لماعرفت ولان مدعى الزيادة فيهما لو ترك المنازعة لترك ، فيكون مدعيها بهذا المعنى أيضاً انتهى

ولايخفى فى وجه تقدم قول مدعى الزياده وبيّنه شارح الجواهر بتبعية النماء توضيحه ان البذر حيث كان لصاحبه فنمائه لصاحبه فالزيادة له تبعا لاصله لانه نماءه ولاعلم بانتقاله الى المالك الافى النصف الذى يدعيه .

وفيه ان البذر وان كان ملكه لكن الفرض انه اشترط مع مالك الارض بمقدار يدور بين الزائد والناقص يعنى انه لايعلم ان الشرط هو النصف اوالثلث فاصالة عدم الزيادة لاتعارضه كون النماء تابعاً للملك فالملك محفوظ بحاله و

الكلام فى النماء وانه نصف اوثلث فالاصل عدم زيادة الحصة على الثلث والالزم تخصيص قاعدة اصالة عدم الزيادة بصورة نماء الملك وهو كما ترى فكما تجرى فى الاختلاف فى المدة فكذلك تجرى فى الاختلاف فى الحصة .

وبالجملة لافرق فى ذلك بين قدر المدة او الحصّة وتوهم انه مدعيا حتى يكون كلاهما مدعيين فيجرى التحالف كما ترى مع وجود قدر المتيقن فلا مورد لاصالة تبعية النماء للملك فان مورده غير المقام وكيف كان فيجرى اصالة عدم الزياده فى حق المالك فيكون منكراً و المدعى هو الزارع فلايصل النوبة بباب التحالف .

قال فى الحدائق ومنها ما لو اختلفا فى قدر الحصة فانهم صرحوا بأن القول قول صاحب البذر ، وعلل بأن الحصة نماء ملكه، والاصل بقائه على مالكه حتى يتحقق الانتقال شرعاً فكان الحاصل فى يد صاحب البذر حيث ثبت أنه له ، والمنازع خارج يدعيه فعليه البينة ، وحينئذ فالقول قول صاحب البذر بيمينه ، حيث عدمت البينة كما فى المدة ، ولو أقام كل واحدمنهما بينة بنى على الخلاف فى تقديم بينة الداخل أو الخارج والمشهور الثانى .

وعلى هذا فالقول قول مالك الارض فى تقليل المدة ، والبينة بينة العامل فى دعوى الزيادة ، وكذا القول قول صاحب البذر فى قدر الحصة ، والبينة بينة الاخر ، وهو من لابذر له فى ذلك .

وقيل : هنا بالقرعة ، لانها لكل أمر مشكل ، وفيه أنه لا اشكال هنا ، فان من كان القول قوله فالبينة بينة صاحبه ، كما هو مقتضى النصوص المتفق عليها انتهى .

اما القول بالقرعة فلاوجه له بعدرفع الاشكال بالقواعد والمشكل يصدق فيما لايكون دليل يرفعه واما البينة الخارج والداخل فليس مورده لوجهين الاول ان البينتين لمورد التداعى .

وهنا مورد المدعى والمنكر فلايقبل البينة من المنكر الثانى لان الحصة فى يد كليهما وان الامر اليهما وهو معا ناظران فى العمل وان كان العمل للعامل وان ابيت فلاجرم كان الخارج هوالمالك و كون الزراعة بيد العامل وباختياره والمالك خارج وعلى القول بتقدم بينة الخارج كما هو الحق لازمه تقدم قوله لانه منكر للزيادة والاصل عدمها .

وقدعرفت ان التحالف مورده مالايكون فى البين قدر متيقن متفق بينهما لافيمايكون فان الاقل قدر متيقن ومسلم عند كليهما والشك فى الزائد فيجرى اصالة عدم الزائد فلا يصل النوبة الى التحالف الذى كان مورده فى المتباينين تقريباً كمايدعى احدهما ان الزرع حنطة والآخر انه عدس وفى البيع يدعى احدهما ان المبيع ثياب والآخر يدعى انه كتاب مثلا فانهما يتحالفان وينفسخ اصل الدعوى

بل الظاهر لايصح التحالف لو كان احدهما مدع ومنكراً من حيثيتين كما زعم هنا و ان الزارع مدع من حيث كون الحصة نصفاً و منكراً من حيث كونها ثلثاً والمالك مدع من حيث الثلث ومنكراً من حيث النصف وذلك لانه لوصح كما زعم فى المقام لمابقى مورد لاجراء اصالة الزيادة الجارية للمنكر فلامحل لقولهم البينة على المدعى واليمين على من انكر .

فان قلت انه حينئذ كان كلاهما مدع والمالك مدع للثلث والزارع مدع للنصف فيتحالفان .

قلت نعم لكنهما متفقان فى الثلث والاختلاف فى النصف فلايصدق على كليهما المدعيان كما زعم فى جامع المقاصد بل واحد منهما وهوالزارع لبداهة ان المدعى من لوترك ترك كالزارع فانه لوترك دعوى الزيادة يترك للزيادة فهو المدعى دون المالك فانه منكر للزيادة .

فان قلت الزارع لو ترك ماترك بل يسئل عنه ويؤخذ باتمام عمل الزراعة فهو ليس مدعيا .

قلت الزارع لو تركترك فى ادعاء الزيادة وعدم الترك غير مربوط بدعواه بل هو امر آخر لم يترك الى ان يتم العمل الا اذا كانت الدعوى بعد تمام العمل فالمقصود من الترك ترك ما ادعاه من الزيادة .

ومن المعلوم انه لو انصرف عن دعواه الزيادة لما كان كلام من رب الارض فالمدعى هو الزارع فان كان له البينة والافيقدم قول المالك المنكر للزيادة لاصالة عدم الزيادة فلو سلم صدق المدعى على كليهما فلو كان لهما البينة كان بينة الخارج مقدم على بينة الداخل والخارج هو مالك الارض لامالك البذر لماعرفت منا فى كتاب القضاء من تقدم بينة الخارج .

وان المراد من الخارج من ليس فى يده المال كمدع لدار مثلا على من سكن فيها فالبينة للخارج لاعلى من كان فيها كما فى امر فدك فان فاطمة وعلى عليهما السلام كانا متصرفين فى فدك فعلى من ادعاه البينة لاعليهما فلو كانت لهم قدمت ان صحت لابمثل نحن معاشر الانبياء لا نورث .

فان الخبر انما يقبل من صاحب الدين وهو بعد رسول الله صلى الله عليه وآله على وفاطمة فلا يقبل من اى شخص كانت ولايكاد ينقضى تعجبى من انه لم يقل احد من ان الخبر صدر فى زمان حياة رسول الله صلى الله عليه وآله او بعده و الثانى كما تراه والاول كيف لم يصر شايعا منه صلى الله عليه وآله فى زمن حياته وخفى امره حتى مات على ان عليا وفاطمة عليهما السلام كانا اعرفين بالوحى وما نزل رسول الله و كيف لم يعلم به على مع انه مدينة شهر علم النبى وعلمه ابو بكر! تأمل وتعجب .

و كيف كان فالخارج هو المالك وامر الزراعة بيد الزارع والمالك فى هذه الجهة كالاجنبى لعدم دخالته فى امر الزارع عليه السلام وحينئذ لو كانت البينة لهما اوللمالك فقط تقدم والا كان القول قوله ايضا من حيث اصالة عدم الزيادة فتدبر .

وقد تلخص ان النزاع فى زيادة الحصة لايخرجه عن قاعدة اصالة عدم

الزيادة بل يؤخذ بعدم زيادة كما لايكون المورد مورد التحالف لوجود قدر متفق بينهما وان المراد بالبينة الخارج خصوص من كان خارجا عن الملك مالكا كان اولا لافيما كان بيد كليهما وقد سمعت شرحه فى ج ٥١ ص ٢١ فراجع و هوفى المقام. المالك فانه كانه خارجا عن ملكه من حيث الزراعة وان الامر بيد العامل خلافاللمصنف والجواهر فقالا ﴿فان اقام كل منهما بينة قدمت بينة العامل﴾

وفى الجواهر ما هذا لفظه بنى الحكم على تقديم بينة الداخل والخارج والأقوى الثانى وهوفيما نحن فيه مدعى الزيادة فى المدة والحصة انتهى بل فيهما هو المالك لانه فى امر الزراعة كان الامر بيد الزارع فلوقلنا بكونهما مدعيين و كان لكليهما بينة قدمت بينة من خرج عن التصرف فى شىء .

﴿وقيل : يرجعان الى القرعة﴾ التى هى لكل امر مشكل ﴿و﴾ لاريب فى ان ﴿الأول اشبه﴾ وفى الجواهر بأصول المذهب وقواعده التى منها « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » وبها حينئذ يرتفع الأشكال الذى هووصف موضوع حكم القرعة انتهى .

وقوله قده وبها حينئذ الخ فى محله وقد سمعت منا مكررا فى باب القضاء عدم صحة التمسك بالقرعة غالبا لان مورده الاشكال ومعناه عدم امكان رفعه واما مع امكان رفعه بالقواعد فلا يكون مشكلا واما جعله بينة الخارج هو العامل ففى غير محله وان المراد بالخارج من لم يكن مسلطا على العين و كانت بيد من كان فيها ولذا قالوا بان يدمن كان داخلا فى العين كافية فى اثبات الملكية فالبينة لاثباتها للخارج الّا عند تقسيم الحصة فجعل الخارج هو العامل بزعم انه مالك البذر فى غير محله .

بل مال قده الى ماذكرنا فى الجواهر فقال انما الكلام فى اطلاق المصنف تقديم قول العامل ، و كذا مافى المختلف قال : «لو اختلفا فى الحصة فالقول قول صاحب البذر مع يمينه ، فان أقام كل بينة قدمت بينة العامل ، لانه الخارج ولان

القول قول المالك ، فالبينة بينة العامل .

وقيل : يرجعان الى القرعة وليس بجيد» ، ويمكن تنزيله على ماذا كان المالك صاحب البذر ، أو يقال بتقديم بينة العامل هنا وان كان صاحب البذر ، لأنه وان كان داخلا بالنسبة الى قبول قوله عند عدم البينة ، لاصالة التبعية لكنه خارج عند قيام البينة ، لكون صاحب الأرض هو ذواليد على مافيها ،والأصل عدم خروج منفعتها الا بقوله ، فيكون العامل حينئذ خارجاً فتأمل جيداً انتهى .

قدعرفت مناهنا وفى ج ٥١ انه ليس المناط ببينة الخارج كونه مالك البذر بل المناط كونه خارجا عن التصرف فى الملك وقصريده عنه سواء كان ذلك بالنسبة الى نفس الملك او منفعته بالقهر والغلبة والغصب كان اولافالمؤجر والمستأجر اذا لوحظا كان الموجر خارجا والمستأجر داخلا مع ان المؤجر كان مالكا فليس مناط الخارجية بالمالكية وان اجتمعت معها كمافى على وفاطمة لكونهما فى الملك وفدك فى يدهما فمع ان البينة وظيفة من ادعى الملكية عليهما كما هوصريح محاجة على عليه السلام مع ابى بكر كانت بنتهما مقدمة لكونها خارجا كما فى قول العلامة قدمت بينة العامل لانه الخارج» بزعمه هومالك البذر فجعل الخارج المقدم قوله هو المالك فالبينة على من خرج فلو كانت لهم كانت بينة المالك مقدمة وانه بهذا البيان قد اثبتنا امر الفدك وان فدك بيد فاطمة عليها السلام ويدها كافية فى اثبات الملكية .

مضافاالى تحقق البينة المقبولة لهماوالجهال الذين لايعلمون شيئامن الاحكام قد طالبوابها بالبينة وليست لهم الاخبر مجعول مثل نحن معاشر الانبياء لانورث

وكيف كان فقدعرفت الكلام فى معيار الداخل والخارج فى ج ١٥ ص٢١ وقد تقدم ايضا قول الشيخ فى تقدم بينة الداخل على الخارج ورده المشهور بان التقدم للخارج فالمالك القاصريده عن ملكه مقدم بينته على المالك المتصرف فيها الابان يقدم بينة المتصرف وجعله هوالخارج تأمل فيها فانه من مزال الاقدام

المسألة ﴿الثالثة : لو اختلفا فقال الزارع أعرتنيها وأنكر المالك وادعى الحصة او الاجرة ولا بينة له فالقول قول صاحب الارض ويثبت له اجرة المثل مع يمين الزارع﴾ فله مطالبة الحصة او اجرة المسمى قضاءاً لانكاره وايضا ان الزارع منكر للزراعة او الاجارة ويحلف على عدمهما وعليه اجرة المثل لما فعل .

وفى المسالك قال بعد قوله لو اختلفا فقال الزارع اه المراد ان القول قول صاحب الارض فى عدم الاعادة لافيما يدعيه لانه منكر لها فيقدم قوله فيها وكذا القول قول الزارع فى عدم المزارعة والاجارة لانه منكر لهما وحينئذ فيحلف كل منهما على نفى مايدعيه الاخر ويبقى على الزارع انه انتفع بارض غيره مع عدم ثبوت التبرع فيلزمه اجرة المثل لذلك الزرع الى أوان نزعه هذا اذا لم يزد الاجرة عما يدعيه المالك من الحصة والاجرة المعينة والاثبت له ما يدعيه خاصة لاعترافه بانه لايستحق سواه وهذا اذا وقع النزاع بعد الزرع كما يقتضيه قوله الزارع وقوله وللزارع تبقية الزرع .

فلو كان النزاع قبله وتحالفا انتفت العارية و الاجارة و المزارعة فليس للعامل ان يزرع بعد ذلك واعلم انه اذا كان الواجب للمالك بعد يمينه اقل الامرين مما يدعيه واجرة المثل و كان الاقل هو مايدعيه ولاوجه ليمين الزارع لانه لو اعترف له بمايدعيه لم يكن له ازيد منه و كذا لو حلف اورد اليمين وماهذا شأنه لافائدة فيه نعم لو كان مايدعيه ازيد من اجرة المثل اتجهت فائدة يمين الزارع لانها تنفى الزائد مما يدعيه المالك عن الاجرة ولوردها اواعترف .

ولايخفى الفرق بين هذه المسألة وبين ما كان النزاع فى المدة او الحصة فانها هناك يكون قدر متيقن فى البين فكان من باب المدعى والمنكر بخلاف هذه المسألة فانه لايكون فى البين قدر المتيقن فان لكل نزاع غير نزاع الآخر فان الزارع يقول ان الارض اعطيتنى عارية والمالك يقول آجرتك فالنزاع لايكون له مورد تسليم لهما فيه فموردها التحالف و كل يدعى شيئا غير ما يدعى الآخر و كلاهما

مدعيان ولذا لايناسب التعبير عنه بان القول قول صاحب الارض فانه فى بادى الرأى يظهر منه خلاف المقصود .

لكن المراد كما بينه فى المسالك ان المراد تقدم قوله فى عدم كون الارض عارية لافيما يدعيه الخ فلايتوهم منه انه منكر فى مقابل المدعى لوضوح ان كلاهما مدعيين مع عدم البينة لاحدهما وحينئذ يتحالفان وحلف المالك بعدم العارية فادعى الحصة اوالاجرة المسمى وحلف الزارع بعدم الاجارة فعليه اجرة المثل لان الاجارة اذا بطلت كان للمالك اجرة المثل دون المسمى .

لكن فى المقام اوحظ اقل القيمتين من المسمى والمثل لان المسمى قد بطل فعليه اجرة المثل ان كان اقل من المسمى وان كان المسمى اقل فالمسمى . والحاصل ان كلا منهما منكر ان والمالك منكر للعارية فيحلف على نفيها والزارع منكر للاجارة والمزارعة فيحلف على نفيهما فالمسألة من التحالف الموجب للحلف عليهما وبطلان اصل الدعوى من آن الفسخ لعدم اتفاقهما على امر كى يحلف ويجرى الاصل فى مدعى الزيادة وبعد البطلان لاشيىء يترتب على الدعوى الا الخسارة قبل الدعوى لو كان والافلاشيء كما لو كان قبل الشروع فى العمل واما بعد الخسارة على الارض فيجب عليه اقل الامرين من اجرة المثل اوماادعاه المالك فان كان مدعاه من اجرة المسمى اوحصته اقل دفع الاقل وان كان اجرة المثل اقل دفعها لاغير فلايقال بان ماادعاه المالك ان كان اكثر فيلزم دفعه لان انفساخ الدعوى يبطل العقد فكان المسمى باطلا ثم انه قدذهب فى الحدائق الى عدم لزوم اقل الامرين بل نفس اجرة المثل ولو كانت اكثر فقال ماهذا لفظه :

ومنها مالواختلفا فقال الزارع : انها فى يدى عارية ، فانكر المالك وادعى الحصة أو الاجرة ، ولابينة فالمشهور أن القول قول صاحب الارض فى نفى العارية بيمينه ، لانه منكر ، فيقدم قوله فى ذلك ، والقول قول الزارع بيمينه فى نفى الاجارة أو المزارعة ، لانه منكر لهما ، وحينئذ فيحلف كل واحد منهما على نفى

مايدعيه الاخر ، وحيث انتفت الدعويان والحال أن الزارع قد تصرف فى أرض غيره وانتفع بها ، فاللازم له أجرة المثل لذلك الزرع الى أوان نزعه ، الاأنهم قيدوا أجرة المثل هنا بما اذا لم تزد على مايدعيه المالك من الاجرة والحصة، والاوجب له مايدعيه خاصة ، لاعترافه بأنه لايستحق سواه ، ومرجعه الى أقل الامرين من أجرة المثل والمسمى فى العقد الى ان قال بعد رد القول بالقرعة .

اذا عرفت ذلك فاعلم أن عندى فى هذا المقام اشكالا من وجهين : الاول ماذكروه من وجوب أقل الامرين من أجرة المثل وما يدعيه المالك من الحصة أو الاجرة ، لماذكروه من التعليل ، فان فيه أولا أن أجرة المثل التى أوجبوها هنا الراجعة الى أقل الامرين كما عرفت انما صاروا اليها بعد الحكم ببطلان الدعويين الاوليين من كل من الطرفين بالتحالف ، وبطلان مايترتب عليهما ، وحينئذ فالحكم بأجرة المثل هنا لاتعلق له باعتراف المالك ، لانه لايستحق أزيد من ذلك ، أو يستحق مثلا ، وانما فرض المسئلة بعد بطلان الدعويين الاوليين فرض مالولم يكن شىء من هذين الدعويين ، وحينئذ فالواجب انما هو أجرة المثل زادت أم نقصت أم ساوت .

وثانيا ماأورده فى المسالك حيث قال : واعلم أنه اذا كان الواجب للمالك بعد يمينه أقل الامرين مما يدعيه وأجرة المثل ، وكان الاقل هو ما يدعيه ، فلاوجه ليمين الزارع ، لانه لواعترف له بما يدعيه لم يكن له ازيد منه ، وكذا لوحلف أورد اليمين وماهذا شأنه لافائدة فيه. نعم لو كان مايدعيه أزيد من أجرة المثل اتجهت فائدة يمين الزارع ، لانها تنفى الزائد مما يدعيه المالك عن الاجرة ولو ردها أو اعترف للمزم الزايد انتهى .

ولايخفى ورود ماأورده عليهم انتهى كلام الحدائق وحينئذ لو كان خساراته على الارض اكثر مما يدعيه قد فات عليه بخلاف ماإذا كان الواجب عليه اجرة المثل ولو زادت، اذ بعد حلفه وسقوط الدعوى لزم عليه كل مايوجب عليه الخسارة بها

ومنه يعلم عدم ورود ما اورد عليه فى الجواهر من قوله ومن الغريب ما فى الحدائق «من كون المتجه فى المسألة ثبوت أجرة المثل وان زادت على دعوى المسمى محتجاً بأن التحالف يسقط الدعوى و يبطلها ، وينزلها منزلة العدم فلا يؤخذ المالك باعترافه بالاجارة بالاقل اذ هو غلط فاحش ضرورة اقتضاء اليمين نفى ما يكون على الحالف لا اسقاط مقتضى حكم الاقرار فى حق من له اليمين كما هو واضح انتهى .

ولعل ما اورده غريب اذ اقرار المالك بما ادعاه كيف لا يسقط فاللازم اولاً توضيح مرامه ثم الخوض فى كلامه فنقول ان المزارع اذا نفى الاجارة لازمه هو العارية لكن الحلف يرفع الملزوم فقط فى مقام الدعوى اى نفى الاجارة دون لازمه الذى هو معترف به واقر به وهو العارية فلاجل الضرورة ورفع الدعوى حلف على عدم الاجارة مع ثبوت لازمه وهو العارية وان العارية التى قد اقر به ثابت لديه و كذا المالك اذا حلف على نفى العارية لم يسقط لازمه الذى هو الاجارة بل هى قد اقر به وثابت عنده وحينئذ بعد انفساح العقد كان ما اقر به المالك و هو اجرة المسمى تبقى بحالها فلزم عليه دفع اجرة اقل الامرين .

والحاصل ان مفاد الحلف بانه ليست اجارة لا يسقط كونها عارية بل العارية التى ادعاها بحالها و كذا الحلف بان الارض ليست عارية لا يسقط كونها اجارة بالمسمى بل الاجارة بالمسمى ايضا بحالها .

وبالجملة لو كان ذلك مراده ففيه اولا ان القواعد القضائية الجارية بين المتخاصمين كما يرتفع بحسب الظاهر مقتضاها فكذلك ترتفع بحسب الواقع بحيث كانه لانزاع فى البين فاذا نفى الزارع عنه الاجارة بالمسمى رفع عنه الاجارة ويسقط دعويها كانه لم تكن دعوى الاجارة و كذا فى حلف المالك فلا تكون اجرة المسمى بعد الحلف ولذا انفسخ العقد ولا يصح انفساخه حسب الظاهر وثبوته واقعا فالمسمى ليس فى البين فليس الا اجرة المثل لو وقع خسارة فى الارض

بمقدار ماوقع .

وقد تلخص ان المالك اذا حلف بان ارضى ليست بعارية و لو كان معناه ثبوت مادعاه فى الواقع وبحسب نظره ليدعيه لكن الدعوى تسقط بحكم الشارع بحيث لايمكنه ادعائه ثانيا بعد الدعوى وهكذا بالنسبة الى الزارع فالدعوى اذا تسقط بحكم الشارع تسقط المسمى ولو كان على رغم صاحبه وعدم مناص لاثبات مقصوده بعد الدعوى ولكن المسألة مشكلة لاحتمال بقاء اثر التحالف وعدم سقوط الدعوى كلا" راجع ج ٥١ ص ١٠ و ٧ .

وفى الجواهر قال ماهذا لفظه: وافحش منه ما عن الاردبيلى فى نظير المسألة من ان القول قول مدعى العارية لاصالة براءة الذمة ، ولان اليمين على نفى الاجارة والمزارعة يوجب سقوط الاجرة والحصة وعوضهما الذى هو اجرة المثل لذهاب اليمين بما فيها » انتهى و هو فى محله مع ان الكلام فى التحالف لاالمدعى والمنكر وان الثانى صورة اتفاقهما على الاقل والشك فى زائد عليه بخلاف باب التحالف فلايكون بينهما قدرمشترك متفق عليه راجع ج ٥١ ص ٥ الى ٣٠ تقريباً وليس الكلام هنا راجعا الى المنكر فقط حتى يكون يمينه على نفى الاجارة موجبا لسقوط الاخر بل له خصم قوى وهو المدعى الآخر الذى يقول ان الارض ليست بعارية و كلاهما مدعيان يحلفان وتسقط دعواهما .

وفى مفتاح الكرامة بعد قول العلامة [ولوادعى العامل العارية والمالك الحصة أوالاجرة قدم قول المالك فى عدم العارية وله أجرة المثل مع يمين العامل مالم تزد عن المدعى] قال ما هذا لفظه: كماصرح بذلك كله هنا فى الارشاد وغاية المراد وجامع المقاصد والروض والمسالك والكفاية لكنه فى الارشاد لم يذكر ادعاء المالك الاجرة و انما اقتصر على ادعائه الحصة و قد صرح فى الشرائع و التذكرة والتحرير بجميع مافى الكتاب الاقوله ما لم تزد عن المدعى وقد نسب الفخر مافى الكتب الثلاثة الى الاصحاب وقضية ذلك انه له أجرة المثل سواء زادت

عن المدعى ام لم تزد وقوى الشيخ فى المبسوط تقديم قول رب الارض فى الاجارة دون العامل فى العارية واثبت له أجرة المثل ثم قال الاحوط القرعة .

هذا كلامهم فى المقام ومعناه ان القول قول صاحب الارض فى عدم الاعارة لانه منكر لها فيقدم قوله فى عدمها لافيما يدعيه وكذلك القول قول الزارع فى عدم المزارعة والاجارة لانه منكر لها و حينئذ فيحلف كل منهما على نفى ما يدعيه الآخر ويبقى على الزارع انه انتفع بارض غيره مع عدم ثبوت التبرع فيلزمه أجرة المثل لذلك الزرع الى أوان أخذه وذلك اذا لم تزد الاجرة عما يدعيه المالك من الحصة والاجرة المعينة و الاثبت له ما يدعيه خاصة لاعترافه بانه لايستحق سواه عند المصنف فى الكتاب ومن وافقه .

وقدعرفت قضية كلام الشرائع والتذكرة والتحرير والفخر فى شرح الارشاد وقد يقال فى تأييد ذلك أنه اذا فرض بعد التحالف سقوط الدعويين بالكلية فكانتا كانهما لم تكونا فالواجب أجرة المثل زادت ام نقصت اذ التحالف اسقط اثر اعتراف المالك فليلحظ ذلك وليتأمل وهذا اذا وقع النزاع بعد الزرع كما يقتضيه قولهم بعد ذلك وللزارع تبقية الزرع كما ستسمع ان شاء الله تعالى لو كان النزاع قبله وتحالفا انتفت العارية والاجارة والمزارعة انتهى .

﴿و﴾ على كل حال فقد ظهر لك ضعف ما ﴿قيل : ﴾ فى أصل المسألة من أنه ﴿تستعمل القرعة﴾ لكل أمر مشكل والقائل هو الشيخ فى الخلاف فقال اذا زرع ارض غيره ثم اختلفا فقال الزارع اعرتنيها وقال رب الارض بل اكريتكها وليس مع واحد منهما بينة حكم بالقرعة وللشافعى فيه قولان انتهى .

﴿والاول أشبه﴾ وفى الجواهر بأصول المذهب وقواعده ، بل لم نعرف القائل بالقرعة هنا بالخصوص تدبر حتى تعرف القائل وان كان غير تام .

﴿و﴾ كيف كان فـ ﴿ للزارع تبقية الزرع الى أوان أخذه ﴾ بلا خلاف ولا اشكال معتدبه ﴿لانه مأذون فيه﴾ .

ولايخفى ان كونه مأذونا فيما كان عارية باذن المالك واما لوادعى العارية فى مقام النزاع وانكار المالك كيف يكون مأذونا حتى يجوز له الزراعة فى ملك الغير واذا لم يجز فكيف يكون له حق التبقية فتأمل .

ومنه ظهر عدم تمامية مافى الجواهر قال بعد المتن باتفاق منهما ، فيكون له حق البقاء ، بناء على العمل بمفهوم قوله «لاحق لعرق ظالم» بل ليس للمالك المطالبة بالقلع ، الزاماً له بدعواه الاجارة والمزارعة .

نعم ليس له منعه لو أراد الزارع أخذه قصيلا ، لعدم ثبوت حق له فيه بعد فرض يمينه على نفى المزارعة ، كما أنه ليس للعامل حق الابقاء بناء على جواز الرجوع بالعارية و ان كانت للزرع ، أخذاً له باقراره بدعوى العارية كما هو واضح ، هذا كله مع كون الدعوى على الفرض المزبور انتهى تأمل فيه .

هذا كله اذا قال المالك فى جواب اعرتنيها آجرتك بالمسمى اوالحصة و ﴿أما لوقال : ﴾ المالك فى جوابه ﴿غصبتنيها حلف المالك﴾ على نفى العارية ﴿وكان له ازالته والمطالبة بأجرة المثل ، وأرش لأرض ان عابت ، وطم الحفر ان كان غرساً﴾ وفيها تأمل .

وفى الجواهر قال لكونه حينئذ بحكم الغاصب الذى يترتب عليه ذلك ولم يكن ثم اقرار من المالك يلزم به ، وليس هو من التداعى الاول الذى يتوجه فيه يمين على مدعى العارية ، فما عن التذكرة ـ من أنه يحلف العامل على نفى الغصب ـ فى غير محله خصوصاً بعد اعترافه بترتيب الاحكام المزبور التى يكفى فيها عدم تحقق الاذن من المالك ، الحاصل بيمينه على نفى العارية التى يدعيها الزارع كما هو واضح انتهى .

وفى المسالك بعد قوله اما لو قال غصبتنيها حلف قال ما سبق من التحالف انما هو فيما لوادعى كل منهما عقدا غير مايدعيه الآخر اما لوادعى الزارع الاعادة وانكرها المالك وادعى غصب الارض فالقول قول المالك مع يمينه لاصالة

عدم الاعارة وبقاء منافع ارضه على ملكه وعدم خروجها بعارية ولاغيرها فاذا حلف على نفى العارية ثبت وضع الزارع زرعه فيها بغير حق فيتخير المالك حينئذ بين قلعه ومطالبته باجرة المثل لما مضى من المدة وارش الارض ان نقصت وطم الحفر كما يلزم ذلك الغاصب وان اتفقا على ابقائه باجرة جاز وفى التذكرة قال يحلف العامل على نفى الغصب ولم يذكر يمين المالك ورتب باقى الاحكام انتهى .

ومثله فى الحدائق والمسألة مشكلة من حيث انه كما تجرى اصالة عدم العارية فى حق المالك فكذلك تجرى اصالة عدم الغصبية فى حق الزارع فيكون موردها التحالف كالمسألة السابقة ولايلزم وقوع كل منهما فى عقد شرعى ومعيار التحالف هو الاختلاف فى امر بيّن لم يكن بينهما قدر متفق عليه فاجراء اصالة عدم العارية كما تجرى فى المالك تجرى فى عدم الغصبية ايضا فى الزارع بل هو اولى من الاولى لتعاضده بقوله عليه السلام ضع امر اخيك على احسنه وبما ورد من قول ابى الحسن عليه السلام يامحمد كذب سمعك وبصرك عن اخيك فان شهد عندك خمسون قسامة وقال لك قولا فصدقه وكذبهم الخ فاصالة الصحة واصالة عدم الغصبية جارية فى قوله بعدم الغصبية كما فى التذكرة قال ولواختلفا فقال العامل اعرتنى الارض للزرع وانكر المالك وادعى الحصة اوالاجرة ولابينة فالقول قول المالك الى ان قال امالو قال غصبتها حلف العامل على نفى الغصب وكان للمالك الاجرة والمطالبة بازالة الزرع وارش الارض ان عابت وطم الحفر انتهى فما فى الجواهر فى رده من قوله فى غير محله غير تام عند الدقة فيجرى اصالة عدم المعصية كما عرفت واصالة عدم العارية ويسقطان ويرجع الارض الى مالكه وعلى مدعى العارية اجرة المثل لما وقع فى الارض وارش طمها لو حفر ونحو ذلك .

وكيف كان فلا ارى لتقدم قول المالك هنا وجهاً واقوى من الكل قول علمين الشيخ والعلامة فى التذكرة ولو قال على خلافه فى القواعد ولكنه غير

جار على القواعد الشرعية .

وما ذكروه فى المقام جار فى حق الغاصب يقيناً لا الغاصب على قول الخصم نعم يرد عليه انه مع اعترافه بالعارية كيف يعمل فى الارض العارية ما فعل مع انه حرام قطعا وكيف كان فقال فى القواعد (اما لو قال غصبتنيها فانه يحلف ويأخذ الاجرة والارش ان عابت وطم الحفر وازالة الزرع) .

وفى مفتاح الكرامة بعده ماهذا لفظه : كما صرح بذلك كله فى الشرائع والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والروض والمسالك ومجمع البرهان والكفاية وصرح بان القول قول المالك مع يمينه وان له اجرة المثل فى المبسوط وعارية التذكرة والتحرير والمختلف وجامع المقاصد وحكى عن السرائر ولم نجد التصريح به فيها فى البابين .

وليعلم انه لابد من تقدير وحذف فى عبارة الكتاب وقد استندوا فى ذلك الى انه المنكر فان الاصل بقاء منافع أرضه على ملكه وعدم خروجها عنه بعارية ولاغيرها و لآخر هو المدعى فعليه البينة ومع عدمها يحلف المالك لنفى العارية فيستمر استحقاقه منافع أرضه فيطالب بالاجرة مدة ما كانت فى يده وبارش النقص وطم الحفر وازالة الزرع ان كان لانه قد انتفى الاستحقاق الذى ادعاه الزارع بيمين المالك والمخالف الشيخ فى عارية الخلاف والمصنف فى مزارعة التذكرة وعاريتها .

(قال فى الخلاف) القول قول المتصرف لان المالك يدعى عليه عوضا والاصل براءة ذمته منه وزاد فى عارية التذكرة ان الظاهر من اليد انها بحق والظاهر انه أراد ان الاصل فى فعل المسلم الصحة وان لا يخل بواجب وان لا يفعل حراما وقال فى الباب حلف العامل وكان للمالك الاجرة والمطالبة بازالة الزرع وارش الارض وطم الحفر وفى (جامع المقاصد) انه سهو قطعا وما استندا اليه من الاصلين فيه انه انما يتمسك بهما اذا لم يلزم الاضرار بمسلم فتأمل انتهى

أفلاترى قول الشيخ فى الخلاف تأمل فيه .

بل ينبغى التأمل فيما نقله عن التذكرة فى العارية من ان الظاهر انه بحق فنقول الحق هو اجراء الاصل فى حقهما و الحلف منهما لان كلا منهما مدع الزارع فى كونها عارية من المالك والمالك من كونها غصباً فيحلفان و تسقط الدعوى كان لم يكن ورد الارض الى المالك لتصديق الزارع بانها عارية منه و على الزارع ضمان مايتصرف فيها لكنه مشكل بما عرفت من ان العارية مما لا يجوز أدنى تصرف فيه فكيف يصح اعارة ارض ثم يجعلها للزراعة ان قلت مع الاجازة صح .

قلت ينافيه قول المالك غصبتنى ارضى فعلى هذا تجرى اصالة عدم العارية دون اصالة عدم الغصبية ويؤخذ من الغاصب جميع خسارات الواردة منه على الارض وان امتنع اخذ منه الحاكم الشرعى ولو بالحبس والله العالم .

المسألة ﴿الرابعة للمزارع﴾ بالفتح ﴿أن يشارك غيره﴾ فى حصته ﴿وأن يزارع عليها غيره﴾ بحصته أوأقل منها ﴿ولا يتوقف﴾ ذلك ﴿على اذن المالك﴾ وفى الجواهر بلاخلاف أجده فى شىء من ذلك ، بل عن ظاهر الغنية الاجماع عليه انتهى .

وذلك لان للزارع منافع تلك الارض فانه بمجرد انتقال الارض اليه للزراعة او الاجارة صار مالكا للمنافع منها فكما اذا اشترى الارض صار مالكا للعين والمنفعة فكذلك اذا آجرها صار مالكا للمنافع ويكون له اختيارها فى كونها استفادها بنفسه او بالمشاركة الا اذا شرط عليه المالك المباشرة فلا يجوز له حينئذ والافيجوز لان الناس مسلطون على اموالهم بعد كون المنافع من الاموال وهو واضح ولذا قال المصنف ﴿لكن لو شرط المالك الزرع بنفسه لزم ، ولم يجز المشاركة الا باذنه﴾ لوجوب العمل بالشرط وبدون الشرط لامانع منه فى حصة نفسه لكونه مأذونا من المالك باطلاق الزرع الشامل لكونه بنفسه او بالمباشرة

فما عن القواعد حيث قال : «وللمزارع ان يشارك غيره ، وأن يزارع عليها غيره وان لم يأذن المالك» فى غير محله لانه واضح المنع حينئذ .

المسألة ﴿الخامسة : خراج الارض و مؤنتها﴾ كأجرتها و نحوها ﴿على صاحبها﴾ اى صاحب الارض لامن كان باجارته قال فى الجواهر لاصالة براءة ذمة العامل الذى لم يوجب عليه عقد المزارعة ذلك ونحوه انتهى .

والعمدة النص وهو خبر سعيد الكندى «قلت لابى عبدالله عليه السلام انى آجرت قوماً أرضاً فزاد السلطان عليهم ، قال : اعطهم فضل مابينهما ، قلت : أنالم أظلمهم ولم أزد عليهم قال : انهم انما زادوا على أرضك» .

صريح النص كون الخراج التى يؤخذ من السكنة على ارباب الاراضى وصاحبها لاعلى السكنة والمستأجر وقد حكى عن الرياض الاشكال عليه بان ذلك على خلاف القاعدة لان الخراج قد تعلق على المستأجرين لاالمؤجر الذى صاحب الارض ولاوجه لتعلق الخراج على صاحبها بمقتضى آية لاتزر وازرة وزر اخرى فالوزر الذى تعلق على المستأجرين كان على انفسهم لامالك الاراضى كما هو صريح خبر السعيد .

قال فى الجواهر ماهذا لفظه وان قال فى الرياض : «فيه قصور من حيث السند ، ومخالفة فى المتن لقاعدة «لاتزر وازرة وزر اخرى» ولذا قال الراوى ماسمعت .

ثم قال : ويستفاد من التعليل انسحاب الحكم فى كل موضع يشابه مورده، كمايتفق كثيراً فى بلادنا من الظلم على سكنة الدور بمال يكتب عليها ، فمقتضى الاصل والقاعده براءة ذمة أربابها وصرف الغرامة الى السكنة : فان المظلوم من ظلم ولكن الحال فى السند كماترى ، ولاأجد له جابرا ، فيشكل الحكم به هنا أيضاً انتهى .

اقول اما الاشكال من حيث السند فلاوجه له اصلا ولازمه الطريق الى اذهاب

الروايات الصادر عن اهل بيت العصمة بادنى احتمال مع ان معيار الصحة والسقم ماعمل به المتقدمين وعدمه والخبر رواه الشيخ فى التهذيب فلاجرم يحتاج الى الدقة فى فهم الخبر لارده بعدم الجبر والجبر ماهو مثل عمل الشيخ عليه اذالمراد بالعمل هو التمسك به بل يؤيد قوله عليه السلام انهم زادوا على ارضك فالارض لمالكها فالخراج والمؤنة على صاحب الارض اذ كما هو مشكل فكذلك كونه على السكنة والمستأجرين ايضا مشكل فكلاهما ظلم وجور .

بداهة عدم جواز اخذ الجبابرة شيئا عمن سكن فيه سواء كان الساكن مالكا اومستأجراً فاخذ المال والماليات مطلقا حرام وظلم سواء كان من المالك او غيره فالوزر لاتعلق على السكنة والمستأجر كى يكون وزره على المالك تعلق وزر انفسهم على الغير فلاوزر على احدهما وانما الوزر على من اورده على الغير واثبته عليه بل الظلم قد تعلق من الظالم على احد المظلومين وقد اجاب عنه فى الجواهر بقوله .

قلت : لعل ما فى الخبر المزبور من الخراج الذى هو على مالك الارض ضرورة عدم تقديره بقدر، فقد يزيد السلطان فيه ، وقد ينقص ، لاختلاف الازمنة والرجوع به على المالك انما هو باعتبار أخذ السلطان العوض عنه ، فكأنه قد اشترى من السلطان ذلك انتهى فتأمل .

وقال المحقق الخوانسارى ماهذا لفظه : وأما الخراج فان كان على الارض فمع عدم الشرط يكون على صاحبها وتفصيل ذلك ان الاراضى تارة تكون من الاراضى التى فتحت عنوة والسلطان العادل أوغيره يقبلها أخذاً ويأخذ منه الخراج وهذا نظير الاجارة فالمتقبل كأنه يعطى اجرة الارض وتارة اخرى ليست من تلك الاراضى بل الارض من الاراضى المملوكة التى يؤخذ من جهتها من قبل السلطان شىء من جنس المزروع أو من النقود من غير استحقاق فمقتضى القاعدة عدم رجوع من أخذ منه الى الغير سواء كان المأخوذ منه مالكاً للارض أو زارعاً

حيث لااستحقاق فى البين وهذا وان كان مقتضى القاعدة فى الاراضى التى فتحت عنوة اذا تصدى أمرها غير الحاكم الشرعى الاّأنه يظهر من بعض الاخبار لزومه على المالك وهو خبر سعيد الكندى الى ان ساقه انتهى .

و كيف كان فيكون الخراج على المالك ﴿الا ان يشترطه على الزارع﴾ فيكون على الزارع بالشرط فلامنافاة بين كونه اوّلا وبالذات على مالك الارض وبالشرط على الزارع الاّ ان الظاهر من المسالك كون الشرط مما يكون معلوما و اما فى زيادة السلطان الخراج حيث لم يكن معلوما فكان على المالك ايضا لعدم صحة هذا الشرط .

قال بعد قوله خراج الارض ومؤنتها على صاحبها اه اما خراج الارض فهو على مالكها لانه موضوع عليها وهو مروى وروى ان السلطان لوزاد فيها زيادة وطلبها من الزارع وجب على صاحب الارض دفعها اليهم قال السائل قلت انا لم اظلمهم ولم ازد عليهم قال انهم زادوا على ارضك واما المؤنة فذكرها المصنف والعلامة فى بعض كتبه اجمالا ولم ينبهوا على ان المراد منها مع اطلاقهم ان العمل على الزارع اومن شرط عليه .

والظاهر ان المراد بمؤنة الارض هنا مايتوقف عليه الزرع ولايتعلق بنفس عمله وتنميته كاصلاح النهر والحايط ونصب الابواب ان احتيج اليها واقامة الدولاب ومالايتكرر كل سنة كما فصّلوه فى المساقات والمراد بالعمل الذى على المزارع ما فيه صلاح الزرع وبقاؤه مما يتكرر كل سنة كالحرث والسقى وآلاتهما وتنقية النهر من الحماة وحفظ الزرع وحصاده ونحو ذلك .

وبالجملة فكلامهم فى هذا المحل قاصر جدا، هذا كله اذا لم يشترط ذلك على الزارع فان شرط عليه لزم اذا كان القدر معلوماً ، وكذا لو شرط بعضه معيناً أومشاعاً مع ضبطه ، و لو شرط عليه الخراج فزاد السلطان فيه زيادة فهى على صاحب الارض ، لان الشرط لم يتناولها ، ولم يكن معلومة ، فلايمكن اشتراطها انتهى

لكن الظاهر من الاخبار صحة هذا الشرط وان كان غير معلوم مع ان فى مثل الشروط اغتفار مقدار قليل بل لعل الصحة ظاهر اطلاق العبارة وظاهر الروايات

مثل ماروا ه فى الكافى والتهذيب عن داود بن سرحان فى الصحيح «عن أبى عبدالله عليه السلام فى الرجل يكون له الارض عليها خراج معلوم ، وربما زاد وربما نقص فيدفعها الى رجل أن يكفيه خراجها و يعطيه مأتى درهم فى السنة ، قال لابأس» ورواه الصدوق فى الفقيه عن يعقوب بن شعيب عن أبى عبدالله عليه السلام مثله

وماروا ه فى الكافى عن يعقوب بن شعيب فى الصحيح عن أبى عبدالله عليه السلام قال : سألته عن الرجل تكون له الارض من أرض الخراج فيدفعها الى الرجل على أن يعمرها ويصلحها ، و يؤدى خراجها ، و ما كان من فضل فهو بينهما ، قال : لابأس» .

وقال ابراهيم بن ميمون «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن قرية لاناس من أهل الذمة لاأدرى أصلها لهم أم لا ، غير أنها فى أيديهم وعليهم خراج ، فاعتدى عليهم السلطان فطلبوا الىّ فاعطونى أرضهم و قريتهم على أن أكفيهم السلطان بما قل أو كثر ففضل لى بعد ذلك فضل بعد ماقبض السلطان ماقبض قال : لابأس بذلك لك ما كان من فضل» .

وفى صحيح أبى بردة بن رجا قال : «سألت أباعبدالله عليه السلام عن القوم يدفعون أرضهم الى رجل فيقولون : كلها و أدّ خراجها قال : لا بأس اذا شاؤوا ان يأخذوها أخذوها» .

وخبر أبى الربيع «قال أبوعبدالله عليه السلام فى رجل يأتى على قرية وقد اعتدى عليهم السلطان فضعفوا عن القيام بخراجها والقرية فى أيديهم ، ولايدرى هى لهم أم لغيرهم فيدفعونها اليه على أن يؤدى خراجها فيأخذها منهم ، و يؤدى خراجها و يفضل بعد ذلك شىء كثير قال : لابأس بذلك اذا كان الشرط عليهم

بذلك» فالروايات مصريحات فى كون الخراج على الزارع بالشرط و ان كان الشرط قابلا للزيادة والنقيصة كما صرح به فى الحدائق قال بعد نقلها ماهذا لفظه :

وهذه الاخبار كما ترى ظاهرة فى عدم ضرر جهالة الشرط المذكور هنا ، سيما الخبرين الاولين ، بل ورد ما هو أظهر اشكالا من ذلك مما يدل على جواز قبالة الارض واجارتها بما عليها من الخراج قل أو كثر .

ومراده بالخبرين خبرى داود بن سرحان ويعقوب بن شعيب وهو فى محله لظهور الاخبار فى انه بالشرط كان الخراج على الزارع ولو كان الشرط قابلا للزيادة والنقيصة وفى الجواهر صدّقه وان عبر عنه بكلام ظاهر فى توهينه مثل قوله قال بعض الناس لكنه نقل الاخبار بمثله من دون ايراد عليه اصلا ومع ذلك لم يكن الاموافقاً له حيث قد اتى من الروايات بما هو ظاهر هاان الاشتراط موجب لكون الخراج على المستأجر والمزارع ولو كان الشرط غير معلوم .

و كيف كان فامثال تلك العبارات من مثل من يأت الدهر بمثله مما لاينبغى صدوره منه قده وان صرح بعده بصاحب الحدائق و على كل حال لااشكال فى ان الشرط موجب للرجوع الى المستأجر والزارع ولذا قال قده بعد الجواب عن اشكال الرياض فى جواهره بقوله ومرجعه الى صيرورة الزارع كالمالك فى تعلق هذا الحق به ، الذى لااشكال فى صحة اشتراطه عليه ، و لو مؤكداً و مثل ذلك ليس من الجهالة فى شىء كما هو واضح .

ولعله لذا أطلق المصنف و غيره صحة الشرط المزبور مع معلومية كون الخراج قد يزيد وينقص ، كما سمعت التصريح به فى النص ، واعتبار المعلومية انما وقع فى كلام بعض المتأخرين ، وأنكره عليه بعض من تأخر عنه ، فمن الغريب ماسمعته من فاضل الرياض من التردد فى ذلك انتهى .

و كيف كان فالدليل للوصول الى الاحكام الشرعية عمدته الكتاب والسنة والفرض ان الروايات كلها ظاهرة بل صريحة فى ذلك فما يكون منها ظاهراً فى

رجوع الخراج الى المالك كان مورده غير مورد الشرط كخبر سعيد وما ظاهره عدم الرجوع كان فى مورده فيجب كون زيادة السلطان راجعاً الى غير المالك من المستأجرين وان كان بلفظ لابأس وارداً فى الاخبار راجع الرياض حتى يظهر اشكاله وجوابه وقد اعرضنا عن بيانه لضيق الوقت واوان بلوغ الاجل والله العالم ثم انه قد اشار فى الجواهر الى المؤنة وانها على المالك ان توقف عليها العمل كما انه على العامل ان كانت راجعة الى اصلاح الارض والاشجار والثمار فقال ماهذا لفظه :

ثم ان المراد بالمؤنة على ما استظهره فى المسالك مايتوقف عليه الزرع، ولايتعلق بنفس عمله وتنميته كاصلاح النهر والحائط ونصب الابواب ان احتيج اليها واقامة الدولاب وما لايتكرر كل سنة ، كما فصّلوه فى المساقاة ، والمراد بالعمل الذى على الزارع مافيه صلاح الزرع وبقؤه مما يتكرر كل سنة كالحرث والسقى وآلاتهما وتنقية النحر من الحماة وحفظ الزرع وحصاده ونحوذلك

ثم قال : «فكلامهم فى هذا المحل قاصر جداً ، هذا كله اذا لم يشترط ذلك على الزارع ، فان شرط عليه لزم اذا كان القدر معلوماً ، وكذا لو شرط بعضه معيناً اومشاعاً مع ضبطه» انتهى ماحكاه عنه ثم قال بعده قلت : لااشكال فى كون المرجع فيما ذكره مع الاطلاق تعارف ماهو على المالك اوالعامل ، والا اشكل الحال .

وقد يقال : ان المراد بمؤنة الارض - بقرينة ذكرهم لها مع الخراج - ما كان مثله من أجرة الارض عوض قبالتها ، ونحوذلك مما هو سبب فى الاستيلاء على كون الارض بيده ، اجارة وزراعة وغيرهما ، ولعلّ هذا اقرب عند التأمل انتهى .

ولايخفى انه وان احتمل ان يكون المراد من مثله مثل البقر والدولاب وكل مايحتاج اليه الزراعة ولايحصل بدونها حيث لااشكال فى كون امثال ذلك

بعهدة المالك لكن احتمال مثل هذه المؤنة مراداً بقرينة ذكرها مع الخراج بعيد جداً فان المؤنة بالنسبة الى الخراج اجنبية عنه مع انها يعم جميع المؤن حتى مايكون لاصلاح الارض مما يكون على الزارع وسيأتى فى المساقات

وكيف كان فظاهر قوله فى المسالك فكلامهم فى هذا المحل قاصر جدا فى محله لان المؤنة فى مقابل الخراج فلابد من ان تشرح وتوضح بحيث لايبقى اشكال فيها ثم انه فى الجواهر ايضاً مالفظه :

ولكن بقى هنا امور لم يذكرها المصنف ، منها: ان البذر مع اطلاق المزارعة من العامل أو المالك ، صرح الفاضل فى القواعد بالاول ، وعن بعض العامة الثانى ، وظاهر موضع من التذكرة وجوب التعيين .

قلت : لا كلام مع فرض انصراف للاطلاق فانه المتبع حينئذ من غير فرق بين البذر وغيره، وأما مع عدمه فيحتمل التعيين -والابطل العقد للغرر- وأن يكون على العامل لقوله عليه السلام فى جواب السؤال عن المزارعة «النفقة منك والارض لصاحبها» فيكون حينئذ كالاصل الشرعى فى ذلك .

ولايخفى ان الظاهر من العرف بل المعمول المتعارف كون البذر على المالك فانه نظير سائر المؤن التى لولاه لم يتحقق المزارعة فالظاهر ان الذى على عهدة العامل هو مجرد العمل فى الارض وما يرجع اليه لاالبذر لكن الظاهر من قوله عليه السلام النفقة منك الخ كون البذر من العامل ويؤيده مامر منهم فى مسألة تبعية النماء وقبول قول صاحب البذر ولكنه مشكل الا ان يراد من النفقة غير البذر فتأمل ثم قال :

ومنها أن الحب الثابت فى الارض فى العام الاخر الذى هو غير عام المزارعة ان كان لاحدهما كان النماء له وعليه اجرة الارض ان كان لغير مالكها وان كان من مال المزارعة كان بينهما على حسب النسبة ، ويخصه من الاجرة مقدار نصيبه ، لكن مع فرض كون الحب من الذى هو معرض عنه على وجه يجوز للملتقط التقاطه

فهل هو كذلك لانه لا يزول عن الملك بالاعراض بل به مع الاستيلاء ، والفرض عدمه الى أن صار زرعاً والفرض عدم الاعراض عنه فى هذا الحال ، او انه يكون لصاحب الارض لانه من توابعها ونمائها ، بل لعل كونه فيها نوع استيلاء من المالك عليه وجهان ، الا انه جزم فى التذكرة بانه بينهما على كل حال ، خلافاً لبعض العامة انتهى .

ولا يخفى ان هذه الفروض فيما لم يكن اعراض عن الحب كما هو كذلك بحكم العرف لان محل ذلك فيما بقى حبة واحدة او اكثر منها بمقدار غير معتد به والغالب منها عده فى عداد المعدومين و يوجده الارض بعد اعراض صاحبه نعم هو كذلك فيما وقع كثيراً بل فيه كلام ايضا مع احتمال الاعراض نعم لو كان كثيرا معتداً بها عند العرف وادعاه مالكه يجرى فيه الفروض المتقدمة منه قده ولكن الفرض بعيد اذ بعد الحصاد واخذ كل منهما حصته كانه تم شروطهما وزراعة الزارع وحصل المفارقة مفارقة غير مؤاخذة احدهما من صاحبه فكانه لاحساب بينهم ولا كتاب فتأمل ثم قال :

ومنها : ان ماجاء فى النصوص هنا من قبالة الارض بشىء معلوم سنين معلومة وعليه خراجها وعمارتها أو قبالتها بخراجها وعمارتها ، أو بغير ذلك مما تضمنته اخبار المقام هل هو عقد برأسه ، وان افاد فائدة المزارعة والاجارة والصلح فى بعض الموارد ، أو ان المراد من لفظ التقبيل هنا ماينطبق على ذلك المورد من العقود المعهودة ولو الصلح وجهان ، أو قولان ، أقواهما الثانى كما اوضحناه فى مسألة الخرص فى بيع الثمار لعدم افراد الاصحاب بابا للقبالة على وجه يعرف به كونها من العقود المتعارفة فى ذلك الزمان ، ولم يتعرضوا لالفاظ هذا العقد ، ولا لشرائطه ولا لأحكامه ولا لموارده ، وذلك كله قرينة على انهم فهموا من لفظ التقبيل ما ذكرناه ، فالتعبير به حينئذ كالتعبير بالاخذ والتناول ونحوهما مما يعلم عدم ارادة كونه عقداً برأسه ودعوى عدم صلاحية جميع العقود لبعض مواردها فيدل على

أنها عقد برأسه قد أوضحنا فسادها فى مسألة الخرص من بيع الثمار، فلاحظ وتأمل ثم قال :

ومنها : أنه حيث يستحق المالك قلع الزرع فهل يضمن الزكاة لمستحقها لو فرض بلوغه حد تعلقها اذا قلعه ؟ وجهان بل قولان لان ظاهر المحكى عن ابن الجنيد الاول وظاهر الفاضل فى المختلف الثانى انتهى .

ولعل الثانى هو الحق لان تعلق الزكاة فرع تحققها فى ملك العين او المنفعة والاول وان كانت واقعة فى ملك المالك لكن فى حال تحققها كانت خارجة عن اختيار المالك ولم يكن زارعاً ولم يكن قاصداً لها بل وقعت فى ملك منفعة الغير والفرض بطلانه واقعا والله العالم

المسألة ﴿السادسة : كل موضع يحكم فيه ببطلان المزارعة يجب لصاحب الارض أجرة المثل﴾ ان كان البذر من العامل الذى يكون منه الحاصل حينئذ، كما أنه لصاحبها ان كان البذر منه ، ولكن عليه أجرة مثل العامل والعوامل ، ولو كان البذر منهما فالحاصل بينهما على النسبة ، ولكل منهما على الآخر أجرة مثل ما يخصه على نسبة ما للاخر فيه من الحصة ، فاذا كان البذر بينهما مثلا ، رجع المالك بنصف اجرة ارضه ، والعامل بنصف أجرة عمله وعوامله وآلاته .

وعلى هذا قياس باقى الاقسام ، ولو كان البذر من ثالث فالحاصل له ، وعليه أجرة مثل الزرع وباقى الاعمال وآلاتهما ، بلا خلاف فى شىء من ذلك أجده كما اعترف به فى الرياض ، ووجهه ما تقدم غير مرة ، وخصوصاً فى قاعدة « ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده » بل فى الرياض هنا « ان اطلاق العبارة كغيرها يقتضى عدم الفرق فى ثبوت الاجرة لمن ليس له البذر على الاخر فى مقابلة ارضه أو عمله بين ان يكون هناك حاصل أم لا » انتهى .

محصل الكلام تارة يكون البذر من العامل فكان الحاصل له لكن عليه اجرة المثل للمالك لان الفرض بطلان المزارعة واخرى كان البذر للمالك فالحاصل

له لكن عليه اجرة المثل من العمال الذين عملوا فى الارض للعامل فان العامل قد وقع فى خسارة مما استأجره للزراعة وان كان البذر لهما كان عليهما الاجرة على العامل اجرة مثل الارض وعلى المالك اجرة المثل لعمال العامل .

وكذا الامر بالنسبة الى ثالث لكن فى جريان قاعدة مايضمن كلام لامكان ان يقال فى اجارة صحيحة كان الضمان ضمان المسمى لااجرة المثل الا ان يكون المقصود فى اصل الضمان مع الغاء الخصوصيات فتأمل .

وفى الحدائق توضيحاً للمسألة قال ماهذا لفظه قد صرحوا بانه فى كل موضع يحكم فيه ببطلان المزارعة ، فانه يجب لصاحب الارض اجرة المثل ، وهو مبنى على ما اذا كان البذر من الزارع ، لان الحاصل حينئذ يكون له ، حيث أنه نماء بذره ، ويجب لصاحب الارض عليه اجرة مثله ، لتصرفه فيها و أخذه منفعتها من غير أن يكون ذلك تبرعاً ولا بتعيين أجرة ، فيلزم العوض وهو أجرة المثل .

وأما لو كان البذر لصاحب الارض فان النماء يكون له لما عرفت ، وعليه للعامل أجرة المثل بالنسبة الى العمل ، والعوامل والآلات .

ولو كان البذر منهما معاً انصافا مثلا ، فالحاصل بينهما كذلك ، ولكل منهما على الاخر اجرة ما يخصه على نسبة ما للاخر من الحصة ، فلو كان البذر بينهما انصافاً كما فرضناه رجع المالك بنصف اجرة أرضه على العامل ، و رجع العامل على المالك بنصف اجرة عمله وعوامله وآلاته .

وعلى هذا القياس لو كان البذر من ثالث بناء على جواز المزارعة مع الزيادة على اثنين ، فان الحاصل له ، وعليه أجرة المثل بالنسبة الى الارض لصاحبها ، و اجرة المثل لعاملها بالنسبة الى عمله و عوامله وآلاته انتهى أقول المسألة على القاعدة لا اشكال فيها .

المسألة ﴿السابعة : يجوز لصاحب الارض أن يخرص على الزارع ، والزارع بالخيار فى القبول والرد ، فان قبل كان استقرار ذلك مشروطاً بالسلامة ، فلو تلف

الزرع بآفة سماوية او ارضية ، لم يكن عليه شيء ﴾ .

و فى الحدائق قال قد صرحوا بانه يجوز لصاحب الارض أن يخرص على الزارع ، والزارع بالخيار فى القبول والرد فان قبل كان استقراره مشروطا بالسلامة فلو تلف الزرع بآفة سماوية او ارضية لم يكن عليه شيء انتهى قال فى القواعد ويجوز للمالك الخرص على العامل ولا يجب القبول فان قبل كان استقراره مشروطاً بالسلامة فلو تلف بآفة سماوية او ارضية او نقص لم يكن عليه شيء ولو زاد فاباحة على اشكال .

اقول ظاهر العبارة عدم وجوب القبول وبعد القبول ايضا كان ملكه متزلزلا مشروط بالسلامة من الافات وعدم كون التخريص انقص واما لو كان فى التخريص نقص فلا يستقر الملكية ايضا ولو زاد فى التخريص كانت الزيادة له مباحة لا ملكا والحاصل فى النقصان لا يستقر الملك ومعناه له الرد وفى الزيادة لا يكون ملكا له ويصح للمالك اخذه منه تأمل فى ذلك فانه على خلاف جميع روايات الباب حيث كانت صريحة فى ان الزيادة ملكا للعامل بدليل انه لو زاد الخرص لما ردوه اليكم الزيادة فلو كان لكم زائداً ايضا لما ردوه اليهم فالزياده كما لا يردوه اليكم فكذلك لا تردوه اليهم بل كان لكم .

وفى مفتاح الكرامة بعد جعله فى المقام اموراً وجعل اولها فى عدم الفرق فى الخرص والتقبيل بين النخل والزرع كما مر فى البيع قال ما هذا لفظه الثانى قد قال المصنف فى باب البيع يجوز ان يتقبل أحد الشريكين بحصة صاحبه من الثمرة بشيء معلوم منها ونحوه ما فى بيع النهاية وجامع الشرائع و الشرائع و النافع والتذكرة والتحرير و الارشاد واللمعة والمفاتيح والكفاية و غيرها فقد تضمن كلامهم جواز الخرص من الطرفين وقد يلوح منهم أو يظهر كما قاله فى الرياض عدم لزوم هذه المعاملة الا ان تقول ان الغرض بيان رفع الحظر لكن كلامهم فى مطاوى المباحث مضطرب لانه فى التذكرة تردد فى لزوم العقد و

عبارة الكتاب وما كان نحوها لا دلالة فيها على اللزوم نفياً ولا اثباتاً .

وفى (التنقيح وايضاح النافع والميسية) التصريح بانها غير لازمة والشهيد الثانى قال تارة باللزوم وأخرى بعدمه وأولويته هذا كلامهم فى باب البيع وأما كلامهم فى الباب ففى (النهاية) من زارع أرضا على ثلث أو ربع و بلغت الغلة جاز لصاحب الارض ان يخرص عليه الغلة ثمرة كانت أو غيرها فان رضى الزارع بما خرص أخذها و كان عليه حصة صاحب الارض سواء نقص الخرص أو زاد و كان له الباقى فان هلكت الغلة بعد الخرص بآفة سماوية لم يكن عليه للمزارع شيء انتهى .

فقد تضمن ان الخارص المالك وان الزارع لايجب عليه القبول و انه ان قبل لزم سواء نقص الخرص او زاد وان الخرص بعدالبلوغ وان الغلة ان هلكت بآفة سماوية لم يكن عليه شيء وقد صرح بالاول والثانى فى الشرائع و النافع و التذكرة والتحرير و اللمعة وجامع المقاصد و الروض و المسالك و الروضة و الكفاية و المفاتيح و فى (المسالك) انه لاشبهة فى ذلك و قد نسبه فى المهذب البارع الى الاصحاب مرتين .

وفى (الرياض) انه لاخلاف فيه (قلت) وبه أفصحت اكثر الاخبار وصريح التبصرة و مجمع البرهان كما هو ظاهر الارشاد انه يجوز الخرص من الطرفين (قلت) المرسل قد تضمن خرص العامل .

ولايخفى ان المسألة مشكلة من جهات الاولى من حيث ان الخرص عبارة عن الحدس والتخمين لاحدى الحصتين لا الكل فانه نافع لغير هذه الصورة كما فى مورد تخمين المالك ماله لاجل تعلق الخمس او الزكاة او الحج و غيرها لافى مورد تعيين حصة احدهما حتى يصل الزارع الى حقه والمطلوب فى المقام هو الثانى لاالاول الذى هو خرص الكل حتى اخذ نصفه ورد نصفه الاخر مع انه غير رافع للنزاع كما هوايضا ظاهر الاخبار وانه يقع النزاع فى الزيادة او النقيصة

مع ان الظاهر تخريص الحصص كما اذا قال المالك هذا نصف هذا بالخرص والتخمين واما ان يقبل اولا .

وكيف كان فلا ثمرة فى تخمين الكل وخرصه فان المطلوب نصفه وتعين الكل بالتخريص لا يعين كون الجزء المخروص نصفاً له بل كانت الحصة قابلة للزيادة والنقيصة وهذا المعنى متوقف على الافراز وجعل الكل على قسمين خرصاً وتخميناً حتى يقال ان هذا النصف بقدر هذا النصف حدساً واما خرص الكل بان يقول المالك او الزارع ان هذا مأة من او مأتين فلا ثمرة فيه اصلا وتخمين الكل لا يوجب الظن بالسهمين وحصتين المتساويتين ولو ظلنا فلا يوجب معلومية الحصة لامكان ان يكون احدى الحصتين اكثر من الاخر فهو بمنزلة عدم الخرص اصلا

وانما يثمر ذلك اذا كان بمنظره ويقول احدهما للاخر انه كذا او مطابق للاخر ورضى الاخر به مع ان ظاهر بعض الاخبار الاول وظاهر بعضها هو الثانى الجهة الثانية ان الظاهر من الاخبار لزوم ما اختاره فيما كان التخريص فى الحصة لا الكل وانه بمجرد ما اختارت الحصة لزم زادت او نقص من دون حق للرجوع وعلى هذا لا يصغى بما احتمل من عدم اللزوم والاباحة او الصلح ونحو ذلك مع انه قد وقع نزاع عظيم فى ذلك كما عرفت فى الامر الثانى ولا معنى له حسب الاخبار وانما كان عدم اللزوم قبل اختياره فانه صريح الروايات وانه ان شاء اختار والا فلا

واما بعد اختياره فليس له الرد وعدم قبول قولهم فى ادعاء النقيصة ولذا قال متصلا بكلامه «واما الثالث» وهو أنه اذا قبل لزم فقد صرح به فى المهذب والوسيلة وجامع المقاصد والمهذب البارع ومجمع البرهان وهو ظاهر الكتاب والشرائع والنافع والتذكرة واللمعة وغيرها .

وفى (التحرير) لو قبل صح وفى (الايضاح وشرح الارشاد) للفخران الاصح انه اباحه وان الخرص لا يملك ولا يضمن فلم يبطله رأساً كابن ادريس ولم يقل بلزومه وفائدته عنده اباحة التصرف فلو زاد كان للمالك أن يرجع بالزيادة وان

نقص لم يكن على الزارع أن يدفع أكثر من حصته الاصلية فالمراد بالصلح فى قوله فى الايضاح اولا انه ليس ببيع بل هو تقبل وصلح المراضاة لاالصلح العرفى كما أوضحه فى حاشيته فيندفع عنه تعجب المحقق الثانى منه لان الصلح الصحيح لايجتمع مع الاشكال كما ستسمع .

ولافرق عند القائل باللزوم بين أن يزيد الخرص أوينقص وبه أفصح صحيح يعقوب بن شعيب عن أبى عبدالله عليه السلام قال سألته عن الرجلين يكون بينهما النخل فيقول أحدهما لصاحبه اختر امااان نأخذ هذا النخل بكذا وكذا مسمى وتعطينى نصف هذا الكيل زاد اونقص واما ان آخذه انابذلك وأردّه عليك قال لابأس بذلك

وقدصرح فى المهذب والوسيلة والتحرير والمهذب البارع وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية بانه لوزاد كانت الزيادة للعامل وهوظاهر الشرائع والنافع والتذكرة واللمعة وغيرها والمصنف هنا استشكل كما ستسمع وجه اشكاله وستسمع الكلام فيمااذا نقص وهذه الكلمات من الاصحاب على خلاف الروايات الظاهرة فى اللزوم بعد الاختيار ثم قال :

(واما الخامس) وهو ان الغلة ان هلكت بآفة سماوية فليس عليه شىء وان استقراره مشروط بالسلامة فقد نسب الى الاصحاب فى المهذب البارع وجامع المقاصد وفى (المسالك والكفاية والمفاتيح والرياض) انه المشهور.

وفى (مجمع البرهان) أنه المشهور بل كاد يكون اجماعا اذالمخالف غير ظاهر مع التتبع غير ما نقل عن ابن ادريس من منع هذه المعاملة و جزم بعد ذلك بعدم الخلاف من القائلين بذلك

(وقال فى المسالك) أنه قد ذكره الشيخ فى بعض كتبه وتبعه عليه الباقون معترفين بعدم النص (قلت) لم أجد أحدا اعترف قبله بعدم النص مع معاودة (النظر) فى جميع ما حضر بل ظاهر السرائر وجود النص فيه كما ان وجوده فى النهاية والوسيلة و المهذب يقضى بذلك و مما صرح فيه بذلك كله المهذب

و الشرائع و التذكرة والتحرير وجامع المقاصد ومجمع البرهان وفى (الوسيلة و النافع و التبصرة و الارشاد و اللمعة و الروضة) لاقتصار على ان الاستقرار مشروط بالسلامة من دون التعرض لآفة سماوية أوأرضية وبه صرح فى بيع الاربعة الاخيرة وهو خيرة بيع الدروس وتأمل فيه أيضا فى المسالك .

وأورد عليه فى جامع المقاصد ان الحصة ان كانت مضمونة لم يكن للاشتراط المذكور محصل والا لم يكن على نهج المعاوضات وفى (الرياض) أنه لانص فيه لاقاعدة تقتضيه فان كان اجماع والاففيه كلام وتردد فيه فى بيع التذكرة وتعليق الارشاد وفى بيع الروضة والرياض ان وجهه غير واضح والنص خال عنه و كل ذلك فى غير محله بعد ظهور دعوى الاجماع من جماعة مع شهادة التتبع ووجوده فى الكتب التى هى متون أخبار وعدم انكار ذلك من مثل المحقق والمصنف والشهيد مع ظهور وجهه وهوانها معاملة مشروطة بقبض العوض ووصوله الى يد صاحبه الجديد فاذا تلف لم يكن الشرط موجوداً فكان كالمبيع اذا تلف قبل قبضه ومن انصف وتأمل وجد السيرة على ذلك مستمرة الى آخر العبارة.

والانصاف ان عدم الاعتماد بالروايات لبعض الشبهات الواهية يوجب ان يقال فى مثل المقام بمثل هذه الكلمات ومحصل ماافاد فى الخامس انه لوتلف ما قبله خرصا بآفة سماوية اوارضية لما كان شيىء له مع انه ان كان التلف قبل قبضه كان على المالك كما اذا لم يرد اليه بعد الخرص ولم يمكنه من الحزر والجمع و اراد العامل حفظها ولم يرده المالك فتلف كان على المالك فلايتم قولهم مطلقا لوتلف فلايكون له شيىء اصلا وسيأتى الان تمت كلام فيه فما افادوه فى ذلك .

وما اختلفوا فى اللزوم وانه لازم اولابل مفيد للاباحة كما عرفت الاقوال والاختلاف فى الامر الثانى والثالث غير تام ومن العجيب مانقل عنهم فى امر الثالث من الاختلاف فى لزومه بالقبول وعدمه وانه اذا قبل الخرص لايفيد لزوماً بل اباحة بل عبروا بالصلح وهواعجب مع ان الظاهر من الروايات هو اللزوم ولوادعوا بالنقص.

و كيف كان فالعمدة مايستفاد من الروايات مثل صحيحة يعقوب بن شعيب عن أبى عبدالله عليه السلام وفيها فلما بلغت الثمرة أمر عبدالله فخرص عليهم النخل فلما فرغ منه خيّرهم فقال قد خرصنا هذا النخل بكذا صاعاً فان شئتم فخذوه وردوا علينا نصف ذلك وان شئتم أخذناه و أعطينا كم نصف ذلك فقال اليهود بهذا قامت السموات والارض .

واما ان ذلك يكون لازماً له بعد القبول ، وبموجب ذلك يكون الزيادة له والنقص عليه فيدل عليه مارواه فى الكافى والفقيه عن محمد بن عيسى عن بعض أصحابه ، «قال : قلت لابى الحسن عليه السلام : ان لنا أكرة فنزارعهم فيجيؤن ويقولون لنا : قد حزرنا هذا الزرع بكذا و كذا فأعطوناه ، ونحن نضمن لكم أن نعطيكم حصتكم على هذا الحزر فقال : وقد بلغ ؟ قلت : نعم قال : لابأس بهذا ، قلت فانه يجيء بعد ذلك فيقول لنا : ان الحزر لم يجيء كما حزرت وقد نقص ، قال فاذا زاد يرد عليكم ؟ قلت : لا قال : فلكم أن تأخذوه بتمام الحزر كما أنه اذا زاد كان له كذلك اذا نقص كان عليه الحزر بتقديم الزاء المعجمة على الراء المهملة هو الخرص .

وما رواه الشيخ فى الموثق عن محمد بن مسلم عن أبى جعفر وأبى عبدالله عليهما السلام «قال : سألته عن الرجل يمضى ماخرص عليه فى النخل ؟ قال : نعم ، قلت : أرأيت ان كان أفضل مما خرص عليه الخارص أيجزيه ذلك قال نعم وصحيحة الحلبيين عن أبى عبدالله عليه السلام أن أباه عليه السلام حدثه أن رسول الله صلى الله عليه وآله أعطى خيبر بالنصف أرضها ونخلها فلما أدركت الثمرة بعث عبدالله بن رواحة فقوّم عليهم قيمة، فقال لهم أما أن تأخذونه وتعطونى نصف الثمن واما أن أعطيكم نصف الثمن وآخذه فقالوا بهذا قامت السموات الارض .

وفى الحدائق بعد نقلها قال وأما ان استقراره مشروط بالسلامة بمعنى أنه لو تلف الغلة بآفة من جهة الله تعالى فلا شيء عليه ، ولو تلف البعض فبالنسبة ،

فالاخبار خالية منه ، مع ظهور منافاة ذلك الحكم باللزوم بعد القبول كما عرفت الأن ظاهر الاصحاب عدا ابن ادريس الاتفاق على الحكمين المذكورين .

ثم حكى عن المسالك بما يدل على ماذكرناه فقال بعد أن ذكر أن المشهور ان لزوم العوض فيه مشروط بالسلامة - ما لفظه والحكم بذلك هو المشهور بين الاصحاب ، ومستنده غير واضح وحكمه لايخلو من اشكال ان لم يكن انعقد عليه الاجماع ، وانى لهم به وانما هو شيء ذكره الشيخ فى بعض كتبه وتبعه عليه الباقون معترفين بعدم النص ظاهراً على هذه اللوازم ، انتهى .

وهو كما ترى ظاهر فى توقفه فى الحكم بذلك ثم حكى عن المحقق الاردبيلى (قده) ماان ظاهره الميل الى ذلك بتكلف بالوجوه المصححة له حيث قال : ووجه توقفه على السلامة من الآفات السماوية والارضية أنه بمنزلة معاملة مشترطة بقبض العوض ، ووصوله الى يد صاحبه ، فلو لم يسلم لم يحصل ذلك كالمبيع اذا تلف قبل القبض ، الى أن قال : فالحكم غير خال من وجه مع شهرته بل كاد أن يكون اجماعاً ، اذ المخالف غير ظاهر مع التتبع غير مانقل عن ابن ادريس رحمه الله ، من منع هذه المعاملة .

وهو غير جيد للنصوص المتقدمة وعموم أدلة العقود والشروط نعم قد يحصل التردد فى بعض اللوازم ، مثل توقفه على السلامة ، مع كونه لازما ، على ذلك غير بعيد لما قد مناه مع عدم الخلاف من القائلين به فتأمل ، انتهى .

وبالجملة فان الحكم المذكور محل الاشكال لماعرفت من ظهور الاخبار فى لزوم هذه المعاملة وصحتها ، وقضية ذلك ان ذهابه بالافة من مال المتقبل خاصة ، مع ظهور اتفاقهم على خلافه كما عرفت انتهى كلام الحدائق .

ومحصل الاشكال ان الاخبار ظاهرة فى اللزوم ولازمه ان العامل لوحزر وجمع حصته وتصرفها فتلف فكان من ماله واما اذا لم يجعلها المالك فى اختياره ومنع من جمعها فتلف كان من المالك فانه تلف قبل القبض اذ المراد من قبل القبض عدم تمكينه المالك من القبض .

ومن ذلك يظهر ما فى كلام الحدائق ايضا فان ظهور الاخبار فى ان ذهابه بالآفة من مال المتقبل مطلقا غير صحيح بل مع تفصيل الذى ذكرناه بان يكون حصته وقعت تحت تصرفه ثم تلفت عنده والافلا بل تكون على المالك فما هو المشهور من كون التلف على العامل ولاشىء له لادليل عليه اصلا .

وبالجملة ان العوض اى سهم الزارع مثلا ان جعل خرصه بعد الفصل عن الكل و قبله الزارع بالتخريص كان بمنزلة قبض المبيع فتلفه منه وان كان قبل ذلك بان لم يقبله او قبله و لم يستقر فى يده ولم يقبضه كان تلفه من المالك والمحقق الخوانسارى فى جامعه بعد ذكر عدم الخلاف فيه الاعن ابن ادريس وقول المسالك بعدم الدليل على ما هو المشهور و توجيه كلام الاردبيلى ره بانه بمنزلة معاملة مشترطة بقبض العوض و وصوله الى صاحبه فلو لم يسلم لم يحصل ذلك كالمبيع اذا تلف قبل القبض قال ما لفظه :

و يمكن أن يقال : ان كان بطلان البيع بتلف المبيع قبل القبض كما هو المسلم بينهم من جهة النص فيشكل تسرية ذلك الحكم فى المقام لعدم الدليل على كون التقبيل بيعاً وان كان وجه البطلان فى البيع بناء العقلاء نظير رد المعيب الى صاحبه حيث ان بناء العقلاء على أن المعيب مردود بأن يقال التقبيل بمقدار من ما حصل من الزرع معاملة متعارفة بين العقلاء أمضاها الشرع و هذه المعاملة مشروطة بالسلامة فاذا امضاها الشرع صحت بالنحو المتعارف بين العقلاء هذا غاية ما يمكن أن يوجه به ما هو المشهور انتهى .

قوله قده ان كان بطلان الخ فيه ان النص ايضا تأييد لبناء العقلاء و ان بنائهم لو انه تلف المبيع قبل القبض فهو من مال بايعه فكانه لايقع معاملة رأساحتى وصل المبيع الى المشترى فمن هذه الجهة لافرق بين النص وبناء العقلاء فعليه لااشكال فى تسرية الحكم الى المقام وحينئذ ان رفع المالك يده عن حصة العامل وقبله العامل وافرط وقصر فى حفظها وجمعها مع قدرته وعدم منع من

المالك فتلف كان من مال نفسه لانه من تلف بعد القبض اذ المعيار فى القبض عدم المانع من جانب المالك كما هو كذلك من جانب البايع .

واما لو كان المنع من الدفع اليه من جانب المالك فكان من تلف قبل القبض فهو من مال مالكه ثم ان الكلام فيما حكى عن ابن ادريس ومحصل ما افاد ان ذلك اما بيع باطل واما صلح باطل ومحصل رده ان ذلك نتيجة عدم العمل بالاخبار الاحاد وعليه انسد طريق الاجتهاد والاستنباط اذ قل مسئلة تكون لها خبر قطعى محفوف بالقرائن القطعية ولذا يرد عليه ما اورد عليه فى الحدائق

حيث قال ما هذا لفظه لا يخفى ان هذه الاصول التى يستند فى غير مقام اليها والادلة التى نبذه بالاعتماد عليها ان كانت من الاخبار المعلومة من الائمة الاطهار عليهم السلام فهى لا تخرج عما رده هنا من هذه الاخبار ، لان الجميع مشترك فى نسبته اليهم وثبوته عنهم عليهم السلام فان سماها أخبار آحاد ، لم ينقل عنهم فى حكم من الاحكام الفقهية أخبار بطريق التواتر ، ليكون مقابلة لهذه الاخبار ، بل ليس الا هذه الاخبار المروية فى الكتب الاربعة المشهورة و نحوها ، و ان سماها بما ذكره ، وان كانت من القرآن فمن المعلوم بطلانه ، لان القرآن لم يتضمن أمثال هذه الجزئيات والخصوصيات ، وان كان الاجماع فهو غير حقيق بالاستماع انتهى .

والانصاف هو الجرءة على انكار الروايات الصادرة عن اهل بيت العصمة والطهارة مع كون جميع ما فى الكتب معمولا بها عند مهرة الفن الا ما شذ كيف وجميع مسائل الفقه الا ما شذ بناءه على الخبر الواحد وقل ما يكون محفوفاً بالقرائن القطعية والا لزم تعارض القطعيين وسقوطهما او اختيار احدهما و كلاهما باطلان اذ وجود الخبرين القطعيين المتعارضين عنده فى الفقه و الله يحفظنا عن مزال الاقدام الحمد لله اولا واخراً وله الشكر الى بقاء ذاته القدوس المتعال .

كتاب المساقات

﴿واما المساقات فهى﴾ كما فى الجواهر جائز بالاجماع من علمائنا وأكثر العامة خلافاً لأبى حنيفة وزفر، فأنكراها للجهالة والغرر، ولا ريب فى ضعفه للنصوص المروية من الطرفين فى قصة خيبر وغيرها بل لعلها من طرقنا متواترة أو مقطوع بمضمونها انتهى

وقد ورد روايات كثيرة فى فضل الزراعة والمساقات وفى الكافى عن سيابة عن ابى عبدالله عليه السلام قال سئله رجل فقال له جعلت فداك اسمع قوما يقولون ان الزراعة مكروهة ، فقال له : ازرعوا واغرسوا فلاوالله ما عمل الناس عملا أحل ولاأطيب منه والله ليزرعن الزرع وليغرسن النخل بعد خروج الدجال

وفيه عن الحسن بن عمارة ، عن مسمع ، عن أبى عبدالله عليه السلام قال : لما هبط بآدم الى الأرض احتاج الى الطعام والشراب فشكا ذلك الى جبرئيل عليه السلام فقال له جبرئيل : يا آدم كن حراثاً قال : فعلمنى دعاء ، قال : قل : «اللهم اكفنى مؤونة الدنيا وكل هول دون الجنة وألبسنى العافية حتى تهنئنى المعيشة» .

وفيه عن أحمد بن أبى عبدالله ، عن بعض أصحابنا قال : قال أبو جعفر عليه السلام كان أبى يقول : خير الأعمال الحرث ، تزرعه فيأكل منه البر والفاجر أما البر فما أكل من شىء استغفر لك وأما الفاجر فما أكل منه من شىء لعنه ويأكل منه البهائم والطير وفيه عن السكونى، عن أبى عبدالله عليه السلام قال: سئل النبى صلى الله عليه وآله أى المال خير قال : الزرع زرعه صاحبه وأصلحه وأدّى حقه يوم حصاده الحديث .

وروى أن اباعبدالله عليه السلام قال : الكيمياء الأكبر الزراعة

وفيه عن ابراهيم بن اسحاق ، عن الحسن بن السرى ، عن الحسن بن ابراهيم عن يزيد بن هارون قال : سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول : الزارعون كنوز الأنام يزرعون طيباً أخرجه الله عزوجل وهم يوم القيامة أحسن الناس مقاماً و أقربهم منزلة يدعون المباركين .

وكيف كان فالمساقات ﴿معاملة على﴾ السقى وغيره مما يكون له دخل فى النبت و الرشد فى ﴿أصول ثابتة﴾ بالثاء المثلثة أو بالنون كالنخل و الشجر

﴿بحصة من حاصلها﴾ ولانعنى بالمساقاة الا ذلك.

بل أطنب بعض الأفاضل فى أن تسمية هذه المعاملة بالمساقاة اصطلاح جديد حدث بعدزمان الشارع، بل قال: انه بعدزمان الصحابة والتابعين، فان المساقاة فى اللغة كما صرح به فى القواعد وغيره مفاعلة من السقى، كما يقتضيه اشتقاق الصيغة ولم يذكر أحد من اللغويين ورد المساقاة فى اللغة بالمعنى الذى ذكره الفقهاء، ولاوجدنا ذلك فى استعمالات العرب، ولو كان ثابتاً لذكره أهل اللغة كما ذكروا المزارعة وغيرها من الفاظ المعاملات الثابتة فى اللغة ونقلها الى هذا المعنى فى عرف الشارع أو الائمة عليهم السلام غير ثابت، اذلاذكر للمساقاة فى الكتاب والسنة، ولافى الأحاديث المروية عن أهل البيت عليهم السلام، ولذا لم يعقد أحد من أصحاب الحديث كالكلينى و الصدوق باباً للمساقاة، و انما أوردوا الأحاديث المتعلقة بها فى باب المزارعة انتهى.

ويخرج بقوله على اصول ثابتة مالايكون كذلك كالمزارعة و الخضروات والورود وامثالها وانما يشمل على سقى الاشجار فقط ومايتعلق بحصول السقى

﴿و﴾ على كل حال فتمام ﴿النظر فيه﴾ أى فى هذا الكتاب ﴿يستدعى فصولا الاول فى العقد وصيغة الايجاب﴾ لهذا العقد بـ ﴿أن يقول ساقيتك أوعاملتك أو سلمت اليك أو ما أشبهه﴾.

وفى الجواهر قال فى الصراحة فى المعنى المزبور، و لو بضميمة القيود التى ليست قرائن مجاز، لعدم تعيين الشارع فى المساقاة لفظاً بخصوصه انتهى

والمراد بما اشبهه ماشبه هذه الالفاظ فى لغات اخر كالفارسى والتركى ونحوهما الماضوية والاستقبالية وامثالها لمامر من جوازالانعقاد بالمضارع ونحوه ايضا ويمكن ان يراد بما اشبهه المعاطاة الواقعة بدون لفظ بل بالانشاء فعلا و الامر سهل.

﴿و﴾ على كل حال فـ ﴿هى لازمة كالاجارة﴾ و فى الجواهر بلا خلاف

أجده فيه عندنا ، بل اجماع علمائنا ، وأكثر العامة على ذلك ، للأصل انتهى

قدعرفت منادلالة العقود على اللزوم الاماخرج راجع اول المضاربة فانه ينفعك ﴿وتصح قبل ظهور الثمرة﴾ .

وفي الجواهر بل الاجماع بقسميه عليه ، كما أنها لاتصح كذلك بعد ظهورها وكمالها بحيث لم تحتج بعد الى عمل تزيد به كمّاً أو كيفاً وان احتاجت الى عمل كالجذاذ والنقل والحفظ من السارق ونحو ذلك ، لعدم موضوع شرع المساقاة حينئذ ﴿وهل تصح بعد ظهورها﴾ مع بقاء عمل كسقي أو حرث وغيرهما مما تزيد به الثمرة كمّاً او كيفاً ﴿فيه تردد﴾.

وفي الجواهر وجه في المنع قال من أصالة الفساد . بعد الشك في تحقق موضوع شرع المساقاة ، لعدم اطلاق أو عموم بالخصوص فيها يتمسك به في تنقيح موردها ، بل قد يشك في تناول «أوفوا بالعقود» «و لاّ أن تكون تجارة عن تراض» لذلك ، على وجه يقضي بشرعية الفرد المشكوك فيه من العقد المخصوص الذي قد فرض عدم مايصلح شارعا فيه بالخصوص لجميع أفراده من عموم أو اطلاق الخ

ولايخفى ما في ادلة المنع مع بداهة ان الاثمار على الاشجار يحتاج الى محافظ يحفظها من الخطرات الى اوان قطعها فمجرد ظهورها بدون مربٍ يربيها غير كاف لحصولها سالما فعلى ذلك صح ولو بعد الظهور بحيث يحتاج بعد ذلك الى حفظها فربما يفسدها كثرة الماء اوقطع الماء او البرد او الحر .

﴿و﴾ لذا قال ﴿الاظهر الجواز بشرط ان يبقى للعامل عمل وان قل مما تستزاد به الثمرة﴾ وهو اصح مع صدق الاجارة لذلك بل يصدق عليه جميع العقود مثل اوفوا بالعقود ضرورة انه دائر مدار وقوع عقد امر بين الطرفين سواء كان المعقود عليه تمام كمال شيء او بعضه مما يكفي وقوع العقد عليه ولذا مال الى الصحة في الجواهر فقال خصوصاً فيمالو كان العمل بحيث لولاه لاختل حال الثمرة الاّ أنه لاتحصل به زيادة .

وان قال فى جامع المقاصد : «ان أمكن تحقق هذا الفرض ينبغى القول بالصحة لأنه لم يتحقق تناهى بلوغ الثمرة ، فتحققت الزيادة ، لأن كمال البلوغ ونهاية الادراك زيادة فيها .

لكن فى المسالك بعد أن فرضه فى مثل حفظها من فساد الوحش و نحوه قال «مقتضى القاعدة عدم الجواز» و هو كذلك بعد الاحاطة بماعرفت مما يشكل معه تحقق المساقاة بعد ظهور الثمرة ، وان حصل بعمله نفسه نموها فى الكم أوالكيف ، فضلا عن مثل هذا الفرض انتهى وفى كلامهما ماعرفت .

﴿و﴾ على كل حال فـ ﴿لاتبطل﴾ المساقاة ﴿بموت المساقى ولابموت العامل على الأشبه﴾ .

وفى الجواهر بأصول المذهب وقواعده التى منها استصحاب صحة العقد و لزومه كغيره من العقود اللازمة التى قد عرفت ذلك فى المزارعة منها ، كماأنك قد عرفت الحكم هناك فيما لو كان اشترط عليه العمل بنفسه مع ظهور الثمرة وبعده ، فلاحظ ، فان المسألتين من واد واحد ، مع أنه سيأتى بعض ذلك أيضاً فى مسألة مالوهرب العامل ، خلافاًللمحكى عن الشيخ من البطلان بالموت كالاجارة وفيه بعد تسليم ذلك فى المقيس عليه أنه غير جائز عندنا انتهى .

وفى الحدائق هذامالفظه: المشهور بين الاصحاب أنه لاتبطل المساقاة بموت المساقى ولابموت العامل ، ولابموتهما معاً .

وقال الشيخ فى المبسوط اذامات أحدهما أوماتا انفسخت المساقاة كالاجارة عندنا ، ومن خالف فى الاجارة خالف هنا .

والظاهر هو القول المشهور ، لان ذلك هو مقتضى لزوم العقد حتى يقوم دليل على البطلان ، الا أن يكون المالك قد شرط على العامل العمل بنفسه ، فانها تبطل بموت العامل قبل ظهور الثمرة ، بلااشكال .

وأما بعد ظهورها فاشكال ينشأ من حصول ملكه ، لما ظهر منها بالعمل

السابق ، فلايزول بموته ، ومن أن الظاهر من اطلاق المساقاة هو أن الملك مشروط باكمال العمل ولم يحصل ، فيكون الملك قبل ذلك بمنزلة المتزلزل ، و أطلق جمع من الاصحاب البطلان اذا شرط عليه العمل بنفسه .

وفيه ماعرفت ، ولعله بناء منهم على ماأشرنا اليه من أن ملك الحصة انما يستقر باتمام العمل ، والانسب بما تقدم - من جواز المساقاة بعد ظهور الثمرة مع بقاء عمل يحصل به الزيادة فيها كما هوظاهر المشهور - هوالاول من وجهي الاشكال هنا ، لاشتراكهما في التبعض ، وعدم الاكمال انتهى .

ولايخفى ان مسألة بقاء العقد بعد موت احد طرفيه في غاية الاشكال عندى وماذكروه في الصحة غير تام الاترى الى قوله منها استصحاب الصحة مع ان العقد واقع على شخص خاص وهو غير موجود فعلا خصوصا فيما اشترط عليه العمل بنفسه فيبطل (ح) بل كلام لو مات العامل لكن ظاهر الاكثر بل المشهور عدم البطلان والله العالم .

الفصل ﴿ الثاني : في ما يساقى عليه وهو كل أصل ثابت له ثمرة ينتفع بها مع بقائه ﴾ بحيث يطلق عليه العرف انه شجر باق فيخرج من ذلك جميع البقول والخضروات بل الاوراد بل الاثمار واقعة على الارض كالبطيخ والرقى و القثاء والباذنجان واليقطين والقطن وغير ذلك مما ذلك مما لابقاء لها فان الكل خارج عن المساقاة وداخلة في المزارعة .

وفي الجواهر فما عن الشيخ من جواز المساقاة على ما يجز مرة بعد أخرى واضح الضعف انتهى ولعله في محله و كيف كان ﴿فتصح المساقاة على النخل و الكرم و﴾ باقي ﴿شجر الفواكه﴾ بجميع اقسامها من الثمار المختلفة الموجودة في الفصول المختلفة .

نعم ﴿وفيما لاثمرة له﴾ من الأشجار ﴿اذا كان له ورق ينتفع به كالتوت﴾ بالتائين من فوق ﴿والحناء على تردد﴾ وفي الجواهر من كونها من الأشجار ،

وغلبة الظن بوجوده فى خيبر ، بل فى جامع المقاصد كاد يكون معلوماً ، ومساواة الورق لغيره فى كونه ثمرة ، وفى بعض الاخبار « أن النبى ﷺ عامل اهل خيبر بشطر مايخرج من النخل والشجر » و ما من ادوات العموم - ومما عرفت من ان هذه المعاملة على خلاف الأصل ، وفيها من الغرر ما ليس فى غيرها ، فالمتجه الاقتصار فيها على المتيقن خصوصاً بعد ماعرفت من عدم الاطلاق انتهى .

والظاهر لا اشكال فى شمول الاشجار لامثالها مع ان الغرض من سقى الاشجار ليس خصوص ثمرتها المأكولة لتعدد الاغراض حينئذ بل قد يكون الغرض بتربية الاشجار الغير المثمرة لاجل اوراقها كاوراق شجر كان المقصود من غرسها هى لاغيرا وهى مع ثمرتها كالتوت نعم فى الحناء كلام .

وكيف كان فالمقصود سقى الاشجار مطلقا بل قد يكون الغرض رشدها لاجل خشبتها اوظلّها او التفرّج بها وغيرذلك

و فى الحدائق ما هذا لفظه : بقى الكلام هنا فى موضعين : احدهما - مالاثمرة له وانماله ورق ينتفع به ، اوورد ، اونحو ذلك كالحنّاء وشجر الورد والتوت ونحوها وقد تردد المحقق فى صحة المساقات على ذلك ، و لم يرجح شيئاً ووجه الشارح فى المسالك التردد المذكور بأن منشأه من ان هذه المعاملة باشتمالها على ضرب من الغرر ، بجهالة العوض على خلاف الاصل ، فيقتصر بها على محل الوفاق ، وهوشجر الثمر ، ومن أن الورق المقصود كالثمرة فى المعنى فيكون مقصود المساقاة حاصلا به ، قال : وفى بعض الاخبار ما يقتضى دخوله ، ثم قال : والقول بالجواز لايخلو من قوة ، ومثله ما يقصد زهره كالورد انتهى ، والعلامة فى القواعد بعد أن استشكل فى الحكم المذكور مال الى الجواز.

أقول : ما ذكره فى المسالك من أن فى بعض الاخبار ما يقتضى دخوله لم أقف عليه ، فان ثبت ذلك فلامعدل عنه ، والافالحكم مشكل ، وترجيح العدم

كما قدمنا ذكره فى صدر البحث أقرب ، ولم أقف فى الاخبار على ما يتضمن جواز هذا العقد ، الاعلى الخبرين المتقدمين ، ونحوهما أخبار خيبر ، ومورد الجميع الشجر والنخل .

وبمثل ماذكرنا صرح المحقق الاردبيلى أيضا فقال بعد أن نقل عن المسالك ذلك : ما رأيت شيئاً خاصاً الا ما يدل على عموم الفواكه فى الجملة ، ولعله يريد العمومات كما اشرنا اليه ، لكنها موجودة فى الكتاب أيضا ، انتهى .

وقد عرفت ان الجواز قوى لوجود الفوائد مما ذكر ولا فرق فى الفائدة بين الثمار المأكولة وبين غيرها ثم ينبغى التأمل فى لفظ توت بالتاء فانه ان كان المراد بالتوت ما هو معروف بين الناس فكان داخلا فى الاشجار المثمرة وله ثمرة فى غاية الحسن والتقوية للمزاج وهو نافعة لمرض القند فلا معنى لما ذكروه فى المقام .

وكيف كان ففى شرح القاموس قداختلف فى ان توت شجر وثمرته عبارة عن الفرصاد بكسر الفاء او توت ثمرة و شجره الفرصاد وكيف كان فمعنى الفرصاد هو توت احمر و يقال بالفارسى [شاه توت] وعليه كان الفرصاد شجر توت احمر وحينئذ كانت ثمرته فى غاية اللذة والحسن وطعمه حلوحامض وحلوه غلب على حمضه والتوت فارسى معرب فالفرصاد عبارة عما يقال له بالفارسية (بشاه توت) اومطلقا قال فى التاج التوت بالضم صرح به ابن درير وغيره بانه معرب ليس فى كلام العرب الاصلى وان اسمه بالعربية الفرصاد بالكسر انتهى .

وكيف كان فالفرصاد اى التوت الاحمر داخل فى الاشجار فصح تربية صغاره حتى ينتهى الى بلوغ الثمرة كما اذا كان البستان كلها الفرصاد اواريد فى ارض غرس الفرصاد فقط وعلى ذلك لالمعنى لتردد المصنف بل هو داخل فى عموم الاشجار بلا كلام .

ثم انه من صنع الله تعالى وقدرته كما جعل لمطلق الحيوان ذكوراً واناثاً

جعل بعض الاشجار كذلك كالنخل والفرصاد فان لهما ذكور واناث وما لم يلقح من الذكور منهما الى الاناث لم يحمل الاناث ولم يثمر فالمراد بالتوت فى المقام هو ذكوره فانه الذى لايحمل ولا ثمرة له ويمكن ان يكون نظر المصنف الى الذكور فان الانثى لها ثمرة يجوز المساقاة عليها وقال ايضاً فى التاج الحناء بالكسر والمدّ والتشديد [م] اى معروف وهو الذى اعدّه الناس للخضاب وقال السمعانى نبت يخضبون به الاطراف انتهى

وعلى ذلك قد خرج الحناء عن المساقات لعدم دخلها فى الاشجار ويكون حينئذ من قبيل البطيخ والقثاء والخضروات بل فيها لاوجه للتردّد لعدم دخولها قطعا اللهم الا ان يقال المساقاة تعمّ الخضروات كما عن الشيخ فيعم الجميع .

قال فى الحدائق ثم انه لايخفى أن التوت المذكور مع الحناء فى كلامهم وأنه محل الاشكال والتردد ، مراده به الذكر منه ، وهو الذى لايقصد ثمرته ، أما الانثى المقصود منه الثمرة فانه لااشكال ولاخلاف فى جواز المساقاة عليه

قال فى التذكرة : أما التوت الانثى فانه يجوز المساقاة عليه عندنا ، لانه مثمر ، وأما التوت الذكر و ما أشبه مما يقصد ورقه كالحناء و شبهه ففى جواز المساقاة عليه خلاف ، والاقرب جوازها ، لان الورق فى معنى الثمرة ، ولكونه مما يتكرر فى كل عام ، ويمكن أخذه ، والمساقاة عليه بجزء منه ، فيثبت له مثل حكم غيره ، و كذا شجر الحناء لاغصانها التى تقصد كل سنة أو سنتين ، والاقرب الجواز فى التوت بنوعيه ، كلما يقصد ورقه أو ورده كالنيلوفر والياسمين والآس و اشباه ذلك ، و كذا فى فحول النخل ، لان لها طلع يصلح كشاً للتلقيح ، فأشبهه الثمرة .

قال المحقق الاردبيلى بعد نقل ذلك عنه : ولايبعد قرب ما قربه ، لعموم «أوفوا» و« المسلمون عند شروطهم » و«لان الناس مسلطون على أموالهم» فلهم مايفعلون الا ما منع ، ثم أطال بنحو ذلك من التقريبات الى أن قال : ولو لانقل

الاجماع المذكور - فى شرح الشرايع فى عدمها فى غير المغروس و نحوه - لكان القول بالجواز فيه متجهاً لما تقدم ، انتهى .

وبالجملة فالمسئلة لما عرفت غير خالية من شوب الاشكال انتهى .

وقوله فى التذكرة والاقرب جوازها الخ فيه ان الملاك حينئذ ليس كونها فى معنى الثمرة بل الملاك عدم صدق الاشجار على النباتات كما عرفت ومراده بنوعيه الحمرة والبياض .

﴿ولو ساقى على ودى﴾ وهو بالياء المشددة صغار النخل فى حال لم يكن مغروسا ﴿او﴾ على ﴿شجر غير ثابت لم يصح﴾ بلا خلاف ﴿اقتصاراً﴾ فى المعاملة المخالفة للاصول ﴿على موضع الوفاق﴾ وعلى الثابت من النصوص التى قد عرفت ﴿أما لو ساقاه على ودى مغروس الى مدة يحمل﴾ و يثمر ﴿مثله فيها غالباً صح وان لم يحمل فيها﴾ .

وفى الجواهر قيل لأن مبنى المساقاة على تجويز ظهور الثمرة ، وظنه بحسب العادة ، فاذا حصل المقتضى صح ، وان تخلف كما لو ساقاه على الشجر الكثير و اتفق عدم ثمرة ، بل لا أجرة له على عمله ، لأنه أقدم على ذلك ، بل فى المسالك «انه يجب عليه اتمام العمل فى باقى المدة ، وان علم بالانقطاع قبلها ، ومثله ما لو تلفت الثمار كلها أو أكلها الجراد أو غصبها غاصب ، فانه فى جميع ذلك يجب على العامل اكمال العمل ، ولا أجرة له و ان تضرر ، كما يجب على عامل القراض انضاض المال ، و ان ظهر الخسران ، بل هنا أقوى ، للزوم العقد ووجوب العمل انتهى .

قوله لانه اقدم على ذلك الخ غير خفى ان الاقدام على العلم او الظن بعدم وجود المانع فى الغالب بحيث بعد وجود المقتضى كان وجود المانع اتفاقيا غير منظور للعقلاء بل يجرون الاصل فى المانع وعليه بناء جميع العقلاء .

الا ترى بنائهم على بقاء الحالة السابقة وقدمر منا ان حجيته من باب بناء

العقلاء والاخبار طريق الى بنائهم فيرون وجود المقتضى للبقاء وشكهم فى وجود المانع فيجرون الاصل اعتمادا على اصالة عدم المانع ولذا قلنا بحجية الاصول المثبتة لانه حينئذ امارة .

وفى المقام يرون المقتضى لبلوغ الاثمار موجود فيقدمون عليه اعتمادا على اصالة عدم المانع من حر" اوبرد اوجراد او غاصب فاذا اتفق اتفاقا وجوده لايوجب لذهاب حقهم فوجوب اكمال العمل وان صح الاّ ان له الاجرة بمقدار عمله الى الاكمال والا الى حين تحقق المانع ولولا ذلك لم يقبل عامل ذلك العمل لاحتماله تحقق المانع الموجب لقطع اجرته فيختل نظام امر المساقات اذ الغالب قبول مثلها للاجرة دفعا للفقر وتوسعة للمعاش وهو يتوقف على عدم اذهاب الاجرة وقد مر" نظير ذلك منا فى المضاربة فراجع .

نعم قد يقع النزاع فى بطلان العقد بعد حصول المانع كما عن التذكرة ويمكن منعه بان المساقات عقد لازم لاينفسخ بمثل ذلك كما لاينفسخ عقد المضاربة بذهاب مال القراض بعضا لا كلا كما مر بل لزم الادامة حتى ينجبر الضرر بالربح مع انه عقد جائز عند الاصحاب فهنا اولى بعدم الانفساخ .

قال فى الجواهر قلت : لاريب فى أن الموافق للضوابط الشرعية الانفساخ بعدم خروج الثمرة ، لاعتبار العوض فى هذه المعاملة ، وقد انكشف عدمه ، وجواز الاقدام ظاهراً اعتماداً على المعتاد لايقتضى الصحة ، فضلا عن اللزوم بعد الانكشاف وليس العوض فيها الثمرة من حيث كونها مظنونة ، بل العوض فيها الحصة من الثمرة واقعاً ، وعدم بطلان البيع فى بعض الصور الخاصة بعدم خروج الثمرة مع القول به بدليل خاص ، كالتعليل فى بعض النصوص بانه ان لم يخرج فى هذه السنة يخرج فى السنة الاخرى وغيره ، بل قد يقال : بالبطلان بالتلف السماوى لها بعد الظهور قبل الادراك ، بناء على أن العوض الثمرة مدركة .

وبالجملة لاينكر أصالة ذلك فى عقود المعاوضة التى من المعلوم عدم كون

القراض منها ، وان كان هو شبه المعاوضة فى المعنى مع حصول الربح ، لا انه عقد معاوضة قدلوحظ فيه معنى التعاوض والمقابلة ، ولعله لذا احتمل فى التذكرة ماسمعت ، بل فى جامع المقاصد ـ فى فرع ذكره فى أثناء مسألة مالوظهر استحقاق الاصول ـ «الجزم بعدم وجوب اكمال تمام العمل عليه تمام المدة مع عدم خروج الثمرة» انما الكلام فى أنه انفساخ من حينه أو انكشاف وجهان : ولعل أولهما هو الظاهر من الحكم بالصحة فى المتن وغيره من كتب الاصحاب ، مع احتمال ارادة الحكم بها ظاهراً .

وعلى كل حال فالظاهر عدم استحقاقه الاجرة ، لاقدامه على نحو ذلك اقدام عامل القراض ، مع احتمال الاجرة على الثانى انتهى .

و كيف كان فهذا كله فيما يحمل مثله كالودى و يثمر عادة ﴿و﴾ أما ﴿ان قصرت المدة المشترطة عن ذلك غالباً﴾ عادة ﴿او كان الاحتمال﴾ لحصول الثمرة ﴿على السواء لم يصح﴾ .

وفى الجواهر لأصالة الفساد ، بعد ماعرفت من عدم اطلاق أو عموم يقتضى الصحة فى نحو الفرض ، حتى لو اتفق حصول الثمرة فيها فى تلك المدة على خلاف العادة مع فقد الوثوق بالحصول .

نعم لااشكال فى الصحة فيما لوساقاه مثلا عشر سنين ، وكانت الثمرة لاتتوقع فى العادة الاّ فى العاشرة ، لصيرورة الثمرة حينئذ فيها مقابلة للعمل فى جميع المدة ، ولايقدح خلو غيرها من السنين ، فان المعتبر حصول الثمرة فى مجموع المدة ، لافى جميعها كما هو مقتضى السيرة وغيرها انتهى وهو فى محله .

الفصل ﴿ الثالث فى المدة و يعتبر فيها ﴾ اى المدة ﴿شرطان﴾ أحدهما : ﴿ان تكون مقدرة بزمان لايحتمل الزيادة والنقصان﴾ .

وفى الجواهر كقدوم الحاج وادراك الغلة و ان كانت هى الغلة المعامل عليها على المشهور ، كما فى المسالك ، و قوفاً ـ فيما خالف الأصل ، و احتمال

الغرر والجهالة - على موضع اليقين ، واكتفى ابن الجنيد بتقديرها بالثمرة المساقى عليها ، نظراً الى أنه بالنسبة الى ثبوته عادة كالمعلوم ، ولأن المقصود منها هو العمل الى اكمالها ، ولان العقد مبنى على الغرر والجهالة ، فلا يقدحان فيه ، والاجود الاول ، وان كان كلامه لايخلو من وجه ، انتهى .

وذلك لارتفاع الجهالة فى مثله بعد كون اصل العقد على الجهالة ثم لايخفى عدم كون الزيادة مضراً وانما المضر احتمال النقصان وعدم وفاء الوقت لحصول الثمرة فلفظة الزيادة زيادة بل الكلام فى النقصان ايضا قال فى الجواهر والانصاف ان العمدة الاجماع الذى سمعته ، والا فلزومها لاينافى عدم اعتبار ذكر المدة فيها ، فيكون المساقى له استحقاق فى الثمرة ابدا ، ويستحق عليه الأعمال المشروطة او المتعارفة انتهى

و ذلك لان وقت بلوغ الثمرة عند اهله معلوم و عارفون بتمام جزئيات الغرس والثمرة ووقت الظهور ووقت الاكمال بحيث لا يختلف الا بامر يسير غير معتد به فمن كان شغله سقاية الاشجار يعمل على طبق عمله و لايختلف فى الغالب فكيف يمكن اجارته للسقاية وبلوغ الاثمار الى كمالها .

ومع ذلك لايعلم اى مقدار يحتاج الى الوقف ولاجل ذلك لم يشر فى الاخبار الى الوقت مع انه اهم بل بنوا على ما هو المعلوم المتعارف عند اهله ولذا فى صحيح يعقوب بن شعيب الذى هو دليل مشروعية المساقاة مع قصة خيبر خال عن ذكر المدة قال فيه : « سألته - اى الصادق عليه السلام - عن الرجل يعطى الرجل أرضه فيها الرمان والنخل والفاكهة فيقول : اسق هذا من الماء واعمره ولك نصف ما خرج ، قال : لاباس » .

ولذا قال بعد نقله فى الجواهر ما هذا نصه بل لعل ذلك هو الظاهر من الاسكافى لاما حكاه هو وغيره عنه ، فان الذى عثرنا عليه من كلامه فى المختلف انه قال : « ولابأس بمساقاة النخل وماشاكله سنة واكثر من ذلك اذا حصرت المدة او لم تحصر » فان مراده نفى الباس فى المساقاة عن السنة والأكثر مع

ذكر المدة وعنها مع عدم ذكر مدة اصلا ، ولا تعرض فيه لبلوغ ثمرة وغيرها ، فيمكن قوله بلزومها والاستحقاق دائماً و ابداً مع عدم حصر المدة الّا ان يكون هناك تعارف ينزله على سنة العقد خاصة انتهى .

و لايخفى ما فيه اما الصحيح فلايكون فى مقام البيان من جميع الجهات فلايصح التمسك باطلاقه فى عدم ذكر المدة واما عبارة ابن الجنيد فعلى فرض عدم اجمالها ليس بحجة فى مقابل القواعد بل معلوم ان كل عقد لازم لابد له من تعيين الوقت والالزم الى يوم القيامة .

﴿و﴾ على كل حال فالشرط الثانى ﴿ان تكون﴾ المدة المذكورة فى المساقاة ﴿مما تحصل فيه الثمرة غالباً﴾ .

وفى الجواهر وان قلت كما اذا ساقاه فى آخر العمل بحيث يبقى منه يسير مما فيه مستزاد للثمرة يكفى فيه الشهر مثلا ، وعلى هذا المدار فى جانب القلة انتهى وحاصله كون المدة بمقدار تكفى ببلوغ الثمرة لولا الآفات السماوية كالبرد والحر ونحوهما وهو من حيث اوله يختلف فتارة يكون و قوع العقد من اول غرس الودى الذى يقال له بالفارسية [به نهال] و فى مثله يحتاج الى كون المدة عند اهله بمقدار يثمر ولوفى سنين كثيرة كخمسة عشر سنة اوعشر سنوات واخرى كانت الشجرة بحيث يثمر عند اول الربيع وفى مثله يحتاج الى مثل ستة شهر مثلا وثالثة كان العقد قريب اوان القطع فيحتاج الى مدة شهر مثلا وفى كل واحد منها لايجوز التجاوز عن المدة المعينة الّا مع الرضا منهما. الفصل ﴿ لرابع العمل﴾ .

وفى الجواهر ما هذا لفظه الذى لايعتبر فيه ان يكون سقياً و ان كان قد يتوهم من لفظ المساقاة فالمراد منها الاعم من ذلك ومن غيره ، فيجوز عقدها حينئذ على مالاحاجة الى السقى كما قد صرح به غير واحد انتهى .

وهو الظاهر من قوله ﴿ و اطلاق المساقاة يقتضى قيام العامل بما فيه زيادة النماء﴾ وحاصله ان لفظ المساقاة الواقعة فى العقد و الصيغة بنحو الاطلاق يعم

جميع ما يتوقف عليه بلوغ الثمرة بحد الكمال ولا يحتاج الى ذكره بالخصوص على حده فيأتى بلفظ يشمل جميع مقدماته اللازمة على العامل مما لا يتحقق السقى بدونها كاصلاح الارض ومحل جريان الماء وطم ما يحتاج الى الطم وملاء ما يحتاج الى الملاء وغيرذلك وقداشار المصنف اليها وشرحها فى الجواهر مازجاً لعبارته فقال مزجا للعبارة فى الكم اوالكيف ﴿من الرفق﴾ بحرث الارض وحفرها المحتاج اليه ، و ما يتوقف عليه من الالات والعوامل من البقرة وخشبة الحرث والسكة والمساحى ونحوذلك ، بل فى جامع المقاصد : لا نعلم فى وجوب ذلك خلافاً هنا وفى المزارعة .

﴿واصلاح الاجاجين﴾ أى الحفر التى يقف الماء فيها فى اصول الشجر .

﴿وازالة الحشيش المضر بالأصول وتهذيب الجرايد﴾ بقطع ما يحتاج الى القطع منها ، وكذا زباد الكرم و تهذيب الشجرمن غير فرق فى ذلك بين الجزء اليابس وغيره .

﴿والسقى﴾ ومقدماته المتكررة فى سنة كالدلو والرشاواصلاح طريق الماء وتنقيتها من الحمأة ونحوها . واستقاء الماء وفتح رأس الساقية وسدها عندالفراغ على ما تقتضيه الحاجة .

﴿والتلقيح والعمل بالناضح وتعديل الثمرة﴾ وبازالة مايضربها من الاغصان والورق ليصل اليها الهواء وماتحتاج اليه من الشمس ، وليتيسر قطعها عندالادراك ، ووضع الحشيش ونحوه فوق العناقيد صوناً لها عن الشمس المضرة بها ورفعها عن الارض كذلك .

﴿ واللقاط ﴾ للثمرة بحسب نوعها ووقتها مما يؤخذ للزبيب ، يقطعه عند حلاوته فى الوقت الصالح له ، ومايعمل دبساً فكذلك ، ومايؤخذ يابساً فعند يبسه ﴿واصلاح موضع التشميس﴾ المحتاج اليه .

﴿ونقل الثمرة اليه﴾ وتقليبها فيه ﴿ وحفظها ﴾ على أصولها ﴿ و ﴾ فى

بيدرها ، وطريق ايصالها الى المالك ان لم يكن هو المتولى الى غير ذلك مما ذكروه بالنسبة الى العامل ، كما أنهم قد ذكروا أيضاً أن اطلاقها أيضاً يقتضى ﴿قيام صاحب الاصل ببناء الجدار وعمل ما يستقى به من دولاب أو دالية وانشاء النهر﴾ و البئر ونحو ذلك مما لا يتكرر فى كل سنة فانه الضابط فيه أيضاً وان عرض له التكرر فى بعض الاحوال انتهى .

وكيف كان فعلى العامل جميع ماهو وظيفته مما كان عليه تهيئته

﴿ و ﴾ منها ﴿ الكش للتلقيح و قيل يلزم ذلك العامل و هو حسن لانه به يتم التلقيح ﴾ حتى تحمل به النخل الانثى اقول الكش مايلقح به النخل الانثى والتلقيح عبارة عن جعل طلع النخل الذكور على طلع النخل الانثى فاذا ظهر طلع النخل وما يقال [به شكوفه] فصار بسراً او تمراً ان كانت انثى وان كانت ذكراً لم تصر تمراً بل يترك على النخلة اياما معلومة حتى يصير فيه شيء ابيض مثل الدقيق وله رائحة زكية فيلقح به الانثى كذا فى مجمع البحرين :

فالطلع ما يظهر من النخل فى اول انعقاد الثمر فان كانت النخل انثى صار الطلع بسراً وان كانت ذكرا يحتاج الى القاء الدقيق الذى على طلع النخل الذكر بطلع النخل انثى حتى صار تمراً .

وفى شرح القاموس وطلع النخل [يعنى بيرون آمدن شكوفه درخت خرما] انتهى فاذا ظهر طلع الذكور من النخل لم يصر تمراً بل عليه شيء كالدقيق يلقى على طلع النخل الانثى فصار بسراً ثم تمراً و كيف كان فكل ما ذكر مما يكون العمل بها على عهدة العامل كان عليه بلا كلام .

واما من حيث المال فهل يكون الجميع من كيس العامل اولا وقد يقال ان المالك ان شرط له جميع ما يبذل فيها من الاموال فى مقابل اجرة وافية بالكل كمأة دينار مثلا ورضى العامل فتقبل اصلاح الجميع و كل مايحتاج اليه مما يتوقف عند اهل الخبرة بحيث لولاه لما يحصل الغرض فلا اشكال فى كون الجميع عليه و كذا لو شرط عليه بعض ما يتوقف عليه فيجب عليه الاتيان بهذا البعض والباقى

على المالك واما لولم يشترط عليه شيئا مما يتوقف اصل العمل او زيادة العمل عليه فالجميع بعهدة المالك فاذا كان العقد مطلق وبدون القيد ليس على العامل الا العمل وما يتوقف عليه العمل من ايجاد جميع ذلك حتى يصح عمله .

وبالجملة من اطلاق العقد لايلزم ايجاد اللوازم على العامل الا ما كان عليه دون المالك قال فى الحدائق ما هذا لفظه :

أقول : لايخفى أن بناء هذه الافراد المعدودة فى كل من الموضعين وجعلها ضابطين انما هو على العرف والعادة ، والافانه ليس هنا تحديد شرعى فى كل من الموضعين ، فينبغى أن يكون مناط الحكم فى كل من الموضعين هو ذلك .

ومنها عمل ما يستقى به من دولاب و أدواته ونحو ذلك من آلات السقى مما لايتكرر غالباً ، دون ما يتكرر غالباً كالدلو و الرشاء ، فانه قد تقدم أن ذلك على العامل ، خلافاً لابن ادريس (رحمه الله) حيث أوجب الجميع على العامل و المشهور وبه صرح الشيخ ان الكش على المالك ، والعامل انما عليه التلقيح . و استندوا فى ذلك الى أن الكش ليس بعمل ، وانما هو من الاعيان والعامل انما عليه العمل ، وأن الاصل البرائة من وجوبه على العامل .

ونقل عن ابن ادريس أنه على العامل ، واستحسنه فى الشرايع ، ونقل عن ابن ادريس التعليل بأنه مما يتم به نماء الثمرة وصلاحها الواجبين على العامل .

قال فى المسالك : والاولى الرجوع الى العادة ومع عدم اطرادها فى شىء فالاولى التعيين ، انتهى .

قال فى التذكرة : ان شراء الزبل وأجرة نقله على رب المال ، لانه ليس من العمل ، فجرى مجرى ما يلقح به ، و تفريق ذلك على الارض على العامل كالتلقيح ، انتهى .

وبالجملة فالظاهر أن الكش مثل الخيوط بالنسبة الى الخياط ، والمداد و القرطاس للكاتب فى كون الجميع على المالك ، وانما على العامل العمل بذلك

الا أن تجرى العادة بخلاف ذلك لما أشرنا اليه آنفا من بناء الضابطتين المتقدمتين على العرف والعادة انتهى فالمتعين هو الرجوع الى العرف فى كونه على المالك او العامل .

﴿و﴾ على كل حال فـ ﴿لو شرط﴾ المالك ﴿شيئاً من ذلك﴾ مما عليه مع الاطلاق أو جميعه ﴿على العامل صح بعد أن يكون معلوماً﴾ على وجه يرتفع معه الغرر المنافى للعقد ، للعموم «المؤمنون عند شروطهم» .

﴿و﴾ أما ﴿لو شرط العامل على رب الاصول﴾ جميع ﴿عمل العامل له بطلت المساقاة لأن الفائدة لا تستحق الا بالعمل﴾ يعنى اشتراط العامل على المالك أعمال الذى وظيفته نفسه مثل السقى كان على العامل لكن اشترط على المالك فكان باطلا لان السقى مثلا فى مقابل الحصة فيكون حصته بلا عمل فى مقابلها وهكذا نظيره .

﴿ولو أبقى العامل﴾ عليه ﴿شيئاً من عمله﴾ الذى له المدخلية فى صحة عمله بان يترك بعض الاعمال اللازمة عليه ﴿فى مقابلة الحصة من الفائدة وشرط الباقى على رب الأصول﴾ وهل يجوز ذلك اولا فهو محل خلاف فعند المصنف ﴿جاز﴾ خلافاً للمحكى عن المبسوط من عدم الجواز معللا له بأنه خلاف وضع المساقاة» .

ولذا اذعن به الشارح الجواهر وقال نعم لو أبقى العامل مالا تحصل به مستزاد الثمرة كالحفظ لم يصح ، لمنافاته وضع المساقاة الثابت من الشرع ، كما لو ساقاه وقد بقى من العمل ذلك ، لكن لو ارادا ذلك وجعلاه معقد الاجارة مثلا جاز انتهى ومحصل الكلام ان بعض الاشياء وظيفة العامل كالسقى وحفظ الاشجار عن الخطرات الواقعة بالاشجار ونحوها وبعضها ليس بمثل ذلك فالذى يجوز جعله على عهدة المالك بالشرط ما يكون من قبيل الثانى لا الاول الذى لو لم يفعل لترك امر المساقاة فلو كان على عهدة المالك لزم كون حصة العامل بلا عمل وهو باطل ﴿ولو

شرط﴾ العامل ﴿ان يعمل غلام المالك معه﴾ بحيث كان معينا له فى الاعمال من غير ان يعين له شيئا من حصته هل يجوز ذلك اولا والقائل بالمنع محكى عن العامة واستدلوا عليه بان العبد مال المالك ويده يده وعمله عمله فكما لايجوز للعامل شرط عمل مختص به على المالك فكذلك لايجوز له شرط على من يده يد المالك وعمله عمله ولان المطلوب فى المساقاة كون المال عن المالك و العمل عن العامل فلايصح جعل العمل من العبد الذى للمولى ولو بمقدار عمل العبد لان الفرض ان يده يد المولى وعمله عمله وهو يرجع الى كون العمل من المولى مع ان له المال فقط وقد رده المصنف بقوله ﴿جاز لانه ضم مال الى المال﴾ و حاصله ان العبد كان مال المولى بلا كلام فقبول شرط عمل عبده يرجع الى دفع ماله الى العامل ايضا فعمل العبد مال للمولى يضم الى ماله الذى هو دفع الحصة الى العامل فتارة يدفع الى العامل مجرد الحصة كالنصف اوالثلث واخرى يضم اليه عمل عبده الذى هو ماله فيكون ضم مال الى مال .

كما لوجعل مع حصته ذهب او فضة اوشيء آخر فعمل العبد بمنزلة ذلك وفى المسالك بعد عبارة المصنف ما هذا لفظه اشار بالتعليل الى جواب بعض العامة المانع من ذلك محتجا بان يده كيد مالكه وعمله كعمله فكما لايصح اشتراط عمل المالك فكذا غلامه المملوك ولانه مخالف لوضع المساقاة وهو ان يكون من المالك المال ومن العامل العمل وحاصل الجواب ان عمل غلام المالك مال له فهو ضم مال الى مال كما يجوز فى القراض ان يدفع الى العامل بهيمة يحمل عليها والفرق بين الغلام وسيده ظاهر فان عمل العبد يجوز ان يكون تابعاً لعمل العامل ولايجوز ان يكون عمل المالك تابعا لعمله لانه هو الاصل ويجوز فى التابع مالايجوز فى المنفرد مع انا نمنع حكم الاصل فانا قد جوزنا ان يشترط على المالك اكثر العمل انتهى .

والعمدة عموم المؤمنون عند شروطهم وليس فى البين ما يمنع عن العموم

بعد ما كان الشرط سائغا وليس على خلاف مقتضى العقد تدبر .

﴿اما لو شرط ان يعمل الغلام لخاص العامل﴾ اى شرط العامل على المالك ان يعمل غلامه وعبده له ما يكون مختصا بنفسه مثل السقى مثلا وتربية الاشجار التى وظيفته فى مقابل الحصة ﴿لم يجز﴾ عند الشافعى ﴿و﴾ لكن ﴿فيه تردد﴾ ايضا من المصنف من ذلك الذى مر ومن ان ذلك عمل نفسه فى مقابل الحصة فلا يقع عمل العبد فى مقابل الحصة بعد كون العبد مال المولى ﴿ و الجواز اشبه ﴾ وفى الجواهر بأصول المذهب وقواعده .

وفيه تأمل بل منع للشك فى جريان المؤمنون عند شروطهم لذلك الشرط تأمل جيداً وفى ترددات الشرايع بعد قوله و فيه تردد قال اقول : منشؤه : النظر الى الاصالة القاضية بالجواز ، ولانه شرط لا يمنع منه كتاب ولا سنة ، فيكون سائغاً .

والالتفات الى أن فى هذا الشرط منافاة لمقتضى العقد ، فيكون باطلا ، و هو اختيار صاحب المبسوط ، وضعفه ظاهر جدا انتهى وقد عرفت انه قوى اللهم الا ان يقال ان المالك قد رضى بذلك فيدخل فى عموم الشرط ﴿و كذا﴾ فى كون الجواز أشبه باصول المذهب وقواعده ﴿لو شرط﴾ العامل ﴿على المالك﴾ مثلا ﴿أجرة الاجراء﴾ الذين يعينونه على العمل مع فرض كونها معيّنة ﴿أو شرط خروج أجرتهم منهما﴾ معاً اى من المالك والعامل .

وفى الجواهر قال اذا كان مع ذلك للعامل عمل مقابل الحصة من الفائدة خلافاً للمحكى عن الشيخ من البطلان ، لمنافاته موضوع المساقاة الذى هو ليس الا دفع الاصول من المالك ، وفيه منع واضح ، ضرورة عدم ما يدل على اعتبار ذلك حتى بالشرط ونحوه انتهى .

الفصل ﴿ الخامس فى الفائدة ﴾ أى الثمرة ﴿و﴾ لا خلاف فى أنه ﴿لا بد أن يكون للعامل جزء منها مشاعاً﴾ وفى الجواهر فى شرح العبارة ما زجاً لها قال بينه وبين المالك مساو أو مفاضل على نحو ما سمعته فى المزارعة ، لأن ذلك

هو الثابت من مشروعيتها دون غيره ، ﴿فلو أضرب عن ذكر الحصة بطلت المساقاة﴾ حينئذ قطعاً ﴿وكذا لو شرط أحدهما الانفراد بالثمرة﴾ مطلقا أو سنة ﴿لم تصح المساقاة﴾ التى هى خلاف الأصل المقتصر فيما ينافيه على المتيقن ، و ليس ذلك منه بلا خلاف ﴿وكذا﴾ لا اشكال ، بل قضية ما سمعته سابقاً فى المزارعة من جماعة أنه كذلك تبطل المساقاة ﴿لو شرط لنفسه شيئاً معيناً ومازاد بينهما﴾ .

بل ﴿وكذا لو قدر لنفسه أرطالا﴾ معلومة ﴿وللعامل ما فضل أو عكس﴾ بل ﴿وكذا لو جعل حصة ثمرة نخلات بعينها﴾ له ﴿ وللاخر ما عداها ﴾ الى غير ذلك مما ينافى الاشاعة فى مجموع الفائدة الحاصلة من الاصول التى وقع عقد المساقاه عليها انتهى .

و كيف كان فلا خلاف ﴿و﴾ لا اشكال فى أنه ﴿يجوز أن يفرد كل نوع بحصة مخالفة للحصة من النوع الاخر﴾ كالنصف من ثمرة النخل ، والربع من الكرم مثلا لعدم منافاته الاشاعة فى مجموع الفائدة ، لكن ﴿ اذا كان العامل عالماً بمقدار كل نوع﴾ ان اراد العلم بمقدار كل نوع قبل العقد اوفى حال العقد فهو غير مفيد وان كان باصل حصول الثمرة فهو غير ممكن بل بالنسبة اليه جهل محض و هو غير منفك عنه فى بابى المزارعة والمساقاة ولذا قالوا بخروج هذا الجهل من البابين بالاجماع وان اراد العلم بمقدار حصول الثمرة فلا يحتاج اليه فانه يعلم بالخرص والتخمين حصته من الكل كما سيأتى فلا فرق من هذه الجهة بين نوع الواحد او النوعين كالنخل و الكرم بل يحصل له العلم اجمالا بان له نصف من ثمرة النخل وثلث من الكرم وربع من الرمان وهكذا فى كل مازاد .

وفى الجواهر بعد قول المصنف كل نوع قال من النوعين حذراً من الغرر والجهالة ، فان المشروط فيه اقل الامرين قد يكون اكثر الجنسين لكن لا يخفى عليك تحقق الجهالة ايضا مع عدم افراد كل نوع بحصة ، بل كانت فى الجميع

متحدة ، فما عساه يظهر من العبارة من اختصاص اشتراط ذلك فى صورة الافراد خاصة لايخلو من نظر اللهم الا ان يدعى باستفاده اغتفار الجهالة انتهى .

قوله اقل الامرين توضيحه ان اقل الامرين من سهم العامل مثل النصف من نوع وثلث من نوع آخر فيكون له حصتان من نوعين احدهما وهوالثلث اقل من الآخر و هو النصف ولكن قد يكون الاقل اكثر من الاكثر كما اذا كانت الحنطة كلها ستة امنان مثلا ونصفها ثلاثة امنان و الكرم ثلاثون منّا و ثلثها عشرة امنان فالثلث اكثر من النصف فى هذا الفرض وهذا ممكن قطعا لكنه لا يرتبط بالعلم بالمقدار منهما و العلم اللازم فى هذا المقام هوالعلم بان له النصف اوالثلث وهوحاصل بالخرص فالعلم بمقدار الحاصل من كليهما غير مفيد والعلم المفيد له حاصل جدا وانما يكون الاول غير مفيد لانه محتمل الحصول والجهل بمقدار الكل بل اصل حصوله معفو فى بابى المزارعة والمساقاة تدبر .

و كيف كان فالشرط كذلك صحيح علم او جهل نوع واحد او متعدد كما اشار اليه الشارح الجواهر .

﴿ولوشرط مع الحصة من النماء﴾ ملك ﴿حصة من الأصل الثابت لم يصح لأن﴾ الثابت من ﴿مقتضى المساقاة جعل الحصة من الفائدة﴾ خاصة دون غيرها ﴿فيه ترددا﴾ من المصنف لما عرفت ومن عموم «اوفوا» و«المؤمنون عند شروطهم» ونحوذلك الذى لايجرى فى المقام قطعا فان المساقاة بنائها على شرط مقدار من الصحة والنماء مع بقاء الاصل بحاله فالشرط كذلك على خلاف تشريع الشرط فان المساقاة مبنية على الاقدام على الحصة المعينة من ثمرة الاصل لانفس الاصل فلا يصح كون الشرط مشرّعا لما يصح وفى ترددات الشرايع من ذلك و من ان الالتفات الى كونه شرطاً منافياً لمقتضى العقد ، فيكون باطلا ، كما لوشرط فى القراض حصة من رأس المال مضافة الى حصة من الربح ، و هو اختيار

الشيخ والمتأخر وكأنه الاقرب انتهى ﴿ولو ساقاه بالنصف﴾ مثلا ﴿ان سقى بالناضح﴾ اى بالبعير التى يخرج الماء من البئر ﴿وبالثلث ان سقى بالسايح﴾ اى الجارى على وجه الارض ﴿بطلت المساقاة، لأن الحصة لم تتعين﴾ مع الترديد والتعليق ﴿و﴾ لكن ﴿فيه﴾ من المصنف ﴿تردد﴾.

و فى الجواهر من ذلك، ومن انها معينة على كل من تقديرين، فهى كالاجارة على خياطة ثوب بدرهم ان كان رومياً، وبدرهمين ان كان فارسياً، بل المساقاة فى الحقيقة قسم من الاجارة ولكن لايخفى عليك ان الاشبه بأصول المذهب وقواعده الاول لعدم كون ذلك تعيينا رافعاً للجهالة، بل ولاجزماً، انتهى غير خفى بطلان عقد وقع مع الترديد بل هو مخالف للانشاء الذى عبارة عن وقوع المعقود عليه فى الخارج بمجرد الايجاب والقبول وهو مناف للترديد والشك بل هو نظير البيع الذى قال البايع بعتك نقدا بكذا ونسيئة بكذا فلا يصح قطعا الا ذا كان ذلك خارجا عن الايجاب والقبول وكان من التكلم قبل العقد حتى يختار المشترى ايهما شاء ثم وقع الانشاء على ايهما اختار فالاظهر هو البطلان ثم اعلم ان المانع من الصحة ذلك لاما فى المتن من ان الحصة لم يتعين لان الحصة متعينة لامحالة فانه مع احدهما يعلم لامحالة انه سقى بالناضح اوالسايح ويتعين الحصة على احدهما.

والحاصل ان الترديد انما يكون فى ابتداء العقد لافى العمل بعده فان العمل فرع التعين والتنجز فيعلم عند الاجرة ان العامل ساقاه بالناضح او السايح فيتعين الحصة فالاشكال فى ايجاد العقد مع الترديد.

وفى ترددات الشرايع بعد قوله وفيه تردد قال اقول: منشؤه: النظر الى الاصل، ولانه امر مطلوب للعقلاء، فيكون مشروعاً والالتفات الى تطرق الجهالة فى الحصة، فتكون المساقاة باطلة، وتمنع تطرق الجهالة انتهى.

﴿ويكره ان يشترط رب الارض على العامل مع الحصة شيئاً من ذهب اوفضة﴾ وفى الجواهر بلا خلاف اجده كما اعترف به غير واحد ، و لعل مثل ذلك كاف فى ثبوتها المتسامح فيه انتهى ﴿لكن يجب الوفاء بالشرط﴾ لعموم «المؤمنون» مع عدم كونه منافياً لمقتضى العقد ولا المشرع ، فيجوز حينئذ ﴿ولو تلف الثمرة﴾ اجمع بآفة سماوية اوارضية ﴿لم يلزم﴾ الوفاء به وهو واضح .

الفصل ﴿السادس : فى احكامها﴾ اى المساقاة ﴿وهى مسائل : الاولى كل موضع تفسد فيه المساقاة﴾ اى يعلم فساد اصل انعقادها ﴿فللعامل اجرة المثل﴾ لاصالة احترام عمل المسلم الواقع بالاذن ممن استوفاه ، ﴿والثمرة لصاحب الأصل﴾ المملوك له فيتبعه نماؤه كما عرفت مفصلا .

المسألة ﴿الثانية : اذا استأجر اجيراً للعمل بحصة منها﴾ اى من الثمرة ﴿فان كان بعد بدو الصلاح﴾ وهو احمراره اواصفراره ﴿جاز وان كان بعد ظهورها وقبل بدو الصلاح بشرط القطع ، صح ان استأجره بالثمرة اجمع ولو استأجره ببعضها قيل : لا يصح لتعذر التسليم والوجه الجواز﴾ قوله اجمع ظاهر فى عدم كونه شريكا وقوله لتعذر التسليم ظاهر فى الشركة تامل فيهما .

و كيف كان فحاصل العبارة ان الاستئجار للعمل بحصة منها فان كان بعد بدو الصلاح فلا كلام وان كان بعد ظهورها وقبل بدو الصلاح فالاستئجار يجوز مع شرائط البيع فان كان البيع يصح فى هذه الحالة فيجوز الاستئجار والا فلا وجواز البيع مشروط بشروط ثلاثة وقبل الشروع فى المقصود نقول انه تارة تكون الاجرة من الصحة واخرى من غير الحصة كالذهب والفضة وغيرهما من العروض وعلى الثانى لا اشكال اصلا سواء كان المالك شريكا مع العامل اولا لعدم مانع حينئذ اصلا .

فلا يمكن للعامل رده بعد كون المالك مسلط على ماله ونفسه وعلى الاول كذلك لا اشكال لو لم يكن المالك شريكا كانت الاجرة جميع الحصة او بعضها و كذلك لا اشكال فيما كان شريكا لكن الاجرة من حصة نفس المالك و حينئذ يحتاج الى

الاذن فقط للافراز فان قلت لعل هذا الاخير مراد الاصحاب قلت هو على خلاف عبارتهم والاشكال فيما كانت الاجرة من نفس الحصة الواقعة بين المالك والعامل كما هو صريح المتن حيث قال بحصة منها .

والفرض ان الثمرة جعلت من الاول بين المالك و العامل و حينئذ كيف يجوز جعل الاجرة من الحصة الواقعة بينهما للغير فلو قال المالك اساقيك هذه الاشجار بنصف ثمرتها معناه تمام النصف لك فكيف يجعل منها للاجير ولا يجوز فى مثله لاذن منه اذ الاذن فيما كان له مجرد حق واولوية لشيء يحتاج الى الاذن كالدخول فى منزل داره و دكان لحاجة و رفع يده فوراً بعد قضاء الحاجة لا فيما يؤذن لاخذ ماله والتصرف فيه بلا عوض ونحوه والمقام من قبيل الثانى .

قال فى الحدائق ما نصه بقى هنا اشكال آخر ايضاً فى هذه الصورة على تقدير كون الاجرة جزء من الحاصل ، فانه متى قيل بصحة الاجارة هنا بشرط القطع، والحال ان الثمرة مشتركة بين العامل والمالك ، فان الشركة تمنع من التسلط على القطع ، فيتعذر التسليم لتوقف جواز القطع على اذن الشريك ، ومن ثم قيل: فى هذه الصورة بعدم الصحة ، وقيل : بالصحة وهو اختيار المحقق فى الشرايع نظراً الى امكان القطع والتسليم بالاذن انتهى صريح الكلمات جعل الاجرة من الحصة المشتركة بين المالك والعامل ولذا قالوا فى اجارة بعض الثمرة لا تصح وانما تصح فى الكل فان فى البعض يحتاج الى الاذن والمجوزون قالوا بامكان حصول الاذن منه بعد كما عن المسالك قال: «لامكان القطع والتسليم بالاذن ، كما فى كل مشترك، ولو فرض امتناع الشريك تمكّن باذن الحاكم » وقال فى الجواهر بعد نقله عنه بقوله قلت: مع فرض كون الشريك المستأجر يتجه حينئذ الصحة ، للتمكن من اشتراط القطع عليه برضاه و التزامه به ، أما إذا كان غيره و قلنا بعدم جواز القسمة بالخرص و التخمين ، و عدم جواز الاجبار على القطع قبل الادراك ، لما

فيه من الضرر ، يشكل الجواز حينئذ ، بعدم احراز الشرط المعتبر فى الصحة ، بناء على اعتباره وأن كان قد عرفت قوة عدمه ألّا اذا أريد به الكناية عما ذكرنا انتهى دفع الاشكال بعدم اعتبار شرط القطع .

و العبارات كلها ظاهرة فى وقوع الاجارة مع شريك المالك فزعموا انه حينئذ لااشكال لو كانت الاجرة جميع الثمرة و توهموا انه حينئذ لا اشكال و ان الاشكال فى البعض لاحتياجه الى الاذن مع امكان تحصيل رضاه بعداً مع ان الاشكال فى الجميع و البعض فلا يصح اخذ الاجير مع كون اجرته من الحصة لا كلا ولا بعضا بل زعموا عدم الاشكال فى كون الاجرة جميع الحصة مع ان الاشكال فيه اشد .

فتلخص ان مايكون مورد الاشكال وقع مورد الصحة عند الاصحاب وهو جعل الاجرة من الحصة كلا بزعم انه فى البعض يحتاج الى الاذن من الشريك والحاصل لو كان شريكا لا يجوز بدون اذن الشريك فى جميع الثمرة او فى بعضها و ان لم يكن شريكا يصح فى الجميع او البعض كليهما فا لتفصيل لامعنى له

اللهم الا ان يقال كانت الاجرة من حصة المالك كما عرفت وحينئذ يحتاج الى الاجازة لكون الحصتين مخلوطتين بالاشاعة وربما لايرضى العامل فعلا بالافراز فيحتاج الى الاذن ولكنه بعيد عن ظاهر العبارات وظاهر المتن من قوله بحصة منها فعمدة الاشكال انه مع ان المالك جعل الحصة بين نفسه والعامل كيف جعل بعضها للاجير كلا او بعضاً

قال فى الحدائق ماهذا لفظه قالوا : اذا استأجر المالك اجيراً للعمل بجزء من الثمرة ، فان كان قبل ظهورها بطلت الاجارة من غير خلاف ، لما قرر عندهم من ان عوض الاجارة يجب ان يكون موجوداً معلوماً كعوض المبيع ، والحال انه هنا ليس كذلك كما هو المفروض ، وجواز ذلك فى المساقاة ، حيث انهم قد اتفقوا على جواز العوض فيها مع الجهالة ، وعدم الوجود خرج بالنص والاجماع

مؤيداً بمساس الحاجة الى ذلك ، وان كان بعد ظهورها، فان كان بعد بدو صلاحها جاز بلا اشكال ولا خلاف ، وان كان قبل بدو الصلاح فانهم بنوا الحكم هنا فيها على جواز نقلها بالبيع فى هذه الحال .

وقد تقدم الكلام فى ذلك فى الفصل الثامن فى بيع الثمار من كتاب البيع وذكر الخلاف فى جواز البيع مطلقا او عدم الجواز الا بأحد امور ثلاثة ضم ضميمة اليها ، او شرط القطع ، او عامين فصاعداً ، ومن ثم ان المحقق هنا اختار القول بالجواز بعد ظهورها ، وقبل بدو صلاحها ، بشرط القطع، حيث ان مذهبه فى البيع ذلك ، الا ان الواجب عليه كان ان يذكر الضميمة ، مضافة الى القطع ، والتخيير بينهما كما هو مذهبه ثمة .

ولهذا اعترضه فى المسالك بذلك ثم اعتذر عنه بما هو مذكور هناك، والعلامة فى القواعد صرح بالجواز مطلقاً ، فقال : ولو استأجره على العمل بحصة منها او بجميعها بعد ظهورها ، والعلم بقدر العمل جاز ، والا فلا .

وانت خبير بما فى الحكم المذكور من الاشكال لعدم الدليل الواضح فى هذا المجال ، والحمل على البيع كما ذكروه محض قياس لا يوافق أصول الشريعة ، سيما مع ما قدمنا من الاشكال ، فى اشتراط القطع فى مسئلة البيع انتهى .

قوله حيث ان مذهبه فى البيع الخ ولا يخفى عدم الملازمة بين المقامين وان كان القول بجواز اخذ الاجير هنا قياساً على البيع وهو باطل ولكن لا منافاة بين كون اصل المسألة قياسا عليه دون جميع شرائط المقيس عليه فيمكن كون مذهبه فى جواز بيع الثمرة بعد ظهورها و قبل بدو الصلاح مشروطا بالامور الثلاثة تخييراً دون المقام حيث انه لو كان الشرط هو الضميمة مع القطع تخييراً لازمه لو كانت الضميمة لم يلزم القطع و هو ضرر على الشريك والمالك فلا يلزم ذكر الضميمة فى المقام بخلاف البيع فتأمل قال قده فى باب بيع الثمار ما هذا لفظه:

المقام الرابع - فى بيعها بعد الظهور وقبل بدو صلاحها والمشهور أنه لا يجوز الا أن يضم اليها ما يجوز بيعه أو بشرط القطع أو عامين فصاعداً ولو بيعت من دون أحد الشروط المذكورة ، فهل يكون جايزاً على كراهة ، أو يكون باطلا ، أو يراعى السلامة ؟ أقوال ثلاثة ، و بالاول - قال الشيخ فى كتابى الاخبار ، والشيخ المفيد وسلار و ابن ادريس و العلامة فى التذكرة ، و بالثانى قال فى النهاية والمبسوط والخلاف ، وادعى عليه الاجماع .

و به قال الصدوق ، و ابن الجنيد ، وأبو الصلاح ، و ابن حمزة ، وبالثالث قال سلار فى ظاهر كلامه ، واستدل القائلون بالتحريم الى رواية ابى بصير الثانية من روايتيه المتقدمتين ، ومارواه فى الكافى والفقيه ، عن الوشا فى الضعيف فى الاول والحسن فى الثانى « قال : سألت الرضا (عليه السلام) هل يجوز بيع النخل اذا حمل فقال : لايجوز بيعه حتى يزهو قلت : وما الزهو جعلت فداك ؟ قال : يحمر ويصفر وشبه ذلك » وما رواه فى الكافى والتهذيب عن على بن حمزة الى ان ساقه قال سألت اباعبدالله (عليه السلام) الى أن قال : « وسألته عن رجل اشترى بستانا فيه نخل ليس فيه غير بسر أخضر ؟ فقال : لاحتى يزهو ، قلت : و ما الزهو ؟ قال يتلون » و يدل عليه أيضا ما تقدم فى حديث المناهى المنقول عن الفقيه ، وما فى رواية قرب الاسناد . ثم قال :

و يعارض هذه الاخبار ما قد منا ذكره من الروايات الصحيحة الصريحة فى جواز البيع قبل الظهور بالكلية من غير شرط ، فبعده قبل بدو الصلاح بطريق أولى انتهى موضع الحاجة

اقول اولا ظاهر العبارات ان المسألة فى باب البيع محل خلاف كما عرفت وحملوه على الكراهة من دون شرط اصلا وعلى القياس لازمه الجواز فى المقام مطلقا وثانيا ان مسألتنا داخلة تحت القواعد فلا ربط له بالبيع حتى اشكل عليه بالقياس .

غاية الامر مع قطع النظر عن الموانع الموجبة للبطلان الجارية في كل مقام مثل كون الاجارة مع كون اجرته من مال الشريك فبطلانه ناش من نفس المقام وانما يصح لو كان اجرته من غير الحصة المشاعة بين الطرفين فلو رفع هذا المانع لما كان مانع آخر للبطلان فان شرط القطع لا ربط له بشرائط البيع او الاجارة فلا يكون الاخلال به موجبا للفساد بل ولا بالضميمة .

ولذا قد حكي عن كثير من الاعلام صحة البيع من دون الشرائط الثلاثة مع امكان ان يحمل الشرائط الثلاثة في بعض الموارد الى بعض الاشخاص وانه رأى الامام من حال السائل او من حال المشترى او الاجير انهما ليسا في طريق العمل بالاحكام فضاق عليهم الامر فاصل البيع والاجارة يحصل بالايجاب والقبول من دون توقفه على شرط آخر راجع ج ٢٤ ص ٢٥٠ .

وبالجملة شرط قطع الثمرة ليس مماله دخل في الصحة بوجه وانما يلاحظه به رعاية لحال البايع حتى لا يبقى الثمرة بحاله الى ماشاء .

وفي الجواهر بعد العبارة قال ماهذا لفظه: قيل: بناءاً على اعتبار ذلك في البيع الذى قد عرفت قوة جواز ذلك فيه ، بدون الشرط المزبور الذى يمكن ارادة الكناية به عن ملاحظتها نفسها حال العقد ، لا حال بدو صلاحها الآني مثلا ، والا فاشتراط القطع من حيث كونه اشتراطاً ، لا مدخلية له في ماليته على وجه يصلح كونه مبيعاً وأجرة ، فلا بأس حينئذ مع شرط القطع أو شرط البقاء مدة معلومة ، ولا يكون بذلك مبيعاً أو أجرة حال ادراكه الذى هو معدوم الان ، وانما يكون حالا طارياً على ملكه .

وبذلك يظهر أن مدرك الجواز ، الأصول والقواعد ، لا القياس على البيع الممنوع عندنا ، ولعله لذا لم يذكر المصنف الجواز ، مع الضميمة ، أو العامين كما ذكره في البيع ، فانه مع فرض المنع بدون اشتراط القطع الا مع الضميمة أو العامين يختص البيع بالجواز ، لدليله ، ولا يقاس عليه ماهنا مع احتماله بل جزم

به فى المسالك قال «وتركه المصنف اتكالا على ماظهر من ذكر الجواز بشرط القطع من اتحاد الحكم فى المقامين انتهى .

ولقد اجاد حيث صرح بقوله فاشتراط القطع الخ بانه لامدخلية له فى الصحة والبطلان والسقم ثم قال قده ان مدرك الجواز الخ صرح بان المدرك للجواز فى المقام هو القواعد الشرعية دون القياس على البيع حتى يشكل بان القياس باطل فالبيع يصح من دون شرط و الاخبار الناهية محمولة على الكراهة بل لو كان ملاك الاصحاب هو البيع اصح المقام ايضا بذلك المدرك اذليس المقام الامتحدا مع البيع فى المناط فاذا كان لشئين مناط واحد و كان المدرك الشرعية لاحدهما لصح اسراء المدرك الى الذى ليس له مدرك فى الحكم تدبر فيما ذكرنا وقدل على صحة البيع بعد ظهور الثمرة وقبل بدو الصلاح روايات مذكورة فى محله راجع ج ٢٤ ص ٢٥٠ .

و كيف كان فقدظهر ان الاختلاف هنا ليس مربوطا بالاختلاف فى البيع غاية الامر ان هناك روايات فى الصحة والمنع .

وقد عرفت ان تمام المناط للصحة فى المقام كون الاجرة من غير حصة شريكه او كانت من غيرها او لم يكن شريكا اصلا شرط القطع والضميمة اولا واشتراطهما لوازم كان فى البيع ولادليل على انسحابها فى المقام .

وقد اشار الى بعضها فى الجواهر وقد عرفت ايضا على الشركة مع العامل لايجوز الاجارة حتى مع الاذن، اذالاذن للاباحة والجواز فيما لايكون له دخل فى ذهاب مال الشريك والحصة المشتركة كيف يصح جعل مقدار منه للاجير ولومع اذن الشريك تأمل فيما ذكرنا لعله قدفاتنى ماهواهم فى ذلك وله دخل فى صحة كلماتهم والله العالم .

المسألة ﴿الثالثة : اذا قال : ساقيتك على هذا البستان بكذا ، على أن أساقيك على الآخر بكذا قيل :﴾ و القائل الشيخ فيما حكى عنه ﴿يبطل﴾ وفى الجواز

لأنه كالبيعين فى بيع ، ولعدم لزوم هذا الشرط الذى هو بمنزلة الوعد ، والفرض أنه سبب فى زيادة العوض أو نقصانه ، ولم يعرف مقدار ذلك فيتجهل ويبطل ، وكذا الكلام فى بعتك هذا العبد بكذا ، على أن تبيعنى عبدك بكذا . نعم لو ساقاه على الحديقتين صفقة صح ، وان اختلفت الحصة انتهى ولا يخفى ان مجرد رجوعه الى البيعين فى النتيجة لا يجعله البيعين بل هو شرط فى ضمن عقد وان كان يرجع الى ملكية العين او المنفعة ايضا واشد اشكالا قوله هذا الشرط الذى هو بمنزلة الوعد مع ان الوعد عبارة عن مجرد وعد وقول على شخص من دون عقد ومعاملة كاكثر ماوعد اهل الاحسان احسانا بشخص من دون اجر وعقد فى البين وفى المقام وقع شرط مساقاة هذا البستان بمساقاة بستان المقصود فالشرط فى ضمن عقد لازم وهو كقوله بعتك دارى على ان تبيعنى ثوبا اوفرسا اوان تخيط لى ثوبا ولباسا وادلة الشروط كلها جارية فى المقام بلا كلام .

﴿و﴾ لذا قال المصنف ﴿الجواز أشبه﴾ .

وفى الجواهر بأصول المذهب وقواعده ، ضرورة عدم كونه من ذلك المفسر بالبيع بثمنين الى أجلين مثلا ، أو على تقديرين ، وتناول «أوفوا بالعقود» التى منها المشتملة على الشرائط للمفروض ، مضافاً الى عموم «المؤمنون عند شروطهم» فيجب الوفاء انتهى .

قال فى الحدائق - قال الشيخ فى المبسوط : اذا قال : ساقيتك على هذا الحائط بالنصف على أن أساقيك على هذا الاخر بالثلث بطلت ، لانهما بيعان فى بيعة ، فانه مارضى أن يعطيه من هذا النصف الا أن يرضى منه بالثلث من الاخر وهكذا فى البيع اذا قال : بعتك عبدى هذا بألف على أن تبيعنى عبدك بخمس مأة فالكل باطل ، لان قوله : على أن تبيعنى عبدك بخمس مأة ، انما هو وعد من صاحب العبد بذلك ، وهو بالخيار بين الوفاء به وبين الترك ، فاذا لم يف به سقط و هذا مارضى أن يبيعه بألف الاان يشترى منه العبد بخمس مأة ، فقد نقصه من الثمن

لاجله ، فاذا بطل ذلك رددنا الى الثمن مانقصناه لاجله ، وذلك المردود مجهول ، والمجهول اذا أضيف الى معلوم كان الكل مجهولا ، فلهذا بطل .

ويفارق هذا اذا قال : ساقيتك على هذين الحائطين بالنصف من هذا ، والثلث من هذا ، حيث يصح ، لانه صفقة واحدة وعقد واحد ، وليس كذلك هيهنا لانهما صفقتان فى صفقة ، ألاترى أنه لو قال : بعتك دارى هذه بألف على أن تبيعنى عبدك بمأة بطل الكل ، ولو قال بعتك دارى هذه وعبدى هذا معا بألف ، الدار بستمأة والعبد بأربعمأة صح ، وكان الفصل بينهما مامضى ، انتهى .

ورده جملة ممن تأخر عنه كالمحقق والعلامة وغيرهما ممن تأخر عنهما بماسيأتى ذكره انتهى .

وفى الجواهر واضعف منه ما عن ابن الجنيد حيث قال «لااختارايقاع المساقاة صفقة واحدة على قطع متفرقة بعضها أشق عملا من بعض ، الا أن يعقد ذلك و يشترط فى العقد ، العقد على الاخرى » اذ هو كما ترى أيضاً لادليل عليه ، فالتحقيق الجواز فى الصورتين والله العالم .

المسألة ﴿الرابعة : لو كانت الأصول لاثنين﴾ مثلا ﴿ فقالا لواحد﴾ مثلا ﴿ساقيناك﴾ وفى الجواهر اضاف الى المتن فرع آخر بقوله على أن لك النصف مثلاصح ، وان لم يعلم نصيب كل واحد منهما ، لعدم مدخلية ذلك فى العلم بحصته وليس الاتعدد المالك ، و هو غير مانع كباقى الصور المتصورة فى المقام بالنسبة الى اتحاد المالك والعامل ، وتعددهما انتهى .

ولو قالاله : ﴿على أن لك من حصة فلان النصف ، و من حصة الآخر الثلث صح﴾ أيضاً و لكن ﴿ بشرط أن يكون عالماً بقدر نصيب كل واحد منهما ﴾ حينئذ ﴿ولو كان جاهلا بطلت المساقاة لتجهيل الحصة﴾ .

اقول قد عرفت ان بناء المزارعة والمساقاة على الجهل والغرر لعدم العلم باصل حصول والثمرة فالجهل بمقدار الحصة لايزيد على الجهل باصل الحصول ، فالجهل

والغرر فى البابين مغتفر .

والحاصل لوسلم العلم بحصة كل واحد بان علم لاحدهما صبرتان وللاخر صبرة واحدة فعلى بان المجموع ثلاثة ولكن لايعلم بان هذه الثلاثة كلها يثمر اولا فالعلم بالمقدار مساوق مع الجهل به و هو مغتفر معفو فى البابين فالظاهر لافرق بين الفرعين فى الجهل باصل حصتهما بل بعد الحصول يعلم الحصة بالخرص والتخمين القابل للزيادة والنقيصة ومع ذلك ظاهر النصوص هو الصحة .

المسألة﴿الخامسة : اذا هرب العامل﴾فى اثناء العمل ﴿لم تبطل المساقاة﴾ قطعاً لاصالة صحتها ، بل ظاهر الأصحاب هنا بقاؤها على اللزوم فليس للمالك الفسخ بمجرد ذلك ﴿لان بذل العمل عنه باذل ودفع اليه الحاكم من بيت المال ما يستأجر عنه﴾ولو على جهة القرض عليه ﴿فلا خيار﴾ للمالك لعدم الضرر عليه مع أصالة اللزوم كما فى الجواهر .

وفيه انه موجب للضرر قطعا بل لعل العامل رفع يده عنه فيكون هربه بمنزلة الموت سلمنا ولكن للمالك الخيار قطعا لانه لدفع الضرر المسلم فى البين بل شرع الضرر لامثال هذه المقامات حتى انسد طريق الضرر على الناس والرجوع الى الحاكم فى امثال ذلك بلادليل والالزم تمام هم الحاكم الى امثال تلك الامور و كذا دفعه الى المالك من بيت المال مع ان مصرفه الفقراء فربما كان المالك غنيا لزم من ماله الاستئجار فلا يحل له البيت المال وان كان قرضا يجب عليه رده فهو اشد افراد الضرر هذا مضافا الى صرف كثير من الاوقات الى ان يصلح ذلك فربما كان بلحاظ الطول قد فسدت الثمرة لاجل عدم وصول الماء اليها او عدم اصلاح الارض من قلع مالا يفيد وطم مايضر ونحو ذلك فلا يندفع طرق الضرر الا بالفسخ واختيار آخر لذلك

ولا يخفى ان المسألة مشكلة من جهات الاولى من حيث الانفساخ بعد الهرب وعدمه والثانية من حيث انه بناءاً على عدم الانفساخ هل يكون الخيار للمالك اولا، الثالثة من حيث انه اذا كان له انفسخ فسخ مطلقا او فى صورة عدم

الباذل اوعدم الرجوع الى الحاكم و غيرها مما سيأتى اما عدم الانفساخ فلولا كونها اجماعية لنقول فيها بالانفساخ لان قوامها بالعامل والمالك .

وقد فر العامل فانهدم احد ركنيها لان انعقاد العقد بينه وبين المالك وقد زال من يتعلق عليه العمل فان فراره ظاهر فى عدم رجوعه فهو بمنزلة الموت والجهة الثانية لو بنينا على عدم الانفساخ فهل يكون للمالك خيار ففسخه لانه ضرر قطعا عليه ولايندفع بما ذكروه كما سيأتى ولازمه ان له الخيار فاللازم نقل كلماتهم المحكية فيما راجع الى الفسخ و عدمه قال فى القواعد [و لو هرب العامل فان تبرع بالعمل عنه أحد أو بذل الحاكم الاجرة من بيت المال فلاخيار والا فللمالك الفسخ]

وفى مفتاح الكرامة بعده قال اتفقت كلمتهم على ان المساقاة لاتبطل بهرب العامل لان كلامهم مابين صريح فى ذلك وظاهر فيه كالصريح فمما صرح فيه بذلك المبسوط والشرائع والتذكرة والمسالك ومجمع البرهان و غيرها و مما ظاهره ذلك الكتاب وماكان على نحوه عملا بالاستصحاب كالاجارة والبيع ولانه لايملك فسخها بقوله ولامتناعه من العمل مع حضوره بل للمالك أن يطلبه و يجبره فكيف تنفسخ بنفسها مع هربه واتفقت كلماتهم أيضا على انه ليس للمالك فسخها بمجرد هربه .

وانما يثبت له ذلك اذا كان هربه قبل ظهور الثمرة ولم يوجد متبرع بالعمل أو المؤنة والحال أن لاحاكم حتى يرجع اليه حتى يطلبه ويجبره أو يأخذ من ماله أو يستأجر من بيت المال ولو قرضا عليه او يستقرض عليه من غيره أو يستأجر باجرة مؤجلة الى وقت ادراك الثمرة أو كان حاكم ولكن لايجد من يعمل أو كانت يده غير مبسوطة أو تعذر اثبات الحق عنده على اختلاف كلامهم فى هذه الشروط لكن هذا هو خلاصة ما فى التذكرة و جامع المقاصد والمسالك وستسمع مافى غيرها .

والمخالف في ما نحن فيه المصنف في التحرير و المقدس الاردبيلي فقد قال في الاول اذا هرب العامل فللمالك الفسخ والبقاء فينفق الحاكم من ماله ان لم يتبرع بالعمل أحد فان لم يجد فمن بيت المال قرضا فان لم يجد استأجر من يعمل بأجرة مؤخره الى الادراك فان تعذر استأذن الحاكم وانفق الى آخره (ثم قال) ايضا وهل للمالك الفسخ مع وجود المتبرع بالعمل فيه نظر انتهى فقد أثبت له الفسخ أولا من اول الامر ثم تأمل في ذلك مع وجود المتبرع فيكون جزمه أولا بالنسبة الى تكليفه رفع أمره الى الحاكم وما يلزمه .

وقال في الثاني الى آخر ما سيأتي من نقل عبارة الاردبيلي واظن ان المسألة بعد ثبوت الخيار له بالقطع دفعا لضرره لايحتاج الى شيء آخر من الرجوع الى الحاكم او الباذل له تبرعا او بالاجرة بل يستأجر آخر من غير اقامة شهود للاجارة بل اظن ان لايحتاج الى الرجوع الى العامل كي يلزم عليه الشهود وعدمه فانه بعد الهرب قد اعرض عن مفاد العقد ويلزم المالك اما يتكفل عمله بنفسه او يستأجر آخر وجعل العقد بينه وبين نفسه كما انعقد بينه وبين الهارب و قد زالت المسمى من الحصة بالهرب وبقي له اجرة المثل مما عمل قبل الهرب .

وكيف كان فاصل تشريع الخيار لدفع الضرر ومن المعلوم ان صبر المالك بعدم فرار العامل الى ان يوجد باذل او الرجوع الى الفقيه ضرر قطعا للمالك فربما لايوجد الباذل اولم يقبل الفقيه اولم يتمكن منه اولم يتمكن المالك من الوصول اليه بخلاف الفسخ فورا وتقبله الغير فيرتفع الضرر .

وكيف كان فقال المصنف وشارحه مازجاً للعبارة ماهذا لفظه ﴿وان تعذر ذلك﴾ اى الباذل اوالحاكم ﴿كان له الفسخ لتعذر العمل﴾ حينئذ عليه ، فينحصر دفع ضرره بذلك الفسخ انتهى .

بل قد عرفت جواز الفسخ حينئذ مطلقا تمكن من الحاكم اولا وجد الباذل اولا ﴿ولولم يفسخ وتعذر الوصول الى الحاكم كان له أن يشهد﴾ الشاهدان

العادلان على ﴿انه يستأجر عنه﴾ آخر بحيث يشهدان على ان المالك استأجر عن قبله آخر ﴿و﴾ اذا فعل ذلك ﴿يرجع عليه﴾ اى على الهارب فيما للاخر من الاجرة .

وفى الجواهر مازجاً للعبارة ما هذا لفظه لكونه كالحاكم فى الولاية عنه بالنسبة الى ذلك اذ «المؤمنون بعضهم أولياء بعض» لكن ﴿على تردد﴾ مماعرفت ومن الشك فى ثبوت الولاية له على الوجه المزبور فى هذا الحال انتهى .

ولايخفى ما فى ثبوت الولاية التى للحاكم على المؤمنين ولايظهر من الآيه ثبوت الولاية والاولوية للمالك ولو فى هذه الحالة خصوصا اذا كان فاسقا ولادليل على اثبات البينة للشهادة على ان المالك استأجر كى يرجع اليه .

مضافا الى ان الاشهاد والبينة للدعوى عند الحاكم والمنكر الهارب قد هرب والهارب لايرجع الى المدعى والا فلم يهرب من الاول و فراره ظاهر فى رفع يده عن الاجارة واوعصيانا فالمالك يفسخ العقد حتى لايكون ضررا عليه فيكون له الخيار مطلقا من دون لزوم المراجعة الى الحاكم فاذا لم يلزم لايلزم ان يشهد فليس على المالك حينئذ الّا اجرة المثل عما فعل قبل الهرب لسقوط الصحة بالعصيان لاالاستئجار عنه ولاان يفعل عنه باذل لانه اذا بذل باذل عمله عن الهارب لم ينفع بحاله ولم ينجر به ما ترك لان ذمة الهارب لم تكن مشغولة بالمالك حتى ينفع بحاله فعل المتبرع بل كان الواجب عليه ادامة الاجارة فعصى ولم يفعل وبقدرما فعل كان ذمة المالك مشغولا به .

غاية الامر اجرة المثل لاالحصة فلم يكن عليه دين حتى يفعل عنه متبرع كالصلاة على ميت اودين عليه ففعل عنه متبرع فيحصل براءة ذمة الميت عن الصلاة او الدين بخلاف المقام وان كان فعل المتبرع عن المالك عوضا عن فعل الهارب فكذلك لان عمله ان كان مجانا فكان معيناً ونصرة للمالك فله اجر وثواب ان كان المالك فقيرا والّا كان احسانا وعلى اى حال لايرتبط بالهارب لان ماخرج من كيس المالك

من اجارة الثانى كان باختياره لحصول ثمرته ويمكن ان لايفعل فلايكون مرتبطا حينئذ بالهارب .

و منه يعلم حال الحاكم مع عدم دليل على الرجوع به فان الحاكم ان ارسل شخص عن جانب الهارب الى ان يتم الثمرة فلاينفع بحال الهارب ولايرفع الواجب عنه بل يصدر عنه للمالك وان كان صرف له من بيت المال فلم يكن مصرفه المالك الغنيّ .

واما اقامة الشهود للشهادة فلا يجب عليه دليل ولم يكن الخصم حاضراً ولو حضر وصدق المالك ايضا باجارة الغير فقال فى جوابه لم يجب على شيء لك والبينة كانت لاثبات الدين ولم اكن مديونا لك غاية الامر عصيانى بالترك ولم افعل الباقى وانت آجرت آخر للاتمام وجعلت له حصتى ولم يحصل على عصيانى ضرر لك مع امكان اجير آخر لك فلا جواب للمالك له فلا ثمرة فى اشهاد المالك .

فقال المصنف ﴿ولو لم يشهد لم يرجع﴾ فلو كان الاشهاد واجبا لزم الرجوع مع امكانه وظاهر العبارة عدمه مطلقا و لو مع الامكان وانه لو لم يشهد لا يرجع فظاهره عدم وجوبه .

و كيف كان فقال الشارح الجواهر بعده وظاهر العبارة عدم الرجوع حتى لو صدقه العامل الخ وليس ذلك الا لعدم تأثير الشهود بحال المنكر شيئا حتى مع تصديقه بالاستئجار للغير اذ لم يفد الشهادة الا بثبوت اجارة المالك غيره والفرض ان المنكر قد صدقه بذلك لكنه كالحجر فى جنب الانسان لايفيد الشهود شيئا ولاادرى ما دعاهم الى ذلك الامور الواهية مع ان الفحص عن وجود الهارب . ربما يسرى الى مؤنة كثيرة و دراهم ازيد من ان يجعل المالك بدله آخر لاتمامه اما اجرة درهم واما من بقية حصة الهارب ولايحتاج الى الاشهاد و الى الحاكم والى الباذل المشكل كلا والمرجوع اليه لامور مهمة مثل القتل والسرقة والزنا المطلوب فيها الحكم الشرعى الجارى بيد الحاكم .

وفى الجواهر نعم قد يقال بذلك ، بناء ثبوت ولايته عنه فى ذلك فى الحال لما عرفت كما أنه قد يقال : أن مراد المصنف بالاشهاد الذى جزم بعد الرجوع مع عدم احضار عدول المؤمنين على ذلك ، لأن الولاية لهم مع عدم الحاكم ، بل قد ذكرنا فى غير المقام ، امكان ثبوت أمثال هذه الولايات التى هى من الحسب والاحسان لفساق المؤمنين مع تعذر العدول ، فلاحظ وتأمل انتهى .

فيه ان الولاية لعدول المؤمنين وان ثبت لولا الحاكم لكن لا بمثل هذه الولاية والمقصود اعانة المؤمنين مؤمنا ونجاته حتى الامكان من ايدى الظالمين ويفعلون له افعال الحسنة ونحو ذلك لان الولاية على الغير لنفع نفسه كما فى المقام وكيف كان فلا يستفاد من الادلة نحو هذه الولاية و ان كان ولاية عدول المؤمنين صحيح من باب الحسبة والاحسان وقوله كل معروف صدقة لكن المقام ليس من ذلك قال شيخنا المرتضى الانصارى فى متاجره عقيب عدم الولاية للفقيه ماهذا لفظه :

اعلم ان ما كان من قبيل ما ذكرنا فيه ولاية الفقيه و هو ماكان تصرفا مطلوب الوجود للشارع اذا كان الفقيه متعذر الوصول فالظاهر جواز توليته لآحاد المؤمنين لان المفروض كونه مطلوباً للشارع غير مضاف الى شخص واعتبار نظارة الفقيه فيه ساقط بفرض التعذر و كونه شرطا مطلقا له لا شرطا اختياريا مخالف لفرض العلم بكونه مطلوب الوجود مع تعذر الشرط لكونه من المعروف الذى امر باقامته فى الشريعة .

نعم لو احتمل كون مطلوبيته مختصة بالفقيه او الامام صح الرجوع فى اصالة عدم المشروعية كبعض مراتب النهى عن المنكر حيث ان اطلاقاته لا تعم ما اذا بلغ حد الحرج قال الشهيد ره فى قواعده يجوز للاحاد مع تعذر الحكام تولية احاد التصرفات الحكمية على الاصح كدفع ضرورة اليتيم لعموم وتعاونوا على البر والتقوى وقوله عليه السلام والله تعالى فى عون العبد ما كان العبد فى عون اخيه

وقوله كل معروف صدقة وهل يجوز اخذ الزكوات والاخماس من الممتنع وتفريقها فى اربابها وكذا بقية وظايف الحكام غير مايتعلق بالدعاوى .

فيه وجهان وجه الجواز ماذكرناولانه لومنع من ذلك لفاتت مصالح صرف تلك الاموال وهى مطلوبة لله تعالى .

وقال بعض متأخرى العامة لاشك ان القيام بهذه المصالح اهم من ترك تلك الاموال بايدى الظلمة يأكلونها بغير حقها ويصرفونها الى غير مستحقها فان توقع امام يصرف ذلك فى وجهه حفظ المتمكن تلك الاموال الى حين تمكنه من صرفها اليه وان يئس من ذلك كمافى هذا الزمان يعين صرفه على الفور فى مصادفه لما فى ابقائه من التعزير وحرمان مستحقيه من تعجيل اخذه مع مسيس حاجتهم اليه ولوظفر باموال مغصوبة حفظها لاربابها حتى يصل اليهم ومع اليأس يتصدق بها عنهم وعند العامة تصرف فى مصارف العامة انتهى .

والظاهر ان قوله فان توقع الى آخره من كلام الشهيد ره ولقداجاد فيماافاد الاانه لم يبين وجه عدم الجواز لعله وجهه ان مجرد كون هذه الامور من المعروف لاينافى اشتراطها بوجود الامام اونائبه كما فى قطع الدعاوى واقامة الحدود وكما فى التجارة بمال الصغير الذى له اب وجد فان كونها من المعروف لاينافى وكوله الى شخص خاص نعم لوفرض المعروف على وجه يستقل العقل بحسنه ايضامطلقا فحفظ اليتيم من الهلاك الذى يعلم رجحانه على مفسدة التصرف فى مال الغير بغير اذنه صح المباشرة بمقدار يندفع به الضرورة او فرض على وجه يفهم من دليله جواز تصديه لكل احد الا انه خرج بما لو تمكن من الحاكم حيث دلت الادلة على وجوب ارجاع الامور اليه .

وهذا كتجهيز الميت والا فمجرد كون التصرف معروفا لا ينهض فى تقييد ما دل على عدم ولاية احد على مال احد او نفسه و لهذا لا يلزم عقد الفضولى على المعقود له بمجرد كونه معروفا ومصلحة ولايفهم من ادلة المعروف ولاية الفضولى

على المعقود عليه لان المعروف هو التصرف فى المال او النفس على الوجه المأذون فيه من المالك او العقل او الشارع من غير جهة نفس ادلة المعروف وبالجملة تصرف غير الحاكم يحتاج الى نص عقلى او عموم شرعى او خصوص فى مورد جزئى فافهم انتهى وان لم يكن نص كذلك فلا يجوز له التصرف بوجه .

ثم انه فى الجواهر فرق بين العامل المعين وغير المعين ثم صدق اكثر ما قلناه فى المعين والظاهر ان مراده من غير المعين والمعين ان الاول الهارب والثانى من استجاره المالك ثانيا او الحاكم وحينئذ فغير المعين معناه ان الناس او التبرع او الحاكم لم يعينه بل المالك عينه للسقاية بخلاف المعين فانه عينه غير المالك من الحاكم ونفس المتبرع هذا على ما هو الظاهر من العبارة ولو قال هذا فى الهارب

واما العامل الغير الهارب لكان احسن فقال هذا كله فى العامل غير المعين اما هو فالمتجه ثبوت الخيار بمجرد تعذر مباشرته وان وجد المتبرع ، بل لو تبرع عنه متبرع لم يقع العمل له ، ولم يستحق بذلك الحصة وان قصد اتمام العمل عنه ، بخلاف غير المعين فان الظاهر كونه على حصته مع اتمام المتبرع وان لم يقصد العمل عنه ، لان عقد المساقاة ملكه الحصة مع حصول العمل منه أو من غيره ، كما لو استغنى بماء المطر عن السقى ، كما صرح بذلك فى جامع المقاصد انتهى .

ولا يخفى انه قده لو جعل ذلك الاحكام لغير المعين كان اولى وكيف كان فقوله كونه على حصته الخ كيف يكون على حصته مع ان العقد وقع بينه وبين المالك على اتمام عمله بنفسه والفرض عدمه .

و اعجب منه قوله مع اتمام المتبرع وان لم يقصد العمل عنه فانه اذا لم يقصد العمل عنه كيف يتم عمله لان المطلوب ليس مجرد اتمام العمل بل الاتمام بنحو خاص وهو عمل العامل الشريك له فى الحصة ولذا لو شرط المالك فى العقد ولو سقى اتفاقا بالمطر لما يجعل لك النصف بل اقل وهو دليل على ان المطلوب بنصف الحصة هو اتمام العامل عمله .

وايضا كيف يصح كونه يحسب عنه وان لم يقصد العمل عنه اذ حينئذ يدعى المالك اجرة ما بقى من عمله ولو كان قد حصل من غيره فكيف يقع عنه بدون القصد و كيف لايدعى المالك عنه مع ان المالك يدعى منه الاجرة الثانية مع الخسارات المترتبة على الفرار و كيف جواب الهارب لوظفر عليه بان العمل تم بفعل الغير وليس بناء المساقاة على اتمام العمل كيف ما اتفق ولذا قد مر التفاوت بين السقى بالناضح والسايح .

ولذا اشار الى المناقشة الواقعة على كلامه بقوله لكن قد يناقش فى الثانى بعدم استحقاقه الحصة التى هى عوض العمل منه أوعنه فأما اذا لم يكن منه ولاعنه لم يستحقها ، نحو من استأجر على عمل فاتفق حصوله من غيره لابقصد النيابة عنه واجاب عنه بمثل ما افاد .

وقدعرفت ما فيه بل قد عرفت عدم الفرق بين غير المعين والمعين فلايكون غير المعين على حصته ولايقع عنه عمل الغير وان قصد عنه تبرعا فضلا عما اذا كان لنفسه واسوء حالامن الكل قوله مع حصول الحصة منه اومن غيره اللهم الاان يريد بالغير غير الذى من متعلقات العامل كولده اواخيه اونحوهما لامنه اوالاجنبى الذى لاربط له بالعامل .

ثم قال لكن الانصاف مع ذلك كله عدم خلو الحكم عن اشكال ، باعتبار عدم ظهور الفرق بينه وبين من استوجر على عمل فاتفق حصوله من غيره ، كقلع الغرس فانقلع لنفسه ، و كالاستيجار على ازالة قمامة فاتفق اطارة الريح لها ، و نحو ذلك ، واحتمال الالتزام بالأجرة فيها صعب انتهى فالظاهر عدم الفرق بين القسمين فكما ان للمعين ثبوت الخيار بمجرد التعذر وجد غيره او الحاكم اولا فكذلك غير المعين الى الهارب قوله فان الظاهر كونه على حصة فيه كما عرفت ان حصته مشروط باتمام العمل ولم يتمه فلاتستحق الحصة نعم له اجرة المثل فيما عمل قبل الفرار والحاصل ما وقع عليه العقد لم يقع وما وقع لم يقع عليه العقد

ومنه ظهر ما فى كلامه قال :

اللهم الا أن يقال : ان وضع المساقاة والمزارعة ومشروعيتهما على ذلك ، فان المراد حصول الزرع والثمرة الصالحة كمّاً و كيفاً ، فمع احتياج ذلك الى العمل فعله العامل ، وان استغنى عنه بفعل الله أو بفعل الغير سقط عنه ، واستحق حصته بخلاف الاجارة ، فان المراد منها مقابلة العوض بالعمل منه أوانتهى فان قوله فمع احتياج ذلك الخ فانه لوسلم هو ففيما تم عمله بحيث لااحتياج الى العمل وهو خلاف الفرض فانه قدفرّ و الفرار فيما بقى من العمل شىء ولذا قالوا ما قالوا من الرجوع الى الحاكم ونحوه والمتبرع ونحوه ورجوع المالك اليه فيما دفع الى المستأجر الثانى لو ظفر به والاشهاد و غير ذلك فان الكل دليل على ان الهرب فى اثناء العمل وبقى المساقاة ناقصا والله العالم .

و كيف كان فلا ظن ان المسألة بنحو ما حرر من الاصحاب وفى الحدائق بعد بيان المسألة على نحو القوم قال ماهذا لفظه :

أقول : حيث كان الحكم المذكور غير منصوص لابالعموم ولا الخصوص فللمناقشة فيما ذكروه مجال ، وللقائل فيه مقال ، فانه يمكن أن يتطرق اليه الاحتمال بأن يقال : لو كان العقد يقتضى كون العمل من العامل خاصة أو أنه لايوجب العمل المشترط من غيره ، فينبغى جواز الفسخ للمالك ، للزوم الحرج والضرر لولم يجزله ذلك ، وان وجد باذل متبرع أوحاكم يعين من يقوم بالعمل فهو ظاهر بل يمكن القول بجواز الفسخ له مع الاطلاق أيضا ، خصوصاً مع عدم الباذل ، وما ذكره من التكلفات بالرجوع الى الحاكم وما أوجبوه على الحاكم كله منفى بالاصل .

ويؤيده أن حقه ثابت فى ذمة العامل ، فله أن لايقبل من غيره ، ولايجب عليه تحصيله من غيره وان أمكنه ، ولان الحصة انما جعلت له بشرط العمل فاذا امتنع عنه سقط حقه كما قالوا فى البيع من أن لاحد المتبايعين الامتناع من

حق الاخر على تقدير امتناع ذلك الاخر ، و كذا الاجارة انتهى وهو فى محله .

وفى الجواهر قال ولكن قد يقال : أنه مناف لما يستفاد منهم فى غير المقام كالخيار بعدم الوفاء بالشرط و كالخيار بتأخير الثمن و بالامتناع عن العمل و تسليم العين المستأجرة ونحو ذلك من ثبوت الخيار بمجرد حصول شىء من ذلك ، من غير مراجعة الى الحاكم ، بل ظاهرهم أنه متى حصل من أحد المتعاقدين بعقد لازم ما ينافى استحقاق الآخر عليه من حيث اللزوم ، شرع له الشارع الفسخ ، و كان العقد فى حقه جائزا دفعا لضرره بذلك ، لقاعدة « لاضرر ولاضرار » انتهى .

وما يقال قوى جداً ولعله من الاردبيلى ره قال على ما حكى عنه أنه يمكن أن يقال اذا كان العقد يقتضى كون العمل من العامل لاغير او بحيث لا يوجد المشترط من غيره ينبغى جواز الفسخ من المالك للزوم الحرج و الضرر لو لم نجوّز له ذلك وان وجد متبرع وحاكم يعين غيره ليعمل بدله بل مع الاطلاق والاتيان بالعمل المشترط أيضا خصوصا مع عدم الباذل وتعذر الحاكم بل مع الاحتياج الى اعلامه لان ذلك تكليف منفى بالاصل ولان حقه ثابت فى ذمته فله أن لا يقبل من غيره ولا يجب عليه تحصيله من غيره وان أمكنه ولان الحصة له بشرط العمل واذا ابى عنه أسقط هو حقه كما قالوه فى المتبايعين من أن لاحدهما الامتناع من تسليم حق الآخر على تقدير امتناع الآخر .

و كذلك الحال فى الاجارة ولان شرط العمل ليس باقل من الشروط فى العقود كلها فأنهم صرحوا بان فائدة الشرط فيها على تقدير عدم اتيان من شرط عليه به جواز الفسخ للآخر ولانهم جوزوا للبائع الخيار بعد الثلاثة قبل قبض المبيع وان جاء بعدها بالثمن ثم ان ما ذكروه من الشروط للفسخ و القيود فيما نحن فيه يجرى فى أكثر العقود مع انهم ما ذكروا مثل ذلك فى ذلك .

وقضية ذلك انه يجوز الفسخ فى البيع والاجارة وغيرهما من العقود التى تقبل الشروط على تقدير امتناع أحدهما فلو امتنع المشترى مثلا عن بذل الثمن جاز

للبائع الفسخ كما جازمثل ذلك فى الشرط انتهى وهوالمعتمد عندى حسب فهمى القاصروالله يعيننا مزال الاقدام .

المسألة ﴿ السادسة : اذا ادعى ﴾ المالك ﴿أن العامل خان أوسرق ، أو أتلف أوفرط فتلف﴾ أونحوذلك ﴿ و أنكر ﴾ العامل ﴿ فـ ﴾ـلا ريب فى أن ﴿القول قوله﴾ أى العامل ﴿مع يمينه﴾ لأنه منكر بموافقته للأصل الى ان قال:

وعلى كل حال فالقول قوله أيضاً فى عدمه ، للاصل ، وكان ظاهر المتن وغيره سماع الدعوى بذلك مع الجهل بالمقدار ، لعموم قوله عليه السلام «البينة على المدعى واليمين على من أنكر» .

لكن فى التذكرة « لم تسمع دعواه حتى يحررها ببيان المقدار » مع أن المحكى عنه فى باب القضاء سماع الدعوى المجهولة، انتهى وقد تقدم فى ج٥٠ فراجع

﴿و﴾ كيف كان فـ ﴿بتقدير ثبوت الخيانة﴾ بالبينة او بغيرها ﴿هل ترفع يده اويستأجر من يكون معه من اصل الثمرة الوجه﴾ المطابق لأصولنا ﴿ان يده لاترفع عن حصته من الربح﴾ اى الثمرة لعموم «تسلّط الناس على اموالها» ﴿و﴾ لكن ﴿للمالك رفع يده عماعداه﴾ وكأنه بهذه العبارة جمع بين كليهما ثبوت الرفع وعدمه وذلك لعدم صحة رفع يده عن حصته لانه من ماله وهو خلاف ومن ان حصته حيث كانت مشتركة بينه وبين حصة المالك ولازمه التصرف فى الكل فلا جرم جمعه بان تبقى يده على حصته مع جعل المالك امينا عليه حتى لا يمكن له الخيانة

وفى الجواهر بعد قول المصنف قال ظاهر المصنف احتمال الاول ولعله لأن اثبات يده على حصته ، يستدعى اثباتها على حصة المالك التى له دفع يده عنها .

وفيه : منع توقفه على ذلك ، لامكان وضع المالك اميناً لحفظ مايرجع اليه معه . الا انى لم اجده قولا لأحد من اصحابنا ، بل ولاغيرهم .

نعم عن المزنى يستأجر عليه من يعمل معه ، وفى موضع آخر يضم اليه امين يشرف عليه وهوالمحكى عن مالك ، وفى الاسعاد شرح الارشاد للشافعية يلزمه

الحاكم بأجرة مشرف يراقبه ولا تزال يده ، لأنه مستحق للعمل ، ويمكن استيفاؤه منه بهذا الطريق ، فتعين جمعا بين الحقين انتهى .

وفى الحدائق بعد بيان المسألة كما فى المتن وجعل الكلام فى مواضع ثلاثة وتكلم فى الاولى قال ما هذا لفظه :

وثانيها ما ذكره من الوجه الجامع بين عدم رفع يده بالكلية ، وبين تصرفه فى الجميع ، كالحال الاولى فانه جيد ، ومرجعه الى تصرفه فى حصته خاصة ، ولكن لما كانت الحصة شايعة ومشتركة والتصرف فيها مستلزم للتصرف فى مال المالك ، فانه يضم اليها المالك اميناً من جهته ، وكان الوجه فى رفع يده بالكلية ، هو ما ذكرنا من ان اثبات يده على حصة يستدعى اثباتها على حصة المالك من حيث الاشتراك ، وعدم التمييز ، واثبات يده على حصة المالك غير جائز ، بل الواجب رفع يده عنها ، ولا يتم ذلك الا برفع يده عن حصته ، ومالا يتم الواجب الا به فهو واجب ، فيجب عليه رفع يده عن حصته من باب مقدمة الواجب .

وردمع ظهور مخالفته للقواعد الشرعية و« ان الناس مسلطون على اموالهم » - بأن اللازم منه ترجيح احد الحقين بلا مرجح ، وانه يمكن دفع ذلك بضم المالك للعامل اميناً من جهته انتهى .

﴿و﴾ حينئذ فـ ﴿لو ضم﴾ اى ﴿المالك اليه اميناً﴾ لحفظ ما يرجع اليه ﴿كانت اجرته على المالك خاصة﴾ وفى الجواهر قال كما فى القواعد والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك ، لرجوع مصلحته اليه انتهى وهو كذلك و لا يتوهم كون اجرة الامين على العامل لان حفظ الجميع على عهدته .

ومنه بعد الخيانة جعل الامين وذلك لان اجرة الامين ليس من عمل المساقاة فكان على المالك .

وكيف كان فلو لم يحصل المحافظة ولو مع الامين فلا جرم يرفع يده من الثمرة حتى يكون جميعها للمالك فعليه اجرة المثل عما عمل العامل قبل الخيانة

وذلك لان على المالك حفظ ماله وحصته والفرض انه لايمكن حينئذ حتى مع جعل الامين فلا جرم يرفع يد الخائن بدفع اجرة المثل كما عرفت فى الهارب وفى الجواهر بعد ذلك ما هذا لفظه .

لكن قد يناقش بما فى جامع المقاصد من ان الحق الثابت لشخص اذا كان لايتم الا باسقاط حق شخص آخر وازالة يده عن ملكه ، فلا دليل على سقوط ذلك وازالة يده وبعدم تعذر العمل منه لان مجرد الخيانة غير كاف فى ذلك ، بل لو جوزنا رفع يده عن الجميع بسببها امكن ان يقال : ان التعذر حينئذ بسبب المالك فلا يجب على العامل شىء ، ولذا قال فى جامع المقاصد : للتوقف فى الموضعين مجال ، وهو فى محله انتهى .

قوله مجرد الخيانة غير كاف الخ ولا يخفى ان الخيانة اشد المعائب ومصيبة عظمى للمتصف بها فكيف تكون غير كاف فلو كان صاحب الحق خائناً بحيث لا يمكن للاخر وثوق بكونه معه مع تلك الحالة لامناص الامن تقدم حقه بل قوة الخيانة فى الخبائة اقوى سبب لطرده وتأخر حقه بل لزم طرده عن الانسانية كما طرده الشارع المقدس و ليست بحيث تقع فى مقام الترجيح بينها و بين غيرها فى مقام العذر والتعذر من جانب العامل الخائن و لولا خيانته لم يضيق الطرق على المالك فلا مورد للتوقف فى تقديم حق المالك او حق العامل بعد ثبوت كونه خائنا .

ومنه يعلم ما فى الجواهر من جعل ذلك فى محله فحق الخائن ان يبطل بالخيانة و قد سقط عن الشراكة و ليس له الا اجرة المثل عما فعل قبل الخيانة ولا يصلحه جعل الامين معه لامكان الخيانة مع الامين ايضاً .

المسألة ﴿السابعة: اذا ساقاه على اصول﴾ جاهلا بحالها ﴿فبانت﴾ بأحدى الطرق الشرعية انها ﴿مستحقة﴾ للغير ويعلم بذلك من ساقاه ﴿بطلت المساقاة﴾ مع عدم اجازة المالك ، ﴿و﴾ لاريب فى ان ﴿الثمرة للمستحق﴾ لأنها نماء ملكه ، ولم يحصل ما يقتضى نقلها عنه كما فى الجواهر ﴿وللعامل الاجرة على

المساقى﴾ الذى هو غارٌ له ، بدفع عوض لم يسلم له عن عمله ﴿لا على المستحق﴾ الذى هو المالك للارض فالثمرة له بتمامها من دون اجرة عليه اصل و اجرة العامل على المساقى فانه سبب لاقدام العامل على السقى والمحافظة .

لكن الظاهر انه فيما لم يعلم العامل بالحال واما لو يعلم بان الارض مستحقة للغير لم يرجع الى المساقى لعدم غروره حينئذ فالغرور يصدق مع جهله لكن يمكن ان يقال ان الضمان لا يقيد بالعلم والجهل بل بمجرد وقوع اليد عليه يجب عليه الرد بعد العلم .

ثم ان الكلام فى صحة الفضولى الغاصب مع اجازة المالك كما فسر البطلان بعدم الاجازة فلازمه الصحة معها وهو مشكل فان المسلم من الصحة فى غير الغاصب واما فيه فلا وجه للصحة مع الاجارة لعدم وقوع البيع للمالك بخلاف غير الغاصب فانه باع او اشترى او ساقاه للمالك والقول بان الفضولى مالك ايضا ادعاء فانه جعل نفسه مالكا ادعاء بانى مالك كما ترى حيث ان نفس الادعاء لا يجعل الشيىء شيئا واقعيا ولا ينقلب الشىء عما هو عليه راجع ج٢١ ص٣٢٢ .

وفى الحدائق ماهذا لفظه لا خلاف فى أنه لو ظهرت الاصول المساقى عليها مستحقة للغير ، بطلت المساقاة كما صرحوا به ، الا أنه يجب تقييده بناء على قولهم بصحة العقد الفضولى بعدم اجازة المالك ، لان الغاصب عندهم ـ داخل فى الفضولى كما قدمنا نقله عنهم فى كتاب البيع .

بل صرح به فى المسالك هنا أيضا (فقال : ان المساقى الغاصب ـ لا يقصر عن كونه فضولياً ، فينبغى تقييده بما اذا لم يجز المالك المساقاة ، ثم اعترض على نفسه ، فقال : لا يقال : ان مثل ذلك لا يتصور فيه اجازة المساقاة مع وقوع العمل له بغير عوض ، فكيف ترضى بدفع العوض ، وهو الحصة مع ثبوتها له مجاناً ، ثم أجاب بأن هذا الاستبعاد انما يتم لو كان الظهور بعد تمام العمل والمسئلة مفروضة فى ما هو أعم ، فيمكن أن يبقى من العمل ما يؤثر المستحق منه دفع الحصة فى

مقابلة الباقى ، لان الاغراض لاتنضبط ، انتهى وهو جيد لوقلنا بصحة الفضولى.

ثم انه مع الحكم ببطلان المساقاة فان الثمرة تكون لمستحق الاصل لانها نماء ملكه ، ولم يحصل الانتقال منه لافى الكل ولافى البعض ، وللعامل الاجرة على من ساقاه ، لانه استعمله بعوض لم يسلم له ، فيجب عليه دفع أجرة المثل كما تقدم ذكره من ان كل موضع تبطل المساقاة فالواجب اجرة المثل، ويجىء على القول الآخر اقل الامرين كما تقدم ايضا .

هذا كله مع جهل العامل كما هو مقتضى عنوان المسئلة وسياق الكلام انتهى .

قدعرفت الكلام فيما اذا كان العامل جاهلا واما مع علمه بالغصب فلا رجوع له بالمساقى لعدم صدق الغرور حينئذ وكيف كان فلو بقيت الثمرة بحالها ردت الى المالك ﴿و لو اقتسماها الثمرة و تلفت كان للمالك الرجوع على الغاصب بدرك الجميع﴾ لانه كان غاصبا للارض وان غصبه العين موجب لتسلط العامل الجاهل على الثمرة فاخذ حصة كليهما من الغاصب ﴿ويرجع الغاصب على العامل بما حصل له﴾ اى للعامل من حصته الزعمية لعدم استحقاقه اياها لان الحصة من النصف و غيره كلها للمالك والفرض نصفه عند العامل فاذا اخذا لكل من الغاصب فهو يرجع فى نصف العامل اليه وبالجملة المالك اخذ حصة العامل ايضا من الغاصب فعلى العامل ضمان حصته للغاصب .

وفى الجواهر بعد قوله بما حصل له قال من الحصة التى بان عدم استحقاقه اياها فهو ضامن لها لمستحقها العموم من اتلف والفرض ان يده عليها كانت يد ضمان لانها عوض العمل انتهى اى يد العامل يد ضمان لايد مجان فان الثمرة بلغت بكمالها بيده لابيد الغاصب وتلفت عنده فيجرى فيه قاعدة من اتلف مال الغير فهو له ضامن فالغاصب وان كان سببا لوقوع الثمرة عصيانا لكن التلف بيد العامل فهو ضامن له والفرض ان المالك اخذه من الغاصب فالغاصب دفع ماعلى العامل ايضا بالمالك ولذا رجع عليه بالحصة التى وقعت له .

ولذا قال المصنف و شارحه الجواهر ايضا ﴿ز للعامل على الغاصب اجرة عمله﴾ كما عرفت لاانهايد مجان بغرور من الغاصب فهو فى الحقيقة الضامن لها لان التلف قد كان فى يده ، وان جاز للمالك مطالبة الغاصب بالاداء عنه بسبب غصبه وليس هو فى ذمته اذلا وجه بشغل ذمتين بمال واحد ولو على البدل فمع فرض دفع العوض عنهاله صارت له ، لعدم ملك المالك العوض و المعوض ، وعدم استحقاق لها» قوله وليس هو فى ذمته اى ليس حق المالك وماله فى ذمة الغاصب بل فى ذمة العامل اذ لا معنى لشغل ذمتين بمال واحد فان المال واحد وهو مال مالك ولايتعلق بذمة العامل والغاصب فاذا اخذه من الغاصب فلاحق بعده بالغاصب وانما الحق للغاصب على العامل ولذا رجع الغاصب اليه بماغرم للمالك وهويرجع الى الغاصب باجرة المثل من عمله .

وبالجملة الضامن للمالك هو العامل لان المال تلف عنده فاذا اخذ المالك من الغاصب رجع الغاصب الى العامل فى حصته حيث لايصح للمالك الرجوع الى العامل ايضا بعد اخذ ماله من الغاصب لعدم ملكه العوض و المعوض فاذا اخذ العوض فليس له المعوض التالف بل على العامل هو حق الغاصب ثم قال قده:

«و ليس هو من التبرع بوفاء الدين ، كى تبرء ذمة العامل ، و لايستحق الغاصب الرجوع عليه ، بل هو من التكليف الشرعى للغاصب بالأداء عن العامل مع مطالبة المالك ، وذلك يقوم مقام الاذن ممن عليه الحق بالأداء .

قوله وليس هو الخ اى ليس الغاصب بدفعه المال الى المالك هوالمتبرع عن العامل كى يبرء ذمته فلايرجع الى العامل بل رد الغاصب الى المالك حسب تكليف الشرعى له بالاداء لاجل غصبه فله الرجوع الى العامل بالحصة التى اتلفه من سهمه على زعمه و كان فى الحقيقة من المالك .

ثم قال قده و كيف كان فلايخفى أن ذلك كله مقيد بما اذا لم يبق الغاصب ظاهراً مقراً على دعوى الملكية ، والا لم يكن له الرجوع على العامل ، مؤاخذة

له باقراره واعترافه بكونه مظلوما بأخذ المالك منه ذلك والمظلوم لا يظلم غيره» الخ محصله لو اقر بكونه مالكا معناه ان الحصة بيني وبينك ومن اخذ مني درك الجميع لم يكن مالكا و بادعاء المالكية اخذ منا الجميع فلا يصح مع اقراره الرجوع على العامل فان حصته وقعت في يد ظالم باسم المالك فلم يصح للمقر الرجوع الى العامل الذى اخذ حصته ايضا لان المقر لم يكن سبباً لتلفه فالعامل لزم رجوعه الى الآخذ بدعوى المالكية ثم قال «كما أن رجوع العامل بالاجرة مقيد بنحو ذلك ، والا لم يصح له الرجوع بعد اعترافه بخطأ البينة ، وان الغاصب ظاهراً هو المالك ، فهو حينئذ مالك للحصة وان ظلم وأخذت منه ، لكن لا يظلم غيره لما عرفت ، و لو اختلفا في ذلك جرى على كل منهما حكم أقراره وأخذ به ، ولا يلتزم به الاخر كما هو معلوم من القواعد الشرعية وعلى كل حال فقد بان لك الوجه في أن للمالك الرجوع على الغاصب ﴿أو يرجع على كل واحد منهما بما حصل له﴾ من الثمرة التي قد تلفت في يده لحصول سبب الضمان من كل منهما ، ولا رجوع لأحدهما على الاخر في ذلك الا للعامل بالأجرة مع جهله .

﴿وقيل : له﴾ أيضاً ﴿الرجوع على العامل بالجميع ان شاء لان يده عادية﴾ و «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» ولكن يرجع هو حينئذ على الغاصب بما حصل له كما في الجواهر .

﴿والاول﴾ أي الاقتصار على الرجوع على الغاصب أو على كل منهما بحصته ﴿أشبه﴾ باصول المذهب و قواعده عند المصنف ﴿الا بتقدير أن يكون العامل عالما به﴾ وفي الجواهر ايضا قال ولكن لا يخفى عليك ما فيه ، ضرورة عدم مدخلية الجهل والعلم في صدق ثبوت اليد وعدمه ، اذ العامل من حيث كونه عاملا ان لم يكن له يد على الثمرة وانما هو مراع لها و نائب عن المساقي ، فهو كذلك مع علمه أيضاً ، والا كان ذايد في الحالين .

ثم استظهر صحة الثانى و هو اختيار المالك فى الرجوع على كل منهما فقال والظاهر الثانى ، خصوصاً مع كون بعض أعماله كالتلقيح والتركيس ونحوهما متعلقاً بها ، و لكن هذه اليد لاترفع يد المساقى الغاصب أيضاً ، و لذا كان له الرجوع على كل منهما بالجميع و بما حصل له كما هو واضح بأدنى تأمل ، فالثانى هو الاشبه ، لاالأول ، من غير فرق بين تلفها بالاقتسام أو بآفة أو بغير هما لان المسألة من توارد اليد على العين المغصوبة انتهى .

والاظهر هو الرجوع الى الغاصب فانه مأخوذ باشق الاحوال و هو يرجع الى العامل والمسألة غير خال عن الاشكال ونحو ذلك ذهب فى المسالك حيث ان اكثر تفسير الجواهر بنحو المسالك و عباراته كعبارته قال فيه بعد قوله و لو اقتسما الثمرة الى قوله بتقدير ان يكون العامل عالما به ما هذا لفظه اذا ظهر استحقاق الاصول بعدظهور الثمرة فلايخلو اما ان تكون باقية اوتالفة الى ان قال ومع تلفها فان كان بعد القسمة و تلف كل حصة فى يد المستولى عليها تخير المالك فى الرجوع على كل منهما بالجميع اوالبعض لان كلامنهما ضامن لجميع الثمرة بوضع يده عليها فان رجع على الغاصب بالجميع كان للغاصب الرجوع على العامل بنصف الثمرة التى استهلكت لانه لم يملكها العامل لفساد العقد ظاهراً و قد اخذه المالك عوضها من الغاصب فكانت حقاً له لخروجها عن ملك المالك باخذ عوضها من الغاصب فلايجمع بين العوض و المعوض وللعامل على الغاصب الاجرة هذا اذا لم يصرح الغاصب بكونه مالكا و الّا لم يكن له الرجوع على العامل بشىء لاستلزام دعواه انه لاحق له على العامل لانه اخذ الحصة باستحقاق و المدعى ظلمه باخذ العوض منه فلايرجع على غير ظالمه و كذلك ثبوت اجرة المثل للعامل مقيد بما اذا لم يصرح بملكية المساقى فانه يستلزم دعوى كون المدعى مبطلا والبينة غير صادقة وانه لاحق له الاالحصة انتهى موضع الحاجة .

و كيف كان فالغاصب مأخوذ باشق الاحوال فالاول هو اشبه والله العالم .

المسألة ﴿ الثامنة : ليس للعامل ﴾ غير المعين من جانب الناس بل المعين من جانب المالك ﴿ أن يساقى غيره ﴾ وفى الجواهر بخلاف المزارعة والاجارة لالما أطنب فيه فى المسالك تبعاً للمحقق الثانى مما لاحاصل له ، اومخالف للضوابط الشرعية ، بل ﴿ لان المساقاة ﴾ على خلاف القواعد . باعتبار الغرر والجهالة والثابت من الادلة انها ﴿ انما تصح على أصل مملوك ﴾ عيناً اووكالة أو ولاية ﴿ للمساقى ﴾ دون ما عداه ، اذ ليس فى شىء من نصوصها اطلاق يرجع اليه ، « واوفوا بالعقود » و « الا ان تكون تجارة عن تراض » لايصلح لاثبات مشروعية مثل ذلك ، ولافرق فيما ذكرنا بين حالى ظهور الثمرة وعدمه الخ .

وما ذكره المصنف وشارحه الجواهر هو مقتضى ظهور مساقاة المالك مع العامل فلايجوز له التجاوز عن مفاد العقد الواقع بين المالك ونفس العامل الى الغير الا ان يجعل له المالك ذلك او شرط له العامل ذلك وقبل المالك عنه كما حكى عن ابن الجنيد والاسكافى ايضاً فى الجملة ، قال : « لوشارك المساقى غيره جاز اذا لم يكن شرط عليه ان يتولى العمل بنفسه ، وكان شريكاً للمساقى بجزء من حصته لا بجزء من الأصل اذا عملا جميعاً ، فان تفرد المساقى الثانى بالعمل كله ، ولم يكن رب المال جعل الى المساقى ان يساقى غيره ولا فوض ذلك اليه ، لم يكن لمساقى الاول ان يأخذ جزء من الغلة وكان له اجرة مثله ، فان عمل فيها جاز » وظاهر عبارة الاسكافى جواز المشاركة مع الاطلاق وقد عرفت انه مع الاطلاق ظاهر فى المباشرة بنفسه الا اذا كانت الشركة بامر المالك وحينئذ لا اشكال فى الصحة للغير لكن لابمثل ما افيد من ان الاول وكيل .

وفى الحدائق ماهذا لفظه ـ قالوا : ليس للعامل ان يساقى غيره اما اذا شرط فى متن العقد العمل على العامل بنفسه فظاهر الوجوب الوفاء بالشرط وبطلان المشروط بالاخلال بالشرط واما مع الاطلاق بان يكون العمل فى الذمة فانهم عللوا المنع بأن المساقاة انما تصح على اصل مملوك للمساقى والعامل لايملك الاصول وانما يملك الحصة من

الثمرة بعد ظهورها ، كما تقدم فى تعريفها ، وظهر من احكامها .

وتوضيحه ان فى المساقاة تسليطاً على اصول الغير ، وعملها والناس يختلفون فى ذلك اختلافا زايداً. فليس لمن رضى المالك بعمله وامانته ان يولى من لم يرضه المالك لذلك ، وهذا بخلاف المزارعة كما تقدم ذكره فى المطلب الاول من انها لما كانت من العقود اللازمة الموجبة لنقل المنفعة الى العامل بالحصة المعينة كان للعامل نقلها الى غيره ، لعموم « الناس مسلطون على اموالهم » ولايتوقف ذلك على اذن المالك ، اذ لاحق له فى المنفعة .

نعم تسليم الارض يتوقف على اذنه الا ان هذا انما يتم فيما اذا كان البذر من العامل ، اما لو كان من صاحب الارض فالاصل ان لايتسلط عليه الامالكه ، او من اذن له وهو الزارع

وظاهر المحقق الاردبيلى جواز مساقات الغير هنا ، لعموم الادلة ، وعدم المانع اذافهم الاذن من المالك ، فانه لافرق بينها وبين المزارعة .

ويظهر من المسالك الجواز فيما لوظهرت الثمرة ، وبقى بسببها عمل يحصل بسببه الزيادة فيها ، فان المساقات حينئذ جائزة ، والعامل يصير شريكاً ، الى آخر كلامه انتهى كلامه .

وهو صريح فى ان اطلاق المساقاه يقتضى المباشرة بنفسه الّا اذا صرح المالك بالاذن ثم انه فى الجواهر نقل قول ابن البراج ثم بعده قال :

« ولكن فى المختلف بعد أن حكم ماسمعت عن ابنى الجنيد والبراج قال « و التحقيق أن المالك ان أذن للاول فى مساقاة الثانى صحت ، وكان الاول كالوكيل لاحصة له فى النماء ، وان لم يأذن فالثمرة للمالك ، وعليه أجرة المثل للثانى ، ولاشىء للاول » وفيه انه مع الاذن لازمه المشاركة لاالوكالة وله الحصة حسب شرط الاول له وان لم يأذن للثانى معناه كان الاول هو العامل فالثمرة بينه و بين المالك حسب شرط الاول معه فليس له اجرة المثل لانه لايسمى بينهما

اصلا بل الشرط الواقع بينه وبين الاول نصفا اوغيرها ثم قال : « لكن فى جامع المقاصد بعد أن ذكر الوجه فى عدم جواز المساقاة للمساقى والفرق بينها وبين المزارعة قال : وهذا اذا لم يأذن المالك ، فاذا أذن للعامل فى المساقاة صح وكان الثانى هو العامل ، والاول وكيل عن المالك» انتهى .

ولايخفى مافى كلامهما من ان الاول وكيل عن المالك خصوصا مافى كلام المختلف من انه كان الاول كالوكيل لاحصة له فى النماء بل كان ذلك بالنظر عجيب فانه اذا اذن للعامل فى المساقاة معناه كون السقاية معاً فكان اذنه فى ذلك معناه كان شريكاله فى العمل والثمرة ومعناه ايضا حصته من حصة العامل الاول من غير ربط بحصة المالك بان يكون من نصف العامل الاول نصفها اوثلثها للثانى .

وما ابعد ما بينه و بين كون الاول كالوكيل لاحصة له فى النماء مع ان الفرض ان المالك اذن له فى ذلك فكان المالك جعل من اول الامر عاملين يعملان معاً واى ربط بكون الاول كالوكيل وبانه لاحصة له فى النماء .

وايضاقول جامع المقاصد وكان الثانى هو العامل والاول وكيل عن المالك فاسد بلا كلام وليس الاول وكيلا ولامعنى لمحرومية عن الحصة والوكالة تتوقف على انعقاد الصيغة بين المالك وبين الاول مع ان الصيغة هى صيغة المساقاة وهى فى مقابل الوكالة ولايصير الاول وكيلا بلاجهة ولا كلام فى كون اجازة المالك للاول هو المعاونة بالثانى فى المساقاة ولذا رد عليه فى الجواهر بقوله وفيه ما لايخفى بعد لزوم عقد المساقاة للاول الذى لايصلح مع ذلك للنيابة عنه فيما أوجبه عليه نفسه عقد المساقاة انتهى فان الواقع بينه وبين الاول .

هو عقد المساقاة ولايصلح للنيابة بدون الاذن ولكن قد عرفت صحتها مع الاذن ومعناه التشريك فى العمل والحصة فى سهم الاول .

والحاصل لايصح القول بعدم قبول المساقاة النيابة وانما لاتصح هذه بدون الاذن وامامع الاذن عن المالك فى العقد بالشرط فلا كلام فى الصحة لعموم المؤمنون عند شروطهم ومع الاذن كان معناه كون السقاية وساير الاعمال على عهدة كليهما والحصة على حسب جعل الاول للثانى من حصة نفسه لاحصة المالك فالنصف الذى كان للمالك بحاله و ينقص من نصف الاول حسب جعله للثانى و الله العالم .

المسألة﴿التاسعة : خراج الارض﴾ .مغروسة وغير مغروسة ﴿على المالك﴾ وفى الجواهر قال للغرس الكائن فيها بسبب انتفاعه بها فى ذلك ، وحق المسلمين فيها ، وان ضرب على الشجر الذى فيها ، فانما هو بواسطتها والعامل انما يستحق الحصة بواسطة عمله ، فلا اشكال حينئذ فى أن الخراج على المالك انتهى .

وفى المسالك بعد قوله خراج الارض على المالك اه قال الخراج فى الارض الخراجية كالمفتوحة عنوة يكون على الارض مع خلوها عن الشجر وعلى الشجر المغروس فيها بواسطة الارض لان حق المسلمين انما هو فى الارض لافى الشجر ولذلك اطلق المصنف نسبة الخراج الى الارض وان كان قد يوضع على الشجر وانما كان على المالك لانه بسبب غرسه فيها الا ان يشترط على العامل اوعليهما فيجب حسب ماشرط لكن يشترط علمهما بقدره ليصح اشتراء فى العقد اللازم لئلا يتجهل العوض . لوزاد السلطان بعد ذلك فهو على المالك لاعلى حكم ماشرط وقد تقدم مثله فى المزارعة انتهى .

ولا يخفى ان اريد بالارض اراضى الخراجية فلا يكون لها تعلق بالمالك المعين وان اريد بها غير الخراجية فلا وجه لذكر الخراجية .

ثم ان خراج الاراضى المفتوحة عنوة وان كانت على الارض بدون الشجر وعلى الشجر المغروس فيها بواسطة الارض لكنك قد عرفت منى مكررا الاشكال فى الاراضى المفتوحة عنوة مع عمل الساكنين فيها اذ ظاهر الاخبار هى لمن

كان اويكون الى يوم القيامة ولكل حق الانتفاع بها سكونة وغيرها و هو كيف يجمع مع تلك الازمنة التى كانت باجمعها مشغولة للساكنين وهل يكون الساكنين فيها دارا او قرية او ضيعة او مدرسة رفع اليد عما اشتغلوا بمجرد من جاء عندهم بعد السكونة وقرارهم فيها وسلموها بالمدعى الجديد الى يوم القيامة اولا والاول كما ترى من فعلهم مع ان مقتضى الاخبار حتى لمن لم يوجد فعلا والثانى كيف يكون لهم الى يوم القيامة و القول بان عدم رفع اليد لاجل بنائهم لازمة عدم كون الاراضى لمن كان الى يوم القيامة لان البناء حيلة لعدم وصول حق الغير اليها وهو لايجوز مع التعبير بانها للكل الى يوم القيامة بل اللازم فى مثل هذه التعبيرات فى الاخبار هو قيد ان خلت الاراضى عن بناء الساكنين وتمام الكلام فى محله .

﴿الا ان يشترط على العامل او بينهما﴾ فيجب حينئذ على حسب الشرط لعموم المؤمنون عند شروطهم .

المسألة ﴿العاشرة : الفائدة تملك﴾ بين العامل ورب الاصول ﴿بالظهور﴾ و فى الجواهر بلاخلاف اجده فيه ، بل فى التذكرة نسبته الى علمائنا ، بل فى المسالك الاجماع على عدم تأخر ملك العامل الى بلوغ الثمرة وادراكها .

قلت : فليس حينئذ الا الملك بينهما بالظهور ، مضافاً الى ان ذلك هومقتضى تبعية النماء فى الملك ، والمشروع من عقد المساقاة المقتضى لملك العامل الحصة وملك رب الاصول العمل عليه ، فما عن بعض العامة - من عدم ملك العامل الا بالقسمة قياساً على عامل القراض - واضح الفساد حتى فى المقيس عليه عندنا ، كما تقدم فى محله ، مع وضوح الفرق بينهما ، بأن الربح هناك وقاية لرأس المال ، فلاربح حينئذ الا بعد وصول رأس المال الى المالك بخلاف الثمرة هنا انتهى قد مر فى المضاربة ص ١٠٣ فراجع.

والغرض من هذه المسألة هو اثبات ضعف ماعن السيد بن زهرة رض حيث

ان الاتفاق واقع من الاصحاب بحصول الملكية للعامل بظهور الثمرة فى المساقاة فتجب الزكاة حينئذ خلافا لابن زهرة حيث قال لايملك الا من كان له البذر والا فلايتعلق الزكاة بالاجرة فان ما كان للعامل من الحصة هى اجرة وتوجيه كلامه انه فى حال الظهور لم يملك العامل حتى تجب عليه الزكاة واظن ان مقصوده انه فى هذه الحالة لم تجب فاذا تصرف فى حال الظهور بالبيع او الهبة او التلف تصرف اوتلف فى حال عدم تحقق الملك فلازكاة عليه فى حال الظهور وفى حال بدوالصلاح لم يبق بحاله كى تجب الزكاة.

ولايخفى انه لوكان مراده ذلك لما ينبغى لابن ادريس هذا التشنيع والملامة عليه ولوكان لزم التعبير عنه بنحو حسن لابمثل هذا التشنيع و التوهين ﴿و﴾ كيف كان فـ﴿تجب الزكاة فيها على كل واحد منهما اذا بلغ نصيبه نصاباً﴾.

وفى الجواهر كما هو المشهور، لتحقق سبب الوجوب و هو النماء على ملكهما مع فرض بلوغ النصاب، خلافاً لابن زهرة هنا، وفى المزارعة فاوجبها على مالك البذر والاصول خاصة، لانه نماء ملكه، وما يأخذه الزارع والمساقى كالاجرة عن عمله، قال: «ولاخلاف فى ان الاجرة لاتجب فيها الزكاة وكذاان كان البذر للمزارع لان ما يأخذه مالك الارض كالاجرة عن ارضه، فان كان البذر منهما فالزكاة على كل واحد منهما اذا بلغ مقدار سهمه النصاب».

وبالغ ابن ادريس فى التشنيع عليه، وقال الى آخر عبارته الآتية

وكيف كان فدليله المنقول عنه هو كون الزكاة على مالك البذر والثمرة اجرة ولايتعلق الزكاة بالاجرة وهو قابل للتوجيه وعلى اى حال لاينبغى التشنيع عليه بهذه الشدة حتى ينفتح باب التشنيع على العلماء العاملين بل للكل دليل على حكمه وليس حق التوهين والتشنيع على احد بغيره وانما وظيفة من لايتم عنده هو رده فى كتابه بنحو احسن كما قال الله تعالى وجادلهم بالتى هى احسن ايصح الوهن على من قال فى حقه العلماء ورثة الانبياء مع ان كليهما جليل القدر

و كيف كان ففى القواعد قال [فان بلغ حصة كل منهما نصابا وجب عليه الزكوة و الافعلى من بلغ نصيبه] و فى مفتاح الكرامة بعده قال ما هذا لفظه تفريع هذا على ان العامل يملك الحصة بالظهور فى غاية الظهور وقد صرح بذلك فى الخلاف والمبسوط والسرائر والشرائع والتذكرة والتحرير واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والرياض وقد حكينا ذلك فى باب الزكوة عن جملة من كتب المتأخرين .

وفى (السرائر) فى المقام ان هذا مذهب أصحابنا بلاخلاف بينهم وهو المشهور بين الاصحاب كما فى جامع المقاصد والمسالك والكفاية والمخالف أبو المكارم فى الغنية فانه قال بعدم وجوب الزكوة على العامل فى المساقاة والمزارعة لانها كالاجرة من عمله .

قال ولاخلاف فى ان الاجرة لاتجب فيها الزكوة والمصنف فى المختلف قال انه ليس بذلك البعيد من الصواب ولعله اراد ان ذلك محتمل وغير مقطوع ببطلانه اذ لعله يقول ان استحقاقه وتملكه انما يكون بعد بدو الصلاح فى الثمرة وانعقاد الحب فى الغلة وتعلق الزكوة بهما فلا ينبغى التشنيع عليه بما اطال به فى السرائر مكرراً له وهذا المقنع والمقنعة و المراسم و الكافى و النهاية و المهذب و فقه الروانديى والوسيلة ليست صريحة ولاظاهرة فى شىء من ذلك أصلا .

وان امكن تجشم ظهور ذلك لمن اراده وليس للمساقاة ذكر فى الانتصار وهذه كتب اصحابنا التى نفى الخلاف عنهم فى السرائر والشهيد فى البيان استبعد ان يكون ابن زهرة ممن يذهب الى عدم استحقاق العامل الا بعد بدو الصلاح و ما زاد على الاستبعاد نعم يشهد للسرائر عبارتا الخلاف و المبسوط لكنه فى الخلاف لم يستدل عليه بالاجماع .

وانما قال دليلنا انه اذا كانت الثمرة ملكا لهما وجبت الزكوة عليهما فاتى باذا ولو كان اجماعياً ماتركه فلابن زهرة ان يقول لاتكون ملكالهما الااذا

بدا صلاحها لانها في تلك الحال يصح ان يعامل عليها وتكون اجرة ونحوها على انه في السرائر بعد ما قال انه مذهب اصحابنا بلاخلاف ما استنهض على ذلك الا كلام الخلاف اذ ليس عنده غيره .

و اما من ادعى الاجماع او ظهر منه ذلك او نفى الخلاف فلعله عول على الظاهر على صاحب السرائر فانه أطال واكثر المقال وسد باب التتبع واما أخبار الباب فهى خمسة اخبار ثلاثة منها ليعقوب بن شعيب و فيها فلما بلغت الثمرة فلما ادركت الثمرة بعث عبدالله بن رواحة فقوّم عليهم فخرص عليهم فليتأمل فى دلالتها وليس هذا منا اختيار لذلك وانما أردنا بيان الحال وقد تقدمت هذه المسئلة فى باب الزكوة وقد ذكرنا هناك ماناقشوه به فلابد من مراجعته انتهى .

قوله فلابن زهرة ان يقول لايكون ملكا لها الا اذا بدا صلاحها لانها فى تلك الحال يصح ان يعامل عليها وتكون اجرة وحاصله ان ظهور الثمرة لايوجب الملكية الابعد بدوّ الصلاح فقبله لايكون ملكا وقبل الملك يجوز ان يعامل عليها ولايخفى انه لابن زهرة يكون هذا الجواب ويكون نظير الاستطاعة اذا كان مانعا لحصولها قبل الوجوب بمعنى فعل ما يمنع عن الوجوب فى زمانه فالثمرة على مذهبه لايوجب الملكية ومايوجب الملكية هو بدوّ الصلاح فقبل بدوّ الصلاح اذا تصرف فيه كان تصرفا قبل الوجوب .

فلا يرد عليه حينئذ الا كون الظهور موجبا للملك اجماعيا وغايته له ان يمنع الاجماع فلا اعتراض على مذهبه حينئذ الا ان يقال اذا ظهر الثمرة يجب حفظه الى آن بدوّ صلاحها ويمكن ان يقوله ايضا فى جوابه حفظها الى موضع بدوّ الصلاح يحسب من مؤنة وجوبها والزكاة بعد المؤنة فلا يتعلق بها ولكن العمدة كون الظهور موجبا للوجوب عند الاصحاب قوله فلما بلغت الثمرة فلما ادركت الثمرة فى خبر يعقوب بن شعيب يمكن ان يقال ظاهر فى بدوّ الصلاح فانه زمان البلوغ والدرك لامجرد الظهور .

وكيف كان فالمسألة اتفاقية لكن لابن زهرة مفرّ في المقال والجواب وليس قوله بنحو يوجب هذا التشنيع عليه نعم اشكاله عدم تعلق الزكاة بالاجرة مع ان الحصة ليست اجرة اوّلا وتتعلق بها الزكاة ثانياً اذ هي من الاموال المستفادة للانسان فلو كانت زكوته تتعلق بها قطعاً

وكيف كان فالتشنيع بمثله في غير محله وقد اتى ايضا في الحدائق بعبارات اسهل وانا اكتفي بنقل عباراته تسهيلا لفهم الاكثر فقال قده بما هذا لفظه لاخلاف بينهم في أن الفائدة تملك بالظهور ، وأسنده في التذكرة الى علمائنا ، مؤذنا بدعوى الاجماع عليه ، وفي المسالك لانعلم فيه خلافاً ، والخلاف فيه من بعض العامة ، حيث جعل ملك العمل موقوفا على القسمة .

والوجه في القول المشهور - زيادة على الاجماع المذكور - أن العقد قد اقتضى كون الثمرة بينهما ، لاشتراط ذلك فيه ، وصحة العقد والشرط تقتضي ثبوت مقتضاهما كغيره من الشروط الصحيحة ، فمتى تحققت وظهرت دخلت في ملكهما ويتفرع على ذلك وجوب الزكاة على من بلغ نصيبه منها نصاب الزكاة ، لتحقق شرط وجوب الزكاة وهو ملك الثمرة قبل تحقق الوجوب ونموها في ملكه.

ونقل الخلاف هنا عن السيد بن زهرة ، فانه أوجب الزكاة على من كان منه البذر ، مستنداً الى أن الحصة كالاجرة ، قال - على ما نقله عنه في المختلف لازكاة على العامل ، لانه أخذ حصته أجرة

أقول : وبذلك قال أيضاً في المزارعة ، حيث قال : كل من كان البذر منه وجبت الزكاة عليه دون الاخر ، لان ما يأخذه كالاجرة .

وقال ابن ادريس في كتاب المزارعة من كتاب السرائر : فأما الزكاة فان بلغ نصيب كل واحد منهم مايجب فيه الزكاة وجب عليه لانه شريك مالك سواء كان البذر منه أو لم يكن ، وليس ما يأخذه المزارع الذي منه العمل دون البذر أجرة ، ولا كالاجرة

وقال بعض أصحابنا المتأخرين في تصنيف له : كل من كان البذر منه وجب عليه الزكاة ، ولاتجب الزكاة على من لايكون البذر منه ، قال: لان ما يأخذه كالاجرة ، والقائل بهذا القول العلوى أبو المكارم بن زهرة الحلبى ، شاهدته ورايته و كاتبته و كاتبنى ، وعرفته ماذكره في تصنيفه من الخطأ ، فاعتذره بأعذار غير واضحة وأبان بها أنه ثقل الرد عليه ، ولعمرى ان الحق ثقيل كله ومن جملة معاذيره ومعارضاته لى في جوابه أن المزارع مثل الغاصب للحب اذا زرعه فان الزكاة تجب على رب الحب دون الغاصب وهذا من أقبح المعارضات وأعجب الشبهات .

وانما كانت مشورتى عليه أن يطالع تصنيفه و ينظر فى المسئلة ويغيرها قبل موته ، لئلا يستدرك عليه مستدرك بعد موته ، فيكون هو المستدرك على نفسه فعلت ذلك فى علم الله شفقة وسترة عليه و نصيحة له ، لان هذا خلاف مذهب اهل البيت (عليهم السلام) ، و شيخنا (رحمة الله عليه) قد حقق المسئلة فى مواضع عدة (عديدة) من كتبه وقال : الثمرة والزرع نماء على ملكهما ، فيجب على كل واحد منهما الزكاة اذا بلغ نصيبه مقدار ما يجب فيه ذلك

وانما السيد أبو المكارم نظر الى ما ذكره شيخنا من مذهب أبى حنيفة فى مبسوطه ، فظن أنه مذهبنا ، فنقله فى كتابه على غير بصيرة و لاتحقيق ، وعرفته أن ذلك مذهب أبى حنيفة ذكره شيخنا أبو جعفر فى مبسوطه ، لما شرح احكام المزارعة ، ثم عقب بمذهبنا واومأت الى المواضع التى حققها شيخنا فى كتاب القراض وغيره فما رجع وما غيرها فى كتبه ، ومات (رحمه الله) و هو على ماقاله نسئل الله له بالغفران وحشره مع آبائه فى الجنان ، انتهى . كلامه .

وقال العلامة فى المختلف بعد نقل ملخص هذا الكلام عن ابن ادريس : وقول ابن ادريس وان كان جيداً مستفاداً من الشيخ ابى جعفر الا ان قول ابن زهرة ليس بذلك البعد من الصواب .

أقول : الظاهر أن الحامل لشيخنا العلامة (رحمة الله عليه) لنفى البعد عن

هذا القول انما هو التحامل على ابن ادريس ، و الا فهو فى البعد من الصواب أظهر من أن يخفى على سائر ذوى الالباب قال شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك بعد نقل القول المذكور ونعم ما قال ـ : وضعفه ظاهر ، لان الحصة قد ملكت هنا بعقد المعاوضة ، فى وقت يصلح لتعلق الزكاة بها ، لابطريق الاجرة ، ثم لوسلّم كونها كالاجرة فمطلق الاجرة لاتمنع من وجوب الزكاة ، بل اذا تعلق الملك بها بعد الوجوب ، اذلو استأجره بزرع قبل بدوّ صلاحه ، أوآجره المالك الارض بالزرع كذلك ، لوجبت الزكاة على مالك الاجرة كما لواشترى الزرع كذلك .

نعم لو كان يذهب الى أن الحصة لايملكها من لابذر له بالظهور ، بل بعد بدوّ صلاحها ونحوه أمكن ترتب الحكم عليه ، لكنه خلاف اجماع الاصحاب ، ومع ذلك لايتم تعليله بالاجرة ، بل بتأخر ملكه عن الوجوب ، ثم نقل كلام ابن ادريس ، وأنه كاتبه الى حلب ، ونبّه على فساد قوله ولم يقبل ، وأنه مات على ماقاله ، ثم نقل كلام العلامة فى المختلف ، وأن هذا القول ليس بذلك البعد من الصواب ، ثم قال : وهوخلاف الظاهر . والظاهر أن الحامل له على ذلك كثرة تشنيع ابن ادريس عليه ، انتهى .

و فى الجواهر ما نصّه و فى جامع المقاصد بعد أن حكى ما سمعته من المختلف قال : «و هو أعلم بما قال ، والظاهر عندنا أنه لا وجه له أصلا الا على القول بأن استحقاقه و تملكه أنما يكون بعد بدو الصلاح و تعلق الزكاة و هذا خلاف ما نقله المصنف عن علمائنا ، فكيف يكون خلافه قريباً من الصواب » و لعله يريدأن ذلك محتمل وغير مقطوع ببطلانه ،فلا يأتى على ناقله كل ما ذكره ابن ادريس من التشنيع »

ثم انه قد اتى بعده بامور غير تامّة لاثبات صحة قول ابن زهرة فقال قلت : لعل ابن زهرة لحظ عدم الوجوب فى الاجرة عن العمل باعتبار عدم استحقاق

تسلمها الا بعد تمام العمل والزكاة يعتبر فيها التمكن من التصرف فى المال المملوك ، أوأنه لحظ وجوبها بعد المؤنة والفرض كون العمل فى مقابلها ، فهو حينئذ مؤنة انتهى وهو كما ترى

ثم بعد التكلم فى جهات الاصلاح قال ايضا بما هولفظه ايضا نعم لولم نقل باستثناء المؤن أتجه وجوب الزكاة عليه ، كما فى المسالك قال : «لان انتقالها عن ملكه حصل بعد تعلق الوجوب ، كما تجب الزكاة على البايع لوباع الثمرة بعد بدو الصلاح ، لكن قد يشكل بالفرق بينهما بالخروج عن ملكه قهراً مجانا فى الاول ، بخلاف الثانى على أن تمامية الملك معتبرة فى الزكاة وهى هنا منتفية بتعلق حق العامل المانع له عن التصرف ، و أن لم نقل بملكه انتهى كلامه و كلام غيره

وملخص النزاع بناءاً على قول ابن زهرة ان الزكاة لمن كان له البذر مالكا كان او عاملا ومن لم يكن له البذر لم يجب عليه الزكاة فان الحصة لكل واحد من المالك والعامل اجرة عملهما ولايتعلق الزكاة بالاجرة .

وفيه ان لازمه اولا لو كان البذر للعامل لاتجب الزكاة على المالك لان حصته اجرة فلاتجب على الاجرة زكاة وهو كما ترى لايقال الاجرة لايتعلق بالمالك بل بالذى يعمل له فانه يقال الاجرة حينئذ اجرة ارضه سواء كان مالكا اولا .

وثانيا ان الحصة لايكون اجرة لهما بل كانت سهم الشراكة بينهما فيكون بظهور الثمرة مالكالها وداخلا فى ملكهما فيتعلق عليهما الزكاة لو كان سهم كل واحد منهما بقدر النصاب .

والظاهر ان ذلك غير قابل للتوجيه واحتمال ان مقصود ابن زهرة عدم الملك بالظهور بل ببدو الصلاح ففى حال الظهور ليست ملكا فيجوز التصرف فيه لعدم كونها واجبة وفى حال الملكية لم تبق بحالها فاسد جداً بعد كون المسألة

اتفاقية بين الاصحاب وان الملكية بالظهور لاغير فتجب الزكاة قطعا وليست وجوب الزكاة دائراً مدار مالكية البذر ولاكون الحصة اجرة عملهما بل الحصة انما تعلقت باحدهما بالشرط الواقع بينهما نصفا او ثلثا او ربعا او خمسا وغير ذلك .

مع امكان ان يقال ولو كان البذر قبل الشرط لواحد منهما لكن اذا شرط المالك البذر للاخر في حال العقد النصف او الثلث من الحصة قد خرج النصف او الثلث عن ملكه وصار ملكا للاخر فالبذر لايهما كان فبمجرد الجعل صار ملكا لهما وكان نصفه للمالك ونصفه للعامل اذ نصف الثمرة كان لنصف البذر وثلثها كان لثلث البذر فالشرط وان كان شرطا للحصة لكنه يرجع الى نصف البذر فتأمل فانه دقيق .

ومعنى نصفه لك مرجعه الى نصف البذر لك فاشتراط الحصة مستلزم للتمليك ضمناً ولو لم يكن كلامهما فيه لكن مرجع جعل الحصة الى التمليك الفرضي ضمناً كما في قوله اعتق عبدك عني .

فان البداهة حاكمة بان نصف الثمرة لنصف البذر وثلثه لثلثه وقل ما يتفق التخلف فالبذر لايهما كان اولا لكن صار بينهما بعد الشرط فكان البذر لهما ضمنا فالثمرة لهما قهرا فيكون قوله النصف لي بمنزلة قوله ان نصف البذر لي وهكذا

ولو سلم عدم صحة ما ذكرنا فالثمرة ليست دائرة مدار البذر بل دائرة مدار الشرط فلايهما كان البذر فالشرط يجعل نصف الثمرة للمالك ونصفه للعامل لوحصلت وتحققت فالثمرة ليست اجرة بل كانت سهم الشركة الواقعة بينهما ولو سلم كونها اجرة فاي دليل على عدم الزكاة في الاجرة فان الزكاة قد تعلقت بالملك وللملك اسباب متعددة.

فتارة كان الملك حاصلا من التكسب واخرى من اجرة عمله وثالثة من اجارة املاكه ورابعة من هبة واهب وخامسة من وجدان كنز وسادسة من ارث مورثه .

وهكذا فالمعيار حصول مال حلال له باي سبب كان كما يكون هو معيار

الاستطاعة فلو كان اجرته نفس مايتعلق به الزكاة وكان بقدر النصاب قد تعلقت بها فالقول بعدم تعلقها بالاجرة كما ترى بعد كونها مالا سلمنا عدم التعلق بالاجرة لكنه ليس ذلك مطلقا بل انما لاتتعلق اذا تتلف الثمرة او بيعت او صلحت قبل تعلق الوجوب .

واما لو تصرف فيها فى وقت الوجوب فلا كلام فى التعلق ووقت الوجوب حال الظهور لاحال بدو الصلاح فلا يحتاج حينئذ الى التوجيه بان مراده يمكن كون هذه الاجرة ملكيته ببدو الصلاح لا بالظهور ونحو ذلك مما افاد فى الجواهر وغيره لاصلاح ماافاد فان للمشهور بل المجمعين رده بان الظهور موجب للملك لابدو الصلاح .

فقد ظهر فساد ماافاد ابن زهرة قده وغرض العلامة بقوله وكلام ابن زهرة غير بعيد عن الصواب هو اعتراض ماعلى ابن ادريس بنحو مثل هذه العبارة وتشنيعه المتقدم منه على مثل ابن زهرة وان كان كلام ابن زهرة بعيداً عن الصواب لكن امثال تلك الامورات والاستدلالات الضعيفة الواهية لكثير من الاصحاب ومع ذلك لاينبغى تنبيههم بمثل ذلك بل يبقى كلامهم بحاله فى كتبه حتى ينظر اليه من بعده ويتفكروا فى صحته وسقمه .

واستنبطوا بعده الى ماهو الحق فى نظرهم فلو كان بنظرهم غير الحق ردوه بنحو ان ما افاد ابن زهرة مثلا فى غير محله لابنحو التوهين حتى فى ذهنى فى بعض عبارات شيخنا المرتضى لو كان فتواه الاخير على خلاف فتواه السابق لايمحو السابق بل كان يبقى بحاله حتى تنظر الناظر فى كليهما وتتفكر فيهما حتى رجح ما هو الراجح منهما فى نظره فكيف امره بالمحو بمثل هذه الشدة فان ما افاده وان كان فاسدا لكن فساده ليس اول قارورة كسرت فى الاسلام وليس يليقاً بالتشنيع المذكور كيف وقد يرد على المستشكل ماهو اعظم من ذلك من عدم حجية الاخبار الاحاد مع ان حجيتها اجماعى ولازم ذلك القاء جميع ماورد

عن اهل بيت العصمة والطهارة وقل فيها مايكون محفوفا بالقرائن القطعية وليس مصيبة بمثل هذه المصيبة العظمى باهل البيت فباى جرءة يقال ليست الاخبار الاحاد بحجة مع ان جميع الاحكام الشرعية مستندها اخبار الاحاد وحجيتها بناء العقلاء بالعمل بقول الثقة وهو قده قال فى نصيحته بابن زهرة بان هذا خلاف مذهب اهل البيت عليهم السلام ولم يتوجه بان مذهبه مساوق لذهاب اكثر ماصدر عن اهل البيت ولزم القاء ماضبط فى الكتب الاربعة جعل الله صاحبيها فى اعلا علليين واصل جنات النعيم

وقد اتعبوا انفاسهم الشريفة فى جمع هذه الاخبار المتشتتة فى البلاد البعيدة وما كانت ثابتة فى صدور رجال متفرقة وكان جمعها وضبطها اصعب من خرط القتاد بمراتب عديدة ولولا ذلك لانسد باب الاستنباط على جميع العلماء فعوض التشكر عنهم والدعاء لهم قيل بان الاخبار الاحاد ليست بحجة .

وفى مقابله طائفة من الاخباريين القائلين بان جميع اخبار الكتب الاربعة بحجة وكلاهما بعيدان عن الصواب كيف مع ان الحجية ببناء العقلاء فانهم بمجرد خبر يسمعون من سامع ولو من النسوان او الصبيان لم يحملوه على الكذب بل وقفوا عليه اجمالا حتى يسمعوا من مقام اعلى عمن يسمعون عنه فضلا عما اذا سمعوا عن العدول بل الموثقين باقوالهم ويشهد بذلك قوله عز من قائل ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا فلم يجب علينا سوى التبين الحاصل بادنى توجه فى حال المخبر وعدم ثبوت كذب عنه ونحو ذلك ولذا كان بناء جميع الفقهاء على العمل بالاخبار الاحاد وكانت حجة عندهم بلا كلام .

وظاهر الآية هو ان التبين لخبر الفاسق لا العادل فلا يحتاج الى التبين فيجب العمل على طبق اخبار الاحاد غايته ترك ماثبت عدم حجيتها لا الحكم بانها آحاد غير حجة وليس لكل حكم خبر محفوف بالقرائن القطعية فلا جرم اما لزم عدم الحكم فى مورد لم يكن دليل قطعى واما التمسك بغيرها من الاصول العملية مع انه مادام خبر على المسألة لايجوز طرحه والتمسك بشىء آخر لان الشارع المقدس

انما يريد استنباط الاحكام من طريق الذى جعله نفسه طريقا لنا لا من طريق آخر ولو اصاب ايضا لكنه ليس بمطلوب الا اذا استخرج الحكم من الطريق المأمور به وليس الا الاخبار الصادرة عن الائمة .

ولذا قال ﷺ انى تارك فيكم الثقلين كتاب الله وعترتى والمراد بالعترة قولهم واخبارهم فلا يصح لمن ادعى العلم ان يترك الاخبار الواردة عنهم عليهم السلام ولعمرى ان القول بعدم الحجية اعظم باهل بيت العصمة من قول ابن زهرة فى مسألة واحدة .

والعجب انه قال ابن ادريس لابن زهرة هذا خلاف مذهب اهل البيت والغرض من تطويل الكلام هو الاشارة بان موارد مزال الاقدام كثير للجميع ولا ينجوا منها الا من جعلهم الله بريئا من الرجس وطهرهم من الاوهام كما قال عز من قائل انما يريد الله ليذهب عنكم الرجس اهل البيت ويطهركم تطهيراً جعلنا الله وامثالنا محفوظاً من مزال الاقدام .

﴿تتمة اذا دفع أرضاً الى رجل ليغرسها على ان الغرس بينهما كانت المغارسة باطلة﴾ عندنا وفى الجواهر لأن الاصل الفساد ، وما عساه يظهر من بعض النصوص محمول على وقوع ذلك بعقد صلح او اجارة جامعة للشرائط ، لا على مشروعية هذا العقد على نحو عقد المزارعة ، فان الاجماع بقسميه على بطلانه انتهى وهو فى محله .

وقال المصنف وشارحه مازجا لكلامه ﴿و﴾ حينئذ فـ ﴿الغرس لصاحبه﴾ لعدم حصول ما اقتضى نقله عنه ﴿و لصاحب الأرض ازالته﴾ بعد بطلان المعاملة « فان الناس مسلطون على اموالهم » ﴿وله الاجرة﴾ عوضاً عما مضى من منفعة الارض ﴿لفوات ما حصل﴾ له ﴿ الاذن بسببه﴾ من الشركة فى الغرس باعتبار فساد المعاملة ، والفرض عدم دفعه الارض مجاناً .

﴿و﴾ لكن ﴿عليه أرش النقصان ﴾ الحاصل على الغرس ﴿بـ﴾ سبب

﴿القلع﴾ و ان استحق له فان استحقاقه لايرفع ضمانه لما يحصل بفعله ، بعد ان لم يكن الغارس ظالماً ، كى لايكون لعرقه حق ، وانما أقصاه فساد المعاملة التى وقع التراضى منهما بها انتهى شرحا ومتناً .

و حاصل ما افاداه انه اذا كانت المساقاة باطلا كانت الاشجار المغروسة كلها لمالكها الا ان لمالك الارض قلعها واخذ اجرة مافات من فوائد الارض لكن عليه ارش النقصان الحاصل بسبب القلع بان يلحظ قيمة كون الشجر قائما لاباقيا بحاله وبين كونه مقلوعا فلو كانت قيمته قائما عشرة دراهم ومقلوعا خمسة دراهم لزم دفع خمسة دراهم بالعامل .

ويمكن ان يقال ان قيامه حيث كان بلاوجه شرعى لوقوعه فى ارض الغير فلايلحظ الفرق بل يدفع قيمة حال النصب اى مقلوعا ويمكن دفعه بان النصب باذن مالك الارض فكان الفرق بحاله فدفع الارض الى العامل باختياره ليغرس فيها فالضرر على العامل ناش من حيث جهل مالك الارض فلابد له من ارش بين القلع والنصب نعم لو غرسه الغاصب فى ارض المالك كان للمالك قلعها بدون الارش مع اخذ نقصان الارض بالطم .

﴿و﴾ على كل حال فـ ﴿لو دفع﴾ مالك الارض ﴿القيمة﴾ للغارس ﴿ليكون الغرس له ، لم يجبر الغارس﴾ بل بقى على كونه مختارا ان شاء اخذ قيمة الاشجار من مالك الارض فكان له جميعها وان شاء لم يؤخذ وقلعها بتمامها مع دفع قيمة نقصان الوارد على الارض و ذلك لان الناس مسلطون على اموالهم والعامل مسلط على اشجاره .

﴿و كذا لو دفع الغارس الاجرة لم يجبر صاحب الارض على التبقية﴾ لما عرفت أيضا وقاعدة الضرر لكون بقائها فى الارض ضررا على مالك الارض سواء عين مدة البقاء اولاوهو واضح الحمد لله اولاً وآخراً وصلى الله على محمد وآله الطاهرين

﴿كتاب الوديعة﴾

وفى الجواهر قال واحدة الودايع قال الكسائى على مافى الصحاح : يقال او دعته مالاى دفعته اليه يكون وديعة عنده وأودعته أيضا : اذا دفع اليك مالا يكون وديعة عندك ، فقبلتها ، وهو من الاضداد انتهى لاستعمالها فى جعل الوديعة عنده وفى جعلها عند الغير وهى استنابة فى حفظ المال و لااشكال فى حفظ مال المؤمن والمسلم ووجوب ردّه الى صاحبه بالادلة الاربعة اما العقل فواضح لكون الرد من المستقلات العقلية وعدمه من القبائح العقلية .

واما الاجماع فهو من الاصحاب ايضا واما السنة فهو بحد التواتر الموجب للقطع بالنسبة الى المؤمن والمخالف .

وانما الكلام فيمن حل ماله ودمه كالكافر الحربى المنكر لله او الرسول اومن بحكمه ممن لايلتزمون بالجزية و اداء ما عهدوا على ردّه والروايات فى حقهم مختلفة كما سيأتى فى محله .

وظاهر بعض الاخبار هو العموم ووجوب الرد وظاهر بعضها العدم وسيأتى تمامه وتحقيق الكلام فى محله .

و كيف كان فمن الكتاب قوله تعالى « ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها » وقال تعالى «فليؤدى الذين اؤتمن امانته وليتق الله ربه» وقوله تعالى والذين هم لامانا تهم وعهدهم راعون .

وأما السنة فالاخبار بذلك مستفيضة تكاد تبلغ حد التواتر المعنوى ، فروى فى الكافى والتهذيب عن الحسين الشيبانى عن أبى عبدالله عليه السلام « قال : قلت له : ان رجلا من مواليك يستحل مال بنى أمية ودمائهم وانه وقع لهم عنده و ديعة ، فقال : أدوا الامانات الى أهلها وان كانوا مجوسياً ، فان ذلك لايكون حتى يقوم قائمنا عليه السلام فيحل ويحرم .

و روى فى الكافى عن محمد بن مسلم عن أبى عبدالله عليه السلام « قال : قال امير المؤمنين عليه السلام أدوا الامانات ولو الى قاتل ولدالانبياء عليهم السلام » وروى فى الكافى والتهذيب عن عمر بن أبى حفص « قال : سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول : اتقوالله وعليكم بأداء الامانة ، الى من ائتمنكم فلو أن قاتل على بن ابى طالب عليه السلام ائتمننى على امانة لاديتها اليه .

وعن عمار بن مروان « قال قال أبوعبدالله عليه السلام فى وصية له : اعلم ان ضارب على عليه السلام بالسيف وقاتله لو ائتمننى على سيف واستنصحنى او استشارنى ثم قبلت ذلك منه لاديت اليه الامانة .

وعن محمد بن القاسم بن الفضيل « قال : سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل استودع رجلامن مواليك مالاله قيمة ، والرجل الذى عليه المال رجل من العرب يقدر على ان لايعطيه شيئاً ، ولايقدر له على شىء والرجل الذى استودعه رجل خبيث خارجى فلم ادع شيئا ، فقال لى : قل له : رده عليه ، فانه ائتمنه عليه بأمانة الله عزوجل » وتمام الروايات والكلام فى محله فانتظر .

﴿و﴾ كيف كان فـ﴿النظر﴾ فى هذا الكتاب يقع ﴿فى أمور ثلاثة : الاول فى العقد وهو﴾ لفظ يقتضى ﴿استنابة فى الحفظ﴾ وفى الجواهر والظاهر كون لفظ الوديعة كلفظ البيع والصلح والاجارة ونحوها ، فيأتى البحث حينئذ فى انها أسماء للعقود اولآثارها وغاياتها المترتبة عليها ، اوللمعنى الصادر من الموجب ، وهو النقل فى البيع والاستنابة فى الحفظ هنا ، وقد تقدم لك التحقيق فى محله وان الاصح الأخير ، او ان مرجع الجميع الى معنى واحد انتهى .

غير خفى ان الفاظ العقد اسم للمعانى المطلوب منها فعقد البيع اسم للمعنى الذى يعبر عنه بالتمليك لالليجاب والقبول فان البيع والصلح والهبة والوديعة وغيرها كلها من مقولة المعنى لااللفظ والالفاظ آلة لايجاد معانيها فى الخارج فالبيع عبارة عن التمليك بالعوض وآلة ايجاده فى الخارج هو لفظ بعت وملكت

وقبلت فلا يمكن كون العقد من مقولة الالفاظ فليس العقد هو الايجاب والقبول بل هما لفظان يتحقق البيع ونحوه بهما فى الخارج راجع ج ٢١ ص ٢٦٠ فعقد البيع هو المعنى الذى يصدر عن الموجب بتوسط بعت وعقد النكاح هو المعنى الذى يوجدها المتكلم فى الخارج بلفظ انكحت فعقد النكاح حقيقة لما يتحقق فى الخارج من صيرورة الرجل زوجا والمرءة زوجة بالفاظهما الذين هما انكحت وقبلت فيريد بعقد النكاح الفاظهما باعتبار انهما دالان على هذا المعنى فى الخارج

فان اريد من العقد نفس الايجاب والقبول فهو بهذا الاعتبار كون مدلول اللفظ هو اللفظ مع ان اللفظ لا يصح وضعه للفظ بل للمعنى فلفظ اودعتك مالا ظاهر فى ربط الحاصل من هذا اللفظ فى الخارج وهو كون الشيء عند المخاطب امانة فمجرد هذا اللفظ قد تحقق فى الخارج معنى حفظ الامانة على المخاطب بهذا الكلام لوضوح انه باللفظ لا يمكن انشاء اللفظ بل انشاء المعنى .

و فى الجواهر قال وعلى كل حال فلا خلاف ممن يعتد به ولا اشكال فى اعتبار انشائية الربط بين الايجاب والقبول فى الوديعة مثلا ، سواء كانت بالاقوال او الافعال ، بناء على تحققها بها ، نحو البيع والصلح والاجارة وغيرها من العقود لانها من الاذن والاباحة التى لم يلحظ فيها الربط بين القصدين ، و الرضا من الطرفين ، نحو اباحة الطعام .

وتظهر الثمرة فى أمور ، منها : انفساخ الوديعة بفسخ كل منهما ، فليس له الرجوع اليها بدون تجديد ، بخلاف الاذن ، فان له الرجوع اليها مالم تظهر تقييدها ، وان رفع يداً عنها أولا ، اذ لا فسخ بالنسبة اليها ، ولم يحصل ما يقتضى رفع الاثر الحاصل منها كما هو واضح انتهى .

﴿و﴾ على كل حال فلا اشكال فى أنه ﴿يفتقر الى ايجاب وقبول﴾ كما فى كل عقد ﴿و﴾ لكن ينبغى أن يعلم أن عقدها هنا ﴿يقع بكل عبارة دلت على معناه﴾ فى كل لغة من اللغات بل يحصل بالانشاء فعلا بان يدفع اليه وقبله عنه كما

فى المعاطاة وقدعرفت فى البيع بل يكفى الايجاب قولا والقبول فعلاوبالعكس و المقصود حصول انشاء معنى الايداع عند شخص او شخص عند آخر . ولذا قال المصنف ﴿و﴾غيره هنا أنه﴿يكفى الفعل الدال على القبول﴾ وفى الجواهر وظاهرهم الاكتفاء به فى تحقق العقدية ، قالوا لكونها أصرح من اللفظ ويجب به الحفظ والضمان مع سببه ، بخلاف القول .

﴿و﴾ كيف كان فـ ﴿لوطرح المالك﴾ عين التى يريد جعلها ﴿وديعة عند﴾ من قصد استيداعها منه ﴿لم يلزمه حفظها اذالم يقبلها﴾ وفى الجواهر قولاولافعلا ، لعدم تحقق الوديعة الابالقبول ولو فعلا ولو باشارة الرأس الدال على قبوله فلو طرحه عند المستودع من دون عمل يدل على قبوله لم يكن ضامنا له لوتلف .

﴿و كذا لوأكره﴾ المالك المودع ﴿على قبضها﴾ وديعة ﴿لم تصر وديعة﴾ بذلك لمعلومية اعتبار الاختيار فى قبولها ، ﴿و﴾ حينئذ ﴿لايضمنها لوأهمل﴾ حفظها للزوم كون الاخذ منه اختياراً لقوله عليه السلام رفع الاكراه وهو حاصل فى المعاملات فكما لايقع البيع والنكاح والطلاق مكرها فكذلك الوديعة الااذا اجاز بعد ذلك .

﴿واذا استودع﴾ وقبل ذلك ﴿وجب عليه الحفظ﴾ وفى الجواهر بلاخلاف أجده ، بل يمكن تحصيل الاجماع عليه ، مضافا الى مافى عدمه من الخيانة المحرمة كتابا ، عقلا ، وسنة متواترة ، واجماعاً بقسميه ، والى كونه مقدمة لوجوب اداء الأمانة وردها الى مالكها ، ولاينافى ذلك جواز الوديعة ، فان المراد مادام مستودعا أوالتخيير بينه ، وبين الرد الى المالك انتهى بلااشكال فى الجميع .

ثم اعلم ان قبول الوديعة قديجب كما اذا كان صاحبها مضطراً الى حفظ ماله من الظالمين و السارقين بحيث لولم يقبل لوقع فى خطر تلف مال محترم و اخرى يكون حراما كما اذا علم بان المال للغير غصبوه او سرقوه فيحرم عليه

القبول والا فيكون ضامنا لصاحبه وثالثة تكون مستحبة كما لايكون من احدهما لكن كان صاحبه فى ضيق من حفظه وعلى كل حال اذا قبل يجب عليه حفظه حتى يرد الى صاحبه وحينئذ اوتلف المال بدون تعدّ ولاتفريط لايكون ضامناً لكونه اميناً .

﴿و﴾ كيف كان ﴿لايلزمه﴾ أى المستودع ﴿دركها اوتلفت من غير﴾ تعدّ فيها ولا ﴿تفريط أو أخذت منه قهرا﴾ وفى الجواهر بلاخلاف أجده فيه، بل الاجماع بقسميه عليه ، مضافاً الى الأصل ، وقاعدة الايتمان المعلوم من الكتاب والسنة والاجماع والعقل عدم استتباعها الضمان انتهى .

وذلك واضح لان الامين امين بتمام المعنى والجهات بل الامين لايحصل الخيانة والتعدى والمقصود من الذكر ان الضمان فيما قديتفق الغفلةعنه وتقصيره فى بعض مالايليق صدوره منه .

ويدل على الامانة وعدم الضمان الاخبار الدالة على ذلك كما رواه المشايخ الثلاثة عن الحلبى فى الصحيح أو الحسن عن ابى عبدالله (عليه السلام) «قال : صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان »

وما رواه فى الكافى والتهذيب عن زرارة فى الصحيح أوالحسن «قال : سألت أباعبدالله (عليه السلام) عن وديعة الذهب والفضة فقال : كل ما كان من وديعة ولم تكن مضمونة لاتلزم » .

والمراد بقوله لم يكن مضمونة أى لم يشترط المستودع فيها الضمان لمن أودعه اياها ، فانه لايلزمه غرمها .

وعن اسحاق بن عمار فى الموثق «قال : سألت أباالحسن (عليه السلام) عن رجل استودع رجلا ألف درهم فضاعت فقال الرجل : كانت عندى وديعة ، وقال الاخر أنها كانت عليك قرضاً ، فقال : المال لازم له الا أن يقيم البينة أنها كانت وديعة » .

وما رواه المشايخ الثلاثة (رحمة الله عليهم) بأسانيدهم و فيها الصحيح و غيره عن محمد بن مسلم « عن أبى جعفر (عليه السلام) قال : سألت عن الرجل يستبضع المال فيهلك أو يسرق ، أعلى صاحبه ضمان ؟ فقال : ليس عليه غرم بعد أن يكون الرجل أميناً » .

و ما رواه فى التهذيب و الفقيه فى الصحيح أوالحسن عن الحلبى عن أبى عبدالله (عليه السلام) فى رجل استأجر أجيراً فاقعده على متاعه فسرق ؟ قال : هو مؤتمن » الى غير ذلك من الاخبار الكثيرة و هذه الروايات يدل على ان يد الودعى يد امانة و انه امين و لايكون ضامنا للمال لو تلف بدون تعد وتفريط الاّ اذا شك فى كون التلف عن تعدّ اولا .

وفى الجواهر قال و التحقيق الحكم ببراءة ذمة الأمين ، و خصوصاً الودعى مع الشك فى تحقق سبب الضمان ، ولو للشك فى الاندراج تحت ماجعلوه عنوانا له من التعدى والتفريط ، لأن عموم على اليد ونحوه مخصص بقاعدة الأيتمان ، وبذلك حينئذ ظهر لك المعيار الذى يرجع اليه فى جميع هذه الأفراد انتهى .

ولا يخفى ان على اليد وان كانت قدخصصت بيد أيتمان لكنه لولم يعلم فى الخارج ان هذه اليد يدأيتمان اولا لاتدخل الفرد المشكوك فى كونه أمينا اولافى عنوان المخصص كما لاتدخل فى افراد اليد المضمونة لان افراد العموم اليه المعلومة بالضمانة فالفرد الخارجى كما لايدخل تحت افراد اليد فكذلك لايدخل تحت افراد الخاص الاالافراد المعلومة بالامانة وانهاغير متعد وبالجملة المخصص لايعم الاالافراد المعلومةثم لافرق فى التلف بين تلف السماوى اوالارضى اوالسرقة اوالغصب كما لافرق بين تسليمه بيده الى الغاصب وعدمه لولم يكن مناص له من الدفع كما اذا كان لولم يدفع لقتله اواخذ امواله اوحبسه او زنا باهله ولم يقدر على دفعه بوجه فلايكون ضامنا حينئذ اصلا فمايقال بالضمان اذا دفع الى المكره بنفسه ومباشرته مال الغير ففى غير محله .

وقداشار اليه فى الجواهر بقوله ثم لافرق فى الأخذ قهراً بين أن يتولى أخذها من يده وبين أن يأمره بدفعها اليه بنفسه فيدفعها له كرهاً ، لصدق الاكراه وعدم التفريط فيهما ، ولاضمان عليه فيهما وانما ضمان المال على الظالم فليس للمالك حينئذ مطالبته بوجه ، وفاقاً للاشهر بل المشهور وخلافا للمحكى عن أبى الصلاح وأبى المكارم ، والفاضل فى التذكرة ، ومحكى التحرير من جواز رجوع المالك عليه مع مباشرته الدفع بنفسه الى من أمره الظالم لأنه باشر تسليم مال الغير بيده فيشمله عموم «على اليد» وان كان قرار الضمان على الظالم .

الا أنه كما ترى مناف لاطلاق مادل على عدم ضمانه مما عرفت ، بل ولقاعدة الاحسان و غيرها التى قد عرفت تحكيمها على قاعدة اليد انتهى . فان قلت المباشر اقوى من السبب قلت اولا هو غير تام بنحو الاطلاق وثانياً هو فيما كان المباشر مختاراً اى غير مكره لافى المكره الذى كان من شدة الخوف صار تمام بدنه ويده بدن السبب ويده بحيث قد خرج بالكلى عن الاختيار

فان قلت لو امره المكره بدفع الوديعة بنفسه لكان داخلا فى عموم من اتلف

قلت الفعل حينئذ يستند الى المكره ، لو فعل بيد الودعى ولذا لو لم يجبره لم يفعل فحيث اخرجه عن اختياره خوفا لنفسه كانه صدر الفعل عن المكره فهو من الموارد التى كان السبب اقوى من المباشر جدا بل ظاهر من اتلف هو كون التلف بعنوان الظلم والعداوة فلا يعم المقام اصلا .

فان قلت وعليه ففى حال النوم والسهو لو اتلف يلزمه عدم الضمان لعدم الظلم والعداوة .

قلت حينئذ كان الفعل مستنداً الى نفسه غاية الامر سهوا او بغير الاختيار فيعم من اتلف ضمانه المتلف فى حال النوم و السهو بخلاف المتلف مكرها بامر الظالم الغاصب مع خوف ضرر عظيم نفسا او مالا او اهلا فان العرف يحكم بان الفعل الصادر بنحو ذلك كأنه لم يكن فعله بل فعل الآمر بخلاف حال النوم

فانه فعله قطعا سلمنا لكن نفس الشك فى شمول العموم لهذه الصورة كاف فى عدم صحة الاستناد اليه .

فان قلت لانسلم كون الفعل مستندا الى المكره بالكسر بل العرف حاكم بانه صدر من المكره بالفتح و لذا لو امره بالقتل فقتل كان القاتل هو المأمور لاالآمر ولذا يقتل المأمور ويحبس الآمر ابداً فيعلم منه كون الفعل مستندا الى المباشر

قلت لوسلم ذلك فالفرق بينهما واضح فان المأمور فيما ذكر يفعل الفعل مع شوب من الاختيار بل قد يميل المأمور الى الفعل اطاعة لامر الآمر بخلاف المقام فان المكره بالفتح فى غاية الخوف لتلف مال المالك لكنه يفعل لغاية الخوف من المكره الغاصب وايضا مقام الامر بالقتل غير المقام ولذا لم يترتب عليه الا الضمان ولزم على المودع هوالرجوع الى المكره الغاصب فى قيمة ما اتلف

فان قلت على اليد قد خصصت باليد المأذون فالفرد الخارجى قد يعلم كونه متلفا لكنه لايعلم كون اتلافه مع التعدى اولا فكونه فرداً للعموم معلوم وللمخصص غير معلوم فهوداخل فى عموم من اتلف .

قلت داخل فى العموم لابعنوان كونه حجة فان الفرد الحجة متلف غير المتعدى وهوغير معلوم لامكان عدم التعدى بالدفع الى الظالم فالتمسك بالعموم تمسك بالعموم فى الشبهة المصداقية وهو محل خلاف بين المتقدمين من الاصوليين ومتأخريهم

توضيحه ان المراد من الشبهة المصداقية بالنسبة الى الخصوص لا العموم فان الشك تارة فى مصداق العام كما اذا قال اكرم العلماء فشك فى زيد فى الخارج انه عالم اولا وهذا هوالشك فى مصداق العام وتارة يكون الشك فى مصداق الخاص كما اذا قال لاتكرم العالم الفاسق فشك فى زيد العالم انه فاسق اولا اما الاول فلا كلام فى عدم حجية العام فى افراده المشكوكة بان الامر باكرام العالم متوقف على العلم بانه من افراده ومع الشك لايعمه العموم اصلا فالشك فى العالمية شك فى التخصص لافى التخصيص بمعنى ان المشكوك العالمية غير داخلة فى الافراد .

واما الثانى فعبارة عن كون العام مخصصا شيء فشك فى مصداق هذا الشيء وان الخاص هل يعمه اولا كما اذا قال بعد العموم لاتكرم عالماً فاسقاً فشك فى عالم انه فاسق اولا فهل العام حجة فى مصداق المشكوك من الفسق اولا وهذا هوالمراد من الشبهة المصداقية .

فالشك تارة فى مصداق العام واخرى فى مصداق الخاص والثانى محل كلام بخلاف الاول فانه اتفاقى والذاهبون الى الحجية يقولون ان الفرد المشكوك وان كان لايعمه الخاص للشك فى الفسق كما لايعم العالم مشكوك العالمية ولكن لامانع من دخوله تحت افراد العام لان الفرض كونه عالماً مسلم فاكرم العلماء يدخله تحت افراد العام فالفرد المشكوك الفسقية من الخاص مندرج تحت افراد العام والذاهبون الى العدم قالوا بان العام وان كان يعم الفاسق المشكوك اذ المعيار هو العلم فى اكرم العالم وهو يعم جميع الافراد لكن الفرض قد خصص هذا العام بالفاسق فى قوله لاتكرم عالما فاسقا والخاص اختص العالم بالعالم الغير الفاسق فيجعل للموضوع جزئين العالم وغير الفاسق فيعنون الخاص العام بكل عنوان سوى عنوان الخاص .

فالعالم المشكوك فى فسقه وان كان داخلا فى افراد العام لكن الفرض ان للعام جزءآخر وهوعدم الفسق وهومشكوك فلايدخل فى افراد العام بما هوحجة لعدم العلم بان الفرد غير الفاسق اولا فكما لوقال المولى من اول الامر اكرم عالماً غيرفاسق كما فى المخصص المتصل وكان الموضوع مركبا من الجزئين لابد من احرازه واقعا فكذلك لوقال منفصلا عن العام لاتكرم عالماً فاسقا فبعد كون الخاص موجبا لعنوان العام بغيرعنوان الخاص لافرق بين المخصص المتصل والمنفصل فالفرد المشكوك الفسقية كما لايدخل تحت افراد الخاص لايدخل تحت افراد العام ايضا .

فان قلت الموضوع حينئذ له جزآن وقد احرز احدهما واقعا والاخر

المشكوك يثبت بالاصل فيقال الاصل عدم فسق هذا الفرد .

قلت الاصول العملية مفادها حكم ظاهرى والاصول اللفظية مفادها حكم واقعى والاصول العملية فى طول الاصول اللفظية ومادام يمكن التمكن اليها لايصل النوبة الى الاصول العملية فانها فى مقام عدم التمكن من الاصول اللفظية ومع وجودها لايصح الاصل اصلا والفرض انه قد ثبتت بالمخصص والمخصص كليهما ان مفاد العام هوالمعنون بغير عنوان الخاص فيكون لموضوع الحكم الواقعى جزآن فلابد من احرازه بالدليل اللفظى لا بالاصل فالفرد الخارجى وان كان اندراجه فى تحت العموم معلوما لكن بعنوان انه غير الفاسق فغير معلوم فلايندرج تحت العام كما لايندرج تحت الخاص فانه يعم افراده المعلومة فالفرد المشكوك الفسقية لايندرج تحت احدهما اصلا .

ففى المقام لنا عام وهو على اليد ماأخذت خصصت بيد امانية فاذا خصصت العادية بالامانية صار المجموع يدغير امانية وحينئذ وان كان قددفع الامين الوديعة الى الظالم خوفا فشك فى ان هذا اليد يد عدوان اوائتمان وكونها فرد العموم على اليدمعلوما لكن مقيداً بكونه غيرائتمان غيرمعلوم فالموضوع بعدالتخصيص صار يدغيرائتمانة واحد جزئيه وهو اليد معلومة وغيرامانيتها غيرمعلوم فلايمكن التمسك بعموم على اليد لاثبات انها خائنة كما لايمكن التمسك بقوله الامين لايضمن لعدم العلم بان يدها يدائتمانة .

وبالجملة ان المخصص المنفصل وان كان لايعم افراده المشكوكة فقوله لاتكرم عالما فاسقا لايعم فرداً مشكوك الفسقية لكنه يوجب عنوان العام بغير هذا المخصص فقوله اكرم العلماء يكون معنونا بغير عنوان الخاص فيكون المراد من العموم عالما غيرالفاسق فالفرد الخارجى وان كان عالما و داخلا فى عموم اكرم العلماء لكن لايدخل فيه بعنوان الحجية اذالمفروض صيرورته عالما غير فاسق فالعالمية للفرد الخارجى معلوم وغير الفسقية غير معلوم فلايشمله العموم

بعنوان الفردية فالفرد الخارجي لايدخل لافي دليل العام ولا الخاص .

فلابد من التماس دليل آخر للضمان بعدما عرفت من عدم صحة التمسك بالعام في فرد المشتبه من المخصص فعدم دليل حينئذ لهم في الضمان فان قلت فما حال المشهور القائلين بالضمان لوشكوا في كون اليد عادية او مأذونة قلت يمكن ان يكون التمسك بالعموم في الشبهة المصداقية صحيحا عندهم فيقال (ح) في المقام الخارج عن عموم على اليد هوما كان معلوم الامانة وبقي المجهول تحت عموم على اليد ماأخذت لان مجهول الامانة تندرج تحت العام فالعالم المشكوك الفسقية من افراد العام جداً والعام يشمله فيكون مندرجا فيه والانصاف انه غير بعيد والقول بصيرورة العام بعداً الخاص معنونا بعنوان غير الخاص بعيد جدا .

وانما يصح في المخصص المتصل حيث لاينعقد للعموم مع القيد ظهور من اول الامر الافي المقيد فما يفيد في المقام انما يصح في المخصص المتصل فالقول بالضمان في المقام غير بعيد .

والحاصل ان الخاص لايزاحم العام الافي المتيقن من افراده دون المشكوك وهوواضح وحينئذ لامانع من شمول العام للمشكوك الفسقية اومشكوك المأذونية فيندرج في افراد العام ويؤيد ذلك بل يدل عليه ما اذا ورد الخاص بعد سنين عديدة عن العام كما صدر العام عن امام متقدم والخاص عن امام متأخر في مدة كثيرة بل قد يطول بين صدور الخاص عن العام مأة سنة وفي هذه المدة ماحال المكلفين فهل يكون لهم تكليف اولا والثاني كما ترى .

والاول ان كان على طبق العام بدون القيد والعنوان فهو الحق وان كان مقيداً بقيد آتية فكان عمل المكلفين في هذه المدة على غير واقع واذا بطل ذلك بطل ماافاد المتأخرون كما اشتهر ذلك بعد المحقق الخراساني في الكفاية مما افادوا انما يصح اذا صدر كلاهما من المتكلم الواحد في مجلس واحد و زمان واحد قبل حاجة المكلفين بالعمل حيث يقبح تأخير البيان عن وقت الحاجة ففي

كل مورد حكموا بالضمان فى المقام وفيما سيأتى من تبديل المكان بمكان غير ماعيّنه المالك واخذ مقدار من الوديعة وفتح قفل الحرز.

وساير الفروعات الآتية فى كل مورد كان فتواهم بالضمان ليس الاّ لعموم على اليد فى مشكوك الامانة من حيث دخوله فى اليد قطعا وعدم دخوله فى المخصص فيوجب الضمان .

فان قلت فلم حكمت بعدم الضمان فى هذه الموارد .

قلت لعدم صدق العدوان بمجرد تسليم العين الى الغاصب مع خوف الضرر عليه وكذا فى المسائل الآتية بمجرد جعل العين فى مكان آخر خصوصا لو كان بنظره احسن مما عيّنه المودع فصدق الخيانة فى غاية البعد مع كونه احسانا وما على المحسنين من سبيل فلا يوجب الضمان .

وكيف كان انا وان ذهبنا الى عدم جواز التمسك فى الشبهات المصداقية فى ج٥١ ص١٠٧ لكن عدمه قوى عندنا بما ذكرنا وان لم يسبق الى ذلك احد الى الآن فلا يصح ماافاده المتأخرون كصاحب الكفاية ره ومتأخريه الاّ فى المخصص المتصل او المنفصل فيما كان الخاص مقدما زمانا على العام فانه بالظفر الى العام يعلم بان موضوع الحكم هو العام الذى معنونا بعنوان غير الخاص فاذا قال لاتكرم الفساق من العلماء .

ثم قال بعد زمان اكرم العلماء يظهر منه ان الموضوع فى العام ليس مطلق العالم بل العالم الغير الفاسق وذلك لان الخاص نص فى مدلوله والعام الذى قد ظفر به بعداً ظاهر فى الاطلاق ومقتضى تقدم النص على الظاهر كون المراد من العلماء المأمور بالاكرام هو العالم الغير الفاسق .

فان قلت: الاشكال المذكور جار ايضا وهو تأخير البيان عن وقت الحاجة

قلت : كلا لعدم محذور حينئذ لان العمل على عدم الاكرام فى خصوص العالم فاسق فاذا ظفر بالعام يعلم بان النهى فى خصوص العالم بوصف الفسق واما

لمطلق العلماء فالحكم هو الاكرام فالمبغوض هو اكرام خصوص العالم المقيد بالفسق والفرض انهم قدعملوا بهذا الحكم فلايلزم تأخير البيان عن وقت الحاجة كي يكون اغراء بالجهل فبالظفر على العام يرفع عنهم النهى فوقعوا دائما فى توسعة من الحكم ويعم الاكرام مثلا الجميع سوى الفاسق بخلاف صورة تقدم العام وتأخر الخاص فانه يلزم عدم العمل بالحكم الواقعى فيكون اغراءاً بالجهل

والحاصل بناءاً على ذلك لايتم ما ذكروه فى عنوان المخصص للعام فعلى ذلك لامانع للعمل بالعموم فى الشبهات المصداقية للخاص اذ لاشك فى افراده ففى المقام كان الشك فى كونه يد امانة فدخوله تحت عموم على اليد معلوم والعام بعمومه يعم جميع الافراد فيشمل ما كان من افراده وبالمخصص يعلم بعدم ارادة مصاديقه المعلومة دون المشكوكة والحاصل فى المخصص المنفصل ينعقد الظهور للعموم فى جميع افراده واذا ظفر بالمخصص يعلم بان الخارج هو افراده المعلومة للمخصص كالعالم الفاسق وبقى المشكوك فى العموم لكن الوجه فى عدم الضمان فى المقام من حيث ان الشك فى الشبهة المصداقية للعام لاالخاص فلايعمل بالعموم احد كما عرفت .

وكيف كان فالتالف وان كان معلوما لكن كونه بنحو العدوان غير معلوم فلا يدخل فى عموم التالف لان فرد العام التالف المتعدى ولا يعلم كون تلفه بالتسليم الى الظالم للتعدى بل للخوف الشديد منه والضرر الغير المتحمل عليه .

وفى الجواهر قال نعم لو كان هو الساعى فى أخذها قهراً منه ، توجه الضمان حينئذ لصدق الخيانة والتفريط معه ، بل ربما ظهر من ثانى المحققين الضمان بمجرد اخباره بها وان لم يكن على وجه السعاية ، ومن آخر ذلك أيضاً باخبار اللص ، وان لم يعين له مكانها الا اذا صادفها اللص مصادفة ، خلافا لمحكى التذكرة ، فلم يضمنه مع عدم تعيين المكان ، بخلاف ما اذا عينه انتهى

وبالجملة التعدى والتفريط امر عرفى وباى شىء يصدق ذلك كان ضامنا

سواء كان بجعل الوديعة فى محل كان فى خطر التلف او السرقة ونحوهما او اشار الى من اتلفه وسرقه وغير ذلك والاّ فلو كان فى مقام حفظه كما وكيفا ثم تلف اوسرق اوضاع اوضل فلايكون دركه عليه بل لوشك فى ذلك لم يجر عليه الضمان بعد كون العام هو اليد العادية وهذا اليد المسلمة الى الخصم لايعلم بكونها عادية فالتمسك بالعموم تمسك به فى مصاديقه المشكوكة التى لايعمل بها احد فانه خروج الفرد المشكوك من باب التخصص لاالتخصيص كما اذا قال اكرم العلماء وشك فى كون هذا الفرد عالما اولا وقد عرفت ان محل الكلام هو الشك فى مصداق الخاص لاالعام.

وفى الحدائق ما هذا لفظه والظاهر أنه لااشكال فيه، سواء كان قد تولى الظالم أخذها من يده أو من مكانها التى كانت فيه، أو قهره على الاتيان بها فدفعها اليه، لانتفاء التفريط فى كل من الحالين و حينئذ فيرجع المالك على الظالم بالعين أوالعوض الى ان قال:

وهل للمالك الرجوع على المؤتمن فى الصورة الثانية، من حيث أنه باشر تسليم مال الغير الى غير مالكه، بمعنى أنه يتخير فى الرجوع على أيهما شاء؟ استقرب العلامة فى التذكرة ذلك على مانقله عنه فى المسالك، قال: وعلى هذا فمعنى عدم ضمانه أنه لايستقر عليه، بل يرجع بما غرم على الظالم، واحتمله فى المسالك أيضاً الا أنه قال: والاقوى عدم جواز مطالبته، لعدم تفريطه ولان الاكراه صير فعله منسوباً الى المكره، ولانه محسن فلاسبيل عليه، و التسليم باذن الشارع، فلايستعقب الضمان انتهى موضع الحاجة.

﴿نعم لوتمكن من الدفع﴾ اللائق به ﴿وجب﴾ حفظه بلاخلاف أجده فيه لأنه مقدمة للحفظ المأمور به على جهة الاطلاق.

﴿و﴾ حينئذ ﴿لولم يفعل﴾ ذلك مع قدرته عليه ﴿ضمن﴾ لأنه تفريط حينئذ بلا كلام ولوامكن له دفع الظالم بدفع شيء يسير لايضرر بحاله جاز الدفع

لدفع ظلمه بل قد يجب اعانته لاخيه المسلم وحفظ ماله بل لايكون ضرراً بحاله برجاء الرجوع الى صاحبه .

وفى الجواهر ولو توقف الدفع على بذل شيء من ماله ، فلا اشكال فى جوازه ، بل فى جامع المقاصد «أنه لايبعد القول بوجوب مصانعة الظالم بشيء يرجع به على المالك ، وربما مال اليه فى الرياض لوجوب الحفظ فيجب مالايتم الا به ، والضرر يندفع بنية الرجوع على المالك مع فرض عدم التمكن من استيذانه أو وليه» انتهى .

وكيف كان فماذكر فيما كان دفع ظلمه بمال يسير ﴿و﴾ لكن ﴿لايجب تحمل الضرر الكثير بالدفع ، كالجرح وأخذ المال﴾ .

وفى الجواهر الجزيل الذى لايرجع به على المالك ، وغيرهما مما يختلف باختلاف الاشخاص شرفاً وضعة وغيرهما ، انتهى وفى الحدائق قال ولااشكال فى وجوبه ، لوجوب الحفظ عليه كما تقدم ، فيجب كلما توقف عليه . فلوأهمل مع قدرته على ذلك ضمن بالتقريب المتقدم ، سواء كان الدفع بالاختفاء و التوارى عن الظالم ، أو التوسل الى ذلك بالوسائل ، ولو توقف ذلك على دفع المال منها أو من غيرها بحيث لايندفع بدونه عادة ، قال فى المسالك : الاقرب جوازه ويرجع به على المالك ان لم يمكن استيذانه قبل الدفع ، أو استيذان وليه ، وعدم نية التبرع ولو ترك الدفع عنها ببعضها مع امكانه ضمن ، ما يزيد عما يدفعه به لاالجميع لان مقدار المدفوع ذاهب على التقديرين انتهى موضع الحاجة وهو واضح

﴿ولو أنكرها فطولب باليمين ظلماً﴾ بان قال الظالم احلف بعدم كون الوديعة عندك وكان الظالم ممن يصدقه باليمين بغير لفظ الله ولو لم يكتف الا بالله ﴿جاز الحلف﴾ بل وجب ، فان لم يفعل ضمن لو تحقق الاخذ بعدم اليمين .

وفى الحدائق ما هذا لفظه اذ لاريب فى أن حفظ الامانة واجب عليه وهو موقوف هنا على هذه اليمين الكاذبة ، والاخبار قد دلت على جوازها فى أمثال هذا

المقام فاذا أبيحت فى امثال ذلك كانت هنا واجبة ، لتوقف الواجب ، وهو الحفظ عليها من باب مقدمة الواجب ، الا انهم ذكروا انه يورى فى يمينه للتحرز عن الكذب ان امكن وعرفها ، والا حلف من غير توربة ، وعلله فى المسالك قال : لانه و ان كان قبيحاً الا ان ذهاب حق الادمى اشد قبحاً من حق الله تعالى فى اليمين الكاذبة فيجب ارتكاب أخف الضررين . انتهى

هذه الكلمات الواردة فى المقام و محصل الجميع ان قبل الوديعة يجب عليه حفظها مع الامكان و لو تعدّى او فرّط فى حفظها يكون ضامناً والا فلا لانه امين ولواخذه الظالم منه بالقهر منه ولم يتمكن من الدفع لم يجب عليه ضمانه ولو بدفعه اليه بيده ونحوه لو لم يدفع شره عنه بوجه ولو رفع شره عنه بالحلف جاز و لو كذبا ان لم يمكن التورية والاّ فمع التورية ولو امكن شرّه بدفع مال لم يضر بحاله لزم والا لم يلزم وهو ايضا حسب حاله و كيف كان فالروايات يدل على ارجحية اليمين الكاذبة على تركها لانا مأمورون بماورد عن الشارع المقدس ومن الطافه علينا فى امثال تلك المقامات انه جوّز لنا اليمين الكاذبة حتى يسلم لنا مال محترم لاخينا المسلم واذا جوّز ذلك للغير فجوّز لنا فى مقام الضرورة بطريق اولى .

ومنها مارواه فى الكافى والتهذيب فى الحسن عن ابى الصباح الكنانى «قال : والله لقد قال لى جعفر بن محمد (صلوات الله عليه) : الى ان قال : ثم قال : ما صنعتم من شىء او حلفتم عليه من يمين فى تقية فأنتم منه فى سعة» ، و روى فى الفقيه مرسلا قال : «قال ابوعبدالله عليه السلام : التقية فى كل ضرورة وصاحبها اعلم بها حين نزل به » .

و روى فى الفقيه و التهذيب عن السكونى « عن جعفر عن ابيه عن آبائه عن على (عليهم السلام) قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله : احلف بالله كاذباً ونج اخاك من القتل » .

و روى فى الفقيه بسنده الى ابن بكير عن زرارة « قال : قلت لابى جعفر عليه السلام نمر بالمال على العشار فيطلبون منا ان نحلف لهم ويخلون سبيلنا ولا يرضون منا الا بذلك : قال فاحلف لهم فهو أحلى من التمر والزبد » .

وروى فيه ايضاً بسنده عن الحلبى «قال : سألته عن الرجل يحلف لصاحب العشور يحرز بذلك ماله ؟ قال : نعم » .

وما رواه فى الكافى عن محمد بن مسعود الطائى « قال : قلت لابى الحسن عليه السلام : ان امى تصدقت على بدار لها اوقال : بنصيب لها فى دار ، فقالت لى : استوثق لنفسك فكتبت انى اشتريت وأنها قدباعتنى وأقبضت الثمن فلماماتت قال الورثة : احلف أنك اشتريت و نقدت الثمن ، فان حلفت لهم أخذته ، و ان لم أحلف لهم لم يعطونى شيئاً ، قال : فقال : فاحلف وخذ ما جعلت لك » و لكن مهما امكن ان يحلف ﴿ موريّاً بما يخرج به عن الكذب ﴾ على الوجه الذى اخرجه عن ايدى الظلمة حتى الامكان ، لعدم حرمته حينئذ، فلااشكال فيه من أصله ، ضرورة اقتضاء باب المقدمة وجوبه .

واما مايدل على جواز التورية فى اليمين فهو مارواه فى الكافى عن صفوان فى الصحيح أو الحسن « قال : سألت ابا الحسن عليه السلام عن الرجل يحلف و ضميره على غير ما حلف عليه ؟ قال : اليمين على الضمير » .

رواه فى الفقيه عن اسماعيل بن سعد الاشعرى عن ابى الحسن الرضا مثله ثم قال : يعنى على ضمير المظلوم .

وما رواه فى الكافى عن مسعدة بن صدقة « قال : سمعت أبا عبدالله عليه السلام و سئل عما يجوز وعما لايجوز فى النية على الاضمار فى اليمين ، فقال : قد يجوز فى موضع ، ولايجوز فى موضع آخر ، فأما مايجوز فاذا كان مظلوماً فما حلف عليه ونوى اليمين فعلى نيته ، واما اذا كان ظالماً فاليمين على نية المظلوم » .

وفى الحدائق بعدها قال : والظاهر ان المراد منه ان التورية انما تصح فى

حال كونه مظلوماً ، و أراد الحلف للنجاة من الظالم كما هو محل البحث فـى المقام ، واما لوكان ظالماً وأراد الحلف لاثبات مايدعيه ظلماً فان التورية لاينفع هنا ، و لاتدفع عنه ضرر اليمين دنياً وآخرة ، بل تصير يميناً كاذبة بالنظر الى نية المظلوم .

و كيف كان فانه متى ترك الحلف عند توقف حفظ المال عليه فأخذه الظالم فانه يضمنه لما عرفت من حصول التفريط بذلك ، وبه صرح الاصحاب أيضاً والله العالم انتهى .

﴿و﴾ كيف كان ﴿هى﴾ أى الوديعة ﴿عقد جائز من طرفيه﴾ بلااشكال ولاخلاف ، بل الاجماع بقسميه عليه ، وهو الحجة فى تخصيص الآية وغيرها من أدلة اللزوم ، ﴿و﴾ حينئذ فـ ﴿يبطل بموت كل واحد منهما و بجنونه﴾ .

وفى الجواهر واغمائه ، ونحوذلك ممايخرج به ماله عن ملكه ، أوولايته عنه كما هو الشأن فى نحوه من العقود الجائزة للاجماع ، او لأنه بالموت ينتقل المال عن المودع ، كما أنه لاعقد مع وارث الودعى فلا يجوز بقاؤه على حكم الوديعة انتهى .

وفى الحدائق ما هذا لفظه الظاهر أنه لاخلاف بينهم فى ان الوديعة كما تبطل بالفسخ تبطل بالموت والجنون والاغماء من احد الطرفين ، اما على القول بكونها اذناً فواضح ، وأما على القول بكونها عقداً كما هوالمشهورفلانه لاخلاف بينهم فى كونه من العقود الجائزة ومن شأن العقود الجائزة البطلان بذلك كالوكالة ونحوها ، لخروج كل منهما عن اهلية التكليف بحصول احد هذه الاسباب الثلاثة ولأن المال انتقل الى الغير بالموت فلايصح التصرف فيه الّا باذن المالك ، و هو الوارث ، وفى الجنون و نحوه قد خرج عن اهلية التكليف ، و صلاحية الاذن ، والتصرف فهو فى معنى الميت ، ومتى ثبت البطلان كانت امانة شرعية يجب ردها الى المالك فوراً .

فان اتفق احد هذه الاسباب للمودع وجب على المستودع المبادرة الى ردها الى المالك فى صورة الفسخ ، والى الوارث فى صورة الموت والى الولى و الحاكم فى صورة الجنون والاغماء ، وان اتفق ذلك للمستودع وجب ردها الى المالك فى صورة الفسخ والى الولى والحاكم فى صورة الجنون و الاغماء وعلى الوارث فى صورة الموت قالوا : ومعنى كونها أمانة شرعية بعد ذلك لحصولها فى يده بغير اذن المالك ، لكنها غير مضمونة عليه لاذن الشارع فى وضع اليد عليها الى أن يردها على وجهه ، ومن حكم الامانة الشرعية وجوب المبادرة بردها على الفور الى المالك ، أو من يقوم مقامه ، فان أخر عن ذلك مع قدرته ضمن ، ولو تعذر الوصول الى المالك أو وكيله أو وليه الخاص سلمها الى الحاكم لأنه ولى الغائب انتهى و كلها فى محله .

﴿و﴾ على كل حال مع البطلان ﴿تكون﴾ العين حينئذ فى يد الودعى أو فى يد من وضع يده عليها حسبة ﴿أمانة﴾ و فى الجواهر شرعية ، لعدم اذن المالك الصورى ، و حصول الاذن من المالك الحقيقى فى الاستيلاء عليها للرد حسبة ، وحينئذ يلحقها حكم غيرها من الأمانات الشرعية من نحو وجوب ردها الى مالكها ، أو ولى أمره ، أو اعلامه على القولين فوراً على وجه لو لم يبادر لالعذر شرعى ضمن ، ولم يبق لها شىء من أحكام الوديعة حتى قبول صاحبها فى ردها فانه لايقبل لما عرفت من انفساخ عقد الوديعة انتهى .

وفى الحدائق ماهذا لفظه ثم انهم قالوا : ان من جملة أحكام الامانة الشرعية مع ما تقدم من وجوب المبادرة الى ردها وان لم يطالب المالك - أنه لايقبل قول من هى فى يده فى ردها الى المالك مع يمينه ، بخلاف الوديعة ، و الفرق أن المالك لم يستأمنه عليها ، فلايقبل قوله فى حقه مع أصالة عدمه ، بخلاف الوديعة ، مع ما انضم اليه من الاحسان الموجب لمنع السبيل .

ولها صور كثيرة : أحدها - ماذكر من الوديعة التى يعرض لها البطلان و كذا

غيرها من الامانات كالمضاربة ، والشركة ، والعارية .

ومنها مالو أطارت الريح ثوبا ونحوه الى داره .

ومنها مالو انتزع المغصوب من الغاصب بطريق الحسبة .

ومنها مالو أخذ الوديعة من صبى أو مجنون عند خوف تلفها

ومنها ما يصير بايدى الصبيان من الاموال التى يكتسبونها بالقمار كالجوز والبيض ، وعلم بها الولى ، فانه يجب عليه رده الى مالكه ، أوولیه .

ومنها مالو استعار صندوقاً ونحوه أو اشتراه أو غيره من الامتعة فوجدفيه شيئاً فانه يكون أمانة شرعية ، وان كان المستعار مضمونا .

ومنها اللقطة فى يد الملتقط مع ظهور المالك ، وضابطه ما كان وضع اليد عليه من غير اذن المالك مع الاذن فيه شرعاً والله العالم انتهى .

﴿وتحفظ الوديعة ، بماجرت العادة بحفظها﴾ به ﴿كالثوب والكتب فى الصندوق والدابة فى الاصطبل ، والشاة فى المراح ، أوما يجرى مجرى ذلك﴾

وفى الجواهر فى الحرز لمثلها فى العادة، كما هو الضابط فى كل مالاحد له فى الشرع الذى منه ما نحن فيه ، ضرورة كون الوديعة استنابة فى الحفظ وليس له فى الشرع حد مخصوص ، فلا مناص عن الرجوع فيه الى العادة فى حفظ مثل هذه الوديعة على وجه لايعد الوديع مضيعا ومفرطاً وخائناً و مهملا ومتعديا انتهى .

﴿ويلزمه سقى الدابة﴾ وكل حيوان محترم خصوصاً الآدمى ﴿وعلفه﴾ بلااشكال ، لأنه من مقدمات الحفظ المأمور به ، ﴿أمره﴾ المالك ﴿بذلك أو لم يأمره﴾ .

وفى الجواهر كغيره من المقدمات المتعلقة بالوديعة من حيث كونها وديعة فلو قصر حينئذ فى شىء من ذلك ضمن ، للتفريط ، بل هو كذلك وان عاد الى القيام به ، كما تسمعه فيما يأتى .

وأما وجوب بذل عين النفقة من الماء المحتاج الى قيمة و العلف كذلك ، فظاهر الأصحاب المفروغية من وجوب بذلها عليه ، كما فى المسالك و غيرها ، بل حكى بعضهم الاجماع عليه تارة ، ونفى الخلاف عنه اخرى ، ولعله كذلك .

لكن على هذا الترتيب وهو التوصل الى ذلك باستيذان المالك أووكيله فيه ، فان تعذر رفع أمره الى الحاكم ، ليأمره به ان شاء أو يستدين عليه ، أو يبيع بعضه للنفقة ، أوينصب أميناً عليه ، فان تعذر الحاكم أنفق هو ، وأشهدعليه و يرجع مع نيته ، و لو تعذر الاشهاد اقتصر على نية الرجوع ، و القول قوله فى مقدار النفقة ، كما أن القول قول المالك فى مقدار زمانها ، والكلام فى اعتبار الاشهاد فى وجوب الرجوع وعدمه تقدم فى باب المزارعة هذا انتهى .

وقدعرفت الكلام فى بعضها فيما تقدم من الرجوع الى الحاكم اوالاشهاد ونحو ذلك بل يقوى الانفاق عليه بقدر الضرورة من الشرب والاكل قربةوحسبة ولو كان ذلك ضرراًامكنه عدم قبوله عند نهى المالك عن الطعام والشراب حتى لايحتاج الى الحاكم والاشهاد ﴿و﴾ على كل حال فـ ﴿يجوز أن يسقيها بنفسه وبغلامه ، اتباعاً للعادة﴾ وهو واضح .

﴿ولايجوز اخراجها من منزله لذلك ، الا مع الضرورة ، كعدم التمكن من سقيها أو علفها فى منزله ، أوشبه ذلك من لأعذار﴾ وهو واضح ﴿ولو قال المالك لاتعلفها اولاتسقها لم يجز القبول﴾ لكونه ذا كبد حراء الااذا كان انتهى لاجل ضرر عليه ﴿بل يجب عليه سقيها وعلفها﴾ .

وفى الجواهر مراعاة لحق الله تعالى شأنه ، وان أسقط الآدمى حقه ، بل مع امتناع المالك ورفع الامر الى الحاكم و أمره بالنفقة من ماله ، يتجه الرجوع له عليه ، و كذا لو كان بأمر عدول المؤمنين أوبه مع الاشهاد أوبدونه مع نية الرجوع على حسب ما تقدم سابقاً انتهى .

وهذه حسن فى الجملة ﴿نعم لوأخل بذلك والحال هذه أثم ولم يضمن لأن

المالك أسقط الضمان بنهيه ، كما لوأمره بالقاء ماله فى البحر﴾ .

وانما يترتب عليه الاثم فقط بل كما فى الجواهر حينئذ اشكال فى أصل صحة الوديعة على هذا الوجه المقتضى سفاهة المالك انتهى فلا يجب عليه القبول كى يكون عنده امانة شرعية .

و كيف كان فالامر يدور بين سفاهته اوعصيانه فلاينبغى منه القبول ﴿ولو عين له موضع الاحتفاظ اقتصر عليه﴾ لأصالة حرمة التصرف فى مال الغير بغير اذنه ﴿و﴾ حينئذ فـ ﴿لو نقلها﴾ عنه ﴿ضمن﴾ لأنه عاد ﴿الا﴾ اذا كان النقل ﴿الى ألاحرز﴾ بل ﴿أومثله على قول﴾ قوى اذا فهم ارادة المثال مما عينه

﴿ ولايجوز نقلها الى ما دونه ولو كان حرزاً الّا مع الخوف من ابقائها و ﴾ على كل حال فقد بان لك مما ذكرنا أنه ﴿ لوقال : لاتنقلها من هذا الحرز ضمن بالنقل كيف كان﴾ الى مساو أو أحرز ، لتحقق التعدى وفى كلام الماتن والشارح كلام .

وفى الحدائق ماهذا لفظه لاخلاف فى أنه متى عين له موضعاً لحفظ الوديعة فانه لايجوزله نقلها الى ما هودونه ، أما لو نقلها الى ماهو أحرز فقد ذهب جمع من الاصحاب الى الجواز محتجين بالاجمال ودلالة مفهوم الموافقة عليه، وظاهر شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك التوقف فى ذلك نظراً الى مقتضى التعيين ، و منع دلالة مفهوم الموافقة هنا ، قال : فان الاغراض تختلف فى مواضع الحفظ اختلافاً كثيراً من غير التفات الى كون بعضها أحفظ من بعض، والاجماع على جوازه ممنوع ، بل ظاهر جماعة من الاصحاب منع التخطى مطلقا ، انتهى .

ونقل فى المسالك عن الشهيد فى حواشيه على كتاب القواعد القول بعدم الجواز هنا أيضا ، واختاره المحقق الاردبيلى (رحمة الله عليه) أيضاً فى شرح الارشاد ، ونقله عن ابن ادريس والمحقق الشيخ على الى ان قال وعلى هذا فلو نقلها الى الاحرز أو المساوى ضمن انتهى

ولا يخفى مافى عدم الجواز ونقلها فى مكان الاخر خصوصا فيما كان المكان

الاخر احسن واحفظ مما عينه فكما ان الاغراض للمالك كثير فكذلك للمستودع ايضا كثير و يمكن ان النقل الى مكان آخر بنظره احسن و اولى مما عينه المالك ولم يكن مطّلعا عليه اوعرض له عدم القدرة فى المكان الذى عينه .

بل لوسلم لزوم العمل على قول المالك لكنه فى صدق العداوة على النقل مالايخفى خصوصاً فيما اذا كان بنظره الاحسان فى حق المالك وماعلى المحسنين من سبيل وبين الاحسان والعدوان ما لا يخفى و خصوصاً لو كان معيار العداوة بنظر العرف فلا يرى النقل بنظره عداوة مع كون الناقل امينا فالتلف لايكون دليلا للنقل الى مكان الاخر فربما يتلف فى مكان احسن مما عيّنه فالقول بالضمان فى غاية الاشكال ﴿ الا ان يخاف تلفها فيه ﴾ فيجوز له حينئذ النقل حسبة الى المساوى والاحرز والافالادون كما فى المسالك ولو كان على خلاف ميل المالك وقوله ﴿و﴾ كما ﴿لو﴾ كان قد﴿قال﴾ لانقلها عن هذا المكان ﴿وان تلفت﴾ فيه ولذا قال فى الجواهر، لعدم ثبوت هذه السلطنة له من السلطان الحقيقى بل حرم عليه اضاعة المال واتلافه فى غير وجهه ، ومن ذلك «النهى عن التبذير»،و «عن تمكين السفهاء من الاموال التى جعلها لنا قواماً» انتهى .

فلايقبل مع هذا الوصف لكونه مستلزما للحرام وان وجب كما اذا كان فى موضع التلف لولم يقبل قبل ولم يعمل بقوله فيما كان حراما .

وقال المحقق الخوانسارى ره بعد قول المصنف ولو نقلها الى ادون اواحرز ضمن ماهذا لفظه وأما لزوم الاقتصار على الحرز الذى عينه المالك ومع النقل الى الادون أو الاحرز يضمن الامع الخوف فاستدل عليه باصالة حرمة التصرف فى مال الغير بغير اذنه فمع النقل ضمن لانه عاد ومع خوف التلف يجوز النقل حسبة . ويمكن أن يقال تارة لايرضى المالك كون الوديعة عند المستودع الا بالنحو المذكور فلااشكال واخرى يرضى المالك بكون الوديعة عنده ولوخالف ماعين لكن له مطلوب آخر بنحو تعدد المطلوب .

فلامجال للتمسك بأصالة حرمة التصرف فى مال الغير بل لابد من اقامة الدليل على وجوب ماعيّنه ففى الصورة الاولى يحكم بالضمان للخروج عن الامانة الامع الخوف فالنقل جائز حسبة ومقتضى القاعدة عدم الضمان لان الناقل محسن وماعلى المحسنين من سبيل وربما يظهر من العبارة ترتب الضمان ولورد الوديعة الى المحل المعين ، ويشكل من جهة أنه مع عدم بطلان الوديعة وكون اليد أمانية ماوجه الضمان وقد يتأمل فى صدق الاحسان بمجرد الخوف خصوصاً اذا كان الخوف شخصياً بحيث لايتحقق لنوع الناس انتهى .

اقول : قد عرفت ان صدق الخيانة والعدوان بمجرد تغيير المكان مع انه كان بنظر المستودع مورد الحمل بالصحة فى غاية الاشكال ولادليل على ان مثل ذلك عدوان محرم وعليه الضمان مع امكان احسان المستودع وكيف كان فقد عرفت مايمكن توجيهه للقول بالضمان ولوعلى القول بجواز التمسك فى الشبهات المصداقية بالعموم اللازم منه الضمان .

وقد عرفت مافى عنوان المخصص للعام وانه لايتم فى المخصص المنفصل والقول بالعنوان وصيرورة العام معنونا بكل عنوان غير الخاص لايتم فى المخصصات المنفصلة بعد مدة كثيرة كما صدر العام عن الباقر عليه السلام مثلا والخاص عن الرضا عليه السلام فكيف يكون هذا الخاص مما يوجب عنوان العام بكل عنوان سواه ﴿ولانصح وديعة الطفل ولاالمجنون﴾ لاعتبار الكمال والعقل فى قولهما وفعلهما فهما مسلوبا العبارة فى جميع العقود والايقاعات .

﴿و﴾ لايجوز وضع اليد عليها بل ﴿يضمن القابض﴾ لذلك منهما لعموم «على اليد ماأخذت» وغيره ﴿ولايبرأ بردها اليهما﴾ للحجر عليهما ، وانما يبرأ بالرد الى وليهما الخاص ، ان امكن والاّ وليهما العام وهو الحاكم .

نعم لو قبل الوديعة من الصبى فيما علم كونه عند الصبى او المجنون فى معرض التلف صح قبوله عنهما حسبة واحساناً لمال المحترم من اخيه المسلم بداهة انه لو لم يقبل يتلف عندهما فاللازم بل الواجب حينئذ هو حفظ مال المسلم كما

عرفت من غير فرق حينئذ بين الصغير والمجنون والبالغ العاقل فكان عليه حينئذ حفظ المال بالقبول وارساله الى ولى الخاص اوالعام كما عن المسالك ﴿وكذا لايصح﴾ للمودع ﴿ان يستودعا﴾ اى طلب منهما قبول الوديعة بان يكون عندهما.

﴿و﴾ حينئذ ﴿لواودعا﴾ وقبلا ان يكون الوديعة عندهما ﴿لم يضمنا بالاهمال﴾ والتلف وفاقاً للمشهور ﴿لان المودع لهما﴾ فى الحقيقة هو الـ ﴿متلف ماله﴾.

وفى الجواهر بايداعه مثلهما الذى لم يجب عليه الحفظ وأداء الامانة، فنسبيّته فى الاتلاف أقوى من تفريطهما فيه، ولادليل على ضمانهما بذلك، بعد ظهور قوله ﷺ «على اليد ماأخذت حتى تؤدى» فى غير الفرض، بسبب تفريط المالك، انتهى.

ولايخفى ان المودع الى الصغير والمجنون بمنزلة من ضاع ماله حيث جعله بمنزلة التلف كما اغرق ماله فى البحر فلايقال ان الاحكام الوضعية ثابتة عليهما فلوتلفا شيئا يجب عليهما ضمانه عند البلوغ فانه يقال هوفيما لواتلفا بنفسهما مال الغير كالسرقة والغصب لافيما سلم اليهما المال مع علمه بانه لاراد عهما من التلف فح المودّع عندهما كما لواعرض عن ماله واتلفه بنفسه وليس بعد اتلاف نفسه لماله ضمان فكذا جعله عند من يعلم انه متلف له.

نعم لو كان الطفل مميزا ومؤدّباً بآداب الاسلام وكان اهل تعلم المسائل صح الوديعة عنده دون المجنون مطلقا وحينئذ لواتلف الصبى بالافراط والتفريط لكان ضامنا فيجب عليه الغرامة عند البلوغ خصوصا فيما كان المودع مضطراً الى خفاء ماله وذلك لانه حينئذ يعلم المستودع ان الصبى مع هذا الوصف لم يتلف ماله فدفعه اليه بزعم حفظ ماله عنده بحيث لوعلم التلف لماجعل الوديعة عنده بخلاف غير المميز.

وفى الحدائق مالفظه الظاهر أنه لاخلاف ولااشكال فى عدم صحة وديعة الطفل والمجنون ولاايداعهما الى ان قال بقى هنا شىء وهو أن ظاهر جملة من

الاصحاب اطلاق الضمان هنا كما ذكرناه ، والاقرب كما قواه فى المسالك أيضاً أنه لو كان قبضه للوديعة بعنوان استنقاذها من يديهما ، وخوف هلاكها عندهما بنية الحسبة فى الحفظ ، فانه لاضمان عليه ، لانه محسن ، وما على المحسنين من سبيل لكن يجب مراجعة الولى أو الحاكم الشرعى ان أمكن ، والا كان فى يده وترتب عليه أحكام الوديعة ، الا أنه لايبرء بالرد اليهما ، لافى هذه الصورة ولافى الصورة المتقدمة ، للحجر عليهما المانع من ذلك ، ولا يبرء الا بالرد الى الولى أو الحاكم أو هما بعد زوال المانع .

وأما الحكم الثانى فلانه لو استودعهما لم يضمنا بالاهمال ، فان المودع لهما مع علمه بعدم تكليفهما قد أهمل ماله ، وأتلفه ، الى ان قال .

نعم لو كان التلف بغير الاهمال بأن تصرفا فى الامانة وتعديا فيها فتلفت فهل يضمنان مطلقا أم لا مطلقا أم للمميز خاصة وجوه ثلاثة :

والمختار عند جملة من الاصحاب منهم شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك هو الضمان مطلقا ، قال : لان الاتلاف لمال الغير سبب فى ضمانه اذا وقع بغير اذنه ، والاسباب من باب خطاب الوضع يشترك فيها الصغير والكبير ، ومثله القول فى ما يتلفانه من مال الغير وياً كلانه منه فانهما يضمنان انتهى وفى الجواهر ماهذا لفظه .

نعم ربما فرق بين المميز وغيره ، فحكم بضمان الاول ، دون الثانى الملحق بالمجنون ، لعدم قصد غير الى الاتلاف ، فكان كالدابة لكن نظر فيه فى المسالك «بان المقتضى وهو الاتلاف موجود ، والمانع غير صالح للمانعية ، أما القصد فلا مدخل له فى الضمان وعدمه كما يعلم من نظائره ،

وأما تسليط المالك فانه انما وقع على الحفظ ، لاعلى الاتلاف ، غاية مافى الباب أنه عرض ماله له ، بسبب عدم صلاحيتهما للحفظ ، وهو غير كاف فى سقوط الضمان عنهما لو باشراه ، بخلاف مالو تركا الحفظ ، والاقوى الضمان مطلقا

قلت : لايخفى مافيه بعد الاحاطة بماذكرناه ، والتحقيق أن يقال ان اليد بغير اذن شرعية ، من أسباب الضان قطعاً ، من غير فرق بين المكلف وغيره ، فلو أودع صبى صبيا أو مجنوناً أو مجنون صبياً أو مجنوناً فتلف هى فى يدهما كانا ضامنين لذلك ، والفرق بينهما وبين الدابة ، أن لهما ذمة وملكا ، وغيرهما بخلافها وأى فرق فى اسباب الوضع بين ذلك ، وبين الجنابة والحدث وغيرهما انتهى

قدعرفت الفرق فى انه فى غير المميز يعلم المستودع ان المال عندهما بمنزلة الاتلاف كمن اعرض عن ماله اوالقاه فى البحر ومن المعلوم انه بعدهلاك المال بيده مع علمه بذلك رفع يده عنه فلا معنى للضمان بخلاف المميز بتلك الاوصاف المذكورة مع امكان ان يقال ان ثبوت الوضع فيما لو تلف بنفسهما مال الغير لافيما اعطاهما الغير بمال والفرق بين القسمين واضح فانه فى الاول يصدق الخيانة دون الثانى ولوكان فرقا فليس فرقا يوجب الضمان فتأمل جيداً . ﴿واذا ظهر للمودع أمارة الموت وجب الاشهاد بها﴾ وفى الجواهر كماصرح به غيرواحد بل لاأجد فيه خلافاً بينهم ، نعم فى القواعد ابدال ذلك بالوصية بها ، ولعله يريد ذلك ضرورة انحصار وجه وجوب ذلك فى لزوم الحفظ ، وحرمة التفريط بها ، وترك ذلك يقتضى ذلك ، فان الوارث بدونه يستحق بارثه جميع ما كان يده عليه وكذا الديان والوصية بهامع عدم الاشهاد لايرفع ذلك فلامحيص حينئذعن ارادة معنى الاشهاد عليها من الوصية بها كالعكس ، بل هما بمعنى عند التأمل الخ قوله: ولااشكال فى ذلك بل هو فيمالم يمكن رده الى المالك والافيجب قطعا بعدظهور امارات الموت .

بداهة ان الرد اقرب الى وصول المال بيدصاحبه من الاشهاد والوصية وبعد عدم امكان الرد لزم الوصية بالمال وبمكانه وجميع اوصافه ومقداره وبيان خصائصه التى لايخفى على وارثه اصلا والافيقع فى يدالوارث ويتلف فيشكل اخراجه من يده .

﴿ولولم يشهدوأنكر الورثة كان القول قولهم ولايمين عليهم﴾ لانه انما يصح على فعل نفسه لاعلى فعل الغير فان معنى اليمين حينئذ انه لم يقبل ابانا الوديعة ولم يفعل ذلك وهو يمين على نفى الفعل عن الغير ﴿الاأن يدعى﴾ المدعى وهو المالك ﴿عليهم العلم﴾ كما اذا قال اودعت اباك وانت حاضر وعلمت فح يكون له نفى علمه بها فان النفى راجع اليه حينئذ لاالى الغير .

﴿و﴾ كيف كان فـ ﴿تجب اعادة الوديعة على المودع﴾ المالك أووليه أو وكيله ﴿مع المطالبة﴾ وهو واضح بل هوجار فى كل دين طالب صاحبه فاذا طلب المالك الوديعة وجب امتثاله فورا و الافمجرد التاخير بدون العذر خرج المستودع عن الامانة وكان ضامنا لوتلف بخلاف العجلة فى ذلك فانه لوتلف فى طريق الرد لماكان ضامنا كما لو سرقه سارق او غصبه غاصب فيجب رد لامانة الى اهلها فورا بحيث لايعد العرف تأخيراً واهمالا فى ذلك مالم يكن مانع عقلا اوشرعا عن الرد

وبالجملة اللازم هو المسارعة فيه بنحو لايكون له عذر فى مؤاخذة الرب تعالى من ذلك والمسارعة يتحقق عرفا بلحظ حال الاشخاص والكل واضح حتى لو كان وقت الدفع الى المالك وقتا لاداء الواجب ففى سعة الوقت كان اللازم تقدم اداء الدين والامانة ثم اداء الواجب الّا اذا ضاق وقت الواجب وصار قضاء فيجب تقدم الواجب اداءاً ان امكن رده بعد الاداء والاترك الواجب اداء ورد الوديعة ثم قضى الواجب لان الاهم حينئذ دفع الوديعة ولايلحظ فى ذلك شخصا دون شخص فيجب الدفع ﴿ولو كان﴾ المودع ﴿كافراً﴾ .

وفى الجواهر لاطلاق الأدلة ، خصوص خبر الصيقل وغيره من النصوص المستفيضة والمتواترة المأمور فيها بردالامانة على صاحبها ، وان كان قاتل على أو الحسنين عليهما السلام أو اولاد الأنبياء أو مجوسيا أوشامياً أوحروريا ، المعمول بها بين الاصحاب ، عدا مايحكى عن أبى الصلاح من أنه اذا كان المودع حربيا وجب على الودعى أن يحمل ماأودعه الى سلطان الاسلام ، ورماه بعضهم بالشذوذ .

لكن ينبغي النظر في مثل الفرض المزبور - بعد معلومية جواز تملك مال الحربي ، وأنه فيء للمسلمين وانه كالاموال المباحة وأن له التوصل اليه بكل طريق من الربا والسرقة وغيرهما الى ان قال:

بل قد يشكل رد المال على الحربي بكونه محكوماً بأنه فيء للمسلمين ، وملك لهم ، ولعله لذا سمعت الرجوع فيه الى سلطان العدل من أبى الصلاح ، وبالجملة قد ظهر لك من ذلك كله أنه ان لم يكن اجماع على وجوب الرد حتى على الحربي وحتى على من عليه حق المقاصة وغيرهم ، أمكن المناقشة فيه بما عرفت فتأمل جيداً انتهى .

ولا يخفى ان المسألة مشكلة من حيث الروايات ومن حيث العقل فان كليهما متعارضان اما معارضة العقل فمن حيث انه حاكم برد الاموال ولو كان اموالهم حلالا لنا لكن حيث كان عند الغير بعنوان الامانة وجعله المالك محل امانته يجب الرد اليه كمّاً و كيفا حتى لا يختلج في ذهنه فساد عقيدة المسلمين وشروع المالك في التشنيع عليهم بل يمكن من حيث الرد والاحسان اليهم وحسن عملهم هو ميلهم الى الاسلام .

فمن هذه الجهة يدل على الرد ومن حيث ان الكافر الحربي و من كان بحكمه ممن لا يدفعوا الامانة الشرعية والميثاق الذى بينهم وبين الامام من الجزية ولم يؤدوها الى اهله من امام المسلمين كان جميع اموالهم حلالا و كان فيء للمسلمين ولزم اخذ اموالهم منهم باى طريق كان ورده الى امام المسلمين حتى قسمها بين الفقراء ونحو ذلك.

وظاهرها الاطلاق من حيث كون الاخذ بنحو القهر والغلبة او عدم رد الوديعة او الربا او اللقطة او نحو ذلك ومن هذه الجهة يدل على عدم الرد ولذا لم افتوا به صريحا اصحابنا (رض) في كتبهم كما رأيت عبارات صاحب الجواهر وغيرهم وابى الصلاح من حيث عدم الحلية ورده الى امام المسلمين .

واما المعارضة من حيث الايات والاخبار فمن جملة ادلة الرد اليهم اموالهم من الكتاب قوله تعالى والذين هم لاماناتهم وعهدهم راعون يعم جميع الناس وقوله تعالى «ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها» وقال تعالى «فليؤد الذين اؤتمن أمانته وليتق الله ربه» .

وأما السنة فالاخبار بذلك مستفيضة تكاد تبلغ حد التواتر المعنوى، فروى فى الكافى والتهذيب عن الحسين الشيبانى عن أبى عبدالله عليه السلام « قال : قلت له : ان رجلا من مواليك يستحل مال بنى امية ودمائهم وانه وقع لهم عنده وديعة فقال أدوا الامانات الى أهلها وان كانوا مجوسياً، فان ذلك لايكون حتى يقوم قائمنا عليه السلام فيحل ويحرم .

وروى فى الكافى عن محمد بن مسلم عن أبى عبدالله عليه السلام «قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام أدوا الامانات ولوالى قاتل ولدالانبياء عليهم السلام وروى فى الكافى والتهذيب عن عمر بن أبى حفص «قال : سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول : اتقوا الله وعليكم بأداء الامانة، الى من أئتمنكم فلوأن قاتل على بن أبى طالب عليه السلام ائتمننى على أمانة لاديتها اليه .

وعن عمار بن مروان « قال : قال أبو عبدالله عليه السلام فى وصية له : اعلم أن ضارب على عليه السلام بالسيف وقاتله لوائتمننى على سيف واستنصحنى أو استشارنى ثم قبلت ذلك منه لاديت اليه الامانة» .

وعن محمد بن القاسم بن الفضيل «قال : سئالت أبا الحسن عليه السلام عن رجل استودع رجلا من مواليك مالاله قيمة، والرجل الذي عليه المال رجل من العرب يقدر على أن لايعطيه شيئاً ، ولايقدر له على شيء والرجل الذى استودعه رجل خبيث خارجى فلم أدع شيئاً ، فقال لى: قل له : رده عليه ، فانه ائتمنه عليه بامانة الله عزوجل» .

وروى فى الكافى عن عبدالرحمان بن سيابة قال لما أن هلك أبى سيابة جاء

رجل من اخوانه الى فضرب الباب على فخرجت اليه فعزانى و قال لى : هل ترك أبوك شيئا، فقلت له: لافدفع الى كيساً فيه ألف درهم وقال الى ان قال الامام الصادق عليه السلام عليك بصدق الحديث واداء الامانة تشترك الناس فى اموالهم الحديث واما من حيث العدم فما اشير اليه من ان اموالهم حلال لنا و كان فيئى للمسلمين .

و كيف كان فاظن وجوب الرد اليهم وان كان ذوالمال حربيا و كان اموالهم فيئاً للمسلمين من يد امام العادل الذى هو سلطان المسلمين واظن ان الجمع بين الرد وعدمه هو ملاحظة عدم فساد عقيدتهم فى حق المسلمين فلا بأس بالعدم اذا كان بنحو اللقطة ونحوها اودين لهم وماتوا فيحل رده الى الامام الحاكم .

واما ان كان بنحو الوديعة اودين لهم فلا بل يجب رده اليهم حفظا لعقائدهم فى حق المسلمين ولعدم سوء ظنهم بهم والله العالم .

وفى الجواهر بعد عبارته المتقدمة قال ايضا» الاأنه لايخفى صعوبة الالتزام بكل منها بل قد يتأمل فى دلالة أدلة المقام على مثل ذلك وانما هى مساقة لبيان وجوب رد الوديعة على البر والفاجر والمسلم والكافر الذى يمكن تنزيله على محترم المال نحو النصوص فى المقام ايضاً الدالة على احترام اموال المخالفين معللة بانامعهم فى دار هدنة الى ان يظهر صاحب الأمر عليه السلام .

فالمراد حينئذ وجوب رد الوديعة حينئذ على كل محترم المال فى الدنيا للهدنة فيها وان كان كافراً لان المراد وجوب ردها حتى على غير محترم المال من الكافر الحربى ونحوه مما جاز تملك ماله اوممن كان للمودعى عنده مال غاصب له واراد المقاصة من وديعته اونحوذلك مماتطابقت عليه الادلة على جوازه ولااقل من التعارض فى الادلة من وجه ، ولاريب فى رجحان أدلة المقاصة وادلة حلية مال الكافر الحربى مثلا، خصوصاً بعد ظهور التعليل فى بعض ادلة المقام «بانامعهم فى دارهدنة» فى محترمى المال انتهى راجع ج٢٤ ص ١٣١ والله العالم

و كيف كان فيجب رد الوديعة ﴿الاأن يكون المودع﴾ بكسر الدال ﴿غاصباً

لها فـ﴿ انه لايجب بل لايجوز ردها عليه ، لعدم الوديعة شرعاً بل﴾ يمنع منها ولومات فطلبها وارثه وجب الانكار﴾ مع توقف الحفظ على الانكار .

﴿ويجب اعادتها على المغصوب منه ان عرف، وان جهل عرفت سنة، ثم جاز التصدق بها عن المالك، ويضمن المتصدق ان كره صاحبها﴾ فمع العلم بالغصبية او ثبوتها بشهادة العدلين لايجب الرد لانه ليس بوديعة ح كما اذا علم بالسرقة اورأى انه سرقه واراد جعله عند آخر مع التمكن يحرم القبول كما عرفت والا كان ضمانه عليه وعلى فرض عدمه اوعدم علمه بها الا بعد القبول لايجب الرد عليه لولم يكن له ضرر غير قابل للتحمل بل لزم ايصالها الى صاحبها بالتعريف سنة ثم مع الياس من الظفر اليه يتصدق عن صاحبها .

لخبر حفص بن غياث المنجبر ضعفه بعمل الاكثر «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل من المسلمين أودعه رجل من اللصوص دراهم أومتاعاً، واللص مسلم فهل يرد عليه قال : لايرده، فان أمكنه أن يرده على صاحبه فعل ، والا كان فى يده بمنزلة اللقطة يصيبها فيعرفها حولا ، فان أصاب صاحبها ردها عليه ، والا تصدق بها ، وان جاء بعد ذلك خيّره بين الاجر والغرم فان اختار الاجر فله وان اختار الغرم غرم له ، فكان الاجر له والخبر مطابق للقاعدة .

والظاهر لااشكال نصاو فتوى ومع ذلك المخالف هو الحلبى والحلى فأوجبا ردها الى امام المسلمين ، ومع التعذر يبقى أمانة ثم يوصى بها الى عدل الى حين التمكن من المستحق ، وعن الفاضل فى المختلف أنه قواه ، لانه أحوط ، ولضعف الخبر الذى قد عرفت انجباره ، وللمفيد والديلمى فأوجبا اخراج الخمس قبل التصدق ، ولم يذكرا التعريف ، وللفاضل فى الارشاد ، وتبعه الشهيد الثانى فخيربين الصدقة بها ـ بعد الياس والتعريف ـ مع الضمان ، وابقائها أمانة ، وفى الخبر صرح بانه حكمه حكم اللقطة كما هوواضح ولايصح رده الى الحاكم قبل التعريف وبعده مع عدم الظفر الى صاحبها اووارث صاحبها رده اليه لوجوب ردها

فورا الى صاحبها اومن بحكم الصاحب فبعد التعريف كان يد الحاكم يد صاحبه فلايجوز الصبر وابقائها امانة ثم الوصية بها لانه فى موضع خطر التلف وعدم الوصول الى صاحبها غالبا فمع الامكان لايجوز ذلك .

﴿و﴾ على كل حال فـ ﴿لو كان الغاصب مزجها بماله ،ثم أودع الجميع فان أمكن المستودع تمييز المالين ، ردعليه ماله ومنع الاخر﴾ بلا خلاف ولا اشكال ﴿وان لم يمكن تمييزهما﴾ ولو بالقسمة الاجبارية ﴿وجب اعادتهما على الغاصب﴾

وفى الجواهر عند الأصحاب علي مانسبه اليهم غير واحد ، بل عن الغنية والسرائر الاجماع عليه ، تقديماً لاحترام المال المعلوم مالكه ، على غيره الذى لايمكن معرفته ليرد على صاحبه انتهى .

ولايخفى انه فى غاية الاشكال لاستلزامه تفويت مال محترم لبداهة انه لورد الجميع الى الغاصب لذهب بمال الغير كما فعله اولا بل ذهاب مال الغاصب اولى من تلف مال المسروق عنه لانه بسوء اختياره ونفسه كان منشأ لتلف مال نفسه ايضا .

وحينئذ ان امكن التمييز ميزه وان لايمكن كما لوخلط دهن المغصوب بدهنه والدقيق بدقيقه فمع تساوى القيمتين ردنصف الممزوج الى الغاصب بلامع التفاوت لان النصف من الممزوج مساومع نصف الاخر وصار كل منهما الى حقه والغاصب الى ماله والمغصوب عنه الى وليه من الحاكم .

ولذا قال فى المسالك وتبعه عليه غيره «ان الاوفق بالقواعد رده على الحاكم مع امكانه ، ليقسمه ويرد على الغاصب ماله ، ومع تعذره يحتمل قوياً جواز تولى الودعى القسمة ان كان مثلياً ، وقدر حق الغاصب معلوماً ، جمعاً بين الحقين ، والقسمة هنا اجبارية ، للضرورة ، تنزيلا للودعى منزلة المالك ، حيث قد تعلق بضمانه ، والمحسبة ، ولو امتزج على وجه لايعلم القدر أصلا ففيه اشكال ويتوجه حينئذ ما اطلقه الاصحاب ان لم يمكن مدافعة الغاصب على وجه يمكن معه

الاطلاع على الحق ، ويحتمل عدم جواز الرد مطلقامع امكانه ، الى أن يعترف الغاصب بقدر معين ، أو يقاسم لاستحالة ترجيح حقه على حق المغصوب منه ، مع تعلق الودعى بالحقين انتهى وهو يرجع الى ماذكرنا بادنى تفاوت .

وكيف كان فلا يجوز رد مال الغير اليه بلاجهة شرعى بل يقدم مال المغصوب عنه والضرر على الغاصب لاقدامه اولا وعصيانه ثانيا وخلطه بمال نفسه ثالثا فطريقه النصف او الصلح والرجوع الى الحاكم احوط و الافبنفس الودعى وتفاوت قيمة احد المزجين ان كان من طرف المالك فيدفع بالضرورة وان كان من طرف الغاصب فبسوء اختياره .

الامر ﴿الثانى : فى موجبات الضمان﴾ ومالو فعله كان ضامنا ﴿وينظمها قسمان ، التفريط والتعدى﴾ بل قسم واحد ،وهو التقصير وان حصرها بعضهم فى ستة وهو من باب المثال وموارد التى يصدق التقصير معه والجامع بين جميع الموارد فعل مايسوء صاحب الوديعة او تركه كتبديل مكان حفظه او اخراجه من منزله من غير حاجة له فيه اوركوبه او لبس ثوبه او جعله بنظر غيره للرؤية فتلف اوجعله فى محل البرداوالحر فتلف اواخرجه عندالبحر فوقع فيه فعرق او غير ذلك مما يوجب تلف الوديعة او ترك مائه او علفه ونحو ذلك .

ويدل عليه مكاتبة محمد بن الحسن أبا محمد عليه السلام «رجل دفع الى رجل وديعة فوضعها فى منزل جاره ، فضاعت هل يجب عليه اذا خالف أمره وأخرجها عن ملكه فوقع عليه السلام هو ضامن لها انشاءالله» ومن المعلوم ان ذلك احد مصاديق مايوجب الضمان ونحو ذلك ولكن الجميع مبنى على صدق تقصيره فى الحفظ والافلا كبعض الموارد متقدمة .

وكيف كان فقد فرق بينهما فى المسالك بأن التعدى فعل مالايجوز فعله كلبس الثوب ونحوه و﴿أما التفريط﴾ وفى الجواهر فأمر عدمى ، وهو ترك مايجب فعله من الحفظ ونحوه ، قلت : قدعبر عنه فى نصوص الرهن بالاستهلاك والتضييع

ونحو ذلك مما هو أمر وجودى أيضا ، وان تقوم بعض أفراده بالعدم ، فلايكفى حينئذ فى اثباته بالاصل كما أشرنا اليه سابقاً ولذا جعل المصنف وغيره من أمثلته انتهى .

اقول : تفسير التفريط بامر عدمى مشكل جداً فانه مصدر فرّط بالتشديد وهو التقصير والتقصير كما يكون فى الامر العدمى يكون فى الامر الوجودى فانه من فعل فعل مالاينبغى صدوره مقصر كما ان من ترك فعل مالاينبغى تركه مقصر ايضاً فالتعدى والتفريط بمعنى اى صدر من المستودع فعل ما يوجب هلاك الوديعة فهو ضامن كما عرفت فى الحديث من فعل الوديعة فى منزل جاره .

وقد مثل المصنف للتفريط بالوجودى والعدمى والاول ﴿فكان يطرحها فيما ليس بحرز﴾ ويذهب عنها، ولم يبق مراعياً لها بعينه التى هى حرز أيضاً ولاريب فى أنه وجودى كما فى الجواهر .

نعم قوله ﴿أو يترك سقى الدابة أو علفها ، أو﴾ يترك ﴿نشر الثوب﴾ مثلا ﴿الذى يفتقر الى النشر﴾ هو امر عدمى كترك مايخل بحفظه حياة اوسرقة ولكن قد يكون كل منهما دائراً مدار قصد المستودع مثلان حمله فى السفر كما اذا كان ذهبا او حيوانا فتارة فى قصده حفظه كما اذا كان البلد مخوفاً من النهب او الزلزلة او الحريق فحمله لحفظ الوديعة فتصادف التلف فى السفر فلايكون ضامناً واخرى لابقصد الحفظ بل عبثاً فكان ضامنا .

وايضاً قد يكون مضطراً الى السفر كحج واجب اوخوف اوامر ضرورى لابد له من السفر ولاوثوق ببقاءه فى دار محله وتلف فلايكون ضامنا .

وكيف كان فهو دائر مدار القصد ففى كل ما صدق التفريط والتقصير كان ضامنا والافلا فتارة ان الضرورة تقتضيه ان يحركها واخرى يحركها بلاجهة توجبها ولذا قال ﴿أو يودعها من غير ضرورة ولا اذن﴾ فهو ضامن ﴿أو يسافر بها كذلك﴾ بلاضرورة ولا اذن ﴿مع خوف الطريق وأمنه﴾ بلاخلاف أجده فيه،

كما فى الجواهر.

﴿و﴾ من التفريط أو التعدى أيضاً ﴿طرح الاقمشة﴾ أو الكتب ونحوهما ﴿فى المواضع التى تعفنها﴾ أوتفسدها مدة تكون به كذلك عادة.

﴿وكذا﴾ يضمن ﴿لو ترك سقى الدابة اوعلفها مدة لاتصبر عليها﴾ مثلها ﴿فى العادة فماتت به﴾ لتحقق التفريط. بخلاف موتها بدون ذلك فانه لم يتحقق التفريط، والأصل البراءة من الضمان.

﴿**القسم الثانى** فى التعدى﴾ الذى قد عرفت تسببه الضمان وهو ﴿مثل أن يلبس الثوب﴾ مثلا للانتفاع به أو بلا قصد لا أن يلبسه لحفظه ﴿أو يركب الدابة﴾ كذلك ﴿أو يخرجها من حرزها لينتفع بها﴾.

قال فى الخلاف اذا أخرج الوديعة لمنفعة نفسه مثل ان يكون ثوباً فاراد ان يلبسه او دابة فاراد ركوبها فانه يضمن بنفس الاخراج و به قال الشافعى وقال ابوحنيفة بالاخراج لايضمن حتى ينتفع مثل ان يلبس او يركب انتهى.

﴿نعم لو نوى الانتفاع لم يضمن بمجرد النية﴾ من دون ان يفعل للاصل وعدم صدق الخيانة بالعزم على الانتفاع بها فيما يأتى.

﴿و﴾ على كل حال فـ﴿لو طلبت منه فامتنع من الرد﴾ فى اول أوقات الامكان الذى هو بمعنى التمكين منها ﴿مع القدرة﴾ عقلا و شرعاً وعرفاً ﴿ضمن﴾ لانقطاع الاذن بالاستنابة فى حفظها، وتغيير يد الايتمان حينئذ بيد العدوان بداهة انه بمجرد قصد المنع قطعت يد الايتمان

﴿وكذا﴾ يضمنها ﴿لو جحدها﴾ بعد طلبه منها ﴿ثم قامت عليه بينة أو اعترف بها﴾ لما عرفت من انقطاع الاذن ببقائها بالطلب، اذ بمجرد الجحود انقطع الاذن الموجب للامانة فيتحقق الخيانة فوجب ردها فوراً ولو اخر وتلف عنده ولو آنا بعد الجحود كان ضامنا

﴿ويضمن لو خلطها بماله بحيث لايتميز﴾ بلاخلاف لصدق التعدى بالتصرف

الذى لا اذن فيه ، سواء كان بأجود أو مساو أو أردى قال فى الخلاف اذا خلط الوديعة بمال (له) خلطا لايتميز مثل ان يخلط دراهم بدراهم او دنانير بدنانير او طعاما بطعام فانه يضمن سواء خلطها بمثلها او ارفع منها او ادون منها على كل حال و به قال ابوحنيفة واهل العراق وقال مالك ان خلطها بادون منها ضمن وان خلطها بمثلها لم يضمن .

[دليلنا] طريقة الاحتياط وايضا فقد (فانه قد) تعدى فيها بالخلط بدلالة انه لايمكنه أخذ ماله بعينه فوجب عليه الضمان انتهى ان اريد بالضمان مع دفع الوديعة من المخلوط بحيث كان عليه ضمانان ضمان للخلط وضمان للعوض كما هو الظاهر من العبارة والاليقال كان مثلها اوقيمتها ففيه ما سيأتى مفصلا ولادليل عليه سوى الاثم ومجرد عدم امكان الفرق لا يوجب الضمانين والاحتياط ليس بدليل فاللازم هو رد الوديعة من المخلوط مع دفع الزيادة أو أخذها ان لم يكن الخلط بالمساوى ومنه يعلم قول المصنف ايضاً .

﴿ وكذا يضمن لو أودعه مالا فى كيس مختوم ﴾ أو فى صندوق مقفل أو مدفوناً ﴿ ففتح ختمه ﴾ وقفله ونبشه بل ما ذكرنا يجرى فى كل حكم خلط مال الغير بماله بحيث لايتميز احدهما عن الآخر والحكم بالضمان مع قطع النظر عن بقاء العين اوبدله خلاف العقل والنقل وسيأتى فى جميع هذه الفروعات مايليق بالمقام مثل ان يكون لعدم مقداره حتى لايختلف عند الرد اولغرض آخر غير العداون والتصرف فلايكون ضامنا لبقاء الاذن ولو استصحاباً لبقائه .

﴿ وكذا ﴾ الحال أيضاً فيما ﴿ لو أودعه كيسين فمزجهما ﴾ بآخر حتى مع اتحاد المالك ، بل فى المسالك « يمكن ارادة تعميم الحكم بالضمان بمطلق المزج وهو سهل .

﴿ وكذ ﴾ يضمن الامين على الدابة مثلا ﴿ لو أمره باجارتها بحمل أخف فآجرها لأثقل أولأسهل فآجرها لاشق كالقطن والحديد ﴾ بلاخلاف ولااشكال ،

لصدق التعدى والخيانة .

﴿ولو جعلها المالك فى حرز مقفل ، ثم أودعها ففتح المودع﴾ اى الذى يقبل الوديعة ﴿الحرز وأخذ بعضها ضمن الجميع﴾ وفى الجواهر لصدق التعدى والخيانة بذلك ، بل قد عرفت تحققهما بالفتح وان لم يكن للاخذ بل ربما قيل بذلك بنية الاخذ وفيه مالا يخفى .

قال فى الخلاف ماهذا لفظه اذا اخرجها من حرزها ثم ردها الى مكانها فان عندنا يضمن بكل حال وبه قال الشافعى وعند ابى حنيفة لايضمنها الافى ثلث مسائل اذا جحده ثم اعترف به الثانى اذا طلب بردها فمنع الرد ثم بذل ردها الثالث اذا خلطه ثم ميزه فانه لايزول ضمانه فى هذه المسائل الثلث عنده وقال مالك ان انفقها وجعل بدلها مكانها زال الضمان لان عنده اذا كان المودع موسرا وكانت الوديعة دراهم او دنانير كان للمودع ان ينفقها وتكون فى ذمته قال ويكون (فيكون) احظى للمودع من الحرز [دليلنا] انه اذا ثبت وجوب الضمان عليه بالتعدى فلادليل على زوال الضمان بالرد وروى سمرة ان النبى ﷺ قال على اليد ماأخذت حتى تؤدى وهذا قداخذ فوجب ان يؤدى انتهى .

ولايخفى ان وجوب الضمان معلق على عدم الرد فانه معه لاضمان عليه اصلا كما سيأتى ولاادرى ماأراد بقوله وهذا قد اخذ الخ مع قوله بالرد فاذا رد أليس ان يؤدى اولا والثانى كما ترى والاول هو جوابه وانه بالرد زال الضمان وسيأتى تمام الكلام فى ذلك انشاءالله ﴿ولو لم تكن مودعة فى حرز ، او كانت مودعة فى حرز للمودع﴾ بفتح الدال ﴿فأخذ بعضها ضمن ماأخذ﴾ خاصة بأخذه وان لم يصرفه ، لصدق التعدى والخيانة فيه دون غيره ، كذا فسره فى الجواهر

والظاهر ان المراد انه لوتلف بعد الفتح كان ضامنا لابمجرد الفتح ولورده الى محله كما هو ظاهر العبارة ومع ذلك فيه كلام لعدم صدق الخيانة بمجرد الفتح لو كان مريداً لعوده الى مكانه فالظاهر بقاء الاذن فلو تلف بعده لاضمان

عليه لكونه امينا والشك فى ارتفاع الاذن والاصل عدم الارتفاع .

و فى الجواهر بعده قال و الفتح انما هو فى ملكه ، و لاأقل من الشك ، والأصل بمعانيه عدم الضمان انتهى فالظاهر عدم تمامية قوله ﴿ و لو أعاد بدله لم يبرأ﴾ الا مع اجازة المالك، لعدم صيرورته بدلا بدون قبض المالك وفى كلامهما كلام سيأتى ﴿و﴾ حينئذ فـ﴿لو أعاده ومزجه بالباقى ضمن ماأخذه ﴾ خاصة مع التمييز ، بل الجميع فى وجه تقدم سابقاً .

﴿و﴾أما﴿لواعادبدله ومزجه ببقية الوديعة مزجاً لايتميز ضمن الجميع﴾ وفى الجواهر قطعاً لما سمعته من تحقق التعدى بذلك ، ولو أعاد عين المأخوذ لم يزل الضمان عنه ، كما لم يزل بالرجوع عن كل تفريط و تعد ولا يتعدى الى الباقى و ان مزجه بحيث لايتميز، لأن الجميع مال المالك ، غايته أن بعضه مضمون ، وبعضه غير مضمون ولأن هذا الاختلاط كان حاصلا قبل الأخذ وعلى هذا لو كان الجميع عشرة دراهم وأخذ منها درهماً ثم ردّ اليها و تلف بغير تفريط لم يلزمه الا درهم ولو تلف منها خمسة لزمه نصف درهم ، و هكذا انتهى وهو مشكل جدا وسيأتى الكلام فى صورة عدم الابراء لو اعاده فانتظره

الامر ﴿ الثالث فى اللواحق : وفيه مسائل ﴾ اشار اليها المصنف وشارحه الجواهر ﴿ الاولى : يجوز السفر بالوديعة ، اذا خاف تلفها مع الاقامة ﴾ و قد تعذر الردّ الى المالك أو وكيله أو الحاكم أو الايداع الى الامين ، أولا يرتفع الخوف عليها به بل قيل: أنه يجب عليه السفر بها حينئذ وقد عرفت البحث فيه سابقاً

﴿ثم﴾ انه على كل حال ﴿لايضمن﴾ لعدم كونه متعديا ومفرطاً فى هذا الحال ﴿و﴾ لكن ﴿ لا يجوز السفر﴾ بها حينئذ ﴿ مع ظهور أمارة الخوف ﴾ ضرورة عدم كونه حفظاً لها ، اذ السفر فى نفسه مخاطرة ، كما قال النبى ﷺ المسافر و ماله على تلف ألا أن يشاء الله

﴿و﴾ حينئذ فـ﴿ لو سافر والحال هذه ضمن ﴾ للتعدى والتفريط ، نعم لوفرض كونه فى هذا الحال أحرزلها من البقاء ، ارتفع الضمان حينئذ

المسألة ﴿الثانية : لايبرء المودع الا بردها الى المالك أو وكيله﴾ العام او الخاص ﴿فان فقدهما فالى الحاكم﴾ الذى هوولى الغائب فى حفظ ماله لكن ﴿مع العذر﴾ للوديع كالعجز عن حفظها ، أو عرض له خوف يفتقر معه الى السير المنافى لرعايتها أوخاف عليها من السرّاق اوالحرق أوالنهب أونحوذلك ﴿ومع عدم العذر﴾ لم يجزله دفعها فلودفعها حينئذ ﴿يضمن﴾ وفى الجواهر لان المالك لم يرض بيد غيره والفرض عدم الضرورة لاخراجها من يده ، فيجب عليه حينئذ حفظها الى أن يجد المالك أو يتجدد له عذر وفى المسالك «هكذا ذكره الاصحاب ولانعلم فيه خلافاً بينهم ووافقهم جماعة من العامة انتهى

﴿ولو فقد الحاكم وخشى تلفها﴾ مثلا ﴿جاز ابداعها من ثقة ولو تلفت لم يضمن﴾ لعدم صدق التعدى والتفريط فى الفرض الذى هو أحد أفراد الحفظ المأمور به فى هذا الحال ، لكن قد عرفت فيما مضى أن ذلك فسخ للوديعة ، و الدفع الى العدل باعتبارقيامه فقام الحاكم فى الحسب ، أو أنها باقية على الوديعة عنده ولكن جازله ان وجب عليه حفظها بهذا الطريق فى هذا الحال وان لم يجز اختياراً و كذا الكلام فى المسألة ﴿الثالثة﴾ التى هى ﴿لوقدرعلى الحاكم فدفعها الى الثقة ضمن﴾ .

ولا يخفى ان الدفع الى الحاكم ان كان بعنوان الوديعة حتى لو ظهر صاحبه اخذه ورد اليه لكان حسنا جداً و ان كان بعنوان رد المظالم كاللقطة بحيث يصرفه الحاكم عن صاحبه فلاجرم يتوقف الصبر الى زمان اليأس عن ذلك ومع اليأس وعدم كونه عند الحاكم بعنوان الوديعة كان عند الثقة اولى لامكان الاخذ منه لو ظهر صاحبها

المسألة ﴿الرابعة﴾ و هى ﴿اذا أراد السفر فدفنها﴾ فى حرز أوغيره أعلم

بها العدل أولاً ﴿ضمن الا أن يخشى﴾ الودعى ﴿العاجلة﴾ للظالمين لاخذ الوديعة فدفن فوراً خوفا لاخذهم فانه حينئذ لا يضمن مع تعيينه والوصية به حيث لا مناص عند عجلة الظالم لاخذ من الدفن فأنه اقرب وسيلة ، لحفظ مال محترم ضرورة انه لولاه لوقع فى يد الغاصبين نعم بدونه يضمن لو تلف مع امكان وصوله بيد المالك و الا فلا يضمن فانه بعد فرض عدم القدرة للوصول الى المالك او وليه الامر يدور بين الدفن وحفظه وبين تركه و وقوعه بيد الظالمين والحفظ اولى ويجب فلاضمان بالدفن حينئذ

المسألة ﴿الخامسة : لوأعاد الوديعة بعد التفريط﴾ أو التعدى بان لبس الثوب ثم نزعه ﴿الى الحرز لم يبرأ﴾ من الضمان

و لا يخفى ان المسألة غاية الاشكال و لو كانت اجماعية عند الاصحاب لكنه فى التأمل فيما ذكروه محال فانه مع رد الوديعة الى محله كيف يكون ضامنا حيث لا يترتب عليه سوى العصيان

قال فى محكى التذكرة : اذا صارت الوديعة مضمونة على المستودع اما بنقل الوديعة و اخراجها من الحرز أو بأستعمالها كركوب الدابة ولبس الثوب أو بغيرها من أسباب الضمان ، ثم انه ترك الخيانة ورد الوديعة الى مكانها و خلع الثوب لم يبرء بذلك عند علمائنا أجمع ، و لم يزل عنه الضمان و لم تعد أمانة و به قال الشافعى ، لانه ضمن الوديعة بعدوان ، فوجب أن يبطل الاستيمان كما لو جحد الوديعة ، ثم أقربها ، وقال أبوحنيفة : يزول عنه الضمان ، لانه اذا ردها فهو ما سك لها بأمر صاحبها ، فلم يكن ضمانها انتهى

ولايخفى ما فيه و فى قوله لم يبرأ لما مر من ان مقتضى على اليد هوان يؤدى ما اخذ فلا ضمان بعد ذلك ولو لم يصل الى يد المالك او لم يأذنه ثانياً لكفاية اذن مالك الملوك كما اذا سرق زيد ماله ثم اعاده الى دار مخصوص له بحيث يقطع بوصوله الى يده فلاضمان له قطعاً اذالمفروض اخذ البعض اوالكل

و اعاده الى مكانه فلما ذا يكون ضامنا و ان كان فى لبس مثل ثوب يحصل النقص فيكون ضامنا لخصوصه للتفاوت بين الصحيح والنقصان

و بالجملة لامحل للضمان بعد اعادة ما اخذ وان صار خائنا بعد الاخذ ولم يوجد اذن جديد

﴿و﴾ حينئذ لايلزم قوله ﴿لوجدد المالك له الاستيمان برأ وكذا لو أبرأه من الضمان﴾ بل فى الصورتين برأ بمجرد عودما اخذه من الضمان الذى يتحقق لو تلف و الفرض عدم تلفه اللهم الا ان يكون مقصوده من الاستيمان الجديد عدم ضمان الباقى لوتلف و ذلك لانه ان اراد المصنف انه بعد اعادة ما أخذه الى مكانه أبرأه من الضمان فهو خلاف

اذ من المعلوم انه بعد الاعادة لاشىء عليه كى يبرأه لان المفروض عدم تلفه و مقتضى على اليد هو رد نفس العين ان بقيت و مثلها او قيمتها ان تلفت و الفرض ردّ عينها و ان اراد بدون العود الى محله كان ضامنا فهو خارج عن محل الكلام فانه لو لم يعده انقطع الاذن فلو تلف كان ضامنا بل لوتلف الباقى كان ضامنا لانقطاع الاذن و ان اراد لزوم الضمانين بمجرد الاخذ ضمان لنفس الاخذ ولواعاده الى مكانه .

اذ حينئذ كان ذمته متأهلا لان يكون ضامنا بالمثل او القيمة و لو لم يكن لاجل العود فللمالك ابرأ هذه الاهلية للضمان وبالثانى وهو نفس التلف الذى لم يقع فاحد الضمانين و هو اهلية العفو عنه برأه المالك فهو كما ترى لان البراءة من ضمان فرع ثبوته افلاترى باشكال القائلين بهذا الاسقاط من انه ليس يتعلق ضمان حتى يصح البراءة عنه فيكون ابراء المالك ابراء لما لم يجب فلو اعاد الودعى لاضمان حتى يتبرأ عنه افلا ترى ان معنى على اليد ما اخذت حتى تؤدى ان العين لو كان لزم رد نفسها و الاردّ مثلها او قيمتها و الفرض ان الودعى ردّ عينها فيكون قد اسقط عنه مؤدى على اليد بردّ العين و بذلك

ظهر فساد ما فى الجواهر تبعا للقوم حيث قال بعد قول المصنف و كذا لو أبرأه من الضمان ولكن فيه اشكال بعدم دليل صالح لقطع أصالة الضمان ، ضرورة عدم ثبوت مال فى الذمة يكون مورداً للابراء فان المراد من الضمان اشتغال ذمته لو تلف بالمثل أو القيمة ، فهو كما لو كان للغاصب أبرأنك من ضمان المال المغصوب فى يدك ونحوه مما هو ابراء عما لم يجب بعد انتهى

و حاصل اشكاله ان الضمان فيما يتعلق بالذمة و تصير الذمة مشغولة بالمثل او القيمة وهو فيما لو تلفت العين وبدون التلف كما هو مفروض المقام ليست الذمة مشغولة شيء حتى يصح الابراء عنه فلا يتم ماافاد المصنف بالابراء

وأنت اذا تأملت فى هذا الكلام تعرف فساده وان الابراء يتوقف على اشتغال الذمة فاذا لم يكن الذمة مشغولة بالمثل او القيمة لاضمان حتى يتبرأ عنه فنقول فاذا لم يتعلق ضمان لذلك فمن اى شيء يتحقق ضمان فالقوم يعترفون بعدم تحقق الضمان وانه فرع تحققه .

فان قلت نظراً لقوم الى ان الذمة اذا لم يكن مشغولة بالمثل او القيمة لما معنى للابراء الذى ذكره المصنف فاذا لم يكن الضمان قابلا للابراء فكان ثابتا فغرضهم من ذلك اثبات الضمان .

قلت نعم لكنهم لايتوجهون بان عدم كونه قابلا للابراء لاجل عدم وجوده اذ الابراء فرع التحقق واذا لم يكن لم يكن اصلا لا انه كان ولم يكن قابلا للابراء فكما لايصح الابراء عنه لايصح اثباته على الذمة فلا يكون الذمة مشغولة بالمثل اوالقيمة وانما تشغل الذمة فى صورة التلف وهو خلاف الفرض فقول الشارح بعدم الدليل الخ لعجيب .

وليت شعرى اى دليل دل على الضمان بعد العود فان اريد به حين أخذه فلم يتعلق على الذمة مثله اوقيمته وعينه رد على الفرض فاى شيء اراد المصنف

بقوله لوأبرأه من الضمان الا فى صورة تجدد الاستيمان ان وقع ما اخذه بيده اويدوليه اوقيل بكفاية العقد ثانياً .

ضرورة انه ليس شيء فى البين حتى يكون قابلا للابراء وكذا ليس شيء قابلا للثبوت كما فى الجواهر لان الضمان متعلق بعدم تأدية اليد والتأدية حاصلة اذ الفرض ردّ ما اخذ الى الحرز فلاشيء يتعلق به الضمان .

فما اراد شارح الجواهر بقوله بعدم دليل صالح لقطع اصالة الضمان حتى أيّد عدم الدليل بدعوى الضرورة بعدم ثبوت مال فى الذمة يكون مورد للابراء فالابراء لامحل له فالابراء على زعمه باطل لعدم وجود مثل او قيمة حتى يصح الابراء فالضمان بحاله وقد عرفت اذا لم يكن مايوجب الابراء وهواشتغال الذمة فالضمان لما ذا .

وقد اعترف قده بالحق من غيرتوجه وحاصله ان الذمة غيرمشغولة بالمثل او القيمة حتى صح الضمان و لم يتوجه بانه حينئذ لاشيء يوجب الضمان اصلا فيرتفع موضوع الضمان .

والعجب انهم ذكروا وجه الضمان بماكان لايليق بأن يسطر اذالمالك لاحق له سوى ما عين له الشارع عليه السلام وهو رد نفس العين او بدلها وبدونه لاحق له اصلا بداهة عدم حقين للمالك وعدم ضمانين له لاعقلا و لا شرعاً فما افيد فى مقام الجواب غيرمفيد ومن العجيب اتيان الدليل عليهم بقولهم .

و يدل على أن المراد من الضمان هو المعنى الاول أنهم يحكمون عليه بمجرد العدوان ، فيقولون صار ضامنا ، ولوفعل كذا ضمن ونحو ذلك ، مع أن لزوم البدل لم يحصل بذلك ، وانما حصل قبول ذمته له ، وهذا معنى زواله بالبرائة بل هو متعلق البرائة انتهى .

فانه ايضا احد افراد المقام فى الفساد وليس دليلا صح الاعتماد عليه بل على فسادها قالوا هو العقل الحاكم بان للشيء غرامة واحدة والعجب اجماعهم

على هذا الامر الباطل .

قال العلامة فى القواعد [فلورد الوديعة الى الحرز لم يزل الضمان مالم يجدد الاستيمان] وفى مفتاح الكرامة بعده قال اجماعاً على الحكم بالضمان عند عدم تجدد الاستيمان كما فى التذكرة كما سمعته آنفاً وظاهر المبسوط والغنية واجماعاً فيها اى فى التذكرة ايضاً على زواله اى الضمان وعوده امیناً اذا اعادها اليه ثم جدد له الاستيمان ولم يحك الخلاف فى الاول الاعن ابى حنيفة قال لانه مأمور بالحفظ فى جميع الاوقات فاذا خالف فى جهة منها ثم رجع وعاد الى الحفظ كان ممسكاً على الوجه المأمور به اى كان ماسكاً بامر صاحبها وينقض عليه بما اذا جحدها ثم اقر بها وبما اذا رد السارق السرقة الى موضعها وبالحكم المذكور هنا صرح فى المبسوط والخلاف وغيرهما .

فقد ظهر ان لاخلاف بين المسلمين فى تحقق الاستيمان بان يدفعها الى المالك ثم يعيدها اليه امانة وقد سمعت دعوى الاجماع على ذلك بل لاشبهة فيه كما فى المسالك ويتحقق ايضاً بان يجدده له من غير ان يدفعها اليه بان يقول له اذنت لك فى حفظها او اودعتك اياها او استأمنتك عليها ونحو ذلك كما فى المبسوط والغنية والسرائر والشرايع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد لان الضمان انما كان لحق المالك وقد رضى بسقوطه باحدائه مايقتضى الامانة .

ويمكن بناء ذلك على ان الغاصب اذا استودع هل يزول عنه الضمان ام لا وقد تقدم لنا فى باب الرهن ان زوال الضمان فى ايداع الغاصب مختار جماعة كثيرين بل استظهرنا انه ليس محل خلاف وفى الوسيلة فيما نحن فيه انه لايزول الا بالرد وهو شاذ على الظاهر وأستشكل فى المسالك والكفاية لعدم المنافاة بين الوديعة و الضمان مع عموم قوله صلى الله عليه وآله و سلم على اليد ماأخذت حتى تودى .

وفيه انه قد اقام يده مقام يده وجعله وكيلا فى حفظها وقبضه لمصلحته

فكان المال بمنزلة ماأذا كان فى يدالمالك فلاضمان بخلاف الرهن ونحوه والخبر نقول بموجبه لان الاداء يتحقق باستنابة المالك اياه فتصير يده كيده ويتحقق الاستيمان ايضاً والبرائة من الضمان بان يبرئه من الضمان كان يقول لهابرئتك من ضمانها ونحو ذلك كما فى التذكرة وجامع المقاصد ومايأتى فى الكتاب فى فصل الاحكام ولاينافى ماهنا بهذا التقرير كما ستعرف ويبرأ من الضمان بذلك كما فى المبسوط والخلاف والغنية والسرائر والشرائع والتحرير والتبصرة وهما متلازمان لان الضمان كان لحق المالك وقد اسقطه كما لو حفر بئراً فى ملك غيره عدواناً ثم ابرئه المالك من ضمان الحفر لكنه فى ديات التحرير تأمل فى هذا النظير .

نعم قالوا لورضى بالبئر بعدالحفر العدوانى سقط الضمان والمصنف فى رهن الكتاب وولده والشهيد وابن سعيد والكركى قالوا انه لوابرء الغاصب عن ضمان الغصب لم يبرأ ولاتصير يده يد امانة لان معنى الضمان ان العين لوتلفت وجب عليه بدلها والحال انها الان لم تتلف فيكون الابراء مما لم يجب (واجيب) من قبل الشيخ فى المبسوط والمحقق فى الشرايع والمصنف فى التحرير بان الضمان المسبب عن التعدى معناه جعل ذمة الودعى متعلقة بالمالك على وجه يلزمه بدل المال له على تقدير تلفه ولزوم البدل ثمرة الضمان وفائدته لانفسه والساقط بالابراء هوالاول لاالثانى انتهى .

ونظيره عبارة المسالك قال فيه الى ان قال : و يمكن بناء ذلك على ان الغاصب اذا استودع هل يزول الضمان عنه ام لا فان المستودع هنا قد صار بتعديه بمنزلته والمسئلة موضع اشكال اذ لا منافاة بين الوديعة والضمان كما فى الفرض المذكور فلايزول الضمان السابق بتجدد مالاينافيه مع عموم قوله ﷺ على اليد ماأخذت حتى تؤديه ومن انه قد اقام يده مقام يده وجعله وكيلا فى حفظها و ذلك يقتضى دفع الضمان و قد سلف البحث فى نظايرها فى مواضع

كالرهن والقراض .

والاقوى هنا زوال الضمان لان المستودع نائب عن المالك فى الحفظ فكانت يده كيده وقبضه لمصلحته فكان المال فى يده بمنزلة ما اذا كان فى يد المالك بخلاف الرهن ومنها ان يبرئه من الضمان وقد جزم المصنف ببرائته ايضاً والوجه فيه ما سبق من ان الضمان كان لحق المالك وقد اسقطه بالبرائة ويشكل بان معنى الضمان ان العين لو تلفت وجب عليه بدلها والحال انها الان لم يتلف فيكون الابراء من الضمان ابراء مما لم يجب و يمكن دفعه بان الضمان المسبب عن التعدى معناه جعل ذمة الودعى متعلقة بالمالك على وجه يلزمه بدل المال على تقدير تلفه ولزوم البدل ثمرة الضمان وفائدته لانفسه والساقط بالابراء هو الاول لا الثانى .

ويدل علي ان المراد من الضمان هو المعنى الاول انهم يحكمون عليه به بمجرد العدوان فيقولون صار ضامناً ولو فعل كذا ضمن ونحو ذلك مع ان لزوم البدل لم يحصل بذلك وانما حصل قبول ذمته له وهذا معنى يمكن زواله بالبرائة بل هو متعلق البرائة واما نفس البدل فلا يعبر عنه بالضمان والبرائة اذا تعلقت به فانما يكون من نفس المال لامن الضمان الثابت بالعدوان انتهى .

اما قوله قده ويمكن بناء ذلك الخ فغير خفى ان الغاصب اذا غصب اموالا كالدراهم والدينار ثم ندم على ذلك وقال للمالك كان ما غصبتك وديعة عندى وقبل المالك كان كما كان من اول الامر الذى اراد المالك جعل ماله عنده وديعة فصار يد الغاصب بعد كونها يد عدوان يد امانة .

وحينئذ ان اريد بناء المقام على الوجهين الذين قالوا فى الغاصب اذا استودع حتى يقال ان قلنا فيه بعدم الضمان قلنا فى المقام كذلك والافلا فالبناء غلط جداً لان فى الغاصب اذا استودع صارت يده يد ائتمان فلا ضمان له بعد ذلك فلا يصح فيه الوجهان والمقام كذلك اذ بعد الندامة وعود ما اخذه الى مكان

كان كالغاصب اذا استودع فلم يكن احدهما ضامنا بعد استدعاء الوديعة واعادة ما اخذه الى مكانه فلاظن فيهما اشكالا اصلا تدبر فيما ذكرنا حتى لايرد عليك تكرار العبارات فانه لو تأملت تعلم بأن المقام مقام التكرار كتكرار الكتاب ذكر الجنة والنار .

وقوله ويمكن دفعه بان الضمان المسبب عن التعدى معناه جعل ذمة الودعى متعلقة بالمالك على وجه يلزم بدل المال على تقدير تلفه نقول لوسلم جميع ذلك فأخذ بلازمه وهو قوله على تقدير تلفه ولازمه انه لولم يتلف لم يكن ذمة الودعى مشغولة بالمالك وهو واضح عندمن له ادنى تدبر فاذا قال المتكلم اعط فلانا درهما ان جائك او ان سلم عليك مفهومه عدم الاعطاء لولم يجئى اولم يسلم عليك تدبر فيه فانه اذا لم يرده اشتغل ذمته للمالك لاما اذا ردّه .

ثم قال بعده متصلا بكلامه ولزوم البدل ثمرة الضمان وفائدته لانفسه الخ نقول وظاهر هذا مامر من لزوم ضمانين فمن سرق مالا قد تعلق ذمته للمالك مرة بمجرد اخذ هذا المال ولورده ومرة بعدم رده الى المالك فحينئذ لزم الضمان ثانياً فلورده انتفى الثانى وبقى الاول وهو نفس الاخذ الذى سبب لاشتغال ذمته للمالك ولومع رده .

وبالجملة نفس الاخذ هو الاول سواء رده ام لا وعدم رده هو الثانى فاذا رده سقط الثانى دون الاول تدبر فى هذه الكلمات المعجبة للناظرين فيها والمسألة كثيرة الوقوع فى كل مورد يكون مال لاحد عند آخر بلاوجه شرعى ثم جعله باذن المالك رهنا او وديعة اوعارية وغيرذلك .

فلايصغى بما قيل اويقال بما ايضا حاصله بان لزوم البدل وهو الاول ثمرة الضمان وفائدته لانفسه و ليس فى كلماتهم سوى المقام تصريح بان البدل ثمرة الضمان بل يقولون لو اخذ وتلف لزم على الآخذ البدل مثلا اوقيمة كيف والالزم كون امر الوديعة مع امانة الودعى اشق واصعب من السارق والغاصب كما عرفت وان

الغاصب او قبل ماعنده وديعة ورضى المغصوب عنه صار المغصوب وديعة من دون اشكال فكما ان الغاصب لوتلف فى يده بعد الاستيداع لم يكن ضامنا فكذلك العاصى بامر الوديعة واخراجه عن محله لوتاب واعاده الى محله قبل تلفه لم يكن ضامنا فالغاصب والمتعدى فى امر الوديعة كلاهما لوتلف فى يدهما قبل الاستيداع وقبل الرهن وقبل عود الوديعة كان ضامنا وبعدها لم يكن ضامنا لانتفاء موضوع الضمان :

ومما ذكرنا يظهر ما فى الخلاف قال ما هذا لفظه: اذا قال له رب الوديعة بعد ان تعدى فيها وضمنها ابرئتك من ضمانها وجعلتها عندك وديعة و ائتمنتك على حفظها فانه يزول ضمانها وظاهر مذهب الشافعى انه لايزول لان بالابرآء لايزول الضمان الا ان يردها عليه ثم يتسلمها من الرأس و فى اصحابه من قال يزول ضمانه .

[دليلنا] ان حق الضمان اذا كان لصاحبها فمتى ابرأه وجب ان يزول الضمان لانه اسقاط حق له انتهى فيه ان حق الضمان كان يصبها اذا لم يسقط بردما اخذ وبعد الرد لايبقى له حق ويعلم منه فساد قوله فيه ايضا قال اذا تعدى فى الوديعة يضمنها فاذاردها الى حرزها لم يزل الضمان عنه الا ان يردها على المودع او حدث استيمان آخر مجدد وبه قال الشافعى وقال مالك وابوحنيفة ان ردها الى حرزها زال الضمان .

[دليلنا] ان بالتعدى قد ضمن واشتغلت ذمته بها فمن ادعى (برائة الذمة) برائتها بردها الى حرزها فعليه الدلالة انتهى .

ولقائل ان يقول اذا لم يسقط الضمان بردما اخذه فما حال مالم يرده فهل عليه حينئذ ضمان واحد فلزم رده و عدم رده متساويان و ان كان حينئذ عليه ضمانان ضمان للاخذ وضمان لعدم الرد فلزم ان يكون الاخذ بدون قصد الرد بدلان ولايتصور شيء واحد بدلان لاعقلا ولاشرعا : اذا اودعه دراهم اودنانير

فانفقها المودع ثم رد مكانها غيرها لم يزل الضمان وبه قال الشافعي وقال مالك زال الضمان عنه بذلك الرد بناء على اصله لان عنده للمودع انفاق الوديعة فاقل الاقسام ان يكون دينا في ذمته فهو احظى للمودع من الحرز .

[دليلنا] انه ضمن بالاخذ بلاخلاف وزوال الضمان عنه بالرد يحتاج الى دليل انتهى والدليل حتى يؤدى والفرض رد الدراهم والدينار الى مكانه فان قلت الدليل استصحاب بقاء الضمان الحاصل بمجرد التصرف في الوديعة اخذا وركوبا لبسا تغييرا والاصل بقائه، قلت الاستصحاب يرتفع بالرد حيث قال عليه السلام لاتنقض اليقين بالشك ولكن تنقضه بيقين آخر والرد يقين آخر بالنقض ولعمري ان هذه الكلمات من مثل هذه الاعلام في غاية البعد و لقائل ان يقول ما اريد من عدم البرائة أيكون المراد رد آخر مثل ماردها الى الحرز كي يجب رد البدل والاصل كما هو الظاهر من العبارة فيكون جمعاً بين العوض و المعوض فهذا هو الذي مورد التعجب وان اريد غيره فعليكم الدلالة .

فان قلت: قد عرفت عبارة المشتملة على الفرق بين فائدة الضمان ونفسه

قلت: قد عرفت فساده وان كون البدل ثمرة الضمان لانفسه كلام لامحصل له خصوصا في مسألة ورد النص على جواز اخذه لو كان من قصده الاداء والوفاء فكيف يمكن مع النص غرامة ضمان باسم انه فائدة الضمان مع عود ما اخذت الى الحرز و قد عرفت شرح تلك العبارة في كلام الشارحين و مفتاح الكرامة و غيرهم .

ومن جميع ذلك يظهر عدم تمامية الاجماع الذي استدل به في التذكرة كما يظهر عدم تمامية الدليل عليه بما في المسالك وغيره بقولهم ويدل على ان المراد من الضمان هو المعنى الاول انه يحكمون عليه به بمجرد العدوان فيقولون صار ضامناً ولو فعل كذا ضمن ونحو ذلك مع ان لزوم البدل لم يحصل بذلك وانما حصل قبول ذمته له وهذا معنى يمكن زواله بالبرائة واما

نفس البدل فلا يعبر عنه بالضمان و البرائة اذا تعلقت به فانما تكون من نفس المال لامن الضمان الثابت بالعدوان انتهى فان هذا الكلام كسائر الكلمات الفاسدة بل هو ايضا ناش عن الضمان مرتين مرة ما غيراسمه بالفائدة ومرة بنفس الضمان لولم يعد .

ومن العجيب قولهم ان لزوم البدللم يحصل وانما حصل قبول ذمته لهمع ان قبول الذمةفرع حصول لزوم البدل فاذالم يحصل البدل لاجل عدم فوته كيف يقبل ذمته له فانه اشتغال لمالم يحصل فكيف يصح القول بان البدل لم يحصل وذمته يقبل مالم يحصل .

وبالجملة ان الاجماع على فرض حجيته انما يكون حجة اذا لم يكن على خلاف العقلى كما هنا اذ كون الجريمتين لشيء واحد على خلاف العقل و النقل الا اذا نشأ من جريمة واحدة جريمات متعددة وهو هنا مفقود و كيف كان فهذه الشدة لايناسب المقام وقول المصنف ولواعاد بدله لم يبرأ و قول شارحه الا مع اجازة المالك فان المفهوم منه تصديق المصنف بانه بدون اجازة المالك لم يبرأ والفرض انه اعاد ما أخذه الى الحرز ففى غاية الاشكال .

ثم انه فى الحدائق بعد حكاية مانقدم فى اول المسألة عن التذكرة قال لم اقف لهم (رضوان الله تعالى عليهم) على دليل فى المقام ، سوى ما يظهر من كلامهم من الاخذ بالاستصحاب مضافاً الى دعوى الاجماع كما سمعت من كلام العلامة وقد عرفت ما فى الاستصحاب انتهى .

ولايخفى انه مع عدم الدليل على الضمان كان الدليل على عدم الضمان موجود وهو خبر الخثعمى عن الصادق عليه السلام «قلت له : الرجل يكون عنده المال وديعة يأخذ منه بغير اذن صاحبه فقال : لايأخذ الا أن يكون له اذن ، قال : قلت : أرأيت ان وجد من يضمنه ، ولم يكن له وفاء وأشهد على نفسه الذى يضمنه يأخذ منه ؟ قال : نعم» و ما رواه ابن ادريس فى مستطرفات السرائر عن جامع

البزنطي «قال سألته عن رجل كانت عنده وديعة لرجل فاحتاج اليها هل يصلح له أن يأخذ منها وهو مجمع على ان يردها بغيراذن صاحبها ؟ قال اذا كان عنده وفاء فلا بأس أن يأخذ ويرده» ورواه الحميري في قرب الاسناد عن علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام «قال : سألته» الخبر وفي الحدائق بعد نقله قال و بمضمون ذلك أخبار أخر قد تقدمت في المسئلة السابعة من المقدمة الرابعة من كتاب التجارة والتقريب فيها أنها ظاهرة في أنه لايخرج بهذا التصرف عن كونه أميناً لكون تصرفه جائزاً .

وقال ابن ادريس - بعد ايراد خبر البزنطي المذكور - قال محمد بن ادريس لايلتفت الى هذاالحديث ، لانه ورد في نوادر الاخبار ، والدليل بخلافه وهو الاجماع منعقد على تحريم التصرف في الوديعة بغيراذن ملاكها ، فلايرجع عما يقتضيه العلم الى ما يقتضيه الظن ، انتهى ، وهو جيد على أصله الغير الاصل

وكيف لا ؟ و الاخبار بما قلناه متظافرة كما أشرنا اليه من ذكرها في الموضع المشارالیه ، والحكم ليس منحصراً في هذا الخبر ، و قد تقدم الكلام أيضا في المناقشة في بعض الموارد المذكورة انتهى قد عرفت بعد ما ذكره الاصحاب من الضمان بمجرد فتح الباب من الحرز او اخذ شيء منه مع ردّه اليه فان كان مرادهم من الضمان عدم الرد فهو حق فانه ضامن لما اخذه لاالجميع

وقد عرفت ما قيل او يمكن ان يقال من عدم التمامية واعجب من ذلك ردّ النص الوارد في خصوص المقام بل العجب من ابن ادريس حيث انه مع انه رواه في المستطرفات قال لايلتفت الى هذه الرواية .

ثم جعل الدليل على خلافه هو الاجماع مع ان مدرك جميع المجمعين هو الاخبار وليس مسألة في جميع المسائل من اول الفقه الى باب الديات كان دليلها الاجماع من دون رواية اصلا الاّ شاذا مع ان الكلام هو في حجية مثل هذا الاجماع حيث ان حجية الاجماع ليس الا من حيث كشفه عن قول المعصوم

والكشف لايمكن الابوجود الاخبار الاّ اذا كشف قول المعصوم من طريق النوم او فى العبور وتشرف الفقيه بحضرته ارواح العالمين له الفداء .

وهو لا يتحقق لاحد الا نادراً ايضاً مع عدم القطع لغيره لو ادعاه كذلك فلولا الاخبار لا وجود للاجماع الالملعامة العمياءالذين جعلوا نفس الاتفاق على شيء هو الاجماع من دون الاحتياج الى قول الامام كى يتم مدركهم على الحجية لائمتهم واما عندنا فلولا كشف الاجماع عن قول الامام لاحجية له اصلا وحينئذ لايكون الاخبار التى مدرك حجية الاجماع الا اخبار واحد وهو عندهذاالقائل ليس بحجة اصلا مع ما عرفت منّا مكرراً ان الاجماع الاصطلاحى هو اتفاق الكل لاالرؤساء المدوّنين للكتب فكم من الرجال المحققين فى اقطار العالم . ولم يكن له اسم ولا رسم وكلهم صاحب الرأى والفتوى وجليل القدروالمنزلة وكان رأيهم على خلاف الاجماع و لم يطلع عليه احد فكيف يكون الاجماع الذى اتفاق الكل متحقق .

وكيف كان فمن اعجب العجائب ردّ الاخبار الاحاد اعتماداً على الاجماع الذى حاله كما يراه فلايفيد الاجماع الاّ ن القوم متفق الرأى اما كونه حجة فلافكم من المتحدين فى الرأى وكان حكمهم واتفاقهم على خلاف بعض آخر كمسألة منزوحات البئر للنجاسة بالاجماع عند المتقدمين والاجماع على الطهارة عند المتأخرين .

وكيف كان فالاشكال بالروايات فى غيرمحله نعم قد يشكل عليها بانه اذا اخذه لشراء شيء منه لم يقع لنفسه لان المال لمالكه والفرض عدم اذن له بالمستودع فشرائه له فضولة مبنية على صحة الفضولى لنفسه وعلى فرض الصحة يحتاج الى اجازة المالك فيصح للمالك لا لنفسه وعلى بطلان الفضولى لنفسه كان معاملته باطل لانه وقع بمال الغير المملوك و اما اعادة ما اخذ الى مكانه انما يرتفع اثر الضمان للمالك ويمكن ان يقال بوقوع المعاملة لنفسه وتعلق بدله بذمته من

حيث ان من قصده العود وما ذكر من عدم الوقوع انما كان فيما قصد عدم رد فاشترى بما ان المال لنفسه غصباً كما فى الغاصب .

واما لوكان من قصده الوفاء كما هوصريح الرواية فلا يكون غصبا ولايقع للمالك بل لنفسه ويتعلق ذمته ببدله من رد مثله و هذا سر قوله عليه السلام ان كان من قصده الوفاء فوقع المعاملة باجازة المالك الحقيقى و قوله فى الجواهر ضرورة عدم اقتضاء عقد الوديعة الوكالة فى القرض والاستيفاء فانه اجتهاد فى مقابل النص وعدم العمل على زعمه لاصل هذا الامر الموهوم فى ذهنه فلا اشكال فى الرواية ايضاً .

و كيف كان فقولهم عليهم السلام ان كان من قصده الوفاء يكون صريحا فى عدم الضمان لورده بعينه الى مكانه من دون نقص حاصل فيه من دون ان يرد الاشكال المذكور فان اذن الائمة عليهم السلام كاف فى صحة المعاملة لنفسه فانهم عليهم السلام مالك الملوك والمالك الحقيقى و كان جميع الامورات باذنهم والسلطان الحقيقى الذى هوالرب تعالى قدفوض امر جميع الكائنات الى نبيه صلى الله عليه وآله فكل ماصدرعنهم عليهم السلام صدرعنه صلى الله عليه وآله و كل ماصدرعنه صلى الله عليه وآله صدرعن الله فنفس قوله عليه السلام فلا بأس فى سئوال قوله فاحتاج اليها هو اذن واجازة للمالك بالاولوية .

فلا يتوقف الى ازيد من قصده الوفاء و العود و يؤيده ما ورد فى التجارة بمال اليتيم مع انها مشتملة على البيع والشراء والله العالم .

﴿و﴾ كيف كان فـ﴿لواكره على دفعها الى غير المالك ، دفعها ولاضمان﴾ وفى الجواهر قال وفاقا للمشهور نقلا ان لم يكن تحصيلا ، لضعف المباشرة وقوة السبب ، ولأصالة البراءة ، وللضرر بترك التسليم ، فيباح له شرعاً ، ويكون مندرجاً فى نبوى الرفع ، المقتضى رفع الحكم وضعاً وتكليفاً لاماخرج ، خلافاً للمحكى عن أبى الصلاح ، فأوجب الضمان لكونه متلفاً ، اذ الفرض أنه باشر الدفع بنفسه ، لأن المكره باشر الأخذ فيشمله عموم من أتلف ، ونحوه ، وان كان له الرجوع

على المكره باعتبار قوته ، فقرار الضمان عليه انتهى .

وقد عرفت الكلام فيه مفصلا فراجع الى ما تقدم آنفا .

المسألة ﴿السادسة اذا أنكر الوديعة أو اعترف وادعى التلف أو ادعى الرد ، ولا بينة ، فالقول قوله﴾ .

وفى الجواهر بلا خلاف ولا اشكال فى الاول ، لعموم «البينة على المدعى واليمين على من انكر» وعلى المشهور فى الثانى شهرة عظيمة كادت تكون اجماعاً ، سواء أسنده الى سبب أولا ، وسواء كان ظاهراً كالغرق والحرق ، أو خفياً كالسرقة و نحوها ، بل فى التذكرة نسبته الى علمائنا ، بل لم يحك الخلاف فيه الا من الشيخ فى المبسوط ، فلم يقبل قوله لا بالبينة فى التلف بأمر ظاهر ، لعموم البينة ، لكن رماه بعضهم بالشذوذ ، والعموم المزبور يجب تخصيصه بالاجماع الظاهر ، أو المحقق المحكى أو المحصل انتهى .

اما الاول فلا كلام فيه لانه منكر وعلى المالك البينة وبدونها يحلف المودع واما الثانى ففيه اشكال لانه مدع والمالك منكر عكس الاول فالقول قول المالك وعلى المودع البينة و كذا لو ادعى الرد فعليه البينة ففى الاخيرتين القول قول المالك وعلى المودع اقامة البينة لقوله البينة على المدعى واليمين على من انكر والقاعدة مسلمة بين الفريقين والاجماع مضافا الى عدم قوته للمخصيصة ان القاعدة آبية عن التخصيص فالقوى هو قول المالك لكن وجه قول المشهور كون الامين لا يكون خائنا وانه كل شى قاله لزم العمل على طبقه فان الامين خلاف الخائن

ولذا لا يمين ايضا عليه فيحرج عن قوانين القضائية تخصيصا للقاعدة فاحكام الدعاوى لا تجرى فى حق الامين و يؤيد ما ذكرنا من عدم اجراء قواعد القضاء فى الامين ان الامانة مانعة من خلاف الواقع فانه يخرجه عن الامانة ولانه محسن فى قبول الوديعة ولا سبيل على المحسنين فانه قبل المال لصلاح المالك و عدم تلف ماله فلا ينبغى اجراء القواعد فى حقه و يؤيد عدم اليمين عليه ان اليمين

للاطمينان عليه وهوحاصل فى الامين بدون اليمين .

وقد «سئل الصادق عليه السلام عن المودع اذا كان غير ثقة هل يقبل قوله ؟ قال : نعم ولايمين عليه» قال : وروى فى حديث آخر أنه قال : «لم يخنك الامين ولكنك ائتمنت الخائن» وقال فى كتاب من لايحضره الفقيه مضى مشايخنا (رضى الله عنهم) على أن قول المودع مقبول ، فانه مؤتمن ولايمين عليه .

ومنها مارواه فى الكافى عن مسعدة بن صدقة عن أبى عبدالله عليه السلام «قال : ليس لك أن تتهم من ائتمنته ، ولاتأمن الخائن وقد جربته» .

ومارواه فى قرب الاسناد عن مسعدة بن صدقة عن أبى عبدالله عليه السلام «قال : ليس لك أن تأتمن من خانك لاتتهم من ائتمنت» .

وعن مسعدة بن زياد «عن جعفر بن محمد عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وآله قال ليس لك أن تتهم من ائتمنته ، ولاتأمن الخائن وقد جربته .

وفى الحدائق بعد نقلها قال والتقريب فى هذه الاخبار أن منشأ اليمين انما هو الاتهام له ، وعدم تصديقه ، وقد نهوا عن اتهامه . فلاوجه لليمين حينئذ بل يجب تصديقه وقبول قوله من غير يمين ففى هذه الاخبار رد أيضاً على الشيخ ومن قال بقوله من أن له احلافه مع تهمته فان هذه الاخبار نهت عن اتهامه ويؤيد هذه الاخبار أيضاً الاخبار الدالة على أنه لم يخنك الامين ، ولكن ائتمنت الخائن فانها ظاهرة فى أنه لايجوز له أن يخونه ، وينسبه الى الخيانة بعد اعتقاد كونه أميناً ، وايداعه لذلك انتهى .

وعلى ذلك كان الامين خارجا عن اجراء المدعى والمنكر فى حقه لامكان الاطمينان على قوله من غير احتياج باليمين .

ومن الروايات منها مارواه فى الفقيه مرسلا «قال : وروى أن رجلا قال للصادق عليه السلام انى ائتمنت رجلا على مال او دعته عنده فخاننى وأنكر مالى ،فقال لم يخنك الامين ولكن ائتمنت أنت الخائن» ورواه الشيخ أيضاً مرسلا .

وكيف كان فالمسألة مشكلة من وجهين الاول من حيث عدم اليمين في الاخبار وذكرها كان في بعض الكلمات الثاني من حيث انه مدعى وعليه البينة ففي ادعاء الرد بل في التلف سواء كان بامر ظاهر كالفرق والزلزلة والحرق او بامر خفي كالسرقة والغصب كان تقدم قوله مشكل جدا مع كونه مدعيا وقوله على خلاف الاصل فكيف يخرج عن القواعد القضائية مع ان الامين قد يكون خائنا وليس كالعدالة التي يضرها الخيانة بل قبوله الوديعة ليس في جميع الاوقات للاحسان .

بل قد يكون للخيانة وجعل القبول وسيلة للغصب وليس علم بما في ضمير الاشخاص والامين الواقعي لا يخون ولذلك كان الخروج عن القاعدة مشكل قال في التذكرة فان ادعى ردها على من ائتمنه وهو المالك قدم قوله باليمين ، على اشكال ينشأ من أنه أمين يقبل قوله مع اليمين كالمتلف ومن كونه مدعياً فافتقر الى البينة وظاهره التوقف وانه ليس المسألة اجماعية ونحوه المحكي عن المسالك حيث جرى على ماجرى عليه في التذكرة .

ونحوه الشهيد الاول في شرح نكت الارشاد حيث اقتصر على مجرد نقل وجهي الاشكال المذكور ونحوهم في الحدائق حيث صدق توقفهم فالمسألة غير خال عن الاشكال ولكن مع ذلك المصنف مشى على خلافه على ترديد حيث قال :

﴿وللمالك﴾ حينئذ ﴿احلافه على الاشبه﴾ وايده في الجواهر بقوله بأصول المذهب وقواعده مع ان اصول المذهب على خلافه فان الودعي يدعي العدم او الرد او الدفع والمدعى لزم عليه اقامة البينة فليس للمالك احلافه بل على المالك امره باقامة البينة وليس هنا اجماع على خلافه كما عرفت فلا وجه للشهرة حينئذ .

﴿أما لو دفعها الى غير المالك وادعى الاذن﴾ من المالك في ذلك ﴿فأنكر﴾ المالك فلا ريب ﴿فـ﴾ـى ان ﴿القول قول المالك مع يمينه﴾ لان الفرض انه مدع للاذن والمالك منكره فالقول قوله مع اليمين وعلى المدعي اقامة البينة

لقوله البينة على المدعى واليمين على من انكر، فيكون على طبق القوانين القضائية ولاظن الفرق فى ذلك بين ادعاء الاذن من المالك بين ادعاء الرد او التلف .

وماذكر فى ان الامين غير خائن فلاحلف ولابينة عليه جارفى ادعاء الاذن فى الدفع الى غير المالك وما يرد عليه من احتمال الخيانة جار فيه ايضافالظاهر اجراء قوانين القضاء فى الكل ولوفى ادعاء الرد او التلف كما عن الشيخ فى ادعاء الرد ولزوم حمل الاخبار على ان الامين الواقعى لايخون وعدم العلم بذلك يكون مجوزاً للدخول فى المسألة الا اذا علم بحال الامين وافعا فلامنافاة بين الاخبار واجراء القواعد على المسألة ﴿ولو صدقه﴾ أى المالك ﴿على الاذن﴾ وأنكر التسليم فالقول قوله لانه منكر وعلى الودعى اقامة البينة على التسليم .

واما لو صدقه على التسليم ايضا لمن اذن له ﴿لم يضمن﴾ الوديع بانكار المأذون ﴿وان ترك الاشهاد على الاشبه﴾ بأصول المذهب وقواعده، حتى لو قلنا به بالنسبة الى وفاء الدين ، لأن مبنى الوديعة على الاخفاء .

المسألة ﴿السابعة: اذا أقام المالك البينة على الوديعة بعد الانكار﴾ من المستودع كما اذا انكر الوديعة فاقام المالك البينة عليها فشهدت البينة بوقوع الوديعة ﴿فصدقها﴾ المنكر البينة بدفع الوديعة ﴿ثم ادعى﴾ المنكر بعد تصديقه ﴿التلف قبل الانكار﴾ اى قال المنكر قبل انكارى قد تلف وان انكارى من حيث التلف لامن حيث اصل الوديعة وان كان بصورة انكار اصل الوديعة لكن مرادى بذكر الوديعة هو تلفه خوفا من عدم قبول التلف فهل يسمع قوله لعدم الفرق من حيث السماع بين كون دعواه انكار اصل الايداع اوقبوله ويدعى التلف حيث ان كليهما سواء فى براءة ذمته عن الوديعة عند المشهور كمامر او ﴿لم يسمع دعواه﴾ لانه منافية لانكاره كما من شارح الجواهر لعدم المنافاة كماعرفت بين انكار الاصل او تلفه لكونهما مسا وفى النتيجة بل من حيث انه دعوى التلف كان مدعيا والمدعى لايقبل قوله الامع البينة كما عرفت خلافا للمشهور القائلين بقبول قوله

وان كان فى دعوى التلف لكن الانصاف هو تنافى الدعويين .

فان دعوى الانكار لاصل الايداع راجع الى النفى و دعوى التلف راجع الى الاثبات فان التلف فرع ثبوته و هما متنافيان فلا يسمع قوله ح لذلك ولانه ﴿لاشتغال ذمته بالضمان﴾ لاقراره بالضمان الذى يستفاد من دعواه التلف فلابد من خروجه من الاشتغال و لكن فى المتن ﴿ولو قيل تسمع دعواه و تقبل بينته كان حسناً﴾ .

و فى الجواهر لعموم قوله « البينة على المدعى »ولجواز استناده الى النسيان بل عن الفاضل فى التذكرة اختياره ، كما عنه فى المختلف أنه لاتسمع يمينه ،ولا تقبل بينته، لكن له احلاف الغريم، وهو نوع من سماع دعواه ، فيكون فى المسألة أقوال ثلاثة الاأنه لايخفى عليك مافى الاخيرين المنافيين لاصالة عدم النسيان انتهى

و لايخفى عدم بعد للنسيان فيرجع الى اقرار الايداع و تلفه بعده ويقبل قوله لامانته و الله العالم .

المسألة ﴿ لثامنة اذا عين له حرزاً بعيداً عنه وجبت المبادرة اليه بما جرت العادة﴾ فى المسارعة للوصول اليه، ﴿فان اخر﴾ عن ذلك ﴿مع التمكن﴾ .

و فى الجواهر عقلا و شرعاً بل وعادة على معنى مراعاة المبادرة اليه عادة نحو ما سمعته فى فورية ادائها عند طلب المالك لها ﴿ضمن﴾ بلاخلاف ولااشكال فيما تلف لاجل المخالفة لخروجه عن الاستيمان والافلاشيىء عليه سوى العصيان فى التأخير بدون العذر فلاضمان الا فى التلف او النقص الموجب للارش فاذا لبس الثوب مثلا فيحتاج الى الغسل ضمن الفرق بين المغسول و عدمه لا ضمان للبس ولولم يتلف ﴿ولو سلمها الى زوجته﴾ اوولده اوخادمه اوغيرهم ﴿لتحرزها﴾ و لو فى ذلك المكان ﴿ ضمن﴾ لوتلف لا لعدم الا ذن له فى ذلك ، خصوصاً ان كان من سلمها اليه محل اعتماد له فيكون يدهم بمنزلة يده فى حصول الامانة و لو لم يكن اذن فى ذلك من المالك لكن يجبره حصول الاعتماد بمن سلمت

اليه فان المالك جعلها عند الودعي من حيث الاعتماد به خصوصاً فيما كان مضطرا الى التسليم كما هو كذلك فى امثال تلك المقامات فالضمانة مشكلة ح لعدم الفرق فى حفظها بين كونه بيده او يد غيره مما كان محل وثوق عنده و خصوصاً فيما كان لخوف التلف السماوى او الارضى كالغرق و الحرق .

و كيف كان فكلما صرح فى تلك الفروعات بالضمان مبنى على التلف و بدونه لاضمان اصلا .

فان قلت فما ذا يريدن الاصحاب بالضمان فى تلك الفروع قلت ظاهرهم ارادة البدلين ولا يصح الان يراد بالضمان ضمان التأهلى بمعنى ان الودعى لو خالف فى امر الوديعة لكان ذمته متأهلة للضمان لو حصل سببه وهو التلف وح كان على اليد جارية فى حقه لعدم التأدى فبمجرد المخالفة كان لسان حال الدليل انه لو تلف لكانت ذمتك مشغولة وبغير هذا المعنى لامحصل لما قالوا تدبر .

فان قلت فكيف يصح لمخالفة جميع الاصحاب .

قلت لامنا ص من ذلك لو كان قولهم على خلاف حكم العقل الحاكم بان الضمان هو ضمان ما يتلف و النقل ايضا صرح بلزوم الرد او بدله كما هو مفاد على اليد ما اخذت حتى تؤدى فبمجرد وقوع اليد على مال الغير يتحقق الامر بالرد عيناً ان كانت و مثلا او قيمة ان لم تكن و ليس فيهما اشارة الى لزوم الضمان و لو مع رد ما اخذ الى مكانه و لا يصغى الى القول بان البدلين ليس كلاهما بضمان بل احد منهما فائدة الضمان فانه مما يضحك به الثكلى وليس فى الادلة فائدة الضمان و نفسه فلا بد من حمل كلماتهم رضوان الله عليهم فى كل ما يعبرون عنه بضمان مع رد العين هو الضمان التأهلى بمعنى اهلية الذمة للاشتغال لو تلف فالذمة مهيّاة للضمان لو تلف فلا معنى . لغيره اصلا .

نعم ان مجرد التصرف بنحو من انحائه فى شيىء جعله فى معرض التلف و فنائه و اعجب من جميع ذلك ما نقله الشيخ فى الخلاف عن ابى العباس قال

فيه اذانوى ان يتعدى لايضمن بالنية حتى يتعدى واختلف اصحاب الشافعى على وجهين فقال بعضهم مثل ما قلناه وقال ابوالعباس انه يضمن بنفس النية لان نية التعدى تعد انتهى .

و فيه ما لا يخفى على احد من الناس ولازمه نية كل معصية معصية .

المسألة ﴿ التاسعة : اذا اعترف بالوديعة ثم مات و ﴾ لكن قد ﴿ جهلت عينها قيل : تخرج ﴾ الوديعة قيمة أو مثلا ﴿من أصل التركة﴾ .

وفى الجواهر على نحو غيرها من الديون لتحقق ضمانها بعدم تعينها المصير لها بمنزلة التالفة انتهى هذا اذا كان الجهل بمكانه مع العلم بوجوده و مقداره فيخرج مقداره ويدفع الى صاحب الوديعة واما علم بوجودها لكنه لايعلم مقدارها ومكانها فكيف يخرج من التركة مع انه يتوقف على العلم بمقداره وليس كالحمل الذى يعين له سهم الذكر حتى يعود الى التركة لو كان انثى لامكان ان لايعلم رأساً

و كيف كان فلعل ظاهر المتن كون الودعى جاهلا بعينها و ذلك لامكان جعل الواو للحالية اى مات والحال انه جهلت عينها ففى حال الموت كان جاهلا بعينها و مقدارها .

وظاهر الجواهر كون الوديعة متعددة عنده وح كان الجهل بنفس مايكون للمالك لكنه بعيد بل الظاهر كونها وديعة واحدة عنده و القدر المتيقن كونها مجهولة اما مقدارا او مكانا بل عيناً لو كان غيره ايضا و لم يعلم ايهما و المسألة من حيث الجهل بها مشكلة فما قيل من خروجها قيمة او مثلا فرع العلم بالقيمة او المثل و اذا لم يعلم مقدارها او جنسها كيف يصح اخراج قيمتها او مثلها و انما يصح الرد الى المالك لو علم . مقداره و الا يوجب الاسترضاء بدفع مقدار اليه وطلب الحلية و الصلح معللا بعدم العلم بذلك لو كان والايدفع الى الحاكم

و العجيب احتمال اصالة البرائة كما حكى عن الشهيد فى شرح نكت الارشاد فى احد شقى الترديد حيث انه بعد قول المصنف .

(ولومات ولم يوجد أخذت من التركة على اشكال) - قال ما لفظه منشأه النظر الى اصالة برائة الذمة من الضمان ، فينزل على تلفها بغير تفريط ، اذ الاصل عدمه ، والالتفات الى قوله ﷺ «على اليد ما أخذت» ، ولاصالة عدم التلف بها ، انتهى اللهم الا ان يراد قوله وان لم يوجد على الشك فى اصلها و هو مناف مع عبارة المحقق اذا اعترف بالوديعة ومع شق الثانى للترديد .

واعجب منه ما فى الحدائق من اختياره الشق الاول من الترديد اى البرائة قال بعد نقله ما هذا لفظه وأنت خبير بأنه بالنظر الى الجحود [الجمود - ظ] على أمثال هذه التعليلات هو عدم الضمان ، لان الوديعة من حيث هى لاتعلق لها بالذمة الا من حيث أسباب التعدى أو التفريط المتقدمة ، والمفروض أنه لاشىء منها ، و غاية ما يجب على الودعى الحفظ لها خاصة ، و مجرد عدم وجودها بينها بعد الموت لايستلزم تفريطاً ولاتعدياً ليحصل به الضمان ، فأصالة عدم الضمان ظاهرة ، وان فرض احتمال بقاءها واحتمال الرد الى المالك ، والتلف بغير تفريط قائم فى العين ، وحديث « على اليد ما أخذت » يمكن تخصيصه بالامانات ، بمعنى خروج الامانات من عمومه ، وليس هنا ما يوجب الخروج عن كونها أمانة من تفريط أو تعد يوجب الضمان والتعلق بالذمة ، حتى يقال : ان عليها ما أخذت .

وبه يظهر وجه ما استظهرناه ، ومن ثم قال فى المسالك - بعد الكلام فى المسئلة - والاقوى انه ان علم بقاء عينها الى مابعد الموت ولم تتميز قدم مالكها على الغرماء ، وكان بمنزلة الشريك ، وان علم تلفها بتفريط فهو أسوة الغرماء ، والا فلاضمان أصلا ، لاصالة برائة الذمة ، وأصالة بقائها الى الان لو سلمت لاتقتضى تعلقها بالذمة انتهى .

ثم ان ما ذكرناه من عدم الضمان هنا هو ظاهر اختيار العلامة فى التذكرة حيث قال : قد بينا الخلاف فيما اذا كان عنده وديعة ، ولم توجد فى تركته ، وان الذى يقتضيه النظر عدم الضمان ، والذى عليه فتوى أكثر العلماء منا ومن الشافعية

أن عليه الضمان ، ثم نقل عن الشافعي أنها اذا لم توجد بعينها حاص المالك الغرماء، ونقل اختلاف أصحابه في هذه المسئلة انتهى وانما نقلت عبارته غالبا مفصلا لوجهين الاولى انه في توضيح البحث اوفى من غيره الثانية من حيث انه نقل الاقوال غالبا كالمقدس الاربيلي والعلامة والشهيد ونظرهم فهو اولى من عدم الذكر .

و كيف كان فما حكاه عن المسالك من انه لو بقيت عينها قدم الى مالكها في غاية الحسن بل لاحتمال لغيره لان الفرض هو العلم بالامانة ولا يكون لاحد من الغرماء فيه نصيب والفرض ان الودعي يعلم وديعته عنده بل لو كان قبل الفلس والحجر عنده مال شخص وهو موجود بعينه لزم ردّ عينه الى مالكه فلا يجوز دخول عين اموال الناس في التركة كان الموجود وديعة او مبيعا لم يؤد ثمنها ونحو ذلك مما في امواله بل لو علم بدخول اموال من الغصب والسرقة في امواله فلا يجوز للغرماء اخذه بل لابد من الورثة خروج اموال الناس من اموال مورثهم باي نحو من الخروج ثم ما بقي مخصوصا بالغرماء وانما يكون للمالك الشركة مع الغرماء فيما تلفت الوديعة بالتعدي فتكون ذمته مشغولة للمالك فيكون كاحد من الغرماء .

ومنه يظهر ما في قول المصنف ﴿ولو كان له غرماء وضاقت التركة حاصهم المستودع﴾ فانه ان شك في وجوده فلا مورد لشركة الغرماء وان علم بها تفصيلا يرجع الى مالكه .

و حينئذ المراد واضح فالمعنى ان مالك الوديعة يكون شريكا مع الغرماء في نصيبهم وحقهم اي يكون هو ايضا احد من الغرماء والمستودع بالفتح اي المالك الذي قبل وديعته الودعي وحاص من باب تفاعل بمعنى كون النصيب يجعل بين المالك وبين سائر الغرماء .

وفي المجمع الحصة بالكسر النصيب وقوله ولا تحاصنا بذنوبنا اي لا تجعل لنا نصيبا من العذاب بسبب ذنوبنا و تحاص القوم يتحاصون اذا اقتسموا حصصا و كذلك المحاصة .

﴿و﴾ يمكن كون قوله ﴿فيه تردد﴾ راجعا الى ما ذكرنا و كيف كان ففى ترددات الشرائع ما لفظه قال رحمه الله : بعد قوله وفيه تردد اقول : التردد هنا يقع فى مقامين :

الاول : فى أصل الضمان مع جهل العين ، ومنشؤه : النظر الى أن احتمال تلف هذه الوديعة بعد الموت مساو لاحتمال تلفها قبل الموت ، فلا يثبت فى الذمة شيء مع تحقق هذا الاحتمال ، فيمتنع أخذها من المال مع سعة التركة ، والتحاص مع الضيق حينئذ .

والالتفات الى أن رد الوديعة الى أهلها واجب بيقين ، فلا يسقط الا بيقين مثله ، و لا يقين مع الشك فى الهلاك ، و لان حصول الوديعة عنده متحقق هنا ، لكن جهلت عينها ، فوجب ضمانها ، كما لو كانت عنده وديعة فدفنها وسافر ولم يطلع عليها أحد ، و هو اختيار الشيخ فى المبسوط ، محتجاً بما ذكرناه ، وضعفه ظاهر .

الثانى : فى كيفية الضمان مع القول باصله ، ومنشؤه : النظر الى مساواتها الدين ، فنسبة عدم التمييز متساوية فى الحكم .

والالتفات الي أن بقاءها فى التركة محكوم به ظاهراً ، فيؤخذ قدرها من أصل التركة ، عملا بالظاهر انتهى .

ثم ان الفرق بين عبارة مصنف الكتاب وعبارة العلامة ظاهر فان عبارة المتن صريحة فى الاعتراف بالوديعة و حينئذ ان لم يعلم عينها كانت من قبيل العلم الاجمالى كما اذا علم بدخول شاة فى قطيعة غنم ولم يعلم بعينها فى كون الشبهة محصورة بخلاف عبارة العلامة فى الارشاد ولومات ولم يوجد اخذت من التركة على اشكال والفرق بينهما واضح اذ على الثانى هو عدم العلم فيكون مجرى البراءة بل لا يجرى احتمال جريان قاعدة اليد لان محله صورة اليقين بها .

فان قلت كونها كقطيعة غنم يؤيد كونها مجرى البرائة لكثرة اطراف الشبهة

حينئذ قات المعيار في كون اطراف الشبهة محصورة او غيرها ليس بكثرة الاطراف وعدمها بل بفعلية التكليف بالنهي وتنجزه بحيث يصح للمولى انزجار العبد عنه اولا كان اطرافها كثيرة وعدمها فصح توجه النهي حينئذ لو لم يكن حرجيا مع انه كان اطرف الشبهة محل الابتلاء ايضا .

نعم والانصاف هو الفرق فان الحكم بالاجتناب في قطيعة غنم دخل فيها شاة هو العسر والحرج والضرر ولو فرض كون الشبهة من المحصورة اذ من شرائط التكليف عدم كونها كذلك ولو في الشبهة من المحصورة فانه مانع برأسه لم يكن التكليف معه منجزاً كانت الشبهة مما يوجب الاجتناب اولا اولا فالشبهة محصورة وجميع اطرافها محل الابتلاء لكن التكليف بالاجتناب حرجيا وضرريا وهو مما يرفع فعلية التكليف فكل شاة في القطيعة حيث كان مشكوكة لا امر برده ويجوز اكلها وبيعها وبعد تمام الشياة الواقعة فيها بيعاً وذبحا يعلم بوجود محرمة فيها ولا دليل على العلم بالحرمة بعد الاكل ولا يؤثر في شيء اصلا بل قيل ذلك في الشبهة المحصورة لان كليهما غير معلوم الحرمة وبعد الارتكاب يعلم بالمخالفة وهذا بخلاف المقام فان رد عين مال المالك او مثله او قيمته ليس حرجيا او ضرريا وليس للديان فيه نصيب فلابد من الوصول اليه او ما كان بمنزلة الوصول اليه .

تتمة: لو انكر الودعي الوديعة ولا بينة للمدعي فحلف الودعي كذبا وحكم بعدم الوديعة عنده مع علم المالك بان الوديعة عنده يمكن له استنقاذ ماله منه بنحو لا يعلم فهل يجوز له عدم دفع ماله الذي عند وهو لا يعلم او ياخذ من امواله بعداً محاصة فيه كلام من انه بالحلف يتم الدعوى ولو كان الحلف كذباً فان كذبه موكول الى الله تعالى كما مر في كتاب القضاء او يجوز ان يقاص بقدر ذلك فان قلنا بالحلف كذباً يتم الدعوى فلا يجوز وان قلنا بالجواز فيجوز بل ظاهر الاخبار بل الفتوى ايضا على وجهين .

قال السيد الجليل في عروته ما هذا لفظه هل يجوز المحاصة بالوديعة قولان

فعن جماعة الجواز ونسب الى أكثر المتأخرين بل الظاهر انه المشهور ، وعن جماعة من القدماء المنع بل عن الغنية عليه الاجماع، وعن الدروس وظاهر الروضة التوقف . والأقوى هو الاول لعموم الايات والأخبار .

ثم استدل بصحيحة البقباق : «أن شهاباً ماراه في رجل ذهب له بألف درهم واستودعه بعد ذلك ألف درهم قال أبو العباس : فقلت له خذها مكان الألف التى أخذمنك ، فأبى شهاب قال فدخل شهاب على أبى عبدالله عليه السلام فذكر ذلك له فقال عليه السلام اما أنا فاحب أن تأخذ وتحلف» .

وخبر على بن سليمان قال : «كتب اليه رجل غصب رجلا مالا أو جارية ثم وقع عنده مال بسبب وديعة أو قرض مثل ماخانه أوغصبه ايحل له حبسه عليه أم لا فكتب عليه السلام : نعم يحل له ذلك ان كان بقدر حقه وان كان اكثر فيأخذ منه ما كان عليه ويسلم الباقى اليه انشاءالله» انتهى .

والروايتان صريحتان فى الجواز ويؤيده ازوم الانسان اخذ حقه عمن ظلمه لو امكنه وهذا الاخذ منه طريق الى وصول حقه فلا اشكال رواية وعقلا ولايعارضهما ماظاهره المنع كخبر ابن أخ الفضل بن يسار قال: «كنت عند أبى عبدالله عليه السلام ودخلت امرأة وكنت أقرب القوم اليها فقالت : اسأله فقلت : بماذا . فقالت ان ابن أخى مات وترك مالا فى يد أخى فأتلفه ثم أفاد مالا فاودعنيه فلى أن آخذ منه بقدر ما أتلفه من شىء فاخبرته بذلك فقال عليه السلام : قال رسول الله صلى الله عليه وآله ادالامانة الى من ائتمنك ولاتخن من خانك» وصحيح معاوية بن عمار عن أبى عبدالله عليه السلام : «قلت له الرجل يكون لى عليه حق فيجحدنيه ثم يستودعنى مالا الى أن آخذ مالى عنده قال : هذه الخيانة راجع ج ٥٠ ص ١٥٩ .

المسألة ﴿العاشرة : اذا كان فى يده وديعة فادعاها اثنان ، فان صدق أحدهما قبل﴾ وأحلف للاخر على البت ، كما أنه يحلف المقر له ايضا ، فيستقر حينئذ ملكه على العين ، وان نكل الودعى عن اليمين أحلف المدعى ان لم يقض بالنكول

وأغرم له المثل أو القيمة وقت الاقرار أووقت الحلف على الاقوى ، بناء على أن اليمين المردودة كالاقرار أو أصل برأسه ، بل فى المسالك الحكم بذلك وان قلنا بكونها كالبينة ، اذهى فى حق المتداعيين الذى اقتضى تغريم المثل أوالقيمة بسبب حيلولته بالاقرار الاول ، لافى حق الثالث انتهى .

قوله ان لم يقض بالنكول الخ فانه ان نكل الودعى عن اليمين تارة ارجع اليمين الى آخر فلم يحكم بالنكول واخرى لم يحلف ولم ارجع الى آخر وحينئذ فهل يحكم بالنكول فيوخذ منه او ارجع الحاكم الحلف الى المدعى قهراً على المنكر فيحلف المدعى راجع ج ٤٩ ص ٢٠٥ الى ٢٢٠ .

والمسألة غير خال عن الاشكال قدمر تفصيل الجميع فى كتاب القضاء راجع ج ٤٩ ص١٩٤ وما بعده الى ص٢٠٠ فانه راجع الى النكول والى مابعده واجمال ذلك لوادعى كل واحد كزيد وعمرو وديعة بيد ثالث و صدق الودعى زيداً لزم عليه الحلف لعمرو بان يقول له والله ليس هذا لك فاستقرت الوديعة لزيد ورجع المنازعة بين زيد وبين عمرو ولزم على الذى لم يقرله احلاف صاحبه بان يقول صاحبه و الله هذه كانت لى فتمت المنازعة هذا اذا حلف الودعى لغير المصدق

و اما ان نكل عن اليمين لعمرو حلف عمرو على استحقاق الوديعة فان قلنا بان اليمين المردودة كالاقرار فهو اقرار من الودعى على عدم كونه لزيد على خلاف اقراره اولا فلزم عليه المثل او القيمة لعمر و ايضا وان قلنا انها حينئذ كالبينة فتكون بينة لغير المقرله فكانه اقام عمرو البينة على كون الوديعة له فيؤخذ من المقرله ويعطى لغير المقرله اى لعمرو .

فالمعركة العظمى كون اليمين المردودة كالاقرار او البينة للمدعى راجع ج ٤٩ ص ٢٠٠ و كيف كان فعلى الوجهين مخصوص بالمدعى و المنكر لابمثل المقام الذى كان كلاهما مدعيين فلوقلنا كون اليمين المردودة بمنزلة البينة يجب اخذ الوديعة من المقرله وقد اشار اليه فى جامع المقاصد وهو الذى حكاه فى

مفتاح الكرامة عنه.

قال بعدقول المصنف [فان نكل غرم للاخر مالفظه يريدانه لو نكل المستودع عن اليمين احلف الاخر على استحقاقها ان لم نقض عليه بمجرد النكول و اغرم المستودع له المثل او القيمة لحيلولته بينه و بينه باقراره الاول ولا اجد فى ذلك خلافاً فى البابين وقد نص عليه فى المبسوط وغيره فى الباب ايضاً ووجهه فى المبسوط بان اليمين المردودة تنزل منزلة اقرار المنكر لانه لو اقر بها ثانياً للاخر اغرم له فكذا اذا حصل ما هو بحكم الاقرار وتبعه المصنف فى التذكرة والمحقق الثانى والشهيد الثانى.

قال فى جامع المقاصد و اما اذا قلنا انها كالبينة فقد يقال يجب انتزاع العين من المقر له لثبوت كونها له بالبينة قال ويجاب بان كونها كالبينة انما هو فى حق المتداعيين فلا يتفاوت الحال باعتبار كونها كالاقرار او كالبينة لانها حيث لم تكن فى يده وقد حال بينها وبين الاخر الحالف باقراره وجب الغرم وان كانت كالبينة انتهى ما اردنا نقله من كلامه وقد وافقه على ذلك صاحب المسالك وهذا الاحتمال وجوابه للشافعية و ليس شيء منهما بصحيح عندنا لانا قد بينا فى باب القضاء ان اليقين المردودة اصل برأسه لانها فى بعض المواضع لاتكون كاحدهما كما تقدم فى الكفالة والحجر انتهى وفى كون اليمين المردودة اصل برأسه تأملا

ومما يرد على كون اليمين المردودة بمنزلة الاقرار انه قد يرد اليمين الى صاحبه احتراما لليمين و تعظيماً لاسم الله او للخوف عن الدخول فى اليمين و لو حقاً فيردها الى خصمه حتى لايقع فيما يترتب عليه فكيف يكون ذلك اقراراً ثانيا.

فان قلت: فاذا لم يكن رد اليمين اقراراً فما حال الوديعة وقد يرد الى المقر له

قلت: لزم على المدعى هو المثل او القيمة ثانياً لكنه لامن حيث انه اقرار على خلاف اقراره بل يغرم ثانيا احتراما للحلف او خوفا منه او من حيث حيلولته

باقراره الاول بين الاخر ووديعته وقد كثر ذلك الاشخاص حيث يدخلون فى الضرر الكثير خوفا لعواقب اليمين ولو كانت صدقا وبحق .

وكيف كان فاذا كان اصلا برأسه فلا بدله من المراجعة الى سائر الاصول والقواعد لكن الظاهر انه وان قلنا بان هذا النزاع والتردد بين المدعى والمنكر فلا يعم المقام لكن الحكم كذلك فان الظاهر من عدم الحلف الذى يختم به الدعوى هو ثبوت الغريمتين على عدمه بالعين للاقرار وبالمثل او القيمة لما هو بمنزلته سواء كان ترك الحلف احتراما او لكون الوديعة لمن لم يقرله فى الواقع وكان حائلا بين احد المدعيين وماله .

وفى الحدائق ما هذا لفظه لو كان فى يده وديعة فادعاها اثنان ، بأن ادعى كل واحد أنها له بخصوصه ، فاما أن يقر بها الودعى لاحدهما ، أو يقرلهما ، أو يكذبهما ، أو يقول : لاأدرى لايّكما هى مع قطعه بانحصارها فيهما أو يقول ، لاأدرى لمن هى لكما أو لغير كما ، فهنا صور : الاولى أن يقر بها الواحد منهما خاصة .

وقد صرح الاصحاب بأنها يحكم بها لمن أقرله بها ، ويجب دفعها اليه ، ويجب على الودعى أن يحلف للاخر فان حلف سقطت دعوى الاخر عنه ، وبقى النزاع بين المدعيين ، ولمن لم يقرله الودعى احلاف صاحبه الذى أقرله الودعى ودفع اليه الوديعة ، فان حلف استقر الملك له . وان نكل الودعى عن اليمين للاخر أحلف ذلك للاخر على استحقاقها ان لم نقل بأنه يقضى عليه بالنكول .

وعلى كل من الوجهين فانه يغرم الودعى حينئذ لذلك الاخر المثل أو القيمة لحيلولته بينه وبين الوديعة باقراره للاول ، أما فى صورة القضاء بالنكول فظاهر وأما فى صورة حلف الاخر فلان اليمين المردودة عندهم بمنزلة اقرار المنكر فانه لو أقربها ثانياً للاخر بعد أن أقربها أولا للاول ، ازمه الغرم مثلا أو قيمة وكذا ما هو بمنزلة الاقرار انتهى .

قوله وعلى كل من الوجهين الخ اما لوقلنا بالنكول فمعناه كما عرفت ان الحاكم بمجرد عدم الحلف يحكم على الودعى بالنكول وعدم اليمين فيحكم عليه بالمثل او القيمة وتمت الدعوى عليه .

واما على الحكم بعدم النكول فاذا لم يحلف الودعى يحلف من لم يقرله فيحكم على الودعى ايضا بالمثل او القيمة .

هذا كله اذا اقر لاحدهما ﴿و﴾ اما ﴿ ان أكذبهما ﴾ معاً ﴿فكذلك﴾ قبل تكذيبه لهما وفى الجواهر فى انتفاء دعواهما ، لان اليدله ، ولكل منهما احلافه على البت ايضاً ، فان نكل عن اليمين ردت عليهما ، وصارا فى الدعوى سواء ، لان يدهما خارجة ، فان حلفا اونكلا قسمت بينهما ، وان حلف احدهما خاصة اختص بها انتهى

وفى الحدائق قال الثالثة أن يكذبهما معاً قالوا فانه ينتفى دعواهما ، لان اليد له ولكل منهما احلافه على البت ، فان نكل عن اليمين ردت عليهما بناء على عدم القضاء بالنكول ، وصارا فى الدعوى سواء ، لان يدهما خارجة ، فان حلفا أونكلا قسمت بينهما انصافاً ، وان حلف احدهما اختص بها انتهى

ووجه انتفاء الدعوى عن الودعى المكذب لهما ان اليد له حيث ان الوديعة فى يده وانما لهما احلافه فان حلف فلا كلام وان نكل عن اليمين وقلنا بعدم القضاء بالنكول فاذا ارجع الحلف اليهما فاما حلفا معا اونكلا كذلك قسمت بينهما ايضا فكما اذا تداعيا فى عين بيداحدهما اومعهما ولم يكن بينة لهما او كانت متعارضة ومتساوية بالترجيح فيحكم بينهما بالنصف وان حلف احدهما اختصت الوديعة به فكذلك فى المقام .

وفى الجواهر ايضا قال وان قال : هى لاحدهما ولاادرى من هو على التعيين فان صدقاه فى نفى العلم فلا خصومة لهما معه ، وتبقى الخصومة بينهما والحكم كالسابق انتهى .

قال فى الحدائق الرابعة أن يقول هى لاحد كما ، ولا أدرى من هو على التعيين فان وافقاه على عدم علمه بالتعيين ، فلاخصومة لهما معه . وان كذباه فى دعواه عدم العلم وادعى كل واحد منهما عليه أنه يعلم أنه المالك ، فالقول قوله مع يمينه ، الاان الحلف هنا على عدم العلم ، وهل يكفى يمين واحد أو لابد من يمينين ؟ المشهور الاول ، وهو قول الشيخ فى الخلاف وظاهر ابن الجنيد ، اختاره فى المختلف ، وجعله الاقوى فى المسالك ، والقول الثانى للشيخ فى المبسوط .

ووجه الاول أن المدعى شىء واحد وهو علمه بكون المال لمعين ، بخلاف سابق هذه الصورة ، فانه يبقى استحقاق كل واحد منهما . فيحلف له .

ووجه الثانى أن كلا منهما مدع ، فيدخل فى عموم الخبر المشهور والقول الاول نقله فى التذكرة عن الشافعى ، والثانى عن أبى حنيفة ، وحينئذ فاذا حلف سقطت الدعوى عنه ، وبقيت المنازعة بينهما ، وان نكل عن اليمين وحلفا على علمه بناء على عدم القضاء بالنكول أغرم القيمة . وتجعل مع اليمين فى ايديهما انتهى .

﴿ وان قال : لاأدرى ﴾ أهى لكما ، أم لأحد كما ، أم لغير كما ، وادعيا عليه العلم ، فالقول قوله فى نفيه كما مر ، فاذا حلف ﴿أقرت فى يده حتى يثبت لها مالك﴾ .

وفى الجواهر وليس لاحدهما تحليف الاخر ، لانهما لم يثبت لهما ، ولالواحد منهما عليها يد ولااستحقاق ، بخلاف الصورة السابقة انتهى وذلك لانه اذا لم يثبت لهما كانا اجنبيين فلايكون لاحدهما اولهما حق تحليف للاخر

وفى مفتاح الكرامة بعد (قوله) [وتقر فى يده حتى يثبت المالك] قال ما هذا لفظه لان يده فى الاصل يد امانة والاصل بقائها ولانا اذا انتزعناها من يده لانسلمها الى احدهما وانما توضع على يد عدل وهذا عدل وهو خيرة المبسوط

والشرائع والتذكرة وجامع المقاصد وغيرها واحتمل فى التذكرة وغيرها فيما اذا قال المال لاحدهما ولا اعلمه ان ينتزع من يده بامر الحاكم لمطالبتهما اياه وقد يلوح او يظهر ذلك من المحكى عن الخلاف وضعف بان المطالبة المقتضية للعزل هى التى يجب معها التسليم وهو ممتنع هنا فلا يكون وجهاً وفى المختلف ان الوجه ان الامر فى ذلك للحاكم واستجوده فى المسالك فيما اذا حصرها فيهما لافيما اذا ادخل معهما غيرهما (قلت) هو المفروض فى المختلف ولم يتعرضوا فى باب القضاء لهذا الفرع انتهى .

قوله وهذا عدل ولايخفى ان الودعى قد يكون عدلا وقد لايكون عدلا والامانة بقول الشارع عادلا كان اولا وليس انه يلازم العدالة . وانما حكم الشارع باعتماد المالك به من حيث علمه بعدم خيانته مع ملائمته لكل اثم فهو اعم من العدالة جداً ولم يقل احد اشتراط العدالة فى الودعى ضرورة انه لو كانت عدالته مفروغا عنها لما كان كلام فى تقدم قوله فى جميع موارد القضاء وان لم يكن كالبينة لوحدته ولانه لو كان عدلا لما يحصل له اقرار لمن اقر له مع عدم يمين للاخر فان العدل لايقر الا عن علم بحال المقر له و لازمه الحلف بعدم كونه لصاحبه فلا معنى لنكوله عن الحلف للاخر بل غالب ما قالوا فى المقام مبنى على عدم العدالة و الامين بحكم الشارع لاجل الاحسان غير العدالة الموضوعة للاحكام .

نعم لو كان عدلا يصح الصلاة خلفه والطلاق عنده يصح كون الوديعة عنده حتى يتعين مالكه والالزم انتزاعها من يده وجعلها عند الحاكم حتى يحكم بما يقتضيه ويؤيده باب العارية الآتية و لازم ذلك كل من اعار شيئا كان عادلا لانه امين والحمامى امين فلو كان عادلا لزم كون كل من كان حماميا عادلا وهو كما ترى فالامانة تجتمع مع الاثم بخلاف العدالة ﴿وان ادعيا او احدهما علمه بصحة الدعوى كان عليه اليمين﴾ .

وفى الجواهر ولو نكل عن اليمين ففى تسليمها اليهما - مع حلفهما على الاستحقاق و غرامته لهما القيمة لو حلفا على علمه - احتمال ، لانحصار الحق فيهما ظاهراً ، و لا منازع لهما الآن ، و يحتمل العدم ، لعدم حصر ذى الحق فيهما انتهى .

و فى مفتاح الكرامة ايضا بعد (قوله) [فان ادعيا علمه احلفاه على نفى العلم] قال كما فى المبسوط والخلاف والسرائر والشرائع والارشاد والتحرير و هذا يفهم مما تقدمه لكنه اعاده ليترتب عليه ما بعده مع فائدة التصريح به والتفريع انتهى .

و كيف كان فان ادعيا او احدهما بان الودعى يعلم صدق ما ادعينا اوواحد منا لزم على الودعى الحلف بعدم علمه بحال الدعوى و كون الوديعة لهما او احدهما فيرتفع دعواهما ويقطع يدهما عن الوديعة و بقيت عند الودعى لو كان عادلا او الحاكم حتى يتعين ويعلم المالك .

المسألة ﴿ الحادية عشر : اذا فرط ﴾ أو تعدى وتلف المال ﴿ واختلفا فى القيمة فالقول قول المالك مع يمينه ﴾ لخروجه عن الامانة المقتضية لسماع قوله وللمرسل ولايخفى ان خروجه عن الامانة لايقضى لعدم قبول قوله اذاكان مطابقا لقواعد القضائية بداهة ان المالك فى مثل ذلك يدعى زيادة القيمة ويكون قوله على خلاف الاصل بخلاف الودعى فانه يقول كانت القيمة اقل من ذلك والاصل عدم الزيادة فالقول قوله وعلى المالك اقامة البينة على الزيادة .

و لذا قال ﴿ و قيل : القول قول الغارم مع يمينه ، و هو أشبه ﴾ و فى الجواهر بأصول المذهب وقواعده ، لاصالة البراءة والخروج عن الامانة لايخرجه عن حكم المنكر ، ولذا كان الحكم كذلك فى الغاصب أيضاً ، ولم يثبت خبر صالح لمعارضته لقاعدة المدعى والمنكر كما هو واضح والله العالم .

المسألة ﴿ الثانية عشر : اذامات المودع ، سلمت الوديعة الى الوارث ، فان

كانوا جماعة سلمت الى الكل ، أو الى من يقوم مقامهم﴾ بوكالة أو ولاية ﴿ ولو سلمها الى البعض ، من غير اذن ضمن حصص الباقين﴾ بلاخلاف ولا اشكال كما فى الجواهر .

والحمد لله أولا وآخراً وظاهراً وباطنا .

﴿كتاب العارية﴾

وفى الجواهر قال بتشديد الياء و قد تخفف نسبته الى العار ، أى العيب ، أو العارة مصدرثان لأعرته ، وعن بعض مأخوذة من عار يعير اذا جاء و ذهب ، و منه قيل للبطال عيار ، لتردده فى بطالته ، سميت عارية لتحولها من يد الى يد ، وعن آخر أنها مأخوذة من التعاور والاعتوار ، وهو أن يتداول القوم الشيء بينهم .

﴿و﴾ على كل حال فـ ﴿هى عقد﴾ ظاهره انه عقد وظاهر مختصر النافع انه ايقاع .

و كيف كان فيحتاج الى ايجاب وقبول لفظين كانا اوفعليين ويتحقق بكل لفظ ولسان ينتج الانتفاع عن شيء وقع العقد عليه مثل قوله أعرتك هذا الشيء ويقصد به انشاء الانتفاع بهذا الشيء تبرعا ومنه يظهر انه ليس بايقاع يكفى فيه الاذن فى الانتفاع كما يظهر منه انه ليس مطلق الانتفاعات عن شيء عارية كالدخول فى البيوت المأمور بها الاكل والشرب وسائر الانتفاعات فانه بمجرد لفظ أعرتك اوجد فى الخارج اباحة المنافع الحاصلة منه فيحتاج الى لفظ الايجاب والقبول السببين لانشاء الاباحة المعلومة .

ولذا قال فى الجواهر ما هذا لفظه فمن الغريب دعوى بعضهم أن الانتفاع بظروف الهدايا من العارية ، لانه انتفاع بملك الغير باذنه وان لم يكن لفظ ، بل بشاهد الحال ، ضرورة عدم الاكتفاء بذلك فى تحقق العارية من دون انشاء قصدها من الطرفين ، وجواز الانتفاع بالاذن أعم منها كما هو واضح . وخصوصاً ما لو

كان بطريق الفحوى القطعية أو بشاهد الحال انتهى .

لبداهة ان الاذن بعنوان العارية غير مطلق الاذن فى الاباحة بل الاذن فى البيوت المأمور فيها الاكل والشرب باذن مالك المملوك وهو غير الاذن الخاص لشىء خاص .

وقال قده ايضا ومن ذلك يظهر لك ما فى التذكرة والروضة والرياض و غيرها خصوصاً الاخير منها ، والاذن فى الانتفاع بأعيان الصديق المفهوم من فحوى الاذن شرعاً بالاكل من بيته مع التسليم ليس من العارية قطعا ، و انما هو من الاباحة الشرعية على حسب الحال فى غيره من البيوت التى قد تضمنتها الاية انتهى

وعلى كل حال فقد ذكر المصنف فى تعريفها أنها عقد ﴿ ثمرته التبرّع بالمنفعة﴾ كما عرفت ويقرب منه ما وقع لغيره ، ﴿ويقع بكل لفظ يشتمل على الأذن فى الانتفاع﴾ بعنوان العارية من طرف الموجب ، ويحتاج الى القبول من طرف القابل .

﴿و﴾ كيف كان فهذا العقد ﴿ليس بلازم لاحد المتعاقدين﴾ وفى الجواهر بلا خلاف معتد به أجده ، بل لعل الاجماع بقسميه عليه ، من غير فرق بين الموقت وغيره ، خلافاً للمحكى عن ابن الجنيد من الحكم باللزوم من طرف المعير فى اعارة الارض القراح مدة للغرس أو البناء ، ولاريب فى ضعفه انتهى وضعفه فى محله

﴿و﴾ كيف كان فـ ﴿ الكلام فى فصول أربعة :

الاول : فى المعير ولابد أن يكون مكلفاً جائز التصرف فلا يصح اعارة الصبى ولا المجنون﴾ لما لهما لسلب عبارتهما وفعلهما فى المعاملات ، وفعلهما وقولهما بمنزلة العدم فلا تصح اعارة مالهما كما لايصح لهما بيع مالهما ولاشراء مال ونحو ذلك فكل ما صدر عنهما لايقع وكذا لايصح اعارة المحجور عليه فلسا او سفها لعدم اختيار مالهما لهما بل للديان بامر الحاكم وكذا السفيه حيث لايجوز فى امواله دفعاً واخذاً .

﴿ولو أذن الولى جاز للصبى مع مراعاة المصلحة﴾ وفى الجواهر كالمحكى عن الارشاد ، وانما تصح من جائز التصرف ، ولو أذن الولى للطفل صح أن يعير مع المصلحة ، وفى التحرير واللمعة وغيرهما «يجوز للصبى أن يعير اذا أذن له الولى» وعن التحرير تقييده بالمميز فان الاذن لايجعل المسلوب غير مسلوب كما هو مفروغ منه فى غير المقام ، وكون العارية من العقود الجائزة لايقتضى ذلك ، والا لجازت مضاربته ووكالته باذن الولى انتهى وهو فى محله .

ولوقيل بانه لافرق بين المميز وغيره اذ كلاهما وقع مع الاجازة فلامحالة اما صحت فى كليهما او لايصح كذلك ففى غير محله .

ثم ان الكلام فى قوله مع مراعاة المصلحة فان المصلحة ولو كانت مجوزة للتصرف فى اموال الصغير لكن فى الاعارة لايتصور المصلحة بل الظاهر هو تحقق الضرر اذ بناء العارية على التصرف فى المستعار ولوحصل فى العين النقص الموجب لنقص القيمة من دون حصول ضمان لمّا ينقص فيه نعم ان اشترط الضمان فى حصول النقص او التلف وقلنا بصحة هذا الشرط فى العارية لصحت مع الاشتراط وسيأتى فى محله .

﴿وكمالايليها﴾ أى العارية الصغير ﴿عن نفسه كذا لايصح ولايته عن غيره﴾ لماعرفت من سلب قوله وفعله فى ذلك حتى مع اذن الغير الذى هو المالك بل ومع الاذن من الولى أيضاً .

الفصل ﴿الثانى فى المستعير﴾ وفى الجواهر قال ولابد أن يكون مكلفاً فلايصح استعارة الصبى والمجنون لماعرفت من سلب عباراتهما وفعلهما فلواستعارا ففى ضمانهما ماتقدم فى الوديعة انتهى .

وقد ظهر وجهه من عدم صحة اعارة اموالهما فان عباراتهما وفعلهما حيث كانت مسلوبة الاثر فلافرق بين الاعارة اوالاستعارة بل يكون اللازم كونهما مكلفا فيهما ﴿وله﴾ اى المعير المكلف اذا استعار بشىء ﴿الانتفاع بما جرت العادة به

فى الانتفاع بالمعار﴾

وفى الجواهر قال فانها المرجع فى نوعه وقدره وصفته فلو اعاره بساطا اقتضت فرشه، اولحافاً التغطية به أوحيواناً للحمل ، اقتضت تحميله القدر المعتاد بالنسبة الى ذلك الحيوان وذلك المحمول وذلك الزمان ، وذلك المكان انتهى فكل شيء بحسبه المتعارف عندالعرف فاستعارة اللباس للبس والظروف للاكل والشرب وهكذا ﴿ ولونقص من العين شيء أوتلفت بالاستعمال من غير تعد لم يضمن ﴾ وان كان هومباشر التلف أو كان سبباً فيه ﴿ الا ان يشترط ذلك فى العارية﴾

وفى الجواهر بناءاً على اعتبارمثل هذا الشرط ، للنص والاجماع على ما يشبهه كما تعرفه انشاءالله ولعل الوجه فى ذلك واضح ، لانه استعمال مأذون فيه وبناء العارية على النقص بالاستعمال انتهى والمسألة بلحاظ عدم صحة الشرط مشكلة بداهة ان التصرفات قدتلحقه بالمعدوم فكيف لايصح اشتراط الضمان مع انه ضرر جدا ولايكون فى الشرع حكم ضررى بقوله ﷺ لاضرر ولاضرار فى الاسلام وكيف يصح جعل المال المحترم فى معرض خطر النقصان والهلاك لامر مستحب لامؤاخذة فى ترك القبول مع ان العارية مستلزمة للتصرفات الضررية قطعا ولاينجبر الابصحة شرط الضمان .

وعبارة المصنف صريحة فى صحة شرط الضمان بل لولا الصحة لمارغب احد الى قبول العارية بخلاف شرط الضمان مع قطع المعير بحصول الضرر فى ذلك فالجمع بين صحة العارية مع التصرف فيه وبين صحة شرط الضمان لونقص اوتلف هوالذى يحكم به العرف .

والروايات ايضا مختلفة فى ذلك وظاهر بعضها جواز الشرط وظاهر بعضها عدمه والفتوى ايضا مختلفة فى ذلك وقدنقل بعضها فى الجواهر فقال بعد التمسك بصحيح ابن سنان الآتى الدال بعدم الضمان ماهذا لفظه :

ولعله لذا قطع به المصنف من دون نقل قول ، هذا .

ولكن فى المسالك «ماقطع به المصنف هو أصح القولين ، وفيه وجه آخر وهوضمان المتلف فى آخر حالات التقويم ، لان الظاهر عدم تناول الاذن للاستعمال المتلف ، و ان كان داخلا فى الاطلاق . نعم لو كان قد شرط الضمان فى العارية ضمن ، وسيأتى الكلام فيه .

ونحو ذلك وقع له فى الروضة عندشرح قول الشهيد فى اللمعة «ولو نقصت بالاستعمال لم يضمن» قال : «وتقييده بالنقص قد يفهم منها أنها لو تلفت به ضمنها وهو أحد القولين فى المسألة ، لعدم تناول الاذن للاستعمال المتلف عرفاً ، وان دخل فى الاطلاق . فيضمنها آخر حالات التقويم ، و قيل لا يضمن أيضاً كالنقص لماذكر من الوجه ، وهو الوجه .

والظاهر أن الذى أوقعه فى ذلك المحقق الثانى ، فان الفاضل فى القواعد قال «ويجب رد العين مع الطلب والمكنة ، فان أهمل ضمن ، ولو تلف بالاستعمال كثوب انمحق باللبس فاشكال ينشأ من استناد التلف الى مأذون فيه . ومن انصراف الاذن غالباً الى استعمال غير متلف ، فان أوجبنا ، ضمن بالقيمة آخر حالات التقويم ، وكذا لو اشترط الضمان ، تنقصت بالاستعمال ثم تلفت ، أو استعملها ثم فرط ، فانه يضمن القيمة يوم التلف ، فان النقص غير مضمون على اشكال ، وللمستعير الانتفاع بما جرت العادة ، فلو نقص من العين شيء أو تلفت بالاستعمال فلاضمان الاّ أن يشترط ذلك فى العارية» .

فقال فى شرحه : «لايخفى أن هذا مناف لماسبق فى كلامه من الاشكال فى كل من المسألتين ، ولوحملت العبارة السابقة على استعمال غير مأذون فيه ، وهذه على مأذون فيه لم يتجه الاشكال ، بل يتعين الضمان قطعاً ولوحملت هذه العبارة على أن الباء التى فى قوله بالاستعمال بمعنى مع ، فيكون التلف لابسبب الاستعمال لاندفع التنافى ، الاّ أنه بعيد عن الظاهر» .

وقال فى شرح العبارة السابقة «الذى يقتضيه النظر أن الاستعمال المتلف متى كان بحيث يتناوله عقد العارية لا يستعقب ضماناً» واختاره فى التحرير وفيه قوة نعم لو شك فى تناول اللفظ اياه فالضمان قوى ، ولا استبعد أن يكون من صور الثانى مالو أذن له بلبس الثوب ولم يزد ، بخلاف مالو أذن فى كل لبس ، أو فى لبسه دائماً ، لان اذنه فى لبسه فى الجملة لا تقتضى الاذن فى كل لبس»

قلت : لعل التأمل الجيد تقتضى أن هنا مقامين .

أحدهما : النقص والتلف الواقعان بسبب الاستعمال المعتاد ، ولو من جهة الاتفاق فى مثل تلك العين ، كمالو استعار دابة للركوب أو الحمل ، ولم يزد على المعتاد ، واتفق تلفها بنفس ذلك الاستعمال ، لعثرة أو نحوها ، وهذا هو المناسب للقطع بعدم الضمان فيه ، للنص والفتوى .

الثانى : التلف بالاستعمال بسبب استدامته و استمراره المقتضى لاستيفاء عمره بالنسبة الى ذلك العين ، وهذا هو المناسب للاشكال فى الضمان به ، باعتبار اقتضاء اطلاق عقد العارية تناوله ، و عدمه الا مع التصريح ، و لعل الضمان به حينئذ وجيه كما أوضحه الثانى ، و بذلك ظهر لك الفرق بين المقامين ، و وجه الجزم من المصنف و الفاضل و غيرهما بعدم الضمان فى الاول منهما ، بخلاف الثانى الذى قد ذكر مثاله الفاضل بقوله كثوب انمحق باللبس فتأمل جيداً ، فان التحقيق فى المسألة ذلك ، وان أبيت عن قبول تنزيل بعض العبارات عليه ، والله العالم انتهى .

اقول هذه كلمات الاعلام واستندوا عدم ضمان النواقص الحاصلة بالاستعمال الى الاذن فى التصرف مع ان الأذن انما يكون فى اصل الاستعمال ولا نظر الى حصول النقص او التلف ولو كان اتفاقيا ولم يكن قاصدا به ولا تعديا اليه والاذن الحاصل من المعير انما يشمل مجرد قضاء حوائجه بالمستعارة و ردها فوراً بعد ذلك بل فى غالب الاوقات يؤاخذون المستعيرين بتأخير الرد وبحصول النواقص

الحاصلة فى العين المستعارة فالاذن لايشمل التصرفات الزائلة للرغبات بالعين واخراجها عن تمايل الناس بها فى البيع والشراء.

وكيف يصح الجمع بين النقص الواقع بسبب الاستعمال المعتاد وبين التلف بالاستعمال بسبب الاستدامة مادام العمر بالقول بعدم الضمان ودخوله فى شمول الاذن مع ان الاذن فى التصرف لايشمل ما يوجب النقص فضلا عن التلف اصلا فضلا عن صورة التأخير فى الرد كاستعارة الارض للدفن اوغرس الاشجار الموجبين للبقاء مادام العمر.

وكيف يصح الالتزام بامثالها كما سيأتى فى محله فالعمدة هو الاستفادة عن الروايات الكثيرة.

ومنها ما عن أبى بصير يعنى المرادى، عن أبى عبدالله عليه السلام قال: سمعته يقول: بعث رسول الله صلى الله عليه وآله الى صفوان بن امية فاستعار منه سبعين درعا باطراقها «باطرافها خ ل» فقال: أغصبا يامحمد؟ فقال النبى صلى الله عليه وآله: بل عارية مضمونة

وقال المجلسى باطراقها بالقاف اى اخذ الدروع مع بيضات الحديد التى توضع على الرأس والفاء تصحيف انتهى

وفى ئل قال محمد بن الحسن باسناده عن الحسين بن سعيد، عن النضر، عن عاصم بن حميد مثله ووصفها بالمضمونة يدل على قسمين مضمونة وغيرها وما عن أبان، عن سلمة، عن أبى عبدالله، عن أبيه عليهما السلام قال: جاء رسول الله صلى الله عليه وآله الى صفوان بن امية فسأله سلاحا ثمانين درعا، فقال له صفوان: عارية مضمونة أوغصبا؟ فقال له رسول الله صلى الله عليه وآله: بل عارية مضمونة و فى خبر آخر استعار منه رسول الله صلى الله عليه وآله سبعين درعا حطمية، فقال: أغصبا يامحمد؟ فقال: بل عارية مؤداة فقال: أقبل هجرتى؟ فقال: لاهجرة بعد الفتح الحديث.

ومعنى المؤداة ليس هو رد نفس المستعارة فان هذا المعنى انما يطلق فيما يكون فى الذهن عدم لزوم اصل العين فيقال رداً عليهم كانت مؤداة ومن المعلوم

ان هذا المعنى لايخطر على قلب احد لان كل الناس يعلمون بلزوم دفع نفس العين وانه ليست موهوبة بل معناه مؤداة بمثل ما يؤخذ واستعار بحيث لو نقص منه شيئا فكانت غير مؤداة فمعنى عارية مضمونة كون العارية مضمونة شرط فيها اولاً كما عرفت فكما ان الوديعة مضمونة فكذلك العارية والفرق ان التصرفات الغير المتلفة جائزة فى الثانية ومعصية فى الاولى وعليه اختص الجواز بالتصرفات الغير المضرة بالمعير ولايجوز له مطلق التصرف الموجب للتلف اوالقريب منه بزعم انه جائز له التصرف مطلقا .

فان قلت فعلى هذا لو تلفت العين المستعارة يضمن .

قلت نعم لو كان بسبب التصرف كذلك وانما لايضمن من حيث كون يده يد امانة لولم يتعد ولم يقصر كما فى الوديعة فالتلف السماوية اوالارضية اوالخارج عن قدرته كالغصب والسرقة كلها غير مضمونة لكن التلف الحاصل من التصرف الشديد كحمل الثقيل على الحمار المستعار بزعم ان العارية غير مضمون موجب للضمان جدابل قد يعد بعض التصرفات عدوانى ولولم يكن ذلك منويا للمتصرف كيف والثوب باللبس الكثير بل بعض ألبسة للنسوان للعرس فى نهاية الزيادة من القيمة و كلها لاجل نحو خياطتها بنحو خاص وانها بحيث بمجرد الغسل قد خرج عن القيمة كلا او بمقدار لايعتنى به فهل عارية مثله بدون الشرط و صحة دفع ما يلحق بالمعدوم او الظروف العارية لمجالس العزاء او الضيافة او العرس مع القطع بتلف مقدار منها بالكسر والشكاف لايضمن لولم يشترط و هو بعيد عن القواعد الشرعية .

فان قلت فما تقول فى هذه الاخبار مثل ما رواه الحلبى ، عن أبى عبدالله عليه السلام قال : صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان ، و قال : ليس على مستعير عارية ضمان وصاحب العارية و الوديعة مؤتمن و خبر محمد بن مسلم ، عن أبى جعفر عليه السلام قال : سألته عن العارية يستعيرها الانسان فتهلك أوتسرق ، فقال : ان كان أمينا فلاغرم عليه .

وفى ثل ورواه الصدوق باسناده عن أبان ومنها ما رواه الكلينى مسندا عن أبان مثله وزاد : قال : و سألته عن الذى يستبضع المال فيهلك أو يسرق أعلى صاحبه ضمان ؟ فقال : ليس عليه غرم بعد أن يكون الرجل أمينا .

ومنها ماعن محمد بن قيس ، عن أبى جعفر عليه السلام قال : قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى رجل أعار جارية فهلكت من عنده ولم يبغها غائلة ، فقضى أن لايغرمها المعار ، ولايغرم الرجل اذا استأجر الدابة مالم يكرهها أو يبغها غائلة و ما عن مسعدة بن زياد ، عن جعفر بن محمد عليهما السلام قال : سمعته يقول : لاغرم على مستعير عارية اذا هلكت أو سرقت أو ضاعت اذا كان المستعير مأمونا

فان الكل على خلاف ماذكر .

[قلت] قدعرفت ان المسلم عدم ضمانه من حيث عدم التعدى والتقصير فى التلف بل وقع اتفاقا كالسرقة والغصب لاما اذا حصل من حيث التصرف فانه تعد وتقصير

[فان قلت] ألم يصرح بقولهم عليهم السلام صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان .

[قلت] نلتزم بهذا المضمون وقدعرفت الجواب عنه وان الائتمان فى العارية بنحو الائتمان فى الوديعة والفرق انما اجيز التصرفات فى العارية دون الوديعة ولكن التصرفات الغير الموجبة للضرر وهذا هو المراد بالروايات المطلقة بضميمة قواعد اخر .

وبالجملة المراد من جميع ماظاهره او صريحه عدم الضمان انه من حيث الائتمان وان المستعير امين كالمودعى وان كل امين غير ضامن وحينئذ النظر الى انه لو وقع تلف او نقص على العين لم يضمن ما كان فى يده مع حفظ الامانة لان المعنى انه لو حصل النقص او التلف بالتصرفات المخالفة للمعرف لم يكن ضامنا كيف وهو خلاف رضا المعير وعدم شمول اذنه فيه وليس نظر المعير الارفع حوائج المستعير ورد العين المستعارة فورا من دون نقص بحيث لو وقع فيه عيب ليؤاخذه عليه وهو اقوى شاهد على عدم رضاه بالتصرفات الموجبة للعيب فى العين لانه

ضرر مع انه لاضرر ولاضرار فى الاسلام فالحكم الضررى منفى فى الاسلام والعارية الموجبة للضرر الناشى عن التصرف المنفية لها بحيث لو شرط ضمانها كانت غير مؤثرة لكان ضررا قطعا وموجباً لعدم الرغبة فى العارية .

فهذه الروايات مضمونها مطابقه للقاعدة لحرمة مال المسلم المنافى لعدم الضمان مع استلزام العارية التصرفات الموجبة للنقصان بل للتلف وكثيراً ما قد خرج الشىء عن المالية بالتصرف كلا او بعضا وهو بعيد عن مذاق الشرع فلا مناص لاشتراط الضمان لو اراد .

نعم لو كان نظر المعير الى الثوب واصلاح امور الناس وقضاء حوائجهم بحيث لا نظر الى فساد العين المستعارة بل تلفها فاعطى بدون شرط فلا كلام بل لابد من حمل المطلقات الدالة على عدم الضمان الى عدم الشرط لان الشرط لا يصح اصلا وان أبيت عن جميع ماقلناه فنقول ان الظاهر من بعضها صحة شرط الضمان .

مثل ماعن الحلبى ، عن أبى عبدالله عليه السلام (فى حديث) قال : اذا هلكت العارية عند المستعير لم يضمنه الا أن يكون اشترط عليه ورواه الشيخ باسناده عن على بن ابراهيم مثله وهى صريحة فى صحة شرط الضمان وكذا غيرها .

[فان قلت] ظاهره انه لو لم يشترط لم يكن ضامنا فى النقص والتلف بالتصرف .

[قلت] قدعرفت ان التصرف الموجب للنقص والتلف ليوجب الضمان والتلف الواقع اتفاقا غير مضمون وحينئذ ان شرط الضمان ليضمن مطلقا حتى ماوقع اتفاقا ولو لم يشترط لايضمن التلف الاتفاقى .

فما حصل بالتصرف يضمن مطلقا فالشرط يوسع دائرة الضمان ومنه يعلم حال ماعن عبدالله بن سنان قال : قال أبوعبدالله عليه السلام : لاتضمن العارية الا أن يكون قد اشترط فيها ضمان الا الدنانير فانها مضمونة وان لم يشترط فيها ضمانا وفى ثل رواه الشيخ باسناده عن الحسين بن سعيد ، عن صفوان ، عن ابن مسكان ،

(سنان - خ ل) عن أبى عبدالله عليه السلام مثله .

ومارواه زرارة قال : قلت لابى عبدالله عليه السلام : العارية مضمونة ؟ فقال: جميع مااستعرته فتوى فلايلزمك تواه الاالذهب والفضة فانهمايلزمان الاأن تشترط عليه انه متى توى لم يلزمك تواه ، وكذلك جميع مااستعرت فاشترط عليك لزمك ، والذهب والفضة لازم لك وان لم يشترط عليك .

[فان قلت] خبر زرارة على خلاف ماقلت فانه ظاهر فى عدم الضمان ولو توى بالتصرف .

[قلت] قوله عليه السلام جميع ماأستعرته فتوى فلايلزمك تواه ظاهر فى عدم ضمان ماتواه اتفاقا كالحيوان مات والمتاع سرق والثوب حرق وليس فيه توى بالتصرف الموجب لتواه فلايستفاد من الاخبار الاعدم الضمان من الامين كسائر موارد الامانة وهو ظاهر فى غير التلف الواقع من عمله والفرق بينه وبين ماوقع اتفاقا واضح فعدم الضمان فى الاخبار عدمه لووقع اتفاقا كما لوسرق المال من الودعى بخلاف مايتصرف فى الوديعة كما عرفت .

وكيف كان فاذا شرط الضمان فلااشكال فى الضمان نقصا اوتلفا ولوماوقع اتفاقاً وان لم يشترط بل كان على اطلاقه فهو ايضا موكول الى العرف الحاكم بان الاذن الحاصل للمستعير فيما لا يوجب النقص فلايستفاد من الاطلاقات اكثر من رفع الحاجة والرد فورا فلايستفاد منها اكثر من التصرفات الغير المضرة العادية المتعارفة بين الناس فالاطلاقات منصرفة الى اصل رفع الحوائج من دون حصول نقص معتدبه حاصل من الاستعمال .

وكذا النقص حاصل اتفاقا من دون حصول تعد او تفريط واما التعمد فى حصول التصرف اوالزيادة عن مورد الاذن فهو مضمون على الخلاف ما فى الخلاف قال : العارية امانة غير مضمونة الا ان يشرط صاحبها الضمان فان شرط ذلك كانت مضمونة والا فلا الا ان يتعدى فيها فيجب عليه حينئذ ضمانها و به قال قتادة و عبيدالله بن الحسن العنبرى و ابوحنيفة و مالك و النخعى و الشعبى

والحسن البصرى الاانهم لم يضمنوها بالشرط وقال ربيعة العوارى مضمونة الاموت الحيوان فانه اذا استعاره ثم مات فى يده لم يضمنه وقال الشافعى هى مضمونة شرط ضمانها اولم يشرط تعدى فيها اولم يتعدوبه قال ابن عباس وابوهريرة وعطا واحمد واسحق .

[دليلنا] اجماع الطايفة واخبارهم فانهم لا يختلفون فى ذلك و روى عمروبن شعيب عن ابيه عن جده ان النبى عليه السلام قال ليس على المستعير غيرالمغل (المعل خ) ضمان وهذا نص انتهى .

قد عرفت انه بهذه التوسعة على خلاف رضا المالك فضلا عن ان يكون اذنه شاملا لذلك ومن جميع ذلك ظهر ما فى كلمات الاصحاب رض خصوصا فى مثل ان التصرف باى نحو كان مأذون من المالك المعير قال فى الحدائق لاخلاف بين الاصحاب فى أن العارية أمانة فى يد المستعير ، لاتستعقب الضمان الا فى مواضع مخصوصة يأتى التنبيه عليها انشاء الله تعالى ، فلو تلفت فى يد المستعير بغير تفريط ولاعدوان فلاضمان عليه ، سواء كان التلف بآفة سماوية أو أرضية انتهى

قد عرفت عدم الاشكال فى عدم الضمان من حيث انه امين لامن حيث وقوع الاذن من المعير فى التصرف مطلقا .

وقد تلخص من جميع ما ذكرنا ان عدم الضمان هو عدمه موارد الامانة فلايشمل ما وقع بسبب الانتفاع الموجب لذلك والانتفاع وان كان مأخوذا فى العارية لكن الانتفاع الغير الموجب للنقصان والضرر سواء كان ذلك فى الحيوان او غيره وقد وافقنا ابن الجنيد فى الحيوان قال فى الحدائق .

السادس : مانقل عن ابن الجنيد من حكمه بضمان الحيوان قال على ما نقله عنه فى المختلف ، وليس يضمن المعار تلف ما تلف منها اذا كان السلعة متاعاً الا أن يتعدى وماكان منها عيناً أوورقاً أوحيواناً ضمن المعار تلف ذلك ، الا أن يشترط المالك سقوط الضمان عنه .

ونقل فى المختلف عنه الاستدلال بقوله « على اليد ما أخذت حتى تؤدى» وبرواية وهب ولايخفى ما فى دليله المذكور من الوهن و القصور مع تظافر الاخبار كما عرفت بالعدم ، مضافاً الى الأصل انتهى ومما ذكرنا ظهر فيما اورده على المختلف وقدعرفت ان الضمان فيما ذكره بل فى الكل مطابق مع القواعد ولايكون من المعير اذن فى ما ذكروه بل نفس البقاءعنده واقع غالبا مع الكراهة من المعير فى باطنه فيكون فى القبول مأخوذا بالحياء فكيف يكون اذنه حتى مع التلف تدبر فى الاخبار حتى لايكون اخباريا جامدا على مجرد اللفظ

واما رواية وهب عن جعفر عن ابيه عليهما السلام ان عليا عليه السلام قال من استعار عبدا مملوكا لقوم فعيب فهوضامن ومن استعار حراً صغيراً فعيب فهوضامن والخبر على وفق القاعدة فيعمه قاعدة الضرر ويدخل فى عموم من اتلف مال الغير فهو له ضامن والله العالم .

﴿ولايجوز للمحرم أن يستعير من محل صيدا ، لانه ليس له امساكه﴾ بل يجب عليه ارساله ﴿و﴾ حينئذ فـ ﴿لو﴾ أثم و ﴿أمسكه﴾ ثم أرسل ﴿ضمنه وان لم يشترط عليه﴾ ولايخفى ان المسألة مشكلة اما العبارة المتن فهى ولو امسكه ضمنه ومفهومه انه لو لم يمسكه بل ارسله لايضمن مع انه تفويت مال المحترم من المحل فكيف لايكون ضامنا .

ويمكن ان يكون مقصود المصنف عدم الضمان لوارسله فانه حينئذ ادى حكم الله واما حكم الآدمى باداء القيمة فهو مندفع بعدم الضمان فى العارية واما لولم يرسله كان ضامنا لمالكه لانه اخذ مالامملوكا يجب رده الى مالكه اما عدم الضمان فى العارية ففى صحيحها لاضمان كمامر وفى عدمها كذلك لان مالا يضمن بصحيحه لايضمن بفاسده فالعارية حرام قطعا و اما الفساد مبنى على دلالة النهى عليه فى المعاملات وهو غير ثابت وعلى فرض الفساد ايضا غير مضمون ففى صورة الارسال غير ضامن .

واما لو امسكه كان له الرد ولو تلف كان ضامنا لصاحبه هذا وفيه ان العارية غير مضمون لو تلف لافيما اتلف فالتمسك بالقاعدة فى غير محله سواء كانت عارية صحيحة او فاسدة فبمجرد اخذ المحرم من المحل الصيد قد اخرج الصيد عن ملك المحل لانه واجب عليه ارسال و يجب ضمانه لمالكه فحيث كان قد اخرج الصيد عن ملكه كان ضامنا له بالارسال الذى هو تلف عمدى و الحاصل قيد الضمان فى المتن فى الامساك لتوهم عدم الضمان فى العارية ولذا خص الضمان بالامساك .

و كيف كان فاذا أخذه من المحل فهل يجب عليه ارساله او لا وعلى الاول هل يجب عليه ضمانه للمحل اولا وعلى الاول فما الفرق بين الارسال وعدمه من انه فى كليهما يجب الضمان للمالك والجزاء لله فما حال العبارة الدالة من حيث المفهوم على الضمان لو امسكه مع ان الضمان ثابت على كل تقدير .

فان جعل الضمان فى صورة الامساك الى ان الارسال ليس فيه ضمان من حيث أن العارية غير مضمونة فلا ضمان فى التلف فهنا اتلاف حيث اتلاف مال المحل فان كان النظر الى ان الارسال ايضا تلف لا الاتلاف لانه وظيفته الشرعية فيرد عليه لم أعاره حتى ينتهى الى الامر بالارسال فهو اتلاف وان كان النظر الى ان العارية و ان كانت حراما حينئذ لكنها ليست فاسدة لعدم دلالة النهى على الفساد فى المعاملات فيكون عارية صحيحة غير مضمونة بل ولو قلنا بالفساد كما هو المختار

وعليه السيد المرتضى فى الذريعة لكن فساد العارية مع صحيحها مساو فى عدم الضمان لقاعدة كل ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده ففيه ان عدم الضمان فى التلف العمدى لا الاتلاف .

ثم ما المراد بالامساك فان كان ابقائه عنده كما هو الظاهر من الامساك و صريح المتن فضمانه وجزائه مسلّمان حينئذ وان كان المقصود امسكه ثم ارسله كما فى تفسير الشارح الجواهر فما الفرق بين الارسال فورا اوتراخيا فى وجوب

الضمان لصاحبه والحاصل ان الفرض هو العارية عن المحل المالك للصيد فكيف لايكون ضامنا لو ارسله لتفويته المال على مالكه .

وفى الحدائق بعد عبارة التذكرة ما هذا لفظه وثانيها : قوله : فلو أستعاره وجب عليه ارساله ، فانه على اطلاقه مشكل ، بل ينبغى تخصيص ذلك بما اذاكان استعاره من محرم ، اما لو استعاره من محل فانه يجب رده على المالك ، ويلزم عليه الفداء لله سبحانه خاصة ، و برء من حق المالك ، و بذلك صرح فى آخر العبارة المذكورة .

والظاهر أن مراده هو أن الواجب شرعاً هو الارسال ، وأن قبضه من محل وحينئذ يضمن قيمته للمحل ، فلوخالف الواجب ورده الى المالك برئت ذمته من القيمة للمالك ، وبقى حق الله سبحانه ، ويشكل حينئذ بأنه متى كان الصيد مملوكا كما هو المفروض من قبضه من المحل ، فقد تعارض حق الله سبحانه بوجوب الارسال ، وحق المالك .

ومن القواعد المقررة عندهم مع التعارض تقديم حق الآدمى على حق لله تعالى ، فالواجب حينئذ بناء على ما قلنا هو رده على المالك ، و ضمان حق الله سبحانه ، وأما لو كان المقبوض منه محرماً فانه غيرمالك فيتعين الارسال مع عدم الضمان لمن قبضه منه انتهى .

فيه ان تقدم حق لآدمى فيما لايمكن الجمع كتقديم الدين على الحج على ما مرفى سابق الايام لافيما امكن الارسال والتضمين لمالكه كما هو الظاهر من المحكى عن التذكرة تقديم حق الله ثم التضمين لمالك الصيد وهو اولى قال فيها على ماحكى عنه فى الحدائق لايحل للمحرم استعارة الصيد من المحرم ، و لا من المحل ، لأنه يحرم عليه امساكه ، فلو استعاره وجب عليه ارساله ، وضمن للمالك قيمته ، ولوتلف فى يده ضمنه ايضاً بالقيمة لصاحبه المحل ، وبالجزاء لله تعالى ، بل يضمنه بمجرد الامساك عليه وان لم يشترط صاحبه الضمان عليه ، فلو

دفعه الى صاحبه برىء منه ، وضمن لله تعالى انتهى .

والظاهر انه لاريب فيماذكره من عدم جواز الاستعارة فى الصورة المفروضة لماذكر من تحريم الامساك عليه وحاصله انه لايجوز له امساكه بل يجب عليه ارساله و يضمن قيمته للمحل و لو امسكه فتلف فى يده ضمن قيمته لصاحبه و بالجزاء لله .

وفى الجواهر فى مقام انه يجب عليه الارسال بعد عبارة المتن قال ووجوب ذلك عليه لاينافى ضمانه لمالكه ، وان أقدم على اعارته من يكون تكليفه اتلافه بالارسال ، فان ذلك لايقتضى ذهاب حرمة ماله انتهى اى يجب عليه ارساله و ضمانه لمالكه .

وفى مفتاح الكرامة بعد عبارة المتن : الخامس اباحة المنفعة فليس للمحرم استعارة الصيد من محرم ولامحل فان امسكه ضمنه للمحل و ان لم يشترط قال ماهذا لفظه : كما فى الشرائع والتذكرة والتحرير وما يأتى من الكتاب فى فصل الاحكام و كذلك الارشاد و كأنهما قصدا به الرد على الشيخ فى المبسوط حيث قال ضمنه للمحل بشرط الضمان و كأنه غير بعيد عن الاعتبار لأنه اذا علم ان الصيد اذا وقع بيد المحرم يجب عليه ارساله كان مفوتاً لماله ووجه ماقاله المصنف انه من باب الاسباب فكان كمن اعطى ماله لمن يعلم انه يتلفه فانه يضمنه .

و قد استدل (يستدل ـ خ ل) عليه باطلاق النصوص ان المحرم لو اتلف صيدا مملوكا فعليه ضمانه لمالكه وفى المبسوط و التذكرة و التحرير انه ان تلف فى يده ضمن قيمته لصاحبه المحل والجزاء لله سبحانه وتعالى وهو قضية كلام الكتاب والشرائع و يشكل فى الاول لأن ما لا يضمن بصحيحه لايضمن بفاسده و لا يتجه الاستدلال بالأطلاق المذكور على تقدير تسليم تناوله له لأنه معارض بالنص الصحيح الدال على ان العارية غير مضمونة وهو يشمل الصحيحة والفاسدة وان امكن تخصيص هذا بغير الصيد امكن تخصيص الاطلاق بالصيد المأخوذ من

غيراذن و يمكن ان يقال ان امر الصيد غليظ جداً فربما وجب ضمانه للمالك تغليظا فكانت اخبار العارية مخصصة بغير الصيد انتهى .

قوله و كانهما ان العلامة والمحقق فى الشرائع لم يشترطا الضمان للرد على الشيخ حيث قال ضمنه للمحل بشرط الضمان فانه اذا لم يشترط لم يكن ضامنا ثم جعله غير بعيد ولعله كذلك لما بينه من ان المحل يعلم بانه اذا وصل الصيد بيده يجب عليه الارسال وخرج عن ملكه فمع هذا العلم لو اشترط كان ضامنا واما لو لم يشترط فلاضمان لعلمه بتفويت ماله فكانه راض بالتلف .

و كيف كان فوجه النظر الى الضمان ولولم يشترط انه بمجرد العارية صار الصيد اتلافا لخروجه عن ملكه وعلى هذا سواء شرط الضمان او لم يشترط ان المحرم بمجرد اخذ الصيد قد اخرجه عن ملك صاحبه فيكون اتلافا فيضمن لقوله عليه السلام من اتلف مال الغير فهو له ضامن ولا يعارضه قاعدة ما لا يضمن اذ هى فى التلف لا فى الأتلاف فعليه كان عليه الجزاء لله وقيمته للمحل .

ومنه يعلم انه لا وجه لمعارضة المقام مع القاعدة حتى خص النص الدال على انه لو اتلف المحرم صيداً مملوكا فعليه ضمانه لمالكه بغير الصيد اذ النص مختص بالصيد فكيف اخرجه عنه مع عدم المعارضة مع القاعدة ولذا جعل اخبار العارية مختصة بغير الصيد اغلظة امر الصيد عند الشارع ثم قال متصلا بكلامه ايضا .

«ثم ان قضية كلام الشيخ فى المبسوط والمحقق فى الشرائع والمصنف فى الكتاب والتحرير وصريح التذكرة انه اى المحرم اذا قبضه من المالك وجب عليه ارساله و ضمن للمالك قيمته (وفيه) انه يشكل الحكم بوجوب اتلاف مال الغير و حق الآدمى مقدم على حق الله سبحانه كما هو مقرر فينبغى رده على مالكه و ضمان الجزاء كما ذكره اخيراً فى التذكرة (وقد يقال) لما كان امر الصيد غليظا قدم فى المقام حق الله سبحانه على حق الناس فيلحظ ذلك فانى لم اجد من تأمل فى الأمرين غير المحقق الثانى والشهيد الثانى والمقدس الأردبيلى

وقد قال الاول انه لم يظفر الى الآن بمخالف وترتيبهم الحكم على المحرم المستعير لأنه المباشر والمعير معين انتهى .

ولقد اجاد المحقق الثانى حيث جعل المستعير مباشر الذى امره اشد من المعير فان المستعير المحرم يعلم بمجرد اخذ الصيد اتلافا لماله فلا يكون لـه الاستعارة فلو طلب فكان له الارسال من غير تقدم حق الآدمى حينئذ لعدم مال للادمى حتى يقدم على حق الله تعالى فيرسله و ضمن للمحل المعير قيمته يوم الاخذ فانه يوم تلفه المال منه يعلم ما فى قوله وفيه الخ .

و حاصله بعد اخذه الصيد من المحل لم يكن له ارساله الذى هو وجوب اتلاف مال الغير فانه تعارض حق الآدمى مع حق الله و حق الآدمى مقدم على حق الله فرده على مالكه و عليه الجزاء لله و فيه ان مال الادمى قد زال و خرج عن ماله بمجرد اعارة المحرم فكما انه لو أخـذه عن الصحراء وجب عليه ارساله فكذلك لو وقع يده عارية من مال مملوك فليس بمال حينئذ بل لزم ارساله و ضمانه للمحل وغاية مايمكن ان يقال ان الوصول بيد المحرم من العارية وهى ليست مضمونة سواء كانت العارية فاسدة للنهى ام صحيحة للقاعدة المشهورة وعلى كليهما ليست فيها ضمان و جوابه ان العارية ليست مضمونة لو تلف المال بيد المستعير لا ما اذا اتلفه كما فى المقام فلايصح التمسك بالقاعدة .

وقد مر بعض الكلام فى ج ١٦ ص ٨٠ فراجع .

﴿ولو كان الصيد فى يد محرم فاستعاره المحل﴾ أى اخذه بصورة العارية فعند المصنف ﴿جاز﴾ أخذه للمحل و﴿لأن ملك المحرم زال عنه بالاحرام﴾ فأخذه حينئذ منه ﴿كما يأخذ من الصيد ماليس بملك﴾ .

وفى الجواهر قال فيملكه حينئذ بالاستيلاء أومع نية الملك على الوجهين فى تملك المباح ، و حرمة الدفع الى المحل على المحرم لتعين الارسال عليه لاينافى جواز الأخذ للمحل ، وليس هومن الاعانة على المحرم قطعاً ، وان وجب

الفداء على المحرم مع التلف فى يد المحل، وبذلك يرتفع دعوى التساهل فى عبارة المصنف، مع أن الأمر سهل بعد وضوح المقصود، و هو ارادة الفرق بين صورة العارية من المحل للمحرم، وبالعكس انتهى ومما يرد على الماتن والشارح هو ان ملك المحرم اذا زال بالاحرام يجب عليه الارسال بحيث لو لم يرسله عصى الرب تعالى بل زوال ملكه ليس الا للارسال فكيف يصح منه أن يدفعه الى المحل

ويعلم من ذلك ان فيه ترك الارسال الواجب وليس هو مجرد الاعانة على الحرام بل هو نفس الحرام البيّن فمضافا الى ان الاعانة على المحرّم محرّم كان الدفع اليه بعنوان العارية حرام فان الخروج عن ملك المحرم بالاحرام معناه ان الصيد ليس له فالمحل حبس بالعارية ما يجب ارساله و ايضا اذا خرج عن ملكه كيف اعاره به مع ان العارية لاتحصل الاعن ملك.

وفى المسالك قال بعد قوله ولو كان الصيد فى يد محرم فاستعاره المحل اه اذا حكم بزوال ملك المحرم عن الصيد صار فيه بمنزلة الاجنبى فاطلاق الجواز على اعارته يشكل من ثلثة وجوه الاول ان الاعارة شرطها كون المعار ملكا للمعير وهو هنا منتف لما ذكروه من زوال ملكه عنه الثانى. ان تسليمه للمحل اعانة على الصيد واثبات سلطنة المعير عليه وهو محرم على المحرم فلا يناسبه اثبات الجواز الثالث ان تسليمه اذا كان محرما على المحرم يحرم قبوله من المحل لاعانته له على الاثم والعدوان المنهى عنه فى القرآن وان كان للمحل تناول الصيد لولا ذلك والاقوى الحكم بتحريم الاعارة المذكورة اعنى اثبات صورتها و ان كان الملك غير متحقق وتحريم اخذ المحل له مزيده للاعانة على المحرم لكن لو فعل ذلك لم يلزم المحل سوى الاثم ولاشىء للمحرم عليه لزوال ملكه وعلى المحرم الفداء لو تلف فى يد المحل لتعديه بالاعادة فانه كان يجب عليه الارسال ففى العبارة تساهل فى اللفظ واشكال فى الحكم انتهى.

و فى الحدائق ما لفظه: قال فى التذكرة: و لو كان الصيد فى يد محرم

فاستعاره المحل ، فان قلنا المحرم يزول ملكه عن الصيد ، فلاقيمة له على المحل لأنه أعاره ماليس ملكاله ، و على المحرم الجزاء لو تلف فى يد المحل ، لتعديه بالاعارة فانه كان يجب عليه الارسال»

وان قلنا لايزول صحة الاعارة ، وعلى المحل قيمته لوتلف الصيدعنده انتهى

اقول ماحكاه عن التذكرة قد عرفت منه ان زوال الملك ليس الالارسال فلايصح للمحل اعارته ولا للمحرم دفعه اليه ثم قال «لااشكال فى الحكم الثانى، ولا كلام فيه ، وانما الكلام فى الاول فانه ان حكم بصحة الاعارة وجوازها كما هو ظاهر العبارة ، وهوصريحة فى القواعد والارشاد ، وبه صرح فى الشرايع ايضاً فان الاشكال يتطرق اليه من وجوه :

أحدها انهم صرحوا بأن من شروط صحة الاعارة كون المعارملكاً للمعير و هو هنا منتف لما اعترفوا به من زوال ملكية المحرم عن الصيد ، فكيف تصح الاعارة ويحكم بجوازها .

وثانيها : أن تسليمه للمحل اعانة على الصيد واثبات سلطنة عليه للغير، وهو محرم على المحرم ، فلايناسب اثبات الجواز . الى ان قال :

وثالثها : أن تسليمه اذا كان محرماً على المحرم حرم قبوله من المحل ، لما فيه من الاعانة على الاثم و العدوان المنهى عنه فى صريح القرآن ، و لما ذكرنا قوى فى المسالك الحكم بتحريم الاعارة فى الصورة المذكورة ، وهوجيد لما عرفت انتهى .

ومنه يعلم ما فى القواعد [ولو كان فى يدمحرم فاستعاره محل جاز لزوال ملك المحرم عنه بالاحرام كما يؤخذ من الصيد ماليس بملك] فانه عين عبارة المحكية عن التذكرة من حيث المفهوم بل لعله عجيب عن مثله كماعرفت امثاله من ان زوال الملك عن المحرم ليس الالانه واجب عليه ارساله فكيف يجوزرده الى المحل .

و كيف تصح الاعارة لمن لا يكون مالكا وهو من أبده البديهيات وفى مفتاح الكرامة بعده قال ماهذا لفظه: كما ذكر ذلك كله فى الشرائع و كذلك الارشاد وقد اعترضهما المحقق الثانى والشهيد الثانى والمقدس الاردبيلى بان المعار شرطه كونه ملكا للمعير وهو هنا منتف لمكان زوال ملكه وبان تسليمه للمحل اعانة على الصيد واثبات سلطنة للغير عليه وهو محرم على المحرم فلا يناسبه الجواز وبانه يحرم قبوله من المحل لاعانته على الاثم (قلت) من المعلوم ان ذلك انما هو اذا كان المحرم في الحل والصيد فى الحل وان ليس هناك الاصورة عارية فالغرض من الجواز صحة تملك المحل له وانه لاشيء للمحرم عليه وان فعل حراما بالاعانة كما نبه عليه فخر الاسلام فى شرح الارشاد انتهى .

والمسألة مشكلة لان المشهورة زوال الملك عن المحرم بمجرد ادخاله الصيد فى الاحرام سواء احرم فى الحل اوالحرم وسواء صاده اواشتراه فيجب عليه ارسالة بل لااشكال فى وجوب الارسال ولوقيل بعدم زوال ملكه فمع الاحرام ينتفى ملكه عن الصيد كان المحرم والصيد كلاهما فى الحل اوالحرم فح فما معنى الحكم بجواز العارية من المحرم مع علمه بعدم كون المحرم مالكاله فالعارية متوقفة على كون المعير مالكا للعين المستعارة اللهم الان يكون القائلين بصحة العارية من القائلين بعدم زوال الملك فى الدخول فى الاحرام لكنه واجب عليه الارسال راجع ج ١٩ ص ٣ .

و قد اشار اليه فى تتمة عبارته ايضا بما هو لفظه ولقائل ان يقول انه صار مثل صيد الحرم وفيه تأمل وقال فى التذكرة وان قلنا ملكه لايزول صحت الاعارة وعلى المحل القيمة لو تلف الصيد عنده وقداعترض كلامه هذا فى جامع المقاصد بان صحة الاعارة مع وجوب الارسال ورفع السلطنة عنه مشكل واثبات القيمة اشكل لان العارية تقتضى عدم الضمان الاان يراد بالقيمة الجزاء لله سبحانه (قلت) ان كان الصيد تلف عند المحل فى الحل كما هو المفروض فى

عبارة التذكرة وغيرها فلاشيء عليه ولعل صحة الاعارة لان الامر بالشيء لايقتضي النهي عن ضده الخاص عنده فتأمل جيداً لانه يمكن ان يقال انهما نقيضان كالحركة والسكون اوان النهي في المعاملة لايفسدها اوانه لامر خارج عنها كالبيع وقت النداء لان المنفعة مباحة للمحل واهل للتبرع عليه بالعقد لكن القول بانهما نقيضان يهدم ذلك .

(وليعلم) ان المقدس الاردبيلي اخذ يتأول الجواز في عبارة الارشاد بتأويلات بعضها بعيد عنها ثم حمل المعير على ما اذا كان جاهلا او كان غائبا عنه والصيد محبوس في ملكه اوفي غيره اوفي يد وكيله ولم يعلم الوكيل اي باحرامه فقال المحل اعرني يعني اعطني انتفع به فاخذه قال وسماها استعارة للاشتراك في الفائدة انتهى .

ولايخفى دلالة روايات كثيرة على ان الصيد في حال الاحرام قدخرج عن ملك المحرم بحيث لايكون له يد شرعية عليه بل يجب عليه الارسال ومن جملتها خبر ابي سعيد المكاري عن الصادق عليه السلام قال لايحرم احد ومعه شيء من الصيد حتى يخرجه من ملكه فان ادخله الحرم وجب عليه ان يخليه فان لم يفعل حتى يدخل الحرم ومات لزمه الفداء - راجع ج١٩ ص٣.

فالخبر صريح في زوال ملكية الصيد بمجرد الدخول في الاحرام وانه اذا ادخله الحرم وجب عليه ارساله فكيف يصح عاريته وكيف يصح للمستعير المحل ان يستعير صيداً ليس لمالكه والله العالم .

﴿ولو استعار﴾ مستعير ﴿من الغاصب وهو لايعلم﴾ بغصبه قال المصنف والشارح الجواهر مازجا للعبارة ﴿كان﴾ قرار ﴿الضمان﴾ للمنفعة الفائتة ﴿على الغاصب﴾ لغروره ﴿و﴾ انكان ﴿للمالك﴾ أيضاً ﴿الزام المستعير بما استوفاه من المنفعة﴾ أوفاتت في يده لعموم «من أتلف» و «على اليد» كما هو المشهور بين الاصحاب في المقام وفي الغصب عند ذكر حكم الأيادي المترتبة على يد الغاصب .

﴿و﴾ لكن ﴿يرجع﴾ المستعير ﴿على الغاصب لأنه أذن له فى استيفائها بغير عوض﴾ وعلى ذلك أقدم ، فهو غار حينئذ له ، فيرجع حينئذ عليه لقاعدة «المغرور يرجع على من غره» ﴿والوجه﴾ عند المصنف والفاضل ﴿تعلق الضمان بالغاصب حسب﴾ لانه الاصل فى وقوع مال المالك بيد غيره وانه السبب لفوات منافع ماله اوفوت ماله ولانه مأخوذ بأشد الاعمال واشقها ولانه الذى استقر عليه الضمان و وقوع التلف ذاتا او منفعة كلها بسببه والمستعير جاهل محض ولو علم الغصب لما استعاره منه فلا رجوع الى المستعير مع الامكان الا ان لا يمكنه ذلك كما اذا لم يكن وقد خفى او خاف وفر فلا محالة يرجع الى المستعير حتى يرجع هو الغاصب .

﴿وكذا لو تلف العين فى يد المستعير﴾ ولم تكن مضمونة عليه ، بل قيل ان الرجوع ظلم محض ، لأنه جاهل ، وهو فى محله ومايتوهم من صحة الرجوع على المستعير ، لقاعدة اليد ، والاتلاف ، وقول على فى المرسل وخبر اسحاق بن عمار عن ابيعبدالله عليه السلام . وأبى ابراهيم عليه السلام «اذا استعيرت عارية بغير اذن صاحبها فهلكت فالمستعير ضامن» فهو فاسد اما قاعدة اليد فموردها يد العدوانى وكذا قاعدة الاتلاف فانها ظاهرة فى الاتلاف العمدى لا التلف .

وأما كونه بغير الاذن فالمضر هو غير الاذن مع العلم بانه كذلك لا فيما لا يعلم وزعم انه مالك فانه حينئذ استعير بزعم المالكية فالرجوع الى الغاصب قوى فلا معنى للرجوع الى المستعير هذا مضافا الى انه عارية فاسدة فلا ضمان فيها لما لم يكن فى صحيحها فلا وجه لرجوع المالك .

﴿أما لو كان عالماً كان ضامنا ، ولم يرجع على الغاصب﴾ بشىء لعدم غروره ﴿و﴾ لانه غاصب ، بل ﴿لو أغرم﴾ المالك ﴿الغاصب﴾ المعير حيث أن له الرجوع عليه ﴿رجع﴾ هو ﴿على المستعير﴾ .

وفى الجواهر الذى استقر الضمان عليه بحصول التلف عنده مع عدم غروره

بل الظاهر أنه يرجع عليه ايضا بقيمة العين لو رجع عليه المالك وان كان جاهلا اذكان قد اقدم على العارية مضمونة باشتراط الضمان أو كانت ذهباً أو فضة لعدم غروره حينئذ . بل هو كذلك لو صدر منه مايقتضى الضمان من تعد أو تفريط. نعم لايرجع عليه المالك بعوض المنافع التى استوفاها المستعير بعنوان العارية لو رجع عليه المالك . لاقدامه عليها مجاناً بل هو يرجع على المعير الغاصب لو رجع المالك عليه بها لقاعدة الغرور انتهى .

ولايخفى ان الاقدام مجانا يفيد فيمالايعلم بالغصبية ولكن الفرض ان المستعير يعلم بان المعير غاصب فيكون فى جميع تصرفاته ضامنا قطعا وصح رجوع المالك اليه وهو يرجع الى المعير .

الفصل ﴿ الثالث ، فى العين المعارة وهى كل مايصح الانتفاع به ﴾ شرعاً ﴿مع بقاء عينه﴾ منفعة معتداً بها عند العقلاء ، و لو غير معتادة من تلك العين ﴿ كالثوب والدابة﴾ والدار والدراهم المتزين بها والضابط فيه كل ما يبقى عينه بحالها الاولى ولايفنى شيئا فلايصح اعارة المأكولات والمشروبات والملبوسات التى لايبقى بحالها بعد الاستمتاع منها و كبعض الالبسة التى بعد اللبس والغسل لايبقى منها شيء معتدبه وايضا معنى الاعارة اعاره قليلة المدة بحيث يقضى حوائجه ورد فالظن يحصل بان فى معناها اخذ الفورية بعد رفع الحوائج .

﴿و﴾ عليه هل ﴿تصح استعارة الارض للزراعة والغرس والبناء﴾ والظاهر خروجها عن مفهوم العارية فان البناء والغرس مساوق للبقاء والدوام و كيف يصح اعارته الارض لبناء الدار التى تعيش فيها مادام العمر .

و كيف يصح منه الاذن والامر منه بالخراب نعم صح ان يأذن له المالك بمثل خروجه عن ملكه ولو كان هبة بصورة العارية و كيف يصح الاذن بالبناء مع امره بالخراب والقلع لان المفروض جواز العقد وللمالك المعير هوالرجوع فى كل زمان وآن اراد اخذ ماله وهو مضافا الى ضرر المعير ضرر المستعير ايضا

ويكون البناء يصرف فيه بقدر وزنها المال والغرس قديكون بمقدار من الكبر يصعب قلعه ويكون ضررا على المستعير كما يكون فى بقائه ضررا على المعير كيف و امثال ذلك العوارى قد خرج عند العرف عن مفهومها بل يلومون من ادعى ذلك .

﴿و﴾ لكن صحة ذلك عند الاصحاب كانه يجعل ارسال المسلمات حيث قال المصنف ﴿يقتصر المستعير على القدر المأذون فيه﴾ .

وفى الجواهر كما هو صريح المسالك والروضة وغيرهما ، وظاهر الدروس واللمعة ، لاصالة حرمة التصرف فى مال الغير بغير اذنه فلايجوز التعدى الى الادنى فضلا عن المساوى انتهى .

و هو مشكل بل لايتصور قدر المأذون فى ذلك الا ما كان الاذن بالقلع والخراب الذين قد عرفت الحال فيهما بداهة ان مثل الاذن فى بناء الدار قد ينافيه الاذن فى الخراب كلما امر به والاقتصار على القدر المأذون انما يصح فيما يصح الانتفاع فيه مدة محدودة مثل الانتفاع من الثوب حيث صح فى مدة ايام اوشهر مثلا وصح مطالبة المالك والامر بالرد تأمل فيما ذكرنا .

﴿و﴾ كيف كان فـ ﴿قيل﴾ كما عن المبسوط والغنية والسرائر ﴿يجوز أن يستبيح مادونه فى الضرر﴾ لامافوقه ﴿كان يستعير أرضاً للغرس فيزرع﴾ فيها لا العكس ، بل عن الاول نفى الخلاف فيه بل فى القواعد و عن التذكرة والتحرير التصريح بجواز المساوى أيضاً ، بل عن جامع المقاصد ظاهر كلامهم أن الحكم بذلك اجماعى .

﴿و﴾ لكن لاريب فى أن ﴿الاول أشبه﴾ بأصول المذهب وقواعده المقتضية عدم جواز التعدى عن غير المأذون .

﴿و كذا يجوز استعارة كل حيوان له منفعة كفحل الضراب﴾ وان استلزم اتلاف عين مائه ، الا أنه من التوابع للنزو وادخال الفرج ونحوهما التى لاتقدح

أوعلم بالسيرة جوازها ، ﴿والكلب والسنور﴾ وغيرها من الحيوانات المملوكة ﴿والعبد للخدمة ، والمملوكة ولو كان المستعير أجنبياً منها﴾ .

وفى الجواهر وكانت شابة جميلة ، بلاخلاف أجده فيه عندنا ، خلافاً لبعض العامة ، فمنع عارية الشابة الجميلة لمن لايوثق به ، لبعض الوجوه الاستحسانية التى ليست من مدارك الاحكام الشرعية عندنا انتهى .

ولايخفى ان مدارك الاحكام موجودة فى المنع الشديد فى جعل المرءة الاجنبية فى اختيار الرجل الاجنبى خصوصا الشابة منهن وقد نهى عن التكلم مع الاجنبية والخلوة معها والثالث بينهما هو الشيطان وان النظر اليها سهم مسموم من سهام ابليس وكيف يصح ذلك مع الظن القوى بوقوع العصيان بل لاينجو من ذلك الا المعصوم كيف وقال يوسف عند ذلك وما ابرء نفسى ان النفس لامّارة بالسوء فالعمل بهذا المستحب مستلزم لوقوع العصيان قطعا نعم لو كان المستعير معصوما او كان شيخا كبيرا كثير السن او كانت المرءة كذلك لصح العارية حينئذ

و فى الجواهر قال نعم قيل : يكره اعارتها للاجنبى ، وتتأكد اذا كانت حسناء خوف الفتنة ، بل عن التذكرة و غيرها تأكدها فى الشابة لمن لايوثق به انتهى .

﴿و﴾ لاخلاف ظاهراً كما اعترف به بعضهم فى أنه ﴿يجوز استعارة الشاة للحلب وهى﴾ المسماة بـ ﴿المنحة﴾ ولايخفى ما فيه من استلزامها النقص من لبنها اذ الاصل كون العين المستعارة لاينقص منها ومن المعلوم حينئذ ينقص من لبنها فيخرج المنحة عن العارية ولوتصور له مدرك يمكن كونه من باب الاباحة من لبنها ونحو ذلك وفى الجواهر ما هذا لفظه بل عن بعض متأخرى المتأخرين الاجماع عليه وهوان تم كان الحجة فى مخالفة الضابط السابق ، لاصل المقطوع بما سمعت ولاتسلط الناس على اموالها الذى لايقتضى مشروعية العارية ، ولا كونه كالوكالة فى الانتفاع ، ولاالحاجة اليها كى يناسب شرعها سهولة الملة وسماحتها

ولاغير ذلك مما ذكر فى كلام بعض متأخرى المتأخرين مما لا يصح لاثبات مشروعيتها عارية المنافى المضابط السابق ، بناء على ان المنفعة اذا كانت عينا لاتدخل ، وان سميت منفعة وصح تسبيلها فى الوقف ، الا ان مورد الاجارة والعارية ما ليس بعين من المنافع الا ماخرج بالدليل ، للاجماع بحسب الظاهر على ذلك ، ولانه المتيقن من النص والفتوى .

وحينئذ فلابد لعارية المنحة من دليل ، وليس الا الاجماع ان تم ، اذ لم نجد فى شىء من نصوصنا الدالة عليها انتهى .

وما افاد فى محله لان معنى العارية تسليم العين كما هى كانت وانما يكون للمستعير حق الانتفاع مع بقاء العين بحالها .

فلا يجوز له شرب لبن الشاة و حلبها ومن ضرعها و قطع صوفها ووبرها و شعرها فانها ينقص من العين قطعا فلو وقع احيانا كان ضرب من اباحة اللبن وحلبها يوما او اياما من دون ان يكون عارية اصلا كما يمكن ان اعاره الشاة ووهب له لبنها من غير كونه داخلة فى العارية كما اذا سئله عن مجرد اللبن وقال له احلب منها .

وفى بعض نسخ الكتاب ﴿ولا يستباح وطى الأمة بالعارية ، وفى استباحتها بلفظ الاباحة تردد ، و الأشبه الجواز﴾ و هو مشكل الا ان يحصل بذلك تحليلا ﴿و﴾ كيف كان فلا خلاف ولا اشكال فى انها ﴿يصح الاعارة مطلقة ومدة معينة﴾ لاطلاق الادلة ، لكن المراد بصحتها مدة ، عدم الاذن فيما بعدها ، لا لزومها اليها نحو ما سمعته فى عقد القراض ، ﴿و﴾ حينئذ فـ ﴿للمالك﴾ فى الحالين ﴿الرجوع﴾ بها لما عرفت من كونها عقداً جائزاً

﴿و﴾ من ذلك ما ﴿لو اذن له فى البناء او الغرس﴾ مطلقاً او الى مدة ، ﴿ثم امره بالازالة وجبت الاجابة و كذا﴾ الكلام فى عارية الارض فيما اذا كان لاجل ﴿فى الزرع﴾ فان له الرجوع ﴿ولو قبل ادراكه على الأشبه﴾

وفى الجواهر باصول المذهب وقواعده التى منهامعلومية جواز عقد العارية الذى منه محل البحث ، خلافاً للمحكى عن الشيخ وابن ادريس من وجوب الوفاء على المعير فى الزرع الى حين ادراكه ، لأن له وقتاً ينتهى اليه ، وظنى ان مرجع كلامهما الى عدم وجوب الازالة ، لاالى عدم جواز العارية ، وبينهما فرق واضح والذى يقتضيه النظر فى المسألة انه لاينبغى التأمل فى جواز عقد العارية هنا لعموم مادل عليه ، وعموم «تسلط الناس على أموالها» وانها قسم من الاباحة والبر والاحسان وغير ذلك ، انما الكلام فى حكم الغرس والبناء و الزرع بعد فسخها ضرورة رجوع الامر حينئذ الى تزاحم الحقوق ، اذالمستعير ليس ظالماً فى عرقه وقاعدة لاضرر ولاضرار جارية فى المقام بالنسبة اليهما معاً انتهى

ولايخفى ان المسألة مشكلة من حيث ان العارية جائزة بالاتفاق ولازمه الرجوع لكل واحد منهما ومن حيث ان العارية ليست لها اطلاق يشمل مادام العمر كما هو لازم الاعادة لغرس الاشجار وبناء الدار و دفن الاموات التى يعلم منها عدم الفراغ منها ويحتاج الى الصبر الى زمان لايمكن حياة المعير جدا و بعداً يقع فى يد الوارث .

ويكون منشأ النزاع بينهم وبين المستعير وعلى فرض حياته ايضا قديحتاج الى ارضه و لايمكن له افراغها عن البناء الا بالخراب و قلع الاشجار الموجب للضرر على المعير والمستعير وليس بصحيح كون امر جائز موجباً للمعاصى الكثيرة هذا مضافا الى ان الظاهر من العارية امر موقت بأمد وزمان يسير بل الذى يساعد عليه العرف ان المستعير أعار شيئا لرفع حاجته فى يوم او ايام قليلة كفروش و ظروف للضيافة او العزاء او العرس بحيث يقضى حوائجه بعد ذلك فى مدة قليلة وامثال ذلك وليس مثل العارية للدفن اوالغرس اوالبناء الباقى الى بقاء دهر فأمثال ذلك خارج عن مفهوم العارية .

بل يدفعه قواعد الضرر والضرار و كيف يصح الاذن فى البناء والغرس ونحوه

ونهيه عن البقاء ولازم هذا الاذن الشامل للبقاء هو عدم المنع عنه وعدم المطالبة بالازالة والعقد وان كان جائزا وله المنع فى كل زمان لكن منع لايوجب ضررا على المستعير واصلاح التنافى باختياره من اول الامر بعدم قبوله الاعارة مثل الغرس او البناء حيث يعلم المعير ان لازم رجوعه ضرر على نفسه .

وعلى المستعير وبقاءه بحاله ضرر عليه وقلعه وخرابه ضرر على المستعير فلامحالة اما ان يمنع من العارية واما اعاره بدون الامر بالقلع فالامر من اول الامر بيده ولاالزام له بالقبول ولاالقبول بعنوان العارية فان اراد الثواب يغمض عن كل ضرر عليه .

فاذا اقدم على القبول اقدم على ضرره فلا يجوز له بعداً الرجوع عن اذنه و من العجيب ان الاصحاب رض قد حكموا بعدم الضمان فى العارية و لو نقص العين بالاستعمال او تلفت بذلك مستدلا بالاذن من المالك عليه و فى مثل ذلك يحكمون بمثل هذا الامر العظيم من القلع الموجب للضرر على المستعيروالارض الذى ضرر على المعيرللفرق الكثيربين كون الزرع او الغرس بناءاً ومقلوعا ومنه يمكن ان يقال لا حق للمعير بالامر بالقلع لعلمه بذلك ورضائه بالغرس فيكون قد اقدم على ضرره بخلاف الاذن فى التصرفات الموقتة فان المسلم المتيقن من اذن المعير هوالانتفاع عن العين بحيث لايحصل فيها عيب ونقص فضلا عن التلف فمن اجازه الى لباس عارية كان المقصود هو رفع حاجته و حفظ مقامه و دفعه فورا الا اللبس حتى يلحق بالمعدوم فانه ليس بعارية بل اباحة و هبة و احسان للثواب ولايعلم الاذن باكثر .

ولذا قلنا بالضمان لوتلفت العين اونقصت فمثل هذه العارية مستلزمة للضرر بحال المعير اوالمستعير ولايصلحه النظر فى تزاحم الحقوق وتقدم بعضها اذا كان منشأهها فسادها .

وبالجملة الامورالتى تحتاج الى مدة بعيدة كثيرة خارجة عن معنى العارية

فان العرف يفهم الارجاع الى مالكه فوراً فلايصح العارية المنتهية الى ذلك مضافا الى ما عرفت من عدم دخولها فى اطلاقات الروايات الناظرة الى العرف ولااقول بجوازالعقد الا فى مثل تلك الموارد فيلزم كما لعله الظاهرمن الحدائق بل اقول لاتصح العارية فى مثل ذلك الا ان يكون من الاباحة والهبة بصورة العارية فلا يجرى فيها احكام العارية قال فى الحدائق بعد ما جعلها من العقود الجائزة ما هذا لفظه .

الا أنهم استثنوا من ذلك مواضع بعضها اتفاقى ، و بعضها خلافى ، أحدها الاعارة للرهن بعد وقوع الرهن عليه فانه لارجوع للمعير الى ان قال :

وثانيها : لو اعار أرضاً لدفن ميت مسلم و من بحكمه ، فانهم صرحوا بأنه لا يجوز الرجوع فيها بعد الدفن ، لتحريم النبش و تهتك حرمته الى أن تفنى عظامه . ونقل فى التذكرة أنه موضع وفاق الى ان قال :

وثالثها ما لواعاره جدارا ليضع عليه اطراف خشبته والاطراف لآخر حائط المستعير قال الشيخ : لم يكن له بعد الوضع الازالة وان ضمن الارش، لأنه يؤدى الى قلع جذوعه من ملكه مجيراً وهو غير جايز ، وتبعه ابن ادريس .

وذهب العلامة فى المختلف الى الجواز قال : لأنه عارية فللمالك الرجوع فيها وان أدى الى تخريب مال الغير ، لأنجباره بالارش ، واليه ذهب فى المسالك أيضاً ، وتردد المحقق فى الشرايع فى ذلك .

ورابعها : لو أعاره لوحاً يرقع به السفينة ثم لج فى البحر ، فانه لايجوز للمعير هنا الرجوع مادامت فى البحر، لما فيه من الضرر بالغرق الموجب لذهاب المال ، أو تلف النفس ، قالوا : وهكذا فى ما اذا حصل بالرجوع ضرر بالمستعير لايمكن استدراكه ، و لو لم يدخل السفينة فى البحر أو خرجت جاز الرجوع قطعا ، ولوكانت فى البحر لكن يمكن اخراجها الى الشاطىء وجب اذا لم يحصل به ضرر على صاحبها ، قيل : و يحتمل الجواز ، ولوكانت فى البحر و ثبتت له

القيمة مع تعذر المثل لما فيه من الجمع بين الحقين ، أو يقال : بجواز الرجوع وان لم يجب تعجيل التسليم ، وتظهر الفائدة فى وجوب المبادرة بالرد بعد زوال المانع ، وهو الضرر من غير مطالبة جديدة .

وخامسها : أن يعيره أرضا للزرع فيزرع فيها ، قال الشيخ : ليس له المطالبة بقلعه قبل ادراكه ، وان دفع الارش لان له وقتاً ينتهى اليه ، وتبعه ابن ادريس

وقال فى المختلف بعد نقل ذلك عنهما : ولو قيل له ذلك كان وجها ، لانها عارية ، فلا تجب والظاهر أن مراده الجواز مع الارش ، والا فهو مشكل ، وبذلك صرح فى المسالك فجوز ذلك مع الارش .

وسادسها : أن يعيره أرضاً ليبنى فيها أو يغرس مدة معلومة ، قال ابن الجنيد: لو أعاره براحاً ليبنى فيه أو يغرس مدة معلومة ، لم يكن لصاحب الارض أن يخرجه من بنائه أو غرسه كرهاً قبل انقضاء المدة ، فان فعل ذلك كان كالغاصب وعليه أعلى قيمة بنائه وغرسه قائما ومنفرداً ، ولو كانت الاعارة غير موقتة كان لصاحب الارض اخراجه اذا أعطاه قيمة بنائه وغرسه ثم يخرجه وهو بحاله الى آخر عبارته

وهذه عبارات القوم فى هذا المقام ولا يخلو واحد منها من شوب اشكال واظن ان يمنع المستعير من امثال تلك العوار المنتهية الى النزاع الان يبيعه ما يحتاج الى تلك الموارد او وهبه مع العوض او بدونه لمحض الثواب قربة بنحو اخرجه عن ملكه حيث انه قريب بمثل هذه العارية حتى لا يقع فى اشكالات الواردة او الحادثة بعد ذلك من الوراث وغيرهم.

﴿و﴾ على اى حال قال المصنف ﴿على الاذن﴾ فى العارية لوامر بالقلع هو ﴿الارش﴾ لما وقع من ضرر القلع على المستعير وقد عرفت ما فيه و كيف للمستعير طلب الارش الحاصل بالقلع والخراب بعد حبس ارض المعير فى هذه المدة الكثيرة بلا عوض مع ان المعير قد احسن اليه و هل جزاء الاحسان الا الاحسان وان كان ذلك غير مرضى لصاحب الجواهر فانه كما نقل ما هو الحق

عن الغير بعد المتن بقوله فاحتمال تسلط المعير على الازالة مطلقا بلا أرش للاصل ولان المستعير هو الذى أدخل الضرر على نفسه باقدامه على العارية التى يجوز فسخها فى كل وقت رده بما هذا لفظه لايخفى عليك مافيه ، لانقطاع الاصل بما عرفت من القاعدة ، والاقدام على العارية أعم من الاقدام على الضرر المبنى على اقتضاء التسلط بفسخها على ذلك ، وهل هو الامصادرة» .

قدعرفت مافى قوله على اقتضاء التسلط بفسخها الراجع حاصله الى عدم الضرر بحال المعير للتسلط على الفسخ ولم يتوجه الى عدم امكان الفسخ للمستعير لاستلزامه القلع وخراب البناء الذى لايتحمل ضرره بوجه وكيف يصح الفسخ المستلزم لخروج الميت عن الارض او خراب بناء الدار او الرجوع الى لوح يرقع به السفينة والحل عدم صحة اصل العارية لتلك الامور كيف والامر يدور بين المحذورين اخراج الميت من القبر اوالصبر عليه حتى تفنى عظامه وكلما يكون كذلك فعلاجه ان لايدخل فيه من اول الامر فان قلت ان الاطلاقات تدل على صحة عقد العارية مطلقا قلت الاطلاقات ينصرف الى الأفراد المتعارفة .

فلايعم عارية الارض للغرس والبناء والدفن وامثالها فان قلت فماحال مثل تلك الافراد افلا يجوز او يجوز قلت عدم الجواز بمعنى الحرمة فلالبداهة ان المالك اذاراد ان يعير ارضه لذلك مع العلم باشتغال الارض الى سنين عديدة فله ذلك لان الناس مسلطون على اموالهم واختيارها بيدهم فيجوز مع الثواب وقضاء حوائج المؤمنين لكنه ليس له الامر بالقلع والخراب واخراج الجسد وقلع لوح السفينة .

وان كان ضررا عليه فانه ضرر قد اقدم عليه بل لاضرر بالنسبة الى ما كان له عندالله فيخرجه عن ملكه فانه مساوق مع العارية بهذا النحو بل لو كان له ضرراً لايعارض ضرره بضرر المستعير فانه لولاعدم اعارة المعير لم يتحقق ضرر المستعير فلامحالة اما ان يمنع من اعارة كذائى واما الصبر على مايرضى عليه من الغرس

والبناء الاان يشترط عليه المعير الوقت المعين فرده عليه فله الامر بالقلع او الخراب من دون لزوم الارش لان الضرر حينئذ من ناحية عدم عمل المستعير بالشرط .

وقد تلخص انه فى صورة بقاء اشتغال الارض الى مدة بلوغ الغرس والبناء بحده صح له من دون ان يكون له الامر بالقلع والخراب ح وان شئت ان يجعل العقد فى امثاله تلك الافراد لازما على المعير استثناء عن مطلق الجواز كما فى الحدائق او جعله المعير حينئذ من قبيل المباحات والهبات الغير المعوضة او بيعها بالمستعير حتى لايقع فى ايدى الورثة وشرع بينهم والمستعير النزاع سواء كان ذلك فى حين الاعادة او بعدها اوالى طول مدة يستأنس عن الوصول الى يده .

وكيف كان فالاعارة مع طلب القلع والخراب بزعم جواز الاذن وكون الامر بيده فى غاية الاشكال قدعرفت .

وبالجملة فالظاهر انه بالنظر لاتصح العارية بمثل ذلك لخروجها عن الافراد المتعارفة وان ابيت بمقتضى الناس مسلطون على اموالهم يجعله غير العارية بصورة العارية كالهبة والصدقة ونحو ذلك مما لايستلزم الاشكالات الحادثة بعداً وان ابيت الأولا عن كونها بنحو العارية فلايكون للمعير امراً بالقلع اوالخراب بالارش لان الضرر من ناحيته .

والحاصل فى مثل عارية الارض لبناء الدار عليها التى يبقى مادام الحياة بل اكثراً مايهبه الارض فانه مقارن مع العارية الكذائية بل يزيد عليها عدم امكان النزاع وعدم ترتب الضرر وعدم ذهاب مال الوارث او اعارة من دون الرجوع وطلب الخراب فلايجوز له العارية والاذن للبناء ثم رجع وامره بالخراب والله العالم

ثم قال ومن هنا نفى الخلاف بعضهم عن وجوب الأرش فى المقام وان استشكل فيه بعضهم الاأن الاشكال ليس خلافاً ولايخفى مافيه فان معنى الاشكال هو التوقف فى الفتوى فيرجع الى المخالفة وكيف كان فماذكر فى الرجوع وعدمه كماترى لايسمن ولايغنى من جوع .

ويؤيد ماذكرنا موثق محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام -«في رجل اكترى داراً وفيها بستان فزرع في البستان وغرس نخلا وأشجاراً وفواكه وغير ذلك، ولم يستأمر صاحب الدار في ذلك، فقال: عليه الكرى ويقوم صاحب الدار الزرع والغرس قيمة عدل، فيعطيه الغارس ان كان استأمره في ذلك، وان لم يكن استأمره في ذلك فعليه الكراء وله الغرس والزرع ويقلعه ويذهب به حيث شاء».

﴿و﴾ كيف كان فعلى قول المصنف ﴿ليس له المطالبة بالازالة من دون الارش﴾ وفي الجواهر بل جزم به في المسالك وظاهره الاجماع عليه، قال: «لانجب اجابته الى القلع قبل دفعه وان بذله لاحتمال تعذر الرجوع عليه بافلاس أوغيبة ونحوهما، فيضع حق المستعير ويلزم الضرر، انتهى.

وفيه تعارض ضرر المعير بحبس ارضه الى ماشاءالله بدون اجرة واجارة ومنافع يترتب عليها نعم يمكن ان يقال في خصوص الغرس ونحوه من الورد والخضروات انه لو كان بناء الغرس على القلع والتجديد كما هو المعروف حيث يغرس ويقلع للبيع ونحوه كان للمالك هو المنع بعد القلع او منعه من غرس الجديد بلااشكال في ذلك ولازم ذلك هو توقيت الوقت وليس كبناء الدار الباقي مادام العمر.

وعن التذكرة أن فائدة التوقيت تجديد الغرس للمستعير في كل يوم الى انقضاء المدة الى أن قال: «ثم للمالك الرجوع في العارية قبل انقضاء المدة بالارش وبعدها مجاناً ان شرط المعير القلع، أو نقص البناء بعد المدة، أو شرط عليه القلع متى طالبه به عملا بالشرط، فان فائدته سقوط الغرم، فلا يجب على صاحب الارض ضمان مانقص الغرس بالقلع -.

وان لم يكن شرط القلع واختاره المستعير كان له ذلك، وان لم يختر القلع وأراده المعير فلابد من الارش» انتهى.

فالفرق الواضح بين العارية الموقتة بوقت معلوم كالغرس في كل سنة والقلع

وبين مثل بناء الدار ودفن الاموات بجواز الرجوع والمنع فى الاول دون الثانى ومن ذلك يعلم عدم جواز الاعارة للدفن الا بنحو لا يرجع عن اذنه الى اندراسه لان الامر بيده وضرر حبس الارض باختياره واقدامه وهو كالغرس والبناء ولذا قال ﴿ولو أعاره أرضاً للدفن﴾ لميت محترم فدفنه فيها ﴿لم يكن له اجباره على قلع الميت﴾ .

وفى الجواهر قال بعده ونبشه واخراجه الى أن يطمئن باندراسه بالنسبة الى تلك الارض على وجه لا ينافى احترامه ، بلا خلاف أجده فيه ، بل الاجماع بقسميه عليه

ولعل ذلك هو المراد ممن حكاه على لزومها ، لا أن المراد عدم جواز فسخها ، فان له ذلك باعتبار كونها عقداً جائزاً ﴿و﴾ كيف كان ﴿للمستعير أن يدخل الى الارض﴾ التى استعارها للغرس والبناء والزرع للتنزه وغيره .

﴿و﴾ ان ﴿يستظل بشجرها﴾ فى نوم ويقظة لان ذلك كله ونحوه من توابع مثل هذه العارية فى العادة ، وقد عرفت سابقاً أن له الانتفاع بامثال ذلك وفى الجواهر فما عن المبسوط وغيره من عدم الجواز فى غير محله ، وان وافقه عليه فى الجملة فى التذكرة والقواعد ، وجامع المقاصد ، والمسالك ، والروضة فلم يجوّزوا دخوله انتهى موضح الحاجة .

ومما ذكرنا يظهر وجه قول المصنف والجواهر مازجا للعبارة حيث قال ﴿ ولو أعار جداره لطرح خشبة و﴾ وضعها و﴿ طالبه ﴾ بعد ذلك ﴿بازالتها﴾ لم يكن له ذلك، لان المراد به التأبيد ثم استحسن الجواز، وقد ذكرنا هناك ما عندنا .

لكن قال هنا : ﴿ كان له ذلك الا ان تكون أطرافها الاخر مثبتة فى بناء المستعير فـ﴾ ليس له الزامه بالازالة ، وان بذل الارش ، لانه ﴿يؤدى الى خرابه و﴾ الى ﴿اجباره على ازالة جذوعه عن ملكه﴾ أى المستعير ، وهو المحكى عن

مبسوط الشيخ والسرائر والدروس ﴿و﴾ لكن ﴿فيه تردد﴾ .

وفى الجواهر من ذلك ، ومن معلومية جواز عقد العارية المقتضى لوجوب تفريغ ملك المعير ، وان توقف على تخريب ملكه ، بل قيل : انه الذى أقدم على ذلك باقدامه على العارية ، فهو فى الحقيقة الذى أدخل الضرر على نفسه انتهى

﴿ولو أذن له فى غرس شجرة﴾ مثلا فغرسها ، وبقيت مدة ﴿ف﴾ اتفق أنها ماتت أو ﴿انقلعت﴾ لهواء خارق ونحوه ، ﴿جاز﴾ عند بعض ﴿أن يغرس غيرها استصحاباً للاذن الاول﴾ وفيه مالا يخفى خصوصا فى الاستصحاب بعدموت الآذن بل هو عجيب الامع الاذن ﴿وقيل : يفتقر الى اذن مستأنف ، وهو أشبه﴾ .

وفى الجواهر باصول المذهب وقواعده المقتضية حرمة التصرف فى مال الغير بغير اذنه ، اذ الاولى قد انتهت بحصول مقتضاها ، وغرس الشجرة الاخرى شىء جديد ، بل ان لم يكن ثم قرينة يشكل اعادة غرسها ، اذ الظاهر أن الاذن فى الغرس كالأمر به تحقق بالمرة انتهى .

﴿و﴾ لا اشكال كما لا خلاف عندنا فى أنه ﴿لا يجوز اعارة العين المستعارة الا باذن المالك﴾ ضرورة اقتضاء عقد العارية الاباحة لخصوص المستعير لا تمليكه اياها .

﴿و﴾ كذا ﴿لا﴾ يجوز له ﴿اجارتها﴾ بل هو أولى منه ، ﴿لان المنافع ليست مملوكة للمستعير ، وان كان له استيفاؤه﴾ بنفسه أو وكيله .

الفصل ﴿الرابع : فى الاحكام المتعلقة بها وفيه مسائل الاولى﴾ لا خلاف ولا اشكال فى أن ﴿العارية أمانة﴾ كما قال الصادق عليه السلام فى صحيح الحلبى «صاحب العارية والوديعة مؤتمن» ونحوه غيره ، وحينئذ فهى كغيرها من الامانات ﴿لا تضمن الا بالتفريط فى الحفظ أو التعدى أو باشتراط الضمان﴾ زيادة على الوديعة للاجماع بقسميه ، والنصوص .

﴿و﴾ كذا تزيد على الوديعة بانها ﴿تضمن اذا كانت ذهباً أو فضة وان

لم يشترط﴾ الضمان ، بلا خلاف لكنه ما المراد من تضمين الذهب والفضة فان العارية المعروفة لهما هو التصرف فى البيع والشراء فان كان المراد ذلك فلا كلام لاحد فى الضمان لكن معنى ضمانهما هو تسليمهما صحيحا نفس العين التى اعارهما وهو غير ممكن حينئذ لذهاب اصل العين المستعارة التى قدمر عدم جواز ذهاب العين وانما يستفاد من المنافع مع بقاء العين كما مر الاشكال فى المنحة ومن المعلوم حينئذ لايصل الى يد المعير عين ما اعطاه الى المستعير بل كان مثلها وهو غير صحيح فى العارية.

و ان كان المراد بالاعارة لهما غير ذلك فلا فائدة مهمة فى ذلك الا فى خصوص التزيين بهما مثل القلادة والقرط والسوار وعليه كاف فى التعبير عن اعارتهما لذلك ولا يتصور غير ذلك كما ورد زكاة الحلى عاريتها و حينئذ فالمراد بالضمان تلفها وهو ايضا لايحتاج الى البيان وان اريد من عاريتهما رهنهما .

ففى صحة ذلك كلام لان الخروج من يد المعير سهل والوصول الى يده فى غاية الصعوبة فى مثل زماننا و ان اريد اقتراضها من مالكهما فلا يكون عارية لهما حينئذ .

و كيف كان فقدمر الكلام فى الضمان وعدمه فى ضمن شرط الضمان وعدمه لمطلق العارية وحينئذ الكلام فى اختصاص ذلك بالدرهم والدينار او الاعم

وفى الجواهر قال انما الكلام فى غيرهما من المصبوغ و غيره الذى هو كذلك أيضاً فى صريح اللمعة والمهذب وجامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان على ماحكى عن بعضها ، وفى ظاهر المتن والنافع وغيرهما ممن عبر كعبارته ، كما عن المقنع والنهاية و المبسوط وفقه الراوندى ، و التحرير والارشاد والمختلف وقواعد الشهيد الى ان قال وحينئذ فلا محيص عما عليه الاصحاب من ضمان مطلق الذهب و الفضة ، بل الظاهر كونهما كذلك سواء كان معهما غيرهما : أولا ، مزجاً أو غيره ، ﴿الا أن يشترط سقوط الضمان﴾ فيسقط حينئذ للاصل ، و الاقتصار فى الخروج عن عموم عدم الضمان على المتيقن الذى لم

يشترط فيه ذلك وعموم «المؤمنون» وخصوص صحيح زرارة المتقدم القاطع للشك في ذلك انتهى .

وكيف كان ففي مثل الدرهم و الدينار فالثمرة المعتدة بها هي جعلهما ثمناً او مثمناً في البيع و الشراء وفي غير المعتدة بها مثل جعلهما رهنا و نحوه والكل غير جائز وفي غيرهما مختص بالحلي وبعيد كون مرادهم ذلك .

المسألة ﴿ الثانية ﴾ لا خلاف ولا اشكال في أن المستعير ﴿ اذا رد العارية الى المالك أو﴾ من يقوم مقامه من ﴿وكيله﴾ أو وليه العام أو الخاص ﴿برء﴾ على حسب غيرها من الامانات ونحوها ، كما أنه لااشكال ﴿و﴾ لاخلاف عندنا في أنه ﴿لوردها الى الحرز﴾ الذي كانت فيه بلا يد للمالك ولا اذن منه ﴿لم يبرأ﴾ بل هو ضامن لها مع التفريط بها .

قال في الخلاف اذا رد العارية الى صاحبها او وكيله برء من الضمان وان ردها ملكه مثل ان تكون دابة فيردها (فردها ـ خ) الى اصطبل الى صاحبها وشدها (يشدها ـ خ) فيه لم يبرء من الضمان وبه قال الشافعي و قال ابو حنيفة يبرء لان العادة هكذا جرت في رد العواري الى الاملاك فيكون بمنزلة المأذون من طريق العادة

[دليلنا] ان كون ذلك رداً اوابراء الذمة به من العارية يحتاج الى دليل ولادليل على ذلك والاصل شغل ذمته بالعارية .

﴿ولواستعار الدابة الى مسافة﴾ معينة مثلا ﴿فجاوزها ضمنها﴾ عيناً ومنفعة للتعدي ﴿و لو أعادها الى﴾ المسافة ﴿الاولى﴾ المأذون فيها ﴿لم يبرأ﴾ من ضمان العين الذي قد حصل بالتعدي ، للاصل .

المسألة ﴿ الثالثة ﴾ لاخلاف أيضا ولا اشكال في أنه ﴿يجوز للمستعير بيع غروسه وأبنيته في الارض المستعارة للمعير و لغيره﴾ و في الجواهر مازجا للعبارة فقال مع الاذن وبدونها بل مع النهي ﴿على الاشبه﴾ بأصول المذهب وقواعده التي لاينافيها احتمال قلع المعير له وهدمه اياه ، فانه لايخرجه عن

المالية المسوغة لبيعه انتهى ولايخفى ما فى قولهما خصوصا قول الشارح بل مع النهى اى نهى المالك عن بيع الابنية للاجنبى وقدعرفت منا ما فى اصل البناء فضلا عن جوازه وبيعه الى الغير على خلاف رضا المالك وتأمل فيما تقدم منا

وفى حدوث المفاسدة الواقعة بعداً والنزاع بين المالك و المستعير و بين المالك والاجنبى لولم يرفع يده عن البناء و كان مانعا عن خرابه ولعمرى لو قيل بعدم امثال هذه العوارى لكان اسلم .

والدليل عدم دخول العرف امثالها فى مفهوم العاريةتدبر فيما تقدم حتى يعلم كونه اشبه باصول المذهب وعدمه .

المسألة ﴿الرابعة اذا حملت الاهوية او السيول حباً﴾ مثلا ﴿الى ملك انسان فنبت كان لصاحب الارض ازالته﴾ بعد فرض امتناع المالك عنها ، من غير مراجعة للحاكم ﴿ولا يضمن﴾ له ﴿الارش﴾ بل ربما استحق عليه الاجرة على ما تسمع ﴿ كما فى﴾ مسألة ﴿أغصان الشجرة البارزة الى ملكه﴾ حيث يجوز له قطعها وازالتها من دون ارش بل امر الحب اسهل للاعراض عنها لصاحبيها فلاتعرض لهم على من نبت فى ملكه .

المسألة ﴿الخامسة لونقصت﴾ العين المستعارة ﴿بـ﴾ سبب ﴿الاستعمال﴾ المأذون فيه ﴿ثم تلفت وقد شرط ضمانها ضمن قيمتها يوم تلفها﴾ كما عن المبسوط والتذكرة والمختلف و الحواشى ﴿لأن النقصان المذكور غير مضمون﴾ حيث انعقد العارية للاستعمال الموجب للنقصان فتلك النقوص معفوعنه فى اصل العقد ولاموجب لضمانه ولو شرط الضمان لايشمل الا التلف الا ان يكون النقوص بحيث كانت هى موجبة للتلف بحيث كان عند العرف استناد التلف الى تلك النقوص الواقعة فى الايام وصادرة من يد المستعير و مع ذلك لامعنى للضمان الاتلف نفس العين من يوم تلفه الذى يوم الانتقال الى القيمة .

وقد عرفت سابقا انه لو تلفت العين لاجل الاستعمال الذى هو سبب لتلفه

كان ضامنا ولو لم يشترط المعير عليه الضمان لو تلف وقد عرفت ان التلف الذى لم يوجب الضمان هو التلف الاتفاقى من الارضية او السماوية وامثال ذلك كالغصب والسرقة لا التلف الواقع بسبب استعمال الغير المتعارفة كحمل الثقيل الموجب لتلف الحمار والفرس ونحوهما فان عليه حينئذ ضمان .

وقدمر خبر وهب فراجع وان زعم القوم عدم الضمان حتى فى مثل هذا الاستعمال الذى هو السبب للتلف تمسكاً بانه داخل فى الاذن بالاستعمال فراجع

المسألة ﴿السادسة اذا قال الراكب﴾ على حمار او فرس او سيارة على مالكه فى مقام النزاع ﴿أعرتنيها﴾ فلا اجرة على ﴿وقال المالك : آجرتكها﴾ فلى مال الاجارة ﴿فالقول قول الراكب﴾ مع يمينه ، عند الشيخ و ابن زهرة و أول الشهيدين والاردبيلى والخراسانى على ماحكى عن بعضهم ﴿لان المالك مدع للاجرة﴾ والراكب ينفيها ، فهو مع أصل البراءة السالم عن معارضة الاقرار بالاستيفاء مثلا ، بعد أن اتفقا على كونه بالاذن التى تقع على وجوه ، فهى أعم من الاستحقاق ، فليس المالك حينئذ الامدعياً صرفا انتهى .

و عبارته فى الخلاف هى هذه : اذا اختلف صاحب الدابة و الراكب فقال الراكب اعرتنيها وقال صاحب الدابة اكريتكها بكذا كان القول قول الراكب مع يمينه وعلى صاحبها البينة وللشافعى فيه قولان احدهما مثل ماقلناه والثانى ان القول قول صاحبها .

[دليلنا] ان الاصل براءة الذمة و صاحب الدابة مدعى الكراء فعليه البينة انتهى .

ولايخفى صحة قول الشيخ فان الراكب يدعى العارية التى لايتعلق بها ضمان المنافع والمالك يدعى الاجارة التى ازم عليه مال الاجارة و الاصل عدم تعلق ذمة الراكب على مايدعيه لان له دعوى الزيادة والاصل عدمها

﴿وقيل﴾ كما عن ابن ادريس واجارة المهذب ، بل لعله المشهور ﴿القول

قول المالك فى عدم العارية﴾ التى ادعاها الراكب ﴿فاذا حلف﴾ حينئذ﴿ سقطت دعوى الراكب وتثبت عليه أجرة المثل لا المسمى وهو﴾ اى القول الثانى عند المصنف كان ﴿الاشبه﴾ وكذا عند صاحب الجواهر حيث قال بأصول المذهب وقواعده التى قد عرفت أن منها أصالة عدم خروج مال المسلم من يده الا بقوله انتهى

ولا يخفى ان الاصل وان كان كذلك لكن الاصل فيما لم يعارضه شىء ولم يجر فيه اصل كعدم اشتغال ذمة الراكب بما يدعيه المالك من اجرة الاجارة فانه يدعى شيئا كان الاصل عدمه فلا يثبت على قوله لا اجرة المسمى وهو واضح ولا اجرة المثل وهو مقتضى الاجارة الفاسدة التى لم تثبت اصلها بمقتضى الاصل

وكيف كان فاصالة عدم خروج المال الا باذنه غير موجه ولا دليل عليه اصلا كما فى كفاية الاحكام فالظاهر انه لا اصل لهذا الاصل اذ ثبوت قوله غير ثابت حتى لا يخرج ماله الا بقوله اى قوله الذى لا معارض له فاذا كان قول المالك على خلاف الاصل فيجرى اصالة عدم ثبوت الاجارة فلا يثبت الاجرة حتى يتكلم فى كونها المسمى او المثل فتوهم اجرة المثل ساقط رأسا فلا اصل فى البين الا اصالة عدم كونها اجارة لان الراكب ينكر الاجارة فالقول قوله مع يمينه لانه على المنكر هو اليمين وفى الحدائق بعد نقل قول الشيخ فى الخلاف و نقل قول الثانى عن المحقق وابن ادريس وجهه بما هو لفظه :

وقيل فى توجيه هذا القول : انه لاشك فى أن المنافع أموال كالاعيان ، فهى بالأصالة لمالك العين ، فادعاء الراكب ملكيتها بغير عوض على خلاف لأصل وأصالة برائة ذمته كما تمسك به القائل الأول انما يتم بالنسبة الى خصوص ما ادعاه المالك من قدر الأجرة ، لا من مطلق الحق بعد العلم باستيفاء المنفعة التى هى من جملة أموال المالك وحقوقه ، والأصل يقتضى عدم خروجها عن ملكه الا بعوض ومن أجل ذلك يكون القول قول المالك فى عدم العارية ، لأن الراكب يدعى العارية والمالك ينكرها ، فيكون القول قوله بيمينه ، ولا يقبل قول المالك فى

ما يدعيه من الاجارة ، لأنه مدع أيضاً يحتاج الى البينة ، و حينئذ فاذا حلف المالك على نفى العارية كما هى وظيفته الشرعية لم تثبت الاجارة، لما عرفت من أن ثبوتها يتوقف على البينة ، ولكن تثبت أجرة المثل ، لأن الراكب قد تصرف فى ملكه بغير تبرع منه ، لأن دعوى التبرع قد سقطت باليمين فالواجب حينئذ أجرة المثل .

الى ان قال ايضاً ماهذا لفظه :

فذهب فى القواعد الى هذا القول ، وهو أنه بعد حلف المالك فالثابت له أقل الأمرين من أجرة المثل ومن المسمى ، الا أنه قد أورد عليه أيضاً أن المالك على تقدير كون المسمى أكثر من أجرة المثل ، فالمالك يدعى الزائد من الاجرة عن أجرة المثل ، والراكب ينفيه ، فلابد من وجه شرعى يقتضى نفيه ، و ليس الا يمين الراكب على نفى الاجارة .

وتوضيحه أن حلف المالك على نفى الاعارة ، لم يدل على نفى الاجارة ولا اثباتها ، فيبقى دعوى الاجارة على حالها ، ولما لم يثبتها المالك بالبينة رجعنا الى الأصل المتقدم من أصالة بقاء ملكه للعين وللمنافع ، فلابد من الحكم على الراكب بعوض فى مقابلتها ، حيث تصرف فيها من غير أن يتبرع بها المالك ، ووجب الحكم له بأقل الأمرين لما تقدم ، لكن يبقى النزاع فى الزائد على تقدير كون المسمى فى الاجارة زائداً على أجرة المثل ، فان المالك يدعيه ، وراكب الدابة ينفيه ، ولا يندفع ذلك الا بيمين الراكب على نفى الاجارة : أو نكوله فيحلف المالك على الاجارة ، ويأخذ الزائد .

ومن هنا انقدح فى المسئلة قول رابع ، فذهب فى المختلف وجماعة منهم الشهيدان ، الأول منهما فى بعض تحقيقاته ، على ما نقل عنه ، و الثانى فى المسالك الى أنهما يتحالفان فان كلا منهما مدع و مدعى عليه ، لما عرفت من التوضيح المتقدم .

أقول : وبهذا ترجع المسئلة هنا الى ما نقلناه عنهم فى كتاب المزارعة ، حيث انهم لم يذكروا ثمة خلافاً فى المسئلة على نحو ماذكروه هنا ، وانما نقلوا فيها قولين ، أحدهما وهو المشهور التحالف ، بأن يحلف صاحب الأرض على نفى العارية ، و يحلف الزارع على نفى الاجارة ، فيتساقط الدعويان ، و يرجع الى أجرة المثل ، أو أقل الأمرين ، و القول الثانى القرعة كما تقدم ذكره ثمة ، وهنا قد اكثروا الخلاف كما عرفت ، والمسئلة واحدة فى الكتابين كماهو ظاهر نصب العين .

و كيف كان فان لقائل ان يقول ايضاً : ان المالك هنا يدعى بالاجارة حقاً معيناً ، ولايدعى شيئاً آخر سواه ، فاذا حلف الراكب على عدم الاجارة ، سقط بيمينه هذا الحق الذى يدعيه المالك ، لأن اليمين من المنكر مسقطة الحق وقد اعترف بأنه لاحق له سواه ، فاذا سقط باليمين ، فبأى شىء يثبت اقل الأمرين واثبات حق المالك من غير الوجه الذى يدعيه ، بناء على ماذكروه من تصرف انتهى

قال فى الكفاية ما هذا لفظه : اذا اختلف مالك دار ، والمتثبت بها مثلا فقال المالك آجرتكها وقال الآخر اعرتنيها و كان ذلك بعد استيفاء المنافع مدة لها اجرة عادة فذهب الشيخ فى الخلاف الى ان القول قول المتصرف بيمينه محتجا بأنهما متفقان على ان استيفاء المنافع وقع فى ملك المتصرف ويده شرعية على القولين والمالك يدعى عليه العوض والاصل براءة ذمته عنه فيتوجه اليمين الى المنكر وذهب ابن ادريس والمحقق الى تقديم قول المالك فى عدم العارية وان لم يقبل قوله فى الاجارة لان المنافع اموال كالاعيان و الاصل ان يكون لغير المالك الابعوض فالمتصرف يدعى بخلاف الاصل فاذا حلف المالك على نفى الاعارة ثبتت اجرة المثل وفيه نظر لمنع الاصل المذكور اذلاحجة عليه عقلا ونصا

واعترض عليه ايضا بعض المتأخرين بانه انما يثبت بعد الحلف انتفاء العارية ولاتثبت اجرة المثل لاعتراف المالك بانتفائها ولا المسمى لعدم ثبوته وذهب

العلامة فى القواعد الى انه يثبت للمالك بعد الحلف اقل الامرين مما يدعيه من المسمى واجرة المثل لان المسمى ان كان اقل كان الزائد عنه منتفيا باعترافه وان كان اكبر كان الزائد منتفيا لعدم ثبوته وهذا القول ايضا مبنى على الاصل المذكور الى ان قال :

والاقوى عندى القول الاول لان المدعى ههنا هو المالك لان النزاع انما هو فى عوض المنفعة والمتصرف منكر له فمع عدم البينة يحلف المتصرف على عدم الاجارة فتسقط مطالبة العوض فى الظاهر خصوصا اذا كان عينا معينة ولا دعوى له سواه ولا فائدة حينئذ فى حلف المالك على عدم الاعارة فلا تحالف وما ذكروه من الاصل المذكور لا حجة عليه فلا وجه لتقديم تحليف المالك على عدم الاعارة حتى يفضى الى التحالف انتهى .

ولقد اجاد فى مقابل القيل والقال الذى ينتهى الكل الى اصل غير ثابت فى الجملة و هو اصالة عدم خروج مال المسلم من يده الا بقوله فانه غير خفى انه لو صح باطلاقه لانسد باب القضاء والدعاوى كلا اذ المدعى يدعى ماله عند المدعى عليه ومقتضى هذا الاصل كون مال الذى ادعى عليه مختصا به من دون اجراء اصالة عدمه للمنكر فان المفروض ان المالك يدعى كون المنافع له والراكب يدعى كون المنافع مجانا للعارية فعلى هذا الاصل لا يجرى عليه ولا على كل منكر اصالة العدم لكون الثبوت عليه على خلاف الاصل .

ونظير المسألة ايضا قال فى الخلاف : اذا اختلف الزارع وصاحب الارض فقال الزارع اعرتنيها وقال صاحبها اكريتكها كان القول قول الزارع مع يمينه وللشافعى فيه قولان مثل المسئلة الاولى سواء انتهى .

وكيف كان فالمسالة مشكلة بنظر القوم ولكن اظن ان القول الاول اظهر بل اقوى لقاعدة المدعى والمنكر .

وان ابيت فاللازم القول بالتحالف لان كليهما مدعيان الراكب يدعى العارية

والمالك يدعى الاجارة فيتحالفان ويتساقطان فيبقى فى البين ما تصرف الراكب من منافع العين فيرجع الى اجرة المثل او اقل الامرين منهما ان كان و نظيره كثير والضابط فى التحالف كون كل واحد منهما مدعيا ومنكرا فيحلفان ويتساقطان راجع فى مسألة اختلاف البايع و المشترى فى قدر الثمن حيث يدعى المشترى الاقل والبايع الاكثر راجع ج ٢٣ ص ٢٠٨ الى ٢١٢ و كتاب القضاء .

هذا كله اذا كان الانتفاع بعد العقد ﴿و﴾ اما ﴿لو كان الاختلاف عقيب العقد من غير انتفاع﴾ فلاخلاف فى أنه ﴿كان القول قول الراكب﴾ فى عدم الاجارة ﴿لأن المالك يدعى عقداً وهذا ينكره﴾ والفرض عدم دعوى من المالك فى استيفاء منفعة ، فان كان للمدعى بينة والاحلف المنكر و تمت الدعوى على العارية .

المسألة ﴿السابعة اذا استعار لينتفع به فى شيء فانتفع به فى غيره﴾ مما لاتدل عليه اذن المعير ﴿ضمن﴾ العين لتعديه المقتضى لذلك ، ﴿ فان كان له أجرة لزمته اجرة مثله﴾ قال فى الخلاف اذا اعاره ارضاً ليبنى فيها او ليغرس فيها فلايجوزله ان يخالف فيغرس فى ارض البناء ولا ان يبنى فى الغراس وللشافعى فيه قولان (وجهان-خ) احدهما مثل ماقلناه والثانى له ذلك لان ضررهما متقارب [دليلنا] ان ما قلناه متفق على جوازه و تجويز خلافه يحتاج الى دلالة (دليل-خ) انتهى غير خفى ان المخالفة لو كانت بنحو تضرر على المالك كما اذا استعار للزرع فبناء اوغرس فيها فلايجوز بل للمالك هو الخراب او القلع واما لوعكس كما اذا استعار للغرس او البناء فزرع فلايكون عليه شيء ومنه يعلم ما فى الجواهر حيث قال .

أما العارية فهى ليست الا اباحة لا فرق فيها بالنسبة الى ذلك ، فمع فرض الاقتصار فيها على شيء مخصوص بحيث لاينقل منه الى غيره لم يجز له التعدى و لو الى الاقل من الجنس ، فضلا عن غيره ، و لعله لذا أطلق المصنف هنا فتأمل

جيدا انتهى و كيف كان فلاوجه للاطلاق نعم لوتجاوز عن مقدارالاذن لزم عليه اجرة مازاد ان زادت .

المسألة ﴿الثامنة : اذاجحدالعارية﴾ بعد طلب المالك لها ﴿بطل استيمانه ولزمه الضمان مع ثبوت الاعارة﴾ بل وبدون طلبه كما عرفت .

المسألة ﴿ التاسعة : اذا ادعى التلف فالقول قوله مع يمينه ﴾ لأن ذلك مقتضى ايتمانه كما عرفته مفصلا فى الوديعة ، و كذا فى عدم التفريط و التعدى ﴿و﴾ أما ﴿ لو ادعى الرد فالقول قول المالك مع يمينه ﴾ لقاعدة [البينة على المدعى واليمين على من أنكر] .

المسألة ﴿ العاشرة : لو فرط فى العارية ﴾ أو تعدى ﴿ و تلفت كان عليه قيمتها عند التلف اذا لم يكن لها مثل ﴾ و الا كان عليه مثلها ، ﴿ و قيل أعلى القيم ﴾ السوقية ﴿ من حين التفريط الى وقت التلف ﴾ أخذاً له بأشق الأحوال كالغاصب الذى فيه مع ذلك أقوال اخرأيضاً. راجع ج٢٢ ص١٧٧ وج٢٦ ص٩٥.

﴿و﴾ لكن لاريب فى أن ﴿الاول أشبه﴾ بأصول المذهب وقواعده ، لأنه وقت اشتغال الذمة بالعوض الذى هو بدل العين ، و رده قائم مقام ردها نعم لو كان التفاوت فى القيمة لنقص فى العين اتجه الضمان حينئذ كما هو واضح .

﴿ولواختلفا فى القيمة كان القول قول المستعير﴾ مع يمينه فى نفى الزايد الموافق لأصالة البراءة ، ﴿وقيل القول قول المالك﴾ أخذاً له ايضاً بأشق الاحوال وتحصيلا للبراءة اليقينية ، ﴿و﴾ لكن ﴿الاول أشبه﴾ بأصول المذهب وقواعده فانه لا دليل على أخذه بأشق الاحوال على وجه يشمل المقام ، و الشغل بغير ما اعترف به المستعير لم يثبت كما هو واضح . والله العالم .

المسألة ﴿الحادية عشر: اذاقال : أعرتك حمارى﴾ مثلا ﴿لتعيرنى فرسك﴾ ففى القواعد والتذكرة و الايضاح و جامع المقاصد كما عن بعضها أن ﴿الأقرب الجواز﴾ .

وفى الجواهر بعد تقريب المتن بقوله لكونه شرطاً يقبله عقدها ، لاعوضاً فلاينافى التبرع المعتبر فيها ، انما المنافى له أعرتك هذا بهذا قال فى مقام الرد ما هذا لفظه :

وفيه منع ، اذ ليس فى الادلة ما يقتضى اختصاص المنافاة بمثل العوض لا الشرط بل المفهوم منها أنها نوع من البر والمعاونة والاحسان و نحو ذلك مما ينافيه ذكر العوض ولوعلى طريق الشرط ، نحو أعرتك كتابى لتهبنى عشرة دراهم مثلا ، بل لا فرق فيه بين اشتراط استحقاقه بعقد آخر كهبة وعارية ونحوهما ، وبين استحقاقه فى عقدها ، ضرورة منافاته للتبرع المزبور ، كما هو واضح .

وعلى كل حال فعلى الصحة لايجب على المستعير عارية ما اشترطه المعير ، لانه شرط فى عقد جايز ، كما لايجب على أحدهما أجرة .

نعم فى الكتب الاربعة أنه لو لم يعر الثانى فالاقرب أن له الاجرة .

وفى الثانى منها تعليله بأن الاذن فى الانتفاع لم يقع مطلقاً ، بل مع سلامة النفع فاذا لم يسلم كان له المطالبة بالعوض .

وفى الثالث منها بأن كل شرط صح فى عقد يثبت الفسخ بفواته ، فاذافسخت العارية انتفى مبيح العين بغير عوض ، فوجبت الاجرة .

وفيه أن ذلك ان تم فانما يؤثر فيما سيأتى ، أما ما سبق من الانتفاع قبل الفسخ فلا .

وقد أطال فى الرابع منها فى ذلك حتى جعل التحقيق فى ذلك ما حاصله أن عقد العارية فى غاية الضعف ، و لذا يعول فيه على قرائن الاحوال كظروف الهدايا ، وثمرته فى غاية الضعف ، وهى الاباحة فتنتفى ثمرته بأدنى سبب ، و هو انتفاء الشرط ، لا أن انتفاءه يسلط على الفسخ ، كما فى العقد اللازم القوى الذى ثمرته التمليك مثلا و اللزوم ، فان انتفاء الشرط فيه يسلط على فسخ اللزوم ، بخلاف عقد العارية المطلوب فيه مجرد الاباحة ، فليس الشرط فيه الا شرطاً

للاباحة ، فاذا انتفى انتفت .

و هو كما ترى مرجعه الى تعليق الاذن فى المنفعة الخاصة على الشرط المزبور فحيث يحصل تحصل ، وان انتفى انتفت ، فهو تعليق محض لايجامع صحة العقد ، و خصوصاً اذا كان المعلق عليه العارية فى الزمان المتأخر مثلا ، فان استيفاء المنفعة الآن قبل مجيء المعلق عليه باذن التى هى مقتضى صحة العقد ، فلاتعقبه أجرة ، والا لم يصح الانتفاع ، ودعوى البقاء مراعى كما ترى انتهى .

وفيه اولا الفرق الواضح بين الشرط واخذ شيء عوضاً و انه فى الشرط لا مانع منه بخلاف اخذ شيء عوضا ولوكان مفاد كليهما واحد وقد وقع فى الاخبار ما هواشد اشكالا كالقرض بشرط شراء شيء منه باضعاف قيمته بان يقرض وشرط عليه شراء شيء قليل القيمة كقلم او كتاب بعشرين درهماً او ديناراً مثلا و قد صرح فى الاخبار بعدم البأس حتى قال السائل انّه حيلة للزيادة و قال الامام فى جوابه ونعم الشيء الفرار من الحرام الى الحلال راجع ج ٢٣ .

و من المعلوم ان الشرط بشيء قد ورد الامر به كقولهم المؤمنون عند شروطهم ويجب الوفاء به لامحالة ولوكان مفاده مفاد العوض فلامانع من الشرط بخلاف العوض فالعارية بشرط عارية عليا وفضلى قيمة كعارية الحمار بشرط عارية الفرس لا مانع منه بخلاف قوله أعرتك هذا بهذا المال

وثانيا مفاد الشرط هوالعمل بما اشترط عليه فيجعله لازما فى العقد الجائز واللازم فان وقع فى العقد الجائز جعل المشروط لازما وفى اللازم جعله جائزا كما انه لووقع الشرط فى البيع اللازم بجعله جائزاً متزلزلا يجوز له الفسخ كما لو اشتراه بشرط الفسخ و فى الجائز يجعله لازما كما فى العارية بشرط الضمان فيجب عليه الضمان لو تلف مع انه بدون الشرط لا يكون ضامنا فشرط الضمان ألزمه به مع كون العقد جائزا فلوكان معنى الشرط فى العقد الجائز هو جائز غير لازم الوفاء للزم مع شرط الضمان ايضا غير لازم الوفاء وايضا يكون وجوده

كعدمه فيكون الشرط غير صحيح مع انه كما ترى ولم يقيدوا صحة الشرط ووجوب الوفاء بامر لازم بل الشرط فى الامور الجائزة لكثير كما مر فى المضاربة والمزارعة والمساقات فصح اشتراط النفقة لنفسه وعياله يوما فيوما فى المضاربة فراجع ص ١٣١.

وكيف كان فلو كان الشرط فى العقد الجائز جائزا لزم من وجوده عدمه وهو باطل ومنه ظهر فساد قوله بل لافرق فيه بين الخ وجه الفساد كثرة ماورد فى الصحة بمضامين متعددة كلها دليل على عدم البأس كان يقرضه مأة دينار بشرط ان يشترى منه شيئا قليل القيمة بعشرين دينارا مثلا فيقرضه مأة دينار وكان على ذمته مأة وعشرين دينارا فراجع ج ٢٣ حتى تجد الروايات المختلفة المضامين الدالة على اخذ الزيادة بمجرد اختلاف اللفظ و على هذا قد ورد ما مضمونه بالكلام يحلل ويحرم فلامانع من الاعارة بشرط شيء له من دون ان يجعله عوضا للعارية .

بل على ذلك يمكن ان يشترط المعير لنفسه شيئا من المستعير سواء كان اعارة من المستعير ايضا اوشراء شيء قليل القيمة باضعاف قيمته فيما اذا كانت مدة العارية كثيرة كالارض للغرس والبناء تدبر فى ذلك بعد المراجعة بما ذكرت كيف فلولم يصح امثال ذلك لهلك الناس لوقوعهم فى عقاب الربا فسهلوا عليهم الامر بهذه الحيل حتى لايدخلوا فى المعاصى العظيمة .

واما قوله نعم فى الكتب الاربعة وهوالذى اشار اليها بعد المتن حيث قال ففى القواعد والتذكرة و الايضاح وجامع المقاصد و صريح ما نقل عن الاربعة وجوب الاجرة فى المخالفة و تعليل الثانى اى التذكرة بان الاذن فى الانتفاع مع الشرط وبدون العمل بالشرط كان له المطالبة بالعوض وفى الثالث اى الايضاح ايضا وجوب الاجرة بعد الفسخ لولم يعمل بالشرط وفى الرابع ايضا بانتفاء الشرط انتفت ثمرة العقد و الكل يؤيد العمل بالشرط و بانتفائه وجبت الاجرة فما فى هذه الكتب كلها او اكثرها مؤيدة لنا فالعمدة قوله مرجعه الى تعليق الاذن الى

قوله لايجامع صحة العقد .

وفيه ان المضر التعليق الموجب لعدم حصول الانشاء سواء كان فى اللازم او الجائز كما يقال ملكتك على ان لاتبيع بفلان مثلا فان التمليك هو ايجاد الملكية وهو لايقع مع الشرط كما يقال بعتك ان جاء زيد او ان اكرمك او انكحتك ان اجاز ابوك فان امر المجيئى اوالاجازة ليس بيدالموجب وخارج عن اختياره فلايتحقق المنشأ فى الخارج بخلاف قوله بعتك بهذا الشرط فانه يوجد فى الخارج شيئاً مشروطا ففرق الواضح بين مثله وبين مثل قولك ان قبل ابوك مثلا

فان قلت لافرق بينه وبين مامثلت به فانه كما لايكون مجيئى زيد باختيار الموجب فكذلك قبول القابل الشرط .

قلت وعلى هذا لايكون اصل القبول باختيار الموجب ايضا ولازمه بطلان كل عقد ولو منجزاً لوضوح امكان حصول الندامة بعدالايجاب اوحصول الموت قبل القبول بل احتمال حصول حادثة للقبول كاف فى حصول الترديد للموجب مع ان الكل كماترى بل فى مقام الشك يمكن اجراء العقد بصورة الجزم دون التعليق على شيئى فصح الوقوع ان طابق مع الشرط قال شيخنا المرتضى قده فى مكاسبه مالفظه.

ثم ان القادح هو تعليق الانشاء واما اذا انشأ من غير تعليق صح العقد وان كان المنشىء مترددا فى مرتب الاثر عليه شرعاً اوعرفا كمن ينشىء البيع وهو لايعلم ان المال له اوان المبيع مما يتمول اوان المشترى راض حين الايجاب ام لا اوغير ذلك ممايتوقف صحة العقد عليه عرفا اوشرعا بل الظاهر انه لايقدح اعتقاد عدم ترتب الاثر عليه اذا تحقق القصد الى التمليك العرفى وقد صرح بما ذكرنا بعض المحققين حيث قال لايخل زعم الفساد المعاملة مالم يكن سببا لارتفاع القصد

نعم ربما يشكل الامر فى فقد الشروط المقومة كعدم الزوجية اوالشك فيها فى انشاء الطلاق فانه لايتحقق القصد اليه منجزا من دون العلم بالزوجية وكذا

الرقبة فى العتق وحينئذ فاذا مست الحاجة الى شيئى من ذلك للاحتياط وقلنا بعدم جواز تعليق الانشاء على ماهو شرط فيه فلابد من ابرازه بصورة التنجيز وان كان فى الواقع معلقا او يوكل غيره الجاهل بالحال بايقاعه ولايقدح فيه تعليق الوكالة واقعا على كون الموكل مالكا للفعل لان فساد الوكالة بالتعليق لايوجب ارتفاع الاذن انتهى .

وكيف كان ففرق واضح بين الشرط وبين التعليق على اداة الشرط .

ويؤيده ان الشرط عند القوم بمنزلة جزء من الثمن فكانه جزء الايجاب كمافى المقام اذلولا اعارة الفرس لايعيره الحمار فاذا قال أعرتك حمارى لتعيرنى فرسك ينشأ بهذا النحو مع قبول الطرف بهذا القيد ايضا فلا انشاء معلقا مع ان التعليق كما عرفت ليس بنحو الاطلاق مضرا بل فيما اوجب عدم تحقق المنشأ فى الخارج .

ففى المقام اذا قال المعير أعرتك حمارى بشرط عاريتك فرسك انشاء العاريتين واذا قال قبلت يقبل عارية مع عاريته من دون تعليق فى البين اصلا واقصاه كون الشرط بمفاد التعليق احيانا لكنه غير مضر لانحصار الحلية والحرمة بالكلام وبنحو يحرم وبنحو يحلل فيغير احدهما بتغيير اللفظ كما عرفت فالاشكال من حيث التعليق فى غير محله لعدم كونه مضرا بنحو الاطلاق .

ومن جميع ماذكرنا ظهر ايضا فساد قوله قده فعلى الصحة لايجب الخ فان الشرط صحيح وكان قد التزم العمل به ولو فى عقد جائز لكونه واجب الوفاء فالشرط الباطل هو شرط المخالف للكتاب والسنة او ما ينافى مقتضى العقد واذا صح لزم الوفاء به وليس مفاد الشروط مجرد اختيار الفسخ عند عدم الوفاء بالشرط من دون وجوب فى البين كى يكون نتيجته جعل العقد متزلزلا له الفسخ بل هو وجوب العمل راجع ج ٣٤ ص ٢٣٨ .

وبمثل عبارة الكتاب صرح فى القواعد فقال [لو قال اعرتك حمارى لتعيرنى

فرسك فالاقرب الجواز] وفى مفتاح الكرامة بعده قال كما فى التذكرة والايضاح وجامع المقاصد قال فى الاخير لوجود المقتضى وانتفاء المانع لأن المذكور شرط لاعوض ولاريب ان العارية عقد يقبل الشرط الذى لاينافى مقتضاه وليس الشرط عوضا انما العوض ماجعل مقابلا كهذا بهذا (قلت) هذا تفصيل ما اجمله فى التذكرة ونحوه ما فى الايضاح من انه شرط و ليس بعوض لان المقتضى للعوضين عقد واحد وهنا ليس كذلك انتهى فتأمل فيه .

ولعله اراد بالعقد الواحد ما اذا قال له اعرتك بدرهم وبالعقدين ما اذا قال له اعرتك لتعيرنى و قد تقدم لنا ان هذا شرط ينافى مقتضى العقد ثم انهم قد قالوا فى باب شروط البيع ان الشرط داخل فى احد العوضين وقالوا فى مواضع انه جزء من الثمن ورتبوا على ذلك ما رتبوا .

لكن قد يقال ان هذا ليس من ذاك ونظرهم فى المقام الى ماقالوه فى باب القرض بشرط البيع محاباة من انه لوقال له اقرضتك هذه المائة درهم بشرط ان تزيدنى خمسين درهماً كان حراما و ربا لان الزيادة جاء بها العقد بنفسه وانه لوقال له اقرضتك هذه المائة بشرط ان تبيعنى دارك التى تساوى مائة بخمسين فلا ربا لأن هذه الزيادة جائت بواسطة عقد آخر وما نحن فيه من هذا القبيل فانه اذا قال له اعرتك بدرهم فالعوض جاء به العقد الواحد واذا قال له اعرتك بشرط ان تعيرنى فقد جاء العوض بواسطة عقد آخر فليلحظ ذلك فى باب القرض .

و من جميع ذلك ظهر صحة ماقلناه كما انه قد ظهر مما قلناه عدم صحة قوله مع قول الشارح مزجا للعبارة «لكن لايجب» اى لايجب على المستعير عارية مااشترطه المعير كما فى التذكرة وجامع المقاصد للاصل وانتفاء المقتضى انتهى و ذلك لعدم المعنى للاصل و المقتضى للوجوب عمومات الشرط وجواز العقد لاربط بلزوم الشرط والايلزم ماعرفت من عدم ثمرة للشرط .

الحمدلله اولاوآخراً وله الشكروله المنة علىهذه النعمة العظيمة .

وقد وقع الفراغ من تسويد هذه الاوراق بيدالحقيرالذليل العاصى

محمد رضا بن الحسين المشتهر بالمحقق

عفى الله عنه وعن والديه فى شهر الرجب المرجب

فى سنة ١٤١٠ ويليه انشاءالله

المجلد الواحد والثلاثون

فى كتاب الاجارة

بتوفيق الملك العلام ومن الله الاستعانة .

فهرس الكتاب

العنوان	الصفحة
كتاب المضاربة	٣
فى جواز عقد المضاربة ولزومه	٥
فى صحة المضاربة لو كان الغرض بقاء اصل المال.	٢٥
فيما يتعلق بالاذن مطلقا ومقيداً	٢٩
فيما ينفق فى السفر للمضاربة	٣١
فيما لو فسخ المالك المضاربة	٣٥
فيما لو خالف مايكون اللفظ ظاهراً فيه	٣٧
فى تخصيص القاعدة الدالة على الحرمة باخبار الدالة على الصحة	٤٧
فى بطلان المضاربة بالموت	٥٥
فى اشتراط كون مال القراض عيناً لادينا	٥٧
فى اشتراط كون مال القراض من الدراهم او الدينار	٥٩
فى عدم صحة مال القراض بالورق المغشوش	٦٥
فيما لو دفع الى العامل آلة الصيد	٦٧
فيما لو قال المالك للغاصب ما . . .	٧٣
فيما لو قال بع هذه السلعة وثمنها قراض	٧٧
فيما لو مات المالك فى اثناء المضاربة	٧٩

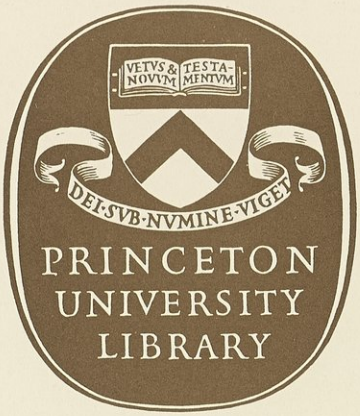
العنوان	الصفحة
فيما يتعلق بالربح وان له شرطه	٨٥
فى بعض الفروع من حيث العبارة	٨٩
فى تقدم قول المالك مع يمينه	٩٥
فى ان العامل يملك حصته بظهور الربح	٩٧
فى ان العامل يقبل قوله فى التلف والرد	١٠٩
فيما اذا اشترى العامل اباه	١١٣
فى عدم جواز مضاربة غيره الاباذن المالك	١١٥
فى بطلان المضاربة بتلف مال التجارة قبل دورانه	١٢١
فى ان التلف والنقص مختص بانحفاظ السوق اويعم مطلق التلف	١٢٣
فيما يتعلق بنفقة العامل	١٣١
فيما قارض اثنان واحداً	١٣٣
فيما اذا نض الربح فطلب القسمة	١٣٧
فى عدم صحة اشتراء المالك من العامل	١٣٩
فيما اذا شرط المالك البضاعة	١٤١
ان الخسران الواقعة على رأس المال مطلقا يجبر اولا	١٤٣
هل يجوز للمضارب ان يشترى جارية يطأها ام لا يجوز	١٤٧
فيما اذا مات وفى يده حال المضاربة	١٥١
كتاب المزارعة والمساقاة	١٥٣
فى تعريف المزارعة	١٥٣
فى ان ظاهر الروايات حصول الملك للزارع	١٥٥
فى لزوم المزارعة وعدم بطلانها بالموت	١٥٧
فى استيجار الارض بحنطة منها	١٦٣

العنوان	الصفحة
فيما اذا اجار واجاره باكثر مما اجار	١٧١
فيما لومضت مدة الاجارة وهل للمالك ازالته اولا	١٧٩
فيما لوترك العامل المزارعة حتى انقضت المدة فعليه اجرة المثل	١٨١
فيما لو امكن الانتفاع ثم تجدد انقطاع الماء	١٨٩
فيما اذا اطلق الزراعة	١٩٧
فى الاجارة لغرس الاشجار	٢٠٣
في النزاع بين المدة والحصة	٢١١
فى ان التحالف مالايتفقان على شيء	٢١٩
فيما لودعى المالك كون الارض غصباً	٢٢٥
فى ان خراج الارض على المالك	٢٢٩
فى ان استقرار ما يخرص مشروط بالسلامة	٢٣٧
كتاب المساقاة	٢٤٧
فى فروع المساقاة	٢٤٧
فى صحة المساقاة فى كل ما يقصد ورقه	٢٥١
فى الفروع المتعلقة بالمساقاة	٢٥٥
فى فروعات المساقاة	٢٦٣
فيما ساقاه بشرط سقى بستان آخر	٢٧٥
فيما لو كان الاصول الاثنين	٢٧٧
فى هرب العامل بعد العمل وقبل اتمامه	٢٧٩
فى دعوى المالك ان العامل خان اوسرق او اتلف	٢٨٩
فيما ساقاه ارض الغير مع جهل العامل	٢٩١
فى جواز اخذ المساقى غيره ايضاً مع اذن المالك	٢٩٧

العنوان	الصفحة
فى ان الثمرة تملك بالظهور لا ببدو الصلاح فيتعلق الزكوة به	٣٠١
فيماجرى بين ابن ادريس وابن زهرة	٣٠٣
فيما غرس فى ارض المالك بعنوان المساقاة	٣١٣
فى وجوب رد الوديعة وان كان كافراً	٣١٥
فى الفاظ عقد الوديعة	٣١٧
فى ان الوديعة اذا قبلت تجب حفظها	٣١٩
فى جواز التمسك بالعموم فى الشبهات المصداقية وعدمه	٣٢١
فى جواز اليمين كذباً فى مقام الضرورة	٣٢٩
فيما لو مات احد من المودع او المالك	٣٣١
فى لزوم حفظ الوديعة	٣٣٣
فى عدم الضمان بمجرد النقل الى مكان آخر	٣٣٥
فيما اذا ظهر للمودع امارات الموت	٣٤١
هل يجب رد مال الكافر او لا	٣٤٣
فى عدم جواز رد الوديعة على الغاصب والسارق	٣٤٥
فى موجبات الضمان	٣٤٧
فيما لو اعاد ما اخذه فهل يضمن اولا	٣٥٥
فيما اذا انكر الوديعة او ادعى التلف او للرد وغيرها	٣٦٧
فيما اقام البينة بعد الانكار	٣٧١
فيما اخر الارسال الى الحرز	٣٧٣
فيما اعترف بالوديعة فمات	٣٧٥
فيمن بيده وديعة فادعاها اثنان	٣٧٩
كتاب العارية	٣٨٧

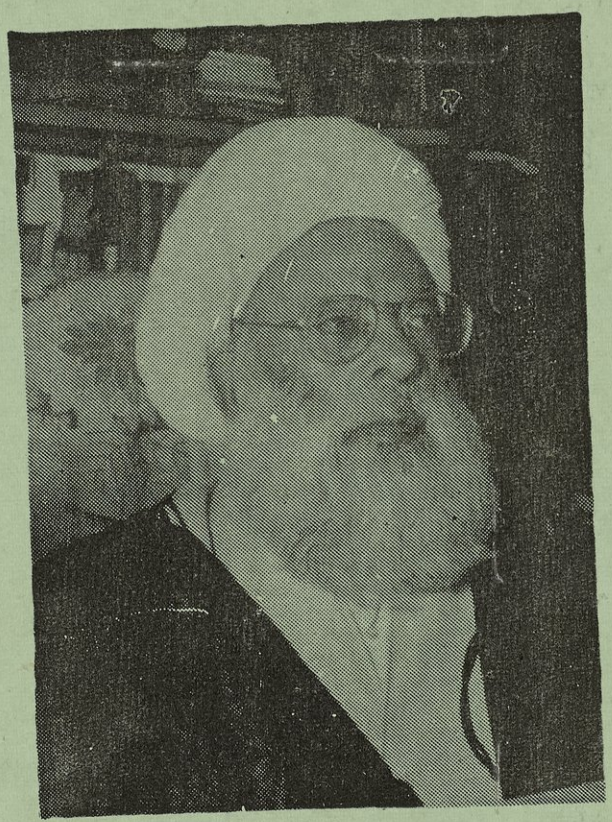
العنوان	الصفحة
تعريف العارية	٣٨٧
فى عدم صحة استعارة الصبى والمجنون	٣٨٩
فى شرط الضمان فى العارية	٣٩١
فى عدم جواز عارية المحرم عن المحل	٣٩٩
فى اعارة المحل من المحرم	٤٠٥
فى العين المستعارة	٤١١
فى جواز استعارة الشاة للحلب وعدمه	٤١٣
فى جواز استعارة الارض للزرع وجواز الرجوع به	٤١٥
فى الاحكام المتعلقة بالاعارة	٤٢٥
فى باقى الاحكام العارية	٤٣١
الفهرس	٤٤٠

0563



WERT
BOOKBINDING
Grantville, Pa.
July - Sept. 1995
We're Quality Bound

Princeton University Library
32101 047105828



تمثال مبارک حضرت آیة الله العظمی جناب آقای حاج شیخ محمد رضا محقق تهرانی
مؤلف کتاب حقائق الفقه