

حائق الفقه

في شرح شرائع الإسلام

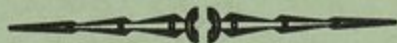
المجلد الثلاثون

من كتاب المضاربة

تصنيف

بجته الإسلام والمسلمين آية الله العظمى الحاج الشيخ
محمد رضا المشتهر بالمحقق الطهراني دام ظلته

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.

--	--

muh 29919 - Ichrani
...
حائق الفقه

في شرح شرائع الإسلام

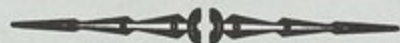
المجلد الثلاثون

من كتاب المضاربة

تصنيف

حجة الإسلام والمسلمين آية الله العظمى الحاج الشيخ
محمد رضا البهشتي بالمحقق الطهراني دام ظلته

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 الطهراني دام ظله

الناشر : المؤلف

المطبعة : المطبعة العلمية - قم

عدد الطبع : الطبعة الاولى

عدد المطبوع : 500

سنة الطبع : صفر المظفر 1410 هـ - ق

السعر : مجان



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

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

كتاب المضاربة

اما بعد فهذا ﴿ كتاب المضاربة ﴾ ويقال له بالقرض ايضا من القرض حيث
ان رب المال يقرض المال بالعامل وفي الجواهر ما لفظه من الضرب في الارض
لضرب العامل فيها للتجارة ، وابتغاء الربح بطلب صاحب المال ، فكان الضرب
مسبب عنهما ، طرد ألباب المفاعلة في طرفي الفاعل ، اذ من ضرب كل منهما في
الربح بسهم ، أو لما فيه من ضرب المال وتقليبه ، كذا قيل ولعل الاولى من ذلك
في تحقق المفاعلة ضرب كل منهما فيما هو للاخر من المال والعمل ، ويقال :
للعامل مضارب ، بكسر الراء ، لانه الذي يضرب في الارض .

ولم نعر على اشتقاق أهل اللغة اسما لرب المال من المضاربة التي هي لغة

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

و كيف كان فقد علم مما ذكرنا أن المضاربة دفع الانسان الى غيره ما لا يعمل فيه بحصة من ربحه ، ولكن يتبعها أحكام عقود كالأوكالة 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 محلاً للنظر ، مضافاً الى ما فى ذكر الغصب وأجرة المثل ، والشركة فى الربح فى العقود انتهى وهو محله .

وفى مفتاح الكرامة بعد قوله [المقصد الخامس فى القراض] قال ما هو لفظه هو والمضاربة لفظان مترادفان على معنى واحد كما فى المبسوط وفقه القرآن والغنية والسرائر وشرح الفخر والمهذب البارع وهو معنى ما فى الوسيلة وغيرها من ان القراض هو المضاربة وقد صرح فى اكثر هذه ان القراض لغة أهل الحجاز والمضاربة لغة أهل العراق وقد تعرض جماعة للموجه 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 طالباً والعامل مضارباً صار المضرب كأنه صادر عنهما انتهى .

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

فان العقد هو الايجاب والقبول وهما لفظان دالان على المقد فان العقد هو المعنى المدلول من اللفظ والظاهر كفاية المعاطاة لان الاصل هو المعنى الذى يقصد انه الجانبان باى لسان كان ويدل عليه ان السيرة جرت على عدم الرجوع الى اهل العلم لاجراء الصيغة مع ان بلاد العجم غير عازمين بلسان العرب فلامناس من الصحة بكل لسان حتى بالفعل .

﴿و﴾ كيف كان فـ ﴿هو جازم من الطرفين ، لكل واحد منهما فسخه ، سواء نض المال﴾ بأن صار دراهم أو دنائير ﴿أو كان به عروض﴾ وفى الجواهر بلا خلاف فيه ، بل الاجماع بقسميه عليه ، وهو المحجة فى الخروج عن قاعدة اللزوم . انتهى

و فى مفتاح الكرامة قال وهذه المعاملة جائزة باجماع الامة والكتاب كما فى المبسوط و السرائر و باجماع الامة و لا خلاف فيه بين الامة كما فى المهذب البارع ونحوه ما فى الغنية من نفي الخلاف وظاهره بين المسلمين وفى (مجمع البرهان) ان الظاهر انه لا خلاف فيهما بين المسلمين وفى (الروضة) فى رد كلام المفيد والشيخ فى النهاية و ابنى الصلاح ان اجماع المسلمين يدفعه .

(قلت) وهذه الاجماع ايضا تدفعه وفى (فقه القرآن والتذكرة والمهذب البارع ايضا و التنقيح و الكفاية) و غيرها انها جائزة بالنص و الاجماع و فى (المسالك و الكفاية) أنه لا خلاف فى انها عقد جائز من الطرفين و بذلك قد طفت عباراتهم لكن فى جامع الشرائع انها عقد لازم من الطرفين فلعل فى النسخة غلطا و الا لما اغفلوه .

وقال ايضا فى الفصل الثالث ما هو قريب من هذه العبارة وهو ما لفظه بعد قول المانن : القراض عقد جائز من الطرفين لكل منهما فسخه اجماعاً كما فى مجمع البرهان و بلا خلاف كما فيه ايضا و فى الكفاية و الرياض وفى (الغنية) الاجماع على جوازه و ان لكل منهما فسخه متى شاء و بذلك صرح فى السرائر

والتذكرة مراراً و بجمع ما فى الكتاب صرح فى المبسوط و الشرائع و النافع و التحرير و الارشاد و شروحه و الروضة و صرح بانها جائزه من الطرفين فى الوسيلة و غيرها و هو المستفاد من مطاوى كلمات كتب القدماء و به افصحت عباراتهم عند قولهم لا يلزم اشتراط الاجل و هو قضية كلام كل من قال انها تبطل بالموت و مع ذلك قال فى جامع الشرائع انها عقد لازم من الطرفين و لم يحضرنى نسخة اخرى اذ لعله غلط من قلم الناسخ لانه قد صرح بانها تنفسخ بالموت (الا أن تقول) انه يقول انها كالأجارة 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 و لولا الاجماع لكان للاشكال فيه مجال لاصالة اللزوم العام لكل عقد الا ما خرج و لادليل على الخروج الا الاجماع و هو كما ترى .

اما اولاً فلما عرفت منا مكرراً من عدم تحققه لان الاجماع اتفاق الكل لا صاحبون للكتب فقط و هو غير حاصل و ثانياً عبارة المحكى عن جامع الشرائع قاذحة له و احتمال الغلط مندفع بالاصل و اما عبارة التى نقلتها و هو غير معتمد من حيث ان الكتاب كان فى زمن مفتاح الكرامة مخطوطاً و طبع بعداً تقريباً بمائة و خمسين سنة و من الممكن ان عبارة مفتاح الكرامة بمنظرهم و ايديهم فزعموا ان الاصح ما توهم مفتاح الكرامة فصحيحهم بنحو ما نقلته عن الكتاب المطبوع و على 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 و لكن احتمال الاشتباه من الجميع ليس اول قارورة كسرت فى الاسلام و كيف يمكن الاعتماد بهذه الاقوال مع منافاتها لقوله عز من قائل ادفوا بالعقود بعد بداهة ان المضاربة عقد عرفاً و شرعاً و معنى الوفاء به عدم نقضه

الامع الشرط بالفسخ ونحوه وهو معنى اصالة اللزوم والفسخ بدون رضى احدهما مناف للزوم وموجب للضرر على احدهما قطعاً وايضا ان مثل هذا العقد داخل فى المشاركة مع احدهما وثبتت امورهما على ذلك والمؤمنون عند شرطهم 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 اذ وهبتك ففى كليهما كان الظاهر هو العقد الذى جعل للتمليك وهو الموضوع وقد تعلق عليهما امر بالوفاء وهو الوجوب فيجب على المملك الوفاء بهما لكنه قد احكم عليه بعدم وجوب الوفاء فى الهبة فيفهم من الخارج خروج الهبة عن الوفاء فهو جائز بالدليل الخارجى .

والحاصل كل عقد يجب الوفاء به الا ما خرج الوجوب بالدليل القطعى والاجماع ما عرفت 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 ونذكرها هنا تسهيلا على الطالب فمنها قوله تعالى: «ادفوا بالعقود» دل على وجوب الوفاء بكل عقد والمراد بالعقد مطلق العهد كما مر به فى صحيحة ابن سنان الخ فالظاهر منه ان كل عقد مقتضاه هو العموم الا ما اخرجه الدليل فلا دليل غير الاجماع فمن لم يكن الاجماع له دليلا لم يكن له حجة على الجواز فى المقام .

ثم ان المحقق النائينى على ما فى تقريرات بحثه فى بحث المعاطاة بعد قوله فلا اشكال فى اصالة اللزوم فى كل عقد شك فى لزومه شرعا قال ما لفظه: لا يخفى ان مراده قده من كل عقده والعقود العهدية لا العقود الاذنية فانها لا تجرى فيها

اصالة اللزوم لان قوام هذه العقود بالاذن فاذا ارتفع بفسخ المالك ونحو الفسخ يرتفع المنشأ بها قطعاً ولا يبقى شك حتى يستصحب اثر العقد والمنشأ به الى ان قال : وبالجمله لا اشكال في جريان اصالة اللزوم في كل عقد شك في لزومه وجوازه لشبهة حكمية وكذا فيما شك في لزومه وجوازه لشبهة موضوعية كما لو شك في ان الواقع في الخارج هبة اربيع مع العلم بكون الاول جائزا والثاني لازماً نعم في دوران الامر بين الوديعة والقرض لايجرى اصالة اللزوم لعدم احراز تملك من بيده المال في 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 التداعي اذا كان مصب الدعوى تعيين العقد الواقع في الخارج كما يظهر من صاحب الجواهر قده تبعاً لبعض من تقدم عنه وتبعه السيد الطباطبائي في حاشيته على المتن وفي بعض كلماته في كتاب القضاء احتمال لا يعتنى به كما اوضحناه في كتاب القضاء واجماله ان باب التداعي هو ما كان قول كل منهما مطابقاً للاصل او مخالفاً واما اذا كان قول احدهما مطابقاً للاصل دون الاخر فهو باب المدعى والمنكر الى آخر عبارته انتهى ولا يخفى ان الظاهر من قوله نعم في دوران الامر بين الوديعة الخ ان في مثل الوديعة ايضا يمكن جريان اصالة اللزوم مع انه من العقود الاذنية لعدم تعليل عدم الجريان بانه من العقود الاذنية بل لعدم احراز الخ .

وكيف كان فظاهر كلماته قده هو اللزوم في كل عقد عهدية وان كان في بعض كلماته التأمل كما اذا كان الشك في الشبهة الحكمية من حيث اشتباه مصداقه فاذا لم يعلم بان العقد الخارجي بيع او هبة مع العلم بانه لو كان هبة لا يلزم فاصالة عدم اللزوم يدخله في مصاديق الهبة لان الظاهر من قوله تعالى او فوا بالعقود مصداقه وهو العقد الذي لا يكون دائراً بين اللازم والجائز ومع العلم بانه كذلك كان التمسك باوفوا تمسكاً بالعموم في الشبهات المصدقية لانه مع العلم بانه

لو كانت هبة كانت غير لازمة فكيف يجعلها في مصاديق اللزوم بموهم معلومية كونه عقداً داخلاً في ادفوا فانه لا يعلم دخولها نيه بما هو حجة و كذا قوله اذا كان مصب الدعوى تعيين العقد الواقع في الخارج للفرق الواضح بين ذلك وبين باب التداعي وباب المدعى والمنكر فان المدعى كما عرفت في ج ٥٠ ص ١٢٧ الى ١٣٣ من كان قوله مخالفاً للاصل بخلاف المنكر .

وحينئذ ان كان قول كلا المدعين مخالفاً للاصل كان من باب التداعي وان كان قول احدهما كذلك والاخر موافقاً له كان من باب المدعى والمنكر فمصدق كل منهما معلوم فيحكم على كل منهما بحكمه وقدمر بيان حكم كل منهما فجعله مثل ذلك احتمالاً لا يعتنى به غير تام فما نقله عن الجواهر والسيد في محله وليس ذلك مربوطاً بما شك في ان الخارج هل هو لازم او جائز مفهوماً لوجود اصالة اللزوم المستفاد من ادفوا بالعقود .

وكيف كان فالشك في ان هذا الخارج من مصاديق اللزوم او الجائز بعد العلم بالمفهوم كان مورد للبراءة عن اللزوم بخلاف ما اذا كان الشك في اصل اللزوم وعدمه من حيث المفهوم كما في المقام فاذا شك في ان عقد المضاربة لازم او جائز فلامجال للجواز بعد العلم بدخوله تحت العقد والعهد فتأمل جيداً وكيف كان فاظن ان المعيار ليس هو كون العقد عهدية او اذنية بل المعيار هو الدخول في العقد والعهد وعدمه فان كان يحتاج الى صيغة ولو معاطاة كانت عقداً لازماً الا اذا دل الدليل على خلافه اللهم الا ان يقال ان الاذنية ايضا يحتاج الى الصيغة فالمعيار ما افاد .

وكيف كان فمقد 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 ادفوا وليس بينهما مجرد الاذن كى يبطل و يفسخ متى شاء ومنه يعلم

ان العقود الجائزة هي مجرد الاذن من الطرفين من دون الزام وتسليط من احدهما. وكيف كان فان كان مدرك اللزوم والجواز هو ادفوا بالعقود فهي في موارد الشك عامة لجميع العقود الازامية تمليكاً او تسليطاً دون ما يكون مجرد اذن كالوديعة والعارية وان كان هو الاصل فلازمها الجواز وقد تمسك العلامة في المختلف لجواز سبق والرماية بان الاصل عدم اللزوم وظاهره جريانه في كل ماشك في جوازه ولزومه ولذا رد قوله بوجوب ادفوا بالعقود قال شيخنا المرضى في متاجره ما لفظه :

ثم انه يظهر في المختلف في مسألة ان المسابقة لازمة او جائزة ان الاصل عدم اللزوم ولم يرد من تأخر عنه الابعموم قوله تعالى ادفوا بالعقود ولم يكن وجه صحيح لتقرير هذا الاصل نعم هو حسن في خصوص المسابقة وشبهه مما لا يتضمن تمليكاً او تسليطاً ليكون الاصل بقاء ذلك الاثر وعدم زواله بدون رضی 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 ادفوا بالعقود ولذا لم يرد قوله الا بذلك وان مع هذه الاية لا يصح التمسك باصالة عدم اللزوم. والحاصل في العقود المتضمنة للتمليك او التسليط لا يصح التمسك باصالة عدم اللزوم ولذا استدرك بقوله نعم الخ وقد ظهر من جميع ذلك ان معيار اللزوم والجواز كون العقد تمليكية او تسليطية و عدمها بان يكون مفاده مجرد الاذن من دون الزام والتزام اصلاً والاول من اللزوم والثاني من الجواز .

فعدم المضاربة عقد ادق القائل بصيغتها لزوم معنى عدم الافتراق عنهما بعد ذلك ويؤيده انه لو قال باختيار الفسخ في كل زمان لم يقبل ولازم ادفوا هو الوفاء عليه فمن اين يعلم جوازه حينئذ والفرص انه يتضمن تسليط صاحب المال العامل ولادليل على خلافه الا الاجماع ففي 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 في خصوص العقود الغير المتضمنة لتمليك مال او تسلط على امر فالتمسك به حسن لخصوص المسابقة مما لا يتضمن تمليكا او تسليطا مع انه في المسابقة ايضا يتضمن للتمليك كما يقال لكل من سبق كان كذا .

وقال الشيخ الاعظم في متاجره ما هو لفظه :

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

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

و منها قوله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم وقد استدل به على اللزوم غير واحد منهم المحقق الاردبيلي قدس سره بناء على ان الشرط مطلق الالتزام والالتزام ولو ابتداء من غير ربط بعقد آخر فان العقد على هذا شرط فيجب الوقوف عنده ويحرم التعدي عنه فيدل على اللزوم بالتقريب المتقدم في ادفوا بالعقود انتهى . فقرَّب دلالة الاول للزوم بذلك واما الثاني فظاهره لزوم كل عقد وقع على وجه الشرط فلا معنى معه للجواز فهذا الشرط والالتزام ثابت في الشرط قطعا .

و كيف كان فالتمسك بادفوا بالعقود لا يبلائم مع الجواز فلا جرم اما يلتزم بعدم كون عقد المضاربة عقداً يلتزم بظهوره في الاستحباب او بالوجوب الوضعي او التكليفي المستتبع للحكم الوضعي وهو الالتزام بمضمون العقد الا 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 تهيبه نفسه وماله واسبابه .

وكذا العامل وجميع 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 الذي اذا عزله الموكل خلع نفسه وتعلق بشيء آخر او موكل آخر وبالجملة العقد هو الحاصل من الايجاب والقبول الواقع بين الطرفين والوفاء هو البناء عليه والعمل بما يقتضيه فلو كان البناء على عدم ذلك بل الفسخ والهدم والخراب فلا يكون الوفاء به اصلا ولا الثبات عليه ابداً .

فان قلت لزومه ضرر على رب المال لانه اذا اراد الفسخ لا طريق له اليه فلا بد له من بقائه فيه وهو ضرر عظيم ومناف لقوله الناس مسلطون على اموالهم ولا يحل مال امرء الا بطيب نفسه حيث لا طيب للمالك الى التصرف في امواله بعد كراهته قلت الطريق صحة شرط الفسخ متى شاء في ضمن العقد .

فان قلت في العقد الجائز لا يصح شرط اللزوم .
قلت هذا مصادرة واضحة .

فان قلت في العقود الجائزة لا يصح التمسك بها باوفوا بالعقود .

قلت جوازه اول الكلام وانما ذهبوا الى جوازه بالاجماع فليس لهم دليل

سواه وهو غير تام .

فان قلت اثبات اللزوم متوقف على التمسك باوفوا بالعقود وهو متوقف على

كون العقد لازماً وهو دور.

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

و كيف كان فلم اجد مفرأ من ظهور قوله عز من قائل ادفوا 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 والقيام 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 بقريئة دالة على كونه فى الشرع ليس بنحو الوجوب والالتزام من اول الامر كالمو 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 للعقد 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 للمعبد 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 الذي اوقعه رسول الله على البيعة لعلي عليه السلام فانه وان كان لازما على الناس ولكنه نظير العهد والعقد الواقع في عالم الذر وما هو بلسان الانبياء . وبالجملة الكل لازم الوفاء بالادلة الخارجة عن المقام لكن اوفوا بالعقود ناظر الى العقود الواقع بين الناس اختيارا لالزاما واكرهاها فمقد المضاربة عقد وقع بين العامل ورب المال بالاختيار والميل فانذا عقدا كذلك لزم القيام بمقتضاه وعدم القبول انما يكون في اول الامر وقبل الانعقاد لالدخول فيه فانه لا يكون النقص والفسخ الا بالشرط في ضمن العقد .

ومن ذلك قال التراقي قده في عوائده ما لفظه: عائدة قال الله سبحانه يا ايها الذين آمنوا اوفوا بالعقود قد اشتهر عند الفقهاء الاستدلال بهذه الاية الكريمة في تصحيح العقود ولزومها وبه يجعلون الاصل في كل عقد عرفي و كل ايجاب وقبول اللزوم الى ان قال قال صاحب الكشاف وتفسيرها يقال وفي بالعهد او في به ومنه والموفون بعهدهم والعقد العهد الموثق ثم تكلم كثيرا .

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

وتوهم ان مدعى اتفاق الكل لا يراه حجة بزعم ان المتفقين لا يكون معصوما فلا حجية في اتفاقهم فاسد لان المتفقين لا يراه الحجية لامن حيث انهم غير معصومين بل من حيث ان اتفاق الكل غير متحقق فان اتفاقهم ليس الامن

حيث صاحبي 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 لا يكون هذا الاتفاق بحجة الا في كون المسألة اتفافية من المعروفين ولادليل سواه على الجواز راجع ج ٢٩ ص ٩٧ و ج ٢٥ ص ١٤٠ .

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

و كيف كان فقد كثرا الاختلاف في الصحة والبطلان ولا ينتهي الى شيء 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 اي 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 في قوله ان مرت بك سنة فلا تشتري لان امر البيع والشراء منوط بامر المالك فله المنع منهما بعد السنة فمن احدهما اولي ومثله ما لو عكس بان قال لا تبع واشتر وانما لم يذكره لان البيع هو المقصود في هذا الباب بطلب الربح وتحصيل الانضاض انتهى .

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

لكن مامعنى صيرورة العقد الجائز لازماً فالعقد الذى كان مقتضاه جواز الفسخ اذا صار بالشرط لازماً فهل يكون الشرط حينئذٍ خلاف مقتضى العقد اولاىكون والثانى كما ترى فشرط اللزوم الى اجل مناف للعقل الذى كان فى جميع مدته جائزاً ففعله قده الشرط صحيحاً 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 مازجالعبارته ما هذا لفظه (لم يلزم) العقد مدته على احد منهما فيصح لكل منهما فسخه قبله بلاخلاف أجده فيه ، للأصل وغيره . نعم فى المسالك وغيرها بعد تفسير العبارة ونحوها بما سمعت قال : ولكن العقد والشرط صحيحان ، أمّا الشرط ففائدته المنع من التصرف بعده ، لأن التصرف تابع للاذن ولاذن بعده ، وأما العقد فلأن الشرط المذكور لم يناف مقتضاه اذ ليس مقتضاه الاطلاق .

قلت قد يراد من العبارة عدم الصحة من نفي اللزوم بقريئة قوله متصلا بها ﴿ لكن لو قال : ان مرت بك سنة مثلا ، فلا تشتري 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 لأملك فيها ﴾ أى السنة ﴾ منعك ﴾ فانه شرط باطل ﴾ لأن ذلك مناف لمقتضى العقد ﴾ بل المشهور كما قيل : بطلان العقد معه فالتحقيق حينئذٍ أن يقال ان أريد باشرط الأجل المعنى الاول صح وان أريد به المعنى الثانى بطل وأبطل كما صرح به غير واحد بل لم أجد خلافاً هنافى 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 بنحوهما بينه فى المسالك وبالمعنى الثانى عدم الصحة كما قال قده قلت قد يراد من العبارة عدم الصحة من نفي 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 ينتمى بالعقد وان اريد به عدم الصحة يكون باطلا ومفسداً للعقد على القول بسراية الفساد الى العقد .

وقد مر الكلام فى ذلك فى ج ٢٣ ص ٢٢٩

ثم قال قده و الا أنه قد يناقش فى ذلك ان اريد بها الكناية عن اللزوم مثلاً 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 الشيء 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 او مما هو مقتضى اطلاق العقد لانها من منافيات مقتضاه التي 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 في هذه المدة في 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 في العقد الجائز كما ترى .

فان قلت معنى شرط اللزوم عدم امكان فسخ العقد في مدة اللزوم وهو مناف لمقتضى العقد اذ لافرق بين شرط اللزوم وبين شرط عدم قدرة المالك الى سنة حيث انه في كليهما سلب قدرة المالك عن الفسخ والتغيير مجدد عبارة فيهما قلت لولم يصح ذلك لما يصح شرط الجواز في العقد اللازم كالبيع والاجارة فان مقتضى البيع عدم قدرة احدهما على الفسخ وشرط الجواز ينافيه وحيث صح شرط الجواز في اللزوم فصح شرط اللزوم في الجواز فشرط المنافى كشرط كون تمام الربح لاحدهما مثلاً او كون الخسارة على العامل مثلاً ونحوهما والحل ان شرط اللزوم لا ينافى لمقتضى العقد وانما ينافى لاطلاقه فلايجرى الكلام في كون الشرط على خلاف مقتضى العقد فانه بالعرض يرفع اطلاق الجواز ابدأً ويجعل هذا الاطلاق مقيداً بمدة الشرط وانه في هذه يلزم .

وكذا شرط الجواز في اللزوم فالبيع يقتضى عدم الفسخ دائماً والشرط يجعل هذا الدوام مقيداً بغير مدة الشرط فلا يكون له الدوام مع الشرط ولعمري صحة شرط اللزوم في العقد الجائز من غير مناف لمقتضاه .

وحيثئذ يصح الشروط حتى شرط عدم قدرة المالك على البيع والشراء فانه توقيت موقت لادائماً فمقتضى العقد لزوماً او جوازاً هو الدوام لو خلى وطبعه

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

فنقول قال العلامة في القواعد [و لو شرط على العامل توقيت المضاربة لم يلزم الشرط والعقد صحيح] وفي 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 ولا تشتري أو فبع ولا تشتري أو بالعكس ومعنى عدم لزوم الشرط عدم صحته بمعنى عدم ترتب أثره عليه وهو لزومها الى الاجل فيكون لكل منهما الفسخ متى شاء وقد أطلق المصنف كما سمعت هنا .

وفي (الارشاد) وما يأتي ايضا في الكتاب حيث قال ولا يلزم الاجل ومثله ما في جامع المقاصد والروض ومجمع البرهان ومثله قوله في النافع لا يلزم فيها اشتراط الاجل وكذا ايضاحه و هو معنى قوله في اللعنة لا يصح فيها اشتراط الاجل ومثله ما في الرياض وقد قيل فيها كلها عدا النافع انه يثمر المنع من التصرف وفيه دلالة على صحة العقد وقيد في التذكرة عدم لزوم الشرط وصحة العقد بصورة الاطلاق و ستمسح كلامه في صورة التقييد وعكس في التحرير قال لا يلزم التأجيل بان يقول قارضتك الى سنة فاذا مضت فلا تبع ولا تشتري قاله الشيخ ولو قيل بالجواز كان حسنا انتهى .

وفي (الجامع الشرايع) انه لو قارضه سنة بشرط ان لا يبيع ولا يشتري صح القراض وفسد الشرط وان شرط ان لا يشتري بعد السنة صح القراض والشرط انتهى .
(وقال في الشرائع) لو اشترط الاجل لم يلزم لكن ان قال ان مرت بك سنة فلا تشتري

بعدها وبع صب فقد صرح بالصحة في بعض صور التقييد وقد وافقه على الاخير في التحريير وقد سمعت ما في جامع الشرائع ومرادهما قصر الصحة على خصوص المثال لا كما فهمه من الشرائع في المسالك من العموم كما ستسمع فيكون قائلًا في الشرايع بصحة الشرط في جميع صور التقييد كما هو خيرة التذكرة وما يأتي في الكتاب وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية والرياض وصرح في المبسوط والمهذب فيما اذا قال قارضتك على الف سنة فاذا انتهت فلا تبع ولا تشر ببطلان القراض وبالصحة 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 في صورة التقييد والاطلاق وبعضا يقول به في بعض صور التقييد وبعضا يقول به في صورة الاطلاق فقط وبعضا يقول ببطلان العقد والشرط في بعض التقييدات وصحتها معافي بعض التقييدات انتهى .

ونقلت العبارة بتمامها حتى يعلم انه مع اشتمالها على عمدة كلمات الاعلام لا يستفاد منها الا الاختلاف مع عدم رفع اشكال وصرح بعضهم بعدم اللزوم وبعضهم بعدم الصحة وبعضهم بالفساد كما هو صريح قوله فقد يحصل من ظاهر كلماتهم الخ . والعجب من المصريح بصحة الشرط كما في المسالك معللًا بان الشرط فائده المنع من التصرف بعده وذلك لا يحتاج الى الذكر اذ بعد ذكر الاجل عدم اذن رب المال في التصرف كاف في عدم الجواز ولا يحتاج الى الشرط وفيه اولًا ان الشرط اذا كان بلا فائدة كان لغوًا واللغو باطل جدا وثانيًا شرط الاجل كالسنة معناه كون المضاربة في هذه المدة لازمة ولم يكن للمالك فسخه وهو عين سلب القدرة عن صاحب المال وهو على خلاف مقتضى العقد وكان باطلا فلا فرق بين شرط اللزوم وشرط عدم الفسخ حقيقة .

وبالجمله توقيت المضاربة مطلقا كان كما اذا قال الى سنة او مقيدا كما اذا قال فبعد السنة لا تشر وبع او العكس او قال 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 او مقيدا ولا طريق لاصلاحه الا القول بان المراد منه هو شرط اللزوم كما شرط فى عقد اللزوم بالجواز .

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

واشار اليه ايضا 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 او كان به عرض مطلقا كانت او مع 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 ايضا 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 برد قولهم ان هذا الشرط على خلاف مقتضى العقد بل على خلاف اطلاقه فى الجواز وانه صار لازما بالعرض بالشرط كما عرفت وهو وقده لعله تبع فى ذلك صاحب الجواهر .

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

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

قلت عدم الفسخ ايضاً عبارة اخرى عن اللزوم وقد عرفت صحة شرط اللزوم في 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 فلاجرم نقول به بالعرض بالشرط وانه يمكن صيرورته لازماً بالشرط في مدة معينة .

فان قلت لو كان لازماً لامناس للمالك من خلاصه فيكون ضرراً عليه . قلت يجعل لنفسه الفسخ متى شاء .

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

وفي الحدائق بعد اشتراط العلامة التنجيز في العقد وانه لايجوز تعليقه على شرط قال ما هذا الفظه وبالجملة فانه لا دليل يعتمد عليه في ما ذكره من البطلان بهذا الشرط ، والاصل عدمه ولو قال ضاربتك سنة بمعنى انه جعل اجلا للمضاربة لم تلزم المضاربة في 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 ، ولاذن بعد المدة المذكورة .

وأما العقد فإنه لا مانع من صحته إلا ما ربما يتوهم من هذا الشرط ، وهو غير مناف لمقتضى العقد ، إذ غايةه أن التصرف ليس مطلقاً بل محدود بوقت معين وهو صحيح لما عرفت ، وكذا لو قال له : إن مرت بك سنة فلا تشتروبع ، أو قال فلا تباع واشتر ، فإن العقد صحيح ، وكذا الشرط لعين ما عرفت ، من أن أمر البيع والشراء منوط بنظر المالك وأمره ، فله المنع منهما بعد السنة ، أو من أحدهما بطريق أولى ، وهذا بخلاف ما لو شرط اللزوم ، بأن قال : على أنى لا املك منعك فإن هذا الشرط مناف لمقتضى العقد ، إذ مقتضاه كما عرفت الجواز ، فيكون الشرط المذكور باطلاً ، 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 جامعہ ما هذا لفظه وأما ما ذكر فى المتن من أنه لا يلزم فيها اشتراط الأجل فالظاهر أن المراد أنه ليست المضاربة مثل الاجارة ونحوها التى لابد فيها من ذكر الأجل بل حالها حال الو كالة 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 كالو كالة 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 ما لم 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 في ضمن عقد بل هو وعد لا يجب الوفاء به ، وان التزم بعض الأعاظم قدس سره بازوم الوفاء به أيضاً بل قد ينكر صدق الشرط على مثله ، وأما اذا كان الشرط في ضمن عقد سواء كان العقد لازماً أو جائزاً يكون مسؤولاً لعموم «المؤمنون أو المسلمون عند شروطهم» فيجب الوفاء به ، غاية الأمر وجوب الوفاء مادام الشرط باقياً فمع انفساخ العقد وارتفاعه لا شرط حتى يجب الوفاء به وأما اذا كان اشترط لزوم هذا العقد الذي كان الشرط في ضمنه فمع صحته لزم العقد ومع لزوم العقد لا مجال لارتفاع الشرط انتهى .

﴿و﴾ على كل حال فـ ﴿لواشترط﴾ على العامل ﴿أن لا يشتري الا من زيد ، أو لا يبيع الا على عمر و صح﴾ لأن الناس مسيطون على اموالهم ﴿وكذا لوقال﴾ له ﴿على أن لا تشتري الا الثوب الفلاني﴾ مثلاً ﴿أو ثمرة البستان الفلاني وسواء كان وجود ما أشار اليه عاماً أو نادراً﴾ وذلك لان اختيار المال بيد المالك فرما كان نظره الى معاملة معينة او شخص معين او غيرها فلا بد من ان يعمل على شرطه بمقتضى قاعدة السلطنة وعموم الشرط وعليه لو خالف و حصل في مخالفته الخسران كان على العامل .

وهذا الحكم يجري في كل شيء 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 أبي عبد الله عليه السلام في رجل دفع الى رجل مالا يشتري به ضرباً من المتاع مضاربة ، فذهب فاشترى به غير الذي أمره به ، قال : هو ضامن ، والربح بينهما على ما شرط» وغير ذلك مما سيأتي .

﴿ولو شرط أن يشتري أصلاً يشتر كان في نمائه كالشجر أو الغنم قيل : يفسد﴾ وفي الجواهر لم أجد من جزم بالصحة من أصحابنا وذلك ﴿لأن مقتضاه﴾

أى القراض الاشتراك في الربح الحاصل من التصرف في رأس المال .
 وفي الجواهر وان تبعه النماء أيضاً في بعض الاحوال في الربح لاحصره
 الحاصل من نماء المال مع بقاء عينه لاقبل من الشك في تناول الاطلاقات له والاصل
 الفساد انتهى وذلك لان المقصود من هذا العقد كون العامل دائماً يتبادل مال
 القراض ويتمتع معه لحصول ربحه دائماً وفي هذا الغرض يحبس المال الى مدة كثيرة
 حتى يحصل من نمائه ونمو اشجاره ولكن الظاهر ليس ذلك باطلاقه فاسدأبل صح
 ذلك لو كان الشرط مطلقاً بل الموارد مختلفة فرما يحصل به غرض المالك
 لعدم احتياجه الى الربح الفعلي بل غرضه الى حصول مدة كى يحصل الاستفادة
 من الربح والنتاج .

وفي المسالك بعد عبارة المصنف قال اى مقتضى عقد المضاربة او مقتضى
 القراض الذى هو رديفها التصرف في رأس المال بالبيع والشراء وتحصيل الربح
 بالتجارة وهذا ليس كذلك لان فوائده تحصل بغير تصرف بل من غير المال ووجه الصحة
 انه حصل بسعى العامل اذ لولا 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 او بان المضاربة يقتضى معاوضتين احدهما بالشراء
 والاخرى بالبيع واول ما يتحققان بمرّة 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 في الشراء المعين
 او من معين او البيع عليه ونحو ذلك مما كان يدخل في اطلاقها والتقييد خرج
 ولم يناف ذلك مقتضاها .

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

باجمعه للمالك لانه نماء ملكه وعليه اجرة المثل للعامل انتهى .
 وحاصله انه امر رب المال باشتراء ارض او اغنام 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 فلا يصح وجه الصحة كون
 اشتراء الاصل ايضا بعمل العامل لارب المال وحيث اقدم بالشراء وقبول ذلك وحفظ
 المواشى والانعام كان ذلك عمل ايضا بل عمل ذلك اشد من التجارة بداهة . . . ان
 مثل سخال المواشى ونحوه وتربية الاراضى والاشجار للانعام كان فى غاية الشدة
 ولولا عمل العامل لم يحصل ذلك اصلا ﴿و﴾ الظاهر لاشكال فى الصحة فضلا
 عن ان يكون ﴿فيه تردد﴾ وريب كما عليه المصنف .

و كيف كان وفى الجواهر بعد العبارة فى وجهى التريديد قال ما هذا لفظه مما
 سمعت و من امكان منع اعتبار ذلك فى القراض الذى هو دفع المال من ربه ،
 والعمل من العامل والاشتراك فيما يحصل من ذلك ، سواء كان نماء فعل أو مال
 اذ هو أيضاً مسبب من فعل العامل الذى هو شراء ذى النماء ، لكن يقوى فى 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 القصدین 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 فتوجهه
 وجه الصحة اى الثانى اولى واقرب .

و كيف كان فالظاهر صحة شراء العامل الاصل للارباح الحاصلة منه وبذلك
 يعلم ضعف ما افاد فى الحدائق قال فى المقام ما نصه ولو اشترط ان يشتري اصلا
 ان يشتر كان فى نمائه كالشجر والغنم ونحوهما قيل يفسد العقد لان مقتضى عقد
 المضاربة التصرف فى رأس المال بالبيع و الشراء و تحصيل الربح بالتجارة ومن
 هنا استحق العامل حصته من الربح فى 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 ما ذكر مما يدل على البطلان - والى أن حصول هذه الاشياء انما وقع بسبب سعى العامل ، اذ لو لا شرائه لم يحصل النماء ، وذلك 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 تقتضى معاوضتين ، أحدهما بالشراء ، والاخرى بالبيع ، وأقل ما يتحققان بمرة ، وبها يظهر الربح :

والتحقيق أن الفرع المذکور لما كان غير منصوص ، فالحكم فيه بأحد الوجهين مشكلاً ، والبناء على هذه العلة الاعتبارية مجازفة في الاحكام الشرعية انتهى وقال المحقق الخوانسارى ما هذا لفظه لاشكال في انه مع الاطلاق يتصرف العامل كيف شاء لكن يشترط أن لا يخرج 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 لاشكال لكنسه لا يبعد خروجه عن عنوان المضاربة ولما كان وضع المضاربة على الاشتراك في الربح الحاصل من التصرف فلا تصح المضاربة مع اشتراط تمام الربح لرب المال أو للعامل فلو شرط كذلك تبطل المضاربة وقد عمل العامل وعمله محترم فلا يبعد استحقاقه اجرة المثل الا أن يستشكل من جهة ان العمل ليس بامر رب المال بل العمل وقع بتخييل صحة المضاربة كما لو عمل الأجير في الاجارة الفاسدة بتخييل لزوم الوفاء بالعقد الواقع انتهى .

وقال العلامة في القواعد [ولو شرط ان يشتري أصلاً يشتركان في نمائه كالشجر والنعم فالاقرب الفساد لان مقتضى القراض التصرف في رأس المال] وفي مفتاح الكرامة في شرحها كما هو 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 و لا كذلك هنا لان فوائده تحصيل من عين المال بغير تصرف و لان المضاربة عبارة عن معاوضتين معاوضة الشراء و بها يحصل للمالك ظهور الربح و معاوضة البيع و بها يحصل الانضاض و المضاربة تدل على ملك العامل لهما معا مطابقة و على كل واحد بالتضمن .

(قلت) اطلاق الاخبار يأتى على ذلك كله و يدفعه ففى (الصحيح و الموثق) من اتجر مالا و اشترط نصف الربح مضافاً الى الاطلاقات آخر و الى الاطلاقات اكثر عبارات القدماء و بعض المتأخرين فللحفظ و قد تردد فى الشرائع فى الفساد لان النماء حصل بسعى العامل اذ لولا شراؤه لم يحصل و ذلك من جملة الاسترباح بالتجارة و فى (جامع المقاصد) ان ضعفه ظاهر لان الحاصل بالتجارة هو زيادة قيمة العين لانماءها و على القول بالفساد يصح الشراء لمكان الاذن و يكون الحاصل بأجمعه للمالك لأنه نماء عينه و عليه أجرة المثل للعامل و محل البحث انما هو اذا حصرا الربح فى النماء المذكور و الافلامانع من كون النماء بينهما و يحسب من جملة الربح على بعض الوجوه كما اذا اشترى شيئاً له غلة فظهرت غلته قبل ان يبيعه فعبارة الكتاب و الشرائع و التحرير لعلها غير جيدة الا ان تقول ان الشرط يفيد الحصر و الاولى ما فى المبسوط من قوله لو قارضه على ان يشتري أصلاً له فائدة ليستبقى الاصل و يطلب فائدته و نحوه ما فى السرائر و الجامع و التذكرة انتهى و لا يخفى ان الجمود فى الفاظ الاخبار قد انسد علينا باب الاستنباط منها كما سمعت من عبارة الحدائق فزعم ان اللازم فى كل واقعة، واقعة و ردد نص مع ان الفروع غير المتناهية تقريباً لا بد من اخراجها من تلك الاخبار المتناهية مع انه لا فرق فى المقام عرفاً 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 اشترى وبيع اشياء للربح والتجارة بينما كان نظر القائل الى مجرد حصول ربح له وللعامل كان من بيعه وشرائه الاصول وتبادل اصل باصل او بقاء الاصل وحصول الربح من نمائه بل ربما كان ارضى و اميل من الثانى لكونه اكثر نفعاً من الاول كما اذا امره بشراء قطيع غنم او اراضى زراعية او بستان لاجل سخاله وحصاده واثماره فقط .

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

﴿واذا أذن له في التصرف﴾ بمعنى أنه عقد معه عقد المضاربة مثلاً وأطلق ﴿تولى باطلاق الاذن﴾ الاستفادة من العقد ﴿ما يتولاه المالك﴾ وغيره ﴿من عرض القماش ، و النشر و الطى ، و احرازه و قبض الثمن ، و ايداعه الصندوق ، و استئجار من جرت العادة باستيجاره ، كالدلال و الوزان و الحمال﴾ وغير ذلك فلا كلام فى جميع ذلك ان 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 ﴿عملاً بالعرف﴾ الذى هو الضابط لذلك فهو يرى لزوم العمل فى كل ما يكون راجعاً الى التجارة له وله ولا يحتاج من رب المال اذن لخصوص كل واحد بل كفاه مطلق الاذن فى الجميع بحكم العرف بانه راجع الى المضاربة واما لو لم يكن راجعاً الى رب المال او حصل الافراط او التفريط بحيث لو قال بصاحب المال ليجعله مؤاخذاً له كان له ضامناً قطعاً .

وبالجملة كل ما صدر من العامل لا بد وان يكون برضاه ومأذوناً 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 لا يمكن المباشرة بنفسه بل الظاهر عدم الضمان لو نقص في حال العمل من دون تفریط اذ العيوب غالباً يحصل في 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 أجره ﴾ 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 ما كمل ومشرب و ملبس ومسكن ، ونحو ذلك مما هو داخل فى النفقة ﴿ من أصل المال على الاظهر ﴾ .
وفى الجواهر الاشهر بل المشهور فى التذكرة نسبة 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 والمشروب والملبوس من مال القراض وللشافعى فيه ثلثة اوجه احدها لا ينفق 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 السنكونى 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 كالاتجاه 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 في الحقيقة أحد أفراد السفر ، قد علق الشارع عليه بعض الأحكام الخاصة ، كقصر الصلوة والافطار ونحوهما ، كما أنه أجرى أحكام الحضر عليه مع الإقامة والتردد ثلاثين يوماً انتهى .

ثم انه لا بد من الاقتصار على ما لا بد منه فلو تجاوز عن ذلك كان نفقته على نفسه و كل ذلك يكون معلوما للعامل ومثل ذلك طول السفر للتفرج والتفريح او كان لازماً للتجارة وفي الاول كان نفقاته على نفسه وفي الثاني لمال القراض فلو حصل الغرض بيوم وطاله بيومين او الاكثر للتفرج كانت نفقة الزائدة عليه على نفسه .

واما لو احتاج الى كثرة الطول كحصول مرض او تأخير من يقع المعاملة معه واخر ذهابه كذلك كانت النفقة من مال القراض نعم في لزوم الدواء لحصول المرض المحتاج الى المعالجة واجرة الطبيب اشكال فلو كان حصوله لذلك كان من مال القراض بحيث لو كان في بلده لم يقع في مثل هذا المرض . ومن ذلك يعلم ان العامل لو كان مبتلى بمرض دائمى لا يختص بالسفر و الحضر كان نفقة الطبيب ودوائه في السفر على نفسه لامال المضاربة و كيف كان فما كان من جهة المضاربة فمن مال القراض وما لم يكن كذلك فعلى العامل وهو ادري بذلك من غيره .

وفي الجواهر ما هذا لفظه نعم في المسالك وغيرها يجب الاقتصار منه على ما يحتاج اليه للتجارة ، فلو أقام زيادة عنه فنفقته عليه خاصة ، قلت ، هو كذلك ما لم يكن لخوف طريق مثلاً . أو حبس ظالم أو نحو ذلك مما يتعلق بالتجارة ، ولذا قال في التذكرة : « لو أقام في طريقه فوق مدة المسافرين في 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

لا يستحق عن تملك المدة شيئاً من مال القراض للنفقة .
 أما لو أقام للتجارة أو لأمر آخر بحيث يكون كل منهاملة تامة في المكث
 ففي اختصاص النفقة في مال القراض - للاطلاق وعدمه للأصل والتوزيع - أوجه ،
 أقواها الأول ، كما أن أقوىها الأخير لو تركب الداعي منهما ، بحيث يكون
 كل منهما جزء العلة ، والمراد بالنفقة ما يحتاج اليه فيه من مأكول ومشروب
 وملبوس ومر كوب ، وآلات ذلك كالقربة والجواقي ، وأجرة المسكن ونحو ذلك
 مما هو داخل في اسم النفقة انتهى .

ومن جميع ذلك ظهر ان الضمان بعهدة العامل وكل ما كان على خلاف
 رضى المالك كزيادة على ما يحتاج اليه او لم يكن السفر باذنه كان النفقة حينئذ عليه .
 قال في الخلاف ليس للعامل ان يسافر بمال القراض بغير اذن رب المال
 وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة ومالك له ذلك وللشافعي في البويطي ما دل على
 ذلك قال اصحابه لا يجيء (ذلك - خ) على مذهبه وبنى ابو حنيفة ومالك ذلك
 على الوديعة وان له ان يسافر بها وعندنا انه ليس له ذلك في الوديعة ايضاً .

[دليلنا] اجماع الفرقة وايضاً الاصل انه ليس له ذلك لانه تصرف في مال
 الغير واثبات ذلك واجازته يحتاج الى دليل (والى اذنه ولم يوجد خ) انتهى .
 وبدل على ذلك جملة من الاخبار منها ما رواه ثقة الاسلام والشيخ عن
 محمد بن مسلم في الصحيح عن احدهما عليهما السلام قال : « سألته عن الرجل يعطي
 المال مضاربة ، وينهى أن يخرج به فخرج قال : يضمن المال ، والريح بينهما » .
 وروى الحلبي في الصحيح عن أبي عبدالله عليه السلام أنه قال : في الرجل يعطي
 الرجل المال فيقول له : ائت أرض كذا وكذا ولا تتجاوزها ، واشتر منها قال : فان
 جاوزها وهلك المال فهو ضامن ، وان اشترى متاعاً فوضع فيه فهو عليه وان ربح
 فهو بينهما » .

وما رواه من الكافي عن ابي الصباح الكنتاني في الحسن « عن أبي عبدالله عليه السلام

في الرجل يعمل المال مضاربة قال : له الربح وليس عليه من الوضعية شيء الا أن يخالف عن شيء مما أمره صاحب المال .

فتلخص ان نفقات السفر الذي كان رجل لاجل المضاربة يعد من رأس المال اي مال المضاربة لا مثل نفقات المرض الداعي للعامل او انفق موته في 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 في الحدائق ما هذا 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 في السفر كان ما ينفق في ذلك من ماله اذ لا تعلق لذلك بالتجارة ، واستثنى بعضهم ما لو كان معلوماً أنه لو كان في بلده لم يمرض ، أو أن مؤنة مرضه يكون في الحضر ، وفي بلده أرخص منها في تلك البلد قال فيمكن حينئذ احتساب الزيادة من مال المضاربة انتهى .

﴿و﴾ كيف كان و ﴿لو كان لنفسه مال غير مال القراض﴾ و شرط مع المالك ذلك اي التجارة بماله لنفسه ايضاً وقبل المالك ولم يكن عمله لنفسه مزاحماً لمال القراض ارضى به المالك ولومع المزاحمة فكان تجارته لنفسه وللمالك من غير خلط احدهما على الاخر ﴿فالوجه﴾ حينئذ هو ﴿التقسيم﴾ فما وقع لتجارته كان عليه وما وقع للمالك كان عليه من غير تجاوز عن ذلك .

وفي الجواهر ما هذا لفظه لان السفر لاجلها فنفقته عليهما وهل هو على نسبة المالكين أو العاملين ؟ وجهان : اوجودهما في المسالك تبعاً لجامع المقاصد الاول لان استحقاق النفقة في مال المضاربة منوط بالمال ، ولانظر الى العمل ومن هنا اتجه تفريع المصنف ذلك على ما ذكره اولاً لكن أورد عليه في الاخير أنه يقتضى أن لا يستحق نفقة أصلاً ، لو أخذ مضاربة في حال السفر انتهى .

وفى المسالك بعد قوله ولو كان لنفسه مال اقال وجه التقييط ظاهر لان السفر لاجلها فنفقته عليهما وهل التقييط على نسبة المالك او على نسبة العاملين وجهان اجودهما الاول لان استحقاق النفقة فى مال المضاربة منوط بالمال ولا ينظر الى العمل ثم ان قلنا بوجود كمال النفقة على مال المضاربة فالتقييط كما ذكرناه وان قلنا انما يجب النفقة الزائدة فالتقييط لتلك الزيادة خاصة عليهما والباقي على ماله انتهى . ولا يخفى ان التقييط لا يصح بنحو الاطلاق لان كثيراً ما مع العاملين فى المضاربة مال غير مال التجارة بل انما يصح التقييط اذا كان السفر لنفسه وللمالك وكان مع ذلك تجارته لنفسه غير مزاحم لتجارة المالك فالمسألة غير واضحة .

وفى الحدائق ما نصه لو تعدد ارباب المال الذى فى يده بأن كان بعضه له مثلاً وبعضه لزيد ، وبعضه لثالث ، وهكذا ... قسّمت النفقة على حسب المال ، فلو كان نصف المال للعامل ، ونصفه للمالك كانت النفقة انصافاً ، وهكذا ... هذا هو الاظهر الاشهر وقيل بأن التقييط بنسبة العاملين اى ما يعمله لكل واحد من أصحاب المال ورد بأن استحقاق النفقة فى مال المضاربة منوط بالمال ولا ينظر الى العمل انتهى والمسألة غير محررة خصوصاً لو كان المنطاب من ماله اكثر والكلام فعلاً ليس فى ارباب الاموال بل فى مالك واحد والحاصل كثيراً ما يكون للعامل مالا فالمنطاب ليس بان يكون فقيراً اوله مال بل المنطاب بان يكون سفره لخصوص رب المال اوله وانفسه ايضاً والاول معلوم وليس للتقييط مجال والثانى بان يكون السفر لهما بان يصاحب معه او يرسله المالك الى السفر للمعاملة لنفسه عملاً خارجاً عن عمل المضاربة بان اشترى فرساً مثلاً له .

وفرض ان عمل المضاربة غير ذلك والا فان كان داخل فيه بان يكون اعماله لرب المال ايضاً كان شريكاً له لامضاربا ويكون الربح لهما والخسران عليهما قليلاً او كثيراً فبهذا المعنى صح التقييط لكن لا يربط لعمله له بالمضاربة حتى ينظر الى كون احدهما اكثر مالا او عملاً 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 في مثل هذا المورد فكان مقدار نفقته على المامل ايضاً .

اذ في هذا الفرض لم يكن السفر لخصوص المضاربة فالتقسيط ان كان لمجرد مصاحبته مع مال نفسه من دون عمل لنفسه اصلاً 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 و كان محله مسألة تعدد المالكين مع العامل الواحد بان يعامل لكثير فالتقسيط وان صح على فرض تصوره ورضاية المالكين وعدم خلط المعاملة فيما بينهم لكن له مقام اخر .

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

نعم يندرج في النص المضارب الذي معه مضاربات متعددة ، ضرورة صدق كونه مضارباً ، والتوزيع حينئذ متجه فيه ، اما لأن قوله «من جميع المال» يشمل مال الجميع على جهة النسبة ، اولاًن اختصاصه بمال دون آخر تر جميع بلا مرجح مع أن علة الاستحقاق صدق وصف المضاربية المتحققة في الجميع ، فلا عدل حينئذ الا للتوزيع بعد تعدد التكرار ، وقيمة النفقة ليست نفقة ، بل قديدى انسياقه من أمثال ذلك ، كما لا يخفى على من لاحظ نظائره في 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 اما كان السفر ليس للقراض خاصة ، اتجه التوزيع المزبور انتهى .

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

وفي الجواهر لارتفاع وصف المضاربة الذي هو سبب استحقاق النفقة ،
 ولاغرر ، بعد دخوله على العقد الجائر الذي هو معرض ذلك ونحوه ، فما عن بعض
 العامة من ثبوتها واضح الضعف انتهى واما بناءً على لزومه فلا يمكن للمالك فسخه
 الا مع الشرط .

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

وكيف كان فلا اشكال ﴿و﴾ لاختلاف في أن ﴿للعامل ابتياع المعيب
 والرد بالمعيب وأخذ الارش﴾ نعم ﴿كل ذلك﴾ ونحوه ﴿مع الغبطة﴾ .
 وفي الجواهر لان الغرض الذاتي هنا الاسترباح الذي يحصل بالصحيح
 والمعيب ، فلا يتقيد اطلاقها حينئذ بالاول ، وان كان هو كذلك في اطلاق الوكالة ،
 المحتمل ارادة القنية التي لا يناسبها المعيب ، وكذلك الكلام في الرد بالمعيب ،
 وأخذ الارش انتهى .

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

ينجر الى ذلك وهو لا يوجب الاخذ بظهور الاطلاق في المقام لو فرض ذلك .
وبالجمله لانسلم كون اطلاق الاذن مقتضياً نقداً بثمن المثل بل الاطلاق
يقتضى الغبطة والمصلحة في المضاربة .

والحاصل ان رب المال في المضاربة كان تمام همه الاسترباح الذي قد حصل
في البيع والشراء نقداً او في الذمة وليس في جميع الادقات ضرراً على البيع والشراء
بما في الذمة بداهة ان الذي في 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 ضامناً وهو غير ما نحن فيه فصح البيع والشراء
مطلقاً فيما كان مأموناً من الضرر والتلف .

و يدل عليه صحة مؤاخذة رب المال العامل بانه لم يمت بفلان ولا يصح
بانه لم يمت نسيئة خصوصاً فيما اجابه بانه محل اعتماد بي فلا جواب حينئذ له
فضلاً عن الحكم بالبطلان ونحوه .

ولذا في الجواهر قال والتحقيق أنه لا وجه للمتوقف مع المصلحة ، اذا كان
الاذن على وجه العموم فله البيع نسيئة وبدون ثمن المثل ، أما مع الاطلاق فالمدار
حصولها في الأفراد المتعارفة بين التجار في تحصيل الأرباح ، وأما النادر وان
فرضت فيه المصلحة فلا يدخل في الاطلاق ، ان ليس العنوان الاذن في عمل كل
ما فيه مصلحة ، وانما هو الاطلاق المنصرف الى الافراد المتعارفة التي منها نقصان
ما يتسامح به الناس انتهى .

﴿و﴾ على كل حال فقد ذكر المصنف وغيره انه ﴿لو خالف﴾ ما دل عليه
اللفظ ﴿لم يمتض﴾ وان دل على النقد فخالف النقد وان دل على العموم فخالف
العموم ونظير المتن ما في المسالك شارحاً لكلامه لكن قال بعد قوله لو خالف
لم يمتض ما هذا لفظه اذا خالف ما دل عليه اللفظ بخصوصه او اطلاقه لم يقع التصرف
باطلاً بناء على جواز بيع الفضولي لكن يقف على اجازة المالك فان اجاز نفذ ثم

ان قدر على تحصيل النسبة والاضمن 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 في صورة النقيصة لانه مع عدم اجازة البيع يقع باطلا فيضمن للمالك عين ماله الذي تعدى فيه وسلمه من غير اذن شرعى وفي المسئلة احتمالات اخر مدخولة انتهى ﴿الأ مع اجازة المالك﴾ .

وفي الجواهر لكونه تصرفاً قد وقع بدون اذن المالك وهو غير باطل عندنا وانما هو فضولي ، فان اُجاز نفذ لكن في المسالك تبعاً لجامع المقاصد انه مع الاجازة بان قدر على تحصيل النسبة ، والأ ضمن الثمن ، لثبوته بالبيع الصحيح ، لا القيمة ومع عدمها يجب استرداد العين مع الامكان ، والاضمن قيمة المبيع أو مثله ، لا الثمن المؤجل و ان كان ازيد ، ولا التفاوت في صورة النقيصة لأنه مع عدم الاجازة بيع باطل ، فيضمن للمالك عين ماله الذي تعدى فيه وسلمه من غير اذن شرعى ، انتهى .

والحاصل ما افاد المصنف في المقام غير تام جداً والافينسداب المضاربة وعلى فرض كون اطلاق اللفظ يقتضى نقداً فباع نسبية كانت المعاملة فضولياً يحتاج الى الاجازة للمالك وقد عرفت ان الاطلاق لا يقتضى ذلك بل ظاهر في المعاملات المتعارفة فالنقد والنسبة كلاهما متعارفان نعم على هذا الفرض لو تعامل مع زيادة ضرر على النسبة كما اذا كان طرف المعاملة غير موثق فاخر ما عليه او انكره كان ضمانه على العامل او اراد الدفع في رأس الاجل فاخر العامل اخذه وتلف وهكذا وكيف كان فلو كان من العامل تقصير في تلف مال المالك كان ضامناً كما باع او اشترى على خلاف ظهور اللفظ سواء كان ظاهراً في كون المعاملة بعين المال او ظاهراً في الاعم فالضمان مترتب على مخالفة ظاهر اللفظ في اى معنى كان له الظهور فيترتب الحكم على مخالفة اللفظ .

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

يشترى العامل بعين المال لما عرفت من عدم اقتضاء الاطلاق ذلك بل يعم الاطلاق النسبته ايضا وفي المسالك بعد قوله وكذا يجب ان يشترى اه قال لما في شرائه في الذمة من احتمال الضرر اذ ربما يتلف رأس المال فيبقى عهدة الثمن متعلقة بالمالك وقد لا يقدر عليه او لا يكون له غرض في غير ما دفع ولان المقصود من العقد ان يكون ربح المال بينهما ولا يكون ذلك الا اذا اشترى بالعين لان الحاصل بالشراء في الذمة ليس ربح هذا المال انتهى .

ولا يخفى ما فيه لما عرفت من عدم اقتضاء الاطلاق ذلك بل في المعاملات التي كانت مضاربة يدور مدار الغبطة للمالك بل لو كان في النقد عدمها وفي النسبته وجودها لزم وقوع المعاملة نسبه كما اذا كان الثمن النقد اقل وثمان النسبته اكثر من دون مضرة على طول الاجل هذا وفي الجواهر بعد العبارة قال .

قلت : قد يناقش في ضمانه بأنه مع اجازة المالك ورضاه بالبيع نسبه ، صار الثمن الذي في ذمة المشتري له برضاه ، ولم يحصل من العامل ما يقتضى ضمانه بل لعل ذلك كذلك في الغاصب اذا باع المغصوب نسبه ، ثم ندم الغاصب فأجاز المالك ذلك ورضى بالثمن الذي في ذمة المشتري أن يكون له ، خرج الغاصب من الضمان ، ولا ينتقل ضمان العين الذي كان عليه الى الثمن الذي لم تستولى يده عليه ، وكان ذلك كله لا اشكال فيه بمقتضى المعلوم من القواعد انتهى .

والانصاف ان ما ذكر المصنف بعيد في مطلق المعاملات خصوصا في المقام الذي تمام النظر كان في الربح والغبطة بحال المالك مع تعارف البيع والشراء بالنقد والنسبه وكثيراً ما كان الثاني انفع وكم من عدم القدرة على النقد لعدم وجود الثمن واشترائه نسبه وكذا في البيع لامكان عدم ثمن للمشتري فاشتراه نسبه ثم دفع فيبعد اقتضاء الاطلاق ذلك بل الاطلاق يقتضى كل معاملة للمالك مع الغبطة فر بما كانت المصلحة مع نسبه

نعم ان صرح بذلك كان لازماً ولورأى المالك الغبطة له في الدين ومع ذلك

لا يرضى به بل بالنقد لكان ما يترتب على خلاف رضاه ضامناً

وفي الجواهر ما هذا لفظه لكن في المسالك وغيرها المناقشة في الأخير 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 ما بينه وبين فاضل الرياض حيث جعل المدار على حصول المصلحة مع الاطلاق ، وان كان فرضها في نحو البيع بدون ثمن المثل نادراً ، وظنى أنه لا موافق له على ذلك ، وان كان قد يتوهم من بعض العبارات انتهى قال في الحقائق قد صرح جملة من الاصحاب بأن مقتضى اطلاق الاذن في المضاربة هو البيع نقداً بثمن المثل من نقد البلد ، فلو خالف لم يعض الامع اجازة المالك ، وكذا مقتضى الاطلاق هو ان يشتري بعين المال ، فلو اشترى في ذمة لم يصح الامع الاجازة .

وتفصيل الكلام في هذه الجملة أن يقال انه لما كان عقد المضاربة محمولاً 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 مقصوداً على ما يحصل هذه الغاية الذاتية وان يمنع من التصرف المؤدى الى ما يصادها 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 تحصيلاً 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 وصلته اليه وطريقاً فيه

وأيضاً له أن يشتري المعيب إذا رأى فيه ربحاً بخلاف الوكيل انتهى .
 ثم قال وحينئذ فليس له البيع الانقداً لما في النسبة من التعرير بمال المالك
 وجعله في معرض التلف ، كما في الوكالة ، مع أنه يمكن أن يكون في بعض
 الاحوال حصول الربح في جانب النسبة مع المصلحة وأمن التلف ، الا أنهم منعوا من
 ذلك مطلقاً ، وكأنهم بنوا على أن الاغلب في مثل ذلك التلف ، والتعرض له محل
 خطر وتعرير ، وكذا ليس له البيع الا بئمن المثل ، وهو ظاهر ، لان البيع ، بدونه
 تضييع على المالك ، مع أنه يمكن حصول الزايد ، وأما البيع بنقد البلد فلان
 الاطلاق في الوكالة انما ينصرف اليه ، والقراض في معناه ، فلذا أطلقوا الحكم هنا
 وفيه أن القراض قد يفارق الوكالة في بعض الموارد ، لان القرض المطلوب
 به تحصيل الربح قد يتفق في غير نقد البلد كالعروض ، واليه يميل كلام الشهيد
 الثاني في المسالك ، فيجوز البيع بغير نقد البلد مع ظهور الغبطة ، وحصول المصلحة
 لانها هي المدار في القراض وهو الظاهر من كلام التذكرة والمذكور وتردد في
 القواعد .

وبالجمله فانه لما كان المدار في القراض انما هو تحصيل الربح والفايدة
 فينبغي أن يترتب الجواز عليه ، سواء كان في البيع بالعروض التي هي غير نقد البلد ،
 أو في البيع بالنسيئة التي ليست نقداً ، بل يمكن أيضاً في البيع بأقل من ثمن
 المثل اذا اقتضته المصلحة ، وترتبت عليه الغبطة ، بأن يبيع بأقل من ثمن المثل ،
 ويشتري ما لا فيه ربح كثير ، فاطلاق الجماعة المذكورة أن اطلاق الاذن في
 المضاربة يقتضى الامور المذكورة محل تأمل كما ظهر لك ، والحمل على الوكالة
 غير مطرد كما عرفت من كلامه في التذكرة .

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

ومنعاً مدار الغرض المذكور وجوداً وعدمياً انتهى .

ولا يخفى ظهور العبارات في عدم اقتضاء الاطلاق هو المعاملة نقداً وانما نقلتها بتمام عباراتهم ليظهر مرادهم على غيرهم والمحقق الخوانساري بعد قول المصنف [ولو اشترى في الذمة وقع الشراء له والربح له] قال ما هذا صورته .
لأشكال في 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 في الذمة فلزوم اشتراء العامل بعين المال لافي الذمة لعله المشهور ، وقد علل بوجوه غير ناهضة للمدعى كد عوى أنه القدر المتيقن في باب المضاربة وأن الشراء في الذمة قد يؤدي 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 في ذمة صاحب المال أو في ذمة العامل بما هو عامل ومختار من قبل رب المال حيث ان المتعارف في التجارة بل الغالب وقوع الاشتراء في الذمة ورب المال فوض أمره 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 الشراء للعامل وكون الربح له مع فرض قصده لرب المال أو له بما هو عامل والقول بعدم صحة الاشتراء في الذمة في باب المضاربة فلم يظهر وجهه ، نعم بحسب الظاهر حيث لم يصرح في المعاملة بمن له الاشتراء يؤخذ العامل به كصورة التوكيل لكن الكلام في الوقوع بحسب الواقع وذلك لأن الكلي في الذمة ما لم ينسب الي 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 في الذمة يؤخذ به بحسب الظاهر حيث لم يصرح بأن الاشتراء لرب المال يشكك بالنسبة الى من ظهر من حاله أنه عامل وكذا الكلام فيمن ظهر من حاله أنه وكيل انتهى .

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

نعم ليس له الشراء في الذمة على ارادة الرجوع عليه بغير مال المضاربة ، فانه ليس في الاطلاق ما يشعر بالاذن بذلك ، ويمكن ارادة الأصحاب المنع عن هذا بالخصوص لاما يشمل الأول الذي قد يتسامح في 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 ﴿ في الذمة ﴾ بنية أنه للمالك ﴿ لامعه ﴾ أى الاذن منه ، لاسابقاً ولومن الاطلاق المزبور ، ولا لاحقاً ﴿ و ﴾ لكن ﴿ لم يذكر المالك ﴾ أى المالك على وجه يفهم البائع أن البيع له ﴿ تعلق الثمن بذمته ظاهراً ﴾ :

ولا يخفى ان العامل انما يعمل للمالك وكان بيعه وشرائه من مال القراض بحيث في الحقيقة عد الشراء للمالك والأخرج 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 الا 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 في الشراء والبيع ولا يحتاج حينئذ الى ذكره للبائع حتى يفهم كون
 البيع له فالبايع باع بهذا المشتري المعين وتعلق الثمن بذمته حسب الظاهر .
 ولو كان الشراء للمالك فعلى المشتري دفع الثمن الى البائع وكالة عن رب
 المال والحاصل ان المسألة في غاية الوضوح من حيث وجود الاذن الاطلاقي مع وجود نية
 كون الشراء للمالك بل يمكن ان يقال ليس الشراء صحيحا لنفسه كان له المال
 اولاً وعلى الثاني واضح لكون المال للمالك فهو بمنزلة الوكيل في 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 في الخيانة .
 ومن جميع ذلك ظهر ما في كلام الشارح المقداد حيث ادعى اقتضاء الاطلاق
 هو الشراء نقداً بعين المال فقال ما هذا لفظه :

(قوله : ولا يشتري العامل الابعين المال ، ولو اشترى في الذمة وقع الشراء
 له والربح له) .

لا كلام أن اطلاق العقد يقتضى أن يشتري نقداً بعين المال [لانه لو اشترى
 في الذمة فاما في ذمته أو ذمة المالك ، و الاول محال لاستحالة أن يملك الانسان
 شيئاً ذمته على غيره ، والثاني يقتضى اثبات دين على المالك من غير ضرورة ،
 فلم يتناول العقد مطابقة و لا تضماً و لا التزاماً ، ولان المضاربة انما وقعت على
 العين والدين غير العين ، فلو اشترى في ذمة المالك اشترى بغير مال المضاربة ،
 لان المضاربة يقتضى التصرف في المال الذي وقع عليه عقد المضاربة ولا يقتضى

التصرف في الذمة [١] ولان خلافه غرر وخطر فيكون منافياً للاسترباح المقصود هنا . فلو اشترى كذلك واتفق تلفها انفسخ البيع والمضاربة وكان المبيع لمالكه سواء كان التلف قبل الشراء أو بعده .

ولو اشترى في الذمة فلا يخلو اما أن يكون باذن رب المال أولاً ، والثاني أما أن يضيف حال الشراء في العقد أنه لرب المال أولاً ، والثاني أما أن ينوي الشراء لرب المال أولاً ، والثاني أما أن يطلق أو ينوي لنفسه . فهنا اقسام خمسة ١ - أن يشتري بأذنه ، فيقع للمضاربة ويلزم أداء الثمن من مال المضاربة فلو تلف قبل التسليم من غير تفريط من العامل لزم المالك دفع بدله و يكون المالك مال قراض . وهو قول الشيخ في المبسوط ، و حكي فيه وفي الخلاف هنا أقوالاً غير محصلة لافائدة بذكرها .

٢ - أن يكون بغير اذنه و يضيف الشراء له لفظاً ، فهو كالفضولي ان أجاز فهو كالاول والأبطل .

٣ - بغير اذنه ولم يصف لفظاً بل نية ، فيقع للعامل ظاهراً .

٤ - بغير اذنه وقيل مطلقاً ، فيقع له شرعاً .

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

وفي الاخيرين الربح له كله ولو دفع مال القراض فيهما ثمناً كان مضموناً عليه وفي الثالث لو دفع الثمن من مال القراض وأجاز المالك الشراء والدفع فالمبيع مال قراض والا فهو للعامل والثمن عليه انتهى .

وانما نقلت العبارات بطولها ليظهر جميع ما يمكن ان يقال في المقام وقد عرفت من نقل تلك العبارات خلافه وان الشراء لا يقتضى ذلك بل البيع والشراء في تعارف الناس يعمان النقد والنسيئة قوله من غير ضرورة النخ لانسلم كونه من غير ضرورة بل اذنه بالعامل ولو مطلقاً لازمه الاذن في مطلق البيع والشراء بعد العلم اجمالاً

بان في المعاملات كان المتعارف مطلق البيع نقداً ونسيئةً فاذنه للمعامل اذن في كون الدين على ذمته في مقابل المبيع الداخل في 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 او على ذمة العامل فان كان نقداً دفع ثمنه من مال المالك وان كان نسيئةً كان على ذمة المالك لان المبيع دخل في ملكه فكان ثمنه على ذمته وان جرى بيد العامل فما على ذمة العامل كأنه على ذمة المالك لكون المبيع داخلاً في ملكه فذمته مشغولة للبائع ولذا باع مال المالك اعم من النقد او النسيئة فان كان نقداً اخذ ثمنه للمالك وان كان نسيئةً كان الثمن على ذمة البائع للمالك .

وكيف كان فكان العامل في البيع والشراء بمنزلة الوكيل يدور العوضين مدارب المال الذي بمنزلة الموكل قوله وخلافه غرر

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

وفيه ان عمل العامل كلا في مطلق تصرفاته مع اذن من المالك فكل ما يصدر عنه كأنه صدر من نفس المالك ويظهر من ذلك الذي 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 ما هذا 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 عن 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 فده 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 الا كيف يصدر عنه بلانية مع انه لو صح وقوع المعاملة بلانية كانت باطلة لانه وقع للعامل او المالك فان البيع والشراء تملك العين و هو متقوم بالقصد و هو متقوم بالتعيين فلولم يكن فى نية العامل البيع او الشراء لنفسه او للمالك بطلت المعاملة لانها وقعت صحيحة وتعلق الثمن بذمته ظاهراً او باطناً وهذه قاعدة فى جميع المعاملات والعبادات 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 امره بابتياح شيء بعينه فابتاع غيره ضمن ولوربح والحال هذه كان الربح بينهما بموجب الشرط الذى بينهما من الربح نصفاً او ثلثاً او غيرهما ويبدل عليه روايات مشككة حلها عند القوم كالصحيح عن أحدهما «سألته عن رجل يعطى المال مضاربة وينهى أن يخرج ، قال : يضمن المال والربح بينهما» .

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

ائت ارض كذا وكذا ولا تجاوزها واشتر منها؟ قال: فان جاوزها وهلك المال فهو ضامن وان اشترى متاعاً فوضع فيه، فهو عليه وان ربح فهو بينهما. و في خبر أبي بصير عنه عليه السلام ايضاً « في الرجل يعطى الرجل مالا مضاربة وينهاه أن يخرج به الى أرض أخرى ، فعصاه قال : هو ضامن ، والربح بينهما اذا خالف شرطه وعصاه » .

و في خبر أبي الصباح عنه ايضاً « في الرجل يعمل بالمال مضاربة؟ قال: له الربح و ليس عليه من الوضيعة شيء ، الا أن يخالف عن شيء مما أمره صاحب المال » بل في صحيح جميل عنه ايضاً « في رجل دفع الى رجل ما لا يشترى به ضرباً من المتاع مضاربة فذهب فاشترى غير الذي أمره قال هو ضامن والربح بينهما على ما شرط » .

وخبر أبي 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 : هو ضامن ، وان سلم فهو بينهما » .

بل في صحيح الحلبي عنه ايضاً أعم من ذلك قال : « في المال الذي يعمل به مضاربة ، له من الربح ، وليس عليه من الوضيعة شيء الا أن يخالف أمر صاحب المال ، فان العباس كان كثير المال ، وكان يعطى الرجال يعملون به مضاربة ، ويشترط عليهم أن لا ينزلوا بطن واد ، ولا يشتر واذا كبد رطبة ، فان خالفت شيئاً مما امرتك به فأنت ضامن للمال » وفي صحيحة الاخر عنه ايضاً « في الرجل يعطى الرجل مالا مضاربة ، فيخالف ما شرط ؟ قال : هو ضامن ، والربح بينهما » .

والمسألة مشكلة من حيث الحكم بالضمان الظاهر في البطلان ومن حيث الحكم بكون الربح بينهما فانه على هذا الفرض لا يجمع بين الضمان وكون الربح بينهما فان الاول مقتضى البطلان والثاني مقتضى الصحة .

وفي الجواهر بعد قول المصنف كان الربح بينهما قال ما هذا لفظه الا أنه

أشكله بمخالفته القواعد المعلومة ، ضرورة عدم الدخول في الملك مع عدم الاذن لاحقاً وسابقاً ، فكيف يتَّبجه استحقاق الربح حينئذ ، ومن هنا جمد بعض الناس على ما في النصوص ، ولعل اقتصار المصنف على هذين الصورتين لذلك ، لكن لا يخفى عليك ما فيه بعد ما سمعته من النصوص الدالة على الاعم من ذلك ، وهو كل شرط قد خولف ، وهو الذي جزم به غير واحد ، قائلاً أنه لا بأس بتخصيص القواعد بهذه النصوص المعمول عليها بين الأصحاب إلا أنه كما ترى أيضاً انتهى

والمسألة مشكلة من حيث مخالفة تلك الاخبار مع القواعد المسلمة فانه اذا نهى المالك العامل عن المعاملة في ارض كذا او عن جنس كذا او عن شخص كذا كانت المعاملة باطلة والعامل ضامن للمال او الثمن فكيف يكون الربح لهما مع انه فرع صحة المعاملة فلا مناص الأتخصيص هذه القاعدة بتلك الاخبار فتأمل وفي الجواهر بعد قوله المتقدم آنفاً قال ويمكن تنزيل هذه النصوص على ارادة بقاء الاذن في المضاربة ، واردة الضمان من الاشتراط ، كما يؤمى اليه ما في ذيل صحيح الحلبي السابق ، وخصوصاً ذكره عليه السلام له بعنوان التعليل للمحكم بل لعل ذلك هو المعروف فيما بينهم سابقاً من الشرط كما عساه يؤمى اليه خبر رفاعة عن ابي عبدالله عليه السلام في مضارب يقول لصاحبه ان أنت أذهبته أو أكلته ، فانت له ضامن ؟ قال : هو له ضامن اذا خالف شرطه ، هذا انتهى .

ولا يخفى ما فيه ان قوله عليه السلام اذا خالف شرطه ظاهر في بطلان المضاربة والأفلامعنى للضمان نعم في بطلانها في هذا الذي يخالفه لامطلق المضاربة وفي المسالك ايضا بعد قوله ولو امره بالسفر آه قال المراد ان المضاربة لا تبطل بهذه المخالفة وان وجب الضمان والائتم في التصرف غير المأذون و الربح بينهما على حسب الشرط وللنصوص الصحيحة الدالة عليه والالتوجه الاشكال الى صحة الاتباع المخالف لو قوعه بغير اذن فينبغي ان يكون فضولياً و كان السبب في ذلك ان الغرض الذاتي

في هذه المعاملة هو الربح و باقى التخصيصات عرضية لا يؤثر في فساد المعاوضة المخالفة لحصول المقصود بالذات وبالجملة فالمستند النص الصحيح وعمل الاصحاب به انتهى .

قوله وينبغي 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 لا يسبقه منع من المالك وقد يسبقه المنع فهنا مسائل ثلث : الاولى ان يبيع للمالك مع عدم سبق منع من المالك و هذا هو المتيقن من عقد الفضولى و المشهور الصحة انتهى و الشهرة فى صحة غير المسبوق بالنهى فالمسبوق به لا وجه لصحة ماله مع النهى الدال على الحرمة .

و كيف كان فمضافا الى ان ظاهر الاخبار هو الجمع بين المتنافيين فان لازم الضمان هو البطلان و لازم 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 و لم يلحقه الاذن بعداً كما هو المفروض فلا يصل النوبة بحصول الربح و اشكل من ذلك تخصيص القاعدة بتلك الاخبار فان المخصص لا يصلح للتخصيص لثناقض احد جزئيهما مع جزء آخر فيتوقف التخصيص على تصحيحه او لا حتى يصح التخصيص فالقول بانه لا يخصص غير تام .

ومنه ظهر عدم صحة قول القائلين بتخصيص القواعد بهذه الاخبار و فى الحدائق بعد نقل الاخبار قال ما هذا لفظه: وهذه الاخبار على كثرتها و تعددها فقد اشتركت فى الدلالة على ان الربح بينهما مع المخالفة ، و ضمان العامل لو عطب المال أو حصلت فيه نقيصة وهو لا يوافق قواعدهم .

ولهذا قال فى المسالك : و لو لا النص لكان مقتضى لزوم الشرط فساد ما وقع مخالفاً أو موقوفاً 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 وتجاوزته
الى أمر آخر غير ما وكل عليه فانه يكون بيعه وشراؤه 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 ، وان خالفت مقتضى قواعدهم ، ومن الجائز 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 فلا بد
من اصلاح ما دل 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 فعديل المامل
الى غيرها مع النهى أو مع المضادة إلا 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 .

ولا بد ادلا من توضيح كلامه ومقصوده ان اللازم بطلان المعاملة للنهى
لان الغالب بنظر المالك وحدة المطلوب وهو 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 و كيل 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 في المقام للاخبار وهو كما ترى اذ لا معنى لارتفاع الحرمة الالجهة شرعى فلا بد وان يكون لجهة يخرجها عن حرمة بيع المنهى كما يخرج زيد العالم عن حرمة اكرامه للفسق فان قلت جهته الغبطة والمصلحة للمالك بنظر العامل .

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

ومحصله تقييد المخالفة في 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 في مورد النهى وقع اقل من قيمة اليوم ولو علم بكونه ازيد من غير مورد النهى لما نهاه فحينئذ نهيها لما كان مبطلا اصلا بل مؤثراً ومصححاً للمعاملة مطلقا فانه ان كانت باكثر من ثمن المثل كان الربح بينهما وان كانت باقل كانت خسارة الاقليّة عليه بمخالفته امر المالك .

وكيف كان فاصل المعاملة صحيحة وليس بطلان وحرام في البين كى يوجب تخصيص القاعدة الدالة على الحرمة بمادل على الصحة .

وقال في الجواهر ما لفظه قلت : قديقال بالصحة من غير احتياج الى الاجازة لما سمعته من النصوص أن البيع صحيح مع المخالفة ، ولكنه ضامن للموضعية ،

ولاريب أن محل الفرض من ذلك انتهى .

ولعله توجه لما نذكره وهو كون النهى لامر خارج عن المعاملة .
وكيف كان فالظاهر عدم دفع الاشكال عن المقام ويمكن ان يقال ان اصل
المعاملة غير منهي عنها التحقق الاذن من المالك بالبداهة فلا يكون المقام داخلا
في البيع المنهى عنه وكم فرق بين ان يبيع مال الغير بدون اطلاعه وبين بيعه باذنه
غاية الامر خالفه البايع في كفيته بتوهم القبطة والاصحاب فرضوا المعاملة من
اول الامر منهيافوقعوا في اشكال حله وانه مع النهى باطل فكيف يكون الربح بينهما
وليت شعري 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 في بعض المعاملات من حيث المكان او الشخص والجنس
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 في قوله لا تبع وقت النداء فلانقيصة في اصل البيع لو خالف وباع
بل انما يوجب منقصة لنفسه لاجل تركه صلاة الجمعة الواجبة مع المعصوم ففي
المقام كانت المعاملة صحيحة والربح بينهما والخسارة في 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 في مكان مخصوص او
شخص مخصوص او بلد مخصوص فهو ليس بمفسد لتعلق النهى بالامر الخارج عن
المعاملة فالربح حينئذ بينهما والضرر على العامل والثاني كما نهى عن اصل
المعاملة مثل شراء اموال الناس المأخوذة عنهم بالقهر والغلبة وفرقاً وصاحبها
خوفاً عن الخصم ومن المعلوم بيعها وشرائها غصب وحرام ولا تدخل في ملك
صاحب المال مع دفع ثمنه عن امواله ففي مثله قد تعلق النهى على نفس المعاملة

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

وبالجملة ففي مثل حرمة اصل المعاملة كان العامل ضامناً لمال صاحبه لبطلانها ولاربح لها ففي 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 في شراء ملك ونهاه عن شراء املاك مغبوبة فانه اذا اشترى للمالك داراً مغبوبة كان عليه جميع قيمة الدار للموكل ورد الملك على من اشتراه منه حتى يرد على صاحبه .

ومنه يعلم حال الدكاكين المسمية [به بنكاه معاملات ملكي] فان صاحبها بمنزلة الوكيل في البيع والشراء للموكل فاذا اشترى للموكل داراً غصبياً فرده الموكل كان عليه رده الى صاحبه بحسب الصورة ودفع الثمن الى الموكل وكيف كان فصاحب المعاملات اما وكيل اذا قيل له اشترى لي منزلاً او نحوه او كان دلالة في 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 في المعنى وكالة﴾ وفي الجواهر بعده قال التي هي كغيرها من العقود الجائزة ، نحو العارية والوديعة تنفسخ بالموت والجنون والاعماء ، ونحو ذلك مما يقتضى بطلان الاذن من المالك التي هي بمنزلة الروح لهذا العقد وشبهه ، بل ظاهر الاصحاب في المقام وغيره عدم تأثير اجازة الوارث أو ولي المالك في حال الجنون والاعماء ، لتصريحهم بالانفساخ بعروض أحد هذه العوارض ، وحينئذ فاذا اريد تجديدها مع

وارث أحدهما اشترط فى الثانية شروط الأولى من انضاض المال دراهم ودنانير وغير ذلك كما هو واضح 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 واغماؤه والحجر عليه للسفه لانه متصرف فى مال غيره بأذنه فهو كالوكيل ولا فرق بين حصول ذلك قبل التصرف وبعده ولا فرق بين ان يكون قد ظهر ربح وعدمه ثم ان كان الميت المالك و كان 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 ربح الربح والا فلا وللوارث الزامه بالانضاض ان شاء مطلقاً وسيأتى الكلام فى ذلك فى مسألة 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 والتنضيب 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 وايرد تجديدها مع وارث احدهما اشترط فى الثانية شروط الاولى من انضاض المال والصيغة وغيرها انتهى .

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

وليث 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 العقودية اولى باخراجه عن اللزوم بالاجماع ان معنى عدم اللزوم عدم الوفاء وهو كما ترى .

وكيف كان فبطلانها بالموت من الواضحات الذى لا يتطرق 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 ونحو الوديمة والعارية تنفسخ بالموت و الجنون والاعماء فان تم الاجماع والأفلاشكال فيه مجال لمنع بطلان الاذن من المالك بالموت نعم مع خروج المال عن الملك لاشكال وأما مع بقاء المال على ملكه كما ، لوعين ثلث ماله للمضاربة فيشكل الأثرى أن الوصية استنابة للوصى فى العمل بعد الموت ولا تبطل بالجنون والاعماء 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 فلالمالك بعد الموت والاذن قائم به فيزول بزواله كما هو ظاهر الشارحين و عدم بطلان الوصية فى الثلث بالفرق بان فى الوصية يجعله لنفسه لبعده و فاته باذن الشارع فهو يحكم بقائه بعد الموت .

وان شئت قلت ان الاموال الذى جعله مالك الملوكة لعبيده قسما 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 وكيف كان فعدم بطلان الاذن فى الوصية لا يضر 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 فلا يبقى الاخر ايضا ولا يكون 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 لعلمه لم يقبله فكذا في الاجارة
قد اجار المالك الملك بهذا الشخص المعين واذن له في التصرف في العين الى
آخر مدتها فاذا مات يبطل اذنه هذا .

لكن الانصاف ان الفرق بين المقام والاجارة بين اذ في الاجارة كان
الموَجِر يرفع اليد عن منافع عينه الى وقت معلوم وجعل هذه المنافع ملكاً للمستأجر
الى هذه المدة واخذ منه اجرة الاجارة بقيت نفسه او لا فكما لا يقدر الموَجِر على
اخراج العين من يده قبل انقضاء المدة في حياته بل بقيت المنافع للمستأجر بحاله
فكذلك بعد موته فالملكية للمنافع ليست دائراً مدار بقاء من ملكها بل بقيت
للمستأجر مادامت المدة باقية وتام الكلام في باب الاجارة ان شاء الله .

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

وفي المسالك بعد قوله ومن شرطه ان يكون عيناً قال اشتراط ذلك في
المال موضع وفاق نقله في كرة وهو العمدة وعلل مع ذلك بان ما في الذمة لا بد
من تحصيله او لا ويجوز 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 في كل وقت وحال وهو النقدان
ولا يخفى ان اثبات الحكم بمثل هذه التعليقات بعيد والعمدة على نقل الاجماع
انتهى .

ولا اشكال في المسألة نصادفتوى امامتوى فمشهور واما نصادفما رواه المشايخ
الثلاثة عن السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام : في رجل
له على رجل مال فتقاضاه ولا يكون عنده ما يقضيه ، فيقول : هو عندك مضاربة ،
قال : لا يصلح حتى يقبضه منه ، وهو صريح في المطلوب وضعف السند منجبر بتلقي

الاصحاب له بالقبول واجماعهم على ذلك .

وقيل في كونه كالدين مالوآذن للمعامل في قبضه من الغريم ، فانه لا يخرج بذلك عن كون المضاربة قد وقعت بالدين الا أن يجدد العقد بعد القبض وفيه تأمل .
 ﴿﴾ شرط آخر ﴿﴾ أن يكون دراهم أو دنانير ﴿﴾ وفي الجواهر بلاخلاف أجده في شيء منه ، بل الاجماع بقسميه عليه فمضافاً الى ما قيل : من أصالة الفساد هنا ، السالمة عن معارضة «أوفوا بالعقود» «والمؤمنون عند شروطهم» ونحو ذلك مما عرفت ارادة العقود اللازمة منه . وعن الاطلاقات التي لم تسق لبيان ما تجوز به المضاربة ، وانما هي في معرض أحكام آخر ، وان كان لا يخلو من تأمل ، ضرورة الاكتفاء «بتجارة عن تراض» ونحوه في ذلك بعد الاغضاء عن دعوى عدم اطلاق صالح ، ولكن الامر سهل بعد الاجماع المزبور انتهى .

ويرد عليه (اولاً) انه على ما افيد وادعى عليه الاجماع لزم ترك احكام المضاربة لازمنة لا يتعارف المعاملات كلا بالدراهم الاندرة او لعدم وجودهما كما في عصرنا الحاضر حيث كان جميع اموال الناس بالقرطاس المسمى بالاسكناس مع ان الاحكام الشرعية ثابتة و باقية الى يوم القيامة و ما جعله الشارع تحليلاً او تحريماً باق الى يوم معلوم .

(وثانياً) انهما لم يبق بحالهما من حيث القيمة كما في عصرنا الحاضر ايضاً فان قيمتهما في كل ساعة يتغير زيادة ونقصاناً ويمكن ان يكون اول الدفع الى العامل قيمتهما اضعاف قيمتهما من حين المعاملة فلا يبقى من رأس المال الا القليل ولا يمكن في مثل ذلك جعله رأس المال الذي في ساعة بعده وصل الى غاية سعود والنزول ولذا كان جعلهما مهرأفي ذمة الزوج غير صحيح لكونهما في 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 التاف و فى عصرنا كانت القيمة مختلفة فى الغابة و لازمه تعطيل احكام المضاربة .

(وثالثا) ان اصل عينهما على الاشتراط لا يبقى بحالهما بل بمجرد وصولهما الى يد العامل بدل بالعروض لجعلهما ثمن ما اريد به التكسب المقصود من المضاربة مثلا دفع اليه رب المال مائة دينار للمعاملة و دفعها العامل كلها الى البايع الذى اراد منه شراء المتاع ثمننا له ففى المعاملة الاولى بدلت مائة دينار بملك او ثياب او قماش 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 او ثمنناً فهو اسوء حالا من الاول و ان اريد بقاء عوض الدينار او الدرهم و لو لم يكن عينهما فإى ثمرة فى شىء لا يبقى الا فى آن فى يد العامل ثم خرج من يده ثمناً لبيع ونحوه .

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

و على ذلك ظهر ما فى الخلاف قال ما لفظه : لا يجوز القراض الا بالايمان التى هى الدراهم والدنانير و به قال ابو حنيفة ومالك والشافعى و قال الاوزاعى وابن ابي ليلى يجوز بكل شىء يتمول فان كان مماله مثل كالحبوب او الادهان رجح (يرجع - خ) الى مثله حين المقاصلة و الربح بعده بينهما نصفين و ان كان مما لا مثل كالثياب والمتاع والحيوان كان رأس المال قيمته و الربح بعد بينهما .

(دليلنا) ان ما اخترناه مجمع على جواز القراض به وليس على جواز ما قالوه

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

وقال المحقق الخونساري ما هذا لفظه : اما اشتراط كون مال المضاربة عيناً دنائير أو دراهم فادعى عليه الاجماع لكن المصنف - قدس سره - تردّد في الشرايع في القراض بالنقرة أي القطعة المذابة من الذهب والفضة مع انها ليست من الدراهم والدنائير ولا يبعد أن يقال المضاربة معاملة متعارفة بين العقلاء ممضاة لها احكام خاصة والقدر المتيقن منها ما كانت بالدراهم والدنائير وان امكن الخدشة بشمول والا ان تكون تجارة عن تراض، انتهى .

وظاهره 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 التراضي .

قال في الحقائق ما لفظه وأما اشتراط كونه دراهم أو دنائير فقد اعترف جملة من الاصحاب بانهم لم يقفوا له على دليل غير الاجماع المدعى في المقام ، والظاهر أنه كذلك ، حيث انا لم نقف بعد الفحص والتتبع على دليل من النصوص على ذلك ، وتردد المحقق في الشرايع في الجواز بالنقرة ، وهي 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 ودنائير الذي هو موضع الوفاق ، ومن مساواتها لهما في 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 لانعلم قائلاً بجوازه بها ، وانما ذكرها المصنف متردداً في حكمها ، ولم ينقل غيره فيها خلافاً ، واذا كانت المضاربة حكماً شرعياً فلا بد من الوقوف على ما ثبت الاذن

فيه شرعاً ، وربما أطلقت النقرة على الدراهم المضروبة من غير سكة ، فان صح هذا الاسم كان التردد من حيث أنها قد صارت دراهم ودنانير : وانما تخلفت السكة وهى وصف فى النقدبن ، وربما لا يقدر خصوصاً اذا تعومل بهما على ذلك الوجه ومما تقدم من وجوه المنع انتهى وهو جيد .

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

قالوا تفریباً على ما تقدم : فلا يصح المضاربة بالفلوس ، ولا بالدراهم المغشوشة ، سواء كان الغش أقل أو أكثر ، ولا بالعروض وأنت خير 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 فلا جرم يجب التأمل فيه اكثر مما قيل او يقال وظاهر المسالك عدم دليل عليه سوى الاجماع الذى عرفت حاله فلا بد من التماس دليل معتبر سواء الاً فالاصل عدم اشتراطه بالدراهم والدنانير وقال فى الروضة بعد قول المصنف بالدراهم والدنانير اجماعاً وليس ثمة علة مقنعة غيره انتهى .

وفى مفتاح الكرامة بعد قول المصنف [الثالث رأس المال وشرطه اربعة الاول ان يكون نقداً] قال ما لفظه أى دراهم أو دنانير كما صرحت به عباراتهم من غير نقل خلاف ولا اشكال الا من مولانا اردبيلى كما ستمسح وقد يظهر ذلك

من الكاشاني نعم خلت عنه المقنعة والمراسم والنهاية والكافي ولعلمهم ليسوا مخالفين كما خلى المقنع والانتصار عن الباب بالكلية .

وفي (جامع المقاصد) ان ماعدا الدراهم والدنانير المسكوكة لانصح المضاربة عليه بأجماعنا واتفاق أكثر العامة وفي (الروضة والمفاتيح) انما تجوز المضاربة بالدراهم والدنانير اجماعا مع زيادة وصفهما بالمسكوكين في الاخير وهو ظاهر التذكرة حيث قال الشرط ان يكون من النقدين دراهم أو دنانير مزروبة منقوشة عند علمائنا وقد فهم منها في المسالك الاجماع وحكاها عنها أولا وثانيا وقال انه العمدة ثم أخذ بعد ذلك يدعيه .

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

(ونحن نقول) لا ريب في صحة ما في التذكرة لانه محصل معلوم ولا يقدر فيه عدم ادعائه في الخلاف والغنية حيث قال فيهما ان المضاربة بالائتمان مجمع على جوازها ولم يدعيها على اشتراطه كما أنه لا ريب في مخالفة المضاربة الاصل من وجوه فيقتصر فيما خالفه على المتيقن المجمع عليه وليس في أخبار الباب على كثرتها لان كادت تبلغ ثلاثين خبرا عموم يتناول ما نحن فيه ونحوه وانما اشتملت على اطلاقات مسوقات لبيان أمور آخر للبيان 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 الایفاء بالعقود والشروط فقد تقدم غير مرة ان المراد بها ما تداول منها في عصره عنه وهو الذي ضبطه الفقهاء في كتبهم فلو كانت شهرة هناك تخالف ذلك العموم قلنا انها قرينة على عدم تداول ذلك في عصره عنه 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 .

ولا يخفى ما فى هذه الكلمات و الانفاقات و الاجماعات الغير الثابتة من كثير وعدم ذكر غير واحد من القدمات ذلك وهو دليل على عدم الاجماع و من العجيب عدم ذكر ذلك فى مثل المسألة فى الاخبار الكثيرة مع ان كلها فى مقام البيان و احتياج المكلفين الى العمل بذلك بل العجيب هو الاستدلال باصالة الفساد مع كثرة الدليل الظاهرة فى الصحة خصوصا عمومات ادفوا بالعقود و المؤمنون عند شروطهم و عمومات تجارة عن تراض مع عدم تصريح من واحد منها بكون رأس المال هو الدراهم و الدنانير فلا دليل لهم سوى الاجماع وقد عرفت مكرراً منّا حاله .

وقد مرّ مفصلاً فى ج ٢٥ ص ١٤٠ فلا اشارة فى دليل و لا خبر من ذلك بل ولا يمكن هذا مضافاً الى لزوم كون رأس المال معيناً وزناً و قيمة و الدراهم و الدنانير وان كانا متعييناً وزناً لكنه لا يتعين من حيث القيمة و يتغيرا فى كل ساعة وهذا مضافاً الى مشقة حملهما على الحامل بل اكثر المعاملات كان اخذ الثمن و جعله بمكان يسمى به (بانك) و الثمن يسمى (بيك) بالحوالة اليه فلازم كون الصحة بالدراهم و الدينار تعطيل هذه الاحكام و الوقوع فى العسر و الحرج و الضرر .

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

قيمتها بها واصالة الجواز ، ثم قال : وهذا كله يندفع لماند كرهناه من اتفاقهم على اشتراط أحديهما ، ومع ذلك لا تعلم قائلاً بجوازه بها ، وإنما ذكرها المصنف متردداً في حكمها ، ولم ينقل غيره فيها خلافاً ، وإذا كانت المضاربة حكماً شرعياً فلا بد من الوقوف على ما ثبت الاذن فيه شرعاً انتهى .

ولا يخفى ظهور قوله ومن مساواتها لهما في المعنى فيظهر منه جواز كل شيء يساويهما ففي هذا العصر يساوي ما يسمى باسكناس حيث لا فرق في هذا العصر بينهما وبين نقود المعمولة بل الثاني أحب عندهم من حيث امكان حمل كثير منه اياً بآباً وذهاباً بخلاف الدينار والدرهم لثقلهما ومشقتهما .

﴿و﴾ مما ذكرنا يعلم عدم صحة قوله ﴿لا يصح بالفلوس﴾ لفقد الشرط المزبور عندهم وذلك لانه لا فرق اصلاً بين كل ما يكون به رواج عصر وصرفه في المعاملات و كان عندهم نقود للمعاملات و منه يعلم عدم صحة ما في الخلاف حيث قال القراض بالفلوس لا يجوز وبه قال ابو حنيفة و ابو يوسف والشافعي وقال محمد هو القياس الا اني اجيزه استحساناً لانها ثمن الاشياء في بعض البلاد .

[دليلنا] ان ما قلناه (ذ كرهناه) مجمع على جواز القراض به وما ذكره ليس عليه دليل والاستحسان عندنا باطل انتهى .

فاللازم كان بحيث يقبله العرف في معاملاتهم من كل شيء يصح عندهم بحسب زمانهم ففي مثل زماننا كان بناء المال والتمن والنقود بالاسكناس والدار ونحوهما في كل ما يتعارف المعاملة به في كل بلد و مدينة فان قلت فعلى هذا تعلق بالانسان بمقدار عشرين ديناراً ومائة درهم من غيرهما الزكاة ان على هذا كان المراد بهما ايضاً سائر النقود قلت كلا ان الحكم هناك موضوعة للدرهم والدينار لا غيرهما والفرق ايضاً واضح اذ مناط التعلق بهما عدم حبسهما الا نام ويختل امر المعيشة والعسر والحرج واختلال النظام فحكم بالزكاة لئلا يحبس عند الناس مضافاً الى انه لو تعدى عنهما بغيرهما لزم تعلق الزكاة على كل الاموال

كالخمس فيوجب العسر والحرص ولذا اختص حكم الزكاة بهما بخلاف المقام الذى لو اختص الحكم بالدرهم والدينار ليلزم تعطيل احكام المضاربة كلا الآ نادراً تأمل فيما ذكرنا تعرف مع ان المقصود بالدرهم والدينار 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 .

﴿﴾ كيف كان فـ ﴿﴾ لا ﴿﴾ يصح (بالورق المغشوش) الذى يجب كسره ﴿﴾ سواء كان ﴿﴾ فيه ﴿﴾ الغش أقل أو أكثر ﴿﴾ 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 ان كانا 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 متعارفاً 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 ما يشمل المتعارف فى زماننا من الشاميات والشوشيات وغيرهما من النقد المعلوم امتزاجه بغير الفضة ، ضرورة صحة المضاربة بها ، ووجوب الزكاة ، لعدم اعتبار الخلو فى الدرهم والدينار ، وانما هو القطعة المسكوكة للمعاملة ، سواء كان خليطاً أولاً ، وان اتفق خلوصه فى ذلك الزمان ، الا أنه أحد الافراد ، كهيئته السابقة ، وحينئذ فلا حاجة الى ما فى جامع المقاصد من تقييد نحو عبارة المصنف بما اذا لم يكن متعاملاً به ، أى المغشوش ، فلو كان معلوم الصرف بين الناس جازت به المعاملة ، وصح جعله ما لا للقراض ، سواء كان الغش أقل أو أكثر ، ان قد عرفت ارادة المصنف وغيره من المغشوش ما سمعت ، لانحو ذلك كما هو واضح انتهى .

﴿و﴾ كذا لا يصح ﴿لابالعروض﴾ التي هي غير النقدين من المتاع مطلقاً والامتعة التي لا يدخلها كيل ولا وزن ، ولا يكون حيواناً ولا عقاراً لانتهاء الشرط المزبور كما هو واضح . وكان المصنف ذكر الاول ولم يستغن عنها بالعروض بناء على التفسير الأول دفعا لتوهم الجواز في النقرة باعتبار كونها مادة للدرهم والدينار وفي الفلوس ونحوها باعتبار كونها مثل النقدين في 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 وغيرهما فقد يرجع اليهما وغاية ما يحتاط في المقام ان امكن جعل اصل المال منهما وكيف كان ففي الجواهر ما زجا لعبارة المصنف ما هذا لفظه ﴿ولو دفع اليه﴾ اى الى العامل ﴿آلة الصيد كالشبكة بحصة﴾ ثلث او نصف او غيرهما ﴿فاصطاد﴾ لم يكن مضاربة قطعاً ، لانتهاء الشرط ولا شركة لعدم الامتزاج ، ولا اجارة لعدم معلومية الاجرة فليس هي الامعاملة باطلة وحينئذ ﴿كان الصيد﴾ ما اصطاده ﴿للصايد﴾ الذى قد حازه ﴿د﴾ لكن ﴿عليه أجرة﴾ المثل ﴿الآلة﴾ قوله لانتهاء 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 الفساد المضاربة بمخالفة مقتضاها فان مقتضاها تصرف العامل فى رقبة المال وهنا ليس كذلك وليس بشركة لانه مر كب 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 والا كان الصيد لهما على حسب ما نواه الصايد وقد 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 واما لو كان المراد عدم كون التصرف في رقبة المال اى نفس المال كالتصرف في نماء المال دون نفسه فقد عرفت عدم لزومه وصحة المضاربة لقصد الاستئناء 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 .

وهي التجارة باموال المالك في مدة مستمرة حيث يكون في 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 في افراد المضاربة جداً وحينئذ فالحكم ما افاد في المتن الماتن والشارح جداً قال في الحقائق : **الثاني** : 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 بالدرهم والدينار ، ولان مقتضى المضاربة التصرف في عين المال المدفوع ، واتلافه بالبيع أو الشراء ، وهنا ليس كذلك ، لا بالنسبة الى الاول ولا الثاني . 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 في تملك المباح ، كما هو أحد القولين ، والافانه يصير الصيد مشتركاً بينهما حسبما يراه الصائد ، وقد تقدم الكلام في ذلك في المسئلة الثالثة من الفصل الثالث في 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 في المسالك : وحيث يكون الصيد لهما فعلى كل منهما من أجرة

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

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

و الحاصل : 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 لا يكون المال مشاعاً و اخرى اريد الشركة مع شريكه كما هو صريح قول الشارح من غير فرق النخ 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 .

و كيف كان فالدفع الى العامل اشاعة لا يصح الا اذا كان المتضارب اكثر من الواحد او كان المراد هو تكلم للعامل في مال اشاعة وقبوله ودفع اليه افرازاً الامكان كون مال القراض لرب المال بين كثير من الاموال وعند الدفع افرازه فان مال القراض تارة يعينه صاحبه و يدفع الى العامل معيناً و اخرى مخلوطاً ممزوجاً بين امواله فيخرجه ويعدّه عند العقد او بعده الى العامل .

و كيف كان فاحسن تعبير لذلك ما في وسيلة السيد الاصفهاني قال في المقام

ما هذا الفظه فلو كان دراهم معلومة مشتركة بين اثنين فقال احدهما للعامل قارضتك بحصتي 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 ﴿ ولا بد ان يكون معلوم المقدار ﴾ حتى يرتفع به الغرر و انقطع النزاع بين العامل و المالك ولكن ذلك يتوقف على القبض مشاعاً هو الظاهر من المتن و الا فإذا يكون معلوم المقدار لامحالة .

﴿ ولا يكفي المشاهدة ﴾ لعدم رفع الغرر وعدم حصول المعلوماتية الا جمالا وهو غير كاف و لا يندفع الاعتراضات و النزاع الواقعة بين الطرفين الا بالمشاهدة ﴿ وقيل : يصح مع الجهالة ، و يكون القول قول العامل مع التنازع في قدره ﴾ و منه ما لا يخفى و في الجواهر بعده قال بل في المسالك « انه في المختلف عن الشيخ القول بجواز المضاربة بالجزاف من غير تقييد بالمشاهدة ، و قواه في المختلف محتجاً بالأصل ، و قوله « لا يخلو » المؤمنون عند شروطهم ، و لائز لاقتضاء هذه الجهالة التنازع بعد ان كان القول قول العامل شرعا في قدر الواصل لان الاصل عدم وصول الزايد اليه انتهى و في الجميع ما لا يخفى .

﴿ و ﴾ كيف كان ﴿ لو أحضر مالين ، وقال قارضتك ﴾ بأحدهما أو ﴿ بأيهما شئت : لم ينقعد بذلك قراض ﴾ .

و في الجواهر للابهام في الأدل المانع من تعلق العقد ، فان المبهم لا وجود له في الخارج ، و موقوفة العقد مع التخيير الى حال وقوعه ، و ليس في الأدلة حتى الاطلاقات ما يدل على مشروعية ذلك ، بل لعل الأدلة قاضية بخلافه ، ضرورة ظهورها في سببية العقود و عدم تأخر آثارها عنها ، و جعل الخيار كاشفا عن مورد العقد من أول الامر لادليل عليه ، لكونه مخالفاً للأصل ، و من هنالك يحك خلاف في 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 اذ بعد علمه بعجزه المساق لتلف الاموال كان قبوله اقداما على ضرره قال فى الحدائق ما هذا لفظه : لو أخذ مالا للمضاربة مع عجزه عنه بمعنى أنه يعجز عن تقليبه فى التجارة والبيع والشراء به لكثرت ، قالوا : لا يخلو اما أن يكون المالك عالماً بعجزه ، أو جاهلاً بذلك ، فان كان الثانى فانه يضمن ، لانه مع علمه بنفسه وأنه يعجز عن ذلك يكون واضعاً يده على المال على غير الوجه المأذون له فيه ، فانه انما دفع اليه ليعمل به فى التجارة .

لكن هل يكون ضامناً للجميع أو القدر الزائد على مقدوره قولان : اختار أولهما فى المسالك ، ووجه الاول من عدم التميز والنهى عن أخذه على هذا الوجه ووجه الثانى من أن التقصير انما حصل بسبب الزائد ، فيختص به الى ان قال . وفيه أنه يمكن تخصيصها بالزائد لانه هو الذى حصل فيه العجز ، فيكون هو الغير المأذون و اما ما يمكن العمل به فانه يكون مأذوناً فيه انتهى و فيه ان الزيادة سبب و علة للتلف ولولاها كما يعجز فيتلف فالحق هو ضامن للجميع . وفى الجواهر بعد المتن قال مع جهل المالك ، كما فى المسالك قال ولانه 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 لاشكال فيه كما لاشكال فى ان سبب ضمان الكل انما يكون الزائد اى هو العلة للعجز الموجب للاتلاف و لولاها لكان قادراً على الحفظ فالحق هو الضامن للكل لو تلف بعجزه عن التحفظ .

نعم ان علم المالك ايضا بعجزه فله منعه وان لم يمنعه كان قد اقدم ايضا على تلف ماله فيشتر كان 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 وضمن خصوص الزائد لامعنى له للاجمال وعدم تميزها ولان عملة التلف هي الزائد قال في القواعد [ولو اخذ من واحدا لا كثيرا يعجز عن العمل فيه ضمن مع جهل المالك].

وفي مفتاح الكرامة بعده ما هذا لفظه كما في المبسوط والمهذب والشرائع والتحرير والارشاد والروض والمسالك ومجمع البرهان غير انه لا تقييد في الثلاثة الاول ببجل 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 فلا ضمان اما لقدمه على التفويت او لانه يكون كالاذن له في التوكيل والمراد بالعجز العجز عن التصرف في المال ونقله في 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 فلا يتعدى المنع الى غيرها فلا يضمن الا الزائد الذي لا يقدر على التصرف فيه وحفظه .

(وقال في المسالك) وهل يكون ضامنا للجميع او للمقدرا الزائد على مقدوره قولان ثم قوى ضمان الجميع لعدم التمييز والنهي 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 ولا ترجيح الآن لاحد اجزائه اذ لو ترك الاول وأخذ الزيادة لم يعجز انتهى .

(وفيه أولا) انا لم نجد هذين القولين والاقول بالتفصيل للمخاضة ولا العامة ولا حكاها غيره .

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

اطلاق العبارات وان كان قد أخذ 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 لكثرة العجز عنه لضعفه مع قلته كما في
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 حفظاً عن التلف او السرقة وزعم انه قادر على اخذه وحفظه وحينئذ العامل
اما يعلم ذلك واما يجهل وعلى الثاني معناه ايضا علمه بقدرته فكلاهما يزعمان القدرة
على اخذ المال والدفع اليه وحينئذ لا ضمان اصلي وان علما كلاهما بالعجز فقد
اقدم 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
وظيفة العامل القبول والفرض ان كليهما يخالفان فان لم يقبل العامل كان ضمان
الكل عليه .

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

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

ومنه يعلم شقوق كثيرة لاكثر موارد الفقه كالاجير لعمل غير قادرعليه والوصى في 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 اوالحاصلة في اثناء العمل وتأمّل في 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 في اثناء العمل وجب عليه فوراً رد الزائد الى المالك او الفسخ ولايكون ضامنا لكل ما يترتب عليه ولولم يفسخ كان ضامنا مع بقاء العقد كما عن المسالك لكن صحة العقد غير معلوم مع كونه في مقام اضمحلاله وفناءه لو لم يفسخ .

وفي الجواهر بعد ما حكاه عن المسالك صحتها قال قلت : لعل المتجه في مفروض المسألة الفساد من غير فرق بين حالى العلم والجهل ، وذلك لمعلومية اعتبار قدرة العامل على العمل في الصحة ، نحو ما ذكره في 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 ، ان هو أدلى 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 في الصحة لم يكن للضمان حينئذ وجه ، ضرورة اقتضاء صحة العقد عدم الضمان الا ما خرج ، كما هو واضح ، والله العالم انتهى .

﴿ ولو كان له في يد غاصب ﴾ مثلاً ﴿ مال فقارضه عليه صح و لم يبطل الضمان ﴾ الذى يتلف قبل وقوع عقد المعارضة عليه وفي الجواهر ما لفظه السابق للاصل السالم عن معارضة وقوع عقد القراض الذى لا يلزمه عدمه الضمان ، بل يجامعه فى كثير من المقامات ، ولظهور قوله ^{عليه السلام} «حتى يؤدي» فى بقاء الضمان الى حال التأديبة التى ليس وقوع عقد القراض منها ، وكون العين فى عقد القراض امانة لا ينافى 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 ، ولومن جهة اقتضاء العقد الاذن فى دوام القبض انتهى .

ولا يخفى 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 قد تقدم البحث فى نظير هذه المسئلة فى باب الرهن وان وجه بقاء الضمان انه كان حاصلًا قبل ولم يحصل ما يزيله لان عقد القراض لا يلزمه عدم الضمان فانه قد يجامعه بان يتعدى فلا ينافيه و لقوله ^{عليه السلام} «على اليد ما اخذت حتى تؤدى و حتى لانتفاء الغاية فيبقى الضمان الى الاداء اما على المالك او على من اذن له و اندفع الى البايع مأذون فيه فيكون من جملة الغاية واستتقر 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 .

ولا يخفى ما في قوله ولم يحصل ما يزيله بداهة ان مجرد جعل المال عنده قراضاً زال ما يوجب الضمان ولذا في الحدائق في المقام قال والظاهر أن الحكم اتفقي عند الاصحاب ، اذ لم أفق على نقل خلاف في المسئلة والظاهر أنه لا اشكال في ذلك المضاربة، وكذا لا اشكال ولا خلاف في أنه متى وقعت المضاربة واشترى العامل وهو الغاصب بذلك المال المغصوب عروضاً ودفعه عن قيمتها ، فإنه تبرىء ذمته من الضمان الثابت عليه بالغصب، لانه قضى دين المالك باذنه ثم قال .

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

اقول : قال العلامة في التذكرة وهل يزول عن الغاصب ضمان الغصب بعقد المضاربة عليه أو بدفعه الى بايع السلعة للقراض ؟ ابو حنيفة و مالك على الاول لانه ما سلك له باذن صاحبه، والشافعي على الثاني لعدم التنافي بين القراض وضمان الغصب كما لو تعدى فيه ، والوجه عندى الاول ، لان ضمان الغصب يتبع الغصب والغصب قد زال بعقد القراض ، فيزول تابعه انتهى .

والظاهر أن الحق في المسئلة هو ما ذكره العلامة ، انتهى وما ذكره في مجله بداهة انه بمجرد قصد بقاء الاموال للقراض انقطع حكم الغصب لتبديل موضوعه فلا يلحقه حكم الغصب فيكون تلفه بعد القصد بمنزلة تلف مال القراض بل لا يصح استصحاب حكم الغصب وعليه يرتفع هذه الاحتمالات لعدم بقاء موضوع الغصب حتى امر بتأدي اليد فيكون كالحاضر الذي صار مسافراً .

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

ولعله من ذلك ايضاً لو تنبه 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 اليد حتى تؤدي بخلاف المقام فانه تلف بعد قبول المالك بكونه قراضاً .

وحينئذ ﴿فاذا اشترى﴾ الغاصب ﴿به﴾ اى بالمال الغصب الذى جعل المالك عنده المضاربة ﴿ودفع المال﴾ الغصب ﴿الى البايع﴾ حتى جعل المبيع للمالك كما به 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 اذ هو 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 ولا اشكال 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 ديناً .

نعم لو و كئله على القبض ثم العقد عليه قراضاً فيكون موجباً قابلاً عنه صح بناء على جواز مثل ذلك انتهى والامر سهل وهنا ﴿فروع﴾ الاول انه ﴿لو قال بع هذه السلعة فاذا نضئ منها﴾ فهو قراض لم يصح .

وفى الجواهر ما هذا 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 مملو كيته واضح اذ لا يحصل الا بعقد البيع ولانه مجهول وقد تقدم ان المال المجهول لا يصح به لان العقد معلق على شرط فلا يصح كالبيع خلافاً للبعض العامة حيث جوزه كك انتهى وكذا التذكرة قال ما هذا لفظه:

لو دفع اليه ثوبا فقال له بعه فاذا نض^١ ئمنه 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 شوري بين جماعة ولا يجوز مثل ذلك في القراض انتهى .

وفي الحدائق قال ما هذا لفظه قالوا : لو قال : بع هذه السلعة فاذا نض^٢ ئمنها 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 فسي 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^٣ الثمن ونقد جعل ئمنها 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^٤ 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 فبح باطل حيث لا ثمن كى يكون مملوكا ومعينا وعبارات القوم كلها ظاهرة في جعل الثمن قراضا بعد نقده وفي تلك الحالة لا يصح الاستدلال بالفساد بعدم المملوكية وعدم التعيين للثمن بقوله ﴿لان المال﴾ اى الثمن ﴿ليس بمملوك عند العقد﴾ فانه ان اريد بالعقد عقد السلعة الواقعة على ثمن المشتري كما هو ظاهر اذا نض^٥ الثمن اى نقد السلعة فلا يكون الا بعد بيع السلعة فهذا الثمن كان قبل البيع مملوكا للمشتري وبعده واشترى المشتري السلعة صار مملوكا للمالك بعقد وكيه وان اريد عقد المضاربة على السلعة التي لا تباع

فعلا وجعل نفس السلعة قراضا فلا عقد ولا ثمن حينئذ وهو على خلاف اذا نض^١ الثمن ونقد .

والحاصل ان هذه العلة على عدم الصحة انما يصح لو كان المراد ارادة المالك في 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 يصير مملوكا بل قبل النقد كانت السالبة بانتفاء الموضوع اذ ليس ثمن كى يكون ملكا وكذا كونه مجهولا اذ لا يعلم كم يكون الثمن حتى يكون قراضا والشرط ان يكون ثمن القراض معلوما والحاصل ان اريد من قوله فاذا نض^٢ ثمنه فقد قارضتك انه اذا بعث الثوب واخذت ثمنه كان هذا الثمن الذى لى عندك مضاربة فالبحث عن غير المملو كية وغير المعلوماتية ساقط وان اريد كون السلعة قبل البيع كان قراضا فلا يبدل عليه العبارة فما يظهر من العبارة كان الثمن مملوكا ومعينا ويمكن ان يكون المراد هو الاول وانما هو مراد العامة .

وكيف كان فلا يستقيم العبارة صحة وبطلانا والوجوه المذكورة للبطلان انما تصح اذا كان المراد من بيع السلعة جعل ثمنها قبل البيع مضاربة ومن المعلوم انه قبل البيع لا ثمن موجود حتى يجعل مضاربة ولا كونه مملوكا للعامل واما بعد نض^٣ المال ونقد الثمن كان مملوكا وموجودا تأمل فيها حتى تفهم ما يظهر من عبارة المسالك وعبارة التذكرة فانها عين عبارة المصنف ولا يصح الجمع بينهما وبين ما استدلوا عليها .

وما يظهر 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 وبمه واعمل بثمنه مضاربة لانه فى هذه الحالة يكون

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

والعبارة صريحة فيما ذكرنا و كررناه و اوضحناه ولا يكاد ينقضى تعجبي من ذلك و اصرح 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 و نقد 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 و بعد البيع ثمنها فصح ما استدلوا عليه لكنه غير ظاهر من العبارة فتأمل في جميع ما ذكر حتى تعلم .

و بالجملة لو كان مراده حصول المضاربة بمجرد قول المالك بع السلعة و كان ثمنه مضاربة بحيث كان قوله بع السلعة واجعله مضاربة بمنزلة كون السلعة مضاربة نظير الابدان و الانشاء في الخارج فكما اذا قال يا زيد قد تحقق في الخارج فرد من النداء و اذا قال صل او اضرب قد تحقق في الخارج وجوب الصلاة والضرب فكذلك اذا قال واجعل ثمن السلعة مضاربة قد تحقق في الخارج انشاء المضاربة فلا كلام في بطلانه اذ لم يتحقق في الخارج فعلا بيع السلعة حتى يتحقق مملو كية ثمنها ولا يعلم العامل بكم يصير السلعة نقداً و اى مقدار يكون ثمن السلعة و مال القراض لا بد و ان يكون معلوماً و بطلان المضاربة بهذا المعنى من البديهيات . و اما لو كان المراد بعها و اذا بعته و اخذت ثمنها اجعل ثمنها مضاربة فلا محالة يكون صحيحة اذ بعد بيعها صار المالكاً لثمنها فالثمن صار مملوكاً للمالك اما انة عند العامل حتى يجعله مضاربة و كان معلوماً عندهما اما عند الوكيل فمن حين البيع و اما عند المالك فباخبار العامل .

و اما التعليق ان كان مرادهم بذلك قوله اذا بعته و نقد الثمن اجعل الثمن

مضاربة فهو حينئذ ظاهر في القسم الصحيح وليس في الحقيقة تعليقاً فان معناه اذا جعل الثمن في 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 والبطالان و عليك بالتأمل الكامل فيها ونعم ما عبر عنه بالشبهة بالوديعة فان معنى اذا نص "ثمنها فهو قراض انه اذا بعث كان ثمن السلعة مضاربة وقبل البيع كانت السلعة وديعة عندك .

الفرع الثاني ﴿ ولومات رب المال وبالمال متاع فأقره الوارث لم يصح لأن ﴾ العقد ﴿ الأول بطل ﴾ بالموت .

وفي الجواهر وليس هو فضولياً بالنسبة الى الوارث الذي لم يكن له علاقة بالمال حال العقد بوجه من الوجوه ، وبذلك افترق عن اجارة البطن الأول العين الموقوفة مدة زادت على حياتهم ، فان الاجارة تصح باجارة البطن الثاني ، لتعلق حق لهم من الواقف . فالاجارة على المدة الزائدة في نفس الامر لهم ، و ان لم يعلم بها حال العقد ، بخلاف المقام الذي هو ابتداء ملك للوارث بالموت ، وحينئذ فالمدار في الفضولية كون المعقود عليه حال العقد للغير ، ولكن الفضولي أجرى العقد عليه ، بخلاف نحو المقام الذي 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 او عرض و متاع فان المال وان انتقل الى الوارث لولم يكن دين مستغرق لكن مالك المضاربة غير الوارث ولم يقع المضاربة مع الوارث كى يكون باقياً فيحتاج بقائه الى تجديد المضاربة للوارث بخلاف البطون المتأخرة فان الكل متأخر يتلقى العين الموقوفة من مقدمه والكل من الواقف . وفي الحدائق ما هذا لفظه الثاني : لومات رب المال والمال عروض في يد العامل ، وأقره الوارث على العقد الاول ، فانهم صرحوا بأنه لا يصح ، لان العقد

الاول بطل بالموت ، كما تقدم من أنه من العقود الجائزة التي تبطل بالموت فلا يصح الابتعاد العقد من المالك الثاني ، والتجديد أيضاً غير جائز ، لانه لا بد في مال المضاربة أن يكون من النقدين ، والموجود الان عرض ، فلا يصح المضاربة بها انتهى .

ولا يخفى ان ظاهره كون رأس المال في جميع المدة هو الدرهم والدينار ولومع وقوع الف معاملة معهما فانه لو سلم ذلك مع عدم دليل عليهما سوى الاجماع الغير المتحقق وغير الحججة انما كان في اول الامر لالي آخر المضاربة فيمكن كون الموت بعد خمسين سنة ففي جميع هذه المدة كانت المعاملات بالدرهم والدينار فلولم تصح المعاملة الا بهما لكان جميع المعاملات الواقعة في حال الحياة باطلة ايضا وهو كما ترى اذ لازمه كون جميع نفوذ المعاملات هو الدرهم والدينار وهو مع عدم امكانه في جميع الايام كعصرنا الحاضر الذي كان جميع اموالهم القرطاس لم يكن له دليل اصلا بل لو سلم هو في اول المعاملة ويدل في اول معاملة العامل بالعرض .

وكيف كان فاذا مات في اثناء المضاربة المالك وبطلت المضاربة كان رأس المال هو العرض فلوصح للوارث اجازة المضاربة لا يصح من حيث العرض حيث ان اللازم عند القوم في اول الشروع كون رأس المال الدرهم والدينار ولذا قال **﴿ ولا يصح ابتداء القراض ﴾** .

وفي الجواهر قال في الفرض الذي قد عرفت امتزاج المال فيه **﴿ بالعرض ﴾** حتى في النقد منه خاصة ، لعدم ذكر الحصة له ، و انما ذكرت للجميع الذي منه العروض **﴿ ولو اختلفا في قدر رأس المال ، فالقول قول العامل مع يمينه ﴾** سواء كان المال باقياً أو تالفاً بتفريط او غيره **﴿ لانه اختلاف في المقبوض ﴾** .

وفي الجواهر قال وفي الواصل اليه والداخل تحت سلطانه بالتصرف فيه ، ولا ريب في أن الاصل عدم ذلك بالنسبة الى الزايد ، بل هو في 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 في المال المشخص الى ان قال و من هنا جزم في جامع المقاصد و المسالك بأن القول قول المالك في الفرض واستحسنه في الرياض ، ولعله الأقوى ، ومنه يعلم ما عن فخر المحققين من أن القول قول المالك الأ مع التلف بتفريط ، اذ لا يخفى عليك ما فيه بعد الاحاطة بما ذكرناه انتهى .

ولا يخفى ان مصب الدعوى دعوى العامل في اقلية رأس المال والاصل عدم الزيادة لان الاختلاف في القبوض وانه قبض العامل مائة او خمسين والاصل عدم الاخذ الا في المتيقن كما هو في كل حادث فدعوى زيادة رأس المال على خلاف الاصل ولا يصل النوبة الى احتمال زيادة استحقاقه في المال المشخص والاصل عدم زيادة استحقاقه توضيح ذلك انه كان الموجود من رأس المال مائة دينار .

و قد اختلف فيها و قال المالك هي 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 فلا ربح في البين بل كان الجميع رأس المال فلا نصيب للعامل من المال فادعاء كون رأس المال هو الخمسون مستلزم لزيادة نصيبه في المال المشخص والاصل عدم الزيادة فالقول قول المالك و هو كما ترى اذ قول العامل حسب دعواه اقلية رأس المال موافق لاصالة عدم الزيادة بخلاف قول المالك فان دعواه الزيادة على خلاف الاصل فلا يصل النوبة الى ان لازم دعواه الزيادة دعوى زيادة حق العامل في المال المشخص والاصل عدم زيادة المال على حقه .

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

فالقول بتقديم قول المالك في غير محله سواء ظهر ربح او لا و في الحدائق قال لو اختلف العامل والمالك في قدر رأس المال فمقتضى القاعدة ان القول قول العامل بيمينه ، لانه ينكر قبض الزيادة ، و المالك يدعى اقباضها و لافرق في ذلك بين كون المال باقياً ، أو تلفاً بتفريط العامل ، بل المحكم في الثاني بطريق ادلى فان العامل حينئذ غارم ، فالقول قوله في القدر .

قال في 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 في قوة اختلافهما في 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 الا ما 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 .

وكيف كان فاللازم في الدعوى اجراء الحكم الى ظاهر كلام المتخصصين لارفع اليد عن ظاهر كلام احدهما والاخذ بما هو لازمه فهو بمنزلة من ترك ظاهر الكلام ومعنى المطابقي والاخذ بالخارج اللازم بل لمجرد الاحتمال فالعامل يدعى صريحا كون رأس المال اقل وهو موافق لاصالة عدم الزيادة فيكون منكرها وداخلا في عموم البينة على المدعى واليمين على من انكر مع لزوم حمل قول المسلم على احسنه وانه صدق في دعواه فيترك ما يرجع 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 السببي والمسببي فإن الشك في استحقاق المالك زيادة على المتيقن فيما بينهما مسبب عن زيادة رأس المال والقاعدة في أمثال المقامات هو اجراء الاصل في السبب وهو زيادة رأس المال على المتسالم بينهما والاصل عدم الزيادة كما اذا شك في زوال نجاسة المغسول بماء المشكوك الكرية الذي كان كرا سابقا فإن الشك في بقاء النجاسة مسبب عن كون الماء كراً اولاً فاذا جرى استصحاب بقاء الكرية السابقة قد علم بطهارة المغسول ظاهراً فاذا كان في البين مائة دينار مثلاً وكان المالك يدعى هذه رأس المال وقال العامل نصفه مثلاً مال القراض ونصفه الاخر ربح بيننا واللازم هو الاخذ بمقدار اعترافه وهو الاقل والباقي من الزيادة بينهما .

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

نعم لا يبطل العقد بذلك ، فيبقى الربح حينئذ بينهما على حسب الشرط ، وان أتم بذلك العامل وضمن ، هذا كله مع اطلاق العقد ، أمامع الاذن في ذلك خصوصاً أو عموماً فلا بأس به مع المصلحة في الاخير ، كما هو واضح انتهى وهو في محله الامر ﴿الثالث في الربح﴾ وقد ورد في الاخبار والربح بينهما والوضعية على المال وقد يقال ان الربح معدوم عند العقد وحصوله بعد العمل غير معلوم فلا يملكه رب المال حال العقد حتى يملك العامل حصة منه عوضاً عن عمله انتهى وهو على الظاهر على خلاف الروايات المثبتة حصة من الربح للعامل على حسب الشرط نصفاً او ثلثاً او ربعاً .

فان ظاهر هذا الكلام عدم وجوده حال العقد ووجوده بعده غير معلوم فلا يملكه رب المال كى يملك العامل الحصة وهو اجتهاد في 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 * .

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

والمقصود انه اذا انعقد عقد المضاربة و جعل للعامل الشرط نصفاً او ثلثاً
ونحوهما ينعقد بلا كلام خلافاً لما عن المفيدره وبعض الاخر حيث ذهبوا الى عدم
لزوم الشرط بل ليس للعامل الاجرة المثل ولا يخفى بعده فالقوى ان العامل
يملك حصته من الربح بنحو ما شرط له كما عليه الاجمال .

قال في 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 في الخلاف والمبسوط والاستبصار ، وقال في النهاية ان له اجرة
المثل ، والربح بتمامه للمالك ، قال : وقد روى أنه يكون للمضارب من الربح
بمقدار ما وقع الشرط عليه من نصف أو ربع ، أو أقل أو أكثر ، ونقل هذا القول
أيضاً عن الشيخ المفيد ، وسلازل وابن البراج انتهى .

قال في القواعد (المطلب الرابع العامل يملك الحصة من الربح بالشرط)
وفي مفتاح الكرامة بعده ما هذا لفظه كما صرح به في الاستبصار لانه جعله
عنوان الباب والنهائية فيما اذا اشترى العامل أباه أو ولده وفيما اذا ضارب بمال
اليتيم وفيما اذا خالف أمر المالك وغير ذلك من كلامه فيها وبه طفحت عبارة
الخلاف والمبسوط في 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 والتحريير والارشاد وشرحه لولده والتبصرة والمختلف والايضاح واللمعة وغاية المراد والمهذب البارع والمقتصر والتنقيح وجامع المقاصد والروض والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية والمفاتيح والرياض .

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

وقال أيضا انه ان شاء اعطاه ما شرطه له في الربح وان شاء منعه و كان عليه أجرة مثله و قال في 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 في المراسم) المضاربة أن يسافر رجل بمال رجل فله أجرة المثل و لاضمان عليه (وقال في الكافي) اذا دفع المرء لغيره مالا ليتجر به أو متاعا ليبيعه و جعل له قسطا من الربح لم ينعقد بينهما شركة و انما له في الحكم اجرة مثله دون ما شرطه والاولى الوفاء به و هذا صريح في الخلاف و قد حكاه في المختلف عن ظاهره و قد حكاه عن القاضي و لم نجد له أنثراً في المهذب بل سمعت ما وجدناه .

و قد حكى الجماعة كلام المختلف حرفاً فحرفاً مستريحين اليه كما أنه

في السرائر لم يحك الخلاف الا عن النهاية مع انه موافق فيها للاصحاب في عدة مواضع وقد رد في السرائر كلام النهاية باجماعنا وتواتر اخبارنا في ان المضارب اذا اشترى أباه أو ولده وكان فيه ربح انعتق عليه وهو دليل متين لكن ليس في ذلك في الجوامع العظام الا خبران لكن الاخبار الدالة على ذلك غير هذين الخبرين كثيرة مصرحة في الربح بالشركة وان الربح بينهما على حسب ما شرط ولو كان مستحقا للاجرة لكان ذلك على المالك لا على الربح وقد استدل المصنف وولده والكركي 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 انتهت الجماعة لتأويل كلام المخالفين (قال في 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 ابي 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 في ايضاح النافع عن المحقق انه قال لا اعرف لهم مستنداً يصح الاعتماد عليه فان تمسكوا بان الحصاة مجهولة فليس بشيء لانه اجتهاد في مقابلة النص و الشهرة و يرد مثله في المزارعة وفي كلام النهاية حيث لم يجز المضاربة بالدين ما يدل على ان هناك مضاربتين صحيحة و فاسدة فكلامها شديد الاضطراب غير ملتئم الاطراف و كلام المراسم فيه اختصار مخل جدا و كلام الكافي في الباب غير كاف و نحوه كلام المقنعة انتهى .

ولا يخفى ان مثل هذه الاختلاف من مثل من لم يلد الدهر بمثله الا القليل مع ورود كثرة الروايات الدالة على صحة الشرط وان الربح بينهما وعدم دلالة

رواية يمكن معارضتها معها ومع ذهاب الكل اليه وكون الاجماع على خلافه كما ترى مشكل جدا و بعض الموافقين له انما ذهبوا الى موافقته لاجل جلاله قدره و عظمته والافلو لاكونه بنى المخالفة لاظن 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 ﴿لا بد أن يكون﴾ جميع ﴿الربح مشاعاً﴾ على جهة الشركة بينهما ﴿ف﴾ حينئذ ﴿او قال خذه قراضاً والربح لى﴾ من دون شراكة له بل كان الكل للمالك ﴿فسد﴾ قراضاً بلا كلام وله اجرة المثل ﴿ويمكن﴾ بعيداً ﴿ان يجعل﴾ المراد بقوله قراضاً هو ﴿بضاعة نظرا الى المعنى﴾ لا اللفظ 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 تبرعاً فيراد من القراض البضاعة مجازاً فيكون متبرعاً .

﴿و﴾ هو عجيب فضلاً عن ان يكون ﴿فيه تردد﴾ مما تقدم ومن ظهور اللفظ فى معناه الحقيقى بل لايسبق الى الذهن من القراض البضاعة والعمل للمالك مجازاً و تبرعاً فاللفظ ظاهر فى معناه الحقيقى سواء كان قراضاً صحيحاً كالشراكة فى الربح او فاسداً كى يكون له اجرة المثل فاللفظ ظاهر فى معناه الحقيقى صحيحاً او فاسداً كما فى المقام فالصلاة مثلاً ظاهرة فى الاركان المخصوصة صحيحة كانت او فاسدة عند المتشعبة الا ان يراد منها المعنى المجازى بالقرينة المنصرفه 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 والفساد ، وهو غير معنى البضاعة الذى هو الاقدام على التبرع فى العمل وليس فى الفرض ما يشعر بذلك بوجه فدعوى اتحاد المعنى حينئذ واضحة الفساد كدعوى كون اللفظ لغوا انتهى .

﴿ وكذا التردد لو قال ﴿ خذه قراضاً ﴾ و الربح لك ﴾ فإنه بين كونه قراضاً 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 قراضاً ﴾ 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 وانفاق 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 أجره كما هو المقرر فى البضاعة ، أم يكون قراضا باطلا ؟ للاخلال بشرط القراض مع التصريح بكونه قراضاً - وجهان : والمشهور الثانى لما ذكر ، وعلى تقديره حينئذ قراضاً يكون الربح للمالك خاصة لانه نماء ماله ، وعليه أجره المثل للعامل ، هذا مقتضى قواعدهم ، وبه صرحوا هنا .

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

ذ ك ر د ا ل ع ل ي ه ا ، و ل ا ن ه ل ا ي ح ك م ب ا ل غ ا ء ال ل ف ظ م ا أ م ك ن ح م ل ه ع ل ي الص ح ء ة ، و ذ ك ر الق ر ا ض و ا ن ك ا ن م ن ا ف ي اً ب ح س ب الظ ا ه ر ، ال ا ن ه ي م ك ن أ ن ي ك و ن م ا خ و ن ا م ن م ع ن ي الم س ا و ا ت ال ت ي ه ي أ ن ي ك و ن م ن أ ح د ه م a الم ا ل ، و م ن ال ا خ ر الع م ل ، م ن غ ي ر ال م ف ا ت ال ا م ر آ خ ر ، و ه و أ خ ذ م a ش ت ق م ن ه الم ع ن ي الش ر ع ي .

و ل و ق ي ل : ا ن ذ ل ك ب ح س ب ال ل غ ء ة ، و ال ح ق ي ق ءة الش ر ع ي ءة ت ا ب ا ه ، ا م ك ن أ ن ي ت ج و ز ف ي ه ، ف ا ن ال ح ق ا ي ق ال ل ل غ و ي ءة ت ص ي ر م ج ا ز ا ءة ش ر ع ي ءة ، و ه و أ و ل ي م ن الف س ا د ا ن ت ه ي .

أ ق و ل : ل ا ي خ ف ي م ا ف ي ه م ن الت ك ل ف الب ع ي د ، و الت ح م ل ال غ ي ر الس د ي د ، و ل و ا ن ف ت ح ه ذ a الب ا ب ف ي م ف ا ه ي م ال ا ل ف ا ظ ، ل ا ن ف ت ح الب ا ب ف ي ال ج د ا ل ، و ا ن س ع ت د ا ئ ر ءة ال ق ي ل و ال ق ا ل ال ا ن ق ا ل ب ق ي ال ك ل ا م ف ي أ ن ظ ا ه ر ال ا ص ح ا ب أ ن ه - م ع ال ح ك م ي ك و ن ه ق ر ا ض اً ف a س د اً - ي ك و ن ال ر ب ح ل ل م a ل ك ، و ل ل م a م ل أ ج ر ءة الم ث ل ك م a ع ر ف ت . و ق a ل الع ل a م ءة ف ي الم خ ت ل ف ب ع د أ ن ن ق ل ع ن الش ي خ ف ي الخ ل ا ف و الم ب س و ط أ ن ه ل و ق a ل : خ ذ ه ق ر a ض اً ع ل ي أ ن ال ر ب ح ك ل ه ل ي ، ك a ن ق ر a ض aً ف a S D aً و ل a ي ك و ن ب ض ا ءة - م a ل ف ظ ه : و a ل و ج ه ع ن د ي أ ن ه ل a أ ج ر ءة ل ل م a م ل ، ل a ن ه د خ ل ع ل ي ذ ل ك ف ك a ن م ت ب ر ع a ب a ل ع م ل ، ف l a أ ج ر ءة ل ه ح ي ن ن ذ ، و ظ a ه ر ه أ ن ه و a ن ك a ن ق R a ض aً ف a S D aً ف a ن ه ل a أ ج ر ءة ل ه ل د خ و ل ه م ع ع د م ت ع ي ن أ ج ر ءة ، ف ك a ن ع م ل ه ت ب ر ع a ، و ق و a ه ف ي الم S a L K ، ال a ن ه ا ح T M L ب ن a ء K l a M الع ل a م ءة ع ل ي الب ض a ءة أ ي ض aً ، و l a ي خ ل و م ن ق و ءة .

ف ع ل ي ت س ل ي م ك و ن الب ن a ء ع ل ي الب ض a ءة K a ن م ت ب ر ع a ل a ق R a ض a ف a S D aً و ال ح a ص ل ع D م ال a ج ر ءة م ن ح ي ث K o n الب ن a ء ع ل ي الب ض a ءة ل a الق R a ض a الف a S D و K ي ف K a ن ف a C H T M L ع D م ال a ج ر ءة ع ل ي الع a م ل و ل و ع ل ي الق R a ض a الف a S D م ن الع ج a ئ B ف T Q W ي ءة ال ح D a ئ ق ق o l الع ل a م ءة ع ل ي ع D م ال a ج ر ءة م ن ح ي ث a n ب n a ء ع ل ي الب ض a ءة ل a الق R a ض a الف a S D ف a n ا ج ر ءة الم ث ل Q D T B T T ل K o n ع M l الم S L M م ح T M R a .

ث م ق a ل و م ن ه a أ ن ي ق o l : خ ذ ه Q R a ض aً و ال ر ب ح K l ه ل K ، و Q D ع R F T آ N F aً و ج ه الف S a D ف ي ه ، و أ ن ه ل a ي ص ح Q R a ض aً ، و ه ل ي ك o n ذ L K Q R a ض aً B a l T Q R I B الم T M T Q M

فى البضاعة بالنظر الى تلك العبارة ، أقرضاً فاسداً كما تقدم أيضاً ، فعلى الاول يكون الربح كله للعامل ، والمال مضمون عليه ، كما هو شأن القرض ولا شىء للمالك وعلى الثانى فالربح كله للمالك ، وعليه أجره 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 ، الأبعدم وجود لفظ القراض فيه ، ولكن ذلك لا يمين ارادة القرض والبضاعة منه ، الأبدعوى انصراف الاطلاق اليهما ، أو حمله عليهما ولولأصاله الصحة كما هو ظاهر المسالك الأنها 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 فى المسالك احتتمل تقديم المالك ، لأنه أعرف به والعامل نظراً الى ظاهر اللفظ ، وترجيحاً للصحة ، ولو اختلفا فى ضميمه اللفظ قدم قول مدعى ما يصح معه العقد ، لأصاله الصحة وعدم الضميمة .

قلت : لا يخفى عليك عدم اتيان الوجهين بعد تسليم كون ظاهر اللفظ ذلك ضرورة عدم وجه لمن يدعى خلاف الظاهر بلاقرينة ، و الا لزم من ذلك فساد كثيراً 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 قراضاً فاسداً فاذا قال قارضتك والربح لى اولك ظهور اللفظ هو المضاربة الا انها فاسدة بقرينة لى ولك .

﴿ولو شرط احدهما شيئاً معيناً﴾ كعشرة الدراهم مثلاً ﴿وبالباقي بينهما﴾

وقد ﴿فسد لعدم الوثوق بحصول الزيادة فلا تتحقق الشركة﴾ .
 وفي الجواهر بعد المتن قال لعدم ثبوت ما يدل على الصحة في الفرض ،
 ضرورة اقتصار النص والفتوى على صحة المشتمل على اشتراك جميع الربح بينهما
 على جهة الاشاعة بنحو النصف والثلث والرابع ، وما يؤدي مؤداها ، انتهى .
 وفي الحدائق في مقام الاشتراك في الربح ما نصه و يتفرع عليه صور ،
 منها - أن يجعل لاحدهما شيئاً معيناً كعشرة دراهم مثلاً ، فانه باطل اتفاقاً ،
 وكذا لو ضم الى ذلك أن الباقي بينهما ، ولانه ربما لا يربح الا ذلك القدر ، فيلزم
 أن يختص به من شرط له ، ويبقى الاخر بغير شيء مع ان الروايات المتقدمة
 قد اتفقت على ان الربح بينهما .

وبالجملة فان عقد المضاربة يقتضى الاشتراك بينهما في كل ما يحصل من
 الربح بمقتضى الاخبار المذكورة ، وهي هنا الربح ليس بينهما ، سواء ضم الى ذلك
 ان الباقي بينهما أم لا ، بل الذي بينهما انما هو بعضه على تقدير الزيادة ، وجميعه
 على تقدير عدم الزيادة انما هو لمن شرط له ، فيبطل العقد البتة على كل من
 صورتين انتهى .

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

وفي الحدائق ما لفظه الظاهر أنه لا خلاف بينهم في أنه يشترط في الربح
 الشياخ ، 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 فإنه خارج عن مقتضاها ، فهذا الشرط داخل فى مفهوم المضاربة .

ويتفرع عليه صور ، منها - ان يجعل لاحدهما معينا كعشرة دراهم مثلاً ، فإنه باطل اتفاقاً ، وكذا لو ضم الى ذلك أن الباقي بينهما ، ولأنه ربما لا يربح 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 فإن عقد المضاربة يقتضى الاشتراك بينهما فى كل ما يحصل من الربح بمقتضى الاخبار المذكورة ، وهيهنا الربح ليس بينهما ، سواء ضم الى ذلك ان الباقي 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 ﴾ أما ﴿ لو قال : على أن لى النصف واقتصر ، لم يصح لانه لم يعين للعامل حصة ﴾ .

ولا يخفى 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 لا يملك شيئاً ، فاشتراطها حينئذ له اشتراط لسيده والفرض أنه أحدهما ، ويجوز تساوئهما فى الصحة وتفاوتهما .

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

ولا يخفى ان ذلك فيما لم يشترط والافمع الشرط لا يبعد الصحة ولذا قال
 ﴿وفيه وجه آخر﴾ وفي الجواهر بناء على أنه ما حكاه في المسالك من صحة
 الشرط له وان لم يعمل ، لعموم «المؤمنون» «وأدقوا» ان الشرط يكون
 للمالك حيث لم يعمل ، رجوعاً الى اصله ، لثلا يخالف مقتضى العقد ، ولاقدام
 العامل على أن له ما عين له خاصة ، اذ قد عرفت أن ظاهر النصوص اوالثابت فيها
 ما سمعت على وجه لا يعارضه العموم المزبور ، بناء على شموله لمثل المقام .
 والله العالم انتهى .

ولكن المسألة غير خالية عن الاشكال اذ القدر المتيقن فيما كان الغير عاملاً
 واما بدون العمل فيكون فيما اخذ ضرراً على المالك و العامل فانه حقهما يصل
 الى غير مستحقه .

﴿ولو قال﴾ خذه قراضاً و﴿لك نصف ربحه صح﴾ بلا خلاف ولا اشكال وانما
 ذكره مقدمة لقوله ﴿وكذا لو قال : لك ربح نصفه﴾ وهو واضح .

﴿ولو قال لائنين﴾ مثلاً : ضاربتكما بهذا المال مثلاً و﴿لكما نصف الربح﴾
 مثلاً ﴿صح﴾ وفي الجواهر لاطلاق الادلة والسيرة ، ولفظ العامل في النصوص يراد
 منه الجنس الشامل لما زاد على الواحد ، أو المثال ، كالمالك فانه لا يعتبر فيه
 الاتحاد أيضاً ، فيجوز مضاربة الاثنين لواحد مثلاً ، كما أنه يجوز في الصورتين
 تمييز كل من مالى العاملين وعدمه انتهى .

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

صح أيضا ﴿ عندنا ﴾ وان كان عملهما ﴿ فيه ﴾ سواء ﴿ او مختلفا بان يجعل المالك نصف الربح له كاربعة اثمان وثمانان لاحدهما وثلاثة اثمان للآخر وهكذا يجعل لنفسه ثمنين واربعة لاحدهما واثنين للآخر .

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

وفي الحدائق ما لفظه لو اختلفا في نصيب العامل فان مقتضى القواعد الشرعية أن القول قول المالك بيمينه ، لانه منكر لما يدعيه العامل من الزيادة ، ولان الاختلاف في فعل المالك الذي 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 وما عداه من المؤيدات الواضحة .

وقيل : ان هذا مع عدم ظهور الربح ، أما معه فالحكم هو التحالف ، لان كلامهما مدع ، ومدعى عليه ، فان المالك يدعى استحقاق العمل الصادر بالحصة الدنيا ، والعامل ينكر ذلك ، فيجىء القول بالتحالف ، لان ضابطه كما سلف في البيع أن ينكر كل واحد منهما ما يدعيه الآخر ، 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

لا يستحق به العمل ، وانما المستحق المال الذي أصله للمالك ، وحقيقة النزاع فيه فيجىء فيه ما تقدم من الاصول وهو جيد .

﴿ ولو دفع قراضاً فى مرض الموت ، و شرط ربها صح ، و ملك العامل الحصة ﴾ وان كانت أزيد من أجره 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 ، و على 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 .

ولا يخفى ما فيه لان الامين امين على كل حال وقوله حجة ولو بعد قوله على خلافه لاحتمال وقوع قول الخلاف سهواً او نسياناً او جهلاً وقد ارتفع العذر واخبر بما هو حق و ترجيح قاعدة الاقرار فيما لم يحتمل السهو او النسيان عن الامين و منه يعلم انه لا يلزم منه كذب اقراره السابق مع كثرة احتمال السهو ولزوم حمل قول الامين على الصحة بل يلزم منه كذب اقراره السابق ولا ينشلم ذلك بامانته بخلاف عدم قبول الثانى فان لازمه عدم قبول قوله مع انه امين مع انه مدعى فعلاً وعموم البيئنة على المدعى بحاله و كون امانته بمنزلة بينته فلا تصل التوبة 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 و فى الجواهر مانصه نعم قيده فى التذكرة فيما اذا كان دعوى الخسران فى موضع يحتمل ، بأن عرض فى السوق كساد ، والأ لم يقبل ، ولا بأس به انتهى .

وقد عرفت عدم الفرق ﴿العامل يملك حصته من الربح بظهوره﴾ ملكاً متزانياً ولا يتوقف ذلك ﴿على وجوده ناضاً﴾ والمسألة مشككة وفيها اقوال اربعة مشهورها ما ذكره المصنف من ان العامل يملكه بالظهور ويبقى الربح بحاله حتى يظهر حال رأس المال وهذا هو المراد بكونه ملكاً 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 في القواعد ويملك بالظهور لابلاناض على رأى ملكاً غير مستقر وانما يستقر بالقسمة أو بالانضاض والفسخ قبل القسمة وفي 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 ان لا مالك سواهما اجماعاً ولانه لولم يملك بالظهور لم يكن له المطالبة بالقسمة لكن التالى باطل اتفاقاً فكذا المقدم والملازمة ظاهرة لصدق لاشيء من غير الشريك له المطالبة بالقسمة اتفاقاً ولانه لولم 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 واقول ابى الحسن ^{عليه السلام} الربح بينهما وهذا يقتضى بعمومه ملكه بمجرد الظهور والاختار 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 خارجاً بل هو مقدر موهوم وكل مملوك موجود خارجاً بالضرورة مادام مملوكاً وعلى هذا يثبت له بالظهور حق مؤكداً انتهى .

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

(قال في الابضاح) يستقر بارتفاع العقد وانضاض المال والقسمة عند الكل وفي (جامع المقاصد) أنه لا بحث فيه وستسمع ما في المسالك قوله أو الانضاض والفسخ قبل القسمة هذا هو الاقرب كما في التذكرة وفي (المسالك) انه قوى وبه جزم في جامع المقاصد واستشكل فيه في 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 تنمة عمل العامل .

وفي (التذكرة) انه ليس شيئاً 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 .

وفي (جامع المقاصد) أنه لا ريب في ضعف التردد وظاهر عبارة الكتاب والتذكرة والتحرير يقتضى اعتبار انضاض جميع المال وظاهر الابضاح أنه يكفي انضاض قدر رأس المال وبه صرح في جامع المقاصد وكذا المسالك والكفاية واما اذا قسم حينئذ فظاهر الاول انه يستقر عند الكل وصرح في الثاني 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 عرض كله او بعضه بحيث لم ينض رأس المال على القول بوجود الانضاض على العامل نعم ان حصلت قسمة مع ذلك حصل

الاستقرار لانقطاع حكم القراض هذا .

وفي (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 أو لامعها على قول قوى وبدونه يجبر ما يقع في التجارة من تلف أو خسران وهو محل وفاق انتهى وقد تبعه على ذلك صاحب الكفاية وصاحب الرياض وكانهم جميعاً لم يلاحظوا الكتاب والتحرير فان فيهما كما عرفت انه يستقر بالقسمة مع أنه بقدرح في دعوى الاجماع عندهما التردد والاستشكال انتهى .

قوله وفي المسالك الى قوله وهو اما انضاض جميع المال الخ قد عرفت عدم اشتراط كون المال منضاضاً اى درهمها وديناراً او لا فضلاً عن الاواسط والاواخر نعم بعد ظهور الربح استقراره بالقسمة او الفسخ لوضوح انه بعد احدهما يكون له سلطنة المطالبة للربح سواء كان منضاضاً او كان عرضاً ويجعل منضاضاً لا بل بقي بحال العروض واخذ سهمه من الربح من نفس العروض .

وسياتى ما اشار اليه في الجواهر حيث قال لان المال غير منحصر في النقد الخ والظاهر انه عجيب وتعليق على المجال في غالب الموارد وبذلك يرد على جميع من ذهب اليه وانما نقلت العبارات من الاصحاب حتى يعلم حال ما قيل او يقال وله اشكالات اخر سياتى في محله وفي المسالك بعد العبارة قال هذا هو المشهور بين الاصحاب بل لا يكاد يتحقق فيه مخالف ولانقل في 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 في 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 لا يملكه اتفاقاً ولا يثبت احكام الملك في حقه فيلزم ان يكون للعامل اذ لا مالك غيرهما اتفاقاً ولان العامل يملك المطالبة بالقسمة فكان

مالكاً لأنها فرع الملك ولا يكفي في استحقاقها مجرد الملاقة لأنها حينئذ ليست قسمة حقيقية وإطلاقهم يقتضى أنها حقيقية ولأنه لو لم يكن مالكاً بالظهور لم يعتق عليه نصيبه من ابيه لو اشتراه والثاني باطل لحديث محمد بن قيس عن الصادق عليه السلام قال قلت له رجل دفع الى رجل الف درهم مضاربة فاشترى اياه وهو لا يعلم قال يقوم فان زاد درهما واحداً عتق واستسعى في مال الرجل والمقتضى للاعتاق انما هو دخوله في ملكه ونقل الامام فخر الدين عن والده رحمه الله ان في هذه المسئلة اربعة اقوال ولكن لم يذكروا القائل باحد منها .

احدها انه يملك بمجرد الظهور.

وثانيها انه يملك بالانضاض لانه قبله غير موجود خارجاً بل هو مقدر وهو م والمملوك لا بد ان يكون محقق الوجود فيكون الظهور موجباً لاستحقاق الملك بعد التحقق ولهذا يورث عنه ويضمن حصته من اتلفها سواء المالك والاجنبي .

وثالثها انه انما يملك بالقسمة لانه لو ملك قبلها كان النقصان الحادث بعد ذلك شايعاً في المال كساير الاموال المشتركة والثاني باطل لانحصاره في الربح ولانه لو ملك لاختص بربحه ولان القراض معاملة جائزة والعمل فيها غير مضبوط فلا يستحق العوض فيها الا بتمامه كمال الجمالة .

ورابعها ان القسمة كاشفة عن ملك العامل لان القسمة ليست من الاسباب المملوكة والمقتضى للملك انما هو العمل وهي دالة على تمام العمل الموجب للملك انتهى وفي الجواهر في مقام اثبات ان العامل يملك الربح بالظهور قال بعد عبارة المتن ما هذا لفظه على المشهور بين الاصحاب ، بل لا يكاد يتحقق مخالف فيه منا ، كما في المسالك ، بل لعله ظاهر التذكرة ايضاً ، لانفاق اقتضاء العقد والنص والفتوى على كون الربح بينهما ، ولا ريب في تحققه بمجرد ظهوره لغة وعرفاً الى ان قال ولان الربح مع ظهوره مملوك ، فلا بد له من مالك ، ورب المال لا يملكه اتفاقاً ، ولا يثبت أحكام الملك في حقه ، فيلزم أن يكون العامل،

اذ لامالك غيرهما اتفاقاً .

ولا يخفى ان ذلك لا يوجب استحقاقه الاخذ فعلاً فالملك بهذا المعنى لا يترتب عليه آثار الملكية الفعلية بل متراز لا بمعنى ان يكون فى معرض الزوال ولان العامل يملك المطالبة بالقسمة التى هى فرع الملك ، اذ لا يكفى فى استحقاقها مجرد العلقه ، 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 يذكّر القائل بها ، احدها : ما سمعت الى ان قال فلا يدري لمن ينتسب اليه هذه الاقوال ، وهى مع ذلك ضعيفة المأخذ .

ثم شرع فى بيان قول الثانى فقال الملك بالانضاض لانه قبله غير موجود خارجاً 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 لا يقدر فى كونه ملكاً ، 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 لا يتوقف على الانضاض بل حاصل سواء كان المال منضاضاً 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 او ما يحاذيهما من سائر العروض والنقود 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 قابلاً فعلاً للتصرف ولا يستحق مطالبته حقيقة

ويكون كالمالك في زمن الخيار ممنوعاً من التصرف حتى يستقل بمضى زمانه وفي المقام لا يستقر الا بعد حفظ رأس المال وهو فيما يقسم او يفسخ .

ثم قال الثالث المالك بالقسمة لانه لو ملك قبلها لكان النقصان الحاصل بعد ذلك شايعاً في المال النخ ثم قال في رده وعلى الثالث انه لا ملازمة بين الملك وضمن الحادث على الشيعاء اذ يجوز ان يكون مالكا ويكون ما يملكه و قاية لرأس المال فيكون الملك مترازلا 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 وهي دالة على تمام العمل الموجب للملك النخ .

وكيف كان فهذه اقوال المقام وقد ذكرها وذكر وجهها وما اورد عليها وكلها غير تامة اثباتاً ونقياً بحيث قال الا أن الانصاف عدم خلو المسألة من اشكال ان لم يكن اجماعاً ، وذلك لأن الربح حقيقة ما زاد على عين الأصل الذي هو رأس المال ، وقيمة الشيء أمر وهمي لا وجود له ذمة ، ولا خارجاً و انما هو من فروض الذهن ، وبذلك افرقت عن الدين الذي هو وان كان كلياً ، الا أنه مال - شرعاً وعرفاً - موجود في الذمة ، بخلاف قيمة الشيء ، وعدم انحصار المال في النقد ، بل هو والعرض مال ، لا يقتضى تحقق الرابع حقيقة ، بعدما عرفت أنه حقيقة الزايد على عين رأس المال المتوقف على تحقق رأس المال في الخارج ، ولا يكفي فيه كون الشيء يسوى مقدار رأس المال ، ضرورة عدم صيرورته بذلك عين رأس المال انتهى .

والمسألة مشككة وغير خفى ما يرد على قوله وقيمة الشيء امر و همي النخ وفي الحدائق بعد نقل الاقوال اربعة فيه وبيانها وردها سوى الاول قال مالفظه قال في المسالك بعد نقل هذه الاقوال : وفي التذكرة لم يذكر في المسئلة عن سائر الفقهاء من العامة والخاصة سوى القولين الاولين ، الى ان قال ولا ندرى لمن

ثبت هذه الاقوال وهي مع ذلك ضعيفة المأخذ الى آخر ما قال والمحق فساد ماسوى الاول فيملك الربح بملك متزلزل الا بالفسخ او القسمة .

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

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

وفيه ان الرجل الدافع لالف درهم لم يشترط للعامل حق عمله نصفاً او ثلثاً او غيرهما والمضاربة الصحيحة لا بد من تعيين حق العامل وحينئذ ان اراد كون الربح للعامل بتمامه او لنفسه بتمامه كانت فاسدة فالصحيح صدر او ذيل امتناعاً

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

بداهة ان المالك قصده المضاربة للربح لا جعل ماله بمنزلة العدم كسمى العبد فيحتاج الشراء الى اجازة المالك و بدونها كان الشراء باطلا وليس في البين انعقاد ولا ظهور ربح فالصحيح اجنبى عن مسألة ظهور ربح بالاستدلال به ساقط فالمالك دفع اليه الالف للمضاربة لانه اشترى اياه حتى انعق عليه واستسمى في مال الرجل لانه قديصى في 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 يشتري اجنبى ماله فضولة وهو قد اجازه والكلام في المضاربة الصحيحة وايضا قدم مفضلا 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 يشتري العامل اياه قد منعه و صريح النص بانه لا يعلم المالك كون العبد أباً للعامل وبعد الاشتهار قد علم ذلك ولذا سئل حكمه عن الامام وليس صحة حكمه ^{عليه السلام} بالانعقاد بنحو الاطلاق الا على فرض صحة المضاربة وهى باطلة من وجهين عدم تعيين الحصة له وعدم رضاه بهذا الشراء بعد علمه باشتهار ابيه فحكم الامام بالانعقاد ابيه على فرضه ^{عليه السلام} صحة المضاربة فان السائل سأله عن المضاربة و ظاهره مضاربة الصحيحة والامام حكم بالصحة والانعقاد من حيث ان ظاهر السؤال هو السؤال عن شىء صحيح فلا يرد الاشكال على الامام ولا على جوابه لهذا السؤال على فرض بطلانه فالصحيح اولا بالتعيين للحصة لنفسه وثانيا على خلاف المضاربة لكونها مبنية على الربح لا الضرر فلو حمل الصحيح على صورة علم الامام برضا المالك يصححه من حيث الانعقاد على فرض صحة المضاربة والفرض هى باطلة من حيث عدم تعيين الحصة

فهو حينئذ مثل من اشترى بمال الغصبي ثم علم بذلك بعد الشراء فيبطل الشراء فان الفرض عدم رضا المالك بمثل هذه المعاملة المبنية لفرض الربح لامثل الشراء المتعقب للمعتق المستلزم للاستسعاء الذي لا يحصل او يحصل في مدة كثيرة بحيث كان وجوده كعدمه وكان مناقضا للمضاربة ولذا في الجواهر في مسألة شراء العامل اباه قال ما هذا لفظه بل في جامع المقاصد والمسالك احتمال بطلان البيع من أصله ، لانه مناف لمقصود القراض الذي هو السعي للتجارة ، القابلة للتقليب للاسترباح المنافي لهذا الشراء المتعقب للمعتق ، فيكون حينئذ باطلا ، أو موقوفاً على الاجازة ، انتهى .

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

ثم قال ولكن في جامع المقاصد والمسالك في سريّة العتق حينئذ وعدمها وجهان: أحدهما نعم، لاختياره السبب وهو الشراء، اذ لولاه لم يملك شيئاً بارتفاع السوق وهو اختيار للمسبب . وثانيهما لا، لان الشراء ليس هو مجموع السبب ، بل جزؤه والسبب القريب انما هو ارتفاع السوق ، ولادخل لاختياره فيه ، فلا يكون مختاراً للسبب ، لان جزؤه غير مقدور، فهو حينئذ كالارث الذي لا يوجب سريّة .

وفيه ما عرفت من أنه أيضا اجتهاد في مقابلة النص والفتوى ومعقد الاجماع التي لم يفرق فيها أجمع بين الامرين .

نعم قد يقال بعدم اندراج مثل هذا الشراء في 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 لا يخلو 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 كلاجارة لزم تعيين المدة كالسنة والسنين او جعل الفسخ لهما وعلى فرض الجواز ايضا كان المتمارفين 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 لا يجوز الاخذ من الربح الحاصل قبلا لاحدهما والا فلا يبقى من مال المضاربة شىء او تصادف مع كساد السوق ونحوه من السرقة والغصب وغير ذلك فلا يجوز اخذ الارباح بمجرد حصولها الى مدة يعلم بحفظ رأس المال فليس المنطوق بربح معاملة او ضررها بل بقاء الربح للمجبر والانجبار حتى يظهر الحال بظهور الربح اذا المقصود بالظهور كان نفس الربح فالقول بكونه ملكا متزائلا 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 - قدس سرهما - 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 لو ملك 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 لا يلزم أن يكون موجوداً خارجياً فان الدين مملوك من أنه ليس فى الخارج . ورد القول الثالث بانه لا ملازمة بين الملك و ضمان الحادث على الشياح اذ يجوز أن يكون مالكاً ويكون ما يملكه وقاية لرأس المال فيكون الملك متزلا ولا استقراره مشروط بالسلامة ومن ضعف القول الثانى والثالث ظهر ضعف القول الرابع لكونه متفرعاً ويمكن أن يقال قد ذكرنا فى باب الخمس أن ترقى القيمة السوقية لا توجب تعلق الخمس لعدم صدق الفائدة وعدم صدق التكسب ، نعم اذا اشترى المتاع بقصد التجارة فارتفاع القيمة السوقية يوجب الخمس بعد البيع أو قبل 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 الشئ بقصد التجارة وارتفاع قيمته وبين الاشتراء بقصد الاقتناء وارتفاع قيمة فى صدق الفائدة انتهى .

وحاصله انه فى باب الخمس ان اخذ اشياء بقصد الاقتناء والتزيين فلا يجب عليه الخمس لان مجرد ارتفاع القيمة السوقية لا يصدق 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 بعد البيع او قبله فهذان القسمان حالهما معلومان من حيث صدق الفائدة والتكسب على احدهما وعدمه على احدهما .

وعلى ما قرره انه هناك قسمان قسم لا يكون بقصد التجارة فترقى القيمة السوقية لا يوجب الخمس وانما يوجب بالقسم الاخر بان يؤخذ بقصد التجارة ولا يخفى ان المنطبق على المقام هو القسم 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 وفي 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 في المقام وفي هذه الصورة كما يحصل الشركة هناك فكذلك يحصل في المقام فبنفس تحقق الربح يحصل الشركة للمالك والعامل بين كل جزء جزء من الربح .

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

ومنه تعجب في هذه العبارة ومع ذلك ليس الكلام في الشركة وعدمه فان الشركة مسلم بين المالك والعامل بمجرد ظهور الربح وانه في 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 في 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﴾ لاختلاف ولا اشكال فى ان ﴿العامل أمين﴾ بل هو اجماعى : فـ ﴿لا يضمن﴾ حينئذ ﴿ما يتلف الا عن تفریط أو خيانة﴾ .

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

منه السفر بلاذن من المالك ، وشراء شئ منها المالك عنه ، ونحو ذلك مما عرفت ضمان العمل فيه وان بقيت المضاربة ، بل ظاهر الادلة كونه ضامنا للوضعية التى تكون فى ذلك ، بل صريح بعضهم أن ظاهره ضمانه بالثمن الذى يكون للشئ فى البلد التى سافر عنها ، بل قد يقال : أن يقوى ضمانه الوضعية المتجددة بعد التعدى . وبالسفر مثلا ، وان تساوى السعر فى البلدين على وجه لوبقى فى البلد التى سافر عنها لحصلت تلك الوضعية أيضا انتهى وقد مر تمام ذلك فى السابق فراجع وعلى كل حال فلا اشكال ﴿ و ﴾ لاختلاف 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 إقامة البينة عليه أو خفى .

﴿ وهل يقبل فى الرد ؟ فيه تردد ﴾ من كونه أمينا كالودعى : ولما فى عدم قبول قوله من التكليف بما لا يطاق ، لاحتمال صدقه ، فتكليفه ثانياً بذلك من ذلك ، أو التخليد بالسجن ، وهو المحكى عن الشيخ . ومن اصالة عدم الرد فيكون المالك منكرا والمسألة غير خال عن الاشكال وفى الحدائق مانصه لاختلاف بين الاصحاب فى ان العامل أمين فيقبل قوله فى التلف بغير تفریط بيمينه ، الى ان قال وبقي 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 صادقا فتكليفه بالرد ثانياً تكليف ما لا يطاق ، . ولا يخفى ما فيه ولو علله بأنه ضرر عليه اولى ثم قال « والمشهور بين الاصحاب الثانى ، لاصالة عدم ، 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 لا يقتضى ثبوت قوله مطلقا .

وأما ما عمل به من أنه أمين كالمستودع و كل 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 ، لما فيه من الضرر ، وفيه عدم الفرق بين المقام وبين المستودع فيقبل قولهما وما فرق بينهما بالفرق ثم حكى عن المسالك بما حاصله اذا لم يقبل قوله في الرد يلزم تخليده في الحبس ثم قال :

أقول: ما ذكره من أنه اذا لم يقبل قوله - في الرد يلزم تخليده في الحبس الى آخره - لأعرف له وجهاً وجيهاً بحسب نظري القاصر ، وفكري الفاتر ، وأي موجب للحبس هنا ، وذلك فان المسئلة هنا أحد أفراد مسئلة المدعى والمنكر ولا ريب أن الحكم الشرعي فيها هو البيئة على المدعى ، والا فاليمين على المنكر فان أقام المدعى البيئة على الرد انقطعت الدعوى والاحلف المالك ووجب على مدعى الرد دفع الحق اليه والنظر الى كونه أميناً غير ملتفت اليه هنا لما عرفت آنفا انتهى ويمكن ان يقال بتخصيص قاعدة البيئة على المدعى بالأمين فيكون امانته بمنزلة بينته فلا يصل النوبة الى يمين المالك المنكر .

وكيف كان فيقبل قول الامين في التلف والرد الا ان يعلم من حاله خيانة وحينئذ يلحظ في قول قوله عدم التهمة والخيانة .

وبالجملة معنى كونه امينا هو الاعتناء بقوله والاعتماد على ما ثبت سواء كان له ادعيه وعليه لا يتم قول المصنف ﴿ اظهره أنه لا يقبل ﴾

وفي الجواهر قال بعموم قوله ^{بالتبليغ} «البيئة على المدعى» وقبول قوله في التلف مثلاً لا يقتضى القبول في ذلك ، وليس في الأدلة ما يقتضى قبول قول الأمين في جميع ما يدعيه على وجه يشمل ما نحن فيه ، والقياس على الودعي غير جائز عندنا خصوصاً بعد الفرق بينهما بالقبض هناك لمصلحة المالك خاصة ، بخلاف المقام الذي هو لمصلحةهما والتكليف برد المثل أو القيمة يرفع التكليف بما لا يطاق ، 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 او فى دعوى الغرامات ومع جريانها لا يصل النوبة الى الحبس فضلا عن التخليد الذى تنفر عنه 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 استفاد من دليله من عدم كون المحسن مأخوذ او القياس قياس الغاصب بالامين لا الامين بالوديعى فهو فى المقام مدع وعليه البينة بل امانته بمنزلة البينة كما عرفت ولو سلم لزومها عليه والا فيكون القول قول المنكر للرد ويؤخذ منه العين بعد اليمين او البديل الحيلولة لو كان له بدل بل يمكن ان يقال بعدم التخليد فى السجن وانه غير جائز فى حق المسلم الا فى 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 الوالد العمودين * فان فضل * شىء * من المال * الذى دفعه للقراض * عن ثمنه شىء كان هو * أى الباقي * 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 مائة دينار واشترى العامل عبداً وكانت قيمته مائة 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 ف ﴿ الوجه ﴾ عند المصنف وثانى الشهيدين وغيرهما ﴿ الاجرة ﴾ لا الحصة ، لما عرفت من عدم كون ذلك من عمل المضاربة المعبر فيه امكان تقليب المال للربح ، وهنا لا يمكن 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 ولا يكون ﴿ وقع الشراء للعامل ﴾ لان الثمن للمالك ومع الاجازة يقع له ﴿ الا ان ﴾ لا يجيز المالك فيبطل سواء ان ﴿ يذكر ﴾ العامل حين الشراء ﴿ رب المال ﴾ لفظا ام لا .

و كيف كان فمن حيث الذمة لامحذور فيه لا ينتج 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 لهن ولا لهن وطئنهن وانما لهن 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 استحباب صحة العقد ﴿ ولذا ﴾ قيل يبطل الشراء لان عليها في ذلك ضرراً ﴿ بانفساخ النكاح بل كون ذلك لا يكون قابلاً للترديد فكيف يكون الامر المنهى الفاسد موجبا لذهاب الامر الصحيح الثابت ولذا قال ﴿ وهو أشبه ﴾ عند المصنف المسألة ﴿ الرابعة : اذا اشترى العامل اباه ﴾ أو غيره ممن ينعق عليه وحينئذ ان لم يكن حصل ربح صح الشراء و كان الاب من مال القراض اذا القرض عدم ربح حتى يحصل مقدار منه للعامل كي ينعق عليه ابوه ﴿ فان ﴾ كان قد ﴿ ظهر فيه ربح ﴾ حين الشراء أو بعده وقلنا بملك العامل بالظهور ﴿ انعق نصيبه من الربح ﴾ ويسرى في الباقي ﴿ و ﴾ لكن ليس عليه بل ﴿ يسعى المعق في باقى قيمته ﴾ سواء ﴿ كان العامل مؤسراً كان العامل أو معسراً ﴾ .

وفي الجواهر بلاخلاف أجده فيه كما اعترف به غير واحد بل عن الغنية والسرائر الاجماع عليه وهو الحججة بعد صحيح ابن أبي عمير عن محمد ابن قيس عن الصادق عليه السلام في رجل دفع الى رجل ألف درهم مضاربة ، فاشترى اباه و هو لا يعلم ، قال : يقوم فان زاد درهما واحداً اعتق واستسمى في مال الرجل .
اقول ما يتعلق بذلك وبالنص قد عرفت آنفا وانه لو كان شراء العامل بدون الاذن كان فضولياً يحتاج الى الاجازة وبدونها كان الشراء باطلا فيكون من مال المضاربة سواء ربح ام لا .

المسألة ﴿ الخامسة : اذا فسخ المالك ﴾ أو العامل أوهما ﴿ صح ﴾ بلاخلاف بناءً على كون العقد جائزاً والافلا الامع شرط الفسخ وحينئذ ان فسخ كان الربح

بينهما على حسب شرطهما ، فان ام يكن ربح ﴿وكان﴾ المال ناضاً او عرضاً أخذه المالك ، ولا شيء للمعامل الا أن يكون الفسخ من المالك فان ﴿للمعامل أجره المثل الى ذلك الوقت﴾ .

وفى الجواهر عند المصنف وبعض ، على ما حكى ، لان عمله محترم صدر باذن المالك لاعلى وجه التبرع . ويشكل بانه لم يقدم الاعلى الحصة على تقدير وجودها ولم توجد - ولا شيء له ، والمالك مسلط على الفسخ حيث شاء ، واحتمال دفعه - بأنه انما جعل له الحصة خاصة على تقدير استمراره الى أن يحصل ، وهو يقتضى عدم عزله قبل حصولها ، فاذا خالف فقد فوّتها عليه فتجب عليه أجرته ، كما اذا فسخ الجاعل بعد الشروع فى العمل - كما ترى ، لا ينبغي 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 ، والافلاشء له وأغرب منه ما يحكى عن اطلاق التذكرة من أن له الاجرة فى 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 قد قال لا ينبغي صدوره من فقيه ثم قال و اغرب منه ما يحكى عن اطلاق التذكرة النخ فان اجرة المثل اذا استفادت من اطلاق التذكرة مع ان صاحبها رئيس الفقهاء بقوله لا ينبغي صدوره من فقيه كما ترى فالظاهر كما فى المتن لزوم اجرة المثل له حينئذ واقدامه على الحصة لا يوجب محرومية مطلقا عند عدم حصول الحصة

﴿و﴾ كيف كان فـ ﴿لو كان بالمال عرض﴾ بعد الفسخ ﴿قيل : كان له أن يبيعه﴾ وفى الجواهر من دون رضا المالك ﴿والوجه المنع﴾ من البيع مطلقا لقاعدة منع التصرف فى 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 غاية انه كذلك فى اول الشروع و انه بمجرد العقد بدل بالعرض والقرطاس فلو اريد من هذا الشرط ان العامل ايضا ان يبيع ويشترى بالدرهم والدينار الى مدة بقاء المضاربة فيستحيل صحة المضاربة فى ازمة عدم وجودهما الا نادرا . ومن الغريب هو التمسك لذلك باطلاق قوله **«البيع على اليد ما أخذت حتى تؤدى»** ولحدوث التغيير فى المال بفعله فالمقصود بالرد هو العين او مثله بحيث لا يتلف مال الغير ولزوم رد ما اخذ عينا ان كان والا فمثله وهو كماترى وفى الجواهر فى مقام رده قال وفيه منع دلالة الخبر المذكور على وجوب رد المال المأخوذ بالاذن المتغير بها كما أخذه أولا **﴿و﴾** الاصل البراءة فى **﴿الوجه﴾** حينئذ **﴿أنه لا يجب﴾** عليه الاجابة وهو فى محله .

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

﴿و﴾ وكذا لومات رب المال وهو عرض ، 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 بالاذن ، 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 الثاني والمالك غايته كانت مضاربة جديدة وكان الاول بمنزلة وكيل للمالك وهو الظاهر عن المسالك قال في الجواهر ما هذا لفظه :

وفي المسالك «اذن المالك للعامل في المضاربة قد يكون بمعنى جعل العامل هو الثاني والعامل الاول اذا اراد 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 الثاني أو بالاعم وجعل الثاني شريكه في العمل والحصة بينهما صح ، لانتفاء المانع في الاول ، وهو عدم العمل ، انتهى .

﴿ وكيف كان فـ ﴿ لمو شرط ﴾ العامل الاول ﴾ لنفسه ﴾ شيئاً من الربح ﴾ لم يصح لانه ﴾ اى العامل الاول اذا انصرف عن المضاربة ﴾ لاعمل له ﴾ كى يستحق به شيئاً نعم حيث كان باذن المالك فلو عمل شيئاً 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 الثاني وكان قبل شروع الاول فى العمل وحينئذ ان كان برضى المالك فالظاهر ان عقد المضاربة مع الاول بطل ويكون مع الثاني فلامعنى 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 للثاني .

وان كان التفويض من الاول الثاني بدون رضى المالك فلا يجوز له التصرف بحال ولا يملك من الربح ولا اجرة المثل شيئاً لان الفرض كل اعماله غير جائز عند المالك فالشرط ما هو بين الاول والمالك من دون حق للثاني اصلاً لان عمله غير مرضى عند الله وعند المالك ولا يصح على الاول اجرة المثل للثاني اذ عمله كالعدم مع رضى المالك وحينئذ لا وجه للاقوال الثلاثة او اربعة .

﴿و﴾ كذا قال المصنف ﴿لو كان﴾ عمل الثاني ﴿بغير اذنه لم يصح القراض

الثاني﴾ .

واستدل عليه بخبر احمد بن محمد بن عيسى المروى عن نوادره وعن أبيه
 وسئل أبو جعفر عليه السلام عن رجل أخذ مالا مضاربة أيحل له أن يعطيه غيره بأقل مما
 أخذ ، قال : لا ، وقوله بأقل أى أقل من الربح مثلا لو جعل لنفسه من الربح النصف
 جعل للثاني الربع بحيث كان الربح بين نصفه للمالك و نصفه بين العامل الاول
 والثاني وحينئذ قوله عليه السلام لا يمكن ان يكون لذلك لامن حيث انه بغير اذنه
 ويضعف بان نفس الاقل ايضا بغير اذنه اذ جعل المالك النصف للعامل الاول فاذا
 امتنع وجعل الثاني مضاربا ليس له ذلك لانه لا عمل له حتى يستحق شيئا .

نعم بدون الاذن من المالك كان فضوليا ان أجاز ترتب عليه حكمه ، والأ
 بطل القراض وحينئذ الاول قد خرج عن المضاربة لتكبره عن العمل وغيره من
 سائر العوارض والثاني كان عمله بدون اذن المالك ومع ذلك قد عمل بالمضاربة
 مع فرض حرمة عمله ﴿فان﴾ فرض حصول ﴿ربح﴾ على عمله مع بطلانه أل من
 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
 ﴿الثاني﴾ وذلك لان المفروض ان عمله بدون رضا المالك فلاجرة له على
 الاول ونفسه خارج عن المضاربة .

ويرد على الجواهر حيث قال بعد قول المصنف ما لفظه وبها صار 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 الثاني بدون اذن المالك
 وقد عرفت انه حرام فلا يستحق به الاجرة فكما لا يصح قول الماتن لا يصح

قوله وبها صار عمله الذي قد عمله للاول وذلك لانه انما يصح ذلك مع اذن المالك وبدونه لا يقع القراض معه ولا يستحق شيئاً مما عمل كي يكون على الاول اجرة عمله .

﴿و﴾ الحاصل في صورة عدم الاذن وصدور عمل منه مع حرمة و عدم عمل من الاول كانت المسألة على اقوال ثلاثة احدها مامر من المصنف الثاني ما ﴿قيل :﴾ والقائل بعض الشافعية النصف الآخر ﴿للمالك أيضاً لأ﴾ نه نماء ملكه والفرض أن الاول لم يعمل ﴿ شيئاً والثاني غير مأذون عنه . وهذا القول قوى بعد كون عمل الثاني محرماً وغير مأذون والاول حينئذ كلاجنبى كان النصفان للمالك .

﴿و﴾ القول الثالث ما ﴿قيل﴾ كما عن بعض آخر منهم أيضاً ان النصف الاخر ﴿بين العاملين ، ويرجع الثاني﴾ منهما ﴿على الأول بنصف الأجرة﴾ وفي الجواهر لأنه قد فاتته بغير رمنه نصف ما جعل له من الربح ، وهذا اخس الاقوال اذ العامل الاول يرفع يده عن ذلك والعامل الثاني عمله حرام لا يستحق به شيئاً فليس لهما ربح كي يكونا في نصفه شريكان .

﴿و﴾ كيف كان فعند المصنف ﴿الاول حسن﴾ ولا يخفى ان الاول الذى ذهب اليه المصنف ان نصفه للمالك و نصفه للعامل الاول كما مر آفاد صاحب الجواهر جعل نصف الاخر للعامل الثاني فقال بعد قوله الاول حسن ما لفظه : لما عرفت ، ولا ينافيه فرض عدم اجازة المالك اذ هي للقراض ، أما ما وقع منه من الشراء والبيع فهو باذن العامل الاول الذى لم يشترط عليه مباشرة ذلك بنفسه أقصى ما هنالك أن العامل الثاني أوقعه بعنوان أنه مقارض ، وقد بان فساده ، فاستحق على من غره أجره المثل انتهى .

وعدم حسنه غير خفى لان العاملين كليهما قد خر جا عن الاعتبار الاول لاجل رفع يده عما شرط له المالك والثاني 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 المنافاة ان الشراء والبيع من الثانى كان باذن العامل الاول مع ان العامل الاول حينئذ بمنزلة الاجنبى فضلا عن ان يكون امر الاجازة بيده. الرابع صحح عمل الثانى بانه اوقع الفعل بعنوان انه مقارض مع انه بمنزلة خيال انه مثل اسلطان بل هو نظير ان ابا بكر استقر على بساط الخلافة بعنوان انه خليفة حقيقة عند الله او الغاصب باع مال المالك فضولة بعنوان انه مالك فيجعل نفسه مالكا و كانه 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 التقرير 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 أجر المثل بمقتضى كلام الاصحاب وبه صرح فى التذكرة هنا أيضا ، وأيما كان فانه ليس للعامل الاول على هذا التقدير أن يشترط لنفسه شيئا من الربح ، ان 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 ، وتقرير 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 وبين المالك ، على أن يكون ذلك له ، فيستحقه لاشتراطه له ،

وعقده مع الثاني باطل لما عرفت .

قالوا : وعلى هذا فللعامل الثاني على الاول أجرة مثل عمله . لانه غره . وفيه انه انما يتم مع جهل العامل الثاني أما مع علمه بكون العامل الذي ضاربه غير مالك ، ولا مأذون من المالك ، فانه لا يستحق شيئاً ، لانه تصرف في مال الغير بغير اذنه مع علمه بأنه ممنوع منه الى أن قال .

وثانيها - أن النصف الاخر للمالك ، وهو ظاهر العلامة في التذكرة قال بعد ذكر المسئلة : فان حصل ربح فالاقرب أنه للمالك ، ثم لا يخلو اما أن يكون العامل الثاني عالماً بالحال أولاً ، فان كان عالماً لم يكن له شيء ، وان لم يكن عالماً رجع على الاول بأجرة المثل ، انتهى .

و كلامه ظاهر في منع العامل الثاني من الربح وعدم استحقاقه شيئاً منه وأما الاول فلم يتعرض له ، وينبغي أن يعلم أن الوجه في عدم استحقاقه ، هو انه لم يعمل شيئاً يوجب استحقاقه بشيء من الربح ، وعلل منع الثاني أيضاً ، بأن عقده فاسد ، فلا يترتب عليه أثر الى أن قال :

وثالثها - ان النصف بين العاملين بالسوية ، اتباعاً للشرط ، خرج منه النصف الذي أخذه المالك ، فكأنه تالف ، وانحصر الربح في الثاني ، قالوا : وعلى هذا فيرجع العامل الثاني على الاول بنصف أجرته ، لانه دخل على نصف الربح بتمامه ، ولم يسلم اليه الا نصفه .

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

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

وفي الجواهر ولكن في المسالك وان هذه الاقوال ليست لاصحابنا ، ولا نقلها أحد عن أحد منهم ، وان كان ظاهر التعبير بـ «قيل وقيل» ذلك ، وانما هي وجوه

للسافعية ، ذكرها المصنف والعلامة فى كتبه ، ونقل الشيخ فى المبسوط قريباً منها بطريقة أخرى غير منقحة - الى أن قال تبعاً لجامع المقاصد - : 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 ولاشئ لهما فى الربح أما الاول فلعدم العمل وأما الثانى فلعدم الاذن له ، ولكن له أجره مثل عمله على الاول مع جهله لاعم 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 ، لتعديبه بمخالفة مقتضى المضاربة ، و حيث لا يقع 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 ﴿ فأقام المدعى بينة ﴾ على أنه دفع اليه مالا قراضا ﴿ فادعى العامل التلف قضي عليه بالاضمان و كذا لو ادعى عليه وديعة أو غيرها من الأمانات ﴾ لثبوت كونه خائماً بانكاره المال الذى قامت البينة عليه ، وأقر هو أيضاً به بعد ذلك بدعواه تلفه ، ولا ريب فى كونه خيانة .

﴿ أما لو كان جوابه : لا يستحق عندى شيئاً 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 سماع منه يمينه ، لعدم التنافى بينه وبين كلامه لأدل كما هو واضح انتهى .

وفيه تأمل بل منع لامكان ان اجاب بعد قول المالك دفعت اليك قدتلف 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 ، ﴿ وكذا وتلف 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 الادلين خصوصا قبل الشروع منهما .

وفى الجواهر لتصوير تلف الكل قبل الشروع قال بعد قول المصنف لو تلف قبل ذلك ما لفظه: 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 المشتري باجمعه وانت خير بانه اذا تلف المال المشتري 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 لبعده الدوران فلا يناسبه بعد قوله تلف قبل ذلك وان اراد لقبول 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 ﴿ وفى هذا تردد ﴾ اى لما قبل الدوران والعجيب من شارح الجواهر حيث انه صححه مع ان تلف الكل مطلقا باطل جداً نعم لا يضره تلف البعض لامكان كون الباقي يجبر رأس المال بالربح بل ومن ذلك يظهر ان تلف الكل مبطل فى الائتاء الا ان يكون له فى ذمة الاشخاص ثمن ما باعهم ويدفعون اليه ويجبر رأس المال وحينئذ خارج عن تلف الكل لان ما فى ذمهم من مال المضاربة .

وبالجملة تلف كل المال مطلقا موجب لذهاب المضاربة كان قبل الشروع

وهو معلوم او بعده .

ومن العجيب قول الشارح الجواهر من ان الاقوى عدم الفرق النخ بدهاة ان رأس المال اذا تلف ولو كان العقد باقيا لكن البيع والشراء بماذا يتحقق .
وبالجملة بعد تلف كل المال قبل الدوران او بعده لا يبقى معه ما يمكن اقامة المقدم ولازمه بطلان العقد ايضا ومن ذلك يعلم ان ما وجهه في مفتاح الكرامة لتلف الجميع غير موجه بان يشتري العامل برأس المال متاعا يزيد قيمته على المال كما دفع المالك اليه مائة دينار فاشترى به متاعا كان قيمته مائتين فتلف بقدر المائة التي هو رأس المال فالمقدار الباقي يمكن به الجبران وبلوغ رأس المال باوله ويمكن ان يرد عليه بان رأس المال في المثال لا يتلف الكل بل بعضه بمعنى انه تلف منه بمقدار خمسين دينارا ومع زيادة قيمته يكون بقدر مائة دينار فالمتلف بعض رأس المال ومع جبر ربحه يصير بمنزلة كل رأس المال وتلف الكل بان يتلف كل رأس المال لبعضه وكان مع ربحه بقدر كل رأس المال والعجيب انه اراد تلف كل رأس المال لكن قال فتلف منه مقدار رأس المال مع ان مقدار رأس المال هو تلف بعض منه مع ربحه ويكون المجموع بمقدار رأس المال .
وبالجملة الربح ليس له وجود في الخارج سوى العين المترقية بل صفة قائمة بالعين قد تكون وقد تزول ومن المعلوم انه لا وجود للصفة في قبال الموصوف في الخارج وحينئذ المتاع الذي اشتراه العامل قيمته ازيد من ثمنه الذي اخذه من رب المال فكل جزء منه في الخارج من رأس المال وربحه فقله فتلف بقدر المائة التي هو رأس 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 في تلف البعض فقال في القواعد ولو تلف مال القراض أو بعضه بعد دورانه في التجارة احتسب التالف من الربح وفي مفتاح الكرامة بعده قال ما هذا الفظه : تلف بعض المال بعد الدوران في التجارة

واضح واما تلف جميعه كذلك فيكون بان يشتري برأس المال متاعا تزيد قيمته على اصل المال بان يكون فيه الربح فتلف منه مقدار رأس المال والمراد بالدوران التصرف فيه بالبيع والشراء كما في جامع المقاصد والمسالك وعليه نبه في التذكرة .

وليس المراد به مجرد السفر بقصده والتلف في البعض بعض افراد نقص مال التجارة لانه يكون بانخفاض السوق وبالمرض الحادث والعيب المتجدد ولا تأمل لاحد في ان النقص الحاصل بانخفاض السوق يجب جبره و اما الحاصل بالعيب والمرض فلم ينقل في التذكرة فيه عن احد تأملا ولا خلافا في أنه كذلك واما النقص بالتلف بالآفة السماوية كالا حترق ونحوه مما لا ضمان فيه على احد والغصب والسرقة ونحوهما مما يكون الضمان فيه على المتلف فقد قال بعض الشافعية في احد الوجهين ان ما كان الضمان فيه على المتلف لاحاجة 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 يعني ان قوله ولو تلف يعم مطلق اسبابه سواء كان مثل الغصب والسرقة او الفرق والحرق والسييل ونحوها فيكون كلامهم في مطلق النقصان والضرر لخصوص الحاصل من انخفاض السوق ويدل على كون نزاعهم مطلق التلف وما كان ضمانه على المتلف كالغصب والسرقة تمسكهم بالرؤايات كما سيأتي .

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

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

المبسوط و الشرائع والتذكرة والتحرير و الاشارد و جامع 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 ضروريا 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 يربح فلا بد 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 أحدهما عليه السلام في صحيحة محمد بن مسلم عن الرجل يعطى المال مضاربة وينهى عن ان يخرج به فيخرج بضمن المال والربح بينهما ان لا يرب ان المتبادر من الربح هنا هو ما زاد على اصل مال التجارة فلا بد 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 اذلا 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 بالضمن 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 أولاً بل قد انفسخ حينئذ عقد المضاربة وايضا كان الكلام في خصوص كون الخسارة مطلقاً حتى مثل الغصب والسرقة والحرق والغرق اولاً فلو كان مرادهم جبران رأس المال بمطلق الخسارة حتى مثل تلف السماوى او الغاصب والسارق كان استناده الى الشرعى من المحالات الدالة على اشتباه القوم ومنشأه ناش من بعض الشافعية بل ظاهر كلماتهم عدم اخذ العامل من الربح لمعاش يومه حتى يبقى الربح احفظ رأس المال وهو عجيب واعجب منه انه فى مقام رد التفصيل وان ظاهر الادلة مطلق النقصان قال :

واما وجه العدم ففى الغصب والسرقة قد تقدم وفى غيرهما فلانه نقصان لاتعلق له بتصرف العامل وتجارته ولا عبرة بمجرد الشراء فانه تهيئة محل التصرف والركن الاعظم فى 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 الذى اشتراه بخلاف النقصان الحاصل بانخفاض السوق والمرض والعيب فلا يجب على العامل جبره وفيه بعد ما عرفت ان ما دل على ان الربح وقاية لرأس المال من خسر 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 فى التذكرة أنه مجبور بالربح ومنه يعلم صحة دعوى اجماع السيد العميد ووهن ما فى جامع المقاصد والمسالك حيث اثبت فيها وجود الخلاف وأدهن من ذلك قوله فى الاخير ان الاحتساب هو المشهور انتهى .

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

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

لامجرد السفر به . قبل وقوع شيء من ذلك ، ويمكن أن يستدل على هذا الحكم أعنى جبر الفائم كلاً 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 اصلاً تأمل حتى تعرف الى ان قال وظاهر الاصحاب أنه لا فرق في الفوائت التي يترتب عليها الخسران بين أن يكون بأفة سماوية أو بفساد غاصب أو سرقة أو نحو ذلك .

ووجه الاطلاق في 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 تعدد وافراط ونقصير وفرض امكان ايجاد العامل ما لا آخر قرضاً 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 الذي رأس المال ولم يرد عليه اولم يجبر لعدم كون الربح بهذا المقدار وكان جميع اعماله في هذه المدة الكثير مجاناً وبلا عوض وهل يكون عليه دليل من الشرع اولا تأمل 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 في الغاية ولو كان خلافاً للمشهور وموافق لنفي الضرر والعسر والحرَج فلا دليل على الشهرة على مثل هذا الحكم الضري ومنه ظهر ما في الجواهر حيث رده بنحو لا ينبغي ان يصغى اليه تأمل فيه حتى تعلم ان لازم كون الربح جابراً لرأس المال مطلقاً حتى مثل السرقة والغصب والفرق والحرق التي لا يتعلق على ذمة العامل كان لازمه الالتزام بالحكم الضري والعسري كما عرفت

هذا مضافاً إلى ما عرفت من انه بعد تلف كل المال ينتفى موضوع المضاربة إذ كونه العقد من عقداً على مال المتلف لا مطلقاً والى انه بعد التلف بهذا النحو لا مال للمعامل حتى اتمام المضاربة ثم قال قال في التذكرة: لو حصل في المال نقص بانخفاض السوق، فهو خسران مجبور بالربح، وكذا ان نقص المال بمرض حاد أو بعيب متجدد، وأما ان حصل نقص في العين بأن يتلف بعضها فان حصل بعد التصرف في المال بالبيع والشراء، فالأقرب انه كذلك، وأكثر الشافعية على أن الاحتراق وغيره من الأفات السماوية خسران مجبور بالربح أيضاً.

وأما التلف بالسرقة والغصب ففيه لهم وجهان، وفرقوا بينهما بأن في الغصب والسرقة يحصل الضمان على الغاصب والسارق، وهو يجبر بالنقص فلا حاجة الى جبره بمال القراض، وأكثرهم لم يفرقوا بينهما، وسووا بين التلف بالافة السماوية وغيرها فجعلوا الوجهين في النوعين: أحدهما المنع، لانه نقصان لا تعلق له بتصرف العامل وتجارته، بخلاف النقصان الحاصل بانخفاض السوق، وليس هو بنشأ من نفس المال الذي 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 في المقام مأخوذ من كلام الشافعية انتهى فلا اعتبار به اصلاً والحكم الضرري منفي في الشرع فلا يتعلق النقصان بالجبر إلا بانخفاض السوق وما يوجب النقص من فعل العامل لا مثل الحرق والغرق والسيل والامثل السرقة والغصب الذين يوجب الضمان على فاعله فلا يربط بالعامل ولا يتعلق به انجباره تأمل في عبارات القوم والروايات هل يفهم عموم التلف للتلف السماوي والتلف الذي له ضمان على المتلف كالسرقة والغصب اولاً.

والحاصل اذا تلف رأس المال كلا سواء كان قبل الشروع في التجارة أو بعده فالقوى عندي لا يجبر به رأس المال كما يجبر بتلف البعض قبل الشروع

او بعده ان كان النقص بكساد السوق لا بمثل الغصب والسرقه والموت والسييل والحرق والغرق حيث ان ورود ذلك ليس باختيار العامل والحاصل في التلف الكلل لافرق بين الشروع في الدوران وعدمه وفي القواعد ايضا ما هذا لفظه و كذا لو كان قبل دورانه على اشكال .

وفي مفتاح الكرامة بعده قال ما هذا لفظه ونحوه ما في الشرائع ومجمع البرهان من التردد والتأمل وفي التحرير ان في الاحتساب نظراً ضعيفاً وستسمع ما في الابضاح ومجمع البرهان ومعناه أنه كذلك يحتمسب التالف من الربح سواء كان التالف . الجميع أو البعض فهنا صورتان ايضا على اشكال في الاحتساب ينشأ من أن وضع المضاربة على ان الربح وقاية لرأس المال فلا يستحقه العامل الا بعد ان يبقى رأس المال بكامله لدخوله على ذلك ولادخل لعدم دورانه في الحكم بخلافه لان المقتضى لكونه مال قراض هو العقد لا الدوران ومن ان التلف قبل الشروع في التجارة يخرج التالف عن كونه مال قراض والاول خيرة المبسوط والمهذب والسرائر في موضع آخر والتذكرة والارشاد وشرحه لولده والمختلف وجامع المقاصد والروض والمسالك والكفاية والمفاتيح وتصوير تلف جميع المال قبل دورانه في التجارة يكون فيما اذا اذن المالك للعامل في القراض بأن يشتري في الذمة فاشترى متاعاً للقراض في الذمة بقدر مال القراض وتلف المال بغير تفريط قبل الدفع فان البيع لا يفسخ بذلك ولا يقع الشراء للعامل ويجب ان ينزل كلام المبسوط وما وافقه على انه اذن له في الشراء في الذمة وان الشراء كان قبل تلف مال القراض اما لو كان بعده فان المضاربة تبطل وينفسخ عقدها .

وقد حكى في المختلف وغيره الخلاف في المسألة والمثال عن الخلاف وهو كذلك فانه قال في المثال البيع للعامل والثمن عليه ولا شيء على رب المال وهو صريح المقنعة وجامع الشرائع وان حملنا كلام هؤلاء على انه ام 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 للقصد فاذا كان قدسمى ذلك للقراض ونواه كيف يقع للعامل الا ان تقول انه لم يذكر انه للقراض لفظا وانما نواه نية (وفيه) ان هذا لا يدفع 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 او للمعوض باحترق او سرقة او نهب او فوات عين او انخفاض سوق او طر بان عيب والزيادات العينية كالثمرة والنتاج محسوبة من الربح وكذا بدل منافع الدواب والعبارة صريحة فى تعميم اسباب التلف حتى قبل الدوران وقد عرفت خلافه فان العبارة تشتمل ما لو أخذ العامل من المالك .

ثم سرق او غصب وحينئذ وان لم نقل بانفساخ عقد المضاربة لكن هل يكون للعامل مال آخر وكان ضامنا للمال التالف او على المالك تكرار ما دفع او لامع انه على الاخير كانت عقداً جديداً وهذا الذى ذكره جري فى جميع اسباب التلف فالحق انه بتلف الكل انهدم عقد المضاربة قبل الدوران او بعده الا اذا تصور امكان اقامة العقد بعد الدوران ولو نادراً 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 لا بمثل الغصب والغرق الذين ضمانه عليهما ولا بمثل التلف السماوى الذى يتلف مال المالك بيد الامين من غير تعدد وافراط وتقصير فلا ضمان على العامل لامانته فلا يتحقق مضاربة الا بالمال الجديد من المالك .

تذنيب متعلق بالبحث لم يتعرض له المصنف مع تعرضه لفروع 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 فلا يتم في العامل الفقير المحتاج فلا بد لاخذه من الربح بمقدار معاشه والكل متفقون على عدم جواز اخذه من الربح .
نعم في التذكرة قد تعرض للمسألة مع الشرط فقال ماهذا لفظه ولو شرط له النفقة في الحضر لزم الشرط ووجب له ما يحتاج فيه اليه من المأكول والمشروب والمر كوب والملبوس وكذا لو شرطها في السفر على قول من لا يوجبها على المال اجماعا عملا بالشرط وينبغي ان يعين قدر النفقة و جنسها فلا يجوز له التخطي ولو اطلق رجوع 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 في الحضر على نفسه عند علمائنا ولا ان يواسى منه بشيء و به قال الشافعي لان الاصل حراسة مال الغير وحفظه وعدم تعلق وجوب الانفاق منه وقال مالك له ان ينفق منه على العادة كالغذاء و دفع الكسوة الى السقاء واجرة الكيال والوزان والحمال في مال القراض وليس بمعتمد و اما في السفر فالمشهور انه ينفق فيه كمال النفقة من اصل مال القراض اذا شخص عن البلد من المأكول والملبوس و به قال علماءنا والحسن والنخعي والاوزاعي ومالك واسحاق واصحاب الراي و الشافعي في احد اقواله لان سفره لاجل المال فكانت نفقته منه كاجرة الحمال ولانه في السفر قد سلم نفسه وجردها لهذا الشغل فاشبهه الزوجة تستحق النفقة اذا سلمت نفسها ولا تستحق اذا لم تسلم ولما رواه على بن جعفر عن اخيه موسى الكاظم عليه السلام قال في المضاربة هنا انفق في سفره فهو من جميع المال واذا قدم بلدة فما انفق فمن نصيبه و ظاهر مذهب الشافعي انه لا نفقة للعامل بحال و به قال ابن سيرين و حماد بن ابي سليمان واحمد

كما في الحضران نفقته تخصصه فكانت عليه كما في الحضرة واجرة الطبيب وثمان الطيب ولأنه دخل على أنه يستحق من الربح الجزء المسمى فلا يكون له غيره ولأنه لو استحق النفقة أفضى إلى أن يختص بالربح إذا لم يربح سوى ما انفقه فيدخل بمقصود العقد انتهى .

وإنما الكلام أيضاً في أنه إذا شرط الأجرة وأخذ لمقدار معاشه هل ينقص سهمه من الربح بمقدار الذي أخذه أولاً وعلى الأول بقي بعض الأشكال بحاله لا يمكن أن لا يصل الربح بمقدار الأداء وهذه المسائل مشكلة . قال في القواعد (ونفقته في الحضرة على نفسه) وفي مفتاح الكرامة بعد قال أجماعاً كما في جامع المقاصد والمسالك وعند علمائنا كما في التذكرة وبه صرحه في المبسوط والمهذب والوسيلة والغنية والسرائر وجامع الشرائع والتحرير والتذكرة لأن الأصل حفظ مال الغير وعدم وجوب الانفاق منه ويدل عليه صحيح علي بن جعفر وغيره كما يأتي وقال مالك له أن ينفق منه على العادة كالغدا وكسرة السقا انتهى ولا يخفى ما فيه أوضح أن ظهور الربح ليس بحيث يظهر في كل يوم ويؤخذ في كل يوم ويمكن أن لا يظهر إلا بعد مدة كثيرة مع كون العامل فقيراً محتاجاً إليه لصرفه في معاشه فلزم له تعيين المعاش مع أنه في تعيينه وعدمه كلاهما أشكال أما أشكال التعيين فلو جعل الربح بينهما نصفين وشرط نفقة أيامه مضافاً إلى نصفه الآخر عند الفسخ أو عند موت المالك ونحوه أزم الزيادة على نصيب المالك بل يمكن كون الكثرة بأضعاف مضاعفة بل يزيد على الكل كذلك بل يمكن كون جميع الأرباح الكثيرة له دون المالك إذا لم يظهر الربح عند أسباب الانفساخ ولم يكن للمالك ولا العامل شيئاً سوى ما صرف في معاشه يوماً فيوماً وإن كان ما يأخذه لمعاشه بالشرط بنحو أن يحسب عليه عند ظهور الربح بأن كل ما أخذه ديناً على دمه حتى أداه عند ظهور الربح فيمكن أن لا يزيد الربح اللداء .

ويمكن أن يموت العامل حين عدم ظهور الربح ولم يكن له وارث أداه

او كان ولم يتمكنوا للاداء او عصوا في ذلك وغير ذلك من الاشكالات واما اشكال عدم التعيين فانه من المعلوم ان المضاربة كما يحتاج الى امور يتوقف عليها بقائها من الدكان والابزار والميزان وغير ذلك فكذلك يحتاج الى تعيين معاش للمعامل الذي كونه ركنا في المضاربة والاغلب في مثل تلك الموارد كان المتكفل له هو الفقراء الذين يحتاجون الى معاشهم يوماً فيوماً 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 في وقت ملكية الربح وبالجملة ذلك للفقراء غير ممكن على ما قالوا والمسألة غير محررة بهذا النحو وسياتي في امثال هذه الاشكالات في فروعات الآتية انشاء الله .

وكيف كان فاطن 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 بمقدار معاش اللازم من المضارب والله العالم .

المسألة ﴿التاسعة﴾ : اذا قارض اثنان ﴿ مثلاً ﴾ واحداً ﴿ مثلاً ﴾ وشرطاً له النصف منهما وتفاضلاً في النصف الآخر مع التساوى في المال ﴿ أو تساويًا فيه مع التفاوت في المال ﴾ كان فاسداً لفساد الشرط ﴿ وفي الجواهر المقتضى زيادة لاحدهما على الآخر مع تساوى المالكين ، أو التساوى مع التفاوت في المالكين بلا عمل من ذى الزيادة ، ضرورة كون العامل غيرهما ، وقد عرفت سابقاً عدم جواز ذلك في الشريكين ، فكذا هنا ، اذ لا فرق بين امتزاج المالكين وعدمه ، ﴿ و ﴾ لكن قال المصنف هنا ﴿ فيه تردد ﴾ .

وفي مفردات الشرائع ما هذا لفظه :

اقول : هذا التردد مبني على انه هل يجوز التفاضل في الربح والخسران

مع تساوى المالين ، او التساوى فيهما مع تفاضل المالين أم لا ؟ فان قلنا بالجواز - كما هو مذهب السيد المرتضى - صح ذلك . وان 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 لا يخفى .

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 ادریس فيما حكى عنه * ان كان اذن له فى الشراء فى الذمة فكذلك ، والا كان باطلا ولا يلزم الثمن احدهما * .

والمسألة مشكلة وان كانت من حيث العبد لم يكن محل الحاجة فى زماننا ولكنه يسهل الامر من حيث ان مراده من باب المثل والمثال المحتاج اليها فى كل زمان تبديل العبد بالشاة او الفرس فنقول ان 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 لو لم يكن باذن المالك كان باطلا كما عن ابن ادریس واو كان باذنه كان صحيحا ويلزم المالك الثمن ولو تلف الثمن ثانيا لزم عليه دفع الثمن ثالثاً وهكذا و لزم على المالك الذى هو الاصل فى الشراء لان العامل وكيلى عنه هو دفع الثمن كراراً لو تلف ثانياً وهكذا .

وعلى ما ذكر لو تلف الثمن ثلاثة مرات وكان رأس المال مائة درهم فكان الجميع رأس المال ففى هذا الفرض كانت ثلاثمائة درهم والكل قد تلف فبأى شىء يعامل العامل حتى يتحصل ثلاثمائة من دون الاخذ فى الربح حتى يصل

الى مدة عشرين سنة فتأمل في ذلك اذ لا بد اولاً من مال للعامل حتى يتمكن من البيع والشراء ثم يحتاج الى مقدار معاش نفسه واهل بيته لامكان كون العامل فقيراً ليس له معاش بومه .

و كيف كان فنقول : ان المعاملة باطلة من وجهين الاول من حيث ان المعاملة معاملة الحيوان وكان في الذمة وفيه خيار للمشتري الى ثلاثة ايام و الشارع جعل هذا الخيار له حتى يطلع على موانع من شرائه من عيب في الحيوان او عدم قدرة لحفظه من سبع او لص ونحو ذلك .

ومن جملة الاعذار تلف الثمن فالثمن تلف قبل قبض المثلث فكان له الخيار في الفسخ فالعامل الذي بمنزلة الوكيل فسخ المعاملة فلا تبقى بحالها حتى يكون عليه ثمن آخر و هكذا راجع ج ٢٢ ص ٢٩٢ الجهة الثانية ما مر آتياً من ان تلف مال المضاربة كلاً موجب للبطلان سواء كان قبل الدوران في التجارة او بعده فالتلف للكامل موجب لبطلان المضاربة لعدم تمكن العامل من البيع و الشراء و الفرض هنا تلف الكل بعد الدوران و اشتراء العبد او الشاة فالثمن الذي 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 فلو كان رأس المال مائة دينار و تلف عوض العبد او الشاة لزم عليه تكرار الثمن عشرة مرات فيكون رأس المال الف دينار مع انه لم يكن الا مائة دينار فلزم على العامل السعي حتى يبلغ من الربح الف دينار من دون ان يجوز له اخذه من الربح شيئاً ولو كان مدة عشرين سنة .

وفي الجواهر قال نعم في المسالك بعد أن ذكر جميع ذلك قال : وحيث يلزم المالك الثمن ثانياً يكون الجميع رأس ماله بجبر جميعه بالربح ، وهو جيد في غير صورة الفضولي ، 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 في الذمة باذن المالك لزم دفع الثمن ثانياً وثالثاً دائماً ، والآ فان صرح بكون الشراء له وقف على اجازته ، فان اجاز لزمه الثمن ، و الا بطل البيع ، و ان لم يذكره لفظاً وقع الشراء للمعامل ظاهراً مع فرض كونه قد نوى المالك ، و الا فواقعاً ايضاً ، و ان كان الشراء بالعين فهلكت قبل دفعها بطل العقد ، و هذا كله واضح انتهى .

قوله لزمه الثمن اى تكراراً قوله وقع الشراء للمعامل النخ الشراء في كل حال للمالك صرح باللفظ اولاً فانه و كيل عنه و فعله فعله .

والمعجب قوله مع فرض كونه قد نوى المالك قوله و ان كان الشراء بالعين كما اذا قال العامل اشتريت هذا الشاة بهذا الثمن فتلّف الثمن فلاشكال في بطلان العقد بخلاف ما اذا قال اشتريت هذا الشاة بمائة دراهم فان الدراهم حينئذ كلى يصدق على كل المائة منها فالمعاملة حينئذ صحيحة من هذه الجهة اى في كل معاملة غير المضاربة .

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

المسألة ﴿الحادية عشرة : اذا نض قدر الربح فطلب احدهما القسمة﴾ لقد ربح ﴿فان انفقاص﴾ لانحصار الحق فيهما ﴿وان امتنع المالك لم يجبر﴾

وفي الجواهر ما هذا لفظه لما فيه من الضرر عليه ، لاحتمال خسارة مال القراض ، فيحتاج الجبر به ، اما المعامل فقد يظهر من العبارة انه ليس له الامتناع لانه متى احتاج الى الجبر احتسب على المالك لكن في القواعد ان امتنع احدهما لم يجبر على القسمة .

وفي جامع المقاصد « اما المالك فظاهر ، واما العامل فلانه لا يأمن ان يطرد الخسران ، وان اتلف ما وصل اليه فيحتاج الى غرم ما وصل اليه بالقسمة ، وذلك ضرر» .

وفيه منع كون ذلك ضرراً ، ضرورة امكان المحافظة عليه ، بعدم التصرف بل لو اغرمه لم يكن عليه ضرراً لانه في مقابل ما تصرف فيه انتهى ولا يخفى ما في ذلك من الضرر على العامل لا الضرر من حيث دفع ما اخذفانه كما في الجواهر لا ضرر فيه مع امكان حفظه وعدم التصرف فيه بل ضرر من استلزام ذلك كون عمله معجانا لا امكان طريان الآفة على رأس المال فيحرم من حقه في جميع هذه المدة تأمل فيه وفيما تقدم منا

وعلى كل حال ﴿فلو اقتسما وبقي رأس المال﴾ بحاله ﴿معه﴾ اي مع مقدار حصول الربح سواء كان حصول رأس المال وربحه بالفسخ او بانتهاء مدة المضاربة وغير ذلك بمعنى ان رأس المال بحاله مع ربحه واخذ العامل سهمه ﴿فخسر﴾ رأس المال بعد القسمة واخذ الربح بأفة او كساد سوق ونحوه فلزم حينئذ ﴿رد﴾ العامل اقل الامرين ﴿مما اخذ ومما خسر برأس المال مثلاً ان كان رأس المال مائتين درهم وربح مائة درهم خمسون للمالك وخمسون منه للعامل ثم حصل الخسران في رأس المال بقدر عشرين درهما فاقل الامرين مما اخذ ومما خسر هو عشرون درهما فرد للعامل من خمسين الى رأس المال عشرين درهما فلو كان في هذا المثال قد خسر على رأس المال مائة درهم كان اقل الامرين من المائتين وخمسين نفس الخمسون فرد الى رأس المائتين الخمسون الذي كان ربح العامل فلا يكون في المثال شيء من الربح اصلاً ولا اجرة المثل بشيء ولو خسر في المثال ثلاثون درهما كان سهم العامل خمسين والخسارة ثلاثون وهو اقل من خمسين رد الى رأس المال ثلاثون وهكذا .

وفي الحدائق في هذا المقام قال ما هذا 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 مائة درهم والربح عشرون درهما ، والشرط ان يكون الربح بينهما نصفين ، وبموجبه يكون النقصان كذلك فاقسما الربح وصار حصة العامل عشرة دراهم ثم انه اتفق نقصان المال من التجارة عشرين درهماً ، فعلى العامل عشرة دراهم ، و هي تمام حصته ، لان له نصف الربح فعليه نصف النقصان ، وباقي 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 هي عشرة ، فيأخذ هنا بالاقل الذي 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 وهي أقل من حصته من الربح التي هي عشرة كما عرفت فيؤخذ بالاول الذي هو الاقل والخمسة الاخرى على المالك ، وعلى هذا يكون الزائد له ، لان الامر هنا بالحصه والرصد والذي 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 يشتري رب المال من العامل شيئاً من مال القراض ﴿ بلا خلاف ولا اشكال لأنه ماله ﴾ ولا أن يأخذ منه بالشفعة ﴿ لذلك أيضاً اى لعدم المعنى لاخذ ماله بالشفعة و هي اخذ نصيب شريكه وضمه الى ماله نعم لو كانت ارض مثلاً بينه وبين العامل قبل المضاربة اوفى ائتمائها خارجاً عن المضاربة واراد العامل بيع نصيبه فقال المالك اخذته بالشفعة صح كما صح

عكسه اي اراد المالك بيع نصيبه وبأخذ العامل بالشفعة فلا يكون الشفعة الأفي مثل ارض بينهما واراد احدهما اخذ نصيب الاخر فلا يصح لو كانت الارض مثلاً للعامل واراد شرائها المالك ولا كون الارض للمالك واراد بيعه العامل كي يعلل عدم الصحة بانه ماله بل يمكن التعجب من مسألة الاخذ بالشفعة من المالك تدبر ﴿وكذا لا يشتري﴾ المالك ﴿من عبده القر﴾ بكسر القاف وهو العبد الخالص من دون ان يطرق اليه شيء من الحرية اصلاً وهو مبنى على عدم مالكية العبد لكن قد مر في السابق كونه مالكا فعليه يصح راجع ج ٢٥ ص ٧٩ .

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

وفي مفتاح الكرامة بعد قول المصنف [ولا يصح أن يشتري المالك من العامل شيئاً من مال القراض ولا أن يأخذ منه بالشفعة ولا من عبده القن ويصح من المكاتب] قال ما هذا لفظه كما صرح بذلك كله في المبسوط و الشرائع والتذكرة والتحرير و جامع المقاصد والمسالك و ذكر العبد المكاتب استطراداً لكن لما ذكرهما في المبسوط ذكرهما الجماعة والوجه في انه لا يشتري منه من مال القراض واضح لانه لا يصح أن يشتري الانسان ماله ومثله القول في الاخذ بالشفعة انتهى .

المسألة ﴿الثالثة عشرة﴾: اذا دفع مالاً قراضاً و شرط أن يأخذه بضاعة ﴿اي دفع مالاً للمضاربة واخذ مثله منه للبضاعة﴾ اي امانة فدفع ألفاً واخذ ألفاً فدفع ألفاً للمضاربة وحصول الربح بينهما واخذ ألفاً لنفسه امانة مع كون ربحه لنفسه فهل يصح هذا الشرط بان دفع مالاً للمضاربة مع الربح بشرط ان يأخذ منه بمقداره او اقل او اكثر بلا عوض و كان كل ما اربح به لنفسه .

وانت تأمل فيه كي يظهر لك صحة العقد والشرط او فسادهما او فساد الشرط

دون العقد وقد وقع فيها اختلافا كثيرا ونقل اقوالهم في مفتاح الكرامة والظن ان
 صرف الوقت فيه بلا طائل 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 ف ﴿ 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 بصحتها ﴾
 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 ولعلمهم يستندون الى ان هذا
 العقد على خلاف الاصل فيقتصر فيه على المتيقن ونص فى التحرير على بطلانها
 وافساده العقد ان اقتضت جهالة وفى موضع من التذكرة انه لا باس بها وبين
 فى موضع آخر منها فى تذييب 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 بصحتها كان حسناً وقد فهم منه
 فى المسالك الحكم بذلك وقد انه الاقوى وقد حكى فى الشرائع والتذكرة القول

بيطلا لهما والقول ببطلان الشرط فقط وصحة العقد الى ان قال .
 (وقال في جامع الشرائع) ولو اعطاه الفا قراضا على أن ياخذ منه الفا
 بضاعة جاز ولم يلزم الوفاء به فقد عبر بجواز الشرط كالمبسوط ووضح منه قوله
 في التحرير صح القراض والشرط لكنه لا يلزم الوفاء به وهو تحرير المبسوط
 ولكن قد قال في جامع المقاصد ان المصنف وجماعة صرحوا بصحة القراض
 والشرط وصرح في التحرير بأنه لا يلزم الوفاء به وهو حق لان العقد جائز
 من الطرفين .

قلت قد سمعت انه في التحرير صرح ايضا بصحة الشرط ونحوه ما في المسالك في
 آخر كلامه وقال فيهما ان الذي يقتضيه النظر ان للمالك الفسخ لفوات ما جرى عليه
 التراضي فيكون للعامل اجرة المثل وللمالك الربح كله لكن الشهيد الثاني تأمل
 في 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
 وفي كلام الكل نظر واضح كل من وجه الى آخر كلامه الطويلة والاقوى ما افاد
 الشيخ من عدم الصحة ووجهها واضح .

المسألة ﴿الرابعة عشرة﴾ : اذا كان مال القراض مائة ﴿مثلا﴾ فخرس عشرة ﴿
 مثلا﴾ وأخذ المالك ﴿منه بعد الخسارة﴾ عشرة ﴿مثلا﴾ ثم عمل بها ﴿اي بما
 بقى العامل الذي عبارة عن﴾ الساعي فربح ، كان رأس المال تسعة وثمانين الاتسعا
 لأن المأخوذ محسوب من رأس المال . فهو كالموجود فإذا المال في تقدير تسعين
 فاذا قسم الخسران ، وهو عشرة على تسعين ، كانت حصة العشرة المأخوذة ديناراً
 وتسعاً ، فيوضع ذلك من رأس المال ﴿ .

وفي الجواهر بعد عبارة المتن ما هذا لفظه ويجبر الباقي ، لأن الربح انما يجبر
 خسران المال الذي ربح أي مال المضاربة الباقي 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 لأنه خسران غير المال الذي ربح أي مال المضاربة الباقي في يد العامل، ضرورة أن أخذ المالك العشرة منه استرداداً من العامل، وإبطال للمضاربة فيها فلا بد أن يتبعها ما خصها من الخسارة السابقة على أخذها.

ثم قال متصلاً بكلامه « والضابط في معرفة ذلك نسبة المأخوذ إلى الباقي وتوزيع الخسران عليه أجمع، فيخصه على مقتضى نسبه، ففي المقام نسبه تسع فيخصه تسع العشرة التي هي الخسارة، وهو واحد وتسع، فيبقى منه تسعة الأتسع تجبر من الربح المتجدد ولو فرض أنه أخذ نصف التسعين الباقية بعد خسارة العشرة، بقي رأس المال خمسين، منها خمسة وأربعون موجودة، ويتبعها نصف الخسارة، وهو خمسة، وهي التي تؤخذ من الربح المتجدد لو فرض.

وكذا في طرف الربح، بمعنى أنه يحسب المأخوذ من رأس المال والربح، فلو كان المال مائة وربح عشرين، فأخذها المالك بقي رأس المال ثلاثة وثمانين وثلث، لأن المأخوذ سدس المال جميعه الأصل والربح وسدس أصل المال ستة عشر وثلثان وسدس الربح ثلاثة وثلث وهي حظه من الربح لأنه يستقر ملك العامل على نصف المأخوذ من الربح وهو درهم وثلثان، وذلك لبطلان المضاربة في أصله وهو السدس الذي استرده المالك وحينئذ فلو انخفض السوق وعاد ما في يده إلى ثمانين لم يكن للمالك أن يأخذه من العامل إذا فسح المضاربة ليقم مع ما أخذه سابقاً المائة، بل للعامل من الثمانين درهم وثلثان وهما نصف الربح الذي قد أخذها المالك في ضمن العشرين، وقد عرفت استقرار ملك العامل عليه بفسخ المالك المضاربة في العشرين هذا.

ونظير عبارة المصنف ما في القواعد فقال ما لفظه: [ولو كان رأس المال مائة فخر عشرة ثم أخذ المالك عشرة ثم عمل الساعي فربح رأس المال ثمانية وثمانون وثمانية أنساع لأن المأخوذ محسوب من رأس المال فهو كالموجود فالمال في

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

وغيرهم بيان انه لا يجبر من الربح في الفرض المذكور مجموع الخسران وهو العشرة التالفة وانما يجبر منها ثمانية وثمانية اتساع لان العشرة المأخوذة محسوبة من رأس المال فهي كال موجود في ان لها حظا من الخسران لان الخسران من المجموع فالمال الموجود في 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 لخرجها بالاسترداد عن استحقاق الجبران لما يصيبها حيث بطل القراض فيها والضابط ان ينسب المأخوذ الى الباقي و يؤخذ للمأخوذ من الخسران بمثل تلك النسبة ففي المثال نسبة العشرة المأخوذة الى التسعين تسع فيصيبها من الخسران تسع الخسران وهو دينار وتسع دينار .

وقد اراد المصنف في هذه المسئلة وما بعدها من المسائل ان يبين ما يترتب على الاسترداد في صورتى الخسران والربح من الاحكام فبدأ اولها بما يترتب عليه في 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 ولا غيره و تحرير المقام ان يقال اذا استرد المالك بعض المال من العامل بعد دورانه في التجارة فان لم يكن هناك ربح ولا خسران رجع المال الى القدر الباقي وارتفع القراض فى المقدار

الذى أخذه المالك وان كان بعد ظهور الخسران كان الخسران موزعاً على المسترد وعلى الباقي ولا يلزم جبر حصّة المسترد من الخسران كما عرفت وان كان الاسترداد بعد ظهور الربح فالمسترد تابع ربحاً وخسراً على النسبة الحاصلة من جملة الربح ورأس المال ويستقر ملك العامل على ما يخصه بحسب الشرط مما هو ربح منه فلا يسقط بالنقصان الحادث بعده كما سيوضح لديك ذلك فى عنوان المثال فيما يأتى انتهى .

وفى المسالك بعد قوله اذا كان مال القراض مائة قال لما كان الربح انما يجبر خسران رأس المال الذى ربح لا مطلق الخسران فاذا اخذ المالك بعد الخسران شيئاً كان من جملة رأس المال فلا بد ان يخصه من الخسران شىء فيسقط من اصل الخسران ويجبر الربح الباقي فاذا فرض ان المال كان مائة فخسر عشرة واخذ المالك بعد الخسران عشرة ثم ربح المال الباقي فهذا الربح لا يجبر مجموع ذلك الخسران لان الذى اخذه المالك من جملة المال الخاسر وقد بطل القراض فيه بأخذه فلا بد من اسقاط ما يخصه من الخسران ثم يجبر الباقي 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 المأخوذ الى الباقي ويأخذ للمأخوذ من الخسران بمثل تلك النسبة

نامل 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 بقي من مال المضاربة اذا المالك قد أخذ العشرة مثلا مستحقة للمجبر ، ودعوى أن الذي يجبر هو المال الذي ربح واضحة الفساد ، ضرورة جبر المال الذي 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 شيئا فشيئا ، 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 الباقي ان كان ، فتأمل جيدا انتهى .

ولقد اجاد مخصوصا في قوله من السيرة الخ فان ما ذكره بديهية وان لهما السلطنة بمال المضاربة اما المالك فواضح واما العامل فلان الفرض جعله المالك مسلطا على ماله مختارا فيه في 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 في الخسارة العشرة مما ينكره العرف والطبع السليم بل عدم فهمه بنحو ما ذكره ويؤيده امكان تكرار اخذ المالك من المال فينتجر الى عسر او الامر المحال وعدم امكان حساب الخسارة بنحو ما ذكره بل لادليل على شيوع الخسارة على المال مضافا الى ما عرفت من ان الخسارة الكلية لا ينجبر اصلا قبل الدوران او بعده سماوية كانت اولا .

اما الخسارة الجزئية كما في المقام ينجبر بالربح حصل الخسارة قبل الربح او بعده باى ربح كان بل يمكن ان يقال الخسارة العشرة قد وقعت على المائة دينار وبعد لزوم رد العشرة المأخوذة الى المال المضاربة عد رأس المال المائة 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 شعري ما حال هذه البحوث المشكلة المتحيرة مع ان الكلام مع
العرف الخارج عن فهم المشكلات فرأس المال فى المثال مائة وقد افاد وابان
الربح الحاصل يكون وقاية لرأس المال ولا يجوز اخذه حتى ينجبر به ماتلف وخسر
من المال وفى المثال ان الخسارة العشرة لا تلحظ اصلاً بل المعيار اصل المائة
وكذا لا يلحظ 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 وبلغ الى المائة فالملحوظ هو المائة والربح والخسارة يلحظ
بعد الفسخ او عند ظهور الربح كما عرفت والا فيوما 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 اى مقدار وقعت الخسارة و اى مقدار نقص من
رأس المال .

قال فى القواعد (والربح وقاية لرأس المال فان خسرو ربح جبرت
الوضعية بالربح سواء كان الربح والخسران فى مرة واحدة أو مرتين أو فى صفقة
أو اثنتين) .

وفى مفتاح الكرامة قال بعده أو الربح فى سفره والخسران فى اخرى
لانعلم فى هذا خلافاً كما فى التذكرة واجماعاً كما فى المسالك وقد اجمع أهل
الاسلام على انه ان ربح وخسر جبرت الوضعية 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 والوضعية على المال انتهى فلا
اشكال فى كون الربح وقاية لرأس المال على مقتضى ظهور كلماتهم .

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

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

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

ولا يخفى ان المسألة مع ان البحث فيها تطويل بلاطائل في مثل هذا الزمان الذي لا وجود للعبد والجارية كانت في غاية الاشكال من حيث وطء الجارية سواء كان مع اذن المالك ام لا وانا اكتفى في ذلك بما في الحدائق حتى لا يكون كتابي خاليا عن بيانها قال فيها ما هذا لفظه : .

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

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

القراض ، قال : لانه ربما وقع خسران فيحتاج الى الجبر .
وقال في التذكرة أيضاً : أنه لا يجوز للمالك أن يطأها أيضاً سواء كان هناك
ربح أم لا ، لان حق العامل قد تعلق بها ، والوطىء ينقصها ان كانت بكرة ، أو يؤدي
الى خروجها من المضاربة ، لانه ربما يؤدي الى احبالها ، الى ان قال : ولو لم
يكن فيها ربح لم يكن للمالك أيضاً ، لان انتفاء الربح فى المتقومات غير معلوم
وانما يتيقن الحال بالتنضيق للمال ، اما لو تيقن عدم الربح فالأقرب انه يجوز له
الوطىء انتهى .

أقول : وعلى هذا ينبغي أن يحمل قوله أولاً لا يجوز 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 لا أثر لها فى التحليل ، سواء قلنا أن
التحليل تملك أو عقد ، فانه على تقدير كل منهما لا يحصل شيء منهما قبل الشراء
فلا يدخل تحت المحصر فى قوله تعالى « الاعلى أزواجهم أو ما ملكت أيماهم »
الا انه قد روى الشيخ فى التهذيب عن الحسن بن محمد بن سماعة عن محمد بن
زياد عن عبدالله بن يحيى الكاهلى عن ابي الحسن عليه السلام قال : قلت : رجل
سألنى أن أسألك أن رجلاً أعطاه مالا مضاربة يشتري له ما يرى من شيء ، فقال :
اشتر جارية تكون معك ، والجارية انما هى لصاحب المال ان كان فيها وضعية
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 ايّاه ، 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 لأثر لهذا الاصطلاح عندهم ، بل الاخبار كلها صحيح باصطلاحهم ، الاما نصوا عليه ، وقد تقدم تحقيق ذلك في المجلد الاول من الكتاب .
وأما قصور الدلالة فهو مردود بأنه لأصح في الجواز من قوله **« لا يطأها »** نعم ، بعد قول السائل **« أله أن يطأها »** ، وأما اضطراب المفهوم فهو غير مفهوم ولا معلوم وأما ما استندوا اليه من أن الاذن قبل الشراء لأثر له في التحليل فهو أول المسئلة ومحل البحث ، وأي مانع يمنع منه **« قولهم : سواء قلنا أن التحليل تمليك أو عقد »** مدخول بعد الانحصار في القسمين المذكورين ، فان التحليل قسم ثالث ليس بتمليك ولا عقد ، وقد دأبت الاخبار على جواز النكاح به ، وان كان ظاهر كلامهم ارجاعه الى أحد القسمين المتقدمين ، الا أن ظاهر الاخبار كونه قسماً برأسه .

وبالجمله فان رد الخبر من غير معارض مشكل ، والركون الى هذه التعليقات العلية ورد الخبر بها مجازفة ظاهرة هذا كله فيما اذا كان الاذن قبل الشراء .

أما لو كان بعد الشراء فان الظاهر أنه لا خلاف ولا اشكال في جواز الوطء الا أن يكون الشراء للقراض ويكون قد ظهر فيها ربح ، فانه تصير المسئلة هنا راجعة الى مسئلة تحليل أحد الشريكين لصاحبه ، وفيها خلاف واشكال سيأتي التنبيه عليه في 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 في شيء .

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

أذن له وفيه رواية بالجواز متروكة وقال بعده المحقق الخوانساري لا اشكال في عدم جواز وطى المضارب أي العامل للجارية المشتركة بمال المضاربة انتهى .
 ﴿ أمّا لو احتلها ﴾ المالك له ﴿ بعد شرائها ﴾ ولم يكن ثم ربح فيها
 ﴿ صح ﴾ وطمئنا قطعاً مع القطع بعدم ربح فيها فعلاً ولا يجوز مع الشك لانه مع حصول الربح تكون مشتركة في الربح بين المالك والعامل ولا يجوز 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 مطلقاً كما قالوه لاصالة عدم حصول الظهور ، ولا ريب 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 ﴾ لمتعديدين ﴿ فان علم مال أحدهم بعينه كان أحق به ﴾ بلا خلاف ولا اشكال ، ﴿ 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 ، والانحصاء انتهى وفي الحدائق ما هذا نصه اذا مات وفي يده أموال 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 عليه السلام انه كان يقول : من يموت وعنده مال مضاربة قال : ان سماه بعينه قبل موته فقال : هذا فلان فهو له ، وان مات ولم يذكر فهو أسوة الغرماء ، ورواه الصدوق مرسلًا ايضاً وظاهره ان سمي مال الاشخاص فالمال له ولا كان الجميع فيه سواء

يجعل لهم منها بحسب اموالهم لالسواء بمعنى المساوى بين الجميع ويشكل ذلك بان في المضاربة كان الاموال للمالك وقل ما يتفق فيها مال الغير فلا يكون المال للوارث ولا لغير المالك الا ما علم بانه للغير بان يعلم كونه ودیعة امانة ونحوهما والحاصل قوله عليه السلام من يموت وعنده مال المضاربة صريح في 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 ودیعة والا كان الظاهر ان كل ما بيده لرب المال فالخارج عن مال المضاربة ما عينه او عين بقرينة ونحوها من الشهادة عليه وفي غير ذلك كان المال لرب المال ولا يصل النوبة بكون المال للغيراء او للوارث اذ الظاهر كون العامل بيده مال المضاربة للمالك فكما لو فسخ المالك كان المال له وكان للعامل اجرة المثل فكذلك لو مات العامل و الظاهر مقدم على الاصل في مثل هذا المقام حيث لامال للعامل وكل ما بيده كان للمالك الا 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 ما تقدم وغيرها محكوم بكونه للمالك فكما لو مات المالك انفسخ عقد المضاربة وكان المال لوارثه فكذلك لو مات العامل كان المال لنفس المالك الا فيما 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 ولا معنى للمحكم بالميراث مع كون ما في يده للمالك .

فان قلت الغالب كان للعامل ايضا مال فلا يصح الحكم بكون المال للمالك قلت نعم لكن ماله لم يكن ممزوجا مع مال المالك والا كان شريكا لامضاربا فحال المضاربة ما بيد العامل للمالك .

فان قلت يمكن كون العامل مضاربا عن المتعديين وكان في يده اموال كثيرة لجواز كونه كذلك .

قلت نعم لكن اموال كل واحد من المالكين في مكان غير مكان الاخر
 بالبداية فلو كان في كل مكان له مضاربة لشخص معين كان الحكم كذلك اي
 ما بيده بعد موته لمالكه وبالجملة لافرق فيما ذكر بين كون المالك ورب المال
 واحدا او متعددا لعدم صحة امتزاج جميع اموال المالكين مع صدق كون العامل
 عاملا عن الجميع تدبر .

﴿فان جهل كونه﴾ أي ما في يد الميت العامل ﴿مضاربة قضى به ميراثا﴾
 وفي الجواهر قال عند المصنف وثاني الشهيدين وسيد الرياض ، قضاء لحكم اليد
 بل لاضمان عليه للمضاربة ، لاصالة البراءة انتهى .

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

وفي المسالك بعد قوله وان جهل كونه مضاربة اه قال المراد ان العامل
 كان بيده مضاربة في الجملة ولكن لم يعلم بقاؤها ولا تلفها وبواسطة ذلك جهل
 كون المال الذي بيده مضاربة اذ كما يمكن ان يكون من مال المضاربة يمكن
 كونه ماله فيحكم بكونه ميراثا عملا بظاهر يد .

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

المال مضاربة ولو فى الجملة ومع هذا الاحتمال القوى لامجرى لليد اذالمتيقن ما اذا كان ذواليد و ادعى كونه له والفرض لاجودله فلا مجرى لها ولا يصدق اليد على من كان فى يده فى زمان سابق ويؤيد ما ذكرنا قوله متصلا بكلامه .
ولكن مع ذلك هل يحكم بضمانه للمضاربة من حيث اصالة بقائه الى ان يعلم تلفه بغير تفریط ولعموم على اليد ما اخذت حتى تؤدى املا لاصالة براءة الذمة وكونه امانة غير مضمونة واصالة بقائه لا يقتضى ثبوته فى ذمته مع كونه امانة وجهان ويتخرج على الاول ان اصالة بقائه يقتضى كون مالكة كالشريك فى مال العامل حيث يشتهه 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 الحمد لله 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 نحو ما سمعته فى المضاربة وهل هى المخابرة ؟ فيه خلاف لافائدة مهمة فى تحقيقه لكن فى المسالك وقد 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 ولا ريب فى مشروعية هذا العقد عندنا ، وعند أكثر علماء

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

وكيف كان فيدل على اصل مشروعية المزارعة روايات كثيرة .

منها خبر أبي الربيع الشامي د عن أبي عبدالله عليه السلام أنه سئل عن الرجل يزرع أرض رجل ، فيشترط عليه ثلثا للبذر وثلثاً للبقر فقال : لا ينبغي أن يسمى بذراً ولا بقرأً ولكن يقول لصاحب الارض : أزرع أرضك ولك منها كذا وكذا نصف أدثلث ، أو ما كان من شرط ، ولا يسمى بذراً ولا بقرأً إنما يحرم الكلام . ونحوه خبر النضر بن سويد عن عبدالله بن سنان د أنه قال : في الرجل يزرع فيزرع أرض غيره ، فيقول : ثلث للبقر وثلث للبذر ، وثلث للأرض قال : لا يسمى شيئاً من الحب والبقر ، ولكن يقول : أزرع فيها كذا وكذا ان شئت نصفاً ، وان شئت ثلثاً .

ومنها صحيح يعقوب عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث د سأله عن الرجل يعطى الرجل أرضه وفيها رمان أو نخل أو فاكهة ، ويقول : اسق هذا من الماء واعمره ولك نصف ما اخرج ؟ قال : لا بأس ، خلافاً لما عن الشافعي وأبي حنيفة وبعض العامة فمنعوا منه إلا في مواضع مخصوصة وظهور الروايات في حصول الملكية لما شرط غير خفي .

والحاصل ظاهر الروايات وصيغ المزارعة كلاهما هو حصول الملك للزارع وقوله عليه السلام ان شئت نصفاً وان شئت ثلثاً ونحو ذلك ظاهر في كون النصف والثلث أو ما يسمى بالشرط ملكاً للزارع والنصف الباقي ملكاً للمالك وبذلك يندفع ما يناقش فيه كما اشار اليه في الجواهر قال وقد يناقش فيه بأن صيغة المزارعة التي هي

زارعتك وسلمتك ونحوهما وحقيقتها - التى هى المعاملة على الارض بالحصة من حاصلها - لاقتضى اعتبار ملكية الارض لا عيناً ولا منفعة ، بل يكفى فيها الاولوية الحاصلة فى أرض الخراج بالاحياء أو بالتفويض ، ممن هى فى يده من حاكم الجور أو الشرع أو غير 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 لا يكاد ينكر ظهور ما ذكره من تعريف المزارعة المزبورة ومن صيغتها المذكورة فى كون الارض مملوكة العين أو المنفعة أو الانتفاع ، والالم يكن وجه للمعاملة عليها بالحصة من حاصلها التى مقتضاها تسليط العامل عليها بموض هو الحصة من الحاصل ، فهى حينئذ كالاجارة بالنسبة الى ذلك ، وان اختلفت معها فى الاجرة بل هو معنى زارعتك على هذه الارض ، أو سلمت اياها او سلطتك عليها بالحصة من حاصلها ، اذ لا معنى له بدونه ، فان المعاوضات التمليكية لا يتصور فيها عدم ملكية العوضين ، او احدهما بأحد الوجوه التى ذكرناها .

بل قد سمعت ما فى خبر يعقوب المسؤل فيه عن المزارعة ، فقال : « والنفقة 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 قد تملك منفعتاً بالاستيجار من السلطان الذى قد اجرى الشارع ذلك منه مجرى سلطان العدل انتهى .

ولقد اجاد وان كان فى ملكية نفس الارض كلاماً باي وجه كان ﴿ و ﴾ على كل حال فـ ﴿ هو ﴾ اى عقد المزارعة ﴿ عقد لازم ﴾ بالاخلاف كما هو كذلك فى اكثر العقود للاجماع بقسميه عليه ، لقاعدة اللزوم المستفادة من آية « او فوا » وغيرها كما عرفت فى المضاربة فـ ﴿ لا ينفسخ ﴾ حينئذ اختياراً ﴿ الا بالتقابل ﴾

أوباشترط الخيار ونحوه . نعم قد تنفسح قهراً بخروج الارض عن الانتفاع ونحوه كما في الجواهر ﴿ولا يبطل بموت احد المتعاقدين﴾ .

وفي الجواهر قال كغيره من العقود اللازمة ، فاذا مات رب الارض انتقل حكم العقد الى وارثه ، واذا مات العامل قام وارثه مقامه ، اداستؤجر 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 او وارثه فالمناط هو الزراعة في الارض باى شخص كان الا اذا 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 ، فخرجها عن ملكه بعد ذلك بعيد ، نعم لو كان قبله اتمه» 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 ولومات المالك قد اتم العامل عمله واخذ سهمه والباقي الى الوارث .

﴿و﴾ كيف كان في الكلام اما شرطه ﴿اي هذا العقد﴾ واما في احكامه اما الشروط : فثلاثة الاول : ان يكون النماء مشاعاً بينهما ، تساوي فيه اوتفاضلاً ﴿بلا خلاف ولا اشكال .

وفي الجواهر على ما في الرياض ، بل في الغنية الاجماع عليه ، وانه الحجة مضافاً الى قاعدة الاقتصار على المتيقن من النص والفتاوى في عقد المزارعة والمسافة ، المخالف لاصالة عدم الغرر ، الى ان قال وفي المسالك في تفسير الشرط المزبور داي يكون مجموع النماء بينهما مشاعاً ، فيخرج بذلك مالو شرط احدهما شيئاً معيناً ، والباقي الآخر 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 فلو شرط شيئا معيننا لم يصح كما عرفت فى المضاربة ويدل عليه ما فى الصحيح « لا تقبل الارض بحنطة مسماة ، ولكن بالنصف والثلث والرابع والخمس لابأس به ، وقوله بحنطة مسماة معناه مقدار معين كما سماها بعشرة أمان 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﴾ والآخر الاقل ﴿أى المتأخر منه﴾ أو ما يزرع على الجداول ﴿بمعنى الانهار الصغار او ما يجمع حولها من التراب من قطع الارض﴾ والآخر ما يزرع فى غيرها ﴿او نحو ذلك مما لا اشاعة فى شيء منه بينهما﴾

﴿و﴾ عليه ﴿لو شرط احدهما قدراً من الحاصل وما زاد عليه بينهما﴾ فانه ﴿لم يصح﴾ بل انه المشهور ، سواء كان مقدار البذر او غيره ﴿لجواز ان لا تحصل الزيادة﴾ فيبقى الآخر بلا شيء وعدم الجواز ظاهر الحدائق قول ما هذا نصه . نعم وقع الخلاف هنا فى موضعين ، أحدهما لو شرط احدهما قدراً من الحاصل والزائد عليه يكون مشتركاً بينهما ، فالظاهر - وبه صرح جملة من الاصحاب أيضا انه لا يصح ، لجواز ان لا يزيد شيء ، ولان ظاهر الاخبار المتقدمة هو الاشتراك فى جميع ما يحصل من النماء الا ما خرج بالشرط ، ولا فرق بين ذلك من كون القدر المشروط هو البذر وغيره ولا بين كون الغالب على تلك الارض ان يخرج منها ما يزيد 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 وجماعة جواز استثناء البذر من جملة الحاصل وفى المختلف جواز استثناء شيء من الحاصل مطلقاً ، 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، ورجحه في الكفاية، ولعله للعمومات والاطلاقات المتوهمه بزعم الشمول للمقام مع قطع النظر عن ظهور ما دل على شرعية المزارعة في اشاعة الجميع والافصح لحاظه لا يصل النوبة الى ادلة الجواز بل هو الاشكال الموجب للاختلاف مع ان المتيقن من المزارعة والمساقاة اللتين لا يخلو عن الغرر هو صورة عدم جواز استثناء شيء. حيث ان جوازه موجب لزيادة الغرر فاللازم هو الاقتصار على المتيقن وهو عدم جواز اشتراط شيء معين سوى ما يسمى من حقه نصفاً او ثلثاً وغيرهما فلذلك يشكل التمسك بالخبرين الاتيين الدالين على الجواز. فلا يتم ما في الجواهر بعدهما في ردّ الرياض بقوله ومن الغريب بعد ذلك كله ما في 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 الا 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 في الغنية ، فقال ، بعد الاستناد الى الاجماع : ولعله لا يسلم الا ما قد عينه ، فيبقى رب الأرض والنخل بلا شيء وقد يعطب الآ غلة ما عينه ، فيبقى العامل بلا شيء .

ان لا يخفى عليك ما فيه من عدم انحصار الدليل في الآية التي يكفى في المطلوب دلالتها على الجواز والمشروعية ، واللزوم ، يستفاد حينئذ من آية « أدفوا » وغيرها وليس فيما مضى ما يصلح مخصصاً ، ان ليس الا دعوى شرعيتها على خلاف ذلك ، وقد عرفت منعها على مدعيها ، وأن الاطلاقات والعمومات تكفى في اثبات شرعيتها على الوجه المزبور ، ولا نهى عن مطلق الغرر على

وجه يشمل هذه المعاملة التي هي مبنية عليه انتهى .
ولا يخفى انه مضافا الى عدم الغرابة كان فيه جودة بينة اذ ليس في صحة
المعاملات مجرد الرضاية والأ 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 لا بد 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 والخروج بذلك عن الاشتراك بينهما ينتفى ما يتوهم
منه الجواز .

وبالجملة اولاً لا يكون مثل اشتراط الزيادة جائزاً وثانياً لو فرض الجواز
يخصص بالصحيح الدال على عدمه كما في قوله اكرم العلماء ولا تكرم عالماً فاسقاً
فمع الصحيح كيف يصح التمسك بآية التجارة ولو قيل ان الآية غير منحصرة فيهابل
يكون آية ادفوا كان الجواب الجواب فلا بد اولاً اثبات الجواز ثم التمسك بالآية
باللزوم فاذا عقد على الخمر والخنزير كيف يصح التمسك بادفوا بالعقود .

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

وفي خبر ابراهيم الكرخي قال قلت لابي عبدالله عليه السلام : اشارك العليج فيكون
من عندى الارض والبذر والبقر ، ويكون على العليج القيام والسقى والزرع حتى
يصير حنطة أدشعيراً ، وتكون القسمة فياخذ السلطان حقه ، ويبقى ما بقى ، على
ان للعليج منه الثلث ، ولى الباقي قال: لا بأس بذلك ، قلت : فلى عليه ان يرد على

مما اخرجت الارض البذر ، ويقسم ما بقى ، قال : انما اشار كته على ان البذر من عندك ، وعليه السقى والقيام ، فيجب الوفاء عليه وهو مفاد المؤمنون عند شروطهم 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 فهو بينهما قال : لا بأس ،

وفى الجواهر بعدهما قال الى غير ذلك من النصوص على اختلافها فى الظهور والاشعار بجواز ذلك الذى هو فى الحقيقة لا ينافى الاشاعة ، خصوصا اذا كان لاجنبى وان نافي كونه بينهما انتهى .

ولا يخفى ان محل الكلام هو اشتراط احد طرفى المعاملة شيئا 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 ولم يقرر له لما يتحقق الحاصل بينهما كما فى مورد الخبر فى الحقيقة ما يؤدى الخراج غير داخل فى حقهما وما حصل من الارض هو بعد دفع حق السلطان الجائر وهو خارج عن الاشتراك والذى يتحقق به الاشتراك هو ما بينهما بعد الدفع فهو خارج عن محل الكلام والدليل على الجواز هو الاتيان بشيء ظاهر فى شرط مخالف للاشتراك بين طرفى المعاملة لاملثل ذلك والعجيب ممن استدل بامثال هذا الخبر للمقام فتأمل .

والمحقق الخوانسارى فى جامعه بعد قول المصنف الاول ان يكون النماء مشاعا مساويا قال ما هذا لفظه وأما اشتراط أن يكون النماء مشاعاً فالظاهر عدم الخلاف فيه بل ادعى عليه الاجماع واستدل عليه بقاعدة الاقتصار على 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 ما لو شرط لاحدهما شيئاً معيناً والباقي للآخر؛ لهما وما لو شرط لاحدهما نوع خاص من الزرع دون صاحبه وفي بعض الصور وقع الخلاف كما لو شرط أحدهما قدراً من الحاصل وما زاد عليه بينهما ففي الشرايع نفى الصحة لجواز أن لا تحصل الزيادة فيبقى الآخر بلا شيء، وحكى عن الشيخ (ره) وجماعة جواز اشتراط مقدار البذر، وعن الفاضل جواز استثناء شيء مطلقاً ورجحه في الكفاية، ويمكن أن يقال: إن تم الاجتماع على الشرط المذكور بالنحو المفسر فلا كلام والأفشكل من جهة أن المستفاد من الصحيح المذكور لزوم الإشاعة في الجملة لافي جميع ما يزرع وما ذكر من الاقتصاد على المتيقن من النص والفتوى يتم لو تم قاعدة نفى الفرر في المقام فمع وجود العام مثل «أدفوا بالعقود» يشكل الحكم بالبطلان الآن يدعى أن وضع المضارعة المتعارفة بين الناس على الإشاعة في جميع ما يزرع والعمومات منصرفه إلى ما هو المتعارف بينهم لكنه مع التسليم يكون كذلك مع عدم الاشتراط لامع الاشتراط كما أن بناء البيع على اللزوم ومع اشتراط الخيار لا لزوم.

ومما ذكر يظهر قوة ما عن الشيخ والفاضل وقد يستفاد صحة بعض الصور من خبر إبراهيم الكرخي إلى أن ساقه و خبر يعقوب بن شعيب ثم قال ويشكل الاستفادة من هذين الخبرين فإن ما يأخذه السلطان بحق أو بغير حق ليس شيئاً قابلاً لأن يقسم بين المالك والزارع بحيث يحتاج إلى الاشتراط بل يؤخذ مع الإشاعة من ملك الطرفين، نعم يمكن أن يشترط أن ينقص من حصة أحدهما وهذا غير المذكور في الخبرين، وأما إخراج مقدار البذر فلعل الظاهر من الخبر الأول عدم الجواز حيث يظهر منه أن البذر في مقابل السقي والقيام فكيف يرد انتهى.

قوله فده لزوم الإشاعة في الجملة قد تبع في ذلك صاحب الجواهر حتى يصح إخراج مقدار أو شيء معين ولكنه غير تام بل الظاهر من الصحيح هو الإشاعة التامة بحيث ينافيها إخراج معين من المجموع والتمسك بأدقوا بالعقود قد عرفت

ما فيه وانه وارد على العقد الصحيح لا الذي صحته اول الكلام بل المسلم ان وضع المزارعة على المزارعة المتعارفة بين الناس وهو الاشاعة في الجميع مما يخرجها الارض كما اشار اليه والشرط انما يصح مع جواز الشيء لامع حرمة فانه لا يصح ما كان باطلا وظاهره الميل الى الصحة .

ولكن مع ذلك لا يخلو كلامه عن الاجمال فان الظاهر من قوله يشكل الاستفادة هو الاستفادة 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 الثاني يشكل الاستفادة فمجموعهما ظاهران في عدم جواز الاشتراط ولكن ينافيهما قوله يظهر قوة ما عن الشيخ الخ فانه ظاهر في تقويته الجواز .

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

وما في الغنية ظاهر في استثناء قطعة من الأرض يختص بها العامل أدرب الأرض وهو غير ما نحن فيه من اشتراط مقدار معين كلى من الحاصل ، لأحدهما الذي قد عرفت عدم منافاته للاشاعة ، حتى لو كان لأحدهما ، بناء على أنه كاستثناء الارطال المعلومة في بيع الثمار ، مع أنه قد يمنع عدم جواز ذلك أيضاً ، اذا كان بطريق الشرط خارجاً عن أرض المزارعة ، لعموم الأدلة واطلاقها ، ولعل منه ما في أيدي الناس الان من اشتراط الشكارة المختصة بالسركار أو الفلاح أو غيرهما ومن ذلك كله يظهر الوجه فيما ذكره المصنف بقوله واما لو شرط الخ انتهى ولا يخفى في ما افاده فان استثناء قطعة من الارض اى حاصلها لا نفس الارض فيكون خارجاً عن الاشاعة بل يكون استثناء مقدار معين ممنوع فان اللازم كون الجميع بنحو الاشاعة وخروج مقدار للاجنبي لا يكون بنحو الاشاعة فانه حينئذ مختص بمن شرط له فما افاد غير تام خصوصاً استشهاده بقول المصنف كما سيأتي في قوله جواز شرط شيء فانه غير مربوط باشتراط الزيادة وقياس اشتراط

الذهب والفضة ونحوهما باشرط زياد الحنطة مع بطلانه مع الفارق و كلامنا في شرط زياد مقدار من الحنطة او لا لاحدهما ثم يشتر كان وكيف كان فالاقوى هو المنع كما هو ظاهر المسالك ايضا حيث قال بعد قوله ان يكون النماء مشاعا بينهما اهـ اي يكون مجموع النماء بينهما مشاعاً فيخرج من ذلك ما لو شرط احدهما شيئاً معيناً والباقي للآخر اولهما وما لو شرطه احدهما خاصة وغير ذلك والوجه في بطلان الجميع منافاته بوضع المزارعة انتهى .

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

﴿ واما لو شرط أحدهما على الآخر شيئاً يضمنه له من غير الحاصل مضافاً الى الحصّة ﴾ من ذهب أو فضة أو غيرهما ﴿ قيل ﴾ والقائل المشهور ﴿ يصح ﴾ بل لعل عليه عامة من تأخر بل قد يشعر ما في المسالك ومحكى غيرها بعدم الخلاف فيه ، حيث لم يعلم القائل بالآخر ﴿ و ﴾ ان قال المصنف : ﴿ قيل : يبطل ﴾ على كل حال لا ريب في أن ﴿ الاول أشبه ﴾ بل لا وجه للفساد اصلا مع عموم المؤمنون عند شروطهم بل في الجواهر بعد قوله اشبه قال بأصول المذهب وقواعده ، بل في المفاتيح في بعض الاخبار عليه دلالة ، قيل : ولعله ما اشار اليه في الكفاية من بعض المعتمدة « عن الرجل يزرع له الحراث الزعفران ويضمن له أن يعطيه في كل جريب أرض يمسح عليه وزن كذا وكذا درهما ، فربما نقص وغرم ، وربما استفضل وزاد ، قال : لا بأس اذا تراضيا ، هذا انتهى .

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

والشرط صحيح قطعاً مع انه لا يصح الشرط الا فيما يجوز فلو كان ذلك ممنوعاً لما صح بالشرط .

وبالجملّة ان اكثر اجارة الاراضي للزراعة بهذا النحواي يكون نصفه او ثلثه من نفس حاصل الارض للمالك او الزارع واحتمال ان لا يخرج من الارض شيئاً على خلاف الاصل مع ان الشرط مبنية على الحصول وعلى فرض عدم لاشيء لاحدهما لاصحاب الارض وللزارع صرح بذلك في العقد ولا كيف مع ان الاخبار الكثيرة المتقدمة المشتملة على النهي على تسمية البذر والبقر بل نصفاً او ثلثاً ظاهرة في كون ذلك من نفس هذه الارض فراجع فانها صريحة في صحة الثلث او النصف ونحوهما من هذه الارض المستجارية للزراعة وبعيد كونه من ارض اخرى مضافاً الى امكان عدم التحصل من الغير .

وكيف كان فلادليل على المنع الاخير ابي بردة سألت ابا عبدالله عليه السلام عن اجارة الارض المحدودة بالدرهم فقال : لا بأس قال : وسألته عن اجارتها بالطعام فقال : ان كان من طعامها فلاخير فيه .

وخبر الفضيل بن يسار « سألت ابا جعفر عليه السلام عن اجارة الارض بالطعام قال ان كان من طعامها فلاخير فيه » وفي دلالتهما على المنع ما لا يخفى بل ظاهرهما الكراهة .

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

وفي الجواهر قال هذا كله اذا شخص الثمن بذلك .

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

فلا يبعد الجواز ، للعمومات ، ويجرى عليه حكم الشرط حينئذ ، مع احتمال البطلان فيه ، عملا بما سمعته من النصوص في خصوص هذا الشرط انتهى .
 وبالجملته الفرق بينهما واضح وفي البيع باطل وفي الاجارة يصح وجه صحة الاجارة ان الاجرة ليست عين الارض المستأجرة وانما خرجت من حاصلها بخلاف الثمن في المثلث فانه عين المثلث فلزم اتحاد الثمن والمثلث ولو من بعض المثلث ان اراد بقوله على ان يعطيه من الارض نفس هذه الارض والافمن ارض اخرى صحيح قطعا وخارج عن المقام ويمكن ان يراد اشتراء الارض و دفع ثمنها من حاصل المبيع وهو غير رى كما لعله الظاهر من الحدائق وكيف كان فمضافا الى الفرق الواضح بينهما لا يصح قياس الاجارة بالبيع والاستدلال للمنع بانه لاخير فيه كما ترى كالاستدلال للمنع بان خروج ذلك القدر منها غير معلوم فربما لا يخرج منها شيء او يخرج بغير ذلك الوصف ومن ذلك ظهر فساد ما في الحدائق قال .
 أقول: الظاهر هو القول المشهور واما على القول بالتحريم في المسئلة المتقدمة كما نقل عن ابن البراج فظاهر واما على القول بالجواز ثمة فلظاهر الخبرين المذكورين المؤيد بحسنة الوشا المتقدمة الصريحة في التحريم اذا كان من حاصلها وموردها ، وان كان البيع وما نحن فيه انما هو الاجارة ، الا ان الظاهر ان الوجه الجامع الذي اوجب البطلان في الكل من حيث عدم صحة المعاوضة بما كان من الحاصل في بيع كان او اجارة لخروج ذلك عن الشروط المعتبرة في ثمن المبيع ومال الاجارة من معلومية حصوله وكميته عددا او كيلا او وزنا وقد عرفت ان ما كان من الارض غير مضمون ، ولان ثابت في الذمة و لاهو معلوم الحصول كما عرفت وحينئذ فلا يجوز الاجارة به ولا البيع انتهى .

وفيه ما لا يخفى 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 .
 وفي الجواهر بعد قوله المنع اشبه قال بأصول المذهب وقواعده ، ضرورة
 اعتبار ملكية الاجرة التي هي عوض المنفعة المملوكة خارجاً او ذممة ، ولا شيء
 منهما في الفرض ومن ذلك يعلم عدم الفرق بين تشخيص كونه منها ، أو من أرض
 اخرى ، ولا بين استيجارها بجنس ما يريد زرعه فيها وغيره انتهى .
 وزدّه قد ظهر ممّا اوضحناه مضافا الى ان ظاهره عدم صحة الاجارة
 للزراعة مطلقا وان دفع الاجرة من غير هذه 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
 جداً وعدم تشخيص الثمن وعدم معلوميته لافي الخارج ولا في الذمة مندفع اولاً بان
 بناء المزارعة والمساقات ومشرعتهما على الغرر ولذا قلنا بلزوم الاقتصاد على المتيقن
 من عدم شرط الزيادة واما رفع الغرر والجهل كلا فلا يندفع عنهما والالزم عدم
 تشريعهما وحيث شرعنا كذلك فلا جرم شرعنا على الغرر والجهل بالثمن وهذا
 مضافا الى ان الثمن في الخارج او الذمة كلاهما معلومان في الجملة عند الكل
 حتى النساء والصبيان والمجانين وان الكل يعلمون بحصول الحصول الا ما شذ
 وندر وهو في البابين غير مضر جداً وليت شعري كيف يكون المنع اشبه باصول
 المذهب .

واما استدلاله للمنوع بقول الصادق عليه السلام في خبر أبي بصير لا تؤاجر الأرض
 بالحنطة والشعير ولا بالتمر ولا بالأرבעاء ولا بالنطاف ، ولكن بالذهب ، والفضة
 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 النهي عن اجارتها بالحنطة والشعير من دون تعليل ، خصوصاً
 مع ملاحظة العادة في ذلك مضافاً الى خصوص خبر ابي بردة انتهى .

ففيه اولا انه مطلق فى كون المذكورات من نفس الارض او غيرها وثانيا انه لو كان من غيرها لكان مضمونا بالحصة المعلومة لو حصلت بلا كلام فلا يتم التعليل حيث اختص الغالب الضمان بالذهب والفضة فالدليل اخص من المدعى .
وثالثاً انه معارض مع جميع ما عرفت من الصحيح لانسم بذراً ولا بقر الخ فانه ظاهر فى حنطة ما تخرج من نفس الارض ولا اقل من اطلاقه .

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

قوله الغالب : « لان هذا مضمون ، يعنى فى الصورة الاولى لم يضمن شيئاً بل قال ان حصل شىء يكون ثلثه او نصفه لك وفى الثانية ضمن شيئاً معيناً فعلياً أن يعطيه ولو لم يحصل شىء ، كذا ذكره الفاضل الأسترابادى وهو جيد ، 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 ، ولا يخفى 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 أو ورق واراد ان يؤجرها 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 يؤجرها باكثر من ذلك اذا اختلف النوع انتهى .

ومما ذكرنا يظهر ما فيه قوله ولا باربعاء ولا بالنطاف قال في المجمع والربيع جدول او ساقية تجرى الى النخل والزرع والجمع اربعاء بكسر موحدة ومنه الحديث لاستأجر الارض بالاربعاء ولا بالنطاف قلت وما الاربعاء قال الشرب والنطاف فضل الماء انتهى والنطاف بالنون والطاء المهملة والمعنى ح لا تؤاجر الارض بالساقية و الماء الجارى منه ولا تؤجر الارض بكثرة مائها وهو اولا كما ترى وثانيا انها 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 وضها نوعاً من العار فيكون النهى من باب الكراهة .

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

قوله الذمة مضمون ، لعل التعليل مبنى على اشتراط كون الحنطة والشعير من تلك الأرض اذ حينئذ لا يصيران 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 فلا تصح الاجارة بهما بل المزارعة انتهى .

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

وبينها وبين ما يكون مخالفا للمذهب بون بعيد والمخالف للمذهب ولاية متر و كة عند العامة فانهم تاركون عمدة ما يكون على خلاف المذهب لاجمئل النهى الدال على عدم كون الحرمة مراداً منه .

وفى الكافى مسنداً عن سماعة قال : سألته عن رجل اشترى مرعى يرعى فيه بخمسين درهماً أرقلاً : أأكثر 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 [هـ] شهر 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 عملاً حفر بئراً أو شق نهرأ أو تعنى فيه برضا أصحاب المرعى فلا بأس ببيعه باكثر مما اشترابه لانه قد عمل فيه عملاً 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 لاخير فيها وهو لسان الكراهة كما يستفاد الكراهة كثيراً من امثالها بل قد يستفاد الكراهة من اشد ذلك كما قد يستفاد الاستحباب من لفظ الوجوب بقريئة غيره كما فى اخبار غسل الجمعة افلاترى 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 والرابع والنصف او اقل او اكثر بعد ان يكون بينهما مشاعاً جائزة وبه قال فى الصحابة على عليه الصلوة والسلام وعبدالله بن مسعود وعمار بن ياسر وسعد بن ابى وقص 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 ما يخرج من ثمر او زرع وروى مقسم عن ابن عباس ان النبي ﷺ 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 ان كان هذا شأنكم (نكما-خ) فلا تتركوا 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 قال لا يجوز 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 ابي وقاص قال كنا نكرى الارض بما على السواقي فنهانا رسول الله ﷺ وامرنا ان نكرىها بذهب او فضة .

وقال بعده مسئلة يجوز اجارة الارض بكل ما يصح ان يكون ثمننا من ذهب او فضة او طعام وبه قال الشافعي وغيره وقال مالك لا يجوز اكرائها بالطعام وبكل ما يخرج منها .

[دليلنا] اجماع الفرقة لانهم (فانهم-خ) لا يختلفون فيه الا ان بشرط الطعام منها انتهى .

وبالجملة اجارة الارض للحنطة ونحوها بحنطة من نفس الارض وغيرها مما لا اشكال فيها .

وفى الجواهر متصلا بكلامه قبلا ما هذا لفظه واما اذا لم يذكر لامشخصاً ولا شرطاً فلا ريب فى أن الاصول والعمومات تقتضى الجواز ، مضافاً الى التعليل والمفهوم من الاخبار السابقة العاكمين على اطلاق غيرها من النصوص الذى قد

عرفت مع ذلك انسياقه الى ارادة ما يخرج منها ، من غير فرق في ذلك بين كون الاجرة من جنس ما يزرع فيها، وغيره . انتهى وقد مال قده الى ما هو الحق ونظيره في لزوم جملة على الكراهة صحيح الحلبي عن الصادق عليه السلام ولا تستأجر الارض بالحنطة ثم تزرعها حنطة .

وفي الجواهر بعده قال وفيه مع عدم وفائه بتمام المدعى - أنه يمكن حمله على ارادة ما اذا كان منها ، بل لعله لا يخلو من ايماء اليه ، أو يحتمل النهي فيه على الكراهة الى ان قال بعد كلام طويل .

وقد ظهر من جميع ما قررنا وجه الحكم بالحرمة فيما اذا كان منها ، بل او من غيرها المعين ، وعدمها فيما اذا لم يكن من جنس ما تزرع فيه ، كما لو استأجرها بشعير في الذمة وزرعها حنطة بلاخلاف ولا اشكال ، وأن الاصح عدمها أيضاً فيه ، وان كان هو مكروها للصحيح السابق ، بل لا يبعد القول بالكراهة في مطلق استيجارها بالطعام بناء على التسامح فيها فيكفي حينئذ احتمال ارادته من المطلقات انتهى .

وقد عرفت بحمد الله حمل النواهي 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 حدثاً أو يؤجرها بجنس غيره ﴿عند﴾ جماعة ، بل المشهور وفي الحدائق ما هذا نصه لاخلاف بين الاصحاب في جواز اجارة الارض وغيرها من الاعيان المستأجرة بأقل مما استأجرها به وبالمساوي وان لم يحدث فيها شيئاً ، وكذا بأكثر مما استأجرها به اذا كان قد أحدث فيها عملاً .

وانما الخلاف فيما لو استأجرها بالاكثر ولم يحدث فيها شيئاً ، فقيل : بالتحريم ، وقيل : بالجواز على كراهة ، وبالأول قال الشيخان ، وهو ظاهر المرتضى

واختيار سلاروابن الجنيد وبه قال الصدوق في المقنع وأبو الصلاح وابن البراج في المهذب وهو ظاهر العلامة في الارشاد والظاهر أنه المشهور بين المتقدمين وبالتالي قال ابن ادريس والعلامة في المختلف والمحقق ونقله العلامة في المختلف عن والده واليه ذهب سلاو في موضع آخر وابن البراج في الكامل والظاهر أنه المشهور بين المتأخرين والمسألة مشككة من انه اذا استأجر كان تمام اختيارها بيده اجار بالغير او لا باكثر مما اجار او اقل او لافلاوجه 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 لا اثر لاحداث شيء فيها بل قد لا يجوز ان كان على خلاف ميل المالك بل يحتاج الاذن الى اجازته قطعاً 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 الاجارة كان المستأجر مالكا للمنافع دون الزراعة وايضا جواز الاجارة بالاكثر فيما اذا لم يشترط المالك عليه المباشرة بنفسه والافلا يجوز 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 يمنع 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 واحتمج الشيخ ربه على المنع مع الاخبار بانه ربا وضعفه ظاهر لاشتراط الكيل والوزن في الربوي انتهى ولا يخفى بعد ذلك اذ الكلام في اجارة الارض واجارتها باكثر فالبحت في الزيادة بالنسبة الى الربا

كالحجر في جنب الانسان فلا يكون الكلام في 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 بحفظ السلطان ؟ قال : لا بأس به ، أن الارض ليست مثل الاجير ، ولا مثل 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 : لا بأس 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 والا فلا يجوز مطلقا الامع رضاية المالك .

ويدل على الجواز ما رواه فى الكافى والتهذيب عن الحلبي فى الصحيح أو الحسن « عن أبى عبدالله عليه السلام قال : لو أن رجلا استأجر داراً بعشرة دراهم ، فسكن « ثلثيها وآجر ثلثها بعشرة لم تكن به بأس ، ولا يؤاجرها باكثر مما استأجرها به الا ان يحدث فيها شيئاً » والنهى يدل على الكراهة بقريئة ما دل على الجواز فان هذا الطريق مما يوجب الجمع بين ما دل على النهى والجواز .

ورواه فى الفقيه عن ابى الربيع « قال : سئل أبو عبدالله عليه السلام لو أن رجلاً ، الحديث

وعن الحلبي أيضا في الصحيح أحسن « عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يستأجر الدار ثم يؤجرها بأكثر مما استأجرها قال : لا يصلح ذلك الا أن يحدث فيها شيئا » .

قوله لا يصلح قرينة اخرى على حمل النهي على الكراهة حتى في مثل الدار ونحوها ومنها ما رواه في الكافي والتهذيب عن اسماعيل بن الفضل الهاشمي عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سألته عن رجل استأجر من السلطان من أرض الخراج بدرهم مسماة او بطعام مسمى ، ثم آجرها وشرط لمن يزرعها أن يقاسمه النصف أو أقل من ذلك أو أكثر وله في الارض بعد ذلك فضل ، أ يصلح له ذلك ؟ قال : قال : نعم اذا حفر لهم نهراً أو عمل شيئاً يعينهم بذلك ، فله ذلك قال : وسألته عن رجل استأجر ارضاً من أرض الخراج بدرهم مسماة أو بطعام معلوم ، فيؤجرها قطعة قطعة أو جريماً جريماً بشيء معلوم ، فيكون له فضل فيما استأجره من السلطان ، ولا ينفق شيئاً او يؤجر تلك الارض قطعاً قطعاً على أن يعطيهم البذر والنفقة ، فيكون له في ذلك فضل على اجارته ، وله تربة الارض أو ليست له ؟ فقال : اذا استأجرت أرضاً فانفقت فيها شيئاً أو رمت فيها فلا بأس بما ذكرت » .

ورواه في الفقيه مرسلًا « قال سئل أبو عبدالله عليه السلام عن رجل استأجر ارضاً من أرض الخراج الحديث .

وبالجملة لا يستفاد من هذه الاخبار ازيد من الكراهة احدث فيه شيئاً أو لا وذلك مقتضى الجمع بين الروايات بحمل ما دل على المنع على الكراهة بقرينة الجواز وعدم النهي عن بعضها فقوله لا بأس بقرينة 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 ملكاً لاحدهما بل يكفي مجرد كون الزراعة مباحاله بنحو من انحاء الاباحة كاجارة ارض الخراجية او المباحة

له بالتعجير 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 بالتعجير والاباحه له وارضى الخراجية وغير ذلك فملكية نفس الارض لاحد المتزارعين غير داخل فى التعريف .

بل صريح الاخبار عدمه كما فى صحيح الحلبي عن أبى عبدالله عليه السلام فى حديث «سئل عن مزارعة أهل الخراج بالنصف والثلث والربح قال : نعم لا بأس به قد قبل رسول الله صلى الله عليه وسلم خبير أعطاهها اليهود حين فتحت عليه بالخبر والخبر هو النصف وفى خبر الفيض بن المختار «قال قلت لابي عبدالله عليه السلام : جعلت فداك ما تقول فى أرض أنقبلها من السلطان ثم أوجراها أكرتى على أن ما أخرج الله تعالى منها من شيء كان لى من ذلك النصف أو الثلث بعد حق السلطان قال : لا بأس 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 : لا بأس - الى ان قال : - وسألته عن المزارعة فقال : النفقة منك ، والارض لصاحبها ، فما اخرج الله من شيء قسم على الشطر ، وكذلك أعطى رسول الله صلى الله عليه وسلم يهود خيبر حين اتوه فأعطاهم اياها على ان يعمرها ولهم النصف مما اخرجت الى غير ذلك .

الشرط ﴿التانى تعيين المدة﴾ وفى الجواهر بلا خلاف معتد به ، بل لعل الاجماع عليه بناء على عموم النهى عن الفرر، 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 الفرر بالنظر الى الحصة لا يقتضى احتمالها اياه من غير هذه الجهة ، وكون الزرع له أمد

لا يكتفى به في تعيين الاجل بعد فرض اعتباره كما في غيرها من الاجارة ونحوها انتهى .

و هو في محله بل في العقود اللازمة لولا المدة قد يؤدي الى النزاع وقد يميل احدهما الفسخ والآخر البقاء وانجر الى المخاصمة فلا بد من تعيين المدة وقوله لا كالقراض قد عرفت فيه ايضاً اللزوم فيجب فيه تعيين المدة ايضاً او جعل الخيار لاحدهما .

و كيف كان فيدل على تعيين المدة خبر ابي الربيع الشامي عن ابي 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 ويؤدي الخراج فان كان فيها علوج فلا يدخل العلوج في قبالة الارض فان ذلك لا يحل بناء على ارادة المزارعة من القبالة فيه أو ما يشملها .

ومنه يعلم وجه دلالة صحيح الحلبي عنه ايضاً «ان القبالة ان تأنى الارض الغربة فتقبلها من اهلها عشرين سنة او اقل من ذلك او اكثر فتعمرها وتؤدي ماخرج فلا بأس به» .

وفي مرآت العقول قوله عليه السلام : « ولا يدخل العلوج » قال الوالد العلامة رحمه الله : أى لا يوجر العلوج الزراعين مع الارض لأنهم أحرار لا ولاية للموجر عليهم ، ولعله كان معروفاً في ذلك الزمان كما في بعض المحال من بلادنا ، لأن للرعايا مدخلا عظيماً في قيمة الملك واجرته انتهى .

و أقول : يحتمل أن يكون المراد به جزية العلوج ، وقيل : أى لا يشرك العلوج معه في الاجارة والتقبل لكراهة مشاركتهم ، والادسطة كما خطر بالبال أظهر ، ولعله موافق لفهم الكليني (ره) انتهى .

و كيف كان فظهورهما في لزوم تعيين المدة غير خفى وفي مقابل ذلك كان القول بكفاية مدة ادراك الزرع حيث انها معلوم عند الزرع مقدار الشروع

ومقدار الحصاد ولا يحتاج الى تعيين المدة وهو كما ترى بداهة اختلاف ذلك كثيرا وتفاوت الاراضى بل كون معلومية الامد فيها يحتاج الى تعيين مدة لا يختلف اصلا كالسنة او سنين او ثلاثة شهور مثلا ونحو ذلك فما في الجواهر من قوله بل صرح جماعة بوجوب كون المدة فيها مما يعلم فيها ادراك الزرع ولو من جهة العادة لان ادراك الزرع هو الملحوظ في المزارعة بل هو كونها الاعظم حتى انه ظن من جعل ذلك هو المدار من بعض النصوص عدم اعتبار المدة في 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 في قضية العليج وهو الرجل الضخم من كفار المعجم . فقال ابراهيم الكرخي « قلت لأبي عبدالله عليه السلام : أشارك العليج فيكون من عندى الأرض والبذر والبقر ويكون على العليج القيام والسقى والعمل والزرع حتى يصير حنطة أو شعيراً ويكون القسم فيأخذ السلطان حقه ويبقى ما بقى على أن للعليج منه الثلث ولى الباقي قال : لا بأس ، قلت ليس الخبر فى مقام بيان لزوم المدة بل فى مقام بيان جواز اصل العمل الكذائى فلا يتوهم منه عدم لزوم بيان شرط المدة بل اللزوم هو بيان المدة .

﴿ وكيف كان فبناء على ما ذكرنا ﴾ اذا شرط مدة معينة بالأيام أو الاشهر والسنين ونحو ذلك على وجه يدرك فيه الزرع ﴿ صح ﴾ لما عرفت من لزوم ذكر المدة المعلومة حتى لا ينجر الى النزاع والاختلاف .

﴿ واما ﴾ 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 كالأجارة فيشترط فيه تعيين المدة دفعا للغرر ، لأن أمداً للزرع غير مضبوط ، وهو أشبه ﴾ واطهر وقد عرفت عدم الاكتفاء بالمدة الغير المضبوطة فى الزرع القابلة للقلّة والكثرة وفى المسالك

بعد قوله ولو اقتصر 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 وقواعده بعد القول باعتبار المدة التي من المعلوم عدم الاكتفاء بمثل ذلك فى جميع ما اعتبرت فيه من الاجارة وغيرها ، وقد عرفت الفرق بينها وبين القراض ، كما انك قد عرفت 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 مضي المدة من دون عذر ظلم وعدوان ﴿ سواء كان بسبب الزارع كالتفريط او من قبل الله سبحانه كتأخير المياه او تفسير الاهوية ﴾

وفى الجواهر وملحوظية ادراك الزرع لهما وضر بهما المدة المذكورة لزعم ادراكه فيها لا يقتضى 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 أخطر 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 لانه قد حصل فى الارض بحق ، فلم يكن للمالك قلعه ، ولان للزرع امدأ معيناً غير دائم الثبات ، فاذا اتفق الخلل لا يسقط حق الزارع كما لو استأجر مدة للزرع فانقضت قبل ادراكه - فى غاية الجودة والسلامة عما يرد عليه .

قال فى الخلاف اذا اكره ارضاً سنة للغراس ففرض فى مدة السنة ثم خرجت

السنة لم يكن للمكري المطالبة بقلع الغراس الا بشرط ان يغرر 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 الشافعي واصحابه وقال ابو حنيفة والمزني له ان يجبره على القلع من غير ان يغرر له شيئاً .

[دليلنا] قوله عليه السلام ليس لعرق ظالم حق فدل على ان العرق اذا كان لغير ظالم له حق وروت عايشة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من غرس في رباغ قوم باذنهم فله القيمة ومثل هذا رواه اصحابنا وعليه اجماعهم انتهى .
وبدل على قولهم عليه السلام لا ضرر ولا ضرار في الاسلام .

وفي المسالك بعد قوله ولو مضت المدة والزرع باق كان للمالك ازالته على الاشبه قال وجه جواز الازالة انقضاء المدة التي يستحق عليه فيها التبقية ولاصل تسلط المالك على ملكه كيف شاء ولان الزرع بعد المدة لاحق له فيكون ابقاؤه بدون رضاء المالك ظلماً وقيل وليس له الازالة لانه قد حصل في الارض بحق فلم يكن للمالك قلمه ولان للزرع امدأ معيناً غير دائم الثبات فاذا اتفق الخلل لا يسقط حق الزارع كما لو استأجر مدة معينة للزرع فانقضت قبل ادراكه مع ان الاحتمال ايضاً هناك قائم وقيل له الازالة بالارش جمعاً 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 او غيره صح لان الحق لا يمدوهما لكن لا يجبر احدهما عليه خلافاً لظاهر القواعد حيث جعل التخيير في قلمه بالارش وابقائه باجرة الى المالك انتهى .

و كيف كان فالحق ما عرفت وباقي الفروع في كتاب الاجارة ان شاء الله
﴿ وكيف كان فـ ﴾ ان اتفقا على التبقية جاز بعوض وغيره ﴿ .

وفي الجواهر ما زجا لعبارة المصنف قال بلا خلاف ولا اشكال لان الحق لا يمدوهما ﴿ لكن ان شرط ﴾ رب الارض ﴿ عوضاً ﴾ معيناً ﴿ افتقر في لزومه ﴾

بعقد الاجارة ﴿ الى تعيين المدة الزائدة ﴾ واما الصلح فيقوى جوازه ، وان لم يعين المدة كما انه تلزمه اجرة المثل ان لم يعين العوض الذي قد اتفقا عليه كما هو واضح بل لعل المحكم كذلك حتى على القول بوجود البقاء ﴿ و ﴾ على كل حال فـ ﴿ لو شرط في العقد تاخيره ان بقى بعد المدة المشترطة ، بطل العقد على القول باشتراط تقدير المدة ﴾ .

وفي الجواهر شارحا لكلامه قال فانه لا تقدير حينئذ ، اذ المدة هي مجموع المذكور منها ، والمشرط المفروض عدم تقديره ، بل الظاهر كفاية الجهل في المدة المشترطة خاصة في بطلان العقد انتهى .

اقول المراد انه اذا شرط في العقد مثلا ثلاثة اشهر مشروطا بانه لو لم يبلغ الى كماله في 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 غريبا .

وبالجملة حينئذ مجموع المدة التي لم يعلم كونها ثلاثة اشهر او خمسة مثلا جعل مدة على ان الزيادة حينئذ يكون من جملة العوض فان مال الاجارة الواقعة على ثلاثة اشهر غير الواقعة على خمسة اشهر والثاني ازيد من الاول فان المدة على الثاني زائدة من الاول فعوضها ايضا زائدة والفرض انها مجهولة فالعوض مجهول ايضا فلان لوجه الاصلاح بان يقال المدة مضبوطة و شرط الزيادة تابع له كما احتمله في المسالك قال ما هذا لفظه .

وجه البطلان على القول المذكور ان المدة تصير في الحقيقة هي المجموع من المذكور وما بعده الى ان يدرك الزرع وهي مجهولة فيبطل العقد للاخلال بالشرط وعلى تقدير عدم جهالة الجملة فالمدة المشروطة مجهولة وشرطها في 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

فيما لو ترك العامل المزارعة حتى انقضت المدة فعليه اجرة المثل - ١٨١ -

تضمنه الشرط بمنزلة التابع ذكر احتياطاً لاحتمال الحاجة وجهالة التابع غير مضره
كما تقدم غير مرة والاول اقوى انتهى .

وفي الحدائق ما هذا لفظه الثالث - قالوا : اذا عقد المزارعة الى مدة معينة
فشرط في متن العقد تأخير الزرع الى أن يدرك او الى مدة أخرى ان بقى الزرع
بعد المدة المشترطة غير مدرك بطل العقد ، لانه يعود الى الجهالة في المدة
لان المدة في الحقيقة تصير هي المجموع مما وقع عليه الشرط ، ومما عين أدلأقى
متن العقد ، والذي عين في متن العقد وان كان مدة مضبوطة الا ان المذكورة
في الشرط مجهولة وشرطها في متن العقد من جملة العوض ، فاذا تضمن جهالة بطل
العقد ، كما لو كان جميع المدة مجهولاً .

ويحتمل على هذا القول صحة الشرط المذكور ، وان تضمن الجهالة لان
المدة المذكورة في العقد مضبوطة ، وما تضمنه الشرط انما هو من قبيل التابع ،
ذكر احتياطاً ، لاحتمال الحاجة ، وجهالة التابع غير مضر ، كما تقدم نظيره في
الضامم 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 في المسالك القول الاول بناء على ما اختاره هناك من
القول المشهور انتهى .

﴿ولو ترك المزارعة حتى انقضت المدة لزمه أجره المثل، ولو كان استأجرها
لزمته الاجرة﴾ وفي الجواهر لوضوح الفرق بينهما ، بتعذر معرفة المسمى في
الاول ولذا وجب الرجوع الى أجره المثل ، بخلافه في الاجرة انتهى .

قال في الخلاف مسئله ٩ : اذا استأجر داراً او ارضا اجارة صحيحة او فاسدة
مدة معلومة ومضت المدة استقرت الاجرة على المستأجر انتفع او لم ينتفع وبه قال
الشافعي وقال ابو حنيفة ان كانت الاجارة صحيحة مثل ما قلناه وان كانت فاسدة لم
تستقر الاجرة عليه حتى ينتفع المستأجر فاما اذا مضت المدة ولم ينتفع به فان
الاجرة لا تستقر عليه .

[دليلنا] ان هذه المنافع تلفت في يده فلزمه (فيلزمه خ) ضمانها وان لم ينتفع بها كما لو انتفع بها انتهى والظاهر ان المسألة من حيث الحكم لافرق بينهما والكلام في الفرق بين العبارتين واخذ الدار للزراعة او الاجارة مع عدم الفرق بينهما كما يظهر من عبارة الخلاف واستعمل الاجارة في الدار او الارض المراد بها الزراعة فان ظاهر عدم الفرق بينهما كما ان ظاهره تعلق المسمى فانه استقرت على المستأجر لاجرة المثل فاللازم اولا هو بيان قول المصنف والشارح الجواهر فانه يحتاج الى توضيح وهو الفرق بين اخذ الارض للمزارعة وبينها للاجارة ان في الاول كانت الاجرة هي الحاصلة من الارض من النصف او الثلث او الربع او الخمس وهي غير معلوم لامكان عدم حصول الزراعة فيصح بهذا النحو لما عرفت من ان بناء هذه المعاملة والمساقات على القرر والجهل في الجملة وهذا بخلاف الاجارة فان الاجرة ومال الاجارة لا بد وان يكون معلوما .

اذا عرفت ذلك فقد ظهر عدم صحة اطلاق أحدهما واردة الاخر اما المزارعة فلا كلام فيه واما الاجارة وقد يختلف بصحة ارادة المزارعة منها ولو مجازا بقريظة لفظ الحصة كما حكى عن الاردبيلي ره والظاهر لا اشكال لكثرة الاستعمالات المجازية والفرض عدم اللبس في ذلك بالقريظة مع شيوع المجازات اللغوية والتركيبية والاسنادية .

وقد فصلها المحقق الشيخ محمد رضا الاصفهاني الجرقوه اي قده في كتابه وقاية الازهان فراجع وكيف كان فعلى المشهور من عدم جواز استعمال الاجارة مكان المزارعة وان قصد بها المزارعة لو قال المزارع أجرني اذ قال المالك آجارتك مریداً بها معنى الزراعة لا يصح فضالهما اذا ارادا معناه الحقيقي اي الاجارة التي تمليك المنافع مع انها ليست المنافع موجودة لكن فيه تأمل من حيث ان استعمالات الاخبار والعبارات في الاجارة بمعنى الزراعة ظاهرة .

وقال العلامة في قواعد [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 أعنى عدم صحة الاجارة حينئذ هو معنى ما في الشرائع والتذكرة والتحريير والكفاية ولو كان اى النصف والثلث بلفظ الاجارة لم تصح لجهالة العوض وهو الذى فهمه صاحب الروض وصاحب مجمع البرهان من قوله فى الارشاد ولو آجره بالحصه بطل ولا تأمل لاحد فى ذلك وقد مثله فى التذكرة بما اذا قال آجرتك هذه الارض مدة معينة بثلك ما يخرج منها .

(وقال فى المسالك) فى شرح كلام الشرائع لاشكال فى عدم وقوع المزارعة بلفظ الاجارة لاختلاف أحكامهما فان الاجارة تقتضى عوضاً معلوماً ويكفى فى المزارعة الحصه المجهولة وقضية اول كلامه هذا أنها لا تنعقد مزارعة وقضية آخره أنها لا تنعقد اجارة فليلاحظ ذلك واما عدم انعقادها مزارعة اذا قصد بلفظ الاجارة المزارعة فلان لكل عقد لفظاً متلقى هو سبب شرعى توقيفى فلا يصح استعماله فى عقد آخر وافادته فائدته ويأتى للمصنف فى المساقاة فى مثل المسئلة استشكل ويأتى فى ذلك فى كلام جامع المقاصد خلل واضطراب .

(وقال فى مجمع البرهان) لامانع من وقوع المزارعة بلفظ الاجارة مع القصد الى المزارعة والقرينة والائيان بجميع شرائطها فان غايته كونه مجازاً ولافساد فيه وقال أيضاً ويدل عليه مثل ما فى صحيحة أبى المعز عن أبى عبدالله عليه السلام اما اجارة الارض بالطعام فلان تأخذ نصيب اليتيم منه الا ان تؤجرها بالربع وما فى حسنة الحلبي عنه عليه السلام لا تقبل الارض بحصه مسماة ولكن بالنصف وغيرهما انتهى وانتهى أيضاً عبارة مفتاح الكرامة .

والانصاف صحة استعمال الاجارة وارادة المزارعة عنها لقول الصادق عليه السلام لا تؤاجر الارض بالمحنطة والشعير الخ وقد مر قريب ذلك .

وقد عرفت في عبارات المصنف استعمال الاجارة في المزارعة حيث قال ويكره اجارة الارض للمزارعة بالمحنطة من نفس الارض وان يؤجرها باكثر الخ فاطلق الاجارة واراد منها الزراعة وظهر منه رواياتها مع كثرتها فعبرت بالاجارة مع ارادة المزارعة ولان الاصل في الاستعمال الحقيقية .

وبالجملمة ان الرواية التي نقل مفتاح الكرامة بقوله اما اجارة الارض بالطعام اقوى دليل على صحة ارادة المزارعة عن لفظ الاجارة بالقرينة التي هي الطعام فان الطعام مجهول وغير معلوم الحصول وهو قرينة ارادة الزراعة من الاجارة فانه لا يصح ذلك في 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 الشافعي وغيره ، وقال مالك ، لا يجوز اكرائها بالطعام ، وبكل ما يخرج منها - دليلنا - اجماع الفرقة لا (فاخل)تهم لا يختلفون فيه الا ان يشترط الطعام منها فان ذلك لا يجوز . فاما الطعام في 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 في اجارة الارض للمحنطة والشعير ونحوهما وكيف كان فمن الروايات بل عبارات المفصلين بين الاجارة والمزارعة لا يظهر ذلك ويمكن ان يقال استعمال الاجارة في الروايات وفي الكلمات في معناه الحقيقي فان الاجارة تملك المنافع وهي تارة تكون السكنونة او التمسك ونحوهما واخرى عما تخرج الارض وفي كليهما يصدق المنفعة وكذا الاجرة المسماة اقصاه انه في احدهما هي النقود والورق وفي اخرى هي الحصة من النصف او الثلث ونحوهما وقد عرفت ان الغرر في مثله معفو^١ لان بناء هذا القسم من

الاجارة على الفرر والجهل فالاجارة تمليك المنفعة بعوض معلوم وهو شامل للمزارعة 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 لا يصحح 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 والدرهم واخرى الحصة المعينة [فان قلت] فلم جعلوا المزارعة باباً وكتاباً 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 ولا يضره 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 للمكتابة او الخياطة .

[قلت] قد عرفت ان الجميع من افراد تمليك المنافع مع ان بعض هذه الاختلافات التي يزعم الفرق جارية في جميع التعاريف التي لا تخلو من نقض طرداً او عكساً عليها وان المقصود بيان جامع اجمالى 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 مجازاً بالقرينة كما عن الاردبيلي ره ولكن الظاهر ان الاول اظهر لبعد كون جميع الاخبار الواردة فى اجارة الارض واردة المزارعة مجازاً .

وللمحقق صاحب الحدائق كلام ايضا فى المقام قال ما هذا 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 : ما ذكره من قوله «ولو كان بلفظ الاجارة لم تصح لجهالة العوض» محتمل لمعنيين أحدهما - ما ذكره 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 - أن يقصد الاجارة لا المزارعة ، لكن جعل الاجارة الحصة ، فانه لا يصح هذه الاجارة ، لو جوب العلم بالمعوض 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 لزال شرطها وهو معلومية العوض ، وفى الثانى تصح ، وأيضاً فانه على تقدير أن يكون العقد مقصوداً به المزارعة ، لكر أنى 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 واردة المزارعة منه فى الاخبار غير عزيز .

ومنه ما فى صحيحة أبى المعز المتقدمه من قوله عَلَيْهَا : «أما اجارة الارض

فيما لو ترك العامل المزارعة حتى انقضت المدة فعليه اجرة المثل - ١٨٧ -

بالطعام، فلا تأخذ نصيب اليتيم منه ، الا أن تؤجرها بالربع والثلث والنصف كما تقدم تحقيق ذلك في الحاق المذكور بعد الشرط الاول من المقام الاول من هذا المطلب انتهى .

وليت شعري انهم كيف يفرون من الاخبار الصريحة في اجارة الارض مع ارادة المزارعة بعد كون الاستعمال مجازا بعيدا مع ان الاصل في الاستعمال هو الحقيقة تأمل في جميع ذلك .

ومن ذلك ظهر عدم تمامية قوله في الجواهر في ان الفرق بينهما حاصل بلا اشكال .

قال قلت : لاشكال في الفرق بين الاجارة والمزارعة بذلك ، بل ان لم يكن اجماع أمكن القول بعدم وجوب أجرة المثل حتى في صورة التفريط ، ضرورة عدم بطلان العقد بذلك ، وهو انما يقتضى الحصة المعدومة التي ليست بمضمونه في الذمة ، كما سمعته في مسألة الاجارة بشيء 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 في يده ، حتى يندرج في عموم «على اليد» وعدم صدق اتلاف مال الغير ، لان عقد المزارعة جعله بحكم ماله لامال الغير انتهى .

ولقد اتى من المعجائب ما لا يخفى على غيره مع ان الاتلاف اعم من المنافع خصوصا في مثل قوله حتى في صورة التفريط بل قوله وعدم صدق اتلاف مال الغير فانه تناقض قوله جعله بحكم ماله لامال الغير لعدم الفرق في الضمان بين تلف نفس مال الغير او منفعه لو حصلت مع ان المال مال الغير وفي صورة التفريط قد فوت تلك المنافع والكلام فيما لو ترك عمداً الزراعة حتى انقضت المدة فيصدق عليه انه متلف للمنافع التي لو لم يقصر لكان حاصلها وكيف لا يجب اجرة المثل وقد حبس مال الغير بسوء اختياره بحيث لو زرع احصل بحسب الغالب وعدمه نادر

فالمنافع قابلة الحصول وقد تر كها فكان عليه اجرة المثل قطعاً وقد فوّتها 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 تر كها حتى تنقضى المدة لزمه المسمى فانه فى الاجارة لا بد من تعيين مال الاجارة .
وفى الحدائق ما هذا لفظه من فروع اعتبار المدة فى هذا المقدم مالو ترك العامل المزارعة حتى انقضت المدة ، فانه تلزمه اجرة المثل ، كما لو استأجرها مدة معلومة ، فانه تلزمه الاجرة ، لان منفعتها قد صارت مستحقة له ، حيث لا يتمكن المالك من استيفاءها ، وقد فوّتها عليه فتلزمه الاجرة لذلك الى ان قال والفرق بينهما وبين الاجارة ظاهر ، لانه بالاجارة ينتقل المنفعة الى المستأجر ، وترفع يد المالك عن الارض بالكلىة تلك المدة ، فتلزمه 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 وفى الجواهر قال :

وكيف كان فهذا مع تمكين المالك له منها ، وتسليمه اياها ، والالم يستحق عليه شيئاً لان المنع من قبله ، بل قد ينساق أن للعامل عليه اجرة المثل حيث انه فوت عليه المنفعة المستحقة له ، وعدم العمل منه الذى هو المقابل لمنفعة الارض انما كان بتفريط المالك وتضييعه ، فهو حينئذ كما لو استأجر على عمل فى مدة فبذله الاجير ولم يستوفه منه المستأجر فتأمل انتهى .

الشرط ﴿ الثالث : ان تكون الارض ﴾ التى تقع المزارعة عليها ﴿ مما يمكن الانتفاع بها ﴾ فى ذلك ﴿ بان يكون لها ماء ﴾ ولو تقديراً ﴿ اما من نهر او بئر او عين أو مصنع ﴾ وفى الجواهر بعده قال اذ غير ذلك حتى الغيث فان لم يمكن الانتفاع

بها في ذلك لعدم امكان الماء لها لم تصح المزارعة عليها ، للاصل بعدم معلومية ارادة غيرها من العمومات والاطلاقات انتهى .

وذلك واضح اذا الغرض من اجارة الارض هو الزراعة فلا بدله 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 يفيد بل يحتاج الى عقد جديد الامع العلم بتحقيق الماء بعد ذلك في حال الانتفاع بالزراعة كما عن الارشاد فلا يحتاج الى العقد الجديد اذا علما بحصول الماء فوراً او بتحقيقه فعلا .

وانما الكلام في العكس بان يكون الشرائط موجودا في حال العقد والماء بقدر الوافي كان وانقطع في الاثناء فهل يبطل العقد او يصح بالاستصحاب وقد اشار اليه المصنف وغيره في قوله ﴿ولو انقطع الماء﴾ في اثناء المدة فللمزارع الخيار لعدم الانتفاع ، هذا اذا زارع عليها او استأجرها للزراعة .

وقد عرفت عدم الفرق بينهما وان كليهما من الاجارة اذ لا يلزم في 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 في اثناء العمل فهل يبطل العقد او يصح باستصحاب الصحة فيه نزاع عظيم :

وظاهر المصنف وغيره هو الثاني وظاهر كثير هو الاول للاخلال بشرط الاستصحاب وهو فقد الماء فلا يبقى موضوع له وظاهر العبارة كون الارض وقعت اجارة لامزارعة فانه فيها لامراجعة لاحدهما على الاخر اذ لا يحصل الحصاة فيها بدون الماء فالرجوع قرينة على ارادة المزارعة من الاجارة .

وفي الحدائق ما هذا لفظه: الثاني حيث قد عرفت أن امكان الانتفاع شرط في صحة المزارعة ، وأنها بدونها تكون باطلة فلو وجد الشرط المذكور ثم تجدد

انقطاع الماء فمقتضى القواعد بطلان العقد، لفوات الشرط في المدة الباقية، فان الظاهر شرطيته ابتداء واستدامة ليرتب عليه الغرض المطلوب من المزارعة، الا أن ظاهر المحقق والعلامة الصحة، وان للزراع 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 ينبغي أن يعلم أن ما تقدم من البحث و الخلاف مخصوص بالمزارعة.

و كذا الاجارة بشرط الزراعة، لاشتراكهما في المعنى، أما لو استأجرها مطلقاً 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 لا معنى لتخييره، بل اما أن يكون العقد باطلاً أو صحيحاً. والوجه حينئذ في صحة الاجارة مع الجهل و عدم جواز الفسخ متى علم أنه استأجرها مطلقاً لا بشرط الزراعة، و وجوه الانتفاعات لا تختص بالزراعة بخصوصها، لانها نوع من انواع الانتفاعات، فانه يمكن الانتفاع بها في وضع المتاع، و كونها مراحاً ومسرحاً وغير ذلك، و كذا ذكره.

و يشكل بأنه متى كانت الارض انما أعدت للزراعة، و أن الغالب عليها انما هو الاستعمال والانتفاع بها في الزرع لا في غيره، وقد عرفت في غير موضع مما تقدم أن الاطلاق، انما ينصرف الى الافراد الغالبة المتكررة، فالحكم بالصحة والمزوم والحال هذه مشكل، فيحتمل تسلطه على الفسخ حملاً على المعتاد والغالب انتهى.

وفي الرياض ما هذا لفظه وثالثها ان تكون الارض مما يمكن الانتفاع بها

في الزراعة المقصودة منها او في نوع منها على الاطلاق بان تكون لها ماء من نهر او بئر او مصنع او تسقيها الغيوث غالباً او الزيادة كالنيل و الضابط امكان الانتفاع بزرعها المقصودة عادة فان لم يكن بطلت المزارعة وان رضى العامل والوجه في اشتراطه ظاهر لمنافات عدم الامكان بها للعقد لانصرافه الى ما يمكن حصول المقصود من المزارعة ان مع غيره تكون لغواً هذا مضافاً 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 لاختلاف في اشتراطه في الجملة الخ .

وفي مفتاح الكرامة بعد قول العلامة [ولو انقطع الماء في الاثناء فللزراع الخيار ان زارع او استأجر له] قال : ما هذا لفظه أى اذا انقطع الماء الدائم او الغالب في اثناء مدة المزارعة فللزراع الخيار ان كان العقد مزارعة الى ان قال في وجه عدم البطلان قد وجه ذلك في الروضة بطر و العيب قال ولا يبطل العقد لسبق الحكم بصحته فيستصحب و الضرر يندفع بالخيار انتهى الى ان قال : وقد مال صاحب الرياض الى البطلان حيث رماه بالضعف تارة و بالنظر اخرى (وقال في المفاتيح) قيل يبطل وقيل له الخيار (وقال في مجمع البرهان) يجيبىء 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 في البطلان كما ذكر ظاهر الى ان قال وبه صرح في جامع المقاصد ومجمع البرهان وليس كذلك لانه قد تقدم 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 في جامع المقاصد جزم هناك بالانفاسخ و مال هنا أد 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 فيما شك فى عين حالة السابقة من دون تغيير وكون الشك من حيث طرف مانع للبقاء اولا كالدار فى جنب الساحل فشك فى ان الدار هل يخر بها طغيان الماء ام لا فيستصحب على القول بالعموم فى الشك فى المقتضى ايضاً وكزيد غاب عنه مدة كثيرة فشك فى بقاءه لمرض 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 هو الارض مع الماء وقدفات اعظم جزئها فهو اشبه شىء 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 بقاءه 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 لا الاول لعدم حصول شىء من الحصص على فرض قطع الماء و بالجملة الامور الموجبة للشك تارة لها مدخلية فى بقاء المستصحب بحيث لولاه لما كان باقيا واخرى لا يكون كذلك وفى الاول لا يجرى الاصل وفى الثانى يجرى والمقام من قبيل الاول فلأمورد 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 ، لا الخيار ضرورة اتحاد المدرك لشرطه ابتداء واستدامة ، وحمله على ارادة انقطاع الماء

المعد لها الذي قدم عليه المزارع ، لامطلق الماء حتى حفر بئر جديد لها مثلا جيد ، ضرورة ايجاب مثله الخيار في باقى العقود اللازمة ، لقاعدة « لا ضرر ولا ضرار » وغيرها ، الا انه ينافيه ما ذكر أخيراً من وجوب الاجرة عليه لما سلف من المدة مع الفسخ ، فان ذلك لا يتجه في المزارعة التي كان الفسخ فيها من عدم امكان الاكمال ، وليس لها اجرة مسماة ، بل الحصاة من المحاصل الذي تعذر ، اللهم الا أن يجعل ذلك في الاجارة خاصة ، بقرينة قوله « ويرجع » الى آخره فانه لا يتصور في المزارعة .

نعم لا يتجه ذلك في مثل عبارة اللمعة التي هي لم يذ كر فيها غير المزارعة ، قال : « ولو انقطع في جميع المدة انفسخت ، وفي الاثناء بتخير العامل ، فان فسخ فعلية بنسبة ماسلف » وكذا الارشاد انتهى ثم ان الاشكال العظيم في قوله : ﴿ وعليه اجرة ماسلف ، ويرجع بـ ﴾ اجرة ﴿ ما قابل المدة المتخلفة ﴾ فانه ظاهر في كون الارض وقعت اجارة لمطلق ما اراد الزارع لالخصوص الزراعة فانه لو كانت للزراعة لما طوب مال الاجارة لانها الحصاة المعينة من النصف او الثلث او الربع وهي دائرة مدار الحصول والفرص عدمه فكيف يصح الرجوع الى المستأجر بما مضى فانه ولو فرض صحة الاجارة لكن الرجوع مبنى على تسمية مال الاجارة وحصولها لافى مثل المقام الذي كانت الحصاة مجرد الفرص وعلى تقدير الحصول بل على فرض صحة العقد وكونها اجارة ايضا لا يستحق المالك اجرة المثل لما مضى من الايام ولا المستأجر دفعها اليه اذ الفرص انقطاع الماء فبعد الفسخ لولا كونه انفساخا قد بطلت الاجارة والفرص عدم حصول شىء من الارض فبعد الفسخ باطل وقبله بانقطاع الشرط .

قال في مجمع البرهان بعد قول المصنف فان فسخ فعلية اجرة ماسلف مالفظه وجهه انه فسخ العقد باختياره فبطل العقد بفعله وما حصلت الحصاة والارض لا بد لها من الاجرة فيعطى اجرة زمان كانت الارض تحت تصرفه والمالك كان ممنوعا

عنها وفي الاجرة تأمل اذا الفسخ بسبب انقطاع ما هو شرط للحصة والاجرة لها سواها هذا اذا انفسخ واما اذا لم يفسخ فان حصل شيء والا لشيء 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 والروضه 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 نقول 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 ما زاد على قوله قال الفاضلان وقد صرح في التذكرة والارشاد واللمعة والروض والروضه ومجمع البرهان بأن ذلك فيما اذا فسخ وهو المراد من كلام الشرائع والتذكرة ووجهه في الروضة بانه انتفع بأرض الغير بعوض لم يسلم له وزواله باختياره الفسخ .

ثم قال ويشكل بان فسخه لعدم امكان الاكمال وعمله الماضى مشروط بالحصة لا بالاجرة فاذا فانت بالانقطاع ينبغي ان لا يلزمه شيء آخر نعم لو كان قد استأجرها للزراعة توجه ذلك وقد جزم في جامع المقاصد بالحكمين أعنى اللزوم في الاجارة وعدمه في المزارعة وقد سمعت ما في الشرائع والتذكرة و التحرير من انه يرجع بما قابل المدة المتخلفة .

(قلت) لزوم ذلك أعنى أجرة ما سلف فيما اذا استأجرها هو الموافق لما تقدم في الاجارة وقد تأمل في لزوم اجرة ما سلف في المزارعة في مجمع البرهان

واستظهر عدم الفرق هنا بين المزارعة والاجارة في لزوم الاجرة وعدمها وقد خبط بعض المحشين على الروضة هنا خبط انتهى .

هذه كلمات القوم ولا يفيد الناظر فيها الا اشكالا واجمالا وخلطوا بين اخذ الارض للزراعة وبين اخذها للتجارة ولكل منهما احكاما غير احكام الآخر وقد خلط المصنف بينهما في الحكم فان الاخذ والرد من مال الاجارة انما يكون في 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 والفرس عدم كون الاجارة للزراعة واذا لم يبطل لاختيار له في هذا الفرص ايضا الا اذا كان الشرط المنقطع مماله دخل في مقصود المستأجر . وليت شعري مع فرق المصنف بين القسمين من الاجارة كيف جعل حكم احدهما للاخر الاعلى قلنا بشمول تمليك المنافع لهما .

وكيف كان فاذا ظهر فقد الماء يكشف عن انه من الاول كان باطلا او يقال بعد فقد الماء يعلم بذهاب عمدة الشرط فلاعلم 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 ما يتصرف واخذ الباقي من المالك بعد فقد الماء وان لم يفسخ بمقتضى ، خياره لزم التصرف في الباطل .

وبالجمله حق العبادة بناء على الفرق ان يقول ان كانت الارض للمزارعة فلاشياء 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 ﴿ما شاء﴾ من أفراد الزرع التى ينصرف اليها الاطلاق قال فى الخلاف اذا اكرى ارضاً للزراعة ولم يعين ما يزرع فيها صح العقد وله ان يزرع ما شاء وان كان ابلغ ضرراً ، وعليه اكثر أصحاب الشافعى وقال ابو العباس لا يجوز ذلك لان انواع الزرع تختلف وتباين فلا بد من التعيين .

[دليلنا] ان الاصل جوازه والمنع يحتاج الى دليل ولان الزراعة وان اختلف باختلافها متقارب فجرى (يجرى خ -) مجرى النوع الواحد انتهى هذا كله لو اطلق 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 مسألة ٤- اذا اكرأه أرضاً ليزرع فيها طعاماً صح العقد ، ولا يجوز 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 - قوله تعالى « ادفوا بالعقود » والايقاء بالعقد ان يزرع ما سمي ، وما تناوله العقد ، وقوله ﷺ المؤمنون عند شروطهم يدل عليه ايضاً انتهى ﴿و﴾ حينئذ ﴿لو﴾ خالف ﴿زرع ما هو ارض والحال هذه كان لمالكها اجرة المثل ان شاء﴾ وادراد فسخ العقد حيث له الخيار وعلى الزارع اجرة المثل ﴿اد﴾ اراد البقاء على اللزوم فكان له ﴿المسمى مع الارش﴾ للنقص الوارد منه فى الارض ومحصل ما ذكر انه لو كان الزرع على ضرر المالك كان مختاراً بين الشئيين 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 ارض ما نقص على الارض .

و قد اشكل عليه بان المالك قد اقدم على حصة معينة من الحنطة ولم

يحصل والزارع قد زرع العدس مثلاً وهو خارج عن العقد ولم يكن مأذوناً من المالك فاجرة المسمى ما كانت على وفق شرط المالك فليس له الاجرة المثل ولا يخفى ان الاشكال قوى وقد اجاب عنه في الجواهر بما هو غريب جداً فقال في رد ثانی المحققين والشهيدین بعد نقل قولهما بقوله لكن اشكله ثانی المحققين والشهيدین وأتباعهما بأن الحصة المسماة انما وقعت في مقابلة زرع المعين ، ولم يحصل ، والذي زرع لم يتناوله المقدولا الاذن ، فلا وجه لاستحقاق المالك فيه الحصة ، فوجوب أجرة المثل حينئذ أقوى ، ما هذا لفظه .

قلت كان ذلك منهم بناء على تشخيص المزارعة بما وقع من التعيين و لو على جهة الاشرط ، ولاريب في فساده على التقدير المزبور ، بل قد يقال : بعدم تشخيصها بذلك مطلقاً وان كل ما وقع فيها منه ليس الأعلى جهة الشرطية ، فان حقيقة المزارعة ليست الا زرع الارض بحصة من حاصلها ، كائناً ما كان الحاصل وانما يذكر التعيين من الشرائط ، لانه منوع للمزارعة فليس هو حينئذ الا كذكر المكان في المضاربة التي قد عرفت ضمانه للمال مع بقاء المالك على حصته لو تعدى وخرج الى غير ذلك المكان .

الا ان الشرط لما كان في عقد لازم ، وقد عرفت في 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 في كلى المزارعة ، وله الارش عوض النقصان الحاصل بسببه ، لعدم الاذن فيه بالمخصوص انتهى .

قوله بناء على تشخيص الخ ولا يخفى انه الحق الذي لا ريب فيه وان قوام التشخيص بما هو المشروط فلو شرط المالك على الزارع بحصة من الحنطة البيضاء لا يكون الا ذلك فلا يحصل بمثل العدس او الحنطة الحمراء فانه غير مطلوبة جداً ولم يكن الزارع مأذوناً في زراعته فان الشرط يجعل المشروط مختصاً في المثال

بالحنطة البيضاء فعدم الشرط يوجب عدم المشروط وليس المقام من الشروط التي لا يسرى فقهه 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 مثلاً ولو قلنا بان انتفاء الشرط غير موجب لفساد المشروط كان ذلك فيما لا يوجب للسراية ويرجع الى تعدد المطلوب لا وحدته وفساد ما قال معلوم فضلاً عن انه لا ريب فيه وما يقال بعدم تشخيصه بالتعيين في 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 اذا زرع في مكان عينه في مكان الاخر ولا يقاس ذلك بالشئيين المتغايرين فالحنطة في بلدعين الحنطة في بلد آخر الا اذا لم يكن قابلة للحنطة المقصودة المشروطة فهو خارج عن المقام وقريب منه الوصف الملحوق بالاثنية بحيث يراه العرف متغايرين واقتضاء عدم الوفاء بالشرط الخيار انما يكون فيما لم يوجب الاثنية كالحنطة والارز سواء كان مثل المقام او البيع او نحو ذلك والفرق بين بيع العبد ودفع الامه مكانه كالشمس في رابعة النهار بخلاف فقد مثل الكتابة عن العبد تدبر .

ومما ذكرنا قد يظهر الوجه أيضاً في قوله ﴿ ولو كان ﴾ قد زرع ما يكون المزروع ﴿ اقل ضرراً ﴾ مما شرط فزعم المصنف انه ﴿ جاز ﴾ وهو زعم فاسد فان الغرض ليس في جميع الادقات هو النفع والضرر بل المقصود نفس ما فيه الضرر او النفع فاذا شرط زرع الحنطة يمكن ان يكون الغرض حفظها لمعاشه وهذا المقصود لا يصل من زرع العدس ولو كان في النفع مثل الحنطة بل اكثر بالنظر الى الشارط فضلاً عما اذا كان اقل ضرراً ومع ذلك لا يصح لكون المزروع غير المشروط فكان للمالك الشارط رده واخذ اجرة المثل في ارضه لهذه المدة .
كما افاد ثانی الشهيدين والمحققين ايضاً على ما حكاه عنهما أيضاً بأن غرض المالك ليس منحصراً فيما يتعلق بمصلحة الأرض ، بل المقصد الذاتي له

انما هو الانتفاع بالزرع ، ومصالحة الارض تابعة لامقصودة بالذات ، ولاشك أن الاغراض تختلف في أنواع المزروع ، فربما كان غرضه بالاشد ضرراً من حيث نفعه ، والحاجة اليه وان حصل للارض ضرر ، ولايتعلق غرضه بالاخف وان انتفعت الارض به ، ألا ترى أن الارض لو انتفعت بترك الزرع رأساً لم يكن ذلك كافياً في جواز ترك المزارع العمل ، نظراً الى مصالحة الارض فالاقوى عدم التعدي لما عين مطلقاً الخ .

وقد شرح وفسر قده ومقصودهما في البطلان بما فوق المراد ومع له لا يحتاج الى بيان الصحة بل لا طريق يصح ان يتمسك بها والله العالم .

﴿ ولو زارع عليها او آجرها للزراعة ولا ماء لها ﴾ فعلاً ﴿ مع علم المزارع ﴾ بعدم الماء ﴿ لم بتخير ﴾ لاقدامه على ذلك ﴿ و ﴾ أما ﴿ مع الجهالة ﴾ فـ ﴿ له الفسخ ﴾ .

وفي الجواهر قال لتضرره بانتظار الاتيان بالماء لها بحفر بئر أو غيره ، مع احتمال عدم كفايته لها انتهى وهو في محله فانه مع العلم كأنه راض بعدم الماء فلا خيار له بوجه فضلا عن البطلان بل اجارته او زراعته صحيحة من دون خيار فما عن الشهيد الثاني وغيره في غير محله ﴿ أما لو استأجرها مطلقاً ولم يشترط الزراعة لم يفسخ ﴾ .

وفي الجواهر في مقام تفسيره قال وان لم يكن عالماً بحالها ﴿ لامكان الانتفاع بها بغير الزرع ﴾ الذي لا يشترط في صحة اجارة الأرض امكانه ضرورة كونه نوعاً من انواع الانتفاع ، ولا يشترط في استيجار شيء أن يمكن الانتفاع به في جميع الوجوه ، بل يكفي امكان مطلق الانتفاع حيث تطلق ، وهو هنا كذلك ، لامكان الانتفاع بالأرض المذكورة في وضع المتاع وجعلها مرأحاً ومستراحاً وغير ذلك ، وان كان الغالب في الأرض الزراعة ، انتهى وهو المعتمد .

﴿ وكذا لو ﴾ زارع أو ﴿ شرط الزراعة ﴾ وفي 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 أو زيادة نهر أو اجراء ساقية أو غير ذلك كما هو واضح انتهى .

وبالجملة اذا اجار ولم يشترط الزراعة صحت للانتفاع بغير الاجارة وكذلك صحت لو اجارها للزراعة في بلاد تسقيها الغيوث ونحوه كما اذا امكن السقى من البحر ﴿و﴾ لو استأجر للزراعة ما لا ينحسر ﴿﴾ اى لا ينقطع عنه الماء بل كان الماء دائما عليه بحيث لا يمكن الزرع عليها لعدم امكان الزرع ما لم يقطع ﴿﴾ عنه الماء ﴿﴾ فمع جهل المستأجر بذلك العيب ﴿﴾ لم يجز لعدم الانتفاع ﴿﴾ من الأرض وهو واضح اذ كما لا يمكن الزراعة بدون الماء فكذلك لا يمكن مع كثرة الماء بل لا يمكن البذر بوجه مع وجود الماء على سطح الارض فمع علم المستأجر لا يصح ذلك نعم ﴿﴾ ولو ﴿﴾ علم الحال فـ ﴿﴾ رضى بذلك ﴿﴾ أى ﴿﴾ المستأجر ﴿﴾ قيل ﴿﴾ جاز ﴿﴾ وفى الجواهر لكونه حينئذ كاستيجار الارض التي لا ماء لها للزراعة ﴿و﴾ لكن ﴿﴾ لو قيل ﴿﴾ بالفرق بينهما فيحكم ﴿﴾ بالمنع ﴿﴾ هنا ﴿﴾ لجهالة الارض ﴿﴾ بخلافه هناك ﴿﴾ كان حسناً ﴿﴾ .

ولا يخفى ان الارض التي لا ماء له فان علم به المستأجر فصح لاقدامه عليه والأفلا يصح وله الفسخ لو علم بخلاف المقام فان عدم قطع الماء منكشف ظاهر فيحصل به العلم لكل من شاهدها . وبالجملة الفرق ان العيب فى المقام ظاهر فيعرفه الكل فلو اقدم عليه الزارع اقدم على ضرره فيصح ولا خيار له بخلاف عدم الماء فيمكن حين العقد ان لا يعلم به الزارع وانما يعرفه بعد مدة وحينئذ ان علم فقد الماء قد اقدم عليه فلا خيار وان جهل فله الفسخ فالفرق ان العيب فى المقام ظاهر وهناك غير ظاهر ويعلم بعد ذلك نعم لو علم قدرته على دفع الماء او قدرته على الزرع مع هذه الكيفية صحت الاجارة للزراعة للمقادر عليها . وفى الجواهر ما زجا للمتن قال ﴿و﴾ على كل حال فـ ﴿﴾ ان كان الماء

الذي لا ينحسر ﴿ قليلا يمكن معه بعض الزرع جاز ﴾ ولكن يتسلط أيضاً على الخيار مع فرض النقصان في 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 لا يثمر بعد فساد اصل المعاملة كبيع الخمر فكذلك في المقام فمع العلم بفقد شرط الصحة لا يصح الاجارة ولا بيع ونحوهما ومنه يعلم عدم صحة ما عن القواعد من انه لو رضى المستأجر صح .

﴿ ولو شرط الغرس والزرع ﴾ وفي الجواهر في استيجاره الارض ولم يفهم من ذلك التنصيف ﴿ افتقر الى تعيين مقدار كل واحد منهما لثفاوت ضرريهما ، وكذا لو استأجر لزعين أو غرسين مختلفي الضرر ﴾ للفرق الحاصل من الاطلاق الذي هو بالنسبة الى ذلك كالمجمل ، فيمكن الاقتصار معه في الاخف على مسماه انتهى .

قال في الخلاف ما هذا لفظه اذا اكرأه أرضاً على أن يزرع فيها ويغرس ولم يعين مقدار كل واحد منهما لم يعجز ، وبه قال المزني وأكثر أصحاب الشافعي وقال ابو الطيب بن سلمة : يجوز ويزرع نصفه ويغرس نصفه ، وقال الشافعي نصاً انه يجوز ، وقال اصحابه : انما أراد بذلك التخيير بين أن يزرع كلها أو يغرس كلها ، فاما من النوعين بلا تعيين فلا يجوز - دليلنا - ان ذلك مجهول ، وضررها مختلف ، فاذا لم يعين بطل العقد .

وقال ايضاً : اذا اكرى أرضاً للغراس واطلق جاز وبه قال اكثر اصحاب الشافعي وقال ابو العباس لا يجوز ذلك لانه يختلف .

[دليلنا] ما قلناه (قدمناه - خ) في المسئلة الاولى سواء انتهى والمسألة مشكلة من حيث الغرس اذا الكلام تارة في مقدار الزرع او الغرس من حيث الزرع

والغرس بان يجعله نصفه للزرع ونصفه للغرس او يختلف واخرى في مدة بقاءهما حيث يختلف في غاية الاختلاف لان بناء الغرس على البقاء ماشاء الغارس وسيأتى تفصيله وليكن في ذكر منك .

﴿تفرع: لو استأجر أرضاً مدة معينة ليغرس فيها ما يبقى بعد المدة غالباً﴾
صح ما لم يكن سفها ، لاطلاق الادلة وعمومها بل قال في المسالك مقتضى اطلاق العبارة عدم الفرق مع ضبط المدة بين كونها وافية بادراك الزرع فيها وقاصرة ومحتملة وهو احد الوجهين في المسئلة والاقوى اعتبار مدة يدرك فيها الزرع علما او ظنا غالبا فلواقصر على تعيين دون ذلك بطل العقد لان الغرض في المزارعة هو الحصة من النماء فاذا لم يتحقق في المدة عادة بقى العقد بلا عوض ولانه خلاف وضع المزارعة والاعتذار بامكان التراضى بعد ذلك على ابقائه لا ينفع لان التراضى غير لازم فلا يعلق عليه الشرط اللازم انتهى .

ولا يخفى ان الظاهر من تعيين المدة هو مدة وافية وبهذا اللحاظ اطلق المصنف والمسألة عندى في غاية الاشكال من حيث ان الغرس بنائه على الدوام وظاهرانه لا يجوز امير المالك خصوصا غرس الاشجار المثمرة فكيف يصح غرسه الا اذا كانت المدة بمقدار لا يبقى الشجر ازيد منها كخمسين مائة مثلاً ولا يصح غرسه في مدة الزرع .

وكيف كان فان جعل المدة بنحو ما ذكر فغير بعيد والافقى مدة سنة او سنتين ونحوهما بمقدار يعلم باستلزامه للقلع مع اثماره الموجبة للضرر الكثير على الغارس وبقائه في ملك المالك مع امكان اتفاق احتياج المالك الى ارضه للبيع او البناء عليها الموجب بقاءه على ضرر المالك لا يخلو كلا الوجهين عن اشكال

ولا يصلحها ﴿قيل يجب على المالك ابقاؤه﴾ بل لا وجه له لما عرفت ولا ما قيل له او ازالته مع الارش و ﴿ ذلك لعدم اذنه حتى يأخذ منه الارش فالاصح ما قيل له

ازالته كما لو غرس بعد المدة والاول اشبهه ب فيجوز له قلمه لعدم الاذن من المالك فقلعه فى محله بل لا يصح الغرس حينئذ للغارس فانه قد اقدم على ضرره وقد غرس مع علمه بانه فى محل القلع باذن الشارع وانما يوجب الارش فيما كان اصل ما يعلق 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 غير متعد بالزرع ، ان الغرض كونه مالكا للمنفعة تلك المدة ، فله الزرع ، وذلك موجب على المالك ذلك ، لمفهوم قوله عليه السلام «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 فلا يكون مالكا للمنفعة الدائمة فالظالم حينئذ هو الغارس فلا يجوز له غرس الاشجار اذ غرس الاشجار ليس لها امد كالزرع فلو غرس والحال هذه كان للمالك قلمه بعد المدة او اجار الارض جديداً الى بقاء الشجر سنة بعد سنة الى ان اراد بقائها وبعد قطع الاجارة كان له قلمه ايضا وهكذا .

وبالجملته التمسك بالخبر صغرى وكبرى 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 الدراوردي وقال :

سمعت ابا عبد الله 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 صلى الله عليه وسلم من اخذ ارضاً بغير حقها كلف أن يحمل ترابها الى المحشر فلا صغراه صغراه ولا كبراه كبراه .

فصريح الخبر هو التهديد والتخويف فيمن غصب ارض الغير بمثل ما كان صدوره محال عنه وهو حمل تراب هذه الارض التي غصبها الى المحشر خصوصا اذا كانت الارض المغصوبة كثيرة كمقدار فرسخ او فرسخين اداكثر فكيف يمكن له نقل جميع ترابها الى المحشر فهو نظير قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ من صور صورة يامر الله يوم القيامة ان ينفخ فيها الروح فالغاصب لارضين الناس لا بد له من ان يحضر نفسه لحمل تراب الاراضى الى المحشر .

وكيف كان فلا ربط لهذا الخبر بغرس الاشجار فى زمن اجارته بمقدار الذى كان شهراً او شهرين او ثلاثة اشهر وهو يعلم ان الشجر المغروس يبقى فى هذه الارض سنين عديدة فوجوب قلعه بنفسه والافعلى الموجر المالك والافعلى الحاكم مما لا ريب فيه ولو كان مستلزماً للضرر على المستأجر .

فالاستدلال بمثل هذا الخبر بمفهوم الوصف لاثبات عدم كون المستأجر ظالماً وان المفهوم منه انه يكون لعرق المستأجر حق لعدم كونه ظالماً فى غاية البعد بل غير خال عن التعجب من قائله فانه غرس شيئاً باقياً فى مدة لم يكن له حق اصلاً فلا فرق بينه وبين ما اذا غرسه فى الارض بعد انقضاء مدة الاجارة فكما لاحق له حينئذ ويكون ظالماً فكذلك فيما غرس فى مدة اجارته شيئاً يكون باقياً بعدها كثيراً مع انه كما عرفت لا ربط لهذا الخبر بالمقام اصلاً .

ولذا قال فى الحدائق بعد الخبر ما هذا لفظه وأنت خبير بأن مورد الخبر وسياقه من أدله الى آخره انما هو من اغتصب أرضاً فتصرف فيها ببناء أو غرس مع كونها مملوكة لغيره ، فانه لا يملكها بذلك ، بل هى ملك لمن سبق اليها أولاً وانه يجب عليه أن يدفع بناءه ويزيل غرسه للتعميل المذكور فيهما .

ومفهوم هذا التعميل بناء على ما ذكرنا أنه لو لم يكن مملوكة ولا مستحقة لاحد قبله ، فانه يملكها ويستحقها ، لكون عرقه غير ظالم ، ومرجه 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 لا يمكن دخوله تحت المفهوم المذكور ، ومحل البحث و النزاع انما هو هنا ، لافئما تقدم من التصرف فى المدة .

فقول المحقق المتقدم ذكره أنه ثبت بالعقل والنقل أن لعرق المحقق 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 فلا يخرج كلامه عن المصادر . فان شمول المفهوم المذكور له غير متجه ، ان لا يرب انه تصرف فى مال الغير بغير اذنه ، ولهذا اضطررا الى القول بالاجرة فراراً مما ذكرناه ، فكيف يدخل تحت المفهوم المذكور ، وانه محقق وغير ظالم فيكون لعرقه حق .

و لو قيل : يبطلان هذا العقد من أصله لم يكن بعيداً من الصواب : لعدم الدليل عليه بالخصوص ، وخرجه عن مقتضى قواعد الاجارة ، فلا يتناوله 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 ، أو جواز التصرف فى مال الغير بغير اذنه كما هو مقتضى القول الاول وهو أشد اشكالا انتهى ونعم ما افاد ولا وجه لما قيل فى المقام .

وكيف 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 ما يكون باقيا الى مدة عمر كليهما بل ازيد مع عرض

كثرة الاحتياجات للمالك الى ارضه بحيث لو علم بحال المستأجر وعمله لما اجاره ابداً نعم لو اذن عند الغرس عن المالك واجازه جاز .

وحينئذ لا يجوز له قلعه بل وجب على المستأجر اجرة مادام الشجر في ارضه نعم يجوز غرس الاشجار التي كانت بمنزلة الزرع في قلة امده كما اذا كان الغرض منه غرض صفار الاشجار لاجل قلعها بعد النمو والابنات كما انه كان شايعاً في اهل البساتين فيغرسون في اول الخريف ويقلمونها في فصل الربيع للمبيع ونحوه وهي حينئذ كالزرع في قلة امدها وقلعها وحينئذ لو اخرها شهراً او شهرين يكون كتأخير الزرع عن امده 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 الابنات والنمو والشرود في الخضر يقلمع فلا بد له ايضاً من تعيين المدة 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 والائمار وله الشكر وله المنية .

﴿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﴾ وبالجمله جميع الصور المتصورة في هذه الاربعة كلاً او بعضاً بين المزارع والمزارع جائزة ﴿نظراً الى﴾ العموم ﴿والاطلاقات﴾ 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 ما لا يخفى مع قضية خبير ولذا قال في الجواهر ايضاً وأنكر عليه في الحدائق حاكياً له عن

الاردبيلي أيضاً بمنافاة ذلك لاطلاق الادلة ولما يفهم من خبر قصة خيبر ، وان اليهود كانوا كثيرين ، وقد زارعهم النبي ﷺ ، ولما هو معلوم جوازه في باقى العقود من تعدد الموجهين والقابلين انتهى .

والانصاف ان قصة خيبر غير قابل للانكار فاذا جاز فلا فرق بين خيبر وبين غيره وهو نص على الجواز وما ينافيه مورده الاثنان لان الجواز منحصر في 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 والقابل لصاحب الحدائق والمحقق الاردبيلي ره حيث ذهب الى صحة كون المزارعة بين كثيرين لقضية خيبر وهكذا الاخبار الاخر .

ولا يخفى ان مقتضى ظاهر قصة خيبر هو العموم .

وانه ﷺ جعل المزارعة بين الجميع وجعل جزء لنفسه ﷺ وجزءاً لاهل الخير كما سيأتى الاخبار وكيف كان فعن المسالك المنع .

فقال ما هذا لفظه الظاهر ان الصور الممكنة فى اشتركة هذه الاربعة بينهما كلا وبعضا جائزة 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 جملا معهما ثالثا وشرطا عليه بعض الاربعة ، اورد بآ كذلك فى 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 النبي ﷺ اليهود عليها على أن يزرعوها ولهم شطر ما يخرج منها . وله ﷺ شطره الاخر ، وليس فيها ان المعاملة مع اكثر من واحد كذلك باقى النصوص التى وردت من طرفنا ولان العقد

يتم بائنين موجب وهو صاحب الارض وقابل فدخل ما زاد يخرج العقد عن وضعه ويحتاج اثباته الى دليل ، والاجود عدم الصحة انتهى و هي صريحة في كون المزارعة مختصة بالائنين لازيد .

وفي الحقائق بعد نقله قال : لا يخفى ما في كلامه (رحمة الله عليه) من تطرق البحث اليه ، والايراد عليه اما اولاً فان ما استند اليه في منع اكثر من اثنين - من توقف هذه المعاملة على التوقيف من الشارع بمعنى دليل خاص - فهو خلاف ما يستندون اليه في اكثر الاحكام من التمسك بعموم الادلة واطلاقاتها ، كما لا يخفى على من له أنس بالاطلاع على اقوالهم ، وخاض في بحور استدلالهم .
واما ثانياً فان مادعاه من ان معاملة النبي ﷺ مع اهل خيبر لاندل على ان المعاملة مع أكثر من واحد من أعجب العجائب عند ذوى الالباب لاستفاضة الاخبار بانه بعد فتح خيبر اقر الارض في أيدي الذين فيها وقاطعهم بالنصف يعنى جميع من كان فيها من اليهود لاشخصاً بعينه منهم ، او اثنين او ثلاثة مثلاً .

ومنها صحيحة يعقوب بن شعيب المذكورة هيها ، وقوله فيها دأعظام اياها على ان يعمرها ولهم النصف مما أخرجت ، وفي حديث الكنانى قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : ان النبي ﷺ لما فتح خيبر تركها في أيديهم على النصف ، فلما بلغت الثمرة بعث عبدالله بن رواحة اليهم ، فخرص عليهم فجاءوا الى النبي ﷺ فقالوا : انه قد زاد علينا فأرسل الى عبدالله وقال : ما يقول هؤلاء ؟ قال : قد خرصت عليهم بشيء ، فان شأوا يأخذون بما خرصنا وان شأوا أخذنا ، فقال رجل من اليهود : بهذا قامت السماوات والارض .

وفي معناه غيره من الاخبار الكثيرة ، فهل ترى هنا بعد ذكرهم بطريق الجمع في هذه الموارد مجالاً للحمل على واحد منهم ، بل الظاهر لكل ناظر انما هو دفع الارض اليهم كاملاً بعد فتحها وأخذها عنوة على أن يزرعوها بالمناصفة وهذا هو الذى عليه العمل الان في جميع الاصقاع والبقاع و ذكر الاثنين

فى أكثر الاخبار إنما خرج مخرج التمثيل ، لا الحصر .

وأما ثالثاً فان كون العقد يتم بائنين موجب وقابل لا ينافى 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 - قلنا : وهذا قد ثبت بعموم أدلة المزارعة ، ولاسيما قضية خيبر كما عرفت ، على أنك قد عرفت فى كتاب البيع أن ما ذكره من العقد المشتمل على الايجاب والقبول بالنحو الذى تقدم ذكره عنهم لادليل عليه ، وإنما الذى دلت عليه الاخبار هو مجرد التراضى بالالفاظ الجارية بينهم ، وكلامه إنما يتم على الاول كما هو المشهور بينهم ، مع أنك قد عرفت أنه لادليل عليه ثم نقل عين عبارة مجمع الفائدة فقال .

قال المحقق الاردبيلي (رحمة الله عليه) فى هذا المقام : ونعم ما قال وأيضاً لخصوصية البائنين فيجوز بين الثلاثة وما زاد لما تقدم ، وليست المعاملة مطلقاً ، ولا هذه موقوفة على النص الخاص شرعاً ، بل يكفى العموم ، ولهذا ليس فى شيء 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 البائنين .

وهو الظاهر ولهذا يجوزون النكاح من الزوج فقط ، بأن يكون موجبا وقابلاً 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 خصوصاً المطلقة وغيرها مع عدم نص ، بل ورد نص بعدم جواز الاتحاد فى النكاح وليس لهم دليل العموم العقود وصدق النكاح مع عدم ثبوت المنع .

وبالجملته أمثاله كثيرة جداً ولا يشترطون فيه النقل بخصوصه ، وأنه لو شرط لبطل أكثر ما ذكره ، فقول الشارح فى شرح الشرايع بعدم الصحة - اذا

زاد على الاثنين محتجاً بأن القابل والموجب اثنان فيتم بهما ، ولا يتعدى الى الغير ، وأن دليل المزارعة خبر حكاية خبير ، وليس فيه غير الاثنين وكذا غيره من الاخبار عندنا لما تقدم - غير ظاهر ، على أنه ما يظهر من حكاية خبير وغيرها كونهما اثنين فقط بل هو أعم ، بل الظاهر أن أهل خبير كانوا كثيرين ، فوقع بينه عليه السلام وبينهم .

وبالجمله ما ذكره نجده بعيداً جداً وهو أعرف انتهى ما في مجمع الفائدة بعين عبارته فالظاهر انه الحق الذي لا ريب فيه بل لا يمكن من خبر خبير الاستفادة اثنان لظهوره في الجميع بل هو المحكى عن ابن الجنيد قال : « ولا بأس باشتراك العمال بأموالهم وأبدانهم في مزارعة الأرض واجارتها اذا كان على كل واحد قسط من المؤنة ، وله جزء من الغلة ، ولا يقول 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 لا اشكال في وقوع المزارعة بين الكثيرين كما عقدوا مع جمع المزارعة فلم يجعل عليه السلام بين واحد منهم بل بين الكل فالحق مع المحقق الاردبيلي ره وصاحب الحدائق فالاولى نقل ما ورد من الاخبار التي تتعلق بالمقام مثل ما رواه المشايخ الثلاثة عن ابراهيم بن ابي زياد الكرخي .

« قال قلت لابي عبدالله عليه السلام اشارك العليج «المشرك» فيكون من عندى الارض والبذر والبقر ، ويكون على العليج القيام والسقى والعمل في الزرع حتى يصير حنطة وشعيراً وتكون القسمة ، فيأخذ السلطان حقه ويبقى ما بقى على أن للعليج منه الثلث ، ولى الباقي قال : لا بأس بذلك الحديث .

ومارواه في الكافي والتهذيب عن يعقوب بن شعيب في الصحيح عن ابي 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 ، فما اخرج الله من شىء قسم على الشطر ، و كذلك أعطى رسول الله ﷺ خير حين اتوه ، فأعطاهم اياها على ان يعمروها ولهم النصف مما اخرجت .

ومارواه فى الكفاى عن سماعة فى الموثق قال : سأله عليه السلام عن مزارعة المسلم المشرك فيكون من عند المسلم البذر والبقر ، وتكون الارض و الماء و الخراج والعمل على العليج ؟ قال : لابأس ، ونحوها موثقة أخرى له فان قلت ظاهر هذه الاخبار كون الزراعة بين الاثنين قلت مورد السؤال عن خصوص هذا القسم فلا يظهر منها الاختصاص .

﴿ وكيف كان فـ ﴾ لو كان العقد على النحو المزبور بين الاثنين ﴿ بلفظ الاجارة لم يصح لجهالة العوض ﴾ الذى هو الثلث والرابع ولا يجوز مثله فى الاجارة كما ستعرف بخلاف المزارعة .

﴿ اما لو آجره بمال معلوم مضمون فى الذمة او معين ﴾ موجود ﴿ من غيرها ﴾ او منها ﴿ 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 انا تنازعا ﴾ اى المزارع ورب الارض ﴿ فى المدة فالقول قول منكر الزيادة مع يمينه ﴾ سواء كان العامل او المالك ، لاصالة عدم استحقاتها لمدعيها كما فى الجواهر وقد مر تفصيل ذلك فى كتاب القضاء .

قال فى الخلاف اذا اختلف المكثرى والمكترى فى قدر المنفعة او قدر الاجرة قال الشافعى : يتحالفان مثل المتبايعين اذا اختلفا فى قدر الثمن او المثل فان كان لم يمض من المدة شىء رجع كل واحد منهما الى حقه ، وان كان بعد

مضى المدة فى يد المكترى لزمه أجره المثل ويعبىء على مذهب أبى حنيفة انه اذا كان ذلك قبل مضى المدة يتحالفان وان كان بعدمضى المدة فى يد المكترى لم يتحالفا و كان القول قول المكترى كما قال فى البيع : ان القول قول المشتري اذا كانت السلعة تالفة ، والذي 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 ولا مشكل هنا بعد وجود القواعد التى ترتفع الاشكال وهى فى المقام اصالة عدم الزيادة .

وفى الحدائق قال وقيد به 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 الحصول فلا بد ان يكون المدة تبلغ ذلك ولو ظناً ، فاذا ادعى ما يوجب نقصانها عن ذلك يقيناً فانه يكذبه العرف ولا بأس 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 بلا خلاف أجده فى شىء من الحكمين لما عرفت ولان مدعى الزيادة فيهما لو ترك المنازعة لترك ، فيكون مدعيها بهذا المعنى أيضاً انتهى ولا يخفى فى وجه تقدم قول مدعى الزيادة ويسنه شارح الجواهر بتبعية النماء توضيحه ان البذر حيث كان لصاحبه فنمائه لصاحبه فالزيادة له تبعاً لاصله لانه نماءه ولا علم بانتقاله الى المالك الا فى النصف الذى يدعيه .

وفيه ان البذر وان كان ملكه لكن الفرض انه اشترط مع مالك الارض بمقدار يدور بين الزائد والناقص يعنى انه لا يعلم ان الشرط هو النصف او الثلث فاصالة عدم الزيادة لا تعارضه كون النماء تابعاً للملك فالمالك محفوظ بحاله و

الكلام فى النماء وانه نصف او ثلث فالاصل عدم زيادة الحصة على الثلث والالزام 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 الحصة وتوهم انه مدعىا حتى يكون كلاهما مدعين فيجربى التحالف كما ترى مع وجود قدر المتيقن فلا مورد لاصالة تبعية النماء للملك فان مورده غير المقام و كيف كان فيجربى اصالة عدم الزيادة فى حق المالك فيكون منكراً و المدعى هو الزارع فلا يصل 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 مالكة 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 عدت البينة كما فى المدة ، ولو أقام كل واحد منهما 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 لا بذر 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 لا يكون دليل يرفعه واما البينة الخارج والداخل فليس مورده لوجهين الاول ان البينتين لمورد التداعى .

وهنا مورد المدعى والمنكر فلا يقبل البينة من المنكر الثاني لان الحصة في يد كليهما وان الامر اليهما وهو معا ناظران في العمل وان كان العمل للمعامل وان ابيت فلا جرم كان الخارج هو المالك وكون الزراعة بيد العامل وباختياره والمالك خارج وعلى القول بتقديم بينة الخارج كما هو الحق لازمه تقدم قوله لانه منكر للزيادة والاصل عدمها .

وقد عرفت ان التحالف مورده ما لا يكون في البين قدر متيقن متفق بينهما لافهما يكون فان الاقل قدر متيقن ومسلم عند كليهما والشك في الزائد فيجربى اصالة عدم الزائد فلا يصل النوبة الى التحالف الذي كان مورده في المتباينين تقريبا كما يدعى احدهما ان الزرع حنطة والآخر انه عدس وفي البيع يدعى احدهما ان المبيع ثياب والآخر يدعى انه كتاب مثلا فانهما يتحالفان وينفسخ اصل الدعوى بل الظاهر لا يصح التحالف لو كان احدهما مدع ومنكراً من حيثيتين كما زعم هنا وان الزارع مدع من حيث كون الحصة نصفاً ومنكراً من حيث كونها ثلثاً والمالك مدع من حيث الثلث ومنكراً من حيث النصف وذلك لانه لو صح كما زعم في المقام لما بقى مورد لاجراء اصالة الزيادة الجارية للمنكر فلما محل 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 في الثلث والاختلاف في النصف فلا يصدق على كليهما المدعيان كما زعم في جامع المقاصد بل واحد منهما وهو الزارع لبداهة ان المدعى من لو ترك ترك كالزارع فانه لو ترك دعوى الزيادة يترك للزيادة فهو المدعى دون المالك فانه منكر للزيادة .

فان قلت الزارع لو ترك ما ترك بل يستل عنه ويؤخذ باتمام عمل الزراعة فهو ليس مدعياً .

قلت الزارع لو ترك ترك في 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 لما عرفت منا في كتاب القضاء من تقدم بينة الخارج .

وان المراد من الخارج من ليس في يده المال كمدع لدار مثلا على من سكن فيها فالبينة للخارج لاعلى من كان فيها كما في امر فدك فان فاطمة وعلي عليهما السلام كانا متصرفين في فدك فعلى من ادعاه البينة لاعليهما فلو كانت لهم قدمت ان صحت لا بمثل نحن معاصر الانبياء لا نورث .

فان الخبر انما يقبل من صاحب الدين وهو بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم وعلي فاطمة فلا يقبل من اى شخص كانت ولا يكاد ينقضى تعجبي من انه لم يقل احد من ان الخبر صدر في زمان حياة رسول الله صلى الله عليه وسلم او بعده و الثانى كما تراه والاول كيف لم يصر شايعا منه صلى الله عليه وسلم في زمن حياته وخفى امره حتى مات على ان عليا وفاطمة عليهما السلام كانا اعرفين بالوحي وما نزل رسول الله و كيف لم يعلم به علي مع انه مدينة شهر علم النبي 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 اول المالك فقط تقدم والا كان القول قوله ايضا من حيث اصالة عدم الزيادة فتدبر .

وقد تلخص ان النزاع فى زيادة الحصة لا يخرج عن قاعدة اصالة عدم

الزيادة بل يؤخذ بعدم زيادة كما لا يكون المورد مورد التحالف لوجود قدر متفق بينهما وان المراد بالبينة الخارج خصوص من كان خارجا عن الملك مالكا كان او لا لافيما كان بيد كليهما وقد سمعت شرحه في ج ٥١ ص ٢١ فراجع و هو في المقام. المالك فانه كانه خارجا عن ملكه من حيث الزراعة وان الامر بيد العامل خلافا للمصنف والجواهر فقلا ﴿فان اقام كل منهما بينة قدمت بينة العامل﴾ وفي الجواهر ما هذا لفظه بنى الحكم على تقديم بينة الداخل والخارج والأقوى الثاني وهو فيما نحن فيه مدعى الزيادة في المدة والحصة انتهى بل فيهما هو المالك لانه في امر الزراعة كان الامر بيد الزارع فلو قلنا بكونهما مدعين وكان لكليهما بينة قدمت بينة من خرج عن التصرف في شيء .

﴿وقيل : يرجعان الى القرعة﴾ التي هي لكل امر مشكل ﴿و﴾ لا ريب في ان ﴿الأول اشبه﴾ وفي الجواهر بأصول المذهب وقواعده التي منها «البينة على المدعى واليمين على من أنكر» وبها حينئذ يرتفع الأشكال الذي هو وصف موضوع حكم القرعة انتهى .

وقوله قد وبها حينئذ الخ في محله وقد سمعت منا مكررا في باب القضاء عدم صحة التمسك بالقرعة غالبا لان مورد الأشكال ومعناه عدم امكان رفعه واما مع امكان رفعه بالقواعد فلا يكون مشكلا واما جعله بينة الخارج هو العامل ففي غير محله وان المراد بالخارج من لم يكن مسلطا على العين وكانت بيد من كان فيها ولذا قالوا بان يدمن كان داخلا في العين كافية في اثبات الملكية فالبينة لاثباتها للخارج الا عند تقسيم الحصة فجعل الخارج هو العامل بزعم انه مالك البذر في غير محله .

بل مال قد به الى ما ذكرنا في الجواهر فقال انما الكلام في اطلاق المصنف تقديم قول العامل ، وكذا ما في المختلف قال : ولو اختلفا في الحصة فالقول قول صاحب البذر مع يمينه ، فان اقام كل بينة قدمت بينة العامل ، لانه الخارج ولان

القول قول المالك ، فالبينة بينة العامل .

وقيل : يرجعان الى القرعة وليس بجديد ، ويمكن تنزيله على ما اذا 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 ما فيها ، والأصل عدم خروج منفعتها الا بقوله ، فيكون العامل حينئذ خارجاً فتأمل جيداً انتهى .

قد عرفت منا هنا 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 او لافال مؤجر والمستأجر اذا لو حظا كان الموجر خارجا والمستأجر داخلا مع ان المؤجر كان مالكا فليس مناط الخارجية بالمالكية وان اجتمعت معها كما فى على وفاطمة لكونهما فى الملك وفدك فى يدهما فمع ان البينة وظيفة من ادعى الملكية عليهما كما هو صريح محاكاة على عليه السلام مع ابي بكر كانت بنتهما مقدمة لكونها خارجا كما فى قول العلامة قدمت بينة العامل لانه الخارج ، بزعمه هو مالك 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 .

مضافا الى تحقق البينة المقبولة لهما والجهال الذين لا يعلمون شيئا من الاحكام قد طالبوا بها بالبينة وليست لهم الا خبر مجعول مثل نحن معاشر الانبياء لانورث وكيف كان فقد عرفت الكلام فى معيار الداخل والخارج فى ج ١٥ ص ٢١ 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 هو الخارج 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 بيمين الزارع ﴿ فله مطالبة الحصة او اجرة المسمى قضاءً لانكاره وايضان الزارع منكر للزراعة او الاجارة ويحلف على عدمهما وعليه اجرة المثل لما فعل .
 وفي المسالك قال بعد قوله لو اختلفا فقال الزارع اه المراد ان القول قول صاحب الارض في عدم الاعادة لافيما يدعيه لانه منكر لها فيقدم قوله فيها وكذا القول قول الزارع في عدم المزارعة والاجارة لانه منكر لهما وحينئذ فيحلف كل منهما على نفي ما يدعيه الاخر ويبقى على الزارع انه انتفع بارض غيره مع عدم ثبوت التبرع فيلزمه اجرة المثل لذلك الزرع الى اوان نزرعه هذا اذا لم يزد الاجرة عما يدعيه المالك من الحصة والاجرة المعينة والاثبت له ما يدعيه خاصة لاعترافه بانه لا يستحق 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 للمعامل ان يزرع بعد ذلك واعلم انه اذا كان الواجب للمالك بعد يمينه اقل الامرين مما يدعيه واجرة المثل وكان الاقل هو ما يدعيه ولاوجه ليمين الزارع لانه لو اعترف له بما يدعيه لم يكن له ازيد منه وكذا لو حلف او رد اليمين وما هذا شأنه لافائدة فيه نعم لو كان ما يدعيه ازيد من اجرة المثل اتجهت فائدة بيمين الزارع لانها تنفي الزائد مما يدعيه المالك عن الاجرة ولوردها واعترف .

ولا يخفى الفرق بين هذه المسألة وبين ما كان النزاع في المدة او الحصة فانها هناك يكون قدر متيقن في البين فكان من باب المدعى والمنكر بخلاف هذه المسألة فانه لا يكون في البين قدر المتيقن فان لكل نزاع غير نزاع الآخر فان الزارع يقول ان الارض اعطيتني عارية والمالك يقول آجرتك فالنزاع لا يكون له مورد تسليم لهما فيه فموردها التحالف و كل يدعى شيئاً غير ما يدعى الآخر و كلاهما

مدعيان ولذا لا يناسب التعبير عنه بان القول قول صاحب الارض فانه في بادي الرأي يظهر منه خلاف المقصود .

لكن المراد كما بينه في المسالك ان المراد تقدم قوله في عدم كون الارض عارية لافيعا يدعيه الخ فلا يتوهم منه انه منكر في مقابل المدعى لوضوح ان كلاهما مدعيين مع عدم البيينة لاحدهما وحينئذ يتحالفان وحلف المالك بعدم العارية فادعى الحصة او الاجرة المسمى وحلف الزارع بعدم الاجارة فعليه اجرة المثل لان الاجارة اذا بطلت كان للمالك اجرة المثل دون المسمى .

لكن في المقام او حظ اقل القيمتين من المسمى والمثل لان المسمى قد بطل فعليه اجرة المثل ان كان اقل من المسمى وان كان المسمى اقل فالمسمى . والحاصل ان كلامهما منكران والمالك منكر للمعاريه فيحلف على نفيها والزارع منكر للاجارة والمزارعة فيحلف على نفيهما فالمسألة من التحالف الموجب للحلف عليهما وبطلان اصل الدعوى من آن الفسخ اعدم اتفاقهما على امر كى يحلف ويجرى الاصل في مدعى الزيادة وبعد البطلان لاشيء يترتب على الدعوى الا الخسارة قبل الدعوى لو كان والا فلا شيء كما لو كان قبل الشروع في العمل واما بعد الخسارة على الارض فيجب عليه اقل الامرين من اجرة المثل او مادعاه المالك فان كان مدعاه من اجرة المسمى او حصته اقل دفع الاقل وان كان اجرة المثل اقل دفعها لا غير فلا يقال بان مادعاه المالك ان كان اكثر فيلزم دفعه لان انفساخ الدعوى يبطل العقد فكان المسمى باطلا ثم انه قد ذهب في الحدائق الى عدم لزوم اقل الامرين بل نفس اجرة المثل ولو كانت اكثر فقال ماهذا لفظه :

ومنها ما واختلفا فقال الزارع : انها في يدي عارية ، فانكر المالك وادعى الحصة أو الاجرة ، ولا بينة فالمشهور أن القول قول صاحب الارض في نفي العارية بيمينه ، لانه منكر ، فيقدم قوله في ذلك ، والقول قول الزارع بيمينه في نفي الاجارة أو المزارعة ، لانه منكر لهما ، وحينئذ فيحلف كل واحد منهما على نفي

ما يدعيه الآخر ، وحيث انتفت الدعويان والحال أن الزارع قد تصرف في أرض غيره وانتفع بها ، فاللازم له أجره المثل لذلك الزرع الى أدان نزرعه ، إلا أنهم قيدوا أجره المثل هنا بما اذا لم تزد على ما يدعيه المالك من الاجرة والحصة ، والواجب له ما يدعيه خاصة ، لاعترافه بأنه لا يستحق سواه ، ومرجه الى أقل الامرين من أجره المثل والمسمى في العقد الى ان قال بعد رد القول بالقرعة .

اذا عرفت ذلك فاعلم أن عندي في هذا المقام اشكالا من وجهين : الاول ما ذكره من وجوب أقل الامرين من أجره المثل وما يدعيه المالك من الحصة أو الاجرة ، لما ذكره من التعليل ، فان فيه أدلأن أجره المثل التي أو جبوها هنا الراجعة الى أقل الامرين كما عرفت انما ضاروا اليها بعد الحكم ببطلان الدعويين الاوليين من كل من الطرفين بالتحالف ، وبطلان ما يترتب عليهما ، وحينئذ فالحكم بأجره المثل هنا لاتعلق له باعتراف المالك ، لانه لا يستحق أزيد من ذلك ، أذ يستحق مثلا ، وانما فرض المسئلة بعد بطلان الدعويين الاوليين فرض مالولم يكسر شيء من هذين الدعويين ، وحينئذ فالواجب انما هو أجره المثل زادت أم نقصت أم سادت .

وثانيا ما أورده في المسالك حيث قال : واعلم أنه اذا كان الواجب للمالك بعد يمينه أقل الامرين مما يدعيه وأجره المثل ، وكان الاقل هو ما يدعيه ، فلا وجه ليمين الزارع ، لانه لو اعترف له بما يدعيه لم يكن له ازيد منه ، وكذا لو حلف أورد اليمين وما هذا شأنه لافائدة فيه . نعم لو كان ما يدعيه أزيد من أجره المثل اتجهت فائدة يمين الزارع ، لانها تنفي الزائد مما يدعيه المالك عن الاجرة ولو ردها أو اعترف للزم الزايد انتهى .

ولا يخفى ورود ما أورده عليهم انتهى كلام الحدائق وحينئذ لو كان خسارته على الارض اكثر مما يدعيه قدفات عليه بخلاف ما اذا كان الواجب عليه اجرة المثل ولو زادت ، اذ بعد حلفه وسقوط الدعوى ازم عليه كل ما يوجب عليه الخسارة بها

ومنه يعلم عدم ورود ما ورد 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 بالاقول اذ هو غلط فاحش ضرورة اقتضاء اليمين نفي ما يكون على التحالف 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 مراده 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 واقرب به وهو العارية فلجل الضرورة ورفع الدعوى حلف على عدم الاجارة مع ثبوت لازمه وهو العارية وان العارية التى قد اقر به ثابت لديه وكذا المالك اذا حلف على نفي العارية لم يسقط لازمه الذى هو الاجارة بل هى قد اقر به وثابت عنده وحينئذ بعد انفساح العقد كان ما اقرب 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 وكذا الحلف بان الارض ليست عارية لا يسقط كونها اجارة بالمسمى بل الاجارة بالمسمى ايضا بحالها .

وبالجملة لو كان ذلك مراده ففيه اولاً ان القواعد القضائية الجارية بين المتخاصمين كما يرتفع بحسب الظاهر مقتضاها فكذلك ترتفع بحسب الواقع بحيث كانه لاتزاع فى البين فاذا نفى الزارع عنه الاجارة بالمسمى رفع عنه الاجارة ويسقط دعويها كانه لم تكن دعوى الاجارة وكذا 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 ما وقع .

وقد تلخص ان المالك اذا حلف بان ارضى ليست بعارية و لو كان معناه ثبوت مادعاء في الواقع وبحسب نظره ليدعيه لكن الدعوى تسقط بحكم الشارع بحيث لا يمكنه 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 كلاً راجع ج ٥١ ص ١٠ و ٧ .

وفي الجواهر قال ما هذا لفظه: وافحش منه ما عن الارديلى في 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 لا المدعى والمنكر وان الثانى صورة اتفاقهما على الاقل والشك فى زائد عليه بخلاف باب التحالف فلا يكون بينهما قدر مشترك متفق عليه راجع ج ٥١ ص ٥ الى ٣٠ تقريباً وليس الكلام هنا راجعاً 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 وكلاهما مدعيان يحلفان وتسقط دعواهما .

وفي مفتاح الكرامة بعد قول العلامة [ولو ادعى العامل العارية والمالك الحصة أزال اجرة قدم قول المالك فى عدم العارية وله أجره المثل مع يمين العامل ما لم تزد عن المدعى] قال ما هذا لفظه: كما صرح 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 وقد صرح فى الشرائع و التذكرة والتحرير بجميع ما فى الكتاب الا قوله ما لم تزد عن المدعى وقد نسب الفخر ما فى الكتب الثلاثة الى الاصحاب وقضية ذلك انه له أجره المثل سواء زادت

عن المدعى ام لم تزد وقوى الشيخ فى المبسوط تقديم قول رب الارض فى الاجارة دون العامل فى العارية واثبت له أجره المثل ثم قال الاحوط القرعة .
 هذا كلامهم فى المقام ومعناه ان القول قول صاحب الارض فى عدم الاعادة لانه منكرها فيقدم قوله فى عدمها لافيماء يدعيه وكذلك القول قول الزارع فى عدم المزراعة والاجارة لانه منكرها و حينئذ فيحلف كل منهما على نفي ما يدعيه الآخر ويبقى على الزارع انه انتفع بارض غيره مع عدم ثبوت التبرع فيلزمه أجره المثل لذلك الزرع الى اوان أخذه وذلك اذا لم تزد الاجرة عما يدعيه المالك من الحصة والاجرة المعينة و الاثبت له ما يدعيه خاصة لاعترافه بانه لا يستحق سواء عند المصنف فى الكتاب ومن وافقه .

وقد عرفت قضية كلام الشرائع والتذكرة والتحريير والفخر فى شرح الارشاد وقد يقال فى تأييد ذلك أنه اذا فرض بعد التحالف سقوط الدعويين بالكلية فكأننا كأنهما لم تكونا فالواجب أجره المثل زادت ام نقصت اذا التحالف اسقط اثر اعتراف المالك فليحفظ 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 والمزراعة 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 بلا كريتكها 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 اوان أخذه﴾ بخلاف ولا اشكال معتدبه ﴿لانه مأذون فيه﴾ .

ولا يخفى ان كونه مأذونا فيما كان عارية باذن المالك واما لو ادعى العارية في مقام النزاع وانكار المالك كيف يكون مأذونا حتى يجوز له الزراعة في ملك الغير واذا لم يجز فكيف يكون له حق التبقية فتأمل .

ومنه ظهر عدم تمامية ما في الجواهر قال بعد المتن بانفاق 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 قصيلاً ، لعدم ثبوت حق له فيه بعد فرض يمينه على نفى المزارعة ، كما أنه ليس للمامل 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 في جواب اعترفيها آجرتك بالمسمى او الحصة و ﴿أما لو قال :﴾ المالك في جوابه ﴿غصبتنيها حلف المالك﴾ على نفى العارية ﴿وكان له ازالته والمطالبة بأجرة المثل ، وأرث لأرض ان عابت ، وطم الحفر ان كان غرساً﴾ وفيها تأمل .

وفي الجواهر قال لكونه حينئذ بحكم الغاصب الذي يترتب عليه ذلك ولم يكن ثم اقرار من المالك يلزم به ، وليس هو من التداعي الاول الذي يتوجه فيه يمين على مدعى العارية ، فما عن التذكرة - من أنه يحلف العامل على نفى الغصب - في غير محله خصوصاً بعد اعترافه بترتيب الاحكام المزبور التي يكفى فيها عدم تحقق الاذن من المالك ، المحاصل يمينه على نفى العارية التي يدعيها الزارع كما هو واضح انتهى .

وفي المسالك بعد قوله اما لو قال غصبتنيها حلف قال ما سبق من التحالف انما هو فيما لو ادعى كل منهما عقداً غير ما يدعيه الآخر اما لو ادعى الزارع الاعادة وانكرها المالك وادعى غصب الارض فالقول قول المالك مع يمينه لاصالة

عدم الاعارة وبقاء منافع ارضه على ملكه وعدم خر وجهها بعارية ولا غيرها فاذا حلف على نفى العارية ثبت وضع الزارع زرعه فيها بغير حق فيتخير المالك حينئذ بين قلمه ومطالبته باجرة المثل لما مضى من المدة وارث الارض ان نقصت وطم الحفر كما يلزم ذلك الغاصب وان اتفقا على ابقائه باجرة جاز وفي 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 ولا يلزم وقوع كل منهما فى عقد شرعى ومعيار التحالف هو الاختلاف فى امر يبين 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 يا محمد كذب سمعك وبصرك عن اخيك فان شهد عندك خمسون قسامة وقال لك قولا فصدقه و كذبهم النخ فاصالة الصحة واصالة عدم الغصبية جارية فى قوله بعدم الغصبية كما فى التذكرة قال ولو اختلفا فقال العامل اعرتنى الارض للزرع وانكر المالك وادعى الحصة او الاجرة ولاينة فالقول قول المالك الى ان قال اما لو قال غصبتها حلف العامل على نفى الغصب و كان للمالك الاجرة والمطالبة بازالة الزرع وارث الارض ان عابت وطم الحفر انتهى فما فى الجواهر فى رده من قوله فى غير محله غير تام عند الدقة فيجربى اصالة عدم المعصية كما عرفت واصالة عدم العارية وبسقطان ويرجع الارض الى مالكه وعلى مدعى العارية اجرة المثل لما وقع فى الارض وارث طمها لو حفر ونحو ذلك .

وكيف كان فلا ادى 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 ذكره في المقام جار في حق الغاصب يقيناً لا الغاصب على قول الخصم نعم يرد عليه انه مع اعترافه بالعارية كيف يعمل في الارض العارية ما فعل مع انه حرام قطعاً وكيف كان فقال في القواعد (اما لو قال غصبتها فانه يحلف ويأخذ الاجرة والارض ان عابت وطم الحفر وازالة الزرع) .

وفي مفتاح الكرامة بعده ما هذا لفظه : كما صرح بذلك كله في الشرائع والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والروض والمسالك ومجمع البرهان والكفاية وصرح بان القول قول المالك مع يمينه وان له اجرة المثل في المبسوط وعارية التذكرة والتحرير والمختلف وجامع المقاصد وحكى عن السرائر ولم نجد التصريح به فيها في البابين .

وليعلم انه لا بد من تقدير وحذف في عبارة الكتاب وقد استندوا في ذلك الى انه المنكر فان الاصل بقاء منافع أرضه على ملكه وعدم خروجهما عنه بعارية ولا غيرها و لآخر هو المدعى فعليه البينة ومع عدمها يحلف المالك لنفي العارية فيستمر استحقاقه منافع أرضه فيطالب بالاجرة مدة ما كانت في يده وبارض النقص وطم الحفر وازالة الزرع ان كان لانه قد انتفى الاستحقاق الذي ادعاه الزارع يمين المالك والمخالف الشيخ في عارية الخلاف والمصنف في مزارعة التذكرة وعاريتها .

(قال في الخلاف) القول قول المتصرف لان المالك يدعى عليه عوضاً والاصل براءة ذمته منه وزاد في عارية التذكرة ان الظاهر من اليد انها بحق والظاهر انه أراد ان الاصل في فعل المسلم الصحة وان لا يخل بواجب وان لا يفعل حراماً وقال في الباب حلف العامل وكان للمالك الاجرة والمطالبة بازالة الزرع وارش الارض وطم الحفر وفي (جامع المقاصد) انه سهو قطعاً وما استندنا 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 ما يتصرف 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 أدأقل منها (ولا يتوقف) ذلك (على اذن المالك) وفى الجواهر بلاخلاف أجده فى شىء من ذلك ، بل عن ظاهر الفنية الاجماع عليه انتهى .

وذلك لان المزارع 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 والا فيجوز 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 ، في غير محله لانه واضح المنع حينئذ .

المسألة ﴿الخامسة : خراج الارض و مؤنتها﴾ كأجرتها و نحوها ﴿على صاحبها﴾ اى صاحب الارض لامن كان باجارتها قال فى الجواهر لاصالة براءة ذمة العامل الذى لم يوجب عليه عقد المزارعة ذلك و نحوه انتهى .

والعمدة النص وهو خبر سعيد الكندى «قلت لابي عبد الله عليه السلام اناى آجرت قوماً أرضاً فزاد السلطان عليهم ، قال : اعطهم فضل ما بينهما ، قلت : انا لم 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 لا المؤجر الذى صاحب الارض ولا وجه لتعلق الخراج على صاحبها بمقتضى آية لانزر وازرة و زر اخرى فالوزر الذى تعلق على المستأجرين كان على انفسهم لامالك الاراضى كما هو صريح خبر سعيد .

قال فى الجواهر ما هذا لفظه وان قال فى الرياض : «فيه قصور من حيث السند ، ومخالفة فى المتن لقاعدة لانزر وازرة و زر اخرى» ولذا قال الراوى ما سمعت .

ثم قال : ويستفاد من التعليل انسحاب الحكم فى كل موضع يشابه مورده ، كما يتفق كثيراً فى بلادنا من الظلم على سكنة الدور بمال يكتب عليها ، فمقتضى الاصل والقاعدة براءة ذمة اربابها و صرف الغرامة الى السكنة : فان المظلوم من ظلم ولكن الحال فى السند كما ترى ، ولا أجد له جابراً ، فيشكل الحكم به هنا أيضاً انتهى .

اقول اما الاشكال من حيث السند فلا وجه له اصلا ولازمه الطريق الى اذهاب

الروايات الصادر عن اهل بيت العصمة بادنى احتمال مع ان معيار الصحة والسقم ما عمل به المتقدمين وعدمه والخبر رواه الشيخ فى التهذيب فلا جرم يحتاج الى الدقة فى فهم الخبر لارده بعدم الجبر والجبر ماهو مثل عمل الشيخ عليه اذ المراد بالعمل هو التمسك به بل يؤيد قوله ^{الكتاب} انهم زادوا على ارضك فالارض اما لكها فالخراج والمؤنة على صاحب الارض ان كما هو مشكل فكذلك كونه على السكنة والمستأجرين ايضا مشكل فكلاهما ظلم وجور .

بداهة عدم جواز اخذ الجبارة شيئاً عن من سكن فيه سواء كان الساكن مالكا او مستأجراً فاخذ المال والماليات مطلقاً حرام وظلم سواء كان من المالك او غيره فالوزر لا تعلق على السكنة والمستأجر كى يكون وزره على المالك تعلق وزر انفسهم على الغير فلا وزر 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 او غيره 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 مالكا للارض أو زارعاً

حيث لاستحقاق في البين وهذا وان كان مقتضى القاعدة في الاراضى التى فتحت
عنوة اذا تصدى أمرها غير الحاكم الشرعى إلا أنه يظهر من بعض الاخبار لزومه
على المالك وهو خبر سعيد الكندى الى ان ساقه انتهى .

وكيف كان فيكون الخراج على المالك * (الا ان يشترطه على الزارع) *
فيكون على الزارع بالشرط فلا منافاة بين كونه او لا وبالذات على مالك الارض
وبالشرط على الزارع إلا ان الظاهر من المسالك كون الشرط مما يكون معلوما
و اما في 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 مالكةا لانه موضوع عليها وهو مروى وروى ان السلطان لو زاد 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 او من شرط عليه .

والظاهر ان المراد بمؤنة الارض هنا ما يتوقف عليه الزرع ولا يتعلق بنفس
عمله وتنميته كاصلاح النهر والحايط ونصب الابواب ان احتيج اليها واقامة الدواب
وما لا يتكرر كل سنة كما فصلوه فى المساقات والمراد بالعمل الذى على المزارع
ما فيه صلاح الزرع وبقاؤه مما يتكرر كل سنة كالحرث والسقى وآلانهما 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 ازم اذا كان القدر معلوماً ، وكذا لو شرط بعضه معيناً
أو مشاعاً مع ضبطه ، ولو شرط عليه الخراج فزاد السلطان فيه زيادة فهى على
صاحب الارض ، لان الشرط لم يتناولها ، ولم يكن معلومة ، فلا يمكن اشتراطها انتهى

لكن الظاهر من الاخبار صحة هذا الشرط وان كان غير معلوم مع ان في مثل الشروط اغتفار مقدار قليل بل لعل الصحة ظاهر اطلاق العبارة وظاهر الروايات مثل ما رواه في الكافي والتهذيب عن داود بن سرحان في الصحيح «عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يكون له الارض عليها خراج معلوم ، وربما زاد وربما نقص في دفعها الى رجل أن يكفيه خراجها و يعطيه مائة درهم في السنة ، قال لا بأس» ورواه الصدوق في الفقيه عن يعقوب بن شعيب عن أبي عبدالله عليه السلام مثله ومارواه في الكافي عن يعقوب بن شعيب في الصحيح عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سألته عن الرجل تكون له الارض من أرض الخراج في دفعها الى الرجل على أن يعمرها ويصلحها ، و يؤدي خراجها ، و ما كان من فضل فهو بينهما ، قال : لا بأس .

وقال ابراهيم بن ميمون «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن قرية لاناس من أهل الذمة لأدري أصلها لهم أم لا ، غير أنها في أيديهم وعليهم خراج ، فاعتدى عليهم السلطان فطلبوا الى فاعطوني أرضهم و قربتهم على أن أكفيهم السلطان بما قل أو أكثر ففضل لي بعد ذلك فضل بعد ما قبض السلطان ما قبض قال : لا بأس بذلك لك ما كان من فضل» .

وفي صحيح أبي بردة بن رجا قال : «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن القوم يدفعون أرضهم الى رجل فيقولون : كلها و أد خراجها قال : لا بأس اذا شأوا ان يأخذوها أخذوها» .

وخبر أبي الربيع «قال أبو عبدالله عليه السلام في رجل يأتي على قرية وقد اعتدى عليهم السلطان فضعفوا عن القيام بخراجها والقرية في أيديهم ، ولا يدري هي لهم أم لغيرهم في دفعونها اليه على أن يؤدي خراجها فيأخذها منهم ، و يؤدي خراجها و يفضل بعد ذلك شيء كثير قال : لا بأس بذلك اذا كان الشرط عليهم

بذلك، فالروايات مصريحات في كون الخراج على الزارع بالشرط وان كان الشرط قابلاً للزيادة والنقيصة كما صرح به في الحدائق قال بعد نقلها ما هذا لفظه : وهذه الاخبار كما ترى ظاهرة في 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 في محله لظهور الاخبار في انه بالشرط كان الخراج على الزارع ولو كان الشرط قابلاً للزيادة والنقيصة وفي الجواهر صدقه وان عبر عنه بكلام ظاهر في توهينه مثل قوله قال بعض الناس لكنه نقل الاخبار بمثله من دون ايراد عليه اصلاً مع ذلك لم يكن الاموافقاً له حيث قد اتى من الروايات بما هو ظاهر هان الاشرط موجب لكون الخراج على المستأجر والمزارع ولو كان الشرط غير معلوم .

و كيف كان فامثال تلك العبارات من مثل من يأت الدهر بمثله مما لا ينبغي صدوره منه قده وان صرح بعده بصاحب الحدائق و على كل حال لا اشكال في ان الشرط موجب للرجوع الى المستأجر والزارع ولذا قال قده بعد الجواب عن اشكال الرياض في جواهره بقوله ومر جمه الى صيرورة الزارع كالمالك في تعلق هذا الحق به ، الذى لا اشكال في صحة اشترطه عليه ، ولو مؤكداً و مثل ذلك ليس من الجهالة في شيء كما هو واضح .

ولعله اذا أطلق المصنف و غيره صحة الشرط المزبور مع معلومية كون الخراج قد يزيد وينقص ، كما سمعت التصريح به في النص ، واعتبار المعلومية انما وقع في كلام بعض المتأخرين ، وأنكره عليه بعض من تأخر عنه ، فمن الغريب ما سمعته من فاضل الرياض من التردد في ذلك انتهى .

و كيف كان فالدليل للوصول الى الاحكام الشرعية عمدته الكتاب والسنة والفرض ان الروايات كلها ظاهرة بل صريحة في ذلك فما يكون منها ظاهراً في

رجوع الخراج الى المالك كان مورده غير مورد الشرط كخبير سعيد وما ظاهره عدم الرجوع كان في مورده فيجب كون زيادة السلطان راجعاً الى غير المالك من المستأجرين وان كان بلفظ لا بأس وارداً في الاخبار راجع الرياض حتى يظهر اشكاله وجوابه وقد عرضنا عن بيانه لضيق الوقت وادان بلوغ الاجل والله العالم ثم انه قد اشار في الجواهر الى المؤنة وانها على المالك ان توقف عليها العمل كما انه على العامل ان كانت راجعة الى اصلاح الارض والاشجار والثمار فقال ما هذا لفظه :

ثم ان المراد بالمؤنة على ما استظهره في المسالك ما يتوقف عليه الزرع، ولا يتعلق بنفس عمله وتنميته كاصلاح النهر والحائط ونصب الابواب ان احتيج اليها واقامة الدولاب وما لا يتكرر كل سنة، كما فصلوه في المساقاة، والمراد بالعمل الذي على الزارع مافيه صلاح الزرع وبقائه مما يتكرر كل سنة كالحرث والسقى وآلاتهما وتنقية النحر من الحماة وحفظ الزرع وحصاده ونحو ذلك

ثم قال : فكلامهم في 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 او مشاعاً مع ضبطه ، انتهى ما حكاه عنه ثم قال بعده قلت : لاشكال في كون المرجع فيما ذكره مع الاطلاق تعارف ما هو على المالك او العامل ، والا اشكل الحال .

وقد يقال : ان المراد بمؤنة الارض - بقرينة ذكرهم لها مع الخراج - ما كان مثله من أجرة الارض عوض قبالتها ، ونحو ذلك مما هو سبب في الاستيلاء على كون الارض بيده ، اجارة وزراعة وغيرهما ، ولعل هذا اقرب عند التأمل . انتهى .

ولا يخفى انه وان احتمل ان يكون المراد من مثله مثل البقر والدولاب وكل ما يحتاج اليه الزراعة ولا يحصل بدونها حيث لاشكال في كون امثال ذلك

بعهدة المالك لكن احتمال مثل هذه المؤنة مراداً بقريئة ذكرها مع الخراج بعيد جداً فان المؤنة بالنسبة الى الخراج اجنبية عنه مع انها بعم جميع المؤن حتى ما يكون لاصلاح الارض مما يكون على الزارع وسيأتي في المساقات وكيف كان فظاهر قوله في المسالك فكلامهم في هذا المحل قاصر جداً في محله لان المؤنة في مقابل الخراج فلا بد من ان تشرح وتوضح بحيث لا يبقى اشكال فيها ثم انه في الجواهر ايضاً ما لفظه :

ولكن بقي هنا امور لم يذكرها المصنف ، منها: ان البذر مع اطلاق المزارعة من العامل أو المالك ، صرح الفاضل في القواعد بالاول ، وعن بعض العامة الثاني ، 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 - والابطال العقد للفرق - وأن يكون على العامل لقوله عَلَيْهِ في جواب السؤال عن المزارعة «النفقة منك والارض لصاحبها» فيكون حينئذ كالاصل الشرعى في ذلك .

ولا يخفى ان الظاهر من العرف بل المعمول المتعارف كون البذر على المالك فانه نظير سائر المؤن التي لولاه لم يتحقق المزارعة فالظاهر ان الذى على عهدة العامل هو مجرد العمل فى الارض وما يرجع اليه لا البذر لكن الظاهر من قوله عَلَيْهِ النفقة منك الخ كون البذر من العامل ويؤيده ما مر 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 مال كها 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

فهو 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 ، اوانه يكون لصاحب الارض لانه من ثوابها ونماؤها ، 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 معتدبه والغالب منها عدده فى عداد المعدومين و يوجد الارض بعد اعراض صاحبه نعم هو كذلك فيما وقع كثيراً بل فيه كلام ايضا مع احتمال الاعراض نعم لو كان كثيراً معتداً بها عند العرف وادعاه مالكة يجرى فيه الفروض المتقدمة منه قده ولكن الفرض بعيد ان بعد الحصاد واخذ كل منهما حصته كانه تم شروطها وزراعة الزارع وحصل المفارقة مفارقة غير مؤخذة احدهما من صاحبه فكانه لا حساب بينهم ولا كتاب فتأمل ثم قال :

ومنها : ان ما جاء فى النصوص هنا من قبالة الارض بشيء معلوم سنين معلومة وعليه خراجها وعمارها اذ قبالتها بخراجها وعمارها ، اذ بغير ذلك مما تضمنته اخبار المقام هل هو عقد برأسه ، وان افاد فائدة المزارعة والاجارة والصلح فى بعض الموارد ، اذ ان المراد من لفظ التقبيل هنا ما ينطبق على ذلك المورد من العقود المعهودة ولو الصلح وجهان ، اذ قولان ، اقولهما 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 شرائطه ولا لحكامه 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 في مسألة الخرص من بيع الثمار، فلاحظ وتأمل
ثم قال :

ومنها : أنه حيث يستحق المالك قلع الزرع فهل يضمن الزكاة لمستحقها
لو فرض باوغه حد تعلقها اذا قلعه ؟ وجهان بل قولان لان ظاهر المحكى عن ابن
الجنيد الاول وظاهر الفاضل في المختلف الثاني انتهى .
ولعل الثاني هو الحق لان تعلق الزكاة فرع تحققها في ملك العين او
المنفعة والاول وان كانت واقعة في ملك المالك لكن في حال تحققها كانت خارجة
عن اختيار المالك ولم يكن زارعا ولم يكن قاصدا لها بل وقعت في ملك منفعة الغير
والفرض بطلانه واقعا والله العالم

المسألة السادسة : كل موضع يحكم فيه ببطلان المزارعة يجب لصاحب
الارض أجره المثل * ان كان البذر من العامل الذي يكون منه الحاصل حينئذ ،
كما أنه لصاحبها ان كان البذر منه ، ولكن عليه أجره مثل العامل والعوامل ،
ولو كان البذر منهما فالحاصل بينهما على النسبة ، ولكل منهما على الآخر أجره
مثل ما يخصه على نسبة ما للاخر فيه من الحصة ، فاذا كان البذر بينهما مثلا ،
رجع المالك بنصف اجرة ارضه ، والعامل بنصف أجره وعامله وآلاته .
وعلى هذا قياس باقى الاقسام ، ولو كان البذر من ثالث فالحاصل له ، وعليه
أجره مثل الزرع وباقى الاعمال وآلاتهما ، بلا خلاف في شيء من ذلك أجده كما
اعترف به في الرياض ، ووجهه ما تقدم غير مرة ، وخصوصاً في قاعدة « ما يضمن
بصحيحه يضمن بفاسده » بل في الرياض هنا « ان اطلاق العبارة كغيرها يقتضى
عدم الفرق في ثبوت الاجرة لمن ليس له البذر على الاخر في 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 ببطلان المزارعة واخرى كان البذر للمالك فالحاصل

له لكن عليه اجرة المثل من العمال الذين عملوا في الارض للمعامل فان العامل قد وقع في 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 في جريان قاعدة ما يضمن كلام لامكان ان يقال في اجارة صحيحة كان الضمان ضمان المسمى لاجرة المثل الا ان يكون المقصود في اصل الضمان مع الغاء الخصوصيات فتأمل .

وفي الحدائق توضيحاً للمسألة قال ما هذا لفظه قد صرحوا بانه في كل موضع يحكم فيه ببطلان المزارعة ، فانه يجب لصاحب الارض اجرة المثل ، وهو مبني 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 للمعامل أجرة المثل بالنسبة الى العمل ، والعوامل والآلات .

ولو كان البذر منهما معاً انصافاً مثلاً ، 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 لعمالها 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 في القبول والرد ، فان قبل كان استقرار ذلك مشروطاً بالسلامة ، فلو تلف

الزرع بأفة سماوية او ارضية ، لم يكن عليه شيء * .
 و في الحدائق قال قد صرحوا بانه يجوز لصاحب الارض أن يخرص على
 الزارع ، والزارع بالخيار في القبول والرد فان قبل كان استقراره مشروطاً بالسلامة
 فلوتلف الزرع بأفة سماوية او ارضية لم يكن عليه شيء انتهى قال في القواعد
 ويجوز للمالك الخرص على العامل ولا يجب القبول فان قبل كان استقراره مشروطاً
 بالسلامة فلوتلف بأفة سماوية او ارضية او نقص لم يكن عليه شيء ولو زاد فإباحة
 على اشكال .

اقول ظاهر العبارة عدم وجوب القبول وبعد القبول ايضاً كان ملكه متزلاً لا
 مشروطاً بالسلامة من الافات وعدم كون التخريص انقص واما لو كان في التخريص
 نقص فلا يستقر الملكية ايضاً ولو زاد في التخريص كانت الزيادة له مباحة لملكها
 والحاصل في النقصان لا يستقر الملك ومعناه له الرد وفي الزيادة لا يكون ملكاً
 له ويصح للمالك اخذه منه تأمل في ذلك فانه على خلاف جميع روايات الباب
 حيث كانت صريحة في ان الزيادة ملكاً للعامل بدليل انه لو زاد الخرص لما رده
 اليكم الزيادة فلو كان لكم زائداً ايضاً لما رده اليهم فالزيادة كما لا يردده اليكم
 فكذلك لا يردده اليهم بل كان لكم .

وفي مفتاح الكرامة بعد جعله في المقام اموراً وجعل اولها في عدم الفرق
 في الخرص والتقبيل بين النخل والزرع كما مرفى في البيع قال ما هذا لفظه الثاني
 قد قال المصنف في باب البيع يجوز ان يتقبل أحد الشريكين بحصة صاحبه من
 الثمرة بشيء معلوم منها ونحوه ما في بيع النهاية وجامع الشرائع و الشرائع و
 النافع والتذكرة والتحرير و الارشاد واللمعة والمفاتيح والكفاية وغيرها فقد
 تضمن كلامهم جواز الخرص من الطرفين وقد يلوح منهم أو يظهر كما قاله في
 الرياض عدم لزوم هذه المعاملة الا ان تقول ان الغرض بيان رفع الحظر لكن
 كلامهم في مطاوي المباحث مضطرب لانه في التذكرة تردد في لزوم العقد و

عبارة الكتاب وما كان نحوها لا دلالة فيها على اللزوم نفيًا ولا اثباتًا .
 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 وبلغت الغلة
 جاز لصاحب الارض ان يخرص عليه الغلة ثمرة كانت أو غيرها فان رضى الزارع
 بما خرص أخذها وكان عليه حصة صاحب الارض سواء نقص الخرص أو زاد و
 كان له الباقي فان هلكت الغلة بعد الخرص بأفة سماوية لم يكن عليه للمزارع
 شىء انتهى .

فقد تضمن ان الخارص المالك وان الزارع لا يجب عليه القبول وانه ان
 قبل لزم سواء نقص الخرص او زاد وان الخرص بعد البلوغ وان الغلة ان هلكت
 بأفة سماوية لم يكن عليه شىء 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 وقد نسبه فى المهذب
 البارع الى الاصحاب مرتين .

وفى (الرياض) انه لاخلاف فيه (قلت) وبه أفصح اكثر الاخبار وصرح
 التبصرة و مجمع البرهان كما هو ظاهر الارشاد انه يجوز الخرص من الطرفين
 (قلت) المرسل قد تضمن خرص العامل .

ولا يخفى 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 لا الاول الذى هو خرص الكل حتى اخذ نصفه ورد نصفه الاخر مع انه
 غير رافع للنزاع كما هو ايضا ظاهر الاخبار وانه يقع النزاع فى الزيادة والنقص

مع ان الظاهر تخريص الحصاص كما اذا قال المالك هذا نصف هذا بالخرص والتخمين
واما ان يقبل اولاً .

وكيف كان فلائمة في تخمين الكل وخرصه فان المطلوب نصفه وتعين
الكل بالتخريص لايعين كون الجزء المخروص نصفاً له بل كانت الحصاة قابلة
للزيادة والنقصية 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 مائة من او مائتين فلائمة فيه اصلاً وتخمين الكل
لايوجب الظن بالسهمين وحصتين المتساويتين ولو ظننا فلايوجب معلومية الحصاة
لامكان ان يكون احدى الحصتين اكثر من الاخر فهو بمنزلة عدم الخرص اصلاً
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 الثاني
الجهة الثانية ان الظاهر من الاخبار ازوم ما اختاره فيما كان التخريص في الحصاة
لالكل وانه بمجرد ما اختارت الحصاة ازم 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 في ذلك كما عرفت في الامر الثاني 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 قواهم في ادعاء النقيصة ولذا قال
متصلاً بكلامه «وأما الثالث» وهو أنه اذا قبل لزم فقد صرح به في المهذب والوسيلة
وجامع المقاصد والمهذب البارع ومجمع البرهان وهو ظاهر الكتاب والشرائع
والنافع والتذكرة واللمعة وغيرها .

وفي (التحرير) لو قبل صح وفي (الايضاح وشرح الارشاد) للفخران الاصح
انه اباحه وان الخرص لا يملك ولا يضمن فلم يبطله رأساً كابن اديس ولم يقل
بلزومه وفائدته عنده اباحة التصرف فلوزاد كان للمالك أن يرجع بالزيادة وان

نقص لم يكن على الزارع أن يدفع أكثر من حصته الاصلية فالمراد بالصلح في قوله في الايضاح اولاً انه ليس ببيع بل هو تقبل وصلح المراضاة لا الصلح العرفي كما أوضحه في حاشيته فيندفع عنه تعجب المحقق الثاني منه لان الصلح الصحيح لا يجتمع مع الاشكال كما ستمتع .

ولا فرق عند القائل باللزوم بين أن يزيد الخرص أو ينقص وبه أفصح صحيح يعقوب بن شعيب عن أبي عبدالله عليه السلام قال سألته عن الرجلين يكون بينهما النخل فيقول أحدهما لصاحبه اختر اماناً تأخذ هذا النخل بكذا وكذا مسمى وتعطيني نصف هذا الكيل زاد او نقص واما ان آخذه انا بذلك وأردّه عليك قال لا بأس بذلك وقد صرح في المهذب والوسيلة والتحرير والمهذب البارع وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية بأنه لو زاد كانت الزيادة للعامل وهو ظاهر الشرائع والنافع والتذكرة واللمعة وغيرها والمصنف هنا استشكل كما ستمتع وجه اشكاله وستسمع الكلام فيما اذا نقص وهذه الكلمات من الاصحاب على خلاف الروايات الظاهرة في اللزوم بعد الاختيار ثم قال :

(واما الخامس) وهو ان الغلة ان هلكت بأفة سماوية فليس عليه شيء وان استقراره مشروط بالسلامة فقد نسب الى الاصحاب في المهذب البارع وجامع المقاصد وفي (المسالك والكفاية والمفاتيح والرياض) انه المشهور.

وفي (مجمع البرهان) أنه المشهور بل كاد يكون اجماعاً اذا المخالف غير ظاهر مع التتبع غير ما نقل عن ابن ادريس من منع هذه المعاملة و جزم بعد ذلك بعدم الخلاف من القائلين بذلك

(وقال في المسالك) أنه قد ذكره الشيخ في بعض كتبه وتبعه عليه الباقر ومعترفين بعدم النص (قلت) لم أجد أحداً اعترف قبله بعدم النص مع معارضة (النظر) في جميع ما حضر بل ظاهر السرائر وجود النص فيه كما ان وجوده في النهاية والوسيلة والمهذب يقضى بذلك و مما صرح فيه بذلك كله المهذب

و الشرائع و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و مجمع البرهان و في (الوسيلة و النافع و التبصرة و الارشاد و اللعمة و الروضة) لاقتصار على ان الاستقرار مشروط بالسلامة من دون التعرض لآفة سماوية أو أرضية و به صرح في بيع الاربعة الاخيرة وهو خيرة بيع الدروس و تأمل فيه أيضا في المسالك .

و أورد عليه في جامع المقاصد ان الحصان كانت مضمونة لم يكن للاشتراط المذکور محصل والا لم يكن على نهج المعاوضات و في (الرياض) أنه لانص فيه لاقاعدة تقتضيه فان كان اجماع و الافيهه كلام و تردد فيه في بيع التذكرة و تعليق الارشاد و في بيع الروضة و الرياض ان وجهه غير واضح و النص خال عنه و كل ذلك في غير محله بعد ظهور دعوى الاجماع من جماعة مع شهادة المتبع و وجوده في الكتب التي هي متون أخبار و عدم انكار ذلك من مثل المحقق و المصنف و الشهيد مع ظهور وجهه و هو انها معاملة مشروطة بقبض العوض و وصوله الى يد صاحبه الجديد فاذا تلف لم يكن الشرط موجوداً فكان كالمبيع اذا تلف قبل قبضه و من انصف و تأمل وجد السيرة على ذلك مستمرة الى آخر العبارة .

و الانصاف ان عدم الاعتماد بالرأيات لبعض الشبهات الواهية يوجب ان يقال في مثل المقام بمثل هذه الكلمات و محصل ما افاد في الخامس انه لو تلف ما قبله خر صاباً آفة سماوية او أرضية لما كان شيئاً له مع انه ان كان التلف قبل قبضه كان على المالك كما اذا لم يرد اليه بعد الخرص و لم يمكنه من الحزر و الجمع و اراد العامل حفظها و لم يرد المالك فتلف كان على المالك فلا يتم قولهم مطلقاً لو تلف فلا يكون له شيء اصلاً و سيأتي الان تمت كلام فيه فما افادوه في ذلك . و ما اختلفوا في اللزوم و انه لازم اولاً بل مفيد للإباحة كما عرفت الاقوال و الاختلاف في الامر الثاني و الثالث غير تام و من العجيب ما نقل عنهم في امر الثالث من الاختلاف في لزومه بالقبول و عدمه و انه اذا قبل الخرص لا يفيد لزوماً بل اباحة بل عبروا بالصلح و هو اعجب مع ان الظاهر من الرايات هو اللزوم و لو ادعوا بالنقص .

وكيف كان فالعمدة ما يستفاد من الروايات مثل صحيحة يعقوب بن شعيب عن أبي عبدالله عليه السلام وفيها فلما بلغت الثمرة أمر عبدالله فخرص عليهم النخل فلما فرغ منه خبرهم فقال قد خرصنا هذا النخل بكذا صاعاً فان شئتم فخذوه وردوا علينا نصف ذلك وان شئتم أخذناه وأعطيناكم 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 ما رواه في الكافي والفقيه عن محمد بن عيسى عن بعض أصحابه ، قال : قلت لابي الحسن عليه السلام : ان لنا أكرة فنزارعهم فيجئون ويقولون لنا : قد حزرنا هذا الزرع بكذا وكذا فإعطونا ، ونحن نضمن لكم أن نعطيكم حصتكم على هذا الحزر فقال : وقد بلغ ؛ قلت : نعم قال : لا بأس 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 في الموثق عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر وأبي عبدالله عليهما السلام وقال : سألته عن الرجل يمضى ما خرص عليه في النخل ؟ قال : نعم ، قلت : رأيت ان كان أفضل مما خرص عليه الخارص أيجزيه ذلك قال نعم وصحيحة الحلبيين عن أبي 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 فقوم عليهم قيمة ، فقال لهم أما أن تأخذونه وتعطوني نصف الثمن واما أن أعطيكم نصف الثمن وآخذوه فقالوا بهذا قامت السموات والارض .

وفي الحدائق بعد نقلها قال وأما ان استقراره مشروط بالسلامة بمعنى أنه لو تلف الغلة بأفة من جهة الله تعالى فلا شيء عليه ، ولو تلف البعض فبالنسبة ،

فالاخبار خالية منه ، مع ظهور منافاة ذلك الحكم باللزوم بعد القبول كما عرفت
 الا أن ظاهر الاصحاب عدا ابن ادریس الاتفاق على الحكمين المذكورين .
 ثم حكى عن المسالك بما يدل على ما ذكرناه فقال بعد أن ذكر أن المشهور
 ان لزوم العوض فيه مشروط بالسلامة - ما لفظه والحكم بذلك هو المشهور
 بين الاصحاب ، ومستنده غير واضح وحكمه لا يخلو من اشكال ان لم يكن انعقد
 عليه الاجماع ، واني لهم به وانما هو شيء ذكره الشيخ في بعض كتبه وتبعه عليه
 الباقرن معترفين بعدم النص ظاهراً على هذه اللوازم ، انتهى .

وهو كما ترى ظاهر في توقفه في الحكم بذلك ثم حكى عن المحقق
 الاردبيلي (قده) ما ان ظاهره الميل الى ذلك بتكلف بالوجوه المصححة له حيث
 قال : وجه توقفه على السلامة من الآفات السماوية والارضية أنه بمنزلة معاملة
 مشرطة 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 ، اذا المخالف غير ظاهر مع التتابع غير ما نقل عن ابن
 ادریس رحمه الله ، من منع هذه المعاملة .

وهو غير جيد للنصوص المتقدمة وعموم أدلة العقود والشروط نعم قد يحصل
 التردد في بعض اللوازم ، مثل توقفه على السلامة ، مع كونه لازماً ، على ذلك
 غير بعيد لما قد مناه مع عدم الخلاف من القائلين به فتأمل ، انتهى .
 وبالجملة فان الحكم المذكور محل الاشكال لما عرفت من ظهور الاخبار
 في 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 في اللزوم ولازمه ان العامل لو حزر
 وجمع حصته وتصرفها فتلف فكان من ماله واما اذا لم يجعلها المالك في 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 والا فلا بل تكون على المالك فما هو المشهور من كون التلف على العامل ولا شىء 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 جامعهم بعد ذكر عدم الخلاف فيه الا عن ابن ادريس وقول المسالك بعدم الدليل على ما هو المشهور و توجيه كلام الاردبيلى به 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 بيعا 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 قد ه ان كان بطلان النخ فيه ان النص ايضا تأييد لبناء العقلاء و ان بنائهم لو انه تلف المبيع قبل القبض فهو من مال بايعه فكانه لا يقع معاملة رأسا حتى وصل المبيع الى المشتري فمن هذه الجهة لافرق بين النص وبناء العقلاء فعليه لاشكال فى تسرية الحكم الى المقام و حينئذ ان رفع المالك يده عن حصة العامل وقبله العامل و افترط وقصر فى حفظها و جمعها مع قدرته وعدم منع من

المالك فتلف كان من مال نفسه لانه من تلف بعد القبض اذا المعيار في 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 مالكة ثم ان الكلام فيما حكى عن ابن ادريس ومحصل ما افاد ان ذلك اما بيع باطل واما صالح باطل ومحصل رده ان ذلك نتيجة عدم العمل بالاخبار الاحاد وعليه انسد طريق الاجتهاد والاستنباط اذ قل مسألة تكون لها خبر قطعي محفوظ بالقرائن القطعية ولذا يرد عليه ما اورد عليه في الحدائق

حيث قال ما هذا لفظه لا يخفى ان هذه الاصول التي يستند في غير مقام اليها والادلة التي نبذها بالاعتماد عليها ان كانت من الاخبار المعلومه من الائمة الاطهار عليهم السلام فهي لانخرج عما رده هنا من هذه الاخبار ، لان الجميع مشترك في نسبه اليهم وثبوته عنهم عليهم السلام فان سماها اخبار آحاد ، لم ينقل عنهم في حكم من الاحكام الفقهية اخبار بطريق التواتر ، ليكون مقابلة لهذه الاخبار ، بل ليس الا هذه الاخبار المروية في الكتب الاربعة المشهورة و نحوها ، وان 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 الجرعة على انكار الروايات الصادرة عن اهل بيت العصمة والطهارة مع كون جميع ما في الكتب معمولا بها عند مهرة الفن الا ما شد كيف وجميع مسائل الفقه الا ما شد بناء على الخبر الواحد وقل ما يكون محفوظاً بالقرائن القطعية والالزم تعارض القطعيين وسقوطهما او اختيار احدهما و كلاهما باطلان اذ وجود الخبرين القطعيين المتعارضين عنده في الفقه والله يحفظنا عن مزال الاقدام الحمد لله اولاً واخراً وله الشكر الى بقاء ذاته القدوس المتعال .

كتاب المساقات

﴿وإما المساقات فهي﴾ كما في الجواهر جوائز بالاجماع من علمائنا وأكثر العامة خلافاً لأبي حنيفة وزفر، فأنكرها للمجهالة والغرر، ولا ريب في ضعفه للمنصوص المرورية من الطرفين في قصة خيبر وغيرها بل لعلها من طرقنا متواترة أو مقطوع بمضمونها انتهى وقد ورد روايات كثيرة في فضل الزراعة والمساقات وفي الكافي عن سيابة عن أبي عبدالله عليه السلام قال سئله رجل فقال له جعلت فداك اسمع قوما يقولون إن الزراعة مكروهة ، فقال له : ازرعوا واغرسوا فلا والله ما عمل الناس عملاً أحل ولا أطيب منه والله ليزرعن الزرع وليغرسن النخل بعد خروج الدجال وفيه عن الحسن بن عمارة ، عن مسمع ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : لما هبط بآدم إلى الأرض احتاج إلى الطعام والشراب فشكا ذلك إلى جبرئيل عليه السلام فقال له جبرئيل : يا آدم كن حراثاً قال : فعلمني دعاء ، قال : قل : اللهم اكفني مؤونة الدنيا وكل هول دون الجنة وألبسني العافية حتى تهتئني المعيشة . وفيه عن أحمد بن أبي عبدالله ، عن بعض أصحابنا قال : قال أبو جعفر عليه السلام كان أبي يقول : خير الأعمال الحرث ، تزرعه فياً كل منه البر والفاجر أما البر فما أكل من شيء استغفر لك وأما الفاجر فما أكل منه من شيء لعنه وبأكل منه البهائم والطير وفيه عن السكوني ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سئل النبي صلى الله عليه وآله أي المال خير قال : الزرع زرعه صاحبه وأصلحه وأدّى حقه يوم حصاده الحديث .

وروي أن أبا عبدالله عليه السلام قال : الكيمياء الأكبر الزراعة

وفيه عن إبراهيم بن اسحاق ، عن الحسن بن السري ، عن الحسن بن إبراهيم عن يزيد بن هارون قال : سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول : الزارعون كنوز الأنام يزرعون طيباً أخرجه الله عز وجل وهم يوم القيامة أحسن الناس مقاماً وأقربهم منزلة يدعون المباركين .

و كيف كان فالمساقات ﴿معاملة على﴾ السقي وغيره مما يكون له دخل في الثبت و الرشد في ﴿أصول ثابتة﴾ بالثاء المثلثة أو بالنون كالنخل و الشجر

﴿بحصه من حاصلها﴾ ولا معنى بالمسافة الا ذلك .

بل أظن بعض الأفاضل في أن تسمية هذه المعاملة بالمسافة اصطلاح جديد حدث بعد زمان الشارع ، بل قال : انه بعد زمان الصحابة والتابعين ، فان المسافة في اللغة كما صرح به في القواعد وغيره مفاعلة من السقى ، كما يقتضيه اشتقاق الصيغة ولم يذكر أحد من اللغويين ورد المسافة في اللغة بالمعنى الذى ذكره الفقهاء ، ولا وجدنا ذلك في استعمالات العرب ، ولو كان ثابتاً لذكره أهل اللغة كما ذكر والمزارعة وغيرها من الفاظ المعاملات الثابتة في اللغة ونقلها الى هذا المعنى في عرف الشارع أو الأئمة عليهم السلام غير ثابت ، اذ لا ذكر للمسافة في الكتاب والسنة ، ولا في الأحاديث المرورية عن أهل البيت عليهم السلام ، ولذا لم يعقد أحد من أصحاب الحديث كالكليني والصدوق باباً للمسافة ، وانما أوردوا الأحاديث المتعلقة بها في باب المزارعة انتهى .

ويخرج بقوله على اصول ثابتة ما لا يكون كذلك كالمزارعة والخضرات والورود وامثالها وانما يشمل على سقى الأشجار فقط وما يتعلق بحصول السقى ﴿و﴾ على كل حال فتمام ﴿النظر فيه﴾ أى في هذا الكتاب ﴿يستدعى فصولاً الاوّل في العقد وصيغة الايجاب﴾ لهذا العقد بـ ﴿أن يقول ساقيتك أو عاملتك أو سلمت اليك أو ما أشبهه﴾ .

وفي الجواهر قال في الصراحة في المعنى المزبور ، و لو بضميمة القيود التى ليست قرائن مجاز ، لعدم تعيين الشارع في المسافة لفظاً بخصوصه انتهى والمراد بما اشبهه ماشبه هذه الالفاظ في لغات اخر كالفارسي والتركي ونحوهما لا الماضوية والاستقبالية وامثالها لما مر من جواز الانعقاد 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 كالأجارة﴾ و في الجواهر بلا خلاف

أجده فيه عندنا ، بل اجماع علمائنا ، وأكثرا العامة على ذلك ، للأصل انتهى
قد عرفت منادلالة العقود على اللزوم الا ما خرج راجع اول المضاربة فانه
ينفك ﴿وتصح قبل ظهور الثمرة﴾ .

وفي الجواهر بل الاجماع بقسميه عليه ، كما أنها لا تصح كذلك بعد ظهورها
وكمالها بحيث لم تحتج بعد الى عمل تزيد به كماً أو كيفاً وان احتاجت الى
عمل كالجذاز والنقل والحفظ من السارق ونحو ذلك ، لعدم موضوع شرع المساقاة
حينئذ ﴿وهل تصح بعد ظهورها﴾ مع بقاء عمل كسقى أو حرث وغيرهما مما تزيد
به الثمرة كماً أو كيفاً ﴿فيه تردد﴾ .

وفي الجواهر وجه في المنع قال من أصالة الفساد . بعد الشك في تحقق
موضوع شرع المساقاة ، لعدم اطلاق أعموم بالخصوص فيها يتمسك به في تنقيح
موردها ، بل قد يشك في تناول «أوفوا بالعقود» «و لا أن تكون تجارة عن تراض»
لذلك ، على وجه يقضى بشرعية الفرد المشكوك فيه من العقد المخصوص الذي
قد فرض عدم ما يصلح شارعا فيه بالخصوص لجميع أفراد من عموم أو اطلاق الخ
ولا يخفى ما في ادلة المنع مع بداهة ان الائتمار على الاشجار يحتاج الى
محافظة يحفظها من الخطرات الى اوان قطعها فمجرد ظهورها بدون مربير بيها
غير كاف لحصواتها سالما فعلى ذلك صح ولو بعد الظهور بحيث يحتاج بعد ذلك
الى حفظها فر بما يفسدها كثرة الماء او قطع الماء او البرد او الحر .

﴿و﴾ لذا قال ﴿الظاهر الجواز بشرط ان يبقى للمعامل 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 يكفى وقوع العقد عليه ولذا مال الى
الصحة في الجواهر فقال خصوصاً فيما لو كان العمل بحيث لولاه لاختل حال الثمرة
الأن أنه لا تحصل به زيادة .

وان قال في جامع المقاصد: وان أمكن تحقق هذا الفرض ينبغي القول بالصحة لأنه لم يتحقق تناهى بلوغ الثمرة، فتحققت الزيادة، لأن كمال البلوغ ونهاية الإدراك زيادة فيها.

لكن في المسالك بعد أن فرضه في مثل حفظها من فساد الوحش و نحوه قال «مقتضى القاعدة عدم الجواز» و هو كذلك بعد الاحاطة بما عرفت مما يشكل معه تحقق المساقاة بعد ظهور الثمرة، وان حصل بعمله نفسه نمولها في الكم أو الكيف، فضلا عن مثل هذا الفرض انتهى وفي كلامهما ما عرفت.

﴿و﴾ على كل حال - ﴿لا تبطل﴾ المساقاة ﴿بموت المساقى ولا بموت العامل على الأشبه﴾.

وفي الجواهر بأصول المذهب وقواعده التي منها استصحاب صحة العقد و لزومه كغيره من العقود اللازمة التي قد عرفت ذلك في المزارعة منها، كما أنك قد عرفت الحكم هناك فيما لو كان اشترط عليه العمل بنفسه مع ظهور الثمرة وبعده، فلاحظ، فان المسألتين من واد واحد، مع أنه سيأتي بعض ذلك أيضاً في مسألة ما لو هرب العامل، خلافاً للمحكى عن الشيخ من البطلان بالموت كالأجارة وفيه بعد تسليم ذلك في المقيس عليه أنه غير جائز عندنا انتهى.

وفي الحدائق هذا ما لفظه: المشهور بين الاصحاب أنه لا تبطل المساقاة بموت المساقى ولا بموت العامل، ولا بموتهما معاً.

وقال الشيخ في المبسوط اذامات أحدهما أو ماتا انفسخت المساقاة كالأجارة عندنا، ومن خالف في الأجارة 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، بلا اشكال.

وأما بعد ظهورها فاشكال ينشأ من حصول ملكه، لما ظهر منها بالعمل

السابق ، فلايزول بموته ، ومن أن الظاهر من اطلاق المسافة هو أن الملك مشروط باكمال العمل ولم يحصل ، فيكون الملك قبل ذلك بمنزلة المتزلزل ، وأطلق جمع من الاصحاب البطلان اذا شرط عليه العمل بنفسه .

وفيه ما عرفت ، ولعله بناء منهم على ما أشرنا اليه من أن ملك الحصاة انما يستقر باتمام العمل ، والانصب بما تقدم - من جواز المسافة بعد ظهور الثمرة مع بقاء عمل يحصل به الزيادة فيها كما هو ظاهر المشهور - هو الاول من وجهي الاشكال هنا ، لاشتراكهما في التبعض ، وعدم الاكمال انتهى .

ولا يخفى ان مسألة بقاء العقد بعد موت احد طرفيه في غاية الاشكال عندى وما ذكره في الصحة غير تام الا ترى 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 بقاءه ﴾ بحيث يطلق عليه العرف انه شجر باق فيخرج من ذلك جميع البقول والخضروات بل الادراد بل الانمار واقعة على الارض كالبطيخ والرقى و القثاء والبادنجان واليقطين والقطن وغير ذلك مما لا بقاء لها فان الكل خارج عن المسافة وداخلة في المزارعة .

وفي الجواهر فما عن الشيخ من جواز المسافة على ما يجز مرة بعد اخرى واضح الضعف انتهى ولعله في محله وكيف كان ﴿ فتصح المسافة على النخل و الكرم ﴾ و ﴿ باقى ﴾ شجر الفواكه ﴿ بجميع اقسامها من الثمار المختلفة الموجودة في الفصول المختلفة .

نعم ﴿ وفيما لا ثمرة 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 في خيبر ، بل في جامع المقاصد كاد يكون معلوماً ،
ومساواة الورق لغيره في كونه ثمرة ، وفي بعض الاخبار « أن النبي ﷺ عامل
اهل خيبر بشطر ما يخرج من النخل والشجر ، و ما من ادوات العموم - ومما
عرفت من ان هذه المعاملة على خلاف الأصل ، وفيها من الغرر ما ليس في غيرها ،
فالمتمجه الاقتصار فيها على المتيقن خصوصاً بعد ما عرفت من عدم الاطلاق انتهى .
والظاهر لا اشكال في شمول الاشجار لامثالها مع ان الغرض من سقى
الاشجار ليس خصوص ثمرتها المأكولة لتعدد الاغراض حينئذ بل قد يكون
الغرض بترية الاشجار الغير المثمرة لاجل ادراقها كادراق شجر كان المقصود من
غرسها هي لاغير اوهى مع ثمرتها كالتوت نعم في الحناء كلام .

وكيف كان فالمقصود سقى الاشجار مطلقا بل قد يكون الغرض رشدها
لاجل خشبتها او ظلتها او التفرج بها وغير ذلك

و في الحدائق ما هذا لفظه : بقى الكلام هنا في موضعين : احدهما -
مالا ثمرة له وانما له ورق ينتفع به ، او ورد ، او نحو ذلك كالحناء وشجر الورد
والتوت ونحوها وقد تردد المحقق في صحة المسافات على ذلك ، ولم يرجح
شيئاً ووجه الشارح في المسالك التردد المذكور بأن منشأه من ان هذه
المعاملة باشتغالها على ضرب من الغرر ، بجهالة العوض على خلاف الاصل ،
فيقتصر بها على محل الوفاق ، وهو شجر الثمر ، ومن أن الورق المقصود كالثمرة
في المعنى فيكون مقصود المسافة حاصله ، قال : وفي بعض الاخبار ما يقتضى
دخوله ، ثم قال : والقول بالجواز لا يخلو من قوة ، ومثله ما يقصد زهره كالورد
انتهى ، والعلامة في القواعد بعد أن استشكل في الحكم المذكور مال الى الجواز .
أقول : ما ذكره في المسالك من أن في بعض الاخبار ما يقتضى دخوله
لم أفهم عليه ، فان ثبت ذلك فلا معدل عنه ، والافال الحكم مشكل ، وترجيح العدم

كما قدمنا ذكره فى صدر البحث أقرب ، ولم أفف فى الاخبار على ما يتضمن جواز هذا العقد ، الاعلى الخبرين المتقدمين ، ونحوهما أخبار خبير ، ومورد الجميع الشجر والنخل .

وبمثل ما ذكرنا صرح المحقق الاردبيلى أيضا فقال بعد أن نقل عن المسالك ذلك : ما رأيت شيئا 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 داخل فى الاشجار المثمرة وله ثمرة فى غاية الحسن والتقوية للمزاج وهو نافعة لمرض القند فلا معنى لما ذكره فى المقام .

وكيف كان فى شرح القاموس قد اختلف فى ان توت شجر وثمرته عبارة عن الفرساد بكسر الفاء او توت ثمرة و شجره الفرساد وكيف كان فمعنى الفرساد هو توت احمر و يقال بالفارسية [شاه توت] وعليه كان الفرساد 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) او مطلقا قال فى التاج التوت بالضم صرح به ابن درير وغيره بانه معرب ليس فى كلام العرب الاصلى وان اسمه بالعربية الفرساد بالكسر انتهى .

وكيف كان فالفرصاد اى التوت الاحمر داخل فى الاشجار فصح تربية صفاره حتى ينتهى الى بلوغ الثمرة كما اذا كان البستان كلها الفرساد او اريد فى ارض غرس الفرساد 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 ذكورا واناثا

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 لا يحمل ولا ثمرة له ويمكن ان يكون نظر المصنف الى الذكور فان الانثى لها ثمرة يجوز المساقاة عليها وقال ايضاً فى التاج الحناء بالكسر والمد والتشديد [م] اى معروف وهو الذى اعدّه الناس للمخضاب وقال السمعاني نبت يخضبون به الاطراف انتهى

وعلى ذلك قد خرج الحناء عن المسافات لعدم دخلها فى الاشجار ويكون حينئذ من قبيل البطيخ والقناء والخضرات بل فيها لوجه للتردد لعدم دخولها قطعاً اللهم الا ان يقال المساقاة نعم الخضروات كما عن الشيخ فيعم الجميع .
قال فى الحدائق ثم انه لا يخفى أن التوت المذكور مع الحناء فى كلامهم وأنه محل الاشكال والتردد، مراده به الذكر منه ، وهو الذى لا يقصد ثمرته ، أما الانثى المقصود منه الثمرة فانه لاشكال ولا خلاف فى جواز المساقاة عليه قال فى التذكرة : أما التوت الانثى فانه يجوز المساقاة عليه عندنا ، لانه مثمر ، وأما التوت الذكر وما أشبه مما يقصد ورقه كالحناء وشبهه فى 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 ، وكذا 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 ، وكذا فى فحول النخل ، لان لها طلع يصلح كشاً للتليخ ، فأشبهه الثمرة .

قال المحقق الاردبيلي بعد نقل ذلك عنه : ولا يبعد قرب ما قرب به ، لمعوم وأرفوا ، ود المسلمون عند شر وطهم ، ودلان الناس مسلطون على أموالهم ، فلهم ما يفعلون 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 .

وبالجمله فالمسئله 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 الحمراء والبياض .

﴿ ولو ساقى على ودى ﴾ وهو بالياء المشددة صغار النخل فى حال لم يكن
مغروساً ﴿ 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 ثمره ، بل لأجرة له على عمله ، لأنه أقدم على ذلك ، بل فى المسالك
دانه يجب عليه اتمام العمل فى باقى المدة ، وان علم بالانقطاع قبلها ، ومثله ما
لو تلفت الثمار كلها أداؤها 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 اتفاقياً غير
منظور للعقلاء بل يجرون الاصل فى المانع وعليه بناء جميع العقلاء .

الأتري بنائهم على بقاء الحالة السابقة وقد مر منا ان حججته من باب بناء

العقلاء والاعراب طريق الى بنائهم فيرون وجود المقتضى للبقاء وشكهم في وجود المانع فيجرون الاصل اعتمادا على اصالة عدم المانع ولذا قلنا بحجية الاصول المثبتة لانه حينئذ اماراة .

وفي المقام يرون المقتضى لبلوغ الائتمار موجود فيقدمون عليه اعتمادا على اصالة عدم المانع من حر او برد او جراد او غاصب فاذا اتفق اتفاقا وجوده لا يوجب لذهاب حقهم فوجوب اكمال العمل وان صح الا 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 في المضاربة فراجع .

نعم قد يقع النزاع في بطلان العقد بعد حصول المانع كما عن التذكرة ويمكن منعه بان المساقات عقد لازم لا ينفسخ بمثل ذلك كما لا يفسخ عقد المضاربة بذهاب مال القراض بعضا لا كلا كما مر بل لزم الادامة حتى ينجر الضرر بالبيع مع انه عقد جائز عند الاصحاب فهنا اولى بعدم الانفساخ .

قال في الجواهر قلت : لا ريب في أن الموافق للضوابط الشرعية الانفساخ بعدم خروج الثمرة ، لا اعتبار العوض في هذه المعاملة ، وقد انكشف عدمه ، وجواز الاقدام ظاهراً اعتماداً على المعتاد لا يقتضى الصحة ، فضلا عن اللزوم بعد الانكشاف وليس العوض فيها الثمرة من حيث كونها مظنونة ، بل العوض فيها الحصاة من الثمرة واقماً ، وعدم بطلان البيع في بعض الصور الخاصة بعدم خروج الثمرة مع القول به بدليل خاص ، كالتعليق في بعض النصوص بانه ان لم يخرج في هذه السنة يخرج في السنة الاخرى وغيره ، بل قد يقال : بالبطلان بالتلف السماوى لها بعد الظهور قبل الادراك ، بناء على أن العوض الثمرة مدركة .

وبالجمله لا ينكر اصالة ذلك في عقود المعاوضة التي من المعلوم عدم كون

القراض منها ، وان كان هو شبه المعاوضة في المعنى مع حصول الربح ، لانه عقد معاوضة قد لوحظ فيه معنى التعاض والمقابلة ، ولعله لذا احتمل في التذكرة ماسمعت ، بل في جامع المقاصد - في فرع ذكره في أثناء مسألة مالوظهر استحقاق الاصول - والجزم بعدم وجوب اكمال تمام العمل عليه تمام المدة مع عدم خروج الثمرة، انما الكلام في أنه انفساخ من حينه أو انكشاف وجهان : ولعل أولهما هو الظاهر من الحكم بالصحة في 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 الثاني انتهى .

وكيف كان فهذا كله فيما يحتمل مثله كالودي و يشمر عادة ﴿و﴾ أما ﴿ان﴾ قصرت المدة المشترطة عن ذلك غالباً ﴿عادة﴾ او كان الاحتمال ﴿لحصول الثمرة﴾ على السواء لم يصح ﴿.﴾

وفي الجواهر لأصالة الفساد ، بعد ما عرفت من عدم اطلاق أو عموم يقتضى الصحة في نحو الفرض ، حتى لو اتفق حصول الثمرة فيها في تلك المدة على خلاف العادة مع فقد الوثوق بالحصول .

نعم لاشكال في الصحة فيما لو ساقاه مثلاً عشرين سنين ، وكانت الثمرة لا تتوقع في العادة إلا في العاشرة ، لصيرورة الثمرة حينئذ فيها مقابلة للعمل في جميع المدة ، ولا يقدح خلو غيرها من السنين ، فان المعتبر حصول الثمرة في مجموع المدة ، لافي جميعها كما هو مقتضى السيرة وغيرها انتهى وهو في محله .

الفصل ﴿الثالث﴾ في المدة ويعتبر فيها ﴿اي المدة﴾ ﴿شرطان﴾ أحدهما : ﴿ان تكون مقدرة بزمان لا يحتمل الزيادة والنقصان﴾ .

وفي الجواهر كقدوم الحاج وادراك الغلة و ان كانت هي الغلة المعامل عليها على المشهور ، كما في المسالك ، و قوفاً - فيما خالف الأصل ، و احتمال

الغرر والجهالة - على موضع اليقين ، واكتفى ابن الجنيدي بتقديرها بالثمرة المساقى عليها ، نظراً الى أنه بالنسبة الى ثبوته عادة كالمعلوم ، ولأن المقصود منها هو العمل الى اكمالها ، ولأن العقد مبنى على الغرر والجهالة ، فلا يقدرحان فيه ، والاجود الاول ، وان كان كلامه لا يخلو من وجه ، انتهى .

وذلك لارتفاع الجهالة في مثله بعد كون اصل العقد على الجهالة ثم لا يخفى عدم كون الزيادة مضراً وانما المضر احتمال النقصان وعدم وفاء الوقت لحصول الثمرة فلفظة الزيادة زيادة بل الكلام في النقصان ايضاً قال في الجواهر والانصاف ان العمدة الاجماع الذى سمعته ، والأفلزومها لا ينافى عدم اعتبار ذكر المدة فيها ، فيكون المساقى له استحقاق في الثمرة ابداء ، ويستحق عليه الأعمال المشروطة والمتعارفة انتهى وذلك لان وقت بلوغ الثمرة عند اهله معلوم و عارفون بتمام جزئيات الغرس والثمرة ووقت الظهور ووقت الاكمال بحيث لا يختلف إلا بما يسهل غير معتد به فمن كان شغله سقاية الاشجار يعمل على طبق عمله ولا يختلف في الغالب فكيف يمكن اجارته للسقاية وبلوغ الاثمار الى كمالها .

ومع ذلك لا يعلم اى مقدار يحتاج الى الوقف ولاجل ذلك لم يشر في الاخبار الى الوقت مع انه اهم بل بنوا على ما هو المعلوم المتعارف عند اهله ولذا في صحيح يعقوب بن شعيب الذى هو دليل مشروعية المساقاة مع قصة خبير 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 : لا بأس . »

ولذا قال بعد نقله في الجواهر ما هذا نصه بل لعل ذلك هو الظاهر من الاسكافي لاما حكاها هو وغيره عنه ، فان الذى عثرنا عليه من كلامه في المختلف انه قال : « ولا بأس بمساقاة النخل وما شاكلة سنة واكثر من ذلك اذا حصرت المدة او لم تحصر ، فان مراده نفى الباس في المساقاة عن السنة والأكثر مع

ذكر المدة وعنهما مع عدم ذكر مدة اصلا ، ولا تعرض فيه لبلوغ ثمرة وغيرها ،
فيمكن قوله بلزومها والاستحقاق دائماً وابدأ مع عدم حصر المدة الا ان
يكون هناك تعارف ينزله على سنة العقد خاصة انتهى .

و لا يخفى ما فيه اما الصحيح فلا يكون فى مقام البيان من جميع الجهات
فلا يصح التمسك باطلاقه فى عدم ذكر المدة واما عبارة ابن الجنييد فعلى فرض
عدم اجمالها ليس بحجة فى مقابل القواعد بل معلوم ان كل عقد لازم لابد له
من تعيين الوقت والازم 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 سير
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 وقوع العقد من اول
غرس الودى الذى يقال له بالفارسية [به نهال] و فى مثله يحتاج الى كون المدة
عند اهله بمقدار يثمر ولو فى سنين كثيرة كخمسة عشر سنة او عشر سنوات واخرى
كانت الشجرة بحيث يثمر عند اول الربيع وفى مثله يحتاج الى مثل ستة شهر مثلا
وثالثة كان العقد قريب او ان القطع فيحتاج الى مدة شهر مثلا وفى كل واحد منها
لايجوز التجاوز عن المدة المعينة الا مع الرضا منهما . الفصل ﴿لرابع العمل﴾ .
وفى الجواهر ما هذا لفظه الذى لايمتبر فيه ان يكون سقياً و ان كان قد
يتوهم من لفظ المساقاة فالمراد منها الاعم من ذلك ومن غيره ، فيجوز عقدها حينئذ
على ما الحاجة 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 والصيغة بنحو الاطلاق يعم

جميع ما يتوقف عليه بلوغ الثمرة بحد الكمال ولا يحتاج الى ذكره بالخصوص على حده فيأتي بلفظ يشمل جميع مقدماته اللازمة على العامل مما لا يتحقق السقي بدونها كاصلاح الارض ومحل جريان الماء وطم ما يحتاج الى الطم وملاء ما يحتاج الى الملاء وغير ذلك وقد اشار المصنف اليها وشرحها في الجواهر مازجاً لعبارته فقال مزجاً للعبارة في الكم او الكيف ﴿من الرفق﴾ بحرث الارض وحفرها المحتاج اليه ، و ما يتوقف عليه من الالات والعوامل من البقرة وخشبة الحرث والسكة والمساحي ونحو ذلك ، بل في جامع المقاصد : لا تعلم في وجوب ذلك خلافاً هنا وفي 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 الشجر من غير فرق فى ذلك بين الجزء اليابس وغيره .

﴿ والسقى ﴾ ومقدماته المتكررة فى سنة كالدلو والرشا واصلاح طريق الماء وتنقيتها من الحمأة ونحوها . واستقاء الماء وفتح رأس الساقية وسدها عند الفراغ على ما تقتضيه الحاجة .

﴿ والتلقيح والعمل بالناضح وتعديل الثمرة ﴾ وبازالة ما يضر بها من الاغصان والورق ليصل اليها الهواء وما يحتاج اليه من الشمس ، وليتمسر قطعها عند الادراك ، ووضع الحشيش ونحوه فوق العناقيد صوتاً لها عن الشمس المضرة بها ورفعها عن الارض كذلك .

﴿ واللقاط ﴾ للثمرة بحسب نوعها ووقتها مما يؤخذ للزبيب ، يقطعه عند حلاوته فى الوقت الصالح له ، وما يعمل دساً فكذلك ، وما يؤخذ يابساً فعند يسه
 ﴿ واصلاح موضع التشميس ﴾ المحتاج اليه .

﴿ ونقل الثمرة اليه ﴾ ونقلها فيه ﴿ وحفظها ﴾ على أصولها ﴿ و ﴾ فى

بيد رها ، وطريق ايصالها الى المالك ان لم يكن هو المتولى الى غير ذلك مما ذكره بالنسبة الى العامل ، كما أنهم قد ذكر وأيضاً 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 التكرار فى بعض الاحوال انتهى .

و كيف كان فعلى العامل جميع ما هو وظيفته مما كان عليه تهيئته ﴿ و ﴾ منها ﴿ الكش المتلقيح و قيل يلزم ذلك العامل و هو حسن لانه به يتم التلقيح ﴾ حتى تحمل به النخل الانثى اقول الكش ما يلقح به النخل الانثى و التلقيح عبارة عن جعل طلع النخل الذكور على طلع النخل الانثى فاذا ظهر طلع النخل وما يقال [به شكوفه] فصار بمرأ او تمرأ ان كانت انثى وان كانت ذكرأ لم تصر تمرأ بل يترك على النخلة اياما معلومة حتى يصير فيه شىء 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 بمرأ وان كانت ذكرأ يحتاج الى القاء الدقيق الذى على طلع النخل الذكر بطلع النخل انثى حتى صارت تمرأ .

وفى شرح القاموس وطلع النخل [بمعنى يرون آمدن شكوفه درخت خرما] انتهى فاذا ظهر طلع الذكور من النخل لم بصر تمرأ بل عليه شىء كالدقيق بلقى على طلع النخل الانثى فصار بمرأ ثم تمرأ 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 فتبقل اصلاح الجميع و كل ما يحتاج اليه مما يتوقف عند اهل الخبرة بحيث لولاها لما حصل الغرض فلا اشكال فى كون الجميع عليه و كذا لو شرط عليه بعض ما يتوقف عليه فيجب عليه الايتان بهذا البعض والباقي

على المالك واما لولم يشترط عليه شيئاً 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 لا يلزم ايجاد اللوازم على العامل الا ما كان عليه دون المالك قال في الحدائق ما هذا لفظه :

أقول : لا يخفى أن بناء هذه الافراد المعدودة في كل من الموضوعين وجعلها ضابطين انما هو على العرف والعادة ، والافانه ليس هنا تحديداً شرعي في كل من الموضوعين ، فينبقى أن يكون مناط الحكم في كل من الموضوعين هو ذلك . ومنها عمل ما يستقى به من دولاب و أدواته ونحو ذلك من آلات السقي مما لا يتكرر 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 في 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 في الشرايع ، ونقل عن ابن ادريس التعليل بأنه مما يتم به نماء الثمرة وصلاحها الواجبين على العامل . قال في المسالك : والاولى الرجوع الى العادة ومع عدم اطرادها في شيء فالاولى التعيين ، انتهى .

قال في التذكرة : ان شراء الزبل وأجرة نقله على رب المال ، لانه ليس من العمل ، فجرى مجرى ما يلحق به ، و تفريق ذلك على الارض على العامل كالتلقيح ، انتهى .

وبالجملة فالظاهر أن الكش مثل الخيوط بالنسبة الى الخياط ، والمداد و القرطاس للكاتب في كون الجميع على المالك ، وانما على العامل العمل بذلك

الا أن تجرى العاءة بخلاف ذلك لما أشرنا اليه آنفا من بناء الضابطين المآقدمآين على العرف والعاءة انآهى فالآمعين هو الرجوع الى العرف فى كونه على المالك او العامل .

﴿و﴾ على كل آال فـ ﴿لوشرآ﴾ المالك ﴿شياءً من ذلك﴾ مماعليه مع الاطلاق أو آميينه ﴿على العامل صح بعد أن يكون معلوماً﴾ على وآه يرآفع معه الفرر المنافى للعقد ، للعموم «المؤمنون عند شرطهم» .

﴿و﴾ أما ﴿لوشرآ العامل على رب الاصول﴾ آميع ﴿عمل العامل له بطلآ المساقاة لأن الفاءة لانآتحق الا بالعمل﴾ يعنى اشآراط العامل على المالك أعمال الذى وظيفآه نفسه مثل السقى كان على العامل لكن اشآرآ على المالك فكان باطلا لان السقى مثلاً فى مقابل الحصة فىكون حصآه بلاعمل فى مقابلها وهكذا نظيره .

﴿ولو أبقى العامل﴾ عليه ﴿شياءً من عمله﴾ الذى له المدآلية فى صحة عمله بان يآرك بعض الاعمال اللازمة عليه ﴿فى مقابلة الحصة من الفاءة وشرآ الباقى على رب الاصول﴾ وهل يجوز ذلك اولا فهو محل آلاف فعند المصنف ﴿آاز﴾ آلافاً للمآكى عن المبسوط من عـ دم الجواز معللاً له بأنه آلاف وضع المساقاة» .

ولذا اذعن به الشارآ الجواهر وقال نعم لو أبقى العامل ما لاآحصل به مسآزاد الثمرة كالحفظ لم يصح ، لمنافاه وضع المساقاة الآابآ من الشرع ، كما لوساقاه وقد بقى من العمل ذلك ، لكن لو ارادا ذلك وآعلاه معقد الاآارة مثلاً آاز انآهى ومحصل الكلام ان بعض الاآياء وظيفآه العامل كالسقى وآفظ الاشآار عن الآطرات الواقعة بالاشآار ونآوها وبعضها ليس بمآل ذلك فالذى يجوز آعله على عهدة المالك بالشرآ ما يكون من قبيل الآنى لا الاول الذى لو لم يفعل لآرك امر المساقاة فلو كان على عهدة المالك لآزم كون حصة العامل بلاعمل وهو باطل ﴿ولو

شرط ﴿العامل﴾ ان يعمل غلام المالك معه ﴿﴾ بحيث كان معيناً له في الاعمال من غير ان يعين له شيئاً من حصته هل يجوز ذلك اولا والقائل بالمنع محكى عن العامة واستدلوا عليه بان العبد مال المالك ويده يده وعمله عمله فكما لا يجوز للعامل شرط عمل مختص به على المالك فكذلك لا يجوز له شرط على من يده يد المالك وعمله عمله ولان المطلوب في المساقاة كون المال عن المالك والعمل عن العامل فلا يصح 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 ﴿﴾ واصله 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 او الثلث واخرى يضم اليه عمل عبده الذى هو ماله فيكون ضم مال الى مال .

كما لو جعل مع حصته ذهب او فضة او شيء آخر فعمل العبد بمنزلة ذلك وفي المسالك بعد عبارة المصنف ما هذا لفظه اشار بالتعليل الى جواب بعض العامة المانع من ذلك محتجاً بان يده كيد مالكه وعمله كعمله فكما لا يصح 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 في القراض ان يدفع الى العامل بهيمة يحمل عليها والفرق بين الغلام وسيده ظاهر فان عمل العبد يجوز ان يكون تابعا لعمل العامل ولا يجوز ان يكون عمل المالك تابعا لعمله لانه هو الاصل ويجوز في التابع ما لا يجوز في 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 سائفاً وليس على خلاف مقتضى العقد تدبر .

﴿ اما او شرط ان يعمل الغلام لخاص العامل ﴾ اي شرط العامل على المالك ان يعمل غلامه وعبده له ما يكون مختصاً بنفسه مثل السقى مثلاً وتربية الاشجار التي وظيفته في مقابل الحصة ﴿ لم يجز ﴾ عند الشافعي ﴿ و ﴾ لكن ﴿ فيه تردد ﴾ ايضاً من المصنف من ذلك الذي مر ومن ان ذلك عمل نفسه في مقابل الحصة فلا يقع عمل العبد في مقابل الحصة بعد كون العبد مال المولى ﴿ والجواز اشبه ﴾ وفي الجواهر بأصول المذهب وقواعده .

وفيه تأمل بل منع المشك في جريان المؤمنون عند شروطهم لذلك الشرط تأمل جيداً وفي ترددات الشرايع بعد قوله وفيه تردد قال اقول : منشؤه : النظر الى الاصل القاضية بالجواز ، ولانه شرط لا يمنع منه كتاب ولا سنة ، فيكون سائفاً . والالتفات الى أن في هذا الشرط منافاة لمقتضى العقد ، فيكون باطلاً ، و هو اختيار صاحب المبسوط ، وضعفه ظاهر جدا انتهى وقد عرفت انه قوى اللهم الا ان يقال ان المالك قد رضى بذلك فيدخل في عموم الشرط ﴿ وكذا ﴾ في كون الجواز أشبه بأصول المذهب وقواعده ﴿ او شرط ﴾ العامل ﴿ على المالك ﴾ مثلاً ﴿ أجره الاجراء ﴾ الذين يعينونه على العمل مع فرض كونها معينة ﴿ أو شرط خروج أجرتهم منهما ﴾ معاً اي من المالك والعامل .

وفي الجواهر قال اذا كان مع ذلك للعامل عمل مقابل الحصة من الفائدة خلافاً للمحكى عن الشيخ من البطلان ، لمنافاته موضوع المساقاة الذي هو ليس الا دفع الاصول من المالك ، وفيه منع واضح ، ضرورة عدم ما يدل على اعتبار ذلك حتى بالشرط ونحوه انتهى .

الفصل ﴿ الخامس في الفائدة ﴾ أي الثمرة ﴿ و ﴾ لاخلاف في أنه ﴿ لا بد أن يكون للعامل جزء منها مشاعاً ﴾ وفي الجواهر في شرح العبارة ما زجاً لها قال بينه وبين المالك مساو أو مفاضل على نحو ما سمعته في المزارعة ، لأن ذلك

هو الثابت من مشروعيتهما دون غيره ، ﴿فلو أُضرب عن ذكر الحصة بطلت المساقاة﴾
 حينئذ قطعاً ﴿وكذا لو شرط أحدهما الانفراد بالثمرة﴾ مطلقاً أو سنة ﴿لم تصح
 المساقاة﴾ التي هي خلاف الأصل المقتصر فيما ينافيه على المتيقن ، و ليس
 ذلك منه بلا خلاف ﴿وكذا﴾ لا اشكال ، بل قضية ما سمعته سابقاً في المزارعة
 من جماعة أنه كذلك تبطل المساقاة ﴿لو شرط لنفسه شيئاً معيناً وما زاد
 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 ينافي الاشاعة في مجموع الفائدة الحاصلة من الاصول التي وقع عقد
 المساقاه عليها انتهى .

و كيف كان فلا خلاف ﴿ولا اشكال في أنه﴾ يجوز أن يفرد كل نوع بحصة
 مخالفة للحصة من النوع الاخر ﴿كالنصف من ثمرة النخل ، والرابع من الكرم مثلاً
 لعدم منافاته الاشاعة في مجموع الفائدة ، لكن﴾ إذا كان العامل عالماً بمقدار
 كل نوع ﴿ان اراد العلم بمقدار كل نوع قبل العقد او في حال العقد فهو غير مفيد
 وان كان باصل حصول الثمرة فهو غير ممكن بل بالنسبة اليه جهل محض و هو
 غير منفيك عنه في بابي 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 سيأتي فلا فرق من هذه الجهة بين نوع
 الواحد او النوعين كالنخل و الكرم بل يحصل له العلم اجمالاً بان له نصف من
 ثمرة النخل وثلث من الكرم وربع من الرمان وهكذا في كل ما زاد .

وفي الجواهر بعد قول المصنف كل نوع قال من النوعين حذراً من الفرر
 والجهالة ، فان المشروط فيه اقل الامرين قد يكون اكثر الجنسين لكن لا يخفى
 عليك تحقق الجهالة ايضاً مع عدم افراد كل نوع بحصة ، بل كانت في الجميع

متحدة ، فما عساه يظهر من العبارة من اختصاص اشتراط ذلك فى صورة الافراد خاصة لا يخلو 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 وهو الثلث اقل من الآخر و هو النصف ولكن قد يكون الاقل اكثر من الاكثر كما اذا كانت الحنطة كلها ستة امان مثلا ونصفها ثلاثة امان و الكرم ثلاثون منّا و ثلثها عشرة امان فالثلث اكثر من النصف فى هذا الفرض وهذا ممكن قطعا لكنه لا يرتبط بالعلم بالمقدار منهما و العلم اللازم فى هذا المقام هو العلم بان له النصف او الثلث وهو حاصل بالحرص 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 تدبير .
 وكيف كان فالشرط كذلك صحيح علم او جهل نوع واحد او متعدد كما اشار اليه الشارح الجواهر .

﴿ ولو شرط مع الحصّة من النماء ﴾ ملك ﴿ حصّة من الأصل الثابت لم يصح لأن ﴾ الثابت من ﴿ مقتضى المساقاة جعل الحصّة من الفائدة ﴾ خاصة دون غيرها ﴿ فيه تردد ﴾ من المصنف لما عرفت ومن عموم « ارفوا » و « المؤمنون عند شروطهم » ونحو ذلك 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 الحصّة المعيّنة 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 لو شرط فى القراض حصّة من رأس المال مضافة الى حصّة من الربح ، وهو اختيار

الشيخ والمتأخر وكأنه الاقرب انتهى ﴿ولو ساقاه بالنصف﴾ مثلاً ﴿ان سقى بالناضح﴾
 اى بالبعير التى يخرج الماء من البئر ﴿وبالثلث ان سقى بالسايح﴾ اى الجارى على
 وجد الارض ﴿بطلت المساقاة ، لأن الحصاة لم تعين﴾ مع الترديد والتعليق ﴿و﴾
 لكن ﴿فيه﴾ من المصنف ﴿تردد﴾ .

و فى الجواهر من ذلك ، ومن انها معينة على كل من تقديرين ، فهى
 كالأجرة على خياطة الثوب بدرهم ان كان رومياً ، وبدرهمين ان كان فارسياً ، بل
 المساقاة فى الحقيقة قسم من الاجارة ولكن لا يخفى عليك ان الاشبه بأصول المذهب
 وقواعده الاول لعدم كون ذلك تعييناً رافعاً للجهالة ، بل ولاجزماً ، انتهى غير
 خفى بطلان عقد واقع 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 البايح بعثك نقداً بكذا ونسيئةً بكذا فلا يصح قطعاً
 الا اذا كان ذلك خارجاً عن الايجاب والقبول وكان من التكلم قبل العقد حتى
 يختار المشتري ايهما شاء ثم وقع الانشاء على ايهما اختار فالظاهر هو البطلان
 ثم اعلم ان المانع من الصحة ذلك لاما فى المتن من ان الحصاة لم تعين لان الحصاة
 متعينة لامحالة فانه مع احدهما يعلم لامحالة انه سقى بالناضح او السايح ويتعين
 الحصاة على احدهما .

والحاصل ان الترديد انما يكون فى ابتداء العقد لافى العمل بعده فان
 العمل فرع التعيين والتنجز فيعلم عند الاجرة ان العامل ساقاه بالناضح او السايح
 فيتعين الحصاة 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 والاتفات الى طرق الجهالة
 فى الحصاة ، فتكون المساقاة باطلة ، ونمنع طرق الجهالة انتهى .

﴿ ويكره ان يشترط رب الارض على العامل مع الحصة شيئاً من ذهب او فضة ﴾
 وفي الجواهر بلا خلاف اجده كما اعترف به غير واحد ، و لعل مثل ذلك
 كاف في ثبوتها المتسامح فيه انتهى ﴿ لكن يجب الوفاء بالشرط ﴾ لعموم المؤمنين ،
 مع عدم كونه منافياً لمقتضى العقد والامشع ، فيجوز حينئذ ﴿ ولو تلف الثمرة ﴾
 اجمع بأفة سماوية او ارضية ﴿ لم يلزم ﴾ الوفاء به وهو واضح .

الفصل ﴿ السادس ﴾ : في 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 نماءه كما عرفت مفصلاً .

المسألة ﴿ الثانية ﴾ : اذا استأجر اجيراً للعمل بحصة منها ﴿ اى من الثمرة ﴾
 ﴿ فان كان بعد بدو الصلاح ﴾ وهو احمراره او اصفراره ﴿ 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 في عدم
 كونه شريكاً وقوله لتعذر التسليم ظاهر في الشراكة تامل فيهما .

وكيف 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 في هذه الحالة فيجوز الاستئجار والا فلا وجوز البيع مشروط
 بشروط ثلاثة وقبل الشروع في المقصود نقول انه تارة تكون الاجرة من الصحة
 واخرى من غير الحصة كالذهب والقضة وغيرهما من العروض وعلى الثانى لاشكال
 اصلاً سواء كان المالك شريكاً مع العامل او لا لعدم مانع حينئذ اصلاً .

فلا يمكن للعامل رده بعد كون المالك مسلطاً على ماله ونفسه وعلى الاول
 كذلك لاشكال لو لم يكن المالك شريكاً كانت الاجرة جميع الحصة او بعضها وكذلك
 لاشكال فيما كان شريكاً 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 في مثله لاذن منه اذا الاذن فيما كان له مجرد حق واولوية لشيء يحتاج الى الاذن كالدخول في مثل داره و دكان لحاجة و رفع يده فوراً بعد قضاء الحاجة لا فيما يؤذن لاخذ ماله والتصرف فيه بلا عوض ونحوه والمقام من قبيل الثاني .

قال في الحدائق مانصه بقي هنا اشكال آخر ايضاً في 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: في هذه الصورة بعدم الصحة ، وقيل : بالصحة وهو اختيار المحقق في الشرايع نظراً الى امكان القطع والتسليم بالاذن انتهى صريح الكلمات جعل الاجرة من الحصة المشتركة بين المالك والعامل ولذا قالوا في اجارة بعض الثمرة لانصح وانما تصح في الكل فان في البعض يحتاج الى الاذن والمجوزون قالوا بامكان حصول الاذن منه بعد كما عن المسالك قال: ولا يمكن القطع والتسليم بالاذن ، كما في كل مشترك ، ولو فرض امتناع الشريك تمكن باذن الحاكم ، وقال في الجواهر بعد نقله عنه بقوله قلت: مع فرض كون الشريك المستأجر يتجه حينئذ الصحة ، للمتمكن 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 المعتمد في الصحة ، بناء على اعتباره وأن كان قد عرفت قوة عدمه إلا إذا أريد به الكناية عمّا ذكرنا انتهى دفع الاشكال بعدم اعتبار شرط القطع .

و العبارات كلها ظاهرة في وقوع الاجارة مع شريك المالك فزعموا انه حينئذ لا اشكال لو كانت الاجرة جميع الثمرة و توهموا انه حينئذ لا اشكال و ان الاشكال في البعض لاحتياجه الى الاذن مع امكان تحصيل رضاه بعداً مع ان الاشكال في الجميع و البعض فلا يصح اخذ الاجير مع كون اجرته من الحصة لا كلا ولا بعضا بل زعموا عدم الاشكال في كون الاجرة جميع الحصة مع ان الاشكال فيه اشد .

فتلخص ان ما يكون مورد الاشكال وقع مورد الصحة عند الاصحاب وهو جعل الاجرة من الحصة كلابزعم انه في البعض يحتاج الى الاذن من الشريك والحاصل لو كان شريكاً لا يجوز بدون اذن الشريك في جميع الثمرة او في بعضها و ان لم يكن شريكاً يصح في الجميع او البعض كليهما فاللفظ لا معنى له اللهم الا ان يقال كانت الاجرة من حصة المالك كما عرفت و حينئذ يحتاج الى الاجازة لكون الحصتين مخلوطتين بالاشاعة وربما لا يرضى العامل فعلاً بالافراز فيحتاج الى الاذن ولكنه بعيد عن ظاهر العبارات و ظاهر المتن من قوله بحصة منها فعمدة الاشكال انه مع ان المالك جعل الحصة بين نفسه والعامل كيف جعل بعضها للاجير كلا او بعضاً

قال في الحدائق ما هذا 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 في 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 جازبلا اشكال ولا خلاف ، وان كان قبل بدو الصلاح فانهم بنوا الحكم هنا فيها على جواز نقلها بالبيع في هذه الحال .

وقد تقدم الكلام في ذلك في الفصل الثامن في بيع الثمار من كتاب البيع وذكر الخلاف في جواز البيع مطلقاً 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 في البيع ذلك ، الا ان الواجب عليه كان ان يذكر الضميمة ، مضافة الى القطع ، والتخير بينهما كما هو مذهبه ثمة .

ولهذا اعترضه في المسالك بذلك ثم اعتذر عنه بما هو مذكور هناك ، والعلامة في القواعد صرح بالجواز مطلقاً ، فقال : ولو استأجره على العمل بحصة منها او بجمعها بعد ظهورها ، والعلم بقدر العمل جاز ، والا فلا .

وانت خبير بما في الحكم المذكور من الاشكال لعدم الدليل الواضح في هذا المجال ، والحمل على البيع كما ذكره محض قياس لا يوافق أصول الشريعة ، سيما مع ما قدمنا من الاشكال ، في اشتراط القطع في مسألة البيع انتهى .

قوله حيث ان مذهبه في البيع النخ 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 قياساً عليه دون جميع شرائط المقيس عليه فيمكن كون مذهبه في جواز بيع الثمرة بعد ظهورها وقبل بدو الصلاح مشروطاً بالامور الثلاثة تخييراً دون المقام حيث انه لو كان الشرط هو الضميمة مع القطع تخييراً لازمه لو كانت الضميمة ام يلزم القطع وهو ضرر على الشريك والمالك فلا يلزم ذكر الضميمة في المقام بخلاف البيع فتأمل قال قده في باب بيع الثمار ما هذا اللفظ:

المقام الرابع - في بيعها بعد الظهور وقبل بدو صلاحها المشهور أنه لا يجوز إلا أن يضم اليها ما يجوز بيعه أو بشرط القطع أو عامين فصاعداً ولو بيعت من دون أحد الشروط المذكورة، فهل يكون جازماً على كراهة، أو يكون باطلاً، أو يراعى السلامة؟ أقوال ثلاثة، و بالاول - قال الشيخ في كتابي الاخبار، والشيخ المفيد وسالار و ابن ادريس و العلامة في التذكرة، و بالثاني قال في النهاية والمبسوط والخلاف، و ادعى عليه الاجماع.

و به قال الصدوق، و ابن الجنيد، و أبو الصلاح، و ابن حمزة، و بالثالث قال سالار في ظاهر كلامه، و استدلل القائلون بالتحريم الى رواية ابي بصير الثانية من روايته المتقدمتين، و مارواه في الكافي والفقيه، عن الوشا في الضيف في الاول والحسن في الثاني و قال : سألت الرضا (عليه السلام) هل يجوز بيع النخل اذا حمل فقال : لا يجوز بيعه حتى يزهر قلت : وما الزهر جعلت فداك؟ قال : يحمر ويصفر وشبه ذلك، و ما رواه في الكافي والتهذيب عن علي بن حمزة الى ان ساقه قال سألت ابا عبدالله (عليه السلام) الى أن قال : « وسألته عن رجل اشترى بستانا فيه نخل ليس فيه غير بسر أخضر؟ فقال : لا حتى يزهر، قلت : و ما الزهر؟ قال يتلون، و يدل عليه أيضا ما تقدم في حديث المناهي المنقول عن الفقيه، و ما في رواية قرب الاسناد . ثم قال :

و يعارض هذه الاخبار ما قد منا ذكره من الروايات الصحيحة الصريحة في جواز البيع قبل الظهور بالكلية من غير شرط، فبعده قبل بدو الصلاح بطريق أولى انتهى موضع الحاجة

اقول اولاً ظاهر العبارات ان المسألة في باب البيع محل خلاف كما عرفت و حملوه على الكراهة من دون شرط اصلاً وعلى القياس لازمه الجواز في المقام مطلقاً وثانياً ان مسألتنا داخلة تحت القواعد فلا ربط له بالبيع حتى اشكل عليه بالقياس .

غاية الامر مع قطع النظر عن الموانع الموجبة للمبطلان 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 فلورفع هذا المانع لما كان مانع آخر للمبطلان فان شرط القطع لاربط له بشرائط البيع او الاجارة فلا يكون الاخلال به موجبا للفساد بل ولا بالضميمة .

ولذا قد حكى 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 المشتري او الاجير انهما ليسا في طريق العمل بالاحكام فضايق عليهم الامر فاصل البيع والاجارة يحصل بالايجاب والقبول من دون توفقه على شرط آخر راجع ج ٢٤ ص ٢٥٠ .

وبالجملة شرط قطع الثمرة ليس مما له دخل في الصحة بوجه وانما يلاحظه به رعاية لحال البايع حتى لا يبقى الثمرة بحاله الى ماشاء .

وفى الجواهر بعد العبارة قال ما هذا لفظه: قيل: بناء 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 ، لاحال بدو صلاحها الآنى مثلا ، والا فاشترط القطع من حيث كونه اشراطاً ، لامدخلية له في ماليته على وجه يصلح كونه مبيعاً وأجرة ، فلا بأس حينئذ مع شرط القطع اذ شرط البقاء مدة معلومة ، ولا يكون بذلك مبيعاً اذ اجرة حال ادراكه الذى هو معدوم الان ، وانما يكون حالاً 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 فى البيع ، فانه مع فرض المنع بدون اشترط القطع الامع الضميمة أو العامين يختص البيع بالجواز ، لدليله ، ولا يقاس عليه ما هنا مع احتمال بل جزم

به في المسالك قال دوتر كه المصنف انكالا على ما ظهر من ذكر الجواز بشرط القطع من اتحاد الحكم في المقامين انتهى .

ولقد اجاد حيث صرح بقوله فاشترط القطع الخ بانه لامدخلية له في الصحة والبطلان والسقم ثم قال قده ان مدرك الجواز الخ صرح بان المدرك للجواز في المقام هو القواعد الشرعية دون القياس على البيع حتى يشكل بان القياس باطل فالبيع بصح من دون شرط و الاخبار الناهية محمولة على الكراهة بل لو كان ملاك الاصحاب هو البيع اصح المقام ايضا بذلك المدرك اذ ليس المقام الامتحددا مع البيع في المنط فاذا كان لشئين منط واحد و كان المدرك الشرعية لاحدهما لصح اسراء المدرك الى الذى ليس له مدرك في الحكم تدبر فيما ذكرنا وقد دل على صحة البيع بعد ظهور الثمرة وقبل بدو الصلاح روايات مذكورة في محله راجع ج ٢٤ ص ٢٥٠ .

و كيف كان فقد ظهر ان الاختلاف هنا ليس مر بوطا بالاختلاف في البيع غاية الامر ان هناك روايات في الصحة والمنع .

وقد عرفت ان تمام المنط المصححة في المقام كون الاجرة من غير حصة شريكه او كانت من غيرها او لم يكن شريكا اصلا شرط القطع والضميمة او لا واشتراطهما لوان كان في البيع ولادليل على انسحابها في المقام .

وقد اشار الى بعضها في الجواهر وقد عرفت ايضا على الشركة مع العامل لايجوز الاجارة حتى مع الاذن، اذا الاذن للاباحة والجواز فيما لا يكون له دخل في ذهاب مال الشريك والحصة المشتركة كيف يصح جعل مقدار منه للاجير ولو مع اذن الشريك تأمل فيما ذكرنا لعله قد فاتني ما هو اهم في ذلك وله دخل في 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 ﴿ وفي الجواز

لأنه كالبيعين في بيع ، ولعدم لزوم هذا الشرط الذي هو بمنزلة الوعد ، والفرض أنه سبب في زيادة العوض أو نقصانه ، ولم يعرف مقدار ذلك فيتجهل ويبطل ، وكذا الكلام في بعتك هذا العبد بكذا ، على أن تباعني عبدك بكذا . نعم لو ساقاه على الحديقتين صفقة صح ، وإن اختلفت الحصة انتهى ولا يخفى أن مجرد رجوعه إلى البيعين في النتيجة لا يجعله البيعين بل هو شرط في ضمن عقد وإن كان يرجع إلى ملكية العين أو المنفعة أيضاً واشد اشكالا قوله هذا الشرط الذي هو بمنزلة الوعد مع أن الوعد عبارة عن مجرد وعد وقول على شخص من دون عقد ومعاملة كما كثر ما وعد أهل الإحسان إحساناً بشخص من دون أجر وعقد في البين وفي المقام وقع شرط مساقاة هذا البستان بمساقاة بستان المقصود فالشرط في ضمن عقد لازم وهو كقوله بعتك داري على أن تباعني ثوبا أو فرسا أو أن تخط لي ثوبا أو لباسا أو أدلة الشروط كلها جارية في المقام بلا كلام .

﴿و﴾ لذا قال المصنف ﴿الجواز أشبه﴾ .

وفي الجواهر بأصول المذهب وقواعده ، ضرورة عدم كونه من ذلك المفسر بالبيع بثمنين إلى أجلين مثلا ، أو على تقديرين ، وتناول «أدفا بالعقد» التي منها المشتملة على الشرائط للمفروض ، مضافاً إلى عموم «المؤمنون عند شرطهم» فيجب الوفاء انتهى .

قال في الحقائق - قال الشيخ في المبسوط : إذا قال : ساقيتك على هذا الحائط بالنصف على أن أساقيك على هذا الآخر بالثلث بطلت ، لانهما بيعان في بيعة ، فانه ماضى أن يعطيه من هذا النصف الآن يرضى منه بالثلث من الآخر وهكذا في البيع إذا قال : بعتك عبدي هذا بألف على أن تباعني عبدك بخمس مائة فالكل باطل ، لان قوله : على أن تباعني عبدك بخمس مائة ، إنما هو وعد من صاحب العبد بذلك ، وهو بالخيار بين الوفاء به وبين الترك ، فإذا لم يف به سقط وهذا ماضى أن يبيعه بألف الآن يشتري منه العبد بخمس مائة ، فقد نقصه من الثمن

لاجله ، فاذا بطل ذلك رددنا الى الثمن مانقصناه لاجله ، وذلك المراد ومجهول، والمجهول اذا اضيف 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 في صفقة ، الا ترى أنه لو قال : بعتك دارى هذه بألف على أن تبيعني عبدك بمائة بطل الكل ، ولو قال بعتك دارى هذه وعبدى هذا معا بألف ، الدار بستمأة والعبد بأربعمائة صح ، و كان الفصل بينهما ماضى ، انتهى .

ورده جملة ممن تأخر عنه كالمحقق والعلامة وغيرهما ممن تأخر عنهما بما سيأتى ذكره انتهى .

وفى الجواهر واضعف منه ما عن ابن الجنيد حيث قال **﴿ لا اختار ايقاع المساقاة صفقة واحدة على قطع متفرقة بعضها أشق عملا من بعض ، الا أن يعقد ذلك و يشترط فى العقد ، المقعد على الاخرى ، ان هو كما ترى أيضاً لادليل عليه ، فالتحقيق الجواز فى الصورتين والله العالم . ﴾**

المسألة **﴿ الرابعة : لو كانت الأصول لاثنين ﴾** مثلا **﴿ فقللا لواحد ﴾** مثلا **﴿ ساقيناك ﴾** وفى الجواهر اضاف الى المتن فرع آخر بقوله على أن لك النصف مثلا صح ، وان لم يعلم نصيب كل واحد منهما ، لعدم مدخلية ذلك فى العلم بحصته وليس الاتعداد المالك ، و هو غير مانع كباقى الصور المتصورة فى المقام بالنسبة الى اتحاد المالك والعامل ، وتعددهما انتهى .

ولو قال له : **﴿ على أن لك من حصة فلان النصف ، و من حصة الآخر الثلث صح ﴾** أيضاً ولكن **﴿ 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 لا يزيد على الجهل باصل الحصول ، فالجهل

والفرر في البابين مغتفر .

والحاصل لو سلم العلم بخصه كل واحد بان علم لاحدهما صبرتان والآخر صبرة واحدة فعلى بان المجموع ثلاثة ولكن لا يعلم بان هذه الثلاثة كلها يثمر اولاً فالعلم بالمقدار مساوق مع الجهل به وهو مغتفر معفو في البابين فالظاهر لافرق بين الفرعين في الجهل باصل حصتهما بل بعد الحصول يعلم الخصه بالخرص والتخمين القابل للزيادة والنقيصة ومع ذلك ظاهر النصوص هو الصحة .

المسألة الخامسة : اذا هرب العامل في 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 في الجواهر .

وفيه انه موجب للضرر قطعاً بل لعل العامل رفع يده عنه فيكون هربه بمنزلة الموت سلمنا ولكن للمالك الخيار قطعاً لانه لدفع الضرر المسلم في البين بل شرع الضرر لامثال هذه المقامات حتى انسد طريق الضرر على الناس والرجوع الى الحاكم في امثال ذلك بلا دليل والالزام تمام هم الحاكم الى امثال تلك الامور وكذا دفعه الى المالك من بيت المال مع ان مصرفه الفقراء فر بما كان المالك غنيا ازم من ماله الاستئجار فلا يحل له البيت المال وان كان قرضاً يجب عليه رده فهو اشد افراد الضرر هذا مضافاً الى صرف كثير من الاوقات الى ان يصلح ذلك فر بما كان بلحاظ الطول قد فسدت الثمرة لاجل عدم وصول الماء اليها وعدم اصلاح الارض من قلع ما لا يفيد وطم ما يضر ونحو ذلك فلا يندفع طرق الضرر الا بالفسخ واختيار آخر لذلك ولا يخفى ان المسألة مشككة من جهات الاولى من حيث الانفساخ بعد الهرب وعدمه والثانية من حيث انه بناءً على عدم الانفساخ هل يكون الخيار للمالك اولاً ، الثالثة من حيث انه اذا كان له انفساخ فسخ مطلقاً او في صورة عدم

البازل او عدم الرجوع الى الحاكم و غيرها مما سيأتى اما عدم الانفساخ فلولا كونها اجماعية لنقول فيها بالانفساخ لان قوامها بالعامل والمالك .
وقد فرّ العامل فانهدم احد ركنيه لان انعقاد العقد بينه وبين المالك قد 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 قطما عليه ولا يندفع بما ذكره كما سيأتى ولازمه ان له الخيار فاللازم نقل كلماتهم المحكية فيما راجع الى الفسخ و عدمه قال فى القواعد [ولو هرب العامل فان تبرع بالعمل عنه أحد أو بذل الحاكم الاجرة من بيت المال فلا خيار والا فللمالك الفسخ]

وفى مفتاح الكرامة بعده قال اتفقت كلمتهم على ان المساقاة لا تبطل بهرب العامل لان كلامهم ما بين صريح فى ذلك وظاهر فيه كالصريح فمما صرح فيه بذلك المبسوط والشرائع والتذكرة والمسالك ومجمع البرهان وغيرها و مما ظاهره ذلك الكتاب وما كان على نحوه عملا بالاستصحاب كالاجارة والبيع ولانه لا يملك فسخها بقوله ولا امتناعه 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 المؤونة والحال أن لاحاكم حتى يرجع اليه حتى يطلبه ويجبره أو يأخذ من ماله أو يستأجر من بيت المال ولو قرضا عليه أو يستقرض عليه من غيره أو يستأجر باجرة مؤجلة الى وقت ادراك الثمرة أو كان حاكم ولكن لا يجد من يعمل أو كانت يده غير مبسوطة أو تعذر اثبات الحق عنده على اختلاف كلامهم فى هذه الشرط ولكن هذا هو خلاصة ما فى التذكرة و جامع المقاصد والمسالك وستسمع ما فى غيرها .

والمخالف في ما نحن فيه المصنف في التحرير و المقدس الاردبيلي فقد قال في الادل اذا هرب العامل فللمالك الفسخ والبقاء فينفق الحاكم من ماله ان لم يتبرع بالعمل أحد فان لم يجد فممن 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 نظرا انتهى فقد أثبت له الفسخ أدلا من اول الامر ثم تأمل في ذلك مع وجود المتبرع فيكون جزمه أو لا 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 لا يحتاج الى شيء آخر من الرجوع الى الحاكم او البازل له تبرعا او بالأجرة بل يستأجر آخر من غير اقامة شهود للإجارة بل اظن ان لا يحتاج الى الرجوع الى العامل كى 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 وقد زالت المسمى من الحصاة 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 لا يوجد البازل او لم يقبل الفقيه او لم يتمكن منه او لم يتمكن المالك من الوصول اليه بخلاف الفسخ فورا وتقبله الغير فيرتفع الضرر .

وكيف كان فقال المصنف وشارحه مازجاً للمعبارة ما هذا الفظه ﴿ وان تعذر ذلك ﴾ اى البازل او الحاكم ﴿ كان له الفسخ لتعذر العمل ﴾ حينئذ عليه ، فينحصر دفع ضرره بذلك الفسخ انتهى .

بل قد عرفت جواز الفسخ حينئذ مطلقا تمكن من الحاكم او لا وجد البازل او لا ﴿ 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 $\{$ $\}$ اذا فعل ذلك $\{$ يرجع عليه $\}$ اى على الهارب فيهما
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 $\}$ مما عرفت
ومن الشك فى ثبوت الولاية له على الوجه المزبور فى هذا الحال انتهى .
ولا يخفى ما فى ثبوت الولاية التى للحاكم على المؤمنين ولا يظهر من الآيه
ثبوت الولاية والادوية للمالك ولو فى هذه الحالة خصوصا اذا كان فاسقا ولا دليل على
اثبات البينة للشهادة على ان المالك استأجر كى يرجع اليه .

مضافا الى ان الاشهاد والبينة للدعوى عند الحاكم والمنكر الهارب قد هرب
والهارب لا يرجع الى المدعى والا فلم يهرب من الاول و فراره ظاهر فى دفع
يده عن الاجارة واوعيانا فالمالك يفسخ العقد حتى لا يكون ضررا عليه فيكون له
الخيار مطلقا من دون لزوم المراجعة الى الحاكم فاذا لم يلزم لا يلزم ان يشهد فليس
على المالك حينئذ لآ اجرة المثل عما فعل قبل الهرب لسقوط الصحة بالمصيان
لا الاستئجار عنه ولا ان 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 وبقدرا
فعل كان ذمة المالك مشغولا به .

غاية الامر اجرة المثل لا العصة فلم يكن عليه دين حتى يفعل عنه متبرع
كالصلاة على ميت او دين عليه ففعل عنه متبرع فيحصل برائة 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 معينا ونصرة للمالك فله اجر وثواب ان كان المالك
فقيرا والآن احسانا وعلى اى حال لا يرتبط بالهارب لان ما خرج من كيس المالك

من اجارة الثانى كان باختياره احصول ثمرته ويمكن ان لايفعل فلا يكون 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 فلا ينفذ بحال الهارب ولا يرفع الواجب عنه بل يصدر عنه للمالك وان كان صرف له من بيت المال فلم يكن مصرفه المالك الغنىي .

واما اقامة الشهود المشاهدة فلا يجب عليه دليل ولم يكن الخصم حاضراً ولو حضر وصدق المالك ايضا باجارة الغير فقال في جوابه لم يجب على شئ لك والبينة كانت لاثبات الدين ولم اكن مديونا لك غاية الامر عصياني بالترك ولم افعل الباقي واثت آجرت آخر للاتمام وجعلت له حصتي ولم يحصل على عصياني ضرر لك مع امكان احير آخر لك فلا جواب للمالك له فلا ثمره في اشهاد المالك .

فقال المصنف ﴿ولو لم يشهد لم يرجع﴾ فلو كان الاشهاد واجبا لزم الرجوع مع امكانه وظاهر العبارة عدمه . طلقا و او مع الامكان وانه لو لم يشهد لا يرجع فظاهره عدم وجوبه .

وكيف كان فقال الشارح الجواهر بعده وظاهر العبارة عدم الرجوع حتى لو صدقه العامل النخ وليس ذلك الا لعدم تأثير الشهود بحال المنكر شيئا حتى مع تصديقه بالاستتجار المغير ان لم يفد الشهادة الا بثبوت اجارة المالك غيره والفرض ان المنكر قد صدقه بذلك لكنه كالحجر في جنب الانسان لا يفيد الشهود شيئا ولا ادري ما دعاهم الى ذلك الامور الواهية مع ان الفحص عن وجود الهارب . ربما يسرى الى ونة كثيرة و دراهم ازيد من ان يجعل المالك بدله آخر لانمامه اما اجرة درهم واما من بقيمة حصة الهارب ولا يحتاج الى الاشهاد و الى الحاكم و الى الباذل المشكل كلا والمرجوع اليه لامور مهمة مثل القتل والسرقة والزنا المطلوب فيها الحكم الشرعى الجارى بيد الحاكم .

وفى الجواهر نعم قد يقال بذلك ، بناءً 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 الحساب 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 مؤمناً 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 وان 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 للمفقيه ماهذا لفظه :

اعلم ان ما كان من قبيل ما ذكرنا فيه ولاية الفقيه وهو ما كان تصرفاً مطلوب الوجود للشارع اذا كان الفقيه متمتعاً بالوصول فالظاهر جواز تواليته لآحاد المؤمنين لان المفروض كونه مطلوباً للشارع غير مضاف الى شخص واعتبار نظارة الفقيه فيه ساقط بفرض التعذر وكونه شرطاً مطلقاً له لاشترط اختيارياً مخالفاً 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 كـبعض مراتب النهى عن المنكر حيث ان اطلاقاته لاتعم ما اذا بلغ حد الحرج قال الشهيد رة فى قواعد يجوز للاحاد مع تعذر الحكام تولية احاد التصرفات الحكمية على الاصح كدفع ضرورة اليتيم لعموم وتعادنوا على البر والتقوى وقوله ﷺ والله تعالى فى عون العبد ما كان العبد فى عون اخيه

وقوله كل معروف صدقة وهل يجوز اخذ الزكوات والاحماس من الممتنع وتفريقها في اربابها وكذا بقية وظايف الحكام غير ما يتعلق بالدعاوى .
فيه وجهان وجه الجواز ما ذكرنا لانه لو منع من ذلك لفاتت مصالح صرف تلك الاموال وهي مطلوبة لله تعالى .

وقال بعض متأخري العامة لاشك ان القيام بهذه المصالح اهم من ترك تلك الاموال بايدي الظلمة يأكلونها بغير حقها ويصرفونها الى غير مستحقها فان توقع امام يصرف ذلك في وجهه حفظ المتمكن تلك الاموال الى حين تمكنه من صرفها اليه وان يئس من ذلك كما في هذا الزمان يعين صرفه على الفور في مصادفه لما في ابقائه من التعزير وحرمان مستحقه من تعجيل اخذه مع مسيس حاجتهم اليه ولو ظفر باموال مغصوبة حفظها لاربابها حتى يصل اليهم ومع اليأس يتصدق بها عنهم وعند العامة تصرف في مصارف العامة انتهى .

والظاهر ان قوله فان توقع الى آخره من كلام الشهيد ره ولقد اجاد فيما افاد الا انه لم يبين وجه عدم الجواز لعله وجهه ان مجرد كون هذه الامور من المعروف لا ينافي اشتراطها بوجود الامام ادنايه كما في قطع الدعاوى واقامة الحدود و كما في التجارة بمال الصغير الذي له اب وجد فان كونها من المعروف لا ينافي وكوله الى شخص خاص نعم لو فرض المعروف على وجه يستقل العقل بحسنه ايضا مطلقا فحفظ اليتيم من الهلاك الذي يعلم رجحانه على مفسدة التصرف في مال الغير بغير اذنه صح المباشرة بمقدار يندفع به الضرورة او فرض على وجه يفهم من دليله جواز تصديده 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 معروف لا ينهض في تقييد ما دل على عدم ولاية احد على مال احد وانفسه و لهذا لا يلزم عقد الفضولي على المعقود له بمجرد كونه معروف او مصلحة ولا يفهم من ادلة المعروف ولاية الفضولي

على المعقود عليه لان المعروف هو التصرف في المال او النفس على الوجه المأدود فيه من المالك او العقل او الشارع من غير جهة نفس ادلة المعروف وبالجملة تصرف غير الحاكم يحتاج الى نص عقلي او عموم شرعي او خصوص في مورد جزئي فافهم انتهى وان لم يكن نص كذلك فلا يجوز له التصرف بوجه .

ثم انه في الجواهر فرق بين العامل المعين وغير المعين ثم صدق اكثر ما قلناه في المعين والظاهر ان مراده من غير المعين والمعين ان الاول الهارب والثاني من استجاره المالك ثانيا او الحاكم وحينئذ فغير المعين معناه ان الناس او المتبرع 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 في الهارب واما العامل الغير الهارب لكان احسن فقال هذا كله في العامل غير المعين اما هو فالمتبرع 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 ملئكة الحصة مع حصول العمل منه اذ من غيره ، كما لو استغنى بماء المطر عن السقي ، كما صرح بذلك في جامع المقاصد انتهى . ولا يخفى انه قد ه لوجعل 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 .

واعجب 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 الانعام بنحو خاص وهو عمل العامل الشريك له في الحصة ولذا لو شرط المالك في العقد ولو سقى انفاقا بالمطر لما يجعل لك النصف بل اقل وهو دليل على ان المطلوب بنصف الحصة هو اتمام العامل عمله .

وايضاً 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 لا يدعى المالك عنه مع ان المالك يدعى منه الاجرة الثانية مع الخسارات المترتبة على الفرار و كيف جواب الهارب لو ظفر عليه بان العمل تم بفعل الغير وليس ببناء المساقاة على اتمام العمل كيف ما اتفق ولذا قد مر التفاوت بين السقي بالناضح والسايح .

والذا اشار الى المناقشة الواقعة على كلامه بقوله لكن قد يناقش في الثاني بعدم استحقاقه الحصة التي هي عوض العمل منه أو عنه فأما اذا لم يكن منه ولا عنه لم يستحقها ، نحو من استأجر على عمل فاتفق حصوله من غيره لا يقصد النيابة عنه واجاب عنه بمثل ما افاد .

وقد عرفت ما فيه بل قد عرفت عدم الفرق بين غير المعين والمعين فلا يكون غير المعين على حصته ولا يقع عنه عمل الغير وان قصد عنه تبرعاً فضلاً عما اذا كان لنفسه واسوء حالاً من الكل قوله مع حصول الحصة منه اذ من غيره اللهم الا ان يريد بالغير غير الذي من متعلقات العامل كولد اداخيه او نحوهما لانه او الاجنبي الذي لا ربط له بالعامل .

ثم قال لكن الانصاف مع ذلك كله عدم خلو الحكم عن اشكال ، باعتبار عدم ظهور الفرق بينه وبين من استوَجِر على عمل فاتفق حصوله من غيره ، كقلع الغرس فانقلع لنفسه ، وكالاستيجار 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 او لا فكذلك غير المعين الى الهارب قوله فان الظاهر كونه على حصة فيه كما عرفت ان حصته مشروط بانتمام العمل ولم يتمه فلا تستحق 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 في كلامه قال :

اللهم الا أن يقال : ان وضع المساقاة والمزارعة ومشروعتيهما على ذلك ، فان المراد حصول الزرع والثمرة الصالحة كمماً و كيفاً ، فمع احتياج ذلك الى العمل فعمله العامل ، وان استغنى عنه بفعل الله أو بفعل الغير سقط عنه ، واستحق حصته بخلاف الاجارة ، فان المراد منها مقابلة العوض بالعمل منه اذا انتهى فان قوله فمع احتياج ذلك الخ فانه لو سلم هو ففيما تم عمله بحيث لا احتياج الى العمل وهو خلاف الفرض فانه قد فرغ و الفرار فيما بقى من العمل شيء ولذا قالوا ما قالوا من الرجوع الى الحاكم ونحوه والم تبرع ونحوه ورجوع المالك اليه فيما دفع الى المستأجر الثاني لو ظفر به والاشهاد و غير ذلك فان الكل دليل على ان الهرب في اثناء العمل وبقى المساقاة ناقصة والله العالم .

و كيف كان فلا ظن ان المسألة بنحو ما حرر من الاصحاب وفي الحدائق

بعد بيان المسألة على نحو القوم قال ماهذا لفظه :

أقول : حيث كان الحكم المذكور غير منصوص لا بالعموم ولا بالخصوص فللمناقشة فيما ذكره مجال ، وللقائل فيه مقال ، فانه يمكن أن يتطرق اليه الاحتمال بأن يقال : لو كان العقد يقتضى كون العمل من العامل خاصة أو أنه لا يوجب العمل المشترك من غيره ، فينبغي جواز الفسخ للمالك ، للزوم الحرج والضرر لو لم يجزله ذلك ، وان وجد باذل متبرع أو حاكم يعين من يقوم بالعمل فهو ظاهر بل يمكن القول بجواز الفسخ له مع الاطلاق أيضا ، خصوصاً مع عدم الباذل ، وما ذكره من التكاليف بالرجوع الى الحاكم وما أوجبوه على الحاكم كله منفي بالاصل .

ويؤيده أن حقه ثابت في ذمة العامل ، فله أن لا يقبل من غيره ، ولا يجب عليه تحصيله من غيره وان أمكنه ، ولان الحصاة انما جعلت له بشرط العمل فاذا امتنع عنه سقط حقه كما قالوا في البيع من أن لاحد المتبايعين الامتناع من

حق الآخر على تقدير امتناع ذلك الآخر ، وكذا الاجارة انتهى وهو في محله .
 وفي الجواهر قال ولكن قد يقال : أنه مناف لما يستفاد منهم في غير المقام
 كالخيار بعدم الوفاء بالشرط و كالاختيار بتأخير الثمن وبالامتناع عن العمل وتسليم
 العين المستأجرة ونحو ذلك من ثبوت الخيار بمجرد حصول شيء من ذلك ، من غير
 مراجعة الى الحاكم ، بل ظاهرهم أنه متى حصل من أحد المتعاقدين بعقد لازم
 ما ينافي استحقاق الآخر عليه من حيث اللزوم ، شرع له الشارع الفسخ ، وكان
 العقد في حقه جائزاً دفعا لضرره بذلك ، لقاعدة « لا ضرر ولا ضرار » انتهى .

وما يقال قوی جداً ولعله من الاردبيلي ره قال على ما حكى عنه أنه يمكن
 أن يقال اذا كان العقد يقتضى كون العمل من العامل لا غير او بحيث لا يوجد المشترط
 من غيره ينبغي جواز الفسخ من المالك للزوم الحرج و الضرر لولم نجوز له ذلك
 وان وجد متبرع وحاكم يعين غيره ليعمل بدله بل مع الاطلاق والانيان بالعمل
 المشترط أيضا خصوصا مع عدم الباذل وتعذر الحاكم بل مع الاحتياج الى اعلامه
 لان ذلك تكليف منفي بالاصل ولان حقه ثابت في 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 في المتبايعين من أن لاحدهما الامتناع من تسليم حق
 الآخر على تقدير امتناع الآخر .

و كذلك الحال في الاجارة ولان شرط العمل ليس باقل من الشروط في
 العقود كلها فأنهم صرحوا بان فائدة الشرط فيها على تقدير عدم انيان من شرط
 عليه به جواز الفسخ لآخر ولا نهم جوزوا للبائع الخيار بعد الثلاثة قبل قبض المبيع
 وان جاء بعدها بالثمن ثم ان ما ذكره من الشروط للفسخ و القيود فيما نحن
 فيه يجرى في أكثر العقود مع انهم ما ذكروا مثل ذلك في ذلك .

وقضية ذلك انه يجوز الفسخ في البيع والاجارة وغيرهما من العقود التي تقبل
 الشروط على تقدير امتناع أحدهما فلوا امتنع المشتري مثلا عن بذل الثمن جاز

للبائع الفسخ كما جازم مثل ذلك فى الشرط انتهى وهو المعتمد عندى حسب فهمى القاصر والله يعيننا مزال الاقدام .

المسألة ﴿ السادسة ﴾ : اذا ادعى ﴿ المالك ﴾ أن العامل خان اوسرق ، أو أنلف اذ فرط فتلف ﴿ أو نحو ذلك ﴾ و أنكر ﴿ العامل ﴾ ف ﴿ لا ريب فى أن القول قوله ﴾ أى العامل ﴿ مع يمينه ﴾ لأنه منكر بموافقته للأصل الى ان قال : وعلى كل حال فالقول قوله أيضاً فى عدمه ، للأصل ، وكان ظاهر المتن وغيره سماع الدعوى بذلك مع الجهل بالمقدار ، لعموم قوله ^{بالتبليغ} «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 ج ٥٠ فراجع ﴿ وكيف كان فـ ﴾ بتقدير ثبوت الخيانة ﴿ بالبينة او بغيرها ﴾ هل ترفع يده او يستأجر من يكون معه من اصل الثمرة الوجه ﴿ المطابق لأصولنا ﴾ ان يده لا ترفع عن حصته من الربح ﴿ اى الثمرة لعموم «تسلط الناس على اموالها» ﴾ ﴿ لكن للمالك رفع يده عما عداه ﴾ و كأنه 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 اميناً 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 ما يرجع اليه معه . الا انى لم اجده قولاً لأحد من اصحابنا ، بل ولاغيرهم .

نعم عن المزنى يستأجر عليه من يعمل معه ، وفى موضع آخر يرضم اليه امين يشرف عليه وهو المحكى عن مالك ، وفى الاسعاد شرح الارشاد للشافعية يلزمه

الحاكم بأجرة مشرف يراقبه ولا تزال يده ، لأنه مستحق للعمل ، ويمكن استيفاءه منه بهذا الطريق ، فتمين 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 ، ومرجه الى تصرفه فى حصته خاصة ، ولكن لما كانت الحصه 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 حصه يستدعى اثباتها على حصه المالك من حيث الاشتراك ، وعدم التمييز ، واثبات يده على حصه المالك غير جائز ، بل الواجب رفع يده عنها ، ولا يتم ذلك الا برفع يده عن حصته ، وما لا يتم الواجب الابيه فهو واجب ، فيجب عليه رفع يده عن حصته من باب مقدمة الواجب .

ورد مع ظهور مخالفته للقواعد الشرعية ودان 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 ﴿ اوضم ﴾ اى ﴿ المالك اليه اميناً ﴾ لحفظ ما يرجع اليه
﴿ كانت اجرتة على المالك خاصة ﴾ وفى الجواهر قال كما فى القواعد والتذكرة
وجامع المقاصد والمسالك ، لرجوع مصلحته اليه انتهى وهو كذلك ولا يتوهم
كون اجرة الامين على العامل لان حفظ الجميع على عهده .

ومنه بعد الخيانة جعل الامين وذلك لان اجرة الامين ليس من عمل المساقاة
فكان على المالك .

وكيف كان فلولم 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 لا يمكن حينئذ حتى مع جعل الامين فلا جرم يرفع يد الخائن بدفع اجرة المثل كما عرفت في الهارب وفي الجواهر بعد ذلك ما هذا لفظه .

لكن قد يناقش بما في جامع المقاصد من ان الحق الثابت لشخص اذا كان لا يتم 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 في ذلك ، بل لوجوزنا رفع يده عن الجميع بسببها امكن ان يقال : ان التعذر حينئذ بسبب المالك فلا يجب على العامل شيء ، ولذا قال في جامع المقاصد : للتوقف في الموضعين مجال ، وهو في محله انتهى .

قوله مجرد الخيانة غير كاف النخ ولا يخفى ان الخيانة اشد المعائب ومصيبة عظيما للمتصف بها فكيف تكون غير كاف فلو كان صاحب الحق خائناً بحيث لا يمكن للاخر وثوق بكونه معه مع تلك الحالة لامناس الامن تقدم حقه بل قوة الخيانة في الخيانة اقوى سبب لطرده وتأخر حقه بل ازم طرده عن الانسانية كما طرده الشارع المقدس وليست بحيث تقع في مقام الترجيح بينها وبين غيرها في مقام العذر والتعذر من جانب العامل الخائن ولو لا خيانته لم يضيق الطرق على المالك فلا مورد للتوقف في تقديم حق المالك او حق العامل بعد ثبوت كونه خائناً .

ومنه يعلم ما في الجواهر من جعل ذلك في محله فحق الخائن ان يبطل بالخيانة وقد سقط عن الشراكة وليس له الا اجرة المثل عما فعل قبل الخيانة ولا يصلحه جعل الامين معه لامكان الخيانة مع الامين ايضاً .

المسألة (السابعة: اذا ساقاه على اصول) جاهلاً بحالها (فبانت) بأحدى الطرق الشرعية انها (مستحقة) للغير ويعلم بذلك من ساقاه (بطلت المساقاة) مع عدم اجازة المالك ، (و) لا ريب في ان (الثمرة للمستحق) لأنها نماء ملكه ، ولم يحصل ما يقتضى نقلها عنه كما في الجواهر (وللعامل الاجرة على

المساقى ﴿ الذى هو غار له ، بدفع عوض لم يسلم له عن عمله ﴾ (لأعلى المستحق) الذى هو المالك للأرض 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 فالغرو 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 الاجازة 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 الشئ شيئا واقميا ولا ينقلب الشئ عما هو عليه راجع ج ٢١ ص ٣٢٢ .

وفى الحدائق ما هذا لفظه لاختلاف فى أنه لو ظهرت الاصول المساقى عليها مستحقة للغير ، بطلت المساقاة كما صرح حوايه ، الا أنه يجب تقييده بناء على قولهم بصحة العقد الفضولى بعدم اجازة المالك ، لان الغاصب عندهم - داخل فى الفضولى كما قدمنا نقله عنهم فى كتاب البيع .

بل صرح به فى المسالك هنا أيضا (فقال : ان المساقى الغاصب - 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 الحصاة 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 الحصاة فى

مقابلة الباقي ، لان الاغراض لا تنضب ، انتهى وهو جيد لو قلنا بصحة الفضولي .
ثم انه مع الحكم ببطلان المساقاة فان الثمرة تكون لمستحق الاصل لانها
نماء ملكه ، ولم يحصل الانتقال منه لافى الكل ولا فى البعض ، وللعامل الاجرة
على من ساقاه ، لانه استعمله بعوض لم يسلم له ، فيجب عليه دفع اجرة المثل كما
تقدم ذكره من ان كل موضع تبطل المساقاة فالواجب اجرة المثل ، ويجيء على
القول الآخر اقل الامرين كما تقدم ايضا .

هذا كله مع جهل العامل كما هو مقتضى عنوان المسئلة وسياق الكلام انتهى .
قد عرفت الكلام فيما اذا كان العامل جاهلا وامام علمه بالغصب فلا رجوع
له بالمساقى لعدم صدق الغرور حينئذ وكيف كان فلو بقيت الثمرة بحالها ردت
الى المالك * ولو اقتسمها الثمرة وتلفت 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 وغيره كلها للمالك والفرض نصفه عند العامل فاذا اخذ 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 يضمن
لانها عوض العمل انتهى اى يدا العامل يضمن لا يدمجان فان الثمرة بلغت بكما لها
بيده لا بيد الغاصب وتلفت عنده فيجرى فيه قاعدة من اتلف مال الغير فهو له
ضامن فالغاصب وان كان سببا لوقوع الثمرة عصيانا لكن التلّف بيد العامل فهو
ضامن له والفرض ان المالك اخذ من الغاصب فالغاصب دفع ما على العامل ايضا
بالمالك ولذا رجع عليه بالحصة التى وقعت له .

ولذا قال المصنف و شارحه الجواهر ايضا ﴿: للعامل على الغاصب اجرة عمله﴾ كما عرفت لانها يد مجان بغير رر من الغاصب فهو في الحقيقة الضامن لها لان التلف قد كان في يده ، وان جاز للمالك مطالبة الغاصب بالاداء عنه بسبب غصبه وليس هو في ذمته اذ لا وجه بشغل ذمتين بمال واحد ولو على البديل فمع فرض دفع العوض عنها له صارت له ، لعدم ملك المالك العوض و المعوض ، وعدم استحقاق لها ، قوله وليس هو في ذمته اى ليس حق المالك وماله في ذمة الغاصب بل في ذمة العامل اذ لا معنى لشغل ذمتين بمال واحد فان المال واحد وهو مال مالك ولا يتعلق بذمة العامل والغاصب فاذا اخذه من الغاصب فلاحق بعده بالغاصب وانما الحق للغاصب على العامل ولذا رجع الغاصب اليه بما غرم للمالك وهو يرجع الى الغاصب باجرة المثل من عمله .

وبالجملة الضامن للمالك هو العامل لان المال تلف عنده فاذا اخذ المالك من الغاصب رجع الغاصب الى العامل في حصته حيث لا يصح 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 لا يستحق 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 الفخ اى ليس الغاصب بدفعه المال الى المالك هو المتبرع عن العامل كى يبرء ذمته فلا يرجع 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 فلا يخفى أن ذلك كله مقيد بما اذا لم يبق الغاصب ظاهراً مقرأً على دعوى الملكية ، والا لم يكن له الرجوع على العامل ، مؤاخذاً

له باقراره واعترافه بكونه مظلوما بأخذ المالك منه ذلك والمظلوم لا يظلم غيره،
 النخ محصله لواقف بكونه مالكا معناه ان الحصة بينى وبينك ومن اخذ منى درك
 الجميع لم يكن مالكا و بادعاء المالكية اخذ منا الجميع فلا يصح مع اقراره
 الرجوع على العامل فان حصته وقعت فى يد ظالم باسم المالك فلم يصح للمقر
 الرجوع الى العامل الذى اخذ حصته ايضا لان المقر لم يكن سبباً لتلقه 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 مالكا للحصة وان ظلم وأخذت منه ، لكن
 لا يظلم غيره لما عرفت ، و لو اختلفا فى ذلك جرى على كل منهما حكم اقراره
 وأخذ به ، ولا يلتزم به الاخر كما هو معلوم من القواعد الشرعية وعلى كل
 حال فقد بان لك الوجه فى أن للمالك الرجوع على الغاصب * أو يرجع على
 كل واحد منهما بما حصل له * من الثمرة التى قد تلفت فى يده لحصول سبب
 الضمان من كل منهما ، ولا رجوع لأحدهما على الاخر فى 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 فى الجواهر .

* (والاول) * أى الاقتصار على الرجوع على الغاصب أو على كل منهما بحصته
 * أشبه * باصول المذهب و قواعده عند المصنف * الا بتقدير أن يكون العامل
 عالما به * وفى الجواهر ايضا قال ولكن لا يخفى عليك ما فيه ، ضرورة عدم مدخلية
 الجهل والعلم فى صدق ثبوت اليد وعدمه ، اذ العامل من حيث كونه عاملا ان
 لم يكن له يد على الثمرة وانما هو مراعى لها و نائب عن المساقى ، فهو كذلك مع
 علمه أيضاً ، والا كان زايد فى الحالين .

ثم استظهر صحة الثاني و هو اختيار المالك في الرجوع على كل منهما فقال والظاهر الثاني ، خصوصاً مع كون بعض أعماله كالتلقيح والتر كيس ونحوهما متعلقاً بها ، و لكن هذه اليد لا ترفع يد المساقى الغاصب أيضاً ، و لذا كان له الرجوع على كل منهما بالجميع و بما حصل له كما هو واضح بأدنى تأمل ، فالثاني هو الاشبه ، لاالأول ، من غير فرق بين تلفها بالاقسام أو بأفة أو بغيرهما 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 في 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 عالماً به ما هذا لفظه اذا ظهر استحقاق الاصول بعدظهور الثمرة فلايخلو اما ان تكون باقية او تالف الى ان قال ومع تلفها فان كان بعد القسمة و تلف كل حصة في يد المستولى عليها تخير المالك في الرجوع على كل منهما بالجميع او البعض لان كلاهما ضامن لجميع الثمرة بوضع يده عليها فان رجع على الغاصب بالجميع كان للغاصب الرجوع على العامل بنصف الثمرة التي استهلكه 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 الا لم يكن له الرجوع على العامل بشيء 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 الماس بل المعين من جانب المالك ﴿ أن يساقى غيره ﴾ وفي الجواهر بخلاف المزارعة والاجارة لالما أُنْبِ فيه في المسالك تبعاً للمحقق الثاني مما لا حاصل له ، او مخالف للضوابط الشرعية ، بل ﴿ لان المساقاة ﴾ على خلاف القواعد . باعتبار الفرر والجهالة والثابت من الادلة انها ﴿ انما تصح على أصل مملوك ﴾ عيناً او وكالة أو ولاية ﴿ للمساقى ﴾ دون ما عداه ، اذ ليس في شيء من نصوصها اطلاق يرجع اليه ، « وادفوا بالعقود » و « الا ان تكون تجارة عن تراص » لا يصلح لاثبات مشروعية مثل ذلك ، ولا فرق فيما ذكرنا بين حالي ظهور الثمرة وعدمه الخ .

وما ذكره المصنف وشارحه الجواهر هو مقتضى ظهور مساقاة المالك مع العامل فلا يجوز 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 والاسكافي ايضاً في الجملة ، قال : « لو شارك المساقى غيره جاز اذا لم يكن شرط عليه ان يتولى العمل بنفسه ، و كان شريكاً للمساقى بجزء من حصته لا بجزء من الأصل اذا عملاً جميعاً ، فان تفرد المساقى الثاني 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 و كان له اجرة مثله ، فان عمل فيها جاز » و ظاهر عبادة الاسكافي جواز المشاركة مع الاطلاق وقد عرفت انه مع الاطلاق ظاهر في المباشرة بنفسه الا اذا كانت الشركة بامر المالك وحينئذ لا اشكال في الصحة للغير لكن لا بمثل ما افيد من ان الاول و كيل . وفي الحدائق ما هذا لفظه - قالوا : ليس للمامل ان يساقى غيره اما اذا شرط في متن العقد العمل على العامل بنفسه فظاهر الوجوب الوفاء بالشرط و بطلان المشروط بالاخلاق بالشرط و امام مع الاطلاق بان يكون العمل في الذمة فانهم علموا المنع بأن المساقاة انما تصح على اصل مملوك للمساقى والعامل لا يملك الاصول وانما يملك الحصة من

الثمرة بعد ظهورها ، كما تقدم في تعريفها ، وظهر من احكامها .
 وتوضيحه ان في المساقاة تسليطاً على اصول الغير ، وعملها والناس يختلفون
 في ذلك اختلافاً زائداً . فليس لمن رضى المالك بعمله وامانته ان يولى من لم يرضه
 المالك لذلك ، وهذا بخلاف المزارعة كما تقدم ذكره في المطلب الاول من
 انها لما كانت من العقود اللازمة الموجبة لنقل المنفعة الى العامل بالحصّة المعيّنة
 كان للعامل نقلها الى غيره ، لعموم « الناس مسلطون على اموالهم » ولا يتوقف
 ذلك على اذن المالك ، اذ لاحق له في 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 لا يتسلط عليه الامالكه ،
 او من اذن له وهو الزارع

وظاهر المحقق الاردبيلي جواز مساقات الغير هنا ، لعموم الادلة ، وعدم
 المانع اذا فهم الاذن من المالك ، فانه لا فرق بينها وبين المزارعة .

ويظهر من المسالك الجواز فيما لو ظهرت الثمرة ، وبقي بسببها عمل يحصل
 بسببه الزيادة فيها ، فان المساقات حينئذ جائزة ، والعامل يصير شريكاً ، الى
 آخر كلامه انتهى كلامه .

وهو صريح في ان اطلاق المساقاة يقتضى المباشرة بنفسه الا اذا صرح
 المالك بالاذن ثم انه في الجواهر نقل قول ابن البراج ثم بعده قال :

«ولكن في المختلف بعد أن حكم ما سمعت عن ابني الجنيد والبراج قال
 «والتحقق أن المالك ان أذن للاول في مساقاة الثماني صحت ، وكان الاول
 كالوكيل لاصحة له في النماء ، وان لم يأذن فالثمرة للمالك ، وعليه أجره المثل
 للثاني ، ولا شيء للاول» وفيه انه مع الاذن لازمه المشاركة لالوكالة وله الحصّة
 حسب شرط الاول له وان لم يأذن للثاني معناه كان الاول هو العامل فالثمرة بينه
 وبين المالك حسب شرط الاول معه فليس له اجرة المثل لانه لا يسمى بينهما

اصلا بل الشرط الواقع بينه وبين الاول نصفاً او غيرها ثم قال : « لكن في جامع المقاصد بعد أن ذكر الوجه في عدم جواز المساقاة للمساقى والفرق بينها وبين المزارعة قال : وهذا اذا لم يأذن المالك ، فاذا أذن للعامل في المساقاة صح وكان الثاني هو العامل ، والاول و كيل عن المالك» انتهى .

ولا يخفى ما في كلامهما من ان الاول و كيل عن المالك خصوصاً ما في كلام المختلف من انه كان الاول كالو كيل لاحصة له في النماء بل كان ذلك بالنظر عجيب فانه اذا اذن للعامل في المساقاة معناه كون السقاية معاً فكان اذنه في ذلك معناه كان شريكاً في العمل والثمرة ومعناه ايضاً حصته من حصة العامل الاول من غير ربط بحصة المالك بان يكون من نصف العامل الاول نصفها اذ ثلثها للثاني .

وما ابعد ما بينه و بين كون الاول كالو كيل لاحصة له في النماء مع ان الفرض ان المالك اذنه في ذلك فكان المالك جعل من اول الامر عاملين يعملان معاً و اى ربط بكون الاول كاو كيل و بانه لاحصة له في النماء .

وايضاً قول جامع المقاصد و كان الثاني هو العامل والاول و كيل عن المالك فاسد بلا كلام وليس الاول و كيلاً ولا معنى لمحرميته عن الحصة والوكالة تتوقف على انعقاد الصيغة بين المالك وبين الاول مع ان الصيغة هي صيغة المساقاة وهي في مقابل الوكالة ولا يصير الاول و كيلاً بلا جهة ولا كلام في كون اجازة المالك للاول هو المعاونة بالثاني في المساقاة ولذا رد عليه في الجواهر بقوله وفيه ما لا يخفى بعد لزوم عقد المساقاة للاول الذي لا يصلح مع ذلك للنيابة عنه فيما أوجب عليه نفسه عقد المساقاة انتهى فان الواقع بينه وبين الاول .

هو عقد المساقاة ولا يصلح للنيابة بدون الاذن ولكن قد عرفت صحتها مع

الاذن ومعناه التشريك في العمل والحصة في سهم الاول .

والحاصل لا يصح القول بعدم قبول المساقاة النيابة وانما لا تصح هذه بدون الاذن وامامع الاذن عن المالك في العقد بالشرط فلا كلام في الصحة لعموم المؤمنون عند شروطهم ومع الاذن كان معناه كون السقاية وسائر الاعمال على عهدة كليهما والحصة على حسب جعل الاول للثاني من حصة نفسه لاحصة المالك فالنصف الذي كان للمالك بحاله و ينقص من نصف الاول حسب جعله للثاني والله العالم .

المسألة التاسعة : خراج الارض * . غروسة وغير مغروسة * (على المالك) وفي الجواهر قال للغرس الكائن فيها بسبب انتفاعه بها في ذلك ، وحق المسلمين فيها ، وان ضرب على الشجر الذي فيها ، فانما هو بواسطةها والعامل انما يستحق الحصة بواسطة عمله ، فلا شكال حينئذ في أن الخراج على المالك انتهى .

وفي المسالك بعد قوله خراج الارض على المالك اه قال الخراج في الارض الخراجية كالمفتوحة عنوة يكون على الارض مع خلوها عن الشجر وعلى الشجر المغروس فيها بواسطة الارض لان حق المسلمين انما هو في الارض لافي 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 او عليهما فيجب حسب مباشر لكن يشترط علمهما بقدره ايصح اشتراء في العقد اللازم لثلايتجهل العوض . لو زاد السلطان بعد ذلك فهو على المالك لاعلى حكم مباشر وقد تقدم مثلا في 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 في الاراضى المفتوحة عنوة مع عمل الساكنين فيها اذ ظاهر الاخبار هي لمن

في ان الثمرة تملك بالظهور لا يبدو^١ الصلاح فيتعلق الزكوة به - ٣٠١ -

كان اذ يكون الى يوم القيامة ولكل حق الانتفاع بها سكونة وغيرها و هو كيف يجمع مع تلك الازمنة التي 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 والاوّل كما ترى من فعلهم مع ان مقتضى الاخبار حتى لمن لم يوجد فعلا والثاني كيف يكون لهم الى يوم القيامة والقول بان عدم رفع اليد لاجل بنائهم لازمة عدم كون الاراضى لمن كان الى يوم القيامة لان البناء حيلة لعدم وصول حق الغير اليها وهو لا يجوز مع التعبير بانها للكل الى يوم القيامة بل اللازم في مثل هذه التعبيرات في الاخبار هو قيد ان خلت الاراضى عن بناء الساكنين وتمام الكلام في محله .

﴿الأن يشترط على العامل او بينهما﴾ فيجب حينئذ على حسب الشرط

لعوم المؤمنون عند شروطهم .

المسألة ﴿العاشرة : الفائدة تملك﴾ بين العامل ورب الاصول ﴿بالظهور﴾

و في الجواهر بلاخلاف اجده فيه ، بل في التذكرة نسبتها الى علمائنا ، بل في المسالك الاجماع على عدم تأخر ملك العامل الى بلوغ الثمرة وادراكها .

قلت : فليس حينئذ الأملك بينهما بالظهور ، مضافاً الى ان ذلك هو مقتضى

تبعية النماء في الملك ، والمشروع من عقد المساقاة المقتضى لملك العامل الحصّة

وملك رب الاصول العمل عليه ، فما عن بعض العامة - من عدم ملك العامل الا

بالقسمة قياساً على عامل القراض - واضح الفساد حتى في المقيس عليه عندنا ،

كما تقدم في 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^٢ في المضاربة ص ١٠٣ فراجع .

والفرض من هذه المسألة هو اثبات ضعف ما عن السيد بن زهرة رض حيث

ان الاتفاق واقع من الاصحاب بحصول الملكية للمعامل بظهور الثمرة فى المساقاة فتجب الزكاة حينئذ خلافا لابن زهرة حيث قال لا يملك الا من كان له البذر والا فلا يتعلق الزكاة بالاجرة فان ما كان للمعامل من الحصاة هى اجرة وتوجيه كلامه انه فى حال الظهور لم يملك العامل حتى تجب عليه الزكاة واطن ان مقصوده انه فى هذه الحالة لم تجب فاذا تصرف فى حال الظهور بالبيع او الهبة او التلف تصرف او تلف فى حال عدم تحقق الملك فلازكاة عليه فى حال الظهور وفى حال بدوالصلاح لم يبق بحاله كى تجب الزكاة .

ولا يخفى انه لو كان مراده ذلك لما ينبغى لابن ادريس هذا التشنيع والاملاية عليه ولو كان لزم التعبير عنه بنحو حسن لا بمثل هذا التشنيع والتوهين ﴿و﴾ كيف كان ﴿تجب الزكاة فيها على كل واحد منهما اذا بلغ نصيبه نصاباً﴾ .

وفى الجواهر كما هو المشهور ، لتحقق سبب الوجوب وهو النماء على ملكهما مع فرض بلوغ النصاب ، خلافاً لابن زهرة هنا ، وفى المزارعة فادجها على مالك البذر والاصول خاصة ، لانه نماء ملكه ، وما يأخذه الزارع والمساقى كلاجرة عن عمله ، قال : « ولا خلاف فى ان الاجرة لانجب فيها الزكاة وكذا ان كان البذر للمزارع لان ما يأخذه مالك الارض كلاجرة 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 فدليلة المنقول عنه هو كون الزكاة على مالك البذر والثمره اجرة ولا يتعلق الزكاة بالاجرة وهو قابل للتوجيه وعلى اى حال لا ينبغى التشنيع عليه بهذه الشدة حتى ينفتح باب التشنيع على العلماء العاملين بل للكمل دليل على حكمه وليس حق التوهين والتشنيع على احد بغيره وانما وظيفة من لا يتم 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

وكيف كان ففي القواعد قال [فان بلغ حصة كل منهما نصابا وجب عليه الزكوة و الافرلى من بلغ نصيبه] و فى مفتاح الكرامة بعده قال ما هذا لفظه تفرّيع 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 أبوالمكارم فى الغنية فانه قال بعدم وجوب الزكوة على العامل فى المساقاة والمزارعة لانها كالأجرة من عمله .

قال ولاخلاف فى ان الاجرة لا تجب فيها الزكوة والمصنف فى المختلف قال انه ليس بذلك البعيد من الصواب ولعله اراد ان ذلك محتمل وغير مقطوع ببطلانه ان لعله يقول ان استحقاقه وتملكه انما يكون بعد بدو الصلاح فى الثمرة وان عقاد الحب فى الغلة وتعلق الزكوة بهما فلا ينبغى التشنيع عليه بما طالبه فى السرائر مكرراً له وهذا المقنع والمقنعة والمراسم والكافى و النهاية والمهذب وفقه الراندى والوسيلة ليست صريحة ولا ظاهرة فى شىء من ذلك أصلاً .

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 وما زاد على الاستبعاد نعم يشهد للسرائر عبارتنا الخلاف والمبسوط لكنه فى الخلاف لم يستدل عليه بالاجماع .

وانما قال دليلنا انه اذا كانت الثمرة ملكا لهما وجبت الزكوة عليهما فانى باذا ولو كان اجماعياً مانر كه فلا بن زهرة ان يقول لانكون ملكا لهما الا اذا

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 فلمله عول على الظاهر على صاحب السرائر فانه اطلال واكثر المقال وسد باب التتبع واما اخبار الباب فهي خمسة اخبار ثلاثة منها ليعقوب بن شعيب وفيها فلما بلغت الثمرة فلما ادركت الثمرة بعث عبدالله بن رواحة فقوّم عليهم فخرص عليهم فليتأمل في دلالتها وليس هذا منا اختيار لذلك وانما أردنا بيان الحال وقد تقدمت هذه المسئلة في باب الزكوة وقد ذكرنا هناك ما ناقشوه به فلا بد من مراجعته انتهى .

قوله فلا بن زهرة ان يقول لا يكون ملكا لها الا اذا بدا صلاحها لانها في تلك الحال يصح ان يعامل عليها وتكون اجرة وحاصله ان ظهور الثمرة لا يوجب الملكية الا بعد بدو الصلاح فقبله لا يكون ملكا وقبل الملك يجوز ان يعامل عليها ولا يخفى انه لابن زهرة يكون هذا الجواب ويكون نظير الاستطاعة اذا كان مانعا الحصولها قبل الوجوب بمعنى فعل ما يمنع عن الوجوب في زمانه فالثمره على مذهبه لا يوجب الملكية وما يوجب الملكية هو بدو الصلاح فقبل بدو 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 بدو صلاحها ويمكن ان يقوله ايضا في جوابه حفظها الى موضع بدو 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 في خبر يعقوب بن شعيب يمكن ان يقال ظاهر في بدو الصلاح فانه زمان البلوغ والدرك لا مجرد الظهور .

و كيف كان فالمسألة اتفاقية لكن لابن زهرة مفرق في المقال والجواب وليس قوله بنحوه ووجب هذا التشنيع عليه نعم اشكاله عدم تعلق الزكاة بالاجرة مع ان الحصة ليست اجرة او لا وتعلق بها الزكاة ثانياً اذ هي من الاموال المستفادة للانسان فلو كانت زكوة تعلق بها قطعاً

و كيف كان فالتشنيع بمثله في غير محله وقد اتى ايضاً في الحدائق بعبارات اسهل واذا اكتفى بنقل عباراته تسهيلات الفهم الاكثر فقال قد بما هذا لفظه لاختلاف بينهم في أن الفائدة تملك بالظهور ، وأسنده في التذكرة الى علمائنا ، مؤذنا بدعوى الاجماع عليه ، وفي المسالك لانعلم فيه خلافاً ، والاختلاف فيه من بعض العامة ، حيث جعل ملك العمل موقوفاً على القسمة .

والوجه في القول المشهور - زيادة على الاجماع المذكور - أن العقد قد اقتضى كون الثمرة بينهما ، لاشتراط ذلك فيه ، وصحة العقد والشرط تقتضى ثبوت مقتضاهما كغيره من الشروط الصحيحة ، فمتى تحققت وظهرت دخلت في ملكها 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 الاختلاف 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 ما يجب 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 تصنيفه له : كل من كان البذر منه وجب عليه الزكاة ، ولا تجب الزكاة على من لا يكون البذر منه ، قال : لان ما يأخذه كالأجرة ، والقائل بهذا القول العلوي أبو المكارم بن زهرة الحلبي ، شاهده رايته و كاتبتة و كاتبنى ، وعرفته ما ذكره في تصنيفه من الخطأ ، فاعتذره بأعذار غير واضحة وأبان بها أنه ثقل الرد عليه ، ولعمري ان الحق ثقيل كله ومن جملة معاذيره ومعارضاته لي 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 وينظر فى المسئلة ويغيرها قبل موته ، لئلا يستدرك عليه مستدرك بعد موته ، فيكون هو المستدرك على نفسه فعلت ذلك فى علم الله شفقة وسترة عليه ونصيحة 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 ولا تحقيق ، وعرفته أن ذلك مذهب أبى حنيفة ذكره شيخنا أبو جعفر فى مبسوطه ، لما شرح احكام المزارعة ، ثم عقب بمذهبنا وادمات الى المواضع التى حققها شيخنا فى كتاب القراض وغيره فما رجع وما غيرها فى كتبه ، ومات (رحمة الله) وهو على مقاله نسئ الله له بالفقران وحشره مع آبائه فى الجنان ، انتهى . كلامه .

وقال العلامة فى المختلف بعد نقل ملخص هذا الكلام عن ابن ادریس : وقول ابن ادریس وان كان جيداً استفاداً 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 الالفه في البعد من الصواب أظهر من أن يخفى على سائر ذوى الالباب قال شيخنا الشهيد الثاني في المسالك بعد نقل القول المذكور ونعم ما قال - : وضعفه ظاهر ، لان الحصة قد ملكت هنا بعقد المعاوضة ، في وقت يصلح لتعلق الزكاة بها ، لا بطريق الاجرة ، ثم لو سلم كونها كوالاجرة فمطلق الاجرة لا تمنع من وجوب الزكاة ، بل اذا تعلق الملك بها بعد الوجوب ، اذ لو استأجره بزرع قبل بدو صلاحه ، أو آجره المالك الارض بالزرع كذلك ، لوجب الزكاة على مالك الاجرة كما لو اشترى الزرع كذلك .

نعم لو كان يذهب الى أن الحصة لا يملكها من لا بذر له بالظهور ، بل بعد بدو صلاحها ونحوه أمكن ترتب الحكم عليه ، لكنه خلاف اجماع الاصحاب ، ومع ذلك لا يتم تعليقه بالاجرة ، بل بتأخر ملكه عن الوجوب ، ثم نقل كلام ابن ادريس ، وأنه كاتبه الى حلب ، ونسبه على فساد قوله ولم يقبل ، وأنه مات على ما قاله ، ثم نقل كلام العلامة في المختلف ، وأن هذا القول ليس بذلك البعد من الصواب ، ثم قال : وهو خلاف الظاهر . والظاهر أن الحامل له على ذلك كثرة تشنيع ابن ادريس عليه ، انتهى .

و في الجواهر ما نصّه و في جامع المقاصد بعد أن حكى ما سمعته من المختلف قال : و هو أعلم بما قال ، والظاهر عندنا أنه لا وجه له أصلاً 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 يريد أن ذلك محتمل وغير مقطوع ببطلانه ، فلا يأتي على ناقله كل ما ذكره ابن ادريس من التشنيع ،

ثم انه قد اتى بعده بامور غير تامّة لا ثبات صحة قول ابن زهرة فقال قلت : لعل ابن زهرة لحظ عدم الوجوب في الاجرة عن العمل باعتبار عدم استحقاق

تسلمها إلا بعد تمام العمل والزكاة يعتبر فيها التمكن من التصرف في المال المملوك ، وأدائه لحظ وجوبها بعد المؤنة والفرص كون العمل في مقابلها ، فهو حينئذ مؤنة انتهى وهو كما ترى

ثم بعد التكلم في جهات الإصلاح قال أيضاً بما هو لفظه أيضاً نعم لو لم نقل باستثناء المؤن أتجه وجوب الزكاة عليه ، كما في المسالك قال : ولان انتقالها عن ملكه حصل بعد تعلق الوجوب ، كما تجب الزكاة على البائع لوباع الثمرة بعد بدو الإصلاح ، لكن قد يشكل بالفرق بينهما بالخروج عن ملكه قهراً مجاناً في الأول ، بخلاف الثاني على أن تمامية الملك معتبرة في الزكاة وهي هنا منتفية بتعلق حق العامل المانع له عن التصرف ، وأن لم نقل بملكه انتهى كلامه وكلام غيره

وملخص النزاع بناءً على قول ابن زهرة ان الزكاة لمن كان له البذر مالكا كان او عاملا ومن لم يكن له البذر لم يجب عليه الزكاة فان الحصاة لكل واحد من المالك والعامل اجرة عملهما ولا يتعلق الزكاة بالاجرة .

وفيه ان لازمه اولا لو كان البذر للعامل لا تجب الزكاة على المالك لان حصته اجرة فلان تجب على الاجرة زكاة وهو كما ترى لا يقال الاجرة لا يتعلق بالمالك بل بالذي يعمل له فانه يقال الاجرة حينئذ اجرة ارضه سواء كان مالكا او لا .

وثانيا ان الحصاة لا يكون اجرة لهما بل كانت سهم الشراكة بينهما فيكون بظهور الثمرة مالكا لها وداخلا في 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 يبدو الإصلاح ففي حال الظهور ليست ملكا فيجوز التصرف فيه لعدم كونها واجبة وفي حال الملكية لم تبق بحالها فاسد جداً بعد كون المسألة

اتفاقية بين الاصحاب وان الملكية بالظهور لاغير فتجب الزكاة قطعاً وليست وجوب الزكاة دائراً مدار مالكية البذر ولا كون الحصة اجرة عملهما بل الحصة انما تعلقت باحدهما بالشرط الواقع بينهما نصفاً او ثلثاً او ربعاً او خمساً 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 ملكاً للاخر فالبذر لايهما كان فيمجرد جعل صار ملكاً لهما وكان نصفه للمالك ونصفه للعامل اذ نصف الثمرة كان لنصف البذر وثلثها كان لثلث البذر فالشرط وان كان شرطاً للحصة لكنه يرجع الى نصف البذر فتأمل فانه دقيق .
ومعنى نصفه لك مرجه الى نصف البذر لك فاشترط الحصة مستلزم للتمليك ضمناً ولولم يكن كلامهما فيه لكن مرجع جعل الحصة الى التمليك الفرضي ضمناً كما في قوله اعتق عبدك عنى .

فان البداهة حاكمة بان نصف الثمرة لنصف البذر وثلثه لثلثه وقل ما يتفق التخلف فالبذر لايهما كان اولاً لكن صار بينهما بعد الشرط فكان البذر لهما ضمناً فالثمره لهما قهراً فيكون قوله النصف لى بمنزلة قوله ان نصف البذر لى وهكذا ولو سلم عدم صحة ما ذكرنا فالثمره ليست دائرة مدار البذر بل دائرة مدار الشرط فلايها كان البذر فالشرط يجعل نصف الثمرة للمالك ونصفه للعامل لو حصلت وتحققت فالثمره 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 حاصلًا من التكسب واخرى من اجرة عمله وثالثة من اجارة املاكه ورابعة من هبة واهب وخامسة من وجدان كنز وسادسة من ارض مورثه .
وهكذا فالمعيار حصول مال حلال له باى سبب كان كما يكون هو معيار

الاستطاعة فلو كان اجرتة نفس ما يتعلق به الزكاة و كان بقدر النصاب قد تعلقت بها فالقول بعدم تعلقها بالاجرة كما ترى بعد كونها مالا سلخنا عدم التعلق بالاجرة لكنه ليس ذلك مطلقا بل انما لا يتعلق اذا تلف الثمرة او بيعت او صلحت قبل تعلق الوجوب .

واما لو تصرف فيها في وقت الوجوب فلا كلام في التعلق ووقت الوجوب حال الظهور لاحال بدو الصلاح فلا يحتاج حينئذ الى التوجيه بان مراده يمكن كون هذه الاجرة ملكيته ببدا الصلاح لا بالظهور ونحو ذلك مما افاد في الجواهر وغيره لاصلاح ما افاد فان للمشهور بل المجمعين رده بان الظهور موجب للملك لا بدو الصلاح .

فقد ظهر فساد ما افاد ابن زهرة قده وغرض العلامة بقوله و كلام ابن زهرة غير بعيد عن الصواب هو اعراض ما على 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 لا ينبغي تنبيههم بمثل ذلك بل يبقى كلامهم بحاله في كتبه حتى ينظر اليه من بعده ويتفكروا في صحته وسقمه .

واستنبطوا بعده الى ما هو الحق في نظرهم فلو كان بنظرهم غير الحق رده بنحو ان ما افاد ابن زهرة مثلاً في غير محله لا بنحو التوهين حتى في ذهنى في بعض عبارات شيخنا المرتضى لو كان فتواه الاخير على خلاف فتواه السابق لا يمحو السابق بل كان يبقى بحاله حتى تنظر الناظر في كليهما وتفكر فيهما حتى رجع ما هو الراجح منهما في نظره فكيف امره بالمحو بمثل هذه الشدة فان ما افاده وان كان فاسداً لكن فساده ليس اول قارورة كسرت في الاسلام وليس يليقاً بالتشنيع المذكور كيف وقد يرد على المستشكل ما هو اعظم من ذلك من عدم حجية الاخبار الاحاد مع ان حجيتها الجماعى ولازم ذلك القاء جميع ماورد

عن اهل بيت العصمة والطهارة وقل فيها ما يكون محفوفاً 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 قد قال فى نصيحته بابن زهرة بان هذا خلاف مذهب اهل البيت ^{عليهم السلام} ولم يتوجه بان مذهبه مساوق لذهاب اكثر ما صدر عن اهل البيت ولزم اللقاء ما ضبط فى الكتب الاربعة جعل الله صاحبها فى اعلا عليين واصل جنات النعيم وقد اتعبوا انفسهم الشريفة فى جمع هذه الاخبار المتشتمة فى البلاد البعيدة وما كانت ثابتة فى صدور رجال متفرقة وكان جمعها وضبطها اصعب من خرط القتاد بمراتب عديدة واو لا 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 بيناء العقلاء فانهم بمجرد خبر يسمعون من سماع ولو من النسوان او الصبيان لم يحملوه على الكذب بل وقفوا عليه اجمالاً حتى يسمعو من مقام اعلى عن يسمعون عنه فضلاً 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 غاية ترك ما ثبت 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 لا يجوز طرحه والتمسك بشىء آخر لان الشارع المقدس

انما يريد استنباط الاحكام من طريق الذى جعله نفسه طريقاً لنا لامن طريق آخر ولو اصاب ايضا لكنه ليس بمطلوب الا اذا استخرج الحكم من الطريق المأمور به وليس الا الاخبار الصادرة عن الائمة .

ولذا قال عليه السلام انى تارك فيكم التقلين كتاب الله وعترتى والمراد بالعترة قولهم واخبارهم فلا يصح لمن ادعى العلم ان يترك الاخبار الواردة عنهم عليهم السلام ولعمري ان القول بعدم الحجية اعظم باهل بيت العصمة من قول ابن زهرة فى مسألة واحدة .

والعجبانة 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 بريئاً من الرجس وطهرهم من الاوهام كما قال عز من قائل انما يريد الله ليذهب عنكم الرجس اهل البيت ويظهر كم 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 ، لاعلى 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 الأرض ﴿لفوات ما حصل﴾ له ﴿الاذن بسببه﴾ من الشركة فى الغرس باعتبار فساد المعاملة ، والغرض عدم دفعه الأرض مجاناً .

﴿و﴾ لكن ﴿عليه أرض النقصان﴾ الحاصل على الغرس ﴿بـ﴾ سبب

﴿القلع﴾ و ان استحق له فان استحقاقه لا يرفع ضمانه لما يحصل بفعله ، بعد ان لم يكن الغارس ظالماً ، كى لا يكون لعرقه حق ، وانما أقصاه فساد المعاملة التي وقع التراضي منهما بها انتهى شرحاً ومقتناً .

و حاصل ما افاداه انه اذا كانت المساقاة باطلا كانت الاشجار المغروسة كلها لمالكها الا ان لمالك الارض قلمها واخذ اجرة مافات من فوائد الارض لكن عليه ارش النقصان الحاصل بسبب القلع بان يلحظ قيمة كون الشجر قائماً لابقيا بحاله وبين كونه مقلوعاً فلو كانت قيمته قائماً عشرة دراهم ومقلوعاً خمسة دراهم لزم دفع خمسة دراهم بالعامل .

ويمكن ان يقال ان قيامه حيث كان بلاوجه شرعى لوقوعه في ارض الغير فلا يلحظ الفرق بل يدفع قيمة حال النصب اى مقلوعاً 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 فلا بد له من ارش بين القلع والنصب نعم لو غرسه الغاصب في ارض المالك كان للمالك قلمها 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 مختاراً ان شاء اخذ قيمة الاشجار من مالك الارض فكان له جميعها وان شاء لم يؤخذ وقلمها بتمامها مع دفع قيمة نقصان الوارد على الارض و ذلك لان الناس مسلطون على اموالهم والعامل مسلط على اشجاره .

﴿وكذا لو دفع الغارس الاجرة لم يجبر صاحب الارض على التبقية﴾ لما عرفت أيضاً وقاعدة الضرر لكون بقائها في الارض ضرر على مالك الارض سواء عين مدة البقاء اولاد هو واضح الحمد لله اولاً و آخر اذ صلى الله على محمد وآله الطاهرين

﴿ كتاب الودیعة ﴾

وفى الجواهر قال واحدة الودایع قال الكسائى على ما فى الصحاح : يقال او دعتة ما لاى دفعته اليه يكون ودیعة عنده وأدعته أيضا : اذا دفع اليك ما لا يكون ودیعة عندك ، فقبلتها ، وهو من الاضداد انتهى لاستعمالها فى جعل الودیعة عنده وفى جعلها عند الغير وهى استنابة فى حفظ المال و لا اشكال فى حفظ مال المؤمن والمسلم ووجوب رده 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 فىمن حل ماله ودمه كالكافر الحربى المنكر لله او الرسول او من بحكمه ممن لا يلتزمون بالجزية و اداء ما عهدوا على رده والرديات فى حقهم مختلفة كما سيأتى فى محله .

وظاهر بعض الاخبار هو العموم ووجوب الرد وظاهر بعضها العدم وسيأتى تمامه وتحقيق الكلام فى محله .

وكيف كان فمن الكتاب قوله تعالى « ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها » وقال تعالى « فليؤدى الذين أوتمن امانتهم وليتق الله ربه » وقوله تعالى « والذين هم لاماناتهم وعهدهم راعون .

وأما السنة فالأخبار بذلك مستفيضة تكاد تبلغ حد التواتر المعنوى ، فروى فى الكافى والتهذيب عن الحسين الشيمانى عن أبى عبد الله عليه السلام قال : قلت له : ان رجلا من مواليك يستحل مال بنى أمية ودمائهم وانه وقع لهم عنده ودیعة ، فقال : أدوا الامانات الى أهلها وان كانوا مجوسياً ، فان ذلك لا يكون حتى يقوم قائمنا عليه السلام فيحل ويحرم .

و روى في الكافي عن محمد بن مسلم عن أبي عبدالله عليه السلام قال : قال
امير المؤمنين عليه السلام أدوا الامانات ولو الى قاتل ولد الانبياء عليهم السلام ، وروى في الكافي
والتهذيب عن عمر بن أبي حفص قال : سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول : انقوا الله
وعليكم بأداء الامانة ، الى من ائتمنكم فلو أن قاتل علي بن ابي طالب عليه السلام ائتمنني
على امانة لاديتها اليه .

وعن عمار بن مروان قال قال أبو عبدالله عليه السلام في وصية له : اعلم ان ضارب
علي عليه السلام بالسيف وقتله لو ائتمنني على سيف واستنصحتني او استشارني ثم قبلت
ذلك منه لاديت اليه الامانة .

وعن محمد بن القاسم بن الفضيل قال : سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل
استودع رجلاً من مواليك ماله قيمة ، والرجل الذي عليه المال رجل من العرب
يقدر على ان لا يعطيه شيئاً ، ولا يقدر له على شيء والرجل الذي استودعه رجل
خبث خارجي فلم ادع شيئاً ، فقال لي : قل له : رده عليه ، فانه ائتمنه عليه
بأمانة الله عز وجل ، وتمام الروايات والكلام في محله فانتظر .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ النظر ﴾ في هذا الكتاب يقع ﴿ في أمور ثلاثة : الاول
في العقد وهو ﴿ لفظ يقتضى ﴾ استنابة في الحفظ ﴿ وفي الجواهر والظاهر كون
لفظ الوديعة كلفظ البيع والصلح والاجارة ونحوها ، فيأتي البحث حينئذ في انها
أسماء للمعقود اولاً ثانياً وغاياتها المترتبة عليها ، اول المعنى الصادر من الموجب ،
وهو النقل في البيع والاستنابة في الحفظ هنا ، وقد تقدم لك التحقيق في محله
وان الاصح الأخير ، او ان مرجع الجميع الى معنى واحد انتهى .

غير خفى ان الفاظ العقد اسم للمعاني المطلوب منها فعقد البيع اسم للمعنى
الذى يعبر عنه بالتمليك لالايجاب والقبول فان البيع والصلح والهبة والوديعة
وغيرها كلها من مقولة المعنى لا اللفظ والالفاظ آلة لايجاد معانيها في الخارج
فالبيع عبارة عن التمليك بالموض وآلة ايجاده في الخارج هو لفظ بعث وملكت

وقبلت فلا يمكن كون العقد من مقولة الالفاظ فليس العقد هو الايجاب والقبول بل هما لفظان يتحقق البيع ونحوه بهما في الخارج راجع ج ٢١ ص ٢٦٠ فعقد البيع هو المعنى الذى يصدر عن الموجب بتوسط بعث وعقد النكاح هو المعنى الذى يوجد المتكلم فى الخارج بلفظ انكحت فعقد النكاح حقيقة لما يتحقق فى الخارج من صيرورة الرجل زوجا والمرأة زوجة بالفاظهما الذين هما انكحت وقبلت فيريد بعقد النكاح الفاظهما باعتبار انهما الآن على هذا المعنى فى الخارج فان اريد من العقد نفس الايجاب والقبول فهو بهذا الاعتبار كون مداول اللفظ هو اللفظ مع ان اللفظ لا يصح وضعه للملفظ 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 يعتقد به ولا اشكال فى اعتبار انشائية الربط بين الايجاب والقبول فى الودیعة مثلا ، سواء كانت بالاقوال او الافعال ، بناء على تحققها بها ، نحو البيع والصالح والاجارة وغيرها من العقود لانها من الاذن والاباحة التى لم يلحظ فيها الربط بين القصدین ، و الرضا من الطرفين ، نحو اباحة الطعام .

وتظهر الثمرة فى أمور ، منها : انفساخ الودیعة بفسخ كل منهما ، فليس له الرجوع اليها بدون تجديد ، بخلاف الاذن ، فان له الرجوع اليها مالم تظهر تقييدها ، وان رفع يدا عنها أولا ، اذ لافسخ 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 و قبول ﴾ كما فى كل عقد ﴿ و ﴾ لكن ينبغى أن يعلم أن عقدها هنا ﴿ يقع بكل عبارة دلت على معناها ﴾ فى كل لغة من اللغات بل يحصل بالانشاء فعلا بان يدفع اليه وقبله عنه كما

فى المعاطة وقد عرفت فى البيع بل يكفى الايجاب قولاً والقبول فعلاً وبالعكس والمقصود حصول انشاء معنى الايداع عند شخص او شخص عند آخر . ولذا قال المصنف ﴿و﴾ غير ههنا 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 ﴿لو طرح ال﴾ عين التى يريد جعلها ﴿وديمة عند﴾ من قصد استيادها منه ﴿لم يلزمه حفظها اذا لم يقبلها﴾ وفى الجواهر قولاً لافعلاً ، لعدم تحقق الودعة الا بالقبول ولو فعلاً ولو باشارة الرأس الدال على قبوله فلو طرحه عند المستودع من دون عمل يدل على قبوله لم يكن ضامناً له لو تلف .

﴿و كذا لو أكره﴾ المالك المودع ﴿على قبضها﴾ وديمة ﴿لم تصر وديمة﴾ بذلك لمعلومية اعتبار الاختيار فى قبولها ، ﴿و﴾ حينئذ ﴿لا يضمنها لو أهمل﴾ حفظها للزوم كون الاخذ منه اختياراً لقوله ^{عليه السلام} رفع الاكراه وهو حاصل فى المعاملات فكما لا يقع البيع والنكاح والطلاق مكرهاً فكذلك الودعة الا اذا اجاز بعد ذلك .

﴿واذا استودع﴾ وقبل ذلك ﴿وجب عليه الحفظ﴾ وفى الجواهر بلا خلاف أجدده ، بل يمكن تحصيل الاجماع عليه ، مضافاً الى ما فى عدمه من الخيانة المحرمة كتاباً ، عقلاً ، وسنة متواترة ، واجماعاً بقسميه ، والى كونه مقدمة لوجوب اداء الأمانة وردها الى مالكها ، ولا ينافى ذلك جواز الودعة ، فان المراد مادام مستودعاً أو التخيير بينه ، وبين الرد الى المالك انتهى بلا اشكال فى الجميع .

ثم اعلم ان قبول الودعة قد يجب كما اذا كان صاحبها مضطراً الى حفظ ماله من الظالمين و السارقين بحيث لو لم يقبل لوقع فى خطر تلف مال محترم و اخرى يكون حراماً كما اذا علم بان المال للمغير غصبوه او سر قوه فيحرم عليه

القبول والأيكون ضامناً لصاحبه وثالثة تكون مستحبة كما لا يكون من أحدهما لكن كان صاحبه فى ضيق من حفظه وعلى كل حال اذا قبل يجب عليه حفظه حتى يرد الى صاحبه وحينئذ لو تلف المال بدون تعدٍ ولا تفریط لا يكون ضامناً لكونه أميناً .

﴿و﴾ كيف كان ﴿لا يلزمه﴾ أى المستودع ﴿در كها لو تلفت من غير﴾ تعدٍ فيها ولا ﴿تفریط أو أخذت منه قهراً﴾ وفى الجواهر بلا خلاف أجده فيه، بل الاجماع بقسميه عليه، مضافاً الى الأصل، وقاعدة الايمان المعلوم من الكتاب والسنة والاجماع والعقل عدم استتباعها الضمان انتهى .

وذلك واضح لان الامين امين بتمام المعنى والجهات بل الامين لا يحصل الخيانة والتعدى والمقصود من الذكر ان الضمان فيما قديتفق الغفلة عنه وتقصيره فى بعض ما يلبق صدوره منه .

ويدل على الامانة وعدم الضمان الاخبار الدالة على ذلك كما رواه المشايخ الثلاثة عن الحلبي فى الصحيح أو الحسن عن ابى عبدالله (عليه السلام) قال : صاحب الودیعة والبضاعة مؤتمنان ،

وما رواه فى الكافي والتهذيب عن زرارة فى الصحيح أو الحسن قال : سألت أبا عبدالله (عليه السلام) عن ودیعة الذهب والفضة فقال : كل ما كان من ودیعة ولم تكن مضمونة لا تلزم .

والمراد بقوله لم يكن مضمونة أى لم يشترط المستودع فيها الضمان امن أودعه اياها ، فانه لا يلزمه غيرها .

وعن اسحاق بن عمار فى الموثق قال : سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن رجل استودع رجلاً ألف درهم فضاعت فقال الرجل : كانت عندى ودیعة ، وقال الاخر أنها كانت عليك قرضاً ، فقال : المال لازم له الا أن يقيم البينة أنها كانت ودیعة .

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 . »

وما رواه فى التهذيب و الفقيه فى الصحيح أو الحسن عن الحلبي عن أبى عبدالله (عليه السلام) فى رجل استأجر أجيراً فأقعدته 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 لا يكون ضامناً للمال لو تلف بدون تعد و تفريط الا اذا شك فى كون التلف عن تعد او لا .

وفى الجواهر قال و التحقيق الحكم ببراءة ذمة الأمين ، و خصوصاً الودعى مع الشك فى تحقق سبب الضمان ، ولو للشك فى الاندراج تحت ما جعلوه عنواناً له من التمدى و التفريط ، لأن عموم على اليد و نحوه مخصص بقاعدة الأيتمان ، و بذلك حينئذ ظهر لك المعيار الذى يرجع اليه فى جميع هذه الأفراد انتهى .

ولا يخفى ان على اليد وان كانت قد خصت بيد أيتمان لكنه لو لم يعلم فى الخارج ان هذه اليد يد أيتمان او لا لا تدخل الفرد المشكوك فى كونه أميناً او لافى عنوان المخصص كما لا تدخل فى افراد اليد المضمونة لان افراد العموم اليه المعلومة بالضمانة فالفرد الخارجى كما لا يدخل تحت افراد اليد فكذلك لا يدخل تحت افراد الخاص الا الافراد المعلومة بالامانة و انها غير متعد و بالجملة المخصص لا يعم الا الافراد المعلومة ثم لافرق فى التلف بين تلف السماوى و الارضى او السرقة او الغصب كما لافرق بين تسليمه بيده الى الغاصب و عدمه لو لم يكن مناص له من الدفع كما اذا كان لو لم يدفع لقتله او اخذ امواله او حبسه او زنا باهله ولم يقدر على دفعه بوجه فلا يكون ضامناً حينئذ اصلاً فما يقال بالضمان اذا دفع الى المكره بنفسه و مباشرته مال الغير ففى غير محله .

وقد اشار اليه في الجواهر بقوله ثم لافرق في الأخذ قهراً بين أن يتولى أخذها من يده وبين أن يأمره بدفعها اليه بنفسه في دفعها له كرهاً ، لصدق الاكراه وعدم التفریط فيهما ، ولاضمان عليه فيهما وانماضمان المال على الظالم فليس للمالك حينئذ مطالبته بوجه ، وفاقاً للشهر بل المشهور وخلافاً للمحكي عن أبي الصلاح وأبي المكارم ، والفاضل في التذكرة ، ومحكي التحريير من جواز رجوع المالك عليه مع مباشرته الدفع بنفسه الى من أمره الظالم لأنه باشر تسليم مال الغير بيده فيشملة عموم «على اليد» وان كان قرار الضمان على الظالم .

الأ أنه كما ترى مناف لاطلاق ما دل على عدم ضمانه مما عرفت ، بل ولقاعدة الاحسان وغيرها التي قد عرفت تحكيهما 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 مكروه لافى المكروه الذى كان من شدة الخوف صار تمام بدنه ويده بدن السبب ويده بحيث قد خرج بالكلية عن الاختيار

فان قلت لو امره المكروه بدفع الودیعة بنفسه لكان دخلاً في عموم من اتلف قلت الفعل حينئذ يستند الى المكروه ولو فعل بيد الودعي ولذا لو لم يجبره لم يفعل فحيث اخرجه عن اختياره خوفاً لنفسه كانه صدر الفعل عن المكروه فهو من الموارد التي كان السبب اقوى من المباشر جدا بل ظاهر من اتلف هو كون التلّف بعنوان الظلم والعداوة فلا يعم المقام اصلاً .

فان قلت وعليه ففي حال النوم والسهو لو اتلف يلزمه عدم الضمان لعدم الظلم والعداوة .

قلت حينئذ كان الفعل مستنداً الى نفسه غاية الامر سهواً او بغير الاختيار فيعم من اتلف ضمانه المتلف في حال النوم والسهو بخلاف المتلف مكرهاً بامر الظالم الغاصب مع خوف ضرر عظيم نفساً او مالا او اهلاً فان العرف يحكم بان الفعل الصادر بنحو ذلك كأنه لم يكن فعله بل فعل الأمر بخلاف حال النوم

فانه فعله قطعاً سلمنا لكن نفس الشك في شمول العموم لهذه الصورة كاف في عدم صحة الاستناد اليه .

فان قلت لانسلم كون الفعل مستندا الى المكروه بالكسر بل العرف حاكم بانه صدر من المكروه بالفتح و لذا لو امره بالقتل فقتل كان القاتل هو المأمور لا الأمر ولذا يقتل المأمور ويحبس الأمر ابداً فيعلم منه كون الفعل مستندا الى المباشر قلت لو سلم ذلك فالفرق بينهما واضح فان المأمور فيما ذكر يفعل الفعل مع شوب من الاختيار بل قد يميل المأمور الى الفعل اطاعة لامر الأمر بخلاف المقام فان المكروه بالفتح في غاية الخوف لتلف مال المالك لكنه يفعل لغاية الخوف من المكروه الغاصب وايضا مقام الامر بالقتل غير المقام ولذا لم يترتب عليه الا الضمان ولزم على المودع هو الرجوع الى المكروه الغاصب في قيمة ما اتلف فان قلت على اليد قد خصصت باليد المأذون فالفرد الخارجى قد يعلم كونه متلفا لكنه لا يعلم كون اتلافه مع التعدى اولا فكونه فرداً للعموم معلوم وللمخصص غير معلوم فهو داخل في عموم من اتلف .

قلت داخل في العموم لابعنوان كونه حجة فان الفرد الحجة متلف غير المتعدى وهو غير معلوم لامكان عدم التعدى بالدفع الى الظالم فالتمسك بالعموم تمسك بالعموم في الشبهة المصادقية وهو محل خلاف بين المتقدمين من الاصوليين ومتأخريهم توضيحه ان المراد من الشبهة المصادقية بالنسبة الى الخصوص لا العموم فان الشك تارة في مصداق العام كما اذا قال اكرم العلماء فشك في زيد في الخارج انه عالم اولا وهذا هو الشك في مصداق العام وتارة يكون الشك في مصداق الخاص كما اذا قال لا تكرم العالم الفاسق فشك في زيد العالم انه فاسق اولا اما الاول فلا كلام في عدم حجية العام في افراده المشكوكه بان الامر باكرام العالم متوقف على العلم بانه من افراده ومع الشك لا يعمه العموم اصلا فالشك في العالمية شك في التخصص لافى التخصص بمعنى ان المشكوك العالمية غير داخله في الافراد .

واما الثانى فعبارة عن كون العام مخصصا شىء فشك فى مصداق هذا الشىء 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 هو المراد 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 لا يعمه الخاص للشك فى الفسق كما لا يعم 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 عدم 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 عالماً فاسقاً 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 داخلاً فى افراد العام لكن الفرض ان للعام جزء آخر وهو عدم الفسق وهو مشكوك فلا يدخل فى افراد العام بما هو حجة لعدم العلم بان الفرد غير الفاسق اولا فكما لو قال المولى من اول الامر اكرم عالماً غير فاسق كما فى المخصص المتصل وكان الموضوع مركباً من الجزئين لابد من احرازه واقعا فكذلك لو قال منفصلاً عن العام لاتكرم عالماً فاسقاً فبعد كون الخاص موجبا لعنوان العام بغير عنوان الخاص لافرق بين المخصص المتصل والمنفصل فالفرد المشكوك الفسقية كما لا يدخل تحت افراد الخاص لا يدخل تحت افراد العام ايضا .

فان قلت الموضوع حينئذ له جزآن وقد احرز احدهما واقعا والاخر

المشكوك يثبت بالاصل فيقال بالاصل عدم فسق هذا الفرد .
 قلت الاصول العملية مفادها حكم ظاهرى والاصول اللفظية مفادها حكم
 واقعى والاصول العملية فى طول الاصول اللفظية وما دام يمكن التمكن اليها لا يصل
 النوبة الى الاصول العملية فانها فى مقام عدم التمكن من الاصول اللفظية ومع
 وجودها لا يصح الاصل اصلا والفرض انه قد ثبتت بالمخصص والمخصص كليهما
 ان مفاد العام هو المعنون بغير عنوان الخاص فيكون لموضوع الحكم الواقعى
 جزآن فلا بد من احرازه بالدليل اللفظى لا بالاصل فالفرد الخارجى وان كان
 اندرجه فى تحت العموم معلوما لكن بعنوان انه غير الفاسق فغير معلوم
 فلا يندرج تحت العام كما لا يندرج تحت الخاص فانه يعم افراده المعلومة فالفرد
 المشكوك الفسقية لا يندرج تحت احدهما اصلا .

ففى المقام انا عام وهو على اليد ما اخذت خصصت بيد امانية فاذا خصصت
 العادية بالامانية صار المجموع يد غير امانية وحينئذ وان كان قد دفع الامين الوديعة
 الى الظالم خوفا ففك فى ان هذا اليد يد عدوان او ائتمان وكونها فرد العموم
 على اليد معلوما لكن مقيداً بكونه غير ائتمان غير معلوم فالموضوع بعد التخصيص
 صار يد غير ائتمانية واحد جزئيه وهو اليد معلومة وغير امانيتها غير معلوم فلا يمكن
 التمسك بعموم على اليد لاثبات انها خائنة كما لا يمكن التمسك بقوله الامين
 لا يضمن لعدم العلم بان يدها يد ائتمانية .

وبالجملة ان المخصص المنفصل وان كان لا يعم افراده المشكوكه فقوله
 لا تكرم عالما فاسقا لا يعم فرداً مشكوك الفسقية لكنه يوجب عنوان العام بغير
 هذا المخصص فقوله اكرم العلماء يكون معنونا بغير عنوان الخاص فيكون
 المراد من العموم عالما غير الفاسق فالفرد الخارجى وان كان عالما و داخلا فى
 عموم اكرم العلماء لكن لا يدخل فيه بعنوان الحجية اذا المفروض صيرورته عالما
 غير فاسق فالعالمية للفرد الخارجى معلوم وغير الفسقية غير معلوم فلا يشملها العموم

بعنوان الفردية فالفرد الخارجی لا یدخل لافی دلیل العام ولا الخاص .
 فلا بد من التماس دلیل آخر للضمان بعدما عرفت من عدم صحة التمسك
 بالعام فی فرد المشتبه من المخصص فعدم دلیل حینئذ لهم فی الضمان فان قلت
 فما حال المشهور القائلین بالضمان لو شكوا فی كون اليد عادية او مأذونة قلت
 يمكن ان يكون التمسك بالعموم فی الشبهة المصدقية صحيحا عندهم فيقال (ح)
 فی المقام الخارج عن عموم علی اليد هو ما كان معلوم الامانة وبقي المجهول تحت
 عموم علی اليد ما اخذت 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 فی المخصص المتصل حيث لا ینعقد للعموم مع القيد ظهور من
 اول الامر الافی المقيد فما يفيد فی المقام انما يصح فی المخصص المتصل فالقول
 بالضمان فی المقام غير بعيد .

والحاصل ان الخاص لا يزاحم العام الافی المتيقن من افراده دون المشكوك
 وهو واضح وحینئذ لامانع من شمول العام للمشكوك الفسقية او مشكوك المأذونة
 فيندرج فی افراد العام ويؤيد ذلك بل یدل عليه ما اذا ورد الخاص بعد سنين
 عديدة عن العام كما صدر العام عن امام متقدم والخاص عن امام متأخر فی مدة
 كثيرة بل قد يطول بين صدور الخاص عن العام مائة سنة وفي هذه المدة ما حال
 المكلفين فهل يكون اهم تكليف اول والثاني كما ترى .

والاول ان كان علی طبق العام بدون القيد والعنوان فهو الحق وان كان
 مقيداً بقيد آتية فكان عمل المكلفين فی هذه المدة علی غير واقع واذا بطل ذلك
 بطل ما افاد المتأخرون كما اشتهر ذلك بعد المحقق الخراساني فی الكفاية مما
 افادوا انما يصح اذا صدر كلاهما من المتكلم الواحد فی 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 ماعيننه المالك واخذ مقدار من الوديعه وفتح قفل الحرز.
وساير الفروع والآتية فى كل مورد كان فتواهم بالضمان ليس إلا 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 عينه المودع فصدق الخيانة فى غاية البعد مع كونه احسانا وما على المحسنين من سبيل فلا يوجب الضمان .

وكيف كان انا وان ذهبت الى عدم جواز التمسك فى الشبهات المصدقية فى ج ٥١ ص ١٠٧ لكن عدمه قوى عندنا بما ذكرنا وان لم يسبق الى ذلك احد الى الآن فلا يصح ما افاده المتأخرون كصاحب الكفاية ره ومتأخريه إلا فى المخصص المتصل او المنفصل فيما كان الخاص مقدا زمانا على العام فانه بالظفر الى العام يعلم بان موضوع الحكم هو العام الذى معنونا بعنوان غير الخاص فاذا قال لا تكرم الفاسق 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 بعدا 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 الاكرام خصوص العالم المقيد بالفسق والفرض انهم قد عملوا بهذا الحكم فلا يلزم تأخير البيان عن وقت الحاجة كى يكون اغراء بالجهل فبالظفر على العام يرفع عنهم النهى فوقموا دائماً فى توسعة من الحكم ويعم الاكرام مثلاً الجميع سوى الفاسق بخلاف صورة تقدم العام وتأخر الخاص فانه يلزم عدم العمل بالحكم الواقعى فيكون اغراءً بالجهل والحاصل بناءً على ذلك لا يتم ما ذكره فى عنوان المخصص للعام فعلى ذلك لا مانع للعمل بالعموم فى الشبهات المصدقية للخاص اذ لا شك 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 وبقي المشكوك فى العموم لكن الوجه فى عدم الضمان فى المقام من حيث ان الشك فى الشبهة المصدقية للعام لا لخاص فلا يعمل بالعموم احد كما عرفت .

وكيف كان فالتالف وان كان معلوماً لكن كونه بنحو العدوان غير معلوم فلا يدخل فى عموم التالف لان فرد العام التالف المتعدى ولا يعلم كون تلفه بالتسليم الى الظالم للمتعدى بل للخوف الشديد منه والضرر الغير المحتمل عليه . وفى الجواهر قال نعم لو كان هو الساعى فى أخذها قهراً منه ، توجه الضمان حينئذ لصدق الخيانة والتفريط معه ، بل ربما ظهر من ثنائى 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 ، خلافاً لمحكى التذكرة ، فلم يضمه مع عدم تعيين المكان ، بخلاف ما اذا عينه انتهى وبالجملة التعدى والتفريط امر عرفى وبأى شىء يصدق ذلك كان ضامناً

سواء كان بجعل الوديعه فى محل كان فى خطر التلف او السرقة ونحوهما و اشار الى من اتلفه وسرقه وغير ذلك والا فلو كان فى مقام حفظه كما وكيفما ثم تلف او سرق او ضاع او ضل فلا يكون در كه عليه بل لوشك فى ذلك لم يجر عليه الضمان بعد كون العام هو اليد العاديه وهذا اليد المسلمة الى الخصم لا يعلم بكونها عاديه فالتمسك بالعموم تمسك به فى مصاديقه المشكوكه التى لا يعمل بها احد فانه خروج الفرد المشكوك من باب التخصص لا التخصيص كما اذا قال اكرم العلماء وشك فى كون هذا الفرد عالما او لا وقد عرفت ان محل الكلام هو الشك فى مصداق الخاص لا العام .

وفى الحدائق ما هذا لفظه والظاهر أنه لا اشكال فيه ، سواء كان قد تولى الظالم أخذها من يده أو من مكانها التى كانت فيه ، أو قهره على الايمان بها فدفعها اليه ، لانتفاء التفريط فى كل من الحالين و حينئذ يرجع المالك على الظالم بالعين أو العوض الى ان قال :

وهل للمالك الرجوع على المؤمن 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 ما نقله عنه فى المسالك ، قال : وعلى هذا فمعنى عدم ضمانه أنه لا يستقر عليه ، بل يرجع بما غرم على الظالم ، واحتمله فى المسالك أيضاً إلا أنه قال : والاقوى عدم جواز مطالبته ، لعدم تفريطه ولان الاكراه صير فعله منسوباً الى المكره ، ولانه محسن فلا سبيل عليه ، و التسليم باذن الشارع ، فلا يستعقب الضمان انتهى موضع الحاجة .

﴿ نعم لو تمكن من الدفع ﴾ اللائق به ﴿ وجب ﴾ حفظه بلا خلاف أجده فيه لأنه مقدمة للحفاظ المأمور به على جهة الاطلاق .

﴿ و ﴾ حينئذ ﴿ لو لم يفعل ﴾ ذلك مع قدرته عليه ﴿ ضمن ﴾ لأنه تفريط حينئذ بلا كلام ولو امكن له دفع الظالم بدفع شيء يسير لا يضر بحاله جازا الدفع

لدفع ظلمه بل قد يجب اعانته لآخيه المسلم وحفظ ماله بل لا يكون 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 لا يبعد القول بوجود مصانعة الظالم بشيء
يرجع به على المالك ، وربما مال اليه فى الرياض لوجوب الحفظ فيجب ما لا يتم
الابه ، والضرر يندفع بنية الرجوع على المالك مع فرض عدم التمكن من
استيذانه أو وليه انتهى .

وكيف كان فماذا كرفيما كان دفع ظلمه بمال يسير ﴿و﴾ لكن ﴿لا يجب
تحمل الضرر الكثير بالدفع ، كالجرح وأخذ المال﴾ .

وفى الجواهر الجزيل الذى لا يرجع به على المالك ، وغيرهما مما يختلف
باختلاف الاشخاص شرفاً وضعة وغيرهما ، انتهى وفى الحدائق قال ولا اشكال فى
وجوبه ، لوجوب الحفظ عليه كما تقدم ، فيجب كلما توقف عليه ، فلو أهمل مع
قدرته على ذلك ضمن بالتقريب المتقدم ، سواء كان الدفع بالاختفاء والتوارى
عن الظالم ، أو التوسل الى ذلك بالوسائل ، ولو توقف ذلك على دفع المال منها
أو من غيرها بحيث لا يندفع 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
لجميع لان مقدار المدفوع ذاهب على التقديرين انتهى موضع الحاجة وهو واضح
﴿ولو أنكرها فطوب باليمين ظلماً﴾ بان قال الظالم احلف بعدم كون
الوديعة عندك وكان الظالم ممن يصدقه باليمين بغير افظ الله ولو لم يكتف الأباله
﴿جاز الحلف﴾ بل وجب ، فان لم يفعل ضمن لو تحقق الاخذ بعدم اليمين .

وفى الحدائق ما هذا لفظه ان لا ريب فى أن حفظ الامانة واجب عليه وهو
موقوف هنا على هذه اليمين الكاذبة ، والاخبار قد دلت على جوازها فى أمثال هذا

المقام فاذا أبيضحت في امثال ذلك كانت هنا واجبة ، لتوقف الواجب ، وهو الحفظ عليها من باب مقدمة الواجب ، الا انهم ذكروا انه يورى في يمينه للتحرز عن الكذب ان امكن وعرفها ، والا حلف من غير تورية ، وعلله في المسالك قال : لانه وان كان قبيحاً الا ان ذهاب حق الاذى اشد قبحاً من حق الله تعالى في اليمين الكاذبة فيجب ارتكاب أخف الضررين . انتهى

هذه الكلمات الواردة في المقام و محصل الجميع ان قبل الوديمة يجب عليه حفظها مع الامكان و لو تعدى او فرط في حفظها يكون ضامناً والا فلا لانه امين ولو اخذه 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 كذباً ان لم يمكن التورية والا فمع التورية ولو امكن شره بدفع مال لم يضر بحاله ازم والا لم يلزم وهو ايضا حسب حاله و كيف كان فالرايات يدل على ارجحية اليمين الكاذبة على تركها لانا مأمورون بماورد عن الشارع المقدس ومن الطافه علينا في امثال تلك المقامات انه جو زلنا اليمين الكاذبة حتى يسلم لنا مال محترم لاخيना المسلم واذا جو ز ذلك للغير فجو ز لنا في مقام الضرورة بطريق اولى .

ومنها ما رواه في الكافي والتهذيب في الحسن عن ابي الصباح الكنانى قال : والله لقد قال لى جعفر بن محمد (صلوات الله عليه) : الى ان قال : ثم قال : ما صنعتكم من شىء او حلفتكم عليه من يمين في تقية فأنتم منه في سعة ، و روى في الفقيه مرسل قال : « قال ابو عبدالله عليه السلام : التقية في كل ضرورة وصاحبها اعلم بها حين نزل به » .

و روى في الفقيه و التهذيب عن السكونى « عن جعفر عن ابيه عن آباءه عن على (عليهم السلام) قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : احلف بالله كاذباً ونج اخاك من القتل » .

و روى فى الفقيه بسنده الى ابن بكير عن زرارة قال : قلت لابي 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 الحلبي قال : سألته عن الرجل يحلف لصاحب العشور يحرز بذلك ماله ؟ قال : نعم .

وما رواه فى الكافي عن محمد بن مسعود الطائي قال : قلت لابي الحسن عليه السلام : ان امي تصدقت على بدارها او قال : بنصيب لها فى دار ، فقالت لى : استوثق لنفسك فكتبت انى اشتريت وأنها قد باعتنى وأقبضت الثمن فلما مات قال الورثة : احلف أنك اشتريت و نقدت الثمن ، فان حلفت لهم أخذته ، وان لم أحلف لهم لم يعطونى شيئاً ، قال : فقال : فاحلف وخذ ما جمعت لك ، ولكن مهما امكن ان يحلف ﴿ مورياً ﴾ بما يخرج به عن الكذب ﴿ على الوجه الذى اخرجه عن ايدى الظلمة حتى الامكان ، لعدم حرمة حينئذ ، فلا اشكال فيه من أصله ، ضرورة اقتضاء باب المقدمة وجوبه .

واما ما يدل على جواز التورية فى اليمين فهو ما رواه فى الكافي 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 الاشعري عن ابي الحسن الرضا مثله ثم قال : يعنى على ضمير المظلوم .

وما رواه فى الكافي عن مسعدة بن صدقة قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام و سئل عما يجوز وعما لا يجوز فى النية على الاضمار فى اليمين ، فقال : قد يجوز فى موضع ، ولا يجوز فى موضع آخر ، فأما ما يجوز 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 ، وأراد الحلف للنجاة من الظالم كما هو محل البحث في المقام ، واما لو كان ظالماً وأراد الحلف لاثبات ما يدعيه ظلماً فان التورية لا ينفع هنا ، ولا تدفع عنه ضرر اليمين دينياً وآخرة ، بل تصير يميناً كاذبة بالنظر الى نية المظلوم .

وكيف 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 ﴿هي﴾ أى الوديعة ﴿عقد جائز من طرفيه﴾ بلا اشكال ولا خلاف ، بل الاجماع بقسميه عليه ، وهو العجبة فى تخصيص الآية وغيرها من أدلة المزوم ، ﴿و﴾ حينئذ فـ ﴿يبطل بموت كل واحد منهما و بجنونه﴾ . وفى الجواهر واغمائه ، ونحو ذلك مما يخرج به ماله عن ملكه ، أو ولايته عنه كما هو الشأن فى نحوه من العقود الجائزة للاجماع ، او لأنه بالموت ينتقل المال عن المودع ، كما أنه لا عقد مع وارث الودعى فلا يجوز بقاؤه على حكم الوديعة انتهى .

وفى الحدائق ما هذا لفظه الظاهر أنه لا خلاف بينهم فى ان الوديعة كما تبطل بالفسخ تبطل بالموت والجنون والاعماء من احد الطرفين ، اما على القول بكونها اذنأ فواضح ، وأما على القول بكونها عقداً كما هو المشهور فلانه لا خلاف 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 فلا يصح التصرف فيه إلا باذن المالك ، وهو الوارث ، وفى الجنون ونحوه 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 والاعماء ، وان اتفق ذلك للمستودع وجب ردها الى المالك فى صورة الفسخ والى الولى و الحاكم فى صورة الجنون و الاعماء 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 آخر عن ذلك مع قدرته ضمن ، ولو تعذر الوصول الى المالك أو وكيله أو وليه الخاص سلمها الى الحاكم لأنه ولي 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 ، و حينئذ يلحقها حكم غيرها من الأمانات الشرعية من نحو وجوب ردها الى مالكها ، أو ولي أمره ، أو اعلامه على القولين فوراً على وجه لولم يبادر لالعدذر شرعى ضمن ، ولم يبق لها شىء من أحكام الوديعة حتى قبول صاحبها فى ردها فانه لا يقبل لما عرفت من انفساح عقد الوديعة انتهى .

وفى الحدائق ما هذا الفظه ثم انهم قالوا : ان من جملة أحكام الامانة الشرعية مع ما تقدم من وجوب المبادرة الى ردها وان لم يطالب المالك - أنه لا يقبل قول من هى فى يده فى ردها الى المالك مع يمينه ، بخلاف الوديعة ، و الفرق أن المالك لم يستأمنه عليها ، فلا يقبل قوله فى حقه مع أصالة عدمه ، بخلاف الوديعة ، مع ما انضم اليه من الاحسان الموجب لمنع السبيل .

والها صور كثيرة : أحدها - ما ذكر من الوديعة التى يعرض لها البطلان وكذا

غيرها من الامانات كالمضاربة ، والشركة ، والعارية .
 ومنها مالو اطارت الريح ثوبا ونحوه الى داره .
 ومنها مالو انتزع المغصوب من الفاصب بطريق الحسبة .
 ومنها مالو أخذ الودیعة من صبی أو مجنون عند خوف تلفها
 ومنها ما یصیر بایدی الصبیان من الاموال التى یکتسبونها بالقمار كاجوز
 والبیض ، وعلم بها الولی ، فانه یجب علیه رده الى مالکة ، أدلیه .
 ومنها مالو استعار صندوقاً ونحوه أو اشتراه أو غيره من الامتعة فوجد فيه
 شیئاً فانه یكون أمانة شرعیة ، وان كان المستعار مضموناً .

ومنها اللقطة فى ید الملتقط مع ظهور المالك ، وضابطه ما كان وضع الید
 علیه من غیر اذن المالك مع الاذن فيه شرعاً والله العالم انتهى .

﴿ وتحفظ الودیعة ، بما جرت العادة بحفظها ﴾ به ﴿ كالثوب والکتب فى
 الصندوق والداابة فى الاصطبل ، والشاة فى المراح ، أو ما یجرى مجرى ذلك ﴾
 وفى الجواهر فى الحرز لمثلها فى العادة ، كما هو الضابط فى كل ما لاحد
 له فى الشرع الذى منه ما نحن فيه ، ضرورة كون الودیعة استنابة فى الحفظ
 وليس له فى الشرع حد مخصوص ، فلا مناص عن الرجوع فيه الى العادة فى
 حفظ مثل هذه الودیعة على وجه لا یبعد الودیع مضيماً ومفراطاً وخائناً ومهملاً
 ومتعدياً انتهى .

﴿ ویلزمه سقى الداابة ﴾ وكل حیوان محترم خصوصاً آدمی ﴿ وعلفه ﴾
 بلاشكال ، لأنه من مقدمات الحفظ المأمور به ، ﴿ أمره ﴾ المالك ﴿ بذلك أو
 لم بأمره ﴾ .

وفى الجواهر كغيره من المقدمات المتعلقة بالودیعة من حیث كونها وودیعة
 فلو قصر حیثئذ فى شیء من ذلك ضمن ، للتفريط ، بل هو كذلك وان عاد الى
 القيام به ، كما تسمعه فيما یأتى .

وأما وجوب بذل عين النفقة من الماء المحتاج الى قيمة و العلف كذلك ، فظاهر الأصحاب المفروغية من وجوب بذائها 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 أو وكيله فيه ، فان تعذر رفع أمره الى الحاكم ، ليأمره به ان شاء أو يستدين عليه ، أو يبيع بعضه للنفقة ، أو ينصب أميناً عليه ، فان تعذر الحاكم أنفق هو ، وأشهد عليه 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 .

وقد عرفت الكلام فى بعضها فيما تقدم من الرجوع الى الحاكم او الاشهاد ونحو ذلك بل يقوى الانفاق عليه بقدر الضرورة من الشرب والاكل قرابة وحسبة ولو كان ذلك ضرراً أمكنه عدم قبوله عند نهى المالك عن الطعام والشراب حتى لا يحتاج الى الحاكم والاشهاد ﴿و﴾ على كل حال فـ ﴿يجوز أن يسقيها بنفسه وبغلامه ، اتباعاً للمادة﴾ وهو واضح .

﴿ولا يجوز اخراجها من منزله لذلك ، الامع الضرورة ، كعدم التمكن من سقيها أو علفها فى منزله ، أو شبه ذلك من لأعذار﴾ وهو واضح ﴿ولو قال المالك لانعلفها او لانسقىها لم يجز القبول﴾ لكونه ذا كبد حراء الا اذا كان انتهى لاجل ضرر عليه ﴿بل يجب عليه سقيها وعلفها﴾ .

وفى الجواهر مراعاة لحق الله تعالى شأنه ، وان أسقط آدمى حقه ، بل مع امتناع المالك ورفع الامر الى الحاكم وأمره بالنفقة من ماله ، يتجه الرجوع له عليه ، وكذا لو كان بأمر عدول المؤمنين أو به مع الاشهاد أو بدونه مع نية الرجوع على حسب ما تقدم سابقاً انتهى .

وهذه حسن فى الجملة ﴿نعم لو أخل بذلك والحال هذه أثم ولم يضمن لأن

المالك أسقط الضمان بنهيه ، كما لو أمره بالقاء ماله في البحر .
وانما يترتب عليه الاثم فقط بل كما في الجواهر حينئذ اشكال في 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 او عصيانه فلا ينبغي منه القبول ﴿ ولو
عين له موضع الاحتفاظ اقتصر عليه ﴾ لأصالة حرمة التصرف في مال الغير بغير اذنه
﴿ و ﴾ حينئذ فـ ﴿ لو نقلها ﴾ عنه ﴿ ضمن ﴾ لأنه عادى ﴿ الا ﴾ اذا كان النقل
﴿ الى الأحرز ﴾ بل ﴿ أو مثله على قول ﴾ قوى اذا فهم ارادة المثل مما عينه
﴿ ولا يجوز نقلها الى ما دونه ولو كان حرزاً الأ مع الخوف من ابقائه
و ﴿ على كل حال فقد بان لك مما ذكرنا أنه ﴾ لو قال : لانقلها من هذا الحرز
ضمن بالنقل كيف كان ﴿ الى مساو أو أحرز ، لتحقق التعدى وفي كلام الماتن
والشارح كلام .

وفي الحدائق ما هذا لفظه لا خلاف في أنه متى عين له موضعاً لحفظ الوديعة
فانه لا يجوز له نقلها الى ما هو دونه ، أما لو نقلها الى ما هو أحرز فقد ذهب جمع
من الاصحاب الى الجواز محتجين بالاجمال ودلالة مفهوم الموافقة عليه ، وظاهر
شيخنا الشهيد الثاني في المسالك التوقف في ذلك نظراً الى مقتضى التعيين ، و
منع دلالة مفهوم الموافقة هنا ، قال : فان الاغراض تختلف في مواضع الحفظ
اختلافاً كثيراً من غير التفات الى كون بعضها أحفظ من بعض ، والاجماع على جوازه
ممنوع ، بل ظاهر جماعة من الاصحاب منع التخطى مطلقاً ، انتهى .

ونقل في المسالك عن الشهيد في حواشيه على كتاب القواعد القول بعدم
الجواز هنا أيضاً ، واختاره المحقق الاردبيلي (رحمة الله عليه) أيضاً في شرح
الارشاد ، ونقله عن ابن ادريس والمحقق الشيخ على الى ان قال وعلى هذا فلو
نقلها الى الأحرز أو المساوى ضمن انتهى

ولا يخفى ما في عدم الجواز ونقلها في مكان الاخر خصوصاً فيما كان المكان

الآخر احسن واحفظ مما عينه فكما ان الاغراض للمالك كثير فكذلك للمستودع
ايضا كثير و يمكن ان النقل الى مكان آخر بنظره احسن و ادلى مما عينه
المالك ولم يكن مطلعا عليه او عرض له عدم القدرة في المكان الذي عينه .

بل لو سلم لزوم العمل على قول المالك لكنه في صدق العداوة على النقل
ما لا يخفى خصوصاً فيما اذا كان بنظره الاحسان في حق المالك وما على 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 اميناً فالتلف لا يكون
دليلاً للنقل الى مكان الاخر فر بما يتلف في مكان احسن مما عينه فالقول باضمان
في غاية الاشكال * الا ان يخاف تلفها فيه * فيجوز له حينئذ النقل حسبة الى
المساوي والاحرز والافالادون كما في المسالك ولو كان على خلاف ميل المالك
وقوله * و * كما * لو * كان قد * قال * لا تنقلها عن هذا المكان * وان تلفت *
فيه ولذا قال في الجواهر، لعدم ثبوت هذه السلطنة له من السلطان الحقيقي بل
حرم عليه اضاءة المال واتلافه في غير وجهه ، ومن ذلك «النهى عن التبذير»، و
«عن تمكين السفهاء من الاموال التي جعلها لنا قواماً» انتهى .

فلا يقبل مع هذا الوصف لكونه مستلزماً للمحرام وان وجب كما اذا كان
في موضع التلف لو لم يقبل قبل ولم يعمل بقوله فيما كان حراماً .

وقال المحقق الخوانساري ره بعد قول المصنف ولو نقلها الى ادون او احرز
ضمن ما هذا لفظه وأما لزوم الاقتصار على الحرز الذي عينه المالك ومع النقل الى
الادون أو الاحرز يضمن الامع الخوف فاستدل عليه باصالة حرمة التصرف في مال
الغير بغير اذنه فمع النقل ضمن لانه عاد ومع خوف التلف يجوز النقل حسبة .
ويمكن أن يقال تارة لا يرضى المالك كون الودیعة عند المستودع الا بالنحو
المذكور فلا اشكال واخرى يرضى المالك بكون الودیعة عنده ولو خالف ما عين
لكن له مطلوب آخر بنحو تعدد المطلوب .

فلا مجال للتمسك بأصالة حرمة التصرف في مال الغير بل لابد من اقامة الدليل على وجوب ما عينته ففي الصورة الاولى يحكم بالضمان للخروج عن الامانة الامع الخوف فالتنقل جائز حسب مقتضى القاعدة عدم الضمان لان الناقل محسن وما على المحسنين من سبيل وربما يظهر من العبارة ترتيب الضمان ولورد الوديعة الى المحل المعين ، ويشكل من جهة أنه مع عدم بطلان الوديعة وكون اليد أمانة ما وجه الضمان وقد يتأمل في صدق الاحسان بمجرد الخوف خصوصاً اذا كان الخوف شخصياً بحيث لا يتحقق لنوع الناس انتهى .

اقول : قد عرفت ان صدق الخيانة والعدوان بمجرد تغيير المكان مع انه كان بنظر المستودع مورد الحمل بالصحة في غاية الاشكال ولادليل على ان مثل ذلك عدوان محرم وعليه الضمان مع امكان احسان المستودع وكيف كان فقد عرفت ما يمكن توجيهه للمقول بالضمان ولو على القول بجواز التمسك في الشبهات المصادقية بالعموم اللازم منه الضمان .

وقد عرفت ما في عنوان المخصص للعام وانه لا يتم في المخصص المنفصل والقول بالعنوان وصيرورة العام معنونا بكل عنوان غير الخاص لا يتم في المخصصات المنفصلة بعد مدة كثيرة كما صدر العام عن الباقر عليه السلام مثلاً والخاص عن الرضا عليه السلام فكيف يكون هذا الخاص مما يوجب عنوان العام بكل عنوان سواء ﴿﴾ ولا تصح وديعة الطفل ولا المجنون ﴿﴾ لا اعتبار الكمال والعقل في قولهما وفعلهما فهما مسلوبا العبارة في جميع العقود والابقاعات .

﴿﴾ لا يجوز وضع اليد عليها بل ﴿﴾ يضمن القابض ﴿﴾ لذلك منهما لعموم «على اليد ما اخذت» وغيره ﴿﴾ ولا يبرأ بردها اليهما ﴿﴾ للحجر عليهما ، وانما يبرأ بالرد الى وليهما الخاص ، ان امكن والأدليهما العام وهو الحاكم .

نعم لو قبل الوديعة من الصبي فيما علم كونه عند الصبي او المجنون في معرض التلف صح قبوله عنهما حسبة واحساناً امال المحترم من اخيه المسلم بداهة انه لو لم يقبل يتلف عندهما فاللازم بل الواجب حينئذ هو حفظ مال المسلم كما

عرفت من غیر فرق حینئذ بین الصغیر والمجنون والبالغ العاقل فكان علیه حینئذ حفظ المال بالقبول وارساله الى ولی الخاص او العام كما عن المسالك ﴿و کذا لا یصح﴾ للمودع ﴿ان یتودعا﴾ ای طلب منهما قبول الودیعة بان یکون عندهما. ﴿و﴾ حینئذ ﴿لو ادعا﴾ وقبلان یکون الودیعة عندهما ﴿لم یضمنا بالاهمال﴾ والتلف وفاقاً للمشهور ﴿لان المودع لهما﴾ فی الحقیقة هو الـ ﴿مختلف ماله﴾. وفی الجواهر بایداعه مثلهما الذی لم یجب علیه الحفظ وأداء الامانة ، فنسبته فی الاتلاف أقوى من تفریطهما فیہ ، ولادلل علی ضمانهما بذلك ، بعد ظهور قوله ﴿لایلای﴾ علی الید ما أخذت حتی تؤدی ، فی غیر الفرض ، بسبب تفریط المالك ، انتهى .

ولا یخفی ان المودع الى الصغیر والمجنون بمنزلة من ضاع ماله حیث جعله بمنزلة التلف كما اغرق ماله فی البحر فلا یقال ان الاحکام الوضعية ثابتة علیهما فلوتلفا شیئاً یجب علیهما ضمانه عند البلوغ فانه یقال هو فیما لو اتلفا بنفسهما مال الغیر كالسرقة والغصب لایمسا سلم الیهما المال مع علمه بانه لا رادع لهما من التلف فح المودع عندهما كما لو اعرض عن ماله واتلفه بنفسه و لیس بعد اتلاف نفسه لماله ضمان فکذا جعله عند من یعلم انه متلف له .

نعم لو كان الطفل ممیزاً ومؤدباً بأداب الاسلام و كان اهل تعلم المسائل صح الودیعة عنده دون المجنون مطلقاً وحینئذ لو اتلف الصبی بالافراط والتفریط لكان ضامناً فیجب علیه الغرامة عند البلوغ خصوصاً فیما كان المودع مضطراً الى خفاء ماله وذلك لانه حینئذ یعلم المستودع ان الصبی مع هذا الوصف لم یتلف ماله فدفعه الیه بزعم حفظ ماله عنده بحيث لو علم التلف لما جعل الودیعة عنده بخلاف غیر الممیز .

وفی الحدائق ما لفظه الظاهر أنه لا خلاف ولا اشکال فی عدم صحة ودیعة الطفل والمجنون ولا یداعهما الى ان قال بقی هنا شیء وهو أن ظاهر جملة من

الاصحاب اطلاق الضمان هنا كما ذكرناه ، والاقراب 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 لا يبرء بالرد اليهما ، لافى هذه الصورة ولا فى الصورة المتقدمة ، للحجر عليهما المانع من ذلك ، ولا يبرء الا بالرد الى الولى أو الحاكم أوهما بعد زوال المانع .

وأما الحكم الثانى فلانه لو استودعهما لم يضمنا بالاهمال ، فان المودع لهما مع علمه بعدم تكليفهما قد أهمل ماله ، وأنلقه ، 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 ريباً كلانه منه فانهما يضمنان انتهى وفى الجواهر ما هذا لفظه .
نعم ربما فرق بين المميز وغيره ، فحكم بضمنان الاول ، دون الثانى الملحق بالمجنون ، لعدم قصد غير الى الاتلاف ، فكان كالدابة لكن نظريه فى المسالك وبان 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 ما فى الباب أنه عرض ماله له ، بسبب عدم صلاحيتهما للحفظ ، وهو غير كاف فى سقوط الضمان عنهما لو باسراه ، بخلاف ما لو ترك الحفظ ، والا قوى الضمان مطلقا

قلت : لا يخفى ما فيه بعد الاحاطة بما ذكرناه ، والتحقيق أن يقال ان اليد بغير اذن شرعية ، من أسباب الضان قطعاً ، من غير فرق بين المكلف وغيره ، فلو أودع صبي صبياً أو مجنوناً أو مجنون صبياً أو مجنوناً فتلف هي في يدهما كانا ضامنين لذلك ، والفرق بينهما وبين الدابة ، أن لهما ذمة وملكا ، وغيرهما بخلافها وأي فرق في اسباب الوضع بين ذلك ، وبين الجنابة والحدث وغيرهما انتهى

قد عرفت الفرق في انه في غير المميز يعلم المستودع ان المال عندهما بمنزلة الاتلاف كمن اعرض عن ماله او القاه في البحر ومن المعلوم انه بعد هلاك 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 لا فيما اعطاهما الغير بمال والفرق بين القسمين واضح فانه في الاول يصدق الخيانة دون الثاني ولو كان فرقا فليس فرقا يوجب الضمان فتأمل جيداً . ❦ واذا ظهر للمودع اشارة الموت وجب الاشهاد بها ❦ وفي الجواهر كما صرح به غير واحد بل لأجد فيه خلافاً بينهم ، نعم في القواعد ابدال ذلك بالوصية بها ، ولعله يريد ذلك ضرورة انحصار وجه وجوب ذلك في لزوم الحفظ ، وحرمة التفريط بها ، وترك ذلك يقتضى ذلك ، فان الوارث بدونه يستحق بآرائه جميع ما كان يده عليه وكذا الديان والوصية بهامع عدم الاشهاد لا يرفع ذلك فلا محيص حينئذ عن ارادة معنى الاشهاد عليها من الوصية بها كالعكس ، بل هما بمعنى عند التأمل الخ قوله : ولا اشكال في ذلك بل هو فيما لم يمكن رده الى المالك والافيجب قطعاً بعد ظهور امارات الموت .

بداهة ان الرد اقرب الى وصول المال بيد صاحبه من الاشهاد والوصية وبعد عدم امكان الرد لزوم الوصية بالمال وبمكانه وجميع اوصافه ومقداره وبيان خصائصه التي لا يخفى على وارثه اصلاً والافيجب في يد الوارث ويتلف فيشكل اخراجه من يده .

﴿ولو لم يشهدوا نكر الورثة كان القول قواهم ولا يمين 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 ﴿الا ان يدعى﴾ المدعى وهو المالك ﴿عليهم العلم﴾ كما اذا قال اودعت اباك وانت حاضر وعلمت فح يكون له نفى علمه بها فان النفي راجع اليه حينئذ لالى الغير .

﴿و﴾ كيف كان فـ ﴿تجب اعادة الوديعة على المودع﴾ المالك اذ وليه اذ وكيله ﴿مع المطالبة﴾ وهو واضح بل هو جار في كل دين طالب صاحبه فاذا طلب المالك الوديعة وجب امتثاله فورا و الا فمجرد التأخير بدون العذر خرج المستودع عن الامانة وكان ضامنا لوتلف بخلاف المعجلة في ذلك فانه لوتلف في طريق الرد لما كان ضامنا كما لو سرقه سارق او غصبه غاصب فيجب رد لامانة الى اهلها فورا بحيث لا يعد العرف تأخيراً واهمالاً في ذلك مالم يكن مانع عقلاً وشرعاً عن الرد وبالجمله اللازم هو المسارعة فيه بنحو لا يكون له عذر في مؤاخذة الرب تعالى من ذلك والمسارعة يتحقق عرفاً بلحظ حال الاشخاص والكل واضح حتى لو كان وقت الدفع الى المالك وقتاً لاداء الواجب ففي سعة الوقت كان اللازم تقدم اداء الدين والامانة ثم اداء الواجب الا اذا ضاق وقت الواجب وصار قضاء فيجب تقدم الواجب اداءً ان امكن رده بعد الاداء والترك الواجب اداء ورد الوديعة ثم قضى الواجب لان الهم حينئذ دفع الوديعة ولا يلحظ في ذلك شخصا دون شخص فيجب الدفع ﴿ولو كان﴾ المودع ﴿كافراً﴾ .

وفي الجواهر لاطلاق الأدلة ، خصوص خبر الصيقل وغيره من النصوص المستفيضة والمتواترة المأمور فيها برد الامانة على صاحبها ، وان كان قاتل على " أو الحسين عليهما السلام أو اولاد الأنبياء أو مجوسياً أو شامياً أو حرورياً ، المعمول بها بين الاصحاب ، عدا ما يحكى عن أبي الصلاح من أنه اذا كان المودع حربياً واجب على الودعي أن يحمل ما أودعه الى سلطان الاسلام ، ورماء بعضهم بالشذوذ .

لكن ينبغى النظر فى مثل الفرض المزبور - بعد معلومية جواز تملك مال الحربى ، وأنه فىء للمسلمين وانه كالاىمال المباحة وأن له التوصل اليه بكل طريق من الربا والسرقه وغيرهما الى ان قال:

بل قد يشكل رد المال على الحربى بكونه محكوماً بأنه فىء للمسلمين ، وملك اهم ، 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 الحربى وحتى على من عليه حق المقاصة وغيرهم ، أمكن المناقشة فيه بما عرفت فتأمل جيداً انتهى .

ولا يخفى ان المسألة مشكله من حيث الروايات ومن حيث العقل فان كليهما متعارضان اما معارضة العقل فمن حيث انه حاكم برد الاىمال ولو كان اىمالهم حلالا لنا لكن حيث كان عند الغير بعنوان الامانة وجعله المالك محل امانته يجب الرد اليه كماً وكيفاً حتى لا يختلج فى ذهنه فساد عقيدة المسلمين وشروع المالك فى 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 الحربى ومن كان بحكمه ممن لا يدفعوا الامانة الشرعية والميثاق الذى بينهم وبين الامام من الجزية ولم يؤدوها الى اهله من امام المسلمين كان جميع اىمالهم حلالا وكان فىء للمسلمين ولزم اخذ اىمالهم منهم باى طريق كان ورده الى امام المسلمين حتى قسمها بين الفقراء ونحو ذلك .

وظاهرها الاطلاق من حيث كون الاخذ بنحو القهر والغلبة وعدم رد الودبعة او الربا او اللقطة او نحو ذلك ومن هذه الجهة يدل على عدم الرد ولذا لم اقتوا به صريحا اصحابنا (رض) فى كتبهم كما رأيت عبارات صاحب الجواهر وغيرهم وابى الصلاح من حيث عدم العلية 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 وان الله يامركم ان تؤدوا الامانات الى أهلها، وقال تعالى «فليؤد الذين اؤتمن امانته وليتق الله ربه» .

واما السنة فالاخبار بذلك مستفيضة تكاد تبلغ حد التواتر المعنوي، فروى في الكافي والتهذيب عن الحسين الشيماني عن أبي عبدالله عليه السلام قال : قلت له : ان رجلا من مواليك يستحل مال بنى امية ودمائهم وانه وقع لهم عنده ودبعة فقال أدوا الامانات الى أهلها وان كانوا مجوسياً، فان ذلك لا يكون حتى يقوم قائمنا عليه السلام فيحل ويحرم .

وروى في الكافي عن محمد بن مسلم عن أبي عبدالله عليه السلام قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام أدوا الامانات ولو الى قاتل ولد الانبياء عليهم السلام وروى في الكافي والتهذيب عن عمر بن أبي حفص قال : سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول : اتقوا الله وعليكم بأداء الامانة، الى من ائتمنكم فلو ان قاتل علي بن أبي طالب عليه السلام ائتمنني على امانة لاديتها اليه .

وعن عمار بن مردان قال : قال أبو عبدالله عليه السلام في وصية له : اعلم أن ضارب علي عليه السلام بالسيف وقاتله لو ائتمنني على سيف واستنصحنى أو استشارني ثم قبلت ذلك منه لاديت اليه الامانة» .

وعن محمد بن القاسم بن الفضيل قال : سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل استودع رجلا من مواليك ماله قيمة، والرجل الذي عليه المال رجل من العرب يقدر على أن لا يعطيه شيئاً ، ولا يقدر له على شيء والرجل الذي استودعه رجل خبيث خارجي فلم أدع شيئاً ، فقال لي : قل له : رده عليه ، فانه ائتمنه عليه بامانة الله عز وجل» .

وروى في الكافي عن عبدالرحمان بن سيابة قال لما أن هلك أبي سيابة جاء

رجل من اخوانه الى ف ضرب الباب على فخرجت اليه فعزاني و قال لى : هل ترك أبوك شيئاً، فقلت له: لا ف دفع الى كيساً فيه ألف درهم و قال الى ان قال الامام الصادق عليه السلام عليك بصدق الحديث و اداء الامانة تشترك الناس فى اموالهم الحديث و اما من حيث العدم فما اشير اليه من ان اموالهم حلال لنا و كان فيئى للمسلمين .

و كيف كان فاطن و جوب الرد اليهم و ان كان ذوالمال حربياً و كان اموالهم فيئاً للمسلمين من يد امام العادل الذى هو سلطان المسلمين و اظن ان الجمع بين الرد و عدمه هو ملاحظة عدم فساد عقيدتهم فى حق المسلمين فلا بأس بالعدم اذا كان بنحو اللقطة و نحوها و دين لهم و ماتوا فيحل رده الى الامام الحاكم .

و اما ان كان بنحو الودیعة او دين لهم فلا بل يجب رده اليهم حفظاً لعقائدهم فى حق المسلمين و لعدم سوء ظنهم بهم و الله العالم .

وفى الجواهر بعد عبارته المتقدمة قال ايضا الا أنه لا يخفى صعوبة الالتزام بكل منها بل قد يتأمل فى دلالة أدلة المقام على مثل ذلك و انما هى مساقفة لبيان جوب رد الودیعة على البر و الفاجر و المسلم و الكافر الذى يمكن تنزيله على محترم المال نحو النصوص فى المقام ايضا الدالة على احترام اموال المخالفين معللة بانامهم فى دار هدنة الى ان يظهر صاحب الأمر عليه السلام .

فالمراد حينئذ و جوب رد الودیعة حينئذ على كل محترم المال فى الدنيا للهدنة فيها و ان كان كافراً لان المراد و جوب ردها حتى على غير محترم المال من الكافر الحربى و نحوه مما جاز تملك ماله او ممن كان للودعى عنده مال غاصب له و اراد المقاصة من وديعته او نحو ذلك مما تطابقت عليه الادلة على جوازه و لا اقل من التعارض فى الادلة من وجه ، و لا ريب فى رجحان أدلة المقاصة و ادلة حلية مال الكافر الحربى مثلاً، خصوصاً بعد ظهور التعليل فى بعض ادلة المقام « بانامهم فى دار هدنة » فى محترمي المال انتهى راجع ج ٢٤ ص ١٣١ و الله العالم

و كيف كان فيجب رد الودیعة ﴿ الا أن يكون المودع ﴾ ﴿ بكسر الدال ﴾ غاصباً

لها فـ ﴿ انه لا يجب بل لا يجوز 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 التصديق بها عن المالك ، ويضمن المتصدق ان كره صاحبها ﴿ فمع العلم بالقصبية او ثبوتها بشهادة العدلين لا يجب 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 او عدم علمه بها لا بعد القبول لا يجب الرد عليه لولم يكن له ضرر غير قابل للتحمل بل لازم ايصالها الى صاحبها بالتعريف سنة ثم مع الياس من الظفر اليه يتصدق عن صاحبها .

لخبير حفص بن غياث المنجبر ضعفه بعمل الاكثر دسأت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل من المسلمين أودعه رجل من اللصوص دراهم أومتاعاً ، واللص مسلم فهل يرد عليه قال : لا يرده ، فان أمكنه أن يرده على صاحبه فعل ، والا كان في يده بمنزلة اللقطة يصيبها فيعرفها حولا ، فان أصاب صاحبها ردها عليه ، والا تصدق بها ، وان جاء بعد ذلك خيره بين الاجر والغرم فان اختار الاجر فله وان اختار الغرم غرم له ، فكان الاجر له والخبير مطابق للقاعدة .

والظاهر لا اشكال نصاد فتوى ومع ذلك المخالف هو الحلبي والحلي فأوجبوا ردها الى امام المسلمين ، ومع التعمذ يبقى أمانة ثم يوصى بها الى عدل الى حين التمكن من المستحق ، وعن الفاضل في المختلف أنه قواه ، لانه أحوط ، ولضعف الخبر الذي قد عرفت انجباره ، وللمفيد والديلمي فأوجبوا اخراج الخمس قبل التصديق ، ولم يذكر التعريف ، والمفاضل في الارشاد ، وتبعه الشهيد الثاني فخير بين الصدقة بها - بعد الياس والتعريف - مع الضمان ، وابقائها أمانة ، وفي الخبر صرح بانه حكمه حكم اللقطة كما هو واضح ولا يصح رده الى الحاكم قبل التعريف وبعده مع عدم الظفر الى صاحبها ادوارث صاحبها رده اليه لوجوب ردها

فورا الى صاحبها او من بحكمه صاحب فبعد التعريف كان يد الحاكم يد صاحبه فلا يجوز الصبر وبقائها امانة ثم الوصية بها لانه في موضع خطر التلف وعدم الوصول الى صاحبها غالبا فمع الامكان لا يجوز ذلك .

﴿و﴾ على كل حال ف ﴿لو﴾ كان الغاصب مزجها بماله ، ثم أودع الجميع فان أمكن المستودع تمييز المالكين ، رد عليه ماله ومنع الاخر ﴿بلا﴾ خلاف ولا اشكال ﴿وان﴾ لم يمكن تمييزهما ﴿ولو﴾ بالقسمة الاجبارية ﴿وجب﴾ اعادتهما على الغاصب ﴿وفي﴾ الجواهر عند الأصحاب على ما نسبته اليهم غير واحد ، بل عن الغنية والسرائر الاجماع عليه ، تقديماً لاحترام المال المعلوم مالكة ، على غيره الذي لا يمكن معرفته ليرد على صاحبه انتهى .

ولا يخفى انه في غاية الاشكال لاستلزامه تفويت مال محترم لبداهة انه لورد الجميع الى الغاصب لذهب بمال الغير كما فعله او لابل ذهاب مال الغاصب اولى من تلف مال المسروق عنه لانه بسوء اختياره ونفسه كان منشأ تلف مال نفسه ايضا .

وحينئذ ان امكن التمييز ميّزه وان لا يمكن كما لو خلط دهن المغصوب بدهنه والدقيق بدقيقه فمع تساوي القيمتين رد نصف الممزوج الى الغاصب بل مع التفادرت لان النصف من الممزوج مساومع نصف الاخر وصار كل منهما الى حقه والغاصب الى ماله والمغصوب عنه الى وليه من الحاكم .

ولذا قال في المسالك وتبعه عليه غيره وان الاوقف بالقواعد رده على الحاكم مع امكانه ، ليقسمه ويرد على الغاصب ماله ، ومع تعذره يحتمل قوياً جواز تولى الودعي القسمة ان كان مثلياً ، وقدر حق الغاصب معلوماً ، جمعاً بين الحقيقين ، والقسمة هنا اجبارية ، للضرورة ، تنزيلاً للودعي منزلة المالك ، حيث قد تعلق بضمائه ، والمحسبة ، ولو امتزج على وجه لا يعلم القدر أصلاً ففيه اشكال ويتوجه حينئذ ما اطلقه الاصحاب ان لم يمكن مدافعة الغاصب على وجه يمكن معه

الاطلاع على الحق ، ويحتمل عدم جواز الرد مطلقاً امكانه ، الى أن يعترف الغاصب بقدر معين ، أو يقاسم لاستحالة ترجيح حقه على حق المغصوب منه ، مع تعلق الودعي بالحقين انتهى وهو يرجع الى ما ذكرنا بادنى تفاوت .

وكيف كان فلا يجوز رد مال الغير اليه بلا جهة شرعية بل يقدم مال المغصوب عنه والضرر على الغاصب لاقدامه اولاً وعصيانه ثانياً وخلطه بماله نفسه ثالثاً فطريقه النصف او الصلح والرجوع الى الحاكم احوط والا فبنفس الودعي وتفاوت قيمة احد المزجين ان كان من طرف المالك فيدفع بالضرورة وان كان من طرف الغاصب فبسوء اختياره .

الامر الثاني : في موجبات الضمان وما لو فعله كان ضامناً

وينظمها قسمان ، التفريط والتعدي بل قسم واحد ، وهو التقصير وان حصرها بعضهم في ستة وهو من باب المثل وموارد التي 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 او ركوبه او لبس ثوبه او جملة بنظر غيره للرؤية فتلف او جعله في محل البرد او الحر فتلف او اخرجه عند البحر فوقع فيه فغرق او غير ذلك مما يوجب تلف الوديعة او ترك مائه او علفه ونحو ذلك .

ويدل عليه مكاتبة محمد بن الحسن أبا محمد عليه السلام درجل دفع الى رجل وديعة فوضعها في منزل جاره ، فضاعت هل يجب عليه اذا خالف أمره وأخرجها عن ملكه فوقع عليه السلام هو ضامن لها انشاء الله ، ومن المعلوم ان ذلك احد مصاديق ما يوجب الضمان ونحو ذلك ولكن الجميع مبنى على صدق تقصيره في الحفظ والافلا كبعض الموارد متقدمة .

وكيف كان فقد فرق بينهما في المسالك بأن التعدي فعل ما لا يجوز فعله كلبس الثوب ونحوه و أما التفريط و وفي الجواهر فأمر عدمي ، وهو ترك ما يجب فعله من الحفظ ونحوه ، قلت : قد عبر عنه في نصوص الرهن بالاستهلاك والتضييع

ونحو ذلك مما هو أمر وجودی أيضاً ، وان تقوم بعض أفراده بالعدم ، فلا یکفی حينئذ فی اثباته بالأصل كما أشرنا إليه سابقاً ولذا جعل المصنف وغيره من أمثله انتهى .

اقول : تفسير التفريط بامر عدمی مشکل جداً فانه مصدر فرط بالتشديد وهو التقصير والتقصير كما يكون فی الامر العدمی يكون فی الامر الوجودی فانه من فعل فعل ما لا ینبغی صدره مقصر كما ان من ترك فعل ما لا ینبغی تركه مقصر أيضاً فالتعدی والتفريط بمعنی ای صدر من المستودع فعل ما یوجب هلاك الودیعة فهو ضامن كما عرفت فی الحديث من فعل الودیعة فی منزل جاره .

وقدمثل المصنف للتفريط بالوجودی والعدمی والاول ﴿فكان یطرحها فیما لیس بحرر﴾ یدهب عنها ، ولم یبق مراعیاً لها بعینه التي هی حرز أيضاً ولاریب فی أنه وجودی كما فی الجواهر .

نعم قوله ﴿أذ یترك سقى الدابة أو علفها ، أذ یترك ﴿نشر الثوب﴾ مثلاً الذي یفتقر الی النشر﴾ هو امر عدمی كترك ما یخل بحفظه حياة اوسرقة ولكن قد يكون كل منهما دائراً مدار قصد المستودع مثلاً حمله فی السفر كما اذا كان ذهباً او حیواناً فتارة فی قصده حفظه كما اذا كان البلد مخوفاً من النهب او الزلزلة او الحریق فحملة لحفظ الودیعة فتصادف التلف فی السفر فلا يكون ضامناً واخری لا بقصد الحفظ بل عبثاً فكان ضامناً .

وايضاً قد يكون مضطراً الی السفر كحج واجب او خوف او امر ضروری لابد له من السفر ولا وثوق ببقاءه فی دار محله وتلف فلا يكون ضامناً .

وكیف كان فهو دائر مدار القصد ففي كل ما صدق التفريط والتقصير كان ضامناً والأفلا فتارة ان الضرورة تقتضیه ان یبحر كها واخری یبحر كها بلا جهة توجبها ولذا قال ﴿أذ یودعها من غیر ضرورة ولا اذن﴾ فهو ضامن ﴿أذ یسافر بها كذلك﴾ بلا ضرورة ولا اذن ﴿مع خوف الطریق وأمنه﴾ بلا خلاف أجده فيه ،

كما فى الجواهر .

﴿ و ﴾ من التفريط أو التعدى أيضاً ﴿ طرح الاقمشة ﴾ أو الكتب ونحوهما
 ﴿ فى المواضع التى تعفنها ﴾ أو تفسدها مدة تكون به كذلك عادة .
 ﴿ وكذا ﴾ يضمن ﴿ لو ترك سقى الدابة او علفها 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 تسببيه الضمان وهو
 ﴿ مثل أن يلبس الثوب ﴾ مثلاً للانتفاع به أو بلا قصد لأن يلبسه لحفظه
 ﴿ أو يركب الدابة ﴾ كذلك ﴿ أو يخرجها من حرزها لينتفع بها ﴾ .

قال فى الخلاف اذا أخرج الوديمة لمنفعة نفسه مثل ان يكون ثوباً فاراد
 ان يلبسه او دابة فاراد ركوبها فانه يضمن بنفسه الاخراج و به قال الشافعى
 وقال ابو حنيفة بالاخراج لا يضمن حتى ينتفع مثل ان يلبس او يركب انتهى .
 ﴿ نعم لو نوى الانتفاع لم يضمن بمجرد النية ﴾ من دون ان يفعل للأصل وعدم
 صدق الخيانة بالعزم على الانتفاع بها فيما يأتى .

﴿ و ﴾ على كل حال فـ ﴿ لو طلبت منه فامتنع من الرد ﴾ فى اول أدقات
 الامكان الذى هو بمعنى التمكين منها ﴿ مع القدرة ﴾ عقلاً و شرعاً و عرفاً
 ﴿ ضمن ﴾ لانقطاع الاذن بالاستئابة فى حفظها ، وتغيير يد الايمان حينئذ بيد
 العدوان بداهة انه بمجرد قصد المنع قطعت يد الايمان

﴿ وكذا ﴾ يضمنها ﴿ لو وجدها ﴾ 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 آتت بعد الجحود كان ضامناً

﴿ ويضمن لو خلطها بماله بحيث لا يميز ﴾ بلا خلاف لصدق التعدى بالتصرف

الذى لا اذن فيه ، سواء كان بأجود أو مساو أو أردى قال فى الخلاف اذا خلط الوديعة بمال (له) خلطاً لا يتميز مثل ان يخلط دراهم بدراهم او دنائير بدنائير او طعاماً بطعام فانه يضمن سواء خلطها بمثلها او ارفع منها او ادون منها على كل حال و به قال ابو حنيفة و اهل 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 لا يمكنه 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 والايقال كان مثلها اوقيمتها ففيه ما سيأتى مفصلاً ودلائل 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 لا يتميز احدهما عن الآخر والحكم بالضمان مع قطع النظر عن بقاء العين او بدله خلاف العقل والنقل وسيأتى فى جميع هذه الفروع ما يليق بالمقام مثل ان يكون لعدم قدرته حتى لا يختلف عند الرد او لغرض آخر غير العداون والتصرف فلا يكون ضامناً لبقاء الاذن ولو استصحاباً لبقائه .

﴿ وكذا ﴾ الحال ايضاً فيما ﴿ لو أودعه كيسين فمزجهما ﴾ بأخر حتى مع اتحاد المالك ، بل فى المسالك « يمكن ارادة تعميم الحكم بالضمان بمطلق المزج وهو سهل .

﴿ وكذا ﴾ يضمن الامين على الدابة مثلاً ﴿ لو أمره باجارتها بحمل أخف فأجرها لأثقل أو لأسهل فأجرها لاشق كالقطن والحديد ﴾ بلاخلاف ولا اشكال ،

لصدق التعدي والخيانة .

﴿ولو جعلها المالك في حرز مقفل ، ثم أودعها ففتح المودع﴾ اي الذي يقبل الوديعة ﴿الحرز وأخذ بعضها ضمن الجميع﴾ وفي الجواهر لصدق التعدي والخيانة بذلك ، بل قد عرفت تحققهما بالفتح وان لم يكن للاخذ بل ربما قيل بذلك بنية الاخذ وفيه ما لا يخفى .

قال في الخلاف ما هذا لفظه اذا اخرجها من حرزها ثم ردها الى مكانها فان عندنا يضمن بكل حال وبه قال الشافعي وعند ابي حنيفة لا يضمنها الا في ثلث مسائل اذا جرده ثم اعترف به الثاني اذا طلب بردها فمنع الرد ثم بذل ردها الثالث اذا خلطه ثم ميزه فانه لا يزول ضمانه في 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 في ذمته قال ويكون (فيكون) احظى للمودع من الحرز [دليلنا] انه اذا ثبت وجوب الضمان عليه بالتعدي فلا دليل على زوال الضمان بالرد وروى سمرة ان النبي ﷺ قال على اليد ما اخذت حتى تؤدي وهذا قد اخذ فوجب ان يؤدي انتهى .

ولا يخفى ان وجوب الضمان معلق على عدم الرد فانه معه لا ضمان عليه اصلا كما سيأتي ولا ادري ما اراد بقوله وهذا قد اخذ الخ مع قوله بالرد فاذا رد ليس ان يؤدي اولا والثاني كما ترى والاوّل هو جوابه وانه بالرد زال الضمان وسيأتي تمام الكلام في ذلك انشاء الله ﴿ولو لم تكن مودعة في حرز ، او كانت مودعة في حرز للمودع﴾ بفتح الدال ﴿فأخذ بعضها ضمن ما أخذ﴾ خاصة بأخذه وان لم يصره ، لصدق التعدي والخيانة فيه دون غيره ، كذا فسر في الجواهر والظاهر ان المراد انه لو تلف بعد الفتح كان ضامنا لا بمجرد الفتح ولو رده 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 لا ضمان

عليه لكونه امينا والشك في ارتفاع الاذن والاصل عدم الارتفاع .
 و في الجواهر بعده قال و الفتح انما هو في ملكه ، و لأقل من الشك ،
 والاصل بمعانيه عدم الضمان انتهى فالظاهر عدم تمامية قوله ﴿ و لو أعاد بدله
 لم يبرأ ﴾ الامع اجازة المالك ، لعدم صيرورته بدلا بدون قبض المالك وفي كلامهما
 كلام سيأتي ﴿ و ﴾ حينئذ ﴿ و لو أعاده و مزجه بالباقي ضمن ما أخذه ﴾ خاصة مع
 التمييز ، بل الجميع في وجه تقدم سابقاً .

﴿ و ﴾ أما ﴿ و لو أعاد بدله و مزجه ببقية الوديعة مزجاً لا يميز ضمن الجميع ﴾
 وفي 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 الباقي و ان مزجه بحيث لا يميز ، لأن الجميع مال المالك ، غايته أن بعضه
 مضمون ، وبعضه غير مضمون ولأن هذا الاختلاط كان حاصلًا قبل الأخذ وعلى هذا
 لو كان الجميع عشرة دراهم وأخذ منها درهماً ثم ردّها اليها و تلف بغير تفريط
 لم يلزمه الا درهم و لو تلف منها خمسة لزمه نصف درهم ، و هكذا انتهى وهو
 مشكل جدا وسيأتي الكلام في صورة عدم البراء لو اعاده فانظره .

الامر ﴿ الثالث في اللواحق : وفيه مسائل ﴾ اشار اليها المصنف و شارحه
 الجواهر ﴿ الادلى : يجوز السفر بالوديعة ، اذا خاف تلفها مع الاقامة ﴾ و قد
 تعذر الرد الى المالك أو وكيله أو الحاكم أو الايداع الى الامين ، أدلا يرتفع
 الخوف عليها به بل قيل : أنه يجب عليه السفر بها حينئذ و قد عرفت البحث فيه سابقاً
 ﴿ ثم ﴾ انه على كل حال ﴿ لا يضمن ﴾ لعدم كونه متعدياً و مفرطاً في هذا
 الحال ﴿ : ﴾ لكن ﴿ لا يجوز السفر ﴾ بها حينئذ ﴿ مع ظهور أمانة الخوف ﴾
 ضرورة عدم كونه حفظاً لها ، اذ السفر في نفسه مخاطرة ، كما قال النبي ﷺ
 المسافر و ماله على تلف إلا أن يشاء الله

﴿و﴾ حينئذ فـ ﴿لو سافر والحال هذه ضمن﴾ للتعدى والتفريط ، نعم لو فرض كونه في هذا الحال أحرز لها من البقاء ، ارتفع الضمان حينئذ المسألة ﴿الثانية : لا يبرء المودع الا بردها الى المالك أو وكيله﴾ العام او الخاص ﴿فان فقدهما فالى الحاكم﴾ الذى هو ولى الغائب فى حفظ ماله لكن ﴿مع العذر﴾ للوديع كالمعجز عن حفظها ، أو عرض له خوف يفتقر معه الى السير المنافى لرعايتها أو خاف عليها من السرقة او الحرق أو النهب أو نحو ذلك ﴿ومع عدم العذر﴾ لم يجز له دفعها فلو دفعها حينئذ ﴿يضمن﴾ وفى الجواهر لان المالك لم يرض بيد غيره والفرض عدم الضرورة لاجراجها من يده ، فيجب عليه حينئذ حفظها الى أن يجد المالك أو يتجدد له عذر وفى المسالك وهكذا ذكره الاصحاب ولا تعلم فيه خلافاً بينهم ووافقهم جماعة من العامة انتهى ﴿ولو فقد الحاكم وخشى تلفها﴾ مثلاً ﴿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 باعتبار قيامه 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 وكذا الكلام فى المسألة ﴿الثالثة﴾ التى هى ﴿لو قدر على الحاكم فدفعها الى الثقة ضمن﴾ .

ولا يخفى ان الدفع الى الحاكم ان كان بعنوان الوديعة حتى لو ظهر صاحبه اخذه ورد اليه لكان حسناً جداً وان كان بعنوان رد المظالم كاللقطة بحيث يصرفه الحاكم عن صاحبه فلا جرم 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﴾ وهى ﴿اذا أراد السفر فدفعها﴾ فى حرز أو غيره أعلم

بها العدل أولاً ﴿ضمن الا أن يخشى﴾ الودعی ﴿العاجلة﴾ للظالمین لاخذ الودیعة فدفن فوراً خوفاً لاخذهم فانه حينئذ لا یضمن مع تعیننه والوصیة به حیث لا مناص عند عجلة الظالم لاخذ من الدفن فإنه اقرب وسیلة ، لحفظ مال محترم ضرورة انه لولاه لوقع فی ید الغاصبین نعم بدونه یضمن لو تلف مع امکان وصوله بید المالك و الا فلا یضمن فانه بعد فرض عدم القدرة للموصول الی المالك او ولیه الامر یدور بین الدفن وحفظه و بین تركه و وقوعه بید الظالمین والحفظ اولی و یجب فلا ضمان بالدفن حينئذ

المسألة ﴿الخامسة﴾ : لو أعاد الودیعة بعد التفريط ﴿أو التعدی﴾ بان لبس الثوب ثم نزعہ ﴿الی الحرز لم یرأ﴾ من الضمان و لا یخفی ان المسألة غاية الاشکال و لو كانت اجماعیة عند الاصحاب لكنه فی التأمل فیما ذكره محال فانه مع رد الودیعة الی محله کیف یکون ضامنا حیث لا یرتب علیه سوى العصیان

قال فی محکی التذكرة : اذا صارت الودیعة مضمونة علی المستودع اما بنقل الودیعة و اخراجها من الحرز أو بأستعمالها کر كوب الدابة و لبس الثوب أو بغيرها من أسباب الضمان ، ثم انه ترك الخيانة و رد الودیعة الی مكانها و خلع الثوب لم یرأ بذلك عند علمائنا أجمع ، و لم یزل عنه الضمان و لم تعد أمانة و به قال الشافعی ، لانه ضمن الودیعة بعدوان ، فوجب أن یبطل الاستیمان كما لو جحد الودیعة ، ثم أقربها ، وقال أبوحنيفة : یزول عنه الضمان ، لانه اذا ردها فهو ما سک لها بأمر صاحبها ، فلم یکن ضمانها انتهى

ولا یخفی ما فیہ و فی قوله لم یرأ لما مر من ان مقتضى علی الید هو ان یؤدی ما اخذ فلا ضمان بعد ذلك ولو لم یصل الی ید المالك او لم یأذنه ثانیاً لكفاية اذن مالك الملوک كما اذا سرق زید ماله ثم اعاده الی دار مخصوص له بحيث یقطع بوصوله الی یده فلا ضمان له قطعاً اذا المفروض اخذ البعض او الكل

و اعاده الى مكانه فلما ذا يكون ضامنا و ان كان فى لبس مثل ثوب يحصل
النقص فيكون ضامنا لخصوصه للفتاوت بين الصحيح والنقصان
و بالجملة لامحل للضمان بعد اعادة ما اخذ وان صار خائفا بعد الاخذ
و لم يوجد اذن جديد

﴿و﴾ حينئذ لا يلزم قوله ﴿لو وجد المالك له الاستيمان برأ و كذا لو
أبرأه من الضمان﴾ بل فى الصور تين برأ بمجرد عود ما اخذه من الضمان الذى
يتحقق لو تلف و الفرض عدم تلفه اللهم الا ان يكون مقصوده من الاستيمان
الجديد عدم ضمان الباقي لو تلف 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 رد عينها و ان اراد بدون العود الى محله كان ضامنا فهو خارج عن
محل الكلام فانه لو لم يعمده انقطع الاذن فلو تلف كان ضامنا بل لو تلف الباقي
كان ضامنا لانقطاع الاذن و ان اراد لزوم الضمانين بمجرد الاخذ ضمان لنفس
الاخذ ولو اعاده الى مكانه .

اذ حينئذ كان ذمته متأهلا لان يكون ضامنا بالمثل او القيمة و لو لم
يكن لاجل العود فللمالك ابرأ هذه الاهلية للضمان و بالتالى وهو نفس التلف
الذى لم يقع فاحد الضمانين و هو اهلية العفو عنه برأه المالك فهو كما ترى
لان البراءة من ضمان فرع ثبوته افلا ترى 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 الابد مثلها او قيمتها و الفرض
ان الودعى رد عينها فيكون قد اسقط عنه مؤدى على اليد برد العين و بذلك

ظهر فساد ما فى الجواهر تبعاً للقوم حيث قال بعد قول المصنف وكذا لو أبرأه من الضمان ولكن فيه اشكال بعدم دليل صالح اقطع أصالة الضمان ، ضرورة عدم ثبوت مال فى الذمة يكون مورداً للإبراء فان المراد من الضمان اشتغال ذمته لوتلف بالمثل أو القيمة ، فهو كما لو كان للغاصب أبرأته من ضمان المال المغضوب فى يدك ونحوه مما هو ابراء عمالم 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 شىء حتى يصح الإبراء عنه فلا يتم ما افاد المصنف بالابراء وأنت اذا تأملت فى هذا الكلام تعرف فساده وان الإبراء يتوقف على اشتغال الذمة فاذا لم يكن الذمة مشغولة بالمثل او القيمة لا ضمان حتى يتبرأ عنه فنقول فاذا لم يتعلق ضمان لذلك فمن اى شىء 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 للإبراء الذى ذكره المصنف فاذا لم يكن الضمان قابلاً للإبراء فكان ثابتاً ففرضهم من ذلك اثبات الضمان .

قلت نعم لكنهم لا يتوجهون بان عدم كونه قابلاً للإبراء لاجل عدم وجوده اذا الإبراء فرع التحقق واذا لم يكن لم يكن اصلاً لا انه كان ولم يكن قابلاً للإبراء فكما لا يصح الإبراء عنه لا يصح اثباته على الذمة فلا يكون الذمة مشغولة بالمثل او القيمة وانما تشغل الذمة فى صورة التلف وهو خلاف الفرض فقول الشارح بعدم الدليل الخ لعجيب .

وليت شعري اى دليل دل على الضمان بعد العود فان اريد به حين أخذه فلم يتعلق على الذمة مثله او قيمته وعينه رد على الفرض فاى شىء اراد المصنف

بقوله لو أبرأه من الضمان الا في صورة تجدد الاستيمان ان وقع ما اخذه بيده او يدوليهِ او قيل بكفاية العقد ثانياً .

ضرورة انه ليس شيء في البين حتى يكون قابلاً للابراء وكذا ليس شيء قابلاً للثبوت كما في الجواهر لان الضمان متعلق بعدم تأدية اليد والتأدية حاصلة اذ الفرض رد ما اخذ الى الحرز فلا شيء يتعلق به الضمان .

فما اراد شارح الجواهر بقوله بعدم دليل صالح لقطع اصالة الضمان حتى يُسد عدم الدليل بدعوى الضرورة بعدم ثبوت مال في الذمة يكون مورد للابراء فالابراء لا محل له فالابراء على زعمه باطل لعدم وجود مثل او قيمة حتى يصح الابراء فالضمان بحاله وقد عرفت اذا لم يكن ما يوجب الابراء وهو اشتغال الذمة فالضمان لما ذا .

وقد اعترف قده بالحق من غير توجه وحاصله ان الذمة غير مشغولة بالمثل او القيمة حتى صح الضمان و لم يتوجه بانه حينئذ لاشيء يوجب الضمان اصلاً فيرتفع موضوع الضمان .

والعجب انهم ذكروا وجه الضمان بما كان لا يليق بأن يسطر اذا المالك لاحق له سوى ما عين له الشارع ^{عليه السلام} وهو رد نفس العين او بدائها وبدونه لاحق له اصلاً بداهة عدم حقين للمالك وعدم ضمانين له لاعقلاً ولا شرعاً فما افيد في مقام الجواب غير مفيد ومن العجيب اتيان الدليل عليهم بقولهم .

و يدل على أن المراد من الضمان هو المعنى الاول أنهم يحكمون عليه بمجرد العدوان ، فيقولون صار ضامناً ، ولو فعل كذا ضمن ونحو ذلك ، مع أن لزوم البديل لم يحصل بذلك ، وانما حصل قبول ذمته له ، وهذا معنى زواله بالبرائة بل هو متعلق البرائة انتهى .

فانه ايضا احد افراد المقام في الفساد وليس دليلاً صح الاعتماد عليه بل على فسادها قالوا هو العقل الحاكم بان للشئ غرامة واحدة والعجب اجماعهم

على هذا الامر الباطل .

قال العلامة فى القواعد [فلورود الودیعة الى الحرز لم یزل الضمان مالم یجدد الاستیمان] وفى مفتاح الكرامة بعده قال اجماعاً على الحكم بالضمان عند عدم تجدد الاستیمان كما فى التذكرة كما سمعته آنفاً وظاهر المبسوط والغنية واجماعاً فیها ای فى التذكرة ایضاً على زواله ای الضمان وعوده امیناً اذا اعادها الیه ثم جدد له الاستیمان ولم یحك الخلاف فى الاول الاعن ابی حنیفة قال لانه مأمور بالحفظ فى جمیع الاوقات فاذا خالف فى جهة منها ثم رجع وعاد الى الحفظ كان ممسكاً على الوجه المأمور به ای كان ماسكاً بامر صاحبها ینقض علیه بما اذا جدها ثم اقر بها وبما اذارد السارق السرقة الى موضعها وبالحکم المذكور هنا صرح فى المبسوط والخلاف وغیرهما .

فقد ظهر ان لاختلاف بین المسلمین فى تحقق الاستیمان بان یدفعها الى المالك ثم یمیدها الیه امانة وقد سمعت دعوى الاجماع على ذلك بل لاشبهة فیہ كما فى المسالك یتحقق ایضاً بان یجدده له من غیر ان یدفعها الیه بان یقول له اذنت لك فى حفظها او اودعتك اياها او استأمنتك علیها ونحو ذلك كما فى المبسوط والغنية والسرائر والشرايع والتذكرة والتحریر وجامع المقاصد لان الضمان انما كان لحق المالك وقد رضى بسقوطه باحدائه ما یقتضى الامانة .

ویمکن بناء ذلك على ان الغاصب اذا استودع هل یزول عنه الضمان ام لا وقد تقدم لنا فى باب الرهن ان زوال الضمان فى ايداع الغاصب مختار جماعة کثیرین بل استظهرنا انه لیس محل خلاف وفى الوسيلة فیما نحن فیہ انه لا یزول الا بالرد وهو شاذ على الظاهر وأستشکل فى المسالك والكفاية لعدم المنافاة بین الودیعة و الضمان مع عموم قوله صلى الله علیه وآله وسلم على الید ما اخذت حتى تودی .

وفیه انه قد اقام یده مقام یده وجعله وکیلا فى حفظها وقبضه لمصلحته

فكان المال بمنزلة ما اذا كان في يد المالك فلا ضمان 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 له ابرئتك من ضمانها ونحو ذلك كما في التذكرة وجامع المقاصد وما يأتى في الكتاب في فصل الاحكام ولا ينافى ما هنا بهذا التقرير كما ستعرف ويبرأ من الضمان بذلك كما في المبسوط والخلاف والغنية والسرائر والشرائع والتحرير والتبصرة وهما متلازمان لان الضمان كان لحق المالك وقد اسقطه كما لو حفر بئراً في ملك غيره عدواناً ثم ابرئه المالك من ضمان الحفر لكنه في ديات التحرير تأمل في هذا النظر .

نعم قالوا لورضى بالبئر بعد الحفر العدواني سقط الضمان والمصنف في رهن الكتاب وولده الشهيد وابن سعيد والكر كى قالوا انه لو ابرء القاصب عن ضمان الغصب لم يبرأ ولا نصير يده يد امانة لان معنى الضمان ان العين لو تلفت وجب عليه بدائها والحال انها الان لم تلتف فيكون الابراء مما لم يجب (واجيب) من قبل الشيخ في المبسوط والمحقق في الشرايع والمصنف في التحرير بان الضمان المسبب عن التعدى معناه جعل ذمة الودعى متعلقة بالمالك على وجه يلزمه بدل المال له على تقدير تلفه ولزوم البديل ثمرة الضمان وفائدته لانفسه والساقط بالابراء هو الاول والثاني انتهى .

ونظيره عبارة المسالك قال فيه الى ان قال : و يمكن بناء ذلك على ان القاصب 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 في الفرض المذكور فلا يزول الضمان السابق بتجدد ما لا ينافيه مع عموم قوله فيما لو اعاده ما اخذه فهل يضمن اولا على اليد ما اخذت حتى تؤديه ومن انه قد اقام يده مقام يده وجعله وكيلا في حفظها وذلك يقتضى دفع الضمان وقد سلف البحث في نظايرها في مواضع

كالرهن والقراض .

والاقوى هنا زوال الضمان لان المستودع نائب عن المالك فى الحفظ فكانت يده كيده وقبضه لمصلحته وكان 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 ويمكن دفعه بان الضمان المسبب عن التعدى معناه جعل ذمة الودعى متعلقة بالمالك على وجه يلزمه بدل المال على تقدير تلفه لازوم البديل ثمرة الضمان وفائدته لانفسه والساقط بالابراء هو الاول لا الثانى .

ويدل على 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 البديل لم يحصل بذلك وانما حصل قبول ذمته له وهذا معنى يمكن زواله بالبرائة بل هو متعلق البرائة واما نفس البديل فلا يعبر عنه بالضمان والبرائة اذا تعلقت به فانما يكون من نفس المال لامن الضمان الثابت بالعدوان انتهى .

اما قوله قدح ويمكن بناء ذلك الخ فقير خفى ان الغاصب اذا غصب اموالا كالدراهم والدينار ثم ندم على ذلك وقال للمالك كان ما غصبتك وديعة عندي 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 ان بعد الندامة وعود ما اخذه الى مكان

كان كالمغاصب اذا استودع فلم يكن احدهما ضامناً بعد استدعاء الوديعة واعادة ما اخذه الى مكانه فلاظن فيهما اشكالا اصلاً تدبر فيما ذكرنا حتى لا يرد 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 الودعي متعلقة بالمالك على وجه يلزم بدل المال على تقدير تلفه نقول لو سلم جميع ذلك فأخذ بلازمه وهو قوله على تقدير تلفه ولازمه انه لو لم يتلف لم يكن ذمة الودعي مشغولة بالمالك وهو واضح عند من له ادنى تدبر فاذا قال المتكلم اعط فلان اذرها ان جائك او ان سلم عليك مفهومه عدم الاعطاء لو لم يجئى اولم يسلم عليك تدبر فيه فانه اذا لم يرد اشتغل ذمته للمالك لاما اذا ردّه .

ثم قال بعده متصلاً بكلامه وازوم البديل ثمرة الضمان وفائدته لانفسه الخ نقول وظاهر هذا مامر من ازوم ضمانين فمن سرق ما لا قد تعلق ذمته للمالك مرة بمجرد اخذ هذا المال ولورده مرة بعدم رده الى المالك فحينئذ ازم الضمان ثانياً فلورده انتفى الثانى وبقي الاول وهو نفس الاخذ الذى سبب لاشتغال ذمته للمالك ولو مع 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 للمناظرين فيها والمسألة كثيرة الوقوع فى كل مورد يكون مال لاحد عند آخر بلاوجه شرعى ثم جعله باذن المالك رهناً او وديعة او عارية وغير ذلك .

فلا يصغى بما قيل او يقال بما ايضا حاصله بان لزوم البديل وهو الاول ثمرة الضمان وفائدته لانفسه و ليس فى كلماتهم سوى المقام تصريح بان البديل ثمرة الضمان بل يقولون لو اخذ وتلف لزم على الآخذ البديل مثلاً او قيمة كيف والالزم كون امر الوديعة مع امانة الودعي اشق واصعب من السارق والمغاصب كما عرفت وان

الفاصل او قبل ما عنده وديعة ورضى المقصوب عنه صار المقصوب وديعة من دون اشكال فكما ان الفاصل لو تلف في يده بعد الاستيداع لم يكن ضامنا فكذلك العاصي بامر الوديعة واخراجه عن محله لو تاب واعاده الى محله قبل تلفه لم يكن ضامنا فالفاصل والمتعدى في امر الوديعة كلاهما لو تلف في يدهما قبل الاستيداع وقبل الرهن وقبل عود الوديعة كان ضامنا وبعدها لم يكن ضامنا لانقاء موضوع الضمان :

ومما ذكرنا يظهر ما في 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 الشافعي انه لا يزول لان بالابراء لا يزول الضمان الا ان يردها عليه ثم يتسلمها من الرأس وفي 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 يصحبها اذا لم يسقط بردها اخذ وبعد الرد لا يبقى له حق ويعلم منه فساد قوله فيه ايضا قال اذا تعدى في الوديعة يضمنها فاذا ردها الى حرزها لم يزول الضمان عنه الا ان يردها على المودع او حدث استيمان آخر مجدد وبه قال الشافعي وقال مالك وابو حنيفة ان ردها الى حرزها زال الضمان .

[دليلنا] ان بالتعدى قد ضمن واشتغلت ذمته بها فمن ادعى (برائة الذمة) برائتها بردها الى حرزها فعملية الدلالة انتهى .

ولقائل ان يقول اذا لم يسقط الضمان بردها اخذها فما حال مالم يرده فهل عليه حينئذ ضمان واحد فلزم رده و عدم رده متساويان و ان كان حينئذ عليه ضمانان ضمان للاخذ و ضمان لعدم الرد فلزم ان يكون للاخذ بدون قصد الرد بدلان ولا يتصور شيء واحد بدلان لاعقلا ولا شرعا : اذا اودعه دراهم او دنانير

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 ديناً في ذمته فهو احظى للمودع من الحرز .

[دليلنا] انه ضمن بالاخذ بلاخلاف وزوال الضمان عنه بالرد يحتاج الى دليل انتهى والدليل حتى يؤدي والغرض رد الدراهم والدينار الى مكانه. فان قلت الدليل استصحاب بقاء الضمان الحاصل بمجرد التصرف في الوديعة اخذاً ركوباً لبساً تقييراً والاصل بقائه، قلت الاستصحاب يرتفع بالرد حيث قال ^{الاصلا} لانقض 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 ما ردها الى الحرز كي يجب رد البديل 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 البديل ثمرة الضمان لانفسه كلام لا محصل له خصوصاً 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 التكرامة وغيرهم .

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 فيقواون صار ضامناً ولو فعل كذا ضمن ونحو ذلك مع ان لزوم البديل لم يحصل بذلك وانما حصل قبول ذمته له وهذا معنى يمكن زواله بالبرائة واما

نفس البديل 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 غير اسمه بالفائدة ومرة بنفس الضمان لو لم يعد .

ومن العجيب قولهم ان لزوم البديل يحصل وانما حصل قبول ذمته له مع ان قبول الذمة فرع حصول لزوم البديل فاذا لم يحصل البديل لاجل عدم فوته كيف يقبل ذمته له فانه اشتغال لمالم يحصل فكيف يصح القول بان البديل لم يحصل وذمته يقبل مالم يحصل .

وبالجمله ان الاجماع على فرض حجيته انما يكون حجة اذا لم يكن على خلاف العقلي كما هنا ان كون الجريمتين لشيء واحد على خلاف العقل والنقل الا اذا نشأ من جريمة واحدة جريمتا متعددة وهو هنا مفقود و كيف كان فهذه الشدة لايناسب المقام وقول المصنف ولو اعاد بدله لم يبرأ و قول شارحه الامع اجازة المالك فان المفهوم منه تصديق المصنف بانه بدون اجازة المالك لم يبرأ والفرض انه اعاد ما أخذه الى الحرز ففي غاية الاشكال .

ثم انه في الحدائق بعد حكاية ما تقدم في اول المسألة عن التذكرة قال لم اقف لهم (رضوان الله تعالى عليهم) على دليل في المقام ، سوى ما يظهر من كلامهم من الاخذ بالاستصحاب مضافاً الى دعوى الاجماع كما سمعت من كلام العلامة وقد عرفت ما في الاستصحاب انتهى .

ولا يخفى انه مع عدم الدليل على الضمان كان الدليل على عدم الضمان موجود وهو خبر الخثعمي عن الصادق عليه السلام قلت له : الرجل يكون عنده المال وديعة يأخذ منه بغير اذن صاحبه فقال : لا يأخذ الا أن يكون له اذن ، قال : قلت : أرايت ان وجد من بضمنه ، ولم يكن له وفاء وأشهد على نفسه الذي يضمنه يأخذ منه ؟ قال : نعم ، وما رواه ابن ادريس في مستطرفات السرائر عن جامع

البنزطى «قال سألته عن رجل كانت عنده ودیعة لرجل فاحتاج اليها هل يصلح له أن يأخذ منها وهو مجمع على ان يردها بغير اذن صاحبها؟ قال اذا كان عنده وفاء فلا بأس أن يأخذ ويرده» ورواه الحميرى فى قرب الاسناد عن على بن جعفر عن أخيه عليه السلام «قال: سألته» الخبر وفى الحدائق بعد نقله قال و بمضمون ذلك أخبار أخر قد تقدمت فى المسئلة السابعة من المقدمة الرابعة من كتاب التجارة والتقريب فيها أنها ظاهرة فى أنه لا يخرج بهذا التصرف عن كونه أميناً لكون تصرفه جائزاً .

وقال ابن ادريس - بعد ايراد خبر البنزطى المذكور - قال محمد بن ادريس لا يلتفت الى هذا الحديث ، لانه ورد فى نوادر الاخبار ، والدليل بخلافه وهو الاجماع منعقد على تحريم التصرف فى الودیعة بغير اذن ملاكها ، فلا يرجع 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 فى الموضوع المشار اليه ، والحكم ليس منحصرأ فى هذا الخبر ، و قد تقدم الكلام أيضا فى المناقشة فى بعض الموارد المذكورة انتهى قد عرفت بعد ما ذكره الاصحاب من الضمان بمجرد فتح الباب من العرز او اخذ شىء منه مع رده اليه فان كان مرادهم من الضمان عدم الرد فهو حق فانه ضامن لما اخذه لا الجميع وقد عرفت ما قيل او يمكن ان يقال من عدم التمامية واعجب من ذلك رد النص الوارد فى خصوص المقام بل العجب من ابن ادريس حيث انه مع انه رواه فى المستطرفات قال لا يلتفت الى هذه الرواية .

ثم جعل الدليل على خلافه هو الاجماع مع ان مدرك جميع المعجمين هو الاخبار وليس مسألة فى جميع المسائل من اول الفقه الى باب الديات كان دليلها الاجماع من دون رواية اصلاً الا شاذاً مع ان الكلام هو فى حجية مثل هذا الاجماع حيث ان حجية الاجماع ليس الا من حيث كشفه عن قول المعصوم

والكشف لا يمكن الوجود الاخبار الا اذا كشف قول المعصوم من طريق النوم او في العبور وتشرف الفقيه بحضرته ارواح العالمين له الفداء .
وهو لا يتحقق لاحد الا نادراً ايضاً مع عدم القطع لغيره لو ادعاه كذلك فلو لا الاخبار لا وجود للاجماع الالمامة العمياء الذين جعلوا نفس الاتفاق على شيء هو الاجماع من دون الاحتياج الى قول الامام كى يتم مدر كهم على الحجية لائمهم واما عندنا فلو لا كشف الاجماع عن قول الامام لاحجية له اصلاً وحينئذ لا يكون الاخبار التى مدرك حجية الاجماع الا اخبار واحد وهو عندهذا القائل ليس بحجة اصلاً مع ما عرفت مناً مكرراً ان الاجماع الاصطلاحى هو اتفاق الكل لا الرؤساء المدونين للمكتب فكم من الرجال المحققين فى اقطار العالم . ولم يكن له اسم ولا رسم وكلهم صاحب الرأى والفتوى وجليل القدر والمنزلة وكان رأيه على خلاف الاجماع و لم يطلع عليه احد فكيف يكون الاجماع الذى اتفاق الكل متحقق .

وكيف كان فمن اعجب العجائب رد الاخبار الاحاد اعتماداً على الاجماع الذى حاله كما يراه فلا يفيد الاجماع الا ان القوم متفق الرأى اما كونه حجة فلا فكم من المتحدين فى الرأى وكان حكمهم واتفاقهم على خلاف بعض آخر كمسألة منزهات البئر للمنجاسة بالاجماع عند المتقدمين والاجماع على الطهارة عند المتأخرين .

وكيف كان فالاشكال بالروايات فى غير محله نعم قد يشكل عليها بانه اذا اخذ لشراء شيء منه ام يقع لنفسه لان المال للمالكه 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 في الغاصب .

واما لو كان من قصده الوفاء كما هو صريح الرواية فلا يكون غصباً ولا يقع للمالك بل لنفسه ويتعلق ذمته ببذله من رد مثله وهذا سر قوله عليه السلام ان كان من قصده الوفاء فوقع المعاملة باجازه المالك الحقيقي وقوله في الجواهر ضرورة عدم اقتضاء عقد الوديعة الوكالة في القرض والاستيفاء فانه اجتهاد في مقابل النص وعدم العمل على زعمه لاصل هذا الامر الموهوم في ذهنه فلا اشكال في الرواية ايضاً .

وكيف كان فقولهم **عَلَيْهِ** ان كان من قصده الوفاء يكون صريحاً في عدم الضمان لو رده بعينه الى مكانه من دون نقص حاصل فيه من دون ان يرد الاشكال المذكور فان اذن الائمة **عَلَيْهِ** كاف في صحة المعاملة لنفسه فانهم **عَلَيْهِ** مالك الملوك والمالك الحقيقي وكان جميع الامورات باذنهم والسلطان الحقيقي الذي هو الرب تعالى قد فوض امر جميع الكائنات الى نبيه **صَلَّى** فكل ما صدر عنهم **عَلَيْهِ** صدر عنه **صَلَّى** و كل ما صدر عن **صَلَّى** صدر عن الله فنفس قوله **عَلَيْهِ** فلا بأس في سؤال قوله فاحتاج اليها هو اذن واجازة للمالك بالادلوية .

فلا يتوقف الى ازيد من قصده الوفاء و العود و يؤيده ما ورد في التجارة بمال اليتيم مع انها مشتملة على البيع والشراء والله العالم .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ لموا كرهه على دفعها الى غير المالك ، دفعها ولا ضمان ﴾ وفي الجواهر قال دفاقا للمشهور نقلا ان لم يكن تحصيلا ، اضعف المباشرة وقوة السبب ، ولاصاله البراءة ، وللضرر بترك التسليم ، فيباح له شرعاً ، ويكون مندرجاً في نبوى الرفع ، المقترضى رفع الحكم وضعماً وتكليفاً لا ما خرج ، خلافاً للمحكى عن أبي الصلاح ، فأوجب الضمان لكونه متلفاً ، اذ القرض أنه باشر الدفع بنفسه ، لأن المكره باشر الأخذ فيشملة عموم من أنلف ، ونحوه ، وان كان له الرجوع

على المكره باعتبار قوته ، فقرار الضمان عليه انتهى .
وقد عرفت الكلام فيه مفصلاً فراجع الى ما تقدم آنفاً .
المسألة * السادسة اذا أنكر الودیعة أو اعترف وادعى التلف أو ادعى الرد ،
ولا یبینه ، فالقول قوله * .

وفي الجواهر بلا خلاف ولا اشكال في الاول ، لعموم البينة على المدعى
واليمين على من انكر ، وعلى المشهور في الثاني شهرة عظيمة كادت تكون اجماعاً ،
سواء أسنده الى سبب أو لا ، وسواء كان ظاهراً كالغرق والحرق ، أو خفياً كالسرقة
و نحوها ، بل في التذكرة نسبتته الى علمائنا ، بل لم يحك الخلاف فيه الا من
الشيخ في المبسوط ، فلم يقبل قوله لأبالبينة في التلف بأمر ظاهر ، لعموم البينة ،
لكن رماه بعضهم بالشذوذ ، والعموم المزبور يجب تخصيصه بالأجماع الظاهر ، أو
المحقق المحكي أو المحصل انتهى .

اما الاول فلا كلام فيه لانه منكر وعلى المالك البينة وبدونها يحلف المودع
واما الثاني ففيه اشكال لانه مدع والمالك منكر عكس الاول فالقول قول المالك
وعلى المودع البينة و كذا لو ادعى الرد فعليه البينة ففي الاخيرين القول قول
المالك وعلى المودع اقامة البينة لقوله البينة على المدعى واليمين على من انكر
والقاعدة مسلمة بين الفريقين والاجماع . ضافا الى عدم قوته للمخصصة ان القاعدة
آبية عن التخصيص فالقوى هو قول المالك لكن وجه قول المشهور كون الامين
لا يكون خائناً وانه كل شئ قاله لزم العمل على طبقه فان الامين خلاف الخائن
ولذا لا يمين ايضاً عليه فيحرج عن قوانين القضائية تخصيصاً للقاعدة فاحكام
الدعاوى لا تجرى في حق الامين و يؤيد ما ذكرنا من عدم اجراء قواعد القضاء
في الامين ان الامانة مانعة من خلاف الواقع فانه يخرج عن الامانة ولانه محسن
في قبول الودیعة ولا سبيل على المحسنين فانه قبل المال لصالح المالك و عدم
تلف ماله فلا ينبغى اجراء القواعد في حقه و يؤيد عدم اليمين عليه ان اليمين

للاطمينان عليه وهو حاصل في الامين بدون اليمين .
وقد «سئل الصادق عليه السلام عن المودع اذا كان غير ثقة هل يقبل قوله ؟ قال :
نعم ولا يمين عليه» قال : وروى في حديث آخر أنه قال : «لم يخنك الامين ولكنك
اتتمنت الخائن» وقال في كتاب من لا يحضره الفقيه مضى مشايخنا (رضى الله عنهم)
على أن قول المودع مقبول ، فانه مؤتمن ولا يمين عليه .
ومنها مارواه في الكافي عن مسعدة بن صدقة عن أبي عبدالله عليه السلام قال :
ليس لك أن تتهم من اتتمنته ، ولانا من الخائن وقد جربته .
ومارواه في قرب الاسناد عن مسعدة بن صدقة عن أبي عبدالله عليه السلام قال :
ليس لك أن تأتمن من خانك لا تتهم من اتتمنت .
وعن مسعدة بن زياد «عن جعفر بن محمد عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وآله قال
ليس لك أن تتهم من اتتمنته ، ولانا من الخائن وقد جربته .
وفي الحديث بعد نقلها قال والتقريب في هذه الاخبار أن منشأ اليمين انما
هو الاتهام له ، وعدم تصديقه ، وقد نهوا عن اتهامه . فلوجه اليمين حينئذ بل
يجب تصديقه وقبول قوله من غير يمين ففي 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 اتتمنت الخائن
فانها ظاهرة في أنه لا يجوز له أن يخونه ، وينسبه الى الخيانة بعد اعتقاد كونه
أميناً ، وايداعه لذلك انتهى .
وعلى ذلك كان الامين خارجاً عن اجراء المدعى والمنكر في حقه لمكان
الاطمينان على قوله من غير احتياج باليمين .
ومن الروايات منها مارواه في الفقيه مرسلاً قال : وروى أن رجلاً قال
للصادق عليه السلام اني اتتمنت رجلاً على مال او دعته عنده فخائني وأنكر مالي ، فقال
لم يخنك الامين ولكن اتتمنت أنت الخائن» ورواه الشيخ أيضاً مرسلاً .

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 قديكون خائنا وليس كالعذالة التي يضرها الخيانة بل قبوله الودیعة ليس في جميع الادقات للاحسان .

بل قديكون للخيانة وجعل القبول وسيلة للغصب وليس علم بما في ضمير الاشخاص والامين الواقعي لا يخزن 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 كالمثلف ومن كونه مدعياً فافتقر الى البينة وظاهره التوقف وانه ليس المسألة اجماعية ونحوه المحكى عن المسالك حيث جرى على ما جرى 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 ﴾ وايداه في الجواهر بقوله بأصول المذهب وقواعده مع ان اصول المذهب على خلافه فان الودعي يدعى 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 الودعها الى غير المالك وادعى الاذن ﴾ من المالك في ذلك ﴿ فأنكر ﴾ المالك فلا ريب ﴿ فـ ﴾ ان ﴿ القول قول المالك مع يمينه ﴾ لان الفرض انه مدع للاذن والمالك منكروه فالقول قوله مع اليمين وعلى المدعى اقامة البينة

لقوله البينة على المدعى واليمين على من انكر، فيكون على طبق القوانين القضائية ولاظن الفرق في ذلك بين ادعاء الاذن من المالك بين ادعاء الرد او التلف . وما ذكر في ان الامين غير خائن فلاحلف ولايبنه عليه جارفي ادعاء الاذن في الدفع الى غير المالك وما يرد عليه من احتمال الخيانة جار فيه ايضا فالظاهر اجراء قوانين القضاء في الكل ولو في ادعاء الرد او التلف كما عن الشيخ في ادعاء الرد ولزوم حمل الاخبار على ان الامين الواقعي لا يخون وعدم العلم بذلك يكون مجوزاً للدخول في المسألة الا اذا علم بحال الامين واقعا فلان منافاة بين الاخبار واجراء القواعد على المسألة ﴿ولو صدقه﴾ أى المالك ﴿على الاذن﴾ وأنكر التسليم فالقول قوله لانه منكر وعلى الودعي اقامة البينة على التسليم .

واما لو صدقه على التسليم أيضا 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 الوديعه على الاخفاء .

المسألة ﴿السابعة﴾: اذا اقام المالك البينة على الوديعه بعد الانكار ﴿من المستودع كما اذا انكر الوديعه فاقام المالك البينة عليها فشهدت البينة بوقوع الوديعه﴾ ﴿فصدقها﴾ المنكر البينة بدفع الوديعه ﴿ثم ادعى﴾ المنكر بعد تصديقه ﴿التلف قبل الانكار﴾ اى قال المنكر قبل انكارى قد تلف وان انكارى من حيث التلف لامن حيث اصل الوديعه وان كان بصورة انكار اصل الوديعه لكن مرادى بذكر الوديعه هو تلفه خوفا من عدم قبول التلف فهل يسمع قوله لعدم الفرق من حيث السماع بين كون دعواه انكار اصل الابداع او قبوله ويدعى التلف حيث ان كليهما سواء فى براءة ذمته عن الوديعه عند المشهور كما مر او ﴿لم يسمع دعواه﴾ لانه منافية لانكاره كما من شارح الجواهر لعدم المنافاة كما عرفت بين انكار الاصل او تلفه لكونهما مسا وفي النتيجة بل من حيث انه دعوى التلف كان مدعىا والمدعى لا يقبل 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 بالضمن﴾** لاقراره بالضمن الذى يستفاد من دعواه التلف فلا بد من خروجه من الاشتغال و لكن فى المتن **﴿ولو قيل تسمع دعواه و تقبل بينته كان حسناً﴾** .

و فى الجواهر لعموم قوله و البينة على المدعى و لجواز استناده الى النسيان بل عن الفاضل فى التذكرة اختياره ، كما عنه فى المختلف أنه لا تسمع يمينه ، ولا تقبل بينته ، لكن له احلاف الغريم ، وهو نوع من سماع دعواه ، فيكون فى المسألة أقوال ثلاثة الا أنه لا يخفى عليك ما فى الاخيرين المنافين لاصالة عدم النسيان انتهى و لا يخفى عدم بعد للنسيان فيرجع الى اقرار الايداع و تلقه بعده و يقبل قوله لامانته و الله العالم .

المسألة **﴿لثامنة اذا عين له حرزاً بعيداً عنه و جبت المبادرة اليه بما جرت العادة﴾** فى المسارعة للوصول اليه ، **﴿فان اخر﴾** عن ذلك **﴿مع التمكن﴾** .
 و فى الجواهر عقلاً و شرعاً بل و عادة على معنى مراعاة المبادرة اليه عادة نحو ما سمعته فى فورية ادائها عند طلب المالك لها **﴿ضمن﴾** بلا خلاف و لا اشكال فيما تلف لاجل المخالفة لخروجه عن الاستيمان و الافلاشىء عليه سوى العصيان فى التأخير بدون العذر فلا ضمان الا فى التلف او النقص الموجب للارش فاذا لبس الثوب مثلاً فيحتاج الى الغسل ضمن الفرق بين المغسول و عدمه لا ضمان للباس و لو لم يتلف **﴿ولو سلمها الى زوجته﴾** او ولده او خادمه او غيرهم **﴿لتحرزها﴾** و لو فى ذلك المكان **﴿ضمن﴾** لو تلف لا لعدم الاذن 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 مضطراً الى التسليم كما هو كذلك في امثال تلك المقامات فالضمانة مشكلة ح لعدم الفرق في حفظها بين كونه بيده او يد غيره مما كان محل وثوق عنده و خصوصاً فيما كان لخوف التلف السامى او الارضى كالغرق و الحرق .

و كيف كان فكلما صرح في تلك الفروعات بالضمان مبنى على التلف وبدونه لاضمان اصلا .

فان قلت فما ذا يريدن الاصحاب بالضمان في تلك الفروع قلت ظاهرهم ارادة البدلين ولا يصح الا ان يراد بالضمان ضمان التأهلى بمعنى ان الودعي لو خالف في امر الوديعة لكان ذمته متأهلة للضمان لو حصل سببه وهو التلف و ح كان على اليد جارية في حقه لعدم التأدى فبمجرد المخالفة كان لسان حال الدليل انه لو تلف لكانت ذمتك مشغولة وبغير هذا المعنى لا يحصل لما قالوا تدبر .

فان قلت فكيف يصح لمخالفة جميع الاصحاب .

قلت لامناص من ذلك لو كان قواهم 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 مثلاً 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 التكللى و ليس 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 مهية للضمان لو تلف فلا معنى . لغيره اصلا .

نعم ان مجرد التصرف بنحو من انحائه فى شىء جعله فى معرض التلف و فناءه و اعجب من جميع ذلك ما نقله الشيخ فى الخلاف عن ابي العباس قال

فيه اذ انوى ان يتعدى لا يضمن بالنية حتى يتعدى واختلف اصحاب الشافعى على وجهين فقال بعضهم مثل ما قلناه وقال ابو العباس انه يضمن بنفس النية لان نية التمدى تعد انتهى .

و فيه ما لا يخفى على احد من الناس ولازمه نية كل معصية معصية .
 المسألة ﴿ التاسعة ﴾ : اذا اعترف بالودیعة ثم مات و ﴿ لكن قد ﴾ جهلت عينها قيل : تخرج ﴿ الودیعة قيمة أو مثلاً ﴾ من أصل التركة .
 وفى الجواهر على نحو غيرها من الديون لتحقق ضمانها بعدم تعيينها المصير لها بمنزلة التالفه انتهى هذا اذا كان الجهل بمكانه مع العلم بوجوده و مقداره فيخرج مقداره و يدفع الى صاحب الودیعة و اما علم بوجودها لكنه لا يعلم مقدارها و مكانها فكيف يخرج من التركة مع انه يتوقف على العلم بمقداره و ليس كالحمل الذى يعين له سهم الذكر حتى يعود الى التركة لو كان انثى لامكان ان لا يعلم رأساً و كيف كان فلعل ظاهر المتن كون الودعى جاهلاً بعينها و ذلك لامكان جعل الواو للحالية اى مات و الحال انه جهلت عينها ففى حال الموت كان جاهلاً بعينها و مقدارها .

و ظاهر الجواهر كون الودیعة متعددة عنده و ح كان الجهل بنفس ما يكون للمالك لكنه بعيد بل الظاهر كونها و دیعة واحدة عنده و القدر المتيقن كونها مجهولة اما مقداراً او مكاناً بل عيناً لو كان غيره ايضا و لم يعلم ايها و المسألة من حيث الجهل بها مشكلة فما قيل من خروجها قيمة او مثلاً 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 . مقدارها و الا يوجب الاسترضاء بدفع مقدار اليه و طلب الحلية و الصلح معللاً بعدم العلم بذلك لو كان و الا يدفع الى الحاكم و العجيب احتمال اصالة البرائة كما حكى عن الشهيد فى شرح نكت الارشاد فى احد شقى التردید حيث انه بعد قول المصنف .

(ولومات ولم يوجد أخذت من التركة على اشكال) - قال ما لفظه منشأ النظر الى اصاله برائة الذمة من الضمان ، فينزل على تلفها بغير تفريط ، اذا الاصل عدمه ، والاتفات الى قوله عنه «على اليد ما أخذت» ، ولإصاله عدم التلف بها ، انتهى اللهم الا ان يراد قوله وان لم يوجد على الشك في اصلها وهو مناف مع عبارة المحقق اذا اعترف بالوديعة ومع شق الثاني للترديد .

واعجب منه ما في الحدائق من اختياره الشق الاول من الترديد اي البرائة قال بعد نقله ما هذا لفظه وأنت خير بأنة بالنظر الى الجحود [الجحود - ظ] على أمثال هذه التعليقات هو عدم الضمان ، لان الوديعة من حيث هي لاتعلق لها بالذمة الا من حيث أسباب التعدي أو التفريط المتقدمة ، والمفروض أنه لاشيء منها ، وغاية ما يجب على الودعي الحفظ لها خاصة ، ومجرد عدم وجودها بينها بعد الموت لا يستلزم تفريطاً ولا تعدياً ليحصل به الضمان ، فأصاله عدم الضمان ظاهرة ، وان فرض احتمال بقاءها واحتمال الرد الى المالك ، والتلف بغير تفريط قائم في العين ، وحديث «على اليد ما أخذت» يمكن تخصيصه بالامانات ، بمعنى خروج الامانات من عمومها ، وليس هنا ما يوجب الخروج عن كونها أمانة من تفريط أو تعدد يوجب الضمان والتعلق بالذمة ، حتى يقال : ان عليها ما أخذت .

وبه يظهر وجه ما استظهرناه ، ومن ثم قال في المسالك - بعد الكلام في المسئلة - والاقوى انه ان علم بقاء عينها الى ما بعد الموت ولم تتميز قدم مالكها على الغرماء ، وكان بمنزلة الشريك ، وان علم تلفها بتفريط فهو أسوة الغرماء ، والا فلا ضمان أصلاً ، لإصاله برائة الذمة ، وأصاله بقائها الى الان لو سلمت لا تقتضى تعلقها بالذمة انتهى .

ثم ان ما ذكرناه من عدم الضمان هنا هو ظاهر اختيار العلامة في التذكرة حيث قال : قد بينا الخلاف فيما اذا كان عنده وديعة ، ولم توجد في تركته ، وان الذي يقتضيه النظر عدم الضمان ، والذي 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 الاولی انه في توضیح البحث اوفى من غيره الثانية من حيث انه نقل الاقوال غالبا كالقدس الاربيلى والعلامة والشهيد ونظرهم فهو اولی من عدم الذکر .

وكيف كان فما حكاه عن المسالك من انه لو بقيت عينها قدم الى مالکها في غاية الحسن بل لا احتمال لغيره لان الفرض هو العلم بالامانة ولا يكون لاحد من الغرماء فيه نصيب والفرض ان الودعي يعلم وديعته عنده بل لو كان قبل الفليس والحجر عنده مال شخص وهو موجود بعينه لزم رد عينه الى مالکة 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 والسرقه في امواله فلا يجوز للغرماء اخذه بل لا بد من الورثة خروج اموال الناس من اموال مورثهم باى نحو من الخروج ثم ما بقى مخصوصا بالغرماء وانما يكون للمالك الشركة مع الغرماء فيما تلفت الوديعة بالتعدى فتكون ذمته مشغولة للمالك فيكون كاحد من الغرماء . ومنه يظهر ما في قول المصنف ﴿ولو كان له غرماء وضافت التركة حاصهم المستودع﴾ فانه ان شك في وجوده فلا مورد لشركة الغرماء وان علم بها تفصيلا يرجع الى مالکة .

وحينئذ المراد واضح فالمعنى ان مالك الوديعة يكون شريكا مع الغرماء في نصيبهم وحقهم اى يكون هو ايضا احد من الغرماء والمستودع بالفتح اى المالك الذى قبل وديعته الودعي وحاص من باب تفاعل بمعنى كون النصيب يجعل بين المالك وبين سائر الغرماء .

وفي المجمع المحصنة بالكسر النصيب وقوله ولا تحاصنا بذنوبنا اى لا تجعل لنا نصيبا من العذاب بسبب ذنوبنا و تحاص القوم يتحاصون اذا اقتسموا حصصا وكذلك المحاصنة .

﴿و﴾ يمكن كون قوله ﴿فيه تردد﴾ راجعا الى ما ذكرنا وكيف كان
ففي ترددات الشرائع ما لفظه قال رحمه الله : بعد قوله وفيه تردد اقول : التردد
هنا يقع في مقامين :

الاول : في أصل الضمان مع جهل العين ، ومنشؤه : النظر الى أن احتمال
تلف هذه الوديعة بعد الموت مساو لاحتمال تلفها قبل الموت ، فلا يثبت في الذمة
شيء مع تحقق هذا الاحتمال ، فيمتنع أخذها من المال مع سعة التركة ، والتحاس
مع الضيق حينئذ .

والالتفات الى أن رد الوديعة الى أهلها واجب بيقين ، فلا يسقط الايقين
مثله ، ولا يقين مع الشك في الهلاك ، ولان حصول الوديعة عنده متحقق هنا ،
لكن جهلت عينها ، فوجب ضمانها ، كما لو كانت عنده وديعة فدفنها وسافر ولم
يطلع عليها أحد ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط ، محتجاً بما ذكرناه ،
وضعفه ظاهر .

الثاني : في كيفية الضمان مع القول باصله ، ومنشؤه : النظر الى مساواتها
الدين ، فنسبة عدم التمييز متساوية في الحكم .

والالتفات الى أن بقاءها في التركة محكوم به ظاهراً ، فيؤخذ قدرها من
أصل التركة ، عملاً بالظاهر انتهى .

ثم ان الفرق بين عبارة مصنف الكتاب وعبارة العلامة ظاهر فان عبارة المتن
صريحة في الاعتراف بالوديعة و حينئذ ان لم يعلم عينها كانت من قبيل العلم
الاجمالي كما اذا علم بدخول شاة في قطعة غنم ولم يعلم بعينها في كون الشبهة
محصورة بخلاف عبارة العلامة في الارشاد ولومات ولم يوجد اخذت من التركة
على اشكال والفرق بينهما واضح ان على الثاني هو عدم العلم فيكون مجرى البراءة
بل لايجرى احتمال جريان قاعدة اليد لان محله صورة اليقين بها .

فان قلت كونها كقطيعة غنم يؤيد كونها مجرى البراءة لكثرة اطراف الشبهة

حينئذ قات المعيار في كون اطراف الشبهة محصورة وغيرها ليس بكثرة الاطراف وعدمها بل بفعلية التكليف بالنهي وتجزئه بحيث يصح للمولى ان يجار العبد عنه اولاً كان اطرافها كثيرة وعدمها فصح توجه النهي حينئذ لو لم يكن حرجياً مع انه كان اطراف الشبهة محل الابتلاء ايضاً .

نعم والانصاف هو الفرق فان الحكم بالاجتناب في قطعة 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 الاحتجاب اولاً او لاف الشبهة محصورة وجميع اطرافها محل الابتلاء لكن التكليف بالاجتناب حرجياً وضررياً وهو مما يرفع فعلية التكليف فكل شاة في القطيعة حيث كان مشكوكه لا امر برده ويجوز اكلها وبيعها وبعد تمام الشياة الواقعة فيها بيعاً وذبحاً يعلم بوجود محرمة فيها ولادليل على العلم بالحرمه بعد الاكل ولا يؤثر في شيء اصلاً 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 حرجياً او ضررياً وليس للديان فيه نصيب فلا بد من الوصول اليه او ما كان بمنزلة الوصول اليه .

تتمة: لو انكر الودعي الودیعة ولا يبينه للمدعي فحلف الودعي كذباً وحكم بعدم الودیعة عنده مع علم المالك بان الودیعة عنده يمكن له استنقاذ ماله منه بنحو لا يعلم فهل يجوز له عدم دفع ماله الذي عند وهو لا يعلم اذ ياخذ من امواله بعد احوال فيه كلام من انه بالحلف يتم الدعوى ولو كان الحلف كذباً فان كذبه مو كقول الى الله تعالى كما مر في كتاب القضاء او يجوز ان يقاس بقدر ذلك فان قلنا بالحلف كذباً يتم الدعوى فلا يجوز وان قلنا بالجواز فيجوز بل ظاهر الاخبار بل الفتوى ايضاً على وجهين .

قال السيد الجليل في عروته ما هذا لفظه هل يجوز المحاصة بالودیعة قولان

فمن 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 بصحيفة البقباق : « أن شهاباً ماراه في رجل ذهب له بألف درهم واستودعه بعد ذلك ألف درهم قال أبو العباس : فقلت له خذها مكان الألف التي أخذتها ، فأبى شهاب قال فدخل شهاب على أبي عبدالله عليه السلام فذكر ذلك له فقال عليه السلام أما أنا فاحب أن تأخذ وتحلف .

وخبر على بن سليمان قال : « كتب اليه رجل غصب رجلاً مالا أدرجاريته ثم وقع عنده مال بسبب وديعة أدرجها مثل ما خانته أو غصبه أيحل له حبسه عليه أم لا فكتب عليه السلام : نعم يحل له ذلك ان كان بقدر حقه وان كان أكثر فيأخذ منه ما كان عليه ويسلم الباقي اليه انشاء الله » انتهى .

والروايتان صريحتان في الجواز ويؤيده لزوم الانسان اخذ حقه عن ظلمه لو امكنه وهذا الاخذ منه طريق الى وصول حقه فلا اشكال رواية وعقلا ولا يعارضهما ما ظاهره المنع كخبر ابن أخ الفضل بن يسار قال : « كنت عند أبي عبدالله عليه السلام ودخلت امرأة وكنيت أقرب القوم اليها فقالت : أسأله فقلت : بماذا . فقالت ان ابن أخي مات وترك مالا في يد أخي فأتلفه ثم أفاد مالا فادعني فلي أن آخذ منه بقدر ما أتلفه من شيء فاخبرته بذلك فقال عليه السلام : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ادا لمانة الى من ائتمنتك ولا تخن من خانك » وصحيح معاوية بن عمار عن أبي عبدالله عليه السلام : « قلت له الرجل يكون لي عليه حق فيجحدني ثم يستودعني مالا الى أن آخذ مالا عنده قال : هذه الخيانة راجع ج ٥٠ ص ١٥٩ .

المسألة العاشرة : اذا كان في يده وديعة فادعاها ائمان ، فان صدق أحدهما قبل عليه السلام وأحلف للآخر على البت ، كما أنه يحلف المقر له ايضاً ، فيستقر حينئذ ملكه على العين ، وان نكل الودعي عن اليمين أحلف المدعي ان لم يقض بالنكول

وأغرم له المثل أو القيمة وقت الاقرار أو وقت الحلف على الاقوى ، بناء على أن اليمين المرودة كالاقرار أو أصل برأسه ، بل فى المسالك الحكم بذلك وان قلنا بكونها كالبينة ، اذهى فى حق المتداعيين الذى اقتضى تغريم المثل أو القيمة بسبب حيلولته بالاقرار الاول ، لافى حق الثالث انتهى .

قوله ان لم يقض بالنكول النخ 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 فيؤخذ منه او ارجع الحاكم الحلف الى المدعى قهراً على المنكر فيحلف المدعى راجع ج ٤٩ ص ٢٠٥ الى ٢٢٠ .

والمسألة غير خال عن الاشكال قدم تفصيل الجميع فى كتاب القضاء راجع ج ٤٩ ص ١٩٤ وما بعده الى ص ٢٠٠ فانه راجع الى النكول والى ما بعده واجمال ذلك لو ادعى كل واحد كزيد وعمرو وديعة بيد ثالث وصدق الودعى زيدا لزم عليه الحلف لعمر و بان يقول له والله ليس هذا لك فاستقرت الودیعة لزيد ورجع المنازعة بين زيد وبين عمرو و لزم على الذى لم يقر له احلاف صاحبه بان يقول صاحبه والله هذه كانت لى فتمت المنازعة هذا اذا حلف الودعى لغير المصدق واما ان نكل عن اليمين لعمر و حلف عمر و على استحقاق الودیعة فان قلنا بان اليمين المرودة 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 المقر له فكانه اقام عمرو البينة على كون الودیعة له فيؤخذ من المقر له ويعطى لغير المقر له اى لعمر و .

فالمركة العظمى كون اليمين المرودة كالاقرار او البينة للمدعى راجع ج ٤٩ ص ٢٠٠ وكيف كان فعلى الوجهين مخصوص بالمدعى والمنكر لا بمثل المقام الذى كان كلاهما مدعين فلو قلنا كون اليمين المرودة بمنزلة البينة يجب اخذ الودیعة من المقر له وقد اشار اليه فى جامع المقاصد وهو الذى حكاه فى

مفتاح الكرامة عنه .

قال بعد قول المصنف [فان نكل غرم للاخر ما لفظه يريدانه لو نكل المستودع عن اليمين احلف الاخر على استحقاتها ان لم نقض عليه بمجرد النكول و اغرم المستودع له المثل او القيمة لحيلولته بينه و بينه باقراره الاول ولا اجد في ذلك خلافاً في البابين وقد نص عليه في المبسوط وغيره في الباب ايضاً ووجهه في المبسوط بان اليمين المردودة تنزل منزلة اقرار المنكر لانه لو اقر بها ثانياً للاخر اغرم له فكذا اذا حصل ما هو بحكم الاقرار و تبعه المصنف في التذكرة والمحقق الثاني والشهيد الثاني .

قال في 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 في حق المتداعيين فلا يتفاوت الحال باعتبار كونها كالاقرار او كالبينة لانها حيث لم تكن في يده وقد حال بينها وبين الاخر الحالف باقراره و جب 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 في باب القضاء ان اليقين المردودة اصل برأسه لانها في بعض المواضع لا تكون كاحدهما كما تقدم في الكفالة والحجرات انتهى وفي كون اليمين المردودة اصل برأسه تأملاً و مما يرد على كون اليمين المردودة بمنزلة الاقرار انه قد يرد اليمين الى صاحبه احتراماً لليمين و تعظيماً لاسم الله او للخوف عن الدخول في اليمين و لو حقاً فيردها الى خصمه حتى لا يقع فيما يترتب عليه فكيف يكون ذلك اقراراً ثانياً .

فان قلت: فاذا لم يكن رد اليمين اقراراً فما حال الوديعة و قد يرد الى المقر له قلت: لزم على المدعى هو المثل او القيمة ثانياً لكنه لا من حيث انه اقرار على خلاف اقراره بل يغرم ثانياً احتراماً للحلف او خوفاً 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 المحكم كذلك فان الظاهر من عدم الحلف الذى يختم به الدعوى هو ثبوت الغريمتين على عدمه بالعين للاقرار وبالمثل او القيمة لما هو بمنزلة سواء كان ترك الحلف احتراماً او لكون الودیعة لمن لم يقر له فى الواقع وكان حائلا بين احد المدعين 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 يقرهما ، أو يكذبهما ، أو يقول : لأدري لايتكما هى مع قطعه بانحصارها فيهما أو يقول ، لأدري لمن هى لكما أو لغير كما ، فهنا صور : الاولى أن يقر بها الواحد منهما خاصة .

وقد صرح الاصحاب بأنها يحكم بها لمن أقر له بها ، ويجب دفعها اليه ، ويجب على الودعى أن يحلف للاخر . فان حلف سقطت دعوى الاخر عنه ، وبقي النزاع بين المدعين ، ولمن لم يقر له الودعى احلاف صاحبه الذى أقر له الودعى ودفع اليه الودیعة ، 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 يفرم الودعى حينئذ لذلك الاخر المثل أو القيمة لحيلولته بينه وبين الودیعة باقراره للاول ، أما فى صورة القضاء بالنكول فظاهر وأما فى صورة حلف الاخر فلان اليمين المردودة عندهم بمنزلة اقرار المنكر فانه لو أقر بها ثانياً للاخر بعد أن أقر بها أولاً للاول ، ازمه الغرم مثلاً أو قيمة وكذا ما هو بمنزلة الاقرار انتهى .

قوله وعلى كل من الوجهين الخ اما لو قلنا بالنكول فمعناه كما عرفت ان الحاكم بمجرد عدم الحلف يحكم على الودعي بالنكول وعدم اليمين فيحكم عليه بالمثل او القيمة وتمت الدعوى عليه .

واما على الحكم بعدم النكول فاذا لم يحلف الودعي يحلف من لم يقر له فيحكم على الودعي ايضا بالمثل او القيمة .

هذا كله اذا اقر " لاحدهما" و" اما " ان ا كذبهما * معاً * فكذلك * قبل تكذيبه لهما وفي الجواهر في انتفاء دعواهما ، لان اليده ، ولكل منهما احلافه . على البت ايضاً ، فان نكل عن اليمين ردت عليهما ، وصارا في الدعوى سواء ، لان يدهما خارجة ، فان حلفا او نكلا قسمت بينهما ، وان حلف احدهما خاصة اختص بها انتهى

وفي الحدائق قال الثالثة أن يكذبهما معاً قالوا فانه ينتفى دعواهما ، لان اليده له ولكل منهما احلافه على البت ، فان نكل عن اليمين ردت عليهما بناء على عدم القضاء بالنكول ، وصارا في الدعوى سواء ، لان يدهما خارجة ، فان حلفا أو نكلا قسمت بينهما انصافاً ، وان حلف احدهما اختص بها انتهى

ووجه انتفاء الدعوى عن الودعي المكذب لهما ان اليده له حيث ان الوديعة في يده وانما لهما احلافه فان حلف فلا كلام وان نكل عن اليمين وقلنا بعدم القضاء بالنكول فاذا ارجع الحلف اليهما فاما حلفا معاً او نكلا كذلك قسمت بينهما ايضا فكما اذا تداعيا في عين يبيداحدهما او معهما ولم يكن بينة لهما او كانت متعارضة ومتساوية بالترجيح فيحكم بينهما بالنصف وان حلف احدهما اختصت الوديعة به فكذلك في المقام .

وفي الجواهر ايضا قال وان قال : هي لاحدهما ولا ادري من هو على التعيين فان صدقاه في نفى العلم فلا خصومة لهما معه ، وتبقى الخصومة بينهما والحكم كالسابق انتهى .

قال فی الحدائق الرابعة أن يقول هی لأحد كما ، ولا أدرى من هو علی التعمین فان وافقاه علی عدم علمه بالتعمین ، فلا خصومة لهما معه . وان كذباه فی دعواه عدم العلم وادعی كل واحد منهما علیه أنه یعلم أنه المالك ، فالقول قوله مع یمينه ، الا ان الحلف هنا علی عدم العلم ، وهل یكفی یمین واحد أو لابد من یمینین ؟ المشهور الاول ، وهو قول الشیخ فی الخلاف وظاهر ابن الجنید ، اختاره فی المختلف ، وجعله الاقوی فی المسالك ، والقول الثانی للشیخ فی المبسوط .

ووجه الاول أن المدعی شیء واحد وهو علمه بكون المال لمعین ، بخلاف سابق هذه الصورة ، فانه یبقى استحقاق كل واحد منهما . فیحلف له .

ووجه الثانی أن كلا منهما مدع ، فیدخل فی عموم الخبر المشهور والقول الاول نقله فی التذكرة عن الشافعی ، والثانی عن أبی حنیفة ، وحینئذ فاذا حلف سقطت الدعوی عنه ، وبقيت المنازعة بینهما ، وان نكل عن الیمین وحلفا علی علمه بناء علی عدم القضاء بالنكول أغرم القيمة . وتجعل مع الیمین فی ایدیها انتهى .

❖ وان قال : لأدري ❖ أهي لكما ، أم لأحد كما ، أم لغير كما ، وادعی علیه العلم ، فالقول قوله فی نفيه كما مر ، فاذا حلف ❖ أقرت فی یده حتی یثبت لها مالك ❖ .

وفی الجواهر ویس لأحدهما تحلیف الآخر ، لانهما لم یثبت لهما ، ولأول واحد منهما علیها ید ولا استحقاق ، بخلاف الصورة السابقة انتهى وذلك لانه اذا لم یثبت لهما كانا اجنبیین فلا یكون لأحدهما اولهما حق تحلیف للآخر

وفی مفتاح الكرامة بعد (قوله) [وتقر فی یده حتی یثبت المالك] قال ما هذا لفظه لان یده فی الاصل ید امانة والاصل بقائها ولانا اذا انتزعتها من یده لانسلمها الی احدهما وانما توضع علی ید عدل وهذا عدل وهو خیرة المبسوط

والشرائع والتذكرة وجامع المقاصد وغيرها واحتمل في 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 هي التي يجب معها التسليم وهو ممتنع هنا فلا يكون وجهاً وفي المختلف ان الوجه ان الامر في ذلك للحاكم واستجوده في المسالك فيما اذا حصرها فيهما لافيما اذا ادخل معهما غيرهما (قلت) هو المفروض في المختلف ولم يتعرضوا في باب القضاء لهذا الفرع انتهى .

قوله وهذا عدل ولا يخفى ان الودعي قد يكون عدلا وقد لا يكون عدلا والامانة بقول الشارع عادلا كان اولا وليس انه يلازم العدالة . وانما حكم الشارع باعتماد المالك به من حيث علمه بعدم خيانتة مع ملائمتة لكل ائمة فهو اعم من العدالة جدا ولم يقل احد اشترط العدالة في الودعي ضرورة انه لو كانت عدالته مفروغا عنها لما كان كلام في تقدم قوله في جميع موارد القضاء وان لم يكن كالبينة لو حدثت ولانه لو كان عدلا لما يحصل له اقرار لمن اقر له مع عدم يمين للآخر فان العدل لا يقر الا عن علم بحال المقر له و لازمه الحلف بعدم كونه لصاحبه فلا معنى لتكوله عن الخلف للآخر بل غالب ما قالوا في المقام مبنى على عدم العدالة والامين بحكم الشارع لاجل الاحسان غير العدالة الموضوعة للاحكام .

نعم لو كان عدلا يصح الصلاة خلفه والطلاق عنده يصح كون الوديعة عنده حتى يتعين مالكة والالزم انتزاعها من يده وجعلها عند الحاكم حتى يحكم بما يقتضيه ويؤيده باب العارية الآتية و لازم ذلك كل من اعاد شيئا كان عادلا لانه امين والحمامي امين فلو كان عادلا لزم كون كل من كان حماميا عادلا وهو كما ترى فالامانة تجتمع مع الائمة بخلاف العدالة * وان ادعى او احدهما علمه بصحة الدعوى كان عليه اليمين * .

وفى الجواهر ولو نكل عن اليمين ففى تسليحها 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 ايضاً بعد (قوله) [فان ادعى علمه احلفاه على نفى العلم] قال كما فى المبسوط والخلاف والسرائر والشرائع والارشاد والتحرير و هذا يفهم ممّا تقدمه لكنه اعاده ليترتب عليه ما بعده مع فائدة التصريح به والتفريع انتهى .

و كيف كان فان ادعى او احدهما بان الودعى يعلم صدق ما ادعىنا او واحد منا لزم على الودعى الحلف بعدم علمه بحال الدعوى و كون الودیعة لهما او احدهما فيرفع دعواهما ويقطع يدهما عن الودیعة و بقيت عند الودعى لو كان عادلاً او الحاكم حتى يتعين ويعلم المالك .

المسألة ﴿ الحادية عشر : اذا فرط ﴾ أو تعدى وتلف المال ﴿ واختلفاً فى القيمة فالقول قول المالك مع يمينه ﴾ لخروجه عن الامانة المقتضية لسماع قوله وللمرسل ولا يخفى ان خروجه عن الامانة لا يقضى لعدم قبول قوله اذا كان مطابقاً لقواعد القضاية 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 .

ولذا قال ﴿ وقيل : القول قول الغارم مع يمينه ، و هو أشبه ﴾ و فى الجواهر بأصول المذهب وقواعده ، لاصالة البراءة والخروج عن الامانة لا يخرجه 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 : اذا مات المودع ، سلمت الودیعة 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 الباقيين ﴿ بلاخلاف ولا اشكال كما في الجواهر .

والحمد لله أولاً وآخراً وظاهراً وباطناً .

﴿ كتاب العارية ﴾

وفي الجواهر قال بتشديد الياء وقد تخفف نسبه الى العار ، أى العيب ، أو العارة مصدرتان لأعرته ، وعن بعض مأخوذة من عار يعير اذا جاء و ذهب ، و منه قيل للبطل عيار ، لترده فى بطالته ، سميت عارية لتحويلها من يد الى يد ، وعن آخر أنها مأخوذة من التعاور والاعتوار ، وهو أن يتداول القوم الشيء بينهم . ﴿ وعلى كل حال فـ ﴾ هى عقد ﴿ ظاهره انه عقد وظاهر مختصر النافع انه ايقاع .

وكيف كان فيحتاج الى ايجاب وقبول لفظين كانا اذفعلين ويتحقق بكل لفظ ولسان ينتج الانتفاع عن شيء وقع العقدعليه مثل قوله أعتك 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 الأمور بها الاكل والشرب وسائر الانتفاعات فانه بمجرد لفظ أعتك 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 في الاباحة بل الاذن في البيوت المأمور فيها الاكل والشرب باذن مالك المملوك وهو غير الاذن الخاص لشيء خاص .

وقال قده ايضاً ومن ذلك يظهر لك ما في التذكرة والروضة والرياض وغيرها خصوصاً الاخير منها ، والاذن في الانتفاع بأعيان الصديق المفهوم من فحوى الاذن شرعاً بالاكل من بيته مع التسليم ليس من العارية قطعاً ، وانما هو من الاباحة الشرعية على حسب الحال في غيره من البيوت التي قد تضمنتها الآية انتهى وعلى كل حال فقد ذكر المصنف في تعريفها أنها عقد ﴿ ثمرة التبصرع بالمنفعة ﴾ كما عرفت ويقرب منه ما وقع لغيره ، ﴿ ويقع بكل لفظ يشتمل على الأذن في الانتفاع ﴾ بعنوان العارية من طرف الموجب ، ويحتاج الى القبول من طرف القابل .

﴿ وكيف كان فهذا العقد ﴾ ليس بلازم لاحد المتعاقدين ﴿ وفي الجواهر بلاخلاف معتد به أجده ، بل لعل الاجماع بقسميه عليه ، من غير فرق بين الموقت وغيره ، خلافاً للمحكي عن ابن الجنيدي من الحكم باللزوم من طرف المعير في اعارة الارض القراح مدة للغرس أو البناء ، ولاريب في ضعفه انتهى وضعفه في محله ﴿ وكيف كان فـ ﴾ الكلام في فصول أربعة :

الاول : في المعير ولا بد أن يكون مكلفاً جائز التصرف فلا يصح اعارة الصبي ولا المجنون ﴿ لما لهما لسلب عبارتهما وفعلهما في المعاملات ، وفعلهما وقولهما بمنزلة العدم فلا تصح اعارة مالهما كما لا يصح لهما بيع مالهما ولا شراء مال ونحو ذلك فكل ما صدر عنهما لا يقع وكذا لا يصح اعارة المحجور عليه فلسا او سفها لعدم اختيار مالهما لهما بل للديان بامر الحاكم وكذا السفية حيث لا يجوز في امواله دفماً 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 بالميز فان الاذن لا يجعل المسلوب غير مسلوب كما هو مفروغ منه فى غير المقام ، وكون العارية من العقود الجائزة لا يقتضى ذلك ، والا لجازت مضاربه ووكالته باذن الولى انتهى وهو فى محله .

ولوقيل بانه لافرق بين المميز وغيره اذ كلاهما وقع مع الاجازة فلامحالة اما صحت فى كليهما او لا يصح كذلك ففى غير محله .

ثم ان الكلام فى قوله مع مراعاة المصلحة فان المصلحة ولو كانت مجوزة للتصرف فى اموال الصغير لكن فى الاعارة لا يتصور المصلحة بل الظاهر هو تحقق الضرر اذ بناء العارية على التصرف فى المستعار ولو حصل فى العين النقص الموجب لنقص القيمة من دون حصول ضمان لَمَا ينقص فيه نعم ان اشترط الضمان فى حصول النقص او التلف وقلنا بصحة هذا الشرط فى العارية لصحت مع الاشتراط وسيأتى فى محله .

﴿وكما لا يليها﴾ أى العارية الصغير ﴿عن نفسه كذا لا يصح 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 ولا بد أن يكون مكلفاً فلا يصح استعادة الصبى والمجنون . لماعرفت من سلب عبارتهما وفعلهما فلو استعارا ففى ضمانهما ما تقدم فى الوديعه انتهى .

وقد ظهر وجهه من عدم صحة اعارة اموالهما فان عبارتهما وفعلهما حيث كانت مسلوبة الاثر فلا فرق بين الاعادة او الاستعادة بل يكون اللزم كونهما مكلفا فيهما ﴿وله﴾ أى المعير المكلف اذا استعار بشيء ﴿الانتفاع بما جرت العادة به

في الانتفاع بالمعار

وفي الجواهر قال فانها المرجع في نوعه وقدره وصفته فلو اعاده بساطا اقتضت فرشته، اولحافاً التغطية به أرحيواناً للحمل، اقتضت تحميله القدر المعتاد بالنسبة الى ذلك الحيوان وذلك المحمول وذلك الزمان، وذلك المكان انتهى فكل شيء بحسبه المتعارف عندالعرف فاستعارة اللباس للباس والظروف للاكل والشرب وهكذا ﴿ ولو نقص من العين شيء أو تلفت بالاستعمال من غير تعد لم يضمن ﴾ وان كان هو مباشر التلف أو كان سبباً فيه ﴿ الا ان يشترط ذلك في العارية ﴾

وفي الجواهر بناءً على اعتبارمثل هذا الشرط، للنص والاجماع على ما يشبهه كما تعرفه انشاء الله ولعل الوجه في ذلك واضح، لانه استعمال مأذون فيه وبناء العارية على النقص بالاستعمال انتهى والمسألة بلحاظ عدم صحة الشرط مشكلة بداهة ان التصرفات قد تلحقه بالمعدوم فكيف لا يصح اشتراط الضمان مع انه ضرر جدا ولا يكون في الشرع حكم ضررى بقوله ^{عَلَيْهِ} لا ضرر ولا ضرار في الاسلام وكيف يصح جعل المال المحترم في معرض خطر النقصان والهلاك لامر مستحب لا مؤاخذة في ترك القبول مع ان العارية مستلزمة للتصرفات الضرورية قطعاً ولا ينجبر الابصحة شرط الضمان .

وعبارة المصنف صريحة في صحة شرط الضمان بل لولا الصحة لمارغب احد الى قبول العارية بخلاف شرط الضمان مع قطع المعير بحصول الضرر في ذلك فالجمع بين صحة العارية مع التصرف فيه وبين صحة شرط الضمان لو نقص او تلف هو الذي يحكم به العرف .

والروايات ايضا مختلفة في ذلك وظاهر بعضها جواز الشرط وظاهر بعضها عدمه والفتوى ايضا مختلفة في ذلك وقد نقل بعضها في الجواهر فقال بعد التمسك بصحيح ابن سنان الآتي 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
وهو ضمان 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 عند شرح قول الشهيد فى اللعة «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 ، وقيل لا يضمن أيضاً كالنقص
لما ذكر من الوجه ، وهو الوجه .

والظاهر أن الذى أدقعه 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 ، فنقصت بالاستعمال ثم تلفت ، أو استعمالها
ثم فرط ، فانه يضمن القيمة يوم التلف ، فان النقص غير مضمون على اشكال ،
وللمستعير الانتفاع بما جرت العادة ، فلو نقص من العين شىء أو تلفت بالاستعمال
فلا ضمان إلا أن يشترط ذلك فى العارية» .

فقال فى شرحه : «لا يخفى أن هذا مناف لما سبق فى كلامه من الاشكال
فى كل من المسألتين ، ولو حملت العبارة السابقة على استعمال غير مأذون فيه ،
وهذه على مأذون فيه لم يتجه الاشكال ، بل يتعين الضمان قطعاً ولو حملت هذه
العبارة على أن الباء التى فى قوله بالاستعمال بمعنى مع ، فيكون التلف لاسبب
الاستعمال لا ندفع التنافى ، إلا أنه بعيد عن الظاهر» .

وقال في شرح العبارة السابقة «الذى يقتضيه النظر أن الاستعمال المتلف متى كان بحيث يتناوله عقد العارية لا يستعقب ضمناً» واختاره في التحرير وفيه قوة نعم او شك في تناول اللفظ اياه فالضمان قوى ، ولا استبعد أن يكون من صور الثانی مالو أذن له بلبس الثوب ولم يزد ، بخلاف مالو أذن في كل لبس ، أو في لبسه دائماً ، لان اذنه في لبسه في الجملة لا تقتضى الاذن في كل لبس» قلت : لعل التأمل الجيد تقتضى أن هنا مقامين .

أحدهما : النقص والتلف الواقعان بسبب الاستعمال المعتاد ، ولو من جهة الاتفاق في مثل تلك العين ، كما لو 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 في الضمان به ، باعتبار اقتضاء اطلاق عقد العارية تناوله ، وعدمه الا مع التصريح ، و لعل الضمان به حينئذ وجيه كما أوضحه الثانى ، و بذلك ظهر لك الفرق بين المقامين ، و وجه الجزم من المصنف والفاضل وغيرهما 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 الاذن انما يكون فى اصل الاستعمال ولانظر 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 يؤخذون المستعيرين بتأخير الرد وبحصول النواقص

الحاصلة فى العين المستعارة فالاذن لايشمل التصرفات الزائلة للربغات 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 كاستعادة الارض للدفن او غرس 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 وسلم الى صفوان بن امية فاستعار منه سبعين درعا باطرافها « باطرافها خ ل » فقال : أغصبا يا محمد ؟ فقال النبى صلى الله عليه وسلم : بل عارية مضمونة

وقال المجلسى باطرافها بالقاف اى اخذ الدرود مع بيضات الحديد التى توضع على الرأس والفاء تصحيف انتهى

وفى ثل 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 عليه السلام قال : جاء رسول الله صلى الله عليه وسلم الى صفوان بن امية فسأله سلاحا ثمانين درعا ، فقال له صفوان : عارية مضمونة أو غصبا ؟ فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : بل عارية مضمونة وفى خبر آخر استعار منه رسول الله صلى الله عليه وسلم سبعين درعا حطمية ، فقال : أغصبا يا محمد ؟ فقال : بل عارية مؤداة فقال : أقبل هجرتى ؟ فقال : لا هجرة بعد الفتح الحديث .

ومعنى المؤداة ليس هورد 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 لا يخطر على قلب احد لان كل الناس يعلمون بلزوم دفع نفس العين وانه ليست موهوبة بل معناه مؤداة بمثلها يؤخذ واستعار بحيث لو نقص منه شيئاً 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 في الثانية ومعصية في الاولى وعليه اختص الجواز بالتصرفات الغير المضرة بالمعير ولا يجوز له مطلق التصرف الموجب للتلف او القريب منه بزعم انه جائز له التصرف مطلقاً .

فان قلت فعلى هذا لو تلفت العين المستعارة يضمن .

قلت نعم لو كان بسبب التصرف كذلك وانما لا يضمن من حيث كون يده يد امانة لو لم يتعد ولم يقصر كما في الوديعة فالتلف السماوية او الارضية او الخارج عن قدرته كالغصب والسرقه كلها غير مضمونة لكن التلف الحاصل من التصرف الشديد كحمل الثقل على الحمار المستعار بزعم ان العارية غير مضمون موجب للضمان جدابل قد يعد بعض التصرفات عدواني ولو لم يكن ذلك منوياً للمتعرف كيف والثوب باللبس الكثير بل بعض ألبسة للنسوان للعرس في نهاية الزيادة من القيمة وكلها لاجل نحو خياطتها بنحو خاص وانها بحيث بمجرد الغسل قد خرج عن القيمة كالاو بمقدار لا يعنى 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 لا يضمن لو لم يشترط وهو بعيد عن القواعد الشرعية .

فان قلت فما تقول في هذه الاخبار مثل ما رواه الحلبي ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان ، و قال : ليس على مستعير عارية ضمان وصاحب العارية والوديعة مؤتمن وخبر محمد بن مسلم ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : سألته عن العارية يستعيرها الانسان فتهلك أو تسرق ، فقال : ان كان أميناً فلا غرم 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 ما عن 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 لا يغرّمها المعار ، ولا يغرّم الرجل اذا استأجر الدابة مالم يكرهها أو يبغها غائلة و ما عن مسعدة بن زياد ، عن جعفر بن محمد عليه السلام قال : سمعته يقول : لا غرم على مستعير عارية اذا هلكت أو سرقت أو ضاعت اذا كان المستعير مأمونا فان الكلى على خلاف ما ذكر .

[قلت] قد عرفت ان المسلم عدم ضمانه من حيث عدم التعدى والتقصير فى التلف بل وقع انفاقا كالسرقة والغصب لاما اذا حصل من حيث التصرف فانه تعدد وتقصير [فان قلت] ألم يصرح بقولهم عليه السلام صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان . [قلت] نلتزم بهذا المضمون وقد عرفت الجواب عنه وان الائتمان فى العارية ينحو 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 ما ظاهره او صريحه عدم الضمان انه من حيث الائتمان وان المستعير امين كالودعى 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 للعرف لم يكر ضامنا كيف وهو خلاف رضا المعير وعدم شمول اذنه فيه وليس نظر المعير الارتفاع حوائج الاستعير ورد العين المستعارة فورا من دون نقص بحيث لو وقع فيه عيب ليؤاخذ به عليه وهو اقوى شاهد على عدم رضاه بالتصرفات الموجبة للمعيب فى العين لانه

ضرر مع انه لا ضرر ولا ضرار في الاسلام فالحكم الضرري منفي في الاسلام والعارية الموجبة للضرر الناشئ عن التصرف المنفية لها بحيث لو شرط ضمانها كانت غير مؤثرة لكان ضررا قطعيا وموجباً لعدم الرغبة في العارية .

فهذه الروايات مضمونها مطابقه للقاعدة لحرمة مال المسلم المنافي لعدم الضمان مع استلزام العارية التصرفات الموجبة للنقصان بل للتلف وكثيراً ما قد خرج الشيء عن المالية بالتصرف كالأدوية بغيره 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 ينظر الى فساد العين المستعارة بل تلفها فاعطى بدون شرط فلا كلام بل لا بد من حمل المطلقات الدالة على عدم الضمان الى عدم الشرط لان الشرط لا يصح اصلاً وان أبيت عن جميع ما قلناه فنقول ان الظاهر من بعضها صحة شرط الضمان .

مثل ما عن الحلبي ، عن أبي عبدالله عليه السلام (في حديث) قال : اذا هلكت العارية عند المستعير لم يضمنه الا أن يكون اشترط عليه ورواه الشيخ باسناده عن علي بن ابراهيم مثله وهي صريحة في صحة شرط الضمان وكذا غيرها .

[فان قلت] ظاهره انه لو لم يشترط لم يكن ضامناً في النقص والتلف بالتصرف .

[قلت] قد عرفت ان التصرف الموجب للنقص والتلف ليجب الضمان والتلف الواقع اتفاقاً غير مضمون وحينئذ ان شرط الضمان ليضمن مطلقاً حتى ما وقع اتفاقاً ولو لم يشترط لا يضمن التلف الاتفاقى .

فما حصل بالتصرف يضمن مطلقاً فالشرط يوسع دائرة الضمان ومنه يعلم حال ما عن عبدالله بن سنان قال : قال أبو عبدالله عليه السلام : لا تضمن العارية الا أن يكون قد اشترط فيها ضمان الا الدنانير فانها مضمونة وان لم يشترط فيها ضماناً وفي كل رواه الشيخ باسناده عن الحسين بن سعيد ، عن صفوان ، عن ابن مسكان ،

(سنان - خ ل) عن أبي عبدالله عليه السلام مثله .

ومارواه زرارة قال : قلت لابي عبدالله عليه السلام : العارية مضمونة ؟ فقال : جميع ما استعرتة فتوى فلا يلزمك تواء الا الذهب والفضة فانهما يلزمان الا أن تشتري عليه انه متى توى لم يلزمك تواء ، وكذلك جميع ما استعرت فاشترط عليك لزومك ، والذهب والفضة لازم لك وان لم يشترط عليك .

[فان قلت] خبر زرارة على خلاف ما قلت فانه ظاهر في عدم الضمان ولو توى بالتصرف .

[قلت] قوله عليه السلام جميع ما استعرتة فتوى فلا يلزمك تواء ظاهر في عدم ضمان ما تواء اتفاقا كالحيوان مات والمتاع سرق والثوب حرق وليس فيه توى بالتصرف الموجب لتواء فلا يستفاد من الاخبار الاعدم الضمان من الامين كسائر موارد الامانة وهو ظاهر في غير التلف الواقع من عمله والفرق بينه وبين ما وقع اتفاقا واضح فعدم الضمان في الاخبار عدمه لو وقع اتفاقا كما لو سرق المال من الودعي بخلاف ما يتصرف في الوديعة كما عرفت .

وكيف كان فاذا شرط الضمان فلا اشكال في الضمان نقصا او تلفا ولو ما وقع اتفاقاً وان لم يشترط بل كان على اطلاقه فهو ايضا مو كوال الى العرف الحاكم بان الاذن الحاصل للمستعير فيما لا يوجب النقص فلا يستفاد من الاطلاقات اكثر من رفع الحاجة والرد فورا فلا يستفاد 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 في حصول التصرف او الزيادة عن مورد الاذن فهو مضمون على الخلاف ما في الخلاف قال : العارية امانة غير مضمونة الا ان يشترط 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 العنبري و ابو حنيفة و مالك و النخعي و الشعبي

والعسن البصرى الا انهم لم يضمنوها بالشرط وقال ربعة 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 وابو هريرة وعطاء واحمد واسحق .

[دليلنا] اجماع الطائفة واخبارهم فانهم لا يختلفون فى ذلك وروى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان النبى ﷺ قال ليس على المستعير غير المغل (المعلخ) 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 لا خلاف بين الاصحاب فى أن العارية أمانة فى يد المستعير ، لاستعقب الضمان الا فى مواضع مخصوصة يأتى التنبيه عليها انشاء الله تعالى ، فلو تلفت فى يد المستعير بغير تفریط ولاعدوان فلا ضمان عليه ، سواء كان التلف بأفة 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 فلا يشمل ما وقع بسبب الانتفاع الموجب لذلك والانتفاع وان كان مأخوذاً فى العارية لكن الانتفاع المثير الموجب للنقصان والضرر سواء كان ذلك فى الحيوان او غيره وقد وافقنا ابن الجنيدي فى الحيوان قال فى الحدائق .

السادس : ما نقل عن ابن الجنيدي من حكمه بضمن الحيوان قال على ما نقله عنه فى المختلف ، وليس بضمن المعار تلف ما تلف منها اذا كان السلعة متاعاً الا أن يتعدى وما كان منها عيناً أو ورقاً أو حيواناً ضمن المعار تلف ذلك ، الا أن يشترط المالك سقوط الضمان عنه .

ونقل في المختلف عنه الاستدلال بقوله «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» وبرواية وهب ولا يخفى ما في دليله المذكور من الوهن والقصور مع تضافر الاخبار كما عرفت بالعدم، مضافاً الى الأصل انتهى ومما ذكرنا ظهر فيما اورده على المختلف وقد عرفت ان الضمان فيما ذكره بل في الكل مطابق مع القواعد ولا يكون من المعير اذن في ما ذكره بل نفس البقاء عنده واقع غالباً مع الكراهة من المعير في باطنه فيكون في القبول مأخوذاً بالحياة فكيف يكون اذنه حتى مع التلف تدبر في الاخبار حتى لا يكون اخبارياً جامداً على مجرد اللفظ واما رواية وهب عن جعفر عن ابيه عليه السلام ان علياً عليه السلام قال من استعار عبداً مملو كالقوم فعيب فهو ضامن ومن استعار حراً صغيراً فعيب فهو ضامن والخبر على وفق القاعدة فيعمه قاعدة الضرر ويدخل في عموم من اتلف مال الغير فهو له ضامن والله العالم .

﴿ولا يجوز للمحرم أن يستعير من محل صيدا، لانه ليس له امساكه﴾ بل يجب عليه ارساله ﴿و﴾ حينئذ فـ ﴿لمو﴾ أتم و ﴿أمسكه﴾ ثم أرسله ﴿ضمنه﴾ وان لم يشترط عليه ﴿ولا يخفى ان المسألة مشكلة اما العبارة المتن فهي ولو امسكه ضمنه ومفهومه انه لو لم يمسكه بل ارسله لا يضمن مع انه نفويت مال المحترم من المحل فكيف لا يكون ضامناً .

ويمكن ان يكون مقصود المصنف عدم الضمان لو ارسله فانه حينئذ ادى حكم الله واما حكم الأدمى باداء القيمة فهو مندفع بعدم الضمان في العارية واما لو لم يرسله كان ضامناً لملكه لانه اخذ ما لا يملكه كما يجب رده الى مالكه اما عدم الضمان في العارية ففي صحيحها لا ضمان كما مر وفي عدمها كذلك لان ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده فالعارية حرام قطعاً و اما الفساد مبني على دلالة النهي عليه في المعاملات وهو غير ثابت وعلى فرض الفساد ايضاً غير مضمون ففي 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 في 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 لما لكه فحيث كان قد اخرج الصيد عن ملكه كان ضامنا له بالارسال الذي هو تلف عمدي و الحاصل قيد الضمان في المتن في الامساك لتوهم عدم الضمان في العارية ولذا خص الضمان بالامساك .

وكيف كان فاذا أخذه من المحل فهل يجب عليه ارساله او لا وعلى الاول هل يجب عليه ضمانه للمحل او لا وعلى الاول فما الفرق بين الارسال وعدمه من انه في 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 في صورة الامساك الى ان الارسال ليس فيه ضمان من حيث ان العارية غير مضمونة فلا ضمان في 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 ينتهي الى الامر بالارسال فهو اتلاف وان كان النظر الى ان العارية وان كانت حراما حينئذ لكنها ليست فاسدة لعدم دلالة النهي على الفساد في المعاملات فيكون عارية صحيحة غير مضمونة بل ولو قلنا بالفساد كما هو المختار وعليه السيد المرتضى في الذريعة لكن فساد العارية مع صحيحها مساو في عدم الضمان لقاعدة كل ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده ففيه ان عدم الضمان في التلف العمدي لا الاتلاف .

ثم ما المراد بالامساك فان كان ابقائه عنده كما هو الظاهر من الامساك و صريح المتن ف ضمانه و جزائه مسلّمان حينئذ وان كان المقصود امسكه ثم ارساله كما في تفسير الشارح الجواهر فما الفرق بين الارسال فورا او تراخيا في وجوب

الضمان لصاحبه والحاصل ان القرض هو العارية عن المحل المالك للصيد فكيف لا يكون ضامنا لو ارسله لتفويته المال على مالكة .

وفي الحدائق بعد عبارة التذكرة ما هذا لفظه وثانيها : قوله : فلو أستعاره وجب عليه ارساله ، فانه على اطلاقه مشكل ، بل ينبغي تخصيص ذلك بما اذا كان استعاره من محرم ، اما لو استعاره من محل فانه يجب رده على المالك ، ويلزم عليه الفداء لله سبحانه خاصة ، و براء من حق المالك ، و بذلك صرح في آخر العبارة المذكورة .

والظاهر أن مراده هو أن الواجب شرعاً هو الارسال ، وأن قبضه من محل وحينئذ يضمن قيمته للمحل ، فلو خالف الواجب ورده الى المالك برئت ذمته من القيمة للمالك ، وبقي 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 الآدمي على حق الله تعالى ، فالواجب حينئذ بناء على ما قلنا هو رده على المالك ، و ضمان حق الله سبحانه ، وأما لو كان المقبوض منه محرماً فانه غير مالك فيتمين الارسال مع عدم الضمان لمن قبضه منه انتهى .

فيه ان تقدم حق لآدمي فيما لا يمكن الجمع كتقديم الدين على الحج على ما مر في سابق الايام لا فيما يمكن الارسال والتضمن لمالكه كما هو الظاهر من المحكى عن التذكرة تقديم حق الله ثم التضمن لمالك الصيد وهو اولى قال فيها على ما حكى عنه في الحدائق لا يحل للمحرم استعارة الصيد من المحرم ، و لا من المحل ، لأنه يحرم عليه امساكه ، فلو استعاره وجب عليه ارساله ، وضمن للمالك قيمته ، ولو تلف في 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 لا ريب فيما ذكره من عدم جواز الاستعارة في الصورة المفروضة لما ذكر من تحريم الامساك عليه وحاصله انه لا يجوز له امساكه بل يجب عليه ارساله وضمن قيمته للمحل ولو امسكه فتلف في يده ضمن قيمته لصاحبه و بالجزاء لله .

وفي الجواهر في مقام انه يجب عليه ارسال بعد عبارة المتن قال ووجوب ذلك عليه لا ينافي ضمانه لمالكه ، وان أقدم على اعارته من يكون تكليفه اتلافه بالارسال ، فان ذلك لا يقتضى ذهاب حرمة ماله انتهى اى يجب عليه ارساله و ضمانه لمالكه .

وفي مفتاح الكرامة بعد عبارة المتن : الخامس اباحة المنفعة فليس للمحرم استعارة الصيد من محرم ولا محل فان امسكه ضمنه للمحل وان لم يشترط قال ماهذا لفظه : كما في الشرائع والتذكرة والتحرير وما يأتي من الكتاب في فصل الاحكام وكذلك الارشاد و كأنهما قصدا به الرد على الشيخ في 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 ما قاله المصنف انه من باب الاسباب فكان كمن اعطى ماله لمن يعلم انه يتلفه فانه ضمنه .

وقد استدل (يستدل - خ ل) عليه باطلاق النصوص ان المحرم لو اتلف صيدا مملوكا فعليه ضمانه لمالكه وفي المبسوط والتذكرة والتحرير انه ان تلف في يده ضمن قيمته لصاحبه المحل والجزاء لله سبحانه وتعالى وهو قضية كلام الكتاب والشرائع ويشكل في الاول لأن ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده و لا يتجه الاستدلال بالأطلاق المذکور على تقدير تسليم تناوله له لأنه معارض بالنص الصحيح الدال على ان العارية غير مضمونة وهو يشمل الصحيحة والفاصلة وان امكن تخصيص هذا بغير الصيد امكن تخصيص الاطلاق بالصيد المأخوذ من

غير اذن ويمكن ان يقال ان امر الصيد غليظ جداً وربما وجب ضمانه للمالك تغليظاً فكانت اخبار العارية مخصصة بغير الصيد انتهى .

قوله و كانهما ان العلامة والمحقق في الشرائع لم يشترط الضمان للرد على الشيخ حيث قال ضمنه للمحل بشرط الضمان فانه اذا لم يشترط لم يكن ضامناً 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 ضامناً واما لو لم يشترط فلا ضمان لعلمه بتفويت ماله فكانه راض بالتلف .

و كيف كان فوجه النظر الى الضمان ولو لم يشترط انه بمجرد العارية صار الصيد اتلافاً لخروجه عن ملكه وعلى هذا سواء شرط الضمان او لم يشترط ان المحرم بمجرد اخذ الصيد قد اخرجه عن ملك صاحبه فيكون اتلافاً فيضمن لقوله ^{عليه السلام} من اتلف مال الغير فهو له ضامن ولا يعارضه قاعدة ما لا يضمن اذ هي في التلف لا في 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 مملوكاً فعليه ضمانه لملكه بغير الصيد اذ النص مختص بالصيد فكيف اخرجه عنه مع عدم المعارضة مع القاعدة ولذا جعل اخبار العارية مخصصة بغير الصيد اغلظة امر الصيد عند الشارع ثم قال متصلاً بكلامه ايضاً .

و ثم ان قضية كلام الشيخ في المبسوط والمحقق في الشرائع والمصنف في الكتاب والتحرير وصريح التذكرة انه اى المحرم اذا قبضه من المالك وجب عليه ارساله وضمن للمالك قيمته (وفيه) انه يشكل الحكم بوجود اتلاف مال الغير وحق الآدمي مقدم على حق الله سبحانه كما هو مقرر فينبغي رده على مالكه و ضمان الجزاء كما ذكره اخيراً في التذكرة (وقد يقال) لما كان امر الصيد غليظاً قدم في المقام حق الله سبحانه على حق الناس فيلحظ ذلك فاني لم اجد من تأمل في الأمرين غير المحقق الثاني والشهيد الثاني والمقدس الأردبيلي

وقد قال الاول انه لم يظفر الى الآن بمخالف وترتيبهم المحكم على المحرم المستعير لأنه المباشر والمعير معين انتهى .

ولقد اجاد المحقق الثاني حيث جعل المستعير مباشر الذى امره اشد من المعير فان المستعير المحرم يعلم بمجرد اخذ الصيد اتلافا لماله فلا يكون له الاستعارة فلو طلب فكان له الارسال من غير تقدم حق الآدمى حينئذ لعدم مال للآدمى 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 وحق الآدمى مقدم على حق الله فرده على مالكه و عليه الجزاء لله و فيه ان مال الآدمى قد زال و خرج عن ماله بمجرد اعارة المحرم فكما انه لو أخذته عن الصحراء و جب عليه ارساله فكذلك لو وقع يده عارية من مال مملوك فليس بمال حينئذ بل لزم ارساله و ضمانه للمحل و غاية ما يمكن ان يقال ان الوصول بيد المحرم من العارية و هى ليست مضمونة سواء كانت العارية فاسدة للنهى ام صحيحة للقاعدة المشهورة و على كليهما ليست فيها ضمان و جوابه ان العارية ليست مضمونة لو تلف المال بيد المستعير لا ما اذا اتلفه كما فى المقام فلا يصح 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 أدمع نية الملك على الوجهين فى تملك المباح ، و حرمة الدفع الى المحل على المحرم لتعين الارسال عليه لا ينافى جواز الأخذ للمحل ، وليس هو من 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 ان يدفعه الى المحل ويعلم من ذلك ان فيه ترك الارسال الواجب وليس هو مجرد الاعانة على الحرام بل هو نفس الحرام البين فمضافا الى ان الاعانة على المحرم 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 لا تحصل الا عن 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 ذكره 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 لاعاقته 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 مزيدا للاعانة على المحرم لكن لو فعل ذلك لم يلزم المحل سوى الاثم ولاشء للمحرم عليه لزوال ملكه وعلى المحرم الفداء لو تلف فى يد المحل لتعديده بالاعادة فانه كان يجب عليه الارسال فى 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 ، فلا قيمة له على المحل لأنه أعاره مالميس ملكاله ، وعلى المحرم الجزاء لو تلف في يد المحل ، لتعديبه بالاعارة فانه كان يجب عليه الارسال»

وان قلنا لا يزول صحة الاعارة ، وعلى المحل قيمته لو تلف الصيد عنده انتهى اقول ما حكاه عن التذكرة قد عرفت منه ان زوال الملك ليس الالارسال فلا يصح للمحل اعارته ولا للمحرم دفعه اليه ثم قال ولا اشكال في الحكم الثاني ، ولا كلام فيه ، وانما الكلام في الاول فانه ان حكم بصحة الاعارة وجوازها كما هو ظاهر العبارة ، وهو صريحة في القواعد والارشاد ، وبه صرح في الشرايع ايضاً فان الاشكال يتطرق اليه من وجوه :

أحدها انهم صرحوا بأن من شروط صحة الاعارة كون المعار ملكاً للمعير وهو 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 ، فلا يناسب اثبات الجواز . الى ان قال :

وثالثها : أن تسليمه اذا كان محرماً على المحرم حرم قبوله من المحل ، لما فيه من الاعانة على الاثم والعدوان المنهى عنه في صريح القرآن ، ولما ذكرنا قوى في المسالك الحكم بتحريم الاعارة في الصورة المذكورة ، وهو جيد لما عرفت انتهى .

ومنه يعلم ما في القواعد [ولو كان في يدمحرم فاستعاره محل جاز لزوال ملك المحرم عنه بالاحرام كما يؤخذ من الصيد مالميس بملك] فانه عين عبارة المحكمة عن التذكرة من حيث المفهوم بل لعله عجيب عن مثله كما عرفت امثاله من ان زوال الملك عن المحرم ليس الا لانه واجب عليه ارساله فكيف يجوزده الى المحل .

وكيف تصح الاعارة لمن لا يكون مالكا وهو من أبده البديهيات وفي مفتاح الكرامة بعده قال ما هذا لفظه: كما ذكر ذلك كله في الشرائع وكذلك الارشاد وقد اعترضهما المحقق الثاني والشهيد الثاني والمقدس الاردبيلي بان المعار شرطه كونه ملكا للمعير وهو هنا منتف لمكان زوال ملكه وبان تسلميه للمحل اعانة على الصيد واثبات سلطنة للغير عليه وهو محرم على المحرم فلا يناسبه الجواز وبانه يحرم قبوله من المحل لاعاقته على الاثم (قلت) من المعلوم ان ذلك انما هو اذا كان المحرم في الحل والصيد في الحل وان ليس هناك الا صورة عارية فالغرض من الجواز صحة تملك المحل له وانه لاشيء للمحرم عليه وان فعل حراما بالاعانة كما نبه عليه فخر الاسلام في شرح الارشاد انتهى .

والمسألة مشكلة لان المشهورة زوال الملك عن المحرم بمجرد ادخاله الصيد في الاحرام سواء احرم في الحل او الحرم وسواء صاده او اشتراه فيجب عليه ارسالة بل لا اشكال في وجوب الارسال ولو قيل بعدم زوال ملكه فمع الاحرام ينتفى ملكه عن الصيد كان المحرم والصيد كلاهما في الحل او الحرم فح فما معنى الحكم بجواز العارية من المحرم مع علمه بعدم كون المحرم مالكا له فالعارية متوقفة على كون المعير مالكا للمعين المستعارة اللهم الا ان يكون القائلين بصحة العارية من القائلين بعدم زوال الملك في الدخول في الاحرام لكنه واجب عليه الارسال راجع ج ١٩ ص ٣ .

وقد اشار اليه في تمة عبارته ايضا بما هو لفظه ولقائل ان يقول انه صار مثل صيد الحرم وفيه تأمل وقال في التذكرة وان قلنا ملكه لا يزول صحت الاعارة وعلى المحل القيمة لو تلف الصيد عنده وقد اعترض كلامه هذا في جامع المقاصد بان صحة الاعارة مع وجوب الارسال ورفع السلطنة عنه مشكل واثبات القيمة اشكل لان العارية تقتضى عدم الضمان الا ان يراد بالقيمة الجزاء لله سبحانه (قلت) ان كان الصيد تلف عند المحل في الحل كما هو المفروض في

عبارة التذكرة وغيرها فلا شيء عليه ولعل صحة الاعارة لان الامر بالشئ لا يقتضى النهي عن ضده الخاص عنده فتأمل جيداً لانه يمكن ان يقال انهما نقيضان كالحركة والسكون اوان النهي فى المعاملة لا يفسدها اوانه لامر خارج عنها كالبيع وقت النداء لان المنفعة مباحة للمحل واهل للتبرع عليه بالعقد لكن القول بانهما نقيضان يهدم ذلك .

(وليعلم) ان المقدس الاردبيلى اخذ يتأول الجواز فى عبارة الارشاد بتأويلات بعضها بعيد عنها ثم حمل المعير على ما اذا كان جاهلاً او كان غائباً عنه والصيد محبوس فى ملكه اوفى غيره اوفى يد وكيله ولم يعلم الوكيل اى باحرامه فقال المحل اعرنى يعنى اعطنى انتفع به فاخذه قال وسماها استعارة للاشتراك فى الفائدة انتهى .

ولا يخفى دلالة روايات كثيرة على ان الصيد فى حال الاحرام قد خرج عن ملك المحرم بحيث لا يكون له يد شرعية عليه بل يجب عليه الارسال ومن جعلتها خبر ابي سعيد المكارى عن الصادق عليه السلام قال لا يحرم احد ومعه شئ من الصيد حتى يخرج من ملكه فان ادخله الحرم وجب عليه ان يخليه فان لم يفعل حتى يدخل الحرم ومات ازمه الفداء - راجع ج ١٩ ص ٣.

فالخبر صريح فى زوال ملكية الصيد بمجرد الدخول فى الاحرام وانه اذا ادخله الحرم وجب عليه ارساله فكيف يصح عاريته وكيف يصح للمستعير المحل ان يستعير صيداً ليس لملكه والله العالم .

﴿ولو استعار﴾ مستعير ﴿من الغاصب وهو لا يعلم﴾ بغصبه قال المصنف والشارح الجواهر مازجا للمعبارة ﴿كان﴾ قرار ﴿الضمان﴾ للمنفعة الفائتة ﴿على الغاصب﴾ لفروره ﴿وان كان﴾ للمالك ﴿أيضاً﴾ الزام المستعير بما استوفاه من المنفعة ﴿أوقات فى يده لعموم﴾ «من أ تلف» و «على اليد» كما هو المشهور بين الاصحاب فى المقام وفى الغصب عند ذكر حكم الأيادى المترتبة على يد الغاصب .

﴿و﴾ لكن ﴿يرجع﴾ المستعير ﴿على الغاصب لأنه أذن له في استيفائها
 بغير عوض﴾ وعلى ذلك أقدم ، فهو غار حينئذ له ، فيرجع حينئذ عليه لقاعدة
 والمضور يرجع على من غره ، ﴿والوجه﴾ عند المصنف والفاضل ﴿تعلق الضمان
 بالغاصب حسب﴾ لأنه الاصل في وقوع مال المالك بيد غيره وانه السبب لقوات
 منافع ماله او فوت ماله ولانه مأخوذ بأشد الاعمال واشقها ولانه الذي 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 خفي او خاف وفر فلامحالة يرجع الى المستعير حتى
 يرجع هو الغاصب .

﴿وكذا لو تلف العين في يد المستعير﴾ ولم تكن مضمونة عليه ، بل قيل
 ان الرجوع ظلم محض ، لأنه جاهل ، وهو في محله وما يتوهم من صحة الرجوع
 على المستعير ، لقاعدة اليد ، والاتلاف ، وقول على في المرسل وخبر اسحاق بن
 عمار عن ابي عبد الله عليه السلام . وأبي ابراهيم عليه السلام اذا استعيرت عارية بغير اذن صاحبها
 فهلكت فالمستعير ضامن ، فهو فاسد اما قاعدة اليد فموردها يد العدواني و كذا
 قاعدة الاتلاف فانها ظاهرة في الاتلاف العمدي لا التلف .

وأما كونه بغير الاذن فالمضر هو غير الاذن مع العلم بانه كذلك لافيما
 لا يعلم وزعم انه مالك فانه حينئذ استعير بزعم المالكية فالرجوع الى الغاصب قوي
 فللمعنى للرجوع الى المستعير هذا مضافا الى انه عارية فاسدة فلا ضمان فيها لما
 لم يكن في صحيحها فلا وجه لرجوع المالك .

﴿أما لو كان عالماً كان ضامنا ، ولم يرجع على الغاصب﴾ بشيء لعدم
 غروره ﴿و﴾ لأنه غاصب ، بل ﴿لو أغرم﴾ المالك ﴿الغاصب﴾ المعير حيث أن له
 الرجوع عليه ﴿يرجع﴾ هو ﴿على المستعير﴾ .

وفي الجواهر الذي استقر الضمان عليه بحصول التلف عنده مع عدم غروره

بل الظاهر أنه يرجع عليه ايضاً بقيمة العين لو رجع عليه المالك وان كان جاهلاً
اذ كان قد اقدم على العارية مضمونة باشتراك الضمان أو كانت ذهباً أو فضة لعدم
غروره حينئذ . بل هو كذلك لو صدر منه ما يقتضى الضمان من تعدد أو تفريط .
نعم لا يرجع عليه المالك بعوض المنافع التي استوفاه المستعير بعنوان العارية
لو رجع عليه المالك . لاقدامه عليها مجاناً بل هو يرجع على المعير الغاصب
لو رجع المالك عليه بها لقاعدة الفرور انتهى .

ولا يخفى ان الاقدام مجاناً يفيد فيما لا يعلم بالغصبية ولكن الفرض ان المستعير
يعلم بان المعير غاصب فيكون في جميع تصرفاته ضامناً قطعاً وصح رجوع
المالك اليه وهو يرجع الى المعير .

الفصل ﴿ الثالث ﴾ ، في العين المعارة وهي كل ما يصح الانتفاع به ﴿ شرعاً
﴿ مع بقاء عينه ﴾ منفعة معتداً بها عند العقلاء ، و لو غير معتادة من تلك العين
﴿ كالثوب والداية ﴾ والدار والدرهم المتزين بها والضابط فيه كل ما يبقى عينه
بحالها الاولى ولا يفنى شيئاً فلا يصح اعارة المأكولات والمشروبات والملبوسات
التي لا يبقى بحالها بعد الاستمتاع منها و كعض الالبسة التي بعد اللبس والغسل
لا يبقى منها شيء معتد به وايضاً معنى الاعارة اعارة قليلة المدة بحيث يقضى حوائجه
ورد فالظن يحصل بان في معناها اخذ الفورية بعد رفع الحوائج .

﴿ د ﴾ عليه هل ﴿ تصح استعارة الارض للزراعة والغرس والبناء ﴾ والظاهر
خروجها عن مفهوم العارية فان البناء والغرس مساق للبقاء والدوام و كيف يصح
اعارته الارض لبناء الدار التي 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 هو الرجوع
في كل زمان وآن اراد اخذ ماله وهو مضاف الى ضرر المعير ضرر المستعير ايضاً

ويكون البناء يصرف فيه بقدر وزنها المال والغرس قد يكون بمقدار من الكبير يصعب قلعه ويكون ضرراً على المستعير كما يكون في بقائه ضرراً 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 اذسال المسلمات حيث قال المصنف ﴿بقتصر المستعير على القدر المأذون فيه﴾ .

وفي الجواهر كما هو صريح المسالك والروضة وغيرهما ، وظاهر الدروس واللحمة ، لاصالة حرمة التصرف في مال الغير بغير اذنه فلا يجوز التعدي الى الاذن فضلا عن المساوى انتهى .

و هو مشكل بل لا يتصور قدر المأذون في ذلك الا ما كان الاذن بالقلع والخراب الذين قد عرفت الحال فيهما بداهة ان مثل الاذن في بناء الدار قد ينافيه الاذن في الخراب كلما امر به والاقتصار على القدر المأذون انما يصح فيما يصح الانتفاع فيه مدة محدودة مثل الانتفاع من الثوب حيث صح في مدة ايام او شهر مثلا وصح مطالبة المالك والامر بالرد تأمل فيما ذكرنا .

﴿و﴾ كيف كان في ﴿تقيل﴾ كما عن المبسوط والغنية والسرائر ﴿بجوز أن يستبيح مادونه في الضرر﴾ لا ما فوقه ﴿كان يستعير أرضاً للغرس فيزرع﴾ فيها لا العكس ، بل عن الاول نفى الخلاف فيه بل في القواعد و عن التذكرة والتحرير التصريح بجواز المساوى أيضاً ، بل عن جامع المقاصد ظاهر كلامهم أن الحكم بذلك اجماعى .

﴿و﴾ لكن لا ريب في أن ﴿الاول أشبه﴾ بأصول المذهب وقواعده المقتضية عدم جواز التعدي عن غير المأذون .

﴿و﴾ كذا يجوز استعمارة كل حيوان له منفعة كفحل الضراب ﴿وان استلزم ائلاف عين مائه ، الا أنه من التوابع للنز وادخال الفرج ونحوهما التي لا تنقدح

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
العامّة ، فمنع عارية الشابة الجميلة لمن لا يوثق به ، لبعض الوجوه الاستحسانية
التي ليست من مدارك الاحكام الشرعية عندنا انتهى .

ولا يخفى ان مدارك الاحكام موجودة فى المنع الشديد فى جعل المرءة
الاجنبية فى اختيار الرجل الاجنبى خصوصاً 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 لا ينجو
من ذلك الا المعصوم كيف وقال يوسف عند ذلك وما ابرء نفسى ان النفس لامارة
بالسوء فالعمل بهذا المستحب مستلزم لوقوع العصيان قطعاً نعم لو كان المستعير
معصوماً او كان شيخاً كبيراً كثير السن او كانت المرءة كذلك لصح العارية حينئذ
وفى الجواهر قال نعم قيل : يكره اعارتها للاجنبى ، وتناً كذا اذا كانت
حسناً خوف الفتنة ، بل عن التذكرة و غيرها تأن كدها فى الشابة لمن لا يوثق
به انتهى .

﴿و﴾ لاختلاف ظاهراً كما اعترف به بعضهم فى أنه ﴿يجوز استعارة الشاة
للحلب وهى﴾ المسماة بـ ﴿المنحة﴾ ولا يخفى ما فيه من استلزامها النقص من
لبنها اذ الاصل كون العين المستعارة لا ينقص منها ومن المعلوم حينئذ ينقص من
لبنها فيخرج المنحة عن العارية ولو تصور له مدرك يمكن كونه من باب الاباحة
من لبنها ونحو ذلك وفى الجواهر ما هذا لفظه بل عن بعض متأخرى المتأخرين
الاجماع عليه وهو ان تم كان الحجة فى مخالفة الضابط السابق ، لا اصل المقطوع
بما سمعت ولا تسلط الناس على اموالها الذى لا يقتضى مشروعية العارية ، ولا كونه
كالوكالة فى الانتفاع ، ولا الحاجة اليها كى يناسب شرعها سهولة الملة وسماحتها

ولاغير ذلك مما ذكر في كلام بعض متأخري المتأخرين مما لا يصح لاثبات مشروعيته عارية المنافع المضابط السابق ، بناء على ان المنفعة اذا كانت عيناً لا تدخل ، وان سميت منفعة وصح تسبيلها في الوقف ، الا ان مورد الاجارة والعارية ما ليس بعين من المنافع الا ما خرج بالدليل ، للاجماع بحسب الظاهر على ذلك ، ولانه المتيقن من النص والفتوى .

وحينئذ فلا بد لعارية المنحة من دليل ، وليس الا الاجماع ان تم ، اذ لم نجد في شيء من نصوصنا الدالة عليها انتهى .

وما افاد في محله لان معنى العارية تسليم العين كما هي 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 قطعاً فلو وقع احياناً كان ضرب من اباحة اللبن و حلبها يوماً او اياماً من دون ان يكون عارية اصلاً كما يمكن ان اعاره الشاة و ذهب له لبنها من غير كونه داخله في العارية كما اذا سئل عن مجرد اللبن وقال له احلب منها .

وفي بعض نسخ الكتاب ❀ ولا يستباح وطى الأمة بالعارية ، وفي استباحتها بلفظ الاباحة تردد ، و الأشبه الجواز ❀ و هو مشكل الا ان يحصل بذلك تحليلاً ❀ و كيف كان فلا خلاف ولا اشكال في انها ❀ يصح الاعارة مطلقاً ومدة معينة ❀ لاطلاق الادلة ، لكن المراد بصحتها مدة ، عدم الاذن فيما بعدها ، لانزومها اليها نحو ما سمعته في عقد القراض ، ❀ و حينئذ فـ ❀ للمالك ❀ في الحالين ❀ الرجوع ❀ بها لما عرفت من كونها عقداً جائزاً

❀ و من ذلك ما ❀ لو اذن له في البناء او الغرس ❀ مطلقاً او الى مدة ، ❀ ثم امره بالازالة وجبت الاجابة و كذا ❀ الكلام في عارية الارض فيما اذا كان لاجل ❀ في الزرع ❀ فان له الرجوع ❀ ولو قبل ادراكه على الأشبه ❀

وفي الجواهر باصول المذهب وقواعده التي منها معلومية جواز عقد العارية الذي منه محل البحث ، خلافاً للمحكى عن الشيخ وابن ادريس من وجوب الوفاء على المعير في الزرع الى حين ادراكه ، لأن له وقتاً ينتهي اليه ، وظنى ان مرجع كلامهما الى عدم وجوب الازالة ، لالى عدم جواز العارية ، وبينهما فرق واضح والذي يقتضيه النظر في المسألة انه لا ينبغي التأمل في جواز عقد العارية هنا لمعوم ما دل عليه ، وعموم تسلط الناس على أموالها وانها قسم من الاباحة والبر والاحسان وغير ذلك ، انما الكلام في حكم الغرس والبناء و الزرع بعد فسخها ضرورة رجوع الامر حينئذ الى نزاحم الحقوق ، اذا المستعير ليس ظالماً في عرقه وقاعدة لا ضرر ولا ضرار جارية في المقام بالنسبة اليهما معاً انتهى

ولا يخفى 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 التي يعلم منها عدم الفراغ منها ويحتاج الى الصبر الى زمان لا يمكن حياة المعير جدا و بعداً يقع في يد الوارث .

ويكون منشأ النزاع بينهم وبين المستعير وعلى فرض حياته ايضا قد يحتاج الى ارضه و لا يمكن له افرانها عن البناء الا بالخراب و قلع الاشجار الموجب للضرر على المعير والمستعير وليس بصحيح كون امر جائز موجباً للمعاصي الكثيرة هذا مضافاً الى ان الظاهر من العارية امر موقت بأمد و زمان يسير بل الذي يساعد عليه العرف ان المستعير أعار شيئاً لرفع حاجته في يوم او ايام قليلة كفرش و ظروف للضيافة او العزاء او العرس بحيث يقضى حوائجه بعد ذلك في مدة قليلة وامثال ذلك وليس مثل العارية للدفن او الغرس او البناء الباقي الى بقاء دهر فأمثال ذلك خارج عن مفهوم العارية .

بل يدفعه قواعد الضرر والضرار وكيف يصح الاذن في البناء والغرس ونحوه

ونهي عن البقاء ولازم هذا الاذن الشامل للبقاء هو عدم المنع عنه وعدم المطالبة بالازالة والعقد وان كان جائزا وله المنع في كل زمان لكن منع لا يوجب 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 بقاءه بحاله ضرر عليه وقلعه وخرابه ضرر على المستعير فلامحالة اما ان يمنع من العارية واما اعاره بدون الامر بالقلع فالامر من اول الامر بيده ولا الزام له بالقبول ولا القبول بعنوان العارية فان اراد الثواب يغمض عن كل ضرر عليه .

فاذا اقدم على القبول اقدم على ضرره فلا يجوز له بعداً الرجوع عن اذنه ومن المجيب ان الاصحاب رض قد حكموا بعدم الضمان في العارية و لو نقص العين بالاستعمال او تلفت بذلك مستدلاً بالاذن من المالك عليه و في مثل ذلك يحكمون بمثل هذا الامر العظيم من القلع الموجب للضرر على المستعير والارض الذي ضرر على المعير للمفرق الكثير بين كون الزرع او الغرس بناءً ومقلوعاً ومنه يمكن ان يقال لا حق للمعير بالامر بالقلع لعلمه بذلك ورضائه بالغرس فيكون قد اقدم على ضرره بخلاف الاذن في التصرفات الموقفة فان المسلم المتيقن من اذن المعير هو الانتفاع عن العين بحيث لا يحصل 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 ولا يعلم الاذن باكثر .

ولذا قلنا بالضمان لو تلفت العين او نقصت فمثل هذه العارية مستلزمة للضرر بحال المعير او المستعير ولا يصلحه النظر في تزامم الحقوق وتقدم بعضها اذا كان منشأها فسادها .

وبالجملة الامور التي نحتاج الى مدة بعيدة كثيرة خارجة عن معنى العارية

فان العرف يفهم الارجاع الى مالكة فوراً فلا يصح العارية المنتهية الى ذلك مضافاً الى ما عرفت من عدم دخولها في اطلاقات الروايات الناظرة الى العرف ولا اقول بجواز العقد الا في مثل تلك الموارد فيلزم كما لعلمه الظاهر من الحدائق بل اقول لانصح العارية في مثل ذلك الا ان يكون من الاباحة والهبة بصورة العارية فلا يجرى فيها احكام العارية قال في الحدائق بعد ما جعلها من العقود الجائزة ما هذا لفظه .

الا أنهم استثنوا من ذلك مواضع بعضها اتفاقي ، و بعضها خلافي ، 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 النباش و تهتك حرمة الى أن تفتى عظامه . ونقل في التذكرة أنه موضع وفاق الى ان قال :

وثالثها ما لو اعاره جداراً ليضع عليه اطراف خشبته والاطراف لآخر حائط المستعير قال الشيخ : لم يكن له بعد الوضع الازالة وان ضمن الارش ، لأنه يؤدي الى قلع جذوعه من ملكه مجيراً وهو غير جائز ، وتبعه ابن ادریس .
وذهب العلامة في المختلف الى الجواز قال : لأنه عارية فللمالك الرجوع فيها وان أدى الى تخريب مال الغير ، لأنجباره بالارش ، واليه ذهب في المسالك أيضاً ، وتردد المحقق في الشرايع في ذلك .

ورابعها : لو أعاره لوحاً يرفع به السفينة ثم ليج في البحر ، فانه لا يجوز للمعير هنا الرجوع مادامت في البحر ، لما فيه من الضرر بالغرق الموجب لذهاب المال ، أو تلف النفس ، قالوا : وهكذا في ما اذا حصل بالرجوع ضرر بالمستعير لا يمكن استدراكه ، و لو لم يدخل السفينة في البحر أو خرجت جاز الرجوع قطعاً ، ولو كانت في البحر لكن يمكن اخراجها الى الشاطئ و جب اذا لم يحصل به ضرر على صاحبها ، قيل : و يحتمل الجواز ، ولو كانت في البحر و ثبت 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 أرضاً 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 وجهاً ، 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 أديفرس مدة معلومة ، قال ابن الجنيدي : لو أعاره براحاً ليبنى فيه أديفرس مدة معلومة ، لم يكن لصاحب الارض أن يخرجه من بنائه أو غرسه كرهاً قبل انقضاء المدة ، فان فعل ذلك كان كالفاسد وعليه أعلى قيمة بنائه وغرسه قائماً ومنفرداً ، ولو كانت الاعارة غير موقفة 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 منهما من شوب اشكال واظن ان يمنع المستعير من امثال تلك العوار المنتهية الى النزاع الا ان يبيعه ما يحتاج الى تلك الموارد او وهبه مع العوض او بدونه لمحض الثواب قرينة بنحو اخرجه عن ملكه حيث انه قريب بمثل هذه العارية حتى لا يقع فى اشكالات الواردة او الحادثة بعد ذلك من الوراثة وغيرهم .

﴿و﴾ على اى حال قال المصنف ﴿على الاذن﴾ فى العارية لو امر بالقلع هو ﴿الارش﴾ لما وقع من ضرر القلع على المستعير وقد عرفت ما فيه وكيف 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 بالأرض للأصل ولأن المستعير هو الذى أدخل الضرر على نفسه باقدامه على العارية التى يجوز فسخها فى كل وقت رده بما هذا لفظه لا يخفى 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 .

قد عرفت 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 لا يتحمل ضرره بوجه وكيف يصح الفسخ المستلزم لخروج الميت عن الارض او خراب بناء الدار او الرجوع الى لوح يرفع به السفينة والحل عدم صحة اصل العارية لتلك الامور وكيف الامر يدور بين المحذورين اخراج الميت من القبر او الصبر عليه حتى تغنى عظامه وكلما يكون كذلك فعلاجه ان لا يدخل فيه من اول الامر فان قلت ان الاطلاقات تدل على صحة عقد العارية مطلقا قلت الاطلاقات ينصرف الى الأفراد المتعارفة .

فلا يعم عارية الارض للغرس والبناء والدفن وامثالها فان قلت فما حال مثل تلك الافراد افلا يجوز او يجوز قلت عدم الجواز بمعنى الحرمة فلا لبدها ان المالك اذا اراد 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 لا ضرر بالنسبة الى ما كان له عند الله فيخرجه عن ملكه فانه مساوق مع العارية بهذا النحو بل لو كان له ضرراً لا يعارض ضرره بضرر المستعير فانه لو اعدم اعارة المعير لم يتحقق ضرر المستعير فلا محالة اما ان يمنع من اعارة كذائى واما الصبر على ما يرضى عليه من الغرس

والبناء الا ان يشترط عليه المعير الوقت المعين فرده عليه فله الامر بالقلع او الخراب من دون لزوم الارض لان الضرر حينئذ من ناحية عدم عمل المستعير بالشرط . وقد تلخص انه في صورة بقاء اشتغال الارض الى مدة بلوغ الغرس والبناء بعده صح له من دون ان يكون له الامر بالقلع والخراب ح وان شئت ان يجعل العقد في امثاله تلك الافراد لازماً على المعير استثناء عن مطلق الجواز كما في الحدائق او جعله المعير حينئذ من قبيل المباحات والهبات الغير المعوضة او بيعها بالمستعير حتى لا يقع في ايدي الورثة وشرع بينهم والمستعير النزاع سواء كان ذلك في حين الاعادة او بعدها او الى طول مدة يستأنس عن الوصول الى يده . وكيف كان فالاعادة مع طلب القلع والخراب بزعم جواز الاذن وكون الامر بيده في غاية الاشكال قد عرفت .

وبالجملة فالظاهر انه بالنظر لا تصح العارية بمثل ذلك لخر وجها عن الافراد المتعارفة وان ابيت بمقتضى الناس مسلطون على اموالهم يجعله غير العارية بصورة العارية كالهبة والصدقة ونحو ذلك مما لا يستلزم الاشكالات الحادثة بعداً وان ابيت الاذعان كونها بنحو العارية فلا يكون للمعير امراً بالقلع او الخراب بالارض لان الضرر من ناحيته .

والمحصل في مثل عارية الارض لبناء الدار عليها التي يبقى مادام الحياة بل اكثر ما يهبه الارض فانه مقارن مع العارية الكذائية بل يزيد عليها عدم امكان النزاع وعدم ترتب الضرر وعدم ذهاب مال الوارث او اعادة من دون الرجوع وطلب الخراب فلا يجوز له العارية والاذن للبناء ثم رجع وامره بالخراب والله العالم ثم قال ومن هنا نفى الخلاف بعضهم عن وجوب الارش في المقام وان استشكل فيه بعضهم الا ان الاشكال ليس خلافاً ولا يخفى ما فيه فان معنى الاشكال هو التوقف في الفتوى فيرجع الى المخالفة وكيف كان فماذا كر في الرجوع وعدمه كما ترى لا يسمن ولا يغني من جوع .

ويؤيد ما ذكرنا موقوف محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام - وفي رجل ا كثرى داراً وفيها بستان فزرع فى البستان وغرس نخلاً وأشجاراً وفواكه وغير ذلك ، ولم يستأمر صاحب الدار فى ذلك ، فقال : عليه الكرى ويقوم صاحب الدار بالزرع والغرس قيمة عدل ، فيعطيه الفارس ان كان استأمره فى ذلك ، وان لم يكن استأمره فى ذلك فعليه الكراء وله الغرس والزرع ويقلمه ويذهب به حيث شاء .
 ﴿﴾ كيف كان فعلى قول المصنف ﴿﴾ ليس له المطالبة بالازالة من دون الارش ﴿﴾ وفى الجواهر بل جزم به فى المسالك وظاهره الاجماع عليه ، قال : ولا تجب اجابته الى القلع قبل دفعه وان بذله لاحتمال تعذر الرجوع عليه بافلاس أو غيبة ونحوهما ، فيضع حق المستعير ويلزم الضرر ، انتهى .

وفيه تعارض ضرر المعير بحبس ارضه الى ما شاء الله بدون اجرة واجارة ومنافع يترتب عليها نعم يمكن ان يقال فى خصوص الغرس ونحوه من الورد والنخضرات 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 بلا اشكال فى ذلك ولازم ذلك هو توقيت الوقت وليس كبناء الدار الباقى مادام العمر .

وعن التذكرة أن فائدة التوقيت تجديد الغرس للمستعير فى كل يوم الى انقضاء المدة الى أن قال: دئم للمالك الرجوع فى العارية قبل انقضاء المدة بالارش وبعدها مجاناً ان شرط المعير القلع ، أو نقص البناء بعد المدة ، أو شرط عليه القلع متى طال به عملاً بالشرط ، فان فائدته سقوط الغرم ، فلا يجب على صاحب الارض ضمان ما نقص الغرس بالقلع . -

وان لم يكن شرط القلع واختاره المستعير كان له ذلك ، وان لم يختر القلع وأراده المعير فلا بد من الارش ، انتهى .

فالفرق الواضح بين العارية الموقفة بوقت معلوم كالغرس فى كل سنة والقلع

وبين مثل بناء الدار ودفن الاموات بجواز الرجوع والمنع فى الاول دون الثانى ومن ذلك يعلم عدم جواز الاعارة للدفن الابنحو 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 ، بلاخلاف أجده فيه ، بل الاجماع بقسميه عليه

ولعل ذلك هو المراد ممن حكاها على لزومها ، لا أن المراد عدم جواز فسخها ، فان له ذلك باعتبار كونها عقداً جائزاً ﴿و﴾ كيف كان ﴿المستعير أن يدخل الى الارض﴾ التى استعارها للغرس والبناء والزرع للتنزه واغيره .

﴿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 فماعن المبسوط وغيره من عدم الجواز فى غير محله ، وان وافقه عليه فى الجملة فى التذكرة والقواعد ، وجامع المقاصد ، والمسالك ، والروضة فلم يجوزوا دخوله انتهى موضع الحاجة .

ومما ذكرنا يظهر وجه قول المصنف والجواهر ما زجا للعبارة حيث قال ﴿ولو أعار جداره لطرح خشبة و﴾ وضعها و ﴿طالبه﴾ بعد ذلك ﴿بازاتها﴾ لم يكن له ذلك ، لان المراد به التأييد ثم استحسّن الجواز ، وقد ذكرنا هناك ما عندنا .

لكن قال هنا : ﴿كان له ذلك الا ان تكون أطرافها الاخر مثبتة فى بناء المستعير ف-﴾ لميس 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﴾ .

وفي الجواهر من ذلك ، ومن معلومية جواز عقد العارية المقتضى لوجوب تفريغ ملك المغير ، وان توقف على تخريب ملكه ، بل قيل : انه الذي أقدم على ذلك باقدامه على العارية ، فهو في الحقيقة الذي أدخل الضرر على نفسه انتهى ﴿ولو أذن له في غرس شجرة﴾ مثلاً فغرسها ، وبقيت مدة ﴿ف﴾ اتفق أنها ماتت أو ﴿انقلعت﴾ لهواء خارق ونحوه ، ﴿جاز﴾ عند بعض ﴿أن يغرس غيرها استصحاباً للأذن الاول﴾ وفيه ما لا يخفى خصوصاً في الاستصحاب بعدموت الأذن بل هو عجيب الامع الأذن ﴿وقيل : يفنقر الى اذن مستأنف ، وهو أشبه﴾ .
وفي الجواهر باصول المذهب وقواعده المقتضية حرمة التصرف في مال الغير بغير اذنه ، اذا اذولى قد انتهت بحصول مقتضاها ، وغرس الشجرة الاخرى شيء جديد ، بل ان لم يكن ثم قرينة بشكل اعادة غرسها ، اذا الظاهر أن الأذن في الغرس كالأمر به تحقق بالمرة انتهى .

﴿و﴾ لاشكال كما لاختلاف عندنا في أنه ﴿لا يجوز اعارة العين المستعمارة الا باذن المالك﴾ ضرورة اقتضاء عقد العارية الاباحة لخصوص المستعير لا تمليكها ايهاً .

﴿و﴾ كذا ﴿لا﴾ بجوزاه ﴿اجارتها﴾ بل هو أولى منه ، ﴿لان المنافع ليست مملوكة للمستعير ، وان كان له استيفائها﴾ بنفسه أو وكيله .

الفصل ﴿الرابع﴾ : في الاحكام المتعلقة بها وفيه مسائل الاولى ﴿لا خلاف ولا اشكال في أن﴾ العارية امانة ﴿كما قال الصادق عليه السلام في صحيح الحلبي﴾ صاحب العارية والوديعة مؤتمن ، ونحوه غيره ، وحينئذ فهي كغيرها من الامانات ﴿لا تضمن الا بالتفريط في الحفظ أو التعدي أو باسقاط 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 ضمانتهما هو تسليمهما صحيحا نفس العين التى اعارهما وهو غير ممكن حينئذ لذهاب اصل العين المستعارة التى قد مر عدم جواز ذهاب العين وانما يستفاد من المنافع مع بقاء العين كما مر الاشكال فى المنحة ومن المعلوم حينئذ لا يصل الى يد المعير عين ما اعطاه الى المستعير بل كان مثلها وهو غير صحيح فى العارية . وان 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 عاريتهما و حينئذ فالمراد بالضمان تلقها وهو ايضا لا يحتاج 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 .

وكيف كان فقدم 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 وغيره الذى هو كذلك أيضاً فى صريح اللمعة والمهذب وجامع المقاصد والمسالك والروضة و مجمع البرهان على ما حكى عن بعضها ، وفى ظاهر المتن والنافع وغيرهما ممن عبر كعبارته ، كما عن المقنع والنهاية والمبسوط 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 : اذلا ، 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 زراة المتقدم القاطع للشك في ذلك انتهى .

و كيف كان ففي مثل الدرهم و الدينار فالثمره المعتدة بها هي جعلهما ثمناً او مثنماً في البيع و الشراء وفي غير المعتدة بها مثل جعلهما رهنا و نحوه و الكل غير جائز وفي غيرهما مختص بالحلى و بعيد 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 ﴿ براء ﴾ على حسب غيرها من الامانات ونحوها ، كما أنه لا اشكال ﴿ و ﴾ لا خلاف عندنا في أنه ﴿ لو ردها الى الحرز ﴾ الذى كانت فيه بلايد للمالك ولا اذن منه ﴿ لم يبرأ ﴾ بل هو ضامن لها مع التفريط بها .

قال في الخلاف اذا رد العارية الى صاحبها او وكيله براء من الضمان وان ردها ملكه مثل ان تكون دابة فيردها (فردها - خ) الى اصطل بل الى صاحبها وشدها (يشدها - خ) فيه لم يبرء من الضمان وبه قال الشافعى و قال ابو حنيفة يبرء لان العادة هكذا جرت في رد العوارى الى الاملاك فيكون بمنزلة المأذون من طريق العادة [دليلنا] ان كون ذلك رداً او ابراء الذمة به من العارية يحتاج الى دليل ولادليل على ذلك والاصل شغل ذمته بالعارية .

﴿ ولو استعار الدابة الى مسافة ﴾ معينة مثلاً ﴿ فجاوزها ضمنها ﴾ عيناً ومنفعة للتعدي ﴿ و لو أعادها الى ﴾ المسافة ﴿ الاولى ﴾ المأذون فيها ﴿ لم يبرأ ﴾ من ضمان العين الذى قد حصل بالتعدي ، للاصل .

المسألة ﴿ الثالثة ﴾ لا خلاف أيضاً ولا اشكال في أنه ﴿ يجوز للمستعير بيع غروسه وأبنيته في الارض المستعارة للمعير و لغيره ﴾ و فى الجواهر ما زجا للعبارة فقال مع الاذن وبدونها بل مع النهى ﴿ على الاشبه ﴾ بأصول المذهب وقواعده التى لا ينافيها احتمال قلع المعير له وهدمه اياه ، فانه لا يخرج عن

المالية المسوغة لبيعه انتهى ولا يخفى ما فى قولهما خصوصا قول الشارح بل مع النهى اى نهى المالك عن بيع الابنية للاجنبى وقد عرفت منّا ما فى اصل البناء فضلا عن جوازه وبيعه الى الغير على خلاف رضا المالك وتأمل فيما تقدم منا وفى حدوث المفاسدة الواقعة بعدا والنزاع بين المالك والمستعير و بين المالك والاجنبى لولم يرفع يده عن البناء وكان مانعا عن خرابه ولعمري لو قيل بعدم امثال هذه العوارى لكان اسلم .

والدليل عدم دخول العرف امثالها فى مفهوم العارية تدبر فيما تقدم حتى يعلم كونه اشبه باصول المذهب وعدمه .

المسألة ﴿الرابعة اذا حملت الاهوية او السيول حبا﴾ مثلا ﴿الى ملك انسان فثبت كان لصاحب الارض ازالته﴾ بعد فرض امتناع المالك عنها ، من غير مراجعة للحاكم ﴿ولا يضمن﴾ له ﴿الارض﴾ 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 لصاحبها فلا تعرض لهم على من نبت فى ملكه .

المسألة ﴿الخامسة لو نقصت 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 النقص مفعو عنه فى اصل العقد ولا موجب اضمائه ولو شرط الضمان لا يشمل الا التلف الا ان يكون النقص بحيث كانت هى موجبة للتلف بحيث كان عند العرف استناد التلف الى تلك النقص الواقعة فى الايام وصادرة من يد المستعير ومع ذلك لا معنى للضمان الا لتلف 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 الذي لم يوجب الضمان هو التلف الانفاقي من الارضية او السماوية وامثال ذلك كالغصب والسرقه لا التلف الواقع بسبب استعمال الغير المتعارفة كحمل الثقل الموجب لتلف الحمار والفرس ونحوهما فان عليه حينئذ ضمان .

وقدمر خبر وهب فراجع وان زعم القوم عدم الضمان حتى في مثل هذا الاستعمال الذي هو السبب للتلف تمسكاً بانه داخل في الاذن بالاستعمال فراجع المسألة ﴿ السادسة اذا قال الراكب ﴾ على حمار او فرس او سيارة على مالكة في مقام النزاع ﴿ اعرتنيها ﴾ فلاجرة على ﴿ وقال المالك : آجر تكها ﴾ فلي مال الاجارة ﴿ فالقول قول الراكب ﴾ مع يمينه ، عند الشيخ وابن زهرة و أول الشهيدين والاردبيلي والخراساني على ما حكى عن بعضهم ﴿ لان المالك مدع للاجرة ﴾ والراكب ينفبها ، فهو مع أصل البرائة السالم عن معارضة الاقرار بالاستيفاء مثلاً ، بعد أن اتفقا على كونه بالاذن التي تقع على وجوه ، فهي أعم من الاستحقاق ، فليس المالك حينئذ الامدعيأ صرفاً انتهى .

و عبارته في الخلاف هي هذه : اذا اختلف صاحب الدابة و الراكب فقال الراكب اعرتنيها وقال صاحب الدابة اكرتنيها بكذا كان القول قول الراكب مع يمينه وعلى صاحبها البينة وللشافعي فيه قولان احدهما مثل ما قلناه والثاني ان القول قول صاحبها .

[دليلنا] ان الاصل براءة الذمة و صاحب الدابة مدعى الكراء فعليه البينة انتهى .

ولا يخفى صحة قول الشيخ فان الراكب يدعى العارية التي لا يتعلق بها ضمان المنافع والمالك يدعى الاجارة التي ازم عليه مال الاجارة و الاصل عدم تعلق ذمة الراكب على ما يدعيه لان له دعوى الزيادة و الاصل عدمها ﴿ وقيل ﴾ كما عن ابن ادريس واجارة المهدب ، بل لعله المشهور ﴿ القول

قول المالك في عدم العارية* التي ادعاها الراكب* فاذا حلف* حينئذ* سقطت دعوى الراكب وتثبت عليه أجره المثل لا المسمى وهو* اى القول الثانى عند المصنف كان* الاشبه* وكذا عند صاحب الجواهر حيث قال بأصول المذهب وقواعده التي 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 شيء ولم يجز فيه اصل كعدم اشتغال ذمة الراكب بما يدعيه المالك من اجرة الاجارة فانه يدعى شيئاً كان الاصل عدمه فلا يثبت على قوله لاجرة المسمى وهو واضح ولا اجرة المثل وهو مقتضى الاجارة الفاسدة التي لم تثبت اصلها بمقتضى الاصل وكيف كان فاصالة عدم خروج المال الاباذنه غير موجه ولادليل عليه اصلاً كما في كفاية الاحكام فالظاهر انه لا اصل لهذا الاصل اذ ثبوت قوله غير ثابت حتى لا يخرج ماله الا بقوله اى قوله الذى لامعارض له فاذا كان قول المالك على خلاف الاصل فيجوز اصالة عدم ثبوت الاجارة فلا يثبت الا حرة حتى يتكلم فى كونها المسمى او المثل فتوهم اجرة المثل ساقط رأساً 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 ، لامن 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 البيينة ، وحينئذ فاذا حلف المالك على نفي العارية كما هي وظيفته الشرعية لم تثبت الاجارة ، لما عرفت من أن ثبوتها يتوقف على البيينة ، ولكن تثبت أجره المثل ، لأن الراكب قد تصرف في ملكه بغير تبرع منه ، لأن دعوى التبرع قد سقطت باليمين فالواجب حينئذ أجره المثل .

الى ان قال ايضاً ماهذاالفظه :

فذهب في القواعد الى هذا القول ، وهو أنه بعد حلف المالك فالثابت له أقل الأمرين من أجره المثل ومن المسمى ، الأأنه قد أورد عليه أيضاً أن المالك على تقدير كون المسمى أكثر من أجره المثل ، فالمالك يدعى الزائد من الاجارة عن أجره المثل ، والراكب ينفيه ، فلا بد من وجه شرعى يقتضى نفيه ، و ليس الايمين الراكب على نفي الاجارة .

وتوضيحه أن حلف المالك على نفي الاعارة ، لم يدل على نفي الاجارة ولا اثباتها ، فيبقى دعوى الاجارة على حالها ، ولما لم يثبتها المالك بالبيينة رجعنا الى الأصل المتقدم من أصالة بقاء ملكه للمعين وللمنافع ، فلا بد من الحكم على الراكب بعموض في مقابلتها ، حيث تصرف فيها من غير أن يتبرع بها المالك ، ووجب الحكم له بأقل الأمرين لما تقدم ، لكن يبقى النزاع في الزائد على تقدير كون المسمى في الاجارة زائداً على أجره المثل ، فان المالك يدعيه ، وراكب الدابة ينفيه ، ولا يندفع ذلك الا ييمين الراكب على نفي الاجارة : أو نكوله فيحلف المالك على الاجارة ، ويأخذ الزائد .

ومن هنا انقدح في المسئلة قول رابع ، فذهب في المختلف وجماعة منهم الشهيدان ، الأول منهما في بعض تحقيقاته ، على ما نقل عنه ، و الثاني في 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 في كتاب المزارعة ، حيث انهم لم يذكروا ثمة خلافاً في المسئلة على نحو ما ذكره 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 أجره المثل ، أو أقل الأمرين ، و القول الثاني القرعة كما تقدم ذكره ثمة ، وهنا قد اكثروا الخلاف كما عرفت ، والمسئلة واحدة في الكتابين كما هو ظاهر نصب العين .

و كيف كان فان لقائل ان يقول ايضاً : ان المالك هنا يدعى بالاجارة حقاً معيناً ، ولا يدعى شيئاً آخر سواء ، فاذا حلف الراكب على عدم الاجارة ، سقط بيمينه هذا الحق الذي يدعيه المالك ، لأن اليمين من المنكر مسقطه الحق وقد اعترف بأنه لاحق له سواء ، فاذا سقط باليمين ، فبأى شيء يثبت اقل الأمرين واثبات حق المالك من غير الوجه الذي يدعيه ، بناء على ما ذكره من تصرف انتهى قال في الكفاية ما هذا لفظه : اذا اختلف مالك دار ، والمثبت بها مثلاً فقال المالك آجر تركها وقال الآخرا عرنيها و كان ذلك بعد استيفاء المنافع مدة لها اجرة عادة فذهب الشيخ في الخلاف الى ان القول قول المتصرف بيمينه محتجاً بأنهما متفقان على ان استيفاء المنافع وقع في ملك المتصرف و يده شرعية على القولين والمالك يدعى عليه العوض والاصل براءة ذمته عنه فيتوجه اليمين الى المنكر وذهب ابن ادريس والمحقق الى تقديم قول المالك في عدم العارية وان لم يقبل قوله في الاجارة لان المنافع اموال كالاعيان والاصل ان يكون لغير المالك الابعوض فالمتصرف يدعى بخلاف الاصل فاذا حلف المالك على نفى الاعارة ثبتت اجرة المثل وفيه نظر لمنع الاصل المذكور اذ لا حجة عليه عقلاً ونصاً و اعترض عليه ايضاً بعض المتأخرين بانه انما يثبت بعد الحلف انتفاء العارية ولا تثبت اجرة المثل لاعتراف المالك بانتفائها ولا المسمى لعدم ثبوته وذهب

العلامة في 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 مبني على الاصل المذكور الى ان قال :

والاقوى عندي القول الاول لان المدعى ههنا هو المالك لان النزاع انما هو في عوض المنفعة والمتصرف منكر له فمع عدم البينة يحلف المتصرف على عدم الاجارة فتسقط مطالبة العوض في الظاهر خصوصا اذا كان عينا معينة ولادعوى له سواء ولا فائدة حينئذ في حلف المالك على عدم الاعارة فلانحالف وما ذكره من الاصل المذكور لاحجة عليه فلاوجه لتقديم تحليف المالك على عدم الاعارة حتى يفضى الى التحالف انتهى .

ولقد اجاد في مقابل القيل والقال الذي ينتهي الكل الى اصل غير ثابت في الجملة وهو اصاله عدم خروج مال المسلم من يده الا بقوله فانه غير خفي انه لو صح باطلاقه لانسد باب القضاء والدعوى كلا اذا المدعى يدعى ماله عند المدعى عليه ومقتضى هذا الاصل كون مال الذي ادعى عليه مختصا به من دون اجراء اصاله عدمه للمنكر فان المفروض ان المالك يدعى كون المنافع له والراكب يدعى كون المنافع مجانا للعارية فعلى هذا الاصل لايجرى عليه ولاعلى كل منكر اصاله عدمه لكون الثبوت عليه على خلاف الاصل .

ونظير المسألة ايضا قال في الخلاف : اذا اختلف الزارع وصاحب الارض فقال الزارع اعرتنيها وقال صاحبها كريتكها كان القول قول الزارع مع يمينه وللشافعي فيه قولان مثل المسئلة الاولى سواء انتهى .

وكيف كان فالمسألة 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 مديا ومنكر افيحلفان ويتساقطان راجع فى مسألة اختلاف البايع و المشتري فى قدر الثمن حيث يدعى المشتري 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 ﴾ فلا خلاف فى أنه ﴿ كان القول قول الراكب ﴾ فى عدم الاجارة ﴿ لأن المالك يدعى عقداً هذا ينكره ﴾ والفرص 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 شىء فانتفع به فى غيره ﴾ مما لا تدل عليه اذن المعير ﴿ ضمن ﴾ العين لتعديده المقتضى لذلك ، ﴿ فان كان له اجرة لزمته اجرة مثله ﴾ قال فى الخلاف اذا اعاده ارضاً ليبنى فيها او ليغرس فيها فلا يجوز له ان يخالف فيغرس فى ارض البناء ولا ان يبنى فى الغراس وللشافعى فيه قولان (وجهان -خ) احدهما مثل ما قلناه 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 او غرس فيها فلا يجوز بل للمالك هو الخراب او القلع واما لو عكس كما اذا استعار للغرس او البناء فزرع فلا يكون عليه شىء ومنه يعلم ما فى الجواهر حيث قال .

أما العارية فهى ليست الا اباحة لا فرق فيها بالنسبة الى ذلك ، فمع فرض الاقتصار فيها على شىء مخصوص بحيث لا ينقل منه الى غيره لم يجز له التعدى و لوالى الاقل من الجنس ، فضلا عن غيره ، و لعله لذا أطلق المصنف هنا فتأمل

جيدا انتهى و كيف كان فلا وجه للاطلاق نعم لو تجاوز عن مقدار الاذن لزم عليه اجرة مازاد ان زادت .

المسألة ﴿الثامنة﴾ : اذا جحد العارية ﴿ بعد طلب المالك لها ﴾ بطل استيمانه و لزمه الضمان مع ثبوت الاعارة ﴿ بل وبدون طلبه كما عرفت .

المسألة ﴿التاسعة﴾ : اذا ادعى التلف فالقول قوله مع يمينه ﴿ لأن ذلك مقتضى ايمانه كما عرفته مفصلا في الوديعة ، و كذا في عدم التفريط و التمدي ﴾ و ﴿ أما ﴾ لو ادعى الرد فالقول قول المالك مع يمينه ﴿ لقاعدة [البينة على المدعى واليمين على من أنكر] .

المسألة ﴿العاشره﴾ : لو فرط في 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 اخر أيضاً . راجع ج ٢٢ ص ١٧٧ و ج ٢٦ ص ٩٥ . ﴾ و ﴿ لكن لا ريب في أن ﴾ الاول أشبه ﴿ بأصول المذهب وقواعده ، لأنه وقت اشتغال الذمة بالمعوض الذى هو بدل العين ، و رده قائم مقام ردها نعم لو كان التفاوت في القيمة لنقص في العين اتجه الضمان حينئذ كما هو واضح .

﴿ ولو اختلفا في القيمة كان القول قول المستعير ﴾ مع يمينه في نفى الزايد الموافق لأصالة البراءة ، ﴿ و قيل القول قول المالك ﴾ أخذاً له أيضاً بأشق الأحوال و تحصيلاً للبراءة اليقينية ، ﴿ و ﴾ لكن ﴿ الاول أشبه ﴾ بأصول المذهب وقواعده فانه لا دليل على أخذه بأشق الأحوال على وجه يشمل المقام ، و الشغل بغير ما اعترف به المستعير لم يثبت كما هو واضح . والله العالم .

المسألة ﴿الحادية عشر﴾ : اذا قال : أعرتك حمارى ﴿ مثلاً ﴾ لتعيرنى فرسك ﴿ ففي القواعد والتذكرة و الايضاح و جامع المقاصد كما عن بعضها أن ﴾ الأقرب الجواز ﴿ .

وفى الجواهر بعد تقريب المتن بقوله لكونه شرطاً يقبله عقدها ، لاعوضاً فلا ينافى التبرع المعتبر فيها ، انما المنافى له أعتك هذا بهذا قال فى مقام الرد ما هذا لفظه :

وفيه منع ، اذ ليس فى الادلة ما يقتضى اختصاص المناقاة بمثل العوض لا الشرط بل المفهوم منها أنها نوع من البرّ والمعونة والاحسان و نحو ذلك مما ينافيه ذكر العوض ولو على طريق الشرط ، نحو أعتك كتابى لتهبنى عشرة دراهم مثلاً ، 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 لا يجب على المستعير عارية ما اشترطه المعير ، لانه شرط فى عقد جاز ، كما لا يجب على أحدهما أجره .

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 بقواته ، فاذا فسخت العارية انتفى مبيح العين بغير عوض ، فوجب 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 انتفائه يسلب على الفسخ ، كما فى العقد اللزم القوى الذى ثمرته التملك مثلاً و اللزوم ، فان انتفاء الشرط فيه يسلب على فسخ اللزوم ، بخلاف عقد العارية المطلوب فيه مجرد الاباحة ، فليس الشرط فيه الا شرطاً

للإباحة ، فإذا انتفى انتفت .

و هو كما ترى مرجعه الى تعليق الاذن في المنفعة الخاصة على الشرط المزبور فحيث يحصل تحصل ، وان انتفى انتفت ، فهو تعليق محض لا يجمع صحة العقد ، و خصوصاً اذا كان المعلق عليه العارية في الزمان المتأخر مثلاً ، فان استيفاء المنفعة الآن قبل مجيء المعلق عليه باذن التي هي مقتضى صحة العقد ، فلا تتعقبه أجرة ، والا لم يصح الانتفاع ، ودعوى البقاء مراعى كما ترى انتهى .

وفيه اولا الفرق الواضح بين الشرط واخذ شيء عوضاً و انه في الشرط لا مانع منه بخلاف اخذ شيء عوضاً ولو كان مفاد كليهما واحد وقد وقع في الاخبار ما هو اشد اشكالا كالقرض بشرط شراء شيء منه باضعاف قيمته بان يقرض وشرط عليه شراء شيء قليل القيمة كقلم او كتاب بعشرين درهماً او ديناراً مثلاً و قد صرح في الاخبار بعدم البأس حتى قال السائل انه حيلة للزيادة و قال الامام في 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 ولو كان مفاده مفاد العوض فلا مانع من الشرط بخلاف العوض فالعارية بشرط عارية عليا وفضلى قيمة كعارية الحمام بشرط عارية الفرس لا مانع منه بخلاف قوله أعتك هذا بهذا المال

وثانيا مفاد الشرط هو العمل بما اشترط عليه فيجعله لازماً في العقد الجائز واللازم فان وقع في العقد الجائز جعل المشروط لازماً وفي اللازم جعله جائزاً كما انه لو وقع الشرط في البيع اللازم بجعله جائزاً متزلاً لا يجوز له الفسخ كما لو اشتراه بشرط الفسخ و في الجائز يجعله لازماً كما في العارية بشرط الضمان فيجب عليه الضمان لو تلف مع انه بدون الشرط لا يكون ضامناً فشرط الضمان ألزمه به مع كون العقد جائزاً فلو كان معنى الشرط في العقد الجائز هو جائز غير لازم الوفاء للزم مع شرط الضمان ايضاً غير لازم الوفاء وايضاً يكون وجوده

كعدمه فيكون الشرط غير صحيح مع انه كما ترى ولم يقيدوا صحة الشرط وجوب الوفاء بامر لازم بن الشرط فى الامور الجائزة لكثير كما مر فى المضاربة والمزارعة والمساقات فصح اشتراط النفقة لنفسه وعياله يوماً فيوماً فى المضاربة فراجع ص ١٣١ .
 وكيف كان فلو كان الشرط فى العقد الجائز جائزاً ازم 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 مائة دينار بشرط ان يشترى منه شيئاً قليل القيمة بعشرين ديناراً مثلاً فيقرضه مائة دينار وكان على ذمته مائة وعشرين ديناراً فراجع ج ٢٣ حتى تجد الروايات المختلفة المضامين الدالة على اخذ الزيادة بمجرد اختلاف اللفظ وعلى هذا قد ورد ما مضمونه بالكلام يحلل ويحرم فلانواع من الاعارة بشرط شىء له من دون ان يجعله عوضاً للعارية .

بل على ذلك يمكن ان يشترط المعير لنفسه شيئاً من المستعير سواء كان اعارة من المستعير ايضاً او شراء شىء 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 بالتيسير الامر بهذه العيول حتى لا يدخلوا فى المعاصى العظيمة .

واما قوله نعم فى الكتب الاربعة وهو الذى اشار اليها بعد المتن حيث قال فى القواعد والتذكرة و الايضاح و جامع المقاصد و صريح ما نقل عن الاربعة وجوب الاجرة فى المخالفة و تعليق الثانى اى التذكرة بان الاذن فى الانتفاع مع الشرط وبدون العمل بالشرط كان له المطالبة بالعوض وفى الثالث اى الايضاح ايضاً وجوب الاجرة بعد الفسخ لولم يعمل بالشرط وفى الرابع ايضاً 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 لا یجامع صحة العقد .

وفیه ان المضر التعلیق الموجب لعدم حصول الانشاء سواء كان فی اللزوم او الجائز كما یقال ملکتك علی ان لا تبیع بفلان مثلاً فان التملیک هو ایجاد الملكية وهو لا یقع مع الشرط كما یقال بعتك ان جاء زید او ان اكرمك او انکحمتك ان اجاز ابوک فان امر المجییئ او الاجازة لیس بیدالموجب وخارج عن اختیاره فلا یتحقق المنشأ فی الخارج بخلاف قوله بعتك بهذا الشرط فانه یوجد فی الخارج شیئاً مشروطاً ففرق الواضح بین مثله و بین مثل قولك ان قبل ابوک مثلاً فان قلت لافرق بینہ و بین ما مثلت به فانه كما لا یكون مجییئ زید باختیار الموجب فكذلك قبول القابل الشرط .

قلت وعلی هذا لا یكون اصل القبول باختیار الموجب ایضاً ولازمه بطلان كل عقد ولو منجزاً لو ضوح امکان حصول الندامة بعد الايجاب او حصول الموت قبل القبول بل احتمال حصول حادثة للقبول كاف فی حصول التردید للموجب مع ان الكل كما ترى بل فی مقام الشك یمكن اجراء العقد بصورة الجزم دون التعلیق علی شیئ فیصح الوقوع ان طابق مع الشرط قال شیخنا المرطی قدہ فی مکاسبه مالفظه .

ثم ان القادح هو تعلیق الانشاء واما اذا انشأ من غیر تعلیق صح العقد وان كان المنشیء متردداً فی مرتب الاثر علیه شرعاً او عرفاً كمن ینشئ البیع وهو لا یعلم ان المال له او ان البیع مما یتمول او ان المشتري راض حين الايجاب ام لا او غیر ذلك مما یتوقف صحة العقد علیه عرفاً او شرعاً بل الظاهر انه لا یقدح اعتقاد عدم ترتب الاثر علیه اذا تحقق القصد الی التملیک العرفی وقد صرح بما ذكرنا بعض المحققین حیث قال لا یخلو زعم الفساد المعاملة مالم یکن سبباً لارتفاع القصد نعم ربما یشكل الامر فی فقد الشرط المقومة كعدم الزوجية او الشك فیها فی انشاء الطلاق فانه لا یتحقق القصد الیه منجزاً من دون العلم بالزوجية وكذا

الرقية فى العتق وحينئذ فاذامت الحاجة الى شئى من ذلك للاحتياط وقلنا بعدم جواز تعليق الانشاء على ما هو شرط فيه فلا بد من ابرازه بصورة التنجيز وان كان فى الواقع معلقا اذ يوكل غيره الجاهل بالحال بايقاعه ولا يقدح فيه تعليق الوكالة واقعا على كون الموكل مالكا للفعل لان فساد الوكالة بالتعليق لا يوجب ارتفاع الاذن انتهى .

و كيف كان ففرق واضح بين الشرط وبين التعليق على اداة الشرط .
ويؤيده ان الشرط عند القوم بمنزلة جزء من الثمن فكانه جزء الايجاب كما فى المقام اذ لو اعادة الفرس لا يعيره الحمار فاذا قال اعرتك 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 اعرتك حمارى بشرط عارىتك فرسك انشاء العارىتين واذا قال قبلت يقبل عارية مع عارىته من دون تعليق فى البين اصلا واقصاه كون الشرط بمفاد التعليق احيانا لكنه غير مضر لانحصار العلية 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 ما ذكرنا ظهر ايضا فساد قوله قد فعلى الصحة لا يجب الخ فان الشرط صحيح و كان قد التزم العمل به ولو فى عقد جائز لكونه واجب الوفاء فالشرط الباطل هو شرط المخالف للكتاب والسنة او ما ينافى مقتضى العقد واذ اصح ازم الوفاء به وليس مفاد الشروط مجرد اختيار الفسخ عند عدم الوفاء بالشرط من دون وجوب فى البين كى يكون نتيجته جعل العقد متزاولا له الفسخ بل هو وجوب العمل راجع ج ٣٤ ص ٢٣٨ .

وبمثل عبارة الكتاب صرح فى القواعد فقال [او قال اعرتك حمارى لتعيرنى

فرسك فالاقرب الجواز] وفي مفتاح الكرامة بعده قال كما في التذكرة والايضاح وجامع المقاصد قال فى الاخير لوجود المقتضى وانتفاء المانع لأن المذكور شرط لاعوض ولا ريب ان العارية عقد يقبل الشرط الذى لا ينافى مقتضاه وليس الشرط عوضا انما العوض ما جعل مقابلا كهذا بهذا (قلت) هذا تفصيل ما اجمله فى التذكرة ونحوه ما فى الايضاح من انه شرط وليس بعوض لان المقتضى للمعوضين 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 وقد تقدم لنا ان هذا شرط ينافى مقتضى المقدم ثم انهم قد قالوا فى باب شروط البيع ان الشرط داخل فى احد المعوضين وقالوا فى مواضع انه جزء من الثمن وربوا على ذلك ما ربوا .

لكن قد يقال ان هذا ليس من ذلك ونظرهم فى المقام الى ما قالوه فى باب القرض بشرط البيع محاباة من انه لو قال له اقرضتك هذه المائة درهم بشرط ان تزيدنى خمسين درهماً كان حراما و ربا لان الزيادة جاء بها العقد بنفسه وانه لو قال له اقرضتك هذه المائة بشرط ان تبيعنى دارك التى تساوى مائة بخمسين فلا ربا لأن هذه الزيادة جاءت 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 فليلاحظ ذلك فى باب القرض .

و من جميع ذلك ظهر صحة ما قلناه كما انه قد ظهر مما قلناه عدم صحة قوله مع قول الشارح مزجا للعبارة «لكن لا يجب» اى لا يجب على المستعير عارية ما اشترطه المعير كما فى التذكرة وجامع المقاصد للاصل وانتفاء المقتضى انتهى وذلك لعدم المعنى للاصل والمقتضى للوجوب عمومات الشرط وجواز العقد لاربط بلزوم الشرط والايلزم ما عرفت من عدم ثمره للشرط .

الحمد لله اولوا آخراً وله الشكر وله المنة على هذه النعمة العظيمة .
وقد وقع الفراغ من تسويد هذه الاوراق بيد الحقير الذليل العاصى

محمد رضا بن الحسين المشتهر بالمشقق

عفى الله عنه وعن والديه فى شهر الرجب المرجب

فى سنة ١٤١٠ ويليهِ انشاء الله

المجلد الواحد والثلاثون

فى كتاب الاجارة

بتوفيق الملك العلام ومن الله الاستعانة .

فهرس الكتاب

الصفحة	العنوان
٣	كتاب المضاربة
٥	فى جواز عقد المضاربة ولزومه
٢٥	فى صحة المضاربة لو كان الغرض بقاء اصل المال.
٢٩	فىما يتعلق بالاذن مطلقا ومقيداً
٣١	فىما ينفق فى السفر للمضاربة
٣٥	فىما لو فسخ المالك المضاربة
٣٧	فىما لو خالف ما يكون اللفظ ظاهراً فىه
٤٧	فى تخصيص القاعدة الدالة على الحرمة باخبار الدالة على الصحة
٥٥	فى بطلان المضاربة بالموت
٥٧	فى اشتراط كون مال القراض عيناً لا ديناً
٥٩	فى اشتراط كون مال القراض من الدراهم او الدينار
٦٥	فى عدم صحة مال القراض بالورق المغشوش
٦٧	فىما لو دفع الى العامل آلة الصيد
٧٣	فىما لو قال المالك للغاصب ما . . .
٧٧	فىما لو قال بع هذه السلعة وثمنها قراض
٧٩	فىما لومات المالك فى اثناء المضاربة

الصفحة	العنوان
٨٥	فيما يتعلق بالربح وان له شرطه
٨٩	فى بعض الفروع من حيث العبارة
٩٥	فى تقدم قول المالك مع يمينه
٩٧	فى ان العامل يملك حصته بظهور الربح
١٠٩	فى ان العامل يقبل قوله فى التلف والرد
١١٣	فيما اذا اشترى العامل اباه
١١٥	فى عدم جواز مضاربة غيره الا باذن المالك
١٢١	فى بطلان المضاربة بتلف مال التجارة قبل دورانها
١٢٣	فى ان التلف والنقص مختص بانحفاظ السوق اربعم مطلق التلف
١٣١	فيما يتعلق بنفقة العامل
١٣٣	فيما قارض اثنان واحداً
١٣٧	فيما اذا نض الربح فطلب القسمة
١٣٩	فى عدم صحة اشتراء المالك من العامل
١٤١	فيما اذا شرط المالك البضاعة
١٤٣	ان الخسران الواقعة على رأس المال مطلقا يجبر اولا
١٤٧	هل يجوز للمضارب ان يشترى جارية يطأها ام لا يجوز
١٥١	فيما اذا مات وفى يده حال المضاربة
١٥٣	كتاب المزارعة والمساقاة
١٥٣	فى تعريف المزارعة
١٥٥	فى ان ظاهر الروايات حصول الملك للمزارع
١٥٧	فى لزوم المزارعة وعدم بطلانها بالموت
١٦٣	فى استيجار الارض بحنطة منها

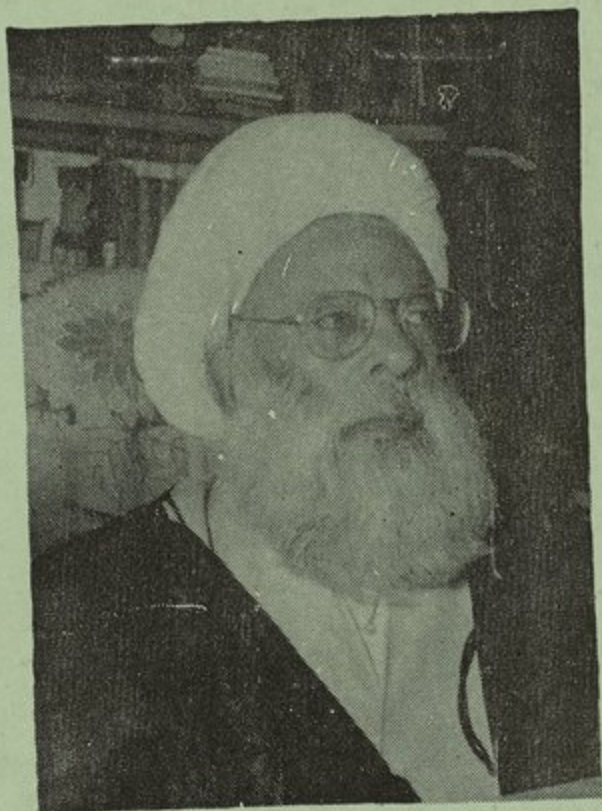
الصفحة	العنوان
١٧١	فيما اذا اجار واجاره باكثر مما اجار
١٧٩	فيما لومضت مدة الاجارة وهل للمالك ازالته اولا
١٨١	فيما لو ترك العامل المزارعة حتى انقضت المدة فعليه اجرة المثل
١٨٩	فيما لو امكن الانتفاع ثم تجدد انقطاع الماء
١٩٧	فيما اذا اطلق الزراعة
٢٠٣	في الاجارة لغرس الاشجار
٢١١	في النزاع بين المدة والحصة
٢١٩	في ان التحالف ما لا يتفقان على شيء
٢٢٥	فيما لو دعى المالك كون الارض غصباً
٢٢٩	في ان خراج الارض على المالك
٢٣٧	في ان استقرار ما يخرص مشروط بالسلامة
٢٤٧	كتاب المساقاة
٢٤٧	في فروع المساقاة
٢٥١	في صحة المساقاة في كل ما يقصد ورقه
٢٥٥	في الفروع المتعلقة بالمساقاة
٢٦٣	في فروع المساقاة
٢٧٥	فيما ساقاه بشرط سقى بستان آخر
٢٧٧	فيما لو كان الاصول الاثنان
٢٧٩	في هرب العامل بعد العمل وقبل اتمامه
٢٨٩	في دعوى المالك ان العامل خان او سرق او اتلف
٢٩١	فيما ساقاه ارض الغير مع جهل العامل
٢٩٧	في جواز اخذ المساقى غيره ايضاً مع اذن المالك

الصفحة	العنوان
٣٠١	في ان الثمرة تملك بالظهور لايبعد ^١ الصلاح فيتمعلق الزكوة به
٣٠٣	فيما جرى بين ابن ادريس وابن زهرة
٣١٣	فيما غرس في ارض المالك بعنوان المساقاة
٣١٥	في وجوب رد الوديعة وان كان كافراً
٣١٧	في الفاظ عقد الوديعة
٣١٩	في ان الوديعة اذا قبلت تجب حفظها
٣٢١	في جواز التمسك بالعموم في الشبهات المصدقية وعدمه
٣٢٩	في جواز اليمين كذباً في مقام الضرورة
٣٣١	فيما لو مات احد من المودع او المالك
٣٣٣	في لزوم حفظ الوديعة
٣٣٥	في عدم الضمان بمجرد النقل الى مكان آخر
٣٤١	فيما اذا ظهر للمودع امارات الموت
٣٤٣	هل يجب رد مال الكافر او لا
٣٤٥	في عدم جواز رد الوديعة على الغاصب والسارق
٣٤٧	في موجبات الضمان
٣٥٥	فيما لو اعاد ما اخذه فهل يضمن او لا
٣٦٧	فيما اذا انكر الوديعة او ادعى التلف او للرد وغيرها
٣٧١	فيما اقام البينة بعد الانكار
٣٧٣	فيما اخر الارسال الى الحرز
٣٧٥	فيما اعترف بالوديعة فمات
٣٧٩	فيمن بيده وديعة فادعاها اثنان
٣٨٧	كتاب العارية

الصفحة	العنوان
٣٨٧	تعريف العارية
٣٨٩	في عدم صحة استعارة الصبي والمجنون
٣٩١	في شرط الضمان في العارية
٣٩٩	في عدم جواز عارية المحرم عن المحل
٤٠٥	في اعارة المحل من المحرم
٤١١	في العين المستعارة
٤١٣	في جواز استعارة الشاة للحلب وعدمه
٤١٥	في جواز استعارة الارض للزرع وجواز الرجوع به
٤٢٥	في الاحكام المتعلقة بالاعارة
٤٣١	في باقى الاحكام العارية
٤٤٠	الفهرس
	١٣٦
	٦٣٦
	٥٥٦
	٥٥٨
	٥٥٦
	٦٦٦
	٦٦٦
	٥٧٦
	٦٧٦
	٦٧٦



WERT
BOOKBINDING
Grantville, Pa.
July - Sept. 1995
We're Quality Bound



تمثال مبارک حضرت آیۃ الہ العظمیٰ جناب امیر حاج شیخ محمد رضا محقق تهرانی
مؤلف کتاب حقائق الفقہ