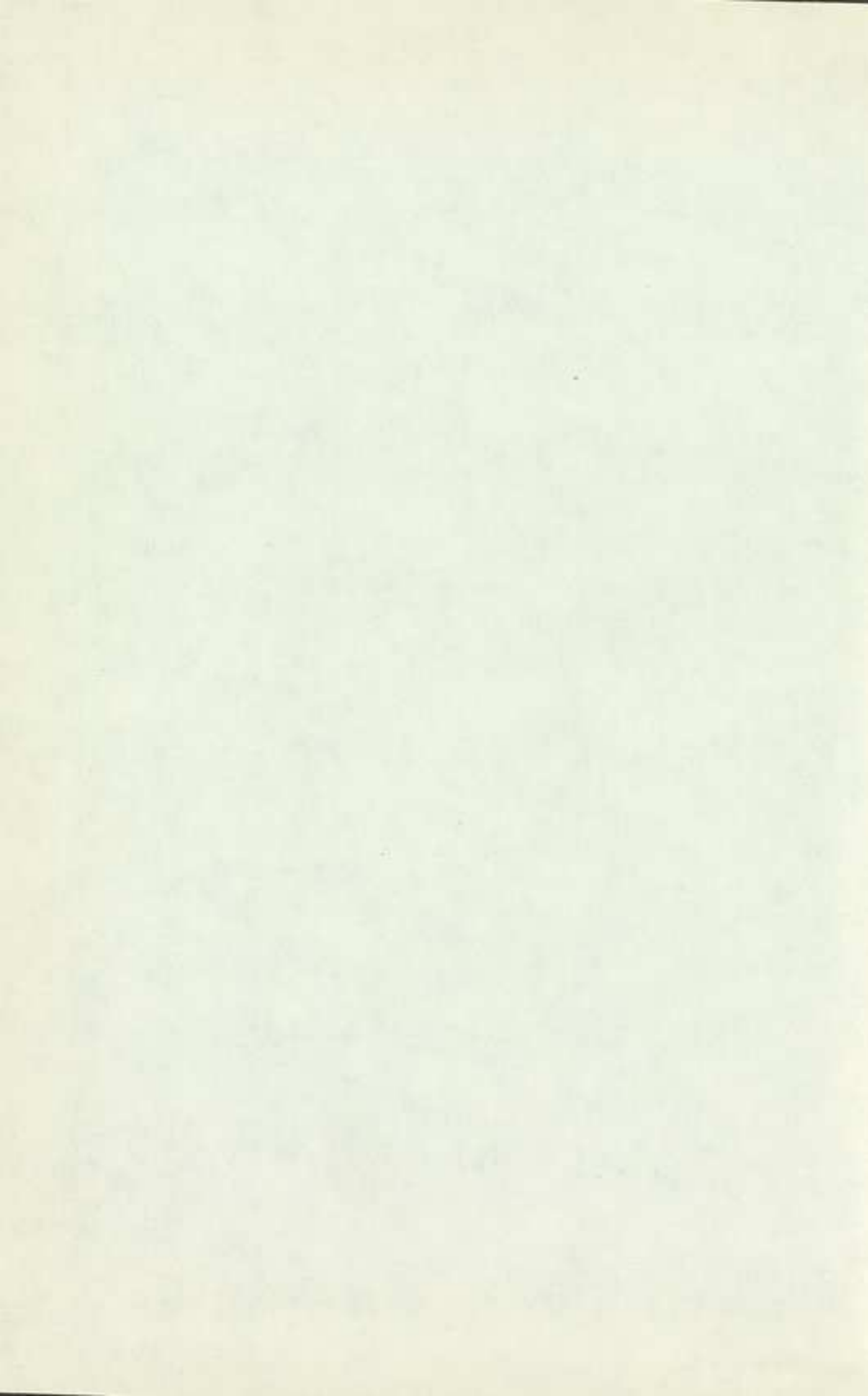
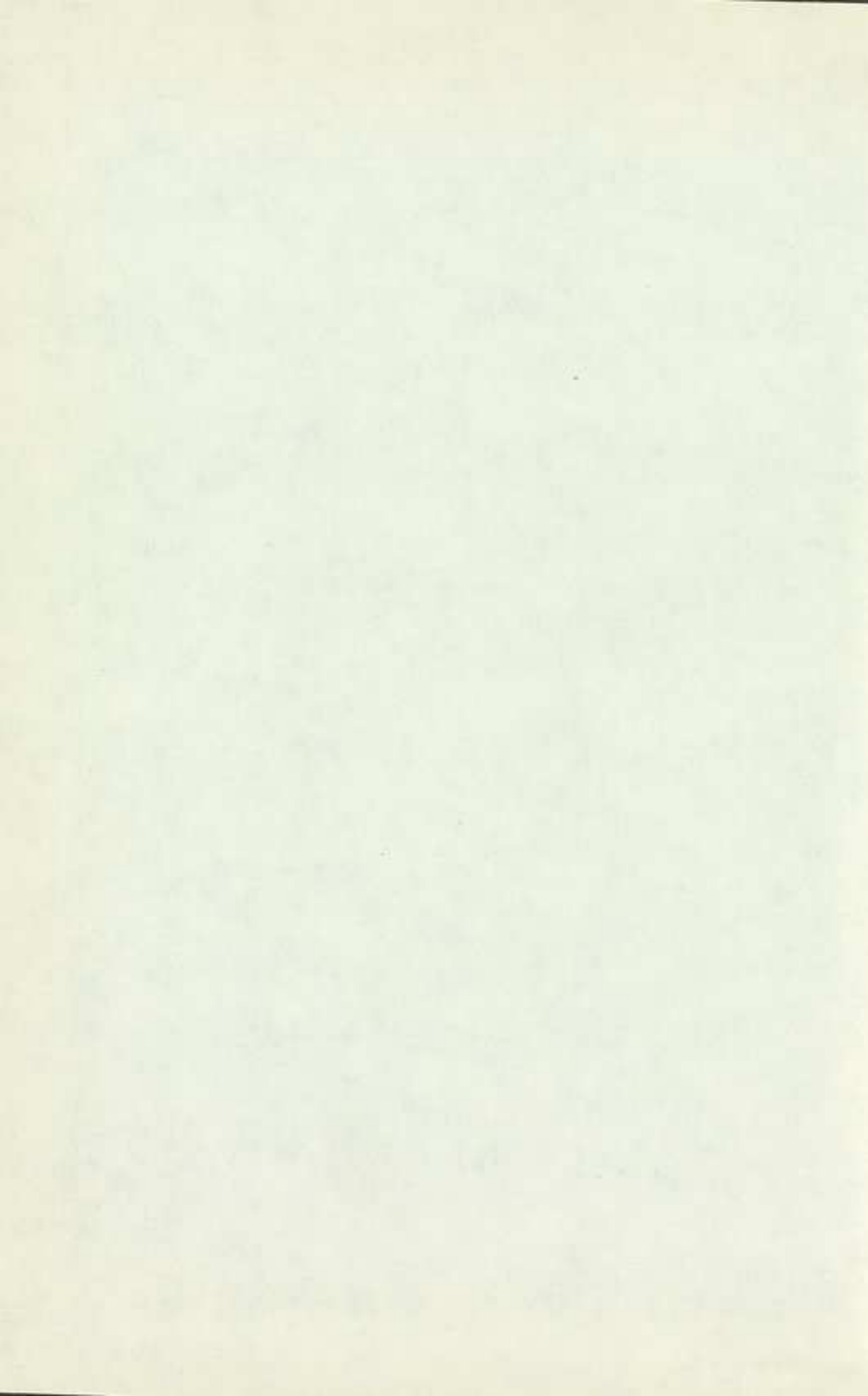






GENERAL
LIBRARY





فصل الصادق

في شرح النبوة للإمام المحقق ابن الله العلامي
الحلي

تأليف:

الفقيه المحقق سماحة الحجة آية الله

السيد محمد صادق الحسيني الروحاني
مُظَلَّلُ الْعِلْمِ

المطبعة الغليية بقم

الجزء الخامس عشر من كتاب

فصل الصادق

في شرح النبوة للإمام المحقق ابن الله العبد المذنب
الحلي

تأليف:

الفقيه المحقق سماحة الحجة آية الله

السيد محمد صادق الحسيني الروحاني

مُظَلَّلٌ

المنبعة الغليظة بقم

KBL

.H89

1958

vol. 15

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف خلقه محمد و
عترته الطاهرين .

(كتاب الاجارة والوديعة وتوابعهما - وفيه فصول الفصل الاول في

الاجارة).

وهي مصدر من اجر بمعنى اكرى - اذا جر مجردا - قد يستعمل بمعنى آجر كما عن بعض اللغويين فهي نظير الكتابة التي هي مصدر كتب - ففي خبر (١) تحف العقول واما تفسير الاجارة فاجارة الانسان نفسه او ما يملك... الخ

وقد وقع الخلاف في مفهومها بعد الاتفاق على انه لاحقية شرعية لها ولا متشرعية - ومحل الخلاف جهات - ١ - هل الاجارة هي الايجاب والقبول الدالان على انتقال المنفعة او العمل بعوض - ام هي تملك المنفعة او العمل بعوض - ام انتقال ذلك - او غير ذلك كلها - ٢ - هل تستعمل الاجارة في نقل العين ايضاً ام لا - ٣ - هل هي اسم لاحد طرفي العقد وهو الايجاب ام للطرفين - ٤ - انها تملك للمنفعة او العمل بعوض - وانها بمعناها الاسمي اضافة خاصة في العين المستاجرة بالاضافة الى المستاجر مستتبعة لملكه او استحقاقه لمنفعتها او عملها - وبعبارة اخرى - انها جعل العين بالاجرة وهي اضافة خاصة في قبيل اضافة الملكية - ام هي تملك للعين في جهة خاصة في مدة معلومة في مقابل البيع الذي هو تملك للعين في جميع الجهات الى الابد.

وقبل الدخول في البحث في الجهات الاربع - لابد وان يعلم ان في الاجارة وغيرها من المعاملات امورا اربعة - احدها - اعتبار المتعاقدين القائم بهما - ثانيها - ابراز ذلك باللفظ او غيره - ثالثها - امضاء اهل العرف ذلك الاعتبار واعتبارهم ما اعتبراه - رابعها - امضاء الشارع واعتباره (واما) ما اشتهر من ان الانشاء ايجاد معنى كالملكية - او غيرها بالمفظة فلا واقع له - فان الوجودات الحقيقية للمعاني لا يمكن ايجادها

الاسبابها الخارجية واللفظ ليس منها - والوجودات الاعتبارية - بعضها - يكون متحققا قبل الانشاء وهو اعتبار المنشأ نفسه فلا يعقل تحققه به اصف اليه ان اعتباره من افعال النفس و هي توجد بفاعليتها بلا احتياج الى اللفظ وغيره - و بعضها - وهو اعتبار العقلاء او الشارع وان كان بعد الانشاء ومتربا عليه - الا ان الانشاء موضوع له واما سببه فهو نفس المعتبر (نعم) تسمية الانشاء ايجاد بمعنى انه بضميمة الاعتبار النفساني موضوع لاعتبار العقلاء والاعتبار الشرعي - حيث ان بناء العقلاء والشارع على عدم اعتبار الملكية في الاجارة - مثلا - الامع اعتبار المتعاقدين بقيد الاعلام به - لا بأس بها - وعلى ما ذكرناه فلا سببية في باب العقود واليقاعات رأسا.

ثم انه وقع الاختلاف بين الفقهاء في الجهة الاولى من البحث وهم على اقوال (الاول) ماهو المشهور بينهم وهو ان الاجارة هي الايجاب والقبول الدالان على انتقال المنفعة او العمل بعوض (وفيه اولا) ان الاجارة على ما يظهر من مشتقاتها قائمة بالموجر لابه وبالمستاجر معا (وثانيا) ان الاجارة تنشأ باللفظ ولا معنى لانشاء الايجاب والقبول به - وبعبارة اخرى - انها بحسب الفهم العرفي التمليك الخارجي لا الوجود اللفظي للانشاء والالماكان معنى لانشائه بل كان اظهاره اخبارا لانشاء (الثاني) ما عن جمع من انها تمليك منفعة او عمل بعوض (وفيه) انه لا يمكن الالتزام بالتمليك في جملة من الموارد - منها - استيجار محل من غلة العين الموقوفة ليجتمع فيه الاموال الموقوفة وتكون محفوظة - فانه لا يملكه احد كما لا تملك الغلة نفسها (الثالث) ما عن جماعة منهم المصنف ره وهو انها انتقال منفعة او عمل من شخص الى غيره بعوض مقدر (وفيه) ان الاجارة بحسب معناها العرفي قائمة بالمؤجر لا بالعوضين والانتقال قائم بهما - مع ان الانتقال اثر الاجارة لا عينها - وهناك تعاريف اخر ظاهرها الفساد (فالحق) ان يقال انها اعطاء منفعة او عمل بازاء شيء وهذا بحسب الموارد يختلف اثره - فقد يكون اثره ملكية المنفعة او العمل كما في غالب مواردنا وقد يكون قيام المنفعة مقام عوضها فيما له من التعلق والاضافة بجهة - كالمحل الذي استؤجر لغلة المسجد من الغلة .

واما الجهة الثانية فعن الشيخ الاعظم ره ان لفظ الاجارة يستعمل عرفا في نقل بعض الاعيان - كالثمرة على الشجرة - وايده بعضهم بان في بعض الاخبار اسند الاجارة الى نفس الثمرة كصحيح (١) الحلبي عن الصادق عليه السلام تقبل الثمار اذا تبين لك بعض حملها سنة وان شئت اكثر وان لم تبين لك ثمرها فلا تستاجر (اقول) ان المراد من الثمرة على الشجرة ان كان هي الثمرة الموجودة فعلا فلا شبهة في انها لا تقع موردا للاجارة ولا تصح اجارة الشجرة لتلك الثمرة - لانه لم يحتمل احد صحة استيجار عين لاجل عين اخرى موجودة كاستيجار الشاة للبنها المحلوب - وان كان المراد بها شأنة ظهورها عليها فاستيجار الشجرة لها وان كان صحيحا وتنقل هي الى المستاجر الا ان الاجارة لم تستعمل في نقل الاعيان بل في نقل المنافع - واما الصحيح فالظاهر ان المراد بالاستيجار فيه الاشتراء - اذ من المعلوم ان ظهور الثمرة ليس شرطا في استيجار الشجرة وانما هو شرط في بيع الثمرة - وعليه فالمراد من لفظ التقبل في صدره الشراء دون الاستيجار فلا يظهر عدم استعمالها في نقل الاعيان .

واما الجهة الثالثة فالظاهر كما اعترف به غير واحد ان الفاظ العقود برمتها اسام لاحد الطرفين و هو الايجاب و يظهر ذلك من سائر مشتقاتها - مثل آجرتك - وبعثتك - ووهبتك - وما شاكل - نعم - الايجاب المجرد عن القبول لا يطلق عليه شيء من عناوين العقود حتى في نظر الموجب بل الايجاب المشروط بتعقب القبول يصدق عليه ذلك فالقبول شرط لاجزاء .

واما الجهة الرابعة - فالمشهور بين الاصحاب انها تملك المنفعة او العمل بعوض واورد عليه بايرادات .

١ - ما عن المحقق الخراساني وتبعه غيره - وهو ان الاجارة تتعلق بالعين ولا تتعلق بالمنفعة والعمل - يقال آجرتك داري - ولا يقال آجرت سكني داري ولا عملي فيستكشف من ذلك ان معناها لا تتعلق له بالمنفعة والعمل - ولهذا ذهب الى ان مفهوم

الاجارة جعل العين بالاجرة وهى اضافة خاصة فى قبال اضافة الملكية (وفيه) ان مفهوم الاجارة على مسلك المشهور تملك المنفعة وهذا لابد وان يتعلق بالعين اذ لا معنى لتمليك منفعة المنفعة - وبعبارة اخرى المنفعة مأخوذة فى مفهوم الاجارة فعدم تعلق الاجارة بالمنفعة لا ينافى كونها تملك بالمنفعة - واما ما ذكره فى معناها - فسيأتى الكلام فيه انشاء الله تعالى .

٢ - ان المنفعة معدومة حال الاجارة فلا يقع التملك عليها لانه من مقولة الاعراض وهى لا تقوم الا بالمحل الموجود فلا يمكن ان تكون المنفعة موضوعاً للملكية (وفيه) ان للملكية مراتب - الاولى - الملكية الحقيقية - وهى عبارة عن السلطنة التامة بنحو يكون زمام امر المملوك بيد المالك حدودنا وبقاء وهى مخصصة بالله تعالى لكونه محيطاً بالموجودات احاطة قيومية - الثانية - الملكية الذاتية والسلطنة التكوينية - وهى الحاصلة بين الشخص ونفسه او عمله او ذمته - والمراد بالذاتى ما لا يتوقف تحققه على امر خارجى تكوينى او اعتبارى - لا الذاتى فى باب الكليات الخمس - وهو الجنس والفصل ولا الذاتى فى باب البرهان وهو ما ما ينتزع من مقام الذات والنفس والعمل - والذمة مملوكة للشخص بالملكية الذاتية الثالثة - الملكية المقولية الخارجية - وهى عبارة عن الهيئة الحاصلة من احاطة شىء بشىء - كالهيئة الحاصلة من التعمم والتقص وما شاكل - الرابعة - الملكية الاعتبارية وهى التى يعتبرها العقلاء أو الشارع الاقدس من جهة المصلحة الداعية الى ذلك (اما) المرتبتان الاوليتان فهما غير مربوطتين بالمقام وليستا من الاعراض (واما) الثالثة فهى من المقولات وتسمى مقولة الجدة - وفى تحققها يحتاج الى محل موجود خارجى تقوم به (واما) الرابعة فهى ليست من الاعراض كى لا تتحقق الا بالمحل الموجود بل هى امر اعتبارى - والاعتبار لا يحتاج الا الى طرف فى افق الاعتبار وهو كما يكون عيناً خارجية - كك - يكون كلياً - بل ربما يكون المالك كلياً - ككلى الفقير والسيد فى باب الزكاة والخمس - و على ذلك فالمنافع وان كانت معدومة الا انه من جهة

كونها مقدورة التسليم بتبع العين الخارجية و يترتب على اعتبار ملكيتها الاثر - لا مانع من اعتبارها .

٣- ان منفعة الدابة-مثلا- انما هي ركوبها-ومن الواضح انه من اعراض الراكب لا المركوب وعرض الراكب لو كان مملوكاً فانما هو مملوك له لا لصاحب المركب حتى تصح اجارته-وبالجملة- ان ما لا يملكه المؤجر وهو مال الدابة كيف يملكه المستاجر مع ان فاقد الشيء لا يكون معطيا له (وفيه) ان المنافع من الركوب والسكنى وما شاكل من الامور التى تقوم بطرفين -احدهما- المنتفع- والاخر ما ينتفع به - مثلا - الركوب قائم بالراكب والمركب فهو من الجهة الاولى ليس مملوكا لصاحب الدابة لكنه من الجهة الثانية اى الاضافة الى الدابة يكون مملوكا لصاحبها فله تمليك اياه (فتحصل) انه لا مانع من الالتزام بان الاجارة عبارة عن تمليك المنفعة الا ان الكلام فى تعين ذلك وسياق ما هو الحق وقد عرفت ان هناك قولين آخرين:

احدهما - مانع بعض المدققين وهو ان الاجارة تمليك للعين فى جهة خاصة فى مدة مخصوصة- واورد عليه- المحقق الاصفهاني ره بان معروض الملكية ان كان نفس تلك الجهة عاد محذور تعلق الملكية بالمنفعة و ان كان هى العين المخصصة بجهة و العين المتحيثة بحيثية مخصوصة بماهى مقيدة بها لزم اجتماع ملكين استقلالين على عين واحدة وتقييدها بالجهة تارة واطلاقها اخرى لا يوجب تعدد الموضوع (اقول) ان عدم اجتماع ملكين استقلالين فى مورد واحد ليس من جهة عدم اجتماع اعتبارين فان ذلك فى نفسه امر ممكن بل عدم الاجتماع يكون بالعرض وبواسطة التنافى فى الانار فاذا فرضنا كون الملكين نحوين ولكل منهما اثر لا ينافى الاخر لا مانع من الالتزام باجتماعهما (فالصحيح) ان يورد عليه بان الاجارة ليست معاملة تاسيسية شرعية بل هى معاملة عقلائية متداولة بين جميع العقلاء امضاها الشارع الاقدس من دون ان يتصرف فى مفهومها و من الواضح ان العقلاء والعرف فى مقام الاجارة لا يملكون العين - (مع) انه لو تم ذلك فى اجارة العين لا يتم فى اجارة الحر نفسه للعمل فانه لا يملك نفسه وهذا واضح جدا فهذا القول مما لا يمكن الالتزام به .

ثانيهما ماعن المحقق الخراساني ره وهو ان الاجارة جعل العين بالاجرة وهي اضافة خاصة في قبالة اضافة الملكية - و بعبارة اخرى هي عبارة عن التسليم على العين للانتفاع بها بعوض (وفيه) ان للسلطنة على العين معان - الاول - السلطنة التكليفية اي الترخيص التكليفى فى التصرف فيها - الثانى - السلطنة الوضعية - اي السلطنة على المعاملات ونفوذها - الثالث - السلطنة الفعلية الخارجية - الرابع - السلطنة الاعتبارية لا اشكال فى ان المراد بالسلطنة الانشائية ليس هي السلطنة التكليفية او الوضعية او الخارجية (اما الاولى) فلان جواز التصرف اعم من مورد الاجارة مع ان جواز التصرف من آثار الملك واحكامه وللمالك ان ياذن فى التصرف وليس بنفسه مما يقبل النقل والانتقال (واما الثانية) فلانه لا يجوز تصرفات المستاجر المعاملية لنفسه (واما الثالثة) فواضح - فلا محالة يكون المراد السلطنة الاعتبارية المعبر عنها بالحق . و هي دون مرتبة الملكية - وحيث - انه ليس لكل واحد سلطنتان على ماله - سلطنة ملكية - وسلطنة حقيقة اعتبارية - اذ مع الاولى يكون اعتبار الثانية لغوا لامورد لها فلا تكون الاجارة التسليم على العين - فان فاقد الشئ لا يكون معطيا - والسلطنة المترتبة على الملكية المعبر عنها بحق القبض على العين للانتفاع بها - انما هي السلطنة الوضعية والتكليفية لا الاعتبارية - اللهم الا ان يقال ان هذه السلطنة وان لم تكن ثابتة للمالك الا ان له اعطائها بالغير كما ان عمل الحر ليس ملكا للمعامل و يملكه للمستاجر (ولكن) يرد عليه ان ثبوت هذا الحق له بمعنى له ان يعتبر حقا فى العين للمستاجر لم يدل عليه دليل - مع ان المعاملات العرفية اي الاجارة التى يوقعها العرف والعقلاء ليست كذلك - ولا يخطر ذلك ببالهم فلا يظهر ان الاجارة هي - تمليك منفعة او عمل بعوض كما افاده المشهور .

العقد وشروطه

ثم ان الكلام يقع فى مقامين - الاول - فيما يعتبر فى الاجارة - الثانى - فى الاحكام اما المقام الاول - فى المتن (و شروطها ستة) ولكن ستعرف انها اكثر - الاول (العقد وهو اليجاب والقبول الدالان بالوضع) او غير الوضع مما يكون مبرزا عرفا

(على تملك المنفعة) او العمل (مدة من الزمان بعوض معلوم) وتنقيح القول بالبحث في فروع ١- لاريب في احتياج الاجارة التي كما عرفت تملك منفعة او عمل بعوض وذلك امر اعتباري قائم بالنفس الى الابرار في الخارج ويعبر عن مبرزها من المعتبر بالايجاب وعن المبرز من الطرف بالقبول. وجها الحاجة ان بناء العقلاء على عدم ترتيب آثار المعاملات على الاعتبارات النفسانية المجردة ٢- يكفى فيهما كل لفظ دال على المعنى المذكور. لانه لم يدل دليل على انحصار المبرز في العقود والايقات بمبرز معين الا في بعض الموارد فمقتضى الاطلاقات والعمومات كفاية كل مبرز فما في المتن من التقييد بان يكون ذلك بالوضع لا دليل عليه (واما) ما ذكرناه من اعتبار كونه دالا عليه عرفاً - فوجهه ان بناء العرف والعقلاء على عدم ترتيب آثار المعاملة على الاعتبار النفساني المبرز بما لا يكون له شائبة ذلك عندهم - كما لو مشى بقصد انشاء الزوجية - وان شئت قلت - جري على اصطلاح القوم انه يعتبر كون الانشاء بما يكون مصداقا لعنوان المعاملة.

جريان المعاطاة في الاجارة

٣- هل يجري المعاطاة في الاجارة ام لا - فيه وجهان بل وجوه - قال المحقق الثاني في جامع المقاصد واعلم ان في كلام بعضهم ما يقتضى اعتبار المعاطاة في الاجارة وكذا في الهبة ونحو ذلك - لانه اذا امره بعمل على عوض معين عمله و استحق الاجر ولو كان هذه اجارة فاسدة لم يجز له العمل ولا يستحق اجرة مع علمه بالفساد وظاهرهم الجواز بذلك انتهى وقريب منه ما عن المسالك (اقول) يمكن ان يكون ذلك من باب استيفاء العمل بالامر المعاملى الموجب للضمان - وكيف كان ففي المسألة اقوال (احدها) جريانها فيها مطلقا (ثانيها) عدم الجريان كك (ثالثها) التفصيل بين الاجارة على المنفعة فالاول - وبين الاجارة على العمل فالثاني *

والاظهر هو الاول بناء على ما هو الحق من صحة انشاء العقود والايقات بكل ما يكون مبرزاً لها بلا اعتبار اللفظ في المبرز كما حققناه في كتاب البيع ووضحناه

واستدل لعدم الجريان فيها (تارة) بان المعاطاة انما التزمنا بجريانها في البيع من جهة الاجماع والسيرة وهما غير ثابتين في المقام (واخرى) بان الاجارة لازمة كما ياتى - والمعاطاة اما مفيدة للملكية الجائزة او الاباحة - فلا تجرى فيها (وثالثة) بانه ليس فعل صالح لانشاء الاجارة به فان اعطاء العين ودفعها يلائم مع تملكها لانملكها منافاهما - ولا يعنون عند العرف بعنوان الاجارة - والكل مردود (اما الاول) فلما تقدم من ان مقتضى القاعدة جريانها في جميع العقود واليقاعات (واما الثانى) فلما مر في كتاب البيع من ان المعاطاة تفيد الملكية اللازمة - مع - انه لودل الدليل على عدم لزومها في مورد خاص بقيد به اطلاق ما دل على لزومها (واما الثالث) فلان محل البحث انشاء الاجارة بالفعل - ولم يقع عنوان المعاطاة تحت الدليل كى يقتصر على مورد تحقق التعاطي وعليه - فلو تم هذا الوجه فحيث انه مختص بالاعطاء الخارجى ولا يجرى في جميع الافعال حتى مثل الاشارة بالرأس كما لو سئله سائل هل توجد ارك بزيد فتجرك رأسه وما شابه ذلك - فلا يعتمد عليه - مع - انه غير تام - فان اعطاء العين اعم من الهبة والصلح والقرض والبيع والاجارة فكما يقال - انه بالتساوم على البيع مثلاً وقصد ذلك - يكون الاعطاء مصداقاً للبيع على المشهور - ومبرزاله عرفاً على المختار - كك في المقام نقول ان تسليم العين في اول المدة بقصد اجارتها في جميعها - يكون مع التساوم قبله - مصداقاً او مبرزالها .

واستدل للثالث - بانه في اجارة الاعيان للمنافع يوجد فعل مبرز لعنوان الاجارة ولا يوجد ذلك في اجارة الحر نفسه للعمل فان الفعل المبرز ليس الا العمل الخارجى وهذا ليس مصداقاً للاجارة المتعلقة بالنفس فلا تجرى فيها (وفيه) مضافا الى ما تقدم من ان هذا لو تم فانما هو في الاعطاء لا في كل فعل ولو كان هو الاشارة - انه اذا فرضنا التساوم على الاجارة يكون الشروع في العمل بقصد اجارة نفسه على كل ما تساوم عليه ايجاباً للاجارة - فالأظهر جريان المعاطاة في الاجارة مطلقاً .

ويجوز ان يكون الايجاب بالقول والقبول بالفعل لاطلاق الأدلة وعمومها .

واستدل لعدم الجواز بانه ليس عقد ولا معاطاة - وفيه - انه لم يرد دليل على لزوم

كون الانشاء بالعقد او المعاطاة بل الدليل دل على لزوم الابرار بلا تعيين لخصوص مبرز
فلاظهر كفايته :

انشاء الاجارة بصيغة البيع

٣- هل يصح انشاء الاجارة بصيغة البيع - ام لا - لاشكال في عدم صحته لو قال في
الايجاب بعثك الدار مثلاً . فان لفظ البيع اذا تعلق بالعين لاظهر له في الاحارة حتى
مع قصدها وقدم اعتبار ذلك - انما الكلام - فيما لو قال بعثك منفعة الدار - او سكنى الدار
مثلاً وقصد به الاجارة - فقد نسب الى المشهور عدم الصحة - وفي المسالك و ظاهر
التذكرة ان ذلك اجماعى لانه نسبة الى علمائنا و لكن المصنف تردد وفي التحرير
جعل المنع اقرب انتهى - وكيف كان فقد استدلل لعدم الصحة بوجوده (احدها) ما عن
الايضاح والمسالك - وهو ان كل عقد مخصوص لذئيع مخصوصة شرعاً فلا بد من الاقتصار
على القدر المتيقن والمراد من ذلك الالفاظ الواردة في الاخبار في مقام بيان الاحكام
الثابتة للمعاملة والافليس في النصوص ما يدل على ان عقد كذا بصيغته كذا (وفيه) ان ذلك يتم اذا
لم يكن لدليل المعاملة عموم واطلاق والافمقتضاه كفاية كل مبرز له كما مر (ثانيها)
ان البيع وضع لنقل الاعيان فاستعماله في نقل المنفعة مجاز - وقد ادعى اجماع على
عدم جواز الانشاء بالمجازات (وفيه) ان الانشاء بالمجاز اذا كان مع القرينة لا
مانع عنه كما مر في كتاب البيع (ثالثها) ما في الجواهر وهو استهجان العقد بذلك في
عرف المتشركة (وفيه) مضافا الى منع الاستهجان - انه بمجرد لا يمنع عن صحة الانشاء
فلاظهر صحته - ويشهد له مضافا الى ما قدمناه (١) موثق اسحاق بن عمار عن العبد
الصالح عليه السلام عن رجل في يده دار ليست له وام تزل في يده ويدآ بائه من قبل قد علمه
من مضى من آبائه انها ليست لهم ولا يدرون لمن هي فيبيعها ويأخذ ثمنها قال عليه السلام
ما احب ان يبيع ماليس له - قلت فانه ليس يعرف صاحبها ولا يدري لمن هي ولا اظنه

يجيء لهارب ابدًا - قال عليه السلام ما أحب ان يبيع ماله - قلت فيبيع سكنها او مكانها في يده فيقول لصاحبه ابيعك سكني وتكون في يدك كما هي في يدي قال عليه السلام نعم يبيعها على هذا -

شرائط المتعاقدين

الثاني ما يعتبر في المتعاقدين - قال (وان يكون ممن هو جائز التصرف) واعتبار ذلك متفق عليه فيشترط فيهما - البلوغ - والعقل - والاختيار - وعدم الحجر لفسل اوسفه او رقية - اما الاول فيشهدله - مادل على عدم نفوذ تصرفات الصبي المعاملية - من قوله (١) تعالى وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم وحديث رفع القلم الذي رواه (٢) في محكي الخصال عن ابن الطبيان عن امير المؤمنين عليه السلام في سقوط الرجم عن الصبي اما علمت ان القلم يرفع عن ثلاثة عن الصبي حتى يحتلم - وعن المجنون حتى يفيق الحديث - ورواه (٣) ابو البختري عن الصادق عليه السلام عن ابيه عن علي عليه السلام انه كان يقول في المجنون والصبي - رفع عنهما القلم - وفي مؤثو (٤) عمار عنه عليه السلام في حديث - فان احتلم قبل ذلك فقد وجب عليه الصلوة وجرى عليه القلم - والنصوص (٥) الدالة بالمفهوم والمنطوق على عدم جواز امر الصبي في البيع والشراء - وقد اشبعنا الكلام في كتاب البيع في ذلك وبيننا دلائلها على عدم نفوذ معاملات الصبي مستقلا ولا تدل على انه لا يكون لكلامه حكم اصلا - على ما ادعاه الشيخ في المبسوط على ما حكى في مسألة الاقرار - قال ان مقتضى رفع القلم ان لا يكون لكلامه حكم انتهى - ولا على ان قصده - كالا قصد ولذلك بني على صحة معاملة الصبي باذن الولي اذا كان بحيث يستند الى الولي لامتثل الوكيل المقوض فراجع ما حققناه - نعم ما ذكر من ان قصده كالا قصد يتم في الصبي غير المميز

(١) - النساء آية ٦

(٢-٣) الوسائل باب ٤ من ابواب مقدمة العبادات حديث ١١-١٢

(٣) الوسائل - باب ٣٦ - من ابواب القصص في النفس حديث ٢

(٥) الوسائل باب ١٤ من ابواب عقد البيع وشروطه وباب ٢ من ابواب كتاب الحجر

ولذلك لاتصح معاملاته حتى بهذا النحو المشار اليه .

واما الثاني وهو العقل - فيشهد له مادل على رفع القلم عنه - منه ما تقدم - ومنه النبوى (١) الذى رواه الوصى (ع) فى حديث رواه العامة و الخاصة على ما افاده العقيد - رفع القلم عن المجنون حتى يفيق - هذامع القصد و الا فالامر اوضح .

واما الثالث - وهو الاختيار - فان اريد به القصد فاعتباره من القضايا التى قياساتها معها وان اريد به طيب النفس والرضا - فيشهد لاعتباره مادل (٢) على رفع ما استكره عليه بناء على ما تقدم فى كتاب البيع من شموله لجميع الاثار و الاحكام التكليفية والوضعية ولكن المشهور بين الاصحاب صحة اجارة المكره عليها اذا تعقبها الرضا واجازها بعد (ويمكن) ان يذكر للصحفة فى مقابل ما قيل - من ان حديث الرفع يدل على رفع ما استكره عليه تكليفا كان ام وضعيا فاثبات التأثير للعقد الصادر عن اكراه ولو كان على سبيل جزء العلة كما يقول القائل بصحة عقد المكره اذا تعقبه الرضا خلاف مقتضى الحديث وجهان (الاول) ان اثر العقد هو الملكية المستمرة من حين العقد واذا كان حديث الرفع مختصا بما فى رفعه منه يرتفع مقدار من الملكية الذى يكون ثبوته منافيا للامتنان وهى الملكية قبل الرضا واما الملكية بعده التى هى اثر العقد مع قطع النظر عن حديث الرفع فحيث انه لا امتنان فى رفعها فهى لاثرتفع بالحديث (وبالجمله) الحديث انما يرفع مقدار من الملكية التى هى باجمعتها اثر العقد ويكون فى رفعه منه واما المقدار الذى لامنته فى رفعه وهى الملكية بعد الرضا فلا يكون مرفوعا بالحديث (الثانى) ان الاثار انما تترتب على المنشآت لا الانشآت وهى امور باقية اعتبارا فلها حدوث و بقاء ومن الواضح ان المرفوع هو المكره عليه بهذا العنوان كما هو الشأن فى جميع العناوين المأخوذة فى الموضوعات فمادام يكون الاكراه باقيا لا يترتب عليه الاثر واذا تبديل الى الرضا فهو يكون موثرا بقاء ونظير ذلك ما لو اكراه الجنب على الجلوس فى المسجد فانه مادام بقاء الاكراه تكون الحرمة مرتفعة - فاذا ارتفع الاكراه

(١) الوسائل باب ٨ من ابواب مقدمات الحدود حديث ٢

(٢) الوسائل باب ٥٦ من ابواب جهاد النفس وباب ١٢ - و ١٦ - من ابواب

يحرم الجلوس بقاء (فتحصل) ان الاظهر ما هو المشهور من صحة عقد المكره ان تعقبه الرضا - نعم - الا حوط عدم الاكتفاء به بل تجديد العقد بعد الرضا (واما) لو كان العقد مع الاضطرار كما اذا طالب من نظام مالا - فاضطر الى اجارة دار سكنه لذلك فالظاهر صحته كما في البيع المضطر اليه - والوجه فيه عموم الادلة او اطلاقها - وحديث الرفع لوروده مورد الامتنان لا يرفع اثر العقد المضطر اليه .

حكم اجارة المحجور

واما الرابع - وهو عدم الحجر - فيعتبر في الاجارة على المنفعة مطلقا - وفي الاجارة على عمل الحر يفصل بين المفلس والسفيه - توضيح ذلك - انه لا اشكال في عدم صحة اجارة المفلس بعد الحجر عليه داره او عقاره لتعلق حق الغرماء بهما المانع عن ذلك - ولا مانع - من صحة اجارة نفسه لدعمل او خدمة لان منافعها ليست موضوعا لحق الغرماء وليس تصرفا في في ماله كي يعممه ما دل على المنع .

واما السفيه - فعدم جواز تصرفه في ماله بالتصرف المعاملي لا كلام فيه بينهم - انما الكلام في انه هل يصح اجارة نفسه للاكتساب - وفيه وجهان وقد ذكر في منشأ الوجهين من انه تصرف مالي فيشملة معقد الاجماع على عدم نفوذ تصرفه المالي - ويقتضيه العلة المستفادة من النصوص وهي الاحتفاظ بمصلحة اليتيم من حيث المال - ومن انه ليس تصرفا في ماله الموجود بل هو تحصيل للمال - ولا تعد منافع من امواله فلا يشمله دليل المنع (اقول) ان كان مدرك عدم الجواز ما اشير اليه - فيرد عليه - ان الاجماع ليس تعديا - والعلة ليست منصوصة - ولكن يمكن ان يستدل لعدم الجواز بالنصوص (١) الدالة منطوقا او مفهوما على عدم جواز امر السفيه فان اطلاقها يقتضي المنع حتى من اجارة نفسه . ثم انه قال صاحب الجواهر في كتاب الحجر والظاهر دخول تزويجها نفسها في التصرفات المالية من جهة مقابلة البضع بالمال - ووافق في ذلك غيره من الفقهاء

(١) الوسائل باب ٢١ من احكام الحجر - وباب ١٤ من ابواب عقد البيع وشروطه

وباب ٤٢٤ من ابواب الوسايا -

كالمحقق الثاني (وفيه) ان البضع لا يكون في النكاح مقابلا للمال - فالاولى ان يستدل
لفساد النكاح - بالنصوص الخاصة - كموثق (١) موسى بن بكر عن ابي جعفر عليه السلام اذا
كانت المرأة مالكة امرها تباع وتشتري وتعتق وتشهد وتعطي من مالها ما شئت فان
امرها جائز تزوج ان شئت بغير اذن وليها وان لم تكن كك فلا يجوز تزويجها الا بامر
وليها - وصحيح (٢) الفضلاء عنه عليه السلام المرأة التي ملكت نفسها غير السفينة ولا المولى
عليها تزويجها بغير ولي جائز .

شروط العوضين

- الثالث - في شروط العوضين - وقد ذكر المصنف اربعة منها - وبضميمة ما تقدم تصير
سنة قال - (و العلم بالاجرة كيلا او و زنا ويكفي فيهما و في غيرهما
المشاهدة - وان تكون المنفعة معلومة بالزمان وبالعمل - وان تكون مملوكة
او في حكمها - وضبط المدة بما لا يزيد ولا ينقص) و تفصيل القول في المقام - ان
الفقهاء ذكروا في شرايط العوضين - امورا وقالوا - او قال بعضهم انها تعتبر في العوضين
الاول - المعلومية وهي في كل شيء بحسبه - بحيث لا يكون هناك غرر فلو
آجره دارا - او حمارا - من غير مشاهدة ولا وصف رافع للجهالة بطل - وكذا لو جعل
العوض شيئا مجهولا - والشاهد لا اعتبار العلم بالعين المستاجرة والاجرة النبوى (٣)
الذي رواه جماعة نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الغرر - وورد عليه بايرادين - احدهما ضعف
السند - الثاني - ان الغرر بمعنى الخدعه وحيث انها محرمة فالنهى عنه محمول على الحرمة
النفسية دون الارشاد الى الفساد - وحيث انه قد ثبت في محله عدم دلالة النهى على فساد

(١) الوسائل باب ٩ - من ابواب عقد النكاح واولياء العقد حديث ٦

(٢) الوسائل - باب ٣ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد حديث ١

(٣) التذكرة ج ١ ص ٤٦٦ مسألة بيع الطير في الهواء - ونحوه عن الشهيد وسبقهما

المعاملة - فهذا لا يدل على الفساد (ولكن) يدفع الاول ان ضعفه منجب بعمل الاصحاب كما صرح به في الجواهر - و يدفع الثاني - انه في اللغة و ان ذكر للغرر معان - الخدعة والغفلة - والخطر - الا ان الظاهر ان ما هو بالمعنى الاول - هو غريغر - بالضم ويكون متعديا وما هو بالمعنى الثاني هو غريغر بالكسر ويكون لازما - واما الغرر - الذي هو جامد وغير مشتق فهو بمعنى الخطر - كما صرح به في الاساس - والمصباح - والمغرب - والجمال - والمجمع - والقاموس - فالمراد ان النبي ﷺ نهى عن المعاملة الموجهة للخطر - وحيث ان النهي في باب المعاملات ظاهر في الارشاد الى الفساد فيدل النبوى على الفساد مع الجهل بالعين المستاجرة او الاجرة - ويشهد له في الثاني خاصة ما رواه (١) المصنف ره عن النبي ﷺ من استاجر اجيرا فليعلمه اجره - وخبر (٢) ابي الربيع الشامي عن الصادق عليه السلام عن ارض يريد رجل ان يتقبلها فای وجوه القبالة احل قال عليه السلام يتقبل الارض من اربابها بشيء معلوم الى سنين مسماة فيعمر ويؤدى الخراج -

ثم ان غاية ما يستفاد من النصوص - انما هو اعتبار العلم ومناعية الجهل - واما اعتبار الكيل في المكيل والوزن في الموزون والعد في المعدود وعلى ما ذكره الاصحاب فلا يستفاد منها - والاصل عدمه - فيكفي المشاهدة كما في المتن (وعن) الشيخ والسيد والمحقق وغيرهم من الاساطين الاعتبار (وعن) جماعة التردد في المسألة (واستدل) للاولين بان الجهالة مانعة عن صحة الاجارة نضا و اجماعا - و ارتفاعها في المكيل والموزون بالمشاهدة غير معلوم - فان مرتبة منها و ان كانت مرتفعة بها - الا انها بتمام مراتبها لا ترفع بها - ولا اقل من الشك فالمرجع اصاله الفساد (وفيه) ان المقيد لاطلاق الادلة عنوانان الخطر - و الجهل - فاذا سلم اجمال العنوانين فلا بد من الاقتصار في التقييد على المتيقن فالمرجع عند الشك لاطلاق ادلة الاجارة وعموماتها .

(١) التذكرة ج ٢ ص ٢٩١ - المستدرك باب ٣ - من ابواب كتاب الاجارة حديث ١

(٢) الوسائل باب ١٨ من ابواب كتاب المزارعة والمساقات حديث ٥

يعتبر في الاجارة القدرة على التسليم

الثاني - ان يكون العوضان مقدورى التسليم - فلا تصح اجارة ما لا يقدر المؤجر على تسليمه بلا خلاف فيه فى الجملة - وعن غير واحد دعوى الاجماع عليه ومدرك اعتبار هذا القيد امور :

١- ان بذل المال بازاء ما لا يمكن تسلمه سفهى - فلا يشمل ادلة نفوذ المعاملات فانها مسوقة لبيان انفاذ المعاملات العقلانية (وفيه) اولا ان بذل المال القليل بازاء مال كثير يرحى حصوله ليس سفهياً بل ربما يعد عدم البذل سفهياً - وثانيا - ان ادلة نفوذ المعاملات تدل على نفوذ كل معاملة والدليل (١) انما دل على عدم نفوذ معاملة السفهية ولم يرد دليل على بطلان المعاملة السفهائية.

٢ - ان لازم العقد لزوم التسليم المشروط بالقدرة فمع عدم القدرة لا لزوم للتسليم فيلزم عدم تاثير العقد والالزم انفكاك اللازم عن المازوم (وفيه) انه ان اريد بذلك ان لزوم التسليم من مقتضيات الملك فهو مسلم لانه يجب رد المال الى صاحبه الا ان هذا اللازم ليس لازماً لا ينفك بل هو فرع التمكن منه ومع عدم التمكن يكون ملكاً له لا يجب تسليمه لعدم القدرة وان اريد به انه من مقتضيات اطلاق العقد نفسه فيرد عليه ان العقد عبارة عن تملك المنفعة مثلاً لا هو مع اعتبار امر آخر او تكليف آخر - وان اريد ان الملكية تكون مقيدة بما يتمكّن من تسليمه فيرد عليه ان التعليق فى العقد موجب للبطلان وان اريد ان لزوم التسليم من احكام العقد من جهة ان التسليم مصداق للوفاء بالعقد الذى وجوبه من احكام العقد فيرد عليه اولا - ان اوفوا بالعقود (٢) على ما حققناه فى محله يكون ارشاداً الى لزوم العقد - وعلى فرض كونه تكليفاً يكون مفاده لزوم العمل بمفاد العقد بعدم فسخه فعلى كل تقدير لا يربط له بالتسليم - وثانيا - ان التكليف بالوفاء قد تعلق بالعقد الصحيح فعدم لزوم الوفاء لعدم القدرة لا يكشف عن عدم الصحة فتدبر

(١) - النساء آية ٦ الوسائل باب ١ من ابواب كتاب الحجر

(٢) المائدة آية ٢

٣- ان بناء المتعاقدين كلية على تسليم العوض والمعوض فهو من الشروط العينية عليها العقد ويكون بحكم ذكره في ضمن العقد (وفيه) اولا ان لازم ذلك ثبوت الخيار لعدم صحة العقد كما هو الشأن في جميع موارد تخلف الشرط - وثانياً - ان هذا لا يجري مع علمهما بعدم القدرة .

٤- ان الغرض من المعاملة هو الانتفاع بالعوض ومع عدم القدرة على التسليم لا يمكن تحقق هذا الغرض (وفيه) - اولا - ان تخلف الاغراض والدواعي لا يوجب فساد المعاملة - وثانياً - ان الغرض من المعاملة ليس هو الانتفاع المطلق بل الانتفاع على فرض التسليم - وثالثاً - نمنع توقف مطلق الانتفاعات حتى التصرفات الاعتبارية على التسليم، مثلاً، يمكن ان يستاجر ارضاه في يدغير مالكها وأجره ذلك الغير باشخاص لان يباح لهم التصرف فيها .

٥ - ان ما لا يقدر على تسليمه لا يكون مالا عرفاً فلا يصح جعله احد العوضين (وفيه) ان المال انما هو من العناوين المنطبقة على الاشياء بانفسها مع قطع النظر عن الاشخاص و هو ينتزع من كون ذلك الشيء موضوعاً لغرض موجب لحدوث رغبة الناس فيه وهي صفة للشيء وان لم يكن هناك مالك - مع - انه لو سلم ذلك فانما هو فيما لا يحتمل التمكن من التسليم كما لا يخفى .

٦- ان المعاملة على ما لا يقدر على تسليمه اكل للمال بالباطل (وفيه) ان المراد بالاكل بالباطل المنهى عنه بقرينة المقابلة بالتجارة عن تراض . التملك بالاسباب الباطلة كالقمار ونحوه والافغاية ما هناك كون اعطاء المال مجانياً وبلا عوض وليس هذا من قبيل اكل المال بالباطل .

٧- النبوى (١) نهى النبي ﷺ عن الغرر - واورد عليه (تارة) بانه مع معلومية العوضين ذاتاً ووصفاً عدم القدرة على التسليم لا يوجب صدق كون المعاملة غررية بل الغرر انما يكون من جهة الانار والامور الخارجية (و اخرى) بانه مع تعذر التسليم

له خيار التعذر فله ان يفسخ ويسترجع العوض فلا غرر (وثالثة) بانه لو اشترط الخيار برد العوض مع عدم وصول المعوض اليه لا يكون هناك غرر (و رابعة) بانه مع امتناع تسليم العين المستأجرة للمستأجر الامتناع من تسليم الاجرة فلا غرر - وفي الكل نظر (اما الاول) فلان الملكية المجرة لا يترتب عليها شيء فتمليك شيء لا يقدر على تسليمه يكون خطريا - واما ابعد - ما بين هذه الدعوى - وبين ما افاده الشهيد من تفسير الغرر بالجهل بالحصول - وان كان هو ايضا اشتباها لعدم اختصاص الغرر بذلك (واما الثاني) فلان الخيار انما يكون في العقد الصحيح - فلا يمكن تصحيح العقد به (و اما الثالث) فلان نفوذ الشرط مشروط بكونه في ضمن العقد الصحيح - فكيف يعقل تصحيح العقد به (واما الرابع) فلان الامتناع من تسليم الاجرة بعد فرض كونها ملكا للمستأجر لا يوجب تدارك ما ذهب من ملكه (فالمتحصل) ان الحق دلالة النبوى على فساد الاجارة مع عدم القدرة على التسليم - لكنه - مختص بصورة عدم احراز الامتناع - لان الحظر انما يطلق فيما اذا احتمل الحصول ولو ضعيفا - ولكن اذا ثبت الفساد مع الاحتمال ثبت في صورة القطع والاحراز بالاولوية القطعية .

ثم ان الاحتياج الى اقامة الدليل على اعتبار القدرة على التسليم انما هو في المنافع - حيث ان لوجودها مقاما آخر - و اما في الاعمال التي يكون وجودها وتسليمها واحدا - فلا يحتاج الى اقامة الدليل ان ما لا يقدر على تسليمه يمتنع وجوده وما امتنع وجوده لا يقبل الملكية فتدبر .

ثم اندر تب على ذلك في العروة عدم جواز اجارة العبد الا بقر وهذا متين واستشكل في كفاية ضم الضميمة هنا كما في البيع وقد اختلفت كلمات القوم في المقام - فعن جماعة عدم الكفاية و هو ظاهر الجواهر في كتاب الاجارة - و عن جماعة الاكتفاء به منهم السيد في الانتصار - و الشهيد - و المحقق الاردبيلي - و صرح به صاحب الجواهر في كتاب البيع - و تردد فيه جماعة - منهم المحقق في الشرايع والمصنفه في جملة من كتبه .

و قد استدلل الاول - بوجهين (احدهما) ما عن الانتصار و هو خروج المعاملة

بالضميمة عن كونها غريبة (وفيه) ان كون بعض ما وقع عليه المعاملة معلوما ذاتا ووصفا وحصولا لا يوجب كون المجموع غير غريب (الثانى) اولوية الاجارة من البيع لاحتمالها من الغرر ما لا يحتمله البيع (وفيه) ان المناط غير معلوم حتى يدعى الاولوية بل بمان فى بيع العبد يمكن الانتفاع به ولو كان آبقا بالعقب ولا يمكن ذلك فى الاجارة فلا اولوية قطعاً. فالأظهر عدم الكفاية - وقد خر جناً بذلك عما عليه بنائنا من عدم البحث فى احكام العبيد والاماء .

يعتبر ان يكون العوضان مملوكين

الثالث - ان يكونا مملوكين فلا تصح اجارة مال الغير ولا الاجارة بمال الغير الامع الاجازة من المالك والكلام يقع فى مقامين (الاول) فى اعتبار مملوكية العوضين (الثانى) فى اجارة مال الغير - والاجارة بمال الغير . واجارة المباحات الاصلية .

اما المقام الاول ففى الجواهر نفى الخلاف فى اعتبار مملوكية المنفعة - بل جعله من الواضحات - وقد استدلل لاعتبارها بوجوده (الاول) الاجماع (وفيه) انه لو ثبت لم يثبت كونه تعبدية كاشفا عن رأى المعصوم (الثانى) ان بذل المال بازاء ما لا يكون مملوكا سفدواكل للمال بالباطل (وفيه) انه لو فرضنا تسلطه على التصرف فيه مع عدم كونه مملوكا له كالكلى فى الذمة وعمل الحر بالاضافة الى نفسه لا تكون المعاملة سفهية ولا اكالا للمال بالباطل (الثالث) ما افاده صاحب الجواهر وهوعدم تحقق المعاوضة فى غير المملوكة (وفيه) ان المراد بكون الاجارة معاوضة كون كل من العوضين بازاء الاخر - لا كون كل منهما مملوكا قبلالما عرفت من صحة ايجار الحر نفسه والاجارة بالكلى فى الذمة (مع) انه يصح اجارة الموقوفات على المصالح العامة ومنافعها ليست ملكا لاحد - فالأظهر عدم اعتبارها .

واما المقام الثانى - فيدل على عدم صحة اجارة مال الغير والاجارة بمال الغير واجارة المباحات الاصلية - عدم تسلط المؤجر والمستأجر على التملك فى هذه الموارد وعدم سلطانها على العين المستاجرة والاجارة وعدم كونها مال كين لامرهما

اما في الاولين فواضح واما في الاخير فلان المباحات الاصلية متساوية النسبة الى المؤجر والمستاجر وليست هي كالكلية وعمل الحر ليعتهد بها في ذمته - ولا كالعين الشخصية المضافة اليه باضافة الملكية ليكون له السلطنة عليها فعدم جواز الاجارة في هذه الموارد انما هو لاجل عدم تسلطه على المنفعة او الاجرة وعدم كونه مالكا لامرها لالعدم الملكية فتدبر.

اعتبار بقاء العين باستيفاء المنفعة

الرابع من الشروط ما ذكره سيد العروة - قال الرابع ان تكون العين المستاجرة مما يمكن الانتفاع بها مع بقائها فلا تصح اجارة الخبز للاكل ولا الحطب للاشغال وهكذا - ولم يتعرض الفقهاء ولا النصوص لهذا الشرط - ولعل السرفيه مع انه لا كلام عندهم في بطلان الاجارة المفروضة - ان ذلك من مقومات الاجارة - فانها كما عرفت تسليمك للمنفعة والمنفعة عبارة عن الحيثية والشان للعين تستوفى منها تدريجا - ولا يكون للخبز هذا الشان والحيثية فان اكله اتلافه لاستيفاء شان من شؤونه .

اعتبار اباحة المنفعة

الخامس ان تكون المنفعة مباحة فلا تصح اجارة المساكن لاحراز المحرمات او الدكاكين لبيعها او الدواب لحملها او الاجارية للغناء او العبد لكتابة الكفر ونحو تلكم وتحرم الاجرة عليها كما هو المشهور - وفي الشرايع وربما قيل بالتحريم وانعقاد الاجارة - لا مكان الانتفاع في غير المحرم .

وقد استدلل للفساد بوجوه (الاول) - الاجماع - وهو كما ترى (الثاني) النبوي (١) المشهور ان الله اذا حرم شيئا حرم ثمنه (وفيه) ان هذا النبوي لا اصل له في اصول

(١) اورده العامة والخاصة في كتبهم الاستدلالية - راجع مسند احمد ص ٣٢٢ -

والبحار ج ٢٣ ص ١٧ - والخلاف ج ١ ص ٢٢٥ - والفنية وغيرها .

العامّة والخاصّة فان الوجود في كتب العامّة هكذا (١) ان الله اذا حرم على قوم اكل شيء حرم عليهم ثمّة - فهو لم يثبت كونه رواية - وما في اصول العامّة لضعف سنده وعدم انجباره بشيء لا يعتمد عليه (مع) ان عمومّه على هذا لم يعمل به احد اذ كثير من الامور التي يحرم اكلها يجوز بيعها - بل الظاهر ان النبوى لو كان بذلك التحول ما كان يعتمد عليه - لان الشهرة الفتوائية وان كانت على وفقه الا ان الظاهر ولا اقل من المحتمل استناد القوم في قمتيهم تلك الى الوجوه الاخرى من اعتبار المآلية في العوضين المتوقفة على كون المنفعة محللة - وغير ذلك وانما يذكر ان النبوى ثابتا .

الثالث خبر (٢) جابر او حسن صابر عن الصادق عليه السلام عن الرجل يؤاجر بيته فيبيع فيه الخمر - قال - ع - حرام اجره (وفيه اولا) انه لو كان الخبر لجابر فهو ضعيف السند (وثانيا) ان ظاهره فساد الاجارة مع اتفاق وقوع بيع الخمر فيه بالشرط والزام وحيث انه معارض مع النصوص المستفيضة الاخرى لم يفت به احد فلا بد من طرحه لاحمله على ارادة معنى آخر - ثم انه - على فرض التنزل وتعين حملة على معنى آخر لا يبعد دعوى اظهرية ارادة الفساد في صورة العلم بوقوع بيع الخمر فيه - وفي تلك الصورة ايضاً وردت نصوص (٣) تدل على صحة المعاملة وهي تكون معمولاً بها .

الرابع ان الاجارة في الفرض اعانة على الائم المحرمة كتاباً و سنة واجماعاً (وفيه) مضافاً الى ما ذكرناه في محله من عدم حرمتها ان المعاملة ليست اعانة عليه بل الاقباض والتسليط الخارجى اعانة عليه (مع) ان حرمة المعاملة لا تدل على الفساد كما حققناه في الاصول وفي اول الجزء الحادي عشر من هذا الشرح .

الخامس ان ادلة النهى عن المنكر تدل على حرمتها اذ لو وجب النهى للرفع

(١) مسند احمد ج ١ - ص ٢٤٧

(٢) الوسائل - باب ٣٩ - من ابواب ما يكتسب به حديث

(٣) الوسائل باب ٥٩ - من ابواب ما يكتسب به

فالنهي عن المنكر لدفعه اولى بالوجوب (وفيه اولا) ان الحرمة لا تلازم الفساد (وثانيا) ان الدفع ايسر بواجب كما حققناه في الجزء الحادي عشر من هذا الشرح (وثالثا) ان وجوب الدفع لا يلازم حرمة الاقباض والتسليط (ورابعا) انه لو حرم شيء فهو التسليط لا المعاملة.

السادس ان فعل المباح المتوصل به الى الحرام حرام فالاجارة لان ينتفع بالعين بما يكون حراما حرام (فيه) اولا ان الحرمة اعم من الفساد - وثانيا - ان مقدمة الحرام لا تكون محرمة الا ما لا ينفك الحرام عنه .

السابع ما في خبر (١) تحف العقول - كل امر نهى عنه من جهة من الجهات فمحرم على الانسان اجارة نفسه فيه - وهو وان اختص بالعمل المحرم الا انه يثبت في المنفعة المحرمة بعدم الفصل (وفيه) انه ضعيف السند للارسال ولم يثبت استناد الاصحاب اليه الثامن يعتبر سلطنة من يعامل على شيء عليه - ولا سلطنة على التصرف شرعا مع تحريمه شرعا فالحرمة توجب سلب القدرة والسلطنة على التصرف (وفيه) ان السلطنة الوضعية تعتبر في نفوذ المعاملة والسلطنة التكليفية لادليل على اعتبارها والحرمة توجب سلب الثانية دون الاولى .

التاسع انه قد مر اعتبار القدرة على التسليم في صحة المعاملة - ومع الحرمة لا قدرة عليه لان الممنوع شرعا كالممتنع عقلا (وفيه) ان مدرك اعتبارها قد عرفت انه لزوم الغرم مع عدمها ومن الواضح ان هذا يختص بالقدرة العقلية اذ مع عدم القدرة شرعا والقدرة خارجا لا يصدق الغرم من حيث حصول مورد الاجارة .

العاشر ان المنفعة المحرمة والعمل المحرم غير مملوكين فلا ملك حتى يملك بالاجارة (وفيه) مضافا الى ما تقدم من عدم اعتبار الملك في الاجارة بل لا ملك في العمل مطلقا - ان الحرمة لا توجب سلب الملكية الاعتبارية .

فالصحيح ان يستدل لاعتبار تلك بان المنفعة المحرمة والعمل المحرم

لامالية لهما شرعا اذا اشارع المقدس بالنهي عنهما اسقط ما ليتهما - فلا يقبلان
 لوقوع المعاوضة عليهما فتدبر (وما افاده) المحقق الاصفهاني ره بان منفعة
 الدار مثلا هي الحيثية القائمة بالدار وهي كونها مسكناً دون السكنى الذي
 هو من اعراض الساكن وما هو قابل للتحريم هي الجهة الثانية - وما هو مورد
 المعاوضة هي الجهة الاولى (يرد عليه) ان مالية الحيثية الاولى انما تكون بلحاظ
 الجهة الثانية كما هو واضح فالتحريم يوجب سلب ماليته ايضاً (كما) ان ما افاده قد
 بان الحرمة في فرض كون المنفعة او العمل مالا عند العقلاء منع عن ايجاد المال لانها
 اسقاط للمالية (غير صحيح) فان اعتبار المالية انما يكون بلحاظ الآثار الراجعة نفعها
 الى الشخص فاذا فرضنا حرمتها وبمغوضيتها وكونها مفسدة ومضرة لا اثر لك كى تعتبر
 المالية (فان قلت) ان حسن (١) ابي اذينة، كتبت الى ابي عبدالله عليه السلام عن الرجل يؤاجر
 سفينة او دابة ممن يحمل فيها او عليها الخمر والخنزير قال عليه السلام لا بأس، يدل على
 الجواز (قلت) انه يدل على جواز الاجارة ممن يفعل ذلك لا الاجارة لخصوص هذه المنفعة
 التي هي مورد البحث مع انه لا دليل على حرمة الحمل .

يعتبر اماكن استيفاء المنفعة

السادس ان تكون العين مما يمكن استيفاء المنفعة المقصودة منه فلا تصح
 اجارة الارض للزراعة اذا لم يمكن ايصال الماء اليها مع عدم امكان الزراعة بماء السماء
 او عدم كفايته (وقد استدلل) المحقق الاصفهاني ره لاعتبار ذلك بان استيفاء المنفعة
 تابع لامكانه وحيث لا تصلح الارض للزراعة فعلا فهي غير واجدة لهذه المنفعة وما
 لامنفعة له لا تعقل في حقه حقيقة الاجارة (وفيه) ان المنفعة عبارة عن الحيثية القائمة
 بالعين وهي موجودة بوجود العين على حدود المقبول بوجود القابل - وهذه الجهة
 لا تنعدم بواسطة عدم امكان ايصال الماء الذي هو شرط استيفاء المنفعة لشرط وجودها

وتحققها (فالاولى) الاستدلال لاعتباره بأنه مع عدم امكان استيفاء المنفعة لاتعد مالاً عرفاً فلا تصح المعاوضة عليه.

يعتبر تمكن المستأجر من الانتفاع بالعين

السابع - ان يتمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المستأجرة فلا تصح اجارة الحائض لكنس المسجد مثلاً كذا في العروة - اقول يقع الكلام في موردين - الاول - في الكبرى الكلية - الثاني - في المثال .

اما المورد الاول - فان كان عدم امكان الانتفاع لاقصور في العين ولا لمنع شرعى بل لمانع يمنع عن ذلك اوقصور في المستأجر - لا اشكال في صحة الاجارة اذا كان المنع شخصياً لعموم ادلتها بعدم وجود ما يصلح مانعاً عن الصحة اذا الانتفاع الخارجى من الدواعى والاغراض التى لا يضر تخلفها - وان كان لمنع شرعى بطلت الاجارة لما مر من اعتبار اباحة المنفعة - وان كان لقصور في العين - بطلت ايضاً من جهة عدم وجود المنفعة في الحقيقة كما لا يخفى .

واما المورد الثاني - فقد استدلل على بطلان الاجارة فيه بوجوه (الاول) ما في حاشية المحقق النائيني ره وهو انه يشترط اباحة المنفعة ومملو كيتها - والمنفعة المفروضة محرمة فلا تصح اجارتها ووافقه المحقق الاصفهاني ره (وفيه) ان المنفعة لا تكون محرمة بل هي تتوقف على فعل محرم وهو اللبس في المسجد فان هذا محرم على الحائض واما الكنس بما هو فلا يكون محرماً (الثاني) ان النهى عن الدخول واللبس الذين هما مقدمة للكنس يكون معجزاً شرعياً عن فعل المستأجر عليه - وقد تقدم اعتبار القدرة عليه في صحة الاجارة (وفيه) ما تقدم من ان مدرك اعتبار القدرة على التسليم هو لزوم الفرر والخطر مع عدمها - غير اللازمين في المقام (الثالث) ان الاجارة في المثال - ترغيب الى فعل المنكر وهو حرام (وفيه) ان الترغيب الى فعل المنكر لم يدل دليل على حرمة - وثانياً ان حرمة المعاملة اعم من فسادها .

فى اعتبار تعيين العين المستأجرة

ثم ان تمام الكلام فى هذا المقام بالبحث فى فروع - الاول - لابد من تعيين العين المستأجرة بلا خلاف فيه فى الجملة فلو آجر احد العبدین او احدى هاتین الدارين لم يصح كما هو المشهور - وتنقيح القول فى ذلك ان اجارة احد الشیئین تصور على وجوه (الاول) ان يكون ذلك على وجه التردید (الثانى) ان يكون على وجه الكلى فى المعین (الثالث) ان يكون ذلك معینا فى نفسه مرددا عندهما او عند احدهما (اما) الوجه الاول ففساد الاجارة فيه واضح اذا لمردد من حيث هو مردد لوجوده فى الخارج اذ كل ما فى الخارج لا محالة يكون معینا المساوقة الوجود للمعین فلا يصح اجارته (واما) الوجهان الاخير ان فان كان الشیئان مختلفین فى الصفات التى تختلف بها الرغبات او المالیة لم تصح الاجارة للغرر - و الا فلا وجه لبطلان الاجارة سوى الاجماع المنقول وهو مع معلومية مدرك المجمعین وذهاب جمع من الاساطین الى عدم مانعية الجهل من حيث هو كما تقدم لا يصلح لان يستند اليه فى المنع .

و مما ذكرناه ظهر وجه اعتبار تعيين نوع المنفعة اذا كانت للعين منافع متعددة فهل تصح اجارة الشیء بجميع منفعته مع التعدد فيكون المستأجر مخیرا بينها ام لا - وجهان . وقد استدل للثانى بوجهین (الاول) انه جموع المنافع مع عدم تعدادها ومعهوديتها بينهما بحيث يكون بمنزلة التفصيل غرر وجهالة واضحة منهيبة عنها بالاجماع (وفيه) ان عمدة وجه هذا الايراد ان لكل شخص او عين منافع خفية يتعذر او يتعسر استقصائها ولكن يمكن دفعه - بانه اذا ذكر المنافع الظاهرة للشیء او كانت معهودة بينهما جاز ادخال المنافع الخفية فى عموم لفظ الجمع تبعاً ولا يعد ذلك عند العرف من الغرر والجهل المانع (الثانى) ان المنافع المتضادة للشیء حيث انها ليست مقدورة قدرة عرضية لان اجتماع الضدين ممتنع - لا تكون مملوكة ملكية عرضية اذ قد عرفت ان من شرائط ملكية المنفعة عند العقلاء القدرة عليها - و انه اذا لم تكن المنفعة مقدورة لا تكون

مملوكة فالمنافع المتضادة غير مملوكة بالملكية العرضية بل هي مملوكة بالملكية البدلية كما تكون مقدورة بالقدر البدلية - وعليه - فلا يجوز تمليكها عرضاً - ولا بدلاً للزوم الغرر (واجاب) عنه جمع منهم المحقق النائيني ره بان المملوك هو القدر المشترك بين انواعها المتضادة و الجامع لمراتبها الطولية فعقد الاجارة يتعلق بذلك القدر المشترك بما للممن الشمول لمراتب الارتفاع وبملك المستاجر ذلك ويتخير في استيفاء اى مرتبة شاء في ضمن اى الانواع (و فيه) ان خارجية الكلى انما تكون بخارجية افراده و اذا كانت الافراد الخارجية متعددة لزم تعدد وجود الكلى - فان تعلق الاجارة بجميع وجوداته عاد المحذور اذ كما ان الافراد متضادة لا تقبل الملك كك الوجودات من الكلى المتحد مع افراده - وان تعلقت بوجود واحد على البدل بنحو التردد بطلت اذ المردد لا وجود له - وان تعلقت بواحد معين كان ذلك خلف الفرض - وان تعلقت بالكلى في المعين بطلت للغرر (والحق) في الجواب ان يقال ان المنفعة هي حيثية الشيء وشانه القائم به بالقوة - وهذه الشانية والقابلية لاتضاد بين انواعها و يمكن اجتماع الجميع لابعنى اندراج جميع القوى تحت قوة واحدة فان ذلك باطل - بل بمعنى ان تلك القوى المتعددة موجودة على تعددها فلا مانع من ملك جميع تلك الوجودات - وعلى الجملة ان كل منفعة مملوكة لانها مقدورة بنفسها وان لم تكن المجموع مقدورة - فالأظهر صحة اجارة العين بجميع منافعها .

طريق معلومية المنفعة

الثاني - معلومية المنفعة - اما بتقدير المدة والزمان كما اذا كانت المنفعة غير العمل كسكنى الدار شهراً مثلاً - او كانت هو العمل في بعض الموارد كالخياطة المعلومة يوماً - واما بتعيين المحل كما اذا كانت هو العمل في بعض الموارد كخياطة ثوب معين - و اما ان تكون بهما - واما ان تكون بالعدد كما في ضراب الفحل ولا اشكال في شيء من ذلك .

انما الاشكال والكلام فيما اذا قدر المدة و العمل فيما يصلح لكل منهما -
 مثل- ان يستاجر له خياطة ثوب معين - و تفصيل القول فيه- ان في المقام مسألتين -
 (احدهما) فيما اذا كانت المدة ماخوذة ظرفا (ثانيتهما) فيما اذا كانت المدة ماخوذة
 على نحو التطبيق.

اما الاولى - فان علم سعة المدة لا اشكال في الصحة- وان علم عدم السعة فان
 كان اخذ المدة من قبيل الشرط فسد الشرط لعدم القدرة وبطلت الاجارة بناء على ان
 الشرط الفاسد مفسد - والا صحت - وبه يظهر ما في اطلاق كلمات القوم من الحكم
 بالبطلان في هذا الفرض مع ان جمعا منهم بنوا على عدم مفسدية الشرط الفاسد وان
 كانت ماخوذة عنوانا لموضوع الاجارة بطلت لعدم القدرة- و ان شك في السعة - ففي
 الجواهر الحكم بالصحة وقيل تبطل الاجارة- وترد فيه المحقق في الشرايع (واستدل)
 للبطلان بان استيفاء العمل في المدة قد لا يتفق فلا يكون معلوم القدرة عليه (واستدل)
 في الجواهر للصحة بان المسلم خروجه من عموم الادلة معلوم العجز (و الحق)
 ان يقال ان اخذ الزمان ان كان على وجه الشرطية بطلان الشرط مبنى على بطلان الشرط
 الغررى - ثم بطلان الاجارة مبنى على القول بمفسدية الشرط الفاسد - وان كان ماخوذا
 عنوانا لموضوع الاجارة بطلت للغرر.

واما المسألة الثانية فان علم سعة المدة و امكان التطبيق صحت (ودعوى)
 فساد الشرط لكونه سفهيا (مندفة) بان محل الكلام ما لو تعلق غرض عقلائي
 به مع ان الشرط السفهى لا دليل على بطلانه وان علم عدم امكان التطبيق او عدم
 سعة المدة - فان كان على وجه الشرط بطل الشرط بناء على فساد الشرط الغررى -
 وبطلت الاجارة بناء على مفسدية الشرط الفاسد- وان كان على وجه العنوانية بطلت
 الاجارة - وان شك في امكان التطبيق- فعن المبسوط والمهذب وفقه القرآن والسرائر
 وغيرها بالبطلان - وعن المحقق التردد فيه وذهب في الجواهر الى الصحة - وبأنتى فيه
 التفصيل الذى ذكرناه في المسألة الاولى .

استيجار الدابة للمحمل عليها

الثالث - اذا استاجر دابة للمحمل عليها لابدمن تعيين ما يحمل عليها بحسب الجنس والوزن بالاخلاف فيه فى الجملة للغرر المنهى عنه - واختلاف الفقهاء فى جملة من فروع المسألة - مثل - كفاية المشاهدة - والتخمين - واعتبار ذكر الحركات والسكنات للراكب - ونحو تلكم - انما يكون من جهة الخلاف فى وجود الغرر وعدمه - اوفى كونه قادحا لكونه مما يتسامح فيه الناس .

و حق القول فى المقام ان يقال ان الغرر الذى هو بمعنى الخطر موجب لفساد الاجارة ويجب المحافظة عليه (فان) احرز ذلك وانه من عدم تعيين المحمول وزنا وجنسا - او الحامل وصفا - يلزم الغرر لا ينبغي التوقف فى لزوم التعيين - من غير فرق بين ان يختلف القيمة باختلاف الوزن او الجنس ام لالعدم دوران الغرر مداره بل هو يدور مدار اختلاف الاغراض - مثلا - المحمول قد يكون حديدا - وقد يكون قطننا - ولو كان وزنهما واحدا لابدمن تعيين الوصف ايضا فانه من عدم تعيينه يلزم الغرر لاختلاف الاغراض باختلاف الاوصاف فان الحديد يجتمع على موضع من الحيوان فرما عقره (وان) احرز عدم الغرر - لاشكال فى الصحة (ولو شك) فى ذلك - فالأظهر بحسب القواعد البطلان فان عمومات الاجارة خصصت بالغرر فمع الشك فيه التمسك بالعمومات تمسك بالعام فى الشبهة المصداقية .

ولكن يمكن البناء على الصحة فى جملة من الموارد - لوجوه - (الاول) ان البناء على عدم كفاية المشاهدة او التخمين واعتبار الوزن حرج عظيم وعسر جسيم - ولأجل ذلك قامت السيرة القطيعة على الاكتفاء باحدهما - ولذا قال فى محكى التذكرة ان المشاهدة من اقوى طرق العلم (الثانى) ان الاختلاف اذا كان قليلا وكان لا يختلف به الاغراض بحسب النوع يمكن دعوى انصراف الغرر عنه فيتبع فيه العمومات (الثالث) استصحاب عدم الغرر اذلا - وهذا لا يخلو عن اشكال وتفصيل القول فيه يحتاج الى بسط فى المقال لا يسهل المجال .

و بهذا يظهر حكم استيجار الدابة للركوب - وانه لابد من مشاهدة الراكب او وصفه كما لابد من مشاهدة الدابة او وصفها حتى الذكورية و الانوثة ان اختلفت الاغراض بحسبها .

ولو استاجر الدابة لحرث جريب معلوم فلا بد من مشاهدة الارض او وصفها كما عن جماعة و عن التذكرة اعتبار المشاهدة خاصة - وعن المسالك اعتبار الوصف خاصة - واستدل للثاني - بان اجزاء الارض مختلفة صلابة و رخاوة و حرث الصلب صعب مستصعب بخلاف الرخوة و مثل هذا لا يعرف بالمشاهدة - واستدل للثالث - بان المشاهدة لا تحيط بباطن الارض و اما الوصف فقد يكون صاحبها عارفا بما في الباطن - و لكن الاظهر هو الاول لقيام السيرة القطعية على اغتفار هذا المقدار من الجهالة الباقية بعد المشاهدة او الوصف اما لاجل ما تقدم - اولان الاطلاع على باطن الارض هنا كالاطلاع على صفات العبيد و الاماء الباطنية في البيع التي لا اشكال عندهم في اغتفارجها لثباتها فيه .

و اذا استاجر دابة للسفر مسافة لابد من بيان زمان السير من ليل او نهار الا اذا كان هناك عاة متبعة فيستغنى بها عن التعيين هكذا ذكره جماعة (وعن) المسالك انه لو لم يمكن التعيين كطريق الحج يشكل الحكم و مقتضى القاعدة الفساد (وعن) التذكرة والقواعد و جامع المقاصد عدم لزوم التعيين بل يتبع القافلة (وعن) ظاهر الوسيلة والكافي وغيرهما من القدماء عدم اعتبار تعيين الوقت (والحق) ان يقال انه لا يعتبر هذه المدافاة في الاجارة - فان كان الاغراض مختلفة و الاجرة متفاوتة يعتبر التعيين دفعا للغرر - والا فلا - ولعل نظر القدماء في حكمهم بعدم الاعتبار الى الثاني - كما ان نظر المتأخرين الى الاول -

حكم مالو قال آجرتك كل شهر بدرهم

الرابع - ما كان معلوميته بتقدير المدة لابد من تعيينها شهرا او سنة او نحو ذلك و لو قال آجرتك كل شهر بدرهم - فهل تصح مطلقا كما عن الشيخ و ابن زهرة و ابن

الجنيد - ام تبطل كك كما عن جماعة وفي الجواهر بل لعلمه المشهورين المتأخرين - ام تصح في شهر وتبطل في الزيادة كما عن المقنعة والنهاية وفي الشرايع - وجوه واقوال - وعن مفتاح الكرامة ان هنا قولاً رابعاً اختاره الحلبي وهو الفساد مع الاطلاق والصحة مع تعيين الابتداء - ولكن الظاهر منه هو الحكم بالبطلان في المقام - والصحة في المسألة الاتية وهي ما لو قال - آجر تك شهراً بدرهم فان زدت فبحسابه .

ثم ان الوجوه المتصورة في المراد من هذه العبارة متعددة (الاول) ان يكون المراد تمليك المنفعة الابدية فيكون قوله كل شهر بدرهم ميزاناً للاجرة (الثاني) ان يكون المراد تمليك المنفعة في الشهر الاول بدرهم وفيما زاد بحسابه (الثالث) ان يكون المراد تمليك طبيعي المنفعة القابلة للتطبيق على شهر او اكثر (الرابع) ان يكون المراد تمليك المقدار الذي يختاره المستاجر خارجاً (اما) الوجه الاول فهو خلاف ظاهر هذه الجملة وعلى فرض كونه مراداً منها تبطل الاجارة من جهة عدم المبرز للمدة - فان قول كل شهر بدرهم انما هو لبيان ميزان الاجرة فلا يكشف عن المدة التي اوجر فيها - فتبطل لذلك (مع) ان لازم صحة تلك انتقال منفعة الدار الابدية الى المستاجر بنحو لا خيار له ولا للمؤجر ولا اظن ان يلتزم بذلك احد في المثال (واما) الوجه الثاني فهو ايضاً خلاف الظاهر فان الظاهر منها انشاء امر واحد لا امرين - و سيأتي الكلام في هذا الفرع (واما) الوجه الثالث فهو ايضاً خلاف الظاهر فان لازمه وحدة الاجرة لا كل شهر بدرهم كما هو المفروض (فالمتعين) هو الوجه الرابع -

و استدلل للبطلان مطلقاً بوجوه (الاول) ما في الشرايع وهو جهالة الاجرة - واورد عليه (تارة) بانه لاجهالة فيها اذ منفعة الدار معلومة كل شهر منها بكذا (و اخرى) بان هذه الجهالات لا تضر لاسيما في الاجارة (ولكن) يمكن دفعهما بانه بما ان الاجارة واحدة ولا يعلم مدة الاجارة فلا محالة لا يعلم مقدار الاجرة - وانه درهم او درهمان او اكثر ومن البين ان مثل هذا الجهل موجب للغرر وعليه فتبطل الاجارة لذلك (الثاني) جهالة المنفعة - واورد عليه بان المنفعة انما تكون ما لا يحاط بذل الاجرة بازائها - وعليه - فلا اثر للعلم والجهل بها نفسها - بل لو اوجب الجهل بها البطلان فانما هو بلحاظ الجهل

بالمالية الموجب للغرر وهو انما يكون بالجهل بالاجرة فيتعين التعليل بالجهل بالاجرة خاصة كما صنعه المحقق في الشرايع (وفيه) ان المنفعة كالعين انما تكون ماليتها بلحاظ ما يترتب عليها من الفوائد والاثار فهي مال مع قطع النظر عن جعل الاجرة بازائها وايقاع العقد عليها - والظاهر ان منشأ تعليل الشرايع بالجهل بالاجرة خاصة انما هو مناسبة ذكر الفرع في احكام الاجرة فيناسبه التعليل بلزوم الخلل في الاجرة (الثالث) ان المنفعة حيثية وجودية للعين قائمة بها وموجودة بوجودها وحيث انها تدريجية الوجود فهي محدودة بالزمان - فالمنفعة غير المتعينة بالزمان مفهوم لا مطابق لها (وفيه) ان المفروض تعيينها مع فرض الاستيفاء فلا يظهر في وجهه البطلان - لزوم الجهل بالمنفعة - وبالاجرة .

وقد استدلل للصحة بالعمومات بعد ابطال ادلة المانعين بما تقدم - وقد عرفت عدم تماميته فالامورد للتمسك بالعمومات .

واستدل للقول الثالث - اى الصحة في الشهر الاول - بصدق المعلوماتية عرفا بالنسبة الى الشهر الاول من جهة ان المراد من ذلك عرفا هذا الشهر بدرهم وكل شهر تسكنه كك - وان هذا مقتضى حمل الاطلاق في الاجارات المطلقة بحسب الزمان على الزمان المتصل بالعقد - وبفحوى مصحح (١) ابي حمزة عن الباقر عليه السلام الوارد في من اكترى دابة الى مكان معين بشئ معين ثم قال فان جاوزته فلك كذا وكذا زيادة ويسمى ذلك - قال عليه السلام لا بأس به كله - وفي الكل نظر - (اما الاول) فلان الشهر الاول هو المتيقن وهذا لا يوجب معلوماتية المنفعة والاجرة بعدكون الاجارة اجارة واحدة لا تعدد فيها (واما الثاني) فلان الاطلاق يقتضى تعين الابتداء وانه المتصل بالعقد وهذا اعم من المعلوماتية (واما الثالث) فلان الظاهر من المصحح تعيين المنفعة والاجرة وان قوله فان جاوزته شرط - او مواعدة وراضاة وعلى كل حال اجنبى عن المقام - فلا يظهر هو البطلان مطلقا .

تصحیح الاجارة المزبورة بعنوان آخر

ثم ان بعض الفقهاء افاد انه على القول ببطلان الاجارة المفروضة بعنوان الاجارة يمكن تصحيحها بعنوان الجعالة او بعنوان الاباحة بالعوض .

اما تصحيحها بعنوان الجعالة فقد ذكر له تقارب ١ - ما في الجواهر بان يقول الساكن مثلاً جعلت لك على كل شهرا سكنه درهما (وفيه) ان الجعالة عبارة عن جعل شيء على نفسه لمن يعمل عماله - واما جعل شيء لغيره بازاء عمل نفسه فهو خارج عن الجعالة . وبعبارة اخرى في الجعالة يكون الجعل للمعامل وهنا يكون على المعامل - ٢ - ما ذكره بعض وهوان يجعل المستأجر الاجرة في قبال اسكان المالك (وفيه) ان الاسكان لامالية له و الاجرة انما تكون بازاء متعلق الاسكان وهو السكنى كما هو واضح - ٣ - ان يقول المؤجر من استوفى منفعة دارى عليه كذا (وفيه) ان الجعالة كما عرفت جعل شيء على نفسه للمعامل - وهذا جعل شيء له على من يستوفى منفعة ملكه - ٤ - ان يجعل منفعة الدار لمن اعطاه درهما مثلاً - ولا يرى في ذلك محذورا - سوى جهالة العوض وفي مبطليتها المجعالة كلام سيانى .

واما تصحيحها بعنوان الاباحة بالعوض - فالكلام فيه يقع في جهات الاولى - في الاباحة بالعوض موضوعا وحكما - الثانية في تطبيقها على المقام - الثالثة - في كفاية هذه الجملة لانشائها .

اما الاولى فالكلام فيها في موارد (الاول) في حقيقتها - وانها هل تكون بيعا - ام اجارة - ام صلحا - ام معاملة مستقلة - (الثانى) في الدليل على صحتها و نفوذها (الثالث) في انها على فرض الصحة لازمة ام جائزة .

اما الاول - فلا ريب في انها ليست تمليكاً للعين - ولا للمنافع - ولا للانتفاع - اما الاولان فواضح - واما الاخير - فلان الانتفاع قائم بالمباح له ومن افعاله فكيف يملكه - وايضاً ليست من قبيل اعطاء حق به فان جواز التصرف من الاحكام التكليفية لامن الحقوق و لذا ليس له اسقاطه ولا اعطائه و نقله الى غيره - و على هذا - فهي

ليست اعطاء شيء بالامباح له بازاء شيء فلا تكون بيعا - ولا تكون نقلا للمنافع فلا تكون اجارة - وليست انشاء للتصاحح و التسالم على امر كما هو واضح فلا تكون صلحا - وبعبارة اخرى ان الصلح ليس هو التسالم على امر والا لازم كون جميع المعاملات صلحا - بل الصلح المقابل لساير العقود مسالمة عقدية وانشاء التسالم - ومن الواضح انها لا تنطبق على المقام (بل) هي اباحة تكليفية للتصرفات ورفع للمنع عنها فهي معاملة مستقلة .

واما الثاني فيدل على صحتها آية التجارة (١) عن تراض - لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض - فان التجارة عبارة عن التكسب والاسترباح الشامل للمقام ولا وجه لما قيل من انها عبارة عن التكسب بالمال فلا يشمل المقام - والنموى (٢) الناس مسلطون على اموالهم فان مقتضى عمومها انواعا ان للمالك التصرف في ماله بجميع انواعه منها اباحته للغير بالعوض - والسيرة العقلائية القائمة على الاباحة بالعوض المسمى كما هو المتعارف في اجارة الدكاكين والفنادق وما شاكل اذا الانسان يستأجر الدكان من مالكة شهرا مثلا بمبلغ ثم يبنيان على انه كل ما بقى المستأجر يعطى الاجرة بتلك النسبة بل التصرف في الحمامات ايضا من هذا القبيل واما المورد الثالث فيشهد للزومها قوله تعالى (٣) اوفوا بالعقود (لا يقال) انه يعارضه في طرف الاباحة عموم دليل السلطنة - فانه يتوجه عليه (اولا) ان دليل السلطنة انما يدل على ثبوت السلطنة على المال ولا يدل على السلطنة على العقد والاباحة اللازمة في المقام انما هي اباحة عقدية لا اباحة مستندة الى الاذن (وثانيا) ان دلالة الآية الشريفة بالعموم ودلالة دليل السلطنة بالاطلاق ففي مورد الاجتماع يقدم الاولى (وثالثا) ان الآية تقدم وعلى فرض التساقط المرجع هو استصحاب الاباحة

(١) النساء - آية ٢٩

(٢) البحار ج ١ ص ١٥٤ - الطبع القديم ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث

(٣) سورة المائدة آية ٢

(فالمتحصل) ان الاباحة بالعوض - معاوضة مستقلة صحيحة لازمة .
واما الجهة الثانية فلا اشكال في صدق الاباحة بالعوض على المقام فان الفرض
ان المالك يبيع لغيره التصرف في ماله بالمبلغ المعين .
واما الجهة الثالثة فلا يظهر عدم كفاية انشاء الاباحة بالعوض بالصيغة المزبورة
اي آجرتك كل شهر بدرهم - فان انشاء عقد بما وضع اعقد آخر لا يجوز كما تقدم
الكلام في ذلك -

لوقال آجرتك شهر ابدرهم فان زدت فبحسابه

الخامس لوقال آجرتك شهرا بدرهم فان زدت فبحسابه - فهل يصح مطلقا -
ام يبطل كك ام يفصل بين الشهر الاول فيصح - وغيره فيبطل وجوه .
و تفصيل القول في المقام انه لا اشكال في ان ذلك بالاضافة الى الشهر الاول
اجارة واما بالنسبة الى سائر الشهور فيتصور وجوه - ١ - اجارة مازاد كل شهر بدرهم
٢ - كون مازاد من قبيل الشرط - ٣ - ان يكون مازاد بعنوان المواعدة و المراضاة
(اما) الوجه الاول فبالنسبة الى مازاد حال هذه المسألة حال المسألة المتقدمة واما بالنسبة
الى الشهر الاول المختص باجارة خاصة فتصح ولا وجه لبطلانها (واما) الوجه الثاني
فبالنسبة الى مازاد بناء على ظهوره في ان المشروط ما يختاره المستاجر يكون شرطا مجهولا -
فان قلنا بان الشرط المجهول فاسد فسد - وافسد العقد بناء على ان الشرط الفاسد
مفسد والافلا (وقد استدل) للمصلحة بمصحيح ابي حمزة المتقدم وفيه (اولا) كونه من
قبيل الشرط غير ظاهر (وثانيا) ان العوض في مورد الخبر معين فلا ربط له بالمقام
(واما) الوجه الثالث فبالنسبة الى الشهر الاول يصح - وبالنسبة الى سائر الشهور ليس
هناك ملكية ولا استحقاق بعقد او ايقاع .

الاجارة للخياطة المرددة بين صنفين

السادس - اذا قال ان خطت هذا الثوب فارسيا - اى بدرز - فلك درهم - وان خطته روميا - اى بدرزين - فلك درهمان - فقد يكون ذلك بعنوان الاجارة - وقد يكون بعنوان الجعالة .

اما الاول فان كان ذلك باجارته للخياطة بدرهمين واشترط نقص الاجارة لو كانت فارسية - او باجارته للخياطة بدرهم واشترط اعطاء درهم آخر لو وقعت رومية - صحت الاجارة والشرط في صورتين - وان كان المجموع بعنوان الاجارة فعن المبسوط والخلاف والتذكرة واللمعة ومجمع البرهان والكفاية القول بالصحة - واختارها في الشرايع - وعن السرائر والمختلف والايضاح وحاشية الارشاد للفخر وجامع المقاصد والمسالك والروضة وغيرها البطلان .

واستدل الثنائى بوجهين - ١ - ما افاده المحقق الاصفهاني ره - وحاصله - ان كل هوية تعلقية حقيقية كانت ام اعتبارية لا بدوان تتعلق بشيء و طرف مقوم لها و مشخص لوجودها و ذلك الطرف لا يعقل ان يكون مبهما - اذا لمبهم المردد بين الطرفين الملحوظين المتعينين بجميع انحاء التعيين الماهوى والوجودى لا تحقق له ولا شيء - وفي المقام حيث ان الاجارة لا تكون على كل منهما لتضادهما ولا على احدهما المعين لانه خلاف المفروض فلا بد وان تكون على احدهما المردد فلا تصح لذلك (وفيه) انه يمكن ان يقال ان المراد بهذه الجملة الاجارة على ما يختاره العامل فى ما بعد او ما يقع عليه سهم القرعة وعليه فهو متعين واقعا - فلا محذور فيه من هذه الجهة - ٢ - ما ذكره جماعة منهم سيد العروة - وهو الجهالة - واورد عليه (تارة) بان كلامن الفعلين معلوم واجرته معلومة والواقع لا يخلو منهما (واخرى) بان الاجارة تحتمل من القدر ما لا يحتملها البيع كما صرحوا به فى غير موضع . ولكن يراد على الاول (مضافا) الى النقض بما لو قال ان اسكنت دارى الى كذا فعليك كذا وان اسكنتها شهر امثلا فعليك كذا - فهل يتوهم فقيه صحة مثل ذلك مع ان البرهان المزبور يقتضى صحته (ان) معلومية

كل منهما في نفسه لاتنافى الجهل بالمنفعة التي وقعت الاجارة عليها المرددة بين المعلومتين - ولا الجهل بالاجرة - وعلى الثاني (انه) بعد لزوم الغرر والدليل على مبطليته لا ارى وجها للحكم بالاغتفار - فالحق تمامية هذا الوجه .
وقد استدلل للصحة بالعمومات - وبمصحح ابى حمزة المتقدم الوارد في استبعاد الدابة الى مكان وما زاد - وبصحيح الحلبي - الا اني في المسألة الاتية (ولكن) يرد على الاول ما تقدم من لزوم رفع اليد عن العمومات بمادل على مانعية الجهل والغرر - وعلى الثاني - انه يدل على صحة الاجارة على شيء الى مكان معين مع اشتراط ان يزيد لو تجاوز عن ذلك الحد كما مر - وعلى الثالث - انه يدل على نفوذ اشتراط ان ينقص من الاجرة اذا احتبس عن ذلك الزمان كل يوم بكذا (فتحصل) ان الاظهر هو البطلان بعنوان الاجارة .

وهل تصح لو اريد بالعبارة المزبورة الجعالة كما صرح به غير واحد - ام لاتصح كما عن المختلف وجهان - مبنيان على اعتبار التعيين في الجعل دفعا للغرر ام لا - فعلى الاول لاتصح وعلى الثاني تصح وحيث ان الظاهر هو الاول كما سيأتي انشاء الله تعالى في كتاب الجعالة - فالاقوى عدم صحتها بهذا العنوان ايضاً .

ثم انه قد ظهر مما ذكرناه حال مسألة اخرى - وهي - ما لو قال ان عملت العمل الفلاني في هذا اليوم فلك درهمان وان عملته في غد فلك درهم لاتحاد المسألتين دليلاً للصحة والفساد وشقوقاً ومختاراً (فما) عن المبسوط والتحرير والكفاية من التامل في الثانية - مع الجزم بالصحة في الاولى (غير تام) كما ان ما في الشرايع من القول بالصحة في الاولى بلا تردد - وفي الثانية - بعد التردد لوجه له - وقد ذكروا في توجيه ذلك وجوهاً ضعيفة .

الاجارة على عمل معين في وقت معين

السابع - اذا وقعت الاجارة على عمل معين في وقت معين ولم يأت به كما لو استأجره او دابته ليحمله - او يحمله متاعه في شهر معين و يوصله الى بلد معين قبل مجيء

الشهر القادم مثلاً ولم يأت المستأجر بذلك في الوقت المعين - او استأجره ليخيط ثوبه في هذا الاسبوع ولم يخطه او ماشا كل فهل تبطل الاجارة ام لا .

وتحقيق القول في المقام - ان العمل في ذلك الزمان المعين قد يكون متعذراً وقد يكون ممكناً ولكنه سامح وقصر حتى فات الوقت - وعلى التقديرين قد يكون اخذ الزمان المعين بنحو الاشتراط اى الالتزام في ضمن الاجارة مع كون المستأجر عليه هو العمل الخاص - وقد يكون بنحو تقييد العمل المستأجر عليه فيجعل العمل الخاص من حيث الزمان المخصوص بازاء الاجرة المعينة (وما) نسب الى المحقق النائيني ره من ان اخذ الزمان بنحو الشرطية يختص بما اذا كان المستأجر عليه المنفعة القائمة بعين شخصية - وبنحو القيدية يختص بما اذا كان المستأجر عليه الكلى الذمى فمورد العنوانية غير مورد الشرطية ولا ينطبق مورد واحد على احدهما تارة - وعلى الاخر اخرى (يرد عليه) ان الكلى كما يكون قابلاً لان يقيد - كك يصح ايقاع الاجارة عليه مع الالتزام بخصوصية في مقام ايجاد العمل - واما منفعة العين الشخصية فهي من جهة قابليتها لان تتطور باطوار مختلفة من حيث السرعة و البطؤ وكثرة طى الطريق وقلته وماشا به ذلك - قابلة - لان تقيد بطور خاص - فكما ان له ان يستأجر الدابة مثلاً لا يصله الى كربلا ويشترط كون الايصال في زمان خاص - كقبل ليلة النصف من شعبان كك له ان يستأجرها بهذه الخصوصية .

اما في صورتى الاشتراط فالانظهر صحة الاجارة من غير فرق بين تعذر الشرط او تخلفه - غاية الامر في صورة التعذر يفسد الاشتراط لعدم القدرة فعلى القول بان الشرط الفاسد مفسد بطلت الاجارة والا كما هو الحق فلا - وفي صورة التخلف لا يفسد الشرط - وعلى التقديرين يثبت للمستأجر الخيار فان اعضاءه كان عليه تمام الاجرة - وان فسخ العقد رجعت الاجرة المسماة الى المستأجر - ورجع العمل الخاص الى المؤجر ويكون مستحقاً لاجرة مثل عمله المحترم لقرضانه لم يقصد المجانية فما في العروة من الحكم بالفساد فيما اذا لم يسع الوقت مطلقاً - في غير محله .

واما فى صورتي العنوانية- فان تعذر العمل فى ذلك الوقت وكان التعذر من الاول بطلت الاجارة لعدم تمكنه من العمل الخاص فلا يعقل تملكه ايام- وهل يستحق شيئاً بازاء عمله وجهان اقواهما ذلك فانه وان تعذر صيرورة المائى به وفاء بالاجارة الا انه لم يأت به مجاناً فلا يسقط عمله عن الاحترام فيكون المستأجر مشغولاً بزمته باجرة مثل عمله - وان كان التعذر طارئاً - صحت الاجارة ولا وجه لبطلانها بل يثبت خيار تعذر التسليم- فللمستأجر امضاء الاجارة- والاكتفاء بمائى به المؤجر من العمل وفاء عماله عليه و فسخ العقد - فان فسخ رجعت الاجرة اليه ولا ترجع مالية العمل المستأجر عليه الى المؤجر لعدم ايصاله الى المستأجر- واما العمل المائى به فحكمه ما تقدم فى الفرض الاول- وان لم يتعذر العمل بل سامح وقصر حتى فات وقت العمل- لا تنفسخ الاجارة لعدم الموجب له - و نوهم الانفساخ من جهة تلف المستأجر عليه فاسد - لاختصاص الدليل بالبيع - وبالتلف غير الشامل للاتف- وبالعين الشخصية فلا يشمل الكلى لانه لا تلف له - فالمؤجر يستحق تمام الاجرة والمستأجر يستحق العمل الخاص و حيث انه لا يمكن تسليمه فيستحق اجرة مثله وهى قد تساوى الاجرة المسماة و قد تنقص و قد تزيد - واما العمل المائى به فحيث انه قد اتى به عامداً فى غير وقته و هو ضد المستأجر عليه فقد هتك العامل حرمة عمله فلا وجه لاجرة مثله -

شرط عدم الاجرة تماماً أو رأساً

الثامن - لو استأجره على عمل خاص فى وقت معين وقال ان لم تأت به فى هذا الوقت فلا اجرة لك- او ان الاجرة اقل مما عين له- كما لو استأجره على ان يخيط ثوبه فى هذا الاسبوع وقال ان لم تتم الخياطة فيه - فلا اجرة لك او ان اجرتها نصف ما تو افقنا عليه - فالكلام فى موردين - الاول- فى شرط عدم الاجرة تماماً - الثانى فى شرط عدمها رأساً اما المورد الاول فهو على قسمين - اذ قد يكون ذلك بحيث تكون كلتا صورتين اى الخياطة فى هذا الاسبوع والخياطة بعد ذلك مورداً للاجارة - و قد يكون مورد

الاجارة هو الخياطة في هذا الاسبوع ويشترط عليه ان ينقص من الاجارة كذا على فرض عدم تحقق العمل في الوقت المعين .

اما القسم الاول فالظاهر بطلان الاجارة ان كان الاجارة بنحو التخيير لما تقدم في المسألة المتقدمة من جهالة العمل و الاجرة .

و ان كانت بنحو الترتيب بان تكون الاجارة الثانية مرتبة على عدم الوفاء بالاجارة الاولى او عدم الوفاء بقيده وهو الاتيان بدفي وقت خاص (فتارة) يملك المؤجر العمل الخاص للمستاجر وفي ظرف عدم الوفاء بديملك المضاد معه اياه (و اخرى) يملكه العمل الخاص ويشترط عليه الاتيان به في الوقت المعين وعلى فرض عدم الاتيان به في ذلك الوقت يملكه العمل باجارة اخرى - لاشكال في الصورة الثانية في صحة الاجارة الاولى وبطلان الثانية اما صحة الاولى فلتامة اركانها - واما بطلان الثانية فلان المؤجر بعد تملكه العمل للمستاجر لا يملك شيئا كى يملكه ثانيا (واما) في الصورة الاولى فالظاهر صحة الاجارين وذلك لان المؤجر يملك العاملين الذين هما مورد الاجارين بنحو الترتيب فلا مانع من تملكها لمستاجر بهذا النحو - و بعبارة اخرى - العاملان حصتان من طبعي العمل ومتضادتان في التحقق فكما انه بالترتب يرتفع محذور تضاد التحققين - كك يرتفع به محذور المملكتين اللهم الا ان يقال انه تبطل الثانية لكونها معقدة على شرط مشكوك الحصول - وقد اتفقت كلماتهم على بطلان العقد المعلق على مثل ذلك (فالمحصل) انه ان كانتا بنحو التخيير بطلت الاجارتان - وان كانتا بنحو الترتيب بطلت الثانية خاصة واما القسم الثاني - فالكلام فيه تارة فيما تقتضيه القواعد واخرى فيما يقتضيه النص الخاص .

اما الاول - فان كان شرط عدم الاجارة تماما من قبيل شرط سقوط الاجرة على تقدير عدم الاتيان بالعمل في الوقت المعين (فقد يقال) انه من قبيل اسقاط مال يجب ان مال يتم العقد لا يستحق المؤجر الاجرة ولا تكون ثابتة له فشرط سقوط بعضه شرط سقوط مال يثبت - و ايضا - شرط سقوطها على تقدير عدم الاتيان بالعمل في الوقت المضروب له شرط تعليق لا تنجزى وقد ادعى الاتفاق على انه لا تعليق في العقود

والايقاعات ومنها الشرط (ولكن) يرد الوجه الاول ان اسقاط مالهم يجب ان كان فعلياً ومنجزاً لم يصح لعدم الثبوت و ان كان مشروطاً بثبوته بمعنى انه ينشأ السقوط بعد الثبوت فلا محذور فيه عقلاً والوجه الثانى - انه لادليل على بطلان التعليق فى خصوص الشرط ولا اتفاق منهم فيه كما يظهر من نظائر المقام - فالأظهر الصحة (وان) كان الشرط عدم استحقاق تمام الاجرة - فحيث ان الاجارة الشخصية متقومة بطرفها ففرض عدم استحقاق تمام الاجرة - فرض بطلان الاجارة فاما ان تكون الاجارة تعليلية و على تقدير العمل فى الوقت المعين فتفسد الاجارة لذلك - واما تكون مطلقة فيكون الشرط منافياً لمقتضى العقد فيكون فاسداً وان قلنا بمفسدية الشرط الفاسد افسدت الاجارة ايضا والأفلا - هذا ما يقتضيه القاعدة .

واما النص - فمقتضى خبر (١) الحلبي - كنت قاعداً عند قاضٍ من القضاة - وعنده ابو جعفر عليه السلام جالس فجاءه رجلان فقال احدهما انى تكاريت ابل هذا الرجل ليحمل لى متاعاً الى بعض المعادن واشترطت عليه ان يدخلنى المعدن يوم كذا وكذا لانه اسوق اخاف ان يفوتنى فان احتبست عن ذلك حططت من الكراء لكل يوم احتبسته كذا وكذا وانه حبسنى عن ذلك اليوم كذا وكذا يوم اوافق القاضى هذا شرط فاسد وفد كراه فاما قام الرجل اقبل الى ابو جعفر عليه السلام فقال هذا شرط جائز ما لم يحط بجميع كراه - صحة الاجارة والشرط ان كان الشرط من قبيل شرط السقوط - اذ الحط من الكراء ظاهر فى شرط سقوط مقدار منه لاعدم استحقاقه - هذا كله فى المورد الاول .

واما الثانى وهو شرط عدم الاجرة رأساً - فان كان ذلك من قبيل شرط السقوط فمقتضى القاعدة صحة الشرط ايضاً اذ لا وجه لفساده سوى الوجهين المتقدمين وقد عرفت ما فيهما (وما) افاده صاحب الجواهر انه من ان شرط سقوط الاجرة كلاماً منافياً لمقتضى العقد الاجارى المتقوم حقيقته بالاجرة (يندفع) بان شرط السقوط من جهة تفرع السقوط على الثبوت يؤكده مقتضى العقد لانه منافى له - الا ان مقتضى صحيح الحلبي المتقدم فساد الشرط كما هو واضح - وان كان من قبيل شرط عدم الاستحقاق فسد الشرط لكونه منافياً لمقتضى عقد

الاجارة - وح - ان كان المراد جعل الاجرة بازاء العمل على تقدير الاثيان به فى الوقت المعين فسدت الاجارة ايضاً للتعليق - و اما ان كان شرط سقوط الاجرة رأساً على وجه القيدية - فان كان ذلك على وجه التخيير بطل العقد للجهالة - وان كان على نحو الترتب بطلت الثانية خاصة لان الاجارة بلا اجرة باطله وصحت الاولى كما تقدم .

الاجارة صحيحة ولازمة

المقام الثانى فى الاحكام - والكلام فيه فى طى مسائل - الاولى - الاجارة ثابتة بالكتاب والسنة واجماع علماء الخاصة والعامة - قال الله تعالى (١) فان ارضعن لكم فائوهن اجورهن - وقال (٢) سبحانه لو شئت لانخذت عليه اجرا - وقال عز وجل (٣) قالت احداهن يا ابت استاجره ان خير من استاجرت القوى الامين - وقال (٤) قال انى اريد ان انكحك احدى ابنتى هاتين على ان تاجرني ثمانى حجج - و اما السنة فمستفيضة ستمر عليك جملة منها .

و هى لازمة بلا خلاف و يشهد به مضاف الى عموم قوله تعالى (٥) او فوا بالعقود وغيره مما تقدم فى كتاب البيع جملة من النصوص كصحيح (٦) على بن يقطين عن ابي الحسن عليه السلام عن الرجل يتكاري من الرجل البيت او السفينة سنة او اكثر من ذلك او اقل قال عليه السلام الكرى لازم له الى الوقت الذى تكارى اليه ونحوه خبر (٧) محمد بن سهيل وصحيحه (٨) الاخر عنه عليه السلام ونحوها غيرها .

ثم ان المشهور بين الاصحاب على ما فى الحدائق انه لما كانت الاجارة من العقود اللازمة وجب انحصار الفاظها فى الالفاظ المنقولة شرعاً المعهودة لغة - وكذا يشترط فيها ما

(١) سورة الطلاق آية ٦ (٢) سورة الكهف آية ٧٧

(٣) سورة القصص آية ٢٦ (٤) سورة القصص آية ٢٧

(٥) سورة المائدة آية ٢

(٦ - ٧ - ٨) الوسائل - باب ٧ - من ابواب احكام الاجارة

يشترط في غير هامن العقود اللازمة من العربية ووقوع القبول على الفور وما شاكل -و لكن قد عرفت في كتاب البيع انه لا يعتبر شيء من ذلك في البيع وغيره من العقود اللازمة- ثم انه وقع الكلام بينهم في المقام في موردين - الاول في جريان الاقالة في عقدھا - الثاني في جعل الخيار فيه.

اقالة الاجارة

اما الاول - ففي المتن متفرعا على القول بلزوم الاجارة (لا تبطل الا بالتراضي) والظاهر ان هذا اي انفساخ الاجارة بالاقالة بان يتراضيا على فسخ عقدھا - هو المشهور بين الاصحاب بل قيل بلا خلاف.

ويمكن ان يستدل له بان التقايل من العقود فتشمله الادلة العامة صحة ولزوما (توضيحه) ان موضوع تلك الادلة - تجارة عن تراض - والعقد - والتصرف في ماله - وجميع هذه تصدق على الاقالة فان حل العقد بالتراضي بعد كونه امرا اعتباريا وكل من الطرفين يلتزم بعود ما انتقل اليه الى صاحبه ويربط التزامه بالتزام الاخر يصدق عليه العقد - ومجرد التعبير بحل العقد لا ينافي ذلك - وحيث انه يوجب صيرورة كل من العوضين ملكا لما لكه الاول فيصدق عليه التجارة والمفروض انه عن تراض - وحيث انه قبل التصرف مال للمقبل - وقد حققنا في كتاب البيع انه يدل دليل السلطنة على نفوذ التصرفات المتعلقة به كالبيع وغيره - فهو ايضا دال على صحة الاقالة وربما يستدل لها مضافا الى ما ذكرناه بوجوه اخرى (منها) ان حقيقة المعاقدة متقومة بالتزام الطرفين فمع رفع اليد عنه لامعاقدة حقيقة (وفيه) ان عقد المتعاقدين حدوثا موضوعا لاعتبار العقلاء والشارع بقاء - وان ارتفع التزامها كما لا يخفى (ومنها) النصوص الخاصة (وفيه) انها ما بين ما هو مختص بالبيع كخبر (١) ابن حمزة عن الصادق عليه السلام ايما عبد اقال مسلما في بيع اقاله الله عثرته يوم القيامة (٢) ومرسل الصدوق عنه عليه السلام ايما

مسلم اقال مسلماً ندامة في البيع الخ ونحوهما غيرهما - و بين ما هو ضعيف السند -
 كمرسل (١) الجعفرى ان رسول الله ﷺ لم يأذن لحكيم بن حزام في التجارة حتى
 ضمن له اقالة النادم - فانه و ان كان شاملاً للاجارة ايضاً فانها تجارة لكنه ضعيف
 السند للارسال - و بين ما لا يكون له اطلاق من هذه الجهة كخبر (٢) سماعة بن مهران
 عن ابي عبدالله عليه السلام اربعة ينظر الله اليهم يوم القيمة من اقال نادماً... الخ فانه يدل
 على ترتب ما تضمنه من الاثر على الاقالة المشروعة وليس في مقام بيان المشروعية
 كى يتمسك باطلاقه (ولكن) الانصاف انه لا وجه لمنع اطلاقه فان ظاهره ووروده في مقام
 بيان المشروعية بلسان ترتب الثواب كغيره من النصوص المتضمنة للثواب على فعل
 (ومنها) الاجماع و (فيه) انه لم يثبت كونه اجماعاً تعديداً كاشفاً عن رأى المعصوم
 عليه السلام (فتمحصل) ان مقتضى العمومات وخبر سماعة - مشروعية الاقالة في الاجارة .
 واما المورد الثانى فالمشهور بين الاصحاب بل لا يظهر فيه مخالف صحة شرط
 الخيار - لهما - اولا حدهما - اولا جنبى - وانه تنفسخ الاجارة اذا اختار الفسخ من جعل
 له الخيار وقد نفى الخلاف والاشكال عن ذلك الشيخ الاعظم ره - والاصل - فى ذلك
 النصوص العامة (٣) المسوغة لاشتراط كل شرط الا ما استثنى و ليس هذا منه - وقد
 اتفقوا على انه لا يدخلها خيار المجلس لاختصاصه بالبيع - فلا يثبت فيه مع الاطلاق
 اما لو شرط فالمشهور عدم صحته - وعن الشيخ فى المبسوط صحة الشرط المذكور -
 لعموم دليل صحة الشرط - ولكن برده عليه ان المجلس حيث يختلف زيادة ونقصا فلا
 محالة يلزم كونه شرطاً مجهولاً فيفسد لذلك.

لا تنفسخ الاجارة ببيع العين المستأجرة

الثانية - (لا) تنفسخ الاجارة بالبيع اى بيع العين المستأجرة قبل تمام مدة الاجارة

(١-٢) الوسائل باب ٣ - من ابواب آداب التجارة حديث ٥-١

(٣) الوسائل باب ٦ - من ابواب الخيار

بلا خلاف فيه - وتنقيح القول في المقام بالبحث في موارد احدها - ما اذا باع العين المستأجرة من غير المستأجر - لا خلاف في صحة البيع - ولا في بقاء الاجارة الصحيحة اللازمة على حالها - ويشهد لهما - العمومات فانه لا منافاة بينهما فان الاجارة انما تتعلق بالمنافع والبيع يتعلق بالاعيان (وغاية) ما قيل في المقام - في وجه انفساخ الاجارة ان مالك العين له تملك منافعها مادامت هي مملوكة له ولذا وُلِّفَت العين بعد الاجارة تنفسخ الاجارة من حين التلف - وعليه - فحيث انه اذا باع العين وخرجت هي عن ملكه لما كانت المنافع باقية في ملكه اذا انتقلها تنتقل المنافع للتبعية فتنتسخ الاجارة (ولكن) يرد عليه ان مالك العين كما يكون مالكا لها بالملكية المرسله كك يكون مالكا للمنافع مادام بقاء العين فاذا ملكها الى مدة خرجت في تلك المدة عن ملكه وفي اثناء تلك المدة اذا باع العين تنتقل هي مسلوقة المنفعة في تلك المدة الى المشتري فان تملك المشتري المنافع انما يكون مع بقائها في ملك البائع وانتقالها اليه بالتبع وهذا انما يكون مع عدم انتقالها قبل ذلك الى الغير - (وقد يقال) كما عن المحقق الاردبيلي ره - انه ان كانت المنافاة ثابتة لبطل البيع العارض عليها دون الاجارة (وفيه) انه ان كان المدعى تبعية ملك العين لملك المنافع صح ذلك ولكن حيث يكون هو تبعية ملك المنافع لملك العين فلا مانع من صحة البيع فتدبر حتى لا تبادر بالاشكال .

ثم ان المشهور بين الاصحاب ان المشتري الخيار مع جهله بالاجارة واستدلوا لذلك بوجوه (١) ما في العروة تبعاً للمشهور وهو ان نقص المنفعة عيب (وفيه) انه لو صح ذلك لزم البناء على التخيير بين الامضاء بدون اخذ الارش او معه وبين الفسخ كما هو الشأن في موارد خيار العيب ولا يقولون بان له ان يطالب الارش (وتأويل) ذلك تارة بانه عيب لا كساير العيوب واخرى بانه عيب حكمي (لا يفيد) في رفع المحذور لانه ان اريد بذلك عدم كونه عيباً حقيقة وانما هو بحكم العيب فهو يحتاج الى دليل مفقود - وان كان المراد غير ذلك ولا بد من البيان (٢) ما عن المحقق الثاني وهو ان ذلك ضرره هو وجوب الخيار (وفيه) انه ان كان المفروض بيعها على ما هي عليه من

نقص المنفعة - بازيد من قبمتها السرقية ثبت خيار الغبن - والا - فلا ضرر حتى يثبت به الخيار - مع ان فى ثبوت الخيار بحديث لا ضرر كلا ما تقدم فى كتاب البيع (٣) ما ذكره جماعة وهوانه من قبيل خيار تخلف الوصف اذا لمشتري انما اشتراها بعنوان انها ذات منفعة فاذا انكشف كونها عيناً لا منفعة لها ثبت هذا الخيار (وفيه) ان تخلف الوصف الذى لم يقع عليه العقد لا يوجب الخيار (٤) ما فى الجواهر وهو ا قضاء اطلاق العقد تعجيل التسليم للانتفاع (وفيه) ان تعجيل التسليم انما هو فى صورة وجوبه وفى الفرض لا وجوب للتسليم الا بعد انقضاء مدة الاجارة .

والحق فى وجهه ان يقال ان ثبوت الخيار انما يكون من جهة تخلف الشرط الضمنى وذلك لان بناء المتعاملين على كون العوضين على ما هما عليه من المنافع فان التبديل انما هو للانتفاع - فيكون التبديل منوطاً بوجود المنفعة وحيث ان هذا البناء نوعى بحسب العرف والعادة فيجرى نفس اجراء العقد بين العوضين مجرى اشتراط وجود المنفعة - فمدرك هذا الخيار تباني المتعاقدين نوعاً على ذلك ويكون ذلك بمنزلة التصريح به فى ضمن العقد وانما لم يصرح به لمعلومية فعند التخلف يثبت خيار تخلف الشرط - وقد مرفى كتاب البيع فى مبحث الخيارات تمام الكلام فى ذلك .

ثم انه مع علم المشتري او جهله وامضاء العقد - لوفسخ المستاجر الاجارة اوفسخها المؤجر - هل ترجع المنفعة فى بقية المدة الى البايع كما لعله المشهور بين الاصحاب - ام ترجع الى المشتري كما عن المصنف ره فى التذكرة احتماله - وجهان وقد استدل للثانى (بان) ملك العين مقتضى لملك المنفعة والاجارة الصحيحة من الموانع وبعد فسخها وزوال المانع يؤثر المقتضى اثره (وفى قبال) ذلك استدل المحقق الاصفهاني ره للاول - بان حقيقة الفسخ رد المعاملة وعود العوضين الى ما كانا عليه فيستحيل عود المنفعة الى غير البايع المؤجر (ولكن) يرد على الثانى ان الفسخ ليس حقيقة عود العوضين الى ما كانا عليه بل هو يوجب حل العقد ولازم ذلك عود العوضين الى ما كانا عليه - وانما يكون ذلك مع عدم المقتضى لدخولهما او احدهما فى ملك غير المالك الاول فاذا فرضنا وجود المقتضى لذلك لما كان ذلك منافياً للفسخ - ويرد على الاول ان انتقال المنفعة

كانتقال العين يحتاج الى السبب والبيع انما يكون سببا لولا المانع - وحيث انه في الفرض لوجود المانع لم يصر البيع سبباً لانتقال المنفعة وبعد انفساخ الاجارة لاسبب آخر فلا محالة تعود الى المالك البايع ولا وجه لرجوعها الى المشتري .

ثم انه لو اعتقد البايع والمشتري بقاء مدة الاجارة وان العين مسلوقة بالمنفعة الى زمان كذا وتبين ان الاجارة منقضية - فهل منفعة تلك المدة للبائع أو المشتري وجهان (قد استدل) للثاني في العروة بان المنفعة تابعة للعين ما لم تفرز بالنقل الى الغير او بالاستثناء والمفروض عدمهما (وفيه) ان انتقال المنفعة يتبع انتقال العين وان لم يكن محتاجا الى قصد تفصيلي الا انه مع قصد عدم الانتقال وانشاء المعاملة كك لا دليل على انتقالها و دليل التبعية قاصر عن الشمول لهذا المورد فلا يظهر انها للمبايع - واولى و اوضح من ذلك ما لو شرط كونها مسلوقة بالمنفعة (ثم انه) على القول بانها للمشتري الظاهر ثبوت الخيار للمبايع - اما اذا اوجب ذلك ثبوت الغبن فواضح - واما ان لم يوجب ذلك فلا نه من قبيل خيار الرؤية المشترك بين البايع والمشتري .

بيع العين المستأجرة من المستأجر

وثانيها - ما اذا بيعت العين المستأجرة من المستأجر - فالمرور في صحة البيع والاجارة - فعلى المستأجر الاجرة والتمن - ولم ينقل الخلاف الا عن المصنف في الارشاد - ونسب فخر المحققين ذلك الى الشيخ ايضاً - الا ان بعض الاساطين صرح بانه غير موجود في كتبه :

وكيف كان فحجة المشهور العمومات - واستدل لما اختاره المصنف به بوجوه (الاول) ما عن مجمع الفائدة و هو ان البيع كما يكون علة لنقل العين كك يكون علة لنقل المنفعة - وبعبارة اخرى - انه علة لنقل العين وهو علة لنقل المنفعة - والاجارة ايضاً علة لنقل المنفعة فيلزم من صحتهما معا اجتماع علتين على معلول واحد - وفيه (اولا) ان البيع وتمليك العين علة لنقل المنفعة اذا لم تكن الممنفعة منتقلة عن البايع والا فليس علة له (وثانيا) ان لازم ذلك لو تم بطلان البيع لا الاجارة - فانه بعد وجود السبب

الاول يستحيل وجود الثاني (الثاني) ما عن جامع المقاصد وهو ان المنفعة نماء العين وتابعة لها فاذا كانت الاجرة في قبالة المنفعة ازم كون الاجرة بازاء نماء ملك المشتري فتكون المعاوضة وارادة على مال المالك بما له (وفيه) انه يتم اذا كان ملك المنفعة لازما لا ينفك لملك العين ولكن ليس كذلك فان المفروض صحة الاجارة وسلب المنفعة عن العين (الثالث) ما عن جامع المقاصد ايضا - وهو ان ملكية المنفعة ليست ملكية مغايرة لملكية العين والالزام ان يكون لملك العين مالان وهو باطل بالضرورة والاجماع بل يختلف ملكية العين في الكمال والنقص باختلاف المنافع قلة وكثرة - فالعين المستاجرة ملكيتها ناقصة باعتبار افراز بعض منافعها بالاجارة فاذا دخلت في ملك المستاجر صارت ملكيتها تامة فلا معنى لبقاء النقص على حاله - ونظر المقام - بما لو نكح الامة ثم اشتراها فانه يفسخ النكاح من جهة ان النكاح يقتضى ملك البضع خاصة فاذا ملك الرقبة لا يبقى ملك البضع لعدم بقاء الناقص بعد الاستكمال (وفيه) ان العين والمنفعة شيان - والملكية تعرض على كل منهما - فهما ملكان ومالان لامن باب النقص والكمال - نعم هذا الوجه يتم على مسلك من يرى ان الاجارة حقيقتها تمليك العين في جهة خاصة - او التسليط على العين للانتفاع بها بعوض - ولكن عرفت ان حقيقة الاجارة تمليك منفعة او عمل بعوض - واما تنظير المقام باشتراء الامة - ففي غير محله - لان الزوجية والملكية متقابلتان لا يمكن اجتماعهما في محل واحد بمقتضى الآية (١) الكريمة (الرابع) ان اثر الاجارة الانتفاع بمال الغير وهذا لا يبقى بعد الشراء (وفيه) ان هذا اول الدعوى - فالأظهر عدم انفساخ الاجارة وصحة البيع

حكم تقارن البيع والاجارة

نالتها ما اذا تقارن البيع والاجارة - كما لو باع العين مالها من شخص وآجرها وكيه من شخص آخر - واتفق وقوعهما في زمان واحد وفيه وجوه واقتوال - ١ - بطلانها معا - ٢ - صحة البيع وبطلان الاجارة - ٣ - بطلانها معا بالنسبة الى تمليك المنفعة وصحة البيع بالنسبة الى تمليك العين فتنتقل العين مسلوقة بالمنفعة في تلك

المدة الى المشتري و تبقى المنفعة على ملك المالك -٣- صحتهما معا وانتقال العين مسلوقة بالمنفعة الى المشتري والمنفعة الى المستأجر .

واستدل للاول - بانه يقع النزاحم بين البيع و الاجارة من حيث ان كلا منهما تملك للمنفعة من شخص غير من يوجب الاخر ملكيتهاله - و حيث لا مرجح لاحدهما على الاخر فلا محالة يبطلان معا (وفيه) ان النزاحم بينهما لو كان فانما هو بالاضافة الى تملك المنفعة فان كانت ملكية المنفعة من اللوازم التي لا تنفك لملكية العين كان ما ذكر تاما - وحيث انه ليس كك فلا مانع من البناء على بطلانهما معا بالنسبة الى تملك المنفعة خاصة - لولا ما سذكره - وبذلك يظهر مدرك القول الثالث .

واما القول الثاني - فان اريد به صحة البيع ، بالاضافة الى تملك العين خاصة ، رجع الى الثالث والا فإيرد عليه انه ما المرجح للبيع بالنسبة الى تملك المنفعة - فالاولان ساقطان - ويدور الامر بين الوجهين الاخيرين وقدم مدرك الاول منهما .

واستدل للثاني (تارة) بان متعلق كل منهما غير متعلق الاخر فان متعلق البيع العين - ومتعلق الاجارة المنفعة - فلا نزاحم بينهما (واخرى) بما في العروة وهو ان البائع لا يملك المنفعة و انما يملك العين - و ملكية العين توجب ملكية المنفعة للتبعية وهي متأخرة عن الاجارة فلا نزاحم بينهما - ولكن يرد (على الاول) ان البيع كما يكون تملكيا للعين يكون تملكيا للمنفعة فبالنسبة الى المنفعة يتزاحمان (و على الثاني) ان ملك المنفعة متأخر عن ملك العين بالبائع لاعتن الاجارة - ومجرد كون الاجارة في عرض البيع لا يقتضى ذلك فان ما في عرض المتقدم على شيء رتبة لا يكون متقدما عليه ما لم يكن فيه ملاك التقدم الرتبى - مع - ان هذه الاحكام احكام للزمان لا للرتبة ومن المعلوم ان ملكية المنفعة بالبائع انما تكون في زمان ملكية العين بلا تقدم ولا تاخر بينهما (فالحق) ان يستدل له - بان تبعية ملك المنفعة لملك العين انما تكون مع عدم المقتضى لعدم التبعية مستقلا اما بالاستثناء او بتملكها من شخص آخر والا فلا تكون هي متحققة - و الاجارة المقارنة مقتضية لعدم التبعية فلا نزاحم بينهما - وعليه - فالأظهر صحتهما معا - وانتقال العين مسلوقة بالمنفعة في مدة

الاجارة الى المشتري - وانتقال المنفعة في المدة الخاصة الى المستأجر - والظاهر كما مر ثبوت الخيار للمشتري فله ان يفسخ البيع وله ابقائه -

عدم بطلان الاجارة بالموت

الثالثة (و) في بطلان الاجارة بموت المؤجر او المستأجر اقوال - ١ - انها (لا) تبطل (بالموت) مطلقا - اختاره المصنف وفي المسالك وعليه المتأخرون اجمع - ونسب الى جملة من القدماء كالسيد المرتضى والقديمين - ٢ - بطلانها بالموت مطلقا - وهو المحكى عن الشيخين في المقنعة والنهاية والخلاف والديلمي وبنى حمزة وزهرة والبراج وفي الشرايع نسبة الى المشهور - وعن الغنية والخلاف اجماع عليه - ٣ - انها تبطل بموت المستأجر ولا تبطل بموت المؤجر اختاره الشيخ في بعض كتبه وابن طاوس وفي محكى المختلف عن ابن البراج نسبه الى اكثر اصحابنا - ٤ - عكس القول الثالث نسبة المصنف له في محكى التذكرة الى بعض علمائنا - والظاهر ان منشأ ذلك نص المرتضى وابن الجنيد على عدم البطلان بموت المستأجر - وحيث انه لا يدل على قولهما بالبطلان بموت المؤجر - فما - افاده الشهيد من ان هذا القول غير موجود بين اصحابنا - متين .

وتنقيح القول في المقام بالتكامل في موردين - الاول - فيما تقتضيه القواعد - الثاني - فيما يقتضيه النص الخاص .

اما الاول - فقد استدلل بطلانها بموت المؤجر بوجوه (١) ان مالك العين له تملك منافعها مادامت هي مملوكة له ولذا لو تلفت العين بعد الاجارة تنفسخ الاجارة من حين تلف العين - فاذا خرجت العين من ملكه بالموت و انتقلت الى الورثة لما كانت المنافع باقية على ملكه اذ بانتقال العين تنتقل المنافع وعليه فتتفسخ الاجارة (وفيه) ما مر من ان ذلك يتم مع عدم كون المالك مالكا للمنافع مادام بقاء العين - وقد عرفت فسادا و انه مالك لمنافعها المرسله غير المحدودة بزمان - وح فحيث انه بنفسه ملك المنافع فينقل العين مسلوكة بالمنفعة في تلك المدة الى الورثة - نظير ما لو باع

المالك العين المستأجرة (٢) ان مضى زمان الاجارة جزء من المقتضى او شرط لتاثير العقد ولذا تبطل بتلف العين ولو بعد القبض فاذا مات المؤجر بطلت الاجارة اذ مع مصادفة متمم السبب للموت لا معنى للتاثير كالموت قبل القبض فى الصرف (وفيه) انه لا دليل على كون ذلك جزء من المقتضى او شرطاً لتاثيره - وبطلان الاجارة بالتلف انما هو لعدم المنفعة لانقص السبب - والعمومات والاصل تقتضيان عدم اعتبار ذلك (٣) ما عن الغنية والخلاف وهو ان المستأجر رضى على ان يستوفى المنفعة من ملك المؤجر (وفيه) انه ان ارى بده ايقاع الاجارة على ما هو مملوك للمؤجر فهو مسلم الا ان المؤجر حين الاجارة مالك للمنفعة المرسله - وان ارى بده ايقاعها على الانتفاع بالعين التى هى مملوكة للمؤجر حين الاستيفاء فهو غير تام - اذ لا يعتبر ملكية المؤجر للعين حين حدوثها فضلاً عن ملكيته اياها بقاء - الا ترى انه تصح اجارة المستأجر من شخص ثالث بلا شبهة و لا خلاف فيه فى الجملة .

وقد استدل للبطلان بموت المستأجر بوجهين (احدهما) الوجه الثانى من الوجوه التى استدل بها على البطلان بموت المؤجر - وقد عرفت ما فيه (ثانيهما) ان الاجارة تتم بموت المستأجر لكونه المطالب به (وفيه) انها تثبت فى ذمته فيخرج من تركته بعد موته كساير ديونه فالأظهر بحسب القواعد الصحة فى الصورتين .

واما من حيث النص الخاص - ففى المقام خبر واحد استدل به كل من القائلين بالصحة والبطلان على ما ذهب اليه - وهو موقوف (١) ابراهيم بن محمد الهمداني كتبت الى ابي الحسن عليه السلام وسألته عن امرأة آجرت ضيعتها عشر سنين على ان تعطى الاجرة (الاجارة خ ل) فى كل سنة عتداً نقضائها لا يقدم لها شيء من الاجرة (الاجارة خ ل) ما لم يمض الوقت فماتت قبل ثلاث سنين او بعدها هل يجب على ورثتها انفاذ الاجارة الى الوقت ام تكون الاجارة منقضية (منتقضة خ ل) بموت المورثة فكاتب **عليه السلام** ان كان لها وقت مسمى لم يبلغ فماتت فلورثتها تلك الاجارة فان لم تبلغ ذلك الوقت

وبلغت ثلثه او نصفه او شيئاً منه فتعطى ورثتها بقدر ما بلغت من ذلك الوقت انشاء الله تعالى - فعن جماعة منهم المجلسي ره وسيد الرياض وصاحب مفتاح الكرامة والشيخ الاعظم ان الظاهر من الخبر بطلان الاجارة بموت المؤجر - وعن المحقق الاردبيلي والعلامة الطباطبائي ظهوره في الصحة بل ادعى الاول صراحته فيها .

اما الاولون فقد ذكروا في تقريب دلالاته على البطلان وجهين (احدهما) ان المراد بالوقت في السؤال والجواب هو الانجم المضروبة للاجرة وان المراد بل لم تبلغ لم تبلغ الاجرة للمرثة فالمعنى ان المرثة ان ماتت بعد ادراك الانجم المضروبة قبل اخذ الاجرة فلورثتها تلك الاجرة - والمراد بالشرطية الثانية فان لم تبلغ ذلك الوقت وبلغت... الخ انها ماتت في اثناء الاجل المضروب قبل اخذ الاجرة - وبقوله فتعطى ورثتها... الخ استحقاق الورثة بالماضي دون المستقبل ولازم ذلك هو الفساد (ثانيهما) ان المراد بالوقت مدة اصل الاجارة بقرينة الانفاذ والانقضاء - والاتقاس - على اختلاف النسخ والمراد بالشرطية الاولى عدم بلوغ شيء من مدة الاجارة بان يكون زمان العقد منفصلاً عن زمان المنفعة المملوكة بالعقد - وبقوله - فلورثتها تلك الاجارة - ان امرها بيد الورثة ردا وامضاء - وبقوله في الثانية - فتعطى ورثتها - ان الورثة يستحقون من المرثة ما بلغت المرثة من النصف او الثلث دون باقى مدة الاجارة .

واما القائلون بدلالته على الصحة فلهم ايضاً تقريران (احدهما) ان المراد بالوقت مدة الاجارة - وبالشرطيتين عدم البلوغ رأساً - وعدم البلوغ بتمامه - وبقوله - فلورثتها تلك الاجارة - قيام الورثة مقام مورثهم بان تكون اللام للاختصاص وبقوله - فتعطى ورثتها - هو دفع الاجرة بالنسبة الى المنفعة الماضية لاستحقاق هذا المقدار من الاجرة بل استحقاق فعلية الدفع بالمقدار المزبور - فالشرطية الاولى ظاهرة في الصحة والثانية غير منافية لها (الثاني) حمل الشرطيتين على الاجمال والتفصيل لعدم البلوغ تماماً اورأساً .

والحق ان يقال انه لا اشكال في ان المراد بالوقت المدة المضروبة لدفع الاجرة فان قوله في آخر السؤال هل يجب على ورثتها انفاذ الاجارة الى الوقت

وان كان قابلاً للحمل على ذلك - وللحمل على ارادة مدة الاجارة - الا ان - قوله في صدر الخبر ما لم يمض الوقت صريح فيما ذكرناه وهو قرينة عليه - وحاصل السؤال - ح - انه اذا كانت مدة الاجارة باقية هل يجب على الورثة انفاذاً لاجارة بما لها من الخصوصية وهي دفع الاجرة في الوقت المضروب - وانها لا تكون لازمة مع هذه الخصوصية ويسقط الوقت عن الوقفية فكانت لاجارة بهذه الخصوصية - بتوهم حلول الدين بموت الدائن كحلوله بموت المدين - فالمراد بالوقت في الجواب ايضاً ذلك ليتطابق السؤال والجواب (فيكون) حاصل الشرطية الاولى انه ان لم تبلغ المرثة من الوقت بان ماتت في اول السنة فلورثتها ذلك اي تكون الورثة قائمة مقام المورث - وحاصل الشرطية الثانية انه ان بلغت المرثة ثلث الوقت او نصفه او شيئاً منه يستحق الورثة الدفع بذلك المقدار ولا ينفى ذلك بقاء الاجارة فالخبر يدل على الصحة - وان ابيت عن ذلك فلا اقل من الاجمال وعلى التقديرين لا يكون منافياً ومخصصاً للمعومات والقواعد (فالمحصل) من مجموع ما ذكرناه ان الاظهر ان الاجارة لا تبطل بموت المؤجر ولا بموت المستأجر -

ثم ان الشهيد الثاني بعد اختياره عدم البطلان بالموت مطلقاً - قال في المسالك نعم يستثنى منه مواضع يبطل فيها الاجارة بالموت - احدها - ما لو شرط على المستأجر استيفاء المنفعة بنفسه فانها تبطل بموته - وثانيها - ان يكون المؤجر موقوفاً عليه فيوجر ثم يموت قبل انتهاء المدة فانها تبطل بموته ايضاً الا ان يكون ناظراً الى الوقف فأجره لمصلحة العين بالنسبة الى البطون او الى الجميع فلا تبطل بموته لكن الصحة ايسر من حيث انه موقوف عليه بل من حيث انه ناظر - وثالثها - الموصى له بالمنفعة مدة حياته ولو آجرها مدة ومات في اثنائها فانها تبطل ايضاً لانتهاء استحقاقه انتهى وقد سبقه الى ذلك غيره ولحقه جماعة .

و لكن الحق ان يقال في الموضع الاول - انه تارة يقع الاجارة على عمله المخصوص واخرى على العمل الكلي في ذمته ويشترط عليه ادائه بنفسه - وما ذكره

يتم فى الاول -ولا يتم فى الثانى فان غايته تعذر الشرط وهو يوجب الخيار لا الانفساخ
 هذا فى استيجار الشخص على عمل - وكذا لو آجره دارا و شرط استيفائه المنفعة
 بنفسه - فان كان متعلق الاجارة بالمنفعة التى يستوفىها المستأجر انفسخت. وان كان متعلق
 الاجارة مطلق المنفعة غاية الامر اشترط عليه ان يستوفىها بنفسه - ثبت الخيار - ثم ان
 الوجهين فى الفرضين انما هما فى موت احدهما وهو المؤجر فى الاول والمستأجر فى الثانى -
 واما الطرف الاخر فى الفرض الثانى لا يثبت الخيار بموته ولا تنفسخ الاجارة - وفى
 الاول الظاهر جريان الوجهين فيه ايضا فانه ان كانت الاجارة على العمل له انفسخت
 بموته - وان كانت على العمل نفسه واشترط كونه له ثبت الخيار فتدبر حتى لا تبادل
 بالاشكال - نعم ما ذكره فى الموضوعين الاخرين تام .

ثم انه فى جريان الخيارات فى الاجارة كلما ذكرناه فى مبحث الخيارات واجماله
 ان ما كان من الخيارات ثابتا بدليل خاص مختص به كخيار المجلس لا يجرى فيه -
 وما كان ثابتا فيه بمقتضى الشرط الضمنى كخيار العبن - والعيب - و ما شاكل يثبت
 فيها ايضا - وفى تلك الخيارات الاحكام الخاصة الثابتة فى البيع للنصوص كجواز اخذ
 الارش فى خيار العيب ايضا لا تثبت فيها كما لا يخفى -

المستأجر أمين لا يضمن الامع التعدى

الرابعة - (والمستأجر أمين) والعين المستأجرة امانة فى يده لا (يضمن) تلفها
 او تعييبها الا (مع التعدى) او التفريط - بلا خلاف اجده بل عليه الاجماع فى الغنية
 كذا فى الرياض - فان العين المستأجرة امانة فى يد المستأجر والاصل فى الامين عدم
 الضمان الامع التعدى والتفريط لانصراف دليل الضمان (١) وهو قاعدة على اليد عن

مورد الامانة - وللاصل المستفاد من السنة في عدة مقامات - والاجماع - اضاف الى ملكم النصوص المستفيضة فانها دالة على الصمان مع التفريط او التعدي وعدم الضمان بدونهما - لاحظ صحيح (١) على بن جعفر عن اخيه عليه السلام عن رجل استأجر دابة فاعطاها غيره فنفقت ما عليه قال عليه السلام ان شرط ان لا يركبها غيره فهو ضامن لها وان لم يسم فليس عليه شيء - وصحيح (٢) الحلبي عن الصادق عليه السلام عن رجل تكادى دابته الى مكان معلوم فنفقت الدابة قال عليه السلام ان كان جازا للشرط فهو ضامن وان دخل وادبا لم يوثقها فهو ضامن وان سقطت في بئر فهو ضامن لانه لم يستوثق منها الى غير ذلك من النصوص الدالة على الحكمين - وصحيح الحلبي وان لم يكن كصحيح على دالا على الحكمين بالمنطوق - الا انه بالمفهوم المستفاد من الشرط - والتعليل يدل على عدم الضمان بدون التعدي او التفريط وبالمنطوق يدل على الضمان مع احدهما. وايضا يدل على الضمان مع التعدي او التفريط صحيح (٣) ابي ولاد عن ابي عبدالله عليه السلام في المتعدي في البغل الذي اكتره - وفيه - فقلت ارأيت لو عطب البغل ونفق اليس كان يلزم مني قال عليه السلام نعم قيمة بغل يوم خالفته قلت فان اصاب البغل كسر أودبر او عقر فقال عليه السلام عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم ترده عليه الحديث .

ثم ان تمام الكلام بالبحث في جهات - الاولى - اذا كانت الاجارة فاسدة فهل يضمن المستأجر العين المستأجرة ام لا - ربما ينسب الى المشهور الضمان ولذلك عدهذا المورد من موارد النقض على قاعدة - ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده (والاظهر) هو عدم الضمان - وذلك - لانه في الموارد التي لا يتوقف استيفاء المنفعة على تسليط المستأجر على العين كالدابة حيث انه لا يتوقف استيفاء المنفعة منها وهي الركوب على استيلائه لا يمكن كون المالك هو السائق - لاشبهة في عدم الضمان اذ بعدما لا ملازم بالتسليط يكون التسليط عن الرضا فتكون العين امانة مالكية - اذ لاحقيقة للاستيमान

المالكى الا التسليط عن الرضا - واما فى الموارد التى يكون استيفاء المنفعة متوقفا على التسليط فان كان رضا المالك بذلك الحادث قبل العقد باقيا الى حين التسليم كما هو الغالب فلا اشكال ايضا فى عدم الضمان من جهة الامانة المالكية - وان لم يكن باقيا فيمكن ان يوجه عدم الضمان بان المتعاملين حين العقد متباينان على عدم ضمان العين لكون الاجارة مبنية على عدم الضمان ومع هذا التباين واسقاط المالك احترام ماله لا تكون العين مشمولة لحديث اليد - لانه منصرف عن هذه الموارد فاذا لا دليل على الضمان والاصل عدمه - بل يمكن الاستدلال له ببناء العقلاء على ذلك .

وقد استدلل للضمان بوجهين (الاول) ان دفع المؤجر للعين انما هو للبناء على استحقاق المستأجر لها لحق الانتفاع فيه و المفروض عدم الاستحقاق فيده يدعدوان موجبة للضمان (وفيه) ما عرفت من انه فى بعض الموارد يكون يده يدامانية لاعدوانية وفى بعضها الاخر لا تقتضى الضمان لانصراف حديث اليد وبناء العقلاء - وبذلك ظهر الجواب عن الوجه الثانى - وهو معارضة القاعدة هنا بقاعدة اليد - فالأظهر عدم الضمان الامع التعدى والتفريط كما فى الاجارة الصحيحة .

الثانية لافرق فى عدم الضمان فى الاجارة بين مدة الاجارة وبعدها لم يقصر فى رد المال الى صاحبه لبقاء الامانة المقتضية لعدم الضمان - وبالأجملة - وجه عدم الضمان فى الاجارة ليس كون الاجارة مقتضية لذلك - بل هو الاستيمان - وفى ذلك لافرق بين مدة الاجارة وبعدها .

شرط الضمان فى العين المستأجرة

الثالثة - لو شرط الضمان فى عقد الاجارة من غير التعدى والتفريط - فالمشهور بين الاصحاب بطلان الشرط - وفى الجواهر بل فى جامع المقاصد باطل قطعا بل لم اجد فيه خلافا الا ما يحكى عن الاردبيلي والخراساني من الميل الى الصحة وتبعهما فى الرضا انتهى .

وقد استدلل لفساد الشرط - فى مقابل - عدم - (١) المسلمون عند شروطهم بوجوده:

١- انه يعارض ذلك -الاجابة (١) الدالة بالمنطوق والمفهوم على عدم الضمان والنسبة عموم من وجه ويقدم تلك الاجابة لموافقته للشهرة التي هي اول المرجحات (وفيه) ما حقق في محله من ان ادلة العناوين الثانوية مقدمة على ادلة العناوين الاولى اما بالحكومة او التوفيق العرفي او غيرهما .

٢- ما افاده صاحب الجواهر رده وهو ان الشرط لا يكون شارعا بل هو نظير النذر والعهد يوجب وجوب ما هو مشروع في نفسه (وفيه) ان الضمان وجوداً أو عدماً مما يكون قابلاً للتسبب اليه كما يظهر من التزام الفقهاء بشرط الضمان في العارية فهو من قبيل الغايات التي لم يعلم ناطقتها باسباب خاصة نظير الخيار ، وملكية حمل الجارية ومال العبد التي انفقت النصوص والقنواي على جواز اشتراطها -وعلى الجملة -ان مقتضى عموم دليل الشرط صحة اشتراط الغايات التي لم يعلم ناطقتها باسباب خاصة كاشتراط الخيار وسقوطه وحمل الجارية ومال العبد وما شاكل -وقد استدل الامام عليه السلام بهذا العموم في موارد كلها من هذا القبيل وتعام الكلام في محله .

٣- ما افاده صاحب الجواهر رده ايضاً وهو ان الشرط مناف لمقتضى الامانة الآتية عن التضمن (وفيه) ان التامين في المقام لا يكون عقدياً بل هو خارجي من جهة تسليط المالك للغير على ماله برضاء -ومن الواضح ان التسليط الخارجي يوجب التامين اذا تجرد عن التضمن والا فلا يكون تاميناً .

٤- ان الشرط مخالف لمقتضى العقد (وفيه) ان مدلول عقد الاجارة ومقتضاه تمليك المنفعة بالاجرة وهذا المعنى لا يقتضاء فيه بالنسبة الى الضمان وعدمه .

٥- انه شرط مخالف للكتاب والسنة لما دل من النصوص (٢) على انه لا ضمان على الامين (وفيه) انه لا شبهة في ان الشرط يغير الحكم ويوجب تحقق شيء لم يكن او عدم ما كان ولو كان المراد بالمخالفة للكتاب والسنة هذا المعنى العام لزم عدم صحة الشرط مطلقاً

(١) الوسائل باب ١٦- و١٧- من ابواب احكام الاجارة

(٢) الوسائل باب ٤ من ابواب احكام الودعة

فالمراد بالمخالفة هو كون الشرط مخالفاً للحكم غير قابل للتغير وهو الاحكام للزومية وغير الزومية اذا كان عن اقتضاء - واما غير الزومية لعدم الاقتضاء فمخالفة الشرط له لا توجب بطلانه و عدم الضمان في المقام اما ان يكون محرزا عدم كونه اقتضائيا - من جهة ان المرتكز عند العقلاء ان خروج يد الامين عن تحت عموم على اليد من باب التخصيص فيكون عدم الضمان لعدم مقتضى - او يكون ذلك مشكوكا فيه فيرجع الى استصحاب عدم المخالفة اذ لا - بناء على ما هو الحق من جريان استصحاب عدم الاذلي . ويقال انه قبل جعل هذا الحكم لم يكن حكم ولا شرط ولا مخالفة . وبعد انقلاب عدم الحكم اليه و عدم الشرط الى نقيضه - يشك في تبدل عنوان عدم المخالفة اليها - و الاصل يقتضى عدم وبذلك يحرز خروجه عن تحت المخصص وبقائه تحت عموم المسلمون عند شروطهم فتحصل ان الاظهر صحة الشرط وثبوت الضمان معه .

لزوم التعجيل في التسليم

الخامسة لاختلاف ولا اشكال في ان الاجير يملك الاجرة بنفس العقد - لان ذلك مقتضى صحة المعاوضة الموجبة لانتقال كل من العوضين الى الآخر - بعد عدم اشتراطه شرعا بشيء كالقبض في بيع الصرف والسلم - وما ينسب الى المصنف انه فرق في القواعد بين شرط التاجيل وعدمه لامتناله الاتبعيره باستقرار الاجرة ولا شهادة له على ذلك كما لا يخفى .

ثم ان المعروف بينهم انه لا يجب تسليم كل من العوضين الامع تسليم الآخر - والظاهر ان منشأ ذلك - مع ان مقتضى (١) عموم تسلط الناس على اموالهم - لزوم تسليم كل منهما مال الاخر وان امتنع ذلك عن التسليم فان سلطان الغير على الامتناع مع مطالبة المالك مناف لسلطنة مالكه - وظلم احد ومعصيته لما يجب عليه لا يوجب جواز ظلم الاخر ومعصيته - الالتزام الضمني بالتسليم بازاء التسليم

الذى عليه بناء المتعاقدين بما هما من العقلاء فيكون ذلك مشمولاً لدليل الشرط على ما حرر في محله فجاوز الامتناع عن التسليم مع امتناع الآخر عنه انما يكون من جهة الشرط الضمنى (ويترتب) على ذلك انه لو اشترط التأجيل في احدهما - حيث انه لا التزام ضمنى بما ذكر - يجب على الآخر تسليم ما عنده لعموم دليل السلطنة .

ثم ان تسليم العمل انما هو بايجاده و تسليم المنفعة بتسليم العين المستأجرة فلا يجب تسليم الاجرة الامع تسليم العين المؤجرة او بالعمل - الا ان يكون هناك عادة او انصراف يقتضى التعجيل - والى ذلك يشير ما فى الخبر (١) فى الجمال والاجير لا يجف عرقه حتى تعطيه اجرته - وقريب منه غيره - اذ فيه نوع اشعار بعدم لزوم دفع الاجرة قبل العمل .

ثم انه قد ظهر مما ذكرناه انه لو لم يشترط التأجيل فى دفع الاجرة كان مقتضى اطلاق العقد تعجيلها بمعنى استحقاق المؤجر للاجرة حالا - وهذا هو مراد المصنفه حيث قال .

(واطلاق العقد يقتضى تعجيل الاجرة) لانه يجب تسليمها وان لم يسلم الاخر المنفعة او العمل ولا انه يجب تسليمها وان لم يطالب مالكيها - فانه لا دليل على ذلك فان دليل وجوب التسليم اما قاعدة السلطنة او الالتزام الضمنى وشئ منهما لا يقتضى وجوب التسليم بدون المطالبة - اما القاعدة فلان مقتضى سلطنة الانسان على ماله عدم سلطان الغير على الامتناع مع المطالبة فانه المنافى والمزاحم لسلطنته دون عدم التسليم بدون المطالبة واما استحقاق التسليم بالالتزام الضمنى فهو لا يقتضى اداء الحق الا عند المطالبة .

ثم انه لا خلاف بينهم فى صحة شرط التأجيل ولزومه بشرط ان يكون الاجل

معلوما - اما صحة الشرط فلانها مقتضى عموم (١) - المسلمون عند شروطهم - ودعوى انه شرط مخالف للمشروع لوجوب رد المال الى صاحبه لو طالب - مندفعة بان هذا وجوب حقى كما يظهر من صحة التاجيل في البيع - فلأمانع من اشتراطه (واما) اعتبار كون الاجل معلوما فلانه يلزم من الجهل به الفرر - وقدمر انه موجب لبطلان العقود والايقاعات ومنها الشرط - وحيث ان المختار ان الشرط الفاسد لا يوجب فساد العقد فلو شرط التأجيل بالاجل غير المعلوم لم يفسد الاجارة (و دعوى) انه تسرى الجهالة من الشرط الى العقد فيكون العقد غريبا فيفسد من ناحية غريبته (مندفعة) بان حقيقة الشرط هو الالتزام في ضمن الالتزام لا تقييد متعلق العقد و ورود العقد على المقيد (و) مما ذكرناه ظهر انه لا فرق في صورة التاجيل - بين ما (لو شرط دفعها انجوما معينة او بعد المدة) المعلومة وانه (صح) الشرط في الموردین .

فروع

ثم ان في المقام فروعا ١ - قد عرفت انه يجب تسليم الاجرة في الاجارة على العمل بعد تسليم العمل و ليس معنى ذلك ان للمستأجر ان يمتنع عن دفع الاجرة قبل العمل و ليس للمؤجر التعرض له - فان مدرك ذلك انما هو الالتزام الضمنى كما عرفت وهو كما يقتضى عدم تسليم الاجرة قبل تسليم العمل كك يقتضى عدم لزوم العمل قبل ان يطمئن تسليم الاجرة بعد العمل وعليه فاذا لم يطمئن بذلك له الاستيثاق ولو بوضع الاجرة على يد نالك كما لا يخفى .

٢ - لا فرق في عدم استحقاق تسليم الاجرة قبل تسليم العمل - بين عمل لا يتوقف على بذل المال - وبين ما يتوقف عليه كالحج فان مدرك كون التسليم معاوضيا فيهما واحد - بل قيل انه لو فرض عدم تمكن الاجير من ايجاد العمل الا باخذ الاجرة لفرض عدم مال له و عدم تمكنه من تحصيله كانت الاجارة باطلة لان العمل على الفرض غير مقدور له الا بالخلف المحال و هو استحقاق الاجرة قبل العمل

مع انه لا يستحقها قبله .

٣- هل يستحق الاجير بعض الاجرة ببعض العمل المستأجر عليه اذا كان قابلاً لتبسيط الاجرة عليه كصلاة سنة مثلاً - ام لا. والحق ان يقال انه بعد ما عرفت من ان مقتضى العقد هو مالكية كل من الطرفين لما انتقل اليه - ومقتضى (١) تسلط الناس على اموالهم ان له المطالبة بتسليمه ولو امتنع عن تسليم ما عنده وانما التزامان لكل منهما الامتناع عن التسليم مالم يسلم الاخر من جهة الالتزام الضمني الذي عليه بناء العقلاء وعليه - فدعوى - ان العقد لا يستقل بالتحصل بل متقوم بمتعلقه وهو كون شيء ملكاً بعوض فمع تعدد المتعلق يستحيل وحدة العقد - اجنبية عن المقام - بل المدار في المقام على ملاحظه الالتزام الضمني فانه يمكن ان يكون بتسليم كل جزء بازاء تسليم ما يقابله من العوض - و يمكن ان يكون بتسليم الكل بازاء الكل فعلى الاول يستحق الاجير بعض الاجرة ببعض العمل - وعلى الثاني لا يستحق فان احرز احدهما فلا كلام والا فمقتضى القاعدة البناء على الاستحقاق الذي هو مقتضى قاعدة السلطنة ووجود المانع عنه والمقيد له غير محرز والاصل عدمه

٤- اذا كانت الاجرة ايضاً عملاً فهل يكون الاجير غير مستحق لها الا بعد عمل نفسه نظراً الى ان حكم الاجرة بما هي استحقاق تسليمها بعد العمل - او يكون الاجير كالمستأجر نظراً الى ان لزوم البدئة به من جهة كونه عملاً من جهة كونه اجرة وهذه الجهة مشتركة بينهما - وعليه فحيث لا مرجح ولا مخصص لاحد العاملين ولا معنى للتخيير بين شيئين لشخصين فيرجع الى القرعة - او يتساقطان فيجب تسليمهما معاً على وجه المقارنة او ان البدئة ليست لكونه اجرة - ولا لكونه عملاً - بل انما هو بمقتضى الالتزام الضمني ومقتضاه في الفرض التقارن في العمل وجوه واقوال - اظهرها الاخير - كما لا يخفى.

الاستيجار من المستأجر

السادسة قالوا (وللمستأجر ان يؤجر) العين المستأجرة (بأكثر) مما استأجر او بالمساوي (او اقل ان لم يشترط عليه المباشرة) وتام الكلام في هذه المسألة بالبحث في جهات ١. لا اشكال في جواز اجارة المستأجر من المؤجر وغيره فانه بالاجارة تملك لمنفعة فله ان يملكها بالغير وليست، الاجارة الاتمليك المنفعة كما مر فيشملة عموم ما دل على صحة الاجارة ولزومها - مضافا الى النصوص المستفيضة او المتواترة الواردة في الارض والدابة والسفينة التي يأتي شطر منها في مسألة الاجارة بالاكثـر .

٢- انه هل للمستأجر الاول تسليم العين المستأجرة الى المستأجر الثاني من دون اذن المالك كما عن المختلف وغاية المراد والحواشي والمسالك ومجمع البرهان و المفاتيح والرياض - ام ليس له ذلك كما عن النهاية والسرائر والقواعد و جامع المقاصد - الظاهر هو الاول - وذلك لان ذلك لازم الاجارة لفرض توقف استيفاء المنفعة على التسليم وبعبارة اخرى ان مقتضى اطلاق الاجارة الاولى من حيث الاستيفاء الذي هو مفروض في المورد اطلاقها من حيث الاستيلاء المتوقف عليه الاستيفاء - و الى هذا يرجع ما قيل ان الاذن في الشيء اذن في لازمه (وبه) يندفع ما استدل به للقول الثاني بان العين امانة لم ياذن له المالك في تسليمها الى الغير - لان الاذن الاول في التصرف فيها انما هو من مقتضيات الاجارة الاولى وحيث انها مطلقة - فمقتضاه الاذن في تسليمها الى من انتقل اليه المنفعة ثانيا (ويمكن) ان يستدل له بالنصوص (١) الواردة في اجارة الارض وغيرها - بمساوي الاجرة او بالاقل المصروفة بالجواز من دون تعرض فيها شبهة عدم جواز التسليم - وحملها على صورة عدم الحاجة في استيفاء المنفعة الى التسليم - او صورة اذن المالك فيه خلاف المقطوع - فلا اشكال في الجواز .

٣- على فرض التسليم هل يكون المستأجر الاول ضامنا للعين ام لا - فان قلنا بانه

لا يجوز له التسليم كان الضمان بمقتضى القاعدة ظاهرا - واما على القول بجوازه كما اخترناه فقد يتوهم الضمان - من جهة ان جواز التسليم بلوجوبه لا ينافي الضمان اذ المنافي له هو الايتمان ووجوب التسليم غير وجوب التامين - فمقتضى عموم (١) قاعدة على اليد الضمان - ولكنه فاسد من جهة ان مدرك عدم ضمان العين في الاجارة الاولى لم يكن خصوص الايتمان بل ذلك بضميمة ما التزمنا به في ضمن عقدا لاجارة بعد الضمان و اذ لك بنيما على عدم الضمان حتى في الاجارة الفاسدة - واذا كانت الاجارة الاولى مطلقة كما هو المفروض - كان البناء على عدم الضمان و اسقاط المالك احترام مالدءا - فقاعدة على اليد لا تشمل المقام لانصرافها عنه كما هو واضح و (يشهد) لعدم الضمان مضافا الى ذلك صحيح (٢) على بن جعفر عن اخيه عليه السلام عن رجل استأجر دابة فاعطاها غيره فنفقت ما عليه - قال عليه السلام ان كان شرط ان لا يركبها غيره فهو ضامن لها وان لم يسم فليس عليه شيء (وورد) عليه بان الصحيح انما يدل على عدم الضمان من حيث الركوب لاعدمه من حيث التسليم - بتقريب ان الشرطية الاولى متضمنة لضمان المستاجر في صورة الاشتراط من جهة مخالفة الشرط فيده عادية وان لم يكن هناك تسليم بل تمكن من الركوب خاصة - و مورد النفي في الثانية هو مورد الاثبات في الاولى (وفيه) ان المفروض في السئوال اعطاء الدابة و ظاهره تسليمها اليه - فالمثبت هو الضمان في ذلك الفرض وكك المنفى و ظاهر المنفى هو نفي الضمان مطلقا - لانفيه من حيثية خاصة .

اشتراط استيفاء المستأجر المنفعة بنفسه

٣- المشهور بين الفائلين بصحة الاجارة من الغير تقييد هابما اذا لم يشترط المؤجر عليه استيفائه بنفسه - ونخبة القول في المقام - ان هاهنا صورا - احداها - ما اذا كانت

(١) سنن بيهقي ج ٦ ص ٩٠

(٢) الوسائل باب ١٦ من ابواب احكام الاجارة حديث ١

المنفعة التي يملكها مقيدة بالاستيفاء - ثانياً - ما لو كانت المنفعة المملوكة مطلقة ولكن اشترط على المستأجر استيفاء المنفعة بنفسه على نحو شرط الفعل - ثالثاً - الصورة ولكن الشرط على نحو شرط النتيجة وهو كونه محجوراً عن جميع التصرفات الاستيفاء المنفعة بنفسه .

أما الصورة الأولى - فعلى فرض معقوليتها - لا إشكال في أنه ليس له أن يستأجرها للغير إذا مملوك له حتى يملكه غيره ولكن قد يقال بعدم معقوليتها - نظراً إلى أن منفعة الشيء عبارة عن الحيثية القائمة به - لأمه هو قائم بالشخص - مثلاً منفعة الدار ليست سكنى الدار بالمعنى القائم بالسكان - بل حيثية مسكونية الدار وقابليتها لأن يسكن فيها - وهذه الحيثية لها نحوان من الوجود - أحدهما بالقوة بنحو وجود المقبول بوجود القابل - ثانيهما بالفعل بفعليته مضاعفة للقائم بالسكان - ومن الواضح أن المملوك بالاجارة ليس هو النحو الثاني إذ مع عدم الاستيفاء رأساً لا مملوك مع أن المنفعة تملك بالاجارة وإن لم تستوف فلا محالة يكون المملوك بالاجارة النحو الأول - وذلك جزئياً بجزئية ما بالفعل الذي يقوم به فلا معنى لتضييقه - ولكن يرد عليه أن الموجود بالقوة غير الموجود بالفعل والثاني لا يعقل فيه عدم التعيين ويعقل ذلك في الأول - فحيثية قابلية الدار لأن يسكن فيها وإن كانت جزئية إلا أنها بالقياس إلى سكنى زيد - وسكنى عمرو وهكذا - تكون غير متعينة - فتكون مسكونية الدار بالقوة بالنسبة إلى سكنى زيد غير مسكونية لها بالقياس إلى سكنى عمرو - ولهذه الجهة تكون قابلة للتقييد -

وأما الصورة الثانية فالمملوك فيها كلي لكن لسلطان له الأعلى استيفائه بنفسه وقبل بيان حكم هذه الصورة لابد وأن يعلم أن شرط الاستيفاء لا يراد به مباشرة بنفسه بحيث يكون الاستيفاء واجبا بل المراد به أن لا يؤثر الدار وأن لا يتبرع بمنفعتيها للغير - فما - في العروة من المقابلة بين شرط عدم اجارتها من غيره - و شرط استيفاء المنفعة بنفسه لنفسه - كما ترى - وكيف كان فقد استدلل للمنع عن استيجاره للغير - بوجوه .

الاول- ان الشرط يوجب حرمة الاجارة لوجوب الوفاء به- وحرمة الاجارة مستلزمة لفسادها (وفيه) ما حققناه في محله من ان الحرمة التكليفية غير موجبة لفساد المعاملة الثانية ما في الجواهر لا يجوز الاجارة ح عملا بقاعدة المؤمنون التي يتعذر الجمع بينها وبين الاجارة المفروضة- فيتمين بطلانها اسبق الخطاب بالادلى انتهى (وفيه) ان الذي يتعذر الجمع بينهما وبين دليل الشرط هو جواز ايجاد الاجارة الثانية تكليفا لا جوازه وضعا- توضيح ذلك- انه لا اشكال في ان بطلان الاجارة لا بد وان يكون من جهة فقد قيد من قيودها الوجودية والعدمية والشرط لا يوجب ذلك- لعدم كونه موجبا لخلل في احد اركانها فتقع صحيحة- وبعد وقوعها كك لا يبقى محل لوجوب الوفاء بالشرط فيسقط- فدليل الشرط لا يصلح مانعا عن دليل صحة الاجارة- ودليلها يوجب ارتفاع دليل الشرط فلا يلزم المحذور المشار اليه (وما) نسب الى الشيخ الاعظم ره- من ان اطلاق دليل وجوب الوفاء بالشرط يشمل حتى بعد الاجارة الثانية- وهو يكشف عن عدم نفوذ الاجارة والام يمكن محل للوفاء بالشرط (يرده) ان شمول اطلاق دليله فرع بطلان الاجارة اذ مع صحتها لا يبقى للمعمل به مجال- وصحتها مستكشفة من اطلاق الادلة وعمومها (فان قيل) انه يحتمل مانعية الشرط عن الصحة فلا علم بارتفاع المحل (قلنا) اولا- انه على ذلك لا مجال للتمسك باطلاق دليل الشرط للمشك في بقاء موضوعه- وثانيا- انه يرفع الاستعمال باطلاق الادلة وعمومها والاصل.

الثالث ان اشترط الاستيفاء بنفسه يوجب ثبوت حق للمؤجر في ترك الایجار- فالاجارة الثانية منافية لحق المؤجر فيكون باطلا (وفيه) ان الحق المتعلق بفعل- او تركه- كحق البيع- والفسخ- وترك الاجارة- وما شاكل- لا يوجب عدم صحة نقيضه- مثلاً- من كان له حق ترك النسخ كان لمن له الخيار الفسخ وضعا وينسخ العقد به وان كان آثما بذلك اذ لا اثر لكونه حقا سوى ان له اسقاطه والافحكه حكم للزوم التكليفى وان شئت قلت ان ثبوت حق للمؤجر في ترك الاجارة لا يستلزم سلب سلطنة المستأجر الوضعية عنها- ومعها تكون الاجارة الثانية صحيحة.

الرابع ان شرط الاستيفاء بنفسه- اما ان يرجع الى شرط ترك تسليم المنفعة الى الغير

او الى شرط عدم اسكان الغير مثلاً - فعلى الاول يبطل الاجارة لعدم القدرة على التسليم الذى قد عرفت اعتبارها فى الاجارة - وعلى الثانى تبطل لحرمة المنفعة وقد مر ان اباحة المنفعة من شرائطها (وفيه) اولاً - انه قد لا يرجع الى شىء منهما بل الغالب ذلك - وثانياً - ان حرمة التسليم غير عدم القدرة عليه تكويناً - وما اشتهر من ان الممتنع شرعاً كالممتنع عقلاً - انما هو فيما يترتب على غير المقدور من حيث هو - وفى المقام ليس كك فانه يعتبر القدرة دفْعاً للفرر والخطر - ولذا لو كان التسليم غير مقدور ولكن من انتقل اليه كان قادراً على تسلمه صح العقد - وعليه فالحرمة حيث لا توجب عدم امكان حصول المنفعة فى يد المستأجر فلا يلزم الفرر فلا تكون مانعة عن الصحة - واما حرمة الاسكان الذى هو فعل الموجب الثانى فهو غير مستلزم لحرمة سكنى المستأجر الثانى كما لا يخفى (فالمحصل) مما ذكرناه صحة الاجارة الثانية فى هذه الصورة .

واما الصورة الثالثة وهى ما لو شرط محجور يتد عن التصرفات سوى الانتفاع بها بنفسه - فالظاهر بطلان الشرط لان المحجورية ليست من الامور الاعتبارية التى يتسبب اليها باسبابها كالملكية كى يقال ان منها الشرط .

فالمحصل - مما ذكرناه انه لو قيد المنفعة باستيفاءه بنفسه بطلت الاجارة الثانية ولو كانت المنفعة مطلقة ولكن اشترط عليه ذلك صح الشرط ويجب ترك الاجارة الا انه ان خالف وآجرها صحت الاجارة - وان اشترط عليه المحجورية عن التصرفات الاخر بطل الشرط .

ثم انه فى مورد بطلان الاجارة الثانية لا كلام واما فى مورد صحتها - فلا إشكال فى ان للمؤجر الاول خيار تخلف الشرط فله ان يحل الاجارة الاولى فاذا فسخها فهل تنفسخ الاجارة الثانية - الظاهر عدم الانفساخ نظراً الى انها وقعت صحيحة لازمة والفسخ انما يوجب الحل من حينه فاذا انفسخت الاولى والمفروض انتقال المنفعة بنقل لازم الى الثالث فيرجع بدلها الى المؤجر الاول كما فى صورة التلف الحقيقى قبل الفسخ فعلى المستأجر الاول ان يرد اجرة مثل تلك المنفعة الى المؤجر كانت اقل من

ايجار العين المستأجرة باكثر من العوض

٥ - لا خلاف ولا اشكال - فى جواز ان يؤجر العين المستأجرة - فيما يجوز له ذلك - باقل من ما استأجره بالمساوى له مطلقا اى شىء كان لاطلاق الادلة وللنصوص الخاصة - كما لا كلام فى انه يجوز الاستيجار باكثر منه اذا احدث فيها حدثا - والنص والفتوى متوافقان فيه - وسيأتى زيادة توضيح لذلك .

انما الكلام فى ايجارها باكثر منه من دون ان يحدث فيه حدثا - فعن جماعة من القدماء كالسيدى والشيخين والصدوقين وغيرهم - المنع عنه وفى الحقائق نسبتة الى المشهورين القدماء وعن جماعة تخصيص المنع بالموارد التى تضمنتها النصوص والجواز بالكرهية فى غيرها - وعن جماعة الحكم بالكراهة مطلقا .

وتفصيل القول فى المقام - ان الموارد التى ورد المنع فيها خمسة - الدار - والحانوت - والرحى - والسفينة - والارض .

اما الاوليتان - فقد ورد النص على حرمة فضل الاجرة فيهما بلا معارض - لاحظ - حسن (١) ابنى الربيع الشامى عن ابنى عبد الله عليه السلام عن الرجل يتقبل الارض من الدهاقين ثم يؤجرها باكثر مما تقبلها به ويقوم فيها بحظ السلطان فقال عليه السلام لا بأس به ان الارض ليست مثل الاجير ولا مثل البيت ان فضل الاجير والبيت حرام - وبمضمونه خبر (٢) ابراهيم بن ميمون ومصحح (٣) الحلبي عنه عليه السلام فى الدار ولا يؤجرها باكثر مما استأجرها به الا ان يحدث فيها شيئا وحسن (٤) ابنى المعز عنه عليه السلام قال عليه السلام فى الجواب عن السؤال المذكور فى خبر ابنى الربيع - لا بأس ان هذا ليس كالحانوت ولا الاجير

(١) الوسائل باب ٢٠ من ابواب احكام الاجارة حديث ٣

(٢) (٤-٢) الوسائل باب ٢٠ من ابواب احكام الاجارة حديث ٥ - ٤

(٣) الوسائل باب ٢٢ - من ابواب احكام الاجارة حديث ٣ -

ان فضل الحائوت و الاجير حرام - ولا موهم لمعارضة هذه النصوص - الا - النصوص المجوزة الواردة في غيرهما بالغاء خصوصية المورد وحسن (١) الحلبي عنه عليه السلام في الرجل يستأجر الدار ثم يؤجرها باكثر مما استأجرها به قال عليه السلام لا يصلح ذلك الا ان يحدث فيها شيئا - بتقريب ظهور لا يصلح في الكراهة - ولكن التعدي ممنوع سيما مع التصريح في النصوص بالفرق - ولا يصلح غير ظاهر في الكراهة غايته عدم الظهور في الحرمة .

اما الرحى ففيها - خبران - احدهما موثق (٢) ابي بصير عن الصادق عليه السلام اني لا كره ان استأجر رحى وحدها ثم او اجرها باكثر مما استأجرتها به الا ان يحدث فيها حدثا او يغرم فيها غرامة - ثانيهما - صحيح (٣) سليمان بن خالد وهو قريب من الاول - والكراهة وان لم تكن ظاهرة في المصطلحة - لكنها غير ظاهرة في الحرمة - فالمتيقن مطلق المرجوحية المساوقة للكراهة المصطلحة .

واما السفينة ففيها رواية واحدة - وهي - مارواه (٤) اسحاق بن عمار عن جعفر عن ابيه عليه السلام لا بأس ان يستأجر الرجل الدار او الارض او السفينة ثم يؤجرها باكثر مما استأجرها به اذا اصلح فيها شيئا - وهي بمفهوم الشرط تدل على ثبوت الباس في الثلاثة وهو ظاهر في الحرمة - وحمله على الكراهة بالنسبة الى الارض - بقرينة روايات اخر لا يوجب حمله عليها بالنسبة الى السفينة التي لامعارض له فيها - والا لازم البناء عليها في الدار ايضا ويجعل هذه معارضة لما تقدم من النصوص - (فما) افاده المحقق الاصفهاني ره من حملها على الكراهة بالنسبة الى السفينة - لا يلائم - مع ما ذكره في الدار من انه لامعارض لنصوص حرمة فضل الاجرة فيها .

واما الارض - ففيها طوائف من النصوص - منها - ما يدل على الجواز مطلقا كحسني ابي الربيع و ابي المعزا وخبر ابن ميمون المتقدمة - ومنها - ما يدل على

(١-٢-٤) الوسائل باب ٢٢ من ابواب احكام الاجارة حديث ٤-٥-٢

(٣) الوسائل باب ٢٠ - من ابواب احكام الاجارة حديث ١-

عدم جواز اجارتها وجواز مزارعتها بالاكثر - كخبر (١) الحلبي قلت لابي عبدالله عليه السلام اتقبل الارض بالثلث او الربع فاقبلها بالنصف قل عليه السلام لا بأس به قلت فاتقبلها بالف درهم واقبلها بالفين قال عليه السلام لا يجوز قلت لم قال عليه السلام لان هذا مضمون وذلك غير مضمون وقريب منه موثق (٢) اسحاق بن عمار - فان المعلوم عدم خصوصية للدراهم ولا للذهب والقضة الموجودين في الموثق سيما وقد علل فيهما بان الذهب والقضة مضمونان - او ان هذا مضمون - وان لم نفهم العلة .

ومنها ما يدل على عدم جواز اجارتها ومزارعتها معا - كخبر (٣) الهاشمي ولا يصح حمل الطائفة الاولى على ما اذا احدث فيها شيئا - بقرينة الطائفة الثالثة لما نبه عليه في الحقائق - من انه على هذا لا يبقى فرق بين الارض وبين الدار والحاووت فان حرمة الاجارة فيهما ايضا مقيدة بان لا يحدث، فيهما شيئا - وصريح الطائفة الاولى الفرق - وبه يظهر انه لا يصح حملها على ارادة المزارعة منها نظرا الى انه يعبر عنها بالاجارة كثيرا - ولا بتخصيص روايات المنع بما اذا كانت مضمونة في الذمة - او بالدراهم والدنانير بل الجمع العرفي يقتضي حمل الثانية على الكراهة بقرينة الاولى - ثم الجمع بينها الصريحة في الجواز في المزارعة وبين الثالثة الظاهرة في عدم الجواز فيها يقتضي حمل المنع في الثالثة على مرتبة من الكراهة هي اخف من كراهة الاجارة (فالمتحصل) مما ذكرناه حرمة الاجارة بالاكثر ما لم يحدث شيئا في الدار والكان والسفينة وكرامتها في الرحي والارض .

اجارة بعض العين المستأجرة بالاكثر

ثم انه لو استأجر نصف العين المستأجرة بالاكثر او المساوي - فهل يجوز ام لا - ام يفصل بين الموردين - الظاهر هو الثالث لصحيح (٤) الحلبي او حسنه عن الصادق عليه السلام

(١-٢-٣) الوسائل باب ٢١ من ابواب احكام الاجارة حديث ١-٢-٣

(٤) الوسائل باب ٢٢ من ابواب احكام الاجارة حديث ٣

لو ان رجلا استأجر دارا بعشرة دراهم فسكن ثلثها و آجر ثلثها بعشرة لم يكن به باس ولا يؤاجرها باكثر مما استأجرها به الا ان يحدث فيها شيئا - ونحوه خبر (١) ابى الربيع ومعها لا يصغى الى ما قيل - من انه لو استأجر بعضها بالمساوى وان لم يصدق الاجارة بالاكتر لكن يصدق الفضل على الاجرة لان ارتفاعه بماعدا الحصة المستأجرة فضل والمأخوذ فى جملة من نصوص المنع فضل الاجرة - ولا الى ما قيل - من ان اجرة نصف العين المستأجرة نصف اجرة تمامها فلو آجر النصف بالمساوى لزم منه الاجارة بالاكتر - اضاف الى ذلك عدم تماميتهما - فان المأخوذ فى بعض الاخبار فضل الاجرة - لا الفضل على الاجرة - ومعلوم ان الارتفاع بماعدا الحصة المستأجرة لا يكون من فضل الاجرة بل هو فضل عليها وايضا ظاهر الاخبار ملاحظة الاجرة بنحو الوحدة كما ملاحظة الاجارة كلك - لتحليل الاجارة الى اجارات وتقسيم الاجرة على الحصص (فان قيل) ان الضمير فى قوله **فلا يبدل** فى الخبرين ولا يؤاجرها يرجع الى الدار لا الى ثلثها فلا يبدل الخبران على حكم الاجارة بالاكتر (قلنا) اولا ان الظاهر دلالة صدرهما بالمفهوم عليه - وثانيا - انه ثبت فيه ذلك بالاولوية - ففحوى ما دل على حرمة ايجار الكل بالاكتر حرمة ايجار بعضه ايضا به - (وعن) الشيخ قده القول بالمنع فى اجارة البعض بالمساوى ومضمر (٢) سماعة شاهد به - لكنه محمول على الكراهة - لان ذلك مقتضى حمل النص على الظاهر - سيما وان مورده الارض التى قد مر كراهة الاستيجار فيها بالاكتر لحرمة . ثم ان ظاهر جماعة وصريح آخرين اختصاص الحكم المزبور - اى حرمة استيجار العين المستأجرة بالاكتر او كراهته - بما اذا كانت الاجرة فى الاجارة الثانية من جنس الاجرة فى الاجارة الاولى - والافمع الاختلاف لا مانع من ذلك (واستدوا) ان ذلك بان الظاهر من الاكثر الاكثر فى الجنس لا الاكثر فى المالية والقيمة فمع الاختلاف فى المالية لا يقال ان احدى الاجرتين اكثر من الاخرى (وفيه) اولا - انه حيث يكون

(١) الوسائل باب ٢٠ من ابواب الاجارة حديث ٢

(٢) الوسائل باب ٢٢ من ابواب الاجارة حديث ٦

النظر في الثمن والاجرة الى المالية والقيسة فمقام الاجرة مقام المنقدين في التمهض في المالية - وعليه فيصدق الاكثرية وثانيا. انه لا ينحصر الاخبار فيما كان المأخوذ فيه هذا العنوان بل المأخوذ في بعض النصوص فضل البيت او الحانوت او الاجير ففي خبر (١) ابي الربيع عن الصادق عليه السلام ان فضل الاجير والبيت حرام - وفي خبر (٢) ابي المغيرة عنه عليه السلام ان فضل الحانوت والاجير حرام - ومن المعلوم ان احدي الاجرتين اذا كانت ذات فضل وزيادة على الاخرى في المالية يصدق فضل تلكم فالظاهر عدم الفرق بين الصورتين .

حكم مالو تقبل عملا وقبله غيره بالنقيصة

٦ - من تقبل عملا في ذمته من غير اشتراط المباشرة لم يجز ان يقبله غيره بنقيصة كما عن النهاية والسرائر والارشاد - وفي المسالك نسبتها الى المشهور - الا ان يحدث فيه ما يستبيح به الفضل - والمستند جملة من النصوص لاحظ صحيح (٣) محمد ابن مسلم عن احدهما عليه السلام انه سئل عن الرجل يتقبل بالعمل فلا يعمل فيه ويدفعه الى آخر فيربح فيه قال عليه السلام لا الا ان يكون قد عمل فيه شيئا وخبره (٤) الاخر عنه عليه السلام ايضا عن الرجل الخياط يتقبل العمل فيقطعه ويعطيه من يخطمه ويستفضل قال عليه السلام لا باس قد عمل فيه ونجوه خبر (٥) ابي حمزة وخبر (٦) ابي محمد الخياط قلت لابي عبدالله عليه السلام اتقبل الثياب اخطيها ثم اعطيها الغلمان بالثلثين قال عليه السلام اليس تعمل فيها فقلت اقطعها واشترى الخيوط قال عليه السلام لا باس - وبعضها ما تقدم من النصوص المانعة عن فضل الاجير - ولا ينا فيها - خبر (٧) علي الصائغ عنه عليه السلام في تقبله العمل ثم تقبله من غلمان يعملون معه لا يصلح ذلك الا ان تعالج معهم فيه قال قلت فاني اذيبه لهم فقال عليه السلام ذلك عمل فلا باس - لعدم ظهور لا يصلح في الكراهة كما لا ينافيها خبر (٨) الحكم الخياط - الدال على جواز ذلك - فانه مطلق يقيد اطلاقه بما اذا حدث

(٢-١) الوسائل باب ٢٠ من ابواب الاجارة حديث ٢ - ٣

(٣-٤-٥-٦-٧-٨) الوسائل باب ٢٣ من ابواب الاجارة حديث ١-٤-٥-٦-٧-٢

فيه شيئا - و عن المصنف في التذكرة و القواعد والمحقق الثاني و الشهيدين - القول بالكرهية قال في المسالك ومستنده اخبار حملها على الكراهة اولى جمعا - ومستندهم في ذلك اما ما تقدم الذي عرفت ما فيه اوضح (١) ابي حمزة عن الباقر عليه السلام انه سئل عن الرجل يتقبل العمل فلا يعمل فيه ويدفعه الى آخره يرج فيه قال عليه السلام لا بأس - هكذا رواه المصنف عنه وعن السرائر روايته كك - ويرده ان الموجود في كتب الحديث القديمة على ما صرح به اهله - لا - بدل لا بأس - فهو ايضا يدل على المنع - اللهم الا ان يقال ان مجرد ذلك لا يصلح دليلا لرد ما روياه بعد كونهما من اساطين الفن ايضا - فالمقام داخل في كبرى كلية وهي دوران الامر بين الزيادة و النقيصة - و الاصل فيها البناء على وجود الزيادة وعليه فما روياه هو الصحيح والجمع بينه وبين النصوص المانعة يقتضى البناء على الكراهة - فالأظهر ذلك (ثم) ان مورد النصوص المانعة هو العمل بالعين كخياطة الثوب وصياغته واما العمل الصرف كالصلاة وما شاكل فيبقى على اصل الجواز - (ثم ان) الكلام في جواز استيجار الغير باكثر من الاجرة او بالمساوى هو الكلام في استيجار العين المستأجرة بالاقول او المساوى والمدرك واحد - كما ان الكلام في جواز تسليم العين التي هي متعلق العمل الى الاجير الثاني - وضمانه وعدمه - هو الكلام في تلك المسألة

حكم الاجير الخاص

المسألة السادسة - فيما يتعلق بالاجير الخاص - والعام - والمراد بالاول من كانت منافعه الخاصة او العامة او ما تعهده من عمل في الذمة في مدة خاصة مملوكة للمستأجر - وبالثاني من كان فاقد البعض ما يعتبر في الاجير الخاص اولئك من تعيين المدة الخاصة و المباشرة - فالكلام في موردين - الاول في الاجير الخاص - ونخبة القول فيه بالبحث في جهات .

١- اذا كان اجير العمل خاص في مدة مخصوصة كالخياطة - ثم آجر نفسه لعمل

آخر مضادعه كالكتابة في نفس تلك المدة - الظاهر فساد الاجارة الثانية - فان الاظهر عندنا وان كان ان المنافع المتضادة قابلة للملكية في زمان واحد كما تقدم - والامر بالوفاء بالاجارة الذي هو امر بايجاد الخياطة - لا يقتضي حرمة الكتابة حتى يقال ان المنفعة محرمة فلا تنفذ الاجارة المتعلقة بها - لان الامر بالشئ لا يقتضي النهي عن ضده - وعلى فرضه يكون نهيا مقدميا لاملوليا نفسيا - الا انه حيث ملك احد الضدين اولاً - فلاسلطنة له على تمليك الضد الاخر لعدم القدرة له على التسليم (اللهم) الا ان يقال ان القدرة الشرعية على التسليم لا تكون معتبرة والقدرة العقلية موجودة لان مدرك اعتبارها لزوم الفرر مع عدم القدرة فراجع ما ذكرناه. وعليه فتصح الاجارة الثانية - ولكن الظاهر تسالمهم على بطلانها - وعلى البطلان فلا اشكال في انه ليس للمستأجر اجارتها لان مورد الاجارة الثانية ليس ملكا له ولا مورد الحق .

وهل يمكن تصحيحها لو ابرئته المستأجر - او اقال الاجارة الاولى ام لا - والظاهر ان مدرك البطلان ان كان عدم ملكيته للعمل الثاني لان المنافع المتضادة لا تملك - فيدخل المقام في مسألة من باع ثم ملك - وان كان مدركه ان الامر بالشئ يقتضي النهي عن ضده فالظاهر صحتها لان الحرمة ترتفع والعمل في ظرفه مباح والمعتبر هو الاباحة في ظرف العمل لا في موقع العقد - و ان كان مدركه عدم القدرة على تسليمه فان علم حين الاجارة الثانية بان المستأجر يبرئه او يقيله لا اشكال في الصحة - والا فيشكل من جهة ان القدرة على التسليم انما تكون معتبرة لرفع الفرر ومع عدم العلم بامكان الحصول في ظرفه تكون الاجارة غررية وباطلة - والباطل لا ينقلب صحيحا -

٢ - اذا كان اجير العمل خاص في مدة خاصة كالخياطة - فأجر نفسه للخياطة ايضا في تلك المدة - فلا اشكال في عدم وقوع الاجارة له اذا المفروض ان هذه المنفعة الخاصة ملك للمستأجر فما أجره مملوك للغير فتكون الاجارة فضولية فان اجازها المستأجر صحت والا فلا.

٣ - اذا كان اجير الجميع منافعه بالنحو المتقدم - فأجر نفسه لعمل خاص في تلك المدة كانت الاجارة الثانية واقعة على ما هو مملوك للغير فيتموقف صحتها على

اجازته - ثم ان ما ذكرناه في هذه الصور الثلاث يجرى - فيما لو آجر دابته بلحاظ منفعتها الخاصة - او بلحاظ جميع منافعها .

٤ - اذا آجر نفسه لكلى عمل خاص بشرط ان ياتى به فى مدة مخصوصة ثم آجر نفسه لذلك العمل او اضده من شخص آخر فى تلك المدة - فان كان ايجاره نفسه ثانيا بتعميل منفعتها الخاصة فى تلك المدة - لاشكال فى الاجارة الثانية الامن ناحية منافاتها الحق الشرط وقد مر انهم لا توجب البطلان فتصح اجارته و بصحتها يتخلف الشرط لعدم تمكنه بعد ذلك من الاتيان بالعمل للمستاجر الاول لصيرورة هذه الحصة مملوكة للثانى فلامحالة يكون مصاديق ما يكون احدها مملوكا للاول الحصة الاخر غير هذه الحصة وان كان ايجاره نفسه ثانيا بالتعهد بالعمل الخاص بشرط اتيانه فى تلك المدة - لاشكال فى صحة الاجارة الثانية والظاهر بطلان الشرط لكونه مخالفا للسنة اذا المفروض وجوب ان ياتى بالعمل للمستاجر الاول فالشرط فاسد فلا بد له من ان ياتى به للاول فى تلك المدة وبعبارة اخرى نعم - او يتخلف عن ذلك واتى به للثانى فقد وفى بالاجارة لان انطباق الكلى على فرده قهرى للثانى - نعم - اذا عمل الاجير فى تمام المدة المعينة لنفسه او لغير المستاجر باجارة او جماعة مع عدم لحوق الاجازة او عدم كون المورد قابلا لها فلا اشكال فى الضمان للمستاجر انما الخلاف فى انه هل يضمن الاجرة المسماة - او اجرة المثل - ام يتخير المستاجر بين مطالبة المسماة - او اجرة المثل (والحق) ان يقال انه حيث تعذر تسليم مورد الاجارة فللمستاجر الخيار فى الفسخ والابقاء فان فسخ له مطالبة الاجرة المسماة لرجوعها بالفسخ اليه - وان ابقاها - فان كان موردا للاجارة الثانية فله ان يعجزها فيطالب الاجرة المسماة فى الاجارة الثانية - وان لم يكن موردا لها او لم يعجزها - فان كان المورد من الموارد التى تكون المنفعة الواقع عليها الاجارة الثانية ملكا للمستاجر له ان يطلب اجرة مثل ما استوفاه المستاجر^(١) التالى او غيره لان المنفعة ملك له على الفرض فله مطالبة اجرة مثلها - وان كان من الموارء التى لا يملك تلك المنفعة فله ان يطلب اجرة المثل للمنفعة الفائتة لان المؤجر اتلفها عليه فهو ضامن لها - وبهذا يظهر ما فى كلمات القوم فى المقام .

ولو عمل للمغير او لنفسه فى بعض المدة - قبل ان يعمل للمستاجر الاول شيئاً
فبحكم المنفعة التى ائلفها - حكم تمام المنفعة التى ائلفها من ضمان اجرة المثل او
المسماة او التخيير المتقدم فى الجهة السابقة - انما الكلام فى انه هل للمستاجر
خيار الفسخ فى الجميع او انه يختص بما ائلفه الاجير على المستاجر - او انه له
الخيار فى خصوص الباقي (والاظهر) هو الاول فان الغرض تعلق بالانتفاع بالمجموع
و باتلاف البعض يلزم التبعض فله دفع تبعض الانتفاع الذى هو منافع الغرضه بفسخ
العقد راساً ولا يتدفع المحذور بفسخ خصوص الماضى او الباقي فانه بنفسه مساوq
للتبعض فتدبر (وبما ذكرناه) يظهر حكم ما وسلم الاجير نفسه للمستاجر الاول و عمل
له فى بعض المدة الخاصة ثم آجر نفسه لغيره و عمل له باقى المدة - ولا يصغى
الى ما قيل فى هذه الصورة بان الاجير بتسليمه نفسه للعمل للمستاجر قد سلم ما يجب
عليه تسليمه فتعذر المنفعة بعد ذلك من قبيل التعذر بعد التسليم الذى لا يوجب الخيار
فان التسليم فى باب الاجارة غير التسليم فى باب البيع فانه فى باب البيع مورد العقد نفس
العين التى هى موجودة قارة فتسليمها دفعى - واما فى باب الاجارة فموردها المنفعة
وهى تدريجى الوجود فتسليمها ايضاً تدريجى - فتسليم العين فى كل زمان تسليم لمنفعتها فى
ذلك الزمان ولا يكون تسليمها لها الى الابد هذا فى العمل المتقوم بالمستاجر ايضاً
كحمل مناعه مثلاً - واما فى العمل القائم بالاجير خاصة كالاجارة لنيابة الصلاة فالامر
اوضح فان تسليمه انما يكون بايجاده فمع ايجاده فى بقية المدة للمغير لا يكون ايجاداً
للمستاجر فلا تسليم .

٤- فيما للمستاجر الاول مطالبة المسماة فى الاجارة الثانية - وفيما له مطالبة
اجرة المثل - هل يتعين المطالبة من الاجير - او من المستاجر الثانى - ام يتخير
فى مطالبة ايهما شاء - ام هذه الكفرق بين الموردين وجوه - وتنقيح القول بالبحث فى موردين
الاول - فى مطالبة الاجرة المسماة - وهى انما تكون فيما لو اجاز الاجارة الثانية
فان كانت الاجرة عيناً شخصية - فتارة تكون هى عند المستاجر - واخرى اقبضها الاجير
وعلى الثانى فقد يجيز القبض وقد لا يجيزه - لاشكال فيما اجاز القبض فى انه ليس

له الرجوع الى المستاجر لان المال بيد الاجير والمستاجر لامال عنده ولا عهده عليه لان المفروض اجازته للقبض فخرج عن ضمان المعاوضة - كما لا اشكال في انه يتعين الرجوع الى المستاجر اذا لم يقبض الاجرة - واما لو كانت الاجرة مقبوضة والمستاجر الاول لم يعز القبض - فالظاهر انه مخير في مطالبة ايهما شاء اما الاجير فلكون المال عنده والناس مسلطون على اموالهم (١) - واما المستاجر الثاني فلان عهدة التسليم المعاوضى عليه ولا يخرج عنها الا بالتسليم الى المالك او الماذون من قبله - وان كانت الاجرة كلية وقد قبض المستاجر الثاني فردا منها - فان اجاز المستاجر الاول القبض تعين الرجوع الى الاجير لانه باجازه القبض قد صار الفرد ملكاً له - وان لم يعزه كانت الاجرة باقية في ذمة المستاجر وما بيد الاجير ملك له دون المستاجر الاول فله الرجوع الى خصوص المستاجر الثاني.

الثاني في اجرة المثل - فالظاهر ان له التخيير في مطالبة ايهما شاء - اما الاجير فلانه بايجاد العمل للمستاجر الثاني قد فوت ذلك على المستاجر الاول (لا يقال) ان الاجير اوجد العمل وسلمه الى المستاجر الثاني - فلا يصدق عليه انه اتلفه - اذ الاتلاف انما يكون بابقاء عدم العمل لا بايجاده (فانه يتوجه) عليه انه ايجاد للعمل بالاضافة الى المستاجر الثاني - واتلاف له بالاضافة الى المستاجر الاول لامتناع وجوده له - ولا ينحصر الاتلاف في الاعدام كيف وقد صرح في خبر (٢) عقبة بن خالد الوارد في التلغ قبل القبض بان السرقة من الاتلاف مع انه لا اعدام هناك - واما مطالبة المستاجر الثاني فلانه تسلم مال الغير من دون اذن من مالكه لان الاجير ليس مالكا له فلا يكفي تسليمه (ثم انه) اذا ادى المستاجر الثاني اجرة المثل - فان كانت مساوية للمسماة فلا كلام و ان كانت ازيد - فان كان جاهلا بالامر يرجع بالازيد الى الاجير لقاعدة

(١) البحار ج ١ - ص ١٥٤ الطبع القديم ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث

(٢) الوسائل - باب ١٠ من ابواب الخيار كتاب التجارة

الغرور وان كان عالما فليس له ذلك بل يكون قرار الضمان عليه كما في تعاقب الايادى
فيه يظهر حكم ما اوادها الاجير .

٧ - اذا عمل الاجير تبرعا للغير - فللمستأجر الاول الرجوع فى اجرة المثل
الى الاجير - لانه بالعمل المتبرعى اتلفه على المستأجر المالك له فهو له ضامن - كما
ان له الرجوع الى المتبرع له - لانه تسلم مال الغير من دون تبرع من مالكة لان
الاجير ليس مالكا له فلا يكفى تبرعه - ثم ان دجع الى المتبرع له - و كان جاهلا
يرجع هو الى الاجير لقاعدة الغرور - وان كان عالما لا يرجع اليه لعدم الغرور و ان
رجع الى الاجير - فان كان المتبرع له جاهلا فلا اشكال فى انه ليس له الرجوع اليه
وان كان عالما فالظاهر ان له ذلك لعدم كون العمل مملوكا له حتى يكون تبرعه
هتكا لحرمة عمله - نعم - ان غرره المتبرع له كما اذا اغفله عن ان هذا اليوم هو اليوم
الخاص - له الرجوع اليه لقاعدة الغرور .

حكم الاجير العام

المورد اثنان فى الاجير العام والمشارك وقد مر فى اول المسألة ضابطه وهو من كان
فائد البعض ما يعتبر فى الاجير الخاص ولكل من تعيين المدة الخاصة - والمباشرة - وهذا هو
المراد مما فى بعض (١) الاخبار - من تفسير المشترك بانه الذى يعمل لى ولك - فاذا سقطت
المباشرة او الغيت المدة المخوصة او هما معا كان الاجير عاما ومشترا - وملخص القول فيه
ان مقتضى القاعدة الاولى جواز عمله للغير ولو على وجه الاجارة قبل الاثبات بالمستأجر
عليه اذا كانت المدة ملغاة - وجوازها بالمباشرة لاحدهما وبالتسبب للآخر اذا كانت
المباشرة خاصة ملغاة - وجوازها معامع الغاء القيد بن لعدم منافاته له - اذا مفروض
عدم تعيين المدة او المباشرة او هما معا - ولكن قد استدلل للزوم التعجيل و لو
كانت المدة ملغاة اى لم يؤخذ الزمان الخاص للعمل بوجهين منقولين عن الشهيد قد

(احدهما) ان الاطلاق في العقود يقتضى التعجيل - وفيه (اولا) ان لما ان نفرض الكلام فيما لو كانت قرينة على عدم التعجيل (وثانيا) ان الاطلاق المزبور يتم في مثل العوضين في البيع والاجرة في المقام اذا كانت من الاعيان - ولا يتم في العمل المستاجر عليه - وذلك لان العقد اذا وقع على الاعيان حيث ان العين لا تقبل التقييد بالزمان فلا محالة يصير من حين العقد تلك العين الشخصية ملكا للطرف وح فمقتضى قاعدة السلطنة على الاموال ان له يطالب بها ويوجب عليه تسليمه اياها واما الاعمال و المنافع فهي قابلة للتقييد بالزمان و عليه فالعمل الذي وقع عليه الاجارة ما ان المفروض عدم تحديده بزمان خاص فلا محالة يكون ما وقع عليه العقد طبعى العمل غير المقيد بايقاعه في زمان خاص و معه لاسلطنة لمالكه على مطالبته في زمان معين بل اختيار ذلك بيد الاجير ولا يكون امتناعه عن ايقاعه في زمان خاص امتناعا عن الحق حتى يكون منافيا لقاعدة السلطنة فتدبر فانه حقيق به (ثانيهما) ان الامر بالوفاء بالاجارة يقتضى الفورية ولذا قيل انه يجب المبادرة مع عدم المطالبة .

وفيه (اولا) ما حقق في محله من ان الامر لا يقتضى الفورية (وثانيا) ان الوفاء عبارة عن التمام او ما يقاربه و الايفاء عبارة عن الانتهاء والانتهاء - وعليه فالوفاء بالاجارة عبارة عن ايجاد العمل الذي تعلقت به على النحو الذي تعلقت فاذا كان المعقود عليه عملا كلياً موسعاً فالوفاء به كك - فلا معنى لدلالة الامر به على الفور كما لو تعلق الامر بالموسع بل مورد الفور ما تعلق الامر بعمل لم يعلم حاله من حيث الفوروا لتراخي - فالحق عدم تماميتهما - فدعوى التعجيل ممنوعة .

ثم انه على المختار لا كلام في صحة الاجارة الثانية - واما على القول الاخر فقال جماعة ببطلانها واستدلاله بوجوه (منها) ان الامر بايجاد العمل المستاجر عليه اولا يقتضى النهى عن ضده وهو يقتضى الفساد (وفيه) ما حقق في محله من عدم اقتضاء الامر بالشئ للنهى عن ضده - مع - ان النهى التبعي لا يبدل على الفساد - اضاف الى ذلك ان ضد العمل المستاجر عليه اولا العمل المستاجر عليه ثانياً لا الاجارة نفسها فلانهى عنها قطعاً (ومنها) انه بعد تحقق الاجارة الاولى يجب الوفاء به فوراً - ومعه

لا قدرة له على الوفاء بالاجارة الثانية فورا فلا يعقل الامر به فلا دليل على امضاء الثانية (وفيه) ان مدرك صحة الاجارة الثانية لو كان خصوص ما تضمن الامر بالوفاء بها كان لما ذكروجه . ولكن الدليل لا ينحصر فيه وكفى بقية ادلة الامضاء في الاستناد للصحة -اضف اليه ان القدرة المعبرة هي القدرة على اتيان المتعلق خاصة ولا يعتبر القدرة حتى مع الاتيان بمتعلق الاجارة الاولى كما هو الشأن في جميع موارد التزام -نعم- يقع التزام ح بين الامر بالوفاء بالاجارتين فيجرب فيه ما يجرب في سائر موارد التزام ، فمن يرى سبق الخطاب من المرجحات يحكم في المقام بوجوب الوفاء بالاولى ومن لا يرى ذلك يحكم بالتخيير بينهما (ومنها) انه حيث يجب على الاجير العمل للمستاجر الاول -فهو غير قادر شرعاً على تسليم العمل للمستاجر الثاني والقدرة على التسليم شرط في صحة الاجارة (وفيه) ما تقدم منا- من ان القدرة على التسليم ليست بعنوانها شرطاً حتى يقال ان الممتنع شرعاً كالممتنع عقلاً- بل من جهة لزوم الفرر و دفعاً له بنينا على اعتبارها ولا يلزم ذلك مع عدم القدرة شرعاً كما لا يخفى (ومنها) ان الاجارة الاولى احدثت حقاً للمستاجر الاول على الاجير ولازمه عدم تاثير الاجارة الثانية (وفيه) ان الاجارة الاولى لم توجب سوى مالكية المستاجر العمل الكلى في ذمة الاجير ولا منافاة بين ذلك وبين التعليك الثاني لعدم التضاد بين العملين (فالمتحصل) انه على القول بالتعجيل ايضا لا تبطل الاجارة الثانية .

حكم منع المؤجر من العين

السابعة- قال فده (ولو منعه المؤجر من العين او هلك قبل القبض بطلت ولو منعه ظالم بعد القبض صحت ويرجع المستاجر على الظالم ولو انه دهم المسكن من غير تفريط فسخ المستاجر ورجع بنسبة المتخلف من الاجارة او الزم المالك بالعمارة) وتحقيق القول في المقام بالبحث في موارد .

١- لو استاجر شيئاً فمنعه المؤجر من تسلمه واستيفاء المنفعة منه- ففيه اقوال -احدها- ما في المتن وعن الشيخ ره والتذكرة وهو انفساخ العقد - فتسقط الاجارة

- ثانيها - ما قوام صاحب الجواهره اولم يكن اجماع على خلافه و اختاره المحقق
الاصفهانى وهو بقاء العقد وان المؤجر المسماة. وللمستأجر اجرة المثل للمنفعة الفائتة،
- ثالثها - ما فى الشرائع وعن غيرها وهو التخيير بين سقوط الاجرة وعدم دفعها اليه - و
بين الدفع ومطالبة اجرة المثل .

واستدل - الاول بان التلف قبل القبض كما ياتى فى المورد الثانى - موجب
لانساخ العقد، والتلف شامل للقهرى والاختيارى - والاختيارى عام لما اذا استند الى
المؤجر او الاجنبى (وفيه) ان كون تلفها قبل القبض موجبا للانفساخ ان كان بلحاظ
القاعدة لاجل عدم المنفعة فهى غير شاملة للمقام - وان كان بلحاظ ماورد فى البيع (١)
من ان كل مبيع تلف قبل قبضه ... الخ بضميمة انهم الحقوا الاجارة بالبيع فهو منصرف
الى التلف القهرى او ظاهر فيه ولا يشمل الاختيارى المساوق للاتلاف .

واستدل الثانى بعموم (٢) قاعدة الاتلاف - الشاملة لما قبل القبض ايضا - وهو
متين - لكنها لا تبدل على تعين ذلك كى تنافى مع ما يبدل على التخيير (والحق) ان يقال
ان قاعدة الاتلاف تقتضى ضمان اجرة المثل - لو لم يفسخ العقد - ولذلك من جهة خيار
تخلف الشرط . والمراد به الشرط الضمنى الذى عليه بناء العقلاء فى المعاملات -
وهو تسليم العوضين وليس ذلك بمناط رفع الضرر حتى يقال انه يندفع بالتدارك -
وعليه - فله ان يفسخ العقد فتسقط الاجرة وله ان يبقيه وبطال باجرة مثل المنفعة
الفائتة لقاعدة الاتلاف - فالظاهر هو التخيير بين الامرين .

فان قيل انه فرق بين اتلاف المنفعة - ونفويتها - فلو استوفى المؤجر المنفعة
يصدق الاتلاف - واما لو منع المستأجر عن الانتفاع بالعين بحسبه مثالا - اولم يسلم العين اليه
لان ينتفع بها - فلا اتلاف هنا بل هو نفويت وعليه فليس له مطالبة اجرة المثل -

(١) المستدرک باب ٩ من ابواب الخیار - کتاب التجارة حدیث ١

(٢) قاعدة مصطادة من موارد خاصة

ثم انه في صورة تسليم العين اليه ومنعه عن الانتفاع بها - حيث انه لم يخالف الشرط الضمني فلا خيار ايضاً (قلنا) ان الاتلاف مفهومه عرفاً عام شامل لكل مورد منع عن فعلية المنفعة كان ذلك باستيفائها - او بغير ذلك - نعم - ما افيد في صورة المنع من الانتفاع من عدم ثبوت الخيار تام .

ثم انه اذا منعه المؤجر في بعض المدة ثم سلمه العين بالنسبة الى المنفعة الفائتة يجري جميع ما ذكر في تفويتها في تمام المدة - ويمتاز عنه بثبوت خيار التبعض (فان قيل) ان ثبوت خيار التبعض على القول بالانفساخ لاشكال فيه - واما على الاقوال الاخر - ففي ثبوته اشكال فان المستاجر عليه ملك المجموع فلو قلنا بثبوت اجرة المثل والتغريم كان العقد اثره والتغريم مؤكداً لبقاء اثر العقد في الفائت والباقي فلا تبعض وكذا لو قلنا بالخيار فان الخيار مؤكداً لبقاء العقد واعماله اقدام منه على التبعض ومثل ذلك لا يوجب الخيار (قلنا) ان خيار التبعض كما يثبت في التبعض في الملك كك يثبت في التبعض في الغرض المعاملي والمدرك واحد كما حقق في مبحث الخيارات - وعليه - ففي المقام حيث انه يلزم التبعض في الغرض المعاملي وهو الانتفاع بالمجموع فيثبت الخيار .

وبما ذكرناه يظهر حكم ما لو سلمه المؤجر في بعض المدة ثم منعه في بعضها الآخر - فانه في المدة الباقية يجري ما ذكرناه من التفويت في تمام المدة - وبالنسبة الى المجموع يثبت خيار التبعض كما في عكس المسألة (فان قيل) ان من يقول بالانفساخ لقاعدة التلف قبل القبض ليس له البناء عليه في الغرض - لفرض كونه بعد القبض (قلنا) ان المنفعة حيث تكون تدريجي الوجود فكما ان وجودها تدريجي كك قبضها تدريجي - فبالنسبة الى المنفعة الباقية يكون من قبيل التلف قبل القبض .

حكم التلف قبل القبض

٢ - اذا استأجر شيئاً معيناً فتلف قبل قبضه انفسخت الاجارة بلا خلاف ويشهد له مضافاً - الى الاجماع على الحاق الاجارة بالبيع الذى ورد فيه النبوى (١) كل مبيع تلف قبضه فهو من مال بايعه - وخبر (٢) عقبة بن خالد - كما الحقوا فى ذلك الباب الثمن بالمبيع - ان المملوك بالاجارة انما هو المنفعة وهى تدريجية فمع تلف العين قبل المدة المضروبة لامنفعة فلاشئ حتى يملك بالاجارة هذا فى التلف الحقيقى واما التنزيلى منه فالبطالان او الانفساخ خلاف القاعدة ينحصر مدركه بالاجماع على الاحاق بالبيع - ثم ان مقتضى القاعدة هو بطلان الاجارة ومقتضى الاحاق بالبيع هو الانفساخ لا البطلان .

ثم انه لو تلفت العين المستأجرة بعد القبض بلا فصل - فالظاهر ان حكمه حكم التلف قبل القبض - فان مرجع تلفها الى عدم وجود المنفعة فى وعائها فلا منفعة ولا قبض فهو فى الحقيقة من التلف قبل القبض (وما افاده) صاحب الجواهر به بانه بمجرد قبض العين يستحق الاجرة وان لم يخرج به عن ضمان المعاوضة (غير تام) فان القبض الذى به يستحق الاجرة فى باب الاجارة قبض المنفعة وقبض العين مقدمة له وحيث لامنفعة فى ظرفها فلا قبض .

ثم انه اذا تلفت العين بعد مدة الاجارة وقبل قبضها فقد يقال بانفساخ الاجارة لانه من قبيل التلف قبل القبض - وفيه - انه ان كانت الاجارة على المنفعة الموقوفة بوقت خاص وتلفت العين بعد ذلك الوقت - فلا وجه للانفساخ ولا البطلان - اما الثانى - فلانه كان بملاك عدم المملوك والقرض وجوده - واما الثانى فلانه بعد تلك المدة لا يكون المستأجر مالكا للمنفعة حتى يعود الى المؤجر بالانفساخ ويعود ما بازائه الى المستأجر

(١) المستدرک باب ٩ من ابواب الخيار - حديث ١

(٢) الوسائل باب ١٠ - من ابواب الخيار

(ودعوى) ان مقتضى اطلاق الدليل الدال على حكم التلف قبل القبض الشامل للفرض رجوع ما مضى من المنفعة غير المقبوضة (مندفعة) بان تلك المنفعة لم يعرضها التلف - وما عرض له التلف لا يكون مملوكا فلا موضوع لذلك الدليل - وان كانت الاجارة واقعة على منفعة العين الخارجية بنحو الكلى فى المعين كمنفعة الدابة فى يوم من الاسبوع - وفرض تلفها بعد مضى يوم واحد - فحيث ان الكلى فى المعين يتعين قهرا بتلف ماعدا فرد منه فلا محالة يكون المملوك هو الفرد غير التالف - فيجوز فيه ما ذكرناه فى سابقه - ثم انه اذا وقع عقد الاجارة على عين كلية وتوافقا على تعيينها فى فرد فتلف - هل يصدق التلف قبل القبض من حيث انفساخ الاجارة كما عن بعض - او من حيث انفساخ الوفاء كما افاده صاحب الجواهر ام لا يصدق ذلك وجهان الظاهر عدم الصدق لان الفرد التالف حيث لا يكون شيئا فلا مورد للانطباق فيكشف بالتلف فساد التعيين .

حكم منع الظالم من العين

٣- ولو منعه ظالم عن العين - فتارة يكون قبل القبض واخرى يكون بعده - فان كان قبله - فالظاهر هو الانفساخ وذلك من جهة كونه من قبيل التلف قبل القبض الثابت كونه فى البيع موجبا للانفساخ بالنص (١) والحقوا به الاجارة وذكره ارسال المسلمين وذلك لان التلف وان كان ظاهرا فى القهرى كما قدمناه الا انه فى الفرض قهرى على المؤجر والمستاجر وان كان اختياريا للظالم - فهو نظير السرقة التى جعلها فى خبر (٢) عقبة بن خالد من قبيل التلف ومعه لا يبقى مجال لدعوى ثبوت الخيار نظرا الى تعذر التسليم فان ذلك موجب لانفساخ العقد وانعدام موضوع الخيار - فدليله وارد على دليل الخيار - ولو كان ذلك بعد القبض - ففى المتن والشرائع صحت الاجارة

(١) المستدرک باب ٩ من ابواب الخيار حديث ١ - كتاب التجارة

(٢) الوسائل باب ١٠ من ابواب الخيار حديث ١

و كان له الرجوع الى الظالم (واستدل له) بان المؤجر قبض مورد الاجارة و خرج عن ضمانها فغصب الاجنبى العين المستأجرة كغصبه ساير امواله لا يوجب الضمان على احد غير الغاصب .

واورد عليه - بان المعتبر - فى المقام قباض المنفعة وهى تدريجية - فلا يكون قبضها دفعا - بل قبض العين فى كل زمان قبض منفعتها فى ذلك الزمان - فغصب الظالم للعين كمنع المؤجر عنها تلف او اتلاف قبل القبض للمنفعة الفائتة - والتلف قبل القبض موجب لانفساخ الاجارة و بطلانها على اختلاف المدركين (اقول) ما افيد يتم فى منع المؤجر عنها كما قدمناه ولا يتم فى المقام - وذلك لان القبض المعتبر لو سلمنا كونه عبارة عن تسليم العين خارجا ولا يكفى التخلية وتمكين المستأجر من قبضها واستيفاء المنفعة - فلا اشكال فى ان ذلك فى الابتداء والحدوث واما بقاء واستدامة فلا توقف فى كفاية عدم الاسترداد وادامة استيلائه فى صدقه وعليه - ففى مورد منع المؤجر نفسه باسترداده العين يرتفع القبض بقاء - واما فى مورد منع الظالم - فالقبض من المؤجر باق لانه لم يوجد ضد ادامة العين تحت يده ولا يجب عليه التحفظ على ما اقبضه بمنع الظالم للمستأجر - فالأظهر صحة الاجارة .

حكم انهدام المسكن

٤ - فى حكم انهدام المسكن المستأجر - و نخبة القول فيه انه تارة تفوت بانهدامه المنفعة المقصودة منه بالكلية ولا يمكن اعادته - واخرى يمكن الاعادة وعلى الثانى تارة تكون الاعادة ممكنة بسرعة بحيث لا يفوت شىء من المنفعة عرفاً واخرى يمكن الاعادة مع فوت مقدار من المنفعة - وعلى التقادير الاخيرة قد يعيده المؤجر - وقد لا يعيده (اما) مع عدم امكان الاعادة فهو من قبيل التلف قبل القبض فى اثناء المدة وقد تقدم حكمه وانه يوجب بطلان الاجارة او انفساخها على اختلاف المسلمين - فان قيل - ان مورد عقدا الاجارة هى عرصة الدار الباقية واما التركيب المقابل للانهدام فهو وصف للمعقود عليه فلا يكون الانهدام موجبا للانفساخ - قلنا - ان ذلك

خلاف متفاهم العرف فان المعقود عليه عندهم هو الدار بما هي دار (واما) - مع امكان الاعادة بسرعة و اعادة المالك اياه فالظاهر انه لا خيار ولا انفساخ لعدم فوات المنفعة فى شىء من المدة عرفاً - فلا تلف ايضا - (واما) مع امكان الاعادة لكنه بمرور زمان يعتد به. فبالنسبة الى الزمان الذى لا بد من مروره ينفسخ العقد بالنسبة الى منفعة المسكن فى ذلك الزمان وبالنسبة الى ما بعده لا ينفسخ - والاشكال عليه بان الاجارة واحدة كيف تنفسخ بالنسبة الى بعض وتبقى بالنسبة الى آخر تقدم الجواب عنه وعرفت انها منحلة الى اجارات عديدة - وان كانت فى الصورة واحدة وللمستأجر الخيار لتبعض الملك والغرض المعاملى (واما) مع امكان الاعادة و اهمال المؤجر فالظاهر ان له الزامه باعادة البناء بملاك وجوب التسليم عليه. فان امتنع ثبت خيار الامتناع عن التسليم ،

ثم انه من المناسب البحث فى الاعذار العقلية والشرعية المانعة من استيفاء المنافع (فمنها) ما لو استأجره لقلع الخرس فزال الالم عقيب العقد فالمشهور بينهم سقوط الاجرة - وهومتين - فانه بزوال الالم ينكشف بطلان الاجارة من الاول من جهة ان من شرائط صحة الاجارة على ما مر كون المنفعة مباحة و قلع الخرس بدون الالم حرام على المشهور - فالمنفعة فى طرفها محرمة و ان كانت مباحة فى طرف عقد الاجارة فتأمل.

استيجار المرئاة للارضاع

و منها ما اذا استأجر المرئاة للارضاع و صادف مطالبة الزوج للاستمتاع - و قبل بيان حكمه لا بد من التعرض لحكم هذا الاستيجار جواز او منعاً فى نفسه - فنقول قد اضطربت كلمات القوم فيه و فى نظائره كاجارة الفحل للضراب والحمام للاستحمام و ما شاكل .

ومنشأ الاشكال فيها ان هذه الاعيان - اى اللبن فى المرضعة والشاة والماء فى الحمام وما شاكل - ان لم تكن مملوكة بعقد الاجارة فما المجوز للانتفاع بها وان كانت مملوكة

- فما المملك لها اذ المفروض انه ليس غير الاجارة و هي لا تقتضى الاملك المنفعة ولا تقتضى ملك الاعيان .

واجابوا عنه (تارة) بالاجماع على صحة الاجارة فى هذه الموارد (واخرى) بان المنفعة امر عرفى ربما تصدق على بعض الاعيان ويراه العرف منفعة لعين اخرى وان كان لولو حظ مستقلا كان من الاعيان - نظير اللبن للمرئاة والشاة والثمرة للشجرة والماء للحمام (وثالثة) كما افاده المحقق الاصفهاني بان العمل والمنفعة فى هذه الموارد على قسمين - احدهما - ان الاستيفاء يستتبع تلف العين كالاستحمام فى ماء الحمام بالدخول والخروج وكالأرضاع او الرضاع بدخول اللبن فى معدة الصبى وكالضرب بدخول النطفة فى رحم الدابة - الثانى - ان الاستيفاء يستتبع وجود عين كالاستقاء من البئر وحلب الشاة واخراج لبنها واقتطاف الثمرة من الشجرة - اما القسم الاول - فما هو مناف لحقيقة الاجارة ملك العين لا اقتضاءها تلف العين ضرورة ان استيفاء المنفعة يلزم غالباً تلف العين كما فى استيفاء المنفعة من الدار بسكنها - فانه يوجب تلف مقدار منها واستيفائها من الدابة ربما يوجب هزلها او جرح ظهرها وهكذا وهذه اللوازم جائزة ومستحق عليها بنفس تشريع الاجارة واستحقاق استيفاء المنفعة - واما القسم الثانى - فيلتزم فيه بان ملكية هذه الاعيان انما هى تتبع ملكية المنافع - وهذا لا محذور فيه فان المحذور فى صيرورة هذه مملوكة بنفس عقد الاجارة - والافكمان البيع لنقل الاعيان ويستلزم تملكك العين تملكك المنافع ولم يتوهم احد الاشكال فيه - كك فى المقام الاجارة لنقل المنافع ولكن ملكية المنافع ربما تستلزم ملكية الاعيان ولا محذور فى ذلك ويمكن المناقشة فى الجميع - اما الاول - فلان الاجماع قائم على الصحة فى هذه الموارد لاعلى الصحة بعنوان الاجارة ولعلها من جهة انطباق عنوان آخر الذى سيمر عليك - وبه - يظهر حال ما دل (١) من الكتاب والسنة (٢) على جواز اخذ الاجر

(١) الطلاق آية ٧

(٢) الوسائل باب ٧١ من ابواب احكام الاولاد - كتاب النكاح

على الأرض لعدم ظهوره في الإجارة. وأما الثاني - فلأن لازمه جواز تملك تلك الأعيان ابتداء كما يجوز تملك سكنى الدار ولا ظن أن يلتزم به أحد - اللهم - إلا أن يقال إنها إنما تعد منفعة إذا لوحظت لعين أخرى لا فيما إذا لوحظت مستقلة. وأما الثالث - فلأنه يرد على ما أفيد في القسم الأول أن تلف العين أن كان من لوازم الانتفاع واستيفاء المنفعة التي وقعت الإجارة عليها جاز - والأفلا يجوز - وفي الأمثلة المشار إليها - أنما يتلف الماء في الحمام واللبن في الأرض والمنطقة في الضراب للانتفاع بنفس تلك الأشياء واستيفائها - فماء الحمام إنما يتلف باستيفاء منفعة الماء لamenفعة الحمام والمنطقة تتلف باستيفائها لاستيفاء منفعة الفحل - واللبن يتلف لاستيفاء منفعة المرثة - فإن التزم بكون هذه الأشياء بانفسها منافع فيعود ذلك إلى الوجه الثاني - وإن التزم بوقوع الإجارة عليها فمنافعها تملك بالإجارة فيرد عليه ما تقدم من أن إجارة ما يتلف باستيفاء المنفعة لا يجوز ويرد على ما أفيد في القسم الثاني - أن التبعية في الملكية تحتاج إلى دليل من بناء العقلاء أو غيره ولا دليل على تبعية ملكية تلك الأعيان لملكية منافع الأعيان الأخر - أي ملكية الماء واللبن والثمر لملكية منافع الشاة والبئر والشجرة - أضف إليه أنه لا يتصور للشجرة منفعة تستتبع الثمرة - فإن قابلية الشجرة للأثمار غير استيفائية والاقتطاف فعل المقتطف لamenفعة الشجرة - واضف إلى جميع ما ذكرناه أنه في بعض تلك الموارد يكون بعض الشرائط الأخر للإجارة مفقودا مثلا في الاستحمام يكون مدته ومقدار الماء الذي يتلف مجهولتين.

والحق أن الظاهر في جملة من تلك الموارد كونها من قبيل الإباحة بالعوض - التي قد مر في بعض المباحث السابقة من هذا الكتاب الدليل على مشروعيتها ولزومها وبينا أنها بنفسها معاملة مستقلة وبالالتزام بذلك يندفع الإشكال في كثير من الموارد كالاستحمام وأرض المرثة واقتطاف الثمرة من الشجرة بل في جميع الموارد المتقدمة إليها الإشارة .

مطالبة الزوج بالاستمتاع فى الزمان المعين للاجارة

اذا عرفت ذلك فيقع الكلام فيما لو استاجر المرأة للارضاع بناء على صحة الاجارة او وقع المعاملة عليها بالنحو المشروع ثم طالبها الزوج بالاستمتاع فانه يجب عليها التمكين وهو ينافى الارضاع الواجب عليها - ومحل الكلام صور ثلاث - الاولى - ان يبنى على جواز الارضاع بلاذن الزوج فى صورة عدم المنافاة لحق الاستمتاع الثابت عليها فى اوقاتها بنحو الكلى فى المعين - الثانية - ما اذا كان الزوج فى السفر او امر يضافا فنقود الزوج و زوال المرض وطالبها بالاستمتاع فى الزمان المعين للاجارة - الثالثة - ما اذا آجرت نفسها للارضاع قبل النكاح -

اما الصورة الاولى - فان قلنا بان للزوج حق الاستمتاع فى جميع الاوقات بنحو الاستغراق - فلا اشكال فى بطلان الاجارة المفروضة فان المرأة تكون ح نظير الاجير الخاص ولكن الظاهر انه ليس كذلك - وعليه فحيث لا يمكن الالتزام بان الاستمتاع الذى يملكه الزوج انما هو الاستمتاع فى زمان معين لعدم المعين شرعا - ولا فى زمان مردد لان المردد من حيث هو مردد لا حقيقة له ولا تحقق فلا يملك - ولا معلقا على اى وقت شاء الزوج لان هذا الحق ثابت شاء الزوج ام لم يشاء فلا محالة يكون بنحو الكلى فى المعين غاية الامر ان ولاية التعيين بيد الزوج فان كان الارضاع ايضا بنحو الكلى فى المعين وكانت ولاية التعيين بيد المرأة لا اشكال فى انه لا يجوز لها الارضاع مع مطالبة الزوج للاستمتاع - واما ان كان الارضاع الذى هو مورد للمعاملة الارضاع فى وقت خاص - فمن حيث صحة العقد لا اشكال من جهة تمامية اركانه وشرائطه - حتى اباحة المنفعة اذا لو فرضنا ان يكون واجبا عليها الاجابة لما كان الارضاع محرما الا على القول باقتضاء الامر بالشئ المنهى عن ضده - وحتى القدرة على التسليم كما مر مرارا فاذا صحت الاجارة وجب الوفاء بها - واذا وجب عليها الوفاء بالاجارة وقع التزام بين ذلك وبين ما دل على وجوب الاجابة للزوج فمتخير بينهما - هذا هو حق القول فى المقام ولكن حيث ان المشهور بين الاصحاب بطلان الاجارة اما مطلقا او فيما ينافى فلا حوط ترك الاجارة فى

المنافى الاباذن الزوج .

واما الصورة الثانية - ففيها اقوال - ١- انفساخ الاجارة لمصادفتها فى الواقع المانع
فهى باطله واقعا لعله المشهور بينهم ٢- بقاء الاجارة على صحتها ووجوب تقديم حق
الزوج على حق المستأجر عليها وح تفسخ المروثة الاجارة اختاره صاحب الجواهر ٣-
صحة الاجارة ووجوب تقديم حق الزوج مع ثبوت حق النسخ للمستأجر لتعذر
التسليم ولعدم التسليم خارجا ٤- صحة الاجارة وكونها مخيرة فى تقديم اى الحقين
شئت (اما) صحة الاجارة فيظهر وجهها ما قدمناه فى الصورة السابقة. وكك تخييرها بين
تقديم حق الزوج او حق المستأجر - الان تقديم حق الزوج فى كلماتهم من المسلمات وكفى
بهم رجحان فى باب التزاحم (واما) ثبوت الخيار للمستأجر فالظاهر انه لا اشكال فيه ان قدم
الزوجة حق الزوج لعدم تسليم حقه فمقتضى الشرط الضمنى ان له الخيار (واما) ثبوت
الخيار للزوجة فلم يظهر لى وجهه اذ لا موجب له حتى من ناحية الضرر لعدم الضرر عليها فى
بقاء الاجارة على حالها - ولذا ربما يقال ان عبارة الجواهر مصحفة - والعبارة الصحيحة -
انه تنفسخ الاجارة - لا - انها تفسخ الاجارة .

واما الصورة الثالثة فلا اشكال فى عدم بطلان الاجارة - لان المروثة كانت مالكة
لنفسها بالملكية المرسله الابدية - قبل النكاح فأجرت نفسها وخرجت هذه المنفعة
عن ملكها فبعد ما تزوجت تكون بدون هذه المنفعة متعلقة لحق الخروج - فالمروثة فى
المقام كالدار التى استؤجرت ثم باعها من شخص ثالث وبعد ما تزوجت اذا طالبها
الزوج للاستمتاع فى وقت معين - وكان ذلك الوقت مختصاً بالارضاع قدمت حق المستأجر
بالاكلام اذ ليس للزوج طلب الاستمتاع فى ذلك الوقت لما مر - وان كان غير مختص
به قدمت حق الزوج لانه بالمطالبة يجب عليها تعيينا الاجابة - والواجب بالاجارة
موسع ومن الواضح ان الواجب الموسع لا يصلح للمزاحمة مع الواجب المضيق - فما
هو المشهور بين الاصحاب من تقديم حق المستأجر هنا انما هو فى الفرض الاول لا
الثانى - وان كان غير مختص به ولكن كان حق التعيين للمستأجر فعين للارضاع وقت
مطالبة الزوج بالاستمتاع - فالظاهر هو التخيير لها فى تقديم ايها شئت .

استيجار المرثة لكنس المسجد

ومنها - ما اذا استأجر المرثة لكنس المسجد مباشرة في وقت خاص فحاضت المرثة في تلك المدة (قالوا) انه يظهر من عروض الحيض بطلان الاجارة نظرا الى حرمة العمل فان الكنس حرام على المرثة فلا يصح تملكه بالاجارة (ولكن) يرد على ذلك ان الكنس بعنوانه لا يحرم بل ان توقف على اللبث في المسجد حرمت مقدمته عليها فنفس ما وقع عليه الاجارة لا يكون محرما كي تبطل الاجارة ولا تسرى الحرمة من مقدمته اليه (فان قيل) انه من جهة حرمة مقدمته لا تقدره على تسليمه فتبطل الاجارة اذ لك (قلنا) انه قد تقدم مرارا ان غير المقدور الشرعى لا محذور في اجارته - مع - انه بنفسه ليس غير مقدور شرعاً بل مقدمته كك - فلا تظهر صحة الاجارة واذا لو فعلت محرما و كنست المسجد استحققت الاجرة .

ثم انه على فرض الصحة تقع المزاحمة بين حرمة المقدمة ووجوب الكنس - عملا بدليل الاجارة . ولكن الظاهر تسالمهم على سقوط وجوب ذى المقدمة مع حرمة مقدمته مالم يحرز اهمية الوجوب وعلى اى حال الظاهر عدم الخلاف بينهم في تقديم حرمة اللبث في المقام .

ومنها - ما اذا استأجر الدابة للسفر الى الحج فحدث مانع عن السلوك - فتارة يكون المانع عاما - و اخرى يكون خاصا - فعلى الاول تبطل الاجارة لامتناع استيفاء هذه المنفعة فلا تكون مثل هذه المنفعة ما لاعر فاكي تملك بعوض - وان كان خاصا فان كانت المنفعة المملوكة مقيدة بالمباشرة بطلت ايضا لان المقروض ان هذه الحصنة من المنفعة لا يمكن استيفائها فلا يصح تملكها بالاجارة وان لم تكن مقيدة بها صحت الاجارة ولا خيار لان له ان يؤجرها بالغير - فلا موجب للبطلان ولا للخيار

ومنها ما اذا استأجر دارا في بلد فعرض خوف يمنع عن السكنى فان كان عاما بطلت الاجارة لان هذه المنفعة المحقوفة بالمانع لا مالية لها عند العرف فلا يصح تملكها بالاجارة - وان كان خاصا - صحت الاجارة حتى مع قيديّة المباشرة لبقاء المالية الا اذا

كان الخوف موجبا لحرمة استيفاء المنفعة عليه. فان مورد الاجارة ح منفعة محرمة وقد اشترطنا باحتما (وما) افاده المحقق الاصفهاني ره من ان حرمة استيفاء المنفعة عليه لعارض لا دخل لها بحرمة المنفعة حتى مع قيدية المباشرة. فان غايته ان المملوك حصة مالزمة لحصة محرمة (غريب) فان حرمة المنفعة لاعمى لها الاحرمة استيفائها اذا الحرمة تتعلق بالفعل لا بالوجود الخارجى فمعنى اشتراط اباحة المنفعة اباحة استيفائها والمفروض فى المورد حرمة . فالأظهر هو البطلان فى هذه الصورة - نعم - مع عدم قيدية المباشرة. حرمة الاستيفاء عليه لا تلازم حرمة المنفعة بقول مطلق فلا مانع من صحة الاجارة ثم ان فى المقام موارد اخر حيث انه يظهر الحكم فيها مما ذكرناه فى هذه الموارد فلا حاجة الى ذكرها .

الاختلاف فى الاجارة

الثامنة فى الاختلاف فى الاجارة وفيه فروع - ١ - لو اختلفا فى انه آجره داره او غيرها الى مدة كذا او اعاره اياها - فتارة يكون مدعى الاجارة هو المالك وغرضه الزامه بالاجرة - و اخرى يكون المدعى لها هو القابض وغرضه منع المالك من تملك الاسترداد الى آخر المدة او غير ذلك. وعلى الاول اما ان يكون النزاع فى اثناء استيفاء المنفعة او قبل استيفائه شيئا منها او بعد انقضائها - فان كان المدعى هو المالك وكان قبل الاستيفاء - فلا اشكال فى ان القول قول منكر الاجارة مع عدم بينة المدعى بيمينه - وان كان النزاع بعد الاستيفاء او فى اثناء ذلك - فعن جماعة ان القول قول المنكر وهو ظاهر المتن - وعن المشهور ان القول قول المالك - وعن بعضهم التحالف وعن الشيخ استعمال القرعة فى تعيين المنكر منهما فيكون القول قوله بيمينه.

واستدل فى ملحقات العروة الاولى اذا كان محط الدعوى استحقاق الاجرة وعدمه او كان الغرض منها ذلك وان كان مصب الدعوى ان الواقع اى العقدين - باصالة عدم الاجارة - قال - ولا يعارضها اصالة عدم الاعارة لانها لا تثبت الضمان الا بضميمة العلم الاجمالى بخلاف اصالة عدم الاجارة فانها موجبة لعدم الضمان بنفسها - وفيه - انه

فى تعارض الاصول فى اطراف العلم الاجمالى وتساقطهما لا يعتبر سوى ترتيب الاثر على كل من الاصلين كان الاثر غرضه ام لم يكن فاذا فرضنا ترتيب الاثر على اصالة عدم الاعارة على ما يعترف به فيما لو كان الغرض فى تشخيص الواقع بملاحظة خصوصية تعارض اصالة عدم الاجارة مع اصالة عدم الاعارة وتساقطان .

فالحق ان يستدل له باصالة البرائة عن الضمان فالقول قول منكر الضمان .
واستدل المشهور - تارة - بان مقتضى قاعدة اليد (١) والاتلاف (٢) هو الضمان فان المستفاد منهما كون الاصل هو الضمان فى الاموال التالفة عند غير مالكيها اعم من الاعيان والمنافع - واخرى - بقاعدة الاحترام الثابتة بالاخبار (٣) - وثالثة - بموثق (٤) اسحاق عن ابي الحسن عليه السلام عن رجل استودع رجلا الف درهم فضاقت فقال الرجل كانت عندي وديعة وقال الاخر انما كانت لى عليك قرضا فقال عليه السلام المال لازم له الا ان يقيم البيينة انها كانت وديعة - بتقريب انه من المعلوم كون تقديم قول مدعى القرض لاجل احترام مال المسلم وهذه العلة موجودة فى المقام (ولكن) يرد على الاول - اولاً - ان المتنازعين متوافقان على عدم ثبوت اجرة المثل التى هى مفاد القاعدتين - اما القابض فلا دعائه العارية - واما المالك فلانه يدعى ثبوت الاجرة المسماة - وثانياً - انه لو سلم كون مفادهما الضمان اعم من المسمى او المثل - حيث انه لا ريب فى ان ذلك خصص بما اذا لم يكن عارية - فمع الشك فيها يشك فى صدق المخصص - فالتمسك بالقاعدتين تمسك بالعام فى الشبهة المصداقية وهو لا يجوز - وبذلك يظهر ما فى الوجه الثانى مع ان فى كونها مثبتة للضمان كلاما تقدم فى كتاب البيع - واما الوجه الثالث - فيرد عليه ان العلة

(١) سنن بيهقى ج ٦ ص ٩٠ - كنز العمال ج ٥ ص ٢٥٧

(٢) المصطادة من الاخبار الواردة فى الموارد الخاصة

(٣) الوسائل باب ٣ من ابواب مكان المصلى - و باب ٣ من ابواب القصاص فى

النفس حديث ٣ و باب ٤٠ من ابواب كتاب الشهادات

(٤) الوسائل باب ٧ - من ابواب الوديعه حديث ١

المذكورة ليست منصوصة بل هي مستنبطة ظنية - والظن لا يغني عن الحق شيئاً - مع ان
 في مورد الخبر النزاع في عوض المثل - و في المقام في العوض المسمى بقياس المقام
 عليه مع الفارق - وبما ذكرناه يظهر مدرك القول الثالث - وهو تعارض الاصلين - فالمتبع
 هو التحالف - وقد اختاره السيد فيما لو كان الغرض تشخيص الواقع بملاحظة خصوصية
 - وهو يتم اذا لم تكن تلك الخصوصية مورد الاصل العدم - و اما الرابع فلعل وجهه
 مادل (١) على لزوم القرعة لتعيين المنكر فيما اذا لم يتميز المدعى عن المنكر - ويرده
 مضافا الى ما مر من التمييز في المقام - ما سيأتي في كتاب القضاء من اختصاصه بموارد
 خاصة (فالاظهر) هو القول الاول - هذا كله بالنسبة الى الضمان وعدمه - واما بالنسبة الى جواز
 استيفائه المنفعة - فالظاهر جوازه ما لم يسترده المالك لتوافقهما عليه - وان استرد
 فالمالك يعترف بانه ليس له ذلك اذا بذل القابض العوض - والقابض يعترف بشئوته له - فليس
 للمالك الاسترداد لاقراءه كما ليس للقابض الانتفاع بمقتضى اقراره - الا ان للمالك التصرف فيه
 واستيفاء منفعته ان لم يبذل القابض العوض مقاصة - وللقابض ذلك مع بذله بهذا العنوان ايضاً
 واما على الثاني وهو ما لو كان مدعى الاجارة هو القابض فيدعى ما لكتبته للمنفعة
 ومدعى العارية المالك - فالظاهر تقديم قول المالك - لا - لاصالة عدم الاجارة لما مر من
 تعارضها مع اصالة عدم العارية - بل لاصالة بقائها في ملكه وعدم انتقالها الى القابض
 نعم اذا كانت العين بيد القابض لا يبعد دعوى كون يده عليها الموجب لكون المنفعة تحت
 استيلائه ويده اماراة الملكية واليد تقدم على الاصل فانقول قوله -

اختلاف المؤجر والمستأجر في مقدار الاجرة

٢ - اذا اختلفا في مقدار الاجرة - كما لو ادعى المؤجر انها عشرة - و قال
 المستأجر ان الاجرة خمسة فمع عدم البينة لاحدهما - فيه اقوال - احدها - ما في
 المتن قال - (وقول المستأجر في قدر الاجرة) وهو المشهور بين الاصحاب - ثانيها - ما

اختاره صاحب الجواهر ره وهو ان القول قول المستأجر لو كان مصب الدعوى الزيادة والنقصان - والتحالف اذا كان مصب الدعوى ان العقد وقع على الخمسة او العشرة - ثالثها - ما عن الشيخ في المبسوط وهو التحالف مطلقا ثم الرجوع الى اجرة المثل - رابعها - ما للشيخ ايضا وتبعه في المستند وهو الرجوع الى القرعة - خامسها - ماله ايضا - وهو التفصيل بين النزاع قبل انقضاء الاجل فالتحالف او بعده فالقرعة او تقديم قول المستأجر مترددا بينهما.

والاظهر هو الاول لان وقوع العقد على الاقل معلوم اما في ضمن الاكثر او مستقلا - ووقوعه على الزايد مشكوك فيه يجرى فيه الاصل - ودعوى - انه يعارضه اصاله عدم وقوع العقد على الاقل بخصوصه - مندفعه - بان هذا الاصل لعدم ترتيب الاثر عليه لا يجرى - مع - انه مع الاغماض عن ذلك يمكن ان يقال ان مصب الدعوى كان هو العقد وانه وقع على الخمسة او العشرة - ام كان هو استحقاق الزيادة - يجرى اصاله عدم الزيادة وعدم وقوع العقد على العشرة - اما الاولى فواضحة - واما الثانية فلانه بها ينفي استحقاق الزيادة ولا يعارضها اصاله عدم وقوع العقد على الخمسة لانه لا يثبت بها استحقاق الزيادة فان ذلك من آثار وقوع العقد على العشرة لعدم الوقوع على الخمسة - فقول المستأجر موافق للاصل مطلقا.

ثم ان الحكم بالتحالف في الموارد التي يكون كل من الطرفين مدعياً و منكراً - لم يظهر لنا وجهه وسياتي الكلام فيه في كتاب القضاء واجمال ما يخطر بالبال ان ما دل (١) على ان الحلف على المدعى عليه مختص بما اذا كان كك محض على ما يظهر من المقابلة بينه وبين ثبوت البينة على المدعى.

ثم على تقدير القول بالتحالف لا وجه للرجوع بعده الى اجرة المثل - فان حلف كل منهما ينفي ظاهر اما يدعيه الاخر من وقوع العقد على الاجرة الخاصة ولا ينفي وقوع العقد على الاجرة المسماة - المعلوم الذي هو مورد توافقهما - بل لا بد ان يقال بعد التحالف ان انتقال المنفعة الى المستأجر معلوم واشتغال ذمته باجرة معينة

ايضاً معلوم وهو مردد بين الاقل والاكثر فيقدم قول مدعى الاقل بيمينه لان الاشتغال به معلوم و الزايد مشكوك فيه يرتفع بالاصل كما لو علما بوقوع العقد على احد الوجهين بالاتزاع بينهما - لجهلها معا بالتعيين - وبعبارة اخرى - ان الاصل الجارى فى العقد من قبيل الاصل الجارى فى السبب - وما يجرى فى اشتغال الذمة من قبيل الاصل الجارى فى المسبب ومعلوم انه مع عدم جريان الاصل فى السبب يجرى فى المسبب (فان قيل) ان حلف كل منهما ينفي احدى الخصوصيتين فبحلفهما تنفيان معا وحيث ان عدم خصوصية اخرى معلوم - فيحكم فى ظاهر الشرع بعدم وقوع عقد بينهما فالمتبع ما يدل على ثبوت اجرة المثل (قلنا) ان الحلف انما ينفي ما لم يعلم ثبوته - و وقوع العقد على احدى الاجرتين معلوم فلا ينفى الحلف - وان شئت قلت المحلوف عليه ليس عدم وقوع العقد بل عدم تعلقه بخصوصية خاصة - فلاوجه للمحكم بعدمه بالحلف (و) بما ذكرناه يظهر حكم مالوا ختلفا فى (التفريط) فانه يقدم قول المستاجر المدعى لعدمه .

٣ - اذا قال آجرتك نصف الدار بعشرة دراهم - وقال الاخر بل آجرتنى تمام الدار بعشرة فهو عكس الفرع السابق اذ المؤجر هنا يدعى الاقل و المستاجر يدعى الاكثر فينعكس الحكم و يجرى على كل منهما عكس ما جرى عليه فى الفرع المتقدم .

٤ - لو تعدى بالعين المستأجرة فتلفت او تعيبت لاشكال فى ان المستاجر ضامن (و) لو اختلفا فى (قيمة العين) فعن الحلّى و اكثر المتأخرين بل عامتهم ان القول قول الغارم مع يمينه واستدل له باصالة عدم الزيادة وبانه منكر فيكون القول قوله - ولا يخفى رجوع الوجهين الى وجد واحد - انما الاشكال فى انه فى ذيل صحيح (١) ابى ولاد المتقدم ما يدل على ان القول قول المالك وان وظيفته الحلف الا ان يرد الحلف على القابض

قال- قلت فمن يعرف ذلك قال **ابن عباس** انت وهو اما ان يحلف هو على القيمة فيلزمك فان رد اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمه ذلك او يأتى صاحب البغل بشهود يشهدون ان قيمة البغل حين اكترى كذا وكذا فيلزمك الحديث- وقد عمل به الشيخ قده في محكى النهاية والمفيد في محكى المقنعة ونسبه المصنفه الى الاكثر وانما لم يعمل به جماعة بل في الرياض عامة المتأخرين من جهة مخالفتهم لموازين باب القضاء فان المالك يدعى الزيادة فقوله مخالف للاصل فيكون هو مدعيا ووظيفته اقامة البينة والقابض منكر او وظيفته الحلف او رد الحلف وقد حكم في الخبر بانه يحلف صاحب المال او يرد الحلف على الغاصب المتعدى ثم انه على فرض كونه منكرا فما معنى جعل اقامة البينة وظيفته مع ان البينة على المدعى - واجيب عن ذلك باجوبة .

والحق- ان يقال ان الصحيح يحمل على التعبد ويخصص به القاعدة العامة - و لعل السرفى ذلك ان المفروض في مورد الخبر غصب البغل - ومن شؤن اخذ الغاصب باشق الاحوال عدم قبول قوله ما لم يرد الحلف عليه وان لا يطلب منه بشيء من موازين القضاء بل يوجه الخطاب الى المالك - وعلى ذلك فلا يظهر ان القول قول المالك مع يمينه .

٥- لو اختلفا في ان العين المستأجرة بعد انقضاء الاجل هل ردت الى المالك ام لا - فلا اشكال ولا خلاف في ان القول قول المالك في عدم (رد العين) لانه منكر للرد والاصل عدمه- كما انه قد مر انهما لو اختلفا في (قدر المستاجر) القول قول المالك لاحظا ذكرناه في الفرع الرابع .

كل موضع يبطل فيه الاجارة يثبت فيه اجرة المثل

التاسعة- (وكل موضع يبطل فيه الاجارة يثبت فيه اجرة المثل) سواء زادت عن المسمومة ونقصت عنها بالاخلاف فيه وفي الجواهر بل قد يظهر من ارسالهم ذلك ارسال المسلمين انه من القطعيات- والحق ان يقال انه تارة يستوفى المنفعة و اخرى لا يستوفها ولكن تتلف تحت يده - وثالثة- لا يكون مستوفياً ولا المنفعة

تألفه تحت يده.

اما الصورة الاولى - فالظاهر ضمان المستوفى للمنافع (١) لعموم على اليد ما اخذت - واورد على التمسك به لضمان المنافع بايرادين (احدهما) ما افاده الشيخ الاعظم قدده وهو عدم صدق الاخذ بالاضافة الى المنافع (وفيه) انه ليس المراد بالاخذ الاخذ بالجارحة الخاصة والاانزم عدم شمول الخبر اجملة من الاعيان كالدار والعقار وما شاكل بل الاخذ كناية عن الاستيلاء على الشيء - والاخذ بهذا المعنى يصدق بالاضافة الى المنافع ايضاً اذا الاستيلاء على المنفعة انما يتحقق بالاستيلاء على العين اذ المنفعة هي ما في العين من القابلية كقبالية الدابة للركوب والدار للسكنى وهذه القابلية من مراتب وجود العين والاستيلاء على العين استيلاء عليها بجميع شؤونها و مراتب وجودها ومنها القابلية للانتفاع (ثانيهما) ما افاده المحقق الاصفهاني ره وهو عدم صدق التادية في المنافع فان ظاهر قوله حتى تؤدي كون عهدة الماخوذ مغاية باداء نفس المأخوذ والمنافع تدرجها في الوجود لاداء لها بعد اخذها في حدوداتها (وفيه) ان الغاية في الخبر ليست اداء شخص ما اخذ والابقى الضمان في صورة التلف واداء العوض لعدم تحقق اداء الشخص بل المراد به اعم من اداء الشخص واداء العوض - غاية الامر يكون بنحو الطولية والمنافع وان لم يمكن ردها الا انه يمكن رد عوضها .

و للرواية (٢) الشريفة الواردة في الامة المبتاعة اذا وجدت مسروقة بعدان اولدها المشتري الدالة على انه ياخذ الرجل ولده بالقيمة فان الخبر يدل على ضمان المنفعة المستوفاة و مورده وان كان هو البيع - الا ان ثبوت ضمان المنفعة في البيع الفاسد الذي لاضمان في صحيحه للمنفعة مستلزم اضمائها في الاجارة الفاسدة بالاولوية .

(١) سنن بيهقي ج ٦ ص ٩٠ - كنز العمال ج ٥ ص ٢٥٧

(٢) الوسائل باب ٨٨ من ابواب نكاح العبيد والاماء حديث ٣

والصحيحة (١) ابي ولادالمقدمة اري الك مثل كراء البغل ذاهبا من الكوفة الى النبل وذاهباً من النبل الى بغداد ومثل كراء البغل من بغداد الى الكوفة وتوفيه اياه الحديث. ولقاعدة من اتلف المستفادة من النصوص الواردة في موارد خاصة وجملة منها موارد العقود الاستيمانية كالوكالة والمضاربة والرهن وغيرها فانه حكم فيها بالضمان مع التعدي والتفريط وجملة منها في غيرها مثل ماورد (٢) في القصار يخرق الثوب من قوله ^{عليه السلام} فهو ضامن بما جنت يديه وغيره.

واما الصورة الثانية وهي عدم استيفاء المنفعة وفوتها تحت يده - فالظاهر هو ثبوت الضمان - لحديث علي اليد - بالتقريب المتقدم - ولقاعدة الاتلاف فان حبس العين ومنع مالكها عن الانتفاع بها اتلاف لمنافعها عرفا (وعن المحقق الخراساني ره الاستدلال له بان من آثار ضمان العين ضمان منافعها - فالدليل على ضمان العين دليل على ضمان منافعها - (وفيه) اولا ما عرفت من ان الاظهر عدم ضمان العين في المقام - وثانيا - انه ان اراد بذلك انه يصدق الاستيلاء واليد على المنافع بالاستيلاء واليد على العين فهو يرجع الى ما ذكرناه من التمسك بحديث اليد - وان اراد به ما ذكره بعض المحققين من ان اداء العين المجهول غاية للضمان لا يكون الا بادائها بمنافعها وفروعها - فيرد عليه انه ان لم يصدق اليد على المنافع باليد على العين لما كان يجدي شمول الحديث للعين في ضمانها فان الغاية اداء نفس ما يكون تحت اليد لاشيء آخر - وان اراد به غير ذلك فعليه البيان (و يشهد) للضمان في صورتين - قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده - فان المنافع تضمن في الاجارة الصحيحة فتضمن في فاسدها ايضا. واما الصورة الثالثة فعدم الضمان فيها ظاهر (ثم ان) الشهيد قد استثنى من ذلك ما لو كان الفساد باشرط عدم الاجرة في العقد او عدم ذكرها فيه لدخول العامل على ذلك (وفي) محكي جامع المقاصد قال بعد ما حكاه انه صحيح في العمل اما مثل سكنى الدار التي يستوفى فيها المستأجر بنفسه فان اشترط عدم العوض انما كان في العقد

(١) الوسائل - باب ١٧ من كتاب الاجارة حديث ١-

(٣) الوسائل باب ٢٩ - من ابواب الاجارة

الفساد الذى لا اثر لما تضمنه من التراضى فحقه وجوب اجرة المثل ومثله مالو باعه على انه لا يضمن له واما لو كان مورد الاجارة منفعة الاجير فيعمل بنفسه مع فسادها فوجه عدم استحقاقه شيئاً ظاهر لانه متبرع بالعمل وهو المباشر لاتلاف المنفعة (ووجه) فى المسالك عدم الضمان فى المنفعة ايضاً بانه يرجع فى مثل ذلك الى العارية وان عبر عنها بلفظ الاجارة لان التصريح بعدم الاجرة اقوى من الظهور المستفاد من لفظ الاجارة والنص مقدم على الظاهر فيحكم بانه عارية ان هى لا تنحصر فى لفظ بل يكفى فيها كل ما دل على التبرع بالمنفعة (واستدل) لعدم الضمان فيها فى الجواهر بقاعدة مالا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده بناء على ارادة اشخاص العقود منها لاصنافها اذ لا يرب فى عدم الضمان فى المقام لو فرض صحة العقد المزبور فكذا لا يضمن به على الفساد للقاعدة المزبورة .

اقول يرد على ما افاده فى الجواهر -اولا- ان عموم العقود فى القاعدة ليس افراديا لان ظاهر قولهم لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده وجود الفردين فيما هو الموضوع لهذا الحكم ولو حمل العام على الافراد تعين حمل الصحيح فيها على الفرض والتقدير فيقال ان هذه الاجارة الفاسدة لو كانت صحيحة كان يضمن بها فكك فى هذا الفرض وهو خلاف الظاهر -وثانيا- ان القاعدة وعكسها - انما هما فى صورة التالف ولا تشمان صورة الاتلاف - واما ما افاده الشهيد الثانى ره فيرد عليه ان عقد العارية الذى هو موضوع لاحكام خاصة يعتبر فى انشائه ما يعتبر فى ساير العقود - فكما انه فى غيره لا يصح انشاء عقد بما وضع لعقد آخر فكك فى المقام (ولكن) يمكن ان ينتصر لما افاده الشهيد ره به يظهر ما فى جامع المقاصد - بوجهين - احدهما - ان ضمان المنافع لو كان فانما هو لقاعدة اليد - ولقاعدة الاتلاف - ولقاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده بتقريب ان فى صحيح الاجارة ضمانا بالنسبة الى المنافع فكذا فى فاسدها - او للخبرين المتقدمين وشىء من تلكم لا يشمل المقام - اما الاولان - فلانصراف حديث اليد - وكذا - من اتلف عن اليد المستندة الى التسليط المجانى والاتلاف المبني عليه - ولعل وجهه - ان القاعدتين انما تكونان من القواعد العقلائية الممضاة شرعا لامن التعبدية الصرفة وهى انما تكون

لاجل احترام المال ولا ريب في سقوط الاحترام بتسليط المالك غيره مجاناً - واما القاعدة الثالثة فمدركها اما الاجماع - او اقدام الاخذ على الضمان - او قاعدة اليد - اما الاجماع فغير ثابت في المقام اما اقدام - فالمفروض عدمه - واما قاعدة اليد فقد عرفت حالها - واما الخبران فهما مختصان بصورة الشراء والاجارة مع العوض (فالمتحصل) ان ما افاده الشهيد ره متين - نعم - لابد وان يقيد ذلك بما اذا كان التسليط المشار اليه باقياً الى حين التلف او الانلاف فلو آجر داره بلا عوض واعتقد صحتها ولم يكن راضياً ببقائها تحت يده ولا يستردها لاعتقاد لزومها لا اشكال في الضمان في صورة التلف والاتلاف لعموم قاعدة اليد والاتلاف وعدم المخصص.

اجارة المشاع

التاسعة (ويصح اجارة المشاع) مطلقاً استأجره من يشاء بعهده او غيره وهو موضوع وفاق كما في المسالك ويشهد به عمومات الكتاب والسنة اعم مما دل على امضاء العقود او خصوص الاجارة وعدم القسمة لا يكون مانعاً بعد امكان استيفاء المنفعة بموافقة الشريك - نعم - لا يسلم العين الا باذنه و لو ابي رفع امره الى الحاكم - ولو استأجره بظن كونه مقسوماً فتبين الاشاعة كان للمستأجر الخيار نظير خيار تبعض الصفقة - وعلى الجملة - لا يعتبر في صحة الاجارة وراء الامور التي قدمناها شيء و لو شك فيه ينفي بالاطلاقات والاصل - و لذا اشتهر بينهم ان كلما صح اعارته شرعاً من الاعيان المنتفع بها مع بقاءها يصح اجارته بل صرح بعدم الخلاف في هذه الكلية غير واحد - وفي الجواهر الاجماع عليها - ومدركها الاطلاقات والعمومات .

وحيث انه قد مر في تعريف الاجارة انها لنقل المنافع - والبيع لنقل الاعيان - وانه لا يصح استعمال احدهما في مورد الاخر - فلا يصح اجارة ما لا يبقى بالانتفاع به - فانه ليس انتفاعاً بالعين بل هو اتلاف لها - و لذلك اتفقت كلماتهم على ان كل ما لا يصح اعارته - وهو كل ما لا يلزم الانتفاع به اتلافه - لا يصح اجارته - وان شئت قلت ان ما لا يبقى بالانتفاع به ان آجره وقصد بالاجارة نقله بنفسه فهو بيع لا اجارة - والا - فلا

يجوز اتلافه - فلا منفعة لى كى يملكها المؤجر فلا يصح اجارته - ولو تكلف فى صدق مفهوم الاجارة لاريب فى انصراف الادلة عنه وهو واضح لاسترة عليه -

الصناع ضامنون لما جنته ايديهم

العاشرة (ويضمن الصناع ما يجنيه وان كان حاذقاً كالقصار يخرق الثوب) أو يتلفه و يحرقه أو الحجام يجنى فى حجامته أو الختان يخن فيسبق موساه الى الحشفة أو يتجاوز زحد الختان وكذا الكحال والبيطار مثل ان يحيف على الحافر أو يفصد فيقتل أو يجنى ما يضر بالدابة ولو احتاط واجتهد من غير فرق بين كون العمل فى ملكه او ملك المستاجر و بين حضور رب المال او غيبته - بالاخلاف اجده فى شىء من ذلك بين المتقدمين و المتأخرين منا كذا فى الجواهر - و فى المسالك اما الضمان فيما يتلف بيده فهو موضع وفاق ولا فرق فى ذلك بين الحاذق وغيره ولا بين المختص والمشارك ولا بين المفرد وغيره - وتنقيح القول فى المقام انه يقع الكلام تارة فيما لو افسده واخرى فى ما لو تلف فى يد الصناع لاسببه من غير تفريط ولا تعد اما المورد الاول فتارة يبحث فيما يقتضيه القواعد - و اخرى فيما يقتضيه النصوص الخاصة .

اما مقتضى القاعدة فهو الضمان مع كون الخطاء من الصناع و سبق يده - وعدمه مع كون المحل غير قابل كما لو كان الطفل ضعيف المزاج و غير محتمل للجرح - والثوب عتيقا ينخرق بالقصارة (اما) الضمان فى الاول فلعموم من اتلف الشامل للاتلاف عن قصد وعن غير قصد اليه لعدم كونه من العناوين القصدية الصادق على ما لو اوجد المتلف الجزء الاخير من العلة التامة ولو كان شرطاً من شروطه بل ومعداً من معداته - كما لو القاه فى النار المتولد منه الاحراق فان الملقى لم يصدر منه فعل سوى ايجاد الشرط و هى الملاقاة للنار ويصدق عليه المتلف وعلى ما لو كان ذلك بغير اختياره كالتائم يكسر كوز الغير - و الحمال يعثر فينكسر حملها - فانه بعثر تدعى غير اختيار كسر الحمل بغير اختيار منه (واما) عدم الضمان فى الثانى - فليس من جهة عدم صدق

الاتلاف كما توهم بل هو صادق قطعاً - بل من جهة ان الاتلاف المفروض من حيث كونه من لوازم العمل الذي استؤجر عليه يكون مأذوناً فيه بالاذن في ضمن الاجارة وبعبارة اخرى ان استيجار الخياط لقصارة الثوب العتيق الذي يخرق بالقصارة عادة اذن له في الخرق والاتلاف عن اذن لا يوجب الضمان (واما) الطبيب فان لم يكن مباشراً لا يكون ضامناً لانه ليس بممتلف - و ان كان مباشراً فحيث انه مأمور من قبل الشارع الاقدس بمعالجة المريض بما يراه علاجاً لابماً هو علاج واقعا والا لانسداد باب الطبابة فاذن المريض او وليه في العلاج اذن في الاتلاف فلا ضمان عليه.

واما الثاني وهو ما يستفاد من النصوص - وهي كثيرة - كصحيح (١) الحلبي او حسنه عن الصادق عليه السلام عن القصار يفسد فقال عليه السلام كل اجير يعطى الاجرة على ان يصلح فيفسد فهو ضامن - ونحوه في التضمن للكبرى الكلية نصوص اخر - وخبر (٢) ابي الصباح عنه عليه السلام الثوب ادفعه الى القصار فيخرقه قال عليه السلام اغرمه فانك انما دفعته اليه ليصلحه ولم تدفعه اليه ليفسده - ومثله في التضمن للعملة اخبار اخر - وقوى (٣) السكوني عنه عليه السلام عن ابيه عليه السلام ان علياً عليه السلام ضمن ختاناً قطع حشفة غلام - ومثله في التضمن في مورد خاص بعض اخبار اخر - وقوى (٤) الاخر عنه عليه السلام قال امير المؤمنين عليه السلام من تطيب او تبيطر فليأخذ البرائة من وليه والا فهو له ضامن - وصحيح (٥) داود بن سرحان عنه عليه السلام في رجل حمل متاعاً على رأسه فاصاب انساناً فمات وانكسر منه فقال عليه السلام هو ضامن - وخبر (٦) زيد بن علي عنه عليه السلام عن آبائه عليه السلام في حديث كل عامل مشترك اذا افسد فهو ضامن - وفي المقام اخبار كثيرة اخر دالة على الضمان سيأتي طرف منها في المورد الثاني (فالظاهر) موافقته لما قد مرناه - اما النصوص المتضمنة

(١ - ٢) الوسائل باب ٢٩ من ابواب الاجارة حديث ٨ - ١

(٣ - ٤) الوسائل باب ٢٤ من ابواب موجبات الضمان من كتاب الديات حديث ١

(٥) الوسائل باب ١٠ من ابواب موجبات الضمان من كتاب الديات حديث ٢ - ١

(٦) الوسائل باب ٣٠ من ابواب الاجارة حديث ١٣

للمكبرى و التعليل فلانها تدل على الضمان فى مورد قابل للإصلاح والافساد - وما لا يصلح للإصلاح يكون خارجا عن تحتها - واما خبر زيد و ما بمضمونه من النصوص المطلقة الاتية فهى يقيد اطلاقها لو لم تكن منصرفة الى صورة القابلية للإصلاح والافساد معا بمفهوم التعليل فى النصوص المتقدمة «ولم تدفعه اليه ليقسد» فانه يدل على انه لو كان الدفع متممحا بكونه للافساد فلا ضمان - واما قوى السكونى الاول وما بمضمونه من الاخبار الواردة فى الموارد الخاصة فهى دالة على الضمان مع الاتلاف فى مورد خطاء الصانع و سبق يده وما شاكل - واما صحيح داود فعلى فرض كونه مما نحن فيه بعود الضمير المجرور الى المتاع يدل على ما ذكرناه فى الحمل من شمول قاعدة الاتلاف لما اذا كان بغير اختيار - واما خبر السكونى الثانى فالظاهر ان المراد باخذ البرائة من وليه ليس البرائة عن الضمان - والا اشكل بانه لامعنى لها قبل حدوث موجبه والاذن فى الاتلاف نفسه او طرفه غير جائز بل المراد منها الاذن فى العلاج على نحو لاضمان معه وعلى ذلك فالنصوص موافقة للقاعدة (نعم) مقتضى اطلاق خبر السكونى ثبوت الضمان على الطبيب فى صورة عدم الاذن و لو كانت الطبابة على النحو المتعارف و هو كونها بنحو الامر و توصيف الدواء ولم يكن الطبيب مباشرا .

عدم ضمان المتاع التالف تحت يد الاجير

واما المورد الثانى - وهو ما لو تلف المتاع تحت يد الاجير لاسببه من غير تعد ولا تفریط - فالمشهور بين الاصحاب عدم الضمان بل الظاهر انه لاختلاف فيه وما نقله الشهيد الثانى بقوله وقبل انه كك فى الضمان بل ادعى عليه المرتضى الاجماع - خطاء فى النقل - فان الظاهر ان خلاف المرتضى واجماعه انما هو فى تصديق دعواه التلف وهو غير مربوط بما نحن فيه من معلوم التلف فى يده بغير تعد ولا تفریط - وكيف كان فمقتضى القاعدة عدم الضمان لكونه امينا سلطه المالك على ماله وقد مر عدم الضمان فى امثال ذلك .

واما الاخبار الخاصة - فطائفة منها مطلقه الدالة على ضمان الصانع اتلف المال او تلفت تحت يده كصحيح (١) الحلبي او حسنه عن ابي عبدالله عليه السلام كان امير المؤمنين عليه السلام يضمن القصار و الصائع احتياطا على الناس و كان ابي عليه السلام يتطول عليه اذا كان مامونا - و خبر (٢) يونس عن الرضا عليه السلام عن القصار و الصائع أضمنون قال عليه السلام لا يصلح الا ان يضمنوا و خبر (٣) السكوني عن الصادق عليه السلام كان امير المؤمنين عليه السلام يضمن الصباغ و القصار و الصائع احتياطا على امة الناس - و طائفة ثانية منها تدل على عدم الضمان كك صحيح (٤) معاوية بن عمار عن ابي عبدالله عليه السلام عن الصباغ و القصار فقال عليه السلام ليس يضمنان - و طائفة ثالثة منها تدل على الضمان مع الاتلاف وعدمه مع التلف كخبر (٥) بكر بن حبيب عنه عليه السلام لا يضمن القصار الا ما جنت يده وان اتهمته احلفته - و طائفة رابعة تدل على التضمن مع التهمة وعدمه مع عدمها وهي كثيرة كصحيح (٦) - ابي بصير عنه عليه السلام لا يضمن الصانع ولا القصار ولا الحائك الا ان يكونوا متهمين الحديث - و نحوه غيره - والمستفاد من هذه النصوص بعدد بعضها الى بعض انه في صورة الاتلاف يثبت الضمان - وفي صورة التلف لا ضمان مع كونه امينا - وكذا لو كان متهما فثبت التلف بالبينة او الحلف - واما لو كان متهما ولم يثبت التلف فهو ضامن - وهذا كله على وفق القاعدة سوى عدم قبول دعوى التلف من الامين - والاصل الذي اسسه امير المؤمنين عليه السلام في هذا الباب هو ذلك لا الضمان في صورة التلف - ولذا قال في ذيل خبر السكوني المتضمن لذلك الاصل - وكان عليه السلام لا يضمن من الغرق و الحرق و الشيء الغالب - ولا مانع من العمل بهذه الاخبار على خلاف القاعدة فلا يقبل قول الامين في دعوى التلف مع كونه متهما (ثم ان) وظيفة مدعى التلف بحسب موازين باب القضاء هو اقامة البينة - ولكن المستفاد من هذه النصوص جواز تحليفه والاكتفاء بحلفه عن البينة ففي خبر بكر المتقدم وان اتهمته احلفته - وفي خبره الاخر ان اتهمته فاستحلفه - وفي صحيح ابي بصير المتقدم لا يضمن الصانع ولا القصار ولا الحائك الا ان يكونوا متهمين فيخوف بالبينة والتحليف لعله يستخرج

منه شيئاً - فان ظاهره جواز كل من مطالبة البيعة والاستحلاف .

عدم ضمان صاحب الحمام

ثم ان في المقام فرعين مناسبين - احدهما - قالوا صاحب الحمام لا يضمن الثياب الا اذا اودع وفرط او تعدى - والظاهر انه لا خلاف فيه - ويشهد له خبر (١) اسحاق بن عمار عن جعفر عليه السلام عن ابيه عليه السلام ان علياً عليه السلام كان يقول لا ضمان على صاحب الحمام فيما ذهب من الثياب لانه انما اخذ الجعل على الحمام ولم ياخذ على الثياب - ونحوه خبر (٢) ابي البختري وخبر (٣) غياث بن ابراهيم عن ابي عبدالله عليه السلام ان امير المؤمنين عليه السلام اتى بصاحب الحمام وضعت عنده الثياب فضاغت فلم يضمنه وقال عليه السلام انما هو امين (وورد) على هذه النصوص بان مقتضى الخبر الاخير كون صاحب الحمام اميناً دائماً - وجعل ذلك علة لعدم الضمان - وعلل ذلك في الخبرين الاولين بانه لم ياخذ الجعل على الثياب مع ان آخذ الجعل ايضا امين لا يضمن بدون التفريط (وفيه) ان الامين قسمان - امين عام وامين خاص اذ التامين تارة عقدى وهى الوديعة واخرى غير عقدى وهى الامانة بالمعنى الاعم وهو مجرد تسلط الغير على المال عن رضاه - وفي الاول يجب الحفظ فلو تركه وتلف فقد فرط فيكون ضامناً وفي الثاني لا يجب الحفظ اذ مع عدم الاستيداع من المالك الرجوع الى الاستنباط في الحفظ لا دليل على وجوب حفظ مال الغير فبتركه لا يكون مفرطاً فلا ضمان وعليه فالخبر الاولان يدلان على ان صاحب الحمام لم ياخذ الجعل على الثياب فلا يكون الحفظ واجباً عليه فلو ترك الحفظ وتلف الثياب لا تفريط فلا ضمان عليه - والخبر الاخير يدل على انه امين والامين كان عاماً او خاصاً لا ضمان عليه وبذلك يظهر انه لو استؤجر مع ذلك على الحفظ فتلف الثياب بتركه التحفظ ضمن وهل يصح شرط الضمان بدون الاستيجار فيضمن مع التلف ام لا وجهان تقدمتا وعرفت ان الاظهر ذلك .

الثاني في الاستيجار على حفظ الثياب مطلقاً - وقد ظهر مما اسلفناه ان مقتضى

القاعدة هو الضمان مع ترك التحفظ وعدمه مع التلف السماوى او ما غلب عليه كالسرقة غيلة مع كمال التحفظ - واما الصحيح (١) عن الصادق عليه السلام عن رجل استأجر اجيرا فاقعده على متاعه فسرق - قال عليه السلام هو مؤتمن - فمحمول على ما هو الغالب من السرقة غيلة و لومع التحفظ .

استيجار الدراهم والدنانير

خاتمة - فى بيان فروع باقية من الاحكام - الاول - انه وقع الخلاف بين الاصحاب فى استيجار اشياء ليس لها منفعة مقصودة للعقلاء - او ما له منفعة مقصودة ولكن استؤجر لغير تلك المنفعة كاستيجار الدرهم والدينار للمتزينين - واستيجار التفاح للشم - والطعام للتزيين المجلس وما شاكل - والمشهور بينهم جواز ذلك - وخالف فى ذلك صريح الحل - وتردد فيه جماعة ومنشأ الاشكال - مع ان مقتضى الاطلاقات صحة الاجارة امران - احدهما من ناحية عدم المنفعة - نظرا الى ان منافع الاشياء على قسمين - منافع مقصودة وهى ما يترقب من الايمان كسكنى الدار - وركوب الدابة - واكل التفاح - وصرف النقود فى التكسب ومنافع غير مقصودة كشم التفاح - والتزيين بالنقدين - وما شاكل - ومنافط صحة الاجارة كون العين ذات منفعة عقلائية و تعلق الاجارة بها لذلك والافتكون الاجارة غير عقلائية وسفوية وباطلة (وفيه) انه لا اشكال فى ان الاجارة لتمليك المنفعة ومع عدمها الاجارة ولكن اعتبار كون المنفعة من المنافع المقصودة العقلائية مما لا شاهد به - ودعوى - ان الاجارة حـ سفوية يدفعها - اولاً - ان تعلق غرض عقلائى بالمنفعة - غير كونها مقصودة عند العقلاء - ان قد تعلق الغرض بالمنفعة غير المقصودة - والمخرج للاجارة عن السفهائية هو تعلق غرض عقلائى بها - لا كون المنفعة مقصودة عند العقلاء - وثانياً - انه لا دليل على بطلان المعاملة السفهائية - ان الدليل دل (٢) على بطلان معاملة السفهية

(١) الوسائل باب ٢٩ من ابواب الاجارة حديث ٣-

(٢) النساء آية ٧ - الوسائل باب ١ من ابواب كتاب الحجر

و اما معاملة الكامل السفهائية فهي باقية تحت الاطلاقات و العمومات - الثاني ان مناط مالية الاشياء هي منافعها المقصودة للعقلاء فما لمنفعة مقصودة للعقلاء فيه لا يكون مالا عندهم كما ان المنفعة غير المقصودة لهم ليست بنفسها مالا و يعتبر في البيع والاجارة وغيرهما من المعاضات كون مورد المعاملة مالا كما هو واضح. فمع كون المنفعة غير مقصودة للعقلاء لا تكون مالا فلا يصح تملكها بعوض (وفيه) انه لم يدل دليل على اعتبار كون ما يقع مورد الاجارة مالا اذ ربما يبذل الاجرة بازاء شيء غير مال لغرض عقلائي مترتب على الانتفاع بالعين الذي لا يحصل الا ببذل العوض - مع ان للمنع عن كون المنفعة غير المقصودة للعقلاء غير مال مجالا واسعا. فالأظهر هو صحة الاجارة في هذه الموارد .

عدم لزوم اتصال المدة بالعقد

الثاني المشهور بين الاصحاب انه لا يشترط في الاجارة اتصال مدتها بالعقد فيجوز ان يؤجره داره شهر امتاخر ا عن العقد بشهر او سنة سواء كانت مستاجرة في ذلك الشهر الفاضل ام لا - وعن الشيخ وابي الصلاح اعتبار ذلك (واستدل) باعتباره بمناقات الانفصال للقدرة على التسليم وهي كما مر شرط في صحة العقد و المعتبر منها القدرة الفعلية كما هو مقتضى الاصل في الشرط فان مقتضاه مقارنة الشرط لمشروطه - و بان العقود والانشآت علل للاحكام فيلزم الاتصال املا يلزم تخلف المعلوم عن علته - و بان استحقاق التسليم من احكام العقد ومقتضياته وهو لا يجامع الانفصال فالانفصال منافي لمقتضى العقد (ولكن) الاول مخدوش بان مدرك اعتبار القدرة على التسليم لزوم الغرم مع عدمها و لازم ذلك اعتبار القدرة عليه في ظرفه لاحين العقد. والثاني يندفع بان المعلوم هو الملكية لا المملوك ولا محذور في الالتزام بفعلية الملكية و تاخر المملوك - مع - ان المنفعة تقدر وجودها بوجود العين فالمملوك ايضا ليس متاخرا - اذ فيه ان المنشأ اذا كان امرا على تقدير لا بدوان يتحقق كك والالزم تخلف المنشأ عن انشائه وهو على حد تخلف المعلوم عن علته - ويرد على الثالث ما تقدم من ان استحقاق التسليم من مقتضيات سلطنة الناس

على اموالهم لامن مقتضيات العقد - مع انه ان كان من مقتضياته لا يكون العقد مقتضيا لاستحقاقه مطلقا بل على حسب حال الملك فان كان المملوك متاخرا كان استحقاق التسليم ايضا متاخرا - فالظاهر عدم اعتبار ذلك - و عليه فهل يصح اجارة الشيء في مقدار من الزمان على نحو الكلى في المعين بلحاظ قطعات الزمان كاجارة الدار شهرا من هذه السنة ام لا تصح (و الحق) ان يقال انه ان لم تكن قطعات الزمان مختلفة بلحاظ المالية من حيث الصيف و الشتاء او من جهات اخر صرح العقد و الا بطل للزوم الغرر - ثم انه لو آجره داره شهرا انصرف الاطلاق الى الاتصال بالعقد - والابطال .

كراهة استعمال الاجير قبل مقاطعته على الاجرة

الثالث - قالوا يكره استعمال الاجير قبل ان يقاطع على الاجرة - و عن غير واحد انه لا خلاف في الجواز والكراهة - و ينبغي اول تعيين مورد الحكم ثم ذكر دليله - اما الاول فالظاهر ان مورده ليس هو الاجارة القولية او المعاطاة في الموارد التي ليس للعمل اجرة عادية - لاستلزام عدم المقاطعة ح جهالة الاجرة وهي توجب البطلان فلا معنى للكراهة - ولا الاجارة في المورد الذي يكون له اجرة عادية فانه كالمذكور كما في الالتزامات الضمنية - بل الظاهر ان مورده العمل بعوض الذي هو معاملة مستقلة قامت السيرة القطعية عليها نظير الاباحة بالعوض التي تقدم الكلام فيها وفي الدليل على مشروعيتها الجارى في العمل بعوض (و اما) الثاني فيشهد به صحيح (١) سليمان بن جعفر الجعفرى ان مولانا الرضا عليه السلام ضرب غلمانا و غضب غضبا شديدا حيث استعانوا برجل في عمل و ما عينوا له اجرته فقال له سليمان جعلت فداك لم تدخل على نفسك فقال عليه السلام انى قد نهيتهم عن مثل هذا غير مرة الى ان قال و اعلم انه ما من احد يعمل لك شيئا بغير مقاطعة ثم زدته لذلك الشيء ثلاثة اضعاف على اجرته الاظن انك قد نقصته

اجرته واذا قاطعته ثم اعطيته اجرته حمدك على الوفاء فان زدته حبة عرف ذلك لك وراى انك قد زدته ونحوه غيره - والصحيح بنفسه ظاهر فى الجواز نظراً الى ما ذكره عليه السلام تعليلاً للنهى - مضافاً الى السيرة وعدم الخلاف .

الرابع قد ذكر فى جملة من الكلمات فى احكام الاجارة انه يكره ان يضمن الاجير الامع التهمة - وقد مر موارد ضمان الاجير وعدم ضمانه - فان كان المراد مورد عدم الضمان فالنضمن حرام غير جائز وان كان المراد مورد الضمان فلا دليل عليه - لانهم استدلوا له بالنصوص (١) الناهية عن التضمن مع عدم التهمة وقد مر ان مفاد تلك النصوص عدم الضمان الامع التهمة (نعم) يمكن ان يقال بان الاولى عدم التضمن فى موارد الائتلاف التى عرفت ثبوت الضمان - لما روى (٢) عن الفقيه مرسلًا قال الصادق عليه السلام كان ابى عليه السلام يضمن الصائغ والقصار ما افسدا وكان على ابن الحسين عليه السلام يتفضل عليهم وقريب منه غيره - وظاهر التفضل ان الضمان ثابت و لكن كان بنائه عليه السلام على عدم التضمن والابراء ونفس التعبير بالتفضل ظاهر فى استحبابه لازومه - وهو وان لم يختص بصورة عدم التهمة الا انه يمكن ان يكون التقييد به لما فى خبر (٣) آخر كان ابى عليه السلام يتطول عليه اذا كان ماموناً - فتدبر - وعلى ما ذكرناه فالاولى - التعبير باستحباب الابراء وعدم التضمن لآراهمته .

وجوب سقى الدابة المستأجرة وعلفها

الخامس - ذهب جماعة الى انه يجب على المستأجر سقى الدابة وعلفها وح فلو اعمل ضمن - وهو المحكى عن الشيخ فى النهاية والحلى فى السرائر والمصنف فى الارشاد والمحقق فى الشرايع وغيرهم فى غيرها (وعن) التذكرة والتحريروا المختلف واللمعة والحواشى والتنقيح وايضاح النافع وجامع المقاصد والمسالك وغيرها وجوبها على المالك - وقد يقال انه لا تنافى بين القولين فالكلام فى موردين - الاول - فى وجوب ذلك

(١) الوسائل باب ٣٠ - من ابواب الاجارة

(٢-٣) الوسائل باب ٢٩ من ابواب الاجارة حديث ٢٠ - ٤

على المستأجر - الثاني - فى الرجوع بعوض ما بذله على المالك.

اما الاول - فلا اشكال فى ان وجوبها عليه ليس من باب وجوب حفظ النفس و المال المحترم لان النفس غير المحترمة -- و المال المحترم للغير -- لا يجب حفظهما ولذا لا يجب التقاط الحيوان و لو خاف عليه التلف و انما يجب الحفاظ على المالك من باب وجوب نفقة المملوك على ماله كما انه يجب حفظ الحيوان بعد الالتقاط من جهة كونه امانة شرعية - وايضا ليس ذلك من جهة الامانة لما تقدم من انها قسمان امانة ثابتة بالعقد كالوديعة و امانة ثابتة بالتسليم عن الرضا وفى القسم الاول يجب الحفاظ لان حقيقتها الاستئابة فى الحفاظ وليس كك فى القسم الثانى (فان قيل) انه يجب الحفاظ فى القسم الثانى ايضا لانه لو لم يحفظ يصدق التفريط والتعدي و يكون ضامنا ح (قلنا) ان صدق التفريط متوقف على وجوب الحفاظ ولو كان وجوب الحفاظ متوقفا عليه لدار -- بل الظاهر ان مدركه الشرط الضمنى و لكنه يختص بما اذا دفعه المالك الى المستأجر من دون ان يكون هو او عملته او اكرته مع الدابة .

واما الثانى فالظاهر جواز الرجوع على المالك لمفهوم التعليل فى صحيح (١) ابي ولاد المتقدمة - قال قلت قد علفته بدراهم فلى عليه علفه قال **لا** لانك غاصب فان المفهوم منه ان غير الغاصب له الرجوع بما انفق على الدابة .

ثم انه - فيما يجب عليه البذل لو تركه فتلف هل يكون ضامنا الظاهر ذلك لصدق التعدي والتفريط - و يستفاد ذلك من النصوص الدالة على الضمان مع تجاوز الشرط لاحظ صحيح (٢) الحلبي عن الصادق **عليه السلام** عن رجل تكارى دابة الى مكان معلوم فنفتت الدابة قال **عليه السلام** ان كان جاز الشرط فهو ضامن وان دخل واديا لم يوثقها فهو ضامن وان سقطت فى بئر فهو ضامن لانه لم يستوثق منها - وصحيح (٣) على بن جعفر

(٢-١) الوسائل باب ١٧ - من ابواب الاجارة حديث ٣-

(٣) الوسائل باب ١٦ - من ابواب الاجارة حديث ١

عن اخيه عليه السلام عن رجل استاجر دابة فاعطاها غيره فنفتت ما عليه قال عليه السلام ان كان شرط ان لا يركبها غيره فهو ضامن لها وان لم يسم فليس عليه شيء . ونحوهما غيرهما وهذه النصوص تدل على الضمان من وجهين - احدهما - تضمنها ان التلف مع تخلف الشرط موجب للضمان - ثانيهما - دلالتها على الضمان مع عدم الاستيثاق الظاهر ازومه بمقتضى الشرط الضمنى فلا اشكال فى الضمان .

حكم نفقة الاجير

السادس - المشهور كما عن اللمعة - انه من استاجرا جيرا لينفذه فى حوائجه كانت نفقته على المستاجر الا ان يشترط كونها على الاجير - وعن جماعة عدم الوجوب بل المصنف ره فى محكى التذكرة نقل عن بعضهم عدم الخلاف فيه ساكتا عليه ومقتضى القاعدة عدم الوجوب لان الاجارة لا تقتضى سوى كون عمل الاجير للمستاجر بازاء الاجرة المعينة - الا اذا كان هناك عادة مسنونة على كون نفقة الاجير على المستاجر و يكون ذلك ح من قبيل الشرط الضمنى فتجب لذلك وان كان فيه اشكال من جهة جهالة الشرط - ولذا قال فى المسالك بعد حكمه بوجوبها مع الشرط وحيث يشترط على المستاجر فلا بد من بيان قدرها ووصفها - ولكن عن التذكرة عدم الضرر فى جهالة النفقة لانها من التوابع ح كاس الجدار .

و كيف كان فقد استدلل للوجوب بالصحيح (١) الى سليمان بن سالم قال سألت ابا الحسن عليه السلام عن رجل استاجر رجلا بنفقة ودراهم مسماة على ان يبعثه الى ارض فلما ان قدم اقبل رجل من اصحابه يدعوه الى منزله الشهر والشهرين فيصيب عنده ما يغنيه عن نفقة المستاجر فنظر الاجير الى ما كان ينفق عليه فى الشهر اذا هو لم يدعه فكافاه به الذى يدعوه فمن مال من تلك المكافاة امن مال الاجير او من مال المستاجر قال عليه السلام ان كان فى مصلحة المستاجر فهو من ماله والا فهو على الاجير الحديث - بتقريب

انه يدل على ان البقاء عنده ان كان في الاشتغال بالعمل الذي فيه صلاح المستاجر فهو مستحق
 للنفقة - فما دفعه عوضاً عنها محسوب عليه والا فلا نفقة - فما دفعه على نفسه (وفيه اولا) ان استحقاق
 النفقة مفروض في السؤال اما بعنوان الجزئية كما هو الظاهر منه حيث جعلها في عرض
 الدراهم المسماة واقعا عليهما عقد الاجارة - واما بعنوان الشرطية كما هو المتعارف وانما
 عبر عنده في الخبر كك لتعارف امثال هذه العبارة فيما كان ما خوزا في العقد ولو بنحو الشرطية -
 ولا يتوهم بطلان الاجارة للجهالة - فانه يندفع بانه يمكن رفع الجهالة بالتوصيف
 والتقدير - ولو بالتقدير في المالية - كما اذا جعل نفقة بمقدار عشرة دراهم في كل يوم مثلاً - فان
 قيل - انه اذا كان وجوب النفقة مفروضاً فما وجه السؤال - قلنا ان وجهه ان ما يستحقه
 على المستاجر - النفقة الفعلية فلا يعم ما يكافي به - ام مقدار النفقة فما كافي به يكون محسوباً
 على المستاجر - فاجاب عليه السلام بان البقاء ان كان لمصلحة المستأجر وللعمل له فهو مستحق
 للنفقة ويحتسب ما كافي به على المستاجر ويستكشف منه ان المستحق مقدار النفقة
 وان كان لا عمل للمستأجر في تلك المدة فلا يستحق النفقة حتى يحتسب ما كافي به على
 المستأجر - فالسؤال عن حكم واحد وفي الجواب زاد على بيان المسئول عنه حكماً
 آخر (و ثانياً) انه من الجائز عدم كون الجواب مر بوطا بالنفقة ويكون المراد به ان
 المكافاة المفروضة ان كانت مصلحة للمستاجر كانت من المال المصروف في مصالحه
 فتحسب عليه - والا كانت احساناً من الاجير - بل ربما يقال ان هذا المعنى اقرب الى
 المفهوم من العبارة .

وربما يستدل له - بما في ذيل الخبر المتقدم - قال - وعن رجل استاجر رجلاً
 بنفقة مسماة ولم يفسر شيئاً على ان يبعثه الى ارض اخرى فما كان من نفقة الاجير من
 غسل الثياب او الحمام فعلى من - قال عليه السلام على المستأجر - و تقريب الاستدلال به
 انه يدل على استحقاق مثل اجرة غسل الثياب والحمام - فالماكل والملابس اولى
 بذلك (وفيه) ان المفروض فيه اصل النفقة وانما السؤال عن شمول النفقة المفروضة
 غير المفسرة ولا المفصلة للوازم السفر - فاجاب عليه السلام عن الشمول ببيان اللازم

وهو كونه على المستاجر (نعم) يبقى ح اشكال على الخبر وهو ان الظاهر من الخبر كون النفقة اجرة اوجزء منها - و المفروض فيه ايضاً انها مجملة غير مفسرة بشيء - ومع ذلك حكم ^{بأن} بصحة الاجارة مع انه يعتبر في صحة الاجارة معلومية الاجرة فان صح سند الخبر ولم يعرض الاصحاب عنه - يتعين الجواب عنه بان عدم مصرية جهالة النفقة لعله من جهة كونها من التوابع كاس الجدار وما شاكل - فلم تحصل مما ذكرناه انه لا يجب عليه نفقته .

اجارة الصغير زائد على زمان صغره

السابع - اذا آجر الوصى او الولي الصبي المولى عليه - او املاكه مدة تزيد على زمان بلوغه ورشده - فالمشهور بينهم بطلان الاجارة في المتيقن بلوغه فيه - وانما الخلاف بينهم بالنسبة الى المحتمل - ونخبة القول في ذلك انه لا اشكال في ان المنافع المستقبلية للاملاك مملوكة بالفعل لاربابها وانما المتأخرات المملوكة لان الملكية متدرجة كتدرج المنفعة ولذا يصح تمليكها بالغير باجارة ونحوها - وعلى ذلك فلو آجر الولي او الوصى اموال الصبي مدة تزيد على زمان بلوغه فقد آجر ما يملكه الصغير بالفعل لا ما يملكه في زمان كبره حتى يقال انه لا يكون ولياً فيها الا ان الكلام في ثبوت عموم لادلة الولاية بنحو يشمل مثل هذه التصرفات و الظاهر عدمه و او بواسطة مناسبة الحكم والموضوع فانه انما جعل الولي للصبي لتلايفوت عليه ما يتعلق به في زمان صغره وعلى ذلك فتبطل الاجارة لقصور ادلة الولاية (واولى) بعدم الصحة من ذلك اجارة نفسه فانها تزيد عليه بعدم كون الحر مالكا لمنافع بدنه بل له السلطنة على نفسه كما له السلطنة على تمليك كلى في ذمته و الولي يقوم مقام الصغير في هذه السلطنة ولا دليل على سلطنته عليه بتمليك منافع المصادفة لزمان كبره - وبعبارة اخرى ان الثابت بالدليل بعدم كون منافع بدنه مملوكة له - ان للولي او الوصى السلطنة على تمليك منافع الصغير فالمنافع المصادفة لزمان الكبر خارجة عن تحت دليل السلطنة لعدم كونها منافع الصغير - فعلى هذا اذا آجره او املاكه مدة

تحتمل الزيادة عن زمان بلوغه صح ظاهر الاستصحاب عدم البلوغ ولو اتفق البلوغ فيه فالظاهر انكشاف بطلانها واقعا بمعنى عدم الصحة بدون الاجارة (وعن) الخلاف الحكم بالصحة معللا بان الاجارة وقعت من اهلها وفي محلها في وقت لم يعلم لها منافع فتمتصحب (ويرده) انه وان كانت الاجارة حين الوقوع كان في وقت لم يعلم لها منافع - ولكنه بانكشاف البلوغ ينكشف مصادفتها في المدة المصادفة للبلوغ مقبوضة بالمانع - ومع احراز ذلك لا معنى للاستصحاب .

ملك ما يحوزه الاجير للمستاجر

الثامن - لا اشكال في انه يجوز الاستيجار لحيازة المباحات - انما الكلام في انه لو استاجر لها فهل يملك المستاجر ما حازه ام لا - وملخص القول فيه انه تارة يحوز الاجير للمستاجر - فالظاهر انه لا اشكال في صيرورته ملكاً له لا من جهة الاجارة بل من جهة ان المرتكز في اذهان العرف كون الحيازة من العناوين القابلة للنيابة والوكالة وهو المعيار المائز بين ما تدخله النيابة والوكالة وما لا تدخله - بل قد يقال ان التسالم على كون القبض مما تدخله النيابة في كل مورد كان موضوع الحكم شرعي يقتضي البناء عليه هنا لانها من انواعه وانحائه - وعلى الجملة - لا ينبغي التوقف في ان هذا العنوان كعناوين العقود والايقاعات قابل للنيابة والوكالة فتحاز الاجير للمستاجر نيابة عنه ملك المستاجر ما يحوزه - واخرى يحوز الاجير لنفسه لا للمستاجر - فمقتضى ما دل على ان من حاز ملك (وان لم اظفر بما تضمن هذه العبارة الا ان بمضمونها رواية (١) وهي - ما تضمن قول امير المؤمنين عليه السلام للمعين مارات ولليد ما اخذت - وقريب من هذا المضمون غيره) هو كونه ملكاً للاجير لا للمستاجر .

وقد استدلل لصيرورته ملكاً للمستاجر بعقد الاجارة بوجوده (احدها) ما افاده صاحب الجواهر ره وهو ان حيازة الاجير حيازة المستاجر ويده على المباح يد

المستأجر من جهة ان حيازته على المفروض مملوكة له فنية الخلاف من الاجير كنية التملك من احد بالنسبة الى ما حازه غيره (وفيه) ان الاجارة انما توجب ملكية الحيازة ولا توجب استناد الحيازة اليه والدليل دل على ان ما يحوزه الحائز - لمن يستند اليه الحيازة لامن هو مالك للحيازة والفرق ظاهر - بل لو كانت الحيازة مستندة اليه لم تكن كافية في الملكية فان الحيازة ليست سببا فهر يا التملك بحيث يملك الحائز ما حازه وان لم يكن ذلك عن قصد كحيازة النائم وشبهه وعليه فالاجير لا يملك ما حازه لعدم كون الحيازة مستندة اليه بل الى المستأجر - والمستأجر لا يملكه لعدم قصد التملك له (ثانيها) ما عن بعض الاجلة وهو كون الحيازة موجبة لمالك الحيازة فهر ا وهي من الاسباب الشرعية القهرية - فالمستأجر يملك ما حازه الاجير لكون الحيازة له (وفيه) انها لو كانت من الاسباب القهرية مع انه ممنوع فهي سبب للملكية من انتسب اليه الحيازة وهو الاجير - وح ان لم تعتبر ملكية الحيازة يملكه الاجير والا فلا يملكه المستأجر ولا الاجير - اما الاول فاعدم الاستناد واما الثاني فلعدم الملكية (ثالثها) ان ملكية ما حازه من آثار ومنافع الحيازة تتبع ملكية الحيازة (وفيه) ان ملكيته من آثار نفس الحيازة المنتسبة الى الحائز لامن آثار ملكيتها كما يظهر من ادلة مملكية الحيازة - فالأظهر عدم صيرورته ملكا للمستأجر - والحمد لله اولوا آخرا.

المزارعة

(الفصل الثاني في المزارعة والمساقاة) اما المزارعة فهي لغة مفاعلة من الزرع.

وقالوا شرعاهي معاملة على الارض بحصة من حاصلها - ولعل تحقق المعنى اللغوي فيها باعتبار مباشرة احدهما وامر الآخر - وكيف كان فلا اشكال في ان هذا التعريف من قبيل شرح الاسم. وقد وقع الكلام في ماهيتها. وانها هل تكون من سنخ المشاركات او المعاوضات - وعلى الثاني فهل هي تمليك تمام منفعة الارض من الزارع بحصة من الحاصل فيما اذا كان البذر من الزارع وتمليك الزارع تمام عمله من المالك بحصة منه فيما كان البذر من المالك - ام هي تمليك حصة من منفعة الارض من الزارع بحصة من عمله مع اشتراط كون الحاصل بينهما بنسبة الحصتين فتكون من اجارة الارض

بالعمل مطلقا على الأخير - ومن اجارة الارض تارة واجارة النفس اخرى على ما قبله وجوه (الظاهر) هو الاول فانه لا ريب فى ان هذه المعاملة معاملة عقلائية وقد امضاها الشارع الاقدس واعتبر فيها امورا كما فى ساير الامضائيات واذا راجعنا اهلا لعرف نراهم لا يخطر ببالهم اجارة الارض او النفس - ولذا تصح المزارعة مع عدم كون الارض ملكا للمزارع بل كان مالكا للارتفاع بها كما سيمر عليك - ولعله يشير الى ذلك خبر (١) يعقوب بن شعيب عن الصادق عليه السلام قال وسألته عن المزارعة فقال صلى الله عليه وآله النفقة منك والارض لصاحبها فما اخرج الله من شئ قسم على الشطر الحديث - وخبر (٢) الكرخى عنه صلى الله عليه وآله قال قلت له اشارك العليج فيكون من عندى الارض والبذر والبقر ويكون على العليج القيام والسقى والعمل فى الزرع حتى يصير حنطة او شعير او تكون القسمة فيأخذ السلطان حقه ويبقى مابقى على ان للعليج منه الثلث ولئى الباقي قال صلى الله عليه وآله لا بأس بذلك قلت فلى عليه ان يرد على مما اخرجت الارض البذر ويقسم مابقى قال صلى الله عليه وآله انما شاركته على ان البذر من عندك وعليه السقى والقيام - و قريب منهما غيرهما -.

ثم ان الدليل على مشروعية هذه المعاملة امور - ١ - انها معاملة عقلائية لم يردع الشارع الاقدس عنها وذلك كاشف عن امضائه ايها - ٢ - العمومات الدالة على امضاء كل عقد مثل (٣) «او قوا بالعقد» وآية (٤) التجارة عن تراض - ونحوهما - فانها بعمومها واطلاقها تدل على امضاء كل معاملة عقلائية منها هذه المعاملة - ٣ - جملة من النصوص الخاصة الواردة فيها وفى المساقاة البالغة حد النواتر وسيأتى طرف منها فى طى المباحث الاتية (بل) ادعى بعض المحققين انها مستحبة - واستدل له - بمادل (٥) على استحباب الزراعة - بدعوى كونها اعم من المباشرة والتسبيب (و لكن) يرد عليه ان غاية

(٢-١) الوسائل باب ١٠ - من ابواب المزارعة حديث ٢-١

(٣) المائدة آية ٢ (٤) النساء آية ٢٩

(٥) الوسائل باب ٣ - من ابواب المزارعة والمساقاة -

ما يستفاد من هذه النصوص كون الزراعة مستحبة في نفسها ولا تدل على استحباب التكسب بها .

وأما ما رواه (١) زيد بن ثابت نهى النبي ﷺ عن المخاربة قلت وما المخاربة قال ﷺ ان تاخذ الارض بنصف او بثلث او بربع - فلا بد وان يحمل على ما لا ينافي النصوص المتقدمة مع الاغماض عن ضعف سنده .. والا فلا عراض عنه ومعارضته لما تقدم لا بد من طرحه كيف وقد استفاضت النصوص (٢) بان رسول الله ﷺ قبل خيبر اعطاها اليهود حين فتحت بالخبر والخبر هو النصف .

ثم ان الشهيد الثاني قد افاد في المسالك انه لا بد من كون الارض ملكاً لأحدهما عيناً أو منفعة لانه المستفاد من حقيقة المزارعة وصيغتها فلا تشرع المزارعة في الارض الخراجية حيلة من الحيل الشرعية ثم ذكر جملة من تلك الحيل - وهذا بظاهره ظاهر الفساد اذ مضاف الى ما مر من ان المزارعة حقيقة من المشاركات وليست من قبيل اجارة الارض كي تتوقف على كونه مالكا لها او لمنفعتها وبناء العقلاء واطلاقات المزارعة ينفيان اعتبار ذلك - يشهد لعدم اعتباره جملة من الاخبار الخاصة لا حظ صحيح (٣) يعقوب بن شعيب عن الصادق عليه السلام عن الرجل يكون له الارض من ارض الخراج فيدفعها الى الرجل على ان يعمرها و يصلحها و يؤدي خراجها وما كان من فضل فهو بينهما قال ﷺ لا بأس وصحيح (٤) الحلبي عنه عليه السلام في حديث عن مزارعة اهل الخراج بالربع والثلث والنصف قال ﷺ نعم لا بأس به ونحوهما غيرهما - و لذلك تصدى جماعة لتوجيه كلامه - وحملوه على ارادة انه اذا لم يكن لأحدهما جهة اختصاص بالارض ولم يكن له فيها حق لا يجوز المزارعة وهو واضح - ومراده من الارض الخراجية هي ما للمسلمين

(١) التذكرة ج ٢ ص ٣٣٧ - كتاب المزارعة

(٢) الوسائل باب ٩٠٨ و ١٠ من ابواب المزارعة - والمستدرک باب ٦ منها

(٣) الوسائل باب ١٠ من ابواب المزارعة حديث ٢

(٤) الوسائل باب ٨ - من ابواب المزارعة حديث ٨

قاطبة ولا يكون له فيها جهة اختصاص .

وكيف كان فالظاهر صحة المزارة مع ثبوت حق للمزارع في الارض كانت ملكا له - او كان له منافعها او الانتفاع بها او حق الاولوية فيها - نعم اذا لم يكن له حق فيها لا يصح المزارة فلا يجوز المزارة في الموات مع عدم تحجير او سبق او نحو ذلك لفقد تسلط احدهما على الارض الذي هو ركن في المزارة وبدونه لا معنى لمشاركة نعم يصح الشركة في زراعتها مع اشتراك البذر او باجارة احدهما للآخر في مقابل البذر او نحو ذلك لكنه ليس من المزارة المصطلحة .

واما المساقاة - فهي معاملة على اصول ثابتة بحصة من ثمرها ولا اشكال ولا خلاف في مشروعيتها وبشهادتها مضافا الى الاجماع والى انها معاملة عقلائية لم يردع عنها الشارع الا قدس جملة من الاخبار الخاصة - كخبر (١) يعقوب بن شعيب عن ابي عبدالله عليه السلام عن رجل يعطى الرجل ارضه وفيها رمان او نخل او فاكهة ويقول اسق هذا من الماء وعمره ولك نصف ما اخرج قال عليه السلام لا بأس - وطائفة من الاخبار الواردة في قصة خيبر - فانه وان لم يكن تصريح فيها بالمساقاة الا انها دالة عليها صريحا وظاهرا - وحيث انه ليس في الادلة لفظ المساقاة فلا يهملنا البحث في مفهوم هذا اللفظ - واما المعاملة الخاصة فالظاهر كونها كالمزارة من قبيل المشاركات وما ذكرناه في المزارة جارها .

(وهما) اى المزارة والمساقاة (عقدان لازمان لا يبطلان الا بالتفاسخ)

بلا خلاف اما كونهما من العقود اللازمة فله عموم ما دل على ان الاصل في العقود للزوم من الاية الكريمة (٣) « اوفوا بالعقود » وغيرها مما مر في كتاب البيع - واما مشروعية الاقالة فيهما وانفساخهما بها - وهى التفاسخ بالتراضي - فلما مر في كتاب الاجارة من مشروعية الاقالة في العقود - نظر الى كون التقايل بنفسه من العقود فتشمله الادلة العامة صحة

(١) الوسائل باب ٩ من ابواب المزارة حديث ٢

(٢) الوسائل - باب ٨ و ٩ و ١٠ من ابواب المزارة

(٣) سورة المائدة آية ٢

ولزوما - فراجعہ (ثم ان) المشهور بين الاصحاب على ما قيل انهما لما كانتا من العقود اللازمة وجب انحصار الفاظهما فى الالفاظ المنقولة شرعا المعهودة لغة - وكذا يشترط فيهما ما يشترط فى غيرهما من العقود اللازمة من العربية و وقوع القبول على الفور وما شاكر - لكن قد مر فى كتاب البيع انه لا يعتبر شىء من تلكم فى شىء من العقود اللازمة - و ايضا قد ظهر مما ذكرناه فى كتاب الاجارة جريان المعاطة فيهما - (ثم انه) حيث ان الاظهر عدم اعتبار الماضوية فى صيغ العقود اللازمة كما مر - فلا يهمننا النزاع فى انه هل يكفى غير الماضى من الصيغ فى المزارعة ام لا - والاستدلال للكفاية بالنصوص الخاصة فانها ح تكون على القاعدة..

شروط المزارعة - احدها العقد من اهله

ثم ان الكلام فى هذا الفصل - يقع فى مقامين الاول فى المزارعة - الثانى فى المساقاة (اما المزارعة) فالكلام فيها فى موضعين . الاول - فى شروطها الثانى فى احكامها اما الاول (فشروطها خمسة) الاول - (العقد من اهله) وهذا مركب من امرين (احدهما) اعتبار العقد وهو الايجاب والقبول فيها - والمراد به ان كان هو الاعتبار النفسانى فاعتباره فيها من القضايا التى قياساتها معها - و ان كان هو المبرز له وما ينشأ به من الالفاظ او الافعال فالدليل على اعتباره ما دل على اعتباره فى جميع العقود والايقاعات وهو ان بناء العقلاء والشارع الاقدس على عدم ترتيب الآثار على الالتزامات النفسانية ما لم تبرز بما يكون مبرزاً لها نوعاً ولذا لا يصح انشاء عقد بما وضع لآخر الامع القرينة الموجبة لظهوره فيه - واما الخصوصيات المعتبرة فيهما فقد مر الكلام فيها مفصلاً فى البيع - وكفاية المعاطة والعقد المركب من القول و الفعل - ظاهرة مما ذكرناه فى كتاب الاجارة فلا نعيد (ثانيهما) صدور العقد من اهله وهو كونه بالغاً عاقلاً مختاراً غير محجور عليه لفسه

أوفلس - ومدرک اعتبار الاولین حدیث (١) رفع القلم عنهما - ومدرک اعتبار الثالث حدیث (٢) رفع ما استکروه وعلیه - ومدرک اعتبار الرابع - تعلق حق الغرماء بماله فی الفلس ومادل (٣) علی عدم جواز امر السفیه فی التصرف المالی علی ماسیجیء - وقد مر تفصیل الکلام فی جمیع تلکم فی کتاب الاجارة - ومما قدمناه فیہ یظهر انه لا مانع من کون الزارع مفلساً اذا لم یکن منه مال لعدم کونه تصرفاً مالياً -

في اعتبار كون النماء مشاعاً بينهما

(و) الثاني (ان يكون النماء مشاعاً) بينهما تساويًا وتفاضلاً بخلاف فيه وظاهر الحدائق حيث قال والظاهر ان دليله الاجماع - الاجماع عليه وهو صريح الغنية واستدل له تارة - بالاختصار على المتيقن من النص والفتوى في عقد المزارعة المخالف لصالحة عدم الغرر ذكره سيد الریاض - واخرى - بما في المسالك من منافاة عدم اشاعة النماء بينهما لوضع المزارعة - وثالثة - بجملة من النصوص استدلل بها في الحدائق - كحسن (٤) الحلبي عن الصادق عليه السلام لا بأس بالمزارعة بالثلث والرابع والخمس - وصحيح (٥) عبد الله بن سنان الاثني - ولكن يقول ازرع فيها كذا وكذا ان شئت تصفا وان شئت ثلثاً ونحوه خبر (٦) ابي الربيع (ولكن) يراد الاول انه لا فرق في لزوم الغررين جعل النماء مشاعاً بينهما او تخصيص كل واحد بنوع من الزرع دون صاحبه - وان شئت قلت ان دليل مشروعية المزارعة اخص من مادل (٧) على النهي عن الغرر من هذه الجهة واطلاق المقيد مقدم على اطلاق المطلق كما حقق

(١) الوسائل باب ٤ - من ابواب مقدمة العبادات حدیث ١١ - وباب ٣٦ من ابواب

القصاص فی النفس حدیث ٢ - و باب ٨ من ابواب مقدمات الحدود حدیث ٢

(٢) الوسائل باب ٥٦ من ابواب جهاد النفس و باب ١٢ من ابواب کتاب الايمان

(٣) النساء آية ٦ - الوسائل باب ١ من ابواب کتاب الحجر

(٤) ٥-٦ - الوسائل باب ٨ من ابواب المزارعة حدیث ٣-٥-١٠-

(٧) التذكرة ج ١ - ص ٤٦٦ - وسبقه الشيخ في الخلاف

في محله - والثاني - ان وضع المزارعة على كون بعض الحاصل لصاحب الارض وبعضه للعامل - واما كون ذلك بنحو الاشاعة فلم يظهر منه ذلك وان شئت قلت ان اعتبار ذلك اول الكلام فكيف يفرض مفروغا عنه - والثالث - ان تلك الاخبار لا مفهوم لها - اما الاول فواضح واما الاخير ان فلانها في مقابل تسمية شيء من الحاصل للبقر و شيء منه للبذر لاحظ ما في اولهما - قال **عليه السلام** لا يسمى شيئاً من الحب والبقر ولكن يقول ازرع ... الخ (فالحق) ان يستدل به بصحيح الحلبي (١) عن الصادق **عليه السلام** لا تقبل الارض بخنطة مسماة ولكن بالنصف والثلث والرابع والخمس لابس به بناء على ارادة المزارعة من القبالة فيه او ما يشملها - وظهوره في اعتبار كون النماء حصّة مشاعة لا ينكر - و على هذا فلو اخص كل واحد منهما بنوع من الزرع دون صاحبه كان يشترط احدهما الهرف اى المتقدم من الزرع والاخر المتأخر منه - او ما يزرع على مكان معين والاخر ما يزرع في غيره او نحو ذلك مما لا اشاعة في شيء منه بينهما - لاتصح المزارعة .

انما الكلام فيما لو كانت الاشاعة في الجملة محققة ولكن بعد استثناء شيء معين - كان يشترط لاحدهما قدرا من الحاصل و ما زاد عليه بينهما - فالمنسوب الى المشهور عدم صحتها ايضا (وعن) المصنف ره جواز استثناء شيء مطلقا و رجحه في محكي الكفاية وفي الجواهر و غيرهما (وعن) الشيخ في النهاية و جماعة جواز استثناء البذر من جملة الحاصل (واستدل) للاول - بظهور - النصوص في اعتبار الاشاعة في الحصّة وبنافيتها استثناء شيء له ذكره في الحقائق - و بجواز ان لا تحصل الزيادة فيبقى الآخر بلا شيء كما في الشرايع وعن الغنية وغيرهما - وبما - دل على النهي عن الغرر الخارج عنه ما لو كان النماء بتمامه مشتركا بينهما بنحو الاشاعة وبقي الباقي افاده سيد الرياض - وبمنا فاته - لوضع المزارعة - ذكره في المسالك (والكل مردود) اما الاول - فلما مر من ان النصوص لا دلالة في شيء منها على اعتبار الاشاعة سوى

صحيح الحلبي - و هو انما تضمن النهى عن المزارعة بالحصة المعينة وجواز المزارعة بالمشاعة ولا تعرض فيه لما اذا كانت المزارعة بهما معا وصدره لا يدل على النهى عنه كما هو واضح وذيله لا مفهوم له - فيبقى هذه الصورة داخلية تحت عمومات صحة المزارعة - واما الثانى - فلانه يمكن فرضه فيما يكون الغالب عادة حصولها - مع انه لا محذور فى ان لا يبقى للآخر شيء كما لو لم يحصل شيء من الارض اصلا - واما الثالث - فلما مر من ان دليل الفرر مخصص فى المقام من هذه الجهة - و اما الرابع - فقد عرفت ان ذلك لا ينافى وضع المزارعة بل ربما كان الظاهر منه خلاف ذلك خصوصا اذا كان الاستثناء لاجنبى .

فالظاهر جواز الاستثناء مطلقا - للمعمومات و الاطلاقات - ويشهد به مضافا الى ذلك جملة من النصوص لاحظ - خبر (١) ابراهيم الكرخى قلت لابي عبدالله عليه السلام اشارك العليج فيكون من عندى الارض والبذر والبقر ويكون علي العليج القيام والسقى والعمل فى الزرع حتى يصير حنطة أو شعير او تكون القسمة فياخذ السلطان حقه ويبقى مابقى على ان للعليج منه الثلث و لى الباقي قال عليه السلام لا بأس بذلك قلت فلى عليه ان يرد على مما اخرجت الارض البذر ويقسم مابقى قال انما اشاركنه على ان يكون البذر من عندك وعليه السقى والقيام - فان صدره صريح فى جعل مقدار من الحاصل للغير و عدم اشاعة الحصة فى المجموع - وذيله ظاهر فى ذلك فانه عليه السلام عل عدم جواز اخذ مقدار البذر من الحاصل بانه عند عقد الشركة لم يصرح بذلك فيستكشف منه انه لو كان صرح به لما كان فيه محذور - وخبر (٢) يعقوب بن شعيب عنه عليه السلام عن الرجل يكون له الارض من ارض الخراج في دفعها الى الرجل على ان يعمرها ويصلحها ويؤدى خراجها ما كان من فضل فهو بينهما قال عليه السلام لا بأس و نحوهما غيرهما .

ومما ذكرناه يظهر حال مسألة اخرى وهى مالو شرط احدهما على الاخر شيئا يضمنه له من غير الحاصل مضافا الى الحصة من ذهب او فضة او غيرهما - فانه لا اشكال فى الجواز - بل الوجوه المذكورة لعدم الجواز فى المسألة المتقدمة لانجرى هنا - ولذا

ذهب المشهور الى الصحة هنا بل ظاهر المسالك عدم الخلاف فيها - وفى الجواهر - قال فى المفاتيح فى بعض الاخبار عليه دلالة قيل ولعله ما اشار اليه فى الكفاية من بعض المعتمدة (١) عن الرجل يزرع له الحراث الزعفران ويضمن له ان يعطيه فى كل جريب ارض بمسح عليه وزن كذا وكذا درهمافر بما نقص وغرم وربما استفضل وزاد قال عليه السلام لا باس اذا تراضيا انتهى وفيه تأمل - وكيف كان ففى المسالك ان قراره مشروط بالسلامة كاستثناء ابطال معلومة من الثمرة فى البيع ولو تلف البعض منه سقط منه بحسابه لانه كالشريك وان كان حصه معينة انتهى - واورد عليه بمنافاته لعموم مادل (٢) على لزوم الشرط بعد فرض كونه فى الذمة وبذلك يفرق بينه وبين استثناء الارطال التى هى بعض المبيع - ويمكن ان بوجه كلام نائى الشهيد بن زه بان الظاهر من الشرط ليس جعل شىء له مجاناً بل بازاء ما يصل الى الآخر - فيتم ما افاده - فتدبر

فى اعتبار تعيين المدة فى المزارعة

(و) الثالث ان يكون (الاجل معلوماً) بلا خلاف معتد به بل لعل الاجماع عليه كذا فى الجواهر - وفى الحقائق القنوى صريحا بعدم اعتباره - والاول اظهر - لعموم (٣) مادل على النهى عن الغرر الشامل للمقام مع الجهل بالمدة - كما فى الاجارة فان المزارعة وان لم تكن من المعاوضات بل من قبيل المشاركات ولكنها من العقود اللازمة ولم يقيد الغرر المنهى عنه بما فى المعاوضات - ودعوى - ان المزارعة تحتل من الغرر ما لا يحتمله غيرها - مندفة - بان ذلك بالنسبة الى الحصه لافى غيرها - لا يقال - ان النسبة بين مطلقات المزارعة - و مادل على النهى عن الغرر عموم من

(١) الوسائل باب ١٤ من ابواب المزارعة حديث ١

(٢) الوسائل باب ٦ من ابواب الخيار كتاب التجارة

(٣) التذكرة ج ١ ص ٤٦٦ -

وجه فلاوجه لتقديم النبوى - فانه يتوجه عليه اولا ان النبوى حاكم على ادلة الباب وهو ينفى المعاملة المشروعة فى نفسها - لولا الغرر اذا كانت غريبة - وثانياً - انه لو سلم كون النسبة عموماً من وجه من دون حكومة فى البين يقدم النبوى للشهرة التى هى اول المرجحات - ودعوى ان لكل زرع امدا معتادا فيبنى مع الاطلاق على العادة ويكتفى به عن ذكر المدة - فيها انه ان اوجب الاطمينان بالمدة فهو فى حكم التعيين ولا فلا يوجب رفع الغرر فلا يكتفى به .

ثم انه قد استدلل للمختار بروايات متعددة اكثرها لا تدل عليه - نعم - لو قيل بدلالة خبر (١) ابي الربيع الشامي عن الصادق عليه السلام عن ارض يريد رجل ان يتقبلها فإى وجوه القبالة احل قال عليه السلام يتقبل الارض من اربابها بشيء معلوم الى سنين مسماة فيعمر و يؤدى الخراج فان كان فيها علوج فلا يدخل العلوج فى قبالة فان ذلك لا تحل عليه نظرا الى ان المراد بالقبالة المزارعة او ما يشملها - ليس بكل البعيد ثم انه ذهب جماعة الى اعتبار كون المدة مما يعلم فيه ادراك الزرع ولو من جهة العادة لان ادراك الزرع هو الملحوظ فى المزارعة بل هو ركنها الاعظم ويمكن ان يستدل له فى صورة احراز القصور بمنافاته لما هو المقصود من المزارعة - وفى صورة الشك بحديث النهى عن الغرر .

ثم ان تمام الكلام فى المقام فى ضمن فروع ١ - لو شرط فى العقد تاخير ه ان بقى بعد المدة المشترطة - ففى الشرايع بطل العقد على القول باشتراط تقدير المدة ووجهه فى المسالك والجواهر - بان المدة تصير فى الحقيقة هى المجموع من المذكور وما بعده الى ان يدرك الزرع وهى مجهولة (وفيه) اولا ان الشرط ان كان بقاء المزارعة كان لما ذكر وجهه واما لو كان ابقاء الزرع فى ارضه فلا محل لهذا الكلام فان مدة المزارعة هى ما جعل فى متن العقد - وثانياً - ان الشرط بما انه غررى يكون فاسدا والشرط الفاسد لا يفسد العقد - وثالثاً - ان المدة مضبوطة وما تضمنه الشرط - انما

هو انشاء شئ آخر و كون المجموع مجهولا لا يوجب جهالة مدة العقد - فالظاهر بطلان الشرط وصحة العقد - ولو اشترط استحقاق الابقاء ولو بالاجرة بلا تعليق صح الشرط ايضا لعدم الغرر فيه ولكن الظاهر خروج ذلك عن محل الكلام .

٢- لو ترك المزارعة حتى انقضت المدة والارض تحت يده - ففي ضمانه اجرة المثل للارض - او عدم ضمانه اصلا - او التفصيل بين الترك اختياراً فالاول او معذورا فالثاني - او ضمانه ما يعادل الحصة المسماة بحسب التخمين - او ضمانه بمقدار تلك الحصة من منفعة الارض و من قيمة عمل الزارع - او التفصيل بين صورة اطلاع المالك على ترك الزرع فلا ضمان و بين عدم اطلاعه فالضمان و جوه واقوال (اقول) حيث انه قد عرفت ان المزارعة من المشاركات لامن المعاوضات فلا يملك على الزارع عمله ولا حصة من الحاصل عليه فلاوجه لضمانه اجرة احدهما - و لكن بما انه قد مر في كتاب الاجارة والبيع ان المنافع غير المستوفاة يضمنها من يكون المال تحت يده فيضمن اجرة المثل للارض التي هي قيمة منفعة الارض الفائتة - و به يظهر انه لو لم يكن الارض تحت يده لا ضمان عليه و بذلك يظهر ما في كلمات القوم في المقام .

٣ - و لو مضت المدة والزرع باق - فالمشهور ان المالك ازالته - و ذهب بعضهم الى انه ليس له تلك و عن القواعد الاقرب ان للمالك الازالة مع الارش والتبعية مع الاجرة (وجه) الاول - عموم مادل (١) على تسلط الناس على اموالهم وعدم (٢) حل مال المسلم الا بطيب نفسه ضرورة عدم حق للزارع بعد المدة التي ذلك فائدة جعلها غاية (وجه) الثاني - انه قد حصل في الارض بحق فلم يكن للمالك قلعه - وان للزارع

(١) البحار ج١ - ص ١٥٤ الطبع القديم - وج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث

(٢) الوسائل باب ٣ من ابواب مكان المصلى المستدرك ج ١ ص ٢١٢

امدا معيناً غير دائم الثبات فاذا اتفق الخلل لا يسقط حق الزارع كما لو استأجر مدة للزرع فانقضت قبل ادراكه (ووجهه) الثالث كونه جمعاً بين الحقين عكذا ذكروا.

وحق القول في المقام ان يقال انه لا ينبغي التوقف في سقوط حق الزارع لان الحق كان الى غاية فلاحق له بعدها وكون امد معين المزرع لا يوجب ثبوت حق للزارع في الارض بعدم كون المعاملة ااردة على الزرع بماله من الامد بل الى وقت معين - واما انه هل للمالك الارض ازالته ففيه اشكال نظر الى ان عموم الناس مسيطرون على اموالهم انما يدل على جواز التصرف في ماله لا في مال الغير الا ترى انه لا يصح ان يقال ان مقتضى قاعدة السلطنة جواز ان يذبح حيوانا للغير بمديته - من جهة انه تصرف في المدية - وفي المقام غاية ما يدل عليه قاعدة السلطنة جواز التصرف في الارض اما جواز التصرف في الزرع بالازالة فلا يستفاد منها .

وهل له الامر بالازالة فيجب على الزارع تلك و ان لم يفعل يلزمه الحاكم عليها ام لا - الظاهر ان له تلك الا في صورة واحدة وهي مالوا ستلزم القلع والازالة الضرر على الزارع و كان بقاء الزرع في الارض غير موجب لتضرر المالك ولا كان له نفع في قلعه - فانه في هذه الصورة يمكن ان يقال ان مقتضى حديث (١) لا ضرر عدم وجوب الازالة - وانما لم نقل بذلك فيما اذا تضرر المالك ببقاء الزرع او كان له نفع في قلعه فلما حقق في محله و صرح به جماعة بل المشهور من انه لا يجب تحمل الضرر لدفعه عن الغير لان حبس المالك عن الانتفاع بملكه و جعل الجواز تابعا لتضرر الغير حرج عظيم - ولا يعارضه تضرر الغير - و تمام الكلام في محله و لذلك افتوا بجواز ان يتصرف الانسان في ملكه بحفر بئرو شبهه و ان تضرر جاره بذلك ان كان في ترك الحفر ضرر عليه وكان له فيه نفع - راجع كلمات القوم في كتاب احياء الموات - وعلى الجملة - في خصوص هذه الصورة من جهة عموم حديث لا ضرر يحكم بانه لاحق له في الازالة فليس له ان يأمر بها ولا يجب على الزارع

الازالة - ولكن ليس لازم ذلك ان له ابقاء الزرع بلا اجرة بل من جهة انه يستوفى بذلك منفعة الارض فعليها اجرة المثل للارض - فالمتحصل مما ذكرناه انه ليس له الازالة بنفسه مطلقا وانما له ان يامر بالازالة بلا ارش ولا حق للزارع في الابقاء الا في صورة واحدة - وفي خصوص تلك الصورة له ابقاء الزرع مع الاجرة - فتدبر فانه حقيق به .

ثم انه في موارد ثبوت حق الامر بالازالة للمالك لا فرق بين ان يكون عدم ادراك الزرع بسبب الزارع كالتفريط بالتأخير او من قبل الله تعالى كتغيير الاهوية وتأخير المياه - واما في مورد ثبوت حق الابقاء للزارع فلا يبعد القول بالاختصاص بما اذا كان ذلك من قبل الله تعالى - وان كان من قبله لاحق له في الابقاء من جهة انه بفعله اقدم على الضرر وفي مثل ذلك لا يصلح حديث لاضرر لتخصيص عموم قاعدة السلطنة وحكومته عليها كما لا يخفى ثم انه لو اتفقا على التبقية جاز بعوض وبغيره - وفي التبقية بالعوض يمكن ان يكون ذلك بنحو الاجارة او الصلح او الا باحة بعوض .

(٩) الرابع (تعيين الحصة بالجزء المشاع) من الثلث او ما شاكل فلو قال ازرع هذه الارض على ان يكون لى اولك شئ من حاصلها بطل بالاخلاف ويظهر وجهه مما ذكرناه في سابقه .

يعتبر كون الارض مما ينتفع بها

(١٠) الخامس (كون الارض مما ينتفع بها) بان تكون من اراضي الزراعة وان يكون لها ماء او تقدير الماء من نهر او بئرا وعين او ما شاكل ومن تلكم الارض التي تسقيها الغيوث والامطار عادة - وان لم يمكن الانتفاع بها بطلت المزارعة بلا خلاف في ذلك في الجملة الاما عن المصنف ره في القواعد حيث قال بعد ذكر الشرط المذكور ولو زارعتها او آجرهاله ولا ماء لها تخير العامل مع الجهالة لامع العلم لكن في الاجرة يثبت المسمى انتهى و ظهوره في صحة المزارعة لا ينكر - ولكن الطاهر ارادته صورة عدم الماء فعلا وان كان يمكن بحفر بئر مثلا لا صورة عدم امكان الانتفاع بها للزرع الذي لا يطابق ما اعترف به قبيل هذه العبارة من الشرط المزبور - وعلى ذلك يحمل ما عن

ارشاده - قال ولو زارع على مالماء له بطل الامع علمه - فلا خلاف في المسألة -
ومدرك اعتبار هذا الشرط - عدم صدق المزارعة لعدم الغرض المطلوب فيها فلا تشملها
الاطلاقات والعمومات ولا اقل من انصرافها عن ذلك - وعدم بناء العقلاء عليه
بل هي من المعاملات السفهائية عندهم - والمعاملة السفهائية وان لم نلتزم ببطلانها
الا انه في ما كان هناك اطلاق او عموم دال على الصحة لا في مثل المقام مما لا دليل عليها .
ثم ان تمام الكلام في ضمن فروع - ١ - انه لو لم يكن للأرض ماء بالفعل و
لكن يمكن تحصيله بعلاج - فلا اشكال في صحة المزارعة - وهل للزارع الخيار
مع الجهل بذلك ام لا - الظاهر ذلك لالقاعدة نفى الضرر حتى يقال انها تختص بما
اذا كان ضرر عليه بل لتخلف الشرط الضمني الذي عليه بناء العقلاء والعقد مبني عليه
وهو كون الأرض ذات ماء بالفعل .

٢ - اذا كانت الأرض ذات ماء بالفعل ولم يعلم به المتعاقد ان فاقعا المزارعة
فظاهر الجواهر ابتناء الصحة و البطلان على القول باشتراط الامكان - ومناعية عدم
قابليتها للانتفاع فعلى الاول تصح وعلى الثاني تبطل وحيث ان المختار عنده اشتراط
الامكان فلذا اختار البطلان (وفيه) - اولا - ان الفرق بين المبنيين غير ظاهر اذ لو كان
المانع او الشرط هو الامكان واقعا - وعدم قابليتها للانتفاع كك لزوم البناء على الصحة
لوجود الشرط وانتفاء المانع - ولو كان العلم باحدهما شرطا او مانعا ففي الفرضين
لا بد من القول بالبطلان - وثانيا - ان مقتضى الادلة التي اقامها للبطلان مع
عدم قابلية الأرض للانتفاع من كون المعاملة سفهائية وارادة غير الغرض من
العمومات والمطلقات هو الصحة فان المعاملة لا تكون سفهية واقعا والمفروض
انكشاف ذلك لهما وكان الفرض مشمولا للادلة واقعا وان تخيلا عدم كونه كذلك فلا يظهر
هي الصحة الا ان يفرض عدم قصدهما لعنوان المزارعة جدا حين الانشاء وهو خلاف الفرض .
٣ - اذا كانت الأرض لاماء لها حين العقد فانفق تجدد قابليتها في ظرف
الاحتياج الى الماء كفى ذلك العقد - فانه ينكشف كونه واجد للشرائط وفاقد للموانع
واقعا وان لم يعلم به - فما - في الجواهر من الحكم بالبطلان - غير ظاهر - نعم - اذا

لم يقصد المزارعة جدا بطل لذلك .

٤- ولو انقطع الماء فى اثناء المدة - فتارة ينقطع فى جميع المدة و اخرى فى الاثناء بعد الانتفاع بالارض فى الزراعة فى مقدار من المدة - وعلى التقديرين تارة يمكن تحصيله بعلاج و اخرى لايمكن ذلك - فان انقطع فى تمام المدة و لم يمكن تحصيله بطل العقد لان المعتبر هو قابلية الارض للزراعة فى ظرف العمل والفرص عدمها وان توهما تحققها فبالانقطاع ينكشف عدم واجدية العقد للشرائط - وان انقطع فى تمام المدة مع امكان تحصيله بعلاج فالظاهر ثبوت الخيار للزارع لما ذكرناه فى الفرع الاول - وان انقطع فى بعض المدة و لم يمكن تحصيله بطل العقد بالنسبة الى المدة الباقية و ح للزارع خيار التبعض بلحاظ التبعض فى الغرض المعاملى و هو الانتفاع بالارض فى مجموع المدة - و ان انقطع فى الاثناء و امكن تحصيله بعلاج تخير الزارع بالنسبة الى الباقي فان فسخ ثبت له خيار التبعض - لا يقال - ان التبعض حصل بفعله فلا يثبت له خياره - فانه يتوجه عليه ان منشأ التبعض ليس من ناحية بل من جهة تخلف الشرط الضمنى - وبما ذكرناه ظهر ما فى كلمات الاصحاب فى المقام

حكم عقد المزارعة بين ازيد من اثنين

الموضع الثانى فى احكامها (و) فيه مسائل - الاولى (له) اى المزارع (ان يزرع بنفسه او بغيره او بالشركة ما لم يشترط المباشرة) والاثنين ان يزرع بنفسه عملاً بالشرط وهذا لا كلام فيه لو كان المراد ظاهره كما لا كلام فى انه يجوز كون الارض من احدهما والعمل والبذر والعوامل من الآخر - او العمل من احدهما والبقية من الآخر - والنصوص المتقدم جملة منها شاهدة بذلك انما الكلام فى موردين .

الاول - فى جواز عقد المزارعة بين ازيد من اثنين - مثال ذلك - ان تكون الارض من واحد والبذر من آخر والعمل من ثالث والعوامل من رابع - ففى محكى القواعد فى صحة كون البذر من ثالث نظر - و كذا لو كان البذر من ثالث والعوامل

من رابع (وفى المسالك) فى مقام بيان منشأ الاشكال قال من عموم الامر بالوفاء بالعقد والكون مع الشرط - ومن توقف المعاملة سيما التى هى على خلاف الاصل على التوقيف من الشارع ولم يثبت منه مثل ذلك والاصل فى المزارعة قصة (١) خبير ومزارعة النبى ﷺ اليهود عليها على ان يزرعوها ولهم شطر ما يخرج منها وله ^{الشرط} شطره الاخر وليس فيها ان المعاملة مع اكثر من واحد وكك باقى النصوص التى وردت من طرقنا ولان العقديتم باثنين موجب وهو صاحب الارض وقابل فدخل ما زاد يخرج العقد عن وضعه او يحتاج اثباته الى دليل والاجود عدم الصحة (واورد عليه) فى الحقائق - بان مذكوره من توقف هذه المعاملة على التوقيف من الشارع بمعنى دليل خاص فهو خلاف ما يستندون اليه من التمسك بعموم الادلة واطلاقاتها - وايضا - ان ذلك ينافى ما يفهم من قصة خبير فان اليهود كانوا كثيرين وقد زارعهم النبى ﷺ - وايضا ينافيه ما هو معلوم جوازه فى باقى العقود من تعدد الموجبين والقابلين - ثم حكى عن الاردبيلي قده ما يؤيد مذكوره (ولكن) يرد على ما فى الحقائق - انها هنا مشكلتين - احدهما - كون احد طرفى عقد المزارعة متعددا ككون الارض مشتركة بين جماعة مثلا - ثانيتهما - كون طرف العقد متعددا - بان يكون الارض من واحد والعمل من آخر والابندر من ثالث - وما افاده صاحب الحقائق انما هو فى المسئلة الاولى - ولا اظن ان يكون من يشكل فى الصحة فيها - ومورد كلام المسالك المسئلة الثانية - (و اما ما افاده فى المسالك - فيرد على ما افاده اولاً ان اطلاقات المزارعة وان لم تشمل الفرض الا انه يكفى العمومات العامة بعد عدم الدليل على اعتبار عدم كون العقدين اثنين - وكون ذلك خلاف المتعارف لا يوجب الانصراف ومعها لا يرجع الى الاصل - و يرد على ما افاده ثانياً - ان العقد عبارة عن ربط احد الالتزامين او الالتزامات بالآخر - فان كان مدعاه عدم صدق العقد على ما لو كان العاقد اكثر من اثنين فهو ظاهر الفساد - وان كان مراده انصراف العقد الى ذلك - فيرده انه لا منشأ له سوى التعارف وهو

لا يوجب الانصراف المقيد للإطلاق •

فالانصاف انه لامانع من شمول العمومات سيما على المختار من كون المزارعة من المشاركات - سوى النصوص الخاصة - لاحظ خبر (١) ابي الربيع الشامي عن ابي عبدالله عليه السلام عن الرجل يزرع ارض آخر فيشترط عليه ثلثا للبذر و ثلثا للبقر فقال عليه السلام لا ينبغي ان يسمى بذرا ولا بقرا ولكن يقول اصاحب الارض ازرع في ارضك ولك منها كذا وكذا نصف او ثلث او ما كان من شرط ولا يسمى بذرا ولا بقراً فانما يحرم الكلام وخبر (٢) عبدالله بن سنان عنه عليه السلام في حديث لا يسمى شيئاً من الحب والبقر ولكن يقول ازرع فيها كذا وكذا الحديث ونحوهما غيرهما - فان المستفاد من هذه النصوص انه لا يجوز ان يجعل بازاء البذر والبقر شيئاً من الحاصل - بل هو يجعل لصاحب الارض والعامل وليس معنى الفساد والبطالان الا ذلك (وعن) المختلف حمل هذه النصوص على الكراهة معللاً بانه لا ربا هنا لان الربا انما يثبت في البيع خاصة (وفيه) اولاً انه ليس النظر في النهي الى الربا قطعاً ولذا نهى عن جعله بازاء البقر ايضاً - وثانياً ان الحمل على الكراهة مضافاً الى انه خلاف الظاهر بلا قرينة عليه - ينافيه التعليل بانه يحرم الكلام المراد منه بحسب الظاهر الحرمة والفساد مع هذه التسمية والتوزيع (وعن) المجلسي ره ان قوله للبذر ثلثا يحتمل وجهين - احدهما ان اللام للملك فالتنهي لكونهما غير قابلين للملك - ثانيهما - ان يكون المعنى ثلثا بازاء البذر و ثلثا بازاء البقر فالتنهي لشائبة الربا في البذر وهذا من غرائب الكلام - فالحق دلالة النصوص على المنع من التوزيع في المزارعة بهذا النحو اي جعل مقدار المالك البذر ومقدار لمالك البقر - بل المتعين جعل الحاصل لمالك الارض والعامل وهذا مستلزم للفساد في محل الفرض .

الثاني في تشرىك الغير في المزارعة فالمشهور بينهم انه يجوز للعامل ان يشارك غيره في العمل بالحصة المعلومة وان يزارع غيره - من غير توقف على اذن المالك اذا لم يكن شرط عليه العمل بنفسه - وهذا لا اشكال فيه على فرض كون المزارعة

من المعاولات كما مر نظيره في الاجارة وينا هناك تفصيل القول في ذلك وفي جواز تسليم العين اليه - واما على فرض كونها من المشاركات فقد يشكل المشاركة فيها بما افاده الشهيد الثاني - قال وهو حسن في مزارعة غيره اما المشاركات فلا لان المراد بها ان يبيع بعض حصته في الزرع مشاعا ببعض معلوم و هذا لا مانع منه لملكه لها في تسلط على بيعها كيف شاء بخلاف ابتداء المزارعة اذ لاحق له ح العمل وبه يستحق الحصة انتهى وتبع في ذلك المحقق الثاني - واورد عليهما بما يطول المقام بذكره والحق ان يقال ان النقل الى الغير يتصور على وجوه - احدها - نقل المزارعة او نصفها مثلا الى الغير بحيث يصير كانه هو الطرف للمالك بصلح ونحوه بعوض ولو من خارج او بلا عوض - ثانيها - نقل حصته او بعضها الى الغير ولكن لا يصير الغير بهذا النقل زارعا له ولا لصاحب الارض بل الناقل هو العامل للمالك وعليه القيام باعمال الزراعة و لو بالتسيب - ثالثها - ان يزارع غيره او يشاركه كما زارعه المالك - فيكون من قبيل اجارة العين المستأجرة فيكون الغير زارعا - والكلام تارة فيما يقتضيه القاعدة - واخرى في مقتضى النص الخاص (اما الاول) فالظاهر عدم جواز النقل بالوجه الاول - لان صيرورة الزارع زارعا يستحق على المالك بذل منفعة الارض وعليه العمل مع كون الحاصل بينهما على الوجه الذي اشترطوه من آثار عقد المزارعة وهذا غير قابل للنقل بل هو نظير نقل الاجير صيرورته اجيرا الى الغير - وعدم جواز نقل العقد الواقع بينهما وكونه طرفا له الى الغير اوضح - واما النقل على الوجه الثاني - فان كان بعد خروج الزرع فلا اشكال فيه اصلا لعموم ادله العقود - واما قبل خروج الزرع ففيه اشكال نظرا الى الجهل بالوجود - الا بناقل لا يضربه الجهل بالحصول - واما النقل على الوجه الثالث فالظاهر جوازه لان الارض تصير متعلقة لحقه وقد مر انه يجوز المزارعة على ارض تكون تحت تسلط الانسان وان لم يكن مالكا لها ولا لمنافعها - ولا فرق في جميع تلكم بين كون البذر من المالك او منه. كما لا فرق بين ان يشترط المباشرة - وعدمه اذ لا منافاة بين الصحة

في موارد هـ او بين مباشرته للعمل لعدم لزوم المباشرة للعمل في صحة المزارعة كما مر فيصح ان يزارع الغير او يشاركه ويكون هو المباشر دون ذلك الغير - واما النص - وهو (١) موثق سماعة سألته عن المزارعة قلت الرجب يبذر في الارض مائة جريب او اقل او اكثر طعاما او غيره فيأتيه رطل فيقول له منى نصف هذا البذر الذي زرعه في الارض ونصف نفقتك على واشركني فيه قال لا بأس - فظاهره التشريك في حصة من الحاصل - وليس فيه ما يشهد بنقل المزارعة او جعله شريكا معه في كونه طرفا للمالك والله العالم -

حكم اطلاق المزارعة

الثانية قالوا (و) لو اطلق المزارعة (يزرع ماشاء) ولا يتعين نوع خاص (الا مع التخصيص في العقد) وتنقيح القول بالبحث في موارد .

١- هل يصح الاطلاق فيختار الزارع ماشاء - كما هو ظاهر المشهور - ام يعتبر التعيين كما عن المصنف في التذكرة - وجهان (واستدل) المصنف لما اختاره بتفاوت ضرر الارض باختلاف جنس المزروعات فيلزم من تركه الغرر (واورد عليه) في المسالك بان المالك دخل على اضر الانواع من حيث دخوله في الاطلاق فلا غرر (وفيه) ان المالك ان عين الاضر فلا غرر ولكن ان اطلق ولم يعين وكان الخيار بيد الزارع ويكون له زرع الاضر وزرع غيره فلا محالة يلزم الغرر ودخول المالك لا يوجب رفع حكم الغرر، وليس هو نظير الضرر كى يرتفع حكمه بالاقدام - ولكن يمكن ان يقال بناء على ما اخترناه في حقيقة المزارعة من كونها من قبيل المشاركات لامن المعاوضات وان الارض لا تنتقل من المالك ولا منفعتهما تنتقل عنه الى الزارع بل ليس الا الاذن في الزرع فلا يكون غرر منها عنه اذ لا اشكال في عدم جريان الغرر في الاذن - واما من ناحية مجهولية الحاصل فالغرر الناشئ منها معفو في هذا الباب لجهاته دائما - فالأظهر صحة الاطلاق .

٢- قال في المسالك انه مع الاطلاق يتمخيز الزارع اذا كان البذر من عنده اما

لو كان من عند صاحب الأرض فالتخيير اليه بطريق اولى لالى الزارع (وفيه) ان ذلك فرع كيفية الاطلاق الماخوذ في العقد - فان كان بنحو ظاهره تخيير الزارع لم يكن منافاة بينهما و بين كون البذر من المالك فيكون الاختيار في تعيين نوع البذر بيد الزارع .

٣- ولوعين رب الأرض الزرع على العامل تعيينا نوعيا كالحنطة او شخصيا كهذه الحنطة او صنفيا كالحنطة الفلانية - لم يجز له التعدى الى الاخر سواء كان ما عدل اليه اضر مما عين في العقد او اقل ضررا او مساويا لعموم وجوب الوفاء بالعقد والشرط (ولو خالف) ففيه اقوال - احدها - ان للمالك اجرة المثل وهو مختار الشهيد الثاني في المسالك و المحقق الاردبيلي - ثانيها - التخيير بمعنى انه يتخير المالك بين فسخ العقد واخذ اجرة المثل وعدمه فيأخذ المسمى مع الارش للنقص الحاصل في الأرض بسبب زرع الاخر فيها ان زرع الاضر وهو مختار المصنفه . ثالثها - التفصيل بين مالو زرع الاقل ضررا فلا خيار له وبين مالو زرع الاضر فله الخيار وهو ظاهر الشرايع (والحق) ان يقال ان تعيين النوع او الصنف او الشخص قد يكون على وجه التقييد والعنوانية - وقد يكون على وجه الاشتراط - فعلى الاول فبالنسبة الى ما وقع عليه العقد يكون كما لو ترك الزرع - وحكمه ضمان اجرة المثل للأرض لانه فانت المنفعة والأرض تحت يده واما بالنسبة الى الزرع الموجود فان كان البذر للمالك كان الزرع له ولا يستحق العامل اجرة عمله لعدم كونه بامر المالك فلا موجب لضمانه له - وان لم يكن عالما بالتعيين ولم يتعمد الخلاف ولكن حيث انه لا يضمن من العين الواحدة من منافعها المتضادة والفرض استيفاء المالك منفعة من تلك المنافع ومعه لا تكون المنفعة المضادة لها مضمونة فلا يستحق على الزارع اجرة المثل للمعارض مع عدم نقصان ما استوفاه من المنفعة - فلا يظهر حرم ملاحظة ازيدهما قيمة فان كان ما استوفاه ازيد فلا شيء على الزارع وان كان اجرة المثل ازيد استحق الزيادة خاصة عليه - وعلى الثاني للمالك الخيار في فسخ العقد و ابقائه - فان ابقاه لا يستحق عليه شيئا - وان فسخه يجري فيه ما ذكرناه في الصورة السابقة :

ثم انه مع التعيين لافرق فيما ذكرناه من الاحكام بين مالو كان مازرعه اقل ضررا ام كان اكثر ضررا (ودعوى) ان المراد من التعيين مقدار الاذن فى الانتفاع بالأرض فهو كالأجرة بالنسبة الى ذلك فيجوز (مندفعة) بما افاده الشهيد الثانى بان غرض المالك ليس منحصرًا بمصلحة الأرض بل المقصد الذاتى انما هو الانتفاع بالزرع و مصلحة الأرض تابعة ولاشك ان الأغراض تختلف فى انواع المزروع فربما كان غرضه بالاشد ضررا من حيث نفعه و الحاجة اليه وان حصل للأرض ضرر (مع) انه يدفعها ان ما ينشأ بالعقد لا يختلف باختلاف الأغراض ويكون ما وقع عليه العقد عنوانا لما يستحقه احدهما على الآخر - فاذا وقع العقد على الاشد ضررا - لايجوز الاقل ضررا والحكم فى الأجرة ايضا كك -

حكم خراج الأرض ومؤنتها

الثالثة - (والخراج) ومؤونة الأرض كاجرتها اذا كانت مستأجرة و نحوها (على المالك) فان العامل انما يجب عليه العمل وما اشترط عليه من البذر والعوامل و امر الأرض وما يتعلق بها الى ربها بل فى خبر (١) سعيد الكندى قلت لابي عبدالله عليه السلام انى آجرت قوما ارضا فزاد السلطان عليهم قال عليه السلام اعطهم فضل ما بينهما قلت انا لم اظلمهم ولم ازد عليهم قال **عليه السلام** انهم زادوا على ارضك - وان كان فيه قصور من حيث السند - و الظاهر ولا اقل من المحتمل كونه فى الخراج الذى هو على مالك الأرض باعتبار انه كانه عوض الأرض بأخذه السلطان وغير مقدر بقدر فقد يزيد السلطان فيه وقد ينقص - فلا يرد عليه ما افاده سيد الرضا قال ويستفاد من التعليل انسحاب الحكم فى كل موضع يشابه موردّه كما يتفق كثيرا فى بلاد نامن الظلم على سكنة الدار بما لا يكتب عليها فمقتضى الاصل والقاعدة برائة ذمة اربابها وصرف الغرامة الى السكنة فان المظلوم من ظلم - فانه على ما ذكرناه يكون الخبر موافقا للقاعدة

بل والاصل وهو اصاله البرائة عما زاد على ماوجب عليه بعقد المزارعة. والخبر وان كان في الاجارة الا انه يستفاد حكم المقام منه بعموم التعليل .

هذا كله (ما لم يشترط) على الزارع و الا لازم (عليه) عملا بالشرط و الظاهر تسالمهم عليه مع كونه معلوما و انما اشكل الشهيد الثاني في المسالك في صورة الجهل - قال ولو شرط عليه الخراج فزاد السلطان فيه زيادة فهي على صاحب الارض لان الشرط لم يتناولها ولم تكن معلومة فلا يمكن اشتراطها انتهى - واورد عليه - صاحب الحدائق ره بان المستفاد من الاخبار خلاف ما ذكره لاحظ صحيح (١) داود بن سرحان عن ابي عبدالله عليه السلام في الرجل تكون له الارض عليها خراج معلوم وربما زاد وربما نقص في دفعها الى رجل على ان يكفيه خراجها ويعطيه مائتي درهم في السنة قال عليه السلام لا بأس - ورواه الصدوق باسناده عن يعقوب بن شعيب عنه عليه السلام وصحيح (٢) ابن شعيب عن الصادق عليه السلام عن الرجل تكون له الارض من ارض الخراج في دفعها الى الرجل على ان يعمرها ويصلحها او يؤدي خراجها وما كان من فضل فهو بينهما قال عليه السلام لا بأس - قال وهذه الاخبار ظاهرة في عدم ضرر جهالة الشرط المذكور (وفيه) اولا - انه ليس في هذه النصوص ما يدل على ان ذلك هل هو بعنوان الجعالة او الصلح او نحوه ما المغتفر فيها الجهالة ام بعنوان الاجارة و شبهها - ثم انه هل الخراج مجعول جزء من العوض او يكون مجعولا بعنوان الشرط بل قد يقال انه ليس فيها ما يدل على كون ذلك بعنوان المعاملة بل هي ثلاث مع كون ذلك بحصول التراضي خاصة ونفي البأس لا يدل على ازيد من الجواز - ولو سلم الاطلاق يقيد بمادل على مضرية الجهالة للحكومة - وثانيا انه يمكن ان يقال ان هذه النصوص وما شابهها متضمنة لحكم معاملة خاصة نظير المصاحبة - مفادها تمليك المنفعة للعامل وتمليك مالك الارض للعمل ونحوه بلامعاوضة بين العمل والمنفعة فتأمل - و سياتى لذلك زيادة توضيح في المسألة اللاحقة - وثالثا - ما في

(١) الوسائل باب ١٧ من ابواب المزارعة حديث ١

(٢) الوسائل باب ١٠ من ابواب المزارعة حديث ٢

الجواهر ان شرط الخراج فى النصوص من اشتراط كون حق الخراج عليه نحو اشتراط حق الزكاة على مشتري الثمرة مع عدم العلم بمقدارها فلا يقدح جهالة ما يؤديه عن ذلك اذ ليس هو اشتراط قدر بل هو اشتراط حق ووربما لا يؤدى عنه شيئا و مرجعه الى صيرورة الزارع كالمالك فى تعلق هذا الحق به الذى لا اشكال فى صحة اشتراط عليه ولو مؤكدا ومثل ذلك ليس من الجهالة فى شىء - و على الجملة - ما افاده الشهيد الثانى من انه مع اشتراط قدر الخراج لا بدوان يكون معلوما هو الصحيح - والمدرك النهى عن الفرر الشامل للشرط ايضا - على ما حقق فى محله.

ثم ان الظاهر ان المراد بمؤونة الارض ما كان مثل الخراج من اجرة الارض ونحو تلك مما هو سبب فى الاستيلاء على كون الارض بيده اجارة و زراعة وغيرهما (واما ما استظهره فى المسالك من انها ما يتوقف عليه الزرع ولا يتعلق بنفس عمله وتنميته كاصلاح النهر والحائط ونصب الابواب ان احتيج اليها والدولاب وما لا يتكرر كل سنة كما فصلوه فى المساقاة - فلا بد فيهما من تعيين كونها على المالك او العامل اذا كان هناك عادة ينصرف اليها الاطلاق .

حكم الخرص

الرابعة (والخرص جائز من الطرفين) اى يجوز لكل من المالك والزارع ان يخرص على الآخر كما هو المشهور بين الاصحاب. والاصل فى ذلك مضافا الى امكان دعوى انها معاملة مستقلة يشملها عموم ما دل (١) على وجوب الوفاء بالعقد بناء على ما هو الحق من عدم اختصاصه بالعقود المتعارفة التى لها عناوين خاصة - والى امكان ارجاعه الى الصلح غير المعاوضى فكأنهما يتسالمان على ان يكون حصه احدهما من المال المشترك كذا مقدار او البقية للآخر شبه القسمة او نوع منها - جملة من النصوص الخاصة الواردة

هنا وفي الثمار - صحيح (١) ابي الصباح الكناي سمعت ابا عبد الله يقول ان النبي ﷺ لما افتتح خيبر تركها في ايديهم على النصف فلما ادركت الثمرة بعث عبد الله ابن رواحة اليهم فخرص عليهم فجاءوا الى النبي ﷺ وقالوا انه قد زاد علينا فارسا الى عبد الله بن رواحة فقال ما يقول هؤلاء قال خرصت عليهم بشيء فان شاءوا يأخذون بما خرصت وان شاءوا اخذنا - ومرسل (٢) محمد بن عيسى قلت لابي الحسن عليه السلام ان لنا اكرة فنزارعهم فيحيئون فيقولون اتاقد حرزنا هذا الزرع بكذا وكذا فاعطونا و نحن نضمن لكم ان نعطيكم حصتكم على هذا الحرز قال وقد بلغ قلت نعم قال عليه السلام لا بأس بهذا قلت انه يجيء بعد ذلك فيقول ان الحرز لم يجيء كما حرزت قد نقص قال فاذا زاد يرد عليكم قلت لا قال عليه السلام فلکم ان تأخذوه بتمام الحرز كما انه اذا زاد كان له كك اذا نقص كان عليه ونحوهما غيرهما من النصوص الكثيرة (واورد) عليه - تارة - بانه من قبيل بيع المحاقلة والمزابنة وهما - ان يشتري حمل النخل بالتمر والزرع بالحنطة كما في صحيح (٣) البصري وقد نهى رسول الله ﷺ عنهما كما في الصحيح وغيره - واخرى - بانها معاملة ربوية وهى باطله - وثالثة - بانها باطله من جهة اتحاد العوض والمعوض (والكل) مردودة لعدم كون هذه المعاملة بيعا كما مروى على فرضه يكون دليلها اخص من مادل على بطلان بيع المحاقلة والمزابنة فيخصص به وبه يندفع اشكال كونها ربوية - مع ان حاصل الزرع والشجر قبل الحصاد والجذاذ ليس من المكيل والموزون - اضا الى ذلك كله ان في جريان الربا في مطلق المعاملات حتى ما كان راجعا الى التعاوض كلا ما محررا في محله - واما اتحاد العوض والمعوض فيدفعه مضافا الى انه لامحذور فيه بعد دلالة الدليل على الصحة في المقام انه لا يكون هنا اتحاد حقيقة لكون المعوض الحصة المشاعة والعوض المقدار المخصوص من مجموع الحصتين - فلا اشكال في صحة الخرص .

(٢-١) الوسائل باب ١٠ من ابواب بيع الثمار حديث ٣-٤

(٣) الوسائل باب ١٣ - من ابواب المزارعة حديث ٢

ثم ان تمام الكلام في ضمن فروع ١- هل هو لازم كما اعله المشهورين الاصحاب ام يكون جائزاً كما عن الميسية وايضاح النافع والتنقيح - وجهان - وعن التذكرة الاشكال في لزومه - يشهد للزوم - العمومات الدالة على لزوم كل عقد ومن العقود عقد الخرص والمرسل محمد المتقدم وغيره من النصوص الصريح بعضها والظاهر آخر في ذلك ٢- هل الزايد على تقدير الزيادة ملك الممتقبل ام اباحة الظاهر هو الاول كما هو صريح المرسل السابق وظاهر غيره فماعن مزارعة القواعد من ان الزايد اباحة على اشكال في غير محله ٣ - ان مقتضى الاخبار الخاصة بظهورا - او انصرافا - او متيقناً اختصاص هذه المعاملة بما اذا كان العوض من الثمرة المخروصة فلا يجوز الخرص وجعل المقدار في الذمة من جنس ذلك الحاصل والظاهر اختصاص المعاملة عند العقلاء ايضاً بذلك ٤- ان هذه المعاملة كسائر المعاملات تحتاج الى انشاء ولا يكفي فيها مجرد الرضا النفساني - لما مر من ان بناء العقلاء على عدم ترتيب الانواع على شيء من المعاملات مالم تبرز - نعم لا يعتبر فيها لفظ خاص بل يصح انشاؤها بكل ما هو مبرز لذلك بل يصح بالفعل كما في سائر المعاملات - ثم ان الظاهر كما اشرنا اليه كون هذه معاملة مستقلة غير البيع والصلح المعاوضي - ولتسم بالتقبل .

قرار الخرص مشروط بالسلامة

٥ - لاشكال في ان هذه المعاملة كسائر المعاملات متوقفة صحة وازوما على التراضي وفي الاخبار تصريح بذلك وعليه (فان) لم يتفق الم تصح - وان (اتفاقاً) ووقعها - صحت وازمت كما مر - وهل (كان) قرارها (مشروطاً) شرط آخر وهي (السلامة) اي سلامة الحاصل - فلو تلف بافة سماوية او ارضية كان عليهما كما هو المشهور - ام لا - قال في المسالك بعد نسبة الاشتراط الى المشهور . ومستنده غير واضح وحكمه لا يخلو عن اشكال ان لم يكن انعقد عليه الاجماع واني لهم به وانما هو شيء ذكره الشيخ في كتبه وتبعه عليه الباؤون معترفين بعدم النص ظاهراً على هذه اللوازم انتهى وظاهر المحقق الاردبيلي التوقف في ذلك وحكى عن التذكرة ايضاً التردد فيه .

اقول تارة نقول في هذه المعاملة ان تعيين الحصة في المقدار المعين لا يجعل ما يستحقه المتقبل من قبيل الكلى في المعين بل هي باقية على اشاعتها غاية الامر تعيينها في مقدار معين - وعليه فكون التلف عليهما كما قبل المتقبل واضح - واخرى نقول بان حقيقة هذه المعاملة تعهد احد الشريكين حصة الاخر على المقدار الذي يراه الخاير فتفيد مضافا الى التعيين خروج العين عن الاشاعة واختصاصها بالمتقبل كما افاده بعض الاجلة - ولازمه كون ما يستحقه من قبيل الكلى في المعين - فيمكن ان يقال ان المالك وان ملك بالتقبل مقدارا معيناً من الحاصل بنحو الكلى في المعين الا ان ما يستحقه الزارع ايضاً من قبيل الكلى في المعين وهو ما زاد على ذلك المقدار وليس المقام نظير بيع صاع من صبرة فان المبيع هناك كلى في المعين ومال المالك ليس ملحوظاً بعنوان كلى اذام يقع موضوع الحكم في البيع حتى يلحظ بعنوان كلى وهذا بخلاف المقام بل المقام نظير مالوباع الصبرة الاصاعاً منها اوباع ثمرة شجرات الارطال معلومة فكما انه في تلك المسألة لا اشكال ولا خلاف في انه لو خاست الثمرة وتلف من الصبرة مقدار منها سقط من المستثنى بحسابه كك في المقام والسرفى ذلك انه حيث يملك كل منهما كلياً في المعين فالوجود مشترك بينهما لان نسبة كل جزء منه الى كل منهما على حد سواء فتخصيص احدهما به ترجيح من غير مرجح وكذا التالف نسبة اليهما على السواء فيحسب عليهما - وتمام الكلام في ذلك في كتاب البيع في مسألة بيع صاع من الصبرة ومع الانغماض عن ذلك يمكن توجيهه بالشرط الضمنى بينهما - والى ذلك يرجع ما افاده بعضهم بكون ذلك من احكامها العقلية - وعلى ما ذكرناه فيلحق اتلاف متلف من الانسان ايضاً بالتلف والمتلف ضامن لكل منهما .

ثبوت اجرة المثل مع بطلان المزارعة

الخامسة (واذا بطلت المزارعة اولم يزرع العامل يثبت اجرة المثل)
 كما هو المشهور بين الاصحاب والكلام في موردين - الاول - في صورة بطلان المزارعة وح تارة تكون الارض بيد الزارع واخرى تكون بيد المالك .

امافى الصورة الاولى فمدرك ضمانه اجرة المثل للارض - ما تقدم منافى كتاب البيع والاجارة من ان المنافع غير المستوفاة اذا تلفت تحت يد الشخص يكون ضامنا لها واما قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده ، المتوهم شمولها للمقام من جهة ان المزارعة الصحيحة بالنسبة الى منفعة الارض توجب الضمان فكذا فاسدها فشمولها لما نحن فيه يتوقف على القول بكون المزارعة من قبيل المعاوضات واما على المختار من كونها من قبيل المشاركات فلا وجه للتمسك بها لان منفعة الارض لا تنتقل الى الزارع حتى تضمن .

وامافى الصورة الثانية فالظاهر عدم الضمان لعدم الموجب له من قاعدة اليد او الانلاف - او احترام المال - وما شاكل -

الثاني فيما لو ترك الزارع الزرع حتى انقضت المدة - وفيه وجوه وبعضها اقوال - كونه ضامنا لاجرة المثل للارض - عدم ضمانه اصلا - التفصيل بين ما لو تركه اختيارا فالاول او معذورا فالثاني - ضمانه ما يعادل الحصة من منفعة الارض من نصف او ثلث او غيرهما بحسب التخمين - ضمانه بمقدار تلك الحصة من منفعة الارض من نصف او ثلث ومن قيمة عمل الزارع .

والاظهر هو الاول في مفروض المسألة وهو كون الارض بيد الزارع الى انقضاء المدة والثاني مع كونها تحت يد المالك - امافى الاول فللقاعدة اليد بالتقريب المتقدم فى كتاب البيع والاجارة - لما بيناه من شمولها للمنافع غير المستوفاة - ولقاعدة الانلاف فان حبس العين ومنع مالها عن الانتفاع بها اتلاف لمنافعها عفا - واما فى الثاني فلعدم الموجب له - ثم ان هذا فيما اذا لم يترك الزرع بسبب عذر عام والا فيكشف عن بطلان المزارعة ولو انعكس المطلب بان امتنع المالك من تسليم الارض بعد العقد (فقديقال) بانفساخ العقد لان تلف المعوض قبل القبض موجب لانفساخ العقد وهو شامل للقهرى والاختيارى والاختيارى عام لما اذا استند الى المالك او الاجنبى (وفيه) انه لو سلم التعدى عن مورد قاعدة التلف قبل القبض المختص بالبيع الى غيره حتى مثل المزارعة التى ليس فيها تملك - مع ان للمنع عنه مجالا - فلا اشكال فى ان التلف غير شامل

للاختياري المساوق للاتلاف .

وقد يقال ان للزارع اجرة المثل لعمله لانه ملكه لمالك الارض وهو قد انلفه عليه بعدم تسليم الارض اليه - وفيه - انه يتم لو كان العمل ملكا لمالك الارض ولكن قد عرفت ان المزارعة من قبيل المشاركات لا المعاوضات - فالأظهر عدم الضمان وان ليس له سوى الفسخ

اجارة الارض للزراعة بالحنطة والشعير

السادسة - المشهور بين الاصحاب انه لا يجوز اجارة الارض لزرع الحنطة او

الشعير بما يحصل منها (و) ظاهر اطلاق ما في المتن (يكروه اجارة الارض بالحنطة والشعير)

المخالفة في المنع وهي المحكية عن النافع والمختلف (واستدل) الاول في الجواهر بعدم كون مال الاجارة موجودا حلا في الخارج ولا في الذمة (واورد) عليه سيد العروة بانهما في نظر العرف واعتبارهم بمنزلة الموجود كنفس المنفعة وهذا المقدار كاف في الصحة (وفيه) ان المنفعة كما مر غير مرة عبارة عن الحيثية القائمة بالعين الموجودة بوجودها على نحو وجود المقبول بوجود القابل والحاصل من الارض ليس كذلك وعليه فكما افاده المستدل بما ان الاجرة لا بد وان تكون موجودة ومعلوم الحصول وملوكة او بحكمها كالأعمال والحاصل من الارض غير معلوم الحصول مضافا الى عدم وجوده حال الاجارة تبطل الاجارة (و به) يظهر عدم جواز اجارتها بما يحصل منها ولو من غير الحنطة والشعير بل - وعدم جوازها بما يحصل من ارض اخرى.

ويمكن ان يستدل للمنع في اصل المسألة بجملته من النصوص الخاصة -

كموثق (١) ابي بصير عن الصادق عليه السلام لا تؤاجر الارض بالحنطة ولا بالشعير ولا بالتمر ولا بالاربعاء ولا بالنطاف ولكن بالذهب والفضة لان الذهب والفضة مضمون وهذا ليس بمضمون - بناء على اختصاص المنع بصورة اجارتها بالحاصل منها حتى يصح التعليل -

وخبر (٢) ابي بردة عنه عليه السلام عن اجارة الارض المحدودة بالدرهم المعلوم قال عليه السلام

لا باس قال و سألته عن اجارتها بالطعام فقال ان كان من طعامها فلا خير فيه وخبر (١) الفضيل بن يسار عن الباقر عليه السلام عن اجارة الارض بالطعام قال عليه السلام ان كان من طعامها فلا خير فيه - والمناقشة في السند او الدلالة - في غير محلها - بعد الانجبار بالشهرة العظيمة - مع - ان الموثق لا اشكال فيه سنداً ولادلالة كما مر والتعبير بلا خير فيه لا يصلح لصرف ظهور النهي عن ظاهر بل ربما يقال انه بنفسه ظاهر في المنع وبما ذكرناه ظهر وجه عدم المنع والجواب عنه .

وهل يجوز اجارة الارض للزراعة حنطة بالحنطة او شعيراً بالشعير مع ضمان ذلك في الذمة ام لا - المشهور الاول على كراهة كما في الحدائق (وعن) ابن البراج المنع ومال اليه الشهيد الثاني واستدل به بصحيح (٢) الحلبي عن ابي عبدالله عليه السلام لا تستاجر الارض بالحنطة ثم تزرعها حنطة - وورد عليه بانه يعارضه مفهوم التعليل في الموثق المتقدم ومفهوم الشرط في غيره - واجاب عنه الشهيد الثاني ره بانه لاستفاة بينه وبين تحريم شرطه من طعامها حتى يجمع بحمله - وايدى بعض المعاصرين بإمكان تعدد وجوه المنع ويرد عليهما ان ما افاده يتم ان لم يكن للنصوص المتقدمة مفهوم وكانت دالة على المنع في موارد - وامام ثبوت المفهوم ودلائلها به على الجواز في غير تلك الموارد فلا يتم ما افاده (والحق) ان يقال ان النسبة بينها وبين الصحيح عموم من وجه مورد التعارض اجارة الارض للحنطة بحنطة من غير حاصلها مضمونة في الذمة - فيرجع الى المرجحات والترجيح لها للشهرة التي هي اول المرجحات - نعم - يبقى ح السؤال عن مدرك الكراهة اذ لو قيد اطلاق الصحيح بتلك النصوص فلا شيء يشهد لها والا فلا بد من البناء على المنع والاستدلال لها بما (٣) تضمن تعليل النهي عن اجارة الارض بحنطة من حاصلها - بقوله عليه السلام لا يجوز اجارة حنطة بحنطة ولا

شعير بشعير - لا يتم - لان حاله حال الصحيح في التعارض والتقديم - وكيف كان فالظاهر تسالهم عليها .

ولو آجره بالحنطة والشعير في الذمة لكن بشرط الاداء منها - فالظاهر صحة الاجارة والشرط اذا كان عالما بالتمكن من الاداء منها - وصحة الاجارة و بطلان الشرط اذا لم يكن عالما به - اما صحة الاجارة للعمومات و خصوص مامر - واما بطلان الشرط في صورة وصحته في صورة اخرى . فبمناط لزوم الفرر وعدمه .

السابعة (ولو غرقت الارض قبل القبض) ولم يمكن الانتفاع بها بعلاج (بطلت ولو غرق بعضها) كك فبالنسبة الى التالف طلت ايضاً - واما بالنسبة الى الباقي في (تخيير العامل في الفسخ و الامضاء - وكذا لو استأجرها) كما مر الكلام في الفرعين مفصلاً - الاول في ذكر شرائط المزارعة - والثاني في كتاب الاجارة.

المساقاة

(واما المساقاة) فقد مريبان حقيقتها - و مشروعيتها و لزومها و بقى الكلام فيها - في جملة من شروطها واحكامها (ف) الكلام في تلك - في موضعين - الاول - في شروطها - وهي (ستة) الاول (العقد من اهله) وما ذكرناه في المزارعة جارها فلا نعيد -

(و) الثاني و الثالث (المدة المعلومة و امكان حصول الثمرة فيها) بلا خلاف يعتد به في اشتراط الاول وعلى المشهور في الثاني - و قدم الكلام فيهما ايضاً في كتاب المزارعة - لان المدرك و الاقوال فيهما واحد فلا حاجة الى الاعادة - وما ذكرناه من الفروع المترتبة على هذين الشرطين هناك تأتي في المقام .

(و) ايضاً قد ظهر مما قدمناه في المزارعة اعتبار شرط رابع وهو (تعيين الحصة) .

(و) اما الخامس وهو (شياعها) فقد استدلوا لاعتباره (تارة) بقاعدة الاقتصار على

المتيقن من النص والفتوى في عقد المساقاة - المخالف لاصالة عدم الغرر (واخرى) بمساقاة عدم اشاعة النماء بينهما لوضع المساقاة (وثالثة) بان جملة من نصوصها مختصة بذلك - وقد مر الكلام في هذه الوجوه في كتاب المزارعة وعرفت فساد الجميع وانما بيننا على اعتبار ذلك في المزارعة لنص خاص مفقود في المقام - ولكن الاجماع على عدم الفصل بينهما - بل الاجماع على اعتبار ذلك في المقام نفسه يكفي في الحكم باعتبار ذلك ثم ان هاهنا فروعا مترتبة على اعتبار هذا الشرط قد ذكرناها في باب المزارعة فلا نعيد (و) السادس مما قالوا ابانه يعتبر فيما يساقى عليه (ان يكون على اصل ثابت له ثمرة ينتفع بهامع بقائه) وهذا ينحل الى امور .

١ - اعتبار كونه اصلا ثابتا و المراد به ما كان كالنخل والشجر الذي له ساق فلا تصح المساقاة على نحو البطيخ والباذنجان قال في التذكرة لا يثبت المساقاة عليها اجماعا وفي العروة ولكن لا يبعد الجواز للعمومات وان لم يكن من المساقاة المصطلحة بل لا يبعد في مطلق الزرع كك فان مقتضى العمومات الصحة بعدكونها من المعاملات العقلانية ولا تكون من المعاملات الغررية عندهم غاية الامر انها ليست من المساقاة المصطلحة (اقول) حيث ان مقدار الحاصل غير معلوم فلا محالة يلزم الغرر و عليه فلا وجه للتمسك بالعمومات الدالة على اعضاء كل عقد عقلائي لانها خصت بماد (١) على النهي عن الغرر - واما بناء العقلاء على هذه بالخصوص فقد يقال انه بضمية عدم ردع الشارع كاف في البناء على المشروعية و به يقيد اطلاق دليل الغرر (و لكن) يتوجه عليه ان مادل على النهي عن الغرر يصلح للرادية فلا دليل على الامضاء (فان قيل) ان رادعيته دورية لتوقفها على عدم اعضاء ذلك البناء الخاص وهو متوقف على رادية النهي عن الغرر والا فلا ردع غيره فيستكشف الامضاء فهي غير معقولة (قلنا) ان رادعيته متوقفة على ثبوت موضوعه و صدقه على المورد لاعلى شيء آخر ولو اضى الشارع الاقدس البناء الخاص لزم منه تقييد دليله فلا تتوقف

رادعيته على عدم امضاء ذلك بل الامضاء متوقف على عدم رادعية النهي عن الفرر - وعليه فلا يبقى سوى النصوص الخاصة - وهي - اخبار (١) خبير - و خبران (٢) اكران - و مورد الجميع ماله ساق فنبوت الحكم في غيره يحتاج الى دليل مفقود .

٢ - اعتبار كون ما يساقى عليه من الاشجار التي لها ثمرة فما لا ثمرة له وانما له ورق ينتفع به اوورد او نحوذلك كالحناء لاتصح المساقاة عليه - وهذا ايضاً مشهور بينهم وتردد المحقق في الحكم بل مال المصنفه في محكي القواعد والشهيد الثاني في المسالك الى الجواز - وفي الجواهر ولوقيل بالتفصيل بين المساقاة على هذه تبعاً لغيرها من اشجار الفواكه فتجوز ومستقلة فلا تجوز لكان وجبها (واستدل) للمنع بان هذه المعاملة باشمالها على ضرب من الفرر بجهالة العوض على خلاف الاصل فيقتصر فيها على محل الوفاق وهو شجر الثمرة - وللمجواز بان الورق المقصود كالثمرة في المعنى فيكون مقصود المساقاة حاصل - وبما في المسالك وفي بعض الاخبار ما يقتضي دخوله (اقول اما) وجه المنع فهو متين لولم يكن في الاخبار ما يشهد بالدخول والا فمعه لوجه للاقتصار على المتيقن (واما) الوجه الاول للمجواز فيدفعه ان حصول المقصود لا يكفي في الصحة بعد كون مقتضى القاعدة عدمها واحتياج الصحة الى دليل (واما) الوجه الثاني له فليس المراد بالخبر المقتضى للدخول النص الخاص بل المراد به اما اخبار خبير لغلبة الظن بوجود هذه الاشجار في خبير بل عن جامع المقاصد كاد يكون معلوماً - واما خصوص (٣) ما تضمن منها ان النبي ﷺ عامل اهل خبير بشطر ما يخرج من النخل والشجر وما من ادوات العموم - واما ما تضمن منها المساقاة على ماله ثمرة والثمرة شاملة لها - واما خبر (٤) يعقوب بن شعيب عن الصادق عليه السلام عن الرجل يعطى الرجل ارضه وفيها رمان - او نخل - او فاكهة ويقول اسق هذا من الماء واعمره

(١) الوسائل باب ٨ من ابواب كتاب المزارعة والمساقاة -

(٢-٣) الوسائل - باب ٩ من ابواب كتاب المزارعة والمساقاة

(٣) الوسائل باب ١٠ من ابواب كتاب المزارعة حديث ٢

ولك نصف ما اخرج قال **تصحيح** لا بأس - بدعوى عدم الفاكهة - والكل حسنة - وعليه
فلا يظهر جواز المساقاة على الاشجار التي ينتفع بورقها كالتوت والحناء
٣ - ان ينتفع به مع بقاءه فلو انعدم بالانتفاع لا يصح المساقاة ووجهه واضح
مما قدمناه •

٤ - يعتبر ان يكون ثابتاً مغروساً فلا يصح في الودي اي الفسيل قبل الغرس
والظاهر انه لا خلاف يعتد به في اعتباره ووجه اختصاص النصوص بما هو ثابت
والاستدلال للصحة في غير الثابت بالعمومات قد عرفت فساد من جهة تقييدها بمآذل
على النهي عن الغرر.

ثم انه لا خلاف (و) لا اشكال في انه (تصحيح) المساقاة (قبل ظهور الثمرة)
كما لا خلاف (و) لا اشكال في عدم صحتها بعد البلوغ والادراك بحيث لا يحتاج الى
عمل غير الحفظ والاقتطاف لانها والحال هذه قد ملكها رب البستان ولم يحصل بالمساقاة
زيادة الثمار فلا موضوع للمساقاة .

انما الخلاف في صحتها اذا كان (بعد) ظهور (ها) قبل البلوغ (مع الاستزادة بالعمل)
فالمشهور بين الاصحاب على ما في الحقائق الصحة (و استدلال) لها بان الغرض من
المساقاة تحصيل الثمار ووجودتها - فتجوز في الغرض تحصيلاً لتلك الفائدة وايد ذلك في
المسالك بان العقد ح ابعد عن الغرر للموقوف بالثمرة فيكون اولى مما لو كانت معدومة
(ولكن) الاول مردود بان الصحة تتوقف على دليل و مجرد وجود الغرض لا يكفي
في ذلك - و يرد على الثاني ان الاولوية المزبورة غير قطعية - فلا يظهر عدم الصحة
لاختصاص خبر شعيب المتقدم وقصة خبير بما قبل الخروج فلا دليل عليها بعده
والاصل عدمها كما مر -

احكام المساقاة

الموضع الثاني في احكامها - وفيه مسائل - الاولى - في العمل - لا اشكال
في انه يعتبر كون عمل على العامل ليتحقق به عنوان هذه المعاملة - وهل يعتبر السقي

بالخصوص عليه فلا تصح المساقاة على اشجار لا تحتاج الى السقى لاستغنائها بماء السماء او لمص اصولها من رطوبات الارض وان احتاجت الى اعمال اخرى - نظرا الى اقتضاء عنوان المساقاة ذلك - واختصاص خبر شعيب بن يعقوب المتقدم به - ام لا يعتبر ذلك لان عنوان المساقاة لم يؤخذ في خبر من الاخبار وانما هي من اصطلاح العلماء من جهة الاحتياج الى السقى غالباً وجعله على العامل و الا فخبار خبير التي هي العمدة في المقام خالية عن ذلك - وخبر شعيب لا مفهوم له كي يدل على عدم الصحة بدونه سيما وان السقى في كلام السائل - وجهان او جههما الثاني.

ثم انه لا خلاف بينهم في ان بعض الاعمال على المالك وبعضها على العامل (و) قالوا ان (اطلاق العقد يقتضي قيام العامل بكل ما) يتكرر كل سنة (يستزاد به الثمرة) في الكم او الكيف كاصلاح الارض بالحرث او الحفر حيث يحتاج اليه وما يتوقف عليه من الالات وتنقية الاجاجين وتنقية الانهار والسقى ومقدماته المتكررة كالدلو والرشا واصلاح طريق المساء وتنقيتها من الجمائة واستقاء المساء و تهذيب جرائد النخل والكرم والتلقيح واللقاط والتشميس واصلاح موضعه وحفظ الثمرة الى موقع التقسيم وما شاكل (و) ان (على المالك) ما لا يتكرر في كل سنة - او لا يستزاد به الثمرة ولا يؤثر في جودتها (كبناء الجدران وعمل الناضج والخراج) وما شاكل ولا دليل على شيء من - الضابطين - سوى انه في المساقاة بحسب الطبع - الارض و ما يتبعها على المالك - والعمل وما يرتبط به مما هو دخیل في فعالية وجود الثمرة على المالك - و لعله الى هذا يشير التعليل في خبر الكندي المتقدم في الخراج المتضمن انه على المالك - بانه على ارضك .

ثم انه وقع الخلاف في بعض الامور انه على المالك او العامل مثل البقر الذي يدبر الدولاب والكبش للتلقيح وبناء الثلم ووضع الشوك على الجدران وغير ذلك - والاقوى في الجميع انه ان كان هناك عادة موجبة لكونها على المالك او العامل والا فلا بد في العقد من التعيين على المالك او العامل او عليهما معا دفعا للغرر .

ثم انه لا يعتبر في صحة المساقاة كون جميع العمل على العامل بل لو شرط كون

بعضه على المالك صحت فإن كان المشروط هو ما عليه كان تأكيداً - وإن كان غيره فانما تصح لو كان بعض ذلك - والا فybطل لأن الحصة انما تستحقها العامل بالعمل فاذا دفعه عنه لم يستحق شيئاً - نعم لافرق فى ما يبقى على العامل بين الاقل والاكثر بشرط ان يكون ما يستزاد به الثمرة كامراً -

ثم انه لاختلاف بينهم فى انه لايجب على العامل العمل المباشرة ويجوز له ان يستاجر الغير للعمل - و عليه فيجوز ان يستاجر المالك له ف تكون الارض والعمل منه و اجرة العمل على العامل والحاصل بينهما على ما شرطاً - و لو شرطاً ذلك فى العقد صح *

ولو شرط العامل على المالك اجرة العمل فان كان مع عدم ابقاء شىء من العمل على العامل بطل لمنافاته لوضع المساقاة - وان كان مع ابقاء شىء منه مما يستزاد به الثمرة صح (وما) عن المبسوط من البطلان لمنافاته موضوع المساقاة الذى هو ليس الا دفع الاصول من المالك (يدفعه) انه لادليل على اعتبار ذلك بنحو ينافيه اشتراط خلافه - وان كان مع بقاء ما لا يستزاد به الثمرة ففي المسالك ذكر فيه وجهان - ولكن قد ظهر مما قدمناه ان الاظهر هو البطلان -

الثانية فى بيان حكم ما لو بطلت المساقاة وانه هل يستحق العامل شيئاً ام لا (و) المشهور بين الاصحاب انه (مع بطلانها يثبت للعامل اجرة المثل) وقد مر الكلام فى نظير المسألة فى باب المزارعة فيما اذا بطلت و جميع ما ذكرناه فى تلك المسألة جارية فى المقام فلا وجه للاعادة - (و) مما ذكرناه هناك يظهر ان (النماء لربه) فى المقام .

كر اهة اشتراط الذهب والفضة

الثالثة لاشكال (و) لاختلاف فى انه (لو شرط على العامل مع الحصة ذهباً او فضة)

جاز لانه شرط ليس مخالفا للمكتاب والسنة ولا لمقتضى العقد فيشملة دليل (١) وجوب الوفاء بالشرط - انما الكلام فى مورددين .

احدهما فيما افاده بقوله (كره له) وهذا وان كان مشهورا بينهم بل عن غير واحد نفى الخلاف فيه - الا انه لا دليل عليه - ولا وجه لما فى الجواهر - قال و لعل مثل ذلك كاف فى ثبوتها للتسامح فيه - فان التسامح انما هو فى السنن والمستحبات لا فى المكروهات - مع - انه فيما اذا ورد خبر ضعيف ولا دليل على التسامح بدونه ولو مع فتوى المشهور .

ثانيهما ان اكثر الاصحاب بعد ما قالوا فى فرض الاشتراط (ووجوب الوفاء) الذى يقتضيه عموم دليل الشرط - قيدوه بقولهم (مع سلامة الثمرة) فلو تلفت الثمرة اجمع بأفة لم يلزم الوفاء به وكذا اذا لم تخرج - وعن جماعة وجوب الوفاء به وعدم سقوط الضميمة - وفصل بعضهم بين صورة عدم الخروج اصلا فتسقط وصورة التلف فلا (واستدل) للاول بامتناع استحقاق احد العوضين او بعضه بدون ما يقابله من العوض الاخر فان الشرط جزء من العوض - وبان الفائدة ركن فى المساقاة فمع عدمها لا يكون شىء فى مقابل العمل والضميمة المشروطة لانكفى فى العوضية فتكون المعاملة باطلة من الاول ومعه لا يبقى وجوب الوفاء بالشرط (ولكن) يرد على الاول ان الشرط ليس جزء من العوض بل هو التزام مستقل فى ضمن التزام ولذا تخلفه يوجب الخيار لافساد العقد ولا سقوط شىء من العوض - ويرد على الثانى - ان حقيقة المساقاة بحسب الارتكاز العرفى هى المشاركة فى استخراج الانما بضم العمل من احدهما الى الاصول من الاخر على ان تكون الفائدة بينهما نظير المزارعة والمضاربة ويستتبع العقد عليها تسليط من المالك للعامل على الاصول للاستئناء له وللمالك فليست الفائدة ركن فى المساقاة بالمعنى المزبور ولذا لا يستحق العامل اجرة عمله اذا لم تخرج او خرجت وتلفت فى غير صورة ضم الضميمة بدعوى الكشف عن بطلانها من الاول واحترام عمل المسلم (فان قيل) فعلى هذا يلزم صحة المساقاة مع الاطمينان بعدم الفائدة (قلنا) مضافا الى ان

المعاملة المفروضة سفهية - انه لا يتمشى القصد الجدى الى المعاملة مع الاطمينان بعدم الفائدة- مع اندلوسلم كون المساقاة من المعاوضات لا المشاركات فالمعاوضة انما هي بين العمل من العامل وبين منفعة الارض وتسلط العامل على الاصول والفائدة خارجة عن طرفي المعاوضة - اصف الى ذلك كله انه لو تم ما ذكر وجها للبطلان - فانما هو في صورة عدم الخروج لا في صورة خروج الفائدة و تلفها - لان العامل يملك حصة من الثمرة بالظهور فاذا تلف بعضها تلف في ملكه بعد استحقاقه اياه فالظاهر هو لزوم الوفاء بالشرط وعدم السقوط .

واولى من ذلك في عدم السقوط و وجوب الوفاء - ما لو شرط من العامل على المالك و المحقق الثانى ره بعد حكاية السقوط وعدم وجوب الوفاء في هذه الصورة عن التذكرة والتحرير- قال وفيه نظر لان العوض من قبل العامل وهو العمل قد حصل و الشرط قد وجب بالعمل فكيف يسقط بغير مسقط - فان تلف احد العوضين لا يوجب سقوط البعض الاخر مع سلامة العوض الاخر انتهى - و تبعه في المسالك ويرد عليهما (اولا) ان المساقاة من المشاركات لا المعاوضات (وثانيا) انها لو كانت من المعاوضات فاحد العوضين العمل- والاخر التسليط على الاصول- لا الفائدة (وثالثا) ان الشرط ليس جزء لاحد العوضين كما مر (ورابعا) ان تلف احدا العوضين او عدم وجوده يوجب سقوط بحسابه من الاخر فيلزم في الفرض استحقاق العامل زايदा على الشرط اجرة بعض عمله المقابل للفائدة على ما افاده .

وبما ذكرناه ظهر حكم ما لو كان التالف البعض خاصة في صورتين - فانه لا اشكال على ما ذكرناه في عدم سقوط الضميعة و وجوب الوفاء بالشرط - وكذا في صورة القصور في الخروج (لكن) في محكى القواعد وفي تلف البعض الاخر وقصور الخروج اشكال (وافاد) المحقق الثانى ره في منشأ الاشكال - بقوله من ان الشرط محسوب من احد العوضين ولا ريب في ان مجموع احد العوضين بمجموع الاخر فيقابل الاجزاء بالاجزاء فاذا تلف بعض احد العوضين وجب ان يسقط مقابله من العوض الاخر- الى ان قال - ومن ان مقابلة الاجزاء بالاجزاء في عوض المساقاة منتفية

لان الفائت والتالف عند حصول التلف او نقصان الخروج غير معلوم فلو تحققت المقابلة لم يكن الساقط فى مقابله معلوما انتهى (وبرد) عليه مضافا الى ما تقدم ان عدم معلومية الساقط لا يوجب وجبها اعدم مقابلة الاجزاء . الاجزاء اذا كانت حقيقة المعاوضة مقتضية للمقابلة . مع انه لو سلم فانما هو فى صورة نقصان الخروج لاصورة التلف بعد الظهور (ثم ان) جميع ما ذكرناه . انما هو فى صورة عدم الشرط والافان اخذ خروج الثمرة وسلامتها شرطا لالتزامه فلا اشكال فى سقوط الضميمة وعدم وجوب الوفاء بالشرط مع تلف الثمرة او عدم خروجها . و لذللك ربما يقال انه لا يبعد ان يكون خروج الثمرة وسلامتها عن التلف شرطا ضمنيا لالتزامه ولو تم فلا اشكال فى السقوط لو اتفق احد الامرين - الا ان الظاهر عدم تماميته .

اشتراط مساقاة فى ضمن مساقاة اخرى

الرابعة - اذا قال ساقيتك على هذا البستان بكذا على ان اساقيك على الاخر بكذا (فعن) الشيخ انه يبطل لانه كالبيع فى بيع المنهى عنه . ولعدم لزوم هذا الشرط الذى هو بمنزلة الوعد والقرض انه سبب فى زيادة العوض او نقصانه ولم يعرف مقدار ذلك فيتجهل ويبطل (وفيه) ان مفروض المسئلة لو كان نظير شىء فانما هو نظير مالوباع شىئا بضمن معين بشرط ان يبيعه شىئا آخر بضمن آخر الذى ليس منهيما عنه فان المنهى (١) عنه البيع حالا بكذا ومؤجلا بكذا - والبيع على تقدير بضمن وعلى تقدير آخر بضمن آخر - و اى ربط لذلك بما نحن فيه (واما) ما افاده من عدم لزوم هذا الشرط فيرد عليه انه لا وجه له بعد عموم وجوب الوفاء بالشرط وكونه شرطا فى ضمن عقد لا كونه وعدا - مع ان عدم وجوب الوفاء به لا يوجب بطلان العقد وان صار دعبا للزيادة او النقصان فان تخلف الدواعى والاغراض وان كانت دخيلة فى الزيادة والنقصان لا يوجب خلافا فى العقد - فالظاهر هى الصحة ولزوم الوفاء بالشرط (فان قيل) ان هذه المعاملة على خلاف القواعد كما مر فلا بد من الاقتصار على المتيقن وهو فاقد الشرط

(قلنا) انه لو كان الشرط جزءا لاحد العوضين كان ما افيد تاما واما على ما هو الحق من كونه خارجا عن العقد والتزاما مستقلا في ضمنه فلا يتم لعدم قصور في العقد وعدم زيادة شيء فيه ولا نقصانه منه كي يتوهم عدم شمول دليل الامضاء له .

الخامسة في جواز مساقاة العامل غيره ان لم يشترط المباشرة - اقوال - ثالثها - عدم الجواز قبل ظهور الثمرة - والجواز بعده - رابعها - الجواز مع اذن المالك وعدمه بدونها - اقوالها المنع مطلقا (لا) لما افاده في المسالك من ان الاصل في هذه المعاملة ان تقع على الاصول المملوكة للمساقى والعامل لا يملك منها سوى الحصة من الثمرة بعد ظهورها - وباختلاف الناس في العمل وتفاوت الاغراض فيه - فان شيئا من ذلك لا يصلح دليلا للمنع - اذ كون المعاملة على الاصول لا يقتضي عدم الجواز من المساقى بعدم معلومية ارادة سقيها ونحو ذلك من المعاملة عليها فهي ح كالا لارض في المزارعة فكما لا يعتبر هناك الملكية كك في المقام - واختلاف الناس في العمل مشترك فيها وفي المزارعة والاجارة (بل) لان هذه المعاملة على خلاف القواعد باعتبار الغرر والجهالة ولا نص خاص في المقام ومقتضى الاقتصار على المتيقن هو ذلك وبه يظهر عدم الفرق بين اذن المالك وعدمه - ولا بين ظهور الثمرة وعدمه -

المغارة باطلة

تذييل - المغارة معاملة خاصة على الارض ليغرسها العامل على ان يكون الغرس بينهما وهي مفاعلة منه وهي باطلة عندنا كذا في المسالك - وفي الجواهر الاجماع بقسميه عليه - وعن المحقق الاردبيلي وصاحب الكفاية الاشكال فيه وفي العروة وهو في محله ان لم يتحقق الاجماع وتبعه جمع من محشيها (واستدل) للاول بان عقود المعاوضات موقوفة على اذن الشارع وهو منفي هنا - ولكن لو كان مدرك البطلان ذلك امكن الاشكال فيه بانه وان لم يرد نص خاص بمشروعيتها وما يظهر من بعض النصوص محمول على وقوع ذلك بعقد صالح او اجارة لاعلى مشروعية هذا العقد الا انه يكفي في الحكم

بالصحة ما دل (١) على وجوب الوفاء بالعقد - الشامل للعقود العقلانية غير ماله عنوان خاص في الاخبار - فالصحيح ان يستدل به بان ذلك العموم قد خصص بما (٢) تضمن النهي عن الغرر الكافي في الردع لو كان هذا عقدا خاصا ومعاملة مخصوصة - فصحته تتوقف على دليل خاص مفقود - فالظاهر هو البطلان.

وعلى البطلان فالغرس لصاحبه بلا كلام - وهل للآخر عليه اجرة مثل عمله لو كان لمالك الارض واجرة المثل للارض مدة شغله بها لو كان للعامل - ام ليس له ذلك ام يفصل بين صورة جهل الغارس فالاول وعلمه فالثاني اقوال اظهرها الاول - للقاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده لما مر من ان عموم الموصول فيها اصنافي لا فردي وهذه المعاملة ليس لها صنفان صحيح وفاسد فلا تشملها القاعدة - بل لاستيفاء منفعة مال الآخر او عمله وقد مر ان مقتضى قاعدة على اليد وغيرها ضمان المنافع المستوفاة وما في ضمنها من الاذن ليس اذنا في الاستيفاء مجانا كى ينافى مع الضمان بل بعوض فهو يؤكد الضمان ولا فرق في ذلك بين صورة العلم بالبطلان والجهل به .

وهل للمالك قلع الغرس - او امره به - ام يجب عليه الابقاء مع الارش او بدونه وجوه - وقد تقدم تنقيح القول في ذلك في باب المزارعة في مسألة المزارعة الفاسدة فانها نظير المقام فلا نعيد ما ذكرناه .

الجعالة

(الفصل الثالث في الجعالة) وهي بتثليث الجسيم وكسرها اشهر كذا في المسالك وهي كما ذكره لغة اسم لما يجعل للانسان على عمل شيء - ولا حقيقة شرعية لها ولا متشرعية بل في الشرع تستعمل فيما وضعت له غاية الامر اضاف الشارع الاقدس في موضوع الاثار قيودا والى هذا نظرهم - حيث قالوا وهي شرعا التزام عوض عمل محلل مقصود .

(١) سورة المائدة آية ٢

(٢) التذكرة ج ١ ص ٤٦٦

و كيف كان فلا خلاف بين المسلمين في مشروعيتها و عليها الاجماع في كثير من الكلمات - و الاصل في شرعيتها - مضافا - الى عمومات امضاء المعاملات كقوله تعالى (١) « و لا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل - الا ان تكون تجاره عن تراض » و تخصيصها بالتجارات والعقود التي كانت متعارفة في زمان صدورها بلاوجه - بعد كونها متضمنة لبيان الحكم الخالد الباقي في جميع الاعصار و كونها من قبيل القضايا الحقيقية (مع) ان الجعالة من التجارات التي كانت متداولة في ذلك الزمان - قوله سبحانه (٢) « و لم يجر به حمل بعير » بناء على ما هو الحق من حجية مثله ما لم يعلم النسخ و جملة من النصوص كخبر (٣) عبدالله بن سنان قال سمعت ابي يسأل ابا عبد الله عليه السلام و انا اسمع فقال ربما أمر الرجل فيشتري لنا الارض والدار والغلام والجارية و نجعل له جعلا قال عليه السلام لا بأس - الى غير ذلك من النصوص الا انى طرف منها في ضمن المباحث الانية - و تنقيح القول فيها في موضعين - الاول - في حقيقتها و ما يعتبر فيها و في الجاعل و العامل - الثاني في الاحكام.

اما الاول فقد وقع الخلاف في انها من العقود او الايتاعات - صريح المتن حيث قال (ولا بد فيهما من اليجاب و القبول) هو الاول و ظاهر الشرايع انها تحقق بكل من الوجهين - حيث انه صرح اولابانها لانفقتر الى قبول ثم ذكر بعد ذلك انها عقد جائز و المراد انه لا يشترط في تحققها القبول و الافلو او وقعت بنحو اليجاب و القبول تكون عقدا .

و الاظهر عدم اشتراط القبول لان العقد انما هو فيما يتوقف تحققه على الالتزامين من الطرفين و اما ما حقيقته و قوامه بجعل واحد و التزام فارد فهو ليس من العقود و المقام كك فان الجعالة من قبيل التسبيب الصادر من الشارع نحو من فعل كذا فله كذا المعلوم عدم كونه عقدا - و بالجملة الجعالة بمالها من المفهوم العرفي

(١) النساء آية ٢٩

(٢) سورة يوسف آية ٢٧

(٣) الوسائل باب ٤ - من ابواب الجعالة حديث ١

الذى عليه بناء العقلاء من الانشائات القائمة بشخص واحد فهي من الايقاعات .
 ويؤيده امور - ١ - مذكوره من انه لو انشأها الجاعل وعمل العامل بغير قصد الى
 الجمالة بل ومع الغفلة عنها وعن كون فعله قبولاً صحيحاً واستحق الجعل ولو كانت
 من العقود لزم عدم صحته وعدم استحقاقه الجعل لعدم تمامية الجمالة وما عن بعضهم
 من كفاية الرضا الباطنى ولو التقديرى منه فى القبول وهو حاصل لا وجه له بل هذا
 فى الحقيقة التزام بعدم اشتراط القبول - ٢ - انه لو كانت الجمالة من العقود لزم
 مقارنة القبول لا يجابها كما هو الشأن فى العقود على المشهور - مع انه يجوز
 الجمالة وان طال العمل المتوهم كونه قبولاً وقع الفصل بينه وبين الايجاب
 - ٣ - ترتب اثره على من لم يرد الفعل او لائم اراد وفعل حتى لو تلبس بالعمل ثم رفع يده
 عنه بل ردها ثم عاد اليه - ان لو كان ذلك من العقود افتقر الى ايجاب آخر بعد الرد
 - ٤ - صحته من غير مخاطب خاص - وممن لم يسمع عبارة الجعل - الى غير تكلم من
 الاحكام والاثار المنافية لكونها من العقود - واما ما عن التذكرة من الاجماع على
 انها عقد جائز - وعن جامع المقاصد ظاهرهم انها من العقود الجائزة فيكون القبول
 فيها فعلياً - فمحمولان على ارادة ما قدمنا من انها تتحقق بكل من الوجهين او على ارادة
 الاهد منه لصدوره ممن ظاهره اوصريحه الايقاعية واما خبر (١) على بن جعفر عن اخيه
 عن رجل قال لرجل اعطيك عشرة دراهم وتعلمنى علمك وتشار كنى هل يحل ذلك له قال
لا اذا رضى فلا بأس - فلا ينافى ذلك لعدم ظهور الرضا فى القبول العقدى ومن الجائز
 ارادة عدم الباس مع تراضيهما على ذلك - فالمتحصل مما ذكرناه انها ليست من العقود
 وان كان يمكن تحققها بكل من الوجهين .

ثم انه لا تتحقق الجمالة بالعلم بالرضا الباطنى وان كان فعلياً لما مر من انه يعتبر
 فى العقود والايقاعات اظهارها بمظهر من قول او فعل - نعم لا يعتبر لفظ مخصوص بل
 تتحقق بكل لفظ مبرز لها (كقوله من رد عبدى او فعل كذا فله كذا) او نحو

ذلك وعن التذكرة الصيغة كل لفظ دال على الاذن فى العمل واستدعائه بعوض يلزمه كقوله من رد عبدى او خاط ثوبى او بنى لى حائطا او ما اشبه ذلك من الاعمال المحللة المقصودة فى نظر العقلاء وقريب من هذه العبارة عبارات غير هامة من الكتب الفقهية المتفقة على تحققها بكل لفظ من غير فرق بين من رد وان رددت وغيرهما (والظاهر) جريان المعاطاة فيها - بناء على ما تقدم فى كتاب البيع من ان جريانها فيه على القاعدة لامن جهة النص الخاص والاجماع ولذلك بنينا على جريانها فى جميع العقود والاقاعات الا ما خرج بالدليل (ودعوى) ان المعاطاة من باب المقابلة فيعتبر فى تحققها الفعل من الجانبين فتختص بالعقود (مندفعة) بان لفظ المعاطاة ليس عنوانا لموضوع الحكم والمراد بها الانشاء الفعلى - فتشمل كل فعل مبرز للاعتبار النفسانى وعلى ذلك بنينا عدم اعتبار العطاء فيها وتحققها بكل فعل مبرز للاعتبار - ولو كان حركة الرأس فى جواب من ساله هل لمن رد عبدك او فعل كذا - كذا .

ثم انه على القول بانها من العقود الظاهر عدم الخلاف (و) لا الاشكال فى انه (لا يفتقر الى القبول لفظا) وهو مقتضى القاعدة كما اسلفناه .

الجمالة على العمل المحرم

(و) اما ما يصح الجمالة فيه - فقد طفحت كلماتهم بانه (يجوز) الجمالة (على كل عمل محلل مقصود) للعقلاء - وهو مما لا اشكال فيه فى الجملة - لاطلاق الادلة .

انما الكلام فى امور ١ - هل يصح الجمالة على الواجب ام لا كما صرح به جماعة حتى انهم قالوا وقال من دلتى على مالى فله كذا فدلته من كان المال فى يده ام يستحق الجعل لان ذلك واجب عليه - وجهان مبنيان على ما تقدم فى المكاسب من جواز اخذ العوض على الواجب وعدمه - وحيث ان المختار كما مر جوازه فالظاهر هو الاول .

٢ - هل تصح الجمالة على الحرام ام لا - وجهان قد استدل للثانى (بان)

العمل المحرم غير مملوك فلا ملك حتى يملك بعوض (وبان) المحرم لأمالية له فلا يقبل المعاوضة عليه (وبان) العمل المحرم لو سلم كونه ملكاً وما لا إلا أن الشارع الأقدس بتحريمه سلب احترامه والمال غير المحترم لا يعوض بشيء لفرض أنه هدر عند الشارع (وبان) الحرمة سالبة للمقدرة والسلطان على التصرف ومن المعلوم كون السلطنة من شرائط النفوذ. ولكن يرد (على الأول) أن العمل المحرم كيف لا يكون مملوكاً بعد أن لا تقابل بين الملكية والحرمة باحد انحاء التقابل من التضاد والتناقض والتضائف بين المتعاندین في الوجود. والتقابل بالعرض والتبع متفرع على شرطية الإباحة للتملك (مع) أنه لا يعتبر الملكية في الجعالة - بل العمل قبل الجعالة ليس ملكاً للعامل (وعلى الثاني) أن العمل المحرم أن كان في نفسه ما لا عند العقلاء فالنهي عنه لا يكون معدماً لماليتيه بل هو نهي عن إيجاد المال كما أن الأمر باتلاف العبد الجاني أمر باعدام المال (وعلى الثالث) أن هدر المال غير هدر المال فمال الكافر الحربي مسلوب الحرمة من حيث المال فلهذا يجوز أخذه بلا عوض منه قهر أو مع ذلك يصح إيقاع المعاوضة عليه والاحترام من حيث المال ليس من شرائط نفوذ المعاملة (وعلى الرابع) أن السلطنة الوضعية محفوظة مع الحرمة. والتكليفية ليست من شرائط نفوذ المعاملة -.

فالصحيح - أن يستدل له بما في خبر (١) تحف العقول المتلقى بالقبول من تعليل فساد بيع ما لا منفعة محللة له بحرمة التصرف وكذا في إجارة الإنسان نفسه فيما هو محرم عليه، فيستفاد منه أن ما تمحض في الجهة المحرمة لا يجوز إيقاع أي عقد أو إيقاع عليه فيفهم منه أن كونه محرماً يوجب سقوطه عن المال فشرعاً فلا يعوض ويؤيده النبوي (٢) المشهور أن الله إذا حرم شيئاً حرم ثمنه. وجه جعله مؤيداً لادليل عدم وجوده في

(١) الوسائل - باب ٢ - من أبواب ما يكتسب به من كتاب التجارة حديث ١

(٢) أورده العامة والخاصة في كتبهم الاستدلالية - راجع البحار - ج ٢٣ ص ١٧ - ومسند

اصل من اصول العامة و الخاصة و الموجود في اصولهم هكذا (١) ان الله اذا حرم على قوم اكل شيء محرم حرم عليهم ثمنه - وكيف كان فلا شبهة في اعتبار اباحة العمل به معنى عدم حرمة -

حكم الجهل بالعمل - أو العوض

٣- لا اشكال في انه يجوز الجعل على العمل (وان كان مجهولا) لالما في الشرايع من انه عقد جائز بل لان بناء مشروعيتهما على جهالة العمل والغرض منها تحصيل الاعمال المجهولة فيقيد بدليلها اطلاق ما دل على النهي عن الغرر و هذا واضح ، انما الكلام في انه هل يعتبر كون العوض معلوما كما هو المشهور بين الاصحاب ام لا - كما عن بعض ومخلص - القول فيه ان معلومية العوض - تارة يراد بها التعيين المقابل للمتردد - واخرى يراد بها ما يقابل الجهل الموجب للوقوع في الغرر و الخطر - و ثالثة يراد بها ما يقابل الجهالة و لولم توجب غررا - اما اعتبار المعنى الاول فواضح فان المردد من حيث هو مردد لامالية له و لا وجود و لا تحقق فهو غير قابل للملكية والاستحقاق عقلا - واما الثاني فيشهد لاعتباره المرسل (٢) المروي في كتب الفقهاء المتلقى بالقبول - نهى النبي ﷺ عن الغرر - و قد مر في كتاب الاجارة الاشكال في الاستدلال به والجواب عنه و بينا دلالته على بطلان كل معاملة غررية ومنها الجعالة - واما الثالث فظاهر المشهور حيث قالوا لا بد وان يكون معلوما بالكيل والوزن او العدان كان مما جرت العادة بعده - اعتباره ولكن لا دليل عليه . فالأظهر عدمه كما مر في الاجارة .

ثم انه لا فرق في اعتبار المعلومية الرافعة للغرر بين كون الجهالة مانعة عن التسليم وعدمها (فما) عن القواعد لو قيل بجواز الجهالة اذا لم تمنع من التسليم كان

(٣) مسند احمد ج ١ - ص ٢٤٧ - و - ٢٩٣ - السنن الكبرى ج ٦ - ص ١٣

(٤) التذكرة ج ١ - ص ٤٦٦

حسنا كقوله من رد عبدى فله نصفه وعن المحقق الثانى تقويته - وعن الايضاح انه اصح ونفى عنه البعد فى محكى الروضة و فى الجواهر و لعله الاقوى (ان) اريد بها الجهالة بالحصول فهو قوى فانها كما افيد لا تمنع عن التسليم فى ظرف الاستحقاق وهو بعد الرد - وان اريد بها الجهالة حتى من ناحية اوصاف العبد الدخيلة فى المالية فلا يتم لعموم ما دل على النهى عن الفرر - ورفع الفرر فى زمان التسليم لا يكفى فى البناء على الصحة كما فى ساير العقود والايقاعات .

ثم انه يعتبر فى الجاعل اهلية الاستيجار من البلوغ والعقل وعدم الممنوعة من التصرف فى امواله وغيره لان ما دل على اعتبارها فى الاجارة من حديث (١) رفع القلم وحديث (٢) رفع ما استكره عليه وما شا بههما - يدل على اعتبارها فى الجاعل - واما العامل فلا يعتبر فيه سوى امكان تحصيل العمل عقلا وشرعا - وذلك لتمامية الجعالة قبل العمل بلا دخل للعامل فيها وانطبق موضوع الحكم على فردة قهرى هكذا استدل فى المقام ولكن مقتضى اطلاق حديث رفع القلم عن الصبي والمجنون رفع كل حكم تكليفى او وضعى عن الصبي كان سببه فعله القصدى او غير القصدى - كان فى رفعه منة على الامة ام لم يكن - كان اثر منوطا بكمال العقل واستشعار انفاعل ام لم يكن - وعلى ذلك فيشكل القول باستحقاق الجعل برد الصبي المميز من غير اذن وليه - كما عن التذكرة وفى المسالك وغيرهما « نعم » لو اكره البالغ العاقل على العمل - او كان مجبورا - استحق الجعل - اما فى الاول فلورود حديث نفى الاكراه فى مورد الامتنان والامنة فى رفع هذا الاثر واما الثانى فلعدم كونه تصرفا ماليا كما انه لو اذن الولي يستحق غير المكلف الجعل ان عمل.

ولا يعتبر فى العامل التعيين بلا خلاف لاطلاق الادلة و فى صحة الجعل على

(١) الوسائل باب ٤ من ابواب مقدمة العبادات وباب ٣٦ من ابواب القصاص فى

فى النفس .

(٢) الوسائل باب ٦ من ابواب جهاد النفس

عمل للمغير كما لو قال من رد ضالة زيد فله كذا - كلام تقدم في كتاب الاجارة وقد عرفت انه يصح الاستيجار عليه فضلا عن الجمالة بل تصح الجمالة على عمل يعود نفعه الى العامل نفسه اذا كان له عرض عقلائي.

الجمالة عقد جائز من الطرفين

الموضع الثاني في الاحكام - والكلام فيه في طي مسائل - الاولى - لاختلاف بينهم في ان الجمالة من الامور الجائزة من الطرفين بمعنى تسلط كل من العامل والمالك على فسخها سواء جعلناها عقدا او ايقاعا (واستدل) له في المسالك بانها من حيث عدم اشتراط القبول فيها بمنزلة امر الغير بعمل له اجرة فلا يجب المضي اليه من الجانبين (اقول) اما جواز فسخ العامل فلا يرى له وجهان الجمالة عبارة عن الايجاب والاذن في الفعل وحكمه بعد الاذن بيده ولا ربط لذلك بالعامل كي يكون له الفسخ - وكونه بحيث لو عمل استحق الجعل من آثار فعل الموجب وليس ذلك تحت اختيار العامل وقدرته - ولذا قال في الجواهر فمعنى قولهم يجوز للعامل الفسخ انه لا يجب عليه الوفاء بالعمل - واما الجاعل فكما افاده يجوز له الفسخ - لما افاده والاجماع والتسالم عليه - وهل يجوز ذلك حتى بعد التلبس بالعمل كلام سيأتى عند تعرض المصنف له .

الثانية اذا بذل جعلا على رد الضالة مثلا (فان كان العوض معلوما لزم) على الجاعل (بالفعل) بلا خلاف ولا اشكال (والا) كما لو ذكر عوضا ولم يعينه (ف) يجب عليه مع الفعل رد (اجرة المثل) لاحترام العمل والفرض انه لم يعمل له مجانا (ودعوى) انه مع علم العامل ببطلان الجمالة يكون كالمتبرع في عمله فلا يستحق شيئا (مندفعة) بانه لا يكون متبرعا في عمله بل يعمل لاختد العوض فكيف يكون بحكمه - هكذا استدلوا له في المقام وغيره من نظائره وقدم في في كتاب البيع والاجارة ان مدرك

قاعدة الاحترام - اما قوله (١) لا يحل مال امرأ مسلم الا عن طيب نفسه - أو قوله (٢) حرمة ماله كحرمة دمه أو قوله (٣) لا يصلح ذهاب حق احد - وشىء من تلكم لا يدل عليها - اذا الاولان ظاهران فى الحرمة التكليفية بمعنى انه لا يجبر المسلم على العمل ولا على اخذ ماله منه ولا يقهر عليهما ولا نظر لهما الى الحكم الوضعى وهو الضمان - والثالث يدل على عدم ذهاب الحق والكلام انما هو فى ثبوته والحكم لا يصلح لاثبات موضوعه وتمام الكلام فى الجزء الثانى عشر من هذا الشرح .

وعلى هذا فقد يتوهم عدم الضمان فى المقام من جهة ان الضمان اما بالعقد أو باليد (٤) أو بالتلاف (٥) وشىء من تلكم لا مورد له فى المقام - اما العقد فلفساده واما قاعدة اليد فهى وان كانت تشمل المنافع لان اليد على العين تستتبع اليد على المنافع لكنها لا تشمل عمل الحر - واما قاعدة التلاف فلان سببية العامل فيه اقوى من الامر لانه المباشر كما لو امره بالتلاف مال الغير واكل طعامه فان المتلف هو الضامن لا الامر (ودعوى) ان استيفاء العمل الذى له مالية - كاستيفاء المنفعة ذات المالية موجب للضمان كما عن الشهيد الثانى (مندفعة) بان ذلك محتاج الى دليل .

ولكن يمكن ان يستدل للضمان بقاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن ، فاسده الجعالة الصحيحة موجبة للضمان فكذلك الفاسدة منها - ومما ذكرناه يظهر انه لا ضمان لو استدعى الرد ولم يبذل الاجرة ولا شىء للراد كما فى الشرايع وعن القواعد والارشاد والتحرير بل قيل هو قضية كلام اللمعة (نعم) يمكن ان يقال باجرة المثل لو جرت العادة باجرة

(١) الوسائل باب ٣ من ابواب مكان المصلى - والمستدرک ج ١ ص ٢١٢ - والاحتجاج

ص ٢٦٧ - مع اختلاف فى المتن .

(٢) الوسائل باب ٣ من ابواب القصاص فى النفس حديث ٣

(٣) الوسائل باب ٤٠ من ابواب الشهادات حديث ٤٠١

(٤) كنز العمال ج ٥ ص ٢٥٧ - سنن بيهقى ج ٦ ص ٩٠

(٥) قاعدة مستفادة من الاخبار الوارد فى الموارد الخاصة

امثله فان ذلك ح يكون نظير الجمالة على عوض مجهول ولا اقل من انه ح امر بالعمل بعوض الذى هو نظير الاباحة بعوض معاملة مستقلة صحيحة ويستحق فيه العامل الاجرة المسماة مع معلومية العوض - و عليه فهو فاسد ما فى صحيحة الضمان فيضمن به .

وكيف كان فالذى يستحقه هو اجرة المثل فى جميع موارد الفساد (الا فى البعير والابق) فان المشهور انه تارة (يوجدان فى المصر فعن كل واحد دينار) اخرى يوجدان (فى غير المصر) فمن كل واحد (اربعة دنانير) و المدرك خبر (١) مسمع بن عبد الملك كردين ابى سيار عن الصادق عليه السلام ان النبى صلى الله عليه وسلم جعل فى جمل الابق ديناراً اذا اخذ فى مصره وان اخذ فى غير مصره فاربعة دنانير وقد عمل به المشهور كما اعترف به غير واحد - وعن الرياض ان الشهرة به عظيمة قديمة ومتأخرة - وعن المقتصر انه مؤيد بعمل الاصحاب وشهرته حتى صار العمل به قريباً من الاجماع - وعن الخلاف بعد الفتوى بما تضمنه دليلنا اجماع الفرقة واخبارهم - وعن المقنعة انه ثبت السنة عن النبى صلى الله عليه وسلم بذلك فضعفه من جبر بالعمل وبأخبار اخر - فلا وجه لاشكال المصنف ره فى القواعد فى الحاق البعير بالعبد الابق فى هذا الحكم - و اضعف منه اشكال الشهيد الثانى فى هذا الحكم فى الموردین اضعف سند الخبر .

الثالثة (ولو تبرع) من لم يمين الجمالة له (فلا اجرة له سواء جعل لغيره او لا)

بالاخلاف فى عدم الاجرة للعامل لانه متبرع على الفرض وقد مر حصر موجبات الضمان فى عدة امور لا ينطبق شىء منها على المقام - واما عدم الجعل لمن جعل له - فلان الجعل انما هو بازاء العمل الممتنع لان الحاصل لا يتحصل فيفسخ المعاملة وفى المسالك هذا اذا شرط على المجعول له العمل بنفسه او قصد الراد العمل لنفسه او اطلق اما لو رده نيابة عن المجعول له حيث يتناول الامر النيابة فانه لا يضيع عمله وكان الجعل لمن جعل له انتهى - (وفيه) ان مجرد قصد النيابة مع عدم امر من المنوب عنه

ولا عمل في ذمته لا يجعله نائبا - ولا فعله فعله .

(ولو تبرع الاجنبى بالجعل لزمه مع العمل) وان لم يعد نفعه اليه ولا يلزم على المالك شيء للعامل ولا المبادل بالاخلاف ولا اشكال لما مر من انه لا يعتبر كون الجعل من المالك -

العامل يستحق الجعل بالتسليم

الرابعة (ويستحق) العامل (الجعل بالتسليم) بيد المالك مع التصريح بالجعل على ذلك او الاطلاق بناء على ان المتبادر من الرد القبض .. فاجابه الى البلدا والمنزل فقر لم يستحق الجعل بالاخلاف لعدم تحقق ما جعل العوض بازائه - نعم - لو صرح بما لا يقتضى التسليم كالايصال الى البلد استحق الجعل بايجاده و هو واضح وهل الموت كالقرار في عدم استحقاق شيء من الجعل كما عن التذكرة والمسالك وغيرهما ام يستحق العامل في الموت بالنسبة كما عن القواعد احتماله وعن الايضاح اختياره وجهان - اظهرهما الاول - لان الجعل انما هو على العمل الخاص المنتقى في الفرض - وعدم كون المانع من قبل العامل - لا يصلح منشأ للاستحقاق .

الخامسة قد عرفت انه لا اشكال ولا خلاف في ان الجمالة جائزة قبل التلبس بالعمل (و) اما (مع التلبس بالعمل) ففيه قولان - احدهما - انه (ليس للجاعل الفسخ بدون اجرة ماعمل) وان كان للعامل ذلك فتصير الجمالة لازمة من طرف وباقية على الجواز من الطرف الاخر وهو مختار الماتن هنا والمحقق في الشرايع وعن المبسوط والارشاد - بل ظاهر المتن كالمبسوط توقف فسخ الجاعل على دفع الاجرة - ثانيهما - انه لا فرق بين قبل التلبس و بعده وهو المشهور وفي المسالك دعوى الاجماع عليه و الاظهر هو الثاني لانه لم يطرأ ملزم لها بالتلبس والاستصحاب يقتضى بقاء جواز الفسخ وعليه فلو فسخ الجاعل فحيث انه لا معنى لفسخ بعض وبقاء بعض فلا محالة لا يستحق من الجعل بالنسبة وانما يستحق اجرة مثل عمله - كما لا يخفى

السادسة (و) لو عقب الجمالة على عمل معين بعوض - بجعالة اخرى وزاد في العوض او نقص (يعمل بالمتاخر من الجعالتين) بالاخلاف مع سماع الجعالتين قبل التلبس بالعمل لان الثانية تقتضى فسخ الاولى بعد ان لوجه اصحهما معا الامع ارادة زيادة الجعل - ولكنها خلف الفرض - اما اذا لم يسمع العامل الا احدى الجعالتين - فعن المحقق الكركى والشهيد الثانى ان العبرة بما سمعه منهما سواء كانت الاولى او الثانية وعن المصنف ره فى التذكرة انه ان كان المسموع هى الثانية فالعبرة بها والا فيرجع الى اجرة المثل -

و الحق ان يقال انه لوجه لكون العبرة بما سمعه مطلقا فان المسموع ان كان هو الاولى فقد انفسخت بالثانية فلا بقاء لها كى تقتضى استحقاق ما فيها من الجعل ولا غرور بعد ان اقدم على عقد جائز للمالك فسخه فى كل وقت وكان له طريق الى الزامه به بصلاح ونحوه - واما اجرة المثل فقد اورد على البناء على استحقاقها بان اقدم على الجعل المسمى فيستحقه دون اجرة المثل خصوصا مع زيادتها عليه - و يرد ان اقدمه على المسمى - ليس من المعينات له بعد سقوطه بالفسخ بالثانية - فالحق هو ثبوت اجرة المثل فى هذا الفرض - نعم ان كانت الاجرة المسماة فى الثانية ازيد من المثل لا يبعد القول باستحقاقها لانه لا يعتبر سماع الجعالة فى استحقاق الجعل كما سمعته - وانما لا يلتزم به فى صورة كونه اقل لصدق الغرور فانه وان لم يصدق على ما لو فسخ الاولى لما ذكرناه الا انه يصدق على ما لو عقبها بجعالة اخرى - و الا لزم التوصل بذلك الى الغاء ما جعله فى جمالة وتبديله باقل ما يصح بفسخ الاولى و ايجاد جمالة اخرى من دون ان يسمع غيره.

ثم ان هذا كله مع التنافى بين الجعالتين والا كما لو قيد كل منهما بزمان او مكان غير ما قيد الاخرى به - كما لو قال من رد ضالتي الى آخر هذا الاسبوع فله كذا - ثم قال من ردها الى آخر الشهر فله نصف ذلك الجعل - تبقى الجعالتان على حالهما وله الجعل المسمى على كل من التقديرين -

لو جعل على عمل معين جعلاً فشاركه غيره

السابعة (ولو جعل لفعل فصدر عن كل واحد بعضه) كما لو قال من رد ضالتي فله دينار فردها جماعة (فللجميع الجعل) بلا اشكال لان المفروض انطباقه موضوع الحكم وهو رد الضالة على فعل الجميع لان ردهم من مصاديق الرد المأخوذ في الموضوع وح ان لم يتفاوتوا في العمل يوزع الجعل عليهم بالسوية ومع التفاوت يوزع عليهم على قدر العمل (ولو) جعل لفعل (و صدر) ذلك الفعل (عن كل واحد) مستقلاً ولم يكن الصادر عن الجميع فعلاً واحداً كما لو قال من دخل داري فله دينار - فدخله جماعة (فلكل واحد جعل) لان فعل كل واحد منهم موضوع مستقل وفرد مما اخذ في الموضوع وهذا بخلاف الصورة الاولى التي كان الفعل الصادر من الجميع فرداً من الموضوع و الصادر من كل واحد منهم بعضه لانما هو (وما) عن المختلف من احتمال التساوي فيستحقون كلهم ديناراً واحداً في الصورة الثانية لانه المبذول والعموم يقتضي التشريك لا الزيادة على المبذول (غير تام) كما يظهر مما ذكرناه .

(ولو جعل للرّد من مسافة) كما لو قال من رد ناقتي من الشام فله كذا (فردّه من بعضها فله) من الجعل (بالنسبة) اي بنسبة المسافة كما عن الشيخ وابن حمزة والمصنف وغيرهم بل في المسالك نسبته الى الاصحاب و ان تنظر فيه (والحق) ان يقال ان الجعل ان كان للرّد عن مسافة فالرّد من بعضها ليس جزء من ذلك العمل بل هو غيره وعليه فالمتجه ح اجرة مثل عمله على ما امر فان عمله محترم لا يذهب هدرًا ولم يجعل بازائه شيء فيتعين اجرة المثل - و ان كان الجعل للرّد و كان التقييد بالمسافة لتخليه كونها هناك فالمستحق الاجرة المسماة لانيان ما جعل له - وان كان الجعل للرّد من مسافة على نحو التوزيع - كان المستحق من الاجرة المسماة بنسبة ما عمل - و هو واضح ولا يبعد ظهور الجملة المزبورة بالاقرينة في الاخير وعليه فيتم ما افاده الاساطين فلا يرّد عليهم شيء مما ذكر في المقام .

حكم مالواختلفا في الجعل

الثامنة في فروع التنازع - وهي اربعة - ١ - (و) لو تنازعا في الجعل وعدمه فقال المالك لم اشاركك وما امرتك وقال العامل شرطتني وامرنتني بالعمل و جعلت لي جملا معيننا واستحق به اجرة المثل : (القول قول المالك في عدم الجعل) بالاخلاف لاصالة عدم الاشتراط واصله البرائة من العوض - ومقتضى قول المشهور في نظائر المسالة كالاختلاف في الاجارة والاعارة من تقديم قول مدعى الضمان لقاعدتي اليد والاحترام - الحكم بالضمان في المقام لقاعدة الاحترام و لكن قد عرفت في كتاب الاجارة فساد ذلك - فلا يظهر عدم الضمان .

٢ - (و) لو اختلفا (في تعيين المجمعول فيه) كما لو اختلفا في عين ما شرط في رده العوض فقال العامل شرطت لي العوض فيما رددته وقال الجاعل بل شرطت لك فيما لم ترده فلا خلاف في انه يقدم قول الجاعل لان مرجع هذا الخلاف الى دعوى العامل على المالك الشرط على هذا الذي رده وهو ينكره فالقول قوله لاصالة عدم الشرط وان اتفقا على اصل الشرط .

٣ - (و) لو اختلفا (في القدر) اي قدر الجعل ففيه اقوال - احدها - ما عن الشيخ في الخلاف وجماعة وهو انه ثبت ح اجرة المثل بعد يمين الجاعل - ثانيها - ما في المتن والشرائع وعن اللمعة وغيرها وهو ان القول قول المالك (فيثبت فيه الاقل من اجرة المثل والمدعى) مع الحلف - ثالثها - ان القول قول المالك لكن يثبت مع يمينه اقل الامرين من اجرة المثل و مدعى العامل - واكثر الامرين منها ومن مدعى المالك - رابعها - تقديم قول المالك الا ان الثابت يمينه هو ما يدعيه لاجرة المثل ولا الاقل وهو قول الشيخ نجيب الدين من مشائخ المحقق و الشهيدين - خامسها - انها يتحالفان لان كل واحد منهما مدع ومدعى عليه اختاره في محكي القواعد .

والاظهر هو الرابع - لان استحقاق الاقل متيقن ولو في ضمن الاكثر ووقوعه على الاكثر غير معلوم والاصل عدم وقوعه عليه وعدم استحقاقه الزايد (وبه) يظهر دفع ما اورده المحقق

على هذا القول بان فائدة يمين المالك اسقاط دعوى العامل لاثبت ما يدعيه الحالف وما في الجواهر من ان اختصاص الدعوى بينهما في الامرين لا يقتضى الانحصار واقعا كضرورة احتمال كون الواقع خلافا لهما (فان) نفى استحقاق الزايد من الاجرتين انما هو بالاصل لا باليمين .

وقد استدلل للقول الاول بان القول قول المالك لان الفعل فعله فيقدم قوله فعليه اليمين فاذا حلف ينفي الزايد وحيث لا يثبت ما يدعيه بحلفه فليس ح الاجرة المثل بعد الاتفاق على ان العمل بعوض ولم يثبت فيه مقدر (ويرده) ان الزايد ينفي بالاصل - مع انه لو اغمض عن ذلك فاللازم هو ثبوت اقل الامرين من اجرة المثل وما يدعيه العامل - لا اعترافه بعدم استحقاق الزايد ان كانت اجرة المثل ازيد من ما يدعيه بل واكثر الامرين منها ومن مدعى المالك لان ما يدعيه المالك ان كان اكثر من اجرة المثل فهو يعترف بثبوته في ذمته للعامل فيؤخذ باقراره - و بما ذكرناه ظهر مدرك القول الثاني و الثالث و ضعفه - كما ظهر قوة القول الثالث بالنسبة الى الاولين كما افاده في المسالك .

واما التحالف - فقد استدلل له (بان) كل واحد منهما مدع ومدعى عليه فلا ترجيح لاحدهما فيحلف كل واحد منهما على نفى ما يدعيه الآخر (وبان) العقد الذى تشخص بالعوض الذى يدعيه المالك غير العقد الذى تشخص بما يدعيه العامل ويرد (على الاول) ما تقدم من ان المالك منكر لادمع لانهما متوافقان على استحقاق الاقل والنزاع انما هو بالنسبة الى الزيادة (وعلى الثانى) ان العقد متفق عليه وانما الاختلاف فى الزيادة والنقصان فكان كالاختلاف فى قدر الاجرة فى الاجارة - و القدر الذى يدعيه المالك متفق عليه و انما الاختلاف فى الزايد فيقدم قول منكره - اضع الى ذلك كله ما يأتى فى كتاب القضاء من ان التحالف فى الموارد التى يكون كل من طرفى المنازعة مدعىا ومنكر الادليل عليه فان ظاهر دليل الحلف هو الحلف فيما اذا كان منكر محضا - راجع ما ذكرناه فالمتحصل مما ذكرناه انه يقدم قول المالك ويثبت بيمينه ما يدعيه - لا اجرة المثل ولا الاقل .

(و) لو اختلفنا (فى السعى) بان قال حصل فى يدك قبل الجعل فلا جعل لك - وقال العامل قد حصل فى يدي بعده قالوا فالقول قول المالك - وهذا يتم على القول بوجوب رد المال الى صاحبه اذا وقع فى يد الغير وعدم جواز الجعل على الواجب فان المالك حريدى عدم الاستحقاق والاصل معه وحيث عرفت جواز الجعل على الواجب فيسقط ذلك والله العالم - :

فى السبق والرماية

(الفصل الرابع فى السبق و الرماية) و السبق بسكون الباء مصدر لكلمة سبقه الى كذا اى تقدمه و غلبه على كذا - وعن الصحاح انه مصدر سابق قال فى المسالك وكلاهما صحيح - الا ان الثانى اوفق بالمطلوب لان الواقع فى معاملته كون العمل بين اثنين فضاء فباب المفاعلة به اولى - واما السبق بالتحريك فهو العوض المبذول للمسابق وما فى معناه ويقال له الخطر - والمسابقة عرفا هى اجراء الخيل وشبهها فى حلبة السباق ليعلم الاجود منها والافرس من الرجال والمتسابقين - والرماية عرفا هى المناضلة بالسهم مثلا ليعلم حذق الرامى و معرفته بمواقع الرمى .

ومستند شرعيتهما - مضافا الى اجماع الامة المحكى مستقيضا من الكتاب قوله تعالى (١) «واعذوا لهم ما استطعتم من قوة و من رباط الخيل ترهبون به عدو الله و عدوكم » وفى المرفوع (٢) لعبد الله بن المغيرة الذى هو من اصحاب الاجماع فى تفسيره عن النبى ﷺ انه الرمى - وقوله (٣) تعالى حكاية عن اخوة يوسف «يا ابا نانا ذهبنا نستبق وتركنا يوسف عند متاعنا» فانه ظاهر فى مشروعية السباق فى الجملة والاصل بقائهما لم يعلم النسخ فتأمل فانه ليس فى شىء من الايتين ما يشهد بكون المعاملة المزبورة مشروعة - ومن السنة نصوص مستفيضة ستمر عليك جملة منها فى طى المسائل - الآتية - وفائدتهما بعث النفس على

(١) سورة الانفال آية ٦٠ (٣) سورة يوسف آية ١٨

(٢) الوسائل باب ٢ - من ابواب كتاب السبق والرماية حديث ٣

الاستعداد للمقاتل والهداية لممارسة النضال - وهي من اهم الفوائد الدينية في الجهاد للاعداء الذي هو معظم اركان الاسلام - وتحقيق هذا الفصل يستدعى البحث في موضعين - الاول في حكم المسابقة - الثاني - في المعاملة عليها - والمقصود الاصلى في هذا الفصل وان كان هو الثاني ولذا لم يتعرض المصنف له لغيره - الا انه لا بأس مقدمة له من بيان الحكم في الموضوع الاول نظرا الى شيوع المباراة باقسامها المختلفة في هذا العصر.

الرياضة البدنية

اما الموضوع الاول - فالكلام فيه في موردين - الاول - في الرياضة البدنية لاشكال في ان ما كان منها مؤديا الى الضرر على النفس بالهلاك او هلاكة عضو من الاعضاء يكون حراما لان دفع الضرر واجب عقلا وشرعا - وما كان منها موجبا لقوة الجسم او الروح او قوة الامة الاسلامية حسن ومطلوب فان الشريعة المقدسة تطلب كثرة قوية و لذلك عنيت بكل ما يكفل للانسان قوة الجسم وقوة الروح وقوة المجتمع لاحظ الاخبار الواردة في بيان حكمة العبادات والواردة في بيان حكمة حرمة جملة من المحرمات وكراهة المكر وهات وما ورد في تفسير الآية المتقدمة واعدا لله... الخ الى غير ذلك من الآثار وعلى الجملة ان سعادة الانسان وهي بلوغه منتهاى كما له و غاية فعليته بحسب نوعه - معقودة بقوة جسمه وروحه - ومن الواضح ان للرياضة البدنية والروحية اثرا عظيما في ذلك -

واما الرياضات التي لا تترتب عليها هذه الغايات ولا تكون مضرة ففيها خلاف والحق ان يقال ان تلك الرياضات على اقسام (الاول) الفعل لغاية الالتذاذ بلا قصد غاية اخرى ويعبر عنه باللعب (الثاني) الفعل الخالى عن الغاية ويعبر عنه باللغو (الثالث) الفعل الموجب لاشتغال النفس باللذات الشهوية بلا قصد غاية ويعبر عنه باللهو - وقد مر في المكاسب المحرمة تفصيل القول في كل واحد من هذه الثلاثة - وبيناهمنا ان جميع تلكم جائزة وليس شىء منها محرما .

المباراة بغير رهان

الثاني في انه في الافعال الجائزة كرمي الحجارة و السير مع السفينة او الطيارة و ما شاكل هل تجوز المباراة و المغالبة بغير عوض ام لا . و ملخص القول فيه - انه لا اشكال في جواز المسابقة في بعض الافعال . انما الكلام في غير مانص على الجواز فيه - كالمصارعة و المباراة على المراكب و السفن و البقر و الكلاب و الطيور و رمي البنادق و الوقوف على رجل واحدة و حفظ الاخبار و الاشعار و الجري على الاقدام و حمل الاثقال و ما شاكل .

وقد استدل لعدم الجواز بوجوه - الاول - خبر (١) عبدالله بن سنان عن الصادق عليه السلام لاسبق الا في خوف او حافرا و نصل بعنى النضال - بتقريب ان السبق بسكون الباء مصدر لكلمة سبقه الى كذا اي تقدمه و غلبه على كذا فالمراد من نفيه نفى المشروعية و مقتضى اطلاقه عدم مشروعية المسابقة بغير رهان (وفيه) اولاً ان الخبر ضعيف لم على ابن محمد فتأمل فانه من مشايخ الاجازة - وثانياً انه لم يثبت كون السبق بسكون الباء و من المحتمل ان يكون بفتحها بل عن الشهيد ره انه المشهور - و السبق بالفتح هو العوض و نفيه ظاهر في فساد المراهنة لظهوره في نفى استحقيقه فلا يصح الاستدلال به للاجمال (الثاني) اطلاق ادلة القمار لانه مطلق المغالبة و لو بدون العوض (وفيه) ان القمار لا يصدق بدون الرهان و العوض (الثالث) ما دل على حرمة اللهو (وفيه) اولاً ما تقدم من ان اللهو بقول مطلق لادليل على حرمة - وثانياً - ان المسابقة اذا كانت لغرض عقلائي لا تكون لهواً (فالمتحصل) انه لا دليل على حرمتها و الاصل يقتضى الجواز - مع انه يدل على جوازها مضافاً الى الاصل السيرة القطعية القائمة من المسلمين على المباراة في عدة امور كاسباحة و المصارعة و المكاتبة و المشاعرة و غيرها - و ما ورد (٢)

(١) الوسائل باب ٣ من كتاب السبق و الرماية حديث ٢

(٢) المستدرک باب ٣ من ابواب السبق و الرماية

من مصارعة الحسنين عليه السلام بأمر النبي ﷺ ومكاتبتهما والتقاطهما حب قلادة امهما

المباراة مع العوض

المرضع الثاني في المعاملة على المسابقة - اى المباراة مع العوض بغير آلات القمار فلا بدوا لمن تأسيس الاصل حتى يكون هو المرجع عند عدم الدليل الخاص - وقد يقال ان الاصل هو الجواز وصحة المعاملة الواقعة عليها - واستدل له بوجوه - ١ - الآية الشريفة حكاية (١) عن اخوة يوسف عليه السلام «يا اباانا اذهبنا نستبق و تركنا يوسف عند متاعنا» بدعوى انها تدل على مشروعية السباق في شرعهم ويشك في رفع المشروعية و نسخها والاصل بقائها وفيه، اولا انه يتوقف على عدم ورود منع من الشارع الا قدس ولو ينحو العموم والأفمع وجود الدليل لا يرجع الى الاصل و ستعرف وجوده وثانيا انه لا يعلم انهم كانوا بم يستبقون ولعله كان بما يجوز السباق عليه عندنا - وثالثا انه ليس في الآية الكريمة ما يشعر بكون سباقهم كان مع العوض - ٢ - ان مقتضى عموم - اوفوا (٢) بالعقود - صحة العقد على السباق بكل شيء (وفيه) انه يتوقف الاستدلال به على عدم ورود المنع وستعرف وجوده - وانه يصدق القمار عليه الخارج عن عموم اوفوا بالعقود ٣ - ان الحكمة في مشروعية هذه المعاملة في الموارد المنصوصة هي الاستعداد للجهاد والتهيأ له وتحصيل القوة وعليه فيجوز المسابقة على المراكب وآلات الحرب الحديثة لليلة المشار اليها (وفيه) مضافا الى اخصيته عن المدعى - ان حكمة الحكم ان ذكرت في الدليل بصورة العلة يتعدى عنها فانها بحسب المتفاهم العرفي تمام الموضوع للحكم فكأنه جعل الحكم اولا على ذلك العنوان العام والافهى حكمة لا يتعدى عنها والعبرة ح بالظهور اى المتبع ظهور الدليل فاذا فرضنا اختصاص الدليل بالموارد

الخاصة فلاوجه للمتعدى عنها ٤ - انه روى (١) ان النبي ﷺ سابق عايشة بالقدم مرتين سبق في احدهما و سبق في الاخرى - و انه (٢) ﷺ صارع يزيد بن ركا به ثلاث مرات كل مرة على شاة فصرع خصمه في الثلاث واخذ منه ثلاث شيعة (وفيه) انه لم يثبت شيء من ذلك من طريقنا ولم يرد رواية بذلك بل الثابت خلافه (فتمحصل) انه لا دليل على الجواز .

بل يدل على عدم الصحة وجهان (احدهما) صدق مفهوم القمار عليه فانه الرهن على اللعب باى شيء كان - ففي المجمع اصل القمار الرهن على اللعب بشيء - وفي القاموس نمره زاهنه فغلبه ونحوه ما عن لسان العرب . وفي المنجد القمار كل لعب يشترط فيه ان يأخذ الغالب من المغلوب شيئاً كان بالورق او غيره - وهذا المفهوم يصدق على المعاملة المفروضة في المقام فتكون باطله وما يأخذ الغالب من المغلوب حرام (الوجه الثاني) النصوص الظاهرة في الفساد وحرمة التصرف في الرهن وهي طوائف من الاخبار - منها ما دل على نفار الملائكة عند الرهان ولعن صاحبها ما خلا الحافر والخف والريش والنصل - كخبر (٣) العلاء بن سيابة ومرسل (٤) الصدوق وخبر (٥) ابي بصير لكنها باجمعها ضعيفة سنداً - اما الاول فلا بن سيابة - واما الثاني فللارسال - واما الثالث فلسعدان بن مسلم - ومنها - خبر (٦) ياسر الخادم عن الرضا ﷺ قال سألته عن الميسر قال النقل من كل شيء قال والنقل ما يخرج بين المتراهنين من الدراهم - ولكنه ايضا ضعيف لياسر - ومنها - خبر (٧) جابر عن الباقر ﷺ عن النبي ﷺ قيل له ما الميسر قال ﷺ

(٢-١) التذكرة ج ٢ ص ٣٥٤ - والثاني مروى في المستدرک باب ٤ من السبق

والرماية حديث ٢

(٣) الوسائل - باب ٣ من ابواب السبق والرماية حديث ٣

(٤-٥) الوسائل - باب ٢ - من ابواب السبق والرماية حديث ٤-٦

(٦) الوسائل باب ١٠٤ من ابواب ما يكتسب به كتاب التجارة حديث ٩

(٧) الوسائل باب ٣٥ من ابواب ما يكتسب به - حديث ٤

كل ما تقوم به حتى الكعاب والجوز - وهو ايضا ضعيف السند لعمر بن شمر - ومنها - صحيح (١) ابن خلد عن ابي الحسن عليه السلام النرد والشرنج والاربعة عشرة بمنزلة واحدة وكل ما قوم عليه فهو ميسر - ومنها - خبر (٢) اسحق بن عمار عن الصادق عليه السلام عن الصبيان يلعبون بالجوز والبيض ويقامرون فقال لا تأكل منه فانه حرام (فالمستحصل) مما ذكرناه ان المراهنة والمباراة مع العوض فاسدة وما يؤخذ حرام لا يجوز التصرف فيه هذا كله في الحكم الوضعي .

واما حكمها التكليفي - فيدل على الحرمة ادلة القمار - واما ساير النصوص المتقدمة فهي ظاهرة في الحكم الوضعي ولا نظر لها الى الحكم التكليفي وقد استدل صاحب الجواهر به اجوازها التكليفي بصحيح (٣) محمد بن قيس عن ابي جعفر عليه السلام قضى امير المؤمنين عليه السلام في رجل آكل واصحاب له شاة فقال ان اكلتموها فهي لكم وان لم تأكلوها فعليكم كذا وكذا ف قضى فيه ان ذلك باطل لاشيء في المؤاكلة من الطعام ما قل منه وما كثر ومنع عن الغرامة فيه - بدعوى انه متضمن لفساد المراهنة في الطعام خاصة ولو كانت محرمة اردع عنها ايضا فيستكشف من عدم الردع الجواز (وفيه) ان الظاهر كون الخبر اجنبيا عن المراهنة بالاكل وانما يكون مورد الخبر الاباحة المالكية المشروطة بالالتزام بالاعطاء لا الاعطاء - فالقاعدة الاولى تقتضي فساد المعاملة وحرمتها -

الالفاظ المستعملة في هذا الباب

ثم انه قد خرج عن هذه القاعدة المعاملة على السباق في موارد خاصة كما مر - وتنقيح القول فيه ببيان امور - منها - بيان الالفاظ المستعملة في هذا الباب - وهي

(١) الوسائل باب ١٠٤ من ابواب ما يكتسب به من التجارة حديث ١-

(٢) الوسائل باب ٣٥ من ابواب ما يكتسب به - حديث ٧-

(٣) الكافي ج ٨ ص ٤٢٢ باب نواذر القضاء الوسائل باب ٥ من ابواب كتاب الجمالة

السابق. والكتد - والمصلى - والسبق - والمخلل - والغاية - والمناضلة - والرشق -
والحابى - والخاصر - والخازق - والخاسق - والخارق - والخادم - والمزدلف - والغرض -
والهدف - والمبادرة - والمحاطة .

(اما) السابق فهو الذى يتقدم ولو بالعنق (واما) الكتد بفتح التاء وكسرها -
فهو الكاهل (واما) المصلى فهو الذى يحاذى براسه صلوى السابق فصاعدا والصلوان
وهما العظامان النابتان عن يمين الذنب وشماله - والتالى للمصلى هو الثالث و يليه
البارع الرابع . ثم المرتاح وهو الخامس - ثم الخطى وهو السادس . ثم العاطف ثم المؤمل - ثم
اللطيم ثم السكيت بالتصغير - (واما) السبق فقد مر فى اول الفصل بيانه - (واما)
المخلل فهو الذى يدخل بين المتراهنين ولا يبذل معهما عوضا بل يجرى فرسه
بينهما اوفى احد الجانبين على وجه يتناوله العقد على انه ان سبق بنفسه او مع غيره
اخذ العوض او بعضه على حسب الشرط وان لم يسبق لم يغرم شيئا (واما) الغاية . فهي
منتهى السباق (واما) المناضلة - فهي المسابقة والمراامة - (واما) الرشق بكسر الراء فهو
عددا يرمى به من السهام - وبالفتح فهو الرمى الذى هو المصدر (واما) الحابى -
فهو وما بعده من الالفاظ الخمسة - من اوصاف السهم المرامى به وقد ذكر فى التحرير
على المحكى من اوصافه ستة عشر - وانما اقتصرنا على الستة لعدم فائدة معتد
بها فى بيانها بعد عدم كونها مأخوذة فى موضوعات احكام الباب .

وكيف كان فالحابى مازلق على الارض ثم اصاب الغرض - والخاصر - ما اصاب
احد جانبيه الغرض - والخازق ما خدش الغرض - و الخاسق ما فتحه و ثبت فيه -
والخارق ما يخرج من الغرض نافذا - والخارم هو الذى يخرم حاشية الغرض -
والمزدلف هو الذى يضرب الارض ثم يشب الى الغرض وظاهر القواعد مرادفته مع الحابى - وعن
التذكيرة الفرق بينهما باعتبار القوة فى المزدلف - (واما) الغرض فهو ما يقصد اصابته -
والهدف ما يجعل فيه الغرض من تراب او غيره (واما) المبادرة فهي احد قسمى المراماة
وهى ان يبادر احدهما الى الاصابة مع التساوى فى الرشق و القسم الثانى منها
المحاطة وهي اسقاط ما تساوىا فيه من الاصابة .

عقد المسابقة والمراماة

(و) منها - انه (لا بد فيهما من ايجاب و قبول) كغيرهما من العقود - على المشهور - وعن الشيخ ، والمصنف رده في المختلف ان هذا العقد جمالة فلا يفتقر الى قبول - ثم انهم اختلفوا في لزومه وجوازه وبعضهم بنى الخلاف في لزومه وجوازه على انه عقد او ايقاع فعلى الاول يكون لازما وعلى الثانى جائزا - وبعضهم عكس فبنى كونه عقدا او ايقاعا على لزومه و جوازه ثم ان ظاهرهم ابتناء كونه عقدا او ايقاعا على انه اجارة او جمالة (و الحق) ان يقال انه عقد او ايقاع مستقل لا اجارة ولا جمالة على حسب المتفاهم العرفى سيما وهو بنفسه من العقود العقلائية وبعده تخلف بعض آثارها عن كل من الامرين وظاهر النافع والمختلف وغيرهما المفروغية من ذلك وان التردد انما هو فى اللزوم و الجواز (ثم ان) الظاهر كونه من العقود ولا يكفى فيه الايجاب خاصة فان ثبوت الانار على الطرف الاخر بدون القبول مخالف لقاعدة (١) السلطنة على النفس والمال . وان شئت قلت ان اثر ذلك و المترتب عليه عمل قائم بشخصين ثم كل منهما قد يجب عليه العوض وقد يجب له وثبوت جميع ذلك عليه بدون رضاه وانشائه خلاف قاعدة السلطنة والمعهود من الشرع .

ثم انه بعد ثبوت كونه من العقود - يكفى فى لزومه - عموم اوفوا (٢) بالعقود (وما) عن المختلف من ان المراد من الامر بالوفاء بالعقد العمل على مقتضاه وان كان جائزا - وليس المراد مطلق العقود و اللوجب الوفاء بالجائزة (غير تام) فان الوفاء عبارة عن التمام او ما يقاربه و الايفاء عبارة عن الاتمام و الانتهاء فاذا كان العقد متعلقا بالنتيجة لا بالفعل كان الوفاء به اتمامه وعدم رفع اليد عنه بحله ونقضه وعليه فالامر به ان كان ارشاديا كما هو الظاهر كان ارشادا الى اللزوم وان كان مولويا نفسيا فحيث ان

(١) البحار ج ٢ - ص ٢٧٢ الطبع الحديث

(٢) سورة المائدة آية ٢

وجوب الوفاء وعدم جواز الفسخ لو كان فانما هو بمنأى عن ثبوت هذا الحق له فيكون من قبيل حرمة الظلم ولا يحتمل كونه محرماً بالحرمة النفسية مع ثبوت هذا الحق فيستكشف من عدم الحق عدم تأثير الفسخ وهذا معنى اللزوم -مع- ان الاجماع قائم على انه لو كان حراما كان غير مؤثر -وبالجملة- فدلالة الآية الكريمة على اللزوم لا تنكر وخروج بعض العقود عن تحتها الدليل خاص لا يوجب خلافا في عمومها لغير ما علم بخروجه اذا لم حجة فيما بقي من الافراد غير الفرد الخارج عن تحتها ويمكن ان يستدل للزوم بالاستصحاب ايضا بالتقريب المتقدم في كتاب البيع (فالمحصل) انه من العقود اللازمة وح فمما ذكرناه في كتاب البيع والاجارة من القيود المعتبرة في العقود ما لا يجري هنا -كما ان ما ثبتنا عدم اعتباره من العربية والماضوية والقول وما شاكل لا يكون معتبرا فيه - فلا نطيل المقام بذكر تلك الامور -

بيان ما يسابق به

ومنها - بيان ما يسابق به - قال قده - (وانما يصحان في السهام والحراب والسيوف والفيلة والخيول والبغال والحمير خاصة) والصفة في جملة من ما فاده متفق عليها - وفي جملة معناها الخلاف - والتحقيق يقتضي ان يقال ان النصوص تضمنت جواز السباق والمعاملة عليه في النصل والخف والحافر لاحظ - خبر (١) عبدالله بن سنان عن الصادق عليه السلام لا سبق الا في خف او حافر او نصل يعني النضال وما دل على تفاد الملائكة عند الرهان ولعن صاحبها ما خلا الحافر والخف والريش والنصل - كخبر (٢) العلاء بن سيابة - ومرسل (٣) الصدوق - وخبر (٤) ابي بصير - وما (٥) تضمن ان رسول الله ﷺ اجري الخيل التي اضرمت من الحصى وفي بعض النسخ من الحصى الى مسجد بنى زريق وسبقها من

(١-٢) الوسائل باب ٣ من كتاب السبق والرماية - حديث ٢-٣

(٣-٤) الوسائل باب ١ من ابواب كتاب السبق والرماية حديث ٤-٦

(٥) الوسائل باب ٤ من ابواب كتاب السبق والرماية حديث ١-

ثلاث نخلات فاعطى السابق عذقا و اعطى المصلى عذقا و اعطى الثالث عذقا و مادل (١)
على انه اجرى الخيل و جعل سبقها او اقى فضة وقريب منها غيرها - و هذه النصوص
على طوائف - منها ما تضمن فعله (ص) و هو مختص بالخيل ولا اطلاق له - و مثله
الصحيح (٢) المتضمن ان مولانا عليه السلام كان يحضر الرمي و الرهانة. و منها ما تضمن
الحصر فى الثلاثة - وهى وان كانت جملة منها ضعيفة السند - الا ان فيها الصحيح و غيره
مضافا الى ان جبار ضعف السند بالعمل - و منها ما اضاف اليها الريش وهى باجمعها ضعيفة
السند - مع ان الريش يحتمل ان يكون المراد منه السهم ذى الريش وليس فى عطفه على
النصل فى احدا الخبرين دلالة على التغاير بينهما باحتمال كونه من قبيل عطف المرادف
او الخاص على العام - وفى المقام اخبار اخر استدل بها صاحب الحقائق على اضافة الطيور
الى الثلاثة - لكنها ضعيفة السند غير منجبرة بالعمل و قاصرة الدلالة من جهة
احتمال ارادة اللعب بها بلا مسابقة - مع ان فيها الحمام و من المحتمل ارادة
الخيل منه بل قيل انه المتعارف فى لسان اهل المدينة - و يعضده الاستدلال له فى
خبره (٣) بالنبوى المتضمن لاجراء الخيل (فالمتحصل) انه لا يجوز ذلك الا فى ثلاثة
النصل الشامل للسهام - والحراب جمع حربة وهى الالة والسيف ورمازيد النشاب -
و هل يدخل فيه الدبوس والعصا والمرافق اذا جعل فى رأسها حديدة فيه اشكال
والخف ويدخل تحته الابل والفيلة - والحافر ويدخل تحته الخيل والبغال والحمير -

العوض وما يعتبر فيه

(و) منها بيان العوض وما يعتبر فيه (يجوز ان يكون العوض دينا او عينا)
حالا او مؤجلا بلا خلاف للاصل والعمومات (وان يبدله اجنبى) اجماعا - لذلك
وللعمومات والاصل بل يثاب الاجنبى عليه مع نيته لانه بذل فى طاعة وقربة ومصلحة

(١) الوسائل باب ٤ - من ابواب كتاب السبق والرماية حديث ٢

(٢) الوسائل باب ٢ من ابواب كتاب السبق والرماية - حديث ٤

(٣) الوسائل باب ٣ من ابواب كتاب السبق والرماية حديث ٣

للمسلمين فهو نظير ما لو اشترى لهم خيالا وسلاحا وغيرهما مما فيه اعانتهم على الجهاد (ودعوى)
ان مقتضى المعاوضة خروج العوض عن كيس من هو طرف المعاوضة (مندفعة) بعدم كونه من
المعاوضات المصطلحة - مع انه قد عرفت في كتاب البيع جواز كون العوض من غير كيس من
دخل في كيسه المعوض - و بالجملة فيجوز بذل الاجنبى - كما يجوز بذلها
(او احدهما او من بيت المال) (ودعوى) انه مع بذل احدهما بان يقول لصاحبه
ان سبقت فلك عشرة وان سبقت انا فلاشى عليك - يكون قمارا (مندفعة) بان كونه
قمارا لا يختص بهذه الصورة بل يعم جميع صور البذل - والمستند فى جوازه النصوص
الخاصة وبها يقيد اطلاق ادلة القمار.

(و) يجوز (جعل له للسابق منهما او للمحلل) ان سبق بالاخلاف للعمومات والاصل -
وفى الرياض - قيل لا لاجنبى ولا للمسبوق منهما ومن المحلل ولا جعل القسط الاوفر
للمتاخر او المصلى والافل للسابق لمنافاة ذلك كله للغرض الاقصى من شرعيته وهو
الحث على السبق والتمرن عليه (وليس المحلل شرطاً) عندنا - للاصل - والاجماع
وشمول مادل على الجواز للعقد الخالى عنه - وعن ابن الجنيذ لا يجوز الا بالمحلل -
ومستنده رواية (١) عامية عن النبي ﷺ وسندها ضعيف ودلائلها قاصرة - والاصحاب
اعرضوا عنها .

شرائط المسابقة

ومنها فى شرائط المسابقة و المراماة - اما الاولى فلاخلاف (و) لاشكال
فى انه (لا بد فى المسابقة من) امور - ذكر الماتن هنا جملة منها - وانها الى
اثنى عشر فى التذكرة الاول (تقدير المسافة) التى يستبقان فيها وتعيينها ابتداء وانتهاء
لاختلاف الاغراض فى ذلك اختلافا بينا - فيلزم من عدم التقدير الغرر - وقد نهى (٢)

باب عنه - (ودعوى) انها جمالة فلا يعتبر فيها تعيين المسافة كما لا يعتبر في الجمالة -
 (مندفعة) بما مر من انها عقد مستقل (و) الثاني (تعيين العوض) للغرر في المجهول واثارة
 النزاع (و) الثالث (تعيين الدابة) التي يسابق عليها - من فرس وبغير وغيرهما بالمشاهدة
 فلا يكفي الاطلاق ولا التعيين بالوصف لاختلاف الغرض بذلك كثيرا ولا يتم الغرض
 بالتوصيف وانما يتم بالشخص بخلاف نحو السلم لان الغرض فيه متعلق بالكلية (و) الرابع
 (تساويهما في احتمال السبق) بمعنى احتمال كل منهما ان يسبق الاخر فلو علم
 قصور احد هما بطل لا تنفاء الفائدة - هذه هي الشروط التي ذكرها المصنف ره هنا
 واما ما اضافته في التذكرة - فهي ثمانية (الاول) جعل السبق لاحدهما او للمحليل
 فلو جعله للاجنبي بطل وقد مر الكلام فيه (الثاني) تساوي الدابتين في الجنس فلا يجوز
 المسابقة بين الخيل والبغال (الثالث) ارسال الدابتين دفعة فلو ارسل احدهما دابته قبل
 الاخر ليعلم هل يدركه ام لا لم يصح (الرابع) ان يستبقا على الدابتين بالركوب فلو شرط
 ارسالهما ليحز يا بانفسهما لم يجز (الخامس) ان يجعلها المسافة بحيث يحتمل الفرسان
 قطعها ولا ينقطعان دونها (السادس) ان تكون ماورد عليه العقد عدة للقتال فلا يجوز السبق
 والرمي من النساء (السابع) العقد المشتمل على اركانه المعتبرة فيه (الثامن) عدم
 تضمن العقد الشرط الفاسد (اقول) اما الاخير فهو متوقف على مبطلية الشرط الفاسد وقد
 مر في محله عدم مبطليته للعقد واما ما قبله - فقد مر الكلام فيه وكذا في الاول منها
 واما الخمسة الباقية فدلل اعتبارها اما لزوم الغرر مع عدمها كما في بعضها - واما
 المنافاة للغرض من هذه المعاملة - واما الاجماع .

شرائط المناضلة

(و) اما الثانية فالمشهور بين الاصحاب انه (يفتقر الرمي الى) شروط الاول
 (تقدير الرشق) اي عدد الرمي - واستدل له في المسالك بانه العمل المقصود
 المعقود عليه ليكون غاية رمية معلومة منتبهة اليه فلولم يعين امكن ان يطلب
 المبسوق الرمي بمقتضى العقد فيلحق او يسبق و يمنع الاخر فيحصل التنازع -

والاولى ان يستدل له بلزوم الفرر من عدم تقديره - والوجهان يختصان بالمحاطة واما المبادرة فلايجريان فيها لان الاستحقاق فيها يتعلق بالبدار الى اصابة العدد المعبر حيث انفق ولا يجب اكمال العدد المشروط فلا حاجة الى تعيينه .

(و) الثانى تقدير (عدد الاصابة) كخمس من عشرين رمية واستدلوا له - بان الاستحقاق انما يحصل بالاصابة وبها يحصل معرفة جودة الرمية ومعرفة الناضل من المنضول - وتامل فيه الفاضل الخراسانى لجواز حصول معرفة الاصابة بكونه اكثر اصابة فى العدد المشروط او غير ذلك وهو حسن لولالزوم الفرر - واجماع الاصحاب على اعتباره .

(و) الثالث تعيين (صفقتها) من المارق والخاصق وما شاكل للفرر مع عدمه (و) الرابع تشخيص (قدر المسافة) التى يرمى فيها بالمشاهدة او ذكر المساحة الا ان يكون هناك عادة ينصرف اليها الاطلاق قيل لاختلاف الاصابة بالقرب والبعد .

(و) الخامس تعيين (الغرض) لاختلافه بالسعة والضيق .

(و) السادس تعيين (العوض) وقد مر الكلام فيه .

(و) السابع (تمائل جنس الالة) من كون القوس مثلاً عربياً او فارسياً - والكلام فيه هو الكلام فى تماثل حيوان السبق .

(ولا يشترط تعيين) شخص (السهم والالقوس) لاطلاق الادلة وعدم ما يوجب اشتراطه (وعن) التذكرة لو عينه لم يتعين ويفسد العقد بذلك كما فى كل شرط فاسد - (وفيه) اولاً ان الشرط المزبور ليس مخالفاً للكتاب والسنة ولا لمقتضى العقد فيصح ويكون لازم الوفاء - وثانياً - ان الشرط الفاسد لا يفسد العقد .

حكم الاجرة مع فساد العقد

و منها فى الاحكام (و) تفصيل القول فيها فى طى مسائل - الاولى - (لو) كان المتراهنان اثنين واخرج كل واحد منهما عوضاً وا دخلاً محللاً (قالا من سبق

(منا) اى من المتراهنين (ومن المحلل فله العوضان فمن سبق من الثلاثة فلهما له) بالاخلاف ولا اشكال بناء على ما قدمناه من جواز جميع صور بذل العوض وح (فان سبقا) اى سبق المستيقان (فلكل) واحد منهما (ماله) لانه جعل العوض لمن سبق ولم يسبق احد فى الفرض وبه يندفع الايراد عليه بانه على ما ذكر سابقا يشتركان فى المالىن لا انه يكون لكل واحد منهما مال نفسه (و) كذا الحال (ان سبق احدهما والمحلل فللسابق ماله) لانه لم يسبقه احد (ونصف الاخر) (النصف) (الباقى للمحلل) لاشتراكهما فى صفة السبق له .

الثانية (ولو فسد العقد) وركض المتسابقان على فسادهما وسبق الذى لوصحت المسابقة لاستحقاق السبق المشروط (ف) عن الشيخ وفى الشرايع والمتن انه (لا اجرة له) لا المسماة ولا اجرة المثل - اما عدم استحقاقه الاجر المسمى فلفساد العقد - واما عدم استحقاقه اجرة المثل فلانه لم يعمل له ولا استوفى منفعة عمله لان نفع سبقه راجع اليه فلا شيء يوجب الضمان - هكذا استدلو العدم الضمان - ولكن يمكن ان يقال - ان قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده مقتضى للضمان - ولذا حكى عن القواعد والتذكرة وجامع المقاصد القول به - فان قيل ان القاعدة بكليتها لا مدرك لها وحيث ان شيئا من القواعد الموجبة للضمان لا تكون متحققة هنا ولا اجماع فلا ضمان كما افاده الشهيد الثانى - قلنا ان القاعدة بنفسها مجمع عليها والاجماع عليها من قبيل الاجماع على القاعدة فلا حاجة الى ثبوت الاجماع فى كل مورد شخصى فتأمل .

الثالثة (ولو كان العوض مستحقا فعلى البازل مثله او قيمته) كما هو المشهور بين الاصحاب بل ظاهرهم عدم الخلاف فيه (واستدلوا) له بان العقد صحيح ابتداء بالعوض المعين وانما اتفق تنازله موقوفا على اجازة المالك فقد تشخص العوض المعين للعقد فاذا طرأ زوال ذلك العوض لعدم اجازة المالك وجب الرجوع الى اقرب شيء اليه وهو مثله ان كان مثليا وقيمه ان كان قيميا (وفيه) ان العقد لم يقع صحيحا ابتداء بل كان يتخيل صحته فلم يتشخص العوض المعين للعقد لفرض انه مال الغير فهو باطل مع عدم اجازة المالك فيلحقه حكم الفاسد المتقدم (ويمكن) ان يقال

انه على القول بالضمنان في الصورة السابقة - في هذه الصورة - اذا كانت اجرة المثل اقل من المسماة فقد التزم السابق في ضمن العقد بعدم استحقاق الزايد عليها بالالتزام الضمنى الارثا كازى - وان كانت اكثر فقد التزم ببرائة ذمته من الزيادة - وعليه - فيستحق المثل او القيمة - والله العالم .

الرابعة (ويحصل السبق بتقديم العنق او الكتد) - كما هو المشهور وعن الاسكافي حصوله باذنه (واستدل) للثاني بقول (١) النبى ﷺ بعثت الساعة كفرسى رهان كاد احدهما ان يسبق الاخر باذنه - (وفيه) انه لا اشكال فى صدق السبق بالاذن على ما لو حصل السبق باذنه - انما الكلام فى ما اذا اطلقا السبق - وان السبق بقول مطلق هل يصدق على السبق بالاذن ام لا فالخبر اجنبى عن ذلك والحق عدم تمامية شىء من القولين باطلاقه والمتعين ايكال ذلك الى العرف كما هو الشأن فى كل مفهوم وقع فى الدليل ولم يفسر فان كان والا فلا بد من التقييد لرفع الغرر والنزاع (و) الخامسة (لا يشترط ذكر) احد قسمى المراماة وتعيينه وهما (المبادرة والمحاطة) مع وجود القرينة من العرف او العادة على تعيين احدهما - كما عن المصنف ره فى اكثر كتبه والروضتين وغيرها - واما مع عدم وجودها فالظاهر لزوم التعيين لمخالفة حكم كل منهما لحكم الاخر و تفاوت الاغراض فان من الرماة من يكثر اصابته فى الابتداء و يقل فى الانتهاء و منهم من هو بالعكس فدفعاً للغرر لابد من التعيين - و لعله يكون منشأ الاختلاف فى المقام انه مع الاطلاق هل ينصرف الى احد القسمين ام لا - و القائلون بعدم لزوم التعيين نظرهم الى الانصراف - و القائلون بلزومه كالشيخ فى المبسوط والمصنف ره فى التذكرة وغيرهما فى غيرها بنائهم على الثانى - والا فلا ظن الخلاف فى الحكم الكلى والله العالم .

الفصل الخامس فى الشركة

والنظر فيه يقع فى مواضع - الاول - فى حقيقة الشركة و ماهيتها و اقسامها - وهى قسمان احدهما ما فسر وه بكون شىء واحد لاثنتين او ازيد ملكا او حقا - ثانيهما - العقد الذى ينشأ به التشارك فى المال على سبيل الشىاع فيه - ويقال لهذه الشركة الشركة العقدية وقديقال ان الشركة العقدية التى مفادها التشارك بين الشريكين فى مالهما لاعمى لها - لان ظاهرهم الاجماع على اعتبار الامتزاج بين المالين قبل العقد او حاله او بعده فلا معنى لانشاء التشارك بالعقد لان الامتزاج بنفسه يقتضى ذلك فلذا انكر بعضهم كون الشركة من العقود - وقال فى المسالك انها عقد ثمرته جواز تصرف المالك لشيء واحد على سبيل الشىاع فيه (واجاب) عنه صاحب الجواهر ره بان الشركة الحاصلة من الامتزاج شركة ظاهرة والافى الواقع كل من الشريكين يملك جزئه المعين وان لم يتميز - و الشركة المنشأة بالعقد شركة واقعية فيملك به كل من الشريكين جزء مشاعا فى المجموع بالاعتيين اصلا - (وفيه) اولاء ان الشركة الظاهرية لا تصور فى بعض الموارد كما لو امتزج المالان بنحو تبدا الى حقيقة ثالثة عرفا - وثانيا - ان لازم ما افاده قد اجتمع ملكيتين فى شىء واحد احدهما قائمة بالجزء المشاع والاخرى قائمة بالمعين وهو غير معقول - وثالثا - ان ما افاده خلاف ظاهر الاجماع على تحقق الشركة بالمزج على نحو تحققها بالعقد -

والحق ان يقال ان الامتزاج المعتبر اجما عا فى الشركة العقدية ليس هو الامتزاج الموجب للشركة الواقعية بل لو امتزج نوع من الحنطة بنوع آخر او امتزج النقود كفى ومن الواضح ان الامتزاج المزبور لا يوجب الشركة كما سيمر عليك - و ايضا انهم لم يعتبروا الامتزاج سابقا بل قالوا بكفاية الامتزاج اللاحق فمع اللحق يكون السبب هو العقد والامتزاج شرطا .

ثم ان للقسم الاول - اقسامها - اذ قد تكون الشركة واقعية فهرية - كما فى المال الموروث - وقد تكون واقعية اختيارية من غير استناد الى عقد - كما اذا حيى شخصان

ارضامواتا بالاشتراك او حفرا بئرا او ماشاكل (واضاف) فى العروة اليهما - قسمان آخران وهما - الظاهرية القهرية كما اذا امتزج مالهما من دون اختيارهما ولو بفعل اجنبى بحيث لا يتميز احدهما من الاخر - والظاهرية الاختيارية كما اذا مزجا باختيارهما لا بقصد الشركة (لكن) الشركة الظاهرية لادليل عليها بل فى موارد الامتزاج ان كان المالان بعد المزج يعدان بنظر العرف شيئا واحداً كما لو خلط الخل بالدبس كانت الشركة واقعية والا فلا شركة .

وايضا المقسم الثانى وهو الشركة المنشأة بالعقد قسمان - احدهما - الشركة المنشأة بتشريك احدهما الاخر فى ماله كما اذا اشترى شيئا فطلب منه شخص ان يشاركه فيه ويسمى عندهم بالتشريك - الثانى - الشركة المنشأة بتشريك كل منهما الاخر فى ماله ويختص هذا باسم الشركة العقدية ومعدود من العقود .

ثم المال المشترك قد يكون عيناً كما هو ظاهر وقد يكون منفعة بالاحارة وشبهها او بالارث . وقد يكون حقاً كحق الشفعة والخيار الموروثين - ثم ان كيفية الشركة قد تكون بنحو الاشاعة كما هو ظاهر وقد تكون بنحو الكلى فى المعين - كما لو باع ثمرات اشجار واستثنى اوطالا - فان الحق ان كلا منهما يملك حصته بنحو الكلى فى المعين (و اضاف) فى العروة اليهما بقوله وقد تكون على وجه يكون كل من الشريكين او الشركاء مستقلاً فى التصرف كما فى شركة الفقراء فى الزكاة والسادة فى الخمس انتهى (وفيه) ان هذا ليس من الشركة فى المال بل يكون المالك هو الكلى كما مر تفصيل القول فى ذلك فى كتاب الزكاة .

ثم ان الدليل على مشروعية العقد المنشأ به الشركة مضافا الى بناء العقلاء بضميمة عدم الردع العمومات العامة الدالة على امضاء كل عقد - ونصوص خاصة ستمر عليك (واما) الشركة فى القسم الاول فوجهها ظاهر لا يحتاج الى بيان .

مورد الشركة

الموضع الثاني في مورد الشركة (انما تصح) الشركة العقدية (في الاموال) بل الاعيان - (دون) الديون و(الاعمال) فلو كان لكل منهما دين على شخص فاقعوا العقد على كون كل منهما بينهما م تصح لان من شرائط الشركة العقدية الامتزاج اجماعا وهو منتف فيهما - وبه يظهر مدرك عدم صحة الشركة في المنافع بان كان لكل منهما داره الا واقعا العقد على ان يكون منفعة كل منهما بينهما بالنصف .

ولو ارادوا الاشتراك في الموردين صالح احدهما الاخر نصف منفعة داره بدينار مثلا وصالحه الاخر نصف داره بذلك الدينار او صالح احدهما الاخر نصف منفعة داره بنصف منفعة دار الاخر - وكذا في الدين .

ولا تصح الشركة بالاعمال كالخياطة والنساجة بالاخلاف معتد به اجده فيه بينهما بل الاجماع بقسميه عليه بل المحكى منهما مستفيض او متواتر كذا في الجواهر (واستدل) له في الجواهر بالاصل السالم عن معارضة او فوا بالعقود (فيه) ان المتيقن من النصوص الخاصة وان كان هو الشركة في الاعيان - فلا دليل خاص على جواز هذا العقد في الاعمال (وما) يحكى (١) من شركة سعد بن ابي وقاص وعبد الله بن مسعود وعمار بن ياسر فيما يغتمونه فأتى سعد باسيرين ولم يأتيا بشيء أفقرهما النبي ﷺ وشركهما جميعا (غير ثابت) مع انه يمكن ان يكون ذلك في يوم بدر وغنائمه كانت للنبي ﷺ على ما صرح به المصنف فيمكن ان يكون ذلك منه ﷺ هبة لهم الا ان عمومات ادلة امضاء المعاملات كافية في الحكم بالصحة ومعها لا تصل النوبة الى الاصل (فالمتعين) الاستدلال له مضافا الى الاجماع - اذ لم ينقل الخلاف عن احد سوى ابن الجنييد - وقد يقال انه يمكن ان يكون مراده ما لا يخالف الاصحاب

بازادة باب المزاغة وشبهه فلا يكون خلاف فيه بل تتفق كلمة اهل الحق على البطلان (بما مر) من اعتبار الامتزاج المنتفى في الفرض (ف) لو عملا لشخص كان (لكل) منهما (اجرة عمله) نعم لو عملا معالو احد مثلا باجرة ودفع اليهما شيئا واحدا عوضا عن اجرتهما تحققت الشركة فيدولكنها ليست من شركة الاعمال بل هي من شركة الاموال - ويمكن تحقق الشركة بنحو آخر بان يصالح احدهما نصف منفعة المعينة بنصف منفعة الاخر - او يصالحه نصف منفعة بعوض معين ويصالحه الاخر ايضا نصف منفعة بذلك العوض .

(و) لا تصح ايضا الشركة بـ (الوجوه) المفسرة باشتراك وجهين لامال لهما بعقد لفظي على ان يمتاع كل منهما في ذمته الى اجل ويكون ما يبتاعه بينهما فيبيعا نه ويؤديان الثمن ويكون ما حصل من الربح بينهما (وقيل) هي ان يمتاع وجهيه في الذمة ويقوض بيعه الى خامل و يشترط ان يكون الربح بينهما (وقيل) ان يشترك وجهيه لامال له وخامل ذو مال ليكون العمل من الوجيه والمال من الخامل ويكون المال في يده ولا يسلمه الى الوجيه والربح بينهما (وقيل) ان يبيع الوجيه مال الخامل بزيادة ربح ليكون بعض الربح له وفي المسالك والكل باطل عندنا خلافا لابن الجنييد فانه جوزها بالمعنى الاول .

اقول لاشكال في بطلان العقد المزبور للاجماع ولما مر من فقد شرط الامتزاج انما الكلام في انه هل يمكن القول بالشركة من جهة اخرى ام لا - الظاهر هو ذلك في غير التفسير الثاني - اما في التفسير الاول فلان كلامهما يستري متاعا على ان يدخل نصفه في ملكه ونصفه في ملك صاحبه بثمن في ذمة نفسه وهذا البيع صحيح على المختار من عدم اعتبار دخول المعوض في كيس من خرج العوض عن كيسه ويتبعه ان الربح بينهما - واما التفسير الثاني فلا يحضرنى الان ما يمكن تصحيحه به واما موثق (١) محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام عن الرجل يشتري الدابة وليس

عنده نقدها فأتى رجل من أصحابه فقال يا فلان انقدعنى ثمن هذه الدابة والربح بينى وبينك فنقد عنه فنفت الدابة قال ^{عليه السلام} ثمنها عليهما لانه لو كان ربها فيها لكان بينهما ونحوه غيره - فلا تدل على صحة ذلك بل الظاهر من مفاد هذه النصوص تحقق الشركة فى مال اشترى بثمان معين مثلا بقول شركتك فيه على معنى ارادة نقل نصفه مثلا اليه بنصف الثمن او بقول الربح بينى وبينك فيه ونحو ذلك كما نبه عليه فى الجواهر - واما التفسير ان الاخير ان فيمكن ان يقال فيهما بتوكيل الخامل الوجيه فى البيع والشراء بماله لهما ولا محذور فيه كما مر

(و) مما ذكرناه ظهر بطلان شركة (المفاوضة و) هى ان يشترك اثنان او يزيد على ان يكون كل ما يحصل لاحدهما من ربح تجارة او زراعة او كسب اخر اوارث او وصية او نحو تلكم مشتركا بينهما وكذا كل غرامة ترد على احدهما تكون عليهما - وفى الجواهر بل الاجماع بقسميه على فسادها - وظاهر المسالك وجود المخالف - قال وهى باطلة الا عند ابي حنيفة ومن شذ وعن المحقق الاردبيلي بعد ما نقل عن المصنف ره ان شركة المفاوضة عندنا باطلة - قال وليس لها اصل (ثم انه) قد مر ان الشركة (تتحقق باستحقاق الشخصين فما زاد علينا واحدة) بارت وما شاكل - (وبمزج المتساويين بحيث يرتفع الامتياز بينهما)

شروط الشركة العقدية

الثالث فى شروط الشركة العقدية يشترط فيها امور - ١ - الايجاب والقبول - والكلام فيهما وفيما يعتبر فيهما - هو الكلام فى العقد فى سائر الابواب كالبيع والاجارة وما شاكل فيعتبر ان يكونا مبرزين المشتركة المنشأة - ولا يعتبر العربية ولا الماضوية - بل لا يعتبر اللفظ وتحقق بالفعل ايضا - وبالمركب من القول والفعل ٢ - البلوغ - ٣ - العقل - ويشهد لاعتبارهما - مادل (١) على رفع القلم

(١) الوسائل باب ٤ من ابواب مقدمة العبادات حديث ١١ - وباب ٣٦ من القصاص

عنهما وغيره مما دل على اعتبارهما فى البايع والمشتري والمؤجر والمستاجر - ٤ -
الاختيار - فلا يصح الشركة مع اكراه احدهما اوهما معا - لحديث (١) رفع ما استكره
عليه - ٥ - عدم الحجر - لادله (٢) - ٦ - امتزاج المالكين سابقا على العقد او لاحقا
بحيث لا يتميز احدهما من الآخر - من النقود كانا او من العروض - ولادليل له سوى
الاجماع والمتيقن منه ذلك (واما) اعتبار الاتحاد فى الجنس والوصف فلا دليل عليه لعدم الاجماع
عليه بل قد يقال بكفاية امتزاج الحنطة بالشعير - لان المتيقن من الاجماع غير هذه الصورة
فتكون داخلة تحت عمومات ادلة الامضاء وهومتين .

ثم ان فى المقام فرعين - احدهما - انه لا خلاف ولا اشكال فى انه يتساوى الشريكان
فى الربح والخسران (و) ان (لكل منهما الربح والخسران بنسبة ماله) فلو تساوى
فى المال المشترك - تساوى فى الربح والخسران ولو كان لاحدهما زيادة كان له من الربح
بقدر رأس ماله وكذا عليه من الخسارة لا خلاف فى شىء من ذلك مع اتفاقهما فى العمل
او اختلافهما فيه بل الاجماع بقسميه عليه والسنة مستفيضة او متواترة فيه مضافا الى
اقتضاء اصول المذهب وقواعده فى المشاع ذلك بل هو مقتضى اصول العقلية ايضا
كذا فى الجواهر -

(و) انما الخلاف فيما لو اشترطا فى العقد غير ذلك وملخص القول فيه - انه تارة
يشترطان التساوى مع اختلاف المالكين - واخرى يشترطان الاختلاف مع تساوى المالكين -
وثالثة يشترطان كون تمام الربح لاحدهما - ورابعة يشترطان كون تمام الخسران عليه -
 وخامسة يشترطان كون تمام الربح لاحدهما والخسران على الآخر - او تمام الربح
له والخسران عليه - ثم انه فى جميع الصور تارة يكون الشرط للعامل منهما - واخرى
يكون لغيره .

اما (لو اشترطا التساوى مع اختلاف المالكين وبالعكس) اى اشترطا الاختلاف

(١) الوسائل باب ٥٦ - من ابواب جهاد النفس

(٢) الوسائل باب ٦ من ابواب الحجر

مع تساويهما - وكان شرط الزيادة للعامل منهما او لمن عمله ازيد فلا خلاف ولا اشكال على الظاهر عندهم في صحة الشرط كما اعترف به غير واحد قال في محكي التذكرة لو اختص احدهما بمزيد عمل وشرط مزيد ربح له صح عندنا - والى ذلك يشير استدلالهم بعدم اصحته في الفرض الاتي بان الفرض انها ليست في مقابلة عمل وعلى الجملة فالظاهر انه لا خلاف في ذلك بل ولا اشكال كما ستعرف .

اما لو اشترط الغير العامل منهما او الغير من عمله ازيد - ففي صحة الشرط والعقد وبطلانهما - وصحة العقد وبطلان الشرط فيكون كصورة الاطلاق اقول - اولها - للمرضى والمصنف ووالده وولده بل عن المريض الاجماع عليه - ثانيها - للشيخ والحلي والمحقق الثاني وجماعة - ثالثها - لابي الصلاح (و استدلل الاول) بالدالة العامة الدالة على اعضاء العقود والشروط (وللثاني) بان شرط الزيادة مخالف لمقتضى العقد فيبطل ويبطل العقد اذ لم يقع التراضي بالشركة و الاذن في التصرف الا على ذلك التقدير - وبان - جعل الزيادة لاحدهما من غير ان يكون له عمل يكون في مقابلتها ليس تجارة عن تراض بل هو اكل بالباطل (ولكن يرد) على الاول ان الشرط ليس مخالفا لمقتضى العقد فان مقتضى العقد اى ما ينشأ به هو التشريك في المال وهذا يلائم مع كون الربح لاحدهما ازيد من ما الاخر - مع - انه لو تم لما كان هناك فرق بين مقابلة الزيادة بالعمل وعدمها اضاف الى ذلك انه لو تم هذا الوجه ازم بطلان الشرط خاصة دون العقد فان الشرط لا يوجب تقييد التراضي بالشركة بعد كونه التزاما في ضمن التزام لاجزء من الالتزام العقدي (ويرد) على الثاني مضافا الى ما مر من كون الشرط خارجا عن التجارة والتزاما في ضمنها - منع عدم كونه معه من التجارة عن تراض - فالظاهر هو الاول (فان قيل) ان العمل بالشرط غير لازم لانه في عقد جائز (قلنا) اولاً انه مشترك الورد ولا فرق فيه بين مالو كانت الزيادة بازاء عمل وبين مالو لم تكن بازائه - وثانياً - ان الشرط في ضمن العقد الجائز لازم الوفاء كما مر الكلام فيه في محله - وثالثاً - ما افاده صاحب الجواهر به بان عقد الشركة لازم لاجائز وبطلانه بالقسمة لا يقتضي جوازه كبطلان العقود اللازمة بالفسخ .

اما لو اشترط كون تمام الربح لاحدهما ففي العروة بطل العقد لانه خلاف مقتضاه

(وفيه) اولا ان مقتضى العقد كما مر هو الاشتراك فى المال واما كون الربح بينهما فهو من جهة القواعد الاولى فى المشاع وتبعية الربح للملك الاصل فلا محذور فى اشتراط كونه لاحدهما وثانيا ان لازم ذلك بطلان الشرط دون العقد (فان قيل) ان اشتراط كون الربح لاحدهما مخالف للمشرع فان الملكية تحتاج الى سبب ولا تثبت بالشرط (قلنا) ان الظاهر كما بيناه فى محله من هذا الشرح كون الملكية من الغايات التى يجوز اشتراطها لا يعتبر فى تحققها سبب خاص فدليل وجوب الوفاء بالشرط يصلح دليلا على كون الشرط من اسبابها (وبما ذكرناه) يظهر صحة اشتراط كون تمام الخسران على احدهما او كون تمام الخسران على احدهما وتمام الربح للآخر او كون تمام الربح لاحدهما والخسران عليه ايضا .

(و) الثانى انه اذا اشترك المال باحد اسبابه السابقة (لا يجوز التصرف لاحدهما بدون اذن الآخر) لعدم جواز التصرف فى مال الغير بغير اذنه فان حصل الاذن لاحدهما تصرف هو ودون الآخر (و) لكن (يقصر) من التصرف (على الماذون) واذن كل واحد من الشريكين لصاحبه جاز لهما التصرف ولكل من الشركاء الرجوع من الاذن الذى هو كالتوكيل لعدم المازم للاذن - وليس هو من قبيل الاباحة بالعوض .

فى القسمة

الرابع فى القسمة - وهى تعيين الحق لكل شريك - والظاهر كونها معاملة مستقلة ليست بيعا ولا صلحا ولا غيرها سوا كان فيها رد او لم يكن بالاخلاف اجده فيه ولا اشكال فلا يترتب عليها آثار البيع من الشفعة و خيار المجلس واعتبار القبض فى النقدين بل هى ليست من قبيل المعاوضات فلا يلحقها الرباء وان تحقق فيها التعاض والاصل فى شرعيتها مضافا الى انها معاملة عقلائية لم يردع الشارع الاقدس عنها واجماع الامة عليها - من الكتاب قوله تعالى (١) (واذا حضر القسمة اولو القربى... الخ)

وقوله (١) سبحانه « و نبئهم ان الماء قسمة بينهم كل شرب محتضر » ومن السنة نصوص مستفيضة ستمر عليك جملة منها فى طى المسائل الآتية - وقد فعلها النبى (ص) فانه روى (٢) مجمع بن حارثة انه (ص) قسم خيبر على ثمانية عشر سهما - وروى (٣) انه قسمها على ستة وثلاثين سهما - والمجمع بين هذين الخبرين محل آخر وروى (٤) انه كان لامير المؤمنين عليه السلام قاسم يقال له عبدالله بن يحيى وكان يرزقه من بيت المال.

ثم ان تمام الكلام فى المقام بالبحث فى مسائل - الاولى - اذا طلب احد الشريكين القسمة وجب على الآخر اجابته مع عدم الضرر (ومع) امتناعه و (انتفاء الضرر بالقسمة) يجبر الممتنع عنها مع المطالبة (بالاخلاف) واستدل له فى الرياض بان للانسان ولاية الانتفاع بماله والا افراد اكمل نفعاً - وفى الحدائق بانه يجب ايصال المال الى صاحبه وهو هنا بالقسمة (ولكن) ثبوت الولاية على الانتفاع بالمال لا يقتضى الولاية على تبديل ماله ومال شريكه - فان الملكية المشاعة غير الملكية المفروزة وتبديل الاولى بالثانية الذى يعبر عنه بالقسمة وعرفت انها معاملة مستقلة انما يكون بتبديل مال نفسه ومال شريكه ودليل السلطنة لا يثبت الولاية على التصرف الموجب للتصرف فى مال الغير ايضا - واما وجوب ايصال المال الى صاحبه فهو ايضا لا يقتضى وجوب الاجابة لان الايصال الواجب انما هو عدم الممانعة من تصرف المالك فى ماله وهذا غير وجوب تبديله الى مال آخر .

واستدل المحقق القمى ره فى جامع الشتات له بحديث (٥) لاضرر ولا ضرار قال وهو المدرك فى هذه المسئلة فى اغلب المواضع (وفيه) انه بعد تحقق الشركة وصيرورة الموجود ملكا مشاعا لشريكين لا يترتب ضرر على عدم القسمة بل غاية فوت النفع - مع - ان حديث لاضرر لا يصلح لاثبات الوجوب لانه نافى المحكم لاثبت -

(١) سورة القمر آية ٢٨

(٢) ٣-٤ المبسوط - كتاب القضاء - فصل ذكر لقاسم

(٥) الوسائل باب ١٧ من ابواب الخيار كتاب التجارة

فاذاً لادليل على وجوب الاجابة - ثم على تقدير الوجوب لو امتنع الشريك عنه و قلنا بجواز اجباره لانه ممتنع بتحقيق القسمة بدون رضاه يحتاج الى دليل مفقود - ولكن الظاهر تسالم الاصحاب على الحكمين وتكرر في كلماتهم دعوى الاجماع عليهما - وهو المستند فيهما .

ثم انه اذا كانت القسمة موجبة للضرر فتارة يتضرر الشريك بها ولا يتضرر الطالب بتركها - واخرى يتضرران بهامعا - وثالثة يتضرر الشريك بها والطالب بتركها - ورابعة يتضرر الطالب بها خاصة (اما) في الصورة الاولى والثانية - فلا خلاف بينهم في عدم وجوب الاجابة و وجهه قاعدة لاضرر مضافا الى الاصل كما مر (واما) في الصورة الثالثة - ففي الحقائق فيتعارض الضرران فينبغي ان يرجح الاقل ضررا ومع التساوي يشكل الامر فيحتمل الرجوع الى القرعة (وفيه) انه لا وجه لترجيح الاقل ضررا لانه لا يجب على الانسان تحمل الضرر ليدفع الضرر عن غيره فوجوب الاجابة اذا كان ضرريا يرفع بالحديث وان كان في ترك القسمة ضرر اعظم منه على الطالب (واما) في الصورة الرابعة فقد استدلوا لعدم وجوب الاجابة بان تركها بذلك سفه وتضييع اماله (وفيه) انه اذا كان ذلك بنحو يجوز اماله ذلك كما لو كان الضرر بنقص القيمة - فلا وجه لعدم وجوب الاجابة - لعدم المانع عنه - ثم انه حيث عرفت ان منشأ عدم وجوب الاجابة في موارد (١) لاضرر - فاعلم ان المناط في الضرر نقص القيمة او غيره مما يوجب صدق كون القسمة ضرريا - ولا يعتبر الخروج عن الانتفاع بالمرة ولا خصوص نقصان الانتفاع (نعم) لو لم يكن في القسمة بما هي قسمة ضرر وكان الضرر خارجيا متوجها بسبب القسمة - كما اذا كان شريكه من لا يقدر احد عليه واذا استقل هو بحصة يتمكن الغاصب من غصب ما له مثلا - قد يقال بعدم كفايته في رفع وجوب الاجابة - ولعل وجهه ان حديث لاضرر انما يرفع حكم الموضوع الضرري ويكون من قبيل نفى الحكم بلسان نفى الموضوع و الموضوع في المقام

ليس ضروريا - ولكن بما ان المختار عندنا تبعا للشيخ الاعظم ره انه ينفي كل حكم نشأ منه الضرر فالظاهر كفاية الضرر الخارجى ايضا فى رفع الوجوب .

ثم انه لافرق فيما ذكرناه بين كون القسمة بنحو الافراز كما فى المثليات من العيوب والادهان من نوع واحد - او بالتعديل كما فى القيميات من نوع واحد او انواع كالدر والدكاكين وما شاكل - او تكون بنحو الرد بضم شىء الى احد الطرفين من الخارج (فما) افادوه من انه يجبر عليها فى الاولين ان لم يكن ضرر - ولا يجبر عليها فى الثالثة - معللا بانها متضمنة للمعاوضة المحتاجة الى التراضى (لا يتم) فان القسمة فى الموارد الثلاثة متضمنة للتعاوض ولا تكون متضمنة للمعاوضة فى شىء من الموارد وفى التعاوض الذى هو من المعاملات وان كان يعتبر التراضى الا ان المفروض فى المقام سقوط اعتبار ذلك - اللهم الا ان يقال ان عمدة مدرك وجوب الاجابة هو الاجماع و المتيقن من معقده القسمان الا ولان - فلا تجب فى الثالث للاصل -

فى اعتبار القرعة

الثانية (و) قد صرح غير واحد من الاصحاب بانه (يكفى القرعة فى تحقق القسمة ومع تعديل السهام) بالاجزاء ان كانت فى متساويها كيلا او وزنا او عدا بعدد الانصباء او بالقيمة ان اختلفت كالارض والحيوان - ولا حاجة الى شىء آخر من رضا بعدها وغيره فى قسمة الاجبار وغيرها - من غير فرق بين كونها ردية او غيرها ولا بين كون القاسم منصوبا من الامام عليه السلام او الحاكم او غيره ككونه منهما او من وكيلهما - لان القسمة اذا وقعت صحيحة فهى كسائر المعاملات لا يعتبر فيها الرضا بعد تمامية المعاملة .

وعن المشهور على ما قيل - الاحتياج الى رضا بعد القرعة خصوصا فى قسمة الرد لاشتمالها على المعاوضة المتوقفة على ما يدلى على الرضا بذلك فان كان نظرهم الى ان القسمة من المعاملات فلا تتحقق بدون الرضا فيرد عليهم ان المفروض وجود الرضا

المقارن أو عدم اعتباره كما في قسمة الاجبار - وان كان الى ان القرعة وحدها ليست مميزة المحقق ومشخصة له وملزمة به فيرده نصوص القرعة (١) وكون القرعة عند العرف مما ينشأ به القسمة فيشملها ادلة القسمة .

ثم انه وقع الخلاف في اعتبار القرعة في القسمة فظاهر جماعة بل قيل انه ظاهر الجميع اعتبارها وعن المحقق الاردبيلي والمحدث البحراني وغيرهما ممن تأخر عنهما عدم اعتبارها والاكتفاء بالرضا من كل من الشركاء باخذ سهم .

و الثاني اظهر لاطلاق ما دل على القسمة من الادلة المتقدمة و لو شك في اعتبارها يرتفع الشك باطلاقها والاصل كسائر ما يشك في اعتباره في المعاملة والنصوص الواردة في قسمة الدين - كخبر (٢) غياث عن جعفر عن ابيه عن علي عليه السلام في رجلين بينهما مال منه بايديهما ومنه غائب عنهما فاقسما الذي بايديهما واحال كل واحد منهما من نصيبه الغائب فاقضى احدهما ولم يقض الاخر قال عليه السلام ما اقضى احدهما فهو بينهما وما يذهب بينهما - ومثله - خبر (٣) الثمالى عن ابي جعفر عليه السلام وخبر (٤) محمد بن مسلم عن احدهما عليه السلام وصحيح (٥) عبدالله بن سنان - وخبر (٦) سليمان بن خالد - فان ظاهرها صحة قسمة ما بايديهما مع عدم القرعة - فتأمل ورود النصوص سؤالا وجوابا في مقام بيان حكم آخر فلا وجه للتمسك بها - فالعمدة هو الاطلاق والاصل .

واستدل الاول في الجواهر (تارة) بان القرعة داخلية في حقيقة القسمة بحيث لا تصدق بدونها - واخرى - بان القرعة شرعت للمتعين كما شرع قبض المستحق من المستحق عليه في الدين (وثالثة) بان مقتضى تعريف القسمة بانها تميز الحقوق كون حصة الشريك كليا دائرا بين مصاديق متعددة فيكون محلا للقرعة اذ هي ح لاخراج المشتبّه وتعيين مال كل منهما من المصداق واقعا فنكشف ح عن كون حقه في الواقع ذلك -

(١) الوسائل باب ١٣ من ابواب كيفية الحكم واحكام الدعوى كتاب القضاء

(٢-٣-٤) الوسائل - باب ٦ من ابواب كتاب الشركة

(٦) الوسائل باب ٢٩ من ابواب الدين والقرض حديث ١

(ورابعة) باتفاق الاصحاب على اعتبارها في القسمة شرعا مؤيدا بتعارف ذلك بين عوام المتشركة فضلا عن خواصهم (وفي الكل نظر) اما الاول فلان القسمة كما امر معاملة خاصة تنشأ بالقول او الفعل ولا دخل للقرعة فيها نعم هي احد الافعال المنشأ بها القسمة - واما الثاني فلانه لا كلام في ان القرعة تصلح للتعيين وانها شرعت له - ولكن لا يلزم ذلك عدم معين غيرها - واما الثالث فلانه في موارد الشركة انما يكون المال بينهما بنحو الاشاعة لا الكلى في المعين - مع - انه لو كان من قبيل الكلى في المعين كان مقتضى اطلاق ادلة القسمة تعين حق كل منهما بما ينشأ به القسمة - واما الرابع فلعدم ثبوت كون الاجتماع تعديا - مع - انه قد صرح بانه قديقال ان مراد الاصحاب اعتبار القرعة حال عدم التراضي لانها العدل بينهما - فتحصل مما ذكرناه انه مع التراضي لا حاجة الى القرعة .

الثالثة (والاحوط حضور قاسم) من قبل الحاكم - او من قبلهما - لانه ابعد الى التنازع خصوصا اذا كان هو الحاكم المنسوب من قبل الامام عليه السلام فانه يقطع النزاع بين المتخاصمين (وليس شرطا) في صحة القسمة وازومها بلا خلاف - لعدم الدليل عليه بل مقتضى اطلاق الادلة عدم شرطية .

لاتصح الشركة المؤجلة

الخامس - في جملة من احكام الشركة والقسمة - وهي تذكر في طي فروع (١) لاختلاف (و) الاشكال في انه لا يضمن (الشريك) ما تلف من الشركة الذي في يده باذن الشريك من غير تعد ولا تفريط لانه (امين) وقد اتفقت النصوص (١) والفتاوى على انه لا يضمن الامع التعدي او التفريط .

٢ - (ولاتصح) الشركة (مؤجلة) قال في المسالك المراد بصحة التاجيل

المنفية ترتب اثرها بحيث لا تكون لازمة الى الاجل وانها لم تصح لانها عقد جائز فلا يؤثر شرط التاجيل فيها بل لكل منهما فسخها قبل الاجل نعم يترتب على الشرط عدم جواز تصرفهما بعده الا باذن مستأنف لعدم تناول الاذن له فلشرط الاجل اثر في الجملة انتهى ونحوه ما قاله في الحقائق ونقل في محكي المختلف عن الشيخين انهما قالوا الشركة بالتأجيل باطلّة قال و ظاهر ان مرادهما ليس البطلان من رأس بل عدم اللزوم ولذا قال المفيد عقيب ذلك ولكل واحد من الشريكين فراق صاحبه اى وقت شاء - ثم نقل عن ابي الصلاح انه قال ولا اثر للتأجيل في عقد الشركة ولكل شريك مفارقة شريكه اى وقت شاء و ان كانت مؤجلة ثم قال و العبارتان رديتان والتحقيق ان للتأجيل اثرا و هو منع كل منهما من التصرف بعده الا باذن مستأنف وان لم يكن له مدخل في الامتناع من الشركة اذ لكل منهما الفسخ قبل الاجل انتهى ثم انه لو اشترط عدم الرجوع قبل الاجل فهل يجوز له الرجوع ام لا - الظاهر انه ليس له ذلك تكليفا للعموم ما دل (١) على وجوب الوفاء بالشرط ولكن له الرجوع وضعا كما لا يخفى .

٣ - (وتبطل الشركة بالموت والجنون) والحجر - بمعنى انه لا يجوز للآخر التصرف واما الشركة فهي باقية فالاولى في التعبير ما في الشرايع قال و يبطل الاذن بالجنون والموت .

٤ - (ويكره مشاركة الكفار) عند علمائنا كما عن التذكرة - ويشهد به خبر (٢) السكوني وصحيح (٣) ابن رئاب - وهما وان اختصا بالذمي الا انه يثبت الحكم في غيره بالاولوية .

٥ - (وليس لاحد الشريكين المطالبة باقامة رأس المال) بل يقتسمان العين الموجودة مالم يتفقا على البيع كما هو واضح .

(١) الوسائل باب ٦ من ابواب الخيار كتاب التجارة

(٢-٣) الوسائل باب ٢ من ابواب كتاب الشركة - حديث ١-٢

٦ - (وانما تصح القسمة) في غير القسمة الاجبارية (بالتراضي) ووجهه

ظاهر مما قدمناه .

قسمة الوقف

٧ - (و) قد صرح الاصحاب بانه (لا تصح قسمة الوقف ويجوز قسمته مع

الطلاق) ولكن في محكي التحرير والوقيل بقسمة الوقف بعضه من بعضه مطلقا امكن اذا القسمة ليست بيعا والاقرب عدم جوازها اذا لبطن الثاني ياخذ الوقف عن الواقف ولا يلزمه ما فعل البطن الاول ولو تعدد الواقف والموقوف عليه فالاقرب جواز القسمة انتهى وتبعه في الحدائق قال واما لو تعدد الواقف والموقوف عليه بان كانت الدار مشتركة بين زيد وعمر ونصفين مثلا فوقف زيد نصفه على ذريته وعمر ونصفه على ذريته فانه يجوز للموقوف عليهم من اطرفين قسمة هذا الوقف انتهى - وكذا المحقق القمي ره بل يظهر منه جوازها مع تعدد الوقف والموقوف عليه كما اذا كان نصف مشاع من ملك وقف على مسجد والنصف الاخر على مشهد .

والتحقيق يقتضي ان يقال انه ان لم تكن القسمة منافية لمقتضى الوقف بسبب اختلاف البطون قلّة وكثرة كما لو كان نصف مشاع وقفا على مسجد والنصف الاخر على مشهد او كان نصفه وقفا على قبيلة والنصف الاخر وقفا على قبيلة اخرى فالظاهر هو الجواز مطلقا (ودعوى) عدم انحصار الحق في الموجودين فيما اذا كان الوقف على القبيلة (مندفعة) بانه يمكن ان يتصدى المتولى او الحاكم الشرعى ويتولاه عن البطون اللاحقة (فان قيل) انه اذا كان الوقف على نحو وقف المشاع - فالقسمة الموجهة للافراد والتعيين خلاف وضع الوقف وقد دلت النصوص على ان الوقوف على ما وقفت (قلنا) ان القسمة موجهة عند العرف للتمييز لا لتغيير وضع الوقف - وعلى فرض تسليم كونه كك فلا اشكال في اغتفار مثل ذلك (و) لذا اتفقوا على انه (يجوز قسمته مع الطلاق) واما ان كانت منافية لمقتضى الوقف - بسبب اختلاف البطون قلّة وكثرة - فان اقتسم اهل كل طبقة بالنسبة الى انفسهم فقط صحت القسمة لعدم المانع عنها - والا فلا تصح لان الحق يتغير بزيادة البطون

ونقصانها فربما استحق بعض بطون المتقاسمين أكثر مما ظهر بالقسمة لمورثهم وبالعكس (ثم إن) قسمة الوقف عن الطلق إذا اشتملت على الرد من جانب الوقف فلا مانع منها ومقابل الرد وقف إن كان من الوقف وإن كان من مال الموقوف عليهم فهو لهم - وإن كان الرد من جانب الطلق فلا يجوز لاستلزام القسمة ملكية بعض الوقف -

الفصل السادس في المضاربة

وتسمى قراضا عند أهل الحجاز (وهي) عبادة عن (أن يدفع الإنسان ما لا إلى غيره ليعمل فيه بحصة من ربحه) وتوضح ذلك ما في المسالك تبعاً للتذكرة - قال - أعلم أن من دفع إلى غيره ما لا يتجر به فلا يخلو ما إن بشرط كون الربح بينهما - أو لأحدهما - أو لا بشرطاً شيئاً - فإن شرطاه بينهما فهو قراض - وإن شرطاه للمعامل فهو قرض - وإن شرطاه للمالك فهو بضاعة وإن لم بشرطاً شيئاً فكذلك إلا أن للمعامل أجره المثل (وأورد) على ما أفاده - تارة - بأن مجرد شرط كون الربح للمعامل لا يوجب تحقق القرض الذي هو إنشاء تملك المال بعوض في الذمة - وأخرى - بأن ظاهر ما ذكرناه مع اشتراطهما كون تمام الربح للمالك لا يكون للمعامل أجره المثل - وعن الرياض نسبته إلى ظاهر الأصحاب وهو منافي لقاعدة احترام عمل المسلم المقتضية للضمان .

أقول أما الإيراد الأول فيمكن دفعه بأن مرادهما بيان حال كل من القراض والقرض والبضاعة في حد ذاته لأن المراد تحققه على الوجه المزبور مع - أنه إذا كان كون الربح للمعامل من اللوازم الشرعية لملك المال فمجرد قصد كون الربح له كاف في تحقق القرض بناء على عدم اعتبار الصراحة في إنشاء العقود وصحة انشائها بالكتابات وشبهها كما حققناه في كتاب البيع ويؤيد ما ذكرناه - الصحيح (١) عن أبي جعفر عليه السلام عن أمير المؤمنين عليه السلام من ضمن تاجر أفليس له الرأس ماله وليس له من الربح شيء - والمؤثق (٢) عنه عليه السلام

من ضمن مضاربة فليس له الارأس المال و ليس له من الربح شيء اذ كما ان التضمين من لوازم القرض كك الاختصاص بالربح - فكما ان الاول يكفى فى تحقق القرض فكذلك الثانى .

واما الايراد الثانى فهو وارد - ان لم يكن لاشتراط كون تمام الربح للمالك بدون ذكر اجرة للعامل ظهور عرفى فى ارادة المجانية وليس بكل البعيد - وجه الورد ليس ما افاده صاحب الجواهر من اقتضاء قاعدة احترام عمل المسلم ذلك - لما مر فى كتاب الاجارة من عدم اقتضاء الضمان بل هو - ان الامر بالعمل - او الاذن فى العمل - او دفع السلعة الى الغير للعمل و اشباهاها - كاكل مال الغير بالضمان و الاباحة بالعوض - من الاسباب المعاملية للضمان التى قامت السيرة عليها و بناء العقلاء ولم يردع الشارع عنها - بل هذه كلها من العقود فى شملها ادلة امضاء المعاملات و لزومها - كما تقدم الكلام فى ذلك فى كتاب الاجارة فالأظهر هو ثبوت اجرة المثل فى المورد

ثم انه قال فى المسالك ان عقد القراض مركب من عقود كثيرة لان العامل مع صحة العقد وعدم ظهور ربح و دعوى امين ومع ظهوره شريك ومع التعدى غاصب و فى تصرفه وكيل ومع فساد العقد اجير انتهى - وبديهي ان ليس مراده انشاء هذه العقود بانشاء عقد المضاربة بل المراد انه يتبعها احكام هذه العقود - و فى عده الغصب واجرة المثل والشركة فى الربح من العقود مسامحة واضحة (فالاولى) ما افاده غير من ان عقد المضاربة يتبعها احكام عقود كالوكالة والوديعة والشركة - وغيرها - كالغصب واجرة المثل و نحوها .

عقد المضاربة

ثم ان تمام الكلام فى هذا الفصل - يستدعى بيان امور - الاول العقد - و قد جعله المصنف فى التذكرة والقواعد على ما حكى من اركان هذه المعاملة بل صرح فى التذكرة بانه لا بد فيه من لفظ يدل على الرضا و صريح ذلك عدم جريان ما يشبه المعاطاة من الانشاء الفعلى فيه (والحق) ان يقال انه لا اشكال فى لزوم العقد و اعتباره بمعنى الانشاء الملائم مع كونه ايقاعا لان المضاربة وان كانت من مقولة المعنى ولكن قد عرفت غير مرة

ان بناء العقلاء والشارع الاقدس على عدم العبرة بالاعتبارات النفسانية غير المبرزة وانه يعتبر الابرار في جميع العقود والايقاعات .

والظاهر كونها من العقود فيفتقر الى ايجاب وقبول فانها عقد تعاوضي قائم بطرفين فلا يكفي الانشاء من جانب واحد ولا تشبه الوكالة التي هي اذن وحيث عرفت في كتاب البيع ان مقتضى القاعدة الاولية عدم اعتبار اللفظ في الانشاء ايجابا وقبولا فيكفي انشاء هذه المعاملة بالفعل بل يكفي ان يكون ايجابها بالقول والقبول بالفعل - وهل يعتبر التواصل بين الايجاب والقبول كما صرح به المصنف ره' ام لا - وجهان مبنيان على اعتبار التوالي بينهما في العقود مطلقا وعدمه - فعلى الاول يعتبر دون الثاني - وقدمر الكلام في المبنى مستوفى .

ثم انه قال في محكي التذكرة يجب التنجيز في العقد فلا يجوز تعليقه على شرط او صفة مثل اذا دخلت الدار واذا جاء رأس الشهر فقد قارضتك وكذا لا يجوز تعليق البيع ونحوه لان الاصل عصمة مال الغير انتهى - ويرد عليه انه لا بد من الخروج عن الاصل بعمومات ادلة امضاء المعاملات وخصوص ماورد في المضاربة بعد ان ليس فيها ما يشير الى اعتبار التنجيز واما الوجوه التي استدلو بها لمبطلية التعليق في مطلق العقود فقد ذكرناها في كتاب البيع وبيننا عدم تمامية شيء منها سوى الاجماع في بعض العقود وليس منه المضاربة - كيف وقد افتى المحدث البحراني صريحا بعدم اعتبار التنجيز - فلا يظهر عدم اعتباره .

ويشترط في المتعاقدين البلوغ والعقل - والاختيار - وفي المالك عدم الحجر لفاس بالاخلاق في شيء من تلكم وقد مر الكلام في الجميع في كتاب الاجارة والمزارعة - وما ذكرناه في ذينك البابين يجري في المقام فلا وجه للاعادة -

اشترط عدم الفسخ

ثم انه ستعرف ان عقد المضاربة جائز من الطرفين يجوز لكل منهما فسخه - انما الكلام في انه لو اشترط فيه عدم الفسخ الى زمان - فعن المشهور بطلان الشرط

المذكور بل العقد ايضا لانه مناف لمقتضى العقد .

و نخبة القول فى المقام انه تارة يشترط عدم الفسخ فى ضمن عقد المضاربة -
واخرى يشترطه فى ضمن عقد جائز او لازم آخر .

واما فى المورد الاول فان كان الشرط لزوم العقد و عدم انفساخه بالفسخ صح ما ذكره
المشهور من كونه منافيا لمقتضى العقد ويكون مخالفا للمشروع - والظاهر ان نظرهم
فى المقام الى ذلك - قال فى الشرايع بعد ذكر ان عقد المضاربة جائز من الطرفين فلو
اشترط فيه الاجل لم يلزم لكن لو قال ان مرت بك سنة مثلا فلا تشترب بعدها وبع صح لان
ذلك من مقتضى العقد و ليس كك لو قال على ان لا املك فيها منعك لان ذلك مناف
لمقتضى العقد - ومثله عبارة القواعد - الا انه لم يتعرض لتعليل عدم الصحة - وعلمه فى محكى
جامع المقاصد بذلك اعتماد امه على ما ذكره من القواعد قبل ذلك وبالجمله المتتبع
فى كلمات الفقهاء يجدان الشرط المنا فى لمقتضى العقد عندهم هو شرط لزوم عقد
المضاربة لاشترط عدم الفسخ - وكيف كان فالشرط باطل لكنه لا يبطل العقد لما مر فى
محله من ان الشرط الفاسد لا يفسد - وان كان الشرط عدم الفسخ بطل الشرط لا
لما نسب الى المشهور بل لان حقيقة الشرط حيث تكون تعليق الالتزام بالعقد والوفاء
به عليه فلا يصح شرط عدم الفسخ .

واما فى المورد الثانى فان كان الشرط لزوم العقد بطل لما مر وان كان عدم
الفسخ فان كان العقد جائز ابطال ايضا لما مر وان كان لازما صح ووجب الوفاء به
ولكن لو فسخته يفسخ وان عصى وعلى جميع التقادير لا يبطل العقد - ولو اشترط احدهما
على الاخر فى ضمن عقد المضاربة ما لا او عملا فالظاهر صحته ولزوم الوفاء به لعموم
دليل وجوب الوفاء بالشرط و ما اشتهر من ان الشروط فى ضمن العقود الجائزة غير
لازمة الوفاء يكون المراد به انه للمشروط عليه ان يفسخ العقد ومعه لا يجب الوفاء
به لانه لا يجب الوفاء به مع بقاء العقد وعدم فسخته (واما) ما افاده صاحب الجواهر
من انه لا يجب الوفاء بهامع بقائها - بدعى انها تابعة للعقد و ما جواز ابدل مع جوازه هى

اولى بالجواز وانها معه شبه الوعد - و المراد من قوله **بإيجاب** (١) المسلمون عند شروطهم بيان صحة اصل الشرط لاللزوم والجواز (فيرد عليه) ان الشرط هو الالتزام في ضمن التزام ومع تحقق ذلك مقتضى ظهور المسلمون عند شروطهم - الذي مضمونه عدم انفكاك المسلم عن شرطه و جوب الوفاء به مادام بقاء الموضوع فتح ان كان ذلك في ضمن عقد لازم فلا اشكال - وان كان في ضمن عقد جائز فان ارتفع العقد بفسخ - فقد انتفى الشرط فينتفى الوجوب بتبعه والا فالموضوع باق ولا يعقل تخلف حكمه عنه - وما افاده من تبعيته للعقد لزوما وجوازا - لادليل عليه اطلاق دليل وجوب الوفاء به يشهد بخلافه واغرب من ذلك دعواه عدم دلالة - المسلمون عند شروطهم على لزوم الوفاء به .

وكذا يصح الشرط ويجب الوفاء به لو اشترط المالك على العامل - او العكس بيعا او قرضا او قرضا او بضاعة او تحوذلك (و دعوى) ان القدر المتيقن من ادلة امضاء المضاربة و مشروعيتها ما اذا كان من المالك رأس المال خاصة ومن العامل التجارة - فمع اضافة شيء آخر لا يعلم المشروعية والاصل عدمها (مندفة) اولا - بان الشرط كما مر مرار الا يكون داخل في العقد بل هو التزام مستقل غير مرتبط بالالتزام العقدى وانما يكون الالتزام بالعقد والوفاء به معلقا عليه فهذا العقد الذى اشترط في ضمنه لا يكون فيه من المالك الارأس المال - ومن العامل التجارة - وثانيا - انه مع اطلاق ادلة الامضاء العامة - بل وبناء العقلا - بل اطلاق ما دل من الاخبار على امضاء المضاربة الشاملة للمضاربة مع الشرط ايضا - يمنع عن الرجوع الى الاخذ بالمتيقن والرجوع في غيره الى الاصل - و ثالثا - ان ما ذكر لو تم لكان من حيث متعلق العقد ويكفى في صحة الشرط عموم ادلة الشروط .

و عن الشيخ فيما اذا اشترط المالك على العامل بضاعة بطلان الشرط دون العقد في احد قوليه وبطلانها في قوله الاخر - - وقد ذكر في وجه بطلانها ان الشرط

المزبور مناف لمقتضى العقد فيكون باطلا وحيث انه يلزم من بطلانه جهالة حصة العامل لان للشرط قسطا من الربح ويبطلان الشرط يسقط ذلك القسط وهو مجهول - فيبطل العقد لذلك (وفيه) اولا - ان الشرط ليس منافيا لمقتضى العقد - لان مقتضاه كون عمله في مال القراض بجزء من الربح والعمل الخارجى ليس عملا في مال القراض - وثانيا ان الشرط ليس مقابلا في شيء من الموارد بالعوض فلا ينقص ببطلانه شيء من الحصة فلا تصير مجهولة (وذكر) في وجه بطلان الشرط خاصة مضافا الى ما مر - بان هذا الشرط لا اثر له لعدم وجوب الوفاء به لكونه في العقد الجائز ولا يلزم من تخلفه التسلط على الفسخ لجواز فسخه ولومع عدم التخلف (وفيه) اولا - ما تقدم من ان الشروط في ضمن العقود الجائزة لازمة الوفاء - وثانيا ان الفسخ الثابت بتخلف الشرط غير الفسخ المتحقق مع عدم التخلف فان الاول حل العقد من الاول والثاني حله من الاثناء والتمرة ظاهرة فالظاهر صحة الشرط والعقد معا .

مال القراض وشرائطه

الامر الثاني في مال القراض - قالوا - (وانما تصح بالاثمان الموجودة) وينحل ذلك الى انه يعتبر فيه امور .

١ - ان يكون رأس المال عينا فلا تصح بالدين - فاو كان له على العامل دين لا يصح جعله قراضا - وكذا لو كان له دين على احد لم يجز ان يجعله مضاربة - بخلاف في ذلك ويشهد به خبر (١) السكوني عن ابي عبدالله عليه السلام قال امير المؤمنين عليه السلام في رجل له على رجل مال فتقاضاه ولا يكون عنده فيقول هو عندك مضاربة قال عليه السلام لا يصلح حتى يقبضه منه - ولا تصح بالمنفعة ايضا اجماعا محققا ومحكيما مستقيضا وهو العمدة فيه كما صرح به في المسالك وبديخرج عن عمومات الصحة .

٢ - ان يكون من الاثمان اى الذهب والفضة المسكوكين بسكة المعاملة بان يكون

درهما او ديناراً فلا تصح بالفلوس والاسكناس وما شاكل ولا بالعروض .. و قد اعترف جملة من الاصحاب بانهم لم يقفوا على دليل على اعتبار ذلك غير الاجماع المدعى في المقام - وكفى به حجة في مثل هذا الحكم المخالف للقواعد والاصول - فان مثل هذا الاجماع لامحالة يكون تعبدياً كاشفاً عن رأى المعصوم عليه السلام - فلا وجه لتأمل بعض متأخري المتأخرين فيه لشمول العمومات - فانها تخصص بالاجماع - نعم - لا بأس بكونه من المغشوش الذي يعامل به .. ولو كان خالصاً ولم يكن بسكة المعاملة فلا تصح المضاربة به لعدم كونه من الدرهم والدينار .

٣- ان يكون معلوماً قدراً ووصفاً ولا تكفى المشاهدة للنهي (١) عن الغرر و عن الشيخ والمختلف انه يصح مع الجهالة ويجوز المضاربة بالجزاف من غير تقييد بالمشاهدة - واحتج لدفع محكي المختلف بالاصل وقوله عليه السلام (٢) المؤمنون عند شروطهم ولا اثر لاقتضاء هذه الجهالة التنازع بعد ان كان القول قول العامل شرعاً في قدر الواصل لان الاصل عدم و صول الزايد اليه - و في الجواهر والتحقيق ان ام يكن ثم اجماع عدم قدح الجهالة التي تؤول الى العلم نحو ان يقع العقد على ما في الكيس مثلاً ثم بعد ان بعد ذلك لا تطلق الادلة او عمومها نعم بناء على عدم عموم او اطلاق مستند اليه في مثل ذلك فلا ريب في ان الاصل الفساد اما الجهالة التي لا تؤول الى العلم فالظاهر عدم جوازها لعدم امكان تحقق الربح معها وهو روح هذه المعاملة انتهى .

اقول يرد على ما اناده المصنف به بعد تصحيحه بإرادة العمومات والاطلاقات من الاصل - والاعراض عن العتسك بدليل الشرط - انه لا بد من تقييد الاطلاق وتخصيص العام بما دل على النهي عن الغرر المنجبر ضمه بالعمل والاستناد في كثير من الابواب كالاجارة وغيرها (ودعوى) ان النسبة بينه وبين ادلة المقام عموم من وجه فلا وجه لتقييده (مندفعه) بانه من قبيل الحاكم على الاطلاقات لامعارض - مع - انه لو سلم

(١) التذكرة ج ١ ص ٤٦٦

(٢) الوسائل باب ٣ من ابواب المهور كتاب النكاح حديث ٤

التمارض فالترجيح للنص بقتوى المشهور التى هى اول المرجحات - و ليس مدرك اعتبار العلم اداء الجهالة الى التنازع حتى يقال لائترلاقتضاء هذه الجهالة التنازع بل هو لزوم الغرر مع الجهالة (ويرد) على صاحب الجواهر انه ان صح التمسك بدليل النهى عن الغرر كان مقتضاه البطلان وان آلت الى العلم لان الغرر اوجب البطلان والعلم المتأخر لا يوجب انقلاب العقد الباطل صحيحا - والاصح العقد حتى مع الجهالة التى لا تؤول الى العلم لا مكان تحقق الربح بان يتجر كل مرة ببعض المال المعين حين التجارة او بجميعه بعد رفع الجهالة بالنسبة الى العامل خاصة .

٤ - ان يكون معيناً - فلو احضر مالين و قال قارضتك باحدهما او بايتهما شئت لم ينعقد بذلك قراض - بخلاف بل عليه الاجماع فى بعض الكلمات - و الحق ان يقال - ان العقدان وقع على المردود لوفى الواقع لم يصح لان المردود من حيث هو مردد لا حقيقة له ولا تحقق فى الخارج - وان وقع على المعين الواقعى المردود عندهما فان كان مع الاختلاف فى الصفات بطل للغرر - وان كان مع التساوى فيها فلا وجه للبطلان الا لاجماع ان ثبت - وان وقع على احد امور بنحو الكلى فى المعين صح مع التساوى فى الصفات لولا الاجماع لا لطلاق الادلة وعدم المانع - وكذا ان وقع على احد امور بنحو التخيير - وان وقع العقد على ما يختاره العامل مع التساوى فى الصفات (فقد استدل) فى الجواهر لبطلانه بل لزوم موقوفية العقد مع التخيير الى حال وقوعه وليس فى الادلة حتى الاطلاقات ما يدل على مشروعية ذلك بل لعل الادلة قاضية بخلافه ضرورة ظهورها فى سببية العقد وعدم تأخر آثارها عنها وجعل الخيار كاشفاً عن مورد العقد من اول الامر لا دليل عليه لكونه مخالفاً للاصل انتهى (وفيه) ان المضاربة المنشأة ان كانت بنحو يكون المنشأ من حين العقد فهو الدليل على كون الخيار كاشفاً عن مورد العقد من اول الامر - وان كانت بنحو يكون المنشأ بعد الخيار فالموقوفية المشار اليها لا تنافى سببية العقد بل هى لازمة - فالعمدة فى هذا الشرط ايضا هو الاجماع ان كان .

عدم اعتبار كون رأس المال بيد العامل

ثم انه قد ذكروا اعتبار امرين آخرين فى مال القراض - احدهما - ما قاله المصنف ره فى التواعد - الرابع - ان يكون مسلما فى يد العامل - فلو شرط المالك ان تكون يده عليه لم يصح اما لو شرط ان يكون مشاركا فى اليد او يراجعه فى التصرف او يراجع مشرفه فالاقرب الجواز انتهى - وحاصله - اعتبار كون رأس المال بيد العامل (واستدل) له بان عدمه خلاف وضع المضاربة (وبرده) ما افاده المحقق الثانى ره قال ان اريد انه خلاف مقتضى وضع المضاربة شرعا فهو ممنوع وان اريد عادة فهو لا يقدح ولذا قال فى العروة تبعا للتذكرة لكن لادليل عليه فلا مانع ان يتصدى العامل للمعاملة مع كون المال بيد المالك .

الثانى ان لا يكون رأس المال بمقدار يعجز العامل عن التجارة به مع اشتراط المباشرة او كان عاجزا حتى مع الاستعانة بالغير والا فلا يصح لان المضاربة متقومة بالمال والعمل (وقد يقال) ان كان المال كثيرا لا يفدر على التجارة بجميعة و يتمكن من التجارة ببعضه تصح المضاربة بالنسبة الى المقدور ويستحق العامل حصته من الربح كما فى الاجارة (وفيه) انه اذا لم يصح العقد بالنسبة الى المجموع لم يصح فى البعض لان نسبة العقد الى كل جزء من المجموع كنسبته الى الاجزاء الاخر وحيث لا ترجح لبعضها على بعض فلا بد من البناء على البطلان فى الجميع - ويترتب عليه ان تمام الربح للمالك - وللعامل اجرة عمله علم بالبطلان ام لا لقاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده ولما مر من ان من اسباب الضمان الامر بالعمل لامجانا (وهل) يكون العامل ضامنا للمال اذا تلف مطلقا - ام لا يكون ضامنا كذلك - بفصل بين ما لو اخذ الجميع دفعة فالاول و بين ما اذا اخذوا ولا بقدر مقدوره ثم اخذ الزايد ولم يمزجه بما اخذه او لا فيضمن خصوص المقدار الزايد وجوه واقوال - اظهرها الثانى لقاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده - وقد مر نظير المسألة فى كتاب الاجارة فراجع ما ذكرناه فيه .

اعتبار الشركة في الربح

الامر الثالث في الربح (و) المعروف بينهم انه يعتبر في صحة المضاربة (الشركة في الربح) فلو شرط احدهما شيئاً معيناً والباقي بينهما فسد (واستدل له) في الشرايع بعدم الوثوق بحصول الزيادة فلا تتحقق الشركة -- وفي الحدائق - بانه مقتضى المضاربة كما تنادى به الاخبار الحاكمة بان الربح بينهما وما لم يكن مشتركاً فانه خارج عن مقتضاها فهذا الشرط داخل في مفهوم المضاربة - وفي الجواهر بالشك في شمول الاطلاقات له ولو اظهرها في اعتبار الشركة كدالاشاعية في جميع الربح (اقول) اما ما افاده المحقق ره فيرده - او لا - انه يتصور صورة يوثق فيها بالزيادة - وثانياً - ان عدم الوثوق بالزيادة كعدم الوثوق باصل الربح لا يمنع عن الصحة - واما ما افاده العلمان فان كان نظرهما الى الاستدلال بالنصوص الخاصة كما صحح (١) اسحاق بن عمار عن ابي الحسن عليه السلام عن مال المضاربة قال عليه السلام الربح بينهما و الوضعية على المال و نحوه غيره الدالة على انه في المضاربة الاشتراك في جميع الربح ثم الاستدلال لكن التعبير في كلام الاول بان هذا الشرط داخل في مفهوم المضاربة - وفي كلام الثاني بالشك في شمول الاطلاقات له - غير جيد - والافلاشكال عليهما ظاهر .

ويتفرع على ذلك البطالان في صور (منها) ان يجعل لاحدهما شيئاً معناه فانه باطل اتفاقاً (ومنها) ان يقول خذها قراضاً والربح لى ووجه الفساد في هذه الصورة ظاهر مما قدمناه - وهل يكون في هذه الصورة بضاعة بمعنى ان العامل لا يستحق على عمله اجرة كما هو المقرر في البضاعة - ام يكون قراضاً باطلاً - والمشهور بينهم هو الثاني للتصريح به - ولان البضاعة توكيل في التجارة تبرعاً وهذا ليس ظاهراً فيه فانه ظاهر في كون الربح للمالك لان عمله المحترم المستوفى بالامر به هدر و مجاني وعليه - فيستحق اجرة المثل لعمله لعدم ظهور الكلام في المجانية بل قد مر ان الامر

بالعمل لا مجانا بنفسه موجب للضمان -فما- عن المصنف ره في المختلف والوجه عندى انه لا جرة للعامل لانه دخل على ذلك فكان متبرعا بالعمل -غير وجيه (ومنها) ما لو قال خذها قراضا والربح كله لك وقد ظهر ما ذكرناه بطلانه مضاربة -وهل يصح قرضا فيه كلام قد مر في اول هذا الفصل.

ثم ان الاصحاب ذكروا شرطين آخرين في الربح (احدهما) تعيين حصة كل منهما من نصف او ثلث او نحو ذلك ان لم يكن هناك متعارف ينصرف اليه الاطلاق والظاهر عدم الخلاف في اعتباره -ووجهه على تقدير الابهام ظاهر فان المبهم لا تحقق له في الخارج واما على تقدير التعيين ولو بعدا بنحو لا يعلمه العامل حين العقد او لا المالك فلا وجه له سوى الاجماع والتسالم ولا سبيل الى التمسك بما دل (١) على النهى عن الفرغ فان اصل الربح في المقام غير معلوم الحصول وكذا قدره فالجهل بحصة منه لا يضر .

ثم انه وقع الخلاف بينهم في موارد (منها) ما لو قال خذه على النصف فحكم جمع بصحته وتنظر فيه في المسالك - ولعل الاول اظهر لظهور العبارة المذكورة في كون الربح بينهما نصفين ومثله ما لو قال خذه على ان الربح بينهما (ومنها) ما لو قال خذه على ان لك النصف والظاهر هو الصحة فيه ايضا اذا لمالك لا يقتصر الى تعيين حصته للتبعية وانما يقتصر اليه العامل وقد ذكر له النصف (ومنها) ما لو قال خذه على ان لى النصف فالظاهر هو البطلان لانه لم يعين للعامل حصة والفرق بينه وبين المورد السابق ظاهر فانه في المورد السابق عين حصة العامل والباقي لامحالة يكون للمالك للتبعية واما في هذا المورد فقد عين حصة المالك ولم يعين حصة العامل مع انها تقتصر الى التعيين ويمكن ان يقال في الموردين بان ظاهر هذه العبارة اى تعيين حصة لاحدهما كون الباقي للآخر وعليه فيصح في الموردين .

ثانيهما كون الربح بين المالك والعامل فلو شرط اجزئا منه لاجنبى - فان كان الاجنبى عن المعاملة بمعنى من لم يفوض اليه امر التجارة عاملا صح الشرط لانه

يكون بمنزلة العامل المتعدد وان لم يصدق عليه العامل بحسب الاصطلاح وهو من فوض اليه امر التجارة - وان لم يكن عاملا فسد بالاخلاف ولم يستبعد في العروة القول بالصحة لعموم الادلة - وذكره وجه آخر في الشرايع بعد حكمه بالفساد وفي المسالك قيل انه اذا شرط للاجنبي يصح الشرط وان لم يعمل لعموم (١) المؤمنون عند شروطهم واوفوا بالعقود (٢) وقيل ان المشروط يكون للمالك حيث لم يعمل رجوعا الى اصله لئلا يخالف مقتضى العقد انتهى (اقول) مقتضى النصوص الخاصة المتقدم بعضها ان من احكام المضاربة كون الربح بينهما - وعليه فشرط كون بعضه غيرهما شرط مخالف للمشروع فيفسد وح فلا يبعد القول بصحة المضاربة وكون المشروط للمالك وعدم بطلان العقد اذ لا شيء يتوهم كونه مدركا للبطلان سوى انه مع بطلان الشرط يكون حصة كل منهما غير معلومة - ودلالة النصوص الخاصة عليه وهما غير تامين اما الاول - فلان حصة العامل معلومة وما شرط للاجنبي لفساد الشرط يرجع الى اصله فيكون للمالك فلا جهل بها - واما الثاني - فلانها لا تدل على انه يعتبر في المضاربة جعل الربح لهما - بل تدل على ان من آثار المضاربة كون الربح بينهما وفي المقام بعد بطلان الشرط يكون الربح بينهما - فلا يظهر بطلان الشرط وصحة المضاربة .

ثم انه قال في التذكرة على ما حكى انه يعتبر ان يكون الاسترباح بالتجارة واما اذا كان بغيرها كان يدفع اليه ليصرفه في الزراعة ويكون الربح بينهما لم يصح (وعلمه) بان هذه الاعمال مضبوطة يمكن الاستيجار عليها فاستغنى عن القراض فيها وانما يسوغ القراض فيما لا يجوز الاستيجار عليه وهو التجارة التي لا يمكن ضبطها ولا معرفة قدر العمل فيها ولكن لا يصلح للمنع لو كان لدليل المضاربة اطلاق شامل للفرض - فالعمدة في اعتبار ذلك انه لا اطلاق لادلة المضاربة شامل للدفع لغير التجارة (ودعوى) ان عمومات امضاء العقود كافية في الحكم بالصحة (مندفعة) بانها مخصصة بمادل على النسي عن الغرر اللازم في الفرض للجهل بحصول الزرع ومقداره كما لا يخفى

فالظاهر اعتبار ذلك .

الربح بين المالك والعامل

الامر الرابع فى الاحكام - وفيه مسائل - الاولى (وللعامل ماشرط له) فى هذه المعاملة ان نصفان نصف وان ثلثا فثلث كما هو المشهور بين الاصحاب - وعن المفيد والشيخ فى النهاية وسالار وابن البراج ان له اجرة المثل والربح بتمامه للمالك ومرجع هذا الخلاف الى ان عقد المضاربة هل يكون مشروعا - ام لا - والقول المشهور مبنى على الاول - والثانى على الثانى - والاول اظهر للنصوص الخاصة بالدالة على ذلك لاحظ صحيح (١) محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام عن امير المؤمنين عليه السلام من انجر مالا واشترط نصف الربح فليس عليه ضمان وقال من ضمن تاجرا فليس له الارأس ماله وليس له من الربح شيء - ومثله موثق (٢) - وموثق (٣) اسحاق بن عمار عن ابي الحسن عليه السلام عن مال المضاربة قال عليه السلام الربح بينهما والوضيعة على المال ونحوه غيره من النصوص الكثيرة - واستدل للثانى - بان النماء تابع للاصل بالاصالة فيكون الربح للمالك - وبان هذه المعاملة معاملة فاسدة لجهالة العوض فتبطل فيكون الربح لصاحب المال وعليه اجرة المثل للعامل (وفيه) ان جميع ما ذكر وان كانت موافقة للقواعد ولكنها مندفعة بالنصوص الخاصة بالمعتبرة المعمول بها بين الاصحاب فلا اشكال فى الحكم اصلا - هذا على تقدير صحة المعاملة (و) اما (لو وقعت فاسدة فله اجرة المثل والربح لصاحب المال) - اما كون الربح لصاحب المال فلتبعية النماء للاصل - واما كون اجرة المثل للعامل فللقاعدة ما يضمن - ولما مر من ان الامر بالعمل لامجانا موجب للضمان -

الثانية - المضاربة جائزة من الطرفين (ولم يستلزمة) اجماعا و به يخرج

(١) اورد صدره فى الوسائل باب ٣ من ابواب كتاب المضاربة - حديث ٢ وذيله

فى باب ٤ منها .

عن اصاله اللزوم - و في الحقائق و يؤيده انه وكالة في الابتداء ثم قد يصير شركة بعد العمل وكل من الوكالة والشركة من العقود الجائزة - وكيف كان فيجوز لكل منهما فسخها سواء كان قبل الشروع في العمل او بعده قبل حصول الربح او بعده نض المال او كان به عروض (لكن) ذكر واحد انه ان كان الفاسخ هو العامل ولم يظهر ربح فلا شيء له وان كان هو المالك ضمن للعامل اجرة المثل الى ذلك الوقت (وقيل) انه لا شيء له وان فسخ المالك لا قدمه عليه مع معرفته جواز العقد و امكان فسخه قبل ظهور الربح بل و بعده مع تحقق الوضعية المستغرقة له لكونه وقاية لرأس المال (وعن) التذكرة انه يستحق اجرة المثل وان فسخ العامل - وهذا هو الاظهر لما مر من ان العمل لامبجانا محترم لا يذهب هدرًا اذا كان بامر المالك - والاقدام مع العلم بجواز العقد غير الاقدام على التبرع والنافي للضمان هو الثاني دون الاول (ثم انه) قد تقدم الكلام في اشتراط الاجل وعدم الفسخ مفصلا في الامر الاول فلا تعيد .

شرط المالك على العامل لازم

ثم ان في المقام فروعا - ١- اذا اشترط المالك على العامل شراء الجنس الخاص او الشراء من شخص معين - او ان لا يسافر و ما شاكل يجب عليه العمل بالشرط (ويقتصر على الماذون) لعموم مادل (١) على وجوب الوفاء بالشرط ولتقييد الاذن في التصرف في ماله فمقتضى قاعدة السلطنة عدم التصرف غير الماذون ولكن لو خالف وربح يكون الربح بينهما - وذلك لجملة من النصوص الخاصة لاحظ صحيح (٢) محمد بن مسلم عن احدهما عليه السلام عن الرجل يعطي المال مضاربة وينهى ان يخرج به فخرج قال عليه السلام يضمن المال والربح بينهما وصحيح (٣) الحلبي عن الصادق عليه السلام انه قال في الرجل يعطي الرجل المال فيقول له ائت ارض كذا وكذا ولا تجاوزها

(١) الوسائل باب ٦ من ابواب الخيار كتاب التجارة

(٢-٣) الوسائل باب ١ من ابواب كتاب المضاربة - حديث ١-٢

واشتر منها قال عليه السلام فان جاوزها وهلك المال فهو ضامن وان اشترى متاعا فوضع فيه فهو عليه وان ربح فهو بينهما وخبر (١) ابي بصير عنه عليه السلام في الرجل يعطي الرجل المال مضاربة وينهاه ان يخرج الى ارض اخرى فعصاه فقال هو له ضامن والربح بينهما اذا خالف شرطه وعصاه وموثق (٢) جميل عنه عليه السلام في رجل دفع الى رجل ما لا يشتري به ضربا من المتاع مضاربة فذهب فاشترى به غير الذي امره به قال عليه السلام هو ضامن والربح بينهما على ما شرط - وقال المحقق الاردبيلي ره ان هذه الرواية اصح الروايات التي في هذا الباب مع ان في سندها معاوية بن حكيم فيستكشف من ذلك ان نظره موافق مع ما قاله النجاشي من انه ثقة جليل - الى غير تلکم من النصوص الكثيرة - ومقتضى اطلاقها عدم الفرق بين اخذ الشرط قيذا - وبين كونه من قبيل الالتزام في الالتزام - وعدم انطباقها على القواعد - فانها في صورة القيدية تقتضي كون الربح للمالك وكذا في صورة الالتزام في الالتزام لو فسخ المالك العقد وليس عليه اجرة المثل للعامل لعدم كون العمل بامره بل المفروض كونه مع نهي لا يضر بعد كون الروايات معتبرة والاصحاب عملوا بها وكم من قاعدة يقيد اطلاقها بالنص الخاص ولا يصغى الى ما اذتكبه المحقق الاردبيلي ره من الاحتمالات البعيدة و التمحلات غير السديدة ولا الى ما ذكره بعض محشي العروة من امكان تطبيقها على القواعد .

٢ - (ولو اطلق) المالك ولم يشترط شيئا (تصرف) العامل (كيف شاء مع اعتبار المصلحة) اما تصرفه كيف شاء فهو للاذن المطلق في عقد المضاربة واما اعتبار المصلحة فلكونه من قبيل الشرط الضمني .

٣ - (و) لو اشترط عليه (يضمن لو خالفه) بلا خلاف للنصوص المتقدمة .

٤ - لا خلاف (و) لا كلام في انه (يبطل) عقد المضاربة (بالموت) من غير فرق بين موت المالك او العامل - اما الاول (فقد استدل) لبطلان العقد بموته - بانتقال المال بموته

الى وارثه فابقائه يحتاج الى عقد جديد بشرائطه (وفيه) انه ان اريد بذلك انه ليس للمالك في حال حياته التصرف في ماله بعد موته فيرد عليه اولائه يختص بما زاد على الثلث - وثانيا ان الحق ان له ان يتصرف في ماله بعد موته بازيد من الثلث ايضا بمثل البيع بضمن المثل - وان اريد به ان مناط جواز تصرف العامل هو الاذن وينقطع بالموت ففيه ان حدوث الاذن سيما العقدى منه كاف فيه ولذا اوكله ثم سهى عن توكيله بالمرة بحيث لم يبق في خزانة نفسه نفذ تصرفه عليه - مع - ان له ان يقول انت ماذون في التصرف في ما لى في حياتى و بعد مماتى غاية الامر ان يدخل في عنوان الوصية بالنسبة الى ما بعد الموت - فالعمدة في الحكم بالبطلان الا جماع ان تم وما قيل من انصراف العقد الى حال حياته في الغالب.

واما الثانى - فقد استدل لبطلانه بموته باختصاص الاذن به - ويمكن ان يقال ان عقد المضاربة اذا اوجب حقا للعامل في التصرف في المال - فمادل (١) على ان ماتركه الميت فلو ارثه يدل على انتقال هذا الحق كحق الشفعة وغيره الى الوارث - اللهم الا ان يقال ان ذلك متوقف على ثبوت كونه من قبيل الحق القابل للانتقال ولم يثبت والذي يسهل الخطب ان المسألة اجماعية - كما ان ظاهر الاصحاب التسالم على بطلان العقود الجائزة مطلقا - بالموت - او الجنون - او الاعماء - او نحو ذلك مما يوجب بطلان الاذن من المالك .

ثم انه هل يجوز لو ارث المالك اجازة العقد بعد موته ام لا (ربما يقال) بالثانى نظر الى ان المال حال العقد غير مربوط بالوارث فالعقد غير واقع على ماله حتى ياذن فيه ويجيزه (واورد) عليه بانه يكفى في صحة الاجازة كون المال في معرض الانتقال اليه وان لم يكن له علقه به حال العقد ومرجع اجازته الى ابقاء ما فعله المورث وهذا بظاهره بين الضعف (ويمكن) ان يقال ان المقام من قبيل اجازة البيع الواقع من غير المالك ثم ملك حال الاجازة - فكما ان هناك يقال ان للعقد بقاء والمالك باجازه

ايام ينسبه الى نفسه - كك يقال في المقام ان للعقد بقاء مادام بقاء المال فيجيز الوارث المالك ذلك العقد - ومجرد انه في هذه المسألة يكون العقد صحيحا واحد و ثابتا خلافه في تلك المسألة لا يصلح فار قابعد عدم كون المجاز هو حدوث العقد بل بقاءه (فان قيل) لو تم ذلك لزم التقييد بما اذا كان المال نقدا فانه بالاجازة يتحقق فرد آخر من المضاربة فيعتبر فيه ذلك (قلنا) ان مدرك اعتبار كون مال القراض نقدا هو الا جماع والتميقن منه غير الفرض - ٥- (و) قدمرانه (يشترط العلم بمقدار المال)

يملك العامل حصة من النماء بالظهور

- الثانية (و) المشهور بين الاصحاب شهرة عظيمة - انه (يملك العامل حصة من النماء بالظهور) ملكا متزا لا ولا يتوقف ذلك على وجوده ناضا وعن الفخر عن والده انه ان في المسألة اقوالا اربعة ولكنه لم يذكر القائل واحتمل ان يكون من العامة - ١- ما هو المشهور - ٢- انه يملك بالانضاض - ٣- انه يملك بالقسمة - ٤- ان القسمة كاشفة عن الملك سابقا (و الاول) اظهر لانه جعل الربح لهما فالربح من اول تحققه يكون مشتركا بينهما - ولانه مملوك وليس للمالك فيكون للعامل - ولا طلاق النصوص بان العامل يملك ما شرط من الربح وهو متحقق قبل الانضاض وقبل القسمة - ولصحيح (١) محمد بن قيس عن الصادق عليه السلام عن رجل دفع الى رجل الف درهم مضاربة فاشترى اياه وهو لا يعلم قال عليه السلام يقوم فان زاد درهما واحدا اعتق واستسعى في مال الرجل اذ لو لم يكن مال الكال حصة من الربح بمجرد ظهوره لم يعتق عليه ابوه في الصورة المفروضة في الخبر .

واستدل للثاني بانه قبل الانضاض غير موجود خارجي بل مقدر موهوم والمملوك لا بد وان يكون محقق الوجود (واورد) عليه - تارة بما عن جامع المقاصد والمسالك وغيرهما بالنقض بملك الدين مع انه معدوم - واخرى بمنع كونه امرا و هميا كما في

العروة (ولكن) الصحيح ان يقال ان الربح لا يراد به المصلحة المحضة التي هي امر متزاعى ناش من الرغبة في العين والالام يتم شيء من الايرادين بل المراد به مقدار من العين الموجودة على حسب الحصة من المصلحة . وبه يندفع الاشكال رأساً . وكون المراد من الربح ذلك هو المرتكز في اذهان اهل العرف كما يظهر لمن راجع ويشهد به ان له مطالبة القسمة .

واستدل للثالث بانه لو ملك قبل القسمة لاختص بربحه - وبانه - يلزم ان يكون النقصان الحادث بعد ذلك شايعاً في المال كساير الاموال المشتركة والتالى باطل لانحصاره في الربح (ولكن) يرد على الوجه الثاني انه لا ملازمة بين الملك وضمنان الحادث على الشياخ ويجوز ان يكون مال الكأ بالملك المتميز لئلا يكون استقراره مشروطاً بالسلامة فلا منافاة بين الملك وكون ما يملك وقاية لرأس المال - و يرد ما قبله انه لا منافاة بين ملك الحصة وعدم ملك ربحها بسبب تزلزل الملك - وايضا لو اختص بربح نصيبه ازم استحقاقه من الربح اكثر مما شرط له فكان هذا مشروطاً في ضمن العقد .

واستدل للرابع بان القسمة ليست من الاسباب المملكة والمقتضى للملك انما هو العمل وهي دالة على تمام العمل الموجب للملك - و مما قدمناه ظهر ضعف ذلك فالظاهر ما عليه المشهور ويترتب عليه جميع آثار الملكية - من جواز المطالبة بالقسمة وصحة تصرفاته فيه من البيع والصلح ونحوهما - وتعلق الخمس والزكاة وحصول الاستطاعة للحج - وتعلق حق الغرماء به وغير تلك من الآثار .

الربح وقاية لرأس المال

ثم انه لا ريب في ان ملكية العامل حصته بمجرد الربح انما تكون متزالة فلو عرض بعد ذلك خسران او تلف يجبر به الى ان يستقر ملكيته - لان معنى الربح هو الفاضل عن رأس المال في زمن ذلك العقد فاذا لم يفضل شيء فلا شيء وهو محل وفاق كما في المسالك وهذا واضح بالنسبة الى الخسارة الواردة على مال المضاربة (واما) بالنسبة الى التلف - فتفصيل القول فيه انه اما ان يكون بعد الدوران في التجارة او بعد الشروع

فيها - او قبله ثم امان يكون بأفة سماوية - او باتلاف متلف على وجه الضمان - و ايضا قد يتلف البعض وقد يتلف الكل - فان كان التلف بعد الدوران في التجارة لا باتلاف متلف فالظاهر جبره بالربح كما هو المشهور بين الاصحاب بل لا خلاف فيه وعن السيد العميدى دعوى الاجماع عليه - وبقتضيه وضع المضاربة فانه على ان الربح وقاية لرأس المال فلا يستحق العامل ربحا لا بعد ان يبقى رأس المال بكماله لدخوله على ذلك من غير فرق بين تلف البعض او الكل - و ان كان التلف باتلاف متلف - فقد ادعى الاجماع على الجبر ايضا .

واستدل له بان الربح وقاية لرأس المال فما دام المال لا يكون موجودا بكماله فلا ربح - ويمكن ان يقال كما قيل انه اذا اتلفه متلف يضمنه ويكون المال في ذمته فهو بمنزلة الموجود فلا حاجة الى جبره - و ايضا فانه نقصان لا يتعلق بتصرف العامل بتجارته - وقال في محكي جامع المقاصد بعد نقل ذلك وضعفه ظاهر - وفي الجواهر لا ينبغي ان يصغى اليه - وعلى التقديرين لا كلام في انه لو فرض حصول العوض من جملة المال وما ذكرناه بالنسبة الى التلف بعد الدوران في التجارة يجرى في التلف بعد الشروع في التجارة وان كان التالف الكل - كما اذا اشترى في الذمة باذن المالك ثم تلف المال و نقد عنه الثمن - لان المقضى لكون المال مال قراض هو العقد - كما نص عليه في المسالك والجواهر تبعال جامع المقاصد - فلا يصغى الى ما قيل من ان التلف قبل الدوران في التجارة يخرج التالف عن كونه مال قراض - فلا وجه لتردد المحقق ره في الشرايع فيه - وكذا ان كان التلف قبل الشروع في التجارة مع كون البعض تالفا - واما ان كان التالف هو الكل فالظاهر انفساخ العقد لعدم بقاء مال التجارة معه حتى يجبر - نعم اذا اتلفه اجنبى وادى عوضه او اتلفه العامل تكون المضاربة باقية هذا كله في بيان حكم حصة العامل ما لم تستقر الملكية .

واما ما تستقر به الملكية فلا اشكال في حصوله بعد الانقضاء والفسخ والقسمة لانتهاء العقد بجميع توابعه مع تراضيهما بذلك .

انما الكلام فيما لو قسم الربح مع عدم الفسخ - او قسم الكل كك - او فسخ

العقد ولم يقسم - او تحقق الفسخ و القسمة ولم يحصل الانضاض والتحقيق ان يقال ان القسمة حيث تكون خارجة عن عمل المضاربة وتكون كساير ما يميز به المشتركات ولا يجب الانضاض فالظاهر استقرار الملكية بالفسخ فقط وبه يخرج الربح عن كونه وقاية لرأس المال واولى منه مالوا انضم اليه الانضاض او القسمة - و بعبارة اخرى انه بالفسخ يرتفع العقد وبه يرتفع حكم القراض فالواجب لبقائه على كونه وقاية (واستدل) لبقاء ذلك وعدم الاستقرار مع عدم القسمة بالاستصحاب - وبظاهر قوله على اليد (١) ما اخذت حتى تؤدي. وصدق مال القراض فتشمله الادلة الدالة على ان وضعته من الربح. وبان تسليم رأس المال الى المالك من تنمة المضاربة و الا لازم عدم كون الخسران من الربح فيما لو انضض المال اجمع في بلد عمل العامل الذي سافر اليه و فسخ عقد المضاربة ثم تلف بعض المال قبل الوصول الى المالك وهو منافع لظاهر الادلة (ولكن) الجميع كما ترى اذا لا يستصحب لا يجري بعد ارتفاع العقد الموجب لتبديل عنوان المال من كونه مال قراض الى عنوان آخر - مع انه تقديري - و عموم على اليد لا يشمل الامانات ومنها المال المفروض بعد خروجه عن كونه قراضا - وصدق مال القراض ممنوع بعد ارتفاع العقد بالفسخ .. والالتزام بكون الخسران من اصل المال لامن الربح في الفرض المذكور لامانع منه .. وعلى الجملة بعد كون الفسخ افعال العقد القراض لا وجه لبقاء احكامها المخالفة للقواعد والادلة الاولى .

وبما ذكرناه ظهر انه لو حصل الانضاض والقسمة ولم يحصل الفسخ فاللازم اجراء احكام المضاربة من جبر الخسران بالربح وغيره من احكامها (وعن) الشهيد قدس سره ان قسمة الربح موجبة لاستقراره وعدم جبره للخسارة الحاصلة بعدها (وعلله) في الجواهر .. بان ذلك من المالك فسخ المضاربة فيما يخصه من رأس المال لانه برضاة اخرجه عن المضاربة حتى الذي قبضه العامل فيستقرح ملكهما على ما خص ذلك

من الربح لانفساخ المضاربة انتهى (وفيه) ان ما يأخذه العامل من الربح لامن رأس المال والعقد واقع على رأس المال فلا حاصل لدعوى انه اخبره المالك عن رأس المال. ثم انه اذا ظهر الربح ونقض تامه او بعض منه فطلب احدهما قسمته فان رضى الآخر فلا مانع منها وان لم يرض وامتنع عنها فعن القواعد وجامع المقاصد لم يجبر الآخر عليها وعن جماعة انه لا يجبر الآخر ان كان هو المالك واما ان كان الممتنع هو العامل فيجبر عليها وظاهر المسالك والجواهر وغيرهما ان عدم جبر المالك الممتنع عن القسمة انفاقي (وعلموا) عدم الجبر في الموردين بلزوم الضرر قالوا لو كان الممتنع هو المالك لزم من جبره الضرر عليه لاحتمال الخسران بعد ذلك والحاجة الى جبره به وفيما كان الممتنع هو العامل يلزم من جبره ضرره لانه لو حصل الخسران وجب عليه رد ما اخذته ولعله لا يقدر بعد ذلك عليه لقواته في يده وهو ضرر عليه (ويرد) على ما افادوه في الفرض الاول ان احتمال الضرر باحتمال الخسران غير مطرد - ويرد على ما افادوه في الفرض الثاني انه لا يعد ضررا كما افاده صاحب الجواهر وقدر في الفصل المتقدم في مبحث القسمة ما يظهر به حكم المقام وان ما ذكره من عدم جبر الممتنع كان هو المالك او العامل هو الصحيح .

الثالثة - لا خلاف (و) لا اشكال في ان العامل أمين (لا خسران عليه بدون التفريط) بترك الحفظ - او التعدي بان خالف ما امر به او نهاه عنه كما لو سافر مع نهييه عنه او اشترى ما نهى عن شرائه - او الخيانة بان اكل بعض مال المضاربة او اشترى شيئا لنفسه فادى الثمن من ذلك - والحكم ان اجماعيان - ويشهد بهما مضافا الى ذلك والى انهما من مقتضيات قواعد باب الضمان النصوص الخاصة كصحيح (١) الحلبي عن الصادق عليه السلام في المال الذي يعمل به مضاربة له من الربح وليس عليه من الوضعية شيء الا ان يخالف امر صاحب المال وموثق (٢) جميل عنه عليه السلام في رجل دفع الى رجل ما لا يشتري به ضرر با من المتاع مضاربة فذهب فاشترى به غير الذي امر به قال عليه السلام هو ضامن والربح بينهما على ما شرط -

ونحوهما غيرهما من النصوص الكثيرة المتقدمة جملة منها -

فروع التنازع

الرابعة في جملة من فروع التنازع - فقد يدعى شخص على آخر انه اعطاء كذا مقدار مضاربة وينكر الاخر ذلك - وقد يتفقان على اعطاء مقدار من المال مضاربة ولكن يتنازعا في مقدار رأس المال - وقد يتفقان في ذلك ولكن العامل يدعى التلف أو الخسران والمالك ينكره - وقد لا يكون النزاع بينهما الا في رد رأس المال والعامل يدعيه - قال المصنف (والقول قوله في عدمه وفي قدر رأس المال والتلف والخسران - و قول المالك في عدم الرد).

اما لو تنازعا في اصل اعطاء المال مضاربة وعدمه فكون القول قول منكره واضح لاصالة عدمه وكذا لو تنازعا في مقدار رأس المال اذ لو كان المال موجودا يجرى اصالة عدم اعطائه ازيد مما يقوله ولو كان تالفا مع ضمان العامل يجرى اصالة براءة ذمته (ودعوى) ان ذلك يتم اذا كان مصب الدعوى زيادة مال القراض و نقصانه واما اذا كان مصب الدعوى العقد وادعى المالك انه وقع على العشرة مثلا والعامل ادعى انه وقع على الخمسة فالمتجه هو التحالف لان العقد المتشخص بالخمسة غير المتشخص بالعشرة فكل منهما مدع ومدعى عليه. فيتحالفان (مندفعة) بان الغرض من هذه الدعوى حيث لا يكون الاثبات الزيادة او عدمها فالمالك الذي يدعى الزيادة يعد في العرف مدعيا لانه لا غرض له الاثبات كون مال القراض هو الازيد والعامل منكره لانه لا غرض له سوى نفي الزيادة - مع انه يمكن ان يقال ان وقوع العقد على الاقل معلوم ولو في ضمن الاكثر ووقوعه على الاكثر غير معلوم والاصل عدم وقوعه عليه فيكون مدعيه مدعيا والعامل منكره فيقدم قوله بيمينه.

و اما لو ادعى العامل التلف أو الخسران وانكره المالك فوجه تقديم قوله بيمينه انه امين و عدم تصديقه في دعوى التلف يندرج تحت عنوان اتهام المؤمن -

وقد ورد (١) انه ليس لك ان تتهم من ائتمنته - (ودعوى) اختصاص الاتهام الممنوع بالمؤمن بالتأمين العقدى و هى الوديعة - ممنوع لعدم الدليل مع صدق الايمان - سيما بعد قوله (٢) **عليه السلام** صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان وصاحب العارية مؤتمن - واما الادعى العامل رد مال المضاربة - وانكره المالك فالمشهور بين الاصحاب ان القول قول المالك - وعن الشيخ فى المبسوط انه يقبل قول العامل - وقدمر الكلام فى ذلك مفصلا فى كتاب الاجارة - و مما ذكرناه فى التنازع فى التلف يظهر حكم المقام - فالأظهر ان القول قول العامل - ثم ان فى المقام فروعا آخر للمتنازع حيث تقدم نظائرها او عينها فى الاجارة فلا نطيل الكلام بذكرها .

الخامسة (ولو اشترى العامل اباه عتق نصيبه عن الربح فيه و سعى الاب فى الباقي) بالاخلاف - ويشهد به الصحيح المتقدم .

نفقة العامل المسافر على رب المال

السادسة (وينفق العامل من الاصل فى) حال (السفر) كمال نفقته من مأكلا ومشرب وملبس ومسكن ونحو تلكم مما هو داخل فى النفقة (قدر كفايته) كما هو المشهور بين الاصحاب وعن التذكرة نسبتها الى علمائنا . وعن الخلاف الاجماع عليه وفى المسألة قولان آخران وان لم يحضر فى الان القائل - احدهما - انه لا يخرج من اصل المال الا ما زاد على نفقة الحضر - الثانى - ان نفقة السفر كلها على العامل كنفقة الحضر (والاول) اظهر - اصحيح (٣) على بن جعفر عن اخيه **عليه السلام** فى المضارب ما انفق فى سفره فهو من جميع المال واذا قدم ببلده فما انفق فمن نصيبه ونحوه خبر (٤) السكونى - واستدل للثانى - بالاجماع على ان نفقة الحضر على نفسه فعا ما واه فى السفر

(١) الوسائل باب ٩ من ابواب كتاب الوديعة حديث ١

(٢) الوسائل باب ١ من ابواب كتاب العارية - حديث ٦

(٣-٤) الوسائل - باب ٦ من ابواب كتاب المضاربة - حديث ١-٢

يحتسب أيضاً عليه والزائد على ذلك من مال القراض - وبأنه انما حصل بالسفر الزيادة لا غيرا ما غيرها فسواء كان مسافرا ام حاضرا لا بد منه فلا يكون من مال القراض - واستدل للثالث بان الربيع مال المالك والاصل ان لا يتصرف فيه الابمادل عليه الاذن ولم يدل الاعلى الحصة التى عينها للمعامل و هو لم يدخل فى العمل الاعلى هذا الوجه فلا يستحق سواء ولكن جميع ذلك من قبيل الاجتهاد فى مقابل النص مع ما فيها من الاشكال فالقول المشهور هو المنصور - وتامم الكلام فى ضمن فروع .

١ - المراد من السفر العرفى لا الشرعى وهو ما يجب فيه القصر فيشمل السفر فرسخين او ثلاثة - و ما لواقام فى بلد عشرة ايام لان مادل على تحديد السفر الموجب للقصر لا يدل على ان غيره ليس من السفر حتى بالنسبة الى سائر الاحكام ومقتضى اطلاق الخبرين ثبوت الحكم فى كل ما بعد سفرا .

٢ - الظاهر من الخبرين سيما بضميمة مناسبة الحكم والموضوع ان الواجب الاقتصار من السفر على ما يحتاج اليه فى التجارة او مما يتعلق بها كما لواقام زيادة عما يحتاج اليه فيها لخوف طريق مثلا او حبس ظالم او نحو ذلك مما يتعلق بالتجارة - فلو اقام للراحة او للتفرج او لتحصيل مال له او لغير مال القراض فانه لا يستحق عن تلك المدة شيئا من مال القراض للنفقة كما صرح بذلك كله المصنف ره (وما) فى المسالك من التخصيص بما يحتاج اليه فى التجارة فى غير محله .

٣ - ان المراد بالنفقة ما يحتاج اليه من مأكول وملبوس ومشروب وما شاكل وسيجيء ضابطها فى كتاب النكاح فى مبحث النفقات وليس منها جوائزه و عطاياه وضيافاته ومصانعاته الا اذا كانت التجارة متوقفة عليها وبراعى فيها كغيرها من النفقات ما يليق بحاله فلو اسرف حسب عليه - و لو قتر هل يحتسب له ام لا - و جهان مبنيان على ان الماخوذ فى لسان الدليل النفقة أو مقدارها فعلى الاول لا يحسب وعلى الثانى يحسب له وحيث ان ظاهر الخبرين هو الاول فلا يحسب له .

٤ - لو اشترط كون النفقة على العامل لا يخرج من المال قضاء للشرط - ولو اشترط كونها على المالك كان تأكيدا - فعلى الاول لا بد من ضبطها على وجه يخرج

الشرط عن الجهالة ولا كك على الثانى لانها ثابتة باصل الشرع فلا يزيد الاشتراط على الثابت بالاصل - وان شئت قلت ان غاية ما يلزم من جهالته بطلان الشرط وهو لا يبطل العقد والمفروض انه مع بطلان الشرط ايضا تكون النفقة على المالك فلأما منع من الجهالة فيه .

٥ - الظاهر من النص و الفتوى ان النفقة من سال القراض و ان لم يحصل ربح - انما الكلام فى انه لو حصل ربح هل تؤخذ منه مقدمة على حق العامل - ام تخرج من اصل المال - قال فى محكى التذكرة والقدر المأخوذ فى النفقة يحسب من الربح وان لم يكن هناك ربح فهو خسران لحق المال ونحوه ما فى المسالك . وهو الظاهر فان غاية ما يدل عليه الخبر ان كون نفقة السفر من المال واذا انضم الى ذلك ما دل على ان حصة العامل انما هى من الربح و هو انما يصدق على ما يبقى بعد جبر جميع ما حدث على المال من اول تسلمه الى انتهاء المضاربة - كانت النتيجة هو تقديمها على حصة العامل .

٦ - استحقاق النفقة مختص بالسفر المأذون فيه فلو سافر الى غيره فلا نفقة - بل ذات النصوص على انه يضمن المال وتكون الخسارة الواردة عليه على المال ومنهما ما نفقه على نفسه لاحظ صحيح (١) الحلبي عن الصادق عليه السلام فى الرجل يعطى المال فيقول له ائت ارض كذا وكذا ولا تجاوزها واشتر منها قال عليه السلام فان جاوزها وهلك المال فهو ضامن وان اشترى متاعا فوضع فيه فهو عليه وان ربح فهو بينهما - ونحوه غيره .

٧ - المشهور بين الاصحاب انه لا يجوز للعامل ان يسافر من دون اذن المالك الا اذا كان هناك متعارف وعن جامع المقاصد - انه الى علمائنا - وعلموه بان فيه تغريرا بالمال و هو كما ترى ،

٨ - لو كان لنفسه مال غير مال القراض وكان السفر لهما - فالظاهر كما صرح به فى الشرايع وغيرها التوزيع - وهل هو على نسبة المالكين او العاملين و جهان اجددهما

الاول لان استحقاق النفقة فى مال المضاربة منوط بالعمل لا العمل كمافى المسالك تبعا لجامع المقاصد.

٩- لو سافر بمال المضاربة فاتفق عزله فى السفر و انتزاع المال منه كانت نفقة الرجوع عليه لانه انما يستحق النفقة مادام كونه مضاربا - فبارتفاع العقد يرتفع سبب الاستحقاق (ودعوى) انه يرجع بما انفقته على المالك لقاعدة الغرور (مندفعة) بانه لا غرور بعد دخوله على العقد الجائز الذى هو معرض ذلك .

١٠- اذا مرض فى السفر فان كان لاعمل له فى المال معه يكون نفقته ايام مرضه عليه - وان كان لا يمنعه من العمل بالمال فهى على المالك - وهل الدواء من النفقة وجهان ياتى ما هو الحق عندنا فى مبحث النفقات .

السابعة (ولا يبطأ جارية القراض من دون اذن) وهو واضح.

حكم الشراء فى الذمة

الثامنة قالوا (و الاطلاق يقتضى الشراء بعين المال لافى الذمة) واستدلوا به تارة بانه المفهوم او المتيقن منه - واخرى - بانه اذا اشترى بكلى فى الذمة لا يصدق على الربح انه ربح مال المضاربة - وثالثة - بان فى الشراء فى الذمة تغريرا بمال المالك وجعله فى معرض التلف - و رابعة - بان الشراء فى الذمة قد يؤدى الى وجوب دفع غيره كما اذا تلف رأس المال قبل الوفاء ولعل المالك غير راض بذلك - وهذه كلها كما ترى و الحق ان يقال انه بعد ما تعارف فى المعاملات الشراء بالذمة على وجه الحلول لا ينبغي الاشكال فى جوازه كك والدفع من رأس المال واما الشراء بها على وجه التأجيل فان كان فيه الغبطة والفائدة جاز لان الغرض الاقصى من القراض تحصيل الفائدة و الربح ولذا يجب ان يكون تصرف العامل مقصورا على ما يحصل به هذه الغاية الذاتية - نعم - اذا لم يكن فيه الغبطة والفائدة لم يجز لما ذكرناه ويمكن ارادة الاصحاب المنع عن هذا بالخصوص .

ثم ان الشراء فى الذمة يتصور على وجوه (١) ان يشتري فى ذمة المالك (٢) ان يشتري

في ذمة نفسه لكن بما انه عامل و مرجعه الى الاول والحكم في صورتين ظاهر (٣) ان يقصد ذمة نفسه وكان قصده الشراء لنفسه ولم يكن من نيته الوفاء من مال القراض ثم دفع منه لاشكال في صحة الشراء وكون الربح لنفسه والاداء من مال القراض ان كان بنية الاستقراض وكان ماذونافي ذلك فلا اشكال ايضا والافهوغاصب بالنسبة اليه (٤) ان يقصد ذمة نفسه مع قصده دفع الثمن من مال المضاربة فالظاهر انه على فرض صحة الشراء حكم هذه الصورة حكم ما قبلها . واما الصحة - فقد مر الكلام فيها تحت عنوان عام وهو ان من اشترى في ذمته مع قصد الاداء من المال الحرام في كتاب البيع (٥) ان يقصد الشراء في ذمته من غير التفتات الى نفسه والمالك و الظاهر كما افاده صاحب الجواهره وغيره انه يتعلق الثمن بذمته ظاهرا وواقعا و يكون الربح له كما لو نوى نفسه (فما) عن الرياض من الوقوع للمالك في هذه الصورة . ضعيف .

التاسعة (و) اطلاق العقد يقتضى الشراء (بشمن المثل) كما هو المشهور فلا يجوز له ان يبيع باقل من ثمن المثل - كما لا يجوز له ان يشتري بازيد من ثمن المثل ويظهر وجهه مما ذكرناه في المسألة السابقة وبه يظهر ان ما افاده سيد الرياض من جعل المدار على حصول المصلحة مع الاطلاق و ان كان فرضها في نحو البيع بدون ثمن المثل نادرا متين - وقريب منه في الحقائق وقيده صاحب الجواهره بما اذا كان متعارفا اما اذا كان نادرا فلا يدخل في الاطلاق لانصرافه الى المتعارف - وفيه - ما ذكرناه مرارا من ان الانصراف الناشئ عن التعارف وكثرة الوجود لا عبرة به .

المعامل اجرة المثل اذا فسخ المالك المضاربة

العاشرة (ولو فسخ المالك المضاربة) فاما ان يكون قبل الشروع في التجارة او في مقدماتها - او بعده قبل ظهور الربح او بعده في الانهاء - او بعد اتمام التجارة قبل القسمة او بعدها - فالكلام في فروع - ١ - ان كان الفسخ قبل الشروع في العمل وفي مقدماته - فلا اشكال ولا كلام في انه لا شيء له ولا عليه - ٢ - ان كان ذلك بعد اتمام العمل والقسمة

فكك - اذ ان كان حصل الربح يقسمانه و الافلاشيء للعامل ولا عليه حصلت خسارة
اولم يحصل الربح ولا الخسارة - فما يظهر من اطلاق بعضهم ثبوت اجرة المثل مع عدم
الربح - غير تام - لان وضع المضاربة على عدم استحقاق العامل لشيء سوى الربح فكان
ذلك شرط ضمنى فى عقدها وبه يخرج عما دل على احترام عمل المسلم و انه لا يذهب
هدرا ان كان عن امر - ٣ - اذا كان الفسخ فى الاثناء قبل حصول الربح (ف) فى المتن
(للعامل اجرته الى ذلك الوقت) و مقتضى اطلاقه كاطلاق ما فى الشرايع ثبوت
اجرة المثل لماعمل (واستدل) له بان عمله محترم صدر باذن المالك لاعلى وجه
التبرع بل فى مقابلة الحصة و قد فانت بفسخ المالك قبل ظهور الربح فيستحق اجرة
المثل الى حين الفسخ (وفيه) ان الامر بالعمل انما هو على الحصة من الربح على تقدير
وجوده ولو لم يوجد فلا شيء له وحيث ان للمالك الفسخ متى شاء فكان اقدامهما على ان
لا يكون له شيء الا مع بقاء العقد وحصول الربح وبدون ذلك لاشيء له ومع الاقدام على ذلك
لا وجه للضمن - ٤ - اذا كان الفسخ بعد حصول الربح فى الاثناء - اخذ العامل حصة منه
وان قل كان ذلك بعد الانقضاء او قبله - اتفاقا فى الاول كما فى المسالك و وجهه
ظاهر مما قدمناه - ثم مما ذكرناه ظهر حكم ما لو فسخ العامل وانه انما يستحق من الربح حصة
ان ظهر ولا يستحق اجرة المثل فى شيء من الموارد كما يظهر حكم ما لو حصل الانقضاء
بموت أو جنون وما شاكل.

ثم انه وقع الكلام فى صورة الفسخ أو الانقضاء فى احكام - وهى - وجوب الانقضاء
اذا كان بالمال عروض - ووجوب الجباية عليه اذا كان به ديون على الناس - و وجوب
الرد على المالك .

اما الاول فغاية ما قيل فى وجه وجوبه على العامل اذا طلبه المالك ان قوله (ص) (١) على
اليدها اخذت حتى تؤدي بدل عليه لانه اخذه نقدا فيجب رده اليه كك - و ايضا ان
التغير حدث فى المال بفعله - فيجب رده الى ما كان (و فيه) او لا ان الحديث

متضمن للضمان الخارج منه المقام فكان الاولى الاستدلال له بمادل على وجوب رد الامانة - و ثانيا - ان مال المالك حيث كان التغيير حادثا باذنه حال الفسخ هو العروض وهو الذى يجب ادائه لا النقد الذى اخذه - و اما ما فى المسالك تبعا لجامع المقاصد من الاستدلال له فيما اذا كان الفسخ بعد ظهور الربح بان استحقاقه الربح وان كان ثابتا بظهوره الا ان استقراره مشروط بالا نضاض فيحتمل عروض ما يقتضى سقوطه - فدفعه - اتقدم من عدم توقف استقراره عليه وان شئت قلت ان توقف الاستقرار على الانضاض فرع وجوبه فانبات الوجوب بالاستقرار دور واضح - فلا ظهر عدم وجوب الانضاض مطلقا - ولا فرق فى ذلك بين كون الطالب له هو المالك او العامل .

واما الثانى ففى المسالك وقد اطلق المصنف وجماعة وجوب جبايته على العامل لاقتضاء المضاربة رد رأس المال على صفته والديون لا تجرى مجرى المال - ولان الدين ملك ناقص والذى اخذه كان ملكا تاما فليؤده كما اخذه لظاهر على اليدما اخذت حتى تؤدى انتهى (ولكن) الحديث قد عرفت اشكاله - والادانة حيث تكون باذن المالك توجب عدم كون رد رأس المال على صفته واجبا ومع الشك يكفى اصاله البرائة عن الوجوب فالأظهر عدم وجوبه ايضا .

واما الثالث فالكلام فيه سيأتى فى الوديعة فان المال بعد الفسخ امانة فى يد العامل كما مر فيلحقه حكم الامانة - والتمسك لوجوبه بحديث على اليد قد عرفت ما فيه .

الفصل السابع فى الوديعة

وحقيقتها الاستئابة فى الحفظ وهى الامانة بالمعنى الاخص وعرفها فى التذكرة بانها عقد يفيد الاستئابة فى الحفظ - والظاهر ان مراده بالعقد اللفظ او الفعل الذى ينشأ به ذلك وحيث عرفت ان العقد بنفسه من مقولة المعنى - كما عرفت ان اسامى المعاملات كلها اسام للاعتبارات النفسانية على ما مر فى كتاب البيع - فما فى الشرايع والتمن اولى - قال - فى الشرايع العقد وهو استئابة فى الحفظ وفى المتن (وهى عقد) والامر سهل

والاصل في شرعيتها الكتاب والسنة والاجماع قال الله (١) تعالى «ان الله يامركم ان تؤدوا الامانات الى اهلها» وقال عز شانه «فليؤد الذي ائتمن امانته و ليتق الله ربّه» واما السنة فالاخبار بذلك بالغة حد التواتر - لاحظ - خبر (٣) الحسين الشباني عن الصادق (ع) قال قلت له رجل من مواليك يستحل من مال بنى امية ودمائهم وانه وقع لهم عنده وديعة فقال (ع) ادوا الامانة الى اهلها وان كانوا مجوسا - وخبر (٤) محمد بن مسلم عنه (ع) قال امير المؤمنين (ع) ادوا الامانات ولو الى قاتل ولد الانبياء - وخبر (٥) عمر بن ابي حفص عنه (ع) اتقوا الله وعلكميم باداء الامانة الى من ائتمنكم فلو ان قاتل على بن ابي طالب ائتمننى على امانة لاديتها اليه - وخبر (٦) عمار بن مروان عنه (ع) - اعلم ان ضارب على (ع) بالسيف وقتله لو ائتمننى على سيف واستنصحنى واستشارنى ثم قبلت ذلك منه لاديت اليه الامانة الى غير تلمكم من الاخبار الاتى طرف منها فى ضمن المباحث الاتية - واما الاجماع فقد نقله جمع من الاساطين منهم المصنفه قال فى محكى التذكرة وقد اجمع المسلمون كافة على جوازها وتواترت الاخبار بذلك - وفى الحقائق و يؤكد ذلك دلالة العقل والنقل على قضاء حاجة المؤمن و ادخال السرور عليه مع عدم المانع كما لو لم ينق من نفسه بالحفظ لبعض الاسباب المتوقف عليها ذلك انتهى - و بذلك يظهر ان قبول الوديعة مستحب - بل عن التذكرة بعد التصريح بالاستحباب ولو لم يكن هناك غيره فالاقوى انه يجب عليه القبول لانه من المصالح العامة و بالجملة فان القبول واجب على الكفاية ثم استثنى ما اذا تضمن القبول ضررا فى نفسه أو ماله او على احد من اخوانه المؤمنين ونفى فى الحقائق الباس عما ذكره - ولكن الوجوب الكفائى يتوقف على توقف حفظ المال على الاستيداع ووجوب حفظ مال الغير عن التلف ولا دليل على الثانى بل ظاهر ما ذكره فى اللقطة عدم وجوب الحفظ - والله العالم .

(١) سورة النساء آية ٥٨

(٢) سورة البقرة آية ٢٨٣

(٣-٤-٥-٦) الوسائل - باب ٢ من ابواب الوديعة حديث ٥-٦-٧-٨

ثم انه لا كلام في انها من العقود لامن الاقاعات وتحتاج الى القبول ويشير اليه خبر عمار المتقدم - ومما ذكرناه في البيع و الاجارة وغيرهما يظهر انها كسائر العقود تحتاج الى الانشاء ولا يكتفى بمجرد الاعتبار النفساني و لكن ما ينشأ به لا يعتبر ان يكون لفظا بل يصح الانشاء بالفعل و بالقول والفعل معا بان يكون الايجاب بالقول والقبول بالفعل - ولا يعتبر فيما ينشأ به العربية ولا الماضية ولا تقدم الايجاب على القبول ولا الصراحة ولا الحقيقة - كما انه قد ظهر مما قدمناه اعتبار كون المتعاقدين بالغين عاقلين مختارين .

ثم ان في المقام فرعين - ١ - قال في الشرايع و لو طرح الوديعة عنده لم يلزم حفظها اذالم يقبلها . وهو ظاهر فانه مع عدم تحقق القبول لا يتحقق الوديعة فلو تركها ح و ذهب لم يكن عليه ضمان . . (وفي المسالك ولكن يا ثم ان كان ذهابها بعد ما غاب المالك لوجب الحفظ من باب المعاونة على البرواعة المحتاج فيكون واجبا على الكفاية (وفيه) ان المعاونة على البرحسنة وليست بواجبة وكذا اعانة المحتاح مع ان ذلك ليس منها - و تفصيل القول في المقام ان طرح الوديعة تارة يكون بعنوان الاستئابة في الحفظ ويكون فعله ذلك مقرونا بما يوجب ظهوره في كونه فعلا ينشأ به تلك - واخرى لا يكون بهذا العنوان - فعلى الاول ان قبلها من طرحت عنده قولاً او فعلاً تحققت الوديعة - ويترتب عليها احكامها من وجوب الحفظ وعدم الضمان بدون التقصير - وان لم يقبلها كان حكمها ما تقدم - و على الثاني يكون تلك ح امانة مالكية توضيح ذلك ان الامانة مالكية و شرعية - والامانة المالكية على قسمين - الامانة الحاصلة بالتأمين العقدي كالوديعة - والامانة الحاصلة بالتأمين بالتسليط على ماله برضاه وهي الامانة بالمعنى الاعم - وبهذا المعنى اطلقت الامانة على العين المستاجرة والمرهونة والمضارب بها وما شاكل - والامانة الشرعية فيما كان التسليط على المال بحكم الشارع كما في تسليط الولي على مال القاصر وكالتسليط على مجهول المالك وما شاكل .

ثم ان الامانة المالكية بالمعنى الاعم انما تتحقق بالتسليط على المال عن الرضا

من دون توقف على شيء آخر كما يستفاد مما ورد في الابواب المتفرقة من العارية والمضاربة والوديعة ونحوها لاحظ صحيح (١) الحلبي عن الصادق عليه السلام صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان وقال ليس على مستعين عارية ضمان وصاحب العارية والوديعة مؤتمن ونحوه غير من النصوص الكثيرة فانه ليس في شيء من هذه الموارد سوى التسليط على المال عن الرضا فيستكشف من ذلك ان كل تسليط عن الرضا ايمان ويترتب عليه عدم الضمان وغيره مما يكون مترتباً على المؤتمن وعلى هذا ففي المقام لو طرح المال عنده فان لم يضع يده عليه فلا شيء عليه - وان ثبت يده عليه فلا ضمان عليه لو تلف عن غير تقصير وهل يجب عليه حفظه كما في المسالك قال واليد توجب الحفظ الى ان ترده على مالكه اعموم (٢) على اليد ما اخذت حتى تؤدي - ام لا يجب عليه الحفظ وجهان اظهرهما الثاني فان الدليل انما دل على وجوب الحفظ في الامانة بالمعنى الاخص واما في الامانة بالمعنى الاعم الحاصلة من التسليط عن رضاه التي ليس مقتضاها الاكون استيلائه عن رضا المالك - فلا دليل على وجوب الحفظ - واما الحفظ من حيث انه مال محترم فلا يجب اصلاً ولذا لا يجب التقاطه بل يكره - والتمسك به حديث على اليد غريب فان الحديث في الضمان ولا يدل على وجوب الرد تكليفاً مع ان يد الامين خارجة عن تحت الحديث فالأظهر عدم وجوب الحفظ عليه.

ويترتب على ذلك انه لو ترك الحفظ وتلف لا يكون ضامناً اذ لو لم يكن الحفظ واجباً لم يكن تركه تفریطاً - والى ما ذكرناه يشير خبر (٣) اسحاق عن جعفر عن ابيه عليهما السلام ان عالياً كان يقول لاضمان على صاحب الحمام فيما ذهب من الثياب لانه انما اخذ الجعل على الحمام ولم يأخذ على الثياب - فانه مع استيلاء الحمامي على الثياب يدل على انه لو كان اخذ الجعل على الثوب كان مكلفاً بحفظه فترك التسليط عليه تفریطاً

(١) الوسائل باب ١ من ابواب العارية حديث ٦

(٢) سنن بيهقي ج ٦ ص ٩٠

(٣) الوسائل - باب ٢٨ - من ابواب الاجارة حديث ٣

فيكون ضامنا وحال الح حال الوديعة بخلاف ما اذا لم يكن حفظ الثوب بمهنته فانه لا يجب عليه الحفظ فتركه التحفظ ليس تفريطا فلا يكون ضامنا .

٢- لو اكراه على قبضها لم تصر وديعة لعموم حديث (١) رفع ما استكرهوا عليه فلا يجب عليه حفظها - وفي المسالك لكن يجب تقييده بما اذا لم يضع يده عليها بعد زوال الاكراه مختار اذ انه يجب عليه الحفظ باليد الجديدة وان لم يجب بالاكراه انتهى وفيه ان وضع يده عليها بعد زوال الاكراه ان كان بعنوان قبول الوديعة او كان حين ما اكراه قبل الوديعة وكان ذلك منه رضاه وكان المالك انشا الوديعة قولاً او فعلاً - وجب عليه الحفظ والا فلا - وان كان المال عنده امانة مالكية كامر .

الوديعة عقد جائز

ثم انه لا خلاف بينهم في ان الوديعة عقد (جائز من الطر فمين) وفي الجواهر بل الاجماع بقسمية عليه وهو الحجة في تخصيص الآية (٢) وغيره من ادلة اللزوم ويترتب عليه بطلانه بموت كل منهما او بجنونه واغماؤه ونحو ذلك مما يخرج به ماله عن ملكه او ولايته عليه كما هو الشأن في العقود الجائزة مطلقا على ما مر في باب المضاربة - وقد عرفت هناك انه لا يمكن اثبات ذلك بالدليل - ولكن لتسالم الاصحاب يبني عليه فراجع ما ذكرناه - ثم انه اذا بطل العقد فالمال يكون في يدها لدعي امانة شرعية كما في الشرايع والمسالك والجواهر وغيرها واستدل له بعدم اذن المالك الصوري وحصول الاذن من المالك الحقيقي في الاستيلاء عليه للمردحسبة وح يلحقه حكم غيره من الامانات الشرعية - ولكن يمكن ان يقال ان الامانة الشرعية ملاكها الترخيص في اثبات اليد على مال الغير اخفضه او لا يصلح المال الى ماله كما استفيد من ادلة اللقطة ومجهول المالك وما شاكل - وليس مجرد الترخيص الشرعي تامينا شرعيا - كما لو اباح الشارع

(١) الوسائل باب ٥٦ من ابواب جهاد النفس .

(٢) سورة المائدة آية ٢

وضع اليد على العين المستأجرة لا بإحالة المالك إياه فإنه من باب إباحة ما أباحه المالك
لأن أمين من الشارع بل الترخيص الابتدائي منه كما في الملقطة تأمين من الشارع . وعليه
ففي المقام غاية ما يثبت بالدليل وجوب رد المال إلى صاحبه وهو وجوب عرضي يتبع
حرمة امساكه فلا ترخيص ابتداء من الشارع في وضع اليد عليه ولا إيجاب للإيصال ابتداء
حتى يكون حاله كحال الترخيص الابتدائي وعليه فليس هو أمانة شرعية - بل يجب الرد
من باب حرمة امساك مال الغير .

وعلى هذا فهل يكون ضامناً له لو تلف أم لا - يشهد للضمان عموم قاعدة (١)
على اليد - فإن الخارج عنها يد الأمين وهو ليس أميناً على الفرض - (واستدل) لعدم
الضمان تارة بعدم شمول القاعدة للمقام نظراً إلى ما عن المحقق النائيني ره قال إن
الآخذ هو الاستعلاء على الشيء بالقهر والغلبة كما يشهد به موارد استعماله لاحظ قوله (٢)
تعالى « وكك اخذ ربك إذا اخذ القرى » وقوله (٣) سبحانه « ولاخذنا منه باليمين
ثم لقطعنا منه الوتين » وقوله تعالى (٤) « فاخذناهم اخذ غزير مقتدر » وغير تلكم من موارد
استعماله - وعليه - فيختص الحديث بصورة الغصب ولا يشمل أمثال المقام وأخرى ،
بأن قاعدة الاحسان تمنع عن الضمان بدعوى أن وضع يده على المال بداعي الإيصال
إلى مالكه احسان إليه (٥) « وما على المحسنين من سبيل » الشامل لكل سبيل
دنيوى أو آخرى (ولكن) يرد على الأول أن الآخذ بحسب اللغة معناه تناول الشيء
كان عن قهر وغلبة أم لم يكن واستعماله في غير موارد الآخذ بالغلبة والقهر كثير ،

(١) سنن بيهقى ج ٦ - ص ٩٠

(٢) سورة هود آية ١٠٢

(٣) سورة الحاقة آية ٢٦

(٤) سورة القمر آية ٢٣

(٥) التوبة آية ٩٢

لاحظ قوله (١) تعالى «خذ العفو» وقوله (٢) عزاسمه «خدمن اموالهم صدقة» وقوله **﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا خذُوا زِينَتَكُمْ﴾** خذها فاني اليك معتذرو غير تلكم من الموارد فالحديث يدل على الضمان في كل مورد كان مال الغير تحت اليد ومن تلك الموارد المقام - ويرد على الثاني ان قاعدة اليد تخصص بقاعدة الاحسان كتخصيصها بقاعدة الائتمان الا انها في موارد التمتع في الاحسان كما لو علم من حال المالك رضاه بوضع اليد على ماله لا يصاله اليه فانه ليس هناك تسليط ليكون امانة مالكية لكنه يجوز وضع اليد عليه فوضع اليد للايصال احسان محض منه ومع تلفه قبل وصوله لاضمان - واما في المقام فايصال المال الى صاحبه واجب من حيث حرمة امساكه فهو ح ترك الاسائة لامن باب انه احسان محض - فتحصل مما ذكرناه انه يكون ضامنا لو تلف قبل الايصال - الا ان ثبت الاجماع على عدم الضمان .

وجوب الحفظ على المستودع

ثم ان تمام الكلام في هذا الفصل في طي مسائل - الاولى (ويجب حفظها) اي الوديعة (بمجرى العادة) كالثوب في الصندوق والشاة في المراح والدابة في الاصطبل او ما يجري مجرى تلكم في الحرز لمثلها في العادة كما هو الشأن في كل ما لا حد له شرعا فانه يرجع فيه الى العرف والعادة - ومنه المقام فان الوديعة كما مر استنابة في الحفظ وليس لها في الشرع حد فيتعين الرجوع فيها الى العادة - وعلى ذلك فلا يهمل في النزاع في المصاديق مثل انه هل يجب ان يكون الصندوق محرزا ام يكفي مطلقه فان الضابط ما ذكرناه والميزان هو حفظها بما يحفظ به امواله .. ولا فرق في ذلك بين علم المودع بان المستودع ليس له ما يحفظ فيه الوديعة او عدم علمه بذلك والدليل على وجوب الحفظ .. مضافا الى الاجماع المحقق وكون ذلك من مقتضيات عقد الوديعة

فإنها كما مر استنباطاً في الحفظ. الأيات والنصوص المتقدمة الدالة على وجوب رد الأمانة فإنه لولا وجوب حفظها لم يجب أدائها ولو كان يجوز له إهمالها وعدم حفظها كيف يترتب عليها وجوب الأداء. والأخبار الآتية الدالة على الضمان مع ترك الحفظ أدل على وجوب الحفظ واجباله يمكن وجه للضمان بتركه .

(ولو عين المالك حرزاً تعين) لاصالة حرمة التصرف في مال الغير بغير إذنه

(فلو خالف ضمن) لأنه عاد وقد استثنوا من ذلك موردين (الأول) ما إذا كان

النقل إلى الآخر فقد ادعى الإجماع على أنها في هذا المورد لو تلفت لا تضمن وأضاف

جمع منهم إليه النقل إلى مثله والتحقيق أن يقال أنه إن فهم من التعيين أن الغرض

المعاملي له الاحتفاظ وإنما عين المحل الخاص من باب المثال فمع النقل إلى الآخر

أو المساوي لا ضمان والأفالم متجه هو الضمان (الثاني) ما ذكره المصنفه بقوله (الامع الخوف)

أجواز النقل حسب حصة - بل قالوا أنه لو قال المودع لا تنقلها عن هذا المكان وإن

تلفت فيه لعدم بثوت هذه السلطنة له من السلطان الحقيقي بل حرم عليه إضاعة المال

وإتلافه في غير وجهه ومن ذلك النهي عن التبذير وعن تمكين السفهاء من الأموال

التي جعلها النافق أو فهل يجب النقل حسب كما في المسالك لأن الحفظ واجب عليه

ولا يتم إلا بالنقل وللنهي عن إضاعة المال أم لا - الظاهر هو الثاني فإن وجوب الحفظ

إن كان بمناط وجوب حفظ المال المحترم فقد مر أنه لا وجه لوجوبه ولذا لا يجب

التقاطه بل يكره - وإن كان بمناط وجوب حفظ الوديعة - فالمفروض أنه بالنقل

يخرج عن الوديعة فإنه قيد فيها عدم النقل - وأما النهي عن إضاعة المال فهو بالنسبة

إلى المالك ولا دليل على حرمتها على غير المالك حتى يترك الحفظ إياه عن التلف

بل لا يحرم ذلك قطعاً فالظاهر عدم وجوبه عليه فحيث يجوز زرعاً النقل حسب فلا ضمان

عليه لو نقلها وتلفت لقاعدة الإحسان بالتقريب المتقدم .

فى وجوب سقى الدابة وعلفها على الودعى

الثانية (ويجب على الودعى علف الدابة وسقيها ويرجع به على المالك)

على المشهور بين الاصحاب بل بالاخلاف فى ذلك فى الجملة - وتفصيل القول فى المقام ان ههنا صوراً .

الاولى - ان يامر المالك بذلك لاشكال فى انه يجب عليه كما صرح حوايه لانه من مقدمات الحفظ المأمور به ويرجع به على المالك وذلك لان حقيقة الوديعة هى الاستنابة فى الحفظ فهى وان كانت بطبعها آبية عن التعويض والالكنت اجارة على العمل لوديعة موجبة لتنزيل الودعى منزلة المالك فى حفظها الذى لا عوض اما لكها ولكن ذلك بالنسبة الى الحفظ نفسه واما ما يتوقف عليه الحفظ من مال او عمل فالوديعة بنفسها لا اقتضاء بالنسبة اليه من حيث التعويض و عليه فاذا كان المالك مستوفيا له بالامر به كان ذلك موجبا للضمان فيرجع الودعى اليه واما قاعدة احترام المال التى استدل بها بعضهم فى المقام للضمان - فقد دمر انها بنفسها ليست من موجبات الضمان ولا توجب الرجوع الى من وصل نفعه اليه .

الثانية ان ينهاء عن ذلك فى الشرايع وغيرها لم يجرى القبول بل يجب سقيها وعلفها (واستدل له) فى المسالك وغيرها بانه حق الله تعالى كما انه حق المالك فلا يسقط حق الله تعالى باسقاط المالك حقه . وبان اتلاف المال منهى عنه (و لكن) قد مر ان حفظ الحيوان من التلف لا يكون واجبا على غير المالك و لذا لا يجب التقاط الحيوان اذا خاف عليه التلف والحفظ بعد الالتقاط من جهة كونه امانة شرعية يجب حفظها من التلف - كما ان وجوب الحفظ على مالكة انما هو من جهة وجوب نفقة المملوك على مالكة - لامن حيث حفظ النفس المحترمة والمفروض انه لا يجب الحفظ من جهة الوديعة لئلى المالك عنه - و اما حرمة اتلاف المال فقد عرفت انه مختص بالمالك فحرمة الاتلاف غير المستلزم للتصرف فى ملك الغير غير ثابتة والاصل عدمها فعلى هذا لا يجب عليه سقى الدابة فى هذه الصورة ولا علفها - بل لا يجوز من غير مراجعة

الحاكم فانه تصرف في مال الغير بلا رضاه - ولو سقاها واعلفها والحال هذه ليس له الرجوع بقيمتها على المالك كما ظهر مما ذكرناه في الصورة الاولى .

الصورة الثالثة ان يطلق المالك المودع لاي امره ولا ينهاء - والظاهر في هذه الصورة وجوب السقي والعلف لانهما من مقدمات الحفظ المأمور به - بل قد يقال كما عن التذكرة وغيرها ان مقتضى الشرط الضمني هو ذلك - وهل يرجع بما بذله في مقام حفظه الى المالك ام لا الظاهر ذلك لانه مجرد وجوب الحفظ - فانه لا اقتضاء من حيث المجانية وعدمها - ولا احرمة المال المبذول فانها لا توجب الضمان ما لم يكن المالك مستوفيا له بالمباشرة او بوكيله او بامر احدهما او بامر الحاكم - بل لمفهوم قوله **عليه** في صحيح (١) ابي ولاد في جواب قول السائل جعلت فداك فقد علفته بدراهم فلي عليه علفه (لأنك غاصب) فانه يستفاد منه ان غير الغاصب له الرجوع بما انفق على الدابة فالمتحصل مما ذكرناه انه مع الاطلاق او الامر بهما يجب السقي والعلف - ويرجع بما بذله على المالك .

بقى الكلام في الضمان مع الاهمال في حفظ الدابة بترك السقي والعلف فالظاهر هو ذلك - لالوجوب الحفظ فانه لا يوجب تركه الا الاثم - ولا من جهة تخلف الشرط الضمني او الصريح فان ترك الوفاء بالشرط ليس من موجبات الضمان بل لان ترك الحفظ داخل في التعدي والتفريط - وسيجيء ان اليد معه مضمنة والنصوص الخاصة دالة عليه ايضا (ثم انه) لا يهملنا البحث في جواز اخراج الدابة من المنزل وعدمه لئلا (ومما ذكرناه) يظهر حكم مالوك كانت الوديعة غير الحيوان كشجر وبناء ونحوهما - وانهم مع الاطلاق او الامر بانفاق ما يتوقف عليه حفظها يجب ويرجع بما بذله على المالك -

ضمان المستودع مع التعدي او التفريط

الثالثة (ويضمن المستودع مع التفريط) بترك التعدي والتفريط بالتعدي بالامخالفة

فى كيفية الحفظ أو الخيانة بالتصرف فى المال - والضابط هو التقصير وان حصره بعضهم فى ستة - الانتفاع بها - والإيداع - والتقصير فى دفع المهلكات - والمخالفة فى كيفية الحفظ - والتضييع بان يلقىها فى مضية - والجحود و (لا) يضمن (بدونه) بخلاف فيهما - بل عليهما الإجماع بقسميه فى الجواهر - ويشهد بهما مضافا الى قواعد باب الضمان كما مر فى الاجادة والمضاربة وغيرهما - النصوص الخاصة المتعلقة جملة منها لعدم الضمان على الإيتمان اما بجعله سببا او عنوانا لعدم الضمان - لاحظ مارواه (١) المشايخ الثلاثة فى الصحيح والحسن عن أبى عبد الله عليه السلام صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان وصحيح (٢) زرارة او حسنه عنه عليه السلام عن وديعة الذهب والفضة فقال عليه السلام كل ما كان وديعة ولم يكن مضمونة لا تلزم - وموثق (٣) اسحاق بن عمار عن أبى الحسن عليه السلام عن رجل استودع رجلا ألف درهم فضاعت فقال الرجل كانت عندى وديعة وقال الآخر انما كانت لى عليك قرضا فقال عليه السلام المال لازم له الا ان يقيم البينة انها كانت وديعة - وصحيح (٤) محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام عن الرجل يستبضع المال فيهلك او يسرق أعلى صاحبه ضمان فقال عليه السلام ليس عليه غرم بعد ان يكون الرجل امينا ونحوها غيرها اضع الى ذلك النصوص الدالة على الضمان بالتعدى والاستهلاك فى باب المضاربة والرهن بعد معلومية اشتراك الجميع فى الحكم المزبور باعتبار كونها امانة مع - انه يدل على الضمان بالتعدى مكتوبة (٥) محمد بن الحسن الى أبى محمد عليه السلام رجل دفع

(١) الوسائل باب ١ من ابواب العارية حديث ٤ و باب ٣ من ابواب

الوديعة حديث ١

(٢) الوسائل باب ٤ من ابواب الوديعة - حديث ٤

(٣) الوسائل - باب ٧ من ابواب الوديعة حديث ١

(٤) الوسائل باب ٣ من ابواب المضاربة حديث ٨

(٥) الوسائل باب ٥ من ابواب الوديعة حديث ١

الى رجل وديعة فوضعها في منزل جاره فضاعت هل يجب عليه اذا خالف امره واخرجها عن ملكه فوقع **تفويت** هو ضامن لها انشاء الله - وعلى الجملة - فان الاستفادة من مجموع الادلة بعد ضم بعضها الى بعض ان تلف المال عند الودعي لا يوجب الضمان الا مع التقصير في الحفظ - الموجب لخروج اليد عن كونها يد امانية و ماذونة و صيرورتها خيانة .

ثم اندفع الخلاف والكلام في جملة من الموارد كترك ما يحفظ به الوديعة مثل نشر الثوب وطيه وتعريضه للهواء والمسافرة بها - واخراج الوديعة من الحرز لينتفع بها - والجحود وما شاكل - وحيث انه لانص في شيء من الموارد يعتمد عليه فلا بد في كل مورد من عرضه على الميزان المتقدم ثم الحكم بالضمان وعدمه فلا يهملنا البحث في كل مورد بالخصوص (نعم) لا بأس ببيان حكم ما لو ضيع بالنسيان فالمحكي عن جماعة منهم المصنف ره في التحرير وولده والمحقق الثاني الضمان - واستدل له بان الدليل دل على ان الامين يضمن مع التعدي أو التفريط وحديث (١) رفع النسيان لا يصلح رافعا للضمان لكونه في مقام الامتنان ولا امتنان على الامة في رفعه ولذا في سائر موارد الضمان لا يرتفع الضمان مع تحقق السبب نسيانا .

واورد عليه بان مقتضى اطلاق ما دل على عدم ضمان الامين العموم وغاية ما خرج منه العامد الاثم دون غيره فاطلاق ذلك يقتضي عدم الضمان وبه يرفع اليد عن قاعدة على اليد (٢) وفيه انه وان لم يكن دليل لفظي يدل على انه في هذا الباب يكون المتعدي او المفريط ضامنا - ولكن لا ريب في استفادة ذلك من مجموع ما تقدم - بل يمكن ان يقال انه يستفاد ذلك من نفس ما دل على انه لا ضمان على الامين فان اخذ الامانة عنوانا للموضوع مشعر بذلك والمضيع وان كان عن نسيان ليس يده امانية - فالأظهر هو الضمان .

(١) الوسائل باب ٥٦ من ابواب جهاد النفس

(٢) سننبيهي ج ٦ ص ٩٠

إعادة الوديعة بعد التفريط

ثم ان المعروف بين الاصحاب انه اذا اعاد الوديعة بعد التعدي او التفريط الى الحرز لم يبرأ (ولا يزول) الضمان قال فى محكى التذكرة اذا صارت الوديعة مضمونة على المستودع اما بنقل الوديعة و اخراجها من الحرز واستعمالها كركوب الدابة ولبس الثوب او بغيرها من اسباب الضمان ثم انه ترك الخيانة ورد الوديعة الى مكانها وخلع الثوب لم يبرأ بذلك عند علمائنا اجمع ولم يزل عنه الضمان ولم تعد امانة انتهى (والتحقيق) يقتضى ان يقال ان الدليل دل على عدم ضمان الودعى خرج عن ذلك ما لو كان متعديا او مفرطا - و عليه - فاذا فرط او تعدى ثم عاد - يدخل المقام تحت كبرى كلية المذكورة فى الاصول . وهى انه اذا فرض خروج بعض الافراد فى بعض الازمنة عن العموم - فهل فيما بعد ذلك الزمان المخرج بالنسبة الى ذلك الفرد يجرى استصحاب حكم الخاص او يتمسك بالعموم - وحيث ان المختار عندنا هو التمسك بالعموم مطلقا و ان لم يكن لدليل ذلك العموم عموم ازمانى ولا يصح الرجوع الى الاستصحاب - فالمتعين فى المقام البناء على ارتفاع الضمان وعدم بقاءه - لفرض ان الوديعة لا تنفسخ بالخيانة بل تلك الوديعة فى حال الخيانة خارجة عن تحت عموم مادل على عدم الضمان - فاذا اعادها الودعى فقد دخلت تحت العموم ولا مجال لاجراء استصحاب بقاء الضمان - واولى بذلك - ما لو جدد المالك له الاستيمان بان فسخ العقد السابق ثم اودعه جديدا . فان قيل - ان المصنف ره ادعى الاجماع على الضمان فهو المقيد للاطلاق - قلنا - انه ليس اجماعا تعديلا لاستدلالهم له بالاستصحاب ثم انه على تقدير ما بنى عليه القوم من الضمان والخروج عن كونه وديعة - فالظاهر انه لا يزول الضمان (الا بالرد الى المالك) وعود الحكم الاول انما هو بتجديد المالك له الوديعة (او البراء) بان يبرأه المالك من الضمان - والاول مورد الوفاق انما الخلاف بينهم فى انه لو لم يردها ولكن جدده المالك الايداع - فظاهر الاكثر انه كالأول وعلوه بان الضمان انما كان بحق المالك وقد رضى بسقوطه باحداثة

ما يقتضى الامانة - وقيل لا يزول الضمان وهو ظاهر المتن واستدل له بظاهر قوله عليه السلام (١) على اليد ما اخذت (وقال) فى المسالك ويمكن بناء ذلك على ان الغاصب اذا استودع هل يزول الضمان عنه ام لا فان المستودع هنا قد صار بتعديده بمنزلته والمسألة موضع اشكال اذ لا منافاة بين الوديعة والضمان كما فى المفروض المذكور فلا يزول السابق بتجدد مالنا فيه مع عموم قوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى تؤدى ومن انه قد اقام يده مقام يده وجعله وكيلًا فى حفظها وذلك يقتضى رفع الضمان - الى ان قال والافوى هنا زوال الضمان لان المستودع نائب عن المالك فى الحفظ فكانت يده كيده وقبضه لمصاحته فكان المال فى يده بمنزلة ما كان فى يد المالك بخلاف الرهن انتهى (اقول) انه اذا فسخ المالك الوديعة الاولى وجدد العقد ولم يرجع المال الى يده - وقلنا بصحة الثانى - فلا اشكال فى ارتفاع الضمان ولا مورد للمتمسك بعموم على اليد - لان يده بمقتضى الوديعة الثانية يد امانية (اللهم) الا ان يقال مبتنيا على الكبرى المتقدمة ان يده هذه كانت يد ضمان فبعد ارتفاع العدوان والخيانة يشك فى بقاء الضمان ودخولها تحت ما دل على عدم الضمان على الامين فيستصحب الضمان - ولكن قد اشرنا الى بطلانها وان لم يفسخ المالك الوديعة الاولى وقال اذنت لك فى حفظها او ادعتكها او نحو ذلك فلا كلام فى عدم انفساخ الاولى وعدم حدوث عقد جديد - فح ان اراد بذلك البرائة من الضمان فسيأتى حكمه - والا (فقد استدل) فى المسالك لعدم الضمان - تارة بانه لحق المالك وقد رضى بسقوطه باحداثه ما يقتضى الامانة - واخرى - بان المستودع نائب عن المالك فكان يده كيده (وفيه) انه لم يحدث ما يقتضى الامانة ومجرد رضا المالك بسقوطه لا يكفى فى السقوط - وكون يدا المستودع كيد المالك اول الكلام وما افاده من ابتناء ذلك على مسألة ان الغاصب اذا استودع هل يزول الضمان عنه ام لا - غير تام فان المفروض فى المقام عدم فسخ العقد الاول ومعه لا يؤثر الثانى شيئًا قطعًا .

واما الثانى وهو البراء - فقد جزم المصنف ره والمحقق فى الشرايع بحصول البرائة من الضمان به (ووجهه) ان الضمان كان لحقه فيسقط باسقاطه (واورد عليه) صاحب الجواهر وقبله غيره بعدم دليل صالح لقطع اصالة الضمان ضرورة عدم ثبوت مال فى الذمة يكون مورد الالبراء فان المراد من الضمان اشتغال ذمته لو تلفت بالمثل او القيمة فهو كما لو قال للغاصب ابرأتك من ضمان المال المصوب فى يدك ونحوه مما هو ابراء عمالم يجب بعد - و تاهل الذمة للاشتغال على تقدير التلف لم يثبت قابليته للسقوط بل مقتضى الاصل واطلاق ما دل على سببية الضمان الشامل لصورة الاسقاط عدم سقوطه بالاسقاط (وفيه) اولان الالبراء ان كان ابراء على تقدير الثبوت لا تنجز بالايكون من قبيل ابراء مال يجب - وثانيا - ان الضمان المسبب عن التعدى او التفريط كالضمان فى ساير الموارد غير العقود الصحيحة - عبارة عن كون العين فى العهدة و اثر ذلك لزوم دفع العين مادام بقائها - والبديل على تقدير التلف فى جميع الموارد تكون العين فى العهدة حتى بعد التلف و على ذلك فالالبراء عنه لا اشكال فيه اصلا - بعد معلومية كون الضمان من الحقوق القابلة للاسقاط لامن قبيل الحكم .

حكم ما اذا اتلف الاجنبى الوديعه

ثم انه بعد ما عرفت من وجوب الحفظ فاعلم انه اذا اراد ثالث اخذ المال الذى جعل وديعه عنده قهراً او اراد اتلافه - فان تمكن من الدفع من دون ان يترتب عليه ضرراً ومشقة وجب لانه مقدمة للحفظ المأمور به على جهة الاطلاق - ولو توقف ذلك على بذل مال - فهل يجب البذل ام لا - وعلى تقدير البذل هل يرجع بما بذله على المالك خلاف فى الجهتين وقد تقدم ما عندنا عند بيان حكم علف الدابة وسقيها وما ذكرناه فى تلك المسألة جارها .

ولو توقف الدفع على الكذب جاز بل وجب بل (و) عليه ان (يخلف للظالم)

لو طواب باليمين - على ماسياتى الكلام فى ذلك مفصلا فى كتاب الايمان والنصوص

الخاصة شاهدة بذلك - (و) هل يجب ان (يورى) مع التمكن من التورية الظاهر ذلك كما سيأتى فى ذلك الكتاب .

ولو ادى وظيفته ومع ذلك اخذ منه قهرا او اتلف فلا ضمان عليه بالاخلاف اجده فيه بل الا جماع بقسميه عليه كذا فى الجواهر - لقاعدة الا يتمان - (ودعوى) اختصاصها بالتلف وفى المقام اما ائلاف او اخذ وعلى التقديرين لا تلف (مندفعة) اولا بصدق التلف عليهما بكل من ائلاف الثالث واخذه كما يشهد به خبر (١) عقبة ابن خالد الوارد فى تلف المبيع قبل قبضه من اطلاق التلف على سرقة المتاع - وثانيا انه لم يؤخذ فى ادلة عدم الضمان على الامين خصوص التلف بل صرح فى بعضها بالسرقه كصحيح (٢) محمد بن مسلم عن الباقر (ع) عن الرجل يستبضع المال فيهلك او يسرق اعلى صاحبه الضمان فقال (ع) ليس عليه غرم بعد ان يكون الرجل امينا - ثم الظاهر انه لا اشكال فيه سواء كان قد تولى الظالم اخذها من يده او من مكانها التي كانت فيه او قهره على الاثيان بها فدفعها اليه لصدق عدم التفريط فيهما ولا ضمان عليه فيهما وانما الضمان على الظالم - كما هو المشهور بين الاصحاب .

وعن ابي الصلاح و ابي المكارم والمصنف ره فى التذكرة والتحرير انه يجوز رجوع المالك عليه مع مباشرته الدفع بنفسه الى من امره الظالم - لانه باشره تسليم مال الغير بيده فيشمله عموم على اليد وان كان قرار الضمان عليه (وقواه) فى الجواهر بتقريب ان التسليم الى الظالم من اقسام الا تلاف والمخصص بقاعدة الا يتمان قاعدة على الديدون قاعدة الا تلاف (ولكن) يرد على الوجه الاول ان التسليم الى الظالم ان كان جائزا له فلا يكون به مفرطا ولا متعديا ومعه يدخل فى قاعدة الا يتمان وهى تخصص قاعدة على اليد - واماما افاده فى الجواهر - ففيه ان التسليم الى الظالم لا يعدا تلاف للمال بل لو كان ذلك ائتلافا يكون فاعله الظالم الاخذ فهو المتلف باخذه

(١) الوسائل باب ٢٠ من ابواب الخیار - من كتاب التجارة حديث ١

(٢) الوسائل باب ٣ من ابواب المضاربة حديث ٣

للاودعى المسلم اليه - وانما فعله مقدمة للاتلاف لانه اتلاف فتدبر فلاظهر عدم الضمان عليه .

(ولو اقر له لم يضمن) عند الماتن - وفي المسالك فى شرح قول المحقق ولايلزم دركها هذا اذالم يكن سببا فى الاخذ القهرى كما لو كان هو الساعى بها الى الظالم ولم يقدر بعد ذلك على دفعه فانه يضمن لانه فرط فى الحفظ بخلاف ما لو كانت السعاية من غيره او علم الظالم بها من غير سعاية ومثله ما لو اخبر اللص بها فسرقتها انتهى وتبع فى ذلك المصنف رد فى التذكرة والمحقق الثانى (وهومتين) فان اخبار الظالم بها نظير جعلها فى غير حرز ينافى الحفظ المأمور به فيكون متعديا فلايرد عليه ما فى الجواهر من الشك فى تحقق الضمان ولو المشك فى الاندراج تحت ما جعلوه عنوانا له من التعدى والتفريط والتضييع ونحوها لان عموم على اليد ونحوه مخصوص بقاعدة الايمان - اذلاشك فى عدم صدق الحفظ ومعه يصدق التعدى او التفريط لتركه ماوجب عليه وقاعدة الايمان مختصة بغير المفرط و المتعدى والمضيع (نعم) لو تم ما ذكره من الشك فى صدق العنوان الخارج تم ما افاده من جهة ان التمسك بعموم على اليدح من قبيل التمسك بالعام فى الشبهة المصداقية وهو لايجوز فيتعين الرجوع الى اصاله البرائة عن الضمان (فالتمت حصل) مما ذكرناه ان الاظهر فيما لو اقر له من غير ان يكون الاقرار لدفع الضرر او الحرج او ما شاكل من موانع التكليف يكون ضامنا - وان كان قرار الضمان على الظالم .

يجب رد الوديعة على المودع

الرابعة (ويجب ردها) اى الوديعة (عقلا على المودع او الى ورثته بعد موته)

مع المطالبة فى اول اوقات الامكان بلاخلاف فى الوجوب وفى الجواهر بل الاجماع بقسميه عليه - وقد تقدم ما عن التذكرة من اجماع المسلمين كافة عليه - ويشهد به ما دل (١)

من الكتاب والسنة على الامر باداء الا مائة الى اهلها المتقدمة فى اول هذا الفصل - ومادل (١) على عدم جواز وضع اليد على مال الغير بغير اذنه والقرض عدمه هنا لا نقطاع الاذن بالمطالبة - و اما كون الوجوب بحكم العقل ايضا فتقريبه ما مر فى اول هذا الفصل .

ثم انه لا ريب فى تقييد هذا الحكم كسائر الاحكام الشرعية بالا مكان العقلى وهل يعتبر الامكان الشرعى كما صرح به فى المسالك وغيرها - لان المانع الشرعى كالمانع العقلى - الظاهر ذلك الا ان كون حكم شرعى آخر مانعا عن ذلك يتوقف على وجود واحد المرجحات لباب التزاحم - وبعبارة اخرى بعد رعاية قواعد ذلك الباب وتقديم ما يزاحم ذلك لا ريب فى سقوطه - وفى المسالك والمراد بالامكان ما يعم الشرعى والعقلى والعادى - والظاهر ان مراده بالامكان العادى ما لو لم يكن فى الرد مشقة - وعليه فدليل اعتباره مادل على رفع العسر والحرج - ومنه يظهر الحكم فى جملة من الفروع المذكورة فى المقام - مثل ما لو كان فى الحمام فطلب المالك منه الرد ولا يتمكن منه الا بخروجه من الحمام وانه يجوز له اكمال الحمام اذا كان فى عدمه المشقة و نحو ذلك غيره من الفروع فان الضابط الكلى هو اللزوم ان لم يكن فيه حرج ومشقة والا فيجوز التأخير - وهل التأخير ليشهد عليه عذر ام لا ام يفصل بين ما اذا كان لصاحب المال بينة على كون ماله عنده فله ذلك وبين غيره فلا - اقول - خيرها اوسطها - بعد فرض ان قوله فى الرد مقبول فلا حاجة الى البينة .

وهل يجب الرد حتى لو كان المالك ممن يجوز تملك ماله كما لو كان المودعى عنده مال هو غاصب له واراد المقاصة من الوديعة - او كان ماله فيئا للمسلمين او كالا موال المباحة كما اذا كان المودع كافرا حرييا وجهان صرح جمع من الاصحاب بالاول وفى الجواهر ره ان لم يكن اجماع على وجوب الرد حتى على الحربي وحتى على

من عليه حق المقاصة وغيرهم امكن المناقشة فيه انتهى (اقول) اما المقاصة من الوديعة ففيها روايتان (احدهما) دالة على الجواز وهى صحيحة ابى العباس (١) البقباق ان شهابا ماراه فى رجل ذهب له بالف درهم واستودعه بعد ذلك الف درهم قال ابو العباس فقلت له خذها ما كان الالف التى اخذ منك فابى شهاب قال فدخل شهاب على ابى عبدالله (ع) فذكر ذلك له فقال (ع) اما انا فاحبان تاخذون حلف وخبر (٢) على بن سليمان قال كتبت اليه رجل غصب مالا او جارية ثم وقع عنده مال بسبب وديعة او قرض مثل ما خانه او غصبه ايحل له حبسه عليه ام لا فكتب (ع) نعم يحل له ذلك ان كان بقدر حقه وان كان اكثر فياخذ منه ما كان عليه و يسلم الباقي اليه انشاء الله (الثانية) ما يدل على المنع - كصحيح (٣) معاوية بن عمار عن الصادق (ع) قلت له الرجل يكون لى عليه حق فيجحد عنه ثم يستودعنى مالا الى ان آخذ ما لى عنده قال لا هذه الخيانة - وخبر (٤) ابن اخى الفضيل بن يسار كنت عند ابى عبدالله (ع) ودخلت امرأة وكنت اقرب القوم اليها فقالت لى اسأله فقلت عماذا فقالت ان ابنى مات وترك مالا كان فى يداخى فاتفقه ثم افاد مالا فاودعني فلى ان آخذ منه بقدر ما اتلفه من شىء فقال (ع) لا قال رسول الله (ص) ادا لمانة الى من ائتمنك ولا نخن من خائك - والجمع بين الطائفتين يقتضى البناء على الكراهة والمسألة محررة مستوفاة فى اواخر كتاب القضاء فراجع ونسب القول بالجواز هناك الى اكثر المتأخرين وفى ملحقات العروة الظاهر انه المشهور - واما وجوب الرد على الحربى - فهو الظاهر من النصوص المتقدمة المتضمنة للرد وان كان المودع مجوسيا - او كان قاتل ولدا لانباء - او انه لو ائتمنتنى قاتل على (ع) على السيف لاديت اليه الامانة ولا منافاة بينها وبين ما دل على حلية امواله - كى يقال ان النسبة عموم من وجه - فانه يمكن ان يكون الرد واجبا من جهة كونه رد اللامانة وان كان المال مع قطع النظر عن هذا العنوان كان يحل اخذه هذا على تقدير عدم القول بان ماله فى

(١) الوسائل باب ٨٣ من ابواب ما يكتسب به حديث ٢ كتاب التجارة

(٢-٣-٤) الوسائل باب ٨٣ من ابواب ما يكتسب به حديث ٩-١١-٣

للمسلمين و الا فالوديعة باطلة كما لا يخفى - وكيف كان فلا إشكال في وجوب الرد على من لم يكن كك (الا ان يكون) المودع (غاصبا) لها فانه لا يجوز الرد اليه لعدم الوديعة شرعا بل يمنع عنها (فيردها على مالكها) ان عرف (ومع الجهل) به تكون هي (لقطة) لخبر (١) حفص بن بن غياث المنجبر ضعفه بعمل الاكثر عن الصادق عليه السلام عن رجل من المسلمين اودعه رجل من اللصوص دراهم او متاعا واللص مسلم هل يرد عليه فقال عليه السلام لا يرده فان امكنه ان يرده على صاحبه فعل والا كان في يده بمنزلة اللقطة يصيبها فيعرفها حولان فان اصاب صاحبها ردها عليه والاتصدق بها فان جاعطائها بعد ذلك خيره بين الاجر و الغرم فان اختار الاجر فله الاجر وان اختار الغرم غرم له و كان الاجر له .

ثم ان الامر بالتصدق بها وان كان في نفسه ظاهرا في الوجوب الا انه حيث رتب ذلك على جعله بمنزلة اللقطة فعلى القول في اللقطة بجواز التملك يحمل الامر فيه على ارادة بيان احد الافراد او على الترخيص و لذلك قال المصنف ره (يقتصدق بها ان شاء) - وعليه فما عن الارشاد وتبعه الشهيد الثاني من التخيير بين الصدقة بها مع الضمان وابقائها امانة - لا ينافي ذلك وكيف كان فلا يصغى الى ما عن الحلبي والحلي من وجوب الرد الى امام المسلمين و مع التعذر يبقى امانة ثم يوصى بها الى عدل الى حين التمكن من المستحق - و بالجملة فبعد ما عرفت من انجبار ضعف الخبر بالعمل لا يبنى التردد في ان له ان يتصدق به (الا ان يمتزج بمال الظالم فيرد عليه) ان لم يمكن للمستودع تمييز المالكين ولو بالقسمة - عند الاصحاب على ما نسب اليهم وعن الغنية والسرائر الاجماع عليه تقديم الاحترام المال المعلوم مالكة على غيره الذي لا يمكن معرفته ليرد على صاحبه (ولكن) يشكل ذلك فان المال المفروض مركب من ما يجب رده الى صاحبه و ما يتعين التصديق به عن مالكة فتقديم احدهما يحتاج الى دليل - فما افاده في المسالك وتبعه عليه غيره من ان الاوفق بالقواعد

رده على الحاكم مع امكانه ليقسمه ويرد على الغاصب ماله - هو المتبج - ومع عدم امكانه يقوم عدول المؤمنين مقامه كما في كل حسة .

فروع التنازع

الخامسة في فروع التنازع - وملخص القول فيها - انه (تارة) يدعى الودعي تلف المال والمودع ينكره (واخرى) يتوافقان على التلف ولكن المودع يدعى التفريط والودعي ينكره (وثالثة) يدعى المستودع رد المال والمودع ينكر ذلك (رابعة) يتوافقان على الوديعة وعدم الرد والتلف مع التفريط ويختلفان في القيمة (وخامسة) يتنازعان في ان المال التالف هل هو كان وديعة فلا ضمان ام كان قرضا فليبه عوضه - قال المصنف ده (**والقول قول الودعي في التلف وعدم التفريط والرد والقيمة مع يمينه وقول المالك على انه دين لا وديعة مع التلف**) فههنا فروع خمسة .

١ - اذا اعترف بالوديعة وادعى الودعي التلف وانكره المودع فالقول قول الودعي على المشهور بين الاصحاب شهرة عظيمة سواء اسنده الى سبب اول او سواء كان ظاهرا كالغرق والحرق او خفيا كالسرقة ونحوها بل عن التذكرة نسبته الى علمائنا اجمع - والوجه في ذلك انه امين وعدم تصديقه في دعوى التلف يندرج تحت عنوان اتهام المؤمن وقد ورد (١) انه ليس لك ان تتهم من ائتمنته - اصف اليه مرسل (٢) المقنع عن الصادق عليه السلام عن المودع اذا كان غير ثقة هل يقبل قوله قال عليه السلام نعم ولا يمين عليه (فما) عن الشيخ في المبسوط من انه لا يقبل قوله الا بالبينة في التلف بامر ظاهر لعموم البينة (مردود) بالشذوذ والعموم المزبور يجب تخصيصه بما مر - كما افاده بعضهم (وهل) يقبل قوله بلا يمين كما عن الصدوق والشيخ في النهاية وابن

(١) الوسائل باب ٩ من ابواب كتاب الوديعة حديث ١

(٢) الوسائل - باب ٤ من ابواب كتاب الوديعة حديث ٧

حمزة بل عن الفقيه قضي مشايخنا رضى الله عنهم على ان قول المودع مقبول فانه مؤتمن ولا يمين عليه (ام) يعتبر اليمين لقاعدة انحصار ثبوت الدعوى بالبينة واليمين كما في الجواهر وجهان - الظاهر انه لاحاجة الى اليمين الا عند التنازع عند الحاكم - ولعل القائلين بعدم الحاجة اليه نظرهم الى غير باب الخصومة عند الحاكم - كما ان نظر صاحب الجواهره الى صورة النزاع عنده .

٢- اذا ادعى الودعي الرد و انكره المالك فالمشهور انه يقبل قوله و عن جماعة الاجماع عليه بل ارسلوه في غير المقام ارسال المسلمات و وجهه ظاهر مما قد مناه .

٣- لو اتفقا على التلف و لكن المالك ادعى التفريط و انكره الودعي - فلا إشكال في تقدم قول الودعي لما مروان مادل على الضمان بالتعدي والتفريط يخص مادل على عدم ضمان اليمين وبعد الجمع بينهما يكون الخارج عن تحت مادل على الضمان مطلقا اليمين غير المفريط وغير المتعدي فاصالة عدم التفريط والتعدي تثبت عنوان الخاص فيثبت حكمه وهو عدم الضمان .

٤- لو اختلفا في القيمة فعن الشيخ ره ان القول قول المالك محتجا بانه بالتفريط خرج عن الامانة فلا يكون قوله مسموعا وقيل ان بدرواية - وفي المتن والشرايع و المسالك و الجواهر ان القول قول الغارم مع يمينه ونسبه في المسالك الى الاكثر - وهو الاظهر لاصالة البرائة عن الزايد وخروجه عن الامانة لا يخرج به عن حكم المنكر والخبر لم يصل اليينا .

٥- لو قال المالك اقر ضحك العين وقال القابض اودعتمنيها والعين تالفة فالظاهر كما افاده المصنف ره وغيره ان القول قول المالك لموثق (١) اسحاق بن عمار عن ابي الحسن عليه السلام عن رجل استودع رجلا الف درهم فضاعت فقال الرجل كانت عندي وديعة وقال الاخر انما كانت لي عليك قرضا فقال عليه السلام المال لازم لما لان يقيم البينة

انها كانت ودیعة وموثقه (١) الاخر عن ابی عبدالله عليه السلام فی رجل قال لرجل لی علیک الف درهم فقال الرجل لاولیکنها ودیعة فقال ابو عبدالله عليه السلام القول قول صاحب المال مع یمینه - ودلائلهم واضحه فیخرج عن القاعدة بهما (والکلام) فی تطبیق ذلك علی القاعدة تقدم فی کتاب الاجارة وعرفت ان مقتضى القاعدة عدم الضمان للشك فیہ والاصل عدمه - والتمسك بقاعدة علی الید لاثباته - فیہ محذوران - ١ - توافقهما علی عدم الضمان الثابت بها فان المالك یدعی ضمان القرض والقباض ینکر الضمان رأسا - ٢ - مع الانماض عن ذلك وتسليم كون ضمان القرض بعینه ضمان المثل والقيمة - یكون التمسك بالقاعدة تمسكا بالعام فی الشبهة المصدقية لفرض خروج الودیعة عنها والشك فی كونه ودیعة او قرضا - فالمتعین هو الرجوع الی اصالة البرائة - فالقاعدة تقتضى تقدیم قول القباض ولكن یتعین تقييدها بالخبرین المتقدمین فالظاهر تقدیم قول المالك -

الفصل الثامن فی العارية

قال المصنف ره فی التذكرة العارية بتشديد الياء عقد شرع لا باحة الانتفاع بعین من الاعیان علی وجه التبرع و شددت الياء کانها منسوبة الی العارلان طلبها عارقاله صاحب الصحاح وقال غیره منسوبة الی العارة وهی مصدر الی ان قال و قيل انها من خونة من عاريعير اذا جاء وذهب انتهى .

لا خلاف ولاریب فی ان العارية مشروعة - ويشهد بها مضافا الی ذلك - و الی ان علیها بناء العقلاء والشارع الاقدس لم ینه عنها - والی (٢) قاعدة السلطنة - وادلة

(١) الوسائل باب ١٨ من ابواب کتاب الرهن حدیث ١

(٢) البحار ج ١ - ص ١٥٤ الطبع القديم ج ٢ ص ٢٢٢ الطبع الحديث

الهبة (١) الشاملة لهبة المنافع - من الكتاب قوله تعالى (٢) « و يمنعون الماعون » فعن مجمع البحرين الماعون اسم جامع لمنافع البيت كالقدر والدلو والملح والماء والسراج والخمرة ونحو ذلك مما جرت العادة بعاريته وفي حديث (٣) المناهى نهى النبي ﷺ ان يمنع احد الماعون جاره وقال من منع الماعون جاره منعه الله خيره يوم القيمة ووكله الى نفسه ومن وكله الى نفسه فما سوا حاله وروى (٤) ابو بصير عن ابي عبد الله عليه السلام في الآية الشريفة - هو القرض يقرضه والمعروف يصنعه ومتاع البيت يعيره - ونحوه خبر (٥) سماعة ومن السنة نصوص مستفيضة منها ما تقدم - ومنها النصوص (٦) المتضمنة لاستعارة النبي ﷺ من صفوان بن امية سبعين درعاً حطمية فقال انصّب ام عارية - قال ﷺ بل عارية مؤداة - ومنها غير تلکم من الاخبار وسياتي طرف منها - ثم الظاهر كما صرح به غير واحد انها من العقود - ونفتقر الى الايجاب والقبول والكلام فيما يعتبر في عقدھا وما لا يعتبر هو الكلام في عقد الوديعة فراجع ما ذكرناه فيه - ثم ان تمام الكلام في هذا الفصل بالبحث في مقامات .

ضابط العين المستعارة

الاول في العين المستعارة وقالوا في ضابطها - ان المستفاد من الفتاوى ومعقد الاجماع ونفي الخلاف والاقتصار على المتيقن من اطلاق النص عدا ما خرج مما يأتي انها (كل عين مملوكة يصح الانتفاع بها مع بقائها) منفعة معتد بها عند العقلاء كالثوب والدرهم والدراو والدابة وما شاكل - فان اجتمعت الشرائط (صح اعارتها) فما لا يصح الانتفاع به شرعا كاواني الذهب والفضة للاكل والشرب والجوارى للاستمتاع

(١) الوسائل - باب ٢ من ابواب الهبات

(٢) سورة الماعون آية ٨

(٣-٤-٥) الوسائل - باب ٧ من ابواب ما تجب فيه الزكاة حديث ١٣-٣-٢

(٦) الوسائل باب ٢١ من ابواب العارية

لا يجوز اعادته وهو واضح كما ان ما يتلف بالانتفاع به كالاطعمة والا شربة ونحوها لا يصح اعادته للانتفاع بها بلا اكل والشرب بلا خلاف ولا اشكال فى ذلك (قد يقال) انه لا ثمرة فى النزاع فى ذلك اذ يحل الانتفاع بالاعيان المشار اليها بما يوجب اتلافها مع احراز رضا المعير باتلاف العين بقوله اعركته مع القرينة فان المعيار فى جوازه هو رضاه به وقد حصل فى محل الفرض وان هو الا كالهبة وان عبر عنها بلفظ العارية (واجاب) عنه سيد الرياض بانه حيث لا يعلم الرضا بالاتلاف الا به اتجه ما ذكره لاشتراط استفادته منه بدلالته عليه و لو بالالتزام ودلالة لفظ العارية بمجردده على الاتلاف فاسدة لعدم استنادها الى عرف اولغة (و اجاب) عن الايراد فى الجواهر بترتب الضمان على الاتلاف المزبور وان كان بالاذن الا انها بعنوان العارية زعما منه عموم موضوعها او تشريعا ودعوى كونه حبة او اباحة وان كان الدفع بهذا العنوان واضحة البطلان الا ان ينصب قرينة على ارادتهما من اللفظ المزبور - ثم قال نعم قد يتوقف فى ضمانه من غير تعد ولا تفريط من قاعدة مالا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده و من خروجه عن اصل موضوع العارية حتى الفاسدة ولعله الاقوى فى النظر .

و التحقيق ان يقال انه لا اشكال فى اعتبار كون العين تبقى مع الانتفاع بها فى العارية على ما يشهد به العرف واللغة فى هذه اللفظة - وايضا - لا اشكال فى انه يجوز اتلاف الاعيان التى تتلف بالانتفاع بها مع احراز رضا اربابها من اى طريق احرز ذلك وان لم يكن المبرز كاشفا نوعيا عنه اذ ليست الاباحة من قبيل العقود والايقاعات المعترف فيها كون مبرزاتها كواشف عنها بحسب المتفاهم العرفى بل المعيار فى هذا المقام احراز الرضا النفسانى - ولو لم يكن له كاشف ولا ضمان ان احرز رضاه بالاتلاف جانا - وايضا لاضمان مع التلف فى موارد الا مانعة المالكية بالمعنى الاعم وهى التسليط عن الرضا كما امر فى الوديعه - فعلى هذا (فيرد) على سيد الرياض ره انه وان لم يكن لفظ العارية دالا على الرضا بالاتلاف الا انه لا يعتبر دلالته لان المعيار كشف الرضا و لو بسبب مالا يكون دالا عليه عرفا ولا لغة (ويرد) على ما افاده صاحب الجواهر ره اولا ان عدم الضمان مع الاتلاف الذى احرز رضا صاحب المال بالاتلافه مجانا لا يكون كمن او بن العقود متوقفا

على كون اللفظ المبرز كاشفا - مع انه ان استشكل فى اللفظ المزبور لامجال للاشكال فى دفع العين بعده فانه بقصد الاباحة على الفرض و يكفى ذلك فى عدم الضمان - كما هو الشأن فى جميع الاباحات لابعوض (ويرد) على ما افاده ثانيا انه لو تلفت العين لوجه الضمان بعد كونها امانة مالكية بالمعنى الاعم (و الصحيح) فى الجواب عن الايراد ان يقال - انه تظهر الثمرة فيما اواعاره عيننا لها منفعة لا يستلزم استيفائها تلف العين - و منفعة تستلزم ذلك - فانه على الضابط المذكور لا يجوز ان يستوفى المنفعة المستلزمة للتلف ان لم يحرز رضاه بذلك - ثم ان تمام الكلام فى هذا المقام بالبحث فى فروع -

فى اعادة الغنم للانتفاع بلبنها

١- لا خلاف ظاهر فى انه يجوز استعارة الشاة للحلب - وهى المسماة بالمنحة بالكسر واصلمها العطية - و عن بعض متأخرى المتأخرين الاجماع عليه و استدلاله فى التذكرة باقتضاء الحكمة ابا حته لان الحاجة تدعو الى ذلك والضرورة تبيح مثل هذه الاعيان كما فى استئجار الظئر وفدروى (١) العامة عن النبى ﷺ انه قال المنحة مردودة والمنحة هى الشاة ومن طرق الخاصة مارواه (٢) الحلبي فى الحسن عن مولانا الصادق ﷺ فى الرجل يكون له الغنم يعطيها بضيبة سنة شيئا معلوما او دراهم معلومة من كل شاة كذا وكذا فى كل شهر قال ﷺ لا بأس بالدراهم ولست احب ان يكون بالسمن ثم ذكر صحيح (٣) عبدالله بن سنان وهو نحو حسن الحلبي وقال واذا جاز ذلك مع العوض فبدونه اولى - وفى المسالك وجواز اعادة ذلك ثابت بالنص على خلاف الاصل - والظاهر ان نظره كما يظهر من ذيل كلامه الى النبوى المتقدم - و اضاف بعض متأخرى المتأخرين الى الوجوه المشار اليها - قاعدة السلطنة - و كونها

(١) التذكرة ج ١ ص ٢١٠

(٢-٣) الوسائل باب ٩ من ابواب عقد البيع وشروطه - حديث ٢-٤

كالو كالة فى الانتفاع (ولكن) الحاجة لاتصلح لاثبات مشروعية هذه العارية المخالفة للضابط المتقدم مع ارتفاع الحاجة بايقاع معاملة اخرى واباحة بالعوض - واما استيجار الظئر فقد مر الكلام فيه فى كتاب الاجارة - واما النبوى فغير حجة - واما الخبران - فقد افاد المصنف نفسه فى كتاب البيع انهما متضمنان لبيان مشروعية معاملة خاصة ليست ببيع ولا اجارة و قد تقدم منا ان تلك من قبيل الاباحة بالعوض وهى معاملة مستقلة مشروعة فان استفيد منهما شىء فهو جواز الاباحة لا بالعوض بل مجاناً وهو مما لا كلام فيه لكنها ليست عارية - واما قاعدة السلطنة فهى لاتقتضى مشروعية ما لا يكون مشروعاً بل تدل ان للمالك الاباحة مجاناً - ولذا قيل ان الانصاف ان المنحة ليست من العارية فى شىء بل انما هى من قبيل الاباحة - وفتوى الاصحاب ليست الاجوازها ولا تصريح فى كلمات اكثرهم بكونها عارية فلا مورد للمتمسك بالاجماع لمشروعية العارية فى هذا المورد .

ولكن مع ذلك كله يمكن توجيه الاستعارة فى هذا المورد وجعله من قبيل العارية بوجهين - احدهما - ان المنفعة امر عرفى وربما يعد عرفاً بعض الاعيان منفعة لعين اخرى كالمبنى للشاة وعليه فيجوز استعارة الشاة للمبنى وما شاكل فان العين المستعارة هى الشاة وهى لاتتلف وما يتلف انما هو من قبيل المنفعة وليست هى متعلقة للعارية - ثانيهما - ان العين المستعارة للانتفاع بها هى الشاة والاستيفاء يستتبع تلف العين وهى اللبن ولا محذور فى ذلك فانه فى اغلب موارد العارية يكون الاستيفاء مستلزماً لتلف مقدار من العين - وعلى الجملة - ان الممنوع استعارة اللبن واما استعارة الشاة للانتفاع بلبنيها فلا محذور فيها ولا تكون منافية لما قدمناه من الضابط - فالانصاف انه لا محذور فى الالتزام بكون تلك من قبيل العارية - نعم - يمكن تصحيحها بالاباحة ايضاً (وبما ذكرناه) بظهر حكم استعارة كل حيوان له منفعة كالفحل المضراب المستلزم استيفائها اتلاف عين اخرى ويتجه التعدى الى غير الشاة كما هو المتعارف فى هذا الزمان فى البقر والى غير اللبن كالصوف والشعر والوبر - والله العالم -

جواز استعارة الارض للزرع

٢- لا كلام في جواز استعارة الارض للزرع ولدفن الميت - انما الكلام في موردین (الاول) في انه في اعارة الارض للزرع هل يجوز للمعير الرجوع قبل ادراكه ام لا وعلى الاول هل له ان يجبر المستعير بقلع الزرع ام ليس له ذلك وعلى الاجبار هل عليه الارش ام لا - فيه اقوال وقد مرتقح القول في ذلك في باب المزارعة (الثاني) في اعارة الارض لدفن الميت هل للمعير اجباره على قلع الميت ونبش القبر و اخراجه - ام ليس له ذلك المشهور بين الاصحاب هو الثاني بل في الجواهر بلا خلاف اجده فيه بل الاجماع بقسميه عليه وعلى ذلك حمل كلام من ادعى الاجماع على لزوم هذه العارية لان المراد عدم جواز فسخها - قال فيها و تظهر الثمرة فيما لو اتفق نبشه من نابس فان اعارته ح تحتاج الى اذن جديد او بالاجرة بناء على استحقاتها في مثله وفي غير ذلك انتهى وكيف كان فلا وجه للزوم لولا الاجماع لان العارية جائزة وعروض اللزوم يتوقف على دليل او انطباق عنوان آخر عليها كاشتراط عدم فسخها في ضمن عقد لازم وما شاكل ولا شيء منهما في المقام - واما عدم جواز النبس فقد استدلل له بانه مقتضى حرمة النبس المعلوم عدم صلاحية قاعدة السلطنة لمعارضتها - ولكن لولا الاجماع امكن ان يقال ان مدرك حرمة النبس مطلقا هو الاجماع و المتيقن منه في مالم يوجب النبس هتك حرمة الميت غير المقام كيف وقد جاز النبس لجملة من الامور التي يكون الجواز في المقام اولى من الجواز فيها والذي يسهل الخطب تسالم الاصحاب على عدم جوازه في خصوص المقام .

٣- لا يجوز اجارة العين المستعارة لان منافعتها ليست مملوكة للمستعير وانما له استيفائها وقد مر ان حقيقة الاجارة تمليك المنفعة او العمل - وهل يجوز للمستعير اعادتها لظاهر ذلك مع اطلاق الاذن اذ لم يدل دليل على اعتبار مملوكية العين في صحة العارية و عليه فكون العارية الثانية من المستعير او من المعير تابع لكيفية الاذن وكيفية الاعارة .

٣ - اذا استعار ارضا للغرس أو الزرع او البناء فهل للمستعير ان يستظل بشجرها فى نوم او يقظة - ام لا يجوز كما عن الشيخ فى المبسوط ووافقه فى الجملة فى التذكرة والقواعد وجامع المقاصد والمسالك والروضة على المحكى وجهان (وجه الاول ان هذه الانتفاعات من توابع مثل هذه العارية عرفا) (وجه الثانى ان الاستعارة وقعت لمنفعة معينة فلا يتعداها - ولقد اطال البحث فى ذلك فى المسالك مع عدم الاحتياج اليه فان جواز ذلك وعدمه تابعان لكيفية العارية ومقدار الاذن المستفاد منها وعليه فلا يمكن جعل ضابط كلى لذلك - والله العالم .

فى المعير والمستعير

المقام الثانى - فى المعير والمستعير - اما الاول - فلا خلاف فى انه انما تصح العارية (بشرط كون المعير جائز التصرف) اى بالغا عاقلا غير محجور عليه لرفع القلم (١) عن الصبى والمجنون وعدم جواز امرهما (٢) نعم - يجوز للصبى ان يعير باذن الولى - لما مر فى كتاب البيع من عدم الدليل على سلب عبارته وغاية ما يستفاد من الادلة عدم جواز استقلاله فى التصرف المعاملى واما مع اذن الولى فتصح معاملاته وكك العارية - فما - عن الارشاد والتحرير والمعة وغيرها من انه لو اذن الولى المطلق صح ان يعير مع المصلحة - متين (وعن) السرائر تقييده بالميزا اذا لاذن لا يجعل المسلوب غير المسلوب - وهو حسن ان لم يقم السيرة على عدم اعتبار التمييز فى خصوص المقام ولكنها غير قائمة وانما يتصرف فيما اتاه الصبى غير المميز من جهة انهم يرونه آله ومنه يستكشف رضا الولى بالتصرف الكافى

(١) الوسائل باب ٤ من ابواب مقدمة العبادات و باب ٣٦ من ابواب القصاص

فى النفس .

(٢) الوسائل باب ١٤ من ابواب عقد البيع وشروطه

في جوازه - واما اعتبار عدم كونه محجورا عليه فظاهر .

ويعتبر ايضاً الاختيار ارفع (١) ما استكره عليه .

واما المستعير - فبالنسبة الى تحقق العارية يعتبر كونه مكلفاً لعين مامر - واما في الاباحة فلا يعتبر فان غير المكلف غير ممنوع عن التصرف - واما بالنسبة الى الضمان فالظاهر عدمه فان العارية وان لم تتحقق الا ان التسليط المجاني عن الرضا المحقق للامانة المالكية بالمعنى الاعم كاف في خروج يده عن اليد الضمانية (وهل) يعتبر فيه التعيين الظاهر ذلك في التعيين المقابل للابهام لان المبهم المردد لاحقيقة له ولا تحقق - وعدمه في التعيين المقابل للمعلم - لعدم المورد للمقرر في المقام .

(و) كيف كان (ينفع المستعير على العادة) في الانتفاع بالعين المستعارة فان كان لها منفعة خاصة انتفع بها - وان تعددت المنفعة فان عينها او كان هناك انصراف تعين - والابان عمم جاز الانتفاع بجميع الوجوه .

لا يضمن المستعير مع التلف

المقام الثالث في الاحكام - وفيه مسائل - الاولى - لاختلاف (و) لاشكال في ان المستعير (لا يضمن مع التلف بدون التضمن) الا بالتفريط (او التعدي) او باشتراط الضمان (او كون العين) المستعارة (اثماناً) اما المستثنى منه فيشهد به - مضافا الى الاجماع المحكي - والى ان العين امانة مالكية بالمعنى الاعم على مامر - جملة من النصوص الخاصة لاحظ صحيح (٢) الحلبي او حسنه عن الصادق عليه السلام اذا هلك العارية عند المستعير لم يضمنها الا ان يكون قد اشترط عليه - وصحيحه (٣) الاخر عنه عليه السلام صاحب الوديعة والبضاعة مؤنثان وليس على المستعير عارية ضمان

(٣) الوسائل باب ٥٦ من ابواب جهاد النفس .

(٣٢) - الوسائل باب ١ من ابواب كتاب العارية حديث ١ - ٦

وصاحب العارية والوديعة مؤتمن الى غير ذلك من النصوص الكثيرة الآتية جملة منها في المباحث اللاحقة - وقد استثنوا من ذلك موارد .

١ - التعدي او التفريط لاشكال في الضمان معه فان عدم الضمان علق في النصوص على الايمان اما يجعله مسببا وعنوانا لعدم الضمان - وبعبارة اخرى التعدي أو التفريط يوجب خروج اليد عن كونها امانة وما ذونة وصيرورتها خيانية و قد علق في جملة من النصوص الضمان على كونه امينا او مامونا - اضيف اليه النصوص الدالة على الضمان بالتعدي والاستهلاك في باب المضاربة والرهن بعدم معلومية اشتراك الجميع في الحكم المزبور باعتبار كونها امانة - وهل يضمن بتركه التحفظ الموجب للتلف فيه و جهان تقديما في كتاب المضاربة مفصلا .

٢ - اشتراط الضمان - وهو منفق عليه نصا وفتوى - لاحظ صحيح الحلبي المتقدم - وصحيح (١) عبدالله بن سنان عن ابي عبدالله عليه السلام لا تضمن العارية الا ان يكون قد اشترط فيها ضمانا الا الدنانير فانها مضمونة وان لم يشترط فيها ضمانا ونحوهما غيرهما ومعها لا يصغى الى ما قيل من منافاة هذا الشرط لمقتضى العقد لان نائه على التبرع - او انه شرط في عقد جائز فلا يكون نافذا - وان الضمان من الامور المتوقفة على اسبابها وليس الشرط منها - اذ الكل مردودة بانها اجتهادات في مقابل النصوص مع ان بناء العارية على التبرع في الانتفاع بالعين لافي صورة التلف - والشرط في ضمن العقد الجائز نافذ كما مر - وعرفت في كتاب الاجارة ان الضمان من الغايات التي تقبل الاشتراط .

٣ - العارية من غير المالك ويشهد به موثق (٢) اسحاق بن عمار عن الصادق

عليه السلام والكاظم عليه السلام اذا استعيرت عارية بغير اذن صاحبها فهلكت فالمستعير ضامن

٤ - عارية الذهب والفضة اذا لم يشترط عدم الضمان - و سيأتي الكلام فيه .

(١) الوسائل - باب ٣ - من ابواب كتاب العارية حديث ١

(٢) الوسائل باب ٤ من ابواب كتاب العارية حديث ٢

٥- عارية الصيد للمحرم - وقد مر الكلام فيه .

٦- عارية الحيوان فان ابن الجنيدي حكم بكونه مضمونا - لخبر (١) و هب
عن جعفر عن ابيه ان عليا عليه السلام كان يقول من استعار عبدا مملو كالقوم فعيب فهو ضامن
- و لكن الخبر ضعيف السند لراويه - و معرض عنه عند الاصحاب - واخص من
المدعي - و معارض مع صحيح (٢) محمد بن قيس فلا وجه لاستثنائه .

حكم عارية الذهب والفضة من حيث الضمان

ثم انه لا اشكال في استثناء عارية الذهب والفضة في الجملة - وانه يضمن اذا كانت العين المستعارة ذهباً او فضة وان لم يشترط الضمان - والنصوص الكثيرة المتقدم بعضها والاني بعضها الاخر شاهدة به - انما الكلام في اختصاص ذلك بالدرهم والدينار كما هو صريح الفخرو القطفى والكفاية والرياض وظاهر المتن والوسيلة المعبر فيهما بالثمن - ام يعم غيرهما من المصوغ وغيره كما هو صريح اللمعة والمهذب وجامع المقاصد والمساالك والروضة ومجمع البرهان على ما حكى عن بعضها وظاهر المقنع والنهاية والمبسوط والتحرير والقواعد والمختلف وغيرها مما عرّف فيه بالذهب والفضة - ومنشأ الاختلاف اختلاف النصوص فانه في جملة منها استثنى الدرهم والدينار - كصحيح

عبدالله بن سنان المتقدم - وخبر (٣) عبد الملك بن عمرو عن ابي عبدالله عليه السلام ليس على صاحب العارية ضمان الا ان يشترط صاحبها الا الدراهم فانها مضمونة اشترط صاحبها ولم يشترط - وفي طائفة اخرى منها استثنى مطلق الذهب والفضة - كمؤثق (٤)

اسحاق بن عمار عنه عليه السلام وعن ابي ابراهيم عليه السلام قال - العارية ليس على مستعيرها ضمان الا ما كان من ذهب او فضة فانهما مضمونان اشترطوا ولم يشترطوا وصحيح (٥)

(٢-١) الوسائل باب ١ من ابواب كتاب العارية حديث ١١-٩-

(٣-٥) الوسائل باب ٣ من الوأى كتاب العارضة: حديث ٣-٢٢٠ (١)

(٤) الوسائل باب ٢ من أبواب كتاب العارية حديث ٢٢٧

زرارة عن الصادق عليه السلام قال قلت له العارية مضمونة قال فقال عليه السلام جميع ما استعرت فتوى (اي هلك) فلا يلزمك تواه الا الذهب والفضة فانهما يلزمان الا ان تشترط عليه انه متى توى لم يلزمك تواه وكك جميع ما استعرت فاشترط عليك لزملك والذهب والفضة لازم لك وان لم يشترط عليك ونحوهما غيرهما واذلك توقف فيه جماعة منهم المصنف في محكي التذكرة .

والتحقيق يقتضى ان يقال - ان النصوص الواردة في الباب المتعارضة ثلاث طوائف - الاولى - مادل على عدم الضمان مطلقا كصحيح الحلبي المتقدمين في اول المسألة - الثانية - ما يدل على الضمان في الدرهم والدينار وعدم الضمان في غيرهما كصحيح ابن سنان و حسن عبد الملك المتقدمين - الثالثة - ما يدل على الضمان في الذهب والفضة وعدم الضمان في غيرهما - والنسبة بين الاولى - وكل من الاخيرتين عموم مطلق - وبين المستثنى منه من الثانية والمستثنى من الثالثة عموم من وجه - وعلى القول بانقلاب النسبة لوقيد اطلاق الاولى اولا بالطائفة الثانية - انقلبت النسبة بين الاولى والثالثة الى العموم من وجه -

وقد يقال ان نصوص الدرهم والدينار ايضا متعارضة لان في بعضها تخصيص الضمان بالدرهم وفي آخر بالدينار (ولكنه) يندفع بان المستثنى منه فيهما لا تعارض بينهما لانهما مثبتان وكك المستثنى وانما التعارض بين المستثنى منه من كل منهما مع المستثنى من الآخر والنسبة عموم مطلق فيقيد اطلاق كل منهما بالآخر فتكون النتيجة هو استثناء الدرهم والدينار معا .

وقد يقال في الجمع بين الطوائف الثلاث كما عن الفخر - بان الثانية اخص مطلق من الثالثة لاختصاصها بالدرهم والدينار وعموم الثالثة لغيرهما فيقيد اطلاق الثالثة بها - ثم يقيد به اطلاق الاولى فتكون النتيجة هي استثناء خصوص الدرهم والدينار - (وفيه) ان المستثنى منه من الطائفتين لا تعارض بينهما لكونهما مثبتين في كل التعارض بين المستثنى منه من الثالثة والمستثنى من الثانية والنسبة عموم من وجه .
كما مر .

و حيث اننا لانقول بانقلاب النسبة فيقيد اطلاق الاولى بكل من الاخيرتين -
 واما هما فبالنسبة الى الضمان في الدرهم و الدينار وعدمه في غير الذهب و الفضة هما
 متوافقتان و التعارض انما هو في غير الدرهم و الدينار من الذهب و الفضة و حيث ان
 المختار عندنا في تعارض العامين من وجه هو الرجوع الى اخبار الترجيح - و الترجيح
 للمثالة الدالة على الضمان - لما عن المختلف من نسبه الى الشهرة بين الاصحاب -
 فالمتحصل من النصوص بعضهم بعضها الى بعض ورد بعضها على بعض هو ثبوت الضمان
 في مطلق الذهب و الفضة .

وسيد الرياض و صاحب الكفاية حيث يكون مبناهما في تعارض العامين من
 وجه هو التساقط - فقد حكما به في المقام و الرجوع الى دليل آخر و هو ما دل على
 عدم الضمان في مطلق العارية و بنينا على اختصاص الضمان بالدرهم و الدينار - و هذا
 على مبناهما حسن - ولكن المبنى فاسد (فلا يتوجه) عليهما ما في الجواهر بما حاصله ان
 المستثنى منه في نصوص الدرهم و الدينار ليس غير الدرهم و الدينار و الا لما صح
 الاستثناء بل مطلق العارية فالنسبة بينه و بين نصوص الذهب و الفضة عموم مطلق -
 قال و ان اراد بالمستثنى منه الحاصل من الجملة فليس هو ضمان الدرهم و الدينار
 دون غيرهما و ليس بين مجموع ذلك و بين الذهب و الفضة تعارض العموم من وجه
 اذ لا اختصاص في خبري الذهب و الفضة بالدلالة على عدم ضمانها حتى يكون ذلك
 وجه افتراق لهما عن نصوص الدرهم و الدينار (فانه يرد) عليه اولا انه لو تم ينقل
 الكلام الى مفهوم الاستثناء لنصوص الدرهم و الدينار فان النسبة بينه و بين منطوق
 اخبار الذهب و الفضة عموم من وجه - و ثانيا - انه لا يتم - فان المستثنى منه قبل و ردد
 القيد غير مقيد و قابل لان يرد عليه - و بعد التقييد يكون المتحصل من المستثنى
 منه خاصة عدم الضمان في غير الدرهم و الدينار و من الواضح معارضة ذلك مع ما دل
 على الضمان في الذهب و الفضة و ان لم يكونا من الدرهم و الدينار (ثم ان) ثبوت
 الضمان في عارية الذهب و الفضة انما هو اذا لم يشترط عدمه و الا فلا ضمان بالاخلاف -
 لصحيح زرارة المتقدم .

حكم النقصان الحاصل بالاستعمال

الثانية (ولو نقصت) العين المستعارة (بالاستعمال المأذون فيه لم يضمن)

وكذا أوتلفت بلاشكال لأنه من لوازم الانتفاع بالعين الذي أباحه المالك مجاناً فهو مأذون فيه بعين الأذن في الانتفاع واللام تكن العارية مشروعة ولا يعقل ضمان مأذن المالك في اتلافه مجاناً وبالأعوض لاسقاط المالك احترام ماله - وجعل مثل ذلك من مقتضيات عقد العارية لأمنا منعه - وفي صحيح (١) ابن سنان عن الصادق عليه السلام عن العارية فقال عليه السلام لا غرم على مستعير عارية إذا هلكت إذا كان مأموناً إشارة إليه وفي المسالك بعد نقل عدم الضمان والاستدلال له - قال وفيه وجه آخر وهو ضمان المتعلق في آخر حالات التقديم لان الظاهر عدم تناول الأذن للاستعمال المتلف وان كان داخل في الإطلاق - انتهى (وفيه) ان محل الكلام الاستعمال المأذون فيه - وما أفاده تشكيك في الصغرى حيث انه استشكل في شمول الأذن للاستعمال المتلف - ولذلك عذون المصنف ره في محكي القواعد مسألتين - الأولى مالواذن في التصرف واطلق فاشكل في عدم الضمان بالاستعمال المتلف نظر الى امكان انصراف الأذن بحسب الغالب الى الاستعمال غير المتلف - الثانية مالو تلفت العين او نقصت بالاستعمال المأذون فيه فحكم جزماً بعدم الضمان - وبذلك يظهر اندفاع ايراد المحقق الثاني عليه بان ما ذكره ثانياً يناقياً اول كلامه (ثم انه) في المسألة الأولى لم يدع الانصراف جزماً كي يورد عليه بان لازمه الحكم بالضمان جزماً لا الاشكال فيه بل ادعى انه يمكن ان يقال به كما يمكن دعوى الإطلاق .

الثالثة (ولو استعار من الغاصب ضمن) - بلاشكال لانه وضع يده على مال الغير

بغير رضاه فيشملة حديث (١) على اليد وغيره من ادلة الضمان - اصف اليه موثق (٢)
 اسحاق بن عمار عن ابي عبدالله وابي ابراهيم عليهما السلام اذا استعيرت عارية بغير اذن صاحبها
 فهلكت فالمستعير ضامن وح (٣) تارة يكون المستعير عالما بالغصب و اخرى يكون
 جاهلا به - و مقتضى اطلاق الادلة المشار اليها هو ضمان المستعير في الصورتين
 غاية الامر (ان كان جاهلا رجع على المعير بما يؤخذ منه) لقاعدة الغرور كما هو
 المشهور بين الاصحاب وفي الشرايع وعن المصنف في غير الممتن وبعض آخر انه
 ليس للمالك ان يرجع على المستعير في صورة جهله (واستدل له) بان الرجوع عليه
 ظلم محض لفرض كونه جاهلا وبقاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده (ولكن)
 يرد على الاول انه لو كان ظلم فانما هو في الحكم بعدم رجوعه الى الغار والافاضل
 الضمان الذي يقتضيه قاعدة على اليد و الموثق وغيرهما لا ظلم فيه بل هو مقتضى العدل
 لانه تلف مال الغير تحت يده - واما الثاني فيرده ان تلك القاعدة مختصة بموارد
 تسليط المالك نفسه على ماله - كما في البيع الفاسد والاجارة الفاسدة ولا تشمل
 تسليط الغير كما لو وهب الغاصب مال المالك على ما حقق في كتاب البيع - فلا ظهر
 ما هو المشهور بين الاصحاب من ضمانه غاية الامر يكون قرار الضمان على الغاصب
 لقاعدة الغرور - ولو كانت العارية مضمونة كما اذا كانت ذهبا او فضة او اشترط فيها
 الضمان فهل يرجع المستعير الجاهل على المعير في ما يبذله بازاء العين من جهة
 الغرور ام لا يرجع اليه لانه اقدم المستعير على العارية مضمونة فلا غرور وجهاً اظهرهما
 الثاني نعم يرجع هو على المعير فيما يبذله بعوض المنافع التي استوفاه المستعير
 بعنوان العارية لقاعدة الغرور - وان كان عالماً بالغصب فقرار الضمان عليه لانه غاصب
 تلفت العين تحت يده - بل لو رجع المالك على المعير يرجع هو على المستعير لما
 مرفى تعاقب الايدى من ان الضمان يستقر على من تلف المال تحت يده -

(١) سنن بيهقي ج ٦ - ص ٩٠

(٢) الوسائل باب ٤ من ابواب كتاب العارية حديث ٢

يقتصر المستعير على الماذون

الرابعة (ويقتصر المستعير على الماذون) كما هو صريح المتن و الشرايع والمسالك والروضة وغيرها وظاهر القواعد واللمعة - وعن الشيخ في المبسوط وابن زهرة في الغنية والحلى في السرائر وغيرهم انه يجوز ان يستبيح ما دونه في الضرر لاما فوقه كان يستعير ارضا للغرس في زرع بل عن الاول نفى الخلاف فيه - وعن التذكرة والتحرير جواز المساوى ايضا وعن جامع المقاصد ظاهر كلامهم ان الحكم بذلك اجماعى (والاول) اظهر لان الاصل عدم جواز التصرف في مال الغير الا باذنه المفروض اختصاصه بنوع خاص من التصرف فالنوع الاخر الباقي تحت الاصل المزبور لا يجوز - ودعوى - ان الادنى اولى بالاذن - ممنوعة - فان الاذن ليس من قبيل الحكم الشرعى الصادر عن مصاحبة المكلف كى تتم فيه دعوى الاولوية فلعله له فرض خاص في التصرف بالمخصوص او انه قيد اذنه بلا غرض - نعم - لانكر جوازا ما دون او المساوى بل الاضربوا احرز رضاه بالتصرف فيه مجانا لكنه خارج عن محل الفرض - وعليه فلو اثم وفعل الاقل ضرا هل عليه الاجرة - ام لا وجهان - من انه تصرف في ملك الغير بغير اذنه واستوفى منفعته فعليه الاجرة - ومن انه قد اباح له المنفعة الخاصة التى عوضها اما ازيد من عوض ما استوفاه او مساومه - اظهرهما الاول فانه لم يبرأ ذمته من العوض بالمقدار الخاص بل اذن في استيفاء منفعة خاصة بلا عوض والفرض انه لم يستوفها وانما استوفى منفعة اخرى لها مالية ولم ياذن فيها مال كها ولم يسقط احترامها فلا بد من ان يفترم عوضها - وبذلك يظهر انه لو عدل الى الاضرع النهى او الاطلاق يلزمه اجرة المجموع لا خصوص ما يزيد عن مقدار الماذون فيه - وماعن المصنف من الفرق بين صورة النهى والاطلاق واختيار وجوب الاجرة كما لامع النهى وسقوط التفاوت مع الاطلاق غير ظاهر الوجه لان التخطي في صورتين لا يجوز - والنص على المنع في احدهما دون الاخرى لا يصلح فارقا في الضمان الخامسة - (و) لو تنازعا في التفريط - أو القيمة - أو الرد - كان (القول قول المستعير مع

يضمنه فى عدم التفريط والقيمة معه وقول المالك فى الرد) كما يظهر مما اسلفناه فى
الوديعة فلا حاجة الى الاعادة السادسة (ويصح الاعارة للرهن) لماسياتى فى كتاب الرهن
من جواز رهن الغير باذنه - (وله المطالبة بالافتكاك بعد المدة) كماسياتى .

الفصل التاسع فى اللقطة

وهى بضم اللام وفتح القاف وسكونها اسم للمال الملقوط على ما صرح به
جمع من اهل اللغة - كالاصمى وابن الاعرابى والفراء وابى عبيدة - وعن الخليل هى
بالسكين لا غير واما بفتح القاف فهى اسم للملتقط لان ما جاء على فعلة فهو اسم للفاعل
كهمزة ولمزة - ولا اصطلاح جديد لها فى الشرع بل هى فيه مستعملة فى معناها اللغوى
- نعم - وقع الخلاف بين الفقهاء من جهة ان جمعا منهم اطلقوها على ما يشمل الادى
الحر - وخصها جماعة آخرون بغيره وافردوا للقيط كتابا آخر - وكيف كان فالكلام
فى هذا الفصل فى مواضع .

فى اللقيط

الاول فى اللقيط ويقال له الملقوط والمنبوذ ايضا وانما يقال له اللقيط والملقوط
للاذان هما بمعنى واحد لان فعيل كجريح بمعنى مفعول باعتبار الالتقاط - ويقال له
المنبوذ باعتبار انه ينبذ اولا - والكلام فيه فى موارد - ١ - اللقيط كما فى التذكرة والقواعد
والتحريم كل صبي ضايع لا كافل له حال الالتقاط - وفى الجواهر بل لا جد خلافا
فى غير المميز منه بل الاجماع بقسميه عليه - قال فى المسالك احترز بالصبي عن البالغ
فانه مستغن عن الحضانه والتعهد فلامعنى لالتقاطه نعم لو وقع فى معرض هلاك وجب
تخلصه كفاية وبالضايع عن غيره المنبوذ وان لم يكن له كافل فانه لا يصدق عليه اسم
اللقيط وان كانت كفالته واجبة كفاية كالضايع الا انه لا يسمى لقيطا وبقوله
لا كافل له عن الضايع المعروف بالنسب فان اباه وجده ومن يجب عليه
حزائنه مختصون بحكمه ولا يلحقه حكم الالتقاط وان كان ضايعا انتهى

وكيف كان فلاشكال في مشروعية الالتقاط بل عن التذكرة المفروغية عن وجوبه كفاية وسيمر عليك ما هو الحق عند تعرض المصنف رحمه الله انما الكلام في المقام في مشروعيته - ويشهد بهاجملة من النصوص - كخبر (١) زرارة عن ابي عبد الله عليه السلام اللقيط لا يشتري ولا يباع - وخبر (٢) اسماعيل المدائني عنه عليه السلام المنبوذ حر فان احب ان يوالى غير الذى رباه والا فان طلب منه الذى رباه النفقة وكان موسرا رد عليه وان كان معسرا كان ما انفق عليه صدقة - وخبر (٣) عبد الرحمان العزرى عنه عليه السلام عن ابيه عليه السلام المنبوذ حر فاذا كبر فان شاء توالى الى الذى التقطه والا فليرد عليه النفقة وليذهب فليوال من شاء - وصحيح (٤) محمد بن احمد عنه عليه السلام عن اللقيطة فقال عليه السلام لا يباع ولا يشتري ولكن تستخدمها بما انفقت عليها - وصحيح (٥) محمد بن مسلم او حسنه عن ابي جعفر عليه السلام عن اللقيط فقال عليه السلام حر لا يباع ولا يوهب الى غير تكلم من النصوص ودلالة هذه النصوص على جواز الالتقاط والتصرف فى الضبط وحفظه ونحو تلكم مما هو مخالف للاصل جائز - والماخوذ فى النصوص موضوعا لهذا الحكم اللقيط واللقطة - والمنبوذ - وفى بعضها التقييد بعدم الكبر - فانه ظاهر فى بقائه على حكم الالتقاط حتى يكبر فيوالى من شاء (واختصاصها) بمن لا كافل له باعتبار ما فيها من حكم الانفاق عليه والاستخدام وانه لا يباع ولا يوهب - ظاهر (واما اعتبار) كونه ضايعا فلا تشمل النصوص غير المنبوذ - فيدفعه المتفاهم العرفى ضرورة صدق الموضوع عندهم على الضايع من اعله وان لم ينبذوه (ثم ان) الصبى ان كان غير مميز فهو المتبقي من النصوص - وان كان مميزا فعن المحقق والمصنف رحمه الله والشهيدين والكركى وغيرهم جواز التقاطه اصدق كونه لقيطا وعجزه عن دفع ضرورته (وفى الرياض) بعد الاعتراف بان ذلك هو المشهور بين اصحابنا - ولا ريب فيه مع عدم بلوغ التمييز حدا يحفظ نفسه عن الهلاك ويشكل مع بلوغه ذلك الحدوان احتاج الى بعض الضروريات وبعدم الجواز فيه صرح بعض الاصحاب قال فيكون امره الى الحاكم كالبالغ من باب الولاية العامة كحفظ المجانين الى ان قال وهو حسن - واستدل له بعدم صدق اللقيط

عليه ولا أقل من الشك فيرجع بالنسبة اليه الى اصاله عدم الجواز (وفيه) ما عرفت من
صدق اللقيط على المميز (ويشهد) به اطلاق الالتقاط على يوسف ^{عليه السلام} في الكتاب
العزيز (١) ضرورة انه كان مميزا - كما يشهد به رؤياه التي قصها على ابيه قبل ان
يرمى في البئر - ويؤيده ما في النصوص المتقدمة من بقاء حكم الالتقاط مالم يكبر
المعلوم اذ اذ البلوغ من الكبر ولو بقرينة المطالبة بالنفقة - فلا يظهر شموله للمميز
(ثم انه) ان لم يكن للصبي من هو كافر له شرعا ولكن كان له العم او الخال او الخالة
و نحوهم - فهل يجزى عليه حكم اللقيط على ما هو الظاهر من كلمات الفقهاء على
ما فيها من الاختلاف - ام لا فان ذلك في العرف لا يسمى لقيطا و لعل الثاني اظهر بل
لو كان هناك متبرع بالكفالة والحضانة - لا يسمى لقيطا في العرف .

شرائط ملتقط اللقيط

٢٠ - فيهما (يشترط في ملتقط الصبي) لا خلاف ظاهر في اشتراط (التكليف)
والبلوغ والعقل - ولا يصح التقاط الصبي والمجنون لقصورهما عن الولاية والحضانة
و الاتفاق وعدم اهليتهما شيء من تلكم وهي من لوازم صحة الالتقاط وح فيجوز
الالتقاط من يدهما لمن له اهلية وله ولاية لحفظه لأن اتقاطهما كالعدم كما استوجهه
الشاهد الثاني - فمأعن التذكرة من انه يخرج بذلك عن حكم اللقيط ويكون الولاية
للمحاكم - في غير محله وظاهر اطلاق المأعن وكثير اشتراط التكليف خاصة وعدم اعتبار الرشد
(واستدل له) بان السفيه مجبور عن التصرف في ماله وليست حضنته مالا - و مجرد كونه
مولى عليه لا يمنع عن الولاية (و) عن الدؤوبين اشتراط الرشد محتجا بان الشارع لم ياتممه
على ماله فعلى الطفل وماله أولى بالمنع - و بان الالتقاط ايمان شرعي والشرع لم
ياتممه وهو حسن سيما و ان التقاطه يستلزم وجوب اتفاقه وهو لا يجوز من السفیه لانه
تصرف مالي - أضف اليه عدم وجود اطلاق دال على جواز التقاط كل احد - فلا يظهر

اعتبار الرشد .

(و) مما قالوا باشتراطه (الاسلام) اذا كان الملقط محكوما بالاسلام - بل الظاهر عدم الخلاف فيه الا ما في النافع من التردد فيه وهو الظاهر من الشرايع - وهو الاظهر فانه نوع سبيل « ولن (١) يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا » وايضا انه لا يؤمن بخادعته عن الدين وقد ورد في النصوص (٢) تعليل المنع عن تزويج العارفة من المخالف بان المرئاة تاخذ من ادب زوجها - و بما ذكرناه يظهر اختصاص ذلك بما اذا كان الملقط محكوما بالاسلام وان كان محكوما بالكفر فلا دليل على اعتبار الاسلام في ملتقطه - وهو المشهور بين الاصحاب وربما يستدل له مضافا الى اختصاص وجوه المنع بغير الفرض بقوله (٣) تعالى « والذين كفروا بعضهم اولياء بعض » .

وفي اعتبار العدالة في الملتقط قولان - فعن الشيخ في احد قولي والمصنف ره في التحرير والارشاد والقواعد الاعتبار - وعن الاكثر عدمه - وعن المحقق الثاني التفصيل بين ما اذا كان له مال فالاول - وما اذا لم يكن فالثاني (وجه) الاول الاصل - وان المسلم محل الامانة مع انه ليس استيما ناحقيقيا - وفحوى جواز التقاط الكافر مثله (وجه) الثاني ان الالتقاط يفتقر الى الحضانة وهي استيمان لا يليق بالفاسق - وايضا انه لا يؤمن ان يسترقه ويأخذ ماله (ووجه) الثالث ان الخيانة في المال امر راجح الوقوع (والاول) اقوى للمسيرة واطلاق الادلة - والاصل في المسلم الائتمان وعدم فعل المحرم ولذا ائتمنه الشارع في كثير من الامور كالطهارة والتذكية وغيرهما - ولو كان له مال يخاف عليه يمكن الجمع بانتزاع الحاكم له منه - هذا كله بلحاظ كونه فاسقا ولو كان هناك جهة اخرى في الملتقط وعلم اوطن من القرائن استعماله في الامور التي يخشى منها التلف او كان يخشى على عرضه او على دينه فلا ينبغي

(١) سورة النساء آية ١٤١

(٢) الوسائل باب ١١ من ابواب ما يحرم بالكفر ونحوه - من كتاب النكاح

(٣) سورة الانفال آية ٧٣

التوقف في عدم جواز التقاطه ووجوب انتزاع الحاكم من يده ودفعه الى من يؤمن منه من جميع ذلك (و) يعتبر ايضا (اذن المولى في العبد)

في الاحكام

٣- في الاحكام وفيه مسائل - الاولى - المقيط تارة يلتقط في دار الاسلام - واخرى يلتقط في دار الكفر - وقد اطنب الاصحاب في تفسير دار الاسلام ودار الكفر وتقسيم كل واحد الى اقسام وكلماتهم مع ما بينها من الاختلاف لا يثبت بهاشي بعده عدم تعليق الحكم على دار الاسلام ودار الكفر فان الحكم الذي يراد اثباته اما الحكم باسلامه او كفره او بحريته أو رقيته - اما الاول فقد مر في كتاب الطهارة والجهاد ان الصبي المميز اسلامه او كفره باعقاده ويكون مستقلا في ذلك - واما غير المميز فان كان احد ابويه مسلما فهو تابع له والا فان كان السابي له مسلما يكون تابعا للسابي - و بدون ذلك لا يحكم باسلامه ولا بكفره - وبيننا في ذينك البابين - ان حديث (١) الفطرة - والحديث (٢) الاسلام يعلو ولا يعلى عليه لا يد لان على الحكم بالاسلام بمجرد احتمال الاسلام - وطريقية دار الاسلام له ودار الكفر له مما لم يدل عليه دليل (واما الثاني) فمقتضى اطلاق الاخبار المتقدمة عدم الحكم بالرقيّة مطلقا - فما - في المتن (فان كان في دار الاسلام فهو حر والافرق) غير ظاهر الوجه - و دعوى - كون الاخبار خطابات للمسلمين وفي بلادهم كما في الرياض من الغرائب - فان كان هناك اجماع يقيد به اطلاق النصوص والا فالمتجه هو الحكم بالحرمة مطلقا .

الثانية (ووارث الاول) اي الحر (الامام مع عدم الوارث) لان الامام وارث من لا وارث له كما سيأتي (وهو عاقلته) عندنا كما في المسالك - اذا لم يكن له نسب ولم يكبر فيتوالى احدا على وجه يكون ضامنا لحريرته - لان ميراثه له.

(١) اصول الكافي ج ٢ ص ١٣ من طبعة طهران

(٢) الوسائل - باب ١ من ابواب موانع الارث حديث ١١

الثالثة (ولو بلغ رشيد افقر بالرقية قبل) لعموم قاعدة الاقرار.

حكم نفقة اللقيط

الرابعة فى نفقته - فالمعروف بين الاصحاب ان الواجب على الملتقط حضائنه بالمعروف وهو تعهده والقيام بضرورة تربيته بنفسه او بغيره - ولا يجب عليه الاتفاق من ماله ابتداء للاصل - ولما دل من النصوص (١) على حصر من يجب انفاقه فى اصناف ليس اللقيط منهم - وللإجماع الذى ادعاه المصنف ره فى محكى التذكرة - فحان كان للصبي مال ينفق عليه منه باذن الحاكم الشرعى لاصالة عدم جواز التصرف فى ماله بغير اذنه او اذن وليه - ولان ذلك من وظائف حكام الجور وقد دلت النصوص (٢) على ان ما هو من وظائفهم ثابتة لحكام الشرع (٣) ان لم يكن له مال فان وجد سلطان يستعان به على نفقته من بيت المال او الزكاة (ينفق عليه السلطان) وجوباً مع عدم متبرع بالاخلاق - وما عن المقنعة والنهاية من التعبير بلفظ ينبغي يراد منه الوجوب لان بيت المال معد لمصالح المسلمين - فان تذر السلطان ولم يوجد من ينفق عليه من الزكاة او ما عدل مثله او ما كان يصح صرفه فيه (٤) المعروف بينهم انه ينفق عليه (بعض المؤمنين) الذين منهم الملتقط وفى الجواهر بالاخلاق اجده فيه واستدل له بان بذل النفقة لملئه واجب على الكفاية لانه دفع ضرورة مع التمكن .

قالوا (فان تعذر انفق ملتقطه ويرجع عليه مع نيته لابدونها) وما افادوه من هذا الترتيب ينافية نصوص الباب لاحظ قوله عليه السلام فى خبر (٣) المدائنى المتقدم فان طلب منه الذى رباه النفقة و كان مؤسراً راد عليه وان كان معسراً كان ما انفق عليه صدقة - وقوله عليه السلام فى صحيح (٤) محمد بن احمد - ولكن تستخدمها

- (١) الوسائل باب ١١ من ابواب النفقات كتاب النكاح
 (٢) الوسائل باب ١١ من ابواب صفات القاضى من كتاب القضاء
 (٣-٤) الوسائل - باب ٢٢ من ابواب اللقطة حديث ٢-٤

بما انفقت عليه او نحوهما غيرهما فان الاستفادة منها جواز ان ينفق عليه الملتقط بنية الرجوع عليه بعد البلوغ واليسار اولان يستخدمه ومقتضى اطلاقها جواز ذلك حتى مع وجود السلطان المنفق وهذا مما يقتضيه القاعدة اذا وجوب على المسلمين من باب رفع حاجة المحتاج لا يوجب التبرع - وان شئت قلت ان وجوب الانفاق على المسلمين تبرعا - حكم شرعى موقوف على الدليل ولادليل عليه واصل البرائة يقتضى عدمه - بل يمكن ان يقال انه لا يجب على السلطان الانفاق عليه تبرعا بمقتضى القاعدة ايضا لان كون بيت المال معد المصالح المسلمين لا يقتضى الانفاق تبرعا بل له ان ينفق عليه قرضا ويرجع عليه بعد بلوغه ويساره (فالمحصل) مما ذكرناه ان الواجب هو الانفاق عليه ولو بعنوان القرض - فان وجد سلطان فهو احق بذلك لان بيت المال معد اذلك وامثاله والا فالملتقط وغيره على حد سواء (نعم) ان وجد من ينفق عليه من الوجوه المنطبقة عليه او تبرع عا ليس للملتقط الانفاق عليه بقصد الرجوع عليه - لان ذلك وان كان منافيا للاطلاق فى بادى النظر لكنه بعد ملاحظة فتوى الاصحاب والمنساق الى الذهن من النصوص - يظهر عدم المنافاة .

ثم انه لم يخالف فى جواز الرجوع عليه بعد البلوغ سوى الحلى - محتجا له بالاصل وقاعدة (١) لا ضرر ولا ضرار (ولكن) الاصل يخرج عنه بالنصوص المتقدمة ومعها لا وجه للرجوع الى قاعدة لا ضرر - اذ فيه انه لا ضرر فى اخذ عوض ما انفق عليه (ثم ان) ظاهر خبر المدائنى كون النفقة صدقة مع الاعسار ولم يجد صاحب الجواهر رده عاملا به ولذلك حمله بعضهم على ارادة جواز احتسابه زكاة من سهم الفقراء او الغامبين (ولو كان له) اى للمقيط (اب اوجد او ملتقط قبله) لا يكون محكوما بحكم المقيط (واجبر على اخذه) كما مر

عدم وجوب اخذ المقيط

الخامسة - قال الشيخ والمصنفه وتبعهما غيرهما (اخذ المقيط واجب على الكفاية) وفى المسالك نسبته الى اكثر الاصحاب تارة - والى معظمهم اخرى وفى الشرايع والنافع

والجواهر البناء على الاستحباب - وعن اللمعة والدروس التفصيل بالوجوب مع الخوف عليه والاستحباب مع عدمه واستوجهه في المسالك - والظاهر انه يرجع الى القول الثاني لان الكلام في الالتقاط من حيث هو لا فيما اذا توقف عليه حفظ النفس والا فلا يظن باحدان يشك في الوجوب ح ولا يختص ذلك بالالتقاط بل الحكم ذلك تحت نفى الكبر وعلى هذا ففي المسألة قولان - الوجوب - والاستحباب - و الاظهر هو الثاني لعدم الدليل على الوجوب و الاصل يقتضي عدمه - والاستدلال للوجوب بأنه تعاون على البر - وبأنه دفع اضرة المضطر - غير تام اذا التعاون على البر لا يكون واجبا باطلاقة قطعا - واخراج الموارد الثابت فيها عدم الوجوب عن تحت الدليل معتلزم لاجراج الاكثر المستهجن فالمتمتعين حمل دليله على الاستحباب - وكونه دفع ضرورة المضطر - قد عرفت عدم ربطه بما هو محل البحث .

السادسة (وهو) اي اللقيط بعد الحكم بحريته (مالك لما في يده) كما في الكبير -

وبده كيد البالغ امانة الملكية لان له اهلية الملك والتملك كما صرح به الشيخ والمحقق والمصنف والشهيدان وغيرهم وفي الجواهر بل لا جد فيه خلافا بين من تعرض له بل عن المسبوط نفى الخلاف فيه .

الحكام الضوال

الموضع الثاني - في الضوال جمع ضالة - وهي كل حيوان مملوك ضايع اخذ ولا يد محترمة عليه (و) لا خلاف في انه (يكره اخذ الضوال) في صورة الجواز - وفي المسالك واخذه حيث يجوز مكره ومكره شديدة واستدل بها في المسالك والرياض بالنبوي (١) لا يؤوي الضالة الا الضال - وبالخبرين (٢) لا يأكل من الضالة الا الضالون - وحيث ان الاول ضعيف السند عند سيد الرياض والخبرين لا يدلان على حكم الاخذ بل هما

(١) لا يؤوي الضالة الا الضال

(٢٠١) الوسائل باب ١ من كتاب اللقطة حديث ١٣٠ - ٥ - ٧ - ٨ - ٩ - ١٠ - ١١ - ١٢ - ١٣ - ١٤ - ١٥ - ١٦ - ١٧ - ١٨ - ١٩ - ٢٠ - ٢١ - ٢٢ - ٢٣ - ٢٤ - ٢٥ - ٢٦ - ٢٧ - ٢٨ - ٢٩ - ٣٠ - ٣١ - ٣٢ - ٣٣ - ٣٤ - ٣٥ - ٣٦ - ٣٧ - ٣٨ - ٣٩ - ٤٠ - ٤١ - ٤٢ - ٤٣ - ٤٤ - ٤٥ - ٤٦ - ٤٧ - ٤٨ - ٤٩ - ٥٠ - ٥١ - ٥٢ - ٥٣ - ٥٤ - ٥٥ - ٥٦ - ٥٧ - ٥٨ - ٥٩ - ٦٠ - ٦١ - ٦٢ - ٦٣ - ٦٤ - ٦٥ - ٦٦ - ٦٧ - ٦٨ - ٦٩ - ٧٠ - ٧١ - ٧٢ - ٧٣ - ٧٤ - ٧٥ - ٧٦ - ٧٧ - ٧٨ - ٧٩ - ٨٠ - ٨١ - ٨٢ - ٨٣ - ٨٤ - ٨٥ - ٨٦ - ٨٧ - ٨٨ - ٨٩ - ٩٠ - ٩١ - ٩٢ - ٩٣ - ٩٤ - ٩٥ - ٩٦ - ٩٧ - ٩٨ - ٩٩ - ١٠٠

متضمنان لحكم الاكل فلذا استشكل في الرياض اولا في الحكم ثم قال وفي الفتاوى والخبر الاول كفاية لجواز التسامح في امثال المقام (ويرده) او لا ما تقدم منا من اركان ان التسامح انما هو في ادلة السنن والمستحبات لافي المكروهات - وثانيا - ان التبرؤ لضعف في سنده فانه روى الصدوق عنه قال و من الفاظ رسول الله ﷺ لا يؤوى الخ وقد اشرنا مكررا الى ان المرسل اذا كان ثقة ونسب الخبر الى المعصوم جزما لا بنحو روى وشبهه يكون ذلك الخبر حجة لان نسبته جزما اليه كاشفة عن ثبوت صدوره عنه عنده فهو في حكم توثيق الواسطة او الوسائط - وعلى هذا فهو قوى السند و ظاهر الدلالة وبشهادتها مضافا الى ذلك النصوص الناهية عن اخذ اللقطة - كصحيح (١) الحلبي عن الصادق عليه السلام في حديث في اللقطة قال وكان علي بن الحسين عليه السلام يقول لا هله لا تمسوها ونحوه غيره فانها وان كانت في اللقطة وهي المال غير الحيوان كما ياتي الا انها بالفحوى تدل على المقام - وصحيح (٢) معاوية بن عمار عنه عليه السلام عن رسول الله ﷺ في الشاة الضالة وما احب ان اسمها او مثله صحيح (٣) هشام (وعلى هذا) فلا اشكال في الكراهة (الامع التلف) اذا لم يلقطه فانه يجوز الاخذ بلا كراهة كما صرح به المصنف وغيره - واستدل له بان نصوص الكراهة منصرفة عن هذه الصورة وبالاخبار (٤) المتضمنة لقوله عليه السلام - هي لك او لا خيك او للذئب بدعى انه يرغب في اخذ الضالة التي هي في معرض التلف على معنى انك ان اخذتها ولم تعرف مالها بعد التعريف تكون لك وان عرفته فقد حفظت مال اخيك المؤمن وان لم تاخذها اكلها الذئب او اخذها غير الامين الذي هو بمنزلة الذئب - ولعله لذا حكى عن المبسوط استحباب اخذها اذا كان امينا في مفازة او في خراب او في عمران (ولكن) الانصراف ممنوع - وقوله عليه السلام متصلا بالقول المتقدم في الاخبار - وما احب ان اسمها يدفع التقريب المذكور لدلالة الاخبار عليه و وجوب حفظ المال عن التلف قد مر ما فيه - فاذا مقتضى اطلاق النصوص الكراهة حتى مع خوف التلف

(١) الوسائل باب ١ من كتاب اللقطة حديث ١

(٢-٣-٤) الوسائل - باب ١٣ من كتاب اللقطة حديث ٦-١-٠

(اللهم) الا ان يقال ان حفظ مال الغير وان لم يكن واجبا لكن لا ريب في حسنه لانه احسان اليه - كيف وقد دلت الاخبار (١) على جواز الحلف كاذبا لحفظ مال الغير - فانها وان كانت فيما لو كان مال الغير تحت اليد - الا انه لا شبهة في استفادة مطلوبة حفظ مال الغير مطلقا منها. وهذا ان لم يوجب الاستحباب ولكن لا ريب في كونه موجبا لرفع الكراهة - فلا شبهة في عدم الكراهة في هذه الصورة.

لا يؤخذ البعير اذا وجد في كلاء وماء

ثم ان تمام الكلام في هذا الموضوع بالبحث في مسائل - الاولى - ان الحيوان الذي يوجد لا يخلو من كونه بعيرا - او شاة - او غيرها (ف) الكلام في فروع ١- (لا يؤخذ البعير) اذا وجد (في كلاء وماء) يتمكن من التناول منهما - بالاخلاف وعن صريح غاية المراد - وظاهر الكفاية الاجماع عليه - والنصوص شاهدة به لاحظ صحيح (٢) هشام بن سالم او حسنه عن الصادق عليه السلام جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وآله فقال يا رسول الله صلى الله عليه وآله انى وجدت شاة فقال رسول الله صلى الله عليه وآله هي لك او لاختك او للذئب فقال يا رسول الله صلى الله عليه وآله انى وجدت بعيرا فقال معه حذائه وسقائه حذائه وخف وسقائه كرشه فلا نهجه - وصحيح (٣) معاوية بن عمار عنه عليه السلام ان رسول الله صلى الله عليه وآله سئل عن البعير الضال - فقال صلى الله عليه وآله - مالك وله خفه حذائه وكرشه سقائه خل عنه - ونحوهما غيرهما - ومع ذلك فهو مقتضى القاعدة ايضا لعدم جواز اثبات اليد على مال الغير بغير رضاه او السبب المرخص فيه المفقودين في المقام - لان مالكه غير معلوم والبعير مصون عن السباع بامتناعه مستغن بالرعى - فلو اخذه وال حال هذه ضمنه بالاخلاف ولا اشكال لعدم على اليد .

(١) الوسائل باب ١٢ من كتاب الايمان

(٢-٣) الوسائل - باب ١٣ من كتاب اللقطة حديث ١-٥

ثم ان الشهيد الثاني ره قال في محكي الروضة لا يجوز اخذ ح بنية التملك مطلقا وفي جوازه بنية الحفظ لما لكه قولان من اطلاق الاخبار بالنهي و الاحسان وعلى التقديرين يضمن بالاخذ - وظاهره الضمان حتى على القول بان اخذه احسان ونجوز به - ووجهه في الجواهر بالعموم المزبور الذي لاينا فيه قاعدة الاحسان المراد منها ما حصل فيه الاحسان لاما قصد ولم يحصل (اقول) اما القول بجواز اخذ ما يحرم التقاطه بعنوان الحفظ فقد اختاره في محكي التذكرة ولاوجه له بعد اطلاق النصوص المتقدمة ولا مورد لقاعدة الاحسان فانها في موارد جواز وضع اليد حتى يتمحض في الاحسان كما لو علم من حال صاحبه الرضا بوضع اليد على ماله لا يصاله لافي مثل الفرض الذي يحرم ذلك كما هو مقتضى القاعدة واطلاق الاخبار - بل مقتضى الاحسان ترك التعرض له حتى يجده فان الغالب ان من اضل شيئا يطلبه حيث يضعه فاذا اخذه غيره ضاع عنه - فلا توقف في عدم الجواز واما الضمان مع القول بجوازه فينا فيه قاعدة الاحسان المخصصة لقاعدة على اليد - ويرد ما افاده صاحب الجواهر ان الفعل اذا صدر بقصد عنوان حسن يتصف بالحسن وان لم يتحقق مبدأ ذلك العنوان في الخارج مثلا ضرب اليتيم بقصد التأديب حسن وان لم يتادب والكذب بقصد انجاء المؤمن حسن وان لم يترتب عليه نجاته بل تمام المناط لاتصاف الفعل بالحسن هو ذلك لا الوجود الواقعي فضرر اليتيم لا بداعي التأديب قبيح وان تادب - وعليه ففي المقام على فرض تسليم شمول قاعدة الاحسان لابد من البناء على عدم الضمان اذا اخذه بقصد الحفظ لما لكه وايصاله اليه - وان تلف قبل الوصول اليه .

هذا كله فيما اذا في وجد كلاء وماء (و) الا فيجوز ان (يؤخذ في غيره اذا ترك من جهد) وعطب لمرض او كسر او غيرهما (و) يملكه (الاخذ) ح على الاظهر الاشهر بل عليه عامة من تاخر - كذا في الرياض - ولكن صاحب الجواهر ينكر صحة نسبة ذلك الى الاصحاب قال لا ظن بارادة الاصحاب ذلك حتى يكون جابرا لان تعبير المعظم لو تركه من جهد ونحوه مما هو ظاهر في غير اللقطة .

وملخص الكلام ان البعير المزبور ربما يعرض صاحبه عنه ويتركه وربما يضيع منه - ومحل الكلام هو الثانى وحيث ان فى المقام نصوصا يمكن استفادة الحكم منها فلا بد من ملاحظتها لاحظ - صحيح (١) عبدالله بن سنان عن الصادق عليه السلام من اصاب مالا او بعيرا فى فلاة من الارض قد كلت وقامت وسيبها صاحبها مما لم يتبعه فاخذها غيره فاقام عليها وانفق نفقته حتى احيها من الكلال ومن الموت فهى له ولا سبيل له عليها وانما هو مثل الشئ المباح - وقد يقال انه مختص بالصورة الاولى ولا يشمل ما نحن فيه لقوله وسيبها - ولجعله كالمباح - ولكن الموجود فى بعض النسخ - نسيها - بدل سيبها وهو انسب بما فيه من الظهور فى ان احياء الحيوان الذى هو فى غير ماء ولا كلاء وقد اصابه الجهد والكلال سبب لتملك الحيوان المزبور سواء كان اعرض عنه ام لا - مع ان الحمل على صورة الاعراض حمل على الفرد النادر جدا فان البعير الذى يوجد ولا يعرف صاحبه كيف يمكن احراز الاعراض عنه فالمتعين البناء على العموم - واما جعله كالمباح فلو لم يدل على الاختصاص بمحل الكلام نظرا الى جعله كالمباح لامباحا - والمعروف صيرورته مباحا بالاعراض - لما دل على الاختصاص بصورة الاعراض - فالانصاف شمول الصحيح لما هو محل الكلام - وخبر (٢) مسمع عن الصادق عليه السلام ان امير المؤمنين عليه السلام كان يقول فى الدابة اذا سرحها اهلها او عجزوا عن علفها او نفقتها فهى للذى احيها - قال وقضى امير المؤمنين عليه السلام فى رجل ترك دابة بمضيعة فقال عليه السلام ان كان تركها فى كلاء او ماء وامن فهى له ياخذها متى شاء وان كان تركها فى غير كلاء ولا ماء فهى لمن احيها - واعنيته من الاعراض واضحة وبضمنية ان احراز انه هل تركها اوضاع عنها غير ممكن غالبا وقوله بمضيعة وعدم القول بالفصل بين صورة احراز الترك واحتمال الضياع - يثبت الحكم فى مورد الضياع ايضا - وخبر (٣) السكونى عنه عليه السلام ان امير المؤمنين عليه السلام قضى فى رجل ترك دابته من جهد فقال عليه السلام ان كان تركها فى

كلاء وماء وامن فهى له ياخذها حيث اصابها وان تركها فى خوف و على غير ماء ولا كلاء فهى لمن اصابها وتقريب الاستدلال به كسابقه - فالحكم خال عن الاشكال .
ثم ان الظاهر من النصوص كما افاده سيد الرياض - اعتبار الامرين من الترك من جهد وفى غير ماء ولا كلاء معا فلو انتفى احدهما بان ترك من جهد فى كلاء وماء او من غير جهد فى غيرهما او انتفى كل منهما لم يجز الاخذ - وعليه الاجماع فى بعض الكتب (فما) عن بعض من كفاية احدهما ضعيف (ثم) لو كانت الفلاة مشتملة على احد الامرين من الماء والكلاء - فهل هى بحكم عادمتهما - ام بحكم مشتملتها - وجهان مقتضى مفهوم صدر الخبرين الاول - ومقتضى مفهوم ذيلها الثانى - ويؤيد الاول عدم قوام الحيوان بدونهما - فما - افاده الشهيد الثانى من اختيار الاول اظهر (ثم ان) النسبة بين هذه النصوص وبين النصوص المانعة عن الاخذ عموم مطلق فيقيد اطلاقها بها (فما) عن ابن حمزة من عدم جواز الاخذ فى هذه الصورة التفاتاً منه الى المنع عنه فى النصوص المتقدمة (ضعيف) .

ثم اذا اخذها وتملكها فلا اشكال فى عدم الضمان ولا خلاف لظاهر النصوص المتقدمة - نعم عن القواعد فى رد العين مع طلب المالك اشكال بل عن الايضاح انه الاقوى - ولعل وجهه اطلاق قول ابى جعفر **عليه السلام** فى خبر (١) ابى بصير من وجد شيئاً فهو له فليتمتع به حتى ياتي به طالبه فاذا جاء طالبه رده اليه بناء على شموله لمثل المقام - واجاب عنه فى الجواهر بان اقصاه كون التعارض بينهما من وجه ولا ريب فى ان الترجيح الاول من وجوه - واورد عليه بانه لا تعارض بينهما فان خبر ابى بصير ايضاً متضمن لكونه له وليس مفاد النصوص المتقدمة غير ذلك فلامعارض للخبر بالنسبة الى وجوب الرد - ولكن يمكن دفع ذلك بان التفصيل فى خبرى السكونى ومسمع بين تركها فى كلاء وماء فله اخذها - وبين تركها فى غير ذلك فهى لمن اصابها ظاهر فى ارادة الملكية اللازمة والافله اخذها فى المورد الثانى ايضاً ولغى التفصيل من

هذه الجهة بل قوله **تَجِدُ** في الصحيح فهي له ولا سبيل له عليها ظاهر في انه ليس له الفسخ والرد فما افاده في الجواهر تام - ويقدم نصوص الباب للشهرة التي هي اول المرجحات .

حكم الشاة الملتقطة

٢ . (و تَوْخَذَ الشاة) ان وجدت (في الفلاة) التي يخاف عليها من السباع جوازا
بلاخلاف ظاهر بل عن التذكرة عليه الاجماع . ويشهد به جملة من النصوص المتقدم
بعضها - المتضمنة (١) لقوله **رَأَى** هي لك اولايك اول الذئب - وما ذكره من انها لا تمتنع
من صغير السباع فهي معرضة للتلف فكانت بحكم التالفة (ثم انه) بعد اخذها يتخير
بين ان يحفظها لئلا ياكلها - ودفعها الى الحاكم - ولا ضمان فيهما اجماعا - لانه في الاول
امين اذا اذاع رخص في الاخذ وفي الثاني الحاكم والى الغائب فالدفع اليه كالدفع
الى المالك - وبين ان يملكها بلاخلاف والنصوص المتقدمة شاهدة به ولا يعارضها
مادل على انه يحبسها عنده ثلاثة ايام فان جاء صاحبها والاتصدق بثمنها عن صاحبها
لما سيأتي .

وهل هي (مضمونة) على تقدير التملك كما عن الاكثر مطلقا او مع ظهور المالك
بل هو المشهور بينهم - ام لا قولان - يشهد للاول مضافا الى اطلاق خبر ابي بصير المتقدم
من وجد شيئا فهو له فليتمتع به حتى ياتي به طالبه فاذا جاء طالبه رده اليه صحيح (٢)
على بن جعفر عن اخيه **عليه السلام** عن رجل اصاب شاة في الصحراء هل تحل له قال قال رسول الله
صلى الله عليه وسلم هي لك اولايك اول الذئب فخذها فعرها حيث اصبته فان عرفت فردها الى صاحبها
وان لم تعرف فكلها وانت ضامن لها ان جاء صاحبها يطلب ثمنها ان تردا عليه
ولا ينافي ذلك ما دل على التملك فان الجمع بينهما يقتضي البناء على التملك بعوض .
وهل التملك لها قبل تعريف السنة - ام بعده - قولان - وجه الاول اطلاق

(١) الوسائل باب ١٣ من ابواب كتاب اللقطة

(٢) الوسائل باب ٢ من كتاب اللقطة حديث ١٣

الصالح المتقدمة المتضمنة لجواز التملك من دون تقييد له - ووجه الثاني الاصل وعموم الامر بالتعريف في اللقطات وظاهر صحيح على بن جعفر المتقدم - وصحيحه (١) الاخر عنه عليه السلام عن الرجل يصيب اللقطة دراها او ثوبا او دابة كيف يصنع قال عليه السلام يعرفها سنة فان لم يعرف صاحبها جعلها في عرض ماله حتى يجيء طالبها فيعطيه اياه وان مات اوصى بها فان اصابها شيء فهو ضا من - فتأمل والثاني اظهر لان اكثر ما ذكر في وجهه وان كانت مخدوشة اذا الاصل لا يرجع اليه مع الدليل والامر بالتعريف في اللقطات انما هو في لقطة الاموال غير الضوال بحكم الانصراف و السياق والصحيح الثاني لابن جعفر ظاهر في عدم التملك اصلا - سيما وفي نسخة الوسائل - حفظها - بدل جعلها - ولكن في الصحيح الاول كفاية ولا يعارضه اطلاق الصالح المتقدمة فانه يقيد به كيف وقد جمع في الصحيح بين ما تضمنته تلك النصوص وبين الامر بالاكل والتملك بعد التعريف .

ويمكن ان يستدل له بصحيح (٢) صفوان عن ابي عبد الله عليه السلام من وجد ضالة فلم يعرفها ثم وجدت عنده فانه الربها - فلا توقف في ان التملك انما هو بعد التعريف سنة - وفي الصحيحين وان لم يصرح بسنة الا انه من المعلوم ان التعريف في هذا الباب هو التعريف سنة واطلاق التعريف فيهما منزل على ما هو المعلوم ثبوته بنصوص اخر ولو في لقطة الاموال - واما خبر (٣) ابن ابي يعفور عنه عليه السلام جاء رجل من المدينة فسألني عن رجل اصاب شاة فامرته ان يحبسها عنده ثلاثة ايام ويسأل عن صاحبها فان جاء صاحبها والاباعها وتصدق بثمانها - فقد حملها الاصحاب على ما اذا اخذت من العمران او المساكن الماهولة وما هو قريب منها بحيث لا يخاف عليهما من السباع جمعا - وفي الرياض وظاهرهم الاطباق على العمل بها فبه ينجر ضعف سنده ويختص الحكم

(١) الوسائل - باب ٢ من كتاب اللقطة حديث ١٣

(٢) الوسائل باب ١٤ من كتاب اللقطة حديث ١

(٣) الوسائل باب ١٣ - من كتاب اللقطة حديث ٦

بمورده وهو الشاة - وقد مر ان اطلاقه من حيث اخذه من العمران او الفلاة يقيد بالنصوص المتقدمة وليس في الخبر دلالة على جواز الاخذ ففي ذلك يرجع الى القواعد وهي تقتضى عدم جواز الاخذ مالم يخف التلف او النهب كما مر -

حكم الحيوان غير البعير والشاة

٣ - اذا وجد غير البعير والشاة في الفلاة فان كان دابة فهي ملحقة بالبعير بالاخلاف وخبر السكوني ومسمع شاهدان باللاحاق - واما البقرة والحمار فمن الشيخ والحلي والمحقق وغيرهم اللاحاق وهو الاظهر - اما المنع لو وجد في كلاء وماء فلانه مقتضى القاعدة - اضاف اليه ما في المسالك مشاركتها للدابة في العدو والامتناع من صغير السباع - وكون المفهوم من فحوى المنع من اخذ البعير وهو قدرته على الامتناع مما يملكه المساواة - واما الجواز فيما لو وجد في غير ماء ولا كلاء - فلا تلاق قوله **فلا يلحق** في صحيح ابن سنان من اصاب مالا او بعير في فلاة من الارض ... الخ .

وان كان الحيوان الموجود - مالا يمتنع من صغير السباع كاطفال الابل والبقر والخيول والحمير والدجاج والازر وما شاكل فالمشهور الحاقه بالشاة في حكمها وعن التذكرة نسبتها الى علمائنا وهو الحجة فيه و يؤيده ان الاستفادة من النصوص الواردة في البعير والشاة ان المدار على الامتناع والاستغناء حتى ياتي صاحبه وعدمه - وبما ذكرناه يظهر حكم ماله لو كان من قبيل الغزلان واليحمير وما شابههما اذا ملكته ثم ضلت وانها تلحق بالبعير لانها تمتنع عن السباع بسرعة العدو وتستغنى بالرعى في الفلاة فما ذكرناه في البقرة جارفيها - ثم ان هذا كله في الضالة في الفلاة - وهي الارض غير المأهولة .

واما لو وجدت في العمران الذي هو المأهول فلا يحل اخذها ممتنعة كانت او غير ممتنعة للاصل - وهو عدم جواز وضع اليد على مال الغير بغير رضاه وفي العلل المذكورة في النصوص اشارة اليه - وصحیح حاصفوان وعلي بن جعفر المتقدمان المتضمنان لبيان تعريف الضالة لا يدلان على الجواز لعدم كونهما في مقام البيان من هذه الجهة وقد خرج عن ذلك

الشاقة و قد مر الكلام فيها-

حكم ما ينفق على الضالة

الثانية (و) لو اخذ الضالة عليه ان (ينفق) عليها (مع تعذر السلطان) بل مع امكانه لانه ان لم يكن الاخذ جائزا فهو غاصب ويجب عليه حفظها ليردها على المالك و الاتفاق من مقدمات الحفظ - و ان كان جائزا فهي امانة شرعية في يده و يجب حفظ الامانة من التلف و ان اخذها و تملكها في ما كان جائزا فهي مملوكة - و اتفاق المملوك واجب (و) على التقادير لوجه التقييد بصورة تعذر السلطان - ثم انه ان انفق عليها فهل (يرجع بها) على المالك ام لا الظاهر هو الثاني في مورد عدم جواز الاخذ لان الاتفاق ليس بامر المالك ولا اذنه ولا اذن من الشارع الا قدس - و مجرد عود نفعه الى المالك لا يوجب ضمانه لها - اصف اليه انه مع عدم جواز الاخذ يكون غاصبا و قد صرح في صحيح (١) ابي ولادبان الغاصب لا يرجع - قال قلت له جعلت فداك فقد علفته بدراهم فلي عليه علفه قال **لا** لانك غاصب. والاول في مورد جوازه لمفهوم الصحيح فان الاستفادة منه ان غير الغاصب له الرجوع بما انفق على الضالة - ولقوله **لا** (٢) في خبر على ابن جعفر انما يدل له بيعها بما انفق عليها - و قريب منه غيره حيث انه يدل على جواز البيع لاخذ ما انفق عليها - فالتمحصل انه مع اذن الشارع في الاخذ او العلم برضا المالك به يرجع فيما انفق عليها ولا يرجع بدون ذلك .

ثم انه ان كان للمضالة نفع كالظهر والركوب او اللبن فان كان يجوز له اخذها جاز الانتفاع به في مقابلة الاتفاق بالاخلاف وبعضه صحيح (٣) محمد بن احمد عن الصادق **عليه السلام** عن المقيطة لاتباع و لا تشري و لكن تستخدمها بما انفقت عليها - اما الخلاف

(١) الوسائل باب ٧ من كتاب النصب حديث ١

(٢) الوسائل باب ٢ من كتاب اللقطة حديث ٨

(٣) الوسائل - باب ٢٢ من كتاب اللقطة حديث ٤

فى كيفية الاحتساب فى المتن (ولو انتفع تقاص) ونحوه ما فى الشرايع والنافع بل فى الجواهر هو خيرة جميع من تاخر عن المصنف - وعن الشيخ فى النهاية كان ذلك بازاء ما انفق وكل من القولين مخالف للقاعدة - اما الاول - فلان المقاصة مشروطة بشر وطذكر ناها فى كتاب القضاء ولم يعتبر احديئاً منها فى المقام - واما الثانى - فلان وقوع المعاوضة بين مال المالك الغائب وما ينفق عليهما خلاف القواعد - ولكن الذى يسهل الخطب معلومية ان له الانتفاع ولائمة للتزاع فى انه هل هو بعنوان المعاوضة والمقاصة الثالثة (و اذا حال الحول على الضالة و نوى الاحتفاظ فلا ضمان) كما مر بل عرفت انه لا ضمان مع نية الاحتفاظ فى اثناء الحول ايضا (ولو نوى التملك ضمن) كما يشهد به النصوص على ما مر فراجع .

حكم لقطة المال الصامت

الموضع الثالث فى لقطة المال الصامت - وهى لغة وعرفا كل مال غير الحيوان ضايع ولا يلد لاحد عليه ولو كانت هى يد ملتقط سابق - و بالقيد الاخير يخرج المال الضايع الذى سبق عليه يد الالمقاط كما انه باعتبار اضايع يخرج غير اللقطة من افراد المال المجهول مال الكه - وان شئت قلت ان المجهول مال الكه الذى لا يلد لاحد عليه تارة يكون ضايعا عن مال الكه مثل ما يوجد فى الطريق وشبهه - واخرى لا يكون ضايعا منه مثل ما يؤخذ من يد السارق والغاصب و ما جعل امانة ثم فقد ما لكها و ما شاكل - و الاول هو اللقطة بالمعنى الاخص - والثانى هو مجهول المالك - فالفرق بين العنوانين هو اعتبار صدق اسم الضايع ولو بشاهد الحال من المالك فى اللقطة دون مجهول المالك بل قيل ان الاصل عدم ترتيب احكام اللقطة مع تحقق اسم الضايع - اما مجهول المالك فقد اشبعنا الكلام فيه فى المكاسب المحرمة - وبيننا هناك ان الاظهر فيه تعيين الصدقة - وذكرنا عدم اعتبار اذن الحاكم - وان مصرفها الفقراء ويجوز اعطائها الهاشمى والكلام فى المقام فى خصوص اللقطة وتمام البحث فيها فى طى مسائل .

يكره اخذ اللقطة

الاولى (ويكره اخذ اللقطة) مطلقا في مورد جوازه كما مر في الموضوع الثاني ويشهد به نصوص كثيرة - صحيح (١) محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام عن اللقطة قال عليه السلام لا ترفعها فان ابتليت بها فعرفها سنة الحديث وصحيح (٢) على ابن جعفر عن اخيه عليه السلام في حديث قال وكان على بن الحسين يقول لاهله لا تمسوها ومرسل (٣) الصدوق - قال الصادق عليه السلام افضل ما يستعمله الانسان في اللقطة اذا وجدها ان لا ياخذها ولا يتعرض لها فلوا ان الناس تركوا بما يجدونه لجاء صاحبه فاخذه وان كانت اللقطة دون درهم فهي لك الحديث ونحوها غيرها - وما في جملة من تلك النصوص من النهي عن الاخذ محمول على الكراهة للإجماع على عدم الحرمة وفي الجواهر بل يمكن دعوى القطع بفساد القول بالحرمة او الضرورة فضلا عن الاجماع ولمرسل الصدوق - صحيح (٤) زرارة عن ابي جعفر عليه السلام عن اللقطة فاراني خاتما في يده من فضة قال عليه السلام ان هذا مما جاء به السيل وانا اريد ان اتصدق به - ولما في جملة منها من القرائن كالتعبير بلا يصلح ولا ينبغي وغير ذلك.

وانما الخلاف وقع في جواز اخذ لقطة الحرم وعدمه - وفي المسالك اختلف الاصحاب في لقطة الحرم على اقوال منتشرة حتى من الرجل في كتاب واحد - وعلى هذا فلا من بدعوى الادلة بالنظر الى اقوال الفقهاء فقد استدلل للحرمة - بقوله (٥) تعالى « اولم يروا انا جعلنا حرما آمنا » بدعوى ان مقتضاه ان يكون الانسان امنا فيه على نفسه وماله وهوينما في جواز اخذه - وبجملة من النصوص - كحسن (٦) الفضيل بن يسار عن ابي عبد الله عليه السلام عن الرجل يجد اللقطة في الحرم قال عليه السلام

(١-٢-٣) الوسائل باب ٢ من ابواب اللقطة حديث ١٠-١٢-٩

(٤) الوسائل باب ٧ من ابواب اللقطة حديث ٣

(٥) سورة العنكبوت آية ٦٧

(٦) الوسائل باب ٢٨ من ابواب مقدمات الطواف من كتاب الحج حديث ٥

لايمسها واما انت فلا بأس لانك تعرفها - وخبره (١) الاخر عن ابي جعفر عليه السلام عن لقطة الحرم فقال عليه السلام لا تمس ابدا حتى يجيء صاحبها فيأخذها قلت فان كان مالا كثيرا قال فان لم يأخذها الا مثلك فليعرفها - وخبر (٢) علي بن ابي حمزة عن العبد الصالح موسى بن جعفر عليه السلام عن رجل وجد دينارا في الحرم فاخذه قال عليه السلام بش ماصنع ما كان ينبغي له ان يأخذه قلت قد ابتلى بذلك قال يعرفه قلت فانه قد عرفه فلم يجده له باغيا فقال عليه السلام يرجع الى بلده فيصدق به على اهل بيت من المسلمين فان جاء طالبه فهو له ضامن - ومرسل (٣) ابراهيم بن ابي البلاد قال الماضي (اي العسكري عليه السلام) لقطة الحرم لا تمس بيدولا برجل ولوان الناس تركوها لجاء صاحبها واخذها - وخبر (٤) يعقوب بن شعيب عن ابي عبدالله عليه السلام عن اللقطة ونحن يومئذ بمنى فقال عليه السلام اما بارصنا فلا يصلح واما عندكم فان صاحبها الذي يجدها يعرفها سنة في كل مجمع ثم هي كسبيل ماله .

ولكن الآية الكريمة لا تدل على المنع من الاخذ فان المراد من كونه امنا هو كونه امنا في الدنيا والاخرة وهذا لاينا في جواز الالتقاط مع البناء على التعريف واما النصوص وان اتعب سيد الرياض نفسه الزكية لاثبات دلالتها على الحرمة بعد ادعاء جبر ضعف السند في جملة منها بالشهرة - الا ان الانصاف ان ملاحظة مجموعها توجب الاطمينان بالكراهة فان فيها قرائن دالة على ذلك - منها . . التصريح في حسن الفضيل بعدم الباس معللا بانك تعرفها - ومنها - قوله في خبره الاخر فان لم يأخذها الا مثلك فليعرفها فان ذلك بعد النهي عن المس ظاهر في جوازه لمثله ومن المعلوم انه لو كان حراما لساوى مع غيره - ومنها - قوله لا يصلح في خبر ابن شعيب - ومنها - ان في جملة من النصوص الآتية المتضمنة لحكمه بعد الاخذ من دون تعرض فيها للنهي -

(١-٤) الوسائل - باب ٢٨ - من ابواب مقدمات الطواف من كتاب الحج حديث ١٠٢

(٢) الوسائل باب ١٧ من كتاب اللقطة حديث ٢

(٣) الوسائل باب ١ من ابواب اللقطة حديث ٣

ومنها غير تلكم من القرائن الموجبة للاطمينان بعدم الحرمة فاذا اظهر هو الكراهة مطلقا.

حكم اللقطة بعد الاخذ

الثانية (فان اخذها وكانت دون الدرهم ملكها) بغير تعريف بلا خلاف اجمعه

فيه كذا في الجواهر - بل عليه الاجماع عن التذكرة وغيرها وبشهادته مرسل (١) الصدوق المتقدم - وان كانت اللقطة دون درهم فهي لك فلا تعرفها فان وجدت في الحرم دينار امطلقا فهو لك لا تعرفه - وخبر (٢) ابي بصير عن الباقر عليه السلام من وجد شيئا فهو له فليتمتع حتى ياتي به طالبه فاذا جاء طالبه رداه اليه - فان اطلاقه يشمل ما دون الدرهم ويبدل على جواز التملك بدون التعريف - وخبر (٣) محمد بن ابي حمزة الصحيح بابن ابي عمير - عن بعض اصحابنا عن الصادق عليه السلام عن اللقطة قال عليه السلام تعرف سنة قليلا كان او كثيرا - قال وما كان دون الدرهم يعرف - وظهور الاولين في الملكية لا ينكر - ثم ان تمام الكلام بالبحث في جهات.

١ - هل يختص ذلك بلقطة غير الحرم ام يعم اقطعه - قولان بل ظاهر الشرايع والنافع عدم الخلاف في الثاني بل عن الخلاف الاجماع عليه وهو الاظهر - لاطلاق النصوص المتقدمة - ولا يعارضها اطلاق ما دل على عدم تملك لقطة الحرم - لانه بقريضة ما فيه من التفصيل بين لقطة الحرم ولقطة غيره والحكم بالتصدق في الاولى وجواز التملك في الثانية بعد التعريف حولا - يختص بالاذي يدمن الدرهم ولو سلم اطلاق تلك النصوص ايضا فالنسبة بينها وبين هذه عموم من وجه وتقدم نصوص الباب لما سمعته من دعوى عدم الخلاف .

٢ - ظاهر المرسل وخبر ابي بصير حصول الملكية بمجرد الاخذ ولولم يقصد التملك وعن القواعد اعتبارية التملك وقواه في الجواهر مستدلالة - بان المرسل

(١) الوسائل باب ٢ من كتاب اللقطة - حديث ٩

(٢) (٣) - الوسائل باب ٤ من كتاب اللقطة - حديث ٢ - ١

ضعيف السند و المتيقن من الاجماع حصول الملكية بعد النية - وبظهور الادلة فى عدم الفرق بين القليل و الكثير الا بالتعريف و من المعلوم اعتبار النية فى الثانى وباصالة عدم الملك حتى ينويه - ويرد الاول مامر من اعتباره - مضا فالى ان ضعفه او كان منجبر بالعمل - و الثانى انه ليس فى النصوص ما يتضمن عدم الفرق بين القليل و الكثير الا بذلك - والثالث ان الاصل لا يرجع اليه مع الدليل - - فالأظهر عدم اعتبارها .

٣- ظاهر المتن والارشاد والمحكى عن الشيخين والديلمى وابن حمزة انه لا يضمن فلو جاء صاحبه لا يغرم له قيمته مع التلف ولا يرد العين مع بقائها - بل عن النهاية والغنية التصريح بذلك بل فى محكى المختلف انه المشهور وعن الغنية الاجماع عليه للاصل و ظاهر قوله **فان** لك فى المرسل - وعن القواعد والايضاح والتنقيح والرياض الضمان - واستدل به فى الرياض بعدم صراحة النصوص فى التملك بناء على عدم صراحة اللام فيه وبان - نصوصها ما بين ضعيف السند كالمرسل - وغير متضمن عدانفى وجوب التعريف فى هذا المقدار وهو لا يستلزم التملك - ويرده كفاية الظهور ولا يعتبر الصراحة فى الدليل وانكار ظهور اللام فى الملكية مكابرة - و المرسل قد عرفت اعتباره مضافا الى انجبار ضعفه او كان بالعمل (فالحق) ان يقال ان مقتضى القاعدة عدم الضمان بمعنى انه مع بقاء العين لا يجب ردها ومع تلفها لا يجب رد بدلها اذ بعد ما صارت له لا موجب للضمان - لكن خبر ابي بصير المتقدم دال على انه مع بقاء العين اذا جاء طالبها وجب الرد - فيلتزم به فى خصوص صورة البقاء - وما عن الايضاح والتنقيح - من ان الخبر بعد الاجماع على عدم وجوب رد العين يحمل على ارادة رد القيمة - - غريب اذا لاجماع على عدم وجوبه وعلى فرضه يطرح الخبر او يحمل على الرجحان لانه يحمل على ارادة معنى آخر -

٤- هل يختص هذا الحكم بما دون الدرهم - ام يعم الدرهم قولان اقواهما

الاول فالدرهم كالأزaid فى التعريف - لاختصاص المرسل وخبر ابن ابي حمزة بما دون

الدرهم - بل فى الخبر حكم عليه السلام اولا بوجوب التعريف فى القليل و الكثير ثم استثنى خصوص ما دون الدرهم (واستدل له) فى الرياض والجواهر بالصحيح عن الرجل يصيب درهما او ثوبا اودابة قال عليه السلام يعرفه سنة و الظاهر ان المراد به صحيح (١) على بن جعفر المتقدم والموجود فى نسخة الوسائل الموجودة عندى - دراهم - بدل درهما - وعليه فمولا يدل على ذلك (ثم انه) قال فى النافع فيه روايتان - وفى الرياض والجواهر عدم الوقوف عليهما - اقول الظاهر ان مراده من رواية اللاحاق خبر (٢) ابي بصير المتقدم الدال على ان اللقطة لو اجدتها مطلقا بدون التعريف خرج عنه ما زاد عن الدرهم وبقي الباقي (ولكن) النسبة بينه وبين نصوص التعريف التباين من حيث المورد والاطلاق والتقيد من حيث اعتبار التعريف فيقيد اطلاقه من هذه الجهة بها - ثم يقيد اطلاق الجميع من حيث كونها اقل من الدرهم او الازيد بما تقدم من الاخبار - فالمتحصل من النصوص بعد ضم بعضها الى بعض الحاق الدرهم بما زاد عليه.

وجوب تعريف اللقطة حولا

(وان كانت) اللقطة (درهما فما زاد عرفها حولا) (بلا خلاف بل عليه الاجماع فى جملة من الكلمات - ويشهد به صحيح (٣) الحلبي عن الصادق عليه السلام فى حديث قال واللقطة يجدها الرجل وياخذها قال عليه السلام يعرفها سنة فان جاء لها طالب والا فبهي كسبيل ماله - وخبر (٤) كثير سأل رجل امير المؤمنين عليه السلام عن اللقطة فقال عليه السلام يعرفها فان جاء صاحبها دفعها اليه والا حبسها حولا فان لم يجيء صاحبها او من يطلبها تصدق بها - و نحوهما غيرهما من النصوص الكثيرة الاتية جملة منها (ومقتضى) اطلاق جملة منها وصراحة اخرى عدم الفرق فى وجوب ذلك بين لقطة الحرم ولقطة غيره - وايضا عدم الفرق فى لقطة غير الحرم بين صورة ارادة التملك وصورة ارادة

(١-٣-٤) الوسائل باب ٢ من كتاب اللقطة - حديث ١٣-١-٢

(٢) الوسائل باب ٤ من اللقطة حديث ٢

التصدق او الحفظ كما عليه الاكثر (وعن) المبسوط اختصاص وجوب التعريف حولا -
 بالصورة الاولى محتجا بان التعريف انما وجب لتحقيق شرط التملك فاذا لم يقصده
 لم يجب ويكون مالا مجهول المالك (وفيه) انه مناف لصراحة جملة من النصوص
 المتضمنة للتعريف حولا - ثم يتصدق به فلا اشكال في وجوب التعريف حولا مطلقا
 (فان كانت في الحرم تصدق بها بعده) اي بعد تعريف السنة (ولا ضمان او استبقاها امانة)
 في يده ولا يجوز له ان يملكها بالاخلاف في شيء من تلكم الا في عدم جواز التملك
 فقد جوزها الحلبي .

اقول اما التصديق فيشهد به نصوص - كخبر (١) على بن ابي حمزة عن الكاظم
 عليه السلام عن رجل وجد دينارا في الحرم فاخذه قال عليه السلام بئس ما صنع ما كان ينبغي له
 ان ياخذه قال قلت قد ابتلى بذلك قال عليه السلام يعرفه قلت فانه قد عرفه فلم يجد له
 باغيا فقال عليه السلام يرجع الى بلده فيصدق به على اهل بيت من المسلمين فان جاء طالبه
 فهو له ضامن - وخبر (٢) اليماني عن الصادق عليه السلام اللقطة لقطتان لقطة الحرم وتعرف
 سنة فان وجدت صاحبها والاصدقت بها ولقطة غيرها تعرف سنة فان جاء صاحبها والافهى
 كسبيل مالك و ظاهرهما تعين الصدقة - ولكن يمكن ان يقال ان الامر بالصدقة لو روده
 مورد توهم الحضر بالنسبة الى حفظ المال لصاحبه الذي هو مقتضى القاعدة الاصل لا يستفاد منه
 اللزوم فيتمخير بين الصدقة واستبقائها امانة .

واما التملك فقد استدل له - نارة باطلاق ما دل على تملك اللقطة بعد التعريف
 واخرى بخبر (٣) الفضيل بن غزوان قال كنت عند ابي عبد الله عليه السلام فقال له الطياران
 ابن حمزة وجدنا رافى الطواف قد انسحقت كتابته قال (ع) هو له - وثالثة بمرسل (٤)
 الصدوق عن الصادق (ع) فان وجدت في الحرم دينارا امطلسا فهو لك لا تعرفه (ولكن)
 الاطلاق يقيد بما مر - والخبرين لم يعمل بهما احد سوى الصدوق - لانهما يدلان
 على جواز التملك بدون التعريف بل في الثاني منهما النهى عن ذلك - فيتعين حملهما

(١-٣) الوسائل باب ١٧ من كتاب اللقطة - حديث ١-٢

(٢) الوسائل - باب ٢٨ - من ابواب مقدمات الطواف - حديث ٤

(٤) الوسائل - باب ٢ من كتاب اللقطة حديث ٩-

على صورة العلم بالباس عن معرفة المالك .

واما الضمان على فرض التصديق فيشهد به خبر على بن ابي حمزة - واطلاق ماورد في مطلق اللقطة - كصحيح (١) على بن جعفر عن اخيه عليه السلام عن الرجل يصيب اللقطة فيعرفها سنة ثم يتصدق بها فياتي صاحبها ما حال الذي تصدق بها ولمن الاجر هل عليه ان يرد على صاحبها او قيمتها قال (ع) هو ضامن لها والاجر له الا ان يرضى صاحبها فيدعها والاجر له . ونحوه غيره - وللاوجه لتخصيص هذه النصوص بلقطة الحرم واما على فرض الاستبقاء فالظاهر عدمه على المختار من عدم حرمة اخذ لقطة الحرم لان المال ح امانة شرعية عنده فلا يكون عليه ضمان بتلفه - فان قيل - ان عموم على اليد قاض به - قلنا انه خصص باليد الامانية شرعية كانت ام مالكية - نعم يتم الاستدلال به له على القول بعدم جواز الاخذ لانه ح كالعاصب .

حكم لقطعة غير الحرم

(و ان كانت في غيره) اى في غير الحرم (فان نوى التملك) بعد التعريف (جاز و يضمن وكذا ان تصدق بها ولو نوى الحفظ فلا ضمان) فهانذا فرعان (احدهما) انه يتخير بين التملك والتصديق والحفظ (ثانيهما) ان عليه الضمان على الاولين دون الاخير (اما الاول) فهو المشهور بين الاصحاب شهرة عظيمة بل عليه الاجماع عن التذكرة وغيرها - واستشكل في جواز الابقاء والحفظ في الرياض قال ان ظاهر الاخبار تعين احدا الاولين - والنصوص الواردة في المقام على طوائف .

الاولى - ما يدل على الصدقة - كصحيح (١) على بن جعفر المتقدم - وخبر (٢) كثير عن امير المؤمنين عليه السلام المتقدم فان لم يجزى صاحبها ومن يطلبها تصدق بها فان جاء صاحبها بعدما تصدق بها ان شاء اغترمها الذي كانت عنده وكان الاجر له وان كره ذلك

احتسبها والاجر له. وخبر (١) حفص بن غياث عن الصادق عليه السلام في رجل اودعه رجل من اللصوص دراهم او متاعا واللص مسلم هل يرد عليه فقال عليه السلام لا يرده فان امكنه ان يرده على اصحابه فعل و الا كان في يده بمنزلة اللقطة يصيبها فيعرفها حولا فان اصاب صاحبها ردها عليه و الا تصدق بها فان جاء طالبها بعد ذلك خير له بين الاجر و الغرم الحديث و نحوها غيرها .

الثانية ما يدل على جواز التملك . كخبر (٢) داود بن سرحان . الذي ليس في سنده من يتوقف فيه سوى سهل والامر فيه سهل لانه يعتمد على خبره عن الصادق عليه السلام في اللقطة يعرفها سنة ثم هي كسائر ماله . وخبر (٣) حنان عنه عليه السلام عن اللقطة تعرفها سنة فان وجدت صاحبها والافانت احق بها وقال هي كسبيل مالك وقال خير له اذا جاءك بعد سنة بين اجرها وبين ان تغرمها له اذا كنت اكلتها وفي نقل اخر . فانت املك بها . بدل احق بها . وصحيح (٤) على بن مهزيار . فالغنائم والفوائد يرحمك الله فهي الغنيمة يغمها المرأ أو الفائدة يفيدها أو الجائزة من الانسان للانسان التي لها خطر الى ان قال ومثل مال يؤخذ ولا يعرف له صاحب . وصحيح (٥) ابي بصير عن الباقر عليه السلام من وجد شيئا فهو له فليتمتع به حتى ياتي به طالبه . ونحوها غيرها .

الثالثة ما يدل على جواز الحفظ . كصحيح (٦) على بن جعفر عن اخيه عليه السلام عن الرجل يصيب اللقطة دراهم او ثوبا اودابة كيف يصنع قال يعرفها سنة فان لم يعرف صاحبها حفظها في عرض ماله حتى يجيء طالبها فيعطيه اياه وان مات اوصى بها فان اصابها شيء فهو ضامن . وصحيح (٧) محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام عن اللقطة -

(١) الوسائل باب ١٨ - من كتاب اللقطة - حديث ١

(٢-٣) الوسائل باب ٢ من كتاب اللقطة - حديث ١١-٥

(٤) الوسائل باب ٨ - من كتاب الخمس - حديث ٥

(٥) الوسائل - باب ٤ من كتاب اللقطة - حديث ٢

(٦-٧) الوسائل باب ٢ من كتاب اللقطة - حديث ١٣-١٠

لا يرفعها فان ابتليت بها فرفها سنة فان جاء طالبها والافاجعلها في عرض مالك بجري عليها ما يجري على مالك حتى يجيء لها طالب فان لم يجيء لها طالب فاوص بها في وصيتك - ونحوه صحيحه (١) الاخر عن احدهما عليه السلام بناء على ان المراد بجعلها في عرض المال حفظها فيه من غير عزل لها عنه قال المحدث الكاشاني اي في جملته وفيما بينه من غير مبالاة بترك عزلها عنه انتهى .

الرابعة ما ظاهره انها للإمام عليه السلام كخبر (٢) داود بن ابي يزيد عن الامام الصادق عليه السلام قال له رجل اني قد اصببت مالا واني قد خفت فيه على نفسي فلو اصببت صاحبه دفعته اليه وتخلصت منه فقال له ابو عبد الله عليه السلام والله ان لو اصبته كنت تدفعه اليه قال اي والله قال فانا والله ماله صاحب غيري قال فاستحلفه ان يدفعه الي من يامره قال فحلف فقال فاذهب فاقسمه في اخوانك ولك الا من مما خفت منه قال فقسمته بين اخواني .

ثم ان الجمع بين الطوائف الثلاث الاول يقتضى البناء على التخيير بين الثلاثة اي التملك - والحفظ - والتصدق - فان نصوص التملك صريحة في الجواز وعدم ازوم التصديق او الحفظ فيحمل الامر بكل منهما - مضافا الى عدم ظهوره في نفسه في التعيين على ارادة بيان احد افراد التخيير - واما الاخيرة - فالخبر ضعيف لحجبال - مع انه يحتمل فيه وجوه - منها . ما هو اساس الاستدلال وهو كونه لقطة غيره لكنه تكون له ومنها . كون ما اصابه لقطته عليه السلام فامر بالصدقة على الاخوان تبرعا - ومنها . كونه لقطة من غيره لكنه عرف انه لا وارث له فيكون المال له - ومنها غير ذلك - فلا يصح الاستدلال به للاجمال .

واما الفرع الثاني فيشهد لثبوت الضمان مع التملك - او الصدقة - النصوص المتقدمة الواردة في كل منهما - واما ثبوته مع الحفظ فيدل عليه ايضا ما تقدم من

(١) الوسائل باب ٢ من كتاب اللقطة - حديث ٣

(٢) الوسائل باب ٧ من كتاب اللقطة حديث ١

نصوصه وان كان خلاف قاعدة الامانة .. الا ان الظاهر تسالمهم على عدم الضمان معه

حكم مالو كانت اللقطة مما لا يبقى

الثالثة (ولو كانت مما لا يبقى) كالطعام والرطب الذى يفسد والبقول ونحوها

(انتفع بها بعد التقويم وضمن القيمة او يدفعها الى الحاكم فلا ضمان)
 بلا خلاف فى شىء من تلكم فها هنا احكام - ا - ان له الانتفاع بها بعد التقويم - ويشهد به قوى (١) السكونى عن ابى عبدالله عليه السلام ان امير المؤمنين عليه السلام سئل عن سفرة وجدت فى الطريق مطروحة كثير لحمها وخبزها وجبنها وبيضها وفيها سكين فقال امير المؤمنين عليه السلام يقوم ما فيها ثم يؤكل لانه يفسد وليس له بقاء فان جاء طالبها غرموا له الثمن ف قيل يا امير المؤمنين لا يدرى سفرة مسلم او سفرة مجوسى فقال (ع) هم فى سعة حتى يعلموا - ومرسل (٢) الصدوق عنه (ع) وان وجدت طعاما فى مفازة فقومه على نفسك اصاحبه ثم كله - وهل له ان يبيعها من غيره كما عن المصنف والكركى و ثانى الشهيدين وغيرهم بل عن التذكرة الاجماع عليه - ام لا يجوز ذلك - وجهان مبنيان على ان ما هو ظاهر الخبر الاول وصريح الثانى من انه يقوم على نفسه اريد به المثل والافمن المقطوع به عدم الفرق بين تقويمها على نفسه او على الغير - اوله خصوصية فلا موجب لرفع اليد عن اصاله عدم جواز بيع مال الغير - والاظهر هو الاول لما مر ولعموم التعليل ويؤيده ما دل على جواز بيع الجارية لمن التقطها بما ينفق عليها - وعلى هذا فلا يحتاج الى اذن الحاكم .

٢ - ان له ان يدفعها الى الحاكم - وجهه ان الحاكم ولي الغيب من جهة ان حفظ مال الغائب والتصرف فيه بما فيه صلاحه من وظائف حكام الجور وقد

(١) الوسائل باب ٢٣ - من كتاب اللقطة - حديث ١

(٢) الوسائل باب ٢ من كتاب اللقطة حديث ٩

دل(١) الدليل على ان جميع ما هو من وظائفهم ثابتة للحاكم الشرعى كما مروسياتى مفصلا ولا ينافيه الخبران - لان الامر فيهما لوروده مورد توهم الحظر لا يدل على ازيد من الجواز .

٣ - انه لو قومها على نفسه ضمن قيمتها - ويشهد به مضافا الى عدم الخلاف فيه الخبران المتقدمان .

٤ - انه لو دفعها الى الحاكم فلا ضمان ووجهه ان الدفع الى الحاكم من قبيل الدفع الى المالك نفسه لانه وليه فلا وجه للضمان بعد ذلك وهل يجب التعريف كما صرح به المصنف ره والشهيد الثانى وهو ظاهر الاصحاب كما فى الجواهر - ام لا يجب كما عن بعض الاجلة وجهان - اظهرهما الاول لاطلاق ادلة التعريف ولا ينافيه التصرف المزبور فيه قبله فيعرفه ح نفسه دون الثمن - ولو افتقر ابقاء اللقطة الى علاج كالرطب المفتقر الى التجفيف - فعن الشيخ والمصنف ره والمحقق يرفع خبرها الى الحاكم يبيع بعضا وينفقه فى اصلاح الباقي و ان رأى الحاكم الحظ فى بيعه اجمع جاز - وعن التحرير والتذكرة والدروس والمسالك التخيير بين ذلك وبين فعله وقوامه من الجواهر (اقول) اما خبر السكونى والمرسل المتقدمان فهما مختصان بغير المورد وفى الفرض لا بد من ملاحظة القواعد - فقد يقال ان مقتضى اصالة عدم جواز بيع مال الغير ان لا يجوز للملتقط - واما الحاكم فقد مر انه ولى الغائب ولكن يمكن ان يقال - انه بعد الالتقاط يكون المال امانة شرعية عنده فهو مأمور بحفظه و الفرض ان الحفظ متوقف على ذلك فيجوز وبعضه مادل(٢) على جواز بيع اللقيط فيما انفق عليه فالظاهر هو التخيير (و) الرابعة المشهور بين الاصحاب (انه يكره له اخذها بقل قيمته ويكثر نفعه) كالعصا والشظايا والوتد والحبل والعقال واشباهها - وقد مر الكلام فى ذلك وعرفت انه يكره اخذ اللقطة مطلقا - نعم فى هذه الاشياء لعلمها أكد - من جهة ورود

(١) الوسائل باب ١١ من ابواب صفات القاضى من كتاب القضاء

(٢) الوسائل - باب ٢ من كتاب اللقطة حديث ٨

النص (١) بالنهي عنه في بعضها - وان دل آخر (٢) على عدم الباس به .

حكم ما يوجد في الخبرة

الخامسة (وما يوجد في فلاة او خربة فلو واجده) بالاخلاف فيه في الجملة وان اضطربت كلماتهم في بيان موضوع الحكم بنحو يكون جامعا ومائعا - والمستند صحيح (٣) محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام عن الدار يوجد فيها الورق فقال (ع) ان كانت معمورة فيها اهلها فهي لهم وان كانت خربة قد جلا عنها اهلها فالذي وجد المال احق به - ونحوه صحيحه (٤) الاخر عن احدهما (ع) وما في الخبرين من انه ان كانت الدار معمورة فما وجد لاهلها - انما هو من جهة قاعدة اليدفان اليد على الدار اماراة ملكيتها وما فيها - ثم ان الخبرين مضافا الى انه ليس فيهما ما يشهد بانه لواجده فانهما متضمنان ان الواجد احق به - وبلائم ذلك مع ان له التملك بعد التعريف سنة وان له ولاية حفظه - يعارضهما موثق (٥) محمد بن قيس عن ابي جعفر عليه السلام قضى على (ع) في رجل وجد ورقا في خربة ان يعرفها فان وجد من يعرفها والائتماع بها - وقد جمع الاصحاب بين النصوص (تارة) بحمل الموثق على ما عليه اثر الاسلام والصحيحين على ما لا اثر عليه (واخرى) بحمل الصحيحين على ما لا مالك معروف له والموثق على ماله مالك معروف (وثالثة) بحمل الصحيحين على ما يوجد في تلك الاماكن مما هو معلوم او ظاهر في انه للعصر السالفة والموثق على الموجود فيها مما هو معلوم او ظاهر لاهل ذلك الزمان - ولكن شيئا منها ليس عرفيا - وفي المسالك اورد على الموثق بان محمد بن قيس مشترك بين الثقة والضعيف - وفيه - انه بقرينة رواية عاصم بن حميد عنه هو الثقة .

فالحق هو الجمع بتقييد اطلاق الاولين بالموثق وحمالهما على ارادة ان المال

(١-٢) الوسائل باب ١٢ - من كتاب اللقطة - حديث ٢-١

(٣-٤-٥) الوسائل باب ٥ من كتاب اللقطة حديث ١-٢-٥

لواجده بعد التعريف - كما انه قد ورد نظير ذلك في مطلق اللقطة لاحظ صحيح ابى بصير المتقدم من وجد شيئاً فهو له فليتمتع به فكما انه يحمل على ما بعد التعريف كك هذا ان الخبر ان (فالمتمتع) انه لا خصوصية للخبرة وعلى هذا - فالخبرة ان كانت بحيث يدخلها احد و لو من جهة كونها في الطريق فيعبر منها فحكمها حكم غيرها - والا فحيث لا اثر للتعريف لا محالة يكون ساقطاً فله ان يملك بمجرد الدال لئلا يتصدق به وكذا في كل مورد سقط التعريف للمعلم بعدم العثور على صاحب المال او انه لا يتمكن صاحبه من اثبات انه له اولا يعرف هو ايضاً - من جهة عدم العلامة لما وجد - فانه في جميع هذه الموارد يسقط التعريف فيرجع الى اطلاق مثل صحيح ابى بصير وغيره الدال على التملك او الصدقة .

(و) ما ذكرناه ظهر انه (لو كان) ما وجد (في مملوك عرف المالك فان عرفه فهو له) - لدلالة الصحيحين عليه مضافاً الى قاعدة اليد وموثق (١) اسحاق ايضاً شاهد به وهذا لا اشكال فيه - انما الاشكال فيما افاده بقوله (والا فلو اجد) اذ لا دليل عليه اصلاً و التمسك بفحوى ما في الصحيح الاثنى الوارد في الماخوذ من جوف الدابة - غير صحيح بل - موثق (٢) اسحاق بن عمار عن ابى ابراهيم عليه السلام عن رجل نزل في بعض بيوت مكة فوجد فيه نحو من سبعين درهما مدفونة فلم تزل معه ولم يذكرها حتى قدم الكوفة كيف يصنع قال عليه السلام يسأل عنها اهل المنزل لعلهم يعرفونها قلت فان لم يعرفوها قال يتصدق بها - يدل على الصدقة به - اللهم الا ان يقال ان الموثق في مجهول المالك لا اللقطة - وعليه - فان صدق على المال الموجود في المملوك اللقطة بصدق الضياع عن مالكه عليه بان كان المملوك فندقاً وشبهه نعين ترتيب آثار اللقطة والافهم مجهول المالك ويلحقه حكمه وهو ان يتصدق به بعد الفحص والياس عن العثور على مالكه .

والمصنف ربه بعد ما حكم بان ما وجد في مملوك عرف المالك فان عرفه فهو له والا فللموآجد قال (وكذا ما يوجد في جوف الدابة) اى يعرفه المالك او البائع وان لم يعرفه فهو للموآجد . وهذا هو المعروف بين الاصحاب وعن التذكرة نسبتها الى علمائنا . والاصل في ذلك صحيح (١) عبدالله بن جعفر كتبت الى الرجل عليه السلام أسأله عن رجل اشترى جزورا ابقرة للاضاحى فلما ذبحها وجد في جوفها صرة فيها دراهم اودنانير او جوهرة لمن يكون ذلك فوق عليه السلام عرفها البائع فان لم يكن يعرفها فالشئ لك رزقك الله اياه واطلاقه كالعبارة يقتضى عدم الفرق بين ما عليه اثر الاسلام وغيره فما عن المختلف والروضة وغيرهما من انه في الاول لقطة - غير تام .

من يصح التقاطه

السادسة - فى بيان الملتقط للمال - فالمشهور بين الاصحاب انه من له اهلية الاكتساب فلو التقطه الصبى او المجنون جاز - وعن بعضهم انه من له اهلية الحفظ - وفى الشرايع اعتبر فيه احدا الامرين - وعن بعض اعتبار الامرين معا .
توضيح ذلك ان فى اللقطة معنى الولاية و الامانة فى الابتداء بالنسبة الى حفظها وتعرفها ومعنى الاكتساب فى الانتهاء بالنسبة الى تملكها . وعليه فمنهم من غلب فيها معنى الاكتساب فمنع من التقاط من ليس له اهلية الاكتساب وان كان اهلا للحفظ و جوز التقاط من له اهلية الاكتساب فيجوز التقاط الصبى والمجنون والكافر والفاسق ولم يجوز التقاط العبد - ومنهم من عكس فجوز التقاط العبد ومنع من التقاط الصبى والمجنون ومنهم من اكتفى باحدا الامرين فجوز التقاط الصبى - ومنهم من اعتبر الامرين فلم يجوز التقاط واحد منهم (والحق) ان يقال ان اعتبار الامانة فى الملتقط وكونه اهلا للايمان لا وجه له اصلا اذ ليس فى النصوص ما يشهد بذلك - وهو وان كان امينا شرعا بمعنى ان الشارع اذن له فى الاخذ والحفظ ولكن لا يكون ذلك مقيدا بكونه محلا للامانة

فالتقاط الكافر الاهل للاكتساب لا اشكال فيه - واما العبد فلا يهمننا التعرض لحكمه واما الصبي فان اريد بجواز التقاطه جواز اخذه فهو من الواضحات ثم بعد الاخذ صدق عنوان اللقطة على ما اخذه قهرى - فيبقى احكامها - منها جواز التملك مقتضى حديث (١) رفع القلم وغيره عدم جوازه مستقلا والجواز باذن الولي وليس في نصوص اللقطة ما يشهد باعتبار الاستقلال في التملك وكذا الصدقة - واما التعريف فله حكمان احدهما الوجوب وهو مرفوع عن الصبي - والاخر شرطية للتملك او الصدقة بعد السنة وهي غير متوقفة على بلوغ الملتقط واما الحفظ فله ايضا حكمان الوجوب - وصيرورة تركه موجبا للضمان - اما الاول فهو مرفوع عن الصبي واما الثاني فقد مر في محله ان الضمان من الاحكام التي لا ترفع بحديث الرفع وبه يظهر حال المجنون - فالمتحصل مما ذكرناه انه لا ينبغي الاشكال في جواز التقاط الصبي والمجنون كالتقاط غيرهما من المكلفين غايبة الامر (يتولى الولي) الصدقة او التملك بعد (التعريف اذا التقطه الطفل او المجنون) او باذن لهما في ذلك ان كانا قائلين له بالتمييز - وهل يعتبر تولي الولي التعريف كما هو صريح المتن والشرائع والنافع وغيرهما لا - الظاهر هو الثاني فان التعريف وان كان وجوبه مرفوعا عن الصبي ولكن ليس مما يعتبر في وجوده التكليف وهو نظير الفسل الموجب لحصول الطهارة - وكك الحفظ - (ويكفى تعريف العبد في تملك المولى)

كيفية التعريف

السابعة - في كيفية التعريف لا خلاف ولا اشكال في انه يعتبر التعريف سنة كاملة وقد مر ما يشهد به واما خبر (٢) ابان اصبحت يوما ثلثين دينارا فسال ابا عبد الله عليه السلام عن ذلك فقال اين اصبته قال قلت له كنت منصرفا الى منزلي فاصبته اذ قال صرالى المكان

(١) الوسائل - باب ٤ - من ابواب مقدمة العبادات حديث - ١١ و باب ٣٦ من

ابواب القصاص في النفس حديث ٢

(٢) الوسائل باب ٢ من ابواب اللقطة حديث ٧

الذى اصبحت فيه فعرفه فان جاء طالبه بعد ثلاثة ايام فاعطه اياه والاتصدق به فمطروح
أو محمول على غير الملقطة أو على حصول اليأس بذلك أو غير ذلك من المحامل وقدم
انه واجب وان لم ينو التملك (و) لاختلاف إضافي ان (له ان يعرف بنفسه وان يستنيب)
وفى الجواهر بل الاجماع بقسميه عليه وفى المسالك لما كان الغرض من التعريف
اظهار اللقطة و اشاعة خبرها ليظهر مالکها لم يتعلق غرض الشارع فيه بمباشر معين
فيجوز ان يتولاه الملتقط ومن ينوب عنه من غلام وولد ومن يستعير به و من يستاجر
عليه وهو موضع وفاق - فالمستند فى مقابل ظهور النصوص فى اعتبار المباشرة كما فى
ساير التكاليف - الاجماع - و السيرة - ومناسبة الحكم الموضوع التى هى قرينة على
ارادة الاعم .

وفى المتن (ولا يشترط فيه التوالى) وقريب من هذه العبارة ما عن الشيخ وفى الشرايع
وعن غيرهم - والمراد به ان كان عدم اعتبار استيعاب الحول بالتعريف فهو اجماعى ويشهد
به صدق التعريف سنة بدونه وان كان المراد به ما صرح به جماعة منهم الشهيد
الثانى من عدم اعتبار توالى الشهور بان يجوز له ان يعرف شهرين ويترك شهرين
وهكذا حتى يتم له اثنتى عشر شهرا - وعن التذكرة تشبيهه بما لو نذر صوم سنة فانه يجوز
له التوالى والتفريق - ففيه انه ان لم يكن اجماع يشكل ذلك فان المناسق من الامر
بالعمل المستمر فى قطعة من الزمان اعتبار التوالى فيه (ثم انه) لابد فى الضابط
فى تعريف السنة من الرجوع الى العرف كما هو الشأن فى كل عنوان اخذ فى الموضوع
ولم يبينه الشارع - وفى المسالك وقد اعتبر العلماء فيه ان يقع على وجه لا ينسى ان
الثانى تكرار لما مضى ويتحقق ذلك بالتعريف فى الابتداء فى كل يوم مرة او مرتين
ثم فى كل اسبوع ثم فى كل شهر كك ونحوه عن القواعد وغيرها - ثم لا بدوان يقع التعريف
فى وقت اجتماع الناس وبروزهم كالغدوات والعشيات وما شاكل وذلك مضافا الى وضوحه
حيث ان التعريف انما هو ليطلع صاحبه فلا بدوان يكون ذلك بمجمع من الناس - يشهد

به جملة من النصوص- ففي خبر (١) ابي خديجة فانه ينبغي ان يعرفها سنة في مجمع
و في خبر (٢) سعيد بن عمرو الجعفي - اتق الله عز وجل وعرفه في المشاهد - و
نحوهما غير هما -

لاتدفع اللقطة بدون البينة

الثامنة المشهورة انه لاتدفع اللقطة الى مدعيها- الا بما ثبت دعواه (ولا يكفي الوصف
اجمعا اذا لم يورث ظنا) بل لابد من البينة) على القول بعدم حجية خبر الواحد
العادل في الموضوعات لان الملتقط مكلف بايصاله الى مالكة ولا يثبت ذلك بدعواه
المالكية - وحق القول في المقام انه تارة نقول بان الاصل سماع دعوى كل مدع لامعارض
له كما يشهد به حديث (٣) الكيس - وخبر (٤) الطير - وغيرهما مما سيأتي في كتاب القضاء
من غير فرق بين كون المال تحت يده من هو مامور بايصاله الى مالكو وغيره - فلا بد في المقام
من البناء على الرد على مدعيها وان لم يات بالبينة ولم يكن له شاهد بل بمجرد عدم كونهما
يرد اليه (فان قيل) ان الاصحاب مجمعون على انها لاتدفع اليه بمجرد دعواه (فلنا) كلا فان
الاكثر صرحوا بان التوصيف المفيد للظن سيما في الاموال الباطنة كالذهب والفضة يكون
كافيا - واخرى لانقول بذلك - فان كان المدعى الواصف به ثقة تدفع اليه لحجية
خبر الواحد الثقة في الموضوعات - وانما لا يكون حجة في خصوص باب الخصومات
والقضاة - وان لم يكن ثقة فان اوجب توصيفه العلم او الاطمينان تدفع اليه وخبر (٥)
سعيد بن عمر الجعفي الطويل المتضمن تقرير مولينا الصادق عليه السلام ملتقط الدلائل

(١) الوسائل باب ٢٠ من كتاب اللقطة حديث ١

(٢) الوسائل باب ٦ - من كتاب اللقطة حديث ١

(٣) الوسائل باب ١٦ من ابواب كيفية الحكم من كتاب القضاء حديث ١

(٤) الوسائل باب ١٥ من كتاب اللقطة حديث ٢

(٥) الوسائل باب ٦ من كتاب اللقطة حديث ١

الدافع لها الى من وصفها من دون بينة على ذلك - والنسبوى (١) الذى امر فيه بحفظ عفاصها ووكاها وعددها شاهد ان به - و ان لم يوجب الاطمينان فلا تدفع اليه وان اوجب التوصيف الظن لانه لا يغنى من الحق شيئا (ودعوى) ان مناط اغلب الشرعيات الظن فيلحق المقام به الحاقاله بالاعم الاغلب - وايضا انه يتعذر اقامة البينة فى الاغلب فلولا له لزم عدم وصولها الى مالكها كما فى الرياض (مندفعة) بان مناط اكثر الشرعيات الظنون الخاصة لا مطلق الظن - ومجرد تعذر اقامة البينة لا يكفى فى الحكم بحجية الظن الحاصل من التوصيف ما لا تتم مقدمات الانسداد التى منها العلم بان الشارع الاقدس لا يرضى بعدم وصولها الى مالكها حتى فى حال عدم العلم بكونه مالكا وهو كما ترى - وبما ذكرناه يظهر ما فى كلمات القوم فى المقام .

التاسعة والملتقط أمين لا يضمن فى الحول وبعده لقطعة ولا لقيطا ولا ضالة مالم يفرط او يتعدى بالاخلاف فى شىء من تلكم - وقد تقدم مدرك ذلك كله فى المباحث المتقدمة العاشرة ما وجدته فى داره او فى صندوقه - فان كان يشاركه فى التصرف فيهما غيره فهو لقطعة - والا فهو له بالاخلاف - ويشهد لهما صحيح (٢) جميل بن صالح قلت لابي عبد الله (ع) رجل وجد فى منزله دينارا قال **يُدْخِلُ** يدخل منزله غيره قلت نعم كثير - قال **يُدْخِلُ** هذه لقطعة قلت فرجل وجد فى صندوقه دينارا قال **يُدْخِلُ** يدخل احديده فى صندوقه او يضع فيه شيئا قلت لا قال (ع) فهو له - وهذا الخبر يدل على ما اخترناه من ان يد الانسان نفسه امانة على الملكية - فانه مع مشاركة غيره لا يكون تحت يده مستقلا - ومع الانحصار يكون تحت يده كما هو واضح .

الفصل العاشر فى الغصب

(وهو حرام عقلا) و شرعا - لان غصب مال الغير ظلم و قبح الظلم عقلى -

(١) التذكرة ج ٢ ص ٦٢٤

(٢) الوسائل باب ٣ من كتاب اللقطة حديث ٢

وبالملازمة بين الحكم العقلي بمعنى درك القبح و الحكم الشرعي يستفاد حرمة شرعا وهذا هو مراده من الحرمة العقلية والافمن الواضح ان العقل ليس مشرعا كي يحكم بالجرمة - فان شأن القوة العاقلة الدرك لا التشريع - وللايات الكريمة والنصوص المتواترة الدالة على حرمة الظلم - والنصوص الكثيرة الدالة على حرمة الغصب خاصة وسيأتي طرف منها - وعلى الجملة فحرمة الغصب من الضروريات لا تحتاج الى اقامة الدليل عليها (ويتحقق بالاستيلاء على مال الغير ظلما وان كان عقارا) كما عن الأكثر - ويوافق ذلك ما صرح به اهل اللغة من ان الغصب اخذ الشيء ظلما فان المراد بالخذ ليس هو القبض بالجاذبة بل المراد به الاستيلاء على الشيء - وحيث ان اكثر احكام هذا الفصل غير معلقة على عنوان الغصب فلا يهم اطالة البحث في ذلك والاولى صرف عنان الكلام الى تلكم الاحكام - وتنقيح القول فيها في طي مسائل .

حرمة التصرف في مال الغير بلا رضا صاحبه

الاولى لا اشكال في انه يحرم التصرف في مال الغير من دون رضاه - و يشهد به قوله عجل الله فرجه في خبر (١) الاحتجاج لا يحل لاحد ان يتصرف في مال غيره بغير اذنه - وقول الامام الصادق عليه السلام في موقوف (٢) سماعة فانه لا يحل دم امرؤ مسلم ولا ماله الا بطيبة نفس منه - وقوله عليه السلام في خبر (٣) تحف العقول ولا يحل لمؤمن مال اخيه الا عن طيب نفس منه - وقوله عليه السلام في خبر (٤) غوالي المثلالي المسلم اخو المسلم لا يحل ماله الا عن طيب نفسه - وقول الامام الرضا عليه السلام في خبر (٥) محمد بن زيد الطبري في جواب السؤال عن الاذن في الخمس كتبه اليه - لا يحل مال الا من وجه احله الله

(١) الاحتجاج ص ٢٦٧ عن الاسدي العمري عنه (ع) والوسائل باب ٣ من الانفال حديث ٦

(٢-٣) الوسائل باب ٣ من ابواب مكان المصلى حديث ١-٣

(٤) المستدرک ج ١ - ص ٢١٢

(٥) فروع الكافي ج ١ - ص ٤٢٦ - الوسائل باب ٤ من الانفال حديث ٢

تعالى فإن الحل هو الاطلاق والارسال واذا اسند ذلك الى الاعيان الخارجية كما في الروايات يراد به الترخيص في الفعل وحيث لا معنى لحلية تكلم الاباء بما يناسبها وفي المقام المناسب هو التصرف كما صرح به في التوقيع الشريف فالمراد من الروايات ان الشارع الاقدس لم يرخص في التصرف في مال امرؤ الا بطيب نفسه - فلا اشكال في حرمة التصرف فيه من دون رضا صاحبه نعم لادليل على حرمة الانتفاع ما لم يعد تصرفا بل الظاهر جوازه كما في الاستئذنة بنور الغير - والمتبع في صدق التصرف هو العرف .

في الضمان واسبابه

الثانية (ويضمن ؛) مجرد (الاستقلال) بالعقار بآثبات اليد عليها والاستيلاء عليها وتسليم مفاتيحها من دون ان يزج المالك ويخرجه منها - وذلك لحديث (١) على اليد ما أخذت حتى تؤدي وهو وان كان ضعيف السند الا انه لاعتماد الاصحاب عليه واستدلالهم به لامحال للمناقشة في سنده - وانما المهم دفع ما اورد على الاستدلال به - وهو ان كلمة (على) ظاهرة في الحكم التكليفي من جهة ان ظاهرها الاستعلاء والاستعلاء المعقول الحاصل في التكليف اقرب الى المعنى الحقيقي مما يتصور بالنسبة الى الوضع - ويمكن الجواب عنه بوجوه (منها) ان حمله على ارادة التكليف منه مستلزم لجعل الظرف لغوا او بقدر يجب ونحوه بخلاف ما لو حمل الحديث على الوضع كما لا يخفى وهو خلاف الظاهر (ومنها) انه يستدعي تقدير فعل من الافعال من قبيل رده واحفظه وهذا التقدير ايضا خلاف الظاهر (ومنها) ان تقدير الرد ليبدل الحديث على وجوب رد المال الى صاحبه لا يناسب الغاية - اذ يكون مفاده ح انه يجب الرد الى ان يتحقق الرد فتكون الغاية تحديد الموضوع وهو بعيد في الغاية ولا يناسب ايضا ارادة دفع البذل اذ مع امكان الغاية لا يجب دفع البذل - ومع عدم امكانها لا غاية كي يفى بها فالمتعين

حمل الحديث على الوضع .

ثم الوضع المراد من الحديث هل هو بمعنى الضمان بالقوة وهو كون دركه عليه مع تلفه كما هو المنسوب الى المشهور ام هو بمعنى دخول الماخوذ في العهدة - والعهدة آثار تكليفية ووضعية من حفظه وادائه مع التمكن واداء بدله لو تلف كما اختاره بعض مشايخنا العظام و جهان (اقواهما) الثانى لان ما قبل الغاية من جهة كونه مغيا بالاداء لا بد وان يكون امرا ثابتا فعليا متمرا الى ان يتحقق الاداء وهذا ينطبق على الوجه الثانى واما على الاول فلا امر مستمر الى حال الاداء مالم يتلف .

ثم انه قد يقال ان الحديث مختص بالاستيلاء على الاعيان و لا يشمل الاستيلاء على المنافع والاعمال - وحيث انه يترتب على ذلك آثار مهمة فى المسائل الآتية فلا بد من تنقيحه - وقيل فى وجه الاختصاص امران (احدهما) ما افاده الشيخ الاعظم ره وهو عدم صدق الاخذ بالاضافة الى المنافع (و فيه) انه ليس المراد بالاخذ الاخذ بالجارحة الخاصة بل الاخذ كناية عن الاستيلاء على الشيء والتعبير عنه بالاخذ باليد من جهة كونه لازما غالبيا له والاخذ بهذا المعنى يصدق بالاضافة الى المنافع ان الاستيلاء على المنفعة انما يتحقق بالاستيلاء على العين وان لم يستوف المنفعة ولم تكن العين مضمونة فان المنفعة عبارة عن الحيثية القائمة بالعين الموجودة بوجودها على نحو وجود المقبول بوجود القابل - فمنفعة الدابة قابليتها للركوب ومنفعة الدار قابليتها لان يسكن فيها وهذه القابلية من مراتب وجود العين والاستيلاء على العين استيلاء عليها بجميع شئونها و مراتب وجودها ومنها القابلية للانتفاع (ثانيهما) ما افاده المحقق الاصفهاني ره وهو عدم صدق التادية فى المنافع فان ظاهر قوله حتى تؤدي كون عهدة الماخوذ مغية باداء نفس الماخوذ والمنافع لتدرجها فى الوجود لا اداء لها بعد اخذها فى حد ذاتها (وفيه) ان الغاية فى الخبر ليس اداء شخص ما اخذ والا بقى الضمان فى صورة التلف واداء العوض اعدم تحقق اداء الشخص - بل المراد منها اعم من اداء الشخص واداء العوض غاية الامر بنحو الطولية فانما كانت العين موجودة لا يرتفع الضمان الابداء شخصها و فى صورة التلف يرتفع باداء عوضها - والمنافع وان لم يمكن ردها - الا انه يمكن رد عوضها - هذا كله مضافا الى

انه يمكن ان يقال انه وان سلم اختصاص النبوى بالاعيان و عدم شموله للمنافع الا ان الاستيلاء على العين واخذها له احكام ومنها ضمان منافعها - فالمتحصل - ان الحديث يدل على ثبوت الضمان بمجرد الاستيلاء على مال الغير عينا ومنفعة.

حكم مالو سكن الدار مع المالك

(ولو سكن الدار قهر امع المالك ضمن النصف) كما عن الشيخ وجماعة ونسبه

فى المسالك الى الاكثر - وذهب المحقق فى الشرايع الى عدم ضمان الاصل وان قال بعد نقل فتوى الشيخ وفيه تردد - وفى النافع ففى الضمان قولان قال فى الرياض مبنيان على الاختلاف فى تعريف الغصب بان المعتبر فيه الاستقلال فلا يضمن او الاستيلاء فيضمن .

والتحقيق ان يقال ان فى المقام مسألتين - احدهما ضمان الاصل - الثانية ضمان المنفعة المستوفاة اما الاولى فقد عرفت ان عمدة وجه الضمان فى موارد الغصب انما هو النبوى على اليد ما اخذت - وعرفت ان اليد كناية عن الاستيلاء وهو كما يكون بالاستيلاء على تمام الدار مستقلا كك يكون بالاستيلاء على النصف - ولذلك لاشبهة فى ان يد الشخص على نصف الدار امانة للملكية اى ملكية النصف كما ان اليد على التمام امانة ملكية الجميع - وبالجمله صدق اليد على النصف كصدقها على الجميع لا ينكر - فهو يدل على الضمان صدق عنوان الغصب ام لم يصدق - مع انه قد عرفت ان حقيقة الغصب ايضا هى الاستيلاء بلا اعتبار الاستقلال فيه - فعلى ذلك لا يبقى شك فى ضمان الاصل - ثم على تقدير الضمان انما يضمن بمقدار ما يكون الدار تحت يده فلو كان يده على النصف ضمن النصف ولو كان على الثلث كما لو كان المالك اثنين ساكنين فى الدار وسكن الغاصب معهما قهرا ضمن الثلث - وكذا لو كان على الربع كما لو كان المالك ثلاثا ضمن الربع وهكذا فاطلاق المتن وعبائر الجماعة بانه يضمن النصف منزلا على ما هو المفروض فى كلماتهم من كون المالك واحدا -

ضمان المنفعة المستوفاة

واما المسألة الثانية - فالكلام فيها في موردين الاول في الدليل على الضمان الثاني فيما استدل به على عدم الضمان .

اما الاول - فيمكن ان يستدل به بوجوه - ١ - عموم على اليد - بناء على ما تقدم من ان اليد على المنافع انما تكون بتبعية اليد على الاعيان - وان الحديث يدل على الضمان - ٢ - الرواية (١) الشريفة الواردة في الامة المبتاعة اذا وجدت مسروقة بعد ان اولدها المشتري الدالة على انه ياخذ الرجل ولده بالقيمة و ياخذ الجارية صاحبها بتقريب انها تدل على ضمان المنفعة التي لم يستوفها المشتري فتدل بالاولوية على ضمان المستوفاة - ٣ - صحيح (٢) ابي ولاد الا اني الدال على ضمان منفعة المغصوب المستوفاة - قال (ع) ارى له عليك مثل كراء البغل ذاهبا من الكوفة الى النيل ومثل كراء البغل من النيل الى بغداد ومثل كراء البغل من بغداد الى الكوفة وتوفيه اياه - ٤ - قاعدة من اتلف الاستفادة من النصوص الواردة في موارد خاصة - جملة منها واردة في موارد العقود الاستيمانية كالوكالة والمضاربة والرهن وغيرها - فانه حكم فيها بالضمان مع التعدي والتفريط - وجملة منها في غيرها - مثل ماورد (٣) في القصار يخرق الثوب الدال على انه ضامن بما جنت به يده وغيره (ودعوى) عدم صدق المال على المنفعة (مندفعة) بما امر من ان المالية لا تكون من المقولات الخارجية بل هي متقومة برغبة الناس في الشيء رغبة عقلائية ولذا يكون الكلى في الذمة مالا - وعمل العبد مالا - وكذا عمل الحر بعد وقوع المعاوضة عليه - واما قاعده احترام مال المسلم - ونفى الضرر فسيمر عليك في بعض المباحث الاتية انه لا يصح الاستدلال بهما على الضمان .

(١) الوسائل - باب ٨٨ - من ابواب نكاح العبيد والاماء حديث ٣

(٢) الوسائل باب ٧ من كتاب الغصب حديث ١

(٣) الوسائل - باب ٢٩ من الاجارة

و اما الثانى فقد استدل على عدم الضمان بوجوده ١- النبوى (١) المرسل الخراج بالضمان - بتقريب انه يدل على ان من ضمن شيئاً وتقبله لنفسه فخرجه اى منافعه له مجاناً (اقول) تنقيح القول فى النبوى بعد تسليم قوة سند عمل قداماء اصحابنا به مع انه محل نظر فانه وان استدل به شيخ الطائفة فى جملة من الموارد فى محكى مبسوطه والمصنف ره فى باب الغصب من التذكرة الى ان هذا المقدار لا يكفى فى جبر ضعف السند - وبعد تسليم ان ما ذكره المصنف من اختصاص النبوى بالبيع - انما هو اجتهاد منه فى تطبيقه على البيع - ان فيه احتمالات (احدها) ان المراد بالضمان المعنى الاسم المصدري وكونه بمعنى التعهد المالى فيكون مفاد الخبر ان المنافع لمن هو ضامن للعين و ان كان ضمانه قهر اعليه كما فهمه ابو حنيفة (ثانيهما) ان المراد بالضمان هو المعنى المصدري اى احداث الضمان امضاء الشارع ام لا فيكون مفاده ان المنافع لمن اقدم على الضمان فيشمل العقود المعارضة صحيحة كانت ام فاسدة ولا يشمل موارد عدم اقدام الشخص على الضمان كما فى الغصب وهو الذى فهمه ابو حمزة وجعله مدركا لعدم ضمان المنافع فى المقبوض بالعقد الفاسد (ثالثها) ان المراد بالضمان المعنى المصدري مع امضاء الشارع له فيختص الخبر بالعقود المعاوضة الصحيحة - و الظاهر انه الذى فهمه المشهور منه (رابعها) ان المراد به كون تلف العين مملوكة للشخص يعنى ان المنافع تكون لمن كانت العين ملكه بحيث لو تلفت تلفت من ملكه و هو الذى فهمه شيخ الطائفة من الخبر فيكون مفاده تبعية ملكية المنافع لملكية العين فيكون اجنبيا عن المقام (خامسها) ان المراد بالضمان احد المعان الثلاثة الاول و لكن مع كون المراد به ضمان المنفعة لا العين فيكون مفاده ان المنافع تملك بالملك للعين فيدل على صحة الاجارة (سادسها) ان المراد به ضمان الارض والمراد بالخراج الضريبة المعينة للاراضى الخراجية فيكون مفاده

(١) راجع صحيح الترمذى ج ٥ ص ٢٨٥ - وسنن ابى داود ج ٢ ص ٢٥٥ - وغيرهما

ان الخراج يثبت في عهدة ضامن الارض ومتقبلها (سابعها) ان المراد به ضمان التكفل فيكون مفاد الخبر ان فائدة العين انما تكون بازاء دخول العين في كفالة مال كها بحيث لو كان حيوانا لكان عليه نفقته وحفظه واصلاحه .

اما الاحتمال الاخير فيدفعه ان ملكية المنفعة انما تكون تابعة لملك العين لا لكونها في كفالته - مع - انه يختص الخبر بالحيوان ولا يشمل غيره (واما) الاحتمال السادس فهو خلاف اطلاقه - فان حذف المتعلق يفيد العموم (واما) الاحتمال الاول فيدفعه صحيح ابي ولاد الدال على ضمان المنافع زيادة على ضمان العين - واما الثاني فيدفعه انه مع عدم امضاء الشارع لا تحقق حقيقة لاحداث الضمان - مع انه يلزم منه ح ضمان المالك للمنافع بعد العقد الفاسد قبل التسليم - اضاف اليه ان لازمه انه لو ضمن بشيء في ضمن عقد صحيح كونه مالكا لمنافعه - واما الرابع فيدفعه ان المراد بالضمان هو ما يراد به في سائر موارد استعماله بل سائر موارد استعمال مشتقاته وهو التعهد المالي ففي العقود الصحيحة يكون هذا المعنى اى تعهد كل منهما مال صاحبه بتسبب من المتعاقدين مع امضاء الشارع وفي العقود الفاسدة يكون ذلك بجعل من الشارع - وتمام الكلام في محله - فيدور الامر بين الثالث والخامس - والاطهر هو الاول منهما فان ظاهر القضية ان المنفعة انما تترتب على الضمان ترتب العلة الغائية لشيء عليه التي هي الداعية اليه ومعلوم ان الداعي للاقدام على الضمان في العقود المعاوضة هي المنافع (فالمتحصل) انه لا يدل على عدم الضمان في ما هو محل البحث - ومع الانماض عما ذكرناه لاجمال الخبر لا يستند اليه في الحكم بعدم الضمان - فالمنفعة المستوفاة مضمونة .

(و) بما ذكرناه ظهر انه (لو غصب الحامل ضمن الحمل) ليد عليه بتبع اليد على الحامل - وللخبر المتقدم .

منع المالك من اخذ ماله

الثالثة (ولو منع المالك من امساك الدابة المرسلة - او من القعود على بساطه

لم يضمن) كما صرح به جماعة - وتنقيح القول في المقام يقتضى بيان امور (منها) ان عمل الحر مال اذا المالية من الامور الاعتبارية و تعتبر للشيء من جهة كونه مما يرغب ويميل اليه النوع او ان نظام الاجتماع يتوقف عليه - ومن المعلوم ان عمل الحر مال بهذا المعنى - غاية الامر لا يكون ملكا للعامل ولا لغيره الا بوقوع المعاوضة عليه فح يصير ملكا لمن جعل له (ومن هنا) ان الضمان لا بد وان يكون لليد - او الاتلاف او الاستيفاء ومع عدم هذه الاسباب لاضمان.

و اما قاعدة لا ضرر التي يستدل بها في هذه المقامات كثير للضمان - فهي لا تصلح لاثباته فان غاية ما يمكن ان يقال في تقريب الاستدلال بها ان حكم الشارع بعدم الضمان ضررى على المالك او على من منع من العمل فينتفى بحديث (١) نفى الضرر فيحكم بالاضمان (اقول) بعد تسليم مبنيين اللذين عليهما بنى الشيخ الاعظم في محله - وهما اساس الاستدلال في المقام (احدها) ان المنفى بحديث لا ضرر ليس خصوص الاحكام الوجودية المجعولة بل كل ما هو من الاسلام وجوديا كان او عدميا (ثانيهما) ان مدلول الحديث نفى الحكم الناشى من قبله الضرر كان الضرر ناشئا من متعلقه ام كان ناشئا من نفسه كلزوم البيع الغبنى - انه لا يصح الاستدلال بالقاعدة في المقام من جهة ان حديث لا ضرر انما يدل على نفى الحكم الناشى - من قبله الضرر وان الضرر يكون منفيا في عالم التشريع ولا يدل على تدارك الضرر المتحقق من غير جهة الحكم الشرعى فلو تضرر احد في تجارته مثلا لا يجب على المسلمين تدارك ضرره و هذا من الواضح بمكان - وفي المقام اذا حكم الشارع بالاضمان فانما يكون من جهة لزوم تدارك الضرر المفروض وجوده بالتلف لا من جهة نفى الضرر فالحديث لا يثبت ذلك - مع ان الحديث لو كان مثبتا للزوم التدارك لما كان وجه للزوم التدارك على شخص خاص لو لم ينتفع به ولا تلفه فليكن سد ضرره من بيت المال - فالانصاف ان قاعدة نفى الضرر لا تنفى باثبات المطلب .

قاعدة الاحترام

و منها انه قد يستدل على الضمان في هذا الباب بقاعدة احترام مال المسلم
الثابتة بمادل (١) على انه لا يحل مال امرأ مسلم الا بطيب نفسه - وقوله (٢) (ص) حرمة ماله
كحرمة دمه وقوله **لا يسلح** (٣) لا يصلح ذهاب حق احد -

تقريب دلالة الاول على الضمان ان الحلال هو ما لا تبعة له فاذا نسب الى الفعل
كان معناه انه لا يعاقب عليه فيستفاد منه الحلية التكليفية - و اذا نسب الى المال
كما في المقام كان معناه مالا خسارة من قبله فمعنى لا يحل في المقام انه مع عدم
رضا المالك يكون المال ماله تبعة وخسارة وعوض (وفيه) اولا ان ظاهر هذا التركيب
في نفسه ارادة الحكم التكليفي ويقدر التصرف كما مرفى المسألة الاولى - و ثانيا
ان حمل الحلية على الوضعية لا يلائم مع حرف المجاوزة في قوله الاعن طيب نفسه
فان ظاهره صدور شيء عن الطيب فيكون ظاهره حلية التصرف عن الرضا - مع انه
لو تم دلالة على الضمان يكون مختصا بالمنافع المستوفاة ولا يدل على الضمان في
المنافع غير المستوفاة والعمل.

واما حديث حرمة ماله كحرمة دمه فتقريب الاستدلال به ان الحرمة انما نسبت
الى المال وظاهر ذلك ارادة احترام المال من حيث انه مال واحترامه كك انما يكون
بالمعاملة معه معاملة ماله مالية يتداركها فعدم تدارك ماليته معناه معاملة الهدر
معه فرايته مالىته اورد وعوضه لو تلف (وفيه) اولا ان ظاهره ولو بقرينة السياق ارادة
الحرمة التكليفية منه فان قبله هكذا سباب المؤمن فسوق وقتاله كفر واكل لحمه معصية

(١) الوسائل باب ٣ من ابواب مكان المصلى حديث ١ - ٣٠ - المستدرک ج ١ - ص ٢١٢

والوسائل باب ١ من ابواب القصاص في النفس حديث ٣

(٢) الوسائل باب ٣ - من ابواب القصاص في النفس حديث ٣

(٣) الوسائل باب ٤٠ من ابواب الشهادات حديث ١٠٩

فيكون المراد من حرمة ماله بواسطة تنظيره بحرمة دمه شدة العقوبة المعبر عنها بالكفر ٥
وثانياً انه لا يشمل المنافع غير المستوفاة والعمل غير العائد نفعه اليه - وثالثاً ان الظاهر
منه من جهة اضافة المال الى المؤمن ارادة رعاية ماله كميته وهي لا تقتضي ازيد من عدم
التصرف فيه بل ارضاء لاتداركه لو تلف .

واما حديث لا يصلح ذهاب حق احد فلا يدل على الضمان لان الكلام انما هو في
نبوت الحق في المقام والحكم لا يصلح لاثبات موضوعه (فالمستحصل) ان قاعدة الاحترام
ايضاً لا تثبت الضمان:

ومنها - ان الاتلاف المضمن اعم من اعدام الموجود و المنع من الوجود
اذا عرفت هذه الامور فاعلم انه في الفرع الاول يمكن القول بالضمان اى ضمان
الاصل لو تلفت الدابة - وضمان منفعتها الفاتئة - اما الاول فلانه يصدق انه بمنع المالك
من امساك الدابة اتلفها عليه - فمقتضى قاعدة الاتلاف هو الضمان - وبه يظهر وجه
ضمان منفعتها فان منع المالك من امساك الدابة كحبس العين ومنع مالكها عن الانتفاع بها
اتلاف لمنافعها عرفاً و ما قيل في وجه عدم ضمان المنفعة غير المستوفاة سيظهر في
بعض المباحث الآتية عدم تماميته - وان الحق ضمانها (واما في الفرع الثاني فكما افاده
الظاهر عدم الضمان لان عمل الحر ليس ملكاً له كى يشملته قاعدة من اتلف مال الغير -
والفرض انه ليس تحت اليد - ولا استوفاه - وقاعدتا لاضرر - والاحترام - لاند لان على
الضمان فلا موجب للضمان والاصل عدمه . وسياتي تمام الكلام فيه

تعاقب الايدي

الرابعة (ولو غصب) غاصب من الغاصب تخيير المالك في الاستيفاء ممن شاء

لان المال وقع تحت يد كل منهما فموجب الضمان بالنسبة الى كل منهما متحقق -
فيكون المال في عهدة كل منهما لا بمعنى انه لو تلف ثبت الضمان على كل منهما مستقلاً
توضيح ذلك انه قد عرفت ان معنى الضمان هو التعهد المالى - وان المال في غير العقود

الصحيحة من موارد الضمان يكون في عهدة من وضع يده عليه فإذا فرض تعدد الأيدي تكون العين الواحدة في عهدة كل من أصحابها . ولكن حيث أن معنى كون شيء واحد في عهدة متعددة خروج كل منهم عن عهده ومن المعلوم أن الشيء الواحد ليس له الاتدارك واحد - كان لازم ذلك تسلط المالك على مطالبة كل منهم الخروج عن عهده ومع التلف يستحق على واحد منهم البديل على البديل - فإذا استوفى العين من أحدهم سقط عهدة الباقي .

ثم إن قرار الضمان إنما يكون على من تلف المال في يده - واجمال وجهه أن الغاصب الأول وضع يده على مال الغير فنفس العين يثبت في عهده و الغاصب الثاني وضع يده على ما ثبت في عهدة الغير فهو يضمن المال المتصف بهذا الوصف ويثبت العين بهذه الخصوصية في ذمته فإذا تلف المال وادى الغاصب الأول عوضه فله أن يرجع إلى الغاصب الثاني فإن ذلك لازم ضمانه للمال الذي له بديل الذي مرجعه إلى ضمان واحد من البديل والمبديل على سبيل البديل - فعليه أن يدفع إلى الأول ويكون ما يدفعه إليه تداركا لما استقر تداركه في ذمة الأول - و به يظهر وجه عدم رجوع الثاني إلى الأول لو أدى العوض المالك وقدر تفصيل القول فيه وفي الاشكالات الواردة ونقدها والفروع المتفرعة في كتاب البيع في الجزء الثالث عشر من هذا الشرح وإنما الغرض في المقام الإشارة إلى ما هو الوجه في ذلك .

عدم ثبوت الغصب فيما ليس بمال كالحر

الخامس (و) لا يثبت الغصب في ما ليس بمال كالحر (لا يضمن الحر) بالاستيلاء عليه عينا أو منفعة لعدم صدق الغصب ولا ينطبق عليه شيء من قواعد باب الضمان - من اليد - والاتلاف - والاستيفاء كما مر - نعم لو أصابه تلف من قبل الغاصب من نحو الجنائية على نفسه أو طرفه ضمنه أجماعا كما يأتي في كتاب الديات (ثم إن) عدم الضمان في غير هذه الصورة أجماعا في الكبير مطلقا والصغير إذا كان تلفه بالموت الطبيعي - ولو كان التلف لا بسبب الغاصب ولا من قبل الله تعالى كالموت بلذع الحية أو اقتراس السبع ونحو ذلك ففيه قولان - أحدهما الضمان - واليه أشار المصنف رحمه بقوله -

(الان يكون صغيرا) وعن الشيخ في المبسوط والمصنف في المختلف والشهيد في الدروس وغيرهم في غيرها اختياره - واستدل له بأنه سبب الاتلاف وان الصغير لا يستطيع دفع المهالكات عن نفسه وعروضها - وبخبر (١) وهب عن جعفر عن أبيه عليه السلام ان عليا عليه السلام كان يقول من استعار عبدا مملوكا لقوم فعيب فهو ضامن ومن استعار حرا صغيرا فعيب ضمن بناء على ان الاستعارة اهون من الغصب - وورد على الاول في محكي التذكرة بقوله ان تعليلهم المشار اليه غير صالح للحجية وتخصيص اصالة البرائة لقطعيته - وعلى الثاني - بأنه ضعيف السند غير معمول به على اطلاقه - ولذا ذهب جماعة الى عدم اضمن (اقول) ان هذه المسألة لا بدوان تعنون في كتاب الديات في مباحث الجنائيات وغير مربوطة بمسائل الغصب لان الحر لا يتعلق به الغصب - والحق فيها انه بين اخذ الغاصب للحر كبيرا كان او صغيرا ان لم يكن فعل فاعل مختار فاصلة ضمن - والافلا ونمام الكلام موكل الى محله .

(و) كذا لا يضمن (اجرة الصانع لو منعه عنها) ان لم يكن اجيرا والا فيضمن (و) كذا يضمن (لو استعمله فعليه اجرة عمله) كما مر الكلام في جميع تلكم مفصلا في كتاب الاجارة (و) مما ذكرناه في المسائل المتقدمة ظهر انه (لو ازال القيد عن العبد المجنون او الفرس) و نحوه فشرذ (ضمن) واما (لو فتح بابا فسرق غيره المتاع) فلا اشكال في انه (يضمن السارق) انما الكلام في ضمان من فتح الباب وعدمه - فالمشهور بين الاصحاب هو الثاني وعن جماعة ضمانه - واستدل للاول باقوائية المباشر من السبب - والثاني في الرياض بحديث (٢) نفى الضرر ولكن القوة لا تدفع الضمان عن ذى السبب ان وجد ما يقتضى ضمانه - وحديث نفى الضرر قد مر عدم دلالة على الضمان (والحق) ان يقال انه حيث لا يدهننا للسبب على المال ولا استيفاء فلو كان هناك ضمان - فانما هو من جهة قاعدة الاتلاف ولا اشكال في

(١) الوسائل باب ١ من ابواب كتاب العارية حديث ١١ -

(٢) الوسائل باب ١٧ من ابواب الخيار كتاب التجارة

صدق التلف على السرقة كما يشهد به خبر (١) عقبة بن خالد في تلف المبيع قبل قبضه حيث جعل فيه سرقة المتاع من التلف - وعليه - فحيث ان الموجب للسرقة والجزاء الاخير لها هو فتح الباب اذ لو لم يفتح لما تمكن من السرقة فيصدق على فتح الباب انه ائلاف للمال فيشملة قاعدة من اتلف - وبالجمل - فتح الباب يعدر فا ائلاف للمال ان تعقبه سرقة المتاع فيوجب الضمان هذا غاية ما يمكن ان يقال في وجه الضمان ومع ذلك في النفس منه شيء - سيما وقد ادعى الاجماع على عدم الضمان في المقام في كثير من الكلمات .

ضمان الخمر و الخنزير

الخامسة - قالوا (ويضمن الخمر و الخنزير للذمي بقيمتها عندهم مع الاستقار للمسلم) و تنقيح القول في المقام بالبحث في موردين - الاول في الخمر - الثاني في الخنزير - اما الاول - فتارة نقول ان الخمر مال وتملك كما هو الحق لان لها منفعة محللة و هي جعلها خلا والانتفاع بها - و لان جواز شرب الذمي اياها منفعة محللة توجب صيرورتها مالا - ولموثق (٢) ابن ابي عمير عن جميل قال قلت لابي عبد الله عليه السلام يكون لى على الرجل الدراهم فيعطيني بها خمر ا فقال عليه السلام خذها ثم افسدها - ولا ينفيه ما دل من النصوص على عدم جواز بيعها فانه يكون الاعطاء في الخبر بعنوان اداء الدين لا بعنوان البيع فلا وجه لما في مكاسب الشيخ الاعظم من ان المراد بالخبر اما اخذ الخمر مجاناً ثم تخليها أو اخذها وتخليها للصاحب ثم اخذ الخل وفاء الدين بعد كون كل منهما خلاف الظاهر وعليه فلا اشكال في انه لو اتلفها متلف - أو تلف تحت يده العادية يكون ضامنا للعموم على اليد - وقاعدة من اتلف بعد عدم ورود مخصص عليهما بالنسبة اليها - و اخرى نقول بانها لا تملك وان غاية ما يدل عليه الوجهان الاولان كونها مالا لا ملكا والخبر

(١) الوسائل - باب ١٠ - من ابواب الخيار -

(٢) الوسائل - باب ٣١ - من ابواب الاشربة المحرمة حديث ٦

محمول على ما افاده الشيخ قده او غيره - فان بنينا على انها مال كما هو الصحيح فحيث ان الاظهر ثبوت حق الاختصاص بالنسبة اليها لمن هي تحت يده من جهة الحيازة او كون اصلها له لان عليه بناء العرف والعقلاء ولم يرد من الشارع الا قدس نهى عن ذلك بل لا يبعد دعوى سيرة المتشريعة عليه سيرة مستمرة الى زمان المعصوم عليه السلام فثبوت الضمان لا كلام فيه لعموم على اليد - وقاعدة الاتلاف - والاجماع - ولعله الى ذلك نظر الاسكافي حيث قال انه يحكم له بقيمتها خلالان له حق اليد فكان عليه الضمان - وعلى التقديرين لا فرق بين كونها للمسلم او للذمي - وثالثة نقول انها ليست بمال من جهة انه لا يجوز شرب الذمي اياها بل غاية ما ثبت بالدليل انه لو استقر بالشرب لا يحد او انه لا يكفي في انتزاع المالية ذلك ولا القابلية لان تصير خلا - فالظاهر عدم الضمان فانه بلحاظ المالية من غير فرق على هذا ايضا بين كونها للذمي او للمسلم .

واما الثاني فقد مر في الجزء الحادي عشر من هذا الشرح ان مقتضى الجمع بين النصوص (١) المختلفة الواردة في الخنزير هو جواز بيعه للذمي وعدم جواز بيع المسلم وذلك بضميمة ما مر من جواز اكل الذمي لحمه - وان له غير الا كل منافع مجللة اخروهي الا تنقاع ببجلده وشعره بل بلحمه في غير الاكل كاف في البناء على انه مال وملك سيما وقد دل الدليل (٢) على جواز بيع شعره مطلقا - و عليه - فلو اتلفه متلف او تلف تحت يده العادية يكون ضامنا - فالمتحصل - مما ذكرناه ان الاظهر هو الضمان ولو كان الخمر والخنزير للمسلم نعم لا بد من تقويمهما على الغاء جهة اكل المسلم وشربه اياهما او الغاء الجهتين مطلقا وبهذا الاعتبار ينقص قيمتها هذا ما يقتضيه القواعد فان ثبت اجماع على خلافه فهو المتبع .

وجوب رد المغصوب الى مالكة

السادسة لاختلاف (و) الاشكال في انه (يجب رد المغصوب) على مالكة مادامت

العين باقية - ويشهد به مضافا الى ما دل على وجوب رد المال الى صاحبه مطلقا -
 كمؤثق (١) سماعة عن الصادق عليه السلام عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم من كانت عنده مائة فليؤدها الى
 من ائتمنه عليها فانه لا يحل دم امرأ مسلم ولا ماله الا بطيب نفسه منه فان اطلاق
 التعليل سيما وهو مذکور لوجوب رد الامانة يشمل الامساك على مال الغير - والنصوص
 المتقدمة الدالة على عدم جواز التصرف في مال الغير ومنه الامساك والنصوص المتفرقة الواردة
 في الابواب المتفرقة في موارد الامانات المالكية والشرعية وغيرها - جملة من النصوص
 الخاصة. كخبر (٢) حماد بن عيسى عن بعض اصحابنا عن العبد الصالح عليه السلام او ذكر ما يختص
 بالامام الى ان قال وله صوافي المملوك ما كان في ايديهم على غير وجه الغصب لان الغصب
 كله مردود - وما (٣) في نهج البلاعة قال امير المؤمنين عليه السلام الحجر الغصب في الدار
 رهن على خرابها - قال الرضى - وروى (٤) هذا الكلام للنبي صلى الله عليه وآله وسلم - وخبر (٥)
 عبد العزيز بن محمد الدراوردي عن ابي عبد الله عليه السلام عن اخذ رضا بغير حقها وبني
 فيها قال عليه السلام يرفع بنائه و يسلم التربة الى صاحبها ليس لعرق ظالم حق ثم قال
 قال (٦) رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم من اخذ رضا بغير حق كلف ان يحمل ترابها الى المحشر -
 ونحوها غيرها .

ثم ان المراد بالرد في هذا الباب هو الاقباض والتسليم الى مالكه ولا يكفي
 التخلية بين المال وصاحبه كما في باب الوديعة - اذ كما ان كون المال تحت سلطنة
 الغاصب واستيلائه في غير محله فلا بد من ايصاله الى محله - كذلك كونه عنده خارجا
 يكون في غير محله فلا بد من ايصاله اليه بالا قباض وخبر عبد العزيز ايضا يشهد به
 - بل لعل الظاهر من الرد والمفهوم عرفا منه ذلك (ثم انه) يجب الرد وان تعسر
 واستلزم ذهاب مال الغاصب كالاخشبة المستدخلة في البناء واللوح والسفينة والخيطة

(١) الوسائل - باب ٣ من ابواب مكان المصلى حديث ١

(٢-٣-٤) الوسائل باب ١ - من كتاب الغصب - حديث ٣-٥ -

(٥-٦) الوسائل باب ٣ من كتاب الغصب حديث ١-٢

في الثوب وما شاكل بالاخلاف فيه لاطلاق بعض ما مر وصراحة آخر.

نعم في خصوص مالو كان المغضوب بحيث لو اريد رده ازم منه عدم بقاء القيمة والمالية له كالصبيغ اذا صبغ ثوب به والجص في البناء والخيط اذا خيط به الثوب وما شاكل اشكال واختلاف بين الاصحاب - وفيه اقوال - ١- وجوب الرد مع رد تمام القيمة اختاره في المسالك وغيرها - ٢- عدم وجوبه بل يجب رد القيمة خاصة اختاره المصنف رده ولعله المشهور - ٣- صيرورة ذلك الشيء مشتركا بين الغاصب والمغضوب منه (والاظهر) عدم وجوب الرد والاكتفاء برديله ولا يستحق المالك ذلك الشيء - وذلك اذا صبغ أو الخيط - أو الجص - بعد في هذه الموارد تالفا فيكون الغاصب ضامنا للمثل - أو القيمة ويصير ذلك ملكا للمغضوب منه بدلا عن ماله - واما المبدل منه فهو يخرج عن ملكه لوجوه - ١- ان الملكية من الاعتباريات والا اعتبارا لما يكون بلحاظ الاثر وبدونه لغو فلا يكون هناك اعتبار الملكية - ٢- ان اهل العرف يفهمون من الامر بدفع البديل حصول المعاوضة والمبادلة بين العينين وصيرورة كل منهما ملكا للآخر وبدلا منه - ٣- ان مقتضى عنوان التدارك والغرامة ذلك اذ مع حكم الشارع بتدارك ماليته بتماها بعنوان تدارك ما في العهدة وعنوان انه اداء للمتعذر لا مناص عن الالتزام بخروجه عن ملكه - وحيث ان كون المتعذر من المباحات الاصلية لم يقل به احد فلا بد من البناء على صيرورته ملكا للضامن.

و محصل الكلام ان المال المغضوب تارة لا يرد اليه نقص برده الى مالكة واخرى يلزم منه تلف مقدار من اوصافه موجب لنقص في ماليته - وثالثة يوجب تلف العين عرفا بمعنى انه لا يبقى له ماليله اذا اريد رده - اما القسم الاول فيجب رده وان تضرر الغاصب به - واما في الثاني فيجب الرد مع ضمان النقص الحاصل - واليه اشار المصنف رده بقوله (فان تعيب ضمن الارش) اما وجوب رد العين فلما مر - واما وجوب الارش فلحديث على اليد وقاعدة الاتلاف - واما في القسم الثالث - فان كان المال المغضوب بحيث لا يعد تالفا كما لو امتزجه بمساويه فسياتي حكمه عند تعرض المصنف رده له - وان كان يعد تالفا - كما في الامثلة المتقدمة فيجب رد القيمة دون العين بل

هي تصير بردا لبذل ملكا للغاصب - واما ما اشتهر من ان الغاصب يؤخذ باشق الاحوال - فلم اظفر بما يكون ما خذا صحيحا له كي يقال انه يقتضى وجوب رد العين مع رد القيمة -

بدل الحيلولة

ثم ان ههنا قسمين آخرين - احدهما - ما اذا تعذر ايصال المال الى صاحبه ولم يكن بحيث يصدق عليه التالف - فهل يلزم على الغاصب دفع البذل - وهو المسمى عندهم ببذل الحيلولة - ام لا يجب ذلك - وتنقيح القول فيه في جهات - الاولى - في الدليل على الضمان بمعنى لزوم دفع البذل - وقد استدلل له بوجوه ١ - قاعدة (١) نفى الضرر بدعوى ان صبر المالك الى حين الوصول اليه ضرر عليه فجاز له الزام الغاصب بالبذل (وفيه) ان قاعدة نفى الضرر قد مر انها لا تصلح لاثبات الضمان ٢ - قاعدة (٢) على اليد - بدعوى ان اداء العين كما يكون باداء بدلها عند تلقيها يكون باداء بدل الحيلولة (وفيه) ان مفاد حديث على اليد ان كان هو اشتغال النعمة بالقيمة عند التلف فعدم دلالة على الضمان ببذل الحيلولة واضح - وان كان مفاده بقاء العين في العهدة الى حين الخروج عنها فهو انما يدل على لزوم اداء العين مادامت موجودة وتدارك ماليتها باداء حصة مماثلة لها بعد التلف - وبعبارة اخرى - مادامت موجودة لا يكون اداء بدل الحيلولة اداء لها ولذا لا تخرج عن ملك مالكيها ولو كان ذلك اداء لها كان اللازم خروجها عن ملكه فتدبر ٣ - ان في ادائه جمعا بين الحقين بعد فرض رجوع البذل الى الضامن لو ارتفع التعذر (وفيه) ان الحق الثابت للمالك انما هو بالاضافة الى العين نفسها لا بدلها مع بقائها مع انه على فرض التنزل يمكن الجمع بين الحقين بوجه آخر وهو الزام الغاصب بالشراء بل هذا الجمع اولي كما لا يخفى ٤ - قاعدة (٣) السلطنة

(١) الوسائل - باب ١٢ من احياء الموات و باب ١٧ من ابواب الخيار

(٢) كنز العمال ج ٥ ص ٢٥٧ و سنن بيهقي ج ٦ ص ٩٠

(٣) البحار ج ١ ص ١٥٤ الطبع القديم ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث

اما بدعوى السلطنة على مطالبة العين للتوسل بها الى مطالبة البدل واخذه - اوبدعوى ان من شئون السلطنة على العين السلطنة على ماليتها - وبعبارة اخرى - للعين شئون ثلاثة - من جهة الشخصية - ومن حيث الطبيعية الموعية - ومن حيث المالية - وتعذر مطالبة الاولى لا يمنع عن مطالبة غيرها - اوبدعوى السلطنة على مطالبة السلطنة على الانتفاعات بماله (و فى الككل نظر) اما الاولى فلان السلطنة على مطالبة العين مع امكان ردها ثابتة و لازمها السعى فى ذلك بالسعى فى مقدماته لارد البدل - ومع عدم امكانه لا تكون ثابتة لعدم القدرة والامتناع بالاختيار وان كان لا ينافى الاختيار الا انه عقاباً لخطايا - و اما الثانية - فلان مالية العين القائمة بها اى تلك الحصة الخاصة من المالية يتعذر مطالبتها بتعذر مطالبة العين - والمالية القائمة ببديلها حصة اخرى من المالية ولم يثبت السلطنة على مطالبتها واما الثالثة فلان السلطنة على الانتفاعات بماله ساقطة للتعذر - ٥ - انه فوت سلطنة المالك وتلفها فيجب عليه تدارك ذلك (وفيه) انما للمالك نما هو الملك لا السلطنة بل هى من الاحكام المترتبة عليه فلا يتعلق بها الضمان ٦ - اطلاق النصوص المتقدمة (و فيد) انها ظاهرة او منصرفة الى صورة صدق التلف عرفاً - ٧ - الاجماع - وهو كما ترى - فالمتحصل انه لادليل على بدل الحيلولة كما اعترف به جمع من المحققين - نعم - بما ان الغاصب فوت منافع العين على المالك يكون ضامناً للمنافع - وقد مر ان المنافع غير المستوفاة ايضا مضمونة - لحدوث على اليد - وقاعدة الاتلاف .

مورد بدل الحيلولة

الجهة الثانية فى بيان مورد بدل الحيلولة - فاعلم انه اذا تمكن الغاصب من رد العين ولكنه لم يردها بل حال بين المال ومالكه ليس هناك بدل الحيلولة - بل يكون الغاصب مكلفاً برد العين - كما انه اذا تلفت العين او تلف جميع الانتفاعات فى جميع الازمنة خرجت بذلك عن الملكية كما لو انكسرت المرآت - وليس مورد بدل الحيلولة كما انه ليس مورد مالو تلف بعض الانتفاعات فى جميع الازمنة كما لو صار الحيوان الذى يطالب ظهره موطوئاً فانه لم يتلف منه الا الانتفاع به دائماً فى بلد الوطاء لا

في سائر البلاد (بل) موردته ما اذا تلف جميع الانتفاعات في بعض الازمنة لعدم تمكن الضامن من الرد (ثم ان) موردته ما اذا كان التعذر لعارض خارجي - واما اذا كان ذلك من جهة ان رد العين مستلزم لخروجها عن المالية كالخيط المغصوب الذي خيط به الثوب اذ قد يكون اخراجه من الثوب موجبا لتلفه - فلا يكون موردا له - وبذلك ظهر ما في استدلال صاحب الجواهر اوجوب البدل في المثال بالحيولة.

ثم انه لا يعتبر فيه سوى ما ذكر و عليه فصوره اربع - سوى الصورة الملحق فيها المال بالتلف - اذ ربما يرجى فيها التمكن من العين قريبا - وربما يرجى بعد مضي مدة طويلة - و على التقديرين اما ان يتعذر على الغاصب اعادة العين وانما يرجى ان تعود بنفسها كطائر اعتاد العود - واما ان لا يتعذر - وعلى القول بثبوت بدل الحيولة اثبت في جميع هذه الصور ولاجه لتخصيصه بما اذا كان يرجى التمكن بعد مدة طويلة - نعم - ذا كان زمان التعذر يسيرا جدا لا يكون مشمو لا ما تقدم من الادلة.

الجهة الثالثة في بيان ان التعذر الموضوع لهذا الحكم هل هو التعذر المسقط للتكليف برد العين الاعم منه ومن التعذر العرفي فيه وجهان - قد استدلل الاول - باصالة عدم تسلط المالك على ازيد من الزامه برد العين الذي كان قبل التعذر خرج عن ذلك ما اذا تعذر بالتعذر المسقط للتكليف - وبانه مع عدم التعذر المسقط يكون مكلفا برد العين ولا يجتمع التكليف برد العين والبدل - وفيهما نظر - اما الاول - فلان الادلة التي اقاموها على ثبوت بدل الحيولة مقتضى اطلاقها ثبوتها في مورد التعذر العرفي ايضا ومعه لا مورد للرجوع الى الاصل - واما الثاني - فلان مورد التكليف بالبدل زمان الاشتغال بالمقدمات ومورد التكليف برد العين هو زمان ما بعد المقدمات (ولكن) الحق في المقام هو الانفصال بين كون زمان الاشتغال بالمقدمات قصيرا جدا فلا يكون ثابتا - وبين غيره فيثبت ولا يخفى وجهه (ثم ان) في المقام جهات اخر من البحث - مثل انه هل يلزم المالك على اخذ البدل - وانه هل يصير البدل ملكا له ام هو مباح له انصرف فيه - وان العين هل تنتقل الى الغاصب ام لا - قد استوفينا البحث فيها في كتاب البيع ولا يهمنا البحث فيها بعد عدم ثبوت الاصل .

حق الاولوية

القسم الثاني - ما لو خرجت العين عن الملكية كما لو صار الخلل المغصوب خمر افقد استشكل المصنف رده في محكمى الفواعل في وجوب ردها مع القيمة - وعن الشهيد بن والمحقق الثاني رده وجوب الرد - والكلام فيما يضافى جهات - الاولى - فى بقاء حق الاولوية بعد زوال الملكية والظاهر ذلك (لألما) افاده المحقق النائيني رده من ان الحق ليس امرا مغايرا للملك بل هو من شئونه ومراتبه الضعيفة المندكة تحت القوى - لانه عبارة عن اضافة خاصة بين المستحق والمستحق عليه وهى حاصللة للمالك ومحفوظة فى جميع الحالات الواردة على الملك (فانه) يرد عليه ان الملكية والحقية - من الاعتبارات الشرعية والعرفية لامن المقولات والاعتبار لا اشتداد فيه ولا حركة - وكل من الملك والحق اعتبارى غير الاخر (ولا) لما قيل من ان حق الاولوية من آثار الملك فمع زواله غاية الامر يشك فى ارتفاعه فيستصحب (اذ) يرد عليه ان ما هو اثر الملك انما هو الحكم التكليفي من قبيل جواز التصرف فيه ونحوه وهو غير حق الاولوية (مع) ان لازم كونه اثره ارتفاعه بارتفاعه وعلى الجملة - حق الاولوية الذى هو اعتبار خاص ليس من آثار الملك (ولا) لما قيل من ان الدليل دل على ان المالك احق بماله فيستفاد من ذلك كون حق الاولوية من مقارنات الملك - ولو شك فى زواله بارتفاع الملك يستصحب ذلك (اذ) يرد عليه ان ما دل عليه الدليل اولوية المالك بالتصرف فى ماله عن غيره وهذا غير ثبوت حق الاولوية (بل) لما مر - من السيرة العقلانية وبناء العقلاء على ذلك وحيث انه لم يردع الشارع الاقدس عنه فيستكشف امضائه لذلك وبؤيده الاجماع عليه .

الجهة الثانية فى وجوب رده على القول بشئونه وعدم انتقاله الى الغاصب الظاهر ذلك اذ كما يوجب رد المملوك الى مالكه - كذلك يجب رد ما هو متعلق الحق الى ذى الحق ولو شك فى وجوب رد متعلق الحق فهل يجرى استصحاب وجوبه نظرا الى كون الملكية من الجهات التعليلية لوجوب الرد لا التقييدية - فالموضوع عند العرف يكون باقيا ام لا يجرى لكونه من الجهات التقييدية - وجهان -

أظهرهما الأول .

الجهة الثالثة - في انهم مع فرض ثبوت هذا الحق - هل يكون ذلك المالك او الغاصب - والأظهر هو الثاني لاقتضاء الغرامة ذلك ولأننا العقلاء عليه فالغاصب احق به من غيره

في المثلى والقيمي

السابعة (فان تعذر) رد المنصوب او تلف (ضمن) الغاصب (مثله) ان كان المنصوب

مثليا بالاخلاف (فان تعذر) رد المثل (فقيمة يوم المطالبة) ولو لم يكن مثليا ضمنه باعلى

القيم من حيث الغصب الى حين التلف على اشكال) وتنقيح القول في المقام بالبحث في مواضع - الاول - في تعريف المثلى والقيمي - وان لم يقع في شيء من الروايات ولا في معقد اجماع بحيث يكون من قبيل الاجماع على القاعدة - فالشهور في تفسير المثلى انه ما يتساوى اجزائه من حيث القيمة والمراد بالاجزاء - الجزئيات والافراد - والمراد بالتساوى التساوى من غير جهة الكم فمحصل المراد ان المثلى ما له مماثل في الصورة والصفات التي تختلف بها الرغبات وتفاوت به القيم واظن - ان (ما) عن التحرير من تفسيره بما تماثلت اجزائه وتقاربت صفاته (وما) عن الدروس والروضة من انه المتساوى الاجزاء والمنفعة المتقارب الصفات (وما) عن بعضهم من انه ما يجوز بيعه سلما - (وما) عن آخر من انه ما يجوز بيع بعضه ببعض - ترجع الى هذا المعنى ولا اختلاف بينهم بحسب المراد ثم انه اورد على ذلك بايرادات ذكرناه مع اجوبتها في كتاب البيع كما انه قد ذكرنا في ذلك الكتاب ما هو مقتضى الاصل عند الشك في المثلية والقيمية - وما يقتضيه الادلة الاجتهادية عند الشك فيهما - وهي مسائل مهمة وفيها تحقيقات نافعة راجعها.

الثاني - لاخلاف بين الاصحاب في ان ضمان المثلى انما هو بالمثل والقيمي بالقيمة واستفادة ذلك من الادلة انما هي من وجوه - ١ - ان مقتضى اطلاقات ادلة الضمان الواردة في المغصوبات والامانات المقرط فيها وغير تلك المقامية - ايكال ما يجب رده الى ما هو المتعارف عند الناس - ومن المعلوم ان المتعارف عند هم - رد العين مع بقائها - ورد ما هو الاقرب اليها بعد عدم امكان ردها والاقرب هو المثل لكونه

تداركا للمالية والخصوصيات القائمة التي تختلف بها الرغبات - وفي صورة عدم امكان رده ايضا لعدم المماثل يراعى ما هو الاقرب الى التالف بعد المثل وهو القيمة من الاثمان لان غيرها مشتمل على خصوصيات غير متمولة مغايرة لخصوصيات التالف و معلوم ان غير المشتمل على الخصوصيات المغايرة اقرب من المشتمل عليها - وفي المقام وجوه اخر ذكرناها في كتاب البيع راجع - كما انه ذكرنا هناك جملة من الفروع من قبيل انه اذا لم يوجد المثل الا باكثر من ثمن المثل - وما لسقط المثل عن المالية او نقصت قيمتها ونحوهما .

حكم مالو تعذر المثل في المثلى

الثالث لو تعذر المثل في المثلى - لاخلاف في وجوب رد قيمته - لما بيناه - من ان الشيء اذا لم يكن مثله كثيرا مبذولا فهو قيمى من غير فرق بين التعذر في جميع الاعصار او في عصر واحد ومن باب الاتفاق فالمثلى المتعذر مثله قيمى فللمالك مطالبة القيمة لانها حقه - ولان للمعين جهات ثلاثا - الخصوصية الشخصية - والخصوصية النوعية - والحيثية المالية - فمقتضى الادلة وجوب رد جميعها على الاخذ فكما انه اذا امتنع رد الخصوصية الشخصية لم يسقط وجوب رد الجهتين الاخيرتين كذا اذا امتنع رد الخصوصية النوعية لم يكن وجه اسقوط الجهة الثالثة فيجب رد القيمة من هذه الجهة - وبعضهما ان منع المالك ظلم والزام الضامن بالمثل منفى بالتعذر فيجب القيمة جمعا بين الحقين والاية الكريمة (١) «فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم» اذا ضامن اذا ازم بالقيمة مع تعذر المثل - لم يعتد عليه از يد مما اعتدى - وتفصيل الكلام في ذلك كله موكول الى محله .

ثم انه وقع الخلاف بينهم - في ان العبرة في قيمة المثل المتعذر بقيمة اى يوم - والوجوه المحتملة التي بعضها اقوال خمسة عشر الا ان ما امكثنا ذكر الوجه له عشرة - ومنشأ الخلاف الاختلاف في امرين - احدهما - ان المدار في القيمة على قيمة

القيمة في يوم التعذر

يوم الغصب - او قيمة يوم التلف - او أعلى القيم من يوم الاخذ الى يوم الدفع -
 او الا على من يوم الاخذ الى يوم التلف - ثانيها - انه بناء على الانتقال الى القيمة
 هل العين تصير قيمة - او القدر المشترك بينهما يكون قيمة - وحيث ان المختار عندنا
 في القيميات ان العبرة انما هي بقيمة يوم الدفع - وعرفت آنفا ان العين المتعذر
 مثلها تصير قيمة - وعرفت سابقا انه في موارد الضمان مطلقا تكون العين في العهدة
 الى زمان الاداء - فلامحالة يكون المدار في المثل المتعذر مثله على قيمة يوم الدفع
 واما سائر الأقوال و مداركها فمذكورة في كتاب البيع مفصلا و ذكرنا هناك انه لا فرق
 بين التعذر البدوي و الطاري - كما بينا الميزان في معرفة قيمة المثل - والمراد من
 الاعواز والتعذر .

ثم انه اذا كانت قيمة المثل في بلد المطالبة مخالفة لقيمته في بلد التلف - فهل
 الاعتبار ببلد المطالبة كما في المتن - او ببلد التلف - او بتخير المالك في التعيين -
 او بتخير الضامن فيه - وجوه اقول المسألة مبنية على مسألة مطالبة المثل مع عدم
 تعذره وقد بينا في محله ان الاظهر جواز المطالبة في كل مكان شاء المالك - وعليه
 فالعبرة في المقام ببلد المطالبة (ثم انه) بعد ما عرفت من ان التالف اذا تعذر مثله يصير
 قيميا - يظهر انه لو دفع القيمة في المثل المتعذر مثله ثم تمكن من المثل لا يعود
 المثل الى ذمته -

ضمان القيمي بالقيمة

الرابع - اتفقت كلماتهم على ان القيمي يضمن بالقيمة - وقد بينا سابقا ان الظاهر
 من حديث علي اليه بقاء العين في العهدة ولو بعد التلف ويكون دفع المثل او القيمة
 مسقطا لها كما اختاره جمع من المحققين لكونه من مراتب رد العين - ولا ينافيه
 النص الخاص - الواردة في رد القيمة - فانها طائفتان منها - ما يدل على ان لواجد

المال الولاية على ان يبيعه عن صاحبه من نفسه ويبقى الثمن فى الذمة - مثل - ماورد (١) فى الحيوان الملتقط ولقطة الطعام وما شاكل - ومنها ما (٢) لا يستفاد منها ازيد من وجوب دفع القيمة حين الاداء وهذا يلائم مع كون العين فى الهبة والمدرک لمسقطية رد القيمة - هو الاطلاق المقامى والاجماع كما مر فى المثلى (ثم انه) اذا وجد المثل فى القيمى فالمعروف بينهم كفاية رد القيمة - وعن الاسكافى والمحقق وجوب رد المثل - وظنى انهما غير مخالفين للمشهور فان مورد كلاهما القرض ولا يبعد فيه دعوى ان المتعارف الشرط الضمنى برد المثل ولو فى بعض الصفات - ويؤيد ما ذكرناه تصريح المحقق فى الباب - وفى المقبوض بالعقد الفاسد بضمان القيمة. فمدعى عدم الخلاف فى كفاية رد القيمة مع عسر المثل غير مجازف و الاطلاق المقامى بالتقريب المتقدم شاهد به .

فى تعيين القيمة

ثم انهم اختلفوا فى ان المدار فى القيمة - على قيمة يوم القبض كما عن الاكثر ام يوم التلف كما عن الشيخين واتباعهما بل عن الدروس نسبتة الى الاكثر - ام يوم الدفع كما عن جمع من المحققين - او اعلى القيم من يوم الغصب الى يوم التلف كما فى المتن - او اعلى القيم من يوم القبض الى يوم الدفع - ونخبة القول بالبحث فى موردين - الاول - فيما يقتضيه القاعدة - الثانى فى مقتضى النصوص الخاصة.

اما الاول فمقتضى القاعدة هو الثالث فان معنى الضمان كما مر كون المال فى عهده الى حين الاداء ومعنى ذلك وجوب تداركه ببذله عند الاداء حتى يكون عند الاداء اداء وتدارك له (ودعوى) ان الغاصب وضع يده على ماله مع قطع النظر عن الخصوصية الشخصية والصفات النوعية - مالية خاصة متقدرة بقدر مخصوص فوجب عليه رده بماله من الحيثيات اذا امكن الرد - وان لم يكن رد الخصوصية والصفات النوعية للتالف وجب

(١) الوسائل باب ١٣ و ٢٣ من ابواب اللقطة

(٢) الوسائل باب ٧ من ابواب النصب

رد تلك المأية المخصوصة الواقعة تحت اليد ولا وجه لوجوب رد المراتب الاخر من المأيات فانها مألآت واردة على ما هو تحت العهدة لان العهدة واردة عليها - وقد استدل بها للقول الاول (مندفعة) بان المأية المنتزعة من رغبة الناس وميلهم لا تقع تحت اليد ولا تكون مضمونة كما مر - مع انه لو تم هذا الوجه لاقتضى كون المدار على اعلأ القيم من يوم الغصب الى يوم التلف لان على اليد لا يختص بحدوث اليد بل يشمل بقائها - فكل زمان من ازمة كون العين تحت اليد قد ازيلت فيه يد المالك فوجب ان يغرم اكثرها .

و اما الثانى فقد يقال ان النصوص الخاصة تدل على خلاف ذلك - منها - صحيح (١) ابى ولاد قال اكترت بغلا الى قصر ابن هبيرة ذاهباً وجائياً بكذا وكذا وخرجت فى طلب غريم فلما صرت قرب قنطرة الكوفة خبرت ان صاحبى توجه الى النيل فتوجهت نحو النيل فلما اتيت النيل خبرت انه توجه الى بغداد فاتبعته فظفرت به ورجعت الى الكوفة - الى ان قال - فاخبرت ابا عبد الله عليه السلام فقال ارى له عليك مثل كراء البغل ذاهباً من الكوفة الى النيل ومثل كراء البغل من النيل الى بغداد ومثل كراء البغل من بغداد الى الكوفة وتوفيه اياه - قال قلت قد علفته بدراهم فلى عليه علفه قال عليه السلام لا لائك غاصب فقلت ارأيت لو عطب البغل او نفق اليس كان يلزمنى قال عليه السلام - نعم قيمة بغل يوم خالفته - قلت فان اصاب البغل كسراً ودبراً وعقر فقال عليه السلام - عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم ترده عليه - قلت فمن يعرف ذلك قال انت وهو اما ان يحلف هو على القيمة فيلزمك فان رد اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمك ذلك - أو يأتى صاحب البغل بشهود يشهدون ان قيمة البغل حين اكترى كذا وكذا فيلزمك الحديث - ومحل الاستشهاد فيه فقرات ثلاث .

الاولى قوله عليه السلام - نعم قيمة بغل يوم خالفته - وقد استدل بها على ان المدار

على قيمة يوم الغصب - بان اليوم قيد للقيمة - لاضافة القيمة المضافة الى البغل اليه
 ثانيا - فيكون المعنى قيمة يوم المخالفة للبغل - اول جعل اليوم قيدا للاختصاص الحاصل
 من اضافة القيمة الى البغل (اقول) يرد على الوجه الاول انه ان اريد بذلك اضافة
 المضاف نفسه اليه ثانيا ففيه انه لا يصح اضافة الشيء الواحد الى شيئين مرتين وبعبارة
 اخرى المضاف الى شيء لا يضاف ثانيا - و ان اريد به اضافة المجموع من المضاف
 والمضاف اليه ففيه ان المجموع لتضمنه النسبة الاضافية التى هى من الحروف لا يضاف
 اذ المعنى الحرفى لا يقع ظرفا - وبعبارة اخرى الاضافة من خواص الاسم والحرف
 لا يضاف - و اما الوجه الثانى - فبعد تصحيحه بارادة قيديّة اليوم للقيمة المضافة الى
 البغل التى هى مضافا الى كونها معنى حديثا فى نفسها فانها ما يقوم بالشيء من المالية
 انه او سلم كونها معنى جامدا بسبب الاضافة تتضمن معنى اشتقاقيا - والافلاختصاص
 الحاصل من الاضافة معنى حرفى - والعامل لا بد وان يكون فعلا او شبه فعل - يرد
 ان لا معين لتكون اليوم قيدا للقيمة - ومن الممكن كون اليوم قيد النعم الذى هو
 فى قوة قوله يلزمك او يكون لفظ يلزمك مقدرا بعده فيكون اليوم ح وعاء توجه التكليف
 فيوم القيمة على هذا مسكوت عنه فى الصحيح - او يكون قيدا للبغل باضافة البغل
 اليه فيكون المقام من قبيل تتابع الاضافات فيكون المراد - انه حيث يكون للبغل
 بحسب الصفات والخصوصيات المتفاوتة بحسب الايام قيم مختلفة ولا كلام فى ان هذا
 الاختلاف مضمون فى باب الضمان - اذ الخلاف انما هو فى القيمة السوقية - فيكون يوم
 المخالفة فى الخبر اشارة الى قيمة يوم البغل حال كونه قويا فان التعب والهزال عرضه
 بعد الحركة العنيفة لالخصوصية فى ذلك اليوم - وهذا يجتمع مع كون المدار على
 قيمة يوم التلف او يوم الدفع بان يلاحظ البغل على ما هو عليه يوم المخالفة فى
 وقت التلف او يوم الدفع فيقوم ذلك البغل فى يوم الاداء او وقت التلف فيكون
 الصحيح اجنبيا عن المقام - ومع تعدد الاحتمال وحصول الاجمال لا يتم الاستدلال
 الفقرة الثانية قوله عليه السلام او باتى صاحب البغل بشهود يشهدون ان قيمة البغل
 حين اكترى كذا وكذا - وتقريب الاستدلال به اعلى ان الميزان قيمة يوم المخالفة

ما في مكاسب الشيخ الاعظم ره. وهو ان اثبات قيمة يوم الاكتراء من حيث هو يوم الاكتراء لاجدوى فيه لعدم الاعتبار به فلا محالة يكون الغرض منه اثبات قيمة يوم المخالفة بناء على انه يوم المخالفة لان الظاهر من الخبر مخالفته للمالك بمجرد الخروج من الكوفة ومن المعلوم ان اكتراء البغل لمثل تلك المسافة القليلة انما يكون يوم الخروج ومعلوم ايضا عدم اختلاف القيمة في هذه المدة القليلة (وفيه) ان نكتة التعبير بيوم الاكتراء بعد فرض عدم كونه من حيث هو ميزانا في هذا الباب انما هو وجود المكارين حينه دون سائر الاوقات وهذا كما يلائم مع كون العبرة بقيمة يوم المخالفة يلائم مع كون الميزان قيمة يوم التنازع يوم الاداء من جهة عدم الاختلاف في مدة خمسة عشر يوماً ايضا كما صرح هو قد به - و يؤكد ذلك ان الظاهر من الفقرة الواردة لبيان معرفة تفاوت قيمة الصحيح والمعيب ان المقصود تعيين اصل قيمة البغل من جهة الجهل بها بحيث لو علم قيمته في يوم ارتفع الاشتباه مع انه اوسلم الاختلاف بما ان هذه الفقرة غير واردة لبيان حكم شرعي بل في مقام بيان موضوع عرفي كما يشهد له قول السائل من يعرف ذلك الكاشف عن علم السائل بما هو وظيفته الشرعية فيمكن ان يقال انه لو كان الميزان قيمة يوم الاداء اذا عينت قيمة البغل في يوم المخالفة معرفة قيمته في يوم الاداء سهلة كما لا يخفى - فهذه الفقرة ايضا لا تدل على خلاف ما يقتضيه القاعدة.

الثالثة قوله **في جواب السائل عن اصابة العيب عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم ترده** - وملخص القول فيها ان كلمة يوم - اما ترجع الى العيب فيكون مفادها ضمان العيب الفعلي فلا عبرة بحدوث العيب مع زواله عند رده - فالخبر اجنبي عن المقام - او ترجع الى قوله عليك - فلا تعرض فيها اليوم هذه القيمة او ترجع الى القيمة ويراد رد الارض من قوله يوم ترده فتدل على ان العبرة بقيمة يوم الرد - او ترجع اليها ويراد رد البغل - فهي تدل على ان الميزان قيمة يوم الاداء - فهذه الفقرة اما تدل على مقتضى القواعد - اولا تنافيه - فالمتحصل انه لا يستفاد من الصحيح ما يخالف القاعدة الاولى .

و منها - ماورد (١) في باب الرهن الدال على انه اذا تلف الرهن بتفريط المرتهن سقط من دينه بحساب ذلك (قيل) فلو لاضمان التالف بالقيمة يوم التالف لم يكن وجه اسقوط الدين بمجرد ضمان التالف - ذكره الشيخ الاعظم ره (وفيه) مضافا الى انه ليس في نصوص الرهن عنوان السقوط بل فيها انهما يترادان الفضل اذا كان لاحد الامرين من الرهن والدين عند تلفه فضل وانه اذا كان يساوى مارهنه فليس عليه شيء (مع) انه ايضا لا ينافى القاعدة بعد فرض ان اداؤها بعد التالف انما يكون بدفع القيمة بدلا او وفاء وان ذلك انما يكون باستيلاء المالك على ذلك المقدار من المال للضامن في يوم الاداء في ذلك يوم التالف.

ومنها ماورد في عبد اعق بعضه - ففي خبر (٢) عبد الرحمن بن ابي عبد الله عن ابي عبد الله عليه السلام عن القوم ورثوا عبدا جميعا فاعتق بعضهم نصيبه منه - هل يؤخذ بما بقي فقال عليه السلام نعم يؤخذ بما بقي منه بقيمة يوم اعتق ونحوه غيره (وفيه) انه من المحتمل كون قوله يوم اعتق قيد يؤخذ لالقيمة وعليه فيدل على ان زمان توجه التكليف انما هو من حين اعتق وساكت عن انه ما به الضمان هل هو قيمة يوم التالف او يوم الاداء (فالمتحصل) مما ذكرناه ان الاظهر بحسب الأدلة - ان الميزان قيمة يوم الاداء والدفع مطلقا -

حكم ارتفاع القيمة السوقية والزيادة العينية

ثم ان في المقام فروعا احدها المعروف بين الاصحاب ان زيادة القيمة السوقية ليست مضمونة - بخلاف الزيادة العينية (و) عليه (لو زاد السوق لم يضم منها مع الرد ولو زاد للمصقة ضمنها) (و) الوجه في ذلك ان الصفة اذا زيدت تكون تابعة للمال و حيث انها تحت يد الغاصب فمقتضى ادلة الضمان ضمانها ايضا - واما القيمة السوقية فاصلها وترقبها - ناشئان من كثرة الراغب وقلة الوجود كما ان عدمها وتنزلها ينشئان من كثرة الوجود

(١) الوسائل باب ٧ من ابواب كتاب الرهن

(٢) الوسائل باب ١٨ - من كتاب العتق حديث ٥ -

وقلة الطاب. وهذا ليس شيئا يضمن لعدم كونه وصفا في العين كي يدخل تحت اليد (وقد استدل اضمائه تارة بحديث (١) لاضرر- واخرى- بان دليل الضمان انما يدل على التضمين والتغريم فلا بد من رعاية الحيثية المالية (ولكن) يراد الاول- ما مر من انه لا يدل على الضمان والثاني انه لا يستفاد من ادلة الضمان سوى رد العين بما لها من الخصوصيات مع امكانه. وفي الفرض حيث ان التالف رغبات الناس لاشيء من العين فالعين ترد بما لها من الخصوصيات ثانيهما (و لو تجدد صفة للقيمة لها لم يضمنها) (بلا خلاف) لا معنى للضمان مع عدم القيمة لها وعدم كونها مثلية- والفرض ان عينها لا يمكن ردها.

ثالثها (ولو زادت القيمة لنقص بعضه كالجب فعليه الارش) (لعموم ما دل على ثبوت الارش بالجناية).

زيادة العين باثر الغاصب

الثامنة (ولو زادت) قيمة (العين باثره) فتارة يكون ذلك اثر امحضا لا عينا - كتعليم الصنعة وخطابة الثوب بخيوط المالك ونسج الغزل و طحن الطعام وما شاكل - واخرى يكون عينا كما لو خا ط ثوبه بخيوطه او صبغه بصبغه او زرع في ارضه وهكذا اما في الصورة الاولى فلا اشكال في ان المالك ياخذ ما له ومع التلف مثل التالف او قيمته مع ذلك الاثر فان الاثر اوجب زيادة قيمة العين وهي تابعة للعين- ولا شيء للغاصب على المالك فان مجرد عود نفع العمل الى المالك لا يكون موجبا للضمان بل الضمان اما ان يكون للبيد أو يكون للتالف- او من جهة الامر بالعمل- او من ناحية الاستيفاء بالاذن- وشيء من تلكم لا يكون في المقام.

واما في الصورة الثانية فان لم يمكن اخذ الزيادة وكانت لاتعد عند العرف شيئا في مقابل المغصوب منه فهي تالفة عرفا فالحكم فيها ما تقدم من غير فرق بين ان يكون عين ما زيد من الغاصب نفسه ام لم يكن.

وفي المسالك في ما اذا كان العين للغاصب وحصلت في المغصوب منه ولم تنعدم بحيث لا يكون هناك سوى الاثر - ولم يمكن فصله - قال الشهيد يصير شريكا للمغصوب منه لانه عين مال انضم الى ملك ثم ينظر ان كان قيمته مغصوبا مثل قيمته وقيمة الصبغ كما اذا كانت قيمة الثوب عشرة وقيمة الصبغ عشرة وهو يساوي بعد الصبغ عشرين و لم يتغير قيمتهما فهو بينهما بالسوية - الى ان قال - وفي الاول وهو ما اذا امكن فصله عن الثوب فللغاصب از الته مطلقا مع ضمان الارش ان نقص و قيل ان ادى فصله الى استهلاكه لم يجب الغاصب اليه لاستلزامه التصرف في مال الغير بغير فائدة مع كونه متعديا في اصل الفعل و الاشهر اجابته لانه لولاه لزم منه عدوان آخر وهو التصرف في مال الغير بغير حق اذ لا سبيل الى تملكه بعوض ولا بغيره قهر او بقاء الثوب في يد المالك ممنوعا من التصرف فيه لاجل الصبغ ضررا اخر فكانت اجابته للغاصب اصلح وفيهما جمع بين الحقين فعلى هذا يجب اليه انتهى (ويرد عليه) اول النقص بما اذا كان فعله موجبا لثبوت اثر محض فان لازم ما افاده هو الشركة فيه ايضا فان تلك الهيئة الحاصلة في العين المغصوبة لها مالية - فالثوب قيمته مخيطة ازيد من قيمته غير مخيطة والهيئة موجودة فلا بد من البناء على الشركة - و ثانيا - ان العين زيدت في المغصوب ان لم يمكن فصلها او امكن مع استلزام الفصل خروجه عن المالية - تكون ساقطة عن المالية وانما هي موجبة لزيادة قيمة المغصوب لان المال المبدول يبذل مقدار منه بازاء المغصوب ومقدار زايد بازاء ما زيد ومع سقوطها عن المالية لا يعتبرها العقلاء ملكا ومالا له فتخرج بذلك عن ملكه فلا وجه للشركة - نعم - فيما اذا لم يلزم من فصلها انتفاء قيمتها كلام سيأتي انشاء الله تعالى (وبما ذكرناه) يظهر انه لو كان الصبغ مغصوبا من غير مال الثوب لا يصير الثوب المصبوغ مشتركا بين المغصوب منهما - بل الصبغ يعدتا لفاعرا فافيه يكون الغاصب ضامنا له لماله - والثوب المصبوغ تمامه لمالك الثوب - فما في المسالك ايضا من حصول الشركة بينهما - ضعيف .

واما ان كانت الزيادة يمكن اخذها - ولها مالية فالمشهور بين الاصحاب انه (رجع الغاصب بها) ولو نقصت قيمة العين ورد الاصل جمعا بين الحقين (و عليه ارش النقصان) ان نقص المغصوب باخذ الزيادة منه - وعن الاسكافي والمختلف والتمقيح والمجلسي انه ليس للغاصب اخذ ما زاده بغير اذن المالك فان لم يرض ودفع قيمته وجب على الغاصب قبوله (اقول) لا اشكال في بقاء الزيادة على ملك الغاصب لان عدوانه لا يقتضى اسقاط ماله او المملكية - ولا اشكال ايضا في انه لا يوجب العدوان سلب سلطنة المالك (فما) عن المشهور من ان له اخذ الزيادة ورد الاصل - وظاهره ذلك مع عدم رضا المالك (غير تام) نعم للمالك المغصوب منه ذلك - لخبر (١) عبد العزيز بن محمد الدراوردي عن ابي عبدالله (ع) عن اخذ ارضا بغير حقها وبني فيها قال (ع) يرفع بنائه وتسلم التربة الى صاحبها ليس لعرق ظالم حق - واما ما افاده جمع من الاصحاب من انه ان لم يرض المالك ودفع قيمته وجب على الغاصب قبوله فمضافا لانه لا وجه ادو الاصل عدم وجوب القبول عليه - يشهد لعدم وجوب القبول خبر (٢) عقيبة بن خالد عن ابي عبدالله (ع) عن رجل انى ارض رجل فزرعها بغير اذنه حتى اذا بلغ الزرع جاء صاحب الارض فقال زرعت بغير اذني فزرعك لي وعلى ما انفقت له ذلك ام لا فقال (ع) للزارع زرعه و لصاحب الارض كراء ارضه

ثم انه لو اخذ الغاصب عين ماله باذن المالك ولزم منه نقصانه (ليس له الرجوع بارش نقصان عيبه) لانه جاء من قبله (و) مما مر ظهر انه (لو غصب عبدا وجنى عليه بكمال قيمته رده مع الارش على قول)

حكم مزج المغصوب بغيره

(ولو امتزج المغصوب بغيره - فتارة يكون بجنسه واخرى بغير جنسه - وعلى الاول

(١) الوسائل باب ٣ - من كتاب النصب - حديث ١

(٢) الوسائل - باب ٢ من كتاب النصب - حديث ١

اما ان يكون (بمساويه) فى الجودة والردائة (او باجود) منه او بادنى فان خلطه بمساويه فان امكن التمييز كلف به و (رده) اى رد مال المغصوب منه اليه وان شق كما لو خلط الحنطة بالشعير او الحمراء منها بالصفراء بالاخلاف لوجوب رد العين حيث يمكن .

ولولم يمكن التمييز - فقد جزم الاكثر على ما فى المسالك بانه يكون الغاصب شريكاً بنسبة المخلوط - و استدلاله - بان عين مال المالك موجودة فى الجملة وغايته انها ممتزجة بغيرها وذلك لا يخرجها عن ملكه - وبانه فى ذلك اصال المالك الى بعض حقه بعينه و الى بدل بعضه من غير زيادة فوت على الغاصب فكان اولى من اصاله الى بدل الكل (اقول) تأييدا لما افادوه ان الخلط ربما يكون بحيث يعد المالان بعد المزج شيئا واحدا فيلزم منه الشركة القهرية بينهما ولا وجه لصيرورة الجميع ملكا للمالك ولا للانتقال الى المثل او القيمة فان ذلك فرع التلف غير المتحقق (فما) عن الحلئ من انه ينتقل الى المثل لاستهلاك العين اذ لا يقدر على ردها لو طلبه (غريب) فان الاستهلاك غير تعذر الرد - مع - انه لو تم دعوى الاستهلاك لاريب فى ان الموجود اقرب الى التالف من المثل وقد عرفت انه متعين فى باب الضمان (واما) ما فى الرياض من ان لزوم القبول على المالك مشكل حيث يتعذر لعدم قبوله بعذر موجه ككون ماله حلالا ومال الغاصب الممزوج به مشبوها او نحوه فان ايجاب القبول ح ضرر اى ضرر - ونقله عن التنقيح ايضا (فيرد عليه) ان مال الغاصب الممزوج به على الفرض محكوم شرعا بانه ماله كسائر ما يؤخذ من ايدى المكلفين مع ان لا ضرر لا يصلح لاثبات الخيار للمالك كما مر (فالحق) ترتب احكام المشترك على الموجود المتقدمة فى كتاب الشركة - وربما يكون بحيث لا يعد المالان شيئا واحدا عرفا فالمال الموجود مختلط والحكم فيه هو الصالح القهرى او القرعة على ما مر فى محله .

وان خلطه باجود منه فمع عدم حصول الشركة فالحكم مامر و امامع حصولها بان عد المجموع شيئا واحدا - ففيه قولان (احدهما) ما هو المشهور وهو حصول الشركة بينهما و ترتب احكامها المشار اليها فى الصورة السابقة (ثانيهما) ما عن

الشيخ في المبسوط والحلي - وهوانه يتخير الغاصب في دفع اقدار من العين او غيرها (وجه الاول) وجود عين مال المالك المقتضى لتسلطه على الموجود وعدم الانتقال الى المثل او القيمة والزيادة لا تقدر لانها زيادة صفة حاصلة بفعل الغاصب (وجه الثاني) استهلاك عين مال المالك اذ لا يقدر على الرد او طلبه - والتخير في الحقيقة راجع الى ضمان المثل لانه لا ينحصر في العين وهي اجدد مما يلزمه فاذا بذلها وجب قبولها بطريق اولي ولان بعضها عين حقه وبعضها خير منه (اقول) يرد على الثاني - اولاً - ما تقدم من منع الاستهلاك وثانياً - ان الموجود او كان بعضه عين حقه وبعضه خير امنه فمضافاً الى انه ينافي ما ذكرناه اولاً من الاستهلاك - حيث انه اقرب الى مال المالك هو المتعين دفعه - وثالثاً - انه لو سلم ان الموجود غير مال المالك ولا مثله فلا وجه لزامه بقوله لان له ان لا يقبل الاما هو حقه لاما يكون اجدد منه - فما افاده المشهور هو المنصور - الا ان لازم الشركة استحقاق الغاصب بمقدار اجدودية ماله من مال المالك لا ازيد منه فليست الزيادة حائدة الى المالك حتى يعمل بما ذكر .

(ولو كان) الخلط (بادون) ففيه اقول - ١ - انه: (ضمن المثل) وهو مشهور بينهم وعن النقيح نفى الخلاف فيه - ٢ - ما عن الروضة وفي المسالك وهوانه يتخير بين ان ياخذ حقه من العين مع الارش وبين اخذ المثل - ٣ - التخير بين اخذ حقه من العين بدون الارش واخذ المثل وهو ظاهر ما نقله في الشرايع - وجه الاول - استهلاك مال المالك وقدم ما فيه - وجه الثاني - ان حقه في العين لم يسقط لبقائها كما لو مزجها بالاجود والنقص بالخلط يمكن جبره بالارش - وفيه - ان لازم الوجه المزبور حصول الشركة لا الانتقال الى المثل - مع - انه لا وجه للجبر بالارش بل يجبر النقص بالزيادة من نفس العين على ما هو مقتضى الشركة - وبذلك يظهر مدرك القول الثالث - فالمتجه ح هو الوجه الرابع وهو حصول الشركة .

وان كان الخلط بغير جنسه - كما اذا اختلط الزيت بالشيرج - ففيل - ان المغصوب هالك لبطلان فائده وخاصيته باختلاط غير الجنس به فيضمن بالمثل - وفيه - انه لو كان في الفرض شيء فهو الاستحالة دون الاستهلاك - فلا ظهر فيه الشركة

كما قواه في محكي التذكرة لان مال المالك موجود فلا ينتقل الى المثل أو القيمة.

فوائد المغصوب للمالك

التاسعة (وفوائد المغصوب للمالك) له بلا خلاف لانها نماء ملكه فتكون مضمونة عند الغاصب كالاصل سواء تجددت عنده أم لا - اعيان منفصلة كانت كالولد - او متصلة كالصوف والسمن او منفعة كاجرة سكنى الدار وركوب الدابة (والاصل) في ذلك كله حديث (١) على اليد ما اخذت حتى تؤدي. فان اليد كما تكون على العين كك تكون على الفوائد حتى المنفعة ولا يختص الحديث بحدوث اليد بل يشمل بقائها فكل زمان من ازمته كون العين تحت اليد قد ازيلت في يد المالك فيجب ان يغرم العين وما يتبعها - والايراد على ضمان المنفعة بان الحديث مختص بالاعيان ولا يشمل المنافع - قد مر عند تقريب دلالة الحديث على الضمان ما ذكر في وجه ذلك واندفاعه و عرفت ان الاظهر شموله للمنافع .

ثم ان النماء ان بقى الى زمان رد العين يجب دفعه والا قيمته وهو واضح .
واما المنفعة - فان استوفاه الغاصب فيجب رد عوضها اما مر من ضمان المنفعة المستوفاة - وان لم يستوفها فيمكن ان يستدل لضمانها بوجهين - احدهما حديث على اليد بالتقريب المتقدم - ثانيهما قاعدة الانلاف فان حبس العين ومنع مالكها عن الانتفاع بها انلاف لمنافعها عرفا - واما ما عن المحقق الخراساني ره من الاستدلال له بان من آثر ضمان العين ضمان منافعها فالدليل على ضمان العين دليل لضمان المنافع - فان اريد به ما ذكرناه من صدق الاستيلاء واليد على المنافع بالاستيلاء واليد على العين فهو يرجع الى التمسك بحديث على اليد وان اريد به ما افاده المحقق الايراني ره من ان اداء العين المجمعول غاية للضمان لا يكون الا بادائها بمنافعها و فروعها - فيرد عليه - انه ان لم يصدق اليد على المنافع باليد على العين لما كان يجدي شمول الحديث للعين في ضمانها فان الغاية اداء نفس ما يكون تحت اليد

لا شيء آخر - وان اريد به غير ذلك فعليه البيان (فان قيل) ان صحيح ابي ولاد المتقدم الدال على ضمان منفعة البغل المستوفاة دون غير هادال على عدم ضمان المنفعة غير المستوفاة (قلنا) انه لا يتصور منفعة للبغل تجتمع مع المنفعة المستوفاة فانه وان كان يتصور له منفعة اخرى الا انها تضاد مع ما استوفاه - و بعبارة اخرى - كان للبغل منافع مختلفة على سبيل البدل و حيث انه استوفى و احدة منها ولم يكن هناك فائدة اخرى يمكن استيفائها فائنة كان عليه ضمان تلك المنفعة خاصة - مع انه (ع) فى الصحيح فى مقام الرد على ابي حنيفة و بيان ان عليه كرى البغل و ليس فى مقام بيان احكام اخر ، وربما يستدل لعدم ضمانها - بقوله عليه السلام (١) فى الامة المبتاعة اذا وجدت مسروقة بعد ان اولدها المشتري (ياخذ الجارية صاحبها و ياخذ الرجل ولده بالقيمة) بتقريب انه يدل على ضمان المنفعة المستوفاة و ساكت عن ضمان غيرها فى مقام البيان (وفيه) ان الخبر وارد فى مقام بيان منفعة واحدة و انه يكون الولد حرا و عليه قيمته - و لذا لم يتعرض لبيان المنافع المستوفاة الاخر من الطبخ والتنظيف وغيرهما - بل ولا اشتغال ذمة المشتري بالوطء مع انه منفعة استوفاه - اصف الى ذلك ان تلك المنفعة التى حكم بضمانها منفعة لم يستوفها المشتري بل ائلفها - كما لا يخفى - و مما ذكرناه ظهر الجواب عن الاستدلال لعدم الضمان بصحيح (٢) محمد بن قيس الوارد فيمن باع وليدة ابيه بغير اذنه - قال (ع) الحكم ان ياخذ وليدته و ابنها بتقريب انه ساكت عن المنافع الفائتة - فالحق هو ضمان المنفعة و لو لم يستوفها - و مما ذكرناه ظهر انه لو كانت للمعين منافع مختلفة - انما يضمن الغاصب اكثرها قيمة دون الجميع - فتقوم اجارة تلك العين بجميع منافعها فيضمنها الغاصب كما هو واضح.

ثم انه قدم مفصلا فى كتاب البيع (و) فى بعض المسائل المتقدمة فى هذا الكتاب انه (لو اشتراه) اى المصوب (جاهلا بالغصب رجع بالثمن على الغاصب و) كذا (بما غرم عوضا عما لا نفع فى مقابلته او كان على اشكال ولو كان عالما

فلا رجوع بشيء

الزراع لمالك البذر

(و) ايضا قد ظهر مما قدمناه انه (لو زرع الغاصب كان الزرع له وعليه الاجرة)

ويشهد به مضافا الى ما مر - والى انه نماء ملك الزارع و هو البذر في تبعه في الملك -
وان الارض كالماء والهواء والشمس من المعدات لصيرورة البذر زراعتهم حبا بالتدريج
- خبر (١) عتبة بن خالد عن ابي عبد الله عليه السلام عن رجل اني ارض رجل فزرعها
بغير اذنه حتى اذا بلغ الزرع جاء صاحب الارض فقال زرعت بغير اذني فرزعتك لي
وعلى ما انفقت اذ ذلك ام لا فقال (ع) للزارع زرعه ولصاحب الارض كراء ارضه ونحوه
غيره - وعن ابن الجنيد ان لصاحب الارض ان يرد ما خسره الزارع - لقوله عليه السلام (٢)
من زرع في ارض قوم بغير اذنه لم يس له من الزرع شيء وعليه نفقته وفيه ان الخبر لم
يثبت صحته كما ذكره الاصحاب وام يعمل به احد غيره و هو مع ذلك معارض بما تقدم
وبمؤثق (٣) محمد بن مسلم عن ابي جعفر (ع) في رجل اكثري دارا فيها بستان فزرع
في البستان و غرس نخلا و اشجارا وفواكه وغير ذلك ولم يستامر صاحب الدار في ذلك
قال (ع) عليه الكراء ويقوم صاحب الدار الزرع و الغرس قيمة عدل و يعطيها الغارس
ان كان استامره في ذلك وان لم يكن استامره في ذلك فعليه الكراء وله الزرع والغرس
ويقلعه ويذهب به حيث شاء - والترجيح للخبرين -

ثم انه قد مر ان لصاحب الارض ازالة الزرع و الحرث ولو قبل او ان بلوغهما -
ويشهد به - ما مر - وخبر (٤) عبد الغريز بن محمد الدراوردي المتلقى بالقبول عن
ابي عبد الله عليه السلام عن اخذ ارضا بغير حقها وبني فيها قال عليه السلام يرفع بنائه وتسلم

(١-٣) الوسائل باب ٢ من ابواب كتاب النصب حديث ١

(٢) التذكرة ج ٢ ص ٣٩٢

(٤) الوسائل - باب ٣ - من ابواب كتاب النصب حديث ١

التربة الى صاحبها ليس لعرق ظالم حق الحديث - وله ان يلزمه بالازالة وطم الحفر والارض ان نقصت بالقطع او الزرع لانه نقص اورده الغاصب ومنفعة اتلفها - وهل له الارش لو تصدى بنفسه بالازالة ام لا - الظاهر ذلك اذا كان النقص حاصلًا بالزرع كما هو ظاهر - و اما ان كان حاصلًا بالقلع ففيه وجهان من كونه الموجد للنقص - و من ان سببه الزرع - والله العالم -

حكم الاختلاف في القيمة

العاشر (و) لو تلف المغصوب واختلفا في القيمة فعن المبسوط والخلاف والحلى والمحقق والمصنف ره و الشهيدين وكثير من المتأخرين بل غامتهم - ان (القول قول الغاصب في القيمة مع اليمين و تعذر البيينة) و عن النهاية والمقنة بل قيل عن الأكثر - ان القول قول المغصوب منه - واستدل الاول بان الغاصب منكر للزيادة والمالك يدعيها والاصل عدمها - وفيه ان ذلك وان تم بحسب موازين باب القضاء - الا ان صحيح ابي (١) ولاد المتقدم - قلت فمن يعرف ذلك قال **لا يثبت** انت و هو اما ان يحلف هو على القيمة فيلزمك فان رد اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمه ذلك او ياتى صاحب البغل بشهود يشهدون ان قيمة البغل حين اكترى كذا وكذا فيلزمك الحديث - يدل على تقديم قول المالك مع الحلف - وتخصص القاعدة العامة به - وهذا التخصيص موافق للاعتبار اذ من شئون اخذ الغاصب باشق الا حوال عدم قبول قوله مالم يرد الحلف عليه وان لا يطالب منه شيء من موازين القضاء بل يوجه الخطاب الى المالك - ويكون الحلف وظيفته وكذا رد اليمين اللذان هما وظيفة المنكر في غير باب الغصب - والبيينة ايضا وظيفته كما هي وظيفة المدعى في كل باب فيكون مع تعذر البيينة قوله مقدمًا مع الحلف بل الصحيح يدل على تقديم قوله مع اليمين وان امكنه اقامة البيينة (فان قيل) ان الصحيح في مقام بيان طريق معرفة القيمة من دون فرض

مخاصمة - وقضية البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه انما هى فى المخاصمات وذلك من جهة ظهور السؤال والجواب فى ذلك - حيث ان السؤال انما يكون عن العارف واجاب عليه باناه اما ان يحلف المالك لمعرفته بقيمة بغله - او ان تحلف انت من جهة كونه عندك فى مدة - او يقيم المالك البينة لولم تعرف انت ولم يعرف هو فالصحيح غير مربوط بباب النزاع والخصومة - كما عن جمع من المحققين كاليزدى والاصفهانى والايرائى (قلنا) انه يوهن ذلك قوله فيلزمك وقوله ازمه - اذ الملزم انما هو حلف من وظيفته بحسب الجعل الالهى ذلك لاحلف كل احد وان توافق الطرفان عليه فلاظهر ان القول قول المالك مع يمينه - ومع ذلك لو اقام البينة تسمع منه -

الفصل الحادى عشر فى احياء الموات

والمراد بالموات الاراضى غير المنتفع بها لعطلتها باستيهاها او عدم الماء عنها او استيلاء الماء عليها بحيث تعد مواتا عرفا - وقد استوفينا البحث فى اقسام الاراضى - وما يملك منها بالاحياء وما لا يملك وحكم الموت العارض بعد كونها عامرة وغير ذلك مما يرجع الى الاراضى فى كتاب البيع والمكاسب المحرمة - وكتاب الخمس ومما ذكرناه هناك يظهر ان الاحياء لا يختص بالبناء بل قد يكون به وقد يكون بالزراعة والغرس وقد يكون باحداث الطريق و النهر والمراح وما شاكل و فى جميع هذه الموارد تصير الارض ملكا للمجيب مع الشرائط المذكورة فى تلك الكتب - وانما الكلام فى المقام فى مسائل .

الاولى - (لا يجوز التصرف فى ملك الغير بغير اذنه) كما مر فى كتاب النصب (ولا فيما فيه صلاحه) اى صلاح المملوك ويحتاج اليه من مرافقه وحرمة (كالطريق) المملوك اليه (و النهر - والمراح) اى ماوى الابل والغنم لاتحاد الدليل .

بيان حد الطريق

(و) في (حد الطريق المبتكر) والمراد به الملك المحدث (في المباحة مع المشاحة)

خلاف فعن النهاية والحلى و المصنف هنا و في المختلف و التحرير و فخر الاسلام و الشهيدين و غيرهم و في الرياض بل لعله المشهور بين الطائفة - ان حده (سبعة اذرع) و في الشرايع و النافع و عن القواعد و عن ولد الماتن انه نقله عن كثير من الاصحاب - انه خمسة اذرع - ومنشأ الاختلاف اختلاف الاخبار .. فان منها - ما يدل على الاول - كقوى (١) السكوني عن ابي عبد الله عن رسول الله ﷺ في حديث والطريق يتشاح اليه اهله فحده سبع اذرع - ومثله خبر (٢) مسمع اخى عبد الملك عنه عليه السلام - ومنها ما يدل على الثانى كمؤثق (٣) ابي العباس البقباقي عن ابي عبد الله عليه السلام اذا تشاح قوم في طريق فقال بعضهم سبع اذرع وقال بعضهم اربع اذرع فقال ابو عبد الله عليه السلام بل خمس اذرع - وهما متعارضان والترجيح للطائفة الاولى للشهرة التى هي اول المرجحات ثم ان الظاهر من النصوص عدم اختصاص هذا التحديد بالمبتكر - بل هو حد للطريق مطلقا كما عن جماعة من المحققين من المتأخرين منهم المحقق القمى ره .

ثم ان الطريق قد يكون ملكا لشخص كما لو احدثه في ارض موات وهو على قسمين اذ قد يشتري من شخص داره أو بستانه او ماشاكل ويجعله طريقا الى املاكه - لاشكال في ان الحد المذكور غير مربوط به بل انما التحديد لغيره - وقد يحدثه في ارض موات فحده ما ذكر - وان كان فيه خلاف آخر وهو انه هل يصير الطريق ملكا له بتبع ملك ما جعل طريقا اليه ام لا - وقدر الكلام فيه - وهذا الحكم الذى ذكرناه فيما اذا كان الطريق ملكا للشخص - يجرى فيما لو يكن ملكا له ولكن كان ذلك حريما لملكه وقد لا يكون ملكا للشخص خاص ولا حريما لملكه - بل كان شارعاعاما معدا المصالح القاطنين وهو

(١-٢) الوسائل باب ١١ - من كتاب احياء الموات حديث ٥-٦

(٣) الوسائل باب ١٥ - من ابواب كتاب الصلح حديث ١

ايضا على قسمين - اذ تارة يختص بطائفة خاصة والظاهر ان حده مامر - وقد يكون غير مختص بشخص ولا طائفة - كالشوارع العامة في البلدان - فحده ح ما يحتاجون اليه - فقد يكون في هذه الازمنة - يحتاجون الى شارع يبلغ مائة ذراع - وعلى الجملة الميزان في ذلك رعاية مصلحة الاجتماع وما يتوقف عليه حفظ النظام - والظاهر ان الحد المذكور غير مربوط به كما يشهد به موثق (١) البقباق عن الصادق (ع) قال قلت له الطريق الواسع هل يؤخذ منه شئ اذا لم يضر بالطريق قال (ع) لا - وفي هذه الطرق التصرف المنافي المتطرق لا يجوز - واما غير المنافي له كالوقوف في الطريق والجلوس - بل المعاملة والتظليل على موضع الوقوف بل بناء الدكة بحيث لا يضر المارة و اخراج الجناح و الروشن وما شاكل فلا محذور فيه لعدم كونها ملكا لشخص او اشخاص - كي لا يجوز مطلق التصرف فيها والله العالم .

بيان حريم البئر

(و حريم بئر المعطن) وهو المعطن واحد الاعطان والمعاطن وهي مبارك الابل عند الماء لتشرب (اربعون ذراعا) من الجوانب الاربعة وحريم بئر (الناضح ستون ذراعا) كك على المشهور بين الاصحاب - وقيل ان الحريم في البئر مطلقا ما يحتاج اليه في السقي ومنها وقوف الناضح والدولاب وتردد البهايم ومصب الماء و الموضع الذي يجتمع فيه لسقي الماشية والزرع من حوض وغيره والموضع الذي يطرح فيه ما يخرج منه بحسب العادة -

واما النصوص فهي مختلفة منها ما يدل على القول الاول كخبر (٢) عبدالله بن معقل

(١) الوسائل - باب ٢٧ من ابواب عقد البيع وشروطه حديث ١ -

(٢) التذكرة ج ٢ ص ٤١٣

ان النبي ﷺ قال من احتقر بشر افله اربعون ذراعا حولها لمعطن ماشيته - وخبر (١) مسمع بن عبد الملك عن الصادق عليه السلام عن رسول الله ﷺ ما بين بشر المعطن الى بشر المعطن اربعون ذراعا - وما بين بشر الناضح الى بشر الناضح ستون ذراعا وما بين بشر العين الى بشر العين خمسمائة ذراع الحديث - ونحوه قوى (٢) السكوني الا انه اضاف اليه بعد قوله العين يعنى القناة - ومنها ما يدل على ان حریم البشر اربعون ذراعا مطلقا - كصحيح (٣) حماد بن عثمان عن ابي عبد الله عليه السلام حریم البشر العادية اربعون ذراعا حولها - و ما (٤) رواه الصدوق قال قضى رسول الله ﷺ ان البشر حريمها اربعون ذراعا لا يحضر الى جانبها بشر اخرى لمعطن او غنم - ومنها ما يدل على انه خمسون ذراعا كخبر (٥) وهب عن جعفر بن محمد عن ابيه ان على بن ابي طالب عليه السلام كان يقول حریم البشر العادية خمسون ذراعا الا ان يكون الى عطن او الى طريق فيكون اقل من ذلك الى خمسة وعشرين ذراعا - ومنها ما يدل على ان الحد في الارض الصلبة خمس مائة ذراع وفي الرخوة الف ذراع كخبر (٦) عقبه بن خالد عن ابي عبد الله عليه السلام يكون بين لبشرين اذا كانت ارضا خمس مائة ذراع وان كانت ارضا رخوة فالف ذراع .

و الحق في الجمع ان يقال اما الاخير فهو يختص بشر العين اى القناة - واما ما قبله فضعيف السند - واما صحيح حماد ومرسل الصدوق فمطلقان بقيد اطلاقهما بالنصوص المفصلة و عليه فما افاده المشهور اظهر (ثم ان) ذلك يختص بالبشر في الارض الموات - واما في المملوكة فلا حد لها الورود النصوص في ذلك المورد - قال في المسالك ونسبة البشر الى العادية اشارة الى احداث الموات لان ما كان في زمن عاد وما شابهه فهو موات غالبا وخص عاد بالذكر لانها في الزمان الاول كان لها ابار في الارض فنسب اليها كل قديم انتهى (ثم ان) بعض النصوص والفتاوى وان اختص بحفر بشر اخرى - الا ان الظاهر انه لا يجوز لاحد احياء المقدار المزبور بغير حفر البشر ايضا كزرع أو شجر او نحوهما لاطلاق بقية النصوص .

بيان حريم العين

(و) حريم (العين) والقناة (فى) الارض (الرخوة الف) ذراع (وفى) الارض (الصلبة

خمسائة) على المشهور بين الاصحاب - وعن الاسكا فى ان حد ذلك ان لا يضر الثانى بالاول ونفى عنه الباس فى محكى المختلف وجعله فى المسالك اظهر واختاره صاحب الكفاية وقواه المحقق القمى ره - يشهد للاول خبر (١) عقبه بن خالد المنجبر بماعرفت وبرواية المشايخ الثلاثة عن ابي عبد الله عليه السلام يكون بين البئر ارضا صلبة خمسائة ذراع و ان كانت ارضا رخوة فالف ذراع - وبه يقيد اطلاق خبرى مسمع والسكونى المتقدمين الدالين على ان حده خمسائة ذراع - كما انه يقيد اطلاق مرسل (٢) محمد بن حفص عن رجل عن الصادق عليه السلام يكون بين العينين الف ذراع - و للثانى - صحيح (٣) محمد بن الحسين كتب الى ابي محمد عليه السلام رجل كانت له قناة فى قرية فاراد رجلان يحفر قناة اخرى الى قرية لهما يكون بينهما فى البعد حتى لا تضر احدهما بالآخرى فى الارض اذا كانت صلبة او رخوة فوقع عليه السلام على حسب ان لا تضر احدهما بالآخرى انشاء الله تعالى و نحو خبر (٤) محمد بن على بن محبوب قال كتب رجل الى الفقيه وذكر الحديث - وخبر (٥) عقبه بن خالد عن ابي عبد الله عليه السلام فى رجل اتى جبلا فشق فيه قناة فذهبت قناة الاخرى بماء قناة الاولى فقال عليه السلام يتقايسان بحقايب البئر ليلة ليلة فينظر ايتهما اضررت بصاحبتهما فان رأيت الاخرى اضررت بالاولى فلتعور ورواه (٦) فى الوسائل عن الصدوق قال وزاد وقضى رسول الله بذلك وقال ان كانت

(١) الوسائل باب ١١ - من كتاب احياء الموات حديث ٣

(٢) الوسائل - باب ١٣ من كتاب احياء الموات حديث ١

(٣-٤) الوسائل باب ١٤ من كتاب احياء الموات حديث ١

(٥-٦) الوسائل باب ١٦ من كتاب احياء الموات حديث ١-٢

الاولى اخذت ماء الاخيرة لم يكن لصاحب الاخيرة على الاول سبيل وخبره (١) الاخر عنه
 في رجل احتفر قناه واتى لذلك سنة ثم ان رجلا احتفر الى جانبها قناة فقضى ان يقاس
 الماء بحقايب البئر ليلية هذه ولياة هذه فان كانت الاخيرة اخذت ماء الاول عورت الاخيرة
 وان كانت الاولى اخذت ماء الاخيرة لم يكن لصاحب الاخيرة على الاولى شيء .

ومورد هذه الاخبار الثلاثة الاخيرة وان كان في القرية بين الاثنا تادل على ان الميزان
 هو الضرر وانه لا عبرة بالقدر المعين - واما خبر عقبة الذي هو مدرك القول الاول فهو في
 البئر وهو غير محل النزاع - وحمله على العين وان كان ممكنا الا انه يحتاج الى دليل
 وفهم المشهور لا يصح قرينة عليه - وعليه فالقول الثاني اظهر - ولوسام شموله لما هو محل
 النزاع وكذا النصوص المطلقة فيمكن الجمع بين الطائفتين بحمل النصوص الاول
 على صورة عدم معرفة الضرر وان ما فيها مجعول طريقا للضرر وعدمه و يؤيده مناسبة
 الحكم والموضوع .

ثم ان النصوص سيما ما اعتمدنا عليه في الحكم مختصة بالقناة في الارض الموات . واما القناة
 في المعمورة فالظاهر انه لا خلاف في ان لصاحب الارض المعمورة المملوكة ان يحفر قناة في
 ملكه وان تضرر صاحب القناة الاخرى وانه لا حد لها ولا يعتبر الفصل بينهم ما بمقدار لا يضر
 الثانية بالاولى ولا بالازرع - وعلى الجملة المعروف بينهم ان الحریم مختص بالاراضى
 المباحة واما في الاملاك المتجاوزة فلا حریم لقاعدة (٢) السلطنة - والتحقيق يقتضى ان
 يقال انه تارة نقول بان من حفر قناة كما يملك الارض يملك ما فيها من المياه اما لان
 من ملك ارضا ملك قراها الى تخوم الارض وفراغها الى عنان السماء ولان الاحتقار
 حيازة لما فيها من المياه - فبحر يتعين البناء على عدم جواز حفر قناة اخرى في ملك
 الحافر ان اضررت بالاولى ولا تصلح قاعدة السلطنة لاثبات الجواز فانها لا تادل على جواز
 التصرف في ملك الغير - وهل التمسك بهافي المقام الا كالتمسك بها لاثبات جواز ان

(١) الوسائل باب ١٦ - من ابواب كتاب احياء الموات حديث ٣

(٢) البحار ج ١ ص ١٥٤ الطبع القديم ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث

يذبح بمديته غنم الغير بدعوى انه مسلط على مديته يتصرف فيها ماشاء - واما لو انكرنا ذلك و قلنا بان من ملك ارضا و ان كان يملك مقدارا من الفراغ الذي يتوقف عليه تصرفاته في ارضه ولمقدار آخر منه بتبعية الارض بمنزلة الحريم لها و مقدارا من قرارها كك ولا يملك ما تجاوز عن ذينك الحدين كما هو الاظهر وبنينا على ان الحيازة المملكة لا تصدق على حفر القناة بالاضافة الى المياه الموجودة في عروق الارض وان ادعاه المحقق القمي ره كما هو الصحيح - فالظاهر تمامية الاستدلال بقاعدة السلطنة على المال والنفس والعمل لجوازه .

ويبقى الكلام ح في حديث (١) لا ضرر الحاكم على قاعدة السلطنة كحكومته على جميع الادلة الاولى ونخبة القول فيه انه - تارة - يتضرر المالك من عدم حفر القناة - واخرى - لا يتضرر ولكن يفوت منه المنفعة - وثالثة - لا يتضرر بترك الحفر ولا يفوت منه المنفعة به - اما في الصورة الاولى فلا توقف في جواز الحفر لان الزامه بتحمل الضرر وجبسه عن ملكه اثلا يتضرر الغير حكم ضررى منفى - ولا مورد ح لملاحظة اقل الضررين - واما في الصورة الثالثة فلا كلام في عدم جواز الحفر لان تجويز ذلك حكم ضررى ولا ضرر في منع المالك عن هذا التصرف ولا يصلح قاعدة السلطنة لمعارضة حديث لا ضرر لمحكوميته بالنسبة اليه - واما في الصورة الثانية فالمشهور الجواز - ويشهد به ان حبس المالك عن الانتفاع بملكه وجعل الجواز تابعا لتضرر الجار حرج عظيم - ولا يعارضه تضرر الجار لعدم وجوب تحمل الحرج والضرر لدفع الضرر عن الغير كما يدل عليه تجويز الاضرار مع الاكراه :

ثم ان فائدة هذا الحريم منع الغير من احداث عين اخرى بخلاف حريم البشر المتقدم فان فائدته كما مر منع الغير من احياء ذلك المقدار مطلقا حتى بالزرع والشجر والفرق ان الحريم هناك للانتفاع بالبشر فيما اعدله وما يحتاج اليه عادة كما مر - وفي المقام عدم انتقال ماء العين الاولى الى الثانية فتدبر .

لو لم يف النهر المباح المجتمع عليه املاك

الثانية - اذا تشاح وتنازع اهل الوادى فى مائه - فان كان الماء ملكا لهم فيقسم الماء على قدر انصائبهم فيه (و) ان لم يكن ملكا لهم بل كان مباحا (يحبس النهر للاعلى) الذى يلى فوهة الارض بضم الفاء وهو اصله (الى الكعب فى النخل وللزراع الى الشراك) وهو اسفل منه بقليل (ثم كك لمن هو دونه) وهكذا - بلا خلاف فى اصل الحكم مطلقا استضر الثانى بحبس الاول ام لا كما فى الرياض وفى المسالك الاجماع عليه - والمستند جملة من النصوص لاحظ خبر (١) غياث بن ابراهيم عن الصادق عليه السلام قضى رسول الله صلى الله عليه وآله فى سبيل وادى مهزور للزراع الى الشراك وللنخل الى الكعب ثم يرسل الماء الى اسفل من ذلك - قال ابى عمير ومهزور موضع واد وخبره (٢) الاخر عنه عليه السلام قضى رسول الله صلى الله عليه وآله فى سبيل وادى مهزوران يحبس الاعلى على الاسفل للنخل الى الكعبين وللزراع الى الشراكين - وخبر (٣) عقبه بن خالد عنه عليه السلام قضى رسول الله صلى الله عليه وآله فى شرب النخل بالسيل ان الاعلى يشرب قبل الاسفل بترك من الماء الى الكعبين ثم يروح الماء الى الاسفل الذى يليه وكك حتى ينقضى العوائط ويفنى الماء ونحوها غيرها - واما ما عن المبسوط والسرائر روى اصحابنا ان الاعلى يحبس الى الساق للنخل وللشجر الى القدم وللزراع الى الشراك وعليه اكثر الاصحاب - فلا ينافى ما مر فان الكعب هو المفصل بين القدم وعظم الساق - فيكون قوله الى القدم كناية عن منتهى الكعب فيوافق الطائفتان والقولان - نعم فى القول الثانى والاخبار الثانية اضيف الشجر ولم يذكر فى الاولى ولا تنافى بينهما من هذه الجهة ايضا فلا خلاف بين الاصحاب ولا بين الروايات

ثم ان مقتضى اطلاق النصوص عدم الفرق بين سبق الاعلى فى احياء الارض التى يراد سقيها - وبين لحوقه - وعن الشهيد بن وجماعة اختصاص الحكم بما لو كان

الاعلى سابقا فى احياء الارض او كان السابق مجهولا - واما اذا كان المتأخر سابقا فى احياء فهو يقدم لتقدم حقه فى الماء بالاحياء واستوجهه الفاضل الخراسانى ره فائلا ان الروايات الدالة على تقديم الذى يقف فوهة النهر لعموم لها بحيث يشمل هذا القسم (ولكن) ثبوت حقه فى الماء المباح الجارى من الاعلى باحياء الارض يحتاج الى دليل - وعدم العموم لا يضر بعد وجود الاطلاق فالأظهر عدم الاختصاص .

ثم انه قال فى المسالك ان اطلاق النص والفوى لسقى الزرع والشجر بذلك المقدار محمول على الغالب فى ارض الحجاز من استوائها وامكان سقى جميعها كك فلو كانت مختلفة فى الارتفاع والانخفاض بحيث لو سقيت اجمع كك زاد الماء فى المنخفضة عن الحد المشروع افر دكل واحد بالسقى بما هو طريقه توصلا الى متابعة النص بحسب الامكان ولو كانت كلها منحدره لم يقف الماء فيها كك سقيت بما يقتضيه العاده وسقط اعتبار التقدير الشرعى لتعذره انتهى .

جواز حماية المرعى للمالك

الثالثة - لا خلاف (و) لا اشكال فى انه يجوز (للمالك ان يحمى المرعى فى ملكه)

خاصة ولا يجوز ان يحمى بقعة من الموات لمواش بعينها ويمنع سائر الناس من الرعى فيها - وانما كان ذلك جائزا لرسول الله ﷺ خاصة لانه اولى بالمؤمنين من انفسهم ولكنه لم يفعل (و) كذا يجوز عندنا الحما (للامام ع مطلقا) لانه بمنزلة النبى ﷺ والموات له ﷺ كما مر - قالوا - والاصل فى هذا الحكم ان الغريب من العرب كان اذا اتجمع بلد ام خصبا وافى بكلب على جبل ان كان به او على نشز ثم ان لم يكن به استعوى الكلب ووقف له من كل ناحية تسمع صوته بالعوى فحيث انتهى صوته حماه من كل ناحية لنفسه ويرعى مع العامة فيما سواه فنهى رسول الله ﷺ عن ذلك وقال لاحما الله و لرسوله وزاد فى آخر لائمة المسلمين - وعلى هذا

فلو بادراحدالى الحماواحياء لم يملكه لتعلق حق المسلمين به - وللمنبوى (١) ومادل (٢) على شركة المسلمين فى الماء والكلاء والنار - ومفهوم خصوص كخبر (٣) محمد بن عبدالله الذى هو قريب من الصحيح بالبزطى عن الرضا (ع) عن الرجل تكون له الضيعة وتكون لها حدود تبلغ حدودها عشرين ميلا او اقل او اكثر ياتيه الرجل فيقول اعطني من مراعى ضيعتك واعطيك كذا وكذا درهما - فقال (ع) اذا كانت الضيعة له فلا بأس وحسن (٤) ادريس بن زبد عن ابي الحسن (ع) قال قلت جعلت فداك ان لنا ضياعا وله حدود ولنا الدواب فيها مراعى وللرجل منا غنم وابل ويحتاج الى تلك المراعى لابله وغنمه ايحل له ان يحمى المراعى لحاجته اليها فقال (ع) اذا كانت الارض ارضه فله ان يحمى ويصير ذلك الى ما يحتاج اليه قال وقلت له الرجل يبيع المراعى فقال (ع) اذا كانت الارض ارضه فلا بأس - وعليهم ما يحمل اطلاق خبر (٥) موسى بن ابراهيم عن ابي الحسن (ع) عن بيع الكلاء والمرعى فقال (ع) لا بأس به وقد حمى رسول الله (ص) المقيع اخيل المسلمين.

الرابعة (وليس لصاحب النهر تحويله الا باذن صاحب الرعى المنصوبه عليه

بأذنه) لصحيح (٦) محمد بن الحسن كتبت الى ابي محمد عليه السلام رجل كانت له رعى على نهر قرية والقرية لرجل فاراد صاحب القرية ان يسوق الى قريته الماء وفى غير هذا النهر ويبطل هذه الرعى هل ذلك ام لا فوقع عليه السلام يتقى الله ويعمل فى ذلك بالمعروف لا يضر اخاه المؤمن - ومقتضى اطلاق النص شمول الحكم لما اذا كان نصب الرعى عليه بسبب لازم من صلح او غيره - ام كان بسبب جائز كالاذن - وبه افتى المحقق القمى ره فى جامع الشتات - ولكن قيده الحلى فى محكى السرائر بما اذا كان نصب الرعى

(١) النذرة ج ٢ ص ٢١١

(٢) الوسائل باب ٥ - من كتاب احياء الموات حديث ١

(٣-٥) الوسائل باب ٩ من كتاب احياء الموات حديث ١-٣

(٤) الوسائل - باب - ٢٢ من ابواب عقد البيع وشروطه حديث ١

(٥) الوسائل باب ١٥ من ابواب احياء الموات حديث ٢

على النهر بامر حق واجب على صاحبه - وفى الرياض وهذا هو الاقوى بناء على القول الاخر الذى ذهب اليه اصحابنا من ترجيح ادلة السلطنة على ادلة نفي الضرر - وفيه انه تقييد للاطلاق بالامقيد .

حكم بيع الماء

الخامسة - قال قده (ويكره بيع الماء فى القنوات والانهار) اقول الكلام فى هذه المسألة يقع فى جهات - الاولى - فى ان الماء هل يملك ام لا - الظاهر هو ذلك كما هو المعروف بين الاصحاب وفى الجواهر بل الاجماع بقسميه عليه بل لعله ضرورى - والشاهد به ما دل على تملك المباحات بالحيازة - فان الماء من جملة المشتركات بالاصالة - للاصل - والاجماع بقسميه والنبوى (١) الناس شركاء فى ثلاث الماء والكلاء والنار - والكاظمى (٢) ان المسلمين شركاء فى الماء النار والكلاء - فيملكه من حازه «فان قيل ، انه بالحيازة يملك المباحات لا المشتركات والخبر ان يدلان على اشتراك الناس او المسلمين فى الماء فلا يملك بالحيازة «قلنا ، انه بعد ما ليس المراد بالشركة هو كونه ملكا للجميع والالزم عدم جواز التصرف الاباذن للجميع وهو بديهي البطلان فالمراد هو الشركة فى الانتفاع به فهو من المباحات والناس فيه شرع سواء - فيشملة ما دل (٣) على ان من سبق الى مالم يسبق اليه احد فهو له - مضافا الى تسالم الاصحاب عليه بنحو لا يبقى مجال للشك .

الثانية انه لا اشكال على ما تقدم فى ملكية الماء بالشراء او الحيازة كما لو احرز من المباح فى آنية او غيرها بقصد التملك فهل يملك الماء بحفر البئر وبلوغ الماء ام لا «اقول ، اما بعد اخراجه من الارض من بئر وعين بنية التملك فملكه مذهب

(١) المستدرک باب ٤ من ابواب احياء الموات حديث ٢

(٢) الوسائل باب ٥ من كتاب احياء الموات حديث ١

(٣) المستدرک باب ١ من احياء الموات حديث ٤

الاصحاب كما في المسالك كسائر المباحات التي يملكها السابق - وما عن الشيخ من وجوب بذل الفاضل عن حاجته سيأتي الكلام فيه - واما قبل الاخراج فملكه منسوبة في غير واحد من الكلمات الى الاصحاب مشعرا بالاجماع عليها وفي الجواهر بل لعله كك نظرا الى السيرة المستمرة - ويمكن توجيهها بان الماء نماء ملكه كلبن الدابة - بل الظاهر انه حيازة للماء نفسه وسبق اليه مالم يسبق اليه مسلم فهو له - وربما يقال ان ملك الارض يقتضى ملك الماء الكامن فيها وان لم يكن من اجزائها - وايضا يشهد به فحوى ما سيحكي عن الاخبار المتضمنة لبيع الشرب .

الثالثة ما يقبضه النهر المملوك من الماء المباح - قال الشيخ لا يملكه الحافر كما اذا جرى السيل الى ارض مملوكة لانه مباح دخل في ملكه فيبقى على اصل الاباحة واما يكون الحافر اولى به لان يده عليه - والمشهور بين الاصحاب بل لم ينقل الخلاف عن غير مبسوط الشيخ انه يملك الماء كما يملك الماء الخارج بحفر البئر والعين وهو الاظهر - لان ذلك انما يكون من قبيل شبكة مثلا اصيد في انه يعد حيازة و سبقا الى مالم يسبق اليه غيره - وخبر (١) اسماعيل بن الفضل يشهد به - قال سألت ابا عبد الله (ع) عن بيع الكلاء اذا كان سيحا فيعمد الرجل الى مائه فيسوقه الى الارض فيسقيه الحشيش وهو الذي حفر النهر وله الماء يزرع به ماشاء فقال (ع) اذا كان الماء له فليزرع به ماشاء وليبعه بما احب .

الرابعة في بيع الماء - لا خلاف ولا اشكال في جواز بيع الماء المملوك المخرج المعلوم كيله او وزنه او بالمشاهدة الرافعة للغرر - واما الماء المخرج من الارض من بئرين بنية التملك فالمعروف من مذهب الاصحاب انه يجوز جميع التصرفات فيه ونقله الى الغير بعوض - لكن عن الشيخ في المبسوط انه اوجب على مالكة بدل الفاضل عن حاجته لشربه وشرب ماشيته وزرعه الى غيره بغير عوض اذا احتاج اليه لشربه وشرب ماشيته من السائلة وغيرهم لاسقى الزرع والشجر - ومنشأ الاختلاف اختلاف النصوص -

اذنهما ما تضمن النهي عن بيعه كموثق (١) ابى بصير عن ابى عبد الله (ع) نهى رسول الله (ص) عن النطاف والاربعاء قال والاربعاء ان يسنى مسنة فيحمل الماء فيسقى به الارض ثم يستغنى عنه فقال (ع) فلا تبعه ولكن اعره جارك والنطاف ان يكون له الشرب فيستغنى عنه فيقول لا تبعه اعره اخاك او جارك - وموثق (٢) البصرى عنه (ع) نهى رسول الله (ص) عن المحاقلة الى ان قال والنطاف شرب الماء ليس لك اذا استقيت عنه ان تبيعه جارك تدعه له والاربعاء المسنة تكون بين القوم فيستغنى عنها صاحبها قال (ع) بدعها لجاره ولا يبيعها اياه - والخبر (٣) عنه (ص) انه نهى عن بيع فضل الماء - والنبوى (٤) من منع فضل الماء لم يمنع به الكلاء منعه الله فضل رحمته يوم القيامة والمراد ان الماشية انما ترعى بقرب الماء فاذا امتنع من الماء فقد امتنع من الكلاء وحازه لنفسه ونحوه خبر (٥) عقبة ومنها ما يدل على جواز البيع - كخبر اسماعيل بن الفضل المتقدم - وصحيح (٦) سعيد الاعرج عن ابى عبد الله (ع) عن الرجل يكون له الشرب مع قوم في قناة فيها شركاء فيستغنى بعضهم عن شربه ببيع شربه قال (ع) نعم ان شاء باعه بورق وان شاء بكيل حنطة - وحسن (٧) الكاهلي عنه (ع) عن قناة بين قوم لكل رجل منهم شرب معلوم فاستغنى رجل منهم عن شربه ابيعه بحنطة او شعير قال (ع) يبيعه بما شاء هذا ما ليس فيه شيء - ونحوه خبر (٨) على بن جعفر - والجمع بين الظنقتين يقتضى البناء على كراهه البيع - او افضلية عدم اخذ العوض.

ثم انه وقع الخلاف بين المجوزين في اخذ العوض في انه هل يصح بيعه ام يتعين في نقله بعوض من ايقاع معاملة اخرى عليه من صلح وشبهه نسب المحقق القمي ره الى

(١-٥) الوسائل باب ٧ من كتاب احياء الموات حديث ١-٢

(٢) الوسائل باب ٢٤ - من ابواب عقد البيع وشروطه حديث ٤

(٣) التذكرة ج ٢ ص ٢١٠

(٤) المستدرک باب ٦ من احياء الموات حديث ٥

(٥-٧-٨) الوسائل باب ٦ - من كتاب احياء الموات حديث ١-٢-٣

المشهور عدم جواز البيع - وعن الشهيد قده جواز بيعه دائما وعدم جوازه بدون ذلك والظاهر هو الجواز مع المعلومية بمقدار يرتفع به الغرر - ولا يضر الجهل بالكيل أو الوزن لعدم كون الماء من المكيل والموزون والنصوص المتقدمة شاهدة به وحمل ما فيها من البيع على ارادة النقل بعوض بغير البيع المصطلح كما افاده المحقق القمي - وخلاف الظاهر لا يضر اليه الامع القرينة وكون بيعه غرريا لا يصلح قرينة عليه لمنعه أولا - واخصية النصوص عن دليله لو سلم كونه غرريا دائما ثانيا - فلا إشكال في جواز بيعه.

حكم اخراج الرواشن في الطرق

السادسة (و) المعروف بين الاصحاب انه (يجوز اخراج الرواشن و الاجنحة في الطرق النافذة ما لم يضر بالمارة ومع الاذن في المرفوعة وكذا فتح الابواب) وتمام الكلام ببيان امور.

١- قالوا الاجنح والروشن يشتركان في اخراج خشب من الحائط الى الطريق بحيث لا يصل الى الجدار المقابل ويبنى عليه ولو وصل فهو السابط - و في المسالك وربما فرق بينهما بان الاجنحة ينضم اليها مع ما ذكر ان يوضع لها عمدة من الطريق .
٢- المدار في الضرر بالمارة هو العرف ويعتبر في المارة بما يليق بتلك الطريق عادة - فان كانت مما يمر فيه الابل اعتبر فيه مروره محملا و مركوبا وعلى ظهره محملا و ان كانت مما يمر عليه الفرسان اعتبر ارتفاع ذلك بقدر لا يصدم الرمح على وضعه مما لاعادة .

٣- مدرك الجواز في الطرق النافذة هي الطرق التي تنتهي الى طريق او مكان مباح يجوز استطرافه - انها ليست ملكا لاربابها وانما هي من قبيل الحریم و المتيقن منه ان لهم ولغيرهم الاستطراق فيها ولا يجوز مزاحمتهم في ذلك واما سائر التصرفات فلا وجه للمنع عنها فيجوز اخراج الرواشن و الاجنحة وفتح الباب وما شاكل وان تضر الجار بالاشراف عليه - نعم - اذا تضرر الجار بذلك ولم يكن في منعه من الاخراج والفتح ضرر عليه - ولا فوات نفع لم يجبر لقاعدة لا ضرر كما مر -

واما الطرق المرفوعة وهي التي لا تنتهي الى طريق او مكان مباح يجوز استطرافه بل اما ان يكون راسه مسدودا بجدار ونحوه او يكون منتهيا الى سد فقاوا انه لا يجوز اخراج الرواشن والاجنحة وفتح الباب فيها الا باذن اربابها - والمراد باربابها كل من له اليها باب يخرج منه اليها على وجه شرعى (واستدلوا) لذلك بان المرفوع ملك لاربابه كساير املاكهم فيكون كالمال المشترك لا يصح لاحد من اربابه التصرف فيه الا باذن الباقيين سواء كان التصرف باحداث الباب او الساباط والروشن ام غيرهما سواء اضر بهم ام لم يضر (واستشكل) فيه المحقق الاردبيلي و منع ذلك الا ان يثبت الملكية بوجه شرعى و لو بادعائهم الملكية مع عدم العلم بفساد الدعوى فان الذى علم من التصرف بالاستطراق استحقاقهم ذلك - وحيث ان اكثر الطرق والاستطراق يحصل فى غير الملك فلا اماراة للملكية التى هى خلاف الاصل اذلا فرق بين المسلوك والمرفوع فى الحصول الا ان المترددين فى الاول اكثر - ثم ايد ذلك بعمل الناس عن دخولهم فى هذه السكك و قوفهم و جلوسهم بدون اذن اربابها من دون تكثير قال وهو دليل عدم الملكية بل لو كان ملكا لم يجز لساير الشركاء الدخول بدون اذن الباقيين (اقول) يمكن توجيه ما افاده المشهور بان الطريق المرفوع تحت يد اربابه واليد اماراة الملكية - ومع الاعراض عنه انه حريم املاكهم والمشهور بينهم ملكية الحريم وان كنا اشكلنا فيه ومع التنازل فلا اقل من انهم احق به من غيرهم وكونه متعلقا لحقهم - فعلى ذلك لا يجوز لاحدهم التصرفات مطلقا الامع اذن الباقيين - الا خصوص الاستطراق اما لان ذلك شرط ضمنى عند جعله طريقا بينهم او لان بعض التصرفات يجوز فى الاملاك للسيرة او غيرها كالمصلاة فى الاراضى المتسعة والوضوء من الانهار الكبار فليكن المقام من هذا القبيل وبه يظهر وجه جواز التصرفات المشار اليها لغير اربابه - فما افاده المشهور اظهر .

ثم ان ذلك كله فى التصرف فى الطريق - اما تصرف كل منهم فى ملكه بفتح الروازن والشبابيك فلا اشكال فى جوازه لتسلط الانسان على التصرف فى ملكه بما شاء وان استلزم الاشراف على الجار لان المحرم هو التطلع لا التصرف فى الملك فيستفيد بذلك الاستئذاة فى بيته وليس للجار سد ذلك وان كان له وضع شئ فى ملكه يمنع الاشراف - نعم استثنوا

من ذلك فتح باب فيه كما لو كان له دار حائطها الى الطريق المرفوع - فارادان يفتح بابا اليه في ملكه - قالوا لا يجوز ذلك دفعا لشبهة استحقاقه المرور منه بعد تطاول الزمان فانه اذا اشتبه حاله يشعر باستحقاق المرور لانه وضع له .

ثم انه اشكل الشيخ ره في مصالحة احد ارباب الطريق الباقيين على احداث روشن فيه وعلمه بانه لا يجوز افراد الهواء بالبيع والصلح متفرع عليه في ذلك - وفي الشرايع وفيه تردد - ولكن لو سلم الاشكال في البيع لامجال للاشكال في الصلح بعد اطلاق ادلته.

الطرق المرفوعة مشتركة بين اربابها

السابعة (و) المشهور بين الاصحاب انه (يشترك المتقدم والمتأخر في المرفوعة

الى الباب الاول وصدر الدرب ويختص المتأخر بما بين الباين ولكل منهما تقديم بابه لا تاخير) وعن الشهيد في الدروس تقوية اشتراك الجميع في الجميع واختاره المحقق الاردبيلي ره .

واستدل الاول بانه في المرفوعة الى الباب الاول - وصدرها هم متساوون في الارتفاق بها ولا اولوية لواحد على غيره بخلاف ما بين الباين لان ادخلية الباب تقتضي الاستطراق وهو مختص بالمستطرق فيتحقق الترجيح .

واورد عليهم المحقق الاردبيلي قائلا ان دليل المشهور مدخول و الاصل دليل قوى وليس هنا ما يدل على اختصاص احد الاستطراق وعدم مرور الغير اليه وهو ليس بدليل عامر - ولانه لو كان ذلك دليل الملك لكان الفاضل في آخر المرفوعة ملكا للاخير - ولانه قد يكون المرفوعة واسعة ولا يمر الادخل الا في بعضها - ولانه قد يكون في مقابلة ايضا باب فيشكل الاختصاص - ثم انه ره اخذ عليهم التناقض بين كلامهم هذا وبين ما ذكره من ان المرفوعة لكل من فيها ارضها و هوائها لا يجوز لاحد منهم اخراج الرواشن والاجنحة والسباط والميزاب حتى فتح الباب الجديد لغير الاستطراق بدون اذن الجميع و يجوز مع اذنه فان هذه الاحكام تدل على عدم اختصاص لاحد

وايضا حكمهم بجواز اخراج الاقدم ببابه في المشترك يقتضى جواز ادخال الادخل ببابه في الفاضل لانه ايضا مشترك وهم منعوا عنه.

اقول يرد على ما مر منه ما تقدم منا. ويرد على الوجه الثاني ما افاده الشهيد الثاني به بان ثبوت ملك شيء لا يتوقف على مسلك له ومع ذلك فيمكن دخول الخارج الى الفضلة بشاهد الحال كسلوك غيره ممن لاحق له في تلك الطريق فاذا انضم الى ذلك اشتراكهم جميعا في التصرف في الفضلة حكم باشتراكها بينهم وعلى الثالث ان اعادة الملكية ليست هي المرور بل كون الشيء تحت استيلائه والطريق الواسع كك وان كان في المرور يمر على بعضه - وعلى الرابع انه لو كان في مقابله ايضا باب كانا مشتركين فيه - واما التناقض الاول الذي ذكره فيمكن دفعه بان مراد الاصحاب من كون المرفوعة ملكا لاربابها ليس كونها ملكا للجميع الارباب بنحو الاشاعة في الجميع بل مرادهم انها ليست مثل النافذة التي ليست ملكا لاحد ومرادهم باربابها جنس الجميع لا العموم الافرادى فلا ينافي مع كون بعضها ملكا لبعضهم خاصة - واما قوله و ايضا حكمهم بجواز اخراج الاقدم... الخ فيرده منع الملازمة ومنع كون العلة في الاول هو مجرد الاشتراك حتى يتم في الفرع بل لانه اسقاط لحقه السابق الثابت من دون تصرف جديد في مال الشريك فهو تصرف بعض في حقه المشترك بخلاف ادخال الباب في الفاضل فان الاستحقاق فيه ليس من جهة العبور بل من جهة كونه من المرافق المحتاج اليها احيانا لحط الانقال ونحوه والتصرف على نهج يوجب استحقاق العبور فيه من دون الشركاء تصرف في المشترك بدون الاذن واسقاط لبعض حق الشركاء - به على ذلك المحقق القمي ره .

(و) مما ذكرناه في المسألة المتقدمة يظهر انه (و) اخرج الروايتين في النافذة فليس لمقابله منعه وان استوعب عرض الدرب (و) انه (و) سقط فبادر مقابله لم يكن (للاول منعه) لان الاول لم يملك الموضع بوضع الروشن فيه وانما اكتسب اولوية فاذا زال زالت - اللهم الا ان يقال ان الهواء يملك مستقلا فبإخراج الروشن حازه المخرج وملكه ولا مزيل له. والمسألة محتاجة الى التأمل .

وضع الجذوع على حائط الجار

الثامنة اذا التمس وضع جذوعه على حائط جاره لم يجب على الجار اجابته - بلا خلاف وفي المسالك هذا عند ناموضع وفاق - لمادل (١) على انه لا يحل مال امرأ مسلم الا بطيب نفسه .

(و) لكن (يستحب للجار وضع خشبة جاره على حائطه مع الحاجة) لما روى (٢) عنه (ص) لا يمنعن احدكم جاره ان يعرض خشبه في حائطه - وفي خبر (٣) اخران الجار بضح جذوعه في حائط جاره شاء ام ابى - المحمولين على الاستحباب سيما مع عدم ثبوت صحتهما .

(و) انما الكلام فيما ذكره جماعة - من انه (لو اذن جاز الرجوع قبل الوضع اما بعده فبالارض) - ومورد الكلام امور .

الاول بعد ما اكلام في انه يجوز الرجوع قبل الوضع اختلفوا في الرجوع بعد الوضع وقدمنع عنه الشيخ والاتباع - واستدلوا به بان الاذن في مثل ذلك يقتضى الدوام كالاذن في دفن الميت في الارض - و يلزوم الضرر بالنقص حيث يفضى الى خراب ملك الماذون - ولكن يرد على الاول ان كون الاذن مقتضيا للدوام لا يستلزم عدم جواز الرجوع بعد كونه من قبيل العارية التى هي غير لازمة - والقياس بالاذن في دفن الميت مع الفارق ان قلنا بحرمة النباش في هذا المورد والافيجوز الرجوع في المقيس عليه ايضا وعلى الثانى ان الضرر لا يصلح للزوم الاذن سيما بعد كونه مقدما عليه فانه مع العلم بالجواز اقدم عليه - فالأظهر هو جواز الرجوع .

(١) الوسائل باب ٣ - من ابواب مكان المصلى - وباب ١ - من ابواب القصاص في النفس

والمستدرك ج ١ ص ٢١٢

(٢) اخرج البخارى ج ٣ ص ١٦٤ كتاب المظالم والنصب ورواه مسلم ج ٥ ص ٥٧

(٣) رواه الخرائطى من مكارم الاخلاق من حديث ابى هريرة كما معن المعنى

الثاني انه على تقدير الجواز هل ينقض مجانا او مع الارش قولان - اختار المصنف
 ره هنا والمحقق في الشرايع والشهيد الثاني في المسالك وغيرهم في غيرها الثاني -
 واستدل له بانه بناء محترم صدر بالاذن فلا يجوز قلعه الا بعد ضمان نقضه - و بان
 فيه جمعا بين الحقين - وبانه سبب الاتلاف لازنه والمباشر ضعيف - ولكن كون البناء
 محترما صادرا بالاذن الجائز ليس من موجبات الضمان لانه مجرد كونه محترما
 مالم ينطبق عليه احد العناوين المضمنة من اليد والاتلاف والاستيفاء ليس من موجبات
 الضمان - وكونه جمعا بين الحقين فرع ثبوت حق له في الابقاء والكلام الان فيه - وكونه
 سبب الاتلاف بعد كون اذنه مما يجوز الرجوع فيه ووساطة اختيار الفاعل المختار
 ممنوع فالأظهر عدم الضمان .

الثالث انه على تقدير ثبوت الارش فهل هو عوض ما نقصت الات الواضع بالهدم
 او تفاوت ما بين العاقر والخراب وجهان مبنيان على ان مدرك ثبوت الضمان هو الوجه
 الاول والثاني - او الثالث فعلى الاولين الاول وعلى الثالث الثاني كما لا يخفى -

فروع التنازع

التاسعة في جملة من فروع التنازع منها (ولو تداعيا جدارا) بين ملكيهما (مطلقا)
 والمراد بالاطلاق هنا ان لا يكون مقيدا بوجه يوجب كونه لاحدهما شرعا كاتصاله باحدهما
 اتصال ترصيف بتداخل الاحجار أو كون اس الجدار له أو كونه مبني على جذع داخل في
 بنائه أو كون وجه الجدار اليه بزادات فيه من طرفه وما شاكل - فان كان الجدار في يديهما
 او لم يكن لاحدهما يد عليه (فهو للحالف مع نكول الآخر) فانه اذا كان في يديهما مقتضى
 اليد هو الشركة فعلى كل منهما الحلف على ما يدعيه الآخر من كون معجوع الجدار له
 فان حلف احدهما دون الآخر ثبت ما يدعيه - وان لم يكن في يديهما فيحتمل الشركة من
 غير الحلف ويحتمل كونه من باب التداعي وعلى التقديرين حيث انه من المعلوم عدم
 خروجه عنهما بل هو اهما او لاحدهما - فلو حلف احدهما مع نكول الآخر ثبت به حقه
 (ولو حلفا او نكلا فلهما) المبدأ - او العلم بعدم خروجه عنهما ولا ترجيح لاحدهما على

الآخر فيحكم بالتنصيف هذا كله مع عدم البينة لاحدهما والافيه حكم بانه له للبينة
 (و لو اتصل ببناء احدهما) اتصال ترصيف (او كان له عليه طرح)
 من قبة او غرفة او نحو ذلك مما يكون لاحدهما اختصاص به (فهو له مع اليمين) ان لم يكن
 للآخر بينة لصدق كون اليد له بذلك - ويمكن ان يستدل به بصحيح (١) منصور بن حازم
 عن ابي عبدالله عليه السلام عن خص بين دارين فزعم ان عليا عليه السلام قضى به لصاحب الدار
 الذى من قبله القمط المعتضد بخبر (٢) عمرو بن شمر عن جابر عن ابي جعفر عليه السلام عن ابيه عن
 جده عن علي عليه السلام انه قضى فى رجلين اختصما اليه فى خص فقال عليه السلام ان الخص للذى
 اليه القمط وقد عمل معظم الاصحاب بهما - ودعوى انهما قضية فى واقعة كما عن النافع -
 بعد كون الامام عليه السلام ينقلها فى مقام بيان الحكم - كما ترى .

ثم انه لا اشكال (و) لا خلاف فى انه لا يجوز ان (يتصرف الشريك فى الحائط)
 كما لا يجوز له التصرف فى ساير الاموال المشتركة من الدار (والدولاب والبئر والنهر)
 وما شاكل - (بغير اذن شريكه) لعدم جواز التصرف فى ماله لغير بغير اذنه - نعم قدمر انه
 لا دليل على حرمة الانتفاع بماله لغيره ان لم يعد تصرفا كالاقتضاء بنور الغير وربما يشبهه
 الامر فى انه من التصرف ام لا كاسناد المتاع الى الحائط مع انتفاء الضرر ومقتضى اصاله
 البرائة هو الجواز فى الموارد المشكوك فيها .

(و) لو انهدم الجدار (لا يجبر الشريك على العمارة) اذ لا يجب على الانسان
 عمارة جداره المختص فضلا عن المشترك - وهذا الكلام فيه - انما الكلام فى انه هل يتوقف
 العمارة على اذن الشريك كما علمه المشهور ام يجوز له البناء وان نهاه كما عن الشيخ - ام يفضل
 بين اعادته بالالة المشتركة فالثانى و بين اعادته بالة من عنده فالاول - والظاهر هو الاول
 لعدم جواز التصرف فى ملك الغير بغير اذنه - واستدل الثانى بانه نفع واحسان فى
 حق الشريك فلا يشترط رضاه - حيث انه يعمر حائطه ولا يفرمه فى نفقته ولا ضرر فيه
 عليه - وفيه ان ايصال النفع الى الغير والاحسان اليه بغير التصرف فى ماله حسن ومطلوب

ومع التصرف في مال حيث ينطبق عليه عنوان قبيح فلا يكون حسناً، واستدل للمثال بانه على الاول يبقى شريكاً كالاول - بخلافه على الثاني - وقد ظهر مما مر ما فيه .

(و) منها انه لو تنازع صاحب العلو والسفل في جدارهما ف (القول قول

صاحب السفل في جدران البيت وقول صاحب العلو في السقف وجدران الغرفة

والدرجة) كما هو المشهور بين الاصحاب وقيل باشتراكهما في جدار السفل اختصاص صاحب العلو بجداره - وعن الشيخ ره والشهيد اشتراكهما في السقف فهما احكام - ١ - لو تنازعا في جدران البيت فالظاهر تقديم قول صاحب السفل لان جدران البيت جزئه فيحكم بها لصاحبه - ٢ - لو تنازعا في السقف والمراد به الحامل للغرفة المتوسط بينها وبين البيت - فقد استدل لتقديم قول صاحب العلو بان الغرفة انما تتحقق بالسقف الحامل لانه ارضها والبيت قد يكون بغير سقف وهما متصادقان على انهما غرفة فلا بد من تحققها - وبان - تصرفه فيه اغلب من تصرف صاحب السفل - وبه يظهر اندفاع ما استدل به لما ذهب اليه الشيخ والشهيد من اشتراكهما فيه - بانه سقف لصاحب البيت وارض لصاحب الغرفة فكان كالجزة من كل منهما واضعف من ذلك ما في الشرايع من الرجوع الى القرعة لانها لكل امر مشتبه - ان يرد عليه مضافا الى ما مر ان غاية ما هناك كونه تحت يديهما فهما شريكان فيه - ٣ - لو تنازعا في جدران الغرفة لاشكال في تقديم قول صاحب العلو لانها جزء من الغرفة فيحكم بها لصاحبها - ٤ - لو تنازعا في الدرجة فالظاهر تقديم قول صاحب العلو لاختصاصه بالتصرف فيها بالسلوك وان كانت موضوعة في الارض التي هي لصاحب السفلى لان مجرد ذلك لا يوجب صدق اليد .

(فاما الخزانة تحتها فلهما) - لان لكل منهما شاهدا بملكها - اذا الظاهر كما مر

ان الدرجة لصاحب العلو فيكون قرارها كالهواء له - وحيث انها متصلة بما يملكه الاسفل - بل هي من جملة البيوتات السفلى - فظاهره كونه لصاحب السفل فيحكم بها لهما بعد التحالف .

(و) منها ما لو تداعيا في الصحن - قالوا (طريق العلو في الصحن بينهما والباقي

للاسفل (و علوه بان صاحب العلو لما افتقر سلوكه اليه في التصرف من الصحن في قدر الممركان له يدعليه دون باقي الصحن وصاحب السفلى يشاركه في التصرف في ذلك وينفرد بالباقي فيكون قدر المسلك بينهما لصدق كون يديهما عليه بخلاف الباقي فان يد الاسفل عليه خاصة.

(و) منها انه اذا خرج اغصان شجرة الى ملك الجار فعلى مالكها عطفها او قطعها نحرزا من اشغال ملك الغير بملكه .

(و) ان لم يفعل (للاجار عطف اغصان الشجرة فان تعذر قطعها عن ملكه) لان بقائه عدوان وقاعدة حرمة التصرف في مال الغير لا تأتي في دفع الظلم والضرر عنه - ولذا لم يشك احد في انه اذا دخل بهيمة الغير داره له ان يخرجها منها - نعم يجب عليه اولا مراجعة المالك ثم عطف الاغصان ان امكن - والا يقطعها بل قد يظهر من التحرير ان للمالك الازالة من دون استيذان من مالك الشجرة - بل صرح به المحقق الثاني ره لان ازالة العدوان امر ثابت له وتوقفها على اذن الغير ضرر عليه - ولا يخلو عن وجه - وان كان الاول احوط واحوط منه الاستيذان من الحاكم فرادع التصرف في ملك الغير بغير اذنه او اذن من يقوم مقامه مع التمكن والله العالم.

(و) منها ان (راكب الدابة اولى من قابض لجامها) كما عن الشيخ وغيره لظهور يد الاختصاص له ولكن الظاهر انهما سواء كما عن الخلاف والسرائر والمحقق الثاني والشهيد الثاني في المسالك وغيرهم لثبوت يد كل منهما عليها ولا ترجيح لقوة تصرف الراكب وشدة بالنسبة الى القابض ولا لزيادته - ولذلك ذهبوا الى اشتراك الثوب بين شخصين لكل منهما يد عليه وان كان تصرف احدهما ازيد .

(و) منها انه لو تداعيا غرفة على بيت احدهما وبابها الى غرفة الاخر كان الرجحان لدعوى صاحب البيت لكونها في ملكه الذي هو هواء بيته التابع لقراره و مجرد فتح الباب الى الغير لا يفيد يدا عرفا - وهذا هو مراد المصنف ره حيث قال (وصاحب الاسفل اولى بالغرفة المفتوح بابها الى غيره مع التنازع واليمين وعدم البينة) والله العالم والحمد لله اولوا آخرا .

كتاب الديون وفيه فصول الفصل الاول

فى القرض بكسر القاف و فتحها وفى الجواهر وهو معروف اثبتته الشارع متاعا للمحتاجين مع رد عوضه فى غير المجلس وان كان من التقدين رخصة - ولكنه بيان لاثره واما حقيقته فقد افاد الشيخ الاعظم فى كتاب البيع بعد ما عرف البيع فى مقام الفرق بينه وبين القرض - ان القرض حقيقته ليست هى المعاوضة بل هى تمليك على وجه ضمان المثل او القيمة - و يرد عليه ان التمليك المزبور لا يخلو عن احد وجهين - اما ان يكون تمليك بازاء بدله فى الذمة فهو معاوضة حقيقة - واما ان يكون تمليكا مجانيا و يشترط فى ضمنه ان تكون الذمة مشغولة بالمثل او القيمة فهذا غير معقول اذ مرجعه الى اشتراط ضمان الانسان لمال نفسه .

فالحق ان يقال ان حقيقة القرض تمليك للعين اى اخصوصياتها مجانا وجعل لماليتها فى الذمة وفى الحقيقة هو ينحل الى انشائين - تمليك مجانى بالنسبة الى العين - وتضمن لمالية العين واستيمان لها فى ذمة المقرض الى اجل معين ومما يشهد لكون القرض ما ذكر وليس من قبيل المعاوضات امور ١ - عدم جريان ربا المعاوضة فيه فمن اقترض الريال الذى يساوى اربعة دراهم مثلا ويكون بحسب الوزن اكثر منها - له ان يؤدى اربعة دراهم والمقرض اشتراط ذلك ولم يقل احد بعدم جوازه ولو كان من قبيل المعاوضات لزم عدم جوازه كما لا يجوز فى القرض بيع الريال باربعة دراهم ٢ - عدم لزوم ذكر العوض فيه فلو كان من المعاوضات لكان اللازم ملاحظة الطرفين فى مقام انشاء المعاوضة ٣ - عدم لزوم العلم بالعوض مع انه فى المعاوضات لا بد من العلم به - ودعوى ان العين المقرضة اما ان تكون من المثليات - او تكون من القيميات وعلى كل حال العوض معلوم ولا يحتاج الى الذكر - مندفعة - اولا ان بعض الاشياء لا يعلم حين القرض انه مثلى او قيمى فيقترض المال ويستعلم الحال قبل الاداء - وثانياً انه ربما يعلم انه قيمى ولكن لا يعلم مقدار القيمة ٤ - ما ذكره جماعة من عدم جريان الغرر المنفى فيه :

ثم انه لا اشكال ولا خلاف فى انه من العقود و يحتاج الى ايجاب و قبول

والكلام في قيود العقد و المتعاقدين ما مر في غير كتاب من الكتب المتقدمة
وتمام الكلام في هذا الفصل بالبحث في مواضع - الاول - فيما يتعلق بالقرض نفسه
وفيه مسائل .

وجوب نية القضاء حين الاستدانة

الاولى (يكره الدين مع القدرة) على المشهور بين الاصحاب وعن الحلبي عدم
جواز الاستدانة لغير الواجب من الحج وغيره من الواجبات - ويشهد للجواز جملة
من النصوص كخبر (١) ابي موسى قلت لابي عبدالله عليه السلام جعلت فداك يستقرض الرجل
و يحج قل نعم قلت يستقرض ويتزوج قال نعم انه ينتظر رزق الله غدوة وعشية ونحوه
غيره - والشاهد بالكره جملة من الاخبار الاتية -

(ولو استدان وجب نية القضاء) كما هو المشهور بينهم - بل قال الشهيد
الثاني رده وجوب نية القضاء ثابت على كل من عليه حق سواء كان ذوالحق غائبا ام حاضرا
لان ذلك من احكام الايمان انتهى والاخبار تدل عليه - لاحظ خبر (٢) عبد الغفار
المجاذي عن ابي عبدالله (ع) عن رجل مات وعليه دين قال (ع) ان كان اتى على يديه
من غير فساد لم يؤاخذ الله عز وجل اذا علم من نيته الامن كان لا يريد ان يؤدى عن امانته
فهو بمنزلة السارق الحديث وخبر (٣) ابي خديجة عنه عليه السلام ايما رجل اتى رجلا
فاستقرض منه مالا وفي نيته ان لا يؤديه فذلك اللص العادي - و مرسل (٤) ابن فضال
عن بعض اصحابه عنه (ع) من استدان ديناً فلم ينوقضائه كان بمنزلة السارق - ونحوها غيرها
و لاينا فيها - خبر (٥) حمدان بن ابراهيم الهمداني رفعه الى بعض الصادقين

(١) الوسائل باب ٣ من ابواب الدين القرض حديث ١

(٢) (٣-٤) الوسائل باب ٥ - من ابواب الدين والقرض حديث ١-٥-٣

(٥) الوسائل باب ٢ من ابواب الدين والقرض حديث ٤

عليهم السلام - انى احب للرجل يكون عليه دين ينوى قضائه - لعدم ظهوره فى الاستحباب .

ثم انه وان كره الدين - الا ان فى الاقراض ثوابا عظيما لانه من اعانة المحتاج تطوعا وكشف كربة المسلم بل (و ثواب القرض ضعف ثواب الصدقة) فى النبوى (١) المروى بطريق معتبر الصدقة بعشرة و القرض بثمانية عشر - و فى موطى (٢) ابن عمار عن الصادق (ع) مكتوب على باب الجنة الصدقة بعشرة و القرض بثمانية عشر - قال الشيخ وروى (٣) انه افضل من الصدقة بمثله والظاهر تعلق الضمير فى مثله بافضل فالمعنى ان ثواب القرض ضعف ثواب الصدقة (لا يقال) ان الخبر الاخيرينا فى ما تقدمه فان لازمه كون القرض بعشرين (فانه يقال) ان المضاعفة انما هى فى الثواب فاذا تصدق بدرهم فانه انما يصير عشرة باعتبار ضم الدرهم للتصدق به حيث انه لا يرجع - والحاصل من الثواب المكتسب فى الحقيقة انما هو تسعة فتواب القرض اذا كان ضعفه كان ثمانية عشر ولا يعارضها النبوى (٤) الخاصى الف درهم اقرضها مرتين احب الى من ان تصدق بها مرة - كى يجمع بينهما با لوجوه المذكورة فى المسالك - لعدم دلالة النبوى على رجحان الصدقة عليه اذ ظاهره ان المراد به كون وجه رجحان القرض على الصدقة ان القرض يعود فيقرض بخلاف الصدقة والله العالم.

حكم اشتراط الزيادة فيه

الثانية (ويحرم له اشتراط زيادة فى القدر او الصفة) بالاخلاف فيه فى الجملة

(١) الوسائل باب ٢٠ من ابواب الصدقة حديث ٢ كتاب الزكاة

(٢) الوسائل باب ١١ من ابواب فعل المعروف حديث ٣ كتاب الجهاد

(٣) التذكرة ج ٢ ص ٤

(٤) الوسائل باب ٨ - من ابواب الدين والقرض حديث ٥

والنصوص الكثيرة شاهدة به - لاحظ خبر (١) على بن جعفر عن اخيه عليه السلام عن رجل اعطى رجلا مائة درهم على ان يعطيه خمسة دراهم او اقل او اكثر فقال عليه السلام هذا الربا المحض - وخبر (٢) خالد بن الحجاج سألته عن الرجل كانت لى عليه مائة درهم عددا فقتضائها مائة وزنا قال عليه السلام لا بأس ما لم يشترط قال وقال جاء الربا من قبل الشروط انما يفسده الشروط - وموثق (٣) اسحاق بن عمار عن ابي ابراهيم عليه السلام عن الرجل يكون له عند الرجل المال قرضا فيطول مكنه عند الرجل لا يدخل على صاحبه منفعة فينبيله الرجل الشيء بعد الشيء كراهية ان ياخذ ماله حيث لا يصيب منه منفعة لا يحل ذلك قال عليه السلام لا بأس اذا لم يكن بشرط - وحسن (٤) الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام عن الرجل يستقرض الدراهم البيض عددا ثم يعطى سودا وزنا وقد عرفت انها ائتمل مما اخذ وتطيب به نفسه ان يحمل له فضلها فقال عليه السلام لا بأس به اذا لم يكن فيه شرط - وصحيحه (٥) الاخر عنه عليه السلام اذا اقرضت الدراهم ثم اتيك بخير منها فلا بأس اذا لم يكن بينكما شرط - وصحيح (٦) محمد بن قيس عن ابي جعفر عليه السلام من اقرض رجلا ورقا فلا يشترط الا مثلها فان جوزى اجود منها فليقبل ولا ياخذ احد منكم ركوب دابة او عارية متاع يشترط من اجل قرض ورقه - الى غير تلكم من النصوص الكثيرة - ونفقيج القول في المقام بالبحث في جهات .

١- ان الزيادة المشترطة تارة تكون عينية من جنس العين المقرضة او غيرها واخرى تكون غير عينية مماله مالية كسكنى دار او عمل له مالية كخياطة ثوب - وثالثة تكون غير عينية مما فيه منفعة كاشتراط مصالحة او بيع محاباتي - او فيه غرض عقلائي كاشتراط كنس المسجد او اتيان الصلاة اول الوقت - فهل الموجب للربا مطلق

(١-٣) الوسائل باب ١٩ من ابواب الدين والقرض حديث ١٨-١٣

(٢-٤-٥) الوسائل - باب - ١٢ من ابواب الصرف حديث ١-٢-٣

(٦) الوسائل باب ١٩ من ابواب الدين والقرض حديث ١١

الشرط من حيث انه التزام شيء فيكون زيادة - ام يختص بماله فيه منفعة او مالية - او مختص بالعينية خاصة وجوه - قد يقال ان الا جماع قائم على ان الربا مطلق الشرط - ولكن يرد ان المحكى عن الحلبي والمصنفه في القواعد والمحقق الثاني في جامع المقاصد جواز اشتراط البيع ضمن المثل بل محاباة ايضا - وكذا جواز اشتراط الرهن على القرض بل على دين آخر - وعن جماعة جواز اشتراط ضمان او كفالة او اشهاد فلا اتفاق المشار اليه غير ثابت - والحق ان يستدل له بقوله **فِي** في خبر خالد جاء الربا من قبل الشرط وانما تفسده الشروط - فان اطلاقه يشمل كل شرط زيادة ودعوى ان المتيقن منه شرط الزيادة العينية - مندفعة - بكونه خلاف الاطلاق - ويعضده قوله **فِي** في صحيح محمد بن قيس فلا يشترط الا مثلها اذ شرط الزيادة مطلقا بنا في المثلية .

٢- حرمة الربا ثابتة بالكتاب (١) والسنة (٢) المتواترة واجماع المسلمين بل ضرورة الدين - وقدمر تفصيل القول فيه في كتاب البيع .

٣- لا اشكال في فساد شرط الزيادة وانه لا يملكها - فهل يبطل القرض حتى بالنسبة الى ما عدا الزيادة ام هو صحيح بالنسبة الى غيرها بمعنى ان العين المقترضة يملكها المقترض وجهان - المشهور بين الاصحاب - هو الاول بل عن المختلف الاجماع على انه اذا اقرضه شيئا وشرط عليه ان يرد خير امما اقترض كان حراما وبطل القرض وهو الاظهر (لا) لما قيل من ان الربا المنهى عنه هو القرض المشتمل على الزيادة فان الربا هي الزيادة لغة وعرفا (ولا) لان الشرط الفاسد مفسد فانه يدفعه ما تقدم في الجزء الرابع عشر من هذا الشرح من عدم مفسديته (ولا) لما يروى (٣) ان كل قرض يجز بمنفعة

(١) البقرة آية ٢٧٥ و ٢٧٦ و ٢٧٨ آل عمران آية ١٣١

(٢) راجع الوسائل كتاب التجارة ابواب الربا

(٣) الوسائل باب ١٩ من ابواب الدين والقرض حديث ٤-

فهو فاسد - وعن (١) دعائم الاسلام عن ابي جعفر عليه السلام كل قرض يعجر المنفعة فهو ربا - والنسبى (٢) كل قرض يعجر المنفعة فهو حرام - فانه مضافا الى انه دلت النصوص (٣) الكثيرة على ان خير القرض ما جرنفعا وفي خبر (٤) محمد بن مسلم يقول لابي عبدالله عليه السلام ان من عندنا يروون ان كل قرض يعجر منفعة فهو فاسد فقال عليه السلام او ليس خير القرض ما جرن منفعة - ان الاول والثالث من غير طرقنا والثالث مرسل - فلا يعتمد على شيء من تلكم الاخبار (ولا) لقوله عليه السلام في صحيح محمد ولا يشترط الامثلها - فان متعلق النهى فيه هو الشرط لا القرض (بل) لقوله عليه السلام في خبر (٥) على بن جعفر مشيرا الى القرض مع الزيادة هذا الربا المحض لقوله عليه السلام في خبر خالد بن الحجاج المتقدم جاء الربا من قبل الشروط وانما نفسده الشروط - فتوقف صاحب الحدائق ره في بطلان القرض واقضاء سيد العروة بعدم البطلان في غير محلها .

٤- بناء على المختار من بطلان القرض - فهل يجب رد المال الى صاحبه - ام يجوز امساكه بل التصرف فيه - ثم انه على التقديرين هل يكون ضامنا له لو تلف ام لا اما الاول - فان كان المقرض المسلط للمقرض على ماله راضيا بالفعل في التصرف في ماله حتى مع فساد القرض كما لو علم بالفساد و سلطه عليه كك فلا اشكال في جواز التصرف وان لم يكن راضيا بالرضا الفعلي ولكن كان راضيا بالرضى التقديرى بمعنى انه لو كان عالما بالفساد وان المال باق في ملكه كان راضيا بالتصرف فيه - جازا التصرف بناء على كفاية الرضا التقديرى في حلية التصرف والا فلا يجوز لمادل (٦) على عدم جواز التصرف في مال الغير الا عن طيب نفسه - ودعوى - ان فساد القرض لا يوجب زوال الرضا بالتصرف الذى كان في ضمن العقد لان الجنس لا يتقوم

(١) المستدرك باب ١٩ من ابواب الدين والقرض حديث ٢

(٢) الجامع الصغير ج ٢ ص ٩٤

(٣-٤-٥) الوسائل باب ١٩ من ابواب الدين والقرض حديث ٤-٠-١٨

(٦) الوسائل باب ٣ من ابواب مكان المصلى والمستدرك ج ١ ص ٢١٢

بفصل خاص - مندفعة اولاً - بان الرضا من قبيل ما يكون ما به اشتراكه عين ما به امتيازاه
فاذا لم يترتب على الرضا الموجود فى ضمن المعاملة اثر والمفروض انه ليس هناك
رضا آخر فلا مورد للقول بالجواز - وثانياً - ان الرضا معلق على الشرط والمشروط
ينتفى بانقضاء شرطه .

واما الثانى فالأظهر هو الضمان بالتلف - لقاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن
بفساده - واولى بذلك الضمان مع الأتلاف ولا فرق بين علم المقرض بالفساد وعدمه
(فان قيل) ان الدافع ماله العالم بفساد القرض لامحالة يكون دفعه تسلطاً مجانياً
وامانة مالكية ويكون مقدماً على هتك حرمة ماله فلا ضمان (قلنا) انه يكون الدفع بعنوان
الاستحقاق الذى بنى عليه تشريعاً وبعبارة اخرى بعد تصوير ذلك يكون هذا هو محل
البحث واما اذا سلطه مجاناً فلا كلام فى عدم الضمان - وتسليط الدافع العالم لا يجعلها
امانة مالكية لانه دفعه على انه ملك المدفوع اليه ولم يقدم على هتك حرمة ماله بل
اقدم على التضمن و كذا الاخذ - فالأظهر هو الضمان بالاتلاف و التلف بالنسبة الى
الامال والزيادة (ولكن) المنسوب الى المشهور اطلاق القول بكفاية رد الزايد من غير
فرق بين صورة وجود المال وبين تلفه بل نفى بعضهم عنه الخلاف فيه بل عن المقداد
والكركي الاجماع عليه - واستدل له بالاجماع - و بالاية الكريمة (١) دبايها الذين
امنوا اتقوا الله ذروا ما بقى من الربا ان كنتم مؤمنين فان لم تفعلوا فاذنوا بحرب من الله
ورسوله فان تبتم فلکم رؤوس اموالکم ، و قد مر الكلام فيه فى كتاب البيع وعرفت
عدم تماميته .

تبرع المقرض بالزيادة

ثم ان هذا كله مع اشتراط الزيادة (و) ابايدونه فالزيادة التى يحرم اشتراطها
فى القرض (يجوز قبولها من غير شرط) بلا خلاف اجده كما فى الجواهر - ويشهده

مضافا الى النصوص المتقدمة خبر (١) اسحاق بن عمار عن ابي الحسن (ع) يكون له مع الرجل مال قرضا فيعطيه الشيء من ربحه مخافة ان يقطع ذلك عنه فيأخذ ماله من غير ان يكون شرط عليه قال (ع) لا بأس بذلك (به خل) مالم يكن شرط - وخبر (٢) ابي الربيع عن ابي عبد الله (ع) عن رجل اقترض رجلا دراهم فرد عليه اجود منها بطيبة نفسه وقد علم المستقرض والقارض انه انما اقترضه ليعطيه اجود منها قال (ع) لا بأس اذا طابت نفس المقرض - وصحيح (٣) عبد الرحمن بن الحجاج عن ابي عبد الله عليه السلام عن الرجل يقترض من الرجل الدراهم فيرد عليه المثل او يستقرض المثل فيرد عليه الدراهم فقال عليه السلام اذا لم يكن شرط فلا بأس ذلك هو الفضل ان ابي ~~٧٤٤~~ كان يستقرض الدراهم الفسولة فيدخل عليه الدراهم الجياد الجلال فيقول يا بنى ردها على الذى استقرضتها منه فاقول يا ابة ان دراهمه كانت فسولة وهذه خير منها فيقول يا بنى هذا هو الفضل فاعطه اياها - وفي الجواهر وكأنه اشار الى قوله تعالى (٤) «ولا تنسوا الفضل بينكم» فيكون هو ايضا دليلا آخر على المطلوب - الى غير تلك من النصوص .

وربما يتوهم معارضة جملة من النصوص لها - منها - صحيح (٥) يعقوب بن شعيب عن الصادق (ع) في حديث عن الرجل ياتي حريقه وخليطه فيستقرض منه الدنانير فيقرضه ولولا ان يخالطه ويحارقه ويصيب عليه لم يقرضه فقال (ع) ان كان معروفا بينهما فلا بأس وان كان انما يقرضه من اجل انه يصيب عليه فلا يصلح - فقد حملة الشيخ زهارة على الكراهة - و اخرى على الشرط - وفي الحدائق والاقراب عندى حملة على التقية - والحق انه لا ظهور له في عدم الجواز فالمتيقن منه هو الكراهة سيما بعد ملاحظة

(١) الوسائل باب ١٩ من ابواب الدين والقرض حديث ٣

(٢-٣) الوسائل باب ١٢ من ابواب الصرف حديث ٤-٧

(٤) سورة البقرة آية ٢٣٧

(٥) الوسائل باب ١٩ من ابواب الدين والقرض حديث ٩

النصوص المتقدمة - ومع امكان الجمع العرفي لامجال لحمله على التقية - وحمله على صورة الاشتراط خلاف ظاهره - ومنها - خبر (١) غياث عنه (ع) ان رجلا أتى علياً عليه السلام فقال ان لي على رجل ديناً فاهدى الى هدية قال عليه السلام احسبه من دينك عليه - فحمله الشيخ ره على الهدية غير المعتادة أو المشترطة - والاولى حمله على الاولوية جمعاً ووثق (٢) اسحاق شاهد به - ومنها خبر (٣) هذيل بن ابي حيان اخى جعفر بن حيان الصيرفي قال قلت لابي عبدالله عليه السلام اني دفعت الى اخي جعفر ما لافهو يعطيني ما انفقه و ارجع به و اتصدق وقد سئلت من قبلنا فذكروا ان ذلك فاسد لا يحل وانما احب ان انتهى الى قولك فقال عليه السلام لي اكان يصلك قبل ان تدفع اليه مالك قلت نعم قال عليه السلام خذ ما يعطيك فكل منه واشرب و حج و تصدق فاذا قدمت العراق فقل جعفر بن محمد افتاني بهذا - فان ظاهره تخصيص الجواز بما اذا كان يصله سابقا قبل دفع ماله اليه ومفهومه عدم الجواز لو كان بعد دفع المال وليس ذاك الا من حيث ترتب النفع على دفع المال و لكنه لو تم لما المفهوم بحمله على الكراهة - ثم انه قد يقال ان البناء على الكراهة - ينافي مع جملة من النصوص الظاهرة في الاستحباب - مثل قولهم **قَالَ رَسُولُ اللَّهِ** (٤) خير القرض ما جر المنفعة - و ما روى (٥) ان النبي **ﷺ** اقترض بكر افراد جملاً جبار ارباعيا وقال ان خير الناس احسنهم قضاء - وصحيح عبد الرحمن ابن الحجاج المتقدم - ولذلك صرح الشهيد الثاني ره بعدم الكراهة - وقد يجمع بين النصوص بحمل ما دل على عدم الكراهة على ما اذا لم يكن من نية ما ذلك او لم يكن من نية المقرض خاصة - وهو المحكى عن الشهيد في الدروس - ولعله خير ما ذكر في مقام الجمع والله العالم .

(١-٢-٣) الوسائل باب ١٩ من ابواب الدين والقرض حديث ١-٣-٢،

(٤) الوسائل - باب ١٩ من ابواب الدين والقرض

(٥) التذكرة ج ٢ ص ٤

اشتراط موضع التسليم

ثم ان المحكى عن المحقق الاردبيلي ره الميل الى عدم الباس باشتراط الزيادة الحكمية مطلقا حاكيا له عن جماعة الاصل واطلاق الادلة خصوصا نصوص خير القرض هاجر نفعا بعد عدم الاجماع وعدم ظهور تناول دليل الربا بل دلالة اكثر اخبار المنع انما هي بمفهوم الباس الذي هو اعم من الحرمة وفيه مضافا الى ما مر - من شمول دليل الربا الى وخصوص صحيح محمد بن قيس وغيره وبها يقيد اطلاق الادلة - ان الباس ظاهر في الحرمة كما مر مرارا .

نعم (و) قد صرح جماعة منهم المصنف ره هنا و القواعد - باستثناء ما (لو شرط موضع التسليم) عن ذلك وانه لو اشترط صح الشرط و (لزوم) لخبر (١) يعقوب ابن شعيب قلت لابي عبدالله عليه السلام يسلف الرجل الورق على ان ينقدها اياه بارض اخرى ويشترط عليه ذلك قال عليه السلام لا بأس - وخبر (٢) اسماعيل بن جابر قلت لابي عبدالله عليه السلام يدفع الى الرجل الدراهم فاشترط عليه ان يدفعها بارض اخرى سودا بوزنها واشترط ذلك عليه قال عليه السلام لا بأس - وخبر (٣) الكنانى عن الصادق عليه السلام فى الرجل يبعث بمال الى ارض فقال الذى يريد ان يبعث به اقرضنيه و اذا اوفيك اذا قدمت الارض قال عليه السلام لا بأس بهذا - ونحوها غيرها (ولكن) قد يقال ان خبر الكنانى لا ظهور له فى اشتراط ذلك فى ضمن القرض فغايقه الاطلاق - واما الاولان فلا ظهور لهما فى خصوص القرض فهما ايضا باطلاقهما شاملان للقرض - فح ان كان الشرط لمصلحة المقرض يقع التعارض بينها وبين ما تقدم من بطلان القرض مع الشرط والنسبة عموم من وجه ولكن الظاهر هو تقديم هذه النصوص لفتوى من تعرض للمسالمة من الاصحاب (اللهم) الا ان يقال ان المرجح هو الشهرة لا فتوى خصوص من تعرض لهما من الاصحاب

فان لم يحرز الشهرة يكون المرجع المرجح الثانى وهو صفات الراوى وهى تقتضى تقديم ادلة البطلان - فالمسألة مشككة (فما) عن جامع المقاصد من احتمال الفساد مع كون المصلحة للمقترض اجرا للنفع ناسبه الى تصريح الشهيد به فى بعض فوائده - متين - وان كان مذكوره فى مقام رده بان الممنوع منه الزيادة فى مال القرض عيناً اوصفة وليس هذا واحداً منهما - قد عرفت فى اول هذه المسألة فساده -

اشتراط الزيادة للمقترض

الثالثة - لو كان الشرط نفعا للمستقرض دون المقترض كما اذا اشترط اعطاء الدراهم المكسرة عوض الصحاح أو اشترط عليه ان يقرضه شيئاً آخر أو نحو ذلك جاز كما هو المشهور بين الاصحاب بل لم ينقل الخلاف الاماعن الشهيد فى الدروس من احتمال المنع فى الثانى مع فرض النفع له كما اذا كان الزمان زمان نهب او غرق - ومستند الحكم اطلاقات ادلة القرض ودليل وجوب الوفاء بالشرط بعد اختصاص دليل الربا بالشرط للمقترض - واما ما احتمله الشهيد فيدفعه اطلاقات الادلة بعد الشك فى شمول ادلة المنع له كما لا يخفى .

بقى فى المقام امران - احدهما - انه اذا ارد المقترض المال مع الزيادة تبرعاً اما زيادة حكمية او عينية فهل يجب القبول كما عن المصنفه فى الزيادة الحكمية وتبعه المحقق الارد بيلى ره - لاصالة براءة ذمة المقترض - ولانه يندرج تحت مثل المال وان تضمن زيادة - ولظهور النصوص فى ان ذلك وفاء وان كان هو احسن افراده ام لا يجب القبول - لانه ليس فى النصوص الاجواز القبول وهو اعم من الوجوب - و لكره اخذ الزيادة للمقترض وان كانت و صفة وهى لا تجامع الوجوب و جهان اظهرهما الثانى .

ثانيهما انه اذا كانت الزيادة عينية كما لو دفع اثنى عشر من عليه عشرة فهل المجموع و فاء بناء على انه معاوضة عما فى الذمة - غايته كونه متفاضلاً و هو جائز بالشرط وهو عدم الشرط - او يكون الزايد بمنزلة الهبة فيلزمه حكمها من جواز

الرجوع فيه على بعض الوجوه - احتما لان - اعترف الشهيد الثاني بعدم الوقوف فيه على شيء ولكنه استوجه الثاني خصوصا مع حصول الشك في انتقال الملك نظرا الى ان الثابت انما هو مقدار الحق فالزائد تبرع خالص واحسان محض وعطية منفردة وفي الجواهر لكن يشكل مع عدم تعيين الوفاء منها كما انه يشكل جعله من المعاوضة عما في الذمة بناء على عموم الربا فلا ريب ان الاحوط والا قوى في الربا تعيين الوفاء ثم هبة الزايد انتهت (اقول) الظاهر عدم اختصاص ربا بالمعاملة بالبيع وشموله لمطلق المعاوضة - ولكن وفاء الدين ليس من المعاوضات بل هو من قبيل التعاض اذا لم يكن بعنوان المعاوضة من صالح او غيره بل كان بعنوان الوفاء بالمجموع - وشمول اخبار الربا للمعاوض ممنوع - بل قد يقال - ان قوله عليه السلام خير القرض ما جر نفعا شامل للزيادة العينية يدل على الجواز - وكك حسن الحلبي المتقدم فيمن يستقرض الدراهم البيض عددا ثم يعطى سودا وقد عرف انها اتقل مما اخذ لابس اذا لم يكن شرط ولو وهبها كاملا كان اصلح - وخبر خالد المتقدم - ولكنه مع ذلك كله في النفس شيء لدلالة بعض النصوص على كونه ربا - لاحظ صحيح (١) الحلبي عن ابي عبدالله عليه السلام قال وسئل عن الرجل يشتري الخنطة ولا يجد عند صاحبها الا شعيرا ايصالح له ان ياخذ اثنين بواحد - قال عليه السلام لا انما اصلهما واحد - وصحيح (٢) هشام عنه عليه السلام عن الرجل يبيع الرجل الطعام الاكراد فلا يكون عنده ما يتم له ما باعه فيقول له خذ منى مكان كل فقير خنطه فقيرين من شعير حتى تستوفى ما نقص من الكيل قال عليه السلام لا يصالح - ونحوهما غيرهما - اللهم الا ان يحمل هذه النصوص على المعاوضة والمبادلة لا الوفاء خاصة (فالمتحصل) مما ذكرناه انه لا مانع من اخذ المجموع وفاء وان كان الاحوط اعطاء الزايد هبة -

ضابط ما يصح اقراضه

الثاني - فيما يصح اقراضه ففي المتن وعن المحقق (و كل ما ينضبط وصفه و قدره صح قرضه) وهذا بالنسبة الى الاثبات اى صحة قرض مضبوط الوصف والقدر مما لا اشكال فيه و لا خلاف لاطلاق الادلة - انما الكلام فى طرف النفى - وهوان كلما لا يضبط وصفه ولا قدره لا يجوز قرضه - وقد استدل لذلك تارة بالاجماع - واخرى بان المعلوم من مذاق الشارع انه لم يشرع معاملة موقوفة على التراضى مؤدية الى التنازع ضرورة ان الاصل فى مشروعية العقود قطع النزاع - وثالثة - بعموم النهى (١) عن الغرر - ولكن الاول غير ثابت كيف ولم يتعرض جمع من الاصحاب كبني زهرة وحمزة وادريس وغيرهم له - وظاهر جماعة عدم اعتبار ذلك - واما الثانى فيرده ان ما ذكر ليس موجبا للقطع بالحكم الشرعى والظن لا يغنى عن الحق شيئا - واما الثالث ففيه انه لا غرر فيه بعد كون الثابت فى الذمة مثله اوقيمة بالزيادة ونقيصة - فالاقوى عدم اعتبار ذلك فيجوز اقراض المجهول وصفا وقدرائهم تعيينه مقدمة للموافاة - ويؤيده ما ذكرناه من النصوص (٢) الدالة على جواز اقراض الخبز عددا مع عدم العلم بوزنه فتدبر.

ثم انه لا خلاف ولا اشكال فى انه يجوز اقراض المثل على ما عليه الاجماع ونصوص (٣)

اقراض الخبر والجوز شاهدة به - وقدم فى كتاب الغصب ضابط المثل والقيمى .

ثم انه اذا تحقق القرض (ذو المثل يثبت فى الذمة مثله) بالاخلاف (و) اما (غيره) فالمشهور على انه يثبت فى الذمة (قيمته) وفى الشرايع ولو قيل يثبت مثله ايضا كان حسنا - وظاهر كلامهما اختياره واعترف الشهيد الثانى به انه لا قائل به من اصحابنا

(١) التذكرة ج ١ ص ٤٦٦

(٢) الوسائل - باب ٢١ من ابواب الدين والقرض

(٣) الوسائل باب ٢١ من ابواب الدين والقرض

وفي التذكرة اختيار قول ثالث وهو ان ما يصح الساف فيه كالحيوان و الثياب ضمانه يكون بالمثل وضمان ما ليس كك بالقيمة (اقول) بعد ما لا ريب في ان القرض من المعاملات العقلانية المعروفة المعلومة والشارع الاقدس لم يتصرف فيه وانما اعتبر فيه قيودا - وعليه فاذا راجعنا اهل العرف نراهم يرون القرض قسما من الضمانات وان توقف على التراضي - وعليه فجميع ما ذكرناه في كتاب الغصب في ضمان المغصوب جارية هنا طابق النعل بالنعل - وانما الفرق بينه وبين ساير الضمانات تمليك الخصوصيات الشخصية في باب القرض مجانا وهذا لا يوجب الفرق بينه وبين ساير الضمانات في احكامها وانما يوجب الفرق في انه في ساير الموارد نفس العين في العهدة وهنا العين مع الغاء الخصوصيات الشخصية وهو المثل فما افاده المحقق رده من كون المثل في العهدة مطلقا هو الاظهر ولكن الخروج عن عهدة ذلك في القيميات بالقيمة وفي المثليات بالمثل كساير الموارد واما رواية (١) عائشة ما رأيت صانعا مثل حفصة صنعت طعاما فبعثت به الى رسول الله ﷺ فاخذ في الاكل فكسرت الاناء فقلت يا رسول الله ما كفارة ما صنعت فقال اناء مثل الاناء وطعام مثل الطعام - وخبر (٢) انس ان امرأة كسرت قصعة اخرى فدفع النبي ﷺ قصعة الكاسرة الى صاحبه المكسورة فهما ضعيفان سند ١ - وفي مطلق الضمان دون خصوص القرض - مع انها متضمنان لقضيتين شخصيتين فلعله كان الغريم راضيا بذلك - كما ان ما (٣) استدلل به المصنف في التذكرة من ان النبي ﷺ استقرض بكرا ورد بازلا - وانه ص استقرض بكرا فامر برد مثله - لعدم روايتهما من طرفنا ولا من طريق موثق لا يعتنى به اصف اليه انها ايضا حكاية فعل - فاذا ليس في المقام رواية تشهد بخلاف ما يقتضيه قواعد باب الضمان - والله العالم - ومما ذكرناه يظهر ان الميزان في القيمي هو القيمة (وقت التسليم) كما في ساير الموارد .

القرض يملك بالقبض

الموضع الثالث فى الاحكام - وفيه مسائل - الاولى - المشهور بين الاصحاب ان المستقرض يملك القرض بالقبض و ظاهر التذكرة الاجماع عليه وام ينقل الخلاف الا ما نقله الشهيد فى بعض حواشيه عن الشيخ رهم ان يقال يملك بالتصرف - واستدل الاول بان التصرف فرع الملك وتابع له فيمتنع كونه شرطاً فيه والا لزم الدور - وبتعبير آخر ان التصرف فيه لا يجوز حتى يصير ملكاً اقبح التصرف فى ملك الغير فلو لم يملك الا بالتصرف لزم ان لا يصير ملكاً له حتى يتصرف فيه فيلزم توقف التصرف على الملك والملك على التصرف - وبانه يجوز جميع التصرفات فيه حتى المتوقعة على الملك (واجاب) عنهما فى المسالك بمنع تبعية التصرف للملك مطلقاً وتوقفه عليه بل يكفى فى جواز التصرف اذن المالك فيه كسائر الماذونات ولا شك ان الاذن للمقترض حاصل من المالك للإيجاب بالقبول - فيكون ذلك سبباً تاماً فى جواز التصرف وناقصاً فى افادة الملك و بالتصرف يحصل تمام سبب الملك ثم ان كان التصرف غير ناقل للملك فاكتفينا به فالامر واضح وان كان ناقلاً افاد الملك الضمنى قبل التصرف بلحظة يسيرة بل نقل فى الدروس ان هذا القائل يجعل التصرف كاشفاً عن سبق الملك مطلقاً انتهى (و اورد عليه) من تاخر عنه بان الاذن انما حصل من المالك بان يكون مالكا و يكون عليه العوض لامطلقاً .

اقول تنقيح القول فى المقام يقتضى البحث فى موردين - الاول - فى الدليل على احد القولين - الثانى فى المحذور العقلى الذى ذكره - اما الاول فلم يذكر والقول الثانى وجهاسوى اصالة عدم الملك الى حال التصرف وهى تامة اذا لم يكن دليل على حصول الملك بالعقد والقبض والا فلا محل لها - ولكن مقتضى ادلة امضاء القرض ومشروعيته حصول الملك بالعقد كسائر المعاملات فان المنشأ به الملكية من حين العقد والشارع الاقدس امضى ذلك فتوقف الملكية على شىء آخر يحتاج الى دليل وقد ادعوا الاجماع على اشتراط القبض فيه فيقيّد به الادلة فيبقى اطلاقها بالاضافة الى الامور الاخر

منها التصرف على حاله - ويشهد به النصوص (١) الدالة على انه يجب الزكاة على المقرض، ان لم يتصرف فيما اقتضه معللة بان المال في يده - فالأظهر بحسب الأدلة حصول الملك بالعقد والقبض وعدم توقفه على التصرف (واما الثاني) فالمحذور المذكور لتوقف الملك على التصرف .

يندفع وجهين - أحدهما - ان مقتضى الجمع بين دليل توقف بعض التصرفات على الملك ودليل جواز التصرف المطلق وهو الإجماع والضرورة واستصحاب بقاء الملك الى الآن قبل التصرف هو حصول الملك بعد ارادة التصرف ويكون كتصرف ذي الخيار والواهب فيما انتقل عنهما بالتصرف المتوقف على الملك - ثانيهما - ان لهذا القائل ان يلتزم بان السبب للملكية هو العقد وانما يكون التصرف شرطا للملكية نظير القبض الذي هو شرط لحصولها في الصرف فيكون العقد سبباً ما لجواز التصرف ونافعا للملك - فان قيل - انه يلزم من ذلك عدم تبعية العقود للقود فان المقصود حصول الملك والواقع جواز التصرف - قلنا - ان ما قصد بيع غايته مشروطا بشرط كما في غير المقام مما يكون حصول الملك مشروطا بشرط من القبض وغيره - واما وقوع ما لم يقصد اي حكم الشارع بجواز التصرف فلامحذوره ولا يكون منافيا لشيء من القواعد .

عدم جواز رجوع المقرض في العين المقرضة

الثانية - (و) المشهور بين الاصحاب انه (لا يجب) على المقرض إعادة العين اذا طال بها بعد القرض وحصول الملك - بل له الامتناع عنها - ولا يعاد العين (بدون اختيار المقرض) وعن الشيخ قده ان للمقرض ارتجاعها وان كره المقرض - يشهد للاول ما دل على اللزوم في كل عقد من الاصل والكتاب (٢) - واستدل الثاني - بالإجماع على كون القرض من العقود الجائزة - وبان المثل أو القيمة انما وجب بدلا عن العين لغلبة خروجها عن يد المقرض - وبانه - اذا استحق المطالبة بالمثل

(١) الوسائل باب ٧ من ابواب من تجب عليه الزكاة

(٢) المائدة آية ٢

او القيمة فبالعين بطريق اولى - وبانه - لا يزيد على الهبة - وفي الكل نظر - اما الاول فلانه لم يثبت الاجماع التعبدى - مع ان كونه من قبيل الاجماع على القاعدة و يكون الاجماع كاشفا عن صدور الحكم عن المعصوم عليه السلام متعلقا بالعقد من حيث هو - فيجب متابعة هذا اللفظ اى كون عقد القرض جائزا فيكون لازمه ما افاده صاحب الحدائق انه تبعاً لغيره مصرّاً عليه - بان معنى جواز العقد جواز فسخه ولازمه رجوع العين الى المالك فالقول بجواز العقد لا يلائم مع البناء على عدم جواز ارتجاع العين ممنوع - لا يمكن ان يكون من قبيل الاجماع على الحكم فى الموارد الخاصة بجمعها تفسير المجمعين اياها بذلك العنوان وعلى هذا فيتم ما افاده فى المسالك والجواهر من ان معنى جواز العقد ان لكل منهما فسخ المقصد المهم من القرض و هو الا نظار الذى هو مبنى القرض عرفاً غالباً - واما الثانى - فلان المثل أو القيمة انما وجب بمقتضى العقد بعنوان البدلية العقدية عن العين كوجوب العوض فى البيع وغيره - لا بعنوان الغرامة - وبه يظهر ما فى الثالث فان استحقاق المطالبة بالمثل أو القيمة انما هو من جهة كونه بدلاً عن ماله - فلو كان مستحقاً لمطالبة العين لزم الجمع بين العوض والمعوض - واما الرابع - فلان ثبوت الجواز فى الهبة بدليل خاص لا يقتضى ثبوته فى القرض - فالحق عدم ارتجاع العين المقرضة بدون رضا المقرض .

واما الجواز بالمعنى المشار اليه وهو جواز مطالبة المقرض البذل وجواز اداء المقرض كلما شاء فالظاهر انه المشهور بين الاصحاب - وملخص القول فيه ان محل الكلام ما لو شرط التاجيل فى عقد القرض أو كان الاجل مدلولاً عليه بنفس العقد ضمناً والافالجواز من الواضحات - اقول يشهد للزوم فى الموردین - عموم ما دل (١) على وجوب الوفاء بالعقد والشرط - ولذا ذهب المحدث الكاشانى الى الزوم مع شرط التاجيل واحتمله فى المسالك وقواء جمع من متأخري المتأخرين وشدوا النكير على كون القرض من العقود الجائزة .

وقد استدل المجاوز بوجوده منها - مافى الجواهر قال والنصوص واضحة الدلالة عليه ضرورة ظهورها فى رجحان التأخير والامهال والانظار والترغيب فى ذلك على وجه صريح او ظاهر فى النذب خصوصا مثل قوله (١) ص من اقرض اخاه المسلم كان له بكل درهم وزن جبل احد من جبال رضوى و طور سيناء من حسنات وان ارفق به فى طلبه تعدى به على الصراط كالبرق اللامع بغير حساب ولا عذاب وقوله (٢) **عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَالِكٍ** من اقرض مؤمنا قرضا حسنا ينظر مبسوره كان ماله فى زكاة و كان هو فى صلاة من الملائكة حتى يؤديه وغيرهما مما هو كالصريح فى جواز رجوعه ومطالبته اى وقت شاء (وفيه) ان هذه الاخبار تتضمن استحباب الاقراض مع المهلة - واستحباب الارفاق به فى طلبه - ومطلوبية الانظار الى الميسور - وشئ من تلکم لا ينافى مع عدم جواز الرجوع قبل الاجل - اما الاول فلان الاستحباب المزبور متعلق بايجاد القرض وهذا لا ينافى لزومه بعد وجوده و هل هو الا كاستحباب التجارة مع وجوب العمل بمقتضاها بعد تحققها - واما الثانى فلان الارفاق انما هو عدم المطالبة فى حال يجوز له تلك - واما عدمه مع عدم ثبوت حق له فيها فليس من الارفاق والكلام انما هو فى ثبوت هذا الحق - واما الثالث فمضافا الى عدم ظهوره فى الاستحباب يجرى فيه ما ذكرناه فى الارفاق من انه يستحب الانظار فى ماله المطالبة - اصف الى ذلك انه ليس فى شئ من النصوص سوى ترتيب الثواب على عدم المطالبة والامهال وهذا فى نفسه وان لم يستفد منه الوجوب ولكن لا يكون ظاهرا فى الاستحباب حتى يعارض مع ما دل على اللزوم - اصف اليه انه لو سلم دلالة النصوص على الاستحباب فالنسبة بينها وبين ادلة وجوب العقد والشرط عموم من وجه كما اعترف به قده ويتعين تقديم دليل العقد والشرط - لتقدم الادلة الثانوية على الاولى اما حكمة او من جهة التوفيق العرفى اولغير ذلك مما ذكر فى محله فلا مورد لما افاده - من تقديم هذه النصوص للشهرة وغيرها .

و منها - مافى الجواهر ايضا - وهو انه محسن (١) لاسبيل عليه - وفيه ان الاحسان حكمه الاولى ما ذكر و لكن لوانطبق عليه عنوان آخر ملازم يحكم به و فى المقام مقتضى ادلة لزوم العقد و الشرط ذلك كما لا يخفى .

و منها ما فى الجواهر ايضا - قال و جوازه بهذا المعنى مسلم لا يكاد ينكره ائمة الشيعى - و فيه ان المسلم هو الجواز مع عدم اشتراط التاجيل و عدم بناء العقد على اجل معلوم - و سره واضح فان مافى ذمة المقرض مال المقرض وليس ما يقتضى التأخير فله مطالبته كما للمقرض دفعه مهما شاء - و اما فى صورة اشتراط التاجيل و عدم حلول الاجل - فالاجماع غير ثابت فالظاهر اللزوم قبل حلول الاجل .

واولى من ذلك ما لو اشترط التاجيل له فى عقد لازم آخر - وفى المسالك و قيل لا يجب الوفاء به بل يقلب العقد اللازم جائزا بمعنى ان الشروط عليه لو اخل بالشرط تسلط الاخر على فسخ العقد المشروط فيه وجعلوا ذلك قاعدة كلية هى ان شرط الجائز فى اللازم يقلب اللازم جائزا و مثله شرط اللازم فى اللازم انتهى وعن الدروس الشرط فى اللازم يجعله جائزا فكيف ينعكس الامر انتهى .

اقول ان الشرط فى ضمن العقد يجب الوفاء به بمقتضى ادلة الشرط (٢) ومعنى وجوب الوفاء به فى المقام عدم جواز مطالبة القرض وهو المراد من اللزوم فى المقام - وهذا لا ينافى مع انه لو اخل المشروط عليه بالشرط عصيانا - يثبت الخيار للمشروط له بالنسبة الى العقد المشروط فيه فإى محذور فى جعل الشرط عقد الجائز لازما - وضرورة تخلفه سببا للجواز لازم آخر

وقد يستدل لللزوم فى اصل المسألة بخبر (٣) الحسين بن سعيد عن رجل اقترض رجلا دراهم الى اجل مسمى ثم مات المستقرض أيحل مال القارض عند موت المستقرض

(١) التوبة آية ٩١

(٢) الوسائل باب ٦ من ابواب الخيار كتاب التجارة

(٣) الوسائل باب ١٢ من ابواب الدين والقرض حديث ٢

منه او المورثة من الاجل ما للمستقرض في حياته فقال (ع) اذامات فقدحل مال القارض بدعوى انه يبدل على ازوم التاجيل في القرض من حيث التقرير والمفهوم. ولكن يرد ان السؤال ليس عن الوجوب بل عن الحلول بالموت وعدمه و ربما يقال انه يمكن ان يريد بالقرض الدين او القرض المشترط اجله بعقد لازم او غير ذلك . فالعمدة ما قدمناه .

تاجيل الدين الحال

الثاني (ولا يتاجل الحال) بالاخلاف فيه في الجملة وملخص القول فيه انه تارة يشترط تاجيل الحال في ضمن عقد لازم فالكلام فيه ماهر - واخرى يؤجله ابتداء وبلا عوض فهو لا يتاجل لعدم ما يوجبه فان غايته كونه من الوعد غير لازم الوفاء - وثالثة يؤجل الحال بازيد منه - فالمشهور عدم جوازه وعن الحدائق نفى الخلاف فيه و تنقيح القول فيه يقتضى البحث في مقامين - الاول - فيما يقتضيه القواعد - الثاني - في مقتضى النصوص الخاصة اما الاول فتارة يجعل الاجل في مقابل الزيادة باسقاطه ابتداء أو في ضمن عقد أو المصاحبة عليه أو بعبه به - واخرى يجعل المجموع المؤجل في مقابل المجموع الحال بحيث تكون المعاوضة بين المبلغ الذي يكون مديونا به وبين مجموع ما جعل مؤجلا - وثالثة يوقع الصلح على اراء الحال مما في ذمته بازاء ازيد منه مؤجلا فيكون المعوض هو الابرء .

اما الصورة الاولى فالظاهر انها بجميع فروضها من الربا في القرض لان حقيقة الربا فيه راجعة الى جعل الزيادة في مقابل امهال المقرض وتأخير المطالبة من غير فرق بين ان يكون ذلك في ابتداء القرض - أو بعد مضي زمان ومن غير فرق بين ان يكون ذلك بنحو الشرط وغيره .

واما الصورة الثانية فان كان في ذمته عروض كالحنطة بطل ما يوقع عليه من البيع المزبور اى يعبه بازيد منه مؤجلا للربا في البيع وان كان من النقيدين بطل ايضا لانه لا يجوز بيع الصرف الا يدايد وان كان من العروض غير الربوى أو الاثمان غير النقيدين

كالاوراق النقدية فبيعه بازيد منه وان كان لا اشكال فيه من حيث الربا لعدم كون المبيع ربويا ولا قرض كى يجرى الربا فيه الا ان ذلك من جهة كونه من بيع الدين بالدين لايجوز - اللهم الا ان يقال ان ظاهر بيع الدين بالدين كون العوضين ديننا قبل العقد ولا يشمل مال الوصار احدهما - أوهما ديننا بالعقد كما فى المقام فان الثمن يصير ديننا بالعقد وتمام الكلام فى ذلك فى كتاب البيع .

واما الصورة الثالثة فالظاهر فيها الصحة كما لا يخفى .

واما المقام الثانى فقد استدل الشيخ الاعظم ره للبطلان بامور (الاول) مانقله عن مجمع البيان من الخبر الوارد لبيان مورد نزول الاية الشريفة اى آية (١) حرمة الربا - بتقريب انه يدل على ان سبب نزولها فى حرمة الربا الزيادة المفروضة وهى ما جعل فى قبال تأجيل الدين الحال (وفيه) ان ظاهره الصورة الاولى ولا يشمل الصورتين الاخيرتين سيما الثانية منهما (الثانى) صحيح (٢) الحلبي و ابن مسلم عن الصادقين (ع) انهما قالوا فى الرجل يكون عليه الدين الى اجل مسمى فيأتيه غريمه فيقول اتقضى من الذى كذا وكذا واضع لك بقيته أو يقول اتقضى بضعاً وامدك فى الاجل فيما بقى عليك قال (ع) لا ارى به بأساً انه لم يزد على رأس ماله قال الله تعالى (٣) فلكم رؤوس اموالكم لا تظلمون ولا تظلمون » بدعى انه علل جواز التراضى على تأخير اجل البعض بنقد البعض بعدم الازدياد على رأس ماله فيدل على انه لو زاد على رأس ماله لم يجز التراضى على التأخير (اقول) الظاهر من الحديث هو المعاملة على التأجيل نفسه ولا يكون له نظر الى بيع الحال بالمؤجل او ايقاع الصلح على ابراء الحال بازيد منه مؤجلاً .

الثالث النصوص الواردة فى تعليم طريق الحيلة فى جواز تأخير الدين بزيادة باشرط التأخير فى ضمن معاوضة غير مقصودة للفرار من الحرام فلو جاز التراضى على

(١) سورة البقرة آية ٢٧٩

(٢) الوسائل باب ٧ من كتاب الصلح حديث ١

(٣) سورة البقرة آية ٢٧٩

التأجيل بزيادة لم يكن داع الى التوصل بامثال تلك الحيل ومراده من النصوص - موثق (١) محمد بن اسحاق بن عمار قلت لابي الحسن (ع) يكون لى على الرجل درهم فيقول اخرنى وانا اربحك فايبيعه حبة تقوم على بالف درهم بعشرة الاف درهم اوقال بعشرين الفا واؤخره بالمال قال (ع) لا بأس. وموثقه (٢) الاخر عن الرضا (ع) قلت لما ارجل يكون له المال فدخل على صاحبه يبيعه لؤلؤة نسوى مائة درهم بالف درهم ويؤخر عنه المال الى وقت - قال (ع) لا بأس قدام رنى ابي ففعلت ذلك وزعم انه سأل ابا الحسن (ع) عنها فقال (ع) مثل ذلك ونحوهما غيرهما (اقول) انه بعد ما لا كلام فى عدم جواز التأجيل بالزيادة - الرواة فى هذه النصوص للفرار من الحرام ذكر واوجها - والمعصوم (ع) نفى عنه الباس وهذا لا يدل على انه لا طريق آخر و او بنحو الصلح على ابراء الحال بازيد منه مؤجلا .

فالمتحصل مما ذكرناه ان اخذ الزيادة بازاء التأجيل حرام وللتنخلص من ذلك طرق - ١ - ان يصلح على ابراء الحال مما فى ذمته بازاء ازيد منه مؤجلا فالمعوض هو الابراء - ٢ - ان يبيعه المجموع الحال بمجموع ما جعل معوضا على اشكال فيه من ناحية كونه بيع الدين بالدين - ٣ - ان يبيعه المدين شيئا باضعاف قيمته ويشترط عليه ان يؤخره المال الى اجل معين وهو الذى تضمنته النصوص - ٤ - ان يهبه المدين مبلغا ويشترط عليه ان لا يطالبه بالدين الحال الى اجل معين - او يشترط عليه تأجيل ذلك الدين بنحو شرط النتيجة - او يشترط ان يؤجله الدائن بنحو شرط السبب .

تعجيل الدين المؤجل

الرابعة - (ويصح تعجيل الدين (المؤجل باسقاط بعضه) مع التراضى بلا خلاف ولا اشكال وقد مر الكلام فيه فى النقد والنسيئة من كتاب البيع - بل قيل انه يستظهر من النصوص الاكتفاء بالتراضى من غير حاجة الى الابراء أو الصلح - لاحظ

مرسل (١) ابان عن حدثنه عن ابي عبدالله (ع) عن الرجل يكون له على الرجل الدين فيقول له قبل ان يحل الاجل عجل النصف من حقى على ان اضع عنك النصف أيحل ذلك لواحد منهما قال نعم - وصحيح (٢) محمد بن مسلم عن ابي جعفر (ع) عن الرجل يكون عليه دين الى اجل مسمى فيأتيه غريمه فيقول له انقذنى كذا وكذا واضع عنك بقيته أو يقول انقذنى بعضا وامدك في الاجل فيما بقى قال (ع) لا ارى باسما لم يزد على راس ماله شيئا الحديث - وفيه كلام قد مر مستوفى .

وفي المسالك انه كما يعتبر التراضى فى اسقاط البعض يعتبر فى تعجيله بغير اسقاط لان الاجل ايضا حق لهما لتعلق غرض كل منهما به فان التعجيل قد لا يرضى به صاحب الحق لحصول ضرر لخوف ونحوه وبالنسبة الى الآخر واضح لكن اسقاط الاجل يكفى فيه مجرد الرضا اما اسقاط بعض الحق فيحتمل كونه كك كما يقتضيه ظاهر اطلاقهم ويكون الرضا بالبعض قائما مقام البراء كما يظهر من تضاعيف كلامهم انه لا يختص بلفظ وفى كتاب الجنائيات يقع بلفظ العفو ونحوه فيكون هذا منه ويحتمل قويا توقف البرائة على لفظ يدل عليه صريحا كالبرائة والا سقاط والعفو والصلح لامطلق الرضا لاصالة بقاء الملك الى ان يتحقق المزيل شرعا (وفيه) ان ما ذكره فى اسقاط بعض الحق جار فى اسقاط الاجل (ثم ان) المتجه هو الوجه الثانى لاللاصل خاصة بل لان بناء العقلاء والشارع على ان لا عبرة بالرضا والاعتبار النفسانى فى العقود والايقاعات مطلقا ومنها ذلك ولا ينافى ذلك ما افادوه من عدم اختصاصه بلفظ ووقوعه بلفظ العفو ونحوه فان المعيار كون ما به ينشأ ميرزا للمنشأ كما مر تفصيل القول فى ذلك فى كتاب البيع .

(١-٢) الوسائل باب ٧ من ابواب كتاب الصلح حديث ٣-١

(٢) الوسائل باب ٣٢ من ابواب الدين والقرض حديث ١-

بيان الحكم عند غيبوبة صاحب الدين

الخامسة (و) قد صرح جملة من الاصحاب - بانه (لو غاب المدين وانقطع خبره وجب على المستدين نية القضاء والوصية عند الوفاة فان جهل خبره ومضت مدة لا يعيش مثله اليها غالبا سلم الى ورثته ومع فقدهم يتصدق به عنه و) في المتن (الاولى انه للامام) فههنا فروع .

- ١- المشهور وجوب نية القضاء وقد عرفت انها تجب كان ذوالحق غائبا ام كان حاضرا - و يدل عليه في خصوص الغائب صحيح (١) زرارة عن ابي جعفر عليه السلام عن الرجل يكون عليه الدين لا يقدر على صاحبه ولا على ولي له ولا يدري باى ارض هو قال عليه السلام لا جناح عليه بعد ان يعلم الله منه ان نيته الاداء .
- ٢- انه يجب على المدين الوصية به عند الوفاة والظاهر انه لا خلاف فيه بل عن النهاية او صلى الى من يثق به و عن الرضة يجب الوصاية به الى ثقة لانه تسليط على مال الغير وان قلنا بجواز الوصاية الى غيره في الجملة - ويشهد به مضافا الى ما سمعت - والى وجوب رد المال الى صاحبه المنحصر طريقه في الوصية - خبر (٢) هشام بن سالم سئل خطاب الاعور ابا ابراهيم عليه السلام وانا جالس فقال انه كان عند ابي اجير يعمل عنده بالاجرة ففقدناه وبقي من اجره شيء ولا يعرف له وارث قال عليه السلام فاطلبوه قال قد طلبناه فلم نجده فقال مساكين و حرك يده قال فاعاد عليه قال عليه السلام اطلب واجهد فان قدرت عليه والافهو كسبيل مالك حتى يجيء له طالب فان حدث بك حدث فاوص به ان جاء لها طالب ان يدفع اليه ونحوه غيره (ثم انه) صرح جماعة منهم الشيخ ره بانه يجب ان يعزل ماله عند اماراة الموت قال الحلبي وهذا غير واجب اعنى عزل المال بغير خلاف بين المسلمين فضلا عن طائفتنا انتهى - ولكن في

(١) الوسائل باب ٢٢ من ابواب الدين القرض حديث ١

(٢) الوسائل باب ٦ من ابواب ميراث الخنثى حديث ١

المساك واما الغزل عند الوفاة فظاهر كلامهم خصوصا على ما يظهر من المختلف انه لاخلاف فيه والا لامكن تطرق القول بعدم الوجوب لاصالة البرائة مع عدم النص انتهى والظاهر عدم وجوبه للاصل - وغاية ما قيل في وجه الوجوب انه غاية ما يمكن وانه اقرب الى الوفاء وابعد عن تصرف الغير - ولكن كما افاده المحقق الاردبيلي ره تمسك الاصحاب بمثل هذا مشكل والاجماع قد عرفت حاله فلا يظهر عدم الوجوب - ٣ - المعروف انه مع الياس عن الظفر بصاحبه يتصدق به - والحق ان يقال انه تارة لا يعلم بموت صاحبه ولكن يئس من الوصول اليه فهوح من قبيل المال المجهول مالكة و حكمه تعين الصدقة و قدر في محله وجهه - كما مر ان ما يشهد بكونه للامام ضعيف السند - وما استدلل به لجواز التملك مختص باللقطة - وما استدلل به على الحفظ والايضاء به ما بين ضعيف السند وقاصر الدلالة - و اخرى يطمئن بموته و حان علم بوجود الوارث له فان عرفه يدفعه اليه والافهو مجهول المالك وان لم يعلم به يستصحب عدم وجود الوارث لا بهذا العنوان بل بعنوان من هو قريب منه - فيتحقق موضوع من مات ولا وارث له فماله الامام عليه السلام - و بذلك ظهر ما في كلمات القوم في المقام .

قسمة الدين

السادسة (ولو) كان لائنين فصاعدا مال في ذم غيرهم - و (اقتسم الشرى كان الدين لم يصح) عند المشهور نقلا وتحصيا لابل عن الشيخ وابن حمزة الاجماع عليه وعن الحلبي والاردبيلي الحكم بالصحة - اقول بعدما مر من ان القسمة بنفسها معاملة مستقلة عقلائية امضاها الشارع الاقدس مقتضى القاعدة وان كان صحة هذه القسمة - و لكن جملة من النصوص الخاصة تدل على عدم الصحة - لاحظ صحيح (١) سليمان بن خالد عن ابي عبدالله عليه السلام عن رجلين كان لهما مال بايديهما ومنه متفرق عنهما فاقتهما بالسوية

ما كان في ايديهم وما كان غائباً عنهما فهلك نصيب احدهما مما كان غائباً واستوفى الاخر عليه ان يرد على صاحبه قال عليه السلام نعم ما يذهب بماله - وموثق (١) ابن سنان عنه عليه السلام عن رجلين بينهما مال منه دين ومنه عين فاقسما العين والدين فتوى الذي كان لاحدهما من الدين او بعضه وخرج الذي للاخر اُيرد على صاحبه قال عليه السلام نعم ما يذهب بماله - وخبر (٢) ابي حمزة عن ابي جعفر عليه السلام عن رجلين بينهما مال منه بايديهما ومنه غائب فاقسما الذي بايديهما واحال كل واحد منهما من نصيبه الغائب فاقضى احدهما ولم يقتض الاخر قال عليه السلام ما اقتضى احدهما فهو بينهما ما يذهب بماله - ونحوها غيرها ومن الغريب ان المحقق الاردبيلي قال الحكم مشهور بين الاصحاب ولا مستند لهم غير رواية (٣) غياث ثم اخذ في تضعيفها والاستدلال للصحة بانها مقتضى القواعد لتسلط الناس على اموالهم وادلة لزوم الشرط وجواز الاكل مع التراضي ونحو ذلك وبعض ما افاده في مقام الاستدلال للصحة وان كان تاما في نفسه الا ان بعضها الآخر لا يتم ولا يهملنا البحث فيه بعد ورود النص بالبطلان - واما ما افاده من انه لا مستند لهم سوى خبر غياث وهو ضعيف فيرده اولا ما عرفت من وجود روايات معتبرة اخر - و ثانيا انه مع الاعتراف بالشهرة تكون هي جابرة لضعف السند فلا ينبغي التوقف في الحكم .

ثم انه قال في المسالك والحيلة في تصحيح ذلك ان يحيل كل منهما صاحبه بحصته التي يريد اعطاؤها صاحبه ويقبل الاخر بناء على صحة الحوالة ممن ليس في ذمته دين فلو فرض سبق دين له عليه فلا اشكال في الصحة ولو اصطلاحا على ما في المذموم بعضها ببعض فقد قرب في الدروس صحته وهو حسن بناء على اصلته انتهى (وفيه) ان ما ذكره من الحيلة بالحوالة يشهد لعدم جوازها خبر (٤) ابي حمزة ومثله خبر (٥) آخر - ويمكن ان يقال ان الخبرين شاهدان بما اشار اليه من عدم صحة الحوالة ممن ليس في ذمته دين - واما الحيلة بالصلح فلا اشكال فيها اصلا فان النصوص المختصة بالقسمة والحوالة ولا تشمل الصلح - بل

ولا الهبة معوضة كانت ام غير معوضة ولا البيع اى يبيع كل منهما ماله فى ذمة اخذ المديونين بالشريك الاخر بماله فى ذمة المدين الاخر مع رعاية الشرايط - نعم فى البيع اشكال يبيع الدين بالدين على ما مر فى المسألة السابقة - فالمتحصل ان القسمة لا تصح و لكن يمكن التخلص من المحذور بطرق .

واما خبر (١) على بن جعفر عن اخيه عليه السلام عن رجلين اشتركا فى السلم ايصالح لهما ان يقسما قبل ان يقبضا قال عليه السلام لا باس - ففى الحدائق حمل على الجواز - وفى الجواهر ومن هنا حملوا خبر على بن جعفر على ارادة بيان الجواز ولكن ظاهر فتوى الاصحاب بل صريحها بطلان القسمة وهذا لا يلائم مع الحمل على الجواز ان اريد الجواز الوضعى - فالصحيح انه لمعارضته مع النصوص المتقدمة وفتوى الاصحاب يطرح .

ثم ان فى المقام مسألة اخرى خلطت بهذه المسئلة فى بعض الكلمات - وهى ان الدين اذا كان لشخصين فى ذمة شخص فهل لكل واحد منهما اخذ حقه مستقلا بدون رضا الاخر او مع اذنه نظر الى ان كلا منهما دائن مستقل - ام لا يجوز فان الدين مالم يقبض يكون مشتركا بينهما فكل جزء مما ياخذهُ مشترك بينهما وبين صاحبه فمالم يؤكلهُ فى اخذ حقه ايضا لا يتعين الحق فى الماخوذ لانه فرع قبض المالك او وكيه - مقتضى النصوص المتقدمة هو الاول من جهة انها تدل على ان ما يأخذهُ كل من الدائنين يكون بينهما فلو لم يكن له اخذ حق صاحبه كان المال الخارجى الماخوذ باقيا فى ملك المديون (ودعوى) ان الاذن فى القسمة كاف فى هذا المقام (تندفع) بان الاذن فى القسمة لبطلانها لغو - وهو غير الاذن فى القبض - ويمكن ان يقال - ان رضا الشريك بقبض شريكه كاف فى تعيين الحق الكلى فى الماخوذ وهو موجود محرز بالاذن فى القسمة وليس هذا الرضا هو الرضا بكونه بتمامه له حتى يقال انه لغو بطلان القسمة فتكون الروايات على القاعدة - وقد اصر صاحب الجواهر رده على ان الحلى انما ينبى على الصحة فى هذه المسألة دون المسئلة السابقة والامر سهل بعد وضوح الحكم .

بيع الدين بالدين

السابعة (ويصح بيع الدين بالحاضر وان كان اقل منه اذا كان من غير جنسه
اولم يكن ربويا ولا يصح بدين مثله) - فها هنا فروع.

١- لا اشكال في جواز بيع الدين بعد حلول الاجل على المدين او على غيره
ولا خلاف فيه الا عن الحلّى . واطلاق ادلة البيع وعمومها يدفعه وان اطال الحلّى في
ترجيح ما ذهب اليه من المنع بما لاطائل تحته سيما وان المسألة اجماعية - واما بيعه قبل
حلول الاجل فقد جوزته جماعة منهم المصنف ره والشهيدان - و يشهد للصحة عموم
ادلة البيع بعد كون الدين قبل حلول الاجل مملوكا للدائن (واستدل للبطلان - تارة -
بعدم امكان قبضه الذى هو شرط فى صحة البيع - واخرى بالاجماع - وثالثة بعدم
الملكية للبائع قبل الاجل فى نحو القرض المؤجل و مهر الزوجة و نحو هما من
افراد الدين (والكل مردودة) اما الاول فلان الشرط ليس امكان القبض حين العقد بل امكانه
حين الاستحقاق اى استحقاق المطالبة - واما الثانى فلان الاجماع المدعى انما هو فى
السلام خاصة - ودعوى عدم الفرق واضحة المنع - واما الثالث فلان الدين قبل الاجل فى
الموارد المشار اليها يكون ملكا للبائع غاية الامر لا يستحق المطالبة والمدين التأخير
فالظاهر هى الصحة فماعن الدروس وظاهر الارشاد والنافع من المنع ضعيف .

٢- لا اشكال ولا خلاف فى جواز بيع الدين بالحاضر المشخص نعم ان كان مافى الذمة
ربويا وبيع بجنسه يعتبر ان لا يكون الحاضر اقل او اكثر والازم الربا وكذا يعتبر عدم
كونه من الذهب والفضة لاشتراط القبض فى المجلس فى بيعهما واما فى غير ذلك فلا مانع
منه كان اقل او اكثر او مساويا .

٣- اطلق جماعة انه لا يجوز بيع الدين بالدين مطلقا وفصل آخرون بين مواردته ونخبة
القول فيه - انه قد يكون الثمن ديننا سابقا كما اذا باع ماله فى ذمة زيد بمال زيد فى ذمة
عمرو وقد يكون بدين مضمون بالعقد كما لو باع ماله فى ذمة بكر بمبلغ فى ذمة زيد
المجمول فى ذمته بنفس العقد . وعلى كل من التقديرين تارة يكون الدين حالا واخرى

يكون مؤجلا - فان باعه بدين سابق مؤجل بطل لانه لا يباع الدين بالدين كما في خبر (١) طلحة بن زيد عن الصادق (ع) عن رسول الله ﷺ - واما البيع بدين سابق حال حين العقد - ففيه احتمالان - بنشأن من صدق الدين على الحال و اذا اطلق الاصحاب عليه لفظ الدين بعد حلول الاجل اطلاقا حقيقيا وهو المنساق الى الذهن عند اطلاقه و عدم صحة السلب عنه وما صرح به جمع من اهل اللغة من ان الدين ما يضرب فيه الاجل وكذا جمع من الفقهاء يراد به اعتباره حين ثبوته فالمراد ان الدين ما يضرب فيه الاجل اول مرة - ومن عدم صدق الدين عليه لما ذكر من تصريح المغوين والفقهاء قيل وهو المتفاهم عرفا منه - ولعل الاول اظهر - واما ما قيل بعد قبول صدق الدين عليه بسائه يجب الاقتصاد في المنع عن بيع الدين بالدين المخالف للاصل و العمومات على محل الوفاق و ليس الفرض منه لان الخبر المانع قاصر سندا يشكل الا عتم - اد عليه فيما عدا مورد الاجماع فيرده - ان ضعف السند ينجم بالاجماع فيتمسك باطلاق الخبر في محل الفرض - وان باعه بمضمون في العقد فان كان حالا غير مضمون قبل العقد لا اشكال في الصحة لعدم صدق الدين عليه قطعا وقد مر اعتبار الاجل في صدقه وان كان مؤجلا فعن المشهور بطلان البيع لانه بيع دين بدين فيشمله النص والاجماع - وفي الشرايع وعن جماعة صحته - وعلمها في المسالك بان مراد القائلين بالمنع من جهة انه يبيع دين بدين ان كان اطلاق اسم الدين عليه قبل العقد وحالته فظاهر منعه لانه لا يعد دينا حتى يثبت في الذمة ولا يثبت الا بعد العقد فلم يتحقق بيع الدين بالدين وان ارادوا انه دين بعد ذلك فهو لا يكفي في صدق بيع الدين بالدين لاقتضاء الباء كون الدين بنفسه عوضا والمضمون الذي لم يكن ثابتا في الذمة لا يعد جعله عوضا يبيع بدين - واورد عليه بعض من تاخر بمنع كون المراد من النص ذلك اذ يمكن كون المراد بالمنع من بيع الدين بالدين المقابل للمعين والحال اى لاتباع الدين بهذا الصنف من البيع فيكون التعريف اشارة الى هذا القسم من البيع

المهود في الذهن فمح فظاهر الفردين المؤجل في العقد لا العكس - اقول و يعضد ذلك ان المضمون بالعقد انما يصير ديننا مقارنا لايقاع العقد والا يازم جعل العوض ماليس عينا ولا ديننا - والباء لا تقتضى ازيد من كون العوض حين جعله عوضا ديننا - ولا يازم في هذا الاطلاق كونه ديننا سابقا - فالظاهر هو البطلان في هذه الصورة - فالمتحصل مما ذكرناه صحة البيع في صورة واحدة من الصور الاربع المتقدمة - وهي صورة بيعه بمضمون في العقد حال .

وبما ذكرناه يظهر حكمه مالو كان المثلث غير دين سابق بل كان مضمونا بالعقد نعم - فيما كان سابقا سلما لم يجز بيعه قبل حلواه مطلقا و جاز بعده اذا كان الثمن حالا كما مرفى باب السلم .

اقتضاء الدين من اثمان المحرمات

الثامنة (و) صرح الاصحاب بان (للمسلم قبض دينه من الذمي من ثمن ما باعه من المحرمات) بشرط كون الذمي مستقرا - و عند بعضهم كون المشتري لها غير مسلم - والمستند جملة من النصوص - كصحيح (١) داود بن سرحان عن ابي عبدالله عليه السلام عن رجل كانت له على رجل دراهم فباع خنازير أو خمرا وهو ينظر فقضاه قال عليه السلام لا بأس به اما للمقتضى فحلال واما للبائع فحرام - و صحيح (٢) زرارة عنه عليه السلام في الرجل يكون لى عليه الدراهم فيبيع بها خمرا وخنزيراثم يقضى منها قال عليه السلام لا بأس أو قال خذها - وخبر (٣) منصور بن حازم عنه عليه السلام قال قلت له لى على رجل ذمي دراهم فيبيع الخمر و الخنزير وانا حاضر فهل لى ان آخذها فقال عليه السلام انما لك عليه دراهم فقضاك دراهمك ونحوها غيرها .. وتمام الكلام فيما يستفاد من هذه النصوص بالبحث فى امور .

(١) الوسائل باب ٢٨ - من ابواب الدين والقرض حديث ١

(٢-٣) الوسائل - باب - ٦٠ من ابواب ما يكتسب به حديث ١-٣

١ - المشهور اختصاص الحكم بالذمي فلو كان البايع مسلما لم يجز - قال صاحب الكفاية وهو مناف لاطلاق اخبار كثيرة فالحكم به مشكل الا ان يكون المقصود المنع بالنسبة الى البايع - واجاب عنه في الجواهر بان خبر منصور مختص بالذمي فيقيد به الاخبار الاخر - وبانه من التعليل في خبر منصور يظهر عدم ارادة الفرض من مادل على المنع من اكل ثمن الخمر والخنزير - ويتوجه على الجواب الاول - انه لا يحمل المطلق على العقيد في المثبتين سيما وان التقييد في كلام السائل - وعلى الثاني انه لا يبدل على عدم خروج ما اذا كان البايع مسلما عن تحت تلك الادلة .

وقد يقال في وجه ما هو المشهور انه يعارض هذه النصوص مع الاخبار (١) الدالة على عدم جواز بيع الخمر والخنزير وان ثمنهما سحت فانها تدل على كون الثمن لغير البايع وعدم براءة الذمة من الدين بادائه منه وعدم جواز اخذ الدائن ذلك مع العلم به - وخبر منصور اخص مطلق منها يقيد اطلاقها به والنصوص الاخر لا تصلح للمعارضة معها فيقدم تلك الاخبار فتكون النتيجة ما افادوه (وفيه) ان الجمع العرفي بين الطائفتين يقتضي البناء على ان المراد بنصوص الباب - ان من اشترى الخمر والخنزير وادى ثمنهما لامحالة يكون راضيا بان يؤدي البايع دينه منه - ادائه وان لم يحرز ذلك يجوز اداء الدين من مال الغير في هذه الصورة - وعليه فلا تعارض بين الطائفتين .

والحق في المقام ان يقال ان اطلاق هذه النصوص وان كان يقتضي عدم الفرق بين كون البايع مسلما او ذميا - ولكن يتعين تقييده بمرسل (٢) ابن ابي نجران الصحيح اليه عن الرضا عليه السلام عن نصراني اسلم وعنده خمر وخنازير وعليه دين هل يبيع خمره وخنازيره ويقضى دينه قال عليه السلام لا الدال على حكم المسلم الاصلى بطريق اولي - وعليه فلا اشكال في الاختصاص .

(١) الوسائل باب ٥٥ و ٥٦ من ابواب ما يكتسب به

(٢) الوسائل باب ٥٧ - من ابواب ما يكتسب به حديث ١

٢- ليس في النصوص المتقدمة تقييد الذمي بكونه مستقر او لعل التقييده من جهة ان التستر من شرائط الذمة فبالتظاهر يخرج عن كونه ذميا - و لا ينافي ذلك ما في هذه النصوص من اطلاق المسلم عليه ان يمكن فرضه على وجه لا ينافي الشرط المذكور - فتوقف صاحب الحدائق ره في اعتباره في غير محله .

٣- هل يعتبر ان يكون المشتري لها غير مسلم كما في محكي التذكرة وفي الجواهر ولعله مراد من اطلاق - ام لا يعتبر ذلك - مقتضى اطلاق الاخبار هو الثاني - ولا ينافي ذلك بطلان البيع - اذ هو باطل حتى في البيع من مثله و لذا قال عليه السلام هو للمقتضى حلال وعليه حرام وانما يجوز اخذه منه وفاء للدين كما يجوز اخذه جزية للنصوص (١) - المصرح فيها بان وزر ذلك عليهم وثمنه للمسلمين حلال وياخذونه في جزيتهم - وبهذا البيان اندفع اشكال المحقق الاردبيلي بانه ان حمل هذه النصوص على المسلم فظاهر الاصحاب وبعض الاخبار عدم جواز اخذه وان حمل على الذمي فقوله للبائع حرام محل تأمل -

٤- (و لو) باع ذمي من ذمي خمر او خنزير او (اسلم الذمي) البائع (بعد البيع استحق المطالبة) اي مطالبة الثمن - لخبر (٢) يونس في مجوسى باع خمر او خنازير الى اجل مسمى ثم اسلم قبل ان يحل المال قال عليه السلام له دراهمه - ولكن الخبر مقطوع وفي سنده جهالة - فلا يرفع به اليدهما تقتضيه القواعد من عدم جواز اخذ الدراهم لان ثمنهما سحت .

الثامنة (وليس للمعبدا الاستدانة بدون اذن المولى فان فعل تبع به ان اعتق والاسقط ولو اذن له لزمه دون المملوك وان اعتق وغريم المملوك كغرماء المولى ولو اذن له في التجارة فاستدان لها لزم المولى وان كان لغيرها تبع به بعد العتق)

(١) الوسائل باب ٥٧ من ابواب ما يكتسب به حديث ٢-

(٢) الوسائل باب ٧٠ - من ابواب جهاد العدو وما يناسبه

حكم مالو استقرض الدراهم ثم سقطت عن المالية

العاشرة قال الشيخ في محكي النهاية من اقرض غيره الدراهم ثم سقطت تلك الدراهم و
جازت غير مال يمكن له عليه الا الدراهم التي اقرضها اياه او سعرها بقيمة الوقت الذي اقرضها
فيه - ومثله حكى عن القاضي والحلي - وظاهر ذلك انه مع بقاء العين يكفي ردها والا
فقيمتها و الظاهر ان عليه الاكثر - وعن المقنع و ان استقرضت من رجل دراهم ثم
سقطت تلك الدراهم و تغيرت فلا يباع بها شيء فلصاحب الدراهم الدراهم التي
تجوز بين الناس و ظاهره لزوم رد المالية مطلقا - واختار جمع منهم صاحب الجواهر و
واحتمل في القواعد عدم لزوم تدارك المالية مطلقا - والاخير اظهر لان المالية الاعتبارية
المنتزعة من اعتبار من بيده الاعتبار لا تكون مضمونة - وان شئت قلت ان العين
بما لها من الصفات النوعية تكون في العهدة الى حين الاداء وهي في الفرض حين
الاداء لقيمة لها فلا وجه لتدارك القيمة - والفائت انما هو اعتبار المعتبر لاشيء من
الماخوذ (نعم) لو كان الورق النقدي معبرا عن النقدين وكانت المعاملة واقعة
على ما يعبر عنه الورق من النقدين كان الصحيح في المقام اشتغال الذمة بالمالية - فان
الاقتراض في الحقيقة عن النقدين دون الورق و لكن المبنى فاسد كما حققناه في
المسائل المستحدثة -

ويشهد لما اخترناه مضافا الى ما مر صحيح (١) معاوية بن سعيد عن رجل استقرض
دراهم من رجل وسقطت تلك الدراهم او تغيرت ولا يباع بها شيء لصاحب الدراهم الدراهم
الاولى او الجائزة التي تجوز بين الناس فقال عليه السلام لصاحب الدراهم الدراهم الاولى -
ونحوه مكاتبة (٢) يونس - ويعارضهما مكاتبة (٣) اخرى ليونس عن الرضا عليه السلام في المورد
المفروض - لك ان تاخذ منه ما ينفق بين الناس كما اعطيته ما ينفق بين الناس ولكن
الترجيح للاولين ..

وقد استدل للزوم تدارك المالية مطلقا مضافا الى المكاتبه التي عرفت حالها. بان الزمان والمكان من خصوصيات العين الدخيلة في ماليتهما اذا الماء مثلا في مفازة البحجاز غير الماء على الشاطئ والثلج في الشتاء غير الثلج في الصيف - فاذا استقرض الدراهم في زمان كان لها المالية تكون خصوصية ذلك الزمان في عهدة المقرض ولا يكون اداء الدراهم بعد السقوط عن المالية اداء للماخوذ فلا مناص من رد القيمة اداء للخصوصيات وبحديث (١) لا ضرر بتقريب ان الماخوذ حين اخذه كان له مالية فاذا رد مثله او عينه مع عدم المالية من دون تداركها يكون ذلك ضررا على المالك والحديث ينفيه (ولكن) يرد على الاول مضافا الى النقض بما اذا نقصت القيمة فان لازم هذا الوجه ضمان المقدار من المالية التالف مع انه لم يلتزم احده - ان الزمان والمكان ليسا دليلا في المالية وانما هي تنزع من اعتبار المعتبر وعدمه أو من كثرة الراغب وقلة الوجود. وان شئت قلت ان سقوط المالية تارة يكون من جهة نقص في العين واخرى يكون من جهة عدم اعتبار المعتبر او عدم احتياج الناس اليها مع بقائها على ما هي عليه من الخصوصيات ففي الاول يحكم بالضمان لعموم ادلته ولا يحكم به في الثاني - ويرد على الثاني ما تقدم في كتاب الغصب من ان حديث لا ضرر لا يصلح لاثبات الضمان.

واستدل المحقق الاصفهاني لضمان المالية مع تلف العين بان دليل وجوب رد المثل في باب الضمان مطلقا ومنه القرض انما يكون دليلا على التضمن والتعريم فلا بد من رعاية حيثية المالية اذا المال التالف لا يتدارك الا بالمال ثم قال ومنه تبين الفرق بين سقوط العين عن المالية وسقوط المثل عنها ان رد المالك بلحاظ ملكيتها لا بلحاظ ماليتهما لكن التضمن والتعريم بلحاظ ماليتهما فيجب حفظ المالية في الثاني دون الاول (وفيه) ان ادلة الضمان انما تدل على رد العين مع وجودها في غير باب القرض والمثل بعد تلفها ان كانت مثلية وفي باب القرض - والمماثلة المعتبرة على ما حقق في محله هي المماثلة من حيث الحقيقة وحيث ان المالية ليست

صفة في العين أو المثل فلا وجه لضمانها - وإن شئت قلت إن الثابت في المهمة أmaal العين أو المثل وهي على الفرض لامالية لها حينه فلا وجه لادائها - مع أنه لا وجه للفرق بين العين والمثل وقد ثبت وجوب رد كل منهما بعموم (١) على اليد وهو بالنسبة إليهما على حد سواء فلو قلنا بأن زوم غرامة المالية في المثل فلا مناص عن القول بدفع العين .
قدم الجزء الخامس عشر من كتابنا فقه الصادق وبتلوه الجزء السادس عشر من أول كتاب الرهن والحمد لله أولاً وآخر -

فهرس الجزء الخامس عشر من كتاب فقه الصادق

الصفحة	العنوان	الصفحة	العنوان
٢٩	استيجار الدابة للمحمل عليها	٣	كتاب الاجارة
	حكم ما لو قال آجرتك كل شهر	٤	تعريف الاجارة
٣٠	بدرهم	٨	العقد وشرايطه
	حكم ما لو قال آجرتك شهر ابدرهم	٩	جريان المعاطاة في الاجارة
٣٥	فان زدت فبحسابه	١١	انشاء الاجارة بصيغة البيع
	الاجارة للمخياطة المر ددة بين		في اعتبار كون المتعاقدين جائزى
٣٦	صنفين	١٢	التصرف
	الاجارة على عمل معين في وقت	١٣	حكم اجارة المكروه
٣٨	معين	١٤	حكم اجارة المحجور
٣٩	شرط عدم الاجارة تاما أو رأسا	١٥	في اعتبار معلومية العوضين
٤٢	الاجارة لازمة		في اعتبار القدرة على التسليم في
٤٣	اقالة الاجارة	١٧	الاجارة
	عدم انفساخ الاجارة ببيع العين	٢٠	في اعتبار كون العوضين معلومين
٤٤	المستأجرة	٢١	في اعتبار بقاء العين باستيفاء المنفعة
٤٧	بيع العين المستأجرة من المستأجر	٢١	في اعتبار اباحة المنفعة
٤٨	حكم تقارن البيع والاجارة	٢٢	في اعتبار امكان استيفاء المنفعة
٥٠	عدم بطلان الاجارة بالموت		في اعتبار تمكن المستأجر
٥٤	عدم ضمان المستأجر الامع التعدى	٢٥	من الانتفاع بالعين
٥٦	اشتراط الضمان في الاجارة	٨٦	في اعتبار تعيين العين المستأجرة
٥٨	لزوم التعجيل في التسليم	٢٧	طريق معلومية المنفعة

العنوان	الصفحة	العنوان	الصفحة
استحقاق الاجرة بالعمل	٦٠	ضمان المنفعة غير المستوفاة	٩٨
الاستيجار من المستاجر	٦٢	الاجارة الفاسدة لاشتراط عدم الاجرة	٩٩
اشتراط استيفاء المستاجر المنفعة بنفسه	٦٣	اجارة المشاع	١٠٠
ايجار العين المستاجرة باكثر من العوض	٦٧	الصناع ضامنون لما جنته ايديهم	١٠١
اجارة بعض العين المستاجرة بالاكثر	٦٩	عدم ضمان المتاع التالف تحت يد الاجير	١٠٣
حكم ما لو تقبل عملا وقبله غيره بالنقصة	٧١	عدم ضمان صاحب الحمام	١٠٥
حكم الاجير الخاص	٧٣	استيجار الدراهم والدنانير	١٠٦
حكم الاجير العام	٧٧	عدم لزوم اتصال المدة بالعقد	١٠٧
حكم منع المؤجر من العين	٧٩	كرهه استعمال الاجير قبل مقاطعته على الاجرة	١٠٨
حكم التلف قبل القبض	٨٢	وجوب سقى الدابة المستاجرة وعلفها	١٠٩
حكم منع الظالم من العين	٨٣	حكم نفقة الاجير	١١١
حكم انهدام المسكن	٨٤	اجارة الصغير زائدا على زمان صغره	١١٣
استيجار المرءة للارضاع	٨٥	ملك ما يحوز به الاجير للمستاجر	١١٤
مطالبة الزوج بالاستمتاع في الزمان	٨٨	(في المزارعة)	١١٥
المعين للاجارة	٨٨	ماهية المزارعة والدليل على مشروعيتها	١١٦
استيجار المرءة لكنس المسجد	٩٠	المزارعة عقد لازم	١١٨
فروع الاختلاف في الاجارة	٩١	اعتبار صدور عقدها من اهله	١١٩
اختلافهم في مقدار الاجرة	٩٣	في اعتبار كون النماء مشاعا بينهما	١٢٠
ضمان المنفعة المستوفاة مع بطلان الاجارة	٩٧	في اعتبار تعيين المدة في المزارعة	١٢٣
		اعتبار كون الارض ينتفع بها	١٢٧

العنوان	الصفحة	العنوان	الصفحة
حكم عقد المزارعة بين ازيد من اثنين	١٢٩	الجماعة عقد جائز	١٦١
حكم اطلاق المزارعة	١٣٣	في استحقاق الاجرة مع فساد الجماعة	١٦٢
حكم خراج الارض ومؤنتها	١٣٥	حكم مال الوترع اجنبى بالجمل	١٦٣
حكم الخرص	١٣٧	العامل يستحق الجعل بالتسليم	١٦٤
قرار الخرص مشروط بالسلامة	١٣٩	تعقيب جماعة باخرى	١٦٥
ثبوت اجرة المثل مع بطلان		لوجعل على عمل جمعا لافشاركه غيره	١٦٦
المزارعة	١٤٠	حكم مال الواخلة في الجعل	١٦٧
احارة الارض للمزارعة بالحنطة و		(في السبق والرماية)	١٦٩
الشعير	١٤٢	الرياضة البدنية	١٧٠
(في المسافات)	١٤٤	المباراة بغير رهان	١٧١
بيان ما يعتبر في المساقاة	١٤٥	المباراة مع العوض	١٧٢
ضابط ما يساقى عليه	١٤٦	الانفاظ المستعملة في هذا الباب	١٧٤
احكام المساقاة	١٤٧	عقد المسابقة و المراماة	١٧٦
شرط العمل على المالك	١٤٨	بيان ما يسابق به	١٧٧
كراهة اشتراط الذعب والفضة	١٤٩	العوض وما يعتبر فيه	١٧٨
اشتراط مساقاة في ضمن اخرى	١٥٢	شرائط المسابقة	١٧٩
المغارة باطلة	١٥٣	شرائط المناضلة	١٨٠
(في الجماعة)	١٥٤	حكم الاجرة مع فساد العقد	١٨١
في بيان ما يعتبر فيها	١٥٥	احكام السبق والرماية	١٨٢
الجماعة من الايقاعات	١٥٦	(في الشركة)	١٨٤
الجماعة على العمل المحرم	١٥٧	اقسام الشركة	١٨٥
حكم الجعل بالعمل او العوض	١٥٩	مورد الشركة	١٨٦
بيان ما يعتبر في الجاعل والعامل	١٦٠	شرائط الشركة العقدية	١٨٨

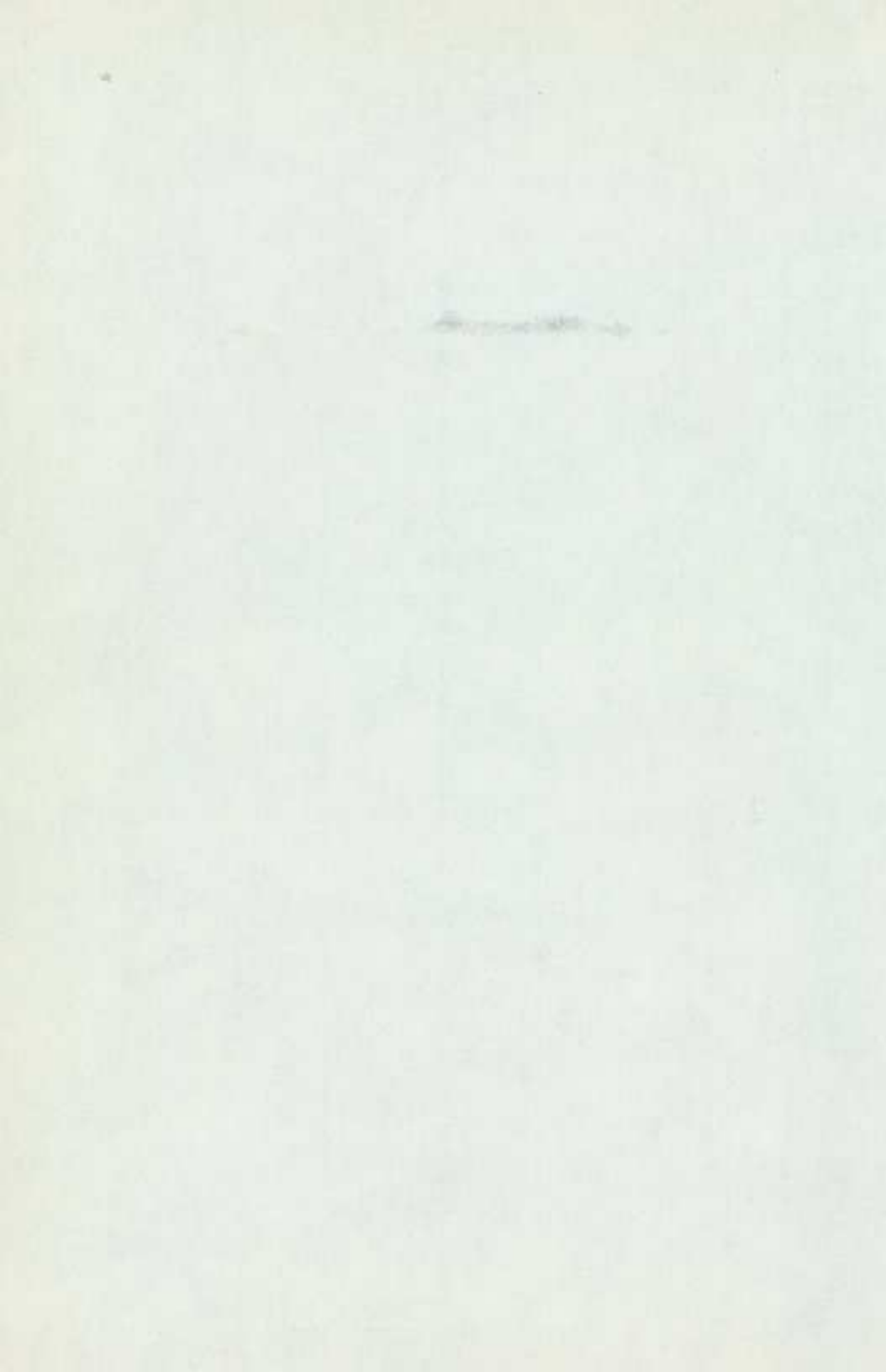
العنوان	الصفحة	العنوان	الصفحة
اشتراط زيادة الربح	١٩٠	نفقة العامل المسافر على رب	
فى القسمة	١٩١	المال	٢٢١
وجوب الاجابة الى القسمة مع		حكم الشراء فى الذمة	٢٢٢
عدم الضرر	١٩٣	للعامل اجرة المثل اذا فسخ المالك	
فى اعتبار القرعة	١٩٣	المضاربة	٢٢٥
عدم صحة الشركة المؤجلة	١٩٦	(فى الوديعة)	٢٢٧
قسمة الوقف	١٩٨	الدليل على مشور عيبتها	٢٢٨
(فى المضاربة)		الوديعة من العقود	٢٢٩
بيان ماهيتها	١٩٨	الامانة المالكية	٢٣٠
عقد المضاربة	٢٠٠	الوديعة عقد جائز	٢٣١
اشتراط عدم الفسخ	٢٠٠	وجوب الحفظ على المستودع	٢٣٣
اشتراط البيع او القرض او القراض	٢٠١	فى وجوح سقى الدابة وعلقها على	
مال القراض وشرائطه	٢٠٤	الودعى	٢٣٥
عدم اعتبار كون رأس المال بيد العامل	١٠٧	ضمان المستودع مع التعدى أو	
اعتبار الشركة فى الربح	٢٠٨	التفريط	٢٣٦
الربح بين المالك والعامل	٢١١	اعادة الوديعة بعد التفريط	٢٣٩
شرط المالك على العامل لازم	٢١٢	حكم ما اذا تلف الاجنبى الوديعة	٢٤١
بطلان عقد المضاربة بالموت	٢١٤	وجوب رد الوديعة	٢٤٣
يملك العامل حصة من النماء		حكم الوديعة مع الجهل بمالكها	٢٤٦
بالظهور	٣٢٥	فى احكام التنازع	٢٤٧
الربح وقاية لرأس المال	٢١٦	(فى العارية) والدليل على	
العامل امين	٢١٩	مشروعيتها	٢٤٩
فروع التنازع	٢٢٠	ضابط العين المستعارة	٢٥٠

الصفحة	العنوان	الصفحة	العنوان
٢٨٤	حكم المقتة بعد الاخذ	٢٥٢	في اعادة الغنم للانتفاع بلبنها
٢٨٦	و جوب تعريف المقتة حولا	٢٥٤	جواز استعادة الارض المزروع
٢٨٧	حكم لقطه الحرم	٢٥٥	في اعتبار كون المعير جائزا التصرف
٢٨٨	حكم لقطه غير الحرم	٢٥٦	عدم ضمان المستعير مع التلف
٢٩١	حكم مالو كانت المقتة مما لا يبقى		حكم عارية الذهب والفضة من حيث
٢٩٣	حكم ما يوجب الخربة وفي جوف الدابة	٢٥٨	الضمان
٢٩٥	من يصح النقاطه	٢٦١	حكم النقصان الحاصل بالاستعمال
٢٩٦	كيفية التعريف	٢٦٣	ازوم اقتصار المستعير على الماذون
٢٩٨	عدم دفع المقتة بغير البينة	٢٦٣	(في المقتة)
٢٩٩	(في الغصب)	٢٦٥	احكام اللقيط
	حرمة التصرف في مال الغير بلا	٢٦٦	شرائط ملتقط اللقيط
٣٠٠	رضا صاحبه	٢٦٧	احكام لقيط دار الاسلام
٣٠١	ثبوت الضمان بالاستيلاء	٢٦٩	حكم نفقة اللقيط
٣٠٣	حكم مالوسكن الغاصب الدار	٢٧٠	عدم وجوب اخذ اللقيط
٣٠٤	ضمان المنفعة المستوفاة	٢٧١	احكام الضوال
٣٠٥	معنى النبوى الخراج بالضمان	٢٧٣	كراهة اخذ الضالة
٣٠٦	منع المالك من اخذ ماله	٢٧٤	لا يؤخذ البعير اذا وجد في كلاء وماء
٣٠٧	قاعدة لا ضرر لا تثبت الضمان	٢٧٥	حكم البعير الذي وجد في غير كلاء وماء
٣٠٨	قاعدة الاحترام	٢٧٧	حكم الشاة الملتقطه
٣٠٩	تعاقب الايدي	٢٧٩	حكم الحيوان غير البعير والشاة
٣١٠	عدم ثبوت الغصب فيما ليس بمال	٢٨٠	حكم ما ينفق على الضالة
٣١١	في عدم ضمان السبب	٢٨١	لقطة مال الصامت
٣١٢	ضمان الخمر والخنزير	٢٨٢	كراهة اخذ اللقطة

العنوان	الصفحة	العنوان	الصفحة
وجوب رد المغصوب الى مالكه	٣١٣	وضع الجدور على حائط الجار	٣٥٤
بدل الحيولة ومورده	٣١٦	حكم ما وتداعيا جدارا	٣٥٥
حق الاولوية	٣١٩	(كتاب الديون)	٣٥٩
في المثلى والقيمي	٣٢٠	بيان حقيقة القرض	٣٥٩
حكم ما لو تعذر المثل في المثلى	٣٢١	وجوب نية القضاء حين الاستدانة	٣٦٠
ضمان القيمي بالقيمة وتعيين القيمة	٣٢٢	بيان ثواب القرض	٣٦١
حكم ارتفاع القيمة والزيادة العينية	٣٢٧	حكم اشتراط الزيادة في القرض	٣٦١
زيادة العين باثر الغاصب	٣٢٨	بطلان القرض باشتراط الزيادة	٣٦٣
حكم مزج المغصوب بغيره	٣٣٠	تبرع المقرض بالزيادة	٣٦٥
فوائد المغصوب للمالك	٣٣٣	اشتراط موضع التسليم	٣٦٨
الزرع لمالك البذر	٣٣٥	اشتراط الزيادة للمقرض	٣٦٩
حكم الاختلاف في القيمة	٣٣٦	ضابط ما يصح اقراضه	٣٧١
(في احياء الموات)	٣٣٧	القرض يملك بالقبض	٣٧٣
بيان حد الطريق	٣٣٨	عدم جواز رجوع المقرض	٣٧٤
بيان حریم البشر	٣٣٩	في العين المقرضة	٣٧٤
بيان حریم العين	٣٤١	تاجيل الدين الحال	٣٧٨
لو لم يف النهر المباح المجتمع		تعجيل الدين المعجل	٣٨٠
عليه املاك	٣٤٤	بيان الحكم عند عيوبة صاحب الدين	٣٨٢
جواز حماية المرعى للمالك	٣٤٥	فسمة الدين	٣٨٣
في ان الماء هل يملك ام لا	٣٤٧	بيع الدين بالدين	٣٨٦
حكم بيع الماء	٣٤٨	اقتضاء الدين من ائمان المعمرات	٣٨٨
حكم اخراج الرواشن في الطرق	٣٥٠	حكم ما لو استقرض الداهم ثم سقطت	
الطرق المرفوعة مشتركة	٣٥٢	عن المالية	٣٩١
بين اربابها	٣٥٢		

فهرس الخطاء والصواب

ص	س	الخطاء	الصواب
١٨	٩	آجره	آجرها
٨٩	١٦	الخروج	الزوج
٩٦	٢١	المسمماة	المسماء
١٣٤	٢٠	للمعارض	للارض
١٥٦	١١	لكلم	تلكم
١٦٠	٢٤	٦	٥٦
٣٢١	٢١	القيمنى	القيمى
	١٢	الفمرة	البقرة



THE
LIBRARY OF THE
MUSEUM OF
ART AND HISTORY
OF THE
CITY OF
NEW YORK

DATE DUE

DATE DUE

09791060

ENTRY

INSERT

BOOK CARD

PLEASE DO NOT REMOVE.
A TWO DOLLAR FINE WILL
BE CHARGED FOR THE LOSS
OR MISPLACEMENT OF THIS CARD.

PRINTED IN U.S.A.

09791060

KBL

.H89 1958 V15 C1

DEMCO

APR 10 1980
FEB 29 1980

COLUMBIA LIBRARIES OFFSITE



CU17882583