



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للعلماء



عيد ميلاد
عمر الکرمان

www. **Ghaemiyeh** .com
www. **Ghaemiyeh** .org
www. **Ghaemiyeh** .net
www. **Ghaemiyeh** .ir

مُسَمَّكَ

الْحُرُوفُ الْوَسْمُوكِيَّةُ

تأليف

السيد محمد بن الطباطبائي الحكيم

موسسة دار الفکر

قم تلخون ٧٤١٧٦١

١٢

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مستمسك العروة الوثقى

كاتب:

محسن الحكيم

نشرت في الطباعة:

دارالتفسير

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

- ٥ الفهرس
- ١٧ مستمسك العروة الوثقى المجلد ١٢
- ١٧ اشارة
- ١٧ [كتاب الإجارة]
- ١٧ اشارة
- ١٨ [فصل فى أركانها، و هى ثلاثة]
- ١٨ اشارة
- ١٨ [الأول: الإيجاب و القبول]
- ١٩ [الثانى: المتعاقدان]
- ١٩ [الثالث: العوضان]
- ١٩ اشارة
- ٢١ [(مسألة ١): لا تصح الإجارة إذا كان المؤجر أو المستأجر مكرهاً عليها]
- ٢٢ [(مسألة ٢): لا تصح إجارة المفلس - بعد الحجر عليه داره أو عقاره]
- ٢٣ [(مسألة ٣): لا يجوز للعبد أن يؤجر نفسه أو ماله]
- ٢٣ [(مسألة ٤): لا بد من تعيين العين المستأجرة]
- ٢٣ [(مسألة ٥): معلومية المنفعة]
- ٢٤ [(مسألة ٦): إذا استأجر دابة للحمل عليها]
- ٢٥ [(مسألة ٧): إذا استأجر الدابة لحرث جريب معلوم]
- ٢٥ [(مسألة ٨): إذا استأجر دابة للسفر مسافه]
- ٢٥ [(مسألة ٩): إذا كانت الأجرة مما يكال أو يوزن]
- ٢٥ [(مسألة ١٠): ما كان معلوميته بتقدير المده]
- ٢٦ [(مسألة ١١): إذا قال: إن خطت هذا الثوب فارسياً]
- ٢٧ [(مسألة ١٢): إذا استأجره أو دابته ليحمله أو يحمل متاعه إلى مكان معين]

- ٣١ [(مسألة ١٣): إذا استأجر منه دابة لزيارة النصف من شعبان]
- ٣١ [فصل الإجارة من العقود اللازمة]
- ٣١ اشارة
- ٣٢ [(مسألة ١): يجوز بيع العين المستأجرة قبل تمام مدة الإجارة]
- ٣٣ [(مسألة ٢): لو وقع البيع و الإجارة فى زمان واحد]
- ٣٤ [(مسألة ٣): لا تبطل الإجارة بموت المؤجر و لا بموت المستأجر على الأقوى]
- ٣٥ [(مسألة ٤): إذا آجر الولي أو الوصى الصبى المولى عليه مدة تزيد على زمان بلوغه و رشده]
- ٣٥ [(مسألة ٥): إذا آجرت امرأة نفسها للخدمة مدة معينة]
- ٣٦ [(مسألة ٦): إذا آجر عبده أو أمته للخدمة ثم أعتقه]
- ٣٧ [(مسألة ٧): إذا وجد المستأجر فى العين المستأجرة عيباً سابقاً على العقد]
- ٣٨ [(مسألة ٨): إذا وجد المؤجر عيباً سابقاً فى الأجرة و لم يكن عالماً به]
- ٣٩ [(مسألة ٩): إذا أفلس المستأجر بالأجرة]
- ٣٩ [(مسألة ١٠): إذا تبين غبن المؤجر أو المستأجر فله الخيار]
- ٣٩ [(مسألة ١١): ليس فى الإجارة خيار المجلس و لا خيار الحيوان]
- ٤٠ [(مسألة ١٢): إذا آجر عبده أو داره مثلاً ثم باعه من المستأجر لم تبطل الإجارة]
- ٤٠ [فصل يملك المستأجر المنفعة فى إجارة الأعيان]
- ٤٠ اشارة
- ٤٠ [(مسألة ١): لو استأجر داراً مثلاً و تسلمها]
- ٤١ [(مسألة ٢): إذا بذل المؤجر العين المستأجرة للمستأجر و لم يتسلم حتى انقضت المدة]
- ٤١ [(مسألة ٣): إذا استأجره لقلع ضره و مضت المدة التى يمكن إيقاع ذلك فيها]
- ٤٢ [(مسألة ٤): إذا تلفت العين المستأجرة قبل قبض المستأجر]
- ٤٣ [(مسألة ٥): إذا حصل الفسخ فى أثناء المدة]
- ٤٤ [(مسألة ٦): إذا تلف بعض العين المستأجرة]
- ٤٤ [(مسألة ٧): ظاهر كلمات العلماء: أن الأجرة من حين العقد مملوكة للمؤجر بتمامها]

- ٤٤ [(مسألة ٨): إذا أجر دابة كلبية و دفع فرداً منها فتلف]
- ٤٤ [(مسألة ٩): إذا أجره داراً فانهدمت]
- ٤٥ [(مسألة ١٠): إذا امتنع المؤجر من تسليم العين المستأجرة يجبر عليه]
- ٤٦ [(مسألة ١١): إذا منعه ظالم عن الانتفاع بالعين قبل القبض]
- ٤٧ [(مسألة ١٢): لو حدث للمستأجر عذر في الاستيفاء]
- ٤٧ [(مسألة ١٣): التلف السماوى للعين المستأجرة]
- ٤٨ [(مسألة ١٤): إذا آجرت الزوجة نفسها بدون إذن الزوج فيما ينافى حق الاستمتاع]
- ٤٨ [(مسألة ١٥): قد ذكر سابقاً ان كلاً من المؤجر و المستأجر يملك ما انتقل إليه بالإجارة بنفس العقد]
- ٥١ [(مسألة ١٦): إذا تبين بطلان الإجارة رجعت الأجرة إلى المستأجر]
- ٥١ [(مسألة ١٧): يجوز إجارة المشاع]
- ٥٢ [(مسألة ١٨): لا بأس باستئجار اثنين داراً على الإشاعة]
- ٥٢ [(مسألة ١٩): لا يشترط اتصال مدة الإجارة بالعقد على الأقوى]
- ٥٣ [فصل العين المستأجرة في يد المستأجر أمانة]
- ٥٣ [اشارة]
- ٥٦ [(مسألة ١): العين التى للمستأجر بيد المؤجر الذى أجر نفسه لعمل فيها- كالثوب آجر نفسه ليخيطه- أمانة]
- ٥٧ [(مسألة ٢): المدار فى الضمان على قيمة يوم الأداء فى القيميات]
- ٥٨ [(مسألة ٣): إذا أتلف الثوب بعد الخياطة ضمن قيمته مخيطة]
- ٥٩ [(مسألة ٤): إذا أفسد الأجير للخياطة أو القصارة أو التفصيل الثوب ضمن]
- ٥٩ [(مسألة ٥): الطبيب المباشر للعلاج إذا أفسد ضامن]
- ٦٠ [(مسألة ٦): إذا تبرأ الطبيب من الضمان، و قبل المريض أو وليه]
- ٦٠ [(مسألة ٧): إذا عثر الحمال فسقط ما كان على رأسه]
- ٦١ [(مسألة ٨): إذا قال للخياط مثلاً: إن كان هذا يكفينى قميصاً فاقطعه، فلم يكف]
- ٦٢ [(مسألة ٩): إذا آجر عبده لعمل فأفسد]
- ٦٢ [(مسألة ١٠): إذا آجر دابة لحمل متاع]

- [(مسألة ١١): إذا استأجر سفينة أو دابة لحمل متاع فنقص أو سرق] ٦٢
- [(مسألة ١٢): إذا حمل الدابة المستأجرة أزيد من المشترك أو المقدار المتعارف مع الإطلاق] ٦٢
- [(مسألة ١٣): إذا اكرى دابة، فسار عليها زيادة عن المشترك، ضمن] ٦٣
- [(مسألة ١٤): يجوز لمن استأجر دابة للركوب أو الحمل أن يضربها] ٦٣
- [(مسألة ١٥): إذا استؤجر لحفظ متاع، فسرق، لم يضمن] ٦٤
- [(مسألة ١٦): صاحب الحمام لا يضمن الثياب] ٦٤
- [فصل يكفى فى صحة الإجارة كون المؤجر مالكا للمنفعة] ٦٥
- إشارة ٦٥
- [(مسألة ١): يجوز للمستأجر مع عدم اشتراط المباشرة و ما بمعناها أن يؤجر العين المستأجرة] ٦٧
- [(مسألة ٢): إذا تقبل عملا من غير اشتراط المباشرة و لا مع الانصراف إليها، يجوز أن يوكله الى عبده أو صانعه أو أجنبى] ٧٠
- [(مسألة ٣): إذا استؤجر لعمل فى ذمته لا بشرط المباشرة] ٧١
- [(مسألة ٤): الأجير الخاص - و هو من أجر نفسه على وجه يكون جميع منافعه للمستأجر فى مدة معينه، أو على وجه تكون منفعته الخاصة] - ٧١
- [(مسألة ٥): إذا أجر نفسه لعمل من غير اعتبار المباشرة و لو مع تعيين المدة] ٧٥
- [(مسألة ٦): لو استأجر دابة لحمل متاع معين شخصى أو كلى على وجه التقييد] ٧٥
- [(مسألة ٧): لو أجر نفسه للخياطة - مثلاً - فى زمان معين، فاشتغل بالكتابة] ٧٨
- [(مسألة ٨): لو أجر دابته لحمل متاع زيد من مكان إلى آخر فاشتبه] ٧٨
- [(مسألة ٩): لو أجر دابته من زيد - مثلاً - فشردت] ٧٨
- [(مسألة ١٠): إذا أجر سفينته لحمل الخل مثلا من بلد إلى بلد، فحملها المستأجر خمراً] ٧٩
- [(مسألة ١١): لو استأجر دابة معينه من زيد للركوب إلى مكان] ٧٩
- [(مسألة ١٢): لو أجر نفسه لصوم يوم معين عن زيد مثلاً] ٨٠
- [فصل لا يجوز إجارة الأرض لزرع الحنطة أو الشعير] ٨٠
- إشارة ٨٠
- [(مسألة ١): لا بأس بإجارة حصه من أرض معينه مشاعه] ٨٢
- [(مسألة ٢): يجوز استئجار الأرض لتعمل مسجداً] ٨٢

- [(مسألة ٣): يجوز استئجار الدراهم و الدنانير للزينة أو لحفظ الاعتبار] ٨٣
- [(مسألة ٤): يجوز استئجار الشجر لفائدة الاستظللال و نحوه] ٨٣
- [(مسألة ٥): يجوز استئجار البستان لفائدة التنزه] ٨٣
- [(مسألة ٦): يجوز الاستئجار لحياسة المباحات] ٨٣
- [(مسألة ٧): يجوز استئجار المرأة للإرضاع] ٨٨
- [(مسألة ٨): إذا كانت الامراة المستأجرة مزوجة، لا يعتبر في صحة استئجارها إذنه] ٨٩
- [(مسألة ٩): لو كانت الامراة خلية فأجرت نفسها للإرضاع أو غيره من الاعمال] ٨٩
- [(مسألة ١٠): يجوز للمولى إجبار أمته على الإرضاع] ٨٩
- [(مسألة ١١): لا فرق في المرتضع بين أن يكون معيناً أو كلياً] ٩٠
- [(مسألة ١٢): يجوز استئجار الشاة للبنها] ٩٠
- [(مسألة ١٣): لا يجوز الإجارة لإتيان الواجبات العينية] ٩١
- [(مسألة ١٤): يجوز الإجارة لكنس المسجد و المشهد و فرشها] ٩٢
- [(مسألة ١٥): يجوز الإجارة لحفظ المتاع أو الدار أو البستان مدة معينة عن السرقة و الإتلاف] ٩٢
- [(مسألة ١٦): لا يجوز استئجار اثنين للصلاة عن ميت واحد في وقت واحد] ٩٢
- [(مسألة ١٧): لا يجوز الإجارة للنيابة عن الحى في الصلاة] ٩٣
- [(مسألة ١٨): إذا عمل للغير لا بأمره و لا إذنه] ٩٤
- [(مسألة ١٩): إذا أمر بإتيان عمل فعمل المأمور ذلك] ٩٤
- [(مسألة ٢٠): كل ما يمكن الانتفاع به منفعة محللة مقصودة للعقلاء مع بقاء عينه يجوز إجارته] ٩٧
- [(مسألة ٢١): في الاستئجار للحج المستحبى أو الزيارة لا يشترط أن يكون الإتيان بها بقصد النيابة] ٩٧
- [(مسألة ٢٢): في كون ما يتوقف عليه استيفاء المنفعة كالمدا للكتابة] ٩٧
- [(مسألة ٢٣): يجوز الجمع بين الإجارة و البيع- مثلاً بعقد واحد] ٩٨
- [(مسألة ٢٤): يجوز استئجار من يقوم بكل ما يأمره من حوائجه] ١٠٠
- [(مسألة ٢٥): يجوز أن يستعمل الأجير مع عدم تعيين الأجرة] ١٠١
- [(مسألة ٢٦): لو استأجر أرضاً مدة معينة، فغرس فيها أو زرع ما لا يدرك في تلك المدة] ١٠٢

- ١٠٤ [فصل فى التنازع]
- ١٠٤ اشارة
- ١٠٤ [مسألة ١]: إذا تنازعا فى أصل الإجارة قدم قول منكرها مع اليمين
- ١٠٧ [مسألة ٢]: لو اتفقا على أنه أذن للمتصرف فى استيفاء المنفعة
- ١٠٩ [مسألة ٣]: إذا تنازعا فى قدر المستأجر عليه قدم قول مدعى الأقل
- ١١٠ [مسألة ٤]: إذا تنازعا فى رد العين المستأجرة
- ١١٠ [مسألة ٥]: إذا ادعى الصانع أو الملاح أو المكارى تلف المتاع من غير تعد و لا تفريط
- ١١١ [مسألة ٦]: يكره تضمين الأجير فى مورد ضمانه
- ١١٢ [مسألة ٧]: إذا تنازعا فى مقدار الأجرة
- ١١٢ [مسألة ٨]: إذا تنازعا فى أنه أجره بغلاً أو حماراً
- ١١٣ [مسألة ٩]: إذا اختلفا فى أنه شرط أحدهما على الآخر شرطاً أو لا
- ١١٣ [مسألة ١٠]: إذا اختلفا فى المدة أنها شهر أو شهران مثلاً، فالقول قول منكر الأزيد
- ١١٤ [مسألة ١١]: إذا اختلفا فى الصحة و الفساد
- ١١٤ [مسألة ١٢]: إذا حمل المؤجر متاعه إلى بلد
- ١١٦ [مسألة ١٣]: إذا خاط ثوبه قباء، و ادعى المستأجر أنه أمره بأن يخيطة قميصاً
- ١٢٤ [مسألة ١٤]: كل من يقدم قوله فى الموارد المذكورة
- ١٢٤ [خاتمة فيها مسائل]
- ١٢٤ اشارة
- ١٢٤ [الأولى]: خراج الأرض المستأجرة فى الأراضى الخراجية على مالكيها
- ١٢٦ [الثانية]: لا بأس بأخذ الأجرة على قراءة تعزية سيد الشهداء
- ١٢٧ [الثالثة]: يجوز استئجار الصبى المميز من وليه الإجمالى
- ١٢٧ [الرابعة]: إذا بقى فى الأرض المستأجرة للزراعة بعد انقضاء المدة أصول الزرع فنبتت
- ١٣١ [الخامسة]: إذا استأجر القصاب لذبح الحيوان فذبحه على غير الوجه الشرعى
- ١٣٢ [السادسة]: إذا أجر نفسه للصلاة عن زيد

- ١٣٢ [(السابعة): يجوز أن يؤجر داره]
- ١٣٣ [(الثامنة): لا يجوز للمشتري ببيع الخيار بشرط رد الثمن للبائع أن يؤجر المبيع أزيد من مدة الخيار للبائع]
- ١٣٤ [(التاسعة): إذا استؤجر لخطاطه ثوب معين لا بقيد المباشرة]
- ١٣٤ [(العاشر): إذا آجره ليوصل مكتوبه إلى بلد كذا إلى زيد مثلاً]
- ١٣٤ [(الحادية عشرة): إذا كان للأجير على العمل خيار]
- ١٣٦ [(الثانية عشرة): يجوز اشتراط كون نفقة المستأجر على الأجير أو المؤجر، بشرط التعيين]
- ١٣٧ [(الثالثة عشرة): إذا آجر داره أو دابته من زيد إجارة صحيحة بلا خيار له، ثم آجرها من عمرو]
- ١٣٩ [(الرابعة عشرة): إذا استأجر عيناً ثم تملكها قبل انقضاء مدة الإجارة]
- ١٤٠ [(الخامسة عشرة): إذا استأجر أرضاً للزراعة مثلاً]
- ١٤١ [(السادسة عشرة): يجوز إجارة الأرض مدة معلومة بتعميرها و اعمال عمل فيها]
- ١٤٣ [(السابعة عشرة): لا بأس بأخذ الأجرة على الطبابة]
- ١٤٥ [(الثامنة عشرة): إذا استؤجر لختم القرآن لا يجب أن يقرأه مرتباً]
- ١٤٦ [(التاسعة عشرة): لا يجوز في الاستئجار الحج البلدى أن يستأجر شخصاً من بلد الميت إلى النجف]
- ١٤٧ [(العشرون): إذا استؤجر للصلاة عن الميت فصلى و نقص من صلاته بعض الواجبات غير الركنية سهواً]
- ١٤٨ [كتاب المضاربة]
- ١٤٨ [اشارة]
- ١٥٢ [أو يشترط فيها أيضاً- بعد البلوغ، و العقل، و الاختيار و عدم الحجر لفسل أو جنون أمور]
- ١٥٢ [اشارة]
- ١٥٢ [الأول: أن يكون رأس المال عيناً]
- ١٥٤ [الثاني: أن يكون من الذهب أو الفضة المسكوكين بسكة المعاملة]
- ١٥٥ [الثالث: أن يكون معلوماً قدرأ و وصفاً]
- ١٥٦ [الرابع: أن يكون معيناً]
- ١٥٦ [الخامس: أن يكون الربح مشاعاً بينهما]
- ١٥٧ [السادس: تعيين حصة كل منهما من نصف أو ثلث]

- ١٥٧ [السابع: أن يكون للربح بين المالك و العامل]
- ١٥٨ [الثامن: ذكر بعضهم أنه يشترط أن يكون رأس المال بيد العامل]
- ١٥٨ [التاسع: أن يكون الاسترباح بالتجارة]
- ١٥٩ [العاشر: أن لا يكون رأس المال بمقدار يعجز العامل عن التجارة به]
- ١٥٩ اشارة
- ١٦٢ [(مسألة ١): لو كان له مال موجود في يد غيره]
- ١٦٣ [(مسألة ٢): المضاربة جائزة من الطرفين]
- ١٦٩ [(مسألة ٣): إذا دفع إليه مالا و قال: اشتر به بستاناً مثلاً، أو قطعاً من الغنم]
- ١٧١ [(مسألة ٤): إذا اشترط المالك على العامل أن يكون الخسارة عليهما كالربح]
- ١٧١ [(مسألة ٥): إذا اشترط المالك على العامل أن لا يسافر]
- ١٧٦ [(مسألة ٦): لا يجوز العامل خلط رأس المال مع مال آخر لنفسه أو غيره]
- ١٧٧ [(مسألة ٧): مع إطلاق العقد يجوز للعامل التصرف على حسب ما يراه]
- ١٧٨ [(مسألة ٨): مع إطلاق العقد و عدم الاذن في البيع نسيئة لا يجوز له ذلك]
- ١٧٩ [(مسألة ٩): في صورة إطلاق العقد لا يجوز له أن يشتري بأزيد من قيمة المثل]
- ١٨٠ [(مسألة ١٠): لا يجب في صورة الإطلاق أن يبيع بالنقد]
- ١٨٠ [(مسألة ١١): لا يجوز شراء المعيب]
- ١٨٠ [(مسألة ١٢): المشهور - على ما قيل - أن في صورة الإطلاق يجب أن يشتري بعين المال]
- ١٨٠ اشارة
- ١٨١ [ثم إن الشراء في الذمة يتصور على وجوه]
- ١٨١ اشارة
- ١٨١ [أحدها: أن يشتري العامل بقصد المالك]
- ١٨١ [الثاني: أن يقصد كون الثمن في ذمته]
- ١٨٢ [الثالث: أن يقصد ذمة نفسه و كان قصده الشراء لنفسه و لم يقصد الوفاء حين الشراء من مال المضاربة]
- ١٨٢ [الرابع: كذلك لكن مع قصد دفع الثمن من مال المضاربة حين الشراء]

- الخامس: أن يقصد الشراء في ذمته من غير التفات إلى نفسه و غيره] ١٨٣-----
- [(مسألة ١٣): يجب على العامل بعد تحقق عقد المضاربة ما يعتاد بالنسبة إليه] ١٨٣-----
- [(مسألة ١٤): قد مر أنه لا يجوز للعامل السفر من دون إذن المالك] ١٨٤-----
- [(مسألة ١٥): المراد بالنفقة ما يحتاج إليه] ١٨٤-----
- [(مسألة ١٦): اللازم الاقتصار على القدر اللائق] ١٨٥-----
- [(مسألة ١٧): المراد من السفر العرفي] ١٨٥-----
- [(مسألة ١٨): استحقاق النفقة مختص بالسفر المأذون فيه فلو سافر من غير إذن] ١٨٦-----
- [(مسألة ١٩): لو تعدد أرباب المال] ١٨٦-----
- [(مسألة ٢٠): لا يشترط في استحقاق النفقة ظهور ربح] ١٨٦-----
- [(مسألة ٢١): لو مرض في أثناء السفر] ١٨٧-----
- [(مسألة ٢٢): لو حصل الفسخ أو الانفساخ في أثناء السفر] ١٨٩-----
- [(مسألة ٢٣): قد عرفت الفرق بين المضاربة و القرض و البضاعة] ١٩٠-----
- [(مسألة ٢٤): لو اختلف العامل و المالك في أنها مضاربة فاسدة أو قرض] ١٩٢-----
- [(مسألة ٢٥): إذا قال المالك للعامل: خذ هذا المال قراضاً و الربح بيننا صح] ١٩٣-----
- [(مسألة ٢٦): لا فرق بين أن يقول: خذ هذا المال قراضاً و لك نصف ربحه، أو قال] ١٩٣-----
- [(مسألة ٢٧): يجوز اتحاد المالك و تعدد العامل] ١٩٤-----
- [(مسألة ٢٨): إذا كان مال مشتركاً بين اثنين، فقارضا واحداً] ١٩٥-----
- [(مسألة ٢٩): تبطل المضاربة بموت كل من العامل و المالك] ١٩٧-----
- [(مسألة ٣٠): لا يجوز للعامل أن يوكل وكيلا في عمله، أو يستأجر أجيراً إلا بإذن المالك] ١٩٨-----
- [(مسألة ٣١): إذا أذن في مضاربة الغير] ١٩٩-----
- [(مسألة ٣٢): إذا ضارب العامل غيره مع عدم الإذن من المالك] ٢٠٠-----
- [(مسألة ٣٣): إذا شرط أحدهما على الآخر في ضمن عقد المضاربة مالا أو عملاً] ٢٠٢-----
- [(مسألة ٣٤): يملك العامل حصته من الربح بمجرد ظهوره من غير توقف على الإنضاض أو القسمة] ٢٠٥-----
- [(مسألة ٣٥): الربح وقاية لرأس المال] ٢٠٧-----

- [(مسألة ٣٦): إذا ظهر الربح و نض تمامه أو بعض منه] ٢٠٩
- [(مسألة ٣٧): إذا باع العامل حصته من الربح بعد ظهوره] ٢١١
- [(مسألة ٣٨): لا إشكال في أن الخسارة الواردة على مال المضاربة تجبر بالربح] ٢١١
- [(مسألة ٣٩): العامل أمين] ٢١٣
- [(مسألة ٤٠): لا يجوز للمالك أن يشتري من العامل شيئاً من مال المضاربة] ٢١٤
- [(مسألة ٤١): يجوز للعامل الأخذ بالشفعة من المالك في مال المضاربة] ٢١٦
- [(مسألة ٤٢): لا إشكال في عدم جواز وطء العامل] ٢١٦
- [(مسألة ٤٣): لو كان المالك في المضاربة امرأة فاشتري العامل زوجها] ٢١٨
- [(مسألة ٤٤): إذا اشترى العامل من ينعق على المالك] ٢١٩
- [(مسألة ٤٥): إذا اشترى العامل أباه أو غيره ممن ينعق عليه] ٢٢٣
- [(مسألة ٤٦): قد عرفت أن المضاربة من العقود الجائزة] ٢٢٥
- اشارة ٢٢٥
- [بيان أحكامها في طي مسائل] ٢٢٦
- اشارة ٢٢٦
- [الأولى: إذا كان الفسخ أو الانفساخ و لم يشرع في العمل] ٢٢٦
- [الثانية: إذا كان الفسخ من العامل في الأثناء قبل حصول الربح فلا أجر له] ٢٢٦
- [الثالثة: لو كان الفسخ من العامل بعد السفر بإذن المالك] ٢٢٧
- [الرابعة: لو حصل الفسخ أو الانفساخ قبل حصول الربح و بالمال عروض] ٢٢٨
- [الخامسة: إذا حصل الفسخ أو الانفساخ بعد حصول الربح قبل تمام العمل أو بعده] ٢٢٩
- [السادسة: لو كان في المال ديون على الناس] ٢٢٩
- [السابعة: إذا مات المالك أو العامل قام وارثه مقامه] ٢٣٠
- [الثامنة: لا يجب على العامل بعد حصول الفسخ أو الانفساخ أزيد من التخليه بين المالك و ماله] ٢٣١
- [(مسألة ٤٧): قد عرفت أن الربح وقاية لرأس المال] ٢٣٢
- [(مسألة ٤٨): إذا كانت المضاربة فاسدة] ٢٣٥

- [(مسألة ٤٩): إذا ادعى على أحد أنه أعطاه كذا مقداراً مضاربةً و أنكر] ٢٣٧
- [(مسألة ٥٠): إذا تنازع المالك و العامل في مقدار رأس المال الذي أعطاه العامل] ٢٣٧
- [(مسألة ٥١): لو ادعى المالك على العامل أنه خان أو فرط في الحفظ] ٢٣٧
- [(مسألة ٥٢): لو ادعى العامل التلف و أنكر المالك قدم قول العامل] ٢٣٨
- [(مسألة ٥٣): إذا اختلفا في مقدار حصة العامل] ٢٤٠
- [(مسألة ٥٤): إذا ادعى المالك أنى ضاربتك على كذا مقدار و أعطيتك] ٢٤١
- [(مسألة ٥٥): إذا اختلفا في صحة المضاربة الواقعة بينهما و بطلانها] ٢٤٣
- [(مسألة ٥٦): إذا ادعى أحدهما الفسخ في الأثناء و أنكر الآخر] ٢٤٣
- [(مسألة ٥٧): إذا ادعى العامل الرد و أنكره المالك] ٢٤٣
- [(مسألة ٥٨): لو ادعى العامل في جنس اشتراه أنه اشتراه لنفسه] ٢٤٣
- [(مسألة ٥٩): لو ادعى المالك أنه أعطاه المال مضاربةً] ٢٤٤
- [(مسألة ٦٠): إذا حصل تلف أو خسران] ٢٤٥
- [(مسألة ٦١): لو ادعى المالك الإبضاع و العامل المضاربة يتحالفان] ٢٤٧
- [(مسألة ٦٢): إذا علم مقدار رأس المال و مقدار حصة العامل] ٢٤٩
- [(مسائل)] ٢٥٠
- اشارة ٢٥٠
- [(الأولى): إذا كان عنده مال المضاربة فمات] ٢٥٠
- [(الثانية): ذكروا من شروط المضاربة التنجيز] ٢٥٦
- [(الثالثة): قد مر اشتراط عدم الحجر بالفلس في المالك] ٢٦٠
- [(الرابعة): تبطل المضاربة بعروض الموت] ٢٦٠
- [(الخامسة): إذا ضارب المالك في مرض الموت] ٢٦١
- [(السادسة): إذا تبين كون رأس المال لغير المضارب] ٢٦١
- [(السابعة): يجوز اشتراط المضاربة في ضمن عقد لازم] ٢٦٤
- [(الثامنة): يجوز إيقاع المضاربة بعنوان الجعالة] ٢٦٥

- ٢٦٦ [التاسعة: يجوز للأب و الجد الاتجار بمال المولى عليه]
- ٢٦٦ [العاشرة: يجوز للأب و الجد الإيضاء بالمضاربة بمال المولى عليه]
- ٢٧٠ [الحادية عشرة: إذا تلف المال في يد العامل بعد موت المالك]
- ٢٧١ [الثانية عشرة: إذا كان رأس المال مشتركاً بين اثنين فضاربا واحداً]
- ٢٧١ [الثالثة عشرة: إذا أخذ العامل مال المضاربة و ترك التجارة به إلى سنة مثلاً]
- ٢٧١ [الرابعة عشرة: إذا اشترط العامل على المالك عدم كون الربح جابراً للخسران مطلقاً]
- ٢٧٢ [الخامسة عشرة: لو خالف العامل المالك فيما عينه]
- ٢٧٢ [السادسة عشرة: إذا تعدد العامل]
- ٢٧٣ [السابعة عشرة: إذا أذن المالك للعامل في البيع و الشراء نسيئة]
- ٢٧٤ [الثامنة عشرة: يكره المضاربة مع الذمي]
- ٢٧٥ [التاسعة عشرة: الظاهر صحة المضاربة على مائة دينار مثلاً كلياً]
- ٢٧٥ [متمم العشرين: لو ضاربه على ألف مثلاً فدفع إليه نصفه فعامل به]
- ٢٧٦ تعريف مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

مستمسك العروة الوثقى المجلد ١٢

إشارة

سرشناسه: حكيم، محسن، ١٣٤٨ - ١٢٦٧. شارح
 عنوان و نام پديد آور: مستمسك العروه الوثقى / تاليف محسن الطباطبائي الحكيم
 مشخصات نشر: قم: موسسه دار التفسير، ١٤١٦ق = - ١٣٧٤.
 مشخصات ظاهري: ج ١٤
 شابك: ٩٠٠٠٠ريال (دوره ١٤جلدي)
 يادداشت: اين كتاب در سالهاي مختلف توسط ناشرين مختلف منتشر شده است
 يادداشت: كتابنامه به صورت زيرنويس
 عنوان ديگر: العروه الوثقى. شرح
 موضوع: يزدي، محمد كاظم بن عبدالعظيم، ١٢٤٧؟ - ١٣٣٧ق. العروه الوثقى -- نقد و تفسير
 موضوع: فقه جعفري -- قرن ١٤
 شناسه افزوده: يزدي، محمد كاظم بن عبدالعظيم، ١٢٤٧؟ - ١٣٣٧ق. العروه الوثقى. شرح
 رده بندي كنگره: BP١٨٣/٥ ي٤٠٢١٣٥ ٤٠٢١٣٥
 رده بندي ديويي: ٢٩٧/٣٤٢
 شماره كتابشناسي ملي: م٧٤-٦٤٨١

[كتاب الإجارة]

إشارة

كتاب الإجارة و هي: تملك عمل أو منفعة بعوض (١). و يمكن أن

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ* و له الحمد، و الصلاة و السلام على رسوله الكريم و آله الطاهرين.
 كتاب الإجارة

(١) عرفها بعضهم - كالعلامة في القواعد- بأنها عقد ثمرته نقل المنفعة. و الاشكال عليه ظاهر، لأن العقد هو مجموع الالتزامين النفسيين، القائم أحدهما بالموجب و الآخر بالقابل، المرتبطين على نحو خاص من الارتباط، و الإجارة ليست كذلك، بل هي الأمر الملتزم به، و كذلك غيرها من مفاهيم العقود و الإيقاعات. و لأجل ذلك عدل بعضهم إلى تعريفها بما في المتن. و يشكل: بأن الإجارة ليست تملكاً للمنفعة، بل هي قائمة بالعين ذات المنفعة، فتقول: (آجرت الدار) و لا تقول: (آجرت منفعة الدار)، و بذلك امتازت عن أكثر العقود، كالبيع و الصلح و الرهن و الهبة و النكاح و غيرها، فان هذه المفاهيم قائمة بموضوعاتها و تقتضى التصرف فيها، بخلاف الإجارة فإنها قائمة بذى المنفعة و تقتضى التصرف فى المنفعة لا فيه، فلو بنى على حصول تملك المنفعة فى الإجارة فليس هو عين الإجارة بل مسبب عنها و أثر لها.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٤

يقال: إن حقيقتها التسليط على عين للانتفاع بها بعوض (١).

و فيه فصول:

[فصل فى أركانها، وهى ثلاثة]

إشارة

فصل فى أركانها، وهى ثلاثة:

[الأول: الإيجاب والقبول]

الأول: الإيجاب والقبول، و يكفى فيهما كل لفظ دال على المعنى المذكور. و الصريح منه: آجرتك أو أكريتك الدار- مثلاً- فيقول: قبلت أو استأجرت أو استكرت. و يجرى

و المناسب حينئذ أن يقال: إنها جعل العين موضوعاً للأجر، بنحو يقتضى تملك المنفعة، لا أنها عين تملك المنفعة. و يشكل هذا التعريف أيضاً: بأن الإجارة قد لا- تقتضى تملك المنفعة، كما فى استيجار ولى الزكاة أو ولى الوقف داراً، لأن يحرز فيها الغلة المأخوذة من الزكاة أو من نماء الوقف، فإن منفعة الدار فى الفرض ليست مملوكة لمالك، و إنما هى صدقة يتعين صرفها فى مصرف الزكاة أو مصرف الوقف.

و كأنه لذلك عدل فى القواعد عن جعل ثمرة العقد التملك، الى جعلها نقل المنفعة. لكن عرفت الاشكال فيه أيضاً.

(١) السلطنة من الأحكام المترتبة على الأموال و الحقوق التى هى موضوع عقد الإجارة و ليست هى نفس حقيقتها. مع أن ما ذكر لا ينعكس فى الإجارة على عمل إذا كان الأجير حراً، و لا يطرد فى الاذن بالتصرف بشرط العوض، ضرورة أنه ليس من الإجارة و لا تشترط فيه شرائطها.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٥

فيها المعاطاة كسائر العقود (١). و يجوز أن يكون الإيجاب بالقول و القبول بالفعل، و لا يصح أن يقول فى الإيجاب:

بعتك الدار- مثلاً- و إن قصد الإجارة (٢)، نعم لو قال:

بعتك منفعة الدار أو سكنى الدار- مثلاً- بكذا لا يبعد

(١) كما صرح به غير واحد، بل قيل: لم يعرف متأمل فى ذلك.

و يقتضيه عموم أدلتها، لعدم الفرق فيها بين البيع و الإجارة و غيرهما.

نعم خص ذلك بعض الأعظم (ره) فى منافع الأموال لا مطلقاً، كما فى الإجارة على عمل إذا كان الأجير حراً، فإنه لا تعاطى من قبله. اللهم إلا- أن يكون نفس إيجاد العمل- كبناء الجدار- إعطاء منه، مع أنه مبنى على اعتبار التعاطى من الطرفين، فلو اكتفى فى حصول المعاطاة بالإعطاء من طرف و الأخذ من الآخر أمكن جريانها مطلقاً، إذا كانت الأجرة عيناً.

(٢) هذا مبنى على عدم جواز إنشاء مضامين العقود بالمجازات المستنكرة كما فى الجواهر، و دليله غير ظاهر. نعم صرح به فى الشرائع و غيرها، و عن التذكرة نسبه إلى علمائنا. فإن تمّ إجماعاً كان هو الحجّة و إلا فإطلاق عمومات الصحة تنفيه. و دعوى انصرافها عن مثله، ممنوعة كدعوى العلم الإجمالى بتقيد العمومات ببعض الخصوصيات فى العقد، فيسقط الإطلاق عن المرجعية. فإنها مدفوعة

بلزوم الاقتصار في الخروج عن الإطلاق على القدر المتيقن، فيتعين الرجوع في غيره إلى الإطلاق: اللهم إلا أن يقال: إذا كان المجاز مستنكراً عند العرف لا يكون آله لإنشاء العنوان الخاص، ولا يكون منشأً لاعتباره عندهم، فلا مجال للرجوع إلى الإطلاق، لأنه منزل على ما عند العرف، فلاحظ.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٦
صحته إذا قصد الإجارة (١).

[الثاني: المتعاقدان]

الثاني: المتعاقدان، ويشترط فيهما: البلوغ (٢)، والعقل (٣) والاختيار (٤)،

(١) ذكر بعض الأعظم في حاشية المتن ما نصه: «صحة هذا وأشباهه مبنى على جواز التجوز في صيغ العقود، وصحة إنشاء كل واحد منها بلفظ الآخر وهو في غاية الإشكال، بل لا- يبعد بطلانه» وحكى عنه في توجيهه: أن اللفظ إنما يكون آله عرفاً لإنشاء معناه الحقيقي، ولا يكون آله لإنشاء معنى مجازي. ولكن إشكاله ظاهر، فإن إنكار صدق العنوان الإنشائي إذا أنشئ بنحو المجاز، كإنكار صدق الخبر إذا حكى بنحو المجاز، والفرق ممنوع.

(٢) لا إشكال في ذلك ولا خلاف، ويشهد له بعض النصوص

«١» لكن المتيقن من دلالة عدم صحة عقد الصبي على وجه الاستقلال، لا عدم الصحة وإن أذن له الولي، ولأجل أن المسألة محررة في كتب القوم على التفصيل، وقد تعرضنا لها في (نهج الفقاهة) على الاجمال، أهملنا ذكرها هنا اعتماداً على ذلك.

(٣) اعتبار العقل في مقابل الجنون المانع من تحقق القصد واضح.

لعدم تحقق العقد، لتقومه بالقصد، والمفروض انتفاؤه. أما الجنون غير المانع من تحقق القصد: فالكلام فيه ينبغي أن يكون هو الكلام في الصبي فإنه محجور عليه، كما يظهر من ملاحظة كلماتهم في كتاب الحجر. وعدم صحة عقده بإذن الولي غير ظاهر من الأدلة.

(٤) اعتباره مما لا إشكال فيه عندنا. وتفصيل الكلام فيه وفي فروع مذكور في كتابنا (نهج الفقاهة) فليراجع.

(١) الوسائل باب: ٤ من أبواب المقدمات حديث: ٢.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٧

وعدم الحجر لفلس أو سفه أو رقية (١).

[الثالث: العوضان]

إشارة

الثالث: العوضان، ويشترط فيهما أمور:

الأول: المعلوماتية، وهي في كل شيء بحسبه، بحيث لا يكون هناك غرر (٢)،

(١) الكلام في ذلك موكول الى كتاب الحجر.

(٢) كما هو المشهور. واستدل له بما ورد من نهى النبي (ص) عن الغرر

«١»، و

بالنبوى: «من استأجر أجيراً فليعلمه أجره» «٢».

وفيه: أن الأول غير ثابت بل لعله ثابت العدم. والوارد إنما هو:

«نهى النبى صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر»

«٣»، وهو مختص بالبيع. والنبوى لو تمَّ حجة فلا يدل على ذلك، بل يكفى فى العلم المشاهدة. ولذا اختار فى الشرائع الاكتفاء بها، و

حكى ذلك عن الشيخ والمرضى وجماعة من المتأخرين. ويعضده: ما ورد فى قبالة الأرض بخراجها قل أو كثر

«٤»، وفى بعضها جواز إجارتها بالنصف والثلث أو أقل من ذلك أو أكثر

«٥»، وما

فى الخبر: «عن أرض يريد رجل أن يتقبلها، فأى وجوه القبالة أحل؟. قال (ع): يتقبل الأرض من

(١) راجع التذكرة مسألة: ٢ من الركن الثالث من الفصل الثانى من كتاب الإجارة.

(٢) مستدرك الوسائل باب: ٣ من أبواب الإجارة حديث: ١ و يوجد ما يقرب منه فى الوسائل باب: ٣ من أبواب الإجارة حديث: ٣.

(٣) الوسائل باب: ٤٠ من أبواب آداب التجارة حديث: ٣. كنز العمال الجزء: ٢ صفحة ٢٢٩ حديث: ٤٩٢٠، ٤٩٢٣. صحيح الترمذى

الجزء: ٥ صفحة ٢٣٧. الموطأ الجزء: ٢ صفحة: ٧٥.

(٤) الوسائل باب: ١٧ من أبواب المزارعة حديث: ٢.

(٥) الوسائل باب: ٢١ من أبواب الإجارة حديث: ٥.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٨

فلو أجره داراً أو حماراً من غير مشاهدة ولا وصف رافع للجهاثة بطل. وكذا لو جعل العوض شيئاً مجهولاً.

الثانى: أن يكونا مقدورى التسليم (١)، فلا تصح إجارة العبد الآبق. وفى كفاية ضم الضميمة هنا- كما فى البيع- إشكال (٢).

أربابها بشىء معلوم الى سنين مسماة، فيعمر و يؤدى الخراج، فان كان فيها علوج فلا يدخل العلوج فى قبالته، فان ذلك لا يحل «١»

الظاهر أن المراد بالمعلوم مقابل المجهول المطلق، لا ما هو مراد المشهور.

(١) هذا واضح لو كان المراد تعذر التسليم، لعدم المالىة فى المنفعة حينئذ لتصح المعاوضة عليها، ولا يكون أكل الأجرة أكلاً

بالباطل. أما مع رجاء حصوله فمشكل. وقد عرفت اختصاص النهى عن الغرر بالبيع، مع إمكان المناقشة فى صدقه بمجرد ذلك،

لا احتمال اختصاصه بالجهل بأحد العوضين لا مجرد الخطر، ولا مجرد الجهل ولو بالحصول. لكن الظاهر العموم، وإن حكى الأول

عن الشهيد الأول فى شرح الإرشاد، لكن حكى عنه فى قواعد الاختصاص بالجهل بالحصول، كما أشرنا الى ذلك فى (نهج الفقاهة)

فراجع، فلا يجرى الحديث إلا فى ذلك. لكن الإشكال فى عموم الحديث للإجارة، فكأن المستند فيه الإجماع المدعى على اشتراط

ذلك، لا غيره.

(٢) عن جماعة: الصحة، منهم الأردبيلي، و عن آخرين: المنع، منهم العلامة و الشهيد. و عن آخرين: التردد. و استدلل للأول: بأن

الإجارة تتحمل من الغرر ما لا يتحملة البيع. و فيه: أن هذا المقدار لا يوجب القطع بالصحة.

(١) الوسائل باب: ١٨ من أبواب المزارعة حديث: ٥.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٩

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

الرابع: أن تكون العين المستأجرة مما يمكن الانتفاع بها مع بقائها، فلا تصح إجارة الخبز للأكل مثلاً، ولا الحطب للإشعال، وهكذا.

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

نعم يمكن الاستدلال بذييل موثق سماعه «١»، الدال على جواز البيع مع الضميمة، حيث علل ذلك

بقوله عليه السلام: «فان لم يقدر على العبد كان الذي نقده فيما اشترى معه».

وفيه أيضاً: أنه لا يظهر منه أنه تعليل للجواز، بل من المحتمل أن يكون بياناً لحكم تعذر الآبق، وأنه لا يرجع المشتري الى البائع بما قابله من الثمن، بل تكون معاوضة قهرية بين تمام الثمن وبين الضميمة - كما هو أحد الوجوه المحتملة في الرواية - أو غير ذلك من الوجوه، لا أنه تعليل للجواز. نعم إذا كان المستند في المنع الإجماع، فلا بأس بالقول بالصحة مع الضميمة، لعدم الإجماع على المنع فيها.

(١) لأن الصحة بدون الملك و دون إذن المالك خلاف قاعدة السلطنة.

و سيأتي منه التعرض للاجتراء بإذن المالك أو إجازته.

(٢) و في حاشية بعض الأعظم: «إن اشتراط مملوكية المنفعة يغني عن هذا الشرط، فإن المنفعة المحرمة غير مملوكة»، لأن إضافة الملك بحسب اعتبار العقلاء إنما تكون فيما ترجع مصلحته الى المالك، و يكون من كماله، و لا يصح اعتبارها فيما يكون مفسدة و مضرة على المالك، فيصح

(١) الوسائل باب: ١١ من أبواب عقد البيع و شرون، حديث: ٢.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٠

إجارة المساكن لإحراز المحرمات، أو الدكاكين لبيعها، أو الدواب لحملها، أو الجارية للغناء، أو العبد لكتابة الكفر، و نحو ذلك. و تحرم الأجرة عليها.

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

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

[مسألة ١: لا تصح الإجارة إذا كان المؤجر أو المستأجر مكرهاً عليها]

(مسألة ١): لا تصح الإجارة إذا كان المؤجر أو المستأجر مكرهاً عليها إلا مع الإجازة اللاحقة، بل الأحوط عدم الاكتفاء بها، بل تجديد العقد إذا رضيا. نعم تصح مع

أن تقول: يملك زيد أن يأخذ درهما من عمرو، و لا يصح أن تقول:

يملك زيد أن يأخذ منه عمرو درهما. و المحرمات لما كانت بنظر الشارع مفسدة، لا يصح اعتبارها مملوكة عنده.

(١) لأنه مع عدمه يكون أخذ الأجرة أكلاً للمال بالباطل، و لا تصح معه المعاوضة المأخوذة في حاق الإجارة.

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

(٣) في بعض الحواشي: «إن هذا المثال قد خرج باشتراط مملوكية المنفعة و إباحتها» وفيه: أن كنس الحائض للمسجد حلال، و إنما

الحرام المكث الموقوف عليه الكنس.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١١

الاضطرار، كما إذا طلب منه ظالم مالا فاضطر إلى إجاره دار سكنه لذلك، فإنها تصح حينئذ (١). كما انه إذا اضطر إلى بيعها صح.

[مسألة ٢) لا تصح إجاره المفلس - بعد الحجر عليه داره أو عقاره]

(مسألة ٢) لا تصح إجاره المفلس - بعد الحجر عليه - داره أو عقاره. نعم تصح إجارته نفسه لعمل أو خدمة (٢) و أما السفية: فهل هو كذلك - أى تصح إجاره نفسه للاكتساب مع كونه محجوراً عن إجاره داره مثلاً - أو لا؟ وجهان: من كونه من التصرف المالى و هو محجور (٣)، و من أنه ليس تصرفاً فى ماله الموجود (٤) بل هو تحصيل للمال، و لا تعد منافعه من أمواله (٥).

(١) إما لاختصاص دليل مانعية الإكراه بما إذا كان الإكراه على خصوص العقد أو الإيقاع، فلا يشمل صورة ما إذا كان الإكراه على الغاية. و إما لأن دليل مانعية الإكراه لما كان امتنائياً لم يشمل المقام، لأن شموله له خلاف الامتنان، إذ يلزم منه الوقوع فى الضرورة. (٢) لأنه ليس تصرفاً فى ماله الموجود، بل هو تصرف فى نفسه. و منافعه ليست موضوعاً لحق الغرماء كى يمنع عن التصرف فيها، فإجاره نفسه للاحتطاب و الاصطياد و نحوهما مما لا يمنع المفلس عنه.

(٣) لأنه معقد الإجماع على عدم نفوذ تصرف السفية.

(٤) كما هو مورد الأدلة اللفظية المانعة من نفوذ تصرفه من الكتاب و السنة.

(٥) لأن منافع الحر و إن كانت أموالاً، و يصح بذل المال بإزائها، لكنها ليست مملوكة له، لأن الملكية تتوقف على الاثنية، و لا اثنية بينه و بين نفسه، فإذا لم يملك نفسه لم يملك منافعه، لأنها تابعة للعين،

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٢

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

إذ لا وجود لها خارجي، و إنما منشأ اعتبارها العين، فإذا لم تكن مملوكة لنفسه لم تكن المنافع مملوكة، و لذا لا تكون من أمواله. مع أنه لو سلم أنها مملوكة و من أموال السفية فليست داخله فى عموم الولاية عليه، لاختصاصه غيرها. نعم لا تبعد استفادة حكمها من دليل الولاية فى الأموال الموجودة، لأنها كلها أموال. و المستفاد من دليل الولاية أن العلة فيها الاحتفاظ بمصلحة السفية من حيث المال، و لا فرق بين الموردين. و هذا هو الذى يقتضيه مذاق العرف و الشرع. مضافاً إلى رواية عبد الله بن سنان الآتية

(١) قال فى الجواهر - فى مبحث السفية -: «و الظاهر دخول تزويجها نفسها فى التصرفات المالية، من جهة مقابلة البضع بالمال، فلا يجوز بدون إذن الولي». و قد يظهر من المفاتيح: عدم الخلاف فى ثبوت الولاية على السفية و السفية فى النكاح. و لكنه - كما ترى - غير ظاهر، لعدم كون البضع مالا و لا مقابلاً بالمال.

أقول: إن كان المراد: أن الصداق ليس فى مقابل المنفعة المخصوصة، و إلا لم يستحق المهر بالموت، أو الطلاق قبل الدخول مع أن الاستحقاق ضرورى، فهو فى محله. و إن كان المقصود: أن المهر ليس فى مقابل المنفعة أصلاً فهو غير ظاهر. لأن المهر فى مقابل الزوجية، و هى أيضاً نوع من المنفعة. و لا ينافى ذلك صحة العقد بلا مهر، لجواز أن يكون من قبيل العارية أو الهبة المجانية.

نعم الزوجية ليست ملحوظة عوضاً عن المهر، بل لوحظت عنواناً

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٣

[مسألة ٣): لا يجوز للعبد أن يؤجر نفسه أو ماله]

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

[مسألة ٤): لا بد من تعيين العين المستأجرة]

(مسألة ٤): لا بد من تعيين العين المستأجرة، فلو آجره أحد هذين العبدین أو إحدى هاتين الدارين لم يصح (١)

لموضوع المهر. فالمهر من قبيل الهبة للزوجة، لوحظ فيه الزوجية قيداً، فالمقام ليس من باب المعاوضة، إذ لم يدخل في ملك الزوج شيء، لأنه لم يملك الزوجية ولا البضع، ولا الانتفاع به، ولا شيئاً آخر ليكون عوضاً عن مهره. وعلى هذا فالمقام ليس من قبيل المعاملة على منافع السفية، بل هو نحو آخر. وإجراء الحكم السابق فيه لا يخلو من وجه، لأنه هو الذى يقتضيه مذاق العرف والشرع أيضاً. مضافاً إلى ما استفاد من رواية عبد الله بن سنان: «إذا بلغ و نبت عليه الشعر جاز أمره، إلا أن يكون سفياً أو ضعيفاً» [١]، فإن إطلاقه يقتضى منع السفية حتى من النكاح، لأنه من أمره.

(١) هذا إذا كان على وجه التردد، لأن المردد لا وجود له فى الخارج، فلا تصح إجارته. أما إذا كان على وجه الكلى فى المعين، فلا بأس بإجارته كما لا بأس ببيعه. كما أنه إذا كان أحد العبدین معيناً فى نفسه، مردداً عندهما أو عند أحدهما - مثل الأكبر أو الأصغر - فالبناء على البطلان فيه مبنى على مانعة الجهل، وإلا فلا مانع عنه عقلاً ولا عرفاً، والأدلة المطلقة تقتضى الصحة. وأدلة نفى الغرر قد عرفت

[١] هذا المضمون مروى بتعبيرات مختلفة وأقرب الكل إليه ما رواه فى الوسائل فى باب: ٢ من احكام الحجر حديث: ٥ الا أنه نقله من الخصال من ابى الحسين الخادم بياع اللؤلؤ من دون توسط ابن سنان لكن الموجود فى الخصال الجزء ٢ صفحة ٨٩ روايته عن بياع اللؤلؤ عن عبد الله بن سنان. فلاحظ.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٤

ولا بد أيضاً من تعيين نوع المنفعة إذا كانت للعين متعددة (١). نعم تصح إجارته بجميع منافعها مع التعدد (٢) فيكون المستأجر مخيراً بينها.

[مسألة ٥): معلومية المنفعة]

(مسألة ٥): معلومية المنفعة (٣): إما بتقدير المدّة، كسكنى الدار شهراً، والخياطة يوماً، أو منفعة ركوب الدابة إلى زمان كذا. وإما بتقدير العمل (٤) كخياطة الثوب المعلوم طوله و عرضه و رفته و غلظته، فارسية أو رومية، من غير تعرض للزمان. نعم يلزم تعيين الزمان الواقع فيه هذا العمل كأن يقول: إلى يوم الجمعة مثلاً. وإن أطلق اقتضى التعجيل على الوجه العرفى (٥). وفى مثل استئجار الفحل

للضراب

الاشكال فيها. مع أنه قد لا يكون غرر، كما إذا كان العبدان لا يختلفان بالصفات التي تختلف بها الرغبات أو المالية. فالعمدة في وجه البطلان ظهور التسالم عليه.

(١) الكلام فيه كالكلام في تعيين العين المستأجرة

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

(٣) «بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، بل حكى عن المخالفين- الذين اکتفوا بالمشاهدة في البيع-: أنهم وافقوا هنا على اشتراط العلم بقدر المنفعة»، كذا في الجواهر. و العمدة فيه الإجماع المذكور، لا الغرر لما عرفت.

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

(٥) و حينئذ لا حاجة الى ذكر المدة، لارتفاع الغرر بذلك. نعم

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٥

يعين بالمرّة و المرتين (١). و لو قدر المدة و العمل على وجه التطبيق (٢)، فإن علم سعة الزمان له صح، و إن علم عدمها بطل، و إن احتمل الأمران ففيه قولان.

إذا كان الإطلاق لا يقتضى التعجيل، لقيام القرينة على عدمه، لزم ذكر المدة بالمعنى المذكور.

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

(٢) التقدير بالمدة مع العمل يكون: تارة: على نحو الظرفية، مثل: أن يخيظ هذا الثوب في هذا اليوم. و أخرى: على نحو التطبيق و على الثاني: تارة: يكون التطبيق ملحوظاً عنواناً لموضوع الإجارة، و أخرى: يكون شرطاً. فان علمت القدرة، فلا إشكال في الصحة في الجميع. و إن علم عدمها، فلا إشكال في الفساد في الجميع. و مع الاحتمال اختار في الجواهر الصحة في الجميع، لأن القدر المعلوم خروجه عن عموم الصحة صورة العلم بالعجز، فلا يشمل صورة احتمال. و نزل القول بالبطلان في فرض التقدير على نحو التطبيق على صورة غلبة عدم حصوله. و استوضح البطلان حينئذ، إلا مع اعتبار التطبيق على نحو الشرطية لا العنوانية. فإن احتمال الإمكان حينئذ كاف في الصحة، فلو لم يتفق كان له خيار تخلف الشرط.

و التحقيق: ابتناء الصحة و البطلان- في جميع الصور- على عموم النهى عن الغرر للإجارة و عدمه. فعلى الأول: لا يصح مع الجهل، إلا أن تجرى العادة بحصوله. و على الثاني: يصح، إلا أن تجرى العادة بعدم حصوله، بحيث يكون ملحقاً بالمتعذر الذي تكون المعاملة عليه سفهاً. و قد تقدم في الشرط الثاني الإشكال في الأول، فراجع. و من ذلك تعرف الاشكال فيما ذكره في الجواهر مع أنه لا يخلو في نفسه من

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٦

[مسألة ٦: إذا استأجر دابة للحمل عليها]

(مسألة ٦): إذا استأجر دابة للحمل عليها، لا بد من تعيين ما يحمل عليها بحسب الجنس إن كان يختلف الأغراض باختلافه، و بحسب الوزن و لو بالمشاهدة و التخمين إن ارتفع به الغرر. و كذا بالنسبة إلى الركوب لا بد من مشاهدة الراكب أو وصفه، كما لا بد من مشاهدة الدابة أو وصفها، حتى الذكورية و الأنثوية إن اختلفت الأغراض بحسبهما. و الحاصل:

أنه يعتبر تعيين الحمل و المحمول عليه، و الراكب و المركوب عليه، من كل جهة يختلف غرض العقلاء باختلافها.

[مسألة ٧: إذا استأجر الدابة لحرث جريب معلوم]

(مسألة ٧): إذا استأجر الدابة لحرث جريب معلوم، فلا بد من مشاهدة الأرض أو وصفها على وجه يرتفع الغرر.

[مسألة ٨: إذا استأجر دابة للسفر مسافة]

(مسألة ٨): إذا استأجر دابة للسفر مسافة، لا بد من بيان زمان السير من ليل أو نهار (١)، إلا إذا كان هناك عادة متبعة.

[مسألة ٩: إذا كانت الأجرة مما يكال أو يوزن]

(مسألة ٩): إذا كانت الأجرة مما يكال أو يوزن، لا بد من تعيين كيلها أو وزنها، و لا تكفى المشاهدة (٢). و إن

تدافع يظهر بالتأمل فيما ذكر و ذكرناه.

ثم إن المراد من قولنا بالصحة على الثانى: الصحة التقديرية، بمعنى الصحة على تقدير التمكن، إذ على تقدير عدمه يمتنع البناء على الصحة، لعدم المنفعة.

(١) لاختلاف الأغراض فى ذلك غالباً.

(٢) تقدم الكلام فيه فى الشرط الأول.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٧

كانت مما يعد، لا بد من تعيين عددها. و تكفى المشاهدة فيما يكون اعتباره بها.

[مسألة ١٠: ما كان معلومته بتقدير المدة]

(مسألة ١٠): ما كان معلومته بتقدير المدة، لا بد من تعيينها شهراً أو سنة أو نحو ذلك. و لو قال: آجرتك إلى شهر أو شهرين، بطل. و لو قال: آجرتك كل شهر بدرهم مثلاً، ففى صحته مطلقاً (١)، أو بطلانه مطلقاً (٢)، أو صحته فى شهر و بطلانه فى الزيادة (٣)، فإن سكن فأجرة المثل بالنسبة إلى الزيادة، أو الفرق بين التعبير المذكور و بين أن يقول: آجرتك شهراً بدرهم فان زدت فبحسابه بالبطلان فى الأول و الصحة فى شهر فى الثانى (٤)، أقوال. أقواها

(١) حكى عن الشيخ و ابن زهرة و ابن الجنيد.

(٢) كما حكى عن جماعة، و فى الجواهر: «لعله المشهور بين المتأخرين».

(٣) اختاره فى الشرائع، و نسب إلى المقنعة و النهاية.

(٤) هذا القول ذكره فى القواعد، و الظاهر منه صورة ما إذا كان المقصود منه الإجارة فى الشهر الأول. و قوله: (فان زدت فبحسابه) من قبيل الشرط. و حينئذ فالبناء على البطلان فى الجميع مبنى على فساد الشرط و إفساده العقد، و كلاهما فى المقام محل إشكال أو منع، إذ التحقيق: أن الشرط الفاسد غير مفسد، و أن الغرر فى الشرط الواقع فى عقد الإجارة غير ظاهر فى اقتضائه البطلان فى نفسه، كما عرفت.

و من ذلك يظهر ضعف ما عن الإيضاح و جامع المقاصد من القول بالبطلان لما ذكر.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٨

الثانى، و ذلك لعدم تعيين المدة الموجب لجهالة الأجرة. بل جهالة المنفعة أيضاً، من غير فرق بين أن يعين المبدأ أو لا، بل على فرض عدم تعيين المبدأ يلزم جهالة أخرى، إلا أن يقال: إنه حينئذ ينصرف الى المتصل بالعقد. هذا إذا كان بعنوان الإجارة، و أما إذا كان بعنوان الجعالة فلا مانع منه (١) لأنه يغتفر فيها مثل هذه الجهالة. و كذا إذا كان (٢) بعنوان الإباحة بالعوض (٣).

(١) كما صرح به فى الجواهر، لكن أشكل عليه فى بعض الحواشى على المتن: بأن البذل للجعل فى الجعالة فى مقابل العمل فالبازل غير العامل و هنا ليس كذلك.

(٢) كما صرح به فى الجواهر.

(٣) يعنى: على تقدير الاستيفاء. ثم إن فى بعض الحواشى:

«أن الإباحة بالعوض تتوقف على عقد معاوضة صحيحة، و إلا كان ما أباحه المالك بعوضه مضموناً بالمثل أو القيمة، دون المسمى». و فيه:

أنه لا مانع من الالتزام بأن الإباحة بالعوض الخاص معاملته خاصة فى قبال غيرها من عقود المعاوضات، نظير التمليك بالعوض كالهبة المعوضة و القرض، فتقتضى حينئذ ملك المسمى، بلا حاجة إلى معاوضة أخرى صحيحة. و دعوى: أنها خارجة عن المعاوضات المتعارفة- لو تمت- غير قادحة، كدعوى أنها من الغرر، إذ هى ممنوعة، و كذا دعوى أنها لا تتعلق بالكلى بل بالعين الخارجية، إذ فيها: أنها لا تقدر إذا كان المباح منفعة الدار، أو كانت الأجرة عيناً خارجية. نعم لو كان المقصود بإباحة الأجرة التى فى الذمة أن تكون المنفعة هى العوض، كان الإشكال

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٩

[مسألة (١١): إذا قال: إن خطت هذا الثوب فارسياً]

(مسألة ١١): إذا قال: إن خطت هذا الثوب فارسياً أى: بدرز- فلك درهم، و إن خطته رومياً- أى: بدرزين- فلك درهمان، فإن كان بعنوان الإجارة بطل، لما مر من الجهالة (١)، و إن كان بعنوان الجعالة- كما هو ظاهر العبارة-

فى محله. مع إمكان دفعه بأنه لا- مانع من تعلق الإباحة بالكلى، و يكون المقصود أنه يبيع الأجرة بعوض فيه المنفعة، و دليل الصحة شامل للقسمين جميعاً.

(١) كما فى السرائر و جامع المقاصد و المسالك و غيرها. و عن المبسوط و الخلاف و جملة من كتب العلامة و غيره: الصحة. و اختاره فى الشرائع لعمومات الصحة. و اشتراط العلم بالمنفعة- على نحو يمنع من مثل هذا التردد- غير معلوم، بل دعوى الإجماع عليه تقتضى عدم الشمول لمثل المقام، لمخالفة الأعيان فى البطلان. و أدلة نفي الغرر

«١» قد عرفت الإشكال فى شمولها للمقام، بل لو كان الغرر بمعنى الخطر فشموله له ممنوع، لعدم الخطر. و قد استدل أيضاً بصحيحة محمد الحلبي

المشار إليها فى المسألة الآتية، لكن يأتى بيان المراد منها.

نعم يمكن الاشكال على الصحة: بأن الإجارة بعد ما لم تكن على كل منهما لتضادهما، و لا- على أحدهما المعين لأنه خلاف المفروض، فلا- بد أن تكون على أحدهما المردد. و المردد لا- يقبل أن يكون موضوعاً للملكية و لا لنظائرها من الوضعيات، إذ لا

خارجية له مصححة لذلك. لكن قد يدفع ذلك: أن هذا الاشكال يتم في المردد واقعاً، و ليس منه المقام فإن الخياطة فارسية أو رومية لها تعين في الواقع بفعل العامل الخارجى.

و يشكل: بأن هذا المتعين ليس موضوعاً للملكية فى الإجارة، و إلا كانت

(١) تقدمت الإشارة إليها فى صفحة: ٧.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٠

صح. و كذا الحال إذا قال: إن عملت العمل الفلانى فى هذا اليوم فلك درهمان و إن عملته فى الغد فلك درهم. و القول بالصحة إجارة فى الفرضين ضعيف. و أضعف منه القول بالفرق بينهما بالصحة فى الثانى، دون الأول (١). و على ما ذكرناه من البطلان: فعلى تقدير العمل يستحق أجره المثل و كذا فى المسألة السابقة إذا سكن الدار شهراً أو أقل أو أكثر.

[مسألة (١٢): إذا استأجره أو دابته ليحمله أو يحمله متاعه إلى مكان معين]

(مسألة ١٢): إذا استأجره أو دابته ليحمله أو يحمله متاعه إلى مكان معين، فى وقت معين، بأجرة معينة، كأن استأجر منه دابة لإيصاله إلى كربلاء قبل ليلة النصف من شعبان، و لم يوصله، فان كان ذلك لعدم سعة الوقت و عدم

الإجارة منوطه به، فاذا لم يفعل الأجير أحد الأمرين فالإجارة باطله من أصلها لعدم الموضوع، و هو- كما ترى- خلاف الضرورة العرفية، فإن الإجارة ثابتة، و هى التى تدعو الى العمل، فلاحظ.

(١) هذا القول لم أفق على قائله، بل المعروف فى كلماتهم اتحاد المسألتين قولاً و قائلاً و دليلاً، و من تأمل فى إحداهما تأمل فى الأخرى.

نعم عن المبسوط و التحرير و الكفاية: التأمل فى الثانى مع الجزم بالصحة فى الأول. و فى جامع المقاصد- بعد أن جزم بالصحة فى الأول- قال فى الثانى: «و فيه تردد .. ثم قال: أظهره الجواز»، و هو يدل على أن الصحة فى الأول أوضح منها فى الثانى. نعم لعل منشأ القول المحكى فى المتن: أن الثانى أقرب إلى مورد النصوص، التى يمكن أن يستدل بها على الصحة. لكنه يقتضى أن تكون الصحة فى الثانى أظهر لا التفصيل المذكور.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢١

إمكان الإيصال، فالإجارة باطله (١)، و إن كان الزمان واسعاً و مع هذا قصر و لم يوصله، فان كان ذلك على وجه العنوانية (٢)

(١) هذا الفرض يمكن فيه مجيء الوجهين الآتين فى الفرض الآتى بناء على ذلك.

(٢) الأمور التى تذكر زائدة على موضوع الإجارة:

تارة: لا يمكن أن تستقل بالجعل و الإنشاء، كزمان العمل و مكانه و آله و نحو ذلك من متعلقاته، فهذه هى التى يتعين كونها ملحوظة على نحو التقييد. مثلاً: إذا استأجره على خياطة ثوب، فالخيطة و المخيط و الزمان و المكان و الفاعل- أعنى: الخياط- و الثوب و نحوها إذا ذكرت فى ضمن العقد يتعين كونها قيوداً للعمل، و لا يمكن أخذها شرطاً مجعولاً بجعل زائد على جعل الخياطة.

و أخرى: يمكن أن تستقل بالجعل، كما لو كانت عملاً آخر، فهذه تارة: تلحظ قيوداً، و أخرى: تجعل بجعل زائد على مفاد الإجارة فى ضمنه. مثلاً: إذا استأجره على الخياطة فتارة: يلحظ قراءة القرآن قيوداً للخياطة، فيقول: استأجرتك على خياطة الثوب قارئاً للقرآن.

و أخرى: تؤخذ شرطاً فى ضمن العقد، مجعولة بجعل آخر فى ضمن جعل الإجارة، بأن يقول: استأجرتك على خياطة هذا الثوب، و

اشترطت عليك أن تقرأ القرآن في حال الخياطة أو قبلها أو بعدها.

ثم إن ما يؤخذ قيدا تارة: يؤخذ على نحو وحدة المطلوب، و أخرى:

على نحو تعدد المطلوب. فان كان على النحو الأول لم يستحق الأجير الأجره لو جاء بالمستأجر عليه بدونه. و على النحو الثاني يستحق، لكن للمشترط خيار تخلف الوصف. و لعل ما في المتن إشارة إلى هذه الجهة، فالمقصود من قوله (ره): «على وجه الشرطية»: على نحو تعدد

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٢

.....

المطلوب، في قبال القيدية الذي هو على نحو وحدة المطلوب، لا التفصيل بين القيد و الشرط، و إلا فقد عرفت أن الزمان لا ينبغي أن يكون ملحوظاً بنحو الاشتراط، لأنه لا يمكن أن يكون مجعولاً بجعل مستقل.

نعم الإشكال في تشخيص كون الاشتراط و التقييد على نحو وحدة المطلوب أو على نحو تعدده. و الذي ذكره في مبحث الوكالة: أن الموكل إذا عين السوق أو المكان أو السعر أو غير ذلك - تعين، و لو فعل الوكيل على خلاف ذلك كان تصرفه فضولياً محتاجاً إلى إجازة. و مقتضاه أن التقييد على نحو وحدة المطلوب. و كذا في باب الوديعة و العارية و غيرهما من العقود الإذنية. و مقتضى ثبوت خيار الشرط، و الوصف، و العيب، و خيار الاشتراط: أن القيد و الشرط ملحوظان على نحو تعدد المطلوب و كذا بناؤهم على أن الشرط الفاسد غير مفسد كما عليه المحققون.

و الفرق بين البابين غير ظاهر، و لا سيما بملاحظة أن الاذن كما تكون شرطاً في صحة فعل الوكيل، كذلك تكون شرطاً في صحة العقود، فعدم جواز التصرف في مال أحد إلا- بإذنه شامل للجميع بنحو واحد. فكما أن الاذن في باب الوكالة و نحوها من العقود الإذنية مختصة بصورة وجود القيد و لا- تشمل ذات المقيد العارية عن القيد، كذلك في موارد خيار العيب و تخلف الوصف و نحوهما. و إذا كانت الاذن في مورد خيار الوصف و العيب و الشرط ملحوظة بنحو تعدد المطلوب، فلم لا تكون كذلك في باب الوكالة و العارية و نحوهما؟!.

و لعل التحقيق: أن القيود و الشروط في جميع الموارد مبنية على نحو وحدة المطلوب، و لا- فرق بين الوكالة و العارية و الوديعة و الإجازة و نحوها مما كان موضوع التصرف فيه عملاً، و بين بيع السلف و النسبته بالنسبة إلى المبيع و الثمن و نحوهما مما كان موضوع التصرف فيه عيناً ذمياً، و بين

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٣

.....

بيع العين الخارجية الموصوفة بالوصف المفقود و بيع العين المعيبة، اللذين هما موضوع خيار تخلف الوصف و خيار العيب و نحوهما من موارد الخيار.

و كذا في العقود التي لا خيار فيها، كتزويج الزوجة المعيبة بغير العيوب السبعة الموجبة للخيار، فإن الاذن المعبرة في صحة العقد، أو الإيقاع، و في جواز تصرف غير المالك كلها في الجميع على نحو واحد، غير قابل للتحليل و التجزئة بين ذات المقيد و المشروط. فذات المقيد في الجميع - مع قطع النظر عن القيد و الشرط - لا إذن فيها و لا رضا. و مقتضى ذلك و إن كان بطلان بيع فاقد الوصف، و بيع المعيب و فساد العقد و الإيقاع المشروطين بالشرط الفاسد، لكن خرجنا عن حكم العام بالدليل المخصص، و هو ما دل على الخيار في تخلف الوصف، و في موارد العيب من الإجماع أو النصوص أو بناء العقلاء. فان ذلك يدل على الاجتزاء بالاذن الضمنية في

الصحة، وإن لم تكن قابلةً للتحليل، وكانت واردةً على المقيد، لا أن الاذن في الموارد المذكورة ملحوظةً بنحو تعدد المطلوب، فيكفي في صحة بيع ذات المقيد وقوع البيع على المقيد عن إذن، وإن كان القيد منتفياً. و يطرد ذلك حتى في الوكالة، فإذا وكله في شراء العبد الكاتب، فاشترى عبداً يعلم أنه ليس بكاتب، كان العقد فضولياً خارجاً عن موضوع الوكالة.

و إذا اشترى عبداً على أنه كاتب فتبين أنه ليس بكاتب، كان موضوعاً للتوكيل و صح العقد، و كان للمشتري الخيار. فليس الفرق بين الموارد المذكورة سابقاً: أن الاذن في بعضها على نحو تعدد المطلوب، و في آخر على نحو وحدة المطلوب، بل الفرق الاجتزاء في بعضها بالاذن الواردة على المقيد لفقده القيد، و عدم الاجتزاء بها في بعضها الآخر. و المتحصل مما ذكرنا: أن الضابط في القيود هو أنها مبنية على نحو وحدة المطلوب، من دون فرق بين الأعمال و الأعيان الذميمة و الخارجية.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٤

و التقييد لم يستحق شيئاً من الأجرة، لعدم العمل بمقتضى الإجارة أصلاً (١)، نظير: ما إذا استأجره ليصوم يوم الجمعة،

و مقتضاه البطلان مع انتفاء القيد. خرجنا عن ذلك في خصوص الخارجيات العينية، فإنها تصح فيها العقود و الإيقاعات مع انتفاء القيد، اجتزاء من العقلاء بالاذن الواردة على المقيد، لا أن الاذن فيها منحلته الى الاذن بذات المقيد، و الاذن بالمقيد بما هو مقيد. هذا الكلام كله في القيود.

و أما الشروط المجعولة بإنشاء مستقل: فالظاهر أنها عند العقلاء كالخارجيات العينية، يجرى عليها حكم تعدد المطلوب، فيجتزأ بالاذن الواردة على الشرط و المشروط فيها، و إن لم تكن الاذن فيها منحلته حقيقةً إلى أذنين: إحداهما: متعلقةً بالمشروط ذاته، و الأخرى: متعلقةً بالمشروط بما هو مشروط. و الظاهر أنه لا فرق بين الشرط الراجع لباً إلى القيد، مثل: ما لو استأجره على أن يصلى عن ميت له و اشترط عليه التحنك و لبس اللباس الأبيض في صلاته، و بين ما لم يكن كذلك، كما لو استأجره على أن يصلى عن ميت له، و اشترط عليه أن يخطب ثوبه.

و من ذلك يظهر: أن القيود في الإجارة إن كانت قيوداً للعمل المستأجر عليه فهي على نحو وحدة المطلوب، و إن كانت قيوداً للعين المستأجرة فهي على نحو تعدد المطلوب. كما يظهر أن الإيصال في الوقت المعين في المثال الذي ذكره في المتن لا يكون إلا على نحو التقييد، و لا يمكن أن يكون على نحو الشرطية، لامتناع إنشائه بإنشاء مستقل. فلاحظ.

(١) كما هو ظاهر النصوص الواردة في الموارد المختلفة، الظاهرة في أن الأجير إذا لم يأت بالعمل المستأجر عليه لا يترتب أثر على الإجارة. و كذا ظاهر الفقهاء.

و إن كان مقتضى القواعد استحقاق الأجير المسمى، و ضمانه لقيمة العمل كما لو تعذر تسليم الثمن بعد ما كان مقدوراً عليه.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٥

فاشترته و صام يوم السبت. و إن كان ذلك على وجه الشرطية، بأن يكون متعلق الإجارة بالإيصال إلى كربلاء، و لكن اشترط عليه الإيصال في ذلك الوقت، فالإجارة صحيحة و الأجرة المعينة لازمة، لكن له خيار الفسخ من جهة تخلف الشرط، و معه يرجع إلى أجره المثل. و لو قال: و إن لم توصلني في وقت كذا فالأجرة كذا، أقل مما عين أولاً، فهذا أيضاً قسماً (١).

قد يكون ذلك بحيث يكون كلتا الصورتين - من الإيصال في ذلك الوقت، و عدم الإيصال فيه - مورداً للإجارة (٢)،

ثم إن عدم ترتب الأثر على الإجارة يمكن أن يكون على نحو البطلان، و أن يكون على نحو الصحة لكن لا يكون لأحدهما حق

المطالبة بالعوض.

و الظاهر هو الثانى كما عبر به المصنف (ره). و الظاهر أنه هو مراد الأصحاب و المستفاد من النصوص، كما يظهر ذلك من كلماتهم فى ما لو اشترط نقص الأجره لو جاء بالعمل المستأجر عليه فى غير الوقت المعين له بالإجاره. فإن الإجاره لو كانت باطله كان الشرط كذلك، فلا يستحق الأجير الأجره ناقصه، مع بنائهم على صحه الشرط، فانتظر ما يأتى فى ذيل المسأله.

(١) الظاهر من الفرض الاختصاص بالقسم الثانى و لا يجىء فيه القسم الأول، و إنما يجىء فى الإجاره على المررد بين الايصالين، كما صرح بذلك غير واحد.

(٢) بنحو لو صح اقتضى اشتغال ذمته بأحدهما تخبيراً، بخلاف الصورة الآتية، فإن عقد الإجاره إنما يقتضى اشتغال الذمه بالإيصال فى الوقت تعييناً، فيجب فعله تعييناً.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٦

فيرجع إلى قوله. آجرتك بأجره كذا، إن أوصلتك فى الوقت الفلانى، و بأجره كذا إن لم أوصلك فى ذلك الوقت. و هذا باطل للجهاله، نظير ما ذكر فى المسأله السابقه من البطلان إن قال: إن عملت فى هذا اليوم فلك درهمان .. و قد يكون مورد الإجاره هو الإيصال فى ذلك الوقت، و يشترط عليه أن ينقص من الأجره (١) كذا على فرض عدم الإيصال. و الظاهر الصحه فى هذه الصورة (٢)، لعموم

«المؤمنون عند شروطهم» (١)

و غيره، مضافاً إلى صحيحه محمد الحلبى

(٣).

(١) يعنى: بنحو شرط النتيجة، أو أن يملك منها بنحو شرط الفعل.

(٢) و عن المحقق الكركى و جماعة: البطلان، طرحاً منهم للصحيح، أو حملاً له على الجعالة، لمخالفته للقواعد من أجل التعليق و الجهاله و الإبهام.

و أنه كالبيع بثمانين. لكن الجميع كما ترى: إذ الأخير مبنى على حملة على الصورة الأولى. و ما قبله لا- دليل على قدحه فى صحه الشرط، بل المحقق بناؤهم فى غير مورد على عدم قدحه، فلاحظ. و حمل الصحيح على الجعالة بعيد جداً، لأن الجعالة تقتضى إحداث الداعى إلى العمل بتوسط بذل الجعل، و ظاهر الصحيح أن العمل غير مرغوب فيه للباذل، فلا وجه للحث على فعله و الترغيب فيه.

(٣)

قال: «كنت قاعداً إلى قاضى، و عنده أبو جعفر عليه السلام جالس، فجاء رجلان، فقال أحدهما: إنى تكاريت إبل هذا الرجل ليحمل لى متاعاً إلى بعض المعادن، فاشترطت عليه أن يدخلنى المعدن يوم كذا و كذا، لأنها سوق و أخاف أن تفوتنى فإن احتبست عن ذلك حططت

(١) الوسائل باب: ٢٠ من أبواب المهور حديث: ٤.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٧

و لو قال: إن لم توصلنى فلا أجره لك، فإن كان على وجه الشرطيه، بأن يكون متعلق الإجاره هو الإيصال الكذائى فقط، و اشترط عليه عدم الأجره على تقدير المخالفه، صح (١)، و يكون الشرط المذكور مؤكداً لمقتضى العقد. و إن كان على وجه القيديه، بأن جعل

كلتا صورتين مورداً للإجارة، إلا أن في الصورة الثانية بلا أجره، يكون باطلاً. ولعل هذه الصورة مراد المشهور (٢)

من الكرى لكل يوم احتبسته كذا و كذا، وأنه حبسنى عن ذلك اليوم كذا و كذا يوماً. فقال القاضى: هذا شرط فاسد وفه كراه. فلما قام الرجل أقبل إلى أبو جعفر (ع) فقال: شرطه هذا جائز ما لم يحط بجميع كراه» (١).

(١) كما ذكره الشهيد فى اللعنة، حاملاً للفرض على هذا القسم لا غير. نعم قد يأبى الصحة الصحيح المتقدم. اللهم إلا أن يحمل على صورة كون الزمان الخاص مأخوذاً قيماً على نحو تعدد المطلوب، إذ حينئذ يكون فوات القيد موجباً للخيار، لا عدم وقوع العمل المستأجر عليه، كى لا يستحق الأجره و يكون الشرط مؤكداً لمقتضى العقد كما هو المفروض فى المتن، و عرفت أنه الأصل فى القيود.

(٢) المظنون قوياً: أن مورد كلام المشهور هنا و فى المسألة السابقة- أعنى: ما لو اشترط نقص الأجره- هو خصوص صورة الشرط فى ضمن عقد الإجارة الوارد على الإيصال فى الوقت المعين، فلا- يشمل صورة وقوع الإجارة على المردد. و وجه تفصيلهم بالبناء على الصحة فى الأولى و البطلان فى الثانية: هو الصحيح المذكور لا غير. و لا بأس بالعمل به

(١) الوسائل باب: ١٣ من أبواب أحكام الإجارة: ٢.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٨

القائلين بالبطلان (١) دون الأولى، حيث قالوا: و لو شرط سقوط الأجره إن لم يوصله لم يجز.

[مسألة (١٣): إذا استأجر منه دابة لزيارة النصف من شعبان]

(مسألة ١٣): إذا استأجر منه دابة لزيارة النصف من شعبان مثلاً- و لكن لم يشترط على المؤجر ذلك و لم يكن على وجه العنوانية أيضاً، و اتفق أنه لم يوصله، لم يكن له خيار الفسخ، و عليه تمام المسمى من الأجره. و إن لم يوصله إلى كربلاء أصلاً سقط من المسمى بحساب ما بقى و استحق بمقدار ما مضى. و الفرق بين هذه المسألة و ما مرّ فى المسألة السابقة: أن الإيصال هنا غرض وداع و فيما مرّ قيد أو شرط.

بعد اعتباره فى نفسه، و اعتماد الأصحاب عليه. و من ذلك يظهر ضعف ما فى المتن من كون مراد القائلين بالبطلان صورة وقوع الإجارة على الأمرين، فإنه بعيد، و موجب للتفكيك بين مورد البطلان- فى كلامهم- و مورد الصحة، لأنها فى خصوص صورة وقوع الإجارة على الإيصال فى الوقت المعين، و جعل نقص الأجره على تقدير عدمه من قبيل الشرط، فان هذا التفكيك بعيد. و أبعد من ذلك ما فى الروضة من جعل مورد الصحة و البطلان معاً صورة وقوع الإجارة على الأمرين على نحو الترديد. فان ذلك أيضاً بعيد عن مذاقهم من اعتبار التعيين فى الإجارة، و إن تقدم القول بالصحة من جماعة فى المسألة الحادية عشرة، فلاحظ.

(١) بل عن بعض: أنه لا خلاف فيه إلا من أبى على.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٩

[فصل الإجارة من العقود اللازمة]

فصل الإجارة من العقود اللازمة (١)، لا تنفسخ إلا بالتقابل أو شرط الخيار لأحدهما أو كليهما إذا اختار الفسخ. نعم الإجارة المعاطية جائزة (٢)، يجوز لكل منهما الفسخ، ما لم تلزم بتصرفهما، أو تصرف أحدهما فيما انتقل إليه.

[مسألة ١: يجوز بيع العين المستأجرة قبل تمام مدة الإجارة]

(مسألة ١): يجوز بيع العين المستأجرة قبل تمام مدة الإجارة، ولا تنفسخ الإجارة به (٣)، فتنتقل إلى المشتري مسلوبة المنفعة مدة الإجارة، نعم للمشتري مع جهله بالإجارة خيار فسخ البيع (٤)، لأن نقص المنفعة عيب (٥)، ولكن فصل

- (١) بلا خلاف، بل عليه الإجماع محكى. ويشهد له غير واحد من النصوص «١». مضافاً إلى عمومات اللزوم.
- (٢) بناء على تمامية الإجماع على عدم لزوم المعاطاة إلا بملزومات مخصوصة مذكورة في محلها.
- (٣) بلا خلاف ولا إشكال. ويشهد له جملة من النصوص «٢».
- (٤) كما صرح به جمع كثير، بل عن الغنية: الإجماع عليه.
- (٥) لأن مبنى المعاوضات على التسليم والانتفاع، وهو متعذر بالإجارة.

(١) الوسائل باب: ٧، ١٥ من أبواب الإجارة حديث: ١.

(٢) الوسائل باب: ٢٤ من أبواب الإجارة.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٠

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

أو لأن من الشرائط الارتكازية كون العين مستتعبة للمنفعة، فإذا فات الشرط المذكور كان له خيار تخلف الشرط. وبالجملة: نقص المنفعة خلاف الأصل المعول عليه عند العقلاء، كأصالة الصحة، فيكون الخيار من قبيل خيار الرؤية.

(١) لفوات الزيادة عليه من دون إقدام.

(٢) هذا لا يخلو من نظر، لأنه خلاف مقتضى تبعية المنفعة للعين.

ومجرد كون مقتضى الفسخ رجوع كل من العوضين إلى حاله قبل العقد غير كاف في ذلك، لأن المنفعة إنما كانت ملكاً للبائع قبل العقد، لأنها تابعة للعين فيملكها مالك العين، فإذا تبدل المالك للعين كان مقتضى التبعية رجوعها إلى المشتري. وكأنه لما ذكرنا احتمال في التذكرة - على ما حكى - رجوع المنفعة إلى المشتري وبذلك يظهر الفرق بين المسألة وبين ما إذا آجر العين على شخص، ثم المستأجر آجرها ثانياً على ثالث، ثم باع المالك العين ففسخت الإجارة الثانية، فإن فسختها يوجب رجوع المنفعة

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣١

نعم لو اعتقد البائع والمشتري بقاء مدة الإجارة، وأن العين مسلوبة المنفعة إلى زمان كذا، وتبين أن المدة منقضية، فهل منفعة تلك المدة للبائع، حيث أنه كأنه شرط كونها مسلوبة المنفعة إلى زمان كذا (١)، أو للمشتري، لأنها تابعة للعين ما لم تفرز بالنقل إلى الغير،

أو بالاستثناء، و المفروض عدمها؟

وجهان. و الأقوى: الثاني. نعم لو شرطاً كونها مسلوبة المنفعة إلى زمان كذا بعد اعتقاد بقاء المدة، كان لما ذكر وجه (٢).
ثم بناء على ما هو الأقوى من رجوع المنفعة في الصورة السابقة إلى المشتري، فهل للبائع الخيار أولاً؟. وجهان لا يخلو أولهما

إلى المستأجر الأول، لأنه ملكها بالعقد لا بالتبعية.

و بالجملة: رجوع كل من العوضين إلى محله السابق بالفسخ، ليس لأن الفسخ يقتضى ذلك، بل لأن الفسخ يبطل العقد، فيرجع كل من العوضين إلى ما يقتضيه السبب السابق. ففي المقام يرجع إلى ما تقتضيه التبعية إذا تحقق الفسخ، و التبعية إنما تقتضى الرجوع إلى ملك مالك العين، و هو المشتري لا المؤجر.

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

(٢) في بعض الحواشي: «لكنه غير موجه، إذ الشرط في المقام بمنزلة التوصيف لا الاستثناء فلا أثر له» يعنى: في جعل المنفعة للبائع. بل محض الاستثناء أيضاً بمنزلة التوصيف لا يقتضى ثبوت المنفعة للبائع، و إنما الذى يقتضى ذلك إنشاء كونها للبائع، لكنه لا يتيسر ذلك مع اعتقاد أنها للمستأجر.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٢

من قوة (١)، خصوصاً إذا أوجب ذلك له الغبن.

هذا إذا بيعت العين المستأجرة على غير المستأجر. أما لو بيعت عليه: ففي انفساخ الإجارة وجهان (٢). أقواهما:

العدم (٣). و يتفرع على ذلك أمور:

منها: اجتماع الثمن و الأجرة عليه حينئذ.

و منها: بقاء ملكه للمنفعة في مدة تلك الإجارة لو فسخ البيع بأحد أسبابه، بخلاف ما لو قيل بانفساخ الإجارة.

و منها: إرث الزوجة من المنفعة في تلك المدة (٤)، لو مات الزوج المستأجر بعد شرائه لتلك العين، و إن كانت مما لا ترث الزوجة منه، بخلاف ما لو قيل بالانفساخ بمجرد البيع (٥).

(١) لما عرفت من أن الخيار في المقام من قبيل خيار الرؤية، و لا فرق فيه بين المشتري و البائع. و قد استظهر شيخنا الأعظم في مكاسبه الاتفاق على عدم الفرق في خيار الرؤية بين البائع و المشتري.

(٢) بل قولان.

(٣) كما هو المشهور. و عن الإرشاد: الانفساخ، لأن أثر الإجارة الانتفاع بمال الغير و هذا لا يبقى بعد البيع، و لأنه يلزم اجتماع العلتين على معلول واحد، لأن المنفعة حينئذ تكون مملوكة بالإجارة و التبعية. و ضعفه بالتأمل ظاهر.

(٤) لأنها مملوكة أصالة بالإجارة.

(٥) فإن المنافع تكون مملوكة للموروث بالتبعية للعين، فإذا كانت الزوجة لا ترث من العين لا ترث مما هو تابع لها.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٣

و منها: رجوع المشتري بالأجرة لو تلف العين بعد قبضها و قبل انقضاء مدة الإجارة، فإن تعذر استيفاء المنفعة يكشف عن بطلان الإجارة و يوجب الرجوع بالعوض، و إن كان تلف العين عليه.

[مسألة (٢): لو وقع البيع و الإجارة في زمان واحد]

(مسألة ٢): لو وقع البيع والإجارة في زمان واحد كما لو باع العين مالكةا على شخص و آجرها و كيله على شخص آخر، و اتفق وقوعهما في زمان واحد- فهل يصحان معاً و يملكها المشتري مسلوبه المنفعة كما لو سبقت الإجارة، أو يبطلان معاً للتزاحم في ملكية المنفعة، أو يبطلان معاً بالنسبة إلى تمليك المنفعة فيصح البيع على أنها مسلوبه المنفعة تلك المدة فتبقى المنفعة على ملك البائع؟ وجوه. أقواها: الأول، لعدم التزاحم، فإن البائع لا يملك المنفعة و إنما يملك العين (١) و ملكية العين توجب ملكية المنفعة للتبعية، و هي متأخرة عن الإجارة.

[(مسألة ٣): لا تبطل الإجارة بموت المؤجر و لا بموت المستأجر على الأقوى]

(مسألة ٣): لا تبطل الإجارة بموت المؤجر و لا بموت المستأجر على الأقوى (٢). نعم في إجارة العين الموقوفة، إذا آجر البطن السابق تبطل بموته بعد الانتقال إلى

(١) بالتشديد، يعنى: أن البائع إنما يبيع العين و لا- يملكها المشتري المنفعة، بل يملكه العين، و المنفعة يملكها المشتري بالتبعية. و الملكية بالتبعية إنما تكون حيث لا يكون مقتضى لملكية أخرى، فإذا آجر الوكيل فقد ملك المستأجر المنفعة بعقد الإجارة، المانع من تأثير التبعية.

(٢) كما هو المشهور بين المتأخرين. و فى المسالك: نسبه إليهم أجمع.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٤

البطن اللاحق، لأن الملكية محدودة. و مثله ما لو كانت المنفعة موصى بها للمؤجر ما دام حياً. بخلاف ما إذا كان المؤجر هو

و المشهور بين القدماء أنها تبطل بالموت مطلقاً. و قيل: لا تبطل بموت المؤجر، و تبطل بموت المستأجر، و نسب إلى أكثر أصحابنا. و قد يستدل للبطلان

بموتق إبراهيم بن محمد الهمداني: «قال: كتبت إلى أبى الحسن عليه السلام و سألته: عن امرأة آجرت ضيعتها عشر سنين، على أن تعطى الإجارة (الأجرة خ ل) فى كل سنة عند انقضائها، لا يقدم لها شىء من الإجارة (الأجرة خ ل) ما لم يمض الوقت، فماتت قبل ثلاث سنين أو بعدها، هل يجب على ورثتها إنفاذ الأجرة إلى الوقت أم تكون الإجارة منتقضة (منقضيه خ ل) بموت المرأة؟ فقال عليه السلام: إن كان لها وقت مسمى لم يبلغ فماتت فلورثتها تلك الإجارة، فان لم تبلغ ذلك الوقت و بلغت ثلثه أو نصفه أو شيئاً منه، فتعطى ورثتها بقدر ما بلغت من ذلك الوقت إن شاء الله» (١).

بناء على أن الظاهر أن المراد من قوله عليه السلام:

«فلورثتها تلك الإجارة»

: أن الإجارة لا- تبطل من أصلها، بل من حين الموت، بقريته ما بعده مما هو ظاهر فى توزيع الأجرة، بنسبة زمان الحياة إلى مجموع المدة.

و فى مجمع البرهان: ادعى صراحتها فى الدلالة على عدم بطلانها بموت المؤجر. و كأنه استند فى ذلك إلى ظاهر قوله (ع):

«فلورثتها تلك الإجارة»

فى أن الإجارة صحيحة. و حمل ما بعده على أن الورثة يستحقون الأجرة، على حسب التوقيت الصادر فى عقد الإجارة. و لكنه كما ترى و إن وافقه عليه جماعة، فإنه غير ظاهر، بل الظاهر ما ذكرنا و إن كان لا يخلو من خفاء.

(١) الوسائل باب: ٢٥ من أبواب الإجارة حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٥

المتولى للوقف و أجر لمصلحة البطون إلى مدة، فإنها لا تبطل بموته، و لا بموت البطن الموجود حال الإجارة. و كذا تبطل إذا آجر نفسه للعمل بنفسه (١) من خدمة أو غيرها، فإنه إذا مات لا يبقى محل للإجارة. و كذا إذا مات المستأجر الذى هو محل للعمل من خدمة أو عمل آخر متعلق به بنفسه. و لو جعل العمل فى ذمته لا- تبطل الإجارة بموته، بل يستوفى من تركته. و كذا بالنسبة إلى المستأجر إذا لم يكن محلاً للعمل، بل كان مالكا له على المؤجر، كما إذا آجره للخدمة من غير تقييد بكونها له، فإنه إذا مات تنتقل إلى وارثه، فهم يملكون عليه ذلك العمل. و إذا آجر الدار و اشترط على المستأجر سكنه بنفسه لا تبطل بموته (٢)، و يكون للمؤجر خيار الفسخ.

نعم إذا اعتبر سكنه على وجه القيدية تبطل بموته.

[مسألة (٤): إذا آجر الولي أو الوصى الصبي المولى عليه مدة تزيد على زمان بلوغه و رشده]

(مسألة ٤): إذا آجر الولي أو الوصى الصبي المولى عليه مدة تزيد على زمان بلوغه و رشده، بطلت فى المتيقن

(١) فى بعض الحواشى: «انه يختص البطلان بما إذا كان متعلق الإجارة هو منفعة نفسه، و لو كان المتعلق هو الخدمة و نحوها كلياً، و شرط المباشرة بنفسه فللمستأجر الخيار» و فيه: ما عرفت من أن شرط المباشرة راجع إلى تقييد المنفعة، و عرفت أن التقييد فى الكليات على نحو وحدة المطلوب، فلا مجال للخيار. و كذا الحكم فى الفرض الآخر. اللهم إلا أن تكون العبارة المؤدية إلى التقييد ظاهرة فى كونه على نحو تعدد المطلوب.

(٢) قد عرفت أن الشرط فى المقام راجع الى القيد، و أن التقييد فى المقام على نحو وحدة المطلوب.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٦

بلوغه فيه، بمعنى: أنها موقوفة على إجازته، و صحت واقعاً و ظاهراً بالنسبة إلى المتيقن صغره، و ظاهراً بالنسبة إلى المحتمل فاذا بلغ له أن يفسخ على الأقوى، أى: لا يجيز، خلافاً لبعضهم (١) فحكم بلزومها عليه لوقوعها من أهلها فى محلها، فى وقت لم يعلم لها منافع. و هو كما ترى. نعم لو اقتضت المصلحة- اللزامة المراعاة- إجارته مدة زائدة على زمان البلوغ، بحيث تكون إجارته أقل من تلك المدة خلاف مصلحته تكون لازمة ليس له فسخها بعد بلوغه. و كذا الكلام فى إجارة أملاكه.

[مسألة (٥): إذا آجرت امرأة نفسها للخدمة مدة معينة]

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

(١) حكى ذلك عن الخلاف، معللاً له بما ذكر. و رده فى الجواهر بالمنع. لكن مقتضى ولايته على الطفل فى جميع ماله الولاية عليه من ماله و نفسه، صحة ما ذكر، إذ لا ريب فى أن للإنسان السلطنة على منفعه المستقبل، فتكون لوليه السلطنة عليها. كما أن الحكم فى أمواله كذلك.

و الفرق بينهما غير ظاهر. فالأقوى حينئذ عدم جواز فسخه و نفوذ تصرف الولي.

اللهم إلا أن يستشكل فى ثبوت إطلاق دليل الولاية يقتضى ذلك فى نفسه. و أما ماله: فإطلاق قوله تعالى (وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا

بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ * ..) «١». كافٍ في إثبات نفوذ التصرف.

(٢) لأن حق الاستمتاع يختص بغير صورة المزاحمة للواجب المجعول

(١) الانعام: ١٥٢.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٧

[مسألة ٦: إذا آجر عبده أو أمته للخدمة ثم أعتقه]

(مسألة ٦): إذا آجر عبده أو أمته للخدمة ثم أعتقه (١) لا تبطل الإجارة بالعتق، و ليس له الرجوع على مولاه بعوض تلك الخدمة في بقية المدة (٢)، لأنه كان مالكا لمنافعه أبداً و قد استوفاه بالنسبة إلى تلك المدة. فدعوى: أنه فوت على العبد ما كان له حال حرية، كما ترى. نعم يبقى الكلام في نفقته في بقية المدة إن لم يكن شرط كونها على المستأجر. و في المسألة وجوه:

أحدها: كونها على المولى (٣) لأنه حيث استوفى بالإجارة منافعه فكأنه باق على ملكه (٤).

بالإجارة السابقة، و لا مجال لدعوى العكس، فيقال: الإجارة باطلة لعدم القدرة على التسليم، لأن التحقيق في العلل الشرعية، التي يكون بعضها مزاحماً للآخر، الترجيح بالسبق و اللحق، فيكون الأثر للسابق دون اللاحق. و من ذلك يظهر أنه لو نذر أن يزور الحسين عليه السلام يوم عرفه فاستطاع، كان النذر مقدماً على الاستطاعة، و لو استطاع ثم نذر كانت الاستطاعة مقدمة على النذر.

(١) صح العتق قولاً واحداً، لعموم أدلته، كما في الجواهر.

و كذا ذكر في صحة الإجارة، و عن إيضاح النافع: أنه ربما قيل بالبطان.

و في الجواهر: ان الظاهر أن القول بذلك لبعض الشافعية.

(٢) حكى جواز الرجوع عن الشافعي في القديم. و عن الشيخ و الحلبي حكايته قولاً، و لم يعلم أنه لأصحابنا.

(٣) حكى ذلك عن القواعد. و في الجواهر: ضعفه واضح، ضرورة أن المقتضى لها الملك، و قد زال.

(٤) هذا التنزيل غير ظاهر الوجه.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٨

الثاني: أنه في كسبه إن أمكن له الاكتساب لنفسه في غير زمان الخدمة (١) و ان لم يمكن فمن بيت المال (٢) و إن لم يكن فعلى المسلمين (٣) كفاية (٤).

الثالث: أنه إن لم يمكن اكتسابه في غير زمان الخدمة ففي كسبه و إن كان منافياً للخدمة (٥).

الرابع: أنه من كسبه و يتعلق مقدار ما يفوت منه من الخدمة بذمته.

الخامس: أنه من بيت المال من الأول.

و لا يبعد قوة الوجه الأول.

(١) الظاهر أن هذه الصورة خارجة عن محل الكلام و الخلاف، و على هذا يرجع الثاني إلى الخامس.

(٢) لكن في كون نفقته من مصارف بيت المال إشكال، فإن بيت مال الخراج يصرف في المصالح العامة. اللهم إلا أن يكون ترك الإنفاق عليه مهانة عامة للمسلمين.

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

(٤) فان لم يمكن ففى كسبه أو غيره، مقتصرأ على مقدار الضرورة، نظير أكل مال غيره عند المخمصة.

(٥) وفيه: أنه تصرف فى مال الغير من دون مسوغ ظاهر. مع أنه لا فرق بين كسبه و سائر أموال المستأجر و غيره. و ما فى الجواهر: من أن النفقة مقدمة على كل واجب. فيه: أن ذلك يتم لو كان الواجب عليه الخدمة فى ذمته، و ليس هو مقتضى الإجارة، لأنها واقعة على

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٩

[مسألة (٧): إذا وجد المستأجر فى العين المستأجرة عيباً سابقاً على العقد]

(مسألة ٧): إذا وجد المستأجر فى العين المستأجرة عيباً سابقاً على العقد و كان جاهلاً به، فان كان مما تنقص به المنفعة فلا إشكال فى ثبوت الخيار له بين الفسخ و الإبقاء (١) و الظاهر عدم جواز مطالبته الأرش فله الفسخ أو الرضا بها مجاناً (٢). نعم لو كان العيب مثل خراب بعض بيوت الدار

منافعه لا على ذمته، و منافعه بالإجارة مال للمستأجر كسائر أمواله، فإذا جاز له التصرف فى كسبه جاز له التصرف فى مال المستأجر غير الخدمة، و هو كما ترى.

(١) قد نفى الخلاف فيه غير واحد، و تأتى فى هذه المسألة الإشارة إلى وجهه، و أنه إما من قبيل خيار تخلف الوصف، أو هو مقتضى حديث لا ضرر

«١». (٢) حكى عليه اتفاق الأصحاب إلى زمان الشهيد، فتردد فيه فى اللمعة، و تبعه غيره فيه. و عن جامع المقاصد: أن الأصح ثبوته. و هو فى محله لو كان الناقص جزءاً ملحوظاً بالإجارة مقابلاً به جزءاً من الأجرة فإنه يكون من قبيل الخراب لبعض البيوت. أما إذا لم يكن كذلك، بل كان من قبيل الوصف الموجب لنقص المالية، - كبطء السير فى الدابة - فلا وجه له ظاهر. و كونه منشأ لنقص المالية غير كاف فى لزوم إرجاع بعض الأجرة كما لا يخفى. و ثبوت الأرش فى العيب فى المبيع لدليل يخصه، لا يصحح البناء عليه فى المقام بعد كونه خلاف القاعدة. بل فى الفرض الأول إنما الثابت التقسيط، كما عبر به فى المتن فى خراب بعض بيوت الدار، لا الأرش المصطلح الذى هو تدارك لنقص المالية و لو بمال أجنبى

(١) راجع الوسائل باب: ١٦ من أبواب الخيارى فى كتاب البيع، و باب: ٥ من كتاب الشفعة، و باب: ٧، ١٢ من كتاب احياء الموات.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٤٠

فالظاهر تقسيط الأجرة (١)، لأنه يكون حينئذ من قبيل تبعض الصفقة (٢) و لو كان العيب مما لا تنقص معه المنفعة كما إذا تبين كون الدابة مقطوعة الأذن أو الذنب، فربما يستشكل فى ثبوت الخيار معه (٣). لكن الأقوى ثبوته إذا كان مما يختلف به الرغبات و تتفاوت به الأجرة. و كذا له عن الأجرة، مع كون المعاملة باقية على حالها بلا تبعض فيها. فدعوى: عدم جواز مطالبة الأرش - كما فى المتن - فى محله.

(١) لما عرفت، و إن كان إطلاق قولهم: عدم ثبوت الأرش و لو مع فوات بعض المنفعة، يقتضى عدمه فى المقام، إلا أنه منزل على الصورة السابقة.

(٢) و حينئذ يكون له الخيار فى الباقي، كما فى سائر موارد تبعض الصفقة.

(٣) وإن كان يقتضيه إطلاق كلامهم، بل عن غير واحد التصريح به، و استدلاله: بأن الصبر على المعيب ضرر. و هو - كما ترى - ممنوع على إطلاقه.

و بالجملة: إن كان دليل الخيار في المقام هو: «لا ضرر»،

فيقتضى اختصاصه بصورة الضرر. و ان كان هو دليل خيار العيب في المبيع، فلو بنى على التعدى عن البيع فإنما هو فيما لو كان العوض معيباً، و العوض في الإجارة المنفعة و الأجرة، لا العين. مع أن تصور العيب بالمعنى المعتبر في عيب المبيع بالنسبة إلى المنافع غير ظاهر، إذ ليس لها خلقه أصلياً يكون النقص عنها عيباً. و كذا لو كان دليل خيار تخلف الوصف، من جهة اعتماد المستأجر على أصالة الصحة، فإنه أيضاً يختص بالاعراض، و لا يجرى في غيرها، إذ لا ريب في أنه لا خيار للأجير لو استؤجر على خياطة ثوب، و تبين بعد الإجارة أنه معيب. و كذا لو استؤجر على حمل مناع فتيين أنه معيب. و بالجملة: دليل الخيار في المقام

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٤١

الخيار إذا حدث فيها عيب بعد العقد و قبل القبض (١)، بل بعد القبض أيضاً، و ان كان استوفى بعض المنفعة و مضى بعض المدة (٢). هذا إذا كانت العين شخصية. و أما إذا

أما حديث لا ضرر، أو دليل خيار تخلف الشرط، و كلاهما غير مطرد.

و لأجل ذلك يتعين التفصيل المذكور في المتن.

(١) إما لقاعدة التلف قبل القبض الحاكمة بأنه من مال الناقل، فيكون العقد كأنه وقع على الفاقد. و فيه: أنه لو تم ذلك في تلف وصف المبيع، فالتعدى إلى المقام يحتاج الى دليل. و إما لأن مبنى المعاوضة على التسليم و التسلم للعوضين على ما هما عليه، فكما يثبت الخيار بتعذر تسليم العين، كذلك يثبت الخيار بتعذر تسليمها على ما هي عليه من الوصف و لو لأجل تلف الوصف. و إما لأجل أن تلف الوصف يكشف عن تلفه و انتفائه في نفسه، كما في تلف العين المستأجرة و لو بعد العقد و القبض، كما يأتي في الفصل اللاحق. و لأجله تصح دعوى ثبوت الخيار في ما لو حدث العيب بعد القبض. لأن الإقدام كان على الانتفاع بالعين و هي على الوصف الخاص لا مطلقاً، فالتخلف يستوجب الخيار.

(٢) كما في محكى التذكرة، و اختاره في الجواهر و غيرها. لأن تسليم المنفعة تدريجياً بتدرج زمانها، فإذا حدث العيب فقد حدث قبل تسليم المعيب، و قد عرفت ثبوت الخيار حينئذ. هذا مضافاً الى الوجه الماضى في صورة حدوث العيب قبل القبض و بعد العقد من أن التلف حينئذ كاشف عن عدم المنفعة الصحيحة.

لكن الوجه الأول قد ينافيه بناؤهم على عدم الخيار لو غصبت العين بعد القبض. و الوجه الأخير ينافيه بناؤهم على الانساق من حين التلف، فيما لو تلفت العين المستأجرة بعد القبض، كما سيأتى في الفصل الآتى. فتأمل.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٤٢

كانت كلية و كان الفرد المقبوض معيباً، فليس له فسخ العقد (١) بل له مطالبة البدل. نعم لو تعذر البدل كان له الخيار في أصل العقد (٢).

[مسألة ٨: إذا وجد المؤجر عيباً سابقاً في الأجرة و لم يكن عالماً به]

(مسألة ٨): إذا وجد المؤجر عيباً سابقاً في الأجرة و لم يكن عالماً به كان له فسخ العقد، و له الرضا به. و هل له مطالبة الأرش معه؟ لا يبعد ذلك، بل ربما يدعى عدم الخلاف فيه (٣). لكن هذا إذا لم تكن الأجرة منفعة عين، و إلا فلا أرش فيه (٤) مثل ما مرّ في المسألة السابقة من كون العين المستأجرة معيباً (٥). هذا إذا كانت الأجرة عيناً شخصية.

(١) كما صرح به غير واحد من دون خلاف فيه، لعدم المقتضى للخيار فى العقد.

(٢) لتعذر تسليم العوض الذى عليه مبنى المعاوضة، ولذا يستتبع الخيار

(٣) بل هو المصرح به فى كلام جماعة، بل فى مفتاح الكرامة وغيره: لا أجد فيه خلافاً. فان تمّ إجماع عليه - كما استظهره غير واحد - فهو الحجّة. وإلا ففيه إشكال، لاختصاص دليله بالبيع فالتعدى إلى المقام وغيره من سائر المعاوضات غير ظاهر، والأصل ينفيه، وإن حكى عن المحقق القول به فى عوض الخلع. وفى القواعد: القول به فيه، وفى عوض الهلة و مال الكتابة. وعن المسالك: القول به فى المهر. وفى محكى الروضة: القول به فى الصلح على وجه قوى. إلا أن ثبوت الإجماع بهذا المقدار على ثبوته كلياً فى المعاوضات ممنوع جداً. ولذا جزم بعدمه بعض فى بعضها. لكن كان المناسب عدم الفرق فيها لأنها جميعاً من وادٍ واحد.

(٤) كما نص على ذلك فى الجواهر.

(٥) لما مرّ أيضاً.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٤٣

و أما إذا كانت كلية، فله مطالبه البدل لا فسخ أصل العقد، إلا مع تعذر البدل على حدّ ما مرّ فى المسألة السابقة.

[مسألة ٩]: إذا أفلس المستأجر بالأجرة

(مسألة ٩): إذا أفلس المستأجر بالأجرة، كان للمؤجر الخيار بين الفسخ واسترداد العين، وبين الضرب مع الغرماء (١)، نظير ما إذا أفلس المشتري بالثمن، حيث ان للبائع الخيار إذا وجد عين ماله.

[مسألة ١٠]: إذا تبين غبن المؤجر أو المستأجر فله الخيار

(مسألة ١٠): إذا تبين غبن المؤجر أو المستأجر فله الخيار، إذا لم يكن عالماً به حال العقد (٢) إلا إذا اشترط سقوطه فى ضمن العقد.

[مسألة ١١]: ليس فى الإجارة خيار المجلس ولا خيار الحيوان

(مسألة ١١): ليس فى الإجارة خيار المجلس ولا خيار الحيوان، بل ولا خيار التأخير على الوجه المذكور فى

(١) بلا خلاف، كما عن غير واحد. و صرح به جماعة من القدماء والمتأخرين، إلحاقاً للإجارة بالبيع الثابت فيه بالإجماع والنصوص

«١». وبعضها وإن لم يكن مختصاً بالبيع إلا أنه ظاهر فى العين

«٢»، فإلحاق المنافع بها يحتاج إلى تنقيح المناط، كما هو ظاهرهم، وإن كان المحكى عن بعض: تكلف إدراج المنفعة فى بعض تلك النصوص.

(٢) بناء على استفادة الخيار فى البيع من عموم نفي الضرر، فإنه كما يشمل البيع يشمل الإجارة وغيرها من العقود المالية. أما إذا كان المستند الإجماع، فثبوته فى الإجارة غير ظاهر، فان كثيراً من الأصحاب أهمل ذكره فى المقام.

(١) الوسائل باب: ٥ من أبواب أحكام الحجر.

(٢) الوسائل باب: ١٣ من أبواب أحكام المضاربة: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٤٤

البيع (١)، و يجرى فيها خيار الشرط حتى للأجنبي، و خيار العيب، و الغبن كما ذكرنا، بل يجرى فيها سائر الخيارات كخيار الاشرط، و تبعض الصفقة، و تعذر التسليم، و التفليس و التدليس، و الشركة، و ما يفسد ليومه، و خيار شرط رد العوض، نظير شرط رد الثمن فى البيع (٢).

[مسألة ١٢: إذا آجر عبده أو داره مثلاً ثم باعه من المستأجر لم تبطل الإجارة]

(مسألة ١٢): إذا آجر عبده أو داره مثلاً ثم باعه من المستأجر لم تبطل الإجارة، فيكون للمشتري منفعة العبد مثلاً، من جهة الإجارة قبل انقضاء مدتها، لا من جهة تبعية العين. و لو فسخت الإجارة رجعت إلى البائع (٣). و لو مات بعد القبض رجع المشتري المستأجر على البائع، بما يقابل بقية المدة من الأجرة، و إن كان تلف العين عليه. و الله العالم.

[فصل يملك المستأجر المنفعة فى إجارة الأعيان]

إشارة

فصل يملك المستأجر المنفعة فى إجارة الأعيان، و العمل فى الإجارة على الأعمال بنفس العقد، من غير توقف على شىء كما هو مقتضى سببية العقود. كما أن المؤجر يملك الأجرة

(١) لاختصاص أدلة الثلاثة المذكورة بالبيع، و عموم أدلة ما عداها لها، و لا بد من ملاحظة تلك الأدلة.

(٢) نص على ذلك كله فى الجواهر، متمسكا بعموم أدلتها.

(٣) عرفت إشكاله.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٤٥

ملكية متزلزلة به كذلك. و لكن لا يستحق المؤجر مطالبه الأجرة إلا بتسليم العين أو العمل (١)، كما لا يستحق المستأجر مطالبتهما إلا بتسليم الأجرة، كما هو مقتضى المعاوضة. و تستقر ملكية الأجرة باستيفاء المنفعة أو العمل أو ما يحكمه. فأصل الملكية للطرفين موقوف على تمامية العقد. و جواز المطالبة موقوف على التسليم، و استقرار ملكية الأجرة موقوف على استيفاء المنفعة أو إتمام العمل أو ما يحكمهما. فلو حصل مانع عن الاستيفاء أو عن العمل تنفسخ الإجارة، كما سيأتى تفصيله.

[مسألة ١: لو استأجر داراً - مثلاً - و تسلمها]

(مسألة ١): لو استأجر داراً - مثلاً - و تسلمها، و مضت مدة الإجارة استقرت الأجرة عليه، سواء سكنها أو لم يسكنها باختياره (٢). و كذا إذا استأجر دابة للركوب أو لحمل المتاع إلى مكان كذا، و مضى زمان يمكن له ذلك، و جب عليه الأجرة و استقرت و إن لم يركب أو لم يحمل، بشرط أن يكون مقدراً بالزمان المتصل بالعقد. و أما إذا عينا وقتاً فبعد مضى ذلك الوقت. هذا إذا كانت الإجارة واقعة

(١) لأن مبنى المعاوضات على التسليم و التسلم، فلكل من المتعاضين الامتناع من التسليم فى ظرف امتناع صاحبه، كما أن لكل منهما المطالبة فى ظرف صدور التسليم منه، و لا يجوز للآخر الامتناع عنه حينئذ، فلو تعذر جاز له الفسخ.

(٢) لتحقق التسليم من المؤجر، الذى عرفت أنه موجب لاستقرار ملكية الأجرة. و هذا مما لا إشكال فيه و لا خلاف، و يشهد له غير واحد من النصوص.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٤٦

على عين معينة شخصية في وقت معين. و أما إن وقعت على كلي و عين في فرد و تسلمه، فالأقوى أنه كذلك (١) مع تعيين الوقت و انقضائه. نعم مع عدم تعيين الوقت فالظاهر عدم استقرار الأجرة المسماة (٢)، و بقاء الإجارة، و إن كان ضامناً لأجرة المثل لتلك المدّة، من جهة تفويته المنفعة على المؤجر.

[مسألة (٢): إذا بذل المؤجر العين المستأجرة للمستأجر و لم يتسلم حتى انقضت المدّة]

(مسألة ٢): إذا بذل المؤجر العين المستأجرة للمستأجر و لم يتسلم حتى انقضت المدّة، استقرت عليه الأجرة (٣).

(١) لأن تسليم الفرد تسليم الكلي، فيتحقق التسليم الذي هو شرط استقرار الأجرة. و نسب الى الشيخ: العدم، لكون المدفوع غير موضوع الإجارة. لكنه ضعيف كما عرفت، و إن احتل في عبارة الشرائع.

(٢) كما هو ظاهر محكى المهذب البارع، و إيضاح النافع. و احتملاه في عبارة الشرائع، و وجهه - على ما قيل -: ان جميع الأزمنة صالح للاستيفاء، و لا تتعين في زمان القبض، و ضعفه ظاهر، لأن زمان القبض فرد من زمان الإجارة، فالقبض فيه قبض فيه، فلا فرق بين هذه الصورة و ما قبلها، كما صرح به في المسالك و غيرها. نعم لو كان الموجب لاستقرار الأجرة في الصورة الأولى تفويت المستأجر للمنفعة فهو غير حاصل في هذه الصورة، لأن فوات الموسع إنما يكون بفواته في جميع الأزمنة، و لا يكفي فيه فواته في بعضها. لكنه ليس ذلك هو الوجه، بل الوجه حصول التسليم، و هو حاصل في المقام كما عرفت.

(٣) كما صرح به في الجواهر، حاكياً نفى الخلاف فيه عن كل من تعرض له. و في المسالك: «و في حكم التسليم ما لو بذل العين فلم يأخذها المستأجر حتى انقضت المدّة، أو مضت مدّة يمكن فيها الاستيفاء». و نحوه

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٤٧

و كذا إذا استأجره ليخيط له ثوباً معيناً - مثلاً - في وقت معين، و امتنع من دفع الثوب اليه حتى مضى ذلك الوقت، فإنه يجب عليه دفع الأجرة (١)، سواء اشتغل في ذلك الوقت - مع امتناع المستأجر من دفع الثوب اليه - بشغل آخر لنفسه أو لغيره، أو جلس فارغاً (٢).

[مسألة (٣): إذا استأجره لقلع ضرسه و مضت المدّة التي يمكن إيقاع ذلك فيها]

(مسألة ٣): إذا استأجره لقلع ضرسه و مضت المدّة التي يمكن إيقاع ذلك فيها (٣)، و كان المؤجر باذلاً نفسه، استقرت الأجرة (٤)، سواء كان المؤجر حراً أو عبداً بإذن مولاه. و احتمال الفرق بينهما بالاستقرار في الثاني دون الأول لأن منافع الحر لا تضمن إلا بالاستيفاء، لا وجه له، لأن

في القواعد، و عن غيرهما. و يقتضيه عموم اللزوم، لعدم الدليل على اعتبار أكثر من ذلك في استقرار العقد و لزومه. (١) لما سبق.

(٢) لا طراد المناط في استقرار الأجرة في جميع الصور، و هو البذل الذي يتحقق به التسليم.

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

(٤) هذا الحكم ربما ينافي ما تقدم منه (ره) في آخر المسألة الأولى من عدم استقرار الأجرة مع عدم تعيين الوقت، مع أن بذل العين

أولى بصدق التسليم فيه.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٤٨

منافعه بعد العقد عليها صارت مالا للمستحق، فإذا بذلها و لم يقبل كان تلفها منه (١) مع أنا لا نسلم أن منافعه لا تضمن.

(١) الفرق المذكور ذكره في جامع المقاصد وغيره، من جهة أن الحر لا يكون تحت اليد، فلا تكون منافعه تحت اليد بمجرد بذل نفسه، فلا يتحقق تسليمها إلا باستيفائها. وفيه: ما عرفت من أن التسليم الذي يتحقق به استقرار الأجرة، و يكون التلف من المستأجر، يتحقق بمجرد التخلي، بحت لا يكون مانع من استيفاء المنفعة إلا من قبل المستأجر.

و بهذا المعنى يتحقق بمجرد بذل الأجير نفسه للعمل، كما يتحقق ببذل العين المستأجرة. بل الظاهر أنه لا فرق بين العبد و الحر إلا بالحرية و الرقية بالإضافة إلى نفسيهما. و أما بالإضافة إلى منافعهما فهو: أن منافع العبد مملوكة لمالكه، و منافع الحر غير مملوكة. و أما من حيث إمكان إثبات اليد على العين، أو على المنافع تبعاً للعين فيهما فهما سواء. و عدم ضمان الحر بمجرد اليد، لعدم ملكية نفسه إجماعاً لا يقتضى ذلك. كما أن عدم ضمان منافعه باليد عليه، لعدم كونها مملوكة له أيضاً، لا يوجب الفرق بينهما في ما نحن فيه. مع أن استقرار الأجرة في إجارة العبد، بمجرد بذل مولاه له، لم يكن من جهة إثبات اليد عليه، ليفرق بينه و بين الحر، بأن الحر لا يمكن أن يكون تحت اليد، بخلاف العبد، بل إنما كان من جهة تحقق التسليم الحاصل بالبذل، و إن لم يكن العبد تحت اليد. فلم لا يلتزم بذلك بالنسبة إلى الحر؟!.

هذا و قد يحكى عن شيخنا الأعظم المحقق الأنصارى (ره): الفرق بين كون الإجارة على عمل جزئى معين و على عمل كلى، فتستقر في الأول بالبذل دون الثانى، لأن تسليم الأول يكون بتسليم العامل نفسه، و تسليم الثانى إنما يكون بتسليم فرده، و هو لا يكون إلا بإيجاده في الخارج.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٤٩

إلا بالاستيفاء، بل تضمن بالتفويت أيضاً إذا صدق ذلك (١)، كما إذا حبسه و كان كسوباً، فإنه يصدق في العرف: أنه فوت عليه كذا مقدار. هذا و لو استأجره لقلع ضرسه فزال الألم بعد العقد لم تثبت الأجرة، لانفساخ الإجارة حينئذ (٢).

[مسألة (٤): إذا تلفت العين المستأجرة قبل قبض المستأجر]

(مسألة ٤): إذا تلفت العين المستأجرة قبل قبض المستأجر،

لكن عرفت فيما سبق الأشكال فيه، و أن تسليم الجزئى إذا كان يكفى في حصوله تسليم العامل فلم لا يكون تسليم الفرد الذى به يتحقق تسليم الكلى كذلك؟!.

و بالجملة: الفرق بين تسليم الجزئى الذى وقعت عليه الإجارة، و بين تسليم الجزئى الذى هو مصداق لما وقعت عليه بأنه يكفى في الأول تسليم العامل، و لا يكفى في الثانى، غير ظاهر.

(١) هذا قد يدعى عدم معقوليته، لأن الضمان إن كان تداركاً للخسارة فالحبس إنما يقتضى فوات فائدة لا الوقوع في خسارة. و إن كان اشتغال الذمة بالبدل، فمنافع الحر - كنفس الحر - ليس لها أثر في نظر الشارع كى يمكن تعقل البدلية عنها، لعدم كونها مملوكة للحر، و لا- هي معنونة بعنوان مثل كونها صدقة أو نحوها، كى يمكن اعتبار البدلية للمضمون به، كما في إتلاف الوقف أو العين الزكوية، فإن العين في المقامين غير مملوكة لمالك على التحقيق، لكن معنونة بعنوان كونها وقفاً أو زكاه، فيمكن قيام البدل مقامها في حفظ العنوان المذكور، و في المقام منافع الحر كنفس الحر ليست كذلك، فلا معنى لاعتبار البدلية لشيء عنها. مضافاً إلى أن

مقتضى الجمود على قاعدة الإلتاف - التي هي دليل الضمان - الاختصاص بما كان مآلاً للغير. فتأمل.

(٢) لصيرورة المنفعة محرمة، فيمتنع أكل المال بإزائها، لأنه أكل بالباطل.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٥٠

بطلت الإجارة (١). و كذا إذا تلفت عقيب قبضها بلا فصل. و أما إذا تلفت بعد استيفاء منفعتها في بعض المدة، فتبطل بالنسبة إلى بقية المدة، فيرجع من الأجرة بما قابل المتخلف من المدة، إن نصفاً فنصف، و إن ثلثاً فثلث، مع تساوى الاجزاء بحسب الأوقات، و مع التفاوت تلاحظ النسبة.

[مسألة (٥): إذا حصل الفسخ في أثناء المدة]

(مسألة ٥): إذا حصل الفسخ في أثناء المدة بأحد

(١) بلا خلاف نعلمه، كما في محكى التذكرة. و نحوه في الجواهر.

و قد يستدل على ذلك: بأن مبنى عقود المعاوضة على المعاوضة الاعتبارية و الخارجية التي هي تبادل سلطنة بسلطنة، فتعذره يقتضى انتفاءها. و أشكل عليه في الجواهر: بأن ذلك خلاف ما ذكره في مسألة تلف المبيع قبل القبض من أنه خلاف الأصل، ثبت بدليل خاص بالمبيع، و لا وجه للتعدى إلى غيره. اللهم إلا أن يكون التعدى إلى المقام دليل على فهم ذلك من الدليل.

هذا و التحقيق أن الوجه في البطلان: ما سيأتى من أن اعتبار المنفعة إنما يصح في ظرف وجود العين فعلاً، فمع التلف قبل القبض لا منفعة حتى يصح اعتبار الإجارة، و عليه فبطلان الإجارة من أصلها - كما نسب إلى العلامة (ره) - لا من حين التلف كما هو ظاهر المشهور هنا، بل المتسالم عليه في تلف المبيع قبل القبض، لأن طرف المعاوضة في البيع العين، و هي حاصلة وقت البيع، بخلاف الإجارة، فإن وجود العين في زمان غير كاف في اعتبار المنفعة في الأزمنة اللاحقة، فإذا تلفت العين في زمان كشف ذلك عن عدم المنفعة، فلا تنعقد الإجارة من أصلها، و إن كان ظاهر المشهور كون البطلان من حين التلف، كالبطلان في البيع. و سيأتى ذلك في المسألة السابعة.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٥١

أسبابه، تثبت الأجرة المسماء بالنسبة إلى ما مضى، و يرجع منها بالنسبة إلى ما بقى - كما ذكرنا في البطلان - على المشهور (١) و يحتمل قريباً أن يرجع تمام المسمى، و يكون للمؤجر أجره المثل بالنسبة إلى ما مضى، لأن المفروض أنه يفسخ العقد الواقع أولاً، و مقتضى الفسخ عود كل عوض إلى مالكة. بل يحتمل

(١) فإنه ذكر في الشرائع: أنه لو تجدد فسخ، صح فيما مضى و بطل في الباقي. و لم يتعرض في الجواهر و المسالك و غيرهما - في شرح العبارة المذكورة - لشبهة أو إشكال. و كذا ذكر في الإرشاد، فيما لو انهدم المسكن ففسخ: أنه يرجع بنسبة المتخلف و لم يتعرض في مجمع البرهان للإشكال فيه. و كذا ذكره في الحدائق من دون نقل خلاف أو إشكال.

و لم أقف على من تعرض لخلاف فيه. بل يظهر من كلماتهم أنه من المسلمات. و قد ادعى بعض الأعيان: ظهور اتفاقهم عليه. و عن بعض توجيهه: بعدم تعقل الفسخ فيما مضى، لانعدامه، فلا معنى لانتقاله بالفسخ إلى المؤجر. و فيه: أن الانتقال من الاعتبارات الصالحة للتعلق بالمعدوم، كالموجود. مع أنه منقوض بإجارة العين فضولاً، فإن المنفعة قبل الإجارة ملك لمالك العين، و بعد الإجارة ملك للمستأجر.

نعم قد يشكل ذلك من جهة أن الفسخ إنما يكون من حينه، لا من حين حدوث العقد. و فيه: أنه مسلم، لكن بالإضافة إلى تمام

مضمون العقد، فلا يجوز الفسخ بالنسبة إلى بعضه دون بعض، وفي الإجارة المنافع التدريجية بحسب تدرج الزمان، أبعاض موضوع واحد لا يجوز التفكيك بينها فيه، فاذا وقع الفسخ وقع بالنسبة إلى الجميع. ولا مجال للمقايضة بالتلف في أثناء المدة، فإن البطلان في ذلك من أول الأمر، نظير تبعض الصفقة. ويشهد لما ذكرنا ما هو المعروف المدعى عليه الإجماع: أنه لا يجوز مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٥٢

أن يكون الأمر كذلك في صورة البطلان أيضاً، لكنه بعيد (١).

[مسألة ٦: إذا تلف بعض العين المستأجرة]

(مسألة ٦): إذا تلف بعض العين المستأجرة، تبطل بنسبته، ويحىء خيار تبعض الصفقة.

[مسألة ٧: ظاهر كلمات العلماء: أن الأجرة من حين العقد مملوكة للمؤجر بتمامها]

(مسألة ٧): ظاهر كلمات العلماء: أن الأجرة من حين العقد مملوكة للمؤجر بتمامها، وبالتلف - قبل القبض أو بعده أو في أثناء المدة - ترجع إلى المستأجر كلاً - أو بعضاً من حين البطلان، كما هو الحال عندهم في تلف المبيع قبل القبض لا أن يكون كاشفاً عن عدم ملكيتها من الأول. وهو مشكل لأن مع التلف ينكشف عدم كون المؤجر مالكا للمنفعة إلى

التبعيض في الرد إذا ظهر عيب في بعض المبيع، كما لو باعه ثوباً وخاتماً فتيين عيب في الثوب. ويشير إليه ما ذكره من وجوب مطابقة القبول مع الإيجاب، فلو قبل في بعض المبيع لم يصح العقد. لكن الظاهر بناؤهم على جواز التبعض في ما لو كان بعض المبيع حيواناً، فإنه يثبت فيه خيار الحيوان، ويجوز رد الحيوان دون البعض الآخر. بل المشهور جواز الإقالة في بعض المبيع دون بعض، ولم ينقل الخلاف في ذلك إلا من ابن المتوج، على ما حكاه عنه الشهيد.

و الإنصاف: أن المرتكزات العرفية لا - تساعد على التبعض في المقامين و إطلاقات مشروعية الإقالة و الفسخ في مورده لا يصلح لإثبات قابلية المحل و مع الشك في القابلية يرجع إلى أصالة عدم ترتب الأثر. و هذا بخلاف مسألتنا، فإن الارتكاز العرفي يساعد على التبعض، و لعله هو الوجه في التسالم و الاتفاق ظاهراً عليه. فلاحظ.

(١) سيأتي وجهه في المسألة التاسعة.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٥٣

تمام المدة، فلم ينتقل ما يقابل المتخلف من الأول إليه. و فرق واضح بين تلف المبيع قبل القبض، و تلف العين هنا، لأن المبيع حين بيعه كان مالا موجوداً قوبل بالعوض، و أما المنفعة في المقام فلم تكن موجودة حين العقد، و لا في علم الله، إلا بمقدار بقاء العين. و على هذا فإذا تصرف في الأجرة، يكون تصرفه بالنسبة إلى ما يقابل المتخلف فضولياً. و من هذا يظهر:

أن وجه البطلان في صورة التلف كلاً أو بعضاً انكشاف عدم الملكية للمعوض.

[مسألة ٨: إذا آجر دابة كلية و دفع فرداً منها فتلف]

(مسألة ٨): إذا آجر دابة كلية و دفع فرداً منها فتلف، لا تنفسخ الإجارة، بل ينفسخ الوفاء (١)، فعليه أن يدفع فرداً آخر.

[مسألة ٩: إذا آجره داراً فانهدمت]

(مسألة ٩): إذا آجره داراً فانهدمت، فان خرجت عن الانتفاع بالمرّة بطلت، فان كان قبل القبض أو بعده قبل أن يسكن فيها أصلاً

رجعت الأجره بتمامها، وإلا بالنسبه، و يحتمل تمامها فى هذه الصوره أيضاً، و يضمن أجره المثل بالنسبه إلى ما مضى. لكنه بعيد (٢). و إن أمكن الانتفاع بها

(١) لكون المدفوع ليس فرداً لموضوع الإجاره.
 (٢) بلا- خلايف فى ذلك و لا إشكال، كما فى الجواهر. و كأنه لانحلال العقد إلى عقود متعدده، بتعدد مراتب المنفعه فى الأزمنه التدريجيه و لا تلازم بينها فى الصحه و البطلان، و إن كانت متلازمه فى الفسخ، نظير موارد تبعض الصفقه، بل المقام منه. و يستفاد ذلك- هنا- من النصوص الوارده فى الموارد المتفرقه، الوارد بعضها فيمن استأجر دابه إلى مستمسك العروه الوثقى، ج ١٢، ص: ٥٤
 مع ذلك، كان للمستأجر الخيار بين الإبقاء و الفسخ (١).
 و إذا فسخ كان حكم الأجره ما ذكرنا. و يقوى هنا رجوع تمام المسمى مطلقاً، و دفع أجره المثل بالنسبه إلى ما مضى، لان هذا مقتضى فسخ العقد كما مر سابقاً. و إن انهدم بعض بيوتها بقيت الإجاره بالنسبه إلى البقيه (٢)، و كان للمستأجر خيار تبعض الصفقه. و لو بادر المؤجر إلى تعميرها، بحيث لم يفت الانتفاع أصلاً، ليس للمستأجر الفسخ حينئذ على الأقوى، خلافاً للثانين (٣).

مسافه فأعيت

«١»، و بعضها فيمن استأجر أجيراً ليحفر له بئراً فأعيت
 «٢» و فيمن استأجر أجيراً ليحج فمات
 «٣». و بالجملة: المقام من البطلان فى البعض من أول الأمر، كما هو باب تبعض الصفقه، لا من باب البطلان الطارئ بالفسخ، فليسا هما من باب واحد. ثم إنه تقدم من المصنف (ره) فى المسأله الرابعه: الجزم بالبطلان فى البعض دون البعض.
 (١) هذا الخيار من قبيل خيار الرؤيه، لتخلف الوصف.
 (٢) يعنى: و بطلت بالنسبه إلى ما انهدم.
 (٣) يعنى: المحقق و الشهيد الثانين، فقد اختار الأول فى الجامع، و الثانى فى المسالك: أن للمستأجر الفسخ و إن لم يفت الانتفاع أصلاً، لثبوت الخيار بالانهدام، فيستصحب، إذ لم يدل دليل على سقوطه بالإعاده.
 و فى الجواهر: «قد يناقش فيه بمنع ما يدل على ثبوته بالانهدام، من حيث كونه انهداماً، و إن لم يفت به شىء من المنفعه على وجه تنقطع به

(١) الوسائل باب: ١٢ من أبواب أحكام الإجاره حديث: ١.

(٢) الوسائل باب: ٣٥ من أبواب أحكام الإجاره حديث: ١، ٢.

(٣) الوسائل باب: ١٥ من أبواب نيابه الحج.

مستمسك العروه الوثقى، ج ١٢، ص: ٥٥

[مسأله (١٠): إذا امتنع المؤجر من تسليم العين المستأجره يجبر عليه]

(مسأله ١٠): إذا امتنع المؤجر من تسليم العين المستأجره يجبر عليه، و إن لم يمكن إجباره كان للمستأجر فسخ الإجاره و الرجوع بالأجره (١)، و له الإبقاء و مطالبه عوض المنفعه الفائتة. و كذا إن أخذها منه بعد التسليم، بلا فصل أو فى أثناء المده (٢). و مع الفسخ

فى الأثناء يرجع بما يقابل

أصالة اللزوم، اللهم إلا أن يستبعد الفرض، و هو خروج عن محل الفرض».

أقول: أبعاض العين المستأجرة: منه ما يكون انهدامه موجباً لفوات المنفعة حين الانهدام، و منه ما لا- يكون كذلك، لاختصاص الانتفاع به بغير زمان الانهدام، كما إذا انهدم درج السطح أو السرداب فى أيام الشتاء فإنه لا يوجب نقصاً فى المنفعة. أما القسم الثانى: فلا- ينبغى التأمل فى عدم اقتضائه البطلان. و أما القسم الأول: فإن كان فوات المنفعة بنحو يعتد به، فلا ينبغى التأمل فى البطلان فيه، لانتفاء المعاوضة بالنسبة إليه، لانتفاء موضوعها. و إن كان بنحو لا يعتد به، فالظاهر عدم اقتضائه البطلان و لا الخيار. و مما ذكرنا يظهر جريان ما ذكر فى انهدام الكل، و تجيء فيه الأحكام. فاذا انهدم الدكان فى أثناء الليل فإعادة قبل الصبح لم يقتض شيئاً. و لعله أشار بعض الأعاظم فى حاشيته إلى ما ذكرنا. فراجع.

(١) كما حكى عن جماعة، و اختاره فى الشرائع، لأن مبنى المعاوضات على التسليم، فمع تعذره يثبت الخيار. و عن الشيخ و العلامة فى التذكرة:

انفساخ الإجارة، تنزيلاً لذلك منزلة التلف قبل القبض. و هو كما ترى، إذ التلف يكشف عن انتفاء المنفعة، و لا موجب لهذا التنزيل. (٢) لأن المنفعة لما كانت تدريجية فأخذ العين بعد القبض يوجب عدم تحقق القبض بالنسبة إلى المنفعة اللاحقة، و لذا نسب الخيار المذكور إلى جماعة: لكن فى جامع المقاصد و عن المسالك: لزوم العقد لتحقيق

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٥٦

التخلف من الأجرة. و يحتمل قوياً رجوع تمام الأجرة و دفع أجرة المثل لما مضى (١)- كما مر نظيره سابقاً- لأن مقتضى فسخ العقد عود تمام كل من العوضين إلى مالكهما الأول. لكن هذا الاحتمال خلاف فتوى المشهور.

[مسألة (١١): إذا منعه ظالم عن الانتفاع بالعين قبل القبض]

(مسألة ١١): إذا منعه ظالم عن الانتفاع بالعين قبل القبض تخير بين الفسخ (٢) و الرجوع بالأجرة (٣)، و بين الرجوع على الظالم بعوض ما فات. و يحتمل قوياً تعيين الثانى (٤) و إن كان منع الظالم أو غضبه بعد القبض يتعين الوجه الثانى (٥)

التسليم المعتبر فى اللزوم بالتسليم قبل الأخذ. و هو غير بعيد، لأن القبض المعتبر ارتكازاً عند العرف يراد به قبض العين، و إن كان لا يخلو من خفاء.

(١) كما تقدم منه (ره)، و تقدم تقييه.

(٢) لما سبق فى منع المؤجر.

(٣) على المالك المؤجر. و فى جامع المقاصد و عن غيره: احتمال جواز الرجوع إلى المؤجر بأجرة المثل، لأنها مضمونة عليه. لكن دفعه فى المسالك: بأن ضمان المؤجر ضمان المعاوضة، بمعنى: الرجوع إلى المسمى بعد الفسخ أو الانفساخ لا ضمان يد، كما هو ظاهر.

(٤) لكن الأقوى خلافه، لما عرفت من أن تعذر التسليم الذى عليه تبتنى المعاوضة موجب للخيار، من دون فرق بين أن يكون لمنع المؤجر، أو لمنع الظالم، أو لغير ذلك.

(٥) بلا- خلاف كما قبل. و ما تقدم فى أخذ المؤجر بعد التسليم غير آت هنا كما قيل. لكن الفرق لا يخلو من خفاء، فان منع الظالم

قبل القبض إذا كان قادحاً في حصول التسليم الذي تبنتى عليه المعاوضة، كان

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٥٧

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

[مسألة (١٢): لو حدث للمستأجر عذر في الاستيفاء]

(مسألة ١٢): لو حدث للمستأجر عذر في الاستيفاء كما لو استأجر دابة لتحمله إلى بلد، فمرض المستأجر ولم يقدر- فالظاهر البطلان.

مانعاً كذلك بعد القبض بالإضافة إلى المنفعة اللاحقة.

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

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

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٥٨

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

[مسألة (١٣): التلف السماوى للعين المستأجرة]

(مسألة ١٣): التلف السماوى للعين المستأجرة أو لمحل العمل موجب للبطلان، ومنه إتلاف الحيوانات. وإتلاف

(١) لتعذر المنفعة المشروطة، ومع عدم المنفعة لا مجال لصحة الإجارة.

ولا يكفى في الصحة مجرد قابلية العين للمنفعة في نفسها، كما لا يخفى بعد التأمل.

(٢) بأن تؤخذ المباشرة قيداً على نحو وحدة المطلوب. أما إذا كان أخذها على نحو تعدد المطلوب، كان لصاحب الشرط الخيار، نظير ما لو باعه شيئاً موصوفاً فتعذر الوصف، فالمستأجر يكون له الخيار بين الفسخ والرضا بذات المقيد.

(٣) قال في القواعد: «ولو حدث خوف منع المستأجر من الاستيفاء- كما لو استأجر جملاً للحج فتقطع السابلة- فالأقرب تخيير كل من المؤجر والمستأجر في الفسخ والإمضاء». وفيه: ما عرفت. مع أن الوجه في تخيير المؤجر لا يخلو من خفاء: إذ لا خلل في مقصده.

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

المعاوضة على المنفعة، ولا مجال لتحقيق المعاوضة مع عدم المنفعة خارجاً.

(٥) عبارة التعليل لا تخلو من مسامحة.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٥٩

المستأجر بمنزلة القبض (١). وإتلاف المؤجر موجب للتخيير بين ضمانه و الفسخ (٢). وإتلاف الأجنبي موجب لضمانه (٣).
و العذر العام بمنزلة التلف. و أما العذر الخاص بالمستأجر - كما إذا استأجر دابة لركوبه بنفسه فمرض و لم يقدر على المسافرة أو رجلا لقلع سنه فزال ألمه، أو نحو ذلك - ففيه إشكال.
و لا يبعد أن يقال: إنه يوجب البطلان إذا كان بحيث لو كان قبل العقد لم يصح معه العقد (٤).

[مسألة ١٤: إذا آجرت الزوجة نفسها بدون إذن الزوج فيما ينافى حق الاستمتاع]

(مسألة ١٤): إذا آجرت الزوجة نفسها بدون إذن الزوج فيما ينافى حق الاستمتاع وقفت على إجازة الزوج، بخلاف ما إذا لم يكن منافياً، فإنها صحيحة. و إذا اتفق إرادة الزوج للاستمتاع كشف عن فسادها.

(١) لا يخلو من إشكال، لأن اعتبار المنفعة عند العقلاء تابع لوجود العين خارجاً، و لا يكفي فيه الوجود الفرضي و لو كان ذمياً. و منه يظهر الاشكال فيما بعده، و إن كان يظهر من الجواهر و غيرها التسالم عليه.
(٢) أما الضمان: فلأن إتلاف العين إتلاف للمنفعة، و هو موجب لضمانها. و أما الفسخ: فلتخلف المقصود، و هو الانتفاع الخاص بالعين.

و يظهر من كلام غير واحد: المفروغية عن ثبوت الخيار لذلك.

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

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

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٦٠

[مسألة ١٥: قد ذكر سابقاً: ان كلاً من المؤجر و المستأجر يملك ما انتقل إليه بالإجارة بنفس العقد]

(مسألة ١٥): قد ذكر سابقاً: ان كلاً من المؤجر و المستأجر يملك ما انتقل إليه بالإجارة بنفس العقد، و لكن لا يجب تسليم أحدهما إلا بتسليم الآخر. و تسليم المنفعة بتسليم العين. و تسليم الأجرة باقباؤها إلا إذا كانت منفعة أيضاً، فتسليم العين التي تستوفى منها. و لا يجب على واحد منهما الابتداء بالتسليم. و لو تعاسرا أجزهما الحاكم. و لو كان أحدهما باذلاً دون الآخر و لم يمكن جبره كان للأول الحبس. إلى أن يسلم الآخر. هذا كله إذا لم يشترط في العقد تأجيل التسليم في أحدهما، و إلا كان هو المتبع.

هذا و أما تسليم العمل: فان كان مثل الصلاة و الصوم و الحج و الزيارة و نحوها فيأتمامه، فقبله لا يستحق المؤجر المطالبة و بعده لا يجوز للمستأجر المماطلة، إلا أن يكون هناك شرط أو عادة في تقديم الأجرة، فيتبع، و إلا فلا يستحق حتى لو لم يمكن له العمل إلا بعد أخذ الأجرة، كما في الحج الاستجاري إذا كان المؤجر معسراً. و كذا في مثل بناء جدار داره أو حفر بئر في داره أو نحو ذلك (١)، فإن إتمام العمل تسليم، و لا يحتاج إلى شيء آخر. و أما في مثل الثوب الذي أعطاه

(١) لا يظهر الفرق بين بناء الجدار و حفر البئر و خياطة الثوب، في أن كل واحد منها له أثر خارجي، لا يكون تسليم الأثر إلا بتسليم المحل و لعل المراد: صورة ما إذا كانت الدار التي فيها الجدار و البئر في يد المالك، فحينئذ لا ريب في حصول التسليم بمجرد تمام العمل. و لعله ظاهر العبارة الآتية.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٦١

ليخيطه، أو الكتاب الذى يكتبه، أو نحو ذلك مما كان العمل فى شىء بيد المؤجر: فهل يكفى إتمامه فى التسليم، فبمجرد الإتمام يستحق المطالبة، أو لا إلا بعد تسليم مورد العمل، فقبل أن يسلم الثوب - مثلاً - لا يستحق المطالبة الأجرة؟ قولان، أقواما: الأول (١)، لأن المستأجر عليه نفس العمل، و المفروض

(١) كما اختاره فى الجواهر، تبعاً لما فى الشرائع و ظاهر غيرها، للوجه المذكور فى المتن. و الثانى: ظاهر القواعد، و حكى عن جملة أخرى، و اختاره بعض الأعظم فى حاشيته فقال: «بل الثانى، و ضابط ذلك هو:

أنه لما كانت مالية العمل باعتبار نفس صدوره من العامل - كالعبادات مثلاً و حفر البئر و بناء الجدار و حمل المتاع و نحوه من مكان إلى آخر - فالفراغ عن العمل تسليمه. و إن كان الأثر المتولد منه هو مناط ماليته - كالخياطة و القصاره و الصياغة و نحو ذلك - فذلك الأثر يملك تبعاً لتملك العمل، و يتوقف تسليم ما آجر نفسه له على تسليمه بتسليم مورده على الأقوى. و لو تلف قبل ذلك بعد الفراغ عن العمل المستأجر له - كالخياطة مثلاً - كان بالنسبة إلى متعلق الإجارة من التلف قبل القبض الموجب لانفاسها. و لو أتلفه المؤجر أو أجنبى يتخير المالك فى فسخ الإجارة. فيستوفى قيمة الثوب غير مخيط ممن أتلفه، أو إمضائها فيستوفى قيمته مخيطاً، و يدفع الى العامل قيمة الخياطة. و يثبت للعامل حق حبس العين بعد إتمام العمل الى ان يستوفى أجرته».

أقول: قوله فى الحاشية المذكورة: «كالعبادات» لا يخلو من نظر، فإن مالية الأفعال المذكورة إنما هو بلحاظ ما يترتب عليها من الآثار، لا بلحظها فى نفسها، و لا سيما فى مثل بناء الجدار، فان الفرق بينه و بين خياطة الثوب فى غاية الخفاء. فإن الصفة الحادثة فى الثوب من الخياطة

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٦٢

.....

بعينها الصفة الحادثة فى الجدار من البناء. و هى فى المقامين منشأ الرغبة فى العمل، التى هى الموجب لاعتبار المالية فيهما.

و ربما يحتمل أن يكون وجه الفرق بين الأمثلة المذكورة: أن الأثر المترتب على العمل فى القسم الأول ليس له وجود خارجى، فإن نقل المتاع من مكان إلى آخر، إنما يترتب عليه إضافة الظرفية إلى المكان الثانى، و ليس هناك وجود زائد على وجود الظرف و المظروف، و نحوه بناء الجدار، و حفر البئر، إذ لا يترتب على الأول إلا اتصال الحجارة بالطين، و لا على الثانى إلا فصل التراب عن موضعه. و كذا أمثاله مما لا يترتب على الأعمال فيها إلا الإضافات الخاصة، بخلاف مثل صبغ الثوب، فان اللون موجود خارجى زائد على موضوعه.

و فيه: أن ذلك جار بعينه فى مثل الخياطة و الصياغة، فإن المترتب عليه ليس إلا الهيئة الخاصة، الحاصلة من تقارب الأجزاء أو تواصلها.

مع أن كون الأمور المذكورة ليست موجودات خارجية و أنها إضافات خارجية لا يستوجب الفرق بينها و بين مثل السواد و البياض فى الحكم المذكور، فان العرف لا يفرق بينهما فى جميع الأحكام، فان كان مثل السواد و البياض مملوكاً فهى أيضاً مملوكة، و إن كان مثلها مناط المالية فهى أيضاً كذلك.

و إن كان مثلها مما تصح الإجارة عليه فهى أيضاً كذلك، و إن كان تسليم العمل بتسليمها فهى أيضاً كذلك، فالفرق بينهما غير ظاهر. قوله - فى الحاشية - «تبعاً لتملك»: لا إشكال فى أن الأثر يملك تبعاً للعمل، لأنه متولد منه، إلا أن هذا المقدار لا يستوجب كون الأثر موضوعاً للمعاوضة الأخوذة فى حاق الإجارة، لمبايئته للعمل الذى هو تمام موضوعها، و حينئذ لا يكون عقد الإجارة موجباً لتسليمه

في ظرف تسلم الأجرة. هذا مضافاً الى أن تملك الأثر بالتبعية لا يتوقف على كون

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٦٣

أنه قد حصل، لا الصفة الحادثة في الثوب - مثلاً - و هي المخيطة (١)، حتى يقال: إنها في الثوب و تسليمها بتسليمه.

و على ما ذكرنا: فلو تلف الثوب - مثلاً - بعد تمام الخياطة في يد المؤجر بلا ضمان يستحق أجره العمل، بخلافه على القول الآخر (٢).
و لو تلف مع ضمانه أو أتلفه، وجب عليه قيمته

مالية العمل بلحاظ ترتيبه، فإنه لو كانت مالية العمل بلحاظ نفسه، و كان يترتب عليه أثر عيني خارجي أيضاً يكون مملوكاً لمالك.
فالمضابط - على هذا - ينبغي أن يكون هكذا: يعنى: أن العمل المستأجر عليه قسمان:

الأول: ما لا - يكون له أثر في موضوع. و الآخر: ما يكون له أثر عيني في موضوع. فالأول: لا إشكال في حصول تسليمه بإتمامه، و
استحقاق الأجرة به. و الثاني: فيه القولان المذكوران.

قوله - في الحاشية - : «يتخير المالك»: يعنى: لا - تبطل الإجارة بالتلف المذكور، لأن التالف لما كان مضموناً لم يكن من التلف قبل
القبض، بل من قبيل تخلف الوصف قبل القبض، الموجب للخيار.

(١) لأنها عين، و الإجارة انما تكون على المنفعة التي تنطبق على العمل لا على العين.

(٢) فإنه لا يستحق الأجر، لبطلان الإجارة بالتلف قبل القبض.

لكن هذا مبنى على التعدى من البيع إلى الإجارة، و هو غير ظاهر كما تقدم في المسألة السابعة، و تعرضنا له في شرح المسألة الرابعة.
إلا أن يقال:

إذا كان وجوب التسليم مشروطاً بإمكانه، فمع التلف لا يجب التسليم، و إذا كان الشيء لا يجب تسليمه أبداً لا يصح اعتبار الملكية له.
لكن ذلك غير البطلان. أو أن مقصودهم من أن التلف موجب للبطلان: أنه لا يجب معه التسليم.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٦٤

مع وصف المخيطة لا قيمته قبلها، و له الأجرة المسماة.

بخلافه على القول الآخر، فإنه لا - يستحق الأجرة و عليه قيمته غير مخيط. و أما احتمال عدم استحقاقه الأجرة مع ضمانه القيمة مع
الوصف. فبعيد، و إن كان له وجه (١). و كذا يتفرع على ما ذكر: أنه لا يجوز حبس العين بعد إتمام العمل إلى أن يستوفى الأجرة
(٢)، فإنها بيده أمانة، إذ ليست هي و لا الصفة التي فيها مورداً للمعاوضة، فلو حبسها ضمن، بخلافه على القول الآخر.

(١) يمكن أن يكون الوجه فيه ما أشرنا إليه، من عدم بطلان الإجارة بالتلف، غاية الأمر أنه لا يستحق الأجير المطالبة بالأجرة، و لا
يجب على المستأجر تسليمها، إذ على هذا تكون الصفة ملكاً للمستأجر، فيضمنها الأجير للمستأجر، و لا تجوز له المطالبة بالأجرة. نعم
بناء على أن التلف قبل القبض موجب للبطلان في الإجارة كالبائع يكون التلف موجباً لرجوع العمل ملكاً للعامل، فيتبعه أثره، و لا
موجب لضمان العامل، لأنه له لا لغيره. لكن يشكل هذا الوجه: بأن الصفة إذا كانت مضمونة للمستأجر فقد سلمت إليه بدفع البدل،
فيجب عليه دفع الأجرة لحصول التسليم من طرفه، و لا فرق في ذلك بين القول بكون الضمان معاوضةً، و كونه تدارك خسارة، لأن
تدارك الخسارة أيضاً نوع من التسليم، فيجب معه التسليم من الطرف الآخر. و إن شئت قلت: الأصل وجوب التسليم الا ما خرج، و
المتيقن منه صورة عدم التسليم من الطرف الآخر من كل وجه. فلاحظ.

(٢) كما جزم به في القواعد. و في الجواهر: أنه مناف لما سبق منه

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٦٥

[مسألة (١٦): إذا تبين بطلان الإجارة رجعت الأجرة إلى المستأجر]

(مسألة ١٦): إذا تبين بطلان الإجارة رجعت الأجرة إلى المستأجر، و استحق المؤجر أجره المثل بمقدار ما استوفاه المستأجر من المنفعة (١)، أو فأتت تحت يده (٢) إذا كان جاهلاً بالبطلان، خصوصاً مع علم المستأجر (٣).
و أما إذا كان عالماً فيشكل ضمان المستأجر، خصوصاً إذا كان جاهلاً، لأنه بتسليمه العين إليه قد هتك حرمة ماله، خصوصاً إذا كان البطلان من جهة جعل الأجرة ما لا يتمول شرعاً أو عرفاً، أو إذا كان أجره بلا عوض. و دعوى: أن إقدامه و إذنه في الاستيفاء إنما هو بعنوان الإجارة، و المفروض عدم تحققها، فإذنه مقيد بما لم يتحقق. مدفوعه: بأنه إن كان المراد كونه مقيداً بالتحقق شرعاً فممنوع، إذ مع فرض العلم بعدم

من عدم استحقاق الأجرة بإتمام العمل.

(١) العمدة في دليله الإجماع. و الاستدلال له بما دل على احترام مال المسلم
«١» أو قاعدة الضرر

«٢»، غير ظاهر، كما حرر ذلك في قاعدة: (ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده). مضافاً إلى ما يستفاد من صحيح أبي ولاد المشهور
«٣»، فإنه تضمن ضمان الانتفاعات المستوفاء.

حكيم، سيد محسن طباطبائي، مستمسك العروة الوثقى، ١٤ جلد، مؤسسه دار التفسير، قم - إيران، اول، ١٤١٦ هـ ق

مستمسك العروة الوثقى؛ ج ١٢، ص: ٦٥

(٢) دليله غير ظاهر، و الإجماع المدعى عليه في التذكرة لا مجال للركون إليه، لنقل الخلاف من جماعة، كما حرر ذلك في محله.
(٣) فإنه في هذه الحال يكون آثماً عاصياً، فأولى أن يؤخذ بأشق الأحوال.

(١) الوسائل باب: ١٥٢ من أبواب أحكام العشرة حديث: ١٢ و باب: ٣ من أبواب مكان المصلى حديث: ١، ٣.

(٢) تقدمت الإشارة إلى مستند القاعدة من النصوص في صفحة: ٣٩.

(٣) الوسائل باب: ١٧ من أبواب أحكام الإجارة حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٦٦

الصحة شرعاً لا يعقل قصد تحققه إلا على وجه التشريع المعلوم عدمه (١). و إن كان المراد تقيده بتحققها الإنشائي فهو حاصل. و من هنا يظهر حال الأجرة أيضاً، فإنها لو تلفت في يد المؤجر يضمن عوضها، إلا إذا كان المستأجر عالماً ببطلان الإجارة و مع ذلك دفعها إليه. نعم إذا كانت موجودة له أن يستردها. هذا و كذا في الإجارة على الأعمال، إذا كانت باطله يستحق العامل أجره المثل لعمله، دون المسماة إذا كان جاهلاً بالبطلان. و أما إذا كان عالماً فيكون هو المتبرع بعمله، سواء كان بأمر من المستأجر أولاً، فيجب عليه رد الأجرة المسماة أو عوضها، و لا يستحق أجره المثل. و إذا كان المستأجر أيضاً عالماً فليس له مطالبه الأجرة مع تلفها، و لو مع عدم العمل من المؤجر.

[مسألة (١٧): يجوز إجارة المشاع]

(مسألة ١٧): يجوز إجارة المشاع، كما يجوز بيعه و صلحه و هبته، و لكن لا يجوز تسليمه إلا بإذن الشريك إذا كان مشتركاً. نعم إذا كان المستأجر جاهلاً بكونه مشتركاً كان له خيار الفسخ للشركة، و ذلك كما إذا آجره داره فتيين أن

(١) هذا غير ظاهر، بل المرتكز في ذهن المتعاملين في أمثال المقام قصد المعاملة الشرعية بالسبب الخاص، فالتشريع يكون في السبب، و الدفع يكون مقيداً بملكية المدفوع إليه شرعاً، و إن كان لأجل التشريع في سببها. و هكذا الكلام في الأجرة و إجارة العامل، فان الدفع في جميع ذلك إنما كان بعنوان استحقاق المدفوع إليه، لا بعنوان كونه غير مستحق له، بل مستحق للدافع و العامل، و التبرع الخارج عن عموم الضمان مختص بالأخير لا غير. مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٦٧

نصفها للغير، و لم يجز ذلك الغير، فان له خيار الشركة، بل و خيار التبعض. و لو آجره نصف الدار مشاعاً، و كان المستأجر معتقداً أن تمام الدار له فيكون شريكاً معه في منفعتها، فتيين أن النصف الآخر مال الغير فالشركة مع ذلك الغير، ففي ثبوت الخيار له حينئذ وجهان (١). لا يبعد ذلك إذا كان في الشركة مع ذلك الغير منقصة له.

[مسألة ١٨): لا بأس باستئجار اثنين داراً على الإشاعة]

(مسألة ١٨): لا بأس باستئجار اثنين داراً على الإشاعة، ثم يقتسمان مساكنها بالتراضي أو بالقرعة (٢).

(١) أقواهما عدمه، لأن الموجب للخيار تخلف المقصود العقدي و كون الشريك زيداً أو عمراً لا دخل له في ذلك. (٢) هذا من قبيل قسمة المنافع، و قد صرح جماعة - منهم العلامة في القواعد - بعدم وجوب الإجابة إليها، و لو وقعت الإجابة جاز الفسخ حتى لو تصرف أحدهما على طبق القسمة. نعم لو تصرفا معاً على طبق القسمة لم يجز الرجوع إلا بالتراضي، و كأنه لعدم الدليل على عموم الإجابة إليها، بل عدم الدليل أيضاً على صحتها من حيث أنها قسمة، لاختصاص أدلة مشروعيتها بقسمة الأعيان، و لا تشمل المنافع. نعم لو وقع الصلح بينهم على القسمة كان لازماً، عملاً بعموم دليبه. اللهم إلا - أن يتمسك بعموم الوفاء بالعقود، فإنها نوع منها، و حينئذ يجب البناء على لزومها، و لا يصح الرجوع عنها. نعم لا تجب الإجابة إليها لعدم الدليل عليه، و لكونه خلاف قاعدة السلطنة. و أما التفكيك بين تصرفهما و تصرف أحدهما، فيجوز الرجوع في الثاني دون الأول، فغير ظاهر الوجه، لأنها إن كانت جائزة بعد تصرف أحدهما فقط فلتكن مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٦٨

و كذا يجوز استئجار اثنين دابة للركوب على التناوب، ثم يتفقان على قرار بينهما بالتعيين، بفسخ فرسخ، أو غير ذلك و إذا اختلفا في المبتدئ يرجعان إلى القرعة. و كذا يجوز استئجار اثنين دابة - مثلاً - لا على وجه الإشاعة. بل نوباً معينة بالمدّة أو بالفراسخ. و كذا يجوز إجارة اثنين نفسيهما على عمل معين على وجه الشركة، كحمل شيء معين لا يمكن إلا بالمتعدد.

[مسألة ١٩): لا يشترط اتصال مدّة الإجارة بالعقد على الأقوى]

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

جائزة بعد تصرفهما. و كأنه لذلك تنظر فى الجواهر فى الجملة فيما ذكره الجماعة.

(١) حكى عن الشيخ و أبى الصلاح، و علل بما فى المتن. و ظاهر محكى كلام الأول: أن الوجه فيه عدم الدليل على الصحة. و هو كما ترى، فان عموم الوفاء بالعقود كاف فى الدلالة عليها.
(٢) للإبهام.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٦٩

[فصل العين المستأجرة فى يد المستأجر أمانة]

إشارة

فصل العين المستأجرة فى يد المستأجر أمانة، فلا يضمن تلفها أو تعييبها إلا بالتعدى أو التفريط (١). و لو شرط المؤجر

(١) إجماعاً بقسميه عليه، كما فى الجواهر. و يستفاد من النصوص الواردة فى ضمان المستأجر إذا تعدى، فان مفهومها يقتضى عدم الضمان مع عدمه، كصاحح على بن جعفر

، و الحلبي

، و أبى ولاد

«١»، و غيرها و

فى صحيح محمد بن قيس: «قال أمير المؤمنين (ع): و لا يغرم الرجل إذا استأجر الدابة ما لم يكرهها أو يبغها غائلة» «٢».

و بالجملة: الحكم المذكور لا إشكال فيه. و أما ما دل على عدم ضمان الأمين

«٣» ففى شموله للمقام إشكال، لأن الظاهر منه الأمين على الحفظ، و هو غير ما نحن فيه.

و أما

صحيح الحلبي: «عن رجل استأجر أجيراً، فأقعه على متاعه.

فسرق. قال (ع): مؤتمن» «٤»

فيحتمل أن يكون المراد منه المؤتمن على الحفظ، فلا مجال للاستدلال به على المقام. نعم

فى صحيح الحلبي عن أبى عبد الله (ع): «صاحبا الوديعة و البضاعة مؤتمنان .. و قال:

ليس على مستعير عارية ضمان، و صاحب العارية و الوديعة مؤتمن» «٥»

، و دلالة على عدم ضمان المؤتمن على المال ظاهرة. و يعضدها ما دل على عدم

(١) الوسائل باب: ١٧ من أبواب أحكام الإجارة حديث: ٦، ٣، ١.

(٢) الوسائل باب: ٣٢ من أبواب أحكام الإجارة حديث: ١.

(٣) الوسائل باب: ٤ من أبواب أحكام الوديعة.

(٤) الوسائل باب: ٤ من أبواب أحكام الوديعة حديث: ٤.

(٥) الوسائل باب: ١ من أبواب أحكام العارية حديث: ٦.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٧٠
عليه ضمانها بدونهما فالمشهور (١) عدم الصحة (٢). لكن

ضمان الأجير

«١»، و المستأجر

«٢»، و المرتهن

«٣»، و المستعير

«٤»، و العامل

«٥»، و نحوهم من المؤتمنين. فيمكن استفادة قاعدة عدم ضمان الأمين بالمعنى الأعم، و يخرج به عن عموم:
(على اليد ما أخذت حتى تؤدى) «٦»

، بناء على عمومه للأمانة كما هو الظاهر. و على هذا فعدم ضمان المستأجر كما يستفاد من الأدلة الخاصة، يستفاد من القاعدة المذكورة.

(١) فى مفتاح الكرامة عن المرتضى: الصحة. بل ظاهر كلامه المحكى: أنه إجماع. و عن الأردبيلي و الكفاية: موافقته. و فى الرياض: أنه أظهر.

(٢) لما دل على عدم ضمان الأمين، فيكون شرط الضمان مخالفاً للكتاب «٧». و دعوى أن عدم ضمانه لعدم المقتضى، فلا يكون الشرط حينئذ مخالفاً للكتاب، لاختصاص المخالف بما كان على خلاف الحكم الاقتضائى لا مطلقاً. مندفعه: بأن عموم (على اليد ..) بعد ما كان شاملاً ليد الأمين، ظاهر فى وجود مقتضى الضمان فى يده، فعدم ضمانه لا بد أن يكون لمقتضى العدم. مع أن الشك فى كونه من باب التراجع. فيكون

(١) الوسائل باب: ٢٩ من أبواب أحكام الإجارة.

(٢) الوسائل باب: ٣٢ من أبواب أحكام الإجارة.

(٣) الوسائل باب: ٥ من أبواب أحكام الرهن.

(٤) الوسائل باب: ١ من أبواب أحكام العارية.

(٥) الوسائل باب: ٣٠ من أبواب أحكام الإجارة.

(٦) مستدرک الوسائل باب: ١ من أبواب أحكام الغصب حديث: ٤، و باب: ١٢ من أبواب الوديعه حديث: ١٢ و كتر العمال الجزء: ٥ حديث: ٥١٩٧.

(٧) لقوله تعالى ﴿مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ﴾ التوبة: ٩١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٧١

.....

عدم الضمان اقتضائياً، و كونه من باب التخصيص كاف فى عدم جواز الرجوع إلى عموم:

«المؤمنون عند شروطهم» «١»

، لكون الشبهة حينئذ مصداقية. و أصالة عدم المخالفة للكتاب موقوفة على استصحاب العدم الأزلى اللهم إلا أن يقال: المرتكز عند

العقلاء كون خروج يد الأمين من باب التخصيص، فيكون عدم الضمان لعدم المقتضى، لا من باب التزاحم، وحينئذ يشكل البناء على فساد الشرط، لأجل كونه مخالفاً للكتاب.

اللهم إلا أن يوجه الفساد بأنه من باب شرط النتيجة- كما أشار إلى ذلك في الجواهر هنا- فإن التحقيق بطلان شرط النتيجة، إذ النتائج لا تقبل أن تكون مضافة إلى مالك، فلا تكون شرطاً، إذ التحقيق أن الشرط مملوك للمشروط له، فإذا امتنع أن تكون مملوكة امتنع أن تشترط ملكيتها. نعم إذا كانت في العهدة جاز أن تكون مملوكة، لكنها حينئذ تخرج عن كونها شرط نتيجة، بل تكون من قبيل شرط الفعل، وليس هو محل الكلام. مثلاً إذا قال: بعثك داري و لك على أن أملكك فرسي، كان من شرط الفعل، و لا إشكال في جوازه. و إذا قال: و لك على ملكية فرسي، و قصد المعنى الأول، كان أيضاً من شرط الفعل و كان صحيحاً.

و إذا قصد أن له ملكية الفرس من دون أن تكون في عهدة المشروط عليه، كان من شرط النتيجة، و كان مورداً للإشكال المذكور، من أن النتائج إذا لم تكن في العهدة لا تصلح لأن تكون طرفاً لإضافة الملكية. و كذلك سائر الأعيان التي لا وجود لها في الخارج، إذا لم تكن في العهدة لا تكون مملوكة أيضاً.

هذا مضافاً: إلى أن مفاد صيغة الشرط مجرد جعل التمليك بين المشروط له و الشرط، لا جعل الشرط المملوك، فإن الصيغة لا تتكفله،

(١) الوسائل باب: ٢٠ من أبواب المهور حديث: ٤.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٧٢

الأقوى صحته. و أولى بالصحة إذا اشترط عليه أداء مقدار

فاذا لم يكن مجعولاً لم يكن ثابتاً، فلا يكون شرط النتيجة موجباً لتحقيق النتيجة، و لا يصح حينئذ ترتيب الأثر عليها. و ليس المراد من بطلان شرط النتيجة إلا هذا المعنى، أعني: عدم ترتب النتيجة عليه.

ثم إن الإشكاليين المذكورين في شرط النتيجة، إنما يمتنعان عنه إذا كان مفاد الشرط في العقد تمليك الشرط للمشروط له، كما هو الظاهر، و يقتضيه مناسبه باب شرط الفعل، و باب الإقرار، و نحوهما. أما لو كان مفاده مجرد الالتزام للمشروط له بالشرط، فمرجهه إلى إنشاء شرط النتيجة في ضمن العقد، و لا بأس به عملاً بعموم نفوذ الشرط، إلا إذا كان مفهومه لا ينشأ إلا بسبب خاص، فان عموم الشرط حينئذ لا يصلح لتشريع صحة إنشائه بدون ذلك السبب، لأنه يكون مخالفاً للكتاب، فيدخل في الشرط الباطل.

ثم إن ما ورد في النصوص من شرط النتيجة، كشرط الضمان في العارية، و شرط الضمان في المسألة الآتية، لا بد إما أن يحمل على شرط الفعل بأن يكون المقصود من شرط الضمان شرط تدارك خسارة التالف، كما سيأتى في كلام المصنف، و إما أن يكون المقصود إنشاء النتيجة نفسها في ضمن العقد، من دون قصد تمليك للمشروط له. و مثل ذلك ما ورد في الاستعمال العرفي، فإنه لا بد أن يحمل على أحد الأمرين، و يختلف ذلك باختلاف القرائن المكتنفة في المقام، فقد تقتضى الأول، و قد تقتضى الثاني.

و أما نذر النتيجة، فالكلام فيه أظهر، لاشتغال صيغة النذر على اللام الدالة على الملك. و حمل اللام على أنها لام الصلة، و الظرف مستقر متعلق بقوله: التزمت، يعني: التزمت لله تعالى، خلاف الظاهر جداً. و قد تعرضنا لذلك في أوائل مباحث الزكاة من هذا الشرح.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٧٣

مخصوص من ماله على تقدير التلف أو التعيب (١)، لا بعنوان الضمان (٢). و الظاهر عدم الفرق في عدم الضمان مع عدم الأمرين- بين أن يكون التلف في أثناء المدة أو بعدها إذا لم يحصل منه منع للمؤجر عن عين ماله إذا طلبها، بل خلى بينه و بينها و لم يتصرف بعد ذلك فيها. ثم هذا إذا كانت الإجارة صحيحة.

و أما إذا كانت باطلة ففي ضمانها وجهان. أقواهما: العدم (٣)

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

(٢) كما صرح بذلك في الجواهر، و الظاهر أنه المشهور، عملاً بالاستصحاب. و عن الإسكافي و الطوسي: إطلاق الضمان بعد المدّة. و يقتضيه عموم «على اليد..»، المقتصر في الخروج عنه على ما في المدّة لدليله، و الاستصحاب لا يعارض العام. نعم إذا كان ظاهر ترك المطالبة الائتمان. دخل في عموم نفي الضمان.

(٣) كما هو المشهور، لقاعدة: (ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده)، المجمع عليها. و قد استدل بها على ذلك في المقام في محكي التذكرة و غيرها.

و دعوى: اختصاص القاعدة فيما هو مصب العقد، و هو في الإجارة منفعة العين. فيها أن ذلك خلاف مقتضى استدلالهم بها على عدم الضمان.

مع أن استدلالهم عليها بالاقدام على الاذن المجاني، المانع من عموم «على اليد ما أخذت..»

مطرد في المقامين. مضافاً إلى أن الإجارة أيضاً موضوعها العين كما عرفت في أول الكتاب، فإنه يصح أن يقول: آجرت العين، و لا يصح أن يقول: آجرت المنفعة، فالعين موضوع للإجارة. و كذلك يقال: أعرت العين.

ثمّ إنه لو بنى على عدم شمول عكس القاعدة، كفى في نفي الضمان ما دل مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٧٤ خصوصاً إذا كان المؤجر عالماً بالبطان حين الإقباض، دون المستأجر.

[مسألة ١: العين التي للمستأجر بيد المؤجر الذي أجر نفسه لعمل فيها - كالثوب أجر نفسه ليخيطه - أمانة]

(مسألة ١): العين التي للمستأجر بيد المؤجر الذي أجر نفسه لعمل فيها - كالثوب أجر نفسه ليخيطه - أمانة، فلا يضمن تلفها أو نقصها إلا بالتعدى أو التفريط (١)، أو

على عدم ضمان المستأمن

«١»، فإن موضوع عدم الضمان هو الأمين العرفي، و هو حاصل في الإجارة الصحيحة و الفاسدة بنحو واحد. و دعوى: أن الاستيمان مبنى على الإجارة، فإذا تبين فسادها فقد تبين انتفاؤه. يدفعها:

أن ظاهر نصوص عدم الضمان مع الاستيمان عموم الحكم لصورة التلف المؤدى إلى فساد العقد من أول الأمر، فتدل تلك النصوص على نفي الضمان مع الاستيمان، و لو كان في العقد الفاسد. فلاحظ تلك النصوص العامة و الخاصة في موارد، فإنها تدل على ما ذكرنا من أن الاستيمان المبنى على العقد موضوع لعدم الضمان، و إن تبين بطلان العقد كما أشرنا الى ذلك في (نهج الفقاهة). هذا و لم يحك الخلاف في المقام إلا عن الأردبيلي و صاحب الرياض، و الذي عثرت عليه من كلام الأول في مسألة عدم ضمان المستأجر هو:

عدم الضمان في الإجارة الفاسدة، مستدلاً عليه بالأصل و القاعدة المتقدمة.

نعم في الرياض. في مسألة ثبوت أجره المثل في كل موضع تبطل فيه الإجارة، اختار الضمان حاكياً نسبتته الى المفهوم من كلمات

الأصحاب، مستدلاً عليه بعموم «على اليد..»، و استشكل فيه إذا كان المؤجر عالماً بالفساد، للشبهة المتقدمة.

(١) بلا خلاف فيه، كما اعترف به غير واحد نعم في الشرائع:

(١) راجع الوسائل باب: ٤ من أبواب أحكام الوديعه.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٧٥

اشترط ضمانها على حذو ما مرّ في العين المستأجرة (١). و لو تلفت أو أتلها المؤجر أو الأجنبي، قبل العمل أو في الأثناء بطلت الإجارة، و رجعت الأجرة بتمامها أو بعضها إلى المستأجر بل لو أتلها مالكة المستأجر كذلك أيضاً (٢). نعم لو كانت الإجارة واقعة على منفعة المؤجر، بأن يملك منفعته الخياطى فى يوم كذا، يكون إتلافه لمتعلق العمل بمنزلة استيفائه، لأنه بإتلافه إياه فوت على نفسه المنفعة. ففرق بين أن يكون العمل فى ذمته، أو أن يكون منفعة الكذائية للمستأجر، ففى

نسبته إلى الأصح، و ظاهره وقوع الخلاف فيه. و فى المسالك: وجود القول بالضمان. و عن المرتضى: الإجماع. لكن فى الجواهر- تبعاً لمفتاح الكرامة- أن الخلاف فى الضمان مع التهمة، لا مع العلم بعدم التفريط و التعدى. و كيف كان، فيدل عليه ما عرفت من النصوص الدالة على عدم ضمان المستأمن، فإن المقام منه.

(١) كما هو المشهور كما قيل. و يشهد له

خبر موسى بن بكير: «عن رجل استأجر سفينة من ملاح فحملها طعاماً و اشترط عليه إن نقص الطعام فعليه. قال (ع): جائز. قلت: إنه ربما زاد الطعام. قال: فقال:

يدعى الملاح أنه زاد فيه شيئاً؟، قلت: لا، قال: هو لصاحب الطعام الزيادة، و عليه النقصان إذا كان قد اشترط ذلك» (١).

و قد عرفت أنه لا بد من حمله على شرط الفعل، أو على كون المقصود منه إنشاء الضمان فى ضمن العقد.

(٢) لعدم الفرق بين صور التلف، فى أن عدم العين يوجب تعذر

(١) الوسائل باب: ٣٠ من أبواب أحكام الإجارة حديث: ٥.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٧٦

الصورة الأولى التلف قبل العمل موجب للبطلان و رجوع الأجرة إلى المستأجر و إن كان هو المتلف، و فى الصورة الثانية إتلافه بمنزلة الاستيفاء، و حيث أنه مالك لمنفعة المؤجر و قد فوتها على نفسه فالأجرة ثابتة عليه.

[مسألة ٢: المدار فى الضمان على قيمة يوم الأداء فى القيميات]

(مسألة ٢): المدار فى الضمان على قيمة يوم الأداء فى القيميات (١)، لا يوم التلف، و لا أعلى القيم على الأقوى.

العمل المستأجر عليه، لارتباطه به، الموجب لكون فواته و انعدامه موجباً لانعدام المتعلق به. و من هنا يشكل الفرق بين الصورة المذكورة و الصورة الأخرى، إذ أيضاً يقال فيها: إن تعذر العين يوجب تعذر المنفعة الخاصة بل يمكن كون البطلان فى الثانية أظهر، لعدم قيام غيره مقامه فى الثانية، بخلاف الأولى، لكنه فرق لا يوجب إلا الأولوية. و بالجملة بعد ما:

كان موضوع الإجارة متعلقاً بالعين و هى متعذرة، يكون موضوع الإجارة متعذراً فتبطل، و لا فرق بين صورتين فى ذلك. و أما دعوى المصنف (ره) أن إتلافه بمنزلة الاستيفاء فغير ظاهرة، و إلا كان تلفه بمنزلة حصولها، و لا يظن التزامه بذلك. و مثله دعوى كون تسليم

المؤجر نفسه للعمل موجباً لاستقرار الأجر، فإنه إنما يسلم إذا كانت المنفعة مقدورة، و الإجارة باقية على صحتها، و قد عرفت خلافه.
(١) كما هو أحد الأقوال في المسألة. و العمدة فيه البناء على بقاء العين في الذمة إلى زمان الأداء، فتعتبر القيمة حينئذ، و قيل قيمة زمان المخالفة، اعتماداً على

صحيح أبي ولاد «١»، المشتمل على قوله: «أ رأيت لو نفق البغل أو عطب أليس كان يلزمني؟!»، قال (ع): قيمة بغل يوم خالفته»
، بناء على أن قوله (ع):

«يوم خالفته»

، إما مضاف إليه

(١) الوسائل باب: ١٧ من أبواب أحكام الإجارة حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٧٧

.....

القيمة. المضافة إلى البغل، أو قيد للاختصاص الحاصل من إضافة القيمة إلى البغل. و فيه: أن الأول غير معهود في الاستعمال و لا يمكن ارتكابه. و الثاني غير معقول، لأن الاختصاص ملحوظ معنى حرفياً لا اسمياً، و لا يمكن التعلق به. بل الظاهر كونه قيماً لعامل الجملة الجوابية المقدر، أعنى قوله: «يلزمك» و كما أن القيمة فاعله، كذلك الظرف قيده.

و التقدير- بعد ملاحظة الشرط في السؤال:- يلزمك يوم المخالفة قيمة بغل لو نفق أو عطب البغل، فيدل على أن الانتقال إلى القيمة يوم التلف.

و لأجل أن الوجه في ضمان القيمة تدارك الخسارة المالية في العين، يتعين البناء على قيمة يوم التلف، لأن ثبوت القيمة المذكورة تدارك لمالية العين الفائتة حينئذ. و من هنا حكى عن الأكثر: أن الاعتبار بقيمة يوم التلف.

و يعضده بعض النصوص الأخرى: مثل ما ورد في المعنى حصته من عبد.

أنه يقوم قيمته يوم أعتق أو يوم حرر

«١». و كأن المصنف (ره) جعل المتعلق به الظرف. الفعل المقدر و هو:

يلزمك، من دون أن يقدره معلقاً على شرط التلف، فتكون الرواية عنده مجملته من هذه الجهة، فيتعين الرجوع في تعيين القيمة إلى القواعد. و لما كان الأظهر عنده: أن العين بنفسها باقية بعد التلف في الذمة. و ان كانت قيمته، تعين أن تكون القيمة بلحاظ زمان الأداء، لأنه زمان التدارك.

و ما ذكره (ره) من بقاء العين في الذمة و إن كان في محله، لكن جعل الفعل المقدر المتعلق به الظرف مطلقاً لا معلقاً على التلف خلاف الظاهر. و قد عرفت أنه إذا أخذ معلقاً على التلف، فالإطلاق المقامى لدليل ثبوت القيمة يقتضى الحمل على المرتكزات العقلانية، و هي تقتضى أن تكون بلحاظ زمان التلف، لأنه به يكون التدارك، و إلا- كان تداركاً بالأكثر أو بالأقل، و هو خلاف المرتكز جداً.

(١) الوسائل باب: ١٨ من أبواب كتاب العتق حديث: ٣، ٤.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٧٨

[مسألة (٣): إذا أتلّف الثوب بعد الخياطة ضمن قيمته مخيطاً]

(مسألة ٣): إذا أتلّف الثوب بعد الخياطة ضمن قيمته مخيطاً (١)، واستحق الأجره المسماة. وكذا لو حمل متاعاً إلى مكان معين ثمّ تلف مضموناً أو أتلّفه، فإنه يضمن قيمته في ذلك المكان، لا أن يكون المالك مخيراً بين تضمينه غير مخيط بلا أجره، أو مخيطاً مع الأجره (٢). وكذا لا- أن يكون في المتاع مخيراً بين قيمته غير محمول في مكانه الأول بلا أجره، أو في ذلك المكان مع الأجره، كما قد يقال.

[مسألة ٤: إذا أفسد الأجير للخياطة أو القصاره أو التفصيل الثوب ضمن]

(مسألة ٤): إذا أفسد الأجير للخياطة أو القصاره أو التفصيل الثوب ضمن. وكذا الحجام إذا جنى في حجامته (٣) أو الختان في ختانه. وكذا الكحال أو البيطار. وكل من آجر نفسه لعمل في مال المستأجر إذا أفسده يكون ضامناً إذا تجاوز عن الحد المأذون فيه، وإن كان بغير قصده، لعموم «من أتلّف ..» و

للصحيح (٤) عن أبي عبد الله (ع):

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

(٢) قد تقدم منه أنه على القول الثاني يكون من التلف قبل القبض، الموجب لبطلان الإجارة، فلا يستحق الأجره، و يضمن قيمة العين غير موصوفة. وقد تقدم في بعض الحواشي القول بالتخيير بين الأمرين المذكورين.

و ذكرنا هناك وجهه، و أن الضمان يجعل التلف من قبيل تلف الوصف، و هو خصوصية الصفة، لا- تلف العين التي هي قوام المعاوضة، الموجب لبطلان إذا كان قبل القبض، و تلف الوصف قبل القبض يوجب الخيار:

(٣) استفاض نقل الإجماع صريحاً و ظاهراً عليه في محكي جماعة.

(٤) يريد به صحيح الحلبي

«١».

(١) الوسائل باب: ٢٩ من أبواب أحكام الإجارة حديث: ١٩.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٧٩

«في الرجل يعطى الثوب ليصبغه، فقال، (ع): كل عامل أعطيته أجراً على أن يصلح فأفسد فهو ضامن».

بل ظاهر المشهور ضمانه و إن لم يتجاوز عن الحد المأذون فيه (١)، و لكنه مشكل (٢). فلو مات الولد بسبب الختان، مع كون الختان حاذقاً، من غير أن يتعدى عن محل القطع، بأن كان أصل الختان مضرراً به، في ضمانه إشكال.

[مسألة ٥: الطبيب المباشر للعلاج إذا أفسد ضامن]

(مسألة ٥): الطبيب المباشر للعلاج إذا أفسد ضامن (٣)

(١) لإطلاقهم القول بضمان الأجير.

(٢) بل في محكي التحرير: نفي الضمان. و عن الكفاية: أنه غير بعيد.

و مال إليه في الجواهر. و جزم به بعض المحققين، للآذن الراجعة للضمان إجماعاً، و الصحيح المذكور و نحوه ظاهر في صورة عدم

وجود العمل المستأجر عليه. و دعوى: أن الاذن مشروطة بالسلامة، فلا تشمل صورة التلف، ممنوعة، بل هو خلاف المفروض. نعم لا يبعد كون السلامة من قبيل الداعي، الذي لا يقدر تخلفه في حصول الاذن. هذا إذا كان الفساد من لوازم الفعل المأذون فيه- ولو في خصوص المورد- واقعاً، وإن جهلت الملازمة. أما إذا لم يكن من لوازمه، فحصل من باب الاتفاق، فالبناء على الضمان في محله، لأنه غير مأذون فيه لا بالأصالة ولا بالتبعية.

(٣) كما هو المعروف. و يشهد له

خبر السكوني: «من تطب أو تبيطر فليأخذ البراءة من وليه، وإلا فهو ضامن» (١).

مضافاً الى عموم قاعدة: «من ألتف»، و الصحيح المتقدم، و نحوه. و عن الحلبي:

(١) الوسائل باب: ٢٤ من أبواب موجبات الضمان حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٨٠

و إن كان حاذقاً. و أما إذا لم يكن مباشراً بل كان آمراً، ففي ضمانه إشكال (١)، إلا أن يكون سبباً و كان أقوى من المباشر و أشكل منه إذا كان واصفاً للدواء، من دون أن يكون آمراً كأن يقول: إن دواءك كذا و كذا. بل الأقوى فيه عدم الضمان و إن قال: الدواء الفلاني نافع للمرض الفلاني، فلا ينبغي الإشكال في عدم ضمانه، فلا وجه لما عن بعضهم من التأمل فيه. و كذا لو قال: لو كنت مريضاً بمثل هذا المرض لشربت الدواء الفلاني.

[مسألة ٦: إذا تبرأ الطبيب من الضمان، و قبل المريض أو وليه]

(مسألة ٦): إذا تبرأ الطبيب من الضمان، و قبل المريض أو وليه، و لم يقصر في الاجتهاد و الاحتياط برأ

عدم الضمان، للاذن. و فيه: أن الاذن كان في العلاج، لا في الإفساد.

(١) المحكى عن بعض: نفى الريب في الضمان، لإطلاق الإجماع المحكى على ضمان الطبيب، و لخبر السكوني المتقدم، و لأنه المتلف لأنه السبب، و هو هنا أقوى من المباشر. و الجميع كما ترى، لمنع الإجماع. و الخبر ظاهر في المباشر، بقريته اقترانه بالبيطار، لا أقل من عدم عمومته للأمر. و قوة السبب بنحو يستند اليه التلف عرفاً غير ظاهر. و أما قاعدة الغرور فليس بناؤهم على العمل بها في أمثال المقام ظاهراً، على أن في صدقه مع جهل الغار تأملاً، و لا سيما مع قيام السيرة على عدم التضمن بمجرد ذلك.

و لأجل ما ذكر كان عدم الضمان مختار جماعة من المحققين إذا كان واصفاً غير أمر، منهم صاحب الجواهر، بل و إذا كان آمراً أيضاً، و إن كان في الجواهر مال الى الضمان، بناء على قوة السبب بالنسبة إلى المباشر في مثله، الذي عرفت منعه، و لا سيما و كون الأمر إرشادياً، فهو بمنزلة الوصف

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٨١

على الأقوى (١).

[مسألة ٧: إذا عثر الحمال فسقط ما كان على رأسه]

(مسألة ٧): إذا عثر الحمال فسقط ما كان على رأسه أو ظهره- مثلاً- ضمن (٢)، لقاعدة الإتلاف.

(١) كما هو المشهور، بل لا يعرف الخلاف فيه إلا من الحلبي و بعض آخر، لعدم جواز الاسقاط قبل الثبوت، و حملاً للخبر المتقدم

على البراءة بعد الجنائية. وفيه أن الحمل المذكور خلاف ظاهر الخبر، فلا مجال لرفع اليد عنه بعد حجيته و اعتماد الأصحاب عليه. مع أن ما ذكر لا يتم لو كانت البراءة شرطاً في عقد الإجارة، لأنه ليس من الاسقاط قبل الثبوت، بل هو من شرط السقوط كما في شرط سقوط الخيار. اللهم إلا أن يقال:

إنه من شرط النتيجة. لكن عرفت قريباً الكلام فيه، وأنه لا بأس به إذا كان المقصود إنشاء النتيجة في ضمن العقد.

(٢) كما نص عليه في الجواهر، لما ذكر، و

للصحيح: «في رجل حمل متاعاً على رأسه، فأصاب إنساناً فمات أو انكسر منه. قال (ع):

هو ضامن» (١).

لكن في شموله للفرض تأمل. فالعمدة قاعدة الإتلاف.

و دعوى أنه من التلف غير ظاهرة، لاستناده اليه و إن كان عن غير قصد، كما لو عثر فرجع على إناء غيره فكسره. و منه يظهر ما عن كشف اللثام من عدم الضمان إلا مع التفريط، أو كونه عارياً مضموناً. نعم إذا كانت سلسلة أسباب، بعضها اختياري و بعضها غير اختياري، نسب الفعل إلى الفاعل المختار، كما لو عمد إلى نائم فنخسه، فانقلب على إناء ثالث فكسره، نسب الكسر إلى الناخس. أما لو كانت كلها غير اختيارية نسب الفعل إلى المباشر، كما لو انقلب النائم على نائم آخر، فانقلب الثاني على

(١) الوسائل باب: ١٠ من أبواب موجبات الضمان حديث: ١، و باب: ٣٠ من أبواب أحكام الإجارة حديث: ١١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٨٢

[مسألة ٨: إذا قال للخياط مثلاً: إن كان هذا يكفيني قميصاً فاقطعه، فلم يكف]

(مسألة ٨): إذا قال للخياط مثلاً: إن كان هذا يكفيني قميصاً فاقطعه، فلم يكف، ضمن في وجه (١).

و مثله لو قال: هل يكفي قميصاً؟ فقال: نعم. فقال: اقطعه فلم يكفه (٢). و ربما يفرق بينهما فيحكم بالضمان في الأول دون الثاني (٣)، بدعوى عدم الاذن في الأول دون الثاني.

و فيه: أن في الأول أيضاً الإذن حاصل (٤). و ربما يقال بعدم الضمان فيهما، للاذن فيهما. و فيه: أنه مقيد بالكفاية، إلا أن يقال أنه مقيد باعتقاد الكفاية، و هو حاصل (٥). و الأولى الفرق بين الموارد والأشخاص بحسب صدق الغرور و عدمه، أو

إناء فكسره، نسب الفعل إلى الثاني. و لو كانت كلها اختيارية، كما لو ضرب زيد عمراً. فغضب عمرو و كسر إناء بكر، نسب الكسر إلى عمرو.

و من ذلك تعرف أن الاختيار ليس شرطاً في صحة النسبة، إلا- إذا كان موجوداً في سلسلة العلة، فإنه يستند الفعل إلى السبب الاختياري لا غير.

(١) كما في القواعد و غيرها. و اختاره في الجواهر، لعدم الاذن في القطع فيكون النقص موجباً لضمان فاعله.

(٢) كأن وجه الضمان فيه قاعدة الغرور، و إلا فالنقص الصادر من الخياط كان بإذن المالك.

(٣) كما في القواعد و غيرها. و اختاره في الجواهر.

(٤) فيه منع، لأن الإذن الحاصلة كانت مشروطة بالكفاية، و المفروض عدمها.

(٥) بل غير مقيد و إنما هو مطلق، و إن كان عن داعي اعتقاد الكفاية، لكن تخلف الداعي لا يقدح في حصول الاذن، كما في غيره.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٨٣

تقيد الاذن و عدمه، و الأحوط مراعاة الاحتياط.

[مسألة ٩: إذا آجر عبده لعمل فأفسد]

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

(١) كما عن النهاية و في الروض و غيره، و كأنه

للحسن: «قضى أمير المؤمنين (ع) في رجل، كان له غلام استأجره منه صانع أو غيره قال (ع): إن كان ضيع شيئاً أو أبق منه فمواليه ضامنون» (١)

، بعد حمل الصحيح الآتي على المثال، بأن يكون ذكر الكسب من باب تمثيل ما يكون مع الضمان.

(٢) كما عن الحلبي و جامع المقاصد، عملاً منهم بالقواعد، لأن العبد هو المتلف.

(٣) هذا التفصيل منسوب إلى المسالك، حملاً للصحيح على ذلك، كما تقتضيه القاعدة، لأن إذنه في العمل المترتب عليه التلف بلا تفريط بمنزلة إسقاط حقه من كسبه، فيجب على العبد الكسب لتفريط ذمته.

بخلاف صورة التفريط فإنه لا إذن له في العمل حينئذ، فحقه في كسب العبد بحاله، و هو مانع عن تصرف العبد فيه، و لا وجه لضمان المولى حينئذ لعدم كونه متلفاً. و فيه: أن مجرد الاذن في العمل لا يكفي في تسويغ تصرفه في كسب العبد، الذي هو ماله في غير مورد الاذن، فالعمل بإطلاق النصوص متعين.

(٤) كما في القواعد تبعاً للشرائع. و تبعهما جماعة،

للصحيح: «و في رجل استأجر مملوكاً فيستهلك مالا كثيراً، قال (ع): ليس على مولاه

(١) الوسائل باب: ١١ من أبواب أحكام الإجارة حديث: ٢، و باب: ١٢ من أبواب موجبات الضمان حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٨٤

أقواها: الأخير، للنص الصحيح (١). هذا في غير الجناية على نفس أو طرف، و إلا- فيتعلق برقبته، و للمولى فداؤه بأقل الأمرين من الأرش و القيمة.

[مسألة ١٠: إذا آجر دابة لحمل متاع]

(مسألة ١٠): إذا آجر دابة لحمل متاع، فعثرت، و تلف أو نقص، لا ضمان على صاحبها، إلا إذا كان هو السبب بنخس أو ضرب.

[مسألة ١١: إذا استأجر سفينة أو دابة لحمل متاع فنقص أو سرق]

(مسألة ١١): إذا استأجر سفينة أو دابة لحمل متاع فنقص أو سرق، لم يضمن صاحبها. نعم لو اشترط عليه الضمان صح، لعموم دليل الشرط، و للنص (٢).

[مسألة ١٢: إذا حمل الدابة المستأجرة أزيد من المشروط أو المقدار المتعارف مع الإطلاق]

(مسألة ١٢): إذا حمل الدابة المستأجرة أزيد من المشروط أو المقدار المتعارف مع الإطلاق، ضمن تلفها أو عوارها (٣). و الظاهر

ثبوت أجره المثل لا المسمى مع عدم

شئ، و ليس لهم أن يبيعوه، و لكنه يستسعى، فان عجز فليس على مولاه شئ، و لا على العبد» (١) ، فيقيد به إطلاق الحسن السابق، فيحمل على كون ضمان المولى فى خصوص الكسب.

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

(٢) تقدم فى المسألة الأولى.

(٣) إجماعاً نصاً «٢» و فتوى، و المشهور أنه يضمن تمامها. و عن الإرشاد: أنه يضمن نصفها، لأن الحمل بعضه مأذون فيه و بعضه غير

(١) الوسائل باب: ١١ من أبواب أحكام الإجارة حديث: ٣.

(٢) لم نعثر على نص وارد فى هذا الموضوع خاصة فى مظان النصوص من كتب الحديث و الفقه، و لعل المراد به ما ورد فى نظائره

من موارد التعدى عن مقتضى الشرط أو الإطلاق، فراجع الوسائل باب: ١٦ و ١٧ و ٣٢ من أبواب أحكام الإجارة.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٨٥

ال تلف، لأن العقد لم يقع على هذا المقدار من الحمل. نعم لو لم يكن ذلك على وجه التقييد، ثبت عليه المسماة و أجره المثل بالنسبة إلى الزيادة (١).

[مسألة (١٣): إذا اكرت دابة، فسار عليها زيادة عن المشترط، ضمن]

(مسألة ١٣): إذا اكرت دابة، فسار عليها زيادة عن المشترط، ضمن. و الظاهر ثبوت أجره المسماة بالنسبة إلى المقدار المشترط، و أجره المثل بالنسبة إلى الزائد.

[مسألة (١٤): يجوز لمن استأجر دابة للركوب أو الحمل أن يضربها]

(مسألة ١٤): يجوز لمن استأجر دابة للركوب أو الحمل أن يضربها إذا وقفت على المتعارف، أو يكبحها باللجام أو نحو ذلك على المتعارف، إلا مع منع المالك من ذلك (٢)، أو كونه معها و كان المتعارف سوقه هو. و لو تعدى عن

مأذون فيه. و فيه: أن الموجب للضمان العدوان، الحاصل بحمل ما لم يأذن به المالك.

(١) حكى فى المسألة ثلاثة أقوال: الأول: ثبوت أجره مثل المجموع.

حكى عن الأردبيلى. و الثانى: أجره مثل الزائد مع المسمى. حكى عن المشهور. و الثالث: ثبوت المسمى مع أجره الزيادة بحساب المسمى. حكى عن المقنعة. و الأخير غير ظاهر. و الأولان محمولان على التفصيل المذكور فى المتن فيرتفع الخلاف. يظهر ذلك من دليلهما. نعم لازم ما اختاره فى المسألة السادسة من الفصل الآتى: وجوب المسمى و أجره المثل للمجموع.

أما الأولى: فبالإجارة، لعدم الموجب لفسادها. و أما الثانية: فلاستيفاء المنفعة غير المأذون فيها. و سيأتى هناك التعرض لذلك.

(٢) هذا إذا لم يكن قد اشترط فى العقد، و لو لأجل التعارف المنزل عليه العقد، و إلا كان منع المالك بلا حق.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٨٦

المتعارف أو مع منعه ضمن نقصها أو تلفها. أما فى صورة الجواز فى ضمانه مع عدم التعدى إشكال. بل الأقوى: العدم، لأنه مأذون فيه (١).

[مسألة ١٥: إذا استؤجر لحفظ متاع، فسرق، لم يضمن]

(مسألة ١٥): إذا استؤجر لحفظ متاع، فسرق، لم يضمن (٢)، إلا مع التقصير في الحفظ و لو لغلبة النوم عليه (٣) أو مع اشتراط الضمان. و هل يستحق الأجرة مع السرقة؟
الظاهر: لا (٤)، لعدم حصول العمل المستأجر عليه، إلا أن يكون متعلق الإجارة الجلوس عنده، و كان الغرض هو الحفظ لا أن يكون هو المستأجر عليه.

(١) كما تقدم في المسألة الرابعة.

(٢) لأنه أمين، فيدل على عدم ضمانه ما دل على عدم ضمان الأمين نعم يظهر من خبر إسحاق الآتي

الضمان. لكن لم يعرف العمل به إلا من ابن إدريس، فلا مجال للاعتماد عليه، و يتعين حمله على صورة شرط الضمان بمعنى شرط التدارك، فيكون من شرط الفعل، أو من شرط النتيجة بناء على جوازه، و قد تقدم الكلام في ذلك في أوائل فصل: (أن العين المستأجرة أمانة)، فراجع. و في الجواهر: عارضه

بالصحيح: «عن رجل استأجر أجييراً فأقعدته على متاعه فسرق. قال (ع): هو مؤتمن» (١)

لكن في ظهوره في كونه أجييراً على الحفظ غير واضح، و إن لم يكن بعيداً.

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

(٤) كما مال إليه في الجواهر، معللاً له بما ذكر، بل ينبغي أن

(١) الوسائل باب: ٢٩ من أبواب أحكام الإجارة حديث: ٣.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٨٧

[مسألة ١٦: صاحب الحمام لا يضمن الثياب]

(مسألة ١٦): صاحب الحمام لا يضمن الثياب (١)، إلا إذا أودع و فرط أو تعدى، و حينئذ يشكل صحة اشتراط الضمان أيضاً، لأنه أمين محض (٢)، فإنه إنما أخذ الأجرة على الحمام و لم يأخذ على الثياب (٣). نعم لو استؤجر مع ذلك

لا يكون محلاً للإشكال.

(١) بلا خلاف و لا إشكال كما في الجواهر، و يشهد له

خير إسحاق ابن عمار عن جعفر عن أبيه (ع): «أن علياً (ع) كان يقول: لا ضمان على صاحب الحمام فيما ذهب من الثياب، لأنه إنما أخذ الجعل على الحمام، و لم يأخذ على الثياب» (١)

، و نحوه خبر أبي البختری

«٢». و

في خبر غياث بن إبراهيم: «إن أمير المؤمنين (ع) أتى بصاحب حمام وضعت عنده الثياب فضاعت، فلم يضمنه، و قال (ع): إنما هو أمين» (٣)

و ظاهر الأخير أن صاحب الحمام من أفراد الأمين دائماً، مع أنه قد لا يكون كذلك كما هو الغالب، فان الداخل إلى الحمام يضع ثيابه

فى المسلخ وثوقاً منه بعدم الدواعى إلى سرقة ثيابه، لجهات دينية أو أخلاقية أو خارجية، من دون إئتمان أحد معين عليها. و لذلك ذكر فى المتن قسمين كما يفهم من الاستثناء.

(٢) وقد يظهر منهم فى الودعى الاتفاق على عدم صحة اشتراط الضمان عليه كما تقدم، و لو لا ذلك كان الحكم كما فى غيره من الأمان، و قد تقدم من المصنف (ره) الجواز فيه.

(٣) هذا مضمون الخبر السابق.

(١) الوسائل باب: ٢٨ من أبواب أحكام الإجارة حديث: ٣.

(٢) الوسائل باب: ٢٨ من أبواب أحكام الإجارة حديث: ٢.

(٣) الوسائل باب: ٢٨ من أبواب أحكام الإجارة حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٨٨

للحفظ أيضاً، ضمن مع التعدى أو التفريط، و مع اشتراط الضمان أيضاً، لأنه حينئذ يأخذ الأجره على الثياب أيضاً، فلا يكون أميناً محضاً (١).

فصل يكفى فى صحة الإجارة كون المؤجر مالكا للمنفعة

إشارة

فصل يكفى فى صحة الإجارة كون المؤجر مالكا للمنفعة، أو وكيلا- عن المالك لها، أو ولياً عليه، و إن كانت العين للغير كما إذا كانت مملوكة بالوصية أو بالصلح أو بالإجارة، فيجوز للمستأجر أن يؤجرها من المؤجر أو من غيره، لكن فى جواز تسليمه العين إلى المستأجر الثانى بدون إذن المؤجر إشكال (٢)

(١) إذ المراد من الأمين المحض: المأذون فى الاستيلاء على العين بقصد الحفظ. و فى المقام يكون الأذن فى الاستيلاء على العين بقصد الأجره فى مقابل الحفظ.

(٢) عن النهاية و السرائر و القواعد و غيرها: المنع، لأنها أمانة لم بأذن له المالك فى تسليمها إلى غيره. و فيه: أن الائتمان للأول إنما كان من مقتضيات عقد الإجارة، لأن استيفاء المنفعة يتوقف عليه، فإذا كان مقتضى عقد الإجارة تملك المنفعة مطلقاً، من دون شرط الاستيفاء مباشرة من المستأجر، اقتضى أيضاً ائتمانه كذلك، فله أن يستأمن غيره على العين كما استأمنه المؤجر عليها، فيكون المستأجر الثانى مستوفياً للمنفعة و أميناً على العين كالمستأجر الأول. و هكذا الحال فى المستأجر الثالث.

و منه يظهر: أنه لو لم يكن عقد الإجارة مقتضياً للائتمان المذكور- كالمستأجر

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٨٩

فلو استأجر دابة للركوب أو لحمل المتاع مدة معينة، فأجرها

لموضع معين من سفينة أو سيارة- لم يكن له حق فى تسلّم العين، و لاحق تسليمها من المستأجر منه. هذا مضافاً إلى ظاهر النصوص الواردة فى إجارة الأرض و غيرها بمساوى الأجره أو بالأقل

«١»، حيث صرحت بالجواز من دون تعرض فيها لشبهة عدم جواز التسليم. و حملها على صورة عدم الحاجة فى استيفاء المنفعة إلى

تسليم العين، كما ترى، فإنه كالمقطوع بخلافه في جميعها. ونحوها

صحيح ابن جعفر (ع) «في رجل استأجر دابة فأعطاها غيره فنفقت، فما عليه؟ قال (ع): إن كان اشترط أن لا يركبها غيره فهو ضامن لها، وإن لم يسم فليس عليه شيء» (٢).

و ما في الجواهر من حمله على كون الدفع إلى الغير كان على نحو تكون أمانه عند الدافع، لكونها في يده وإن كان الغير راكباً لها، بعيد. ولأجل ما ذكرنا ذهب المشهور إلى الجواز كما حكى.

و عن ابن الجنيدي: التفصيل، فيجوز تسليمها إلى أمين دون غيره. و كأن وجهه: أن المستأجر الأول مؤتمن على العين بلا شرط المباشرة، فله أن يأتمن غيره عليها. ولا بأس به. وقد يشهد له

مصحح الصفار: «في رجل دفع ثوباً إلى القصار ليقصره، فدفعه القصار إلى قصار غيره ليقصره فضاع الثوب هل يجب على القصار أن يردّه إذا دفعه إلى غيره، وإن كان القصار مأموناً؟. فوقع (ع): هو ضامن له إلا أن يكون ثقة مأموناً إن شاء الله» (٣).

و نحوه مكاتبه محمد بن علي بن محبوب

«٤»، بناء على أن

(١) الوسائل باب: ٢٠، ٢١، ٢٢ من أبواب أحكام الإجارة و سيأتي التعرض لها في المسألة الآتية.

(٢) الوسائل باب: ١٦ من أبواب أحكام الإجارة حديث: ١.

(٣) الوسائل باب: ٢٩ من أبواب أحكام الإجارة حديث: ١٨.

(٤) الوسائل باب: ٢٩ من أبواب أحكام الإجارة ملحق حديث: ١٨.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٩٠

في تلك المدة أو في بعضها من آخر يجوز، و لكن لا يسلمها إليه، بل يكون هو معها، و إن ركبها ذلك الآخر أو حملها متاعه، فجواز الإجارة لا يلازم تسليم العين بيده (١)، فان سلمها بدون إذن المالك ضمن. هذا إذا كانت الإجارة الأولى مطلقة. و أما إذا كانت مقيدة، كأن استأجر الدابة لركوبه نفسه، فلا يجوز إيجارها من آخر (٢). كما أنه إذا اشترط المؤجر عدم إيجارها من غيره، أو اشترط استيفاء المنفعة بنفسه لنفسه، كذلك أيضاً أي: لا يجوز إيجارها من الغير.

نعم لو اشترط استيفاء المنفعة بنفسه، و لم يشترط كونها لنفسه جاز أيضاً إيجارها من الغير، بشرط أن يكون هو المباشر للاستيفاء لذلك الغير. ثم لو خالف و أجر في هذه الصور:

ففي الصورة الأولى- و هي ما إذا استأجر الدابة لركوبه نفسه- بطلت، لعدم كونه مالكا إلا ركوبه نفسه، فيكون المستأجر الثاني ضامناً لاجرة المثل للمالك إن استوفى المنفعة (٣)، و في

المراد بالقصار المأمون هو القصار الثاني، بقرينه مناسبة الحكم و الموضوع.

نعم مورده عين المستأجر، لا عين المؤجر.

(١) لكن في هذه الصورة لا يجب على المؤجر تسليم العين أيضاً، إذ ليس حينئذ من لوازم الإجارة الأولى التسليم. و الكلام لا بد أن يكون في غير هذه الصورة كما أشرنا إليه.

(٢) يأتي وجهه.

(٣) قد يشكل: بأنه إذا ملك المستأجر منفعة ركوب نفسه، امتنع أن تكون منفعة ركوب غيره مملوكة للمالك، بناء على امتناع ملك

المنفعتين

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٩١

الصورة الثانية والثالثة في بطلان الإجارة و عدمه وجهان، مبيان على أن التصرف المخالف للشرط باطل لكونه مفوتاً لحق الشرط (١)، أولاً، بل حرام و موجب للخيار. و كذا

المتضادتين لمالك واحد أو لمالكين، لامتناع القدرة على المتضادتين في عرض واحد. و عليه يكون للمالك المسمى على المستأجر، عملاً بالإجارة الصحيحة فيكون للمالك الأمران: المسمى على المستأجر، و أجره المثل على المستوفى الثاني. و على القول الآخر ليس له إلا الأول. و سيجيء الكلام في ذلك ثم إنه بناء على ما ذكره المصنف، إذا دفع المستوفى أجره المثل إلى المالك فإن كان مغروراً من قبل المستأجر الأول، فهل يرجع إليه أولاً؟ وجهان مذكوران في مبحث قاعدة الغرور.

(١) فان الظاهر من شرط فعل: جعل حق للمشروط له على المشروط عليه، كما أشرنا إلى ذلك، و لأجله قلنا بامتناع شرط النتيجة، فقاعدة السلطنة في الحق مانعة من نفوذ التصرف المنافي له، فيبطل، لعدم صدوره من السلطان. و دعوى: أن مفاد الشرط مجرد الالتزام بالمضمون، خلاف الظاهر. و لأجل ذلك جاز للمشروط له المطالبة، و جاز له الاسقاط، كما أشرنا إلى ذلك سابقاً. فراجع. نعم يختص ذلك بالشرط الاصطلاحى، و هو الفعل الأجنبى عن موضوع العقد، مثل:

شرط أن لا- يؤجرها. و لا- يجرى في شرط الاستيفاء، لأنه من قبيل القيد الذى يكون تخلفه موجباً للخيار إذا كان على نحو تعدد المطلوب. لكن في المقام لما كان القيد مانعاً عن عموم الاذن، لاستيفاء غير المستأجر للمنفعة يكون حراماً، فلا تصح الإجارة عليه، فالبطلان يكون من جهة حرمة المنفعة، لا لنفى السلطنة على الإجارة. و على هذا لو آجرها المستأجر فاستوفى المستأجر الثانى المنفعة، ثبت الخيار في الصورة الثالثة، و لا يثبت في الصورة الثانية.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٩٢

في الصورة الرابعة (١) إذا لم يستوف هو، بل سلمها إلى ذلك الغير.

[مسألة ١: يجوز للمستأجر مع عدم اشتراط المباشرة و ما بمعناها أن يؤجر العين المستأجرة]

(مسألة ١): يجوز للمستأجر مع عدم اشتراط المباشرة و ما بمعناها أن يؤجر العين المستأجرة بأقل مما استأجر، و بالمساوى له مطلقاً (٢) أى شىء كانت، بل بأكثر منه أيضاً إذا أحدث فيها حدثاً (٣)، أو كانت الأجرة من غير جنس الأجرة السابقة (٤)، بل مع عدم الشرطين أيضاً فيما عدا البيت و الدار و الدكان و الأجير (٥).

(١) في هذه الصورة يجرى حكم الصورة الثالثة الذى ذكرناه في الحاشية السابقة، من ثبوت الخيار إذا كان الثالث قد استوفى المنفعة بنفسه و لو آجرها الثانى على الثالث بشرط استيفائه- يعنى: الثالث- بنفسه بطل الشرط، و فى بطلان الإجارة الخلاف المعروف فى أن بطلان الشرط يقتضى بطلان العقد أولاً. و التحقق هو الثانى.

(٢) بلا خلاف ظاهر، و لا إشكال، لاختصاص أدلة المنع بغيره و النصوص الخاصة و العامة تقتضى الصحة. و عن مجمع البرهان: أنه لا خلاف فيه و فى المساوى.

(٣) بلا إشكال أيضاً، لاتفاق النص و الفتوى عليه. و عن جماعة:

دعوى الإجماع على الجواز فيه.

(٤) كما عن جماعة كثيرة التصريح به، لأن الظاهر من الأكثر:

الأكثر فى الجنس، لا الأكثر فى القيمة و المالىة، لا أقل من عدم الظهور فى العموم بنحو يقيد به إطلاق دليل الصحة.

(٥) كما نسب إلى جماعة، لعمومات الصحة، و اختصاص نصوص المنع

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٩٣

و أما فيها: فإشكال (١)، فلا يترك الاحتياط بترك إجارتها

بالمذكورات، فالتعدى إلى غيرها من الأعيان المستأجرة- كما نسب إلى السيدين و الشيخين و الصدوق و غيرهم- في غير محله، و لا سيما مع تصريح النصوص بالفرق، مثل
خبر أبي الربيع: «إن الأرض ليست مثل الأجير و لا مثل البيت، إن فضل الأجير و البيت حرام» (١) و نحوه غيره.

(١) بل المنع مذهب جماعة،

□
لحسنه أبي الربيع عن أبي عبد الله (ع): «سألته عن الرجل يتقبل الأرض من الدهاقين، ثم يؤجرها بأكثر مما يتقبلها، و يقوم فيها بحظ السلطان، فقال (ع) لا بأس به، إن الأرض ليست مثل الأجير و لا مثل البيت، إن فضل الأجير و البيت حرام» (٢) و

في حسنه أبي المعزى: قال (ع)- في الجواب عن السؤال المذكور-: «لا بأس إن هذا ليس كالحانوت و لا الأجير، إن فضل الحانوت و الأجير حرام» (٣).

و بمضمون الأول خبر إبراهيم بن ميمون

و (٤)،

□
مصحح الحلبي عن أبي عبد الله (ع): «لو أن رجلاً استأجر داراً بعشرة دراهم، فسكن ثلثها و آجر ثلثها بعشرة دراهم، لم يكن به بأس، و لا يؤجرها بأكثر مما استأجرها به، إلا أن يحدث فيها شيئاً» (٥)
و ذهب جماعة إلى الجواز فيها، و عن التذكرة و المختلف و جامع المقاصد و غيرها: الاستدلال عليه بحسنه أبي المعزى المتقدمة. لكن دلالتها غير ظاهرة، بل عرفت دلالتها على المنع. و كأن وجه إشكال المصنف: ما ورد في جواز ذلك في الأرض، بناء على التعدى من مورده. لكنه ضعيف.

(١) الوسائل باب: ٢٠ من أبواب أحكام الإجارة حديث: ٢.

(٢) الوسائل باب: ٢٠ من أبواب أحكام الإجارة حديث: ٢.

(٣) الوسائل باب: ٢٠ من أبواب أحكام الإجارة حديث: ٤.

(٤) الوسائل باب: ٢٠ من أبواب أحكام الإجارة حديث: ٥.

(٥) الوسائل باب: ٢٢ من أبواب أحكام الإجارة حديث: ٣.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٩٤

بالأكثر. بل الأحوط إلحاق الرحي (١) و السفينة (٢) بها أيضاً في ذلك. و الأقوى جواز ذلك مع عدم الشرطين في الأرض على كراهة (٣)،

(١) كما عن بعض،

للخبر: «إنى لأكره أن استأجر رحي وحدها ثم يؤجرها بأكثر مما استأجرتها به، إلا أن أحدث فيها حدثاً، أو أغرم فيها غرماً» (١)

و دلالتة قاصرة، و إن كان سنده غير قاصر.

(٢) و استدل على المنع فيها

بالخبر أيضاً: «لا بأس أن يستأجر الرجل الدار و الأرض و السفينة، ثم يؤجرها بأكثر مما استأجرها به إذا أصلح فيها شيئاً» (٢).

لكن ذكر الأرض في سياق التي لا منع فيها- كما سيأتى- قرينة على إرادته ما هو أعم من الحرمه و الكراهه من البأس المفهوم. لكن الاشكال المذكور مبنى على القول بالجواز في الأرض، و سيأتى.

(٣) لتصريح النصوص فيها بالجواز، كما عرفت بعضها، فيحمل ما ظاهره المنع على الكراهه كما هو مذهب جماعة. لكن الروايات

الدالة على الجواز مطلقة، و هي روايتا أبي المعزى و إبراهيم بن ميمون، و يقيدهما

خير الحلبي «قلت لأبي عبد الله (ع): أتقبل الأرض بالثلث أو الربع فأقبلها بالنصف، قال (ع) لا بأس: به. قلت: فأقبلها بألف درهم و

أقبلها بألفين، قال (ع): لا يجوز. قلت: لم؟ قال: لأن هذا مضمون و ذلك غير مضمون» (٣)

و نحوه مصحح إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله (ع)

«٤»، و مصححه عن أبي بصير عن أبي عبد الله (ع)

«٥». لكن ذكر فيه

(١) الوسائل باب: ٢٠ من أبواب أحكام الإجارة حديث: ١.

(٢) الوسائل باب: ٢٢ من أبواب أحكام الإجارة حديث: ٢.

(٣) الوسائل باب: ٢١ من أبواب أحكام الإجارة حديث: ١.

(٤) الوسائل باب: ٢١ من أبواب أحكام الإجارة حديث: ٢.

(٥) الوسائل باب: ٢١ من أبواب أحكام الإجارة حديث: ٦.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٩٥

و إن كان الأحوط الترك فيها أيضاً (١). بل الأحوط الترك في مطلق الأعيان إلا مع إحداث حدث فيها (٢). هذا و كذا لا يجوز أن يؤجر بعض أحد الأربعة المذكورة بأزيد من الأجرة (٣)، كما إذا استأجر داراً بعشرة دنانير و سكن بعضها و آجر البعض الآخر بأزيد من العشرة، فإنه لا يجوز بدون

أن الذهب و الفضة مصمتان، و لعله من غلط النساخ. و يحتمل أن يكون المراد أن الذهب و الفضة لا يزيدان و لا ينقصان.

و كيف كان، فهذه الروايات مانعة عن الأجرة الزائدة إذا كانت مضمونة في الذمة، أو أنها لا تقبل الزيادة و النقيصة، فتحمل المطلقات عليها و تقيد بها، و ليس لهذه المقيدات معارض كى تسقط عن الحجية.

و أما ما في رواية إسماعيل بن الفضل

«١»: من المنع من الإجارة بالأكثر مع اختلاف الجنس إلا إذا غرم شيئاً أو أحدث حدثاً، فالظاهر أنه مما لا عامل به على ظاهره، و لعله محمول على الكراهه.

(١) بل المنع مذهب بعض، و يشهد له

رواية أبي بصير عن أبي عبد الله (ع): «قال: إذا تقبلت أرضاً بذهب أو فضة، فلا تقبلها بأكثر مما تقبلتها به، لأن الذهب و الفضة مصمتان» (٢).

(٢) كما عن جماعة كثيرة، منهم السيدان و الشيخان، و دليلهم غير ظاهر إلا التعدي عن مورد النصوص إلى غيره. و هو كما ترى.

(٣) كما صرح به في الشرائع وغيرها،
 لخبر أبي الربيع المروى عن الفقيه: «لو أن رجلاً استأجر داراً بعشرة دراهم فسكن ثلثها و آجر

- (١) الوسائل باب: ٢١ من أبواب أحكام الإجارة حديث: ٣.
 (٢) الوسائل باب: ٢١ من أبواب أحكام الإجارة حديث: ٦.
 مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٩٦
 إحداه حدث. و أما لو آجر بأقل من العشرة فلا إشكال.
 و الأقوى الجواز بالعشرة أيضاً (١) و إن كان الأحوط تركه.

[(مسألة ٢): إذا تقبل عملاً من غير اشتراط المباشرة و لا مع الانصراف إليها، يجوز أن يوكله الى عبده أو صانعه أو أجنبي]

(مسألة ٢): إذا تقبل عملاً من غير اشتراط المباشرة و لا مع الانصراف إليها، يجوز أن يوكله الى عبده أو صانعه أو أجنبي، و لكن الأحوط عدم تسليم متعلق العمل كالثوب و نحوه إلى غيره من دون إذن المالك، و إلا ضمن (٢). و جواز الإيكال لا يستلزم جواز الدفع كما مر نظيره في العين المستأجرة

ثلثها بعشرة دراهم، لم يكن به بأس، و لكن لا يؤجرها بأكثر مما استأجرها به» (١)
 و نحوه مصحح الحلبي المتقدم

«٢»، بناء على أن الضمير في الجملة الأخيرة راجع إلى الدار باعتبار ثلثها، و إلا فلو كان المراد منه الدار نفسها لم يكن مما نحن فيه. اللهم إلا أن يستفاد من مفهوم الشرط في الصدر، أو من الأولوية.

(١) للخبر المتقدم، و به يضعف ما عن الشيخ من المنع حينئذ، كما قد يشعر به بعض النصوص.
 (٢) كما في الشرائع وغيرها، بل قيل: لم يعثر على مصرح بعدم الضمان عدا المختلف و المسالك، حيث ذكرا. أن عدم الضمان أولى. و الذي ينبغي أن يكون الكلام هنا هو الكلام في العين المستأجرة. و دعوى:

الفرق بينهما بأن العين المستأجرة يكون الحق للمستأجر في قبضها، و هنا لا حق للأجير في قبضها، إذ لا ريب في أنه لا يجب على المستأجر استئمان الأجير. مندفعه: بأنه ليس بفارق في المقام، لأن إطلاق الإجارة إذا اقتضى جواز عمل الأجير الثاني، فعدم الاذن له في القبض كعدم الاذن للأجير الأول فيه يقتضى استقرار الأجرة، فلا فرق بين الأجير الثاني

- (١) الوسائل باب: ٢٠ من أبواب أحكام الإجارة حديث: ٣.
 (٢) راجع أول المسألة.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٩٧

فيجوز له استئجار غيره لذلك العمل بمساوى الأجرة التي قررها في إجارته أو أكثر. و في جواز استئجار الغير بأقل من الأجرة إشكال، إلا أن يحدث حدثاً أو يأتي ببعض، فلو آجر نفسه لخياطة ثوب بدرهم يشكل استئجار غيره لها بأقل منه، إلا أن يفصله أو يخطط شيئاً منه و لو قليلاً بل يكفي أن يشتري الخيط أو الإبرة في جواز الأقل (١). و كذا لو آجر نفسه لعمل صلاة سنة أو صوم شهر بعشرة دراهم مثلاً في صورة عدم اعتبار المباشرة، يشكل استئجار غيره بتسعة مثلاً، إلا أن يأتي بصلاة واحدة أو صوم يوم واحد مثلاً.

و الأول فى لزوم الأجرة بمنع قبضه، كما لا فرق بينهما فى عدم وجوب التسليم اليه، و فى عدم الحق فى الايمان له. و إن شئت قلت: الإجارة على العمل المطلق الشامل لعمل الأجير الثانى، تتوقف على الاذن المطلقة الشاملة لتصرف الأجير الثانى.

(١) فيه اشكال، لعدم شمول العمل فيه لمثله. نعم

فى روايه مجمع: «أقطعها و أشتري لها الخيوط، قال (ع): لا بأس» (١).

لكنه غير ظاهر فى الاكتفاء بالخيوط. و الشراء و ان كان عملاً إلا أنه ليس عملاً فيه.

و ظاهر النصوص اعتبار ذلك،

ففى صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما (ع): «أنه سئل عن الرجل يتقبل العمل فلا يعمل فيه، و يدفعه إلى آخر فيريح فيه، قال (ع): لا، إلا أن يكون قد عمل فيه شيئاً» (٢).

و نحوه غيره. و ما فى بعض الحواشى من تفسير عبارة المتن: بأن المراد

(١) الوسائل باب: ٢٣ من أبواب أحكام الإجارة حديث: ٦.

(٢) الوسائل باب: ٢٣ من أبواب أحكام الإجارة حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٩٨

[مسألة ٣: إذا استؤجر لعمل فى ذمته لا بشرط المباشرة]

(مسألة ٣): إذا استؤجر لعمل فى ذمته لا بشرط المباشرة يجوز تبرع الغير عنه (١)، و تفرغ ذمته بذلك، و يستحق الأجرة المسماة. نعم لو أتى بذلك العمل المعين غيره لا بقصد التبرع عنه، لا يستحق الأجرة المسماة (٢)، و تنفسخ الإجارة حينئذ، لفوات المحل، نظير ما مر سابقاً من الإجارة على قلع السن فزال ألمه، أو لخياطة ثوب فسرق أو حرق.

[مسألة ٤: الأجير الخاص - و هو من آجر نفسه على وجه يكون جميع منافعه للمستأجر فى مدة معينه، أو على وجه تكون منفعة الخاصة]

(مسألة ٤): الأجير الخاص - و هو من آجر نفسه على وجه يكون جميع منافعه للمستأجر فى مدة معينه، أو على وجه تكون منفعة الخاصة كالخياطة مثلاً له (٣)، أو آجر نفسه لعمل مباشرة مدة معينه أو كان اعتبار المباشرة أو كونها فى تلك المدة أو كليهما على وجه الشرطية لا القيدية - (٤)

منها دفع ما اشتري من الأبر و الخيوط، لا يجدى فى تحقيق العمل المعبر، مع أنه مراد المصنف (ره) قطعاً. نعم يصدق بذلك الغرم. لكنه غير كاف.

(١) الظاهر أنه لا إشكال فى جواز التبرع فى مثل ذلك مما كان فى الذمة، عيناً كان أو عملاً مملوكاً لغيره عليه، و يقتضيه بناء العقلاء عليه، كباب النيابة. فإنه نوع منها.

(٢) لعدم انطباق ما فى الذمة عليه إلا بالقصد. و كذا الحكم فى الدين، فان المديون إذا أعطى الدائن ما يساوى الدين لا يكون وفاء الا مع قصد الوفاء.

(٣) من دون إشغال ذمته بشيء، نظير إجارة الدابة بلحاظ منفعتها الخاصة، فإنه لا اشتغال فى ذلك لذمة الدابة و لا لذمة المؤجر. و بذلك افترق الثالث عنه، فان فيه إشغال ذمته بلا تملك لمنفعته الخاصة أصلاً.

(٤) كما فى الثالث.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٩٩

لا يجوز له أن يعمل في تلك المدة لنفسه أو لغيره بالإجارة أو الجعالة أو التبرع، عملاً ينافي حق المستأجر، إلا مع إذنه (١) و مثل تعيين المدة تعيين أول زمان العمل، بحيث لا يتوانى فيه الى الفراغ. نعم لا بأس بغير المنافى، كما إذا عمل البناء لنفسه أو لغيره في الليل (٢)، فإنه لا مانع منه إذا لم يكن موجبا لضعفه في النهار. و مثل إجراء عقد أو إيقاع أو تعليم أو تعلم في أثناء الخياطة و نحوها، لانصراف المنافع عن مثلها (٣).

هذا و لو خالف و أتى بعمل مناف لحق المستأجر، فإن كانت الإجارة على الوجه الأول بأن يكون جميع منافعه للمستأجر، و عمل لنفسه في تمام المدة أو بعضها، فللمستأجر أن يفسخ و يسترجع تمام الأجرة المسماة (٤)

(١) بلا خلاف فيه. بل لعله مجمع عليه كما في الجواهر. و قد يشير اليه

خبر إسحاق: «سألت أبا إبراهيم (ع) عن الرجل يستأجر الرجل بأمر معلوم، فيبعثه في ضيعته، فيعطيه رجل آخر دراهم و يقول: اشتر بها كذا و كذا، فما ربحت بيني و بينك. فقال (ع): إذا أذن له الذي استأجره فليس به بأس» (١)

و إن كان في القواعد العامة كفاية، لأنه تصرف في حق الغير، و هو حرام.

(٢) كما صرح به في الجواهر، و كذا ما بعده، لعدم كونه تصرفاً في حق الغير.

(٣) يعني: لو كانت الإجارة على النحو الأول. و عن المسالك:

احتمال المنع. و عن الروضة: فيه وجهان. لكنه ضعيف.

(٤) لعدم التسليم الذي عليه مبنى المعاوضة.

(١) الوسائل باب: ٩ من أبواب أحكام الإجارة حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٠٠

أو بعضها (١) أو يقيها و يطالب عوض الفئات من المنفعة بعضاً أو كلاً. و كذا إن عمل للغير تبرعاً. و لا يجوز له على فرض عدم الفسخ مطالبه الغير المتبرع له بالعوض (٢)، سواء كان جاهلاً بالحال أم عالماً، لأن المؤجر هو الذي أتلف المنفعة عليه دون ذلك الغير و إن كان ذلك الغير آمراً له بالعمل، إلا إذا فرض على وجه يتحقق معه صدق الغرور (٣)، و الا

(١) إذا كان عمله في بعض المدة، لكن تقدم: أن القاعدة تقتضى عدم التبعض في الفسخ، فلو فسخ كان له المسمى و عليه عوض البعض المستوفى.

(٢) و في المسالك: أنه يتخير بين مطالبته من شاء منهما، لتحقق العدوان. و هذا التعليل - مع اختصاصه بصورة علم الغير - غير ظاهر، إذ الغير ليس متصرفاً في المنفعة المملوكة لغيره كى يكون عادياً. و من هنا علله بعضهم بأن الغير مستوف للمنفعة فعليه ضمانها. بل قد يظهر من بعض اختصاصه بالرجوع اليه. و في الجواهر: لا وجه للرجوع اليه مع الجهل، إذ لا يزيد على من عمل له العبد بدون إذن مولاه و من دون إذنه و استدعائه. و فيه: أن الحكم في العبد لو تمّ كان لدليله الخاص به.

فالعمدة: أن الضمان إما أن يكون بالإتلاف أو باليد، و كلاهما غير حاصل بالنسبة إلى المتبرع له، فإنه ليس متلفاً لمنفعة المستأجر، و لا - هي تحت يده، لأن المنافع إنما تكون تحت اليد تتبع العين ذات المنفعة، و الأجير ليس تحت يد الغير المتبرع له. و أما الضمان بالاستيفاء فلا مجال له، لأنه يتوقف على الأمر، و المفروض عدمه.

(٣) مجرد الأمر لا - يوجب غرور الأجير مع تقدم الإجارة منه لنفسه، ففرضه غير ظاهر. و لو سلم فصدق الغرور إنما يصحح رجوع

الأجير

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٠١

فالمفروض أن المباشر للإتلاف هو المؤجر. وإن كان عمل للغير بعنوان الإجارة أو الجعالة فللمستأجر أن يجيز ذلك (١) و يكون له الأجرة المسماة في تلك الإجارة أو الجعالة (٢)، كما أن له الفسخ و الرجوع إلى الأجرة المسماة، و له الإبقاء و مطالبه عوض المقدار الذي فات (٣)، فيتخير بين الأمور الثلاثة.

و هو المغرور الى الغار، و لا يصح رجوع المستأجر عليه، لعدم كونه مغروراً. و كان الأولى استثناء صورة كون الأمر موجبا لنسبة الإتلاف إلى الأمر، و إن كان التحقيق جواز الرجوع الى الأمر، لتحقيق الاستيفاء.

(١) لأنها معاملة وقعت على ماله من غير السلطان، فتكون كسائر موارد الفضولي محتاجة إلى الإجازة من السلطان. و إذا كانت الإجارة على ما في الذمة فهي و إن لم تكن على مال الغير، لكنها على ما ينافي حق الغير، فلا بد من إجازته حينئذ. و كذا لو كان الواقع جعالة. (٢) هذا إذا كانت الإجارة الثانية واقعة على ما وقعت عليه الإجارة الأولى. أما مع الاختلاف - كما لو وقعت الإجارة الثانية على ما في الذمة - ففي استحقاق المجيز المسمى المذكور إشكال، لعدم كونه عوضاً عن ماله، لكون المفروض كون الإجارة الأولى على المنفعة الخاصة، و الثانية على ما في الذمة بلا تعلق لها بالخارج. نعم في الجعالة لا يكون العمل في الذمة موضوعاً، بل العمل الخارجي المتحد مع موضوع الإجارة السابقة، فتكون الإجازة كافية في تملك الجعل. و لا فرق بين أن تكون الجعالة شخصية كما لو تعلقت بعمل شخص ذلك الأجير، أو كلية كما إذا قال: من رد عبدى فله كذا، فإن الثانية منحلّة إلى جعالات متعددة بتعدد الأشخاص.

(٣) يعنى: مطالبه الأجير لما عرفت و فى المسالك و عن القواعد:

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٠٢

و ان كانت الإجارة على الوجه الثانى - و هو كون منفعتها الخاصة للمستأجر - فحاله كالوجه الأول، الا إذا كان العمل الغير على وجه الإجارة أو الجعالة، و لم يكن من نوع العمل المستأجر عليه، كأن تكون الإجارة واقعة على منفعة الخياطة فأجر نفسه للغير للكتابة، أو عمل الكتابة بعنوان الجعالة، فإنه ليس للمستأجر إجازة ذلك، لأن المفروض أنه مالك لمنفعة الخياطة، فليس له إجازة العقد الواقع على الكتابة (١)،

أنه يتخير بين مطالبه الأجير و المستأجر، أما الأول: فلأنه المباشر للإتلاف، و أما الثانى: فلأنه المستوفى. و هو فى محله لأن كلاً منهما سبب فى الضمان، فيعمل بمقتضاه.

(١) إذا فرضنا أن الإجارة الثانية منافية للإجارة الأولى، و جب البناء على توقف صحتها على إجازة المستأجر الأول. و لا تتوقف صحة الإجازة على كون موضوع العقد المجاز ملكاً للمجيز، فإنه تصح اجازة المرتهن لبيع الرهن و إن لم يكن ملكاً له، و تجوز إجازة ولى الزكاة لبيع العين الزكوية و إن قلنا بأن الزكاة حق فى العين لا جزء مشاع فيها، فصحة الإجازة من المجيز لا تتوقف على كونه مالكاً لموضوع الإجازة.

نعم انتقال العوض اليه يتوقف على كونه مالكاً للمعوض. و على هذا:

فإذا أجاز المستأجر الأول الإجارة الثانية و أطلق الإجازة صحت الإجارة، و وجب على الأجير العمل بمقتضاها، و ليس للمستأجر الأول شىء. و عليه الأجرة المسماة، و ليس له الفسخ. نعم لو لم يجز و عمل الأجير بمقتضى الإجارة الثانية، كان المستأجر الأول مخيراً بين الفسخ و الإبقاء، كما ذكر فى المتن.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٠٣

فيكون مخيراً بين الأمرين من الفسخ و استرجاع الأجرة المسماة و الإبقاء و مطالبة عوض الفائت (١).

و إن كانت على الوجه الثالث فكالثاني، إلا أنه لا فرق فيه في عدم صحة الإجازة بين ما إذا كانت الإجازة أو الجعالة واقعة على نوع العمل المستأجر عليه، أو على غيره (٢)، إذ ليست منفعة الخياطة- مثلاً- مملوكة للمستأجر حتى يمكنه إجازة العقد الواقع عليها (٣)، بل يملك عمل الخياطة في ذمته المؤجر.

و إن كانت على الوجه الرابع- و هو كون اعتبار المباشرة أو المدة المعينة على وجه الشرطية لا القيدية- ففيه وجهان: يمكن أن يقال: بصحة العمل للغير بعنوان الإجازة

ثم إنه بناء على ما عرفت من امتناع ملك المنفعتين المتضادتين، إذا وقعت الإجازة الثانية على المنفعة المضادة لما وقعت عليه الإجازة الأولى، يشكل القول بصحتها حتى مع إجازة المستأجر الأول، لأنها ليست مملوكة للأجير، فلا يمكن أن يملك عوضها. (١) يعني: مطالبة الأجير على ما عرفت.

(٢) أما إذا وقعت على غيره فلائنه ليس مملوكاً، بل هو مناف للمملوك له، و أما إذا كانت واقعة على نوعه، فلما ذكر في المتن. (٣) قد عرفت أن صحة الإجازة لا تتوقف على كون موضوع العقد المجاز ملكاً للمجيز، بل يكفي كون مقتضى العقد منافياً لحقه. و عليه لا مانع من صحة الإجازة، فيصح العقد معها، و إذا عمل بمقتضاه لا يكون للمجيز الخيار، و يلزمه دفع الأجرة التي استحقها عليه الأجير بالإجازة الأولى. (و بالجملة): إذا وقعت الإجازة الثانية على ضد العمل المستأجر مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٠٤

أو الجعالة، من غير حاجة إلى الإجازة، و إن لم يكن جائزاً من حيث كونه مخالفاً للشرط الواجب العمل، غاية ما يكون أن للمستأجر خيار تخلف الشرط. و يمكن أن يقال: بالحاجة إلى الإجازة، لأن الإجازة أو الجعالة منافية لحق الشرط (١) فتكون باطلة بدون الإجازة. (٢).

عليه، فهي غير واقعة على ملك المستأجر الأول، لكنها منافية لحقه فلا تصح إلا بإذنه. و كذا إذا وقعت على مثله الخارجي، فإنه مضاد لما في الذمة تضاد المتلين، فلا تصح أيضاً إلا بإذنه. و كذا إذا وقعت على مثله الذمي. أما إذا وقعت على نفسه، فقد وقعت على مال المستأجر نفسه، فلا مجال للشبهة المذكورة. و من هنا يظهر: أن الصور المتصورة في الإجازة الثانية خمس هي:

الإجازة على مثل العمل المستأجر عليه أولاً مع كونه ذمياً، و على مثله الخارجي، و على ضده الذمي، و على ضده الخارجي. و الجميع مورد للإجازة، بناء على ما ذكرنا من صحة الإجازة إذا كان العمل على العقد الثاني منافياً لحق المستأجر. الصورة الخامسة: أن تكون الإجازة الثانية واقعة على نفس العمل الذمي الذي يملكه المستأجر، فلا مجال للإشكال الذي ذكره في المتن، و تصح الإجازة فيه، و إذا أجاز ملك الأجرة الثانية و عليه الأجرة الأولى للأجير، بخلاف الصور الأربع، فإن الإجازة فيها لا تستوجب رجوع الأجرة الثانية إليه، و عليه الأجرة الأولى للأجير.

(١) قد عرفت سابقاً: أن حق الشرط موجب لقصور سلطنة الأجير عما ينافيه، فلو وقع المنافي كان صادراً من غير السلطان، فيتعين القول بالبطلان بدون الإجازة.

(٢) و عليه يرجع الأجير على المعمول له بأجرة المثل، لقاعدة:

«ما يضمن بصحيحة يضمن بفساده». و كذا في الوجه الثالث إذا كانت

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٠٥

[مسألة ٥: إذا آجر نفسه لعمل من غير اعتبار المباشرة و لو مع تعيين المدة]

(مسألة ٥): إذا آجر نفسه لعمل من غير اعتبار المباشرة و لو مع تعيين المدة، أو من غير تعيين المدة و لو مع اعتبار المباشرة، جاز عمله للغير و لو على وجه الإجارة قبل الإتيان بالمستأجر عليه، لعدم منافاته له من حيث إمكان تحصيله لا بالمباشرة أو بعد العمل للغير، لأن المفروض عدم تعيين المباشرة أو عدم تعيين المدة. و دعوى: أن إطلاق العقد من حيث الزمان يقتضى وجوب التعجيل، ممنوعة (١). مع أن لنا أن نفرض الكلام فيما لو كانت قرينته على عدم إرادة التعجيل.

[مسألة ٦: لو استأجر دابة لحمل متاع معين شخصي أو كلي على وجه التقييد]

(مسألة ٦): لو استأجر دابة لحمل متاع معين شخصي أو كلي على وجه التقييد، فحملها غير ذلك المتاع، أو استعملها فى الركوب، لزمه الأجرة المسماة و أجرة المثل لحمل المتاع الآخر أو للركوب. و كذا لو استأجر عبداً للخياطة فاستعمله فى الكتابة. بل و كذا لو استأجر حراً لعمل معين، فى زمان معين، و حمله على غير ذلك العمل، مع تعمله، و غفلة ذلك الحر و اعتقاده أنه العمل المستأجر عليه (٢). و دعوى: أن ليس للدابة فى زمان

الإجارة واقعة على غير نوع العمل الذى ملكه عليه المستأجر الأول، كما صرح بذلك فى الجواهر.

(١) قد تقدم منه فى المسألة الخامسة من الفصل الأول: البناء على هذا الإطلاق، و الاجتزاء به عن تعيين المدة. مع أن المذكور فى كلماتهم فى مبحث القبض: أن الإطلاق يقتضى وجوب التعجيل فى دفع الثمن و المثمن. و لا فرق بينه و بين المقام.

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

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٠٦

واحد منفعتان متضادتان، و كذا ليس للعبد فى زمان واحد إلا إحدى المنفعتين من الكتابة أو الخياطة، فكيف يستحق أجرتين؟! مدفوعة: بأن المستأجر بتفويته على نفسه، و استعماله فى غير ما يستحق كأنه حصل له منفعة أخرى (١).

ضمانها حتى مع علم العامل بعدم الاستحقاق، كما يأتى فى الفصل الآتى.

(١) قال العلامة فى القواعد: «لو سلك بالدابة الأشتق من الطريق ضمن، و عليه المسمى و التفاوت بين الأجرتين، و يحتمل أجرة المثل. و كذا لو شرط حمل قطن فحمل بوزنه حديداً». و علل احتمال أن المضمون أجرة المثل لا غير: بأن المسمى مجعول بالعقد فى قبالة المنفعة الخاصة، و قد فاتت فيفوت بفواتها. و عن جامع المقاصد: أنه الأصح. و فيه: أن فوات المنفعة لا يقتضى بطلان العقد، و قد تقدم أنه لو بذل الأجير نفسه فى المدة المعينة فلم يستعمله المستأجر استحق الأجرة. و كذا إذا بذل المؤجر العين المستأجرة فلم ينتفع بها المستأجر فى المدة، فإن المؤجر أيضاً يستحق الأجرة، ففوات المنفعة فى المقام من قبل المستأجر لا يقتضى بطلان العقد، كى يقتضى عدم استحقاق الأجرة المسماة.

و تفصيل الكلام فى هذه المسألة: أن المنافع المتضادة لما لم تكن مقدورة قدرة عرضية، لامتناع اجتماع الضدين، لم تكن مملوكة ملكية عرضية، لأن القدرة على المنفعة من شرائط ملكها عند العقلاء، و لا يصح اعتبار الملكية لها عندهم إذا لم تكن مقدورة، فإذا كانت المنافع المتضادة غير مقدور عليها أصلاً لم تكن مملوكة أصلاً، و إذا كانت مقدورة قدرة بديلة لا عرضية كانت مملوكة ملكية بديلة لا عرضية. و لذا لم يكن إشكال عندهم فى أن الغاصب لا يضمن جميع المنافع المتضادة، و إنما يضمن واحدة

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٠٧

.....

منها. وهذه الملكية تحتل وجوهاً:

الأول: أن يكون المملوك منها خصوص الموجود دون المعدوم.

ولازمه عدم ضمان المنافع غير المستوفاه، لأنها غير موجودة، فلا تكون مملوكه، فلا تكون مضمونه.

الثاني: أن يكون المملوك كل واحدة منها في ظرف عدم الأخرى.

ولازمه ضمانهما معاً إذا لم تكن كل واحدة منها مستوفاه، لأن كل واحدة منهما حينئذ في ظرف عدم الأخرى.

الثالث: أن يكون المملوك الجامع بنحو لا ينطبق عليهما في عرض واحد، بل إذا انطبق على واحدة لم ينطبق على الأخرى، نظير مفاد

النكرة، ونظير النصف الملحوظ فيما لو باع نصف الدار، فان النصف في نفسه وإن كان ينطبق على كل من النصفين في عرض

واحد، فان كلاً من نصفي الدار نصف للدار، لكن المأخوذ موضوعاً للبيع لوحظ بنحو لا ينطبق على كل من النصفين في عرض واحد،

بل بنحو ينطبق على أحدهما ولا ينطبق على الآخر، ونظيره أيضاً الصاع الملحوظ في بيع صاع من صبرة.

وعلى هذا يكون تطبيقه وتعيينه بيد المالك، فما عينه المالك يكون هو المملوك دون ما لم يعينه، وإن كان المستوفى غير ما عينه

المالك، ولازمه في المقام أن يكون المضمون هو المسمى، لأنه في مقابل المنفعة التي عينها المالك، وما استوفاه المستأجر لما لم

يكن معيناً من المالك لا يكون مملوكاً، فلا يكون مضموناً.

الرابع: أن يكون المملوك هو الذي يعينه المالك إذا لم يكن تعين خارجي، وإلا- كان المتعين هو المملوك لا- غير وإن عينه

المالك. ولازمه في المقام أن يكون المضمون أجره المثل، لأنها في مقابل المنفعة المستوفاه المتعينة المملوكه، وعدم ضمان الأجرة

المسماه لأنها في مقابل منفعة غير

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٠٨

.....

مملوكه، لأنها غير المتعينة، وتعيين المالك لا أثر له مع التعين. وفي باب الغصب يضمن الغاصب ما استوفاه، ولا أثر لتعيين المالك.

وقد عرفت الإشكال في الوجهين الأولين. وأما الوجه الأخير:

فتأباه كلمات الأصحاب في باب الغصب، وأن الغاصب إذا استوفى منفعة وكان غيرها أعلى قيمة كان للمالك اختيار ضمان الغاصب

الأعلى قيمة، فعن موضع من القواعد: «ولو تعددت المنافع - كالعبد الخياط الحائك - لزمه أجره أعلاها، ولا تجب أجره الكل». وعن

موضع آخر أنه قال:

«ولو انتفع بالأزيد، ضمن الأزيد، وإن انتفع بالأنقص ضمن أجره المطلق». وعن الروضة: «لو تعددت المنافع فإن أمكن فعلها جملة أو

فعل أكثر من واحدة وجب أجره ما أمكن، وإلا- كالحياكة والخياطة والكتابة- فأعلاها أجره. ولو كانت الواحدة أعلى منفردة عن

منافع متعددة يمكن جمعها ضمن الأعلى». لكن الظاهر أن مورد كلامه صورة عدم الانتفاع بمنفعة معينة. نعم عن المسالك: «إن

استعملها في الأعلى ضمنها، وإن استعملها في الوسطى أو الدنيا أو لم يستعملها، ففي ضمان أجره متوسطة أو الأعلى، وجهان»: فهذه

الكلمات ونحوها- كما ترى- صريحة في عدم ضمان المنفعة المستوفاه، و ضمان غير المستوفاه، وهو في بادئ النظر غريب، فإنه لا

اشكال ولا خلاف في ضمان المنافع المستوفاه، فكيف ساغ البناء على عدم ضمانها و ضمان غير المستوفاه؟! والتحقيق أن يقال في

المقام: إن المنافع المتضادة وإن كانت متباينة، لكنها مشتركة في جهة الانتفاع، فإذا اختلفت مرتبة الانتفاع بالشدة والضعف والزيادة

والنقص، فالإجارة على إحداها بعينها قد لوحظ فيها القيد بنحو تعدد المطلوب، فإذا استوفى المستأجر المساوي المبين لها كان

للمالك المؤجر الخيار. فإذا استأجر الدابة ليحمل عليها كيساً فيه مقدار

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٠٩

.....

معين من الحنطة، فحملها كيساً آخر مثله لم يستحق أجره أخرى، وإنما له الخيار بفوات القيد. وإذا حملها كيساً آخر فيه حنطة ضعف المقدار المعين في الإجارة، فنصفه مستحق الإجارة، وعليه أجره النصف الآخر وإذا حملها كيساً آخر فيه من الحنطة نصف المقدار المعين في الإجارة، لم يكن عليه غير المسمى، كأنه استوفى نصف حقه. نعم ربما يكون للمؤجر الخيار لفوات القيد أيضاً. وبالجملة: الذي يساعده الارتكاز العرفي أن المتباينات ملحوظة في المقام وفي باب الضمان مع تفاوت القيمة من قبيل الأقل والأكثر. والقيود والخصوصيات الموجبة للتباين ملحوظة عندهم بنحو تعدد المطلوب، فيكون الأقوى في المقام ما ذكره في القواعد من لزوم المسمى والتفاوت. ولم أقف عاجلاً على من وافق المصنف في وجوب الأمرين: المسمى وأجره المثل وإن كان له في نفسه وجه، لكنه خلاف المرتكز العرفي ومذاق الفقهاء في باب الضمانات. فلاحظ. وكذا الحكم في ضمان الغاصب. وما ذكرنا يظهر أن المحتملات في حكم المسألة أربعة: الأول: لزوم المسمى فقط، ويقتضيه الوجه الثالث من وجوه كيفية ملك المنافع المتضادة الثاني: لزوم أجره المثل فقط. ومناه بطلان العقد، إما لفوات المنفعة كما ذكر في التعليل، أو لعدم ملكية المنفعة غير الموجودة كما يقتضيه الوجه الرابع من الوجوه السابقة، أو لصحيح أبي ولاد الآتي

. الثالث:

لزوم المسمى وأجره المثل معاً، كما هو مختار المصنف (ره)، ويقتضيه البناء على ملكية المنافع المتضادة في عرض واحد. الرابع: أعلى القيمتين إن كانت إحدى المنفعتين أعلى قيمة، والمسمى فقط إن لم يكن كذلك. ويقتضيه ما ذكرناه من أن المرتكز العرفي جعل القيود الموجبة للتباين ملحوظة بنحو تعدد المطلوب، وتكون الزيادة في المنفعة المستوفاه من قبيل

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١١٠

.....

الزيادة في المنفعة المسماة، ويكون المقام نظير ما لو استأجر الدابة واشترط عليه المالك أن يكون الحمل مقداراً معيناً لا يزيد، فحملها أكثر منه وازيد، فإنه يستحق المسمى وأجره الزائد لا غير، ويكون له الخيار في الفسخ والرجوع إلى أجره المثل. نعم قد ينافي ذلك في باب الغصب ظاهر ما ورد من النصوص الواردة في الموارد المتفرقة، المتضمنة لضمان الغاصب أجره ما استوفاه مطلقاً، وإن كان للعين المغصوبة منفعة أعلى، ومنها صحيح أبي ولاد

«١» المشهور الذي قد اکتري بغلاً من الكوفة إلى قصر ابن هبيرة ذاهباً وجائياً لطلب غريم له، فلما صار قرب قنطرة الكوفة أخبر أن غريمه توجه إلى النيل، فتوجه نحو النيل، فلما أتى النيل خبر أن صاحبه توجه إلى بغداد فتوجه إلى بغداد، ثم رجع إلى الكوفة. بل هو وارد فيما نحن فيه من استيفاء المستأجر منفعة مضادة للمنفعة المقصودة له بالإجارة، والامام (ع) ضمنه كرى البغل من الكوفة إلى النيل، ومن النيل إلى بغداد، ومن بغداد إلى الكوفة، ولم يضمنه الأجره المسماة، ولم يجعل للمالك الاختيار لأى منفعة شاء.

لكن الظاهر أن الوجه فيه ما ذكرناه من أن الملحوظ للمكارى قطع المسافة فتكون نسبة المنفعة المستوفاه إلى المسماة نسبة الأكثر إلى الأقل، لا- لأجل بطلان العقد الواقع، ولا لأن التعين الخارجى دخيل فى الملكية. وكذلك حال النصوص الأخرى فإنها أيضاً منزلة على ما ذكرنا، ويكون المراد من النصوص هو المراد من تعبير الفقهاء: أنه يضمن الأعلى. يعنون به:

أنه يضمن المستوفى مع التفاوت. كما أنه لا يبعد أن يكون عدم تعرض النصوص - كالصحيح وغيره - لضمان المنافع غير المستوفاة التي هي أعلى قيمة لأنها منفعة غير محتسبة ولا منتظرة من العين، وحينئذ لا يدل الصحيح

(١) الوسائل باب: ١٧ من أبواب أحكام الإجارة حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١١١

.....

على عدم ضمانها مطلقاً. وإن كان هذا المعنى لا يرتبط بما نحن فيه.

و المتحصل مما ذكرناه: أن ما ذكره في القواعد من الاحتمال الأول هو الذي يقتضيه المذاق العرفي. لكن البناء عليه و رفع اليد عن الاحتمال الثالث، الموافق لأصل البراءة. لا يخلو من شبهة و إشكال، و إن كان هو الأظهر. و قد جزم به في موضع آخر من القواعد. قال: «و ان زرع الأضر من المعين للمالك المسمى و أرش النقصان». و عن التحرير أنه قال: له المسمى و أجره الزيادة. و هو المراد مما في القواعد كما في مفتاح الكرامة، و حكي فيه عن المبسوط: التخيير بين ذلك و بين أجره المثل.

و قال: «إنه أشبه بالصواب، ثم قال: و هو خيرة التذكرة، و كذا الشرائع و التحرير و الإرشاد في باب المزارعة، قالوا: لو زرع ما هو الأضر كان للمالك أجره المثل أو المسمى مع الأرش، و الذي يقتضيه التدبير في ملاحظة الكتب الثلاثة: أن ذلك فيما لو استأجرها للزراعة أو زارع عليها، و ليست مسوقة للمزارعة خاصة .. إلى أن قال: و إن هذه العبارة خاصة بالإجارة». و يؤيد ذلك ما ذكره في القواعد قال: «لو عين اقتصر عليه و على ما يساويه، أو يقصر عنه في الضرر على إشكال».

و عن التذكرة: أن القول بأن له أن يزرع ما عينه، و ما ضرره كضرره أو أدون و لا يتعين ما عينه قول عامة أهل العلم، إلا داود و باقى الظاهرية، فإنهم قالوا: لا- يجوز له زرع غير ما عينه. حتى لو وصف الحنطة بأنها حمراء لم يجز أن يزرع البيضاء. و نسبه في محكي الخلاف أيضاً إلى أبى حنيفة و الشافعي و عامة الفقهاء، و عن المبسوط: أنه نسبه إلى جميع المخالفين، و عن جامع المقاصد: أن جواز العدول هو المشهور بين عامة الفقهاء، و قال أيضاً: إنه المشهور. و في مفتاح الكرامة وجه القول بجواز العدول:

بأن الغالب المعروف المؤلف أن الغرض المقصود في الإجارة للمالك تحصيل

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١١٢

[مسألة ٧): لو آجر نفسه للخياطة - مثلاً - في زمان معين، فاشتغل بالكتابة]

(مسألة ٧): لو آجر نفسه للخياطة - مثلاً - في زمان معين، فاشتغل بالكتابة للمستأجر مع علمه بأنه غير العمل المستأجر عليه، لم يستحق شيئاً. أما الأجرة المسماة: فلتفويتها على نفسه بترك الخياطة، و أما أجره المثل للكتابة - مثلاً -:

فلعدم كونها مستأجراً عليها، فيكون كالمتبرع بها. بل يمكن أن يقال بعدم استحقاقه لها و لو كان مشتبهاً غير متعمد (١)، خصوصاً مع جهل المستأجر بالحال.

[مسألة ٨): لو آجر دابته لحمل متاع زيد من مكان إلى آخر فاشتبه]

(مسألة ٨): لو آجر دابته لحمل متاع زيد من مكان إلى آخر فاشتبه و حملها متاع عمرو، لم يستحق الأجرة على زيد و لا على عمرو.

[مسألة ٩): لو آجر دابته من زيد - مثلاً - فشردت]

(مسألة ٩): لو آجر دابته من زيد - مثلاً - فشدت

الأجرة خاصة، و هي حاصله على التقادير الثلاثة، فكلام أهل العلم مبنى على الغالب المعروف. و ما ذكره الجماعة و إن كان محلاً للمنع، بل لا ينبغي الارتباب في خلافه، و عدم جواز التعدى عن تعيين المالك. لكن قد يفهم منه حكم المقام بطريق الأولوية. و بالجملة: إذا لاحظت كلماتهم تعرف أن الارتكاز العرفى المذكور مما لا معدل عنه عندهم «١». (١) يفترق الحكم هنا عما كان فى المسألة السابقة: بأن العمل فى المقام مع العلم و الجهل لا يتحقق معه عنوان الاستيفاء، لأنه لم يكن بأمر من الغير، بخلاف العمل فى المسألة السابقة، فإنه بأمر يتحقق معه عنوان الاستيفاء. و اعتقاد الأمر هنا مع الجهل لا يكفى فى صدق الاستيفاء.

(١) قد ذكرنا فى مبحث المزارعة ماله نفع فى المقام فراجع. (منه قدس سره)

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١١٣

قبل التسليم إليه أو بعده فى أثناء المدّة، بطلت الإجارة (١).

و كذا لو آجر عبده فأبقى. و لو غصبها غاصب، فان كان قبل التسليم فكذلك. و إن كان بعده يرجع المستأجر على الغاصب بعوض المقدار الفائت من المنفعة (٢). و يحتمل التخيير (٣) بين الرجوع على الغاصب و بين الفسخ فى الصورة الأولى (٤) و هو ما إذا كان الغصب قبل التسليم.

[مسألة ١٠: إذا آجر سفينته لحمل الخل مثلاً من بلد إلى بلد، فحملها المستأجر خمراً]

(مسألة ١٠): إذا آجر سفينته لحمل الخل مثلاً من بلد إلى بلد، فحملها المستأجر خمراً، لم يستحق المؤجر إلا الأجرة المسماة، و لا يستحق أجرة المثل لحمل الخمر، لأن أخذ الأجرة عليه حرام، فليست هذه المسألة مثل مسألة إجارة العبد للخياطة، فاستعمله المستأجر فى الكتابة (٥).

لا يقال: فعلى هذا إذا غصب السفينة و حملها خمراً، كان اللازم عدم استحقاق المالك أجرة المثل، لأن أجرة حمل الخمر حرام. لأننا نقول: إنما يستحق المالك أجرة المثل للمنافع

(١) يعنى: فى باقى المدّة، لفوات المنفعة و تعذرها، فتكون الإجارة واقعة على مالا منفعة له.

(٢) هذا مبنى على تنزيل الغصب منزلة التلف، كما تقدم القول به فى امتناع المؤجر من التسليم، كما تقدم ضعفه، فراجع المسألة العاشرة و الحادية عشرة من الفصل الثالث.

(٣) هذا هو المتعين كما عرفت.

(٤) قد عرفت هناك احتمالاً فى الصورة الثانية.

(٥) تقدم فيها ماله نفع هنا، فراجع.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١١٤

الحللة الفائتة فى هذه المدّة. و فى المسألة المفروضة لم يفوت على المؤجر منفعة، لأنه أعطاه الأجرة المسماة لحمل الخل بالفرض.

[مسألة ١١: لو استأجر دابة معينة من زيد للركوب إلى مكان]

(مسألة ١١): لو استأجر دابة معينة من زيد للركوب إلى مكان، فاشتبه و ركب دابة أخرى له، لزمه الأجرة المسمأة للأولى، و أجرة المثل للثانية، كما إذا اشتبه فركب دابة عمرو فإنه يلزمه أجرة المثل لدابة عمرو و المسمأة لدابة زيد، حيث فوت منفعتها على نفسه.

[مسألة ١٢): لو آجر نفسه لصوم يوم معين عن زيد مثلاً]

(مسألة ١٢): لو آجر نفسه لصوم يوم معين عن زيد مثلاً، ثم آجر نفسه لصوم ذلك اليوم عن عمرو، لم تصح الإجارة الثانية (١). و لو فسخ الأولى بخيار أو إقاله قبل ذلك اليوم لم ينفع في صحتها، بل و لو أجازها ثانياً، بل لا بد له من تجديد العقد، لأن الإجارة كاشفة (٢)، و لا يمكن

(١) لما سبق من أن المنفعة الثانية لما لم تكن مملوكة للأجير - لمبايتها للأولى - لم تمكن الإجارة عليها، لعدم السلطنة له عليها، بل لا تصح و إن أجاز المستأجر الأول، لأن المانع لا ينحصر بتعلق حق الغير كما سبق كي تصح الإجارة بإجازته، بل المانع عدم الملك لا للأجير و لا لغيره.

نعم إذا كانت الإجارة الأولى واقعة على منفعة الخاصة و كذلك الثانية، و كانت الخصوصية - أعنى: كون الصوم عن زيد - ملحوظة على نحو تعدد المطلوب، أمكن أن تكون إجارة المستأجر الأول راجعة إلى رفع اليد عن الخصوصية، و حينئذ تصح الثانية بالإجارة، و ترجع الأجرة المذكورة فيها إلى المستأجر الأول.

(٢) هذا لا يجدى في المنع، إلا بناء على الكشف الحقيقى. و العمدة:

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١١٥

الكشف هنا لوجود المانع حين الإجارة، فيكون نظير من باع شيئاً ثم ملك (١)، بل أشكل.

[فصل لا يجوز إجارة الأرض لزرع الحنطة أو الشعير]

إشارة

فصل لا- يجوز إجارة الأرض لزرع الحنطة أو الشعير، بما يحصل منها من الحنطة أو الشعير، لا لما قيل: من عدم كون مال الإجارة موجوداً حينئذ، لا فى الخارج و لا فى الذمة، و من هنا يظهر عدم جواز إجارتها بما يحصل منها و لو من

أن إضافة العوض إلى مالك بعينه من قوام المعاوضة، فإذا تبدل فقد فاتت المعاوضة الواقعة و تعذرت صحتها.

(١) لأن الصوم عن عمرو لما كان ضد الصوم عن زيد، فإذا ملك المستأجر الأول الثانى، خرج الأول عن كونه مملوكاً للمؤجر، لما عرفت من أن القدرة على المتضادين لما كانت بديلة كانت الملكية لها كذلك، فإذا ملك المستأجر الأول أحدهما تعييناً خرج الآخر عن الملكية تعييناً و تخبيراً، فإذا فسحت الإجارة الأولى صار الضدان مملوكين على البديل، كحالهما قبل الإجارة، فاذن تكون الإجارة الثانية قبل الفسخ واقعة على منفعة غير مملوكة.

و كأن الوجه فى كونه أشكل: أن عدم القدرة على الضد الثانى يوجب خروجه عن صلاحية الملك، فالمانع فيه ذاتى، بخلاف مسألة من باع ثم ملك فإن المانع فيه عرضى، و هو تبدل المالك من دون قصور فى ذات المملوك.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١١٦

غير الحنطة و الشعير، بل عدم جوازها بما يحصل من أرض أخرى أيضاً. لمنع ذلك (١)، فإنهما فى نظر العرف و اعتباره بمنزلة

الموجود كنفس المنفعة، وهذا المقدار كاف في الصحة نظير بيع الثمار سنتين، أو مع ضم الضميمة، فإنها لا يجعل غير الموجود موجوداً، مع أن البيع وقع على المجموع. بل للأخبار الخاصة (٢). و أما إذا آجرها بالحنطة أو الشعير في الذمة

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

(٢) المشتمل بعضها على النهي عن إجارة الأرض بالطعام، و علل في بعضها بأنه غير مضمون، ففى موثق أبي بصير عن أبي عبد الله (ع): «لا- تؤجر الأرض بالحنطة و لا- بالشعير و لا- بالتمر و لا- بالأربعاء و لا بالنطاف، و لكن بالذهب و الفضة، لأن الذهب و الفضة مضمون و هذا ليس بمضمون» (١).

و فى آخر: بأنه يلزم إجارة الحنطة بالحنطة و الشعير بالشعير (٢). و

فى ثالث: «إن كان من طعامها فلا خير فيه» (٣).

و ظاهر الجميع الاختصاص بما كان منها أو من غيرها المعين و لم يعرف المخالف فى المنع إلا ما يظهر من التبصرة و المختلف، تبعاً لما يظهر من النافع كما قيل. لكنه مخالف لظاهر النهي المذكور المعول عليه

(١) الوسائل باب: ١٦ من أبواب المزارعة حديث: ٢.

(٢) الوسائل باب: ١٦ من أبواب المزارعة حديث: ١١.

(٣) الوسائل باب: ١٥ من أبواب المزارعة حديث: ٥.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١١٧

لكن بشرط الأداء منها، ففى جوازه إشكال و الأحوط العدم (١) لما يظهر من بعض الاخبار، و إن كان يمكن حمله على الصورة الأولى. و لو آجرها بالحنطة أو الشعير من غير اشتراط كونهما منها فالأقوى جوازه (٢)، نعم لا يبعد كراهته. و أما إيجارها

عند المشهور. و التعبير

بقوله (ع): «لا خير فيه»

لا يصلح لصرف النهي عن ظاهره، بل لعله ظاهر فى نفسه فى المنع.

(١) احتمال فى الجواهر العدم، لما يظهر من بعض النصوص فى خصوص هذا الشرط كما ذكر فى المتن. لكنه استظهر الجواز، للعمومات.

و هو غير بعيد.

(٢) عملاً بالتعليل بأنه غير مضمون، المقتضى للجواز فى المضمون.

لكن عن بعض: المنع إذا كان من جنس ما يزرع فيها،

لصحيح الحلبي: «لا تستأجر الأرض بالحنطة ثم تزرعها حنطة» (١).

مستمسك العروة الوثقى؛ ج ١٢، ص: ١١٧

و يساعده بعض التعليلات المتقدمة. لكن المشهور على خلافه. ولأجله يشكل العمل بالصحيح، مع أن دلالة لا تخلو من خفاء. و أما دعوى: المعارضة للتعليل بعدم الضمان، فغير ظاهرة، لإمكان تعدد وجوه المنع.

و العمدة: أن الخبر المشتمل على التعليل ضعيف بالإرسال و غيره، فلا مجال للاعتماد عليه. مضافاً إلى معارضته بخبر الهاشمي، عن أبي عبد الله عليه السلام: «سألته عن رجل استأجر من السلطان من أرض الخراج، بدراهم مسماء أو بطعام مسمى، ثم آجرها و شرط لمن يزرعها أن يقاسمه النصف أو أقل من ذلك أو أكثر، و له في العوض بعد ذلك فضل، أ يصلح له لذلك؟ قال (ع): نعم إذا حفر لهم نهراً..» (٢) فتأمل.

(١) الوسائل باب: ١٦ من أبواب المزارعة حديث: ٣.

(٢) الوسائل باب: ٢١ من أبواب أحكام الإجارة حديث: ٣.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١١٨

بغير الحنطة و الشعير من الحبوب، فلا إشكال فيه (١)، خصوصاً إذا كان في الذمة، مع اشتراط كونه منها أولاً.

[مسألة (١): لا بأس بإجارة حصّة من أرض معينة مشاعة]

(مسألة ١): لا بأس بإجارة حصّة من أرض معينة مشاعة، كما لا بأس بإجارة حصّة منها على وجه الكلي في المعين مع مشاهدتها على وجه يرتفع به الغرر. و أما إجارتها على وجه الكلي في الذمة فمحل إشكال، بل قد يقال: بعدم جوازها لعدم ارتفاع الغرر بالوصف، و لذا لا يصح السلم فيها. و فيه:

أنه يمكن وصفها على وجه يرتفع، فلا مانع منها إذا كان كذلك.

[مسألة (٢): يجوز استئجار الأرض لتعمل مسجداً]

(مسألة ٢): يجوز استئجار الأرض لتعمل مسجداً،

(١) في خبر أبي بصير المتقدم

ذكر التمر مع الحنطة و الشعير، و مقتضاه المنع فيه، بل مقتضى التعليل بعدم الضمان: اطراد المنع في كل ما يخرج منها. و إن كان ظاهر بعض: الاختصاص بالحنطة و الشعير.

و وجهه غير ظاهر، لعموم التعليل في النص، و عموم ما ذكره في وجه المنع الذي أشار إليه المصنف (ره) في صدر المسألة، و لذا كانت عباراتهم مطلقة. قال في القواعد في كتاب المزارعة: «يجوز إجارة الأرض بكل ما يصلح أن يكون عوضاً في الإجارة و إن كان طعاماً إذا لم يشترط أنه مما يخرج من الأرض». و قال في مفتاح الكرامة: «لأنه لا يجوز اشتراط كونه مما يخرج منه، كما في الخلاف و المبسوط و السرائر، و المختلف و التنقيح، و جامع المقاصد. و لا يصح كما في إيضاح النافع، و الكتاب.

و يكون حراماً، كما في التذكرة..» إلى آخر ما حكاه من عباراتهم.

و حينئذ فنفي الإشكال في المتن غير ظاهر، لا من حيث النص و لا من حيث الفتوى.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١١٩

لأنه منفعة محللة (١). و هل يثبت لها آثار المسجد من حرمة التلويث و دخول الجنب و الحائض و نحو ذلك؟ قولان. أقوامها: العدم (٢). نعم إذا كان قصده عنوان المسجدية لا مجرد للصلاة فيه (٣)، و كانت المدة طويلة كمائة سنة أو أزيد لا يبعد ذلك، لصدق المسجد عليه حينئذ.

(١) خلافاً لأبي حنيفة، لأن فعل الصلاة لا يجوز استحقاقه بعقد الإجارة، فلا تجوز الإجارة لذلك. و فيه أنه لا ملازمة بين بطلان الإجارة على الصلاة، و بطلان إجارة المكان للصلاة، لأن الإجارة على الصلاة تقتضى لزوم الصلاة، و إجارة المكان للصلاة لا تقتضى لزوم الصلاة. مضافاً إلى أن استحقاق الصلاة و لزومها بالإجارة لا يقتضى بطلانها، كما فى صلاة الأجير.

(٢) كما عن جامع المقاصد، لأن المسجد اسم للموقوف مؤبداً لذلك.

و عن الأردبيلي: دعوى كوى المسجد أعم من الموقوف مؤبداً و غيره كالمقام، خصوصاً فى المدة الطويلة كمائة سنة. لكنه كما ترى مخالف لظاهر الاتفاق على اعتبار التأييد، كما يظهر من كلماتهم فى الصلاة. مع أن الشك فى ذلك كافى فى عدم ترتب الأحكام، للأصل. و إطلاق أدلتها يسقط عن الحجية، إذ ليس المراد منه المعنى اللغوى ضرورة، بل المراد منه مفهوم شرعى، فمع الشك فى حصوله يرجع إلى أصالة عدم ترتب الأثر.

(٣) لا إشكال فى أن عنوان المسجد من العناوين القائمة بنفسها، لا ترتبط بفعل المكلف، و لذا لو خرب المسجد لم تبطل مسجديته و إن تعذرت الصلاة فيه. بخلاف ما لو خرب المكان الذى وقف على أن يكون مصلى، فإنه إذا تعذرت الصلاة فيه فقد تعذرت المنفعة المقصودة من الوقف، فتبطل وقفه. ثم إنه إذا اعتبر الدوام فى المسجدية فلا مجال مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٢٠

[مسألة ٣: يجوز استئجار الدراهم و الدنانير للزينة أو لحفظ الاعتبار]

(مسألة ٣): يجوز استئجار الدراهم و الدنانير للزينة (١) أو لحفظ الاعتبار، أو غير ذلك من الفوائد التى لا تنافى بقاء العين.

[مسألة ٤: يجوز استئجار الشجر لفائدة الاستئلال و نحوه]

(مسألة ٤): يجوز استئجار الشجر لفائدة الاستئلال و نحوه (٢) كربط الدابة به، أو نشر الثياب عليه.

[مسألة ٥: يجوز استئجار البستان لفائدة التنزه]

(مسألة ٥): يجوز استئجار البستان لفائدة التنزه، لأنه منفعة محللة عقلانية.

[مسألة ٦: يجوز الاستئجار لحيازة المباحات]

(مسألة ٦): يجوز الاستئجار لحيازة المباحات (٣)

للإجارة المذكورة، و إن لم يعتبر لا حاجة إلى اعتبار أن تكون المدة طويلة.

(١) كما صرح به فى الشرائع و غيرها. و عن مجمع البرهان: «لا شك فيه لو حصل نفع مقصود محلل، لإطلاق أدلة الإجارة». و هو فى محله.

أما إذا لم يكن لها نفع كذلك فلا- ينبغى التأمل فى البطلان، لأن أكل الأجرة حينئذ يكون أكلاً للمال بالباطل. و فى الجواهر: «و

احتمال عدم الجواز حتى مع تحقق المنفعة، للشك في تناول مثل ذلك، في غير محله، كاحتمال عدم جواز إجارتها لعدم صحة وقفهما، وعدم ضمان منفعتهما لو غصبا. وفيه: أولاً.. إلى آخر ما ذكر في الاشكال من منع الملازمة و منع عدم جواز الوقف، و منع عدم الضمان.

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

(٣) هذه المسألة المذكورة في الشرائع في أواخر كتاب الشركة، وقد اختار فيها الجواز. و في القواعد قال: «في جواز الاستئجار على الاحتطاب أو الاحتشاش أو الالتقاط نظر، ينشأ من وقوع ذلك للمؤجر أو المستأجر».

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٢١

كالاحتطاب و الاحتشاش و الاستقاء. فلو استأجر من يحمل الماء له من الشط - مثلاً - ملك ذلك الماء بمجرد حيازة السقاء فلو أتلفه متلف قبل الإيصال إلى المستأجر ضمن قيمته له.

و كذا في حيازة الحطب و الحشيش. نعم لو قصد المؤجر كون المحوز لنفسه، فيحتمل القول بكونه له (١)، و يكون ضامناً للمستأجر عوض ما فوته عليه من المنفعة، خصوصاً (٢) إذا كان المؤجر آجر نفسه على وجه يكون تمام منافعه في اليوم الفلاني للمستأجر، أو يكون منفعة من حيث الحيازة له، و ذلك لاعتبار النية في التملك بالحيازة و المفروض أنه لم يقصد كونه للمستأجر بل قصد نفسه. و يحتمل القول بكونه للمستأجر لأن المفروض أن منفعة من طرف الحيازة له، فيكون نية كونه لنفسه لغواً و المسألة مبنية على ان الحيازة (٣)

(١) هذا يتم حتى على القول بتبعية المحاز للحيازة في الملكية إذا كان المستأجر عليه في الذمة، لأن انطباق ما في الذمة على ما في الخارج يحتاج إلى قصد، و إن انحصر في فرد، و لا يكون قهرياً و ان كان ذلك في الكلي الخارجي (٢) راجع إلى الضمان.

(٣) الوجوه المتصورة بدواً في سبب الحيازة للملك ثلاثة: الأول:

أن تكون سبباً لملك الحائز مباشرة، و هو من قامت به الحيازة مطلقاً، سواء قصد نفسه أم غيره أم لم يقصد. الثاني: أن تكون سبباً لملك من كانت له الحيازة، فيكون المحاز تابعاً لها في الملكية، تبعية الثمرة للشجرة، و الحمل للدابة، و النماء لدى النماء، مطلقاً أيضاً. الثالث: أن تكون سبباً لملك من جعلت له و لو تبرعاً، فتكون سببها متقومه بالقصد، فان

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٢٢

.....

قصد الحائز بها نفسه ملك هو المحاز، و إن قصد غيره ملك غيره المحاز، و ان لم يقصد أصلاً لم يملك المحاز مالك، و بقي على إباحته الأصلية.

هذا و لا ينبغي الإشكال في صحة الإجارة على الوجهين الأخيرين.

نعم قد تشكل بناء على الوجه الأول، بل في المتن أن لازمه عدم صحة الإجارة. و كأنه لعدم رجوع المنفعة إلى المستأجر حينئذ. وفيه: أنه يكفي في صحتها ترتب غرض ما على حصول العمل المستأجر عليه، نظير الإجارة على النيابة عن ميت من أموات المستأجر، و الاستئجار لإرضاع الولد و تعليمه الكتابة و نحوها من الكمالات، فالوجوه كلها مشتركة في صحة الإجارة عليها، و لا فرق بين الأول و الأخيرين في ذلك.

نعم تختلف في أمر آخر، و هو ملكية المحاز للمستأجر، فعلى الأول:

لا- يملكه المستأجر مطلقاً، وإنما يملكه الأجير الحائز، و على الثاني: يملكه المستأجر مطلقاً. إذا كانت الإجارة واقعة على المنفعة الخاصة وحدها أعنى:

منفعة الحيازة، أو مع غيرها بأن كان جميع منافعه ملحوظة في الإجارة، فإن الحيازة على هذا تكون ملكاً للمستأجر فيتبعها المحاز، و أما إذا كانت واقعة على ما فى الذمة، فإن قصد الأجير تشخيص ما فى ذمته الواجب عليه بالإجارة، كانت الحيازة الخارجية ملكاً للمستأجر فيتبعها المحاز.

أما إذا لم يقصد ذلك، بل قصد نفسه، كان المحاز له، و يكون قد فوت العمل المستأجر عليه على المستأجر، فيرجع المستأجر عليه بأجرة المثل لو لم يفسخ، أو بالمسمى إذا كان قد فسخ. و على الثالث: مقدمة الإجارة لتملك المحاز. تتوقف على وقوعها على الحيازة بقصد كونها للمستأجر» إذ لو وقعت على نفس فعل الحيازة مطلقاً استحق الأجير الأجرة و لو قصد نفسه، و يكون هو المالك حينئذ للمحاز، فالإجارة إنما يترتب عليها تملك المستأجر للمحاز، إذا وقعت على الحيازة بنحو خاص، مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٢٣

.....

أعنى: بقصد كونها للمستأجر. و حينئذ فإن قصد الحائز ذلك استحق الأجرة، و كان المحاز للمستأجر. و إن قصد نفسه كان المحاز له دون المستأجر، من دون فرق بين وقوع الإجارة على منفعة الخاصة و وقوعها على ما فى الذمة، و حينئذ يستحق المستأجر عليه المسمى أو أجرة المثل كما سبق.

و كذا لو لم يقصد شيئاً، لكن فى هذه الصورة يبقى المحاز على إباحته الأصلية.

ثم إن الوجهين الأخيرين يمكن إرجاع ثانيهما إلى أولهما، بناء على أنه يكفى فى ملكية العمل صدوره عن فاعله بقصد أنه لزيد مثلاً، فيكون ملكاً لزيد بمجرد ذلك، فإنه على هذا المبنى تكون ملكية المقصود للمحاز تابعة لملكية الحيازة، فالمتبرع عن غيره بالحيازة يملكها للمتبرع عنه، فيملك المتبرع عنه المحاز، كما يملك نفس الحيازة بالتبرع عنه فيها. فالحيازة تارة:

تملك بعقد الإجارة للمستأجر. و أخرى: يملكها المتبرع عنه بالتبرع من الحائز عنه، فيملكها المتبرع عنه بذلك التبرع الراجع إلى فعلها بقصد كونها لغيره، فتكون حال وقوعها ملكاً للمتبرع عنه، فيتبعها المحاز. فالبناء على الثالث أيضاً راجع إلى تبعية المحاز للحيازة فى الملكية. نعم إذا كانت منفعة الحيازة مملوكة على الحائز بالإجارة، لا سلطنة له على جعلها لغير المستأجر المالك لها. نعم بين الوجهين فرق من جهة أخرى، تظهر بالتأمل فيما ذكرنا.

و كيف كان: لا ينبغي التأمل فى أن الرجوع إلى المرتكز العرفي - الذى هو المعيار المأثر بين ما تدخله النيابة و الوكالة و مالا تدخله - يقتضى البناء على كون العناوين المذكورة فى المتن مما تدخله النيابة، فإنها عند العرف كذلك. بل التسالم على كون القبض مما تدخله النيابة، فى كل مورد كان موضوعاً لحكم شرعى، يقتضى البناء عليه هنا، لأنها من أنواعه و أنحائه. فيبطل الوجه الأول.

هذا و لأجل أن اعتبار النيابة عند العقلاء إنما يصح فيما إذا كان

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٢٤

.....

للمنوب فيه أثر يترتب عليه، و إلا- لم يكن للنيابة معنى، و لا- مجال لاعتبارها عند العقلاء، فيكون بناؤهم على صحة النيابة فى هذه العناوين كاشفاً عن كونها موضوعاً للآثار مطلقاً، فيتعين الوجه الثانى الذى هو ثالث الوجوه المذكورة فى المتن، و يترتب عليه ما عرفت من أنه إذا استأجره بلحاظ المنفعة الخاصة - أعنى: منفعة الحيازة - كان المحاز ملكاً للمستأجر، تبعاً لملكية الحيازة و إن قصد

الأجير الحيازة عن نفسه أو عن غير المستأجر، لعدم نفوذ قصده، لكونه تصرفاً في ملك المستأجر، كما لو حاز العبد بقصد غير مولاه. وفي الشرائع في كتاب الشركة قال: «إذا استأجره للاحتطاب أو الاحتشاش أو الاصطياد مدة معينة، صححت الإجارة، و يملك المستأجر ما يحصل في تلك المدة». لكن قال في كتاب الوكالة: «إن الأمور المذكورة لا تقبل النيابة». وأشكل عليه: بأن البناء على أنها لا تقبل النيابة يقتضى المنع من صحة الإجارة عليها. وفي الجواهر دفع الإشكال: «بأنه قد يمنع التلازم، و يكون حينئذ ملك المباح في الفرض من توابع ملك العمل بالإجارة، و هو غير التملك بالنيابة في الحيازة. ثم قال: فتأمل» و لعله أشار بالأمر بالتأمل إلى أنه إذا لم تقبل العناوين المذكورة اختصت آثارها بالمباشر، فيكون المباح ملكاً له، فإذا بنى على كونه ملكاً لمالك الحيازة و إن لم يكن هو المباشر، كان ذلك قولاً بقبولها للنيابة، إذ ليس المراد من كونها قابلة للنيابة إلا هذا المعنى، بأن يكون الأثر لغير المباشر ثم إنه قد استدل على الوجه الأول من الوجوه التي ذكرناها، بما دل على أن من حاز ملك، فان المضمون المذكور و إن لم يرد به نص بلفظه، فقد ورد ما يدل على معناه، مثل

قوله (ع): «الليد ما أخذت

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٢٥

.....

و للعين ما رأت» (١).

وفيه: أنه إذا كانت المرتكزات العرفية قاضية بقبولها للنيابة، فقد صدق ذلك بالنسبة إلى المنوب عنه و لا يصدق بالنسبة إلى النائب، كما يظهر من ملاحظة نظائره، فإذا ورد: «من صلى ركعتين فله كذا»، و قلنا بقبول الصلاة للنيابة، كانت الصلاة الواقعة من النائب منسوبة إلى المنوب عنه. لا إلى النائب، مثل: من باع أو تزوج أو قبض و غيرها. و نظير المقام باب إحياء الموات، فان قولهم (ع): «من أحيا أرضاً مواتاً فهي له» (٢).

و إن كان مقتضى الجمود على عبارته تملك من قام به الإحياء، لكن ما دل على قبول الإحياء للنيابة يقتضى عمومه للمباشرة و النيابة، لأن فعل النائب فعل المنوب عنه، فمن أحيا عن غيره كان غيره المحيي لا المباشر، نظير قوله (ع): «من بنى مسجداً كمفحص قطاء بنى الله له بيتاً في الجنة» (٣)، فإن الأثر المذكور يكون لمن ملك البناء و لو لم يباشر.

نعم هنا شيء و هو: أن ملك الحيازة هل يحصل بمجرد نية المباشر عن غيره كما يحصل بعقد الإجارة، أولاً؟ فيه إشكال، و مقتضى أصالة عدم ترتب الأثر عدمه. بل العدم مقتضى قاعدة السلطنة على النفس. و من ذلك يشكل البناء على عموم صحة النيابة و لو تبرعاً.

و المتحصل مما ذكرنا: أن مقتضى الجمود على ما تحت مفاد الأدلة الأولية هو عدم صحة النيابة في أمثال المقام، و أن المحاز ملك للحائز مباشرة.

و بعد ملاحظة ما دل على قبول مثل ذلك للنيابة، و الجمع بينه و بين الأدلة الأولية، يتعين البناء على أن المحاز ملك لمالك الحيازة، لا من قامت به

(١) الوسائل باب: ٣٨ من أبواب الصيد حديث: ١.

(٢) الوسائل باب: ١ من أبواب إحياء الموات حديث: ٥، ٦.

(٣) الوسائل باب: ٨ من أبواب أحكام المساجد حديث: ٢، ٦.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٢٦

.....

الحيازة، نظير: «من أحيا أرضاً» و «من بنى مسجداً». وهذا الملك تارة: يكون بالإجارة، و أخرى: يكون بغيرها من جعله و نحوها، و قد يكون بالأمر بها مجاناً، فيحوز المأمور بنية ملك الأمر. أما تبرع الحائز بدون إذن من حاز له فلا أثر له في الملك، لما عرفت من أنه خلاف قاعدة السلطنة. بل قد يشكل حصوله بمجرد الأمر بالحيازة مجاناً، لعدم الدليل على حصول الملك بمجرد ذلك. و قبول الحيازة للنيابة لا يقتضى ذلك، لأن القابلية أعم من الفعلية، فما لم يقد دليل على النفوذ يكون المرجع أصالة عدم ترتب الأثر. اللهم إلا أن يدخل ذلك في الهبة، فيدل على ترتب الأثر ما دل على نفوذ الهبة. فتأمل.

ثم إنه هل يعتبر في ملك الحائز لما حاز نية التملك، أو لا يعتبر ذلك؟ في الشرائع: «قيل: لا. و فيه تردد». و في القواعد: «فيه اشكال. و صريح المبسوط في كتاب احياء الموات اعتبارها. قال فيه: لأن المحيي إنما يملك بالإحياء إذا قصد تملكه». و تبعه عليه جماعة، منهم الشهيد في الدروس. و جزم في الجواهر في كتاب احياء الموات و غيره بعدم الاعتبار، و قال في كتاب الشركة: «يمكن دعوى السيرة، بل الضرورة على خلاف ذلك» (يعنى: ما ذكره في المبسوط) و في مفتاح الكرامة: «الأقرب الاعتبار»، و ذكر أنه قد استدل عليه بالأخبار المستفيضة الواردة فيما يكون في جوف السمكة مما يكون في البحر «١»، و بالإجماعين الظاهرين من التذكرة و المختلف، المعترضين بالشهرات. و استدل له في جامع المقاصد بما تكرر في فتوى الأصحاب من أن ما يوجد في جوف السمكة مما يكون في البحر يملكه المشتري و لا يجب دفعه إلى البائع يعنى: أنه لو لم تعتبر النية لكان ملكاً للبائع لكونه حائزاً، و لا وجه

(١) الوسائل باب: ١٠ من أبواب اللقطة.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٢٧

من الأسباب القهرية لتملك الحائز (١) و لو قصد الغير، و لازمه عدم صحة الاستئجار لها. أو يعتبر فيها نية التملك و دائرة مدارها، و لازمه صحة الإجارة، و كون المحوز لنفسه إذا قصد نفسه و إن كان أجيراً للغير، و أيضاً لازمه عدم حصول الملكية له إذا قصد كونه للغير، من دون أن يكون أجيراً له أو وكيلاً عنه، و بقاؤه على الإباحة إلا إذا قصد بعد ذلك كونه له بناء على عدم جريان التبرع في حيازة المباحات و السابق إلى المشتريات، و إن كان لا يبعد جريانه. أو أنها من الأسباب القهرية لمن له تلك المنفعة، فان لم يكن أجيراً يكون له، و إن

لأن يكون للمشتري. و فيه: أن الظاهر أن البائع باع تمام ما حازه، و إن كان يعتقد أنه سمكة فقط، فالخطأ يكون في التطبيق لا غير.

ثم إن ما ذكره من الفتوى قد تضمنتها جملة من النصوص، ذكرها في الوسائل في كتاب اللقطة، فراجعها. و دلالتها على اعتبار نية التملك غير ظاهرة، و ان استدل بها في مفتاح الكرامة.

هذا و في الجواهر قوى اعتبار قصد الحيازة في حصول الملك، فمن حول تراباً أو حجراً عن طريق بقصد التمكن من العبور عنه لا يملكه. و كأنه لانصراف الأدلة عن مثل ذلك و هو غير بعيد، و لا سيما مع موافقته للسيرة. و أظهر منه صورة ما إذا لم يتحقق القصد أصلاً، كما في حيازة النائم و نحوه.

(١) الظاهر من العبارة - بقريته ما يأتي من قوله: «أو أنها من الأسباب القهرية ..» - أن المراد من كونها من الأسباب القهرية:

أنها توجب تملك المباشر، الذي هو الوجه الأول من الوجوه التي ذكرناها في الحاشية السابقة. لكن هذا المبني لا يترتب عليه شيء

من الاحتمالين السابقين، إذ الاحتمال الثاني - وهو كون المحاز للمستأجر - لا وجه لترتبه

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٢٨

قصد الغير فضولاً فيملك بمجرد قصد الحيازة، وإن كان أجيراً للغير يكون لذلك الغير قهراً، وإن قصد نفسه أو قصد غير ذلك الغير (١). و الظاهر عدم كونها من الأسباب القهرية مطلقاً، فالوجه الأول غير صحيح، و يبقى الإشكال في ترجيح أحد الأخيرين، و لا بد من التأمل (٢).

[مسألة (٧): يجوز استئجار المرأة للإرضاع]

(مسألة ٧): يجوز استئجار المرأة للإرضاع (٣)، بل للرضاع بمعنى:

عليه. و أما الاحتمال الأول: فهو و إن كان يترتب في الجملة، لكن من بعض آثار ذلك الاحتمال أن يكون ضامناً للمستأجر، و لا وجه لترتبه على هذا المبني، لان لازم المبني - كما ذكر - عدم صحة الإجارة، فلا وجه لضمان المستأجر. و أيضاً لازم هذا المبني تملك الحائز المحاز مطلقاً قصد نفسه أو غيره. و أيضاً فإن القول بأن المحاز ملك للمستأجر لا يترتب على شيء من المبنيين. و بالجملة: ابتناء القولين السابقين على المبنيين المذكورين غير ظاهر.

(١) لما عرفت من أنه لا سلطنة له على ذلك القصد، لأنه تصرف في ملك الغير فلا يؤثر شيئاً. هذا إذا كانت الإجارة واقعة على المنفعة الخارجية، و لو كانت على ما في الذمة يكون المدار على قصده، إذ لا مانع عن تأثيره.

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

(٣) بلا- اشكال ظاهر. و هو المتيقن من معقد الإجماع على الجواز في المسألة. و تقتضيه عمومات الصحة، لأن الإرضاع من المنافع ذات المالية التي يبذل المال بإزائها عند العقلاء. و القرآن المجيد شاهد بذلك،

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٢٩

الانتفاع بلبنها (١) و إن لم يكن منها فعل مدة معينة. و لا بد من مشاهدة الصبي الذي استؤجرت لارضاعه، لاختلاف الصبيان. و يكفي وصفه على وجه يرتفع الغرر. و كذا لا بد من تعيين المرضعة شخصاً أو وصفاً على وجه يرتفع الغرر.

نعم لو استؤجرت على وجه يستحق منافعتها أجمع التي منها للرضاع، لا- يعتبر حينئذ مشاهدة الصبي أو وصفه (٢). و إن اختلفت الأغراض بالنسبة إلى مكان الإرضاع - لاختلافه من حيث السهولة و الصعوبة و الوثاقه و عدمها - لا بد من تعيينه أيضاً.

لقوله تعالى «فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ» (١)، فلا مانع من أخذ العوض بإزائه.

و أما الإجارة للرضاع: فالقول بجوازها محكى عن جماعة - و هو ظاهر الشرائع و غيرها مما عبر فيه بجواز الاستئجار للرضاع. لكنه مشكل كما أشار إلى وجهه غير واحد، منهم جامع المقاصد، لأن الإجارة مشروعة لنقل المنافع لا الأعيان، و اللبن من الثانية. بل يظهر من محكى التذكرة:

الإجماع على الفساد فيه، و أنه يتم على قول المخالفين من أن الإجارة قد تكون لنقل الأعيان. اللهم الا- أن يقال: إن الارتضاع من المرأة من قبيل المعنى مقابل اللبن، يمكن تملكه بالإجارة.

(١) كان اللازم أن يقيده بقوله: «على نحو الارتضاع» لتكون إجارة المرأة كإجارة الدار، لتستوفى منافعتها، في مقابل الإجارة للإرضاع التي هي من قبيل إجارة العامل. و أما الانتفاع باللبن فهو انتفاع بالعين، لا تصح الإجارة بلحاظه كما عرفت، و سيأتي في المسألة الثانية عشرة.

(٢) كما نص على ذلك في الجواهر. و كأنه لعدم كونه موضوعاً

(١) الطلاق: ٦.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٣٠

[مسألة ٨: إذا كانت الامرأة المستأجرة مزوجة، لا يعتبر في صحة استئجارها إذنه]

(مسألة ٨): إذا كانت الامرأة المستأجرة مزوجة، لا يعتبر في صحة استئجارها إذنه (١)، ما لم يناف ذلك لحق استمتاعه، لأن اللبن ليس له (٢)، فيجوز لها الإرضاع من غير رضاه. ولذا يجوز لها أخذ الأجرة من الزوج على إرضاعها لولده (٣)، سواء كان منها أو من غيرها. نعم لو نافي ذلك حقه لم يجز إلا بإذنه، و لو كان غائباً فأجرت نفسها للإرضاع فحضر في أثناء المدة و كان على وجه ينافي حقه، انفسخت

للإجارة، كما لو استأجر الدابة بجميع منافعها، فإنه لا يعتبر في صحتها ذكر الحمل فضلاً عن مقداره، لأن الغرر مرتفع بذكر المدة، و المرجع في كيفية الانتفاع هو المتعارف. و من ذلك يظهر أنه إذا استأجر الدابة للحمل و المرأة للإرضاع، لم يحتج الى تعيين الحمل أو المرتضع، لأن التعارف كافٍ في رفع الغرر، بخلاف ما لو استأجر الدابة لحمل شيء معين، أو المرأة لإرضاع طفل معين، لأن خصوصية المنفعة لما كانت يختلف الغرض و القيمة باختلافها، كان الجهل بها موجباً للغرر. فعدم الحاجة الى تعيين الصبي لا يختص بصورة إجارتها بلحاظ جميع المنافع، فإنه إذا استأجرها لخصوص الإرضاع لا يحتاج أيضاً الى تعيين الصبي.

(١) عن المبسوط و الخلاف و السرائر: اعتبار ذلك. و حكى عن الشرائع و الجامع، لأنه لا دليل على الصحة بدونه، و لأن الزوج مالك لمنافعها. و كلا الأمرين كما ترى.

(٢) و كذا الإرضاع و الارتضاع.

(٣) عن الشيخ في المبسوط: المنع عن ذلك، و حكى عن جماعة من أهل الخلاف، لأنها قد أخذت عوضاً في مقابل الاستمتاع، و آخر في مقابل التمكين و الحبس، فلا تأخذ عوضاً آخر. و هو كما ترى.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٣١

الإجارة بالنسبة إلى بقية المدة.

[مسألة ٩: لو كانت الامرأة خلية فأجرت نفسها للإرضاع أو غيره من الاعمال]

(مسألة ٩): لو كانت الامرأة خلية فأجرت نفسها للإرضاع أو غيره من الاعمال، ثم تزوجت، قدم حق المستأجر على حق الزوج في صورة المعارضة، حتى أنه إذا كان و طؤه لها مضراً بالولد منع منه (١).

[مسألة ١٠: يجوز للمولى إجبار أمته على الإرضاع]

(مسألة ١٠): يجوز للمولى إجبار أمته على الإرضاع (٢) إجارة أو تبرعاً، قنه كانت أو مدبرة أو أم ولد. و أما المكاتبه المطلقة: فلا يجوز له إجبارها (٣). بل و كذا المشروطة. كما لا يجوز في المبعضة (٤). و لا فرق بين كونها ذات ولد يحتاج إلى اللبن أولاً، لإمكان إرضاعه من لبن غيرها.

[مسألة ١١: لا فرق في المرتضع بين أن يكون معيناً أو كلياً]

(مسألة ١١): لا- فرق في المرتضع بين أن يكون معيناً أو كلياً، و لا في المستأجر بين تعيين مباشرتها للإرضاع أو جعله في ذمتها، فلو مات الصبي في صورة التعيين أو المرأة في صورة تعيين المباشرة انفسخت الإجارة. بخلاف ما لو كان الولد كلياً أو جعل في ذمتها، فإنه لا تبطل بموته أو موتها إلا مع تعذر الغير من صبي أو مرضعاً.

(١) في القواعد: «للزوج الوطاء و إن لم يرض المستأجر». و كأنه منزل على صورة عدم الضرر.

(٢) لأنه مملوك له تبعاً لملك الأمة، فلا يجوز التصرف فيه بغير إذنه.

(٣) لخروجها عن سلطنته، للإجماع على انقطاع سلطنة المولى عن مال المكاتب بغير الاستيفاء، من غير فرق بين المكاتب المطلق و المشروط.

(٤) للاشتراك بينه و بينها.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٣٢

[مسألة ١٢: يجوز استئجار الشاة للبنها]

(مسألة ١٢): يجوز استئجار الشاة للبنها (١)، و الأشجار للانتفاع بأثمارها (٢)، و الآبار للاستقاء (٣)، و نحو ذلك. و لا- يضر كون الانتفاع فيها بإتلاف الأعيان، لأن المناط في المنفعة هو العرف، و عندهم يعدّ اللبن منفعة للشاة، و الثمر منفعة للشجر، و هكذا. و لذا قلنا بصحة استئجار المرأة للرضاع و إن لم يكن منها فعل (٤)، بأن انتفع بلبنها، في حال نومها، أو بوضع الولد في حجرها و جعل ثديها في

(١) المشهور في الشاة- كما قيل -: المنع. و عن بعض: الجواز، اعتماداً على

مصححة ابن سنان: «عن رجل دفع إلى رجل غنمه بسمن و دراهم معلومة، لكل شاة كذا و كذا في كل شهر. قال (ع):

لا بأس بالدرهم، أما السمن فلا أحب ذلك، إلا أن تكون حوالب فلا بأس» (١)

و نحوها رواية الحلبي

«٢». لكنهما غير ظاهرين في الإجارة. فالمرجع القواعد المقتضية للمنع.

(٢) قيل: لا خلاف ظاهراً في فساد الإجارة. و يقتضيه ما تقدم في الاستئجار للرضاع.

(٣) عن موضع من التذكرة و عن الإيضاح: القول بالجواز، بدعوى أن الملحوظ في الإجارة منفعة البئر، و إن أدى استيفاؤها إلى

إتلاف العين. و فيه: أنه لا- يظهر للبئر منفعة غير الانتفاع بإتلاف مائها، و لذا كان المختار للقواعد و موضع من التذكرة و عن جامع

المقاصد: المنع. و هو في محله كما يأتي.

(٤) قد عرفت إشكاله في شرح المسألة السابقة، و أن الارتضاع من

(١) الوسائل باب: ٩ من أبواب عقد البيع و شروطه حديث: ٤.

(٢) الوسائل باب: ٩ من أبواب عقد البيع و شروطه حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٣٣

فم الولد من دون مباشرتها لذلك. فما عن بعض العلماء من إشكال الإجارة في المذكورات، لأن الانتفاع فيها بإتلاف الأعيان، و هو

خلاف وضع الإجارة، لا وجه له (١).

المرأة نحو منفعة لها خصوصية زائدة على الانتفاع باللبن، فان انتفاع الطفل باللبن حين ما يوضع في كأس و يشرب غير انتفاعه به حين ما يشرب بنحو الارتضاع، ولذا كان الأول غير محرم و الثاني محرماً للنكاح. و كأن ما ذكرناه في كتاب (نهج الفقاهة) من عدم صحة إجارة المرأة للرضاع، ناشئ عن غض النظر عن ذلك، كما قد يتفق كون المقصود مجرد الانتفاع باللبن و لو بالشرب من كأس لا خصوص الارتضاع من الثدي.

(١) بل له وجه ظاهر، لأن الإجارة عرفاً- كما عرفت في أول الكتاب- و إن كانت واقعة على العين، لكن في حاقها المعاوضة على المنفعة، فتكون الأجرة في مقابل المنفعة، و اللبن و الماء و الثمر في الموارد المذكورة أعيان لا منافع، فلا تكون المعاوضة عليها من قبيل الإجارة.

و دعوى: أنها و إن كانت أعياناً لكنها بالإضافة إلى الأعيان التي وقعت عليها الإجارة منافع، فإن منفعة الشاة لبنها، و منفعة الشجرة ثمرها، و منفعة البئر ماؤها، فالأمور المذكورة أعيان في أنفسها و منافع لغيرها، فلا مانع من إيقاع الإجارة على أصلها بلحاظها. مندفعة: بأن المنفعة الملحوظة في المعاوضة في الإجارة يراد بها ما هو مقابل العين، فإنهم ذكروا: أن البيع تمليك الأعيان، و الإجارة تمليك المنافع، فالمنافع يراد بها ما يقابل العين، فلا- تنطبق على العين، و الا لجازت إجارة الشاة بلحاظ سخلها، و الجارية بلحاظ ولدها، و البذر بلحاظ الزرع. و كذا في جميع موارد التوالد. فيكون الفرق بين البيع و الإجارة: أن البيع يقع على ما هو مقصود بنفسه في المعاوضة، و الإجارة

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٣٤

[مسألة ١٣: لا يجوز الإجارة لإتيان الواجبات العينية]

(مسألة ١٣): لا يجوز الإجارة لإتيان الواجبات العينية (١)، كالصلوات الخمس، و الكفائية كتغسيل الأموات و تكفينهم و الصلاة عليهم، و كتعليم القدر الواجب من أصول الدين و فروعه، و القدر الواجب من تعليم القرآن، كالحمد و سورة منه، و كالقضاء و الفتوى، و نحو ذلك. و لا يجوز الإجارة على الأذان (٢). نعم لا بأس بارتزاق القاضي، و المفتي و المؤذن من بيت المال. و يجوز الإجارة لتعليم الفقه و الحديث و العلوم الأدبية و تعليم القرآن (٣)، ما عدا المقدار الواجب، و نحو ذلك.

تقع على ما هو مقصود لغيره فيها و إن كان عيناً، و يكون باب بيع الثمار من قبيل إجارة الأشجار، فيناسب ذكره في باب الإجارة. و لأجل ما ذكرنا صح أن يضاف الأجر إلى ذى المنفعة، فيقال: أجر الأجير، و أجره الدار، و أمثال ذلك، لكون المنفعة قائمة بالعين المستأجرة. و لو كانت المنفعة عيناً لم يحسن ذلك.

و مثلها دعوى: أن المنفعة الملحوظة في إجارة الشجر ليست الثمر بل الانتفاع بالثمر، و هو من قبيل المعنى لا العين. وجه الاندفاع: أن الانتفاع بالثمرة ليس منفعة للشجر، بل للثمر نفسه، فلا يرتبط بإجارة الشجر.

(١) قد تكرر التعرض لذلك في هذا الشرح، و قد تقدم في مبحث القراءة في الصلاة الوجوه المستدل بها على المنع، و المناقشة فيها، و أن العمدة في دعوى المنع: اليقين بوجوب حصولها مجاناً. فراجع.

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

(٣) تقتضى ذلك عمومات الصحة، بعد أن كان التعليم موضوع الأغراض العقلائية، بل هو من أفضلها.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٣٥

[مسألة ١٤]: يجوز الإجارة لكنس المسجد والمشهد وفرشها]

(مسألة ١٤): يجوز الإجارة لكنس المسجد والمشهد وفرشها، وإشعال السراج، ونحو ذلك (١).

[مسألة ١٥]: يجوز الإجارة لحفظ المتاع أو الدار أو البستان مدة معينة عن السرقة والإتلاف]

(مسألة ١٥): يجوز الإجارة لحفظ المتاع أو الدار أو البستان مدة معينة عن السرقة والإتلاف، واشتراط الضمان لو حصلت السرقة أو الإتلاف و لو من غير تقصير (٢)، فلا بأس بما هو المتداول من اشتراط الضمان على الناظر إذا ضاع مال

(١) لما عرفت، فلا يكون أكل الأجرة أكلاً للمال بالباطل.

(٢) يعنى: شرط نفس الضمان على نحو يكون من شرط النتيجة:

وقيل بعدم صحة ذلك، فلا يصح إلا إذا كان بنحو شرط الفعل، يعنى:

تدارك الخسارة، بناء على عدم ضمان الأمين، فإنه إذا كان الشرط بنحو شرط النتيجة، يكون الشرط مخالفاً للكتاب فيبطل. وما فى خبر إسحاق ابن عمار

«١» من ضمان الأجير إذا كان أجيراً على الحفظ محمول على صورة اشتراط تدارك الخسارة، لا الضمان بمعنى النتيجة كما هو ظاهره عند الإطلاق، إذ بعد عدم إمكان الأخذ بإطلاقه لمخالفته للإجماع، لا يتعين حمله على صورة اشتراط الضمان بمعنى النتيجة، بل من الجائر حمله على صورة اشتراط الضمان بمعنى شرط الفعل، بل هو المتعين، لأن الأول شرط مخالف للكتاب.

هذا وقد تقدم فى فصل: أن العين المستأجرة أمانة، الكلام فى ذلك.

و أن قاعدة عدم ضمان الأمين لا تقتضى كون شرط الضمان بمعنى النتيجة مخالفاً للكتاب. و العمدة فى المنع: كون شرط النتيجة فى نفسه غير معقول. فراجع.

(١) لعل المقصود به ما فى الوسائل باب: ٢٨ من أبواب أحكام الإجارة حديث: ٣.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٣٦

لكن لا بد من تعيين العمل و المدة و الأجرة على شرائط الإجارة.

[مسألة ١٦]: لا يجوز استئجار اثنين للصلاة عن ميت واحد فى وقت واحد]

(مسألة ١٦): لا يجوز استئجار اثنين للصلاة عن ميت واحد فى وقت واحد (١)، لمنافاته للترتيب المعبر فى القضاء بخلاف الصوم فإنه لا يعتبر فيه الترتيب. و كذا لا يجوز استئجار شخص واحد لنيابة الحج الواجب عن اثنين، و يجوز ذلك فى الحج المندوب (٢). و كذا فى الزيارات (٣) كما يجوز النيابة

(١) نص على ذلك غير واحد، لما ذكره المصنف (ره) من منافاته للترتيب المعبر فى القضاء. فمن لا يقول باعتباره فى القضاء لا مانع عنده من ذلك.

(٢)

فى صحيح ابن إسماعيل: «سألت أبا الحسن (ع) كم أشرك فى حجتي؟ قال (ع): كم شئت» «١».

و

في صحيح معاوية بن عمار عن أبي عبد الله (ع): «قلت له: أشرك أبوي في حجتي؟ قال (ع): نعم. قلت أشرك أخوتي في حجتي؟ قال (ع): نعم، إن الله عز وجل جاعل لك حجاً ولك أجر لصلتك إياهم» (٢).
و نحوهما غيرهما. فإذا ثبتت مشروعيتها جازت الإجارة عليه.

(٣)

في رواية إبراهيم الحضرمي عن أبي الحسن موسى بن جعفر (ع): «إذا أتيت قبر النبي (ص) ففضيت ما يجب عليك، فصل ركعتين، ثم قف عند رأس النبي (ص)، ثم قل السلام عليك يا نبي الله، عن أبيي وأمي وولدي وخاصتي وجميع أهل بلدي، حرهم وعبدهم، وأبيضهم وأسودهم، فلا تشاء أن تقول للرجل: قد أقرأت رسول الله (ص) عنك السلام إلا كنت صادقاً» (٣).

(١) الوسائل باب: ٢٨ من أبواب النيابة في الحج حديث: ١.

(٢) الوسائل باب: ٢٨ من أبواب النيابة في الحج حديث: ٢.

(٣) الوسائل باب: ٣٠ من أبواب النيابة في الحج حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٣٧

عن المتعدد تبرعاً في الحج والزيارات (١). ويجوز الإتيان بها لا بعنوان النيابة بل بقصد إهداء الثواب لواحد أو متعدد (٢)

[مسألة (١٧): لا يجوز الإجارة للنيابة عن الحي في الصلاة]

(مسألة ١٧): لا- يجوز الإجارة للنيابة عن الحي في الصلاة و لو في الصلوات المستحبة (٣). نعم يجوز ذلك في الزيارات والحج المندوب. وإتيان صلاة الزيارة ليس بعنوان

(١) كما هو مورد النصوص المتقدمة.

(٢) قد تقدم في صلاة الاستيجار ذكر بعض ما يدل على إهداء الثواب، ولعل منه ما

في مرسل الفقيه: «قال رجل للصادق (ع):

جعلت فداك إني كنت نويت أن أدخل في حجتي العام أبي أو بعض أهلي فنسيت. فقال (ع): الآن فأشركهما» (١).

و نحوه خبر الحارث بن المغيرة

(٢). فإن الظاهر من الإشراك بعد العمل بالإشراك في الثواب، كما فهمه منه في الوسائل. ثم إن المصنف (ره) سيتعرض للإجارة على إهداء الثواب في المسألة الحادية والعشرين.

(٣) يدل على الجواز

رواية محمد بن مروان: «ما يمنع الرجل منكم أن يبر والديه حيين وميتين، يصلي عنهما، ويتصدق عنهما، ويحج عنهما، ويصوم عنهما، فيكون الذي صنع لهما وله مثل ذلك ..» (٣)

و

في رواية علي بن أبي حمزة: «قلت لأبي إبراهيم (ع): أحج وأصلي وأتصدق عن الأحياء والأموات من قرابتي وأصحابي؟ قال (ع): نعم تصدق عنه، وصل عنه، ولك أجر بصلتك إياه» (٤).

لكن في الوسائل بعد ذكر الخبر

(١) الوسائل باب: ٢٩ من أبواب النيابة في الحج حديث: ٢.

(٢) الوسائل باب: ٢٩ من أبواب النيابة في الحج حديث: ١.

(٣) الوسائل باب: ١٢ من أبواب قضاء الصلاة حديث: ١.

(٤) الوسائل باب: ١٢ من أبواب قضاء الصلاة حديث: ٩.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٣٨

النيابة بل من باب سببية الزيارة، لاستحباب الصلاة بعدها ركعتين (١).

الأول قال: «أقول: الصلاة عن الحي مخصوص بصلاة الطواف و الزيارة لما يأتي». و كأنه يشير إلى ما ذكره من خبر عبد الله بن جندب: «كُتبت إلى أبي الحسن (ع): أسأله عن الرجل يريد أن يجعل أعماله في البر و الصلة و الخير أثلاثاً، ثلثاً له و ثلثين لأبويه أو يفردهما بشيء مما يتطوع به. و إن كان أحدهما حياً و الآخر ميتاً. فكتب الي: أما الميت: فحسن جائز، و أما الحي: فلا إلا البر و الصلة» (١).

بناء على ما في بعض النسخ من كون «الصلاة» بدل «الصلة»، كما هو الصحيح حسب ما يظهر من كلام ابن طائوس في ذيل الحديث المذكور. و فيه:

أن مورد الحديث التشريك للحي في الصلاة، فلا يدل على المنع من أفراده بالنيابة عنه، إذ لعل للتشريك خصوصية، كما قد ورد ذلك

في خبر علي بن جعفر عليه السلام عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام: «سألته عن رجل جعل ثلث حجته لميت و ثلثها لحي. فقال عليه السلام: للميت ذلك و للحي فلا» (٢).

مع ورود النص في جواز التبرع بالحج عن الحي. و لذلك قال السيد ابن طائوس - بعد ذكر خبر عبد الله بن جندب -: «لا يراد بهذه الصلاة المندوبة، لأن الظاهر جوازها عن الأحياء في الزيارات و الحج و غيرهما». فالظاهر جواز النيابة عن الحي في الصلاة المندوبة كغيرها، كما هو ظاهر شيخنا الأعظم (ره) في رسالة القضاء. (١) الذي يظهر من النصوص: أن النيابة في الصلاة على نحو

(١) الوسائل باب: ١٢ من أبواب قضاء الصلاة حديث: ١٦.

(٢) الوسائل باب: ٢٥ من أبواب النيابة في الحج حديث: ٩.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٣٩

و يحتمل جواز قصد النيابة فيها لأنها تابعة للزيارة (١).

و الأحوط إتيانها بقصد ما في الواقع.

[مسألة ١٨: إذا عمل للغير لا بأمره و لا إذنه]

(مسألة ١٨): إذا عمل للغير لا بأمره و لا إذنه، لا يستحق عليه العوض (٢) و إن كان بتخييل أنه مأجور عليه فبان خلافه.

[مسألة ١٩: إذا أمر بإتيان عمل فعمل المأمور ذلك]

(مسألة ١٩): إذا أمر بإتيان عمل فعمل المأمور ذلك فان كان بقصد التبرع لا يستحق عليه أجره و إن كان من قصد الأمر إعطاء الأجرة (٣)، و إن قصد الأجرة و كان ذلك العمل مما له أجره استحق و إن كان من قصد الأمر إتيانه تبرعاً (٤)، سواء كان العامل ممن شأنه أخذ الأجرة و معداً نفسه لذلك أولاً بل و كذلك إن لم يقصد التبرع و لا أخذ الأجرة، فإن عمل المسلم محترم. و لو تنازعا بعد ذلك في أنه قصد التبرع أو لا،

النيابة في الزيارة، لا أن الصلاة عن نفسه و الزيارة عن غيره.

(١) كما عرفت أنه ظاهر النصوص.

(٢) بلا خلاف ظاهر، للأصل، و عدم ثبوت سبب الضمان من عقد أو يد أو إتلاف. نعم بناء على أنه يكفي في كون العمل تحت اليد رجوع فائدته اليه يكون القول بالضمان في محله. لكنه غير ثابت.

و قاعدة احترام عمل المسلم كما له غير ثابتة كلياً بنحو تستتبع الضمان عن المعمول له كما لا يخفى.

(٣) بلا خلاف ظاهر، فإنه إباحة منه لعمله تمنع عن ضمانه و احترامه كإباحة ماله.

(٤) على المشهور شهرة عظيمة، بل لم يحك الخلاف فيه. نعم

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٤٠

قدّم قول العامل، لأصالة عدم قصد التبرع بعد كون عمل المسلم محترماً، بل اقتضاء احترام عمل المسلم ذلك و إن أغمضنا

ظاهر ما في الشرائع في كتاب الجعالة من قوله: «لو استدعى الرد و لم يبذل الأجرة لم يكن للراد شيء، لأنه متبرع بالعمل» خلافه في ذلك، مع بنائه في كتاب الإجارة على الاستحقاق إذا دفع الى العامل شيئاً ليعمل فيه، إذا كان من عادة العامل أن يستأجر لذلك كالغسال و الصباغ- أو كان العمل مما له أجره.

و كيف كان: فلا خلاف محقق في الضمان. و في مجمع البرهان:

«يحتمل أن يكون مجعماً عليه». نعم الإشكال في مستنده، إذ الضمان إما بالعقد أو باليد أو بالإتلاف، و الجميع هنا محل الإشكال، فإنه لا عقد صحيح في البين، لا إجارة و لا جعالة، للجهل بالأجرة و الجعل. و لو سلم ثبوتهما فاسدتين ليرتب عليه الضمان بقاعدة: «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده»، فغير مطرد في صورة قصد الأمر التبرع كما فرض في المتن. و إن كان باليد فغير ظاهر أيضاً، لأن قاعدة: (على اليد) لو شملت المنافع اختصت بما لو كان ذو المنفعة تحت اليد، لتكون المنفعة تحت اليد تبعاً، و هو لا يتم في عمل الحر كما عرفت في أول الكتاب.

فتأمل. و إن كان بالإتلاف فأشكال، لأن سببية العامل فيه أقوى من الأمر، لأنه المباشر، كما لو أمره بإتلاف مال الغير و أكل طعامه، فان المتلف هو الضامن لا الأمر.

و الذي ذكره في المسالك و غيرها: أن الموجب للضمان استيفاء المنفعة ذات المالية. لكن سببية ذلك للضمان أيضاً محتاجة إلى دليل. و في الجواهر:

الاستدلال له بقاعدة احترام عمل المسلم كماله. كما أشار إليه في المتن و جملة من كتب الأصحاب. لكن عرفت سابقاً: أن كون عمل المسلم محترماً

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٤١

كماله لا يكفى فى ثبوت ضمانه. و عموم ما دل على احترام دم المسلم و ماله

«١» ظاهر فى الحرمة التكليفية، بمعنى: أنه لا يجبر المسلم على العمل و لا يقهر عليه، و يكون ذلك حراماً، لا أنه يكون مضموناً. و لو سلم فهو أعم من ضمان الأمر و غيره. و قد يدعى: أنه وجه الضمان أن الأمر بالعمل نظير الإباحة بالضمان و التملك بالضمان، فإنه استعمال بالضمان نافذ شرعاً كغيره. و يشكل بأنه لو سلم ذلك لم يجد مع قصد الأمر المجانية، و يشير إلى ذلك المصنف (ره) فى المسألة الخامسة و العشرين.

و كأنه لذلك استشكل فى مفتاح الكرامة فى الضمان حيث قال:

«لو لا- اتفاق من تعرض لهذا الفرع على ثبوت الأجرة عند اجتماع الأمرين (يعنى: كون العمل ذا أجرة، و كون العامل معتاداً فى أخذ الأجرة) إلا- من قل ممن لا- نعرفه لكان احتمال عدم الأجرة مطلقاً قوياً، إذ لعله لا يقصر عن قوله: أعطنى ما فى يدك، و أطمعنى طعامك، و أدعنى دينى، و لم يقل: و على عوضه، عند جماعة و نحو ذلك مما لا ضمان فيه، لأنه مما يحتمل أن يكون بعوض و أن يكون بدونه، و الأصل براءة ذمته من لزومه. و لعل الذى دعاهم إلى ذلك استمرار السيرة، و لكنها غير مستمرة فيما إذا لم يكن له عادة...».

أقول: قد ظهر لك: أن موضع الإشكال صورة قصد الأمر التبرع، إذ مع قصده الأجرة يمكن أن يكون الضمان من جهة كون المورد إجارة أو جعله فاسدتين، و هما يقتضيان الضمان كالصحيحين، أو أن تكون معاملة مستقلة، أعنى: الاستعمال بشرط الضمان، فلا وجه للرجوع إلى أصالة البراءة. أما إذا قصد الأمر التبرع، فلا مجال لذلك. و الضمان باليد و الإتلاف قد عرفت إشكاله، لكن التفصيل بين الصورتين خلاف

(١) الوسائل باب: ١٥٢ من أبواب أحكام العشرة حديث: ١٢.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٤٢

عن جريان أصالة عدم التبرع (١). و لا فرق فى ذلك بين

ارتكاز العرف و المتشعبة، و المناط الموجب للضمان عندهم موجود فى الصورتين على حد واحد، و هو استيفاء العمل غير المباح من العامل، كما أشار إليه فى المسالك و غيرها. فإذ لا يبعد البناء على الضمان، لبناء العرف و المتشعبة عليه، و عدّه لاستباحة العمل ظلماً و عدواناً. و المناط فى حصول الاستيفاء الموجب للضمان، أن يكون بعث و تحريض للعامل، و لا فرق فى البعث بين أن يكون بالقول كالأمر، و أن يكون بالفعل كأن يدفع إلى الخياط الثوب ليخيطه، أو الغسال ليغسله، أو يجلس بين يدي الحلاق أو الدلاك فيحلق رأسه أو يدللك بدنه، كما صرح به فى جامع المقاصد، فان ذلك بمنزلة الأمر فى حصول الاستيفاء المقتضى للضمان. هذا و الظاهر أن الأجرة التى يضمن بها العمل: هى أجرة المثل كما صرح به جماعة. و ما فى كلام جماعة آخرين من أنها الأجرة المسماة لمثل ذلك العمل قرينه على تواطئها عليها، فتكون جعله صحيحة لتعين الجعل. لكن ذلك إن تمّ يختص بصورة علم الأمر، لا- مع جهله. كما أنه يمكن أن يكون المقام من باب الإجارة الصحيحة، بأن يكون غرض الأمر توكيل العامل فى تعيين الأجرة، كما يتعارف ذلك فى الشراء من مخازن البقالين و البرازين و غيرهم، من دون تواطؤ على أجرة معينه، فلا بد أن يكون مقصود المشتري توكيل البائع من بقال أو بزاز أو غيرهما فى تعيين الثمن، فيكون البيع صحيحاً، لأنه يكفى فى معرفة العوضين المعبرة فى البيع معرفة الوكيل. و كذا فى المقام. لكنه يختص التوكيل بالمتعارف و هى أجرة المثل، فلا يكون الضمان بالمسمى. و كذا فى البيع.

و بالجملة: الضمان بالمسمى غير ظاهر، إلا أن يكون مفاد الأمر التوكيل المطلق.

(١) كأنه مبنى على التمسك بالعام فى الشبهة المصدقية.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٤٣

أن يكون العامل ممن شأنه و شغله أخذ الأجرة و غيره، إلا أن يكون هناك انصراف أو قرينه على كونه بقصد التبرع، أو على اشتراطه.

[مسألة (٢٠): كل ما يمكن الانتفاع به منفعة محللة مقصودة للعقلاء مع بقاء عينه يجوز إجارته]

(مسألة ٢٠): كل ما يمكن الانتفاع به منفعة محللة مقصودة للعقلاء مع بقاء عينه يجوز إجارته. و كذا كل عمل محلل مقصود للعقلاء- عدا ما استثني- يجوز الإجارة عليه، و لو كان تعلق القصد و الغرض به نادراً لكن في صورة تحقق ذلك النادر (١). بل الأمر في باب المعاوضات الواقعة على الأعيان أيضاً كذلك. فمثل حبة الحنطة لا يجوز بيعها، لكن إذا حصل مورد يكون متعلقاً لغرض العقلاء و يبذلون المال في قبالتها يجوز بيعها.

[مسألة (٢١): في الاستئجار للحج المستحبي أو الزيارة لا يشترط أن يكون الإتيان بها بقصد النيابة]

(مسألة ٢١): في الاستئجار للحج المستحبي أو الزيارة لا يشترط أن يكون الإتيان بها بقصد النيابة، بل يجوز أن يستأجره لانيانها بقصد إهداء الثواب إلى المستأجر أو الى ميته (٢) و يجوز أن يكون لا- بعنوان النيابة و لا- إهداء الثواب، بل يكون المقصود إيجادها في الخارج من حيث أنها من الأعمال الراجحة فيأتي بها لنفسه أو لمن يريد نيابةً أو إهداء.

(١) إذا كان الغرض النادر عاماً، و كان العمل عزيز الوجود.

و كذا الحال في الأعيان. فإذا كان الغرض خاصاً أو كان كثير الوجود لا يكون ذا مالمية، و لا يجوز بذل المال بإزائه، لأنه أكل للمال بالباطل.

(٢) قد يشكل ذلك لعدم إحراز الموضوع، لاحتمال كون العمل مقروناً بما يمنع من تحقق الثواب. و الإجارة على الإهداء على تقدير وجود

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٤٤

[مسألة (٢٢): في كون ما يتوقف عليه استيفاء المنفعة كالمداك للكتابة]

(مسألة ٢٢): في كون ما يتوقف عليه استيفاء المنفعة- كالمداك للكتابة، و الإبرة و الخيط للخياطة مثلاً- على المؤجر أو المستأجر قولان (١). و الأقوى وجوب التعيين، إلا- إذا كان هناك عادة ينصرف إليها الإطلاق، و إن كان القول بكونه مع عدم التعيين و عدم العادة على المستأجر لا يخلو عن وجه

الثواب كما ترى، لا- يخرج عن كونه مشكوكاً و مع الجهل بثبوت العوض لا تصح الإجارة. مضافاً إلى أن المالمية في الثواب، لا في إهداء الثواب، فلا يكون طرفاً للمعاوضة. اللهم إلا أن يقال: إنه يكفي في صلاحيته للعوضيه كونه موصلًا إلى المال، نظير الإجارة على البيع، كما يتعارف عند الدالين في البيع أو الإجارة أو نحوهما.

(١) في الشرائع و عن السرائر و التحرير و الإرشاد: أنها على المؤجر و اختاره في الجواهر، لتوقف العمل المستأجر عليه على ذلك، فيجب من باب المقدمة. و عن المسالك و الروضة و غيرهما: أنها على المستأجر، إلا أن تكون العادة على المؤجر، لأن المقصود من الإجارة العمل، أما الأعيان فلا- تدخل في مفهوم الإجارة على وجه يجب أداؤها لأجلها، إلا- في شواذ تثبت على خلاف الأصل، كالرضاع و الاستحمام. و رده في الجواهر بأن عدم دخولها في مفهوم الإجارة لا ينافي وجوبها للمقدمية للواجب، الذي الأصل فيه أن

يكون واجباً مطلقاً لا مشروطاً. و عن مجمع البرهان:

وجوب التعيين. و كأنه لا- جمال المستأجر عليه من حيث الإطلاق و الاشتراط و رده في الجواهر: بأنها من التوابع، و ليست من مورد الإجارة الذي يعتبر فيه المعلوماتية. و فيه: أن الإجمال في مورد الإجارة من حيث الإطلاق و الاشتراط كما عرفت، لا في التوابع.

هذا و لأجل ما ذكره في الجواهر، من أصالة الإطلاق في العمل،

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٤٥

أيضاً، لأن اللازم على المؤجر ليس الا العمل (١).

تعرف أنه لا- إجمال كى يحتاج إلى التعيين، فيكون الأقوى أنها على المؤجر لا المستأجر، إلا أن تكون قرينة على خلاف الإطلاق، فيتعين العمل عليها.

و لو أجمل المراد لوجود ما يصلح القرينة و جب التعيين، و إلا بطلت الإجارة.

هذا و لكن قد يشكل ما في الجواهر: بأن إطلاق الوجوب يقتضى وجوب المقدمة، أما أنها على وجه تكون ملكاً للمستأجر فليس مما يقتضيه الإطلاق. و بالجملة: إطلاق الوجوب يقتضى المبادرة إلى العمل، و لا يقتضى تملك الخيوط- مثلاً- للمستأجر. و قاعدة السلطنة تقتضى بقاءها على ملك الأجير، و حينئذ يجب دفع بدلها إلى الأجير. و هذا المعنى و إن كان مخالفاً للقول بأنها على المستأجر، و للقول بأنها على الأجير، لا بأس بالالتزام به إذا كان مقتضى الدليل. لكن هذا يختص بما إذا كان إطلاق للعمل المستأجر عليه، أما إذا لم يكن لعدم تمامية مقدمات الحكمه، فالعقد باطل، لا جمال موضوعه و إهماله، المانع ذلك من صحته، إذ المهمل لا يمكن انطباقه على كل من الواجد للقيود و الفاقده. من الافراد الخارجية و الفرضية.

و من ذلك يظهر: أن قول المصنف (ره): «و الأقوى وجوب التعيين» مبنى على إهمال العمل و عدم إطلاقه، فإنه مع الإطلاق لا موجب للتعين، بل يؤخذ بمقتضى الإطلاق.

كما أن مما ذكرنا يظهر الفرق بين مثل الإبرة، و بين مثل الخيوط و الحبر و نحوهما مما لا تبقى عينه بيد المؤجر، فإن الرجوع على المستأجر يختص به، و لا يجرى في مثل الإبرة و نحوها. و هذا فرق آخر بين هذا القول و القولين الآخرين، فلاحظ.

(١) لكن عرفت أنه إذا وجب العمل و جبت مقدماته، و لكن لا يجب بذلها مجاناً.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٤٦

[مسألة ٢٣: يجوز الجمع بين الإجارة و البيع - مثلاً بعقد واحد]

(مسألة ٢٣): يجوز الجمع بين الإجارة و البيع - مثلاً- بعقد واحد (١)، كأن يقول: بعثك داري و آجرتك حماري

(١) قال في الشرائع- في ذيل مسألة بيع الصاع من صبرة:-

«لو جمع بين شيئين مختلفين في عقد واحد- كبيع و سلف، أو إجارة و بيع، أو نكاح و إجارة- صح، و يقسط العوض على قيمة المبيع، و أجره المثل، و مهر المثل». و في المسالك: «لا خلاف عندنا في ذلك كله».

و في الجواهر: «بلا خلاف أجده فيه». و لكن قد يشكل ذلك من جهة عدم معلومية الثمن و لا الأجرة، للجهل بالنسبة. و جواز ذلك في بيع الصفقة أو إجارة الصفقة لا- يقتضى الجواز هنا، لأجل أن الثمن أو الأجرة هناك معلوم، و إن كان ما يقابل كل واحد من أبعاض المبيع أو المستأجر مجهولاً، و هنا كل من الثمن و الأجرة مجهول. اللهم إلا أن يقال: إن العمدة في دليل المنع مع الجهل هو الإجماع، و هو منتف في المقام.

و في الجواهر: حكى عن الأردبيلي التأمل في الصحة، لما سبق، و للشك في مثل هذا العقد. و دفع الأول بما أشرنا إليه من أن المعلوم من قدح الجهالة ما إذا كان البيع عقداً مستقلاً. و دفع الثاني: بأنه خلاف الإطلاق، و أنه لو بنى على اختصاص العموم بالعقود المتعارفة، فظهور اتفاق الأصحاب عليه يقتضى دخوله في المتعارف. انتهى. و الأخير كما ترى، فان كونه غير متعارف أمر وجداني لا يقبل الشك، كى يكون اتفاق الأصحاب دليلاً على خلافه.

فالعمدة: منع الاختصاص بالمتعارف، بل ضرورة الفقه على خلاف ذلك، و إلا لزم تأسيس فقه جديد، كما أشرنا إلى ذلك في غير مورد من مباحث هذا الشرح. ثم إنه لو بنى على وجود إطلاق يقتضى قادية الجهالة في المقام - كما يقتضيه استدلال الأصحاب على ذلك بما ورد من

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٤٧

بكذا. و حينئذ يوزع العوض عليهما بالنسبة، و يلحق كلاً منهما حكمه. فلو قال: آجرتك هذه الدار و بعثت هذا الدينار بعشرة دنانير، فلا بد من قبض العوضين بالنسبة إلى البيع في المجلس، و إذا كان في مقابل الدينار - بعد ملاحظة النسبة - أزيد من دينار أو أقل منه بطل بالنسبة إليه، للزوم الربا (١).

و لو قال: آجرتك هذه الدار و صالحتك على هذا الدينار بعشرة دنانير مثلاً، فان قلنا بجريان حكم الصرف من وجوب القبض في المجلس (٢)، و حكم الربا في الصلح، (٣) فالحال كالبيع و إلا فيصح بالنسبة إلى المصالحة أيضاً.

نهى النبي (ص) عن بيع الغرر

«١» - فاتفاق الأصحاب على المقام يقتضى الخروج عنه، فلاحظ.

(١) قد يشكل ذلك بأن الضميمة مانعة من تحقق الربا نصاً و فتوى، فراجع كلماتهم في مبحث الحيل المانع من تحقق الربا.

(٢) لكن الظاهر عدم جريانه، بل قيل: «لا خلاف فيه ظاهر».

و يقتضيه اختصاص نصوص الشرطية بالبيع، الموجب للرجوع إلى إطلاق الصحة في غيره.

(٣) جريان حكم الربا في جميع العقود هو المشهور، و يقتضيه إطلاق جملة من النصوص المتضمنة لتحريم الربا. و دعوى انصرافها إلى البيع غير ظاهرة. و مجرد الغلبة غير كاف فيه. نعم

في صحيح ابن مسلم عن أبي جعفر (ع): «في رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه، و لا يدري كل واحد منهما كم له عند صاحبه؟ فقال كل واحد

(١) التذكرة: المسألة الثانية من الركن الثالث من الفصل الثاني من الإجارة.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٤٨

.....

منهما لصاحبه: لك ما عندك و لى ما عندى. فقال (ع): لا بأس بذلك إذا تراضيا و طابت نفسيهما بذلك» (١).

و إطلاقه يقتضى الشمول لصورة العلم بالتفاضل، فيدل على جواز الربا في الصلح. و منع الإطلاق المذكور غير ظاهر، و لا سيما مع غلبة الاختلاف. و لو سلم فهو كالصريح في عدم اعتبار العلم بالتساوى، فيصح الصلح مع الجهل به. كما أن إطلاقه شامل لصورة العلم بزيادة أحدهما بعينه، و مقتضاه الجواز فيها. و على هذا يقتصر في الخروج عن عمومات المنع على مورد الصحيح المذكور، و في غيره يرجع إلى العمومات المانعة.

هذا و يمكن أن يقال: إن عموماً المنع مورد بعضها خصوص البيع، و لا تشمل الصلح، و ظاهر بعضها الآخر خصوص المعاوضة بين العينين و لو كانت بطريق الصلح. أما إذا كان مفاد الصلح خالياً عن المعاوضة بين العينين - كما هو ظاهر مورد الصحيح المذكور - فلا عموم يقتضى المنع عنه. فإذا قال: صالحتم على أن تكون هذه العشرة بهذه الخمسة، كان الصلح معاوضة بين العينين، فلا يصح. و إذا قال:

صالحتمك على أن تكون هذه العشرة لي و هذه الخمسة لك، لم يكن فيه معاوضة بين العينين، فيصح عملاً بعمومات الصحة. و أما الآيات الشريفة - مثل قوله تعالى (يَمْحَقُ اللَّهُ الرِّبَاَ وَيُزْبِي الصَّدَقَاتِ) «٢»، و قوله تعالى (قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَاَ وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَاَ) «٣»، و قوله تعالى (الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَاَ لَا يَتَّخِذُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُونَ إِذًا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ ..) «٤»، و قوله تعالى (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَ ذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَاِ) «٥»، و نحوها - فلا تخلو من إجمال، إذ ليس المراد

(١) الوسائل باب: ٥ من أبواب الصلح حديث: ١.

(٢) البقرة: ٢٧٦.

(٣) البقرة: ٢٧٥.

(٤) البقرة: ٢٧٥.

(٥) البقرة: ٢٧٨.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٤٩

[مسألة (٢٤): يجوز استئجار من يقوم بكل ما يأمره من حوائجه]

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

منها المعنى اللغوي، و المراد الشرعي غير ظاهر، فلا مجال للرجوع إليها في عموم المنع. فلا حظ و تأمل.

(١) قال في الجواهر: «ظاهر الأصحاب المفروغية عن جواز الاستئجار، للإلزام في حوائجه على الاجمال، اتكالا على المعتاد المقذور له و اللائق بحاله من ذلك». أقول: ذلك مقتضى عموماً الصحة.

(٢) كما عن السرائر و التذكرة و المختلف و جامع المقاصد، و الروضة و مجمع البرهان و غيرها، لعدم اقتضاء عقد الإجارة كونها على المستأجر، و إن اختاره في الشرائع، و حكى عن النهاية و القواعد و الإرشاد و الروض.

و قد يستدل له

بالصحيح عن سليمان بن سالم قال: «سألت أبا الحسن (ع) عن رجل استأجر رجلاً بنفقة و دراهم مسماءً على أن يبعثه إلى أرض، فلما أن قدم أقبل رجل من أصحابه يدعوه إلى منزله الشهر و الشهرين فيصيب عنده ما يغنيه عن نفقة المستأجر، فنظر الأجير إلى ما كان ينفق عليه في الشهر إذا هو لم يدعه، فكافأ به الذي يدعوه، فمن مال من تكون تلك المكافأة؟ أمن مال الأجير أو من مال المستأجر؟ قال (ع):

إن كان في مصلحة المستأجر فهو من ماله، و إلا فهو على الأجير. و عن رجل استأجر رجلاً بنفقة مسماءً و لم يفسر شيئاً، على أن يبعثه إلى أرض أخرى، فما كان من مئونة الأجير من غسل الثياب و الحمام فعلى من؟

قال (ع): على المستأجر «١».

وفيه: أن مورده صورة كون النفقة

(١) الوسائل باب: ١٠ من أبواب أحكام الإجارة حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٥٠

و على الأول (١): لا بد من تعيينها كماً وكيفاً (٢)، إلا أن يكون متعارفاً. و على الثانى: على ما هو المعتاد المتعارف. و لو أنفق من نفسه أو أنفقه متبرع يستحق مطالبه عوضها على الأول (٣)، بل و كذا على الثانى، لأن الانصراف بمنزلة الشرط.

[مسألة ٢٥: يجوز أن يستعمل الأجير مع عدم تعيين الأجرة]

(مسألة ٢٥): يجوز أن يستعمل الأجير مع عدم تعيين الأجرة (٤) و عدم إجراء صيغة الإجارة، فيرجع إلى أجرة المثل. لكنه مكروه (٥). و لا يكون حينئذ من الإجارة المعاطية، كما قد يتخيل، لأنه يعتبر فى المعاملة المعاطية

مأخوذة جزءاً من الأجرة، و هو غير ما نحن فيه. و أيضاً: فإن مورده كون نظر المستأجر إلى منفعة خاصة استأجره عليها. لا إلى جميع المنافع كما هو محل الكلام.

(١) يعنى: الشرط.

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

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

(٤) فإن الظاهر عدم الخلاف فيه، كما عن مجمع البرهان. و فى مفتاح الكرامة: عدم وجدان القائل بالتحريم.

(٥) كما هو المشهور الذى طفحت به عباراتهم. نعم عبر جماعة بأنه

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٥١

اشتمالها على جميع شرائط تلك المعاملة عدا الصيغة، و المفروض عدم تعيين الأجرة فى المقام، بل عدم قصد الإنشاء منهما (١) و لا فعل من المستأجر (٢). بل يكون من باب العمل بالضمان (٣)،

يستحب مقاطعة الأجير. و لعل مرادهم ذلك. و كيف كان: فيدل على الحكم

صحيح سليمان الجعفرى: «أن مولانا الرضا (ع) ضرب غلماناً و غضب غضباً شديداً، حيث استعانوا برجل فى عمل و ما عينوا له أجرته، فقال له سليمان: لم تدخل على نفسك؟ قال (ع): قد نهيتهم عن مثل هذا غير مرة، و اعلم أنه ما من أحد يعمل لك شيئاً من غير مقاطعة، ثم زدته على ذلك الشيء ثلاثة أضعاف على أجرته إلا ظن أنك قد أنقصته أجرته، و إذا قاطعته ثم أعطيته أجرته حمدك على الوفاء، فاذا زدته حبة عرف ذلك لك. و رأى أنك قد زدته» (١).

و من التعليل يظهر تعيين حمل نهيه على الكراهة، و غضبه (ع) و ضربه كان لمعصيته التى هى معصية لله سبحانه. كما يتعين أيضاً حمل خبر مسعدة: «من كان يؤمن بالله و اليوم الآخر فلا يستعمل الأجير حتى يعلمه ما أجره» (٢) على الكراهة أيضاً.

(١) بعد أن كان كل منهما قاصداً للأجر، و أنهما قد تباينا على أمر واحد، كيف لا يكونان قد قصدا الإنشاء؟! و سيأتى منه: أن ذلك

من باب العمل بالضمنان، الذي لا يكون إلا مع قصد الإنشاء.

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

(٣) قد تقدم منه في المسألة التاسعة عشرة: أنه إذا أمر العامل بالعمل

(١) الوسائل باب: ٣ من أبواب أحكام الإجارة حديث: ١.

(٢) الوسائل باب: ٣ من أبواب أحكام الإجارة حديث: ٢.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٥٢

نظير الإباحة بالضمنان كما إذا أذن في أكل طعامه بضمنان العوض و نظير التمليك بالضمنان كما في القرض، على الأقوى من عدم كونه معاوضة. فهذه الأمور عناوين مستقلة غير المعاوضة (١) و الدليل عليها السيرة، بل الأخبار أيضاً (٢). و أما الكراهة فلأخبار أيضاً (٣).

[مسألة ٢٦: لو استأجر أرضاً مدة معينة، فغرس فيها أو زرع ما لا يدرك في تلك المدة]

(مسألة ٢٦): لو استأجر أرضاً مدة معينة، فغرس فيها أو زرع ما لا يدرك في تلك المدة، فبعد انقضاءها للمالك أن يأمره بقلعها. بل و كذا لو استأجر لخصوص الغرس أو لخصوص الزرع. و ليس له الإبقاء و لو مع الأجرة (٤)، و لا

ضمن أجرته، إذا لم يقصد العامل التبرع و إن قصد الأمر التبرع. و ما نحن فيه من ذلك الباب، الذي قد عرفت أنه من قبيل الاستيفاء الموجب للضمنان و إن قصد المستوفى التبرع. فجعله من باب آخر غير ظاهر.

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

(٢) يعنى: الصحيح و الخبر المتقدمين.

(٣) كما عرفت.

(٤) و في القواعد: «هو كالغاصب». و كذا في مفتاح الكرامة عن المبسوط و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد. و لم يحك فيه الخلاف من غيرها. و لكنه إنما يتم لو كان التقييد بالمدة يقتضى خروج ذلك عن مورد الإجارة، و لازمه جواز منع المالك له من ذلك حين الزرع أو الغرس، مع أنه استشكل فيه في القواعد. و ظاهر جامع المقاصد:

الميل إلى عدمه. و عن التذكرة: الأقرب عدمه. و كذا عن التحرير.

نعم عن المبسوط: أن له المنع، لاحتياجه إلى المطالبة بالقلع و مثل ذلك

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٥٣

.....

يشق. انتهى. و هو كما ترى، ظاهر تعليقه دخوله في مورد الإجارة.

نعم ظاهر جامع المقاصد عدم تناول مورد الإجارة له. لكنه غير ظاهر في بعض الموارد. بل هو خلاف الإطلاق. و حينئذ يشكك الفرق بين المسألتين. و دعوى: أنه في هذه المسألة يكون الزارع مقدماً على الضرر:

فلا مجال لتطبيق قاعدة نفي الضرر فيه، لتكون حاكمة على عموم السلطنة، بخلاف المسألة الثانية، ممنوعة، فإن الإقدام على الضرر

يتوقف على علمه باستحقاق المالك للقلع، و بنائه على ذلك. أما بدون ذلك فلا إقدام له على الضرر كالمسألة الثانية. و توضيح أحكام صور المسألة: أنه إذا استأجر أرضاً مدة معينة:

فتارة: يذكر خصوص الزرع أو الغرس. و أخرى: لا- يذكر انتفاع بعينه. و فى الأولى: تارة: يذكر زرع أو غرس ما لا يكمل فى تلك المدة.

و أخرى: يذكر ما يكمل فيها. و ثالثة: يذكر مطلقاً. فان ذكر ما لا يكمل فى المدة: فتارة: يتوقف الانتفاع به على كماله، و أخرى لا يتوقف، كما لو كان الزرع يمكن الانتفاع بفصيله و الغرس يمكن قلعه و غرسه فى موضع آخر. فان ذكر ما يتوقف الانتفاع به على كماله، ففى صحة الإجارة و عدمها وجهان أو قولان. و عن الإيضاح و جامع المقاصد: أن الأقوى الصحة، لأن العلم بحصول الانتفاع إلى آخر المدة ليس شرطاً فى الصحة، فما دام يحتمل الانتفاع به و لو للإبقاء بالأجرة تبرعاً أو صلحاً أو نحوهما تصح الإجارة، لعدم المانع. ثم إنه على تقدير الصحة: فهل يجب الإبقاء بالأجرة أو يجوز للمالك القلع؟ وجهان. قال فى القواعد: «و لو استأجر مدة لزرع لا يكمل فيها، فان شرط نقله بعد المدة لزم، و إن أطلق احتمال الصحة مطلقاً، و بقيد إمكان الانتفاع، فعلى الأول احتمال وجوب الإبقاء بالأجرة». و عن جامع المقاصد و المسالك: أن عدم وجوب الإبقاء أقوى،

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٥٤

مطالبة الأرش مع القلع، لأن التقصير من قبله (١). نعم لو استأجرها مدة يبلغ الزرع، فاتفق التأخير لتغيير الهواء أو غيره

لأنه دخل على أنه لاحق له بعد المدة. (انتهى). لكن فى القواعد قال- قبل ذلك:- «فإن استأجر للزرع فانقضت المدة قبل حصاده، فان كان لتفريط المستأجر- كأن يزرع ما يبقى بعدها- فكالغاصب»، و هو بظاهره مناف لما ذكره. و الفرق بين المسألتين غير واضح. و التحقيق ما ذكره أولاً، و تبعه عليه فى جامع المقاصد و المسالك:

من عدم وجوب الإبقاء، لعدم المقتضى للوجوب. فقاعدة السلطنة تقتضى عدمه. و قاعدة الضرر لا مجال لها فى أمثال المقام، مما أقدم فيه المالك على ما لاحق له فيه، فان الظاهر من دليل نفي الضرر اختصاصه بصورة ما إذا لزم الضرر من الحكم الشرعى عرفاً على نحو الاستقلال، و فى المقام ينسب الضرر إلى إقدام المالك على ما لاحق له فيه، كما ذكر فى المسالك و غيرها. و أظهر من ذلك الصورة الثانية و هى: ما إذا كان يمكن الانتفاع بالزرع أو الغرس قبل كماله، إذ حينئذ يكون ترك الإبقاء مؤدياً إلى فوات نفع زائد، و قاعدة الضرر إنما تنفى الضرر و لا تثبت النفع. و مثلهما فى ذلك الصورة الثالثة و هى: ما إذا ذكر الزرع أو الغرس مطلقاً، الشامل لما لا ينتفع به قبل كماله، فان الحكم فيها هو الحكم فى الصورتين. و أما الصورة الرابعة- و هى: ما إذا ذكر ما يكمل فى المدة فاتفق عدم كماله:-

فسياتى فى كلام المصنف (ره) التعرض له.

(١) يشير به إلى ما عرفت من أنه أقدم على ما لاحق له فيه، و فى مثله لا مجال لتطبيق دليل نفي الضرر، لانصرافه عن مثله، كما يظهر من ملاحظة كثير من نظائره، التى لا ريب عند المتشعرة فى بقاء سلطنة المالك على ماله أو نفسه بحالها. و ما يجرى على لسان جماعة من التعبير بأنه أقدم

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٥٥

أمكن أن يقال: بوجوب الصبر على المالك مع الأجرة، للزوم الضرر (١)، إلا أن يكون موجبا لتضرر المالك (٢).

على الضرر، يراد به هذا المعنى، و إلا فليس هو مقدم على الضرر ضرورة، لكونه أقدم برجاء إقدام صاحبه على الاذن له فى البقاء، على حسب رغبته.

(١) يعنى: يرجع الى قاعدة الضرر، الحاكمة على عموم قاعدة السلطنة.

(٢) يعنى: يمتنع الرجوع الى قاعدة نفي الضرر حينئذ، لأن تطبيقها بالنسبة إلى ضرر الزارع ليس أولى بالنسبة إلى ضرر المالك، ومع عدم المرجح تسقط بالإضافة إليهما معا، فيرجع الى قاعدة السلطنة. وقد يتوهم ترجيح الضرر الأقوى. وفيه: أن زيادة الضرر لا توجب تأكيد النفي، إذ لا تأكد في الاعدام. كما أنه لا مجال للتخير مع تساوى الضررين.

لأنه لا معنى للتخير بالإضافة إلى الشخصين، لأنه إذا اختار كل منهما الاعمال بالنسبة إلى ضرره يرجع التنافي، وإن اختار ضرر غيره كان إقداماً على الضرر، وهو مانع من تطبيق القاعدة كلية. و أما تخيير المفتى في المسألة الأصولية: فلا دليل عليه، لاختصاص دليل التخير بالدليلين المتعارضين، فلا- يشمل الدليل الواحد بلحاظ فردين، كما في المقام. ولأجل ذلك و غيره تعين عند تعارض الضررين سقوط قاعدة الضرر، و الرجوع إلى غيرها من القواعد المتأخرة عنها، كقاعدة السلطنة في المقام. والله سبحانه هو العالم، و منه نستمد الاعتصام.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٥٦

[فصل في التنازع]

إشارة

فصل في التنازع

[مسألة (١): إذا تنازعا في أصل الإجارة قدم قول منكرها مع اليمين]

(مسألة ١): إذا تنازعا في أصل الإجارة قدم قول منكرها مع اليمين (١)، فإن كان هو المالك استحق أجره المثل دون ما يقوله المدعى. فصل في التنازع

(١) كما في جملة من الكتب. و في مفتاح الكرامة: «طفحت بذلك عباراتهم- خصوصاً المتأخرين- من غير خلاف، إلا من المهذب و الخلاف».

ثم نقل عن الأول قوله: «إذا سكن دار غيره فقال الساكن: سكنت بغير أجره، و قال المالك: استأجرتها، كان القول قول صاحبها مع يمينه»:

و نقل عن الخلاف قوله: «إذا زرع أرض غيره فقال الزارع: أعرتنيها، و قال رب. الأرض: أكرتتها، حكم بالقرعة».

أقول: ظاهر الخلاف أن فرضه من قبيل المسألة الآتية، لا من قبيل هذه المسألة التي كان النزاع فيها للاختلاف بينهما في الإجارة و عدمها، على أن يكون المتصرف معترفاً بعدم بذل المالك للمنفعة على وجه المجانية.

و لعل كلام المهذب وارد في إثبات أصل الاستحقاق للأجرة و العوض، لا في إثبات الأجرة المسماء، و إلا فلا وجه له ظاهر، إذ لا ريب في كون المالك المدعى للإجارة مدعياً، فيكون عليه البينة، لا أنه يسمع قوله بيمينه.

و توضيح ذلك: أنه و ان اختلفت كلماتهم في تفسير المدعى، فبعضهم فسره: بمن لو ترك الخصومة لترك. و آخر: بمن يدعى خلاف الأصل

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٥٧

الظاهر. و ثالث: بمن يذكر أمراً خفياً بحسب الظاهر. و رابع: و هو من يدعى خلاف الأصل أو الظاهر، أو يذكر أمراً خفياً بحسب الظاهر.

و خامس: و هو من يكون في مقام إثبات قضية على غيره. و ربما ذكر غير ذلك، و الظاهر أن الاختلاف المذكور ليس اختلافاً في المفهوم، بل هو اختلاف في مقام بيان المفهوم مساهله منهم في التحديد، إذ لا يظن من أحد من هؤلاء المفسرين الالتزام بما يلزم التعريف الذي ذكر من اللوازم.

و المتعين تعريفه بمن كان قوله يخالف الحجة التي يرجع إليها في تعيين الوظيفة الشرعية، أمارة كانت أو أصلاً. و كأن وجه تسميته بالمدعى في النصوص المتضمنة: «البينة على المدعى، و اليمين على المدعى عليه»- و كذا في اللغة و العرف:- أن المدعى اسم فاعل: «ادعى»، و هو افتعال من الدعاء الذي هو الطلب بالقول و نحوه، و طلب الشيء إنما يصح إذا لم يكن حاضراً عند الطالب، فكأن الشيء الذي قامت عليه الحجة حاضر لدى الشخص، فلا مجال لطلبه، و لا معنى لدعائه و ادعائه، و الشيء الذي لم تقم عليه الحجة غير حاضر لديه، فيصح دعاؤه و ادعائه. هذا هو المفهوم منه لغةً و عرفاً.

ثم إن المراد من كون قوله مخالفاً للحجة: أنه مخالف للحجة التي يلزم الرجوع إليها في نفس الدعوى لو لا المعارضة، فلو كان كل منهما قوله مخالفاً للحجة في مورد الدعوى، لكنها كانت معارضة بالحجة الجارية في مورد دعوى خصمه، فهما متداعيان، و إن كان مقتضى العلم الإجمالي بكذب إحدى الدعويين بطلان الأصلين معاً، لكن ذلك لا يقدح في صدق المدعى، و يكونان بذلك متداعيين.

و على هذا فثبوت الإجارة لما كان على خلاف الأصل العملى، كان المخبر عنه مدعياً، و المنكر له مدعى عليه. و هذا مما لا إشكال فيه.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٥٨

.....

نعم هنا شيء و هو: أن المعيار في تطبيق المدعى و المدعى عليه، هل هو مصب الدعوى و عبارة المتنازعين، أو هو الغرض المقصود للمتنازعين؟. و تحرير هذا الخلاف في كتب القدماء و المتأخرين مما لم أقف عليه، لكن يستفاد ذلك من تعليقاتهم في كثير من الموارد لكون الحكم هو التحالف الذي هو من أحكام التداعى، أو كون البينة من أحدهما و اليمين من الآخر الذي هو من أحكام المدعى و المنكر، فان من ذكرهم للوجوه المختلفة يفهم خلافهم في ذلك. نعم صرح في الجواهر بوقوع الخلاف المذكور، و اختار الوجه الأول في صدر كلامه في مبحث الاختلاف في العقود من كتاب القضاء، و كذا في صدر كلامه فيما لو اختلف المتبايعان في قدر الثمن، فإنه- بعد ما نقل عن المختلف القول بأن القول قول المشتري- قال (ره): «إلا أنه لا يخفى عليك ضعفه في خصوص المقام، لما سمعت (يعنى: من النص)، نعم لا- بأس به في غيره، لو أبرزت الدعوى باشتغال الذمة بالزائد إنكاره. أما لو أبرزت في تشخيص سبب الشغل، بحيث يكون الاستحقاق تبعياً، فقد يمنع تقديم قول المشتري فيه، ضرورة كون كل منهما مدعياً و منكرراً. ففي المقام- مثلاً- يدعى البائع أن ما وقع ثمناً في عقد البيع المخصوص مائة، و المشتري خمسون، فتزاعهما في تشخيص العقد المشخص في الواقع، و لا ريب في كون كل منهما مدعياً فيه و منكرراً.

و لعله لذا احتمل التحالف الفاضل في كثير من كتبه، بل عن ولده أنه صححه، و الشهيد الأول اختياره في قواعده و إن نسبه في الدروس إلى الندره، بل مال إليه هنا في جامع المقاصد». و في مفتاح الكرامة- في مسألة ما لو اختلفا في قدر الأجرة فقال: آجرتك سنةً بدينار، فقال:

بل بنصفه - نسب إلى المذهب القول بالتحالف، و إلى جامع المقاصد أنه قال: «لا ريب في قوة التحالف»، و إلى المختلف أنه قال: «أنه متجه»

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٥٩

.....

انتهى. و الثاني منسوب إلى المشهور. لكن عرفت أن الوجه في النسبة:

استفادة ذلك من بنائهم على إجراء حكم المدعى و المنكر في كثير من موارد النزاع، و الا فقد عرفت أنه لا تصريح منهم بذلك.

و كيف كان: فما يتفرع على الخلاف المذكور أنه إذا قال المالك:

أجرتك الدار بعشرة، فقال الآخر: أجرتيها بخمسة، فعلى الأول:

أنهما متداعيان لاختلافهما في المدعى لكل منهما، و على الثاني: أنهما مدع و منكر، لأن غرض الأول استحقاق العشرة، و غرض

خصمه نفى استحقاق الخمسة الزائدة على الخمسة التي يعترف بها، و هذا النفي مقتضى الأصل، فمدعى خلافه مدع، و مدعيه منكر.

هذا، و التحقيق هو القول المنسوب إلى المشهور، كما اختاره في الجواهر في آخر كلامه المتقدم، و كذلك في مبحث الإجارة فيما

لو اختلفا في قدر الأجرة، و جعل القول بالتحالف فيها ضعيفاً. و نسب إلى شيخنا الأعظم (ره) في قضائه، لأنه منصرف الأدلة، فإن

المقصود من نزاع المتخاصمين أولى بالملاحظة في ذلك، و أولى أن يكون من وظيفة القاضي البت به و الحكم فيه، و لا معنى

لملاحظة أمر آخر، بل الدعوى التي لا يترتب عليها غرض لا يجب سماعها.

و على هذا فقد يتوجه الاشكال على ما ذكره الجماعة في مفروض المتن من إطلاق القول: بأن القول قول منكر الإجارة، بأنه لا يتم

على المشهور، إذ اللازم عليه التفصيل بين ما إذا كانت أجرة المثل أكثر، فالقول قول مدعى الإجارة، و بين ما إذا كانت أقل، فالقول

قول منكر الإجارة، لأنه في الأول مدعى الإجارة ينفي استحقاق الزائد، فيطابق قوله الأصل، و في الثاني يكون مدعى الإجارة مدعياً

لاستحقاق الزائد فيكون مدعياً، و خصمه ينفي استحقاق الزائد فيكون منكراً. نعم يتم كلامهم على المذهب

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٦٠

و لو زاد عنها لم يستحق تلك الزيادة (١)، و وجب على المدعى المتصرف إيصالها إليه (٢). و إن كان المنكر هو المتصرف فكذلك

لم

الآخر، لأن مصب الدعوى ثبوت الإجارة و عدمها، فمدعى الأول مدع و خصمه منكر على كل حال.

لكن يدفع الاشكال المذكور: أن المراد من كون المدار على مقصود المتنازعين أن ينظر إلى مقصودهما، فإن كان كل منهما مخالفاً

للأصل كانا متداعيين، و إذا كان مقصود أحدهما موافقاً للأصل، و مقصود خصمه مخالفاً للأصل كان أحدهما مدعياً و الآخر منكراً،

سواء كان الأصل المثبت لأحدهما النافي للآخر. أو النافي لهما معاً جارياً في أحدهما أم فيهما بلا واسطة، أم كان جارياً بواسطة كما

في الأصل السببي، كما في المقام، فإن أجرة المثل إذا كانت أكثر من الأجرة المسماة، فالأكثر مما يشته الأصل بالواسطة، لأن أصالة

عدم الإجارة تثبت أجرة المثل و إن كانت هي الأكثر، لأن كل منفعة مستوفاه على وجه الضمان مضمونة بأجرة المثل، إذا لم تكن

أجرة مسماة، فيكون الضمان بأجرة المثل - التي هي الأكثر - من آثار نفي الأجرة المسماة بالأصل. و ليس المراد من كون المدار على

مقصود المتنازعين: أنه لا بد من الأصول الجارية في نفس المقصود بلا واسطة، يعني مع قطع النظر عن السبب و عن الأصل السببي

الجارى فيه.

فان ذلك مما لا مجال للقول به، لأن الأصل السببي إذا كان قد اجتمعت شرائط حجتيه لم يكن وجه لطرحة بالإضافة إلى الأثر

المسبب، فيكون مدعى الأثر منكرًا حينئذ. فلا مجال للإشكال على ما ذكره الجماعة من إطلاق: أن القول قول منكر الإجارة، فإنه في محله على المذهبين.

(١) يعنى: ليس له المطالبة بها، لاعترافه بعدم استحقاقها.

(٢) إذا كان يرى استحقاق المالك لها.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٦١

لم يستحق المالك إلا أجره المثل، و لكن لو زادت عما يدعيه من المسمى لم يستحق الزيادة، لاعترافه بعدم استحقاقها، و يجب على المتصرف إيصالها إليه. هذا إذا كان النزاع بعد استيفاء المنفعة. و إن كان قبله رجع كل مال إلى صاحبه.

[مسألة ٢: لو اتفقا على أنه أذن للمتصرف في استيفاء المنفعة]

(مسألة ٢): لو اتفقا على أنه أذن للمتصرف في استيفاء المنفعة، و لكن المالك يدعى: أنه على وجه الإجارة بكذا أو الاذن بالضمان، و المتصرف يدعى: أنه على وجه العارية، ففي تقديم أيهما وجهان، بل قولان (١)، من أصالة البراءة

(١) حكى في مفتاح الكرامة: تقديم قول مدعى العارية بيمينه عن عارية الخلاف و المبسوط و الغنيّة و اللمعة و مجمع البرهان و الكفاية، ثم قال:

«و هو الذى فى نفس الشيخ فى مزارعة الخلاف». و حكى نحوه فى الجواهر، لأصالة البراءة، لاتفاقهما على أن استيفاء المنفعة لم يكن بعنوان غير مشروع، فالتردد فى استحقاق العوض و عدمه، و الأصل البراءة. و قيل القول قول المالك فى عدم العارية، فإذا حلف سقطت دعوى مدعى العارية، و ثبت عليه أجره المثل. اختاره فى الشرائع، و حكى عن الحلّى و إجارة المهذب. و فى الجواهر فى كتاب العارية قال: «لعله المشهور». و اختاره فى القواعد، و حكى عن جامع المقاصد و الروض و المسالك و الكفاية و غيرها، لكنهم قيدوا ما ذكروه من ثبوت أجره المثل بما إذا لم يزد على المدعى. و ربما حكى غير ذلك عن غيرهم. و مبنى الخلاف فى الجملة على أن الأصل فى المنفعة المستوفاة هو الضمان إلا أن يبذلها المالك مجاناً، أو عدم الضمان إلا أن يثبت سبب الضمان.

فالقول الأول مبنى على الثانى، و الثانى مبنى على الأول. و المصرح به فى

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٦٢

بعد فرض كون التصرف جائزاً، و من أصالة احترام مال المسلم الذى لا يحل إلا بالإباحة و الأصل عدمها، فتثبت أجره المثل بعد التحالف. و لا يبعد ترجيح الثانى. و جواز التصرف أعم من الإباحة.

كلمات القائلين بالثانى: أن المقام لا بد فيه من التحالف، فيحلف المالك على عدم العارية، و يحلف مدعى العارية على نفي الإجارة، فيثبت للمالك أجره المثل.

هذا و الذى ينبغى هو التعرض لصور المسألة، فنقول: الأجرة المسماة تارة: تكون فى الذمة، و أخرى: فى الخارج، و الأولى تارة: تكون مساوية لأجره المثل، و أخرى: تكون أكثر منها، و ثالثة: تكون أقل.

فالصور أربع:

الأولى: أن تكون مساوية لأجره المثل، كأن يدعى المالك: أنه أجر. زيداً داره بدينار. و يدعى زيد: أنها عارية. و محل الكلام صورة ما إذا كان النزاع بعد انقضاء مدة الإجارة التى يدعيها المالك، فنقول:

بناء على كون المعيار في تطبيق المدعى والمنكر مضمون كلام المتداعيين، يكون كل واحد منهما مدعياً و منكرًا لمدعى خصمه في جميع الصور الأربع، لأن كلًا من الإجارة والعارية خلاف الأصل، فيتحالفان. وحينئذ فإن ثبتت قاعدة احترام مال المسلم، بمعنى: الحكم بضمانه على من هو عنده حتى يثبت ما يقتضى عدمه، من إباحة أو عارية مجانية- و استشهد لها في مفتاح الكرامة، و تبعه في الجواهر

بصحيح إسحاق بن عمار عن أبي الحسن، الوارد فيمن استودع رجلاً ألف درهم فضاعت، فقال الرجل: إنها وديعة، وقال الآخر: إنها قرض. قال (ع): «المال لازم له، إلا أن يقيم مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٦٣
.....

البينة أنها كانت وديعة» (١)

- لزمت المتصرف أجره المثل. وإن لم تثبت القاعدة المذكورة، لما عرفت سابقاً من أن ما دل على حرمة المسلم ودمه و عرضه ظاهر في الحكم التكليفي لا غير، و أما الصحيح فلا يمكن استفادة القاعدة الكلية منه. نعم ظاهر الأكثر ذلك، فلا ملزم بأجره المثل و لا غيرها.

و الإنصاف لزوم البناء على القاعدة المذكورة، و مرتكزات المشرعة تقتضيها، و كفى بها حجة، و الصحيح المتقدم مؤيد لها، بل البناء على ضمان المنافع المستوفاة شاهد بها، فالبناء على الضمان بأجره المثل متعين.

هذا بناء على كون المعيار في المدعى والمنكر عبارة المتنازعين. أما بناء على كون المعيار مقصودهما و غرضهما من النزاع، فيكون مدعى العارية مدعياً و مدعى الإجارة منكرًا بناء على ثبوت قاعدة الاحترام، لأن ثبوت المسمى المساوي لأجره المثل مقتضى أصالة عدم العارية التي يدعيها المتصرف و أصالة عدم الإجارة لا- أثر له، إذ ليس للإجارة في المقام أثر خاص، فان ضمان المتصرف بالعوض الخاص مترتب على مجرد عدم العارية و إن علم بعدم الإجارة، فيكون المقام من باب المدعى و المنكر. و كذا بناء على عدم ثبوت قاعدة الاحترام، لكن يكون مدعى الإجارة مدعياً، و مدعى العارية منكرًا، على عكس مقتضى المبنى السابق، لأنه يكفي في نفي الضمان نفي الإجارة من دون حاجة الى إثبات العارية، لأن السبب الموجب للضمان- على هذا المبنى- هو الإجارة لا غير. فمدعى الإجارة يدعى الضمان و مدعى العارية ينفي الضمان، فيكون منكرًا، فيكون القول قوله بيمينه.

و بالجملة: بناء على كون المعيار في المدعى و المنكر غرض المتنازعين يكون فرض المسألة من باب المدعى و المنكر، فان بنى على قاعدة الاحترام،

(١) الوسائل باب: ٧ من أبواب أحكام الوديعة حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٦٤

.....

يكون مدعى العارية مدعياً، و مدعى الإجارة منكرًا. و بناء على عدم ثبوت القاعدة، يكون الأمر بالعكس، مدعى الإجارة مدعياً و مدعى العارية منكرًا.

الصورة الثانية: أن تكون الأجرة المسماة أكثر من أجره المثل.

و حكمها هو: أنه بناء على كون المعيار الغرض من النزاع، فان بنى على قاعدة الاحترام، فهي أيضاً من قبيل التداعي، لأن مدعى

الإجارة يثبت الأجرة الزائدة على أجره المثل، و مدعى العارية ينفي الاستحقاق بالمره، لا للأجرة المسماة و لا لأجرة المثل. و لما كانت كلتا الدعويين ذات أثر، و كلتاهما خلاف الأصل، كان الخصمان متداعيين، فيحلف المالك على نفى العارية، فيثبت الاستحقاق لأجرة المثل، و يحلف المتصرف على نفى الإجارة، فينتفى الزائد على أجره المثل، فيكون للمالك أجره المثل لا غير. أما بناء على عدم ثبوت قاعدة الاحترام: فالمقام من باب المدعى و المنكر، و مدعى الإجارة يكون مدعياً و مدعى العارية منكرًا، بلحاظ نفى الإجارة الذى هو لازم دعواه، لا بلحاظ نفس العارية، إذ العارية لا أثر لها على هذا المبني، لأن عدم الضمان مقتضى الأصل، حتى يثبت السبب المضمن و هو الإجارة، فيحلف مدعى العارية على نفى الإجارة، و لا شيء عليه حينئذ كما تقدم القول بذلك من جماعة فى صدر المسألة.

الصورة الثالثة: أن تكون الأجرة المسماة أقل من أجره المثل.

و حكمها: أنه بناء على كون المعيار فى تشخيص المدعى هو الغرض المقصود من النزاع، فالفرض من باب المدعى و المنكر، سواء قلنا بقاعدة الاحترام أم لم نقل. غاية الأمر أنه على الأول يكون مدعى العارية مدعياً، لترتب الأثر الشرعى على مدعاه الذى هو خلاف الأصل، و مدعى الإجارة منكرًا، بلحاظ نفى العارية لا بلحاظ نفس الإجارة، إذ الضمان ليس موضوعه مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٦٥

.....

الإجارة، بل موضوعه الاستيفاء بلا- بذل مجاني كما عرفت. فالمدعى لا- أثر له و لا يجرى فيه الأصل فى المقام، و لذا لو اعترف المالك بعدم الإجارة و أنكر العارية ثبت الضمان مع يمينه على نفى العارية. و بناء على عدم ثبوت قاعدة الاحترام، يكون مدعى الإجارة مدعياً و مدعى العارية منكرًا كما عرفت سابقاً. و على الأول: يستحق المالك بعد يمينه المسمى لا غير، لاعترافه بعدم استحقاق الزائد عليه، و على الثانى: لا يستحق المالك شيئاً، بعد يمين مدعى العارية على نفى الإجارة.

الصورة الرابعة: أن تكون الأجرة عيناً خارجية. و حكمها: أنه بناء على كون المعيار فى تشخيص المدعى الغرض من النزاع، فهما من باب المدعى و المنكر، لأن المالك يدعى ملك العين الخارجية و المتصرف ينفى ذلك.

و دعوى الأول خلاف الأصل، و نفى الثانى موافق للأصل. و دعوى المتصرف العارية و إن كانت خلاف الأصل، لكن لا أثر لأصالة عدمها، إذ المقصود منها إن كان إشغال ذمة المتصرف، فلا مجال له لاعتراف المالك بعدم اشتغال ذمة المتصرف بشيء، و إن كان المقصود منها إثبات ملك المالك للعين الخارجية، فهى لا تصلح لإثبات ذلك، لأنه لازم غير شرعى.

فادعاء المتصرف العارية لا أثر له إلا بلحاظ ما يلزمه من نفى الإجارة كما عرفت. فإذا حلف المتصرف على نفى الإجارة انتفى ملك العين الخارجية للمالك. أما إذا حلف المالك على نفى العارية لم يثبت ملكها للمالك، لأنه لازم عقلى، و لم ينتف به اشتغال ذمة المتصرف بأجرة المالك، لأنه حاصل باعترافه.

هذا كله حكم الصور الثلاث بناء على كون المعيار فى تشخيص المدعى الغرض المقصود من النزاع. أما بناء على كون المعيار فيه صورة الدعوى: فالخصمان فى جميع الصور الثلاث المذكورة متداعيان، لأن كلاً

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٦٦

[مسألة ٣: إذا تنازعا فى قدر المستأجر عليه قدم قول مدعى الأقل]

(مسألة ٣): إذا تنازعا فى قدر المستأجر عليه قدم قول مدعى الأقل (١).

منهما يدعى أمراً على خلاف الأصل، كما عرفت في الصورة الرابعة.

و بعد التحالف يستحق المالك أجره المثل في الصورة الأولى منها، و المسمى في الثانية دون الزائد، أخذاً له باعترافه بناء على قاعدة الاحترام. أما بناء على عدمها فلا يستحق شيئاً، لأصالة البراءة من دون ثبوت سبب مضمن. و أما في الصورة الثالثة فلا يستحق شيئاً على كل من المبنيين، أخذاً له باعترافه بفراغ ذمته المتصرف.

هذا حكم صور المسألة على اختلاف المباني المتقدمة. ففي الشرائع قال في كتاب العارية: «إذا قال الراكب: أعرتنيها، و قال المالك: آجرتكها، فالقول قول الراكب، لأن المالك مدع للأجرة. و قيل:

القول قول المالك في عدم العارية، فإذا حلف سقطت دعوى الراكب و تثبت عليه أجره المثل لا المسمى. و هو أشبه». و ظاهر كل من القولين:

أن المورد من باب المدعى و المنكر لا- من باب التداعى. لكن في القواعد في كتاب المزارعة: «لو ادعى العامل العارية و المالك الحصة أو الأجرة قدم قول المالك في عدم العارية، و له أجره المثل مع يمين العامل ما لم تزد على المدعى». و ظاهره: أن المقام من باب التداعى. و عن الشيخ في المبسوط: العمل بالقرعة في تعيين المدعى و المنكر. لكن المحكى عن عبارته.

أن ذلك أحوط. و الاشكال فيه ظاهر على كل حال، إذ لا موجب للخروج عن القواعد- التي قد عرفت- من دون دليل مخرج. (١) كما هو المعروف المصرح به في كلماتهم، لأصالة عدم وقوع الإجارة على الزائد المختلف فيه «فيكون القائل به منكراً. نعم بناء على أن المعيار في المدعى صورة القضية: يكونان متداعيين، كما نسب إلى مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٦٧

[مسألة ٤: إذا تنازعا في رد العين المستأجرة]

(مسألة ٤): إذا تنازعا في رد العين المستأجرة قدم قول المالك (١).

[مسألة ٥: إذا ادعى الصائغ أو الملاح أو المكارى تلف المتاع من غير تعد و لا تفريط]

(مسألة ٥): إذا ادعى الصائغ أو الملاح أو المكارى تلف المتاع من غير تعد و لا تفريط، و أنكر المالك التلف، أو ادعى التفريط أو التعدى، قدم قولهم مع اليمين على الأقوى (٢).

جماعه، ففي جامع المقاصد: أنه لا ريب في قوة التحالف. و قد عرفت ضعفه.

(١) من دون خلاف ظاهر و لا إشكال، لأصالة عدم الرد. و قبول دعوى الودعى الرد بالإجماع- لو تم- لا يقتضى قياس المقام عليه، لاختلافهما في أن القبض في المقام لمصلحة القابض، بخلاف الودعى، فإنه لمصلحة المالك.

(٢) و هو المحكى عن جماعه من القدماء و المتأخرين. و عن الخلاف:

الإجماع عليه. و يشهد له

خبر بكر بن حبيب: «قلت لأبي عبد الله (ع):

أعطيت جبة الى القصار، فذهبت بزعمه. قال (ع): إن اتهمته فاستحلفه، و إن لم تتهمه فليس عليه شيء» (١)

و

خبره الآخر عنه (ع): «لا يضمن القصار إلا ما جنت يده، و إن اتهمته أحلفته» (٢)

و

خير أبي بصير المرادى عنه (ع): «لا يضمن الصائغ ولا القصار ولا الحائك، إلا أن يكونوا متهمين، فيخوف بالبينة و يستحلف، لعله يستخرج منه شيئاً» (٣).

و المشهور - كما عن المسالك و عن السيد أن عليه إجماعنا و أنه من منفرداتنا - أنهم يكلفون بالبينة. و يشهد له جملة من النصوص، كمصحح الحلبي عن أبي عبد الله (ع): «في الغسال و الصباغ ما سرق منهم من شيء فلم يخرج منه على أمر بين أنه قد سرق، و كل قليل له أو كثير،

(١) الوسائل باب: ٢٩ من أبواب أحكام الإجارة حديث: ١٦.

(٢) الوسائل باب: ٢٩ من أبواب أحكام الإجارة حديث: ١٧.

(٣) الوسائل باب: ٢٩ من أبواب أحكام الإجارة حديث: ١١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٦٨

[مسألة ٦: يكره تضمين الأجير في مورد ضمانه]

(مسألة ٦): يكره تضمين الأجير في مورد ضمانه (١)

فان فعل فليس عليه شيء، و إن لم يقيم البينة و زعم: أنه قد ذهب الذي ادعى عليه، فقد ضمنه إن لم يكن له بينة على قوله «١»

و

صحيح ابن مسكان عن أبي بصير عن أبي عبد الله (ع) قال: «سألته عن قصار دفعت اليه ثوباً، فزعم أنه سرق من بين متاعه. قال: فعليه أن يقيم البينة أنه سرق من بين متاعه، و ليس عليه شيء، و إن سرق متاعه كله فليس عليه شيء» (٢).

و نحوهما غيرهما.

هذا و في نسبة القول المذكور إلى الشهرة تأمل، فضلاً عن نسبه إلى الإجماع. و في الجواهر: لم يتحقق القول به الا من المفيد و المرتضى.

و كذا في صحة الاستدلال له بهذه النصوص، فإن التأمل في مجموع النصوص - على اختلاف مضامينها - يقتضى لزوم البناء على الاكتفاء في عدم الضمان بأحد أمور: إما اليمين، أو البينة، أو قيام اماره على صدقه مثل: أن يدعى السرقة و يكون قد سرق جميع متاعه، أو يكون مأمونا في نفسه.

ففي صحيح الحلبي عن أبي عبد الله (ع): قال «كان أمير المؤمنين (ع):

يضمن القصار و الصائغ احتياطاً للناس، و كان أبي (ع) يتطول عليه إذا كان مأمونا» (٣).

و نحوه غيره. هذا مضافاً إلى أن إعراض المشهور عن هذه النصوص مع أنها أصح سنداً و أكثر عدداً مما يوهن حجيتها، و حينئذ لا مجال للعمل بها في قبال النصوص الأولى. و ما في الشرائع:

من أن الأول أشهر الروايتين، فيه تأمل ظاهر.

(١) كما نسب إلى الأصحاب. و قد يشهد به

خير حذيفة: «عن الرجل

(١) الوسائل باب: ٢٩ من أبواب أحكام الإجارة حديث: ٢.

(٢) الوسائل باب: ٢٩ من أبواب أحكام الإجارة حديث: ٥.

(٣) الوسائل باب: ٢٩ من أبواب أحكام الإجارة حديث: ٤.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٦٩

من قيام البيئته على إتلافه، أو تفريطه في الحفظ، أو تعديه أو نكوله عن اليمين، أو نحو ذلك.

[مسألة (٧): إذا تنازعا في مقدار الأجرة]

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

[مسألة (٨): إذا تنازعا في أنه آجره بغلاً أو حماراً]

(مسألة ٨): إذا تنازعا في أنه آجره بغلاً أو حماراً أو آجره هذا الحمار مثلاً أو ذاك، فالمرجع التحالف (٢).

يحمل المتاع بالأجر فيضيع، فتطيب نفسه أن يغرمه لأهله، أو يأخذونه؟

قال: فقال: أمين هو؟ قلت نعم. قال: فلا يأخذون منه شيئاً «١»

فتأمل.

(١) قاله علماؤنا، كما عن التذكرة، لأصالة عدم لزوم الزائد.

لكن عرفت القول بالتداعي والتحالف ممن يرى أن المعيار في تشخيص المدعى مصب الدعوى لا الغرض. وفي جامع المقاصد: أنه لا ريب في قوة التحالف في المقام، معللاً له بما ذكر. ونحوه كلامه فيما لو اختلفا في قدر الثمن كما عرفت ضعفه.

(٢) كما هو المشهور المعروف. يظهر ذلك من كلماتهم في مباحث النزاع من كتاب البيع، ففي الشرائع: «لو قال: بعثك هذا الثوب، فقال:

بل هذا، فهنا دعويان». ونظيره ذكر في القواعد قال: لو قال: بعثك العبد بمائة، فقال: بل الجارية، تحالفا وبطل البيع». وظاهر الجواهر وغيرها:

عدم الخلاف والاشكال في ذلك. نعم قال الشهيد في اللمعة: «و في تعيين المبيع يتحالفاً. وقال الشيخ والقاضي: يحلف البائع كالاختلاف في الثمن». وفي الروضة: «و ضرب عليه في بعض النسخ المقروءة على المصنف (ره)». وفي المسالك - بعد ما نقل ما تقدم عن الشرائع -

(١) الوسائل باب: ٣٠ من أبواب أحكام الإجارة حديث: ١٢.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٧٠

.....

قال: «الحكم هنا واضح بعد الإحاطة بما سلف».

وقد اشتهر في كلامهم هنا توجيه التحالف: بأن ضابط التحالف أن لا يتفقا على أمر. قال في المسالك في كتاب الإجارة: «و ضابط التحالف: أن لا- يتفقا على شيء كما لو قال: آجرتك البيت الفلاني، فقال: بل الفلاني، أو قال: آجرتك البيت، فقال: بل الحمام». و نحوه كلام غيره. لكن التوجيه المذكور يتم بناء على أن المعيار في تشخيص المدعى مصب الدعوى أما بناء على أن المعيار الغرض

المقصود، فالغرض المقصود في البيع ليس إلا مطالبة المشتري بما يدعى شراءه، و في الإجارة مطالبة المستأجر بما يدعى استئجاره، و المالك ينفي ذلك، و الأصل يقتضى عدم وقوع الإجارة على ما يدعى المستأجر. و أما المالك فهو و إن كان يدعى وقوع الإجارة على ما يدعى وقوع الإجارة عليه، لكن هذه الدعوى لا أثر لها في مطالبته بشيء، و ليس له غرض فيها إلا بلحاظ ما يترتب عليها من اللزوم، و هو نفي ما يدعيه المستأجر، و لذا يصح له الاقتصار على بطلان دعوى المستأجر، من دون تعرض لمدعاه.

و بالجملة: بعد اتفاقهما على استحقاق المالك للأجرة، فالخلاف إنما هو في استحقاق المستأجر لمنفعة ما يدعيه، و المالك ينفيه، و الأصل معه، فهو منكر و المستأجر مدع. فإذا حلف المالك على نفي ما يدعيه المستأجر، فقد بطلت دعوى المستأجر، و ليس له المطالبة بشيء.

هذا إذا كان النزاع قبل التصرف. أما لو كان بعد التصرف و انقضاء المدة فاللزوم - بعد يمين المالك - أن يدفع له أجره المثل عن المنفعة المستوفاه مما يدعيه، بناء على ما عرفت من أصالة احترام مال المسلم، لأنه لما لم يثبت استحقاقه لمنفعة الفرس التي قد استوفاه، كان اللزوم دفع أجرتها.

و أما منفعة الحمار الذي يدعى وقوع الإجارة عليه فقد فاتت بتقصير منه، لأنه هو الذي ترك الانتفاع بها في المدة المضروبة، فتكون عليه الأجرة

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٧١

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

[مسألة ٩: إذا اختلفا في أنه شرط أحدهما على الآخر شرطاً أو لا]

(مسألة ٩): إذا اختلفا في أنه شرط أحدهما على الآخر شرطاً أو لا، فالقول قول منكره (٢).

المتفق عليها بينهما، و عليه أجره الفرس بمقتضى أصالة عدم إيجارها إياه.

هذا ما تقتضيه القواعد، و إن لم اعرف من ذكره أو احتمله. عدا ما سبق من الشهيد في اللمعة. نعم ذكره بعض الأكابر في حاشيته على المتن و هو في محله.

(١) الكلام في هذه المسألة هو الكلام في سابقتها بعينه. نعم يختلفان في أن المدعى في المسألة السابقة هو المستأجر، بناء على أن المعيار في تشخيص المدعى الغرض المقصود. و في هذه المسألة يكون المدعى هو المؤجر، لأنه يدعى أن الإجارة واقعة على ما يدعيه، و المستأجر ينكر ذلك. مثلاً إذا كان المؤجر يدعى: أن الأجرة كانت عشرة دراهم، و المستأجر يدعى:

أنها كانت ديناراً، فهما يتفقان على أن منفعة العين المستأجرة صارت ملكاً للمستأجر، و يختلفان في الأجرة، فالمؤجر يدعى أنها كانت عشرة دراهم و المستأجر يدعى أنها كانت ديناراً، فدعوى المؤجر ملزمة و موجبة للمطالبة بالعشرة دراهم، و دعوى المستأجر لا توجب شيئاً إلا بلحاظ ما يلزمها من نفي دعوى المؤجر و نفي استحقاق المؤجر المطالبة له بالعشرة، فمرجعها إلى إنكار دعوى المؤجر، فهما من قبيل المدعى و المنكر، كما في المسألة السابقة، غير أن المؤجر هنا هو المدعى، و المستأجر منكر، على عكس ما سبق هناك. و مقتضى ذلك سماع قول المستأجر بيمينه، إذا لم تكن بينه للمؤجر على دعواه.

(٢) لا- ينبغى التأمل في ذلك بناء على ما عرفت من المعيار. نعم بناء على الوجه الآخر يكون المقام من التداعى، لاختلافهما في لخصوصيات المشخصة الموجب للاختلاف في المتشخص.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٧٢

[مسألة ١٠: إذا اختلفا في المدة أنها شهر أو شهران مثلاً، فالقول قول منكر الأزيد]

(مسألة ١٠): إذا اختلفا في المدة أنها شهر أو شهران مثلاً، فالقول قول منكر الأزيد (١).

[مسألة ١١: إذا اختلفا في الصحة و الفساد]

(مسألة ١١): إذا اختلفا في الصحة و الفساد، قدم قول من يدعى الصحة (٢).

(١) كما عن الحلبي، لأصالة عدم وقوع الإجارة في الزيادة المختلف فيها، فيكون قول المالك هو الموافق للأصل و قول المستأجر على خلافه، فيكون مدعياً: لكن في القواعد: «و لو اختلفا في المدة، فقال: أجرتك سنة دينار، فقال: بل سنتين دينارين، فالقول قول المالك مع يمينه. و لو قال بل سنتين دينار، فهنا قد اختلفا في قدر العوض و المدة، و الأقرب التحالف». و نحوه ذكر في التحرير. و في جامع المقاصد- في شرح عبارة القواعد المذكورة- قال: «أما الاختلاف في المدة فظاهر، و أما الاختلاف في العوض فإنه على قول أحدهما عوض السنة دينار، و على قول الآخر نصف دينار. و لقائل أن يقول: إن العوض الذي جرى عليه العقد متفقان عليه، و إنما الاختلاف في زيادة المدة و عدمها. و وجه القرب: أن كل واحد منهما يدعى عقداً مغايراً للعقد الذي يدعيه الآخر، و الآخر ينكره فيتحالفان» و عن الشيخ: القول بالقرعة. لكن عبارته في غير هذه المسألة، و قد تقدمت الإشارة إليها.

و التحقيق ما عرفت: من أنه بناء على أن المعيار في المدعى الغرض المقصود من النزاع، فالمستأجر مدع و المالك منكر، و بناء على أن المعيار مصب الدعوى، فهما متداعيان.

(٢) كما هو المعروف بين الأصحاب، كما عن الكفاية، لاستقرار سيرة العقلاء و المتشرعة على حمل الفعل الصادر المحتمل الصحة و الفساد على الصحة، و لا يختص ذلك بفعل المسلم، بل يطرد في فعل كل عاقل، كما مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٧٣

[مسألة ١٢: إذا حمل المؤجر متاعه إلى بلد]

(مسألة ١٢): إذا حمل المؤجر متاعه إلى بلد، فقال المستأجر استأجرتك على أن تحمله إلى البلد فلانني غير ذلك

عرفت. و في جامع المقاصد قال في هذا المقام: «لا- شك أنه إذا حصل الاتفاق على حصول جميع الأمور المعبرة في العقد، من حصول الإيجاب و القبول من الكاملين، و جريانها على العوضين المعبرين، و وقع الاختلاف في شرط مفسد مثلاً، فالقول قول مدعى الصحة بيمينه، لأنه الموافق للأصل، فإن الأصل عدم ذلك المفسد، و الأصل في فعل المسلم الصحة. لا يقال: الأصل بقاء الملك على مال مالكة، فيعارض الأصل المذكور. لأننا نقول:

بعد صدور الإيجاب و القبول على الوجه المعبر، و عدم العلم بالمنافى لصحتها، المقتضى للحكم بصحتها عملاً بالاستصحاب لحال تحقق السبب الناقل، فلم يبق ذلك الأصل كما كان. أما إذا حصل الاختلاف مع الصحة و الفساد في حصول بعض الأمور المعبرة و عدمه، فإن هذا الاستدلال لا يستمر هاهنا، فإن الأصل عدم السبب الناقل. و من ذلك ما لو ادعى: اني اشتريت العبد، فقال بل بعتك حراً».

و فيه أن التفصيل المذكور بلا فاصل، لاستقراء السيرة على الصحة في الجميع. و لذلك حكى الاعتراف منه بذلك في موضع من كتاب البيع، و آخر من كتاب الرهن، فقال في أحدهما: «لو قال: بعتك و أنا صبي، أنه يقدم مدعى الصحة (يعنى: المشتري). و قال:

إن تقديم قول البائع في غاية الضعف» و قال في ثانيهما: «إذا قال: بعثك بعد، فقال:

بل بحر، أنه يقدم قول مدعى الصحة». و الكلام في ذلك موكول الى محله. و قد تعرض شيخنا الأعظم (ره) في رسائله للكلام في هذه المسألة. فراجع.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٧٤

البلد، و تنازعا، قدم قول المستأجر (١) فلا يستحق المؤجر أجره حمله. و إن طلب منه الرد إلى المكان الأول (٢)

(١) لأصالة عدم وقوع الإجارة على ما ادعاه الأجير، فلا يستحق الأجرة على عمله. لكن هذا يتم بناء على ما عرفت من أن المعيار في تشخيص المدعى الغرض المقصود. أما إذا كان المعيار صورة الدعوى فهما متداعيان، لتباين الدعويين بتباين متعلقيهما و كذا إذا كان الغرض المقصود من دعوى المستأجر المطالبة بالنقل الى الموضع الذي يدعيه، بأن كانت مدة الإجارة باقية، فان غرض كل منهما مباين لغرض الآخر، و كلاهما ثبوتى، فيكونان متداعيين، يحلف كل منهما على نفي مدعى الآخر، و بعد حلفهما معا يحكم بطلان كل من الدعويين. فلا يجوز للمستأجر مطالبه الأجير بنقل المتاع الى الموضع الذي يدعيه، و لا للأجير المطالبة بالأجرة على نقله المتاع الذي يدعيه.

و بالجملة: للمسألة صورتان: (الأولى): أن يكون كل واحد من المتعاقدين في مقام مطالبه صاحبه بحق، بأن يكون المستأجر في مقام مطالبه الأجير بالعمل المستأجر عليه حسبما يدعى، و الأجير في مقام مطالبه المستأجر بالأجرة، لأنه يدعى وقوع العمل المستأجر عليه. و في هذه الصورة هما متداعيان، يدعى كل منهما شيئاً على خلاف الأصل، و ينكره الآخر، فيتحالفان. (الثانية): أن يكون أحدهما مطالباً لصاحبه بشيء، دون صاحبه فلا يطالبه بشيء. و في هذه الصورة يكون المطالب مدعياً و صاحبه منكرراً، فيقدم قوله بيمينه. كما إذا انتهت مدة الإجارة فبطلت، أو تعذر العمل المستأجر عليه، لعجز عقلى أو شرعى.

حكيم، سيد محسن طباطبائى، مستمسك العروة الوثقى، ١٤ جلد، مؤسسة دار التفسير، قم - ايران، اول، ١٤١٦ هـ ق

مستمسك العروة الوثقى؛ ج ١٢، ص: ١٧٤

(٢) قد عرفت: أن المستأجر إنما يكون منكرراً إذا لم يكن مطالباً بشيء ينكره صاحبه، فاذا كان مطالباً برد العين إلى الموضع الذي نقلت

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٧٥

وجب عليه (١)، و ليس له رده إليه إذا لم يرض، و يضمن له

عنه، فربما يقال إنه يكون مدعياً، فيكون الآخر منكرراً، فيكونان متداعيين، المؤجر يطالب بالأجرة، و المستأجر يطالب بالرد. و فيه: أن المعيار في التداعى أن يطالب كل واحد منهما بأمر يكون من لوازم دعواه و ثبوته يترتب على ثبوت دعواه. أما إذا كان المطالب يترتب على نفي دعوى خصمه، لأنه من آثار عدمها، فإنه حينئذ لا يكون مدعياً بالإضافة إليه، لأن الأصل النافى لدعوى خصمه، بعد ما كان مثبتاً لذلك الأثر الذى يطالب به، يكون بملاحظته أيضاً منكرراً، لأنه يدعى أمراً تثبتته الحجة الشرعية، و هو الأصل، و ليس معنى المنكر إلا ذلك، كما عرفت.

و نظير المقام: ما لو أكل طعام غيره مدعياً الاذن منه، فأنكر صاحب الطعام الاذن و طالب بالعرض، فإنه بالمطالبة بالعرض لا يكون مدعياً، لأنه يدعى أمراً تقتضيه أصالة عدم إذن المالك، كما هو ظاهر.

(١) وجوب الرد إلى المكان الذي نقله منه إما أن يستفاد من قوله (ع): «كل مغصوب مردود»

[١]، و

قوله (ص): «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» [١].

و إما لأن خصوصية المكان من قبيل سائر الخصوصيات القائمة بالعين، مضمونة على المتلف، لكن الأول إنما يقتضى الرد و الأداء إلى المالك، و ربما يحصلان بحضور المالك في البلد الذي نقل إليه المتاع. و أما الثاني: فلأن الخصوصيات التي تكون عليها العين إنما تكون مضمونة إذا كانت ذات مالية، أما إذا لم تكن فلا دليل على ضمانها، و إن كانت مما تختلف بها الرغبات، فضلاً عما إذا لم تكن كذلك

[١] لم نعثر على النص بهذا اللفظ. نعم عثرنا على قوله (ع) «لأن الغصب كله مردود» فراجع الوسائل باب: ١ من كتاب الغصب حديث: ٣، و باب: ١ من كتاب الأنفال حديث: ٤

(١) مستدرک الوسائل باب: ١ من أبواب الغصب حديث: ٤.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٧٦

إن تلف أو عاب، لعدم كونه أميناً حينئذ في ظاهر الشرع (١).

[مسألة (١٣): إذا خاط ثوبه قباء، و ادعى المستأجر أنه أمره بأن يخيطة قميصاً]

(مسألة ١٣): إذا خاط ثوبه قباء، و ادعى المستأجر أنه أمره بأن يخيطة قميصاً، فالأقوى تقديم قول المستأجر (٢)

أيضاً. و خصوصية المكان ربما تكون مما لا تختلف بها الرغبات، و لا تكون ذات مالية. فالدليلان المذكوران غير ظاهرين في إثبات ذلك على إطلاقه. نعم لا يبعد أن يكون ذلك من الأحكام العرفية للضمان.

(١) و حينئذ فيشمله عموم أدلة الضمان.

(٢) كما عن جملة كثيرة من كتب الفاضلين و الشهيدين و المحقق الثاني و غيرهم. و عن الحواشي نسبته إلى المشهور، لأن المستأجر منكر لما يدعيه العامل من الاذن، فيكون قوله مقدماً.

لكن في الخلاف - بعد أن اختار أن القول قول صاحب الثوب و استدلل له بما ذكر - قال: «و كنا نقول فيما تقدم في هذه المسألة:

ان القول قول الخياط لأنه غارم، و أن رب الثوب يدعى عليه قطعاً لم يأمره به، فيلزمه بذلك ضمان الثوب، فكان عليه البينة، فإذا فقدتها وجب على الخياط اليمين. و هذا أيضاً قوى». و عن وكالة التذكرة:

الجزم بأن القول قول الخياط. و ظاهرهما أن المقام من باب المدعى و المنكر و ان المالك مدع و العامل منكر. و فيه: ما عرفت من أن مطالبة المالك للعامل بضمن الثوب لا توجب كون المالك مدعياً، لأن ذلك من آثار عدم الاذن في قطع الثوب قباء، فإذا جرى كفى في ترتب استحقاق الأرش، فيكون قوله موافقاً للأصل أيضاً، فيكون منكرراً لا مدعياً.

و من ذلك يظهر لك ضعف ما يقال: من أن تقديم قول المالك يختص بصورة ما إذا لم يدع المالك الأرش. أما إذا ادعى الأرش على العامل فهما متدعيان، لأن العامل يدعى الأجرة و المالك يدعى الأرش. و ادعى

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٧٧

لأصالة عدم الاذن في خياطته قباء. و على هذا فيضمن له عوض النقص الحاصل من ذلك (١). و لا يجوز له نقضه إذا كان الخيط

للمستأجر (٢). و إن كان له كان له (٣).

فهم ذلك من مجمع البرهان من قوله: «و لعل المصنف لم يذكر التحالف بناء على عدم دعوى الآخرة و أما مع دعواه فالظاهر التحالف، فتأمل».

بل فهم أيضاً ذلك من التذكرة، لما ذكر فيها من أن من قدم قول الخياط لا بد و أن يقول بالتحالف.

وجه الضعف: ما عرفت من أن دعوى المالك الأرش لما كانت مقتضى أصله عدم الاذن في عمل العامل، لا توجب كونه مدعياً، بل هو أيضاً من هذه الجهة منكر. و لا فرق في كون المالك منكرًا، بين اقتضاه على نفى الإجارة بداعى نفى الأجرة، أو بداعى المطالبة بالأرش، أو بداعيهما معاً، لأنه في الجميع يدعى ما يقتضيه الأصل. و كلام التذكرة و مجمع البرهان لا يخلو من إجمال. نعم عن صريح الشافعي: أن رب الثوب يدعى عليه الغرم و ينفى الأجرة، و الخياط يدعى الأجرة و ينفى الغرم فيتحالفان. انتهى. و هو صريح فيما ذكر، الذي قد عرفت ضعفه.

و من ذلك يظهر أنه لا فرق في كون المالك منكرًا و العامل مدعياً بين أن يكون فرض المسألة من باب الإجارة، كما هو ظاهر المتن، و أن يكون من باب الأمر بالعمل على وجه الجعالة، كما هو ظاهر فرض الأصحاب للمسألة. نعم لا بأس بالبناء على التحالف إذا كان المعيار في تشخيص المدعى صورة الدعوى، لتباين الدعويين، كما عرفت في نظائره.

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

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

(٣) يعنى: إذا كان الخيط للمؤجر جاز له نقضه، لأنه ماله فيكون

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٧٨

.....

تحت سلطنته. فان قلت: نقضه يوجب تصرفاً في الثوب الذي هو للمستأجر، فيكون تحت سلطنته، فلا يجوز التصرف فيه. قلت: الوجود القائم بعينين لمالكين، لما كان تصرفاً في العينين، كان تحت سلطنته واحدة قائمة بسلطانين، فتكون سلطنتين ضميتين. و إذا أعملت إحدى السلطنتين الضميتين في الوجود كان الوجود تحت سلطنته مطلقاً للسلطان الآخر. و إذا أعملت بالعدم بطلت السلطنة الأخرى من السلطان الآخر. مثلاً: العقد القائم بالعوضين للمالكين، لما كان قائماً بمالين، كان تحت سلطنته المالكين معاً، فإذا أقدم أحد السلطانيين على الوجود، كان الوجود تحت سلطنته مطلقاً للطرف الآخر، فإذا أوجب البائع كانت المعاوضة تحت سلطان القابل، فوجودها و عدمها تحت سلطانه، و إذا لم يوجب و لم يرض بالمعاوضة، بطلت السلطنة من الآخر. ففي المقام: لما كان بقاء الخيط بالثوب قائماً بالعينين معاً، فهو تحت سلطنته مالكيهما على النحو الذي ذكرناه، فإن رضى صاحب الخيط ببقائه فبقاؤه تحت سلطنته مطلقاً لصاحب الثوب، و إن رضى صاحب الثوب ببقائه فهو تحت سلطنته مطلقاً لصاحب الخيط، و إن لم يرض صاحب الثوب ببقائه بطلت سلطنته صاحب الخيط على بقاءه، و إن لم يرض صاحب الخيط ببقائه بطلت سلطنته صاحب الثوب على بقاءه، فلا يكون له منعه بدعوى أنه تصرف في الثوب.

لكن هذا إنما يتم بالإضافة إلى التصرف في الثوب من حيث كونه مخيطاً، و لا يقتضى جواز التصرف فيه، التصرف الذي يكون مقدمة لنقضه و فصل الخيط عنه، فان ذلك التصرف ليس قائماً بالثوب و الخيط، و إنما هو قائم بالثوب نفسه، فهو تحت سلطنته المالك مستقلاً، نظير التصرف في آلات صاحب الثوب لأجل فصل الخيط عنه. و على هذا فالخروج عن القواعد المقتضية للمنع لا يصح، إلا إذ كان ضرراً على

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٧٩
و يضمن النقص الحاصل من ذلك (١). و لا يجب عليه قبول

صاحب الخيط، فتكون قاعدة نفي الضرر حاكمه على قاعدة السلطنة.

لكن إذا منع المالك صاحب الخيط عن أخذ خيطه، فامتنع، جاء الإشكال في تصرفه في الثوب، لأنه تصرف في الخيط أيضاً، فيحرم. إلا أن يقال: إن منع مالك الثوب عن التصرف في ثوبه ضرر، فينتفى، و لا ضرر في منع مالك الخيط عن أخذ خيطه حسب الفرض. وبالجملة: الخروج عن القواعد المقتضبة لما ذكرنا غير ظاهر، و إن تصدى بعض لإثبات أن مقتضاها جواز أخذ الخيط لمالكة، و إن لزم التصرف في الثوب مطلقاً، و جواز منع صاحب الخيط من أخذه، و إن لم يلزم ضرر على صاحب الثوب، كما أشرنا إلى ذلك في تعليقتنا على مباحث خيار الغبن.

(١) لأنه بفعله، فيشملة عموم أدلة الضمان. نعم إذا كانت تستوجب صفة ذا مالية في الثوب، كانت تلك الصفة ملكاً للمؤجر، فيكون الثوب لمالكة و الخياطة للعامل، و له المطالبة بها. و حينئذ فهل لازم ذلك الشركة في العين أولاً؟ وجهان. أقواهما الثاني، لعدم الدليل عليه.

و أضعف منه جعل الشركة في المالية. وجه الضعف: أن المالية من الاعتبارات التي هي منتزعة من حصول الرغبة، و لا تقبل الشركة عند العقلاء. و كذلك الحكم لو أراد الخياط أخذ الخيط، فمنعه المالك من التصرف في الثوب، و كان منعه موجباً للضرر، كما كان - أيضاً - التصرف في الثوب حين أخذ الخيط ضرراً على المالك، فإنه مع تعارض الضرر و سقوط قاعدة نفي الضرر في الطرفين، يرجع إلى قاعدة السلطنة في الطرفين، و مقتضاها عدم جواز أخذ الخيط، و عدم جواز التصرف في الثوب،

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٨٠

عوضه لو طلبه المستأجر (١)، كما ليس عليه قبول عوض الثوب لو طلبه المؤجر. هذا و لو تنازعا في هذه المسألة و المسألة المتقدمة قبل الحمل و قبل الخياطة فالمرجع التحالف (٢)

فيبقى الثوب ممنوعاً من التصرف فيه من كل منهما، و لا بد من أن ينتهي الأمر إلى التخلص بالبيع، و نحوه من المعاوزات على العين، و يكون الاشتراك بينهما بالثمن، بناء على أن ذلك من الأحكام العرفية، كما هو غير بعيد، و إن كان لا يخلو من خفاء.

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

(٢) هذا واضح بناء على أن المعيار في تشخيص المدعى مصب الدعوى أما إذا كان المعيار هو الغرض المقصود للمتنازعين فمشكل، لأن المستأجر يطالب بالعمل الذي يدعيه، و الأجير ينكر ذلك. أما الأجير فلا يطالب بشيء، لأنهما يعترفان باستحقاق الأجرة و لا ينكرها أحدهما. نعم يدعى الأجير استحقاق أخذ الأجرة و المطالبة لو عمل، و هذه الدعوى ليس فيها مطالبة بحق فعلي، و إنما هي مطالبة بحق استقبالي، و مثل هذه الدعوى لا تسمع، لعدم استحقاق المطالبة بالحق المذكور إلا في ظرف فعليته.

نعم إذا مضت المدة التي يمكن فيها العمل، و بذل الأجير نفسه للعمل، استحق المطالبة بالأجرة لو كانت الإجارة واقعة على العمل الذي يدعيه.

و حينئذ تصح له الدعوى، فتكون مسموعه، و يكون مدعياً، و المستأجر منكرًا. و حينئذ فإن كان مقصود المصنف (قده) هذا المعنى من التحالف فلا بأس به، و إن كان المقصود أنهما في الزمان الواحد متداعيان فقد عرفت اشكاله. و كأنه لذلك ذكر في بعض الحواشي لبعض الأكابر: أنه يقدم قول المؤجر في المسألتين مع يمينه على نفي ما يدعى المستأجر استحقاقه. (انتهى) ثم إنه إذا تحالفا حكم الحاكم على طبق كل من اليمينين، فيحكم ببطلان

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٨١

.....

كل من الدعويين. و حينئذ يقع الكلام فى أمور.

الأول: فى أن الحكم الصادر من الحاكم ليس حكماً واقعياً عندنا، لما يستفاد من النصوص: مثل قول أبى عبد الله (ع) فى صحيح هشام ابن الحكم: «قال رسول الله (ص): إنما أفضى بينكم بالبينات و الايمان، و بعضكم ألحن بحجته من بعض، فأيما رجل قطعت له من مال أخيه شيئاً، فإنما قطعت له به قطعة من النار» (١). فإنه كالصريح فى أن حكم الحاكم لا يغير الواقع و لا يبدله الى حكم آخر، فاذا حكم ببطلان الدعوى لم يكن ذلك موجباً لبطلانها واقعا، بل الواقع بحاله.

و لأجل ذلك يقع الكلام فى الأمر الثانى و هو: أنه إذا كان الأمر الواقعى بحاله باقياً، يقع الإشكال فى جواز الحكم فى مورد التحالف، للعلم بمخالفته للواقع، فكيف يجوز له الحكم ببطلان كلتا الدعويين، مع العلم بأن إحداهما ثابتة فى الواقع؟! فالحكم المذكور مع هذا العلم حكم على خلاف الواقع. و قد تعرضوا لدفع الاشكال المذكور بوجه مذكورة فى مباحث حجية القطع. و لعل الأسد أن يقال: إن ما دل على لزوم حسم النزاع، و المنع من وقوع الفساد المترقب منه، اقتضى جواز الحكم المذكور و إن كان على خلاف الواقع. مثل ما إذا توقف دفع اللص على دفع مقدار من المال إليه، فإن وجوب الدفع لا يقتضى استحقاق اللص للمقدار المدفوع إليه، و لا يخرج المدفوع من ملك مالكة، و لا عن تحريم التصرف فيه بغير إذنه، فيحرم على اللص التصرف فيه، و يجب إرجاعه إلى الدافع، و إن وجب دفعه إليه و تمكينه منه، لدفع ضرره و اتقاء شره، مع بقاء المدفوع على ملك مالكة، و ترتب جميع احكامه عليه. ففى المقام يكون

(١) الوسائل باب: ٢ من أبواب كيفية القضاء حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٨٢

.....

حكم الحاكم من هذا القبيل، فإنه لا يوجب بطلان الدعويين واقعا و حقيقة، و إنما يحكم ببطلانها عملاً، بمعنى أنه لا يجوز للمدعى مطالبة المنكر، و لا الدعوى عليه، و لا النزاع معه، و إن كان المدعى به على ما هو عليه، لا تغيير فيه و لا تبديل. و بالجملة: المدعى به باق على ما هو عليه موضوعاً و حكماً، إلا فى هذه الجهة. و هى جواز المطالبة فيه و الادعاء و النزاع، نظير ما ذكرنا من المثال. فدليل نفوذ الحكم مخصص لدليل آثار الواقع فى غير الأثر المذكور، فيخرجه عن الدليل مع بقاء عموم الدليل لسائر الآثار الأخرى.

إذ من جملة الأحكام الواقعية للمال مثلاً- جواز المطالبة، فإذا حكم الحاكم انتفى الحكم المذكور واقعا، و بقيت الأحكام الأخرى بحالها، و كذا بالنسبة إلى سائر موارد دعاوى. و حينئذ لا مانع من جواز الحكم فى مورد التحالف، مع العلم الإجمالى بمخالفته للواقع فى إحدى الدعويين، بل بناء على القول بعدم جواز القضاء بعلم الحاكم و تعيين الرجوع إلى البيئته و اليمين، نقول: يقضى بالبيئته أو اليمين، و ينفذ قضاؤه و إن علم بمخالفته للواقع. فالمحذور المذكور لا يصلح للمنع، إذ لا مانع من تخصيص دليل الآثار بغير جواز المطالبة.

الثالث: أن حكم الحاكم من قبيل الامارة بالنسبة إلى من عده من المكلفين فيكون طريقاً إلى ثبوت مؤداه فى جميع الآثار غير الأثر

المقصود، فيجب على جميع المكلفين ترتيب آثار المحكوم به ظاهراً، و يكون حجةً على ذلك لما دل على عدم جواز رده و وجوب قبوله، مثل ما

في مقبوله عمر بن حنظلة من قول الصادق (ع): «فإذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه فإنما استخف بحكم الله تعالى، و علينا رد. و الراء علينا الراء على الله تعالى، و هو على حد الشرك بالله تعالى» (١) فيرتب عليه أحكام الأمارات من الحجية

(١) الوسائل باب: ١١ من أبواب صفات القاضي حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٨٣

.....

في ظرف الشك، و عدم الحجية في ظرف العلم بالواقع تفصيلاً أو إجمالاً إذا كان منجزاً. و حينئذ يشكل الأمر في موارد التحالف، فإنه يعلم بمخالفته إجمالاً للواقع، فلا مجال للاعتماد عليه، فلا بد من الرجوع عند العلم بمخالفته للواقع إجمالاً أو تفصيلاً إلى ما تقتضيه القواعد بالنسبة إلى ذلك العلم، فان كان العلم تفصيلاً عمل بمقتضاه، و إذا كان إجمالياً عمل بمقتضاه. فإذا ادعى رجل زوجية امرأة، و أنكرت هي ذلك فحلفت، و حكم الحاكم بنفي زوجيتها، لا يجوز له أن يتزوج أمها أو بنتها أو أختها أو خامسة.

و كل من علم بصدقه لا- يجوز له أن يتزوجها. كما أنها لا- يجوز لها أن تتزوج رجلاً- آخر إذا كان إنكارها جحوداً. و إذا اختلف المتبايعان في المبيع و الثمن، فقال البائع بعتك العبد بالدار، فيقول المشتري: بعتنى الجارية بالبستان، و حلفا، و حكم الحاكم بانتفاء البيعين، فقد علم إجمالاً بملك البائع للدار أو البستان، و ملك المشتري للعبد أو الجارية. و حينئذ لا يجوز شراء العبد أو الجارية من المشتري و لا من البائع، و كذا لا يجوز شراء الدار أو البستان من كل منهما.

لكن في الدروس في أواخر كتاب البيع قال: «إذا حلفا أو نكلا احتمل أن يفسخ العقد، إذ إمضاؤه على وفق اليمينين متعذر، و على وفق أحدهما تحكم. و يحتمل أن يترزل فيفسخه المتعاقدان أو أحدهما أو يرضى أحدهما بدعوى الآخر، أو يفسخه الحاكم إذا يش من توافقهما و امتنعا من فسخه، لئلا يطول النزاع. و على الانفساخ يفسخ من حينه، لا من أصله. ثم إن توافقا على الفسخ أو فسخه الحاكم انفسخ ظاهراً و باطناً، و لو بدر أحدهما فإن كان المحق فكذلك، و الا انفسخ ظاهراً». و حكى الجزم بالانفساخ عن كثير من كتب الفاضلين و الشهيدين، و إن اختلفت عباراتهم في كون

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٨٤

.....

الفسخ بعد التحالف من حينه أو من أصله، كما عن اللمعة و الروضة.

و في الجواهر: «لا ريب أن المتجه على مقتضى الضوابط الشرعية عدم الانفساخ بالتحالف، و لا يتسلط الحاكم على ذلك. هذا كله بحسب الواقع».

و هو في محله. و الاستدلال عليه بالنبوى المذكور في الدروس: «إذا اختلف المتبايعان تحالفا و تراداً»، كما ترى، لقصوره عن إثبات ذلك دلالة، لعموم الاختلاف لصورة التداعى و غيره، و لذا قال في الدروس: «و عليه يحمل قول النبي (ص)». و كذا سنداً، و هو ظاهر. بل المروى لأصحاب السنن - أبي داود و الترمذى و النسائي - هكذا: «إذا اختلف البيعان و ليس بينهما بينة فهو ما يقول رب

السلعة أو يتتاركان» أى:

يتفاسخان العقد. و هو غير ما نحن فيه، و لم يرد عن صحاحهم و سننهم غير ذلك.

و كيف كان: فالبناء على الانفساخ أو فسخ الحاكم غير ظاهر، كما ذكر فى الجواهر. و اللازم على المتداعيين و على غيرهما العمل على مقتضى العلم الإجمالى أو التفصيلى، على وجه لا يودى إلى الخصومة و النزاع، لئلا يلزم رد الحكم و عدم قبوله.

لكن قال فى الجواهر: «نعم قد يقال: إن للغير التصرف فى كل من الثوبين نقلاً و شراءهما، بل و الثمن الذى يرجع الى المشتري منهما أيضاً و إن علم أن الواقع ينافى ذلك، إلا أن الظاهر عدم اعتبار مثل هذا العلم فى المنع عن العمل بما يقتضيه الحكم فى الظاهر. و له نظائر كثيرة فى الفقه، منها: العين المقسومة بين اثنين لتعارض البينتين مثلاً، بل و مع العلم بأنها لواحد منهما إذا لم نقل بالقرعة، فإن للغير شراء الجميع من كل واحد منهما، و إن علم أن أحدهما غير مالك للنصف، إجراء للحكم الظاهرى. بل إذا لم يكن إجماع جرى مثله فى النكاح لو فرض التداعى

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٨٥

.....

بين السيد و آخر فى تزويج أمته، فقال السيد هذه، و قال الآخر بل هذه، و تحالفاً، فان للغير التزويج بهما و إن علم أن إحداها ذات زوج، عملاً بالحكم الظاهرى».

و فيه: أنه مع الاعتراف بأنه حكم ظاهرى كيف يجوز العمل به مع العلم التفصيلى بمخالفته للواقع؟! و هل هو إلا- تناقض بين الحكمين?!.

و كذا الحكم مع العلم الإجمالى على التحقيق من كونه حجة على نحو يمنع من جعل الحكم الظاهرى على خلافه فى أحد الأطراف، فضلاً عن تمامها.

و الحكم فيما ذكره من المثال من العين المقسومة بين المتداعيين لتعارض بينتيهما أيضاً كذلك، فإنه لا يجوز البناء على كون القسمة ظاهرياً، و أنه يجوز العمل عليها حتى مع العلم بالمخالفة للواقع. نعم لا بأس إذا كانت القسمة واقعية، بأن تكون البينتان سبباً للاشتراك فى العين، فحينئذ يجوز ترتيب الآثار عليهما مطلقاً. لكن الدليل المتضمن للقسمة ظاهرى فى كونها لمحض حسم النزاع و دفع الفساد المترتب عليه، و ليس فيها تحليل الحرام و تحريم الحلال واقعا.

بل اللازم إيكال أمر عمل المتخاصمين بالنظر الى الواقع إلى علمهما.

و كذلك عمل غيرهما ممن يكون مورداً للابتلاء. و لذا قال فى الدروس فى أواخر كتاب القضاء: «تتمه: لا يتغير الشئ عما هو عليه بحكم الحاكم، فلو حكم بشاهدى زور على عقد أو فسخ أو طلاق أو نكاح لم يستبح المحكوم به، و لا يحل- للعلم بكذبهما- موافقة الحكم. و على المرأة الامتناع لو علمت بالتزوير، فإن أكرهها أثم دونها، و لها التزويج لغيره بعد العدة، و للرجل إتيانها إذا كان محكوماً عليه بطلاقها، و إن تزوجت بغيره بعد العدة».

و قد اشتهر فى كلامهم عدم وجوب العمل بالحكم إذا علم بمخالفته

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٨٦

.....

لواقع، بل الظاهر أنه لا كلام فيه و لا إشكال. فكيف يمكن جعل حكم الحاكم حجة حينئذ؟! و ليس هو إلا كغيره من الحجج التى لا مجال للعمل بها مع العلم التفصيلى على خلافها ضرورة. و كذا مع العلم الإجمالى على خلافها على ما هو التحقيق عند المحققين من

كونه منجزاً للواقع كالعلم التفصيلي.

كما أنه يجب العمل به مع الشك والجهل بالواقع، ولا فرق بين المتداعيين في ذلك وغيرهما، لعموم قوله (ع): «فلم يقبل منه وإنما استخف بحكم الله سبحانه.» (١) ، الشامل للمتداعيين وغيرهما.

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

نعم المذكور في كلام الأصحاب: أنه إذا كان حكم الحاكم مستندا إلى اليمين، لم تجز لمن حكم عليه بالحق المقاصة من مال المحكوم له، وإن علم بثبوت حقه. قال في الشرائع: «إذا حلف - يعنى المدعى عليه - سقطت الدعوى. ولو ظفر المدعى بعد ذلك بمال الغريم لم تحل له المقاصة»:

و في المسالك: «هذا هو المشهور بين الأصحاب، لا يظهر فيه مخالف»:

(١) الوسائل باب: ١١ من أبواب صفات القاضى حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٨٧

.....

و في الجواهر: «بلا خلاف أجده في شيء من ذلك».

وهذا وإن كان خلاف مقتضى الأدلة الأولية، المقتضية لبقاء حقه وجواز استنقاذه بكل طريق شاء، بلا مطالبه ولا منازعة إلا أن مستنده جميلة من النصوص، ادعى دلالتها عليه. منها.

خبر عبد الله بن أبي يعفور، عن أبي عبد الله (ع): «إذا رضى صاحب الحق بيمين المنكر لحقه، فاستحلفه، فحلف أن لا حق له قبله، ذهبت اليمين بحق المدعى، فلا دعوى له.

قلت له: وإن كان عليه بينة عادلة؟ قال: نعم، وإن أقام بعد ما استحلفه بالله تعالى خمسين قسامه ما كان له، وكانت اليمين قد أبطلت كل ما ادعاه قبله مما قد استحلفه عليه» (١).

و

زاد في الفقيه: «قال رسول الله (ص): من حلف لكم على حق فصدقوه، ومن سألكم بالله فأعطوه، ذهبت اليمين بدعوى المدعى ولا دعوى له» (٢).

و

خبر خضر النخعي عن أبي عبد الله (ع): «في الرجل يكون له على الرجل المال فيجحدته قال (ع):

إن استحلفه فليس له أن يأخذ شيئاً، وإن تركه ولم يستحلفه فهو على حقه» (٣).

و

خير عبد الله بن وضاح: «قال: كانت بيني وبين رجل من اليهود معاملة، فخانني بألف درهم، فقدمته إلى الوالي فأحلفته فحلف، و قد علمت أنه حلف يمينا فاجراً فوقع له بعد ذلك عندى أرباح و دراهم كثيرة، فأردت أن اقتص الألف درهم التي كانت لى عنده، و أحلف عليها، فكتبت الى أبي الحسن (ع) فأخبرته أنى قد أحلفته فحلف، و قد وقع له عندى مال، فإن أمرتنى أن آخذ منه الألف درهم التي حلف عليها فعلت. فكتب (ع): لا تأخذ منه شيئاً، إن كان ظلمك فلا تظلمه،

(١) الوسائل باب: ٩ من أبواب كيفية القضاء حديث: ١.

(٢) الوسائل باب: ٩ من أبواب كيفية القضاء حديث: ٢.

(٣) الوسائل باب: ١٠ من أبواب كيفية القضاء حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٨٨

.....

و لو لا أنك رضيت بيمينه فحلفته لأمرتك أن تأخذ من تحت يدك، و لكنك رضيت بيمينه و قد ذهبت اليمين بما فيها. فلم آخذ منه شيئاً، و انتهيت الى كتاب أبي الحسن (ع) «١».

و أما

النبوى: «من حلف بالله فيلصدق، و من لم يصدق فليس من الله و من حلف له بالله فيلرض، و من لم يرض فليس من الله في شىء»
«٢»

، فليس مما نحن فيه لظهوره في الترغيب في الإذعان بمضمون الحلف.

لكن الخبر الأول ظاهر في نفي جواز التداعى. و الثانى غير بعيد.

و الواضح الدلالة الأخير. و هما و إن كانا ضعيفى السند، لكن ضعفهما مجبور بالعمل. لكنهما مختصان بالدين و المقاصة من مال المحكوم له، و لا يشمل أخذ العين نفسها إذا أمكن المحكوم عليه، و لا المقاصة عنها. و قد عرفت أن مقتضى القواعد جواز ذلك، و التعدى من مورد النصوص إلى ذلك غير ظاهر. و أشكل منه التعدى عن المقاصة إلى سائر التصرفات فى العين من لبس و نحوه. و أشكل منه التعدى إلى التصرفات الاعتبارية، مثل احتسابه زكاة، و إبرائه منه، و عتقه، و وقفه، و نحو ذلك، فان ذلك كله بعيد عن مدلول النصوص المذكورة جداً، فلا- موجب فيه للخروج عن القواعد. نعم لا- تبعد دعوى عموم النص للمقاصة عن العين بقريته التعليل:

«إن كان ظلمك فلا تظلمه»

، فان الظاهر أن المقصود من ظلمه أخذ ماله بغير اذنه من عين أو دين. فتأمل.

كما أن النصوص المذكورة مختصة باليمين، فاذا كان مستند الحكم البينة أو النكول أو الإقرار لا مانع من المقاصة، عملاً بالقواعد الأولية من دون مخرج عنها. و التعليل فى خصوص الخبر الأخير غير واضح الانجبار

(١) الوسائل باب: ١٠ من أبواب كيفية القضاء حديث: ٢.

(٢) الوسائل باب: ٦ من أبواب كتاب الايمان حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٨٩

.....

بالاعتماد، لاقتصار كلماتهم على خصوص اليمين، و ظاهرهم الاعتماد على نصوص اليمين من حيث كونها يميناً، و من الجائز أن لا يكون اعتمادهم على هذا الخبر، فلم يثبت انجباره، و لا سيما بملاحظة ما دل على مشروعية المقاصة، و عموم قوله تعالى (فَمَنْ اعْتَدَىٰ عَلَيْنَا فَاَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْنَا) «١».

هذا و الذي تحصل مما ذكرنا أمور:

(الأول): أن حكم الحاكم لا يغير الواقع، بل هو محفوظ في نفسه و على حاله. (الثاني): أن علم الحاكم إجمالاً لا ينافي حكمه بخلاف العلم.

(الثالث): أن حكم الحاكم فاصل للخصومة و مانع من النزاع و إن علم أحد الخصمين و كلاهما بطلانه، و أن هذا الأثر حكم واقعي.

(الرابع):

أن حكم الحاكم بالنسبة إلى مادة حكم ظاهري، لا يجوز العمل به مع العلم بخلافه إجمالاً أو تفصيلاً، و إنما يجب العمل به مع الشك. و لا فرق بين المتخاصمين و غيرهما من سائر المكلفين. (الخامس): أن بناء جمع من الأصحاب على انفساخ العقد بعد التحالف - إذا كان النزاع في العقود - مما لا دليل عليه، فلا مجال للبناء عليه. و كذا البناء على أن الحاكم له الولاية على الفسخ. (السادس): يستثنى من جواز العمل بالعلم - إذا كان على خلاف الحكم - المقاصة، فلا تجوز المقاصة من المحكوم عليه إذا كان عالماً بثبوت حقه، و كان مستند الحكم اليمين. (السابع): أنه لا يلحق بالمقاصة أخذ العين نفسها، و لا التصرف فيها بغير نحو المقاصة، سواء كان التصرف خارجياً مثل اللبس و نحوه، أم اعتبارياً مثل الإبراء و الوقف. (الثامن):

أن حرمة المقاصة مختصة بما إذا كان مستند الحكم اليمين، فلا مانع من المقاصة إذا كان مستند الحكم البيئه، أو النكول، أو الإقرار خطأً أو اشتباهاً.

(١) البقرة: ١٩٤.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٩٠

[مسألة ١٤]: كل من يقدم قوله في الموارد المذكورة

(مسألة ١٤): كل من يقدم قوله في الموارد المذكورة عليه اليمين للآخر.

[خاتمة فيها مسائل]

إشارة

خاتمة فيها مسائل:

[(الأولى): خراج الأرض المستأجرة في الأراضي الخراجية على مالكها]

(الأولى): خراج الأرض المستأجرة في الأراضي الخراجية على مالكها (١). و لو شرط كونه على المستأجر خاتمة

(١) لا- ينبغى التأمل في أن الأرض الخراجية- و هي المحيأة حين الفتح- ملك للمسلمين من ولد و من لم يولد، لا يملكها أحد

غيرهم. و ما ذكره جماعة من أنها تملك لأحد الناس تبعاً للآثار، لا دليل عليه، كما ذكرنا في حاشيتنا على مكاسب شيخنا الأعظم (ره). و ما في مفتاح الكرامة من أن دعوى أن أرض الخراج لا تكون ملكاً، وهم قطعاً، فإن الأرض المفتوحة عنوة المحياة قبل الفتح إذا أذن الإمام لأحد بأن يبني فيها أو يغرس، و أن يكون عليه خراجها، ملك رقبته أصالةً أو تبعاً- على الخلاف- فإذا زالت آثاره زال ملكه. (انتهى). غير ظاهر، فراجع. و لعل مقصود المتن من المالك: المؤجر الذي يملك منفعتها.

ثمَّ الظاهر أنه لا إشكال ظاهر فيما ذكره من أن الخراج على المالك لا على المستأجر، لأنه موضوع على من بيده الأرض، و من جعل له سلطان التصرف فيها، فلا يكون على المستأجر. و يظهر من كلماتهم في كتاب

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٩١

صح على الأقوى. و لا يضر كونه مجهولاً من حيث القلة و الكثرة (١)، لاغتفار مثل هذه الجهالة عرفاً،

المزارعة التسالم على الحكم المذكور، و إن اختلفت عباراتهم، فمنهم من عبر بالمالك. و آخر بالصاحب. و ثالث برب الأرض. و المراد به ما عرفت.

و يشهد بالحكم المذكور

خبر سعيد الكندي قال: «قلت لأبي عبد الله (ع):

إني آجرت قوماً أرضاً، فزاد السلطان عليهم. فقال (ع): أعطهم فضل ما بينهما. قلت: أنا لم أظلمهم و لم أزد عليهم. قال (ع): إنهم إنما زادوا على أرضك» (١).

(١) أشار بذلك إلى ما ذكر في المسالك في مبحث المزارعة من المنع عن الشرط المذكور. للجهالة القادحة. و استشكل فيه في الرياض. و دفعه المصنف باغتفار مثل هذه الجهالة عرفاً. و كأنه لأن الشرط تابع و ليس مقوماً للعقد، فالجهالة فيه ليست جهالة في العقد. و يشكل: بأن الشرط في ضمن العقد و إن لم يكن من مقومات كلي العقد، لكنه من مقومات شخصه، فالجهل فيه جهل بمضمون العقد الشخصي، فيصدق على الإجارة الشخصية أنها غررية. نعم قد يصح ذلك في الشروط الملحوظة تبعاً لركن العقد، مثل: اشتراط حمل الدابة و سرجها و لجامها و نحو ذلك مما كان معدوداً من توابع العوض.

هذا و في الجواهر قال في مبحث المزارعة: «لعل الوجه في إطلاق النص و الفتوى صحة هذا الشرط: أنه من اشتراط كون حق الخراج عليه نحو اشتراط حق الزكاة على مشتري الثمرة، مع عدم العلم بمقدارها، إذ ليس هو اشتراط قدر، بل اشتراط حق، و ربما لا يؤدي عنه شيئاً، و مرجعه إلى اشتراط كون الزارع كالمالك في تعلق هذا الحق، الذي

(١) الوسائل باب: ١٦ من أبواب المزارعة حديث: ١٠.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٩٢

و لإطلاق بعض الأخبار (١).

لا إشكال في صحة اشتراطه».

و يشكل: بأن اشتراط كون الحق عليه لا- يخلو من إشكال في نفسه لأن موضوع حق الخراج هو المالك، فكيف يمكن أن يجعل موضوعه غيره؟! فإن أمر موضوع الحق بيد جاعله، و لا يكون بيد غيره، فاشتراط ذلك غير معقول، فضلاً عن أن يكون صحته مما لا إشكال فيها. و كذا الحكم في اشتراط حق الزكاة، فإن متعلقه عين النصاب، و ليس متعلقاً بالمالك ليكون مما نحن فيه. نعم خطاب أداء الزكاة متعلق بالمالك، و اشتراط كونه على المشتري بحيث يخرج المالك عن موضوع الخطاب، أيضاً غير معقول، إذ ليس

للمأمور صلاحية نقل الخطاب المتعلق به إلى غيره.
هذا مضافاً إلى أن مقدار الخراج إذا كان مجهولاً كان الحق مجهولاً. و مثله:
أن يشترط عليه أن يملكه ما في الصندوق المردد بين القليل والكثير، فالتقريب المذكور لا يرفع الإشكال.
فالعمدة ما عرفت في أول الكتاب من أنه لا دليل على قدح الجهالة كلية في عقد الإجارة. و دليل نفى الغرر مختص بالبيع. و الإجماع
على القدح غير حاصل.

(١)

□
في صحيح داود بن سرحان عن أبي عبد الله (ع): «في الرجل تكون له الأرض عليها خراج معلوم، و ربما زاد و ربما نقص، فيدفعها
إلى رجل على أن يكفيه خراجها، و يعطيه مائتي درهم في السنة. قال (ع):
لا بأس» (١).

و نحوه صحيح يعقوب بن شعيب

«٢». و ظاهرهما جواز شرط ذلك مع ترده بين الأقل و الأكثر، فالدلالة تكون بالظهور

(١) الوسائل باب: ١٧ من أبواب المزارعة حديث: ١.

(٢) الوسائل باب: ١٧ من أبواب المزارعة ملحق حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٩٣

[الثانية: لا بأس بأخذ الأجرة على قراءة تعزية سيد الشهداء]

□
(الثانية): لا بأس بأخذ الأجرة على قراءة تعزية سيد الشهداء و سائر الأئمة صلوات الله عليهم (١)، و لكن

لا بالإطلاق. نعم

□
في صحيح يعقوب الآخر عن أبي عبد الله (ع) قال: «سألته عن الرجل تكون له الأرض من أرض الخراج، فيدفعها إلى الرجل على أن
يعمرها و يصلحها و يؤدي خراجها، فما كان من فضل فهو بينهما. قال (ع): لا بأس» (١).
لكن الظاهر منه المزارعة لا الإجارة.

و

□
خبر إبراهيم بن ميمون: «سألت أبا عبد الله (ع) عن قرية لأناس من أهل الذمة، لا أدرى أصلها لهم أم لا، غير أنها في أيديهم و عليها
خراج، فاعتدى عليهم السلطان، فطلبوا إلى فأعطوني أرضهم و قريتهم، على أن أكفيهم السلطان بما قل أو كثر، ففضل لي بعد ذلك
فضل، بعد ما قبض السلطان ما قبض. قال (ع): لا بأس بذلك، لك ما كان من فضل» (٢).

و نحوه خبر أبي بردة

«٣». و خبر أبي الربيع

«٤». و هذه الروايات و إن كانت مطلقة، لكنها ظاهرة في كون أداء الخراج عوضاً، لا شرطاً في العقد.

(١) لا ينبغي التأمّل في صحة ذلك، لكونه عملاً له منفعة معتد بها دنيوية و أخروية. نعم قد يشكل ما هو المتعارف، من جهة أنه لا بد
من تعيين العمل بالخصوصيات التي تختلف بها الرغبات و المالية، لاختلاف مالية القراءة بلحاظ اختلاف المضامين، و اختلاف كيفية
الأداء. و اختلاف المدّة، فإذا لم يكن تعيين بطلت الإجارة. نعم إذا كانت الإجارة واقعة

- (١) الوسائل باب: ١٠ من أبواب المزارعة حديث: ٢.
 (٢) الوسائل باب: ١٧ من أبواب المزارعة حديث: ٢.
 (٣) الوسائل باب: ١٧ من أبواب المزارعة حديث: ٣.
 (٤) الوسائل باب: ١٧ من أبواب المزارعة حديث: ٤.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٩٤

لو أخذها على مقدماتها من المشى إلى المكان الذي يقرأ فيه كان أولى (١).

[(الثالثة): يجوز استئجار الصبي المميز من وليه الإجباري]

(الثالثة): يجوز استئجار الصبي المميز من وليه الإجباري أو غيره- كالحاكم الشرعي- لقراءة القرآن أو التعزية و الزيارات (٢). بل الظاهر جوازه لنيابة الصلاة عن الأموات بناء على الأقوى من شرعية عباداته (٣).

على كلى القراءة و مسمى ذكر المصاب، صحت و إن لم يكن تعيين.

و حينئذ لا بد في تصحيح الإجارة من وقوعها على النحو المذكور، و حينئذ يستحق الأجرة بمجرد ذلك.

(١) كأنه ليكون أبعد عن شبهة منافاة قصد أخذ الأجرة للإخلاص.

(٢) الأمور الثلاثة و أمثالها: تارة: يحصل المقصود منها بمجرد وجودها، سواء كانت عبادة أم لا، و حينئذ لا شبهة في صحة إجارة الصبي عليها، كسائر الأعمال غير العبادية مثل الخياطة و النساجة و نحوهما.

و أخرى: لا- يحصل المقصود منها إلا- بوقوعها على وجه العبادة، فقد تشكل الإجارة عليها بناء على أن عبادات الصبي تمرينية لا شرعية. إلا أن يقال:

إن الخلاف المذكور يختص بالعبادات الوجوبية، لأن حديث رفع القلم عن الصبي يختص برفع الوجوب. لكن الظاهر منهم عموم الخلاف، بناء منهم على أن أدلة التشريع العامة غير شاملة للصبي، فينحصر تشريع عباداته بدليل آخر غيرها. و لذلك جعلوا مبنى الخلاف المذكور: أن الأمر بالأمر هل هو أمر أو لا؟ فعلى الأول: تكون مشروعته، و على الثاني: لا تكون.

و لا فرق في ذلك بين الواجبات و المستحبات.

(٣) قد تكرر مراراً في هذا الشرح التعرض لهذه المسألة. و قد ذكرنا فيما سبق أن أدلة التشريع عامة للبالغ و غير البالغ. و ليس ما يستوجب رفع

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٩٥

[(الرابعة): إذا بقي في الأرض المستأجرة للزراعة بعد انقضاء المدّة أصول الزرع فنبت]

(الرابعة): إذا بقي في الأرض المستأجرة للزراعة بعد انقضاء المدّة أصول الزرع فنبت، فإن لم يعرض المستأجر عنها كانت له (١)،

اليد عن العموم المذكور الا حديث رفع القلم عن الصبي، لكن الجمع العرفي بينه و بين الأدلة العامة بحمله على رفع الإلزام، فيكون ترخيصاً في مخالفة الوجوب و الحرمة، كما يشهد به ذكره في سياق النائم، فإنه أحد الثلاثة الذين رفع عنهم القلم، و لا ريب أنه لا يسقط عنه التكليف بالمرّة، و إنما يسقط عنه اللزوم العقلي، فراجع مبحث المرتد في باب نجاسة الكافر و غيره من المباحث.

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

(١) قال في التذكرة في كتاب المزارعة: «إذا زارع رجلاً في أرضه فزرعها، وسقط من الحب شيء و نبت في ملك صاحب الأرض عاماً آخر، فهو لصاحب البذر عند علمائنا أجمع. و به قال الشافعي».

وقال في كتاب العارية: «لو حمل السيل حب الغير أو نواه أو جوزه

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٩٦

.....

أو لوزه إلى أرض آخر، كان على صاحب الأرض رده على مالكة إن عرفه، وإلا كان لقطه. فإن نبت في أرضه و صار زرعاً أو شجراً، فإنه يكون لصاحب الحب و النوى و الجوز و اللوز، لأنه نماء أصله، كما أن الفرخ لصاحب البيض. و لا نعلم فيه خلافاً. و في القواعد في كتاب المزارعة: «و لو تناثر من الحاصل حب فنبت في العام الثاني، فهو لصاحب البذر. و لو كان من مال المزارعة فهو لهما» و نحوه كلام غيره. و مثله مفروض المتن. و الحكم فيه كما ذكر المصنف (ره). و وجهه ما أشار إليه في التذكرة من أن النماء تابع الأصل، فيملكه مالك الأصل.

نعم قال في التذكرة أيضاً: «لو كان المحمول بالسيل ما لا قيمة له كنواة واحدة و حبة واحدة فنبت، احتمل أن يكون لمالك الأرض إن قلنا لا- يجب عليه ردها إلى مالكة لو لم تثبت، لانتهاء حقيقة المالكية فيها، و التقويم إنما حصل في أرضه. و هو أحد وجهي الشافعية. و أن يكون لمالكها إن قلنا بتحريم أخذها و وجوب ردها قبل نباتها. فعلى هذا في قلع النبات و جهان». و لا ينبغي التأمل في أن الأصح الاحتمال الثاني، فإن الملكية ليست متقومة بالمالية، فإن المالية تابعة لتنافس العقلاء على موضوعها، و التنافس إنما يكون مع الاعتداد بمرتبة المالية، فإذا لم تكن بمرتبة معتد بها لم يكن موضوعها. و ليست الملكية كذلك، فإنها تابعة لأسباب أخرى عرفية أو شرعية، فيصح اعتبارها مع وجود السبب، و لو لم تكن للعين مالية. فالمالية و الملكية متباينان مفهوماً، و بينهما عموم من وجه مورداً. نعم الأدلة اللفظية مثل:

«لا يحل دم امرئ مسلم ولا ماله إلا بطيئة نفسه» (١)

، و مثل:

«فلا يحل لأحد أن يتصرف في مال غيره بغير إذنه» (٢)

إنما يدلان على حرمة التصرف في مال الغير، و لا يدلان

(١) الوسائل باب: ٣ من أبواب مكان المصلى حديث: ١.

(٢) الوسائل باب: ٣ من أبواب الأنفال حديث: ٦.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٩٧

و إن أعرض عنها و قصد صاحب الأرض تملكها كانت له (١).

على حرمة التصرف في ملك الغير. لكن الظاهر التسالم على حرمة التصرف في ملك الغير كماله. يظهر ذلك من كلمات أصحابنا، و غيرهم من المخالفين.

و يكفي في إثباته كونه ظلماً و عدواناً، فيدل على حرمة ما دل على حرمة الظلم و العدوان. و قد أشار المصنف (ره) إلى شيء من ذلك في مبحث التيمم في مسألة ما إذا حبس في مكان مغضوب.

(١) المنسوب الى المشهور: أن مجرد إعراض المالك عن المملوك يجعله كالمباح بالأصل، فيجوز لكل تملكه.

قال في السرائر- بعد ما روى عن الشعيري: »

قال: سئل أبو عبد الله (ع) عن سفينة انكسرت في البحر، فأخرج بعضه بالغوص، و أخرج البحر بعض ما غرق فيها. فقال (ع): أما ما أخرجه البحر فهو لأهله، الله أخرجه لهم، و أما ما خرج بالغوص فهو لهم و هم أحق به» (١)

:- «قال محمد بن إدريس: وجه الفرق في هذا الحديث: أن ما أخرجه البحر فهو لأصحابه، و ما تركه أصحابه آيسين منه، فهو لمن وجده أو غاص عليه، لأنه صار بمنزلة المباح. و مثله من ترك بيعه من جهد في غير كلاء و لا ماء، فهو لمن أخذه، لأنه خلاه آيساً منه، و رفع يده عنه، فصار مباحاً. و ليس هذا قياساً، لأن مذهبا ترك القياس، و إنما هذا على جهة المثال، و المرجع فيه إلى الإجماع و تواتر النصوص، دون القياس و الاجتهاد. و على الخبرين إجماع أصحابنا منعقد».

قال في الجواهر- بعد نقل بعض كلامه هذا:- «قلت: لعل ذلك هو العمدة في تملك المعرض عنه. مضافاً الى السيرة في حطب المسافرين و نحوه، و إلا فمن المعلوم توقف زوال الملك على سبب شرعي،

(١) الوسائل باب: ١١ من أبواب اللقطة حديث: ٢.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٩٨

.....

كتوقف حصوله، و لا دليل على زوال الملك بالأعراض، على وجه يملكه من أخذه كالمباح. و من هنا احتمال جماعة إباحة التصرف في المال المعرض عنه دون الملك، بل عن ثاني الشهيدين: الجزم بذلك. و عن بعض:

أنه لا يزول الملك بالأعراض، إلا في الشيء اليسير كاللقمة، و في التالف كمتاع البحر، و في الذي يملك لغاية قد حصلت كحطب المسافرين. و عن آخر: اعتبار كون المعرض عنه في مهلكة، و يحتاج الاستيلاء عليه الى الاجتهاد- كغوص و تفتيش و نحوهما- في حصول التملك به. و ربما استظهر من عبارة ابن إدريس المتقدمة: اعتبار اليأس، زيادة على الاعراض فيه أيضاً. إلى غير ذلك من كلماتهم، التي مرجعها الى تهجس في ضبط عنوان لذلك. مع أن السيرة عليه في الجملة، و ليس في النصوص غير ما عرفت التعرض له».

أقول: مثل خبر الشعيري □

خبر السكوني، عن أبي عبد الله (ع) عن أمير المؤمنين (ع)- في حديث:- «قال: و إذا غرقت السفينة و ما فيها فأصابه الناس، فما قذف به البحر على ساحله فهو لأهله و هم أحق به، و ما غاص عليه الناس و تركه صاحبه فهو لهم» (١).

و لا يخفى أن الخبرين المذكورين لا دلالة فيهما على أن الوجه في جواز تملك الغواص لما أخرجه.

هو يأس المالك، أو إعراضه، أوهما، أو شيء آخر غيرهما، إذ هو حكم في واقعة خاصة، لا تعرض فيهما لمناطه.

لكن ربما يستفاد منهما و من غيرهما من النصوص المذكورة في مبحث اللقطة: أن المال المملوك إذا صار بحال يؤدي الى ضياعه و

تلفه، فاستنقذه شخص آخر من الضياع والتلف، كان ملكاً له، نظير:

«من

(١) الوسائل باب: ١١ من أبواب اللقطة حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ١٩٩

.....

أحيا أرضاً مواتاً فهي له» (١)

ففي صحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله (ع): «من أصاب مائلاً أو بغيراً في فلاة من الأرض، قد كلت وقامت و سيبها صاحبها لما لم تتبعه، فأخذها غيره، فأقام عليها و أنفق نفقته حتى أحيها من الكلال و من الموت، فهي له و لا سبيل له عليها و انما هي مثل الشيء المباح» (٢).

و

خبر مسمع عن أبي عبد الله (ع) قال: «إن أمير المؤمنين (ع) كان يقول في الدابة إذا سرحها أهلها أو عجزوا عن علفها أو نفقتها فهي للذي أحيها. قال: و قضى أمير المؤمنين (ع) في رجل ترك دابة بمضيعة، قال: إن كان تركها في كلاء و ماء و أمن، فهي له يأخذها متى شاء، و إن كان تركها في غير كلاء و لا ماء، فهي لمن أحيها» (٣).

و

صحيح هشام بن سالم عن أبي عبد الله (ع) قال: «قال: جاء رجل الى النبي (ص) فقال: يا رسول الله إني وجدت شاءة. فقال رسول الله (ص): هي لك أو لأخيك أو للذئب. فقال: يا رسول الله (ص) إني وجدت بغيراً فقال (ص): معه حذاؤه و سقاؤه، - حذاؤه: خفه و سقاؤه: كرشه - فلا تهجه» (٤).

و نحوها غيرها. فان الظاهر من الجميع: أن الاستنقاذ من التلف في ظرف عجز المالك - سواء كان ملتفتاً إلى ذلك و ترك المال عجزاً منه، أم غير ملتفت إليه، كما في مورد النصوص الأخيرة - مملوك. و عليه فان أمكن العمل بالنصوص تعين القول بذلك. و لا - دخل للإعراض و عدمه و لا لإباحة المالك و عدمها في جواز التملك من المنقذ، و إن لم يمكن العمل بالنصوص - لإعراض المشهور عنها - فاللازم

(١) الوسائل باب: ١ من أبواب إحياء الموات حديث: ٥، ٦.

(٢) الوسائل باب: ١٣ من أبواب اللقطة حديث: ٢.

(٣) الوسائل باب: ١٣ من أبواب اللقطة حديث: ٣.

(٤) الوسائل باب: ١٣ من أبواب اللقطة حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٠٠

.....

القول بعدم جواز التملك بمجرد ذلك و غيره.

و في الجواهر قال: «و أما المال الذي امتنع على صاحبه تحصيله بسبب من الأسباب - كغرق أو حرق و نحوهما - فيشكل تملكه

بالاستيلاء عليه، خصوصاً مع عدم العلم باعراض صاحبه عنه على وجه يقتضى إنشاء إباحة منه لمن أراد تملكه، أو رفع يده عن ملكيته، وإنما هو للعجز عن تحصيله، نحو المال الذى يأخذه قطاع الطريق و الظلمة». أقول: قد عرفت أن موضوع النصوص المال الذى بحال ينتهى إلى التلف لا المال الذى امتنع على صاحبه تحصيله، فلا يدخل فيه المال الذى يأخذه قطاع الطريق و الظلمة. و الانصاف يقتضى جواز العمل بالنصوص المذكورة، و لم يتحقق من المشهور الاعراض عنها، و قد تعرضوا لمضمونها فى لقطه الحيوان الذى لا يمتنع من السباع و الضياع، و فى حكم السفينة إذا انكسرت و غرق ما فيها.

لكن إثبات القاعدة الكلية، و أن كل ما يؤدي بقاءه إلى التلف لو لم يؤخذ يجوز أخذه و تملكه، غير ظاهر. و لا سيما أن نصوص الشاة لم يعمل بظاهرها عند المشهور، لبنائهم على جواز أخذها مع الضمان، على اختلاف منهم فى معنى الضمان، و أنه فعلى فتكون فى الذمة كسائر الديون، أو على تقدير المطالبة، كبنائهم على وجوب التعريف، و إن كان الأظهر عدم الضمان، و عدم لزوم التعريف، أخذاً بظاهر النصوص المشار إليها و حملاً لما دل على الضمان أو التعريف على غير الالتقاط فى الفلاة، بقريئة لزوم التعريف الذى لا يكون فى الفلاة. كما أشرنا إلى ذلك فى مباحث اللقطه.

هذا، و أما إعراض المالك: فلا يظهر من الأدلة كونه موجباً لخروج المال عن ملك مالكة، و صيرورته من قبيل المباحات الأصلية، كما عرفت نسبتها إلى المشهور، بل يظهر من كلماتهم المتعرضة لحكم الحب مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٠١ و لو بادر آخر إلى تملكها ملك (١)،

المتساقط: التسالم على خلاف ذلك. قال فى التذكرة: «لو نبت نواة سقطت من إنسان فى أرض مباحة أو مملوكة، ثم صارت نخلة و لم يستول عليها غيره، فإن النخلة تكون ملك صاحب النواة قطعاً». و لعل مرادهم جواز تملكه لغير المالك، و إن كان باقياً على ملك مالكة، كما قد يظهر من بعضهم. لكنه أيضاً غير ظاهر، لقصور النصوص المذكورة عن إثبات ذلك، إذ ليس ما يتوهم منه الدلالة على ذلك، إلا صحيح ابن سنان و نحوه، مما اشتمل على ترك المالك، و قد عرفت أنه ظاهر فى التملك بالاحياء، لا بالاستيلاء. و السيرة المدعاة عليه غير ظاهرة. و أما تحليل نثار العرس و حطب المسافرين [١] و نحوهما فالظاهر اختصاصه بصورة حصول اماره على إباحة المالك. و لأجل ذلك يتعين تقييد عبارة المتن بهذه الصورة، اقتصاراً على القدر المتيقن. و لعل مقصود المصنف (ره) - كغيره - صورة ما إذا ظهر من المالك الإباحة، كما هو الغالب.

(١) و فى الجواهر - فى بيان أصل المسألة، بعد ما ذكر أن الزرع لصاحب البذر - قال: «لكن مع فرض كون الحب من الذى هو معرض عنه، على وجه يجوز للملحق التقاطه، فهل هو كذلك، لأنه لا يزول عن الملك، بالاعراض، بل به مع الاستيلاء، و الفرض عدمه الى أن صار زرعاً، و الفرض عدم الاعراض عنه فى هذا الحال؟، أو أنه يكون لصاحب الأرض لأنه من توابعها و نمائها، بل لعل كونه فيها نوع

[١] لعل المنظور فى مستند التحليل فى هذين الموردين هو السيرة و إلا فلم نعثر على خبر يدل على الحلية فى الثانى، نعم فى بعض الاخبار تدل عليه بالفحوى فراجع الوسائل باب: ١٢ من اللقطه.

و اما الأول فالأخبار الواردة فيه أدل على المنع إلا ان تأول. فراجع الوسائل باب: ٣٦ من أبواب ما يكتسب به من كتاب التجارة.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٠٢

و إن لم يجز له الدخول فى الأرض إلا بإذن مالكة (١).

[(الخامسة): إذا استأجر القصاب لذبح الحيوان فذبحه على غير الوجه الشرعى]

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

استيلاء من المالك عليه؟ وجهان، إلا أنه جزم في التذكرة: بأنه بينهما على كل حال، خلافاً لبعض العامة. ذكر ذلك في آخر كتاب المزارعة.

و يشكل الأول: بأن الزرع عرفاً نماء الحب في الأرض، ولذا لو غصبه غاصب فزرعه كان الزرع للمالك. والثاني: بأن الاستيلاء بغير قصد لا يستوجب الملك.

(١) هذا وإن كان مقتضى عموم:

«فلا يحل لأحد أن يتصرف في مال غيره بغير إذنه» (١)

، إلا أن السيرة جارية في الأرض غير المحصنة والمحجبة على الدخول إليها والعبور فيها، ونحو ذلك من التصرفات غير المعتد بها، وقد جرت سيرة النجفيين على اختلاف طبقاتهم في العلم والصلاح، على الدخول في البساتين التي بين مسجد الكوفة والفرات، إذا لم تكن مسورة، فتراهم يعبرون فيها ويجلسون للاستراحة، أو لأكل الطعام و شرب الشاي ونحو ذلك، من دون توقف. وكذلك في غيرها من البساتين الواقعة على حافة نهر الفرات أو نهر الحسينية، أو غيرهما من الجداول، فيدل ذلك على الجواز. ومن ذلك يظهر جواز العبور في الشوارع المستحدثة في المدن. فلاحظ.

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

(١) الوسائل باب: ٣ من أبواب الأنفال حديث: ٦.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٠٣

[السادسة: إذا آجر نفسه للصلاة عن زيد]

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

[السابعة: يجوز أن يؤجر داره]

(السابعة): يجوز أن يؤجر داره مثلاً- إلى سنة بأجرة معينة، ويوكل المستأجر في تجديد الإجارة عند انقضاء المدة، وله عزله بعد ذلك. وإن جدد قبل أن يبلغه خبر العزل

(١) لا إشكال في أن ذات زيد غير ذات عمرو، فإذا قصد النائب ذات زيد: فتارة: يكون قصد عنوان عمرو على نحو يكون طريقاً إلى ذات زيد و مرآة لها. وتارة: يكون قيداً لها على نحو تعدد المطلوب.

و ثالثة: على نحو وحدة المطلوب. فان كان على أحد النحوين الأولين كانت صلاته وفاء للإجارة، و أداء للعمل المستأجر عليه. و إذا كان على النحو الأخير، لم تكن صلاته وفاء و لا أداء للعمل المستأجر عليه، لأنه غير ما استؤجر عليه. و إذا قصد النائب ذات عمرو جاء فيه أيضا الصور الثلاث. و في الجميع لا تكون صلاته أداء للعمل المستأجر عليه، و لا وفاء بالإجارة. و أما فراغ ذمة عمرو من الصلاة التي عليه، فيختص بفرض ما إذا قصد ذات عمرو بصورها و لا يكون بفرض ما إذا قصد ذات زيد بصورها.

(٢) كما تقدم في المسألة الثامنة عشرة من فصل إجارة الأرض بالحنطة و الشعير. فراجع.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٠٤

لزم عقده. و يجوز أن يشترط في ضمن العقد أن يكون وكيلا عنه في التجديد بعد الانقضاء. و في هذه الصورة ليس له عزله (١).

[(الثامنة): لا يجوز للمشتري بيع الخيار بشرط رد الثمن للبائع أن يؤجر المبيع أزيد من مدة الخيار للبائع]

(الثامنة): لا يجوز للمشتري بيع الخيار بشرط رد الثمن للبائع أن يؤجر المبيع أزيد من مدة الخيار للبائع (٢)، و لا في مدة الخيار من دون اشتراط الخيار، حتى إذا فسخ

(١) لأن مرجع الشرط الى شرط التوكيل حدوثاً و بقاءً، و عزله مناف لشرط البقاء. اللهم إلا أن يقال: إن الوكالة من النتائج التي لا يصح شرطها كما عرفت، فضلا عن شرطها حدوثاً و بقاءً، إذ البقاء يمتنع جعله و إنشائه، لأن البقاء مستند إلى استعداد الذات، فمن جعل له وكيلا بقيت وكالته. و كذلك الحكم في البيع و النكاح و الطلاق، و إنما يقصد بالإيجاب حدوثها، لا حدوثها و بقاءها. فإذا كان البقاء لا يقبل الإنشاء بالعقد، فأولى لا يقبل الإنشاء بالشرط، فلا بد أن يكون المقصود شرط أن لا يعزله عن الوكالة، فإذا عزله لم يصح، لأنه تصرف في حق الغير، فيخرج عن سلطانه.

(٢) المنسوب إلى الأكثر و المشهور و المصرح به في كلام جماعة من الأساطين: أنه لا يجوز تصرف من عليه الخيار في العين تصرفاً يمنع من استردادها. و ظاهر ما ذكر في وجهه: أن الخيار حق متعلق بالعين، فالتصرف فيها تصرف في موضوع الحق، و لأجل قاعدة السلطنة على الحقوق- التي هي كقاعدة السلطنة على الأموال- يمتنع التصرف، لأنه خلاف القاعدة المذكورة. و الوجه في تعلقه بالعين: أنه قائم بالعقد و العقد قائم بالعين.

و فيه: أنه لا-ريب عندهم في جواز الفسخ مع تلف العين في الجملة، كما يظهر من ملاحظة كلماتهم في جواز الإقالة مع التلف، و جواز الفسخ

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٠٥

البائع يمكنه أن يفسخ الإجارة، و ذلك لأن اشتراط الخيار من البائع في قوة إبقاء المبيع على حاله حتى يمكنه الفسخ (١)،

بالخيار معه. و دعوى: أنه قائم بالعين على نحو تعدد المطلوب. غير ثابتة، و كيف ذلك؟! مع أنه لو كان الخيار قائماً بالعين لبطل بتصرف من له الخيار. و لا مجال للالتزام بذلك في مثل بيع الخيار، ضرورة أن البائع يتصرف في الثمن، بل إنما باع لأجل الثمن. و لذلك قال شيخنا الأعظم (ره): «فالجواز لا يخلو من قوة في الخيارات الأصلية. و أما الخيارات المجعولة بالشرط، فالظاهر من اشتراطه إرادة إبقاء الملك، ليسترده عند الفسخ». و ما ذكره غير بعيد، عملاً بالقرينة العامة على إرادة ذي الخيار من شرط الخيار ذلك. و لكن على هذا لو اتفق وجود قرينه خاصة على غير ذلك. لم يكن مانع من التصرف.

ثم إنه بناء على المنع في الخيار المجعول: هل تجوز الإجارة و نحوها مما لا يكون مانعاً من رجوع العين إلى ملك البائع أو لا؟ فيه وجهان، كما في كلام شيخنا الأعظم (ره): «من كونه ملكاً له. و من إبطال التصرف لتسلط الفاسخ على أخذ العين». أقول: ظاهر ما

ذكره في وجه المنع: أن البائع ذا الخيار كما اشترط الخيار في الفسخ، اشترط التمكّن من الاسترداد، والمراد من الاسترداد وإن كان الاسترداد الخارجى، وهذا المعنى تنافيه الإجارة. لكن ذلك يختص بما إذا كان مقتضى الإجارة تسليط المستأجر على العين. أما إذا لم يكن كذلك، كما فى إجارة السفينة على المسافرين، لا تكون الإجارة منافية لذلك. كما أن مقتضى الشرط المذكور: أن لا يتصرف المشتري بالعين بما يمنع من ردها خارجاً إلى البائع عند الفسخ، بأن يضعها فى مكان مغلق يحتاج فتحه إلى مضي مدة. (١) قد عرفت: أن الإجارة لا تنافى الفسخ وإن قلنا بأن العقد مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٠٦ فلا يجوز تصرف ينافى ذلك.

[(التاسعة): إذا استؤجر لخيطة ثوب معين لا بقيد المباشرة]

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

[(العاشر): إذا أجره ليوصل مكتوبة إلى بلد كذا إلى زيد مثلاً]

(العاشر): إذا أجره ليوصل مكتوبة إلى بلد كذا إلى زيد مثلاً، فى مدة معينة، فحصل مانع فى أثناء الطريق أو بعد الوصول إلى البلد، فإن كان المستأجر عليه الإيصال، وكان طى الطريق مقدمة، لم يستحق شيئاً. وإن كان المستأجر عليه

متعلق بالعين، وإنما تنافى الاسترداد والأخذ بمجرد الفسخ فى بعض الصور، فالمنع من الإجارة كليه يتوقف على فهم اشتراط كون العين على حالها غير مسلوبة المنفعة، وهذا الشرط زائد على إمكان الأخذ الخارجى، وزائد على بقاء العين على ملك المشتري، بنحو يكون الفسخ موجباً لرجوعها إلى البائع. وعبارة المصنف (ره) فى تعليل الحكم لا تفى بما ذكر.

(١) يعنى: استحق الأجير الأجرة، لحصول العمل المستأجر عليه منه بتبرع المتبرع، فيستقر له العوض.

(٢) لعدم تحقق العمل من الأجير، فتبطل الإجارة، لتعذر العمل المستأجر عليه، لعدم قابلية المحل لخيطة ثانية.

(٣) تقدم وجهه فى المسألة الثامنة عشرة من فصل إجارة الأرض

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٠٧

مجموع السير والإيصال، استحق بالنسبة. وكذا الحال فى كل ما هو من هذا القبيل. فالإجارة مثل الجعالة، قد يكون على العمل المركب من أجزاء، وقد تكون على نتيجة ذلك العمل، فمع عدم حصول تمام العمل فى الصورة الأولى: يستحق الأجرة بمقدار ما أتى به، وفى الثانية: لا يستحق شيئاً (١). ومثل الصورة ما إذا جعلت الأجرة فى مقابلة مجموع العمل من حيث المجموع (٢)، كما إذا استأجره للصلاة أو الصوم فحصل مانع فى الأثناء عن إتمامها.

[(الحادية عشرة): إذا كان للأجير على العمل خيار]

(الحادية عشرة): إذا كان للأجير على العمل خيار

للزرع، ولا يكفى مجرد الاذن فى الضمان، بل إما أن تكون ظاهرة فى التعهد بالعوض على وجه الإجارة أو الجعالة، أو ظاهرة فى

الأمر بالعمل، ليكون استيفاء موجباً للضمان، كما سبق وجهه. و إذا لم تكن الاذن ظاهرة في أحد الأمرين لم يكن موجب للضمان.

- (١) بناء على ما يأتي منه في المسألة الحادية عشرة من قاعدة احترام عمل المسلم: أنه يستحق اجرة المثل. فانظر.
- (٢) يظهر من هذا التعبير: أن التوزيع في المسألة السابقة كان من جهة أن الأجرة مبذولة في مقابل العمل المركب من الأجزاء، الملحوظة على نحو الجميع لا المجموع. و ليس كذلك، فإن الأجزاء ملحوظة فيه على نحو المجموع أيضاً. و لو كانت ملحوظة على نحو الجميع، للزمت الأجرة لكل واحد من الاجزاء، فإنه الفارق بين العام الجمعي و المجموعى.
- و إذا استأجره للصلاة أو الصوم فحصل مانع في الأثناء عن الإتمام، فالوجه في عدم تبعض الاجزاء: أن أجزاء الصلاة في ظرف عدم مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٠٨

الفسخ، فان فسخ قبل الشروع فيه فلا إشكال، و إن كان بعده استحق أجره المثل (١)، و إن كان في أثنائه استحق بمقدار ما أتى به من المسمى أو المثل على الوجهين المتقدمين إلا إذا كان المستأجر عليه المجموع من حيث المجموع، فلا يستحق شيئاً (٢). و إن كان العمل مما يجب إتمامه بعد الشروع فيه - كما في الصلاة بناء على حرمة قطعها، و الحج بناء على

انضمام بعضها الى بعض لا تقبل المعاوضة، لعدم ترتب أثر عليها حتى عند غير المتعاقدين، فلا تكون لها مالمية، فتوزع الأجرة عليها في حال الانفراد يوجب أكل المال بالباطل. و إن لم يكن فرق بينها و بين أجزاء السير في المثل، فإنه إذا استأجره ليصوم من أول النهار إلى آخره فهو كما إذا استأجره ليسافر من البلد الفلاني إلى البلد الآخر في كيفية ملاحظة الاجزاء، و أنها في الجميع ملحوظة على نحو المجموع لا-الجميع، و إنما الفرق بينهما: أن اجزاء الصوم ليست موضوعاً لغرض عقلائي في حال انفراد بعضها عن بعض، بخلاف أجزاء السير، فقد تكون موضوعاً للغرض، و تصح الإجارة عليها في حال الانفراد عن الباقي.

و من ذلك يظهر: أن أحكام تبعض الصفقة إنما تجرى إذا كانت الأبعاد موضوعاً للغرض و المالمية عند العقلاء في حال الانفراد عن الباقي.

أما إذا لم تكن موضوعاً للغرض، فلا تبعض في العقد و لا في العوض.

- (١) لأن العمل وقع على نحو الضمان، فاذا بطل ضمانه بالمسمى تعين ضمانه بأجرة المثل. و الظاهر أن ذلك مما لا إشكال فيه و لا خلاف، فان الضمان هنا أولى من الضمان مع فساد العقد بقاعدة: (ما يضمن).
- (٢) الكلام فيه كما سبق.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٠٩

و جوب إتمامه - فهل هو كما إذا فسخ بعد العمل أو لا؟ وجهان أو جههما: الأول (١). هذا إذا كان الخيار فورياً كما في خيار الغبن إن ظهر كونه مغبوناً في أثناء العمل، و قلنا إن الإتمام منافٍ للفوري، و إلا فله أن لا يفسخ إلا بعد الإتمام. و كذا

(١) كأن وجهه: أن الممتنع شرعاً كالممتنع عقلاً، فالإجارة تكون على الحدوث لا-على الحدوث و البقاء، فيستحق الأجرة بمجرد الحدوث.

لكن لازم ذلك ثبوت الأجرة و إن لم يتم العمل، و هو كما ترى.

و بالجملة: إذا جوزنا وقوع الإجارة على الواجب، و استحقاق الأجرة بفعله، فلا-مانع من أن تكون الإجارة في مثل الفرض على الحدوث و البقاء. فاذا فسخ في الأثناء كان الإتمام واجباً عليه تكليفاً، غير مستحق عليه بالإجارة، فإن أتم فقد أدى الواجب، و إن قطع عصي، و ليس لأحد حق عليه. مع أن الامتناع العقلي إذا كان بالاختيار لم يكن منافياً للاختيار، و لا مانعاً من وقوع الإجارة عليه. و من ذلك يظهر لك الوجه الثاني.

وقد يتوهم: أن الوجوب كان بتسبيب المستأجر، فيكون التدارك عليه. وفيه أن التسبيب غير مختص به، بل كان من كل من المؤجر و المستأجر. مع أن مثل هذا التسبيب لا يقتضى الضمان، لعدم الدليل عليه بعد أن لم يكن موجبا لنسبة الضرر اليه عرفا. بل الأولى نسبته إلى الأجير نفسه، لأنه هو الفاسخ الذى فوت على نفسه الأجرة المسماة.

ومثله توهم: أنه كان بتغيرير من المستأجر، فيرجع إليه بقاعدة الغرور. إذ فيه: أنه لا- تغيرير من المستأجر بعد أن كان العقد مشتركا بينهما. و الوقوع فى المحذور إنما كان من فسخ الأجير نفسه، بل هذا التوهم موهون جدا.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢١٠

الحال إذا كان الخيار للمستأجر (١)، إلا أنه إذا كان المستأجر عليه المجموع من حيث المجموع، و كان فى أثناء العمل. يمكن أن يقال: إن الأجير يستحق بمقدار ما عمل من أجرة

(١) يعنى: تجرى الأحكام السابقة من عدم لزوم شىء على أحدهما إذا كان الفسخ قبل العمل، و لزوم المسمى أو أجرة المثل للأجير إذا كان الفسخ بعد العمل، و التبعض فى المسمى أو أجرة المثل إذا كان الفسخ فى أثناء العمل، إلا فيما إذا كان العمل مما يجب إتمامه فيجب تمام المسمى.

هذا، و الحكم فى هذه الصورة باستحقاق الأجير لتمام الأجرة مع الفسخ فى الأثناء أهون منه فى الصورة السابقة، لأن الضرر يستند إلى فسخ المستأجر، فيمكن توهم استناد الضرر اليه الموجب للرجوع عليه.

و إن كان أيضاً يشكل: بأن الخيار إن كان مجعولاً فهو بقبول الأجير و اختياره، فإقدامه عليه إقدام منه على لوازمه، و إن كان من قبل الشارع فالضرر يستند إليه، لأن المستأجر إنما عمل بحقه المجعول له شرعاً، و ليس عليه أن لا يأخذ بحقه، لثلا يقع الأجير بالضرر. إلا- أن يقال: إن الحق الخيارى إذا جعله الشارع دفعاً للضرر الوارد عليه، يمتنع أن يثبت فى حال لزوم الضرر على الأجير. و بالجملة: بعد ما كان المستأجر مقدماً على بذل الأجرة فى مقام العمل من دون خيار، فلزوم الضرر المثبت لخياره معارض بلزوم الضرر الوارد على الأجير بالفسخ، و معه لا مجال لتقديم ضرره، فلا خيار له فى الفسخ. و هذا غير بعيد.

و على هذا فاللزام التفصيل فى المقام بين صورة أن يكون الفاسخ المستأجر. و يكون الخيار شرعياً، و بين غيرها من الصور، فيستحق الأجير فى الأول تمام الأجرة، و لا يستحق فى غيرها شيئاً. فتأمل.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢١١

المثل لاحترام عمل المسلم (١)، خصوصاً إذا لم يكن الخيار من باب الشرط (٢).

[(الثانية عشرة): يجوز اشتراط كون نفقة المستأجر على الأجير أو المؤجر، بشرط التعيين]

(الثانية عشرة): كما يجوز اشتراط كون نفقة الدابة المستأجرة و العبد و الأجير المستأجرين للخدمة أو غيرها على المستأجر، إذا كانت معينة بحسب العادة، أو عيناها على وجه يرتفع الغرر، كذلك يجوز اشتراط كون نفقة المستأجر على

(١) لا مجال لتطبيق هذه القاعدة فى المقام بناء على ما عرفت من أن المراد من كون المستأجر عليه المجموع من حيث المجموع: أن كل واحد من الأجزاء على الانفراد مما لا قيمة له، لأنه يكون أخذ أجرة المثل لما يقابل بعض العمل أكلا للمال بالباطل. و إن شئت قلت: قاعدة الاحترام لا مجال لها، إذا كان العمل لا قيمة له و لا مالىة، فان الاحترام يختص بماله قيمة و مالىة. و كذا بناء على الاحتمال الثانى أعنى: كون الاجزاء ملحوظة على نحو وحدة المطلوب و إن كان لكل واحد منها مالىة، إذ كما أن عمل المسلم محترم كذلك مال المستأجر، فإنه مسلم و ماله محترم لا يجوز أخذه بلا عوض عائد إليه، لأن المفروض أن البعض على الانفراد لم يقصد المستأجر

المعاوضة عليه، كى يؤخذ منه عوضه. فأخذ العوض منه مع ذلك كان خلاف احترام ماله، كما إذا استأجره ليخيط ثوبه فصبغه اشتباهاً منه، فإنه لا يستحق عليه أجره كما سبق. نعم إذا أتم الأجير العمل تبرعاً منه بعد الفسخ فى الأثناء، كان تبويض الأجرة فى محله، لكون البعض حينئذ له مالمية فى ضمن الكل، كما أنه بعض المطلوب و مقابل ببعض الأجرة. و على هذا كان اللزم تقبيد العبارة بذلك، و إلا توجه عليها الإشكال.

(٢) لأنه إذا كان من باب الشرط يكون العامل قد أقدم على ضياع

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢١٢

الأجير أو المؤجر، بشرط التعيين أو التعيين الرافعين للغرر.

فما هو المتعارف من إجارة الدابة للحج و اشتراط كون تمام النفقة و مصارف الطريق و نحوهما على المؤجر. لا مانع منه، إذا عينوها على وجه رافع للغرر (١).

[الثالثة عشرة: إذا أجر داره أو دابته من زيد إجارة صحيحة بلا خيار له، ثم أجرها من عمرو]

(الثالثة عشرة): إذا أجر داره أو دابته من زيد إجارة صحيحة بلا خيار له، ثم أجرها من عمرو كانت الثانية فضولية موقوفة على إجارة زيد، فإن أجاز صحت له و يملك هو الأجرة فيطلبها من عمرو (٢)، و لا يصح له إجازتها على

عمله على تقدير الفسخ فى الأثناء، و لا يتأتى ذلك لو كان الخيار شرعياً، لأنه لم يكن بجعله و قبوله، فلا مجال لتوهم الاقدام حتى لو كان عالماً، لأن العلم به لا يستلزم العلم بالأعمال و الفسخ، فيمكن أن يكون إقدامه على العقد برضاء عدم الاعمال. و لا يتأتى ذلك فى صورة جعل الخيار، لأن القبول الصادر من الأجير يعد عرفاً إقداماً على الفسخ فى الأثناء و على لوازمه.

(١) لكن الإشكال فى إمكان ذلك فيما يتعارف، لاختلاف الأحوال و الأطوار السفريّة، الموجب لاختلاف النفقات كما و كيفاً و مدة. (٢) يعنى: صحت الإجارة الثانية لزيد، لأن المنفعة له فيملك عوضها و هو الأجرة. هذا إذا كانت الإجارة الثانية واقعة على المنفعة المقصودة بالإجارة الأولى. أما إذا كانت واقعة على غيرها، فالإجارة الثانية لا تصح بإجارة زيد، لأن المنفعة غير مملوكة له، و لا تصح بإيقاع المؤجر المالك للعين، لأنها أيضاً غير مملوكة له، على ما عرفت من عدم ملك المنافع المتضادة. و لا يجدى فسخ الإجارة الأولى بعد ذلك فى الصحة،

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢١٣

أن تكون الأجرة للمؤجر، و إن فسخ الإجارة الأولى بعدها لأنه لم يكن مالكا للمنفعة حين العقد الثاني (١).

لما ذكر فى المتن من أنه من قبيل من باع شيئاً ثم ملكه. نعم بناء على أن المنافع المتضادة مملوكة لمالك العين، و أن بطلان الإجارة الثانية من جهة أنها منافية لحق المستأجر الأول فإذا أجاز صحت، و تكون الأجرة الثانية للمالك، لأنها عوض منفعتة، كما أن الأجرة الأولى له أيضاً.

و المتحصل: ان الإجارة الثانية: تارة: تكون بلحاظ منفعة الإجارة الأولى، و أخرى: تكون بلحاظ غيرها. فعلى الأول: تصح الإجارة الثانية بإجارة المستأجر الأول، و تكون الأجرة له، و إذا لم يجز بطلت.

و على الثانى: تبطل الإجارة الثانية مطلقاً، لأنها بلحاظ منفعة غير مملوكة، إذا قلنا بأن المنافع المتضادة غير مملوكة، و تصح بإجارة المستأجر إن قلنا إنها مملوكة، و تكون الأجرة فى الاجارتين معاً ملك المؤجر المالك للعين، لكون المنفعتين المعوضتين ملكاً له. و إذا ردها المستأجر بطلت، لمنافاتها لحقه:

(١) هذا إشارة الى أن قوام المعاوضة التي يتضمنها عقد الإجارة وغيره من عقود المعاوضات دخول العوض في ملك من خرج عن ملكه المعوض، و أن اعتبار العوضيئة إنما يصح بلحاظ ذلك. و لو كان العوض يدخل في ملك غير من خرج عن ملكه المعوض لم يكن عوضاً عنه، و لم يكن المعوض عنه معوضاً. و الظاهر أن هذا مما لا إشكال فيه. و إنما الإشكال في لزوم ذلك من الطرفين. يعني: يجب أن يدخل المعوض عنه في ملك من خرج من ملكه العوض، كما لزم أن يدخل العوض في ملك من خرج عن ملكه المعوض عنه، أو لا يجب ذلك؟ فإذا قال زيد لعمر:

خذ هذا الدرهم و اشتري لك به ثوباً، لم يصح حتى يملك عمرو الدرهم، فإذا لم يملكه و بقي على ملك زيد، فاشترى به ثوباً لنفسه لم يصح الشراء

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢١٤

.....

لنفسه، لأن الدرهم و إن صار عوضاً عن الثوب، لكن الثوب لم يصير عوضاً عن الدرهم، لأن الدرهم خرج عن ملك زيد و دخل الثوب في ملك عمرو، فلم يقد الثوب مقامه، و لم يصير في مكانه. و المنسوب الى المشهور: لزوم ذلك، بل في مكاسب شيخنا (ره):

أنه ادعى بعضهم في مسألة قبض المبيع عدم الخلاف في بطلان قول مالك الثمن: اشترى لنفسك به طعاماً. (انتهى). كما أنه (ره) حكى عن العلامة التصريح في غير موضع من كتبه، تارة: بأنه لا يتصور، و أخرى:

بأنه لا يعقل أن يشتري الإنسان لنفسه بمال غيره شيئاً. (انتهى). و قد ذكروا الاستدلال عليه: بأن المعاوضة متقومة بذلك، إذ مفهوم المعاوضة راجع إلى جعل كل من العوضين عوضاً عن الآخر. و يشكل: بأن صيغة المعاوضة لا تقتضي الاشتراك على النحو المذكور، كما يظهر ذلك من ملاحظة موارد استعمال صيغة المفاعلة في موارد المتفرقة، مثل: شايعة زيدا، و سافرت، و طالعت الكتاب، و أمثال ذلك من الموارد الكثيرة، كما أشرنا إلى ذلك أيضاً في بعض مباحث الطهارة من هذا الشرح، فان ملاحظة موارد الاستعمال للصيغة، تشرف على القطع ببطلان اعتبار المشاركة من الطرفين. و يشهد بذلك: أنك إذا قلت: بعت الكتاب بدينار، اعتبر الكتاب معوضاً عنه و الدينار عوضاً، بقرينة دخول باء العوض عليه، و لا يصح اعتبار العكس - أعني: اعتبار أن يكون الكتاب عوضاً و الدينار معوضاً عنه - و إنما يصح ذلك لو قيل: بعت الدينار بالكتاب، و في مثله لا يصح اعتبار الكتاب معوضاً عنه و الدينار عوضاً.

و بالجملة: المفهوم من قول القائل: بعت الكتاب بالدينار، غير المفهوم من قوله: بعت الدينار بالكتاب، فان مفهوم الأول أن الدينار عوض عن الكتاب، و مفهوم الثاني أن الكتاب عوض عن الدينار. فالعوض

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢١٥

.....

يجب أن يقوم مقام المعوض، لكن المعوض عنه لا يجب أن يقوم مقام العوض.

و لأجل ذلك ذكر بعضهم: أنه لا دليل على اشتراط كون أحد العوضين ملكاً للعاقدة في انتقال بدله اليه، بل يكفي أن يكون مأذوناً في بيعه لنفسه أو الشراء به. (انتهى): و المصنف (ره) في حاشيته على مكاسب شيخنا الأعظم (قده) جعله ممكناً، و أن اعتبار البدلية قد يكون بملاحظة تبديل ملكية هذا بملكية ذلك، و قد يكون بملاحظة إخراج عن ملكه من دون تبديل الملكية، و قد يكون بملاحظة إتلافه. (انتهى).

و فيه: أن المعاوضة و إن كانت تختلف بالملاحظات المذكورة، لكن المعاوضة بين الأعيان التي هي قوام البيع إنما هي بلحاظ البدلية

في المملوك، لا- في الملكية ولا- في غيرها مما ذكر. فالملكية القائمة بين المالك والمملوك المتقومة بهما، إن كان فيها تبادل المملوك كانت بيعاً، وإن كان فيها تبادل المالك كانت ميراثاً، وإن كان فيها تبادل الملكية كانت هبة معوضة، فلا بد في البيع من تحقق تبادل المملوك، فيكون الثمن عوضاً عن المثل في قيامه مقام المثل في تقويم الإضافة الخاصة القائمة بالطرفين، ولذا لا تأمل في كون الثمن عند المتبايعين عوضاً عن المبيع. فالمعاوضة في البيع بين العينين، لا- بين الملكيتين، ولا- بين غيرهما مما ذكره (قده).

وإنما التأمل: في أن المبيع أيضاً عندهم عوض عن الثمن في البيع، والمنفعة عوض عن الأجرة في الإجارة، فتكون العوضيه من الطرفين، أولاً بل العوضيه من طرف واحد، وقد عرفت: أن مفاد البيع والإجارة عوضيه الثمن والأجرة عن المبيع والمنفعة، وأما عوضيه المبيع والمنفعة عن الثمن والأجرة فغير ظاهرة. وإنكار المصنف (ره) الأمرين معاً تبعاً لبعض - كما عرفت - غريب.

بل الإنصاف يقتضى البناء على الأمرين معاً، وإن كانت دلالة الكلام

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢١٦

و ملكيته لها حال الفسخ لا تنفع إلا إذا جدد الصيغه. وإلا فهو من قبيل من باع شيئاً ثم ملك (١) و لو زادت مدة الثانية

على الأول بالمطابقة وعلى الثاني بالالتزام. فالمفهوم من قول القائل:

بعت الكتاب بدينار، هو المفهوم من قوله: بعت الدينار بالكتاب، وإنما يختلفان في المدلول المطابقي، فإن الإيجاب الأول يدل بالمطابقة على عوضيه الدينار عن الكتاب، وبالالتزام على عوضيه الكتاب عن الدينار.

و الإيجاب الثاني يدل بعكس ذلك، فيدل على عوضيه الكتاب عن الدينار بالمطابقة، وعلى عوضيه الدينار عن الكتاب بالالتزام. فالمدلول لأحدهما مدلول للآخر من دون زيادة ولا- نقصان، وإنما الاختلاف بينهما في أن المدلول المطابقي لأحدهما مدلول الترامي للآخر. ولذلك اختلفا عرفاً، فلا اختلاف بينهما في ذات المدلول ولا في كمية المدلول، وإنما الاختلاف بينهما في كيفية الدلالة عليه. فإن كان المطلوب الذي يسعى نحو تحصيله هو الكتاب، قيل: بعتك الكتاب بدينار مثلاً. وإن كان المطلوب هو الدينار، قيل: بعتك الدينار بالكتاب، وإلا فقد لوحظ كل منهما عوضاً عن الآخر ومعوضاً عنه. ومفهوم المعاوضة وإن لم يدل على تكرار النسبة، لكن المقصود منه ذلك عرفاً. ومرتكزات العرف في مضامين العقود المعاوضيه شاهد بذلك. وما في بعض الكلمات من خلاف ذلك تمحل، قضت ارتكابه ضروره في دفع إشكال أو توجيه إشكال. والله سبحانه ولى التوفيق والسداد.

(١) فإن المشهور عدم صحه العقد الواقع بإجازة المالك حين الإجازة، لأمر مذكوره في محلها. ذكرها شيخنا الأعظم في مكاسبه، و ذكرناها جرياً على منهاجه في: «نهج الفقاهه». والعمده فيه أمران: النصوص الناهيه عن بيع ما ليس عنده. وأن خصوصيه الإضافة إلى المالك من الخصوصيات المقومه للمعاوضه، فالإجازة من المشتري إن كانت قد لوحظ

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢١٧

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

[(الرابعة عشرة): إذا استأجر عيناً ثم تملكها قبل انقضاء مدة الإجارة]

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

للعين إذا لم تكن

فيها خصوصية الإضافة إلى المالك حين العقد، فذلك خلاف قاعدة السلطنة في حق المالك المذكور، مع أنه ليس من محل الكلام، وإن لوحظ فيها خصوصية الإضافة إلى نفسه، فتلك ليست إجازة للعقد. فراجع «نهج الفقاهة» في مبحث الفضولي. لكن النصوص مختصة بالبيع، فلا تشمل الإجارة وغيرها من عقود المعاوضة. فالعمدة فيها هو الأمر الثاني، فإنه مطرد في الجميع على نحو واحد. بل العمدة في البيع أيضاً هو الأمر الثاني، لأن النصوص لا تخلو من إشكال، من جهة المعارضة، أو من جهة العموم والخصوص. فراجع.

(١) لأن المنفعة في تلك المدة لم تكن مملوكة للبائع بالتبعية، وإنما كانت مملوكة له بسبب آخر، إذ البيع لا يبطل الإجارة، و مقتضاها أن تكون المنفعة مملوكة للمستأجر بالإجارة في مقابل الأجرة، والمشتري إنما يقوم مقام البائع فيحتاج ملكيته لها إلى سبب آخر أيضاً. وبالجملة:

لا دليل على التبعية في المقام.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢١٨

.....

اللهم إلا- أن يقال: التبعية إنما كانت سبباً للملك، عملاً بالارتكاز العرفي ولا فرق في ذلك بين المقام وغيره. توضيح ذلك: أنه لا إشكال في أن التبعية تقتضي ملكية التابع، فيملكه مالك المتبوع، سواء كان التابع من الأعيان الخارجية، كالشجرة للشجرة والبيضة للدجاجة، والحمل للدابة، أم من الأفعال، كالمنافع المستوفاة من العين ذات المنفعة، أم من الصفات الخارجية، كالقصاره الحاصلة بعمل القصار، والنساجة الحاصلة بعمل النساج، وهيئة السرير الحاصلة من عمل النجار، أم من الاعتبارات المحضة، مثل المنافع غير المستوفاة للعين ذات المنفعة، فإنها حينئذ تكون من الاعتبارات المملوكة لمالك العين. ولذلك يصح القول بكونها مضمونة، إذ لو لا أنها مملوكة لم يكن معنى لضمانها، فإن الضمان لا يصح اعتباره إلا مع وجود مضمون له يكون مالكا للمضمون. نعم المنافع المستوفاة من قبيل الموجودات الخارجية كما عرفت. فالتابع في جميع الموارد المذكورة مملوك لمالك المتبوع، والموجب للملكية المذكورة هو التبعية، حسبما يقتضيه بناء العرف والمتشعرة عليه. ويشترط في تأثير التبعية المذكورة في الملك أن لا يكون مقتض على خلافها، فلو أجز داره على زيد فملك زيد منفعتها، ثم باع الدار على عمرو، لم يملك المنافع عمرو بالتبعية، لأن ذلك خلاف مقتضى عقد الإجارة.

وقد ذكر المصنف (ره) هنا شرطاً آخر، وهو: أن يكون من انتقل عنه التابع مملوكاً له بالتبعية، فلو لم يكن كذلك لم يستوجب التبعية في الملك، ولذلك التزم: بأن المشتري الثاني في فرض المسألة لم يملك المنافع بالتبعية، لأن البائع لم يملكها بالتبعية. ولا بد أن يلتزم بذلك في مثل ما إذا اشترى ثمر الشجر، ثم اشترى الشجر، فإذا باعه على آخر لم يملك الآخر الثمر المتولد بعد البيع بالتبعية، بل يبقى على ملك البائع. هذا

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢١٩

مفروزة. و مجرد كونها لمالك العين لا ينعف في الانتقال إلى المشتري، نعم لا يبعد تبعتها للعين إذا كان قاصداً لذلك حين البيع (١).

[(الخامسة عشرة): إذا استأجر أرضاً للزراعة مثلاً]

(الخامسة عشرة): إذا استأجر أرضاً للزراعة مثلاً، فحصلت آفة سماوية أو أرضية توجب نقص الحاصل لم تبطل (٢) ولا يوجب ذلك نقصاً في مال الإجارة (٣)، ولا خياراً للمستأجر (٤). نعم لو شرط على المؤجر إبراءه من ذلك بمقدار ما نقص، بحسب تعيين أهل الخبرة، ثلثاً أو ربعاً أو

و لأجل أن المرجع في اقتضاء التبعية للملك بناء العرف و المتشرعة عليه، و أن الظاهر بناؤهم على عدم اعتبار الشرط المذكور، فالبناء على عدم اعتباره متعين.

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

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

(٣) إذ لا تبعض في المنفعة.

(٤) إذ لا نقص في صفة العين يوجب نقصاً في صفة المنفعة، إذ المفروض كون النقص الحاصل لأمر خارج عن العين، و ليس عدمه مبنياً عليه العقد لوجب الخيار، فهو نظير ما لو استأجر داراً ليسكنها، فسكنها، فحدث حادث موجب للقلق أو الارق، فتنغص عيشه فيها.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٢٠

نحو ذلك، أو أن يهبه ذلك المقدار إذا كان مال الإجارة عيناً شخصياً، فالظاهر الصحة (١). بل الظاهر صحة اشتراط البراءة على التقدير المذكور بنحو شرط النتيجة (٢). و لا

(١) لاغتفار الجهالة في الشرط إذا كان تابعاً.

(٢) هذا من قبيل شرط النتيجة، الذي قد عرفت الإشكال في صحته في أول فصل: (أن العين المستأجرة أمانة)، فراجع. و قد ذكرنا هناك: أن البناء على أن الشرط ملك للمشروط له - كما هو كذلك في شرط الفعل - يمنع من صحة النتيجة، لأن النتائج التي هي مضامين العقود و الإيقاع لا تصلح أن تكون موضوعاً لإضافة الملكية إذا لم تكن في عهدة المشروط عليه، كما هو مقتضى كونها شرط نتيجة في مقابل شرط الفعل. فالملكية مثلاً: تارة: تشترط في ضمن العقد على أن تكون في عهدة المشروط عليه، فيجب عليه تحصيلها فتكون حينئذ من قبيل شرط الفعل. و تارة: تشترط لا على أن تكون في عهدة متعهد بها، و هي بهذه الملاحظة مما لا تقبل أن تكون موضوعاً لإضافة المملوكية:

مضافاً إلى أن جعلها مملوكة للمشروط له و جعل ملكيتها له، لا يوجب حصولها، فلا يترتب على الشرط المذكور أثر حصولها. و لأجل ذلك يلزم البناء على بطلان شرط النتيجة على نسق شرط الفعل، بحيث يكون من تملك النتيجة للمشروط له.

نعم لا مانع من أن يكون المقصود إنشاءها على حد إنشاء مضمون العقد منضمماً إليه، فيكون المنشأ أمرين: مضمون العقد، و نفس النتيجة.

فتترتب النتيجة بمجرد الشرط، إذا لم يعتبر في إنشائها سبب خاص.

و على ذلك يحمل ما ورد في كلماتهم من صحة شرط سقوط الخيار في ضمن العقد، و كذلك شرط الضمان في العارية، و نحو ذلك. و منه المقام،

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٢١

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

[(السادسة عشرة): يجوز إجارة الأرض مدة معلومة بتعميرها و اعمال عمل فيها]

(السادسة عشرة): يجوز إجارة الأرض مدة معلومة بتعميرها و أعمال عمل فيها، من كرى الأنهار، و تنقية الآبار و غرس الأشجار، و نحو ذلك. و عليه يحمل

قوله (ع): «لا بأس بقبالة الأرض من أهلها بعشرين سنة أو أقل أو أكثر، فيعمرها
أعنى: شرط براءة الذمة من مقدار من الأجرة إذا كانت الأجرة ذمياً لا عيناً خارجية. و يشهد بذلك ما ورد فيمن تطب أو تبيطر و أنه
ضامن إلا أن يأخذ البراءة
«١»، فإن الظاهر منه اشتراط البراءة من الضمان على نحو شرط النتيجة.

(١) و إن قال شيخنا الأعظم (ره): إنه قد يتوهم ذلك، بناء على أن التعليق في الشرط يسرى إلى العقد، لرجوع الشرط إلى جزء من
أحد العوضين. و فيه: منع ذلك، كما هو ظاهر، نعم بناء على ما ذكره بعض في وجه مانعية التعليق في العقود و الإيقاعات من منافاة
التعليق للإنشاء، عموم المانعية، و لا- وجه للتفكيك بين الشرط و غيره في ذلك. و إن كان التحقيق أن الوجه في المانعية: الإجماع
المحقق المعول عليه عندهم، لا ما ذكر.

و لذلك جاز عندهم التعليق مع الإنشاء في الوصية التملكية، و النذر المعلق، و التدبير. فراجع.

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

(١) الوسائل باب: ٢٤ من أبواب موجبات الضمان حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٢٢

و يؤدي ما خرج عليها» (١)

و نحو غيره.

(١) هذا مذکور

في مصحح الحلبي عن أبي عبد الله (ع) «قال: إن القبالة أن تأتي الأرض الخربة فتقبلها من أهلها بعشرين سنة أو أقل من ذلك أو
أكثر، فتعمرها و تؤدي ما خرج عليها، فلا بأس به» (١).

و

صحيحه الآخر عن أبي عبد الله (ع): «لا- بأس بقبالة الأرض من أهلها بعشرين سنة أو أقل أو أكثر، فيعمرها، و يؤدي خراجها. و لا
يدخل العلوج في شيء من القبالة، لأنه لا يحل» (٢).

و

صحيح يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله (ع)- في حديث قال: «و سألت عن الرجل يعطى الأرض الخربة و يقول: اعمرها، و هي لك
ثلاث سنين أو خمس سنين أو ما شاء الله. قال: لا بأس» (٣).

و نحوها غيرها.

و المحتمل فيها أمور: (الأول): ما ذكره المصنف (ره)، من أن المراد من القبالة الإجارة، و يكون العمل هو الأجرة، فتكون من إجارة
العين.

(الثاني): أن المراد بها الإجارة على العمل، فتكون الأجرة منفعة الأرض، و المستأجر العامل، و المستأجر عليه هو العمل من التعمير و
غيره.

(الثالث): أن تكون من الجعالة على العمل، و الجعل هو المنفعة، و يحتمل - كما قيل - أن تكون الأجرة شيئاً معلوماً، و يكون ذلك الشيء أجره للعمل، فتكون اجارتان، إجارة الأرض، إجارة الأجير العامل.

(الرابع): أن تكون معاملة مستقلة، نظير المصالحة، مفادها تملك المنفعة للعامل و تملك مالك الأرض للعمل، بلا معاوضة بين المنفعة و العمل.

و لعل الأخير هو الأقرب.

(١) الوسائل باب: ١١ من أبواب المزارعة حديث: ٢.

(٢) الوسائل باب: ٩٣ من أبواب ما يكتسب به حديث: ٣.

(٣) الوسائل باب: ١١ من أبواب المزارعة حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٢٣

[(السابعة عشرة): لا بأس بأخذ الأجرة على الطبابة]

(السابعة عشرة): لا بأس بأخذ الأجرة على الطبابة و إن كانت من الواجبات الكفائية، لأنها كسائر الصنائع واجبة بالعرض (١) لانتظام معاش العباد. بل يجوز و إن وجبت عيناً لعدم من يقوم بها غيره. و يجوز اشتراط كون الدواء عليه

(١) الظاهر: أنه تعليل لكونها من الواجبات الكفائية، لا لجواز أخذ الأجرة. نعم في النسخ التي رأيتها بدل قوله: «واجبة بالعرض»: «واجبة بالعرض»، فيكون تعليلها لجواز أخذ الأجرة. يعني: إنما جاز أخذ الأجرة عليها لأنها واجبة بالعرض لا مجاناً، فقد أخذ في موضوع الوجوب العوض. لكن الظاهر أنه غلط، لأنها واجبة بالعوض و بغير عوض، و إلا لما كان فعلها مجاناً أداء للواجب. ثم إنك عرفت في مواضع من هذا الشرح التعرض لجواز أخذ الأجرة على الواجبات و عدمه، و أنه لم يبق دليل على عدم جواز أخذ الأجرة على الواجب، و أن وجوب الشيء لا يمنع من أخذ الأجرة عليه. فالعمدة في عدم جواز أخذ الأجرة على الواجبات في بعض المقامات عينه و كفايته:

هو الإجماع و لولاه لكان القول بجوازه في محله.

و يشهد لذلك جواز أخذ الأجرة على الواجبات الكفائية، التي يتوقف عليها النظام، إذ الوجوب لو كان مانعاً لم يفرق في منعه بين العيني و الكفائي. و ما في بعض الحواشي من الفرق بين الواجبات العينية و الكفائية بأن الوجوب في الواجبات الكفائية عبارة عن الإلزام بعدم حبسها عن محتاج إليها، فلا يكون مخرجاً لذات العمل عن ملك مالكه، و يجوز أخذ الأجرة عليه. غير ظاهر، إذ الحبس ترك العمل، فعدم الحبس هو العمل. و لو أراد من الحبس معنى وجودياً، فعدمه ليس مقدماً للنظام، بل المقدمه هو العمل ضرورة.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٢٤

مع التعيين الراجع للغرر (١). و يجوز - أيضاً - مقاطعته على المعالجة (٢) إلى مدة أو مطلقاً (٣)، بل يجوز المقاطعة عليها بقيد البرء، أو بشرطه إذا كان مظنوناً (٤)، بل مطلقاً (٥).

و ما قيل من عدم جواز ذلك، لأن البرء بيد الله فليس اختيارياً

(١) لعموم صحة الشرط كشرط كون الخيوط على الخياط، و الحبر على الكاتب. و في القواعد قال: «و الكحل على المريض. و يجوز اشتراطه على الكحال». و حكى التصريح به عن غيره. و قد يستشكل فيه: بأنه مناف للعقد، لأن الأعيان لا تملك بعقد الإجارة أصالة، و

لا تبعاً.

بل قيل: قد يرجع الى بيع الكحل بلفظ الشرط. وفيه: أنه لا- دليل على المنع من تمليك العين بالشرط في الإجارة، و عموم صحة الشرط يقتضى الصحة. مع أن الشرط المذكور لا يقتضى التمليك، وإنما يقتضى بذل الكحل مجاناً، فلا إشكال حينئذ. لكن قال في القواعد بعد ذلك:

«و لو اشترط الدواء على الطبيب فالأقرب الجواز». و الفرق بين المسألتين غير ظاهر، كما اعترف به بعض.

(٢) يريد بها مداواة و استعمال الأدوية لمكافحة المرض.

(٣) لكن مع عدم التقييد بالمدّة و تردها بين القليل و الكثير يلزم الغرر. اللهم إلا أن يكون المرض متعيّناً بنحو خاص، فيستأجر الطبيب على مداواته، فيكون تعينه كافياً في رفع الغرر مثل الصداع و نحوه، نظير خياطة الثوب المردد زمانها بين القليل و الكثير، لكن تعين الثوب كافٍ في رفع الغرر.

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

(٥) يعنى: و إن لم يكن مظنوناً، لأن المصحح للإجارة القدرة

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٢٥

له، و أن اللازم مع إرادة ذلك أن يكون بعنوان الجعالة لا الإجارة (١)،

الواقعية، لا العلم بها أو الأعم منه و من الظن، بل تصح الإجارة مع احتمال القدرة، فإذا تبين عدم المقدرة انكشف البطلان. اللهم إلا أن يحصل الغرر مع عدم الظن بالحصول، فتبطل لذلك، لا لعدم القدرة. لكنه يتوقف على عموم نفي الغرر للإجارة، و قد عرفت الاشكال فيه. (١) قال في القواعد: «و لو جعل له على البرء صح جعالة لا إجارة».

و في جامع المقاصد: «أما عدم صحته إجارة: فإن ذلك ليس من مقدور الكحال، وإنما هو من فعل الله سبحانه. و أما صحته جعالة: فلأن السبب الى حصوله كاف في استحقاق الجعل إذا حصل، و إن كان من فعل الله تعالى».

أقول: كونه من فعل الله تعالى كما يمنع من صحة الإجارة عليه يمع من صحة الجعالة، لأن الجعالة إنما تكون على فعل المجعول له، فإنه إذا قال مالك العبد: إذا رددت عبدى فلك درهم، فرده غير المخاطب، لا يستحق المخاطب الجعل. و إن كان المراد من كونه من فعل الله سبحانه: أنه من فعله تعالى بنحو لا ينافى نسبة البرء إلى الكحال، فلا يمنع من صحة الإجارة عليه.

نعم الفرق بين الإجارة و الجعالة: أن الإجارة تتضمن تمليك المستأجر عمل الأجير، و الجعالة لا تتضمن ذلك. و لأجل هذا الفرق امتنع وقوع الإجارة على غير المقدور، و جاز وقوع الجعالة عليه، مع الاحتفاظ بصحة النسبة إلى المجعول له، و عدم القدرة لا ينافى صحة النسبة، و إن كان ينافى صحة التملك. و كأن مراد جامع المقاصد من قوله: «بفعل الله تعالى» معنى لا ينافى صحة النسبة، و إن كان مانعاً من القدرة، فيكون المراد من التعليل أن البرء غير مقدور للكحال، فلا تصح الإجارة عليه و إن

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٢٦

فيه: أنه يكفى كون مقدماته العادية اختيارية (١).

صحت الجعالة عليه، لصحة نسبته الى المجعول له، كما أفاده في المتن.

(١) المائز بين الفعل الاختيارى و غيره: أن الاختيارى: ما يكون جميع مقدماته اختيارياً، أو بعضها اختيارى و بعضها غيره: أن

الاختياري: مع كون غير الاختياري متحققاً في ظرفه. و غير الاختياري: ما يكون جميع مقدماته غير اختياري، أو بعضها اختياري و بعضها غير اختياري مع كون غير الاختياري غير متحقق. مثلاً: نقل المتاع في السفينة من بلد الى آخر، يتوقف على وضع المتاع في السفينة، و سحب السفينة في الماء، و على وجود الماء. و لا ريب أن وجود الماء غير اختياري، لكن لما كان الماء موجوداً، كان نقل المتاع اختيارياً، و إذا اتفق غور الماء صار نقل المتاع غير اختياري.

فعلى هذا قد يكون البرء اختيارياً، كما إذا كانت مقدماته غير الاختيارية متحققة، و قد يكون غير اختياري، كما إذا كانت مقدماته غير الاختيارية غير متحققة، فإطلاق أن البرء غير مقدور غير ظاهر.

و في حاشية بعض الأعلام على المقام: «إنما يكفي اختيارية المقدمات في اختيارية ذبها، إذا كان - كمخيطية الثوب مثلاً - أثراً متولداً منها، و لم يتوسط في البين مقدمة أخرى غير اختيارية، و إلا كانت هي الأخير من أجزاء علتها و يستند الأثر إليها، و يكون تابعا لها في عدم المقدورية، و لا يصح الالتزام به بالإجارة، أو الاشتراط، أو غير ذلك، و ظاهر أن برء المريض و كذا سمن الدابة و نحوهما من ذلك ..». و الاشكال فيه يظهر مما ذكرنا، فان توسط بعض المقدمات غير الاختيارية إذا كانت متهيئة لا يقدر في اختيارية ذبها، كما عرفت. و لا فرق بين المخيطية و بين برء المريض و سمن الدابة في كونها اختيارية، إذا كانت المقدمات غير الاختيارية متهيئة. نعم تختلف من حيث السرعة و البطء. مع أن برء المريض

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٢٧

و لا يضر التخلف في بعض الأوقات (١)، كيف و إلا لم يصح بعنوان الجعالة أيضاً (٢).

[الثامنة عشرة: إذا استؤجر لختم القرآن لا يجب أن يقرأه مرتباً]

(الثامنة عشرة): إذا استؤجر لختم القرآن لا يجب أن يقرأه مرتباً (٣).

قد يكون مثل المخيطية في سرعة الحصول.

(١) ظاهر العبارة: أن التخلف لا يضر في اختيارية الفعل، و قد عرفت أن التخلف لعدم تحقق بعض المقدمات غير الاختيارية يضر في صدق الاختيار، فكأن المراد: أن التخلف في بعض الأوقات لا يضر في صدق الاختيار في حال عدم التخلف.

(٢) قد عرفت أنه يكفي في صحة الجعالة صحة النسبة و إن لم يكن الفعل اختيارياً. اللهم إلا أن يقال: يعتبر في استحقاق الجعل تحقق الفعل بقصد الجرى على مقتضى الجعالة، و مع عدم الاختيار لا قصد و إن صحت النسبة، فلا يستحق الجعل. و لا يخلو من وجه، إذ لازم البناء على استحقاق الجعل بمجرد صحة النسبة استحقاق الجعل و لو مع قصد التبرع، و هو بعيد. فتأمل.

(٣) عملاً بالإطلاق. و أما الانصراف الى الابتداء بالأول و الختم بالأخير فبدوي. و لذلك يتعين البناء على جواز قراءة آيات السورة من دون ترتيب. اللهم إلا أن يقال: قراءة القرآن تارة: يراد بها قراءة جنس القرآن، و أخرى: يراد بها قراءة الفرد التام. فإن أريد الأول تمّ ما في المتن، و إن أريد الثاني فلا بد من الابتداء بالأول و الانتهاء بالأخير، لأن الفرد له هيئة خاصة على ترتيب خاص، فإذا قرئ على غير تلك الهيئة لم يؤت بقراءة الفرد الخاص. و أوضح منه قراءة السورة، فإنه لا يراد منها الجنس، بل المراد منها الآيات على الهيئة الخاصة، فإذا قرئت على غير

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٢٨

بالشروع من الفاتحة و الختم بسورة الناس، بل يجوز أن يقرأ سورة فسوره على خلاف الترتيب، بل يجوز عدم رعاية الترتيب في آيات السورة أيضاً. و لهذا إذا علم بعد الإتمام أنه قرأ الآية الكذائية غلطاً أو نسي قراءتها فكيفه قراءتها فقط (١) نعم لو اشترط عليه الترتيب و يجب مراعاته. و لو علم إجمالاً بعد الإتمام أنه قرأ بعض الآيات غلطاً، من حيث الأعراب، أو من حيث عدم أداء الحرف من مخرجه،

أو من حيث المادة، فلا يبعد كفايته و عدم وجوب الإعادة، لأن اللازم القراءة على المتعارف و المعتاد، و من المعلوم وقوع ذلك من القارئ غالباً إلا من شذ منهم. نعم لو اشترط المستأجر عدم الغلط أصلاً، لزم عليه الإعادة مع العلم به في الجملة. و كذا الكلام في الاستئجار لبعض الزيارات المأثورة أو غيرها (٢).

الترتيب فقد فاتت الهيئته و لم يكن قراءة للسورة. و أوضح من ذلك قراءة كلمات الآية على غير الترتيب، فإنه لو كان المراد جنس القرآن جازت قراءة كلمات الآيات على غير الترتيب، لصدق الجنس على ذلك.

(١) هذا ليس لما ذكره (قده)، بل لأن غلبة وقوع الغلط تقتضى الاجتزاء بذلك، و إلا لجازت قراءة الكلمات على غير الترتيب، و لم يتعرض له، و ظاهره عدم جوازها، بل ينبغي القطع بذلك. فالوجه في الاكتفاء بقراءة ما وقع فيه الغلط هو ما ذكرناه و ذكره هو (قده) بعد ذلك في صورة اشتراط الترتيب في عقد الإجارة. و بالجملة: قوله (ره): «و لهذا» ينفيه قوله بعد ذلك: «لأن اللازم القراءة ..».

(٢) ما ذكره في آيات السور جار في فقرات الزيارة. و كذا جار

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٢٩

و كذا في الاستئجار لكتابة كتاب أو قرآن أو دعاء أو نحوها لا يضر في استحقاق الأجرة إسقاط كلمة أو حرف أو كتابتهما غلطاً.

[(التاسعة عشرة): لا يجوز في الاستئجار الحج البلدي أن يستأجر شخصاً من بلد الميت إلى النجف]

(التاسعة عشرة): لا يجوز في الاستئجار الحج البلدي أن يستأجر شخصاً من بلد الميت إلى النجف، و شخصاً آخر من النجف إلى مكة أو إلى الميقات، و شخصاً آخر منها إلى مكة، إذ اللازم أن يكون قصد المؤجر من البلد الحج و المفروض أن مقصده النجف مثلاً (١)، و هكذا، فما أتى

أيضاً في الاستئجار لكتابة الكتاب أو القرآن، و الالتزام بجواز قراءة الزيارة و كتابة الكتاب و القرآن على غير ترتيب الفقرات و السور أو الآيات، كما ترى. و لأجله يتضح ما ذكرناه من عدم جواز قراءة الآيات على خلاف الترتيب، و لا قراءة السور كذلك، فان الجميع من باب واحد. و لم يتعرض المصنف (ره) صريحاً لحكم الإجارة على قراءة الزيارة و على كتابة الكتاب أو القرآن، و لكن يفهم من قوله: «لا- يضر في استحقاق الأجرة ..» أن اعتبار الترتيب في الموارد الثلاثة المذكورة مفروغ عنه. و قد عرفت أن الفرق بينها و بين الاستئجار لقراءة القرآن غير ظاهر، بالنظر إلى طبع الكلام. نعم قد تقوم القرينة على خلاف ذلك، فلا بأس بالعمل بها، بل يمكن أن يدعى أن عدم الارتباط بين السور قرينة عامة على عدم ملاحظة الترتيب و لا يخلو من تأمل.

(١) هذا عين مفاد الدعوى التي ذكرها في صدر المسألة، ليس مسوقاً مساق التعليل لها. نعم ظاهر قوله: «فما أتى به من السير ليس ..»

أنه تعليل لها. و يشكل: بأنه لا يصلح أن يكون تعليلًا، إلا بناء على

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٣٠

به من السير ليس مقدمه للحج. و هو نظير أن يستأجر شخصاً لعمرة التمتع و شخصاً آخر الحج، و معلوم أنه مشكل، بل اللازم على القائل بكفايته أن يقول بكفاية استئجار شخص الركعة الأولى من الصلاة و شخص آخر الثانية، و هكذا، يتم.

القول بالمقدمة الموصلة، فإن ما أتى به من السير لا قصور في مقدميته للحج إلا عدم ترتب الحج عليه. و لذا قال بعض الأعظم في

حاشيته في المقام:

«لا يبعد أن يكون ما أفتى به من عدم الجواز مبنياً على ما اختاره في الأصول من تخصيص وجوب المقدمة بالموصلة». لكن لو كان مبناه ذلك كان اللازم أن يقول: «ليس واجباً»، بدل قوله: «ليس مقدمة للحج». فكأن مراده أن الواجب في الحج البلدى أن يحج الشخص عن السير من البلد بقصد الحج، فالسير من البلد لا يقصد الحج ليس قيدا للحج البلدى. فلا يكون مقدمة للحج. وهذا التعليل في غاية المتانة. وما ذكرناه آنفاً من أن السير من البلد الى النجف لا قصور في مقدمته للحج، إنما يصح بالإضافة إلى حج السائر، لا بالإضافة إلى حج غيره، إذ لا مقدمية بينه وبينه، فالتعليل لا يرتبط بالقول بالمقدمة الموصلة بوجه.

و نظير المقام وضوء زيد بالنسبة إلى صلاة عمرو، فإنه لا يكون مقدمة لها، وإنما يكون مقدمة لصلاة زيد نفسه. وهذا نظير أن يستأجره للصلاة عن ميت لا بقيد المباشرة، فيصلى الأجير بلا وضوء و يتوضأ شخص آخر مكانه. و كان الأولى للمصنف (ره) التمثيل به، لا التمثيل بالأمثلة التي ذكرها، فان فيها تبعض النيابة في الاجزاء، لا في الشروط والقيود، كما هو في فرض المسألة. ولا يلزم من عدم جواز التبعض في النيابة في الاجزاء، عدم جوازه فيها في القيود. فمنشأ الخلاف في جواز التبعض - كما في الحاشية المتقدمة - و عدمه - كما في المتن - هو أن الحج البلدى هل

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٣١

[(العشرون): إذا استؤجر للصلاة عن الميت فصلى و نقص من صلاته بعض الواجبات غير الركنية سهواً]

(العشرون): إذا استؤجر للصلاة عن الميت فصلى و نقص من صلاته بعض الواجبات غير الركنية سهواً، فإن لم يكن زائداً على القدر المتعارف الذى قد يتفق أمكن أن يقال لا ينقص من أجرته شيء (١)، و إن كان الناقص من الواجبات و المستحبات المتعارفة أزيد من المقدار المتعارف، ينقص من الأجرة بمقداره (٢)،

يعتبر فيه أن يكون الحاج قد خرج من البلد بقصد الحج إلى أن يحج، أولاً يعتبر فيه ذلك، بل يكفى أن يخرج شخص من البلد و إن كان غير الحاج؟

فعلى الأول: لا يجوز التبعض في النيابة و تعدد النائب، و إن قلنا بوجوب مطلق المقدمة كما هو المشهور، لأن خروج شخص غير من قام به الحج ليس مقدمة لحج غيره، نظير ما لو صلى النائب بوضوء نائب آخر. و على الثانى: يجوز التبعض، و إن قلنا بالمقدمة الموصلة، لأن المقدمة على هذا موصلة، لكون المفروض تحقق الحج مع وجود مقدمته، نظير ما لو صلى شخص نائب بثوب ظاهر قد غسله غيره، فان غسل غير المصلى مقدمة و موصلة لتحقيق الصلاة حسب الفرض.

فالإشكال على المحشى (قده) من وجهين: أحدهما: استظهاره من الدليل الدال على الحج البلدى: الاكتفاء بخروج غير الحاج من البلد، و هو في غاية من البعد. ثانيهما: بناؤه المنع على القول بالمقدمة الموصلة، و هو غير مبتن على ذلك. مع أن المقدمة في المقام موصلة حسب الفرض، لتحقيق الحج من النائب الثانى.

(١) لأن التعارف يكون قرينه على أن موضوع الإجارة ما يشمل الناقص.

(٢) لأن الأجرة موزعة على الجميع، فمع فوات البعض يفوت بعض الأجرة.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٣٢

إلا أن يكون المستأجر عليه الصلاة الصحيحة المبرئة الذمة (١) و نظير ذلك إذا استؤجر للحج فمات بعد الإحرام و دخول الحرم، حيث ان ذمة الميت تبرأ بذلك (٢)، فان كان المستأجر عليه ما يبرئ الذمة استحق تمام الأجرة، و الافتوزع و يسترد ما يقابل به بقية الأعمال.

(١) فإن الصلاة الناقصة لما كانت ميرثه للذمة كانت تمام موضوع الإجارة، فيستحق الآتى بها تمام الأجرة.

(٢) إجماعاً محققاً كما فى المستند، وبقسميه كما فى الجواهر، و يشهد له

مصحيح إسحاق بن عمار قال: «سألته عن الرجل يموت فيوصى بحجة فيعطى رجل دراهم يحج بها عنه فيموت قبل أن يحج ثم أعطى الدرهم غيره. فقال (ع): إن مات فى الطريق أو بمكة قبل أن يقضى مناسكه فإنه يجرى عن الأول» (١).

و إطلاقه و إن كان يشمل غير الفرض، لكن لا يقدر فى جواز الاستدلال به على الفرض. و يعضده ما ورد من النصوص فىمن مات بعد دخول الحرم،

كصحيح ضريس عن أبى جعفر (ع) قال: «فى رجل خرج حاجاً حجة الإسلام فمات فى الطريق. فقال: إن مات فى الحرم فقد أجزأت عنه حجة الإسلام، و إن مات دون الحرم فليقض عنه و ليه حجة الإسلام» (٢).

و قريب منه غيره، فإنها و إن كان المنصرف منها الحاج عن نفسه، لكن يقرب جداً كونه من أحكام مطلق الحج، أو لأن الأصل فى حج النائب أن يكون بحكم حج المنوب عنه، و تمام الكلام فى هذه المسألة موكول الى محله من كتاب الحج. وَ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ*.

(١) الوسائل باب: ١٥ من أبواب النيابة حديث: ١

(٢) الوسائل باب: ٢٦ من أبواب وجوب الحج حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٣٣

.....

الى هنا انتهى ما أردنا تعليقه على كتاب الإجارة من كتاب العروة الوثقى، فى جوار المشهد المقدس الحيدرى على مشرفه أفضل الصلاة و السلام، يوم الثلاثاء، فى اليوم الثالث و العشرين من شهر جمادى الثانية، سنة الألف و الثلاثمائة و اثنتين و سبعين هجرية، على مهاجرها أفضل الصلاة و أكمل التحية، وَ مَا تَوْفِيقِي إِلَّا بِاللَّهِ عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ وَإِلَيْهِ أُنِيبُ.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٣٤

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ*

[كتاب المضاربة]

إشارة

كتاب المضاربة و تسمى قراضاً عند أهل الحجاز (١). و الأول من الضرب، لضرب العامل فى الأرض لتحصيل الربح، و المفاعلة باعتبار كون المالك سبباً له و العامل مباشراً (٢).

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ، و الصلاة و السلام على سيد النبيين و أشرف المرسلين محمد و آله، الغر الميامين الطيبين الطاهرين.

كتاب المضاربة

(١) بذلك صرح فى التذكرة و المسالك و غيرهما، كما صرحوا بأنه سمي مضاربة عند أهل العراق.

(٢) يشير الى أن المفاعلة لا- بد فيها من الاشتراك، وقد ذكر ذلك في كلام جماعة كثيرة، منهم صاحب الجواهر، على نحو يظهر منهم المفروغية عنه. ولكن لا أصل له، كما يظهر من ملاحظة موارد الاستعمال فتقول: طالعت الكتاب، و تابعت زيدا، و باركت له، و ناولته الكتاب،

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٣٥

.....

و سافرت و آويته، و جازفت .. الى غير ذلك مما لا يحصى، و كل ذلك لا مشاركة فيه. نعم الذي يقتضى المشاركة التفاعل، مثل: تضاربا، و تجادلا، و تكافحا، و تعاوضا .. الى غير ذلك. و أما المفاعلة: فإنها تقتضى السعى إلى الفعل، فإذا قلت: قتلت، فقد أخبرت عن وقوع القتل، و إذا قلت: قاتلت، كنت قد أخبرت بالسعى إلى القتل، فربما يقع و ربما لا يقع، و لا تقتضى المشاركة. نعم ربما تكون المادة مقتضية للمشاركة، لكنها حينئذ ليست من مفاد الهيئة. و لأجل ذلك لا حاجة الى تكلف بيان وجه المشاركة في المقام، و هو إما ما ذكره المصنف، و لعله المشهور، المبني على حمل الضرب على الضرب في الأرض. أو لأن كلا منهما يضرب الريح بسهمه، كما ذكره في التذكرة و المسالك. و قيل:

إنه من الضرب في المال و تقليبه، كما حكى في التذكرة و المسالك. لكن على هذا لا مشاركة، لأن الفاعل لذلك العامل لا غير. إلا أن يكون المقصود من مشاركة المالك سببته لذلك، كما سبق في المعنى الأول، و في الجواهر: «لعل الأولى من ذلك في تحقق المفاعلة ضرب كل منهما فيما هو للآخر من المال و العمل». و كأن مراده من الضرب في المال و العمل الأخذ من نمائه و ناتجه، فكان كل واحد منهما قد ضرب فيما هو للآخر و أخذ منه. و لا يخفى أن لازم المشاركة في المقام أن كلا من المالك و العامل مضارب للآخر، مع أن الظاهر أن المضارب هو العامل، و المالك ليس بمضارب. قال في التذكرة: «و لم يشتق أهل اللغة لرب المال من المضاربة اسماً»، و نحوه في المسالك، و في الجواهر: «لم نثر على اشتقاق أهل اللغة اسماً لرب المال من المضاربة ..». فالأولى أن يكون معنى المضاربة مغالبة الناس على أموالهم بالطرق الشرعية، و العامل هو الذي

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٣٦

و الثاني من القرض، بمعنى: القطع (١). لقطع المالك حصه من ماله و دفعه إلى العامل ليتجر به (٢). و عليه العامل مقارض بالبناء للمفعول (٣) و على الأول مضارب بالبناء للفاعل.

يقوم بهذه المضاربة، دون المالك، فتختص المضاربة به.

و الذي يتحصل مما ذكرنا أمران: (الأول): أن هيئة المفاعلة لا تدل على المشاركة، و إنما تدل على سعى الفاعل نحو الفعل، و المشاركة خارجة عن مفهومها، نعم ربما تستفاد من المادة في بعض المقامات أو من قرائن خارجية: (و الثاني): أن المراد من الضرب في المضاربة المعنى المجازي الذي يحصل من التغلب على أموالهم بالطرق المشروعة، فالمضاربة في المقام المغالبة على الناس في أخذ أموالهم و استرباحها، و يمتاز المقام من أنواع الاتجار الأخرى: بأن دفع المال إلى العامل بقصد التغلب و الاسترباح، بخلاف سائر موارد الاتجار، فقد يكون المقصود مجرد التبدل و التقلب بلا نظر إلى الريح و زيادة المال.

(١) صرح بذلك في التذكرة و المسالك و غيرهما.

(٢) يحتمل أن القرض الملحوظ في مادة القراض ليس هو دفع مقدار من ماله و تمكينه منه، بل المقصود الربح الذي يكون من المال، الذي يصير للعامل، لما عرفت من أن (فاعل) يدل على السعى نحو الفعل، لا نفس إيقاع الفعل، و الا كان قارض بمعنى قرض، يعنى:

ملك قطعته من ماله لغيره.

(٣) لأنه المفعول به، وليس فاعلاً. ومن ذلك يتضح ما ذكرناه من أن قارض لا يدل على المشاركة، وإلا كان كل من المالك و العامل فاعلاً ومفعولاً به مقارضاً - بالكسر - ومقارضاً - بالفتح - ومن ذلك مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٣٧

و كيف كان عبارة عن دفع الإنسان (١) مالاً إلى غيره ليتجر به على أن يكون الربح بينهما، لا أن يكون تمام الربح للمالك، ولا أن يكون تمامه للعامل. و توضيح ذلك (٢): أن من دفع مالا إلى غيره للتجارة (تارة): على أن يكون الربح بينهما، و هي مضاربة (و تارة): على أن يكون تمامه للعامل، و هذا داخل في عنوان القرض إن كان بقصده (٣) (و تارة): على أن يكون تمامه للمالك، و يسمى عندهم باسم البضاعة (و تارة): لا يشترطان شيئاً، و على هذا أيضاً يكون تمام الربح للمالك،

يظهر أن القراض قائم بين المالك و العامل، و المضاربة قائمة بين العامل و غير المالك من الناس الذين يتجر معهم، هذا بحسب الاشتقاق، و أما في الاصطلاح فهي قائمة بين المالك و العامل، و هما طرفا الإيجاب و القبول.

(١) لا يخفى أن المضاربة من الإنشاءات، و الدفع معنى خارجي، فليست هي الدفع، بل الدفع من مقتضياتها، و انما هي المعاملة بين المالك و العامل على أن يتجر العامل بمال المالك، و يكون له بعض ربحه. فتفسيرها بالدفع - كما ذكره في النافع و التذكرة و المسالك و غيرها - مبني على نحو من المساهلة.

(٢) هذا التوضيح ذكره في الشرائع، و تبعه على ذلك في التذكرة و المسالك و غيرها.

(٣) هذا القيد لم يتعرض له في الشرائع و التذكرة و المسالك. و اشكاله ظاهر، فان القرض تمليك المال بعوض في الذمة مثله أو قيمته، و هو من العناوين الإيقاعية لا يتحقق إلا بالقصد، فكيف يكون دفع المال إلى العامل على أن يكون له تمام الربح قرضاً من دون قصد؟! كما أشار إلى ذلك

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٣٨

فهو داخل في عنوان البضاعة. و عليهما يستحق العامل أجره المثل لعمله (١) إلا أن يشترط عدمه، أو يكون العامل قاصداً التبرع. و مع عدم الشرط و عدم قصد التبرع أيضاً له أن يطلب

الأردبيلي (قده). و احتمال في الرياض: أن يكون مراد التذكرة و المسالك من كونه قرضاً أن ذلك حكم القرض، لا- أنه قرض موضوعاً، و كذلك قصدهما من كونه قراضاً في صورة اشتراط أن يكون الربح لهما. و هو كما ترى غير ظاهر. كما أنه احتمال صحة ما ذكره و عدم لزوم القصد في حصول القرض، للمعتبرة المستفيضة، التي منها الصحيح و الموثق و غيرها [١] من أنه من ضمن تاجراً فليس له إلا رأس ماله و ليس له من الربح شيء، لظهورها في أنه بمجرد تضمين المالك للمضارب يصير المال قرضاً و يخرج عن المضاربة و ان لم يتقدم عقد القرض، و هو في معنى اشتراطه الربح للعامل، فإن الأمرين من لوازم القرض. انتهى. و هو كما ترى، إذ لو بنى على الأخذ بهذه النصوص، التي مرجعها إلى ما اشتهر عن أبي حنيفة من أن الخراج بالضمان، فهو مختص بالتضمين، و هو غير مورد كلام التذكرة و المسالك. و رجوع التضمين و اشتراط الربح للعامل إلى ذلك ممنوع، فان التضمين لا يوجب خروج المال المضمون عن ملك المالك و دخوله في ملك الضامن.

(١) ظاهر عبارتي التذكرة و المسالك: أنه مع اشتراط كون الربح للمالك لا شيء للعامل، و نسبه في الرياض أيضاً الى ظاهر غيرهما من الأصحاب، ثم قال: و هو حسن إن لم يكن هناك قرينه من عرف أو عادة

[١] يشير إلى رواية محمد بن قيس «١» المروية بطريق فيها الصحيح والحسن والموثق. منه قدس سره.

(١) الوسائل باب: ٤ من أبواب كتاب المضاربة حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٣٩

الأجرة، إلا أن يكون الظاهر منهما في مثله عدم أخذ الأجرة وإلا فعمل المسلم محترم (١) ما لم يقصد التبرع.

بلزومه. وإلا فالمتجه لزومه». كما أنه استشكل عليهما في الحكم بأجرة المثل في صورة عدم اشتراط شيء للعامل، وأنه لا دليل عليه، والأصل عدمه. و مرجعه الى قيام احتمال التبرع و لا- أجرة معه. انتهى. و كأن احتمال التبرع هو الوجه في ما استحسنته في الفرض السابق من عدم الأجرة، وقد ذكره (قده) أنه إذا انتفى احتمال التبرع وجبت الأجرة، بلا خلاف في الظاهر، لئلا يلزم الضرر على العامل الناشئ من إغراء المالك له بتربيته إلى العمل تحصيلاً لما يآزانه من الأجرة. انتهى. والمتحصل من كلامه أمور: (الأول): أنه لا ضمان لعمل العامل على المالك مع احتمال التبرع، للأصل. وقد سبقه إلى ذلك المحقق الأردبيلي: (الثاني): أنه إذا قامت قرينته من عرف أو عادة بلزوم الأجرة لزم. (الثالث): أنه مع عدم احتمال التبرع تجب الأجرة، لئلا يلزم الضرر. ويشكل الأول:

بأن استيفاء عمل الغير موجب للضمان كاستيفاء ماله، حتى مع احتمال التبرع ما لم يثبت التبرع، وعلى ذلك استقرت طريقة العرف والعقلاء، بلا رادع عنها، كما أوضحنا ذلك في كتاب الإجارة وغيره من هذا الشرح، ومع الشك في التبرع يبنى على أصالة عدمه عندهم، لا على أصالة البراءة. ويشكل الأخير: بأن أدلة نفي الضرر لا تقتضى الضمان، لأنها نافية لا مثبتة.

(١) استشكل في الجواهر على ما ذكرناه في التذكرة والمسالك من عدم الأجرة إذا اشترط المالك أن يكون الربح له: بأن ذلك خلاف قاعدة احترام عمل المسلم، وتبعه عليه المصنف، وقد عرفت في كتاب الإجارة أن قاعدة الاحترام نفسها لا تصلح لإثبات الضمان على المالك، نظير: قاعدة نفي الضرر، وإنما تقتضى قاعدة الاحترام حرمة وعدم جواز استيفائه

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٤٠

و يشترط في المضاربة الإيجاب والقبول (١).

جبراً أو كرهاً، فالعمدة في وجه الضمان ما ذكرناه من أن استيفاء عمل العامل موجب لضمانه عند العرف والعقلاء من دون رادع عنه. (١) دعوى الإجماع على كون المضاربة من العقود المحتاجة إلى الإيجاب والقبول صريحة وظاهرة في كلام جماعة، وقد ذكرنا في بعض مباحث النكاح أن المعيار في كون المعنى الإنشائي عقداً أو إيقاعاً ليس بلحاظ مفهومه ذاتاً بمعنى أن المفهوم العقدي يخالف المفهوم الإيقاعي ذاتاً، و لا- بالنظر إلى كونه قائماً بين شخصين أو شخص واحد، بل المعيار كونه تحت ولاية شخص واحد أو شخصين، فان كان تحت ولاية شخص واحد فهو إيقاع، وان كان تحت ولاية شخصين فهو عقد. ولما كان مفاد المضاربة خروج حصه من الربح من ملك صاحب المال، ودخولها في ملك العامل، وكان الخروج عن الملك قهراً خلاف قاعدة السلطنة على المال، كما أن الدخول في الملك قهراً خلاف قاعدة السلطنة على النفس، تعين أن يكون ذلك تحت ولاية المالك والعامل معاً، فيكون ذلك المفهوم عقداً، محتاجاً إلى الإيجاب من أحدهما، والقبول من الآخر، وإذا فرض كون المالك والعامل سفيهين وليهما واحداً فالمضاربة حينئذ إيقاع يكتفى فيها بالإيجاب بلا قبول. كما أن الزوج والزوجة إذا كانا بالغين فالنكاح بينهما عقد يحتاج إلى الإيجاب والقبول، فاذا اتفق أنهما رقان لمالك واحد كفى في حصول النكاح بينهما إيجاب المالك بلا حاجة إلى القبول، وكذا إذا عقد الجد لابن ابنه على بنت ابنه الآخر فإنه يكفي في حصول النكاح بينهما أن يقول: زوجت فلانة من فلان. بل الوكيل على التزويج

من الطرفين كذلك. نعم إذا كان وكيلا من أحدهما على الإيجاب و من الآخر على القبول تعين الإيجاب و القبول معاً.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٤١

و يكفى فيهما كل دال، قولاً، أو فعلاً (١). و الإيجاب القولى كأن يقول: ضاربتك على كذا، و ما يفيد هذا المعنى. فيقول: قبلت.

[و يشترط فيها أيضاً- بعد البلوغ، و العقل، و الاختيار و عدم الحجر لفلس أو جنون أمور]

إشارة

و يشترط فيها أيضاً- بعد البلوغ، و العقل، و الاختيار (٢) و عدم الحجر لفلس أو جنون (٣)- أمور:

(١) لما دل على صحة المعاطاة و كونها عقداً فعلياً لا قولياً، و العقدية لا تتوقف على الإنشاء باللفظ، بل تكون بالإنشاء بالفعل أيضاً بلا فرق إلا فى بعض الأحكام المذكورة فى مبحث المعاطاة، التى قد لا تطرد هنا.

و فى الرياض: «و من لوازم جوازها وقوع العقد بكل لفظ يدل عليه، و فى اشتراط وقوع قبوله لفظياً، أو جوازه بالفعل أيضاً، قولان، قوى ثانيهما فى الروضة تبعاً للتذكرة، و يظهر منهما عدم الخلاف بيننا فيه، و فى الاكتفاء فى طرف الإيجاب بكل لفظ، فان تم، و الا فالأولى خلافهما اقتصاراً فيما خالف الأصل على المتيقن»، و ظاهره المفروغية عن عدم جواز الإيجاب بالفعل. و لكنه غير ظاهر، بل ممنوع. و مثله الأصل الذى ذكره، فان العمومات كافية فى رفع الأصل و المنع من جريانه، يتضح ذلك بملاحظة مباحث المعاطاة.

(٢) هذه الأمور شروط فى عموم تصرفات الإنسان فى ماله و نفسه، و بيان أدله ذلك موكول الى كتاب الحجر، و قد تعرض الفقهاء- قدس سرهم- لذلك فى الجملة فى كتاب البيع، لأنه أول الكتب المتعلقة بالتصرفات الاعتبارية تحريراً، و قل ما يتعرضون لذكر ذلك فى غيره.

حكيم، سيد محسن طباطبائي، مستمسك العروة الوثقى، ١٤ جلد، مؤسسه دار التفسير، قم - ايران، اول، ١٤١٦ هـ ق

مستمسك العروة الوثقى؛ ج ١٢، ص: ٢٤١

(٣) ذكر الجنون مستدرک للاكتفاء بذكر اشتراط العقل سابقاً.

و كان اللازم ذكر السفه بدله، لما دل على حجر السفه عن تصرفه فى ماله فلا تصح المضاربة إذا كان المالك سفيهاً، كما لا تصح إذا كان العامل

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٤٢

[الأول: أن يكون رأس المال عيناً]

الأول: أن يكون رأس المال عيناً (١)، فلا تصح بالمنفعة، و لا بالدين، فلو كان له دين على أحد لم يجز أن يجعله مضاربة إلا بعد قبضه. و لو أذن للعامل فى قبضه، ما لم يجدد العقد بعد القبض. نعم لو و كله على القبض و الإيجاب من طرف المالك و القبول منه، بأن يكون موجباً قابلاً، صح.

سفيهاً، لعدم الفرق في حجر السفية بين أن يكون المال عيناً أو عملاً، أما الفليس فليس عدمه شرطاً في العامل، وإنما هو شرط في المالك، وإن كان ظاهر العبارة أنه شرط فيهما معاً، كالبلوغ والعقل. لكن سيأتي في المسألة الثالثة من مسائل الختام أن كلامه هنا مختص بالمالك.

(١) وفي الجواهر: دعوى الإجماع بقسميه عليه، وفي التذكرة:

«الأول أن يكون من التقدين دراهم و دنانير، مضروبةً منقوشةً، عند علمائنا»، وفيها: «لا يجوز القراض على الديون، ولا نعلم فيه خلافاً. قال ابن المنذر: أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم أنه لا يجوز أن يجعل الرجل ديناً له مضاربةً..»، وفي المسالك: «اشتراط ذلك في المال موضع وفاق، نقله في التذكرة. وهو العمدة»، وفي الرياض استدلل عليه بعد الإجماع: بأنه القدر المتيقن في الخروج عن أصالة عدم ترتب الأثر، بل أصالة كون الربح للمالك. ولا مجال للتمسك بعموم الوفاء بالعقود في المقام لمنع الأصل المذكور، لاختصاصه بالعقود اللازمة.

كما لا مجال للتمسك بإطلاقات المضاربة، لعدم ورودها في مقام البيان من هذه الجهة، فينبغي الاقتصار على المتيقن من النص و الفتوى، وهو خصوص التقدين. وفي الجواهر الاشكال على ذلك: بأنه يكفي في الصحة قوله تعالى (إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ) ونحوه. وفيه: أن ذلك إنما يقتضى الصحة، ولا يقتضى كونها مضاربةً. ومن ذلك يظهر أنه لو سلم

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٤٣

.....

جواز التمسك بعموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) «١» فإنما يقتضى الصحة أيضاً ولا يقتضى كونها مضاربةً، وأما الإطلاقات المقامية فلا تجدى شيئاً، إذ مقتضاها صحة المضاربة التي عند العرف، ولم يثبت أن المعاملة على الدين والمنفعة مضاربة عند العرف، والأصل عدم ترتب أحكام المضاربة عليها.

نعم إذا كان مراد الأصحاب من عدم الصحة في الدين والمنفعة عدم الصحة مطلقاً لا مضاربةً ولا غيرها، كان الاشكال عليهم في محله، إذ الصحة مقتضى بعض العمومات. اللهم إلا أن يدعى اختصاص العمومات بالعقود المتعارفة، فلا تقتضى صحة غيرها. لكنه محل منع، إذ لا مقتضى لهذا التخصيص، والأصل عدمه. اللهم إلا أن يقال: الأصل رجوع الربح إلى مالك الأصل، فثبوته لغيره خلاف دليل صحة المعاملة على ماله، فيكون الأصل بطلان العقد المذكور ما لم يقم عليه دليل بالخصوص. وفيه:

أن المضاربة لما كانت من سنخ المعاوضة، لأن الحصه من الربح في مقابل العمل، فالمراد من دخول حصه الربح في ملك العامل أن ذلك بعد أن تدخل في ملك المالك، عملاً بمقتضى المعاوضة، ليكون ضمان عمل العامل بمال المالك في ظرف أنه مال المالك، ولا بد أن يكون ذلك بعد الدخول في ملك المالك، وهكذا ما كان من هذا القبيل. وأما الإجماع على اشتراط ذلك فالقدر المتيقن أنه شرط في المضاربة، لا مطلقاً. ومن ذلك تعرف الاشكال فيما ذكره في الجواهر في شرح قول ماتنه: «ولو دفع آله الصيد كالشبكة بحصته، فاصطاد، كان الصيد للصائد، وعليه أجره الآله»، قال في الجواهر: «لم يكن مضاربة قطعاً، لانتفاء الشرط، ولا شركة، لعدم الامتزاج، ولا اجارة، لعدم معلومية الأجره، فليس هي إلا معاملة باطله». وحاصل الاشكال: أنه لا دليل على انحصار المعاملة الصحيحة

(١) المائدة: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٤٤

و كذا لو كان له على العامل دين لم يصح جعله قراضاً (١).

إلا أن يوكله في تعيينه ثم إيقاع العقد عليه بالإيجاب و القبول بتولى الطرفين.

[الثاني: أن يكون من الذهب أو الفضة المسكوكين بسكة المعاملة]

الثاني: أن يكون من الذهب أو الفضة المسكوكين بسكة المعاملة، بأن يكون درهماً أو ديناراً، فلا تصح بالفلوس ولا بالعروض، بلا خلاف بينهم، وإن لم يكن عليه دليل سوى دعوى الإجماع (٢). نعم تأمل فيه بعضهم (٣). وهو في محله، لشمول العمومات، إلا أن يتحقق الإجماع، وليس

في أحد الأقسام، و عموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) (١) ونحوه يقتضى عدم الانحصار، و حمله على المتعارف - لو سلم - لا يقتضى عدم شمول المورد، لأنه من المتعارف، و حمله على ما تعارف عند الفقهاء غريب.

(١)

□
ففي رواية السكوني عن أبي عبد الله (ع): «قال أمير المؤمنين (ع) في رجل له على رجل مال فيتقاضاه و لا (فلا. خ ل) يكون عنده (ما يقتضيه. خ ل) فيقول: هو عندك مضاربة. قال (ع): لا يصلح حتى تقبضه منه» (٢).

(٢) في الجواهر: دعوى الإجماع بقسميه عليه، و قد تقدم في التذكرة نسبته إلى علمائنا، و قد اشتهرت دعوى الإجماع على ذلك في كلام جماعة كثيرة.

(٣) قال في الحدائق: «إن من لا يلتفت إلى دعوى مثل هذه الإجماعات، لعدم ثبوت كونها دليلاً شرعياً فإنه لا منع عنده من الحكم بالجواز في غير التقدين، نظراً إلى عموم الأدلة على جوازه، و تخصيصها يحتاج إلى دليل شرعي، و ليس فليس». أقول: قد عرفت أن مراد الأصحاب إن كان عدم صحة المضاربة بغير الدينار و الدرهم، فهو في

(١) المائدة: ١.

(٢) الوسائل باب: ٥ من كتاب المضاربة حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٤٥

ببعيد، فلا يترك الاحتياط. و لا بأس بكونه من المغشوش الذي يعامل به (١)، مثل الشاميات و القمرى و نحوها. نعم لو كان مغشوشاً يجب كسره (٢)

محله، للأصل بعد عدم ثبوت كون المعاملة حينئذ مضاربة عند العرف، و لا حاجة إلى دعوى الإجماع في ذلك و إن كان مرادهم عدم الصحة أصلاً و لو لا بعنوان المضاربة، فهو غير ظاهر، و لم يثبت إجماعهم عليه، كما عرفت ذلك في اشتراط السابق.

(١) بعد ما عرفت من أن الشرط أن يكون المال درهماً أو ديناراً لا فرق بين كونهما مغشوشين أولاً، للإطلاق، إذ الدرهم و الدينار القطعة من الفضة أو الذهب المسكوكة للمعاملة و إن كان فيها غش، و لذا تجب فيهما الزكاة، كما ذكر ذلك في الجواهر. نعم إذا كان الغش مانعاً من صدق الذهب و الفضة لغلبة الخليط لم تصح المضاربة، لعدم كونها درهماً أو ديناراً. و لذا يشكل الحكم في مثل القمريات و الشاميات، لعدم صدق الفضة عليهما، لغلبة الخليط. و من ذلك يشكل ما ذكره المصنف بقوله:

«مثل الشاميات و القمرى» فان التعامل نفسه لا يكفى في صحة المضاربة بهما، لعدم صدق الذهب و الفضة عليهما.

(٢)

□
في خبر المفضل بن عمرو الجعفي قال «كنت عند أبي عبد الله (ع) فلقى بين يديه دراهم، فألقى إلى درهماً منها. فقال: أيش هذا؟

فقلت:

ستوق. فقال: وما الستوق؟ فقلت: طبقتين فضة و طبقة من نحاس و طبقة من فضة. فقال (ع): اكسرها، فإنه لا يحل بيع هذا و لا إنفاقه»
 (١)

لكن قال في الجواهر: «الظاهر عدم وجوب الكسر و إن نص عليه في الخبر السابق، إلا- انى لم أجد من أفتى به بل الفتوى و باقى النصوص على

(١) الوسائل باب: ١٠ من أبواب الصرف حديث: ٥.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٤٦

– بأن كان قلباً- لم يصح (١) و إن كان له قيمة، فهو مثل الفلوس. و لو قال العامل: بع هذه السلعة و خذ ثمنها قراضاً لم يصح (٢)، إلا أن يوكله فى تجديد العقد عليه بعد أن نص ثمنه.

[الثالث: أن يكون معلوماً قدرأ و وصفاً]

الثالث: أن يكون معلوماً قدرأ و وصفاً (٣)،

خلافه». و يشير بذلك إلى

صحيح محمد بن مسلم: «قلت لأبى عبد الله (ع):

الرجل يعمل الدراهم يحمل عليها النحاس أو غيره، ثم يبيعها. قال (ع):

إذا بين (الناس. خ) ذلك فلا بأس» (١)

و قريب منه غيره.

(١) لخروجه عن الدرهم و الدينار و إن كان خالصاً، فضلاً عما إذا لم يكن، لاختصاصهما بما كان مسكوكاً بسكة المعاملة، فلا يشملان غيره.

(٢) لفقد الشرط الأول. و كان الأنسب ذكر هذا الشرط فيما سبق.

(٣) على المشهور، بل ظاهر التذكرة: أنه لا خلاف فيه بيننا، و حكى عن الشيخ فى الخلاف. و لكن عن المبسوط: أنه حكى عن بعض

بطلان المضاربة بالجزاف، و حكى عن بعض: الصحة، ثم قال: «و هو الأقوى عندى» و عن المختلف: اختياره. لعموم أدلة الصحة، من

دون دليل واضح على المنع. و فى الشرائع: اشتراط أن يكون المال معلوم المقدار، و استدلل له فى الجواهر بما دل على النهى عن الغرر

[١] ثم أجاب عنه

[١] روى ذلك بنحوين: أحدهما: ما دل على النهى عن الغرر بقول مطلق، رواه فى التذكرة فى المسألة: ٢ من الركن الثالث من الفصل

الثانى من كتاب الإجارة. و يمكن استفادته مما رواه فى الوسائل باب: ١٠ من أبواب عقد البيع و شروطه حديث: ٢. و باب: ١٢ منها

حديث: ١٣ و الآخر: ما دل على النهى عن بيع الغرر، و قد تقدمت الإشارة فى صفحة: ٧ من هذا الجزء الى روايته فى الوسائل و كنز

العمال و صحيح الترمذى و الموطأ. فراجع كما رواه فى مستدرک الوسائل باب: ٣١ من أبواب آداب التجارة حديث: ١

(١) الوسائل باب: ١٠ من أبواب الصرف حديث: ٢.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٤٧
و لا تكفى المشاهدة (١) و إن زال به معظم الغرر.

بأن النهى عن الغرر مختص بالبيع، ثم قال: «اللهم إلا أن يقال: بأن فى بعض النصوص النهى عن الغرر، فيشمل المقام، بل لو سلم تحقق إطلاق فى المضاربة يشمل محل الفرض كان التعارض من وجه، و الترجيح للأول بفتوى المشهور بذلك». و الاشكال عليه ظاهر، فان النص لم يثبت بنحو يعتمد عليه. و لو سلم فلا يمكن الأخذ بظاهره، لكثرة التخصيص. و لو سلم فالفتوى لا تصلح للترجيح. نعم يكون ترجحه لأنه لو لم يؤخذ به فى مقابل عموم الصحة لم يبق له مورد، للمعارضه دائماً بينهما. و كأنه لذلك قال بعد ذلك: «و التحقيق إن لم يكن إجماع عدم قبح الجهالة التى تؤول إلى العلم، نحو أن يقع العقد على ما فى الكيس، لإطلاق الأدلة أو عمومها. نعم بناء على عدم عموم أو إطلاق فلا ريب أن الأصل الفساد.

أما الجهالة التى لا تؤول إلى العلم فالظاهر عدم جوازها، لعدم إمكان تحقق الربح معها، و هو روح هذه المعاملة. فتأمل جيداً. لكن ما ذكر من أن الربح روح المعاملة المذكورة مسلم، لكن يمكن الرجوع فى تعيين مقداره إلى القرعة، و لو بأن يجعل ذلك شرطاً فيها، أو الى حكم الحاكم مع التنازع أو غير ذلك، و لا يقتضى البطلان. و لو أنه استدل على بطلان المضاربة بقصور الإطلاق عن إثبات الصحة، فالمرجع الأصل، المقتضى للبطلان، كان متيناً.

(١) حكى فى جامع المقاصد عن الشيخ فى المبسوط الاكتفاء بالمشاهدة فى جواز المضاربة و صحتها، لزوال معظم الغرر. لكن زوال معظم لا يجدى مع بقاء الغرر بناء على النهى عنه، و لا حاجة إليها بناء على عدم النهى عنه، فالتفصيل غير ظاهر.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٤٨

[الرابع: أن يكون معيناً]

الرابع: أن يكون معيناً (١)، فلو أحضر مالين و قال: قارضتك بأحدهما، أو بأيهما شئت، لم ينقصد إلا أن يعين ثم يوقعان العقد عليه. نعم لا فرق بين أن يكون مشاعاً أو مفروزاً (٢) بعد العلم بمقداره و وصفه (٣)، فلو كان المال مشتركاً بين شخصين، فقال أحدهما للعامل: قارضتك بحصتى فى هذا المال، صح مع العلم بحصته من ثلث أو ربع. و كذا لو كان للمالك مائة دينار مثلاً، فقال: قارضتك بنصف هذا المال، صح.

[الخامس: أن يكون الربح مشاعاً بينهما]

الخامس: أن يكون الربح مشاعاً بينهما، فلو جعل لأحدهما مقداراً معيناً و البقية للآخر، أو البقية مشتركة بينهما لم يصح (٤).

(١) و عليه الإجماع، فإن المبهم المردد لا وجود له فى الخارج، فلا يكون موضوعاً للاحكام.
(٢) بلا خلاف و لا اشكال عندنا، كما فى الجواهر. و يقتضيه إطلاق أدلة الصحة مع صدق المضاربة عرفاً معه. نعم لو فرض الشك فى الصدق لاحتمال اعتبار الإفراز فى صدق المفهوم عرفاً فالإطلاق لا مجال للمسك به، بل المرجع أصالة عدم الأثر. هذا بالنسبة إلى أثر المضاربة، أما بالنسبة إلى أثر العقد فلا مانع من البناء عليه، عملاً بالعموم الدال على صحة العقود فحينئذ يكون نفى الشرطية مستنداً إلى الإجماع لا غير.

(٣) بناء على ما تقدم من اشتراط العلم بالمقدار.

(٤) قال فى الحدائق: «الظاهر أنه لا- خلاف بينهم فى أنه يشترط فى الربح الشيع، بمعنى أنه يشترط أن يكون كل جزء جزء منه

مشاركاً،

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٤٩

[السادس: تعيين حصة كل منهما من نصف أو ثلث]

السادس: تعيين حصة كل منهما (١) من نصف أو ثلث

لأنه مقتضى المضاربة، كما تنادى به الاخبار المتقدمة في حكمها: بأن الربح بينهما. يعنى: كل جزء جزء منه، و ما لم يكن مشتركاً فإنه خارج عن مقتضاها، فهذا الشرط داخل في مفهوم المضاربة» و يظهر من كلمات غيره الإجماع على الحكم المذكور. و فى الشرائع: علله بعدم الوثوق بحصول الزيادة، فلا تتحقق الشركة. انتهى. و إشكاله ظاهر بعدم اطراده فى صورة الوثوق بحصول الزيادة. و أما ما فى الحدائق فمبنى على ظهور النصوص فى كون الربح بينهما على وجه الاشتراك على الإشاعة، لا- بمجرد الاشتراك، و إلا- فهو حاصل فى الصورة المذكورة أيضاً، و على الأول فالشرط المذكور يكون منافياً لمفهوم العقد كما اختاره طاب ثراه، لا منافياً لحكمة، إذ من البعيد جداً أن يكون حكماً لها مع عموم مفهومها، فيكون الحكم على خلاف المفهوم. فإذا ما ذكره هو ظاهر النصوص، لا ما يتخيل من أن ظاهر النصوص بيان حكمها لا مفهومها. فلاحظ.

(١) بلا- خلاف، كما فى التذكرة، بل ظاهر أنه لا خلاف فيه بين المسلمين، و قد ذكره الأصحاب شرطاً للمضاربة على نحو ذكر المسلمات، من دون تعرض منهم لنقل خلاف أو إشكال فكأنه لا خلاف فيه بيننا.

و المراد به إن كان تعيين الحصة فى مقابل ترديدها، بأن تكون معينة لا مرددة فدليله واضح، إذ المردد لا يقبل الملك، كما لا يقبل غيره من الاحكام، و ان كان المراد تعيينها عندهما بمعنى كونها معلومة المقدار عندهما، فى مقابل المجهولة- كما هو ظاهر كلامهم- فلا تصح المضاربة إذا قال للعامل:

و لك مثل ما شرط فلان، فدليله غير ظاهر، لما عرفت فى الشرط الثانى من عدم الدليل على مانعية الغرر على نحو الكلية. اللهم إلا أن يحصل الشك حينئذ فى صدق المضاربة عرفاً، فلا يمكن الرجوع إلى إطلاق

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٥٠

أو نحو ذلك، إلا أن يكون هناك متعارف ينصرف إليه (١) الإطلاق.

[السابع: أن يكون للربح بين المالك و العامل]

السابع: أن يكون للربح بين المالك و العامل، فلو شرط جزء منه لأجنبى عنهما، لم يصح (٢). إلا أن يشترط عليه عمل متعلق بالتجارة (٣). نعم ذكروا أنه لو اشترط كون جزء من الربح لغلام أحدهما صح، و لا بأس به خصوصاً على القول بأن العبد لا يملك، لأنه يرجع إلى مولاه، و على القول الآخر يشكل. إلا أنه لما كان مقتضى القاعدة صحة الشرط حتى للأجنبى (٤)، و القدر المتيقن من عدم الجواز ما إذا لم يكن غلاماً لأحدهما، فالأقوى الصحة مطلقاً. بل لا يبعد

أدلة أحكامها بل يرجع الى أصالة عدم ترتب الأثر. لكن لا مانع من صحة المعاملة مع الجهل لا بعنوان المضاربة.

(١) فيكون الانصراف موجباً للعلم بالمقدار.

(٢) لظهور النصوص فى كون الربح بينهما لا غير، فلا تكون مضاربة إذا كان بينهما و بين غيرهما. مضافاً إلى الأصل الذى عرفته بناء على الشك فى صدق المضاربة عرفاً حينئذ.

(٣) فيكون الأجنبي عاملاً- آخر، فتكون المضاربة بين المالك و عاملين أو يكون من قبيل الحمال و نحوه إذا لم يكن عمله التجارة، فيكون أحد مصارف الربح فيكون من قبيل مئونة التجارة التي تستثنى من الربح المشترك.

(٤) كأن المراد من القاعدة عمومات صحة العقود و التجارة و نحوها.

لكنها مخصصة بما دل على اعتبار اختصاص الربح بالمالك و العامل في المضاربة فلا مجال للعمل بها في المقام. نعم يتم ما ذكره لو كان الغرض

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٥١

القول به في الأجنبي أيضاً و إن لم يكن عاملاً، لعموم الأدلة.

[الثامن: ذكر بعضهم أنه يشترط أن يكون رأس المال بيد العامل]

الثامن: ذكر بعضهم أنه يشترط أن يكون رأس المال بيد العامل (١)، فلو اشترط المالك أن يكون بيده لم يصح.

لكن لا دليل عليه (٢)، فلا مانع أن يتصدى العامل للمعاملة

صحة المعاملة في نفسها، لا بعنوان المضاربة. لكنه خارج عن محل الكلام مع أنك قد عرفت الإشكال في ذلك في الشرط الأول. و من ذلك يظهر الإشكال في قوله (ره): «الأقوى الصحة» و قوله: «بل لا يبعد القول ..». و بالجملة: إن كان الكلام في منع ذلك من المضاربة فالمنع مقتضى النصوص القائلة الربح بينهما، و لا مجال للعمل بما دل على صحة المضاربة بعد تخصيصه بهذه النصوص. و لا فرق بين هذا الشرط و غيره مما سبق. و كان على المصنف التعرض فيما سبق أيضاً لذلك، و ان الدليل الدال على الشرطية إنما يقتضى بطلان المضاربة بفقد الشرط، لا بطلان المعاملة بلا عنوان المضاربة. و إن كان الكلام في منع ذلك من صحة المعاملة لا بعنوان المضاربة، فالمنع خلاف عموم الأدلة. فلاحظ.

(١) قال العلامة في القواعد: «الرابع (يعنى: من شروط رأس المال): أن يكون مسلماً في يد العامل، فلو شرط المالك أن تكون يده عليه لم يصح، أما لو شرط أن يكون مشاركاً في اليد أو يراجعه في التصرف أو يراجع مشرفه فالأقرب الجواز».

(٢) علله في جامع المقاصد: بأن ذلك خلاف وضع المضاربة، ثم قال: إنه موضع تأمل، لأنه إن أريد بوضع المضاربة مقتضى العقد فلا نسلم أن العقد يقتضى ذلك .. إلى أن قال: و إن أريد بالوضع أن الغالب في العادات ذلك لم يقدح ذلك في جواز المخالفة .. إلخ.

و فيه: أن الشك في اعتباره عرفاً في مفهوم المضاربة كاف في اعتباره،

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٥٢

مع كون المال بيد المالك، كما عن التذكرة (١).

[التاسع: أن يكون الاسترباح بالتجارة]

التاسع: أن يكون الاسترباح بالتجارة، و أما إذا كان بغيرها- كأن يدفع إليه ليصرفه في الزراعة، مثلاً و يكون الربح بينهما- يشكل

صحته (٢). إذ القدر المعلوم من الأدلة

لما عرفت من أصالة عدم ترتب الأثر، و لا عموم يقتضى صحته مضاربة و الإطلاقات المقامية لا مجال لها مع الشك في الموضوع العرفي، كما سبق في نظيره.

(١) قال فيها: «الأقرب عندي أنه لا- يشترط في القراض أن يكون رأس المال مسلماً إلى العامل بحيث يستقل يده عليه، و ينفرد بالتصرف رأس المال مسلماً إلى العامل بحيث يستقل يده عليه، و ينفرد بالتصرف فيه عن المالك و غيره، فلو شرط المالك أن يكون الكيس في يده يوفى الثمن منه إذا اشترى العامل شيئاً، أو شرط أن يراجعه العامل في التصرف أو يراجع مشرفاً نصبه، جاز ذلك، و لم يجز للعامل التجاوز، و كان القراض صحيحاً، لأنه شرط سائغ لا يخالف الكتاب و السنة...». ثم حكى عن الشافعية: أنه يشترط في القراض أن يكون رأس المال مسلماً إلى العامل، و يستقل باليد عليه و التصرف فيه، ثم قال: «و قد وافقنا بعض الشافعية على ما قلناه». و التحقيق ما عرفت من انتفاء المضاربة مع عدم استقلال العامل بالمال، لعدم ثبوتها عرفاً حينئذ، و صحة معاملته أخرى بمقتضى العمومات.

(٢) في التذكرة: «شرطه (يعنى: العمل في المضاربة) أن يكون تجارة، فلا يصح على الاعمال، كالطبخ، و الخبز، و غيرهما من الصنائع لأن هذه أعمال مضبوطة يمكن الاستيجار عليها، فاستغنى بها عن القراض فيها، وإنما يسوغ القراض فيما لا يجوز الاستيجار عليه و هو التجارة، التي لا يمكن ضبطها و لا معرفة قدر العمل فيها، و لا قدر العوض، و الحاجة مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٥٣ هو التجارة. و لو فرض صحة غيرها العمومات- كما لا يبعد (١) لا يكون داخل في عنوان المضاربة.

[العاشر: أن لا يكون رأس المال بمقدار يعجز العامل عن التجارة به]

إشارة

العاشر: أن لا يكون رأس المال بمقدار يعجز العامل عن التجارة به، مع اشتراط المباشرة من دون الاستعانة بالغير أو كان عاجزاً حتى مع الاستعانة بالغير، و إلا فلا يصح (٣)، لاشتراط كون العامل قادراً على العمل. كما أن الأمر كذلك في الإجارة للعمل، فإنه إذا كان عاجزاً تكون باطلة (٣)

داعية إليها، و لا يمكن الاستيجار عليها، فلضرورة مع جهالة العوضين شرع عقد المضاربة» و العمدة ما أشرنا إليه فيما مضى من الشك في تحقق المضاربة عرفاً في مثل ذلك الموجب للرجوع إلى أصالة عدم ترتب الأثر.

(١) كما عرفت في نظيره من الشروط فيما سبق. و كان المناسب للمصنف أن يتعرض لذلك في الموارد السابقة أيضاً.
(٢) هذا الشرط لم يذكره في الشرائع و غيرها على النحو المذكور هنا، فقد قال في الشرائع: «و إذا أخذ من مال القراض ما يعجز عنه ضمن» و نحو ذلك ذكر في القواعد، و في المسالك: «و حيث يثبت الضمان لا- يبطل العقد به، إذ لا- منافاة بين الضمان و صحة العقد»، و في الحدائق بعد ما حكى عنهم أنه لا منافاة بين الضمان و صحة العقد قال:
«و يدل عليه ما تقدم في تلك الأخبار، و عليه اتفاق الأصحاب، من أنه مع المخالفة لما شرطه المالك فإنه يضمن و الربح بينهما» لكن في الجواهر:

«لعل المتجه الفساد لمعلومية اعتبار قدرة العامل على العمل في الصحة، نحو ما ذكروه في الإجارة، ضرورة لغوية التعاقد مع العاجز» و تبعه عليه المصنف و غيره، و هو في محله.

(٣) إذا كان الموجب للبطلان العجز، فالعجز كان عن المجموع،

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٥٤

و حينئذ فيكون تمام الربح للمالك (١) و العامل أجره عمله مع جهله بالبطلان (٢)،

فيوجب بطلان المجموع، لا بطلان كل جزء جزء، لعدم العجز عن ذلك، وحينئذ تصح في المقدور و تبطل في الزائد، و يكون من قبيل تبعض الصفقة.

(١) هذا متفرع على بطلان المضاربة كلية، أما إذا كانت صحيحة في المقدور باطله في غيره، فالمقدار المتجر به الذي حصل به الربح مقدور فيكون الربح بين المالك و العامل، و لا يستحق العامل عليه أجره المثل من المالك. و بالجملة: المقدار الذي اتجر به مقدور، فتصح فيه المضاربة و يكون الربح بينهما على حسب ما شرط في إيقاعها، و المقدار الذي عجز عن العمل به لا عمل فيه، و لا ربح فلا يستحق العامل فيه شيئاً، لانتفاء السبب.

(٢) أما مع علمه بالبطلان فلا يستحق الأجره، لأنه أقدم على بذل عمله مجاناً، فيكون متبرعاً، و لا يستحق الأجره، و قد وافق في ذلك جماعة من الأعظم، و منهم المحقق الثاني في جامع المقاصد و الشهيد الثاني في المسالك، حيث ذكروا أن ضمان المال المقبوض بالعقد الفاسد يختص بصورة جهل الدافع و ضمان المنافع المستوفاه بالعقد الفاسد يختص أيضاً بصورة جهل العامل، أما إذا كان الدافع للمال و العامل عالين بالحال فقد أقدم الدافع للمال على هتك حرمة ماله، و كذلك العامل يكون متبرعاً بعمله، فلا يستحقان عوضاً. و قد أطال المصنف (ره) في بيان ذلك في كتاب الإجارة. و فيه: أنه غير ظاهر، كما أشرنا إلى ذلك هناك، و أنه لما كان التشريع في السبب فدفع المال و العمل يكون بقصد العوض لا بقصد التبرع. فراجع مباحث الإجارة.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٥٥

و يكون ضامناً لتلف المال (١)، إلا مع علم المالك بالحال.

و هل يضمن حينئذ جميعه (٢)، لعدم التميز مع عدم الاذن في أخذه على هذا الوجه، أو القدر الزائد، لأن العجز إنما يكون بسببه، فيختص به، أو الأول إذا أخذ الجميع دفعة

(١) كما في الشرائع، و كذلك في جامع المقاصد و المسالك شرط جهل المالك لا مع علمه، لما سبق. و الوجه في الضمان - على ما ذكره الجماعة - أن وضع العامل يده على المال لم يكن ياذن من مالكة، لأن الاذن كان بعنوان المضاربة و هو مفقود، فأخذ العامل للمال و وضع يده عليه كان بلا إذن من مالكة، فيكون موجباً للضمان. قال في جامع المقاصد:

«لأن تسليم المال إليه إنما هو ليعمل فيه، فإذا كان عاجزاً عن العمل كان وضع يده على خلاف الوجه المأذون فيه، فكان ضامناً، و نحوه عبارة المسالك. هذا و لكن الضمان في المقام مخالف لقاعدة: (ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده)، فان مال المضاربة غير مضمون على العامل في المضاربة الصحيحة فلا يكون مضموناً عليه في الباطلة. و يدل على القاعدة المذكورة ما دل على عدم ضمان المؤمن، مثل

صحيح الحلبي عن أبي عبد الله (ع): «صاحب الوديعة و البضاعة مؤتمنان، و قال (ع):

ليس على مستعير عارية ضمان. و صاحب العارية و الوديعة مؤتمن» (١)

و نحوه غيره. فراجع و قد اختار المصنف في كتاب الإجارة أن الأقوى عدم ضمان العين المستأجرة في الإجارة الفاسدة. و الفرق بينه و بين المقام غير ظاهر. فراجع ما ذكرناه في شرح ذلك الباب، و ما ذكرناه في دليل القاعدة من كتابنا (نهج الفقاهة)، و تأمل. و الله سبحانه و ولي السداد.

(٢) قال في المسالك: «و هل يكون ضامناً للجميع، أو القدر

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٥٦

و الثاني إذا أخذ أولاً بقدر مقدوره ثم أخذ الزائد و لم يمزجه مع ما أخذه أولاً (١)؟ أقواها الأخير. (و دعوى) (٢):
أنه بعد أخذ الزائد يكون يده على الجميع، و هو عاجز عن المجموع من حيث المجموع، و لا ترجيح الآن لأحد أجزائه إذ لو ترك
الأول و أخذ الزيادة لا يكون عاجزاً (كما ترى) إذ الأول وقع صحيحاً، و البطلان مستند إلى الثاني و بسببه (٣)،

الزائد على مقدوره؟ قولان. من عدم التمييز، و النهى عن أخذه على هذا الوجه. و من أن التقصير بسبب الزائد، فيختص به. و الأول أقوى».

أقول: كل جزء من المال إذا لوحظ منفرداً فهو مقدور العمل به، و إذا لوحظ منضمماً فهو غير مقدور العمل به، و لما كان وضع اليد عليه في حال الانضمام، لا في حال الانفراد فهو غير مقدور العمل به، فلا يكون مأذوناً في قبضه، فيكون مضموناً بناء على ما عرفت من اقتضاء اليد الضمان. و من ذلك تعرف ضعف الوجه الثاني فإن الزائد لو كان مقبوضاً منفرداً كان مقدوراً، لكن المفروض كونه مقبوضاً منضمماً، فلا يكون مقدوراً.

(١) قال في المسالك: «و ربما قيل انه إن أخذ الجميع دفعه فالحكم كالأول، و إن أخذ مقدوره ثم أخذ الزائد و لم يمزجه به ضمن الزائد خاصة».

(٢) هذه الدعوى ذكرها في المسالك بعنوان الاشكال على هذا التفصيل.

(٣) هذا يتم لو كان أخذ الأول بعقد يختص به، و الثاني بعقد آخر يختص به، أما إذا كان الأخذ الثاني بعقد موضوعه مجموع الأول و الثاني، فيكون موضوع العقد غير مقدور، فيكون العقد باطلاً، فالمأخوذ به أولاً

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٥٧

و المفروض عدم المزج. هذا و لكن ذكر بعضهم (١) أن مع العجز المعاملة صحيحة، فالريح مشترك، و مع ذلك يكون العامل ضامناً مع جهل المالك. و لا وجه له، لما ذكرنا مع أنه إذا كانت المعاملة صحيحة لم يكن وجه للضمان (٢). ثم إذا تجدد العجز في الأثناء و جب عليه رد الزائد (٣)،

كالمأخوذ به ثانياً، كلاهما مأخوذ بعقد باطل، فيكون كل منهما مضموناً.

و لا فرق بينهما.

(١) تقدم ذلك عن المسالك. و في الحدائق: «قالوا و حيث يثبت الضمان لا يبطل العقد، إذ لا منافاة بين الضمان و صحة العقد. أقول:

و يدل عليه ما تقدم في تلك الأخبار- و عليه اتفاق الأصحاب- من أنه مع المخالفة لما شرطه المالك فإنه يضمن، و الريح بينهما»

(٢) لأن العامل أمين عندهم، و الأمين لا يضمن. و أما ما ذكره في الحدائق فضعيف، لخروج المورد عن عموم النصوص الدالة على أن العامل إذا خالف ما شرط عليه فهو ضامن و الريح بينهما، الآتية في المسألة الخامسة. فلاحظ.

(٣) قال في المسالك «و لو كان قادراً فتجدد العجز و جب عليه رد الزائد عن مقدوره، لوجب حفظه، و هو عاجز عنه، و إمكان التخلص منه بالفسخ، فلو لم يفسخ ضمن و بقى العقد كما هو» و لا- يخلو مراده من غموض، فإنه لم يكن عاجزاً عن الحفظ، و إنما كان عاجزاً عن العمل الموجب للانفساخ، بلا حاجة إلى الفسخ. و لذلك يجب أن يقال:

انه إذا تجدد العجز جرى عليه حكم ما لو كان العجز من أول الأمر، فإذا بنينا على البطلان في الجميع كان هنا كذلك. و لا فرق بين أن يكون قد عمل في بعض المال و أن لا يكون قد عمل، لأن العمل ببعض المال لا يوجب

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٥٨

و إلا ضمن (١).

[مسألة ١: لو كان له مال موجود في يد غيره]

(مسألة ١): لو كان له مال موجود في يد غيره، أمانة أو غيرها، فضاربه عليها صح (٢)، وإن كان في يده غضباً (٣)، أو غيره مما يكون اليد فيه يد ضمان فالأقوى أنه يرتفع الضمان بذلك (٤)، لانقلاب اليد حينئذ فينقلب الحكم.

اختصاص العجز بغيره لإمكان رفع اليد عما عمل به، والاشتغال بالعمل في غيره، و حينئذ لا معين فيكون الحكم كما لو لم يعمل بالمال أصلاً.

(١) إذا بنينا على الضمان في المضاربة فقد ثبت هنا بمجرد الفسخ.

ولا يتوقف على عدم الرد، نعم الإثم في ترك الرد يتوقف على عدم الرد حيث يمكن الرد و لم يحصل. اللهم إلا أن يقال: لا شمول لعموم على اليد لمثل المقام مما كان الأخذ حدوداً بإذن المالك.

(٢) نص في التذكرة على صحة المضاربة في مال الوديعة والعارية و يظهر منه إجماع المسلمين عليه. و يقتضيه الإطلاق المقامى بعد عدم الفرق عرفاً بين كون المال المضارب عليه في يد المالك و في يد غيره، أميناً كان، أو مستعيراً، أو غيرهما. و كان على التذكرة التعرض لغير الوديعة والعارية أيضاً.

(٣) قال في الشرائع: «و لو كان له في يد غاصب مال فقارضه عليه صح، و لم يبطل الضمان». كما نص على صحة المضاربة في الفرض في التذكرة، و نسبه إلينا و إلى أحد وجهي الشافعية، و يظهر منه اتفاقنا عليه. و في الحدائق: و الظاهر أن الحكم اتفاقى عند الأصحاب، إذ لم أقف على نقل خلاف في المسألة.

(٤) كما استوجهه في التذكرة، و حكاه عن أبي حنيفة و مالك، لأنه ماسك له بإذن صاحبه. و كأنه إليه أشار المصنف (ره) بقوله:

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٥٩

و دعوى: أن الضمان مغني بالتأديته، و لم تحصل (١) كما ترى (٢)

«لانقلاب اليد» يعنى: كانت اليد غاصبة فصارت غير غاصبة. لكنه لا يجدى في نفي الضمان إلا أن يثبت أمران: الاذن في القبض، و أن المأذون لا يضمن.

(١) قال في المسالك: «و ان وجه بقاء الضمان أنه كان حاصلًا قبل و لم يحصل ما يزيله، لأن عقد القراض لا يلزمه عدم الضمان، فإنه قد يجامعه بأن يتعدى فلا ينافيه. و

لقوله (ص): (على اليد ما أخذت حتى تؤدي) «١»

و حتى لانتهاه الغاية، فيبقى الضمان إلى الأبداء، إما على المالك أو على من أذن له، و الدفع إلى البائع مأذون فيه، فيكون من جملة الغاية، و محصله الرجوع إلى استصحاب الضمان تارة، و إلى عموم

«على اليد..»

أخرى من دون مخصص.

(٢) كأنه يريد أن الغاية تحصل بالإذن في البقاء كما تحصل بالاذن بالدفع إلى الغير. لكنه غير ظاهر، لأن الإذن بالدفع إلى غيره. يجعل غيره كوكيل عنه في القبض، فيكون الدفع إلى الغير دفعاً إلى نفسه، أما الاذن في الإبقاء فليس فيه شيء من الغاية، فكيف يكون غاية للضمان؟! هذا مع أن في المسالك منع من حصول الاذن في الإبقاء من مجرد العقد، قال: «و أما اقتضاء العقد الاذن في القبض فضعفه

ظاهر، لأن مجرد العقد لا يقتضى ذلك، وإنما يحصل الإذن بأمر آخر، ولو حصل سلمنا زوال الضمان. كيف والعلامة قد صرح في التذكرة: بأن كون المال في يد العامل ليس بشرط في صحة القراض». ومن ذلك تعرف أن الكلام في المقام يكون في أمور (الأول): أنه هل يحصل

(١) كثر العمال الجزء: ٥ صفحة: ٢٥٧، مستدرک الوسائل باب: ١ من كتاب الوديعة حديث: ١٢ و باب: ١ من كتاب النصب حديث: ٤.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٦٠

ولكن ذكر جماعة بقاء الضمان (١) إلا إذا اشترى به شيئاً ودفعه إلى البائع، فإنه يرتفع الضمان (٢) به، لأنه قد قضى دينه بإذنه (٣)، وذكروا نحو ذلك في الرهن أيضاً، وأن

الاذن في القبض من مجرد العقد أولاً؟ وقد منع في المسالك من ذلك، لأن عقد المضاربة أعم. وكان على المصنف موافقته، لما سبق في الشرط الثامن، وكذلك كان على العلامة في التذكرة. (الثاني): أنه على تقدير حصول الاذن في القبض هل يرتفع الضمان و يحصل الأداء الذي جعل غاية للضمان في حديث: «على اليد..» أو لا؟ الذي اختاره في المسالك الأول و حكى منعه عن بعض، قال: «و ربما قيل بعدم زوال الضمان و إن أذن له في قبضه بعد ذلك، لما تقدم من الأدلة. و يضعف:

بأنه حينئذ وكيل محض». وقد عرفت أن الاذن في بقاء المال عند آخذه لا يكون موجباً لحصول غاية الضمان، ولا يكون المأذون كالوكيل في القبض، إذ لا دفع هنا ولا أداء بخلاف الوكيل. نعم يرتفع الضمان بمقتضى الأدلة الخاصة الدالة على أن المأذون في القبض أمين ولا يضمن الأمين، فبطلان الضمان للأدلة الخاصة، لا لحصول الغاية. وهذا هو الأمر الثالث الذي ينبغي التنبيه عليه. وهذه الأدلة مانعة من الاستصحاب و مخصصة لعموم:

«على اليد..»

. و من ذلك يظهر أن ارتفاع الضمان بالاذن بدفعه ثمناً بملاك حصول الغاية و ارتفاعه بالاذن بالبقاء بملاك آخر.

(١) كما تقدم في الشرائع، و في الحدائق: أنه المشهور.

(٢) إجماعاً في المسالك.

(٣) كأنه يشير إلى أن الأداء المجعول غاية للضمان يراد منه أن يكون المال تحت سلطانه الخارجى أو الاعتبارى، كما إذا أذن في دفعه ثمناً أو

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٦١

العين إذا كانت في يد الغاصب فجعله رهناً عنده أنها تبقى على الضمان و الأقوى ما ذكرنا في المقامين، لما ذكرنا (١).

[مسألة ٢: المضاربة جائزة من الطرفين]

(مسألة ٢): المضاربة جائزة من الطرفين (٢) يجوز لكل منهما فسخها، سواء كان قبل الشروع في العمل أو بعده قبل حصول الربح أو بعده، نص المال أو كان به عروض، مطلقاً كانت أو مع اشتراط الأجل (٣) و إن كان قبل انقضائه.

نعم لو اشترط فيها عدم الفسخ إلى زمان كذا يمكن أن يقال بعدم جواز فسخها قبله، بل هو الأقوى، لوجوب الوفاء بالشرط. ولكن عن المشهور بطلان الشرط المذكور (٤)،

دفعه وفاء عما في ذمته، فان هذا الأداء لما كان ياذنه كان تحت سلطانه.

(١) قد عرفت أنه لا يتم إلا بناء على اعتبار القبض في صحة الرهن و في صحة المضاربة.

(٢) بلا خلاف، كما في المسالك، و في الجواهر: «الإجماع بقسميه عليه، و هو الحجة في الخروج عن قاعدة اللزوم».

(٣) فإنه يصح الفسخ قبل الأجل بلا خلاف أجده فيه، للأصل و غيره. كذا في الجواهر. و كون الأصل مقتضياً للجواز حينئذ غير ظاهر سواء كان الأصل العملي، إذ الأصل عدم ترتب الأثر على الفسخ، أم عموم ما دل على الجواز، لما تقدم من عدم العموم اللفظي، و الدليل منحصر بالإجماع، و الاقتصار على المتيقن في المخصص اللبي لازم، و يتعين الرجوع إلى عموم اللزوم. فالدليل حينئذ عموم الإجماع على الجواز، لا الأصل.

(٤) قال في الشرائع بعد ما ذكر: أن عقد المضاربة جائر من

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٦٢

.....

الطرفين «و لو اشترط فيه الأجل لم يلزم. لكن لو قال: إن مرت بك سنة مثلاً فلا تشتت بعدها و بع، صح، لأن ذلك من مقتضى العقد. و ليس كذلك لو قال: «على أن لا أملك فيها منعك، لأن ذلك مناف لمقتضى العقد» و في القواعد: «و لو شرط توقيت المضاربة لم يلزم الشرط و العقد صحيح لكن ليس للعامل التصرف بعده». و قال قبل ذلك:

«و لو شرط ما ينافيه فالوجه بطلان العقد، مثل أن يشترط ضمان المال، أو سهماً من الخسران أو لزوم المضاربة..». و في جامع المقاصد.

أن هذه شروط باطلة، لمنافاتها مقتضى العقد شرعاً، فيبطل العقد بها، لأن التراضي المعتبر فيه لم يقع إلا على وجه فاسد، فيكون باطلاً. انتهى.

و من ذلك تعرف أن الشرط المنافي لمقتضى العقد عندهم هو شرط لزوم المضاربة و عدم ملك الفسخ، لا مجرد شرط عدم الفسخ، الراجع إلى شرط الأجل في عبارة الشرائع و التوقيت في عبارة القواعد، فإنه عندهم لا يلزم و لا يجب الوفاء به، لا أنه مناف لمقتضى العقد، و لا أنه مبطل للعقد.

و عليه فنسب بطلان شرط عدم الفسخ و إبطاله العقد لأنه مناف لمقتضى العقد إلى المشهور في كلام المصنف ليس مما ينبغي، و إنما هو في شرط لزوم المضاربة و عدم ملك الفسخ. و كيف كان فاشترط عدم الفسخ إلى أجل بعينه في عقد المضاربة ليس منافياً لمقتضى العقد، و لا لمضمونه، و لا للكتاب و السنة، فان بطل فلوجه آخر غير ما ذكر. و سيأتي التعرض لوجهه في كلام المصنف. ثم إن المصنف ذكر شرط الأجل و ذكر أنه باطل لا يترتب عليه أثر فيجوز معه الفسخ، كما ذكر الأصحاب، و ذكر شرط عدم الفسخ مقابل له و ذكر فيه ما ذكر، مع أنه لا يظهر الفرق بينهما، إذ لا معنى لشرط التأجيل إلا ذلك، و لذا لم يذكره الأصحاب في مقابل شرط

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٦٣

بل العقد أيضاً (١)، لأنه مناف لمقتضى العقد. و فيه: منع،

التأجيل و إنما ذكروا شرط أن لا يملك الفسخ. و لعل مراد المصنف منه ذلك. لكن استدلاله على صحته بما ذكره لا يساعد على ذلك و يقتضى أن يكون المراد ما هو ظاهر العبارة. و حينئذ يتوجه عليه الإشكال في وجه الفرق بين شرط التأجيل و بينه.

(١) قد عرفت تصريح الشرائع و القواعد و جامع المقاصد ببطلان العقد لمنافاة الشرط لمقتضاه، و علل في جامع المقاصد ذلك: بأن

التراضى المعترف فى العقد لم يقع إلا على وجه فاسد و كان الأولى تعليقه: بأن القصد إلى المتنافين متعذر، فيكون العقد غير مقصود، فلا يصح.

و بالجملة: الشرط الواقع فى ضمن العقد (تارة): يكون منافياً لمضمون العقد، كما إذا شرط فى البيع أن لا يكون للمبيع ثمن، فان قوام المبادلة الطرفان، فلا تكون مع طرف واحد، (و أخرى): منافياً لمقتضاه عرفاً، كما إذا شرط فى البيع أن لا يملك المشتري المبيع أو لا يملك البائع الثمن، فان ذلك خلاف ما تقتضيه المبادلة، فإنها تقتضى أن يكون كل من البدلين قائماً مقام الآخر، فاذا كان الثمن ملكاً للمشتري فالمثمن بدله لا بد أن يكون كذلك، و إذا كان المثمن ملكاً للبائع فالمثمن بدله كذلك (و ثالثة): أن يكون مخالفاً للكتاب و ان لم يكن مخالفاً لمضمون العقد و لا لمقتضاه، كما إذا اشترطت الزوجة فى عقد نكاحها أن يرث أبوها أو أخوها من زوجها، فان ذلك مخالف لما دل على إرث غيرهما من مراتب الإرث. و هذه الأقسام الثلاثة كلها باطلة. أما الأولان: فلامتناع القصد إلى المتنافين، و لذلك يكون الشرط مبطلا للعقد أيضاً.

و أما الثالث: فللأدلة الخاصة، و التحقيق: أنه ليس بمبطل للعقد إذ لا مقتضى لذلك، فعموم الصحة محكم و قد عرفت أن شرط عدم الفسخ

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٦٤

بل هو مناف لإطلاقه (١). و دعوى: أن الشرط فى العقود الغير اللازمة غير لازم الوفاء (٢)،

ليس من أحد المذكورات، و شرط أن لا يكون له الفسخ من قبيل الشرط المخالف للكتاب، لما دل على جواز عقد المضاربة، فيكون باطلاً لذلك لا لمنافاته لمقتضى العقد، إذ ليس فى عقد المضاربة ما يقتضى عرفاً ملك الفسخ، حتى يكون شرط عدم ملك الفسخ مخالفاً لمقتضى العقد.

(١) هذا إن تمّ فإنما يتم بالنسبة إلى شرط أن لا يملك، يعنى: أن إطلاق المضاربة بلا شرط يقتضى أن يكون لكل من الطرفين الفسخ، أما مع الشرط فلا تقتضى ذلك، و حينئذ لا مانع من صحة الشرط أما بالنسبة إلى شرط عدم الفسخ فلا يتم، و لا مجال له، لأن عدم الفسخ لا يرتبط بإطلاق العقد و لا بتقيده، كما لعله ظاهر بالتأمل. فالجواب يناسب الاستدلال بالنسبة إلى شرط عدم ملك الفسخ، لا بالنسبة إلى شرط عدم الفسخ.

(٢) هذه الدعوى مذكورة فى كلام بعض من قارب عصرنا. قال فى الحدائق فى كتاب الدين: «المشهور أن القراض من العقود الجائزة التى يجوز الرجوع فيها من الطرفين، بل ادعى عليه الإجماع. و على هذا فلو شرط التأجيل فيه لم يلزم. و بذلك صرحوا أيضاً. و كذا كل شرط سائغ». و قال فى الرياض فى شرح قول مائنه فى كتاب المضاربة «و لا يلزم فيها اشتراط الأجل»: «هذه العبارة تحتمل معنيين .. (إلى أن قال): الثانى: أن الأجل المشترط فيها حيث كان غير لازم بل جائز، يجوز لكل منهما الرجوع، لجواز أصله، بلا خلاف كما مضى، فلن يكون الشرط المثبت فيه جائزاً بطريق أولى». و هذا المضمون ربما يحتمل من كلام جماعة، ففى جامع المقاصد: «قال الشيخ فى المبسوط:

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٦٥

.....

إذا دفع إليه ألفاً قراضاً على أن يدفع إليه ألفاً بضاعة، بطل الشرط، لأن العامل فى المضاربة لا يعمل عملاً بغير جعل .. (إلى أن قال): قال الشيخ: و لو قلنا القراض و الشرط جائز لا يلزم الوفاء به، لأن البضاعة لا يلزم القيام بها كان قوياً .. (إلى أن قال فى جامع المقاصد): و صرح فى التحرير: بأنه لا يلزم الوفاء به، و هو حق، لأن العقد جائز من الطرفين. و يحتمل أن يكون مراده عدم وجوب الوفاء لجواز

فسخ العقد فيسقط الشرط، لا مع بقاء العقد. و في جامع المقاصد في شرح قول ماتته:

«و لا يصح التأجيل فيها»- يعنى: في الشركة:- «المراد بصحته ترتب أثره عليه، و هو لزومها إلى الأجل و إنما لم يصح لأنها عقد جائز فلو شرط التأجيل كان لكل منهما فسخها متى شاء»، و نحوه في المسالك في شرح قول ماتته: «و لو شرط التأجيل في الشركة لم يصح».

و يحتمل أن يكون مرادهما أنها جائزة على نحو لا تلزم بالشرط فيكون بطلان الشرط لأجل ما دل على جوازها، لا لأنه شرط في عقد جائز. و لذلك علله في الجواهر بقوله: «لما عرفت من الإجماع على كونها عقداً جائزاً بالنسبة إلى فسخها بالقسمه، فلا يلزم الشرط المذكور فيها» و هذا الاحتمال هو الأقرب، إذ لو كان المراد الأول كان اللازم التعبير بأنها عقد جائز و الشرط في العقد الجائز جائز. (و دعوى): أنه لو كان المراد الثاني كان اللازم بناؤهم على بطلان شرط التأجيل في عقد آخر مع أن بنائهم على صحته. (مدفوعة): بإمكان كون التفصيل بين المقامين مبنياً على أمر آخر اعتقده: و حينئذ فكأن هذه الكلية- أعنى: عدم لزوم الشرط في العقد الجائز- لا أثر لها في كلام الأصحاب.

قال في القواعد في كتاب القراض: «و هو عقد قابل للشروط الصحيحة»، و في جامع المقاصد: «لا مزية لهذا العقد في ذلك، بل

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٦٦

.....

كل عقد قابل لذلك». و الظاهر من الشروط الصحيحة ما يلزم العمل بها و يترتب الأثر على مضمونها و قال في القواعد: «و لو شرط على العامل المضاربة في مال آخر، أو يأخذ منه بضاعة أو قرضاً، أو يخدمه في شىء بعينه، فالوجه صحة الشرط». و في جامع المقاصد: «حكى عن الشيخ بطلان الشرط إذا اشترط في المضاربة أن يدفع إليه ألفاً بضاعة، لأن العامل في المضاربة لا يعمل عملاً بغير جعل و لا قسط من الربح، و إذا بطل الشرط بطل القراض...». و قال في القواعد في كتاب الشركة:

«و لو شرطاً التفاوت مع تساوى المالين، أو التساوى مع تفاوتهما، فالأقرب جوازه إن عملاً أو أحدهما، سواء شرطت الزيادة للعامل أو للآخر و قيل: تبطل إلا أن تشترط الزيادة للعامل» و نحوه في الشرائع. فالقائل بالصحة لا يراها منافية لجواز العقد، و القائل بالبطلان لم يستند إلى جواز العقد و عدم صحة الشرط في العقد الجائز، بل استند إلى أمر آخر. و في التذكرة: لو شرط في المضاربة أن يعطيه بهيمة يحمل عليها جاز لأنه شرط سائغ لا ينافى الكتاب و السنة، فوجب الوفاء به، عملاً بقوله (ع): «المسلمون عند شروطهم» (١).

و بالجملة: ملاحظة كلماتهم في الشروط في العقود الجائزة- مثل الشركة و المضاربة و العارية و غيرها- و بناؤهم على صحة بعض الشروط فيها و على بطلان البعض الآخر، لأمر ذكرها مع عدم تعرضهم للقاعدة المذكورة، و جعلها منشأ لبطلان بعضها، أو مخصصة بالنسبة إلى الصحيح منها، دليل على عدم بنائهم عليها و ما في بعض الكلمات المتقدمة و نحوها محمول على خلاف ظاهره، أو أنه رأى خاص للقائل نفسه.

نعم قال في الجواهر في هذا المقام: «إنما الكلام في حكمه

(١) الوسائل باب: ٦ من أبواب الخيار حديث: ١، ٢، ٥.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٦٧

.....

(يعنى: حكم الشرط بالنسبة إلى وجوب الوفاء به و عدمه) فيحتمل الأول، لكن بمعنى الوجوب المشروط بالبقاء على العقد و عدم إنشاء فسخه لكونه حينئذ كنفس مقتضى العقد، إذ هو من توابعه. و بهذا المعنى يندرج فى قوله تعالى (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) «١» .. (إلى أن قال):

و يحتمل الثانى، لا- بمعنى تسلطه على فسخ العقد، بل على معنى عدم وجوب الوفاء به و إن لم يفسخ العقد: للأصل السالم عن معارضة الآية ..

(إلى أن قال): و لعل هذا هو مراد الشيخ و الفاضل فى التحرير من المحكى عنهما، لا أن المراد عدم لزوم الوفاء بالعقد باعتبار جواز العقد، و إلا فالوفاء به واجب حال عدم فسخ العقد، إذ هو كما ترى لا دليل عليه، بل المعلوم خلافه، ضرورة كون الشرط أولى من مقتضى العقد الذى لا يجب الوفاء به و إن لم يفسخ العقد، فان من استودع أو وكل أو أعار أو ضارب- أى جاء بعقد من هذه العقود- لا يجب عليه الوفاء بمقتضى ذلك، فيأخذ الوديعة مثلا، و يفعل كل ما وكل، و يتناول العارية و يأخذ عين مال القراض، فالشرط أولى. و منه يعلم حينئذ أنه هو مراد الشيخ و الفاضل فيما ذكره من عدم لزوم الوفاء به. و هو لا يخلو من قوة.

و ما ذكره (قده) من أنه مراد الشيخ و الفاضل فى التحرير غير ظاهر، فان الشيخ (قده) قد علل البطلان بما ذكر، ثم علل الجواز: بأن البضاعة لا يجب القيام بها و ظاهره أن الوجه فى الجواز امتناع وجوب البضاعة، لا كون الشرط فى عقد جائز، و الفرق بين البطلان و بين الجواز الذى اختاره:

أن مقتضى البطلان أن لو جاء المشروط عليه بالشرط استحق العوض، كما هو الملاك فى ضمان المقبوض بالعقد الفاسد، بخلاف الجواز، فإنه لا يستحق كما لو فعل ما وعد به، فإنه لا يستحق على الموعد عوضا. و أما العلامة فى

(١) المائدة: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٦٨

.....

التحرير فلم يعلم منه الوجه فى عدم وجوب الوفاء به، و من القريب أن يكون هو الوجه فيما ذكره الشيخ، و إلا- فقد ذكر جملة من الشروط فى عقد المضاربة و غيره و صححها و لم يتعرض فيها لما ذكر، فلو كان الشرط فى العقد الجائز لا يجب الوفاء به و إن لم يفسخ العقد لم يكن وجه للبناء على صحة الشروط الأخرى المذكورة فى كتابى الشركة و المضاربة و غيرهما. و بالجملة: فكلمات الأصحاب خالية عن التعرض لهذه القاعدة، و يظهر منهم عدم البناء عليها، و لزوم العمل بالشروط و إن كانت فى عقد جائز، و العبارات السابقة لا بد من حملها على غير هذا المعنى، و إلا لم يكن وجه لبنائهم على صحة جملة من الشروط المذكورة فى العقود الجائزة، و تمسكهم على صحتها بلزوم الوفاء بالعقود و الشروط. فلاحظ ما تقدم عن القواعد من قوله فى كتاب القراض: «و هو عقد قابل ..»، و ما تقدم فى شرحه من جامع المقاصد.

و كيف كان فالذى يمكن أن يكون وجهاً لهذه القاعدة أمور. (الأول) الأولوية المشار إليها فى عبارتى الرياض و الجواهر. و فيه: أنها لا تخلو من خفاء، فلا تصلح للإثبات. (الثانى): أن دليل الجواز يدل على جواز العقد بتوابعه و الشرط من توابعه. و قد يظهر ذلك من عبارة المسالك الآتية.

و فيه: أنه غير ظاهر، فان دليل الجواز هو الإجماع، و المتيقن منه يختص بالعقد و لا يشمل توابعه. (الثالث): أنه لو لزم الالتزام بالشرط مع عدم الالتزام بالعقد للزم الالتزام به و لو مع فسخ العقد، و لا قائل به.

و فيه: أن دليل لزوم الشرط يختص بما كان فى العقد، فإذا فسخ العقد ارتفع الشرط الذى هو موضوع اللزوم. (الرابع): أن جواز الشرط

مقتضى الأصل كما أشار إلى ذلك في الجواهر في عبارته المتقدمة، وفيه:

أن وجوب الوفاء بالعقد أو الشرط لا يراد منه الوجوب التكليفي، بل

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٦٩

ممنوعة (١). نعم يجوز فسخ العقد، فيسقط الشرط (٢)، وإلا فما دام العقد باقياً يجب الوفاء بالشرط فيه (٣)، وهذا إنما يتم في غير الشرط الذي مفاده عدم الفسخ. مثل المقام، فإنه يوجب لزوم ذلك العقد (٤). هذا ولو شرط عدم فسخها

الإرشادي إلى نفوذ العقود والشروط، وكذلك وجوب الوفاء بالندر فالشك في الحقيقة في اللزوم والجواز يرجع إلى الشك في جواز الفسخ وعدمه، والأصل عدم ترتب الأثر على الفسخ. وكأنه لذلك لم يتعرض لها الأصحاب، وكأن بنائهم على خلافها، و شيخنا الأعظم في مكاسبه لم يتعرض لذكرها مع أنه أطال في ذكر مباحث الشروط وما يتعلق بها. نعم في المسالك- في شرح قول ماته فيما إذا اشترط في المضاربة أن يأخذ مالاً آخر بضاعة: «و لو قيل بصحتها (يعنى:- صحة المضاربة و صحة الشرط) كان حسناً» قال: والقراض من العقود الجائزة لا يلزم الوفاء به، فلا يلزم الوفاء بما شرط في عقده، لأن الشرط كالجزة من العقد فلا يزيد عليه» والاستدلال بما ذكر مشكل كما عرفت. ولذا قال بعد ذلك: «و الذي تقتضيه القواعد أنه يلزم العامل الوفاء به، و به صرح في التحرير، فمتى أخل به تسلط المالك على فسخ العقد و إن كان ذلك له بدون الشرط، إذ لا يمكن هنا سوى ذلك». و الذي يظهر من مجموع كلامه أن القاعدة المذكورة لا أصل لها في كلامهم وإنما تذكر كوجه من الوجوه الذي تختلف فيها العلماء. فلاحظ.

(١) قد عرفت وجهه.

(٢) لعدم لزوم العمل بالشروط الابتدائية، كالوعد.

(٣) لعدم ترتب الأثر على الفسخ، للأصل كما عرفت.

(٤) إذا كان وجود العقد شرطاً في لزوم العمل بالشرط امتنع أن

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٧٠

في ضمن عقد لازم آخر فلا إشكال في صحة الشرط (١) و لزومه. وهذا يؤيد ما ذكرنا من عدم كون الشرط المذكور منافياً لمقتضى العقد (٢)، إذ لو كان منافياً لزم عدم صحته في ضمن عقد آخر أيضاً (٣).

يكون لزوم العمل بالشرط مقتضياً لوجود العقد و مانعاً من فسخه، لما تحرر في محله من أن الوجوب المشروط لا يقتضى وجود شرطه. و بالجملة:

شرط عدم فسخ العقد يمتنع أن يكون موجباً للزوم العقد و امتناع فسخه، لأن لزوم عدم الفسخ يتوقف على وجود العقد، فلا يتوقف عليه وجود العقد. و من ذلك يظهر بطلان شرط التأجيل في جميع العقود الجائزة، كالشركة، و المضاربة، و الوكالة، و غيرها، لأن شرط التأجيل راجع إلى شرط عدم الفسخ إلى الأجل، و قد عرفت بطلانه.

(١) نفى الاشكال غير ظاهر. نعم صرح بعضهم بصحته و بطلان اشتراطه في ضمن عقد المضاربة. و بعض الوجوه المذكورة في وجه عدم صحته في ضمن عقد المضاربة مطرد في ضمن غيره.

(٢) قد عرفت أن من ذكر هذا الوجه أراد بالشرط شرط عدم ملك الفسخ لا شرط عدم الفسخ، و إن كان الأول أيضاً غير مناف لمقتضى العقد، و إنما هو مخالف للكتاب، فيبطل ذلك.

(٣) كذا في الجواهر. لكن قد عرفت آنفاً أن بطلان الشرط المنافي لمقتضى العقد لا امتناع قصده مع قصد العقد، و لذلك يبطل العقد

أيضاً، بخلاف الشرط المخالف للكتاب فان بطلانه لصرف المخالفة للكتاب. و لأجل ذلك لا فرق في بطلانه بين أن يكون في العقد الجائر و العقد اللازم، إما المنافي فإنما ينافي مقتضى العقد الجائر، و لا ينافي مقتضى العقد اللازم، فلا مانع من صحته إذا كان في عقد لازم. اللهم الا أن يقال: الشرط

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٧١

و لو شرط في عقد مضاربة عدم فسخ مضاربة أخرى (١) سابقه صح، و وجب الوفاء به (٢)، إلا أن يفسخ هذه المضاربة، فيسقط الوجوب. كما أنه لو اشترط في مضاربة مضاربة أخرى في مال آخر، أو أخذ بضاعة منه، أو قرض أو خدمة، أو نحو ذلك، وجب الوفاء به (٣) ما دامت المضاربة باقية، و إن فسخها سقط الوجوب. و لا بد أن يحمل ما اشتهر من أن الشروط في ضمن العقود الجائزة غير لازمة الوفاء (٤)

المنافي لمقتضى العقد و ان كان واقعاً في ضمن عقد آخر أيضاً يكون من الشرط المنافي للكتاب، لأن دليل صحة العقد الآخر يقتضى ثبوت مقتضاه، فاشترط خلافه مخالف للمشروع، فيبطل.

(١) الكلام فيه هو الكلام فيما لو اشترط في العقد اللازم و ان اختلفا في الجهة المذكورة في المتن.

(٢) الوجه الذي ذكرناه سابقاً لبطلان شرط عدم الفسخ لا يأتي هنا، كما هو ظاهر، فيتعين البناء على الصحة هنا.

(٣) قال في القواعد: «و لو شرط على العامل المضاربة في مال آخر أو يأخذ منه بضاعة أو قرضاً، أو يخدمه في شىء بعينه، فالوجه صحة الشروط». و قال في جامع المقاصد في شرحه: «وجه الصحة عموم قوله تعالى (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)» (١) و قوله (ع): «المسلمون عند شروطهم» (٢)

، و ليس الشرط محرماً، و لا منافياً لمقتضى العقد. قال الشيخ في المبسوط .. الى آخر ما نقلناه عنه في الحاشية السابقة.

(٤) قد عرفت أن نسبة ذلك إلى الشهرة غير ظاهرة.

(١) المائدة: ١.

(٢) الوسائل باب: ٦ من أبواب الخيار حديث: ١، ٢، ٥.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٧٢

على هذا المعنى، و إلا فلا وجه لعدم لزومها مع بقاء العقد على حاله، كما اختاره صاحب الجواهر (١)، بدعوى: أنها تابعة للعقد لزوماً و جوازاً، بل مع جوازه هي أولى بالجواز، و أنها معه شبه الوعد. و المراد من قوله تعالى (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) اللازم منها، لظهور الأمر فيها في الوجوب المطلق (٢).

و المراد من

قوله (ع): «المؤمنون عند شروطهم»

بيان صحة أصل الشرط: لا اللزوم و الجواز. إذ لا يخفى ما فيه.

[مسألة (٣): إذا دفع إليه مالا و قال: اشتر به بستاناً مثلاً، أو قطعاً من الغنم]

(مسألة ٣): إذا دفع إليه مالا و قال: اشتر به بستاناً مثلاً، أو قطعاً من الغنم، فان كان المراد الاسترباح بهما بزيادة القيمة صح مضاربه، و إن كان المراد الانتفاع بنمائها بالاشتراك ففي صحته مضاربة وجهان، من أن الانتفاع بالنماء ليس من التجارة، فلا يصح، و من أن

حصوله يكون بسبب الشراء،

(١) تقدمت عبارة الجواهر الدالة على مختاره.

(٢) يعنى: فيتعين حملها على العقود اللازمة، و تخرج منها العقود الجائزة، التى منها ما نحن فيه: ما أشرنا إليه آنفاً من أن قوله تعالى (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) و

قوله (ع): «المؤمنون عند شروطهم» (١)

و نحوهما ليس فى مقام جعل الحكم التكليفى، و الا- لزم ترتب عقابين على البائع إذا امتنع عن تسليم المبيع إلى المشتري، عقاب الغضب و العدوان على مال الغير، و عقاب مخالفة و جوب الوفاء، و لا يمكن الالتزام بذلك فيتعين أن يكون المقصود منها الإرشاد إلى صحة العقد و الشرط و النذر،

(١) الوسائل باب: ٢٠ من أبواب المهور حديث: ٤، مستدرک الوسائل باب: ٥ من أبواب الخيار حديث: ٧.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٧٣

فيكون بالتجارة و الأقوى البطلان (١) مع إرادة عنوان المضاربة إذ هى ما يكون الاسترباح فيه بالمعاملات و زيادة القيمة، لا مثل هذه الفوائد، نعم لا بأس بضمها إلى زيادة القيمة (٢).

و مقتضى العموم الأزمانى عموم الصحة بحسب الازمان، فيدل على اللزوم، و عدم ترتب أثر على الفسخ لو وقع، و قد خرج من ذلك نفس العقد الجائر، لما دل على الجواز و ترتب أثر الفسخ، و بقى الشرط الواقع فى ضمنه على حاله، فلا يحتاج فى إثبات اللزوم الى الوجوب التكليفى، و لو فرض الاحتياج إليه فالخارج عن عموم الآية نفس العقد، دون الشرط فى ضمنه.

(١) قال فى القواعد: «و لو شرط أن يشتري أصلاً يشتركان فى نمائه- كالشجر و الغنم- فالأقرب الفساد، لأن مقتضى القراض التصرف فى رأس المال»، و فى جامع المقاصد: «و لأن مقتضى القراض الاسترباح بالتجارة، و ليس موضوع النزاع كذلك، فلا يصح القراض عليه. و هو الأصح». و لم يتضح الفرق بين التعليلين. و فى الشرائع بعد ما حكى القول بالفساد قال: «و فيه تردد»، و فى جامع المقاصد: «و يحتمل ضعيفاً الصحة. لأن ذلك حصل بسعى العامل، و هو شراؤه الشجر و الغنم، و ذلك من جملة الاسترباح بالتجارة، و ضعفه ظاهر، لأن الحاصل بالتجارة هو زيادة القيمة لما وقع عليه العقد، لا نمائه الحاصل مع بقاء عين المال، و العمدة: عدم الدليل على صحة المضاربة فى المقام و مفهومها العرفى ياباه.

و لذا لم يعرف القول بالصحة لأحد من أصحابنا، كما فى الجواهر، و الأصل عدم ترتب الأثر.

(٢) قال فى الجواهر: «لو قال له اشتره و ما يحصل من ارتفاع قيمته و من نمائه فهو بيننا» فالأقوى الصحة، لإطلاق الأدلة. كما انه

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٧٤

و إن لم يكن المراد خصوص عنوان المضاربة فيمكن دعوى صحته للعمومات (١).

لو اتفق نماء أعيان المضاربة قبل بيعها شارك فى النمء قطعاً، ثم قال:

«و بذلك ظهر لك أن لشركة العامل فى النمء صوراً ثلاثاً، أحدها: معلومة الصحة، و الثانية: مظنونته، و الثالثة: شك فى شمول الإطلاق لها، و الأصل الفساد» و يريد بالمعلومة صورة تحقق النمء من باب الاتفاق، و هى التى ذكرها ثانياً فى كلامه، و المظنونة صورة التعرض له فى العقد مضافاً إلى الربح، التى ذكرها أولاً فى كلامه. و كان الأولى العكس لأنه إذا حصل النمء من باب الاتفاق، و لم يكن قد تعرض له المتعاقدان، فالقاعدة تقتضى كونه للمالك، لأنه نماء ملكه و لا وجه لمشاركة العامل فيه، بخلاف صورة

التعرض له، فإنه يكون كالشرط في المضاربة، ولا وجه للتوقف في صحته. و المصنف اقتصر على هذه الصورة، و لم يتعرض للصورة الأخرى، و في المسالك ذكر ما يشمل صورتين قال: «و اعلم أن المنع إنما هو في حصر الربح في النماء المذكور- كما تقتضيه هذه المعاملة- و إلا فلا يمنع كون النماء بينهما و يحتسب من جملة الربح على بعض الوجوه، كما إذا اشترى شيئاً له غلّة، فظهرت غلته قبل أن يبيعه، فإنها تكون بينهما من جملة الربح، إلا أن الربح لم يحصره فيها لإمكان تحصيله من أصل المال». و بالجملة: إذا لم يتعرضا للنماء فاللازم كونه للمالك، إلا أن يكون ملحوظاً إجمالاً تبعاً. و لعله مراد الجواهر في الصورة الثانية في كلامه، فيكون الاشتراك فيه شرطاً إجمالياً في المضاربة، في مقابل الصورة الأولى في كلامه التي يكون الاشتراك فيه شرطاً مصرحاً في ضمن العقد. (١) فإنها كافية في إثبات الصحة. و احتمال اختصاص العمومات بالمتعارف، فلا يشمل المقام. ممنوع، كما تقدم نظير ذلك. مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٧٥

[مسألة ٤: إذا اشترط المالك على العامل أن يكون الخسارة عليهما كالربح]

(مسألة ٤): إذا اشترط المالك على العامل أن يكون الخسارة عليهما كالربح، أو اشترط ضمانه لرأس المال، ففي صحته وجهان (١) أقواهما الأول، لأنه ليس شرطاً منافياً لمقتضى العقد- كما قد يتخيل- بل إنما هو مناف لإطلاقه، إذ مقتضاه كون الخسارة على المالك و عدم ضمان العامل إلا مع التعدي، أو التفريط.

[مسألة ٥: إذا اشترط المالك على العامل أن لا يسافر]

(مسألة ٥): إذا اشترط المالك على العامل أن لا يسافر مطلقاً أو إلى البلد الفلاني أو إلا- إلى البلد الفلاني، أو لا يشتري الجنس الفلاني، أو إلا الجنس الفلاني، أو لا يبيع من زيد مثلاً، أو إلا من زيد، أو لا يشتري من شخص، أو إلا من

(١) بل قولان أحدهما عدم، و قد تقدم ما في القواعد من قوله:

«و لو اشترط ما ينافيه فالوجه بطلان العقد، مثل أن يشترط ضمان المال أو سهماً من الخسران..»، و في جامع المقاصد: «وجه البطلان أن هذه شروط باطلة، لمنافاتها مقتضى العقد شرعاً، فيبطل العقد بها لأن التراضي المعتبر فيه لم يقع إلا على وجه فاسد، فيكون باطلاً. و يحتمل ضعيفاً صحة العقد و بطلان الشرط، لأن بطلان أحد المتقارنين لا يقتضى بطلان الآخر. و جوابه أن التراضي في العقد شرط، و لم يحصل إلا- على الوجه الفاسد. فيكون غير معتبر، فيفوت شرط الصحة». و كأنه لوضوح منافاة الشرط للعقد لم يتعرض لبيان وجهها و تعرض لوجه ابطال الشرط الباطل للعقد.

لكن في الجواهر: أن جميع هذه الأمور من الأحكام أو ما هو مقتضى إطلاق العقد، لا أنها من منافياً مقتضاه التي تعود عليه بالنقض مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٧٦

.....

فتأمل جيداً. انتهى. و كأنه يريد بالأحكام الأحكام غير الاقتضائية، و إلا فالأحكام الاقتضائية لا يصح اشتراط خلافها، لأن الشرط المخالف للكتاب باطل. و بالجملة: قد أشرنا في المسألة السابقة إلى أن الشرط المخالف لمقتضى العقد تارة: يكون مخالفاً لمضمونه، و أخرى: يكون مخالفاً للوازمه العرفية، و ثالثة: يكون مخالفاً لأحكامه الشرعية الاقتضائية. و كون شرط الضمان أو شرط تحمل الخسارة من أحد الأقسام المذكورة غير ظاهر، بل من الواضح أنهما غير مخالفين لمضمون المضاربة و لا للوازمها العرفية. نعم قد

يتوهم مخالفتها لما دل على عدم ضمان الأمين. لكنه ممنوع لاحتمال أن عدم ضمان الأمين لعدم المقتضى، لا لمقتضى العدم، و مع الاحتمال يبنى على صحة الشرط المخالف له، لعدم ثبوت كونه مخالفاً للكتاب، و الأصل العدم. بل الظاهر المفهوم عرفاً أن عدم ضمانه لعدم المقتضى، و حينئذ لا تضر مخالفته للشرط.

نعم

في مصحح إسحاق بن عمار عن أبي الحسن (ع) قال: «سألته عن مال المضاربة قال (ع): الربح بينهما و الوضعية على المال» (١)

و ،

صحيح الحلبي عن أبي عبد الله (ع) أنه قال: «المال الذي يعمل به مضاربة له من الربح، و ليس عليه من الوضعية شيء، إلا أن يخالف أمر صاحب المال» (٢)

و نحوه رواية الكنانى عن أبي عبد الله (ع)

«٣» و ظاهر الروايات المذكورة أن عدم ضمان العامل للخسارة من أحكام المضاربة فيكون الشرط مخالفاً للكتاب، و مخالفاً لمقتضى العقد شرعاً.

اللهم إلا أن يقال أيضاً: إن الحكم المذكور لعدم المقتضى فلا ينافيه الشرط.

(١) الوسائل باب: ٣ من أبواب المضاربة حديث: ٥.

(٢) الوسائل باب: ١ من أبواب المضاربة حديث: ٤.

(٣) الوسائل باب: ١ من أبواب المضاربة حديث: ٣.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٧٧

.....

اللهم إلا أن يقال الاستثناء في روايتي الحلبي

و الكنانى

يقتضى عدم الضمان حتى بملاحظة العناوين الثانوية، فيدل على عدم تحمل الخسارة مطلقاً في غير المستثنى حتى مع الشرط، فيدل على عدم صحة شرط الضمان و تدارك الخسارة تعديلاً، لا من جهة كونه مخالفاً لمقتضى العقد شرعاً. اللهم إلا أن يكون منصرف النصوص الجعل الشرعى، لا جعل المالك، كما هو مورد الكلام، و هو غير بعيد جمعاً بين النصوص المذكورة و عموم نفوذ الشروط و حينئذ لا مانع من اشتراط تدارك الخسارة كلا أو بعضاً.

هذا و

في حسن الكاهلي عن أبي الحسن موسى (ع): «في رجل دفع إلى رجل مالاً مضاربة، فجعل له شيئاً من الربح مسمى، فابتاع المضارب متاعاً فوضع فيه. قال (ع): على المضارب من الوضعية بقدر ما جعل له من الربح» (١)

: لكنه متروك الظاهر. و

في صحيح محمد ابن قيس عن أبي جعفر (ع) في حديث إن علياً (ع) قال: «من ضمن تاجراً فليس له إلا رأس ماله (المال. خ ل) و ليس له من الربح شيء» (٢)، و في بعض طرقه: «من ضمن مضاربة».

و ظاهره أن شرط الضمان صحيح لكنه مانع من استحقاق الربح للمالك، فيكون من قبيل ما أرسل

عن النبي صلى الله عليه و آله: «الخراج بالضمان»

[١] هكذا روى في كتب أصحابنا و قد أمر سيدنا المؤلف - قدس سره - بالفحص عن سند الحديث و متنه في كتب الجمهور، لأنه من رواياتهم و قد ظهر أنه مروى في صحيح الترمذى في (ج ٥ صفحة ٢٨٥) هكذا: (حدثنا محمد بن المثنى حدثنا عثمان بن عمر و أبو عامر العقدي عن ابن أبي ذئب عن مخلد ابن خفاف عن عروة عن عائشة: ان رسول الله (ص) قضى أن الخراج بالضمان) و نحوه في (الجزء ٥ صفحة ٢٨٦) بسند آخر. و رواه في سنن أبي داود (الجزء ٢ صفحة ٢٥٥) هكذا: (حدثنا إبراهيم بن مروان -

(١) الوسائل باب: ٣ من أبواب المضاربة حديث: ٦.

(٢) الوسائل باب: ٤ من أبواب المضاربة حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٧٨

شخص معين، أو نحو ذلك من الشروط، فلا يجوز له المخالفة (١)،

و هو مذهب المخالف، و غير معمول به، و لا- معول عليه عندنا. و حمل في الوافي و غيره على أنه يكون المال قرضاً. و هو- مع أنه خلاف الظاهر منه- مخالف للقواعد.

و المتحصل: أن المنع من شرط الضمان و تدارك الخسارة لا يقتضيه ما دل على عدم ضمان الأمين، لأنه حكم غير اقتضائي، فشرط خلافه لا يكون مخالفاً للكتاب. و لا رواية إسحاق و نحوها مما ورد في خصوص المضاربة، لما ذكر أيضاً. و لا إطلاق صحيح الحلبي لأن منصرفه خصوص جعل الشارع، فلا يشمل جعل العاقد، و لا

قوله (ع): «من ضمن تاجراً فليس له إلا رأس ماله و ليس له من الربح شيء»

لأنه يدل على صحة الشرط لا بطلانه. فالعمل بإطلاق ما دل على صحة الشروط محكم.

(١) نص على ذلك في الشرائع و القواعد و غيرهما، و في المسالك:

«لا- خلاف عندنا في جواز هذه الشروط و لزومها و إن ضاقت بسبب هذه التجارة». ثم إن عدم الجواز (تارة): يكون تكليفاً، بأن تصرف تصرفاً عينياً ممنوعاً منه من المالك. و دليله ما دل على عدم جواز التصرف في مال أحد إلا بإذنه، مثل التوقيع المشهور «١»، و نحوه (و تارة):

- حدثنا أبي حدثنا مسلم بن خالد الزنجي حدثنا هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة (رض) ان رجلاً ابتاع.

علامة فأقام عنده ما شاء الله أن يقيم ثم وجد به عيباً فخاصمه إلى النبي (ص) فرده عليه فقال الرجل:

يا رسول الله قد استغل غلامى فقال رسول الله (ص): الخراج بالضمان) و مورد الأخير الضمان العقدي الراجع الى التملك بالثمن لا الضمان الشرعى المتقوم بكون الشيء فى عهدة الضامن و عليه دركه، كضمان اليد. و قد حكى عن أكثر فقهاءهم تخصيص القاعدة بالضمان العقدي، و تعميمها الى الضمان الشرعى مختص بالحيفية. لكن المحكى عنهم انهم استدلوا عليها بوجه اعتبارى لا بالحديث. فراجع ..

(١) الوسائل باب: ٣ من أبواب الأنفال و ما يختص بالإمام من كتاب الخمس حديث: ٦.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٧٩

و إلا ضمن المال لو تلف (١) بعضاً أو كلاً، و ضمن الخسارة مع فرضها. و مقتضى القاعدة و إن كان كون تمام الربح للمالك على فرض إرادة القيدية (٢)،

يكون وضعياً كما إذا كان التصرف الممنوع منه من المالك اعتبارياً، كما إذا قال له: لا تبع على زيد فباع عليه. و حينئذ لا يكون مأثوماً بالبيع، و لا فاعلاً للحرام، و انما كان تصرفه باطلاً، لا غير. و دليله عموم قاعدة السلطنة. و من ذلك يظهر الإشكال فى الاستدلال على المقام بالقاعدة، فإنها لا عموم فيها للتصرف العيني، الذى هو موضوع الحكم التكليفي.

(١) بلا خلاف و لا اشكال. و يقتضيه النصوص الكثيرة، منها صحيح الحلبي

و رواية الكنانى

المتقدمان، و

صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما (ع) قال. «سألته عن الرجل يعطى المال مضاربة و ينهى أن يخرج به فخرج.

قال (ع): يضمن المال و الربح بينهما» (١)

و نحوها غيرها.

(٢) القيود التى تذكر فى المضاربة (تارة): تكون من مقومات المضاربة، مثل المبيع و المثلث و مكان البيع و زمانه و البائع و المشتري و نحو ذلك و هذه لا تكون إلا قيوداً للمجموع و هو المضاربة، لا مجعولة بجعل مستقل لتعذر ذلك فيها، فاذا قال له: اشتر الغنم، أو فى السوق الفلانى، أو فى النهار، أو فى الليل، أو لا تبع على زيد، أو لا تشتري من زيد، أو بتوسط الدلال الفلانى، أو نحو ذلك، فهذه قيود المضاربة أخذت قيوداً للمجموع، لا أنها مجعولة بجعل مستقل فى ضمن المضاربة، لا امتناع جعلها لأنها عينه لا تقبل الجعل، و جعلها فى ضمن جعل المفهوم بمثل قوله:

و عليك أن تشتري الغنم، راجع الى تقييد المفهوم، لا- جعل شىء فى ضمن جعل المفهوم، فهو إذاً قيد لا شرط (و تارة): لا تكون مقومة للمضاربة

(١) الوسائل باب: ١ من أبواب كتاب المضاربة حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٨٠

.....

بل خارجة عنها، مثل أن يقول: لا تحمل المال معك، أو لا تنقد الثمن فى مجلس البيع، أو اقرأ سورة من القرآن وقت البيع، أو نحو ذلك.

و هذا القسم (تارة): يكون ملحوظاً قيوداً للمضاربة، كأن يقول: بع و أنت تقرأ القرآن، أو تذكر الله تعالى (و أخرى): يكون ملحوظاً شرطاً فى ضمن المضاربة، مجعولاً بجعل مستقل، بأن يقول: و اشترطت عليك أن تقرأ القرآن وقت البيع (و ثالثة): أن يأمر المالك به أو ينهى عنه، من دون ملاحظة كونه شرطاً له على العامل، و لا قيوداً للعمل، بل لوحظ لنفسه لما فيه من الفائدة، مثل أن يقول: احمل النقد فى هميان، أو اتخذ حارساً يحفظ مال التجارة. أما ما أخذ قيوداً للمضاربة- سواء كان من مقوماتها أم خارجاً عنها- فهو على قسمين: (الأول): ما يؤخذ قيوداً فى مقام الواقع، كما إذا قال له: لا تتجر بالأكفان، أو لا تبع و أنت جنب فلا ينبغي التأمل فى عدم صحة المعاملة لو خالف، لأنها غير مأذون فيها من المالك، فصحتها خلاف قاعدة السلطنة، و لا تصح إلا بإجازة المالك.

(الثانى): ما أخذ قيوداً فى مقام الظاهر خوفاً من الخسران، كما إذا قال:

لا تشتت التمر فإنه خطر، فاشترى تمراً و ربح، فالمعاملة و إن كانت غير مأذون فيها ظاهراً مأذون فيها واقعاً، و لا منافاة بين الأمرين، لعدم التنافي بين الحكم الظاهري و الواقعي. و عليه فالمعاملة صحيحة، و لا تحتاج إلى إمضاء و إجازة. و كذلك تصح المعاملة فيما لم يؤخذ قيماً أو شرطاً مجعولاً بجعل مستقل، فإنها حينئذ مأذون فيها و لا خيار للمالك في الفسخ لعدم المقتضى لذلك، فإذا لم يتخذ حارساً لحفظ ماله أو لم يحمل النقد في هميان كان مخالفاً لما أمره به المالك، فيكون آثماً و ضامناً، لكن لا خلل في المعاملة، و لا في لزومها، و لا خيار للمالك.

و المتحصل مما ذكرنا أمور: (الأول): أن القيود المذكورة في

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٨١

إذا أجاز المعاملة (١)، و ثبوت خيار تخلف الشرط على فرض كون المراد من الشرط الالتزام في الالتزام (٢)، و كون تمام الربح له على تقدير الفسخ، إلا أن الأقوى اشتراكهما في الربح (٣) على ما قرر، لجملة من الأخبار الدالة على ذلك (٤)

ضمن عقد المضاربة، تارة: تكون قيوداً للمضاربة، و أخرى: تكون شرطاً فيها، و ثالثة: لا تكون قيوداً لها و لا شرطاً فيها. (الثاني): أن المأخوذة قيوداً لا تصح المضاربة بدونها إذا كانت قيوداً واقعية، و تصح إذا كانت قيوداً ظاهرية (الثالث): أنها إذا لم تكن قيوداً و لا شروطاً تصح المضاربة معها، و لا تحتاج إلى الإجازة من المالك، و إن كان العامل آثماً و ضامناً.

(١) قد عرفت أنه يختص بالقيود الواقعية.

(٢) قد عرفت أنه توجد أيضاً صورة ثالثة.

(٣) كما هو المنسوب إلى الأصحاب.

(٤) الأخبار الواردة في الباب و إن كانت كثيرة، لكن لا يظهر منها ورودها في صورة كون القيد واقعياً، فقد تقدم صحيح محمد بن

مسلم

«١» و مورده النهي عن الخروج، و نحوه أحد صحاح الحلبي،

«٢» و روايات الكناني

«٣» و أبي بصير

«٤» و زيد الشحام

«٥»، و النهي عن الخروج ليس من قبيل تقييد المعاملة، بل الظاهر منه أنه من القسم الثالث. و قد تقدم أحد صحاح الحلبي

«٦»، و دلالة على الاشتراك في الربح مع المخالفة

(١) راجع صفحة: ٢٧٩.

(٢) الوسائل باب: ١ من كتاب المضاربة حديث: ٢.

(٣) الوسائل باب: ١ من كتاب المضاربة حديث: ٦.

(٤) الوسائل باب: ١ من كتاب المضاربة حديث: ١٠.

(٥) الوسائل باب: ١ من كتاب المضاربة حديث: ١١.

(٦) راجع صفحة: ٢٧٦.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٨٢

و لا داعي إلى حملها على بعض المحامل (١)،

غير ظاهرة، فضلا عن كون المخالفة في قيود المعاملة، فلا يكون من أدلة المقام، و نحوه رواية الكنانى
«١» الأخرى، و كذلك

□
صحيح الحلبي الثالث عن أبى عبد الله (ع): «أنه قال فى المال الذى يعمل به مضاربة:

له من الربح، و ليس عليه من الوضعية شىء، إلا- أن يخالف أمر صاحب المال. فان العباس كان كثير المال، و كان يعطى الرجال يعملون به مضاربة، و يشترط عليهم أن لا ينزلوا بطن واد، و لا يشتروا ذا كبد رطبة، فإن خالفت شيئا مما أمرتك به فأنت ضامن للمال»
«٢».

و ليس فى الخبرين دلالة على الاشتراك فى الربح مع المخالفة. نعم

فى صحيح جميل عن أبى عبد الله (ع): «فى رجل دفع الى رجل مالا يشتري به ضربا من المتاع مضاربة، فذهب فاشترى به غير الذى أمره. قال: هو ضامن، و الربح بينهما على ما شرط» «٣».

و لا- يبعد أن يكون التقييد فيه من قبيل التقييد فى مقام الظاهر، لا- الواقع و على هذا فليس فى الروايات بأجمعها ما هو ظاهر فى الاشتراك فى الربح مع التقييد الواقعى الذى هو خلاف القواعد.

نعم

□
فى صحيح الحلبي عن أبى عبد الله (ع): «فى الرجل يعطى الرجل مالا- مضاربة فيخالف ما شرط عليه قال (ع): هو ضامن و الربح بينهما» «٤».

فإن إطلاقه يقتضى الاشتراك فى الربح حتى فى القيود الواقعية. لكن الخروج عن القواعد به فى صورة التقييد الواقعى مشكل مع احتمال الحمل على غيره.

(١) فقد ذكر فى الجواهر: أنه يمكن تنزيل النصوص على إرادة بقاء

(١) الوسائل باب: ١ من أبواب المضاربة حديث: ٣.

(٢) الوسائل باب: ١ من أبواب المضاربة حديث: ٧.

(٣) الوسائل باب: ١ من أبواب المضاربة حديث: ٩.

(٤) الوسائل باب: ١ من أبواب المضاربة حديث: ٥.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٨٣

و لا إلى الاقتصار على موارد (١)، لاستفادة العموم من بعضها الآخر (٢).

[مسألة ٦: لا يجوز العامل خلط رأس المال مع مال آخر لنفسه أو غيره]

(مسألة ٦): لا يجوز العامل خلط رأس المال مع مال آخر (٣) لنفسه أو غيره، إلا مع إذن المالك، عموماً،

الاذن فى المضاربة بأن يكون الغرض من الاشتراط الضمان لا غير، كما يومئ إليه صحيح الحلبي السابق

- يعنى: المتعرض لذكر العباس - فان قوله فى آخره:

«فأنت ضامن ..»

يقتضى الاقتصار فيه على الضمان.

و إلا لقال فأنت ضامن و غير مأذون في المعاملة. و لكنه كما ترى غير ظاهر.

(١) حكاة في الجواهر عن بعض الناس، و احتمله من الشرائع، حيث اقتصر فيها على ذكر موردين، قال فيها: «و لو أمره بالسفر إلى جهة فسافر إلى غيرها، أو أمره بابتياح شيء معين، فابتاع غيره، ضمن، و لو ربح و الحال هذه كان الربح بينهما بموجب الشرط». و المثال الأول مذكور في صحيح الحلبي

و غيره، و الثاني في صحيح جميل

(٢) لا يظهر وجود العام الدال على الاشتراك في الربح مع المخالفة و انما الموجود العام الدال على الضمان مع المخالفة لا غير، مثل

صحيح الحلبي الأول

و خبر الكناني

و غيرهما. فالعمدة إذا ما ذكرناه من التفصيل. فلاحظ.

تنبيه: إطلاق بعض النصوص و الكلمات يقتضى ضمان العامل إذا خالف المالك من غير فرق بين الموارد. و لكن الذي ينصرف إليه الذهن هو ما إذا خالفه فيما كان من شؤون المال مما كان له الولاية عليه، أما إذا كان خارجاً عن ذلك- كما إذا أمره بصلاة الليل و نوافل النهار و قراءة القرآن و نحو ذلك، مما لا يرجع إلى المال و إلى المعاملة به، فلم يفعل شيئاً من ذلك- فلا ضمان عليه، لقصور الأدلة على ذلك.

(٣) نص على ذلك في الشرائع، و علله: أنه تصرف غير مشروع.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٨٤

كأن يقول: اعمل به على حسب ما تراه مصلحة، إن كان هناك مصلحة، أو خصوصاً، فلو خلط بدون الاذن ضمن التلف (١). إلا أن المضاربة باقية (٢) و الربح بين المالين على النسبة.

[مسألة (٧): مع إطلاق العقد يجوز للعامل التصرف على حسب ما يراه]

(مسألة ٧): مع إطلاق العقد يجوز للعامل التصرف على حسب ما يراه (٣)، من حيث البائع، و المشتري، و نوع الجنس المشتري. لكن

لا يجوز له أن يسافر من دون إذن المالك (٤)، إلا إذا كان هناك متعارف ينصرف إليه الإطلاق

و علل في المسالك: بأنه أمانة لا يجوز خلطها، كالوديعة. و العمدة ما دل على حرمة التصرف في مال أحد إلا بإذنه، فإذا لم يكن إذن في التصرف- عام أو خاص- حرم.

(١) كما في المسالك و غيرها. لعدم الاذن في ذلك الموجب للرجوع إلى عموم: «على اليد..» و العمدة النصوص المتقدمة.

(٢) كما نص على ذلك في المسالك و الجواهر. لما عرفت من أن مثل ذلك لا ينافي بقاء الاذن في المضاربة.

(٣) عملاً بإطلاق الاذن و الأصل الحل و البراءة.

(٤) قال في القواعد: «ليس للعامل أن يسافر إلا بإذن المالك».

و في جامع المقاصد: «هو مذهب علمائنا. لأن فيه تغريباً بالمال. و لأنه لا يتبادر من إطلاق العقد و لا يتفاهم منه، ليكون شاملاً له، و

للروايات الصريحة في ذلك عن أهل البيت (ع)، مثل رواية الحلبي عن الصادق (ع)

، و صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما (ع)

«و دلالة الروايات لا تخلو من نظر، فإنها إنما تعرضت لصورة نهى المالك عن الخروج- كما تقدم-

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٨٥

و إن خالف فساخر فعلى ما مر فى المسألة المتقدمة (١).

[مسألة ٨: مع إطلاق العقد و عدم الاذن فى البيع نسيئة لا يجوز له ذلك]

(مسألة ٨): مع إطلاق العقد و عدم الاذن فى البيع نسيئة لا يجوز له ذلك (٢)، إلا أن يكون متعارفاً ينصرف إليه الإطلاق. و لو خالف فى غير مورد الانصراف، فان استوفى الثمن قبل اطلاع المالك فهو (٣)، و إن اطع المالك قبل الاستيفاء فإن أمضى فهو (٤)، و إلا فالبيع باطل (٥)،

و لم تتضمن النهى عنه. كما تشكل دعوى عدم تبادره من إطلاق العقد، إذ لا مقتضى للانصراف عنه. و كونه تغيراً بالمال كلية غير ظاهر. نعم ربما يكون كذلك، و ربما يكون الحضر كذلك. و كأنه لذلك أهمل ذكره فى الشرائع. فإذا لا فرق بين السفر و الحضر فى الجواز ما لم تكن قرينة موجبة للانصراف عنه.

(١) لإطلاق بعض النصوص المتقدمة الشامل للمقام، كما عرفت.

(٢) قال فى التذكرة: «و ليس له أن يبيع نسيئة بدون إذن المالك».

لما فيه من التغير بالمال، فان خالف ضمن عندنا. و فى المسالك:

أن فيه تغيراً بمال المالك، و أن الأمر فيه واضح. و فيه: أنه غير ظاهر، بل ربما يكون النقد كذلك. فالأولى المنع عن كل منهما إذا كان فيه تغير بالمال، و الجواز إذا لم يكن، من دون فرق بين أن يكون متعارفاً و أن لا يكون، كما هو ظاهر المختلف و غيره، بل نسب إلى جماعة من متأخري المتأخرين.

(٣) يعنى: تصح المعاملة، و يكون الربح بينهما، على ما تقدم.

(٤) يعنى: يصح البيع، و يكون الربح مشتركاً.

(٥) لكونه غير مأذون فيه. قال فى الشرائع: «و يقتضى إطلاق الإذن البيع نقداً، بضمن المثل، من نقد البلد. و لو خالف لم يمض إلا

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٨٦

و له الرجوع على كل من العامل و المشتري (١) مع عدم وجود

مع إجازة المالك». و قال فى المسالك: «إذا خالف ما دل عليه اللفظ بخصوصه أو إطلاقه لم يقع التصرف باطلا، بناءً على جواز بيع الفضولى لكن يقف على إجازة المالك، فإن أجاز نفذ ثم إن قدر على تحصيل النسيئة، و إلا ضمن الثمن، لثبوتها بالبيع الصحيح، لا القيمة. و إلا وجب الاسترداد مع إمكانه، و لو تعذر ضمن قيمة المبيع أو مثله، لا الثمن المؤجل و إن كان أزيد، و لا التفاوت فى صورة النقيصة، لأنه مع عدم إجازة البيع يقع باطلا، فيضمن للمالك عين ماله، الذى تعدى فيه و سلمه من غير إذن شرعى» و فى التذكرة: «إذا باع نسيئة فى موضع لا يجوز له فقد خالف مطلق الأمر، فيقف على إجازة المالك، لأنه كالفضولى فى هذا التصرف». و كأن المصنف جرى على هذا المجرى. و هو مخالف لما تقدم، من أنه إذا خالف المالك ضمن و الربح بينهما، إذ قد عرفت أنه يقتضى صحة المعاملة من دون توقف على إجازة المالك، للنصوص، فما الذى فرق بين المقامين؟ بل فى الجواهر: أن الصحة فى المقام أولى منها فى صورة المخالفة الصريحة التى هى مورد النصوص بل يمكن القول بشمول بعض النصوص للجميع فلاحظ. مع أنه على تقدير الفرق لم يكن وجه لقوله: «فان استوفى الثمن قبل اطلاع المالك فهو»، و كان اللازم أن يقول: إذا استوفى الثمن قبل اطلاع المالك راجع المالك، فإن أجاز فهو، و إلا- رده على المشتري، لبطلان المعاملة، إذ الموجب للبطلان عدم الاذن، من دون فرق بين اطلاع المالك قبل الاستيفاء و بين الاستيفاء قبل اطلاع المالك.

(١) قد عرفت أنه بناءً على بطلان البيع فالعين للمالك، له المطالبة بها من كل من وضع يده عليها، فإن كان العامل سلمها إلى المشتري جاز

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٨٧

المال عنده أو عند مشتر آخر منه (١)، فإن رجع على المشتري بالمثل أو القيمة لا يرجع (٢) هو على العامل، إلا أن يكون مغروراً من قبله (٣) و كانت القيمة أزيد من الثمن، فإنه حينئذ يرجع بتلك الزيادة عليه (٤).

للمالك الرجوع على العامل و على المشتري، كما في جميع موارد تعاقب الأيدي فإن كان المشتري قد باعها على ثالث و سلمها له، جاز للمالك الرجوع على العامل و المشتري الأول و المشتري الثاني.

(١) الذى يظهر من هذا القيد أن العين إذا كانت موجودة عند المشتري أو عند مشتر آخر لم يجز للمالك الرجوع الى العامل، بل يرجع على من كانت العين موجودة عنده. ولكنه غير ظاهر الوجه، فإنه مع تعاقب الأيدي يجوز الرجوع إلى كل واحد من ذوى الأيدي المتعاقبة و إن كانت العين موجودة عند بعضهم، و لا يختص رجوعه بمن كانت العين عنده. إذ الموجب للضمان اليد، و هى حاصله فى الجميع. و فى القواعد:

«و للمالك إلزام من شاء»، و فى مفتاح الكرامة: حكاية ذلك عن المبسوط و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و غيرها. و لعل هذا الشرط للرجوع بالبدل، لا لأصل الرجوع على العامل. لكن الشرط حينئذ التعذر، لا عدم وجود للعين.

(٢) يعنى: المشتري. لتأخر يده، كما هو حكم تعاقب الأيدي، فإنه يرجع السابق على اللاحق، و لا يرجع اللاحق على السابق.

(٣) يعنى: إذا كان المشتري مغروراً من العامل جاز له الرجوع عليه، لأن المغرور يرجع على من غره.

(٤) أما بمقدار الثمن فلا- يرجع به، لإقدامه على ضمانه بالثمن بلا غرور من العامل، و الغرور إنما كان بالزيادة، فإذا فرض أن القيمة التى رجع بها

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٨٨

و إن رجع (١) على العامل يرجع هو على المشتري بما غرم، إلا- أن يكون مغروراً منه و كان الثمن أقل، فإنه (٢) حينئذ يرجع (٣) بمقدار الثمن (٤).

[مسألة ٩: فى صورة إطلاق العقد لا يجوز له أن يشتري بأزيد من قيمة المثل]

(مسألة ٩): فى صورة إطلاق العقد لا يجوز له أن يشتري بأزيد من قيمة المثل (٥). كما أنه لا يجوز أن يبيع بأقل من قيمة المثل، و إلا بطل. نعم إذا اقتضت المصلحة أحد الأمرين لا بأس به (٦).

المالك على المشتري بمقدار الثمن. فليس له الرجوع على العامل بشيء منها.

(١) يعنى: المالك.

(٢) يعنى: العامل.

(٣) يعنى: على المشتري.

(٤) إذ لا تغرير من العامل فيه. و أما الزائد على مقدار الثمن الذى غرمه للمالك فلا يرجع فيه على المشتري، لأنه غار له فيه، فاذا رجع على المشتري بتلك الزيادة رجع المشتري عليه بها، لأنه غار له.

و إن شئت قلت: لا يرجع على المشتري بتلك الزيادة، لأنه غار له فيها، فغرامتها مستندة إلى تغريه لا إلى المشتري.

(٥) كما هو المعروف المصرح به في جملة كثيرة من كتب الأصحاب.

لما فيه من تضييع المال، المانع من دخوله في إطلاق الاذن. وكذا ما بعده.

(٦) كما في المختلف و عن جماعة من متأخري المتأخرين إذ من المعلوم الاذن مع المصلحة. و في الجواهر: تخصيصه بما إذا كان متعارفاً، أما إذا كان نادراً فلا يدخل في الإطلاق، لانصرافه الى المتعارف. لكن الانصراف ممنوع، و الإطلاق محكم.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٨٩

[(مسألة ١٠): لا يجب في صورة الإطلاق أن يبيع بالنقد]

(مسألة ١٠): لا- يجب في صورة الإطلاق أن يبيع بالنقد، بل يجوز أن يبيع الجنس بجنس آخر (١). و قيل بعدم جواز البيع إلا بالنقد المتعارف (٢). و لا وجه له إلا إذا كان جنساً لا رغبة للناس فيه غالباً (٣).

[(مسألة ١١): لا يجوز شراء المعيب]

(مسألة ١١): لا يجوز شراء المعيب، إلا إذا اقتضت المصلحة، و لو اتفق فله الرد أو الأرش، على ما تقتضيه المصلحة.

[(مسألة ١٢): المشهور - على ما قيل - أن في صورة الإطلاق يجب أن يشتري بعين المال]

إشارة

(مسألة ١٢): المشهور - على ما قيل - أن في صورة الإطلاق يجب أن يشتري بعين المال، فلا- يجوز الشراء في الذمة (٤). و بعبارة أخرى: يجب أن يكون الثمن شخصياً من مال المالك، لا- كلياً في الذمة. و الظاهر أنه يلحق به (٥) الكلي في المعين أيضاً. و علل ذلك: بأنه القدر المتيقن. و أيضاً الشراء في الذمة قد يؤدي إلى وجوب دفع غيره (٦) - كما إذا

(١) كما قواه في المسالك مع الغبطة. عملاً بإطلاق الاذن.

(٢) كما في الشرائع و غيرها.

(٣) فلا يكون فيه مصلحة. أما إذا كان فيه مصلحة أيضاً فلا بأس عملاً بإطلاق الاذن.

(٤) قال في الشرائع: «و كذا يجب أن يشتري بعين المال، و لو اشترى في الذمة لم يصح، إلا مع الاذن». و في القواعد: «و ان اشترى في الذمة لزم العامل إن أطلق الشراء و لم يجز المالك، و إن ذكر المالك بطل مع عدم الإجازة». و في الحدائق: أنه صرح بذلك جملة من الأصحاب.

(٥) يعنى: بالشراء بعين المال، لأنه نوع منه.

(٦) هذا و ما بعده ذكرهما في المسالك.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٩٠

تلف رأس المال قبل الوفاء- و لعل المالك غير راض بذلك.

و أيضاً إذا اشترى بكلي في الذمة لا يصدق على الربح أنه ربح مال المضاربة. و لا يخفى ما في هذه العلل (١). و الأقوى - كما هو المتعارف - جواز الشراء في الذمة (٢) و الدفع من رأس المال. ثم إنهم لم يتعرضوا لبيعه، و مقتضى ما ذكره و وجوب كون المبيع أيضاً

شخصياً، لا كلياً. ثمّ الدفع من الأجناس التي عنده. و الأقوى فيه أيضاً جواز كونه كلياً. و إن لم يكن في المتعارف مثل الشراء.

[ثمّ إن الشراء في الذمة يتصور على وجوه]

إشارة

ثمّ إن الشراء في الذمة يتصور على وجوه.

[أحدها: أن يشتري العامل بقصد المالك]

أحدها: أن يشتري العامل بقصد المالك و في ذمته من

(١) فان العمل بالقدر المتيقن إنما يكون مع عدم الإطلاق، أما مع الإطلاق فالعمل به متعين. و وجوب دفع غيره ليس محذوراً إذا كان مقتضى الإطلاق، و إذا كان الشراء بالمال يشمل الشراء بالذمة فقد صدق أن الربح للمال لتبعية ذلك لما ذكر.

(٢) كما مال إليه في الجواهر و احتمال إرادة الأصحاب من المنع صورة الشراء في الذمة مع إرادة الرجوع إليه بغير مال المضاربة. و في الرياض: «و يمكن تنزيل إطلاق كلام الأصحاب عليه بصرفه الى غير صورة غلبته ذلك (يعنى: مراد الأصحاب من لزوم الشراء بعين المال صورة ما إذا لم يكن الغالب و المتعارف ذلك) أما إذا كان الغالب و المتعارف ذلك فقد جاز الشراء بالذمة»، إذ المتعارف مانع من حمل الإطلاق على غيره. بل قيل: يكون موجباً لحمل الإطلاق عليه بالخصوص. لكن الأظهر العمل بالإطلاق في الجميع.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٩١

حيث المضاربة (١).

[الثاني: أن يقصد كون الثمن في ذمته]

الثاني: أن يقصد كون الثمن في ذمته من حيث أنه عامل و وكيل عن المالك. و يرجع إلى الأول. و حكمها الصحة و كون الربح مشتركاً بينهما على ما ذكرنا. و إذا فرض تلف مال المضاربة قبل الوفاء كان في ذمة المالك يؤدي من ماله الآخر (٢)

(١) يعني على أن يكون المبيع مورد المضاربة و كون الثمن من مال المالك المعين للمضاربة.

(٢) قد تقدم ما عن المسالك من الاستدلال على عدم جواز الشراء في الذمة ما ظاهره المفروغية عن وجوب الأداء من ماله الآخر، و أنه من المسلمات، و في الجواهر: استدلل عليه بأنه مقتضى الإطلاق. و فيه: أن الإطلاق من حيث كون الشراء في الذمة أو في العين لا يلزم الإطلاق من حيث كون الأداء من مال المضاربة و غيره، إذ المفروض أن الشراء في الذمة و ان كان بإذن المالك فهو بلحاظ المضاربة و كون الأداء لما في الذمة بمال المضاربة لا بغيره، و لذلك قيد المصنف الوجه الأول بكونه من حيث المضاربة، لا مطلقاً، فاذا كان عنوان المضاربة مأخوذاً قيدياً للشراء فمع تعذره يبطل الشراء، كما إذا اشترى ولي الزكاة شيئاً بمال الزكاة فتلف المال قبل الوفاء، فإنه يبطل، فلا يكلف بدفع الثمن من ماله.

و أشكل من ذلك ما ذكره في الجواهر من أنه إذا دفع من ماله الأخر يكون من مال القراض، للإطلاق المذكور، و أنه حكى عن المبسوط التصريح به. إذ من الواضح أن مال المضاربة هو التالف لا غير، و أن الاذن في الشراء في الذمة كان بقيد الوفاء من ذلك المال لا غير، فلم يقصد المضاربة بما في الذمة مطلقاً. و لذلك ذكر في الخلاف أن الذي يقوى في نفسه أن المبيع للعامل، و لا شيء

على رب المال. و استدل عليه: بأن رب المال إنما

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٩٢

[الثالث: أن يقصد ذمته نفسه و كان قصده الشراء لنفسه و لم يقصد الوفاء حين الشراء من مال المضاربة]

الثالث: أن يقصد ذمته نفسه و كان قصده الشراء لنفسه و لم يقصد الوفاء حين الشراء من مال المضاربة، ثم دفع منه و على هذا الشراء صحيح، و يكون غاصباً في دفع مال المضاربة من غير إذن المالك، إلا إذا كان مأذوناً في الاستقراض و قصد القرض (١).

[الرابع: كذلك لكن مع قصد دفع الثمن من مال المضاربة حين الشراء]

الرابع: كذلك لكن مع قصد دفع الثمن من مال المضاربة حين الشراء، حتى يكون الربح له، فقصد نفسه حيلة منه، و عليه يمكن الحكم بصحة الشراء و إن كان عاصياً

فسح للعامل في التصرف في ألف إما أن يشتري به بعينه أو في الذمة و ينقد منه و لم يدخل على أن يكون له في القراض أكثر منه. و ما ذكره من الوجه متين، لكن انما يقتضى عدم الصحة للمالك، لا التحول الى العامل لعدم قصد العامل ذلك، فكيف يدخل في ملكه من دون قصد، و يكلف بدفع البدل من دون اختيار؟! و نسب في الخلاف إلى أبي حنيفة و محمد أن يلزم المالك أن يدفع الثمن من مال آخر و يكونا معاً رأس المال.

و إلى مالك أن المالك مخير بين أن يدفع الثمن من مال آخر و يكون هو رأس المال لا غير و بين أن لا يدفع شيئاً، فيكون المبيع للعامل و الثمن عليه. كما نسب إلى أبي حنيفة أيضاً أنه إذا تلف المال الثاني لم يلزم المالك شيء، و إلى غيره أنه كلما تلف الثمن دفع المالك غيره و لم يظهر من الجواهر أنه إذا تلف المال الثاني فهل يلزم الدفع من مال ثالث و هكذا أو لا يلزمه؟ كما أنه لم يظهر منه أن رأس المال هو مجموع المالكين، أو الأكثر، أو هو الأخير لا غير؟ و التحقيق ما عرفت.

(١) أو كان قاصداً الشراء من نفسه للمالك بمال المضاربة، فإنه لما

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٩٣

في التصرف في مال المضاربة من غير إذن المالك، و ضامناً له بل ضامناً للبائع أيضاً، حيث أن الوفاء بمال الغير غير صحيح و يحتمل القول بطلان الشراء (١) لأن رضى البائع مقيد بدفع الثمن (٢) و المفروض أن الدفع بمال الغير غير صحيح، فهو بمنزلة السرقة، كما ورد في بعض الأخبار: أن من استقرض و لم يكن قاصداً للأداء فهو سارق. و يحتمل صحة الشراء و كون قصده لنفسه لغواً بعد أن كان بنائه الدفع من مال

كان ولياً على الشراء للمالك و ولياً على نفسه لم يحتج في الشراء للمالك مال نفسه الى أكثر من إنشاء الإيجاب، فيقصد المعاوضة بينه و بين المالك بدفع مال المالك وفاء عما في ذمته من الثمن، فيكون إنشاء المعاوضة بالفعل، و هو دفع المال إلى البائع، لا بالقول، و بإنشاء واحد بلا قبول، كما تحقق ذلك في بعض مباحث نكاح العبيد من هذا الشرح. فراجع. فيكون في الخارج شراء: ان شراء من المشتري لنفسه، و شراء من نفسه للمالك، فالشراء للعامل بثمن في الذمة و الشراء للمالك بعين المال.

(١) هذا الاحتمال ضعيف إذ النقص في الشراء على النحو المذكور إن كان لأجل نية عدم أداء الثمن فأمر لم يقل به أحد، و لا دليل عليه و إن كان لأجل دفع مال الغير، الرجوع الى عدم دفع الثمن شرعاً فهو أيضاً لم يقل به أحد، و لا دليل عليه.

(٢) قد عرفت أنه لا دليل عليه. و ما في بعض الاخبار راجع الى نية عدم دفع الثمن حال البيع، لا عدم الدفع بعد ذلك، فالشاهد لا

يرتبط بالمشهود له. مع أن ما في المقام ليس من باب عدم نية الدفع، بل من باب نية دفع ما ليس ملكاً له شرعاً، بعنوان كونه ملكاً له تشريعاً، فهو أمر ثالث غير ما ذكر.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٩٤

المضاربة، فإن البيع وإن كان بقصد نفسه و كلياً في ذمته، إلا أنه ينصب على هذا الذي يدفعه (١) فكأن البيع وقع عليه. و الأوفق بالقواعد الوجه الأول، و بالاحتياط الثاني. و أضعف الوجوه الثالث، و إن لم يستبعده الآقا البهبهاني.

[الخامس: أن يقصد الشراء في ذمته من غير التفات إلى نفسه و غيره]

الخامس: أن يقصد الشراء في ذمته من غير التفات إلى نفسه و غيره. و عليه أيضاً يكون المبيع له (٢)، و إذا دفعه من مال المضاربة يكون عاصياً. و لو اختلف البائع و العامل في أن الشراء كان لنفسه أو لغيره و هو المالك المضارب، يقدم قول البائع، لظاهر الحال (٣)، فيلزم بالثمن من ماله، و ليس له إرجاع البائع إلى المالك المضارب.

(١) هذا غير ظاهر الوجه، و لا- يظن الالتزام به في نظائر المقام، فإن الغاصب للمال إذا دخل السوق و اشترى لنفسه في الذمة، و نوى الوفاء من ذلك المال المغصوب، فأجاز المغصوب منه ذلك لم يكن الشراء له، و لا يكون ما اشتراه ملكاً للمغصوب منه. مضافاً إلى أن البناء على كون ذلك من الشراء بعين المال موجب للبناء على صحة البيع الواقع على العين الخارجية المجهولة للبائع و عدم كونها مقصودة له و لا منوية له، و هو كما ترى.

(٢) لكون عوضه منه و هو ما في ذمته.

(٣) قال في الشرائع: «و لو اشترى في الذمة لا معه، و لم يذكر المالك تعلق الثمن بذمته ظاهراً». فيحتمل أن يكون التعلق ظاهراً بذمته اعتماداً على أصالة الصحة، لأنه إذا كان لغيره بطل لعدم الأذن، و إذا كان له صح. و يحتمل أن يكون لظاهر الحال، حيث أن حمل الذمة على ذمة المالك خلاف الظاهر، يحتاج إلى قرينه، فإن الأصل في الفعل المنسوب

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٩٥

[مسألة (١٣): يجب على العامل بعد تحقق عقد المضاربة ما يعتاد بالنسبة إليه]

(مسألة ١٣): يجب على العامل بعد تحقق عقد المضاربة ما يعتاد بالنسبة إليه و إلى تلك التجارة، في مثل ذلك المكان و الزمان، من العمل، و تولى ما يتولاه التاجر لنفسه، من عرض القماش، و النشر و الطي، و قبض الثمن، و إيداعه في الصندوق و نحو ذلك مما هو اللائق و المتعارف و يجوز له استئجار من يكون المتعارف استيجاره، مثل الدلال، و الحمال، و الوزان، و الكيال، و غير ذلك، و يعطى الأجرة من الوسط. و لو استأجر فيما يتعارف مباشرة بنفسه فالأجرة من ماله (١)، و لو تولى بنفسه ما يعتاد الاستئجار له فالظاهر جواز أخذ الأجرة (٢) إن لم يقصد التبرع. و ربما يقال بعدم الجواز (٣). و فيه أنه:

إلى الفاعل كونه عن نفسه، فإذا قال القائل: صليت، يعني: عن نفسي و إذا قال: صل، يعني: عن نفسك، و هكذا، فلو فرض أن المالك قد أذن بالشراء له، و شك في الشراء أنه للمالك أو للعامل حمل على الثاني، فإذا ادعى المالك ذلك كان قوله مطابقاً للحجة و العامل حمل على الثاني، فإذا ادعى المالك ذلك كان قوله مطابقاً للحجة و العامل بخلافه، و هذا ما لا ينبغي الإشكال فيه. لكن في الرياض في صورة ما لو اشترى في ذمة المالك، أو في الذمة مطلقاً، احتمل الحكم بكون الشراء للمالك، لعموم الأذن. و فيه: أن الاشكال في ظهور الذمة مطلقاً في ذمة المالك، و كيف يكون ذلك و هو خلاف ما عليه العرف؟. نعم يصح ما ذكره في صورة

الشراء بذمة المالك. فلاحظ.

(١) لعدم الاذن. فلا موجب للزومها للمالك.

(٢) وفي المسالك: أنه له وجهها.

(٣) كما في الشرائع والمبسوط، وفي المسالك: نسبه إلى إطلاق

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٩٦

مناف لقاعدة احترام عمل المسلم (١) المفروض عدم وجوبه عليه.

[مسألة ١٤]: قد مر أنه لا يجوز للعامل السفر من دون إذن المالك

(مسألة ١٤): قد مر أنه لا يجوز للعامل السفر من دون إذن المالك. ومع فنفقته في السفر من رأس المال (٢)،

المصنف و الجماعة.

(١) كذا في الجواهر. لكن عرفت غير مرة أن قاعدة الاحترام لا تقتضى الضمان للعمل، وإنما الذى يقتضيه الاستيفاء وإن كان واجبا عليه، فان المريض إذا طلب من الطبيب المعالجة ضمن الأجرة وإن كانت المعالجة واجبة عليه، والاستيفاء لعمل العامل فى باب المضاربة فى مقابل الحصه من الربح لا غير، فإثبات شىء آخر يحتاج إلى دليل. ولأجل ذلك لا يرتبط المقام بما إذا أذن له فى البيع أو الشراء، بناءً على عموم الاذن للشراء من نفسه و البيع على نفسه، مضافاً إلى أن ذلك يختص بما إذا صرح له بالإذن بالاستيجار، و فى المقام ربما لا يكون إلا الاذن فى الاتجار و لوازمه على نحو العموم، ومنها استيجار من جرت العادة باستئجاره لحمل الأثقال، لكن عموم ذلك لنفسه غير ظاهر، إذ من المحتمل أن يكون المراد أن لا يتحمل العامل خسارة الأجرة، فلا يشمل الفرض.

(٢) قال فى الشرائع: «و ينفق فى السفر كمال نفقته من أصل المال على الأظهر»، و فى المسالك و عن غيرها: أنه الأشهر بين الأصحاب، و فى التذكرة و جامع المقاصد: أنه المشهور، بل فى التذكرة فى موضع نسبه إلى علمائنا، و عن الخلاف: أن عليه إجماع الفرقه و أخبارهم. انتهى.

لأنه بسفره انقطع إلى العمل فى مال القراض فناسب أن تكون النفقة على المال، كما فى التذكرة و جامع المقاصد، أو لأن السفر لمصلحة المال فنفقته عليه كما فى التذكرة، لكن مقتضى الأخير الاختصاص بنفقة السفر نفسه، لا نفقة العامل فى السفر، و مقتضى الأول العموم لنفقة الحضر أيضاً إذا كان

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٩٧

إلا- إذا اشترط المالك كونها على نفسه. و عن بعضهم (١) كونها على نفسه مطلقاً، و الظاهر أن مراده فيما إذا لم يشترط كونها من الأصل. و ربما يقال: له تفاوت ما بين السفر و الحضر (٢). و الأقوى ما ذكرنا من جواز أخذها من أصل المال بتمامها، من مأكّل، و مشرب، و ملبس، و مسكن، و نحو ذلك مما يصدق عليه النفقة.

ففى صحيح على بن جعفر عن أخيه أبى الحسن عليه السلام (٣): «فى المضارب ما أنفق فى سفره فهو من جميع المال، فإذا قدم بلده فما أنفق فمن نصيبه»

هذا و أما فى الحضر فليس له أن يأخذ من رأس المال شيئاً (٤) إلا إذا اشترط على المالك ذلك.

[مسألة ١٥]: المراد بالنفقة ما يحتاج إليه

(مسألة ١٥): المراد بالنفقة ما يحتاج إليه من مأكول و ملبوس و مركوب و آلات يحتاج إليها في سفره و أجره المسكن منقطعاً إلى العمل فيه، و عدم العموم لنفقة السفر مع عدم الانقطاع إلى العمل في المال. مضافاً إلى أن المناسبه لا تصلح للإثبات. (١) المراد به الشيخ في المبسوط، لأنه دخل على أن له سهماً معلوماً من الربح، فلا يستحق سواه، و قد لا يربح من المال أكثر من النفقة.

(٢) قاله الشيخ في المبسوط على تقدير القول بالإنفاق.

(٣) رواه في الكافي عن محمد بن يحيى عن عمر بن محمد بن أحمد بن محمد بن يحيى عن محمد بن أحمد الكوكبي عن عمر بن محمد بن يحيى عن أبي عبد الله (ع) عن أمير المؤمنين (ع)، رواها في الكافي، و نحوه مرسل الفقيه «١». (٤) إجماعاً، صريحاً و ظاهراً، حكاه جماعة.

(١) ذكر الأحاديث المذكورة في الوسائل باب: ٦ من كتاب المضاربة

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٩٨

و نحو ذلك (١)، و أما جوائزه و عطايه و ضيافته و مصانعاته فعلى نفسه (٢) إلا إذا كانت التجارة موقوفة عليها.

[مسألة ١٦: اللازم الاقتصار على القدر اللائق]

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

[مسألة ١٧: المراد من السفر العرفي]

(مسألة ١٧): المراد من السفر العرفي (٥)، لا الشرعي فيشمل السفر فرسخين أو ثلاثة. كما أنه إذا أقام في بلد عشرة أيام أو أزيد كان نفقته من رأس المال، لأنه في السفر عرفاً. نعم إذا أقام بعد تمام العمل لغرض آخر - مثل التفرج، أو لتحصيل مال له، أو لغيره مما ليس متعلقاً بالتجارة - فنفقته

(١) لا شبهة في كون ذلك مراداً و لا اشكال، للصدق.

(٢) لأن الظاهر من النفقة ما يحتاجه لمعاشه، و ما ذكر إنما يحتاجه لجهات أدبية، لا معاشه، فهو داخل في المؤنة المستثناة في الخمس، لا في النفقة الواجبة للزوجة أو للقريب المذكورة في باب النفقات، كما ذكر ذلك في الجواهر.

(٣) لخروجه عن المأذون فيه، فيكون مضموناً عليه.

(٤) كما صرح به في الجواهر لأن المأذون فيه النفقة المتنتية بالفرض لا مقدار النفقة.

(٥) كما صرح به في المسالك و الجواهر، و حكى عن الروضة و مجمع البرهان و الكفاية و غيرها. لإطلاق الأدلة، و ثبوت القصر و بعض الاحكام لخصوص السفر إلى المسافة مع الشروط الخاصة لا يقتضى حقيقة شرعية و لا متشعبة، بحيث يحمل عليه المراد في جميع موارد الاستعمال من دون

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٩٩

في تلك المدة على نفسه (١). و إن كان مقامه لما يتعلق بالتجارة و لأمر آخر، بحيث يكون كل منهما علة مستقلة لو لا الآخر فإن كان

الأمر الآخر عارضاً في البين فالظاهر جواز أخذ تمام النفقة من مال التجارة (٢). وإن كانا في عرض واحد ففيه وجوه، ثالثها التوزيع (٣). وهو الأحوط في الجملة (٤) و أحوط منه كون التمام على نفسه و إن كانت العلة مجموعهما، بحيث يكون كل واحد جزء من الداعي فالظاهر التوزيع (٥).

[مسألة ١٨: استحقاق النفقة مختص بالسفر المأذون فيه فلو سافر من غير إذن]

(مسألة ١٨): استحقاق النفقة مختص بالسفر المأذون فيه (٦) فلو سافر من غير إذن، أو في غير الجهة المأذون فيه

قرينه، إذ لا دليل على ذلك، فالحمل على المفهوم العرفي متعين.

(١) كما صرح به في التذكرة و المسالك و الجواهر. لأن السفر حينئذ لم يكن لمصلحة المال فيكون خارجاً عن منصرف الأدلة.

(٢) لدخوله في إطلاق الدليل.

(٣) و أقواها- كما في الجواهر- جواز الإنفاق، لإطلاق النص الشامل له، و لأنه لا يخرج عن كونه لمصلحة المال المقتضية له على الاستقلال فتأمل.

(٤) و الأضعف، لأن الأدلة إن عمت اقتضت الأول، و إلا اقتضت الثاني.

(٥) كما في الجواهر. لكنه غير ظاهر، لما عرفت من أن الأدلة إن عمت اقتضت كون النفقة على المال، و الاقتضت كونها على نفسه فالتوزيع لا مقتضى له، و لذا كان الأقوى كونها على نفسه، لعدم ثبوت دخوله في إطلاق الدليل.

(٦) كما في المسالك و الجواهر. لاختصاص الدليل به، أو لأن ما دل على الضمان بالتعدى مقدم عليه عرفاً، أو لأنه خاص فيخصص به.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٠٠

أو مع التعدى عما أذن فيه، ليس له أن يأخذ من مال التجارة.

[مسألة ١٩: لو تعدد أرباب المال]

(مسألة ١٩): لو تعدد أرباب المال كأن يكون عاملاً- لاثنتين أو أزيد، أو عاملاً لنفسه و غيره- توزع النفقة (١) و هل هو على نسبة المالكين، أو على نسبة العملين؟ قولان (٢).

حكيم، سيد محسن طباطبائي، مستمسك العروة الوثقى، ١٤ جلد، مؤسسة دار التفسير، قم - إيران، اول، ١٤١٦ هـ ق

مستمسك العروة الوثقى؛ ج ١٢، ص: ٣٠٠

[مسألة ٢٠: لا يشترط في استحقاق النفقة ظهور ربح]

(مسألة ٢٠): لا يشترط في استحقاق النفقة ظهور ربح

(١) كما هو المحكى عن جملة كثيرة من كتب الأعيان، كالشيخ و الفاضلين و المحقق و الشهيد الثانيين و غيرهم. قال في الشرائع: «و

لو كان لنفسه مال غير مال القراض فالوجه التقيط» قال في المسالك: «وجه التقيط ظاهر، لأن السفر لأجلهما، فنفته عليهما». أقول: قد عرفت إشكال هذا التعليل، فلا مجال للاستدلال به في المقام. نعم يتجه الحكم المذكور في الأول، لصدق مال المضاربة على جميع الأموال، ومقتضى إطلاق أن نفقة المضارب على مال المضاربة أنها على جميع الأموال، ومقتضى ذلك التوزيع على الجميع. ويشكل في الثاني، لصدق كون العامل مضارباً فتكون نفقته على مال المضاربة، ولا وجه التوزيع. نعم في الجواهر: أن السفر لما لم يكن للقراض خاصة اتجه التوزيع المزبور، وهو راجع إلى ما في المسالك وفيه ما عرفت.

(٢) في المبسوط: الجزم بالأول، وفي جامع المقاصد: أنه أوجه.

وفي المسالك: أنه أجود، لأن استحقاق النفقة في مال المضاربة منوط بالمال، ولا ينظر إلى العمل. انتهى. وإن شئت قلت. موضوع النفقة مال المضاربة. فهو موضوع التوزيع. وأما القول الثاني فلم نعرف قائله.

نعم عن التذكرة: أنه إذا كان المال لنفسه فالتوزيع على المالكين، وإذا كان لغيره فعلى العاملين. انتهى. لكن عبارة التذكرة لا تساعد عليه.

و على تقديره فغير ظاهر الوجه.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٠١

بل ينفق من أصل المال (١) وإن لم يحصل ربح أصلاً.

نعم لو حصل الربح بعد هذا تحسب من الربح، ويعطى المالك تمام رأس ماله، ثم يقسم بينهما.

[مسألة (٢١): لو مرض في أثناء السفر]

(مسألة ٢١): لو مرض في أثناء السفر. فإن كان لم يمنعه من شغله فله أخذ النفقة (٢)، وإن منعه ليس له (٣)، وعلى الأول لا يكون منها ما يحتاج إليه للبرء من المرض (٤).

(١) قال في المسالك «و لا يعتبر في النفقة ثبوت الربح، بل ينفق ولو من أصل المال إن لم يكن ربح وإن قصر المال. نعم لو كان ربح فهي منه مقدمة على حق العامل»، ونحوه كلام غيره. لكن في الرياض: «مقتضى إطلاق النص والفتوى إنفاقها من الأصل ولو مع حصول الربح، ولكن ذكر جماعة إنفاقها منه دون الأصل، وعليه فليقدم على حصة العامل». وما ذكره الجماعة هو الوجه، إذ لا يصدق الربح إلا بعد استثناء النفقة وغيرها من مئونة التجارة. والظاهر أن ذلك لا إشكال فيه بينهم، ولذلك قال في الجواهر - بعد حكاية ما في الرياض -:

«و هو من غرائب الكلام».

(٢) بلا ريب، كما في الجواهر. لإطلاق الأدلة.

(٣) كما في الجواهر. وكأنه لأن السفر في حال المرض المانع عن العمل ليس للتجارة. وهو غير ظاهر، ولازمه عدم النفقة مع طرؤ المانع عن العمل غير المرض إذا كان في مقام الزوال، وهو كما ترى.

(٤) قال في المسالك: «إن مئونة المرض والموت في السفر سويتان على العامل خاصة، لأنهما لم يتعلقا بالتجارة». وهو في محله بالنسبة إلى الموت لانفساخ المضاربة، لا لعدم تعلقه بالتجارة، أما بالنسبة إلى المرض فيشكل بأن المرض وإن لم يكن للتجارة لكن السفر لها، فإذا كانت مئونة المرض

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٠٢

من نفقات السفر كانت على المالك، كغيرها من شؤون النفقة.

نعم يتم بناء على عدم كونها من النفقة الواجبة لواجب النفقة، كما هو المصرح به في كلام غير واحد من الأكابر. و كأن وجهه عدم الدليل على وجوب نفقة المرض المزوجة، فضلا عن غيرها. إذ دليل نفقتها إن كان قوله تعالى (وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ) «١» فمن الواضح اختصاصه بالرزق والكسوة، ولا يشمل الدواء المشروب، لانصرافه عنه، فضلا عن العلاج بالضما و نحوه، و إن كان قوله تعالى:

(وَ عَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ) «٢» فهو ناظر الى الجهات الأخلاقية لا غيرها و إن كان قوله تعالى (لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ) «٣» فالظاهر منه الإنفاق على المطلقات، بقرينه ما قبله من قوله تعالى في سورة الطلاق (وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حُمِّلُوا فَانْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ) «٤». ولأجل ذلك لا يكون وارداً في مقام تشريع النفقة للزوجة، بل في مقام وجود النفقة المشروعة للزوجة على المطلقة، و لا مجال للتمسك بإطلاقه، و لا- لحمله على المتعارف كما في الجواهر. نعم يتعين ذلك لو كان في مقام تشريع النفقة، لامتناع كون المراد الإنفاق في الجملة، كامتناع كون المراد إنفاق كل شيء، فيتعين الحمل على المتعارف. لكن الظاهر من سياقه أنه ليس في مقام التشريع الأصلي، و حينئذ لا دليل على وجوب نفقة المرض للزوجة. بل الأصل العدم في كل ما شك في وجوبه لها من أنواع النفقات، مثل الآت التنظيف و الغطاء و الفراش و ظروف الطعام و الشراب و غير ذلك مما لا يدخل

(١) البقرة: ٢٣٣.

(٢) النساء: ١٩.

(٣) الطلاق: ٧.

(٤) الطلاق: ٦.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٠٣

.....

في الطعام و الشراب.

و من ذلك يشكل ما في الجواهر فإنه بعد ما حكى كلمات بعض الأصحاب في تحديد النفقة، و ما فيها من الاختلاف و الاضطراب و التشويش، قال:

«إن كان المدار في الإنفاق بذل جميع ما تحتاج اليه المرأة لم يكن لاستثناء الدواء و الطيب و الكحل و أجره الحمام و الفصد وجه. و إن كان المدار على خصوص الكسوة و الإطعام و المسكن لم يكن لعدّ الفراش و الإخدام- و خصوصا ما كان منه للمرض و غير ذلك مما سمعته في الواجب- وجه و إن جعل المدار فيه المعاشرة بالمعروف و إطلاق الإنفاق كان المتجه و جوب الجميع، بل و غير ما ذكره من أمور آخر لا حصر لها فالمتجه إحالة جميع ذلك إلى العادة في إنفاق الأزواج على الزوجات من حيث الزوجية، لا من حيث شدة حب و نحوه ..» وجه الاشكال: أن الأمر بالمعاشرة بالمعروف ليس مما نحن فيه، و الأمر بالإنفاق في الآية الشريفة ليس في

مقام تشريع وجوب النفقة للزوجة، بل في مقام إلحاق المطلقة بها. و إن كان الذي يظهر من بعض الصحاح أنه وارد في الزوجة، كصحيح ربعي و الفضيل بن يسار عن أبي عبد الله (ع) «في قوله تعالى (وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ) «١» قال (ع): إن أنفق عليها ما يقيم ظهرها مع كسوة، و إلا فرق بينهما» «٢»

و نحوه صحيح أبي بصير

«٣» لكن ظاهره اختصاص النفقة بالإطعام والكسوة، كالأية الشريفة، لا يعم غيرهما.

اللهم الا أن يكون جواز التفريق مختصاً بذلك، لا وجوب النفقة، وحينئذ يتم ما ذكر في الجواهر من لزوم الرجوع إلى المتعارف في النفقة

(١) الطلاق: ٦٥.

(٢) الوسائل باب: ١ من أبواب النفقات حديث: ١.

(٣) الوسائل باب: ١ من أبواب النفقات حديث: ١٢.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٠٤

.....

بعد تعذر الأخذ بصرف الطيبة، كتعذر الأخذ بالعموم. و يعضد ذلك

صحيح عبد الرحمن بن الحجاج عن أبي عبد الله (ع): «خمس لا يعطون من الزكاة شيئاً الأب و الأم و الولد و المملوك و المرأة، و ذلك أنهم عياله لازمون له» (١)

و

في خبر ابن الصلت «لأنه يجبر على نفقتهم» (٢)

و التعليل بأنهم لازمون له بعد أن لم يكن تعدياً يراد به إما أنهم أغنياء و لا تجوز إعطاء الزكاة لذلك، و اما لأن اللزوم يمنع من تعلق لزوم آخر من جهة الزكاة، لئلا يلزم التداخل، فيكون هو المانع من إعطائهم الزكاة. و لو كانت النفقة مختصة بعض الحاجيات دون بعض كان البعض الآخر مورداً للزكاة فلا يحصل التداخل، كما لا يحصل الغنى. فالتعليل المذكور يكون دليلاً واضحاً على وجوب الإنفاق بالنسبة إلى جميع الحاجات، و منها الدواء و أجره الطيب و أجره الفصد و الأواني و الظروف اللازمة في الاستعمال و أواني التنظيف و غير ذلك مما يحتاج إليه. و كان الأولى التمسك بالصحيح المذكور على ما ذكر، لا إهماله و التمسك بالإطلاق المحتاج في دليته إلى تكلف. هذا كله بالنسبة إلى نفقة الزوجة. و أما نفقة العامل فيما نحن فيه، فان قلنا بوحده المراد كانت نفقة المرض مستثناة أيضاً، و إن لم نقل بأن المقامين من باب واحد أمكن التمسك بإطلاق الدليل في المقام على ذلك، فإن نفقة المرض من أهم ما يحتاج إليه في معاشه. و لذلك يضعف ما تقدم في المسالك و سبقه إليه في جامع المقاصد و التذكرة و غيرهما، من دون تعرض منهم لوجهه. و كأنه دعوى انصراف الإطلاق في المقام عنه، أو لبنائه على ذلك في نفقة الزوجة و كون المقامين من باب واحد. لكن دعوى الانصراف ممنوعة، كدعوى ذلك في نفقة الزوجة على ما عرفت.

(١) الوسائل باب: ١٣ من أبواب المستحقين الزكاة حديث: ١.

(٢) الوسائل باب: ١٣ من أبواب المستحقين الزكاة حديث: ٤.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٠٥

[مسألة ٢٢: لو حصل الفسخ أو الانفاسخ في أثناء السفر]

(مسألة ٢٢): لو حصل الفسخ أو الانفاسخ في أثناء السفر فنفقة الرجوع على نفسه (١)، بخلاف ما إذا بقيت و لم تنفسخ، فإنها من مال المضاربة.

[مسألة ٢٣: قد عرفت الفرق بين المضاربة والقرض والبضاعة]

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

(١) كما صرح بذلك غير واحد، و ظاهر المسالك: أنه لا خلاف فيه بيننا. لارتفاع المضاربة، فيرتفع حكمها. و عن بعض العامة لزوم النفقة من أصل المال، لأنه استحقها بالسفر. و لا بأس به لو بنى على كون الحكم على القاعدة، كما يقتضى ذلك ما تقدم عن جامع المقاصد و التذكرة من تعليل الحكم. أما إذا كان المستند النص فالنص غير شامل له. اللهم إلا أن يقال: النص لا ينفيه، و القاعدة تقتضيه، فالعمل بها متعين في خصوص نفقة السفر، لا نفقة العامل.

(٢) قال في الشرائع: «لو قال: خذ قراضاً و الربح لي، فسد، و يمكن أن يجعل بضاعة، نظراً الى المعنى. و فيه تردد». و في القواعد: «لو قال: خذ قراضاً على أن الربح لك، أولى، بطل»، و نحوه في التذكرة و غيرها، و في المسالك: أنه المشهور. بل قيل لا نعرف خلافاً صريحاً فيه، و إنما وقع التردد من بعضهم كالشرائع.

و كيف كان نقول: إن كون الربح مشتركاً بين المالك و العامل داخل في قوام المضاربة فكون الربح كله للمالك مناف له، و لأجل أن الجمع بين المتنافيين محال فالقصد إليهما معاً محال، فلا بد في المقام من أحد أمور

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٠٦

الإبضاع، فيصير بضاعة، و لا يستحق العامل أجره (١)،

عدم قصد الأمرين، أو قصد الأول دون الثاني، أو العكس، فعلى الأول لا يكون معنى إنشائي أصلاً لا صحيح و لا فاسد. و على الثاني تكون مضاربة صحيحة، و على الثالث تكون بضاعة أنشئت بلفظ المضاربة، فتكون صحيحة. و إذا علم أن المتكلم شاعر في مقام الإنشاء فقد انتفى الاحتمال الأول، و تعين أحد الأخيرين، و ثانيها أولى، لأن التصرف في لفظ المضاربة بحمله على البضاعة أولى من التصرف في قوله: ولي الربح، بحمله على ما لا ينافي المضاربة، فيكون هو المتعين، و يحمل الكلام على البضاعة و على هذا لا مجال للمضاربة، فيكون هو المتعين، و يحمل الكلام على البضاعة و على هذا لا مجال للمضاربة الفاسدة في مقام الثبوت، فضلاً عن مقام الإثبات.

هذا كله مع الالتفات. أما مع الغفلة فيمكن القصد الى المتنافيين معاً، بأن يكون أحدهما مقصوداً إجمالاً، و الآخر تفصيلاً، و في المقام يكون المنشئ قصد المضاربة بمالهما من المعنى إجمالاً، و قصد أن يكون تمام الربح له تفصيلاً. فيكون شرطاً منافياً لمقتضى العقد، فيكون فاسداً فان قلنا بأن الشرط الفاسد مفسد فقد فسد العقد، و إلا فلا، و لا وجه للبناء على فساد العقد ممن لا يرى فساده بالشرط العقد، و إلا فلا، و لا وجه للبناء على فساد العقد ممن لا يرى فساده بالشرط الفاسد. اللهم إلا أن يقال القصد الإجمالي إنما يكتفى به في مقام الإنشاء إذ لم يكن قصد تفصيلي على خلافه، و إلا فلا. يعتد به في حصول الإنشاء، و يكون العمل على القصد التفصيلي، فلا مضاربة في المقام لا صحيحة و لا فاسدة، بل هو بضاعة.

و المتحصل: أنه مع الالتفات التفصيلي ففي مقام الثبوت لا مضاربة لا صحيحة و لا فاسدة، و في مقام الإثبات بضاعة، و مع عدم الالتفات التفصيلي فالواقع إما مضاربة صحيحة أو بضاعة صحيحة، لا مضاربة فاسدة.

(١) الذي يظهر من كلمات الأصحاب أنه يعتبر في البضاعة كون

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٠٧

إلا مع الشرط أو القرائن الدالة على عدم التبرع، ومع الشك فيه و في إرادة الأجرة يستحق الأجرة أيضاً، لقاعدة احترام عمل المسلم. و إذا قال خذه قراضاً و تمام الربح لك، فكذلك مضاربه فاسدة (١). إلا إذا علم أنه أراد القرض. و لو لم يذكر لفظ المضاربه، بأن قال: خذه و اتجر به و الربح بتمامه لي، كان بضاعة (٢)،

الربح للمالك من دون أجره عليه للعامل. قال في الوسيلة: «و إن دفع اليه ليتجر به له من دون أجره كان بضاعة»، و نحوه في غيرها، و في الجواهر: «قد عرفت أنها (يعني: البضاعة) المال المدفوع ليعمل به على أن الربح لمالكه بلا أجره للعامل، فهي حينئذ توكيل في التجارة تبرعاً» و لأجل عدم الدليل على هذا المعنى في المقام قيده المصنف بما إذا كانت القرينة على التبرع، أما إذا كانت على عدم التبرع أو لم تقم على أحد الأمرين، فاللازم البناء على الأجرة، لقاعدة الاحترام، كما ذكر المصنف، أو لقاعدة الاستيفاء كما هو التحقيق. و حكى في الرياض عن التنقيح: نحو ذلك، و اختاره، ثم قال: «و ينبغي تنزيل كلمات الأصحاب عليه». ثم إن عبارة المتن لا تخلو من اشكال، و كان الأولى التعبير بقوله: و يستحق العامل الأجرة، إلا أن تكون قرينة على التبرع بدل ما ذكر من العبارة. (١) كما في القواعد، و كذا في غيرها، و في التذكرة: «و لو قال:

قارضتك على أن يكون جميع الربح لك، فسد القراض أيضاً عندنا» و ظاهره الإجماع على الفساد، لكن يشكل ما ذكره بما عرفت في القرض السابق، إذ الكلام في المقامين من باب واحد.

(٢) قال في الشرائع: «أما لو قال خذه فاتجر به و الربح لي،

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٠٨

إلا مع العلم بإرادة المضاربه، فتكون فاسدة (١). و لو قال: خذه و اتجر به و الربح لك بتمامه، فهو قرض (٢)، إلا مع العلم بإرادة

كان بضاعة. و لو قال: و الربح لك كان قراضاً، و نحوه ما في القواعد، و حكى عن كثير من كتب الأصحاب و يظهر منهم عدم الخلاف فيه. و لكنه يشكل إذا أريد عدم استحقاق العامل الأجرة- كما هو معنى البضاعة على ما عرفت- و ذلك لعدم القرينة على المجانية، و مقتضى استيفاء عمل المسلم ضمانه.

(١) قد عرفت إشكاله، و أنه على تقدير إرادة المضاربه يكون شرط خلافها مخالفاً لمقتضى العقد، فيكون فاسداً، لكنه غير مفسد، على ما هو التحقيق، بل على تقدير قصد المضاربه تفصيلاً يمنع القصد إلى معنى قوله و الربح لي، فلا شرط حينئذ، كي يكون منافياً لمقتضى العقد، و فاسداً.

(٢) كما سبق في الشرائع و القواعد و غيرهما، و ظاهرهم التسالم عليه.

و يشكل- كما عن مجمع البرهان- بأن القرض تملك بعوض، و هو غير مفروض في كلام المالك، و لا- مقصود له. و قد ينزل كلامهم- كما في الرياض- على إرادة أن اشتراط تمام الربح للعامل من أحكام القرض، لا أنه قرض فعلاً. و لكنه بعيد جداً. كما أنه استدلال على تحقق القرض بذلك بما ورد في المعبرة المستفيضة التي فيها

الصحيح و الموثق: «من ضمن تاجراً فليس له إلا رأس ماله و ليس له من الربح شيء» (١)

، لظهورها في أنه بمجرد تضمين المالك للمضارب يصير المال قراضاً. و فيه:

أنه لا تضمين في المقام، و لو فرض فلا دلالة في النصوص المذكورة على حصول القرض، بل ظاهرها أنها من قبيل ما روى مرسلًا من

قول

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٠٩

المضاربة، ففساد. و مع الفساد فى الصور المذكورة يكون تمام الربح للمالك (١)، و للعامل أجره عمله (٢)، إلا مع علمه بالفساد (٣)

[مسألة (٢٤): لو اختلف العامل و المالك فى أنها مضاربة فاسدة أو قرض]

(مسألة ٢٤): لو اختلف العامل و المالك فى أنها مضاربة فاسدة أو قرض، أو مضاربة فاسدة أو بضاعة، و لم يكن هناك ظهور لفظى (٤) و لا قرينة معينة،

النبى (ص): «الخراج بالضمان»

«١» الذى لم يكن بناء الأصحاب على العمل به. و لذا أفتوا بضمان المنافع المستوفاة للمقبوض بالعقد الفاسد، كما دلت عليه بعض الصحاح.

(١) لأن الربح تابع للمال. لكن هذا مع إجازة المالك و إلا فله عين ماله مع وجوده، أو بدله مع فقده. و لا ربح حينئذ، ففرض وجود الربح مبنى على ثبوت الإجازة أو استفادة الاذن، و سيأتى التعرض لذلك فى المسألة الثامنة و الأربعين. (٢) للاستيفاء.

(٣) لإقدامه على العمل بدون استحقاق، فيكون بمنزلة التبرع. و فيه:

أن العلم بعدم الاستحقاق شرعاً لا يقتضى التبرع، ضرورة أن فعله كان بقصد الربح و لو بغير استحقاق، و هذا المقدار كاف فى الاستحقاق.

(٤) تبع فى ذلك الجواهر حيث حكى عن المسالك: أنه إذا اختلفا فى القصد المبطل احتمل تقدم قول المالك لأنه أعرف بنيته، و العامل نظراً إلى ظاهر اللفظ و ترجيحاً للصحة، ثم قال: «لا يخفى عليك عدم إتيان الوجهين بعد تسليم كون ظاهر اللفظ فى ذلك، ضرورة عدم وجه لمن يدعى خلاف الظاهر بلا قرينة و إلا لزم من ذلك فساد كثير» و فيه: أن دعوى خلاف ظاهر اللفظ كدعوى خلاف ظاهر اليد و غيرها من

(١) تقدم التعرض لسند الحديث و متنه فى المسألة الرابعة.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣١٠

فمقتضى القاعدة التحالف (١).

الحجج فى أن صاحبها مدع و خصمه منكر، و لا فرق بين الحجج فى ذلك، و كذلك من يدعى خلاف مقتضى القرينة تسمع دعواه، و عليه الإثبات.

و لعل مراد المصنف أن ذلك شرط فى التحالف. و مع الظهور اللفظى أو القرينة يكون المورد من موارد المدعى، و المنكر. لا أنه لا تسمع دعوى الخلاف.

(١) لأن كلا-منهما يدعى أمراً خلاف الأصل. هذا بناءً على أن المعيار فى المدعى و المنكر مصب الدعوى، أما إذا كان المعيار الغرض المقصود من الدعوى- كما هو التحقيق، و أشرنا إليه فى كتاب الإجارة- فيختلف ذلك باختلاف المقامات، فإذا ادعى العامل القرض و ادعى المالك المضاربة الفاسدة، و كانت دعوى العامل القرض راجعة إلى دعوى استحقاق الربح وحده، و دعوى المالك المضاربة الفاسدة راجعة إلى دعوى نفى القرض و بقاء المال على ملكه ليكون ربحه له، كانت دعوى المالك على وفق الأصل و

دعوى العامل على خلاف الأصل. وإذا لم يكن ربح للمال فادعى العامل المضاربة الفاسدة ليكون له على المالك أجره العمل، و ادعى المالك القرض ليتخلص من الأجره كانت دعوى المالك موافقة لأصله براءة ذمته من الأجره، و دعوى العامل المضاربة الفاسدة خلاف الأصل، فيكون منكرًا. و أصله عدم القرض لما لم تثبت الأجره لم تكن جارية في المقام لعدم ترتب الأثر على مجراها، ففي الفرض الأول يكون مدعى القرض مدعيًا، و في هذا الفرض يكون منكرًا. و إذا ادعى المالك البضاعة و ادعى العامل المضاربة الفاسدة فقد اتفقا على كون الربح للمالك، و يكون الخصام بينهما في أن العامل يستحق على المالك الأجره أولاً، فالمالك يدعى أنها بضاعة تبتنى على المجانية- كما عرفت- و العامل يدعى المضاربة الفاسدة الموجبة لاستحقاق الأجره، فاستيفاء عمل العامل الموجب للضمان حاصل على

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣١١

و قد يقال: بتقديم قول من يدعى الصحة (١). و هو مشكل، إذ مورد الحمل على الصحة (٢) ما إذا علم أنهما أوقعا معاملة معينة و اختلفا في صحتها و فسادها، لا مثل المقام، الذي يكون الأمر دائراً بين معاملتين على إحداها صحيح و على الأخرى باطل، نظير ما إذا اختلفا في أنهما أوقعا البيع الصحيح أو الإجارة الفاسدة مثلاً. و في مثل هذا مقتضى القاعدة التحالف (٣) و أصله الصحة لا تثبت كونه بيعاً مثلاً لا إجارة، أو بضاعة صحيحة مثلاً لا مضاربة فاسدة.

[مسألة ٢٥: إذا قال المالك للعامل: خذ هذا المال قراضاً و الربح بيننا صح]

(مسألة ٢٥): إذا قال المالك للعامل: خذ هذا المال قراضاً و الربح بيننا صح (٤). و لكل منهما النصف، و إذا قال: و نصف الربح لك، فكذلك (٥)، بل و كذا لو قال: و نصف الربح لي، فإن الظاهر أن النصف الآخر للعامل. و لكن فرق بعضهم (٦) بين العبارتين، و حكم بالصحة في الأولى، لأنه

كل حال، و يدعى المالك التبرع و ينكر العامل ذلك.

(١) كما في المسالك.

(٢) كما قرره في الجواهر:

(٣) قد عرفت إشكاله، و أن مدعى الإجارة الفاسدة إنما يقصد إنكار البيع الصحيح، و الإجارة الفاسدة ليست موضع غرض له.

(٤) كما في الشرائع و غيره، و ظاهر المسالك: الاتفاق عليه عندنا و عند غيرنا إلا- بعض الشافعية. و الوجه فيه ظهور الكلام في التنصيف، و ما عن بعض الشافعية من منع ذلك ممنوع عليه.

(٥) بلا خلاف.

(٦) كالمحقق في الشرائع. و وجه الفرق ما في المتن، كما قرره في المسالك.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣١٢

صرح فيها بكون النصف للعامل و النصف الآخر يبقى له، على قاعدة التبعية، بخلاف العبارة الثانية، فإن كون النصف للمالك لا ينافي كون الآخر له أيضاً، على قاعدة التبعية، فلا دلالة فيها على كون النصف الآخر للعامل. و أنت خبير بأن المفهوم من العبارة عرفاً كون النصف الآخر للعامل (١).

[مسألة ٢٦: لا فرق بين أن يقول: خذ هذا المال قراضاً و لك نصف ربحه، أو قال]

(مسألة ٢٦): لا فرق (٢) بين أن يقول: خذ هذا المال قراضاً و لك نصف ربحه، أو قال: خذ قراضاً و لك ربح نصفه، في الصحة و الاشتراك في الربح بالمنصفة. و ربما يقال: بالبطلان في الثاني (٣)، بدعوى: أن مقتضاه كون ربح النصف الآخر بتمامه للمالك، و قد يربح النصف فيختص به أحدهما، أو يربح أكثر من النصف، فلا يكون الحصّة معلومة و أيضاً قد لا يعامل إلا في النصف. و فيه: أن المراد ربح نصف ما عومل به و ربح، فلا إشكال.

(١) كما في الجواهر، بل قال: «هو واضح». و هو كما قال.

لكن منعه في المسالك، لعدم استقرار العرف على ذلك، ثم قال: «و الأجد البطلان» و في القواعد: «بطل على إشكال».

(٢) كما في الشرائع و القواعد، و في المسالك: «المشهور صحة القراض في الصورتين، و أنه لا فرق بينهما من حيث المعنى».

(٣) نسبه في المسالك الى الشيخ في أحد قوليه، و علله بما ذكر، و محصله إشكالان (الأول): أن شرط القراض الاشتراك في كل جزء من الربح و في الفرض لا اشتراك، لأن ربح أحد النصفين للعامل، و ربح النصف الآخر للمالك و أيضاً قد لا يعامل إلا بالنصف، فيكون ربحه

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣١٣

[مسألة ٢٧): يجوز اتحاد المالك و تعدد العامل]

(مسألة ٢٧): يجوز اتحاد المالك و تعدد العامل (١)،

لأحدهما بعينه بلا- اشتراك بينهما (الثاني): جهالة النسبة إذ ربما يكون ربح النصف الآخر أقل، و ربما يكون أكثر، فالنسبة بين الحصتين مجهولة.

و أيضاً إذا كان ربح أحد النصفين للعامل و ربح الباقي للمالك، فربما يكون ربح الباقي ربح بعض النصف، و ربما يكون ربح تمامه، فيكون مقداره مجهولاً أيضاً. و حمله في الجواهر على صورة تعيين النصف المضاف اليه ربح العامل فإنه الذي يصح معه الدليل، و هو غير ما نحن فيه. و لذا ذكر في المسالك: أنه أجيب عنه بأن الإشارة ليست إلى نصف معين، بل الى مبهم، فاذا ربح أحد النصفين فذلك الذي ربح هو المال. و الذي لم يربح لا اعتداد به انتهى. و لأجل أن أخذ النصف مبهماً لا يكفي في رفع الإشكال، لأن العمل إذا كان بالنصف و قد ربح، فذلك النصف إما أن ينطبق عليه نصف المال، و إما أن لا ينطبق، فان انطبق كان ربحه للعامل أو للمالك بلا- معين و ان لم ينطبق لم يكن لأحدهما، و كل ذلك كما ترى، ألحقه بقوله: «فاذا ربح أحد ..» يريد أن النصف المبهم لا ينطبق على تمام النصف المذكور، بل ينطبق على نصفه، كما ينطبق النصف الثاني على نصفه الثاني، لأن ذلك النصف المعمول به هو المال ذو النصفين، و لا اعتداد بالنصف الذي لم يعمل به. و لكنه كما ترى فان المراد من المال تمامه، فالنصف المعمول به نصفه لا كله. فالمتعين في دفع الاشكال أن يقال: إن ربح النصف ربح لتمام المال، و لذا يقسم بين العامل و المالك في العبارة الأخرى و هي ما إذا قال: خذ هذا المال و لك نصف ربحه، فاذا صدق أنه ربح لتمام المال فقد صدق أن نصفه ربح لنصف المال، فيكون للعامل، و النصف الآخر للمالك.

(١) قال في القواعد: «يجوز تعددهما، و اتحادهما، و تعدد أحدهما

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣١٤

مع اتحاد المال، أو تميز مال كل من العاملين، فلو قال:

ضاربتكما و لكما نصف الربح، صح، و كانا فيه سواء. و لو فضل أحدهما على الآخر صح أيضاً (١) و إن كانا في العمل سواء، فإن غايته اشتراط حصته قليلة لصاحب العمل الكثير و هذا لا بأس به (٢) و يكون العقد الواحد بمنزلة عقدين مع اثنين، و يكون كما لو قارض أحدهما في نصف المال بنصف و قارض الآخر في النصف الآخر بربع الربح، و لا مانع منه (٣) و كذا يجوز تعدد المالك و اتحاد العامل: بأن كان المال مشتركاً بين اثنين، فقارضا واحداً بعقد واحد بالنصف مثلاً متساوياً بينهما، أو بالاختلاف: بأن يكون في حصة أحدهما بالنصف و في حصة الآخر بالثلث أو الربع مثلاً. و كذا يجوز مع عدم اشتراك المال: بأن يكون مال كل منهما ممتازاً، و قارضاً واحداً مع الإذن في الخلط، مع التساوي في حصة العامل بينهما، أو الاختلاف: بأن يكون في مال أحدهما بالنصف و في مال الآخر بالثلث أو الربع.

[مسألة ٢٨: إذا كان مال مشتركاً بين اثنين، فقارضا واحداً]

(مسألة ٢٨): إذا كان مال مشتركاً بين اثنين، فقارضا واحداً، و اشترط له نصف الربح، و تفاضلا في

خاصة». و الظاهر أنه لا اشكال و لا خلاف في جميع ذلك، فقد ذكر في كثير من الكتب، من دون تعرض لخلاف أو تردد. و يقتضيه إطلاق الأدلة.

(١) و في المسالك: أنه صحيح عندنا.

(٢) عملاً بالعمومات.

(٣) و في المسالك: أن ذلك جائز اتفاقاً.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣١٥

النصف الآخر: بأن جعل لأحدهما أزيد من الآخر مع تساويهما في ذلك المال، أو تساويهما فيه مع تفاوتهما فيه، فإن كان من قصدهما كون ذلك للنقص على العامل بالنسبة إلى صاحب الزيادة: بأن يكون كأنه اشترط على العامل في العمل بماله أقل مما شرطه الآخر له، كأن اشترط هو للعامل ثلث ربح حصته، و شرط له صاحب النقيصة ثلثي ربح حصته مثلاً مع تساويهما في المال، فهو صحيح لجواز اختلاف الشريكين في مقدار الربح المشترط للعامل (١). و إن لم يكن النقص راجعاً إلى العامل، بل على الشريك الآخر: بأن يكون المجمعول للعامل بالنسبة إليهما سواء، لكن اختلفا في حصتهما، بأن لا يكون على حسب شركتهما، فقد يقال فيه بالبطلان (٢)، لاستلزامه زيادة لأحدهما على الآخر مع تساوي المالين أو تساويهما مع التفاوت في المالين، بلا عمل من صاحب الزيادة، لأن المفروض كون العامل غيرهما، و لا يجوز ذلك في الشركة و الأقوى الصحة (٣)

(١) هذا التعليل أشبه بالمصادرة، و اللازم التعليل بإطلاق الأدلة، و عموم المرتكزات العرفية، و لا يحتاج إلى تعدد عقد المضاربة مع كل من الشريكين، لانحلال العقد الواحد الصادر من الشريكين إلى عقدين، لامتناع قيام العقد الواحد بالاثنين، كيف و كل من الشريكين له ولاية على حصته دون حصة شريكه، و كل من العقدين المنضمين بمنزلة العقد المستقل، فكأن أحد الشريكين قال للعامل: اتجر بحصتي و لك النصف، و قال الآخر له: اتجر بحصتي و لك الثلث.

(٢) حكى البطلان عن المبسوط و جامع الشرائع، و توقف فيه في التحرير.

(٣) في بعض الحواشي أن الصحة تتوقف على إيقاع عقد الشركة

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣١٦

بين الشريكين على الشرط المذكور من التساوى أو التفاضل. ووجهه: أن المالكين هما موضوعا هذا الاشتراط، أحدهما مشروط له، و الآخر مشروط عليه، و لا يرتبط ذلك بالعامل كى يكون الشرط المذكور فى عقد المضاربة الذى أحد أركانه العامل. نعم بناء على ما تقدم، من جواز شرط حصته من الربح للأجنبى، يصح الاشتراط فى عقد المضاربة إذ مرجعه إلى أن العامل يشترط على أحد المالكين أن يكون مقدار من حصته للمالك الآخر بل لو قلنا بعدم صحة الشرط للأجنبى، لأنه على خلاف قوله (ع) «الربح بينهما» (١)

أمكن القول بالصحة هنا، لعدم منافاته لذلك، لأن الحصة المشروطة ليست للأجنبى، بل لأحد المالكين. وبالجملة: يكفى فى صحة الشرط من العامل أن يكون محطّ غرضه فى الجملة و إن كانت فائدة الشرط راجعة لغيره، فإذا عرف العامل أن أحد المالكين لا يحضر لإجراء المضاربة إلا إذا كانت حصته أكثر من حصة شريكه صح للعامل أن يشترط فى عقد المضاربة ذلك على الشريك الآخر، بل له أن يشترط على أحد الشريكين شروطاً تعود فائدتها إلى الشريك الثانى لا غير إذا كان لا يقبل المضاربة إلا بذلك، فإذا قال: لا أضراب بمالى إلا إذا زوجنى الشريك جاريتة فحينئذ يصح للعامل الذى يريد المضاربة أن يشترط على أحد الشريكين أن يزوج جاريتة شريكه الآخر، كى يتمكن من المضاربة بالمال، و لا يجوز أن نقول إن هذا الشرط قائم بين الشريكين و لا دخل للعامل فيه. و بالجملة: لا يعتبر فى صحة الشرط أن تكون فائدة الشرط راجعة إلى المشتري، بل يكفى أن يكون له غرض فى الشرط و إن كانت فائدته ترجع الى غيره. بل يصح للعامل أن يشترط على المالك فى عقد المضاربة أن يزوج ابنته من أخ العامل أو ولده بما لا يتعلق بالربح أصلاً،

(١) الوسائل باب: ٣ من أبواب المضاربة حديث: ٥. و قد تقدم فى صفحة: ٢٧٦.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣١٧

لمنع عدم جواز الزيادة لأحد الشريكين بلا- مقابلتها لعمل منه (١)، فإن الأقوى جواز ذلك بالشرط، و نمنع كونه خلاف مقتضى الشركة، بل هو خلاف مقتضى إطلاقها.

كما يقتضيه عموم الأدلة.

(١) يشير بذلك الى وجه المنع منه، يعنى: أنه قد يتوهم أن اشتراط التفاضل خلاف مقتضى الشركة، فىكون الشرط مخالفاً للكتاب، و حاصل الجواب: أن ذلك ليس مخالفاً لمقتضى الشركة، و انما هو مخالف لمقتضى إطلاقها، و هو حاصل فى كل شرط يذكر فى العقد، إذ لولاه يكون الحكم على خلاف مقتضى الشرط. و لا يقدر فى صحته، و الا لم يصح الشرط دائماً. و توضيح ذلك: أن الشرط المخالف للكتاب يراد به ما يكون مخالفاً للحكم الاقتضائى الشرعى على ما هو التحقيق و كون المقام منه ممنوع كما يدل عليه ما تضمن مشروعية المضاربة إذ لا- يخطر [١] فى البال أن جعل حصة من الربح للعامل مخالف للكتاب، فإنه خلاف مقتضى الارتكازات الشرعية، فيدل على أن تبعية الربح للمال من باب وجود المرجح للتبعية مع عدم مقتضى للخلاف، و حينئذ لا مانع من اشتراط التفاضل، لا- فى عقد الشركة، و لا- فى غيره من العقود، فيصح أن يشترط فى البيع التفاضل فى النماء للمال المشترك، كما يصح أن يشترط ذلك فى المضاربة، و لا مانع منه، مع أن الشك فى كون الشرط مخالفاً للكتاب أو لا موجب للرجوع إلى أصالة عدم المخالفة، على ما هو التحقيق من جريان الأصل فى العدم الأزلى، كما أشرنا إلى ذلك فى حاشية المكاسب.

[١] سيأتى فى كتاب الشركة بيان وجه الفرق بين جعل حصة من الربح للعامل و جعل التفاضل و أن التحقيق عدم جواز اشتراط

التفاضل في عقد الشركة و لا في المقام. (منه قدس سره).

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣١٨

مع أنه يمكن أن يدعى الفرق بين الشركة و المضاربة (١) و إن كانت متضمنة الشركة.

[مسألة ٢٩: تبطل المضاربة بموت كل من العامل و المالك]

(مسألة ٢٩): تبطل المضاربة بموت كل من العامل و المالك (٢)، أما الأول: فلاختصاص الإذن به (٣)، و أما

(١) يعنى: لو سلم أنه خلاف مقتضى الشركة أمكن البناء عليه، عملاً بدليل صحة المضاربة المتضمنة ثبوت حصة للعامل، فان ذلك خلاف مقتضى الشركة الذى هو تبعية الربح للمال، لكن قام الدليل عليه، فوجب البناء عليه، كما أشرنا إلى ذلك. والمتحصل مما ذكر أمور: (الأول): الإشكال بأن تفاضل المالكين الشريكين فى الربح قائم بهما، لا بالعامل، فلا يصح ذكره شرطاً فى المضاربة. (الثانى): اندفاعه بأنه يمكن أن يكون محط غرض العامل، فيكون متعلقاً به، فيصح اشتراطه. (الثالث): أن تفاضل الشريكين فى الربح لا ينافى مقتضى العقد، و إنما ينافى إطلاقه، فيصح اشتراطه فى الشركة و فى غيرها من العقود. (الرابع): أنه لو سلم أنه مناف لمقتضى العقد جاز البناء عليه للدليل على صحة المضاربة. اللهم إلا أن يقال: لا إطلاق لدليل صحة المضاربة يشمل ذلك، لخروجه عن مفهومها، و إنما هو داخل فى عموم صحة الشروط. فاذا خصص ذلك العموم بالشرط المخالف لمقتضى العقد، تعين فى المقام الرجوع إلى المخصص، لا إلى العموم.

(٢) قال فى الشرائع: «و بموت كل واحد منهما تبطل المضاربة، لأنها فى المعنى وكالة»، و نحوه فى كثير من الكتب، و يظهر منهم أن ذلك من المسلمات، فان ذلك حكم العقود الجائزة، و منها المضاربة.

(٣) فيكون الوارث كسائر الناس، لا يجوز أن يتصرف بغير إذن المالك، و ليس ذلك من الحقوق، حتى يكون موروثاً للوارث.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣١٩

الثانى: فلانتقال المال بموته إلى وارثه، فابقاؤها يحتاج إلى عقد جديد (١) بشرائطه، فإن كان المال نقداً صح (٢)، و إن كان عروضاً فلا، لما عرفت من عدم جواز المضاربة على غير النقدين. و هل يجوز لوارث المالك إجازة العقد بعد موته، قد يقال بعدم الجواز (٣)، لعدم علقه له بالمال حال العقد بوجه من الوجوه (٤)، ليكون واقعاً على ماله أو متعلق حقه.

و هذا بخلاف إجازة البطن السابق فى الوقف أزيد من مدة حياته، فان البطن اللاحق يجوز له الإجازة، لأن له حقاً بحسب جعل الواقف. و أما فى المقام فليس للوارث حق حال حياة المورث أصلاً، و إنما ينتقل إليه المال حال موته. و بخلاف إجازة الوارث لما زاد من الثلث فى الوصية، و فى المنجز حال

(١) يعنى: بين العامل و المالك الجديد.

(٢) يعنى: بعقد جديد.

(٣) قال فى الشرائع: «و لو مات رب المال و المال متاع، فأقره الوارث، لم يصح، لأن الأول بطل، و لا يصح ابتداء القراض بالعروض» و ظاهر التعليل أن المراد من إقراره بعد الموت إبقاؤه، و هذا بعد الموت متعذر للبطلان، و كذلك تجديده، لأن فى المال عروض. و المصنف رحمه الله حرر المسألة بعنوان الإجازة، و ذكر فى الجواهر: أن المقام ليس من الفضولى، إذ لا-علقه للوارث بالمال حال العقد بوجه من الوجوه ..

إلى آخر ما ذكر فى المتن فى تقريب عدم الجواز.

(٤) الإجازة لا تصح الا بشرطين (الأول): أن يكون العقد المجاز صادراً من غير الولي عليه، فلا يصح منه إلا بالإجازة. (الثاني):

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٢٠

المرض - على القول بالثالث فيه - فان له حقاً فيما زاد، فلذا يصح إجازته، و نظير المقام اجارة الشخص ماله مدة مات في أثنائها، على القول بالبطلان بموته، فإنه لا يجوز للوارث إجازتها. لكن يمكن أن يقال: يكفي في صحة الإجازة كون المال في معرض الانتقال اليه و إن لم يكن له علقه به حال العقد، فكونه سيصير له كاف و مرجع إجازته حينئذ إلى إبقاء ما فعله المورث، لا قبوله، و لا تنفيذه، فإن الإجازة أقسام، قد تكون قبولاً لما فعله الغير، كما في إجازة بيع ماله فضولاً، و قد تكون راجعاً إلى إسقاط حق، كما في اجازة المرتهن لبيع الراهن، و اجازة الوارث لما زاد عن الثلث. و قد تكون إبقاء لما فعله المالك (١)، كما في المقام.

أن يكون للمجيز ولاية على العقد، فاذا انتفى ذلك لم تصح الإجازة.

و هذان الشرطان موجودان في الأمثلة المذكورة في الجواهر و في المتن، أما فيما نحن فيه فمفقودان معاً، إذ العقد الواقع من المالك صادر من الولي عليه فيصح، و لا - معنى لإجازته و الإجازة الصادرة من الوارث - سواء كانت صادرة منه حال حياة المورث، أم بعد وفاته - صادرة ممن لا ولاية له على العقد. نعم إذا كانت صادرة منه بعد وفاة المورث فهي ممن له ولاية على تجديد العقد لا على العقد نفسه، فلا معنى لتعلقها بالعقد.

(١) قد عرفت أن العقد الواقع لا - قصور فيه، فهو نافذ بلا - إجازة و الإجازة الصادرة من الوارث ليست ممن له ولاية على العقد، و لا أدنى تعلق له به، و الإبقاء - مع أنه ليس مجعولاً، لأن بقاء العقد بنفسه، لا يجعل جاعل - متعذر، لأن المفروض بطلانه، فكيف يمكن إبقاؤه؟! مع أنه

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٢١

[مسألة (٣٠): لا يجوز للعامل أن يوكل وكيلا في عمله، أو يستأجر أجيراً إلا بإذن المالك]

(مسألة ٣٠): لا يجوز للعامل أن يوكل وكيلا في عمله، أو يستأجر أجيراً إلا بإذن المالك. نعم لا بأس بالتوكيل

غير مقصود للمجيز. نعم يمكن تجديده للوارث، و هذا شيء آخر غير إجازة العقد، و يختص بصورة ما إذا كان المال نقداً لا عروضاً. و المتحصل في الاشكال: إنه إن أريد إجازة العقد بلحاظ الحدوث كما في إجازة الفضولي - فالعقد لا قصور فيه من هذه الجهة، كى يحتاج إلى الإجازة، و الإجازة صادرة ممن لا تعلق له بالعقد. و إن أريد إجازته بلحاظ البقاء، فالبقاء ليس مقصوداً للمجيز، و لا مما يقبل الجعل، و في المقام متعذر، لفرض البطلان، كما ذكر في الشرائع. و ان أريد من الإبقاء التجديد اختص ذلك بما إذا كان المال نقداً، و لا يصح إذا كان عروضاً كما ذكر أيضاً في الشرائع.

و لعل مراد المصنف الاشكال على الشرائع: بأن الإقرار إنما يمتنع إذا ثبت البطلان، و هو ممنوع، إذ يختص البطلان بما إذا لم يقره الوارث أما إذا أقره فلا بطلان. كما أنه يمكن دفع الإشكال: بأن البقاء لا يحتاج الى جعل بأن ذلك مسلم إذا لم يكن موجب للبطلان، كما في المقام، أما معه فيصح جعل البقاء، و يكون مستنداً الى الجعل لا لنفسه. و لكن عبارة المصنف بعيدة عن ذلك، و فيها تهافت، فإن الإجازة بمعنى الإبقاء صادرة من الوارث المالك، و قد ذكر أنها صادرة ممن سيصير له علقه، فكأن موضوع كلامه الإجازة من الوارث حال حياة المورث لا بعد وفاته.

و التحقيق: أن المالك ركن في عقد المضاربة كالعامل، فاذا مات أحدهما بطل العقد ضرورة، كما في موت أحد الزوجين، فلا يمكن

جعل إبقائه أبداً، كما ذكر المحقق رحمه الله، فلا يمكن إبقاء العقد، لا بالإجازة و لا بالإبقاء، و لا بغير ذلك. نعم يمكن إيقاع عقد المضاربة بين الوارث
مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٢٢
أو الاستيجار في بعض المقدمات، على ما هو المتعارف (١).
و أما الإيكال إلى الغير وكالة أو استيجاراً في أصل التجارة، فلا يجوز من دون إذن المالك، و معه لا مانع منه. كما أنه لا يجوز له أن يضارب غيره إلا بإذن المالك.

[مسألة (٣١): إذا أذن في مضاربة الغير]

(مسألة ٣١): إذا أذن في مضاربة الغير فإما أن يكون بجعل العامل الثاني عاملاً للمالك، أو يجعله شريكاً معه في العمل و الحصة، و إما يجعله عاملاً لنفسه. أما الأول فلا مانع منه و تنفسخ مضاربة نفسه على الأقوى (٢). و احتمال بقائها مع ذلك (٣)، لعدم المنافاة، كما ترى. و يكون الربح مشتركاً بين

و العامل إذا اجتمعت الشرائط.

(١) كأن الفرق بين المقامين أن المنصرف من المضاربة استعمال العامل في التجارة مباشرة، فإيكال التجارة إلى غيره خلاف الظاهر يحتاج إلى إذن بالخصوص، بخلاف المقدمات، فإنه ليس في عنوان المضاربة ما يقتضى المباشرة فيها، فإطلاقها يقتضى الإذن إلا إذا كانت قرينة على الخلاف.

و الحكم في الجميع وجوب أن يكون العمل بإذن المالك، المستفادة من الإطلاق، أو من صريح الخطاب، أو من العادة، أو غير ذلك من القرائن، فإذا لم تعلم لم يجز التصرف.
(٢) كما هو ظاهر المسالك.

(٣) بل جزم به في الجواهر، لعدم ما يدل على اعتبار خلو المال عن وقوع عقد قراض عليه في صحة الثاني. انتهى. و كأنه اعتبر المضاربة نوعاً من الوكالة، و لا مانع من توكيل وكيلين على عمل واحد، لعدم التنافي في ذلك. لكن الظاهر عرفاً من المضاربة أنها استعمال للعامل و هو

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٢٣

المالك و العامل الثاني، و ليس للأول شيء (١)، إلا إذا كان بعد أن عمل عملاً و حصل ربح، فيستحق حصته (٢) من ذلك و ليس له أن يشترط على العامل الثاني شيئاً من الربح (٣) بعد أن لم يكن له عمل بعد المضاربة الثانية. بل لو جعل الحصة للعامل في المضاربة الثانية أقل مما اشترط له في الأولى، كأن يكون في الأولى بالنصف، و جعله ثلثاً في الثانية لا يستحق تلك الزيادة (٤)، بل ترجع إلى المالك. و ربما يحتمل جواز اشتراط شيء من الربح، أو كون الزيادة له (٥)، بدعوى أن هذا المقدار- و هو إيقاع عقد المضاربة ثم جعلها للغير-

لا يقبل التعدد، نظير الاستيجار على العمل لكن لو سلم فذلك يمنع من تعدد العامل بالنسبة إلى العمل الواحد، لا بالنسبة إلى العاملين، فإذا عمل الأول و ربح كان له سهم من الربح، و إذا عمل الثاني أيضاً فربح كان له سهم، كما صرح بذلك في الجواهر. و الأولى أن يقال: انه إذا كان العامل قد انتزع نفسه من المضاربة، انفسخت بالنسبة إليه، و اختص بها الثاني. و إن كان لم ينتزع نفسه، كان كل منهما عاملاً، و اختص كل واحد منهما بحصته من الربح في عمله.

(١) إذ المفروض أن الربح مشترك بين المالك و العامل، و هو غيرهما.

(٢) كما هو مقتضى المضاربة معه.

(٣) الا بناءً على جواز اشتراط حصة من الربح للأجنبي، و قد تقدم.

(٤) لأنها للمالك حسب المجعول في المضاربة الثانية، فلا تكون كلها أو بعضها لغيره.

(٥) هذا الاحتمال احتمله في الجواهر، معللاً له بما ذكر.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٢٤

نوع من العمل، يكفي في جواز جعل حصة من الربح له.

و فيه: أنه وكالته، لا مضاربة (١). و الثاني أيضاً لا مانع منه، و تكون الحصة المجعولة له في المضاربة الأولى مشتركة بينه و بين العامل

الثاني، على حسب قرارهما. و أما الثالث فلا

(١) قد يكون التوكيل من شؤون المضاربة- كما تقدم في المسألة الثلاثين- فيستحق عليه العامل حصة من الربح. فالعمدة: أن العمل

الذي يجعل الحصة له في المضاربة الثانية ما يكون حاصلًا من العامل في المضاربة الثانية بعد حصولها، و العمل المذكور حاصل قبلها

من غير العامل فيها، بل من العامل في المضاربة الأولى و حينئذ إذا كان موجباً لاستحقاق شيء لصدوره لا بعنوان التبرع، فهو على

المالك، لا حصة في ربح المضاربة الثانية، لعدم كونه عاملاً فيها. بل إذا فرض أن عمل المضاربة الأولى كان بذلك استحق حصة من

الربح الحاصل من ذلك العمل و لو بتوسط المضاربة الثانية التي هي في ضمن المضاربة الأولى. و من ذلك يظهر أن القسم الأول له

صورتان: (الأولى) أن تكون المضاربة الثانية أجنبية عن الأولى، تبطلها أو لا تبطلها، على الخلاف المتقدم بين المصنف و الجواهر.

(الثانية): أن تكون المضاربة الثانية في ضمن الأولى و من شؤونها فتكون الثانية من قبيل الجعالة التي تكون في ضمن الأولى، و حصة

المالك فيها راجعة إلى ربح المضاربة الأولى فتقسم بين المالك و العامل الأول. و بالجملة:

قد تكون المضاربة الثانية أجنبية عن الأولى تنافياً أو لا تنافياً، و قد تكون في طولها و من شؤونها فإرباح الثانية بعد إخراج حصة

العامل تكون من أرباح الأولى، فتكون حصة منها للعامل، و الباقي للمالك، و قد كان المناسب للمصنف التعرض لهذا القسم، فتكون

الأقسام أربعة.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٢٥

يصح من دون أن يكون له عمل مع العامل الثاني (١)، و معه يرجع إلى التشريك.

[(مسألة ٣٢): إذا ضارب العامل غيره مع عدم الإذن من المالك]

(مسألة ٣٢): إذا ضارب العامل غيره مع عدم الإذن من المالك، فإن أجاز المالك ذلك كان الحكم كما في الإذن السابق في الصور

المتقدمة، فيلحق كلاً حكمه (٢)، و ان لم يجز بطلت المضاربة الثانية (٣). و حينئذ فإن كان العامل الثاني عمل و حصل الربح (٤) فما

قرر للمالك في المضاربة الأولى فله (٥) و أما ما قرر للعامل فهل هو أيضاً له (٦) أو للعامل الأول، أو مشترك بين العاملين؟ وجوه و

أقوال (٧)، أقواها الأول،

(١) من المعلوم أن العامل في المضاربة من يكون عاملاً للمالك في ماله، و العامل لغير المالك خارج عنه، سواء كان له عمل أم لم

يكن.

إلا أن يكون المراد منه ما لا يتنافى مع كونه عاملاً للمالك، و يكون الاختلاف بمجرد التعبير.

(٢) إذ لا فرق بين الإجازة اللاحقة و الاذن السابقة فى الأحكام.

(٣) لصدورها من غير الولى، بلا إذن، و لا إجازة من الولى.

(٤) يعنى بإجازة المالك لشراء العامل الثانى، إذ مع عدم الإجازة لا تصح المعاملة، فلا ربح و سيأتى التصريح بذلك من المصنف. و

إطلاق كلامه هنا كإطلاق كلام غيره مبنى على ذلك، كما هو الغالب

(٥) لتبعية الربح للمال، كما هو الأصل.

(٦) يعنى. للمالك.

(٧) قال فى الشرائع فى مسألة ما إذا قارض العامل غيره: «فان كان بإذنه و شرط الربح بين العامل الثانى و المالك صح، و لو شرط

لنفسه لم

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٢٦

لأذن المفروض بطلان المضاربة الثانية، فلا- يستحق العامل الثانى شيئاً، و أن العامل الأول لم يعمل حتى يستحق، فيكون تمام الربح

للمالك إذا أجاز تلك المعاملات الواقعة على ماله. و يستحق العامل الثانى أجره عمله مع جهله بالبطلان (١) على العامل الأول

يصح، لأنه لا عمل له. و إن كان بغير إذنه لم يصح القراض، فان ربح كان نصف الربح للمالك، و النصف الآخر للعامل الأول، و عليه

أجره الثانى. و قيل: للمالك أيضاً، لأن الأول لم يعمل. و قيل: بين العاملين و يرجع الثانى على الأول بنصف الأجره. و الأول حسن». و

قال فى المسالك: «و هذه الأقوال ليست لأصحابنا، و لا نقلها عنهم أحد ممن نقل الخلاف، و ان كان ظاهر العبارة بقليل و قيل يشعر

به، و إنما هى وجوه للشافعية موجهة، ذكرها المصنف و العلامة فى كتبه، و نقل الشيخ فى المبسوط قريباً منها بطريقة أخرى غير

منقحة. و لهم وجه رابع: أن جميع النصف للعامل الثانى. عملاً بالشرط، و لا شىء للأول، إذ لا ملك له و لا عمل له». و قريب منه ما

فى جامع المقاصد. و يشهد لما ذكره ما فى التذكرة، فإنه بعد ما ذكر أن الأقرب أن يكون الربح للمالك ذكر الوجوه الأخرى، و

نسبها إلى الشافعية، و لم ينسب شيئاً منها إلى أحد من أصحابنا.

(١) كما قيده بذلك الجماعة، و لم أفق على غير ذلك من أحد، بل فى جامع المقاصد: «لا شك فى أنه إذا كان عالمًا لا يستحق

أجره».

لكن الاختصاص بهذه الصورة يتوقف على كون الضمان بالغرور، أما إذا كان الضمان بالاستيفاء، و أن من استوفى عمل غيره كان

ضامناً له و إن كان عالمًا بالبطلان، فالرجوع إلى العامل بأجره المثل يكون فى صورتى الجهل و العلم.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٢٧

لأنه مغرور من قبله. و قيل: يستحق على المالك (١). و لا وجه له مع فرض عدم الإذن منه له فى العمل هذا إذا ضاربه على أن يكون

عاملاً للمالك (٢)، و أما إذا ضاربه على أن يكون عاملاً له، و قصد العامل فى عمله العامل الأول، فيمكن أن يقال: إن الربح للعامل

الأول، بل هو مختار المحقق فى الشرائع (٣)

(١) حكى هذا الاحتمال فى التذكرة، و علله: بأن نفع عمله عاد اليه.

انتهى. و لا يخفى ما فيه، فان ذلك ليس من أسباب الضمان

(٢) سواء كان الشراء له بذمته أم بعين ماله، فان المبيع له، فيكون له ربحه.

(٣) قد تقدمت عبارة الشرائع، و هى خالية عن التقييد المذكور، و لا سيما بناء على ما تقدم منه من عدم صحتها حتى مع اذن المالك،

فكيف يخصص بها كلام المحقق؟! و لذلك وجهه فى المسالك: بأن عقد المضاربة وقع معه، فيستحق ما شرط، و عقده مع الثانى

فاسد، فلا يتبع شرطه.

انتهى. و أشكل عليه بعد ذلك: بأن العامل الأول لم يعمل شيئاً، فلا يكون له شيء من الربح. و أما التوجيه المذكور في المتن من أن العمل المعتبر في المضاربة الأولى ما يعم مباشرة و غيرها فقد ذكره في الجواهر، فقال:

«ليس في عقد القراض ما يقتضى مباشرة العمل بنفسه، ضرورة الاكتفاء بمتبرع عنه و بأجره أو نحو ذلك». و حينئذ يسقط الاشكال المتقدم من أن العامل الأول لم يعمل شيئاً فلا يستحق شيئاً. و على هذا عول في الجواهر و اختار ما في الشرائع. لكن عرفت أن مختار الشرائع لا يختص بهذه الصورة، كسائر الأقوال الأخرى المحكية فيها، فلا وجه لتخصيصه بها، كما في المتن. مضافاً إلى أن البناء على عموم العمل لغير المباشرة يقتضى صحة المضاربة الثانية، إذ ليس مضمونها الا ما هو مأذون فيه فلا وجه للبناء

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٢٨

و ذلك بدعوى: أن المضاربة الأولى باقية بعد فرض بطلان الثانية، و المفروض أن العامل قصد العمل للعامل الأول، فيكون كأنه هو العامل فيستحق الربح، و عليه أجره عمل العامل، إذا كان جاهلاً بالبطلان، و بطلان المعاملة لا يضر بالأذن الحاصل منه للعمل له (١). لكن هذا إنما يتم إذا لم يكن المباشرة

على بطلانها بدعوى عدم الاذن. و أيضاً إذا كان المراد من العمل في المضاربة ما يعم عمل غيره عنه و جب أن يكون عمل الغير للمالك، كما أن عمل العامل له، فكما أن العامل يتجر للمالك فالمتبرع عن العامل أيضاً يتجر للمالك، و هذا لا يتناسب مع الصورة المذكورة في المتن من أن العامل الثاني يعمل للعامل الأول، كما يظهر من قول المصنف: «و أما إذا ضاربه على أن يكون عاملاً له». و المتحصل مما ذكرنا و جوه من الإشكال.

(الأول): أن مورد كلام المحقق و غيره من الفقهاء الذين صوروا هذه المسألة صورة ما إذا ضارب العامل غيره من دون اختصاص بأنه عن نفسه.

(الثاني): أن البناء على عموم عمل العامل الذي ضاربه المالك للمباشرة و غيره يقتضى صحة المضاربة من العامل لغيره عن المالك. إذ ليست المضاربة الثانية إلا عملاً بالعموم المذكور. (الثالث): أن عموم عمل العامل لغير المباشرة لا يتناسب مع الصورة المذكورة في المتن، فان عمل المتبرع للعامل يكون للمالك، لا للعامل المتبرع عنه إلا أن يكون المراد من قصد العامل الثاني في عمله العامل الأول المذكور في المتن عمل العامل الثاني نيابة عن العامل الأول، و إن كان شراؤه للمالك. لكنه خلاف ظاهر العبارة.

(١) قال في الجواهر: «و لا- ينافيه فرض عدم إجازة المالك. إذ هي للقراض، أما ما وقع منه من الشراء و البيع فهو بإذن العامل الأول الذي لم يشترط عليه مباشرة ذلك بنفسه». و لا يخفى أن إذن العامل لا تكفى

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٢٩

معتبرة في المضاربة الأولى (١)، و أما مع اعتبارها فلا يتم، و يتعين كون تمام الربح للمالك إذا أجاز المعاملات و ان لم تجز المضاربة الثانية.

[مسألة (٣٣): إذا شرط أحدهما على الآخر في ضمن عقد المضاربة مالا أو عملاً]

(مسألة ٣٣): إذا شرط أحدهما على الآخر في ضمن عقد المضاربة مالا أو عملاً، كأن اشترط المالك على العامل أن

في صحة الشراء و البيع إلا- إذا كان العامل مأذوناً من المالك في الاذن، و إذا لم يكن مأذوناً فيه من المالك فلا وجه لصحته، و قد عرفت أنه إذا كان مأذوناً فيه من المالك كان مأذوناً في المضاربة الثانية، إذ مضمونها الشراء و البيع الذي لم يشترط عليه المباشرة

فيهما.

(١) كما قيده بذلك في الجواهر، و أن ما تقدم مبنى على ما هو الظاهر عدم كون ذلك قيداً لها هنا، كما في نظائره. و الذي يتحصل مما ذكرناه: أنه إن كان المفهوم من المضاربة الأولى عموم العمل من العامل للباشرة و غيرها كان ذلك موجباً للإذن في المضاربة الثانية، على نحو تكون من توابع الأولى. فيضارب العامل غيره على أن يكون حصته من الربح بينهما على نحو التساوى أو التفاضل. و لو ضاربه على أن يكون تمام الربح بينهما لم تصح لمنافاتها للأولى. و في الصورة الأولى لا بد أن يكون قصد المتعاملين أن يكون العمل للمالك، بمعنى أن الشراء و البيع له لا للعامل الأول، إذ لا معنى له بعد أن كان المال للمالك. إلا أن يكون المقصود أن العامل الثاني ينوب عن العامل الأول في الشراء للمالك، بأن يقصد النيابة عن العامل الأول في الشراء للمالك، و لا بأس به حينئذ. و إن كان المفهوم من المضاربة الأولى خصوص الباشرة فالحكم كما ذكر المصنف، من بطلان المضاربة، و كون الربح جميعه للمالك إذا أجاز معاملة العامل الثاني و يستحق على العامل الأول أجره المثل.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٣٠

يخيط له ثوباً، أو يعطيه درهماً أو نحو ذلك، أو بالعكس، فالظاهر صحته (١)، و كذا إذا اشترط أحدهما على الآخر بيعاً أو قرضاً أو قراضاً أو بضاعةً أو نحو ذلك. و دعوى: أن القدر المتيقن ما إذا لم يكن من المالك إلا رأس المال و من العامل إلا التجارة. مدفوعة: بأن ذلك من حيث متعلق العقد فلا ينافي اشتراط مال أو عمل خارجي في ضمنه. و يكفي في صحته عموم أدلة الشروط (٢). و عن الشيخ الطوسي فيما إذا

(١) قال في القواعد: «و لو شرط على العامل المضاربة في مال آخر، أو يأخذ منه بضاعةً أو قرضاً، أو يخدمه في شيء بعينه، فالظاهر صحة الشروط» و قال في التحرير: «الشروط الفاسدة على أقسام ثلاثة، أحدها: ما ينافي مقتضى العقد، مثل أن يشترط البيع برأس المال ..

(إلى أن قال): الثاني: ما يقتضى جهالة الربح، مثل أن يشترط العامل جزء من الربح مجهولاً أو ربح أحد الكيسين .. (الى أن قال): الثالث اشتراط ما ليس من مصلحة العقد و لا مقتضاه، مثل اشتراط النفع ببعض السلع مثل لبس الثوب، و استخدام العبد، و ركوب الدابة و وطء الجارية و ضمان العامل المال أو بعضه. فهذه الشروط كلها باطلة تفسد العقد إن اقتضت جهالة الربح، و إلا فلا على إشكال»، و نحوه ما حكاه السيد في مفتاح الكرامة عن العامة، ثم قال: «و لعلمهم يستندون الى أن هذا العقد على خلاف الأصل، فيقتصر فيه على المتيقن» و لا يخفى أنه إذا تم ذلك جرى في جميع العقود المشتملة على الشروط، لأنها على خلاف الأصل أيضاً و لا يختص بهذا العقد.

(٢) هذا العموم إنما ينفع بعد إحراز عنوان المضاربة عرفاً، لتشمله الإطلاقات المقامية. أما إذا شك في العنوان فالأصل يقتضى بطلان المضاربة.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٣١

اشترط المالك على العامل بضاعةً بطلان الشرط دون العقد في أحد قولي، و بطلانها في قوله الآخر (١)، قال: لأن العامل في القراض لا يعمل عملاً بغير جعل و لا قسط من الربح، و إذا بطل الشرط بطل القراض، لان قسط العامل يكون مجهولاً (٢) ثم قال: «و ان قلنا: إن القراض صحيح و الشرط

و عموم صحة العقود إنما يقتضى صحة العقد، لا صحة المضاربة، كما هو محل الكلام. و ان كان الظاهر صدق العنوان عرفاً. (١) قال في الشرائع في أواخر كتاب المضاربة: «إذا دفع مالا قراضاً، و شرط أن يأخذ له بضاعةً، قيل: لا يصح، لان العامل في القراض

لا- يعمل ما لا يستحق عليه أجراً، وقيل: يصح القراض و يبطل الشرط. و لو قيل بصحتهما كان حسناً» و قال فى المسالك: «القولان الأولان للشيخ فى المبسوط» أقول: هذه النسبة غير ظاهرة الوجه، كما يظهر ذلك من ملاحظة كلامه، فان ما ذكره أولاً كان وجهاً لا قولاً، و ما ذكره ثانياً كان قولاً بقرينة قوله رحمه الله: «كان قوياً» لكنه ظاهر فى صحة الشرط و العقد. غاية الأمر أنه لا يجب الوفاء بالشرط، لأن مضمونه- و هو البضاعة- من العقود الجائزة التى لا يجب الوفاء بها، و حينئذ يكون موافقاً للشرائع و القواعد و جماعة من الأصحاب، على ما نسبه إليهم فى جامع المقاصد. و من ذلك يشكل ما فى المتن من نسبة القولين إلى الشيخ رحمه الله مستنداً فى ذلك إلى عبارة المبسوط المذكورة.

(٢) قال فى المبسوط: «و ذلك أن رب المال ما قارض بالنصف حتى اشترط على العامل عملاً بغير جعل، و قد بطل الشرط، و إذا بطل ذهب من نصيب العامل و هو النصف قدر ما زيد فيه لأجل البضاعة، و ذلك القدر مجهول، و إذا ذهب من المعلوم مجهول كان الباقي مجهولاً،

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٣٢

جائز، لكنه لا- يلزم الوفاء به، لأن البضاعة لا يلزم القيام بها كان قوياً» و حاصل كلامه فى وجه بطلانهما: أن للشرط المفروض مناف لمقتضى العقد، فيكون باطلاً، و بطلانه يبطل العقد، لاستلزامه جهالة حصة العامل من حيث أن للشرط قسطاً من الربح، و بطلانه يسقط ذلك القسط، و هو غير معلوم المقدار. و فيه: منع كونه منافياً لمقتضى العقد (١)، فان مقتضاه ليس أزيد من أن يكون عمله فى مال القراض بجزء من الربح، و العمل الخارجى ليس عملاً فى مال القراض. هذا مع أن ما ذكره من لزوم جهالة حصة العامل بعد بطلان الشرط ممنوع، إذ ليس الشرط مقابلاً بالعوض فى شىء من الموارد (٢)، و انما يوجب زيادة العوض، فلا ينقص من بطلانه شىء من الحصة حتى تصير مجهولة. و أما ما ذكره فى

و لهذا بطل القراض. و ان قلنا أن القراض ..» الى آخر ما فى المتن.

(١) ذكر ذلك فى المسالك و غيرها.

(٢) كان الاولى فى الاشكال عليه أن يقال: إذا كان الشرط ملحوظاً عوضاً عن العمل فبطلانه يوجب بطلان المعاوضة و حصول الجهالة، لانتفاء المعاوضة بانتفاء أحد طرفيها، و إذا لم يكن ملحوظاً عوضاً فلا جهالة فى العوض. و لو سلم فالجهالة على هذا النهج غير قادحة فى البيع، كما إذا باع ما يملكك و ما لم يملكك، فضلاً عن المقام الذى لا تقدر فيه جهالة وجود الربح، و لا جهالة مقداره التعيينى، و إن كان معلوماً بالحصة المشاعة.

كما يشكل أيضاً: بأن ما ذكره أخيراً من أن العمل فى البضاعة لوحظ عوضاً عن جزء من النصف، فالعمل لم يكن مجاناً، مناف لما ذكره أولاً من

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٣٣

قوله: «و ان قلنا ..» فلعل غرضه أنه إذا لم يكن الوفاء بالشرط لازماً يكون وجوده كعدمه (١)، فكأنه لم يشترط، فلا يلزم الجهالة فى الحصة. و فيه: أنه على فرض إيجابه للجهالة لا- يتفاوت الحال بين لزوم العمل به و عدمه (٢) حيث أنه على التقديرين زيد بعض العوض لأجله. هذا و قد يقرر (٣) فى وجه بطلان الشرط المذكور: أن هذا الشرط لا أثر له أصلاً، لأنه ليس بلازم الوفاء، حيث أنه فى العقد الجائز، و لا يلزم من تخلفه أثر التسلط على الفسخ، حيث أنه يجوز فسخه و لو مع عدم التخلف. و فيه أولاً: ما عرفت

بطلان الشرط، لأنه يقتضى كون العمل مجاناً.

(١) إذا كان غرضه ذلك كان الاولى تقريره بناءً على البطلان، لأن الباطل أولى أن يكون وجوده كعدمه، فكأنه لم يشترط. بل غرضه

تضعيف ما ذكره أولمًا، واختيار صحة الشرط وعدم وجوب الوفاء به، لخصوصية في مضمونه، وهو البضاعة التي هي من العقود الجائزة، لا لقصور فيه. وإن كان يشكل: بأن كون البضاعة من العقود الجائزة في نفسها لا ينافي وجوبها بالشرط.

(٢) لأن مبنى الاشكال على قدح الجهالة على فرض التوزيع على الأبعاض، وحينئذ لا- يختلف الحكم في الصحة والبطلان لكن عرفت أن الشيخ بنى على عدم تمامية ما ذكره أولاً، وأنه غير صحيح، ولذا قال بصحة العقد وصحة الشرط، غير أنه لا يجب الوفاء به، لخصوصية في مضمونه، كما عرفت. نعم كان المناسب له- قدس سره- أن يتعرض لوجه النظر فيما ذكره أولاً، على ما هو القاعدة عند المؤلفين.

(٣) المقرر صاحب الجواهر في ذيل شرح مسألة عدم صحة اشتراط

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٣٤

سابقاً من لزوم العمل بالشرط في ضمن العقود الجائزة ما دامت باقية ولم تفسخ، وإن كان له أن يفسخ حتى يسقط وجوب العمل به. و ثانياً: لا- نسلم أن تخلفه لا- يؤثر في التسلط على الفسخ، إذ الفسخ الذي يأتي من قبل كون العقد جائزاً إنما يكون بالنسبة إلى الاستمرار بخلاف الفسخ الآتي من تخلف الشرط، فإنه يوجب فسخ المعاملة من الأصل، فإذا فرضنا أن الفسخ بعد حصول الربح، فإن كان من القسم الأول اقتضى حصوله من حينه، فالعامل يستحق ذلك الربح بمقدار حصته، وإن كان من القسم الثاني يكون تمام الربح للمالك (١) ويستحق العامل أجره المثل لعمله، وهي قد تكون أزيد من الربح، وقد تكون أقل فبتفاوت الحال بالفسخ وعدمه إذا كان لأجل تخلف الشرط.

الأجل في المضاربة، وأشار إليه أيضاً في أواخر كتاب المضاربة، وحاصله:

أن الشرط في العقود يترتب عليه أضرار، تكليفي وهو وجوب الوفاء، الراجع الى وجوب إيصال الحقوق إلى أهلها، ووضعى وهو جواز الفسخ مع التخلف، وهما في المقام لا يترتان.

(١) هذا ذكره في جامع المقاصد، وجعله مقتضى النظر. لكن في الجواهر بعد ما حكاه عنه قال: «إنه لا يمكن التزام فقيه به» وفي أواخر كتاب المضاربة قال: «إنه كما ترى لا- ينطبق على القواعد، وعلى ما اشتهر بينهم من عدم لزوم الوفاء بالشروط في العقود الجائزة، وأن حالها كحال الوعد، وليس فائدة الشرط فيها فائدته في العقد اللازم من التسلط على الفسخ مع عدم الوفاء به..» و الاشكال عليه- كما ذكره المصنف-

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٣٥

[مسألة (٣٤): يملك العامل حصته من الربح بمجرد ظهوره من غير توقف على الإنضاض أو القسمة]

(مسألة ٣٤): يملك العامل حصته من الربح بمجرد ظهوره من غير توقف على الإنضاض أو القسمة، لا نقلاً، ولا كشفاً، على المشهور، بل الظاهر الإجماع عليه (١)، لأنه مقتضى اشتراط كون الربح بينهما (٢)، ولأنه مملوك وليس للمالك، فيكون للعامل. و

للصحيح (٣): «رجل دفع الى رجل ألف درهم مضاربة، فاشترى أباه وهو لا يعلم. قال:

يقوم فان زاد درهما واحدا انعتق، واستسعى في مال الرجل»

ظاهر. وقد تقدم في المسألة الثانية بعض الكلام في ذلك.

(١) قال في المسالك: «لا- يكاد يتحقق فيه مخالف، ولا- نقل في كتب الخلاف عن أحد من أصحابنا ما يخالفه»، ونحوه ما عن المفاتيح لكن في القواعد: «و يملك بالظهور، لا بالانضاض على رأى». و ظاهره التوقف وعدم انعقاد الإجماع عليه.

(٢) لكن الشرط انما اقتضى المالك على تقدير الوجود، لا أنه يقتضى الوجود، كما هو المدعى. و منه يظهر الإشكال فى قوله (ره):
«و لأنه مملوك.»

(٣)

رواه الكليني عن على بن إبراهيم عن أبيه عن ابن أبي عمير عن محمد بن ميسر (قيس خ ل) قال: «قلت لأبى عبد الله (ع):
رجل دفع ..»

إلى آخر ما فى المتن» و رواه الصدوق بإسناده عن محمد بن قيس، و رواه الشيخ بإسناده عن الحسين بن سعيد عن بن أبي عمير عن محمد بن قيس، و بإسناده عن محمد بن على بن محبوب عن أيوب بن نوح عن ابن أبي عمير عن محمد بن ميسر. كذا فى الوسائل
«١». و الطريق الأول مصحح، و الباقيہ صحاح

(١) باب: ٨ من كتاب المضاربة.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٣٦

إذ لو لم يكن مالكا لحصته لم ينعق أبوه (١). نعم عن الفخر عن والده: أن فى المسألة أربعة أقوال (٢)، و لكن لم يذكر القائل و لعلها من العامة (أحدها): ما ذكرنا (الثانى): أنه يملك بالانضاض، لأنه قبله ليس موجوداً خارجياً (٣)، بل هو مقدر موهوم. (الثالث): أنه يملك بالقسمة، لأنه لو ملك

(١) هذا أول الكلام، بل من الجائز الاعتقاد بذلك، و ارتكابه أهون من ارتكاب ملك العامل بالظهور إذا تحقق أنه لا وجود له، فلا تصلح الرواية دليلاً على ذلك، إلا إذا امتنع الاعتقاد بغير الملك، كما أشار إلى ذلك فى الجواهر.

(٢) حكى عن الإيضاح أنه قال: «الذى سمعناه عن والدى المصنف أن فى هذه المسألة ثلاثة أقوال»، ثم بعد أن ذكر الأقوال الثلاثة و الاستدلال لها قال: «الرابع: أن القسمة كاشفة عن ملك العامل، لأنها ليست بعمل حتى يملك بها» فذكر أولاً أن الأقوال ثلاثة، ثم ذكر قولاً رابعاً، فيكون المتحصل من نقله وجود أربعة أقوال. و لذلك قال فى المسالك: «و نقل الامام فخر الدين عن والده فى هذه المسألة أربعة أقوال». لكن فى التذكرة بعد ما ذكر القول الأول قال: «و به قال أبو حنيفة، و الشافعى فى أحد قوليه، و احمد فى إحدى الروايتين» ثم استدل له بما فى المتن، ثم قال: «و قال مالك انما يملك العامل حصه من الربح بالقسمة، و هو القول الثانى للشافعى و الرواية الثانية عن أحمد، و اقتصر على ذلك و لم ينقل الثانى و لا-الرابع. لكن فى المسالك عن التذكرة حكاية القولين الأولين فليلفظ.

(٣) هذا التعليل المذكور فى الإيضاح لإثبات الوجه الثانى. لكنه إن تم اقتضى نفي الأول لا إثبات الثانى.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٣٧

قبله لاخص بربحه (١). و لم يكن وقاية لرأس المال. (الرابع):

أن القسمة كاشفة عن الملك سابقاً، لأنها توجب استقراره.

و الأقوى ما ذكرنا، لما ذكرنا. و دعوى: أنه ليس موجوداً كما ترى (٢) و كون القيمة أمراً وهمياً ممنوع (٣). مع أننا نقول: إنه يصير شريكاً فى العين الموجودة بالنسبة (٤)، و لذا يصح له مطالبه القسمة مع أن المملوك لا يلزم أن يكون موجوداً خارجياً، فان الدين مملوك مع أنه ليس فى الخارج (٥). و من الغريب إصرار صاحب الجواهر على الإشكال فى ملكيته، بدعوى:

أنه حقيقة ما زاد على عين الأصل، و قيمة الشئ أمر وهمى

(١) هذا أيضاً مذكور في الإيضاح تعليلاً للوجه الثالث - لكنه إنما بنفى الأولين، ولا يثبت الثالث.

(٢) إذا كان الربح حقيقة ما زاد على عين رأس المال - كما ادعاه في الجواهر، و يقتضيه العرف و اللغة في الجملة - فالدعوى المذكورة في محلها. و لذلك كان المعروف بينهم عدم وجوب الخمس في ارتفاع القيمة و أفتى به المصنف رحمه الله في كتاب الخمس.

(٣) هذا المنع غير ظاهر، إذ القيمة عبارة عن المايه التي تكون في العين، و لا شك في أنها أمر اعتباري ناشئ عن حدوث الرغبة في العين المصحح للتنافس عليها عند العقلاء و بذل المال بإزائها، و ليس لها وجود عيني في الخارج.

(٤) لا وجه له، لأنه إذا لم يكن ربح فلا ملك للعامل في الذمه و لا في العين.

(٥) هذا مسلم، إلا أنه لما كان له مطابق خارجي و مصداق عيني

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٣٨

لا- وجود له لا- ذمه و لا- خارجاً، فلا- يصدق عليه الربح. نعم لا بأس أن يقال: إنه بالظهور ملك أن يملك، بمعنى أن له الإنضاض، فيملك. و أغرب منه أنه قال: «بل لعل الوجه في خبر عتق الأب ذلك أيضاً، بناء على الاكتفاء بمثل ذلك في العتق المبني على السرايه». إذ لا يخفى ما فيه (١)، مع أن لازم ما ذكره كون العين بتمامها ملكاً للمالك حتى مقدار الربح مع أنه ادعى الاتفاق على عدم كون مقدار حصه العامل من الربح للمالك (٢) فلا ينبغي التأمل في أن الأقوى ما هو المشهور (٣) نعم إن حصل خسران أو تلف بعد ظهور الربح خرج عن

صح أن يكون مملوكاً، و ليس كذلك القيمة المايه. و من هنا يظهر الإشكال في النقض بملك الدين، كما في جامع المقاصد و المسالك و غيرهما.

مضافاً إلى أن الدين إنما صح ملكه لكونه في الذمه، فإنه لا يجوز ملك ما ليس في الذمه و لا في الخارج، و المدعى في المقام أنه مملوك و ليس في الذمه و لا في الخارج.

(١) بل لا يخفى ما في كلمات المصنف رحمه الله في هذا المقام، مثل قوله رحمه الله: «كما ترى» و «ممنوع» و «غريب» و «أغرب ..» فإنها كلها غامضة المراد بنحو تكون رداً على ما ذكره في الجواهر.

(٢) إذا تحقق الاتفاق بنحو يصح الاعتماد عليه كان هو الوجه فيما ذكره المشهور، فلا مجال حينئذ للأخذ بما ذكره في الجواهر.

(٣) لا- ينبغي التأمل في أنه هو الأقوى. لكن العمده فيه: أن المراد من الربح في باب المضاربه الذي يشترك فيه المالك و العامل الحصه من العين الزائده على مقدار رأس المال مايه، لا الربح بالمعنى اللغوي و العرفي، كما

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٣٩

ملكيه العامل، لا أن يكون كاشفاً عن عدم ملكيته من الأول (١) و على ما ذكرنا يترتب عليه جميع آثار الملكيه، من جواز المطالبه بالقسمه و إن كانت موقوفه على رضی المالك، و من صحه تصرفاته فيه من البيع و الصلح و نحوهما، و من الإرث، و تعلق الخمس و الزكاه، و حصول الاستطاعه للحج، و تعلق حق الغرماء به، و وجوب صرفه في الدين مع المطالبه .. إلى غير ذلك.

[مسأله (٣٥): الربح وقاية لرأس المال]

(مسأله (٣٥): الربح وقاية لرأس المال (٢)، فملكيه

يقوله في الجواهر، كى يتوجه عليه ما ذكره من الاشكال. هذا ما تقتضيه الارتكازات العرفية. و الشاهد على ذلك أنه لا يجوز للمالك عندهم أن يفسخ المضاربة عند ظهور الربح، و يستقل بالعين، و يطرد العامل محتجاً بعدم حصول الربح، بل يرون أن العامل شريك في العين على حسب حصته من المايه. و ظنى أن ذلك واضح. و حينئذ لا يحتاج إلى الاستدلال على الحكم بما ذكر، و لا مجال للإشكال بما تقدم.

(١) فالملكية ثابتة حين الظهور، لكنها غير مستقرة. و قد استفاض.

التعبير بذلك في كتبهم. و كأنه عملاً بالصحيح المتقدم الدال على حصول الملكية بمجرد الظهور. و لولاه كان اللازم البناء على عدم الملكية واقعاً إذا كان هناك نقص مالى لا حق، إما لتنزل السعر، أو لتلف المال، أو نحو ذلك، لأن الربح المجعول للعامل ما زاد على ذلك، لا مطلق الربح.

(٢) هذا من الأحكام المسلمة بينهم، و فى المسالك: أنه محل وفاق و يقتضيه ما عرفت من أن الربح المجعول للعامل ما زاد على تدارك النقص المالى الحادث من خسران أو تلف. و هو العمدة فيما ذكره. و لم أقف على نص فيه. نعم استدل له بموثق إسحاق بن عمار عن أبي الحسن (ع)

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٤٠

العامل له بالظهور متزلزلة، فلو عرض بعد ذلك خسران أو تلف يجبر به إلى أن تستقر ملكيته، و الاستقرار يحصل بعد الإنضاض و الفسخ و القسمة (١)، فبعدها إذا تلف شيء لا يحسب من الربح، بل تلف كل على صاحبه، و لا يكفى فى الاستقرار قسمة الربح فقط مع عدم الفسخ (٢). بل و لا

قال: «سألته عن مال المضاربة. قال: الربح بينهما، و الوضيعة على المال» (١)

بناءً على أن المال يشمل الأصل و الربح. و هو كما ترى ظاهر فى أن المراد من المال ما يقابل الربح.

(١) هذا مما لا ريب فيه، و فى جامع المقاصد: «لا بحث فى الاستقرار بذلك»، و فى الجواهر: «لا ريب فى الاستقرار حينئذ، ضرورة انتهاء العقد بجميع توابعه مع تراضيهما بذلك»، و عن الإيضاح: «يستقر بارتفاع العقد و إنضاض المال و القسمة، عند الكل».

(٢) بلا ريب، كما فى الجواهر، لبقاء عقد المضاربة المستتبع لحكمه من جبران الخسارة بالربح كما لو لم يقسم. و مجرد تعيين حصه العامل بالقسمة غير كافٍ فى الخروج عن مقتضى العقد. لكن ظاهر ما فى القواعد من قوله: «و إنما يستقر بالقسمة أو بالإنضاض و الفسخ»: أن القسمة كافية فى الاستقرار، كما أن الإنضاض و الفسخ كافيان فيه و إن لم تكن القسمة.

و لذا أورد عليه فى جامع المقاصد: بأن القسمة بمجرد لا توجب الاستقرار من دون فسخ القراض، لأنه لا معنى للقسمة إلا قسمة الربح، إذ ليس فى رأس المال شراكة الا باعتباره، و قسمة الربح وحده لا تخرجه عن كونه وقاية لرأس المال. و تبعه على ذلك فى الجواهر. لكن عرفت أنه لا إطلاق لفظى لدليل الوقاية، كى يتمسك به فى المقام، و أن العمدة فى

(١) الوسائل باب: ٣ من كتاب المضاربة حديث: ٥.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٤١

قسمة الكل كذلك (١)، و لا بالفسخ مع عدم القسمة (٢)، فلو حصل خسران أو تلف أو ربح كان كما سبق، فىكون الربح مشتركاً و التلف و الخسران عليهما، و يتم رأس المال بالربح. نعم لو حصل الفسخ و لم يحصل الإنضاض و لو بالنسبة

الوقاية الإجماع و الارتكاز العرفى، و ليس من الواضح شمولهما لما بعد القسمة و إن كان المعروف بينهم ذلك، بل يظهر منهم

التسالم عليه. و ما فى القواعد يخالفه ما فيها، فقد جزم بعدم استقرار الملك مع إنضاض قدر الربح و القسمة و أنه إذا خسر المال بعد ذلك رجع على العامل، كما سيأتى فى المسألة التالية.

(١) تقدم ما فى جامع المقاصد من أنه لا معنى للقسمة إلا قسمة الربح إذ ليس فى رأس المال شراكة.
 (٢) جعله فى الجواهر - تبعاً لجامع المقاصد - مبنياً على وجوب البيع على العامل بعد الفسخ. و إن قلنا بعدمه فوجهان. انتهى. لكن سيأتى من المصنف رحمه الله القول بعدم إجبار العامل على الإنضاض و البيع.
 و أما أحد الوجهين الذين ذكرهما أخيراً فهو الاستصحاب، و عموم على اليد و صدق مال القراض ليشمله ما دل على أن مال القراض و ضيعته من الربح، و ارتفاع صدق المقارض على العامل بالفسخ لا ينافى صدق مال المقارضة، الذى هو موضوع الحكم المذكور. بل قد يقال: بأن تسليم رأس المال إلى المالك من تنمة المضاربة، فلا يجوز تسليمه ناقصاً مع وجود الربح الذى يمكن به التدارك. هذا و لكن الجميع لا يخلو من اشكال. إذ الاستصحاب تعليقى، و هو غير حجة. و عموم «على اليد ..»

لا مجال له فى الأمانات، و الوقاية إنما كانت للدليل الخاص لا لليد، و لذا يختص الخسران بالمالك. و صدق مال المقارضة غير ظاهر مع الفسخ و ارتفاع القراض به. مع أن مال مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٤٢ إلى البعض و حصلت القسمة فهل تستقر الملكية أم لا (١)؟

إن قلنا بوجوب الإنضاض على العامل فالظاهر عدم الاستقرار و إن قلنا بعدم وجوبه ففيه وجهان أقواهما الاستقرار. و الحاصل: أن اللازم أولاً دفع مقدار رأس المال للمالك، ثم يقسم ما زاد عنه بينهما على حسب حصتهما، فكل خسارة و تلف قبل تمام المضاربة يجبر بالربح، و تماميتها بما ذكرنا من الفسخ و القسمة.

[مسألة ٣٦: إذا ظهر الربح و نض تمامه أو بعض منه]

(مسألة ٣٦): إذا ظهر الربح و نض تمامه أو بعض منه، فطلب أحدهما قسمته، فإن رضى الآخر فلا مانع منها و إن لم يرض المالك لم يجبر عليها (٢)، لاحتمال الخسران

المقارضة لم يؤخذ موضوعاً لدليل لفظى، كى يتمسك بإطلاقه و تسليم رأس المال الى المالك لا دليل على وجوبه، كما سيأتى من المصنف. و على هذا يكون أقوى الوجهين هو الاستقرار. (و دعوى): أنه لا يساعده الارتكاز العرفى، الذى هو العمدة فى الحكم، فان مقتضاه بقاء الاحكام إلى أن تتحقق القسمة، و لذا لو فرض زيادة السعر بعد الفسخ لم تختص الزيادة بالمالك بل تكون بينه و بين العامل، و كذا حكم النقيصة، فيدل على عدم استقرار الملكية بالفسخ (ممنوعه جداً) لمنع ذلك كله إذ الفسخ بعد أن كان رافعاً للمضاربة كان رافعاً لأحكامها، و لكل شرط ذكر فى ضمنها، و ثبوت أحكام عرفية للمضاربة بعد انفساخها يحتاج الى دليل مفقود.

(١) فى الجواهر - تبعاً لجامع المقاصد - الجزم بالاستقرار. و لعله لعدم القول بوجوب الإنضاض على العامل، و إن كان الظاهر أن الارتكاز العرفى يساعد على الاستقرار بالقسمة و إن قلنا بوجوب الإنضاض على العامل تبعداً.

(٢) كما فى الشرائع و القواعد، و يظهر من جامع المقاصد و المسالك

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٤٣

بعد ذلك و الحاجة إلى جبره به. قيل: و إن لم يرض العامل فكذلك أيضاً (١)، لأنه لو حصل الخسران وجب عليه رد ما أخذه، و لعله لا يقدر بعد ذلك عليه لفواته فى يده، و هو ضرر عليه. و فيه: أن هذا لا يعد ضرراً (٢). فالأقوى:

أنه يجبر إذا طلب المالك. و كيف كان إذا اقتسماه ثم حصل الخسران، فان حصل بعده ربح يجبره فهو، و إلا رد العامل

و الجواهر عدم الخلاف فيه، معللين ذلك بلزوم الضرر على المالك، لاحتمال الخسران بعد ذلك، كما ذكر المصنف. و هو بظاهره غير تام، لأن احتمال الضرر باحتمال الخسران غير مطرد. مع أنه لا يمنع من وجوب القسمة و إنما يمنع من وجوب تمكين العامل من حصته، لا من أصل القسمة.

و إنما يمنع من وجوب تمكين العام من حصته، لا من أصل القسمة.

مضافاً إلى إمكان تدارك الضرر المحتمل بأخذ الكفيل و نحوه كما في غير المقام مع أن احتمال الضرر غير كافٍ في منع سلطته العامل على قسمة حصته المشاعة. و احتمال الضرر المالي غير منفي، و لا مأخوذ موضوعاً للاحكام.

نعم احتمال الضرر النفسي منفي، فيرفع اللزوم إجماعاً، و لبعض النصوص الواردة في بعض الموارد الخاصة، مثل:

«الصائم إذا خاف على عينه من الرمذ فليطرق» (١)

، و ليس كذلك الضرر المالي.

(١) يظهر ذلك من القواعد، حيث قال: «إن امتنع أحدهما عن القسمة لم يجبر عليها»، و نحوه حكى عن التذكرة و التحرير، و في جامع المقاصد: «أما إذا كان المرید للقسمة المالك فلأن العامل لا يأمن أن يطرأ الخسران، و قد أتلّف ما وصل اليه، فيحتاج إلى غرم ما وصل إليه بالقسمة و ذلك ضرر. و أورد عليه في الجواهر بما في المتن.

(٢) ضرورة إمكان المحافظة عليه بعدم التصرف. بل لو أغرمه لم

(١) الوسائل باب: ١٩ من أبواب من يصح معه الصوم حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٤٤

أقل الأمرين من مقدار الخسران و ما أخذ من الربح، لأن الأقل إن كان هو الخسران فليس عليه إلا جبره، و الزائد له و إن كان هو الربح فليس عليه إلا مقدار ما أخذ. و يظهر من الشهيد أن قسمة الربح موجبة لاستقراره و عدم جبره للخسارة الحاصلة بعدها، لكن قسمة مقداره ليست قسمة له من حيث أنه مشاع في جميع المال، فأخذ مقدار منه ليس أخذاً له فقط حيث قال على ما نقل عنه (١): «إن المردود أقل الأمرين مما أخذه العامل من رأس المال لا من الربح، فلو كان رأس المال مائة و الربح عشرين، فاقسما العشرين، فالعشرون التي هي الربح مشاعة في الجميع، نسبتها إلى رأس المال نسبة السدس فالمأخوذ سدس الجميع، فيكون خمسة أسداسها من رأس المال و سدسها من الربح، فاذا اقتسماها استقر ملك العامل على نصيبه من الربح، و هو نصف سدس العشرين، و ذلك درهم و ثلثان يبقى معه ثمانية و ثلث من رأس المال، فاذا خسر المال الباقي رد أقل الأمرين مما خسرو من ثمانية و ثلث». و فيه (٢): - مضافاً إلى أنه خلاف ما هو المعلوم من وجوب جبر الخسران الحاصل بعد ذلك بالربح السابق إن لم يلحقه ربح و أن عليه غرامة ما أخذه منه - أنظار آخر.

يكن عليه ضرر، لأنه في مقابل ما تصرف فيه. كذا في الجواهر

(١) نقله في المسالك لكن لا بلفظه بل حاصله، لأنه بعد أن نقل ذلك قال:

«هذا خلاصة تقريره». كما أنه لم يذكر الكتاب الذي ذكر ذلك فيه.

(٢) هذه الإشكالات ذكرها في المسالك.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٤٥

منها: أن المأخوذ إذا كان من رأس المال فوجوب رده لا يتوقف على حصول الخسران بعد ذلك. و منها: أنه ليس مأذوناً في أخذ رأس المال، فلا وجه للقسمة المفروضة. و منها: أن المفروض أنهما اقتسما المقدار من الربح بعنوان أنه ربح لا بعنوان كونه منه و من رأس المال (١). و دعوى: أنه لا- يتعين لكونه من الربح بمجرد قصدهما مع فرض إشاعته في تمام المال (٢) مدفوعة: بأن المال بعد حصول الربح يصير مشتركاً بين المالك و العامل. فمقدار رأس المال مع حصة من الربح للمالك و مقدار حصة الربح المشروط للعامل له، فلا وجه لعدم التعيين بعد تعيينهما مقدار مالهما في هذا المال (٣) فقسمة الربح في

(١) و منها: أن اللازم البناء على الوقاية بالربح الباقي في المال، لأن المفروض على كلامه عدم صحة القسمة، فالربح باق مشاعاً في المال.

(٢) هذه الدعوى ادعاها في الجواهر، و جعلها مقتضى أصالة بقاء الإشاعة.

(٣) إذ التعيين مقتضى ولايتهما معاً مع مطابقته للمركز العرفي الذي هو المرجع بمقتضى إطلاق المقام. ثم إن شيخنا في الجواهر وجه كلام الشهيد رحمه الله بحمله على أن المالك قد فسح المضاربة بالنسبة إلى المقدار المستخرج فيستقر الملك بالنسبة إلى ربحه. و فيه: أن ما ذكر يصلح توجيهاً لاستقرار ملك الربح، لا توجيهاً لكلام الشهيد إذ يبقى إشكال عدم جواز تصرف العامل في رأس المال بغير إذن المالك بحاله. و كذا إشكال بأنه يجب رد رأس المال إلى المالك و إن لم يطرأ الخسران. و كذا إشكال تسمية ذلك مقاسمة الربح.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٤٦

الحقيقة قسمة لجميع المال، و لا مانع منها.

[مسألة (٣٧): إذا باع العامل حصته من الربح بعد ظهوره]

(مسألة ٣٧): إذا باع العامل حصته من الربح بعد ظهوره صح مع تحقق الشرائط من معلومية المقدار و غيره، و إذا حصل خسران بعد هذا لا يبطل البيع، بل يكون بمنزلة التلف (١)، فيجب عليه جبره بدفع أقل الأمرين من مقدار قيمة ما باعه (٢) و مقدار الخسران.

[مسألة (٣٨): لا إشكال في أن الخسارة الواردة على مال المضاربة تجبر بالربح]

(مسألة ٣٨): لا إشكال في أن الخسارة الواردة على مال المضاربة تجبر بالربح، سواء كان سابقاً عليها أو لاحقاً، ما دامت المضاربة باقية و لم يتم عملها. نعم قد عرفت ما عن الشهيد (٣) من عدم جبران الخسارة اللاحقة بالربح السابق إذا اقتسماه، و أن مقدار الربح من المقسوم تستقر ملكيته.

و أما التلف فاما أن يكون بعد الدوران في التجارة (٤)، أو بعد الشروع فيها (٥)، أو قبله، ثم إما أن يكون التالف البعض أو الكل، و أيضاً إما أن يكون بآفة من الله سماوية أو أرضية، أو بإتلاف المالك أو العامل أو الأجنبي على وجه

(١) لما دل على لزوم البيع، المانع من إرجاع المبيع إلى البائع أو غيره. و سيأتي نظيره في المسألة الأربعين.

(٢) إذا كان قيمياً، و أما إذا كان مثلياً فمثل ما باعه.

(٣) و عرفت في المسألة السابقة ما فيه.

(٤) بأن كان منه شراء و بيع فوقع التلف.

(٥) سيجيء من المصنف مثاله.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٤٧

الضمان. فان كان بعد الدوران في التجارة فالظاهر جبره بالربح (١) و لو كان لاحقاً مطلقاً، سواء كان التالف البعض أو الكل (٢) كان التلف بأفء أو بإتلاف ضامن من العامل أو الأجنبي. ودعوى: (٣) أن مع الضمان كأنه لم يتلف، لأنه في ذمة

(١) قال في الشرائع: «المسألة الثامنة: إذا تلف مال القراض أو بعضه بعد دورانه في التجارة احتسب التالف من الربح و كذا لو تلف قبل ذلك. و في هذا تردد»، و نحوه ما في القواعد و العدة و غيرها. و الظاهر أنه لا خلاف فيه، و عن مجمع البرهان: أنه إجماع، و كذا عن السيد العميدى و كأنه الموافق للارتكاز العرفى المنزل عليه الإطلاقات المقامية. لكن في جامع المقاصد: يحتمل ضعيفاً عدم الجبران إذا كان التلف بأفء سماويته، أو غصب غاصب، أو سرقة سارق، لأنه نقصان لا تعلق له بتصرف العامل و تجارته، و لأنه في الغصب و السرقة يحصل الضمان على الغاصب و السارق بلا حاجة إلى جبره بمال القراض. و ضعفه ظاهر، فإن كون الربح وقاية لرأس المال في القراض لم يدل دليل على اشتراطه بكون النقص بسبب السوق، و لأنه لا يعقل وجود الربح مع كون رأس المال ناقصاً، و الكلام في الغصب و السرقة إنما هو مع عدم العوض من الغاصب و السارق، و حينئذ فهو تلف. و مما قررنا يظهر أن دعوى الشارح السيد الإجماع على جبر التالف من الربح بعد دورانه في التجارة ليس بجيد. انتهى لكن أشكل عليه: بأن هذا الاحتمال من بعض الشافعية، فلا ينافى الإجماع المدعى.

(٢) يعنى: المساوى لرأس المال، إذ لو تلف جميع المال لم يبق مجال للجبران.

(٣) حكاها في جامع المقاصد - كما سبق - و استضعفها، و تبعه في ذلك في المسالك و الجواهر و غيرها، و حكاها في التذكرة عن بعض الشافعية

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٤٨

الضامن كما ترى. نعم لو أخذ العوض يكون من جملة المال (١) بل الأقوى ذلك إذا كان بعد الشروع في التجارة (٢) و إن كان التالف الكل، كما إذا اشترى في الذمة و تلف المال قبل دفعه

على أنها أحد الوجهين عندهم، ثم قال: و الأصح عندهم أنه مجبور بالربح.

(١) كما تقدم في جامع المقاصد.

(٢) قد تقدم التردد في ذلك في الشرائع و القواعد، و رده في جامع المقاصد و المسالك و الجواهر: بأن المقتضى لكونه من مال القراض العقد، لا دورانه في التجارة ثم إن هذا الجبر مبنى على بقاء المضاربة في الفرض المذكور، كما هو المشهور، قال في القواعد: «فان اشترى للمضاربة فتلف الثمن قبل نقده فالشراء للمضاربة، و عقدها باقٍ، و على المالك الثمن» و في مفتاح الكرامة: أنه الأقوى، كما في المبسوط، و التحرير، و المسالك، و به جزم في المهذب و السرائر و التذكرة و الإرشاد و جامع المقاصد و الروض و مجمع البرهان و كذا الإيضاح. انتهى. و المصرح به في كلام جماعة اختصاص الحكم بصورة ما إذا أذن المالك في الشراء بالذمة و أطلق بعضهم. و لكن لا ينبغي التأمل في البطلان مع عدم الإذن، لأن العامل قصد المالك في الشراء فلا يصح له بدون إذنه. و لا يبعد ذلك أيضاً في صورة الإذن، لأنه و إن أذن في الشراء بالذمة، لكنه قيده بأن يكون الوفاء من مال المضاربة، و قد تلف فانتفت الإذن، فلا يصح الشراء للمالك إلا بإذن جديد، و حينئذ لا يكون الشراء للمضاربة، بل يكون للمالك خالياً عن حق العامل. و لو فرض أنه أذن له في الشراء بالذمة من دون قيد الوفاء بمال المضاربة فتلف المال، لزم المالك دفع الثمن، و لا يكون مضاربه مستقلة لعدم المال حين

الشراء، ولا متممة للمضاربة الأولى، بحيث يكون مجموع المالين مال المضاربة، لاعتبار التعين الخارجى مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٤٩

إلى البائع فأداه المالك، أو باع العامل المبيع (١) و ربح فأدى.

كما أن الأقوى فى تلف البعض الجبر (٢) و ان كان قبل الشروع أيضاً كما إذا سرق فى أثناء السفر قبل أن يشرع فى التجارة أو فى البلد أيضاً قبل أن يسافر. و أما تلف الكل قبل الشروع فى التجارة فالظاهر أنه موجب لانفساخ العقد (٣)، إذ لا يبقى معه مال التجارة حتى يجبر أو لا يجبر. نعم إذا أتلفه أجنبى و أدى عوضه تكون المضاربة باقية. و كذا إذا أتلفه العامل.

[مسألة (٣٩): العامل أمين]

(مسألة ٣٩): العامل أمين (٤)

فى مال المضاربة، و ذلك منتفٍ بالنسبة إلى الثمن الجديد فلا يمكن أن ينضم الى المال التالف. و بالجملة: قوام المضاربة المال الخارجى، فإذا انتفى بالتلف انتفت، و فرض مضاربة جديدة متممة أو مستقلة ممتنع، لعدم تعين مال آخر خارجاً. هذا إذا انحصر وفاء الثمن ببذل من المالك.

(١) معطوف على قوله (ره): «فأداه المالك» و هذه الصورة خارجة عن محل الكلام السابق، فيحتمل فيها صحة المضاربة، لأن الوفاء كان بمال المضاربة و هو الربح. لكنه ضعيف لانتهاء مال المضاربة الذى كان قوام المضاربة، الموجب لانقائها، و حينئذ يكون الربح للمالك، و للعامل أجره المثل.

(٢) لما سبق.

(٣) لما عرفت، و كأنه واضح عندهم، بل الظاهر أنه مسلم، و ان كان مقتضى ما ذكره فى المسألة السابقة من أن قوام المضاربة العقد الصحة، إذ لا فرق فى ذلك بين أن يكون التلف بعد الشراء و قبله.

(٤) كما هو المصرح به فى كلام جماعته كثيرة، بل الظاهر أنه

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٥٠

فلا يضمن إلا بالخيانة (١) - كما لو أكل بعض مال المضاربة أو اشترى شيئاً لنفسه فأدى الثمن من ذلك، أو وطء الجارية المشتراة أو نحو ذلك - أو التفريط بترك الحفظ، أو التعدى، بأن خالف ما أمره به أو نهاه عنه، كما لو سافر مع نهيته عنه أو عدم اذنه فى السفر، أو اشترى ما نهى عن شرائه، أو ترك شراء ما أمره به، فإنه يصير بذلك ضامناً للمال لو تلف

لا خلاف فيه و لا اشكال، و فى الجواهر: أنه إجماعى. و يقتضيه جملة من النصوص العامة الدالة على عدم ضمان المستأمن «١» و الخاصة

كصحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر (ع) قال: «سألته عن الرجل يستبضع المال فيهلك أو يسرق، على صاحبه ضمان؟ قال (ع): ليس عليه غرم بعد أن يكون الرجل أميناً «٢».

(١) قد تقدم فى المسألة الخامسة ما يدل على الضمان فى الموارد المذكورة هنا. فراجع تلك النصوص.

ثم إن ظاهر المصنف أن الخيانة مفهوماً تقابل التعدى و التفريط، فالخيانة و التعدى و التفريط مفاهيم ثلاثة متباينة، و المصرح به فى المسالك:

أن الخيانة هى التعدى مفهوماً، فمفهومها واحد يقابل التفريط. و لعله ظاهر الشرائع، حيث عبّر بالتفريط و الخيانة مقتصرًا عليهما فى

وجه الضمان. و الذى يظهر من الاستعمالات العرفية أن التعدى و التفريط كل منهما خيانة، وهما متقابلان فالتعدي فعل ما لا ينبغى أن يفعل، و التفريط ترك ما ينبغى أن يفعل، فأكل مال المضاربة تعد، و مخالفة أمر المالك تعد، و ترك وضعها فى الحرز تفريط، و الجميع خيانة.

(١) راجع الوسائل باب: ٤ من كتاب الوديعه.

(٢) الوسائل باب: ٣ من كتاب المضاربة حديث: ٣.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٥١

و لو بآفة سماوية، و إن بقيت المضاربة، كما مر. و الظاهر ضمانه للخسارة الحاصلة بعد ذلك أيضاً (١). و إذا رجع عن تعديه أو خيانتة فهل يبقى الضمان أو لا؟ وجهان. مقتضى الاستصحاب بقاءه، كما ذكروا فى باب الوديعه أنه لو أخرجها الودعي عن الحرز بقى الضمان و إن ردها بعد ذلك إليه. و لكن لا يخلو عن إشكال، لأن المفروض بقاء الاذن (٢)، و ارتفاع

(١) و فى الجواهر: أنه ظاهر الأدلة، و تقدم الجزم بذلك من المصنف قدس سره، لبعض النصوص الصريحة فى ذلك. بل قال فى الجواهر:

«بل قد يقال أو يقوى ضمانه للوضيعة المتجددة بعد التعدى، و بالسفر مثلاً و ان تساوى السعر فى البلدين، على وجه لو بقى فى البلد الذى سافر عنها كان سعرها ذلك أيضاً. لإطلاق كونها على العامل مع مخالفته».

و قد يظهر منه نوع من التوقف، لاحتمال انصراف الوضيعة إلى الوضيعة التى جاءت بسبب مخالفته، فلا تشمل صورة ما إذا كانت الوضيعة عامة.

لكن مقتضى كون الوضيعة مذكورة فى سياق الريح و هو عام فهى أيضاً عامة بقريته السياق.

ثم إن المذكور فى النصوص أمرين: ضمان المال، و ضمان الوضيعة و الأول يكون بمطلق الخيانة و التعدى و التفريط. أما ضمان الوضيعة فيختص بالمخالفة للمالك، فإذا كانت الوضيعة حاصلة بعد التعدى أو التفريط لم يضمنها، و إن كان يضمن العين. و إذا كانت الوضيعة بعد مخالفة المالك ضمنها كما ضمن العين. فلاحظ.

(٢) يعنى فإذا بقيت الاذن فقد بقى الاستيمان، و إذا ثبت الاستيمان فقد شمله عموم: لا- ضمان على الأمين، و هو مقدم على الاستصحاب. و مثله الكلام فى الوديعه.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٥٢

سبب الضمان. و لو اقتضت المصلحة بيع الجنس فى زمان و لم يبع ضمن الوضيعة إن حصلت بعد ذلك (١). و هل يضمن بنية الخيانة مع عدم فعلها؟ وجهان، من عدم كون النية خيانة، و من صيرورة يده حال النية بمنزلة يد الغاصب (٢) و يمكن الفرق بين العزم عليها فعلاً و بين العزم على أن يخون بعد ذلك (٣).

[مسألة ٤٠: لا يجوز للمالك أن يشتري من العامل شيئاً من مال المضاربة]

(مسألة ٤٠): لا يجوز للمالك أن يشتري من العامل شيئاً من مال المضاربة (٤)، لأنه ماله. نعم إذا ظهر الربح يجوز له أن يشتري حصه العامل منه مع معلومية قدرها. و لا يبطل بيعه بحصول الخسارة بعد ذلك، فإنه بمنزلة التلف (٥) و يجب على العامل رد قيمتها لجبر الخسارة، كما لو باعها من غير المالك. و أما العامل فيجوز أن يشتري من المالك قبل

(١) قد عرفت أن ضمان الوضعية يختص بصورة مخالفة المالك، فإن لم تكن مخالفة للمالك فلا ضمان لها وإن كان مفترطاً في عمله، كما هو المفروض في المقام. بل في اقتضائه ضمان العين إشكال، فإنه أيضاً يختص بالتعدى والتفريط في حفظ العين لا في العمل. اللهم إلا أن يكون مبنى العقد على البيع مع المصلحة، فتركه مخالفة للعقد، فيكون مخالفاً للمالك.

(٢) هذا أول الكلام، ولا دليل عليه.

(٣) لكنه ليس بفارق.

(٤) كما نص في الشرائع والقواعد وغيرهما، وفي الجواهر: أنه بلا خلاف ولا إشكال، معللاً له بما في المتن.

(٥) كذا في الجواهر أيضاً. وقد تقدم ذلك من المصنف في المسألة

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٥٣

ظهور الربح، بل وبعده، لكن يبطل الشراء بمقدار حصته من المبيع (١)، لأنه ماله. نعم لو اشترى منه قبل ظهور الربح بأزيد من قيمته بحيث يكون الربح حاصلًا بهذا الشراء يمكن الأشكال فيه، حيث أن بعض الثمن حينئذ يرجع إليه من جهة كونه ربحاً، فيلزم من نقله إلى البائع عدم نقله من حيث عودته إلى نفسه. ويمكن دفعه: بأن كونه ربحاً متأخر عن صيرورته للبائع، فيصير أولاً للبائع الذي هو المالك من جهة كونه ثمنًا، وبعد أن تمت المعاملة و صار ملكاً للبائع و صدق كونه ربحاً يرجع إلى المشتري الذي هو العامل على حسب قرار المضاربة، فملكية البائع متقدمة طبعاً (٢). وهذا مثل ما إذا باع العامل مال المضاربة الذي هو مال المالك من أجنبي بأزيد من قيمته، فإن المبيع ينتقل من المالك و الثمن يكون مشتركاً بينه وبين العامل، ولا بأس به فإنه من الأول يصير ملكاً للمالك ثم يصير بمقدار حصة العامل منه له بمقتضى قرار المضاربة. لكن هذا على ما هو المشهور من أن مقتضى المعاوضة دخول المعوض في ملك من خرج عنه العوض و أنه لا يعقل غيره. و أما على ما هو الأقوى من عدم المانع من كون

السابعة و الثلاثين. لكن في جامع المقاصد: «لو تجدد الخسران أمكن القول بالبطان، و لم أجد تصريحاً بذلك، فينبغي التوقف». و ضعفه مما تقدم ظاهر، و في الجواهر: أنه في غير محله.

(١) كما في القواعد و غيرها،

(٢) تقدم الموضوع على حكمه.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٥٤

المعوض لشخص و العوض داخل في ملك غيره، و أنه لا ينافي حقيقة المعاوضة (١)، فيمكن أن يقال: من الأول يدخل الربح

(١) المعاوضة مصدر «عاض»، و «فاعل» لا يدل على المشاركة كما يظهر من ملاحظة موارد الاستعمال كما أشرنا إلى ذلك في أول كتاب المضاربة، و إنما الذي يدل على المشاركة «تعاض» و المصدر له التعاض فمعنى عاض أنه أعطى العوض و جعله في مكان المعوض، أما المعوض فلا- يجب أن يكون في مكان العوض، و عليه فالثمن الذي هو العوض يجب أن يكون في مكان المضمن المعوض، و لا يجب العكس. نعم يكون العكس إذا لم يكن مقتضى للخلاف. هذا هو الموافق للمرتكزات العقلية. و أما احتمال أنه لا- يجب أن يكون العوض داخلًا في ملك مالك المعوض فيجوز أن يكون المعوض لشخص، فيخرج من ملكه إلى ملك غيره، و لا يدخل في ملكه شيء، بل يدخل العوض في ملك غيره، و هو الذي جعله المصنف (ره) أقوى، فضعيف جداً، لأن الظاهر من الباء كون مدخولها عوضاً، و الظاهر من العوض كونه في مكان المعوض، و لذلك كان من المسلمات امتناع الجمع بين العوض و المعوض. و الذي يتحصل: أن المحتمل في مفهوم المعاوضة أمور ثلاثة (الأول): دخول كل من العوض و المعوض في ملك من خرج عنه الآخر. (الثاني): دخول العوض في ملك مالك المعوض دون العكس. (الثالث): عدم لزوم دخول أحدهما في ملك مالك

الآخر فيجوز أن يدخل كل منهما في غير ملك من خرج عنه الآخر. و الاحتمال الأول هو المشهور، و الثاني هو الأقوى، و الثالث ضعيف. و على الأولين يتوجه الإشكال الذي ذكره المصنف ثمّ الجواب عنه بما ذكر، و لا يختص الاشكال و الجواب بالمشهور فقط. و على الثالث لا يتوجه الاشكال من أصله، إذ لا موجب لأن ينتقل المال إلى البائع لعدم دخله في مفهوم المعاوضة مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٥٥

في ملك العامل بمقتضى قرار المضاربة، فلا يكون هذه الصورة مثالا للمقام و نظيراً له (١).

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

(مسألة ٤١): يجوز للعامل الأخذ بالشفعة من المالك في مال المضاربة (٢) و لا يجوز العكس (٣). مثلاً إذا كانت دار مشتركة بين العامل و الأجنبي، فاشترى العامل حصة الأجنبي بمال المضاربة، يجوز له إذا كان قبل ظهور الربح أن يأخذها بالشفعة، لأن الشراء قبل حصول الربح يكون للمالك، فللعامل أن يأخذ تلك الحصة بالشفعة منه. و أما إذا كانت الدار مشتركة بين المالك و الأجنبي، فاشترى العامل حصة الأجنبي، ليس للمالك الأخذ بالشفعة، لأن الشراء له فليس له أن يأخذ بالشفعة ما هو له.

على ما هو المفروض، كى يشكل: بأنه يلزم من نقله إلى البائع عدم نقله و عوده الى نفسه.

(١) لأن الذى يلزم فى هذه الصورة أن العوض ينتقل الى غير مالك المعوض، و هو غير الاشكال السابق الذى هو أنه يلزم من نقل العوض عدم نقله. لكن قد عرفت أيضاً أنه لا يتوجه الاشكال من أصله فى المقام لجواز كون الشيء عوضاً من دون انتقال من مالكة، لأن الموجب لانتقاله من ماله أن يكون فى ملك مالك المعوض، فاذا لم يلزم ذلك فى المعاوضة لم يلزم الانتقال أيضاً.

(٢) يعنى: أن يأخذ ما اشتراه للمضاربة لنفسه بالشفعة.

(٣) يعنى أن يأخذ المالك بالشفعة ما اشتراه العامل له، لأنه إذا اشتراه صار للمالك، فلا معنى لتملكه بالشفعة. و هذا الحكم مذکور فى

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٥٦

[مسألة (٤٢): لا إشكال فى عدم جواز وطء العامل]

(مسألة ٤٢): لا إشكال فى عدم جواز وطء العامل للجارية التى اشتراها بمال المضاربة بدون إذن المالك، سواء كان قبل ظهور الربح أو بعده، لأنها مال الغير أو مشتركة بينه و بين الغير الذى هو المالك. فان فعل كان زانياً، يحد مع عدم الشبهة كاملاً إن كان قبل حصول الربح، و بقدر نصيب المالك إن كان بعده. كما لا إشكال فى جواز وطئها إذا أذن له المالك بعد الشراء (١)، و كان قبل حصول الربح، بل يجوز بعده على الأقوى (٢) من جواز تحليل أحد الشريكين صاحبه و طء الجارية المشتركة بينهما. و هل يجوز له و طؤها بالإذن السابق فى حال إيقاع عقد المضاربة، أو بعده قبل الشراء، أم لا؟

المشهور على عدم الجواز، لأن التحليل إما تملك أو عقد (٣) و كلاهما لا يصلحان قبل الشراء (٤). و الأقوى - كما عن

الشرائع و القواعد و غيرهما، و لا إشكال فيه.

(١) فإنه من التحليل الذى لا إشكال فى صحته فى الجملة.

(٢) كما ذهب إليه جماعة من الأساطين. و يدل عليه صحيح محمد ابن قيس

«١» و سيأتي تحرير ذلك في المسألة الواحدة و العشرين من فصل نكاح العبيد و الإمام.

(٣) كذا في المسالك.

(٤) فلا يتناوله الحصر في قوله تعالى (إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ) * «٢». كذا في المسالك.

(١) الوسائل باب: ٤١ من أبواب نكاح العبيد و الإمام حديث: ١.

(٢) المؤمنون: ٦.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٥٧

الشيخ في النهاية- الجواز، لمنع كونه أحد الأمرين، بل هو إباحة (١)، و لا مانع من إنشائها قبل الشراء إذا لم يرجع عن إذنه بعد ذلك، كما إذا قال: اشتر بمالي طعاماً تمّ كل منه (٢) هذا مضافاً إلى

خبر الكاهلي (٣) عن أبي الحسن (ع) «قلت:

رجل سألتني أن أسألك أن رجلاً أعطاه مالاً مضاربه يشتري

(١) لكن يشكل للحصر المذكور في الآية الشريفة. إلا أن يقال:

إن الدليل القطعي الدال على جواز الوطاء بتحليل المالك موجب للخروج عن عموم الحصر. أو يكون المراد بما ملكت أيانهم ما يعم التحليل، و الموجب لذلك أن ما دل على مشروعية التحليل لا يقبل الحمل على أحد الأمرين من العقد و التمليك، فيتعين المصير الى ما ذكر. لكن في جواز التحليل بهذا المعنى قبل الشراء إشكال، إذ لا إطلاق يقتضى جوازه حينئذ، و الأصل عدم ترتب، الأثر (٢) - لا- ينبغى التأمل في صحة ذلك. لكن المقايسة مع المقام غير ظاهرة لأن التصرفات الخارجية لا تتوقف على الإذن الإنشائي، و يكفي فيها الرضا النفساني التقديري المستفاد من الفحوى، فمن أذن غيره في دخول داره جاز للمأذون شرب الماء و الوضوء و نحوهما من التصرفات الخارجية التي لو سئل عنها المالك لإذن فيها، و لا ريب في عدم كفاية ذلك هنا. نعم المناسب المقايسة بالتصرفات الاعتبارية، كما إذا أذن له في شراء دار و وقفها أو إجارتها و نحوها من التصرفات الاعتبارية، فإن الإذن فيها لا تتوقف على وجود الموضوع- كما مثل له في الجواهر- و إن كان المقام يختلف عن المثال بأنه تصرف خارجي و المثال تصرف اعتباري، لكنه لما كان لا بد فيه من الرضا الإنشائي كان نظيراً.

(٣)

رواه الشيخ بإسناده عن الحسن بن محمد بن سماعه عن محمد

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٥٨

ما يرى من شيء، و قال له: اشتر جارية تكون معك، و الجارية إنما هي لصاحب المال، إن كان فيها و ضيعة فعلية، و إن كان ربح فله، فللمضارب أن يطأها؟ قال (ع): نعم»

. و لا يضر

ابن زياد عن عبد الله بن يحيى الكاهلي عن أبي الحسن (ع)، قال: «قلت ..» (١).

و اسناد الشيخ الى الحسن موثق، و الحسن ثقة، و محمد ابن زياد صحيح الحديث، لأن الظاهر أنه محمد ابن أبي عمير، و احتمال غيره لا يعول عليه عند الإطلاق، و كذلك عبد الله بن يحيى الكاهلي، فإنه من الأجلاء- كما قيل- و قد عد حديثه صحيحاً في كثير من الموارد فالخبر من الموثق.

و في المسالك: «و القول بالجواز للشيخ في النهاية، استناداً إلى رواية ضعيفة، مضطربة المفهوم، قاصرة الدلالة». و الاشكال على الأول ظاهر. و في جامع المقاصد في بيان وجه ما في القواعد من أن الأقرب المنع: «و وجه القرب الحصر المستفاد من قوله تعالى (إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ)*. و لأن أمر الفروج مبني على الاحتياط التام، فلا يعول فيه على مثل هذه الرواية. لكن الحصر لا بد من التصرف فيه لما دل على مشروعية التحليل، و لا مجال للاحتياط مع الدليل. نعم ذكر في النافع أن الرواية متروكة، و هذا الترك يوجب سقوطها عن الحجية كغيرها من المهجورات. و هذا الترك يوجب سقوطها عن الحجية كغيرها من المهجورات. و هذا الترك يوجب سقوطها عن الحجية كغيرها من المهجورات. لكن ذلك يختص بما إذا كان يمنع من الوثوق بصدورها، و في المقام غير ظاهر، لاحتمال كونه صادراً لأجل هذه الطعون غير المقبولة و إن كان ظاهر المحقق أن القادح في الرواية أنها متروكة لا قاصرة عن الحجية، فالطعون المذكورة في كلام من تأخر عنه من باب التعليل بعد الورود، فإذا لا مجال للعمل بالرواية. فلاحظ.

(١) الوسائل باب: ١١ من أبواب كتاب المضاربة.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٥٩

ظهورها في كون الشراء من غير مال المضاربة (١) من حيث جعل ربحها للمالك، لأن الظاهر عدم الفرق بين المضاربة و غيرها في تأثير الإذن السابق و عدمه. و أما وطء المالك لتلك الجارية فلا بأس به (٢) قبل حصول الرياح، بل مع الشك فيه، لأصالة عدمه. و أما بعده فيتوقف على إذن العامل، فيجوز معه على الأقوى (٣) من جواز إذن أحد الشريكين صاحبه.

[مسألة (٤٣): لو كان المالك في المضاربة امرأة فاشتري العامل زوجها]

(مسألة ٤٣): لو كان المالك في المضاربة امرأة فاشتري العامل زوجها، فإن كان بإذنها فلا إشكال في صحته، و بطلان

(١) لأن قول السائل: «هي لصاحب المال» يراد منه أنها ليست من مال المضاربة، و إلا فإن مال المضاربة أيضاً لصاحب المال. ثم إن الظاهر أن هذا الظهور هو الذي دعا المسالك إلى دعوى كونها قاصرة الدلالة. و أما دعواه اضطراب المفهوم فالظاهر أن الوجه فيه أن قول المالك: «تكون معك» غير ظاهر في الاذن في الوطاء، و لعل المراد أنها تكون معك أمانة و ودبعة إلى أن ترجع في مقابل أن يرسلها الى المالك، لكن لما كان من البعيد الاذن للعامل في الوطاء للودبعة تعين أن يكون الاذن قرينة على أن المراد من كونها مع العامل أن يتخذها فراشاً له. و فيه: أن الظاهر من قوله: «تكون معك» الذي هو جملة وصفية للجارية د الجارية أنه يريد كونها مصاحبة له و المنصرف منه أن تكون فر، لا أمانة.

(٢) لكونها ملكه بلا شريك.

(٣) لما يأتي في المسألة الواحدة و العشرين من فصل نكاح العبيد و الإمام كما سبق.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٦٠

نكاحها (١)، و لا ضمان عليه (٢)، و إن استلزم ذلك الضرر عليها بسقوط مهرها و نفقتها. و إلا ففي المسألة أقوال (٣):

البطلان مطلقاً، للاستلزام المذكور، فيكون خلاف مصلحتها.

و الصحة كذلك، لأنه من أعمال المضاربة المأذون فيها في ضمن العقد، كما إذا اشترى غير ز. و الصحة إذا أجازت بعد ذلك. و هذا هو الأقوى، إذ لا فرق بين الاذن السابق و الإجازة اللاحقة، فلا وجه للقول الأول (٤). مع أن قائله غير معلوم (٥). و لعله من يقول بعدم صحة الفضولي إلا فيما ورد دليل خاص. مع أن الاستلزام المذكور ممنوع، لأنها لا يستحق النفقة إلا تدريجاً، فليست هي مالاً لها فوته عليها و إلا لزم غرامتها على من قتل الزوج. و أما المهر فإن كان

(١) إجماعاً، نصاً و فتوى، كما يأتي في شرح المسألة السابعة من فصل نكاح العيب و الإمام.

(٢) لعدم الموجب له بعد أن كان الشراء بإذنها. كما هو المفروض.

(٣) قال في القواعد: «قيل: يبطل الشراء، لتضررها به، و قيل يصح موقوفاً .. (الى أن قال) و قيل: مطلقاً، فيضمن المهر مع العلم»، و نحوه حكى في جملة من الكتب، و في الشرائع: اقتصر على ذكر قولين، فقال: «قيل: يصح الشراء، و قيل: يبطل، لأن عليها في ذلك ضرراً. و هو أشبه»، و نحوه حكى عن المبسوط.

(٤) فالاستلزام الذي ذكر وجهاً له لا يقتضى البطلان مع الإجازة

(٥) كما الجواهر، لكن قال: «و إن حكى عن ظاهر الشيخ في المبسوط»، و في التذكرة حكاة قولاً للشافعي.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٦١

ذلك بعد الدخول فلا سقوط، و إن كان قبله فيمكن أن يدعى عدم سقوطه أيضاً بمطلق المبطل (١)، و إنما يسقط بالطلاق فقط مع أن المهر كان لسيدها (٢) لها. و كذا

(١) احتمال ذلك في الجواهر هنا، و سيأتي تحقيق ذلك في المسألة السابعة من فصل نكاح العيب و الإمام، و ذكرنا هناك أن التحقيق بقاء تمام المهر، لأن العقد لم يفسخ و لم ينحل، و إنما طرأ الطارئ على مورد العقد فمنع من بقاء أثره، و ما دام العقد باقياً لم ينحل يصح كل شرط فيه، و منه شرط المهر، فلا وجه لتبويضه، و لا لسقوطه. فراجع.

(٢) هكذا في النسخ التي بأيدينا، و الصحيح كان لسيده، و المراد منه غامض جداً. و يحتمل أن يكون مراد المصنف ما في الجواهر فإنه حكى عن المسالك و جامع المقاصد ضمان المهر في المقام. بل في الأول منهما جعل الضمان ظاهراً، و استشكل عليه. أولاً: بحصول الاذن منها على فرض الصحة و لو في ضمن الإطلاق.

و ثانياً: بمنع فوات المهر عليها مع فرض عدم الفسخ من قبلها، لكونه مستحقاً لها بالعقد.

ثم قال: «و لعل مرادهما ضمان المهر لسيد العبد الذي هو الزوج»، يعني: فلا يكون ضمان المهر للزوجة، و كأن المصنف (ره) يريد بيان ذلك. هذا و لكن احتمال ذلك في كلام المسالك و جامع المقاصد بعيد جداً، لذكر المهر في سياق النفقة التي هي إن كانت مضمونة للزوجة. مع أنه لا وجه لضمان السيد مع اقدمه على بيع عبده، إلا أن يكون المفروض الشراء من وكيله، و حينئذ تشكل صحة الشراء إذا كان فيه ضرر على السيد، و لو صحح كان وكيل السيد ضامناً أيضاً كالعامل. مضافاً إلى أن ما فات على السيد هو زوجية عبده بعد أن صار حراً أجنبياً، لا المهر،

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٦٢

لا- وجه للقول الثاني (١) بعد أن كان الشراء المذكور على خلاف مصلحتها، لا من حيث استلزام الضرر المذكور (٢) بل لأنها تريد زوجها لأغراض أخرى، و الإذن الذي تضمنه العقد منصرف عن مثل هذا (٣). و مما ذكرنا ظهر حال ما إذا اشترى العامل زوجة المالك، فإنه صحيح مع الاذن السابق أو الإجازة اللاحقة، و لا يكفي الاذن في العقد، للانصراف.

[مسألة (٤٤): إذا اشترى العامل من ينعق على المالك]

(مسألة ٤٤): إذا اشترى العامل من ينعق على المالك فاما أن يكون بإذنه، أو لا. فعلى الأول و لم يكن فيه ربح صح و انعتق عليه (٤)، و بطلت المضاربة بالنسبة إليه (٥)، لأنه خلاف وضعها و خارج عن عنوانها، حيث أنها مبنية على طلب الربح المفروض عدمه، بل كونه خسارة محضة، فيكون

و فوات الزوجية حينئذ كيف يكون ضرراً مالياً على السيد حتى يكون مضموناً له. ثم إن حمل كلام المصنف على هذا المعنى بعيد جداً عن العبارة، فلا مجال له. ولعل في العبارة سقطاً.

(١) وان كان القائل به غير معلوم أيضاً كما في المسالك والجواهر، وفي التذكرة: حكاة عن أبي حنيفة.

(٢) لما عرفت من المناقشة فيه.

(٣) دعوى الانصراف كلية غير ظاهرة. وكذا فيما بعده.

(٤) لا إشكال في الحكمين المذكورين، عملاً بعموم الأدلة.

(٥) كما صرح به غير واحد، منهم المحقق في الشرائع، معللين له بما ذكر في المتن.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٦٣

صحته الشراء من حيث الاذن من المالك، لا من حيث المضاربة و حينئذ فإن بقي من مالها غيره بقيت بالنسبة إليه (١)، و إلا بطلت من الأصل. و للعامل أجره عمله (٢) إذا لم يقصد التبرع.

(١) كما صرح به في الشرائع وغيرها، لعدم الموجب للبطلان في الجميع كما لو تلف بعض المال أو أتلفه المالك أو استرده، لأن العقد على الجميع قابل للتحليل و التجزئة، لأنه على نحو تعدد المطلوب.

(٢) كما عن الإرشاد و المختلف و غيرهما. و عن المبسوط عدم الأجرة، و ظاهر المحقق الثاني الميل اليه، بل لعل ظاهر الشرائع لعدم المقتضى لها، إذ لا أمر بالعمل المذكور، كي يكون استيفاءً موجباً للضمان. و مجرد الاذن في الشرائع لا يقتضى الأمر به. و الإجماع على أن بطلان المضاربة يوجب ثبوت الأجرة- كما عن الفخر في الإيضاح- لا يشمل ما نحن فيه، بل يختص بما إذا كان العمل بأمر من المالك في مقام الاسترباح، و ليس منه المقام.

نعم إذا كانت قرينه على كون الاستئذان للعمل بأجرة استحق المستأذن الأجرة، و تكون الاذن منه كعامله على العمل بأجرة. أما إذا لم تكن قرينه فلا موجب لاستحقاقها و ان لم يقصد المستأذن التبرع. و بذلك يظهر الفرق بين الأمر بالعمل و بين الاذن في العمل، فإن الأول يوجب الضمان إلا- إذا قصد المأمور التبرع، و الثاني لا يوجب الضمان إلا إذا قصد الآذن الأجرة، و نحوه في ذلك الاذن في الاستيفاء، فإنه لا يوجب ضمان المستوفى إلا إذا كانت قرينه على الضمان، كإذن الحمامي في الاستحمام، و اذن صاحب المطعم في الأكل من طعامه، فإنه يوجب الضمان للقرينه عليه، فلو لم تكن قرينه لم يستوجب الضمان، كما إذا أذن صاحب الدار في دخول داره و الأكل من طعامه، فإنه لا يضمن الداخل و لا الآكل، فباب الاذن

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٦٤

و إن كان فيه ربح فلا إشكال في صحته (١)، لكن في كونه قراضاً- فيملك العامل بمقدار حصته من العبد (٢)، أو يستحق عوضه على المالك للسراية (٣)- أو بطلانه مضاربه و استحقاق العامل أجره المثل لعمله (٤)- كما إذا لم يكن ربح- أقوال، لا- يبعد ترجيح الأخير، لا لكونه خلاف وضع المضاربة (٥)، للفرق بينه و بين صورة عدم الربح (٦)، بل لأنه فرع ملكية المالك المفروض عدمها (٧). و دعوى: أنه لا بد أن يقال: إنه يملكه أنا ما ثم ينعق، أو تقدر ملكيته، حفظاً لحقيقته البيع، على القولين في تلك المسألة (٨) و أي منهما

غير باب الأمر.

(١) عملاً بعموم الأدلة.

(٢) يعنى بناءً على عدم السراية فى مثله.

(٣) كما عن المبسوط. و يقتضيه الصحيح المتقدم فى المسألة الرابعة و الثلاثين

(٤) كما جعله الوجه فى الشرائع و القواعد، و اختاره العلامة فى كثير من كتبه، و تبعهما عليه غير واحد ممن تأخر عنهما.

(٥) بذلك استدل فى جامع المقاصد و المسالك على بطلان المضاربة فيه.

(٦) فإنه بعد أن كان المفروض حصول الربح يكون كسائر أنواع التجارة فى مال المضاربة.

(٧): يعنى أن العامل انما يملك حصته من الربح بعد أن يكون الربح للمالك، لأنه عوض ماله، عملاً بمقتضى المعاوضة، على ما

عرفت فى المسألة الأربعين، و هنا يتعذر أن يكون الربح للمالك، للانعتاق عليه.

(٨) يعنى: القول بالملكية الفعلية و الملكية التقديرية، يعنى: الملكية

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٦٥

كان يكفى فى ملكية الربح. مدفوعة (١) بمعارضتها بالانعتاق الذى هو أيضاً متفرع على ملكية المالك، فان لها أثرين فى عرض

واحد، ملكية العامل للربح. و الانعتاق، و مقتضى بناء العتق على التغليب تقديم الثانى، و عليه فلم يحصل للعامل ملكية نفس العبد (٢)،

و لم يفوت المالك عليه أيضاً شيئاً (٣)، بل فعل ما يمنع عن ملكيته. مع أنه يمكن أن يقال: إن التفويت من الشارع (٤) لا منه. لكن

الإيناف أن المسألة مشكلة، بناء على لزوم تقدم ملكية المالك و صيرورته للعامل بعده، إذ تقدم الانعتاق على ملكية العامل عند

المعاوضة فى محل المنع (٥). نعم

على تقدير عدم المانع، فان ذلك يكفى فى صدق العوضيه من الطرفين.

(١) كان المناسب أن يقول: مسلمة لكنها لا تجدى فى ملك العامل لخصته من الربح، لوجود المانع و هو الانعتاق من جهة التغليب

(٢) هذا يقتضى أن يكون المناسب له فى تعليل اختيار الأخير أن يقول - بدل قوله: «لأنه فرع ملكية المالك»-: لتعذر ملكية العامل

للربح.

(٣) يعنى: فلا يكون المالك ضامناً لخصته من الربح للتفويت، فيكون العامل مالكاً لبدل الحصه، لأن الفوات كان بإقدام العامل على

شراء من ينعق على المالك، لا بتسيب المالك.

(٤) لكن تفويت الشارع لا يكون موضوع أثر شرعى، و الضمان يستند إلى فعل المكلف، فمن ألقى نجاسه فى دهن مائع كان ضامناً

له للإتلاف، و إن كان ذلك مستنداً الى حكم الشارع بنجاسة المائع.

(٥) لأن تغليب العتق لا دليل عليه كليه لكن إذا لم يكن يكون

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٦٦

لو قلنا: إن العامل يملك الربح أولاً - بلا توسط ملكية المالك بالجعل الأولى حين العقد، و عدم منافاته لحقيقه المعاوضة، لكون

العوض من مال المالك و المعوض مشتركاً بينه و بين العامل - كما هو الأقوى (١) - لا- يبقى إشكال، فيمكن أن يقال (٢) بصحته

مضاربة، و ملكية العامل حصته من نفس العبد على القول

اللازم تساقط الدليلين، و حينئذ يتم المدعى من عدم ملك العامل، فبطل المضاربة. اللهم إلا أن يقال: إن إطلاق ما دل على ملكية

العامل للربح بعد أن يملكه المالك لا يصلح لتشريع الأحكام المخالفة للأحكام الاقتضائية فإذا كان ملك المالك يقتضى الانعتاق فلا

تصلح أدلة مشروعية المضاربة لمنع ذلك.

(١) تقدم ذلك فى المسألة الأربعين.

(٢) المذكور في جامع المقاصد و المسالك و غيرهما في توجيه بطلان المضاربة في المقام: اعتبار صلاحية المال للتقليب مرة بعد أخرى فيها، و هو منتفٍ في المقام، للانعقاد بمجرد الشراء. و في الجواهر: استشكل في ذلك بل منع من اعتبار ذلك في مفهوم المضاربة بالنسبة الى جميع المال. و كأنه لذلك لم يعن بهذا الوجه المصنف. و فيه: أنه لا إطلاق لفظي في دليل المضاربة يشمل المقام، و الإطلاق المقامي قاصر عنه، للشك في صدق المضاربة فيه. و نحوه مما كان المال لا يقبل التقليب، و الأصل عدم ترتب الأثر. و عموم صحة العقود و إن كان يقتضى الصحة، لكن لا بعنوان المضاربة، كما سبق في نظيره من شروط المضاربة، لكن لا بعنوان المضاربة، كما سبق في نظيره من شروط المضاربة. اللهم إلا أن يكون داخلاً في عموم المضاربة للصحيح المتقدم في المسألة الرابعة و الثلاثين، و كفى به دليلاً على صحة المضاربة حينئذ و إن كان مختصاً بالجهل.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٦٧

بعدم السراية (١)، و ملكيته عوضها إن قلنا بها. و على الثاني- أى إذا كان من غير إذن المالك- فإن أجاز فكما في صورة الاذن، و إن لم يجز بطل الشراء. و دعوى: البطلان و لو مع الإجازة (٢)، لأنه تصرف منهي عنه، كما ترى، إذ النهي ليس عن المعاملة بما هي، بل لأمر خارج (٣)، فلا- مانع من صحتها مع الإجازة. و لا فرق في البطلان مع عدمها بين كون العامل عالماً بأنه ممن ينعق على المالك حين الشراء أو

(١) بناءً على اختصاصها بالعتق الاختياري، فلا يشمل المقام و إن كان سببه اختيارياً و هو الاذن في الشراء. و ستأتى الإشارة الى ذلك في المسألة الآتية.

(٢) قال في القواعد: «و إن لم يأذن فالأقرب البطلان إن كان الشراء بالعين أو في الذمة و ذكر المالك، و إلا وقع للعامل». و في جامع المقاصد: «يظهر من تقرير الشارح الفاضل أن مراد المصنف بالبطلان أنه لا يقع موقوفاً، بل يقع باطلاً، لاستلزام عقد القراض النهي عن هذا التصرف»، و نحو عبارة القواعد عبارة الشرائع و احتمال في المسالك ما حكى عن شرح الفاضل من البطلان حتى مع الإجازة، للنهي المذكور في المتن.

(٣) لم يتضح وجود هذا النهي حتى يتكلم في معناه، بل ليس الا ما دل على المنع من التصرف في مال الغير بغير إذنه، و لا بد- بناء على صحة الفضولي- من حمله على الإرشاد إلى عدم الصحة بدون الإجازة. و بالجملة: لا دليل بالخصوص على النهي، و لا على البطلان و إنما هو من صغريات باب الفضولي، فإذا بنى على صحته بالإجازة فلا بد من البناء على ذلك في المقام.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٦٨

جاهلاً، و القول بالصحة مع الجهل (١)، لأن بناء معاملات العامل على الظاهر، فهو كما إذا اشترى المعيب جهلاً بالحال (٢) ضعيف، و الفرق بين المقامين واضح (٣). ثم لا فرق في البطلان بين كون الشراء بعين مال المضاربة، أو في الذمة بقصد الأداء منه (٤) و إن لم يذكره لفظاً. نعم لو تنازع هو و البائع في كونه لنفسه أو للمضاربة قدم قول البائع، و يلزم العامل به ظاهراً، و إن وجب عليه التخلص منه (٥)، و لو لم

(١) قال في القواعد: «في جاهل النسب و الحكم إشكال» و وجهه- كما في جامع المقاصد و المسالك- ما ذكره في المتن.

(٢) هذا التمثيل ذكره في المسالك، و اعتمد عليه.

(٣) فرق في الجواهر بين المقامين: بأن مبنى المضاربة على الاجتهاد بالنسبة إلى العيب و عدمه و الرغبة فيها و عدمها، فالخطأ و الصواب من توابع المضاربة، ضرورة جريانها على المتعارف في اعمال التجارة، بخلاف المقام الذي لم يكن حاضراً في الذهن، و لا

هو متعارف التجارة. انتهى.

وحاصله: أن شراء المعيب مأذون فيه كسواء الصحيح، لأنه يكون مورداً للغبطة والفائدة كالصحيح، وطرو التعلف لا يقدح في الاذن كطروه في شراء الصحيح، بخلاف ما نحن فيه، فإنه غير مأذون فيه، كما هو المفروض.

(٤) قد تقدم ما في القواعد من الصحة للعامل مع عدم ذكر المالك و هو ظاهر الشرائع أيضاً، وفيه: أنه يلزم وقوع ما لم يقصد. اللهم إلا- أن يكون مقصودهما الوقوع للعامل ظاهراً و في مقام الإثبات، فمع النزاع بين البائع والمشتري إذا ادعى البائع أنه للعامل كان قوله موافقاً للحجة، و يكون خصمه مدعياً. أما مع الاتفاق على قصد المالك فالحكم البطلان.

(٥) لبقائه على ملك البائع، فيجب عليه رده عليه. و أخذه من باب

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٦٩

يذكر المالك لفظاً و لا قصداً كان له ظاهراً و واقعاً (١).

[مسألة (٤٥): إذا اشترى العامل أباه أو غيره ممن ينعق عليه]

(مسألة ٤٥): إذا اشترى العامل أباه أو غيره ممن ينعق عليه، فإن كان قبل ظهور الربح و لا ربح فيه أيضاً (٢) صح الشراء (٣) و كان من مال القراض، و إن كان بعد

المقاصد للبائع في مقابل أخذه الثمن، غير ظاهر، إذ لا دليل عليها فيما إذا كان المقاصد عنه ممتنعاً عن دفع الحق عن شبهة. (١) إذا لم يذكر المالك لفظاً و لا قصداً و كان الشراء بالعين، فالمبادلة تكون بين العينين. و ينتقل كل منهما الى ملك مالك الآخر، و إذا كان الشراء بالذمة فلا بد من تعيين الذمة، و إلا لم يكن البدل ذا مالمية، و لا صالحاً للمبادلة به لا عوضاً و لا معوضاً. نعم لا يعتبر التعيين التفصيلي بل يكفي التعيين الإجمالي الارتكازي، و المرتكز في الذهن من قول القائل: اشترت هذا بدينار: أنه بدينار في ذمتي، فيكون الشراء القائل لا لغيره.

(٢) لم يظهر وجه المقابلة بين الأمرين، و لذلك كانت العبارات خالية عن الجمع، فمنهم من ذكر الظهور، قال في الشرائع: «إذا اشترى العامل أباه فإن ظهر فيه ربح انعتق..»، و منهم من ذكر الربح، قال في المسالك: «فإن لم يكن فيه ربح سابقاً و لا لاحقاً فالبيع صحيح». و كأنه يريد من ظهور الربح خصوص ارتفاع السوق بعد الشراء، و من الربح زيادة القيمة حال الشراء، و إن كان ذلك لا يناسب ما يأتي في الصورة الأخرى.

و بالجملة الصور ثلاث، لأنه تارة: يظهر الربح حين الشراء، و أخرى:

بعد ذلك، و ثالثة: لا- يظهر لا حال الشراء و لا بعد ذلك. و الصورة الثالثة واضحة الحكم عندهم و هي الصورة الأولى في كلام المصنف و في كلام المسالك.

(٣) بلا اشكال، و في جامع المقاصد: «قطعاً، لعدم المانع» و في

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٧٠

ظهوره أو كان فيه ربح، فمقتضى القاعدة و إن كان بطلانه (١) لكونه خلاف وضع المضاربة، فإنها موضوعة- كما مر- للاسترباح بالتقليب في التجارة، و للشراء المفروض من حيث استلزامه للانعتاق ليس كذلك- إلا- أن المشهور- بل ادعى عليه الإجماع (٢) صحته، و هو الأقوى في صورة الجهل بكونه ممن ينعق عليه، فينعق مقدار حصته من الربح منه، و يسرى في البقية، و عليه عوضها للمالك مع يساره، و يستسعى العبد فيه مع إعساره (٣).

المسالك: «إذ لا ضرر فيه على أحد، ولا عتق». والمراد لزوم العمل بعموم الأدلة لما لم يكن مخصص.

(١) كما احتمله في القواعد، لما في المتن، ونسب إلى جماعة، وجعله في المسالك أحد الوجوه في المسألة.

(٢) وفي القواعد: أن الصحة أقرب. وعن ظاهر التذكرة: أنه إجماعي، وفي الجواهر: «بلا خلاف أجده فيه، كما اعترف به غير واحد

بل عن الغنية والسرائر: الإجماع عليه»، وعن مجمع البرهان: نسبتته إلى فتوى الفقهاء تارة، وإلى نفى الخلاف أخرى.

(٣) هذا أحد الوجوه أو الأقوال وخارج عن معقد الإجماع ونفى الخلاف، والمنسوب إليه قليل، والمذكور في معاهد الإجماع ونفى

الخلاف ما في الشرائع وغيرها من أنه يسعى المعتقد في باقي قيمته، سواء كان العامل موسراً أم معسراً، بدعوى: أنه ظاهر الصحيح

الآتي، وفي المسالك:

أنه مقتضى إطلاق الرواية. ومن ذلك تعرف أن بيان المصنف لا يخلو من قصور، فقد يظهر منه أن التفصيل بين اليسار والإعسار

معقد الشهرة

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٧١

لصحيحه ابن أبي عمير (١) عن محمد بن قيس عن الصادق (ع) «في رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربه، فاشترى أباه وهو لا يعلم قال (ع): يقوم، فإن زاد درهماً واحداً انعتق واستسعى في مال الرجل».

وهي مختصة بصورة الجهل (٢) المنزل عليها إطلاق كلمات العلماء أيضاً (٣). واختصاصها بشراء الأب لا يضر، بعد كون المناط

كونه ممن ينعق عليه (٤) كما أن اختصاصها بما إذا كان فيه ربح لا يضر أيضاً، بعد عدم الفرق بينه وبين الربح السابق (٥) وإطلاقها

من حيث اليسار والإعسار في الاستسعاء أيضاً منزل على الثاني، جمعاً

والإجماع، وليس كذلك. وكأن مراده دعوى الإجماع على الصحة فقط.

(١) قد تقدم ذكر هذا الصحيح في المسألة الرابعة والثلاثين

(٢) كما هو مصرح به في الصحيحة.

(٣) لعدم الوثوق بإرادة الأعم منه، كما في الجواهر. لكن يتم ذلك لو كان الحكم خلاف الأصل - كما أشرنا إليه سابقاً - وإلا أمكن

الرجوع إلى الأصل المقتضى للصحة وإن كان النص قاصراً عنه.

(٤) كما يقتضيه الارتكاز العرفي، فيكون قرينه على العموم، كما هو ظاهر بعض الكلمات كالقواعد - وإن كان بعضها الآخر -

كالشرائح - الاختصاص بالأب. لكن في المسالك: أن الحكم عام، والتخصيص بالأب في الشرائع من جهة أنه مورد الرواية.

(٥) قد عرفت الإشكال في المراد من ذلك، ولو أريد منه الربح السابق على الشراء فليس ذلك موضوعاً لأي أثر شرعي، بل إن بقي

حال الشراء فبقاؤه موضوع الأثر وإن زال لم يترتب عليه شيء.

حكيم، سيد محسن طباطبائي، مستمسك العروة الوثقى، ١٤ جلد، مؤسسة دار التفسير، قم - إيران، اول، ١٤١٦ هـ ق

مستمسك العروة الوثقى؛ ج ١٢، ص: ٣٧٢

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٧٢

بين الأدلة (١). هذا ولو لم يكن ربح سابق (٢) ولا - كان فيه أيضاً، لكن تجدد بعد ذلك قبل أن يباع، فالظاهر أن حكمه أيضاً

الانعتاق والسراية، بمقتضى القاعدة (٣). مع إمكان دعوى شمول إطلاق الصحيحة أيضاً للربح المتجدد فيه (٤) فيلحق به الربح

الحاصل من غيره (٥)، لعدم الفرق.

(١) كما في المسالك و الجواهر. و المراد الجمع بين الصحيح المذكور و ما دل على ضمان المعق مع يساره. لكن عموم ذلك المقام محل تأمل، بل منع، لاختصاص ذلك بما إذا أعتقه، فلا يشمل ما إذا اشتراه فاعتق. و عليه فلا موجب لتقييد النص في المقام، و لا وجه للتفصيل المذكور في المتن، الذي جعله في القواعد أقرب. (٢) قد عرفت إشكاله.

(٣) قد عرفت إشكاله. و أن أدلة السراية مختصة بما إذا أعتق شقياً و هو لا يشمل ما نحن فيه. و ربما استشكل في السراية في المقام حتى بناء على عموم الدليل لمطلق العتق الاختياري، لأن الموجب للعتق ارتفاع السوق و هو خارج عن الاختيار. و فيه: أنه يكفي في الاختيار الاختيار في بعض المقدمات.

(٤) كما في المسالك و الجواهر. و هو كذلك، فان قوله (ع):

«يقوم» يشمل ما كان التقويم و الزيادة حال الشراء و بعده، فإذا الواجب عموم الحكم للمقامين.

(٥) يعنى: إذا لم تزد قيمة العبد على ثمنه لكن زادت قيمة الأعيان الأخرى، فإن زيادتها توجب ملكية العامل لحصته في جميع مال المضاربة و منها العبد، فيعتق و يسرى العتق في الباقي، و يستسعى العبد، كما أشار الى ذلك في الجواهر. و قد يشكل: بأن الحكم بالسراية على خلاف الأصل

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٧٣

[مسألة ٤٦: قد عرفت أن المضاربة من العقود الجائزة]

إشارة

(مسألة ٤٦): قد عرفت أن المضاربة من العقود الجائزة (١) و أنه يجوز لكل منهما الفسخ إذا لم يشترط لزومها في ضمن عقد لازم، بل أو في ضمن عقدها أيضاً. ثم قد يحصل الفسخ من أحدهما، و قد يحصل البطلان و الانفساخ لموت أو جنون، أو تلف مال التجارة بتمامها، أو لعدم إمكان التجارة لمانع أو نحو ذلك، فلا بد من التكلم في حكمها من حيث استحقاق العامل للأجرة و عدمه، و من حيث وجوب الإنضاض عليه و عدمه إذا كان بالمال عروض، و من حيث وجوب الجباية عليه و عدمه إذا كان به ديون على الناس، و من حيث الجباية عليه و عدمه إذا كان به ديون على الناس، و من حيث وجوب الرد إلى المالك و عدمه، و كون الأجرة عليه أو لا، فنقول: إما أن يكون الفسخ من المالك، أو العامل، و أيضاً إما أن يكون قبل الشروع في التجارة أو في مقدماتها أو بعده، قبل ظهور الربح أو بعده، في الأثناء أو بعد تمام التجارة، بعد إنضاض الجميع أو البعض أو قبله،

فلا يصار إليه إلا بدليل، و هو مفقود في المقام، لعدم شمول النص له و لا دليل سواه. اللهم إلا أن يستفاد من النص بمقتضى الارتكاز العرفي الموجب لتنقيح المناط. و مثله في الاشكال ما إذا زادت قيمة العبد و نقصت قيمة غيره من الأعيان بحيث لا ربح في المجموع، فلا يملك العامل حصته من الربح لا في العبد و لا في غيره، فان مقتضى النص شمول الفرض، لكن القرينة على العدم ظاهرة، كما أشار الى ذلك في الجواهر أيضاً.

و كان على المصنف التنبيه عليه.

(١) تقدم ذلك كله في المسألة الثانية.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٧٤

قبل القسمة أو بعدها، و

[بيان أحكامها في طي مسائل]

إشارة

بيان أحكامها في طي مسائل:

[الأولى: إذا كان الفسخ أو الانفساخ و لم يشرع في العمل]

الأولى: إذا كان الفسخ أو الانفساخ و لم يشرع في العمل و لا في مقدماته فلا إشكال و لا شيء له و لا عليه (١) و إن كان بعد تمام العمل و الإنضاض فكذلك (٢)، إذ مع حصول الربح يقتسمانه (٣)، و مع عدمه لا شيء للعامل و لا عليه إن حصلت خسارة، إلا أن يشترط المالك كونها بينهما على الأقوى من صحة هذا الشرط (٤)، أو يشترط العامل على المالك شيئاً إن لم يحصل ربح (٥). و ربما يظهر من إطلاق بعضهم ثبوت أجره المثل مع عدم الربح (٦). و لا

(١) لعدم الموجب لذلك كله.

(٢) يعنى: لا شيء له بعد ذلك و لا عليه، لعدم الموجب أيضاً.

(٣) عملاً بالمضاربة التي انتهت.

(٤) تقدم الكلام في ذلك في المسألة الرابعة.

(٥) كأنه لصحة الشرط المذكور، عملاً

بعموم: «المؤمنون عند شروطهم» (١).

لكن بعد فسخ العقد يبطل الشرط معه، و لا يجب العمل به. نعم قد تجب أجره المثل أو أقل الأمرين من أجره المثل و الشرط، لقاعدة: الضمان بالاستيفاء، كما يظهر من ملاحظة ما يأتي في بيان ضعف القول الآتي.

(٦) قال في التذكرة: «فإن فسخا العقد أو أحدهما فإن كان قبل العمل عاد المالك في رأس المال، و لم يكن للعامل أن يشتري بعده، و إن كان قد عمل فإن كان المال ناضاً و لا ربح فيه أخذه المالك أيضاً،

(١) مستدرك الوسائل كتاب التجارة باب: ٥ من أبواب الخيار حديث: ٧، غوالي اللثالي عن النبي (ص) أنه قال: «المؤمنون عند شروطهم» الجزء: ١ صفحة: ٤٧٣.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٧٥

وجه له أصلاً، لأن بناء المضاربة على عدم استحقاق العامل لشيء سوى الربح على فرض حصوله، كما في الجعالة (١).

[الثانية: إذا كان الفسخ من العامل في الأثناء قبل حصول الربح فلا أجره له]

الثانية: إذا كان الفسخ من العامل في الأثناء قبل حصول الربح فلا- أجره له (٢) لما مضى من عمله. و احتمال استحقاقه، لقاعدة الاحترام، لا وجه له أصلاً (٣). و إن كان من المالك، أو حصل الانفساخ القهري، ففيه قولان (٤)، أقواهما العدم أيضاً بعد كونه هو

المقدم على المعاملة الجائزة التي مقتضاها عدم استحقاق شيء إلا الربح، ولا ينفعه بعد

و كان للعامل أجره عمله الى ذلك الوقت أيضاً. و هو صريح في استحقاق العامل الأجره حتى مع فسخه و كون المال ناضاً و لا ربح فيه. و في الجواهر: نسبتبه إلى الغرابة و هو كذلك، إذ هو خلاف مبنى المضاربة ضرورة، و لذا قال في القواعد: «و إذا فسخ القراض و المال ناض لا ربح فيه أخذه المالك، و لا شيء للعامل».

(١) فإنه لا إشكال في عدم استحقاق العامل شيئاً إذا لم يحصل الأمر المجعول له.

(٢) لما عرفت من كونه مقتضى المضاربة.

(٣) لأن قاعدة الاحترام لو صح أنها موجبة لضمان العمل فذلك فيما لم يكن متبرعاً به، و المفروض في المقام ذلك بعد كونه مقتضى المضاربة على أنك قد عرفت أنها لا توجب الضمان، لأن احترامه يقتضى حرمة اغتصابه، لا ضمان ما يقع منه.

(٤) قال في الشرائع: «إذا فسخ المالك صح، و كان للعامل أجره المثل الى ذلك الوقت»، و نحوه ما في المختصر النافع و عن الإرشاد و اللعة

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٧٦

.....

و الروض [١]. و علله في المسالك: بأن عمله محترم صدر بإذن المالك لا على وجه التبرع بل في مقابلة الحصه، و قد فاتت بفسخ المالك قبل ظهور الربح، فيستحق أجره المثل إلى حين الفسخ. و استشكل فيه: بأنه لم يقدم إلا على الحصه على تقدير وجودها، و لو لم توجد فلا شيء له، و المالك مسلط على الفسخ حيث شاء. ثم قال: «و يمكن دفعه: بأنه إنما جعل الحصه خاصه على تقدير استمراره و هو يقتضى عدم عزله قبل حصولها، فاذا خالف فقد فوتها عليه، فتجب عليه أجرته، كما إذا فسخ الجاعل بعد الشروع في العمل». و قد ذكر ذلك كله جامع المقاصد، غير أنه لم ينتظر فيه، و في المسالك قال: «و فيه نظر، لأن رضاها بهذا العقد قدوم على مقتضياته و منها جواز فسخه في كل وقت، و الأجره لا دليل عليها». و ظاهره البناء على عدم الأجره، كما أن ظاهر جامع المقاصد البناء عليها، و العمدة عنده فيها تفويت المالك. و في القواعد: «و إذا فسخ المالك القراض ففي استحقاق العامل أجره المثل إلى ذلك الوقت نظر»، و ظاهره الميل إلى عدم الأجره. و اختاره في الجواهر و غيرها.

و الوجه في عدم أصالة البراءة، لأن ما يحتمل أن يكون موجباً للأجره أمور كلها ضعيفه. (الأول): قاعدة الاحترام، و هي لا تصلح لإثبات الحكم الوضعي: كما سبق. و لو سلم اختصت بما إذا لم يكن في مقام التبرع. (الثاني): قاعدة الاستيفاء و فيها أيضاً الإشكال المذكور.

(الثالث): التفويت، كما عرفت من جامع المقاصد. لكن لا دليل

[١] حكاه عنه في مفتاح الكرامة الجزء: ٧ صفحته: ٥٠٦ و تكرر النقل عنه في مواضع من كلامه في هذه المباحث، و صرح في بعضها أنه شرح للإرشاد الجزء: ٧ صفحته: ٥١٥ و المعروف أن الكتاب المذكور لم يخرج منه غير كتاب الطهارة و الصلاة و هو المطبوع، و هو الظاهر من كتاب الذريعة إلى تصانيف الشيعة الجزء: ١١ الصفحه: ٢٧٥.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٧٧

ذلك كون إقدامه من حيث البناء على الاستمرار (١).

[الثالثة: لو كان الفسخ من العامل بعد السفر بإذن المالك]

الثالثة: لو كان الفسخ من العامل بعد السفر بإذن المالك و صرف جملة من رأس المال في نفقته، فهل للمالك تضمينه مطلقاً أو إذا كان (٢) لا- لعذر منه؟ وجهان، أقواهما عدم لما ذكر من جواز المعاملة و جواز الفسخ في كل وقت (٣) فالمالك هو المقدم على ضرر نفسه (٤).

[الرابعة: لو حصل الفسخ أو الانفساخ قبل حصول الربح و بالمال عروض]

الرابعة: لو حصل الفسخ أو الانفساخ قبل حصول الربح و بالمال عروض لا يجوز للعامل التصرف فيه بدون إذن المالك (٥) ببيع و نحوه و إن احتمل تحقق الربح بهذا البيع،

على سبب التفتوت و أنه كإتلاف موجب للضمان. و لا سيما إذا كان بحكم الشارع. ثم إن القولين المذكورين إنما هما في صورة فسخ المالك، أما في صورة الانفساخ القهري فلم يعرف القول بضمان المالك للأجرة، و ليس هو إلا في خصوص صورة فسخ المالك لا غير. فلاحظ كلماتهم. (١) إذ البناء المذكور لا يوجب ضمان الأجرة.

(٢) يعنى: الفسخ.

(٣) يعنى: فلا مقتضى للضمان. و لأن للسفر كان بإذن المالك و صرف المال فيه أيضاً كان بإذنه، و ذلك لا يوجب الضمان. (٤) إنما يتم ذلك إذا كان المالك يحتمل الفسخ، أما إذا كان لا يحتمله فلا إقدام منه. فالعمدة عدم موجب للضمان لا حال السفر و لا حال الفسخ.

(٥) كما في الشرائع و غيرها. و حكى فيها قولاً بالجواز، و نسب في غيرها الى المبسوط و جامع الشرائع. و لكنه غير ظاهر، إذ الفسخ رافع

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٧٨

بل و إن وجد زبون يمكن أن يزيد في الثمن فيحصل الربح.

نعم لو كان هناك زبون بان على الشراء بأزيد من قيمته لا يبعد جواز إجبار المالك على بيعه منه (١)، لأنه في قوة وجود الربح فعلاً. و لكنه مشكل (٢) مع ذلك، لأن المناط كون الشيء في حد نفسه زائد القيمة، و المفروض عدمه. و هل يجب عليه البيع و الإنضاض إذا طلبه المالك أولاً؟ قولان، أقواهما عدمه (٣) و دعوى (٤): إن مقتضى

قوله (ع): «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» (١)

و جوب رد المال إلى المالك كما كان، كما ترى (٥).

للإذن في التصرف، و منه البيع، فلا وجه لجوازه بدون إذن المالك.

(١) كما في المسالك، و كذا في القواعد على إشكال منه.

(٢) كما في الجواهر (أولاً): بما في المتن (و ثانياً): بأنه لا- سلطنته له على المالك في صورة ظهور الربح الذي لا يزيد على كونه شريكاً. ضرورة أنه لا سلطنته للشريك على بيع مال الشركة بغير إذن شريكه.

(٣) كما جزم به في الشرائع، و عن الروضة و في المسالك: «لعله الأقوى في صورة عدم الربح». اعتماداً منهم على أصالة البراءة، و عن جامع الشرائع: الوجوب، و عن موضع من المبسوط: موافقته، و في القواعد: «و لو طلب العامل بيعه فان لم يكن ربح، أو كان و أسقط

العامل حقه منه، فالأقرب إجباره على البيع ليرد المال كما أخذه».

(٤) ذكر ذلك في جامع المقاصد، و رده بأن الظاهر منه رد المأخوذ أما رده على ما كان عليه فلا دلالة له، و التغيير بما حدث كان بإذن المالك و أمره.

(٥) إذ مال المالك حال الفسخ هو العروض بعد كون الشراء بإذنه

(١) مستدرک الوسائل باب: ١ من کتاب الودیعة حديث: ١٢، كنز العمال الجزء: ٥ صفحة: ٢٥٧.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٧٩

[الخامسة: إذا حصل الفسخ أو الانفساخ بعد حصول الربح قبل تمام العمل أو بعده]

الخامسة: إذا حصل الفسخ أو الانفساخ بعد حصول الربح قبل تمام العمل أو بعده، و بالمال عروض، فان رضيا بالقسمة كذلك فلا إشكال، و إن طلب العامل بيعها فالظاهر عدم وجوب إجابته (١) و إن احتمل ربح فيه، خصوصاً إذا كان هو الفاسخ. و إن طلبه المالك ففي وجوب اجابته و عدمه وجوه، ثالثها التفصيل بين صورة كون مقدار رأس المال

و العروض هو الذى يجب رده و أدائه، لا أصل المال. على أن الحديث المذكور وارد فى ضمان المأخوذ و أنه فى ذمة الآخذ، لا فى الحكم التكليفى - الذى هو وجوب الرد - ليكون مما نحن فيه. و كان الأولى التمسك بوجوب رد الأمانات، و إن كان يشكل أيضاً بما عرفت.

(١) و فى المسالك: «فيه وجهان، مأخذهما إمكان وصول العامل إلى حقه بقسمة العروض و إسقاط باقى العمل عنه تخفيف من المالك لأنه حقه، فلا يكلف الإجابة إلى بيع ماله بعد فسخ المعاملة، و إن حال العامل لا يزيد على حال الشريك، و معلوم أنه لا يكلف شريكه إجابته إلى البيع.

و من وجوب تمكين العامل من الوصول الى غرضه الحاصل بالاذن، و ربما لم يوجد راغب فى شراء بعض العروض، أو وجد لكن بنقصان، أو رجبى وجود زبون يشتري بأزيد، فيزيد الربح، و لا ريب أن للعامل مزية على الشريك، من حيث أن حقه يظهر بالعمل، و الربح عوضه»، و نحوه فى جامع المقاصد.

و لا يخفى أن الوجه الثانى لا يرجع إلى محصل يخرج به عن قواعد الشركة، المانعة من تسلط الشريك على إجبار شريكه الآخر، كما هو ظاهر بالتأمل. و من ذلك يظهر ضعف ما فى القواعد: من أنه يجبر المالك على إجابته.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٨٠

نقداً فلا يجب، و بين عدمه فيجب (١)، لأن اللازم تسليم مقدار رأس المال كما كان، عملاً

بقوله (ع): «على اليد ..»

و الأقوى عدم الوجوب مطلقاً، و إن كان استقرار ملكية العامل الربح موقوفاً على الإنضاض و لعله يحصل الخسارة بالبيع، إذ لا منافاة، فنقول: لا يجب عليه الإنضاض بعد الفسخ لعدم الدليل عليه، لكن لو حصلت الخسارة بعده قبل القسمة، بل أو بعدها يجب جبرها بالربح، حتى أنه لو أخذه يسترد منه.

[السادسة: لو كان فى المال ديون على الناس]

السادسة: لو كان في المال ديون على الناس فهل يجب

(١) كما في القواعد، قال: «و كذا يجبر مع الربح. و لو نض قدر رأس المال فرده العامل لم يجبر على إنضاض الباقي، و كان مشتركاً بينهما» و هو ظاهر جامع المقاصد، بل و ظاهر المسالك في آخر كلامه، و في صدر كلامه أطلق الوجوب، لكن مورده صورة ما لو كان الفسخ قبل الإنضاض. و ظاهر الشرائع عدم الوجوب و حكي عن التحرير، و في الجواهر جعل مبنى الخلاف هنا الخلاف فيما يتحقق به الاستقرار- يعنى استقرار ملك العامل للربح- فان قلنا بتحقيقه بالفسخ لم يكن للمالك الإيجار و إن قلنا بتوقفه على الإنضاض، لأنه من تتمه المضاربة، فلا- بد من البناء على الوجوب، لأن فرض كونه من تتمه المضاربة مساوق لوجوبه، كما لو لم يتحقق الفسخ.

و ظاهر المتن المنع من الابتاء المذكور، لإمكان التفكيك بين البناء على كون الإنضاض من تتمه المضاربة، بلحاظ جبران الخسارة بالربح و إن حصل الفسخ بينهما، و بين البناء على عدم كونه من تتمتها بلحاظ وجوبه على العامل، لأن ثبوت هذه الأمور ليس من مقتضى المضاربة، لأن

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٨١

على العامل أخذها و جبايتها بعد الفسخ أو الانفساخ أم لا؟

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

[السابعة: إذا مات المالك أو العامل قام وارثه مقامه]

السابعة: إذا مات المالك أو العامل قام وارثه مقامه

المفروض انفساخها، بل يكون لدليل تعبدى، و من الجائز أن يدل الدليل على الجبران و لا يدل على وجوب الإنضاض على العامل. و بالجملة:

المضاربة انفسخت و تمت، و ليس لها بعد الفسخ متمم. و الجبران إن قيل به فللدليل تعبدى، و من الجائز أن لا يدل على وجوب الإنضاض.

و فيه: أن التفكيك المذكور و إن كان ممكناً فى نفسه، إلا- أنه غير ظاهر، لأن المضاربة إن كانت تنتهى بالفسخ فلا وجه لوجوب الإنضاض و لا- للجبران، بل يكون حال العامل و المالك حال الشريكين، و إلا فلا بد من القول بالوجوب كقول الجبران. و قد عرفت فيما سبق أن الأوفق بالقواعد الأول. فراجع المسألة الخامسة و الثلاثين.

(١) بل قولان أشهرهما الوجوب، كما عن المبسوط و جامع الشرائع و التذكرة و جامع المقاصد و غيرها، و فى الشرائع: أن على العامل جباية السلف، و نحوه عن الإرشاد و الروض، و فى القواعد: أن على العامل تقاضيه، و اختاره فى المسالك، و استدلل له: بأن مقتضى المضاربة رد رأس المال على صفته و الديون لا تجرى مجرى المال، و أن الدين ملك ناقص و الذى أخذه كان ملكاً تاماً، فليرد كما أخذ بظاهر:

«على اليد ما أخذت حتى تؤدى»

، و إذن المالك بالادانة إنما كانت على طريق الاستيفاء لا مطلقة، بدلالة القرائن، و لاقتضاء الخبر ذلك. انتهى. و فيه: أن دلالة القرائن ممنوعة، و الخبر قد عرفت إشكاله.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٨٢

فيما مر من الأحكام (١).

[الثامنة: لا يجب على العامل بعد حصول الفسخ أو الانفساخ أزيد من التخليه بين المالك و ماله]

الثامنة: لا يجب على العامل بعد حصول الفسخ أو الانفساخ أزيد من التخليه بين المالك و ماله، فلا يجب عليه الإيصال إليه (٢). نعم لو أرسله إلى بلد آخر غير بلد المالك

(١) لأن الموت فسخ قهري، فيجرى عليه حكم الفسخ الاختياري، فإذا كان من حقوق المالك على العامل وجوب الإنضاض بعد الفسخ و وجوب استيفاء الديون و غير ذلك، كان ذلك الحق لوارث المالك بعد موته، و إذا كان من حقوق العامل على المالك جواز بيع العروض بعد الفسخ كان ذلك لوارثه بعد موته أيضاً، فيجوز لوارث العامل البيع. و إذا لم نقل بثبوت الحقوق المذكورة للمالك و العامل - كما تقدم من المصنف - لم يكن للوارث شيء من ذلك أيضاً. لكن قال في الشرائع: «و كذا لو مات رب المال و هو عروض كان له البيع إلا أن يمنعه الوارث. و فيه قول»، و ظاهره أن جواز البيع الثابت للعامل ثابت له مع موت المالك، إلا أن يمنعه وارث المالك. و لكنه غير ظاهر الوجه، فإن المأذون لا يجوز له التصرف المأذون فيه مع موت الآذن، للانتقال الى الوارث المقتضى لحرمة التصرف فيه بغير إذنه، و لا - يكفي في جوازه عدم المنع من المالك. و لذلك كان القول الآخر الذي حكاه في الشرائع هو المتجه - كما في المسالك، و نفى عنه البأس في التذكرة - و إن كان القائل ليس منا على ما قيل، بل حكاه في التذكرة عن بعض الشافعية. هذا إذا كان المراد منه القول بعدم جواز البيع إلا بالآذن. و يحتمل أن يكون المراد القول بالجواز و إن نهاد الوارث، بناء على ما تقدم في بعض الأقوال من وجوب إجابة المالك إذا أراد العامل البيع.

(٢) للأصل.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٨٣

و لو كان بإذنه يمكن دعوى وجوب الرد إلى بلده. لكنه مع ذلك مشكل (١). و قوله (ع): «على اليد ما أخذت ..» (١) أيضاً (٢) لا يدل على أزيد من التخليه (٣). و إذا احتاج الرد

(١) أما إذا كان بإذنه فلا ينبغي التأمل في عدم الوجوب، للأصل و الأمر برد الأمانات في قوله تعالى (إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا) (٢) يختص بما إذا كان بعد الطلب، فالمراد منه ما يقابل الحبس. و أما إذا كان بغير إذنه فلا ينبغي التأمل في الوجوب، لأن النقل تفويت لخصوصية المكان التي كانت للعين، فيجب تداركها. فالمسألان ليستا من باب واحد، الأولى من باب الأمانة، و الثانية من باب الضمان.

(٢) قد عرفت أنه لا يحسن التمسك في المقام بالحديث الشريف المذكور في المسألتين، بل المتجه التمسك في الأولى بما دل على وجوب أداء الأمانة و حرمة حبسها، و في الثانية بالحديث الشريف. و بالجملة: ينبغي إجراء أحكام الأمانة في المقام.

(٣) لا يخفى أن الأداء الذي أخذ غاية للضمان ملازم لأخذ المالك، فلا يتحقق بدونه، و لا يكفي فيه مجرد التخليه من دون أن يأخذه المالك، (فان قلت): إن ذلك خلاف قاعدة السلطنة على النفس، لأن عدم أخذ المالك - على هذا - يوجب اشتغال ذمة الضامن من دون اختياره.

(قلت): لا مانع من ذلك إذا اقتضاه الدليل. و كذا دعوى: أن ذلك خلاف قاعدة نفى الضرر، فان اشتغال ذمته بالعين ضرر عليه. إذ لا مانع من تخصيص القاعدة بالدليل المذكور. اللهم إلا أن يقال: إن حمل الأداء

(١) مستدرك الوسائل باب: ١ من كتاب الوديعه حديث: ١٢، و باب: ١ من كتاب الغصب حديث: ٤.

(٢) النساء: ٥٨.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٨٤

إليه إلى الأجرة فالأجرة على المالك (١)، كما في سائر الأموال.

نعم لو سافر به بدون إذن المالك إلى بلد آخر، وحصل الفسخ فيه، يكون حاله حال الغاصب في وجوب الرد والأجرة (٢). وإن كان ذلك منه للجهل بالحكم الشرعي (٣) من عدم جواز السفر بدون إذنه.

[مسألة (٤٧): قد عرفت أن الربح وقاية لرأس المال]

(مسألة ٤٧): قد عرفت أن الربح وقاية لرأس المال من غير فرق بين أن يكون سابقاً على التلف أو الخسران أو لاحقاً (٤)، فالخسارة السابقة تجبر بالربح اللاحق وبالعكس.

على ما يقابل الأخذ أهون من تخصيص القاعدتين المذكورتين. ولا سيما بملاحظة ذكره في الحديث الشريف في مقابل الأخذ، فالمراد من الأداء رفع اليد عن العين. مضافاً إلى أن ذلك هو الموافق للارتكاز العقلاني في باب الضمان، وأنه يكفي في ارتفاع الضمان تقديم العين إلى المالك وجعلها بين يديه وتحت سلطانه. والمظنون أن على ذلك بناء الفقهاء وإن لم يحضرنى فعلا تحرير لذلك فلاحظ.

(١) لأنها لمصلحة ماله.

(٢) أما وجوب الرد فلأن خصوصية كونه في المكان الكذائي قد فوتها الغاصب، فيجب عليه تداركها. وأما الأجرة فلتوقف الرد الواجب عليها.

(٣) لعدم الفرق في وجوب تدارك ما فات بفعله بين العلم بالحكم والجهل به.

(٤) والظاهر أنه من القطعيات، وفي الجواهر: جعل بعض ذلك ضرورياً لإطلاق الدليل، وكذا ما بعده.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٨٥

ثم لا يلزم أن يكون الربح حاصلًا من مجموع رأس المال، وكذا لا يلزم أن تكون الخسارة واردة على المجموع، فلو اتجر بجميع رأس المال فخرس ثم اتجر ببعض الباقي فربح، يجبر ذلك الخسران بهذا الربح، وكذا إذا اتجر ببعض فخرس ثم اتجر بالبعض الآخر أو بجميع الباقي فربح. ولا يلزم في الربح أو الخسران أن يكون مع بقاء المضاربة حال حصولها، فالربح مطلقاً جابر للخسارة والتلف مطلقاً ما دام لم يتم عمل المضاربة (١) ثم إنه يجوز للمالك أن يسترد بعض مال المضاربة في الأثناء، ولكن تبطل بالنسبة إليه، و تبقى بالنسبة إلى البقية (٢)، وتكون رأس المال، وحينئذ إذا فرضنا أنه أخذ بعد ما حصل الخسران أو التلف بالنسبة إلى رأس المال مقداراً من البقية، ثم اتجر العامل بالبقية أو ببعضها، فحصل ربح يكون ذلك الربح جابراً للخسران أو التلف السابق بتمامه. مثلاً إذا كان رأس المال مائة، فتلف منها عشرة أو خسر عشرة وبقى تسعون، ثم أخذ المالك من التسعين عشرة وبقية ثمانون، فأرأس المال تسعون، وإذا اتجر بالثمانين فصار تسعين، فهذه العشرة الحاصلة ربحاً

(١) قد تقدم الكلام في ذلك في المسألة الخامسة والثلاثين.

(٢) سيأتي في المسألة الثانية عشرة من مسائل الختام عدم صحة التبويض في الفسخ، فإذا انفسخت المضاربة بالنسبة إلى بعض المال انفسخت بالنسبة إلى جميعه، فيحتاج تجديدها في الباقي إلى اجتماع الشروط. وعليه يشكل البناء في المقام على بطلانها بالنسبة إلى ما أخذه المالك وصحتها بالنسبة إلى ما بقي ويكون هو رأس المال، وإن كان يظهر من كلماتهم في المقام التسالم

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٨٦

تجبر تلك العشرة، ولا يبقى للعامل شىء. وكذا إذا أخذ المالك بعد ما حصل الربح مقدراً من المال - سواء كان بعنوان استرداد بعض رأس المال، أو هو مع الربح، أو من غير قصد إلى أحد الوجهين - ثم اتجر العامل بالباقي أو ببعضه، فحصل خسران أو تلف، يجبر بالربح السابق بتمامه، حتى المقدار الشائع منه في الذى أخذه المالك، ولا يختص الجبر بما عدها، حتى يكون مقدار حصه العامل منه باقياً له. مثلاً إذا كان رأس المال مائة فربح عشرة ثم أخذ المالك عشرة، ثم اتجر العامل بالبقية فخسر عشرة أو تلف منه عشرة، يجب جبره بالربح السابق حتى المقدار الشائع منه في العشرة المأخوذة، فلا يبقى للعامل من الربح السابق شىء. و على ما ذكرنا فلا وجه لما ذكره المحقق (١) و تبعه غيره من أن الربح اللاحق لا يجبر مقدار الخسران الذى ورد على العشرة

على ذلك. وكذا في باب الإقالة، فإنها تجوز في البعض دون البعض، والمخالف في ذلك شاذ نادر. فلاحظ. و يحتمل في المقام الالتزام ببقاء المضاربة حتى بالنسبة إلى ما أخذه المالك، ويكون ما أخذه المالك بحكم ما لو وضع في كيس مستقل و أفرز عن باقى المال. لكن لازم ذلك جواز تصرف العامل به بعد أخذ المالك فيتعين البناء على التبعض. (١) قال في الشرائع: «إذا كان مال القراض مائة فخسر عشرة و أخذ المالك عشرة، ثم عمل بها الساعى فربح كان رأس المال تسعة و ثمانين إلا تسعاً، لأن المأخوذ محسوب من رأس المال، فهو كالموجود، فإذا المال في تقدير تسعين، فإذا قسم الخسران - و هو عشرة - على تسعين كانت حصه العشرة المأخوذة ديناراً و تسعاً، فيوضع ذلك من رأس المال»،

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٨٧

المأخوذة، لبطان المضاربة بالنسبة إليها، فمقدار الخسران الشائع فيها لا ينجر بهذا الربح، فرأس المال الباقي (١) بعد خسران العشرة في المثال المذكور لا يكون تسعين، بل أقل منه بمقدار

و نحوه عبارة القواعد و التذكرة و الإرشاد و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان، و عن المبسوط و جامع الشرائع و المفاتيح، من دون تعرض للإشكال فيه، بل في كلام بعضهم أنه ظاهر. و غرضهم أن خسران العشرة لما كان موزعاً على الجميع فيلحق كل عشرة من التسعين الباقية تسع منه، و هو واحد و تسع، فالعشرة التى أخذها المالك لما خرجت عن مال المضاربة لم يكن خسرانها مجبوراً من الربح، لأن الربح إنما يجبر به الخسران المتعلق بمال المضاربة، و المفروض أن العشرة التى أخذها المالك قد خرجت عن مال المضاربة، و حينئذ يختص الجبران بالخسران المتعلق بالباقي، و هو تسعة و ثمانون إلا - تسعاً، فإذا كان الربح عشرة - كما هو المفروض - و يجبر منه الخسران المتعلق بباقي المال، و يزيد منه واحد و تسع، فيكون هذا الزائد بين المالك و العامل.

(١) لعل الأولى في التعبير أن يقول: فرأس المال، الذى يجبر نقصه بعد أخذ المالك العشرة، هو تسعة و ثمانون إلا تسعاً و لا يجبر من الربح المتأخر النقص المتعلق بالعشرة التى أخذها المالك، لخروجها عن مال المضاربة و قد ذكر في القواعد و التذكرة مثلاً آخر، و هو ما لو كان رأس المال مائة فخسر عشرة، ثم أخذ المالك خمسة و أربعين، و الحكم أيضاً أن يوزع الخسران على الجميع، فيلحق الخمسة و الأربعين التى أخذها المالك نصف الخسران و هو خمسة، و يلحق الباقي أيضاً خمسة، فإذا ربح بعد ذلك عشرة كان نصفها جابراً للخسران الوارد على الباقي، و النصف الآخر بين المالك و العامل على حسب شرطهما في المضاربة. و لا يجبر من الربح المذكور

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٨٨

حصه خسارة العشرة المأخوذة، و هو واحد و تسع، فيكون رأس المال الباقي تسعين إلا واحد و تسع، و هى تسعة و ثمانون

الخسران الوارد على المقدار الذي أخذه، لخروجه عن مال المضاربة.

و كذا الحكم عندهم في سائر الموارد يوزع الخسران على الجميع بالنسبة، و لا يجبر بالربح الخسران المتعلق بما أخذه المالك، بل يجبر خصوص الخسران المتعلق بالباقي. و لم أقف على متأمل منهم في ذلك.

نعم في الجواهر- بعد تقريب ما ذكره في الشرائع- قال: «لكن الانصاف عدم خلوّ المسألة الأولى عن إشكال، باعتبار عدم ثبوت ما يقتضى شيوع الخسارة على المال كله على وجه لو أخذ المالك بعض المال يلحقه بعض الخسارة، وإنما المنساق احتساب ما يأخذه المالك من رأس المال، و أما الخسارة السابقة فتجبر بما بقى من مال المضاربة، إذ المالك قد أخذ العشرة مستحقه للجبر..».

وفيه: أنه لا-ريب في أن الخسارة موزعة على جميع المال حتى الذي أخذه المالك، وإنما الإشكال في جبر الخسارة المتعلقة بما أخذه المالك من الربح الحاصل من الباقي، و العمدة في الاشكال فيه: أنه بعد بطلان المضاربة فيه يخرج عن كونه مال المضاربة، فلا وجه لجبر خسارته بربح غيره الباقي، لأن ربح مال المضاربة يجبر خسران ذلك المال، لا خسران غيره. و ما تقدم من المصنف (ره) و غيره من بقاء حكم الجبر و إن فسخت المضاربة إنما يسلم فيما إذا ورد الفسخ على تمام المال قبل إنضاضه أو قسمته، ثم ربح هو فيجبر به الخسران السابق، لا فيما إذا فسخ العقد بالإضافة الى بعض مال المضاربة و صار ملكاً للمالك مختصاً به. و بقيت المضاربة في غيره من المال، فإنه لا وجه لهذا الجبران حينئذ، فإن ذلك مما لا يساعده الارتكاز العرفي أصلاً.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٨٩

إلا تسع. و كذا لا وجه لما ذكره بعضهم (١) في الفرض الثاني أن مقدار الربح الشائع في العشرة التي أخذها المالك لا يجبر الخسران اللاحق، و ان حصّة العامل منه يبقى له و يجب على المالك رده اليه، فاللازم في المثال المفروض عدم بقاء ربح للعامل بعد حصول الخسران المذكور، بل قد عرفت سابقاً

و يتضح ما ذكرنا في المثال الثاني الذي ذكره في القواعد و التذكرة، من أن المالك بعد خسران العشرة قد أخذ خمسة و أربعين، فإنه على تقدير فسخ المالك فيها و أخذها و إبقاء مثلها في يد العامل يبعد جداً أن يكون الربح الحاصل في الخمسة و الأربعين التي بيد العامل يجبر به الخسران المتعلق بما أخذه المالك، فإن أحدهما صار أجنياً عن الآخر.

نعم إذا كان المالك قد أخذ بعض مال المضاربة لا بعنوان الفسخ، فإنه لم يبعد الحكم بالجبران حينئذ. بل حتى لو صرفه المالك فخرج عن كونه مال المضاربة لانعدامه، فان مثل هذا الخروج لانتفاء القابلية لا يمنع من لزوم الجبر، ضرورة أنه في المثال الأول لو تلفت عشرة بعد خسران عشرة فإن التالفة تجبر خسارتها المتعلقة بها مع خروجها عن مال المضاربة بالتلف، كما تجبر هي نفسها، فالخروج عن مال المضاربة لتلف أو نحوه لا يمنع من بقاء الجبر، فيجبر نفس المال و تجبر خسارته، و من ذلك يظهر لزوم التفصيل بين أن يكون ما يأخذه المالك بعنوان الفسخ فيتم ما ذكره المحقق و من وافقه، و بين أن لا يكون بعنوان الفسخ، فيتم ما ذكره في

الجواهر و من وافقه و ان خرج البعض عن كونه مال المضاربة لفقد القابلية.

و الله سبحانه و لى التوفيق و السداد.

(١) اقتصر في الشرائع على ذكر المسألة الأولى، و كذا في الإرشاد و مجمع البرهان، و لم يتعرضوا للثانية. لكن في القواعد و التذكرة و

جامع

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٩٠

أنه لو حصل ربح و اقتسماه في الأثناء و أخذ كل حصته منه، ثم حصل خسران: أنه يسترد من العامل مقدار ما أخذ، بل و لو كان الخسران بعد الفسخ (١) قبل القسمة، بل أو بعدها إذا اقتسما العروض و قلنا بوجود الإنضاض على العامل و أنه من تمتات المضاربة.

[مسألة (٤٨): إذا كانت المضاربة فاسدة]

(مسألة ٤٨): إذا كانت المضاربة فاسدة فيما أن يكون مع جهلها بالفساد، أو مع علمها دون الآخر فعلى كل التقادير الربح بتمامه للمالك، لإذنه في التجارات (٢) وإن كانت مضاربه باطلة. نعم لو كان الإذن مقيداً بالمضاربة (٣) توقف ذلك على إجازته، وإلا (٤) فالمعاملات الواقعة باطلة (٥) وعلى عدم التقييد أو الإجازة يستحق العامل مع جهلها لأجرة عمله (٦). وهل يضمن عرض ما أنفق في السفر على نفسه،

المقاصد: ذكرت المسألتان معاً، وجعلتا في كلامهم من باب واحد. لكن في الجواهر: خص إشكاله بالمسألة الأولى، و ظاهره أنه وافق الجماعة في المسألة الثانية والفرق بين المسألتين غير ظاهر. (١) قد عرفت الاشكال فيه في المسألة الخامسة والثلاثين. (٢) لأن المضاربة تستلزم الاذن في التجارة وإن كانت باطلة. (٣) يأتي في المسألة الثانية من مسائل الختام: أنه إذا لم تكن قرينة على التقييد بإطلاق العقد يقتضى إطلاق الاذن وإن كان العقد باطلاً.

(٤) يعنى: وإن لم يجز.

(٥) لعدم الاذن من المالك ولا الإجازة.

(٦) لأنه لم يقصد التبرع فيكون مضموناً على من استوفاه ولو بالعقد

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٩١

لتبين عدم استحقاقه النفقة، أولاً، لأن المالك سلطه على الإنفاق مجاناً؟ وجهان أقواهما الأول (١). ولا يضمن التلف والنقص. وكذا الحال إذا كان المالك عالماً دون العامل، فإنه يستحق الأجرة، ولا يضمن التلف والنقص. وإن كانا عالمين أو كان العامل عالماً دون المالك، فلا أجرة له، لإقدامه على العمل مع علمه بعدم صحة المعاملة (٢)، وربما يحتمل في

الفاسد، لأن الضمان بالاستيفاء لا يختص بعقد صحيح أو فاسد، لعموم بناء العقلاء عليه.

(١) مقتضى قاعدة: ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده، عدم الضمان. ولو أشكل تطبيق القاعدة: من جهة أنها تختص بمورد العقد، والنفقة في المقام ليست موضوعاً للعقد، كفى مستندها في عدم الضمان، وهو التسليط على إتلاف ماله. مجاناً، والإقدام على عدم ضمانه، المانع من عموم:

من أتلف مال غيره فهو له ضامن، للمقام. وكما أن عموم:

«على اليد»

لا يشمل المضاربة الفاسدة، فلا يضمن العامل المال مع فساد المضاربة، لعموم ما دل على عدم ضمان الأمين كذلك عموم: من أتلف .. لا يشمل المضاربة الفاسدة، فلا يقتضى الضمان بالإتلاف، لعموم ما دل على عدم ضمان المأذون بالإتلاف، المستفاد من بعض نصوص القاعدة. اللهم إلا- أن يقال: إنه لا إذن في الإتلاف، لاختصاصها بعامل المضاربة، والمفروض انتفاؤه، فهو نظير ما لو أعطى الطعام لزوجته بعنوان كونه نفقة الزوجية فتبين أنها ليست زوجته، فإنه لا ينبغي التأمل في الضمان. فلاحظ وتأمل.

(٢) العلم بعدم صحة المعاملة شرعاً لا يقتضى الإقدام على التبرع، الموجب لعدم الاستحقاق. وكذلك الغاصب إذا اشترى بالمال المغصوب إنما يقصد الشراء، ولا يقصد أخذ المال مجاناً، والبائع إذا كان عالماً

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٩٢

صورة علمهما أنه يستحق حصته من الربح من باب الجعالة (١) وفيه: أن المفروض عدم قصدها (٢)، كما أنه ربما يحتمل

بالغضب إنما يقصد البيع ولا يقصد التمليك المجاني. ولذلك يصح البيع بالإجازة من المالك، ولو لم يكونا قد قصدنا البيع والشراء لم يصح بالإجازة وقد تقدم في كتاب الإجازة نظير المقام في المسألة السادسة عشرة من فصل تمليك المستأجر المنفعة. فراجع.

(١) تفرق الجعالة عن الإجازة والمضاربة والمزارعة والمساقاة ونحوها:

بأنها إيقاع لا يقوم إلا بالجاعل، ولا يعطى لغيره لونهاً ولا حكماً، فإن من قال لغيره: إن خطت ثوبى فلك على درهم، فقد جعل شيئاً على نفسه ولم يجعل شيئاً على غيره، بخلاف العناوين المذكورة فإنه فيها يكون العامل ذا لون خاص، يكون به مستحقاً عليه العمل ومسؤولاً عن العمل ولا بد له منه، ولذلك كانت من العقود، لأن هذه المسؤولية وكونه مستحقاً عليه العمل لا تكون إلا بقبول من عليه المسؤولية، ولا تكون بغير سلطانه، ولا ينافي ذلك جواز الفسخ في المضاربة، فإن المسؤولية لو لا الفسخ كافية في الاحتياج إلى القبول. ونحو ذلك الفرق بين الاذن والوكالة فإن الاذن من الإيقاع، فلا يحتاج إلى قبول المأذون، لأنه لا يكتسى به عنواناً، ولا مسؤولية، بخلاف الوكالة فإنها توجب ثبوت عنوان للوكيل يكون به مسؤولاً عن العمل، وقائماً مقام الموكل، فالوكيل في البيع والشراء يجب عليه أن يبيع إذا اقتضت مصلحة الموكل ذلك، كما يجب عليه أن يشتري إذا اقتضت مصلحة الموكل ذلك، وإلا كان خائناً وجارياً على خلاف مقتضى عنوان الوكالة، وليس كذلك المأذون في البيع والشراء

(٢) قد عرفت اختلاف عنوان الجعالة عن عنوان المضاربة، ولما كانا قاصدين فلا يصح أحدهما إلا بقصد

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٩٣

استحقاقه أجره المثل إذا اعتقد أنه يستحقها مع الفساد. وله وجه (١)، وإن كان الأقوى خلافه. هذا كله إذا حصل ربح ولو قليلاً، وأما مع عدم حصوله فاستحقاق العامل الأجره ولو مع الجهل مشكل، لإقدامه على عدم العوض لعمله مع عدم حصول الربح. وعلى هذا ففي صورة حصوله أيضاً يستحق أقل الأمرين من مقدار الربح وأجره المثل. لكن الأقوى خلافه (٢)، لأن رضاه بذلك كان مقيداً بالمضاربة (٣) ومراعاة الاحتياط في هذا وبعض الصور المتقدمة أولى.

(١) لأنه حينئذ لم يقدم على عدم الاستحقاق شرعاً، وإنما أقدم على أنه مستحق شرعاً لأجره المثل.

(٢) يعني: فلا يستحق العامل أيضاً في هذه الصورة. لكنه غير ظاهر، لأن الموجب لعدم الاستحقاق على هذا المبنى. إقدامه على العمل باعتقاد عدم الاستحقاق شرعاً، وهو غير حاصل في الفرض.

(٣) فمع فسادهما يضمن بقيمته، كما في غيره من الموارد، لعدم كونه متبرعاً، كما هو المفروض. لكن على هذا يشكل الحكم بعدم الاستحقاق في الصورة السابقة، إذ إقدامه على العمل بلا عوض أيضاً يكون مقيداً بالمضاربة ومبنياً عليها، ومع فسادهما لا إقدام على العمل بلا عوض. اللهم إلا أن يستند في الصورة السابقة إلى قاعدة: ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده، لأن العمل في المضاربة الصحيحه غير مضمون، فلا يكون مضموناً في الفاسدة. لكن القاعدة لا تصلح للحجج مع قصور دليلها عن شمول المقام.

اللهم إلا- أن يقال: إن ضمان المالك لعمل العامل في المقام إن كان فبالاستيفاء، وهو غير حاصل، إذ المالك إنما يحث على الاسترباح لا مجرد

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٩٤

[مسألة ٤٩: إذا ادعى على أحد أنه أعطاه كذا مقداراً مضاربةً و أنكر]

(مسألة ٤٩): إذا ادعى على أحد أنه أعطاه كذا مقداراً مضاربةً و أنكر و لم يكن للمدعى بينه فالقول قول المنكر مع اليمين (١).

[مسألة ٥٠: إذا تنازع المالك و العامل في مقدار رأس المال الذي أعطاه العامل]

(مسألة ٥٠): إذا تنازع المالك و العامل في مقدار رأس المال الذي أعطاه العامل قدم قول العامل بيمينه مع عدم البينة (٢)، من غير فرق بين كون المال موجوداً أو تالفاً مع ضمان العامل (٣) لأصالة عدم إعطائه أزيد مما يقوله، و أصالة براءة ذمته إذا كان تالفاً بالأزيد. هذا إذا لم يرجع نزاعهما

العمل بلا ربح، و الاسترباح مفقود حسب المفروض، و العمل المجرد عن الربح لم يكن بأمر المالك كى يكون ضامناً له بالاستيفاء، فلم يدخل في كيس المالك شيء من عمل العامل حتى يكون مضموناً عليه باستيفائه.

و يشكل: بأن الأمر بالعمل كان بداعى الربح، لا بقيده واقعاً، فمع تخلفه لا ينكشف عدم الأمر بالعمل، و إلا لزم بطلان العمل، لانتفاء الاذن له فيكون فضولياً. بل لو كان المالك بنفسه يباشر العمل فمع تخلف الداعى لا ينتفى القصد.

(١) لموافقته للحجة، و هو أصالة العدم. و لو فرض عدم جريانه كفى الأصل الحكمى، و هو أصالة عدم وجوب شيء على العامل من إرجاع المال أو ضمانه، الذى هو الغرض المقصود من الدعوى، و بدونه لا تسمع فلو فرض أن المالك يعترف بإرجاع المال إليه على تقدير صدقه فى الدعوى أو يعترف بتلفه من غير ضمان لم يكن أثر لدعواه، فلا تسمع منه.

(٢) لما عرفت فى المسألة السابقة.

(٣) لما عرفت من أنه مع عدم ضمانه لا تسمع دعوى الزيادة.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٩٥

إلى النزاع فى مقدار نصيب العامل من الربح، كما إذا كان نزاعهما بعد حصول الربح و علم أن الذى بيده هو مال المضاربة إذ حينئذ النزاع فى قلة رأس المال و كثرته يرجع إلى النزاع فى مقدار نصيب العامل من هذا المال الموجود، إذ على تقدير قلة رأس المال يصير مقدار الربح منه أكثر، فيكون نصيب العامل أزيد، و على تقدير كثرته بالعكس، و مقتضى الأصل كون جميع هذا المال للمالك إلا بمقدار ما أقر به للعامل (١).

و على هذا أيضاً لا فرق بين كون المال باقياً أو تالفاً بضمن العامل، إذ بعد الحكم بكونه للمالك إلا كذا مقدار منه فاذا تلف مع ضمانه لا بد أن يغرم المقدار الذى للمالك.

[مسألة ٥١: لو ادعى المالك على العامل أنه خان أو فرط فى الحفظ]

(مسألة ٥١): لو ادعى المالك على العامل أنه خان أو فرط فى الحفظ فتلّف أو شرط عليه أن لا يشتري الجنس الفلانى، أو لا يبيع من زيد أو نحو ذلك، فالقول قول العامل فى عدم الخيانة و التفريط، و عدم شرط المالك عليه الشرط الكذائى، و المفروض أن مع عدم الشرط يكون مختاراً فى الشراء

(١) و إن كان مقتضى اليد كون جميعه للعامل إلا ما أقرّ به للمالك، إلا أن ذا اليد لما أقر بأن أصله للمالك احتاج فى إثبات دعوى الاستحقاق إلى بينة، فمع عدمها يقدم قول المالك لسقوط يد العامل عن الحجية بهذا الإقرار، حسبما يقتضيه بناء العقلاء، المنزل عليه

دليل حجية اليد، إذ الظاهر أن دليل الحجية شرعاً من باب الإمضاء لما عند العقلاء لا من باب التأسيس.

ثم إن الاختلاف بين هذه المسألة و ما قبلها مبنى على أن المرجع في

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٩٦

و في البيع من أى شخص أراد. نعم لو فعل العامل ما لا يجوز له إلا بإذن من المالك - كما لو سافر أو باع بالنسيئة و ادعى الإذن من المالك - فالقول قول المالك في عدم الإذن. و الحاصل:

أن العامل لو ادعى الإذن فيما لا- يجوز إلا- بالإذن قدم فيه قول المالك المنكر، و لو ادعى المالك المنع فيما يجوز الا مع المنع (١) قدم قول العامل المنكر له.

[مسألة (٥٢): لو ادعى العامل التلف و أنكر المالك قدم قول العامل]

(مسألة ٥٢): لو ادعى العامل التلف و أنكر المالك قدم قول العامل (٢)، لأنه أمين (٣)، سواء كان بأمر ظاهر أو

تشخيص المدعى و المنكر الغرض المقصود من الدعوى، و لما اختلف الغرض في المسألتين اختلف الحكم، أما بناءً على أن المرجع مصب الدعوى فلا فرق بين المسألتين في أن المالك في المقامين مدع و العامل منكر، لاتحاد مصب الدعوى فيهما. لكن التحقيق هو الأول، كما أشرنا الى ذلك في كتاب الإجارة.

(١) بأن كانت الاذن محرزة و لو لإطلاق اللفظ. و يدعى المالك المخصص المنفصل أو المقيد، فإن الأصل عدم التخصيص و التقييد. و لو كان النزاع في المقيد أو المخصص المتصل يرجع النزاع إلى إطلاق الاذن و عدمه، فيكون الشك في الاذن و الأصل عدمه. و بالجملة: إذا ادعى المالك المنع، فان كانت حجة على الاذن سواء كانت لفظية أم حالية كان المالك مدعياً، و إلا كان منكرًا و العامل المدعى للاذن مدعياً.

(٢) بلا إشكال و لا خلاف. كذا في الجواهر.

(٣) كذا في الجواهر، و زاد بأنه ذو يد على المال بإذن المالك. انتهى.

يريد به أنه أمين عند المالك و مستأمن منه و كأنه يشير بذلك الى النصوص

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٩٧

خفي (١). و كذا لو ادعى الخسارة، أو ادعى عدم الربح، أو ادعى عدم حصول المطالبات في النسيئة مع فرض كونه مأذوناً في البيع بالدين. و لا فرق في سماع قوله بين أن يكون الدعوى قبل فسخ المضاربة أو بعده. نعم لو ادعى بعد الفسخ التلف بعده ففي سماع قوله لبقاء حكم أمانته (٢)، و عدمه

الواردة في عدم ضمان الأمين «١»، و أنه إذا اتهم يستحلف، الظاهرة في أنه لا يكلف بالبينه، و قد تقدمت في مباحث الإجارة، كما تقدمت نسبة القول بأنه يكلف بالبينه إلى المشهور، و أنه يشهد به بعض النصوص.

لكن الجمع بين جميع النصوص يقتضى القول الأول. و أما

صحيح محمد ابن مسلم عن أبي جعفر (ع): «عن الرجل يستبضع المال فيهلك أو يسرق أعلى صاحبه ضمان؟ قال (ع): ليس على صاحبه غرم بعد أن يكون الرجل أميناً» (٢)

و نحوه غيره. فإنما تدل على عدم ضمان الأمين، لا على عدم تكليفه بالبينه، فهي حكم في مقام الثبوت، لا في مقام الإثبات.

(١) لإطلاق النصوص المتقدمة.

(٢) إذا تحقق ذلك فلا مجال للوجه الثاني. فكأنه أراد استصحاب بقائه، و يكون الوجه الثاني خروجه عن كونه أميناً، فيرجع الى عموم:

«البينة على المدعى». لكن الاستصحاب ليس بحجة، لأنه تعلقي و لو سلم فالظاهر الرجوع الى عموم العام في أمثال المقام مما كان ظاهراً في العموم الأزمانى، على ما هو محقق في بعض مباحث الاستصحاب. نعم مقتضى إطلاق الأخبار الدالة على عدم ضمان الأمين العموم للمقام، فيكون الأقوى سماع قوله بيمينه.

(١) راجع صفحة: ٣٥٠.

(٢) الوسائل باب: ٣ من أبواب كتاب المضاربة حديث: ٣.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٩٨

لخروجه بعده عن كونه أميناً، وجهان. و لو أقر بحصول الربح ثم بعد ذلك ادعى التلف (١) أو الخسارة، و قال: إنى اشتبهت فى حصوله، لم يسمع منه (٢)، لأنه رجوع عن إقراره الأول. و لكن لو قال: ربحت ثم تلف، أو ثم حصلت الخسارة، قبل منه.

(١) يعنى: ادعى تلف أصل المال قبل الاتجار به، إذ لو كان المراد أنه ادعى التلف بعد الربح فلا إشكال فى سماع قوله، لعدم المنافاة مع إقراره بوجه، كما سيأتى فرضه.

(٢) قال فى الشرائع: «و لو قال العامل ربحت كذا و رجع لم يقبل رجوعه. و كذا لو ادعى الغلط»، و فى التذكرة: «لو قال ربحت ألفاً ثم قال: غلظت، و إنما ربحت مائة، أو تبينت أنه لا- ربح هنا، أو قال: كذبت فى الاخبار خوفاً من انتزاع المال لم يقبل رجوعه، لأنه أقر بحق عليه ثم رجع فلم يقبل كسائر الأقارير»، و نحوها كلام غيرهما.

و علله فى الجواهر بسبق إقراره الماضى عليه بقاعدة: إقرار العقلاء على أنفسهم جائز، و قاعدة: عدم سماع الإنكار بعد الإقرار، السالمين عن معارضة قاعدة: سماع الأمين فى كل ما يدعيه، بعد عدم ثبوت هذا العموم و إنما الثابت المسلم ما لم يسبق بإقرار .. إلى آخر كلامه.

هذا و لا- يخفى أن قاعدة: عدم سماع الإنكار بعد الإقرار، تختص بما إذا كان الإنكار وارداً على ما ورد عليه الإقرار، بحيث يكون معارضاً له، كما إذا قال: لك على درهم، ثم قال: ليس لك على درهم. أما إذا كان الإنكار وارداً على أمر آخر غير الواقع الذى ورد عليه الإقرار- كما فى المقام- لم يكن وجه للرد، فان قوله: اشتبهت، أو غلظت أو ما قصدت الواقع و إنما كان إخبارى توريه، أو قصدت الواقع لا بقصد

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٩٩

.....

بيان الواقع، بل بقصد التخلص من الضرر و نحو ذلك مما لا- يكون القول الثانى وارداً على ما ورد عليه الأول و لا معارضاً له. فلا يكون من الإنكار بعد الإقرار قال فى الشرائع فى كتاب الإقرار: «إذا شهد على نفسه بالبيع و قبض الثمن، ثم أنكر فيما بعد و ادعى أنه أشهد تبعاً للعادة و لم يقبض، قيل: لا يقبل دعواه، لأنه مكذب لإقراره، و قيل:

تقبل، لأنه ادعى ما هو معتاد و هو أشبه» و فى الجواهر حكى الأخير عن الشيخ و من تأخر عنه، و أما فى الأول فقال: «لم نتحقق قائله من العامة فضلاً عن الخاصة».

و من ذلك يظهر إشكال ما فى الشرائع و غيرها من عدم قبول قوله الذى ذكروه هنا، الظاهر فى أنه لا يقبل حتى مع البينة، و لا يسمع

أصلاً كما استظهره أيضاً في الجواهر، قال (ره): «ظاهر قول المصنف وغيره «لم يقبل» عدم سماع بينته على ذلك، لكونه مكذباً لها بإقراره السابق و عموم: «البينة على المدعى» إنما هو ظاهر في كون الدعوى مسموعة، لا ما أسقطها الشارع بقاعدة الإقرار فتبقى حينئذ شهادة البينة نفسها بلا دعوى ولا ريب في تقديم قول المخالف لها عليها، لعدم ثبوت حجيتها في هذا الحال، خصوصاً بعد أن كان المشهود به حقاً له، فلا ريب في تقديم قوله فيه. فتأمل». و حمل كلامهم هنا على عدم قبول قوله كما يقبل قول الأمين مع اليمين بل يحتاج في قبوله إلى البينة، خلاف الظاهر من كلامهم جداً.

و المتحصل: أن الاحتمالات في المقام ثلاثة (الأول): عدم السماع أصلاً و لو مع البينة (الثاني): عدم السماع إلا مع البينة، كما في سائر الدعاوى (الثالث): السماع مع اليمين. كما في سائر موارد دعاوى الأئمة. و وجه الأول: ما أشار إليه في التذكرة- و أوضحه في الجواهر-

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٤٠٠

[مسألة (٥٣): إذا اختلفا في مقدار حصة العامل]

(مسألة ٥٣): إذا اختلفا في مقدار حصة العامل و أنه نصف الربح مثلاً أو ثلثه قدم قول المالك (١).

من أن الدعوى الثانية من قبيل الإنكار بعد الإقرار، و هو غير مسموع و البينة لما كانت مكذبة بإقراره الأول فهي أيضاً غير مسموعة. مع أنها لا تسمع إذا لم تكن لها دعوى مسموعة، و فيه: ما عرفت من أنه ليس من الإنكار بعد الإقرار، بل هو من باب شرح حال الإقرار، و إطلاق سماع قول الأمين يقتضى قبوله، فيسقط به الإقرار. و دعوى عدم العموم في سماع قول الأمين - كما تقدمت عن الجواهر- ضعيفة لإطلاق

قولهم (ع) «إن اتهمته فاستحلفه» (١)

الشامل له من دون قرينة على صرفه عنه.

و حينئذ تظهر قوة الاحتمال الثالث.

نعم لو فرض عدم العموم لما دل على سماع قول الأمين تعين الاحتمال الثاني، عملاً بما دل على قبول قول المدعى مع البينة. و ما تقدم في الجواهر من عدم سماع دعواه و لا بينته، لأنهما مكذبان بالإقرار، كما ترى، إذ الإقرار لا يكذب دعوى الغلط و لا الشهادة به، كما هو ظاهر.

(١) في التذكرة: نسبتته إلى علمائنا، و في جامع المقاصد: «هذا واضح إن كان الاختلاف قبل حصول الربح، لأن المالك متمكن من منع الربح كله، بفسخ العقد، و أما بعد حصوله فإن كلياً منهما مدع و مدعى عليه، فإن المالك يدعى استحقاق العمل الصادر بالحصة الدنيا، و العامل ينكر ذكر فيجىء القول بالتحالف إن كانت أجره المثل أزيد مما يدعيه المالك و لا أعلم لأصحابنا قولاً بالتحالف، و إنما القول بالتحالف مع الاختلاف في الربح مطلقاً قول الشافعي».

(١) الوسائل باب: ٢٩ من أبواب كتاب الإجارة حديث: ١٦، و قريب منه حديث:

١١، ١٧ من نفس الباب.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٤٠١

.....

و كأنه مبنى على أن المعيار فى تشخيص المدعى و المنكر مصب الدعوى فان دعوى المالك أن المجمعول فى العقد الحصه الدنيا دعوى إيجابيه، كما أن دعوى العامل أن المجمعول فى العقد الحصه العليا دعوى إيجابيه، فكل منهما مدع دعوى إيجابيه ينكرها الآخر، فيكونان لذلك متداعيين، حكمهما التحالف، و على هذا المبنى ذكر فى جامع المقاصد فى كتاب الإجاره أنه لا-ريب فى قوة التحالف إذا اختلف المؤجر و المستأجر فى قدر الأجره و فى قدر المستأجر (بالفتح) و علله بما ذكرنا، و نسبه بعض إلى جماعه أيضاً، لكن عرفت ضعف المبنى، و أن المعيار فى تشخيص ذلك الغرض المقصود من الدعوى، و أما مصب الدعوى بلا غرض فمما لا مجال لوجوب سماعه، فإنه غير ملزم، و لا يترتب عليه فائده ثبت أم لم يثبت فلا يكون معياراً، كما أشرنا الى ذلك فى مباحث التنازع من كتاب الإجاره.

و أما ما أشكله فى الجواهر على جامع المقاصد بقوله: «لا ريب فى أن كلاً منهما مدع و منكر، إذا كان نزاعهما فى تشخيص ما وقع عليه عقد المضاربه، ضرورة اقتضاء الأصل عدم كل من الشخصين. نعم بعد تعارض الأصول فى ذلك يرجع إلى أصل آخر، و لا ريب فى كونه مع المالك، لأن الأصل عدم استحقاق العامل الزائد ..». ففيه: أن الأصل المذكور لا يثبت إحدى الدعويين و لا ينفيهما، و إنما يتعرض لأمر آخر، فكيف يكون مرجعاً للحاكم فى حسم النزاع بين المتداعيين؟! فالعمده: ما ذكرنا من ضعف مبنى التحالف فى المقام، و ان التحقيق أن المعيار الغرض المقصود، و هو فى المقام متعلق بالزائد على الأقل، و هو مورد النفي من أحد الخصمين و الإثبات من الآخر، لا-مورد الإثبات من كل منهما، كى يكون المقام من التداعى الذى يكون المرجع فيه التحالف، فالمالك ينفي الزائد، و العامل يثبتته، فالأول منكر، و الثانى مدع. و إذا لاحظنا مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٤٠٢

[مسألة (٥٤): إذا ادعى المالك أنى ضاربتك على كذا مقدار و أعطيتك]

(مسألة ٥٤): إذا ادعى المالك أنى ضاربتك على كذا مقدار و أعطيتك، فأنكر أصل المضاربه، أو أنكر تسليم المال إليه، فأقام المالك بينه على ذلك، فادعى العامل تلفه لم يسمع منه (١) و أخذ بإقراره المستفاد من إنكاره الأصل.

أن المالك يثبت الأقل فالأخبار عنه ليس دعوى على العامل بل إقرار له بأمر معلوم، فلا يسمع من حيث كونه دعوى. ثم لو بنى على الأول و كان المقام من التداعى لم يفرق بين ما قبل العمل و بعده. و كون المالك قبل العمل متمكن من الفسخ لا أثر له فى تبديل مصب الدعوى. كما أنه لا-فرق بين كون أجره المثل أكثر من الحصه و كونها أقل و كونها مساويه، فان أجره المثل خارجة عن محل الابتلاء على حال زادت أو نقصت أو ساوت، و لا يتغير الحكم باختلاف الحالات المذكورة. (١) مقتضى الجمود على ما تحت العبارة أنه لا- يسمع منه دعوى التلف و يكلف بأداء العين و لو أدى ذلك إلى حبسه أو ضربه، و بنحو ذلك عبر فى القواعد، فقال: «و لو أنكر القراض ثم ادعى التلف لم يقبل قوله» و على هذا يكون المراد من قول المصنف (ره): «و أخذ بإقراره المستفاد من إنكاره» أن إنكاره لأخذ المال يستفاد منه تكذيب دعوى التلف و إقرار منه بكذبها فلا تسمع. و على هذا لا يكون فى هذا الكلام تعرض للضمان بحيث لو تحقق التلف كان المال مضموناً عليه و يجب دفع بدله.

و هذا البيان يخالف ما فى الشرائع حيث قال: «إذا قال دفعته إليه مآلاً قراضاً فأنكر العامل، فأقام المدعى بينه، فادعى العامل التلف قضى عليه بالضمان»، و ظاهره سماع دعوى التلف مع الحكم بالضمان. و وجه هذا الضمان: أن دعوى التلف إقرار منه بأن إنكاره لقبض المال خيانه منه

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٤٠٣

و هي موجبة للضمان. لكن لا يظهر الوجه لسماع دعوى التلف، لما عرفت من أن إنكاره لأخذ المال تكذيب منه لدعوى التلف و إقرار منه بكذبها، فكيف تسمع منه؟! بل دعواه التلف إذا كانت موجبة لخيانته بإنكار أخذ المال فلا وجه لسماعها، لأن الخائن لا يسمع قوله، و إنما يسمع قول الأمين.

نعم هذا الوجه لا- يمنع من سماع بينته على التلف لكن الوجه الأول يمنع من ذلك، لأن إنكاره كما يقتضى تكذيب دعوى التلف يقتضى تكذيب بينه التلف، فلا يصح له إقامتها. و بالجملة: مقتضى عبارة القواعد عدم سماع دعوى التلف من دون تعرض للضمان، و مقتضى عبارة الشرائع الحكم بالضمان و سماع دعوى التلف و الاشكال عليها ظاهر.

و من ذلك يظهر الاشكال فيما فى المسالك: «من أن عبارة الشرائع أجود من قول العلامة: «لم يقبل دعواه» لاستلزام عدم القبول بحسه إلى أن يدفع العين، و قد تكون تالفه. إلا- أن يتكلف نحو ما تقدم من حبه مدة يظهر منها اليأس من وجود العين». و ما ذكره من المحذور لا- محذور فيه فإنه لا مانع من حبه حتى يدفع العين أو يتبين التلف، و حينئذ يكون العمل بالتبين لا بقوله، فإطلاق عدم سماع قوله فى محله.

و فى الجواهر دفع اشكال المسالك: بأن مراد القواعد من عدم سماع قوله عدم قبول دعوى التلف التى كانت تقبل منه سابقاً يمينه فى إسقاط الضمان عنه، و أما التكليف بالعين نفسها فليس مقصوداً، ضرورة عدم تصديق مجرد قوله فى ذلك من دون استظهار يمين أو بينه أو حبه أو نحو ذلك. و قريب منه ما فى مفتاح الكرامة. و لكنه كما ترى، فإنه لا دليل على سماع قوله باليمين و قد كذبه، و لا بالبينه و قد كذبها. و لو سلم فهو عمل بالبينه، لا بالقول. مع أن دعوى التلف لا تقتضى سقوط الضمان إلا

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٤٠٤

نعم لو أجاب المالك بأنى لست مشغول الذمة لك بشيء، ثم

إذا كان قبل الخيانة و لم يكن بتعد أو تفريط.

هذا و لعل مراد الشرائع من الضمان الضمان حتى مع وجود العين، لا- خصوص الضمان حال التلف، حتى يكون الكلام دالاً على السماع. لكن هذا المعنى من الضمان يحصل بمجرد قيام البينة على الأخذ لثبوت الخيانة حينئذ، و لا يتوقف على دعوى التلف، فضلاً عن تحقق التلف.

ثم إن الضمان إذا كان من جهة الخيانة الموجبة لخروج اليد عن الأمانة فذلك يختص بالتلف بعد الخيانة، فإذا تحقق أنه كان قبل الإنكار فلا- ضمان و كذا إذا شك فى ذلك، لأصالة البراءة من الضمان حتى لو علم تاريخ الإنكار و شك فى تاريخ التلف، فإن أصالة عدم التلف الى حين الإنكار لا تثبت التلف بعده. و لا يجوز التمسك بعموم: «على اليد..»

فى الشبهة المصدقية بعد تخصيصه بما دل على عدم ضمان الأمين. و أصالة عدم الامانة الأزلى لا مجال لها، للعلم بتحقيق الأمانة فى الزمان السابق.

و الذى يتحصل مما ذكرنا أمور: عدم سماع قوله الذى كذبه، و عدم سماع بينته التى كذبها، و أنه ضامن إذا تحقق أن التلف بعد الإنكار، و أنه غير ضامن إذا كان التلف قبل الإنكار، أو كان التلف مجهول التاريخ.

و فى بعض الحواشى تعليقاً على قول المصنف: «لم يسمع منه».

يعنى: يقضى عليه بالضمان، و لا يقبل قوله فى التلف كما كان يقبل لو لا إنكاره. و فى قبول الغرامة منه بنفس هذه الدعوى، أو مع إقامة البينة على ما ادعاه، أو يحبس حتى يتبين صدقه، و جوه و أقوال، أقواها سماع بينته. و لم نقف على هذه الأقوال غير التعبيرات

المذكورة، وقد عرفت ما هو المتحصل فلاحظ.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٤٠٥

بعد الإثبات (١) ادعى التلف، قبل منه، لعدم المنافاة بين الإنكار من الأول و بين دعوى التلف.

[مسألة (٥٥): إذا اختلفا في صحة المضاربة الواقعة بينهما و بطلانها]

(مسألة ٥٥): إذا اختلفا في صحة المضاربة الواقعة بينهما و بطلانها قدم قول مدعى الصحة (٢).

[مسألة (٥٦): إذا ادعى أحدهما الفسخ في الأثناء و أنكر الآخر]

(مسألة ٥٦): إذا ادعى أحدهما الفسخ في الأثناء و أنكر الآخر قدم قول المنكر. و كل من يقدم قوله في المسائل المذكورة لا بد له من اليمين (٣).

[مسألة (٥٧): إذا ادعى العامل الرد و أنكره المالك]

(مسألة ٥٧): إذا ادعى العامل الرد و أنكره المالك قدم قول المالك (٤)

[مسألة (٥٨): لو ادعى العامل في جنس اشتراه أنه اشتراه لنفسه]

(مسألة ٥٨): لو ادعى العامل في جنس اشتراه أنه اشتراه لنفسه، و ادعى المالك أنه اشتراه للمضاربة، قدم قول العامل. و كذا لو ادعى أنه اشتراه للمضاربة، و ادعى المالك

(١) ظاهر العبارة إثبات الاشتغال بالبيئته، و حينئذ لا تجدى دعوى التلف في نفي الضمان. فالمراد إثبات الأخذ. لكن إثبات ذلك لا ينافى إنكار الاشتغال، فلا تسمع البيئته عليه، فكأن مراد المصنف - كغيره من الفقهاء - ذكر فرض آخر في قبال الفرض السابق و إن لم يكن صحيحاً.

(٢) لأصالة الصحة المعول عليها عند العقلاء و المتشرعة و الفقهاء.

(٣) و لا بد أيضاً أن يكون بعد امتناع المدعى من إثبات دعواه بيئته و نحوها.

(٤) لمطابقة قوله لأصالة عدم الرد، فيكون منكرًا. (و دعوى):

أن عموم ما دل على قبول قول الأمين يقتضى المنع من العمل بالأصل.

(مندفعة): بأنه لا عموم لما دل على قبول قول الأمين يشمل المقام مما

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٤٠٦

أنه اشتراه لنفسه، لأنه أعرف بنيته (١)، لأنه أمين، فيقبل قوله. و الظاهر أن الأمر كذلك لو علم أنه أدى الثمن من مال المضاربة (٢)، بأن ادعى. أنه اشتراه في الذمة لنفسه ثم أدى

كان الفعل مشتركاً بينه و بين المالك، و لذا كان المشهور عدم القبول. و عن الشيخ القبول و الاستدلال له بالقياس على الودعى، و بأنه إذا لم يقبل قوله كان ضرراً عليه. و فى ذلك نظر ظاهر. بل قيل ان ذلك ليس فى كلام الشيخ، و أنه (قده) أجل من أن يستدل

بمثل ذلك، إذ القياس ليس بحجة. و قبول قوله يوجب الضرر على المالك، و لا وجه للترجيح.

نعم في جامع المقاصد و المسالك الاستدلال له: بأنه إذا لم يقبل قوله يلزم تخليده في السجن، لأنه إذا كان صادقاً امتنع أخذ المال منه، و إذا كان كاذباً فظاهر حاله أنه لا يكذب نفسه، فيلزم تخليد حبسه. إلا أن يحمل كلامهم على أن الواجب حبسه إلى أن يظهر الحال. و لكن الاستدلال بذلك أيضاً كما ترى، لما سبق من عدم محذور في ذلك. فإذا لا معدل عن المشهور عملاً بالأصل. نعم إذا كان المالك قد أمره بالرد إلى موضع معين عند انتهاء المضاربة، فادعى العامل ذلك لم يبعد القبول كغيره من الأعمال المتعلقة به بالنسبة إلى المال لاختصاص الفعل به حينئذ.

(١) يشير إلى قاعدة ذكرت في كلام جماعة من الفقهاء من قبول قول من لا يعرف المقول إلى من قبله. و لا يبعد بناء العقلاء على القاعدة المذكورة. و إلا لزم تعطيل تشريع الحكم، و هو خلاف دليل جعله. فإذا اشترى الإنسان شيئاً كان ظاهر الفعل الشراء لنفسه، فيحكم به لذلك.

و صريح القول أولى من ظاهر الفعل في القبول. مضافاً إلى قاعدة: من ملك شيئاً ملك الإقرار به،

(٢) لا يخلو من إشكال، فإن قاعدة قبول قول من لا يعرف إلا

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٤٠٧

الثلث من مال المضاربة، و لو كان عاصياً في ذلك.

[مسألة (٥٩): لو ادعى المالك أنه أعطاه المال مضاربة]

(مسألة ٥٩): لو ادعى المالك أنه أعطاه المال مضاربة و ادعى القابض أنه أعطاه قرضاً، يتحالفان (١)،

من قبله لا تخلو من إشكال في المقام، لمخالفتها لظاهر الفعل. و كذلك قاعدة سماع قول الأمين، فإنه يختص بما إذا لم يكن ظاهر حجة على خلافه، كما في المقام.

(١) و هو أقرب - كما عن التحرير - و واضح - كما عن الإيضاح - و محتمل - كما في القواعد - و علة في جامع المقاصد: بأن كل واحد منهما مدع و منكر، فان العامل يدعى خروج المال عن ملك المالك، و المالك ينكره، و المالك يدعى استحقاق عمل العامل في مقابل الحصّة بالقراض، و العامل ينكره. لكن قال في القواعد: «و لو ادعى المالك القراض و العامل القرض فالقول قول المالك، فيثبت له مع اليمين مدعاه من الحصّة، و اختاره في التذكرة، لأن المال ملكه، و الأصل تبعية الربح له، فمدعى خلافه يحتاج إلى بينة. أقول: إذا كان المعيار في تشخيص المدعى و المنكر مصب الدعوى فلا ريب في أن المقام من التداعي، لأن كلا منهما يدعى خلاف الأصل.

و إذا كان المعيار الغرض المقصود من الدعوى فيختلف باختلاف الموارد، فان كان النزاع بعد انتهاء عمل المضاربة و وجود الربح فدعوى العامل القرض خلاف الأصل، لأن الأصل يقتضى بقاء المال على ملك مالكة، فدعوى خروجه عنه بالقرض مخالفه له، و دعوى المالك المضاربة بقصد إثبات استحقاقه لحصّة من الربح موافقة له، لأن استحقاق حصّة من الربح موافقة لأصالة تبعية النماء للأصل. و إن كان النزاع قبل انتهاء عمل المضاربة بأن قلنا بوجود التصفية على العامل، فدعوى المالك المضاربة و إن كانت

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٤٠٨

فان حلفاً أو نكلاً للقابض أكثر الأمرين من أجره المثل و الحصّة

موافقة لأصالة بقاء المال على ملك مالكة، لكنها مخالفة لأصالة عدم استحقاق المالك التصفية على العامل، فيكون المالك من هذه

الجهة مدعياً والعامل النافي للمضاربة منكرًا، لموافقته للأصل المذكور. و كأنه إلى ذلك أشار في جامع المقاصد في عبارته المتقدمة. و لو كان النزاع قبل حصول الربح لم يبعد أن يكون الحكم كذلك لأن استحقاق العمل على العامل من آثار العقد و إن كان جائزاً.

لكن في جامع المقاصد: «لو كان الاختلاف قبل حصول الربح لكان القول قول المالك مع يمينه قطعاً، لأن الأصل بقاء المال له، و لا معارض له هنا». و إشكاله ظاهر، لما عرفت من أن استحقاق العمل على العامل من آثار عقد المضاربة، يترتب بمجرد حصوله، فمع الشك فيه يكون الأصل عدم الأثر المذكور.

هذا و الظاهر أن مورد كلامهم هنا الصورة الأولى، بقرينة عدم التعرض لوجوب العمل على العامل و عدمه، و التعرض للربح فقط، و عليه فلا وجه للتحالف. اللهم إلا أن يكون لبنائهم على أن مرجع دعوى المالك المضاربة إلى استحقاق ما سبق من عمل العامل الذى ترتب عليه الربح بالحصّة، و الأصل عدمه، و فيه: أن دعوى ذلك إنما يقصد منها نفى استحقاق تمام الربح للعامل الموافق للأصل، لا إثبات شىء للمالك على العامل، حتى يكون بذلك مدعياً. و هذا نظير ما إذا ادعى المالك أنه آجره الحمار و ادعى المستأجر أنه آجره البغل، كما سبق في كتاب الإجارة فالبناء على ذلك رجوع إلى تشخيص المدعى و المنكر بمصعب الدعوى، لا الغرض المقصود، و قد عرفت ضعفه.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٤٠٩

من الربح (١) إلا إذا كانت الأجرة زائدة عن تمام الربح فليس له أخذها، لاعترافه بعدم استحقاق أزيد من الربح.

(١) كذا في القواعد على تقدير البناء على التحالف، و هو خيرة التحرير و الإيضاح و جامع المقاصد. و فى التذكرة: اختار أن القول قول المالك، و حكى عن بعض العامة القول بالتحالف، و علله: بأنه إن كان الأكثر نصيبه من الربح فرب المال يعترف له به و هو يدعى كله، و إن كانت أجرة المثل أكثر فالقول قوله بيمينه فى عمله، كما أن القول قول رب المال فى ماله، فإذا حلف قبل قوله فى أنه ما عمل بهذا الشرط، و إنما عمل بعوض لم يسلم له، فيكون له أجرة المثل. انتهى. و فيه:

أن أجرة المثل إنما تكون لمن عمل لغيره، لا لمن عمل لنفسه معترفاً بأنه لم يكن بأمر غيره و لا بقصد غيره.

و بالجملة: هما معاً يعترفان باستحقاق العامل الحصّة، و يختلفان فى استحقاقه للزائد، فالعامل يدعى ذلك بدعوى كون المال له، و المالك ينكر ذلك، و حيث أن الأصل عدم خروج المال عن ملك المالك فقول العامل مخالف للأصل، فيكون مدعياً، و قول المالك موافق له، فيكون منكرًا، فإذا حلف المالك ثبت قوله، و بطلت دعوى العامل. و أما أجرة المثل فمباينة لكل من دعوى المالك و العامل، فلا وجه لاستحقاق العامل لها و هو لم يقصدها، بل و لم يقصد العمل لغيره، كما عرفت.

و من ذلك تعرف الاشكال فيما فى بعض الحواشى: من أن المقام من قبيل المدعى و المنكر، و يختلف الحكم بكون المالك مدعياً أو منكرًا باختلاف الصور، فعلى تقدير كون أجرة المثل مساوية لتمام الربح يكون المالك مدعياً على العامل بأنه تنازل عن قيمة عمله إلى الحصّة، و العامل ينكر ذلك، فإذا حلف العامل قبل قوله فيكون تمام الربح له: و إذا

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٤١٠

[مسألة ٦٠: إذا حصل تلف أو خسران]

(مسألة ٦٠): إذا حصل تلف أو خسران، فادعى المالك أنه أقرضه و ادعى العامل أنه ضاربه، قدم قول المالك مع اليمين (١).

كانت مساوية للحصّة يكون العامل مدعياً، لأنه يدعى استحقاق أكثر من قيمة عمله، و هو تمام الربح و المالك ينكر ذلك، فإذا حلف

قبل قوله، و يكون للعامل الحصّة لا غير. و إذا كانت أزيد من الحصّة و دون تمام الربح يكون العامل منكرًا بالنسبة إلى دعوى المالك الحصّة، و يكون مدعيًا بالنسبة إلى دعواه تمام الربح، و يكون المالك مدعيًا في الأولى و منكرًا في الثانية، فيقبل قول المنكر من كل منهما في نفى دعوى خصمه.

و توضيح الاشكال عليه: أن أجره المثل مباينة لكل من الدعويين حتى لو كانت مساوية للربح أو الحصّة، فإنها غيرهما، و أنه لا وجه لاستحقاقها مع عدم قصد العامل العمل لغيره و لا بأمر غيره، فكيف تكون معياراً للمدعى و المنكر.

(١) كذا في القواعد و التذكرة و عن التحرير، و اختاره في جامع المقاصد، و علله: بأن الأصل في وضع اليد على مال الغير ترتب وجوب الرد عليه، لعموم

قوله (ع): «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» (١)

و لأن العامل يدعى على المالك كون ماله في يده على وجه لو تلف لم يجب بدله، و المالك ينكر. فان قيل: المالك أيضاً يدعى على العامل شغل ذمته بماله، و الأصل البراءة. قلنا: زال هذا الأصل بتحقيق إثبات يده على مال المالك، المقتضى لكونه في العهدة، و الأمر الزائد المقتضى لانتفاء العهدة لم يتحقق، و الأصل عدمه. و فيه: أن

قوله (ص): «على اليد ..»

يختص بما إذا كان

(١) مستدرک الوسائل باب: ١ من أبواب كتاب الوديعه حديث: ١٢.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٤١١

.....

المال المأخوذ مال الغير، و هو خلاف دعوى المالك، إذ في القرض لا يكون المال مال الغير، بل يكون مال نفسه، و لذا يكون ضمان المال بالقرض لا باليد، و كذا ضمان المبيع يكون بالبيع لا باليد، و يسمى ضمان المعاوضة.

فتقديم قول المالك يتوقف على أصالة احترام مال المسلم على نحو يقتضى ضمانه مطلقاً و هي غير ثابتة.

و إن كان قد يشهد بها

مصحح إسحاق بن عمار قال: «سألت أبا الحسن (ع) عن رجل استودع رجلاً ألف درهم فضاقت، فقال الرجل كانت عندي وديعة، و قال الآخر: إنما كانت لي عليك قرضاً، فقال (ع):

المال لازم له إلا أن يقيم البينة أنها كانت وديعة» (١).

لكن استفادة الكلية من المصحح غير ظاهرة، و إن كان ظاهر المشهور ذلك. فقد ذكر الأكثر أنه إذا اختلف المالك و الراكب في أنه عاريه أو إجاره، فالقول قول مدعى الإجاره، و علله في الجواهر بأصالة احترام مال المسلم كدمه و عرضه، بمعنى الحكم بضمانه على من هو عنده. و فيه:

أن احترام مال المسلم إنما هو بمعنى عدم جواز التصرف فيه - كما هو معنى احترام دمه و عرضه - لا بمعنى ضمانه على من هو عنده، فإنه لا دليل عليه غير عموم:

«على اليد ..»

الذى قد عرفت اختصاصه بمال الغير الذى لا يشمل المقام بعد ادعاء المالك أنه قرض. لكن في الجواهر:

«الظاهر أنه مفروغ منه في غير المقام، كما لا يخفى على من أحاط خبراً بأفراد المسألة في الأبواب المتفرقة». و لكنه مشكل. و كأنه لذلك كان ما عن الشيخ و ابن زهرة و أول الشهيدين و الأردبيلي و الخراساني القول بقبول قول الراكب بيمينه في المسألة المذكورة، عملاً بأصالة البراءة، الموافق لقول الراكب. و إن كان يشكل ذلك: بأن أصالة

(١) الوسائل باب ٧ من كتاب الوديعه حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٤١٢

.....

البراءة أصل مسيبي، و هو محكوم للأصل السببي، و هو أصالة عدم الإعارة الموجب لكونه قد استوفى منافع العين بلا- إذن من المالك، فيرجع إلى أصالة ضمان المنافع بالاستيفاء، الذي عرفت الإشارة إلى أنه من المرتكزات العقلائية التي استقر عليها بناء المتشرعة و عملهم، و حينئذ لا مجال لأصالة البراءة معه. إلا أن يقال: على تقدير صحة قول المالك فضمن المنافع يكون بالإجارة لا بالاستيفاء، نحو ما ذكرناه في المقام، من أنه على تقدير قول العامل يكون الضمان بالقرض لا باليد. و حينئذ يشكل البناء على ضمان العامل في المقام لأجل دعوى استيفائه منافع غيره، كالإشكال في البناء على ضمان الراكب، على ما عرفت.

اللهم إلا أن يدعى الارتكاز العقلائي في أمثال المقام على ضمان العين و المنفعة بالبدل، و إن كان المالك يدعى الضمان الخاص، فيضمن الراكب قيمة المنفعة دون الأجرة التي يدعيها المالك، و يضمن المتبهي قيمة العين لا الثمن الذي يدعيه المالك فيما إذا اختلفا في أنه هبة أو بيع و أمثال ذلك فيكون من قبيل الحكم الواقعي جعله الشارع للحاكم لحسم النزاع و فصل الخصومة مع ثبوت الحكم الواقعي الأولي بحاله، و لا- تنافى بين الحكمين فإن الأول يدعو إلى العمل به و رفع النزاع، و الثاني يدعو إلى العمل به على فرض النزاع، فيحرم أخذ المالك للبدل على تقدير العارية، و يحرم امتناع الراكب من دفع الأجرة على تقدير الإجارة واقعاً، فالحكم الواقعي بحاله و إن ثبت في حق الحاكم معه حكم يخالفه في حال النزاع و يحتمل بعيداً أن يكون من قبيل الصلح القهري. و كيف كان فهذا الارتكاز غير بعيد، فالعمل به لازم.

لكن الظاهر اختصاصه بصورة دعوى الاستحلال، مثل دعوى الهبة في مقابل دعوى البيع، أو دعوى العارية في مقابل دعوى الإجارة، أما

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٤١٣

[مسألة ٦١: لو ادعى المالك الإبضاع و العامل المضاربة يتحالفان]

(مسألة ٦١): لو ادعى المالك الإبضاع و العامل المضاربة يتحالفان (١) و مع الحلف أو النكول منهما يستحق العامل أقل

إذا لم يكن استحلال- مثل المقام- فلا دليل على الضمان المذكور، بل الارتكاز لا يساعد عليه. و كذلك مورد مصحح إسحاق المتقدم

، فان الحكم فيه على خلاف الارتكاز، فيقتصر على مورده لا غير.

(١) كما في التذكرة: أنه أقرب، و عن الإيضاح: أنه الأصح.

و في القواعد: أن القول قول العامل، لأن عمله له، فيكون قوله مقدماً فيه. انتهى. لكن التعليل المذكور معارض بمثله بالنسبة إلى المالك، فان المال للمالك، فيكون قوله مقدماً فيه أيضاً. مع أنه لا يرجع إلى محصل لأن من يكون القول قوله يجب أن يكون قوله

موافقاً للحجة، و مجرد كون العمل للعامل لا يقتضى أن يكون قوله موافقاً للحجة، كما أن كون المال للمالك لا يقتضى أن يكون قوله موافقاً للحجة.

نعم لما كان المال للمالك فالأصل فى نمائه و ربحه أن يكون للمالك أيضاً لأنه تابع له، فدعوى العامل الاستحقاق لحصة من الربح خلاف الأصل المذكور، فيكون قوله مخالفاً للحجة فيكون مدعياً، و يكون المالك من هذه الجهة منكرًا. كما أن دعوى المالك الإبزاع مجاناً خلاف الأصل، المقتضى لضمان عمل العامل بالاستيفاء، فيكون المالك من هذه الجهة مدعياً و العامل منكرًا، فيكون المقام من التداعى و التناكر من الجانبين، فإذا حلفا بطلت دعوى العامل الاستحقاق للحصة، فيكون الربح كله للمالك، كما بطلت دعوى المالك كون البضاعة مجانية، فيتعين الرجوع إلى قاعدة: ضمان عمل العامل على من استوفاه.

و هذا البيان بعينه جار فيما لو اختلف الراكب و المالك فى كون الدابة عارية أو مستأجرة، فإنه أيضاً يرجع إلى أصالة ضمان المنفعة المستوفاه

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٤١٤

الأميرين من الأجرة و الحصة من الربح (١)، و لو لم يحصل ربح

بأجرة المثل، لا- بالأجرة التى يدعيها المالك. و قد عرفت أنه لا يشكل ذلك فى المقام و فى المثال المذكور و أمثالهما بأن أجرة المثل غير مدعاة لأحد الخصمين بل ينكرها كلاهما. لما عرفت من أن الحكم بضمان أجرة المثل نظير الصلح القهرى فى حسم الخصومة ليس مبنياً على إثبات الحق المدعى.

هذا بناء على أن المراد من البضاعة التى يدعيها المالك كون العمل بلا أجرة- كما نسب إلى ظاهر الأصحاب، و تقدم ذلك فى أول الكتاب- أما إذا كان المراد من البضاعة العمل بأجرة المثل- كما هو ظاهر المصنف بقرينه ما سيأتى فى ذيل المسألة- فادعاء المالك البضاعة يقتضى اعترافه باستحقاق العامل الأجرة، فإذا ادعى العامل الحصة و أنكر الأجرة و بطلت دعواه يمين المالك يكون إنكاره منافياً ل-اعتراف المالك، فيسقط، كما هو الحكم فيما لو أقر بشىء فأنكر المقر له ذلك، للتنافى الموجب للسقوط، نظير الحجتين المتعارضتين. لكن يتعين بعد ذلك الرجوع إلى قاعدة: ضمان عمل العامل على من استوفاه- كما فى الفرض السابق- و يكون للعامل أجرة المثل لذلك. و على هذا لا يكون المالك مدعياً لأنه معترف للعامل باستحقاق الأجرة، لا أنه يدعى عليه شيئاً، بل ذكر هذا الاعتراف للتخلص من دعوى العامل استحقاق الحصة، فيكون منكرًا لا غير.

(١) كما صرح بذلك فى القواعد و غيرها على تقدير القول بالتحالف و وجهه أن الأجرة إن كانت أقل من الحصة فلائ الحصة قد انتفت يمين المالك، فلا تجب عليه، و إن كانت الحصة أقل فلاقرار العامل بعدم استحقاق غيرها فيجوز للمالك أن يقتصر على دفعها بدلاً عن الأجرة إلزاماً للعامل بإقراره بالحكم الاولى الذى اقتضاه عموم: ضمان العمل بالأجرة، هو الأجرة، لكن يجوز للمالك أن يعطى العامل الحصة التى

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٤١٥

.....

يدعيها إلزاماً له بإقراره، فلا يجب عليه إعطاؤه أجرة المثل.

و فى بعض الحواشى فى تعليل الحكم فيما لو كانت الحصة أقل من الأجرة. بأن الحصة هو المتفق عليه بينهما، و بالنسبة إلى الزائد عليها يقر المالك للعامل [١] بما ينفى استحقاقه له، و يندرج المقام فيما لو تعارض إقرار المقر و إنكار المقر له. و فيه: أن الأجرة

مباينة للحصة، و ليسا من قبيل الأقل و الأكثر، و ليس هناك منهما شيء متفق عليه بين العامل و المالك. و أما وجه اندراج المسألة فيما لو تعارض الإقرار بإنكار المقر له فهو أن المالك لما نفى الحصة التي يدعيها العامل، فكان حكمه ضمان العمل بالأجرة كان قد أقر بثبوت الأجرة، و العامل لما ادعى الحصة فقد أنكر الأجرة، فالأجرة مورد إقرار المالك و إنكار العامل، فالمراد من قوله: «بما ينفي استحقاقه له» بما ينفي العامل استحقاقه له.

هذا و ما ذكره و إن كان صحيحاً، لكن لا يدخل فيما لو تعارض الإقرار بالإنكار، لاختصاص ذلك بما إذا لم يكن تداع بل كان إقرار و إنكار، كما إذا أقر زيد بأن عليه درهماً لعمرو، فأنكر عمرو ذلك، فان التحقيق تعارض الإقرار بالإنكار، فيبطل الإقرار و لا يؤخذ به. أما المقام فلما كان بين المقر و المنكر تداع و خصام و لا بد من حسم الخصومة تعيين الرجوع الى قاعدة: ضمان عمل المسلم بالأجرة، و يجب البناء على الأجرة لذلك، فلا يسقط إقرار المالك بالأجرة بإنكار العامل لها، و إلا لزم سقوط الأجرة و الحصة معاً- سقوط الأجرة بإنكار العامل، و سقوط الحصة بيمين المالك- فلا شيء للعامل حينئذ، و هو خلاف مبنى الكلام من ثبوت شيء على العامل للمالك، و الخيار يكون للمالك بين أن يدفع الأجرة

[١] كذا في الحاشية المذكورة، و هي حاشية المرحوم النائيني (قده). و الظاهر أن حق العبارة (يقر العامل للمالك ..). و لعله من خطأ النسخة المطبوعة (الناشر).

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٤١٦

فادعى المالك المضاربة لدفع الأجرة (١)، و ادعى العامل الإيضاع استحق العامل بعد التحالف (٢) أجرة المثل لعمله.

[مسألة ٦٢: إذا علم مقدار رأس المال و مقدار حصة العامل]

(مسألة ٦٢): إذا علم مقدار رأس المال و مقدار حصة العامل، و اختلفا في مقدار الربح الحاصل، فالقول قول العامل (٣). كما أنهما لو اختلفا في حصوله و عدمه كان القول قوله (٤). و لو علم مقدار المال الموجود فعلا بيد العامل، و اختلفا في مقدار نصيب العامل منه، فان كان من جهه

و بين أن يدفع الحصة المباينة لها، سواء كانت قيمتها أكثر أم أقل، عملاً بإقرار العامل باستحقاقها، فلا يختص جواز دفع الأجرة بما إذا كانت أقل قيمة.

و لعل هذا هو المراد من قول المصنف: «يستحق العامل ..»

و ليس على ظاهره، فان العامل انما يستحق بحكم الحاكم الأجرة لا غير، و لكن يجوز للمالك أن يدفع له الحصة التي يدعيها عملاً بإقراره، سواء كانت قيمتها أقل أم أكثر.

(١) يعنى: للتخلص من الأجرة اللازمة له على تقدير الإيضاع.

(٢) لا يخفى أن دعوى المالك المضاربة إذا كان يقصد بها دفع الأجرة عن نفسه، فيكون العمل بلا- عوض، كان حينئذ مدعياً، لمخالفة قوله لأصالة ضمان عمل العامل، و كان العامل المدعى للأجرة منكرًا، لموافقة قوله للأصل المذكور، فاذا لم يتم المالك البينة على المضاربة حلف العامل و ثبتت له الأجرة، فالمقام من باب المدعى و المنكر عكس المسألة السابقة، التي كان العامل فيها مدعياً و المالك منكرًا.

(٣) لأنه أمين. و لأصالة عدم الربح الزائد على ما يدعيه العامل.

(٤) لما ذكر

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٤١٧

الاختلاف في الحصة أنها نصف أو ثلث فالقول قول المالك (١) قطعاً، وإن كان من جهة الاختلاف في مقدار رأس المال فالقول قوله أيضاً، لأن المفروض أن تمام هذا الموجود من مال المضاربة أصلاً وربحاً، ومقتضى الأصل كونه بتمامه للمالك (٢) إلا ما علم جعله للعامل. و أصالة عدم دفع أزيد من مقدار كذا إلى العامل لا تثبت كون البقية ربحاً (٣). مع أنها معارضة بأصالة عدم حصول الربح أزيد من مقدار كذا (٤)، فيبقى كون الربح تابعاً للأصل إلا ما خرج.

[(مسائل)]

إشارة

(مسائل:)

[(الأولى: إذا كان عنده مال المضاربة فمات)]

(الأولى: إذا كان عنده مال المضاربة فمات فان علم بعينه فلا إشكال (٥)، و إلا فإن علم بوجوده في التركة الموجودة من غير تعيين فكذلك، و يكون المالك شريكاً مع الورثة بالنسبة (٦)، و يقدم على الغرماء إن كان الميت مديوناً،

(١) كما سبق، لما سبق.

(٢) لأصالة تبعية الربح للأصل.

(٣) لأنه من اللوازم العقلية التي لا تثبت إلا بناء على حجية الأصل المثبت.

(٤) هذا الأصل أيضاً لا يثبت كون الربح الموجود للمالك إلا بناء على الأصل المثبت، و حينئذ لا يكون حجة حتى يعارض و يعارض به. و لو بنى على حجته للاكتفاء بالسببية العقلية صحت المعارضة، و بقي أصل تبعية الربح للمال- الذي هو أصل مسيبي - بحاله.

(٥) و في الجواهر: «بلا خلاف و لا إشكال». و يقتضيه أصالة بقاء المال على ملك مالكة.

(٦) قال في الشرائع: «فإن علم مال أحدهم بعينه كان أحق به،

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٤١٨

.....

و إن جهل كانوا فيه سواء»، و في الجواهر في شرحه: «بمعنى أنه يقسم بينهم على نسبة أموالهم كما في انقسام غيرهم من الشركاء»، و في الحدائق:

نسب هذا المعنى إلى الأصحاب، و في جامع المقاصد: «إن علم بقاء المال في جملة الشركة و لم تعلم عينه بخصوصه فصاحبه كالشريك»، و نحوه عبارة غيره. و يظهر من الجميع أن الاشتباه في المقام يقتضى الاشتراك حتى مع عدم الامتراج، و هو غير ظاهر، بل يشكل حتى مع العلم بالامتراج في المثليات، مثل وضع ثوب في أثواب، فإنه لا يوجب الاشتراك إذا عرف بعينه، و كذا إذا اشتبه بغيره، فإنه لا دليل على هذا الاشتراك.

وفي الحدائق والرياض وغيرهما: الاستدلال على ذلك بالخبر، وهو

رواية السكوني عن جعفر (ع) عن آبائه (ع) عن علي (ع): «أنه كان يقول: من يموت وعنده مال مضاربة، قال (ع): إن سماه بعينه قبل موته، فقال: هذا لفلان، فهو له، وإن مات ولم يذكر فهو أسوة الغرماء» (١).

وظاهره تعلق حق المالك بالتركة تعلق حق الغريم بها، ومن المعلوم أن الغريم إذا أعطى ماله بطل حقه ولم يجز له المطالبة بجزء من عين التركة، فضلاً عن كونه شريكاً فيها، فالخبر لا دلالة فيه على مشاركة المالك للورثة في التركة، فضلاً عن مشاركة المالكين بعضهم مع بعض في مجموع أموالهم مع اشتباه بعضها ببعض، كما ذكر الجماعة، وقد عرفت أنه لا دليل على حصول الشركة بالاشتباه. بل الخبر الوارد في الدراهم المودعة

«٢» يقتضى خلاف ذلك، إذ لو كان الامتزاز يقتضى الاشتراك في المثليات حتى مع الاشتباه كان اللازم أن يكون لصاحب الدرهم ثلث الدرهمين الباقيين، لاربعمهما، كما ذكر في النص، فدل ذلك على نفى

(١) الوسائل باب: ١٣ من كتاب المضاربة حديث: ١.

(٢) الوسائل باب: ١٢ من كتاب الصلح حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٤١٩

لوجود عين ماله في التركة (١). وإن علم بعدم وجوده في تركته ولا في يده، ولم يعلم أنه تلف بتفريط أو بغيره أو رده

الاشتراك. ولعله يأتي في مباحث الشركة ماله نفع في المقام.

ويحتمل حمل الخبر على صورة عدم العلم بوجود مال المضاربة في ضمن التركة، فيكون مفاد الخبر ضمان العامل للمال إذا علم أنه في يده في حال الموت. ولعل الوجه في هذا الضمان تقصيره في عدم الوصية به، ولا يشمل صورة ما إذا علم بأنه في ضمن التركة، بل في هذه الصورة يرجع إلى القرعة.

وبالجمله هنا صور: (الاولى): أن يموت وعنده أموال متعددة مختلطة لمالكين. وظاهر الأصحاب الحكم بالاشتراك بينهم فيها على نسبة أموالهم. (الثانية): أن يموت وعنده مال لمالك واحد مختلط بالتركة و ظاهرهم مشاركة المالك للورثة بالمجموع على النسبة، كما صرح بذلك المصنف (قده). وهذان الحكمان لا يقتضيهما الأصل، ولا الخبر (الثالثة):

أن يموت وعنده مال المضاربة ولم يعلم أنه في ضمن التركة. بل يحتمل ذلك ويحتمل خلافه، ولا يبعد أن تكون هذه الصورة هي مورد الخبر، وإن كان إطلاقه يقتضى عموم الحكم لجميع الصور. وحينئذ يكون بناء الجماعة على الاشتراك في صورتين الأوليين غير ظاهر، وأشكل منه دعوى جماعة أنه مفاد الخبر. نعم في القواعد: «لومات العامل ولم يعلم بقاء مال المضاربة بعينه صار ثابتاً في ذمته، وصار صاحبه أسوة الغرماء، على إشكال» وهو تعبير بمتن الخبر، لكن في مطلق عدم العلم ببقاء مال المضاربة بعينه، والحديث يختص بصورة العلم ببقاء مال المضاربة في يده وعدم معرفته بعينه، فلو اقتصر عليها كان ذلك عملاً بالخبر.

(١) ولم يخرج عن ملكه، فلا يكون وفاء عن ذمته الميت.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٤٢٠

على المالك، فالظاهر عدم ضمانه (١) وكون جميع تركته للورثة، وإن كان لا يخلو عن إشكال بمقتضى بعض الوجوه الآتية (٢). و أما إذا علم ببقائه في يده إلى ما بعد الموت ولم يعلم أنه موجود في تركته الموجودة أولاً- بأن كان مدفوناً في مكان غير معلوم أو عند شخص آخر أمانة أو نحو ذلك- أو علم بعدم وجوده في تركته مع العلم ببقائه في يده (٣)- بحيث لو كان حياً أمكنه الإيصال إلى المالك- أو شك في بقاءه في يده وعدمه أيضاً، ففي ضمانه في هذه الصور الثلاث وعدمه خلاف وإشكال على اختلاف

مراتبه، وكلمات العلماء في المقام و أمثاله- كالرهن و الوديعة و نحوهما- مختلفة (٤). و الأقوى الضمان في صورتين الأوليين. لعموم

قوله (ع): «على اليد ما أخذت حتى تؤدي» (١)

حيث أن الأظهر شموله للأمانات أيضاً. و دعوى: خروجها لأن المفروض عدم الضمان فيها.

(١) لأصالة البراءة من الضمان.

(٢) يعني عموم:

«على اليد..»

إذ لا يعتبر فيه أن يكون حال الموت، ضرورة صدقه مع كون اليد في بعض آتات الحياة. و على هذا كان اللازم على المصنف القول بالضمان فيه، كما في الصور الآتية.

(٣) هذا مشترك بين هذه الصورة و ما قبلها. و الاختلاف بينهما في العلم بعدم الوجود في التركة في الصورة الثانية و عدم العلم بذلك في الصورة الأولى.

(٤) قال في الشرائع: «إذا اعترف بالوديعة ثم مات و جهلت

(١) مستدرک الوسائل باب: ١ من كتاب الغصب حديث: ٤.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٤٢١

مدفوعة: بأن غاية ما يكون خروج بعض الصور منها (١)،

عينها قيل: يخرج من أصل تركته. و لو كان له غرماء و ضاقت التركة حاصّة بهم المستودع. و فيه تردد، و في المسالك: نسب الأول إلى المشهور و استدلل على الضمان بعموم:

«على اليد..»

، و لأنه بترك التعيين مفراط، و لأن الأصل بقاؤها في يده إلى الموت، فتكون من جملة تركته فإذا تعذر الوصول إلى عينها وجب البديل فتكون بمنزلة الدين. ثم ذكر أن التردد يحتمل أمرين (الأول): أن يكون في أصل الضمان، فان الاعتراف بها إنما يقتضى وجوب الحفظ، لا الضمان. (و الثاني): أن يكون في كيفية الضمان، لأن بقاءها بمقتضى الأصل إنما يقتضى كونها من جملة التركة، غايته أن عينها مجهولة، فيكون مالها بمنزلة الشريك، ثم قال: «و الأقوى أنه إن علم بقاء عينها إلى بعد الموت و لم يتميز قدم مالها على الغرماء، و كان بمنزلة الشريك، و إن علم تلفها بتفريط فهو أسوأ الغرماء، و إلا فلا ضمان أصلاً»، و نحو ذلك كلامهم في وجوب الأشهاد على الوديعة إذا ظهر للمستودع اماره الموت، أو وجوب الوصية بها حينئذ، و أنه يحصل الضمان بترك الإشهاد، أو بتركه و ترك الوصية معاً، أو لا يحصل حتى مع تركهما معاً. فلاحظ كلماتهم في المقامين.

(١) من البعيد جداً أن يكون خروج الأمانات من باب التخصيص، فان المتعارف في اليد هو يد الأمين، كالمرتهن و المستعير، و المستودع، و الأجير على عمل في العين، و المستأجر للعين لاستيفاء منافعها، و الملتقط و الوصي، و الولي، و الشريك، و عامل المضاربة، و العامل في المزارعة و المساقاة و الجعالة.. إلى غير ذلك، و يد غير الأمين مختصة بالغاصب و القابض بالسوم، فلو أريد

من اليد العموم لزم تخصيص الأكثر، لندرة

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٤٢٢

كما إذا تلفت بلا- تفريط أو ادعى تلفها كذلك (١) إذا حلف و أما صورة التفريط و الإلتلاف و دعوى الرد في غير الوديعة (٢) و دعوى التلف و النكول عن الحلف (٣) فهي باقية تحت العموم (٤)

اليد في الموردين المذكورين. فلا بد أن يكون المراد من اليد في قوله (ص) «على اليد ..»

اليد المبنية على الرد، فلا يشمل اليد المبنية على الإبقاء و ترك الأداء، و حينئذ لا يشمل يد الأمين المفروضة في المقام، و يتعين الرجوع إلى أصالة البراءة.

(١) هذا راجع إلى ما قبله. و الاختلاف بينهما من قبيل الاختلاف بين مقامى الثبوت و الإثبات.

(٢) أما في الوديعة فيظهر منهم التسالم على قبولها باليمين. مثل دعوى التلف، و هذا الإجماع هو العمدة في القبول. أما إذا ادعى الرد في غير الوديعة لم تسمع دعواه على المشهور، لعدم الدليل على سماعها، فيشمله عموم: البيئنة على المدعى. و ما دل على قبول قول الأمين أو قول ذى اليد مختص بما كان متعلقاً بما في اليد، فلا يشمل ما كان متعلقاً بالمالك فإذا لم يقيم البيئنة كان ضامناً للعين. و كأنه للخيانة. و لكنه غير ظاهر كلياً لجواز الاشتباه منه في دعوى الرد.

(٣) ثبوت الضمان في هذه الصورة كأنه لأجل تحقق الخيانة. و لكنه غير ظاهر، لجواز أن يكون للتورع عن اليمين. كما يجوز أن يكون اشتباهاً منه في دعوى التلف، فلم تحرز الخيانة.

(٤) قد عرفت أن بقاءها تحت العموم يتوقف على تحقق الخيانة، و هو غير ثابت، فالضمان يكون بحكم الحاكم في مقام حسم النزاع، فلا يكون حكماً واقعياً، بل ظاهري لحسم النزاع، و ليس مما نحن فيه.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٤٢٣

و دعوى: أن الضمان في صورة التفريط و التعدي من جهة الخروج عن كونها أمانة (١)، أو من جهة الدليل الخارجى كما ترى لا داعى إليها. و يمكن أن يتمسك بعموم ما دل على وجوب رد الأمانة (٢) بدعوى: أن الرد أعم من رد العين

(١) لظهور أن ذلك نوع من الخيانة، و هى مقابل الأمانة، فإن المالك اتتمن الأمين على العين، فجعل له ولاية حفظها، فاذن له فى إبقائها عنده لأجل حفظها، فإذا خانه فى ذلك و صار فى مقام تضييعها و ضياعها فقد فات الغرض المقصود للمالك، فتفوت معه الاذن فى البقاء، فىكون داخلاً فى عموم:

«على اليد ..»

الذى قد عرفت أن موضوعه اليد غير المأذونة فى البقاء. فالضمان بالتعدى و التفريط لأجل ذلك. مضافاً إلى النصوص الخاصة الواردة بعضها فى التعدى على الوديعة

«١»، بأن خالف ما أمره به المودع، و أكثرها فى مخالفة العامل فى المضاربة ما أمره به المالك

«٢»، و قد تقدمت. فالخارج من عموم:

«على اليد ..»

الأمين غير الخائن، أما الخائن فهو داخل تحت العموم. لكن لا لما ذكره المصنف (ره) من عموم على اليد للأمانات بل لأن الأمانات الخارجة موضوعاً عن عموم

على اليد

مختصة بغير الخيانة. ثم إن ما ذكره المصنف من التمسك بعموم

«على اليد ..»

على التفصيل المذكور قد سبقه إليه في الجواهر.

(٢) قال الله تعالى (إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا) «٣» لكن الوجوب المذكور تكليفي محض، لا يقتضى ضماناً ولا اشتغال ذمة بالعين، ليتعلق ذلك الحق بالتركة. ولذا لا يلتزم أحد بأن وجوب رد

(١) الوسائل باب: ٥ من كتاب الوديعة حديث: ١.

(٢) راجع الوسائل باب: ١ من كتاب المضاربة.

(٣) النساء: ٥٨.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٤٢٤

و رد البدل (١)، و اختصاصه بالأول ممنوع ألا ترى أنه يفهم من قوله (ع): «المغصوب مردود»

«١» وجوب عوضه عند تلفه (٢) هذا مضافاً إلى

خير السكوني عن علي (ع) أنه كان يقول: «من يموت و عنده مال مضاربة قال: إن سماه بعينه قبل موته فقال هذا لفلان فهو له، و إن

مات و لم يذكر فهو أسوة الغرماء» «٢»

(٣). و أما الصورة الثالثة: فالضمان

الأمانات المتوجه للأمين حين المطالبة موجب لضمانه، فإذا تلفت العين حين الرد كان ضامناً لها، فليس هو إلا وجوب تكليفي لا غير.

و هذا بخلاف عموم:

«على اليد ..»

. ثم إن من المعلوم أن وجوب رد الأمانات يختص بصورة مطالبة المالك و عدم إذنه في بقاء العين، و ذلك منتف بالنسبة إلى العامل

في حال حياته، و أما بالنسبة إلى الوارث فلعدم كونه مؤتمناً من قبل المالك على العين و لم يتسلمها منه لا يشملها الدليل، فضلاً عن

أن يقتضى ضمانه.

(١) هذه الدعوى لا- تجدى في وجوب الرد على الوارث ما لم يثبت الضمان على الموروث، و إلا- فهو كالأجنبي خارج عن هذا

التكليف.

(٢) هذا أول الكلام، بل هو ممنوع، كما فيما قبله، و فهم البدل من جهة ضمان المغصوب، لا من جهة وجوب رده.

(٣) رواه الشيخ عن محمد بن محبوب عن أحمد عن البرقي عن النوفلي عن السكوني عن جعفر (ع) عن آبائه عن علي (ع) و الاشكال

على التمسك بالحديث من وجهين (الأول): السند، فإن النوفلي لم يثبت توثيقه. (و الثاني): الدلالة، إذ منصرف الحديث صورة وجود

مال

(١) الوسائل باب: ١ من كتاب الغصب حديث: ٣.

(٢) الوسائل باب ١٣ من كتاب المضاربة حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٤٢٥

فيها أيضاً لا يخلو عن قوة، لأن الأصل بقاء يده عليه إلى ما بعد الموت (١) و اشتغال ذمته بالرد عند المطالبة (٢)، و إذا لم يمكنه ذلك

لموته يؤخذ من تركته بقيمته. و دعوى: أن

المالك مشتبهها، فيكون الحكم وارداً لعلاج المال المشتبه، لا أنه وارد لعلاج خسارة مالك مال المضاربة.
(١) يشكل بأن عموم اليد إذا كان يقتضى الضمان فى الأمانات فلا حاجة الى أصالة بقاء يده عليه فى إثبات الضمان، لتحقق اليد من أول الأمر، و لم يثبت ما يوجب الخروج عنه، و هو صورة تلفه بلا تفريط.
نعم إذا كان الموجب للضمان اليد حال الموت احتيج إلى إثبات ذلك.

لكنه غير ظاهر. و قد أشار إلى ذلك المصنف فى صدر المسألة. لكنه لم يعتن به و قوى خلافه. هناك. نعم إذا كان المستند فى الضمان خبر السكونى
فأجل أن موضوع الضمان فيه أن يموت و عنده مال مضاربة، فإذا شك فى بقاء المال عنده حال الموت جرى الاستصحاب فى إثباته، لكونه موضوع أثر شرعى، فيترتب بالأصل أثره
(٢) إشارة الى ما تقدم منه من الاستدلال على الضمان بوجوب رد الأمانات، فيراد من الأصل عموم الرد المقتضى لاشتغال ذمته. لكن الأصل هنا بمعنى العموم لا يتناسب مع الأصل السابق و هو الاستصحاب، ليصح العطف. مع أنه مشروط بالمطالبة، كما عرفت، و هى منتفية. و يحتمل أن يريد به الاستصحاب، فيكون معطوفاً على «يده» لا على «بقاء» لكنه بعيد، لأن الاشتغال بحدوثة يقتضى الرد لو فرض تحقق المطالبة و إن لم يجر الاستصحاب، لكفاية الاشتغال السابق فى حكم العقل بوجوب الرد و لو أريد استصحاب الاشتغال بالرد بعد الموت فأشكاله ظاهر، لانقضاء التكليف بالموت.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٤٢٦

الأصل المذكور معارض بأصالة براءة ذمته من العوض، و المرجع بعد التعارض قاعدة اليد المقتضية لملكيته. مدفوعة:
بأن الأصل الأول حاكم على الثانى (١). هذا مع أنه يمكن الخدشة فى قاعدة اليد: بأنها مقتضية للملكية (٢) إذا كانت مختصة (٣)، و فى المقام كانت مشتركة، و الأصل بقاؤها

(١) لأن الأول موضوعى و الثانى حكمى. لكن عرفت أن الأول لا مجال له، لعدم الأثر لمورده، و عموم:
«على اليد ..»

لا- مجال للعمل به فى يد الأمين، فالمتعين الرجوع إلى أصالة عدم التعدى و التفريط الموجبين للضمان فينتفى الضمان بها، لا إلى أصالة البراءة لأنها أصل مسببى لا مجال له مع الأصل السببى و إن كان موافقاً له.

(٢) الملكية ليست موضوعاً للكلام، بل موضوعه الضمان و اللاضمان سواء كانت ملكية أم لم تكن، فقاعدة اليد المقتضية للملكية لا توافق أحد الأصلين و لا- تخالفه، فالرجوع إليها بعد المعارضة غير ظاهر. مع أن اليد إذا جرت كانت مقدمة على كل من الأصلين المذكورين، لا أن الرجوع إليها يتوقف على سقوط الأصلين.

(٣) الظاهر من قوله «مختصة» أن تختص بمال ذى اليد، فى مقابل المشتركة التى يكون فيها ماله و مال غيره و هو أيضاً خلاف عموم:
«على اليد ..»

. مع أن لازمه امتناع التمسك بها غالباً، لأن الشك فى ملكية ما فى اليد مساوق للشك فى الاختصاص، لأنه إذا كان ما فى اليد مملوكاً لغير ذى اليد فقد كانت مشتركة، فالشك غالباً يكون فى الاختصاص و الاشتراك، و إذا لم يحرز الاختصاص لم يجز التمسك بها، للشك فى عنوان الدليل. إلا أن يراد من المختصة ما لم تكن معلومة الاشتراك.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٤٢٧

على الاشتراك (١). بل فى بعض الصور يمكن أن يقال:

إن يده يد المالك من حيث كونه عاملاً له، كما إذا لم يكن له شيء أصلاً فأخذ رأس المال و سافر للتجارة و لم يكن في يده سوى مال المضاربة، فإذا مات يكون ما في يده بمنزلة ما في يد المالك، و إن احتمل أن يكون قد تلف جميع ما عنده من ذلك المال (٢) و أنه استفاد لنفسه ما هو الموجود في يده. و في بعض الصور يده مشتركة بينه و بين المالك كما إذا سافر و عنده من مال المضاربة مقدار و من ماله أيضاً مقدار. نعم في بعض الصور لا يعد يده مشتركة أيضاً (٣)، فالتمسك باليد بقول

(١) يعنى: فلا يصح التمسك بها لإثبات الملكية لدى اليد.

(٢) يعنى: فيحكم بأنه مال المالك، فتسقط يده عن الحجية على كونه ماله و تكون حجة على كونه للمالك. و لكن ذلك خلاف عموم دليل حجية اليد، و خلاف المرتكزات العقلائية. و أظهر منه ما لو علم بتبدل العين التي كانت للمالك بعين أخرى، كما إذا كانت بيده دراهم فمات فوجد بيده دنانير، فإنه لا مجال للحكم بأنها ملك المالك، نعم مع وحدة عين المال يحكم بكونه للمالك، لاستصحاب كون اليد أمينة و كون العين لمالكها و كذا في العين المغصوبة، فالغاصب إذا مات و بيده العين التي قد غصبها إذا احتمل أنه قد ملكها بعد الغصب لا يحكم بملكيتها له بل يحكم بملكيتها للمالك لعدم الدليل على حجية اليد على الملكية في المقام فيتعين الرجوع إلى الأصول. أما في صورتين السابقتين فيتعين الرجوع إلى عموم دليل حجية اليد.

(٣) إذا كان المناط في الاشتراك أن يكون بيده ماله و مال

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٤٢٨

مطلق مشكل (١). ثم إن جميع ما ذكر إنما هو إذا لم يكن بترك التعيين عند ظهور أمارات الموت مفراطاً، و إلا فلا إشكال في ضمانه (٢).

[(الثانية): ذكروا من شروط المضاربة التنجيز]

(الثانية): ذكروا من شروط المضاربة التنجيز (٣)، و أنه لو علقها على أمر متوقع بطلت، و كذا لو علقها على أمر

غيره فهذه الصورة غير ظاهرة.

(١) قد عرفت حقيقته.

(٢) للخيانة.

(٣) أهمل ذكر هذا الشرط في المضاربة في الشرائع و القواعد. و في التذكرة: «يجب التنجيز في العقد، فلا يجوز تعليقه على شرط أو صفة مثل: إذا دخلت الدار أو إذا جاء رأس الشهر فقد قارضتكم. و كذا لا يجوز تعليق البيع و نحوه. لأن الأصل عصمة مال الغير». و في جامع المقاصد في المقام: «و اعلم أنه يشترط لصحة العقد التنجيز فلو علقه بشرط كدخول الدار أو صفة كطلوع الشمس لم يصح. و به صرح في التذكرة لانتفاء الجزم المعتبر في العقد» و عن شرح الإرشاد للفخر: أن تعليق الوكالة على الشرط لا يصح عند الإمامية. و كذا سائر العقود جائزة كانت أو لازمة. انتهى. و في المسالك من مبحث اشتراطه التنجيز في الوقف قال: «و اشتراط تنجيزه مطلقاً موضع وفاق، كالبيع و غيره من العقود و ليس عليه دليل بخصوصه .. (الى ان قال): و يستثنى من بطلانه بتعليقه على الشرط ما لو كان الشرط واقعاً و الواقف عالماً بوقوعه كقوله: وقفت إن كان اليوم يوم الجمعة فلا يضر كغيره». و الذي استفاد من ملاحظة كلماتهم في أبواب العقود و الإيقاعات أن إهمال ذكر التنجيز في بعض تلك الأبواب مبني على ما ذكروه في باب آخر من عموم شرطية

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٤٢٩

حاصل إذا لم يعلم بحصوله (١). نعم لو علق التصرف على أمر صح (٢) وإن كان متوقع الحصول. ولا دليل لهم على ذلك (٣) إلا دعوى الإجماع على أن أثر العقد لا بد أن يكون حاصلًا من حين صدوره (٤).

التنجيز للعقود والإيقاعات.

(١) كما يفهم من تعليل جامع المقاصد و من صريح عبارة المسالك.

(٢) بمقتضى عموم الصحة بعد أن لم يكن فيه تعليق لنفس المضاربة و فى الشرائع فى باب الوكالة: «لو نجز الوكالة و شرط تأخير التصرف جاز»، و فى المسالك عن التذكرة: نفى الخلاف فيه، ثم قال فى المسالك: «و هذا و إن كان فى معنى التعليق، إلا أن العقود لما كانت متلقاة من الشارع نيطت بهذه الضوابط، و بطلت فيما خرج عنها و ان أفاد فائدتها».

و يشكل: بأن معنى تعليق الوكالة غير معنى تعليق التصرف مع تنجز الوكالة و اشتراكهما فى بعض الأحكام لا يوجب الاشتراك فى المعنى. و لعل مراد المسالك ما ذكرنا.

(٣) يعنى: اشتراط التنجيز.

(٤) دعوى الإجماع المتقدمة فى عبارتى المسالك و شرح الإرشاد إنما هى على اعتبار التنجيز و مانعية التعليق، و كذلك عبارات غيرهما، مثل ما ذكره فى التذكرة «لا يصح عقد الوكالة معلقاً بشرط أو وصف، فان علقت عليهما بطلت، مثل أن يقول: إن قدم زيد أو إذا جاء رأس الشهر فقد وكلتك، عند علمائنا»، و فى جامع المقاصد: «يجب أن تكون الوكالة منجزة عند جميع علمائنا». و أما الإجماع على أن أثر العقد يجب أن يكون حاصلًا من حين صدوره فلم يدعه أحد فى المقام و لا- فى غيره، و إنما ذكر فى كلام بعضهم تعليلًا للحكم باشتراط التنجيز كما ذكر غيره من

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٤٣٠

و هو إن صح (١) إنما يتم فى التعليق على المتوقع، حيث أن الأثر متأخر، و أما التعليق على ما هو حاصل (٢) فلا يستلزم التأخير، بل فى المتوقع أيضاً إذا أخذ على نحو الكشف (٣)- بأن يكون المعلق عليه وجوده الاستقبالي- لا يكون الأثر متأخرًا (٤). نعم لو قام الإجماع على اعتبار العلم بتحقيق الأثر حين العقد تمّ فى صورة الجهل (٥). لكنه غير معلوم (٦).

الوجود. مع أنه لو كان المستند فى الحكم هو الإجماع على أن أثر العقد يجب أن يكون حاصلًا من حين العقد فهذا الإجماع لا يقتضى اشتراط التنجيز و مانعية التعليق، لأن أثر العقد مع التعليق أثر تعليقى و هو حاصل حال العقد.

(١) لا إشكال أنه صحيح، لامتناع التفكيك بين العلة و المعلول و الأثر و المؤثر. لكن عرفت أنه لا يثبت الدعوى.

(٢) يعنى: إذا لم يعلم بحصوله كما تقدم.

(٣) يعنى: بنحو الشرط المتأخر

(٤) لكنه خارج عن محل كلامهم فى مانعية التعليق على المتأخر، إذ المراد منه ما يكون متأخرًا عن العقد و لوحظ بنحو الشرط المقارن للمعنى الإنشائي، فلا يشمل ما ذكر. هذا إذا كان الشرط معلوم الحصول، كما إذا قال: بعثك إذا كان يجيء رأس الشهر، فان العقد فيه صحيح، و إذا كان مجهول الحصول فهو عين الاشكال السابق، لأنه من التعليق على ما هو حاصل مجهول.

(٥) يعنى: فى صورة التعليق على الشرط المقارن فى صورة الجهل.

(٦) و إن ادعى ذلك فيما تقدم عن جامع المقاصد من اعتبار الجزم، و قبله العلامة فى التذكرة، قال (ره) فى كتاب البيع: «الشرط

الخامس

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٤٣١

.....

من شرائط العقد الجزم، فلو علق العقد على شرط لم يصح و ان كان الشرط المشيئة، للجهل بثبوتها حال العقد و بقائها مدته». و تبعه على ذلك الشهيد فى قواعد، قال (ره): «لأن الانتقال بحكم الرضا، و لا رضا إلا مع الجزم، و الجزم ينافى التعليق». و هذا أحد الوجوه المذكورة تعليلاً لاشتراط التنجيز فى العقود، و دليله غير ظاهر، بل مقتضى عمومات الصحة عدم الشرطية، و ما ذكره الشهيد فى قواعد من أنه لا رضا إلا مع الجزم ممنوع، لأن الرضا على تقدير مجهول حاصل جزماً، فمع العلم بذلك التقدير يحصل العلم بالرضا و يترتب الأثر و هو الانتقال، و لا يتوقف الانتقال على الجزم حال العقد بالرضا، بل يكفى الجزم بعد ذلك بالرضا حال العقد. و هناك وجه ثالث لشرطية التنجيز أشار إليه فى التذكرة فى عبارته المتقدمة التى ذكرها فى كتاب المضاربة من أن الأصل عصمة مال الغير. و سبقه إلى ذلك فى المبسوط و الخلاف، قال فىهما فى مبحث الوكالة:

«من أنه لا دليل على الجواز و الصحة إذا لم تكن منجزة». و فيه: أن إطلاق أدلة الصحة شامل للمعلق كالمنجز، و به يخرج عن الأصل. و الذى يتحصل أمور (الأول): أن المذكور فى كلام الأصحاب (رض) دعوى الإجماع على اعتبار التنجيز لا على شىء آخر. (الثانى): أن المفهوم من كلماتهم فى المواضع المختلفة الاستدلال على ذلك تارة: بأنه لا بد من ترتب أثر العقد حين وقوعه، كما يقتضيه دليل السببية، و التعليق ينافى ذلك.

و أخرى: بأنه يعتبر فى ترتب الأثر على العقد الرضا، و لا يحصل الجزم بذلك إلا مع التنجيز. و ثالثة: بأنه لا دليل على صحة الإنشاء المعلق، و الأصل يقتضى عدم ترتب الأثر عليه. و قد عرفت الاشكال على هذه الوجوه. (الثالث): أن هذه الوجوه مختلفة المفاد من حيث المطابقة للدعوى و المخالفة لها، فالوجه الأول لا يقتضى المنع من التعليق على أمر حالى، مثل:

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٤٣٢

.....

إن كان هذا اليوم الجمعة فقد بعثك، و يختص بالمنع من التعليق على الأمر الاستقبالى، و الثانى لا يقتضى المنع من التعليق على معلوم الحصول مثل:

بعثك إذا جاء شهر رمضان، و يختص بالمنع من التعليق على مجهول الحصول حالياً كان أو استقبالياً، و الثالث يقتضى المنع من التعليق حتى على ما هو معلوم حال العقد مع تصريح غير واحد بصحة التعليق فيه كما تقدم فى بعض العبارات (الرابع): أن الوجوه المذكورة بعد أن لم تكن خالية من الاشكال و لم تكن مطابقة للدعوى فليست هى المستند فى الحكم، بل المستند الإجماع.

هذا و قد يتوهم أن الوجه فى اعتبار التنجيز هو عدم قابلية الإنشاء للتعليق. و فيه: أن التعليق فى العقود و الإيقاعات ثابت فى الشريعة، مثل الوصية التمليلية و العهديّة و التدبير و النذر و العهد و اليمين إجماعاً، بل ضرورة عند أهل العلم. مع أنه راجع إلى تعليق المنشأ، لا تعليق نفس الإنشاء، فقول القائل: بعثك إذا جاء رأس الشهر، يراد به تعليق البيع على مجيء رأس الشهر، لا تعليق إنشاء البيع عليه، و كذلك فى الخبر، فاذا قلت: إذا كانت الشمس طالعة فالنهار موجود كان المراد تعليق وجود النهار على طلوع الشمس، لا- تعليق الاخبار بوجود النهار على طلوع الشمس، فالجزء المعلق على الشرط فى الجملة الشرطية يراد به تعليق مضمونه- أعنى: المخبر به إن كان الجزء خبراً، أو المنشأ إن كان الجزء إنشاءً- لا تعليق نفس الخبر أو الإنشاء، و إذا أريد به تعليق الخبر كان اللازم أن يقول: إن كانت الشمس طالعة أخبرتك بأن النهار موجود، و كذا إذا أراد تعليق الإنشاء، فإنه لا بد حينئذ أن يقول: إذا جاء رأس الشهر أنشأت بيعك، فاذا قال فى الجزء: «بعثك» كان المعلق نفس البيع المنشأ، لا إنشاؤه إذ إنشاؤه مصداق للإنشاء، و المصداق لا يقبل التقييد و

الإطلاق، و انما الذى يقبلهما هو المفهوم. و كذلك الكلام فى الخير فان المصداق منه

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٤٣٣

.....

لا يقبل التقييد و الإطلاق، و انما الذى يقبلهما المفهوم. هذا مضافاً الى أن مصداق الخبير و الإنشاء لم يلحظا لحاظ المعنى الاسمى، فلا يقبلان أن يكونا موضوعاً لإضافة التعليق، و انما الملحوظ لحاظ المعنى الاسمى هو نفس المخبر به و المنشأ فيهما اللذان يقبلان إضافة التعليق.

و من ذلك يظهر الاشكال فيما ذكره بعض الأعيان من أن المعلق فى الجمل الشرطية هو الاخبار بالجزاء أو إنشاء الجزاء. لا نفس المخبر به أو المعنى المنشأ، مستدلاً على ذلك بأنه يلزم الكذب فى قوله تعالى (لَوْ كَانَ فِيهِمَا آلِهَةٌ إِلَّا اللَّهُ لَفَسَدَتَا) «١» لأن الأخبار بالفساد إذا كان مطلقاً غير مقيد بحال كان بلا- مطابق فى الخارج، فيكون كذباً- نعوذ بالله تعالى- فلا بد أن يكون الشرط قيماً للأخبار، لا- للمخبر به، و كذلك الكلام فى الإنشاء لأنهما من باب واحد. و فيه: أن قيود المخبر به ليست على نسق واحد فالقيود التحقيقية يكون الاخبار عن المقيد بها اخباراً عنه و عنها، فتقول: جاء زيد ركباً فرساً، فالأخبار فيه كما يكون عن مجيء زيد يكون عن ركوبه الفرس، أما القيود التعليقية فالأخبار عن المقيد بها لا- يكون اخباراً عنها، فاذا قلت: إذا ركب زيد الفرس جاء، لا يكون إخباراً عن مجيئه و عن ركوب الفرس، و إنما يكون إخباراً عن مجيئه على تقدير ركوب الفرس، و يصدق مع عدم ركوبه للفرس و عدم مجيئه، و لذا قيل صدق الشرطية لا يتوقف على صدق طرفيها. فالإيه الشريفه إخبار عن الفساد على تقدير تعدد الآلهة لا إخبار عن الفساد و تعدد الآلهة كى يلزم الكذب- نعوذ بالله تعالى- فلاحظ و تأمل.

و يحتمل أن يكون الوجه فى بناء الأصحاب على ذلك بناؤهم على أن العقود الصحيحة خصوص المتعارفة، و التعليق خارج عن المتعارف فيها.

(١) الأنبياء: ٢٢.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٤٣٤

ثم على فرض البطلان لا مانع من جواز التصرف و نفوذه من جهة الإذن (١). لكن يستحق حينئذ أجره المثل لعمله، إلا

لكن المبنى ضعيف.

ثم إنه لم يعرف متأمل فى الحكم المذكور أو راد له، سوى ما عن الكفاية من نسبة الحكم الى المشهور، و فى الحدائق: فى المقام الرجوع إلى أصالة عدم الشرطية و ظاهره البناء على العدم. لكن الخروج عن الإجماع و عدم ظهور الخلاف- كما اعترف به فى مجمع البرهان- كما ترى.

(١) قال فى القواعد فى مبحث الوكالة: «و إذا فسد العقد لتعليقها على الشرط احتمل تسويغ التصرف بحكم الاذن»، و فى التذكرة: جعله الأقرب، لأن الإذن حاصل مع الوكالة، و إذا فسدت الوكالة فلا- موجب لارتفاع الإذن، لأن التعليق لا يفسد الاذن، بخلاف الوكالة. و دعوى:

أن الاذن حاصل فى ضمن الوكالة و يمتنع بقاء الضمنى مع زوال المتضمن له. مندفعه: بأن المتضمن للإذن الوكالة الباطلة الحاصلة من المالك، و هى باقية، و عدم صحتها شرعاً لا يقتضى زوالها. و ليس ذلك قولاً بصحة الوكالة مع التعليق، لان بقاء الاذن راجع إلى التوكيل. ضرورة أن الوكالة من العقود و الاذن من الإيقاع، فلا يرجع أحدهما إلى الآخر، فلا مانع من بطلان العقد و صحة الإيقاع.

قال في التذكرة: «و هذا أحد وجهي الشافعية. و الثاني: لا يصح لفساد العقد و لا اعتبار بالأذن الضمني في عقد فاسد. ألا ترى أنه لو باع بيعاً فاسداً و سلم إليه المبيع لا يجوز للمشتري التصرف فيه و إن تضمن البيع و التسليم الأذن في التصرف و التسليط عليه. و ليس بجيد، لأن الأذن في تصرف المشتري باعتبار انتقال الثمن إليه و الملك إلى المشتري، و شيء منهما ليس بحاصل، و إنما أذن له في التصرف لنفسه ليس له الثمن. و هنا إنما

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٤٣٥

أن يكون الأذن مقيداً بالصحة (١)، فلا يجوز التصرف أيضاً.

[الثالثة: قد مر اشتراط عدم الحجر بالفلس في المالك]

الثالثة: قد مر اشتراط عدم الحجر بالفلس في المالك، و أما العامل فلا يشترط فيه ذلك (٢)، لعدم منافاته لحق الغرماء نعم بعد حصول الربح منع من التصرف إلا بالأذن من الغرماء بناء على تعلق الحجر بالمال الجديد (٣).

[الرابعة: تبطل المضاربة بعروض الموت]

الرابعة: تبطل المضاربة بعروض الموت كما مر- أو الجنون أو الإغماء- كما مر في سائر العقود الجائزة-

أذن له في التصرف عن الأذن لا لنفسه» و هو كما ذكر، فإنه قياس مع الفارق.

و على هذا البناء نقول باستحقاق العامل في الإجارة الباطلة أجره المثل و إن كان عالماً بالبطان، إذ لو لم يكن مأذوناً كان تصرفه في العين حراماً، فلا يستحق عليه أجراً، و إنما جاء الأذن من الإجارة الباطلة، و هي غير منتفية، و ليس آتياً من الإجارة الصحيحة كي ينتفى بانتفائها، و هكذا الكلام في جميع العقود الإذنية- كالعارية و الوكالة و الوديعة و الإجارة على العمل و غيرها- إذا بطلت للتعلق جاز التصرف بعد حصول الشرط، لحصول الأذن من العقد المعلق، و بطلانه شرعاً لا يوجب بطلان الأذن و لا انتفاءها. و قد أطال المقدس الأردبيلي في شرح عبارة التذكرة في المقام بما لا يخلو عن نظر، و إن كان لا يخلو من فائدة. فليراجع.

(١) و مع الشك يرجع إلى إطلاق العقد، الموجب لإطلاق الإذن.

(٢) الذي تقدم منه في أول كتاب المضاربة اشتراط عدم الحجر بالفلس في المالك و العامل معاً، على ما هو ظاهر العبارة. و قد تقدم الاشكال عليه في ذلك.

(٣) لاتحاد المناط الموجب للحجر بالمال السابق على الحجر. لكن

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٤٣٦

و ظاهرهم عدم الفرق بين كون الجنون مطبقاً أو أدوارياً (١) و كذا في الإغماء بين قصر مدته و طولها، فان كان إجماعاً و إلا فيمكن أن يقال بعدم البطان في الأدوارى و الاغماء القصير المدّة، فغاية الأمر عدم نفوذ التصرف حال حصولهما، و أما بعد الإفاقة فيجوز من دون حاجة إلى تجديد العقد، سواء

المناط غير ظاهر. و المال الجديد- كالدين الجديد- لم يثبت أن له حكم المال القديم في الحجر عليه، فعموم السلطنة بحاله.

(١) قال في الشرائع في مبحث الوكالة: «و تبطل الوكالة بالموت و الجنون و الاغماء من كل واحد منهما»، و في المسالك في شرحه

قال:

«هذا موضع وفاق. ولأنه من أحكام العقود الجائزة. ولا فرق عندنا بين طول زمان الاغماء وقصره، ولا بين الجنون المطبق والأدوار». وفي الجواهر: نحو ذلك، وفي التذكرة: «ولو جن الوكيل أو الموكل أو أغمى على أحدهما بطلت الوكالة، لخروجه حينئذ عن التكليف، وسقوط اعتبار تصرفه وعباراته في شيء البتة».

ولا يخفى أن الخروج عن التكليف لا دخل له في صحة الوكالة ولا في بطلانها. وأما سقوط اعتبار التصرف فان كان في الوكيل فهو صحيح لكن لا يقتضى بطلان الوكالة وعدم صحة التصرف بعد الإفاقة. وإن كان في الموكل فهو لا يقتضى بطلان الوكالة وعدم صحة تصرف الوكيل في حاله فضلاً عما بعد الإفاقة. فالبطلان لا تقتضيه القواعد العامة. ولذا حكى عن جامع الشرائع: عدم البطلان بالجنون. وكذا في الإغماء ساعة.

لكن الفرق بين الساعة والأكثر غير ظاهر، كالفرق بين الجنون والاعماء في الإطلاق والتقييد بساعة.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٤٣٧

كانا في المالك أو العامل. وكذا تبطل بعروض السفه لأحدهما (١) أو الحجر للفلس في المالك أو العامل أيضاً (٢) إذا كان بعد حصول الربح (٣)، إلا مع اجازة الغرماء.

[الخامسة: إذا ضارب المالك في مرض الموت]

الخامسة: إذا ضارب المالك في مرض الموت صحح وملك العامل الحصه (٤) وإن كانت أزيد من أجره المثل، على الأقوى من كون منجزات المريض من الأصل بل وكذلك على القول بأنها من الثلث (٥)، لأنه ليس مفوتاً لشيء على الوارث، إذ الربح أمر معدوم، وليس مالا موجوداً للمالك، وإنما حصل بسعى العامل (٦)

(١) قال في الشرائع: «وتبطل وكالة الوكيل بالحجر على الموكل فيما يمنع الحجر من التصرف»، ونحوه في القواعد، وحكى عن غيرهما أيضاً. ويظهر منهم التسالم عليه. ولولاه لأشكل ذلك بأن الحجر على الموكل لسفه إنما يمنع تصرف الموكل، لا تصرف الوكيل إذا كان توكيله في حال الرشده.

(٢) لأن أموال المفلس تكون تحت ولاية الحاكم، لا يجوز للمالك ولا لفروعه التصرف فيه إلا بإذن الحاكم أو الغرماء

(٣) إذ الربح من أموال العامل فيحجر عليه فيه إلا بإذن الغرماء.

(٤) لعموم الصحة.

(٥) كما صرح به في القواعد وغيرها، بل يظهر منهم أنه لا خلاف فيه، بل عن صريح مجمع البرهان أو ظاهره أنه لا خلاف فيه، معللين له بما ذكر.

(٦) لكنه نماء مال المالك، فتملكه محاباة تضييع على الوارث،

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٤٣٨

[السادسة: إذا تبين كون رأس المال لغير المضارب]

السادسة: إذا تبين كون رأس المال لغير المضارب - سواء كان غاصباً أو جاهلاً - بكونه ليس له - فان تلف في يد العامل أو حصل

خسران (١) فلمالكة الرجوع على كل منهما (٢)، فان رجوع على المضارب لم يرجع على العامل (٣) و إن رجوع على العامل رجوع إذا كان جاهلا على المضارب و إن

كما إذا آجر أملا-كه بأقل من أجره المثل، إذ المنافع غير موجودة، و إنما يستوفى فيها الأجير في ظرف حصولها. و كذا لو ساقى الفلاح بأكثر من الحصه المتعارفة أو زارع الفلاح بأكثر من الحصه المتعارفة، فإن ذلك كله إضرار عرفاً بمال الوارث. و منه يظهر ضعف ما في القواعد، قال رحمه الله: «و لو شرط المريض ما يزيد عن أجره المثل لم يحسب الزائد من الثلث، إذ المقيد بالثلث التفويت، و ليس حاصلها هنا، لانتفاء الربح حينئذ. و هل المساقاة كذلك؟ إشكال ينشأ من كون النخلة مثمرة بنفسها فهي كالحاصل»، و نحوه ما في غيرها، بل قيل: إنه لا خلاف فيه.

اللهم إلا أن يدعى قصور الأدلة عن شمول مثل ذلك. فلاحظ.

(١) لا يمكن فرض الخسران إلا في ظرف صحه المعامله بالأقل، و الصحه حينئذ لا تكون إلا بإجازة المالك، و حينئذ لا وجه لرجوع المالك على أحد فيه، لأنه بفعله. و لو وقعت معاملتان في إحداهما ربح و في الأخرى خسران فأجاز الأولى دون الثانية كان له الربح و لم يكن عليه خسران.

(٢) لعموم:

«على اليد ..»

حكيم، سيد محسن طباطبائي، مستمسك العروة الوثقى، ١٤ جلد، مؤسسه دار التفسير، قم - ايران، اول، ١٤١٦ هـ ق

مستمسك العروة الوثقى؛ ج ١٢، ص: ٤٣٨

المقتضى للرجوع على كل منهما.

و الظاهر أنه لا خلاف فيه.

(٣) يعنى: إذا رجع المالك على المضارب لم يرجع المضارب على العامل، و نحوه ما في التذكرة، معللا له بأنه أخذه من المضارب على وجه الامانة انتهى. و كلامه هذا يخالف ما ذكره في كتاب الغصب من

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٤٣٩

.....

رجوع الأول إلى الثاني إذا كان عالماً، قال رحمه الله: «ثمّ الثاني إن كان عالماً بالغصب فهو كالغاصب من الغاصب، للمالك مطالبته بكل ما يطالب به الغاصب، فان تلف المغصوب في يده فاستقرار الضمان عليه فلو غرمه المالك لم يرجع إلى الغاصب الأول بشيء .. (إلى أن قال) و لو غرم الأول رجوع عليه»، و في القواعد هنا: «فان طالب الأول رجوع على الثاني مع علمه، لاستقرار التلف في يده، و كذا مع عدم علمه، على إشكال ينشأ من الغرور»، و هو يوافق كلامه في كتاب الغصب فإنه ذكر ما ذكر في التذكرة، قال: «لكن الثاني إن علم بالغصب طوبى بكل ما يطالب به الغاصب و يستقر الضمان عليه إذا تلف عنده، و لا يرجع الى الأول لو رجع إليه، و يرجع الأول إليه لو رجع إلى الأول». نعم ما ذكره في الجاهل من الاشكال من جهة الغرور يخالف ما ذكره في القواعد في كتاب الغصب، قال: «و لو جهل الثاني الغصب فان كان وضع يده يد ضمان - كالعارية المضمونة، و المقبوض بالسوم، و البيع الفاسد - فقرار الضمان على الثاني، و الا فعلى الأول» فإن مقتضى الثاني الجزم بعدم الرجوع و مقتضى الأول الميل إلى الرجوع، و في جامع المقاصد هنا قال:

«لو ظهر استحقاق مال المضاربة و قد تلف في يد العامل بغير تعدد فقرار الضمان على الدافع، لأنه دخل معه على أن التلف بغير تفريط يكون منه، لأن ذلك حكم المضاربة، فيجب الوفاء به، ولا ريب أن الجاهل بالغضب أولى بعدم استقرار الضمان من المقدم على العدوان». وهذا منه يخالف كلامه في كتاب الغضب، فإنه وافق القواعد من رجوع الأول إلى الثاني و عدم رجوع الثاني إلى الأول، لامتيازها عليه بوقوع التلف في يده و مثل ذلك في الاشكال دعوى مفتاح الكرامة نفى الخلاف من كل من تعرض له فيما ذكره مصنفه من رجوع المضارب

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٤٤٠

.....

على العامل إذا كان عالماً مع ما عرفت من التذكرة من عدم الرجوع معللاً بما ذكر.

و كذا الإشكال في تعليلاتهم، فان تعليل التذكرة عدم رجوع المضارب على العامل: بأن العامل أخذه على وجه الامانة، غير ظاهر، فان ذلك حكم من أخذ المال من مالكة بإذنه، لا من أخذ من غير المالك بغير إذن المالك عالماً بذلك، و لذلك قلنا بجواز رجوع المالك عليه و مثله تعليل جامع المقاصد بقوله: «لأنه دخل معه على أن التلف بغير تفريط يكون منه، لان ذلك حكم المضاربة فيجب الوفاء به». إذ فيه: أن الشرط المذكور لم يكن في عقد لازم و لا جائز، و إنما كان في المضاربة الفاسدة لعدم إذن المالك، فكيف يجب الوفاء به؟!.

و كذلك ما ذكر في القواعد هنا من تعليل رجوع المضارب على العامل إذا كان عالماً بقوله: «لاستقرار التلف في يده»، إذ لا يظهر الوجه في اقتضاء ذلك للرجوع عليه، إذ الضمان لم يكن بالتلف، و إنما كان باليد، و الجميع في ذلك سواء، فما وجه رجوع الأول إلى الثاني دون العكس في مسألة تعاقب الأيدي العادية على العين؟! و قد ذكروا في دفع الاشكال وجوهاً، كلها موضع نظر، و قد تعرضنا لذلك في كتاب نهج الفقاهة في بعض مباحث الفضولي، و ذكرنا فيه ما ذكره شيخنا الأعظم في مكاسبه و شيخ المشايخ في جواهره و غيرهما من وجوه دفع الاشكال.

و الأقرب في دفعه أن ذلك من الأحكام العرفية التي أمضاها الشارع لعدم الردع عنها. لكن ثبوت ذلك عرفاً إذا لم يكن الثاني قد أخذ العين قهراً غير ظاهر. نعم لا يبعد ذلك في خصوص ما إذا كان الثاني قد أخذها قهراً. فلاحظ و تأمل.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٤٤١

كان جاهلاً- أيضاً، لأنه مغرور من قبله (١). و إن حصل ربح كان للمالك إذا أجاز المعاملات الواقعة على ماله (٢)، و للعامل أجره المثل على المضارب (٣) مع جهله (٤). و الظاهر عدم استحقاقه الأجره عليه مع عدم حصول الربح، لأنه أقدم على عدم شيء له مع عدم حصوله (٥). كما أنه لا يرجع عليه إذا كان عالماً بأنه ليس له (٦)، لكونه متبرعاً بعمله (٧) حينئذ.

(١) يشير بذلك إلى قاعدة: «المغرور يرجع على من غره» التي هي مضمون النبوي المشهور. نقلًا، و عملاً فقد اشتهر نقله في كتب الفقهاء رضى الله عنهم، و عملوا به في باب رجوع المشتري من الفضولي فيما اغترمه للمالك إذا كان المشتري جاهلاً، و ان ذكروا في وجه الحكم بالرجوع أموراً كثيرة كلها لا تخلو من إشكال، و العمدة هو النبوي المذكور (١).

اللهم إلا- أن يقال: لم يتضح اعتماد المشهور على الحديث بعد أن ذكروا تلك الأمور، فمن الجائر أن يكون اعتمادهم في الحكم بالرجوع عليها لا عليه. و فيه: أن ذلك بعيد، إذ الأمور المذكورة لم تذكر في كلام المشهور، و إنما ذكرت في كلام بعضهم، فلا تكون مستنداً للمشهور.

(٢) و الا لم تصح، فلا ربح. كما أن المالك إذا أجاز نفس المضاربة كان الربح بينه و بين العامل على حسب ما قرر في المضاربة.

(٣) لأنه المستوفى لعمل العامل، فيكون عليه ضمانه.

(٤) قد تقدم في المسألة الثانية والأربعين الإشكال فيه. وسيأتى أيضاً.

(٥) تقدم ذلك في أواخر المسألة الثامنة والأربعين.

(٦) كذا في القواعد والتذكرة وغيرهما.

(٧) هذا غير ظاهر، فإنه لم يقصد التبرع، وإنما قصد الربح ولو تشريعاً، فيكون المضارب قد استوفى عمله، فعليه ضمانه، إلا إذا كان

(١) تقدم التعرض له في الجزء العاشر صفحة: ١٤٤ من هذه الطبعة.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٤٤٢

[السابعة: يجوز اشتراط المضاربة في ضمن عقد لازم]

السابعة: يجوز اشتراط المضاربة في ضمن عقد لازم، فيجب على المشروط عليه إيقاع عقدها (١) مع الشارط (٢) ولكن لكل منهما فسخه بعده. والظاهر أنه يجوز اشتراط عمل المضاربة على العامل، بأن يشترط عليه أن يتجر بمقدار كذا من ماله إلى زمان كذا على أن يكون الربح بينهما، نظير شرط كونه وكيلاً في كذا (٣) في عقد لازم، وحينئذ لا يجوز للمشروط عليه فسخها، كما في الوكالة.

العمل محرماً. لكن العمل في المقام هو البيع والشراء، وهما تصرفان اعتباريان لا خارجيان، فلا يكونان محرمين، فيكونان مضمونين، كما في صورة الجهل بعينها.

(١) لأن الشرط المذكور أخذ بنحو شرط الفعل، وهو إيقاع المضاربة فيجب على المشروط عليه إيقاعها، عملاً بالشرط.

(٢) هذا إذا كان الشرط المضاربة مع الشارط، فإذا كان الشرط المضاربة مع غيره فلا بد من إيقاعها معه.

(٣) الذي هو نظير شرط الوكالة هو شرط المضاربة لا شرط عمل المضاربة، فإن شرط الوكالة من قبيل شرط النتيجة، و شرط العمل من قبيل شرط الفعل، وهما متغايران. والثاني لا إشكال في صحته إذا لم يخالف الكتاب والسنة. والأول في صحته إشكال من وجوه (الأول):

أن الشرط في ضمن العقد مملوك للمشروط له على المشروط عليه، ولهذا صح للمشروط له المطالبة بالشرط. وهذا لا يتأتى في النتائج، من جهة أنها لا تقبل إضافة المملوكية (و الثاني): أن مفاد الشرط حينئذ ملك المشروط له الوكالة مثلاً، و ملك الوكالة لا يقتضى وقوع الوكالة الذي هو مقصود المشتري، فيكون خلفاً. (الثالث): أن بعض النتائج لا تقبل

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٤٤٣

.....

الإنشاء التبعي، فلا يصح أن يبيعه فرساً بدينار بشرط أن تكون بنته زوجة له، لأن الزوجية لا تقبل الإنشاء التبعي. وكذا لو باعه بشرط أن تكون زوجته مطلقة، لأن الطلاق لا يقبل الإنشاء التبعي.. وهكذا فصحة شرط المضاربة يتوقف على كونها مما تقبل الإنشاء التبعي، وهو غير واضح ويدفع الإشكاليين الأولين: أن ملك المشروط له للشرط يختص بشرط الفعل، ولا يكون في شرط النتيجة. نعم لا بد في شرط النتيجة من كون المشروط محبوباً للمشروط له و ان لم يكن مملوكاً له، فشرط النتيجة مجرد إنشاء في ضمن إنشاء على أن يكون قيداً له من دون قصد تملكه للمشروط له.

نعم يبقى الاشكال الثالث، و توضيحه: أن شرط النتيجة في ضمن العقد راجع إلى تقييد المنشأ بالنتيجة، فإذا قلت: بعتك الدار على أن يكون ثمنها بيدك مضاربة، فقد قيدت البيع المنشأ بقيد، و هو المضاربة بثمنه، و بهذا التقييد كنت قد أنشأت المضاربة، لكونها مأخوذة قيدا للمنشأ، لأن إنشاء المقيد إنشاء لقيده، فهذا النحو من الإنشاء ربما يترتب عليه الأثر، فيحصل المنشأ، كما في شرط الوكالة في ضمن البيع، فيما لو قال: بعتك دارى على أن أكون وكيلا على إيجارها، و مثل شرط الملكية مثل. بعتك دارى بألف دينار بشرط أن يكون لى عليك من من السكر أو مثل جميع شرائط الفعل، لما عرفت من رجوع الشرط فيها إلى شرط ملكية الفعل للمشروط له، و ربما لا يترتب عليه الأثر، مثل شرط التزويج و الطلاق، و المائر بين القسمين المرتكزات العرفية، و مع الشك يبنى على عدم ترتب الأثر، للشك فى القابلية، و إطلاقات الصحة لا تثبت القابلية.

و لا يبعد فى المرتكزات العرفية أن تكون المضاربة من النتائج التى

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٤٤٤

.....

يصح إنشاؤها بجعلها قيدا للمنشأ، و مثلها جميع العقود الإذنية، كالعارية و الوديعة و الوكالة، و كذلك الرهن، فإذا قال: بعتك دارى بثمان إلى شهر بشرط أن تكون رهناً على ثمنها، صح البيع و صح الرهن، و ليس كذلك البيع و الإجارة و الوقف و النكاح و الطلاق. و قد عرفت أنه مع الشك فى المرتكزات العرفية يرجع إلى أصالة عدم ترتب الأثر.

و الذى يتحصل مما ذكرنا أمور (الأول): أن شرط الفعل مفاده تمليك المشروط له على المشروط عليه الفعل. (الثانى): أن هذا لا يمكن فى شرط النتيجة، للاشكالين السابقين. (الثالث): أن شرط النتيجة إنشاء للنتيجة كسائر الإنشاءات للعناوين الإنشائية، و يختلف عنها بأنه إنشاء تبعى، بخلاف سائر الإنشاءات فإنه أصلى. (الرابع): أن النتائج فى مرتكزات العرف على ثلاثة أقسام، منها ما يقبل الإنشاء التبعى، و منها ما لا يقبله، و منها ما هو مشكوك. و الأول يصح أخذه شرطاً و يترتب عليه الأثر، و الأخيران لا يصح ذلك فيهما.

ثم إنه لا- إشكال فى أنه يجوز الجمع بين عنوانين بعقد واحد، فيقول بعتك هذه الجارية و زوجتك بألف دينار، فإذا قال المخاطب: قبلت صح البيع و النكاح، و ليس أحدهما شرطاً فى الآخر، لأن الشرط يجب أن يكون قيدا للمشروط به كما عرفت، و هنا لم يؤخذ أحدهما قيدا للآخر و لا مقيدا به، بل الأمران مقترنان فى عرض واحد بلا تقييد و لا تقيد.

و لذلك لا خلاف بينهم فى صحة الجمع من دون شبهة أو إشكال، و قد تقدم فى مبحث ضمان العين المستأجرة ما له نفع فى المقام، فليراجع.

هذا و لا يبعد أن يكون غرض المصنف من قوله: «عمل المضاربة» نفس المضاربة بقريئة تنظير ذلك بشرط الوكالة و بقريئة قوله بعد ذلك:

«فلا يجوز له فسخها». و إنما لم يجر فسخها لان التوقيت إلى زمان معين

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٤٤٥

[الثامنة: يجوز إيقاع المضاربة بعنوان الجعالة]

الثامنة: يجوز إيقاع المضاربة بعنوان الجعالة (١)، كأن يقول: إذا اتجرت بهذا المال و حصل ربح فلك نصفه، فيكون جعالة تفيد فائدة المضاربة. و لا يلزم أن يكون جامعاً لشروط المضاربة (٢)، فيجوز مع كون رأس المال من غير التقدين أو ديناً أو مجهولاً جهالة لا

توجب الغرر (٣). وكذا في المضاربة المشروطة في ضمن عقد بنحو شرط النتيجة (٤)، فيجوز مع كون رأس المال من غير النقدين.

يقتضى اشتراط عدم فسخها مضافاً إلى اشتراط وجودها، وحينئذ يكون فسخها قبل الغاية مخالفة للشرط، فلا يكون تحت قدرة المشروط عليه.

(١) قد تقدم في المسألة الثامنة والأربعين الفرق بين الجعالة والمضاربة وأن الأولى من الإيقاعات والثانية من العقود. ثم إنه قد أشرنا في بعض المباحث السابقة إلى أن المضاربة مخالفة لقاعدة كون الربح لصاحب الأصل التي هي مقتضى المعاملة، ولكن بنى عليها للدليل الخاص. وهذا الدليل لم يكن في الجعالة، وعليه فلا تصح في المقام، لمخالفتها لقاعدة لزوم رجوع الربح إلى المالك. فلاحظ ما ذكرناه في الشرط الأول من شروط المضاربة وغيره. نعم إذا قال له: اتجر بهذا المال فإذا ربحت أعطيتك حصة من الربح، صح جعالة، لعدم مخالفة القاعدة في ذلك.

(٢) لأنه ليس مضاربة. نعم يلزم أن يكون بشروط الجعالة، مثل أن يكون له جعل على العمل على كل حال، ولا يعتبر ذلك في المضاربة، فلو قال: من رد عدي فله نصف ما في جيبه من المال إن كان، لم يصح جعالة.

(٣) قد تقدم الإشكال في اعتبار عدم الغرر. فراجع.

(٤) هذا غير ظاهر، إذ المضاربة مفهوم واحد، ولا فرق بين

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٤٤٦

[التاسعة: يجوز للأب و الجد الاتجار بمال المولى عليه]

التاسعة: يجوز للأب و الجد الاتجار بمال المولى عليه بنحو المضاربة بإيقاع عقدها (١). بل مع عدمه أيضاً (٢)، بأن يكون بمجرد الاذن منهما (٣). وكذا يجوز لهما المضاربة بماله مع الغير (٤) على أن يكون الربح مشتركاً بينه وبين العامل. وكذا يجوز ذلك للوصى في مال الصغير مع ملاحظة الغبطة والمصلحة والأمن من هلاك المال (٥).

[العاشر: يجوز للأب و الجد الإيضاء بالمضاربة بمال المولى عليه]

العاشر: يجوز للأب و الجد الإيضاء بالمضاربة بمال المولى عليه بإيقاع الوصى عقدها (٦) لنفسه أو لغيره مع تعيين

جعله بالأصالة و بالتبعية، و كل ما يعتبر في الأول يعتبر في الثاني، فلو شرط في حال فقد الشرائط كان الشرط مخالفاً للكتاب، فيكون باطلاً.

(١) يعنى: مع نفسه بحسب الولاية عليه. لكن في القواعد في كتاب الحجر: الإشكال في صحة إيقاع العقد مع نفسه، و عن التحرير: المنع عنه. و هو- كما ترى- غير ظاهر، إلا بدعوى اعتبار تعدد الموجب و القابل في صحة العقد. و هو ممنوع. أو نقول بعدم الحاجة إلى القبول فيترتب الأثر بمجرد الإيقاع، كما أشرنا إلى ذلك في مباحث نكاح العبيد.

(٢) يعنى: مع عدم العقد، و حينئذ لا يكون مضاربة.

(٣) الاذن في الفرض ضرورية مع الالتفات منهما.

(٤) وكذا بمجرد الاذن بدون عقد مضاربة، نظير ما سبق، إذ لا فرق بينهما

(٥) لقوله تعالى (وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ) * «١»

(٦) يعنى: تكون الوصية بإيقاع الوصى عقدها.

(١) الانعام: ١٥٢.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٤٤٧

الحصة من الربح، أو إيكاله إليه و كذا يجوز لهما الإيضاء بالمضاربة (١) فى حصة القصير من تركتهما بأحد الوجهين. كما أنه يجوز ذلك لكل منهما بالنسبة إلى الثلث المعزول لنفسه (٢) بأن يتجر الوصى به أو يدفعه إلى غيره مضاربةً و يصرف حصة الميت فى المصارف المعينة للثلث. بل و كذا يجوز الإيضاء منهما بالنسبة إلى حصة الكبار أيضاً (٣).

(١) الفرق بين هذا و ما قبله: أن ما قبله كان بالنظر إلى مال المولى عليه المملوك حال الوصية، و هذا بالنظر إلى الحصة التى يملكها بعد موت الموصى. و فى بعض الحواشى الإشكال فيه. و لعله لعدم ولايتهما على المال المذكور حال الوصية لعدم الملك. و يشكل: بأنه لا يعتبر فى ولاية الولى وجود المال فعلاً، بل يكفى وجوده بعد ذلك و لو بهبه أو كونه نماء ملك موجود أو متجدد. اللهم الا أن يقال: إنه لا إطلاق فى دليل ولاية الأب يشمل المال الذى يملكه بفقده إلا أن يستفاد ذلك من الخبر الآتى.

(٢) لإطلاق أدلة نفوذ الوصية.

(٣) قال فى الشرائع: «و لو أوصى الى إنسان بالمضاربة بتركته أو بعضها على أن الربح بينه و بين ورثته نصفان صح. و ربما اشترط كونه قدر الثلث أو أقل. و الأول مروى» و فى المسالك: «المصنف و أكثر الجماعة أطلقوا الصحة فى الورثة الشامل المكلفين، و يشمل إطلاقهم و إطلاق الروايتين ما إذا كان الربح بقدر أجره المثل، و ما إذا كان زائداً عليها بقدر الثلث و أكثر»، و عن الكفاية: أن المشهور لم يعتبروا كون الأولاد صغاراً، و نحو ذلك كلام غيرهما. و ظاهر الشرائع: أن المستند فى الرواية و الرواية ستأتى، «١» و هى مختصة بالصغار، و لا تشمل الكبار. و ظاهر

(١) فى صفحة: ٤٥٢.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٤٤٨

.....

المصنف و غيره: أن المستند فيه عموم أدلة نفوذ الوصية، إذ الخارج منه ما كان مفوتاً للمال على الورثة، و ليس منه المقام، كما سيبينه. لكن تقدم ما فى الشرائع ما يشير إلى القول بالمنع من الوصية بذلك فى مال الصغار و الكبار، و تختص الصحة بما كان قدر الثلث، و نسبه فى المسالك إلى ابن إدريس. لكن عبارته ظاهرة فى المنع من الوصية بالمضاربة مطلقاً حتى فى قدر الثلث، لأن الوصية لا تنفذ إلا فى ثلث ما كان يملكه الميت قبل موته، و الربح متجدد بعد موته، فكيف تنفذ وصيته و قوله فيه؟! انتهى.

و ما هو ظاهر عبارته واضح الاشكال، لعموم نفوذ الوصية حتى فى نماء المال المتجدد و لو كان من قبيل الربح. مع أن التصرف من الموصى إنما هو فى نفس التركة التى هى له، لا فى مال لا يملكه، فان الاتجار بها هو مورد الوصية، و النماء لا يعتبر أن يكون مملوكاً لا حال المضاربة و لا الوصية بإيقاع عندها.

فالعمدة فى وجه الإشكال فى صحة الوصية بالنسبة إلى حصة الكبار: أنه خلاف قاعدة السلطنة فى حقهم، قال فى القواعد: «و لو أوصى لكل وارث بقدر نصيبه فهو لغو. و لو خصص كل واحد بعين هى قدر نصيبه فالأقرب الافتقار إلى الإجازة، لظهور الغرض فى

أعيان الأموال. و كذا لو أوصى أن يباع عين ماله من إنسان بنقد بثمن المثل» و ظاهره المنع من صحة التصرف في التركة و إن لم يكن موجبا لنقص القيمة إلا إذا أجاز الوارث، و قال بعد ذلك بقليل:

«و لو أوصى ببيع تركته بثمن المثل ففي اشتراط الإجازة إشكال»، و كأنه عدل عن الجزم بالمنع إلى الإشكال فيه. و في جامع المقاصد: «لا ريب في أن الأقوى الصحة» و حكى ذلك عن التذكرة. و هو كما ذكر، فان عموم ما دل على نفوذ الوصية شامل لكل تصرف من الموصى، و الخارج عنه

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٤٤٩

و لا يضر كونه ضرراً عليهم من حيث تعطيل ما لهم إلى مدة (١) لأنه منجبر بكون الاختيار لهم في فسخ المضاربة و إجازتها (٢).

ما كان زائداً على الثلث. و الظاهر منه الزائد من حيث القيمة، و ليس منه تخصيص كل واحد من الورثة بعين هي قدر نصيبه، و مثله الوصية ببيع التركة بثمن المثل على واحد من ورثته أو من غيرهم. و تعيين ثلثه في عين من أعيان التركة .. الى غير ذلك مما لا يعد حيفاً على الوارث و ضرراً عليه.

و الذي تحصل أمران (الأول): أن الاحتمالات في المسألة ثلاثة:

جواز الوصية بالمضاربة كما هو المشهور، و الجواز في الثلث فقط كما أشار إليه في الشرائع، و المنع مطلقاً كما هو ظاهر عبارة السرائر. (الثاني) أن وجه الأول القواعد العامة، لا الرواية- كما قد يظهر من المحقق- و وجه الثاني قاعدة السلطنة، و وجه الثالث ما ذكر في السرائر. و قد عرفت ضعف الأخير. و عموم صحة الوصية مقدم على قاعدة السلطنة.

(١) هذا التعطيل ربما لا يكون ضرراً بل مصلحة للوارث، كما إذا كان لا يتمكن من الاتجار بماله بنفسه و لا يعرف القادر على التجارة و كانت المدة قليلة، و ربما تكون ضرراً عرفياً، كما إذا كانت المدة طويلة و كان عارفاً بالتجارة أو عارفاً بالعمال الذين يتجرون، فان حبس المال عنهم حيف و جور عليهم.

(٢) إذا كانت الوصية إضراراً بالورثة فهي باطلة بلا حاجة الى الفسخ، لا أنها صحيحة و يكون للوارث الفسخ. و ان شئت قلت: الوصية بالمضاربة (تارة): تكون بمجرد إيقاع العقد على أحد الوجهين، فهذا لا ضرر فيه على الوارث (و أخرى): تكون بإيقاع العقد المشفوع بالعمل فهذه (تارة): تكون بلا إضرار، لقصر المدة مثلاً (و أخرى):

تكون ذات إضرار، لطول المدة مثلاً. و الأولتان صحيحتان، و الأخيرة

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٤٥٠

كما أن الحال كذلك بالنسبة إلى ما بعد البلوغ في القصير (١)، فان له أن يفسخ أو يجيز. و كذا يجوز لهما الإيضاء بالاتجار بمال القصير على نحو المضاربة، بأن يكون هو الموصى به (٢) لا إيقاع عقد المضاربة، لكن إلى زمان البلوغ أو أقل. و أما إذا جعل المدة أزيد فيحتاج إلى الإجازة بالنسبة إلى الزائد (٣)

صحيحة إلى أن يحصل الضرر فتبطل، و لا دخل للفسخ و عدمه في الصحة و البطلان، إذ الفسخ في الأولى غير مناف للوصية، و في الثانية مناف لها فلا يجوز لصحتها، و في الثالثة يجوز لبطلانها، لا أنه جابر لضررها.

لكن الظاهر من الوصية بالمضاربة إحدى صورتين الأخيرتين، أعنى إيقاع العقد مع العمل طالت المدة أو قصرت، لا مجرد إيقاع العقد، و حينئذ فهي صحيحة إذا لم تكن مضرّة، و لا يجوز الفسخ للوارث، و باطلة إذا كانت مضرّة و يجوز له الفسخ. و إذا فرض أنها غير مضرّة في أوائل المدة و مضرّة في أواخرها صحت في الأوائل و لا يجوز الفسخ، و بطلت في الأواخر و جاز الفسخ.

(١) الكلام فيه كما هو الكلام في الكبير، فان لم تكن الوصية بالمضاربة في حصته مضرّة فهي صحيحة، و إن كانت مضرّة فهي باطلة،

و إذا كانت فى أوائل المدء غير مضرء فهى صحىءة و لا يجوز فسخها حتى بعد البلوغ، و إن كانت فى أواخرها مضرء بطلت حتى قبل البلوغ، لا أنها تكون صحىءة و يكون الخيار فى الفسخ جابراً لضررها.

(٢) يعنى: تكون الوصية إنشاء للمضاربة بعد الموت نظير الوصية التمليلية التى هى إنشاء للتمليك بعد الموت.

(٣) إن صح هذا الإنشاء فلا فرق بين ما يكون بعد البلوغ و ما يكون قبله فان كانت الوصية مضرء بمال القصير فهى باطلءة و إن كانت بالإضافة

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٤٥١

و دعوى: عدم صحة هذا النحو من الإيضاء، لأن الصغير لا مال له حينه (١) و إنما ينتقل إليه بعد الموت، و لا دليل على صحة الوصية العقدية فى غير التمليك، فلا يصح أن يكون إيجاب المضاربة على نحو إيجاب التمليك بعد الموت. مدفوعة بالمنع (٢).

إلى ما قبل البلوغ، و إن كانت غير مضرء فهى صحىءة حتى فيما بعد البلوغ، و لا تحتاج إلى الإجازة، لما عرفت من عموم نفوذ الوصية إذا لم تكن مضرء لما بعد البلوغ و ما قبله. كما لا فرق فى العموم بين الوصية بإيقاع العقد و الوصية بنفس المضاربة.

(١) هذا لا دخل له فى الاشكال، فإنه يتوجه و إن كان للصبى مال فى حياة والده، إذ وجه الاشكال بطلان تعليق المنشأ على الموت فى غير الوصية التمليلية و العهدية، فلا يصح للمالك أن يوصى بالوقف، فيقول:

هذا وقف بعد مماتى، أو يوصى بالبيع بأن يقول: بعتك هذا بعد مماتى أو يوصى بالإبراء، فيقول: أنت برئ عما لى عليك بعد وفاتى .. و هكذا لأن التعليق فى المنشأ باطل و ان كان المعلق عليه الموت، الا فى الموردين المذكورين، فلا تصح الوصية بالمضاربة بمال اليتيم معلقاً على الموت و إن كان المال ملكاً له فى حياة الموصى.

نعم كون اليتيم لا مال له الا بعد وفاة الموصى يكون منشأ للإشكال فى الوصية بالمضاربة بنحو النتيجة زائداً على الاشكال المتقدم، لما تقدم فى أول المضاربة من اعتبار وجود المال و كونه خارجياً، فلا تصح المضاربة على مال سيملكه، كما لا تصح على مال هو دين فى ذمة غيره. فيكون فى إنشاء المضاربة فى المقام إشكالان: إشكال التعليق على الموت، و إشكال عدم المال الخارجى، لا اشكال واحد معلل بالآخر، كما يظهر من العبارة.

(٢) قد عرفت أنه لا مجال للمنع، بل لو فرض التوقف فى مانعية

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٤٥٢

مع أنه الظاهر من خبر خالد بن بكر الطويل فى قضية ابن أبى ليلى

(١) و موثق محمد بن مسلم

(٢) المذكورين فى باب الوصية. و أما بالنسبة إلى الكبار من الورثة فلا يجوز بهذا النحو

التعليق فى العقود فلا توقف فى مانعية التعليق على الموت فيها، و قد حصر الأصحاب الوصية الصحىءة فى التمليلية و العهدية، لا غير. و كذلك اعتبار وجود المال حال المضاربة، فإنه لا مجال لمنعه فكل من الإشكالين لا مجال لمنعه.

(١)

□

رواه المشايخ الثلاثة- رضى الله عنهم- عن محمد بن أبى عمير عن عبد الرحمن بن الحجاج عن خالد بن بكر الطويل قال: «دعانى أبى حين حضرته الوفاة فقال: يا بنى اقبض مال إخوتك الصغار و اعمل به، و خذ نصف الربح، و أعطهم النصف، و ليس عليك ضمان. فقدمتنى أم ولد أبى بعد وفاة أبى الى ابن أبى ليلى. فقالت: إن هذا يأكل أموال ولدى، قال: فاقترضت عليه ما أمرنى به أبى، فقال لى ابن أبى ليلى: إن كان أبوك أمرك بالباطل لم أجزه. ثم اشهد على ابن أبى ليلى: إن أنا حركته فانا له ضامن. فدخلت على

أبي عبد الله (ع) فقصت عليه قصتي ثم قلت له: ما ترى؟! فقال: أما قول ابن أبي ليلى فلا أستطيع رده، وأما فيما بينك وبين الله عز وجل فليس عليك ضمان» (١)

(٢)

رواه المشايخ الثلاثة رضى الله عنهم - عن محمد بن مسلم عن أبي عبد الله (ع): «أنه سئل عن رجل أوصى إلى رجل بولده وبمال لهم، وأذن له عند الوصية أن يعمل بالمال وأن يكون الربح بينه وبينهم فقال: لا بأس به من أجل أن أباه قد أذن له في ذلك وهو حي» (٢).

و سماه - كغيره - موثقاً، لوجود ابن فضال في سنده.

(١) الوسائل باب: ٩٢ من أبواب الوصايا حديث: ٢.

(٢) الوسائل باب: ٩٢ من كتاب الوصايا حديث: ١

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٤٥٣

لوجوب العمل بالوصية - وهو الاتجار - فيكون ضرراً عليهم (١) من حيث تعطيل حقهم من الإرث وإن كان لهم حصتهم من

هذا ولا يبعد وحدة الواقعة المحكية بالخبرين، ولا يظهر منهما أنه من المضاربة، ولا من الإنشاء للمضاربة حال الحياة، بل ما تحت العبارة هو الأمر بالعمل والاذن به على أن للعامل نصف الربح، ومن الجائز أن تكون معاملة خاصة بينه وبين وصيه في حال الحياة وإن كان موضوعها بعد الوفاة، تشبه المضاربة من جهة والجعالة من جهة أخرى. أو هي وصية عهدية بالولاية على مال الصغير - كما في الرواية الأولى - أو عليه وعلى ماله - كما في الثانية - ولا دخل لهما فيما نحن فيه.

(١) لم يتضح الفرق بين هذه المسألة وما تقدم، فقد ذكر هناك أن الضرر منجبر بكون الاختيار لهم في الفسخ، فلم لا يكون الضرر المذكور هنا أيضاً منجبر بكون الاختيار لهم في الفسخ؟! وقد عرفت فيما سبق أن الضرر الحاصل من الوصية موجب لبطلانها، ولا ينجبر بالاختيار في الفسخ والإجازة، فهي تصح مع عدم الضرر للعموم، وتبطل معه لقوله تعالى: (فَمَنْ خَافَ مِنْ مَوْصٍ جَنَفًا أَوْ إِثْمًا فَأَصْلَحَ بَيْنَهُمْ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ) (١).

فان قلت: لا مجال لفسخ الوارث هنا، لأن الفسخ إنما يشرع للعامل والمالك، والوارث هنا ليس واحداً منهما، لأن المضاربة كانت بين الموصى والعامل، وقد مات الأول فليس للوارث الفسخ حتى ينجبر الضرر به. وبذلك افتقرت هذه المسألة عن سابقتها، فإن المضاربة في سابقتها بين الوارث والعامل.

قلت: المفروض في المسألة السابقة وقوع المضاربة بين الموصى والعامل والوارث إن تولى العقد فهو من باب كونه الموصى، لا من باب كونه الوارث، والموصى يتصرف بالنيابة عن الميت، والوارث أجنبي عنه، فإذا

(١) البقرة: ١٨٢

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٤٥٤

الربح، خصوصاً إذا جعل حصتهم أقل من المتعارف (١).

[الحادية عشرة: إذا تلف المال في يد العامل بعد موت المالك]

الحادية عشرة: إذا تلف المال في يد العامل بعد موت المالك من غير تقصير فالظاهر عدم ضمانه (٢)، وكذا إذا تلف بعد انفساخها بوجه آخر (٣).

[الثانية عشرة: إذا كان رأس المال مشتركاً بين اثنين فضاربا واحداً]

الثانية عشرة: إذا كان رأس المال مشتركاً بين اثنين فضاربا واحداً ثم فسخ أحد الشريكين (٤) هل تبقى بالنسبة

لم يكن له الفسخ في المسألة الأخيرة لم يكن له الفسخ في سابقتها. مضافاً إلى أن الفسخ إنما هو للمالك و العامل لا للموجب و القابل، و الوارث هو المالك. و إلا أشكل الأمر في فسخ الصغير بعد البلوغ لأن تصرف الوصي من باب الوصية كما في الكبير، و حينئذ يكون الصغير أجنبياً عن الطرفين، لا من باب الولاية على الطفل. فتأمل.

(١) في جامع المقاصد دفع هذا الاشكال بما حاصله: أن المضاربة إن صحت كانت حصه العامل من الربح له من دون أن تخرج من ملك مالك المال، و إن بطلت فلا ربح أصلاً لأنه يكون الربح للمالك، و في كلتا الحالتين لم يخرج من مال المالك شيء إلى العامل حتى تكون المضاربة بالأقل من المتعارف ضرر على المالك بتوسط الوصية. و دفعه في المسالك بما حاصله: أنه يمكن أن تصح المعاملة بإجازة المالك و تبطل المضاربة، فيكون تمام الربح للمالك، فتصحح المضاربة إضراراً بالمالك. فراجع. (٢) لأنه أمين المالك بالمضاربة، و لا يخرج عن حكم الامانة ببطان المضاربة بموت المالك، للأصل. (٣) لعين ما تقدم.

(٤) قد عرفت في المسألة السابعة و الأربعين جواز الفسخ في البعض عقلاً و عرفاً و شرعاً

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٤٥٥

إلى حصه الآخر أو تنفسخ من الأصل؟ وجهان أقربهما الانفساخ (١). نعم لو كان مال كل منهما متميزاً و كان العقد واحداً لا يبعد بقاء العقد بالنسبة إلى الآخر.

[الثالثة عشرة: إذا أخذ العامل مال المضاربة و ترك التجارة به إلى سنة مثلاً]

الثالثة عشرة: إذا أخذ العامل مال المضاربة و ترك التجارة به إلى سنة مثلاً، فان تلف ضمن (٢)، و لا يستحق المالك عليه غير أصل المال (٣)، و ان كان آثماً في تعطيل مال الغير.

[الرابعة عشرة: إذا اشترط العامل على المالك عدم كون الربح جابراً للخسران مطلقاً]

الرابعة عشرة: إذا اشترط العامل على المالك عدم كون الربح جابراً للخسران مطلقاً فكل ربح حصل يكون بينهما، و إن حصل خسران بعده أو قبله، أو اشترط أن لا يكون الربح اللاحق جابراً للخسران السابق أو بالعكس، فالظاهر الصحة. و ربما يستشكل بأنه خلاف وضع المضاربة. و هو كما ترى (٤).

(١) لأنها مضاربة واحدة، فلا تتبعض بالفسخ. لكن تقدم في المسألة السابعة و الأربعين جواز التبعيض في المال الواحد لشخص واحد،

- فأولى منه التبعض بالنسبة لشخصين، كما هو ظاهر.
- (٢) للخيانة بحبس المال و عدم الاتجار به، و هو غير مأذون فيه.
- (٣) إذ لا موجب له، و الأصل البراءة، و إن كان آتماً في حبسه بغير إذن مالكة.
- (٤) هذا غير ظاهر، فان منصرف قوله (ع): «الربح بينهما و الوضعية على المال» (١) غير ما ذكر. فتصحيحه لا بد أن يكون

(١) الوسائل باب: ٣ من أبواب كتاب المضاربة حديث: ٥
مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٤٥٦

[الخامسة عشرة: لو خالف العامل المالك فيما عينه]

الخامسة عشرة: لو خالف العامل المالك فيما عينه جهلاً أو نسياناً أو اشتهاً - كما لو قال: لا تشتري الجنس الفلاني، أو من الشخص الفلاني مثلاً، فاشتراه جهلاً - فالشراء فضولى موقوف على إجازة المالك (١). و كذا لو عمل بما ينصرف إطلاقه إلى غيره، فإنه بمنزلة النهى عنه (٢). و لعل منه ما ذكرنا سابقاً من شراء من ينعق على المالك مع جهله بكونه كذلك. و كذا الحال إذا كان مخطئاً في طريقة التجارة (٣)، بأن اشترى ما لا - مصلحة في شرائه عند أرباب المعاملة في ذلك الوقت، بحيث لو عرض على التجار حكموا بخطائه.

[السادسة عشرة: إذا تعدد العامل]

السادسة عشرة: إذا تعدد العامل (٤) كأن ضارب اثنين بمائة مثلاً بنصف الربح بينهما متساوياً أو متفاضلاً - فاما أن يميز حصة كل منهما (٥) من رأس المال، كأن يقول:

بالعمومات الدالة على صحة العقود. لكنها لا تقتضى جريان أحكام المضاربة عليها، كما تقدم في نظائر المقام.

- (١) لعدم إذن المالك.
- (٢) يكفي عدم الإذن.
- (٣) فإن ذلك خارج عن منصرف الاذن، فيكون فضولياً.
- (٤) قد تعرض لذلك الجماعة في كتبهم، قال في الشرائع: «و لو قال لاثنين: لكما نصف الربح، صحح و كانا فيه سواء، و لو فضل أحدهما صحح أيضاً و إن كان عملهما سواء» و فى القواعد: «و لو كان العامل اثنين فساواهما فى الربح صحح و إن اختلفا فى العمل».
- (٥) هذه الصورة خارجة عن كلام الجماعة.
- مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٤٥٧

على أن يكون لكل منه نصفه، و إما لا يميز، فعلى الأول الظاهر عدم اشتراكهما فى الربح و الخسران و الجبر، إلا مع الشرط (١)، لأنه بمنزلة تعدد العقد. و على الثانى يشتركان فيها (٢) و إن اقتسما بينهما فأخذ كل منهما مقداراً منه، إلا أن يشترط عدم الاشتراك فيها،

فلو عمل أحدهما و ربح و عمل الآخر و لم يربح أو خسر يشتركان في ذلك الربح و يجبر به خسران الآخر. بل لو عمل أحدهما و ربح و لم يشرع الآخر بعد في العمل، فانفسخت المضاربة، يكون الآخر شريكاً (٣) و إن لم يصدر منه عمل، لأنه مقتضى الاشتراك في المعاملة و لا يعد هذا من شركة الأعمال، كما قد يقال (٤)، فهو نظير ما إذا آجرا نفسيهما لعمل بالشركة، فهو داخل في عنوان المضاربة (٥) لا الشركة، كما أن النظر داخل في عنوان الإجارة.

[السابعة عشرة: إذا أذن المالك للعامل في البيع و الشراء نسيئة]

السابعة عشرة: إذا أذن المالك للعامل في البيع و الشراء نسيئة، فاشترى نسيئة و باع كذلك، فهلك المال، فالدين في

(١) لكن معه يشكل بقاء عنوان المضاربة، لما تقدم في الشرط الخامس من شروط المضاربة. فراجع.

(٢) لأن ذلك من لوازم وحدة المضاربة عرفاً، كما هو المفروض.

(٣) كما قواه في الجواهر بعد أن ذكر أنه لم يعثر على محرر لذلك.

(٤) لم يعرف القول لأحد بذلك، و انما حكى عن مالك أنه اشترط التسوية في الربح مع التسوية في العمل، قياساً على شركة الأبدان.

و في المسالك: أن الأصل و الفرع عندنا باطلان.

(٥) لكنها قائمة بعاملين. و كذا الحكم في الإجارة، إذ إنها إجارة

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٤٥٨

ذمة المالك. و للديان إذا علم بالحال أو تبين له بعد ذلك الرجوع على كل منهما، فان رجع على العامل و أخذ منه رجع هو على

المالك (١). و دعوى: أنه مع العلم من الأول ليس له الرجوع على العامل (٢)، لعلمه بعدم اشتغال ذمته. مدفوعه: بأن مقتضى

قائمة بأجيرين و ليستا من شراكة الأبدان في شيء. و عرفت أنه ليس مورداً للتوهم. كما أنه تقدم بعض الكلام في هذه المسألة في المسألة السابعة و العشرين.

(١) قال في الجواهر: «و يكون دخول الوكيل في هذا التصرف بمنزلة دخول الضامن في الضمان، فإن أعطاه كان له الرجوع بما وزن لأنه توكل بإذنه في الشراء و ذلك يتضمن تسليم الثمن و كان الاذن في الشراء إذنا فيه و فيما يتضمنه». و هو كما ذكر.

(٢) قال في الشرائع: «إذا اشترى لموكله كان البائع بالخيار إن شاء طالب الوكيل، و إن شاء طالب الموكل. و الوجه اختصاص المطالبة بالموكل مع العلم بالوكالة و اختصاص الوكيل مع الجهل بذلك». و قال في الشرائع بعد ذلك: «و لو ظهر في المبيع عيب رده على الوكيل دون الموكل لأنه لم يثبت وصول الثمن اليه. و لو قيل برد المبيع على الموكل كان أشبه» و نحوه في المسألة الثانية ما في القواعد، و القول الأول فيها منسوب الى المبسوط، و ما قربه في القواعد و جعله في الشرائع أشبه جعله في الإيضاح الأصح، و كذا في غيره. و في المسالك: «قول الشيخ ضعيف كدليله».

و وجهه: أن وصول الثمن إليه أو الى الموكل لا يرتبط بوجود أداء المال إلى مالكة، و الوكيل قد انعزل عن الوكالة بالبيع، فلا وجه للرد إليه إلا- أن يكون وكيلاً أيضاً في أخذ المبيع إذا رده إليه المشتري، و حينئذ يجوز الرد اليه و إلى الموكل، و لا وجه لاختصاص الوكيل به،

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٤٥٩

فيجوز الرد إلى كل منهما. و أما استرداد الثمن فيجوز الرجوع فيه إلى الموكل إذا اعترف بوصول الثمن إليه أو الى الوكيل، و إذا أنكر الموكل وصول الثمن إلى أحدهما جاز له الامتناع من دفعه الى المشتري، و لا وجه لرجوع المشتري على الوكيل، لعدم كونه وكيلًا في رد الثمن، سواء اعترف الموكل بوصول الثمن أم لا. هذا ما تقتضيه القواعد الأولية في حكم المسألة الثانية.

أما ما تقتضيه القواعد في حكم المسألة الأولى فهو ما ذكر المحقق من أن الموكل هو الذى يستحق عليه الثمن، فيكون هو المطالب به.

و القول الأول محكى عن المبسوط أيضاً. و وجهه غير ظاهر إلا ما ذكره فى الجواهر، من أن ذلك من أحكام ولى العقد، يريد بذلك أن من الأحكام العرفية جواز الرجوع إلى ولى العقد فى ما يقتضيه العقد من دفع الثمن حتى مع العلم بالوكالة، و لم يثبت الردع عنه، فدل ذلك على إفضائه شرعاً و هو كما ذكر، و منه يظهر الوجه فى جواز الرد على الوكيل فى المسألة الأولى و ان لم يكن وكيلًا فى أخذ المبيع إذا رده إليه المشتري، فان ذلك من الأحكام العرفية. و مثله جواز مطالبته بما دفعه اليه من الثمن و ان كان الوكيل قد أخذه و دفعه الى الموكل، فان ذلك أيضاً من الأحكام العرفية التى أمضاها الشارع المقدس، فيجب الأخذ بها. و لا فرق فى ذلك بين أن يكون الثمن عيناً خارجية أو ذمية.

و ما ذكره الجماعة من أنه فى الأول يرجع المشتري إلى خصوص من كانت فى يده غير ظاهر من العرف، بل بناؤهم على جواز الرجوع إلى كل من الوكيل و الموكل. أما الوكيل فلأنه المتولى للعقد، فيكون متولياً لمقتضاه من دفع الثمن و إن كان فى يد الموكل. و أما الموكل فلأنه الذى دخل المثلن فى كيسه، فيكون مطالباً ببدله و ان كان بيد وكيله.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٤٦٠

المعاملة ذلك، خصوصاً فى المضاربة (١)، و سيما إذا علم أنه عامل يشتري للغير و لكن لم يعرف ذلك الغير (٢) أنه من هو و من أى بلد. و لو لم يتبين للديان أن الشراء للغير يتعين له الرجوع على العامل فى الظاهر و يرجع هو على المالك.

[الثامنة عشرة: يكره المضاربة مع الذمى]

الثامنة عشرة: يكره المضاربة مع الذمى، خصوصاً إذا كان هو العامل.

لقوله (ع): «لا ينبغى للرجل المسلم أن يشارك الذمى، و لا يبضعه بضاعه، و لا يودعه وديعه، و لا يضافه المودة» (٣).

و

قوله (ع): «إن أمير المؤمنين (ع) كره مشاركة اليهودى و النصرانى و المجوسى، إلا أن تكون تجارة حاضرة لا يغيب عنها المسلم» (٤). و يمكن أن يستفاد

□

و من ذلك تعرف الوجه فيما ذكره المصنف رحمه الله من كون الدعوى مدفوعة: بأن مقتضى المعاملة ذلك، يريد أنه مقتضى الوكالة ذلك. إذ المعاملة إنما تقتضى وجوب دفع الثمن على من دخل فى كيسه المثلن، و ذلك يقتضى الرجوع الى الأصل، لكن تقتضى الوكالة ذلك.

(١) لما فيها من التفويض إلى العامل و بعد المالك عن المعاملة.

(٢) فإنه لو لا جواز الرجوع على العامل لم يقدم على المعاملة معه أحد، لما فى ذلك من الخطر العظيم.

(٣)

في صحيح علي بن رثاب: «قال أبو عبد الله (ع): لا ينبغي»

رواه في الكافي عن عدة من أصحابنا عن أحمد بن محمد عن ابن محبوب عن ابن رثاب، ورواه الشيخ بإسناده عن أحمد بن محمد، ورواه الصدوق بإسناده عن ابن محبوب، ورواه الحميري عن الحسن بن محبوب

«(١). (٤) رواه في الكافي عن علي بن إبراهيم عن أبيه عن النوفلي عن

(١) الوسائل باب: ٢ من أبواب كتاب الشركة حديث: ١

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٤٦١

من هذا الخبر كراهة مضاربه من لا يؤمن منه في معاملاته من الاحتراز عن الحرام.

[التاسعة عشرة: الظاهر صحة المضاربه على مائة دينار مثلاً كلياً]

التاسعة عشرة: الظاهر صحة المضاربه على مائة دينار مثلاً كلياً (١) فلا يشترط كون مال المضاربه عيناً شخصياً، فيجوز إيقاعهما العقد على كلي ثم تعيينه في فرد. والقول بالمنع لأن القدر المتيقن العين الخارجي من النقدين. ضعيف (٢).
وأضعف منه احتمال المنع حتى في الكلي في المعين، إذ يكفي في الصحة العمومات (٣).

[متمم العشرين: لو ضاربه على ألف مثلاً فدفع إليه نصفه فعامل به]

متمم العشرين: لو ضاربه على ألف مثلاً فدفع إليه نصفه فعامل به، ثم دفع إليه النصف الآخر، فالظاهر جبران خسارة أحدهما بربح الآخر، لأنه مضاربه واحده.

و أما لو ضاربه على خمسمائة فدفعها إليه و عامل بها، و في أثناء التجارة زاده و دفع خمسمائة أخرى، فالظاهر عدم جبر خسارة

□

السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام. ورواه الشيخ بإسناده على بن إبراهيم

«(١). (١) لا- يخفى أن الكلي إذا لم يكن خارجياً و لا- ذمياً لم يقبل أن يكون مملوكاً، فضلاً عن أن يكون موضوعاً للمضاربه، لأن المضاربه إنما تكون من المالك.

(٢) هذا غير ظاهر، لأصالة عدم ترتب المضاربه. و العمومات الدالة على الصحة قاصرة عن إثبات عنوان المضاربه.

(٣) قد عرفت إشكاله.

(١) الوسائل باب: ٢ من أبواب كتاب الشركة حديث: ٢.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٤٦٢

إحدهما بربح الأخرى، لأنهما في قوة مضاربتين. نعم بعد المزج و التجارة بالمجموع يكونان واحده (١).

(١) المزج لا- يستوجب ذلك، كالمزج بمال الغير. نعم إذا كان دفع الزائد بعنوان مضاربه واحده فكأنه فسخ الاولى و أنشأ غيرها، فيكون مجموع المال مال مضاربه واحده. و إذا لم يكن الدفع بهذا العنوان فهما مضاربتان لا يشتركان في شيء من الجبر و الخسران و

الريح و الفسخ. و الله سبحانه و لى التوفيق و الحمد لله رب العالمين*.

انتهى الكلام فى شرح كتاب المضاربة فى السادس عشر من شهر جمادى الثانية من السنة الخامسة و الثمانين بعد الالف و الثلاثمائة هجرية.

حكيم، سيد محسن طباطبايى، مستمسك العروة الوثقى، ١٤ جلد، مؤسسه دار التفسير، قم - ايران، اول، ١٤١٦ ه ق

تعريف مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

جاهدوا بأموالكم و أنفسكم فى سبيل الله ذلكم خير لكم إن كنتم تعلمون (التوبة/٤١).

قال الإمام على بن موسى الرضا - عليه السلام: رحمة الله عبداً أحيا أمرنا... يتعلم علومنا و يعلمها الناس؛ فإن الناس لو علموا محاسن كلامنا لتبعونا... (بناذر البحار - فى تلخيص بحار الأنوار، للعلامة فيض الاسلام، ص ١٥٩؛ عيون أخبار الرضا(ع)، الشيخ الصدوق، الباب ٢٨، ج ١/ ص ٣٠٧).

مؤسس مجتمع "القائمية" الثقافى بأصفهان - إيران: الشهيد آية الله "الشمس آبادى" - رحمه الله - كان أحداً من جهابذة هذه المدينة، الذى قد اشتهر بشغفه بأهل بيت النبى (صلوات الله عليهم) و لاسيما بحضرة الإمام على بن موسى الرضا (عليه السلام) و بساحة صاحب الزمان (عجل الله تعالى فرجه الشريف)؛ و لهذا أسس مع نظره و درايته، فى سنة ١٣٤٠ الهجرية الشمسية (= ١٣٨٠ الهجرية القمرية)، مؤسسه و طريقة لم ينطفى مصباحها، بل تتبع بأقوى و أحسن موقف كل يوم.

مركز "القائمية" للتحري الحاسوبى - بأصفهان، إيران - قد ابتدأ أنشيطه من سنة ١٣٨٥ الهجرية الشمسية (= ١٤٢٧ الهجرية القمرية) تحت عناية سماحة آية الله الحاج السيد حسن الإمامى - دام عزه - و مع مساعده جمع من خريجي الحوزات العلميه و طلاب الجوامع، بالليل و النهار، فى مجالات شتى: دينيه، ثقافيه و علميه...

الأهداف: الدفاع عن ساحة الشيعة و تبسيط ثقافه الثقلين (كتاب الله و اهل البيت عليهم السلام) و معارفهما، تعزيز دوافع الشباب و عموم الناس إلى التحري الأذق للمسائل الدينيه، تخليف المطالب النافعة - مكان البلايت المبتدله أو الرديئه - فى المحاميل (=الهواتف المنقولة) و الحواسيب (=الأجهزة الكمبيوترية)، تمهيد أرضيه واسعة جامع ثقافيه على أساس معارف القرآن و أهل البيت -عليهم السلام - بباعث نشر المعارف، خدمات للمحققين و الطلاب، توسعه ثقافه القراءه و إغناء أوقات فراغه هواه برامج العلوم الإسلاميه، إناله المنابع اللازمه لتسهيل رفع الإبهام و الشبهات المنتشرة فى جامعه، و...

- منها العدالة الاجتماعيه: التى يمكن نشرها و بثها بالأجهزة الحديثه متصاعده، على أنه يمكن تسريع إبراز المرافق و التسهيلات - فى أكناف البلد - و نشر الثقافه الاسلاميه و الايرانيه - فى أنحاء العالم - من جهه أخرى.

- من الأنشطة الواسعه للمركز:

(الف) طبع و نشر عشرات عنوان كتب، كتيبه، نشره شهريه، مع إقامة مسابقات القراءه

(ب) إنتاج مئات أجهزة تحقيقيه و مكتبيه، قابله للتشغيل فى الحاسوب و المحمول

(ج) إنتاج المعارض ثلاثيه الأبعاد، المنظر الشامل (= بانوراما)، الرسوم المتحركه و... الأماكن الدينيه، السياحيه و...

(د) إبداع الموقع الانترنتى "القائمية" www.Ghaemiyeh.com و عدده مواقع أخرى

(ه) إنتاج المنتجات العرضيه، الخطابات و... للعرض فى القنوات القمرية

(و) الإطلاع و الدعم العلمى لنظام إجابة الأسئلة الشرعيه، الاخلاقيه و الاعتقاديه (الهاتف: ٠٠٩٨٣١١٢٣٥٠٥٢٤)

(ز) ترسيم النظام التلقائى و اليدوى للبلوتوث، ويب كشك، و الرسائل القصيره SMS

ح) التعاون الفخرى مع عشرات مراكز طبيعىة و اعتبارىة، منها بيوت الآيات العظام، الحوزات العلمىة، الجوامع، الأماكن الدينىة كمسجد جَمكران و...

ط) إقامة المؤتمرات، و تنفيذ مشروع " ما قبل المدرسة " الخاص بالأطفال و الأحداث المُشاركين فى الجلسة

ى) إقامة دورات تعليمىة عمومىة و دورات تربية المربى (حضوراً و افتراضاً) طيلة السنّة

المكتب الرئىسى: إيران/أصفهان/ شارع "مسجد سيد/ " ما بين شارع " پنج رَمضان " و مُفترق " وفانى / " بنايه " القائمىة "

تاريخ التأسيس: ١٣٨٥ الهجرىة الشمسىة (=١٤٢٧ الهجرىة القمرىة)

رقم التسجيل: ٢٣٧٣

الهوىة الوطنية: ١٠٨٦٠١٥٢٠٢٦

الموقع: www.ghaemiyeh.com

البريد الالكترونى: Info@ghaemiyeh.com

المتجر الانترنتى: www.eslamshop.com

الهاتف: ٢٥-٢٣-٢٣٥٧٠ (٠٠٩٨٣١١)

الفاكس: ٢٢-٢٣٥٧٠ (٠٣١١)

مكتب طهران ٨٨٣١٨٧٢٢ (٠٢١)

التجارىة و المبيعات ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩

امور المستخدمىن ٢٣٣٣٠٤٥ (٠٣١١)

ملاحظة هامة:

الميزاتىة الحالىة لهذا المركز، شَعبىة، تبرعىة، غير حكومىة، و غير ربحىة، اقتنىت باهتمام جمع من الخىرين؛ لكنّها لا تُوفى الحجم المتزايد و المتسع للامور الدينىة و العلمىة الحالىة و مشاريع التوسعة الثقافىة؛ لهذا فقد ترجى هذا المركز صاحب هذا البيت (المسمى بالقائمىة) و مع ذلك، يرجو من جانب سماحة بقىة الله الأعظم (عَجَل اللهُ تعالى فرجه الشريف) أن يُوفِقَ الكلّ توفيقاً متزائداً ليعانثهم - فى حدّ التمكن لكلّ احدٍ منهم - إيانا فى هذا الأمر العظيم؛ إن شاء الله تعالى؛ و اللهُ ولىّ التوفيق.

مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية
الغمامة اصحمان



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم

www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩