



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغلام



اشرافيية
عليه السلام

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

مباني

العروة الوثقى

بمحاضرات شيخنا العلامة الفاضلة الشيخ محمد الطاهر بن عبد الرحمن

السيد ابوالقاسم الموسوي الخوئي

دامت بركاته العظيمة

الجزء الاول

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مباني العروة الوثقى

كاتب:

آيت الله سيد ابوالقاسم خوئي

نشرت في الطباعة:

دار العلم

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
١٣	مباني العروه الوثقى المجلد ١
١٣	اشاره
١٣	[كتاب المضاربه]
١٣	اشاره
١٧	[او يشترط فيها أيضا- بعد البلوغ و العقل و الاختيار]
١٧	اشاره
١٨	[الأول: أن يكون رأس المال عينا]
٢٢	[الثاني: أن يكون من الذهب أو للفضه المسكوكين بسكه المعامله]
٢٤	[الثالث: أن يكون معلوما قدرا و وصفا]
٢٥	[الرابع: أن يكون معينا]
٢٦	[الخامس: أن يكون الربح مشاعا بينهما]
٢٧	[السادس: تعيين حصه كل منهما من نصف أو ثلث أو نحو ذلك]
٢٨	[السابع: ان يكون الربح بين المالك و العامل]
٢٩	[الثامن: ذكر بعضهم أنه يشترط أن يكون رأس المال بيد العامل]
٢٩	[التاسع: ان يكون الاسترباح بالتجاره]
٢٩	[العاشر: ان لا يكون رأس المال بمقدار يعجز العامل]
٣٧	[مسائل]
٣٧	[(مسأله ١): لو كان له مال موجود فى يد غيره أمانه أو غيرها. فضاربه عليها صح]
٣٨	[(مسأله ٢): المضاربه جائزه من الطرفين]
٤٧	[(مسأله ٣): إذا دفع اليه مالا و قال: اشتر به بستانا مثلا أو قطيعا من الغنم]
٤٨	[(مسأله ٤): إذا اشترط المالك على العامل أن يكون الخساره عليهما كالربح]
٥١	[(مسأله ٥): إذا اشترط المالك على العامل أن لا يسافر مطلقا أو إلى البلد الفلانى]
٥٧	[(مسأله ٦): لا يجوز للعامل خلط رأس المال مع مال آخر لنفسه أو غيره]

- ٥٧ [(مسألة ٧): مع إطلاق العقد يجوز للعامل التصرف على حسب ما يراه]
- ٥٨ [(مسألة ٨): مع إطلاق العقد و عدم الإذن في البيع نسيئته لا يجوز له ذلك]
- ٦٠ [(مسألة ٩): في صورة إطلاق العقد لا يجوز له أن يشتري بأزيد من قيمه المثل]
- ٦٠ [(مسألة ١٠): لا يجب في صورة الإطلاق أن يبيع]
- ٦١ [(مسألة ١١): لا يجوز شراء المعيب]
- ٦١ [(مسألة ١٢): المشهور - على ما قيل - أن في صورة الإطلاق يجب أن يشتري بعين المال]
- ٦١ اشاره
- ٦١ [ثم أن الشراء في الذمه يتصور على وجوه]
- ٦١ اشاره
- ٦١ [أحدها: أن يشتري العامل بقصد المالك في ذمته من حيث المضاربه]
- ٦٢ [الثاني: أن يقصد كون الثمن في ذمته]
- ٦٢ [الثالث: أن يقصد ذمه نفسه و كان قصده الشراء لنفسه]
- ٦٤ [الرابع: كذلك لكن مع قصد دفع الثمن من مال المضاربه حين الشراء]
- ٦٥ [الخامس: أن يقصد الشراء في ذمته من غير التفات إلى نفسه و غيره]
- ٦٦ [(مسألة ١٣): يجب على العامل بعد تحقق عقد المضاربه ما يعتاد بالنسبه اليه]
- ٦٧ [(مسألة ١٤): قد مر أنه لا يجوز للعامل السفر من دون اذن المالك]
- ٦٨ [(مسألة ١٥): المراد بالنفقة ما يحتاج اليه من مأكول و ملبوس و مركوب و آلات يحتاج إليها في سفره]
- ٦٨ [(مسألة ١٦): اللازم الاقتصار على القدر اللائق]
- ٦٨ [(مسألة ١٧): المراد من السفر العرفي لا الشرعي]
- ٧٠ [(مسألة ١٨): استحقاق النفقه مختص بالسفر المأذون فيه]
- ٧١ [(مسألة ١٩): لو تعدد أرباب المال]
- ٧١ [(مسألة ٢٠): لا يشترط في استحقاق النفقه ظهور ربح]
- ٧١ [(مسألة ٢١): لو مرض في أثناء السفر]
- ٧٣ [(مسألة ٢٢): لو حصل الفسخ أو الانفساخ في أثناء السفر فنفقة الرجوع على نفسه]
- ٧٣ [(مسألة ٢٣) في مضاربه الفاسده]
- ٧٧ [(مسألة ٢٤): لو اختلف العامل و المالك في أنها مضاربه فاسده أو قرض أو مضاربه فاسده أو بضاعه]

- ٨١ [(مسألة ٢٥): إذا قال المالك للعامل: خذ هذا المال قراضا و الربح بيننا صح]
- ٨٢ [(مسألة ٢٦): لا فرق بين أن يقول: خذ هذا المال قراضا و لك نصف ربحه، أو قال: خذ قراضا و لك ربح نصفه]
- ٨٢ [(مسألة ٢٧): يجوز اتحاد المالك و تعدد العامل مع اتحاد المال]
- ٨٤ [(مسألة ٢٨): إذا كان مال مشتركا بين اثنين فقراضا واحدا]
- ٨٦ [(مسألة ٢٩): تبطل المضاربه بموت كل من العامل و المالك]
- ٨٨ [(مسألة ٣٠): لا يجوز للعامل ان يوكل وكيلا في عمله أو يستأجر أجيرا إلا بإذن المالك]
- ٨٨ [(مسألة ٣١): إذا أذن في مضاربه الغير]
- ٩١ [(مسألة ٣٢): إذا ضارب العامل غيره مع عدم الأذن]
- ٩٣ [(مسألة ٣٣): إذا شرط أحدهما على الآخر في ضمن عقد المضاربه مالا أو عملا]
- ٩٧ [(مسألة ٣٤): يملك العامل حصته من الربح بمجرد ظهوره]
- ١٠٠ [(مسألة ٣٥): الربح وقايه لرأس المال]
- ١٠٢ [(مسألة ٣٦): إذا ظهر الربح و نض تمامه أو بعض منه، فطلب أحدهما قسمته]
- ١٠٥ [(مسألة ٣٧): إذا باع العامل حصته من الربح بعد ظهوره صح]
- ١٠٦ [(مسألة ٣٨): لا إشكال في أن الخساره الوارده على مال المضاربه تجبر بالربح]
- ١٠٨ [(مسألة ٣٩): العامل أمين فلا يضمن إلا بالخيانه]
- ١١٠ [(مسألة ٤٠): لا يجوز للمالك أن يشتري من العامل شيئا من مال المضاربه]
- ١١١ [(مسألة ٤١): يجوز للعامل الأخذ بالشفعه من المالك في مال المضاربه]
- ١١٣ [(مسألة ٤٢): لا إشكال في عدم جواز وطء العامل للجاريه التي اشتراها بمال المضاربه بدون إذن المالك]
- ١١٧ [(مسألة ٤٣): لو كان المالك في المضاربه امرأه فاشتري العامل زوجها]
- ١١٩ [(مسألة ٤٤): إذا اشترى العامل من ينعقت على المالك]
- ١٢٤ [(مسألة ٤٥): إذا اشترى العامل أباه أو غيره]
- ١٢٩ [(مسألة ٤٦): قد عرفت ان المضاربه من العقود الجائزه]
- ١٢٩ اشاره
- ١٣٠ الأولى: إذا كان الفسخ أو الانفساخ و لم يشرع في العمل و لا في مقدماته]
- ١٣١ الثانيه: إذا كان الفسخ من العامل في الأثناء قبل حصول الربح]
- ١٣٣ الثالثه: لو كان الفسخ من العامل بعد السفر بأذن المالك]

- الرابعه: لو حصل الفسخ أو الانفساخ قبل حصول الربح و بالمال عروض] ١٣٣ -----
- الخامسه: إذا حصل الفسخ أو الانفساخ بعد حصول الربح قبل تمام العمل أو بعده] ١٣٥ -----
- السادسه: لو كان في المال ديون على الناس] ١٣٦ -----
- السابعه: إذا مات المالك أو العامل قام وارثه مقامه] ١٣٧ -----
- الثامنه: لا يجب على العامل بعد حصول الفسخ أو الانفساخ أزيد من التخليه بين المالك و ماله] ١٣٨ -----
- [مسأله ٤٧]: قد عرفت ان الربح وقايه لرأس المال] ١٣٩ -----
- [مسأله ٤٨]: إذا كانت المضاربه فاسده] ١٤٤ -----
- [مسأله ٤٩]: إذا ادعى على أحد أنه أعطاه كذا مقدارا مضاربه و أنكر و لم يكن للمدعى بينه] ١٤٩ -----
- [مسأله ٥٠]: إذا تنازع المالك و العامل في مقدار رأس المال الذي أعطاه للعامل] ١٤٩ -----
- [مسأله ٥١]: لو ادعى المالك على العامل انه خان أو فرط في الحفظ فتلف] ١٥٠ -----
- [مسأله ٥٢]: لو ادعى العامل التلف و أنكر المالك قدم قول العامل لأنه أمين] ١٥٣ -----
- [مسأله ٥٣]: إذا اختلفا في مقدار حصه العامل و أنه نصف الربح مثلا أو ثلثه] ١٦٣ -----
- [مسأله ٥٤]: إذا ادعى المالك أنى ضاربتك على كذا مقدار و أعطيتك] ١٦٣ -----
- [مسأله ٥٥]: إذا اختلفا في صحه المضاربه الواقعه بينهما و بطلانها] ١٦٥ -----
- [مسأله ٥٦]: إذا ادعى أحدهما الفسخ في الأثناء و أنكر الآخر] ١٦٥ -----
- [مسأله ٥٧]: إذا ادعى العامل الرد و أنكره المالك قدم قول المالك] ١٦٦ -----
- [مسأله ٥٨]: لو ادعى العامل في جنس اشتراه أنه اشتراه لنفسه، و ادعى المالك انه اشتراه للمضاربه] ١٦٦ -----
- [مسأله ٥٩]: لو ادعى المالك انه أعطاه المال مضاربه و ادعى القابض أنه أعطاه قرضا، يتحالفان] ١٦٧ -----
- [مسأله ٦٠]: إذا حصل تلف أو خسران، فادعى المالك أنه أقرضه، و ادعى العامل أنه ضاربه] ١٦٨ -----
- [مسأله ٦١]: لو ادعى المالك الإبضاع و العامل المضاربه يتحالفان] ١٦٩ -----
- [مسأله ٦٢]: إذا علم مقدار رأس المال و مقدار حصه العامل و اختلفا في مقدار الربح الحاصل] ١٧١ -----
- [مسائل أخر] ١٧٢ -----
- اشاره ١٧٢ -----
- الأولى): إذا كان عنده مال المضاربه فمات] ١٧٢ -----
- (الثانيه): ذكروا من شروط المضاربه التنجيز] ١٨٣ -----
- (الثالثه): قد مر اشتراط عدم الحجر بالفلس في المالك] ١٨٦ -----

- ١٨٧ [(الرابعه): تبطل المضاربه بعروض الموت]
- ١٨٨ [(الخامسه): إذا ضارب المالك فى مرض الموت صح و ملك العامل الحصه]
- ١٨٩ [(السادسه): إذا تبين كون رأس المال لغير المضارب]
- ١٩١ [(السابعه): يجوز اشتراط المضاربه فى ضمن عقد]
- ١٩٣ [(الثامنه): يجوز إيقاع المضاربه بعنوان الجعاله]
- ١٩٤ [(التاسعه): يجوز للأب و الجد الاتجار بمال المولى عليه بنحو المضاربه بإيقاع عقدها]
- ١٩٤ [(العاشره): يجوز للأب و الجد الإيصاء بالمضاربه بمال المولى عليه]
- ٢٠٠ [(الحاديه عشره): إذا تلف المال فى يد العامل بعد موت المالك من غير تقصير]
- ٢٠١ [(الثانيه عشره): إذا كان رأس المال مشتركاً بين اثنين فضاربا واحدا ثم فسخ أحد الشريكين]
- ٢٠٢ [(الثالثه عشره): إذا أخذ العامل مال المضاربه و ترك التجاره به إلى سنه مثلاً]
- ٢٠٢ [(الرابعه عشره): إذا اشترط العامل على المالك عدم كون الربح جابراً للخسران مطلقاً]
- ٢٠٣ [(الخامسه عشره): لو خالف العامل المالك فيما عينه جهلاً أو نسياناً أو اشتباهاً]
- ٢٠٤ [(السادسه عشره): إذا تعدد العامل كأن ضارب اثنين بمائه مثلاً بنصف الربح بينهما متساوياً أو متفاضلاً]
- ٢٠٧ [(السابعه عشره): إذا أذن المالك للعامل فى البيع و الشراء نسيئته]
- ٢٠٨ [(الثامنه عشره): يكره المضاربه مع الذمى خصوصاً إذا كان هو العامل]
- ٢٠٩ [(التاسعه عشره): الظاهر صحه المضاربه على مائه دينار كلياً]
- ٢٠٩ [(متمم العشرين)]
- ٢١٢ [كتاب الشركه]
- ٢١٢ اشاره
- ٢١٢ [فصل فى أحكام الشركه]
- ٢١٢ اشاره
- ٢٢٠ [(مسأله ١): لا تصح الشركه العقديه إلا فى الأموال]
- ٢٢٤ [(مسأله ٢): لو أستأجر اثنين لعمل واحد بأجره معلومه صح]
- ٢٢٩ [(مسأله ٣): لو اقتلعا شجره أو اغترفوا ماء بآنيه واحده أو نصبوا معا شبكه للصيد أو أحببوا أرضاً معا]
- ٢٣٠ [(مسأله ٤): يشترط - على ما هو ظاهر كلماتهم - فى الشركه العقديه]
- ٢٣٣ [(مسأله ٥): يتساوى الشريكان فى الربح و الخسران]

- [(مسألة ٦): إذا اشترط في ضمن العقد كون العمل من أحدهما أو منهما مع استقلال كل منهما أو مع انضمامهما] ٢٣٩
- [(مسألة ٧): العامل أمين] ٢٤٢
- [(مسألة ٨): عقد الشركة من العقود الجائزه] ٢٤٢
- [(مسألة ٩): لو ذكر في عقد الشركة أجلا لا يلزم فيجوز لكل منهما الرجوع قبل انقضائه] ٢٤٣
- [(مسألة ١٠): لو ادعى أحدهما على الآخر الخيانه أو التفريط في الحفظ فأنتكر] ٢٤٣
- [(مسألة ١١): إذا ادعى العامل التلف] ٢٤٤
- [(مسألة ١٢): تبطل الشركة بالموت والجنون] ٢٤٤
- [(مسألة ١٣): إذا اشترى أحدهما متاعا و ادعى أنه اشتراه لنفسه و ادعى الآخر انه اشتراه بالشركة] ٢٤٩
- [كتاب المزارعه] ٢٥٠
- اشاره ٢٥٠
- [و يشترط فيها أمور] ٢٥٤
- اشاره ٢٥٤
- [أحدها- الإيجاب و القبول] ٢٥٥
- [الثاني البلوغ، و العقل، و الاختيار] ٢٥٨
- [الثالث أن يكون النماء مشتركا بينهما] ٢٥٨
- [الرابع: أن يكون مشاعا بينهما] ٢٦٠
- [الخامس: تعيين الحصة بمثل النصف أو الثلث أو الربع أو نحو ذلك] ٢٦١
- [السادس: تعيين المده بالأشهر و السنين] ٢٦١
- [السابع: ان تكون الأرض قابله للزرع و لو بالعلاج] ٢٦٤
- [الثامن:- تعيين المزروع من الحنطه و الشعير و غيرها] ٢٦٤
- [التاسع: تعيين الأرض] ٢٦٥
- [العاشر: تعيين كون البذر على اى منهما] ٢٦٨
- [مسائل] ٢٧١
- [(مسألة ١): لا يشترط في المزارعه كون الأرض ملكا للمزارع] ٢٧١
- [(مسألة ٢): إذا أذن لشخص في زرع أرضه على أن يكون الحاصل بينهما بالنصف] ٢٧٣
- [(مسألة ٣): المزارعه من العقود اللازمه] ٢٧٦

- [(مسألة ٤): إذا استعار أرضاً للمزارعة ثم أجرى] ٢٨٣
- [(مسألة ٥): إذا شرط أحدهما على الآخر شيئاً في ذمته أو في الخارج- من ذهب أو فضه أو غيرهما- مضافاً إلى حصته من الحاصل] ٢٨٧
- [(مسألة ٦): إذا شرط مده معينه يبلغ الحاصل فيها غالباً فمضت و الزرع باق لم يبلغ] ٢٩٠
- [(مسألة ٧): لو ترك الزارع الزرع بعد العقد و تسليم الأرض إليه حتى انقضت المده] ٢٩٤
- [(مسألة ٨): إذا غصب الأرض بعد عقد المزارعة غاصب و لم يمكن الاسترداد منه] ٢٩٨
- [(مسألة ٩): إذا عين المالك نوعاً من الزرع- من حنطه أو شعير أو غيرهما- تعين] ٢٩٩
- [(مسألة ١٠): لو زارع على أرض لا ماء لها فعلاً لكن أمكن تحصيله بعلاج- من حفر ساقية أو بئر أو نحو ذلك] ٣٠٤
- [(مسألة ١١): لا فرق في صحة المزارعة بين أن يكون البذر من المالك أو العامل أو منهما] ٣٠٦
- [(مسألة ١٢): الأقوى جواز عقد المزارعة بين أزيد من اثنين] ٣١٠
- [(مسألة ١٣): يجوز للعامل أن يشارك غيره في مزارعته] ٣١٣
- [(مسألة ١٤): إذا تبين بطلان العقد] ٣١٦
- [(مسألة ١٥): الظاهر من مقتضى وضع المزارعة ملكية العامل لمنفعه الأرض بمقدار الحصة المقرره له] ٣١٩
- [(مسألة ١٦): إذا حصل ما يوجب الانفساخ في الأثناء قبل ظهور الثمر أو بلوغه] ٣٢٢
- [(مسألة ١٧): إذا كان العقد واجداً لجميع الشرائط و حصل الفسخ في الأثناء] ٣٢٣
- [(مسألة ١٨): إذا تبين بعد عقد المزارعة أن الأرض كانت مغصوبه] ٣٢٨
- [(مسألة ١٩): خراج الأرض على صاحبها] ٣٣٧
- [(مسألة ٢٠): يجوز لكل من المالك و الزارع أن يخرص على الآخر بعد ادراك الحاصل بمقدار منه] ٣٤٠
- [(مسألة ٢١): بناء على ما ذكرنا من الاشتراك أول الأمر في الزرع يجب على كل منهما الزكاة] ٣٤٦
- [(مسألة ٢٢): إذا بقي في الأرض أصل الزرع بعد انقضاء المده و القسمة فنبت بعد ذلك في العام الآتي] ٣٤٧
- [(مسألة ٢٣): لو اختلفا في المده و أنها سنه أو سنتان- مثلاً] ٣٤٨
- [(مسألة ٢٤): لو اختلفا في اشتراط كون البذر أو العمل أو العوامل على أيهما] ٣٤٩
- [(مسألة ٢٥): لو اختلفا في الإعارة و المزارعه] ٣٤٩
- [(مسألة ٢٦): لو ادعى المالك الغصب و الزارع ادعى المزارعه] ٣٥٥
- [(مسألة ٢٧): في الموارد التي للمالك قلع زرع الزارع هل يجوز له ذلك بعد تعلق الزكاة و قبل البلوغ؟] ٣٥٥
- [(مسألة ٢٨): يستفاد من جملة من الأخبار أنه يجوز لمن بيده الأرض الخراجيه أن يسلمها إلى غيره ليزرع لنفسه و يؤدي خراجها عنه] ٣٥٦
- [مسائل متفرقه] ٣٥٦

- أشاره ٣٥٦
- الأولى: إذا قصر العامل في تربيته الزرع فقلل الحاصل فالظاهر ضمانه التفاوت] ٣٥٦
- الثانية: إذا ادعى المالك على العامل عدم العمل بما اشترط في ضمان عقد المزارعه من بعض الشروط] ٣٥٧
- الثالثة: لو ادعى أحدهما على الآخر شرطا متعلقا بالزرع و أنكر أصل الاشتراط] ٣٥٨
- الرابعة: لو ادعى أحدهما على الآخر الغبن في المعامله فعليه إثباته] ٣٥٨
- الخامسة: إذا زرع المتولى للوقف الأرض الموقوفه بملاحظه مصلحه البطون إلى مده لزم] ٣٥٩
- السادسه: يجوز مزارعه الكافر] ٣٦١
- السابعه: فى جملة من الأخبار النهى عن جعل ثلث للبذر و ثلث للبقر و ثلث لصاحب الأرض] ٣٦١
- الثامنه: بعد تحقق المزارعه على الوجه الشرعى، يجوز لأحدهما بعد ظهور الحاصل ان يصلح عن حصته] ٣٦٢
- التاسعه: لا يجب فى المزارعه على أرض إمكان زرعها من أول الأمر، و فى السنه الأولى] ٣٦٣
- العاشره: يستحب للزارع - كما فى الأخبار - الدعاء] ٣٦٤
- تعريف مركز ٣٦٧

مباني العروه الوثقى المجلد ١

اشاره

نام كتاب: مباني العروه الوثقى

موضوع: فقه استدلالى

نويسنده: خويى، سيد ابو القاسم موسى

تاريخ وفات مؤلف: ١٤١٣ هـ ق

زبان: عربى

قطع: وزيرى

تعداد جلد: ٢

ناشر: منشورات مدرسه دار العلم - لطفى

تاريخ نشر: ١٤٠٩ هـ ق

نوبت چاپ: اول

مكان چاپ: قم - ايران

مقرر: خويى، شهيد، سيد محمد تقى موسى

تاريخ وفات مقرر: ١٤١٥ هـ ق

[كتاب المضاربه]

اشاره

(كتاب المضاربه) و تسمى قراضا عند أهل الحجاز. و الأول من الضرب، لضرب العامل فى الأرض لتحصيل الربح، و المفاعله باعتبار كون المالك مسببا له و العامل مباشرا (١)

(١) ما أفاده (قده) إنما هو لتوجيه صدق المفاعله فى المضاربه، حيث أن باب المفاعله يقتضى صدور الفعل من اثنين و هو غير

متحقق فى المقام، فان القرض إنما يكون من المالك خاصه و الضرب من العامل فقط.

غير إننا ذكرنا فى مباحث المكاسب أن هئئه المفاعله و ان اشتهر وضعها للدلاله على صدور الماده من اثنين، إلا انه لا أساس له فإنها لا- تدل إلا- على قيام الفاعل و تصديه نحو تحقيق الماده فى الخارج سواء أتتحقق ذلك أم لم يتحقق؟ فىقال: خادعته فلم ينخدع. و الشواهد على ذلك كثيره حيث تستعمل هذه الهئئه و لا- يراد منها سوى تصدى الفاعل- و لو حده- للفعل فىقال: سايرته و دافعته- و لو كان الطرف الآخر واقفا لا يتحرك- و طالعت و ناولته إلى غير ذلك.

نعم قد تقتضى الماده فى بعض الموارد القيام فى اثنين كالمساواه

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٢

و الثانى من القرض بمعنى: القطع لقطع المالك حصه من ماله و دفعه إلى العامل ليتجر به. و عليه العامل مقارض بالبناء للمفعول و على الأول مضارب بالبناء للفاعل.

و كيف كان: عبارته عن دفع (١) الإنسان مالا إلى غيره ليتجر به على أن يكون الربح بينهما، لا أن يكون تمام الربح المالك، و لا ان يكون تمامه للعامل، و توضيح ذلك: أن من دفع مالا إلى غيره للتجاره (تاره): على أن يكون الربح بينهما، و هى مضاربه. (و تاره): على أن يكون تمامه للعامل،

و المقابله و المحاذاه و المشاركه و غيرها حيث انها لا- تتحقق إلا- بطرفين غير ان ذلك أجنبي عن الهيئه و انما هو من خصوصيات الماده.

و الذى يدلنا على ما ندعيه قوله تعالى: «يُخَادِعُونَ اللَّهَ وَ الَّذِينَ آمَنُوا وَ مَا يَخْدَعُونَ إِلَّا أَنفُسَهُمْ وَ مَا يَشْعُرُونَ» (١) فإنها تدلنا على عدم اتحاد مفهوم خادع مع مفهوم خدع حيث ان الثانى ظاهر فى تحقق الماده فى الخارج فى حين ان الأول لا يدل إلا على تصدى الفاعل و ارادته لذلك من غير اعتبار لتحقيقه فى الخارج.

و على هذا الأساس فلا حاجه لتحمل عناء ما ذكر من التأويلات لتصحيح صدق المفاعله على المضاربه، فإنها صادقه عليها حقيقه و من غير حاجه إلى التأويل نظرا لقيام المالك مقام الضرب و تصديه للقرض.

(١) بل هو عقد بين المالك و العامل.

(١) سورة البقره آيه ٩.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٣

و هذا داخل فى عنوان القرض إن كان بقصد (١) (و تاره): على أن يكون تمامه للمالك و يسمى عندهم باسم البضاعه (و تاره): لا يشترطان شيئا و على هذا أيضا يكون تمام الربح للمالك (٢) فهو داخل فى عنوان البضاعه و عليهما يستحق العامل أجره المثل لعمله (٣) إلا أن يشترط عدمه، أو يكون العامل قاصدا للتبرع، و مع عدم الشرط و عدم قصد

التبرع أيضا له أن يطلب الأجره، الا- أن يكون الظاهر منهما في مثله عدم أخذ الأجره و الا فعمل المسلم محترم ما لم يقصد التبرع.

(١) و الا فيبقى المال في ملك المالك و مقتضى قانون تبعيه الربح لرأس المال كونه بأكمله للمالك.

و بعبارة أخرى: ان القرض يتوقف على القصد، فإن قصدا ذلك كان المال ملكا للعامل و حينئذ فتكون الأرباح- و بمقتضى القاعده- ملكا له أيضا، و الا- بان قصد المالك إبقاء المال على ملكه- كانت المعامله من المضاربه الفاسده، فتجرى عليها أحكامها، و ذلك لأن كون تمام الربح للعامل غير ممضى شرعا لعدم الدليل عليه، و مقتضى القاعده تبعيه الربح للمال.

(٢) بموجب القاعده، حيث أن كون بعضه أو كله للعامل يحتاج إلى جعل من المالك و إمضاء من الشارع، و هما معا مفقودان.

(٣) ما أفاده (قده) بالنسبه إلى القسم الثالث- البضاعه-

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٤

.....

ينافى ما التزم به فى المسأله الرابعه عشره من كتاب المساقاه حيث صرح بعدم استحقاق العامل للأجره فيما إذا اشترط المالك انفراد بالثمر، لكونه حينئذ متبرعا. فان المسئلتين من واد واحد.

و الظاهر ان ما ذكره (قده) فى باب المساقاه هو الصحيح، فان لهذا الكلام- اعنى طلب العمل على أن لا يكون له من الربح شىء- ظهورا عرفيا فى التبرع و العمل المجانى، و عليه فلا- يكون له بإزاء عمله شىء لا من الربح- للتصريح بعدمه- و لا أجره المثل- للتبرع بالعمل.

و أما ما أفاده بالنسبه إلى القسم الأخير فهو تام و متين و ذلك لأن أمر الغير بعمل له قيمه و ماليه لدى العرف، تاره يكون ظاهرا فى المجانيه فحينئذ لا أجره للعامل نظرا لكون الأمر متعلقا بحصه

معينه هي العمل المجاني، فكأن العامل قد فعل هذا الفعل من غير أمر.

و أخرى لا- يكون له ظهور في المجانيه و في هذا الفرض ان قصد العامل التبرع و المجانيه، فلا يستحق الأجره عليه أيضا، لأنه متبرع به و بذلك فقد فوت على نفسه ما كان يستحقه من الأجره و ان أتى به بقصد الأجره- كما هو الغالب في أكثر المعاملات الخارجيه، فيؤمر الحمال بحمل المتاع من غير تحديد للأجره- فحينئذ و بطبيعته الحال و بمقتضى السيره العقلانيه القطعيه يستحق العامل عليه الأجره فيكون الأمر ضامنا لها.

بل و كذا الحال فيما لو كان لمتعلق الأمر ماله كأمر الخباز بإعطاء الخبز للفقير، فإنه لو لم يكن للأمر ظهور في المجانيه و قصد الدافع أخذ الثمن، كان الأمر مطالبا به.

و على هذا ففيما نحن فيه: إذا فرض انه لم يكن أمر المالك

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٥

و يشترط في المضاربه الإيجاب و القبول (١) و يكفي فيهما كل دال قولاً أو فعلاً (٢) و الإيجاب القولي كأن يقول، ضاربتك على كذا، و ما يفيد هذا المعنى، فيقول: قبلت.

[و يشترط فيها أيضا- بعد البلوغ و العقل و الاختيار]

إشاره

و يشترط فيها أيضا- بعد البلوغ و العقل و الاختيار (٣) و عدم الحجر لفلس (٤) أو جنون (٥)- أمور:

للعامل بالتجاره ظاهرا في المجانيه- كما هو الغالب في أكثر الأوامر المتعلقة بالاعمال- فللعامل المطالبه بأجره مثل عمله فيما لم يقصد التبرع سواء أتحقق الربح أم لم يتحقق، على ما تقتضيه القاعده.

(١) ليتحقق بهما مفهوم العقد و المعامله، كما هو الحال في سائر العقود.

(٢) لما عرفت غير مره من انه مقتضى القاعده في العقود حيث لا يعتبر فيها الا الاعتبار النفساني و إبرازه بمرز في الخارج و هو

متحقق في المقام.

نعم لا بد من رفع اليد عن القاعده فيما دل الدليل على اعتبار لفظ خاص فيه- كالطلاق- أو مطلق اللفظ- كالنكاح.

(٣) بلا خلاف فيها، فإنها من الشرائط العامه المعتبره في كل عقد.

(٤) مقتضى إطلاق العبارة ان المفلس لا- تصح منه المضاربه سواء أ كان مالكا أم عاملا، الا أن الإطلاق غير مراد جزما فإنه لا محذور في كونه عاملا و سيجى ء منه (قده) التصريح بصحتها حينئذ

(٥) لا يبعد ان يكون مراده (قده) منه السفه لأن حملة على

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٦

[الأول: أن يكون رأس المال عينا]

الأول: أن يكون رأس المال عينا (١) فلا تصح بالمنفعه و لا بالدين، فلو كان له دين على أحد لم يجز أن يجعله مضاربه إلا بعد قبضه. و لو أذن للعامل في قبضه، ما لم يجدد العقد بعد القبض، نعم لو و كله على القبض و الإيجاب من طرف المالك و المقبول منه، بأن يكون موجبا قابلا، صح.

معناه الحقيقي أى ما يقابل العقل يوجب كونه مستدركا لأنه (قده) قد اعتبر فيها العقل صريحا.

ثم بناء على الأول، مقتضى إطلاق كلامه (قده) اعتبار عدمه في كلا طرفي المضاربه و قد صرح بذلك بعضهم غير ان أكثر الفقهاء لم يتعرضوا لذلك في كتاب المضاربه و إنما اقتصروا على ما ذكروه في باب الحجر من ان السفية محجور عليه في ماله.

و كيف كان: فاعتباره بالنسبه إلى المالك مما لا خلاف فيه فإنه ليس للسفيه ان يعقد المضاربه مع العامل لكونه محجورا عن التصرف في أمواله و أما اعتباره بالنسبه إلى العامل فلا وجه له إذ لا يعتبر قبول ذلك منه تصرفا في أمواله- كما هو واضح- بل و لا عمله الذى هو

بحكم المال، و ذلك لأن العامل لا- يملك المالك عمله، و إنما المضاربه عقد شبيه بالوكاله- كما عن المحقق (قده)- أو الجعاله.

و عليه فلا وجه لاعتبار عدم السفه فيه فإنه غير ممنوع منهما بل ذكر غير واحد منهم أن له أخذ عوض الخلع لكونه من تحصيل المال لا التصرف في أمواله.

(١) اعتبره غير واحد من الفقهاء، نظرا لاختصاص أدلتها الخاصه

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٧

.....

بالعين فلا يمكن الحكم بالصحه في المنفعه و الدين لعدم الدليل عليها.

و خالف فيه بعض فالتزم بالصحه تمسكا بالأدله العامه و عمومات التجاره بدعوى ان مقتضاها نفى اشتراط ما يحتمل اعتباره في العقد.

و قد أشكل عليه في بعض الكلمات بأنه لا مجال للتمسك بهذه العمومات في نفى اعتبار ما يحتمل اعتباره بالنسبه إلى العقد.

و الذى ينبغى أن يقال: أن العقد الواقع في الخارج قد يكون من قبيل البيع و الإجاره و نحوهما مما يكون التملك من كل من الطرفين للآخر تملكاً لما يملكه، و فيه لا مانع من التمسك بعمومات التجاره و قد تمسكنا بها لإثبات صحه المعامله المعاطاتيه.

و قد لا- يكون كذلك بان لا يكون فيه تملك من أحد الطرفين ماله للآخر، كالمضاربه و المزارعه و المساقاه حيث لا يملك المالك العامل إلا- حصه من الربح و هى غير متحققه بالفعل لأنه لا- يملك إلا أصل ماله، فكيف يصح تملكها لغيره؟ و فيه فالقاعدته تقتضى البطلان و لا عموم يقتضى صحته، و عليه فيكون تمام الربح للمالك نظرا لتبعيه المنافع للأصل و كون بعضه للعامل رأساً و ابتداء على خلاف القاعده في العقود إذ مقتضاها كون العوض لمن له المعوض فمن يبذل المثلن له الثمن و العكس بالعكس

فلا وجه لكون بعضه للعامل.

و انتقاله آنا ما إلى ملك المالك و من ثم إلى العامل و ان كان معقولاً إلا انه على خلاف قانون المضاربه و المزارعه و المساقاه.

على انه من تمليك ما لا يملك فعلاً إذ ليس له الآن السلطنه عليه و لذا لم يستشكل أحد في بطلان العقد إذا لم تكن حصه العامل من ربح ما يتجر به، بان يقول له المالك: اتجر بهذا المال و لك الربع من

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٨

.....

أرباح تجارتي الخاصه أو من ثمر بستانى فى العام القادم.

و الحاصل: ان الصحه فى هذه الموارد التى ليس فيها شىء مملوك للمملك بالفعل يملكه لغيره، تحتاج إلى دليل خاص، فان كان فهو و الا فالقاعده تقتضى البطلان نظير ما تقدم فى إجاره الأرض بحاصلها أو بيع ما سيرته من مورثه، فإنها غير مشموله لأدله التجاره عن تراض و صحتها على خلاف القاعده، فلا بد لا ثباتها من دليل خاص و الا فهى محكوم به بالفساد.

على أن المضاربه تزيد على غيرها فى الاشكال بأنها لا تنحصر - غالباً - بالتجاره مره واحده، بل تكون من التجاره المستمره و المتعدده، و على هذا فلو فرض أن رأس المال مائه دينار و كان للعامل نصف الربح، فاتجر العامل به و اشترى سلعه بمائه دينار ثم باعها بمائتى دينار، كان مقتضى العقد اختصاص المالك بمائه و خمسين ديناراً و اختصاص العامل بخمسين ديناراً فقط، فلو اشترى بعد ذلك شيئاً بمائتى دينار ثم باعه بأربعمائه دينار، فمقتضى العقد ان يكون للعامل مائه و خمسون ديناراً و للمالك مأتان و خمسون ديناراً، و هو مخالف للقاعده من حيث أن المائتين ديناراً الحاصله من التجاره الثانيه إنما

هى ربح لمجموع خمسين ديناراً- حصه العامل- و مائه و خمسين ديناراً- حصه المالك- و مقتضى القاعده ان يكون ربع هذا المبلغ له و الثلاثه ارباع الباقيه بينه و بين المالك و هذا يعنى ان يكون للعامل من مجموع الأربعمائه، مائه و خمسه و سبعون ديناراً و للمالك منه مائتان و خمسه و عشرون ديناراً فقط، و الحال انه لا يأخذ إلا مائه و خمسين ديناراً، و لازمه ان يكون ربح العامل أيضاً مناصفه بينه و بين المالك و هو على خلاف القاعده حيث ان المالك لم يعمل فيه شيئاً بل ذلك

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٩

.....

المال حصه العامل بتمامه و العمل فيه من العامل فلا وجه لأن يكون للمالك نصف ربحه.

و من هنا فلو كنا نحن و القاعده و لم يكن هناك دليل على الصحه لالتزمنا بفساد عقد المضاربه بقول مطلق، و انما قلنا بالصحه فيها للنصوص الخاصه و عليه فلا بد فى تحديد ما يعتبر فى الحكم بالصحه من اتباع دلالتها فبمقدار تلك الدلاله يحكم بالصحه، و الباقي بما فى ذلك المشكوك يبقى على أصل الفساد.

و عليه فنقول: أما بالنسبه إلى الدين فيكفى فى الحكم بفساد المضاربه به معتبره السكونى عن أبى عبد الله (ع) قال: (قال أمير المؤمنين (عليه السلام) فى رجل له على رجل مال فيتقاضاه و لا يكون عنده فيقول: هو عندك مضاربه، قال: لا يصلح حتى تقبضه منه) «١» على أن المذكور فى أدله المضاربه عنوان «إعطاء المال» و هو ظاهر فى دفع العين فلا تشمل الأدله الدين و يكفيها فى ذلك الشك حيث عرفت ان مقتضى الأصل البطلان.

و أما بالنسبه إلى المنفعه فالمعروف و المشهور بينهم

هو عدم الجواز لكن يمكن أن يقال: ان التعبير في أدله المضاربه بالمال لا سيما ما ورد في الوصيه بالمضاربه بمال أولاده، شامل للمنفعه أيضا حيث لا دليل على بطلان المضاربه بها خلافا للدين.

إلا- انه مردود: بان الظاهر من نصوص المضاربه ان موضوعها إعطاء المالك ماله للعامل كي يعمل به على ان يكون رأس المال محفوظا و الربح بينهما على حسب ما يتفقان عليه، و هو لا ينطبق على المنفعه

(١) الوسائل: ج ١٣ ب ٥ من أبواب أحكام المضاربه ح ١.

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٠

و كذا لو كان له على العامل دين لم يصح جعله قراضا (١) الا ان يوكله في تعيينه ثم إيقاع العقد عليه بالإيجاب و القبول بتولى الطرفين.

[الثانى: أن يكون من الذهب أو للفضه المسكوكين بسكه المعامله]

الثانى: أن يكون من الذهب أو للفضه المسكوكين بسكه المعامله بأن يكون درهما أو ديناراً، فلا تصح بالفلوس و لا بالعروض، بلا- خلاف بينهم، و ان لم يكن عليه دليل سوى دعوى الإجماع. نعم تأمل فيه بعضهم، و هو فى محله، لشمول العمومات، الا ان يتحقق الإجماع، و ليس ببعيد (٢) فلا يترك الاحتياط.

حيث انها غير قابله للبقاء نظرا إلى أنها تتلف بنفسها و من هنا فكل ما يكون فى قبالتها يكون بأجمعه ربحا، و لذا قالوا فى باب الخمس ان كل ما يقع بإزاء المنافع سواء الأعيان و غيرها يكون متعلقا للخمس و ليس ذلك إلا لكونه بأجمعه ربحا لا أن الأصل محفوظ و الباقي هو الربح.

إذن: فما ذكره المشهور من عدم صحه المضاربه بالمنفعه إن لم يكن أقوى فهو أحوط.

هذا بناء على جواز المضاربه بمطلق المال و ان لم يكن من الأثمان و أما بناء على عدم جوازه فلا

ينبغي الإشكال فى عدم جواز المضاربه بالمنفعه.

(١) للقاعده و معتبره السكونى - على ما تقدم.

(٢) الظاهر أن الإجماع المدعى من الإجماع المنقول فلا يمكن

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢١

و لا بأس بكونه من المعشوش الذى يعامل به (١) مثل الشاميات و القمرى و نحوهما.

الاعتماد عليه لا سيما بعد خلو كلمات غير واحد من الأصحاب من التعرض اليه.

و كيف كان: فالأصل فى هذه الدعوى كلام القاضى فى الجواهر الا ان عبارته صريحه فى دعوى الإجماع. على صحة المضاربه بالدرهم و الدينير، و أين هذا من دعوى الإجماع على بطلانها فى غيرهما؟ فان بينهما بونا بعيدا.

و منه يظهر ان الإجماع بمعنى الاتفاق الكاشف عن رأى المعصوم (عليه السلام) غير متحقق فى المقام، و معه فلا موجب لرفع اليد عن إطلاقات الأدله المعتبره للمال فى المضاربه، حيث لم يثبت تقييد بكونه من الدرهم أو الدينير. فان هذا العنوان كما يصدق عليهما يصدق على غيرهما من الأثمان و الأموال المتمحضه فى المالىه.

نعم الحكم لا- يعم العروض باعتبار ان الربح و الخسران إنما يلاحظان بالنسبه إلى ما هو متمحض فى المالىه و هو الأثمان التى يتحفظ بها أولا ثم يلاحظ ربحها و خسارتها.

إذن: فما اختاره صاحب الحدائق (قده) من عدم اعتبار هذا الشرط هو الصحيح.

(١) إذ العبره - بناء على اعتبار كونه من الذهب و الفضة و المسكوكين - بصدق الدرهم و الدينار و هو صادق على المغشوش على حد صدقه على الخالص بل الخالص منهما إما لا يكون أو يكون نادرا جدا، و قد تقدم الكلام فيه مفصلا فى باب الزكاه

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٢

نعم لو كان مغشوشا يجب كسره، بان كان قلبا لم يصح (١) و

ان كان له قيمه، فهو مثل الفلوس. و لو قال للعامل: بع هذه السلعه و خذ ثمنها قراضا لم يصح (٢).

نعم لو كان الغش بحد يمنع صدق الاسم عليه منع من صحه المضاربه به، بناء على القول باعتبار كون مال المضاربه درهما و دينارا.

(١) بان كان الغش فى الهيئه لا ماده، بان صب الذهب و الفضة بشكل الدراهم و الدينانير فإنه لا يكون حينئذ من الأثمان و تقدم اعتبار كون مال المضاربه منها.

و بذلك يظهر الفرق بينه و بين الفلوس.

(٢) و كأنه لأن الذى يعطيه المالك العامل ليس بالفعل درهما أو دينارا و قد اعتبر كون مال المضاربه منهما، و ثمنه و ان كان منهما إلا انه حين إعطاءه لم يكن مالكا لذلك، و إنما يملكه بعد البيع و فيه ما لا يخفى، فانا و ان سلمنا عدم صحه المضاربه بالعروض، إلا انه إذا قصد المعطى المضاربه بالبدل و الثمن - كما هو صريح عبارته - كان ذلك فى الحقيقه توكيلا للعامل فى جعل الثمن قراضا - كما هو الحال فى سائر موارد الأمر بالأمر المترتبته كان يقول بع دارى و أصرف ثمنه على الفقراء فإنه توكيل فى الصرف عليهم لا محاله.

و من هنا فإذا نَصَّد العامل ذلك فباع المتاع ثم تصدى للتجاره بالثمن كان فعله هذا إيجابا للمضاربه بالوكاله من المالك و قبولا منه هو.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٣

إلا أن يوكله فى تجديد العقد عليه بعد ان نض الثمن

[الثالث: أن يكون معلوما قدرا و وصفا]

الثالث: أن يكون معلوما قدرا و وصفا (١).

و محذور كونها مضاربه معاطيه، مدفوع بأنه لا اشكال فيها حيث عرفت ان مقتضى العمومات عدم اعتبار اللفظ فى صحه العقد إلا ما خرج بالدليل.

(١) ذكر صاحب الجواهر (قده)

فى وجهه: ان الجهاله تمنع من تحقق الربح الذى ينبغى ان يكون مشتركاً بين المالك و العامل و حيث انه روح هذه المعامله فيحكم بطلانها.

و فيه: انا لو سلمنا عموم النهى عن الغرر للمضاربه أيضاً، فالمقام خارج عنه تخصصاً إذ لا- غرر فى هذه المعامله من ناحيه المضاربه.

فإنه لو اعطى المالك العامل كيساً مملوءاً بالدنانير و أمره بالمضاربه بها من دون ان يعلم مقدارها أو وصفها، لم يكن ذلك غرراً من جهه تمكن العامل من عدّها بعد ذلك و اخبار المالك به فيرتفع جهلهما لكونه أميناً عنده.

على أن لو لم يتمكن من عدّها، فيكفى فى رفع الغرر ان المعامله بذلك المال يستلزم علمه و لو تدريجاً بمقداره، فإنه كلما يشتري شيئاً ليتجر به يعرف ما اخرج بإزاءه من الكيس إلى ان ينتهى كلما فيه و حينئذ يرتفع غرره و يعلم بما كان فى الكيس حين قبضه.

ثم لو فرضنا عدم ذلك أيضاً فالربح يكون مشتركاً بين العامل و المالك و حينئذ فيمكن حل المشكله بالرجوع إلى التصالح- إن أمكن- و الا فيحلها الحاكم و لو بالقرعه.

و ليس فى شىء من ذلك أى غرر حيث انه عبارته عن الخطر

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٤

و لا تكفى المشاهده و ان زال به معظم الغرر (١).

[الرابع: أن يكون معيناً]

الرابع: أن يكون معيناً (٢) فلو أحضر مالين و قال:

قارضتك بأحدهما أو بأيهما شئت، لم ينعقد الا ان يعين ثم يوقعان العقد عليه.

المالى أو العرضى أو النفسى، و كلها مفقود فى المقام فان الربح لكل منهما مضمون.

إذن: فالظاهر عدم اعتبار هذا الشرط فى عقد المضاربه، نظراً لعدم الدليل عليه.

(١) خلافاً لما حكى عن الشيخ (قده) من الاكتفاء بها لما ذكره و

قد ظهر الحال فيه مما تقدم.

(٢) لم يظهر لنا وجهه، فان دعوى: ان أحدهما و الفرد المبهم لا- وجود له فى الخارج، إذ الموجود فى الخارج إنما هو الفرد المعين المشخص فلا تصح المضاربه به.

مدفوعه: بما ذكرناه فى مبحث الواجب التخييرى من المباحث الأصوليه، من أن الفرد المردد و ان لم يكن له وجود فى الخارج الا- أن الجامع الذى هو عبارته عن عنوان أحدهما موجود فى الخارج لا محاله، فإنه موجود بوجود الفردين و لذا يقال: انه يعلم بنجاسه أحد الإنائين و الحال ان الذى لا وجود له كيف يعلم بنجاسته؟.

إذن: فلا مانع من إيقاع المضاربه على أحدهما، فإنه مشمول للعنوان الوارد فى النصوص اعنى دفع المال للتجاره و حينئذ فيكون التخيير للعامل أو المالك على حسب ما يتفقان عليه.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٥

نعم لا- فرق بين أن يكون مشاعا أو مفروزا (١) بعد العلم بمقداره و وصفه، فلو كان المال مشتركا بين شخصين فقال أحدهما للعامل: قارضتك بحصتى فى هذا المال صح مع العلم بحصته من ثلث أو ربع. و كذا لو كان للمالك مائه دينار- مثلا- فقال: قارضتك بنصف هذا المال صح.

[الخامس: أن يكون الربح مشاعا بينهما]

الخامس: أن يكون الربح مشاعا بينهما (٢) فلو جعل لأحدهما مقدارا معيناً و البقيه للآخر، أو البقيه مشتركه بينهما لم يصح (٣).

(١) لصدق المال المذكور فى النصوص عليهما على حد سواء.

(٢) لتقوم مفهوم المضاربه به و الا فيكون داخلا فى مفهوم الإجاره أو الجعالة و على كلا التقديرين يحكم ببطلان العقد لأن غير المملوك بالفعل لا يصلح ان يكون أجره أو جعلاً بإزاء عمل العامل

(٣) ما أفاده (قده) إنما يتم فيما إذا لم يكن وثوق بزياده الربح

عن المقدار الذى جعل لأحدهما تعيينا. فإنه حينئذ تخرج المعامله عن المضاربه حيث ان معه لا يبقى للآخر شىء من الربح.

و أما إذا كان هناك وثوق بزيادة الربح عن المقدار المعين، فقد استدلل للبطالان فيه، بان ظاهر كون الربح مشتركا بين المالك و العامل - على ما دلت عليه النصوص - هو اشتراكهما فى كل جزء منه على نحو الإشاعه.

و من هنا فاختصاص أحدهما بجزء منه دون الآخر يكون على خلاف

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٤

[السادس: تعيين حصه كل منهما من نصف أو ثلث أو نحو ذلك]

السادس: تعيين حصه كل منهما (١) من نصف أو ثلث أو نحو ذلك، الا أن يكون هناك متعارف ينصرف اليه

مفهوم المضاربه فلا يشمله دليلها و القاعده تقتضى البطلان.

وفيه: انه لا يستفاد من أدله المضاربه كون كل جزء من الربح مشتركا بينهما - كما قيل - وإنما المستفاد منها ان مجموع الربح يكون بينهما فى قبال اختصاص أحدهما به، و هو صادق فى المقام أيضا فإنه إذا استثنى المسالك لنفسه عشره دنانير - مثلا - على أن يكون باقى الربح بينهما مناصفه كان مرجع ذلك إلى المضاربه بالمال على ان يكون للعامل نصف الربح الا خمسه دنانير و هو لا محذور فيه مع الوثوق بزيادة الربح على عشره دنانير لصدق كون الربح بينهما مشتركا و مشاعا و قد التزم الماتن (قده) بجواز ذلك فى المساقاه مع أن المضاربه و المزارعه و المساقاه من هذه الجهه من واد واحد و لا فرق بينهما.

إذن: فالحكم بالبطالان فى هذه الصوره لا يخلو عن اشكال بل منع.

(١) فان الملك لا بد و ان يتعلق بأمر معين، فإن الشىء الذى لا واقع له لا يصلح ان يكون مملوكا لأحدهما. و حيث ان النسبه المجهوله لا واقع لها

فلا يصلح تملكها للعامل.

هذا إذا كانت النسبة مجهوله و مردده فى الواقع، و أما إذا كان لها واقع لكنهما لم يكونا يعلمان بها، كما لو ضاربه بالنسبه التى اتفقا عليها فى السنه الماضيه مع نسيانها لها، فهل يحكم بصحتها أم لا؟

قيل بالثانى من جهه استلزامه للغرر.

إلا انك قد عرفت ما فيه حيث لا خطر على العامل فى الربح

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٧

الإطلاق (١)

[السابع: ان يكون الربح بين المالك و العامل]

السابع: ان يكون الربح بين المالك و العامل، فلو شرطا جزءا منه للأجنبى عنهما لم يصح (٢) الا- أن يشترط عليه عمل متعلق بالتجاره (٣) نعم ذكروا أنه لو أشرط كون جزء من الربح لغالام أحدهما صح، و لا- بأس به خصوصا على القول بان العبد لا يملك لأنه يرجع إلى مولاه، و على القول الآخر يشكل، الا انه لما كان مقتضى القاعده صحه

و إنما الشك فى زيادته و نقصانه، على انه لم يثبت نهيه (ص) عن مطلق الغرر.

إذن فلا مانع من الالتزام بصحتها، إذ يصدق معه ان المالك اعطى ماله للعامل ليتجر به على ان يكون الربح مشتركا بينهما بنحو الإشاعه على النسبه المعينه فى الواقع.

لكن لا يخفى ان ظاهر عباره الماتن (قده) هو القسم الأول فإنه (قده) غير ناظر إلى فرض كون النسبه معلومه فى الواقع.

(١) حيث به يحصل العلم بالمقدار.

(٢) و ذلك لأن مقتضى القاعده- و كما عرفت- هو تبعيه المنافع بأكملها لرأس المال فى الملكيه. و إنما خرجنا عنهما فى المضاربه حيث يكون بعض الربح للعامل بالدليل الخاص. و حيث لا دليل على جواز الجعل للأجنبى يكون باطلا لا محاله بعد أن لم يكن له شىء من رأس المال أو العمل.

(٣) لأنها فى الحقيقه ترجع

إلى المضاربه مع اثنين

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٨

الشرط حتى للأجنبى (١). و القدر المتيقن من عدم الجواز ما إذا لم يكن غلاما لأحدهما، فالأقوى الصحة مطلقا، بل لا يبعد القول به فى الأجنبى أيضا و ان لم يكن عاملا لعموم الأدله (٢).

[الثامن: ذكر بعضهم أنه يشترط أن يكون رأس المال بيد العامل]

الثامن: ذكر بعضهم أنه يشترط أن يكون رأس المال بيد العامل فلو اشترط المالك ان يكون بيده لم يصح لكن لا دليل عليه (٣) فلا مانع ان يتصدى العامل للمعامله مع كون المال بيد المالك كما عن التذكره.

[التاسع: ان يكون الاسترباح بالتجاره]

التاسع: ان يكون الاسترباح بالتجاره، و أما إذا كان بغيرها- كأن يدفع اليه ليصرفه فى الزراعه مثلا و يكون

(١) مراده (قده) من القاعده هى العمومات و الإطلاقات، غير انك قد عرفت منا غير مره إنكار ذلك حيث ليس لدينا إى عموم أو إطلاق يشمل تملك ما لا يملك، و لذا لو اشترط شيئا من الربح للأجنبى فى غير عقد المضاربه لم يصح جزما لأنه من تملك المعدوم.

إذن: فالصحيح ان يجعل للأجنبى غير جائز سواء أ كان الأجنبى عبدا لأحدهما- بناء على ملكيه العبد كما هو الصحيح- أم لم يكن.

(٢) ظهر الحال فيه مما تقدم.

(٣) إذ المضاربه انما تكون باعتبار صدور العمل من العامل و رجوع الربح اليه و إلى المالك مشتركاً على النسبه المتفق عليها، و أما كون المال بيد العامل فلم يدل عليه دليل بل ربما لا يكون فى العامل و ثوق

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٩

الربح بينهما- يشكل صحته (١) إذ القدر المعلوم من الأدله هو التجاره. و لو فرض صحه غيرها للعمومات- كما لا يبعد (٢)- لا يكون داخلا فى عنوان المضاربه.

[العاشر: ان لا يكون رأس المال بمقدار يعجز العامل]

العاشر: ان لا يكون رأس المال بمقدار يعجز العامل

فيبقى المالك ماله في يده تحفظا عليه.

نعم بعض النصوص تضمن التعبير ب «يعطى مالا» و هو ظاهر في الدفع اليه و جعله في يده، الا أن التقييد وارد في كلام السائل دون جوابه (ع) فلا يدل على اعتبار كونه في يد العامل و عدم صحتها عند الخلاف.

على أن بعض النصوص مطلقه ففي بعضها، (الرجل يقول للرجل: ابتاع لك متاعا و الربح بيني و بينك) «١» و في بعضها.

(الرجل يعمل بالمال مضاربه) «٢» و غيرها، فان هذه التعابير إن لم تكن ظاهره

فى كون المال فى يد المالك فلا أقل من كونها عامه لكلا الطرفين.

(١) لاختصاص المضاربه على ما يستفاد من نصوصها بالاسترباح بالتجاره.

(٢) بل هو بعيد، لما عرفت من عدم تماميه العمومات و احتياج الحكم بالصحه فى هذه المعاملات إلى الدليل الخاص و حيث انه مفقود فالقاعده تقتضى البطلان.

(١) الوسائل: ج ١٣ ب ٣ من أبواب أحكام المضاربه ح ١.

(٢) الوسائل: ج ١٣ ب ١ من أبواب أحكام المضاربه ح ٣.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٠

عن التجاره به، مع اشتراط المباشره من دون الاستعانه بالغير، أو كان عاجزا حتى مع الاستعانه بالغير، و الا فلا يصح (١) لاشتراط كون العامل قادرا على العمل.

كما ان الأمر كذلك فى الإجاره للعمل، فإنه إذا كان عاجزا تكون باطله و حينئذ فيكون تمام الربح للمالك و للعامل أجره عمله

(١) فيه اشكال بل منع فإن المضاربه كغيرها من العقود تنحل إلى عقود متعدده على أجزاء رأس المال و ان كانت بحسب الإنشاء واحده حالها فى ذلك حال سائر العقود، و من هنا فحيث ان المفروض ان العامل ليس بعاجز عن التجاره بجميع أجزاء ذلك المال و ان كان عاجزا عن الاتجار بمجموعه، فلا موجب للحكم بالبطلان من رأس و فى جميع المال، بل يتعين الحكم بالصحه فيما يقدر عليه و البطلان فيما يعجز عنه، فإنه لا محذور فيه سوى توهم ان الجهاله بالمقدار المقذور يستتبع الغرر الموجب لبطلان العقد، الا انك قد عرفت ما فى هذا التوهم حيث لا غرر فلا موجب للحكم بالفساد.

نعم لو كانت أجره المثل فى الخارج أقل من الربح المجعول للعامل و كان المالك حين العقد جاهلا بعجز العامل عن الاتجار ببعض المال كان له الخيار

فى فسخ العقد من رأس لتخلف الشرط و هو انضمام المضاربه بكل جزء بالمضاربه بالجزء الآخر كما هو الحال فى سائر موارد تبعض الصفقه، فىثبت للعامل أجره مثل عمله فىنشد، أو إمضاء العقد فى ذلك الجزء فىكون له ما اتفقا عليه من النسبه، و أما الحكم بالبطلان

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣١

.....

من رأس - كما أفاده الماتن (قده) - فلا وجه له و لا يمكن المساعده عليه.

و بعباره أخرى نقول: ان المقدار المقدور تاره يكون متميزا عن غير المقدور و أخرى لا- يكون كذلك ففى الأول لا ينبغى الشك فى صحه المعامله بالنسبه إلى المقدار المقدور فإنه من ضم المعامله الصحيحه إلى المعامله الفاسده نظير بيع الخنزير و الشاه جملة أو بيع ماله و مال غيره كذلك فإنها تبعض لا محاله فتبطل فى الخنزير و مال الغير و تصح فى الشاه و ماله.

و هذا جار فى الإجاره أيضا فإنه لو أجره لعملين أحدهما مقدور و الآخر غير مقدور دفعه صحه بالنسبه إلى المقدور و بطلت بالنسبه إلى غيره.

و الحاصل: إن ضم معاملة صحيحه إلى أخرى فاسده لا يوجب البطلان بالنسبه إلى الصحيحه، بل تنحل المعامله الواحده إلى معاملتين فتصح بالنسبه إلى الواجده للشرائط و تبطل بالنسبه إلى غيرها- و منه يتضح فساد ما ذكره (قده) من عدم استحقاق العامل شيئا من الربح فان له النسبه المتفق عليها من ربح ما اتجر به لانكشاف كونه مقدورا و صحيحا.

و فى الثانى: فىحكم بالصحه فى المقام أيضا و ان كنا نحكم بالفساد فى الإجاره باعتبار انه يعتبر فيها معلوميه العمل بخلاف المضاربه حيث قد عرفت انه لا يعتبر فيها معرفه مقدار المال لعدم الغرر فى الجهل به و

على تقديره فلا دليل على نفيه بقول مطلق.

إذن: فلا موجب للحكم فيه بالبطلان فيما ظهر مقدوريته بعد ذلك من رأس بعد إن كانت المضاربه عقدا جائزا و لم يتضمن

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٢

مع جهله بالبطلان (١) و يكون ضامنا

التمليك من الابتداء، و لا- مجال لقياسها بالإجاره التى هى من العقود اللازمه المتضمنه للتمليك من الطرفين بل المتعين هو الحكم بثبوت النسبه المعينه من الربح للعامل فيما إذا لم يكن المالك جاهلا بعجزه عن المضاربه بالجميع من أول الأمر و الا فهو بالخيار إن شاء أبقى المعامله كما كانت يأخذ العامل نصيبه من الربح أو فسخ لتبعض الصفقه فيكون للعامل أجره مثل عمله.

(١) ما أفاده (قده) متفرع على اختياره لبطلان المضاربه فى المقام فلا تثبت له الحصه المعينه من الربح و أما بناء على ما اخترناه من صحتها بالنسبه إلى المقدور فلا موضوع لهذا الكلام كما عرفت.

و كيف كان: فكأن الوجه فيما أفاده (قده) من استحقاق العامل لأجره مثل عمله عند جهله بالبطلان خاصه، هو عدم إقدام العامل حينئذ على التبرع بعمله و المجانيه بخلاف ما لو كان عالما بالفساد و عدم استحقاقه للنصيب المعين فإنه و بإقدامه بعد ذلك على العمل يكون مقدما على التبرع بالعمل و المجانيه.

إلا- إنك عرفت فى مبحث الإجاره ان العلم بالفساد لا- يعنى إقدام العامل على العمل مجانا بل غايه ما يقتضيه هو العلم بعدم إمضاء الشارع المقدس للعقد و عدم استحقاقه للنصيب المعين، و هو لا يعنى التبرع بعمله و الاقدام على المجانيه، و لذا يضمن كل من المتبايعين ما قبضاه بالعقد الفاسد حتى مع علمهما بالفساد.

و عليه: فلا وجه للقول بعدم استحقاق العامل لأجره مثل

لتلف المال (١) إلا مع علم المالك بالحال (٢) و هل يضمن

على تقدير علمه بفساد العقد بل هو مستحق لها على كلا التقديرين نظرا لعدم إقدامه على المجانية.

نعم استحقاقه لا-جره المثل إنما هو فى فرض عدم زيادتها عن الحصه المعينه فى المضاربه الفاسده و الا- فليس له الا- ذلك المقدار لإقدامه على العمل بذلك المقدار و إلغاء احترامه بالنسبه إلى الزائد.

(١) فيه اشكال بل منع فان الضمان إنما يثبت ببناء العقلاء أو ضم الدليل الشرعى اليه أو التعبد المحض فى موارد خاصه من تعد أو تفريط أو أخذ مال الغير بغير رضاه أو الإلتلاف أو إقدام الآخذ على الضمان- كما هو الحال فى العقود الضمانيه- أو عاريه الذهب و الفضه، و لا شىء من هذه العناوين متحققه فى المقام فان المفروض عدم التعدى أو التفريط و كلمه الآخذ ظاهره فى القهر و الغصب فلا تشمل ما إذا كان برضاه أو اختياره، و الإلتلاف العمدى مفروض العدم و ليس الآخذ مقدما على الضمان بل و لم يسلمه المالك المال فى المقام على أن يكون دركه عليه و لا نص خاص يقتضى الضمان فى المقام.

و من هنا فمقتضى كون اليد أمانه مالكيه عدم الضمان فى المقام و يقتضيه مضافا إلى ذلك تسالمهم- على ما ذكره الشيخ الأعظم (قده)- على ان ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده و بالعكس، فان مقتضاه عدم ثبوت الضمان فيما نحن فيه لأن المضاربه الصحيحه غير مضمونه فتكون فاسدتها كذلك.

(٢) ظهر مما تقدم انه لا وجه لتقييد عدم الضمان بفرض علم

أخذه على هذا الوجه، أو القدر الزائد لأن العجز إنما يكون بسببه فيختص به، أو الأول إذا أخذ الجميع دفعه و الثاني إذا أخذ أولاً بقدر مقدوره ثم أخذ الزائد و لم يمزجه مع ما أخذه أولاً؟ أقوال: أقواها الأخير. (و دعوى): انه بعد أخذ الزائد يكون يده على الجميع، و هو عاجز عن المجموع من حيث المجموع، و لا- ترجيح الآ-ن لأحد اجزاءه إذ لو ترك الأول و أخذ الزيادة لا يكون عاجزا (١) (كما ترى) إذ الأول وقع صحيحا و البطلان مستند إلى الثاني و بسببه (٢)

المالك بالحال، فإن أدله الضمان قاصره عن شمول المقام سواء علم المالك بالحال أم جهل.

(١) و بعبارة أخرى: ان الدفعين الأول و الثاني لما كانا مبنيين على المضاربه الواقعه على الجميع و المحكوم عليها بالفساد بالنسبه إلى جميع المال أيضا المقدور و غير المقدور- كما هو المفروض- لم يكن للتفصيل و ترجيح الأول على الثاني وجه، فان العقد واحد و نسبه كل واحد من الدفعين إليه واحده أيضا.

(٢) و توضيحه ان يقال: ان عقد المضاربه لما كان جائزا من الطرفين و كان المالك غير ملزم بدفع المال إلى العامل بعد العقد حيث انه ليس له مطالبته به كما انه ليس للمالك إلزام العامل بالعمل، فلا وجه لأن يقال ان تسليم المالك للعامل من الجرى على المعامله الفاسده

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٥

.....

و نسبه تلك المعامله إلى كلا الدفعين واحده، فإنه إنما يتم في العقود اللازمه حيث لا يكون التسليم بعد الحكم بالفساد بنفسه مصداقا لإنشاء ذلك العقد، فيتعين كونه جريا على العقد الفاسد و أما في العقود الجائزه التي يكون العمل بعد العقد الفاسد بنفسه

مصادقا لذلك العقد فلا- مجال لأن يكون العمل بعده جريا على العقد السابق بحيث يرى المالك نفسه ملزما به، بل هو بعينه يكون مصادقا لذلك العقد فلو اكره شخص آخر ليهب ماله اليه فوهب و من ثم سلم المال باختياره اليه، لم يكن ذلك من الجرى على الهبه الفاسده، و إنما كان التسليم بنفسه مصادقا للهبه.

و ما نحن فيه من هذا القبيل فان دفع المالك للمال بعد فساد المضاربه إلى العامل لا يمكن أن يكون جريا على المعامله الفاسده و إنما هو مضاربه حقيقه أنشأت بالفعل لا اللفظ، حيث ان المالك بدفعه للمال قاصد لمتاجره العامل به على أن يكون الربح بينهما على النسبه التي اتفقا عليها، فيحكم بصحته حيث لا موجب للحكم بالفساد فان مجرد كون العقد السابق اللفظي محكوما بالفساد لا يقتضى الحكم بالبطلان فيما أنشأ بعده بالفعل.

و على هذا الأساس يتضح وجه ما أفاده الماتن (قده) من التفصيل فان المقدار المقدور المقبوض أولا مضاربه مستقله عن المضاربه بالمقدار الثانى حيث لا- يكونان من الجرى على المضاربه القوليّه الفاسده، فيحكم بصحة الأولى حيث لا- موجب للبطلان و فساد الثانى لكونها غير مقدوره.

و الظاهر ان ما ذكرناه هو مراد الماتن (قده) من قوله: «إذ الأول وقع صحيحا» فإنه محمول على أن الأول مضاربه معاطاتيه

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٦

و المفروض عدم المزج (١) هذا و لكن ذكر بعضهم أن مع العجز المعامله صحيحه فالربح مشترك و مع ذلك يكون العامل ضامنا مع جهل المالك. و لا وجه له لما ذكرنا مع أنه إذا كانت المعامله صحيحه لم يكن وجه للضمان. ثم إذا تجدد العجز فى الأثناء وجب عليه رد الزائد (٢) و

صحيحه، و الا فالجری على العقد السابق فعل خارجى لا معنى لوصفه بالصحة و الفساد.

و بالجملة: فالمتعين بناء على القول ببطلان تمام المضاربه عند عدم القدره على بعضها، و الحكم بضمان العامل لتلف المال مع جهل المالك بالحال - كما بنى عليها الماتن (قده) - هو ما أفاده (قده) من التفصيل بين قبض المال جملة و تدريجا.

(١) لم يظهر لنا وجه تقييد عدم الضمان فى المقدار المقذور المقبوض أولا بما إذا لم يمزج الثانى به بحيث لو مزجه لكان ضامنا للجميع فان المزج و عدم التمييز لا يقتضى ثبوت الضمان فيما لم يكن مضمونا من قبل، فإنه لا موجب للضمان فيه لا سيما و ان المالين ملك للمالك واحد.

(٢) يظهر وجهه مما تقدم، فان هذا المال بعد العجز عن المضاربه به يكون أمانه شرعيه فى يد العامل و عليه رده إلى مالكة فى أقرب أزمنه الإمكان.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٧

[مسائل]

[مسألة ١]: لو كان له مال موجود فى يد غيره أمانه أو غيرها. فضاربه عليها صح [

(مسألة ١): لو كان له مال موجود فى يد غيره أمانه أو غيرها. فضاربه عليها صح (١) و إن كان فى يده غصبا أو غيره مما يكون اليد فيه يد ضمان فالأقوى أنه يرتفع الضمان بذلك، لانقلاب اليد حينئذ فينقلب الحكم (٢) و دعوى: أن الضمان مغيب بالتأديه (٣) و لم تحصل، كما ترى (٤) و لكن ذكر جماعه بقاء الضمان إلا إذا اشترى به شيئا و دفعه إلى البائع، فإنه يرتفع الضمان به، لأنه قد قضى

(١) إذ لا يعتبر فى المضاربه ان يكون المال عند المالك كى يقبضه إلى العامل.

(٢) فان موضوع الحكم بالضمان إنما هو اليد الضمانيه كيد الغاصب أو العاريه المضمونه و حيث ان هذا الموضوع تبدل بيد الامانه و المضاربه

ينتفى الضمان قهرا و يكون من السالبه بانتفاء الموضوع.

(٣) لقوله «ص» (على اليد ما أخذت حتى تؤدى) «١» حيث ان مقتضاه ثبوت الضمان إلى حين الأداء و التسليم.

(٤) فان هذه الروايه نبويه لم تثبت، و العبره فى الضمان إنما هى ببناء العقلاء أو المتشرعه عليه، و لا شىء منهما متحقق فى المقام.

على أن موضوع هذا النص هو الاستيلاء على مال الغير على نحو يوجب الضمان كالغصب و العاريه المضمونه، و المفروض عدم بقاءه لأنه تبدل إلى الأمانه و معه فلا مجال لبقاء الحكم الأول نظير ما لو تبدل عنوان الغصب أو العاريه المضمونه بالإجاره و نحوها، فان

(١) مستدرک الوسائل: باب ١ من كتاب الوديعه ح ١٢.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٨

دينه بإذنه (١) و ذكروا نحو ذلك فى الرهن أيضا، و أن العين إذا كانت فى يد الغاصب فجعله رهنا عنده أنها تبقى على الضمان، و الأقوى ما ذكرنا فى المقامين لما ذكرنا.

[مسأله ٢): المضاربه جائزه من الطرفين]

(مسأله ٢): المضاربه جائزه من الطرفين يجوز لكل منهما فسخها (٢) سواء كان قبل الشروع فى العمل أو بعده

معه أفيحتمل الحكم ببقاء الضمان من دون موضوع؟.

بل لو تنزلنا عن هذا أيضا فإطلاق هذا النص معارض بإطلاق ما دل على عدم ضمان الأمين، حيث ان المال و بعد اجازة المالك أمانه بيد العامل و مقتضى إطلاق أن الأمين لا يضمن عدم ضمانه بلا فرق فيه بين ما إذا كان مضمونا قبل ذلك و عدمه، و حينئذ فيتعارض الإطلاقان و من ثم يتساقطان و النتيجة هو الحكم بعدم الضمان.

إذن: فالصحيح هو الحكم بعدم الضمان تبعا للماتن (قده)، و لكن لا بد من تقييد ذلك بما إذا قامت القرينه على رضاه ببقاء

المال عند العامل. و الا فمجرد عقد المضاربه لا يقتضى سقوط الضمان و رضاه ببقائه عنده، إذ قد عرفت فيما تقدم انه لا يعتبر فى عقد المضاربه كون المال بيد العامل.

نعم الظاهر ان اجراء المالك لعقد المضاربه مع الغاصب مع عدم مطالبته به قرينه عرفيه على رضاه ببقاء ذلك المال فى يده و تصرفه فيه فينتفى الضمان.

(١) فيكون فى فعله هذا كالوكيل، فيسقط الضمان عنه لأنه أءاء لحقه حقيقه.

(٢) و ليس الوجه فيه هو الإجماع كى يناقش بأنه غير معلوم.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٩

قبل حصول الربح أو بعده (١) نض المال أو كان به عروض، مطلقا كانت أو مع اشتراط الأجل و ان كان قبل انقضائه (٢) نعم لو اشترط فيها عدم الفسخ إلى زمان

و إنما هو قصور أدله اللزوم عن شمول العقود الإذنيه التى لا يكون فيها أى التزام من أحدهما بشىء كى يشملهُ أوفوا بالعقود، و ان من التزم بشىء فعليه ان ينهاه، و إنما هى مجرد إباحه و إذن فى التصرف من أحدهما و قبول من الآخر كالعاريه، و عليه فمتى ما رجع الآذن فى إذنه لكونه مسلطا على ماله يتصرف فيه كيف يشاء، ارتفع الموضوع و معه ينتفى الحكم لا محاله.

(١) يريد بذلك جواز الفسخ بالنسبه إلى المعاملات المتأخره عن المعامله الواقعه التى ظهر فيها الربح و أما بالنسبه إليها فلا خلاف و لا إشكال فى اللزوم و ان الربح و بطبيعته الحال يكون مشتركا بينهما و ليس المالك ان يفسخ العقد ليأخذ تمام الربح و يدفع للعامل اجره المثل.

و الوجه فيه واضح فان العقد لما كان محكوما بالصحه و ممضى من الشارع، كان مقتضاه اشتراك المالك و العامل

فى الربح الحاصل على النسبه المتفق عليها و بمجرد ظهوره، و ليس للمالك ان يفسخ العقد لينزعه منه من غير رضاه.

نعم قد يثبت له ذلك من جهه أخرى كتخلف العامل عن شرط اشترط عليه الا إنه خارج عن محل كلامهم.

(٢) حيث ان التأجيل لا- يعنى إلا- تحديد الاذن بالأجل و تقييد جواز التصرف بالمال به حيث لا يكون العامل مأذونا فيه بعد ذلك،

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٤٠

كذا يمكن أن يقال بعدم جواز فسخها قبله، بل هو الأقوى لوجوب الوفاء بالشرط و لكن عن المشهور بطلان الشرط المذكور بل العقد أيضا، لأنه مناف لمقتضى العقد، و فيه منع، بل هو مناف لإطلاقه (١). و دعوى: أن الشرط فى العقود الغير اللازمه

و ليس معناه اشتراط عدم الفسخ فى تلك الفتره- كما توهمه بعض- فان لكل منهما فسخ العقد متى شاء و من هنا يندفع ما قيل من انه إذا لم يصح اشتراط عدم الفسخ لم يصح اشتراط التأجيل أيضا.

(١) و فيه ما لا يخفى و ذلك أما إذا كان الشرط هو عدم مالكيته للفسخ أو عدم الفسخ خارجا بعد ظهور الربح فقد ظهر لك مما تقدم عدم منافاته للعقد أو إطلاقه بل كونه تأكيدا محضا لمقتضاه لكونه ثابتا قبل الاشتراط.

و اما إن كان الشرط هو عدم مالكيته للفسخ أو عدم الفسخ خارجا فى محل الكلام- اعنى قبل ظهور الربح- فهو خارج عن مقتضى العقد أصلا و إطلاقا إذ الجواز و اللزوم حكمان شرعيان خارجان عن العقد و ليسا من مقتضياته.

إذن: فلا مجال للحكم بفساد العقد من هذه الناحيه.

و أما من سائر النواحي فقد ذكرنا فى طى ابحاثنا الفقيهيه غير مره ان الشرط فى العقد ليس

مجرد مقارنة التزام بالتزام أو أمر آخر وإنما هو نحو ارتباط بين الشرط والمشروط، وهو يكون على نحوين على سبيل القضييه مانعه الخلو إذ قد يجتمعان معا.

فقد يكون الشرط بمعنى تعليق المنشأ و نفس العقد على التزام المشروط عليه بشىء بحيث لو لم يلتزم به لما كان الأول منشأ لذلك العقد

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٤١

.....

كاشتراط الزوجه الاستقلال فى السكنى أو عدم إخراجها من بلد أهلها فيصح بقبول الآخر و لا يضر مثله لأنه من التعليق على أمر حاصل حال العقد، و يجب عليه الوفاء به لقوله «ص» (المؤمنون عند شروطهم).

الأنه لا يترتب عليه غير إلزامه به إذ التعليق إنما كان على نفس التزامه و قد حصل و لم يكن على الفعل فى الخارج.

و قد يكون الشرط بمعنى تعليق التزامه بالمنشأ و الوفاء به على شىء فى الخارج، فيكون العقد فيه مطلقا و غير معلق، و إنما المعلق التزامه و وفائه به يرجع هذا فى الحقيقة إلى جعل الخيار لنفسه عند فقدان ذلك الوصف المطلوب كاشتراط الكتابة أو العدالة فى قبول بيع العبد و قد يجتمعان معا كما إذا اشترط أحد طرفى العقد على الآخر عملا معيناً كخياطه ثوب أو كتابه شىء فإنه يكون من تعليق نفس العقد على التزام الآخر بذلك العمل و تعليق التزامه بذلك العقد و الوفاء به على تحقق ذلك العمل فى الخارج.

إذا اتضح ذلك فما نحن فيه لا يمكن ان يكون من قبيل الثانى حيث ان المضاربه- على ما عرفت- من العقود الإذنيه حيث ليس فيها أى التزام من الطرفين المالك و العامل كى يكون الاشتراط فيها من تعليق الالتزام بشىء فلا محاله يكون

الاشتراط من قبيل الأول بمعنى تعليق نفس إذن المالك فى التصرف بالمال أو قبول العامل على ذلك.

و حينئذ فتاره يفرض كون المعلق عليه هو اللزوم و عدم مالكيته للفسخ.

و اخرى يفرض كونه هو التزام الآخر بعدم الفسخ خارجا.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٤٢

غير لازم الوفاء. ممنوعه (١) نعم يجوز فسخ العقد فيسقط الشرط و الا فما دام العقد باقيا يجب الوفاء بالشرط فيه، و هذا إنما يتم فى غير الشرط الذى مفاده عدم الفسخ،

ففى الأول فيما ان المعلق عليه غير حاصل فى الخارج، باعتبار ان عقد المضاربه عقد جائز حيث ان كلا من المالك و العامل مالك للفسخ بحكم الشارع و لا ينقلب إلى اللازم بالاشتراط يكون هذا العقد تبعا للشرط محكوما بالبطلان، لأن المالك لم يقدم على تجاره بماله على الإطلاق و إنما أذن فيها على تقدير عدم ثبوت ملك الفسخ للآخر و حيث انه ثابت فالمالك لم يأذن فيها.

و فى الثانى فحيث ان الفسخ فعل سائغ وجودا و عدما، فليس فيه أى محذور إذ الالتزام بعدمه كالالتزام بسائر الأمور المباحه من الخياطه و الكتابه و غيرهما.

فحيث لم يكن يجب على المالك أو العامل الفسخ أو عدمه و كان كل منهما سائغا و جائزا فى حقه، لم يكن فى الالتزام به محذور بل يصح الشرط و العقد معا.

إذن: فالصحيح فى المقام هو التفصيل بين اشتراط عدم ملك الفسخ فيحكم فيه بفساد الشرط و العقد و بين اشتراط عدم الفسخ خارجا فيحكم بصحتها.

(١) لعموم قوله (ص) «المؤمنون عند شروطهم» فإنه غير مختص بالشروط فى ضمن العقود اللازمه، بل يعم كل ما يصدق عليه الشرط سواء أ كان فى ضمن عقد لازم أم جائز بل

لو لم يكن الشرط ظاهرا في نحو ارتباط شىء بشىء، لقلنا بوجود الوفاء

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٤٣

.....

بالشروط الابتدائية لكن الأمر ليس كذلك باعتبار ان الشرط الابتدائى ليس شرطا فى الحقيقه، و إنما هو وعد محض.

و دعوى: ان الشرط لا يزيد على المشروط فإذا لم يكن لازما فلا يكون الشرط لازما أيضا بالأولويه.

مدفوعه: بأنها صدى محض لا- واقع لها، إذ لا مانع من كون وجوب الوفاء بالشرط مشروطا بأمر جائز كما هو الحال فى أكثر الواجبات المشروطه كالسفر بالنسبه إلى القصر فى الصلاه أو قصد الإقامه بالنسبه إلى التمام فإنه و فى حين انه لا يجب السفر يجب القصر على تقديره فللمكلف ان يبقى السفر فيجب عليه القصر و له ان ينهيه و يرجع إلى أهله فينتفى موضوعه.

و من هنا فلا ملازمه بينهما و لا أولويه.

و عليه ففى المقام فللمكلف ان يلغى العقد فينتفى الشرط و له ان يبقيه فيجب عليه الوفاء به، فإبقاء العقد و ان لم يكن واجبا، الا انه على تقدير إبقائه يجب الوفاء بالشرط.

و ما قد يقال: من ان ما دل على جواز العقد دال على جوازه بتوابعه و منها الشرط.

مدفوع: بان: دليل الجواز فى عقد المضاربه إما هو الإجماع- كما ذهب إليه المشهور- و هو يختص بنفس العقد، و إما هو ما ذكرناه من عدم الدليل على اللزوم فيه، فهو مختص بالعقد أيضا و لا يعم الشرط لأنه واجب الوفاء لقوله (ص) «المؤمنون عند شروطهم» فلا يمكن ان يقال انه لا دليل على لزومه.

و بالجمله: فالصحيح ان الشروط مطلقا سواء أ كانت فى ضمن عقد لازم أم كانت فى ضمن عقد جائز، يجب الوفاء بها ما دام

مبانى

مثل المقام فإنه يوجب لزوم ذلك العقد (١) هذا و لو شرط عدم فسخها فى ضمن عقد لازم آخر فلا إشكال فى صحه

العقد باقيا، فإذا ارتفع العقد انتفى الموضوع.

ثم ان لزوم الشرط هذا إنما هو لزوم تكليفي محض و لا يترتب عليه أى أثر وضعى، باعتبار ان دليله اعنى قوله «المؤمنون عند شروطهم» لا يقتضى أزيد من ذلك. و من هنا فإذا تخلف المشروط عليه نفذ فعله و ان فعل حراما.

(١) قد عرفت ان العمل بالشرط و ان كان لازما الا انه لا يوجب لزوم العقد فان اللزوم محض تكليف و لا يترتب عليه أى أثر وضعى ثم انه ذكر بعضهم: ان وجود العقد إذا كان شرطا فى لزوم العمل بالشروط امتنع أن يكون لزوم العمل بالشرط مقتضيا لوجود العقد و مانعا من فسخه.

و بعبارة أخرى: ان وجوب العمل بالشرط لما كان منوطا ببقاء العقد كان لا بد من التفصيل فى اشتراط عدم فسخ المضاربه بين ما يكون فى نفس العقد و ما يكون فى عقد جائز آخر ففى الثانى يصح الشرط و يجب الوفاء به ما دام العقد الثانى باقيا، و أما إذا فسخ انتفى الشرط لانتفاء موضوعه. و أما فى الأول فينبغى الحكم بعدم صحه الشرط و ذلك لأنه لما كان فرع بقاء العقد لم يعقل ان يكون بقاء العقد معلولا له.

و فيه ما لا يخفى: إذ إن توقف وجوب العمل بالشرط على بقاء العقد ليس مستندا إلى دليل خاص من إجماع أو نص أو غيرهما و إنما هو من جهه قصور الشرط بنفسه عن إثبات الأزيد من ذلك، فان

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٤٥

الشرط

(١) و لزومه، و هذا يؤيد ما ذكرنا من عدم كون الشرط المذكور منافيا لمقتضى العقد، إذ لو كان

المتفاهم العرفي من اشتراط شىء على الغير فى المعامله هو العمل بالشرط ما دام العقد باقيا و لذا لو فسخ العقد بخيار المجلس أو غيره لم يجب على المشروط عليه العمل بالشرط بدعوى انه يجب الوفاء به، و كذا لو اشترطت المرأه على الرجل النفقه فى النكاح المنقطع فان المتفاهم العرفي فى جميع ذلك هو العمل بالشرط ما دام العقد باقيا، بلا فرق فى ذلك بين عقد المضاربه و غيره.

هذا كله إذا كان الشرط عملا خارجيا و أما إذا كان الشرط هو عدم الفسخ حيث انه لا معنى لأن يكون متوقفا على بقاء العقد إذ لا معنى للقول بان عدم الفسخ متوقف على بقاء العقد، و جب العمل على وفق ذلك الشرط و الوفاء به مباشره.

و ملخص الكلام: ان المستفاد من قوله (ص) «المؤمنون عند شروطهم» هو وجوب العمل بكل شرط سائغ و ممكن بقول مطلق.

نعم قد يكون وجوب العمل ببعض الشروط مشروطا ببقاء الموضوع من جهه المتفاهم العرفي، الا ان ذلك لا يعنى توقف وجوب الوفاء على بقاء العقد دائما.

إذن: فما ذكر من التفصيل لا يمكن المساعده عليه و الصحيح هو القول بصحة الشرط على التقديرين.

(١) فى إطلاقه إشكال بل منع إذ يجرى فيه ما ذكرناه من التفصيل فى الشرط فان كان الشرط هو عدم الفسخ خارجا، تم ما أفاده (قده) نظرا لكون فعله سائغا فيجب بالشرط لقوله (ص) «المؤمنون

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٤٤

منافيا لزم عدم صحته فى ضمن عقد آخر أيضا. و لو شرط فى عقد مضاربه عدم فسخ مضاربه أخرى سابقه صح

(١) ووجب الوفاء به، الا أن يفسخ هذه المضاربه فيسقط الوجوب، كما أنه لو اشترط في مضاربه أخرى في مال آخر، أو أخذ بضاعه منه، أو قرض، أو خدمه أو نحو ذلك، وجب الوفاء به ما دامت المضاربه باقيه، و ان فسخها سقط الوجوب، و لا بد أن يحتمل ما اشتهر من أن الشروط في ضمن العقود الجائزه غير لازمه الوفاء على هذا المعنى و الا فلا وجه لعدم لزومها مع بقاء العقد على حاله، كما اختاره صاحب الجواهر (قده).

عند شروطهم»، لكن يبقى هذا الوجوب تكليفيا محضا و إذا لو عصى و فسخ لكان فسخه نافذا، و ان ثبت بذلك للشارط الخيار في العقد اللازم الآخر لتخلف الشرط.

و ان كان الشرط هو لزوم المضاربه و عدم مالكيته للفسخ، فهو باطل لكونه مخالفا للسنة، حيث ان عقد المضاربه جائز فلا ينقلب بالشرط إلى اللزوم فان الحكم الشرعي لا يتغير به، و حينئذ فهل يسرى فساده إلى العقد أم لا؟ فيه خلاف و الصحيح عندنا هو الثاني فيبقى العقد و يبطل الشرط.

(١) على التفصيل المتقدم حرفا بحرف بالقياس إلى صحة الشرط و فساده و أما العقد المشروط فيه فيختلف الحال فيه في المقام عن الحال في العقد اللازم، فان بطلان الشرط هناك لم يكن يوجب فساد

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٤٧

بدعوى: أنها تابعه للعقد لزوما و جوازا، بل مع جوازه هي أولى بالجواز و انها معه شبه الوعد. و المراد من قوله تعالى (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) اللازمه منها لظهور الأمر فيها في الوجوب المطلق و المراد من قوله (ع):

«المؤمنون عند شروطهم» بيان صحة أصل الشرط لا اللزوم و الجواز، إذ لا يخفى ما فيه (١).

[مسأله ٣): إذا دفع إليه مالا و قال: اشتر به بستانا مثلا أو قطيعا من الغنم]

(مسأله ٣): إذا دفع إليه مالا و قال: اشتر به بستانا مثلا أو قطيعا من الغنم، فان كان المراد الاسترباح بهما بزيادة قيمه صح مضاربه و ان كان المراد الانتفاع بنمائهما

العقد و هذا بخلاف المقام فان بطلانه يوجب بطلان العقد لا محاله لأن الأذن في التصرف إنما كان معلقا على الشرط فإذا انتفى ينتفى هو أيضا و معه فلا يجوز للمشروط عليه التصرف فيه.

هذا فيما إذا كان الشرط لزوم العقد و عدم ملكيه المشروط عليه الفسخ و أما إذا كان الشرط هو عدم الفسخ خارجا و تخلف المشروط عليه عن شرطه و فسخ العقد، فإذا كان ذلك قبل ظهور الربح في المعامله الثانيه- المشروطه- فلا أثر لتخلف الشرط فان العقد جائز في نفسه و أما إذا كان بعد ظهور الربح في المعامله الثانيه فللمشروط له أن يفسخ العقد من جهه تخلف الشرط فيكون تمام الربح للمالك و للعامل أجره المثل.

(١) أما الأول فيرده ما ذكرناه في مباحث المكاسب عند التعرض لما يقتضيه الأصل عند الشك في لزوم عقد أو جوازه، من أن

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٤٨

بالاشتراك ففي صحته مضاربه وجهان: من أن الانتفاع بالنماء ليس من تجاره فلا يصح، و من أن حصوله يكون بسبب الشراء فيكون بالتجاره. و الأقوى البطلان مع إرادته عنوان المضاربه إذ هي ما يكون الاسترباح فيه بالمعاملات و زياده قيمه لا مثل هذه الفوائد (١) نعم لا بأس بضمها إلى زياده قيمه (٢) و إن لم يكن المراد

الوفاء إنما هو بمعنى الإتمام و الإنهاء فالوفاء بالشئ عباره عن إنهائه و عدم فسخه و حيث ان يقطع بعدم حرمه الفسخ تكليفا فلا بد من حمل الأمر بالوفاء على

الإرشاد إلى اللزوم و عدم نفوذ الفسخ و الرجوع إذن: فالآية الكريمة دليل للزوم كل عقد نشك في لزومه و جوازه و لم يتم دليل على جوازه، لا ان موضوعها العقد اللازم.

و أما الثانى فلما عرفت من انه انما يتضمن حكما تكليفيا صرفا نظير قولهم (ع) «المؤمن عند عدته» لا الصحة و إنما هي تستفاد بالملازمه من الحكم التكليفى، و ليس هذا موضوعا للجواز أو اللزوم بل مقتضاه و جوب الوفاء بكل شرط سائغ فى ضمن أى عقد من العقود كان- الجائزه أو اللازمه- و لا مانع من الالتزام بذلك.

(١) و بعبارة أخرى: إن هذا العقد غير مشمول لأدله المضاربه حيث أن المستفاد من أدلتها اعتبار كون الاسترباح و ما ينتفع به كل من المالك و العامل كل حسب حصته، حاصلًا بالتجاره بحيث يعد ربح التجاره، و هو غير صادق على النماء فإنه ليس بربح التجاره.

(٢) بلا خلاف فيه بينهم، فإن الأذن فى التجاره بيع و شراء

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٤٩

خصوص عنوان المضاربه فيمكن دعوى صحته للعمومات (١)

[مسأله ٤): إذا اشترط المالك على العامل أن يكون الخساره عليهما كالربح]

(مسأله ٤): إذا اشترط المالك على العامل أن يكون الخساره عليهما كالربح، أو اشترط ضمانه لرأس المال،

ما له نماء إذن فى بيع النماء أيضا، فيشتركان فى ربحه، و لا ينافيه عنوان المضاربه لأنه اشتراك فى الربح الحاصل من التجاره و ان كان مال التجاره يزيد أيضا.

(١) كأوفوا بالعقود و التجاره عن تراض، بدعوى انها و بمقتضى عمومها تقتضى الحكم بصحة كل معامله تنشأ بين طرفين سواء أ كانت من المعاملات المتعارفه المعهوده أم لم تكن.

غير انك قد عرفت غير مره ان هذه العمومات لا تصلح لأن تشمل مثل هذه المعاملات فان التمليك لا بد و

ان يتعلق إما بشىء خارجى مملوك له بالفعل و إما بشىء فى ذمته، باعتبار انه مسلط عليهما و هما تحت سلطانه فإذا أنشأ المالك تمليك شىء من هذين شملته العمومات لا محاله.

و أما إذا تعلق إنشاء التمليك بأمر معدوم ليس بمملوك له فعلا فلا يصح بأى مملك كان، و لذا لم يلتزموا بصحته فيما إذا كان ذلك فى ضمن عقد آخر، و اشتراط ان يكون ملكا له فى ظرفه غير صحيح أيضا إذا الملكيه لا تكون بغير سبب مملك.

إذن: فهذا النحو من المعامله الذى يتضمن تمليك أمر معدوم غير صحيح و إنما قلنا بصحته فى المزارعه و المضاربه و المساقاه و الوصيه لأجل الدليل الخاص، و الا فمقتضى القاعده فيه هو البطلان.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٥٠

ففى صحته وجهان: أقواهما الأول (١)، لأنه ليس شرطا منافيا لمقتضى العقد- كما قد يتخيل- بل إنما هو مناف لإطلاقه، إذ مقتضاه كون الخساره على المالك و عدم ضمان العامل الا مع التعدى أو التفريط.

(١) بل الأقوى هو التفصيل بين ما إذا كان الشرط هو الضمان و كون الخساره فى عهده العامل فيبطل و بين ما إذا كان هو التدارك الخارجى فيصح.

أما الأول: فليس ما ذكرناه من جهه كونه منافيا لمقتضى العقد إذ الضمان و عدمه كالجواز و اللزوم خارجان عن مقتضى العقد أصلا و إطلاقا، فإن مقتضاه ليس الا عمل العامل بالمال و تصرفه فيه على أن يكون الربح بينهما- على ما اتفقا عليه- و إنما ذلك من جهه ملاحظه ان العامل أمين، و مقتضى ما دل على ان الأمين لا- يضمن و لا- سيما بعض النصوص الواردة فى خصوص المضاربه هو عدم الضمان.

و عليه: فيكون اشتراط

الضمان من الشرط المخالف للسنة حيث ان مقتضاه عدم ضمان الأمين سواء اشترط ذلك عليه أم لم يشترط فيبطل لا محاله.

و أما الثاني: فحيث أن تدارك العامل للخساره و التلف من ماله الخاص لا على نحو الضمان أمر سائغ و فعل جائز قبل الاشتراط، فلا مانع من اشتراطه عليه، و عنده فيجب الوفاء به.

و من الغريب فى هذا المقام ما صدر من بعضهم من القول بانقلاب عقد المضاربه عند اشتراط الضمان على العامل قرضا، فيكون جميع

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٥١

.....

الربح للعامل و لا يكون للمالك إلا رأس ماله و ذلك للنص المعمول به لدى الأصحاب.

و كأنه صحيحه محمد بن قيس عن أبى جعفر (ع) (فى حديث) ان عليا (ع) قال: (من ضمن تاجرا فليس له الا رأس ماله و ليس له من الربح شىء) «١» لكنها و إن كانت صحيحه بحسب السند الا انها أجنبيه بحسب الدلاله عن محل الكلام، فإنها وارده فى التضمين من أول الأمر لا اشتراط الضمان عند التلف الذى هو محل كلامنا.

فانا ذكرنا فى مبحث الفرق بين البيع و الدين من مباحث المكاسب أن البيع عبارته عن مبادله المال بالمال بحيث ان كلا من المتبايعين يعطى شيئا بإزاء أخذ شىء من صاحبه، فى حين ان القرض لا يتضمن أى مبادله بين المالىن، و انما هو تمليك للمال مع الضمان بمعنى إثباته فى عهده الآخر و نقله إلى ذمته - كما هو الحال فى الغاصب مع التلف.

فليس القرض تبادل مال بمال غيره و إنما هو جعل المال المعين بعينه فى ذمه الآخر، و هذا ما يعبر عنه بالضمان المطلق.

إذن: فهذه الصحيحه لما كانت ناظره إلى الضمان المطلق اعنى دفع ماله

إلى غيره ليكون فى عهدته من أول الأمر، كانت الروايه أجنبيه عن محل الكلام، فإنها وارده فى القرض ابتداء لا فى انقلاب المضاربه إلى القرض بالاشتراط.

فالصحيحه- بناء على ما ذكرناه و اختاره صاحبنا الوافى و الحدائق- غير وارده فى المضاربه، و انما هى وارده فى التضمين الفعلى و أين ذلك من اشتراط الضمان عند التلف؟.

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ٤ من أبواب أحكام المضاربه ح ١.

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٥٢

[مسأله ٥): إذا اشترط المالك على العامل أن لا يسافر مطلقا أو إلى البلد الفلانى]

(مسأله ٥): إذا اشترط المالك على العامل أن لا يسافر مطلقا أو إلى البلد الفلانى أو إلا الى البلد الفلانى، أو لا يشتري الجنس الفلانى، أو إلا الجنس الفلانى، أو لا يبيع من زيد مثلا، أو الا من زيد، أو لا يشتري من شخص، أو إلا من شخص معين، أو نحو ذلك من الشروط، فلا يجوز له المخالفه (١) و الا- ضمن المال لو تلف بعضا أو كلا، و ضمن الخساره مع فرضها. و مقتضى القاعده (٢) و ان كان كون تمام الربح للمالك على فرض إرادته القيديه (٣) إذا أجاز المعامله، و ثبوت خيار تخلف الشرط على فرض كون المراد من الشرط الالتزام فى الالتزام، و كون تمام الربح له على تقدير الفسخ الا أن الأقوى

فما ذكره هذا القائل من كون الصحيحه معمولا بها. غير تام بالقياس إلى المعنى الذى ذكره.

(١) عملا بشرط المالك و اقتصارا على مورد إذنه.

(٢) باعتبار ان العامل حينئذ فضولى فإن أجاز المالك ما صدر من المعامله منه صح العقد و كان تمام الربح له و الا حكم بطلان المعامله الصادره منه.

(٣) يمتاز القيد من الشرط فى العقود الالتزاميه التمليكيه كالبيع بان الشرط فيها قد يكون أمرا خارجيا

أجيباً عن المبيع و الثمن كالخياطه ففى مثله لا يمكن ان يكون قيذا لمتعلق العقد إذ المبيع وجود و الشرط وجود آخر و النسبه بين الوجودين هى التباين فلا معنى لأن

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٥٣

.....

يكون أحدهما مقيدا للوجود الآخر فيقال: ان الحنطه مقيده بخياطه الثوب.

نعم من الممكن جعله قيذا للمنشأ بمعنى تعليق نفس البيع - لا المبيع - على الخياطه، الا انه باطل جزماً، لأنه من التعليق فى العقود و هو موجب لبطلانه.

و من هنا فينحصر أمره فى ان يكون شرطاً فى العقد بمعنى تعليق الالتزام بالعقد على الخياطه فيكون من الالتزام فى ضمن الالتزام.

و قد يكون وصفاً لمتعلق العقد، و هو تاره يكون من الأوصاف الذاتيه المقومه للذات فهو قيد لا محاله كأن يقول «بعتك هذا الموجود الخارجى على ان يكون ذهباً» و عليه فلو تخلف الوصف لكان البيع محكوماً بالبطلان لا محاله، و ذلك لأن ماله الأشياء إنما هى بفصولها و ما يمتاز به كل صنف عن الآخر من الصفات، و حيث ان الجامع بين الصنفين فاقد لها فلا ماله له.

و العبره فى اختلاف الصنف و النوع إنما هى بالنظر العرفى لا الدقه العقليه الفلسفيه فإنه إذا باع المملوك على انه أمه فبان عبداً حكم ببطلان البيع إذ العرف يراهما نوعين و ان كانا بنظر العقل واحداً باعتبار أن الذكوريه و الأنوثيه من العوارض للإنسان.

و أخرى لا يكون مقوماً للذات كما لو باع العبد على أنه كاتب، و مثله لا يصلح ان يكون قيذا، فان الموجود الخارجى لا إطلاق له لكى يكون مقيدا بالكتابه فى بعض الأحيان و إنما هو موجود واحد إما هو كاتب بالفعل أو ليس بكاتب كذلك.

و حيث لا

يجوز ان يكون من تعليق نفس البيع عليه لأنه من التعليق المبطل جزماً، ينحصر أمره في كونه شرطاً اعنى تعليق الالتزام

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٥٤

.....

بالعقد على كونه كاتباً فيكون له الخيار على تقدير عدمه.

هذا كله بالنسبة إلى المائز بين القيود و الشروط في الأعيان الخارجيه و قد انضح انه يختلف باختلاف الشرط.

و من هنا يتضح ان العبره في الفرق بينهما إنما هو بواقع الشرط لا التعبير فلا فرق بين ان يقول: (بعتك هذا العبد الكاتب) أو (بعتك هذا على ان يكون كاتباً) فان الحال فيهما واحد.

و أما إذا كان متعلق العقد كلياً في الذمه، فحيث ان وجود الكلى ينحصر في وجود أفرادها إذ لا وجود له الا في ضمنها، كان الاشتراط - مقوماً كان الشرط أو غيره - موجبا لتعدد الوجود و امتياز المقيّد عن غيره، و من هنا يكون الشرط قيّداً في متعلق المعامله لا محاله بحيث يكون متعلقها خصوص الحصه المقيده دون غيرها لاقتضاء أخذ الوصف تخصص الكلى لا محاله.

و عليه فلو سلمه غيرها لم تبرأ ذمته و وجب عليه أداء الحصه التي اتفقا عليها.

و بهذا يفترق الكلى عن العين الخارجيه.

و كذا الحال إذا كان متعلق العقد عملاً من الأعمال، فإنه عرض من الأعراض و هو يختلف و يتعدد في الوجود بماله من صفات:

فهو موجود بوجودين واجد الصفه و فاقدها.

و من هنا فأخذ صفه في ضمن العقد يعنى كون متعلق المعامله خصوص تلك الحصه فلو أتى الأجير بغيرها لم تفرغ ذمته.

و ليس هذا من موارد الخيار و إنما هو من موارد عدم تحقق متعلق العقد في الخارج.

و الحاصل: ان باب الكلى في الذمه و الأعمال من جهه يغير باب

مباني العروه الوثقى،

الأعيان الخارجيه التي تكون متعلقه للعقد من جهه أخرى.

هذا كله فى العقود الائتزاميه التملكيه، و أما فى عقد المضاربه الذى ينحل فى الحقيقه إلى أمرين إذن المالك للعامل فى العمل و التزامه بان يكون الربح بينهما، فهو من العقود الإذنيه بلحاظ الجهه الأولى و من العقود الائتزاميه بلحاظ الجهه الثانيه.

فإذا اشترط المالك على العامل ما يرجع إلى خصوصيه فى المبيع أو الشراء كان ذلك من تقييد الأذن لا محاله فيكون راجعا إلى الجهه الأولى فى المضاربه، و مقتضى ذلك ان مخالفه الشرط توجب انتفاء الأذن فى التصرف فيه و عليه فيحكم بعدم استحقاق العامل شيئا.

و أما ما وقع من العمل خارجا فهو معامله فضوليه ان أجازه المالك كان الربح أو الخسران له و الا فهو محكوم بالفساد من أصله.

و أما إذا كان الشرط أمرا خارجيا كالخياطه و الكتابه و نحوهما فيمكن ان يكون راجعا إلى الجهه الأولى فيكون من تعليق الأذن فى التجاره و التصرف بالمال على ذلك الفعل المعين كما هو الحال فى الإباحات.

و لا يقدح فيه التعليق لأن الممنوع إنما هو التعليق فى العقود التملكيه و المضاربه من العقود الإذنيه.

و يمكن أن يكون راجعا إلى الجهه الثانيه أعنى التزامه بكون الربح بينهما على النسبه المعينه، و هذا هو الأظهر فى الشروط التى لها ماليه.

و عليه فعند تخلف العامل عن الشرط فللمالك ان يرفع يده عن التزامه هذا و إن كان إذنه فى أصل التجاره باقيا، فيأخذ تمام الربح و يكون للعامل أجره مثل عمله.

هذا تمام الكلام بالنسبه إلى ما تقتضيه القاعده، و منه يظهر الحال فى بعض ما أفاده الماتن (قده) فى هذا المقام.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٥٦

اشتراكهما

فى الربح على ما قرر، لجمله من الاخبار الداله على ذلك (١) و لا داعى إلى حملها على بعض

(١) كصحيحه جميل عن أبى عبد الله (ع) (فى الرجل دفع إلى رجل مالا يشتري به ضربا من المتاع مضاربه فذهب فاشترى به غير الذى أمره، قال: هو ضامن و الربح بينهما على ما شرط) «١» و صحيحه الحلبي عنه (ع) أيضا: (فى الرجل يعطى الرجل مالا مضاربه فيخالف ما شرط عليه، قال هو ضامن و الربح بينهما) «٢» و غيرهما من النصوص.

ثم ان أغلب هذه الروايات و إن كانت وارده فى مخالفه العامل للمالك فى الخروج من البلد و المكان الذى حدده له فى التجاره، و صحيحه جميل وارده فى مخالفته للمالك فى جنس ما عينه له، الا انه يمكن إثبات الحكم بشكل عام و التعدى عن المورد بدعوى الأولويه القطعيه حيث انه إذا ثبت اشتراك العامل و المالك فى الربح على النسبه المعينه مع مخالفه العامل للمالك فى جنس المتاع و المخالفه ذاتيه، كان ثبوته فى مورد مخالفته للشرائط الأخر العائده إلى الاختلاف فى الأوصاف أو الأزمان، بطريق أولى.

و أن أبيت عن قبول ذلك، يكفينا فى إثبات الحكم فى سائر الموارد إطلاق صحيحه الحلبي المتقدمه حيث أن مقتضى إطلاق قوله (فيخالف ما شرط عليه) عدم الفرق بين كون المخالفه من حيث الجنس أو الزمان أو الوصف.

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ١ من أبواب أحكام المضاربه ح ٩.

(٢) الوسائل: ج ١٣ باب ١ من أبواب أحكام المضاربه ح ٥.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٥٧

المحامل (١) و لا الى الاقتصار على مواردنا، لاستفاده

(١) حمل بعضهم المخالفه فى هذه النصوص على المخالفه الصوريه بدعوى ان قصد المالك

حين إعطائه لرأس المال للعامل إنما هو الاسترباح، غاية الأمر انه كان يتخيل انه إنما يكون بشراء الأفعمه- مثلا- لكن العامل لما يعلم انفعيه شراء الحيوان- مثلا- فيشتريه، فلا- يمكن ان يقال انه كان من غير إذن المالك لأنه لما كان قصده الاسترباح كان راضيا بكل معاملة فيها ربح.

و من هنا تكون المعاملة صحيحة و الربح بينهما بالنسبه لا محاله باعتبار ان المخالفه صوريه لا حقيقيه و عليه فالمتحصل ان هذه النصوص لا تتضمن حكما تعبديا مخالفه للقاعده، و إنما تتضمن حكما تقتضيه القواعد بنفسها.

و فيه: انه لو تم فهو إنما يتم في صورته وجود الربح في المعامله التي أتى بها العامل و أما مع الخساره فمقتضى القاعده كون المعامله فضوليه ان أجازها المالك كانت الخساره عليه و الا استحق نفس ماله و عينه، لا الحكم بصحتها مطلقا مع تحمل العامل للخساره فإنه لا ينطبق على أى قاعده من القواعد.

على انه إنما يختص بما إذا كان ربح المعامله التي قام بها العامل أزيد أو لا أقل مساويا لربح المعامله التي أمر بها المالك، و أما مع قلته بالنسبه إليه فكيف يمكن أن يقال: ان المالك راض بها و ان المخالفه صوريه؟ و الحال ان هذه النصوص مطلقه و غير مقيده بفرض تساوى الربحين أو زياده ربح الثانيه عما أمر به المالك.

هذا كله مضافا إلى ان العبره في صحه التصرف في مال الغير انما

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٥٨

العموم من بعضها الآخر (١).

هي بكون العقد الصادر منسوباً إلى المالك و هو لا يكون إلا بإذنه السابق أو إجازته اللاحقه، و لا يكفي مجرد الرضا الباطنى التقديرى فإن كل انسان يرضى باطنا بالربح لكن أ

فهل يصح ذلك أخذ ماله و التصرف من غير إذنه؟.

إذن: فهذه المخالفه حقيقه واقعيه و ليست بصوريه، و مقتضى القاعده الحكم ببطلان ما صدر من العامل، غير ان النصوص تضمنت صحته تعبدا و كون الربح بينهما و الخساره على العامل.

(١) على ما تقدم بيانه.

نعم الظاهر انها إنما تختص بمخالفه العامل للشرط الراجع إلى الجبهه الأولى فى المضاربه اعنى الأذن فى التصرف فى المال، و لا تشمل مخالفته لما يرجع إلى الجبهه الثانيه و كون الربح بالنسبه المعينه بينهما.

و ذلك لانصراف هذه النصوص عن مثل هذه المخالفات، إذ الظاهر انها ناظره إلى عمل العامل عملا لم يأذن فيه المالك و صدور العمل على خلاف الشرط، لا ما إذا كان العمل مأذونا فيه غايه الأمر انه لم يف بشرط خارجى اشترط عليه بلحاظ جعل الربح له، على ما يشهد له ملاحظه سائر النصوص الوارده فى مخالفه العمل، فإنها تقيد ما ظاهره الإطلاق لا محاله.

بل الظاهر انه لا حاجه إلى ذلك أيضا إذ الظاهر من صححه الحلبي المتقدمه ترتب الأثر على العمل بخلاف ما شرط عليه، و لو بملاحظه مناسبه الحكم و الموضوع حيث ان مجرد عدم العمل بالشرط لا يقتضى

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٥٩

[(مسأله ٦): لا يجوز للعامل خلط رأس المال مع مال آخر لنفسه أو غيره]

(مسأله ٦): لا يجوز للعامل خلط رأس المال مع مال آخر لنفسه أو غيره (١) الا مع إذن المالك عموما كأن يقول:

اعمل به على حسب ما تراه مصلحه إن كان هناك مصلحه أو خصوصا. فلو خلط بدون الأذن ضمن التلف الا أن المضاربه باقيه و الربح بين المالين على النسبه (٢).

[(مسأله ٧): مع إطلاق العقد يجوز للعامل التصرف على حسب ما يراه]

(مسأله ٧): مع إطلاق العقد يجوز للعامل التصرف على حسب ما يراه من حيث البائع و المشتري و نوع الجنس

الضمان و إنما يقتضيه العمل و التصرف على خلاف ما أذن فيه المالك و شرط على العامل، و هذا غير متحقق فى الشرط الخارجى لأن الأثر غير مترتب على العمل بخلاف ما شرط و انما هو مترتب على عدم العمل بالشرط.

فالأثر هناك مترتب على الفعل و هنا على الترك و البون بينهما بعيد و لما لم يكن الثانى موردا للروايات فلا بد فيه من الرجوع إلى القواعد و هى تقتضى الحكم بصحه المضاربه مع ثبوت الخيار للمالك فإن أجاز كان الربح بينهما و ان فسخ أخذ تمام

الربح و دفع للعامل أجره مثل عمله.

(١) لكونه على خلاف ما إذن فيه المالك، حيث ان ظاهر كلامه عند تجرده عن القرينه هو الاتجار بالمال بشخصه لا مع خلطه بغيره.

(٢) كل ذلك النصوص المتقدمه حيث انها غير قاصره الشمول لمثل المقام.

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٦٠

المشترى، لكن لا- يجوز له أن يسافر من دون إذن المالك (١) إلا- إذا كان هناك متعارف ينصرف إليه الإطلاق، و ان خالف فسافر فعلى ما مر فى المسأله المتقدمه (٢).

[مسأله ٨): مع إطلاق العقد و عدم الإذن فى البيع نسيئه لا يجوز له ذلك]

(مسأله ٨): مع إطلاق العقد و عدم الإذن فى البيع نسيئه لا يجوز له ذلك (٣) إلا- أن يكون متعارفا ينصرف إليه الإطلاق، و لو خالف فى غير مورد الانصراف، فان استوفى الثمن قبل اطلاع المالك فهو (٤) و ان اطلع المالك

(١) يظهر الوجه فيه مما تقدم فى المسأله السابقه فإنه على خلاف ظاهر كلامه حيث انه منصرف إلى الاتجار فى البلد فيما إذا لم يكن الاتجار فى خارج البلد أمرا متعارفا-

كما كان الحال في الأزمنة السابقة.

(٢) من كون الربح بينهما و الخسران على العامل، للنصوص المطلقة الشاملة للمقام بل و جملة من النصوص الواردة في خصوصه.

(٣) لأنه على خلاف ظاهر إذنه.

(٤) حيث يحكم بصحة المضاربه و العقد الذي صدر من العامل بلا خلاف فيه و لا اشكال.

و عليه فان كان هناك ربح فهو بينهما على النسبه التي اتفقا عليها و ان كانت وضيعه فهي على العامل، على ما تضمنته النصوص حيث ان المقام من مصاديق مخالفه العامل للمالك فيما شرط عليه، إذ أنه قد اتجر تجاره لم يأذن المالك فيها، فيكون مشمولاً لها لا محاله.

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٦١

قبل الاستيفاء، فإن أمضى فهو (١) و الا فالبيع باطل (٢) و له الرجوع على كل من العامل و المشتري مع عدم وجود المال عنده أو عند مشتر آخر منه (٣) فان رجع على المشتري بالمثل أو القيمه لا يرجع هو على العامل (٤) إلا ان يكون مغرورا من قبله و كانت القيمه أزيد من الثمن،

(١) حيث يحكم بصحة المعامله لانتسابها بالإجازة اليه.

(٢) لأنها معاملة غير مأذون فيها و لا تشملها النصوص السابقه لظهورها في كون المال عند العامل بالفعل بحيث لو طالب المالك برأس ماله لأخذه مع الربح أو مع تدارك العامل للخسران، و هذا غير متحقق في المقام حيث ان المال عند المشتري و لا يلزمه الوفاء قبل الأجل.

و عليه: فيحكم بطلانها عند عدم إجازة المالك لها.

(٣) و بعبارة أخرى: انه ان كانت العين موجوده كان للمالك مطالبته من كل من وضع يده عليها، و ان كانت تالفه كان له تغريم أى منهم شاء بالمثل أو القيمه، على ما هو الميزان في باب

و قد ذكرنا في مبحث تعاقب الأيادي من مباحث المكاسب انه لا مانع من اعتبار المال الواحد في ذمم اشخاص متعددين بمعنى ان يكون لمالكه مطالبه أيهم شاء، و ان استقر الضمان على من تلف المال بيده.

(٤) لأن المال قد تلف بيده أو يد من اعطى المال له، و من هنا فلو رجع على العامل رجع هو عليه لأن المفروض انه قد أخذ منه.

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٦٢

فإنه حينئذ يرجع بتلك الزيادة عليه (١) و ان رجع على العامل يرجع هو على المشتري بما غرم (٢) الا ان يكون مغرورا منه و كان الثمن أقل فإنه حينئذ يرجع بمقدار الثمن.

[مسأله ٩): في صوره إطلاق العقد لا يجوز له أن يشتري بأزيد من قيمه المثل]

(مسأله ٩): في صوره إطلاق العقد لا يجوز له أن يشتري بأزيد من قيمه المثل، كما أنه لا يجوز أن يبيع بأقل من قيمه المثل (٣) و الا بطل. نعم إذا اقتضت المصلحه أحد الأمرين لا بأس به (٤).

[مسأله ١٠): لا يجب في صوره الإطلاق أن يبيع]

(مسأله ١٠): لا يجب في صوره الإطلاق أن يبيع

(١) كما هو الحال في غير المضاربه من العقود أو التملكيات المجانيه نظرا لكون السبب أقوى من المباشر.

(٢) فان ماله لا يذهب هدرا، بل و بالمعاوضه القهريه ببناء العقلاء يملك المال التالف بمجرد دفع عوضه، و حينئذ فله مطالبه كل من ترتبت يده لا حقا عليه ببده و هكذا يرجع كل من السابق على اللاحق.

(٣) و الوجه في ذلك كله هو ان عقد المضاربه مبنى على كون التجاره بالبيع و الشراء بالقيمه المتعارفه و في معرض تحصيل الربح، فلا يشمل صوره علم العامل بالخساره بأن يشتري بأزيد من ثمن المثل أو يبيع بالأقل منه.

(٤) فإن العبره انما هي بالمصلحه، كما لو خاف تلف المال أو سرقة عند بقائه فباعه بأقل من ثمنه، فإنه يحكم بصحته بلا اشكال.

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٦٣

بالنقد، بل يجوز أن يبيع الجنس بجنس آخر (١) و قيل بعدم جواز البيع الا بالنقد المتعارف، و لا وجه له إلا إذا كان جنسا لا رغبه للناس فيه غالبا (٢).

[مسأله ١١): لا يجوز شراء المعيب]

(مسأله ١١): لا يجوز شراء المعيب، إلا إذا اقتضت المصلحه (٣) و لو اتفق فله الرد أو الأرش، على ما تقتضيه المصلحه.

[مسأله ١٢): المشهور – على ما قيل – أن في صورته الإطلاق يجب أن يشتري بعين المال]

اشاره

(مسأله ١٢): المشهور – على ما قيل – أن في صورته الإطلاق يجب أن يشتري بعين المال فلا- يجوز الشراء في الذمه و بعبارة أخرى: يجب أن يكون الثمن شخصا من مال المالك لا- كليا في الذمه، و الظاهر انه يلحق به الكلى في المعين أيضا، و علل ذلك: بأنه القدر المتيقن و أيضا للشراء في الذمه قد يؤدي إلى وجوب دفع غيره- كما إذا تلف رأس المال قبل الوفاء- و لعل المالك غير راض بذلك. و أيضا إذا اشتري بكلى في الذمه لا يصدق على الربح انه ربح مال المضاربه و لا يخفى ما في هذه

(١) لعدم الدليل على اعتبار النقد فضلا عن النقد المتعارف، و اقتضاء الإطلاق جواز كل عقد يكون في معرض الربح و في مصلحه المالك.

(٢) فلا يجوز لكونه على خلاف مبنى عقد المضاربه.

(٣) ظهر وجهه مما تقدم فإن العبره في الصحه انما هي بوجود

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٦٤

العلل (١). و الأقوى- كما هو المتعارف- جواز الشراء في الذمه و الدفع من رأس المال، ثم انهم لم يتعرضوا لبيعه و مقتضى ما ذكره و وجوب كون المبيع أيضا شخصا لا- كليا ثم الدفع من الأجناس التي عنده و الأقوى فيه أيضا جواز كونه كليا و إن لم يكن في التعارف مثل الشراء.

[ثم أن الشراء في الذمه يتصور على وجوه]

اشاره

ثم أن الشراء في الذمه يتصور على وجوه:

[أحدها: أن يشتري العامل بقصد المالك في ذمته من حيث المضاربه]

أحدها: أن يشتري العامل بقصد المالك في ذمته من حيث المضاربه (٢).

[الثانى: أن يقصد كون الثمن فى ذمته]

الثانى: أن يقصد كون الثمن فى ذمته من حيث انه عامل و وكيل عن المالك و يرجع الى الأول، و حكمهما الصحه و كون الربح مشتركاً بينهما على ما ذكرناه (٣) و إذا فرض تلف مال المضاربه قبل الوفاء كان فى ذمه

المصلحه و كون التجاره فى معرض الربح.

(١) فإنها مخالفه لإطلاقات أدله المضاربه المقتضيه للصحه و لا موجب لرفع اليد عنها.

(٢) بمعنى قصده لأداء الثمن من مال المضاربه.

(٣) لما تقدم من عدم اعتبار كون الشراء أو البيع شخصياً و جواز كونهما فى الذمه.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٦٥

المالك يؤدى من ماله الآخر (١).

[الثالث: أن يقصد ذمه نفسه و كان قصده الشراء لنفسه]

الثالث: أن يقصد ذمه نفسه و كان قصده الشراء لنفسه و لم يقصد الوفاء حين الشراء من مال المضاربه، ثم دفع منه و على هذا الشراء صحيح (٢) و يكون غاصباً فى دفع

(١) اعتبره فى المسالك من المسلمات، و استدل عليه فى الجواهر بأنه مقتضى إطلاق إذن المالك.

وفيه: أما التسالم فلم يثبت و على تقديره فلا يمكن المساعدة عليه إذ كيف يمكن إلزام المالك بالدفع من ماله الخاص و الحال انه لم يأذن فيه، فان إزمته بذلك تعسف محض و بلا موجب، فان المالك انما أذن بالشراء من ماله إما شخصياً أو كلياً على أن يدفع بدله من المال المعين للمضاربه و لم يأذن فى غيره.

و أما دعوى الإطلاق فهو واضح الاندفاع حيث ان المالك انما أذن فى التصرف بالمال المعين و لم يجز فى الزائد منه، كى يكون مضموناً فى ماله الخاص.

و عليه فالصحيح هو الحكم ببطالان هذه المعامله فإن الثمن و ان كان كلياً في الذمه لكنه لما كان مقيداً بالدفع من المال
الخارجي المعين، و تعذر ذلك

كان من مصاديق تلف الثمن قبل قبضه، فيحكم بانفساخ العقد و رجوع مقابله الى مالكة الأصل، و لا موجب للحكم بالصحة مع تحمل العامل أو المالك للضرر بدفع عوضه من ماله الخاص.

(٢) بلا اشكال فيه، فان البيع أو الشراء أمر و الأداء الخارجى

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٦٦

مال المضاربه من غير إذن المالك، إلا إذا كان مأذونا فى الاستقراض و قصد القرض.

[الرابع: كذلك لكن مع قصد دفع الثمن من مال المضاربه حين الشراء]

الرابع: كذلك لكن مع قصد دفع الثمن من مال المضاربه حين الشراء حتى يكون الربح له، فقصد نفسه حيله منه و عليه يمكن الحكم بصحة الشراء (١) و إن كان عاصيا فى التصرف فى مال المضاربه من غير إذن المالك و ضامنا له بل ضامنا للبائع أيضا، حيث أن الوفاء بمال الغير غير صحيح، و يحتمل القول ببطلان الشراء (٢) لأن رضى البائع

أمر آخر، فيصح الشراء لكونه فى الذمه، و يبطل الأداء لكونه تصرفا فى مال الغير بغير إذنه، و من هنا فلا تبرأ ذمته من الثمن بالنسبة إلى البائع فى حين انه ضامن للعين بالنسبة إلى المالك لتصرفه فيها من غير إذنه.

و بالجمله: حال الدفع من مال المضاربه فى هذه الصورة حال الأداء من غير مال المضاربه من أموال الغير كمال الوديعه أو الغصب فان الحال فيهما واحد.

(١) لأنه قد اشتراه لنفسه، و نيته لأداء ثمنه من مال القراض أمر خارج عن حقيقه البيع فإنه عباره عن مبادله مال بمال، فلا تكون موجبه لفساده.

(٢) و فيه: أن التقييد لم يثبت بدليل، فان معنى البيع - على ما عرفت - إنما هو المبادله بين المالين و المنشأ إنما هو ملكيه كل منهما لمال الآخر، و أما الزائد عنه فلم يثبت بدليل. و دفع

مقيد بدفع الثمن و المفروض أن الدفع بمال الغير غير صحيح، فهو بمنزله السرقة (١)، كما ورد في بعض الأخبار أن من استقرض و لم يكن قاصدا للأداء فهو سارق (٢) و يحتمل صحه الشراء و كون قصده لنفسه لغوا، بعد أن كان بنائه الدفع من مال المضاربه، فإن البيع و ان كان بقصد نفسه و كليا في ذمته، الا أنه ينصب على هذا الذى يدفعه فكان البيع وقع عليه (٣) و الأوفق على بالقواعد الوجه

شرط ضمنى يوجب تخلفه الخيار لا- غير و ليس هو مقوما للبيع و الا لوجب القول بالبطلان فى الصوره السابقه أيضا، إذ لا فرق بينهما من هذه الجبهه حيث ان القيد متخلف فيهما، فلا مبرر للفرق.

(١) لأنه ناو لعدم دفع الثمن.

(٢) النص ضعيف و لا أقل من كونه مرسلا، و لعله محمول على عدم قصده للدين من أول الأمر حيث يكون اختلاسا و سرقة.

ثم ان نصوص المقام غير منحصر فيما أشار إليه الماتن (قده) الا أن جميعها لا يخلو من ضعف فى السند أو قصور فى الدلاله.

(٣) و فيه: ان مجرد قصده للأداء من مال الآخر كيف يجعله منصبا عليه، و يجعل البيع له مع عدم قصد العامل للشراء له بالمره فإن العقد لا- ينقلب عما وقع عليه و الأداء وفاء للمعامله و خارج عنها و لذا لو قصد المشتري الأداء من مال غير مال المضاربه غصبا كان أم وديعه أم غيرهما لم يحكم بكون العقد لصاحب المال.

الأول، و بالاحتياط الثانى (١) و أضعف الوجوه الثالث و إن لم يستبعده الآقا البهبهانى.

[الخامس: أن يقصد الشراء فى ذمته من غير التفات إلى نفسه و غيره]

الخامس: أن يقصد الشراء فى

ذمته من غير التفات إلى نفسه و غيره. و عليه أيضا يكون المبيع له (٢) و إذا دفعه من مال المضاربه يكون عاصيا 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.

[مسأله ١٣): يجب على العامل بعد تحقق عقد المضاربه ما يعتاد بالنسبه اليه]

(مسأله ١٣): يجب على العامل بعد تحقق عقد المضاربه ما يعتاد بالنسبه اليه و الى تلك التجاره في مثل ذلك المكان

و من هنا يظهر الحال فيما افاده شيخنا الأستاذ (قده) في تعليقه من أنه ليس ببعيد، فإنه بعيد جدا بل لم نعرف له وجهها.

(١) و وجهه غير واضح فان كلا- من الأمرين على حد سواء و ليس أحدهما أحوط من الآخر إذ الأمر دائر بين ملكيه المبيع للمشتري أو البائع أو مالك المال، و مع احتمال كل منها لا وجه للقول بأن الثاني موافق للاحتياط.

(٢) فان كونه للغير يحتاج إلى مؤنه زائده، فما لم يقصده المنشئ يحكم بكون العقد لنفسه كما هو الحال في سائر الوكلاء.

(٣) فان ظاهر الإنشاء انتسابه إلى نفسه و كونه هو المسؤول عن بدله، بحيث يكون هو طرف العقد و المطالب به كما يقتضيه بناء العقلاء و السيره الجاربه.

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٦٩

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 اللاتق و المتعارف، و يجوز له استيجار من يكون المتعارف استيجاره مثل الدلال و الحمال و الوزان و الكيال و غير ذلك و يعطى الأجره من الوسط، و لو استأجر

فيما يتعارف مباشرة بنفسه فالأجره من ماله (١) و لو تولى بنفسه ما يعتاد الاستيجار له فالظاهر جواز أخذ الأجره إن لم يقصد التبرع، و ربما يقال بعدم الجواز، و فيه:

انه مناف لقاعده احترام عمل المسلم المفروض عدم وجوبه عليه (٢).

(١) لكونه على خلاف مقتضى عقد المضاربه، حيث انه يقتضى كون تلك الافعال على العامل نفسه.

(٢) تقدم غير مره أن هذا المقدار من التعليل لا يكفي فى جواز أخذ العامل للأجره بل لا بد فى إثباته من إضافه ان العمل صادر بأذنه و مستند اليه، و الا فلو لم يكن العمل صادرا بأمره لم يكن وجه لإثبات الأجره عليه.

فصدور العمل عن أمر المالك مقوم لثبوت الأجره عليه، و هو متحقق فى المقام فان العمل لما كان الاستيجار عليه أمرا متعارفا كان مقتضى إذن المالك فى المضاربه الأذن فى الاستيجار و دفع الأجره بإذنه و مقتضى إطلاق هذا الأذن عدم الفرق بين كون الأجير هو العامل أو غيره، فإنه و كما يجوز للعامل استيجار عبده للقيام بذلك

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٧٠

[(مسألة ١٤): قد مر أنه لا يجوز للعامل السفر من دون اذن المالك]

(مسألة ١٤): قد مر أنه لا- يجوز للعامل السفر من دون اذن المالك، و معه فنفتته فى السفر من رأس المال (١) إلا إذا اشترط المالك كونها على نفسه (٢) و عن بعضهم كونها على نفسه مطلقا، و الظاهر أن مراده فيما إذا لم يشترط كونها من الأصل. و ربما يقال: له تفاوت ما بين السفر و الحضر. و الأقوى ما ذكرنا (٣) من جواز أخذها من أصل المال بتمامها من مأكّل و مشرب و ملبس و مسكن و نحو ذلك مما يصدق عليه النفقه ففى صحيح على ابن جعفر عن أخيه

أبى الحسن (عليه السلام): (فى المضارب ما أنفق فى سفره فهو من جميع المال، فإذا قدم بلده فما أنفق فمن نصيبه) هذا و أما فى الحضر فليس له

الفعل فتكون الأجره له قهرا كذلك يجوز له القيام به مباشرة ليأخذ الأجره بلا واسطه.

(١) لأنها من لوازم السفر و الأذن بالشىء و بالدلاله الائتمانيه إذن فى لوازمه.

و يقتضيه مضافا إلى ذلك السيره القطعيه الجاريه.

(٢) فيتبع الشرط بلا كلام و يقتضيه قولهم (ع) (المؤمنون عند شروطهم) بعد ان كان الفعل فى حد نفسه سائغا.

(٣) إذ أن القولين الآخرين مضافا إلى منافتهما لإطلاق الأذن، و السيره القطعيه الجاريه بالتزام الأمر لجميع نفقات المأمور فى سفره منافيان لصحيحه على بن جعفر المذكوره فى المتن.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٧١

أن يأخذ من رأس المال شيئا (١) إلا إذا اشترط على المالك ذلك.

[مسأله ١٥): المراد بالنفقة ما يحتاج اليه من مأكول و ملبوس و مركوب و آلات يحتاج إليها فى سفره]

(مسأله ١٥): المراد بالنفقة ما يحتاج اليه من مأكول و ملبوس و مركوب و آلات يحتاج إليها فى سفره و أجره المسكن و نحو ذلك. و أما جوائزه و عطاياه و ضيافته و مصانعاته فعلى نفسه (٢) إلا إذا كانت التجاره موقوفه عليه.

[مسأله ١٦): اللازم الاقتصار على القدر اللائق]

(مسأله ١٦): اللازم الاقتصار على القدر اللائق فلو أسرف حسب عليه (٣) نعم لو قتر على نفسه أو صار ضيفا عند شخص لا يحسب له (٤).

[مسأله ١٧): المراد من السفر العرفى لا الشرعى]

(مسأله ١٧): المراد من السفر العرفى لا الشرعى (٥) فيشمل السفر فرسخين أو ثلاثه. كما انه إذا أقام فى بلد عشره أيام أو أزيد كان نفقته من رأس المال لأنه فى السفر

(١) للسيره و صحيحه على بن جعفر المتقدمه.

(٢) لعدم صدق النفقه عليه.

(٣) لخروجه عن المأذون من قبل المالك.

(٤) إذ العامل لا يملك على المالك مقدار نفقته كى يأخذه على كل تقدير و إنما يجوز له التصرف من رأس المال بمقدار نفقته، فإذا لم يصرف لم يبق موضوع للحكم.

(٥) فان المراد به ما يقابل كونه فى بلده.

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٧٢

عرفا. نعم إذا أقام بعد تمام العمل لغرض آخر- مثل التفرج، أو لتحصيل مال له، أو لغيره مما ليس متعلقا بالتجاره- فنفقته فى تلك المده على نفسه (١) و إن كان مقامه لما يتعلق بالتجاره و لأمر آخر بحيث يكون كل منهما عله مستقله لو لا الآخر، فان كان الأمر الآخر عارضا فى البين فالظاهر جواز أخذ تمام النفقه من مال التجاره (٢) و ان كانا فى عرض واحد ففيه وجوه (٣) ثالثها التوزيع و هو الأ-حوط فى الجملة (٤) و أحوط منه كون التمام على نفسه و إن كانت العله مجموعهما بحيث يكون كل واحد جزء من الداعى فالظاهر التوزيع (٥).

(١) لأن نفقته حينئذ ليست بما انه عامل مضارب، فلا يشملها دليل خروجها من أصل المال.

(٢) لإطلاق الدليل بعد صدق كون مقامه للتجاره

(٣) أقواها جواز الإنفاق حيث لا قصور فى شمول الأدله للمقام بل يقتضيه

السيره القطعيه الجاريه حيث يتحمل المرسل نفقات الرسول من غير فرق بين ان يكون للعامل فى البلد المرسل اليه شغل غيره و عدمه.

(٤) أى بالنسبه إلى العامل.

(٥) و يقتضيه الارتكاز العرفى فإنه إذا كان تمام المقام مستندا إلى المالك و لأجله كان تمام نفقه العامل عليه، فإذا لم يكن غير بعضه له كان عليه من النفقات بحساب ذلك البعض إلى المجموع

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٧٣

[مسأله ١٨): استحقاق النفقه مختص بالسفر المأذون فيه]

(مسأله ١٨): استحقاق النفقه مختص بالسفر المأذون فيه (١) فلو سافر من غير إذن، أو فى غير الوجه المأذون فيه أو مع التعدى عما اذن فيه، ليس له أن يأخذ من مال التجاره.

و بحسب هذا الارتكاز يمكن استفاده الحكم من صحيحه على بن جعفر المتقدمه أيضا، إذ العامل فى سفره هذا يجمع بين صفتين فهو عامل مضاربه و غيره حيث ان سفره أو مقامه مستند إليهما معا فله ان يطالب المالك من النفقات بمقدار ما هو عامل مضارب.

(١) على ما يقتضيه الارتكاز العرفى، فإن ثبوت النفقه كان بملاك أن الأذن فى الشىء إذن- و بالدلاله الالتزاميه- فى لوازمه، و مع انتفاء أصل الأذن لا تبقى دلاله التزاميه، و من هنا- و بحسب الارتكاز أيضا- يكون مورد صحيحه على بن جعفر المتقدمه مختصا بفرض الأذن فلا تعم صورته الغصب فان معه كيف يمكن للعامل الصرف من مال المالك.

على أنا لو سلمنا إطلاقها فمقتضى ما دل على ضمان العامل عند مخالفته لأمر المالك هو ضمان العامل لما ينفقه عند مخالفته لإذنه و من هنا فان قلنا بتقدم القاعده عليها و لو من جهه الفهم العرفى فهو المطلوب، و إن قلنا بمعارضتها بالعموم من وجه و تساقطهما، فالمرجع هو عمومات

ما دل على ان من أ تلف مال غيره فهو له ضامن، فإنها شامله للمقام بلا اشكال و مقتضاها ضمان العامل لما يتلفه بالإتفاق، و هو يعنى عدم جواز صرفه من مال المالك.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٧٤

[مسأله ١٩]: لو تعدد أرباب المال]

(مسأله ١٩): لو تعدد أرباب المال كأن يكون عاملا لاثنين أو أزيد أو عاملا لنفسه و غيره- توزع النفقه (١) و هل هو على نسبة المالين أو على نسبة العملين؟

قولان (٢).

(١) على ما يقتضيه الارتكاز العرفى و القاعده و صحيحه على بن جعفر- على ما تقدم بيانه.

(٢) ذهب المشهور إلى الأول، بل و كأنه المتسالم عليه بينهم و نسب إلى بعض القول الثانى، الا انه لم يعرف قائله.

و كيف كان فهو الحق و ذلك لعدم ملاحظه قيمه و المالىه فى المضاربه عند إخراج نفقات العامل فإنه يأخذ نفقات سفره بتمامها و كمالها بإزاء عمله من غير فرق بين قله مال المضاربه و كثرتها، كما لو أرسل كل من تاجرین رسولا إلى بلد لقيامه بعمل معين، و كان رأس مال أحدهما أضعاف رأس مال الآخر، فان كلا منهما سيخسر من النفقات بمقدار ما يخسره الآخر منها- إذا تساوت نفقتهما- و الحال ان رأس مال أحدهما أضعاف رأس مال صاحبه.

و ليس ذلك الا لكون العبره فى إخراج نفقته من رأس المال بالعمل و السفر لأجله دون كثره مال المضاربه أو قلتها.

و إذا كان الأمر كذلك فى أصل المطلب، يكون الأمر كذلك عند التوزيع أيضا فيلحظ العملين دون المالين.

و الحاصل: ان سبب استحقاق النفقه إنما هو العمل دون المال فإنه أجنبى بالمره عنه، و لعل هذا هو المرتكز فى الأذهان.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٧٥

[مسأله ٢٠]: لا يشترط فى استحقاق النفقه ظهور ربح]

(مسأله ٢٠): لا يشترط فى استحقاق النفقه ظهور ربح (١) بل ينفق من أصل المال و ان لم يحصل ربح أصلا نعم لو حصل الربح بعد هذا تحسب من الربح، و يعطى المالك تمام رأس ماله، ثم يقسم بينهما (٢).

[مسأله ٢١]: لو مرض فى أثناء السفر]

(مسألة ٢١): لو مرض في أثناء السفر، فان كان لم يمنعه من شغله فله أخذ النفقه (٣) و ان منعه ليس

(١) للسيره القطعيه فإن العامل يؤدي أجره ذهابه إلى تلك البلده من رأس المال و الحال انه لا ربح عند ذاك، بل و كذا نفقاته من المأكل و المشرب في الطريق بل و في البلده عند بدو الوصول إليها، بل و بعد وصوله إلى قبل اشتغاله بالتجاره بل و في بعض مراحلها أيضا، فإنه و في كل تلك المراحل يصرف من رأس المال و قبل ظهور الربح.

(٢) على ما يقتضيه النص، فان «جميع المال» المذكور فيه ليس الأكل ما تحت يد العامل من الأصل و الربح، فتخرج النفقات منه ثم يستثنى رأس المال و الباقي يكون بينهما بمقتضى ما دل على ان الربح بينهما على ما اتفقا عليه.

نعم حكى عن الرياض القول بخروجها من أصل المال من غير تدارك من الربح بعد ذلك ناسيا له إلى الأصحاب.

إلا أنه غير قابل للتصديق، فإنه خلاف خروجها من جميع المال و ظاهر النص و الارتكاز العرفي استثناءها من الربح على تقدير ظهوره

(٣) بلا اشكال فيه، لشمول الأدله له.

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٧٦

له (١) و على الأول لا يكون منها ما يحتاج اليه للبرء من المرض (٢).

(١) فان الصرف من مال التجاره في مورد يكون القصور من قبله لا لوجود مانع ليس مشمولا للنص و لا

يدخل في الارتكاز العرفي.

(٢) قد يقال ان الحكم في هذه المسأله مبني على الخلاف في شمول النفقات الواجبه - كنفقه الزوجه - لمثل نفقات العلاج، و عدمه بدعوى اختصاصها بالمسكن و الملبس و المأكل و المشرب.

الا انه في غير محله و لا يمكن المساعدة عليه، فان كلا من الأمرين تابع لدليله، و قد اخترنا في مسأله نفقات الزوجه و وجوب نفقه العلاج بكل ما يكون دخيلا في قوام حياتها كالحمام للتنظيف على الزوج، باعتبار ان الوارد في النصوص عنوان «يقيم ظهرها» و هو شامل لكل ما تحتاج إليه في حياتها المتعارفه.

و أما فيما نحن فيه فلا دليل على وجوب نفقه العلاج على المالك فان الارتكاز العرفي مختص بما هو المتعارف و ما يعد نفقه للمسافر في سفره فلا يعم ما يحتاج اليه من غير جهه السفر كالديه لو وجبت عليه فإنها غير مشموله للارتكاز العرفي جزما.

و كذا الحال بالنسبه إلى صحيحه على بن جعفر حيث أن المذكور فيها: «ما أنفق في سفره» و هو ظاهر فيما ينفقه لأجل سفره فلا تشمل ما كان أجنبيا عنه.

و من هنا فالصحيح هو القول بتحمل العامل بنفسه لها إذ لا موجب لإخراجها من أصل المال أو الربح.

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٧٧

[(مسأله ٢٢): لو حصل الفسخ أو الانفساخ في أثناء السفر فنفته الرجوع على نفسه]

(مسأله ٢٢): لو حصل الفسخ أو الانفساخ في أثناء السفر فنفته الرجوع على نفسه (١) بخلاف ما إذا بقيت و لم تنفسخ فإنها من مال المضاربه.

[(مسأله ٢٣) في مضاربه الفاسده]

(مسأله ٢٣) قد عرفت الفرق بين المضاربه و القرض و البضاعه، و أن في الأول الربح مشترك و في الثاني للعامل و في الثالث للمالك، فإذا قال: خذ هذا المال مضاربه و الربح بتمامه لي، كان مضاربه فاسده (٢) إلا إذا علم انه

(١) فيما إذا انفسخ العقد بموت أو غيره أو جاء الفسخ من قبل العامل، و أما إذا كان بفعل المالك فالالتزام بكون مصرف الرجوع على العامل نفسه مشكل جدا، فإن صحيحه على بن جعفر و إن لم تكن شامله لها باعتبار ان موضوعها هو العامل المضارب و هو غير متحقق في المقام، الا- انه لا- موجب لرفع اليد عن الارتكاز العرفي و التزام المالك بكون نفقاته في سفره عليه.

و بعبارة أخرى: ان أساس المضاربه قائم على ان لا يتوجه خساره على العامل بوجه من الوجوه، فهو إما ان يأخذ شيئا- و ذلك

على تقدير ظهور الربح- و إما ان لا يكون له شىء، و اما تحمله للخساره من كيسه الخاص فهو خارج عن عنوان المضاربه.

نعم لو كان الفسخ من قبله تحمل هو نفقات رجوعه، حيث انه جاء من قبله و المالك لم يلتزم بنفقاته حتى على تقدير فسخه هو للعقد.

(٢) لفساد الشرط، حيث انه مخالف لمقتضى العقد و لا يجتمع معه، و ليس هو كاشتراط أمر خارجى حتى لا يكون فساده ساريا

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٧٨

قصد الإبضاع (١) فيصير بضاعه، و لا يستحق العامل أجره (٢) إلا مع الشرط أو القرائن الداله على عدم

التبرع (٣) و مع الشك فيه و في إرادته الأجره يستحق الأجره أيضا، لقاعده احترام عمل المسلم (٤) و إذا قال: خذه قراضا

إلى العقد نفسه، فان بينهما بونا بعيدا، فان في المقام لما لم يكن المنشئ قد أنشأ العقد مطلقا و إنما أنشأه مع شرط مناف كان ذلك من إنشاء أمر لا- يتحقق في الخارج فهو في إنشاءه فرض عدمه حيث اعتبر عنوان المضاربه و كون الربح مشتركا بينهما على ان لا يتحقق ذلك في الخارج، فيحكم ببطلانه حيث لا يقبل الإمضاء.

و من هنا يظهر ان البحث الكلى في سرايه الفساد من الشرط إلى العقد و عدمه غير شامل للشرط المخالف لمقتضى العقد فإنه محكوم بالبطلان جزما نظرا لاعتبار المالك عدمه في ضمن وجوده لأنه أنشأه على ان لا يتحقق في الخارج.

(١) فيحكم بصحته لأنه حيثئذ ليس بمضاربه و إنما أتى المنشئ بلفظها غلطا أو مجازا أو جهلا بمفاهيم الألفاظ.

(٢) باعتبار ان العمل لم يصدر عن أمره الضماني، فإنه لم يأمر به بضمن و إنما أمره به مجانا، فلا وجه لاستحقاق العامل الأجره عليه.

(٣) فتثبت اجره المثل لصدور العمل عن الأمر مع الضمان.

خويي، سيد ابو القاسم موسوي، مباني العروه الوثقى، ٢ جلد، منشورات مدرسه دار العلم - لطفی، قم - ایران، اول، ١٤٠٩ هـ ق

مباني العروه الوثقى؛ ج ١، ص: ٧٨

(٤) و فيه ان مجرد ذلك لا يقتضى ثبوت الأجره عليه، بعد ما كان الإبضاع ظاهرا في العمل مجانا، كما يظهر ذلك من اشتراط كون

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٧٩

و تمام الربح لك، فكذلك مضاربه فاسده (١) إلا إذا علم انه أراد القرض (٢). و لو لم يذكر لفظ المضاربه بأن قال: خذه

و اتجر به و الربح بتمامه لى، كان بضاعه (٣) إلا مع العلم بإرادته المضاربه فتكون فاسده (٤). و لو قال: خذه و اتجر به و الربح لك بتمامه، فهو قرض، الا مع العلم بإرادته المضاربه، ففاسده، و مع الفساد فى الصور المذكوره يكون تمام الربح للمالك (٥) و للعامل أجره عمله (٦)

تمام الربح له، و قصد العامل لعدم التبرع لا أثر له بعد ان لم يكن الأمر قد أمر بضمان.

(١) لمنافاته لمقتضى العقد على ما عرفت.

(٢) ظهر وجهه مما تقدم.

(٣) لظهوره فيه.

(٤) لما تقدم.

(٥) لتبعيه النماءات و الأرباح للأصل فهى لمالك المال.

(٦) قد يفرض فساد المضاربه لسبب غير اشتراط ما ينافى مقتضى العقد كما لو كان رأس المال ديناً، و قد يفرض فساده من جهه اشتراط ما يخالف مقتضاه.

و الحكم فى الأول كما أفاده (قده) فان الربح بتمامه يكون للمالك و لا يعطى للعامل منه شىء باعترافه انه لا أثر لجعل النسبه المعينه منه له، فإنه قد بطل بعدم إمضاء الشارع للعقد، لكن لما كان العمل بأمر من المالك لا على نحو المجانيه، و استيفاء العمل المحترم بضمان

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٨٠

.....

يوجب الضمان كان عليه دفع أجره مثل العمل إلى العامل.

و أما فى الثانى فلا بد من التفصيل بين ما إذا كان الشرط المخالف لمقتضى العقد هو كون تمام الربح للعامل و بين ما إذا كان الشرط كون تمامه للمالك.

ففى الأول فالحكم ما تقدم أيضاً، فإن تمام الربح يكون للمالك لكن لما كان عمل العامل عملاً محترماً و صادراً بأمر المالك على نحو الضمان، تثبت أجره المثل لا محاله و هذا بخلاف الثانى حيث لا وجه فيه للضمان بالمره، فإن وجهه

فى العقود الفاسده إنما هو الاقدام عليه و أمر الغير بعمل له أجره من غير ظهور فى المجانيه و هو غير متحقق فى المقام لظهور أمره فى التبرع و المجانيه- كما يظهر من اعتبار كون تمام الربح له- و معه فكيف يكون ضامنا؟

بل حال هذه الصوره حال البضاعه عند عدم القرينه على الأجره و هو الموافق للقاعده الكليه: ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده.

ثم أن فى إطلاق استحقاق العامل لأجره المثل فى فرض فساد العقد- بأى وجه كان- نظرا بل منعا.

إذ الضمان فى مثل هذه الموارد لم يثبت بدليل لفظى كى يتمسك بإطلاقه، و انما هو ثابت ببناء العقلاء، و القدر المتيقن منه هو استحقاقه للأجره فيما إذا كانت مساويه للمقدار الذى جعل له فى العقد الفاسد أو أنقص منه، فلو كان الفساد من جهه اشتراط كون تمام الربح للعامل و فرضنا انه كان مائه دينار، فهو لا يستحق فى فرض الفساد إلا ذلك المقدار من أجره المثل.

و أما إذا فرض زياده الأجره عليه فلم يثبت بناء منهم على لزوم

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٨١

الامع علمه بالفساد (١).

[مسأله (٢٤): لو اختلف العامل و المالك فى أنها مضاربه فاسده أو قرض أو مضاربه فاسده أو بضاعه]

(مسأله ٢٤): لو اختلف العامل و المالك فى أنها مضاربه فاسده أو قرض أو مضاربه فاسده أو بضاعه.

و لم يكن هناك ظهور لفظى و لا قرينه معينه، فمقتضى القاعده التحالف (٢).

دفعها بتمامها، بل لا ينبغى الشك و الريب فى عدم وجوب دفع ما زاد عن الربح إليه، لأنه الذى الغى احترامه فيه.

و الحاصل: ان إطلاق لزوم دفع أجره مثل عمل العامل فى فرض فساد المضاربه انما يتم فيما إذا كانت الأجره أنقص أو مساويه لما اتفقا عليه من الربح و أما إذا كانت

أزيد منه فلم يثبت بناء منهم على استحقاقه للزائد.

(١) تقدم نظيره فى عده من أبواب المعاملات و قد تكلمنا حوله فى مبحث الإجاره مفصلا حيث قد عرفت ان العلم بالفساد و عدمه سيان من هذه الجهه، فإن علمه بالفساد ليس إلا- العلم بعدم إمضاء الشارع لهذا العقد و هو لا يلزم قصده التبرع و المجانيه، بل هو قاصد للربح و لو بغير استحقاق شرعا، فإذا كان قصده كذلك و لم يكن أمر الأمر ظاهرا فى المجانيه بلا وجه للحكم بعدم استحقاقه للأجره.

و الحاصل: ان العلم بالفساد لا يلزم قصد التبرع و المجانيه فى العمل، و انما هو من هذه الناحيه مع عدمه سيان.

(٢) ذكرنا فى محله من كتاب القضاء أن النصوص الوارده فى

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٨٢

.....

التخاصم على كثرتها لم تتعرض لبيان المدعى و المنكر و من هنا فلم تثبت لهما حقيقه شرعيه و لا متشرعيه بل هما باقيان على معناهما اللغوى المفهوم عرفا.

و المراد بالمدعى كل من يدعى شيئا و يكون هو المطالب بإثباته عند العقلاء و هو يتحقق فى موردين ادعاؤه على غيره شيئا من مال أو حق، أو اعترافه بثبوت حق لغيره عليه مع دعواه الأداء و الوفاء، كما لو أقر بدين لغيره على نفسه و ادعى الأداء فإن المطالب و ان كان هو المفروض و لو ترك ترك، إلا انه لما اعترف الطرف الآخر به كان هو المدعى و الملزم بالإثبات لدى العقلاء.

و من هنا: فان كان هذا من طرف واحد فهو المدعى و الطرف الآخر هو المنكر، و ان كان من الطرفين بحيث يدعى كل منهما على الآخر شيئا و هو ينكره، فهو التداعى، فيلزم كل منهما

بناء العقلاء بإثبات ما يدعيه، فلا بد من التحالف، فان حلفا سقطت كلتا الدعويين. و الا فدعوى الذى لم يحلف خاصه.

هذا كله بحسب كبرى المسأله و اما بلحاظ تطبيقها على المقام فقد يفرض أن المالك يدعى القرض و العامل يدعى المضاربه الفاسده- و كانت المعامله خاسره- فبناء على ما تقدم منه (قده) من استحقاق العامل لاجره المثل فى المضاربه الفاسده مطلقا و ان ناقشنا فيه على تفصيل تقدم، فهو من مصاديق التداعى حيث يطالب كل منهما الآخر بشىء فالمالك يدعى القرض و يطالب العامل بتمام المال من دون ان يتحمل شيئا من الخساره و العامل يدعى المضاربه الفاسده و يطالب المالك بأجره مثل عمله فيتحالفان لا محاله.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٨٣

.....

و أما لو انعكس الأمر بأن كانت التجاره مربحه و المالك يدعى المضاربه الفاسده كى لا يكون تمام الربح له و العامل يدعى القرض ليحرمه منه، فليس المورد من التداعى فى شىء، و ذلك لان المالك بدعواه المضاربه الفاسده لا يطالب العامل بشىء كى يكون عليه إثباته و انما يكفيه عدم ثبوت ما يدعيه العامل. لان انتقال الربح التابع لرأس المال قهرا إلى العامل بالقرض هو الذى يحتاج إلى الإثبات، فإن أثبتته بالبينه كان الربح له و إلا حلف المالك و أخذه بتمامه.

و بعبارة اخرى: ان المالك لا يحتاج فى أخذ الربح إلى إثبات كون العقد مضاربه فاسده، فإنه لا يلزم العامل بشىء و انما يطالبه بربح ماله بعد أن يثبت كونه قرضا.

و من هنا فالنماء له حتى و لو لم يدع المضاربه الفاسده حيث يكفيه مجرد إنكاره للقرض.

و على هذا فالعامل هو المدعى. و المالك هو المنكر.

و أوضح من هذا ما لو

ادعى أحدهما البضاعة و الآخر المضاربه الفاسده- بناء على ما اختاره (قده) من ثبوت اجره المثل للعامل فى كلا الفرضين مع كون الربح بتمامه للمالك- فإنه لا وجه لجعله من موارد التداعى، إذ لا نزاع بينهما بالمره، لاتفاقهما على ثبوت الربح للمالك و استحقاق العامل اجره المثل على التقديرين فليس هناك نزاع بينهما إلا فى الصوره و إلا فليس فى الواقع مدع و منكر.

نعم بناء على ما اخترناه من عدم استحقاق العامل الأجره فى البضاعه فلو ادعى العامل المضاربه الفاسده و المالك البضاعه، كان العامل هو المدعى و المالك منكرا لانه لا يلزمه بشىء، و لا تصل النوبه

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٨٤

و قد يقال: بتقديم قول من يدعى الصحه. و هو مشكل إذ مورد الحمل على الصحه (١) ما إذا علم أنهما أوقعا معامله معينه و اختلفا فى صحتها و فسادها لا مثل المقام الذى يكون الأمر دائرا بين معاملتين على إحداهما صحيح و على الأخرى باطل نظير ما إذا اختلفا فى أنهما أوقعا البيع الصحيح أو الإجاره الفاسده مثلا، و فى مثل هذا مقتضى القاعده التحالف.

و أصاله الصحه لا تثبت كونه بيعا مثلا لا إجاره، أو بضاعه صحيحه مثلا لا مضاربه فاسده.

إلى التداعى.

(١) على ما تقدم بيانه منا غير مره، فإن أصاله الصحه تجرى فى موردين:- الأول: حمل فعل المؤمن على الصحه و انه لا يرتكب فعلا على خلاف وظيفته و الأصل فى هذا المورد ثابت بدليل لفظى و انه لا ينبغى ان يتهم بل ينبغى حمل فعله على أحسنه.

و من هنا فلا يختلف الحال فيه بين إحراز عنوان العمل و عدمه فلا فرق فى وجوب الحمل على الصحه بهذا المعنى

بين أن يرى مفطرا في شهر رمضان مع احتمال كونه مسافرا أو مريضا، فيحمل عمله على الصحة و لا- يتهم بالإفطار في شهر رمضان عمدا، و بين ما لو صدر منه كلام مردد بين الشتم و السلام، فيحمل على الصحيح و لا يظن به سوء.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٨٥

[(مسألة ٢٥): إذا قال المالك للعامل: خذ هذا المال قراضا و الربح بيننا صح]

(مسألة ٢٥): إذا قال المالك للعامل: خذ هذا المال قراضا و الربح بيننا صح و لكل منهما النصف (١) و إذا قال:

الا أن أصله الصحة بهذا المعنى لا تثبت لوازمها و أنه قد سلم، و من هنا فلا يجب الجواب عليه.

الثانى: الحمل على الصحة بمعنى ترتيب آثارها على الفعل، فإذا صدر منه بيع أو طلاق أو غيرهما من العقود و شككنا فى اشتماله على شرائط الصحة و عدمه، كان مقتضى أصله الصحة بالحكم بالصحة و ترتيب آثارها عليه. فهى كقاعده الفراغ فى العبادات.

و هذا الأصل لا دليل عليه سوى السيره القطعيه و التسالم عليه بين المسلمين و مورده ما إذا كان العنوان معلوما و كان الشك فى الصحة و الفساد فقط.

و أما إذا كان العمل مجهولا كما لو دار الأمر بين طلاق زوجته طلاقا صحيحا أو إجاره داره فاسده فلم تثبت السيره منهم على البناء على الصحة و ترتيب آثار الطلاق الصحيح عليه. إذ لم يحرز عنوان الطلاق كى يحكم بصحته.

(١) لانه ظاهر الكلام، حيث ان مثل هذا التعبير ظاهر عرفا فى التساوى. و خلافه هو الذى يحتاج إلى الإثبات، كما هو الحال فى سائر الموارد كالوصيه بشىء واحد لاثنين فإنها ظاهره فى تساويهما فيه، و لأجل هذا الظهور يحكم بصحة معامله و ان كانت قد تبدو لأول وهله مجمله.

مبانى العروه الوثقى، ج ١،

و نصف الربح لك فكذاك (١) بل و كذا لو قال: و نصف الربح لي، فإن الظاهر ان النصف الآخر للعامل و لكن فرق بعضهم بين العبارتين، و حكم بالصححة فى الأولى، لأنه صرح فيها بكون النصف للعامل و النصف الآخر يبقى له. على قاعده التبعية، بخلاف العبارة الثانية، فإن كون النصف للمالك لا- ينافى كون الآخر له أيضا، على قاعده التبعية، فلا- دلالة فيها على كون النصف الآخر للعامل و أنت خبير بان المفهوم من العبارة عرفا كون النصف الآخر للعامل (٢).

[(مسألة ٢٦): لا فرق بين أن يقول: خذ هذا المال قراضا و لك نصف ربحه، أو قال: خذ قراضا و لك ربح نصفه]

(مسألة ٢٦): لا فرق بين أن يقول: خذ هذا المال قراضا و لك نصف ربحه، أو قال: خذ قراضا و لك ربح نصفه، فى الصححة و الاشتراك فى الربح بالمنصفه، و ربما يقال: بالبطلان فى الثانى، بدعوى: ان مقتضاه

(١) حيث ان ظاهره كون تمام النصف الآخر للمالك، باعتبار ان النماء بتمامه تابع للعين فما لم يجعله المالك لغيره يكون بطبيعته الحال له لانه نماء ملكه.

(٢) باعتبار ان ظاهر الكلام هو كون النصف تمام ماله من الربح و تحديد ما يستحقه بذلك، و هو يقتضى كون الباقي للعامل و الا لما كان تمام ما للمالك هو النصف.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٨٧

كون ربح النصف الآخر بتمامه للمالك، و قد يربح النصف فيختص به أحدهما أو يربح أكثر من النصف، فلا يكون الحصه معلومه، و أيضا قد لا يعامل إلا فى النصف. و فيه:

ان المراد ربح نصف ما عومل به و ربح (١) فلا إشكال.

[(مسألة ٢٧): يجوز اتحاد المالك و تعدد العامل مع اتحاد المال]

(مسألة ٢٧): يجوز اتحاد المالك و تعدد العامل (٢) 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 أيضا و إن كانا فى العمل سواء. فان غايته اشتراط حصه قليلة لصاحب العمل الكثير و هذا لا بأس به و يكون العقد الواحد بمنزله عقدين مع اثنين، و يكون كما لو قارض أحدهما فى نصف المال بنصف و قارض الآخر فى النصف الآخر بربع الربح، و لا مانع منه، و كذا يجوز تعدد المالك و اتحاد العامل بان

(١) فالمراد ربح نصف المقدار الذى وقع موردا للتجاره فهو نصف الربح فيما اتجر به لا ما

لم يتجر كما يشهد له الفهم العرفي، كما هو الحال في التعبير الأول أيضا.

(٢) لإطلاق الأدله و انحلال المضاربه في الحقيقه و الواقع إلى مضاربتين أو أكثر، فهو كما لو ضارب المالك كلا منهما بنصف المال رأسا، فإن الاتحاد في مقام الإنشاء لا ينافي التعدد في الواقع و اللب.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٨٨

كان المال مشتركا بين اثنين فقارضا واحدا (١) بعقد واحد بالنصف مثلا- متساويا بينهما أو بالاختلاف: بان يكون في حصه أحدهما بالنصف و في حصه الآخر بالثلث أو الربع مثلا. و كذا يجوز مع عدم اشتراك المال بان يكون مال كل منهما ممتازا و قارضا واحدا مع الأذن في الخلط مع التساوى في حصه العامل بينهما أو الاختلاف: بان يكون في مال أحدهما بالنصف و في مال الآخر بالثلث أو الربع.

[(مسألة ٢٨): إذا كان مال مشتركا بين اثنين فقارضا واحدا]

(مسألة ٢٨): إذا كان مال مشتركا بين اثنين فقارضا واحدا، و اشترطا له نصف الربح، و تفاضلا في النصف الآخر: بان جعل لأحدهما أزيد من الآخر مع تساويهما في ذلك المال. أو تساويا فيه مع تفاوتهما فيه، فان كان من قصدهما كون ذلك النقص على العامل بالنسبه إلى صاحب الزيادة: بأن يكون كأنه اشترط على العامل في العمل بما له أقل مما شرطه الآخر له، كأن اشترط هو للعامل ثلث ربح حصته، و شرط له صاحب النقيصه ثلثي ربح حصته - مثلا- مع تساويهما في المال، فهو صحيح لجواز اختلاف الشريكين في مقدار الربح المشترط للعامل (٢)

(١) لما تقدم من الإطلاق و انحلال المضاربه بعدد الملاك

(٢) و الوجه فيه واضح بعد ما عرفت من انحلال المضاربه الواحده

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٨٩

و ان لم يكن النقص راجعا إلى

العامل بل على الشريك الآخر: بان يكون المجمعول للعامل بالنسبه إليهما سواء لكن اختلفا في حصتهما، بأن لا يكون على حسب شركتهما فقد يقال فيه بالبطلان، لاستلزامه زياده لأحدهما على الآخر مع تساوى المالين أو تساويهما مع التفاوت في المالين بلا عمل من صاحب الزيادة، لأن المفروض كون العامل غيرهما و لا يجوز ذلك في الشركه و الأقوى الصحه (١)

في الواقع إلى مضاربتين مستقلتين بنصفي المال، على ان يكون للعامل في إحداهما ثلثا الربح و للمالك الثلث و في الأخرى بالعكس.

(١) بل الأقوى هو القول الأول و هو البطلان لعدم نفوذ مثل هذه الشروط- على ما تقدم بيانه غير مره- فإن أدله نفوذ الشروط كقولهم (ع) «المؤمنون عند شروطهم» غير شامله له، لان هذا الشرط و ان لم يكن مخالفا لمقتضى العقد إلا انه مخالف للسنة.

و الوجه فيه ما عرفت من ان أدله نفوذ الشروط غير مشرعه و انما هي داله على لزوم العمل بكل شرط سائغ في نفسه، فما لم يكن سائغا بنفسه قبل الاشتراط لا يكون سائغا بالشرط.

فان الاشتراط لا يوجب انقلاب الحكم الشرعي، و لا يقتضى تحليل الحرام أو تحريم الحلال.

و من هنا فحيث ان مقتضى تبعيه النماء للعين في الملك، كون ربح مال كل احد له، يكون اشتراطه لغيره محتاجا إلى الدليل الخاص

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٩٠

لمنع عدم جواز الزيادة لأحد الشريكين بلا- مقابلتها لعمل منه، فإن الأقوى جواز ذلك الشرط و نمنع كونه خلاف مقتضى الشركه، بل هو مخالف لمقتضى إطلاقها مع أنه يمكن أن يدعى الفرق بين الشركه و المضاربه و ان كانت متضمنه للشركه (١)

و لذا لم يلتزموا بصحه هذا الشرط في غير عقد الشركه

و المضاربه كما لو باع متاعه لشخص على ان يكون ربحه من تجارته الأخرى له- على نحو شرط النتيجة كما هو المفروض في المقام- فإنه يكون باطلا جزما.

إذن: فهذا الشرط مخالف للسنة، و أدله نفوذ الشرط لا تشمله لأنها غير مشرعه.

(١) ما أفاده (قده) مبنى على ثبوت إطلاق في أدله المضاربه يقتضى جواز جعل بعض الربح للأجنبي- كما اختاره (قده) في أول الكتاب- فان المقام من صغريات تلك الكبرى حيث ان كلا من الشريكين أجنبي بالنسبه إلى حصه شريكه الآخر.

لكنك قد عرفت منا عدم ثبوت مثل هذا الإطلاق، و من هنا فالظاهر عدم جواز هذا الاشتراط بلا فرق في ذلك بين الشركه و المضاربه.

نعم لو كان هذا الاشتراط على نحو شرط الفعل لا شرط النتيجة لصح و وجب الوفاء به لانه فعل سائع في نفسه، الا انه خارج عن محل الكلام حيث ان المفروض في المقام ملكيه أحد الشريكين لبعض حصه شريكه بمجرد الشرط.

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٩١

[(مسألة ٢٩): تبطل المضاربه بموت كل من العامل و المالك]

(مسألة ٢٩): تبطل المضاربه بموت كل من العامل و المالك، أما الأول: فلاختصاص الأذن به (١) و أما الثاني: فلانتقال المال بموته إلى وارثه، فإبناؤها يحتاج إلى عقد جديد بشرائطه (٢) فإن كان المال نقدا صح، و ان كان عروضا فلا (٣) لما عرفت من عدم جواز المضاربه على غير النقدين، و هل يجوز لو ارث المالك اجازة العقد بعد موته؟ قد يقال بعدم الجواز، لعدم علقه له بالمال حال العقد بوجه من الوجوه ليكون واقعا على ماله أو متعلق حقه. و هذا بخلاف اجاره البطن السابق في الوقف أزيد من حياته، فان البطن اللاحق يجوز له الإجازة، لأن له حقا بحسب جعل الواقف. و أما

فى المقام فلىس للوارث حق حال حىاه المورث أصلا، و انما ىنتقل الىه المال حال موته و بخلاف اجازة الوارث لما زاد من الثلث فى الوصيه و فى المنجز حال المرض - على القول بالثلث

(١) فىرفع بموته و ورثته أناس أجانب عنه، فلىس لهم التصرف فى المال من دون إذن مالكة.

(٢) لما تقدم من بطلان العقود الإذنيه الجائزه بموت احد الطرفين.

(٣) على خلاف تقدم فى محله، و قد عرفت ان الأقوى جواز المضاربه بغير النقدين فراجع.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٩٢

فيه- فان له حقا فىما زاد، فلذا يصح أجازته و نظير المقام اجاره الشخص ماله مده مات فى أثناءها- على القول بالبطلان بموته- فإنه لا يجوز للوارث إجازتها، لكن ىمكن ان يقال: ىكفى فى صحه الإجاره كون المال فى معرض الانتقال الىه و ان لم ىكن له علقه به حال العقد (١) فكونه سىصير له كاف و مرجع إجازته حىئذ إلى إبقاء ما فعله المورث (٢) لا- قبوله و لا تنفذه فإن الإجازة أقسام قد تكون قبولا- لما فعله الغير، كما فى إجازة بيع ماله فضولا و قد تكون راجعا إلى إسقاط حق، كما فى اجازة المرتهن

(١) و فيه: ان الكلام فى إجازة الوارث للمضاربه بعد موت المالك لا- فى حال حىاته و من هنا فكونه فى معرض الانتقال إلىه أجنبى عن الموضوع بالمره. لأنه إذا ثبت له حق الإجازة كان له ذلك سواء أ كان فى معرض الانتقال إلىه أم لم ىكن، إذ لا فرق فى المجيز بين كونه وارثا و كونه أجنبيا كما لو انتقل الىه المال بالشراء أو الصداق فان الكلام فى ثبوت حق الإجازة له هو الكلام فى ثبوته للوارث.

(٢) لم

يتحصل لما أفاده (قده) وجه محصل، فان الموت يوجب بطلان المضاربه و معه كيف يمكن الحكم ببقاءها؟ بل ان كانت هناك مضاربه فهي مضاربه جديده غير التي كانت بين المالك الأول و العامل.

على أن لازم بقاء المضاربه الأولى و عدم كون هذه المضاربه

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٩٣

ليبع الراهن، و اجازته الوارث لما زاد عن الثلث، و قد تكون إبقاء لما فعله المالك كما في المقام.

[(مسألة ٣٠): لا يجوز للعامل ان يوكل وكيلا في عمله أو يستأجر أجيرا إلا بإذن المالك]

(مسألة ٣٠): لا- يجوز للعامل ان يوكل وكيلا في عمله أو يستأجر أجيرا إلا بإذن المالك (١) نعم لا- بأس بالتوكيل أو الاستيجار في بعض المقدمات على ما هو المتعارف (٢) و أما الإيكال إلى الغير و كاله أو استجارا في أصل التجاره فلا يجوز من دون إذن المالك و معه لا مانع منه، كما أنه لا يجوز له أن يضارب غيره إلا بإذن المالك.

- الثانيه- مضاربه جديده، هو تدارك الخسران الواقع في زمن المالك الأول من الربح في عهد المالك الجديد و بالعكس و هو يعنى حرمان العامل في إحدى المضاربتين عن بعض الربح و تحميله لبعض الخساره، و هذا مما لا يمكن الالتزام به لمنافاته لما دل على عدم تحمل العامل لشيء من الخسران.

إذن: فما أفاده- قدس سره- لا يمكن المساعدة عليه و الصحيح هو الحكم بالبطلان.

(١) لقيح التصرف في مال الغير بغير إذنه، و خروجه عن عنوان المضاربه.

(٢) كاستيجار الحمال على نقل البضائع أو الصانع لمساعدته في بعض العمل، و الوجه فيه أن التعارف قرينه على رضا المالك بذلك التصرف.

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٩٤

[(مسألة ٣١): إذا أذن في مضاربه الغير]

(مسألة ٣١): إذا أذن في مضاربه الغير، فاما ان يكون بجعل العامل الثاني عاملا للمالك، أو بجعله شريكا معه في العمل و الحصه، و أما بجعله عاملا- لنفسه. أما الأول فلا مانع منه و تنفسخ مضاربه نفسه على الأقوى (١) و احتمال بقائها مع ذلك لعدم المنافاه كما ترى. و يكون الربح مشتركا بين المالك و العامل الثاني و ليس للأول شيء (٢)

(١) بل الأقوى البقاء، بل لم يظهر للانفساخ وجه صحيح، فإن المضاربه من العقود الإذنيه الجائزه و لا تتضمن اى تمليك أو
تملك و انما

هى عبارته عن الأذن فى التصرف بالمال و نتيجهها كون الربح مشتركاً بينهما. و معه فما هو المانع من مضاربه اثنين من بادئ الأمر؟ فىكون لكل منها الاتجار بذلك المال، فان سبق أحدهما و اتجر به انتفى موضوع المضاربه الثانيه. فإن ظهر ربح كان بين المالك و العامل.

و لا تقاس هذه بالإجاره أو المزارعه حيث انهما يتضمنان التمليك و لا يصح ان يكون العمل الواحد مملوكاً لشخصين أو يصدر العمل الواحد من اثنين على نحو الاستقلال كى يكونا مالكين للأجره، بل المقام من قبيل التوكيل حيث لا مانع من توكيل المتعدين فى العمل الواحد.

و الحاصل: انه لا وجه لما أفاده- قدس سره- بعد إمكان اجتماع المضاربتين على المال الواحد.

(٢) لخروجه عن حدود المضاربه لأنه ليس بمالك لرأس المال

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٩٥

إلا إذا كان بعد أن عمل عملاً و حصل ربح، فيستحق حصته من ذلك (١) و ليس له أن يشترط على العامل الثانى شيئاً من الربح (٢) بعد ان لم يكن له عمل بعد المضاربه الثانيه بل لو جعل الحصة للعامل فى المضاربه الثانيه أقل مما اشترط

و لا عامل فيه.

(١) عملاً بالمضاربه التى اتفقا عليه هو و المالك.

(٢) ما أفاده (قده) انما يتم بناء على ما اخترناه من عدم جواز جعل شىء من الربح للأجنبى، نظراً الى كون الحكم فى المضاربه على خلاف القاعده باعتبار أن مقتضى تبعيه النماء لأصل المال هو كون الربح بأكمله للمالك، فكون بعضه لغيره على خلاف القاعده، و من هنا يحتاج نفوذه الى الدليل و هو مختص بما إذا اشترط البعض للعامل.

و أما أدله الوفاء بالشروط فقد عرفت انها ليست بمشرعه فلا تشمل مثل هذا الشرط

المخالف للسنه.

و أما بناء على ما أفاده (قده) من جواز اشتراط بعض الربح للأجنبي تمسكا بما ادعاه من عموم «المؤمنون عند شروطهم» فلا وجه للقول بعدم نفوذ الشرط في المقام. إذ العامل الأول أجنبي بالنسبه إلى المضاربه الثانيه فلا مانع من ان يستحق شيئا من الربح بالاشتراط.

و منه يظهر الحال فيما أفاده (قده) فيما لو جعل الحصه للعامل في المضاربه الثانيه أقل مما اشترط له في الأولى، فإنه من مصاديق اشتراط بعض الربح لنفسه أيضا.

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٩٦

له في الأولى، كأن يكون في الأولى بالنصف و جعله ثلثا في الثانيه لا يستحق تلك الزيادة، بل ترجع الى المالك.

و ربما يحتمل جواز اشتراط شىء من الربح، أو كون الزيادة له. بدعوى ان هذا المقدار- و هو إيقاع عقد مضاربه ثم جعلها للغير. نوع من العمل، يكفى في جواز جعل حصه من الربح له. و فيه: أنه وكاله لا مضاربه (١) و الثاني أيضا لا مانع منه (٢) و تكون الحصه المجهوله له في المضاربه الأولى مشتركه بينه و بين العامل الثاني، على حسب قرارهما. و أما الثالث فلا يصح (٣) من دون أن يكون له عمل مع العامل الثاني، و معه يرجع الى التشريك.

[مسأله (٣٢): إذا ضارب العامل غيره مع عدم الأذن]

(مسأله ٣٢): إذا ضارب العامل غيره مع عدم الأذن

(١) و بعباره اخرى: ان مطلق العمل لا يوجب استحقاقه شيئا من الربح، و انما الذى يقتضيه هو العمل تجاره مع ظهور الربح فيه و ليس هذا منه.

(٢) فان العقد الثاني لما كان و بحسب الفرض باذن المالك و رضاه كان مرجعه إلى تعدد العامل المضارب في المضاربه الأولى بعد ان كان متحدا حدثا.

(٣) فان العامل أجنبي عن مال المضاربه فلا

يحق له تسليط الغير عليه بإنشاء العقد عليه معه فان ذلك من مختصات المالك أو من يقوم مقامه.

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٩٧

من المالك، فإن أجاز المالك ذلك كان الحكم كما فى الأذن السابق فى الصور المتقدمه فىلحق كلا حكمه (١) و ان لم يجرى بطلت المضاربه الثانيه، و حينئذ فإن كان العامل الثانى عمل و حصل الربح فما قرر للمالك فى المضاربه الأولى فله، و أما ما قرر للعامل فهل هو أيضا له أو للعامل الأول أو مشترك بين العاملين؟ وجوه و أقوال، أقواها الأول لأن المفروض بطلان المضاربه الثانيه فلا يستحق العامل الثانى شيئاً، و ان العامل الأول لم يعمل حتى يستحق، فيكون تمام الربح للمالك إذا أجاز تلك المعاملات الواقعه على ماله و يستحق العامل الثانى أجره عمله مع جهله بالبطلان (٢)

(١) لانتساب العقد الصادر فضوله بالإجازة إلى المجيز، فيكون العقد عقده و من ثم يترتب عليه الآثار.

(٢) و أما إذا كان عالماً بالحال فالأظهر انه لا ضمان لا على المالك و لا على العامل، و لا ينافيه ما تقدم منا فى غير مورد انه لا فرق فى الضمان بين علم العامل بفساد العقد و عدمه، فان بينه و بين المقام من الفرق ما لا يكاد يخفى فان المفروض فى غير المقام صدور العمل من العامل بأمر الأمر لا على نحو المجانيه، فهو بأمره قد التزم للعامل بالأجره، فلا يضر علم العامل بالفساد، و هذا بخلاف المقام حيث لم يلتزم العامل الأول للثانى بشىء و انما أخبره عن ضمان المالك له، و حيث ان العامل يعلم كذبه و انه ليس بوكيل عنه، فلا وجه للحكم بضمانه، بل يكون حاله حال من

استأجر غيره للعمل في ملك الغير

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٩٨

على العامل الأول لأنه مغرور من قبله. وقيل: يستحق على المالك (١) ولا وجه له مع فرض عدم الأذن منه له في العمل. هذا إذا ضاربه على أن يكون عاملا- للمالك، و أما إذا ضاربه على أن يكون عاملا له، و قصد العامل في عمله العامل الأول، فيمكن ان يقال: ان الربح للعامل الأول، بل هو مختار المحقق في الشرائع، و ذلك بدعوى ان المضاربه الأولى باقيه بعد فرض بطلان الثانيه، و المفروض أن العامل قصد العمل للعامل الأول، فيكون كأنه هو العامل فيستحق الربح، و عليه اجره عمل العامل إذا كان جاهلا بالبطالن، و بطلان المعامله لا- يضر بالأذن الحاصل منه للعامل له لكن هذا انما يتم إذا لم يكن المباشره معتبره في المضاربه الأولى (٢) و أما مع اعتبارها فلا يتم و يتعين

على أن تكون أجرته على المالك. مع علم الأجير بعدم كونه وكيلا عنه

(١) و كأنه لأن المالك قد استفاد من فعله و هو قد عمل على طبق نفعه، و عمل المسلم محترم.

الا أن فساده أوضح من أن يخفى، فان احترام عمل المسلم لا يقتضى ان يكون لغيره ضمان بالنسبه إليه ما لم يكن العمل بأمره و إذنه.

(٢) فإنه حيثئذ تصح المضاربه الأولى و يكون للعامل الأول ما قرراه من الربح، و للثاني أجره مثل عمله على الأول مع جهله بالفساد بل مع علمه به أيضا على ما تقدم، لان العمل قد استوفاه العامل

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٩٩

كون تمام الربح للمالك (١) إذا أجاز المعاملات و ان لم تجز المضاربه الثانيه.

[**مسألة (٣٣): إذا شرط أحدهما على الآخر في ضمن عقد المضاربه مالا أو عملا**]

(مسألة ٣٣): إذا

شرط أحدهما على الآخر في ضمن عقد المضاربه مالا- أو عملا- كأن اشترط المالك على العامل أن يخطط له ثوبا أو يعطيه درهما أو نحو ذلك، أو بالعكس فالظاهر صحته. وكذا إذا اشترط أحدهما على الآخر بيعا أو قرضا أو قراضا أو بضاعة أو نحو ذلك. ودعوى: أن العقد المتيقن ما إذا لم يكن من المالك إلا- رأس المال و من العامل إلا التجاره. مدفوعه: بأن ذلك من حيث متعلق القدر فلا ينافى اشتراط مال أو عمل خارجي في ضمنه، و يكفي في صحته عموم أدله الشروط و عن الشيخ الطوسي فيما إذا اشترط المالك على العامل بضاعه، بطلان الشرط دون العقد في أحد قوليه، و بطلانها في قوله الآخر قال:

لان العامل في القراض لا يعمل عملا بغير جعل و لا قسط من الربح، و إذا بطل الشرط بطل القراض، لان قسط

الأول. و التزم بعوضه للثاني، فيضمنه عند ظهور فساد العقد معه.

(١) لأن الأول لم يعمل شيئا. و الثاني و ان عمل الا ان عمله لم يكن بأمر المالك فلا يستحق شيئا، و توهم استحقاق العامل الأول لما قرر في المضاربه الأولى باعتبار ان المقام من مصاديق تخلف الشرط، و قد دلت النصوص

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٠٠

العامل يكون مجهولا (١). ثم قال: «و ان قلنا ان القراض صحيح و الشرط جائز، لكنه لا يلزم الوفاء به، لأن البضاعة لا يلزم القيام بها كان قويا» و حاصل كلامه في وجه بطلانها: أن الشرط المفروض مناف لمقتضى العقد فيكون باطلا، و ببطلانه يبطل العقد، لاستلزامه جهاله حصه العامل من حيث ان للشرط قسطا من الربح و ببطلانه يسقط ذلك القسط، و هو

غير معلوم المقدار و فيه: منع كونه منافيا لمقتضى العقد، فان مقتضاه ليس أزيد من أن يكون عمله في مال القراض بجزء من الربح، و العمل

على استحقاقه للحصه المعينه من الربح عند ظهوره.

مدفوع: بان النصوص انما وردت في عمل العامل على خلاف شرط المالك كما لو اشترط التجاره في البلد، فتاجر في غيره، و أين هذا من صدور العمل من أجنبي عن حدود المضاربه بالكليه؟

و بعبارة اخرى: ان المفروض في هذه النصوص صدور التجاره من العامل فاقتدا لشرط المالك، فلا تشمل صورته صدور الفعل من غيره كما هو الحال في المقام.

(١) و ذلك لان المالك انما رضى بجعل النسبه المعينه من الربح للعامل لاشترطه عليه عملا آخر مجانا فهو انما أعطاه النصف- مثلا- لاشترطه عليه خياطه ثوبه مجانا، و لولاها لما كان يجعل للعامل النصف و هذا يعنى مقابله بعض الحصه المجمعوله للشرط.

و من هنا فإذا فسد الشرط فسد ما يقابله قهرا و حيث انه مجهول

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٠١

الخارجى ليس عملا في مال القراض (١) هذا مع أن ما ذكره من لزوم جهاله حصه العامل بعد بطلان الشرط ممنوع، إذ ليس الشرط مقابلا- بالعوض في شىء من الموارد، و انما يوجب زياده العوض فلا ينقض من بطلانه شىء من الحصه حتى تصير مجهولا. و أما ما ذكره في قوله: «و ان قلنا.»

فلعل غرضه انه إذا لم يكن الوفاء بالشرط لازما يكون وجوده كعدمه، فكأن لم يشترط، فلا يلزم الجهاله في الحصه. و فيه: أنه على فرض إيجابه للجهاله لا يتفاوت الحال بين لزوم العمل به و عدمه حيث انه على التقديرين زيد بعض العوض لأجله. هذا و قد يقرر في وجه

بطلان الشرط المذكور: أن هذا الشرط لا اثر له أصلا، لأنه ليس بلازم الوفاء، حيث انه فى العقد الجائز و لا يلزم من تخلفه أثر التسليط على الفسخ، حيث انه يجوز فسخه

يكون ما بإزاء نفس عمل المضاربه مجهولا- أيضا، و حينئذ فيبطل العقد إذ يعتبر فى عقد المضاربه تحديد حصه العامل من الربح.

(١) و بعبارة اخرى: ان مقتضى عقد المضاربه ان لا يكون عمل العامل فى مال المضاربه مجانا و بلا عوض، بل لا بد من جعل شىء من الربح بإزائه، و أما كون عمله فى مال آخر غيره بعوض أيضا، فلا يقتضيه عقد المضاربه و لا دليل عليه بل مقتضى عموما الوفاء بالشرط صحه هذا الشرط.

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٠٢

و لو مع عدم التخلف. و فيه أولا: ما عرفت سابقا من لزوم العمل بالشرط فى ضمن العقود الجائزه ما دامت باقيه و لم تفسخ و ان كان له أن يفسخ حتى يسقط وجوب العمل به و ثانيا: لا نسلم ان تخلفه لا يؤثر فى التسلط على الفسخ إذ الفسخ الذى يأتى من قبل كون العقد جائزا انما يكون بالنسبه إلى الاستمرار بخلاف الفسخ الآتى من تخلف الشرط فإنه يوجب فسخ المعامله من الأصل (١) فإذا فرضنا أن الفسخ بعد حصول الربح، فان كان من القسم الأول اقتضى حصوله من حينه، فالعامل يستحق ذلك الربح بمقدار حصته، و ان كان من القسم الثانى يكون تمام الربح للمالك، و يستحق العامل أجره المثل لعمله و هى قد تكون أزيد من الربح (٢) و قد تكون أقل فيتفاوت الحال بالفسخ و عدمه إذا كان لأجل تخلف الشرط.

(١) و الفرق بينهما ان الجواز الآتى من قبل

الشرط جواز وضعى حقى قابل للإسقاط من قبل المتعاقدين، فى حين ان الجواز المضاف الى العقد مباشره جواز حكمى لا يقبل الإسقاط.

(٢) انما يستحق العامل زياده الأجره عن الحصه المعينه من الربح على تقدير الفسخ فيما إذا لم يكن التخلف من نفسه، كما لو جاء الفسخ نتيجة لتخلف المالك عما شرط عليه، و أما إذا كان الفسخ نتيجة لتخلف العامل عن الشرط فهو انما يستحق أقل الأمرين من

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٠٣

[مسأله ٣٤]: يملك العامل حصته من الربح بمجرد ظهوره]

(مسأله ٣٤): يملك العامل حصته من الربح بمجرد ظهوره من غير توقف على الإنضاض أو القسمه لا- نقلا و لا كشفا، على المشهور، بل الظاهر الإجماع عليه لانه مقتضى اشتراط كون الربح بينهما (١) و لأنه مملوك و ليس

اجره المثل و ما اتفقا عليه من الحصه، و لا يستحق الزياده لإقدامه على العمل فى المضاربه بأقل من ذلك المقدار، فهو قد الغى احترام ماله فيه.

(١) فان مقتضاه مع ملاحظه إطلاقات أدله المضاربه ملكيه العامل للربح بمجرد ظهوره و من غير توقف على أمر آخر غيره.

و قد ذكرنا فى مبحث الخمس تبعا للماتن (قده) ان ارتفاع القيمه السوقيه قد يفرض فى الأموال التى لم تعد للتجاره و الاكتساب كالمعدات المتخذة للانتفاع الشخصى و قد يفرض فيما يتخذ للانتفاع بماليتها.

ففى الأول لا- يعد ترقى القيمه ربعا عند العقلاء نظرا إلى ان الغايه من ملكيته لها ليست هى التجاره كى تكون موردا لصدق الربح و الاستفادة فمن يشتري دار سكناه بألف ثم ترتفع القيمه السوقيه بمرور الزمان فتصبح خمسه آلاف لا يعد لدى العقلاء انه قد ربح أربعة آلاف ما دام هو يحتفظ بداره و لم يبيعها، و انما هو يملك دار سكناه

فقط نعم لو باعها صدق الربح عند ذلك، وهذا بخلاف الثاني حيث ان زياده قيمه فيه تعتبر ربحا لدى العقلاء سواء أباعه أم لم يبعه، فإنه رايح و مالک للزياده بالفعل، و دعوى: انه أمر موهوم واضح الفساد، فإنه أمر اعتبارى ثابت بيناء العقلاء على حد ثبوت أصل المالىه و الا فلا نعرف اى فرق

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٠٤

للمالک، فيكون للعامل. للصحيح (١): «رجل دفع الى رجل ألف درهم للمضاربه، فاشترى أباه و هو لا يعلم.

قال: يقوم فان زاد درهما واحدا انتعتق، و استسعى فى مال الرجل» إذ لو لم يكن مالكا لحصته لم ينعق أبوه.

نعم عن الفخر عن والده: أن فى المسأله أربعه أقوال، و لكن لم يذكر القائل و لعله من العامه (أحدها) ما ذكرنا (الثانى): انه يملك بالإنضااض، لأنه قبله ليس موجودا خارجيا بل هو مقدر موهوم (الثالث): انه يملك بالقسمه لأنه لو ملك قبله لاختص بربحه و لم يكن وقايه لرأس المال (الرابع): أن القسمه كاشفه عن الملك سابقا لأنها توجب استقراره. و الأقوى ما ذكرنا، لما ذكرنا. و دعوى:

بين الذهب و الحديد، فتاجر الحنطه و ان لم تزد حنطته عينا الا- انها لما كانت تباع فى آخر السنه بأكثر مما كانت تباع به فى أولها يصدق عليه انه ربح كذا مقدارا.

و عليه ففيما نحن فيه العبره فى صدق الربح عرفا انما هو بصدق الربح لدى العقلاء و حيث انك قد عرفت صدقه عند ظهوره فى الأموال التجاريه حقيقه و بالاعتبار العقلائى، يكون العامل مالكا لحصته.

و لو لا ذلك لما كان له مطالبه المالک بالقسمه و كان للمالک ان يفسخ العقد من دون أن يعطيه شيئا.

(١) رواه

الكلينى عن على بن إبراهيم عن أبيه عن ابن أبى عمير

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٠٥

انه ليس موجود كما ترى (١) و كون القيمه أمرا وهميا ممنوع. مع أنا نقول: إنه يصير شريكا فى العين الموجوده بالنسبه، و لذا يصح له مطالبه القسمه، مع أن المملوك لا يلزم ان يكون موجودا خارجيا. فان الدين مملوك مع أنه ليس فى الخارج و من الغريب (٢) إصرار صاحب الجواهر على الإشكال فى ملكيته. بدعوى: أنه حقيقه ما زاد على عين الأصل، و قيمه الشىء أمر وهمى لا وجود له لا ذمه ولا خارجا، فلا يصدق عليه الربح نعم لا بأس ان يقال: انه بالظهور ملك أن يملك، بمعنى أن له الإنضاض فيملك. و أغرب منه أنه قال: بل لعل الوجه فى خبر عتق الأيب ذلك أيضا، بناء على الاكتفاء بمثل ذلك فى العتق المبني على السرايه» إذ لا يخفى ما فيه (٣)

عن محمد بن ميسر (قيس) قال: قلت لأبى عبد الله (ع) «١».

(١) ظهر وجهه و وجه ما يليه مما تقدم منا بيانه.

(٢) استغرابه (قده) فى محله بعد ما عرفت صدق الربح عند العقلاء حقيقه.

(٣) لوضوح دلالة الصحيحه، بعد توقف العتق و بحسب الارتكاز العرفى على الملك، فلو لم يكن العامل مالكا لجزء من أبيه بالشراء فلا وجه لانتعاق مال الغير على العامل، على ان قوله (ع):

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ٨ من أبواب المضاربه ح ١.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٠٦

مع أن لازم ما ذكره كون العين بتمامها ملكا للمالك حتى مقدار الربح مع انه ادعى الاتفاق على عدم كون مقدار حصه العامل من الربح للمالك فلا ينبغى التأمل فى أن الأقوى

ما هو المشهور. نعم أن حصل خسران أو تلف بعد ظهور الربح خرج عن ملكيه العامل (١) لا ان يكون كاشفا عن عدم ملكيته من الأول. و على ما ذكرنا يترتب عليه جميع آثار الملكيه من جواز المطالبه بالقسمه و ان كانت موقوفه على رضى 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 فى الدين مع المطالبه الى غير ذلك.

[مسأله ٣٥]: الربح وقايه لرأس المال]

(مسأله ٣٥): الربح وقايه لرأس المال، فملكه العامل له بالظهور مترزله فلو عرض بعد ذلك خسران أو تلف يجبر به الى ان تستقر ملكيته (٢) و الاستقرار يحصل

و استسعى فى مال الرجل» دليل على ان العتق انما بدأ من حصه العامل و ملكه، حيث يعلم من هذا التعبير ان مال الرجل غير المقدر الذى انعتق. و لو كان الجميع للمالك لوجب الاستدعاء فى جميع قيمته لا فى خصوص مال الرجل.

(١) على ما سيأتى بيانه فى المسأله القادمه.

(٢) بلا خلاف فيه بينهم، بل و عليه التسالم، مضافا إلى كونه

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٠٧

بعد الإنضااض و الفسخ و القسمه (١) فبعدها إذا تلف شىء لا يحسب من الربح (٢) بل تلف كل على صاحبه،

مقتضى عقد المضاربه من أول الأمر. فإن إرجاع رأس المال بتمامه عند عدم الخسران أمر مفروغ عنه فى أصل عقد المضاربه.

و معنى هذا أخذ المالك لرأس ماله بعد الانتهاء من التجاره، على ان يكون الزائد- على تقدير وجوده- مشتركا بينه و بين العامل و من هنا فإذا خسرت التجاره أولا ثم ربحت لم يكن للعامل المطالبه بحصه

من الربح إذا لم يكن زائدا عما خسرتة أولا، و على هذا الارتكاز العرفي.

و بعبارة اخرى: ان المجهول في عقد المضاربه للعامل ليس هي الحصه من الربح في كل معامله بعينها. و انما هي الحصه من الربح من حيث مجموع التجارات، و عليه فما دامت التجاره باقيه و مستمره يكون الخسران بأجمعه واردا على الربح السابق عليه، و منجبرا بالذى يحصل بعده. نظرا لعدم صدق ربح مجموع التجاره من حيث انه مجموع على الزائد قبل ذلك- كما هو واضح.

و من هنا فلا حاجه في الحكم الى الدليل الخاص. إذ يكفي فيه كونه مقتضى عقد المضاربه بحد ذاته.

(١) بلا خلاف فيه، بل يظهر من بعض الكلمات دعوى الإجماع عليه، و يقتضيه إنهاء العقد و تسلط كل على ما يختص به.

(٢) لانتهاء العقد، و وقوع التلف على أمر غير متعلق للعقد بالفعل، فيختص الخسران بمالكه،

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٠٨

و لا يكفي في الاستقرار قسمه الربح فقط مع عدم الفسخ (١) بل و لا قسمه الكل كذلك (٢) و لا بالفسخ مع عدم القسمه (٣) فلو حصل خسران أو تلف أو ربح كان كما سبق، فيكون الربح مشتركا و التلف و الخسران عليهما، و يتم رأس المال بالربح، نعم لو حصل الفسخ و لم يحصل الإنضاض و لو بالنسبه إلى البعض و حصلت القسمه فهل تستقر الملكيه أم لا؟ إن قلنا بوجوب الإنضاض على

(١) لعدم ارتفاع عقد المضاربه فيبقى حكمه- اعنى جبر الخساره بالربح- سواء تحققت قسمه الربح أم لم تتحقق.

(٢) بان يرجع الأصل إلى المالك و يكون الربح بينهما على ما اتفقا عليه. الا ان الالتزام بذلك مشكل جدا، حيث ان الفسخ لا يتوقف على

اللفظ، بل يحقق بالفعل أيضا، و من أظهر مصاديقه إعطاء العامل للمالك رأس ماله مع حصته من الربح، و أخذه هو حصته منه أيضا، فإنه فسخ فعلى و إنهاء لعقد المضاربه و معه فلا وجه لجبران الخساره بالربح السابق.

(٣) لعدم وصول رأس المال معه الى مالكة، فيكون الخسران محسوبا من الربح لا محاله.

و بعبارة اخرى: ان العبره انما هي بوصول ما أعطاه المالك- رأس المال- اليه فما لم يتحقق ذلك يكون الخسران منجبرا بالربح خاصه و لا وجه لجعله في مال المالك أو المجموع منه و من الربح.

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٠٩

العامل فالظاهر عدم الاستقرار (١)، و ان قلنا بعدم وجوبه ففيه وجهان أقواهما الاستقرار (٢). و الحاصل:

ان اللانزم أولا- دفع مقدار رأس المال للمالك، ثم يقسم ما زاد عنه بينهما على حسب حصتهما، فكل خساره و تلف قبل تمام المضاربه يجبر بالربح، و تماميتها بما ذكرنا من الفسخ و القسمة.

[مسأله (٣٦): إذا ظهر الربح و نض تماما أو بعض منه، فطلب أحدهما قسمته]

(مسأله ٣٦): إذا ظهر الربح و نض تماما أو بعض منه، فطلب أحدهما قسمته، فإن رضى الآخر فلا- مانع منها و ان لم يرض المالك لم يجبر عليها لاحتمال الخسران بعد ذلك و الحاجه الى جبره به (٣).

(١) لعدم انتهاء العقد. نظرا لبقاء المتمم له.

الا ان هذا القول لا وجه له، إذ القول بوجود الإنضاض على العامل بعد رضى المالك بقسمة العروض و من ثم إلغاء حقه في المطالبه بالإنضاض- كما هو مفروض المسأله- بعيد جدا و لا موجب له نظرا لعدم كونه من الواجبات التعبدية.

(٢) لانتهاء عقد المضاربه بالقسمة، و عدم كون الإنضاض متمما له، فان معه لا يبقى وجه للقول بعدم الاستقرار.

(٣) الظاهر انه (قده) لا يريد بهذا التعليل دعوى

كونها ضرريه عليه، كى يورد عليه بأنه لا ضرر عليه فى القسمة لإمكان أخذ الكفيل و نحوه على المال مما يطمئن معه بعدم الضرر و انما يريد به ما ذكره (قده) فى المسأله السابقه من كون الربح وقايه لرأس المال. فإنه و ان كان

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ١١٠

قيل: و ان لم يرض العامل فكذلك أيضا، لأنه لو حصل الخسران و جب عليه رد ما أخذه، و لعله لا يقدر عليه لفواته فى يده، و هو ضرر عليه و فيه: أن هذا لا يعد ضررا (١)، فالأقوى انه يجبر إذا طلب المالك. و كيف كان: إذا اقتسماه ثم حصل الخسران، فان حصل بعده ربح يجبره فهو، و الا-رد العامل أقل الأمرين من مقدار الخسران و ما أخذ من الربح لأن الأقل ان كان هو الخسران فليس عليه الاجيره. و الزائد له، و ان كان هو الربح

يملك بمجرد ظهوره الا ان ذلك لا يعنى ان للعامل أخذ حصته من الربح فى كل معامله شخصيه، فإنه غير جائز لما عرفت من ان العبره فى الربح انما هى بالنتيجه.

و بعبارة اخرى: ان الملكيه و ان كانت حاصله من الأول و من حين حصول الربح. الا انها متزلزله، نظرا لكونه- و بمقتضى العقد- وقايه لرأس المال، و معه فكيف يكون للعامل المطالبه به و أخذه و إتلافه و ان كنا على ثقه بعدم تضرر المالك؟ فان الربح و بحكم الاشرط متعلق لحق المالك فلا يجوز التصرف فيه بغير إذنه.

إذن: فلا بد للعامل حينئذ من كسب رضى المالك أو انتظار انتهاء الأمد أو انفساخ المضاربه.

(١) لإمكان تحفظه على المال و عدم التصرف فيه حتى يتبين الأمر و على

تقدير تعديده بالتصرف فيه فدفع بدله لا يعد ضررا.

على اننا لو سلمنا كونه ضررا في بعض الأحوال فهو لا يوجب سقوط سلطنه المالك عن ماله، لانه ضرر عليه أيضا.

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ١١١

فليس عليه الا مقدار ما أخذ (١) و يظهر من الشهيد ان قسمه الربح موجه لاستقراره و عدم جبره للخساره الحاصله بعدها، لكن قسمه مقداره ليست قسمه له من حيث انه مشاع في جميع المال، فأخذ مقدار منه ليس أخذًا له فقط حيث قال على ما نقل عنه: «ان المردود أقل الأمرين مما أخذه العامل من رأس المال لا- من الربح، فلو كان رأس المال مائه و الربح عشرين فاقسما العشرين، فالعشرون التي هي الربح مشاعه في الجميع، نسبتها إلى رأس المال نسبه السدس، فالمأخوذ سدس الجميع فيكون خمسه أسداسها من رأس المال و سدسها من الربح، فإذا 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، فإذا خسر المال الباقي رد أقل الأمرين مما خسر و من ثمانية و ثلث».

و فيه: مضافا الى انه خلاف ما هو المعلوم من وجوب جبر الخسران الحاصل بعد ذلك بالربح السابق ان لم يلحقه ربح و أن عليه غرامه ما أخذه منه، انظار آخر.

منها: ان المأخوذ إذا كان من رأس المال فوجوب رده

(١) على ما يقتضيه عقد المضاربه كما ظهر مما تقدم.

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ١١٢

لا يتوقف على حصول الخسران بعد ذلك.

و منها: انه ليس مأذونا في أخذ رأس المال، فلا وجه للقسمه المفروضه.

و منها: ان المفروض انهما اقتسما المقدار من الربح بعنوان انه ربح

لا بعنوان كونه منه و من رأس المال.

و دعوى: انه لا- يتعين لكونه من الربح بمجرد قصدهما مع فرض إشاعته في تمام المال مدفوعه: بأن المال بعد حصول الربح يصير مشتركا بين المالك و العامل، فمقدار رأس المال مع حصه من الربح للمالك و مقدار حصه الربح المشروط للعامل له، فلا وجه لعدم التعيين بعد تعيينهما مقدار مالهما في هذا المال، فقسمة الربح في الحقيقه قسمة لجميع المال، و لا مانع منها.

[مسأله ٣٧: إذا باع العامل حصته من الربح بعد ظهوره صح]

(مسأله ٣٧): إذا باع العامل حصته من الربح بعد ظهوره صح مع تحقق الشرائط من معلوميه المقدار و غيره و إذا حصل خسران بعد هذا لا يبطل البيع (١)، بل يكون بمنزله التلف، فيجب عليه جبره بدفع أقل الأمرين من قيمه ما باعه و مقدار الخسران.

(١) أما إذا كان البيع بأذن المالك فلا- ينبغي الشك في صحته لكونه بمنزله التقسيم و عدم ما يقتضى منعه منه فان الناس مسلطون على أموالهم و للمالك التصرف فيما يملكه كيف ما يشاء. فان ظهرت هناك

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ١١٣

.....

خساره بعد ذلك فلا بد من تداركها بالبدل لا محاله لتلف العين المملوكة بالملك المتزلزل.

و أما إذا كان البيع بغير إذن المالك فقد يقال ببطلانه نظرا لكون الربح متعلقا لحق المالك، و من هنا فالخساره إما ان تكشف عن عدم ملكيه العامل للحصه المبيعه من أول الأمر. و إما ان تكشف من تعلق حق المالك بها، فلا يصح التصرف فيها بغير إذنه.

لكن الظاهر ان هذه المسأله لا تقاس بمسأله عدم إلزام المالك بالقسمه عند طلب العامل ذلك.

و الوجه فيه: ان مطالبه العامل بالقسمه مطالبه لتمييز حقه ليستقل به و هو أمر على خلاف أساس المضاربه

حيث انها عقد قائم على أساس كون الربح وقايه لرأس المال و تداركا للخساره المحتمل. و هذا بخلاف تصرف العامل فيما يستقل به و يملكه. فإنه و ان كان على خلاف ما شرط عليه، الا- انه لا يوجب بطلان التصرف الصادر منه و انما غايته ثبوت الخيار للمالك في فسخ عقد المضاربه نظرا لتخلف الشرط، فان فسخ فهو، و الا لزم العامل بتدارك الخساره من ماله بدلا عما أتلفه من الربح بالبيع بدفع أقل الأمرين من قيمه ما باعه و مقدار الخسران، و أما احتمال بطلان بيع العامل فلا موجب له بعد ما كان البيع واقعا على ما يملكه بالفعل، و كذا الحال في احتمال كشف الخساره اللاحقه عن عدم ملكيه العامل للمبيع من بادئ الأمر فإنه موهون و لا وجه له إذ الملك يحصل بمجرد ظهور الربح و يستقل به العامل من غير ان يكون هناك اى حق للمالك فيه و من هنا فتصرفه فيه لا يكون إلا مخالفه للشرط و هي لا تقتضى إلا الحكم التكليفي بالحرمة، و ثبوت الخيار للمالك.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ١١٤

[مسأله ٣٨): لا إشكال في أن الخساره الوارده على مال المضاربه تجبر بالربح]

(مسأله ٣٨): لا- إشكال في أن الخساره الوارده على مال المضاربه تجبر بالربح (١)، سواء كان سابقا عليها أو لاحقا، ما دامت المضاربه باقيه و لم يتم عملها. نعم قد عرفت ما عن الشهيد من عدم جبران الخساره اللاحقه بالربح السابق إذا اقتسماه و ان مقدار الربح من المقسوم تستقر ملكيته، و اما التلف فإما أن يكون بعد الدوران في التجاره أو بعد الشروع فيها، أو قبله، ثم إما أن يكون التالف البعض أو الكل، و أيضا إما إن يكون بأفه من الله سماويه أو أرضيه،

أو يتألف المالك أو العامل أو الأجنبي على وجه الضمان. فان كان بعد الدوران في التجاره فالظاهر جيره بالريح (٢) و لو كان لاحقا مطلقا سواء كان التألف البعض أو الكل (٣)، كان التلف بآفه أو يتألف ضامن من العامل أو الأجنبي و دعوى: أن مع الضمان كأنه

(١) على ما يقتضيه عقد المضاربه بنفسه.

(٢) لاقتضاء أصل المضاربه ذلك، حيث انها مبنيه على بقاء رأس المال و عوده إلى المالك و عدم تضرره فيه.

(٣) حيث يقوم الباقي مقام رأس المال ان كان مساويا له فيختص به المالك لما تقدم و كذا الحال إذا كان أنقص منه، حيث يأخذ المالك و لا شيء للعامل.

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ١١٥

لم يتلف، لأنه في ذمه الضامن كما ترى (١). نعم لو أخذ العوض يكون من جملة المال (٢) بل الأقوى ذلك إذا كان بعد الشروع في التجاره و ان كان التألف الكل (٣) كما إذا اشترى في الذمه و تلف المال قبل دفعه إلى البائع فأداه المالك، أو باع العامل المبيع و ربح فأدى. كما أن الأقوى في تلف البعض الجبر و ان كان قبل الشروع أيضا (٤) كما إذا سرق في أثناء السفر قبل أن يشرع في التجاره أو في البلد أيضا قبل أن يسافر، و أما تلف الكل قبل الشروع في التجاره فالظاهر انه موجب لانفساخ العقد، إذ لا يبقى معه مال للتجاره حتى يجبر أو لا يجبر، نعم إذا أتلفه أجنبي و أدى عوضه تكون المضاربه باقيه، و كذا إذا أتلفه العامل.

(١) إذ العبره انما هي بأخذ المالك و تسلطه على ما أعطاه للعامل من رأس المال و هو غير متحقق في المقام، و مجرد

وجوده في ذمه ضامن لا يوجب عدم صدق التلف عليه، فان التلف صادق وجدانا و ان كانت الملكيه محفوظه.

(٢) فيكون مشتركا بينهما على ما اتفقا عليه.

(٣) لما تقدم من اقتضاء العقد له.

(٤) لما عرفت من كون أساس المضاربه على عدم ورود النقص على مال المضاربه و أخذ المالك لتمام رأس المال. و كون الاشتراك في الزائد خاصه،

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ١١٦

[مسأله ٣٩: العامل أمين فلا يضمن إلا بالخيانه]

(مسأله ٣٩): العامل أمين (١) فلا يضمن إلا بالخيانه (٢) كما لو أكل بعض مال المضاربه أو اشترى شيئا لنفسه فأدى الثمن من ذلك، أو وطأ الجاربه المشتراه أو نحو ذلك- أو التفريط بترك الحفظ أو التعدي، بأن خالف ما أمره به أو نهاه عنه كما لو سافر مع نهييه عنه أو عدم اذنه في السفر أو اشترى ما نهى عن شرائه، أو ترك شراء ما أمره به، فإنه يصير بذلك ضامنا للمال لو تلف و لو بآفه سماويه و ان بقيت المضاربه، كما مر. و الظاهر ضمانه للخساره الحاصله بعد ذلك أيضا (٣) و إذا رجع عن تعدييه أو خيانته

(١) بلا خلاف فيه و لا اشكال بل و عليه الإجماع.

(٢) على ما يستفاد من جمله من النصوص الوارده في الضمان بل و النصوص الوارده في خصوص المضاربه حيث علق الضمان على المخالفه و التعدي فيكون مفهومها عدم ضمان العامل عند تلف مال المضاربه من غير تعد أو تفريط.

نعم عند التلف بالتعدي أو التفريط يكون ضامنا له بلا خلاف لقاعده اليد حيث خرج منها عنوان الأمين و يد العامل هذا ليست منه، مضافا إلى النصوص الكثيره الداله على ضمان العامل عند مخالفته لما اشترط عليه. و قد تقدمت في المسأله الخامسه فراجع.

(٣)

لإطلاق النصوص حيث ان مقتضاه كون الوضعيه على العامل حينئذ ما لم يصل مال المالك بتمامه اليه، بلا فرق في ذلك بين كونها حال المعامله أو بعدها.

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ١١٧

فهل يبقى الضمان أو لا؟ وجهان: مقتضى الاستصحاب بقاءه، كما ذكروا في باب الوديعة انه لو أخرجها الودعي عن الحرز بقى الضمان و إن ردها بعد ذلك اليه. و لكن لا يخلو عن إشكال، لأن المفروض بقاء الأذن و ارتفاع سبب الضمان (١) و لو اقتضت المصلحه بيع الجنس في زمان و لم بيع ضمن الوضعيه إن حصلت بعد ذلك (٢) و هل يضمن بنيه الخيانه مع عدم فعلها وجهان (٣) من عدم كون مجرد النيه خيانه، و من صيروره يده حال النيه بمنزله

(١) و بذلك ينتفى موضوع الاستصحاب أعني التعدى أو التفريط و معه فلا- مقتضى للحكم بالضمان، هذا مضافا إلى عدم جريان الاستصحاب في الأحكام الكليه- على ما بيناه في محله.

و منه يظهر الحال فيما ذكروه في باب إخراج الودعي للوديعة من الحرز.

(٢) و تقتضيه الأخبار الوارده في مخالفه العامل لما شرط عليه، فان إبقاء المال عنده- على خلاف المصلحه- على خلاف ما شرط عليه و مبنى عقد المضاربه من كون المال متخذا للاسترباح.

(٣) أقربهما عدم الضمان، نظرا لكون المستفاد من النصوص الوارده في المقام دوران الضمان مدار المخالفه الفعلية و الخيانه الخارجيه فيكون مقتضى مفهومها عدمه عند عدمها.

و دعوى: ان النيه توجب انقلاب اليد من الأمانه إلى الغصب، أول الكلام و عهدتها على مدعيها، فإن النيه المحضه لا اثر لها.

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ١١٨

يد الغاصب، و يمكن الفرق بين العزم عليها فعلا و بين العزم على أن يخون

بعد ذلك (١).

[(مسألة ٤٠): لا يجوز للمالك أن يشتري من العامل شيئاً من مال المضاربه]

(مسألة ٤٠): لا يجوز للمالك أن يشتري من العامل شيئاً من مال المضاربه لأنه ماله (٢). نعم إذا ظهر الربح يجوز له أن يشتري حصه العامل منه مع معلوميه قدرها (٣) ولا يبطل بيعه بحصول الخساره بعد ذلك، فإنه بمنزله التلف (٤) و يجب على العامل رد قيمتها لجبر الخساره (٥) كما لو باعها من غير المالك. و أما العامل فيجوز أن يشتري من المالك قبل ظهور الربح (٦)، بل و بعده، لكن يبطل

(١) بالالتزام بالضمان في الأول باعتبار كون يده في ذلك الحين يدا غصبيه، و عدمه في الثاني لبقاء يده حين النيه على وصف الأمانيه.

لكن ضعفه يظهر مما تقدم.

(٢) و معه فلا تتحقق المعاوضه و لا يصدق كونه مبادله مال بمال كما هو واضح.

(٣) لما عرفت فيما سبق من ملكيه العامل لحصته من الربح بمجرد ظهوره.

(٤) على ما تقدم بيانه في المسأله السابعه و الثلاثين مفصلاً فراجع.

(٥) لان مجرد الأذن في البيع و جواز الإلتلاف لا يقتضى عدم ضمانه و وجوب تداركه عند ظهور الخساره.

(٦) لعدم اتحاد مالك العوض و المعوض، فتصدق المعاوضه حقيقه، حيث ينتقل المال المشتري من المالك إلى العامل في حين ينتقل

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ١١٩

الشراء بمقدار حصته من المبيع، لانه ماله. نعم لو اشترى منه قبل ظهور الربح بأزيد من قيمته بحيث يكون الربح حاصلًا بهذا الشراء يمكن الاشكال فيه، حيث ان بعض الثمن حينئذ يرجع اليه من جهه كونه ربها فيلزم من نقله إلى البائع عدم نقله من حيث عوده إلى نفسه.

و يمكن دفعه: بان كونه ربها متأخر عن صيرورته للبائع، فيصير أولاً للبائع الذي هو المالك من جهه كونه ثمنا،

و بعد أن تمت المعامله و صار ملكا للبائع و صدق كونه ربحا يرجع إلى المشتري الذى هو العامل على حسب قرار المضاربه، فملكه البائع متقدمه طبعاً. و هذا مثل ما إذا باع العامل مال المضاربه الذى هو مال المالك من أجنبى بأزيد من قيمته، فان المبيع ينتقل من المالك و الثمن يكون مشتركاً بينه و بين العامل، و لا بأس به فإنه من الأول يصير ملكاً للمالك ثم يصير بمقدار حصه العامل منه له بمقتضى قرار المضاربه. لكن هذا على ما هو المشهور (١)

الثمن من العامل الى المالك.

(١) بل هو المتعين، لما ذكرناه فى مباحث المكاسب من أن حقيقه البيع مبادله بين المالىن و تبادل للمال و إلغاء للخصوصيه فى العوضين، فمن يشتري الكتاب - مثلاً - بدينار أو يبيعه به بيدل ماله بشىء آخر يقوم مقامه فى المالىه و ان لم يكن مشتملاً على ما اشتمل

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٢٠

من أن مقتضى المعاوضه دخول المعوض فى ملك من خرج عنه العوض و أنه لا يعقل غيره. و أما على ما هو الأقوى من عدم المانع من كون المعوض لشخص و العوض داخل فى ملك غيره، و أنه لا ينافى حقيقه المعاوضه، فيمكن أن يقال: من الأول يدخل الربح فى ملك العامل بمقتضى قرار المضاربه، فلا يكون هذه الصوره مثلاً للمقام و نظيراً له.

[مسأله (٤١): يجوز للعامل الأخذ بالشفعه من المالك فى مال المضاربه]

(مسأله ٤١): يجوز للعامل الأخذ بالشفعه من المالك فى مال المضاربه (١).

عليه ماله من الخصوصيات.

و على هذا، فحقيقه البيع متقومه بالأخذ و العطاء فى قبالة بحسب المرتكز العرفى، و حيث ان هذا المعنى غير متحقق فى المقام فقد يشكل الحكم بصحته.

الا انه مندفع بما فى المتن من ان حصه

العامل من الربح في المضاربه لا- تدخل في ملكه ابتداء بل تدخل في ملك البائع- المالك- أنا ما ثم تنتقل و بموجب عقد المضاربه اليه.

و هذا مما لا محيص عن الالتزام به، إذ به يتحقق الجمع بين مقتضى العقدين، البيع المقتضى لدخول العوض في ملك من خرج منه العوض و المضاربه المقتضيه لملكه العامل للحصه المعينه من الربح.

(١) لوجود المقتضى و انتفاء المانع، فان المالك لما أصبح شريكا للعامل في المال بشراء حصه شريكه، شملته أدله الشفعه

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٢١

و لا يجوز العكس (١). مثلا- إذا كانت دار مشتركه بين العامل و الأجنبي، فاشترى العامل حصه الأجنبي بمال المضاربه، يجوز له إذا كان قبل ظهور الربح أن يأخذها بالشفعه (٢) لأن الشراء قبل حصول الربح يكون للمالك فللعامل أن يأخذ تلك الحصه بالشفعه منه و أما إذا كانت الدار مشتركه بين المالك و الأجنبي فاشترى العامل حصه الأجنبي ليس للمالك الأخذ بالشفعه، لأن الشراء له فليس له أن يأخذ بالشفعه ما هو له.

من غير معارض، فإنه شريك و له الأخذ بالشفعه في حصه شريكه المبيعه لغيره.

(١) لانتفاء موضوعها فيه، فان المال و شراء العامل حصه شريك المالك له يصبح و بتمامه مملوكا للمالك، و معه فلا مجال لأخذه بالشفعه، لأنها انما تثبت لأحد الشريكين في الحصه المبيعه لشريكه الآخر من غيره و هو منتف في المقام.

(٢) مقتضى مفهوم هذه القضيه، عدم ثبوت الشفعه للعامل إذا كان بعد ظهور الربح، و لم يظهر لنا وجه ذلك، فإن أدله الشفعه شامله للمقام من غير معارض حيث ان الحصه المبيعه حصه شريك العامل فله ان يأخذ بالشفعه حتى بعد ظهور الربح.

نعم انه يملك بعض

تلك الحصه من جهه ظهور الربح بمقتضى عقد المضاربه لكنه لا يمنع من الأخذ بالشفعه فى غيره و لعله (قده) نظر إلى عدم جواز أخذ الجميع بالشفعه و الا فلا وجه لما ذكره.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٢٢

[(مسأله ٤٢): لا إشكال فى عدم جواز وطاء العامل للجاريه التى اشتراها بمال المضاربه بدون إذن المالك]

(مسأله ٤٢): لا إشكال فى عدم جواز وطاء العامل للجاريه التى اشتراها بمال المضاربه بدون إذن المالك، سواء كان قبل ظهور الربح أو بعده، لأنها مال الغير أو مشتركه بينه و بين الغير الذى هو المالك فان فعل كان زانيا يحد- مع عدم الشبهه- كاملا إن كان قبل حصول الربح (١) و بقدر نصيب المالك ان كان بعده (٢). كما لا- إشكال فى جواز وطئها إذا أذن له المالك بعد الشراء و كان قبل حصول الربح (٣) بل يجوز بعده على الأقوى (٤).

(١) لتمحض الجاريه فى الرقيه لمولاها و انفرادها فى ملكها.

(٢) لا اشتراكهما فى ملكيتها.

(٣) حيث تكون محلله من قبل المالك.

(٤) تقدم الكلام فى هذا الفرع فى المسأله الحاديه و العشرين من فصل نكاح العبيد و الإمام، و قد عرفت ان مقتضى القاعده فى المقام و ان كان هو المنع و الحرمة باعتبار أن الملفقه من التحليل و الملك لا يشملها شىء من أسباب الحل المذكوره فى الآيه الكريمه و النصوص الا- انه لا- محيص عن رفع اليد عنها و الالتزام بالجواز و ذلك لصحيحه محمد بن قيس عن أبى جعفر (ع) قال: «سألته عن جاريه بين رجلين دبراها جميعا ثم أحل أحدهما فرجها لشريكه، قال: هو حلال، و أيهما مات قبل صاحبه فقد صار نصفها حرا من قبل الذى مات و نصفها مدبرا..» الحديث «١».

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٤١ من أبواب نكاح العبيد و

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٢٣

من جواز تحليل أحد الشريكين صاحبه و وطء الجاربه المشتركه بينهما. و هل يجوز له وطئها بالأذن السابق في حال إيقاع عقد المضاربه، أو بعده قبل الشراء، أم لا؟

المشهور على عدم الجواز، لان التحليل إما تمليك أو عقد و كلاهما لا يصلحان قبل الشراء (١) و الأقوى- كما عن الشيخ في النهايه- الجواز، لمنع كونه أحد الأمرين، بل هو إباحه (٢)، و لا مانع من إنشائها قبل الشراء إذا

فإنها صريحه في جواز وطء الجاربه المشتركه بإذن الشريك. و هذه الصحيحه و ان لم تكن وارده في المضاربه، إلا ان الحكم ثابت فيما نحن فيه أيضا للقطع بعدم وجود خصوصيه للتدبير، فان الحكم ثابت للأمه المشتركه بما هي مشتركه.

(١) لعدم ملكيته لها، و من هنا فلا اثر لتمليكه وطئها لغيره أو العقد عليها له.

(٢) و فيه ان الوطاء و ان كان من منافع الأمه، فيمكن تمليكه للغير بإباحتها له و يدخل ذلك في قوله تعالى «أَوْ مَلَكَتْ أَيْمَانَهُمْ» الا- انه لا- دليل على جوازه، على ان الظاهر من الآيه الكريمه كون المجوز للوطء هو ملكيه عن الأمه فلا تشمل ملكيه منفعتها.

و بعباره اخرى. انه لو كنا نحن و الآيه الكريمه لقلنا بعدم جواز وطء الأمه المحلله حيث انها ظاهره في حصر سبب الحل في الزوجيه و ملك اليمين، و التحليل خارج عنهما.

غير اننا التزمنا بجوازه به للنصوص الخاصه الداله عليه، فإنها

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٢٤

لم يرجع عن اذنه بعد ذلك كما إذا قال: اشتر بمالى طعاما ثم كل منه (١) هذا مضافا إلى خبر الكاهلي (٢) عن أبي الحسن (ع): «قلت: رجل

تكون مخصصه لعموم

لكن هذا لا- يعنى الموافقه على ما افاده الماتن (قده) فى مقام التعليل، فان هذه النصوص و ان كانت داله على حليه الجاربه بالتحليل الا انها ظاهره فى حليتها بالتحليل الصادر من المالك بالفعل، فلا تشمل المقام حيث لا يكون الاذن مالكا لها حين اذنه و انما سيملكها بعد ذلك.

(١) قياسه (قده) للمقام على ما ذكره من المثال، قياس مع الفارق، فان جواز الأكل فى المثال على القاعده حيث لا يعتبر فى أكل مال الغير و التصرف فيه الا تحصيل رضاه و طيب نفسه و لو باطنا فيجوز التصرف فيه حتى مع عدم الإذن الإنشائي بالمره فضلا عن وجوده فى مرحله سابقه على ملكيته له.

و اين هذا من المقام اعنى باب التحليل - حيث يعتبر فيه الإنشاء و لا يكفى مجرد إحراز رضا المالك.

و الحاصل: ان المؤثر فى حليه الجاربه انما هو إنشاء المالك لحليتها له، و من هنا فلا أثر لإنشاء غيره و ان كان سيملكها فيما بعد لعدم الدليل عليه-

(٢) رواه الشيخ (قده) بإسناده عن الحسن بن محمد بن سماعه عن محمد بن زياد عن عبد الله بن يحيى الكاهلى عن أبى الحسن (ع) «١».

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ١١ من أبواب المضاربه ح ١.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٢٥

سألنى أن أسألك أن رجلا أعطاه مالا مضاربه يشتري ما يرى من شىء، و قال له: اشتر جاربه تكون معك، و الجاربه انما هى لصاحب المال، ان كان فيها وضعيه فعليه و ان كان ربح فله، فللمضارب أن يظأها؟ قال: (ع) نعم. و لا يضر ظهورها فى كون الشراء من غير مال المضاربه من حيث جعل ربحها للمالك، لان الظاهر عدم الفرق بين

المضاربه و غيرها فى تأثير الإذن السابق و عدمه.

و هذه الروايه هى العمده فى الاستدلال، فإنها إن تمت أمكن الالتزام بالجواز فى المقام، و الا فمقتضى القاعده هو المنع، و ما ذكره الماتن (قده) أولا لا يصلح دليلا.

و كيف كان: قد أورد على هذه الروايه تاره بضعف السند و اخرى بضعف الدلاله.

أما الأول: فلأن المذكورين فى السند و ان كانوا بأجمعهم ثقات، الا ان طريق الشيخ (قده) إلى الحسن بن محمد بن سماعه، على ما فى الفهرست ضعيف بأبى طالب الأنبارى و على بن محمد بن الزبير.

و فيه: ان الأمر و ان كان كذلك فان طريق الشيخ (قده) فى الفهرست إلى الحسن بن محمد بن سماعه ضعيف، خلافا لما ادعاه الأردبيلي (قده) من صحته، الا ان ذلك لا يمنع من القول بصحة الروايه بعد وجود طريق آخر صحيح للشيخ (قده) إلى الحسن بن محمد بن سماعه و هو ما ذكره (قده) فى المشيخه.

و الحاصل: ان صحه طريقه (قده) فى المشيخه إلى الحسن بن

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٢٦

.....

محمد بن سماعه، تكفى فى الحكم بصحة هذه الروايه، و ان كان طريقه (قده) فى الفهرست اليه ضعيفا.

إذن: فالروايه صحيحه من حيث السند.

و أما الثانى: فقد أورد على دلالتها بايرادين: -الأول: ما ذكره (قده) فى المتن من كونها أجنبيه عن محل الكلام نظرا لتضمنها الحكم بكون الربح بأجمعه للمالك.

و فيه: ما أفاده (قده) من عدم وجود فرق بين المضاربه و غيرها من هذه الناحيه فإذا كان التحليل قبل الملكيه مجوزا لوطء الجاريه فى غير مال المضاربه لكان مجوزا له فى مال المضاربه أيضا.

الثانى: ما ذكره غير واحد من كونها مضطربه من حيث المفهوم و الدلاله، و

متروكه أو مهجوره من قبل الأصحاب، و ذلك لظهورها فى كون الجاربه وديعه عنده حيث لم يرد فيها ما دل على تحليله إياها له. و هذا المعنى مما يقطع بطلانه و لم يلتزم احد بجوازه و من هنا فلا بد من رد علمها إلى أهلها.

و فيه: منع عدم دلالتها على التحليل. فان كلمه: «تكون معك» ظاهره فيه فإنها بمعنى المصاحبه و هى فى المقام كناية واضحه عن جواز وطئها باتخاذها زوجه أو أمه محلله له، على ما يشهد استعمالها فى القرآن الكريم فيه قال تعالى «يَوَدُّ الْمُجْرِمُ لَوْ يَفْتَدِي مِنْ عَذَابٍ يَوْمئذٍ بِبَنِيهِ وَ صَاحِبَتِهِ وَ أَخِيهِ» (١) و قال تعالى «يَوْمَ يَفِرُّ الْمَرْءُ مِنْ أَخِيهِ وَ أُمِّهِ وَ أَبِيهِ وَ صَاحِبَتِهِ وَ بَنِيهِ» (٢).

و الحاصل: ان الروايه وارده فى المقام اعنى تحليل الرجل الأمه

(١) سورة المعارج الآيه ١٣.

(٢) سورة عبس الآيه ٣٤-٣٦.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٢٧

و أما وطء المالك لتلك الجاربه فلا بأس به قبل حصول الربح (١)، بل مع الشك فيه، لأصاله عدمه. و أما بعده فيتوقف على إذن العامل، فيجوز معه على الأقوى من جواز إذن احد الشريكين صاحبه.

[مسأله (٤٣): لو كان المالك فى المضاربه امرأه فاشتري العامل زوجها]

(مسأله ٤٣): لو كان المالك فى المضاربه امرأه فاشتري العامل زوجها، فان كان باذنها فلا إشكال فى صحته (٢)، و بطلان نكاحها (٣) و لا ضمان عليه (٤) و إن استلزم ذلك الضرر عليها بسقوط المهر و نفقتها (٥).

لغيره قبل أن يملكها. و أما دعوى اعراض المشهور عنها، فقد عرفت منا غير مره انه لا يوجب رفع اليد عن الروايه و طرحها بعد تماميه سندها.

إذن: فما ذهب اليه الماتن (قده) من الجواز هو الصحيح حيث لا موجب لرفع اليد

عن صحيحه الكاهلي، و ان كان ما استند اليه (قده) أولا قابلا للمناقشه.

(١) لاستقلاله حينئذ في ملكيتها.

(٢) بلا خلاف فيها، كما لو باشرت هي ذلك بنفسها.

(٣) و يدل عليه مضافا إلى النصوص العديده الإجماع و تسالم الأصحاب عليه. و قد تقدم بيان ذلك مفصلا في المسأله السابعه من فصل نكاح العبيد و الإماء من كتاب النكاح فراجع.

(٤) لصدور الفعل عن اذنها.

(٥) أما الأخير فلارتفاع موضوعها- اعنى الزوجيه.

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٢٨

و الا ففي المسأله أقوال: البطلان مطلقا، للاستنزام المذكور فيكون خلاف مصلحتها. و الصحه كذلك، لانه من اعمال المضاربه المأذون فيها في ضمن العقد، كما إذا اشترى غير زوجها. و الصحه إذا أجازت بعد ذلك. و هذا هو الأقوى، إذ لا فرق بين الأذن السابق و الإجازة اللاحقه (١) فلا- وجه للقول الأول. مع أن قائله غير معلوم. و لعله من يقول بعدم صحه الفضولي إلا فيما ورد دليل خاص.

مع أن الاستنزام المذكور ممنوع، لأنها لا تستحق النفقه إلا تدريجا، فليست هي مالا لها فوته عليها، و الا لزم غرامتها على من قتل الزوج. و أما المهر فان كان ذلك

و أما الأول: فإن كان ذلك بعد دخوله بها فلا إشكال في عدم سقوطه، و استقراره به. و ان كان قبله ففيه أقوال: السقوط مطلقا، و عدمه كذلك، و التنصيف إلحاقا له بالطلاق.

و قد عرفت في المسأله السابعه من فصل نكاح العبيد و الإماء.

ان القاعده تقتضى الثاني، إذ السقوط ينحصر بالفسخ الكاشف عن عدم ثبوت العقد من حينه، فإلحاق غيره من موجبات البطلان كالرضاع و نحوه به، يحتاج إلى الدليل و هو مفقود. كما لا وجه لقياسه على الطلاق حيث ثبت فيه التنصيف بالدليل

(١) بناء على ما هو الصحيح من كون صحة العقد بالإجازة اللاحقه على القاعده و أما لو قلنا بان صحته على خلاف القاعده، فلا بد من الاقتصار فى الحكم بصحة العقد الفضولى على القدر المتيقن منه،

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٢٩

بعد الدخول فلا سقوط، و ان كان قبله فيمكن أن يدعى عدم سقوطه أيضا بمطلق المبطّل، و انما يسقط بالطلاق فقط (١) مع أن المهر كان لسيدها (٢) لا لها. و كذا لا وجه للقول الثانى بعد ان كان الشراء المذكور على خلاف مصلحتها، لا من حيث استلزام الضرر المذكور (٣) بل لأنها تريد زوجها لأغراض أخرى، و الأذن الذى تضمنه العقد منصرف عن مثل هذا. و مما ذكرنا ظهر حال ما إذا اشترى العامل زوجه المالك، فإنه صحيح مع الأذن السابق أو الإجازة اللاحقه، و لا يكفيه الإذن الضمنى فى العقد للانصراف.

[مسأله ٤٤: إذا اشترى العامل من ينعق على المالك]

(مسأله ٤٤): إذا اشترى العامل من ينعق على المالك فإما أن يكون بإذنه، أولاً. فعلى الأول و لم يكن فيه ربح

حيث ليس فى المقام دليل خاص يقتضى صحته.

(١) ما أفاده (قده) من سهو القلم جزماً إذ لا قائل بسقوط المهر بالطلاق، و انما به ينتصف المهر. و حق العبارة أن يبدل كلمه «الطلاق» ب «الفسخ».

(٢) و هو من سهو القلم أيضاً، فإن الكلام فى الحره التى يكون زوجها عبداً.

(٣) لما عرفت من عدم ثبوته فان ارتفاع النفقه بعد ارتفاع موضوعها و كونها تدريجياً لا يعد ضرراً. و سقوط المهر لا نقول به.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٣٠

صح و انعتق عليه (١)، و بطلت المضاربه بالنسبه إليه، لأنه خلاف وضعها و خارج عن عنوانها، حيث انها مبنيه على طلب الربح

المفروض عدمه، بل كونه خساره محضه فيكون صحه الشراء من حيث الأذن من المالك، لا من حيث المضاربه. و حينئذ فإن بقى من مالها غيره بقيت بالنسبه اليه (٢) و الا- بطلت من الأصل (٣) و للعامل اجره عمله إذا لم يقصد التبرع (٤) و ان كان فيه ربح فلا إشكال في صحته، لكن في كونه قراضا فيملك العامل بمقدار حصته من العبد (٥) أو يستحق عوضه على المالك للسرايه (٦) أو بطلانه مضاربه و استحقاق العامل أجره المثل لعمله (٧) كما إذا لم يكن ربح، أقوال، لا يبعد ترجيح الأخير،

(١) جزما و بلا خلاف فيه، فإنه كما يصح للمالك مباشرته لشراءهم يصح له شرائهم بالواسطه.

(٢) لعدم المقتضى للبطلان بالقياس اليه.

(٣) لانتفاء موضوعها بذهاب رأس المال بأجمعه.

(٤) لاستيفاء المالك عمله المحترم الصادر عن أمره من غير قصد للمجانيه و التبرع.

(٥) و كأن الوجه فيه عموم أدله المضاربه مع عدم القول بالسرايه.

(٦) لكون الانعتاق عليه، فيكون و كأنه هو المعنى له بالمباشره.

(٧) لصدوره عن أمره من غير قصد للتبرع.

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٣١

لا- لكونه خلاف وضع المضاربه، للفرق بينه و بين صوره عدم الربح (١) بل لأنه فرع ملكيه العامل المفروض عدمها (٢). و دعوى: أنه لا- بد ان يقال: انه يملكه آنا ما ثم ينعق، أو تقدر ملكيته حفظا لحقيقه البيع، على القولين في تلك المسأله، و أى منهما كان يكفى في ملكيه الربح.

مدفوعه: بمعارضتها بالانعتاق الذى هو أيضا متفرع على ملكيه المالك، فان لها أثرين في عرض واحد- ملكيه العامل للربح، و الانعتاق- و مقتضى بناء العتق على التغليب تقديم الثانى، و عليه فلم يحصل للعامل ملكيه نفس العبد و لم يفوت

المالك عليه أيضا، بل فعل ما يمنع عن ملكيته مع أنه يمكن أن يقال: إن التفويت من الشارع لا منه.

لكن الإنصاف ان المسأله مشكله، بناء على لزوم تقدم ملكيه المالك و صيرورته للعامل بعده، إذ تقدم الانعتاق

(١) إذ مع وجود الربح لا يمكن ان يقال انه خلاف كونه فى مقام الاسترباح.

(٢) بل الصحيح فى التعليل ان يقال: ان عدم استحقاق العامل للحصه من الربح ناش عن عدم تحققه واقعا فى المقام، و ذلك لتوقف ملكيه العامل لها على كون المعامله رابحه بالنسبه إلى المالك، و هو غير متصور فيما نحن فيه، إذ الملكيه آنا ما قبل الانعتاق القهرى لا يعد ربحا، كى يقال باستحقاق العامل منه شيئا.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٣٢

على ملكيه العامل عند المعارضه فى محل المنع (١).

و بعباره اخرى: ان أدله المضاربه لما كانت صريحه فى تقسيم الربح بين المالك و العامل على ما اتفقا عليه و كان ذلك متوقفا على صدق الربح و تحققه فى الخارج و هو مفقود فى المقام حيث لا اثر للربح التقديرى و انما العبره بالربح الفعلى، فلا مجال لشمولها له.

إذن: فالصحيح فى التعليل هو نفى تحقق الربح فى المقام. لا نفى تحقق ملكيه المالك.

(١) و كأنه من جهه ان دليل صحه المضاربه لا يبقى مجالا لدليل الانعتاق، إذ الأخير ظاهر فى عدم استقرار ملكه للعمودين. فلا يشمل ما إذا لم يكن ملكه مستقرا حتى مع عدم دليل الانعتاق.

و بعباره اخرى: ان ظاهر دليل الانعتاق هو عدم استقرار ملكه للعمودين على نحو بحيث لولاه لكان مستقرا، فلا يشمل المقام الذى لا يكون الملك مستقرا حتى و لو فرض عدم الدليل على الانعتاق القهرى، حيث ان الحصه

المعينه تنتقل إلى ملك العامل بمقتضى قانون المضاربه، ولا تكون مستقره فى ملك المالك.

و فيه انه انما يتم فيما إذا لم نلتزم بكون ملكيه العامل مترتبه على ربح المالك فى المعامله، و الا فلا وجه للمنع من تقدم الاعتاق عليها، نظرا لما عرفت من عدم صدق الربح بالملك التقديرى عرفا مع كفايته فى الاعتاق.

و من هنا تكون أدله الاعتاق شامله للمقام من غير مزاحم، لعدم شمول أدله المضاربه له باعتبار أن أساسها مبنى على الاسترباح و هذه المعامله خاسره بالقياس إلى المالك- من بادئ الأمر.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٣٣

نعم لو قلنا: ان العامل يملك الربح أولا بلا توسط ملكيه المالك بالجعل الأولى حين العقد، و عدم منافاته لحقيقه المعاضه، لكون العوض من مال المالك و المعوض مشترك بينه و بين العامل - كما هو الأقوى - (١) لا- يبقى اشكال، فيمكن ان يقال بصحته مضاربه، و ملكيه العامل حصته من نفس العبد على القول بعدم السرايه، و ملكيته عوضها إن قلنا بها- و على الثانى - أى إذا كان من غير إذن المالك- فإن أجاز فكما فى صورته الأذن (٢)، و ان لم يجز بطل الشراء. و دعوى: البطلان و لو مع الإجازة لأنه تصرف منهى عنه، كما ترى، إذ النهى ليس عن المعامله بما هى، بل لأمر خارج (٣) فلا مانع من صحتها مع الإجازة. و لا فرق فى البطلان مع عدمها بين كون

(١) بل الأقوى خلافه، على ما تقدم بيانه غير مره باعتبار ان حقيقه المعاضه و المبادله بدخول العوض فى كيس من خرج منه المعوض و بالعكس، و الا لما كانت معاضه.

(٢) حيث ينتسب العقد بالإجازة اليه- و حاله فى ذلك حال

سائر العقود الفضوليّه- و بذلك يكون كالعقد الصادر عن إذنه السابق فيلحقه حكمه حرفا بحرف.

(٣) الصحيح في الجواب ان يقال: ان المعامله الخارجيه المفروضه قد تقع على شخص مال المضاربه بان يشتري العامل أبا المالك بعين مال المضاربه و قد تقع على الذمه بان يشتري العامل أبا المالك في

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٣٤

العامل عالما بأنه ممن ينعقد على المالك حين الشراء أو جاهلا و القول بالصحه مع الجهل، لان بناء معاملات العامل على الظاهر، فهو كما إذا اشترى المعيب جهلا بالحال ضعيف و الفرق بين المقامين واضح (١).

ذمته قاصدا الأداء من مال المضاربه.

اما في الثاني فالحكم واضح حيث لا نهى مولوى في البين و لا حرمه شرعيه مطلقا، بل غايه ما هناك عدم نفوذ المعامله قهرا على المالك و توقفها على إذنه.

و اما في الأول: فالأمر كذلك إذ المعامله بما هي ليست بمحرمه شرعا، و انما المحرم التصرف في مال الغير بتسليمه إلى البائع بغير اذن المالك.

فالحكم في هذه المعامله هو الحكم في بيع الغاصب لنفسه، حيث يتعلق التحريم بتصرفه فيه و لو بإبقاء المال عنده.

إذن: فالحرمه في المقام لم تتعلق لا بالمعامله نفسها و لا لأمر خارج عنها.

هذا مضافا إلى ما تقدم غير مره من أن النهى حتى و لو كان متعلقا بعنوان المعامله لا يوجب الفساد.

(١) إذ ان أمر الشراء منوط بنظر العامل، و لما كان شراء المعيب أمرا متعارفا حيث يتحقق فيه الاسترباح أيضا، كان داخلا تحت عقد المضاربه و مشمولا لإذن المالك. غايه ما هناك انه إذا جهل العيب كان له الخيار في فسخ المضاربه أو أخذ الأرش، و هذا بخلاف المقام حيث ان شراء من ينعقد على

ثم لا فرق في البطلان بين كون الشراء بعين مال المضاربه، أو في الذمه بقصد الأداء منه و ان لم يذكره لفظا.

نعم لو تنازع هو و البائع في كونه لنفسه أو للمضاربه قدم قول البائع، و يلزم العامل به ظاهرا (١) و ان وجب عليه التخلص منه (٢) و لو لم يذكر المالك لفظا و لا قصدا كان له ظاهرا و واقعا (٣).

[مسأله (٤٥): إذا اشترى العامل أباه أو غيره]

(مسأله ٤٥): إذا اشترى العامل أباه أو غيره ممن

كى يشمل الأذن بعد كون مبنى عقد المضاربه على الاسترباح و كون هذه المعامله متمحضه فى الخساره.

(١) لاقتضاء الظهور الحالى ذلك، حيث ان الظاهر من اقدام كل انسان على عقد كونه له ما لم ينصب القرينه على الخلاف.

(٢) لبقاءه على ملك مالكة، الا انه قد يقال: بجواز أخذه له مقاصه، باعتبار انه قد أخذ منه الثمن قهرا.

لكنه مدفوع: بأن أدله التقاص مختصه بما إذا كان المقتص منه ظالما أو مماطلا، فلا تشمل المقام حيث يكون أخذ البائع للثمن منه بمقتضى الموازين الشرعيه.

نعم لا بأس بالالتزام بذلك من جهه انه ليس للبائع الجمع بين الثمن و المثلن معا، و على هذا يكون أخذه للثمن مبرزا لرضاه بتملك العامل للمثلن بإزاءه. فيجوز للعامل التصرف فيه من هذه الجهه.

(٣) لما تقدم من الظهور الحالى، حيث يكفى فى كونه لنفسه واقعا إقدامه على الشراء من دون إضافته إلى الغير، فإن إضافته إلى غيره تحتاج إلى مؤنه زائده و بيان.

ينعتق عليه، فان كان قبل ظهور الربح و لا ربح فيه أيضا (١) صح الشراء و كان من مال القراض (٢)، و ان كان

بعد ظهوره أو كان فيه ربح، فمقتضى القاعده و ان كان بطلانه (٣) لكونه خلاف وضع المضاربه، فإنها موضوعه

(١) الفرق بين الفرضين يمكن في أن الأول ناظر إلى الربح السابق على هذا الشراء و المشترك بين المالك و العامل بمقتضى قانون المضاربه بحيث يكون العامل قد اشترى من يعتق عليه من ربح التجارات السابقه في حين أن الثاني ناظر إلى وجود الربح في نفس هذا الشراء، بحيث تكون هذه المعامله بنفسها رابحه.

و الحاصل: ان مراده (قده) من هذه المقابله بيان اعتبار عدم كون شراء من يعتق على العامل من أرباح التجارات السابقه عليه و عدم كونه بنفسه تجاره رابحه، في الحكم بصحه هذا الشراء.

(٢) لاستقلال المالك في ملكيه العبد، إذ لا موجب لاشتراك العامل معه في ذلك و من ثم الحكم بعقده.

(٣) و فيه: ان البطلان مبنى على القول بالسرايه و تغليب جانب العتق مطلقا و من دون فرق بين صورتى العلم و الجهل، الا- ان الأمر ليس كذلك فإن صحيحه محمد بن قيس مختصه بصوره الجهل و لا- تشمل صوره العلم، و معه فلا- يبقى وجه للقول بالسرايه مع علم العامل بالحال.

نعم ورد في بعض النصوص ان عتق أحد الشريكين لحصته من العبد المشترك موجب لانعتاق الباقي و سرايه العتق فيه.

الا انه أجنبي عن محل الكلام، حيث انه يختص بالعتق الاختيارى الناشئ من إنشاء أحد الشريكين له بالنسبه إلى حصته من العبد المشترك

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٣٧

- كما مر- للاسترباح بالتقليب في تجاره، و الشراء المفروض من حيث استلزامه للانعتاق ليس كذلك، الا ان المشهور، بل ادعى عليه الإجماع صحته، و هو الأقوى في صوره الجهل بكونه ممن يعتق عليه، فيعتق

فلا مجال للتعدى عنه إلى موارد الانعتاق القهرى مطلقا سواء أ كان بمقدمات اختياريه كالشراء أو غيرها كالإرث.

و الحاصل: ان النص انما يختص بالعتق الاختيارى بالمباشرة، فلا يشمل موارد الانعتاق القهرى حتى و لو كان بمقدمات اختياريه.

و من هنا يكون مقتضى القاعده فى المقام هو الالتزام بصحة الشراء مع التبعض فى العتق بالقول بانعتاق حصه العامل مع بقاء حصه المالك على صفته- اعنى كونه مال المضاربه.

على أنها لو التزمنا بالسرايه حتى فى مورد الانعتاق القهرى، لا سيما بناء على ما ذكره (قده) من كفايه حصول الربح فى البعض الآخر من أموال المضاربه، كان لازمه بطلان الشراء مضاربه حتى فى الفرض الأول. و ذلك فان بناء المضاربه كما عرفت انما هو على الاسترباح و لا يتصور ذلك فى شراء العبد فى مفروض الكلام فإنه إما ان لا يكون بعد ذلك زياده فى قيمه العبد و لا فى غيره من أموال المضاربه و اما ان يكون ذلك و على التقديرين لا يكون ربح فى هذه المعامله اما على الأول فواضح و كذا على الثانى فإن حصه العامل من الربح فى العبد ينعتق عليه و يسرى العتق إلى الباقي فيكون خساره على المالك، و معه كيف يمكن ان يقال انه يصح الشراء و يكون من مال القراض؟.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٣٨

مع يساره، و يستسعى العبد فيه مع إعساره (١) لصحيحه ابن أبى عمير عن محمد بن قيس عن الصادق (ع): «فى رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربه، فاشترى أباه و هو لا يعلم قال (ع): يقوم، فان زاد درهما واحدا انعتق و استسعى

فى مال الرجل» (١) و هى مختصه بصوره الجهل المنزل عليها إطلاق كلمات العلماء أيضا.

و بالجمله: ان القول ببطلان الشراء مضاربه- بحسب القاعده- فى مفروض كلامه (قده) إنما يتم بناء على القول بالسرايه مطلقا حيث يكون الشراء حينئذ متمحضا فى الخساره، و أساس المضاربه على الاسترباح. و أما بناء على ما هو الصحيح من اختصاص السرايه بالعتق الاختيارى بالمباشره، فلا وجه للحكم بالبطلان فيما نحن فيه حيث يكون الانعتاق قهريا.

ثم ان مما ذكرنا يظهر أن أساس المضاربه و ان كان على الاسترباح الا انه يكفى فيها إمكان استرباح المالك و ان حصل الجزم بعدم حصول الربح للعامل.

هذا كله بالنسبه إلى ما تقتضيه القاعده فى المقام، الا انه لا بد من الخروج عنها فى خصوص فرض الجهل من المقام حيث دلت صحيحه محمد بن قيس على السرايه فيه.

(١) لا دليل على ما افاده (قده) من التفصيل فإن صحيحه محمد بن قيس مطلقه و مقتضاها سعايه العبد فى عوض حصه المالك سواء أ كان العامل موسرا أم معسرا و سيأتى مزيد بيان عند تعرضه (قده)

(١) الوسائل ج ١٣ باب ٨ من أبواب المضاربه ح ١.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٣٩

و اختصاصها بشراء الأب لا يضر، بعد كون المناط كونه ممن ينعق عليه (١). كما أن اختصاصها بما إذا كان فيه ربح لا يضر أيضا، بعد عدم الفرق بينه و بين الربح السابق (٢) و إطلاقها من حيث اليسار و الإعسار فى الاستسعاء أيضا منزل على الثانى، جمعا بين الأدله (٣) هذا و لو لم يكن ربح سابق و لا كان فيه أيضا، لكن تجدد بعد ذلك قبل أن يباع، فالظاهر أن حكمه أيضا الانعتاق و السرايه

له ثانيا في هذه المسأله.

(١) إذ العبره انما هي بمالكيه العامل و من حيث انه لا يمكن ان يكون مالكا له ملكيه مستقره.

(٢) ظهر وجهه مما تقدم في التعليقه السابقه، فإن العبره انما هي بمالكيه المالك حيث أن الموجب للانعتاق هو دخول العبد في ملكه و لا فرق في ذلك بين حصول الربح في نفس الشراء أو شراءه من الربح الحاصل سابقا.

(٣) و فيه انه لا تعارض بين الأدله كى يحتاج إلى الجمع بينها بما ذكر، فإن أدله التفصيل مختصه بعنق الشريك حصته من العبد المشترك اختيارا، فلا- تشمل موارد الانعتاق القهرى، و من هنا فيتعين العمل في هذه الموارد بإطلاق صحيحه محمد بن قيس الدال على استسعاء العبد في عوض حصه المالك في الفرضين، حيث لا موجب لرفع اليد عنه.

(٤) لكنك قد عرفت ان القاعده لا تقتضى السرايه في المقام، و انها انما تقتضى السرايه في خصوص موارد العتق بالمباشره.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٤٠

الصحيحه أيضا للربح المتجدد فيه. فيلحق به الربح الحاصل من غيره، لعدم الفرق (١).

نعم دعوى شمول صحيحه محمد بن قيس له غير بعيدة. فإن مقتضى إطلاق قوله (ع) فيها: «يقوم فان زاد درهما واحدا انعتق و استسعى في مال الرجل» عدم اختصاص التقويم بزمان البيع، بل متى ما قوم و كانت قيمته زائده و لو بدرهم عن قيمه شراءه بحيث كان العامل شريكا فيه انعتق و سرى العتق.

و الحاصل: ان العبره- على ما يستفاد من الصحيحه- انما هي بشركه العامل للمالك في العبد في أى زمان تحققت.

(١) ما أفاده (قده) مبنى على اشتراك العامل مع المالك في جميع أموال المضاربه، لا في

خصوص ما يكون فيه ربح.

الا- انه لم يثبت بدليل، بل يتنافيه إطلاق مفهوم صحيحه محمد بن قيس المتقدمه حيث ان مقتضاه عدم انعقاد الأب إذا لم تزد قيمته حتى و لو زادت قيمه سائر أموال المضاربه.

ثم انه لو انعكس الأمر بأن حصلت النقيصه فى سائر أموال المضاربه. فهل يمنع ذلك من انعقاد الأب عند ظهور الربح فيه بخصوصه أم لا؟

الصحيح فى المقام هو التفصيل: فإن الخساره إما ان تكون سابقه على الربح أو مقارنه له أو متأخره عنه.

ففى الأوليين لا ينبغى الشك فى عدم الانعقاد إذا لم يكن الربح الحاصل فيه زائدا عن الخساره الحاصله، فإن الصحيحه منصرفه عن هذا جزما إذ الانعقاد انما هو بملاك ملكيه العامل لجزء من أبيه.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٤١

[مسأله ٤٦): قد عرفت ان المضاربه من العقود الجائزه]

اشاره

(مسأله ٤٦): قد عرفت ان المضاربه من العقود الجائزه، و انه يجوز لكل منهما الفسخ (١) إذا لم يشترط لزومها (٢) فى ضمن عقد لازم، ثم قد يحصل الفسخ

و من الواضح انه مع فرض الخسران السابق يكون الربح و بمقتضى قانون المضاربه بإزاءه و لا شىء للعامل كى ينعقد عليه.

نعم لو زاد الربح عن الخسران السابق، كان للعامل حصته من الزيادة و ينعقد الأب عليه، على ما تقدم تفصيله.

و أما فى الفرض الثالث فلا إشكال فى كون الربح السابق جابرا للخسران اللاحق لما عرفت من كون الملاك فى صدق الربح و عدمه مجموع المعاملات لا خصوص كل معامله على حده.

الا ان هذا لا يكشف عن عدم تحقق العتق من الأول، فإنه متحقق غايته انه يجب على العامل تدارك الخساره اللاحقه من سائر أمواله. فىكون المقام من قبيل طرو الخساره بعد إتلاف العامل لما ملكه من الربح.

و مما يدل

على ما ذكرناه إطلاقاً صحيحه محمد بن قيس المتقدمه، حيث ان مقتضاه تحقق الانعتاق عند ظهور الربح فيه، سواء طرأت الخساره بعد ذلك على المضاربه أم لم تطرأ.

(١) تقدم الكلام فيه فى المسأله الثانيه، وقد عرفت ان جواز الفسخ انما هو بالنسبه إلى ما يأتى من المعاملات، لا بالنسبه إلى ما سبق منها، فإنها بالنسبه إليها لازمه و لا بد لها من العمل على وفق ما اتفقا عليه. فليس للمالك فسخ العقد و أخذ الربح كله فى قبال إعطاء أجره المثل.

(٢) قد عرفت فى المسأله الثانيه ان اشتراط اللزوم انما ينفع فيما

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٤٢

من أحدهما، وقد يحصل البطلان و الانفساخ لموت أو جنون أو تلف مال التجاره بتمامها أو لعدم إمكان التجاره لمانع أو نحو ذلك، فلا بد من التكلم فى حكمها من حيث استحقاق العامل للأجره و عدمه، و من حيث وجوب الإنضاض عليه و عدمه إذا كان بالمال عروض، و من حيث وجوب الجبايه عليه و عدمه إذا كان به ديون على الناس و من حيث وجوب الرد الى المالك و عدمه، و كون الأجره عليه أولاً، فنقول: إما ان يكون الفسخ من المالك أو العامل، و أيضاً إما ان يكون قبل الشروع فى التجاره أو فى مقدماتها أو بعده، قبل ظهور الربح أو بعده، فى الأثناء أو بعد تمام التجاره، بعد إنضاض الجميع أو البعض أو قبله، قبل القسمة أو بعدها، و بيان أحكامها فى طى

[الأولى: إذا كان الفسخ أو الانفساخ و لم يشرع فى العمل و لا فى مقدماته]

الأولى: إذا كان الفسخ أو الانفساخ و لم يشرع فى العمل و لا فى مقدماته فلا اشكال و لا شىء له و لا عليه (١) و ان كان بعد

إذا كان على نحو شرط الفعل اعنى اشتراط عدم اعمال سلطنته على الفسخ، و أما إذا كان على نحو شرط النتيجة بأن يكون العقد لازما و لا يكون له حق الفسخ بمعنى ان لا يملك الفسخ: فهو فاسد و مفسد للعقد أيضا.

(١) لعدم المقتضى له.

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٤٣

الربح يقتسمانه، و مع عدمه لا- شىء للعامل و لا عليه إن حصلت خساره، الا ان يشترط المالك كونها بينهما على الأقوى من صحه هذا الشرط (١)، أو يشترط العامل على المالك شيئا ان لم يحصل ربح (٢). و ربما يظهر من إطلاق بعضهم ثبوت اجره المثل مع عدم الربح. و لا وجه له أصلا، لأن بناء المضاربه على عدم استحقاق العامل لشىء سوى الربح على فرض حصوله (٣)، كما فى الجعالة.

[الثانيه: إذا كان الفسخ من العامل فى الأثناء قبل حصول الربح]

الثانيه: إذا كان الفسخ من العامل فى الأثناء قبل حصول الربح فلا أجره له لما مضى من عمله. و احتمال استحقاقه.

(١) بل الأقوى هو التفصيل بين شرط النتيجة و شرط الفعل.

ففى الأول- كما لو اشترط عليه كون بعض الخساره فى عهده- يبطل لانه ليس بمشروع و مضمونه مخالف للسنه الداله على عدم ضمان الأمين.

و فى الثانى- كما لو اشترط عليه أن يعطيه شيئا من أمواله- يصح حيث لا محذور فيه، لانه و بحد نفسه فعل سائغ. فإذا وقع متعلقا للشرط وجب الوفاء به. و مجرد كونه فى ضمن عقد جائز لا يمنع من وجوب العمل به. لما عرفت من كونه لازما بالنسبه إلى ما مضت من المعاملات، نعم له رفع اليد عن العقد بالقياس إلى ما يأتى فيرتفع معه موضوع وجوب الوفاء.

و قد تقدم تفصيل الكلام

فى المسأله الرابعه فراجع.

(٢) على التفصيل المتقدم.

(٣) و معه فلا تشمله قاعده احترام عمل المسلم، لأنه الذى فوت على نفسه ذلك حيث أقدم على العمل مجانا عند عدم الربح.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٤٤

لقاعده الاحترام، لا وجه له أصلا (١). و ان كان من المالك، أو حصل الانفساخ القهرى، ففيه قولان (٢)، أقواهما العدم أيضا بعد كونه هو المقدم على المعامله الجائزه التى مقتضاها عدم استحقاق شىء إلا الربح، و لا ينفعه بعد ذلك كون اقدامه من حيث البناء على الاستمرار.

(١) فإن القاعده لا تقتضى الضمان، فان معنى احترام عمل المسلم انما هو عدم جواز جبره على شىء بلا مقابل و مجانا، فلا تشمل المقام حيث يكون العمل صادرا منه بأختيار رجاء للربح، على ان القاعده لو اقتضت الضمان فى حد نفسها فلا تقتضيه فى المقام باعتبار ان العامل هو الذى فوت على نفسه الربح بفسخه لعقد المضاربه.

و دعوى: اقتضاء الأمر له، حيث ان العمل قد صدر عن أمره و استوفى هو منفعتة.

مدفوعه: بأنها انما تتم لو كان الأمر قد التزم على نفسه بشىء غير الحصة من الربح، فلا تعم المقام حيث لم يلتزم الأمر بدفع شىء بإزاء العمل سوى الحصة من الربح على تقدير ظهوره.

و من هنا فيكون العامل فى فرض عدمه و من غير هذه الجهة متبرعا و مقدا على العمل مجانا.

(٢) ظاهر كلامه (قده) اختيار بعض الأصحاب للضمان حتى فى فرض الانفساخ القهرى إلا أننا لم نعر على قائل به حيث لم ينسب إلى احد من الأصحاب.

و كيف كان فالحكم فيه واضح لعين ما تقدم فى فسخ العامل، حيث لا موجب للضمان و توهم اقتضاء قاعده الاحترام أو صدوره عن أمره

له، مدفوع بما تقدم.

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٤٥

[الثالثه: لو كان الفسخ من العامل بعد السفر بأذن المالك]

الثالثه: لو كان الفسخ من العامل بعد السفر بأذن المالك

و صرف جمله من رأس المال فى نفقته، فهل للمالك تضمينه مطلقا أو إذا كان لا لعذر منه؟ وجهان أقواهما العدم (١) لما ذكر من جواز المعامله و جواز الفسخ فى كل وقت فالمالك هو المقدم على ضرر نفسه.

نعم فى فرض الفسخ من قبل المالك، ذهب جماعه من الأصحاب إلى الضمان من أجل التفويت، حيث فوت المالك بفسخه للعقد الربح على العامل، فيجب عليه أداء أقل الأمرين من أجره المثل و الربح المترقب من التجارات الآتية.

و فيه: انه لا دليل على الضمان عند التفويت و المنع عن الاسترباح فإنه إنما يترتب على إتلاف المال الموجود بالفعل أو الاستيلاء عليه، فلا يعم ما ليس بمال بالفعل، و إنما يترقب ان يكون كذلك فى المستقبل.

على انه من التفويت بحق لبناء عقد المضاربه عليه، لأنه عقد جائز، فيكون من قبيل الشرط فى ضمن العقد و معه فلا موجب للضمان بعد اقدام العامل عليه.

(١) فيه اشكال بل منع، و ذلك لأن إعطاء المالك للمال إلى العامل و الأذن له فى صرفه خارج عن العقد بينهما، و إنما العامل يصرف ذلك المال بأذن المالك فى مقدمات العقد الذى يقصد به الاسترباح. إلا ان الظاهر كون إعطاء المالك للمال و الأذن فى التصرف فيه مشروطا بشرط متأخر و هو تحقق التجاره الخارجيه.

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٤٦

[الرابعه: لو حصل الفسخ أو الانفساخ قبل حصول الربح و بالمال عروض]

الرابعه: لو حصل الفسخ أو الانفساخ قبل حصول الربح و بالمال عروض لا يجوز للعامل التصرف فيه بدون إذن المالك (١) يبيع و نحوه و ان احتمل تحقق الربح بهذا البيع، بل و ان وجد زبون يمكن ان يزيد فى الثمن فيحصل الربح (٢)

نعم لو كان هناك زبون بان على الشراء بأزيد

و بعبارة أخرى: ان دفع المالك للمال اليه و الأذن فى التصرف له لم يكن مطلقا و إنما هو مقيد بحصول التجاره بعد ذلك، و من هنا فإذا لم يحصل الشرط لم يكن صرفه مأذونا فيه، و بذلك فيكون ضامنا لإتلافه مال غيره بغير إذنه.

و لا- يبعد ان يكون هذا من المرتكزات الأولى فى باب المضاربه و غيرها كإرسال الرسل و المبعوثين، فإنه هل يمكن ان يقال بعدم ضمانهم لما صرفوه فى سفرهم مع عدم قيامهم بما كلفوا به من مهام بدعوى انه كان بأذنه؟ كلا، فإن الأذن فى ذلك مقيد بانتهاء السفر إلى العمل المعين، فعدمه يكشف عن عدم الإذن لا محاله.

نعم ما أفاده (قده) إنما يتم لو كان الفسخ من قبل المالك أو حصل الانفساخ القهرى حيث لا موجب للقول بضمان العامل باعتبار انه لم يلتزم بشىء فى صرفه للمال، و لم يقصر فى شىء مما هو عليه بعد إن كان الصرف باذن المالك.

(١) لكونه بأكمله ملكا للمالك، و قد ارتفع إذنه فى التصرف بالفسخ أو الانفساخ.

(٢) لما تقدم من كونه تصرفا فى مال الغير فلا يجوز إلا بإذنه.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٤٧

من قيمته لا- يبعد جواز إجبار المالك على بيعه منه، لأنه فى قوه وجود الربح فعلا. و لكنه مشكل مع ذلك، لأن المناط كون الشىء فى حد نفسه زائد القيمة (١) و المفروض عدمه و هل يجب عليه البيع و الإنضاض إذا طلبه المالك أولا؟ قولان أقواهما عدمه (٢) و دعوى: ان مقتضى قوله (ع) «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» (١) وجوب رد المال إلى المالك كما كان، كما ترى

(١) و بعبارة أخرى: ان الملاك في اشتراك العامل للمالك إنما هي الزيادة في المال و العبره فيها إنما هي بارتفاع القيمة السوقية، و لا يكفي فيها وجود مشتر يشتري المال بأكثر من قيمته السوقية، فإنه لا يوجب زيادة في مال المضاربه كما لا يخفى.

على انه سيأتي في المسألة القادمة من هذه المسائل انه لو حصل الفسخ أو الانفساخ و كان في المال عروض تزيد قيمته على رأس المال فليس للعامل إجبار المالك على بيع العروض و إن كان شريكاً له في ذلك، و إنما له إجباره على القسمة خاصة، نظراً إلى ان جواز التصرف في مال الغير بغير إذنه يحتاج إلى الدليل و هو مفقود.

فإذا كان الحال هذا في فرض وجود الربح بالفعل، فعدم الجواز في فرض عدمه يكون بطريق أولى.

(٢) لعدم الدليل عليه.

(٣) إذ مع الإغماض عن سندها، و المناقشه في صدق الأخذ على

(١) مستدرک الوسائل باب ١ من كتاب الوديعه ح ١٢.

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٤٨

[الخامسه: إذا حصل الفسخ أو الانفساخ بعد حصول الربح قبل تمام العمل أو بعده]

الخامسه: إذا حصل الفسخ أو الانفساخ بعد حصول الربح قبل تمام العمل أو بعده، و بالمال عروض، فان رضياً بالقسمة كذلك فلا اشكال (١)، و إن طلب العامل بيعها فالظاهر عدم وجوب إجابته (٢) و ان احتمل ربح فيه، خصوصاً إذا كان هو الفاسخ. و ان طلبه المالك ففي وجوب اجابته و عدمه وجوه، ثالثها التفصيل بين صورته كون مقدار رأس المال نقداً فلا يجب و بين عدمه فيجب لأن اللازم تسليم مقدار رأس المال كما كان، عملاً بقوله (عليه السلام): «على اليد». و الأقوى عدم الوجوب مطلقاً (٣)، و إن كان استقرار ملكيه العامل للربح موقوفاً على الإنضاض و لعله يحصل الخساره

مثل المقام بدعوى انصرافه إلى ما يكون بالقهر، فهو غير شامل لما نحن فيه، لأنه إنما يجب على العامل رد ما أخذه بعينه ما دام هو باقيا في ملكه، و أما إذا خرج عنه باذن المالك فلا يجب عليه رده بعينه جزما، بل غاية ما يجب عليه هو رد بدله. فهو كمن غصب الدار ثم باعها باذن المالك حيث لا يجب عليه الا رد الثمن خاصه.

(١) لا اشتراكهما في المال، فالحق لا يعدوهما.

(٢) فان المالك مسلط على ماله، غاية الأمر ان للعامل مطالبته بحصته من الربح فيعطيه المالك من أمواله، أو يطالبه بالقسمه فيأخذ من العروض.

(٣) نظرا لانتفاء عقد المضاربه، و عدم الدليل على الوجوب،

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٤٩

إذ لا منافاه (١) فنقول: لا يجب عليه الإنضاض بعد الفسخ لعدم الدليل عليه، لكن لو حصلت الخساره بعده قبل القسمه، أو بعدها يجب جبرها (٢) بالربح، حتى أنه لو أخذه يسترد منه.

[السادسه: لو كان في المال ديون على الناس]

السادسه: لو كان في المال ديون على الناس فهل يجب على العامل أخذها و جبايتها بعد الفسخ أو الانفساخ أم لا؟

و قاعده اليد مضافا إلى قصور سندها، لا- دلالة لها على الوجوب في المقام، فان الواجب إنما هو رد مال الغير اليه سواء أ كان عروضاً أم غيره.

و بعبارة أخرى: ان المعاملات الصادره من العامل لما كانت باذن المالك، كانت موجه لتبديل مال المالك لدى العامل من النقد إلى العروض، فهي التي تكون مال المالك بالفعل، و من هنا فالزامه بتبديله إلى النقد ثانيا يحتاج إلى الدليل و هو مفقود.

(١) لما عرفت من أن مقتضى عقد المضاربه وصول رأس المال إلى المالك، على أن يكون الزائد عنه مشتركاً بينه و بين العامل.

هنا فلو حصل تلف في المال كان محسوباً على العامل و المالك حتى بعد تماميه المضاربه ما لم يصل رأس المال إلى المالك، وهذا لا يستلزم بالطبع لزوم اجابه العامل له في طلب البيع كما هو واضح.

(٢) تقدم فيما مضى ان جبر الخساره بالربح إنما يكون قبل الفسخ أو الانفساخ، و أما بعدها فلا لا سيما بعد تحقق القسمة لانتهاى عقد المضاربه و وصول رأس المال إلى المالك، فيكون إثباته محتاجاً إلى

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٥٠

وجهان، أقواهما العدم (١) من غير فرق بين أن يكون الفسخ من العامل أو المالك.

[السابعه: إذا مات المالك أو العامل قام وارثه مقامه]

السابعه: إذا مات المالك أو العامل قام وارثه مقامه فيما مر من الاحكام (٢).

الدليل و هو مفقود.

و بعبارة أخرى: انه لا وجه لجبر الخساره بعد الفسخ أو الانفساخ- فضلاً عن القسمة- بالربح السابق بعد وصول كل من الحصتين إلى مالكةا و تملكه لها مستقلاً و بعينه.

(١) بل الوجوب- على ما هو المشهور- و ذلك لابتناء عقد المضاربه من الأول على تسليم العامل لما أخذه من المالك إليه، فإنه أمر مفروغ عنه في عقدها.

و من هنا فيكون من الشرط في ضمن العقد، فيجب عليه الوفاء به و ليس له إرجاع المالك على المدينين.

و بالجملة: فتسليم العامل للمال إلى المالك أمر مفروغ عنه في عقد المضاربه فيجب عليه الوفاء به، ورد ما أخذه منه، ثم ان كان ربح فهو مشترك معه فيه.

(٢) في إطلاقه إشكال بل منع، إذ لا- دليل على قيام الوارث مقام الميت في جميع الأمور: و بقول مطلق، و إنما المنتقل اليه خصوص ما تركه من الأموال و الحقوق القابله للانتقال بحيث لا تكون متقومه بشخص خاص و هو مما

لا خلاف فيه.

و من هنا فلا بد من ملاحظه الأحكام المتقدمه، لتشخيص ما تنطبق

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٥١

[الثامنه: لا يجب على العامل بعد حصول الفسخ أو الانفساخ أزيد من التخليه بين المالك و ماله]

الثامنه: لا يجب على العامل بعد حصول الفسخ أو الانفساخ أزيد من التخليه بين المالك و ماله، فلا يجب عليه الإيصال إليه. نعم لو أرسله إلى بلد آخر غير بلد

عليه هذه الضابطه فنقول:- أما إلزام المالك للعامل بتحصيل الديون بعد حصول الفسخ أو الانفساخ، فالظاهر عدم كونه من الحقوق. و إنما هو حكم مترتب على الملك من باب تسلط المالك على ماله و وجوب رد الأمانه إلى أهلها.

و من هنا: ماذا مات المالك و انتقل المال إلى ورثته، كان لكل منهم مطالبه العامل برد حصته منه اليه، حتى مع فرض رضى غيره ببقاء حصته دينا فى ذمه المديون و لو كان هذا حقا لما وجب على العامل فى الفرض شىء، إذ الحق أمر واحد بسيط ثابت لمجموع الورثه من حيث المجموع، فلا يقبل التجزئه لعدم ثبوته للبعض بخصوصه.

نعم لو قلنا بأن المالك له إجبار العامل على بيع العروض بعد الفسخ، بلا اشتراط كان لهم جميعا إجباره على ذلك، لأن حق الشرط قابل للانتقال. فلا مانع من الالتزام به بالنسبه إلى الوارث أيضا.

و أما حق العامل فى بيع المتاع بعد الفسخ- بناء على القول به- فهو حكم تكليفى محض يختص به، فلا يقبل الانتقال إلى ورثته.

و الحاصل: ان ما أفاده الماتن (قده) لا يمكن المساعده عليه لأن المنتقل إلى الوارث ينحصر فى المال و الحقوق القابله للانتقال و هى

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٥٢

المالك و لو كان بأذنه يمكن دعوى وجوب الرد إلى بلده (١) لكنه مع ذلك مشكل. و قوله (ع): «على

اليد ما أخذت.» أيضا لا يدل على أزيد من التخليه، و إذا احتاج الرد إليه إلى الأجره فالأجره على المالك (٢) كما في سائر الأموال. نعم لو سافر به بدون إذن المالك إلى بلد آخر و حصل الفسخ فيه، يكون حاله حال الغاصب

لجميعهم لا لكل فرد فرد. و أما الحكم فهو يختص به و لا ينتقل إلى الوارث.

(١) و هذا القول هو الصحيح، و الاشكال عليه في غير محله.

و ذلك: لأن الأذن في الإرسال لم يكن مطلقا، فإنه إنما اذن فيه للاتجار- على ما يقتضيه عقد المضاربه- و هذا يعنى لزوم رده إلى المالك نقدا أو عروضاً بعد الاتجار به أولا معه، فهو مفروض في عقد المضاربه.

و من هنا فإذا فسخ العقد كان مقتضى كون المال أمانه عنده، و اقتضاء عقد المضاربه للرد، لزوم الرد إليه.

نعم لو رضى المالك ببقاء ماله في ذلك البلد، فليس للعامل إرجاعه لكونه مسلطا على ماله فلا يجوز التصرف فيه بغير إذنه، كما هو ظاهر.

(٢) لعدم الموجب لإلزام العامل بشيء من الأجره بعد فسخ المضاربه و كون المال امانه في يده.

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٥٣

في وجوب الرد و الأجره (١) و ان كان ذلك منه للجهل بالحكم الشرعى من عدم جواز السفر بدون إذنه.

[مسأله ٤٧: قد عرفت ان الربح وقايه لرأس المال]

(مسأله ٤٧): قد عرفت ان الربح وقايه لرأس المال من غير فرق بين أن يكون سابقا على التلف أو الخسران أو لاحقا، فالخساره تجبر بالربح اللاحق و بالعكس (٢) و لا يلزم ان يكون الربح حاصلًا من مجموع رأس المال، و كذا لا يلزم أن تكون الخساره وارده على المجموع، فلو اتجر بجميع رأس المال فخرس ثم اتجر ببعض الباقي فربح، يجبر ذلك الخسران

بهذا الربح، و كذا إذا اتجر بالبعض فخرس ثم اتجر بالبعض الآخر أو بجميع الباقي فربح، و لا يلزم فى الربح أو الخسران أن يكون مع بقاء المضاربه حال حصولها، فالربح مطلقا جابر للخساره و التلف مطلقا (٣) ما دام لم يتم عمل المضاربه. ثم انه

(١) على ما تقتضيه قاعده اليد و الضمان.

(٢) على ما يقتضيه عقد المضاربه، حيث قد عرفت ان مقتضاه كون رأس المال محفوظا بمعنى إرجاعه إلى المالك و الاشتراك فى الربح خاصه.

(٣) قد عرفت فيما تقدم ان جبر الخسران بالربح إنما يختص بفرض بقاء عقد المضاربه و أما بعد ارتفاعه و استقرار ملكيه كل من المالك و العامل على ماله و حصته فلا وجه للتدارك بالمره.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٥٤

يجوز للمالك ان يسترد بعض مال المضاربه فى الأثناء (١)،

(١) فإنه ماله و ملكه و العقد جائز، فله التصرف فيه كيف ما يشاء.

و الاشكال عليه: بان العقد الواحد كيف يجوز فسخه فى بعضه دون بعض، و الحال انه لم يلتزم الفقهاء به فى باب الخيارات.

مدفوع: بالفرق بين المقامين: إذ الجواز قد يكون حقيا- كالخيارات- حيث يكون العقد بطبعه الأولى لازما، لكن الشارع يجعل الخيار لهما أو لأحدهما ابتداء- كخيار المجلس- أو إمضاء لجعل الباعين- كخيار الشرط.

و قد يكون حكما حيث يكون العقد بطبعه الأولى جائزا، كالهبة و الوديعة و العاربه و المضاربه إلى غيرها من العقود الجائزه.

ففى الأول حيث أن ظاهر الدليل تعلق الخيار بالعقد على ما وقع عليه لا أبعاضه بما هى، فليس لمن له الخيار التبعض، بل اما ان يفسخ فى الجميع أو يلتزم به، فإن الإنشاء واحد- و ان كان البيع منحلا إلى بيوع متعدده- و ظاهر

دليل الخيار ثبوت الحق له في فسخ ما أنشأ. و من هنا فلا يجوز له التبعيض.

و بالجمله: فدليل الخيار قاصر الشمول للفسخ في البعض خاصة.

و هذا بخلاف الثاني، فإن العقد لما كان منحلًا إلى عقود متعدده كان جواز الفسخ في البعض على القاعده، فإن كل عقد من هذه العقود جائز في حد نفسه و له الفسخ بأى مقدار شاء لإطلاق الدليل.

و الحاصل: ان قياس ما نحن فيه على باب الخيارات قياس مع

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٥٥

و لكن تبطل بالنسبه اليه، و تبقى بالنسبه إلى البقيه (١) و تكون رأس المال، و حينئذ فإذا فرضنا أنه أخذ بعد ما حصل الخسران أو التلف بالنسبه إلى رأس المال مقدارًا من البقيه، ثم اتجر العامل بالبقيه أو ببعضها، فحصل ربح يكون ذلك الربح جابرا للخسران أو التلف السابق بتمامه (٢). مثلا- إذا كان رأس المال مائه فتلف منها عشره أو خسر عشره و بقي تسعون، ثم أخذ المالك من التسعين عشره و بقيت ثمانون، فأرأس المال تسعون، و إذا اتجر بالثمانين فصار تسعين فهذه العشره الحاصله ربحا تجبر تلك العشره، و لا يبقى للعامل شىء. و كذا إذا أخذ المالك

الفارق، فان العقد في المقام جائز في حد نفسه و المالك مسلط على ماله غايه الأمر انه اذن للغير في التصرف فيه، فله رفع إذنه في أى مقدار منه شاء، كما هو الحال في الوكاله.

خويى، سيد ابو القاسم موسوى، مباني العروه الوثقى، ٢ جلد، منشورات مدرسه دار العلم - لطفى، قم - ايران، اول، ١٤٠٩ هـ ق

مباني العروه الوثقى؛ ج ١، ص: ١٥٥

(١) قد عرفت وجهه مما تقدم.

(٢) لأن عقد المضاربه من الأول مبنى على وصول

رأس المال المدفوع إلى العامل بتمامه إلى المالك و من دون ورود أى نقص عليه مع فرض ما يمكنه جبره سواء أ كانت التجاره بجميع رأس المال أم بعضه.

و بعبارة أخرى: ان مقتضى أصل عقد المضاربه رجوع ما يدفعه المالك بعنوان رأس المال اليه من غير نقص فيه، حتى و لو لم تكن التجاره بكل ذلك المال، بل و مع الفسخ فى بعضه و انحصار المضاربه

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٥٦

بعد ما حصل الربح مقدارا من المال (١)، 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 فى الذى أخذه المالك و لا يختص الجبر بما عداه، حتى يكون مقدار حصه العامل منه باقيا له. مثلا إذا كان رأس المال مائه فربح عشره ثم أخذ المالك عشره ثم اتجر العامل بالبقية فخسر عشره أو تلف منه عشره، يجب جبره بالربح السابق حتى المقدار الشائع منه فى العشره المأخوذه، فلا يبقى للعامل من الربح السابق شىء. و على ما ذكرنا فلا وجه لما ذكره المحقق و تبعه غيره من أن الربح اللاحق لا يجبر مقدار الخسران الذى ورد على العشره المأخوذه، لبطلان المضاربه بالنسبه إليها، فمقدار الخسران الشائع فيها لا ينجبر بهذا الربح، فرأس المال الباقي بعد خسران العشره فى

فى الباقي، لأنه لا يعنى عدم كون المضاربه الأصلية مبنية على رجوع رأس المال بتمامه اليه حتى على تقدير استرداده للبعض.

(١) و فيه ما لا يخفى، فإنه لا وجه للجبران فى المقام، نظرا إلى ان ما يأخذه المالك

إن كان بعنوان استرداد بعض المال، فهو فسخ للمعاملة بالنسبة إلى ذلك المقدار، فينحصر رأس المال بالباقي

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٥٧

المثال المذكور لا يكون تسعين، بل أقل منه بمقدار حصه خساره العشره المأخوذه، و هو واحد و تسع، فيكون رأس المال الباقي تسعين إلا واحد و تسع، و هى تسعه و ثمانون الا تسع، و كذا لا وجه لما ذكره بعضهم فى الفرض الثانى أن مقدار الربح الشائع فى العشره التى أخذها المالك لا يجبر الخسران اللاحق، و ان حصه العامل منه يبقى له و يجب على المالك رده اليه (١) فاللازم فى

لا محاله. و حينئذ يكون العامل مالكا لحصته من الربح فى ذلك المقدار، و معه لا وجه لجبران ما يطرء من الخساره على رأس المال الجديد. فان الفسخ موجب لاستقرار ملكه فيه كما هو الحال فى فسخ العقد فى الجميع.

و ان كان بعنوان كونه من مجموع رأس المال و الربح، فالأمر كذلك، إذ الربح الحاصل عند الفسخ فى البعض ينقسم على ذلك و الباقي بالنسبه، و معه يكون للعامل حصه فيما أخذه المالك لا محاله و يعتبر ذلك ديناً فى ذمته.

و عليه: فإذا خسرت المعامله فى الباقي بعد ذلك لم يكن وجه لإرجاع ما ملكه العامل و أقرضه للمالك إلى رأس المال و جبر الخساره به.

و الحاصل: انه لا وجه لجبران الخسران اللاحق بالربح السابق على الفسخ، بلا فرق فيه بين كون الفسخ فى الكل أو البعض.

(١) لكنك قد عرفت انه الصحيح و لا مناص من الالتزام به.

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٥٨

المثال المفروض عدم بقاء ربح للعامل بعد حصول الخسران المذكور، بل قد عرفت سابقا انه لو حصل

ربح واقتسامه 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 بوجوب الإنضاض على العامل (٢) و انه من تتمات المضاربه.

[مسأله ٤٨: إذا كانت المضاربه فاسده]

(مسأله ٤٨): إذا كانت المضاربه فاسده، فإما ان يكون مع جهلهما بالفساد أو مع علمهما، أو علم أحدهما دون الآخر. فعلى كل التقادير الربح بتمامه للمالك، لإذنه في التجارات (٣) و ان كانت مضاربه باطله. نعم لو كان

(١) إلا إنك قد عرفت فيما مضى انه لا وجه للجبران، لا سيما إذا كانت الخساره بعد القسمة حيث يستقر ملك كل منهما على ما في يده.

(٢) ظاهر كلامه (قده) في المقام اناطه تدارك الخسران بوجوب الإنضاض على العامل بحيث لو لم نقل به لما وجب التدارك، و هو ينافى ما تقدم منه (قده) في الفرع الخامس من المسأله السادسه و الأربعين من عدم كونه منوطا به حيث اختار (قده) عدم وجوب الإنضاض على العامل و مع ذلك قال بوجوب التدارك عليه.

(٣) و هو يكفي في صحتها، حيث أنها لا تتوقف على صحه عقد

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٥٩

الأذن مقيدا بالمضاربه توقف ذلك على إجازته (١)، و الا- فالمعاملات الواقعه باطله (٢). و على عدم التقيد أو الإجازه يستحق العامل مع جهلهما لأجره عمله (٣). و هل يضمن عوض ما أنفقه في السفر على نفسه، لتبين عدم استحقاقه النفقه، أولا، لأن المالك سلطه على الإنفاق مجانا؟

وجهان، أقواهما الأول (٤) و لا يضمن التلف و النقص (٥)

المضاربه، إذ الذي يتوقف عليها إنما هو استحقاق العامل للحصه المعينه من الربح.

(١)

على ما تقتضيه القاعده فى العقد الفضولى.

(٢) لفقدانها الأذن و الإجازة معا.

(٣) لاستيفاء المالك عمل الغير الصادر عن أمره لا على نحو المجانيه فإنه موجب لضمانه له بدفع بدلته - أعنى أجره المثل - على ما تقتضيه السيره القطعيه على تفصيل فى المقام يأتى.

(٤) بل الثانى، فان إذن المالك له بالسفر و الصرف من ماله لما لم يكن مقيدا بصحة عقد المضاربه، كان مقتضى القاعده عدم الضمان، إذ الضمان إنما يختص بفرض التصرف فيه بالتعدى أو التفريط و هو مفقود. و فى المقام تفصيل ستعرفه.

(٥) ظاهر عبارته (قده) ترتب الأحكام الثلاثه - استحقاق أجره المثل و عدم ضمانه لما أنفقه فى السفر على نفسه و عدم ضمانه للتلف و النقص - على فرضى عدم كون الأذن فى المعاملات مقيدا بصحة عقد المضاربه. و التقييد مع أجازته للمعاملات بعد ذلك معا

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٦٠

.....

و من دون فرق بينهما.

إلا ان الظاهر هو التفصيل بين الفرضين.

فعلى الأول: يستحق العامل أجره المثل قطعا، لاستيفاء المالك عمل مسلم محترم صادر عن أمره من دون قصد التبرع و المجانيه، على ما تقتضيه السيره القطعيه الممضاه من قبل الشارع المقدس، حيث لم يرد الردع عنها.

كما لا يضمن العامل ما أنفقه على نفسه فى سفره، حيث أنه قد صدر عن إذنه و أجازته و ان كان عقد المضاربه فاسدا.

و عليه فلا موجب لحكمه (قده) بالضمان، فإنه لو كان العقد صحيحا لما كان فيه ضمان، ففاسده يكون كذلك لنفس الملاك أعنى صدوره عن إذنه.

و منه يظهر الحال فيما يتلف فى يد العامل من الأموال، فإنه لا موجب للحكم بالضمان بعد كون هذه الأموال امانه فى يده، و لم يكن العامل متعديا أو مفرطا.

و على

الثانى: بحيث لو لا- الإجازة المتأخره لبطلت المعاملات الصادره من العامل، فحكم هذه الصور حكم باقى العقود الفضوليه، فلا يستحق العامل شيئاً من الربح و لا- أجره المثل، باعتبار ان المالك لم يأمره بشىء بل و لم يستوف من عمله شيئاً، و إنما هو استوفى الربح بعمل نفسه بإجازته للعقد.

و من هنا فحكمه (قده) باستحقاقه لأجره المثل حتى فى هذه الصوره- على ما يظهر من عبارته- لا يمكن المساعده عليه.

و كذا الحال فيما صرفه العامل فى سفره، فإنه لا موجب لحسابه

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٦١

و كذا الحال إذا كان المالك عالماً دون العامل (١) فإنه يستحق الأجره، و لا يضمن التلف و النقص و ان كانا عالمين أو كان العامل عالماً دون المالك، فلا أجره له، لإقدامه على العمل مع علمه بعدم صحه المعامله (٢) و ربما يحتمل فى صورته علمهما أنه يستحق حصته من الربح من باب الجعالة. و فيه: أن المفروض عدم قصدھا (٣) كما أنه ربما يحتمل استحقاقه أجره المثل إذا اعتقد أنه يستحقها

على المالك بعد أن لم يكن كل ذلك باذن منه.

و منه يظهر الحال فيما يتلف فى يد العامل. فإنه ضامن له لا محاله بعد إن لم تكن يده يد امانه، حيث ان المالك لم يأذن له فى التصرف مطلقاً، و إنما أذن له فيه مقيداً بصحه عقد المضاربه، فإذا انتفى القيد كان المقيد مثله.

(١) يظهر الحال فيه مما تقدم، فان الكلام فى هذا الفرض هو الكلام فى الفرض السابق من حيث الأدله و التفصيل حرفاً بحرف.

(٢) لكنك قد عرفت غير مره ان العلم بالفساد شرعاً لا يلازم الإتيان بالعمل مجاناً و بغير عوض، فان العامل قاصد

للعوض و ان كان يعلم بان الشارع لم يمضه. و مقتضى السيره العقلانيه القطعيه.

اقتضاء استيفاء عمل الغير الصادر عن أمره للضمان مطلقا علم العامل بالفساد أو جهل، فإن العبره في عدم الضمان إنما هو بالتبرع به و هو غير متحقق.

(٣) ظاهر هذا التعليل ان عدم الاستحقاق ناش من عدم القصد

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٦٢

مع الفساد، و له وجه (١) و ان كان الأقوى خلافه. هذا كله إذا حصل ربح و لو قليلا، و أما مع عدم حصوله فاستحقاق العامل الأجره و لو مع الجهل مشكل (٢)، لإقدامه على عدم العوض لعمله مع عدم حصول الربح.

إلى الجعالة و فيه: انه لا اثر للقصد و عدمه، و ذلك لما تقدم مرارا من عدم صحه تملك الإنسان ما لا يملكه بالفعل إلا ما خرج بالدليل إذ ليس له- بالفعل - مال و ملك كى ينقله إلى غيره و يجعله هو المالك.

و عليه: فحيث لا دليل على صحته فى الجعالة، فلا بد فى الجعل من كونه مالا مملوكا للجاعل فى الخارج أو فى الذمه بالفعل، و لما لم يكن الربح من هذا القبيل حيث لا وجود له حين الجعل، فلا يصلح للجعل سواء تحقق القصد إلى الجعالة أم لم يتحقق.

فالبطلان غير ناش من جهه عدم قصده لها فى عقد المضاربه، فإنه باطل حتى مع القصد.

على انه قد تقدم ان المضاربه عين الجعالة و ليست شيئا فى قبالتها نعم تمتاز هى عن سائر أفراد الجعالة بالصحه مع مجهوليه الجعل.

(١) عرفته فيما تقدم.

(٢) الظاهر انه لا- ينبغى الإشكال فى عدم استحقاق العامل للأجره فى الفرض، و ذلك لأن الضمان فى هذه الموارد لم يثبت بدليل لفظى كى يتمسك بإطلاقه

فى إثبات أجره المثل فى مثل المورد أيضا، و إنما هو قد ثبت بالسيرة العقلائية القائمة على اقتضاء الأمر بعمل ذى أجره

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٦٣

و على هذا فى صورته حصوله أيضا يستحق أقل الأمرين من مقدار الربح و أجره المثل (١) لكن الأقوى خلافه، لأن رضاه بذلك كان مقيدا بالمضاربه (٢) و مراعاة الاحتياط فى هذا و بعض الصور المتقدمه أولى.

لا مجاناً لثبوتها فى ذمه الأمر.

و من هنا يكون المتبع فى الحكم هى السيره القطعيه، و حيث أنه لا- ينبغى الشك فى عدم ثبوت شىء على الأمر غيره بعمل مجاناً و من غير أجره مطلقاً أو على تقدير دون تقدير، سواء أقصد العامل التبرع أيضاً أم لم يقصده، إذ لا أثر لقصده، فلا ينبغى الإشكال فى عدم ثبوت الأجره للعامل فى المقام، فان المالك إنما جعل له الحصه من الربح- على تقدير تحققه- و لم يجعل له شيئاً من ماله الخاص، و هو إنما يعنى أن المالك إنما أمره بالعمل- على تقدير عدم الربح- مجاناً و بغير عوض و معه فلا يكون وجه للضمان.

و الحاصل: ان الضمان إنما يثبت عند الأمر بالعمل لا مجاناً، و أما مع كون الأمر به مقيداً بالمجانیه و لو على تقدير- على فرض تحققه- فلا موجب للضمان.

(١) ظهر وجهه مما تقدم، فإن الأمر إنما يقتضى الضمان بالمقدار الذى التزم به الأمر و أما الزائد عنه فلا دليل عليه. و أما مع زياده الأجره عن الحصه فلاقدام العامل على العمل على ان لا يستحق الزائد عن هذا المقدار.

(٢) إلا انك قد عرفت ان العبره إنما هى بما التزم به الأمر على نفسه، لا برضا العامل و عدمه

على اننا لو التزمنا بكون رضا العامل

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٦٤

[(مسألة ٤٩): إذا ادعى على أحد أنه أعطاه كذا مقدارا مضاربه و أنكر و لم يكن للمدعى بينه]

(مسألة ٤٩): إذا ادعى على أحد أنه أعطاه كذا مقدارا مضاربه 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 للعامل]

(مسألة ٥٠): إذا تنازع المالك و العامل في مقدار رأس المال الذي أعطاه للعامل قدم قول العامل بيمينه مع عدم اليينه (٢)، من غير فرق بين كون المال موجودا أو تالفا مع ضمان العامل، لأصالة عدم إعطائه أزيد مما يقوله و أصالة براءه ذمته إذا كان تالفا بالأزيد. هذا إذا لم يرجع نزاعهما إلى النزاع في مقدار نصيب العامل من الربح، كما

مقيدا بصحة المضاربه لكان لازمه القول بعدم استحقاق العامل شيئا بالمره، لأن كون رضا العامل مقيدا بها يستلزم كون رضا المالك و أمره له مقيدا بها أيضا، و هذا يعنى فساد جميع العقود الصادره منه لكونه فضوليا و توقف صحتها على الإجازة، فإذا أجاز صحت المعاملات بها و معه فلا يستحق العامل شيئا من الربح أو أجره المثل - على ما تقدم.

(١) على ما تقتضيه قواعد القضاء، فإن أقام المدعى اليينه فهو و الا فله إحلاف المنكر، فان حلف فهو، و إن نكل عن اليمين و لم يردها على المالك أيضا ألزم بدفع المال إن كانت عينا معينه و إلا فبدله.

(٢) لما تقدم.

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٦٥

إذا كان نزاعهما بعد حصول الربح و علم أن الذي بيده هو مال المضاربه، إذ حينئذ النزاع في قله رأس المال و كثرته يرجع إلى النزاع في مقدار نصيب العامل من هذا المال الموجود، إذ على تقدير قله 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 أيضا لا فرق بين كون المال باقيا أو تالفا بضمان العامل، إذ بعد الحكم بكونه للمالك إلا كذا مقدارا منه، فإذا تلف مع ضمانه لا بد أن يغرم المقدار الذى للمالك.

[مسأله (٥١): لو ادعى المالك على العامل انه خان أو فرط فى الحفظ فتلف]

(مسأله ٥١): لو ادعى المالك على العامل انه خان أو فرط فى الحفظ فتلف أو شرط عليه أن لا يشتري الجنس

(١) و لا- يرد عليه: ان العامل ذو اليد حيث ان المال بأجمعه فى يده بالفعل و مقتضى القاعده كونه بأجمعه له إلا- ما أقر به للمالك.

فإنه إنما يتم فيما إذا لم يكن ذو اليد معترفا بانتقاله اليه من المالك، و أما معه فلا أثر لليد، حيث ينقلب المدعى منكرا و المنكر مدعىا، فيلزم بالإثبات و الا فالمال للمالك بمقتضى اعترافه، و لا يستحق إلا ما يقر به المالك.

نعم للعامل إحلاف المالك فى الفرض على ما تقتضيه قواعد القضاء.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٦٦

الفلانى، أو لا- يبيع من زيد أو نحو ذلك، فالقول قول العامل فى عدم الخيانه و التفريط، و عدم شرط المالك عليه الشرط الكذائى (١) و المفروض أن مع عدم الشرط يكون مختارا فى الشراء و فى البيع من أى شخص أراد.

نعم لو فعل العامل ما لا يجوز له إلا ياذن من المالك- كما لو سافر أو باع بالنسيئه و ادعى الأذن من المالك فالقول

(١) فيه اشكال بل منع، و ذلك لما ذكرناه فى مبحث الإطلاق و التقييد من المباحث الأصوليه من ان النسبه بين الإطلاق و التقييد بحسب مقام الثبوت هو التضاد حيث ان الإهمال أمر غير معقول، فان المنشئ إذا التفت الى انقسام متعلق حكمه أو موضوعه، فاما ان

يكون لإحدى تلك الخصوصيات الموجهة للانقسام دخل في ثبوت ذلك الحكم المنشأ أو لا يكون، ولا ثالث لهما لامتناع ارتفاع النقيضين.

والأول هو المقيد ويسمى بالطبيعه بشرط شيء ان كان القيد وجوديا، والطبيعه بشرط لا إن كان عدميا، والثاني هو المطلق ويسمى بالطبيعه لا بشرط القسمة. والإهمال غير معقول لاستحالة ارتفاع النقيضين.

وبعبارة أخرى: ان حال الأمر لا يخلو بحسب الواقع إما من لحاظ الطبيعه الساريه أو لحاظ الطبيعه المقيدة ببعض الخصوصيات الوجوديه أو العدميه، ومن هنا فتكون النسبه بينهما هي نسبه التضاد حيث ان كلا منهما- لحاظ الدخل و لحاظ عدمه- أمر وجودي.

و أما بحسب مقام الإثبات فالنسبه بينهما إنما هي نسبه العدم والملكه فإن المتكلم ان لم يكن في مقام البيان فالقضية مجمله مهمله، لا مطلقه

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٦٧

.....

و لا مقيدة، و ان كان في مقام البيان، فان ذكر القيد فالقضية مقيدة و الا فهي مطلقه.

ثم ان الإطلاق في هذا المقام يكشف عن عدم التقييد في مقام الثبوت و كون مراده هي الطبيعه الساريه، و الا لكان متكلماً على خلاف ما هو المتعارف لدى الناس في مقام التفاهم.

و مما ذكرنا يظهر الوجه في كون النسبه بينهما بحسب هذا المقام هو العدم والملكه، فإن الإطلاق عبارته عن عدم تقييد ما هو قابل للتقييد.

و من هنا: فما ذكر في كلمات الأصحاب من كون المقابله بينهما من تقابل العدم والملكه، صحيح لكنه بالقياس إلى مقام الإثبات فقط و على ضوء هذا ففيما نحن فيه:- إذا اعترف المالك يكون عقد المضاربه حين وقوعه مطلقاً كشف ذلك عن إطلاقه في مقام الثبوت أيضاً، فإن

ادعى انه قد منع العامل بعد ذلك عن الاتجار بنحو معين بحيث يكون مقيدا منفصلا و رافعا لحجيه ظهور ذلك الإطلاق- مع بقاء أصل الظهور على حاله- و أنكر العامل ذلك. فالأمر كما أفاده (قده) من تقديم قول العامل.

فإن إطلاق كلامه- بمقتضى اعترافه- حجه عليه ما لم يثبت أنه أقام حجه أخرى.

لكن الظاهر انه (قده) لا ينظر إلى فرض دعوى قيام الحجه المنفصله، و انه ناظر إلى فرض دعوى الحجه المتصله، بمعنى ادعاء المالك لمنع العامل عن التجاره المعينه حين المضاربه، و خيانه العامل بمخالفته لذلك. و إنكار العامل لذلك.

و فى هذا الفرض لا يتم ما أفاده (قده) حيث ان العامل حينئذ

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٦٨

قول المالك فى عدم الأذن (١).

و الحاصل: ان العامل لو ادعى الأذن فيما لا يجوز إلا بالأذن قدم فيه قول المالك المنكر، و لو ادعى المالك المنع فيما يجوز إلا مع المنع قدم قول العامل المنكر له.

يدعى الإطلاق و المالك يدعى التقييد، و فى مثله لا يمكن تقديم قول العامل لأنه مدع أيضا لأن أصله عدم التقييد، ان أريد بها استصحاب العدم الأنزلى- لو قلنا به كما هو الصحيح- فلا- أثر له فى المقام حيث لا يثبت الإطلاق. و ان أريد بها أصله الإطلاق الثابتة ببناء العقلاء فلا مورد لها فى المقام، فإنها إنما تجرى فيما إذا أحرز الإطلاق فى مقام الإثبات و كان الشك فى مطابقه مقام الثبوت له، فلا تجرى فى فرض الشك فى أصل ثبوت الإطلاق.

و الحاصل: انه بعد الشك فى الإطلاق و التقييد فى المقام لا وجه لإثبات الأذن من المالك ما لم يثبت هو التقييد، لما عرفت من أنهما من المتضادين، بل

لا بد على العامل من إثبات ذلك و الا فهو له ضامن.

ثم ان هذا الكلام لا يختص بالمقام بل يجرى في موارد كثيره منها الوقف إذا شك في عمومه و خصوصه، فإنه لا بد من الاقتصار على القدر المتيقن ما لم يعلم ان الصادر من المنشأ هو المطلق.

(١) حيث ان العامل مدع و المالك منكر، و القول قول المنكر ما لم يثبت المدعى دعواه بالبينه أو حلف اليمين المردوده.

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٦٩

[(مسألة ٥٢): لو ادعى العامل التلف و أنكر المالك قدم قول العامل لأنه أمين]

(مسألة ٥٢): لو ادعى العامل التلف و أنكر المالك قدم قول العامل لأنه أمين (١) سواء كان بأمر ظاهر أو

(١) تقدم التعرض لهذه المسألة في مسائل تنازع المالك و المستأجر من كتاب الإجاره، و حيث انها لا تخلو عن غموض فلا بأس بإعادة التعرض لها ثانيا لبيان ما هو الحق في المقام و يقتضيه التحقيق جليا.

فقول:

لهذه المسألة صور أربع:- الأولى: ما إذا كان العامل غير مأمون و ادعى تلف المال بغير تفريط حتى ينفي عن نفسه الضمان للمالك، و ادعى المالك في قبالة إتلافه للمال عمدا أو تفريطه في تلفه أو عدم تلفه أصلا، فطالبه بالعين أو بدلها.

و المشهور- في هذه الصورة- بل ادعى عليه الإجماع، انه ليس على العامل إلا اليمين و على المالك المدعى للضمان إقامه البينه على خلاف ما يدعيه العامل.

غير ان الشهيد الثاني (قده) نسب في المسالك إلى المشهور مطالبه العامل بالبينه.

أقول: لا يخفى ان الموافق لقواعد القضاء و عمومات كون البينه على المدعى و اليمين على من ادعى عليه، هو ما ادعى عليه الإجماع نظرا لكون المالك هو المدعى للضمان على العامل.

إلا ان الاستفادة من النصوص الخاصة كون المطالب بالبينه في محل الكلام هو العامل.

عليه فيتعين رفع اليد عن العمومات و الحكم بإلزام العامل بالبينه

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٧٠

.....

بيان ذلك: ان الروايات الواردة فى المقام على ثلاث طوائف:- الطائفة الأولى:- ما دل على ضمان العامل و انه لا بد له فى دفع الضمان عن نفسه من إثبات مدعاه. و هى عدة روايات:

منها: صحيحه الحلبي عن أبى عبد الله (ع): (قال: فى الغسال و الصبّاغ ما سرق منهم من شىء فلم يخرج منه على أمر بين انه سرق و كل قليل له أو كثير فان فعل فليس عليه شىء و ان لم يقيم البينه و زعم انه قد ذهب الذى ادعى عليه فقد ضمنه ان لم يكن له بينه على قوله) «١».

و منها: صحيحه ابن مسكان عن أبى بصير عن أبى عبد الله (ع) قال: (سألته عن قصار دفعت اليه ثوبا فزعم انه سرق من بين متاعه. قال: فعليه ان يقيم البينه أنه سرق من بين متاعه و ليس عليه شىء، فان سرق متاعه كله فليس عليه شىء) «٢».

و منها: معتبره السكوني عن أبى عبد الله (ع) قال: (كان أمير المؤمنين (ع) يضمن الصبّاغ و القصار و الصائغ احتياطاً على أمتعه الناس) «٣».

و منها: صحيحه الحلبي عن أبى عبد الله (ع) قال: (سئل عن رجل جمّال استكرى منه إبلا و بعث معه بزيت إلى أرض فزعم ان بعض زقاق الزيت انخرق فأهراق ما فيه، فقال: إن شاء أخذ

(١) الوسائل: ج ١٢ باب ٢٩ من أبواب أحكام الإجاره ح ٢.

(٢) الوسائل: ج ١٢ باب ٢٩ من أبواب أحكام الإجاره ح ٥.

(٣) الوسائل: ج ١٢ باب ٢٩ من أبواب أحكام الإجاره ح ٦.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٧١

الزيت و قال انه انخرق و لكنه لا يصدق إلا بينه عادله) «١».

و منها: صحيحته عنه (ع) أيضا: (فى رجل حمل مع رجل فى سفينته طعاما فنقص. قال هو ضامن. الحديث) «٢» و نحوها غيرها.

فان هذه الروايات المعتمره تدل و بوضوح على ضمان العامل فى فرض دعواه التلف ما لم يقم بينه عادله على صدق ما يقوله.

الطائفة الثانية:- ما دل على عدم ضمان العامل عند دعواه التلف و هى عدده روايات.

منها: معتمره يونس قال: (سألت الرضا (ع) عن القصار و الصائغ أ يضمنون؟ قال: لا يصلح إلا أن يضمنوا) «٣».

و هذه الروايه معتمره سندا و ان كان فى طريقها إسماعيل بن مرار فإنه ثقة على الأصح لوروده فى اسناد تفسير على بن إبراهيم، و قد دلت على عدم تضمين العامل مطلقا إلا ان يشترط عليه الضمان فى ضمن العقد.

و منها: صحيحه معاويه بن عمار عن أبى عبد الله (ع) قال:

(سألته عن الصبّاغ و القصار، فقال: ليس يضمنان) «٤».

الطائفة الثالثة:- ما دل على التفصيل بين المتهم و غيره حيث يضمن الأول دون الثانى و هى عدده روايات أيضا:

(١) الوسائل: ج ١٢ باب ٣٠ من أبواب أحكام الإجاره ح ١.

(٢) الوسائل: ج ١٢ باب ٣٠ من أبواب أحكام الإجاره ح ٢.

(٣) الوسائل: ج ١٢ باب ٢٩ من أبواب أحكام الإجاره ح ٩.

(٤) الوسائل: ج ١٢ باب ٢٩ من أبواب أحكام الإجاره ح ١٤.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٧٢

منها: صحيحه الحلبي عن أبي عبد الله (ع) قال: (كان أمير المؤمنين (ع) يضمن القصار و الصائغ احتياطا للناس، و كان أبي يتطول عليه إذا كان مأمونا) «١».

حيث دلت على تضمينه (ع) لمن لم يكن مأمونا.

و منها: معتبره أبي

بصير عن أبي عبد الله (ع) قال: (كان على (ع) يضمن القصار و الصائغ يحتاط به على أموال الناس، و كان أبو جعفر (ع) يتفضل عليه إذا كان مأمونا) «٢».

و هي في الدلالة كسابقتها.

و منها: صحيحه جعفر بن عثمان - الرواسي الثقفي - قال: (حمل أبي متاعا إلى الشام مع جمال فذكر ان حملا منه ضاع، فذكرت ذلك لأبي عبد الله (ع)، فقال: أ اتهمه؟ قلت: لا، قال: فلا تضمنه) «٣».

و هي تدلنا بمنطوقها و مفهومها على ان التضمن إنما يختص بصورة الاتهام و لا يثبت في غيرها.

و منها: معتبره أبي بصير عن أبي عبد الله (ع): (في الجمال يكسر الذي يحمل أو يهريقه، قال: إن كان مأمونا فليس عليه شيء، و ان كان غير مأمون فهو ضامن) «٤».

و لا إشكال في أن السؤال في هذه المعتبره إنما هو عن حكم التلف

(١) الوسائل: ج ١٢ باب ٢٩ من أبواب أحكام الإجاره ح ٤.

(٢) الوسائل: ج ١٢ باب ٢٩ من أبواب أحكام الإجاره ح ١٢.

(٣) الوسائل: ج ١٢ باب ٣٠ من أبواب أحكام الإجاره ح ٦.

(٤) الوسائل: ج ١٢ باب ٣٠ من أبواب أحكام الإجاره ح ٧.

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٧٣

.....

و الا فلا فرق في ضمان المتلف بين المأمون و غيره جزما.

و مما يؤيد هذه الطائفة روايه خالد بن الحجاج - كما في الكافي - أو الحجال - كما في التهذيب - قال: (سألت أبا عبد الله (ع) عن الملاح أحمله الطعام ثم أقبضه منه فينقص، قال: إن كان مأمونا فلا تضمنه) «١».

فإنها و إن كانت صريحه في المدعى إلا انها قاصره من حيث السند، فان خالد بن الحجال لا وجود له على الإطلاق لا في كتب الرجال و

لا فى كتب الحديث ما عدا نسخه التهذيب من هذه الروايه.

و المظنون قويا وقوع التحريف فيها و الصحيح ما فى الكافى فإن الكلينى أضبط فى النقل، و خالد بن الحجاج لم يوثق.

و من هنا: فلا تصلح هذه الروايه إلا لتأييد هذه الطائفة.

ثم ان الطائفتين الأوليين و إن كانتا متعارضتين بالتباين حيث دلت الأولى على الضمان فى حين صرحت الثانية بعدمه، إلا ان الطائفة الثالثه تقيّد كلا منهما و بذلك يرتفع التعارض بينهما و تكون النتيجة عدم ضمان العامل فيما إذا كان مأمونا من غير ان يطلب منه الإثبات بإقامه البيئه على دعواه، بخلاف ما إذا كان متهما حيث يطالب بإثبات ما ادعاه و إلا تعين الضمان عليه.

بقى الكلام فى انه هل للمالك فى فرض كون العامل متهما مطالبته بالحلف بدلا عن مطالبته بالبيئه؟

و بعبارة أخرى: هل المالك فى صورته اتهام العامل مخير بين مطالبته بإقامه البيئه على التلف و بين مطالبته بالحلف عليه. أم أنه

(١) الوسائل: ج ١٢ باب ٣٠ من أبواب أحكام الإجاره ح ٣.

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٧٤

.....

ليس للمالك إلا مطالبه العامل بالإثبات؟

الظاهر هو الأول و ذلك لوجهه: - الأول: ان جواز مطالبه المالك العامل بالبيئه حق له و له ان يرفع اليد عنه و يرضى بحلفه بدلا عنه.

نعم لا يترتب على هذا الوجه إلزامه العامل بالحلف، فان للعامل الامتناع عنه و اقامه البيئه على ما يدعيه.

الثانى: عمومات ما دل على ان البيئه على المدعى و اليمين على المدعى عليه فإنها غير قاصره عن شمول الكلام، لأنها و ان خصصت فيه بالنسبه إلى مطالبه المدعى بالبيئه، حيث دلت النصوص الخاصه على مطالبتها من المدعى عليه، إلا انها لم تدل على

عدم جواز مطالبه الحلف منه، فتبقى العمومات على حالها و سليمة عن المخصص من هذه الناحية، و بذلك فيثبت للمالك مطالبه العامل باليمين.

نعم يختص هذا الوجه بما إذا كان المالك مدعياً لخلأف ما يدعيه العامل جزماً و الا فليس له حق الدعوى عليه بمقتضى العموما.

الثالث: صحيحه أبا بصير يعنى المرادى عن أبى عبد الله (ع) قال: (لا يضمن الصائغ و لا القصار و لا الحائك إلا أن يكونوا متهمين فيخوفون بالبينه و يستحلف لعله يستخرج منه شيئاً.

الحديث) «١».

وجه الدلالة: ان جملة «و يستحلف» معطوفه على جملة «فيخوف» فتدل الصحيحه انه كما يخوف العامل بالبينه يطلب منه اليمين.

(١) الوسائل: ج ١٢ باب ٣٠ من أبواب أحكام الإجاره ح ١١.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٧٥

.....

بل لو كنا نحن و هذه الصحيحه لحكمنا بان وظيفه العامل هو الحلف فقط، لكننا و بلحاظ الروايات السابقه نحكم بتخيير المالك بين مطالبه البينه و الحلف.

و أما ما تقدم منا فى كتاب الإجاره من المناقشه فى دلاله الصحيحه على جواز الاستحلاف، فلم يكن فى محله و الظاهر هو التخيير كما عرفت.

و مما يؤيد ذلك ما رواه الشيخ بإسناده عن بكر بن حبيب قال:

(قلت لأبى عبد الله (ع). أعطيت جبه إلى القصار فذهب بزعمه قال: ان تتهمه فاستحلفه، و ان لم تتهمه فليس عليه شىء) «١».

□
و ما رواه أيضا عنه عن أبى عبد الله (ع) قال: (لا يضمن القصار إلا ما جنت يده و ان اتهمته أحلفته) «٢».

الصوره الثانيه:- ما إذا كان العامل غير مأمون و ادعى التلف بغير تفريط و لم يدع المالك عليه شيئاً لعدم جزمه بكذب العامل فى دعواه و احتمال صدقه.

و فيها لو كنا نحن و لم تكن

الروايات الخاصة المتقدمه لحكمنا بعدم ضمان العامل حيث لا يدعى المالك عليه الضمان.

غير ان الروايات الخاصة المتقدمه و الداله على ضمان العامل إذا كان متهما فى نفسه و غير مأمون غير قاصره الشمول عن هذه الصوره.

و عليه فيكون حكمها حكم سابقتها فى تخير المالك بين مطالبه العامل بالبينه أو اليمين و الا فالعامل ضامن للمال.

(١) الوسائل: ج ١٢ باب ٣٠ من أبواب أحكام الإجاره ح ١٦.

(٢) الوسائل: ج ١٢ باب ٣٠ من أبواب أحكام الإجاره ح ١٧.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٧٦

خفى، و كذا لو ادعى الخساره، أو ادعى عدم الربح (١) أو ادعى حصول المطالبات فى النسيئه مع فرض كونه

الصوره الثالثه: ما إذا كان العامل مأمونا و ادعى التلف بغير تفريط و لم يدع المالك عليه شيئا.

و فيها لا إشكال فى عدم ضمان العامل و انه لا يلزم بشىء من الحلف أو إقامه البينه إذ لا مقتضى لشىء منهما بعد عدم توجه دعوى اليه من قبل المالك، بل الروايات المتقدمه واضحه الدلاله على عدم التضمنين فى هذه الصوره.

الصوره الرابعه:- ما إذا كان العامل مأمونا فى نفسه و ادعى التلف بغير تفريط إلا- ان المالك اتهمه و ادعى عليه الإلتلاف أو التلف بتعد أو تفريط.

و فيها يكون المالك هو المطالب بالبينه، إلا ان له إحلاف العامل على ما تقتضيه موازين القضاء.

و ما تقدم من الروايات الداله على التضمنين قاصره الشمول لمثل هذه الصوره، مضافا إلى ان صحيحه جعفر بن عثمان المتقدمه دلت على جواز التضمنين فى فرض الاتهام.

(١) فى خصوص الفرض حيث يكون النزاع فى أمر زائد عن رأس المال، فللمالك اقامه الدعوى إن كان جازما بما يدعيه، إذ بدونه ليس له حق الدعوى.

عليه فان أقام البيئه فهو و الا- فله إحلاف العامل فان حلف فهو و الا فله رده على المالك و الا ألزم به- على ما تقتضيه موازين القضاء.

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٧٧

مأذونا فى البيع بالدين و لا فرق فى سماع قوله بين أن يكون الدعوى قبل فسخ المضاربه أو بعده (١). نعم لو ادعى بعد الفسخ التلف بعده ففى سماع قوله لبقاء أمانته، و عدمه لخروجه بعده عن كونه أميناً، وجهان (٢) و لو أقر بحصول الربح ثم بعد ذلك ادعى التلف أو الخساره، و قال إنى اشتبهت فى حصوله، لم يسمع منه، لأنه رجوع عن إقراره الأول (٣) و لكن لو قال: ربحت ثم تلف، أو

(١) لإطلاق الأدله.

(٢) أظهرهما الأول، إذ لم يظهر وجه خروج يده عن الأمانه فإن المالك هو الذى سلمه المال و سلطه عليه ليكون امانه عنده حتى يرده اليه، و مقتضاه كونه كذلك حتى بعد الفسخ و قبل الرد.

نعم لو طالبه المالك به و امتنع خرجت يده عن الأمانه و اتصفت بالعدوان لا محاله، إلا انه خلاف المفروض فى المقام.

(٣) فى كون هذا رجوعاً عن الإقرار السابق اشكال بل منع فإنه ليس من الإنكار بعد الإقرار حيث لا يتحد مورده مع ما ورد عليه الإنكار، و إنما هو من الدعوى على خلاف ظاهر الكلام فان ظاهر كل كلام صادر من عاقل شاعر ملتفت هو صدوره عن جد و من غير غلط فيه.

و بعبارة أخرى: ان دعوى الاشتباه فى المقام إنما يصطدم مع ظهور كلامه فى الجد و عدم الغلط، و لا يصطدم مع إقراره السابق إلا ان هذا لا يعنى سماع دعواه فى ذلك، بل لا بد له

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٧٨

ثم حصلت الخساره، قبل منه (١).

[مسأله ٥٣): إذا اختلفا فى مقدار حصه العامل و أنه نصف الربح مثلا أو ثلثه]

(مسأله ٥٣): إذا اختلفا فى مقدار حصه العامل و أنه نصف الربح مثلا أو ثلثه قدم قول المالك (٢).

[مسأله ٥٤): إذا ادعى المالك أنى ضاربتك على كذا مقدار و أعطيتك]

(مسأله ٥٤): إذا ادعى المالك أنى ضاربتك على كذا مقدار و أعطيتك، فأنكر أصل المضاربه، أو أنكر تسليم

نظرا لحجيه ظهور الكلام لدى العقلاء، فإن أثبت سمعت دعواه و إلا فلا.

(١) إذا لم يكن متهما على ما تقدم.

(٢) و على العامل الإثبات - على ما تقتضيه موازين الدعوى.

و قد يتوهم كون المقام من التداعى، باعتبار ان المتيقن فى استحقاق كل منهما من المال هو ما يعترف الآخر له. فالمتيقن من حصه المالك هو ما يعترف به العامل، و من حصه العامل هو ما يعترف به المالك و يكون الباقي هو محل الخلاف بينهما فكل منهما يدعيه، و بذلك فيكون من التداعى.

إلا أنه فى غايه الضعف، و ذلك لما ذكرناه فى باب القضاء من أن الروايات الوارده فيه على كثرتها لم تتعرض لتحديد المدعى و المنكر حيث لم يرد فى ذلك و لا نص ضعيف.

و من هنا فلا بد من الرجوع إلى العرف، و مقتضاه كون المطالب بالإثبات هو المدعى و صاحبه المنكر.

و على ضوء هذا ففيما نحن فيه، تكون الأرباح بأكملها - و بمقتضى قانون تبعيه النماء للعين - للمالك إلا ما أخرجه عنه باختياره. و حيث

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٧٩

المال إليه، فأقام المالك بينه على ذلك، فادعى العامل تلفه لم يسمع منه، و أخذ بإقراره المستفاد من إنكاره الأصل (١) نعم لو أجاب المالك بأنى لست مشغول الذمه لك بشىء، ثم بعد الإثبات ادعى التلف، قبل منه، لعدم المنافاه بين

ان المتيقن فيه هو ما يعترف به المالك، فعلى العامل الإثبات فى الزائد عنه. و عليه فلا

(١) حيث ان إنكار المضاربه أو تسلّم المال، تكذيب لدعواه التلف لأنه فرع تسلّمه منه إذ لا يمكن إتلاف المعدوم.

و عليه فللمالك مطالبته بأداء نفس العين لخروج يده عن وصف الأمانه، ما لم يثبت تلفه بالبينه، و الا فينتقل الأمر إلى مطالبه البديل لا محاله لامتناع ردها بنفسها.

هذا و قد يقال: انه لا أثر للبينه فى المقام، نظرا لاعتراف العامل بعدم التلف، فإنه بإنكاره تسلّم المال معترف بعدمه لتوقفه عليه، فلا تسمع بينته لأنها لا تكون حجه فى مقابل الإقرار، و عليه فيلزم العامل برد العين و الا فيحبس - على ما هو مقتضى القضاء.

و فيه: ان تكذيبه لنفسه فى دعوى التلف ليس تكذيبا على الإطلاق فإن العامل إنما اعترف بعدم التلف من باب القضييه السالبه بانتفاء الموضوع خاصه، و أما التلف على نحو القضييه السالبه بانتفاء المحمول فلم يعترف به و لم ينكره أيضا. بأن كلامه ساكت عن هذه الناحيه أعنى التلف أو عدمه على تقدير ثبوت أخذه للمال.

و عليه: فاللازم على العامل أولا هو أداء العين بنفسها،

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٨٠

الإنكار من الأول و بين دعوى التلف (١).

[مسألة (٥٥): إذا اختلفا فى صحه المضاربه الواقعه بينهما و بطلانها]

(مسألة (٥٥): إذا اختلفا فى صحه المضاربه الواقعه بينهما و بطلانها قدم قول مدعى الصحه (٢).

[مسألة (٥٦): إذا ادعى أحدهما الفسخ فى الأثناء و أنكر الآخر]

(مسألة (٥٦): إذا ادعى أحدهما الفسخ فى الأثناء و أنكر الآخر، قدم قول المنكر (٣) و كل من يقدم قوله

لاستصحاب بقاءها عنده، إلا انه إذا أثبت تلفها بالبينه طوبى بالبديل.

و الحاصل: انه ليس معنى عدم سماع قوله مطالبته بالعين مطلقا و على كل تقدير- كما يظهر ذلك من عباره الماتن (قده)- و إنما معناه انه ليس كسائر العملاء فى القول بعدم ضمانه مطلقا- على ما اختاره الماتن (قده)- أو مع عدم التهمه- على ما اخترناه- لأن يده قد خرجت عن الأمانه و اتصفت بالخيانة و العدوان، فلا يقبل قوله إلا مع إقامة البينه على التلف فيطالب ببديلها.

(١) و حينئذ فيكون الحكم ما تقدم فى المسألة الثانيه و الخمسين، من سماع قوله مطلقا- على ما اختاره الماتن (قده) أو فى خصوص فرض عدم التهمه- على ما اخترناه.

(٢) لأصالة الصحة الثابتة عند المتشرعه بلا خلاف و المقتضيه لحمل العقد على الصحة و ترتيب آثارها عليه، ما لم يثبت الطرف الآخر مدعاه.

(٣) أما بالنسبه إلى الحاله الفعلية، فنفس دعوى الفسخ يكفى فى انفساخ العقد، نظير دعوى الزوج الرجوع فى أثناء العده الرجعيه،

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٨١

فى المسائل المذكوره لا بد له من اليمين (١).

[مسأله ٥٧: إذا ادعى العامل الرد و أنكره المالك قدم قول المالك]

(مسأله ٥٧): إذا ادعى العامل الرد و أنكره المالك قدم قول المالك (٢).

[مسأله ٥٨: لو ادعى العامل فى جنس اشتراه أنه اشتراه لنفسه، و ادعى المالك انه اشتراه للمضاربه]

(مسأله ٥٨): لو ادعى العامل فى جنس اشتراه أنه اشتراه لنفسه، و ادعى المالك انه اشتراه للمضاربه، قدم قول العامل. و كذا لو ادعى أنه اشتراه للمضاربه، و ادعى المالك أنه اشتراه لنفسه، لأنه أعرف بنيته (٣)، و لأنه

حيث تكون بنفسها رجوعاً، و أما بالنسبه إلى المعاملات السابقه، فلا- يسمع قول مدعى الفسخ ما لم يثبت به بالبينه، و ذلك لاستصحاب بقاءه.

نعم لو ادعى مدعى الفسخ علم الطرف الآخر به كان له إحلافه عليه.

(١) على ما تقتضيه قواعد القضاء، فان على المدعى البينه و اليمين على من أنكر.

(٢) بيمينه لكونه منكرًا.

و قد يقال: بتقديم قول العامل نظراً لكونه أميناً.

إلا انه فى غير محله جداً، فان الدليل على قبول قوله يختص بمورد ادعاه التلف و من هنا فيكون باقى الموارد مشمولاً لعموم:

البينه على المدعى و اليمين على من أنكر. و بما أن العامل هو المدعى حيث يعترف بالأخذ و يدعى الرد، فيلزم بالبينه لا محاله.

(٣) للسيره العقلائيّه القطعيه. المعبر عنها فى الكلمات بأن من ملك

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٨٢

أمين فيقبل قوله. و الظاهر أن الأمر كذلك لو علم أنه أدى الثمن من مال المضاربه (١)، بان ادعى أنه اشتراه في الذمه لنفسه ثم أدى الثمن من مال المضاربه، و لو كان عاصيا في ذلك.

[مسأله ٥٩): لو ادعى المالك انه أعطاه المال مضاربه و ادعى القابض أنه أعطاه قرضا، يتحالفان]

(مسأله ٥٩): لو ادعى المالك انه أعطاه المال مضاربه و ادعى القابض أنه أعطاه قرضا، يتحالفان (٢)، فإن

شيئا ملك الإقرار به، باعتبار ان الأمر بيده فله ان يشتري لنفسه و له أن يشتري للمضاربه فالقول قوله و ليس لدعوى المالك أثر ما لم يثبت بالبينه.

(١) لكونه أمرا خارجا عن العقد الصادر عنهما. فلا ينافي قبول قوله في مدعاه.

(٢) و فيه:

ان المقام ليس من موارد التداعى كى يثبت التحالف فإنه انما يكون فيما إذا كان كل منهما ملزما للآخر بشىء و هو ينكره فلا يعم المقام حيث يختص الإلزام بطرف واحد خاصة. فإن المالك لا يلزم العامل بشىء و انما يطلب منه المال و ربحه، و انما العامل يلزمه بأنه ملكه المال بالقرض، فلا بد له من الإثبات، و الا- فله إحلافه و الا- فمقتضى الأصل- و هو كون المال مال المالك. و الربح تابعا له- كونه بجميعه له.

نعم يخرج منه ما يعترف به هو من الحصه.

و الحاصل: ان المقام من قبيل سائر موارد الدعاوى، حيث يدعى العامل انتقال مال الغير اليه و هو ينكره، فعلى العامل الإثبات و الا فله مطالبه المالك باليمين، و أين هذا من التداعى و التحالف؟.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٨٣

حلفا أو نكلا- للقباض أكثر الأمرين من أجره المثل و الحصه من الربح (١) إلا إذا كانت الأجره زائده عن تمام الربح فليس له أخذها، لاعترافه بعدم استحقاق أزيد من الربح.

[(مسألة ٦٠): إذا حصل تلف أو خسران، فادعى المالك أنه أقرضه، و ادعى العامل أنه ضاربه]

(مسألة ٦٠): إذا حصل تلف أو خسران، فادعى المالك أنه أقرضه، و ادعى العامل أنه ضاربه، قدم قول المالك مع اليمين (٢).

(١) و فيه: انه لا- موجب لملاحظه أجره المثل فى المقام بالمره- زادت عن الربح أم نقصت- بعد اتفاقهما على عدم استحقاق العامل لها فى هذه المعامله، لأن المالك يدعى المضاربه و ان العامل انما يستحق الحصه من الربح خاصة، و العامل يدعى القرض و كون الربح بتمامه له، فملاحظه أجره المثل مما لا وجه له أصلا.

(٢) لأن التصرف فى مال الغير و التجاره به متوقف على ثبوت إذنه فى الإبقاء أو التجاره فما لم يثبت الأذن

يكون الاستيلاء عليه موجبا للضمان.

و بعبارة اخرى: ان القرض و ان كان أمرا وجوديا و الأصل عدمه الا- أن هذا الاستصحاب لا اثر له حيث لا يثبت كون العقد مضاربه، و هذا بخلاف استصحاب عدم المضاربه. فإنه يثبت عدم إذن المالك فى إبقاءه عنده و التصرف فيه، و هو كاف فى إثبات الضمان.

و الحاصل: انه لا- حاجة فى إثبات الضمان إلى إثبات ما يدعيه المالك من القرض كى يقال بعدم تكفل استصحاب عدم المضاربه لإثباته، و انما يكفى فيه مجرد نفي الأذن فى التصرف، و هو حاصل بنفى المضاربه بخلاف إثبات عدم الضمان حيث يحتاج إلى إثبات

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٨٤

[مسأله ٦١: لو ادعى المالك الإبضاع و العامل المضاربه يتحالفان]

(مسأله ٦١): لو ادعى المالك الإبضاع و العامل المضاربه يتحالفان (١) و مع الحلف أو النكول منهما يستحق العامل أقل الأمرين من الأجره و الحصه من الربح (٢) و لو لم يحصل ربح فادعى المالك المضاربه لدفع الأجره، و ادعى

المضاربه و هو لا يتحقق باستصحاب عدم القرض.

و مما يؤكده ذلك صحيحه إسحاق بن عمار قال: «سألت أبا الحسن (ع) عن رجل استودع رجلا ألف درهم فضاقت، فقال الرجل: كانت عندى وديعه، و قال الآخر. انما كانت لى عليك قرضا، فقال:

المال لازم له الا أن يقيم البيئه أنها كانت وديعه) «١».

فإنه إذا ثبت الحكم فى الوديعه التى هى لمصلحه المالك فقط.

فثبوتها فى المضاربه- على ما يدعى العامل- التى تكون لمصلحتهما معا لعله يكون بالأولويه.

و كيف كان: فيكفينا الأصل فى المقام.

(١) لان العامل يلزم المالك بالحصه المعينه من المال المعين، و المالك يلزمه بقبول ما يدعيه من الأجره من اى مال شاء ان يدفعه.

ثم ان هذا كله بناء على مختار الماتن (قده) من

ثبوت اجره المثل فى الإبضاع، و اما بناء على ما هو الصحيح من عدم ثبوتها فيه فالمقام من موارد المدعى و المنكر لا التداعى. إذ المالك حينئذ لا يلزم العامل بشىء و انما العامل يلزمه بدفع الحصه، فيكون هو المدعى و المالك منكرا.

(٢) مقتضى ظهور كلامه (قده) بل صريحه ان أجره المثل

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ٧ من أبواب أحكام الوديعه ح ١.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٨٥

العامل الإبضاع استحق العامل بعد التحالف اجره المثل لعمله (١).

قد تكون أقل من الحصه التى يدعيها العامل و قد تكون أكثر منها و الحال انه لا يتصور معنى للترافع و التنازع و وصول الأمر إلى التحالف فيما إذا كانت اجره المثل أكثر مما يدعيه العامل من الحصه بعد ان لم يكن للمالك و العامل نظر فى خصوصيه المال كما هو الغالب و ذلك لعدم وجود الإلزام من الطرفين حينئذ، فإن المالك يعترف باستحقاق العامل أكثر مما يدعيه هو، و العامل يعترف بعدم استحقاقه سوى الأقل مما يدعيه المالك، فكل منهما يعترف للآخر شيئا و هو ينكره، و معه فلا وجه للتحالف، إذ لا يدعى أحدهما على الآخر شيئا كى يقيم البينه عليه أو يطلب منه اليمين.

بل يجب حينئذ ان يعمل كل منهما على حسب تكليفه و اعتقاده، فعلى المالك إيصال الزائد إلى العامل كيف حصل، و على العامل ان لا يأخذه.

و لا يبعد ان يكون هذا سهوا من قلمه (قده) فان النزاع انما يختص بفرض نقصان اجره المثل عن الحصه المدعاه من قبل العامل.

(١) و فيه: انه كيف يمكن فرض المقام من التداعى بعد ان لم يكن المالك ملزما للعامل بشىء حيث انه لا يطالبه الا

بما بقى من رأس ماله، و انما العامل هو الذى يدعى عليه استحقاق اجره المثل.

بل الظاهر ان المقام من المدعى و المنكر، حيث يدعى العامل على المالك أجره المثل و هو ينكره.

هذا كله بناء على ثبوت اجره المثل فى الإيضاع، و أما بناء على عدمه - على ما عرفت انه الصحيح - فالأمر واضح، فإنه ليس

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٨٦

[(مسألة ٦٢): إذا علم مقدار رأس المال و مقدار حصة العامل و اختلفا فى مقدار الربح الحاصل]

(مسألة ٦٢): إذا علم مقدار رأس المال و مقدار حصة العامل و اختلفا فى مقدار الربح الحاصل، فالقول قول العامل (١)، كما أنهما لو اختلفا فى حصوله و عدمه كان القول قوله: و لو علم مقدار المال الموجود فعلا بيد العامل، و اختلفا فى مقدار نصيب العامل منه، فان كان من جهه الاختلاف فى الحصة أنها نصف أو ثلث فالقول قول المالك قطعاً (٢)، و ان كان من جهه الاختلاف فى مقدار رأس المال فالقول قوله أيضاً، لأن المفروض ان تمام هذا الموجود من مال المضاربه أصلاً و ربها، و مقتضى الأصل كونه بتمامه للمالك، الا ما علم جعله للعامل، و أصاله عدم دفع أزيد من مقدار كذا الى العامل لا تثبت كون البقيه ربها (٣) مع أنها معارضه بأصاله عدم حصول الربح أزيد من مقدار كذا فيبقى كون الربح تابعاً للأصل إلا ما خرج.

للعامل شىء على كلا التقديرين.

(١) لأصاله عدمه، فالمالك هو المدعى و العامل هو المنكر، فعلى المالك الإثبات و الا فالعامل أمين و يقبل قوله بيمينه.

(٢) لكون المال بأجمعه - أصلاً و نماء - له، فلا يخرج عنه الا فيما يعترف به هو أو يثبته العامل بالبينه، و قد تقدم بيانه مفصلاً فى المسألة الثالثه و الخمسين.

(٣) إذ لا نقول بحجيه الأصل المثبت.

مبانى

[مسائل آخر]

اشاره

(مسائل)

[الأولى]: إذا كان عنده مال المضاربه فمات

الأولى): إذا كان عنده مال المضاربه فمات فان علم بعينه فلا اشكال (١) و الا- فإن علم بوجوده فى الشركه الموجوده من غير تعيين فكذلك و يكون المالك شريكا مع الورثه بالنسبه (٢).

(١) و لا خلاف فى وجوب رده إلى مالكة، و ليس للورثه فيه حق.

(٢) على ما هو المشهور بين الأصحاب، الا أنه لا يمكن المساعدة عليه و ذلك لما سيأتى فى باب الشركه من أنها انما تكون بأحد أمرين:- الأول: العقد، فإنهما إذا تعاقدتا عليها و حصل الامتزاج الخارجى كانا شريكين فى أبعاض كل مال من تلك الأموال، و بذلك يكون تلف بعضه محسوبا عليهما معا، و تسمى هذه الشركه العقدية.

الثانى: الامتزاج، فإنه لو اختلط المالان على نحو بحيث أصبحا شيئا واحدا كان صاحباهما شريكين فى الممتزج، سواء أ كان المالان من جنس واحد كالمائين، أم من جنسين كالماء و السكر، و تسمى هذه الشركه بالشركه القهريه.

و أما إذا لم يكن لا هذا و لا ذلك، كما فيما نحن فيه حيث لا عقد و لا امتزاج فان كلا من المالين متميز عن الآخر، غاية الأمر انه لا- يمكن تعيين ما للمالك منهما و ما للورثه، فلا- موجب للقول بالاشتراك، فان مجرد الاختلاط الخارجى و عدم إمكان التشخيص لا يحقق الشركه و لا يوجب انتقال مقدار من مال كل منهما إلى الآخر بإزاء انتقال مقدار من مال الآخر إليه. فإنه لا دليل عليه. بل المتعين هو التصالح و الا فالقرعه لأنها لكل أمر مشكل.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٨٨

.....

و مما يؤيد ذلك ما ورد فى الودعى الذى يكون لأحد عنده درهمان و لآخر درهم واحد ثم تتلف احد تلك الدراهم. حيث حكم

(ع) بكون درهم و نصف لصاحب الدرهمين و نصف درهم لصاحب الدرهم.

فان عدم التشخيص لو كان موجبا للاشتراك لكان المتعين هو الحكم بكون ثلثي الدرهمين لصاحب الدرهمين و ثلثا منهما لصاحب الدرهم.

و الحاصل: ان الجهل فى مقام التعيين لا يوجب قلب الواقع و إخراج مقدار من ملك كل منهما إلى الآخر فى قبال خروج مقدار من ملك الآخر اليه.

ثم لو تنزلنا و قلنا بحصول الشركه بالاختلاط، فغايتها الالتزام بها فيما إذا اتحدت الأموال جنسا بان اختلط شياه مال المضاربه بشياه مال العامل، و أما إذا اختلفت فلا- موجب للقول بها فى فرض الجهل مع تمييز الأجناس وجودا و جنسا، إذ لا موجب لاشتراك المالك مع الورثه فى مختصات الميت مما لا- يتحد مع جنس مال المضاربه كداره و ثيابه و كتبه، فإنها مما يقطع باستقلال الورثه فيها.

ثم أنه قد يستدل على تحقق الشركه فى المقام بمعتبره السكونى عن جعفر عن أبيه عن آبائه عن على (ع) انه كان يقول: (من يموت و عنده مال المضاربه، قال: ان سماه بعينه قبل موته فقال:

هذا لفلان، فهو له، و ان مات و لم يذكر فهو أسوه الغرماء) «١».

بدعوى: ان المستفاد منها كون حال المالك حال الغرماء فى ذلك، فكما أنهم يشتركون مع الوارث، فكذلك هو يشترك معهم أيضا.

الا انه ضعيف جدا، فان الغرماء لا يشتركون مع الوارث جزما

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ١٣ من أبواب أحكام المضاربه ح ١.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٨٩

.....

بل غايه الأمر أن لهم حقا فى المال، بل قد عرفت فى بعض المباحث المتقدمه أن لا حق لهم فى التركة أيضا، لعدم الدليل عليه، إذ غايه ما دل عليه الدليل هو كون

الانتقال إلى الورثه بعد أداء الديون، فليس لهم التصرف فيه الا بعده، و حينئذ فمقتضى القاعده الالتزام ببقاء التركه على ملك الميت و عدم انتقالها إلى الورثه إلا فى الزائد عن الدين، لا القول باشتراك الغرماء معهم فيها.

و مما يؤيد ما ذكرناه من عدم ثبوت الحق للغرماء فى التركه فضلا عن اشتراكهم معهم فيها، أنه يجوز للوارث الأداء من خارج التركه، بل للأجنبى التبرع به من عنده من دون أن يكون لهم حق المطالبه بعين التركه.

و على هذا: فليس معنى قوله (ع): «فهو أسوه الغرماء» كونه شريكا للورثه فى المال و انما معناه أن حاله كحالهم فى عدم انتقال التركه إلى الورثه إلا بعد أداء مالهم فكما انها لا تنتقل إليهم إلا بعد أداء الديون، فكذلك هى لا تنتقل إليهم إلا بعد أداء مال المضاربه.

و من غرائب الكلام ما صدر عن صاحب الوسائل (قده) فى المقام حيث عنون باب هذه الروايه بقوله: «ان من كان بيده مضاربه فمات فان عينها لواحد بعينه فهى له، و الا قسمت على الغرماء بالحصص». و هو كالصريح فى استفادته (قده) منها كون المال معلوما و المالك مجهولا.

فإنه على خلاف المقطوع به، فإنه لو كان المالك مجهولا لوجب إخراجه فى مصرف مجهول المالك لا إعطاءه إلى الغرماء بالحصص.

و الحاصل: ان الروايه و ان كانت معتبره من حيث السند لما تقدم

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٩٠

و يقدم على الغرماء ان كان الميت مديونا لوجود عين ماله فى التركه، و إن علم بعدم وجوده فى تركته و لا فى يده و لم يعلم أنه تلف بتفريط أو بغيره أورد على المالك، فالظاهر عدم ضمانه، و كون جميع تركته للورثه، و

ان كان لا يخلو عن إشكال بمقتضى بعض الوجوه الآتية (١) و أما إذا علم ببقائه فى يده الى ما بعد الموت و لم يعلم أنه موجود فى تركته الموجوده أولا- بأن كان مدفونا فى مكان غير معلوم أو عند شخص آخر أمانه أو نحو ذلك- أو علم بعدم وجوده فى تركته مع العلم ببقائه فى يده- بحيث لو كان حيا أمكنه الإيصال إلى المالك- أو شك فى بقاءه فى يده و عدمه أيضا، ففى ضمانه فى هذه الصور الثلاث و عدمه خلاف و إشكال على اختلاف مراتبه، و كلمات العلماء فى المقام و أمثاله- كالرهن و الوديعه و نحوهما- مختلفه.

و الأقوى الضمان فى الصورتين الأوليين (٢) لعموم قوله (ع)

مرارا من أن الأظهر وثاقه كل من النوفلى و السكونى، الا انها أجنبيه عن محل الكلام بالمره.

(١) مراده (قده) منه هى قاعده اليد، حيث يراها (قده) مثبتة للضمان بقول مطلق إلا فى صورتى التلف القهرى أو دعوى التلف مع الحلف.

و سيأتى الحديث فى شمول القاعده للمقام و عدمه.

(٢) بل الأقوى عدم الضمان فيهما الا مع ثبوت التفريط، و ذلك

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٩١

«على اليد ما أخذت حتى تؤدى». حيث ان الأظهر شموله للأمانات أيضا و دعوى: خروجها لأن المفروض عدم الضمان فيها مدفوعه: بأن غايه ما يكون خروج

فلأن روايه على اليد نبويه لم تثبت من طرقنا فلا تصلح للاعتماد عليها فى إثبات الضمان- على ما تقدم غير مره.

و دعوى انجبارها بالشهره، ممنوعه صغرى و كبرى.

بل الدليل على الضمان انما هى السيره العقلائيه القطعيه، و هى غير شامله لموارد يد الأمين جزما.

إذن: فليس هناك عموم يصح التمسك به لإثبات الضمان فى المقام.

على أننا لو

تنزلنا و قلنا بصحة قاعده اليد من حيث السند، فهي غير شامله للمقام جزما، فان يد الأمين خارجه عنها قطعا، إذ لا معنى لأن يقال بأن أخذه موجب للضمان، غايته أنه يرتفع بالتلف من غير تعد أو تفريط. فان الضمان غير ثابت من حين أخذه، و انما هو يثبت بتعديه أو تفريطه. و حيث انه لم يثبت فلا مجال للقول بضمانه.

و الحاصل: انه حيث لا دليل على الضمان فى المقام، فأصالة البراءه عنه محكمه.

هذا و قد يقال بالتفصيل بين الصورتين باختيار الضمان فيما إذا احتمل وجود مال المضاربه فى ضمن التركة، و عدمه فيما إذا علم بعدم وجوده فى ضمنها.

بدعوى: ان الضمان و ان لم يكن يثبت بقاعده على اليد، باعتبار ان يد العامل يد أمانه، الا ان ذلك لا يعنى جواز تصرف الورثه فى التركة مع احتمال وجود مال المضاربه فيها، إذ أن يد

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٩٢

.....

العامل هذه لا تكشف عن ملكيته لهذا المال، لاحتمال كونه لغيره، و مقتضى العلم الإجمالى بكون مال الغير هذا أو غيره، عدم جواز تصرفهم فيه و لزوم المصالحة عليهم مع المالك و تخلص التركة من حقه قبل تصرفهم فيها.

و بعبارة أخرى: ان الضمان فى المقام ليس من جهة يد الميت و ضمانه لما أخذه، و انما هو من جهة ان يد الميت هذه لا تكشف عن ملكيته لتلك الأموال، للعلم بكون مال المضاربه تحت يد العامل إلى حين موته، فللميت على المال يدان و معه يشك فى كون ما تحت يده ملكا له. فلا يجوز للورثه التصرف فيه.

و بالجملة: فالعلم الإجمالى بكون مال المضاربه فى ضمن التركة أو غيرها يسقط اليد عن الكشف عن

الملكيه، و معه يكون المال مرددا من حيث المالك بين الميت و صاحب مال المضاربه و من هنا فلا يجوز للورثه التصرف فيه حيث لم يثبت كونه ملكا للميت و في جملة ما ترك.

و هذا لا يجرى فيما علم بعدم وجود مال المضاربه في ضمن التركة فإن معه لا مجال للشك في استقلال الورثه بالتركة و جواز التصرف لهم كيف ما شاؤا.

الا انه لا يمكن المساعده عليه.

و ذلك: فلأن العلم الإجمالي بعدم كون يد الميت على بعض ما في يده. يد المالك و ان كان محرزا بالوجدان، الا أنه غير منجز نظرا لخروج بعض أطرافه عن محل الابتلاء، فإنه و بعد احتمال كون المضاربه في غير التركة بحيث تكون هي بأكملها للورثه- كما هو المفروض- فلا مانع من إجراء قاعده اليد الكاشفه عن الملك في التركة حيث لا تعارضها قاعده اليد في المال الآخر الذي هو خارج عن

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٩٣

.....

محل الابتلاء.

و توهم: ان اعتبار كون أطراف العلم الإجمالي محل للابتلاء انما يختص بالأصول دون الأمارات التي منها قاعده اليد، فإنها لا يعتبر في حجيتها كون أطراف العلم الإجمالي بأكملها محلا للابتلاء، و لذا لو قامت البيئه على كون التركة هي مال المضاربه و قامت اخرى على كونه في غيرها، تعارضتا حتى مع خروج الثاني عن محل الابتلاء، و تعين الرجوع إلى ما تقتضيه القواعد و الأصول.

مدفوع: بما ذكرناه في المباحث الأصوليه من انه لا فرق في اعتبار كون أطراف العلم الإجمالي محلا للابتلاء في تنجيزه و سقوط الأصول بين الامارات و الأصول فإنهما على حد سواء في ذلك، و انما لا- يعتبر ذلك في الإخبارات- كالبيئه و خبر الثقة- خاصه،

حيث تثبت لوازمتها بالدلاله الالتزاميه، و أما غيرها فهي لا- تثبت اللازم العقلي سواء في ذلك الأ-صول و غيرها لقصور دليل حجيتها عن ذلك فالالتزام بثبوت القبله- مثلا- بالظن لا يثبت لازمه- اعنى دخول الوقت- لمن أراد الصلاه، باعتبار ان الدليل انما تكفل إثبات جواز الصلاه فقط و أما لازمه فلا.

و بعباره اخرى: ان الإخبارات تختلف عن غيرها بأنها تتضمن إثبات لوازمتها بالدلاله الالتزاميه و من هنا تكون معارضه للخبر الآ-خر من دون اعتبار ان يكون الطرف الآ-خر محلا- للابتلاء، بخلاف غيرها حيث لا يتضمن إثبات اللوازم و من هنا فلا بد في تنجيزه من كون أطراف العلم محلا للابتلاء. و هو مفقود في المقام.

إذن: فقاعده اليد فيما تركه الميت سالمه عن المعارض حيث لا علم لنا في وجود رأس المال في ضمن التركة، و معه فتنقل إلى الوارث

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٩٤

بعض الصور منها (١)، كما إذا تلفت بلا تفريط أو ادعى تلفها كذلك إذا حلف (٢). و أما صورته التفريط و الإلتلاف و دعوى الرد في غير الوديعة (٣) و دعوى التلف و النكول

بلا ضمان و يجوز لهم التصرف فيها.

و الذى يتحصل من جميع ما تقدم أن الصحيح فى المقام هو الحكم بعدم الضمان مطلقا ما لم يعلم تعديه أو تفريطه، سواء فى ذلك العلم بعدمهما أو الشك فيهما أما مع الأول فواضح و أما مع الثانى فلأن الشبهه مصداقيه و لا يصح التمسك بالعالم فيها، و مقتضى أصاله البراءه عدمه.

نعم مع إحراز التعدى أو التفريط يحكم بضمائه لكن لا من جهه قاعده اليد و انما من جهه التعدى أو التفريط و لو بعدم اخباره للورثه بمكان مال المضاربه و

إيصاءه به مع علمه بجهلهم به، فإنه امانه فى يده و لا- بد له من إيصاله إلى مالكة و لو بتعيين مكانه. فإذا قصر فيه كان مفرطاً فيضمن لا محاله.

و بالجمله: فحكمتنا بعدم الضمان انما يختص بما إذا لم يحرز تعديه أو تفريطه و لو من ناحيه عدم إيصاءه به، بان كان موته فجأه أو نحوها، و الا فهو ضامن لا محاله.

(١) قد عرفت ما فيه مما تقدم، فان يد الأمين غير مشموله لها من الأول، و انما الضمان يثبت بتفريطه أو تعديه.

(٢) تقدم ان الأقوى فى هذه الصورة قبول قوله بغير يمين ما لم يكن متهماً،

(٣) الظاهر عدم الفرق بين الوديعه و غيرها، فإنه لا دليل على استثناءها إلا الإجماع المدعى، و هو غير ثابت.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٩٥

عن الحلف (١) فهى باقيه تحت العموم. و دعوى: أن الضمان فى صورته التفريط و التعدى من جهه الخروج عن كونها أمانه، أو من جهه الدليل الخارجى كما ترى لا داعى إليها. و يمكن ان يتمسك بعموم ما دل على وجوب رد الأمانه (٢) بدعوى: أن الرد أعم من رد العين ورد البدل (٣)، و اختصاصه بالأول ممنوع الا ترى أنه يفهم

(١) قد عرفت ان مقتضى النصوص قبول دعواه بغير يمين ما لم يكن متهماً.

(٢) كقوله تعالى «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا» (١) و قوله تعالى: «فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمَانَتَهُ وَ لِيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ» (٢).

(٣) و فيها: ان الرد انما تعلق بنفس العين لا ببدلها، فان الأمانه اسم للعين الخارجيه التى تودع عند الغير، و من هنا فلا دلالة لهذه الأدله على رد البدل، و انما هى

تتضمن حكماً تكليفيًا محضاً متعلقاً بنفس العين.

و لو تنزلنا عن ذلك فحال هذه الأدلة حال قاعده الضمان باليد، حيث يحتاج إثباته بها إلى إحراز التعدي أو التفريط، و الا فالحكم هو عدم الضمان حتى مع الشك حيث أن الشبهه مصداقيه و لا يصح التمسك بالعام فيها.

(١) سورة النساء آيه ٥٨.

(٢) سورة البقره آيه ٢٨٣.

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٩٦

من قوله (ع): «المغضوب مردود» (١) وجوب عوضه عند تلفه (١) هذا مضافا إلى خبر السكوني عن علي (ع) أنه كان يقول: «من يموت و عنده مال مضاربه قال: إن سماه بعينه قبل موته فقال هذا لفلان فهو له، و إن مات و لم يذكر فهو أسوه الغرماء» (٢) «٢».

و أما الصورة الثالثة فالضمان فيها لا يخلو عن قوه (٣) لأن الأصل بقاء يده عليه الى ما بعد الموت (٤) و اشتغال

(١) و فيه: انه مستفاد من الخارج و الا فاللفظ لا يقتضى إلا رد العين خاصه.

(٢) تقدم ان الروايه و ان كانت معتبره الا- انها أجنبيه عن محل الكلام. باعتبار ان موردها فرض العلم بوجود مال المضاربه في التركه، و محل كلامنا هو فرض العلم بعدمه أو احتمال وجوده فيها

(٣) بل الأقوى فيها عدم الضمان أيضا لعدم تماميه شىء مما ذكره (قده) على ما ستعرف فتكون أصاله البراءه سالمه عن المعارض.

(٤) و فيه: انه و ان كان تاما في حد نفسه الا- أنه لا اثر لاجراءه حيث لا يثبت به الضمان لما عرفت من أنه غير مترتب في باب الأمانات على اليد كى يثبت باستصحاب بقاء يده عليه، و انما هو ثابت من جهه التعدي و التفريط، و استصحاب بقاء يده عليه لا يثبتهما.

الوسائل: ج ١٧ باب ١ من أبواب كتاب الغصب ح ٣.

(٢) الوسائل: ج ١٣ باب ١٣ من أبواب أحكام المضاربه ح ١.

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٩٧

ذمته بالرد عند المطالبه (١) و إذا لم يمكنه ذلك لموته يؤخذ من تركته بقيمته. و دعوى: أن الأصل المذكور معارض بأصالة براءة ذمته من العوض، و المرجع بعد التعارض قاعده اليد المقتضيه لملكيته. مدفوعه. بأن الأصل الأول حاكم على الثاني (٢). هذا مع أنه يمكن الخدشه في قاعده اليد بأنها مقتضيه للملكيه إذا كانت مختصه، و في المقام.

كانت مشتركه (٣)

(١) و فيه: انه من الاستصحاب التعليق، حيث ان وجوب الرد مشروط بالمطالبه، و لا نقول بحجيته.

على ان وجوب الرد في الأمانات وجوب تكليفي محض - كما عرفت - فلا يحتمل بقاءه بعد الموت لسقوط التكاليف بالموت، و من هنا فلا مجال لاستصحابه، لان المتيقن مرتفع قطعاً، و المحتمل - وجوب الرد على الوارث - لم يكن متيقناً سابقاً.

هذا كله مضافاً إلى ما قد عرفت من أن وجوب الرد لا يقتضى وجوب دفع البدل عند امتناع رد العين نفسها.

إذن: فأصالة البراءه من الضمان محكمه من غير معارض.

(٢) لكنك قد عرفت ان الأول غير جار في المقام، فجريان الثاني يكون من غير معارض.

(٣) الظاهر عدم كون المقام من موارد الاشتراك في اليد في شىء انه انما يكون في موارد ثبوت يدين على مال واحد - كالصندوق المشترك ما فيه بين اثنين - فإنه حينئذ لا يمكن الحكم بملكيه صاحبه لما فيه - على ما دل عليه النص - و أما إذا كان بدان لشخص واحد.

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٩٨

و الأصل بقاءها على الاشتراك بل في بعض الصور يمكن أن يقال: أن يده يد المالك من

حيث كونه عاملا له، كما إذا لم يكن له شىء أصلا فأخذ رأس المال و سافر للتجاره و لم يكن فى يده سوى مال المضاربه فإذا مات يكون ما فى يده بمنزله ما فى يد المالك (١) و ان احتمال أن يكون قد تلف جميع ما عنده من ذلك المال، و أنه استفاد لنفسه ما هو الموجود فى يده. و فى بعض الصور يده مشتركه بينه و بين المالك كما إذا سافر و عنده من مال المضاربه

بأن كان له يد على أمواله الخاصه و يد على أموال غيره، فلا مجال للحكم بالاشتراك، بل مقتضى القواعد الحكم بملكيتة لجميع ما تحت يده، الا ما عرف كونه للغير بعينه.

و لعل ما نذكره من الأمور الواضحه لدى الجميع، و الا فقل من يخلو من وجود الأمانه أو الوديعة أو مال الغير بشتى العناوين، تحت يده. أ فهل يحتمل أن يكون ذلك موجبا للاشتراك فى اليد و مانعا عن انتقال تركته عند موته؟.

(١) ما أفاده (قده) انما يتم فيما إذا كان مال المضاربه بعينه- و لو بدلا- موجودا و معروفا فى الخارج فإنه حينئذ يكون يد العامل هى يد المالك بعينها. و أما إذا شك فى وجوده بحيث كان احتمال تلفه معتمدا به، فإنه لا مجال لان يقال بان يد العامل على المال الموجود تحت يده حين الموت هى بعينها يد المالك، فإنه متى كان مالكا لهذا المال كى تكون يد العامل عليه هى بعينها يده. بل الصحيح هو الحكم بملكيه العامل لذلك المال بمقتضى قاعده اليد السالمه عن المعارض.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٩٩

مقدار و من ماله أيضا مقدار (١) نعم فى بعض الصور لا يعد يده

مشتركة أيضا، فالتمسك بقاعده اليد بقول مطلق مشكل، ثم إن جميع ما ذكر انما هو إذا لم يكن بترك التعيين عند ظهور أمارات الموت مفرطا، و الا فلا إشكال في ضمانه (٢).

[(الثانية): ذكروا من شروط المضاربه التنجيز]

(الثانية): ذكروا من شروط المضاربه التنجيز، و أنه لو علقها على أمر متوقع بطلت، و كذا لو علقها على أمر حاصل إذا لم يعلم بحصوله (٣).

(١) قد عرفت الحال فيه مما تقدم فلا نعيد.

(٢) على ما تقدم بيانه مفصلا.

(٣) و تفصيل الكلام في المقام: ان القضية الخارجيه اما ان تكون جملة إنشائية و إما أن تكون جملة خبريه، و في كليهما لا يعقل ان يكون الإنشاء أو الأخبار معلقا على شىء، بل هما منجزان دائما و ذلك لما عرفت في المباحث الأصوليه من أن الأول عبارته عن إبراز أمر نفساني غير قصد الحكايه. في حين أن الثانى عبارته عن إبراز قصد الحكايه و إظهاره. و حيث ان من الواضح ان الإظهار و الإبراز من الأمور الخارجيه فلا معنى لتعليقه، فإنها إما أن تتحقق خارجا أو لا تتحقق.

و من هنا فلا مجال للبحث في صحه التعليق فى العقود و الإيقاعات أو فساده، فإنه بحث لا موضوع له، حيث لا مجال للتعليق فى نفس الإنشاء و الأخبار، بل التعليق اما ان يكون فى المنشأ أو المخبر به.

فإنه قد يكون مطلقا و قد يكون معلقا على تقدير بحيث يكون الإنشاء

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٠٠

.....

و الاخبار متعلقا بالحصه على ذلك التقدير.

و قد ذكر العلماء ان صدق الجملة الشرطيه الخبريه و كذبها تابع لصدق الملازمه و عدمه، من دون ان يكون لصدق الطرفين أو كذبهما تأثير فى ذلك، فإذا صدقت الملازمه كانت الجملة صادقه حتى

مع فرض كذب الطرفين كقوله تعالى: «لَوْ كَانَ فِيهِمَا آلِهَةٌ إِلَّا اللَّهُ لَفَسَدَتَا» (١)، فإن الجملة صادقة مع كذب الطرفين، و الالفهى كاذبه.

ثم ان التعليق فى العقود و الإيقاعات قد لا يكون راجعا إلى الإنشاء أو المنشأ، بل يكون راجعا إلى أمر خارج عن مدلول العقد بالكلية كما لو ضارب المالك عاملا على حصه معينه من الربح ثم نهاه عن تصرف على تقدير معين كسواء الشىء المعين فى اليوم المعين أو الفصل المعين، و فيه لا ينبغى الإشكال فى صحته. فإنه مالك و له أن يأذن أو يمنع العامل من التصرف فى ماله مطلقا كما له ذلك على تقدير دون تقدير.

و من هذا القبيل ما ذكره فى باب الوكاله، فإن للموكل ان يقيد تصرفات الوكيل بما يشاء، حتى و لو كانت وكالته حين صدورها مطلقه.

و كذا الحال- من حيث الحكم بالصحه بلا اشكال- فيما إذا كان التعليق فى مدلول العقد، لكن كان المعلق عليه أمرا يتوقف العقد بحسب طبعه عند العقلاء أو الشارع عليه كتعليق الطلاق على الزوجيه أو البيع على المالك أو بلوغ المشتري. فإنه خارج عن محل كلامهم فى التعليق من حيث النفى و الإثبات جزما، باعتبار ان هذا التعليق

(١) سورة الأنبياء آيه ٢٢).

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٠١

.....

ليس أمرا زائدا عما هو معلق عليه فى الواقع، و من هنا فوجوده و عدمه سيات.

و أما إذا كان التعليق على أمر أجنبى عما يكون العقد معلقا عليه بطبعه كما لو كان المنشأ أمرا متأخرا، أو فعليا معلقا على أمر مشكوك الوجود، فالمشهور و المعروف هو اعتبار التنجيز من كلتا الناحيتين- الجزم و التنجيز.

الا انه لا دليل لهم على ذلك سوى الإجماع

حيث لم ينسب الخلاف فيه إلى أحد و قد علل اعتبار الثاني- فى بعض الكلمات- بان التعليق فى المنشأ ليس أمرا متعارفا.

و فيه: انه لا اثر له بعد شمول الإطلاقات و العمومات له أيضا فالعمده فى المقام هو الإجماع.

لكن الذى ينبغى ان يقال انه مختص بالعقود اللازمه، و اما العقود الجائزه الإذنيه كالوكاله و المضاربه و نحوهما، فلم يثبت إجماع على اعتبار التنجيز فيها. بل صرح المحقق القمى (قده) فى موضعين من كتابه «جامع الشتات» بصحة التعليق فى الوكاله، و هو الصحيح حيث لا مانع فيها من التعليق بكلا معنييه، بعد أن لم يكن فيها إلزام أو التزام.

و الحاصل: انه لا مانع من التعليق فيما هو إذن محض، حيث لا ظن بالإجماع فضلا عن القطع به، بل لا يبعد دعوى السيره عليه إذ ما أكثر التعليق فى الوكاله، فتراه يوكل غيره عند سفره فى بيع داره أو طلاق زوجته ان لم يرجع إلى سنه، و ما إلى ذلك، بخلاف التعليق فى العقود اللازمه حيث لم يتعارف فيها التعليق باستثناء ما ثبت فى التدبير و الوصيه.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٠٢

نعم لو علق التصرف على أمر صح و ان كان متوقع الحصول و لا دليل لهم على ذلك الا دعوى الإجماع على أن اثر العقد لا بد أن يكون حاصلًا من حين صدوره و هو إن صح إنما يتم فى التعليق على المتوقع، حيث أن الأثر متأخر، و أما التعليق على ما هو حاصل فلا يستلزم التأخير، بل فى المتوقع أيضا إذا أخذ على نحو الكشف- بان يكون المعلق عليه وجوده الاستقبالى- لا يكون الأثر متأخرا. نعم لو قام الإجماع على اعتبار العلم بتحقيق الأثر

حين العقد تم فى صورته الجهل. لكنه غير معلوم. ثم على فرض البطلان لا مانع من جواز التصرف و نفوذه من جهه الاذن (١)

و توهم: صحه التعليق فى الإجاره و تعارفه لدى الناس، فيؤجر داره لمدته سنه من بعد شهر أو بعد انتهاء إجاره المستأجر الأول.
واضح البطلان، فإنه أجنبي عن محل الكلام، إذ لا تعليق فيها بالمره، فإن الملكيه المنجزه و فعليه غايه الأمر انها متعلقه بالمنفعه المتأخره، فالمستأجر و من حين العقد يملك تلك المنفعه المتأخره.

و اين هذا من التعليق فى الملكيه الموجب للبطلان.

و بعبارة أخرى: لا بد من التفريق بين التعليق فى الملكيه، و بين كون الملكيه المنجزه متعلقه بأمر متأخر فإن الذى يقتضى البطلان انما هو الأول، و أما الثانى فلا موجب للحكم فيه بالبطلان، بل لا ينبغى الإشكال فى صحته.

(١) لما عرفت من عدم الملازمه بين بطلانها و بطلان المعاملات

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٠٣

لكن يستحق حينئذ أجره المثل لعمله (١)، الا أن يكون الأذن مقيدا بالصحه، فلا يجوز التصرف أيضا.

[الثالثه: قد مر اشتراط عدم الحجر بالفلس فى المالك]

(الثالثه): قد مر اشتراط عدم الحجر بالفلس فى المالك (٢)، و أما العامل فلا يشترط فيه ذلك، لعدم منافاته لحق الغرماء (٣) نعم بعد حصول الربح منع من التصرف إلا بإذن من الغرماء، بناء على تعلق الحجر

الصادره من العامل فإنها صحيحه حتى على فرض بطلان المضاربه ما لم يكن إذن المالك فيها مقيدا بصحه المضاربه و الا فهى كسائر العقود الفضوليه متوقفه على إجازته.

(١) لأن عمل المسلم الصادر عن أمر الغير لا على وجه المجانيه لا يذهب هدرا و حيث لم تسلم له الحصه المعينه، تثبت له اجره المثل لا محاله.

لكنك قد عرفت فيما مضى انه انما يتم

فيما إذا لم تزد اجره المثل عن الحصه المعينه من الربح و الا فله الأقل خاصه لاقدام العامل على إهدار الزائد.

هذا كله فيما إذا لم يكن اذن المالك مقيدا بصحه المضاربه، و الا فلا شىء له، لعدم صدور شىء من المعاملات عن أمر المالك، و كون استيفاء المالك للربح مستندا إلى إجازته.

(٢) و هو واضح، لكونه ممنوعا من التصرف فى أمواله مطلقا سواء بالمباشره أو الاستنايه.

(٣) نظرا لعدم كونه تصرفا فى أمواله.

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٠٤

بالمال الجديد (١).

[(الرابعه): تبطل المضاربه بعروض الموت]

(الرابعه): تبطل المضاربه بعروض الموت (٢) كما مر- أو الجنون أو الإغماء (٣)- كما فى سائر العقود الجائزه- و ظاهرهم عدم الفرق بين كون الجنون مطبقا أو أدواريا و كذا الإغماء بين قصر مدته و طولها، فان كان إجماعا و الا فيمكن أن يقال بعدم البطلان (٤) فى الأدوارى و الإغماء القصير المده، فغايه الأمر عدم نفوذ التصرف

(١) لكنك قد عرفت فى محله ان الصحيح اختصاص الحجر بالمال الموجود حين الحكم، و عدم تعلقه بما يتجدد بعد ذلك.

(٢) لكونها عقدا جائزا إذنيا، فلا معنى لقيام الوارث مقام الميت منهما، لأنه ان كان المالك فإذنه قد انتفى بموته و انتقل المال إلى غيره، و إذا كان العامل فاذن المالك كان له لا لورثته فلا يجوز لهم التصرف فيه من غير إذن مالكة.

(٣) بلا اشكال فيهما، فان الحكم بصحه المعاملات الصادره من العامل إنما يكون فيما إذا كان المباشر أهلا لذلك و كان المالك قابلا لاستنادها اليه، و حيث لا مجال لذلك مع فرض الجنون أو الإغماء فى أحدهما فلا ينبغى الإشكال فى بطلانها.

(٤) بل هو الصحيح، لعدم الدليل على البطلان، فان المستفاد من الأدله عدم صحه

العقد الصادر من المجنون أو المغمى عليه أو المنتسب إليهما في ذلك الحال خاصة. و أما إذا كان المنشأ في حال الصحة هي الوكالة الدائمة و المستمره في جميع الأزمنه، فارتفاعها في بعض الأزمنه لا يستلزم ارتفاعها فيما بعد ذلك من الأزمنه الآتية

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٠٥

حال حصولهما، و أما بعد الإفاقة فيجوز من دون حاجه الى تجديد العقد، سواء كانا في المالك أو العامل. و كذا تبطل بعروض السفه لأحدهما (١) أو الحجر للفلس في المالك أو العامل أيضا إذا كان بعد حصول الربح (٢) الا مع اجازة الغرماء.

[(الخامسه): إذا ضارب المالك في مرض الموت صح و ملك العامل الحصه]

(الخامسه): إذا ضارب المالك في مرض الموت صح و ملك العامل الحصه و ان كانت أزيد من أجره المثل، على الأقوى من كون منجزات المريض من الأصل بل و كذلك على القول بأنها من الثلث، لأنه ليس مفوتا لشيء على الوارث (٣) إذ الربح أمر معدوم و ليس مالا موجودا للمالك، و انما حصل بسعى العامل.

أيضا، بعد إمضاء الشارع لها و الحكم بصحتها حين صدورها.

(١) أما في جانب المالك فالأمر كما افاده (قده) فان السفه يوجب الحجر عليه و هو يمنعه من التصرف في أمواله، و أما في جانب العامل فقد تقدم الكلام فيه في أول هذا الكتاب و قد عرفت انه لا دليل على اعتبار عدمه فيه ابتداء فضلا عن عروضة له في الأثناء نعم لو حصل له شيء من الربح لم يكن له التصرف فيه لكونه محجورا عليه.

(٢) لكونه كسائر أمواله يتعلق به حق الغرماء، و كذلك الحال بالنسبه إلى الربح المتأخر بناء على عموم الحجر للمال الجديد أيضا.

(٣) و فيه: ان الحصه المعينه التي ستوجد فيما بعد و ان

[السادسة: إذا تبين كون رأس المال لغير المضارب]

(السادسه): إذا تبين كون رأس المال لغير المضارب سواء كان غاصبا أو جاهلا بكونه ليس له- فان تلف في يد العامل أو حصل خسران (١) فللمالك الرجوع على كل منهما (٢)، فان رجع على المضارب لم يرجع على

مملوكه للعامل و للمالك إذ لا- معنى لملكه المعدوم، إلا انها و في ظرف وجودها تكون مملوكه للعامل نتيجة لجعل المالك ذلك له، إذ لولاه لكان الربح بتمامه مملوكا للمالك بمقتضى قانون المعاوضه المقتضى لانتقال تمام الثمن إلى مالك المثلث- على ما تقدم بيانه غير مره-، و من هنا فانتقال الحصة من المالك إلى العامل يكون في ظرفه انتقالا للمال الموجود بالفعل و ان لم يكن كذلك حين العقد، و عليه فإذا جعلنا منجزات المريض من الثلث كان حال هذا النقل كحال سائر ما يصدر منه من التصرفات المنجزه فيمنع منه إذا زاد عن ثلث تركته لا- محاله و الذى يهون الخطب أن منجزات المريض تخرج من الأصل لا الثلث.

(١) لا- مجال لفرض الرجوع فى الخسران فى المقام، فان العقود الصادره من العامل لما لم تكن عن إذن المالك كانت فضوليه لا محاله و من ثم فان لم يجرها المالك كان له الرجوع بتمام ماله على من يجدها فى يده، و ان أجازها فقد رضى بها و معه فلا موجب للضمان.

(٢) بلا اشكال فيه، لوقوع ماله فى يد كل منهما و مقتضى ضمان اليد لزوم خروج كل منهما عن عهده فىكون كل منهما ضامنا له على نحو تعاقب الأيدي، و لا مانع من ضمان شخصين أو أكثر لمال واحد، بحيث يكون كل منهما مطالباً به و المال ثابت فى

ذمته على نحو الواجب الكفائي و كون يد العامل امانه لا ينفع في سقوط الضمان عنه في المقام، بعد ان لم يكن المال امانه عنده من قبل المالك، و انما هو امانه من قبل المضارب و لا اثر لذلك.

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٠٧

العامل (١)، و إن رجع على العامل رجع إذا كان جاهلا- على المضارب و إن كان جاهلا- أيضا لأنه مغرور من قبله (٢). و ان حصل ربح.

(١) لانه قد دفع اليه المال على أن لا يكون له حق الرجوع عليه عند تلفه بغير تعد أو تفريط، فالعامل غير مسئول في قبال الدافع على التلف في غير هاتين الحالتين.

(٢) في تعليل الحكم بالغرور اشكال بل منع، فإنه مضافا إلى عدم ثبوت القاعده يتوقف صدقه على علم المضارب و جهل العامل، إذ بدونه يكون كل منهما معذورا و لا يصدق الغرور عرفا.

الا- ان هذا لا- يعنى عدم موافقتنا للماتن (قده) في الحكم، فان للعامل ان يرجع على المضارب و ان كان جاهلا، فيما لو رجع المالك عليه.

و ذلك لما ذكرناه في مباحث تعاقب الأيدي من المكاسب، من أن الضمان فيها انما هو على نحو الواجب الكفائي، حيث يضمن كل منهم المال التالف و يكون للمالك الرجوع على اى منهم شاء، فإذا أدى أحدهم لعوضه كان و باعتبار العقلاء مالكا لذلك التالف بقاء بحيث يكون التلف بقاء من ماله، و من هنا فله مطالبه كل من الأيدى المتأخره عنه بملكه و ماله ان وجد بعينه و بدله عند تلفه، و ليس له مطالبه الأيدى المتقدمه عنه لادائهم المال اليه.

و هذا الكلام يجرى بعينه في المقام، فان العامل و بأداءه للعوض إلى المالك يصبح مالكا

للعين التالف بقاء، و من هنا فله الرجوع على المضارب و مطالبته بأداء ماله اليه.

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٠٨

كان للمالك إذا أجاز المعاملات الواقعه على ماله (١)، و للعامل أجره المثل على المضارب مع جهله (٢). و الظاهر عدم استحقاقه الأجره عليه مع عدم حصول الربح، لأنه أقدم على عدم شىء له مع عدم حصوله (٣). كما أنه لا يرجع عليه إذا كان عالما بأنه ليس له، لكونه متبرعا بعمله حينئذ (٤).

[(السابعه): يجوز اشتراط المضاربه فى ضمن عقد]

(السابعه): يجوز اشتراط المضاربه فى ضمن عقد

و لا يقدح فى ذلك ان المفروض أداء المضارب للمال إلى العامل و تسليمه له، فإنه انما كان على نحو عدم ضمانه للتلف فهو نظير ما ذكره فيما إذا غضب شخص طعاما و قدمه إلى غيره فأكله، فرجع المالك على الآكل فضمنه، فإنه يرجع إلى الغاصب بلا إشكال لأنه قد وقع فى يده، و ليس له الاعتذار بأنه قد سلمه إليه. لأنه إنما اباحه له و سلمه إليه مجانا، فلا يكون موجبا لسقوط الضمان.

(١) حالها فى ذلك حال سائر العقود الفضوليه الصادره بغير رضا المالك.

(٢) لصدوره عن أمره لا مجانا.

(٣) فيكون من مصاديق القاعده المعروفه: «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده».

و لا يخفى ان ما أفاده (قده) فى المقام مناف لما أفاده فى المسأله الثامنه و الأربعين، حيث استشكل فى الحكم و لم يجزم به.

و كيف كان: فالصحيح ما أفاده (قده) فى المقام.

(٤) تقدم غير مره انه لا ملازمه بين العلم بالفساد و عدم استحقاقه

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٠٩

لازم، فيجب على المشروط عليه إيقاع عقدها مع الشارط و لكن لكل منهما فسخه بعده (١). و الظاهر أنه يجوز

قصد التبرع و المجانيه، فهو مقدم على العمل بعوض معين، و حيث لم يسلم ذلك له، يكون له اجره المثل، للسيره العقلائيه، فإن العمل المباح- فان المحرم انما هو التصرف فى مال الغير لا إجراء العقد عليه- الصادر عن أمر الغير موجب للضمان.

(١) ما أفاده (قده) و ان كان مما لا بأس به فى حد نفسه، الا ان الظاهر و بحسب المنصرف العرفى من هذا الشرط هو الجريان عليه و الاستمرار على مقتضاه، لا إيقاع مجرد العقد و صرف التلفظ به.

فيكون هذا الاشتراط نظير اشتراط الهبه فى عقد لازم، حيث ان المتفاهم العرفى منه هو الالتزام بها و إتمامها، دون مجرد إنشائها بحيث يكون له حق الرجوع بعد اجراء العقد و لو بلحظه.

و عليه: فإذا فسخ المشروط عليه العقد صح فسخه، الا انه موجب لثبوت الخيار للطرف الآخر نظرا لتخلف الشرط.

ثم ان هذا الاشتراط يمكن ان يتصور على نحو آخر هو اشتراط الفعل الخارجى- أعنى الاتجار- على ان يكون الربح بينهما على ما يتفقان عليه، نظير اشتراط الخياطه أو الزياره أو نحوهما من الأفعال الخارجيه فى ضمن العقد.

و هو أيضا صحيح و لا بأس به، لأنه أمر سائغ فى حد نفسه فلا مانع من أخذه شرطا فى ضمن العقد، و يجب على المشروط عليه الوفاء به.

الا انه لا معنى للبحث عن جواز فسخه و عدمه، فإنه فعل من الأفعال الخارجيه و ليس بعقد كى يبحث عن جواز فسخه و عدمه.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢١٠

اشتراط عمل المضاربه على العامل، بأن يشترط عليه (١) أن يتجر بمقدار كذا من ماله إلى زمان كذا على أن يكون الربح بينهما، نظير شرط كونه و كيلا فى كذا فى

عقد لازم، و حينئذ لا يجوز للمشروط عليه فسخها (٢)، كما في الوكالة.

[الثامن: يجوز إيقاع المضاربه بعنوان الجعالة]

(الثامن): يجوز إيقاع المضاربه بعنوان الجعالة (٣)

و الظاهر أنه خارج عن موضوع كلام الماتن (قده) حيث ان المفروض فيه كون المضاربه شرطا، فيكون شرطيه الاتجار خارجه عنه.

و كيف كان: ففيه لا- ينبغى الإشكال فى وجوب الوفاء به على المشروط عليه و يكون تخلفه عنه موجبا لثبوت الخيار للشارط. كما لا ينبغى الإشكال فى جواز إسقاطه من قبل الشارع، فإنه حق من حقوقه.

(١) على نحو شرط النتيجة.

(٢) لتحققها بتحقيق نفس العقد اللازم و فى ضمنه و كأنه جزء منها فلا يجوز رفع اليد عنها و فسخها.

(٣) و هو انما يتم بناء على الالتزام بكون صحه المضاربه على القاعده و أما بناء على ما ذكرناه من كون مقتضى القاعده هو الحكم بالبطلان فيها حتى و لو كانت مستكملة لجميع الشرائط باعتبار انه ليس للإنسان أن يملك غيره ما لا يملكه هو بالفعل- على ما تقدم بيانه غير مره- و لذا قلنا فى الإجاره انه لا- يجوز إجاره الأرض بحاصلها أو حاصل غيرها إذا لم يكن موجودا بالفعل، فلا- مجال للمساعده على ما اختاره الماتن (قده) فى المقام، لأننا إنما خرجنا عن القاعده فى المضاربه و المزارعه و المساقاه. و التزمنا بصحتها للدليل الخاص، و حيث انه

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢١١

كأن يقول: إذا اتجرت بهذا المال و حصل ربح فلك نصفه، فيكون جعالة تفيد فائده المضاربه و لا يلزم أن يكون جامعا لشروط المضاربه (١)، فيجوز مع كون رأس المال من غير النقدين أو دينا أو مجهولا- جهاله لا- توجب الغرر. و كذا فى المضاربه المشروطه فى ضمن عقد بنحو شرط النتيجة

(٢) فيجوز مع كون رأس المال من غير النقدين.

مفقود في المقام إذ لم يتم دليل على الصحة في الجعالة الفاقده لشروط المضاربه. فلا يمكن القول بصحتها بل مقتضى القاعده هو الحكم بالبطلان.

و الحاصل: انه لا- وجه للحكم بصحة مثل هذه الجعالة، فإن الربح لا- يمكن ان يكون ملكا للعامل بعد ان لم يكن مملوكا للمالك.

(١) و كأنه لخروج المقام عن عقد المضاربه، فإنه إيقاع مجرد يفيد فائده المضاربه و أدله الشروط انما دلت على اعتبارها في المضاربه لا في غيرها.

لكنك قد عرفت ما فيه حيث ان القاعده تقتضى البطلان في الجميع و انما خرجنا عنها في المضاربه للنص و حيثئذ فلا بد من مراعاة الشروط المعبره.

و من هنا فيشكل الحكم بصحتها مع كون رأس المال من غير النقدين بناء على اعتبار ذلك في المضاربه.

(٢) يظهر الحال فيه مما تقدم، فان الحال فيه هو الحال في إيقاع المضاربه بعنوان الجعالة، فإن مثل هذا الشرط محكوم بالفساد إذ لا يصح تمليك ما لا يملكه بالفعل.

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢١٢

[(التاسعه): يجوز للأب و الجد الاتجار بمال المولى عليه بنحو المضاربه بإيقاع عقدها]

(التاسعه): يجوز للأب و الجد الاتجار بمال المولى عليه بنحو المضاربه بإيقاع عقدها، بل مع عدمه أيضا (١) بأن يكون بمجرد الأذن منهما (٢) و كذا يجوز لهما المضاربه بماله مع الغير (٣) على أن يكون الربح مشتركا بينه و بين العامل. و كذا يجوز ذلك للوصى في مال الصغير مع ملاحظه الغبطه و المصلحه و الأمن من الهلاك.

[(العاشره): يجوز للأب و الجد الإيضاء بالمضاربه بمال المولى عليه]

(العاشره): يجوز للأب و الجد الإيضاء بالمضاربه بمال المولى عليه (٤).

(١) بأن يتجر به ناويا المضاربه و كون الربح بينهما، و ذلك لعموم ولايته ما دام ان الفعل في مصلحه المولى عليه.

(٢) لا- يخفى ما في عبارته من المسامحه فإنه لا معنى لإذن الإنسان لنفسه في الفعل الصادر منه كما هو المفروض، و من هنا فأمّا

ان يحمل الأذن على القصد و النيه، بأن يقال ان مراده (قده) انما هو جواز ذلك إذا كان الولي - أبا كان أو جدا- قاصدا بتصرفه هذا المضاربه، و الا فهو من سهو القلم لا محاله.

(٣) لعموم ولايتهما، و عدم الفرق بين صدور الفعل عنهما بالمباشره أو التسبيب ما دام أنه في مصلحه الصغير.

(٤) و الذى يمكن ان يستدل به على هذا المدعى مع قطع النظر عن النص الخاص أحد أمرين:

الأول: شمول دليل الولاية له بدعوى انه غير مختص بتصرفاته فى حياته و عمومه لما يكون متأخرا عن وفاته أيضا.

الثانى: إطلاقات أدله نفوذ الوصيه و دعوى شمولها لوصيتهما بالاتجار

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢١٣

.....

بمال الصبى بعد موتهما، فان مقتضاها صحه مثل هذه الوصيه و نفوذها.

و الذى يظهر من الماتن (قده) هنا و فى ذيل المسأله ان مستنده فى ذلك انما هو الأمر الثانى دون الأول، إذ لا إطلاق و

لا عموم يشمل تصرفاتهما بعد موتهما، بل لهما التصرف في مال الصغير ما داما على قيد الحياه، و اما بعد موتهما فلا ولايه لهما عليه في شىء .

و مما يشهد لذلك- اعنى كون مستنده (قده) في ذلك هو الأمر الثانى- انه (قده) لم يخص الحكم بالصغار بل عممه للكبار أيضا مع الالتزام بثبوت الخيار لهم باعتبار ان المضاربه من العقود الجائزه، و الحال انه لا ولايه لهما على الكبار جزما.

و كيف كان: فما أفاده (قده) لا يمكن المساعده عليه بالنسبه إلى الصغار فضلا عن الكبار، إذ لا يوجد في أدله الوصيه إطلاق يشمل الوصيه التى لا ترجع إلى الميت و أمواله، فإنها و بأجمعها وارده في الوصايا الراجعه إلى الميت نفسه و أمواله و من هنا فلا تنفذ إلا في الثلث مما يملك و أما الزائد عنه فهو وصيه في مال الغير- على ما دلت عليه النصوص- و لذا لم يلتزم أحد بنفوذ الوصيه بالحجج مجانا، أو الوصيه بالاتجار بما يصل اليه منه بالشىء المعين. فإنه لا يلزمه شىء من ذلك إجماعا و ليس ذلك الا لكونها وصيه متعلقه بمال الغير.

و من هنا فلا مجال للالتزام بصحه مثل هذه الوصيه و نفوذها بالنسبه إلى الصغار فضلا عن الكبار، فإنها إذا لم تتم بالنسبه إليهم فعدم تماميتها في الكبار يكون بطريق اولى.

هذا كله بالنسبه إلى ما تقتضيه القواعد الأوليه و مع قطع النظر عن النصوص الخاصه، و أما مع الالتفات إليها، فلا بأس بما التزم به (قده) بالنسبه إلى الصغار خاصه على ما سيأتى بيانه عند تعرضه (قده) للروايات.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢١٤

بإيقاع الوصى عقدها لنفسه أو لغيره مع تعيين الحصه من الربح أو إيكاله

اليه، و كذا يجوز لهما الإيضاء بالمضاربه فى حصه القصير من تركتهما بأحد الوجهين (١). كما أنه يجوز ذلك لكل منهما بالنسبه إلى الثلث المعزول لنفسه (٢) بأن يتجر الوصى به أو يدفعه إلى غيره مضاربه و يصرف حصه الميت فى المصارف المعينه للثلث. بل و كذا يجوز الإيضاء منهما بالنسبه إلى حصه الكبار أيضا (٣) و لا يضر كونه ضررا عليهم من حيث تعطيل ما لهم إلى مده، لأنه منجبر (٤) بكون الاختيار لهم فى فسخ المضاربه و إجازتها كما أن الحال كذلك بالنسبه إلى ما بعد البلوغ فى القصير،

(١) الفرق بين هذه الصوره و سابقتها يمكن فى أن متعلق الوصيه فى الأولى هى أموال الصبى الموجوده حال الوصيه فى حين ان متعلقها فى الثانيه هو خصوص ما ينتقل اليه من الأب أو الجد بالإرث.

و كيف كان: فالحكم فى الصورتين واحد.

(٢) بلا خلاف فيه، و يقتضيه ما عرفت من شمول أدله نفوذ الوصيه له.

(٣) فيه اشكال بل منع، ينشأ مما تقدم من كونه خلاف القواعد الأوليه، و عدم شمول الأدله الخاصه له - على ما سيأتى بيانه.

(٤) فى التعبير بالانجبار مسامحه واضحه، و الصحيح منع دعوى الضرر، لكون العقد جائزا و أمره بيد الوارث إن شاء أبقاه و ان شاء فسخته، فلا يكون ضررا عليه. لا انه ثابت غايه الأمر أنه

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢١٥

فان له ان يفسخ أو يجيز (١) و كذا يجوز لهما الإيضاء بالاتجار بمال القصير على نحو المضاربه (٢)، بأن يكون هو الموصى به، لا إيقاع عقد المضاربه، لكن إلى زمان البلوغ أو أقل، و أما إذا جعل المده أزيد فيحتاج إلى الإجازة بالنسبه إلى الزائد (٣).

و دعوى:

عدم صحه هذا النحو من الإيضاء، لأن الصغير لا مال له حينه و انما ينتقل اليه بعد الموت، و لا دليل على صحه الوصيه العقديه فى غير التملك، فلا يصح ان يكون إيجاب المضاربه على نحو إيجاب التملك بعد الموت مدفوعه: بالمنع (٤).

منجبر بالخيار، و الا- لكان مقتضاه هو الحكم بالطلاق لا ثبوت الخيار فان الحكم الضررى مرفوع، و الانجبار لا يوجب الحكم بالصحه.

(١) فإن ما صدر منهما انما يصح و يلزم الصغير ما دامت الوصيه نافذه و الولايه ثابتة عليه، و حيث انهما يرتفعان ببلوغه إذ لا وصايه حينئذ عليه و لا- ولايه، و العقد إذنى محض، فلا- مجال لإلزامه به بل لا- بد من إذنه فيه فان أجاز فهو و الا فلا يجوز التصرف فى ماله.

(٢) لشمول التعليل المذكور فى الروايه له.

(٣) لانتفاء الولايه عليه بعد البلوغ، و العقد إذنى فيحتاج إلى إذنه لا محاله كما تقدم.

(٤) لعموم النص له.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢١٦

مع أن الظاهر من خبر خالد بن بكر الطويل (١) فى قضيه ابن أبى ليلى، و موثق محمد بن مسلم (٢) المذكورين فى باب

(١) رواه محمد بن يعقوب عن محمد بن أبى عمير، عن عبد الرحمن ابن الحجاج عن خالد بن بكر (بكر نسخه) الطويل قال:

(دعانى أبى حين حضرته الوفاه، 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 وفاه أبى إلى ابن أبى ليلى، فقالت:

ان هذا يأكل أموال ولدى، قال: فاقترضت عليه ما أمرنى به أبى فقال لى ابن أبى ليلى: ان كان أبوك أمرك بالباطل لم أجزه، ثم أشهد

على ابن أبي ليلى إن أنا حررته فأنا له ضامن، فدخلت على أبي عبد الله (ع) فقصت عليه قصتي، ثم قلت له: ما ترى؟

فقال: أما قول ابن أبي ليلى فلا استطيع رده، و أما فيما بينك وبين الله عز و جل فليس عليك ضمان) «١».

و هو مضافا إلى ضعف سنده بخالد بن بكير (بكر) وارد في الصغار، فالتعدى عنهم إلى الكبار يحتاج إلى دليل و هو مفقود.

(٢) رواه محمد بن يعقوب عن احمد بن محمد بن محمد بن علي بن الحسن بن علي بن يوسف عن مثنى بن الوليد، عن محمد بن مسلم عن أبي عبد الله (ع): (أنه سئل عن رجل أوصى إلى رجل بولده و بمال لهم و أذن له عند الوصيه أن يعمل بالمال. و أن يكون الربح بينه وبينهم فقال: لا بأس به من أجل أن أباه قد أذن له في

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ٩ من أبواب أحكام الوصايا ح ٢.

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢١٧

.....

ذلك و هو حي) «١».

ثم ان في الفقيه على بن الحسين الميثمي بدلا من علي بن الحسن - علي ما في الكافي و التهذيب و الوسائل - و هو ابن فضال الذي يروى عنه احمد بن محمد و هو من سهو قلمه الشريف أو غلط النساخ جزما إذ لا وجود لعلي بن الحسين الميثمي لا في الروايات و لا في كتب الرجال:

نعم روى (قده) في بعض الموارد عن علي بن الحسن الميثمي الا أنه غلط أيضا و الصحيح علي بن الحسن التيمي.

و كيف كان فهو غير علي بن الحسين الميثمي.

ثم ان صاحب الوسائل قد جعل المروى عنه لعلي بن الحسن هو الحسن بن

على بن يونس و جعل كلمه «يوسف» نسخه بدل ليونس.

و هو من الغلط جزما، فان الحسن بن على بن يونس لا وجود له فى الروايات و كتب الرجال أيضا، فالصحيح هو الحسن بن على ابن يوسف- على ما فى الكافى و الفقيه و التهذيب- و هو ابن بقاح الثقه.

و كيف كان: فالروايه معتبره من حيث السند، و أما من حيث الدلاله فهى واضحه الدلاله و مقتضى إطلاق كلمه المال فيها عدم الفرق بين ما كان يملكه الصغير حين الوصيه و ما يملكه بعد ذلك، كما أن مقتضى التعليل عدم الفرق بين الوصيه بالمضاربه و الوصيه بالاتجار فإنه على جميع هذه التقادير تنفذ الوصيه و تلزم الصبى ما دام هو كذلك و أما إذا بلغ فهو بالخيار بين إبقائه و رفعه.

هذا كله بالنسبه إلى الصغير، و أما بالنسبه إلى الكبير فحيث لم يرد نص فيه، فلا موجب للالتزام بصحه الوصيه بالنسبه إليه.

نعم قد عرفت ان الماتن (قده) انما يستند فى ذلك إلى أدله

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ٩ من أبواب أحكام الوصايا ح ١.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢١٨

الوصيه و أما بالنسبه إلى الكبار من الورثه فلا يجوز بهذا النحو (١) لوجوب العمل بالوصيه- و هو الاتجار- فيكون ضررا عليهم (٢) من حيث تعطيل حقهم من الإرث و ان كان لهم حصتهم من الربح، خصوصا إذا جعل حصتهم أقل من المتعارف.

[(الحاديه عشره): إذا تلف المال فى يد العامل بعد موت المالك من غير تقصير]

(الحاديه عشره): إذا تلف المال فى يد العامل بعد موت المالك من غير تقصير فالظاهر عدم ضمانه (٣)،

نفوذ الوصيه، لكنك قد عرفت ما فى العبارة و المطلب معا.

(١) ما افاده (قده) فى جانب الكبار من التفصيل بين كون متعلق الوصيه هو عقد المضاربه

و بين كونه الاتجار تام و متين على تقدير شمول أدله الوصيه للمقام، فإنه حينئذ لا محيص عن الالتزام بهذا التفصيل، إلا انك قد عرفت منع أصل المبني، فان أدله نفوذ الوصيه قاصره الشمول لمثله.

خويي، سيد ابو القاسم موسوي، مباني العروه الوثقى، ٢ جلد، منشورات مدرسه دار العلم - لطفى، قم - ايران، اول، ١٤٠٩ هـ ق
مباني العروه الوثقى؛ ج ١، ص: ٢١٨

(٢) حيث لا يكون لهم حق الفسخ، نظرا لعدم وجود عقد فى البين، فإن الوصيه انما تعلقت بالعمل و هو الاتجار، فإذا قلنا بوجوبه عليهم كان ضروريا لا محاله.

و من هنا يظهر الفرق بين المقام و صورته تعلق الوصيه بالمضاربه فإن الثانيه - عقد المضاربه - قابله للرفع حتى بناء على القول بنفوذ الوصيه بخلاف الاولى.

(٣) لكون يده على المال يد أمانه، فلا يضمن إلا بالتعدى أو التفريط، و المفروض عدمهما.

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢١٩

و كذا إذا تلف بعد انفساخها بوجه آخر (١).

[(الثانيه عشره): إذا كان رأس المال مشتركاً بين اثنين فصاربا واحدا ثم فسخ أحد الشريكين]

(الثانيه عشره): إذا كان رأس المال مشتركاً بين اثنين فصاربا واحدا ثم فسخ أحد الشريكين، هل تبقى بالنسبه إلى حصه الآخر أو تنفسخ من الأصل؟ وجهان:

أقربهما الانفساخ (٢) نعم لو كان مال كل منهما متميزا

(١) لما تقدم.

(٢) بل أقربهما عدمه، إذ لا وجه لاعتبار هذا العقد عقدا واحدا فان تعدد المالك يستلزم تعدد المضاربه لا محاله فيكون العامل عاملا- للأول فى نصف المال و للآخر فى النصف الثانى - كما هو واضح- و ان اتحد الإنشاء، فإنه لا يستلزم اتحاد المضاربه بوجه.

و هذا الكلام غير مختص بالمضاربه. بل يجرى فى جميع العقود فإنه لو وهب الشريكان مالهما المشترك بإنشاء واحد لشخص واحد، ثم رجع أحدهما فى ذلك. لم يكن ذلك الا

رجوعاً وفسخاً للهبه في حصته دون حصه صاحبه.

هذا على ان الماتن (قده) قد التزم في المسأله السابعه و الأربعين بجواز فسخ المالك للمضاربه ببعض المال و استرداده له من دون ان يكون ذلك محلاً لبقاءها في الباقي.

فإن هذا- الفسخ بالنسبه إلى بعض المال- إذا كان جائزاً مع اتحاد المالك، فجوازه مع تعدده يكون أوضح و بطريق أولى. و الحاصل: ان الصحيح هو عدم السرايه مطلقاً سواء أ كان المالك واحداً أم متعدداً كان المال متميزاً أم لم يكن كذلك.

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٢٠

و كان العقد واحداً لا يبعد بقاء العقد بالنسبه إلى الآخر (١).

[الثالثه عشره): إذا أخذ العامل مال المضاربه و ترك التجاره به إلى سنه مثلاً]

(الثالثه عشره): إذا أخذ العامل مال المضاربه و ترك التجاره به إلى سنه مثلاً، فان تلف ضمن (٢)، و لا يستحق المالك عليه غير أصل المال (٣)، و ان كان آثماً في تعطيل مال الغير.

[الرابعه عشره): إذا اشترط العامل على المالك عدم كون الربح جابراً للخسران مطلقاً]

(الرابعه عشره): إذا اشترط العامل على المالك عدم كون الربح جابراً للخسران مطلقاً فكل ربح حصل يكون بينهما، و ان حصل خسران بعده أو قبله، أو اشترط أن لا يكون الربح اللاحق جابراً للخسران السابق أو بالعكس فالظاهر الصحه. و ربما يستشكل بأنه خلاف وضع المضاربه و هو كما ترى (٤).

(١) لما عرفت من تعدد المضاربه حقيقه و ان اتحدت إنشاء.

(٢) لتعديه و تفريطه باهماله للمال و إبقائه كذلك عنده من غير إذن المالك حيث ان الأذن مختص بإبقائه عنده للتجار خاصه لا مطلقاً.

(٣) باعتبار ان الربح لم يكن موجوداً خارجاً كى يكون العامل ياهماله للمال متلفاً و من ثم ضامناً له، غايه الأمر أنه بفعله حرم المالك من الربح بحيث لم يدعه يربح و هو لا يوجب الضمان.

(٤) و ذلك لان عنوان المضاربه متقوم بجعل مقدار من الربح للعامل، و هو متحقق في المقام.

نعم ذلك قد يلحظ بالقياس إلى مجموع المعاملات- كما هو الغالب في باب المضاربه- و قد يلحظ بالقياس إلى كل معامله، الا انه

[(الخامسه عشره): لو خالف العامل المالك فيما عينه جهلا أو نسيانا أو اشتباها]

(الخامسه عشره): لو خالف العامل المالك فيما عينه جهلا- أو نسيانا أو اشتباها كما لو قال: لا- تشتت الجنس الفلانى أو من الشخص الفلانى، فاشتره جهلا- فالشراء فضولى (١) موقوف على اجازة المالك.

أمر خارج عن مفهوم المضاربه فإنه أعم من هذا و ذاك، و عليه فلا مانع من شمول الإطلاقات له.

و دعوى: منافاته لقوله (ع): «الربح بينهما و الوضيعه على المال» «١».

مدفوعه: بان كون الربح بينهما أعم من كونه من مجموع التجارات أو كل تجاره، فإنه أمر تابع للجعل و خارج عن مفهوم المضاربه.

(١) أرسله غير واحد من الأصحاب إرسال المسلمات،

و علله بعضهم بعدم إذن المالك، لكن الظاهر انه لا يخلو من اشكال، و ذلك لان ما أفاده (قده) و إن كان مقتضى القاعده- الا انه لا مجال للاستناد إليها بعد دلاله جمله كثيره من النصوص (١)- و أكثرها صحاح.

على صحة المعامله عند مخالفه العامل لما عين له شرطا أو قييدا على كل تقدير مع كون الربح بينهما على ما اتفقا عليه و الخسران على العامل فقط لتعديده و مخالفته، فان هذه النصوص غير قاصره الشمول للمقام و قد عمل بها الماتن (قده) و غيره في صوره علم العامل بالحال، و من الواضح انه لا خصوصيه لفرض العلم إذ لا قصور في هذه النصوص عن شمول فرض الجهل أيضا، فإن المفروض فيها مخالفه العامل للمالك فيما إذا اشترط عليه أو أخذه قييدا في المعامله، و أما كون

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ١ من أبواب أحكام المضاربه.

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٢٢

و كذا لو عمل بما ينصرف إطلاقه إلى غيره، فإنه بمنزله النهى عنه. و لعل منه ما ذكرنا سابقا من شراء من ينعق على المالك (١) مع جهله بكونه كذلك. و كذا الحال إذا كان مخطئا في طريقه التجاره، بأن اشترى ما لا مصلحه في شراءه عند أرباب المعامله في ذلك الوقت، بحيث لو عرض على التجار حكموا بخطائه.

[(السادسه عشره): إذا تعدد العامل كأن ضارب اثنين بمائه مثلا بنصف الربح بينهما متساويا أو متفاضلا]

(السادسه عشره): إذا تعدد العامل كأن ضارب اثنين بمائه مثلا بنصف الربح بينهما متساويا أو متفاضلا فاما أن يميز حصه كل منهما من رأس المال (٢) كأن

ذلك عن عمد أو جهل فلا تعرض لها اليه و مقتضى الإطلاق ثبوت الحكم في الصورتين.

نعم ورد في بعض تلك النصوص أخذ عنوان العصيان و هو لا يشمل

فرض الجهل، الا انه ضعيف من حيث السند فلا مجال للاعتماد عليه.

إذن: فالصحيح هو الحكم بصححه هذه المعاملات فى المقام مع الالتزام بكون الربح بينهما و الخسران على العامل.

و لعل غفله المعلقين عن التعليقه على هذا الحكم فى المقام ناشئه عن غفلتهم عن هذه النصوص و الله العالم.

(١) فى خصوص هذا الفرض الأمر كما أفاده (قده) لخروجه عن عنوان المضاربه فإنها مبنيه على الاسترباح و هذه المعامله لا يمكن فيها الاسترباح، فلا تصح مضاربه مع إذن المالك فضلا عن عدمه و قد تقدم بيانه مفصلا.

(٢) بحيث تكون المضاربه متعدده حقيقه بأن تكون مع كل منهما

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٢٣

يقول: على أن يكون لكل منه نصفه، و إما لا يميز (١) فعلى الأول الظاهر عدم اشتراكهما فى الربح و الخسران و الجبر (٢) الا مع الشرط (٣)، لأنه بمنزله تعدد العقد.

و على الثانى يشتركان فيها و إن اقتسما بينهما فأخذ كل منهما مقدارا منه (٤).

مضاربه مستقله عن المضاربه مع الآخر و ان اتحدتا إنشاء.

(١) بان تكون المضاربه مضاربه واحده معهما معا، بحيث يكونان بمنزله العامل الواحد و يكون كل منهما عاملا مضاربا فى جميع المال.

(٢) لعدم الموجب له، بعد تعدد المضاربه و استقلال كل منهما عن الآخر.

(٣) بل و معه أيضا- إذا كان على نحو شرط النتيجة كما هو المفروض- و ذلك لما عرفت غير مره من أن الشروط ليست مشرعه، و من هنا فصحتها تكون محتاجه إلى الدليل، و الا فمقتضى عقد المضاربه كون الربح بين العامل و المالك خاصه.

و بعباره اخرى: ان جبر ربح مضاربه شخص لخسران شخص آخر يحتاج إلى الدليل، و لا يكفى فى إثباته أدله الشروط لأنها ليست

مشرعه. و من هنا فيكون حال هذا الفرع حال اشتراط الربح للأجنبي، بل هذا من مصاديقه حيث أن العامل الآخر أجنبي عن هذه المعامله.

(٤) لأن التقسيم خارجا لا يجعل المضاربه الواحده مضاربتين مستقلتين. و هذا مما لا كلام فيه، و انما الكلام ينبغى ان يقع فى صحه مثل هذه المضاربه حيث تتحد المضاربه و يتعدد العامل.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٢٤

الا ان يشترطا عدم الاشتراك فيها (١) فلو عمل أحدهما.

و الذى يظهر من كلمات الأصحاب ان صحتها أمر مفروغ عنه و متسالم عليه. إلا أننا لو كنا و الروايات الوارده فى المضاربه للزم الحكم بطلان هذه المعامله إذ لا يوجد فيها ما يدل على صحه المضاربه مع اثنين، و انما الوارده فيها عنوان الرجل و هو ظاهر فى العامل المتحد.

نعم ذكر صاحب الجواهر (قده) ان المراد بالرجل و العامل فى لسان النصوص انما هو الجنس و من هنا فيصدق على الواحد و المتعدد.

و هذه الدعوى و ان كانت قابله للتصديق إمكانا، إلا انها خلاف الظاهر جدا فتحتاج فى مقام الإثبات إلى الدليل و هو مفقود.

و الذى يمكن ان يقال فى هذا المقام، ان المضاربه ليست من المعاملات الشرعيه المحضه، بحيث يكون الشارع المقدس هو المؤسس لها ابتداء و انما هى معامله عقلايه ثابتة و متعارفه لدى العقلاء قبل التشريع.

و قد أمضاها الشارع المقدس، و أقر العقلاء على فعلهم ذلك.

و من هنا: فحيث ان هذه المعامله غير مقيده لدى العقلاء باتحاد العامل فإنها كما تتحقق مع العامل الواحد تتحقق مع تعدد العملاء، حاله فى ذلك حال الأجير فإن المالك قد يجعل أجيرا واحدا و قد يجعل أجراء متعددين، كفى دليل الإمضاء فى الحكم بصحه هذه

المعامله، حيث لم يدل دليل على اعتبار وحده العامل.

و بعبارة أخرى: ان عدم ورود الردع عن تعدد العامل فى شىء من أدله إمضاء عقد المضاربه بعد قيام السيره العقلانيه عليه، يكفى فى الحكم بصحة هذه المعامله و حمل عنوان الأجير فى لسان الأدله على الجنس.

(١) الظاهر انه لا اثر لهذا الاشتراط. فان الشرط لا يكون مشرعا

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٢٥

و ربح و عمل الآخر و لم يربح أو خسر يشتر كان فى ذلك الربح و يجبر به خسران الآخر. بل لو عمل أحدهما و ربح و لم يشرع الآخر بعد فى العمل، فانفسخت المضاربه، يكون الآخر شريكا (١) و ان لم يصدر منه عمل، لانه مقتضى الاشتراك فى المعامله. و لا- يعد هذا من شركه الأعمال كما قد يقال، فهو نظير ما إذا آجرا نفسيهما لعمل بالشركه فهو داخل فى عنوان المضاربه لا الشركه، كما إن النظير داخل فى عنوان الإجاره.

[(السابعه عشره): إذا أذن المالك للعامل فى البيع و الشراء نسيئه]

(السابعه عشره): إذا أذن المالك للعامل فى البيع و الشراء نسيئه، فاشترى نسيئه و باع كذلك، فهلك المال، فالدين فى ذمه المالك (٢). و للديان إذا علم بالحال أو تبين له بعد ذلك الرجوع على كل منهما (٣).

و لا بد من دليل يقتضى ذلك و هو مفقود.

(١) لاتحاد المضاربه و كونهما بمنزله العامل الواحد.

(٢) بلا اشكال فيه، فان المعامله الصادره من العامل بأذنه معاملته له، فيكون مطالباً بعوضها لا محاله.

(٣) أما المالك فلما عرفت، و أما العامل فلكونه مسئولاً عن المعامله و طرفاً لها، فإنه ليس كالوكيل فى إجراء الصيغه خاصه حيث لا يتحمل شيئاً من مسئوليه العقد، بل هو طرف له حقيقه لا سيما إذا كان المالك جاهلاً بما يقوم به

كما هو الحال فى وكالات التجار بيعا و شراء، فان الوكيل يقوم بتلك المعاملات على وفق ما يراه

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٢٦

فان رجوع على العامل و أخذ منه رجوع هو على المالك (١) و دعوى: انه مع العلم من الأول ليس له الرجوع على العامل، لعلمه بعدم اشتغال ذمته. مدفوعه: بأن مقتضى المعامله ذلك (٢)، خصوصا فى المضاربه (٣)، و سيما إذا علم انه عامل يشتري للغير و لكن لم يعرف ذلك الغير أنه من هو و من اى بلد. و لو لم يتبين للديان ان الشراء للغير يتعين له الرجوع على العامل فى الظاهر (٤) و يرجع هو على المالك.

[الثامن عشره): يكره المضاربه مع الذمى خصوصا إذا كان هو العامل]

(الثامن عشره): يكره المضاربه مع الذمى خصوصا إذا كان هو العامل، لقوله (ع): «لا ينبغي للرجل

صالحا من دون اخبار الموكل بجزئيات كل منها قبل إيقاعها.

و من هنا فيتحمل العامل مسئوليته فى المعامله باعتبار ان اقدامه على البيع و الشراء اقدام على الضمان و كونه مسئولا عنه، على ما تقتضيه السيره القطعيه فإن المشتري يرجع على الذى باشر العقد و كان طرفا له و مسئولا عنه من غير التفات إلى كونه وكيلا أو مالكا.

(١) لاستقرار الضمان عليه، باعتبار ان المعامله له و هو الطرف الحقيقى فيها.

(٢) لإقدامه على الضمان و كونه مسئولا عنها- كما عرفت- مضافا إلى السيره العقلائييه القطعيه.

(٣) حيث يكون العامل شريكا للمالك فى الربح.

(٤) لظهور كونه له، و ان كان فى الواقع لغيره.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٢٧

المسلم ان يشارك الذمى، و لا يبضعه بضاعه، و لا يودعه وديعه، و لا يضافيه الموده» (١). و قوله (ع): «ان أمير المؤمنين (ع) كره مشاركه اليهودى و النصرانى و المجوسى،

الا ان تكون تجاره لا يغيب عنها المسلم» (٢) و يمكن ان يستفاد من هذا الخبر (٣) كراهه مضاربه من لا يؤمن منه في معاملاته من الاحتراز عن الحرام.

[(التاسعه عشره): الظاهر صحه المضاربه على مائه دينار كلياً]

(التاسعه عشره): الظاهر صحه المضاربه على مائه دينار كلياً، فلا يشترط كون مال المضاربه عينا شخصيه

(١) رواه محمد بن يعقوب عن عده من أصحابنا عن احمد بن محمد عن ابن محبوب عن ابن رثاب قال: قال أبو عبد الله (ع). المتن «١». و الروايه معتبره.

(٢) رواه محمد بن يعقوب عن علي بن إبراهيم عن أبيه عن النوفلي عن السكوني عن أبي عبد الله (ع). المتن «٢». و هي كسابقته معتبره من حيث السند. فإن النوفلي و السكوني ثقتان على ما تقدم غير مره.

(٣) حيث لا يبعد دعوى كون النهي نهياً إرشادياً إلى عدم وثاقتهم كما يشهد له استثناء التجاره الحاضره.

فمن هنا يمكن تعديده الحكم إلى كل من لا يكون محلاً للوثوق، فتكون المضاربه معه مكروهه تنزيهاً أو منهيهاً عنها إرشاداً.

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ٢ من أبواب أحكام الشركه ح ١.

(٢) الوسائل ج ١٣ باب ٢ من أبواب أحكام الشركه ح ٢.

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٢٨

فيجوز إيقاعهما العقد على كلي ثم تعيينه في فرد. و القول بالمنع لان القدر المتيقن العين الخارجى من النقدين ضعيف (١) و أضعف منه احتمال المنع حتى في الكلى في المعين (٢)، إذ يكفي في الصحه العمومات.

[(تمتم العشرين)]

(تمتم العشرين): لو ضاربه على ألف مثلاً فدفع اليه نصفه فعامل به، ثم دفع اليه النصف الآخر، فالظاهر جبران خساره أحدهما بربح الآخر، لأنه مضاربه واحده (٣) و أما لو ضاربه على خمسمائه فدفعها اليه و عامل بها، و فى أثناء التجاره زاده و دفع خمسمائه اخرى، فالظاهر عدم جبر

(١) لا وجه لتضعيف هذا القول بل هو المتعين، بعد عدم شمول الروايات الواردة في المضاربه له حيث لا يصدق عنوان إعطاء المال له

عليه، بل يقتضيه ما دل على عدم جواز المضاربه بالدين ما لم يقبض فإنه يقتضى عدم جواز المضاربه بالكلى فى الذمه ما لم يتشخص فى الخارج.

إذن: فالظاهر فى المقام هو عدم صحه مثل هذه المضاربه، و يكفينا فى ذلك الشك نظرا لاحتياج صحه المضاربه إلى الدليل الخاص و عدم كفايه العمومات فى إثبات صحتها.

(٢) بلا اشكال فيه، لصدق عنوان إعطاء المال عليه و من ثم شمول النصوص له.

(٣) و هو واضح، إذ لا عبره بتعدد التسليم و القبض و انما العبره بوحده المضاربه و تعددها.

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٢٩

خساره إحداهما بربح الأخرى (١) لأنهما فى قوه مضاربتين نعم بعد المزج و التجاره بالمجموع يكونان واحده.

(١) و فيه: ان الخمسمائه الثانيه إذا كانت متممه للمضاربه الاولى و توسعه لها، فحالها حال الصوره الأولى حيث تكون المضاربه واحده غايه الأمر انها كانت عند بدئها ضيقه النطاق، فاتسعت بعد ذلك- كما يتفق ذلك كثيرا فى التجارات حيث تبدأ برأس مال بسيط لاعتبارات قد تكون منها اختبار قدره العامل أو قله المال ثم تتسع مع إحساس المالك بالربح- و حينئذ يكون الربح جابرا للخسران لا محاله بلا فرق بين مزج المالىين و عدمه، نظرا لاتحاد المضاربه و عدم تعددها حيث لم تلحظ الثانيه مستقلة عن الاولى و فى قبالتها.

و أما إذا كانت الخمسمائه الثانيه مضاربه مستقلة و منحازه عن المضاربه الأولى- كما لو اختلفت نسبه الربح فيهما بان كان للعامل فى الأولى النصف و فى الثانيه الثلث أو بالعكس- كان الربح فى الثانيه غير جابر للخسران فى الاولى لا محاله بلا فرق فى ذلك بين فرض مزج المالىين و عدمه، فان الامتراج لا يوجب اتحاد المضاربتين كما

لو كان عاملا لشخصين و اختلط مالهما فى يده، فإنه لا يوجب اتحادهما و جبر خسران إحداهما بربح الأخرى.

و الحمد لله أولا و آخرا.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٣٣

[كتاب الشركه]

اشاره

كتاب الشركه

[فصل فى أحكام الشركه]

اشاره

فصل فى أحكام الشركه و هى عباره عن كون الشىء الواحد لاثنين أو أزيد ملكا أو حقا (١).

و هى (إما واقعيه قهريه) كما فى المال أو الحق الموروث.

(١) لا- يخفى ان لفظ الشركه فى كلمات الفقهاء مستعمل فى معناه اللغوى و هو ما يقابل الاختصاص، و ليس لديهم هناك اصطلاح خاص فيه.

نعم كلامهم (قدس سرهم) فى المقام يختص بحصه خاصه منها.

فإنها قد تفرض فى الأمور التكوينية الخارجيه كالحفر و القتل، و بهذا المعنى جاء فى الكتاب العزيز «وَلَمْ يَكُنْ لَهُ شَرِيكٌ فِي الْمُلْكِ» (١) حيث دلت على انحصار السلطه الحقيقيه و الاستيلاء الخارجى به تعالى.

و قد تفرض فى الأمور الاعتباريه من ملكيه أو حق، فإنهما قد يختصان بواحد و قد يكونان للمتعددین فيكونون شركاء فيهما.

و هذا القسم هو محل الكلام بين الفقهاء (قده).

(١) الفرقان: ٢.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٣٤

(و إما واقعيه اختياريه) من غير استناد إلى عقد، كما إذا أحيى شخصان أرضاً مواتاً بالاشتراك، أو حفراً بئراً أو اغترافاً ماءً، أو اقتلعا شجراً.

(و إما ظاهريه قهريه) (١)، كما إذا امتزج مالهما من

(١) وفيه: انه لا- معنى للشركه الظاهريه- قهريه كانت أم اختياريه- بعد العلم بعدم الاشتراك واقعا، فإن الأحكام الظاهريه انما هي مجعوله في فرض الشك و الجهل بالحكم الواقعي، فلا معنى لثبوتها مع العلم به و دعوى: ان المراد من الشركه الظاهريه، هو ترتيب آثارها في مقام العمل و ان لم تكن هناك شركه في الواقع.

مدفوعه: بأنه لا موجب لإجراء أحكام الشركه بعد العلم بعدمها واقعا و استقلال كل منهما في ماله.

إذن فالصحيح ان يقال: ان الامتزاج إذا كان على نحو يعد الممتزجان شيئا واحدا عرفا و أمرا

ثالثا مغايرا للموجودين السابقين، كما فى مزج السكر بالخل حيث يوجب ذلك انعدامهما معا و تولد شىء جديد مغاير لهما يسمى بالسكنجين، ففيه تكون الشركه شركه واقعيه حقيقيه، فإن الموجود بالفعل مال واحد نشأ عن المالىن فيكون ملكا لهما معا، إذ لا موجب لاختصاص أحدهما به.

و هذا الكلام يجرى فى كل مزيج يعد موجودا واحدا لدى العرف فإنه يكون مشتركا واقعا.

ولا ينافى ذلك انه لو اتفق تفكيكهما بوجه من الوجوه، لكان كل منهما مختصا بمالكه الأول، إذ الشركه الواقعيه فى المقام مشروطه

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٣٥

دون اختيارهما- و لو بفعل أجنبي- بحيث لا- يتميز أحدهما من الآخر، سواء كانا من جنس واحد، كمزج حنطه بحنطه، أو جنسين كمزج دقيق الحنطه بدقيق الشعير، أو دهن اللوز بدهن الجوز، أو الخل بالدبس.

(و إما ظاهريه اختياريه) كما إذا مزجا باختيارهما لا بقصد الشركه فإن مال كل منهما فى الواقع ممتاز عن الآخر، و لذا لو فرض تمييزهما اختصاص كل منهما بماله و أما الاختلاط

ببقاء الامتزاج و كونه موجودا واحدا بنظر العرف، فإذا امتازا انفسخت الشركه للا محاله.

و أما إذا كان الامتزاج بنحو يكون الموجود بالفعل عباره عن موجودات متعدده غير قابله للتمييز خارجا، كما فى مزج الدراهم بمثلها، فلا موجب للقول بالشركه أصلا، فإن كل درهم موجود مستقل عن الآخر و محفوظ فى الواقع.

و لا يبعد ان يكون مزج الحنطه بالحنطه و الحنطه بالشعير من هذا القبيل حيث تكون كل حبه من الخليط مملوكه لصاحبها، و لا موجب للقول بالشركه، بعد ان لم يكن العرف يراه موجودا واحدا فى قبال الموجودين السابقين.

نعم فى دقيقتها لا يبعد حكم العرف بوحدته الموجود بالفعل.

و الحاصل، ففى فرض

عدم اعتبار العرف للموجود الخارجى بالفعل موجودا واحدا يبقى كل من المالىن على ملك مالكة، و حينئذ فلا بد فى مقام التمييز من الرجوع إلى الصلح القهرى أو القرعه على ما سيأتى.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٣٦

مع التمييز فلا يوجب الشركه و لو ظاهرا (١)، إذ مع الاشتباه مرجعه الصلح القهرى (٢) أو القرعه.

(١) كما هو واضح، لعدم الموجب لها.

(٢) و المراد به إجبار الحاكم لهما على الصلح بالتراضى. و إلا فالصلح لا يكون قهرا، فان تعاندا ينتهى الأمر إلى القرعه حيث انها لكل أمر مشكل و مع إمكان التصالح لا اشكال، و اما احتمال اشتراكهما فيه فبعيد جدا و لا موجب له.

و تفصيل الكلام فى المقام ان يقال: انه إذا امتزج المالان فإن أمكن الفرز و التمييز فلا خلاف و لا اشكال، حيث يجب ذلك و لا تصل النوبه إلى الشركه أو الصلح أو القرعه.

و ان لم يمكن التخليص إلا بكلفه بالغه كما إذا امتزج طن من الحنطه بطن من الشعير، حيث قد تزيد اجره الفرز عن قيمه المالىن معا، و حينئذ فإن تصالح المالكان فهو و الا- أجبرهما الحاكم عليه و يكون ذلك صلحا قهريا، فان امتنعا باشر الحاكم ذلك بنفسه، حفظا لمال المسلم عن التلف حيث يريد كل منهما إتلاف مال الآخر بمنعه من التصرف فيه و أخذه لنفسه.

و أما القرعه فى المقام فلا موضوع لها، لأنها لرفع الاشتباه و لا اشتباه فى المقام بعد فرض امتياز كل من المالىن عن الآخر، فان كل حبه من الحنطه مملوك لمالك الحنطه و كل حبه من الشعير مملوك لمالك الشعير.

هذا كله فيما إذا كان المالك معلوما و اما إذا كان هو مجهولا كاشتباه

الشاتين و العباتين و الكتابين و ما شاكلها حيث لا يعرف مالك

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٣٧

(و إما واقعيه) مستنده الى عقد غير عقد الشركه، كما إذا ملكا شيئاً واحداً بالشراء أو الصلح أو الهبه أو نحوها.

(و إما واقعيه) منشأه بتشريك أحدهما الآخر فى ماله كما إذا اشترى شيئاً فطلب منه شخص أن يشركه و يسمى عندهم بالتشريك. و هو صحيح لجمله من الاخبار (١).

(و إما واقعيه) منشأه بتشريك كل منهما الآخر فى ماله (٢)

كل منهما بعينه، ففيه لا مجال للشركه أيضا حيث يكون المالان ممتازين فى الخارج، بل ان تصالحا بالاختيار فهو و الا فالقرعه لأنها لكل أمر مشكل، و لا مجال للصلح القهرى نظرا لعدم الموجب له، بعد جهاله المالكين و عدم معرفتهما.

إذن: فموضوع كل من الصلح القهرى و القرعه مغاير للآخر، إلا انهما قد يجتمعان فى فرض واحد، كما لو امتزج احد المالين بالآخر على نحو لا يمكن تخليصهما مع جهاله المالك بحيث لا يعلم من هو مالك الأول و من هو مالك الثانى. و حينئذ: فإن تصالحا فهو، و الا فالقرعه أولا ثم المصالحة القهرية.

(١) ففى صحيحه هشام بن سالم عن أبى عبد الله (ع) قال:

(سألته عن الرجل يشارك فى السلعه، قال: ان ربح فله، و ان وضع فعليه) «١».

و غيرها، مضافا إلى السيره العقلانيه.

(٢) و هذا القسم هو المعروف و الشائع من الشركه العقديه، و هو محل الكلام فى المقام.

(١) الوسائل: ج ١٣، باب ١ من أبواب أحكام الشركه ح ١.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٣٨

و يسمى هذا بالشركه العقديه و معدود من العقود، ثم ان الشركه قد تكون فى عين و قد تكون فى منفعه و

قد تكون في حق، و بحسب الكيفيه إما بنحو الإشاعه و إما بنحو الكلى في المعين (١) و قد تكون على وجه يكون كل

(١) كما لو باع منا من الصبره المعينه لزيد، فان المن الكلى يكون لزيد و الباقي للمالك البائع، و بذلك يكونان شريكين في الصبره المعينه.

و قد ذكر صاحب الجواهر (قده) انه، لا- إشكال في صدق الشركه معه و لا- إشاعه. اللهم إلا- أن يراد منها عدم التعيين، لا خصوص الثلث و الربع و نحوها.

و قد أورد عليه في بعض الكلمات، بان الفرض خارج عن موضوع الشركه، فإنها انما تتحقق فيما إذا كان المال الواحد مملوكا لشخصين أو أكثر على نحو الإشاعه بأن يكون لكل منهما حصه في كل جزء من ذلك المال، لا- ما إذا كان مال كل منهما مستقلا عن مال الآخر و ان كانا بحسب الوجود واحدا كما في البيت الواحد إذا كان طابوقه لشخص و حصه لآخر و خشبه لثالث، فإنه لا تتحقق الشركه فيه لاستقلال كل واحد منهم بجزء منه.

و ما نحن فيه من هذا القبيل فان المالك يملك شيئا و المشتري يملك شيئا آخر حيث يملك الأول الصبره الخارجيه في حين يملك الثاني الكلى فقط و معه فلا معنى للشركه.

لكن الصحيح هو ما ذهب اليه صاحب الجواهر (قده)، فان قياس المقام على مثال الدار من القياس مع الفارق، إذ العبره في تحقق الشركه انما هي بوحده الوجود في الخارج بنظر العرف،

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٣٩

من الشريكين أو الشركاء مستقلا في التصرف، كما في شركه الفقراء في الزكاه (١).

و هي غير متحققه في مثال الدار بخلاف ما نحن فيه حيث لا يكون وجود الكلى منحاذا في

الخارج عن وجود الفرد الخارجى. بل الكلى موجود بوجود الفرد، و من هنا فالموجود الواحد فى الخارج بالفعل مضاف إلى مالكين و لكن بنحوين من الإضافة، فإنه و بلحاظ الافراد مملوك بتمامه للمالك، و بلحاظ الكلى - الذى هو الثانى موجود بوجود الافراد - مضاف و مملوك للمشتري.

و الحاصل: ان الوجود الواحد لما كان مضافا إلى شخصين.

تحققت الشركه بينهما فيه، و ان اختلفت نحو الإضافة إليهما.

(١) ورد التعبير بذلك فى بعض النصوص فى معتبره أبى المعزى عن أبى عبد الله (ع) قال «ان الله تبارك و تعالى أشرك بين الأغنياء و الفقراء فى الأموال، فليس لهم أن يصرفوا إلى غير شركائهم» (١).

الا أن التعبير بالشركه فى هذه الموارد مبنى على نوع من المسامحه و من باب الاستعاره، و الا فلا شركه فى الواقع - على ما تقدم بيانه فى محله من كتاب الزكاه مفصلا - فان الموارد المذكوره فى باب مستحقى الزكاه انما هى من باب المصرف لا الملكيه، فالفقير - مثلا - مصرف للزكاه و الا فهو لا يملك شيئا منها، و من هنا كان التزام الأصحاب بعدم وجوب البسط و الاستيعاب، إذ لو كانت ملكا لهم لوجب ذلك، إيصالا للمال إلى مالكه.

ثم على فرض الالتزام بالملكيه تحفظا على ظهور اللام فى قوله تعالى

(١) الوسائل: ج ٦ باب ٢ من أبواب المستحقين للزكاه ح ٤.

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٤٠

.....

«إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَ الْمَسْكِينِ» (١) فيها، فلا مجال للالتزام بها فى المقام أيضا، إذ الملكيه - على تقديرها - انما تكون للكلى الجامع و الطبيعى الشامل للأفراد، لا للأفراد بما هى، و من هنا فلا يملك الفرد بما هو و كل واحد منهم بشخصه شيئا، و الا لوجب البسط على

جميع افراد الصنف الواحد، و هو غير واجب جزما- بل غير ممكن فى الخارج- حتى بناء على وجوب البسط بين الأصناف.

إذن: فلا معنى لان يقال ان لبعض الشركاء فى الزكاه التصرف فى المال المشترك مستقلا، إذ لا شركه حقيقه و فى الواقع، و انما عبر عما فرضه الله لهم فى مال الأغنياء بها مسامحه و من باب ضيق التعبير.

ثم ان بعضهم (قده) قد علق على كلام الماتن (قده) فى المقام بأن ما أفاده من كون كل من الفقراء مستقلا بالتصرف فى الزكاه غريب، إذ لا- يجوز لفقير التصرف فى الزكاه بدون اذن الولي و هو المالك أو الحاكم الشرعى فضلا عن أن يكون مستقلا بالتصرف.

و ما ذكره (قده) ناش من التخييل بان مراد الماتن (قده) مما أفاده هو شركه الفقراء للمالك فى المال و جواز تصرفهم فيه مستقلا.

الا أنه غير صحيح، فإنه (قده) لا يقصد بما أفاده شركه الفقراء للمالك، و انما يعنى به شركه الفقراء بعضهم لبعض فى الزكاه و عبارته (قده) واضحه فى ذلك، فإنه إنما عبر بشركه الفقراء فى الزكاه و لم يعبر بشركتهم فى المال الزكوى- المال المشتمل على الزكاه.

و الحاصل: أن الشركه انما هى بين الفقراء أنفسهم لا بينهم و بين المالك و موردها هى الزكاه بنفسها لا المال الزكوى، و من هنا فلا

(١) التوبه: ٦.

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٤١

و الساده فى الخمس (١). و الموقوف عليهم فى الأوقاف العامه (٢).

وجه للإيراد عليه بأنه لا يجوز لهم التصرف إلا بإذن المالك.

و عليه: فكلام الماتن (قده) سالم عن الاشكال من هذه الناحيه و ان كان هو بحد ذاته مبنيًا على المسامحه كما عرفت.

(١) التعبير بالشركه فى الخمس لم

يرد فى شىء من النصوص، الا- انه و كما ذكرنا فى محله، لما كان بدلا عن الزكاه- على ما ورد فى النصوص- حيث جعله الله بدلا للهاشميين عنها، كان الكلام فيه هو الكلام فى الزكاه، فإنهم لا يملكونه و انما هم مصرف له خاصة و لذا لا يجب بسطه عليهم و استيعابهم فى القسمة.

و على تقدير الالتزام بملكيتهم لظاهر اللام فى قوله تعالى «وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَ لِلرَّسُولِ وَ لِذِي الْقُرْبَىٰ.» الآية «١» فالملكيه انما هى للجامع الكلى دون الأفراد.

(٢) الوقف قد يكون على نحو الانتفاع فقط كوقف المدارس و المساكن و نحوهما.

و قد يكون على نحو الصرف دون التمليك كوقف البستان على أن يصرف وارداته على الفقراء.

و قد يكون على نحو التمليك كما لو أوقف البستان على أن يكون منافعه ملكا للفقراء.

ففى الأولين لا موضوع للشركه كما هو واضح، إذ لا ملك لأحد كى يكون شريكا لغيره، غايه الأمر أن له حق الانتفاع فى الأول

(١) سورة الأنفال آيه ٤١.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٤٢

و نحوها (١).

[(مسألة ١): لا تصح الشركه العقديه إلا فى الأموال]

(مسألة ١): لا تصح الشركه العقديه إلا فى الأموال (٢) بل الأعيان فلا تصح فى الديون (٣)، فلو كان لكل منهما

و يكون مصرفا للوقف فى الثانى.

و أما الثالث فالملكيه و ان كانت متحققه الا أن طرفها هو الكلى و الجبهه العامه، و أما الفرد بما هو فلا يملك شيئا كى يكون شريكا لصاحبه.

و الحاصل: ان ما أفاده الماتن (قده) من شركه الأفراد فى الزكاه و الخمس و الوقف مبنى على المسامحه، و إلا فشركه الأفراد غير متحققه بالمره، و ان تحققت شركه الكلى و الجبهه العامه فى بعض الموارد و

على بعض التقادير.

(١) كالتوصيه، و الحال فيها هو الحال فى الأوقاف حرفا بحرف.

(٢) و هى القدر المتيقن من الشركه العقدية الصحيحه.

(٣) إما بناء على اعتبار الامتراج فى عقد الشركه، فالأمر واضح نظرا لعدم إمكانه إذ لا معنى لامتراج دين كل منهما بدين الآخر، فان كلا منهما مستقل فى الوجود و منحاز عن الآخر.

و اما بناء على عدم اعتباره- كما لم يستبعده الماتن (قده) نظرا لعدم الدليل عليه غير الإجماع المدعى فى كلمات بعض، على ما سيأتى فى المسأله الرابعه- إنشاء الله- فلأن حقيقه الشركه هذه ترجع إلى تملك كل من المتعاقدين حصه مما له فى ذمه مدينه للآخر بإزاء تملكه له حصه مما له فى ذمه مدينه، فهى فى الحقيقه معاوضه بلفظ الشركه، و هى ممنوعه لنهى النبى (ص) عن بيع الدين بالدين، فان المنصرف منه هو النهى عن المعاوضه بالدين مطلقا و من غير

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٤٣

دين على شخص فأوقعا العقد على كون كل منهما بينهما لم يصح و كذا لا تصح فى المنافع (١)،

اختصاص بعنوان البيع، كما يشهد له ما ورد فى جمله من النصوص من النهى عن قسمه الدين، بان يجعل تمام ما فى ذمه المدين الأول لأحد الورثه فى قبال كون تمام ما فى ذمه المدين الثانى للوارث الآخر فإنها تؤكد منع الشارع المقدس عن تعويض الدين بالدين و مبادلتة بمثله تحت أى عنوان من العناوين كان.

(١) اما بناء على اعتبار الامتراج، فالأمر واضح، لعدم إمكان تحققه فيما نحن فيه.

و اما بناء على عدمه فقد تفرض الشركه فى المنفعه بمعنى كون كل منهما شريكا فى الأجره الحاصله من استيفاء منفعه عين الآخر، و هى محكومته بالبطلان جزما،

لأنه من تملك المعدوم حيث لا يملك كل منهما الأجره بالفعل، و قد تقدم غير مره انه يحتاج إلى الدليل و هو مفقود.

و قد تفرض الشركه فى نفس المنفعه، أعنى قابليه الدار للسكنى التى هى موجوده بالفعل.

و فيه ان لم يكن الزمان محدودا و معيناً، بان ملك كل منهما صاحبه نصف منفعه داره مطلقاً و من غير تحديد بحد معين، حكم بطلانها لا- محاله، لعدم صحه تملك المنفعه بقول مطلق، مطلقاً و بكافه أنواع المملكات، و ذلك للجهاله و الغرر و عدم معلوميه مقدار المنفعه المملوكه إذ قد يتفق تلف احدى العينين قبل الأخرى بزمن طويل.

و أما إذا كان زمان التملك محدوداً و معلوماً، فان تم إجماع على البطلان فيه فهو، و الا فلا نرى محذورا فى الحكم بصحتها، فإنها

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٤٤

بأن يكون لكل منهما دار- مثلاً- و أوقعا العقد على أن يكون منفعه كل منهما بينهما بالنصف مثلاً. و لو أرادا ذلك صالح أحدهما الآخر نصف منفعه داره بنصف منفعه دار الآخر (١) أو صالح نصف منفعه داره بدينار- مثلاً- و صالحه الآخر نصف منفعه داره بذلك الدينار و كذا لا تصح شركه الأعمال (٢) و تسمى شركه الأبدان أيضاً و هى أن يوقعا العقد على أن يكون أجره عمل كل منهما مشتركاً بينهما، سواء اتفق عملهما كالخياطه مثلاً، أو كان عمل أحدهما الخياطه و الآخر النساجه، و سواء كان ذلك

و فى الحقيقه ترجع إلى تملك كل منهما الحصه من منفعه داره لصاحبه بإزاء تملك صاحبه الحصه من منفعه داره له، و هى بمنزله الإجاره.

و يظهر من المحقق الأردبيلى (قده) الميل إلى الصحه فى هذه الموارد، فإنه (قده) و

ان لم يذكر هذا الفرض بخصوصه، إلا انه (قده) ذكر انه لم يظهر دليل على عدم الجواز إلا الإجماع.

فإن كان فهو، و إلا فلا مانع منه.

و من هنا يظهر ان ما ارتكبه الماتن (قده) من الحكم بالبطلان فى المقام، مع عدم اعتباره للامتزاج فى غير محله.

و لعله لهذه الجهة لم يتعرض المحقق و صاحب الجواهر (قدس سرهما) إلى اعتبار كونه من الأعيان، فإنهما لم يعتبرا إلا كونه من الأموال و مقتضاه صحة الشركة فى المنافع أيضا، لكونها منها جزما.

(١) قد عرفت الحال فيه مما تقدم.

(٢) ان أرادوا بذلك عقد الشركة فى الأجرتين اللتين تحصل لهما

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٤٥

فى عمل معين أو فى كل ما يعمل كل منهما. و لو أراد الاشتراك فى ذلك صالح أحدهما الآخر نصف منفعة المعينه أو منفعه إلى مده كذا بنصف منفعه أو منافع الآخر، أو صالحه نصف منفعة بعوض معين و صالحه الآخر أيضا نصف منفعة بذلك العوض. و لا تصح أيضا شركة الوجوه (١)، و هى أن يشترك اثنان و جيهان لا مال لهما بعقد الشركة على أن يتناع كل منهما فى ذمته إلى أجل، و يكون ما يتناعه بينهما، فيبيعانه و يؤديان الثمن و يكون

من عملهما - كما هو غير بعيد من ظاهر كلماتهم - فلا ينبغى الإشكال فى بطلانها.

و ذلك: لما تقدم غير مره من عدم الدليل على صحة تمليك المعدوم، فإنه ليس للإنسان أن يملك غيره ما لا يملكه بالفعل.

و ان أرادوا بها الشركة فى نفس المنفعة بأن يملك كل منهما نصف خياطته - مثلا - فى ذلك اليوم لصاحبه فى قبال تمليك صاحبه نصف خياطته فى ذلك اليوم له، فلا نعلم وجهها لبطلانها. فإنها من شركة

المنافع، و قد عرفت صحتها بناء على عدم اعتبار الامتراج.

و قد ذكر صاحب الجواهر (قده) ان المحكى عن الأردبيلي (قده) صحة شركة الاعمال، ما لم يتم إجماع على البطلان.

(١) و الوجه فيه واضح، إذ لا معنى لان يشترك الإنسان في ثمن ما يختص بغيره، و مثل هذا العقد داخل في تمليك المعدوم و هو غير جائز.

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٤٤

ما حصل من الربح بينهما. و إذا أرادا ذلك على الوجه الصحيح و كل كل منهما الآخر في الشراء، فاشترى لهما في ذمتهما. و شركة المفوضه أيضا باطله (١) و هي أن يشترك اثنان أو أزيد على أن يكون كل ما يحصل لأحدهما من ربح تجاره أو زراعه أو كسب آخر أو إرث أو وصيه أو نحو ذلك مشتركاً بينهما، و كذا كل غرامه ترد على أحدهما تكون عليهما. فانحصرت الشركة العقدية الصحيحه بالشركة في الأعيان المملوكة فعلا (٢) و تسمى شركة العنان.

[مسأله ٢): لو أستأجر اثنين لعمل واحد بأجره معلومه صح]

(مسأله ٢): لو أستأجر اثنين لعمل واحد بأجره معلومه صح (٣).

(١) و الوجه فيه أوضح من سابقه، فإنه من تمليك ما قد يملكه في المستقبل، و هو باطل جزماً.

(٢) بل و المنافع إن لم يتم إجماع على اعتبار الامتراج.

(٣) بل الأظهر البطلان، لجهل المستأجر بمقدار العمل الذي يملكه في ذمه كل من الأجيرين، و جهلهما بما يخص كلا منهما من الأجره في ذمه المستأجر فإنه قادح في الصحة لا محاله.

و العلم بمجموع الأجرتين و العملين لا ينفع في الصحة، بعد الجهاله بما لكل واحد منهما و ما عليه، و لا يقاس المقام ببيع الصفقه حيث يحكم فيه بالصحة للعلم بمجموع المبيع و مجموع الثمن، و لا يقدر فيه الجهل بما يقابل

كل جزء من الثمن.

فإنه من القياس مع الفارق فان البيع فعل واحد صادر من بايع

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٤٧

.....

واحد لمشتري واحد متعلق بمجموع شيئين بثمن واحد، فكل من المبيع و البائع و المشتري و الثمن معلوم، غايه الأمر أن تقسيم الثمن على اجزاء المثلثين مجهول و هو غير قادح بعد علم كل من البائع و المشتري بمقدار ما يملكه بإزاء ما يدفعه بمقتضى العقد.

و اين هذا من المقام حيث يكون المملوك لكل من المستأجر و الأجيرين مجهولا فإن المستأجر لا يعلم بمقدار ما يملكه فى ذمه الأجير الأول و ما يملكه فى ذمه الأجير الثانى، كما أن كلا منهما لا يعلم بما يملكه فى ذمه المستأجر.

و بعبارة اخرى: ان الإجاره لما كانت واقعه مع أجيرين، كانت فى الحقيقه بمنزله إجارتين و من هنا فلا يكفى معلوميه مقدار مجموع العمل، بل لا بد من العلم بمقدار ما يملكه المستأجر على كل منهما مستقلا، و حيث انه غير حاصل فلا محيص عن الحكم ببطلان مثل هذا العقد.

و بذلك يظهر الفرق بين المقام و بيع الصفقه و ان كانت الصفقه لمالكين كما إذا باع الوكيل ماله و مال موكله صفقه واحده فإن مجموع الصفقه و الثمن معلوم للبائع و المشتري و ان ما انتقل إلى المشتري هو تمام الصفقه، كما ان ما انتقل إلى كل من مالكي الصفقه من الثمن متعين فى الواقع بنسبه ما يملكه كل منهما إلى مجموع الصفقه.

و هذا قد يكون مجهولا للبائع و المشتري حين البيع إلا انه لا يضر بالصحة إذ لا يترتب عليه أى غرر، و لا يعتبر فى صحة البيع العلم بمقدار ما يقع من الثمن بإزاء كل

جزء من المبيع.

و اما فى المقام فما يملكه المستأجر على كل من الأجيرين و ما يملكه عليه من الأجره فلا تعين لهما حتى فى الواقع و نفس الأمر، و ما يصدر

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٤٨

.....

منهما من العمل فيما بعد و ان كان متعينا فى علم الله، إلا انه لا يكشف عن ان المملوك من الأول كان بهذا المقدار كما هو ظاهر.

و لأجل ذلك يحكم بالبطان لا محاله.

هذا و لكن المنصرف عرفا، من اجاره شخصين لعمل واحد بأجره واحده هو اراده توزيع العمل بينهما نصفين متساويين، فيكون مرجع إجارتها كذلك اجاره كل منهما على نصف العمل بنصف الأجره.

و هذه الإجاره و ان كانت صحيحه إلا انه لا يتفرع عليها ما ذكره الماتن (قده) بعد الحكم بالصحه.

بل الصحيح حينئذ ان يقال: انهما ان أتيا بالعمل كذلك - نصفين متساويين - استحق كل منهما نصف الأجره، و ان أتى أحدهما بنصيبه مع زياده بحيث قام ببعض واجب الآخر أيضا، لم يؤثر ذلك فى زياده استحقاقه من الأجره على حساب صاحبه، بل لكل منهما نصف الأجره أيضا، فإنه لا يستحق صاحب الزيادة بإزاءها شيئا لا من المسمى لخروج عمله الزائد عن متعلق إجارتها و لا أجره المثل لعدم الأمر به من المستأجر أو الأجير الثانى، و بذلك فيذهب عمله الزائد هدرًا لا محاله.

و أما العامل الآخر - الآتى بالأقل - فيستحق تمام النصف، لانه ملكه بالعقد و قد هيا نفسه للإتيان بما وجب عليه من العمل فسبقه للغير بالإتيان ببعضه و بذلك قد فوت عليه موضوعه - على ما تقدم تحقيقه مفصلا فى كتاب الإجاره فراجع.

و الحاصل: ان الإجاره هذه ان وقع على ان توزع الأجره بينهما بنسبه عمل كل منهما

إلى المجموع، بطلت لمجهوليه ما يملكه كل منهما على الآخر، و عدم الجدوى فى العلم بمقدار المجموع فى

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٤٩

.....

أمثال المقام.

و ان وقعت على ما هو المنصرف إليه فى مثل المقام من الاشتراك فى العمل و الأجره بالمنصفه صحه و استحق كل منهما نصف الأجره و ان اختلفا فى مقدار العمل.

نعم لو فرض أن الأجيرين اتفقا فيما بينهما بعقد الجعالة على ان يكون لمن يقوم ببعض عمل الآخر بنسبه ما أتى به إلى مجموع العمل من الأجره، صح و استحق من أتى بعمله و زياده نصف المسمى بعقد الإجاره و ما قابل الزيادة بالنسبه من حصه صاحبه بعقد الجعالة.

و حينئذ فإن علم بتساوى العمليين استحق كل منهما النصف و لم يبق لعقد الجعالة موضوع.

و ان علم بزياده عمل أحدهما بعينه على الآخر و علم بمقدار الزيادة استحق زياده على النصف الذى يأخذه بعقد الإجاره من الجعل بالنسبه.

و إن شك فى التساوى و الزيادة كان المورد من موارد الشك فى استحقاقه على الآخر شيئاً و مقتضى الأصل عدمه.

و نحوه ما إذا علم بالزيادة و شك فى مقدارها حيث يؤخذ بالمتيقن منها و ينفى الزائد عنه بالأصل.

و كذا لو شك فى زياده عمل كل منهما على الآخر و عدمها.

بل و كذا لو علم بأصل الزيادة و لكن جهل صاحبها فإنه و ان تحقق العلم الإجمالى باستحقاق أحدهما على الآخر شيئاً بالجعل، إلا انه لا اثر لهذا العلم الإجمالى لدورانه بين مكلفين لا تكليفين لمكلف واحد و حينئذ فينفي كل منهما استحقاق الآخر شيئاً عليه بالأصل و بذلك يأخذ كل منهما نصف الأجره لا محاله.

و مما ذكرنا يظهر انه لا مورد فى الفرض

و كانت الأجره مقسمه عليهما بنسبه عملهما. و لا يضر الجهل بمقدار حصه كل منهما حين العقد، لكفايه معلوميه المجموع. و لا يكون من شركه الأعمال التى تكون باطله بل من شركه الأموال، فهو كما لو استأجر كلا منهما لعمل و أعطاهما شيئاً واحداً بإزاء أجرتهما و لو اشتبه مقدار عمل كل منهما فان احتمل التساوى حمل عليه، لأصالة عدم زياده عمل أحدهما على الآخر (١) و ان علم زياده أحدهما على الآخر.

القهرى حيث يدور أمر المكلف بين كونه مشغول الذمه للغير و كون الغير مشغول الذمه له، و فى مثله فان لم يدع أحدهما على الآخر شيئاً فهو و إلا فإن ادعى أحدهما الزيادة خاصه كان المورد من قبيل المدعى و المنكر و ان ادعى معا كان من التداعى و على كلا التقديرين لا بد من الرجوع إلى القواعد المذكوره فى باب القضاء.

هذا و ما ذكرناه من ظهور استتجار اثنين لعمل واحد فى المناصفه غير مختص بالمقام بل يجرى فى سائر الأبواب أيضاً، و قد تعرض له الفقهاء (قدس سرهم) فى بعضها كأبواب الهبه و الوصيه و البيع و نحوها فإنه لو أوصى بداره لاثنين كان بينهما بالتنصيف و ليس ذلك إلا لفهم العرف من تشريك اثنين فى الهبه كون المال بينهما نصفين.

(١) لا يخفى انه لا مجال للتمسك بهذا الأصل فى المقام بناء على ما أفاده الماتن (قده) من الصحه و استحقاق كل من العاملين من الأجره بمقدار ما يقع بإزاء عمله بالنسبه فإنه حينئذ لا أثر شرعى

[(مسألة ٣): لو اقتلعا شجرة أو اغترفا ماء بآنيه واحده أو نصبا معا شبكه للصيد أو أحيا أرضا معا]

(مسألة ٣): لو اقتلعا شجرة أو اغترفا ماء بآنيه واحده أو نصبا معا شبكه للصيد أو أحيا أرضا معا، فان ملك كل منهما نصف منفعة بنصف منفعة الآخر اشتركا فيه بالتساوى، و الا- فلكل منهما بنسبه عمله و لو بحسب القوه و الضعف. و لو اشتبه الحال فكالمسألة السابقه (٢) و ربما يحتمل التساوى مطلقا (٣)، لصدق اتحاد فعلهما فى السببيه.

يترتب على الزيادة و عدمها، إذ الأثر إنما يترتب على مقدار نسبه عمل كل منهما إلى المجموع و هى لا تثبت بأصالة عدم الزيادة، على انها معارضه بأصالة عدم التساوى حيث ان كلا منها أمر حادث.

و عليه فلا بد من الرجوع إلى القرعه أو الصلح القهري.

(١) قد عرفت انه لا مجال للرجوع إلى القرعه أو الصلح القهري عند الشك فى مقدار الزيادة إذا كان استحقاق الآتى بالزيادة من جهه الجعالة لا- بأصل الإجاره و اما إذا كان بأصل الإجاره كما ذهب اليه الماتن (قده) فالرجوع إلى القرعه انما يكون فيما إذا كانت أطرافها معلومه، و أما مع جهالتها كما لو كثرت جدا بان دار أمر الزيادة بين جزء من ألف جزء إلى مائه جزء من ألف جزء، فحيث لا يمكن تعيين المحتمل بالقرعه فلا محيص عن الرجوع إلى الصلح القهري ان لم يمكن الاختيارى منه.

(٢) من الحمل على التساوى عند احتمالها، و القرعه أو الصلح القهري عند العلم بالزيادة. و قد تقدم الكلام فيه آنفا.

(٣) ذكره صاحب الجواهر (قده) لاستناد الفعل إليهما معا

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٥٢

.....

و من دون ترجيح فى ذلك لأحدهما على الآخر.

و ما أفاده (قده) صحيح فى الجملة لا مطلقا، فإنه لا بد من التفصيل فى هذه

الموارد و موارد الجعالة مما تكون الملكيه مسيبه عن العمل الخارجى بين كون العمل الصادر من الاثنين مركبا ذا اجزاء و بين كونه بسيطا لا جزء له.

ففى الأول- كالكتابه و الخياطه و البناء- لا- محيىض عن الالتزام بملكيه كل منهما بنسبه عمله، و لا وجه للتنصيف بعد فرض اختلاف مقدار عمل أحدهما عن الآخر.

و فى الثانى يتم ما أفاده (قده)، إذ العمل الواحد البسيط مستند إليهما معا لا محاله على حد سواء، و ان كان أحدهما أقوى من الآخر إذ لو لا كل منهما لما تحقق نهائيا، ففى مثل القلع و اغتراف مقدار معين من الماء دفعه و ما شاكلهما لا يتحقق هذا الفعل الوحدانى إلا بهما معا، فهو مستند إليهما و حاصل بفعلهما معا.

و من هنا يشتركان فى ملكيته على حد سواء و ان كان أحدهما أقوى من صاحبه، و كذا الحال فى الصيد فان نصب الشبكه المؤدى إلى الاستيلاء على السمكه اثر وحدانى بسيط يستند إليهما على حد سواء و ان اختلفا فى نسبه صنعها فإنه لا اثر له.

و على ما ذكرنا جرى الأصحاب فى موارد الضمانات و غيرها، فذكروا انه إذا أتلّف اثنان مال ثالث ضمناه بالسويه بحيث يكون على كل منهما نصف قيمته مطلقا و ان كان فعل أحدهما أقوى من صاحبه كما لو كانت ضربته أقوى من ضربه الآخر، و ذكروا أيضا ان القاتلين لثالث يشتركان فى قصاصه أو ديته و ان كان القتل حاصلًا من ضربه واحده من أحدهما و ضربتين من الآخر.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٥٣

و اندراجهما فى قوله «من حاز ملكك» (١) و هو كما ترى.

[مسأله ٤): يشترط - على ما هو ظاهر كلماتهم - فى الشركه العقديه]

(مسأله ٤): يشترط - على ما هو ظاهر كلماتهم - فى

الشركة العقديه، مضافا إلى الإيجاب و القبول، و البلوغ و العقل، و الاختيار، و عدم الحجر لفلس أو سفته، امتزاج المالين (٢) سابقا على العقد أو لاحقا، بحيث لا يتميز

و ليس ذلك إلا- لكون الإلتلاف و القتل فعلا بسيطا مستندا إليهما على حد سواء فكلامهم (قده) هذا فى أبواب الضمانات و القصاص و الديات يشهد بما اخترناه من الحكم بالتنصيف مع بساطه الفعل فيما نحن فيه من موارد سببيه الفعل للتملك، لوحده المناط فى المقامين و هو كون الفعل الصادر سببا لأثر يرتبط بفاعله.

(١) هذه الجملة و ان لم ترد فى النصوص، إلا ان أصل الحكم متسالم عليه بينهم و يدل عليه قولهم (ع) «اللعين ما رأته و لليد ما أخذت».

(٢) و الكلام فيه ينبغى ان يقع فى مقامين:- الأول: فى مقام الثبوت و إمكان أخذ الامتزاج شرطا فى الشركة العقديه.

الثانى: فى مقام الإثبات و الدليل على اعتبار هذا الشرط.

أما المقام الأول: فإن كان مرادهم (قدس سرهم) من الامتزاج فى كلماتهم هو الامتزاج المتقدم فى أول هذا الفصل، و الذى يكون سببا للشركة القهريه سواء أحصل عن الاختيار و القصد أم لا، كمزج الدهن بالدهن، فلا يعقل كونه شرطا فى الشركة العقديه، لأنه ان تقدم على العقد كان هو تمام السبب فى تحققها و لا يكون العقد من

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٥٤

.....

بعده إلا- كوضع الحجر فى جنب الإنسان، و ان تأخر عنه كان العقد لغوا محضا لتحقق الشركة بالمزج سواء سبقه العقد أم لم يسبقه.

و دعوى: ان المزج المتأخر يكون كاشفا عن تحقق الشركة بالعقد السابق فلا يكون لغوا- على ما احتمله صاحب الجواهر (قده).

تكلف بلا موجب و حمل لكلماتهم على خلاف

ظاهرها، فان ظاهر كلمات المعبرين للمزج عدم تحقق الشركه إلا بعده، و من هنا فلا موجب لحمله على الكاشفيه بل هو شرط مقارن- في نظرهم- و معه فيرد عليه انه تمام السبب لها و بذلك فلا يكون العقد السابق إلا لغوا محضا.

نعم لو كان مرادهم (قدس سرهم) من المزج غير ذلك. بان أرادوا به ما يوجب الشركه الظاهريه- على ما التزم به الماتن (قده) كمزج الدرهم بمثلها فهو أمر معقول و لا بأس به.

و لعله هو مراد الجماعه من الامتراج، لا سيما من لم يشترط فيه اتحاد الجنس و الوصف، بان يقال بان الامتراج هذا و ان لم يكن موجبا للشركه الواقعيه إلا انه حيث لحق العقد أو لحقه العقد أوجب الشركه بينهما حقيقه.

أما المقام الثاني: فالظاهر عدم انعقاد الإجماع على اعتباره، و ان ورد ذلك في كلمات بعض كالعلايه (قده).

و الذى يكشف عن صحه ما ذكرناه عدم تعرض أكثر القدماء من الأصحاب لهذه المسأله بالمره، إذ لم يرد في كلمات كثير منهم ذكر لها، نعم تعرض لها جمله منهم الا ان عباراتهم قاصره عن إثبات الإجماع على اعتبار الامتراج.

فقد ذكر القاضى (قده) فى الجواهر ان صحه الشركه مع الامتراج

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٥٥

أحدهما من الآخر، من النقود كانا أو من العروض.

بل اشترط جماعه اتحادهما فى الجنس و الوصف. و الأظهر

إجماعى و لا إجماع على صحتها مع عدمه.

و عبارته (قده) كما تراها قاصره عن إثبات الإجماع على اعتبار الامتراج فى صحه الشركه العقديه، إذ غايه ما تدل عليه هو انعقاد الإجماع على صحه الشركه مع الامتراج لا بطلانها مع عدمه، و بينهما بون بعيد.

و مثله المحكى عن الشيخ (قده).

و اعتبر ابن زهره

(قده) فى الغنيه الامتراج، إلا انه لم يتعرض لدعوى الإجماع على اعتباره.

نعم تعرض ابن حمزه (قده) فى الوسيله إلى هذا الشرط و اعتبره و ادعى عليه الإجماع.

إلا ان الشهيد (قده) فى اللمعه و المحقق (قده) فى الشرائع لم يتعرضا له بالمره، و انما ذكرا أن المزج سبب قهرى للشركه سواء أحصل بالاختيار أم لا به، و هو كما تراه أجنبى عن محل الكلام.

هذا و قد صرح صاحب الحدائق (قده) بعدم الدليل على اعتبار اتحاد الجنس و الوصف و الامتراج، و اعتبره منافيا لإطلاقات الآيات الكريمه و النصوص الشريفه.

و الذى يتحصل مما تقدم انه لا- طريق لإحراز الإجماع التبعدى على اعتبار الامتراج، و حينئذ فمقتضى القاعده كما مال اليه الماتن (قده) هو القول بعدم اعتباره فى الشركه بقول مطلق.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٥٦

عدم اعتباره (١)، بل يكفى الامتراج على وجه لا يتميز أحدهما من الآخر، كما لو امتزج دقيق الحنطه بدقيق الشعير و نحوه، أو امتزج نوع من الحنطه بنوع آخر. بل لا يبعد كفايه امتزاج الحنطه بالشعير و ذلك للعمومات العامه، كقوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (١).

و قوله (ع): «المؤمنون عند شروطهم» (٢) و غيرهما بل لو لا- ظهور الإجماع على اعتبار الامتراج أمكن منعه مطلقا، عملا بالعمومات. و دعوى عدم كفايتها لإثبات ذلك، كما ترى. لكن الأحوط مع ذلك ان يبيع كل منهما حصه مما هو له بحصه مما للآخر، أو يهبها كل منهما للآخر أو نحو ذلك، فى غير صوره الامتراج الذى هو المتيقن.

هذا و يكفى فى الإيجاب و القبول كل ما دل على الشركه من قول أو فعل.

[مسأله ٥): يتساوى الشريكان فى الربح و الخسران]

(مسأله ٥): يتساوى الشريكان فى الربح و الخسران

(١) لانه و ان ذكر فى

كلمات بعضهم، إلا ان جمله منهم كالشيخ (قده) لم يعتبره صريحا و من هنا فإثباته بالدليل مشكل جدا، لفقدان الدليل اللفظى و عدم تماميه الإجماع، بل و مخالفته للعمومات.

(١) سورة المائدة، آيه ١.

(٢) الوسائل: ج ١٥ باب ٢٠ من أبواب المهور ح ٤.

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٥٧

مع تساوى المالين، و مع زياده فينسبه الزياده ربحا أو خسرانا (١) سواء كان العمل من أحدهما أو منهما، مع التساوى فيه أو الاختلاف أو من متبرع أو من أجير هذا مع الإطلاق، و لو شرطا فى العقد زياده لأحدهما، فإن كان للعامل منهما أو لمن عمله أزيد، فلا اشكال و لا خلاف عندهم فى صحته (٢) أما لو شرطا لغير العامل منهما أو لغير من عمله أزيد ففى صحه الشرط و العقد، و بطلانهما، و فى صحه العقد و بطلان الشرط- فيكون كصوره الإطلاق-

(١) و هو واضح لقاعده تبعيه النماء و الربح فى الملك للأصل، نظرا لكون نسبتها إلى المالين على حد واحد.

(٢) بل ادعى عليه الإجماع فى بعض الكلمات صريحا، و الوجه فيه رجوعه إلى اشتراط عقد المضاربه فى ضمن عقد الشركه و هو لا- محذور فيه حتى و لو كان رأس المال من غير النقدين، إذ ان اعتباره فيها انما كان للإجماع الذى ادعى عليه، و هو فى المقام مفقود، بل الإجماع قائم على عدم اعتباره فى المقام حيث لم ينسب الخلاف فى صحته إلى احد من الأصحاب.

و الحاصل: انه لا ينبغى الإشكال فى صحه هذا العقد مع الشرط، لانه شرط سائغ و مشروع فى حد ذاته، و اعتبار كون رأس المال من النقدين- إن تم- فهو انما يعتبر فى المضاربه المستقله دون ما

كان فى ضمن عقد الشركة.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٥٨

أقوال، أقواها الأول (١) و كذا لو شرط كون الخساره على أحدهما أزيد (٢) و ذلك لعموم «المؤمنون عند شروطهم» و دعوى: انه مخالف لمقتضى العقد، كما ترى. نعم هو مخالف لمقتضى إطلاقه (٣) و القول بأن جعل الزيادة لأحدهما من غير أن يكون له عمل يكون فى مقابلتها ليس تجاره،

(١) بل الأخير لمخالفه الشرط لمقتضى السنه على ما سيأتى بيانه.

(٢) الحال فيه كالحال فى سابقه حرفا بحرف.

(٣) الصحيح فى الجواب ان يقال: ان عقد الشركة أجنبى عن الربح بالمره. فإن مقتضاه الاشتراك فى المالىن بنسبتهما إلى المجموع فقط، فلو اشترطا خلاف ذلك بان يكون لأحدهما ثلثا المجموع و للآخر الثلث مع تساويهما فى المالىن، حكم بطلانها، لمخالفه الشرط لمقتضى عقدها، و اما الربح فعقد الشركة أجنبى عنه تماما، و تساويهما فيه بالنسبه انما ثبت بدليل خارجى هو ما دل على تبعيه النماء لأصل المال فى الملكيه، لا بعقد الشركة.

و من هنا فان كانت هناك مخالفه فى الشرط فهى مخالفته للسنه لا لمقتضى العقد كى يقال انه ليس مخالفا له و انما هو مخالف لإطلاقه.

و على ضوء هذا يتضح وجه عدو لنا عما اختاره الماتن (قده) من أقوائيه القول الأول إلى أقوائيه القول الأخير.

فإن هذا الشرط من الشرط المخالف للسنه حيث ان مقتضاها تبعيه الربح للمال فى الملك و كونه لصاحبه، فاشترط كونه كلا أو بعضا لغيره يكون من الشرط المخالف لها.

و بعبارة اخرى: ان الربح المشترط كونه للغير إذا كان موجودا

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٥٩

.....

بالفعل و مملوكا له، كما لو كان ربحا لتجاره سابقه، فلا مانع من أخذ فى العقد لانه

شرط سائغ و المالك مسلط على ماله يتصرف فيه كيف يشاء و أما إذا لم يكن كذلك، كما هو الحال فيما نحن فيه حيث ان ربح التجارات الآتية أمر معدوم و لا وجود له بالفعل، فلا يصح أخذه شرطاً إذ لا يصح تملك المعدوم و كان من الشرط المخالف لمقتضى السنه، إلا ما أخرجه الدليل كالمضاربه و المزارعه و المساقاه.

و لذا لم يتوقف أحد في بطلان هذا الشرط إذا أخذ في ضمن عقد آخر كالبيع و الإجاره و نحوهما بان يشترط البائع على المشتري في عقد بيع الدار- مثلاً- أن يكون أرباح بستانه له، فإنه فاسد جزماً، إذ الشرط لا يكون مشرعاً و انما أدلته تنظر إلى لزوم الوفاء به فيما يكون سائغاً و مشروعاً في نفسه.

و الحاصل: أن اشتراط احد الشريكين الزيادة في الربح من دون ان يكون ذلك في قبال عمل أو زياده فيه، من الشرط المخالف و محكوم بالفساد لا محاله، الا أن ذلك لا يؤثر على العقد شيئاً فإنه محكوم بالصحة لما عرفته في محله من أن التحقيق يقتضى عدم سرايه فساد الشرط إلى العقد نفسه.

ثم انه قد يفصل في المقام بين ما إذا كان الشرط ملكيه أحدهما الزيادة ابتداء و بنفس العقد بحيث ينتقل ذلك المقدار من الربح إليه مباشرة، فيحكم ببطلانه لمخالفته للسنه، و بين ما إذا كان الشرط تملك الشريك ذلك المقدار بعد تملكه هو له بحيث يكون انتقاله منه إليه لا- من المشتري مباشرة، فيحكم بصحته لعدم مخالفته للسنه نظراً لعدم منافاته لقانون تبعيه الربح الأصل المال في الملكيه. فان كلا منهما

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٦٠

.....

يملك من الربح بنسبه ماله إلى المجموع، ثم ينتقل

ما اشترط من الزيادة من المشروط عليه إلى المشروط له.

الا- ان فسادة يظهر مما تقدم، فإنه مخالف للكتاب و السنه أيضا حيث انه يتضمن تمليك المعدوم بالفعل و هو غير جائز، فإنه ليس للإنسان أن يملك غيره ما لا يملكه بالفعل و بذلك يكون اشتراطه من اشتراط أمر غير جائز فيحكم بفساده لا محاله لأن أدلته ليست بمشرعه.

و الحاصل: انه لا- فرق في الحكم ببطلان هذا الاشتراط بين كون الشرط هو انتقال الزيادة إلى الشريك مباشرة و انتقالها إليه بواسطة مالكها و بعد انتقالها إليه، فإن ما لا يكون مشروعاً في حد نفسه لا يكون كذلك بالشرط، لان الاشتراط لا يغير الأحكام الإلهيه، لكن ذلك لا يوجب فساد العقد أيضاً، فإنه محكوم بالصحة.

و يقتضيه مضافاً إلى ما بيناه في محله، صحيحه رفاعه قال:

«سألت أبا الحسن موسى (ع) عن رجل شارك رجلاً في جاريه له و قال: إن ربحتنا فيها فلك نصف الربح، و ان كانت وضيعه فليس عليك شيء فقال: لا أرى بهذا بأساً إذا طابت نفس صاحب الجاريه» (١).

فإنها داله على صحة العقد في ظرف فساد الشرط المأخوذه فيه و إن لم أر من تعرض لها في المقام و ذلك لان المشار اليه بقوله (ع):

«لا أرى بهذا بأساً» لا يمكن أن يكون هو نفس عقد الشركه، لاستلزامه المنافاه مع قوله (ع): «إذا طابت نفس صاحب الجاريه»: فإنه يكون لغوا محضاً، لان المفروض انه هو الذي طلب

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ١ من أبواب أحكام الشركه، ح ٨.

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٦١

بل هو أكل بالباطل، كما ترى باطل (١). و دعوى:

أن العمل بالشرط غير لازم لأنه في عقد جائز. مدفوعه أولاً: بأنه

من الآخر ذلك.

بل المشار إليه بأداه الإشارة انما هو نتيجة الشرط اعنى احتساب تمام الوضعيه على نفسه و عدم تحميل صاحبه شيئا منها.

و من هنا تكون الروايه داله على فساد الشرط إذ لولاه لكان مجبوراً على ذلك سواء أ طابت نفسه به أم لا.

و بعبارة اخرى: ان إناطه الحكم بطيب النفس و عدمه كاشف عن عدم لزوم الشرط و نفوذه عليه، بمعنى كونه غير مجبور على الوفاء به بل الأمر بيده، فان طابت نفسه به فله ذلك و إلا فله الامتناع عنه، و هذه عباره أخرى عن فساد الشرط و إلا فلا وجه لاعتبار طيب النفس فى الحكم.

إذن: تكون الروايه داله على ان فساد الشرط و عدم نفوذه، لا يتنافى مع كون أصل العقد صحيحاً.

(١) لان التمليك برضا كل من المتعاملين، و الأكل المستند اليه لا يكون من الأكل بالباطل جزماً، فان التمليك بالرضا ينافيه.

و لذا لو كان متعلق الشرط فى المقام غير الزيادة فى الربح، بان اشترط أحدهما على الآخر عملاً أو مالا معيناً لم يكن من الأكل بالباطل جزماً.

و الحاصل: ان الأكل المستند إلى التمليك بالرضا فى ضمن عقد سائغ مع وجوب الوفاء به لا يكون من الأكل بالباطل.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٦٢

به فى صورته العمل أو زيادته (١). و ثانياً: بأن غايه الأمر جواز فسخ العقد فيسقط وجوب الوفاء بالشرط (٢) و المفروض فى صورته عدم الفسخ، فما لم يفسخ يجب الوفاء به، و ليس معنى الفسخ حل العقد من الأول، بل من حينه (٣)، فيجب الوفاء بمقتضاه مع الشرط إلى ذلك الحين، هذا و لو شرط تمام الربح لأحدهما بطل العقد، لانه خلاف

و من هنا فلو كان عموم: «المؤمنون عند شروطهم» شاملاً له، لكان الشرط محكوماً بالصحة بلا اشكال.

(١) و الحال انك قد عرفت انه لم ينسب الخلاف فى صحته إلى أحد من الأصحاب.

(٢) على ما عرفت بيانه مفصلاً فى كتاب المضاربه.

(٣) و لذا ذكرنا فى كتاب المضاربه ان الفسخ لا يؤثر بالنسبه إلى الأرباح السابقه عليه شيئاً، بل يوزع الربح بينهما بالنسبه التى اتفقا عليه فى العقد.

(٤) لم يظهر لنا وجه التفصيل بين اشتراط تمام الربح لأحدهما و اشتراط بعضه، فإنه يجرى فيه ما قيل فى اشتراط البعض من انه ليس منافياً لمقتضى العقد و انما هو مناف لمقتضى إطلاقه خاصه، فلا فرق بينهما من هذه الجهه.

على انك قد عرفت انه ليس منهما معا فان العقد أجنبى عن الربح تماماً، فإنه لا يقتضى إلا اشتراكهما فى المالىن فى قبال اختصاص كل منهما بأحدهما.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٤٣

على أحدهما، فالظاهر صحته (١) لعدم كونه منافياً.

[(مسأله ٦): إذا اشترط فى ضمن العقد كون العمل من أحدهما أو منهما مع استقلال كل منهما أو مع انضمامهما]

(مسأله ٦): إذا اشترط فى ضمن العقد كون العمل من أحدهما أو منهما مع استقلال كل منهما أو مع انضمامهما

نعم يبقى فيه ما ذكرناه فى اشتراط البعض من كونه منافياً للسنة حيث يقتضى المنع من تمليك المعدوم بالفعل، فإنه لو لا هذه الجهه لوجب الالتزام بصحة الشرط و العقد معا كما التزم به الماتن (قده) فى اشتراط البعض.

ثم انه لو قلنا بفساد الشرط لمخالفته لمقتضى العقد - كما أفاده الماتن (قده) لم يكن محيص عن الالتزام بفساد العقد أيضاً، إذ لا يجرى فيه ان فساد الشرط لا يسرى إلى العقد، فإنه انما يتم فى الشروط الخارجيه عن مفاد العقد، و اما الشروط المنافيه لمقتضاه

فسادها يستدعى فساد العقد لا محاله، لرجوعه إلى إنشاء أمرين متناقضين، كما لو باعه الدار على ان لا يملك، و هو يرجع في الحقيقه إلى عدم البيع.

(١) بل الظاهر بطلانه، و ذلك لا لكونه منافيا لمقتضى العقد، إذ قد عرفت أن مفهوم الشركه أجنبي عنها و عن الربح بالمره، فإنه ليس إلا تبديل عنوان الاختصاص بعنوان الاشتراك فقط، و اما كون الربح أو الخساره بينهما فهو أمر خارج عنه و لا علاقه له به.

بل لكونه منافيا للكتاب و السنه، فان كون خساره مال احد و تلفه على غيره من غير ما يوجب الضمان من تلف أو إتلاف يحتاج إلى الدليل و هو مفقود.

و لذا لا يلتزمون بصحته في غير هذا العقد.

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٦٤

فهو المتبع، و لا يجوز التعدي، و ان أطلقا لم يجز لواحد منهما التصرف إلا بإذن الآخر. و مع الإذن بعد العقد أو الاشتراط فيه، فان كان مقيدا بنوع خاص من التجاره لم يجز التعدي عنه، و كذا مع تعيين كيفية خاصه (١) و ان كان مطلقا فاللازم الاقتصار على المتعارف (٢) من حيث النوع و الكيفيه. و يكون حال المأذون حال العامل في المضاربه، فلا يجوز البيع بالنسيئه، بل و لا الشراء بها، و لا يجوز السفر بالمال، و ان تعدي عما عين له أو عن المتعارف ضمن الخساره و التلف (٣)، و لكن يبقى الأذن بعد

إذن: فالظاهر في جميع هذه الموارد- اشتراط الربح تماما أو بعضا و الخساره كذلك لأحدهما أو عليه- بطلان الشرط خاصه و من دون سرايه إلى العقد نفسه، و بذلك يكون حال هذه الصور حال صوره الإطلاق حيث يتقاسم الشريكان الربح و الخسران

بنسبه مالىهما إلى المجموع.

(١) لاختصاص الأذن بها و انتفاءه عن غيرها.

(٢) للانصراف اليه عند عدم التعيين.

(٣) أما مع التلف فلا ينبغى الإشكال فى ضمانه. فإنه و بتصرفه تصرفا غير مأذون فيه يكون متعديا و متلفا لمال الغير فيضمنه لا محاله.

الا ان معه لا مجال لبقاء الأذن على حاله، لارتفاعه بارتفاع موضوعه اعنى تلف المال.

و أما مع الخساره فما أفاده (قده) لا يمكن المساعده عليه. إذ لا وجه لضمانه لها بالمره، فإن العقد الصادر على خلاف ما عين له أو

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٦٥

التعدى (١) أيضا، إذ لا ينافى الضمان بقاءه، و الأحوط مع إطلاق الإذن ملاحظه المصلحه و ان كان لا يبعد كفايه عدم المفسده (٢).

المتعارف، لما لم يكن عقدا مأذونا فيه، كان عقدا فضوليا لا محاله و معه فيتخير المالك الشريك بين أجازته و قبض الثمن المسمى خاصه و بين رده و المطالبه بماله على تقدير كونه موجودا و بدله على تقدير تلفه.

و على كلا التقديرين فلا يضمن الشريك البائع الخساره.

نعم ضمان العامل للخساره فى فرض التعدى حكم ثابت فى المضاربه على خلاف القاعده، للنصوص الخاصه حيث دلت على صحه المعامله عند مخالفه العامل المضارب لصاحب المال فيما اشترط عليه مع كون الربح- على تقديره- بينهما و الخساره عليه خاصه.

الا ان التعدى عنها إلى كل مورد يتصرف فيه أحد فى مال غيره بغير إذنه يحتاج إلى الدليل و هو مفقود.

(١) فى غير التلف. حيث عرفت انه لا مجال لبقاءه معه، نظرا لانتفاء موضوعه.

(٢) اختاره صاحب الجواهر (قده) و وجهه ظاهر فان مقتضى إطلاق الإذن فيه عدم تقييده بما يقترن بالمصلحه للمالك، بل يكفى فيه ما يخلو عن المفسده له. فإنه الخارج

عن الإذن خاصه، و يكون الأمر فى الباقى بما فى ذلك ما لا مصلحه فيه، بيد العامل المأذون له بالتصرف.

و أوضح من ذلك فى الجواز ما إذا كان أصل البيع مقرونا بالمصلحه و كان الفرد المختار من بين سائر الأفراد فاقدًا لها بحيث لم يكن فيه

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٦٦

[مسأله ٧): العامل أمين]

(مسأله ٧): العامل أمين، فلا يضمن التلف ما لم يفرط أو يلف أو يتعدى (١).

[مسأله ٨): عقد الشركه من العقود الجائزه]

(مسأله ٨): عقد الشركه من العقود الجائزه (٢)،

مصلحه زائده على مصلحه أصل البيع، فإنه لا ينبغى فيه الإشكال فى الجواز. فان تطبيق الكلى على الافراد الخارجيه بيد العامل المأذون جزما و لا يحتاج فيه إلى وجود المصلحه قطعاً.

(١) و هو واضح، فان الضمان انما يثبت بالإتلاف أو اليد إذا كانت عدوانيه، فلا يثبت مع كونها يد أمانه و عدم استناد التلف اليه.

(٢) توضيح الحال فى المقام: ان الشركه إن لوحظت بالقياس إلى أصل المال و كونه غير مختص بأحدهما- سواء فى ذلك الشركه الاختياريه أو غير الاختياريه مع القصد أو لا معه- فهى لا تنفسخ ما لم تتحقق القسمة فى الخارج، و لا تتبدل الملكيه الاشتراكيه بالملكيه الاختصاصيه إلا بها.

و لكل منهما المطالبه بذلك فى جميع مواردّها بلا اشكال فيه و لا خلاف.

و تدل عليه السيره القطعيه العقلانيه و المتشرعيه المتصله بعهد المعصوم (عليه السلام)، فإنه ليس لبعض الورثه الامتناع من التقسيم و المطالبه بالبقاء التركه على حالها بعد مطالبه غيره به، بل لا بد من استجابته اليه.

و من هنا يظهر انه ليس معنى الجواز فى المقام هو ارتفاع الشركه و زوالها بالفسخ فإنها موجوده ما لم تتحقق القسمة فى الخارج، و انما هو بمعنى جواز مطالبه كل منهما بالقسمة و عدم جواز امتناع صاحبه منها.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٦٧

فيجوز لكل من الشريكين فسخه، لا بمعنى أن يكون الفسخ موجبا للانفساخ من الأول أو من حينه بحيث تبطل الشركه، إذ هى باقيه ما لم تحصل القسمة، بل بمعنى جواز رجوع كل منهما عن الأذن فى التصرف الذى بمنزله

عزل الوكيل عن الوكاله، أو بمعنى مطالبه القسمة. و إذا رجع أحدهما عن أذنه دون الآخر- فيما لو كان كل منهما مأذونا- لم يجز التصرف للآخر، و يبقى الجواز بالنسبه إلى الأول و إذا رجع كل منهما عن إذنه لم يجز لواحد منهما. و بمطالبه القسمة يجب القبول على الآخر، و إذا أوقعا الشركه على وجه يكون لأحدهما زياده في الربح أو نقصان في الخساره يمكن الفسخ (١).

و ان لوحظت بالقياس إلى الربح الحاصل من تجاره، فحيث ان استحقاق الربح لم يكن من جهه عقد الشركه و مقتضاها، و انما كان من جهه الأذن في التصرف في ماله- على ما تقدم بيانه- و ليس في المقام ملزم للأذن بإبقاء إذنه، كان له رفع اليد عنه متى شاء كما هو الحال في سائر موارد الأذن.

و ليس للعامل التصرف في المال بعد ذلك، لانه من التصرف في مال الغير بغير إذنه.

و عليه فمعنى الجواز هنا عدم كون الأذن ملزما بإبقاء إذنه، و جواز رفعه له متى شاء ذلك.

(١) و ذلك بإسقاط من له الشرط الشرط، فإنه من الحقوق و لصاحبه

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٤٨

بمعنى ابطال هذا القرار، بحيث لو حصل بعده ربح أو خسران كان بنسبه المالكين على ما هو مقتضى إطلاق الشركه.

[مسأله ٩): لو ذكر في عقد الشركه أجلا لا يلزم فيجوز لكل منهما الرجوع قبل انقضائه]

(مسأله ٩): لو ذكر في عقد الشركه أجلا لا يلزم فيجوز لكل منهما الرجوع قبل انقضائه (١). الا أن يكون مشروطا في عقد لازم فيكون لازما (٢).

[مسأله ١٠): لو ادعى أحدهما على الآخر الخيانه أو التفريط في الحفظ فأنكر]

(مسأله ١٠): لو ادعى أحدهما على الآخر الخيانه أو التفريط في الحفظ فأنكر، عليه الحلف مع عدم البيه (٣).

إسقاطه أو رفع من عليه الشرط يده عن الأذن في التصرف، إذ به يرتفع موضوع كون الزيادة للشارط، نظرا لكونها تابعه لجواز التصرف في المال و صحه المعامله.

لكنك قد عرفت في المسأله السادسه بطلان هذا الاشتراط من أساسه نظرا لكونه مخالفا للسنه، و من هنا فيكون الربح أو الخسران بينهما على نسبه المالكين من غير حاجه إلى الطريقتين السابقتين.

(١) و الوجه فيه ظاهر، فإن الشركه من العقود الإذنيه، و لا ملزم للشريك للبقاء على إذنه، بل له رفع اليد عنه متى شاء كما هو

الحال فى الوكاله، و تعيين الأجل فى العقد الأذنى يرجع إلى تعيين الأجل للإذن و لا ريب فى عدم لزومه فيجوز الرجوع قبل انقضاءه.

(٢) لكونه حينئذ من توابع العقد و شئونه فيلزم بلزومه، و معه فلا أثر لرجوع المالك عن اذنه.

(٣) على ما تقتضيه قواعد الدعوى، فان المدعى يلزم بالبينه و إلا فليس على المنكر إلا اليمين.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٦٩

[مسأله ١١: إذا ادعى العامل التلف]

(مسأله ١١): إذا ادعى العامل التلف، قبل قوله مع اليمين لأنه أمين (١).

[مسأله ١٢: تبطل الشركه بالموت و الجنون]

(مسأله ١٢): تبطل الشركه بالموت (٢). و الجنون (٣)

(١) على ما هو المشهور بين الأصحاب، لكنك قد عرفت فى كتاب الإجاره عند التعرض لدعوى الأجير تلف مال الإجاره، أن مقتضى النصوص الوارده فى دعوى الأمين التلف هو التفصيل بين كونه متهما و عدمه ففى الأول يلزم بالبدل ما لم يقم البينه على العدم فى حين يقبل قوله فى الثانى مع يمينه ما لم يقم المدعى البينه.

(٢) بلا اشكال فيه و لا خلاف، فان جواز تصرف العامل فى المال مستند إلى أذن المالك، و حيث ان المال قد انتقل من الأذن إلى ورثته، و بذلك بطل اذنه، فلا يجوز له التصرف فيه إلا بإذن شريكه الجديد- الورثه.

و كذا الحال فيما لو كان العقد مع ولى شريكه، فان موته يمنعه من جواز التصرف فى المال المشترك، ما لم يأذن الولى الجديد فى ذلك فان إذن الأول انما يختص بدور ولايته، فإذا انتفت بموته و انتقلت إلى غيره، بطل اذنه و احتاج جواز التصرف فيه إلى اذن من له الولاية على الشريك بالفعل.

(٣) فان حكم المجنون حكم الحيوانات من حيث فقدانه للأهليه، و حيث ان جواز التصرف متوقف على الأذن بقاء و هو منتف فى المقام نظرا لانعدام أهليته، فلا محيص عن الالتزام ببطلان الشركه و عدم جواز تصرف الآخر فى المال المشترك.

و الحاصل: انه انما يحكم على الأذن الصادر من احد بالبقاء،

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٧٠

و الإغماء (١)، و الحجر بالفلس أو السفه (٢) بمعنى:

أنه لا يجوز للآخر التصرف، و أما أصل الشركه فهي باقيه (٣) نعم يبطل أيضا ما قرراه من

زياده أحدهما فى النماء بالنسبه إلى ماله أو نقصان خساره كذلك (٤) و إذا تبين بطلان الشركه فالمعاملات الواقعه قبله محكوم به بالصحه، و يكون الربح على نسبه المالكين، لكفايه الإذن المفروض.

فيما إذا صح منه الأذن فعلا، و حيث ان المجنون ليس كذلك فيبطل اذنه السابق و لو كان صادرا حال عقله و أمانته.

(١) فإنه ملحق بالمجنون، فإنه لا يقاس بالنائم،- على ما هو المتسالم عليه بينهم- فإن الإذن السابق لا اثر له و اللاحق ساقط عن الاعتبار لانتفاء أهليه المميز.

(٢) يظهر وجهه مما تقدم، فان جواز الأذن متوقف على صلاحيه الأذن و أهليته للقيام بذلك التصرف مباشره، و حيث انه مفقود فى المقام: فلا اعتبار بأذنه.

و بعبارة اخرى: ان العقود الجائزه متقومه بالإذن حدوثا و بقاء فتنفى بمجرد انتفاءه، و حيث ان المحجور عليه ليس له التصرف فى ماله فليس له حق الأذن فى ذلك فعلا- بقاء- أيضا، و معه فلا يجوز للمأذون سابقا التصرف فيه لانتفاء الأذن الفعلى و عدم تأثير الإذن السابق.

(٣) غايه الأمر انها فى فرض الموت تكون بينه و بين الورثه لانتقال المال إليهم.

(٤) لاختصاصه على تقدير صحته بالإذن السابق و المفروض انتفاءه الا

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٧١

حصوله (١)، نعم لو كان مقيدا بالصحه، تكون كلها

انك قد عرفت ان هذا الشرط باطل على كل تقدير.

(١) و قد تقدم نظيره فى المضاربه، حيث ذكرنا ان بطلانها لسبب من الأسباب لا ينافى صحه المعاملات الواقعه على مال المالك بعد أن كانت صادره عن إذنه.

نعم لا يستحق العامل- فى الفرض- الحصة المعينه له فى العقد، فإنه فرع صحته و المفروض بطلانه، إلا ان ذلك لا يعنى ذهاب عمله هدرا، فإنه عمل

مسلم محترم صدر عن أمر الغير لا على وجه المجانيه فيكون ضامنا له لا محاله، و بذلك فيستحق العامل اجره المثل.

و هذا الكلام بعينه يجرى فى المقام، فإن صحه العقد الصادر من الشريك العامل غير متوقفه على صحه عقد الشركه بالمره، و انما هى متوقفه على تحقق الأذن من الشريك الثانى فى التصرف، المفروض وجوده، فيحكم بصحته لا محاله، و بذلك يستحق العامل اجره المثل على عمله نظرا لصدوره عن أمر الغير لا-على وجه التبرع كما إذا اشترط الزيادة للعامل و اما مع عدمه فلا يستحق شيئاً لأنه متبرع بعمله.

بقى إن نعرف فى المقام أن فساد عقد الشركه قد يفرض من جهه فقدان العاقد لبعض الشروط المعتبره فى صحته كالبلوغ و العقل، و قد يفرض من جهه فقدان العقد لبعض الشروط المعتبره فيه كالمزج بناء على القول باعتباره.

و الظاهر أن موضوع كلام الماتن (قده) فى المقام هو الثانى- و ان كان ذلك لا يلتئم مع سياق عبارته- إذ فيه يأتى ما ذكره (قده) من فساد عقد الشركه مع صحه المعاملات الصادره من العامل و استحقاقه اجره المثل.

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٧٢

فضوليا بالنسبه الى من يكون إذنه مقيدا (١).

الا- انه يرد عليه انه لا-وجه لتقييد الحكم بالمعاملات الواقعه قبل تبين بطلان الشركه و العلم به، بل ينبغى الحكم بالصحه مطلقا كانت المعامله صادره قبل العلم بالبطلان أو بعده، فإنه لا اثر لذلك بعد ان كان المعيار فيه هو صدورها عن إذن المالك، فإنه موجود فى كلا الفرضين على حد سواء، إذ لا منافاه بين العلم بالفساد و بقاء الأذن.

نعم لو كان موضوع كلامه (قده) هو الأول على ما يشهد له سياق عبارته

(قده) حيث ذكر ذلك بعد تعرضه للبطلان بفقد شىء من الشروط المعتره فى العاقد- فما أفاده (قده) من بطلان المعاملات الواقعه بعد العلم بالفساد، و ان كان صحيحا، إلا- انه يستلزم انعكاس الاشكال السابق، حيث ان لازم ذلك الحكم بفساد المعاملات الصادره منه قبل العلم بالفساد أيضا، إذ لا عبره بإذن المجنون أو الصغير أو المحجور عليه، فإنه من هؤلاء مساوق للعدم.

و الحاصل: انه لا وجه لما أفاده (قده) من التفصيل بين المعاملات الصادره من العامل قبل العلم بفساد عقد الشركه، و الصادره بعد العلم به، فان الحكم على كلا التقديرين واحد، فان الفساد إذا كان ناشئا من جهه فقدان العاقد لبعض الشروط المعتره فيه، تعين الحكم ببطلان المعاملات الصادره من العامل سواء فى ذلك الصادره منه قبل علمه بالفساد أم بعده. و إن كان ذلك ناشئا من جهه فقدان العقد لبعض الشروط المعتره فيه، تعين الحكم بصحتها مطلقا، صدرت منه قبل علمه بالفساد أم بعده.

(١) لفقدانه لإذن المالك و من هنا فإن أجاز العقد بعد ذلك

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٧٣

و لكل منهما أجره مثل عمله (١) بالنسبه إلى حصه الآخر إذا كان العمل منهما و ان كان من أحدهما فله أجره مثل عمله.

فهو و الا حكم ببطلانها.

(١) الظاهر رجوع هذه الفقره إلى فرض عدم بطلان المعاملات اعنى عدم كون الأذن مقيدا بصحه الشركه، فإن الشريك العامل حينئذ يستحق أجره مثل عمله بالنسبه إلى حصه صاحبه مضافا إلى ما يأخذه من ربح حصته- كما عرفت-، و عليه فيكون قوله (قده) (نعم لو كان مقيدا. إلى قوله يكون إذنه مقيدا) جمله معترضه و الا فلا وجه لإثبات أجره المثل فى فرض عدم الأذن

فى المعامله و كونها فضوليه محضه إذ لا موجب لضمان المالك حتى على تقدير أجازته لتلك المعاملات و الربح فيها- على ما عرفته مفصلا فى كتاب المضاربه.

و مما يشهد لما ذكرناه انه (قده) لم يفرض الفضوليه من الطرفين فقد يكون أحدهما كذلك و الآخر مأذونا، و معه فلا وجه لاستحقاق كل منهما الأجره بالنسبه إلى حصه صاحبه، فإنه إنما ينسجم مع كون الأذن من كل منهما غير مقيد بصحه الشركه.

على ان إطلاق استحقاق كل منهما أجره مثل عمله، يعم فرض اجازته المالك للعقد الفضولى و عدمها، و هو مما لا يمكن الالتزام به فى فرض الرد جزما و ان التزم (قده) به فى فرض الإجازة فى كتاب المضاربه، و قد عرفت منا منعه نظرا لعدم صدور المعاملات عن أمره و كون ما يصل اليه من الربح حاصلًا من فعله أعنى الإجازة.

و الحاصل: ان فى المقام يستحق كل من العاملين على صاحبه أجره

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٧٤

[(مسألة ١٣): إذا اشترى أحدهما متاعا و ادعى أنه اشتراه لنفسه و ادعى الآخر انه اشتراه بالشركه]

(مسألة ١٣): إذا اشترى أحدهما متاعا و ادعى أنه اشتراه لنفسه و ادعى الآخر انه اشتراه بالشركه، فمع عدم البيه القول قوله مع اليمين، لأنه أعرف بنيته (١). كما أنه كذلك لو ادعى انه اشتراه بالشركه و قال الآخر انه اشتراه لنفسه، فإنه يقدم قوله أيضا، لأنه اعرف، و لأنه أمين (٢).

مثل عمله فى حصته إذا كان العمل منهما معا و إلا فالعامل منهما خاصه لصدوره عن أمره به لا على سبيل التبرع و المجانيه، إذ لا يذهب عمل المسلم هدرا حيث لم يسلم له شرطا الزيادة فى الربح نظرا لفساده بفساد العقد.

الا ان هذا انما يتم فيما إذا كانت الزيادة مشروطه للعامل منهما و اما

لو اشترطت لمن لا عمل له- و قلنا بصحة هذا الشرط في نفسه- فلا يستحق العامل في فرض الفساد شيئا زائدا عن ربح حصته، و ذلك لإقدامه على التبرع بعمله و الإتيان به مجانا.

ثم انه و في فرض اشتراط الزيادة له فهو انما يستحق اجره المثل فيما إذا لم تزد عن الزيادة التي كانت له على تقدير الصحة، و إلا فلا يستحق الزائد عنها لإقدامه على عدم استحقاقه و التبرع بهذا المقدار فهو في الحقيقه انما يستحق أقل الأمرين من الزيادة و اجره المثل.

(١) بل لظهور إطلاق البيع و العقد و بطبعه الأولى في كونه للعاقده نفسه، و كونه للغير تقييد يحتاج إلى مؤنه زائده، و من هنا فعلى مدعيه الإثبات و إلا فالأصل عدمه.

(٢) بل للسيرة العقلانيه و المتشرعيه القطعيه على قبول قول الوكيل

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٧٥

.....

فيما هو وكيل فيه، و دخوله تحت قاعده: «من ملك شيئا ملك الإقرار به» التي أرسلت في كلماتهم إرسال المسلمات.
نعم لو ادعى الشريك كذبه في ذلك كان له إحلافه على ما تقتضيه قواعد الدعوى.

و الحمد لله أولا و آخرا

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٧٧

[كتاب المزارعه]

إشارة

كتاب المزارعه

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٧٩

بسم الله الرحمن الرحيم كتاب المزارعه و هي المعامله على الأرض بالزراعه بحصه من حاصلها و تسمى مخايره أيضا، و لعلها من الخبره بمعنى النصيب، كما يظهر من مجمع البحرين. و لا إشكال في مشروعيتها، بل يمكن دعوى استحبابها، لما دل على استحباب الزراعه بدعوى كونها أعم من المباشرة و التسبيب (١)، ففي خبر الواسطي قال: «سألت جعفر بن محمد (ع) عن الفلاحين؟

قال: هم الزارعون كنوز الله في أرضه، و ما

فى الأعمال شىء أحب إلى الله من الزراعه، و ما بعث الله نبيا إلا زارعا إلا إدريس (ع) فإنه كان خياطا» (١) و فى آخر عن أبى عبد الله (ع): «الزارعون كنوز الأنام يزرعون طيبا أخرجه الله و هم يوم القيامة أحسن الناس مقاما و أقربهم منزله يدعون المباركين» (٢) و فى خبر

(١) هذه الدعوى عهدتها على مدعيها، فان الظاهر من كلمه

(١) الوسائل: ج ١٢ باب ١٠ من أبواب مقدمات التجاره ح ٣.

(٢) الوسائل: ج ١٣ باب ٣ من أبواب كتاب المزارعه و المساقاه، ح ٧.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٨٠

عنه (ع) قال: «سأل النبى (ص) أى الأعمال خير؟

قال: زرع يزرعه صاحبه و أصلحه و ادى حقه يوم حصاده قال: فأى الأعمال بعد الزرع؟ قال: رجل فى غنم له قد تبع بها مواضع القطر يقيم الصلاه و يؤتى الزكاه. قال:

فأى المال بعد الغنم خير؟ قال: البقر يغدو بخير و يروح بخير. قال: فأى المال بعد البقر خير؟ قال: الراسيات فى الوحل المطعمات فى المحل: نعم المال النخل، من باعها فإنما ثمنه بمنزله رماد على رأس شاهق اشتدت به الريح فى يوم عاصف، الا ان يخلف مكانها. قيل يا رسول الله (ص) فأى المال بعد النخل خير؟ فسكت فقام اليه رجل فقال له: فأين الإبل؟ قال: فيها الشقاء و العناء و بعد الدار، تغدو مدبره و تروح مدبره، لا يأتى خيرها الا من جانبها الأشأم أما أنها لا تعدم

«الزراعه» انما هو الفعل الخارجى بنفسه، بحيث يباشر المكلف الإتيان به، و من هنا فإثبات كون الإتيان بسببه محبوبا أيضا يحتاج إلى الدليل و هو مفقود.

نعم لا يبعد دعوى استجابته من باب كونه مقدمه لأمر مستحب

فى نفسه، و اعانه عليه فيدخل فى قوله تعالى «وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى»، الا انه خارج عن محل الكلام، فان الكلام انما هو فى استحبابه بعنوان المعامله و المزارعه، لا استحبابه مطلقا و تحت اى عنوان كان و لو كان ذلك هو عنوان الاعانه على أمر محبوب و مرغوب عند الشارع المقدس.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٨١

الأشقياء الفجره» «١» و عنه (ع) «الكيمياء الأ-كبر الزراعه» «٢» و عنه (ع): «ان الله جعل أرزاق أنبيائه فى الزرع و الضرع كيلا يكرهوا شيئا من قطر السماء» «٣» و عنه (ع): «أنه سأله رجل فقال له: جعلت فداك أسمع قوما يقولون: ان المزارعه مكروهه، فقال: ازرعوا فلا و الله ما عمل الناس عملا أحل و لا أطيّب منه» «٤». (١)

(١) هذه الروايه قد رواها المشايخ الثلاثة. غير أن الصدوق (قده) قد رواها عن ابن سيابه، و الكلينى و الشيخ (قدس سرهما) قد رواها عن سيابه، و كذا فى الوافى و الوسائل.

و الظاهر ان نسخه الصدوق (قده) خطأ، إذ لا وجود لابن سيابه- بهذا العنوان- فى غير هذا الموضع من كلامه (قده) فضلا عن غيره.

نعم لسيابه ولدان عبد الرحمن و صباح- و الأول أكثر روايه من أخيه- الا انه لم يرد فى شىء من النصوص ذكرهما بعنوان ابن سيابه بقول مطلق، و انما هما يذكران باسمهما الخاص (عبد الرحمن بن سيابه و صباح بن سيابه).

إذن فالصحيح هو سيابه- صاحب الكتاب- وفاقا للكلينى (قده) الذى هو أضبط نقلا من الصدوق (قده) لا سيما بعد موافقه الشيخ (قده)

(١) الوسائل: ج ٨ باب ٤٨ من أبواب أحكام الدواب ح ١.

(٢) الكافى: ج ٥ ص ٢٦١.

(٣) الوسائل: ج ١٣ باب

٣ من أبواب المزارعه و المساقاه ح ٢.

(٤) الوسائل: ج ١٣ باب ٣ من أبواب المزارعه و المساقاه ح ١.

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٨٢

و يستفاد من هذا الخبر ما ذكرنا من أن الزراعه أعم من المباشره و التسبيب (١) و أما ما رواه الصدوق مرفوعا عن النبي (ص): «أنه نهى عن المخابره. قال: و هى المزارعه بالنصف أو الثلث أو الربع» (١) فلا بد من حمله على بعض المحامل، لعدم مقاومته لما ذكر (٢) و فى مجمع البحرين: «و ما روى من أنه (ص) نهى عن المخابره كان ذلك حين تنازعوا، فنهاهم عنها».

له فى موضعين من التهذيب.

و عليه فتكون الروايه ضعيفه السند نظرا لعدم وثاقه سيابه.

و كيف كان: فالموجود فى الكتب الثلاثه: «أسمع قوما يقولون:

ان الزراعه مكروهه» بدلا عن «أسمع قوما يقولون: ان المزارعه مكروهه»، و لا ادرى أن الماتن (قده) من أين أتى بهذه النسخه.

و من هنا فيكون حالها حال سائر النصوص الوارده فى المقام من حيث الدلاله على استحباب الزراعه بمعنى مباشره الإنسان للفعل بنفسه و قد عرفت أنها أجنيه عن محل الكلام.

(١) قد عرفت منع ذلك و ان هذه الروايه ليست روايه مستقلة بإزاء تلك النصوص السابقه و انما هى مثلها.

(٢) إلا انك قد عرفت عدم تماميه شىء مما تقدم فى الدلاله على استحباب المزارعه بعنوانها المستقل، و من هنا فلا تكون معارضه لهذه الروايه.

الا ان هذا لا يعنى التزامنا بالحكم بالكراهه، فإن هذه الروايه

(١) معانى الأخبار: الجزء ٢ الباب ١٣٣ الصفحه ٨٠.

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٨٣

[و يشترط فيها أمور]

إشاره

و يشترط فيها أمور:

[أحدها- الإيجاب و القبول]

أحدها- الإيجاب و القبول (١) و يكفى فيهما كل لفظ دال (٢)، سواء كان حقيقه أو مجازا مع القرينه.

ساقطه من حيث السند نظرا لكونها مرفوعه، و معه فلا تصلح للاستدلال بها على شىء .

أذن: فالصحيح ان عقد المزارعه فى نفسه و كعامله مستقله، غير متصف بشىء من الاستحباب أو الكراهه، حاله فى ذلك حال سائر العقود كالبيع و الإجاره و نحوهما، و انما يتصف بالأحكام الخمسه بلحاظ ما يقترن به و يعرض عليه من الأوصاف و العناوين الخاصه فإنه و بهذا اللحاظ قد يكون واجبا و قد يكون مستحبا و قد يكون حراما و قد يكون مكروها و قد يكون مباحا أيضا.

(١) بلا خلاف فيه. فان عقد المزارعه لما كان موجبا لاستحقاق كل من مالك الأرض و العامل على الآخر شيئا، كان لا بد فيه من اعتبار كل منهما ذلك لصاحبه و رضاه به مع إبرازه فى الخارج، على ما تقتضيه قضيه كونه من العقود.

(٢) و ذلك لما ذكرناه فى المباحث الأصوليه و غير مورد من المباحث الفقهيه من أن حقيقه الإنشاء فى قبال الاخبار ليست إلا إبراز أمر نفسانى غير قصد الحكايه عن وقوع شىء فى الخارج أو عدمه.

فان هذا الاعتبار إذا صدر ممن له الأهليه، كان موضوعا لترتب الآثار عليه.

و من هنا: فيصح الإنشاء بكل ما يكون مبرزاً و مظهراً لذلك الاعتبار عرفاً، سواء فى ذلك عقد المزارعه و غيره، فيصح الإنشاء

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٨٤

.....

بصيغه الماضى و المضارع و الأمر بالعرييه و غيرها، و لذا يصح إنشاء الملكيه فى الهبه بصيغه الأمر حيث يكتفى فيها بقول الواهب للموهوب له «خذ هذا» و نحوه.

و الحاصل: ان العبره

انما هي بدلاله اللفظ على الأمر الاعتبارى الكامن فى النفس فإنه لو تمت دلالتة صدق العقد عليه و شملته أدله إمضاء ذلك العقد من قبل الشارع.

هذا مضافا إلى كفايه إطلاقات أدله صحة المزارعه فى المقام، فإنها و بمقتضى عدم تحديدها بلفظ خاص شامله لكل ما يصدق عليه عنوان المزارعه، أعنى اتفاق مالك الأرض و العامل على ان يعمل الثانى فى أرض الأول بشرط ان يكون الربح بينهما، سواء أ كان ذلك بالجمله الفعلية أو الماضويه أو العربية أم لم يكن.

كما ورد ذلك فى المساقاه حيث دلت صحيحه يعقوب بن شعيب على جواز إنشاءها بصيغه الأمر فقد روى عن أبى عبد الله (ع) (فى حديث) قال: «سألته عن رجل يعطى الرجل أرضه و فيها ماء أو نخل أو فاكهه، و يقول: اسق هذا من الماء و اعمره و لك نصف ما أخرج الله عز و جل منه، قال: لا بأس» (١).

و الذى يتحصل مما تقدم: انه ما لم يدل دليل خاص على اعتبار لفظ معين فى وقوع معامله فمقتضى مطلقات المزارعه- فى خصوص المقام- وقوع المعامله بكل لفظ يكون كاشفا عن ذلك الاعتبار النفسانى، و لو كان ذلك الكاشف جملة اسميه فضلا عن كونها فعلية بصيغه المضارع أو الأمر.

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ٩ من أبواب أحكام المزارعه و المساقاه ح ٢.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٨٥

ك «زارعتك أو سلمت إليك الأرض على ان تزرع على كذا». و لا يعتبر فيهما العربية (١) و لا الماضويه (٢) فيكفى بالفارسى و غيره، و الأمر كقوله: «ازرع هذه الأرض على كذا» أو المستقبل أو الجمله الاسميه مع قصد الإنشاء بها.

و كذا لا يعتبر تقديم الإيجاب على القبول،

و يصح الإيجاب من كل من المالك و الزارع (٣). بل يكفي القبول

(١) لعدم اختصاص عقد المزارعه بالعرب خاصة، فهو عقد عقلائي يصدر من العرب و من غيرهم على حد سواء، و حيث ان من الواضح ان ما يصدر من غيرهم لا يكون بالعربيه، يكون مقتضى أدله إمضاء عقد المزارعه من قبل الشارع من غير تقييد، صحة العقد المنشأ بغير العربيه.

(٢) لإطلاق دليل الإمضاء بعد كون العقد بحد نفسه عقدا عقلائيا يقع كثيرا و يتعارف فيه الإنشاء بغير الماضيه، فإن عدم التعرض إلى اعتبارها فى مقام البيان، دليل على عدم الاعتبار.

هذا كله مضافا إلى إطلاقات أدله المزارعه، حيث لا قصور فيها عن شمول العقد الفاقدها.

و توهم: دلالة عمومات التجاره و الوفاء بالعقود على عدم اعتبارها أيضا.

مدفوع: بما تقدم غير مره من عدم شمولها للعقود التى تتضمن تمليك أمر معدوم بالفعل، حيث تحتاج صحتها إلى دليل خاص.

(٣) بهذا يمتاز عقد المزارعه من سائر العقود، و الوجه فيه ان

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٨٦

الفعلى بعد الإيجاب القولى على الأقوى (١). و تجرى فيها المعاطاه، و إن كانت لا تلزم الا بالشروع فى العمل (٢).

المزارعه عقد يملك كل من طرفيه الآخر شيئا و يلتزم به فالعامل يملك رب الأرض العمل فيها و هو يملكه الحصه المعينه من حاصلها و من هنا فيصح ان يقول المالك للعامل زارعتك، كما يصح ان يقول العامل له ذلك، لاتحاد نسبه كل منهما إليه، فإنهما بالقياس اليه على حد سواء و ليس هو كسائر العقود من البيع و الإجاره و غيرهما حيث تختلف نسبه طرفيهما إليها، و انما هو نظير ما ذكرناه فى مسأله تمييز البائع عن المشتري فى المكاسب،

من فرض عقد يتضمن مبادله الكتاب بالعباءه حيث يتساوى نسبه مالكيهما إلى ذلك العقد من دون أن يتصف أحدهما بعنوان البائع و الآخر بعنوان المشتري.

(١) لصدق العقد عليه بعد إبراز الفعل لاعتباره النفساني.

(٢) على ما هو المعروف و المشهور بينهم، حيث ذكروا ان العقد المعاطاتي يكون جائزا ما لم يتصرف أحدهما فيما يتعلق به، و أن اللزوم انما يختص بالعقد اللفظي.

إلا اننا قد ذكرنا في مباحث المكاسب، انه لا دليل على هذا الحكم سوى الشهره، بل مقتضى العمومات و ما دل على لزوم العقود في غير المقام و أدله الإمضاء في المقام- أعنى السيره القطعيه المتصله بعهد المعصومين (ع) من دون ردع عنها- هو اللزوم مطلقا من غير فرق بين ما كان باللفظ و ما كان بالمعاطاه.

إذن: فالمعامله المعاطاتيه هذه محكومه بالصحه و اللزوم، حالها في ذلك حال المعامله المنشئه باللفظ.

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٨٧

[الثانى البلوغ، و العقل، و الاختيار]

الثانى البلوغ، و العقل، و الاختيار، و عدم الحجر لسفه أو فلس، و مالكيه التصرف (١) في كل من المالك و الزارع. نعم لا يقدر حينئذ فلس الزارع إذا لم يكن منه مال لانه ليس تصرفا ماليا (٢).

[الثالث أن يكون النماء مشتركا بينهما]

الثالث أن يكون النماء مشتركا بينهما، فلو جعل الكل لأحدهما لم يصح مزارعه (٣).

(١) و المراد به تمكن كل من المالك و الزارع من التصرف زائدا على اعتبار البلوغ و العقل و الاختيار و عدم الحجر، بل و مالكيته للعين فان كل ذلك لا ينفع فيما إذا لم يكن متمكنا من التصرف بالفعل.

كما لو كان عمل العامل في تلك الفتره مملوكا لغيره بالإجاره أو غيرها أو كانت منفعه الأرض كذلك أو كانت مرهونه لدى الغير.

فان هذه الأمور و غيرها مما يسلب مالكيه أحد الطرفين للتصرف تمنع من صحه المزارعه.

(٢) و الحجر عليه مختص بالتصرفات الماليه في أمواله خاصه، و الا فله التصرف في مال الغير بأذنه بل و فيما يعود إلى نفسه فيما لا يكون تصرفا ماليا كالأستدانه و إنشاء عقد الإجاره و المزارعه و غيرها.

(٣) و تدل عليه جملة من النصوص المعتبرة كصحيحه الحلبي عن أبي عبد الله (ع): (قال: لا تقبل الأرض بحنطه مسماه، و لكن بالنصف و الثلث و الربع و الخمس لا بأس به، و قال: لا بأس بالمزارعه بالثلث و الربع و الخمس) «١».

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ٨ من أبواب أحكام المزارعه و المساقاه، ح ٣.

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٨٨

.....

و صحيحه عبد الله الحلبي عن أبي عبد الله (ع) (قال: لا بأس بالمزارعه بالثلث و الربع و الخمس) «١». و غيرهما.

حيث يستفاد منها تقوم المزارعه بكون الحاصل و ما

يخرجه الله من الأرض مشتركا بينهما بالنصف و الثلث و نحوهما.

خويي، سيد ابو القاسم موسوي، مباني العروه الوثقى، ٢ جلد، منشورات مدرسه دار العلم - لطفى، قم - ايران، اول، ١٤٠٩ هـ ق

مباني العروه الوثقى؛ ج ١، ص: ٢٨٨

و مع قطع النظر عن دلالة هذه النصوص، يكفينا في إثبات الحكم في المقام ما ذكرناه غير مره من عدم شمول عمومات و إطلاقات الوفاء بالعقد للمزارعه و نحوها من المعاملات التي تتضمن تمليك المعدوم بالفعل، فان عدم الدليل دليل على الفساد في مثله.

و عليه فالحاصل و بحكم قانون تبعيه النتاج للبذر يكون لمالك البذر منهما.

و من هنا فان كان البذر لمالك الأرض و كان الشرط كون النماء بأكمله له، كان مقتضى فساد العقد كون النتاج له، لكن لا للشرط- لما عرفت فساده- و انما لقانون التبعيه، و لا يستحق العامل شيئا اما من النتاج فواضح و اما أجره المثل فلاقدامه على التبرع بعمله على ما كان يقتضيه عقد المزارعه بينهما.

و ان كان الشرط كون النماء للعامل، فهو و بحكم فساد العقد يكون كالعدم، و بذلك يكون النتاج كله للمالك، الا ان عمل العامل في هذا الفرض لا يذهب هدرا، لأنه لم يقدم على التبرع به و المجانيه و انما أقدم على ان يكون النتاج له، و حيث انه لم يسلم له فله أجره مثل عمله ما لم تزد على تمام النتاج و إلا فله الأقل منهما.

و ان كان البذر للعامل، فان كان الشرط كون النماء له، أخذ

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ٨ من أبواب أحكام المزارعه و المساقاه، ح ٧.

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٨٩

[الرابع: أن يكون مشاعا بينهما]

الرابع: أن يكون مشاعا بينهما، فلو شرطا اختصاص أحدهما

بنوع- كالذى حصل أولا- و الآخر بنوع آخر، أو شرطاً أن يكون ما حصل من هذه القطعه من الأرض لأحدهما. و ما حصل من القطعه الأخرى للآخر، لم يصح (١).

تمام النماء من جهة تبعيه النتاج للبذر لا الشرط لفساده. و لا يستحق المالك عليه شيئاً لإقدامه على إعطاء الأرض له للزرع مجاناً و بلا عوض.

و ان كان الشرط كون النماء لمالك الأرض، كان النتاج العامل لما عرفت من فساد الشرط بفساد العقد و تبعيه النتاج للبذر فى الملك الا ان للمالك اجره مثل أرضه على العامل إذا لم تزد على تمام النتاج، لانه لم يقدم على المجانيه.

و الحاصل: انه على جميع التقادير المذكوره، يكون العقد باطلاً لفقدانه شرط اعتبار كون النماء مشتركاً بينهما، و عندئذ يكون النتاج بأكمله لمالك البذر لقانون التبعيه. و يستحق صاحبه عليه اجره المثل فى بعض الفروض على التفصيل المتقدم.

ثم ان مما ذكرناه كله يظهر الحال فيما يأتى من المسائل مما حكم فيها الماتن (قده) بالبطلان.

(١) و يقتضيه كل ما تقدم فى وجه اشتراط الاشتراك فى النماء، فان الظاهر من الصحيحتين المتقدمتين تقوم المزارعه بالإشاعه فى النماء بالنصف أو الثلث و نحوهما.

و مع الإغماض عنها يكفى فى الحكم بالفساد عدم شمول العمومات و المطلقات الأولى لمثل هذه المعاملات، فان عدم الدليل على الصحه

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٩٠

[الخامس: تعيين الحصه بمثل النصف أو الثلث أو الربع أو نحو ذلك]

الخامس: تعيين الحصه بمثل النصف أو الثلث أو الربع أو نحو ذلك، فلو قال: ازرع هذه الأرض على أن يكون لك أو لى شىء من حاصلها بطل (١).

[السادس: تعيين المده بالأشهر و السنين]

السادس: تعيين المده بالأشهر و السنين (٢)، فلو

يكفى فى الحكم بطلانها.

و عليه: فيجرى فيه ما تقدم فى الفرع السابق من التفصيل فى استحقاق أجره المثل على العمل أو الأرض.

(١) لظهور الأدله فى معلوميه الحصه بالنصف أو الثلث و نحوهما.

على انه يكفى فى الحكم بالبطلان عند عدم التعيين عدم الدليل على الصحه، نظرا لما عرفت من عدم شمول عمومات و إطلاقات الوفاء بالعقد له.

هذا مضافا إلى قصور العقد عن قابليه الحكم بالصحه، فإن ما لا تعين له فى الواقع و علم الله غير قابل للتمليك فى نفسه، فإنه أمر تابع للاعتبار و جعل المملك، فإذا لم يكن معلوما و لو فى علم الله فلا معنى لتعلق الاعتبار به و تمليكه لغيره.

إذن: فمثل هذا العقد باطل فى حد نفسه لقصوره فى مقام الثبوت فضلا عن عدم الدليل عليه فى مقام الإثبات.

(٢) أما اعتباره فيما يقابل دورانه بين الأقل و الأكثر من حيث نوع الزرع و مدته، فهو واضح و لا خلاف فيه، إذ لا يمكن الحكم بصحته عقداً يكون متعلقه فاقداً للتعين فى الواقع، فان الالتزام بمجهول لا واقع له حتى فى علم الله باطل بطبعه و لا تشمله أدله المزارعه، و العمومات و المطلقات - بناء على شمولها لمثل هذا العقد فى حد نفسه.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٩١

أطلق بطل، نعم لو عين المزروع، أو (١) مبدأ الشروع فى الزرع لا يبعد صحته (٢) إذا لم يستلزم غررا. بل مع

و أما اعتباره بمعنى تحديد سنه الزراعه بعد معلوميه

نوع الزرع في مقابل إيقاعهما العقد على الزراعة المعينه في الأعم من هذه السنه و السنه الآتيه- مثلا-، بحيث يكون العمل معلوما و المده مجهوله في الجمله لوقوع العقد على الجامع، فهو كذلك، فان متعلق الحق و المملوك إذا كان كليا، كان تعيينه بيد من عليه الحق- كما هو واضح-، و من هنا فقد يختلف الطرفان من حيث المده فيختار المالك السنه الأولى- مثلا- و الزارع السنه الثانيه، و حيث لا يمكن في مثله الحكم بالوفاء به على احد الطرفين على الإطلاق، فإنه كيف يمكن ان يقال بلزوم الوفاء بما عينه صاحبه مع ان له الامتناع عنه؟ فلا مجاله يحكم ببطلانه.

و بعباره أخرى نقول: يعتبر في صحه العقد ان يكون على نحو يمكن إلزام كلا طرفيه بالوفاء به و الالتزام بمضمونه، و حيث ان هذا مفقود في المقام، فان الواجب على العامل القيام بالزراعة في إحدى تينك السنيتين مع كون الخيار له في التعيين، و الواجب على المالك تسليم أرضه للزراعة في إحدى السنيتين مع كون الخيار في التعيين له أيضا، فلا يجب على أحدهما اطاعه الآخر فيما عينه، و يحكم بفساده لا محاله.

(١) كلمه «أو» غلط جزما و الصحيح «الواو» و يشهد له قوله (قده) بعد هذا «بل مع عدم تعيين ابتداء الشروع أيضا».

(٢) إذ بانتهاء الزرع و حصول النتاج، يقسم الحاصل بينهما على

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٩٢

عدم تعيين ابتداء الشروع أيضا إذا كانت الأرض مما لا يزرع في السنه إلا مره، لكن مع تعيين السنه (١) لعدم الغرر فيه. و لا دليل على اعتبار التعيين تعبدا، و القدر المسلم من الإجماع على تعيينها غير هذه الصوره (٢).

و في صوره تعيين

المده لا بد و أن تكون بمقدار يبلغ فيه الزرع (٣) فلا تكفى المده القليله التى تقصر عن ادراك النماء.

ما اتفقا عليه من النسبه، و تلغى الفتره الزائده قهرا، و معه فلا- يبقى للعامل حق فى التصرف فى الأرض بعد ذلك، لانتهاه المزارعه به.

(١) بلا- اشكال فيه، فان المزارعه لما كانت زراعه واحده، و قد اعطى المالك العامل الحق فيها مره واحده متى شاء. حكم بصحتها لعدم فوات شىء على المالك.

(٢) ظاهر كلامه (قده) ان الدليل على اعتبار تعيين المده بالأشهر و السنين، انما هو الإجماع و دليل نفى الغرر و من هنا: فقد يورد عليه بعدم الدليل على المنع من الغرر مطلقا، إذ الثابت انما هو النهى عن البيع الغررى خاصه، و عليه فان تم إجماع محصل فهو و إلا فلا عبره بالإجماع المنقول.

إلا انك قد عرفت اننا فى غنى عن إثبات الإجماع أو الدليل على نفى الغرر مطلقا- و ان كان الظاهر تحقق الإجماع- فإن نفس أدله المزارعه قاصره عن شمول ما لا تعيين فيه بالمعنيين السابقين.

(٣) بلا- خلاف فيه، فان فرضها أقل من فتره بلوغ الحاصل خلاف جعل المزارعه و المقصود منها، فيكون مثل هذا الاقدام لغوا لكونه اقداما على أمر لا يتحقق فى الخارج، فان النتاج لا يحصل فى

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٩٣

[السابع: ان تكون الأرض قابله للزرع و لو بالعلاج]

السابع: ان تكون الأرض قابله للزرع و لو بالعلاج- فلو كانت سبخه لا يمكن الانتفاع بها، أو كان يستولى عليها الماء قبل أو ان إدراك الحاصل أو نحو ذلك، أو لم يكن هناك ماء للزراعه و لم يمكن تحصيله و لو بمثل حفر بئر أو نحو ذلك و لم يمكن الاكتفاء بالغيث، بطل (١).

[الثامن:- تعيين المزروع من الحنطه و الشعير و غيرهما]

الثامن:- تعيين المزروع من الحنطه و الشعير و غيرهما (٢) مع اختلاف الأغراض فيه، فمع عدمه يبطل، الا- أن يكون هناك انصراف يوجب التعيين، أو كان مرادهما التعميم (٣) و حينئذ فيتخير الزارع بين أنواعه.

المده المعينه فى حين لم يلتزم المالك بإعطاء شىء له إزاء ما يحصل خارج تلك الفتره.

(١) كما هو ظاهر، فان مفهوم المزارعه متقوم بإمكان تحقق الزرع و قابليه الأرض له، و خروج شىء منها يكون بينهما على ما اتفقا عليه من النسبه.

(٢) فى قبال قصد كل منهما نوعا غير ما قصده الآخر، إذ معه لا يتحقق مفهوم العقد، و إلا فلا دليل على اعتبار تعيين النوع فى حد ذاته، كما يشهد له قوله (قده) بعد هذا: «أو كان مرادهما التعميم» فإنه لو لا ما ذكرناه لكان منافيا لما ذكره (قده) من اعتبار تعيين المزروع.

(٣) فإنه نوع من التعيين بالمعنى الذى ذكرناه.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٩٤

[التاسع: تعيين الأرض]

التاسع: تعيين الأرض (١)

(١) و تفصيل الكلام فى المقام: انه لا ينبغى الإشكال فى صحة المزارعه فيما إذا كانت الأرض معلومه معينه.

و كذا الحال فيما لو كانت كليا فى معين، فإنه لا قصور فى أدله المزارعه عن شموله، فقد ورد فى صحيحه الحلبي عن أبى عبد الله (ع):

(لا بأس بالمزارعه بالثلث و الربع و الخمس) «١» فان مقتضى إطلاقها عدم الفرق بين العقد الواقع على العين الخارجيه و الواقع على الكلى فى معين.

بل الإطلاقات شامله للعقد الواقع على الكلى فى الذمه، إذ يصح فيه ان يقال: ان المالك زارع العامل على ان يكون ما يخرجه الله بينهما.

نعم لو زارعه على احدى القطعتين المختلفتين فى الصفات بحيث تكون المزارعه فى إحداهما أيسر و أسهل من

الآخري. فقد يقال:

كما ذهب اليه الماتن (قده) بالبطلان، نظرا للزوم الغرر.

الا- ان للمناقشه فيه مجالا- واسعا، فإنه لا وجه للحكم بالبطلان فيه بعد البناء على صحه المزارعه فى الكلى فى المعين، فإنه من مصاديقه، فان عنوان احدى هاتين القطعتين كلى قابل للانطباق على كل منهما.

و دعوى لزوم الغرر، مدفوعه: بأنه انما يكون فيما إذا كان العوض أمرا معلوما و معينا، كما لو باعه احد الثوبين المختلفين من حيث الجنس و الوصف بخمسه دنانير. حيث لا- يعلم المشتري ما يملكه بإزاء ما يدفعه ثمننا، فلا يتم فى مثل المقام حيث يكون العوض هى النسبه المعينه من الحاصل من الأرض التى يعمل فيها، فإنه لا غرر فيه على الإطلاق و لا يكون إقدام العامل عليه إقداما غرريا، فإنه

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ٨ من أبواب أحكام المزارعه و المساقاه، ح ٧.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٩٥

.....

سيأخذ الحصة المعينه مما أخرجه الله تبارك و تعالى من الأرض.

فحال العامل فى هذه الصورة هو الحال فى إقدامه على المزارعه و العمل فى الأرض المعينه.

على إنك قد عرفت غير مره انه لا دليل على اقتضاء الغرر لبطلان المعاملات بقول مطلق، إذ المسلم منه هو بطلان البيع الغررى خاصه.

و عليه: فان تم إجماع فى المقام على بطلان عقد المزارعه عند عدم تعيين الأرض فهو المستند، و الا- كما هو الظاهر- فلا وجه لاعتبار هذا الشرط.

و بعباره اخرى: ان القطعتين إذا كانتا متساويتين من حيث النسبه و الحصة بحيث كان العقلاء يقدمون على زراعه كل منهما بتلك الحصة من حاصلها، فلا- ينبغى الريب فى صحه العقد إذ لا- غرر فيه على المالك أو العامل، فإنه انما يكون مع تعيين العوض بحيث

يكون مالا معيناً معلوماً لا مع النسبه.

و لا- يضر في ذلك كون حاصل إحداهما أقل من الأخرى، بعد ان كانت كل منهما تعطى بنفس تلك النسبه التي تعطى بها الأخرى.

و أما إذا اختلفتا من حيث النسبه بأن كانت إحداهما تزارع على ان يعطى للمالك النصف من الحاصل و الأخرى على ان يكون له الثلث فالأمر كذلك أيضا فيما لو وقع العقد على كلى القطعتين بأقل الحصتين- الثلث- للمالك، إذ لا غرر عليهما معا، فان المالك ان عين القطعه التي تزارع على الثلث للمالك فهو ما أقدم عليه العامل، و إن عين الأخرى كان ذلك من جانب العامل حيث أخذ ما يعطى بالنصف من الحاصل للمالك بالثلث له، فلا غرر عليه بالمره.

و أما المالك فحيث ان الخيار في التعيين بيده و تطبيق الكلى على

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٩٦

و مقدارها (١) فلو لم يعينها بأنها هذه القطعه أو تلك

اي الفردين شاء منوط بنظره فلا يكون فيما يختاره خطر عليه.

نعم لو أقدم العامل على العقد بأكثر الحصتين للمالك، احتمال الخطر عليه، لأنه قد يختار الأرض التي تعطى بالأقل، فيكون ضررا عليه.

الا- ان هذا لا- يقتضى البطلان، إذ لا- دليل على المنع من الغرر مطلقا، و انما الدليل يختص بالبيع و ما يلحق به كالأجاره- للإجماع- و من هنا فمقتضى الإطلاقات هو الحكم بالصحة.

و معه فيكون الخيار في التعيين بيد المالك لأن الحق عليه، لأنه الذي ملك العامل الكلى في المعين، و أما العامل فهو و ان كان قد ملك كلى العمل في إحدى القطعتين، الا انه لا خيار له لأنه إنما ملك كلى العمل في إحدى القطعتين اللتين يكون الخيار في تعيينها بيد المالك، فهو

فى الحقيقه قد ملك المالك عمله فيما يختار المالك من القطعتين.

و من هنا يظهر عدم صحه قياس مسألتنا على مسأله تعيين المده بالأشهر و الستين حيث حكمنا بالبطلان نظرا لعدم شمول أدله اللزوم لها، حيث يملك المالك العامل كلى حق التصرف فى الأرض فى قبال تمليك العامل له كلى العمل فى إحدى الستين.

(١) بلا-ريب فيه، فان المردد بين الأقل و الأ-كث غير قابل للتمليك، لعدم التعين له فى الواقع و نفس الأمر، فلو قال المالك زارعتك على مقدار من الأرض من غير تحديد لم تصح، فإن المزارعه تشتمل على حقين حق المالك و حق العامل، فلا بد فيها من التعيين فى الواقع بحيث يتعلق التزام كل منهما بأمر له واقع، و إلا فلا يقبل

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٩٧

القطعه، أو من هذه المزرعه أو تلك، أو لم يعين مقدارها بطل مع اختلافها، بحيث يلزم الغرر (١). نعم مع عدم لزومه لا يبعد الصحه، كأن يقول: «مقدار جريب من هذه القطعه من الأرض التى لا اختلاف بين أجزاءها، أو أى مقدار شئت منها» (٢) و لا يعتبر كونها شخصيه فلو عين كليا موصوفا على وجه يرتفع الغرر فالظاهر صحته (٣) و حينئذ يتخير المالك فى تعيينه.

[العاشر: تعيين كون البذر على اى منهما]

العاشر: تعيين كون البذر على اى منهما (٤)، و كذا سائر المصارف و اللوازم إذا لم يكن هناك انصراف مغن عنه و لو بسبب التعارف.

التمليك و التملك - كما تقدم غير مره.

(١) قد عرفت ان الغرر غير متحقق، و على فرضه فلا- دليل على اقتضائه للبطلان. و أن الصحيح عدم اعتبار التعيين بالنسبه إلى أصل الأرض، و اعتبارها بالنسبه إلى المقدار.

(٢) ما افاده (قده) من الصحه فى المثال

الأخير ينافى اعتباره (قده) لتعيين مقدار الأرض و الالتزام ببطانها عند عدمه.

اللهم الا ان يكون المراد به الإشاره الإجماليه إلى ما سيعين من قبله أو قبل العامل بعد ذلك، بحيث يكون الاختيار بيده فإنه معه يرتفع محذور الإبهام و عدم التعيين الواقعي لكونه معلوما في علم الله.

(٣) لإطلاق أدله المزارعه، على ما تقدم بيانه مفصلا.

(٤) فإذا لم يعين بطل العقد لانتفاء موضوع المزارعه بانتفاء البذر

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٩٨

.....

نظرا لعدم وجوب بذله على كل منهما. و ذهب بعض إلى كونه على العامل حينئذ لأنه المأمور بالعمل فتكون مقدماته عليه نظير ما يذكر في باب الإجاره من كون الخيط عند عدم التعيين على الخياط.

بل ربما يستشكل في جعله و لو بالتعيين على المالك - لو لا الإجماع على صحته - و ذلك لصحيحه يعقوب بن شعيب 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، و ما كان من فضل فهو بينهما، قال: لا بأس «إلى ان قال»: و سألته عن المزارعه، فقال: النفقه منك و الأرض لصاحبها، فما أخرج الله من شىء قسم على الشطر و كذلك اعطى رسول الله (ص) خيبر حين أتوه فأعطاهم إياها على ان يعمرها و لهم النصف مما أخرجت» (١).

حيث إن الاستفادة منها تقوم المزارعه بكون البذر و غيره من النفقه على العامل في قبال كون الأرض من صاحبه.

و من هنا فقد ذكر بعضهم انه لو اشترط كون البذر على المالك خرج العقد عن حقيقه المزارعه، و من ثم حكم بطلانه.

لكن الظاهر عدم تماميه شىء من الأمرين - كون البذر عند الإطلاق على

العامل و بطلان العقد عند جعله على المالك.

و ذلك لان الواجب على العامل - بمقتضى عقد المزارعه - هو العمل خاصه و أما مقدماته فإثبات كونها عليه أيضا يحتاج إلى الدليل و هو مفقود.

فالمقام نظير ما ذكرناه فى تكفين الميت، من أن الواجب على

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ١٠ من أبواب أحكام المزارعه و المساقاه، ح ٢.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٩٩

.....

المسلمين القيام بالعمل خاصه. و أما إيجاد الموضوع و تحصيل الكفن فلا دليل على وجوبه عليهم.

و من هنا فلا يجب على احد منهم بذله. بل إن كان للميت مال فمنه و الا فمن الزكاه و نحوها، فان لم يوجد دفن عاريا إذا لم يحصل من يتبرع به عن طوع و رغبتة و ارادته.

و من هنا فما نحن فيه أشبه شىء بالبناء حيث لا يجب على العامل الا العمل بالمواد دون تحصيلها.

و صحيحه يعقوب بن شعيب و ان كانت داله على كون البذر من العامل و تقوم المزارعه بذلك، الا انه لا بد من رفع اليد عن ظهورها هذا و حملها على بعض المحامل ككون ذلك هو المعهود فى ذلك الزمان و نحوه، و ذلك لجمله من النصوص الداله على عدم اعتباره من حيث فرض فيها كون البذر من غير العامل.

ففى معتبره محمد بن مسلم عن أحدهما (ع) قال: «سألته عن رجل استأجر أرضا بألف درهم ثم أجر بعضها بمأتى درهم ثم قال له صاحب الأرض الذى أجره: أنا أدخل معك بما استأجرت فنفق جميعا فما كان من فضل بينى و بينك، قال: لا بأس بذلك» (١).

فإنه (ع) حكم بصحة العقد مع كون المفروض فيها مشاركة المالك للعامل فى الإنفاق عليها.

و فى صحيحه سماعه قال: «سألته

عن مزارعه المسلم المشترك فيكون من عند المسلم البذر و البقر و تكون الأرض و الماء و الخراج و العمل على

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ١٥ من أبواب أحكام المزارعه و المساقاه، ح ٢.

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٠٠

[مسائل]

[مسألة ١]: لا يشترط في المزارعه كون الأرض ملكا للمزارع]

(مسألة ١): لا يشترط في المزارعه كون الأرض ملكا للمزارع، بل يكفي كونه مسلطا عليها بوجه من الوجوه كأن يكون مالكا لمنفعتها بالإجاره أو الوصيه أو الوقف عليه أو مسلطا عليها بالتولية كمتولى الوقف العام أو الخاص و الوصى أو كان له حق اختصاص بها بمثل التحجير و السبق و نحو ذلك، أو كان مالكا للانتفاع بها،

العلاج قال: لا بأس به» (١).

حيث فرض فيها كون البذر على غير العامل صريحا.

و أصرح من الكل خبر إبراهيم الكرخي قال: «قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): أشارك العالج فيكون من عندى الأرض و البذر و البقر و يكون على العالج القيام و السقى و العمل فى الزرع حتى يصير حنطه أو شعيرا، و تكون القسمه، فيأخذ السلطان حقه و يبقى ما بقى على ان للعالج منه الثلث و لى الباقي، قال: لا بأس بذلك، قلت:

فلى عليه أن يرد على مما أخرجت الأرض البذر و يقسم ما بقى؟ قال:

انما شاركته على ان البذر من عندك و عليه السقى و القيام» (٢).

الا انه ضعيف السند فلا يصلح الا شاهدا لما ذكرناه.

على ان المزارعه من العقود العرفيه المعهوده التى يكثر تحققها فى الخارج بحيث جرت عليها سيره العقلاء قاطبه فضلا عن سيره

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ١٢ من أبواب أحكام المزارعه و المساقاه، ح ١.

(٢) الوسائل: ج ١٣ باب ١٠ من أبواب أحكام المزارعه و المساقاه، ح ١.

كما إذا أخذها بعنوان المزارعه فزارع غيره أو شارك غيره بل يجوز ان يستعير الأرض للمزارعه (١) نعم لو لم يكن له فيها حق أصلاً لم يصح مزارعتها، فلا يجوز المزارعه فى الأرض الموات مع عدم تحجير أو سبق أو نحو ذلك، فان المزارع و العامل فيها سواء، نعم يصح الشركه فى زراعتها مع اشتراك البذر أو بإجاره أحدهما نفسه للآخر فى مقابل البذر أو نحو ذلك. لكنه ليس حينئذ من المزارعه المصطلحه. و لعل هذا مراد الشهيد فى المسالك من عدم جواز المزارعه فى الأراضى الخراجيه التى هى للمسلمين قاطبه إلا- مع الاشتراك فى البذر أو بعنوان آخر، فمراده هو فيما إذا لم يكن للمزارع جهه اختصاص (٢)، و إلا- فلا إشكال فى جوازها بعد الإجاره من السلطان كما يدل عليه جملة من الاخبار.

المتشرعه المتصله بعهد المعصوم (ع)، و من هنا فلو كان اعتبار كون البذر من العامل شرطاً فيها لوجب ان يكون من الواضحات، فكيف و قد قام الإجماع على خلافه.

(١) كل ذلك لعدم الدليل على اعتبار الملك، بل و قيام الدليل - على ما ستعرف - على خلافه.

(٢) ذكره صاحب الجواهر (قده) أيضاً، إلا انه بعيد جداً إذ الشهيد (قده) قد رتب حكمه هذا على اعتبار الملكيه صريحاً.

إذن: فالصحيح ان يقال ان ما افاده الشهيد (قده) فى المسالك

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٠٢

[مسأله ٢): إذا أذن لشخص فى زرع أرضه على أن يكون الحاصل بينهما بالنصف]

(مسأله ٢): إذا أذن لشخص فى زرع أرضه على أن يكون الحاصل بينهما بالنصف أو الثلث أو نحوهما فالظاهر صحته و ان لم يكن من المزارعه المصطلحه (١).

من سهو قلمه الشريف.

إذ لا دليل على اعتبار الملكيه فى المزارعه، بل الدليل قائم على عدمه، ففى صحيحه

محمد بن مسلم المتقدمه الحكم بصحة المزارعه على الأرض المستأجره.

بل و فى نصوص المزارعه فى الأرض الخراجيه ما فيه الكفايه لإثبات المدعى.

و الحاصل: ان المتعين فى جميع الموارد المذكوره فى المتن هو الحكم بالصحه. و لا- وجه لما أفاده الشهيد (قده) من الحكم بالبطلان.

(١) إلا إنك قد عرفت غير مره عدم إمكان التمسك بالعمومات و المطلقات لإثبات الصحه لمثل هذه المعامله تحت اى عنوان كانت الجعاله أو غيرها، و ان صحتها تحتاج إلى دليل خاص.

و الوجه فيه: ان التزام مالك البذر إذا كان متعلقا بكون الحاصل مشتركا و من حين حدوثه و حصوله بينه و بين صاحبه- كما هو مقتضى الأدله فى الزكاه- فهو باطل و لا اثر له، فإنه غير مشروع فى نفسه لمخالفته للكتاب و السنه، فان النتاج تابع للبذر فى الملكيه، فلا يمكن ان يكون- و لو بعضا- ملكا للغير حين حدوثه.

فهو نظير ما لو التزم أحد فى عقد بكون ما يتركه أبوه عند وفاته- كالأ أو بعضا- لغيره، فان هذا الالتزام لا يكون نافذا و لا يشمل قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ».

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٠٣

بل لا يبعد كونه منها أيضا (١). و كذا لو أذن لكل من

و ان كان التزامه متعلقا بتملك ما سيملكه بعد ذلك، بان يلتزم بانتقال نصف الحاصل - مثلا- إلى صاحبه بعد انتقاله بتمامه إليه أولا، بحيث يملك صاحبه من الآن الأمر المتأخر، فهو و ان لم يكن مخالفا للكتاب و السنه، إلا انه القدر المتيقن من إجماعهم على بطلان التعليق فى العقود، بل لم يقع مثله إلا فى الوصيه حيث انها و لإطلاقات أدلتها تعم ما يملكه الموصى بعدها إلى حين الوفاء، و أما فى

غيرها فلم يقع بتاتا حتى فى التعبير إذ لا يصح ان يقول: «العبد الذى سأملكه غدا حر بعد وفاتى».

و هذا الكلام غير مختص بباب المزارعه، فإنه كما لا يجوز فيها لا يجوز فى غيرها من أنواع المعاملات أيضا حتى ولو كان ذلك بعنوان الجعالة، فلا يصح ان يجعل لمن يرجع عبده اليه ثلث ما سيملكه فى المستقبل أو ثلث ما سيخرجه أرضه.

و من هنا تكون صحتها محتاجة إلى دليل خاص، و لا يكفى فيها التمسك بالعمومات و الإطلاقات فإنها غير شاملة له، و حيث لا دليل على الصحة إلا فى المضاربه و المزارعه و المساقاه، فلا بد من الحكم بالبطلان لعدم المخرج له عن عموم المنع.

و لذا لم يلتزم احد من الأصحاب- فيما نعلم- بصحة مثل ذلك فى غير المزارعه من العقود.

و الحاصل: ان الصحيح فى المقام هو الحكم بالبطلان، لعدم الدليل على الصحة و من هنا فلا يستحق العامل الا اجره مثل عمله.

(١) بل هو فى غايه البعد، فان المزارعه من العقود اللازمه- على ما سيأتى- و يتضمن التزاما من الطرفين مع وجوب الوفاء عليهما

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٠٤

يتصدى للزرع و ان لم يعين شخصا. و كذا لو قال:

«كل من زرع أرضى هذه أو مقدارا من المزرعه الفلانيه فلى نصف حاصله أو ثلثه»- مثلا- فأقدم واحد على ذلك، فيكون نظير الجعالة (١)، فهو كما لو قال: «كل من باب فى خانى أو دارى فعليه فى كل ليله درهم» أو «كل من دخل حمامى فعليه فى كل مره ورقه» (٢) فإن الظاهر صحته للعمومات، إذ هو نوع من المعاملات العقلانيه و لا نسلم انحصارها فى المعهودات، و لا حاجه الى الدليل

بحيث

لا- يكون لكل منهما رفع اليد عنه، و هذا كله مفقود فى المقام فإنه من موارد الأذن و الإباحه بالتصرف الخارجى و ليس من العقد الذى يجب الوفاء به فى شىء .

و الحاصل: ان الأذن المجرّد مغاير للعقد اللازم بالضرورة، فلا وجه لجعله منها.

(١) التنظير انما يتم فيما إذا كان البذر من المالك، إذ المالك حينئذ يجعل على نفسه شيئاً للغير عند قيامه بالعمل المعين، و أما إذا كان البذر من العامل فلا وجه لتنظيره بالجماله حيث ان المالك حينئذ يجعل لنفسه شيئاً على الغير- أعنى الحصة من النتاج الذى يكون تابعا للبذر فى المملكه- و لا يلتزم على نفسه شيئاً للغير.

(٢) و هو من القياس مع الفارق، فإنه أجنبى عن المزارعه بالمره إذ المال الذى يجب دفعه على الداخلى أمر معلوم معين، فيدخل فى عنوان الإباحه بالعوض و هى أجنبيه عن باب المعاملات كليه.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٠٥

الخاص لمشروعيتها، بل كل معاملة عقلائيه صحيحه إلا ما خرج بالدليل الخاص، كما هو مقتضى العمومات (١).

[مسأله ٣): المزارعه من العقود اللازمه]

(مسأله ٣): المزارعه من العقود اللازمه (٢) لا تبطل

(١) قد عرفت انها لا تعم المعاملات التى تتضمن تملك المعدوم بالفعل.

(٢) بلا خلاف فيه، بل ادعى عليه الإجماع فى كلمات غير واحد لأصالة اللزوم فى العقود التى استدلت عليها الشيخ الأعظم (قده) بوجوه عديده.

منها: ما يختص بالبيع و تملك الأعيان كقوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ «١» فإن أخذ المال ثانيا بعد تملكه للغير منه قهرا عليه تجاره من غير تراض و أكل للمال بالباطل، و قولهم (ع): «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» «٢».

و منها: ما هو عام لجميع العقود كاستصحاب بقاء المملكه

و قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (٣).

و فى الأول مما يعم محل الكلام بحث طويل و عريض من حيث كونه استصحابا كليا أو شخصيا و انه من قبيل الشك فى المقتضى أو الشك فى الرفع.

فقد أورد عليه المحقق الخراسانى و السيد اليزدى (قدس سرهما) بأنه من الأول، لكننا قد أوضحنا فى محله انه ليس منه و انه من الشك فى الرفع.

(١) سورة النساء آيه ٣٤.

(٢) الوسائل: باب ١ من أبواب الخيار.

(٣) سورة المائدة آيه ٢.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٠٦

.....

لكنك قد عرفت هناك أيضا، انه لا اثر لهذا الاستصحاب لانه من استصحاب الأحكام الكليه الإلهيه، و هو غير تام على ما بيناه فى محله.

نعم الاستدلال الثانى تام و متين و مقتضاه لزوم العقد فى المقام و غيره.

و ذلك لان الأمر بالوفاء ليس أمرا تكليفيا محضا إذ لا يحتمل كون الفسخ - على تقديرى ثبوته و عدمه - من المحرمات الإلهيه، و انما هو أمر إرشادى إلى عدم ثبوت حق رفع اليد عنه له فان معنى الوفاء بالعقد انهاءه و إتمامه و الالتزام بمقتضاه.

و من هنا فتدل الآيه الكريمه على لزوم العقد و عدم تأثير الفسخ فيه، و بما أن المزارعه من العقود المتعارفه المعهوده من قبل التشريع و إلى الآن، و ممضاه من قبل الشارع المقدس بالسيره القطعيه، فتشملها الآيه الكريمه لا محاله.

هذا مضافا إلى إمكان التمسك بأدله إمضاء العقود كقوله تعالى:

«أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» (١) و ما دل على جواز الصلح بين المسلمين. □

و ذلك: لاین الإلزام و الالتزام الصادر من المتعاقدين لا يخلو حاله من كونه مطلقا من حيث الزمان كالبيع أو مقيدا بزمان معين

كالنكاح المنقطع، إذ الإهمال غير معقول في الأمور الواقعيه- على ما تقدم

بيانه غير مره.

و من هنا فإذا أنشأ المكلف الملكيه الدائميه بالبيع و نحوه أو المقيده بزمان الإجاره و نحوها كان معنى إمضاء الشارع لما أنشأه الحكم بتحقيق الملكيه المطلقه فى الفرض الأول و المقيده بذلك الزمان فى الثانى للطرف الآخر، و مقتضى إطلاق دليل الإمضاء عدم ارتفاعها بالفسخ، فإنه

(١) سورة البقره آيه ٢٧٧.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٠٧

إلا بالتقاييل (١) أو الفسخ بخيار الشرط أو بخيار الاشتراط (٢).

مناف له و لا يصار اليه إلا بدليل خاص.

و الحاصل: ان دليل الإمضاء يكفى فى إثبات اللزوم، لأنه انما يكون على طبق ما أنشأه المنشأ، و بذلك فيكون رفعه محتاجا إلى دليل خاص مقيد للإطلاق و الا فمقتضاه عدم الارتفاع.

و لعل هذا الوجه خير الوجوه التى يمكن بها إثبات أصاله اللزوم فلاحظ.

(١) على ما هو الحال فى جميع العقود التى يكون مدلولها من قبيل الحق للطرفين كالبيع و نحوه، فان الحق لا يعدو هما، فلهما رفع اليد عنه برضاهما، و يكون ذلك من قبيل البيع الثانى.

نعم لا مجال لذلك فيما يكون مدلوله من قبيل الحكم الشرعى كالنكاح، فإنه لا مجال لرفعه بالتقاييل من الطرفين.

(٢) لا- يبعد ان يكون ذكره (قده) لهذين الخيارين من باب المثال و الا فموجبات الفسخ فى المقام لا ينحصر فيها، إذ يمكن تصوره فى الغبن و نحوه.

و قد ذكرنا فى بحث الخيارات ان خيار الغبن ليس خيارا مستقلا فى قبال سائر الخيارات، و انما هو راجع فى الحقيقه إلى خيار تخلف الشرط، نظرا لما هو المرتكز فى المعاملات من تبديل الشخص و العين مع التحفظ على المالىه و القيمه السوقيه، فإنه أمر مفروغ عنه لدى العقلاء فى جميع العقود التى منها النقل مع

غبين بوضيعة من احد الطرفين.

و من هنا فإذا ثبت خلاف ذلك، كان للآخر الخيار نظرا لتخلف الشرط الضمنى فى العقد.

و عليه: فيكون الحكم بثبوت الخيار عند ظهور الغبن حكما على القاعده، و لا حاجة للتمسك فى إثباته بالإجماع أو دليل نفي الضرر.

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٠٨

أى: تخلف بعض الشروط المشترطه على أحدهما و تبطل أيضا بخروج الأرض عن قابليه الانتفاع (١) لفقد الماء أو استيلائه أو نحو ذلك. و لا تبطل بموت أحدهما (٢) فيقوم

هذا و يمكن الفسخ بخيار تعذر تسليم العوض عند موت العامل مع عدم قيام الوارث مقامه، على ما سيأتى بيانه.

(١) بلا- خلاف فيه، إذ لا- معنى للعقد على أمر غير ممكن التحقق فى الخارج، و الاتفاق على حصه من زرع لا يحصل، فإنه لا يعدو اللغو المحض.

(٢) أما مع موت المالك فلأن الأرض و ان كانت تنتقل إلى الورثه، الا انها انما تنتقل إليهم متعلقه لحق الغير و مسلوبه المنفعه فى الفتره المعينه بإزاء الحصه المعينه لهم، نظير موت المالك المؤجر بعد إنشاء عقد الإجاره فإن العين المستأجره و ان انتقلت إلى الورثه إلا انها تنتقل مسلوبه المنفعه حيث انها تكون للمستأجر.

و أما مع موت العامل، فلقيام وارثه مقامه.

الا- ان هذا ليس بمعنى إلزامه بالعمل على طبق ما جعل، فإنه لم يكن طرفا فى العقد و المعاهده، و انما هو بمعنى لا- بديه استئجاره أحدا من مال الميت- ان كان له مال- لقيامه بالعمل الثابت فى ذمه الميت، مقدمه لارثه لما ترك حيث انه انما يكون بعد إخراج الديون.

و بعباره اخرى: ان الوارث لا يرث شيئا إلا بعد أداء ديون الميت، لأنه إنما يرث ما تركه الميت، و ما

يقابل الديون ليس منه.

و من هنا فحيث ان العمل فى الأرض دين ثابت فى ذمه الميت يكون مانعا من ارث الوارث، فلا بد مقدمه للإرث من قيامه بالعمل

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٠٩

وارث الميت منها مقامه.

نعم تبطل بموت العامل مع اشتراط مباشرته للعمل (١) سواء كان قبل خروج الزرع أو بعده. و أما المزارعه المعاطاتيه فلا تلزم الا بعد التصرف (٢) و أما الإذنيه فيجوز

مباشره أو باستثجاره لغيره من مال الميت.

و عليه: فلو لم يكن للميت مال بالمره لم يجب على الوارث التبرع به من ماله الخاص بل يبقى العمل دينا فى ذمه الميت.

و حينئذ: فحيث يتعذر تسليم العمل، يثبت للمالك خيار الفسخ و يسمى هذا بخيار تعذر تسليم العوض، الذى مرت الإشاره إليه.

(١) سواء أ كان ذلك بعنوان التقييد أو الاشتراط، حيث ذكرنا فى المباحث الأصوليه ان تقييد الكلى الطبيعى بشرط يوجب تخصصه لا محاله، فيكون المطلوب هو الحصه الخاصه المتصفه بكذا.

و من هنا: فالشرط فى الكليات الوضعيه منها و التكليفيه يرجع إلى التقييد لا محاله فتكون المزارعه واقعه على الحصه الخاصه من العمل و هى فى المقام ما يصدر من العامل مباشره.

و عليه: فلو مات العامل كشف ذلك عن بطلانها من الأول لانكشاف تعلقها بأمر ممتنع الوجود فى الخارج.

(٢) ما أفاده (قده) مبنى على ما اشتهر بينهم من جواز العقد المعاطاتى قبل التصرف بل يظهر من كلمات بعضهم انه لا يفيد الملكيه أصلا، و انما يفيد الإباحه خاصه، و قد حملها بعض على الملكيه المترزله.

و كيف كان: فقد تعرضنا لهذا البحث فى مباحثنا الفقيهيه التى ألقيت تعليقا على كتاب المكاسب لشيخنا الأعظم الأنصارى (قده)

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣١٠

فيها الرجوع

دائماً (١)، لكن إذا كان بعد الزرع و كان البذر من العامل يمكن دعوى لزوم إبقاءه إلى حصول

و قد عرفت ان جميع ما استدل به على لزوم العقود و ما ذكرناه أخيراً من إطلاق دليل الإمضاء، غير مختص بالعقد اللفظي و شامل للعقد المعاطاتي على حد سواء.

و من هنا: فان تم إجماع على جواز المعامله المعاطاتيه فهو و إلا- كما هو الظاهر و يكفي فيه الشك- فمقتضى القاعده هو اللزوم.

(١) تقدم الكلام فيها في المسأله الثانيه مفصلاً، و قد عرفت ان هذه المعامله خارجة عن العقد فضلاً عن كونها من المزارعه المصطلحه فإنها لا تتجاوز الوعد المجرد و من هنا فيحكم بفسادها لا محاله، لاشتمالها على تملك المعدوم و هو غير جائز ما لم يدل عليه دليل خاص حيث لا تكفي العمومات و الإطلاقات في الحكم بصحة مثل هذه المعاملات.

إلا- ان الماتن (قده) قد التزم في تلك المسأله بصحتها و ان لم تكن من المزارعه المصطلحه، بل لم يستبعد (قده) كونها منها أيضاً.

و على ضوء هذا المبني يقع الكلام في لزوم هذه المعامله و جوازها.

فنقول: أما إذا كان الرجوع قبل الزرع و العمل فلا ينبغي الإشكال في جوازه. إذ ليس هناك إلا الأذن في التصرف و هو غير ملزم به فله الرجوع عنه متى شاء.

و ان كان بعد عمل المقدمات و قبل الزرع ككرى الأنهار و نحوه ففي جوازه و عدمه وجهان.

اختار الماتن (قده) الأول حيث خص المنع بما إذا كان بعد الزرع.

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣١١

الحاصل، لأن الأذن في الشيء إذن في لوازمه. و فائده الرجوع أخذ أجره الأرض منه حينئذ و يكون الحاصل كله للعامل (١).

إلا ان الصحيح هو الثاني، و

ذلك لتضرر العامل حيث يذهب عمله هدرا و يفوت حقه من دون عوض، فيشمله التعليل المذكور في معتبره محمد بن الحسين قال: «كتبت إلى أبي محمد (ع): رجل كانت له رحي على نهر قريه، و القرية لرجل، و أراد صاحب القرية ان يسوق إلى قريته الماء في غير هذا النهر و يعطل هذه الرحي إله ذلك أم لا؟ فوقع (ع) يتقى الله و يعمل ذلك بالمعروف و لا يضر أخاه المؤمن» (١).

حيث ان المستفاد منه انه ليس للمالك رفع اليد عن اذنه للغير في التصرف إذا كان ذلك موجبا لتضرره.

فالتصرف الواقع في ملك الغير باذنه لا يذهب هدرا. و ليس للمالك منعه منه و مطالبته برفعه.

و عليه: ففي المقام حيث لم يكن العمل الصادر من العامل مجانيا و متبرعا به فليس للمالك رفع اليد عن اذنه، لاستلزامه لتفويت حق العامل و إهدار عمله.

و أوضح من ذلك ما لو كان الرجوع بعد الزرع و العمل، فإنه ليس للمالك ذلك جزما، لكونه من أوضح مصاديق التعليل في الصحيحة المتقدمه، فيلزم بإذنه إلى حين بلوغ الزرع.

(١) الكلام في هذا الفرع بناء على القول بصحة المعاملة و جواز

(١) الوسائل: ج ١٧ باب ١٥ من أبواب إحياء الموات ح ١.

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣١٢

[مسأله (٤): إذا استعار أرضا للمزارعه ثم أجرى]

(مسأله ٤): إذا استعار أرضا للمزارعه (١) ثم أجرى

الرجوع للمالك ينبغي أن يقع في صورتين:

الأولى: فيما يكون على المالك عند رفع يده عن الأذن بعد إتيان العامل بالمقدمات خاصه.

الثانية: فيما يكون عليه عند رفع يده عن الأذن بعد قيام العامل بالزرع.

أما في الصورة الأولى: فيجب على المالك دفع أجره مثل عمل العامل له نظرا لصدوره عن أمره لا بقصد التبرع و المجانيه.

و أما

فى الصورة الثانىة: فعلىه مضافا إلى أجره مثل العمل عوض البذر مثلا أو قىمه حىث ىكون تالفا بسببه.

نعم لو كان البذر للمالك لم ىكن علىه للعامل الا اجره مثل عمله.

و من هنا ىظهر انه لا وجه لما ذكره (قده) من إلزام المالك للعامل بأجره مثل أرضه فتره بقاء الزرع بعد الرجوع.

بل العامل بالخيار بىن قبول ذلك و بىن الاعراض عن زرعه و مطالبته المالك بأجره مثل عمله و عوض بذره حىث تلف نىتجه للزرع فى الأرض المعىنه.

فالمتحصل: انه بناء على جواز الرجوع فى هاتىن الصورتىن، فان كان الصادر من العامل شىئا غير الزرع، فلىس له على المالك الا اجره مثل عمله و ان كان المأتى به هو الزرع فله مضافا إلى أجره مثل عمله المطالبه بعوض البذر.

هذا لكنك قد عرفت ان الصحىح بناء على صحه هذه المعامله هو لزومها و عدم جواز الرجوع للمالك و بذلك فىترتب علىه آثاره.

(١) لا ىنبغى الإشكال فى صحه الإعاره هذه، فان الانتفاع بالأرض

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣١٣

عقدها لزمتم، لكن للمعبر الرجوع فى إعارته (١). فىستحق أجره المثل لأرضه على المستعبر، كما إذا استعارها للإجاره (٢) فأجرها، بناء على ما هو الأقوى من جواز كون العوض لغير مالك المعوض.

قد ىكون بالمباشره كزراعته من قبله و قد ىكون بالتسىب و الواسطه بالاتفاق مع الغير.

(١) الكلام فى هذا الفرع من هذه المسأله هو الكلام فى المسأله السابقه حرفا بحرف فان التعليل المذكور فى صحىحه محمد بن الحسىن المتقدمه شامل له أيضا، فإنه لىس للمالك الرجوع عن الأذن و فسخ العارىه فىما إذا استلزم تضرر العامل.

نعم بناء على جواز الرجوع للمالك، فلا بأس بما ذكره (قده) من استحقاقه لأجره مثل

أرضه فتره بقاء الزرع على المستعير.

و لا- يقاس هذا بالمزارعه الإذنيه فإن المالك فى المقام أجنبى عن الزرع بالمره، فإنه لم يصدر عن أمره كى يكون ضامنا له، و
انما أتى العامل مجانا و تبرعا ليستفيد هو بنفسه.

فإذا رجع فان تصالحا على شىء فهو و إلا فله المطالبه بأجره مثل أرضه فى الفتره الباقيه لرجوع منفعه تلك المده اليه، و معه فلا
يجوز للعامل التصرف فيها و استيفاءها، بل لا بد له إما من رفع يده عن زرعه و رضاه بتلفه، أو استجابته فى دفع أجره مثل أرضه
اليه.

و هذا بخلاف الفرض السابق حيث كان عمله بأمر من المالك لا بقصد التبرع و المجانيه.

(٢) و قد استشكل فى صحه هذه الإجاره بوجهين:-

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣١٤

.....

الأول:- ان العاريه متقومه باستفاده المستعير من عين المال، فإذا آجرها من غيره حكم ببطلانها نظرا لانتفاعه بالأجره حينئذ و هى
غير معاره له، فإن الأجره عين أخرى أجنبيه عن العين المعاره و ليست هى منفعه لها.

الثانى:- ما أشار إليه الماتن (قده) من ان المستعير انما يملك الانتفاع بالعين دون منفعتها، فإنها باقيه على ملك المالك المعير، و
من هنا فإذا انتقلت بالإجاره إلى ملك المستأجر- حيث تتضمن الإجاره تملك المنفعه- كان لازم ذلك دخول العوض فى
كيس غير من خرج منه المعوض، فإن المنفعه تخرج من ملك المعير فى حين يدخل العوض فى كيس المستعير. و هو أمر غير
جائز.

الا أن كلا هذين الإشكالين قابل للدفع:- أما الأول فيرده: ان الانتفاع بالعين المعاره لا يلزم ان يكون من المنفعه مباشره بمعنى
كونه من نفسها و عينها، بل يجوز ان يكون بدلها مع اجازة المالك بلا اشكال بل

لعله مما لا خلاف فيه أيضا، و لذا يجوز له دفع العين المعاره إلى غيره بإزاء انتفاعه بعين الآخر مع رضی المالك.

و مما يشهد له جواز استعاره اللحاف و ما شاكله للضيوف، فإنه مما لا ينبغي الإشكال في جوازها، و الحال ان المستعير لا يستفيد من العين المعاره بالمباشره فإنه ليس إلا لكون استفاده الضيف انتفاعا للضيف، حيث انه من عياله و لا بد له من القيام بشؤونه و واجباته و منها تهيئه الغطاء له.

فإذا صح ذلك مجاناً صح مع العوض أيضاً، فإنه لا ينافي حقيقه الاستعاره فإن الأجره بدل عن منفعه الأرض فيصح ان يقال للمستعير

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣١٥

.....

المستفيد منها انه مستفيد من منفعه الأرض.

و أما الثاني: فقد رده الماتن (قده) بأن الأقوى جواز كون العوض لغير مالك المعوض.

إلا- إنك قد عرفت منا غير مره ان ما افاده (قده) ممنوع كبرويا فان مفهوم المعاوضه متقوم بدخول العوض في ملك مالك المعوض و الا فلا يكون عوضا له بل كل منهما يعتبر هبه مجانيه و بلا عوض.

و من هنا فلا يصلح ما افاده (قده) جوابا للإشكال.

فالصحيح في مقام الجواب هو المنع الصغرى، فإن مسأله جواز الإعاره للإجاره غير مبنيه على هذا الاعتبار- اعنى جواز كون العوض لغير مالك المعوض- فإنها جائزه حتى بناء على ما هو المشهور و الصحيح من اعتبار دخول العوض في ملك من يخرج منه المعوض.

و قد ظهر وجهه مما تقدم في جواب الإشكال الأول فإن العاريه نوع تمليك و ليست بإباحه محضه.

نعم ذكر الاعلام انها تمليك للانتفاع الا انه لا يمكن المساعدة عليه، فان الانتفاع من أفعال المستعير فلا معنى لتمليكه من قبل الغير إذ لا معنى

تمليك احد غيره فعل نفسه- الغير- فإنه مالک لعمله و فعله واقعا و من دون حاجه إلى التمليك.

إذن: فتعبيرهم (قدس سرهم) بأنها تمليك الانتفاع لا يخلو من المسامحة الواضحة، فإنها في الحقيقه من تمليك المنفعه حالها في ذلك حال الإجاره، غايه الأمر انها ليست مثلها من حيث تضمنها لتمليك المنفعه على الإطلاق، فإنها- العاريه- أنما تتضمن تمليك حصه خاصه من المنفعه هي المنفعه من حيث استعدادها لانتفاع المستعير، و لذا فلا تنتقل إلى ورثته بعد موته كما انه ليس له نقلها إلى غيره بغير اجازة المالك.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣١٦

[(مسألة ٥): إذا شرط أحدهما على الآخر شيئاً في ذمته أو في الخارج- من ذهب أو فضه أو غيرهما- مضافاً إلى حصته من الحاصل]

(مسألة ٥): إذا شرط أحدهما على الآخر شيئاً في ذمته أو في الخارج- من ذهب أو فضه أو غيرهما- مضافاً إلى حصته من الحاصل صح (١) و ليس قراره مشروطاً بسلامه الحاصل (٢)، بل الأقوى صحه استثناء مقدار معين من الحاصل لأحدهما (٣) مع العلم ببقاء مقدار آخر ليكون

و على ضوء هذا يتضح ان الإجاره في المقام محكوم به بالصحة فيما إذا كانت صادرة عن رضا المالك المعير، فإن المنفعه لما كانت ملكاً للمستعير بحكم العاريه كان العوض- الأجره- داخل في كيس من خرج منه المعوض لا محاله.

و بهذا فلا يبقى محذور يمكن ان يستند إليه في مقام المنع عن صحه هذا العقد فإنه مستكمل لجميع شرائط الصحة بما في ذلك اعتبار كون العوض داخل في ملك من يخرج منه المعوض.

(١) بلا- كلام فيه. فان الشرط لا يتضمن مخالفه للعقد، لانه لا يتقوم الا بكون الأرض من أحدهما و العمل من الآخر على ان يكون النتاج بينهما، و من هنا فتشمله عمومات وجوب الوفاء بالشرط.

(٢) نظراً لعدم ارتباط كل من الأمرين بالآخر، فان دليل

وجوب الوفاء بالشرط أجنبي عن دليل العقد الذى اقتضى كون الناتج بينهما و التالف عليهما، و من هنا فحيث كان التزام المشروط له بالعقد معلقا على التزام صاحبه بالشرط، و قد تحقق منه ذلك، و جب عليه الوفاء به لأدله لزوم الوفاء بالشرط، و ان لم يتم الحصول.

(٣) فيه نظر بل منع، يظهر وجهه مما تقدم، فان العمومات و الإطلاقات غير شامله لمثل هذا العقد الذى يتضمن تمليك المعدوم

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣١٧

مشاعا بينهما، فلا يعتبر إشاعه جميع الحصول بينهما على الأقوى. كما يجوز استثناء مقدار البذر لمن كان منه (١)

بالفعل، و من هنا فلا بد فى الحكم بصحتها من الدليل الخاص، و حيث ان المورد خارج عن مورد النصوص الواردة فى المزارعه باعتبار أنها انما تضمنت الصحه فيما إذا كان الحصول مشاعا بينهما، و هذا مفقود فى المقام فإن أحدهما يختص بمقدار منه و يكون الباقي مشاعا بينهما، يحكم ببطلانه بمقتضى القاعده لا محاله.

ثم لا بأس بما أفاده (قده) بناء على مختاره من شمول العمومات و الإطلاقات لمثل هذه المعاملات.

(١) ظاهر تشبيهه (قده) لاستثناء الأرتال المعلومه باستثناء مقدار البذر هو كون الحكم بالصحه فى الثانى مفروغا عنه.

الا ان الأمر ليس كذلك، فان الحال فى البذر هو الحال فى الأرتال المعلومه من حيث القاعده، فينبغى الحكم فيه بالبطلان أيضا.

نعم ادعى بعضهم الصحه فى المقام حتى مع القول بالبطلان فى استثناء الأرتال المعلومه، خروجا عن القاعده لأجل النص الخاص.

و استدل عليها بصحيحه يعقوب بن شعيب عن أبى عبد الله (ع):

«قال: سألته عن الرجل تكون له الأرض من أرض الخراج فيدفعها إلى الرجل على أن يعمرها و يصلحها و يؤدي خراجها، و ما كان من

فضل فهو بينهما. قال: لا بأس» (١).

و خبر إبراهيم الكرخي: قال: قلت لأبي عبد الله (ع)

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ١٠ من أبواب أحكام المزارعه و المساقاه ح ٢.

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣١٨

.....

أشارك العليج فيكون من عندى الأرض و البذور و البقر و يكون على العليج القيام و السقى (السعى) و العمل فى الزرع حتى يصير حنطه أو شعيرا و تكون القسمة فيأخذ السلطان حقه. و يبقى ما بقى على أن للعليج منه الثلث و لى الباقي. قال: لا بأس بذلك. قلت: فلى عليه أن يرد على مما أخرجت الأرض و البذر و يقسم ما بقى؟ قال: انما شاركته على أن البذر من عندك و عليه السقى و القيام» (١).

الا أن الاستدلال بهما محل نظر بل منع:- أما الصحيحه فهى أجنبيه عن محل الكلام بالمره، إذ ليس فيها أيه دلالة أو إشعار على إخراج البذر من الحاصل، بل هى كسائر نصوص الباب داله على إشاعه الحاصل بينهما كما يقتضيه قوله (ع):

«و ما كان من فضل فهو بينهما».

فما أفيد من دلالتها على المدعى غير واضح.

على اننا لو سلمنا دلالتها على إخراج البذر من الحاصل كان مقتضاه خروج البذر من الحاصل مطلقا سواء اشترط ذلك ضمن العقد أم لم يشترط، و هو مقطوع البطلان حيث لا قول به بل لا وجه له فإنه لا يستثنى منه من غير الشرط جزما، و انما الكلام فى استثناءه على تقدير الاشتراط.

و أما الخبر فهو مضافا إلى ضعف سنده بإبراهيم الكرخي حيث لم يرد فيه مدح فضلا عن التوثيق، قاصر الدلالة أيضا، فإن ظاهر قوله (ع): «انما شاركته على أن البذر من عندك و عليه السقى

(١) الوسائل: ج

١٣ باب ١٠ من أبواب أحكام المزارعه و المساقاه ح ١.

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣١٩

أو استثناء مقدار خراج السلطان (١) أو ما يصرف في تعمير الأرض (٢) ثم القسمة. و هل يكون قراره في هذه الصورة مشروطا بالسلامه كاستثناء الأرتال في بيع الثمار أولا؟ وجهان (٣).

و القيام» ان التناج الحاصل انما هو وليده أمرين معا البذر من جهه و العمل من جهه أخرى و من هنا يكون الحاصل لهما معا على حد سواء من غير اختصاص لأحدهما به كلا أو بعضا.

إذن: فالاستدلال بهذا الخبر على بطلان الاشتراط اولي من الاستدلال به على صحته فلاحظ.

(١) على ما دلت عليه صحيحه يعقوب بن شعيب المتقدمه و غيرها.

(٢) فيدخل في عنوان الأعمار و الإصلاح المذكورين في الصحيحه المتقدمه.

(٣) كونها محموله على الإشاعه فيحسب التالف على الشارط و المشروط عليه بالنسبه، و كونها من قبيل الكلى في المعين فلا ينقص من الشرط شىء.

و الأول هو الأقوى، فإن نسبه المستثنى - الحصه المعينه - و المستثنى منه إلى المجموع واحده، فلا يختص أحدهما بملك الشخص و الآخر بملك الكلى بل ملكهما معا على نحو واحد، و الموجود بالفعل مضاف في الملك إليهما على حد سواء.

و مما يدلنا على ذلك انه لو تلف جميع الحاصل و لم يبق منه الا مقدار البذر أو الشرط، لم يمكن ان يقال بكونه للمشروط له، فإنه مخالف لوضع المزارعه و قانونها حيث ان مقتضاها لزوم بقاء مقدار من الناتج لكل منهما بعد إخراج الشرط بحيث لا يبقى احد منهما فاقتدا

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٢٠

[(مسألة ٦): إذا شرط مده معينه يبلغ الحاصل فيها غالبا فمضت و الزرع باق لم يبلغ]

(مسألة ٦): إذا شرط مده معينه يبلغ الحاصل فيها غالبا فمضت و الزرع باق لم يبلغ، فالظاهر ان

للمالك الأمر بإزالته بلا أرش أو إبقاءه و مطالبه الأجره ان رضى العامل بإعطائها، و لا يجب عليه الإبقاء بلا أجره، كما لا يجب عليه الأرش مع إرادته الإزاله، لعدم حق للزارع بعد المده، و الناس مسلطون على أموالهم (١) و لا فرق بين أن يكون

للتصيب مع وجود الحاصل حتى مع الاشتراط و هو انما ينسجم مع القول بكون الحصة على نحو الإشاعه لا الكلى فى المعين.
و عليه: فيتعين القول بها.

(١) الا انه قد يقال بأن قاعده السلطنه محكومه لدليل لا ضرر، فان فى قلع المالك للزرع من دون دفع الأرش إلى العامل ضررا عليه حيث يوجب ذهاب عمله أو هو مع البذر- على تقدير كونه منه- هدرا فيشمله دليل لا ضرر، و هو حاكم على جميع الأدله بما فى ذلك قاعده السلطنه.

و من هنا: فليس للمالك إلزام العامل بقلع الزرع، لكنه حيث لا يذهب مال المسلم هدرا لم يجب على المالك إبقاءه فى أرضه مجانا، بل له مطالبه العامل بأجره الأرض فى الفتره الباقية.

و بهذا فيكون العامل- فى الحقيقه- بالخيار بين دفع اجره مثل الأرض فى الفتره الباقية للمالك و بين تنازله عن زرعه و قبوله لقلعه من غير أرش.

لكنك قد عرفت منا عند التعرض لقاعده لا ضرر، ان نفى الضرر فى الإسلام كنفى الحرج و سائر المنفيات و المرفوعات، و ارد

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٢١

.....

مورد الامتنان على الأمه المرحومه، و من هنا يجب أن يكون الحكم المنفى امتنانيا على جميع المكلفين على حد واحد، لا البعض دون البعض الآخر، فإنه لو كان فى رفع الحكم امتنان على بعض و ضرر على غيره لم يثبت لمنافاته للامتنان و التفضل من الشارع المقدس.

عليه: ففي المقام حيث يكون منع المالك من التصرف في أرضه و الحجر عليه في ماله ضررا عليه، فلا يشمل- المقام- دليل نفي الضرر، لمنافاته للامتنان.

و لو قلنا بشموله لمثل ذلك لوجب القول به فيما لو اشتبه احد فزرع في أرض الغير خطأ ثم تبين له الحال و لم يرض المالك ببقائه في أرضه.

و الحال انه لا- يمكن الالتزام في هذه الصورة بلزوم إبقاء المالك لزرع الغير أو بناءه، و انتفاء سلطنته على ماله. بل و ينبغي ان يقال به في صورة العمد و الغصب أيضا، إذ في أمر المالك بالقلع ضرر على الغاصب، و هو مرفوع في الشريعة المقدسه.

و دعوى: ان الغاصب بفعله مقدم على الضرر لعلمه بغصبه و عدم جوازه له، و حديث نفي الضرر لا يشمل موارد الاقدام عليه.

مدفوعه: بأن الإقدام على الضرر انما يكون فيما إذا كان فعل المكلف ضررا بنفسه و قد أقدم عليه مع الالتفات اليه، كما لو باع ماله الذي يسوى بمائه بعشره مع التفاته إلى ذلك، فإنه لا يمكن الحكم حينئذ ببطلان هذه المعامله أو ثبوت الخيار له تمسكا بدليل نفي الضرر، فان الضرر انما اتى من قبل نفسه بإقدامه عليه.

بل شمول دليل نفي الضرر لمثله يكون على خلاف الامتنان، فان نقض الشارع لما يختاره المكلف لنفسه لا يعد امتنانا عليه، بل هو على خلاف الامتنان كما لا يخفى.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٢٢

.....

و أما إذا لم يكن الفعل بنفسه ضرريا. إلا انه كان مقدمه لحكم شرعى ضررى، كان مشمولا لدليل نفي الضرر جزما و بلا اشكال فيه، حيث ان الضرر انما جاء من قبل حكم الشارع لا من قبل فعل المكلف نفسه.

و لذا لا يمكن

ان يقال بوجوب الغسل أو الوضوء على من يكون استعمال الماء له ضروريا، إذا أجنب نفسه عمدا أو نقض وضوءه كذلك، بدعوى انه هو الذى إقدام عليه.

فإنه لم يقدم على الغسل أو الوضوء، و انما أقدم على مقدمه حكم الشارع بوجوبهما، و الأقدام عليهما لا يعتبر إقداما على الضرر نفسه، بل يبقى الضرر ناشئا من حكم الشارع خاصة، و ان تحقق موضوعه بفعل المكلف اختيارا.

و الحاصل: ان مقتضى التمسك بدليل لا ضرر هو القول بشموله لمورد الغصب أيضا، فإن الغاصب لم يقدم على الضرر مباشرة و انما أقدم على الزرع فى أرض الغير و هو بحد نفسه ليس بضررى عليه، و انما الضرر يحصل من حكم الشارع بالقلع. فينبغى ان يقال بانتفاءه و الحال ان بطلان هذا الحكم يكاد أن يكون من الضروريات.

إذن: فالصحيح ان يقال بعدم شمول دليل لا ضرر للمقام نظرا لمنافاته للامتتان و حينئذ فمقتضى دليل السلطنة جواز إلزام المالك له بالقلع من غير ضمان.

و هل للمالك مباشرة إزاله الزرع بنفسه أم لا؟

قيل بالأول، لأنه لما كان له إلزام العامل بالقلع كان له مباشرة ذلك بنفسه.

و فيه: انه لا ملازمه بين الأمرين، فله ان يطالبه بالإزاله و ليس

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٢٣

ذلك بتفريط الزارع أو من قبل الله (١) كتأخير المياه أو تغير الهواء. و قيل بتخيره بين القلع مع الأرش و البقاء مع الأجره و فيه: ما عرفت (٢)، خصوصا إذا كان بتفريط الزارع. مع أنه لا وجه لإلزامه العامل بالأجره بلا رضاه. نعم لو شرط الزارع على المالك إبقاءه إلى البلوغ - بلا أجره أو معها - ان مضت المده قبله لا يبعد صحته (٣) و وجوب الإبقاء عليه.

تصديه لذلك، فإنه إتلاف لمال الغير بلا موجب.

و لذا لو دخل حيوان الغير إلى داره، كان للمالك إلزامه بإخراجه و لو بذبحه عند تعذر إخراجه حيا، و ليس له مباشره ذلك بنفسه و لو فعل كان ضامنا له، لانه تصرف في مال الغير و إتلاف له من غير رضاه.

نعم لو امتنع العامل من القلع كان له رفع امره إلى الحاكم الشرعى لإجباره عليه. و عند تعذره يتولاه عدول المؤمنين و عند تعذرهم يصل الدور إلى نفسه، على ما تقتضيه قواعد المرافعات و مطالبه الحقوق.

(١) إذ لا اثر لذلك في قاعده سلطنه الناس على أموالهم.

(٢) من كونه منافيا لسلطنه المالك على ماله.

(٣) خلافا لجملة من الأصحاب حيث حكموا بفساد الشرط، و آخرون بسرأيته للعقد أيضا.

و استدل للأول بأن إبقاء الزرع بعد المده إذا كان معلقا على عدم بلوغه فيها، حكم ببطلانه لمكان التعليق.

في حين استدل للثاني بأنه لا بد في المزارعه من تعيين المده، فإذا

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٢٤

[(مسألة ٧): لو ترك الزارع الزرع بعد العقد و تسليم الأرض إليه حتى انقضت المده]

(مسألة ٧): لو ترك الزارع الزرع بعد العقد و تسليم الأرض إليه حتى انقضت المده، ففي ضمانه اجره المثل للأرض - كما انه يستقر عليه المسمى في الإجاره - أو عدم ضمانه أصلا غايه الأمر كونه آثما بترك تحصيل الحاصل أو التفصيل بين ما إذا تركه اختيارا فيضمن أو معدورا فلا أو ضمانه ما يعادل الحصه المسماه من الثلث أو النصف أو غيرهما بحسب التخمين في تلك السنه، أو ضمانه بمقدار تلك الحصه من منفعه الأرض من نصف أو ثلث و من قيمه عمل الزارع، أو الفرق بين ما إذا اطلع المالك على تركه للزرع فلم يفسخ المعامله لتدارك استيفاء منفعه أرضه

ترددت بين الفتره المعينه و

ما بعدها إلى حين بلوغ الزرع، حكم بطلانها لجهالة المده.

إلا أن في كليهما نظرا، و ما ذهب اليه الماتن (قده) هو الصحيح فان مرجع هذا الشرط انما هو إلى جعل مده المزارعه هي فتره بلوغ الحاصل و ادراك الزرع- تحقق في المده المعينه فهو و إلا فإلى حين حصوله- و لا ريب في صحه العقد مع تعيين المده بالبلوغ و ادراك الحاصل، إذ لا يعتبر في عقد المزارعه تعيين المده الزمانيه. و لا تضر مثل هذه الجهاله فإنها إنما تبطل بلحاظ الغرر و هو منتف في المقام.

و من هنا يظهر الحال في دعوى البطلان من جهه التعليق، فإنه لا- تعليق حقيقه و في الواقع، مضافا إلى انه لا دليل على البطلان عند التعليق في التوابع و الشروط.

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٢٥

فلا يضمن و بين صوره عدم اطلاعه إلى ان فات وقت الزرع فيضمن، وجوه و بعضها أقوال (١) فظاهر بل صريح جماعه الأول بل قال بعضهم يضمن النقص الحاصل بسبب ترك الزرع إذا حصل نقص و استظهر بعضهم الثاني و ربما يستقرب الثالث، و يمكن القول بالرابع و الأوجه الخامس، و أضعفها السادس- ثم هذا كله إذا لم يكن

(١) و قد ذكر بعضهم وجها سابعا هو ضمان العامل للمالك قيمه العمل لانه قد ملكه عليه بعقد المزارعه فإذا أتلفه بتركه ضمنه بقيمته.

و التحقيق ان يقال: ان الأصل في المقام يقتضى القول الثاني- أعنى عدم الضمان مطلقا- فإن إثبات الضمان يحتاج إلى الدليل و إلا فمقتضى الأصل العدم.

و من هنا فلا بد من ملاحظه الوجوه المذكوره و ما يمكن ان يقال في توجيهها.

فنقول: أما ضمان العامل لقيمه العمل كلا- كما هو الوجه الأخير- أو

بعضاً- على ما هو مختار المصنف (قده) فلا وجه له بالمره، فإن عقد المزارعه- على ما يستفاد من نصوصها- ليس إلا معاملة بين طرفين على ان يبذل أحدهما الأرض و الآخر العمل و اشتراكهما فى الحاصل، و من دون ان يكون كل منهما مالكا على الآخر شيئاً فليس صاحب الأرض مالكا للعمل على المزارع كما لا يملك هو منفعه الأرض على صاحبها بل كل منهما يبذل الذى عليه من الأرض أو العمل مجاناً و بإزاء لا شىء إلا الشركه فى النتيجة و الحاصل.

و ما ذكرناه فيما لو كان البذر من العامل أوضح مما لو كان من

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٢٦

.....

صاحب الأرض، فإنه حينئذ إنما يعمل فى بذره و يكون عمله له، غاية الأمر انه يجعل نصيباً من الحاصل للمالك بإزاء تصرفه فى أرضه.

و معه فما معنى ان يقال بان المالك يملك على المزارع العمل، فإنه لم يعمل إلا لنفسه.

لكن هذا لا يعنى خفاء الحكم فيما لو كان البذر من صاحب الأرض، فإن الحال فيه هو الحال فى فرض كون البذر من المزارع لأنه إنما يعمل لكى يكون النصيب المعين و الحصه المفروضه من الحاصل له، لا- ان تكون له منفعه الأرض، كى يقال بان المالك يملك عليه بإزاء ذلك العمل.

و أما الضمان من جهه الأرض فلا بد فيه من التفصيل بين ما لو سلمها المالك اليه بحيث كانت تحت يد المالك و بين ما لو خلى السبيل بينها و بين العمل.

ففى الأول: لا- بد من الحكم بالضمان للقاعده، فإن تصرف العامل فى الأرض بالاستيلاء عليها تصرف عدوانى لفقده إذن المالك و رضاه، لأنه انما اذن له فى الاستيلاء عليها مقيداً بالعمل فيها،

فإذا لم يعمل - كما هو المفروض - كان استيلاءه فاقدًا لرضاه، فيحكم بالضمان لا محاله حاله في ذلك حال سائر موارد الغصب.

من غير فرق في الحكم بين علم المالك بالحال و جهله به، و بين كون ترك العمل لعذر و عدمه، فان الضمان بقاعده اليد غير مشروط بجهل المالك أو عدم العذر للمستولى.

بخلاف الثاني: حيث يختص ضمانه بفرض جهل المالك بالحال، فإنه لا مجال لإثبات الضمان في هذا الفرض بقاعده اليد- إذ المفروض بقاءها تحت يد المالك و انما لا بد في إثباته من التمسك بقاعده الإلتلاف

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٢٧

الترك بسبب عذر عام، و إلا فيكشف عن بطلان المعامله (١) و لو انعكس المطلب، بأن امتنع المالك من تسليم الأرض بعد العقد، فللعامل الفسخ (٢)، و مع عدمه ففي ضمان المالك ما يعادل حصته من منفعة الأرض، أو ما يعادل حصته من الحاصل بحسب التخمين، أو التفصيل بين صوره العذر و عدمه، أو عدم الضمان حتى لو قلنا به في

و مقتضاها اختصاص الضمان بفرض جهل المالك بالحال حتى فوات أوان الزراعة، فإنه حينئذ يستند تلف المنفعة إلى ترك الزارع للزراعة فيها، إذ لو كان عالما بالحال لاستند الفوات إلى تركه - المالك - الانتفاع بأرضه بعد علمه بترك العامل للعمل في أرضه.

إذن فالصحيح في المقام هو التفصيل على النحو الذي ذكرناه من الفرق بين ما لو كانت الأرض تحت يد العامل فيضمن منفعتها مطلقا و بين ما لو كانت تحت يد المالك فالتفصيل بين علمه بالحال و جهله به فيضمن في الأول دون الثاني.

ثم ان مما ذكرنا يظهر الحال في الآثار المترتبة على ترك الزرع، كما لو فرضنا تضرر الأرض بذلك، فان العامل يضمنه

مضافا إلى ضمان المنفعة على التفصيل المتقدم حرفا بحرف.

(١) لما تقدم من اعتبار إمكان الزراعة، إذ مع عدمه لا معنى لإيقاع عقد تكون نتيجته الاشتراك في الحصول.

و عليه: فلا ضمان في المقام، فإن العين امانه في يده و فوات المنافع غير مستند اليه.

(٢) بموجب خيار عدم التسليم، و معه يفرض العقد كأن لم يكن.

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٢٨

الفرض الأول، بدعوى الفرق بينهما، وجوه (١).

[مسأله ٨): إذا غصب الأرض بعد عقد المزارعه غاصب و لم يمكن الاسترداد منه]

(مسأله ٨): إذا غصب الأرض بعد عقد المزارعه غاصب و لم يمكن الاسترداد منه، فإن كان ذلك قبل تسليم الأرض إلى العامل

تخير بين الفسخ و عدمه (٢)، و ان كان بعده لم يكن له الفسخ (٣)، و هل يضمن الغاصب

(١) أقواها الأخير، و يظهر وجهه مما تقدم، فإن ضمان العامل لمنفعه الأجره انما كان بملاك قاعده اليد عند استيلاءه على

الأرض أو قاعده الإلتلاف عند جهل المالك بالحال مع عدم استيلاء العامل عليها.

و حيث انه لا شىء منهما متحقق في المقام، إذ المالك لم يفوت على العامل شيئا لأنه لم يكن يملك حصه من منفعه الأرض-

على ما عرفت بيانه مما تقدم، باعتبار ان عقد المزارعه مبنى على بذل كل من الطرفين ما يجب عليه مجانا بإزاء اشتراكهما في

النتيجه خاصه- فلا وجه للحكم بضمانه لحصته من منفعه الأرض.

و أوضح من ذلك في الفساد القول بضمانه للحصه من الحصول تخمينا فإنها ليست مملوكه للعامل بالفعل، كى يضمنها المالك

له، نعم انه كان سيملكها على تقدير ظهورها، و قد منع المالك من تحققها برفع موضوعها، إلا انه غير موجب للضمان جزما.

و مما تقدم يظهر الحال في التفصيل بين العذر و غيره، فإنه لا موجب له بالمره، بعد عدم شمول

دليل الضمان للمقام.

نعم المالك آثم بتركه التسليم، لامتناعه عما هو واجب عليه.

(٢) لما تقدم من ثبوت الخيار عند عدم التسليم.

(٣) لتمايمه العقد به.

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٢٩

تمام منفعة الأرض في تلك المده للمالك فقط، أو يضمن له بمقدار حصته - من النصف أو الثلث - من منفعة الأرض و يضمن له أيضا قيمه حصته من عمل العامل، حيث فوته عليه، و يضمن للعامل أيضا مقدار حصته من منفعة الأرض؟ وجهان (١)، و يحتمل ضمانه لكل منهما ما يعادل حصته من الحاصل بحسب التخمين.

[(مسألة ٩): إذا عين المالك نوعا من الزرع - من حنطه أو شعير أو غيرهما - تعين]

(مسألة ٩): إذا عين المالك نوعا من الزرع - من حنطه أو شعير أو غيرهما - تعين و لم يجز للزارع التعدي عنه (٢)

(١) ظهر مما تقدم في المسألة السابقه أن الأقوى في المقام هو القول الأول، فإن العامل لا يملك شيئا من منفعة الأرض كي يضمن له نتيجة لفواته بالغصب بموجب قاعده الإلتلاف، كما ان المالك لا يملك شيئا من عمل العامل كي يضمن له بالإلتلاف أيضا، فان كلا منهما متبرع بالذى عليه للاشتراك في النتيجة.

و من هنا يظهر الحال في الوجه الأخير أيضا، فإنه لا معنى لضمان الغاصب ما لم يكن بمملوك بالفعل، فان الضمان انما يختص بما يعد مالا بالفعل، و أما ما سيكون كذلك في المستقبل فلا يثبت الضمان برفع موضوعه و المنع من تحققه كما هو واضح.

إذن: فالصحيح هو ضمان الغاصب للمالك خاصه منفعة أرضه الفائته بالغصب، لعموم قاعده الضمان للمنافع كالأعيان.

(٢) لوجوب الوفاء بالعقد عليه، و انتفاء الأذن في التصرف في غيره.

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٣٠

و لو تعدى إلى غيره ذهب بعضهم إلى أنه إن كان ما زرع أضر مما عينه المالك كان المالك مخيرا بين الفسخ

و أخذ أجره المثل للأرض، و الإمضاء و أخذ الحصة من المزروع مع أرش النقص الحاصل من الأضر، و ان كان أقل ضررا لزم و أخذ الحصة منه. و قال بعضهم: يتعين أخذ أجره المثل للأرض مطلقا، لان ما زرع غير ما وقع عليه العقد فلا يجوز أخذ الحصة منه مطلقا، و الأقوى (١) أنه ان علم أن المقصود مطلق الزرع.

(١) بل الأقوى هو ان يقال: انه قد يفرض انكشاف الحال للمالك بعد تماميه الزرع الذي تعدى الزارع به، و بلوغ الحاصل، و قد يفرض انكشافه في أثناء العمل و قبل بلوغ التناج.

ثم و على كلا- التقديرين اما ان يكون ما عينه المالك على نحو التقييد و اما ان يكون على نحو الشرطيه، فإنه أمر ممكن و ان كان على خلاف المرتكزات العرفيه، حيث انها قائمه على كون التعيين على نحو التقييد و ان كان ظاهره هو الاشتراط.

فان كان على نحو التقييد فحيث ان ما وقع عليه العقد لم يتحقق في الخارج و ما تحقق لم يتعلق به العقد، كان الزارع بتصرفه هذا متعديا و متصرفا في مال الغير بغير إذنه، و بذلك يضمن ما يستوفيه من منفعه الأرض.

و ليس هناك ضمان آخر لهذه المنفعة غير هذا الضمان، فإن المنفعة الواحده لا يكون لها الا ضمان واحد، و سيأتي مزيد توضيح له إنشاء الله.

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٣١

.....

هذا كله فيما يتعلق بضمان الأرض و استيفاء الزارع لمنفعتها.

و اما البذر فان كان للمالك فله ان يسقط ضمان العامل الثابت عليه بوضعه ليده عليه بغير إذنه، و بذلك فيكون له جميع الحاصل، على ما تقتضيه قاعده تبعيه التناج للبذر.

كما ان له مطالبه العامل بالبذر، لأنه

قد أتلّفه عليه بالزّرع، فإذا بذله له و خرج عن عهدته. ملك الحاصل قهرا تبعا للبذر على ما يقتضيه بناء العقلاء و يساعد عليه الارتكاز العرفي، فإنهم يعاملون مع المؤدى لبدل التالف معامله المالك له بقاء على ما ذكرناه مفصلا في مسأله ضمان الأيادي المتعدده من مباحث المكاسب.

هذا كله فيما إذا انكشف الحال للمالك بعد تماميه الزرع و بلوغ الحاصل، و أما إذا كان ذلك في أثناء المده، فالأمر كما تقدم بالقياس إلى المده الفائته، فإن العامل يضمن له اجره مثل أرضه في تلك الفتره.

و أما البذر فان كان العامل فللمالك إلزامه بتخليه أرضه و إخراج بذره كيف ما كان.

و ليس للعامل إلزامه ببقاءه في أرضه في مقابل الأجره فضلا عن المجانيه.

و ان كان للمالك فالكلام فيه هو الكلام فيما لو انكشف الحال له بعد تماميه الزرع و بلوغ الحاصل، حرفا بحرف، فان له ان يسقط ضمان العامل و يرضى ببقاءه في ملكه فيكون الحاصل له، و له ان يطالب العامل بضمانه و بعده فله الخيار أيضا بين رضاه ببقاءه في قبالة الأجره أو أمره بالقلع من غير أرش.

ثم ان هذا كله فيما إذا كان التعيين على نحو التقييد، و أما لو كان على نحو الاشتراط خلافا للمرتكزات العرفيه بالتصريح أو القرينه،

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٣٢

و ان الغرض من التعيين ملاحظه مصلحه الأرض و ترك ما يوجب ضررا فيها يمكن أن يقال أن الأمر كما ذكر من التخيير بين الأمرين في صورته كون المزروع أضر و تعيين الشركه في صورته كونه أقل ضررا. لكن التحقيق مع ذلك خلافه، و إن كان التعيين لغرض متعلق بالنوع الخاص لا لأجل قله الضرر و كثرته، فاما

أن يكون التعيين على وجه التقييد و العنوانيه، أو يكون على وجه تعدد المطلوب و الشرطيه (١)، فعلى الأول إذا خالف ما عين
فبالنسبه

فالمالك بالخيار بين إسقاط شرطه و رضاه بالمزروع بالفعل، فيكون الحاصل على ما قرراه فى العقد، و بين فسخ العقد من جهه
تخلف الشرط و حينئذ فيكون حاله حال التقييد حيث يفرض العقد كأن لم يكن و بذلك فيضمن العامل اجره مثل الأرض
لتصرفه فيها بغير إذن مالكةا.

و حكم البذر ما تقدم من التفصيل بين كونه للمالك أو العامل تماما فراجع.

(١) تقدم منا غير مره ان ذلك و ان كان ممكنا فى حد ذاته إلا انه على خلاف المرتكزات العرفيه جدا.

فان الاشتراط فى الكلى - بملاحظتها - تقييد لها لا - محاله، و ان كان ظاهر التعبير هو الشرطيه، فإن معناه كون مورد العقد
خصوص الحصه المعينه من الزرع دون الطبيعى أينما سرى.

نعم ما يؤخذ فى الأعيان الخارجيه كالكتابه فى العبد يكون شرطا

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٣٣

اليه يكون كما لو ترك الزرع أصلا حتى انقضت المده، فيجرى فيه الوجوه الستة المتقدمه فى تلك المسأله (١)، و اما بالنسبه
إلى الزرع الموجود فان كان البذر من المالك فهو له، و يستحق العامل أجره عمله (٢) على اشكال فى صورته علمه بالتعيين و
تعمده الخلاف لإقدامه حينئذ على هتك حرمة عمله، و ان كان البذر للعامل كان الزرع له

لا محاله و ان ذكر بنحو القيديه، إذ لا مجال لتصور الإطلاق فيها كى يتصور التقييد.

(١) و قد عرفت أن أقواها هو ضمان العامل لمنفعه الأرض فيما إذا كان قد استعملها من المالك بحيث أصبحت تحت سلطانه،
أو كان المالك جاهلا بالحال.

(٢) و الذى أظنه - و

اللّه العالم- انه (قده) قد غفل عما أفاده في غير مورد من عدم استحقاق العامل للأجره عند علمه بفساد العقد.

فان ما أفاده (قده) في تلك الموارد و ان لم يكن تاما في نفسه لما عرفته من عدم مدخلية العلم بالفساد في ارتفاع الضمان لعدم ملازمته للتبرع و قصد المجانيه، إلا انه و على تقدير تماميته انما يختص بما إذا كان صادرا عن أمر الغير- كالإجاره الفاسده و نحوها. و أما إذا لم يكن العمل واقعا عن أمر الغير، فلا وجه لان يقال بان للعامل اجره مثل عمله على الغير فيما إذا كان جاهلا بالحال، فإنه لم يكن قد صدر عن أمره كي يكون ضامنا له.

فالصحيح: هو الحكم بعدم الضمان مطلقا سواء أ كان العامل عالما أم جاهلا.

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٣٤

و يستحق المالك عليه أجره الأرض مضافا (١) إلى ما استحقه من بعض الوجوه المتقدمه، و لا يضر استلزامه الضمان للمالك من قبل أرضه مرتين على ما بيناه في محله، لأنه من جهتين، و قد ذكرنا نظير ذلك في الإجاره أيضا.

(١) و فيه: ان الضمان من جهه الترك لم يكن ضمانا من جهه الحاصل أو عمل العامل في الأرض، و انما كان ضمانا من جهه تفويته لمنفعه الأرض تمسكا بقاعده اليد أو الإتلاف.

و حيث أن في المقام لا شىء وراء الاستيفاء حيث لم يفت من المالك إلا منفعه أرضه- سواء استوفاه العامل بزرع بذره أم لا- فلا وجه للضمان الثانى، فإن من يغصب الدار أو غيرها لا يضمن منفعتها إلا بضممان واحد سواء أسكنها أم لا، و ليس عليه مضافا إلى ذلك على تقدير سكناه فيها اجره المثل لتلك المده.

و من هنا يظهر

ان قياسه (قده) للمقام على الإجاره فيما إذا استأجر العين لاستيفاء منفعه معينه كالدابه للركوب عليها إلى كربلاء- مثلاً- فترك ذلك وركبها إلى الكوفه حيث يضمن المنفعتين معا، قياس مع الفارق.

فان المنفعتين فى باب الإجاره لما كانتا متضادتين وجب ضمانهما معا فإنه يضمن الأجره المسماه بإزاء ملكيته لمنفعه ركوب الدابه إلى كربلاء، و التى فوتها على نفسه بتركه لها اختيارا، كما يضمن منفعه ركوبها إلى الكوفه لاستيفاء منفعه لم يكن يملكها.

و اين هذا من المقام حيث تنحصر الفائده بالتى فوتها العامل على المالك تاره بالاستيفاء و اخرى مع عدمه؟

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٣٥

و على الثانى يكون المالك مخيرا (١) بين أن يفسخ المعامله لتخلف الشرط، فيأخذ أجره المثل للأرض (٢) و حال الزرع الموجود حينئذ ما ذكرنا من كونه لمن له البذر، و بين أن لا يفسخ و يأخذ حصته من الزرع الموجود بإسقاط حق شرطه، و بين ان لا يفسخ و لكن لا يسقط حق شرطه أيضا (٣) بل يغرم العامل على بعض الوجوه الستة المتقدمه و يكون حال الزرع الموجود كما مر من كونه لمالك البذر.

[(مسألة ١٠): لو زارع على أرض لا ماء لها فعلا لكن أمكن تحصيله بعلاج- من حفر ساقية أو بئر أو نحو ذلك]

(مسألة ١٠): لو زارع على أرض لا ماء لها فعلا لكن أمكن تحصيله بعلاج- من حفر ساقية أو بئر أو نحو ذلك فان كان الزارع عالما بالحال صح و لزم (٤) و ان كان جاهلا كان له خيار الفسخ (٥) و كذا لو كان الماء

(١) لتعليقه التزامه بالعقد على التزام الآخر بالزرع المعين، فمع عدمه ثبت له الخيار.

و قد تقدم الكلام غير مره فى حقيقه الشرط و بيانها.

(٢) حيث يفرض العقد حينئذ كالعدم، و من هنا فيترتب عليه ما ذكر فى فرض التقييد.

(٣) هذا

الاحتمال لا وجه له بالمره، بعد ما عرفت مرارا من ان الاشتراط لا يؤثر إلا فى ثبوت الخيار عند تخلفه، فهو إما ان يفسخ و اما ان يبقى العقد على حاله.

(٤) لتمايمه أركان العقد و انتفاء المانع.

(٥) لانتفاء شرط ضمنى هو إمكان زرع الأرض بلا مؤنه خارجه

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٣٦

مستوليا عليها و أمكن قطعه عنها. و أما لو لم يمكن التحصيل فى الصورة الأولى أو القطع فى الثانيه كان باطلا (١) سواء كان الزارع عالما أو جاهلا (٢) و كذا لو انقطع فى الأثناء و لم يمكن تحصيله أو استولى عليها و لم يمكن قطعه. و ربما يقال بالصحه مع علمه بالحال (٣) و لا وجه له (٤) و إن

عن فعل الزرع، فإنه أمر مفروغ عنه، فتخلفه يثبت للزارع الخيار إذا كان جاهلا بالحال.

(١) لما تقدم فى الشرط السابع من اعتبار إمكان الزرع فى صحه المزارعه، إذ بدونه لا معنى للاتفاق على كون الحاصل بينهما بالنسبه المعينه، فإنه لغو محض.

(٢) و ذلك لان اعتبار إمكان الزرع شرط واقعى فى صحه العقد و من هنا فلا يختلف الحال فيه بين صورتى العلم و الجهل.

(٣) نسب ذلك إلى المحقق و العلامه (قدس سرهما).

(٤) لما عرفت من كون شرطيه إمكان الزراعه، واقعيه لا تتأثر بالعلم و الجهل.

نعم لا- يبعد حمل كلاهما (قدس سرهما) على الصورة الاولى اعنى إمكان إيصال الماء إلى الأرض أو قطعه عنها، فيلتزم فيها بالتفصيل بين علم العامل بالحال فتصح و جهله به فتبطل.

إلا انه يشكل أيضا من جهه ان الجهل انما يقتضى ثبوت الخيار فلا موجب للحكم بالبطلان كما عن الإرشاد.

و الحاصل: ان ما أفاده (قدس سرهما) لا يمكن المساعده

عليه على كلا التقديرين - عمومه لصوره إمكان تحصيل الماء و عدمها، و اختصاصه

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٣٧

أمكن الانتفاع بها بغير الزرع لاختصاص المزارعه بالانتفاع بالزرع (١). نعم لو استأجر أرضا للزراعة مع علمه بعدم الماء و عدم إمكان تحصيله أمكن الصحة لعدم اختصاص الإجاره بالانتفاع بالزرع، الا ان يكون على وجه التقييد (٢) فيكون باطلا أيضا.

[مسأله (١١): لا فرق في صحة المزارعه بين أن يكون البذر من المالك أو العامل أو منهما]

(مسأله ١١): لا فرق في صحة المزارعه بين أن يكون البذر من المالك أو العامل أو منهما (٣)

بصوره الإمكان

(١) على ما تقتضيه حقيقه المزارعه، و يتقوم به مفهومها.

(٢) بان استأجر أرضا للزراعة خاصه، فإنه حيثئذ ان أمكن الانتفاع بها في الزراعة بالعلاج فالتفصيل المتقدم من حيث علم المستأجر بالحال و جهله به، و ان لم يمكن فالحكم بالبطلان رأسا لانكشاف عدم تملك صاحبها للمنفعه التي ملكها بالعقد للمستأجر.

(٣) بلا خلاف فيه و فيما يليه من الأركان بين الأصحاب و يستفاد من ضم بعض النصوص إلى بعضها الآخر.

ففي صحيحه سماعه قال: «سألته عن مزارعه المسلم المشترك فيكون من عند المسلم البذر و البقر و تكون الأرض و الماء و الخراج و العمل على العليج، قال: لا بأس به «١».

حيث فرض فيها كون البذر و البقر خاصه على المزارع، و مع

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ١٢ من أبواب أحكام المزارعه و المساقاه ح ١.

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٣٨

.....

ذلك حكم (ع) بالصحه.

و حمل هذه المعامله على معامله مستقله عن المزارعه و فى قبالها، فلا تدل على الجواز فيما نحن فيه.

حمل لا موجب له، و لا سيما بعد أخذ عنوان المزارعه فيها صريحا.

و الحاصل: ان المستفاد منها، انه لا يعتبر فى المزارعه كون العمل على المزارع،

فيجوز ان يكون على صاحب الأرض.

و في صحيحته الأخرى قال: «سألته عن المزارعه، قلت:

الرجل يبذر في الأرض مأه جريب أو أقل أو أكثر طعاما أو غيره فيأتيه رجل فيقول: خذ مني نصف ثمن هذا البذر الذي زرعته في الأرض و نصف نفقتك على و أشركني فيه. قال: لا بأس» (١).

حيث دلت على جواز كون نصف البذر من مالك الأرض.

و هي و ان كانت وارده في جواز ذلك بعد الزرع، إلا- انها تكفي لإثبات الجواز قبله أيضا، فإنه إذا جاز ذلك بعد الزرع، جاز قبله بطريق أولى.

و يؤيدهما روايه إبراهيم الكرخي قال: «قلت لأبي عبد الله (ع):

أشارك العليج «المشرك» فيكون من عندى الأرض و البذر و البقر و يكون على العليج القيام و السقى «و السعى» و العمل فى الزرع حتى يصير حنطه أو شعيرا، و تكون القسمة فيأخذ السلطان حقه «حظه» و يبقى ما بقى على أن للعليج منه الثلث و لى الباقي، قال: لا بأس بذلك. قلت:

فلى عليه أن يرد على مما أخرجت الأرض البذر و يقسم ما بقى؟ قال:

(١) الوسائل: ج ١٢ باب ١٣ من أبواب أحكام المزارعه و المساقاه ح ١.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٣٩

.....

انما شاركته على أن البذر من عندك و عليه السقى و القيام «القيام و السعى» (١).

و هي و ان كانت صريحه فى كون البذر و البقر على صاحب الأرض الا انها ضعيفه السند بإبراهيم الكرخي حيث لم يرد فيه مدح فضلا عن التوثيق، فلا مجال للاعتماد عليها.

و الحاصل: ان المستفاد من ضم النصوص بعضا إلى بعض، انه لا يعتبر فى مفهوم عقد المزارعه إلا اشتراك الطرفين فى الأركان الأربعة لهذه المعامله فى الجملة من غير اختصاص

لأحدهما بشىء معين من حيث النوع و الكمية.

هذا و لكن المستفاد من صحيحه يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله (ع) (فى حديث): قال: (سألته عن المزارعه، فقال: النفقه منك و الأرض لصاحبها، فما أخرج الله من شىء قسم على الشطر و كذلك اعطى رسول الله (ص) خير حين أتوه فأعطاهم إياها على ان يعمروها و لهم النصف مما أخرجت) «٢».

اعتبار كون النفقه على العامل، لانه (ع) انما ذكر ذلك فى جواب السؤال عن حقيقه المزارعه فيكون ظاهرا فى الحصر.

و من هنا فتصطدم مع الصحيحتين المتقدمتين.

إلا انه لا بد من رفع اليد عن ظهورها هذا، و حملها على بيان المزارعه الخارجيه التى صدرت من النبى (ص) لا مطلق العقد، بان يقال ان العقد الذى أوقعه النبى (ص) مع يهود خيبر كان

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ١٠ من أبواب أحكام المزارعه و المساقاه ح ١.

(٢) الوسائل: ج ١٣ باب ١٠ من أبواب أحكام المزارعه و المساقاه ح ٢.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٤٠

و لا بد من تعيين ذلك (١) الا ان يكون هناك معتاد ينصرف إليه الإطلاق (٢) و كذا لا فرق بين ان يكون الأرض

على هذا النحو و إلا فمفهوم المزارعه غير متقوم به، كما يشهد له قوله (ع) فى ذيلها «و كذلك اعطى رسول الله (ص) خيبر».

و ذلك لصراحه الصحيحتين المتقدمتين فى عدم اعتباره و جواز كونها على صاحب الأرض.

هذا مضافا إلى تسالم الأصحاب حيث لم ينقل الخلاف فى جوازه من أحد من الأصحاب مطلقا.

أضف إلى ذلك كله إطلاقات أدله المزارعه فإنها شامله للمقام حيث ان مفهومها لا يتقوم إلا بالاشتراك فى الزرع و تحصيل النماء من غير تخصيص لأحدهما بشىء و

صاحبه بآخر كما هو الحال في المزارعات الخارجيه فإنها تختلف باختلاف البلاد و المناطق، فقد يكون المتعارف في مكان كون البذر على العامل في حين يكون المتعارف في مكان آخر هو العكس فيتبع في كل منطقه ما هو المتعارف فيها عند الإطلاق و إلا فما اتفقا عليه.

و هذا ديدن المزارعين فعلا- و عليه سيرتهم متصلا بزمان المعصوم (عليه السلام)، فيكشف ذلك كله عن عدم تقوم مفهوم المزارعه بكون شىء بخصوصه على أحدهما بعينه.

إذن: فلا- بد من حمل صحيحه يعقوب على المزارعه الخارجيه التي وقعت بين النبي (ص) و اليهود، بان يقال انها كانت على الوصف المذكور في الصحيحه و إلا فظاهرها لا يمكن الالتزام به.

(١) على ما تقدم بيانه في الشرط العاشر.

(٢) فإن الإيكال اليه و عدم التعيين نوع من التعيين.

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٤١

مختصه بالمزارع أو مشتركه بينه و بين العامل. و كذا لا يلزم أن يكون تمام العمل على العامل، فيجوز كونه عليهما. و كذا الحال في سائر المصارف. و بالجملة: هنا أمور أربعة: الأرض و البذر و العمل و العوامل، فيصح أن يكون من أحدهما أحد هذه و من الآخر البقيه، و يجوز أن يكون من كل منهما اثنان منها، بل يجوز أن يكون من أحدهما بعض أحدها و من الآخر البقيه، كما يجوز الاشتراك في الكل فهي على حسب ما يشترطان. و لا يلزم على من عليه البذر دفع عينه فيجوز له دفع قيمته، و كذا بالنسبه إلى العوامل، كما لا يلزم مباشره العامل بنفسه فيجوز له أخذ الأجير على العمل الا مع الشرط.

[(مسألة ١٢): الأقوى جواز عقد المزارعه بين أزيد من اثنين]

(مسألة ١٢): الأقوى جواز عقد المزارعه بين أزيد من اثنين (١) بان تكون الأرض من

(١) الكلام فى هذه المسأله يقع فى مقامين.

الأول: فى تعدد العامل أو المالك أو هما معا.

الثانى: فى اشتراكهما مع غيرهما.

أما المقام الأول: فلا ينبغى الإشكال فى صحته، إذ لا يعتبر فى العقد انحصار أطرافه بين اثنين خاصه، فيجوز كون الشئ ء الواحد مشتركاً بين أكثر من اثنين من حيث ملك العين أو المنفعه أو الانتفاع و هو أمر طبيعى جدا يقع فى الخارج كثيراً.

و من هنا فيحكم بصره عقد المزارعه عليها حاله فى ذلك حال

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٤٢

.....

سائر العقود.

و كيف كان: فالظاهر انه لا خلاف فى صحه الاشتراك فى الأرض و صحه المزارعه على الأرض المشترکه.

و من غير البعيد دعوى كون إعطاء النبى (ص) لأرض خيبر لليهود مزارعه من هذا القبيل، إذ من البعيد جدا دعوى اختصاص كل قطعه منها بشخص بعينه، إذ الأراضي غالباً ما تكون مشتركه بين جماعه بسبب الإرث أو غيره.

بل لا يبعد دعوى كون الغالب فى العامل هو التعدد.

و أما المقام الثانى: فقد ذهب الماتن (قده) و جماعه إلى الجواز و الصحه بدعوى صدق المزارعه عليه و شمول الإطلاقات له.

فى حين اختار صاحب المسالك (قده) و جماعه البطلان لوجهين:

الأول: دعوى لا بديه تركب العقد من طرفين الموجب و القابل خاصه.

و قد أجاب عنه الماتن (قده) بأنه أول الدعوى.

و الأمر كما أفاده (قده) حيث لم يرد دليل على اعتبار ذلك، بل العقد قد يكون بين أكثر من اثنين كما هو الحال فى الشركه.

الثانى: ما ذكره فى المسالك من أن العقود توقيفيه فلا بد من الاقتصار فى الحكم بصحتها على ما دل عليه النص، و حيث انه مفقود فى المقام فلا محيص عن الحكم بالبطلان.

و ما

أفاده (قده) في محله جدا لما عرفت من توقف صحه هذه العقود على الدليل الخاص و عدم إمكان إثباتها بالعمومات، و حيث لم يرد في شىء من النصوص الحكم بالصحه في المزارعه المعقوده بين أكثر من طرفين - الموجب و القابل - فلا بد من الحكم بفساده للقاعده.

نعم بناء على ما اختاره الماتن (قده) من شمول العمومات للمقام

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٤٣

و العمل من ثالث و العوامل من رابع. بل يجوز أن يكون بين أزيد من ذلك، كأن يكون بعض البذر من واحد و بعضه الآخر من آخر، و هكذا بالنسبه إلى العمل و العوامل.

لصدق المزارعه و شمول الإطلاقات، بل يكفي العمومات العامه (١). فلا- وجه لما في المسالك من تقويه عدم الصحه (٢) بدعوى انها على خلاف الأصل، فتوقف على التوقيف من الشارع، و لم يثبت عنه ذلك. و دعوى: أن العقد لا بد أن يكون بين طرفين موجب و قابل، فلا يجوز تركبه من ثلاثه أو أزيد على وجه تكون أركانها له. مدفوعه:

بالمنع، فإنه أول الدعوى.

[(مسألة ١٣): يجوز للعامل ان يشارك غيره في مزارعته]

(مسألة ١٣): يجوز للعامل ان يشارك غيره في مزارعته (٣)

فلا بأس بالحكم بالصحه هنا.

إلا انك قد عرفت ما فيه، و انها لا تشمل العقود التي تتضمن تمليك المعدوم بالفعل، و لذا لم نعهد فقيها التزم بصحه ذلك في غير هذه الموارد.

إذن: فالصحيح في المقام هو ما ذهب اليه الشهيد (قده) في المسالك، حيث لا إطلاق للأدله الوارده في المقام يشمل هذا العقد و العمومات قاصره في نفسها.

(١) ظهر لك الحال مما تقدم.

(٢) بل قد عرفت انه هو الصحيح و المتعين في المقام.

(٣) و المراد به ان كان نقل ما له من الحصه إلى غيره على نحو

ما سيجيء منه (قده) بعد هذا فهو في حيز المنع على ما ستعرف فإنه ليس لأحد نقل الزرع قبل ظهوره و تحققة.

على انه لا- دليل على ملكيه العامل لشيء قبل ظهور الحاصل، فإنه إنما يملك الحصة المعينه له منها، فلا شيء له قبل ظهور الزرع.

نعم فيما لو كان البذر له، لم يجر هذا الاشكال بخصوصه.

و ان كان المراد به هي المزارعه في حصته فهو عين الشق الثاني في كلامه (قده) و ليس قسيما له.

إذن: فالصحيح انه ليس في المقام إلا قسم واحد هو مزارعه العامل لغيره في حصته.

(١) بلا- خلاف فيه، بل كاد ان يكون إجماعا، و ذلك لما عرفته منا من أن عقد المزارعه يجعل لكل من الطرفين حقا في إلزام صاحبه بما عليه فللعامل إلزام المالك بتسليم الأرض و للمالك إلزام العامل بالعمل، و لذا صح ان يقوم ورثتهما مقامهما عند موتهما من دون حق الاعتراض للطرف الآخر فليس لورثه المالك منع العامل عن العمل عند انتقالها إليهم، لأنها انما انتقلت إليهم بهذا الوصف، اعني ثبوت حق التصرف له فيها.

و من هنا: فإذا كان هذا الحق قابلا للانتقال بالإرث كان قابلا للانتقال بالمعامله أيضا.

على أن أدله المزارعه غير قاصره الشمول لمثلها، فإنك قد عرفت في المسأله الأولى من هذه المسائل، انه لا يعتبر في صحه المزارعه مالكيه المزارع للأرض، بل يكفي كونه مالكا للتصرف فيها، و حيث انه متحقق في المقام فان المزارع يملك هذا الحق و له الولايه على ذلك، فله ان يزارع غيره فيجعله في مقامه من غير توقف على اعتبار

أن يكون البذر منه أو من المالك (١) و لا- يشترط فيه إذنه نعم لا- يجوز تسليم الأرض إلى ذلك الغير إلا بأذنه (٢) و الا كان ضامنا، كما هو كذلك في الإجاره أيضا. و الظاهر جواز نقل مزارعته إلى الغير (٣) بحيث يكون كأنه هو الطرف للمالك بصلح و نحوه بعوض

ملكته للمنفعه.

(١) فان للمزارع- العامل - حق التصرف في هذا البذر مطلقا بالمباشره أو بغيرها.

و لا- يختص ذلك بصوره الإطلاق بل له ذلك حتى مع اشتراط المباشره عليه، لعدم المنافاه بين اشتراط المباشره عليه و كون المزارع لغيره فينقل حصته الى الغير بحيث يصبح ذلك الغير هو المزارع لكنه يبقى هو العامل في الأرض و البذر مجانا أو بعوض يتقاضاه من المشتري.

(٢) تقدم الكلام في ذلك في كتاب الإجاره، و قد عرفت انه لا وجه له، فان يد العامل على الأرض يد أمانه، فلا تضمن إذا سلمها إلى أمين مثله إذ الاستئمان لا يقتضى بوجه مباشره الأمين للسلطنه على المال و وضع اليد عليه فان تسليمه إلى أمين مثله يعد من شئون الأمانه و من أنحاء المحافظه على المال.

و بعبارته اخرى: ان تسليم الأرض إلى العامل الثانى الأمين لا يعد تعديا أو تفريطا في مال الغير بعد فرض كون المزارع مطلقه من حيث المباشره و التسبب و عليه: فلا مجال للحكم بالضمان في فرض التلف.

(٣) لما تقدم من ملكيه العامل لحق التصرف في الأرض و ولايته على ذلك، فيكون له نقله إلى الغير و جعله في مقامه.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٤٤

و لو من خارج أو بلا عوض، كما يجوز نقل حصته إلى الغير (١) سواء كان ذلك قبل ظهور الحاصل أو بعده، كل

ذلك لان عقد المزارعه من العقود اللازمه الموجه لنقل منفعه الأرض نصفاً أو ثلثاً أو نحوهما إلى العامل (٢) فله نقلها إلى الغير بمقتضى قاعده السلطنه، و لا فرق فيما ذكرنا بين أن يكون المالك شرط عليه مباشره العمل بنفسه أو لا إذ لا منافاه بين صحه المذكورات و بين مباشرته للعمل، إذ لا يلزم في صحه المزارعه مباشره العمل فيصح ان يشارك أو يزارع غيره و يكون هو المباشر دون ذلك الغير.

(١) فتكون نتيجته نتيجة المزارعه، حيث يكون المزارع الثانى شريكاً للمالك فى الحاصل بالنسبه المجهوله للعامل الأول.

لكن الظاهر عدم جوازه فيما إذا كان النقل قبل ظهور الحاصل، إذ لا يجوز نقل الزرع أو الثمر قبل ظهورهما، على ما يذكر مفصلاً فى كتاب البيع.

نعم يجوز ذلك فى موردين:

الأول: بيع الثمر لأكثر من سنه.

و الثانى: بيعه مع الضميمه على تفصيل يذكر فى محله.

(٢) قد عرفت غير مره ان المزارعه لا تتضمن تملك العامل منفعه الأرض، كما لا يتضمن تملك المالك حصه عمل العامل، و انما هى عقد لا تتضمن إلا تبرع كل من الطرفين بما عليه فى قبال الحصه المعينه من الحاصل ان تحقق.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٤٧

[مسأله ١٤]: إذا تبين بطلان العقد]

خويى، سيد ابو القاسم موسى، مبانى العروه الوثقى، ٢ جلد، منشورات مدرسه دار العلم - لطفى، قم - ايران، اول، ١٤٠٩ هـ ق

مبانى العروه الوثقى؛ ج ١، ص: ٣٤٧

(مسأله ١٤): إذا تبين بطلان العقد، فاما ان يكون قبل الشروع فى العمل، أو بعده و قبل الزرع بمعنى نثر الحب فى الأرض أو بعده و قبل حصول الحاصل، أو بعده فان كان قبل الشروع فلا بحث و لا اشكال (١) و ان كان بعده و قبل

الزرع بمعنى الإتيان بالمقدمات من حفر النهر و كرى الأرض و شراء الآلات و نحو ذلك، فكذلك (٢)

و من هنا، فما ذكره (قده) لا يمكن المساعدة عليه. و الصحيح فى توجيه الحكم هو ما أشرنا إليه سابقا من تضمن العقد حقا للعامل قابلا للنقل يجعل له نوعا من التولية و السلطنة فى التصرف و إزام المالك بتسليم أرضه له، فإذا قام العامل بنقل هذا الحق إلى غيره، حكمنا بصحته لكونه تصرفا فيما هو ملك له.

(١) إذا لم يفت من أحد شىء و لم يرد ضرر على أحدهما بسببه.

(٢) فيه اشكال بل منع، و الأقوى ثبوت اجره مثل عمله له على المالك، لقاعده احترام عمل المسلم، فإنه و بعد صدوره عن أمر الغير - بتبع أمره بأصل العمل - لا بقصد التبرع مجانيه، لا يذهب هدرا سواء استفاده المالك من العمل أم لا.

و بعبارة أخرى: لا تأثير لاستفاده المالك و عدمها فى ضمانه للعمل الصادر من غيره عن أمره لا بقصد المجانيه، فإن الأمر مع هذا القصد موجب للضمان على كلا التقديرين.

هذا كله فيما إذا كان البذر للمالك، فإنه و حيث كان عمل العامل فى ماله صادرا عن إذنه لا مجانا و قد تبين فساد العقد، يثبت عليه الضمان بأجره المثل كما هو الحال فى سائر العقود الفاسده.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٤٨

نعم لو حصل وصف فى الأرض يقابل بالعوض من جهه كريبها أو حفر النهر لها أو ازاله الموانع عنها كان للعامل قيمه ذلك الوصف (١) و ان لم يكن كذلك و كان العمل

و أما إذا كان البذر للعامل فحيث ان المالك لم يلتزم له على نفسه بشىء مطلقا عدا تسليمه للأرض و تسليطه عليها، بل

العامل هو الذى قد التزم للمالك بالحصه المعينه من ماله- الناتج- بإزاء زرعه فى أرضه فلا وجه لضمانه لشيء، فإن العمل لم يصدر عن أمره بإزاء شيء و الالتزام بحصه من ماله.

(١) و فيه: ان الأوصاف- على ما ذكرناه مفصلا فى المكاسب- لا تقابل بالقيمه مطلقا و لا استقلاليه لها فى المالىه فليست هى مالا فى قبال مالىه الموصوف، و انما المالىه لنفس الموصوف بلحاظ وجود الوصف و عدمه.

و عليه: فليس الحال فى الأوصاف هو الحال فى المنافع حيث تعتبر أموالا فى قبال مالىه العين تبذل بإزائها المال مستقلا، و انما هى أمور تؤثر فى زياده قيمه الموصوف و نقصانها من دون أن تقابل هى بشيء منها.

و من هنا: فليس الوصف مملوكا للعامل كى يصح رجوعه على المالك بقيمته، فإنه- و على ضوء ما بيناه- لم يأت إلا بعمل يوجب زياده قيمه مال المالك، و من دون أن يكون له شيء منه.

نعم حيث يكون عمله صادرا عن أمره لا- بقصد المجانيه فلا يذهب هدرًا، فيستحق عليه أجره مثله ساوت الزياده الحاصله فى الأرض بسبب العمل أم زادت عليها أم نقصت.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٤٩

لغوا فلا شيء له (١) كما ان الآلات لمن اعطى ثمنها، و ان كان بعد الزرع كان الزرع لصاحب البذر (٢) فان كان للمالك كان الزرع له و عليه للعامل أجره عمله و عوامله و ان كان للعامل كان له، و عليه أجره الأرض للمالك، و ان كان منهما كان لهما على النسبه نصفًا أو ثلثًا و لكل منهما على الآخر أجره مثل ما يخصه من تلك النسبه و ان كان من ثالث (٣) فالزرع له و عليه للمالك أجره

الأرض و للعامل أجره عمله و عوامله. و لا- يجب على المالك إبقاء الزرع إلى بلوغ الحاصل (٤) ان كان التبين قبله، بل له أن يأمر بقلعه و له أن يبقى بالأجره إذا رضى صاحبه، و إلا فليس له إلزامه بدفع الأجره. هذا كله مع الجهل بالبطلان، و أما مع العلم فليس للعالم منهما الرجوع على الآخر بعوض أرضه أو عمله لانه هو الهاتك لانه لحرمة ماله أو عمله فكأنه متبرع به (٥) و إن كان الآخر أيضا عالما بالبطلان.

(١) و قد عرفت الاشكال فيه.

(٢) على ما تقتضيه القاعده فإن النماء تابع للبذر.

(٣) بناء على ما ذهب إليه في المسأله الثانيه عشره من جواز عقد المزارعه بين أكثر من اثنين.

(٤) على ما تقدم بيانه مفصلا في المسأله السادسه فراجع.

(٥) تقدم مرارا انه لا اثر للعلم بالفساد و الجهل به في استحقاق اجره المثل، لانه لا يلزم هتك حرمة المال أو العمل و التبرع به، بل العامل مقدم على العمل بإزاء العوض لا مجانا و ان علم ان الشارع لم

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٥٠

و لو كان العامل بعد ما تسلم الأرض تركها في يده بلا زرع فكذلك يضمن أجرتها للمالك مع بطلان المعامله لفوات منفعتها تحت يده (١) إلا في صورته علم المالك بالبطلان لما مر (٢).

[**مسأله (١٥): الظاهر من مقتضى وضع المزارعه ملكيه العامل لمنفعه الأرض بمقدار الحصه المقرره له**]

(مسأله ١٥): الظاهر (٣) من مقتضى وضع المزارعه ملكيه العامل لمنفعه الأرض بمقدار الحصه المقرره له، و ملكيه المالك للعمل على العامل بمقدار حصته و اشتراك البذر بينهما على النسبه، سواء كان منهما أو من أحدهما أو من ثالث، فإذا خرج الزرع صار مشتركا بينهما على النسبه، لا ان يكون لصاحب البذر إلى حين ظهور الحاصل،

فيصير الحاصل مشتركاً من ذلك الحين، كما ربما يستفاد من بعض الكلمات أو كونه لصاحب البذر إلى حين بلوغ الحاصل و إدراكه فيصير مشتركاً في ذلك الوقت، كما يستفاد من بعض آخر نعم الظاهر جواز إيقاع العقد على أحد هذين الوجهين مع التصريح و الاشتراط به من حين العقد، و يترتب على هذه الوجوه ثمرات:- (منها): كون التبن أيضاً مشتركاً

يضمه، فعلمه بذلك شيء و كون إقدامه بإزاء العوض شيء آخر.

(١) على تفصيل مرّ في المسألة السابعة فراجع.

(٢) و قد عرفت الحال فيه.

(٣) قد عرفت فيما تقدم مراراً ان عقد المزارعه لا يقتضى إلا

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٥١

بينهما على النسبه على الأول، دون الأخيرين (١) فإنه لصاحب البذر. (و منها): في مسألة الزكاه (٢)، (و منها): في

بذل كل من الطرفين ما عليه مجاناً في قبالة الاشتراك في الناتج، فليس المالك يملك شيئاً من منفعة الأرض للعامل، و لا العامل يملك شيئاً من عمله للمالك، بل المالك يبذل أرضه مجاناً كما يعمل العامل فيها كذلك ليشارك في الحاصل و يكون بينهما على النسبه التي اتفقا عليها، على ما يساعد عليه الفهم العرفي و يفهمه المزارعون من المزارعه.

نعم من غير البعید دعوى مساعده الارتكاز العرفي على اشتراك الطرفين من أول خروج الزرع و ان لم يدرك، فإنه و عندئذ يرى كل منهما أنه مالك لبعضه و شريك لصاحبه فيه.

هذا و يمكن التمسك في إثبات المدعى بإطلاقات النصوص فان عنوان ما أخرجته الأرض صادق على الزرع بمجرد خروجه.

ثم ان هذا كله بالقياس إلى صورته إطلاق العقد و عدم التصريح بنحو معين، و أما معه فلا ريب في إمكان الصور الثلاث جميعاً، نظراً لإطلاقات أدله المزارعه حيث

لم يؤخذ في شىء منها كون الشركه بينهما من زمان معين - من حين نثر البذر أو خروج الزرع أو إدراكه - فيكون الأمر بيد الطرفين يتفقان عليه كيفما شاءا، فلهما تحديد ذلك بالنثر بحيث يكون البذر مشتركا بينهما كما ان لهما التحديد بخروج الزرع أو بلوغه، حيث يصدق على الجميع عنوان المزارعه.

(١) لأنه يكون قبل ظهور الحاصل و لا اشتراك على الأخيرين حينئذ فيختص به مالك البذر.

(٢) فإنها على الأولين لا تجب على كل منهما إذا لم يبلغ نصيب

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٥٢

مسأله الانفساخ أو الفسخ في الأثناء قبل ظهور الحاصل (١) (و منها): في مسأله مشاركه الزارع مع غيره (٢) و مزارعته معه (٣)، و منها في مسأله ترك الزرع الى

كل منهما النصاب و ان بلغ المجموع ذلك فان الحاصل لم يدرك بأكملة على ملك أحدهما خاصه و انما أدرك على ملكهما معا، فلم يحصل شرط الزكاه أعنى بلوغ النصاب و إدراكه على ملك واحد.

و هذا بخلاف الالتزام بالوجه الثالث حيث تجب على مالك البذر إذا بلغ المجموع النصاب، إذ الحاصل و عند الإدراك و صدق عنوان الحنطه أو الشعير أو غيرهما عليه، ملك له لو حده و قد بلغ النصاب فتجب عليه دون صاحبه.

و سيأتى التعرض لهذا الفرع ثانيا في المسأله الحاديه و العشرين.

(١) حيث يكون العامل شريكا فيه على الأولين، دون الأخير حيث يختص به صاحب البذر و لا شىء لآخر.

و سيأتى التعرض إليه في المسأله السابعه عشره، و ستعرف عدم تماميه هذه الثمره.

(٢) فعلى الأول يكون للعامل اشراك غيره في حصته و نقل مقدار منها اليه بصلح أو غيره، و على الأخيرين فلا يجوز لاختصاص مالك البذر به قبل ظهور

الحاصل أو بلوغه، فلا شىء للعامل عندئذ كى ينقله إلى شريكه.

إلا إنك قد عرفت فى المسأله الثالثه عشره انه لا يجوز نقل الزرع مطلقا إلا فى موردین تقدم ذكرهما.

(٣) لم يظهر وجه الثمره فى المقام، فان مزارعته مع الغير

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٥٣

انقضت المده (١) إلى غير ذلك.

[مسأله ١٦): إذا حصل ما يوجب الانفساخ فى الأثناء قبل ظهور الثمر أو بلوغه]

(مسأله ١٦): إذا حصل ما يوجب الانفساخ فى الأثناء قبل ظهور الثمر أو بلوغه كما إذا انقطع الماء عنه و لم يمكن تحصيله، أو استولى عليه و لم يمكن قطعه أو حصل مانع

لا تتوقف على كون العامل مالكا للأرض أو البذر - كما عرفت - فان عقد المزارعه يحدث للعامل حقا فى التصرف فى الأرض بالزرع سواء أ كان البذر منه أم من المالك على أن يكون الحاصل مشتركا بينهما بالنسبه، و بذلك فله نقله الى الغير - على ما تقدم وجهه - على جميع التقادير.

و الحاصل: انه لا فرق فى جواز نقله لحقه فى مزارعه الأرض بين الالتزام بكون مشاركته لمالك الأرض من حيث نثر البذر أو ظهور الحاصل أو بلوغه و إدراكه، فإنه و على جميع هذه التقادير يجوز له ذلك.

و من هنا: فلم يظهر وجه جعل الماتن - قدس سره - لهذا الفرد من مصاديق ثمرات هذه الأقوال.

(١) فإنه على الأول يكون العامل شريكا لصاحب البذر فيه بناء على ما اختاره (قده) من اقتضاء عقد المزارعه تمليك كل منهما الحصة مما عليه للآخر، فان العامل يكون شريكا للمالك فى البذر بأصل العقد فيبقى كذلك رغم تركه للعمل فى الأرض، بخلاف الأخيرين حيث لا تكون الشركه إلا بعد ظهور الحاصل أو إدراكه، إذ يختص به صاحب البذر قبل ذلك.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٥٤

آخر عام، فالظاهر لحوق

حكم تبين البطلان من الأول (١) لأنه يكشف عن عدم قابليتها للزرع فالصحة كانت ظاهريه فيكون الزرع الموجود لصاحب البذر (٢) و يحتمل بعيدا كون الانفساخ من حينه فيلحقه حكم الفسخ في الأثناء على ما يأتي فيكون مشتركا بينهما على النسبه (٣).

[مسأله (١٧): إذا كان العقد واجدا لجميع الشرائط و حصل الفسخ في الأثناء]

(مسأله ١٧): إذا كان العقد واجدا لجميع الشرائط و حصل الفسخ في الأثناء إما بالتقاييل أو بخيار الشرط لأحدهما أو بخيار الاشتراط بسبب تخلف ما شرط على أحدهما، فعلى ما ذكرنا من مقتضى المزارعه- و هو الوجه الأول من الوجوه المتقدمه- فالزرع الموجود مشترك بينهما على النسبه (٤)

(١) لتقوم حقيقه عقد المزارعه بالاشتراك في الحاصل، و حيث انه متوقف على قابليه الأرض له و إمكان حصوله، يكون العقد عند انكشاف عدم قابليتها له من المعاقده على أمر ممتنع التحقق في الخارج فيحكم بفساده لا محاله.

(٢) لقانون تبعيه النماء للبذر.

(٣) و ستعرف في المسأله الآتية انه لا وجه لاشتراكهما في الزرع حتى بناء على القول بالانفساخ من حينه.

(٤) وفيه: ان تأثير الفسخ و ان كان من حينه، إلا ان معناه لما كان رفع العقد و فرضه كأن لم يقع بالمره، كان مقتضاه إرجاع كل من الطرفين ما وصله من صاحبه اليه عينا أو بدلا، و حيث كان المختار في مبدأ الاشتراك هو حين خروج الزرع كان مقتضى الفسخ

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٥٥

.....

رجوع هذه الحصة التي ملكها مالك البذر إياه إليه كما يقتضيه فرض العقد كأن لم يكن، فان فرضه كذلك يعنى كون الزرع بأكمله لمالك البذر بقانون التبعيه.

نعم بناء على ما اختاره الماتن (قده) من كون مبدأ الاشتراك هو البذر، يتم ما أفاده (قده) من الاشتراك في الزرع، فان مالك

البذر انما ملك صاحبه الحصة منه و لم يملكه الزرع و إنما هو قد حصل فى ملكه، و من هنا فإذا انفسخ العقد لم يكن لصاحب البذر المطالبه بالزرع الموجود بتمامه فإن حصه صاحبه منه لم يكن هو قد ملكها إياه كى يستردها بالفسخ. و انما الواجب على صاحبه رد البذر اليه و حيث انه ممتنع بعينه لتلفه نتيجة للزرع تعين عليه رده بمثله ان كان مثليا و قيمته ان كان قيميا، و لا- اثر للفسخ حينئذ فى كون الزرع لأحدهما خاصه، فإنه- و على هذا التقدير- لهما سواء أ كان هناك فسخ أم لم يكن، فان الاشتراك فى الزرع ثابت و على كلا التقديرين الفسخ و عدمه و حينئذ فيجربى ما ذكره (قده) تفريعا على ذلك من أحكام.

و الحاصل: ان ما ذكره (قده) انما يتم بناء على ما ملكه من إيجاب عقد المزارعه كون البذر مشتركا بين الطرفين بمعنى ملكيه الطرف الآخر للحصه منه أيضا، فإنه حينئذ يكون الزرع مشتركا بينهما سواء أحصل الفسخ أم لم يحصل.

و كان عليه (قده) ان ينبه على رجوع البذر بتمامه بالفسخ إلى مالكة، حيث انه يوجب فرض العقد كأن لم يكن، فيجب على آخذه إرجاعه اليه، إلا انه لما لم يكن يمكن إرجاعه بعينه لتلفه تعين رده بالمثل أو القيمه، كما هو الحال فى سائر موارد الفسخ.

و بعباره اخرى: ان حصه الطرف الثانى من الزرع لا ترجع

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٥٦

و ليس لصاحب الأرض على العامل أجره أرضه (١) و لا للعامل أجره عمله بالنسبه إلى ما مضى، لأن المفروض صحه المعامله و بقاؤها إلى حين الفسخ. و أما بالنسبه إلى الآتى فلهما التراضى على

البقاء إلى البلوغ بلا أجره أو معها، و لهما التراضى على القطع قصيلا، و ليس للمزارع الإبقاء

بالفسخ إلى مالك البذر فإنه لم يملكه إياه، و انما أعطاه البذر خاصه و ملك الطرف الثانى الزرع بقانون تبعيه النماء للبذر، و عليه فإذا حصل الفسخ لم يجب على الطرف الآخر إلا إرجاع ما أخذه من البذر و حيث انه ممتنع بعينه ينتقل الأمر إلى البذل.

نعم بناء على ما ذكرناه من كون مبدء الاشتراك بينهما هو خروج الزرع، فلا يمكن المساعدة على ما أفاده (قده) لما عرفت من ان المنقول من صاحب البذر إلى صاحبه انما هو الزرع و هو قابل للرجوع اليه بالفسخ.

و هذه ثمره واضحه بين المسلكين.

(١) فيه منع واضح يظهر وجهه مما تقدم، فإنه لما كان الفسخ موجبا لرجوع كل مال إلى صاحبه و كأن العقد لم يكن، كانت منافع الأرض للمالك لا محاله و حيث ان العامل قد استوفاهما بزرع بذره فيها- على تقدير كون البذر منه- فعليه ضمانها بأجره المثل.

نعم لو كان البذر للمالك لم يكن على العامل شىء من جهه الأرض، إلا انه لما لم يكن أقدم على العمل مجانا و انما أقدم عليه ليكون بإزاء ذلك الحصة المعينه من الحاصل، و كان عمله صادرا عن أمر المالك، و قد استوفى منافعه، فعليه- المالك- ان يرجع

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٥٧

إلى البلوغ بدون رضى المالك (١) و لو بدفع أجره الأرض و لا- مطالبه الأرش إذا أمره المالك بالقلع (٢) و للمالك مطالبه القسمة و إبقاء حصته فى أرضه إلى حين البلوغ و أمر الزارع بقطع حصته قصيلا (٣).

هذا و أما على الوجهين الأخيرين فالزرع الموجود لصاحب البذر (٤) و

الظاهر عدم ثبوت شىء عليه من أجره الأرض أو العمل (٥)، لاین المفروض صحه المعامله إلى هذا الحين و ان لم يحصل للمالك أو العامل شىء من الحاصل، فهو كما

إليه- العامل- ما يعادل بدل عمله أعنى أجره مثله فى تلك المده.

و الحاصل: ان تأثير الفسخ و ان كان من حينه، الا أن مدلوله انما هو فرض العقد كأن لم يكن، و عليه فيرجع كل شىء إلى صاحبه.

لكن هذا لا يعنى ذهاب حق الطرف الثانى هدرا، فان البذر ان كان للمالك أخذ تمام الزرع و ضمن للعامل أجره مثل عمله، لأنه قد استوفاه بأمر منه لا مجانا و ان كان من العامل ضمن للمالك أجره أرضه.

(١) و قد ظهر الوجه فيه فى المسأله السادسه فراجع.

(٢) لأنه قلع بحق.

(٣) ظهر الحال فيما تقدم.

(٤) حالهما فى ذلك حال الوجه الأول لعين ما مر فان الفسخ يوجب ارتفاع العقد و فرضه كأن لم يكن و من هنا فيعود كل شىء إلى محله الأول.

(٥) و قد عرفت ما فيه فلا نعيد.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٥٨

لو بقى الزرع إلى الآخر و لم يحصل حاصل من جهه آفه سماويه أو أرضيه (١). و يحتمل ثبوت الأجره عليه إذا كان هو الفاسخ (٢).

(فذلكه): قد تبين مما ذكرنا فى طى المسائل المذكوره ان ههنا صوراً:- الأولى: وقوع العقد صحيحاً جامعاً للشرائط و العمل على طبقه إلى الآخر، حصل الحاصل أم لم يحصل لآفه سماويه أو أرضيه (٣).

(١) قياس ما نحن فيه بصوره عدم حصول شىء نتيجة لآفه سماويه أو أرضيه قياس مع الفارق، فان كلا من المتعاقدين لم يلتزم لصاحبه فى العقد بشىء زائداً على الاشتراك فى الحاصل ان كان، و من

هنا فليس لأحدهما مطالبه صاحبه بشىء عند انتهاء أمر الزرع و عدم تحقق شىء نتيجة لآفه سماويه أو أرضيه، على ما يستفاد ذلك من النصوص الواردة فى المقام مضافا إلى الاتفاق، فان المستفاد منها قسمه ما يخرج من الأرض بينهما خاصه، و من دون أن يكون لأحدهما على الآخر شىء على تقدير العدم، و اين هذا من الفسخ بالاختيار و فرض العقد كأن لم يكن.

(٢) لاستيفاء المنفعه العائده إلى غيره إما بالزرع فى أرضه أو عمل الغير له، فيضمنه لا محاله.

(٣) و قد ظهر حكمها مما تقدم فى صور الكتاب من ان عقد المزارعه عقد لازم يوجب اشتراك العامل و صاحب الأرض فى الحاصل - ان كان - و الا فلا شىء لأحدهما على الآخر.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٥٩

الثانيه: وقوعه صحيحا مع ترك الزارع للعمل إلى أن انقضت المده (١)، سواء زرع غير ما وقع عليه العقد أو لم يزرع أصلا.

الثالثه: تركه العمل فى الأثناء بعد أن زرع اختيارا أو لعذر خاص به (٢).

(١) و قد تقدم حكمها فى المسأله السابعه و التاسعه فراجع.

(٢) لم يظهر حكم هذه الصوره مما تقدم منه (قده) فإنه - رحمه الله - لم يتعرض إليها فيما تقدم.

و دعوى: كون حكمها حكم ما لو ترك العامل العمل بالمره.

مما لا وجه لها، فإن الأمر ليس كذلك، و المسألتان مختلفتان.

و كيف كان: فالحكم فى هذه الصوره هو ثبوت الخيار للمالك بين إجبار العامل على إتمام العمل، لما عرفت من اقتضاء عقد المزارعه جواز إلزام كل منهما للآخر بأداء ما عليه، و لو بالرجوع إلى الحاكم الشرعى و إلا فالعدول من المؤمنين و إلا فبنفسه.

و بين فسخه للعقد، و حينئذ فإن كان البذر للعامل، كان

للمالك مطالبته بأجره الأرض للفترة الماضية، و يأمره بالقلع بلا ضمان أو إبقاءه مجاناً أو بأجره مع التراضي بالنسبة إلى الآتى.

و ان كان للمالك، رجع بتمامه اليه، و فى مثله لا يبعد الالتزام بعدم وجوب شىء عليه للعامل، فيقال بنهب عمله هدراً، لأنه الذى فوته على نفسه بترك الإكمال.

و الوجه فيه: ان الضمان فى هذه الموارد انما كان بملاك صدور العمل عن أمر الغير لا مجاناً و ان هذا الملاك غير متوفر فيما نحن فيه فان عمل العامل هذا لم يصدر عن أمر صاحب البذر. فإنه إنما

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٦٠

الرابعة: تبين البطلان من الأول (١).

الخامسة: حصول الانفساخ فى الأثناء، لقطع الماء أو نحوه من الأعذار العامه (٢).

السادسة: حصول الفسخ بالتقاييل أو بالخيار فى الأثناء (٣). و قد ظهر حكم الجميع فى طى المسائل المذكوره كما لا يخفى.

[مسأله ١٨: إذا تبين بعد عقد المزارعه أن الأرض كانت مغصوبه]

(مسأله ١٨): إذا تبين بعد عقد المزارعه أن الأرض كانت مغصوبه فمالكها مخير بين الإجازه فتكون الحصه له سواء كان بعد المده أو قبلها فى الأثناء أو قبل الشروع فى الزرع بشرط ان لا يكون هناك قيد أو شرط لم يكن معه محل للإجازه (٤)، و بين الرد، و حينئذ فإن كان

أمره بالعمل مستمراً إلى الآخر، و اما العمل الناقص فلم يكن مأموراً به من قبله فلاحظ.

و سيأتى مزيد توضيح لذلك عند التعرض لنظير هذه المسأله فى المساقاه.

(١) و قد عرفت حكمها فى المسأله الرابعه عشره.

(٢) و قد تقدم حكمها فى المسأله السادسه عشره.

(٣) و قد عرفت حكمها فى المسأله السابعه عشره.

(٤) كما لو غصبت المرأه أرضاً و زارعت رجلاً اشترط عليها فى ضمن العقد التزوج منه، أو غصب الطيب أرضاً و زارعت غيره

و اشترط عليه مباشرته لعلاج مريض، إلى غير ذلك من الشروط،

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٦١

قبل الشروع فى الزرع فلا اشكال (١)، و ان كان بعد التمام فله اجره المثل لذلك الزرع (٢) و هو لصاحب البذر. و كذا

التي لا يبقى معها مجال لإجازة المالك و من ثم لا يمكن الحكم بالصحة لأنها مع الإجازة اما ان تكون مع الشرط أو لا معه.

و الأول ممتنع لفرض عدم قابليته للإجازة، و الثانى لا مجال للمصير إليه لأن العقد انما أنشأ مقيدا به فلا يمكن تصحيحه من دونه، فان المطلق لم ينشأ.

و الحاصل: ان هناك من الشروط ما لا يمكن الوفاء به بالقياس إلى المالك الحقيقى، و حينئذ فلا محيص عن الحكم بالبطلان و عدم قابليه العقد للحقوق الإجازة.

(١) فإنه يحكم ببطلان العقد و لا شىء لأحدهما على الآخر، لعدم تحقق ما يوجبه.

(٢) و تفصيل الكلام فى المقام:

ان الأرض قد يفرض كونها بيد الغاصب و تحت سلطنته، بحيث يكون هو الأمر لغيره بزرعها، و قد يفرض كونها بيد غيره جهلا بالحكم أو مع العلم بالحال فيكون هو المزارع لغيره دون الغاصب.

و على التقديرين فقد يكون البذر من العامل و قد يكون من الأمر.

أما إذا كانت الأرض بيد الغاصب و تحت سلطانه، كان للمالك تضمين كل من الأمر و العامل، لتعاقب يديهما على ملكه، فله الرجوع على أيهما شاء.

ثم لو كان البذر للعامل كان النتاج - بعد الحكم بفساد العقد - بتمامه له لقانون تبعيه النماء للبذر، و حينئذ فلو رجع عليه المالك

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٦٢

.....

بأجره الأرض لم يكن له الرجوع على الغاصب الأمر بها، و ان كان هو ضامنا أيضا و للمالك الرجوع عليه

و ذلك: لان العامل لم يقدم على أخذ الأرض من صاحبه مجانا و من دون الضمان، و انما أقدم عليه بإزاء إعطاء الحصة المعينه من النماء له، و حيث انها لم تسلم له لحكم الشارع بفساد العقد، و نظرا لاستيفاء العامل المنفعة، يلزم بدفع اجره المثل.

و من هنا يظهر حكم ما لو رجع المالك على الغاصب فباشره و ألزمه بدفع اجره المثل عن أرضه، فإن له الرجوع على العامل و أخذها منه، لاستقرار الضمان عليه، نظرا لاستيفاء منفعة الأرض بعد الإقدام على أخذها مع الضمان.

و ان كان البذر للغاصب فالأمر كذلك أيضا فإن النماء لصاحب البذر بقانون التبعية و المالك مخير فى الرجوع بعوض منافع أرضه أجره مثلها بين الرجوع عليه أو الرجوع على العامل على ما يقتضيه قانون تعاقب الأيدي على المال المغصوب.

و من هنا: فان رجوع على الأمر لم يكن له الرجوع على العامل فان الضمان مستقر عليه، لأنه إنما سلمها اليه على ان لا يكون عليه شىء فهو قد أقدم على أخذها مجانا و بإزاء لا شىء عليه، بل على ان يكون له النصيب المعين من النماء.

فهو- العامل- لم يتعهد للمالك بشىء كى يقال بضمانه لإقدامه على أخذها لا مجانا، بل الأمر بالعكس من ذلك تماما فإنه إنما أقدم على ان يكون له شىء من مال صاحب البذر- الحصة من النماء.

و من هنا يظهر ان للعامل الرجوع على صاحب البذر و مطالبته بأجره عمله، لأنه قد صدر عن أمره لا مجانا، حيث كانت بإزاءه

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٦٣

.....

الحصة من الزرع، فإذا لم تسلم له نتيجة للفساد، تعين دفع اجره مثل العمل له.

و الحاصل: ان استقرار الضمان انما يكون على

الذى سلم الأرض إلى صاحبه بعنوان المجانيه، حيث ذكرنا فى مبحث تعاقب الأيدى ان الذى يخسر نتيجة لأخذ المالك منه البذل، يملك المال التالف بيناء العقلاء، و لذا يكون له الرجوع على الذى بعده إلى ان يستقر على الذى استوفاه و تلف عنده، ما لم يكن قد سلمه إليه بعنوان المجانيه فإنه حينئذ لا حق له فى الرجوع عليه.

ثم ان مما ذكرناه يظهر حكم ما لو رجع المالك على العامل مباشره فإن له الرجوع على الغاصب- صاحب البذر- بأجره مثل عمله مضافا إلى ما غرمه للمالك.

هذا كله فيما إذا كانت الأرض بيد الغاصب و تحت سلطانه، و إلا كما لو كان المزارع قد استلمها من غيره، فليس للعامل الرجوع عليه فيما إذا كان البذر له- العامل- بما غرمه للمالك من اجره الأرض، ما لم يكن مغرورا من قبله إجماعا، فإن الأرض لم تقع تحت يده كى يلزمه ضمانها بأجره مثلها، و أما إذا كان مغرورا من قبله فقد قيل بان له الحق فى الرجوع عليه لقاعده الغرور، إلا أنك ستعرف قريبا انه لا أساس لهذه القاعده يعتمد عليه.

ثم إن هذا كله من جهه ضمان الأرض و البذر، و اما ضمان العمل فلم يتعرض له الماتن (قده).

و الحق فيه ان يقال:- أما إذا كان البذر للعامل فلا يضمن له أحد بإزاء عمله شيئا، لأنه انما كان لنفسه و مجانا و قد استوفى منافعه أيضا حيث كان النتاج له،

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٦٤

إذا كان فى الأثناء (١) و يكون بالنسبه إلى بقيه المده الأمر

و من هنا فلا معنى لان يرجع به على غيره.

و ان كان البذر للأمر، فلا يذهب عمل العامل فيه هدرا، لانه عمل

مسلم محترم صدر عن أمر الغير بإزاء الحصه المعينه من الحاصل فلم يكن مجانيا و قد استوفاه الأمر، فلا بد من ضمانه.

الا أن مقدار الضمان يختلف باختلاف الفرض.

فقد يفرض انه ليس للعامل إلا العمل المجرد، بان يكون المالك قد رجع عليه بأجره مثلها أو يكون قد رجع على العامل لكنه قد رجع عليه و أخذها منه.

و حينئذ فلا- يكون له إلا- قيمه العمل المجرد فقط، يرجع بها على الأمر الذى استوفى المنافع بأكملها بما فى ذلك الحصه المجموعه للعامل نظرا لفساد العقد.

و قد يفرض ان للعامل العمل فى الأرض المضمونه عليه، بان يكون المورد من الموارد التى لا يكون له حق الرجوع بأجره مثل الأرض التى غرمها للمالك على الأمر، نظرا لعدم كونها تحت يده.

و حينئذ فله الرجوع على الأمر بقيمه العمل الواقع فى أرض مضمونه عليه و تكون مسئوليتها عليه.

و هذه القيمه تزيد على قيمه العمل المجرد طبعاً، و بهذه الزيادة تتدارك خساره العامل التى خسرها للمالك- أعنى أجره مثل الأرض- و ان لم يكن له الرجوع بها بعنوانها على الأمر.

و الحاصل: ان قيمه العمل فى هذا الفرض تتدارك خساره العامل من جهة أجره الأرض لا- محاله و ان لم يكن ذلك بهذا العنوان مباشره.

(١) الكلام فى هذه الصوره هو الكلام فى صورته تبين الفساد بعد

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٦٥

بيده، فاما يأمر بالإزاله، و إما يرضى بأخذ الأجره، بشرط رضا صاحب البذر. ثم المغرور من المزارع و الزارع يرجع فيما خسره على غاره (١) و مع عدم الغرور فلا رجوع.

التماميه، فإن للمالك مطالبه من له الزرع بأجره مثل أرضه عن الفتره السابقه و له الخيار بالنسبه إلى الفتره الباقية بين امره

بالقلع و تفریغه أرضه من غیر ضمان لأنه إلیزام بحق حیث لم یکن الزرع باذنه، و بین إبقاءه فی ملكه مجاناً أو بأجره مع التراضی و لیس له إلیزام صاحبه بإبقاءه مع الأجره كما لیس لصاحبه إلیزامه بذلك.

و اما الزرع فهو تابع فی الملكیه للبذر، علی ما تقدم بیانہ.

و كذا الحال فی اجره العمل، فان الکلام فیہ هو الکلام فی الفرض السابق.

نعم لو طالب مالک الأرض مالک البذر بالقلع و تضرر بذلك، كان له فی فرض الغرر الرجوع إلى الغار، بناء علی تمامیه قاعده الغرور، و إلا- بان لم یکن غرور أو لم تتم قاعده الغرور- فلا رجوع له علی أحد لعدم الموجب له.

(١) لقاعده الغرور.

لکننا قد ذکرنا فی مبحث المكاسب ان هذه القاعده و ان اشتهرت فی السن الأصبحاب فی کلماتهم، إلا انها مما لا أساس لها بالمره، فإن أسباب الضمان معدوده محدوده و لیس منها الغرور.

و کلمه «المغرور یرجع علی من غر» لم ترد حتی فی روايه ضعیفه فضلاً عن المعبره.

نعم قد یستند فیها إلى روايه محمد بن سنان عن إسماعیل بن جابر

مبانی العروه الوثقی، ج ١، ص: ٣٦٦

و إذا تبین كون البذر مغصوباً، فالزرع لصاحبه (١) و لیس علیه أجره الأرض و لا أجره العمل (٢)، نعم إذا كان التبین فی الأثناء كان لمالک الأرض الأمر بالإزاله (٣)

قال: «سألت أبا عبد الله (ع) عن رجل نظر إلى امرأه فأعجبته فسأل عنها فقيل: هي ابنه فلان، فأتى أباه فقال: زوجني ابنتك فزوجه غيرها فولدت منه فعلم بها بعد أنها غير ابنته و أنها أمه، قال: ترد الوليده علی موالیها و الولد للرجل، و علی الذی زوجه قیمه ثمن الولد یعطيه موالی الوليده

كما غر الرجل و خدعه» (١).

حيث ان ظاهر التعليل كون التدليس موجبا للضمان.

الا أن هذه الروايه و ان عبر عنها بالصحيحه فى كلمات بعضهم ضعيفه السند بمحمد بن سنان حيث لم يثبت توثيق الرجل.

إذن: فهى ساقطه عن الاعتبار و لا يمكن الاعتماد عليها فى شىء و حيث لا دليل غيرها على القاعده، فلا مجال للاستدلال بها.

(١) على ما تقتضيه قاعده تبعيه الحاصل للبذر.

الا أنه من غير الخفى أنه انما يتم فيما إذا لم يطالب صاحب البذر الغاصب ببدل بذره التالف نتيجة للزرع، فإنه له ذلك - على ما تقتضيه قاعده الضمان - و إلا فالذى يغرم للمالك قيمه البذر يملك - و بالسيره القطعيه - البذر التالف قهرا - على ما تقدم بيانه غير مره - و حينئذ فيكون الزرع له دون صاحبه.

(٢) لعدم صدور العمل عن أمره كما هو واضح.

(٣) على ما تقتضيه قاعده السلطنه بعد وقوع الفعل من دون إذنه.

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٧ من أبواب العيوب و التدليس، ح ١.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٦٧

هذا إذا لم يكن محل للإجازة - كما إذا وقعت المعامله على البذر الكلى لا المشخص فى الخارج أو نحو ذلك - أو كان و لم يجز، و لو كان له محل و أجاز يكون هو الطرف للمزارعه (١) يأخذ الحصبه التى كانت للغاصب، و إذا تبين

(١) هذا فيما إذا كان البذر مذكورا فى عقد المزارعه مستقلا بحيث يكون صاحبه طرفا للعامل كما إذا كان البذر على العامل و قد زارع غيره فى حصته على أن يكون البذر على الغير، أو للمالك كما لو بذل احد البذر و زارع غيره على ان يكون الأرض و العمل و العوامل من الغير، ثم بان كون البذر

المبدول من الطرف الأول مغصوبا فان مالكة يكون طرفا لصاحب الأرض في المعامله، أولهما معا بان يكون من أحدهما الأرض ومن الآخر العمل والعوامل و من الثالث البذر خاصه- بناء على ما اختاره الماتن (قده) من صحه عقد المزارعه بين أكثر من اثنين.

فإنه و على تقدير تبين الفساد بانكشاف غصبيه البذر يصبح ملكه بالإجازة للمعامله.

و أما في غير هذه الصوره كما لو زارع المالك غيره على ان يكون البذر من الثاني فغصب البذر من غيره و زرع، فلا مجال لإجازة مالك البذر المعامله، لأنه ليست بطرف العقد، و يعتبر في صحه العقد الفضولي بالإجازة ان يكون المجيز طرفا له.

و الحاصل: انه لا مجال للمساعده على إطلاق كلام الماتن (قده) من صحه العقد بالإجازة إذا كان البذر شخصا، فإنه قد يكون موردا للإجازة كما في الصور الأول المتقدمه، و قد لا يكون موردا لها كما

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٦٨

كون العامل عبدا غير مأذون فالأمر إلى مولاه (١). و إذا تبين كون العوامل أو سائر المصارف مغصوبه فالمزارعه صحيحه (٢)، و لصاحبها أجره المثل أو قيمه الأعيان التالفه (٣) و في بعض الصور (٤) يحتمل جريان الفضوليه و إمكان الإجازة كما لا يخفى.

في الصوره الأخيره.

فالصحيح هو التفصيل بين ما إذا كان باذل البذر طرفا للمعامله فيصح العقد بالإجازة و عدمه فلا يصح.

(١) ان شاء أجاز و ان شاء فسخ، فان فسخ بطلت المعامله و ان أجاز كانت المزارعه له، و على الأول يستحق على المستفيد أجره مثل العمل لكونه قد استوفى منفعه ملك الغير.

(٢) يظهر الحال فيه مما تقدم، فان الغصب في جميعها لا يضر بصحه المعامله، فإنها انما تتحقق بإباحه البذر

و الأرض، و اما غيرهما فهو يرجع إلى المقدمات و لا اثر لها في الحكم بالصحة.

و الحاصل: ان الغصبيه في هذه الأمور لا تضر بالصحة، فإن جعل انما عين على الزرع و هو انما يتحقق بالأرض و البذر، و ما عداهما يرجع إلى مقدمات التحصيل و لا اثر لها.

(٣) على ما تقتضيه قاعده الضمان.

(٤) كما لو فرض وقوع العقد مع باذل هذه الأمور بحيث يكون طرفا فيه،- حيث تقدم جواز كون أحد الأركان الأربعة خاصه على أحدهما و الباقي على الآخر.

فلمالك هذه الأمور حينئذ ان يمضى المعامله و يكون طرفا لها،

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٦٩

.....

كما هو الحال في مالك البذر بعينه.

و الحاصل: انه يختلف الحال في المسأله بين كون مالك المغصوب طرفا مستقلا للعقد فتصح منه الإجازة و عدمه فلا تصح.

ثم ان الماتن (قده) لم يتعرض لاجره الأرض و اجره العمل بالنسبه إلى المتعاملين عند عدم إمضاء مالك البذر للعقد.

و الحق في المقام ان يقال:- ان الغصب قد يكون منهما معا بحيث يتفقان على غصب البذر من ثالث على ان ينثر في أرض أحدهما و يعمل فيه الآخر ليشتركا في الحاصل، ففيه لا شىء لأحدهما على صاحبه إطلاقا، فان كلا منهما إنما أقدم على بذل ما عليه مجانا و من غير عوض بإزاء اقتسامهما لمال الغير- اعنى الحاصل التابع في الملكيه للبذر- فلم يضمن أحدهما لصاحبه شيئا في ضمن العقد كى يكون لصاحبه الرجوع عليه.

و ان كان الغصب من أحدهما خاصه، فإن كان هو مالك الأرض بأن غصب البذر من غيره و سلمه إلى العامل ليزرعه في أرضه بإزاء النصيب المفروض، فعليه للعامل اجره مثل عمله حيث انه لم يصدر منه مجانا و

انما وقع عن أمره بإزاء الحصة المعينه و حيث انها لم تسلم له لفساد العقد و أخذ المالك للنتاج، ينتقل إلى أجره المثل لا محاله. و ليس للعامل الرجوع على مالك البذر بأجره مثل عمله و لا لمالك الأرض الرجوع عليه بأجره مثل أرضه، حيث لم يكن شىء من العمل عن امره.

و ان كان هو العامل بان غصب البذر و زارع مالك الأرض على الصحه المعينه، كان لمالك الأرض تغريمه بأجره مثل أرضه، حيث انه لم يقدم على استيفاء منفعتها مجاناً و بلا عوض فتكون مضمونه

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٧٠

[(مسألة ١٩): خراج الأرض على صاحبها]

(مسألة ١٩): خراج الأرض على صاحبها (١)، و كذا مال الإجاره إذا كانت مستأجره (٢) و كذا ما يصرف في إثبات اليد عند أخذها من السلطان (٣): و ما يؤخذ لتركها في يده (٤) و لو شرط كونها على العامل - بعضاً أو كلاً - صح (٥)، و ان كانت ربما تزداد و ربما تنقص على الأقوى فلا يضر مثل هذه الجهالة، للأخبار (٦).

عليه لا محاله.

(١) بلا خلاف فيه، لانه موضوع على الأرض. و جواز التصرف فيها و إمكانه خارجاً متوقف على أداءه.

و بالجملة: فالمسألة إجماعيه، و تدل عليه النصوص صريحاً - على ما سيأتى.

(٢) فإن العامل أجنبى عنه بالمره، و على باذلها تسليم الأرض للعامل خاليه عن جميع ما يترتب عليها و يمنع العامل من مزاوله العمل.

(٣) لعين ما تقدم.

(٤) إذ لا فرق فيما ذكرناه من لزوم تسليمها خاليه عن جميع ما يترتب عليها، بين الحدوث و البقاء.

(٥) لما عرفته في صدر الكتاب من صحه الاشتراط فى عقد المزارعه حتى و لو كان ذلك مقداراً من الذهب أو الفضة.

و هذا كله مضافاً إلى دلالة النصوص -

على ما ستعرفها فى التعليقه الآتیه.

(٤) ففى صحیحه داود بن سرحان عن أبى عبد الله (ع):

«فى الرجل تكون له الأرض علیها خراج معلوم، و ربما زاد و ربما نقص

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٧١

.....

فیدفعها إلى الرجل على أن یکفیه خراجها و یعطیه مأتى درهم فى السنه قال: لا بأس) «١».

و مثلها صحیحه یعقوب بن شعيب «٢».

و مورد هاتین الصحیحین و ان كان الإجاره، إلا ان ثبوت الحکم فیها مع كونها مبنیه على تعیین العوضین - الأجره و المنفعه - یقتضى ثبوتہ فى المزارعه المبنیه على الجهاله فى الجملة.

و أوضح منها صحیحه یعقوب بن شعيب الأخرى عن أبى عبد الله (ع) قال: «سألته عن الرجل تكون له الأرض من أرض الخراج فیدفعها إلى الرجل على أن یعمرها و یصلحها و یؤدی خراجها، و ما كان من فضل فهو بینهما، قال: لا بأس» «٣».

فإن مقتضى إطلاقها عدم الفرق بین كون الخراج - الذى اشترط علیه أداءه - معلوما مضبوطا، و كونه ربما یزید أو ینقص، و لعله یكون هو المتعارف خارجا على ما یرتفع من الصحیحین الأولین.

هذا و مع قطع النظر عن النصوص، یدلنا علیه اختصاص اعتبار عدم الغرر بالبيع فقط، إذ لا دلیل على اعتباره فى سواه لا سيما فى الشروط إذا لم یسر الغرر منه إلى المشروط.

بل حتى و لو قلنا باعتبار عدمه فیها أيضا، فإن الجهاله فى مثل هذه الأمور التى لها ضابط خارجى معین، لا یعد غررا عرفا، فإن استیجار الدار بشرط ان تكون الضریبه على المستأجر، لا یعد معامله غرریه لمضبوطیه مقدارها و ان لم یعلمه المتعاملان بالفعل، فإن الزیاده

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ١٧ من أبواب المزارعه و المساقاه، ح ١.

(٢) الوسائل:

ج ١٣ باب ١٧ من أبواب المزارعه و المساقاه، ح ١.

(٣) الوسائل: ج ١٣ باب ١٠ من أبواب المزارعه و المساقاه، ح ٢.

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٧٢

و أما سائر المؤن- كشق الأنهار، و حفر الآبار، و آلات السقى، و إصلاح النهر و تنقيته، و نصب الأبواب مع الحاجه إليها و الدولاب، و نحو ذلك مما يتكرر كل سنه أو لا يتكرر- فلا بد من تعيين كونها على المالك أو العامل (١) إلا إذا كان هناك عادة ينصرف الإطلاق إليها (٢). و أما

و النقيصه فى هذه الموارد مغتفره و لا تبلغ عادة حد الغرر.

(١) خلافا للشرائع حيث جعلها على العامل مع عدم الاشتراط، و تبعه عليه غيره. بدعوى انه لما كان العمل واجبا عليه و جب عليه تحصيلها مقدمه لأداء الواجب عليه.

و فيه: ما عرفته فى كتاب الإجاره من ان كفيه وجوب العمل و نحوه من حيث الإطلاق و الاشتراط تابع للجعل و القرار، فليس هناك وجوب مطلق ابتداء و بحسب جعل الشارع المقدس فى المقام خارجا عن اتفاق المتعاملين، بل الأمر بيدهما من هذه الجبهه تماما، فقد يجعل وجوب العمل على الزارع على نحو يقتضى قيامه بمقدماته أيضا فيكون من قبيل الواجب المطلق، و قد يجعل على نحو لا- يقتضى إلا قيامه بالعمل فى المواد المستحضره من قبل المالك، كما هو المتعارف فى البناء، حيث لا يجب على العامل إلا العمل فى المواد التى يحضرها المالك، فيكون من قبيل الواجب المشروط.

و من هنا فلا- يمكن إعطاء ضابط كلى لمن يكون عليه تهيئه المقدمات خارجا عن قرار المتعاقدين و اتفاقهما، فيجب عليهما التعيين و إلا بطل العقد.

(٢) حيث يكون الاعتماد عليها فى مقام الاتفاق و

ما يأخذه المأمورون من الزارع ظلما من غير الخراج فليس على المالك (١). و ان كان أخذهم ذلك من جهة الأرض.

[مسأله ٢٠: يجوز لكل من المالك و الزارع ان يخرص على الآخر بعد ادراك الحاصل بمقدار منه]

(مسأله ٢٠): يجوز لكل من المالك و الزارع ان يخرص على الآخر (٢) بعد ادراك الحاصل بمقدار (٣) منه، بشرط القبول و الرضا من الآخر (٤) لجملة من الأخبار (٥) هنا

التعيين. فيغنى عن الذكر صريحا.

(١) إذ لا يجب عليه تدارك ما ورد على العامل من ظلم و ضرر، فإنه أجنبي عنه بالمره.

نعم لو أخذ الغاصب من عين الحاصل، حسب عليهما معا، لانه ضرر توجه عليهما و من غير اختصاص لأحدهما به دون صاحبه.

(٢) بلا خلاف فيه بين الأصحاب إلا من ابن إدريس حيث منع منه لبعض الوجوه الآتية.

(٣) لكونه من العقود.

(٤) على ما سيأتي بيان الوجه فيه.

(٥) كصحيحه يعقوب بن شعيب «فى حديث» قال: «سألت أبا عبد الله (ع) عن الرجلين يكون بينهما النخل فيقول أحدهما لصاحبه: اختر اما ان تأخذ هذا النخل بكذا و كذا كيلا مسمى و تعطينى نصف هذا الكيل إما زاد أو نقص و إما ان آخذ انا بذلك، قال:

نعم لا بأس به» (١).

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ١٠ من أبواب بيع الثمار، ح ١.

و لمزيد من الروايات راجع الوسائل: ج ١٣ باب ١٤ من أبواب المزارعه و المساقاه.

و فى الثمار. فلا يختص ذلك بالمزارعه و المساقاه (١). بل مقتضى الاخبار جوازه فى كل زرع مشترك أو ثمر مشترك (٢) و الأقوى لزومه بعد القبول (٣) و ان تبين بعد ذلك زيادته أو نقيصته لبعض تلك الاخبار. مضافا إلى العمومات العامه خلافا لجماعه و الظاهر

(١) على ما يظهر ذلك من صحيحه يعقوب بن شعيب المتقدمه حيث لم يفرض فيها كون ذلك فى المزارعه أو المساقاه، أو حصل الاشتراك نتيجة لإرث أو شراء أو غيرهما.

هذا و لو تنزلنا عن دلالة النصوص، فيكفينا فى الإثبات كون الحكم على القاعده فإن أمر المال المشترك بينهما لأى سبب كان لا يعدو هما بل هو بيدهما فلهما ان يقسماه بالتراضى كيف شاء.

(٢) لما تقدم.

(٣) كما هو الحال فى سائر موارد القسمة، كتقسيم الإرث بالتراضى فإنه يمنع من الرجوع و مطالبه الشركه، فإن المال و بالتقسيم قد خرج من الاشتراك إلى الاختصاص، و معه فلا يجوز لهما الرجوع، لأصالة اللزوم فى كل عقد بمقتضى وجوب الوفاء بالعقد، و دليل صحته، فإن إطلاقه- على ما عرفته غير مره- يقتضى اللزوم و عدم جواز الفسخ لكل من المتعاقدين.

(٤) لأنها انما تتضمن إخراج المال من الإشاعه و الاشتراك إلى الافراز و الاختصاص.

(٥) كما يشهد له الفهم العرفى.

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٧٥

و لا صلحا معاوضيا (١)، فلا يجرى فيها إشكال اتحاد العوض و المعوض (٢)، و لا إشكال النهى عن المحاقله و المزابنه (٣)، و لا اشكال الربا (٤) و لو بناء على ما هو الأقوى من عدم اختصاص حرمة بالبيع و جريانه فى مطلق المعاوضات مع أن حاصل الزرع و الشجر قبل الحصاد و الجذاذ ليس من المكيل و الموزون (٥). و مع الإغماض عن ذلك كله يكفى فى صحتها الأخبار الخاصه. فهو نوع من المعامله عقلائيه ثبت بالنصوص، و لتسم بالتقبل.

(١) نعم الصلح بمعناه اللغوى صادق عليه، فإنه أيضا متضمن للتسالم و الاتفاق، إلا انه غير مختص به فإنه

و بهذا المعنى صادق على جميع المعاملات.

(٢) فإنه لا بيع فى المقام كى يستلزم اتحاد العوض و المعوض.

و على تقدير تحقق البيع فلا استلزام إذ العوض انما هو من حصه أحدهما و المعوض من حصه الآخر، فكل منهما يتنازل لصاحبه عن حصته المشاعه فى جزء معين من المال بإزاء تنازل صاحبه له عن حصته المشاعه فى الجزء الآخر.

(٣) فإنهما من بيع الثمر من النخيل أو السنبل من الحنطه بالحاصل من ذلك النخل و الزرع. و أين هما مما نحن فيه من إخراج المال المشترك بينهما من الاشتراك إلى الافراز و الاختصاص؟.

(٤) لاختصاصه بالمعاوضات و المقام ليس منها كما عرفت.

(٥) و حرمة الربا مختصه بهما.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٧٦

و حصر المعاملات فى المعهودات ممنوع (١)، نعم يمكن ان يقال: إنها فى المعنى راجعه إلى الصلح الغير المعاضى فكأنهما يتسالمان على أن يكون حصه أحدهما من المال المشترك كذا مقداراً و البقيه للآخر، شبه القسمه أو نوع منها. و على ذلك يصح إيقاعها بعنوان الصلح على الوجه المذكور مع قطع النظر عن الأخبار أيضاً، على الأقوى من اغتفار هذا المقدار من الجهاله فيه إذا ارتفع الغرر بالخرص المفروض، و على هذا لا يكون من التقبيل و التقبل. ثم ان المعامله المذكوره لا تحتاج إلى صيغه مخصوصه، بل يكفى كل لفظ دال على التقبل بل الأقوى عدم الحاجه إلى الصيغه أصلاً، فيكفى فيها مجرد التراضى (٢)، كما هو ظاهر الأخبار. و الظاهر اشتراط كون الخرص بعد بلوغ الحاصل و إدراكه (٣) فلا يجوز قبل ذلك، و القدر

(١) على ما تقدم منا بيانه فى مباحث المكاسب، كالمبادلات الماليه، فإن تبديل العباءه بالكتاب - مثلاً - معامله عقلائيه و ليست

هى من البيع، حيث لا- يختص فيها نظر أحدهما إلى المالیه و الآخر إلى الخصوصیه كى يعتبر الأول بائعا و الآخر مشتريا، فان نسبتها إليهما على حد سواء.

(٢) مع وجود مبرز له فى الخارج كى يتم معنى الإنشاء و العقد- على ما بيناه فى محله من الأصول.

(٣) لا لكونه مورد النصوص، إذ قد عرفت ان الحكم على القاعده

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٧٧

المتيقن من الاخبار كون المقدار المخروص عليه من حاصل ذلك الزرع (١) فلا يصح الخرص و جعل المقدار فى الذمه من جنس ذلك الحاصل. نعم لو أوقع المعامله بعنوان الصلح على الوجه الذى ذكرنا لا- مانع من ذلك فيه (٢) لكنه كما عرفت خارج عن هذه المعامله. ثم ان المشهور بينهم أن قرار هذه المعامله مشروط بسلامه الحاصل، فلو

و لا حاجه فيه إلى النص، و انما لاقتضاء القاعده ذلك، فإن صحه تقسيم المعدوم تحتاج إلى الدليل، لأنه انما يتعلق بأمر موجود بالفعل فلا اثر للتقسيم قبل تحقق العنوان و صدق كونه حنطه أو شعيرا أو غيرهما بلحاظ حال التحقق.

نعم لو فرضنا إرادتهما تقسيم الزرع الموجود بالفعل- بناء على ما اخترناه من كون مبدأ الشركه بينهما هو زمان تحقق الزرع- فلهما ذلك، و تكون صحه قسمه على القاعده، إلا انه ليس من قسمه الحنطه و الشعير على ما هو محل الكلام.

(١) لأن التقسيم- على ما ذكرنا- إخراج للمال عن الإشاعه و الاشتراك إلى الإفراز و الاختصاص، و هو غير صادق مع كون البديل أمرا ثابتا فى الذمه، فإنه من المبادله لا محاله فيدخل فى عنوان البيع أو الصلح.

(٢) إذ ليس هناك ما يوجب البطلان إلا محذور الربا، و يدفعه عدم كون الحنطه

و الشعير قبل الجذاذ من المكيل أو الموزون، و الربا مختص بهما.

نعم لو كانت هذه المعامله بعد الجذاذ و الحصاد لم تصح لاستلزامها

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٧٨

تلف بآفه سماويه أو أرضيه كان عليهما. و لعله لان تعيين الحصه فى المقدار المعين ليس من باب الكلى فى المعين، بل هى باقيه على إشاعتها (١) غايه الأمر تعيينها فى مقدار معين.

الربا على تقدير عدم التساوى، إلا ان هذا الفرض خارج عن محل كلامه (قده).

(١) و فيه: انه لا- مجال لتصور الإشاعه مع فرض التعيين، فإنهما لا يجتمعان إطلاقاً إذ الإشاعه تعنى اشتراكهما فى كل جزء، و هو ينافى التعيين الذى يعنى اختصاص كل منهما بشىء خاص.

إذن: فليس المقام إلا- من قبيل الكلى فى المعين، فان شخص المال بأجمعه لمالك البذر و لصاحبه المقدار المعين على نحو الكلى فى ضمنه.

الا أن هذا لا يعنى مخالفتنا للمشهور فيما ذهبوا إليه، فإنه هو الصحيح فى المقام حتى بناء على ما اخترناه. و ذلك لان الملحوظ فى تعيين المقدار انما هو نسبته إلى المجموع فحينما يخرص الناتج بمائه رطل و يجعل لأحد الطرفين خمسين رطلاً فإنما يعنى ذلك جعل النصف له و هكذا فى باقى المقادير، فإنه إنما يدفع له المقدار المعين بلحاظ كون المجموع كذا مقداراً و بالقياس إليه، فالمقدار انما يلحظ كمشير للنسبه لا غير.

و من هنا يكون التالف محسوباً عليهما، حيث انه يؤثر على المقدار العائد إليه لا محاله نتيجة لنقصان ما تخرج منه النسبه.

و لعل مراده (قده) من الإشاعه من المقام هذا المعنى، و إلا فالتعيين لا يتلاءم معها.

ثم أن مما ذكرنا يظهر انه لا فرق فى التلف بين كونه بآفه سماويه

مباني العروه

مع احتمال أن يكون ذلك من الشرط الضمنى بينهما.

و الظاهر أن المراد من الآفه الأرضيه ما كان من غير الإنسان و لا يبعد (١) لحوق إتلاف متلف من الإنسان أيضا به، و هل يجوز خرص ثالث حصه أحدهما أو كليهما فى مقدار؟

وجهان أقواهما العدم (٢).

[مسأله (٢١): بناء على ما ذكرنا من الاشتراك أول الأمر فى الزرع يجب على كل منهما الزكاه]

(مسأله ٢١): بناء على ما ذكرنا من الاشتراك أول الأمر فى الزرع يجب على كل منهما الزكاه (٣) إذا كان نصيب كل منهما بحد النصاب و على من بلغ نصيبه ان بلغ نصيب أحدهما. و كذا إن اشترطا الاشتراك حين ظهور

أو أرضيه، فإن الحكم فى الجميع واحد، لوحده الملاك. اعنى كون الملحوظ فى الحقيقه هى النسبه، فإنه يوجب اشتراكهما فى تحمل التالف.

(١) ظهر وجهه مما تقدم.

(٢) لم يظهر لنا وجهه بعد ما تقدم منه (قده) و منا من كون صحه هذه المعامله على القاعده لكونها معامله عقلائييه، فلا يحتاج إلى الدليل الخاص و ان لم تكن من المعاملات المعهوده.

فإنه و بناء على هذا لا وجه لتخصيص الجواز بما إذا كان الخارص احد الشريكين، فإنه ثابت حتى و لو كان الخارص شخصا ثالثا كما لو كان من أهل الخبره و الوثوق.

و مجرد كون مورد الروايات هو الأول لا يدل على اختصاص الحكم به، فالظاهر هو الجواز مطلقا.

(٣) و كذا بناء على ما اخترناه من كون الاشتراك من أول حصول الزرع، لتحقق ملاك و جوب الزكاه فيه أيضا.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٨٠

الثمره، لأن تعلق الزكاه بعد صدق الاسم، و بمجرد الظهور لا يصدق. و ان اشترطا الاشتراك بعد صدق الاسم و حين الحصاد و التصفيه فهى على صاحب البذر فيهما لان المفروض أن الزرع و الحاصل له

إلى ذلك الوقت، فتتعلق الزكاه فى ملكه.

[مسأله ٢٢: إذا بقى فى الأرض أصل الزرع بعد انقضاء المده و القسمة فنبت بعد ذلك فى العام الآتى]

(مسأله ٢٢): إذا بقى فى الأرض أصل الزرع بعد انقضاء المده و القسمة فنبت بعد ذلك فى العام الآتى، فإن كان البذر لهما فهو لهما (١)، و ان كان لأحدهما فله (٢) الا- مع الاعراض و حينئذ فهو لمن سبق (٣) و يحتمل أن يكون لهما مع عدم الاعراض مطلقا، لان المفروض شركتهما فى الزرع و أصله (٤) و إن كان البذر لأحدهما أو لثالث

(١) على ما تقتضيه قاعده تبعيه النماء للبذر فى الملكيه، فإن النماء الحاصل لما كان نماء لملكهما معا كان كذلك أيضا.

(٢) لما تقدم.

(٣) ما أفاده (قده) مبنى على اقتضاء الاعراض لسقوط ملكيه المعرض - بالكسر - عن المعرض عنه و زوالها.

إلا إنك قد عرفت غير مره، انه لا دليل على زوال الملكيه و سقوطها بالاعراض، فإنه يحتاج إلى الدليل و هو مفقود، بل مقتضى دليل الملك بقاءه و عدم زواله بالاعراض، ما لم يكن تصرف الغير فيه متوقفا على الملك.

(٤) و هو مبنى على ما أفاده (قده) من كون مبدأ الاشتراك

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٨١

و هو الأقوى. و كذا إذا بقى فى الأرض بعض الحب فنبت، فإنه مشترك بينهما (١)، مع عدم الاعراض (٢) نعم لو كان الباقي حب مختص بأحدهما اختص به (٣) ثم لا يستحق صاحب الأرض أجره لذلك الزرع النابت على الزارع فى صورته الاشتراك أو الاختصاص به، و ان انتفع بها، إذا لم يكن ذلك من فعله و لا من معاملته واقعه بينهما (٤).

بين العامل و المالك هو من حين نثر البذر بحيث يكون الحب مشتركا بينهما، أو يكون ذلك بالاشتراط حيث تقدم جواز تعيينه كيف ما يشاء!.

و أما

على غير هذين الوجهين كالوجهين الأخيرين اللذين ذكرهما (قده) أو الوجه الذى ذكرناه من كون مبدأ الاشتراك أول أزمته حصول الزرع، فحيث ان عقد المزارعه لا يقتضى إلا الاشتراك فى الحاصل فلا وجه للاشتراك فى المقام، حيث ان البذر حينئذ يختص بياذله سواء أ كان هو الزارع أو مالك الأرض؟

و الحاصل: ان حال هذه الصورة- أعنى كون النماء نماء للأصول الباقية مع اختصاص البذر بأحدهما- حال صورته كون النماء نماء للحب المختص بأحدهما الآتية من غير فرق.

(١) لتبعيه الحاصل للبذر فى الملك، فإنه لما كان مشتركاً كان النماء مشتركاً لا محاله أيضاً.

(٢) بل معه أيضاً على ما تقدم،

(٣) لما تقدم.

(٤) فلا موجب للضمان، لأنه انما يكون فيما إذا صدر الفعل

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٨٢

[(مسألة ٢٣): لو اختلفا فى المده و أنها سنه أو سنتان - مثلاً]

(مسألة ٢٣): لو اختلفا فى المده و أنها سنه أو سنتان - مثلاً- فالقول قول منكر الزيادة (١)، و كذا لو قال أحدهما أنها ستة أشهر و الآخر قال إنها ثمانية أشهر، نعم لو ادعى المالك مده قليلة لا تكفى لبلوغ الحاصل و لو نادرا ففى تقديم قوله اشكال (٢). و لو اختلفا فى الحصه قله و كثره فالقول قول صاحب البذر المدعى للقله (٣).

هذا إذا كان نزاعهما فى زياده المده أو الحصه و عدمها، و أما لو اختلفا فى تشخيص ما وقع عليه العقد و أنه وقع على كذا أو كذا فالظاهر التحالف (٤) و ان كان خلاف إطلاق كلماتهم، فان حلفا أو نكلا فالمرجع أصاله عدم الزيادة.

عن أمره أو مباشرته له، فلا يثبت فى مورد يكون ذلك خارجاً عن اختياره و ارادته حتى مع استيفاء للمنفعه، فإنه رزق ساقه الله اليه من حيث لم يحتسب.

(١) لان جواز

تصرف الزارع فى أرض المالك و ملكه فى الزائد أو إلزام المالك له بالعمل فيه يحتاح إلى الدليل و الأصل عدمه.

(٢) من جهه ان دعواه حينئذ يرجع إلى ادعاء فساد العقد، لأنه يدعى المزارعه فى فتره غير قابله لتحقق الحاصل، فيتقدم قول صاحبه لأصالة صحه العقد.

(٣) ظهر وجهه مما تقدم.

(٤) بل الظاهر أن القول قول من يدعى القله حتى فى هذه الصوره و ذلك لما عرفته منا غير مره، ان نصوص القضاء و الدعوى على

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٨٣

[مسأله (٢٤): لو اختلفا فى اشتراط كون البذر أو العمل أو العوامل على أيهما]

(مسأله ٢٤): لو اختلفا فى اشتراط كون البذر أو العمل أو العوامل على أيهما فالمرجع التحالف (١) و مع حلفهما أو نكولهما تنفسخ المعامله (٢)

[مسأله (٢٥): لو اختلفا فى الإعاره و المزارعه]

(مسأله ٢٥): لو اختلفا فى الإعاره و المزارعه فادعى

كثرتها لم تتعرض لتحديد المدعى و المنكر، بل النصوص تعرضت لذكرهما تاركه تفسيرهما للفهم العرفى.

و من هنا فلا- بد من الرجوع إليه فى تحديدهما، و مقتضاه اعتبار من يلزم بإثبات ما يقوله مدعيا و صاحبه الذى لا يطالب به منكر من غير نظر لمصب الدعوى.

فمن يلزم بالإثبات هو المدعى و عليه البينه بأى صيغه كان التعبير و إظهار الدعوى.

و عليه: ففى المقام حيث يكون مدعى الزيادة ملزما بالإثبات لدى العرف، لأنه يدعى على صاحبه جواز تصرفه فى المده الزائده فى مال المالك أو استحقاقه للعمل على العامل فيها أو ملكيته لبعض أمواله، فهو المدعى و يلزم بالإثبات عرفا من دون ان يكون على صاحبه شىء فإنه لا يلزم عرفا بإثبات العدم و من هنا يتضح انه لا وجه لاعتبار المقام من موارد التداعى و القول بالتحالف فيه.

(١) لاين كلا- منهما يدعى على صاحبه شيئا و يلزمه به و هو ينكره فيكون كل منهما ملزما بالإثبات لدى العرف، و هو ضابط التداعى.

(٢) لعدم إمكان تحقق المزارعه بدون ذلك، و عدم إمكان إلزام كل منهما به ظاهرا، و عليه فيكون العقد كأن لم يكن، نظرا لما تقدم في البيع من ان اختلاف المتعاقدين في المبيع يوجب الحكم بفساده ظاهرا.

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٨٤

الزارع أن المالك أعطاه الأرض عاربه و المالك ادعى المزارعه فالمرجع التحالف أيضا، و مع حلفهما أو نكولهما تثبت اجره المثل للأرض. فإن كان بعد البلوغ فلا اشكال (١) و

(١) الظاهر أنه لا وجه لعد هذه الصورة من باب التداعى و من ثم القول بالتحالف فيها، و ذلك لما تقدم منا غير مره من ان الملاك فى اعتبار مورد من التداعى انما هو بإلزام كل من طرفى النزاع لصاحبه بشىء و إنكاره لما يدعيه الآخر، فان هذا الملاك إذا تحقق فى مورد كان ذلك المورد من التداعى و ثبت فيه التحالف و إلا فهو أجنبى عنه.

و عليه ففيمنا نحن فيه، فحيث ان الإلزام يختص بطرف واحد خاصه و هو المالك حيث يلزم العامل و بحسب دعواه للمزارعه بدفع الحصة من التناج له، دون العكس فان العامل و بحسب دعواه للعاريه لا يلزم المالك بشىء إطلاقاً، غاية الأمر انه ينكر عليه ما يدعيه خاصه فالمورد خارج عن باب التداعى و داخل فى باب المدعى و المنكر فعلى المدعى الإثبات و على المنكر اليمين. و مجرد كون كل منهما يدعى أمراً وجودياً، لا يجعل المقام من التداعى.

و الحاصل: ان الإلزام فى المقام لما كان يختص بطرف واحد فقط لم يكن وجه لجعله من مصاديق التداعى و من ثم إثبات اليمين على الطرفين فيه، فإنه من مصاديق المدعى و المنكر، و لا بد فيه من الرجوع إلى القواعد المذكوره له فى باب القضاء، و مقتضاها ان المدعى إذا تمكن من إثبات دعواه بالبينه أو اليمين المردوده فهو، و إلا فالتناج بأجمعه للمنكر.

و أما مسأله ثبوت اجره مثل الأرض على العامل للمالك، لكونه

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٨٥

.....

قد تصرف فيها و استوفى منفعتها، فقد تعرض لها (قده) فى كتاب الإجاره فى مسأله ما إذا ادعى الساكن للدار العاريه و ادعى المالك الإجاره، و قد عرفت انه لا

موجب لها بالمره، لأن ضمان المنافع انما يثبت بالعقد و الالتزام أو بوضع اليد و التصرف فى مال الغير بغير إذنه، و لا شىء فيها موجود فى المقام.

أما الأول فلعدم ثبوته- كما هو المفروض-، و اما الثانى فلا حراز عدمه لكون تصرفه- العامل- فى المال باذن المالك جزما و ان تردد كونه فى ضمن المزارعه أو العاريه.

و قد تعرضنا لتحقيق المسأله مفصلا فى كتاب الإجاره فراجع.

بل فى المقام خصوصيه زائده تقتضى ثبوت اجره المثل حتى و لو قلنا بثبوتها فى الإجاره و هى اعتراف مالك الأرض بعدم ثبوتها فان هذه الخصوصيه موجوده فى المقام و مفقوده فى باب التنازع فى الإجاره، إذ هناك يطالب المالك الساكن بالأجره غايه الأمر أنه يراها المقدار الذى يدعيه، فإذا لم يثبت ما يدعيه فللقول بثبوت اجره المثل وجه و ان لم نكن نرتضيه، فى حين انه فى المقام يعترف بعدم استحقاقه لها بالمره لأنه انما يدعى عليه الحصه من الحاصل خاصه، و من هنا فلا وجه لثبوتها حتى مع القول بها فى الإجاره.

نعم قد يكون ادعاءه للحصه غير مستلزم لاعترافه بعدم استحقاقه الحصه المعينه، كما لو ادعى المالك علم العامل بالحال بحيث يكون إنكاره ناشئا عن الجحود و غصبه لحصته لا الخطأ و النسيان، فان ادعاءه للمزارعه حينئذ لا يلزم اعترافه بعدم استحقاقه لها، فان له أخذها لكن لا بعنوانها و بما هى أجره مثل أرضه و انما بعنوان التقاص و استيفاء حصته المغصوبه.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٨٦

كان فى الأثناء فالظاهر جواز الرجوع للمالك (١)، و فى وجوب إبقاء الزرع إلى البلوغ عليه مع الأجره إذا أراد

و الحاصل: ان سبب الضمان منحصر فى أمرين العقد و التصرف و

كلاهما مفقود فى المقام فان التصرف انما كان عن إذن المالك قطعا و العقد لم يثبت و ان ادعاه المالك.

إذن: فالصحيح فى هذه الصورة هو الحكم باختصاص الزارع بالحاصل و من دون أن يكون عليه شىء لملك الأرض مطلقا ما لم يثبت المالك مدعاه بالبينة أو اليمين المردوده.

(١) لأن المقام من التداعى حيث ان كلا منهما يلزم صاحبه بشىء و هو ينكره، فالمالك بدعواه المزارعه يلزم العامل بالعمل فى البذور و الأرض كى يحصل الناتج و يكون مشتركا بينهما. فيما يلزمه العامل بدعواه العاربه بإبقاء زرعته فى أرضه و عدم مزاحمته فى هذه الجبهه حتى تحقق الحاصل، باعتبار أنه ليس للمالك الرجوع فى عاربه فى أثناء العمل لاستلزامه تضرر العامل.

و بذلك يتحقق ضابط باب التداعى و من ثم فيثبت التحالف فان حلفا أو نكلا معا انفسخ العقد و كان كأن لم يكن.

هذا كله بناء على ما اخترناه من لزوم العاربه فى المقام- على ما أوضحناه فى المسأله الرابعه- و اما بناء على ما ذهب اليه الماتن (قده) من جواز رجوع المالك فى الأرض المستعاره للمزارعه، فلا وجه لاعتبار هذه الصورة من التداعى، فان الادعاء و الإلزام- حينئذ- انما يختص بطرف واحد هو المالك، حيث يلزم العامل بالحصه من الحاصل، و اما العامل فلا يلزمه بشىء على الإطلاق، و من هنا

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٨٧

الزارع و عدمه و جواز أمره بالإزاله وجهان (١) و ان كان

فيكون المقام من المدعى و المنكر.

نعم بناء على وجوب إبقاء المالك للزرع فى هذه الصورة حتى البلوغ عند طلب الزارع ذلك- على ما سيأتى التعرض إليه فى الفرع القادم- فالمقام من التداعى أيضا حيث ان الإلزام لا يختص

بالمالك بل العامل أيضا يلزمه بالإبقاء بالأجره.

و الحاصل: ان اعتبار المقام من التداعى و من ثم إثبات التحالف فيه، يتوقف اما على القول بلزوم العاريه هنا أو القول بلزوم إبقاء الزرع مع الأجره عند طلب الزارع، و إلا فالمقام من موارد المدعى و المنكر حيث يختص الإلزام بطرف واحد هو المالك فقط.

(١) من سلطنه الناس على أموالهم بعد عدم ثبوت دعوى العامل فلا يجب عليه الصبر إلى البلوغ حتى مع الأجره، و من دليل لا ضرر حيث يستلزم قلعه الضرر على العامل باعتبار ان الزرع حينئذ إنما يباع بقيمه العلف خاصه، و الصحيح هو الأول، و الوجه فيه ما ذكرناه فى غير مورد من أن دليل لا ضرر لما كان واردا مورد الامتنان على العباد و الرأفه على الأمه، لا يعم موارد استلزام رفع الحكم عن أحد تضرر غيره- كما فيما نحن فيه- فان شموله للمقام يستلزم تضرر المالك بقطع سلطنته على ماله، و هو خلاف الامتنان. نظير ذلك ما وقع مقدار من الحب المملوك لأحد فى أرض غيره بفعل الريح أو الصبى أو المجنون، أ فهل يحتمل فيه ان يقال بان لمالك البذر إلزام مالك الأرض بإبقاء الزرع فى أرضه بالأجره باعتبار ان قلعه مستلزم لتضرره؟
فإنه مما لا نظن ان يقول به ففيه.

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٨٨

النزاع قبل نثر الحب فالظاهر الانفساخ بعد حلفهما أو نكولهما (١)

و الحاصل: ان العقد لما فرض فى حكم العدم نتيجة للتحالف، لم يكن وجه لإلزام مالك الأرض بإبقاء الزرع فى أرضه بإزاء الأجره فإنه مناف لسلطنته و دليل لا ضرر لا يشمل مثله.

هذا كله بالنسبه إلى أجره الأرض بالقياس إلى زمن ما بعد التحالف.

و اما بالقياس

إلى الفتره الماضيه قبل التنازع، فلم يتعرض لها (قده) و الظاهر أن حكمها حكم صوره التنازع بعد البلوغ و ادراك الحاصل، فبناء على ما اختاره (قده) لا بد فى المقام من القول بثبوتها أيضا، و بناء على ما اخترناه فلا.

(١) يظهر حكم هذه الصوره مما ذكرناه فى الصوره الأولى- اعنى التنازع بعد بلوغ الحاصل و إدراكه فإن الحكم هنا أوضح منه هناك، إذ لا- وجه لعد المقام من باب التداعى، فإن العامل لا يلزم المالك بشىء مطلقا و انما هو يدعى العاريه و لما كانت دعواه هذه قبل الشروع فى العمل فهو معترف بجواز العقد و صلاحيه المالك لفسخه، و حيث ان المالك منكر له، كفى ذلك فى انفساخ ما يدعيه العامل على تقدير ثبوته واقعا.

و من هنا فليس للعامل التصرف فى الأرض من حيث دعواه العاريه حتى بناء على صدقه واقعا.

و عليه: فيبقى دعوى المالك عليه المزارعه حيث يلزمه بالعمل فى الأرض خاليه عن المعارض، و بذلك فيكون من مصاديق المدعى و المنكر، و لا بد من إجراء أحكامه، فإن أثبت مدعاه بالبينه أو اليمين

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٨٩

[مسأله ٢٦): لو ادعى المالك الغصب و الزارع ادعى المزارعه]

(مسأله ٢٦): لو ادعى المالك الغصب و الزارع ادعى المزارعه فالقول قول المالك (١) مع يمينه على نفى المزارعه (٢).

[مسأله ٢٧): فى الموارد التى للمالك قلع زرع الزارع هل يجوز له ذلك بعد تعلق الزكاه و قبل البلوغ؟]

(مسأله ٢٧): فى الموارد التى للمالك قلع زرع الزارع هل يجوز له ذلك بعد تعلق الزكاه و قبل البلوغ؟ قد يقال بعدم الجواز إلا أن يضمن حصتها للفقراء لانه ضرر عليهم

المردوده فهو و إلا فليس على العامل شىء .

(١) لأن وضع اليد على مال الغير و التصرف فيه بغير إذنه محرم شرعا و موجب للضمان، و من هنا فعلى العامل فى إسقاط الضمان على نفسه من إثبات مدعاه، و إلا- فعليه اجره المثل لتصرفه فى أرض الغير الذى لم يثبت كونه عن إذن المالك، و الأصل عدمه.

(٢) على ما تقتضيه قواعد القضاء.

ثم ان تقييده (قده) لسماح قوله بنفى المزارعه انما هو من جهه انحلال ادعاء المالك فى التحقيقه إلى دعويين:- الأولى: دعوى عدم المزارعه و كون تصرف الزارع فى أرضه تصرفا بغير إذنه. الثانيه:- دعوى كونه غاصبا و كون تصرفه محرما و على خلاف الموازين الشرعيه.

فدعوى المالك للغصب انما تسمع فيما يعود إلى الشق الأول خاصة حيث ان التصرف فى مال الغير يتوقف على إذنه و هو غير ثابت بل الأصل عدمه، فيضمن العامل لاجره المثل لا محاله.

و أما فيما يعود إلى الشق الثانى، فلا تسمع دعواه، و من هنا فلا يعامل الزارع معاملة الغاصب، فلا يحكم بفسقه كما لا يثبت عليه التعزير للغصب.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٩٠

و الأقوى الجواز، و حق الفقراء يتعلق بذلك الموجود (١) و ان لم يكن بالغاً.

[(مسألة ٢٨): يستفاد من جملة من الأخبار أنه يجوز لمن بيده الأرض الخراجيه أن يسلمها إلى غيره ليزرع لنفسه و يؤدي خراجها عنه]

(مسألة ٢٨): يستفاد من جملة من الأخبار (٢) أنه يجوز لمن بيده الأرض الخراجيه أن يسلمها إلى غيره ليزرع لنفسه و يؤدي خراجها عنه و لا بأس به.

[مسائل متفرقه]

اشاره

مسائل متفرقه:

[الأولى: إذا قصر العامل فى تربيته الزرع فقل الحاصل فالظاهر ضمانه التفاوت]

الأولى: إذا قصر العامل فى تربيته الزرع فقل الحاصل فالظاهر ضمانه التفاوت (٣) بحسب تخمين أهل الخبرة، كما

(١) بمعنى ان حق الفقراء انما تعلق بالمال بما هو هو و بما عليه من الحال اعنى المال الذى لمالك الأرض حق قلعه، و من هنا فلا يكون حقهم مانعا من استعمال المالك لحقه، و هو ظاهر.

(٢) ففى صحيحه يعقوب بن شعيب عن أبى عبد الله (ع) قال:

«سألته عن الرجل تكون له الأرض من أرض الخراج فيدفعها إلى الرجل على أن يعمرها و يصلحها و يؤدي خراجها، و ما كان من فضل فهو بينهما، قال: لا بأس» (١).

و نحوها غيرها، على ان الحكم على القاعده و لا حاجه فى إثباته إلى النص، فان حق الزراعه و العمارة ثابت لمن الأرض بيده فعلاً، فله أن ينقله إلى غيره مجاناً أو بعوض معلوم أو الحصه من الحاصل.

(٣) و قد استشكل فيه بعضهم بدعوى انه لا دليل على ضمان النقص

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ١٠ من أبواب أحكام المزارعه و المساقاه، ح ٢.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٩١

صرح به المحقق القمى (قده) فى أجوبه مسائله.

[الثانيه: إذا ادعى المالك على العامل عدم العمل بما اشترط فى ضمان عقد المزارعه من بعض الشروط]

الثانيه: إذا ادعى المالك على العامل عدم العمل بما اشترط فى ضمان عقد المزارعه من بعض الشروط، أو ادعى عليه تقصيره فى العمل على وجه يضر بالزرع، و أنكر الزارع عدم العمل بالشرط أو التقصير فيه، فالقول قوله، لأنه مؤتمن فى

إلا-قاعده الإتلاف و هى تختص بالنقص الطارى على المال الموجود بالفعل، فلا تشمل صورته عمل العامل شيئاً يوجب قله الحاصل و وجوده ناقصاً.

نعم فى هذه الصوره يكون للمالك الخيار فان فسخ رجع بأجره مثل أرضه و بدل بذره على تقدير كونه منه.

و فيه:

ان ظاهر كلامه (قده) وجود الزرع بالفعل و كون التقصير فى تربيته خاصه، و هو موجب للضمان، لان الزارع بتقصيره فى التربيه قد اوجب نقصا و عيبا فى المال الموجود بالفعل، و تلف الوصف كتلف العين موجب للضمان إلا ان حقه لا ينحصر فى ذلك فله فسخ العقد لتخلف العامل عن تربيه الزرع.

و الحاصل: ان المالك فى هذه الصوره بالخيار بين فسخه للعقد و بين إبقاءه على حاله و تضمين العامل للوصف الفائن.

نعم لو كان التقصير قبل وجود الزرع و تحققه، فالإشكال وارد فإنه ليس بمال بالفعل و معه فلا موجب للضمان.

إذن: فالصحيح فى المقام هو التفصيل بين كون التقصير بعد خروج الزرع و تحققه فيضمن و بين كونه قبله فلا يضمن.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٩٢

عمله (١) و كذا لو ادعى عليه التقصير فى حفظ الحاصل بعد ظهوره و أنكر (٢)

[الثالثه: لو ادعى أحدهما على الآخر شرطا متعلقا بالزرع و أنكر أصل الاشتراط]

الثالثه: لو ادعى أحدهما على الآخر شرطا متعلقا بالزرع و أنكر أصل الاشتراط، فالقول قول المنكر (٣).

[الرابعه: لو ادعى أحدهما على الآخر الغبن فى المعامله فعليه إثباته]

الرابعه: لو ادعى أحدهما على الآخر الغبن فى المعامله فعليه إثباته (٤) و بعده له الفسخ (٥).

(١) خلافا للقاعده حيث تقتضى كون الإثبات على العامل، إلا اننا قد خرجنا عنها لوجود الدليل على تقديم قول العامل و هو مضافا إلى ما يستفاد من جمله من النصوص من قبول قول الأمين و عدم مطالبته بالإثبات ما لم يثبت خلافه، السيره العمليه القطعيه المتصله بعهد المعصومين (ع)، حيث جرى بناء العقلاء من المشرعه و غيرهم على قبول قول الوكيل فيما هو وكيل فيه، فتراهم يعتمدون على قوله فى إجراء العقد إذا كان وكيلا فيه و يرتبون عليه الأثر من غير ان يلزم بالإثبات.

(٢) و إلى هذا الدليل الكلمه المعروفه فى ألسنتهم «من ملك شيئا ملك الإقرار به».

(٣) لما تقدم.

(٤) لكون الشرط أمرا زائدا على ما يقتضيه عقد المزارعه و الأصل عدمه، كما هو الحال فى سائر العقود.

(٥) إذ العقد بطبيعته الأوليه يقتضى لزوم و عدم جواز رفع اليد لكل منهما عنه و من هنا فعلى مدعى الغبن الإثبات لرجوع دعواه إلى ثبوت حق رفع اليد عما التزم به و فرض العقد كأن لم يكن.

[الخامسه: إذا زارع المتولى للوقف الأرض الموقوفه بملاحظه مصلحه البطون إلى مده لزم]

الخامسه: إذا زارع المتولى للوقف الأرض الموقوفه بملاحظه مصلحه البطون إلى مده لزم و لا تبطل بالموت (١) و أما إذا زارع البطن المتقدم من الموقوف عليهم الأرض الموقوفه ثم مات فى الأثناء قبل انقضاء المده، فالظاهر بطلانها من ذلك الحين، لانتقال الأرض إلى البطن اللاحق (٢) كما ان الأمر كذلك فى إجارتها لها (٣). لكن استشكل فيه المحقق القمى (قده) بان عقد المزارعه لازمه لا تنفسخ الا بالتقاييل أو ببعض الوجوه التى ذكروها. و لم يذكروا

فى تعدادها هذه الصورة مع أنهم ذكروا فى الإجاره بطلانها إذا آجر البطن المتقدم ثم مات فى أثناء المده ثم استشعر عدم الفرق بينهما بحسب القاعده، فالتجأ إلى أن الإجاره أيضا لا تبطل بموت البطن السابق فى أثناء المده و ان كان البطن اللاحق يتلقى الملك من الواقف لا- من السابق، و ان ملكيه السابق كانت إلى حين موته (٤)، بدعوى: أنه إذا آجر مده لا تزيد على عمره الطبيعى و مقتضى الاستصحاب بقاءه

(١) على ما يقتضيه خيار الغبن.

(٢) فإن عقده نافذ عليهم، لكونه مالكا لذلك التصرف بحسب توليته.

(٣) فيكون العقد بالنسبه إليهم فضوليا إن شاءوا أجازوا و الا حكم ببطلانه.

(٤) على ما مر بيانه مفصلا فى كتاب الإجاره.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٩٤

بمقداره، فكما أنها فى الظاهر محكوماه بالصحه كذلك عند الشارع و فى الواقع فموت السابق ينتقل ما قرره من الأجره إلى اللاحق، لا الأرض بمنفعتها. إلى آخر ما ذكره من النقض و الإبرام، و فيه ما لا يخفى (١). و لا ينبغى الإشكال فى البطلان بموته فى المقامين.

(١) فان الاستصحاب حكم ظاهرى صرف لا يوجب اى تبديل فى الواقع، و من هنا فلا مجال للتمسك به بعد انكشاف الخلاف و كون العقد واقعا على ملك الغير و متعلقا به، بل لا محيص عن الحكم ببطلانه.

و لذا لا يلتزم أحد بصحه العقد فيما لو باع المالك داره مستندا إلى استصحاب بقاءه على ملكه ثم تبين بيع و كيله له قبل ذلك، فإنه لا يحتمل ان يقال بنفوذ عقد المالك على المشتري من الوكيل بحيث يكون الثمن المسمى فى العقد له لمجرد انه استند إلى الاستصحاب، فان بطلانه من أوضح الواضحات.

و أوضح منها فى

البطلان قياس المقام على موت المالك في أثناء مدته الإجاره، فإن الذى ينتقل من المورث إلى الوارث انما هو تركته و من هنا فإذا كان المورث قد استوفى المنفعه فى حياته، حيث يكون له ذلك لانه مالك للمنافع إلى الأبد لا المنفعه ما دام حيا كما هو الحال فى ملكيه البطن الموجود لمنفعه العين الموقوفه- بإجارته للعين فتره تزيد على حياته، فلم تبق تلك المنفعه على ملكه كى تنتقل إلى الورثه فإن الانتقال إليهم فرع كونها مما تركه الميت، و هو منتف مع استيفاء لها فى حياته.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٩٥

[السادسه: يجوز مزارعه الكافر]

السادسه: يجوز مزارعه الكافر، مزارعا كان أو زارعا (١).

[السابعه: فى جملة من الأخبار النهى عن جعل ثلث للبذر و ثلث للبقر و ثلث لصاحب الأرض]

السابعه: فى جملة من الأخبار (٢) النهى عن جعل ثلث للبذر و ثلث للبقر و ثلث لصاحب الأرض،

و كيف كان: فما أفاده المحقق القمى (قده) يعد غريبا منه- رحمه الله.

(١) بلا اشكال فيه، و تدل عليه مضافا إلى إطلاقات الأدله كما هو الحال فى سائر المعاملات من البيع و الإجاره و غيرها، موثقه سماعه قال: «سألته عن مزارعه المسلم المشرك فيكون من عند المسلم البذر و البقر و تكون الأرض و الماء و الخراج و العمل على العليح، قال:

لا بأس به» (١).

فيستفاد من فرض كون الأرض من الكافر صحه كونه مزارعا للمسلم، و من فرض كون العمل عليه صحه كونه زارعا.

(٢) فى صحيحه عبد الله بن سنان أنه قال: «فى الرجل يزارع فيزرع أرض غيره فيقول: ثلث للبقر، و ثلث للبذر، و ثلث للأرض قال: لا يسمى شيئا من الحب و البقر و لكن يقول: ازرع فيها كذا و كذا، ان شئت نصفاء، و ان شئت ثلثا» (٢).

و فى صحيحه سليمان بن خالد قال: «سألته أبا عبد الله (ع) عن الرجل يزارع فيزرع أرض آخر فيشترط للبذر ثلثا و للبقر ثلثا.

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ١٢ من أبواب أحكام المزارعه و المساقاه ح ١.

(٢) الوسائل: ج ١٣ باب ٨ من أبواب أحكام المزارعه و المساقاه ح ٥.

وانه لا- ينبغي ان يسمى بذرا و لا- بقرا، فإنما يحرم الكلام، و الظاهر كراهته (١) و عن ابن الجنيد و ابن البراج حرمة (٢) فالأحوط الترك.

[الثامنه: بعد تحقق المزارعه على الوجه الشرعى، يجوز لأحدهما بعد ظهور الحاصل ان يصلح عن حصته]

الثامنه: بعد تحقق المزارعه على الوجه الشرعى، يجوز لأحدهما بعد ظهور الحاصل ان يصلح عن حصته (٣) بمقدار معين من جنسه أو غيره بعد التخمين

بحسب المتعارف بل لا بأس به قبل ظهوره أيضا (٤). كما أن الظاهر جواز

قال: لا ينبغي ان يسمى بذرا و لا بقرا فإنما يحرم الكلام» (١).

و نحوهما غيرهما.

(١) لا وجه لهذا الظهور بعد صحه إسناد الروايات و وضوح دلالتها على المنع إلا دعوى إعراض الأصحاب عنها، لكنك خبير بعدم تماميه هذه الدعوى، فإنه لا يوجب وهنا في الروايه ما لم يتم الإجماع القطعى على الخلاف.

(٢) و مال إليها صاحب الجواهر (قده) و هو الصحيح لما عرفت.

(٣) فإنه مالك لها بالفعل، و له التصرف فيها و نقلها إلى الغير كيف شاء.

(٤) و فيه ما لا يخفى، فان الزرع قبل ظهوره أمر معدوم لا وجود له، فلا يصلح للمصالحة عليه، فإنها انما تقع على المملوك دون غيره.

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ٨ من أبواب أحكام المزارعه و المساقاه ح ٦.

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٩٧

مصالحة أحدهما مع الآخر عن حصته في هذه القطعه من الأرض بحصه الآخر في الأخرى (١)، بل الظاهر جواز تقسيمهما بجعل احدى القطعتين لأحدهما و الأخرى للآخر إذ القدر المسلم لزوم جعل الحصه مشاعه من أول الأمر و في أصل العقد (٢).

[التاسعه: لا يجب فى المزارعه على أرض إمكان زرعها من أول الأمر، و فى السنه الأولى]

التاسعه: لا يجب فى المزارعه على أرض إمكان زرعها من أول الأمر، و فى السنه الأولى، بل يجوز المزارعه على

و بعباره اخرى: ان مصالحة الموجود بالمعدوم محكوم به بالفساد نظرا لاختصاصها بما يعد مالا و يكون مملوكا بالفعل.

نعم فى خصوص بيع الزرع قبل ظهوره ثبت جوازه مع الضميمه بالنص الخاص فىكون تخصيصا لحكم القاعده كما هو الحال فى بيع الآبق مع الضميمه، فىمكن إثبات الحكم فى المقام و التزام جواز المصالحة على الزرع المعدوم بالفعل مع الضميمه بالأولويه

القطعيه، فإنه إذا

جاز بيعه كذلك جاز الصلح عليه بطريق أولى.

إذن: فالصحيح هو التفصيل بين خلو العقد عن الضميمة فيحكم ببطلانه و اقتترانه بها فيحكم بصحته.

(١) فإنه و ان كان يعتبر في عقد المزارعه كون الحاصل مشتركا و مشاعا بينهما، الا انه و بعد الحكم بصحة العقد و ملكيه كل منهما مقدارا من الناتج، لا بأس بنقل حصته إلى غيره و تقسيم المال المشترك بينهما بالصلح أو غيره ما لم يمكن ذلك قبل ظهور الزرع.

(٢) على ما تقدم توضيحه.

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٩٨

أرض بائره لا يمكن زرعها الا بعد إصلاحها و تعميرها سنه أو أزيد (١) و على هذا إذا كانت أرض موقوفه (٢)- وفقا عاما أو خاصا- و صارت بائره يجوز للمتولى أن يسلمها الى شخص بعنوان المزارعه إلى عشر سنين أو أقل أو أزيد- حسب ما تقتضيه المصلحه- على أن يعمرها و يزرعها الى سنتين - مثلا- لنفسه ثم يكون الحاصل مشتركا بالإشاعه بحصه معينه.

[العاشره: يستحب للزارع - كما فى الأخبار - الدعاء]

العاشره: يستحب للزارع - كما فى الأخبار - الدعاء

(١) فان ذلك يرجع فى الحقيقه إلى جعل العقد بعد الفتره المستثناه للإصلاح و التعمير أو غيرهما و كأنه لا عقد قبلها، مع تسليم الأرض للزارع من الآن لينتفع بها وحده كشرط مأخوذ فى العقد، فإنه لا بأس به ما دام سائغا حيث قد عرفت جواز الاشتراط فيها.

و مما ذكرناه يظهر انه لا وجه للإيراد عليه، بان اختصاص الزرع فى الفتره المستثناه بالعامل ينافى وضع المزارعه و مبناها.

فان عقد المزارعه انما هو واقع فى الحقيقه على الأرض بعد تلك المده، و أما قبلها فلا مزارعه، و كون الأرض فى يد المزارع أمر خارج عن المزارعه ثبت بالاشتراط.

(٢) لا وجه لتخصيص ذلك بالوقف كما يظهر

من عبارته (قده) فإنه يجوز في الملك الخاص أيضا كما لو زارع المالك غيره على ان يكون الزرع بعد فتره محدده لإصلاح الأرض و تعميمها تكون الأرض فيها بيد الزارع بالاشتراط.

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٩٩

عند نثر الحب، بأن يقول: «اللهم قد بذرنا و أنت الزارع و اجعله حبا متراكما (١)، و في بعض الأخبار: «إذا أردت أن تزرع زرعاً فخذ قبضه من البذر و استقبل القبلة و قل: أَمْ فَرَأَيْتُمْ مِمَّا تَحْرُثُونَ، أَمْ أَنْتُمْ تَزْرَعُونَهُ أَمْ نَحْنُ الزَّارِعُونَ ثلاث مرات ثم تقول: بل الله الزارع، ثلاث مرات، ثم قل: اللهم اجعله حبا مباركا و ارزقنا فيه السلامه، ثم انثر القبضه التي في يدك في القراح» (٢). و في خبر آخر (٣) «لما هبط آدم (ع) الى الأرض احتاج الى الطعام و الشراب فشكى ذلك إلى جبرئيل فقال له جبرئيل: يا آدم كن حراثا فقال (ع): فعلمنى دعاء، قال: قل: اللهم اكفنى مؤنه الدنيا و كل هول دون الجنة و ألبسنى العافيه حتى تهتنى المعيشه».

(١) ورد ذلك في روايه شعيب العقر العقرقوفى عن أبى عبد الله (ع) «١».

(٢) كما ورد في روايه ابن بكير عن أبى عبد الله (ع) «٢».

(٣) رواه مسمع عن أبى عبد الله (ع) «٣».

تم كتاب المزارعه و له الحمد و المنه و الحمد لله رب العالمين هذا آخر ما أردنا إيراده في هذا الجزء و سيتلوه كتاب المساقاه ان شاء الله تعالى

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ٥ من أبواب المزارعه و المساقاه ح ٢.

(٢) الوسائل: ج ١٣ باب ٥ من أبواب أحكام المزارعه و المساقاه ح ٣.

(٣) الوسائل: ج ١٣ باب ٥ من أبواب أحكام المزارعه و المساقاه ح

خویی، سید ابو القاسم موسوی، مبانی العروه الوثقی، ۲ جلد، منشورات مدرسه دار العلم - لطفی، قم - ایران، اول، ۱۴۰۹ ه ق

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ٩

المقدمة:

تأسس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامي عام ١٤٢٦ الهجرى في المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائين والمثقفين في الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلّة المراكز القائمية بتوفير المصادر في العلوم الإسلامية وتبعثها في أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين في العلوم الإسلامية وتقديم المؤسسة مجاناً مجموعةً إلكترونيةً من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهي منظمة في برامج إلكترونية وجاهزة في مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها. وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدةً على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبي عليهم السلام
تحفيز الناس خصوصاً الشباب على دراسة أدق في المسائل الدينية
تنزيل البرامج المفيدة في الهواتف والحاسوبات واللابتوب
الخدمة للباحثين والمحققين في الحوزات العلمية والجامعات
توسيع عام لفكرة المطالعة
تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها في ملفات إلكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة
الاجتناب عن الروتين وتكرار المحاولات السابقة
العرض العلمي البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ في نشر المعلومات
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات في مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما في الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمة الانترنتى بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة (sms)

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

JAVA.١

ANDROID.٢

EPUB.٣

CHM.٤

PDF.٥

HTML.٦

CHM.٧

GHB.٨

إعداد ٤ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمة ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

ANDROID.١

IOS.٢

WINDOWS PHONE.٣

WINDOWS.٤

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتاب وكل من قدم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آواده اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الإلكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب في طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز
الغمامة
اصبحان
للبحوث والتحريات الكمبيوترية



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

