



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

العلماء



رسالة
عليكم يا صابرين

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

مباني
العروة الوثقى

بمجاهد بن عمرو الجوزي العالمين به الله العلي العظيم
السيد ابوالقاسم الموسوي الخوئي

المطبعة الميمنية

الجزء ٢-١

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مباني العروة الوثقى

كاتب:

ابوالقاسم خوئي

نشرت في الطباعة:

دارالعلم

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

- ٥ الفهرس
- ٢٠ مبانى العروة الوثقى
- ٢٠ اشارة
- ٢٠ الجزء الأول
- ٢٠ اشارة
- ٢٠ [كتاب المضاربة]
- ٢٠ اشارة
- ٢٢ [أو يشترط فيها أيضا- بعد البلوغ و العقل و الاختيار]
- ٢٢ اشارة
- ٢٣ [الأول: أن يكون رأس المال عينا]
- ٢٥ [الثانى: أن يكون من الذهب أو للفضة المسكوكين بسكة المعاملة]
- ٢٦ [الثالث: أن يكون معلوما قدرا و وصفا]
- ٢٦ [الرابع: أن يكون معيناً]
- ٢٧ [الخامس: أن يكون الربح مشاعا بينهما]
- ٢٧ [السادس: تعيين حصة 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 بالتجارة]
- ٢٩ [العاشر: ان لا يكون رأس المال بمقدار يعجز العامل]
- ٣٣ [امسائل]
- ٣٣ [(مسألة ١): لو كان له مال موجود فى يد غيره أمانة أو غيرها. فضاربه عليها صح]
- ٣٣ [(مسألة ٢): المضاربة جائزة من الطرفين]
- ٣٨ [(مسألة ٣): إذا دفع اليه مالا و قال: اشتر به بستانا مثلا أو قطيعا من الغنم]

- ٣٨ [(مسألة ٤): إذا اشترط المالك على العامل أن يكون الخسارة عليهما كالريح]
- ٤٠ [(مسألة ٥): إذا اشترط المالك على العامل أن لا يسافر مطلقاً أو إلى البلد الفلاني]
- ٤٣ [(مسألة ٦): لا يجوز للعامل خلط رأس المال مع مال آخر لنفسه أو غيره]
- ٤٣ [(مسألة ٧): مع إطلاق العقد يجوز للعامل التصرف على حسب ما يراه]
- ٤٤ [(مسألة ٨): مع إطلاق العقد و عدم الإذن في البيع نسيئة لا يجوز له ذلك]
- ٤٥ [(مسألة ٩): في صورة إطلاق العقد لا يجوز له أن يشتري بأزيد من قيمة المثل]
- ٤٥ [(مسألة ١٠): لا يجب في صورة الإطلاق أن يبيع]
- ٤٥ [(مسألة ١١): لا يجوز شراء المعيب]
- ٤٥ [(مسألة ١٢): المشهور - على ما قيل - أن في صورة الإطلاق يجب أن يشتري بعين المال]
- ٤٥ اشارة
- ٤٦ [ثم أن الشراء في الذمة يتصور على وجوه]
- ٤٦ اشارة
- ٤٦ [أحدها: أن يشتري العامل بقصد المالك في ذمته من حيث المضاربة]
- ٤٦ [الثاني: أن يقصد كون الثمن في ذمته]
- ٤٧ [الثالث: أن يقصد ذمة نفسه و كان قصده الشراء لنفسه]
- ٤٧ [الرابع: كذلك لكن مع قصد دفع الثمن من مال المضاربة حين الشراء]
- ٤٨ [الخامس: أن يقصد الشراء في ذمته من غير التفات إلى نفسه و غيره]
- ٤٨ [(مسألة ١٣): يجب على العامل بعد تحقق عقد المضاربة ما يعتاد بالنسبة اليه]
- ٤٩ [(مسألة ١٤): قد مر أنه لا يجوز للعامل السفر من دون اذن المالك]
- ٤٩ [(مسألة ١٥): المراد بالنفقة ما يحتاج اليه من مأكول و ملبوس و مركوب و آلات يحتاج إليها في سفره]
- ٤٩ [(مسألة ١٦): اللازم الاقتصار على القدر اللائق]
- ٥٠ [(مسألة ١٧): المراد من السفر العرفي لا الشرعي]
- ٥٠ [(مسألة ١٨): استحقات النفقة مختص بالسفر المأذون فيه]
- ٥١ [(مسألة ١٩): لو تعدد أرباب المال]

- ٥١ [(مسألة ٢٠): لا يشترط فى استحقاق النفقة ظهور ربح]
- ٥١ [(مسألة ٢١): لو مرض فى أثناء السفر]
- ٥٢ [(مسألة ٢٢): لو حصل الفسخ أو الانفساخ فى أثناء السفر فنفقة الرجوع على نفسه]
- ٥٢ [(مسألة ٢٣) فى مضاربة الفاسدة]
- ٥٤ [(مسألة ٢٤): لو اختلف العامل و المالك فى أنها مضاربة فاسدة أو قرض أو مضاربة فاسدة أو بضاعة]
- ٥٦ [(مسألة ٢٥): إذا قال المالك للعامل: خذ هذا المال قراضا و الربح بيننا صح]
- ٥٧ [(مسألة ٢٦): لا فرق بين أن يقول: خذ هذا المال قراضا و لك نصف ربحه، أو قال: خذه قراضا و لك ربح نصفه]
- ٥٧ [(مسألة ٢٧): يجوز اتحاد المالك و تعدد العامل مع اتحاد المال]
- ٥٨ [(مسألة ٢٨): إذا كان مال مشتركا بين اثنين فقراضا واحدا]
- ٥٩ [(مسألة ٢٩): تبطل المضاربة بموت كل من العامل و المالك]
- ٦٠ [(مسألة ٣٠): لا يجوز للعامل ان يوكل وكيلا فى عمله أو يستأجر أجيرا إلا بإذن المالك]
- ٦٠ [(مسألة ٣١): إذا أذن فى مضاربة الغير]
- ٦١ [(مسألة ٣٢): إذا ضارب العامل غيره مع عدم الأذن]
- ٦٢ [(مسألة ٣٣): إذا شرط أحدهما على الآخر فى ضمن عقد المضاربة مالا أو عملا]
- ٦٤ [(مسألة ٣٤): يملك العامل حصته من الربح بمجرد ظهوره]
- ٦٥ [(مسألة ٣٥): الربح وقاية لرأس المال]
- ٦٦ [(مسألة ٣٦): إذا ظهر الربح و نض تمامه أو بعض منه، فطلب أحدهما قسمته]
- ٦٨ [(مسألة ٣٧): إذا باع العامل حصته من الربح بعد ظهوره صح]
- ٦٩ [(مسألة ٣٨): لا إشكال فى أن الخسارة الواردة على مال المضاربة تجبر بالربح]
- ٦٩ [(مسألة ٣٩): العامل أمين فلا يضمن إلا بالخيانة]
- ٧٠ [(مسألة ٤٠): لا يجوز للمالك أن يشتري من العامل شيئا من مال المضاربة]
- ٧١ [(مسألة ٤١): يجوز للعامل الأخذ بالشفعة من المالك فى مال المضاربة]
- ٧٢ [(مسألة ٤٢): لا إشكال فى عدم جواز وطء العامل للجارية التى اشتراها بمال المضاربة بدون إذن المالك]
- ٧٥ [(مسألة ٤٣): لو كان المالك فى المضاربة امرأة فاشتري العامل زوجها]

- ٧٦ [(مسألة ٤٤): إذا اشترى العامل من ينعق على المالك]
- ٧٨ [(مسألة ٤٥): إذا اشترى العامل أباه أو غيره]
- ٨١ [(مسألة ٤٦): قد عرفت ان المضاربة من العقود الجائزة]
- ٨١ اشارة
- ٨٢ [الأولى: إذا كان الفسخ أو الانفساخ و لم يشرع في العمل و لا في مقدماته]
- ٨٢ [الثانية: إذا كان الفسخ من العامل في الأثناء قبل حصول الربح]
- ٨٣ [الثالثة: لو كان الفسخ من العامل بعد السفر بأذن المالك]
- ٨٤ [الرابعة: لو حصل الفسخ أو الانفساخ قبل حصول الربح و بالمال عروض]
- ٨٥ [الخامسة: إذا حصل الفسخ أو الانفساخ بعد حصول الربح قبل تمام العمل أو بعده]
- ٨٥ [السادسة: لو كان في المال ديون على الناس]
- ٨٦ [السابعة: إذا مات المالك أو العامل قام وارثه مقامه]
- ٨٦ [الثامنة: لا يجب على العامل بعد حصول الفسخ أو الانفساخ أزيد من التخليه بين المالك و ماله]
- ٨٧ [(مسألة ٤٧): قد عرفت ان الربح وقاية لرأس المال]
- ٨٩ [(مسألة ٤٨): إذا كانت المضاربة فاسدة]
- ٩٢ [(مسألة ٤٩): إذا ادعى على أحد أنه أعطاه كذا مقدارا مضاربة و أنكر و لم يكن للمدعى بينة]
- ٩٢ [(مسألة ٥٠): إذا تنازع المالك و العامل في مقدار رأس المال الذي أعطاه للعامل]
- ٩٣ [(مسألة ٥١): لو ادعى المالك على العامل انه خان أو فرط في الحفظ فتلف]
- ٩٤ [(مسألة ٥٢): لو ادعى العامل التلف و أنكر المالك قدم قول العامل لأنه أمين]
- ٩٩ [(مسألة ٥٣): إذا اختلفا في مقدار حصه العامل و أنه نصف الربح مثلا أو ثلثه]
- ٩٩ [(مسألة ٥٤): إذا ادعى المالك أنى ضاربتك على كذا مقدار و أعطيتك]
- ١٠٠ [(مسألة ٥٥): إذا اختلفا في صحه المضاربة الواقعة بينهما و بطلانها]
- ١٠٠ [(مسألة ٥٦): إذا ادعى أحدهما الفسخ في الأثناء و أنكر الآخر]
- ١٠١ [(مسألة ٥٧): إذا ادعى العامل الرد و أنكره المالك قدم قول المالك]
- ١٠١ [(مسألة ٥٨): لو ادعى العامل في جنس اشتراه أنه اشتراه لنفسه، و ادعى المالك انه اشتراه للمضاربة]

- [(مسألة ٥٩): لو ادعى المالك انه أعطاه المال مضاربة و ادعى القابض أنه أعطاه قرضاً، يتحالفان] ١٠١
- [(مسألة ٦٠): إذا حصل تلف أو خسران، فادعى المالك أنه أقرضه، و ادعى العامل أنه ضاربه] ١٠٢
- [(مسألة ٦١): لو ادعى المالك الإبضاع و العامل المضاربة يتحالفان] ١٠٢
- [(مسألة ٦٢): إذا علم مقدار رأس المال و مقدار حصه العامل و اختلفا في مقدار الربح الحاصل] ١٠٣
- [(مسائل أخرى) ١٠٤
- اشاره ١٠٤
- [الأولى]: إذا كان عنده مال المضاربة فمات] ١٠٤
- [(الثانية): ذكروا من شروط المضاربة التنجيز] ١١٠
- [(الثالثة): قد مر اشتراط عدم الحجر بالفلس في المالك] ١١٢
- [(الرابعة): تبطل المضاربة بعروض الموت] ١١٢
- [(الخامسة): إذا ضارب المالك في مرض الموت صح و ملك العامل الحصه] ١١٣
- [(السادسة): إذا تبين كون رأس المال لغير المضارب] ١١٣
- [(السابعة): يجوز اشتراط المضاربة في ضمن عقد] ١١٤
- [(الثامنة): يجوز إيقاع المضاربة بعنوان الجعالة] ١١٥
- [(التاسعة): يجوز للأب و الجد الاتجار بمال المولى عليه بنحو المضاربة بإيقاع عقدها] ١١٦
- [(العاشره): يجوز للأب و الجد الإيضاء بالمضاربة بمال المولى عليه] ١١٦
- [(الحادية عشرة): إذا تلف المال في يد العامل بعد موت المالك من غير تقصير] ١١٩
- [(الثانية عشرة): إذا كان رأس المال مشتركاً بين اثنين فضاربا واحدا ثم فسخ أحد الشريكين] ١٢٠
- [(الثالثة عشرة): إذا أخذ العامل مال المضاربة و ترك التجارة به إلى سنة مثلاً] ١٢٠
- [(الرابعة عشرة): إذا اشترط العامل على المالك عدم كون الربح جابراً للخسران مطلقاً] ١٢٠
- [(الخامسة عشرة): لو خالف العامل المالك فيما عينه جهلاً أو نسياناً أو اشتباهاً] ١٢١
- [(السادسة عشرة): إذا تعدد العامل كأن ضارب اثنين بمائة مثلاً بنصف الربح بينهما متساوياً أو متفاوتاً] ١٢١
- [(السابعة عشرة): إذا أذن المالك للعامل في البيع و الشراء نسيئاً] ١٢٣
- [(الثامنة عشرة): يكره المضاربة مع الذمي خصوصاً إذا كان هو العامل] ١٢٤

- ١٢٤ [(التاسعة عشرة): الظاهر صحة المضاربة على مائة دينار كليا]
- ١٢٤ [(متمم العشرين)]
- ١٢٥ [كتاب الشركة]
- ١٢٥ اشارة
- ١٢٥ [فصل فى أحكام الشركة]
- ١٢٥ اشارة
- ١٣٠ [(مسألة ١): لا تصح الشركة العقدية إلا فى الأموال]
- ١٣٢ [(مسألة ٢): لو أستأجر اثنين لعمل واحد بأجرة معلومة صح]
- ١٣٤ [(مسألة ٣): لو اقتلعا شجرة أو اغترفا ماء بآنية واحدة أو نصبوا معا شبكة للصيد أو أحياا أرضا معا]
- ١٣٥ [(مسألة ٤): يشترط - على ما هو ظاهر كلماتهم - فى الشركة العقدية]
- ١٣٧ [(مسألة ٥): يتساوى الشريكان فى الربح و الخسران]
- ١٤٠ [(مسألة ٦): إذا اشترطا فى ضمن العقد كون العمل من أحدهما أو منهما مع استقلال كل منهما أو مع انضمامهما]
- ١٤١ [(مسألة ٧): العامل أمين]
- ١٤١ [(مسألة ٨): عقد الشركة من العقود الجائزة]
- ١٤٢ [(مسألة ٩): لو ذكر فى عقد الشركة أجلا لا يلزم فيجوز لكل منهما الرجوع قبل انقضائه]
- ١٤٢ [(مسألة ١٠): لو ادعى أحدهما على الآخر الخيانة أو التفريط فى الحفظ فأنكر]
- ١٤٣ [(مسألة ١١): إذا ادعى العامل التلف]
- ١٤٣ [(مسألة ١٢): تبطل الشركة بالموت و الجنون]
- ١٤٥ [(مسألة ١٣): إذا اشترى أحدهما متاعا و ادعى أنه اشتراه لنفسه و ادعى الآخر انه اشتراه بالشركة]
- ١٤٦ [كتاب المزارعة]
- ١٤٦ اشارة
- ١٤٨ [و يشترط فيها أمور]
- ١٤٨ اشارة
- ١٤٨ [أحدها - الإيجاب و القبول]

- ١٥٠ [الثانى البلوغ، و العقل، و الاختيار]
- ١٥٠ [الثالث أن يكون النماء مشتركاً بينهما]
- ١٥١ [الرابع: أن يكون مشاعاً بينهما]
- ١٥٢ [الخامس: تعيين الحصه بمثل النصف أو الثلث أو الربع أو نحو ذلك]
- ١٥٢ [السادس: تعيين المده بالأشهر و السنين]
- ١٥٣ [السابع: ان تكون الأرض قابله للزرع و لو بالعلاج]
- ١٥٣ [الثامن:- تعيين المزروع من الحنطه و الشعير و غيرهما]
- ١٥٤ [التاسع: تعيين الأرض]
- ١٥٦ [العاشر: تعيين كون البذر على اى منهما]
- ١٥٧ [مسائل]
- ١٥٧ [(مسألة ١): لا يشترط فى المزارعه كون الأرض ملكاً للمزارع]
- ١٥٨ [(مسألة ٢): إذا أذن لشخص فى زرع أرضه على أن يكون الحاصل بينهما بالنصف]
- ١٦٠ [(مسألة ٣): المزارعه من العقود اللازمه]
- ١٦٣ [(مسألة ٤): إذا استعار أرضاً للمزارعه ثم أجرى]
- ١٦٥ [(مسألة ٥): إذا شرط أحدهما على الآخر شيئاً فى ذمته أو فى الخارج- من ذهب أو فضة أو غيرهما- مضافاً إلى حصته من الحاصل]
- ١٦٧ [(مسألة ٦): إذا شرط مده معينه يبلغ الحاصل فيها غالباً فمضت و الزرع باق لم يبلغ]
- ١٦٩ [(مسألة ٧): لو ترك الزارع الزرع بعد العقد و تسليم الأرض إليه حتى انقضت المده]
- ١٧١ [(مسألة ٨): إذا غصب الأرض بعد عقد المزارعه غاصب و لم يمكن الاسترداد منه]
- ١٧٢ [(مسألة ٩): إذا عين المالك نوعاً من الزرع- من حنطه أو شعير أو غيرهما- تعين]
- ١٧٤ [(مسألة ١٠): لو زارع على أرض لا ماء لها فعلاً لكن أمكن تحصيله بعلاج- من حفر ساقية أو بئر أو نحو ذلك]
- ١٧٥ [(مسألة ١١): لا فرق فى صحة المزارعه بين أن يكون البذر من المالك أو العامل أو منهما]
- ١٧٧ [(مسألة ١٢): الأقوى جواز عقد المزارعه بين أزيد من اثنين]
- ١٧٩ [(مسألة ١٣): يجوز للعامل ان يشارك غيره فى مزارعته]
- ١٨٠ [(مسألة ١٤): إذا تبين بطلان العقد]

- [(مسألة ١٥): الظاهر من مقتضى وضع المزارعة ملكية العامل لمنفعة الأرض بمقدار الحصه المقررة له] ١٨٢
- [(مسألة ١٦): إذا حصل ما يوجب الانفساخ فى الأثناء قبل ظهور الثمر أو بلوغه] ١٨٣
- [(مسألة ١٧): إذا كان العقد واجدا لجميع الشرائط و حصل الفسخ فى الأثناء] ١٨٤
- [(مسألة ١٨): إذا تبين بعد عقد المزارعة أن الأرض كانت مغصوبه] ١٨٧
- [(مسألة ١٩): خراج الأرض على صاحبها] ١٩٢
- [(مسألة ٢٠): يجوز لكل من المالك و الزارع ان يخرص على الآخر بعد ادراك الحاصل بمقدار منه] ١٩٣
- [(مسألة ٢١): بناء على ما ذكرنا من الاشتراك أول الأمر فى الزرع يجب على كل منهما الزكاه] ١٩٦
- [(مسألة ٢٢): إذا بقى فى الأرض أصل الزرع بعد انقضاء المده و القسمة فنبت بعد ذلك فى العام الآتى] ١٩٧
- [(مسألة ٢٣): لو اختلفا فى المده و أنها سنه أو سنتان - مثلا] ١٩٧
- [(مسألة ٢٤): لو اختلفا فى اشتراط كون البذر أو العمل أو العوامل على أيهما] ١٩٨
- [(مسألة ٢٥): لو اختلفا فى الإعاره و المزارعه] ١٩٨
- [(مسألة ٢٦): لو ادعى المالك الغصب و الزارع ادعى المزارعه] ٢٠١
- [(مسألة ٢٧): فى الموارد التى للمالك قلع زرع الزارع هل يجوز له ذلك بعد تعلق الزكاه و قبل البلوغ؟] ٢٠١
- [(مسألة ٢٨): يستفاد من جمله من الأخبار أنه يجوز لمن بيده الأرض الخراجية أن يسلمها إلى غيره ليزرع لنفسه و يؤدي خراجها عنه] ٢٠١
- [مسائل متفرقة] ٢٠٢
- اشارة ٢٠٢
- [الأولى: إذا قصر العامل فى تربية الزرع فقل الحاصل فالظاهر ضمانه التفاوت] ٢٠٢
- [الثانية: إذا ادعى المالك على العامل عدم العمل بما اشترط فى ضمان عقد المزارعه من بعض الشروط] ٢٠٢
- [الثالثة: لو ادعى أحدهما على الآخر شرطا متعلقا بالزرع و أنكر أصل الاشتراط] ٢٠٣
- [الرابعة: لو ادعى أحدهما على الآخر الغبن فى المعامله فعليه إثباته] ٢٠٣
- [الخامسة: إذا زارع المتولى للوقف الأرض الموقوفة بملاحظه مصلحة البطون إلى مدة لزم] ٢٠٣
- [السادسة: يجوز مزارعه الكافر] ٢٠٤
- [السابعة: فى جمله من الأخبار النهى عن جعل ثلث للبذر و ثلث للبقر و ثلث لصاحب الأرض] ٢٠٤
- [الثامنة: بعد تحقق المزارعه على الوجه الشرعى، يجوز لأحدهما بعد ظهور الحاصل ان يصلح عن حصته] ٢٠٥

- ٢٠٥ [التاسعة: لا يجب فى المزارعة على أرض إمكان زرعها من أول الأمر، و فى السنة الأولى]
- ٢٠٦ [العاشرة: يستحب للزارع- كما فى الأخبار- الدعاء]
- ٢٠٧ الجزء الثانى
- ٢٠٧ اشارة
- ٢٠٧ [كتاب المساقاة]
- ٢٠٧ اشارة
- ٢٠٧ [او يشترط فيها أمور]
- ٢٠٧ اشارة
- ٢٠٨ [(الأول): الإيجاب و القبول]
- ٢٠٩ [(الثانى): البلوغ و العقل]
- ٢٠٩ [(الثالث): عدم الحجر]
- ٢٠٩ [(الرابع): كون الأصول مملوكة عينا و منفعته، أو منفعة فقط]
- ٢٠٩ [(الخامس): كونها معينة عندهما معلومة لديهما]
- ٢٠٩ [(السادس): كونها ثابتة مغروسة]
- ٢٠٩ [(السابع): تعيين المدة بالأشهر و السنين]
- ٢١٠ [(الثامن): أن يكون قبل الظهور الثمر أو بعده و قبل البلوغ]
- ٢١١ [(التاسع): أن يكون الحصّة معينة مشاعة]
- ٢١١ [(العاشر): تعيين ما على المالك من الأمور و ما على العامل من الأعمال]
- ٢١١ [مسائل]
- ٢١١ [(مسألة ١): لا إشكال فى صحة المساقاة قبل ظهور الثمر]
- ٢١٢ [(مسألة ٢): الأقوى جواز المساقاة على الأشجار التى لا ثمر لها]
- ٢١٢ [(مسألة ٣): لا يجوز عندهم المساقاة على أصول غير ثابتة]
- ٢١٢ [(مسألة ٤): لا بأس بالمعاملة على أشجار لا تحتاج إلى السقى]
- ٢١٣ [(مسألة ٥): يجوز المساقاة على فسلان مغروسة]

- [(مسألة ٦): قد مر أنه لا تصح المساقاة على ودى غير مغروس] ٢١٣
- [(مسألة ٧): المساقاة لازمة لا تبطل الا بالتقابل] ٢١٤
- [(مسألة ٨): لا تبطل بموت أحد الطرفين] ٢١٤
- [(مسألة ٩): ذكروا أن مع إطلاق عقد المساقاة جملة من الأعمال على العامل و جملة منها على المالك] ٢١٥
- [(مسألة ١٠): لو اشترط كون جميع الأعمال على المالك] ٢١٥
- [(مسألة ١١): إذا خالف العامل فترك ما اشترط عليه من بعض الأعمال] ٢١٦
- [(مسألة ١٢): لو شرط العامل على المالك أن يعمل غلامه معه صح] ٢١٧
- [(مسألة ١٣): لا يشترط ان يكون العامل فى المساقاة مباشرة للعمل بنفسه] ٢١٧
- [(مسألة ١٤): إذا شرط انفراد أحدهما بالثمر بطل] ٢١٨
- [(مسألة ١٥): إذا اشتمل البستان على أنواع كالنخل و الكرم و الرمان و نحوها من أنواع الفواكه] ٢١٩
- [(مسألة ١٦): يجوز أن يفرد كل نوع بحصة مخالفة للحصة من النوع الآخر] ٢٢٠
- [(مسألة ١٧): لو ساقاه بالنصف- مثلا- ان سقى بالناضح و بالثلث ان سقى بالسبح] ٢٢١
- [(مسألة ١٨): يجوز أن يشترط أحدهما على الآخر شيئا من ذهب أو فضة أو غيرهما] ٢٢١
- [(مسألة ١٩): فى صورة اشتراط شىء من الذهب] ٢٢١
- [(مسألة ٢٠): لو جعل المالك للعامل مع الحصة من الفائدة ملك حصة من الأصول مشاعا أو مفروزا] ٢٢٤
- [(مسألة ٢١): إذا تبين فى أثناء المدة عدم خروج الثمر أصلا] ٢٢٦
- [(مسألة ٢٢): يجوز ان يستأجر المالك أجيرا للعامل مع تعيينه نوعا و مقدارا بحصة من الثمرة] ٢٢٦
- [(مسألة ٢٣): كل موضع بطل فيه عقد المساقاة يكون الثمر للمالك] ٢٢٧
- [(مسألة ٢٤): يجوز اشتراط مساقاة فى عقد مساقاة] ٢٢٨
- [(مسألة ٢٥): يجوز تعدد العامل] ٢٢٨
- [(مسألة ٢٦): إذا ترك العامل للعمل بعد اجراء العقد ابتداء أو فى الأثناء] ٢٢٩
- [(مسألة ٢٧): إذا تبرع عن العامل متبرع بالعمل جاز إذا لم يشترط المباشرة] ٢٣٠
- [(مسألة ٢٨): إذا فسخ المالك العقد بعد امتناع العامل عن إتمام العمل] ٢٣١
- [(مسألة ٢٩): قد عرفت أنه يجوز للمالك مع ترك العامل العمل أن لا يفسخ و يستأجر عنه و يرجع عليه] ٢٣٢

- ٢٣٣ [مسألة ٣٠]: لو تبين بالبينة أو غيرها أن الأصول كانت مغصوبة]
- ٢٣٦ [مسألة ٣١]: لا يجوز للعامل في المساقاة أن يساقى غيره مع اشتراط المباشرة]
- ٢٣٧ [مسألة ٣٢]: خراج السلطان في الأراضي الخراجية على المالك]
- ٢٣٧ [مسألة ٣٣]: مقتضى عقد المساقاة ملكية العامل للحصة من الثمر من حين ظهوره]
- ٢٤٠ [مسألة ٣٤]: إذا اختلفا في صدور العقد و عدمه فالقول قول منكره]
- ٢٤١ [مسألة ٣٥]: إذا ثبت الخيانة من العامل بالبينة أو غيرها]
- ٢٤٢ [مسألة ٣٦]: قالوا المغارسة باطله]
- ٢٤٤ [مسألة ٣٧]: إذا صدر من شخصين مغارسة و لم يعلم كيفيتها و انها على الوجه الصحيح أو الباطل]
- ٢٤٤ اشارة
- ٢٤٥ [تذنيب]
- ٢٤٦ [كتاب الضمان]
- ٢٤٦ اشارة
- ٢٤٦ [و يشترط فيه أمور]
- ٢٤٦ اشارة
- ٢٤٧ [أحدها: الإيجاب]
- ٢٤٧ [الثاني: القبول من المضمون له]
- ٢٤٩ [الثالث: كون الضامن بالغا عاقلا]
- ٢٥٠ [الرابع: كونه مختارا]
- ٢٥٠ [الخامس: عدم كونه محجورا لسفه إلا بإذن الولي]
- ٢٥١ [السادس: أن لا يكون الضامن مملوكا غير مأذون من قبل مولاه]
- ٢٥٣ [السابع: التنجيز]
- ٢٥٥ [الثامن: كون الدين الذي يضمنه ثابتا في ذمة المضمون عنه]
- ٢٥٦ [التاسع: أن لا تكون ذمة الضامن مشغولة للمضمون عنه بمثل الدين الذي عليه]
- ٢٥٧ [العاشر: امتياز الدين و المضمون له و المضمون عنه عند الضامن على وجه يصح معه القصد الى الضمان]

- [مسائل] ٢٥٧
- [(مسألة ١): لا يشترط فى صحة الضمان العلم بمقدار الدين، و لا بجنسه] ٢٥٨
- [(مسألة ٢): إذا تحقق الضمان الجامع لشرائط الصحة انتقل الحق من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن] ٢٥٩
- [(مسألة ٣): إذا أبرأ المضمون له ذمة الضامن برئت ذمته و ذمة المضمون عنه] ٢٦٠
- [(مسألة ٤): الضمان لازم من طرف الضامن و المضمون له] ٢٦١
- [(مسألة ٥): يجوز اشتراط الخيار فى الضمان] ٢٦٣
- [(مسألة ٦): إذا تبين كون الضامن مملوكا و ضمن من غير إذن مولاه] ٢٦٤
- [(مسألة ٧): يجوز ضمان الدين الحال حالا و مؤجلا] ٢٦٥
- [(مسألة ٨): إذا ضمن الدين الحال مؤجلا بإذن المضمون عنه فالأجل للضمان لا للدين] ٢٦٦
- [(مسألة ٩): إذا كان الدين مؤجلا فضمنه الضامن كذلك، فمات و حل ما عليه و أخذ من تركته] ٢٦٦
- [(مسألة ١٠): إذا ضمن الدين المؤجل حالا بأذن المضمون عنه] ٢٦٧
- [(مسألة ١١): إذا ضمن الدين المؤجل بأقل من أجله و أداه ليس له الرجوع على المضمون عنه] ٢٦٧
- [(مسألة ١٢): إذا ضمن بغير إذن المضمون عنه برئت ذمته] ٢٦٧
- [(مسألة ١٣): ليس للضامن الرجوع على المضمون عنه فى صورة الإذن] ٢٦٨
- [(مسألة ١٤): لو حسب المضمون له على الضامن ما عليه خمسا أو زكاة أو صدقة] ٢٦٩
- [(مسألة ١٥): لو باعه أو صالحه المضمون له بما يساوى أقل من الدين] ٢٧٠
- [(مسألة ١٦): إذا دفع المضمون عنه الى الضامن مقدار ما ضمن قبل أدائه] ٢٧٠
- [(مسألة ١٧): لو قال الضامن للمضمون عنه: «ادفع عنى إلى المضمون له ما على من مال الضمان» فدفع] ٢٧٢
- [(مسألة ١٨): إذا دفع المضمون عنه الى المضمون له من غير إذن الضامن برئا معا] ٢٧٣
- [(مسألة ١٩): إذا ضمن تبرعا فضمن عنه ضامن بأذنه و أدى ليس له الرجوع على المضمون عنه] ٢٧٣
- [(مسألة ٢٠): يجوز أن يضمن الدين بأقل منه برضا المضمون له] ٢٧٣
- [(مسألة ٢١): يجوز الضمان بغير جنس الدين] ٢٧٤
- [(مسألة ٢٢): يجوز الضمان بشرط الرهانة] ٢٧٤
- [(مسألة ٢٣): إذا كان على الدين الذى على المضمون عنه رهن فهل ينفك بالضمان أو لا؟] ٢٧٦

- [(مسألة ٢٤): يجوز اشتراط الضمان في مال معين على وجه التقييد] ٢٧٦
- [(مسألة ٢٥): إذا إذن المولى لمملوكه في الضمان في كسبه] ٢٧٨
- [(مسألة ٢٦): إذا ضمن اثنان أو أزيد عن واحد] ٢٧٨
- [(مسألة ٢٧): إذا كان له على رجلين مال، فضمن كل منهما ما على الآخر بإذنه] ٢٨١
- [(مسألة ٢٨): لا يشترط علم الضامن حين الضمان بثبوت الدين على المضمون عنه] ٢٨٣
- [(مسألة ٢٩): لو قال الضامن: «على ما تشهد به البينة»] ٢٨٤
- [(مسألة ٣٠): يجوز الدور في الضمان] ٢٨٦
- [(مسألة ٣١): إذا كان المديون فقيرا يجوز أن يضمن عنه بالوفاء من طرف الخمس أو الزكاة أو المظالم] ٢٨٦
- [(مسألة ٣٢): إذا كان الدين الذي على المديون زكاة أو خمسا جاز أن يضمن عنه ضامن للحاكم الشرعي] ٢٨٧
- [(مسألة ٣٣): إذا ضمن في مرض موته] ٢٨٨
- [(مسألة ٣٤): إذا كان ما على المديون يعتبر فيه مباشرته لا يصح ضمانه] ٢٨٩
- [(مسألة ٣٥): يصح ضمان النفقة الماضية للزوجة، لأنها دين على الزوج] ٢٨٩
- [(مسألة ٣٦): الأقوى جواز ضمان مال الكتابة] ٢٩٢
- [(مسألة ٣٧): اختلفوا في جواز ضمان مال الجعالة قبل الإتيان بالعمل] ٢٩٢
- [(مسألة ٣٨): اختلفوا في جواز ضمان الأعيان المضمونة - كالغصب] ٢٩٣
- [(مسألة ٣٩): يجوز عندهم بلا خلاف بينهم ضمان درك الثمن للمشتري إذا ظهر كون المبيع مستحقا للغير] ٢٩٦
- [(مسألة ٤٠): إذا ضمن عهدة الثمن فظهر بعض المبيع مستحقا] ٢٩٩
- [(مسألة ٤١): الأقوى (٢) - وفاقا للشهيدين - صحة ضمان ما يحدثه المشتري] ٢٩٩
- [(مسألة ٤٢): لو قال عند خوف غرق السفينة: «اللق متاعك في البحر و على ضمانه» صح] ٣٠٠
- [تتمه فيها مسائل] ٣٠١
- إشارة ٣٠١
- [(مسألة ١): لو اختلف المضمون له و المضمون عنه في أصل الضمان] ٣٠٢
- [(مسألة ٢): لو اختلف الضامن و المضمون له في أصل الضمان، أو في ثبوت الدين و عدمه] ٣٠٤
- [(مسألة ٣): لو اختلف الضامن و المضمون عنه في الأذن و عدمه] ٣٠٤

- ٣٠٥ [(مسألة ٤): إذا أنكر الضامن الضمان فاستوفى الحق منه بالبينة ليس له الرجوع]
- ٣٠٧ [(مسألة ٥): إذا ادعى الضامن الوفاء و أنكر المضمون له و حلف]
- ٣٠٨ [(مسألة ٦): لو أذن المديون لغيره في وفاء دينه بلا ضمان فوفى جاز له الرجوع عليه]
- ٣٠٩ [كتاب الحوالة]
- ٣٠٩ اشارة
- ٣١٠ [أو يشترط فيها مضافا الى البلوغ و العقل و الاختيار أمور]
- ٣١٠ اشارة
- ٣١٠ [(أحدها): الإيجاب و القبول]
- ٣١٣ [(الثاني): التنجيز]
- ٣١٣ [(الثالث): الرضا من المحيل و المحتال بلا اشكال]
- ٣١٥ [(الرابع): أن يكون المال المحال به ثابتا في ذمة المحيل]
- ٣١٦ [(الخامس): أن يكون المال المحال به معلوما جنسا و قدرا للمحيل و المحتال]
- ٣١٧ [(السادس): تساوى المالين]
- ٣١٨ [مسائل]
- ٣١٨ [(مسألة ١): لا فرق في المال المحال به بين أن يكون عينا في الذمة أو منفعة أو عملا لا يعتبر فيه المباشرة]
- ٣١٩ [(مسألة ٢): إذا تحققت الحوالة برئت ذمة المحيل و ان لم يبرئه المحتال]
- ٣٢١ [(مسألة ٣): لا يجب على المحتال قبول الحوالة]
- ٣٢١ [(مسألة ٤): الحوالة لازمة]
- ٣٢٢ [(مسألة ٥): الأقوى جواز الحوالة على البرى]
- ٣٢٢ [(مسألة ٦): يجوز اشتراط خيار الفسخ لكل من الثلاثة]
- ٣٢٢ [(مسألة ٧): يجوز الدور في الحوالة]
- ٣٢٣ [(مسألة ٨): لو تبرع أجنبي عن المحال عليه برئت ذمته]
- ٣٢٣ [(مسألة ٩): لو أحال عليه فقبل و أدى ثم طالب المحيل بما اداه]
- ٣٢٦ [(مسألة ١٠) حال الحوالة حال الضمان في عدم جواز مطالبة العوض الا بعد الأداء]

- [(مسألة ١١): إذا أقال السيد بدينه على مكاتبه بمال الكتابة المشروطة أو المطلقة صح] ٣٢٨
- [(مسألة ١٢): لو باع السيد مكاتبه سلعة فأحاله بثمانها صح] ٣٢٩
- [(مسألة ١٣): لو كان للمكاتب دين على أجنبي فأحال سيده عليه من مال الكتابة صح] ٣٣٠
- [(مسألة ١٤): لو اختلفا في أن الواقع منهما كانت حوالة أو وكالة] ٣٣٠
- [(مسألة ١٥): إذا أقال البائع من له عليه دين على المشتري بالثمن] ٣٣٢
- [(مسألة ١٦): إذا وقعت الحوالة بأحد الوجهين ثم انفسخ البيع بالإقالة أو بأحد الخيارات فالحوالة صحيحة] ٣٣٣
- [(مسألة ١٧): إذا كان له عند وكيله أو أمينه مال معين خارجي، فأحال دائنه عليه] ٣٣٤
- تعريف مركز القائمية باصفهان للتمريرات الكمبيوترية ٣٣٥

مباني العروة الوثقى

إشارة

نام كتاب: مباني العروة الوثقى
 موضوع: فقه استدلالی
 نویسنده: خویی، سید ابو القاسم موسوی
 تاریخ وفات مؤلف: ۱۴۱۳ ه ق
 زبان: عربی
 قطع: وزیری
 تعداد جلد: ۲
 ناشر: منشورات مدرسه دار العلم - لطفی
 تاریخ نشر: ۱۴۰۹ ه ق
 نوبت چاپ: اول
 مکان چاپ: قم - ایران
 مقرر: خویی، شهید، سید محمد تقی موسوی
 تاریخ وفات مقرر: ۱۴۱۵ ه ق

الجزء الأول

إشارة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

[كتاب المضاربة]

إشارة

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

(١) ما أفاده (قده) إنما هو لتوجيه صدق المفاعلة في المضاربة، حيث أن باب المفاعلة يقتضى صدور الفعل من اثنين و هو غير متحقق في المقام، فان القرض إنما يكون من المالك خاصة و الضرب من العامل فقط. غير إننا ذكرنا في مباحث المكاسب أن هيئة المفاعلة و ان اشتهر وضعها للدلالة على صدور المادة من اثنين، إلا انه لا أساس له فإنها لا- تدل إلا- على قيام الفاعل و تصديه نحو تحقيق المادة في الخارج سواء أتحقق ذلك أم لم يتحقق؟ فيقال: خادعته فلم ينخدع. و الشواهد على ذلك كثيرة حيث تستعمل هذه الهيئة و لا يراد منها سوى تصدى الفاعل- و لوحده- للفعل فيقال: سايرته و دافعه- و لو كان الطرف الآخر واقفا لا يتحرك- و طالعت و ناولته إلى غير ذلك.

نعم قد تقتضى المادة فى بعض الموارد القيام فى اثنين كالمساواة

مباني العروة 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: عبارة 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 للتجارة (تارة): على أن يكون الربح بينهما، و هى مضاربة. (و تارة): على أن يكون تمامه للعامل،

و المقابلة و المحاذاة و المشاركة و غيرها حيث انها لا تتحقق إلا بطرفين غير ان ذلك أجنبى عن الهيئة و انما هو من خصوصيات المادة.

و الذى يدلنا على ما ندعيه قوله تعالى: «يُخَادِعُونَ اللَّهَ وَالَّذِينَ آمَنُوا وَمَا يَخْدَعُونَ إِلَّا أَنفُسَهُمْ وَمَا يَشْعُرُونَ» (١) فإنها تدلنا على عدم اتحاد مفهوم خادع مع مفهوم خدع حيث ان الثانى ظاهر فى تحقق المادة 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 حاجة لتحمل عناء ما ذكر من التأويلات لتصحيح صدق المفاعلة على المضاربة، فإنها صادقة عليها حقيقة و من غير حاجة إلى التأويل نظرا لقيام المالك مقام الضرب و تصديه للقرض. (١) بل هو عقد بين المالك و العامل.

(١) سورة البقرة آية ٩.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١٣

و هذا داخل فى عنوان القرض إن كان بقصده (١) (و تارة): على أن يكون تمامه للمالك و يسمى عندهم باسم البضاعة (و تارة): لا يشترطان شيئا و على هذا أيضا يكون تمام الربح للمالك (٢) فهو داخل فى عنوان البضاعة 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 الأجرة، الا أن يكون الظاهر منهما فى مثله عدم أخذ الأجرة و الا فعمل المسلم محترم ما لم يقصد التبرع.

(١) و الا فيبقى المال فى ملك المالك و مقتضى قانون تبعية 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 القاعدة- ملكا له أيضا، و الا- بان قصد المالك إبقاء المال على ملكه- كانت المعاملة من المضاربة الفاسدة، فتجرى عليها أحكامها، و ذلك لأن كون تمام الربح للعامل غير ممضى شرعا لعدم الدليل عليه، و مقتضى القاعدة تبعية الربح للمال.

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

(٣) ما أفاده (قده) بالنسبة إلى القسم الثالث- البضاعة-

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١٤

.....

ينافى ما التزم به فى المسألة الرابعة عشرة من كتاب المساقاة حيث صرح بعدم استحقاق العامل للأجرة فيما إذا اشترط المالك انفراده

بالثمر، لكونه حينئذ متبرعا. فان المسئلتين من واد واحد.

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

و أما ما أفاده بالنسبة إلى القسم الأخير فهو تام و متين و ذلك لأن أمر الغير بعمل له قيمة و مالىة لدى العرف، تارة يكون ظاهرا فى المجانية فحينئذ لا أجره للعامل نظرا لكون الأمر متعلقا بحصة معينة هى العمل المجانى، فكأن العامل قد فعل هذا الفعل من غير أمر. و أخرى لا يكون له ظهور فى المجانية و فى هذا الفرض ان قصد العامل التبرع و المجانية، 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 فى أكثر المعاملات الخارجية، فيؤمر الحمال بحمل المتاع من غير تحديد للأجره- فحينئذ و بطبيعة الحال و بمقتضى السيرة العقلانية القطعية يستحق العامل عليه الأجره فيكون الأمر ضامنا لها.

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

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

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١٥

و يشترط فى المضاربة الإيجاب و القبول (١) و يكفى فيهما كل دال قولاً أو فعلاً (٢) و الإيجاب القولى كأن يقول، ضاربتك على كذا، و ما يفيد هذا المعنى، فيقول: قبلت.

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

إشارة

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

للعامل بالتجارة ظاهرا فى المجانية- كما هو الغالب فى أكثر الأوامر المتعلقة بالأعمال- فللعامل المطالبة بأجره مثل عمله فيما لم يقصد التبرع سواء أتحقق الربح أم لم يتحقق، على ما تقتضيه القاعدة.

(١) ليتحقق بهما مفهوم العقد و المعاملة، كما هو الحال فى سائر العقود.

(٢) لما عرفت غير مرة من انه مقتضى القاعدة فى العقود حيث لا يعتبر فيها الا الاعتبار النفسانى و إبرازه بمبرز فى الخارج و هو متحقق فى المقام.

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

(٣) بلا خلاف فيها، فإنها من الشرائط العامة المعتبرة فى كل عقد.

(٤) مقتضى إطلاق العبارة ان المفلس لا تصح منه المضاربة سواء أ كان مالكا أم عاملا، الا أن الإطلاق غير مراد جزما فإنه لا محذور

فى كونه عاملا و سيجىء منه (قده) التصريح بصحتها حينئذ

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

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١٦

[الأول: أن يكون رأس المال عينا]

الأول: أن يكون رأس المال عينا (١) فلا تصح بالمنفعة ولا بالدين، فلو كان له دين على أحد لم يجز أن يجعله مضاربة إلا بعد قبضه. ولو أذن للعامل في قبضه، ما لم يجدد العقد بعد القبض، نعم لو وكله على القبض والإيجاب من طرف المالك والمقبول 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 فى كلا طرفى المضاربة وقد صرح بذلك بعضهم غير ان أكثر الفقهاء لم يتعرضوا لذلك فى كتاب المضاربة وإنما اقتصروا على ما ذكروه فى باب الحجر من ان السفية محجور عليه فى ماله. وكيف كان: فاعتباره بالنسبة إلى المالك مما لا خلاف فيه فإنه ليس للسفيه ان يعقد المضاربة مع العامل لكونه محجورا عن التصرف فى أمواله وأما اعتباره بالنسبة إلى العامل فلا وجه له إذ لا يعتبر قبول ذلك منه تصرفا فى أمواله - كما هو واضح - بل ولا عمله الذى هو بحكم المال، وذلك لأن العامل لا يملك المالك عمله، وإنما المضاربة عقد شبيه بالوكالة - كما عن المحقق (قده) - أو الجعالة. وعليه 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 فى أمواله.

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

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١٧

.....

بالعين فلا يمكن الحكم بالصحة فى المنفعة والدين لعدم الدليل عليها. وخالف فيه بعض فالتزم بالصحة تمسكا بالأدلة العامة وعمومات التجارة بدعوى ان مقتضاها نفى اشتراط ما يحتمل اعتباره فى العقد. وقد أشكل عليه فى بعض الكلمات بأنه لا مجال للتمسك بهذه العمومات فى نفى اعتبار ما يحتمل اعتباره بالنسبة إلى العقد. والذى ينبغى أن يقال: أن العقد الواقع فى الخارج قد يكون من قبيل البيع والإجارة ونحوهما مما يكون التملك من كل من الطرفين للآخر تملكا لما يملكه، وفيه لا مانع من التمسك بعمومات التجارة وقد تمسكنا بها لإثبات صحة المعاملة المعاطائية. وقد لا يكون كذلك بان لا يكون فيه تملك من أحد الطرفين ماله للآخر، كالمضاربة والمزارعة والمساقاة حيث لا يملك المالك العامل إلا حصة من الربح وهى غير متحققه بالفعل لأنه لا يملك إلا أصل ماله، فكيف يصح تملكها لغيره؟ وفيه فالقاعدة تقتضى البطلان ولا عموم يقتضى صحته، وعليه فيكون تمام الربح للمالك نظرا لتبعية المنافع للأصل وكون بعضه للعامل رأسا وابتداء على خلاف القاعدة فى العقود إذ مقتضاها كون العوض لمن له المعوض فمن يبذل المثلن له الثمن والعكس بالعكس فلا وجه لكون بعضه للعامل.

وانتقاله آنا ما إلى ملك المالك ومن ثم إلى العامل وان كان معقولا إلا انه على خلاف قانون المضاربة والمزارعة والمساقاة. على انه من تملك ما لا يملك فعلا إذ ليس له الآن السلطنة عليه ولذا لم يستشكل أحد فى بطلان العقد إذا لم تكن حصة العامل من ربح ما يتجر به، بان يقول له المالك: اتجر بهذا المال ولك الربع من

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١٨

.....

أرباح تجارتي الخاصة أو من ثمر بستانى فى العام القادم.

والحاصل: ان الصحة فى هذه الموارد التى ليس فيها شىء مملوك للمملك بالفعل يملكه لغيره، تحتاج إلى دليل خاص، فان كان فهو و الا للقاعدة تقتضى البطلان نظير ما تقدم فى إجارة الأرض بحاصلها أو بيع ما سيرته من مورثه، فإنها غير مشمولة لأدلة التجارة عن تراض و صحتها على خلاف القاعدة، فلا بد لا ثباتها من دليل خاص و الا فهى محكومة بالفساد.

على أن المضاربة تزيد على غيرها فى الاشكال بأنها لا تنحصر - غالباً - بالتجارة مرة واحدة، بل تكون من التجارة المستمرة و المتعددة، و على هذا فلو فرض أن رأس المال مائة دينار و كان للعامل نصف الربح، فاتجر العامل به و اشترى سلعة بمائة دينار ثم باعها بمائتى دينار، كان مقتضى العقد اختصاص المالك بمائة و خمسين ديناراً و اختصاص العامل بخمسين ديناراً فقط، فلو اشترى بعد ذلك شيئاً بمائتى دينار ثم باعه بأربعمائة دينار، فمقتضى العقد ان يكون للعامل مائة و خمسون ديناراً و للمالك مائة و خمسون ديناراً، و هو مخالف للقاعدة من حيث أن المائتين ديناراً الحاصلة من التجارة الثانية إنما هى ربح لمجموع خمسين ديناراً - حصه العامل - و مائة و خمسين ديناراً - حصه المالك - و مقتضى القاعدة ان يكون ربع هذا المبلغ له و الثلاثة أرباع الباقية بينه و بين المالك و هذا يعنى ان يكون للعامل من مجموع الأربعمائة، مائة و خمسة و سبعون ديناراً و للمالك منه مائة و خمسة و عشرون ديناراً فقط، و الحال انه لا يأخذ إلا - مائة و خمسين ديناراً، و لازمه ان يكون ربح العامل أيضاً مناصفةً بينه و بين المالك و هو على خلاف القاعدة حيث ان المالك لم يعمل فيه شيئاً بل ذلك

مباني العروة 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 القاعدة و لم يكن هناك دليل على الصحة لالتزمنا بفساد عقد المضاربة بقول مطلق، و انما قلنا بالصحة فيها للنصوص الخاصة و عليه فلا بد فى تحديد ما يعتبر فى الحكم بالصحة من اتباع دلالتها بمقدار تلك الدلالة يحكم بالصحة، و الباقى بما فى ذلك المشكوك يبقى على أصل الفساد.

و عليه فنقول: أما بالنسبة إلى الدين فيكفى فى الحكم بفساد المضاربة 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 أدلة المضاربة عنوان «إعطاء المال» و هو ظاهر فى دفع العين فلا تشمل الأدلة الدين و يكفينا فى ذلك الشك حيث عرفت ان مقتضى الأصل البطلان.

و أما بالنسبة إلى المنفعة فالمعروف و المشهور بينهم هو عدم الجواز لكن يمكن أن يقال: ان التعبير فى أدلة المضاربة بالمال لا سيما ما ورد فى الوصية بالمضاربة بمال أولاده، شامل للمنفعة أيضاً حيث لا دليل على بطلان المضاربة بها خلافاً للدين.

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

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

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢٠

و كذا لو كان له على العامل دين لم يصح جعله قراضاً (١) الا- ان يوكله فى تعيينه ثم إيقاع العقد عليه بالإيجاب و القبول بتولى

الطرفين.

[الثاني: أن يكون من الذهب أو للفضة المسكوكين بسكّة المعاملة]

الثاني: أن يكون من الذهب أو للفضة المسكوكين بسكّة المعاملة بأن يكون درهما أو ديناراً؛ فلا تصح بالفلوس ولا بالعروض، بلا خلاف بينهم، وإن لم يكن عليه دليل سوى دعوى الإجماع. نعم تأمل فيه بعضهم، وهو في محله، لشمول العمومات، إلا أن يتحقق الإجماع، وليس ببعيد (٢) فلا يترك الاحتياط.

حيث أنها غير قابلة للبقاء نظراً إلى أنها تتلف بنفسها و من هنا فكل ما يكون في قبالتها يكون بأجمعه ربحاً، ولذا قالوا في باب الخمس أن كل ما يقع بإزاء المنافع سواء الأعيان وغيرها يكون متعلقاً للخمس وليس ذلك إلا لكونه بأجمعه ربحاً لا أن الأصل محفوظ و الباقي هو الربح.

إذن: فما ذكره المشهور من عدم صحة المضاربة بالمنفعة إن لم يكن أقوى فهو أحوط.

هذا بناء على جواز المضاربة بمطلق المال و إن لم يكن من الأثمان و أما بناء على عدم جوازه فلا ينبغي الإشكال في عدم جواز المضاربة بالمنفعة.

(١) للقاعدة و معتبرة السكوني - على ما تقدم.

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

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢١

و لا بأس بكونه من المعشوش الذي يعامل به (١) مثل الشاميات و القمري و نحوهما.

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

و كيف كان: فالأصل في هذه الدعوى كلام القاضي في الجواهر إلا أن عبارته صريحة في دعوى الإجماع. على صحة المضاربة بالدرهم و الدينار، و أين هذا من دعوى الإجماع على بطلانها في غيرهما؟ فإن بينهما بونا بعيداً.

و منه يظهر أن الإجماع بمعنى الاتفاق الكاشف عن رأي المعصوم (عليه السلام) غير متحقق في المقام، و معه فلا موجب لرفع اليد عن إطلاقات الأدلة المعتبرة للمال في المضاربة، حيث لم يثبت تقييد بكونه من الدرهم أو الدينار. فإن هذا العنوان كما يصدق عليهما يصدق على غيرهما من الأثمان و الأموال المتمحصّة في المالية.

نعم الحكم لا يعم العروض باعتبار أن الربح و الخسران إنما يلاحظان بالنسبة إلى ما هو متمحص في المالية و هو الأثمان التي يتحفظ بها أولاً ثم يلاحظ ربحها و خسارتها.

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

(١) إذ العبرة - 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 نادراً جداً، و قد تقدم الكلام فيه مفصلاً في باب الزكاة

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢٢

نعم لو كان مغشوشاً يجب كسره، بان كان قلباً لم يصح (١) و إن كان له قيمة، فهو مثل الفلوس. و لو قال للعامل: بع هذه السلعة و خذ ثمنها قراضاً لم يصح (٢).

نعم لو كان الغش بحد يمنع صدق الاسم عليه منع من صحة المضاربة به، بناء على القول باعتبار كون مال المضاربة درهما و ديناراً. (١) بان كان الغش فى الهيئة لا المادة، بان صب الذهب و الفضة بشكل الدراهم و الدنانير فإنه لا يكون حينئذ من الأثمان و تقدم اعتبار كون مال المضاربة منها.

و بذلك يظهر الفرق بينه و بين الفلوس.

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

و من هنا فإذا نفذ العامل ذلك فباع المتاع ثم تصدى للتجارة بالثمن كان فعله هذا إيجاباً للمضاربة بالوكالة من المالك و قبولاً منه هو.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢٣

إلا أن يوكله فى تجديد العقد عليه بعد ان نض الثمن

[الثالث: أن يكون معلوماً قدرًا و وصفًا]

الثالث: أن يكون معلوماً قدرًا و وصفًا (١).

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

(١) ذكر صاحب الجواهر (قده) فى وجهه: ان الجهالة تمنع من تحقق الربح الذى ينبغى ان يكون مشتركاً بين المالك و العامل و حيث انه روح هذه المعاملة فيحكم بطلانها.

و فيه: انا لو سلمنا عموم النهى عن الغرر للمضاربة أيضاً، فالمقام خارج عنه تخصصاً إذ لا غرر فى هذه المعاملة من ناحية المضاربة. فإنه لو اعطى المالك العامل كيساً مملوءاً بالدنانير و أمره بالمضاربة بها من دون ان يعلم مقدارها أو وصفها، لم يكن ذلك غرراً من جهة تمكن العامل من عدها بعد ذلك و اخبار المالك به فيرتفع جهلها لكونه أميناً عنده.

على أن لو لم يتمكن من عدها، فيكفى فى رفع الغرر ان المعاملة 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 المشكلة بالرجوع إلى التصالح - إن أمكن - و الا فيحلها الحاكم و لو بالقرعة.

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

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢٤

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

[الرابع: أن يكون معيناً]

الرابع: أن يكون معينا (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 المضاربة، نظرا لعدم الدليل عليه.

(١) خلافا 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 المضاربة به.

مدفوعة: بما ذكرناه فى مبحث الواجب التخييرى من المباحث الأصولية، من أن الفرد المردد و ان لم يكن له وجود فى الخارج الا أن

الجامع الذى هو عبارة عن عنوان أحدهما موجود فى الخارج لا محالة، فإنه موجود بوجود الفردين و لذا يقال: انه يعلم بنجاسة أحد

الإنائين و الحال ان الذى لا وجود له كيف يعلم بنجاسته؟.

إذن: فلا- مانع من إيقاع المضاربة على أحدهما، فإنه مشمول للعنوان الوارد فى النصوص اعنى دفع المال للتجارة و حينئذ فيكون

التخيير للعامل أو المالك على حسب ما يتفقان عليه.

مباني العروة 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 مائة 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 معينا و البقية للآخر، أو البقية مشتركة بينهما لم يصح (٣).

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

(٢) لتقوم مفهوم المضاربة به و الا- فيكون داخلا- فى مفهوم الإجارة 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 بزيادة الربح عن المقدار الذى جعل لأحدهما تعيينا. فإنه حينئذ تخرج المعاملة عن

المضاربة حيث ان معه لا يبقى للآخر شيء من الربح.

و أما إذا كان هناك وثوق بزيادة الربح عن المقدار المعين، فقد استدل للبطلان فيه، بان ظاهر كون الربح مشتركا بين المالك و

العامل- على ما دلت عليه النصوص- هو اشتراكهما فى كل جزء منه على نحو الإشاعة.

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

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢٦

[السادس: تعيين حصة 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 القاعدة تقتضى البطلان.

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

إذن: فالحكم بالبطلان في هذه الصورة 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 النسبه مجهوله و مردده في الواقع، و أما إذا كان لها واقع لكنهما لم يكونا يعلمان بها، كما لو ضاربه بالنسبه التي اتفقا عليها في السنه الماضيه مع نسيانها لها، فهل يحكم بصحتها أم لا؟

قيل بالثاني من جهه استلزامه للغرر.

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

مباني العروة 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 للأجنبي عنهما لم يصح (٢) الا أن يشترط عليه عمل متعلق بالتجاره (٣) نعم ذكروا أنه لو أشترط كون جزء من الربح لغلام 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 القاعدة صحه

و إنما الشك في زيادته و نقصانه، على انه لم يثبت نهييه (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 في الواقع.

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

(١) حيث به يحصل العلم بالمقدار.

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

(٣) لأنها في الحقيقه ترجع إلى المضاربه مع اثنتين

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢٨

الشرط حتى للأجنبي (١). و القدر المتيقن من عدم الجواز ما إذا لم يكن غلاما لأحدهما، فالأقوى الصحة مطلقا، بل لا يبعد القول به في الأجنبي أيضا و ان لم يكن عاملا لعموم الأدلة (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 للمعاملة مع كون المال بيد المالك كما عن التذكرة.

[التاسع: ان يكون الاسترباح بالتجارة]

التاسع: ان يكون الاسترباح بالتجارة، و أما إذا كان بغيرها- كأن يدفع اليه ليصرفه في الزراعة مثلا و يكون

(١) مراده (قده) من القاعدة هي العمومات و الإطلاقات، غير انك قد عرفت منا غير مرة إنكار ذلك حيث ليس لدينا إى عموم أو إطلاق يشمل تملك ما لا يملك، و لذا لو اشترط شيئا من الربح للأجنبي في غير عقد المضاربة لم يصح جزما لأنه من تملك المعدوم.

إذن: فالصحيح ان يجعل للأجنبي غير جائز سواء أ كان الأجنبي عبدا لأحدهما- بناء على ملكية العبد كما هو الصحيح- أم لم يكن. (٢) ظهر الحال فيه مما تقدم.

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

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢٩

الربح بينهما- يشكل صحته (١) إذ القدر المعلوم من الأدلة هو التجارة. و لو فرض صحة غيرها للعمومات- كما لا يبعد (٢)- لا يكون داخلا في عنوان المضاربة.

[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 مضاربة) «٢» و غيرها، فان هذه التعابير إن لم تكن ظاهرة في كون المال في يد المالك فلا أقل من كونها عامة لكلا الطرفين.

(١) لاختصاص المضاربة على ما يستفاد من نصوصها بالاسترباح بالتجارة.

(٢) بل هو بعيد، لما عرفت من عدم تمامية العمومات و احتياج الحكم بالصحة في هذه المعاملات إلى الدليل الخاص و حيث انه

مفقود فالقاعدة تقتضى البطلان.

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

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

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣٠

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

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

(١) فيه اشكال بل منع فإن المضاربة كغيرها من العقود تنحل إلى عقود متعددة على أجزاء رأس المال و ان كانت بحسب الإنشاء واحدة حالها فى ذلك حال سائر العقود، و من هنا فحيث ان المفروض ان العامل ليس بعاجز عن التجارة بجميع أجزاء ذلك المال و ان كان عاجزا عن الاتجار بمجموعه، فلا موجب للحكم بالبطلان من رأس و فى جميع المال، بل يتعين الحكم بالصحة فيما يقدر عليه و البطلان فيما يعجز عنه، فإنه لا محذور فيه سوى توهم ان الجهالة 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 المجموع 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 المضاربة بكل جزء بالمضاربة بالجزء الآخر كما هو الحال فى سائر موارد تبعض الصفقة، فيثبت للعامل أجره مثل عمله حينئذ، أو إمضاء العقد فى ذلك الجزء فيكون له ما اتفقا عليه من النسبة، و أما الحكم بالبطلان

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣١

.....

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

و بعبارة أخرى نقول: ان المقدار المقذور تارة يكون متميزا عن غير المقذور و أخرى لا يكون كذلك ففى الأول لا ينبغى الشك فى صحة المعاملة بالنسبة إلى المقدار المقذور فإنه من ضم المعاملة الصحيحة إلى المعاملة الفاسدة نظير بيع الخنزير و الشاة جملة أو بيع ماله و مال غيره كذلك فإنها تبعض لا محالة فتبطل فى الخنزير و مال الغير و تصح فى الشاة و ماله. و هذا جار فى الإجارة أيضا فإنه لو أجره لعملين أحدهما مقذور و الآخر غير مقذور دفعه صحة بالنسبة إلى المقذور و بطلت بالنسبة إلى غيره.

و الحاصل: إن ضم معاملة صحيحة إلى أخرى فاسدة لا يوجب البطلان بالنسبة إلى الصحيحة، بل تنحل المعاملة الواحدة إلى معاملتين فتصح بالنسبة إلى الواحدة للشرائط و تبطل بالنسبة إلى غيرها- و منه يتضح فساد ما ذكره (قده) من عدم استحقاق العامل شيئا من الربح فان له النسبة المتفق عليها من ربح ما اتجر به لانكشاف كونه مقذورا و صحيحا.

و فى الثانى: فيحكم بالصحة فى المقام أيضا و ان كنا نحكم بالفساد فى الإجارة باعتبار انه يعتبر فيها معلومية العمل بخلاف المضاربة حيث قد عرفت انه لا يعتبر فيها معرفة مقدار المال لعدم الغرر فى الجهل به و على تقديره فلا دليل على نفيه بقول مطلق.

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

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣٢
مع جهله بالبطلان (١) و يكون ضامنا

التمليك من الابتداء، و لا مجال لقياسها بالإجارة التي هي من العقود اللازمة المتضمنة للتمليك من الطرفين بل المتعين هو الحكم بثبوت النسبة المعينة من الربح للعامل فيما إذا لم يكن المالك جاهلا بعجزه عن المضاربة بالجميع من أول الأمر و الا فهو بالخيار إن شاء أبقى المعاملة كما كانت فيأخذ العامل نصيبه من الربح أو فسح لتبعض الصنفه فيكون للعامل أجره مثل عمله.
(١) ما أفاده (قده) متفرع على اختياره لبطلان المضاربة في المقام فلا تثبت له الحصة المعينة من الربح و أما بناء على ما اخترناه من صحتها بالنسبة إلى المقدر فلا موضوع لهذا الكلام كما عرفت.

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

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

و عليه: فلا وجه للقول بعدم استحقاق العامل لأجره مثل عمله

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣٣

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 لاجرة المثل إنما هو في فرض عدم زيادتها عن الحصة المعينة في المضاربة الفاسدة و الا فليس له الا ذلك المقدار لإقدامه على العمل بذلك المقدار و إلغاء احترامه بالنسبة إلى الزائد.

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

و من هنا فمقتضى كون اليد أمانة مالكية عدم الضمان في المقام و يقتضيه مضافا إلى ذلك تسالمهم- على ما ذكره الشيخ الأعظم (قده)- على ان ما لا- يضمن بصحيحه لا- يضمن بفساده و بالعكس، فان مقتضاه عدم ثبوت الضمان فيما نحن فيه لأن المضاربة الصحيحة غير مضمونة فتكون فاسدتها كذلك.

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

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣٤

حينئذ جميعه، لعدم التميز مع عدم الأذن في أخذه على هذا الوجه، أو القدر الزائد لأن العجز إنما يكون بسببه فيختص به، أو الأول إذا أخذ الجميع دفعة و الثانى إذا أخذ أولا بقدر مقدورة ثم أخذ الزائد و لم يمزجه مع ما أخذه أولا؟ أقوال: أقواها الأخير. (و دعوى): انه

بعد أخذ الزائد يكون يده على الجميع، و هو عاجز عن المجموع من حيث المجموع، و لا ترجيح الآن لأحد اجزائه 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 أدلة الضمان قاصرة عن شمول المقام سواء علم المالك بالحال أم جهل.

(١) و عبارة أخرى: ان الدفعين الأول و الثاني لما كانا مبنيين على المضاربة الواقعة على الجميع و المحكوم عليها بالفساد بالنسبة إلى جميع المال أيضا المقدر و غير المقدر - كما هو المفروض - لم يكن للتفصيل و ترجيح الأول على الثاني وجه، فان العقد واحد و نسبة كل واحد من الدفعين إليه واحدة أيضا.

(٢) و توضيحه ان يقال: ان عقد المضاربة 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 المعاملة الفاسدة

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣٥

.....

و نسبة تلك المعاملة إلى كلا الدفعين واحدة، فإنه إنما يتم في العقود اللازمة حيث لا يكون التسليم بعد الحكم بالفساد بنفسه مصداقا لإنشاء ذلك العقد، فيتعين كونه جريا على العقد الفاسد و أما في العقود الجائزة التي يكون العمل بعد العقد الفاسد بنفسه مصداقا لذلك العقد فلا مجال لأن يكون العمل بعده جريا على العقد السابق بحيث يرى المالك نفسه ملزما به، بل هو بعينه يكون مصداقا لذلك العقد فلو اكره شخص آخر ليهب ماله اليه فوهب و من ثم سلم المال باختياره اليه، لم يكن ذلك من الجرى على الهبة الفاسدة، و إنما كان التسليم بنفسه مصداقا للهبة.

و ما نحن فيه من هذا القليل فان دفع المالك للمال بعد فساد المضاربة إلى العامل لا يمكن أن يكون جريا على المعاملة الفاسدة و إنما هو مضاربة حقيقية أنشأت بالفعل لا اللفظ، حيث ان المالك بدفعه للمال قاصد لمتاجرة العامل به على أن يكون الربح بينهما على النسبة 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 المقدر المقبوض أولا مضاربة مستقلة عن المضاربة بالمقدار الثاني حيث لا يكونان من الجرى على المضاربة القولية الفاسدة، فيحكم بصحة الأولى حيث لا موجب للبطلان و فساد الثانية لكونها غير مقدورة.

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

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣٦

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

صحيحة، و الا فالجرى على العقد السابق فعل خارجي لا معنى لوصفه بالصحة و الفساد.

و بالجملة: فالمتعين بناء على القول ببطلان تمام المضاربة عند عدم القدرة 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 جملةً و تدريجاً.

(١) لم يظهر لنا وجه تقييد عدم الضمان في المقدار المقذور المقبوض أولاً- بما إذا لم يمزج الثاني به بحيث لو مزجه لكان ضامناً للجميع فان المزج وعدم التمييز لا- يقتضى ثبوت الضمان فيما لم يكن مضموناً من قبل، فإنه لا موجب للضمان فيه لا سيما وان المالين ملك للمالك واحد.

(٢) يظهر وجهه مما تقدم، فان هذا المال بعد العجز عن المضاربة به يكون أمانةً شرعيةً في يد العامل و عليه رده إلى مالكة في أقرب أزمنة الإمكان.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣٧

[مسائل]

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

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

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

(٢) فان موضوع الحكم بالضمان إنما هو اليد الضمانية كيد الغاصب أو العارية المضمونة و حيث ان هذا الموضوع تبدل بيد الامانة و المضاربة ينتفى الضمان قهراً و يكون من السالبة بانتفاء الموضوع.

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

(٤) فان هذه الرواية نبوية لم تثبت، و العبرة في الضمان إنما هي ببناء العقلاء أو المتشعبة عليه، و لا شيء منهما متحقق في المقام. على أن موضوع هذا النص هو الاستيلاء على مال الغير على نحو يوجب الضمان كالغصب و العارية المضمونة، و المفروض عدم بقاءه لأنه تبدل إلى الأمانة و معه فلا مجال لبقاء الحكم الأول نظير ما لو تبدل عنوان الغصب أو العارية المضمونة بالإجارة و نحوها، فان

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

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣٨

دينه ياذنه (١) و ذكروا نحو ذلك في الرهن أيضاً، و أن العين إذا كانت في يد الغاصب فجعله رهناً عنده أنها تبقى على الضمان، و الأقوى ما ذكرنا في المقامين لما ذكرنا.

[مسألة ٢]: المضاربة جائزة من الطرفين

(مسألة ٢): المضاربة جائزة من الطرفين يجوز لكل منهما فسخها (٢) سواء كان قبل الشروع في العمل أو بعده

معه أفيحتمل الحكم ببقاء الضمان من دون موضوع؟.

بل لو تنزلنا عن هذا أيضاً فإطلاق هذا النص معارض بإطلاق ما دل على عدم ضمان الأمين، حيث ان المال و بعد اجازة المالك أمانة

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 القرينة على رضاه ببقاء المال عند العامل. و الا فمجرد عقد المضاربة لا يقتضى سقوط الضمان و رضاه ببقائه عنده، إذ قد عرفت فيما تقدم انه لا يعتبر في عقد المضاربة كون المال بيد العامل.

نعم الظاهر ان اجراء المالك لعقد المضاربة مع الغاصب مع عدم مطالبته به قرينة عرفية على رضاه ببقاء ذلك المال في يده و تصرفه فيه فينتفى الضمان.

(١) فيكون في فعله هذا كالوكيل، فيسقط الضمان عنه لأنه أداء لحقه حقيقة.

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

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣٩

قبل حصول الربح أو بعده (١) نص 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 أدلة اللزوم عن شمول العقود الإذنية التي لا يكون فيها أى التزام من أحدهما بشيء كى يشملهُ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، و ان من التزم بشيء فعليه ان ينهائه، و إنما هى مجرد إباحة و إذن فى التصرف من أحدهما و قبول من الآخر كالعاريه، و عليه فمتى ما رجع الأذن فى إذنه لكونه مسلطا على ماله يتصرف فيه كيف يشاء، ارتفع الموضوع و معه ينتفى الحكم لا محالة.

(١) يريد بذلك جواز الفسخ بالنسبة إلى المعاملات المتأخرة عن المعاملة الواقعة التى ظهر فيها الربح و أما بالنسبة إليها فلا خلاف و لا إشكال فى اللزوم و ان الربح و بطبيعة الحال يكون مشتركا بينهما و ليس المالك ان يفسخ العقد ليأخذ تمام الربح و يدفع للعامل اجرة المثل.

و الوجه فيه واضح فان العقد لما كان محكوما بالصحة و ممضى من الشارع، كان مقتضاه اشتراك المالك و العامل فى الربح الحاصل على النسبة المتفق عليها و بمجرد ظهوره، و ليس للمالك ان يفسخ العقد لينزعه منه من غير رضاه.

نعم قد يثبت له ذلك من جهة 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 العروة 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 اللازمة

و ليس معناه اشتراط عدم الفسخ فى تلك الفترة- 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 الناحية.

و أما من سائر النواحي فقد ذكرنا في طي ابحاثنا الفقهية غير مرة ان الشرط في العقد ليس مجرد مقارنة التزام بالتزام أو أمر آخر وإنما هو نحو ارتباط بين الشرط والمشروط، و هو يكون على نحوين على سبيل القضية مانعة الخلو إذ قد يجتمعان معا. فقد يكون الشرط بمعنى تعليق المنشأ و نفس العقد على التزام المشروط عليه بشيء بحيث لو لم يلتزم به لما كان الأول منشأ لذلك العقد

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٤١

.....

كاشتراط الزوجة الاستقلال في 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 في الخارج. و قد يكون الشرط بمعنى تعليق التزامه بالمنشأ و الوفاء به على شيء في الخارج، فيكون العقد فيه مطلقاً و غير معلق، و إنما المعلق التزامه و وفائه به يرجع هذا في الحقيقة إلى جعل الخيار لنفسه عند فقدان ذلك الوصف المطلوب كاشتراط الكتابة أو العدالة في قبول بيع العبد و قد يجتمعان معا كما إذا اشترط أحد طرفي العقد على الآخر عملاً معيناً كخياطة ثوب أو كتابة شيء فإنه يكون من تعليق نفس العقد على التزام الآخر بذلك العمل و تعليق التزامه بذلك العقد و الوفاء به على تحقق ذلك العمل في الخارج. إذا اتضح ذلك فما نحن فيه لا يمكن ان يكون من قبيل الثاني حيث ان المضاربة- على ما عرفت- من العقود الإذنية حيث ليس فيها أى التزام من الطرفين المالك و العامل كى يكون الاشتراط فيها من تعليق الالتزام بشيء فلا محالة يكون الاشتراط من قبيل الأول بمعنى تعليق نفس إذن المالك في التصرف بالمال أو قبول العامل على ذلك.

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

و اخرى يفرض كونه هو التزام الآخر بعدم الفسخ خارجاً.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٤٢

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

ففى الأول فيما ان المعلق عليه غير حاصل في الخارج، باعتبار ان عقد المضاربة عقد جائز حيث ان كلا من المالك و العامل مالك للفسخ بحكم الشارع و لا- ينقلب إلى اللازم بالاشتراط يكون هذا العقد تبعاً للشرط محكوماً بالبطلان، لأن المالك لم يقدم على التجارة 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 وجوداً و عدماً، فليس فيه أى محذور إذ الالتزام بعدمه كالاتزام بسائر الأمور المباحة من الخياطة و الكتابة و غيرهما.

فحيث لم يكن يجب على المالك أو العامل الفسخ أو عدمه و كان كل منهما سائغاً و جائزاً 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 خارجاً فيحكم بصحتها.

(١) لعموم قوله (ص) «المؤمنون عند شروطهم» فإنه غير مختص بالشروط في ضمن العقود اللازمة، بل يعم كل ما يصدق عليه الشرط سواء أكان في ضمن عقد لازم أم جائز بل لو لم يكن الشرط ظاهرا في نحو ارتباط شيء بشيء، لقلنا بوجود الوفاء مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٤٣

.....

بالشروط الابتدائية لكن الأمر ليس كذلك باعتبار ان الشرط الابتدائي ليس شرطا في الحقيقة، وإنما هو وعد محض. ودعوى: ان الشرط لا يزيد على المشروط فإذا لم يكن لازما فلا يكون الشرط لازما أيضا بالأولوية. مدفوعة: بأنها صدى محض لا واقع لها، إذ لا مانع من كون وجوب الوفاء بالشرط مشروطا بأمر جائز كما هو الحال في أكثر الواجبات المشروطة كالسفر بالنسبة إلى القصر في الصلاة أو قصد الإقامة بالنسبة إلى التمام فإنه وفي 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 ملازمة بينهما و لا أولوية. و عليه ففي المقام للمكلف ان يلغى العقد فينتفى الشرط و له ان يبقى 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 في عقد المضاربة 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 بالجملة: فالصحيح ان الشروط مطلقا سواء أ كانت في ضمن عقد لازم أم كانت في ضمن عقد جائز، يجب الوفاء بها ما دام مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٤٤

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

العقد باقيا، فإذا ارتفع العقد انتفى الموضوع. ثم ان لزوم الشرط هذا إنما هو لزوم تكليفي محض و لا يترتب عليه أى أثر وضعي، باعتبار ان دليله اعنى قوله (ص) «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 وضعي ثم انه ذكر بعضهم: ان وجود العقد إذا كان شرطا في 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 في اشتراط عدم فسخ المضاربة بين ما يكون في نفس العقد و ما يكون في عقد جائز آخر ففي الثاني يصح الشرط و يجب الوفاء به ما دام العقد الثاني باقيا، و أما إذا فسخ انتفى الشرط لانتفاء موضوعه. و أما في الأول فينبغي الحكم بعدم صحة 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 جهة قصور الشرط بنفسه عن إثبات الأزيد من ذلك، فان

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٤٥

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

المتفاهم العرفي من اشتراط شيء على الغير فى المعاملة 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 المرأة على الرجل النفقة فى النكاح المنقطع فان المتفاهم العرفي فى جميع ذلك هو العمل بالشرط ما دام العقد باقيا، بلا فرق فى ذلك بين عقد المضاربة 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 مباشرة.

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 جهة المتفاهم العرفي، الا ان ذلك لا يعنى توقف وجوب الوفاء على بقاء العقد دائما.

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

(١) فى إطلاقه إشكال بل منع إذ جرى 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 العروة الوثقى، ج ١، ص: ٤٦

منافيا لزم عدم صحته فى ضمن عقد آخر أيضا. و لو شرط فى عقد مضاربة عدم فسخ مضاربة أخرى سابقه صح (١) و وجب الوفاء به، الا أن يفسخ هذه المضاربة فيسقط الوجوب، كما أنه لو اشترط فى مضاربة أخرى فى مال آخر، أو أخذ بضاعة منه، أو قرض، أو خدمة أو نحو ذلك، و جب الوفاء به ما دامت المضاربة باقية، و ان فسخها سقط الوجوب، و لا بد أن يحمل ما اشتهر من أن الشروط فى ضمن العقود الجائزة غير لازمة 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 فى العقد اللازم الآخر لتخلف الشرط.

و ان كان الشرط هو لزوم المضاربة و عدم مالكيته للفسخ، فهو باطل لكونه مخالفا للسنة، حيث ان عقد المضاربة جائز فلا ينقلب بالشرط إلى اللزوم فان الحكم الشرعى لا يتغير به، و حينئذ فهل يسرى فساده إلى العقد أم لا؟ فيه خلاف و الصحيح عندنا هو الثانى 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 فى المقام عن الحال فى العقد اللازم، فان بطلان الشرط هناك لم يكن يوجب فساد

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٤٧

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

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

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

(مسألة ٣): إذا دفع إليه مالا و قال: اشتر به بستانا مثلا أو قطيعا من الغنم، فإن كان المراد الاسترباح بهما بزيادة القيمة صح مضاربه و ان كان المراد الانتفاع بنمائها

العقد و هذا بخلاف المقام فان بطلانه يوجب بطلان العقد لا محالة 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 مالكيه 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 المعاملة الثانية- المشروط- فلا أثر لتخلف الشرط فان العقد جائز في نفسه و أما إذا كان بعد ظهور الربح في المعاملة الثانية فللمشروط له أن يفسخ العقد من جهة 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 العروة الوثقى، ج ١، ص: ٤٨

بالاشتراك ففي صحته مضاربه و جهان: من أن الانتفاع بالنماء ليس من التجارة فلا يصح، و من أن حصوله يكون بسبب الشراء فيكون بالتجارة. و الأقوى البطلان مع إرادة عنوان المضاربه إذ هي ما يكون الاسترباح فيه بالمعاملات و زيادة القيمة لا مثل هذه الفوائد (١) نعم لا بأس بضمها إلى زيادة القيمة (٢) و إن لم يكن المراد

الوفاء إنما هو بمعنى الإتمام و الإنهاء فالوفاء بالشئ عبارة عن إنهائه و عدم فسخه و حيث ان يقطع بعدم حرمة 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 يقد دليل على جوازه، لا ان موضوعها العقد اللازم.

و أما الثاني فلما عرفت من انه انما يتضمن حكما تكليفيا صرفا نظير قولهم (ع) «المؤمن عند عدته» لا الصحة و إنما هي تستفاد بالملزمة من الحكم التكليفي، و ليس هذا موضوعا للجواز أو اللزوم بل مقتضاه وجوب الوفاء بكل شرط سائغ في ضمن أي عقد من العقود كان- الجائزة أو اللازمة- و لا مانع من الالتزام بذلك.

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

(٢) بلا خلاف فيه بينهم، فإن الأذن في التجارة بيع و شراء

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٤٩

خصوص عنوان المضاربه فيمكن دعوى صحته للعمومات (١)

[مسألة (٤): إذا اشترط المالك على العامل أن يكون الخسارة عليهما كالربح]

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

ما له نماء إذن في بيع النماء أيضا، فيشتركان في ربحه، و لا ينافيه عنوان المضاربه لأنه اشتراك في الربح الحاصل من التجارة و ان

كان مال التجارة يزيد أيضا.

(١) كأوفوا بالعقود و التجارة عن تراض، بدعوى انها و بمقتضى عمومها تقتضى الحكم بصحة كل معاملة تنشأ بين طرفين سواء أ كانت من المعاملات المتعارفة المعهودة أم لم تكن.

غير انك قد عرفت غير مرة ان هذه العمومات لا- تصلح لأن تشمل مثل هذه المعاملات فان التمليك لا بد و ان يتعلق إما بشيء خارجي مملوك له بالفعل و إما بشيء في ذمته، باعتبار انه مسلط عليهما و هما تحت سلطانه فإذا أنشأ المالك تمليك شيء من هذين شملته العمومات لا محالة.

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

إذن: فهذا النحو من المعاملة الذى يتضمن تمليك أمر معدوم غير صحيح و إنما قلنا بصحته فى المزارعة و المضاربة و المساقاة و الوصية لأجل الدليل الخاص، و الا فمقتضى القاعدة فيه هو البطلان.

مباني العروة 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 الخسارة 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 الخسارة فى عهدة العامل فيبطل و بين ما إذا كان هو التدارك الخارجى فيصح.

أما الأول: فليس ما ذكرناه من جهة 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 جهة ملاحظة ان العامل أمين، و مقتضى ما دل على ان الأمين لا يضمن و لا سيما بعض النصوص الواردة فى خصوص المضاربة 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 محالة.

و أما الثانى: فحيث أن تدارك العامل للخسارة 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 المضاربة عند اشتراط الضمان على العامل قرضا، فيكون جميع

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٥١

.....

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

و كأنه صحيحة 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 شيء) «١» لكنها و إن كانت صحيحة بحسب السند الا انها أجنبية بحسب الدلالة عن محل الكلام، فإنها واردة فى التضمنين من أول الأمر لا اشتراط الضمان عند التلف الذى هو محل كلامنا.

فانا ذكرنا في مبحث الفرق بين البيع والدين من مباحث المكاسب أن البيع عبارة عن مبادلة المال بالمال بحيث ان كلا من المتبايعين يعطى شيئاً بإزاء أخذ شيء من صاحبه، في حين ان القرض لا يتضمن أى مبادلة بين المالين، 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 الصحيحة لما كانت ناظرة إلى الضمان المطلق اعنى دفع ماله إلى غيره ليكون فى عهده من أول الأمر، كانت الرواية أجنبية عن محل الكلام، فإنها واردة فى القرض ابتداء لا فى انقلاب المضاربة إلى القرض بالاشتراط. فالصحيحة - بناء على ما ذكرناه و اختاره صاحبنا الوافى و الحدائق - غير واردة فى المضاربة، و انما هى واردة فى التضمين الفعلى و أين ذلك من اشتراط الضمان عند التلف؟.

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

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٥٢

[مسألة ٥: إذا اشترط المالك على العامل أن لا يسافر مطلقاً أو إلى البلد الفلانى]

(مسألة ٥:) إذا اشترط المالك على العامل أن لا يسافر مطلقاً أو إلى البلد الفلانى أو إلا إلى البلد الفلانى، أو لا يشتري الجنس الفلانى، أو إلا الجنس الفلانى، أو لا يبيع من زيد مثلاً، أو الا من زيد، أو لا يشتري من شخص، أو إلا من شخص معين، أو نحو ذلك من الشروط، فلا يجوز له المخالفة (١) و الا ضمن المال لو تلف بعضاً أو كلاً، و ضمن الخسارة مع فرضها. و مقتضى القاعدة (٢) و ان كان كون تمام الربح للمالك على فرض إرادة القيدية (٣) إذا أجاز المعاملة، 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 الصحيحة معمولاً بها. غير تام بالقياس إلى المعنى الذى ذكره.

(١) عملاً بشرط المالك و اقتصاراً على مورد إذنه.

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

(٣) يمتاز القيد من الشرط فى العقود الالتزامية التمليكية كالبيع بان الشرط فيها قد يكون أمراً خارجياً أجنبياً عن المبيع و الثمن كالخياطة ففى مثله لا يمكن ان يكون قيداً لمتعلق العقد إذ المبيع وجود و الشرط وجود آخر و النسبة بين الوجودين هى التباين فلا معنى لأن

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٥٣

.....

يكون أحدهما مقيداً للوجود الآخر فيقال: ان الحنطة مقيدة بخياطة الثوب.

نعم من الممكن جعله قيداً للمنتجاً بمعنى تعليق نفس البيع - لا المبيع - على الخياطة، 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 الخياطة فيكون من الالتزام فى ضمن الالتزام.

وقد يكون وصفاً لمتعلق العقد، و هو تارةً يكون من الأوصاف الذاتية المقومة للذات فهو قيد لا- محالة كأن يقول «بعتك هذا الموجود الخارجى على ان يكون ذهباً» و عليه فلو تخلف الوصف لكان البيع محكوماً بالبطلان لا محالة، و ذلك لأن مالىة الأشياء إنما هى بفصولها و ما يمتاز به كل صنف عن الآخر من الصفات، و حيث ان الجامع بين الصنفين فاقد لها فلا مالىة له. و العبرة فى اختلاف الصنف و النوع إنما هى بالنظر العرفى لا الدقة العقلية الفلسفية فإنه إذا باع المملوك على انه أمه فبان عبداً حكم ببطلان البيع إذ العرف يراهما نوعين و ان كانا بنظر العقل واحداً باعتبار أن الذكورية و الأنوثة من العوارض للإنسان. و أخرى لا- يكون مقوماً للذات كما لو باع العبد على أنه كاتب، و مثله لا يصلح ان يكون قيذاً، فان الموجود الخارجى لا إطلاق له لكى يكون مقيداً بالكتابة 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 فى كونه شرطاً اعنى تعليق الالتزام مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٥٤

.....

بالعقد على كونه كاتباً فيكون له الخيار على تقدير عدمه.

هذا كله بالنسبة إلى المائز بين القيود و الشروط فى الأعيان الخارجية و قد انضح انه يختلف باختلاف الشرط. و من هنا يتضح ان العبرة فى 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 فى الذمة، فحيث ان وجود الكلى ينحصر فى وجود أفرادها إذ لا وجود له الا فى ضمنها، كان الاشتراط- مقوماً كان الشرط أو غيره- موجباً لتعدد الوجود و امتياز المقيد عن غيره، و من هنا يكون الشرط قيذاً فى متعلق المعاملة لا محالة بحيث يكون متعلقها خصوص الحصه المقيدة دون غيرها لاقتضاء أخذ الوصف تخصص الكلى لا محالة. و عليه فلو سلمه غيرها لم تبرأ ذمته و وجب عليه أداء الحصه التى اتفقا عليها. و بهذا يفترق الكلى عن العين الخارجية.

و كذا الحال إذا كان متعلق العقد عملاً من الأعمال، فإنه عرض من الأعراض و هو يختلف و يتعدد فى الوجود بماله من صفات: فهو موجود بوجودين واجد الصفة و فاقدها.

و من هنا فأخذ صفة فى ضمن العقد يعنى كون متعلق المعاملة 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 فى الخارج.

و الحاصل: ان باب الكلى فى الذمة و الأعمال من جهة يغير باب

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٥٥

.....

الأعيان الخارجية التى تكون متعلقة للعقد من جهة أخرى.

هذا كله فى العقود الالتزامية التملكية، و أما فى عقد المضاربة الذى ينحل فى الحقيقة إلى أمرين إذن المالك للعامل فى العمل و التزامه بان يكون الربح بينهما، فهو من العقود الإذنية بلحاظ الجهة الأولى و من العقود الالتزامية بلحاظ الجهة الثانية.

فإذا اشترط المالك على العامل ما يرجع إلى خصوصية فى المبيع أو الشراء كان ذلك من تقييد الأذن لا محالة فيكون راجعاً إلى الجهة الأولى فى المضاربة، و مقتضى ذلك ان مخالفة الشرط توجب انتفاء الأذن فى التصرف فيه و عليه فيحكم بعدم استحقاق

العامل شيئاً.

و أما ما وقع من العمل خارجاً فهو معاملة فضولية ان أجازه المالك كان الربح أو الخسران له و الا فهو محكوم بالفساد من أصله.
و أما إذا كان الشرط أمراً خارجياً كالخياطة و الكتابة و نحوهما فيمكن ان يكون راجعاً إلى الجهة الأولى فيكون من تعليق الأذن في التجارة و التصرف بالمال على ذلك الفعل المعين كما هو الحال في الإباحات.

و لا يقدح فيه التعليق لأن الممنوع إنما هو التعليق في العقود التمليكية و المضاربة من العقود الإذنية.
و يمكن أن يكون راجعاً إلى الجهة الثانية أعني التزامه بكون الربح بينهما على النسبة المعينة، و هذا هو الأظهر في الشروط التي لها مالية.

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

هذا تمام الكلام بالنسبة إلى ما تقتضيه القاعدة، و منه يظهر الحال في بعض ما أفاده الماتن (قده) في هذا المقام.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٥٦

اشتراكهما في الربح على ما قرر، لجملة من الاخبار الدالة على ذلك (١) و لا داعي إلى حملها على بعض

(١) كصحيحة جميل عن أبي عبد الله (ع) (في الرجل دفع إلى رجل مالا يشتري به ضرباً من المتاع مضاربة فذهب فاشترى به غير الذي أمره، قال: هو ضامن و الربح بينهما على ما شرط) «١» و صحيحة الحلبي عنه (ع) أيضاً: (في الرجل يعطى الرجل مالا مضاربة فيخالف ما شرط عليه، قال هو ضامن و الربح بينهما) «٢» و غيرهما من النصوص.

ثم ان أغلب هذه الروايات و إن كانت واردة في مخالفة العامل للمالك في الخروج من البلد و المكان الذي حدده له في التجارة، و صحيحة جميل واردة في مخالفته للمالك في جنس ما عينه له، الا انه يمكن إثبات الحكم بشكل عام و التعدي عن المورد بدعوى الأولوية القطعية حيث انه إذا ثبت اشتراك العامل و المالك في الربح على النسبة المعينة مع مخالفة العامل للمالك في جنس المتاع و المخالفة ذاتية، كان ثبوته في مورد مخالفته للشرائط الأخر العائدة إلى الاختلاف في الأوصاف أو الأزمان، بطريق أولى.

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

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

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

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٥٧

المحامل (١) و لا إلى الاقتصاد على مواردها، لاستفادة

(١) حمل بعضهم المخالفة في هذه النصوص على المخالفة الصورية بدعوى ان قصد المالك حين إعطائه لرأس المال للعامل إنما هو الاسترباح، غاية الأمر انه كان يتخيل انه إنما يكون بشراء الأطعمة- مثلاً- لكن العامل لما يعلم انفعياً شراء الحيوان- مثلاً- فيشتريه، فلا يمكن ان يقال انه كان من غير إذن المالك لأنه لما كان قصده الاسترباح كان راضياً بكل معاملة فيها ربح.

و من هنا تكون المعاملة صحيحة و الربح بينهما بالنسبة لا محالة باعتبار ان المخالفة صورية لا حقيقية و عليه فالتحصّل ان هذه النصوص لا تتضمن حكماً تعدياً مخالفة للقاعدة، و إنما تتضمن حكماً تقتضيه القواعد بنفسها.

وفيه: انه لو تم فهو إنما يتم في صورة وجود الربح في المعاملة التي أتى بها العامل و أما مع الخسارة فمقتضى القاعدة كون المعاملة فضوليّة ان أجازها المالك كانت الخسارة عليه و الا استحق نفس ماله و عينه، لا الحكم بصحتها مطلقا مع تحمل العامل للخسارة فإنه لا ينطبق على أى قاعدة من القواعد.

على انه إنما يختص بما إذا كان ربح المعاملة التي قام بها العامل أزيد أو لا أقل مساويا لربح المعاملة التي أمر بها المالك، و أما مع قلته بالنسبة إليه فكيف يمكن أن يقال: ان المالك راض بها و ان المخالفه صوريه؟ و الحال ان هذه النصوص مطلقة و غير مقيدة بفرض تساوى الربحين أو زيادة ربح الثانية عما أمر به المالك.

هذا كله مضافا إلى ان العبرة في صحة التصرف في مال الغير انما

مباني العروة 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 اللاحقة، و لا- يكفي مجرد الرضا الباطني التقديري فإن كل انسان يرضى باطنا بالربح لكن أ فهل يصح ذلك أخذ ماله و التصرف من غير إذنه؟.

إذن: فهذه المخالفة حقيقية واقعية و ليست بصورية، و مقتضى القاعدة الحكم ببطان ما صدر من العامل، غير ان النصوص تضمنت صحته تعبدا و كون الربح بينهما و الخسارة على العامل.

(١) على ما تقدم بيانه.

نعم الظاهر انها إنما تختص بمخالفة العامل للشرط الراجع إلى الجهة الأولى في المضاربة اعنى الأذن في التصرف في المال، و لا تشمل مخالفته لما يرجع إلى الجهة الثانية و كون الربح بالنسبة المعينة بينهما.

و ذلك لانصراف هذه النصوص عن مثل هذه المخالفات، إذ الظاهر انها ناظرة إلى عمل العامل عملا لم يأذن فيه المالك و صدور العمل على خلاف الشرط، لا ما إذا كان العمل مأذونا فيه غاية الأمر انه لم يف بشرط خارجي اشترط عليه بلحاظ جعل الربح له، على ما يشهد له ملاحظة سائر النصوص الواردة في مخالفة العمل، فإنها تقيد ما ظاهره الإطلاق لا محالة.

بل الظاهر انه لا- حاجة إلى ذلك أيضا إذ الظاهر من صحیحة الحلبي المتقدمة ترتب الأثر على العمل بخلاف ما شرط عليه، و لو بملاحظة مناسبة الحكم و الموضوع حيث ان مجرد عدم العمل بالشرط لا يقتضى

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٥٩

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

(مسألة 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 مصلحة إن كان هناك مصلحة أو خصوصا. فلو خلط بدون الأذن ضمن التلف الا أن المضاربة باقية و الربح بين المالين على النسبة (٢).

[مسألة ٧: مع إطلاق العقد يجوز للعامل التصرف على حسب ما يراه]

(مسألة 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 في 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 بصحة المضاربة 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 القرينة هو الاتجار بالمال بشخصه لا مع خلطه بغيره.

(٢) كل ذلك النصوص المتقدمة حيث انها غير قاصرة الشمول لمثل المقام.

مباني العروة 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 في المسألة المتقدمة (٢).

[مسألة ٨: مع إطلاق العقد و عدم الإذن فى البيع نسيئة لا يجوز له ذلك]

(مسألة ٨): مع إطلاق العقد و عدم الإذن فى البيع نسيئة لا يجوز له ذلك (٣) الا 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 المسألة السابقة 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 فى الأزمنة السابقة.

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

(٣) لأنه على خلاف ظاهر إذنه.

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

و عليه فان كان هناك ربح فهو بينهما على النسبة التى اتفقا عليها و ان كانت وضيعه فهى على العامل، على ما تضمنته النصوص حيث ان المقام من مصاديق مخالفة العامل للمالك فيما شرط عليه، إذ أنه قد اتجر تجارة لم يأذن المالك فيها، فيكون مشمولاً لها لا محالة.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٦١

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

(١) حيث يحكم بصحة المعاملة لانتسابها بالإجازة اليه.

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

و عليه: فيحكم بطلانها عند عدم إجازة المالك لها.

(٣) و بعبارة أخرى: انه ان كانت العين موجودة كان للمالك مطالبتها من كل من وضع يده عليها، و ان كانت تالفة كان له تغريم أى

منهم شاء بالمثل أو القيمة، على ما هو الميزان في باب الضمانات.

وقد 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 العروة 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.

[مسألة ٩: في صورة إطلاق العقد لا يجوز له أن يشتري بأزيد من قيمة المثل]

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

[مسألة ١٠: لا يجب في صورة الإطلاق أن يبيع]

(مسألة ١٠): لا يجب في صورة الإطلاق أن يبيع

(١) كما هو الحال في غير المضاربة من العقود أو التمليكات المجانية نظرا لكون السبب أقوى من المباشر.

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

(٣) و الوجه في ذلك كله هو ان عقد المضاربة مبنى على كون التجارة بالبيع و الشراء بالقيمة المتعارفة و في معرض تحصيل الربح، فلا يشمل صورة علم العامل بالخسارة بأن يشتري بأزيد من ثمن المثل أو يبيع بالأقل منه.

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

مباني العروة 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 رغبة للناس فيه غالبا (٢).

[مسألة ١١: لا يجوز شراء المعيب]

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

[مسألة ١٢: المشهور - على ما قيل - أن في صورة الإطلاق يجب أن يشتري بعين المال]

(مسألة ١٢): المشهور- على ما قيل- أن في صورة الإطلاق يجب أن يشتري بعين المال فلا يجوز الشراء في الذمة وعبارة أخرى: يجب أن يكون الثمن شخصيا من مال المالك لا كليا في الذمة، والظاهر انه يلحق به الكلي في المعين أيضا، وعلل ذلك: بأنه القدر المتيقن و أيضا للشراء في الذمة قد يؤدي إلى وجوب دفع غيره- كما إذا تلف رأس المال قبل الوفاء- ولعل المالك غير راض بذلك. و أيضا إذا اشترى بكلي في الذمة لا يصدق على الربح انه ربح مال المضاربة و لا يخفى ما في هذه

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

(٢) فلا يجوز لكونه على خلاف مبني عقد المضاربة.

(٣) ظهر وجهه مما تقدم فإن العبرة في الصحة انما هي بوجود

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٦٤

العلل (١). و الأقوى- كما هو المتعارف- جواز الشراء في الذمة و الدفع من رأس المال، ثم انهم لم يتعرضوا لبيعه و مقتضى ما ذكره و وجوب كون المبيع أيضا شخصيا 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 الذمة يتصور على وجوه]

إشارة

ثم أن الشراء في الذمة يتصور على وجوه:

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

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

[الثاني: أن يقصد كون الثمن في ذمته]

الثاني: أن يقصد كون الثمن في ذمته من حيث انه عامل و وكيل عن المالك و يرجع الى الأول، و حكمهما الصحة و كون الربح مشتركا بينهما على ما ذكرناه (٣) و إذا فرض تلف مال المضاربة قبل الوفاء كان في ذمة

المصلحة و كون التجارة في معرض الربح.

(١) فإنها مخالفة لإطلاقات أدلة المضاربة المقتضية للصحة و لا موجب لرفع اليد عنها.

(٢) بمعنى قصده لأداء الثمن من مال المضاربة.

(٣) لما تقدم من عدم اعتبار كون الشراء أو البيع شخصيا و جواز كونهما في الذمة.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٦٥

المالك يؤدي من ماله الآخر (١).

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

الثالث: أن يقصد ذمته نفسه و كان قصده الشراء لنفسه و لم يقصد الوفاء حين الشراء من مال المضاربة، ثم دفع منه و على هذا الشراء صحيح (٢) و يكون غاصبا في دفع

(١) اعتبره في المسالك من المسلمات، و استدل عليه في الجواهر بأنه مقتضى إطلاق إذن المالك. و فيه: 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 إلزامه بذلك تعسف محض و بلا موجب، فان المالك انما أذن بالشراء من ماله إما شخصيا أو كليا على أن يدفع بدله من المال المعين للمضاربة و لم يأذن في غيره. و أما دعوى الإطلاق فهو واضح الاندفاع حيث ان المالك انما أذن في التصرف بالمال المعين و لم يجز في الزائد منه، كي يكون مضمونا في ماله الخاص.

و عليه فالصحيح هو الحكم بطلان هذه المعاملة فإن الثمن و ان كان كليا في الذمة لكنه لما كان مقيدا بالدفع من المال الخارجي المعين، و تعذر ذلك كان من مصاديق تلف الثمن قبل قبضه، فيحكم بانفساخ العقد و رجوع مقابله الى مالكة الأصلي، 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 الخارجي

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٦٦

مال المضاربة من غير إذن المالك، إلا إذا كان مأذونا في الاستقراض و قصد القرض.

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

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

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

و بالجملة: حال الدفع من مال المضاربة في هذه الصورة حال الأداء من غير مال المضاربة 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 حقيقة البيع فإنه عبارة عن مبادلة مال بمال، فلا تكون موجبة لفساده.

(٢) و فيه: أن التقيد لم يثبت بدليل، فان معنى البيع - على ما عرفت - إنما هو المبادلة بين المالكين و المنشأ إنما هو ملكية كل منهما لمال الآخر، و أما الزائد عنه فلم يثبت بدليل. و دفع الثمن

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٦٧

مقيد بدفع الثمن و المفروض أن الدفع بمال الغير غير صحيح، فهو بمنزلة السرقة (١)، كما ورد في بعض الأخبار أن من استقرض و لم يكن قاصدا للأداء فهو سارق (٢) و يحتمل صحة الشراء و كون قصده لنفسه لغوا، بعد أن كان بنائه الدفع من مال المضاربة، فإن البيع

و ان كان بقصد نفسه و كليا في ذمته، الا أنه ينصب على هذا الذي 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 في الصورة السابقة أيضا، إذ لا فرق بينهما من هذه الجهة 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 في السند أو قصور في الدلالة.

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

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٦٨

الأول، و بالاحتياط الثاني (١) و أضعف الوجوه الثالث و إن لم يستبعده الآقا البهبهاني.

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

الخامس: أن يقصد الشراء في ذمته من غير التفات إلى نفسه و غيره. و عليه أيضا يكون المبيع له (٢) و إذا دفعه من مال المضاربة 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.

[مسألة (١٣): يجب على العامل بعد تحقق عقد المضاربة ما يعتاد بالنسبة إليه]

(مسألة ١٣): يجب على العامل بعد تحقق عقد المضاربة ما يعتاد بالنسبة إليه و الى تلك التجارة 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 ملكية 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 مؤنة زائدة، 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 السيرة الجارية.

مباني العروة 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 اللائق و المتعارف، و يجوز له استيجار من يكون المتعارف استيجاره مثل الدلال و الحمال و الوزان و الكيال و غير ذلك و يعطى الأجرة من الوسط، و لو استأجر فيما يتعارف مباشرة بنفسه فالأجرة من ماله (١) و لو تولى بنفسه ما يعتاد الاستيجار له فالظاهر جواز أخذ الأجرة إن لم يقصد التبرع، و ربما يقال بعدم الجواز، و فيه:

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

(١) لكونه على خلاف مقتضى عقد المضاربة، حيث انه يقتضى كون تلك الافعال على العامل نفسه.
 (٢) تقدم غير مرة أن هذا المقدار من التعليل لا يكفي فى جواز أخذ العامل للأجرة بل لا بد فى إثباته من إضافة ان العمل صادر بأذنه و مستند اليه، و الافلو لم يكن العمل صادرا بأمره لم يكن وجه لإثبات الأجرة عليه.
 فصدور العمل عن أمر المالك مقوم لثبوت الأجرة عليه، و هو متحقق فى المقام فان العمل لما كان الاستيجار عليه أمرا متعارفا كان مقتضى إذن المالك فى المضاربة الأذن فى الاستيجار و دفع الأجرة بإذنه و مقتضى إطلاق هذا الأذن عدم الفرق بين كون الأجير هو العامل أو غيره، فإنه و كما يجوز للعامل استيجار عبده للقيام بذلك
 مباني العروة 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 مأكول و مشرب و ملبس و مسكن و نحو ذلك مما يصدق عليه النفقة 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

الفاعل فتكون الأجرة له قهرا كذلك يجوز له القيام به مباشرة ليأخذ الأجرة بلا واسطة.

(١) لأنها من لوازم السفر و الأذن بالشيء و بالدلالة الالتزامية إذن فى لوازمه.
 و يقتضيه مضافا إلى ذلك السيرة القطعية الجارية.
 (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 منافاتهما لإطلاق الأذن، و السيرة القطعية الجارية بالتزام الأمر لجميع نفقات المأمور فى سفره منافيان لصحيحة على بن جعفر المذكورة فى المتن.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٧١

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

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

(مسألة ١٥): المراد بالنفقة ما يحتاج اليه من مأكول و ملبوس و مركوب و آلات يحتاج إليها فى سفره و أجرة المسكن و نحو ذلك. و أما جوائزه و عطايه و ضيافته و مصانعاته فعلى نفسه (٢) إلا إذا كانت التجارة موقوفة عليه.

[مسألة (١٦): اللازم الاقتصار على القدر اللائق]

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

[مسألة ١٧]: المراد من السفر العرفي لا الشرعي

(مسألة ١٧): المراد من السفر العرفي لا الشرعي (٥) فيشمل السفر فرسخين أو ثلاثة. كما انه إذا أقام في بلد عشرة أيام أو أزيد كان نفقته من رأس المال لأنه في السفر

(١) للسيرة و صحیحہ علی بن جعفر المتقدمة.

(٢) لعدم صدق النفقة عليه.

(٣) لخروجه عن المأذون من قبل المالك.

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

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

مباني العروة 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 بالتجارة- فنفقته في تلك المدّة على نفسه (١) و إن كان مقامه لما يتعلق بالتجارة و لأمر آخر بحيث يكون كل منهما علة مستقلة لو لا الآخر، فان كان الأمر الآخر عارضا في البين فالظاهر جواز أخذ تمام النفقة من مال التجارة (٢) و ان كانا في عرض واحد ففيه وجوه (٣) ثالثها التوزيع و هو الأحوط في الجملة (٤) و أحوط منه كون التمام على نفسه و إن كانت العلة مجموعهما بحيث يكون كل واحد جزء من الداعي فالظاهر التوزيع (٥).

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

(٢) لإطلاق الدليل بعد صدق كون مقامه للتجارة

(٣) أقواها جواز الإنفاق حيث لا قصور في شمول الأدلة للمقام بل يقتضيه السيرة القطعية الجارية حيث يتحمل المرسل نفقات الرسول من غير فرق بين ان يكون للعامل في البلد المرسل اليه شغل غيره و عدمه.

(٤) أي بالنسبة إلى العامل.

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

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٧٣

[مسألة ١٨]: استحقاق النفقة مختص بالسفر المأذون فيه

(مسألة ١٨): استحقاق النفقة مختص بالسفر المأذون فيه (١) فلو سافر من غير إذن، أو في غير الجهة المأذون فيه أو مع التعدى عما اذن فيه، ليس له أن يأخذ من مال التجارة.

و بحسب هذا الارتكاز يمكن استفادة الحكم من صحیحہ علی بن جعفر المتقدمة أيضا، إذ العامل في سفره هذا يجمع بين صفتين فهو عامل مضارب 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 العرفي، فإن ثبوت النفقة كان بملاك أن الأذن في الشيء إذن- و بالدلالة الالتزامية- في لوازمه، و مع انتفاء أصل الأذن لا تبقى دلالة التزامية، و من هنا- و بحسب الارتكاز أيضا- يكون مورد صحيحة علي بن جعفر المتقدمة مختصا بفرض الأذن فلا تعم صورة 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 القاعدة عليها و لو من جهة الفهم العرفي 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 شاملة للمقام بلا اشكال و مقتضاها ضمان العامل لما يتلفه بالإتفاق، و هو يعني عدم جواز صرفه من مال المالك.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٧٤

[مسألة ١٩: لو تعدد أرباب المال]

(مسألة ١٩): لو تعدد أرباب المال كأن يكون عاملا لاثنتين أو أزيد أو عاملا لنفسه و غيره- توزع النفقة (١) و هل هو على نسبة المالكين أو على نسبة العملين؟

قولان (٢).

(١) على ما يقتضيه الارتكاز العرفي و القاعدة و صحيحة علي بن جعفر- على ما تقدم بيانه.

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

و كيف كان فهو الحق و ذلك لعدم ملاحظة القيمة و المالية في المضاربة عند إخراج نفقات العامل فإنه يأخذ نفقات سفره بتمامها و كمالها بإزاء عمله من غير فرق بين قلة مال المضاربة 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 العبرة في إخراج نفقته من رأس المال بالعمل و السفر لأجله دون كثرة مال المضاربة أو قلتها.

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

و الحاصل: ان سبب استحقاق النفقة إنما هو العمل دون المال فإنه أجنبي بالمرء عنه، و لعل هذا هو المرتكز في الأذهان.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٧٥

[مسألة ٢٠: لا يشترط في استحقاق النفقة ظهور ربح]

(مسألة ٢٠): لا يشترط في استحقاق النفقة 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).

[مسألة ٢١: لو مرض في أثناء السفر]

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

(١) للسيرة القطعية فإن العامل يؤدي أجره ذهابه إلى تلك البلدة من رأس المال و الحال انه لا ربح عند ذاك، بل وكذا نفقاته من المأكل و المشرب في الطريق بل و في البلدة عند بدو الوصول إليها، بل و بعد وصوله إلى قبل اشتغاله بالتجارة 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 الأدلة له.

مباني العروة 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 التجارة في مورد يكون القصور من قبله لا لوجود مانع ليس مشمولاً للنص و لا يدخل في الارتكاز العرفي. (٢) قد يقال ان الحكم في هذه المسألة مبني على الخلاف في شمول النفقات الواجبة - كنفقة الزوجة - لمثل نفقات العلاج، و عدمه بدعوى اختصاصها بالمسكن و الملابس و المأكل و المشرب.

الا- انه في غير محله و لا- يمكن المساعدة عليه، فان كلا من الأمرين تابع لدليله، و قد اخترنا في مسألة نفقات الزوجة و جوب نفقة 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 المتعارفة.

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

و كذا الحال بالنسبة إلى صحيحة 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 العروة الوثقى، ج ١، ص: ٧٧

[مسألة ٢٢: لو حصل الفسخ أو الانفساخ في أثناء السفر فنفقة الرجوع على نفسه]

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

[مسألة ٢٣ في مضاربة الفاسدة]

(مسألة ٢٣) قد عرفت الفرق بين المضاربة و القرض و البضاعة، و أن في الأول الربح مشترك و في الثاني للعامل و في الثالث للمالك، فإذا قال: خذ هذا المال مضاربة و الربح بتمامه لى، كان مضاربة فاسدة (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 يكون مصرف الرجوع على العامل نفسه بشكل جدا، فإن صحيحة على بن جعفر و إن لم تكن شاملة 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 المضاربة قائم على ان لا يتوجه خسارة على العامل بوجه من الوجوه، فهو إما ان يأخذ شيئا- و ذلك على تقدير ظهور الربح- و إما ان لا يكون له شيء، و اما تحمله للخسارة من كيسه الخاص فهو خارج عن عنوان المضاربة. 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 خارجي حتى لا يكون فساد ساريا

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٧٨

قصد الإبضاع (١) فيصير بضاعة، و لا يستحق العامل أجره (٢) إلا مع الشرط أو القرائن الدالة على عدم التبرع (٣) و مع الشك فيه و في إرادة الأجره يستحق الأجره أيضا، لقاعدة 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 المضاربة و كون الربح مشتركا بينهما على ان لا يتحقق ذلك في الخارج، فيحكم ببطلانه حيث لا يقبل الإمضاء.

و من هنا يظهر ان البحث الكلي 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 حينئذ ليس بمضاربة 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 بضمان 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 العروة الوثقى، ٢ جلد، منشورات مدرسه دار العلم - لطفی، قم - ايران، اول، ١٤٠٩ ه ق

مباني العروة 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 العروة الوثقى، ج ١، ص: ٧٩

و تمام الربح لك، فكذلك مضاربة فاسدة (١) إلا إذا علم انه أراد القرض (٢). و لو لم يذكر لفظ المضاربة بأن قال: خذه و اتجر به و الربح بتمامه لي، كان بضاعة (٣) إلا مع العلم بإرادة المضاربة فتكون فاسدة (٤). و لو قال: خذه و اتجر به و الربح لك بتمامه، فهو قرض، الا مع العلم بإرادة المضاربة، ففاسدة، و مع الفساد في الصور المذكورة 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) لتبعية النماءات و الأرباح للأصل فهي لمالك المال.

(٦) قد يفرض فساد المضاربة لسبب غير اشتراط ما ينافي مقتضى العقد كما لو كان رأس المال ديناً، وقد يفرض فساده من جهة اشتراط ما يخالف مقتضاه.

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

مباني العروة 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 محالة و هذا بخلاف الثانى حيث لا وجه فيه للضمان بالمره، فإن وجهه فى العقود الفاسدة إنما هو الاقدام عليه و أمر الغير بعمل له أجره من غير ظهور فى المجانية و هو غير متحقق فى المقام لظهور أمره فى التبرع و المجانية- كما يظهر من اعتبار كون تمام الربح له- و معه فكيف يكون ضامناً؟

بل حال هذه الصورة حال البضاعة عند عدم القرينة على الأجره و هو الموافق للقاعدة الكلية: ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده.

ثم أن فى إطلاق استحقاق العامل لأجره المثل فى فرض فساد العقد- بأى وجه كان- نظراً 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 مساوية للمقدار الذى جعل له فى العقد الفاسد أو أنقص منه، فلو كان الفساد من جهة اشتراط كون تمام الربح للعامل و فرضنا انه كان مائة دينار، فهو لا يستحق فى فرض الفساد إلا ذلك المقدار من أجره المثل.

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

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٨١

الامع علمه بالفساد (١).

[مسألة (٢٤): لو اختلف العامل و المالك فى أنها مضاربة فاسدة أو قرض أو مضاربة فاسدة أو بضاعة]

(مسألة ٢٤): لو اختلف العامل و المالك فى أنها مضاربة فاسدة أو قرض أو مضاربة فاسدة أو بضاعة.

و لم يكن هناك ظهور لفظى و لا قرينة معينة، فمقتضى القاعدة 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 المضاربة انما يتم فيما إذا كانت الأجره أنقص أو مساوية لما

اتفقا عليه من الربح و أما إذا كانت أزيد منه فلم يثبت بناء منهم على استحقاقه للزائد.

(١) تقدم نظيره في عدة من أبواب المعاملات و قد تكلمنا حوله في مبحث الإجارة مفصلا حيث قد عرفت ان العلم بالفساد و عدمه بيان من هذه الجهة، فإن علمه بالفساد ليس إلا العلم بعدم إضاء الشارع لهذا العقد و هو لا يلزم قصده التبرع و المجانية، بل هو قاصد للربح و لو بغير استحقاق شرعا، فإذا كان قصده كذلك و لم يكن أمر الأمر ظاهرا في المجانية بلا وجه للحكم بعدم استحقاقه للأجرة.

و الحاصل: ان العلم بالفساد لا يلزم قصد التبرع و المجانية في العمل، و انما هو من هذه الناحية مع عدمه بيان.

(٢) ذكرنا في محله من كتاب القضاء أن النصوص الواردة في

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٨٢

.....

التخاصم على كثرتها لم تتعرض لبيان المدعى و المنكر و من هنا فلم تثبت لهما حقيقة شرعية و لا متشعبة بل هما باقيا على معناهما اللغوي المفهوم عرفا.

و المراد بالمدعى كل من يدعى شيئا و يكون هو المطالب بإثباته عند العقلاء و هو يتحقق في 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 ببناء العقلاء بإثبات ما يدعيه، فلا بد من التحالف، فان حلفا سقطت كلتا الدعويين. و الا فدعوى الذى لم يحلف خاصة.

هذا كله بحسب كبرى المسألة و اما بلحاظ تطبيقها على المقام فقد يفرض أن المالك يدعى القرض و العامل يدعى المضاربة الفاسدة- و كانت المعاملة خاسرة- فبناء على ما تقدم منه (قده) من استحقاق العامل لاجرة المثل في المضاربة الفاسدة مطلقا و ان ناقشنا فيه على تفصيل تقدم، فهو من مصاديق التداعى حيث يطالب كل منهما الآخر بشيء فالمالك يدعى القرض و يطالب العامل بتمام المال من دون ان يتحمل شيئا من الخسارة و العامل يدعى المضاربة الفاسدة و يطالب المالك بأجرة مثل عمله فيتحالفان لا محالة.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٨٣

.....

و أما لو انعكس الأمر بأن كانت التجارة مربحة و المالك يدعى المضاربة الفاسدة كى لا يكون تمام الربح له و العامل يدعى القرض ليحرمه منه، فليس المورد من التداعى فى شيء، و ذلك لان المالك بدعواه المضاربة الفاسدة لا يطالب العامل بشيء 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 مضاربة فاسدة، فإنه لا يلزم العامل بشيء و انما يطالبه بربح ماله بعد أن يثبت كونه قرضا.

و من هنا فالنماء له حتى و لو لم يدع المضاربة الفاسدة 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 المضاربة الفاسدة- بناء على ما اختاره (قده) من ثبوت اجرة المثل للعامل فى كلا الفرضين مع كون الربح بتمامه للمالك- فإنه لا وجه لجعله من موارد التداعى، إذ لا نزاع بينهما بالمرء، لاتفاقهما على ثبوت الربح للمالك و استحقاق العامل اجرة المثل على التقديرين فليس هناك نزاع بينهما إلا فى الصورة و إلا فليس فى الواقع مدع و منكر. نعم بناء على ما اخترناه من عدم استحقاق العامل الأجرة فى البضاعة فلو ادعى العامل المضاربة الفاسدة و المالك البضاعة، كان العامل هو المدعى و المالك منكرا لانه لا يلزمه بشيء، و لا تصل النوبة

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٨٤

و قد يقال: بتقديم قول من يدعى الصحة. و هو مشكل إذ مورد الحمل على الصحة (١) ما إذا علم أنهما أوقعا معاملة معينة 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 الإجارة الفاسدة مثلا، و فى مثل هذا مقتضى القاعدة التحالف. و أصالة الصحة لا تثبت كونه بيعا مثلا لا إجارة، أو بضاعة صحيحة مثلا لا مضاربة فاسدة.

إلى التداعى.

(١) على ما تقدم بيانه منا غير مرة، فإن أصالة الصحة تجرى فى موردين:- الأول: حمل فعل المؤمن على الصحة 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 الصحة بهذا المعنى بين أن يرى مفطرا فى شهر رمضان مع احتمال كونه مسافرا أو مريضا، فيحمل عمله على الصحة و لا يتهم بالإفطار فى شهر رمضان عمدا، و بين ما لو صدر منه كلام مردد بين الشتم و السلام، فيحمل على الصحيح و لا يظن به السوء.

مباني العروة 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 أصالة الصحة بهذا المعنى لا تثبت لو ازمها 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 أصالة الصحة الحكم بالصحة و ترتيب آثارها عليه. فهى كقاعدة الفراغ فى العبادات. و هذا الأصل لا- دليل عليه سوى السيرة القطعية 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 إجارة داره إجارة فاسدة فلم تثبت السيرة 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 كالوصية بشيء واحد لاثنين فإنها ظاهرة فى تساويهما فيه، و لأجل هذا الظهور يحكم بصحة المعاملة و ان كانت قد تبدو لأول وهلة مجملة.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٨٦

ونصف الربح لك فكذلك (١) بل وكذا لو قال: ونصف الربح لى، فإن الظاهر ان النصف الآخر للعامل ولكن فرق بعضهم بين العبارتين، وحكم بالصحة فى الأولى، لأنه صرح فيها بكون النصف للعامل والنصف الآخر يبقى له. على قاعدة التبعية، بخلاف العبارة الثانية، فإن كون النصف للمالك لا ينافى كون الآخر له أيضا، على قاعدة التبعية، فلا دلالة فيها على كون النصف الآخر للعامل و أنت خير 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 الصحة 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 بطبيعة 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.

مباني العروة 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 معلومة، 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 بمنزلة عقدين مع اثنين، و يكون كما لو قارض أحدهما فى نصف المال بنصف و قارض الآخر فى النصف الآخر بربح الربح، و لا مانع منه، و كذا يجوز تعدد المالك و اتحاد العامل بان

(١) فالمراد ربح نصف المقدار الذى وقع موردا للتجارة فهو نصف الربح فيما اتجر به لا ما لم يتجر كما يشهد له الفهم العرفى، كما هو الحال فى التعبير الأول أيضا.

(٢) لإطلاق الأدلة و انحلال المضاربة فى الحقيقة و الواقع إلى مضاربتين أو أكثر، فهو كما لو ضارب المالك كلا منهما بنصف المال رأسا، فإن الاتحاد فى مقام الإنشاء لا ينافى التعدد فى الواقع و اللب.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٨٨

كان المال مشتركا بين اثنين فقارضا واحدا (١) بعقد واحد بالنصف مثلا متساويا بينهما أو بالاختلاف: بان يكون فى حصه أحدهما

بالنصف و في حصة 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 تساوى في حصة 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 بالنسبة 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 النقيصة 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 المضاربة بعدد الملاك

(٢) و الوجه فيه واضح بعد ما عرفت من انحلال المضاربة الواحدة

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٨٩

و ان لم يكن النقص راجعا إلى العامل بل على الشريك الآخر: بان يكون المجمعول للعامل بالنسبة إليهما سواء لكن اختلفا في حصتهما، بأن لا يكون على حسب شركتهما فقد يقال فيه بالبطلان، لاستلزامه زيادة لأحدهما على الآخر مع تساوى المالكين أو تساويهما مع التفاوت في المالكين بلا عمل من صاحب الزيادة، لأن المفروض كون العامل غيرهما و لا يجوز ذلك في الشركة و الأقوى الصحة (١)

في الواقع إلى مضاربتين مستقلتين بنصفي المال، على ان يكون للعامل في إحدهما 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 مرة - فإن أدلة نفوذ الشروط كقولهم (ع) «المؤمنون عند شروطهم» غير شاملة له، لان هذا الشرط و ان لم يكن مخالفا لمقتضى العقد إلا انه مخالف للسنة. و الوجه فيه ما عرفت من ان أدلة نفوذ الشروط غير مشرعة و انما هي دالة 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 الشرعى، و لا يقتضى تحليل الحرام أو تحريم الحلال.

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

مباني العروة 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 الشركة، بل هو مخالف لمقتضى إطلاقها مع أنه يمكن أن يدعى الفرق بين الشركة و المضاربة و ان كانت متضمنة للشركة (١)

و لذا لم يلتزموا بصحة هذا الشرط في غير عقد الشركة و المضاربة 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 أدلة نفوذ الشرط لا تشملها لأنها غير مشرعة.

(١) ما أفاده (قده) مبنى على ثبوت إطلاق في أدلة المضاربة يقتضى جواز جعل بعض الربح للأجنبي - كما اختاره (قده) في أول الكتاب- فان المقام من صغريات تلك الكبرى حيث ان كلا من الشريكين أجنبي بالنسبة 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 الشركة و المضاربة.

نعم لو كان هذا الاشتراط على نحو شرط الفعل لا شرط النتيجة لصح و وجب الوفاء به لانه فعل سائغ في نفسه، الا انه خارج عن محل الكلام حيث ان المفروض في المقام ملكية أحد الشريكين لبعض حصه شريكه بمجرد الشرط. مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٩١

[مسألة ٢٩: تبطل المضاربة بموت كل من العامل و المالك]

(مسألة ٢٩): تبطل المضاربة بموت كل من العامل و المالك، أما الأول: فلاختصاص الأذن به (١) و أما الثاني: فلانتقال المال بموته إلى وارثه، فإبقاؤها يحتاج إلى عقد جديد بشرائطه (٢) فإن كان المال نقدا صح، و ان كان عروضاً فلا (٣) لما عرفت من عدم جواز المضاربة 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 اجارة البطن السابق في الوقف أزيد من حياته، فان البطن اللاحق يجوز له الإجازة، لأن له حقا بحسب جعل الواقف. و أما في المقام فليس للوارث حق حال حياة المورث أصلا، و انما ينتقل اليه المال حال موته و بخلاف اجازة الوارث لما زاد من الثلث في الوصية و في المنجز حال المرض - على القول بالثلث

(١) فيرتفع بموته و ورثته أناس أجنب عنه، فليس لهم التصرف في المال من دون إذن مالكة.

(٢) لما تقدم من بطلان العقود الإذنية الجائزة بموت احد الطرفين.

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

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٩٢

فيه- فان له حقا فيما زاد، فلذا يصح أجازته و نظير المقام اجارة الشخص ماله مدة مات في أثنائها- على القول بالبطلان بموته- فإنه لا يجوز للوارث إجازتها، لكن يمكن ان يقال: يكفي في صحة الإجازة كون المال في معرض الانتقال اليه و ان لم يكن له علقه به حال العقد (١) فكونه سيصير له كاف و مرجع إجازته حينئذ إلى إبقاء ما فعله المورث (٢) لا قبوله و لا تنفيذه فإن الإجازة أقسام قد تكون قبولا لما فعله الغير، كما في إجازة بيع ماله فضولا و قد تكون راجعا إلى إسقاط حق، كما في إجازة المرتهن

(١) و فيه: ان الكلام في إجازة الوارث للمضاربة بعد موت المالك لا في حال حياته و من هنا فكونه في معرض الانتقال إليه أجنبي عن الموضوع بالمره. لأنه إذا ثبت له حق الإجازة كان له ذلك سواء أ كان في معرض الانتقال إليه أم لم يكن، إذ لا فرق في المميز بين كونه وارثا و كونه أجنبيا كما لو انتقل اليه المال بالشراء أو الصداق فان الكلام في ثبوت حق الإجازة له هو الكلام في ثبوته للوارث.

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

على أن لازم بقاء المضاربة الأولى و عدم كون هذه المضاربة

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٩٣

بيع الراهن، و اجازة الوارث لما زاد عن الثلث، و قد تكون إبقاء لما فعله المالك كما فى المقام.

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

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

- الثانية- مضاربة جديدة، هو تدارك الخسران الواقع فى زمن المالك الأول من الربح فى عهد المالك الجديد و بالعكس و هو يعنى حرمان العامل فى إحدى المضاربتين عن بعض الربح و تحميله لبعض الخسارة، 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) لقبح التصرف فى مال الغير بغير إذنه، و خروجه عن عنوان المضاربة.

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

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٩٤

[مسألة ٣١: إذا أذن فى مضاربة الغير]

(مسألة ٣١): إذا أذن فى مضاربة الغير، فاما ان يكون بجعل العامل الثانى عاملا للمالك، أو يجعله شريكا معه فى 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 الثانى 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 تملك أو تملك و انما هى عبارة عن الأذن فى التصرف بالمال و نتيجهتها كون الربح مشتركا بينهما. و معه فما هو المانع من مضاربه اثنين من بادئ الأمر؟ فيكون لكل منها الاتجار بذلك المال، فان سبق أحدهما و اتجر به انتفى موضوع المضاربه الثانیه. فإن ظهر ربح كان بين المالك و العامل.

و لا- تقاس هذه بالإجاره أو المزارعه حيث انهما يتضمنان التملك و لا يصح ان يكون العمل الواحد مملوكا لشخصين أو يصدر العمل الواحد من اثنين على نحو الاستقلال كى يكونا مالكين للأجره، بل المقام من قبيل التوكيل حيث لا مانع من توكيل المتعديدين 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

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٩٥

إلا إذا كان بعد أن عمل عملا و حصل ربح، فيستحق حصته من ذلك (١) و ليس له أن يشترط على العامل الثانى شيئا من الربح (٢)

بعد ان لم يكن له عمل بعد المضاربة الثانية بل لو جعل الحصه للعامل في المضاربة الثانية أقل مما اشترط

و لا عامل فيه.

(١) عملا بالمضاربة التي اتفقا عليه هو و المالك.

(٢) ما أفاده (قده) انما يتم بناء على ما اخترناه من عدم جواز جعل شيء من الربح للأجنبي، نظرا الى كون الحكم في المضاربة على خلاف القاعدة باعتبار أن مقتضى تبعية النماء لأصل المال هو كون الربح بأكمله للمالك، فكون بعضه لغيره على خلاف القاعدة، و من هنا يحتاج نفوذه إلى الدليل و هو مختص بما إذا اشترط البعض للعامل.

و أما أدلة الوفاء بالشروط فقد عرفت انها ليست بمشرعة فلا تشمل مثل هذا الشرط المخالف للسنة.

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 بالنسبة إلى المضاربة الثانية فلا مانع من ان يستحق شيئا من الربح بالاشتراط.

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

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٩٦

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

و ربما يحتمل جواز اشتراط شيء من الربح، أو كون الزيادة له. بدعوى ان هذا المقدار- و هو إيقاع عقد مضاربة ثم جعلها للغير. نوع من العمل، يكفي في جواز جعل حصه من الربح له. و فيه: أنه وكالة لا مضاربة (١) و الثاني أيضا لا مانع منه (٢) و تكون الحصه المجعولة له في المضاربة الأولى مشتركة 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.

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

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

(١) و بعبارة اخرى: ان مطلق العمل لا يوجب استحقاقه شيئا من الربح، و انما الذي يقتضيه هو العمل تجارة 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 المضاربة الأولى بعد ان كان متحدا حدوثا.

(٣) فان العامل أجنبي عن مال المضاربة فلا يحق له تسليط الغير عليه بإنشاء العقد عليه معه فان ذلك من مختصات المالك أو من يقوم مقامه.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٩٧

من المالك، فإن أجاز المالك ذلك كان الحكم كما في الأذن السابق في الصور المتقدمة فيلحق كلا حكمه (١) و ان لم يجز بطلت المضاربة الثانية، و حينئذ فإن كان العامل الثاني عمل و حصل الربح فما قرر للمالك في المضاربة 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 المضاربة الثانية فلا يستحق

العامل الثاني شيئا، و ان العامل الأول لم يعمل حتى يستحق، فيكون تمام الربح للمالك إذا أجاز تلك المعاملات الواقعة على ماله و يستحق العامل الثاني 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 عالما بالحال فالأظهر انه لا ضمان لا على المالك و لا على العامل، و لا ينافيه ما تقدم منا في غير مورد انه لا فرق في الضمان بين علم العامل بفساد العقد و عدمه، فان بينه و بين المقام من الفرق ما لا يكاد يخفى فان المفروض في غير المقام صدور العمل من العامل بأمر الأمر لا على نحو المجانية، فهو بأمره قد التزم للعامل بالأجرة، فلا يضر علم العامل بالفساد، و هذا بخلاف المقام حيث لم يلتزم العامل الأول للثاني بشيء 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 العروة الوثقى، ج ١، ص: ٩٨

على العامل الأول لأنه مغرور من قبله. و قيل: يستحق على المالك (١) و لا-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 المضاربة الأولى باقية بعد فرض بطلان الثانية، و المفروض أن العامل قصد العمل للعامل الأول، فيكون كأنه هو العامل فيستحق الربح، و عليه اجرة عمل العامل إذا كان جاهلا بالبطلان، و بطلان المعاملة لا يضر بالأذن الحاصل منه للعامل له لكن هذا انما يتم إذا لم يكن المباشرة معتبرة في المضاربة الأولى (٢) و أما مع اعتبارها فلا يتم و يتعين

على أن تكون أجرته على المالك. مع علم الأجير بعدم كونه و كيلا 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 بالنسبة إليه ما لم يكن العمل بأمره و إذنه. (٢) فإنه حينئذ تصح المضاربة 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 العروة الوثقى، ج ١، ص: ٩٩

كون تمام الربح للمالك (١) إذا أجاز المعاملات و ان لم تجز المضاربة الثانية.

[مسألة ٣٣: إذا شرط أحدهما على الآخر في ضمن عقد المضاربة مالا أو عملا]

(مسألة ٣٣): إذا شرط أحدهما على الآخر في ضمن عقد المضاربة مالا أو عملا كأن اشترط المالك على العامل أن يخطط له ثوبا أو يعطيه درهما أو نحو ذلك، أو بالعكس فالظاهر صحته. و كذا إذا اشترط أحدهما على الآخر بيعة أو قرضا أو قراضا أو بضاعة أو نحو ذلك. و دعوى: أن العقد المتيقن ما إذا لم يكن من المالك إلا- رأس المال و من العامل إلا التجارة. مدفوعة: بأن ذلك من حيث متعلق القدر فلا ينافي اشتراط مال أو عمل خارجي في ضمنه، و يكفي في صحته عموم أدلة الشروط و عن الشيخ الطوسي فيما إذا اشترط المالك على العامل بضاعة، 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 شيئاً. و الثاني و ان عمل الا ان عمله لم يكن بأمر المالك فلا يستحق شيئاً، و توهم استحقاق العامل الأول لما قرر في المضاربة الأولى باعتبار ان المقام من مصاديق تخلف الشرط، و قد دلت النصوص مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١٠٠

العامل يكون مجهولاً (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 باطلاً، و يبطلانه يبطل العقد، لاستلزامه جهالة حصة العامل من حيث ان للشرط قسطاً من الربح و يبطلانه يسقط ذلك القسط، و هو غير معلوم المقدار و فيه: منع كونه منافياً لمقتضى العقد، فان مقتضاه ليس أزيد من أن يكون عمله في مال القراض بجزء من الربح، و العمل

على استحقاقه للحصة المعينة من الربح عند ظهوره.

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

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

(١) و ذلك لان المالك انما رضى بجعل النسبة المعينة من الربح للعامل لاشترطه عليه عملاً آخر مجاناً فهو انما أعطاه النصف - مثلاً - لاشترطه عليه خياطاً ثوبه مجاناً، و لولاها لما كان يجعل للعامل النصف و هذا يعنى مقابلة بعض الحصة المجعلولة للشرط. و من هنا فإذا فسد الشرط فسد ما يقابله قهراً و حيث انه مجهول

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١٠١

الخارجي ليس عملاً في مال القراض (١) هذا مع أن ما ذكره من لزوم جهالة حصة العامل بعد بطلان الشرط ممنوع، إذ ليس الشرط مقابلاً بالعوض في شيء من الموارد، و انما يوجب زيادة العوض فلا ينقض من بطلانه شيء من الحصة حتى تصير مجهولاً. و أما ما ذكره في قوله: «و ان قلنا.»

فعل غرضه انه إذا لم يكن الوفاء بالشرط لازماً يكون وجوده كعدمه، فكأن لم يشترط، فلا يلزم الجهالة في الحصة. و فيه: أنه على فرض إيجابه للجهالة 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 أصلاً، لأنه ليس بلازم الوفاء، حيث انه في العقد الجائز و لا يلزم من تخلفه أثر التسليط على الفسخ، حيث انه يجوز فسخه

يكون ما يبايع نفس عمل المضاربة مجهولاً أيضاً، و حينئذ يبطل العقد إذ يعتبر في عقد المضاربة تحديد حصة العامل من الربح.

(١) و بعبارة اخرى: ان مقتضى عقد المضاربة ان لا يكون عمل العامل في مال المضاربة مجاناً و بلا عوض، بل لا بد من جعل شيء من الربح يبايعه، و أما كون عمله في مال آخر غيره بعوض أيضاً، فلا يقتضيه عقد المضاربة و لا دليل عليه بل مقتضى عمومات الوفاء بالشرط صحة هذا الشرط.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١٠٢

و لو مع عدم التخلف. و فيه أولاً: ما عرفت سابقاً من لزوم العمل بالشرط في ضمن العقود الجائزة ما دامت باقية و لم تفسخ و ان كان له أن يفسخ حتى يسقط وجوب العمل به و ثانياً: لا نسلم ان تخلفه لا يؤثر في التسليط على الفسخ إذ الفسخ الذي يأتي من قبل كون

العقد جائزا انما يكون بالنسبة إلى الاستمرار بخلاف الفسخ الآتى من تخلف الشرط فإنه يوجب فسخ المعاملة 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 مباشرة جواز حكمى لا يقبل الإسقاط.
(٢) انما يستحق العامل زيادة الأجرة 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 مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١٠٣

[مسألة (٣٤): يملك العامل حصته من الربح بمجرد ظهوره]

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

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

(١) فان مقتضاه مع ملاحظة إطلاقات أدلة المضاربة ملكية العامل للربح بمجرد ظهوره و من غير توقف على أمر آخر غيره.
و قد ذكرنا فى مبحث الخمس تبعا للماتن (قده) ان ارتفاع القيمة السوقية قد يفرض فى الأموال التى لم تعد للتجارة و الاكتساب كالمعدات المتخذة للانتفاع الشخصى و قد يفرض فيما يتخذ للانتفاع بماليتها.

ففى الأول لا يعد ترقى القيمة ربحا عند العقلاء نظرا إلى ان الغاية من ملكيته لها ليست هى التجارة كى تكون موردا لصدق الربح و الاستفادة فمن يشتري دار سكناه بألف ثم ترتفع القيمة السوقية بمرور الزمان فتصبح خمسة 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، و هذا بخلاف الثانى حيث ان زيادة القيمة فيه تعتبر ربحا لدى العقلاء سواء أباعه أم لم يبعه، فإنه رابح و مالك للزيادة بالفعل، و دعوى: انه أمر موهوم واضح الفساد، فإنه أمر اعتبارى ثابت ببناء العقلاء على حد ثبوت أصل المالية و الا فلا نعرف اى فرق مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١٠٤

للمالك، فيكون للعامل. للصحیح (١): «رجل دفع الى رجل ألف درهم للمضاربة، فاشترى أباه و هو لا يعلم.
قال: يقوم فان زاد درهما واحدا انعتق، و استسعى فى مال الرجل» إذ لو لم يكن مالكا لحصته لم ينعق أبوه.
نعم عن الفخر عن والده: أن فى المسألة أربعة أقوال، و لكن لم يذكر القائل و لعله من العامة (أحدها) ما ذكرنا (الثانى): انه يملك بالإنضاض، لأنه قبله ليس موجودا خارجيا بل هو مقدر موهوم (الثالث): انه يملك بالقسمة لأنه لو ملك قبله لاختص بربحه و لم يكن وقاية لرأس المال (الرابع): أن القسمة كاشفة عن الملك سابقا لأنها توجب استقراره. و الأقوى ما ذكرنا، لما ذكرنا. و دعوى:

بين الذهب و الحديد، فتاجر الحنطة و ان لم تزد حنطته عينا الا- انها لما كانت تباع فى آخر السنة بأكثر مما كانت تباع به فى أولها

يصدق عليه انه ربح كذا مقداراً.

وعليه ففيمما نحن فيه العبرة في صدق الربح عرفاً انما هو بصدق الربح لدى العقلاء و حيث انك قد عرفت صدقه عند ظهوره في الأموال التجارية حقيقة و بالاعتبار العقلاني، يكون العامل مالكا لحصته.

و لو لا ذلك لما كان له مطالبه المالك بالقسمه و كان للمالك ان يفسخ العقد من دون أن يعطيه شيئاً.

(١) رواه الكليني عن علي بن إبراهيم عن أبيه عن ابن أبي عمير

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١٠٥

انه ليس موجود كما ترى (١) و كون القيمة أمراً وهمياً ممنوع. مع أنا نقول: إنه يصير شريكاً في العين الموجودة بالنسبة، و لذا يصح له مطالبه القسمه، مع أن المملوك لا يلزم ان يكون موجوداً خارجياً. فان الدين مملوك مع أنه ليس في الخارج و من الغريب (٢) إصرار صاحب الجواهر على الإشكال في ملكيته. بدعوى: أنه حقيقة ما زاد على عين الأصل، و قيمة الشيء أمر وهمي لا وجود له لا ذمه و لا خارجاً، فلا يصدق عليه الربح نعم لا بأس ان يقال: انه بالظهور ملك أن يملكك، بمعنى أن له الإنضاض فيملكك. و أغرب منه أنه قال: بل لعل الوجه في خبر عتق الأب ذلك أيضاً، بناء على الاكتفاء بمثل ذلك في العتق المبني على السرايه» إذ لا يخفى ما فيه (٣)

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

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

(٢) استغرابه (فده) في محله بعد ما عرفت صدق الربح عند العقلاء حقيقة.

(٣) لوضوح دلالة الصحيحه، بعد توقف العتق و بحسب الارتكاز العرفي 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 المضاربة ح ١.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١٠٦

مع أن لازم ما ذكره كون العين بتمامها ملكاً للمالك حتى مقدار الربح مع انه ادعى الاتفاق على عدم كون مقدار حصه العامل من الربح للمالك فلا ينبغي التأمل في أن الأقوى ما هو المشهور. نعم أن حصل خسران أو تلف بعد ظهور الربح خرج عن ملكية العامل (١) لا- ان يكون كاشفاً عن عدم ملكيته من الأول. و على ما ذكرنا يترتب عليه جميع آثار الملكية من جواز المطالبه بالقسمه و ان كانت موقوفه على رضی المالك، و من صحه تصرفاته فيه من البيع و الصلح و نحوهما، و من الإرث، و تعلق الخمس و الزكاة و حصول الاستطاعة للحج، و تعلق حق الغرماء به، و وجوب صرفه في الدين مع المطالبه الي غير ذلك.

[مسألة (٣٥): الربح وقاية لرأس المال]

(مسألة ٣٥): الربح وقاية لرأس المال، فملكية العامل له بالظهور متزلزله فلو عرض بعد ذلك خسران أو تلف يجبر به الى ان تستقر

ملكيته (٢) و الاستقرار يحصل

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

(١) على ما سيأتي بيانه في المسألة القادمة.

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

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١٠٧

بعد الإنضاض و الفسخ و القسمة (١) فبعدها إذا تلف شيء لا يحسب من الربح (٢) بل تلف كل على صاحبه،

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

و معنى هذا أخذ المالك لرأس ماله بعد الانتهاء من التجارة، على ان يكون الزائد - على تقدير وجوده - مشتركا بينه و بين العامل و من هنا فإذا خسرت التجارة أولا ثم ربحت لم يكن للعامل المطالبة بحصة من الربح إذا لم يكن زائدا عما خسرتة أولا، و على هذا الارتكاز العرفي.

و بعبارة اخرى: ان المجموع في عقد المضاربة للعامل ليس هي الحصة من الربح في كل معاملة بعينها. و انما هي الحصة من الربح من حيث مجموع التجارات، و عليه فما دامت التجارة باقية و مستمرة يكون الخسران بأجمعه واردا على الربح السابق عليه، و منجبرا بالذى يحصل بعده. نظرا لعدم صدق ربح مجموع التجارة من حيث انه مجموع على الزائد قبل ذلك - كما هو واضح.

و من هنا فلا حاجة في الحكم الى الدليل الخاص. إذ يكفي فيه كونه مقتضى عقد المضاربة 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 بمالكة،

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١٠٨

و لا يكفي في الاستقرار قسمة الربح فقط مع عدم الفسخ (١) بل و لا قسمة الكل كذلك (٢) و لا بالفسخ مع عدم القسمة (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 بالنسبة إلى البعض و حصلت القسمة فهل تستقر الملكية أم لا؟ إن قلنا بوجود الإنضاض على

(١) لعدم ارتفاع عقد المضاربة فيبقى حكمه - اعنى جبر الخسارة بالربح - سواء تحققت قسمة 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 المضاربة و معه فلا وجه لجبران الخسارة بالربح السابق.

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

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

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١٠٩

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

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

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

(مسألة ٣٦): إذا ظهر الربح ونص تمامه أو بعض منه، فطلب أحدهما قسمته، فإن رضى الآخر فلا مانع منها وإن لم يرض المالك لم يجبر عليها لاحتمال الخسران بعد ذلك والحاجة إلى جبره به (٣).

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

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

(٢) لانتهاء عقد المضاربة بالقسمة، وعدم كون الإنضاض متمما له، فإن معه لا يبقى وجه للقول بعدم الاستقرار.

(٣) الظاهر انه (قده) لا يريد بهذا التعليل دعوى كونها ضررية 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 المسألة السابقة من كون الربح وقاية لرأس المال. فإنه و إن كان

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١١٠

قيل: و إن لم يرض العامل فكذلك أيضا، لأنه لو حصل الخسران وجب 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، فإن حصل بعده ربح يجبره فهو، و الا رد العامل أقل الأمرين من مقدار الخسران و ما أخذ من الربح لأن الأقل إن كان هو الخسران فليس عليه الاجيرة. و الزائد له، و إن كان هو الربح

يملك بمجرد ظهوره الا إن ذلك لا يعنى ان للعامل أخذ حصته من الربح فى كل معاملة شخصية، فإنه غير جائز لما عرفت من ان العبرة فى الربح انما هى بالنتيجة.

و بعبارة اخرى: ان الملكية و إن كانت حاصلة من الأول و من حين حصول الربح. الا انها متزلزلة، نظرا لكونه- و بمقتضى العقد- وقاية لرأس المال، و معه فكيف يكون للعامل المطالبة به و أخذه و إتلافه و إن كنا على ثقة بعدم تضرر المالك؟ فإن الربح و بحكم الاشتراط متعلق لحق المالك فلا يجوز التصرف فيه بغير إذنه.

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

(١) لإمكان تحفظه على المال و عدم التصرف فيه حتى يتبين الأمر و على تقدير تعديه بالتصرف فيه فدفع بدله لا يعد ضررا.

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

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١١١

فليس عليه الا مقدار ما أخذ (١) و يظهر من الشهيد ان قسمة الربح موجبة لاستقراره و عدم جبره للخسارة الحاصلة بعدها، لكن قسمة مقداره ليست قسمة له من حيث انه مشاع فى جميع المال، فأخذ مقدار منه ليس أخذا له فقط حيث قال على ما نقل عنه: «إن المردود أقل الأمرين مما أخذه العامل من رأس المال لا من الربح، فلو كان رأس المال مائة و الربح عشرين فاقسما العشرين، فالعشرون التى هى الربح مشاعة فى الجميع، نسبتها إلى رأس المال نسبة السدس، فالمأخوذ سدس الجميع فيكون خمسة 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 خسرو 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 غرامة ما أخذه منه، انظار آخر.

منها: ان المأخوذ إذا كان من رأس المال فوجوب رده

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

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١١٢

لا يتوقف على حصول الخسران بعد ذلك.

و منها: انه ليس مأذونا في أخذ رأس المال، فلا وجه للقسمة المفروضة.

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 مدفوعة: بأن المال بعد حصول الربح يصير

مشتركا بين المالك و العامل، فمقدار رأس المال مع حصة من الربح للمالك و مقدار حصة الربح المشروط للعامل له، فلا وجه لعدم

التعين بعد تعيينهما مقدار مالهما في هذا المال، فقسمة الربح في الحقيقة قسمة لجميع المال، و لا مانع منها.

[مسألة (٣٧): إذا باع العامل حصته من الربح بعد ظهوره صح]

(مسألة ٣٧): إذا باع العامل حصته من الربح بعد ظهوره صح مع تحقق الشرائط من معلومية المقدار و غيره و إذا حصل خسران بعد هذا

لا يبطل البيع (١)، بل يكون بمنزلة التلف، فيجب عليه جبره بدفع أقل الأمرين من قيمة ما باعه و مقدار الخسران.

(١) أما إذا كان البيع بأذن المالك فلا ينبغي الشك في صحته لكونه بمنزلة التقسيم و عدم ما يقتضى منعه منه فان الناس مسلطون

على أموالهم و للمالك التصرف فيما يملكه كيف ما يشاء. فان ظهرت هناك

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١١٣

.....

خساره بعد ذلك فلا بد من تداركها بالبدل لا محالة لتلف العين المملوكة بالملك المترزلة.

و أما إذا كان البيع بغير إذن المالك فقد يقال ببطلانه نظرا لكون الربح متعلقا بحق المالك، و من هنا فالخسارة إما ان تكشف عن

عدم ملكية العامل للحصة المبيعة من أول الأمر. و إما ان تكشف من تعلق حق المالك بها، فلا يصح التصرف فيها بغير إذنه.

لكن الظاهر ان هذه المسألة لا تقاس بمسألة عدم إلزام المالك بالقسمة عند طلب العامل ذلك.

و الوجه فيه: ان مطالبة العامل بالقسمة مطالبة لتمييز حقه ليستقل به و هو أمر على خلاف أساس المضاربة حيث انها عقد قائم على

أساس كون الربح وقاية لرأس المال و تداركا للخسارة المحتملة. 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 غاية ثبوت الخيار للمالك في فسخ عقد المضاربة نظرا

لتخلف الشرط، فان فسخ فهو، و الا لزم العامل بتدارك الخسارة من ماله بدلا عما أتلفه من الربح بالبيع بدفع أقل الأمرين من قيمة 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 الخسارة اللاحقة عن عدم ملكية 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 مخالفة للشرط و هي لا تقتضى

إلا الحكم التكليفي بالحرمة، و ثبوت الخيار للمالك.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١١٤

[مسألة (٣٨): لا إشكال في أن الخسارة الواردة على مال المضاربة تجبر بالربح]

(مسألة ٣٨): لا إشكال في أن الخسارة الواردة على مال المضاربة تجبر بالربح (١)، سواء كان سابقا عليها أو لاحقا، ما دامت المضاربة باقية و لم يتم عملها. نعم قد عرفت ما عن الشهيد من عدم جبران الخسارة اللاحقة بالربح السابق إذا اقتسماه و ان مقدار الربح من المقسوم تستقر ملكيته، و اما التلف فإما أن يكون بعد الدوران في التجارة أو بعد الشروع فيها، أو قبله، ثم إما أن يكون التالف البعض أو الكل، و أيضا إما إن يكون بآفة من الله سماوية أو أرضية، أو بإتلاف المالك أو العامل أو الأجنبي على وجه الضمان. فان كان بعد الدوران في التجارة فالظاهر جبره بالربح (٢) و لو كان لاحقا مطلقا سواء كان التالف البعض أو الكل (٣)، كان التلف بآفة أو بإتلاف ضامن من العامل أو الأجنبي و دعوى: أن مع الضمان كأنه

(١) على ما يقتضيه عقد المضاربة بنفسه.

(٢) لاقتضاء أصل المضاربة ذلك، حيث انها مبنية 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 يأخذه المالك و لا شيء للعامل.

مباني العروة 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 التجارة و ان كان التالف الكل (٣) كما إذا اشترى في الذمة 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 التجارة أو في البلد أيضا قبل أن يسافر، و أما تلف الكل قبل الشروع في التجارة فالظاهر انه موجب لانفساخ العقد، إذ لا يبقى معه مال للتجارة حتى يجبر أو لا يجبر، نعم إذا أتلغه أجنبي و أدى عوضه تكون المضاربة باقية، و كذا إذا أتلغه العامل.

(١) إذ العبرة 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 الملكية محفوظة.

(٢) فيكون مشتركا بينهما على ما اتفقا عليه.

(٣) لما تقدم من اقتضاء العقد له.

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

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١١٦

[مسألة (٣٩): العامل أمين فلا يضمن إلا بالخيانة]

(مسألة ٣٩): العامل أمين (١) فلا يضمن إلا بالخيانة (٢) كما لو أكل بعض مال المضاربة أو اشترى شيئا لنفسه فأدى الثمن من ذلك، أو وطأ الجارية المشتراة 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 بآفة سماوية و

ان بقيت المضاربة، كما مر. و الظاهر ضمانه للخسارة الحاصلة بعد ذلك أيضا (٣) و إذا رجع عن تعديه أو خيانتته

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

(٢) على ما يستفاد من جملة من النصوص الواردة في الضمان بل و النصوص الواردة في خصوص المضاربة حيث علقت الضمان على المخالفة و التعدي فيكون مفهومها عدم ضمان العامل عند تلف مال المضاربة من غير تعد أو تفريط.

نعم عند التلف بالتعدي أو التفريط يكون ضامنا له بلا خلاف لقاعدة اليد حيث خرج منها عنوان الأمين و يد العامل هذا ليست منه، مضافا إلى النصوص الكثيرة الدالة على ضمان العامل عند مخالفته لما اشترط عليه. و قد تقدمت في المسألة الخامسة فراجع.

(٣) لإطلاق النصوص حيث ان مقتضاه كون الوضعية على العامل حينئذ ما لم يصل مال المالك بتمامه اليه، بلا فرق في ذلك بين كونها حال المعاملة أو بعدها.

مباني العروة 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 بقي 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 المصلحة بيع الجنس في زمان و لم يبع ضمن الوضعية إن حصلت بعد ذلك (٢) و هل يضمن بنية الخيانة مع عدم فعلها وجهان (٣) من عدم كون مجرد النية خيانة، و من صيرورة يده حال النية بمنزلة

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

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

(٢) و تقتضيه الأخبار الواردة في مخالفة العامل لما شرط عليه، فان إبقاء المال عنده- على خلاف المصلحة- على خلاف ما شرط عليه و مبنى عقد المضاربة من كون المال متخذًا للاسترباح.

(٣) أقربهما عدم الضمان، نظرا لكون المستفاد من النصوص الواردة في المقام دوران الضمان مدار المخالفة الفعلية و الخيانة الخارجية فيكون مقتضى مفهومها عدمه عند عدمها.

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

مباني العروة 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 شيئا من مال المضاربة]

(مسألة ٤٠): لا يجوز للمالك أن يشتري من العامل شيئا من مال المضاربة لأنه ماله (٢). نعم إذا ظهر الربح يجوز له أن يشتري حصة العامل منه مع معلومية قدرها (٣) و لا يبطل بيعه بحصول الخسارة بعد ذلك، فإنه بمنزلة التلف (٤) و يجب على العامل رد قيمتها لجبر الخسارة (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 النية على وصف الأمانة.

لكن ضعفه يظهر مما تقدم.

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

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

(٤) على ما تقدم بيانه في المسألة السابعة و الثلاثين مفصلا فراجع.

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

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

مباني العروة 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 جهة كونه ربحا فيلزم من نقله إلى البائع عدم نقله من حيث عوده إلى نفسه.

و يمكن دفعه: بان كونه ربحا متأخر عن صيرورته للبائع، فيصير أولا- للبائع الذي هو المالك من جهة كونه ثمنا، و بعد أن تمت المعاملة و صار ملكا للبائع و صدق كونه ربحا يرجع إلى المشتري الذي هو العامل على حسب قرار المضاربة، فملكية البائع متقدمة طبعًا. و هذا مثل ما إذا باع العامل مال المضاربة الذي هو مال المالك من أجنبي بأزيد من قيمته، فان المبيع ينتقل من المالك و الثمن يكون مشتركًا بينه و بين العامل، و لا بأس به فإنه من الأول يصير ملكًا للمالك ثم يصير بمقدار حصة العامل منه له بمقتضى قرار المضاربة. لكن هذا على ما هو المشهور (١)

الثمن من العامل الى المالك.

(١) بل هو المتعين، لما ذكرناه في مباحث المكاسب من أن حقيقة البيع مبادلة بين المالكين و تبادل للمال و إلغاء للخصوصية في العوضين، فمن يشتري الكتاب- مثلا- بدينار أو يبيعه به ببدل ماله بشيء آخر يقوم مقامه في المالية و ان لم يكن مشتتلا على ما اشتمل

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١٢٠

من أن مقتضى المعاوضة دخول المعوض في ملك من خرج عنه العوض و أنه لا يعقل غيره. و أما على ما هو الأقوى من عدم المانع من كون المعوض لشخص و العوض داخل في ملك غيره، و أنه لا ينافي حقيقة المعاوضة، فيمكن أن يقال: من الأول يدخل الربح في ملك العامل بمقتضى قرار المضاربة، فلا يكون هذه الصورة مثلا للمقام و نظيرا له.

[مسألة ٤١: يجوز للعامل الأخذ بالشفعة من المالك في مال المضاربة]

(مسألة ٤١): يجوز للعامل الأخذ بالشفعة من المالك في مال المضاربة (١).

عليه ماله من الخصوصيات.

و على هذا، فحقيقة البيع متقومة بالأخذ و العطاء في قبالة بحسب المرتكز العرفي، و حيث ان هذا المعنى غير متحقق في المقام فقد يشكل الحكم بصحته.

الا انه مندفع بما في المتن من ان حصة العامل من الربح في المضاربة لا تدخل في ملكه ابتداء بل تدخل في ملك البائع- المالك-

أنا ما ثم تنتقل و بموجب عقد المضاربة اليه.

و هذا مما لا محيص عن الالتزام به، إذ به يتحقق الجمع بين مقتضى العقدين، البيع المقتضى لدخول العوض فى ملك من خرج منه العوض و المضاربة المقتضية لملكية العامل للحصة المعينة من الربح.

(١) لوجود المقتضى و انتفاء المانع، فان المالك لما أصبح شريكا للعامل فى المال بشراء حصة شريكه، شملته أدلة الشفعة مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١٢١

و لا يجوز العكس (١). مثلا إذا كانت دار مشتركة بين العامل و الأجنبى، فاشترى العامل حصة الأجنبى بمال المضاربة، يجوز له إذا كان قبل ظهور الربح أن يأخذها بالشفعة (٢) لأن الشراء قبل حصول الربح يكون للمالك للعامل أن يأخذ تلك الحصة بالشفعة منه و أما إذا كانت الدار مشتركة بين المالك و الأجنبى فاشترى العامل حصة الأجنبى ليس للمالك الأخذ بالشفعة، لأن الشراء له فليس له أن يأخذ بالشفعة ما هو له.

من غير معارض، فإنه شريك و له الأخذ بالشفعة فى حصة شريكه المبيعة لغيره.

(١) لانتفاء موضوعها فيه، فان المال و شراء العامل حصة شريك المالك له يصح و بتمامه مملوكا للمالك، و معه فلا مجال لأخذه بالشفعة، لأنها انما تثبت لأحد الشريكين فى الحصة المبيعة لشريكه الآخر من غيره و هو منتف فى المقام.

(٢) مقتضى مفهوم هذه القضية، عدم ثبوت الشفعة للعامل إذا كان بعد ظهور الربح، و لم يظهر لنا وجه ذلك، فإن أدلة الشفعة شاملة للمقام من غير معارض حيث ان الحصة المبيعة حصة شريك العامل فله ان يأخذ بالشفعة حتى بعد ظهور الربح.

نعم انه يملك بعض تلك الحصة من جهة ظهور الربح بمقتضى عقد المضاربة لكنه لا يمنع من الأخذ بالشفعة فى غيره و لعله (قده) نظر إلى عدم جواز أخذ الجميع بالشفعة و الا فلا وجه لما ذكره.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١٢٢

[مسألة (٢٢): لا إشكال فى عدم جواز وطء العامل للجارية التى اشتراها بمال المضاربة بدون إذن المالك]

(مسألة ٢٢): لا إشكال فى عدم جواز وطء العامل للجارية التى اشتراها بمال المضاربة بدون إذن المالك، سواء كان قبل ظهور الربح أو بعده، لأنها مال الغير أو مشتركة بينه و بين الغير الذى هو المالك فان فعل كان زانيا يحد- مع عدم الشبهة- 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 الجارية فى الرقية لمولاهها و انفراده فى ملكها.

(٢) لاشتراكهما فى ملكيتها.

(٣) حيث تكون محللة من قبل المالك.

(٤) تقدم الكلام فى هذا الفرع فى المسألة الحادية و العشرين من فصل نكاح العبيد و الإماء، و قد عرفت ان مقتضى القاعدة فى المقام و ان كان هو المنع و الحرمة باعتبار أن الملفقة من التحليل و الملك لا يشملها شىء من أسباب الحل المذكورة فى الآية الكريمة و النصوص الا- انه لا- محيص عن رفع اليد عنها و الالتزام بالجواز و ذلك لصحيفة محمد بن قيس عن أبى جعفر (ع) قال: «سألته عن جارية 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 الإمام ح ١.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١٢٣

من جواز تحليل أحد الشريكين صاحبه و وطء الجارية المشتركة بينهما. و هل يجوز له وطئها بالأذن السابق في حال إيقاع عقد المضاربة، 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 النهاية - الجواز، لمنع كونه أحد الأمرين، بل هو إباحة (٢)، و لا مانع من إنشائها قبل الشراء إذا

فإنها صريحة في جواز وطء الجارية المشتركة بإذن الشريك. و هذه الصحيحة و ان لم تكن واردة في المضاربة، إلا ان الحكم ثابت فيما نحن فيه أيضا للقطع بعدم وجود خصوصية للتدبير، فان الحكم ثابت للأمة المشتركة بما هي مشتركة.

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

(٢) و فيه ان الوطء و ان كان من منافع الأمة، فيمكن تمليكه للغير بإباحتها له و يدخل ذلك في قوله تعالى «أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ» الا انه لا دليل على جوازه، على ان الظاهر من الآية الكريمة كون المجوز للوطء هو ملكية عن الأمة فلا تشمل ملكية منفعتها.

و بعبارة اخرى. انه لو كنا نحن و الآية الكريمة لقلنا بعدم جواز وطء الأمة المحللة حيث انها ظاهرة في حصر سبب الحل في الزوجية و ملك اليمين، و التحليل خارج عنهما.

غير اننا التزمنا بجوازه به للنصوص الخاصة الدالة عليه، فإنها

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١٢٤

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

تكون مخصصة لعموم الآية الكريمة.

لكن هذا لا يعنى الموافقة على ما افاده الماتن (قده) في مقام التعليل، فان هذه النصوص و ان كانت دالة على حلية الجارية بالتحليل الا انها ظاهرة في حليتها بالتحليل الصادر من المالك بالفعل، فلا تشمل المقام حيث لا يكون الأذن مالكا لها حين اذنه و انما سيملكها بعد ذلك.

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

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

و الحاصل: ان المؤثر في حلية الجارية 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 الكاهلي عن أبي الحسن (ع)

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

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١٢٥

سألني أن أسألك أن رجلا- أعطاه مالا- مضاربة يشتري ما يرى من شيء، وقال له: اشتر جارية تكون معك، و الجارية انما هي لصاحب المال، ان كان فيها وضعيئة فعليه و ان كان ربح فله، فللمضارب أن يطأها؟ قال: (ع) نعم. و لا يضر ظهورها في كون الشراء من غير مال المضاربة من حيث جعل ربحها للمالك، لان الظاهر عدم الفرق بين المضاربة و غيرها في تأثير الإذن السابق و عدمه.

و هذه الرواية هي العمدة في الاستدلال، فإنها إن تمت أمكن الالتزام بالجواز في المقام، و الا فمقتضى القاعدة هو المنع، و ما ذكره الماتن (قده) أولا لا يصلح دليلا.

و كيف كان: قد أورد على هذه الرواية تارة بضعف السند و اخرى بضعف الدلالة.

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

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

و الحاصل: ان صحة طريقه (قده) في المشيخة إلى الحسن بن

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١٢٦

.....

محمد بن سماعه، تكفي في الحكم بصحة هذه الرواية، و ان كان طريقه (قده) في الفهرست اليه ضعيفا.

إذن: فالرواية صحيحة من حيث السند.

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

و فيه: ما أفاده (قده) من عدم وجود فرق بين المضاربة و غيرها من هذه الناحية فإذا كان التحليل قبل الملكية مجوزا لوطء الجارية في غير مال المضاربة لكان مجوزا له في مال المضاربة أيضا.

الثاني: ما ذكره غير واحد من كونها مضطربة من حيث المفهوم و الدلالة، و متروكة أو مهجورة من قبل الأصحاب، و ذلك لظهورها في كون الجارية وديعة عنده حيث لم يرد فيها ما دل على تحليله إياها له. و هذا المعنى مما يقطع ببطلانه و لم يلتزم احد بجوازه و من هنا فلا بد من رد علمها إلى أهلها.

و فيه: منع عدم دلالتها على التحليل. فان كلمة: «تكون معك» ظاهرة فيه فإنها بمعنى المصاحبة و هي في المقام كناية واضحة عن جواز وطئها باتخاذها زوجة أو أمه محللة له، على ما يشهد استعمالها في القرآن الكريم فيه قال تعالى «يَوَدُّ الْمُجْرِمُ لَوْ يَفْتَدِي مِنْ عَذَابِ يَوْمِئِذٍ بِبَنِيهِ وَ صَاحِبَتِهِ وَ أَخِيهِ» (١) و قال تعالى «يَوْمَ يَقْرَأُ الْمَرْءُ مِنْ أَخِيهِ وَ أُمِّهِ وَ أَبِيهِ وَ صَاحِبَتِهِ وَ بَنِيهِ» (٢).

و الحاصل: ان الرواية واردة في المقام اعنى تحليل الرجل الأمة

(١) سورة المعارج الآية ١٣.

(٢) سورة عبس الآية ٣٤-٣٦.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١٢٧

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

[مسألة (٤٣): لو كان المالك في المضاربة امرأة فاشتري العامل زوجها]

(مسألة ٤٣): لو كان المالك في المضاربة امرأة فاشتري العامل زوجها، فان كان باذنها فلا إشكال في 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 مرة انه لا يوجب رفع اليد عن الرواية و طرحها بعد تمامية سندها.

إذن: فما ذهب اليه الماتن (قده) من الجواز هو الصحيح حيث لا موجب لرفع اليد عن صحيحة الكاهلي، و ان كان ما استند اليه (قده) أو لا قابلا للمناقشة.

(١) لاستقلاله حينئذ في ملكيتها.

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

(٣) و يدل عليه مضافا إلى النصوص العديدة الإجماع و تسالم الأصحاب عليه. و قد تقدم بيان ذلك مفصلا في المسألة السابعة من فصل نكاح العبيد و الإمام من كتاب النكاح فراجع.

(٤) لصدور الفعل عن اذنها.

(٥) أما الأخير فلارتفاع موضوعها - اعنى الزوجية.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١٢٨

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

مع أن الاستلزام المذكور ممنوع، لأنها لا- تستحق النفقة 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 المسألة السابعة من فصل نكاح العبيد و الإمام.

ان القاعدة 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 التعبدى الخاص.

(١) بناء على ما هو الصحيح من كون صحة العقد بالإجازة اللاحقة على القاعدة و أما لو قلنا بان صحته على خلاف القاعدة، فلا بد

من الاقتصار في الحكم بصحة العقد الفضولي على القدر المتيقن منه،

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١٢٩

بعد الدخول فلا سقوط، وان كان قبله فيمكن أن يدعى عدم سقوطه أيضا بمطلق المبتل، وانما يسقط بالطلاق فقط (١) مع أن المهر كان لسيدها (٢) لا لها. وكذا لا وجه للقول الثاني بعد ان كان الشراء المذكور على خلاف مصلحتها، لا من حيث استلزام الضرر المذكور (٣) بل لأنها تريد زوجها لأغراض أخرى، والأذن الذي تضمنه العقد منصرف عن مثل هذا. ومما ذكرنا ظهر حال ما إذا اشترى العامل زوجة المالك، فإنه صحيح مع الأذن السابق أو الإجازة اللاحقة، ولا يكفيه الإذن الضمني في العقد للانصراف.

[مسألة (٤٤): إذا اشترى العامل من ينعق على المالك]

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

حيث ليس في المقام دليل خاص يقتضى صحته.

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

(٢) وهو من سهو القلم أيضاً، فإن الكلام في الحرّة التي يكون زوجها عبداً.

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

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١٣٠

صح و انعتق عليه (١)، و بطلت المضاربة بالنسبة إليه، لأنه خلاف وضعها و خارج عن عنوانها، حيث انها مبنية على طلب الربح المفروض عدمه، بل كونه خسارة محضة فيكون صحة الشراء من حيث الأذن من المالك، لا من حيث المضاربة. و حيثنذ فإن بقي من مالها غيره بقيت بالنسبة اليه (٢) و الا بطلت من الأصل (٣) و للعامل اجرة عمله إذا لم يقصد التبرع (٤) و ان كان فيه ربح فلا إشكال في صحته، لكن في كونه قراضاً فيملك العامل بمقدار حصته من العبد (٥) أو يستحق عوضه على المالك للسراية (٦) أو بطلانه مضاربة و استحقات العامل اجرة المثل لعمله (٧) كما إذا لم يكن ربح، أقوال، لا يبعد ترجيح الأخير،

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

(٢) لعدم المقتضى للبطلان بالقياس اليه.

(٣) لانتفاء موضوعها بذهاب رأس المال بأجمعه.

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

(٥) و كأن الوجه فيه عموم أدلة المضاربة مع عدم القول بالسراية.

(٦) لكون الاعتاق عليه، فيكون و كأنه هو المعتق له بالمباشرة.

(٧) لصدوره عن أمره من غير قصد للتبرع.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١٣١

لا لكونه خلاف وضع المضاربة، للفرق بينه و بين صورة عدم الربح (١) بل لأنه فرع ملكية العامل المفروض عدمها (٢). و دعوى: أنه لا بد ان يقال: انه يملكه آناً ما ثم ينعق، أو تقدر ملكيته حفظاً لحقيقة البيع، على القولين في تلك المسألة، و أى منهما كان يكفي في ملكية الربح.

مدفوعة: بمعارضتها بالانعتاق الذى هو أيضا متفرع على ملكية المالك، فان لها أثرين فى عرض واحد- ملكية العامل للربح، و الانعتاق- و مقتضى بناء العتق على التغليب تقديم الثانى، و عليه فلم يحصل للعامل ملكية نفس العبد 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 المسألة مشككة، بناء على لزوم تقدم ملكية 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 للحصة من الربح ناش عن عدم تحققه واقعا فى المقام، و ذلك لتوقف ملكية العامل لها على كون المعاملة رابحة بالنسبة إلى المالك، و هو غير متصور فيما نحن فيه، إذ الملكية آنا ما قبل الانعتاق القهرى لا يعد ربحا، كى يقال باستحقاق العامل منه شيئا.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١٣٢
على ملكية العامل عند المعارضة فى محل المنع (١).

و بعبارة اخرى: ان أدلة المضاربة لما كانت صريحة 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 العبرة بالربح الفعلى، فلا مجال لشمولها له. إذن: فالصحيح فى التعليل هو نفى تحقق الربح فى المقام. لا نفى تحقق ملكية المالك.

(١) و كأنه من جهة ان دليل صحة المضاربة 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 بعبارة 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 الحصة المعينة تنتقل إلى ملك العامل بمقتضى قانون المضاربة، و لا تكون مستقرة فى ملك المالك.

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

و من هنا تكون أدلة الانعتاق شاملة للمقام من غير مزاحم، لعدم شمول أدلة المضاربة له باعتبار أن أساسها مبنى على الاسترباح و هذه المعاملة خاسرة بالقياس إلى المالك- من بادئ الأمر.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١٣٣

نعم لو قلنا: ان العامل يملك الربح أولا بلا توسط ملكية المالك بالجعل الأولى حين العقد، و عدم منافاته لحقيقة المعاوضة، لكون العوض من مال المالك و المعوض مشتركا بينه و بين العامل- كما هو الأقوى- (١) لا يبقى اشكال، فيمكن ان يقال بصحته مضاربة، و ملكية العامل حصته من نفس العبد على القول بعدم السراية، و ملكيته عوضها إن قلنا بها- و على الثانى- أى إذا كان من غير إذن المالك- فإن أجاز فكما فى صورة 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 المعاملة 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 مرة باعتبار ان حقيقة المعاوضة و المبادلة بدخول العوض فى كيس من خرج منه المعوض و بالعكس، و الا لما كانت معاوضة.

(٢) حيث ينتسب العقد بالإجازة إليه- و حاله في ذلك حال سائر العقود الفضولية- و بذلك يكون كالعقد الصادر عن إذنه السابق فيلحقه حكمه حرفا بحرف.

(٣) الصحيح في الجواب ان يقال: ان المعاملة الخارجية المفروضة قد تقع على شخص مال المضاربة بان يشتري العامل أبا المالك بعين مال المضاربة و قد تقع على الذمة بان يشتري العامل أبا المالك في مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١٣٤

العامل عالما بأنه ممن ينعقد على المالك حين الشراء أو جاهلا و القول بالصحة 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 المضاربة.

اما في الثاني فالحكم واضح حيث لا نهى مولوى في البين و لا حرمة شرعية مطلقا، بل غاية ما هناك عدم نفوذ المعاملة قهرا على المالك و توقفها على إذنه.

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

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

إذن: فالحرمة في المقام لم تتعلق لا بالمعاملة نفسها و لا لأمر خارج عنها.

هذا مضافا إلى ما تقدم غير مرة من أن النهى حتى و لو كان متعلقا بعنوان المعاملة 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 المضاربة و مشمولاً لإذن المالك. غاية ما هناك انه إذا جهل العيب كان له الخيار في فسخ المضاربة أو أخذ الأرش، و هذا بخلاف المقام حيث ان شراء من ينعقد على المالك ليس أمرا متعارفا

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١٣٥

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

نعم لو تنازع هو و البائع في كونه لنفسه أو للمضاربة 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).

[مسألة (٤٥): إذا اشترى العامل أباه أو غيره]

(مسألة ٤٥): إذا اشترى العامل أباه أو غيره ممن

كى يشمل الأذن بعد كون مبنى عقد المضاربة على الاسترباح و كون هذه المعاملة متمحضة في الخسارة.

(١) لاقتضاء الظهور الحالى ذلك، حيث ان الظاهر من اقدم كل انسان على عقد كونه له ما لم ينصب القرينة 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 أدلة التقاص مختصة بما إذا كان المقتص منه ظالما أو مماطلا، فلا تشمل المقام حيث يكون أخذ البائع للثمن منه بمقتضى الموازين الشرعية.

نعم لا بأس بالالتزام بذلك من جهة انه ليس للبائع الجمع بين الثمن و المثل معا، و على هذا يكون أخذه للثمن مبرزا لرضاه بتملك

العامل للمثمن بإزاءه. فيجوز للعامل التصرف فيه من هذه الجهة.

(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 مؤنة زائدة و بيان.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١٣٦

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 القاعدة و ان كان بطلانه (٣) لكونه خلاف وضع المضاربة، فإنها موضوعة

(١) الفرق بين الفرضين يمكن فى أن الأول ناظر إلى الربح السابق على هذا الشراء و المشترك بين المالك و العامل بمقتضى قانون المضاربة بحيث يكون العامل قد اشترى من يعتق عليه من ربح التجارات السابقة فى حين أن الثانى ناظر إلى وجود الربح فى نفس هذا الشراء، بحيث تكون هذه المعاملة بنفسها رابحة.

و الحاصل: ان مراده (قده) من هذه المقابلة بيان اعتبار عدم كون شراء من يعتق على العامل من أرباح التجارات السابقة عليه و عدم كونه بنفسه تجارة رابحة، فى الحكم بصحة هذا الشراء.

(٢) لاستقلال المالك فى ملكية العبد، إذ لا موجب لاشتراك العامل معه فى ذلك و من ثم الحكم بعقده.

(٣) و فيه: ان البطلان مبنى على القول بالسراية و تغليب جانب العتق مطلقا و من دون فرق بين صورتى العلم و الجهل، الا ان الأمر ليس كذلك فإن صحيحة محمد بن قيس مختصة بصورة الجهل و لا تشمل صورة العلم، و معه فلا يبقى وجه للقول بالسراية مع علم العامل بالحال.

نعم ورد فى بعض النصوص ان عتق أحد الشريكين لحصته من العبد المشترك موجب لانعتاق الباقي و سراية العتق فيه.

الا- انه أجنبى عن محل الكلام، حيث انه يختص بالعتق الاختيارى الناشئ من إنشاء أحد الشريكين له بالنسبة إلى حصته من العبد المشترك

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١٣٧

- كما مر- للاسترباح بالتقليب فى التجارة، و الشراء المفروض من حيث استلزامه للانعتاق ليس كذلك، الا ان المشهور، بل ادعى عليه الإجماع صحته، و هو الأقوى فى صورة الجهل بكونه ممن يعتق عليه، فينتق مقدار حصته من الربح منه، و يسرى فى البقية، و عليه عوضها للمالك

فلا مجال للتعدى عنه إلى موارد الانعتاق القهرى مطلقا سواء أ كان بمقدمات اختيارية كالشراء أو غيرها كالإرث.

و الحاصل: ان النص انما يختص بالعتق الاختيارى بالمباشرة، فلا يشمل موارد الانعتاق القهرى حتى و لو كان بمقدمات اختيارية.

و من هنا يكون مقتضى القاعدة فى المقام هو الالتزام بصحة الشراء مع التبعض فى العتق بالقول بانعتاق حصه العامل مع بقاء حصه المالك على صفته- اعنى كونه مال المضاربة.

على أنها لو التزمنا بالسراية حتى فى مورد الانعتاق القهرى، لا سيما بناء على ما ذكره (قده) من كفاية حصول الربح فى البعض الآخر من أموال المضاربة، كان لازمه بطلان الشراء مضاربة حتى فى الفرض الأول. و ذلك فان بناء المضاربة كما عرفت انما هو على الاسترباح و لا يتصور ذلك فى شراء العبد فى مفروض الكلام فإنه إما ان لا يكون بعد ذلك زيادة فى قيمة العبد و لا فى غيره من أموال المضاربة و اما ان يكون ذلك و على التقديرين لا يكون ربح فى هذه المعاملة اما على الأول فواضح و كذا على الثانى فإن حصه العامل من الربح فى العبد يعتق عليه و يسرى العتق إلى الباقي فيكون خسارة على المالك، و معه كيف يمكن ان يقال انه يصح

الشراء و يكون من مال القراض؟.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١٣٨

مع يساره، و يستسعى العبد فيه مع إعساره (١) لصحيحة ابن أبي 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 مختصة بصورة الجهل المنزل عليها إطلاق كلمات العلماء أيضا.

و بالجملة: ان القول بطلان الشراء مضاربه- بحسب القاعدة- فى مفروض كلامه (قده) إنما يتم بناء على القول بالسراية مطلقا حيث يكون الشراء حينئذ متمحضا فى الخسارة، و أساس المضاربه على الاسترباح. و أما بناء على ما هو الصحيح من اختصاص السراية بالعتق الاختيارى بالمباشرة، 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 بالنسبة إلى ما تقتضيه القاعدة فى المقام، الا- انه لا- بد من الخروج عنها فى خصوص فرض الجهل من المقام حيث دلت صحيحة محمد بن قيس على السراية فيه.

(١) لا دليل على ما افاده (قده) من التفصيل فإن صحيحة محمد بن قيس مطلقه و مقتضاها سعاية 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.

مباني العروة 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 الأدلة (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 السراية بمقتضى القاعدة (٤) مع إمكان دعوى شمول إطلاق

له ثانيا فى هذه المسألة.

(١) إذ العبرة انما هى بمالكية العامل و من حيث انه لا يمكن ان يكون مالكا له ملكية مستقرة.

(٢) ظهر وجهه مما تقدم فى التعليقه السابقه، فإن العبرة انما هى بمالكية المالك حيث أن الموجب للانعتاق هو دخول العبد فى ملكه و لا فرق فى ذلك بين حصول الربح فى 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 مختصة بعتق الشريك حصته من العبد المشترك اختيارا، فلا تشمل موارد الانعتاق القهرى، و من هنا فيتعين العمل فى هذه الموارد بإطلاق صحيحة محمد بن قيس الدال على استسعاء العبد فى عوض حصه المالك فى الفرضين، حيث لا موجب لرفع اليد عنه.

(٤) لكنك قد عرفت ان القاعدة لا تقتضى السراية فى المقام، و انها انما تقتضى السراية فى خصوص موارد العتق بالمباشرة.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١٤٠

الصحيحة أيضا للربح المتجدد فيه. فيلحق به الربح الحاصل من غيره، لعدم الفرق (١).

نعم دعوى شمول صحيحة 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 التقيوم بزمان البيع، بل متى ما قوم و كانت قيمته زائدة و لو بدرهم عن قيمة شراء بحيث كان العامل شريكا فيه انعتق و سرى العتق.

و الحاصل: ان العبرة- على ما يستفاد من الصحيحة- انما هي بشركة العامل للمالك في العبد في أى زمان تحققت.
(١) ما أفاده (قده) مبنى على اشتراك العامل مع المالك في جميع أموال المضاربة، لا في خصوص ما يكون فيه ربح. الا انه لم يثبت بدليل، بل ينافيه إطلاق مفهوم صحيحة محمد بن قيس المتقدمة حيث ان مقتضاه عدم انعتاق الأب إذا لم تزد قيمته حتى و لو زادت قيمة سائر أموال المضاربة.
ثم انه لو انعكس الأمر بأن حصلت النقيصة في سائر أموال المضاربة. فهل يمنع ذلك من انعتاق الأب عند ظهور الربح فيه بخصوصه أم لا؟

الصحيح في المقام هو التفصيل: فإن الخسارة إما ان تكون سابقه على الربح أو مقارنه له أو متأخرة عنه.
ففى الأوليين لا ينبغي الشك في عدم الانعتاق إذا لم يكن الربح الحاصل فيه زائدا عن الخسارة الحاصلة، فإن الصحيحة منصرفه عن هذا جزما إذ الانعتاق انما هو بملاك ملكية العامل لجزء من أبيه.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١٤١

[مسألة ٤٦: قد عرفت ان المضاربة من العقود الجائزة]

إشارة

(مسألة ٤٦): قد عرفت ان المضاربة من العقود الجائزة، 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 المضاربة بإزاءه و لا شيء للعامل كى ينعتق عليه.
نعم لو زاد الربح عن الخسران السابق، كان للعامل حصته من الزيادة و ينعتق 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 معاملة على حده.
الا ان هذا لا يكشف عن عدم تحقق العتق من الأول، فإنه متحقق غايته انه يجب على العامل تدارك الخسارة اللاحقة من سائر أمواله.
فيكون المقام من قبيل طرو الخسارة بعد إتلاف العامل لما ملكه من الربح.
و مما يدل على ما ذكرناه إطلاق صحيحة محمد بن قيس المتقدمة، حيث ان مقتضاه تحقق الانعتاق عند ظهور الربح فيه، سواء طرأت الخسارة بعد ذلك على المضاربة أم لم تطرأ.

(١) تقدم الكلام فيه فى المسألة الثانية، و قد عرفت ان جواز الفسخ انما هو بالنسبة إلى ما يأتى من المعاملات، لا بالنسبة إلى ما سبق منها، فإنها بالنسبة إليها لازمة 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 في المسألة الثانية ان اشتراط اللزوم انما ينفع فيما

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١٤٢

من أحدهما، وقد يحصل البطلان و الانفساخ لموت أو جنون أو تلف مال التجارة بتمامها أو لعدم إمكان التجارة لمانع أو نحو ذلك، فلا بد من التكلم في حكمها من حيث استحقاق العامل للأجرة و عدمه، و من حيث وجوب الإنضاض عليه و عدمه إذا كان بالمال عروض، و من حيث وجوب الجباية عليه و عدمه إذا كان به ديون على الناس و من حيث وجوب الرد الى المالك و عدمه، و كون الأجرة عليه أولاً، فنقول: إما ان يكون الفسخ من المالك أو العامل، و أيضاً إما ان يكون قبل الشروع في التجارة أو في مقدماتها أو بعده، قبل ظهور الربح أو بعده، في الأثناء أو بعد تمام التجارة، بعد إنضاض الجميع أو البعض أو قبله، قبل القسمة أو بعدها، و بيان أحكامها في طي

[الأولى: إذا كان الفسخ أو الانفساخ و لم يشرع في العمل و لا في مقدماته]

الأولى: إذا كان الفسخ أو الانفساخ و لم يشرع في العمل و لا في مقدماته فلا اشكال و لا شيء له و لا عليه (١) و ان كان بعد تمام العمل و الإنضاض فكذلك، إذ مع حصول

إذا كان على نحو شرط الفعل اعنى اشتراط عدم اعمال سلطنته على الفسخ، و أما إذا كان على نحو شرط النتيجة بأن يكون العقد لازماً و لا يكون له حق الفسخ بمعنى ان لا يملك الفسخ: فهو فاسد و مفسد للعقد أيضاً.
(١) لعدم المقتضى له.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١٤٣

الربح يقتسمانه، و مع عدمه لا شيء للعامل و لا عليه إن حصلت خسارة، الا ان يشترط المالك كونها بينهما على الأقوى من صحة هذا الشرط (١)، أو يشترط العامل على المالك شيئاً ان لم يحصل ربح (٢). و ربما يظهر من إطلاق بعضهم ثبوت اجرة المثل مع عدم الربح. و لا وجه له أصلاً، لأن بناء المضاربة على عدم استحقاق العامل لشيء سوى الربح على فرض حصوله (٣)، كما في الجعالة.

[الثانية: إذا كان الفسخ من العامل في الأثناء قبل حصول الربح]

الثانية: إذا كان الفسخ من العامل في الأثناء قبل حصول الربح فلا أجر له لما مضى من عمله. و احتمال استحقاقه.

(١) بل الأقوى هو التفصيل بين شرط النتيجة و شرط الفعل.

ففي الأول- كما لو اشترط عليه كون بعض الخسارة في عهده- يبطل لانه ليس بمشرع و مضمونه مخالف للسنة الدالة على عدم ضمان الأمين.

و في الثاني- كما لو اشترط عليه أن يعطيه شيئاً من أمواله- يصح حيث لا- محذور فيه، لانه و بحد نفسه فعل سائغ. فإذا وقع متعلقاً للشرط وجب الوفاء به. و مجرد كونه في ضمن عقد جائز لا يمنع من وجوب العمل به. لما عرفت من كونه لازماً بالنسبة إلى ما مضت من المعاملات، نعم له رفع اليد عن العقد بالقياس إلى ما يأتي فيرتفع معه موضوع وجوب الوفاء.

و قد تقدم تفصيل الكلام في المسألة الرابعة فراجع.

(٢) على التفصيل المتقدم.

(٣) و معه فلا تشملها قاعدة احترام عمل المسلم، لأنه الذى فوت على نفسه ذلك حيث أقدم على العمل مجاناً عند عدم الربح.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١٤٤

لقاعدة الاحترام، لا وجه له أصلاً (١). و ان كان من المالك، أو حصل الانفساخ القهرى، ففيه قولان (٢)، أقواهما العدم أيضاً بعد كونه هو المقدم على المعاملة الجائزة التى مقتضاها عدم استحقاق شىء إلا الربح، و لا ينفعه بعد ذلك كون اقدامه من حيث البناء على الاستمرار.

(١) فإن القاعدة لا تقتضى الضمان، فان معنى احترام عمل المسلم انما هو عدم جواز جبره على شىء بلا مقابل و مجاناً، فلا تشمل المقام حيث يكون العمل صادراً منه بأختيار رجاء للربح، على ان القاعدة لو اقتضت الضمان فى حد نفسها فلا تقتضيه فى المقام باعتبار ان العامل هو الذى فوت على نفسه الربح بفسخه لعقد المضاربة.

و دعوى: اقتضاء الأمر له، حيث ان العمل قد صدر عن أمره و استوفى هو منفعتة.

مدفوعة: بأنها انما تتم لو كان الأمر قد التزم على نفسه بشىء غير الحصه من الربح، فلا تعم المقام حيث لم يلتزم الأمر بدفع شىء بإزاء العمل سوى الحصه من الربح على تقدير ظهوره.

و من هنا فيكون العامل فى فرض عدمه و من غير هذه الجهة متبرعاً و مقدماً على العمل مجاناً.

(٢) ظاهر كلامه (قده) اختيار بعض الأصحاب للضمان حتى فى فرض الانفساخ القهرى إلا أننا لم نعثر 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 قاعدة الاحترام أو صدوره عن أمره له، مدفوع بما تقدم.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١٤٥

[الثالثة: لو كان الفسخ من العامل بعد السفر بأذن المالك]

الثالثة: لو كان الفسخ من العامل بعد السفر بأذن المالك

و صرف جملة من رأس المال فى نفقته، فهل للمالك تضمينه مطلقاً أو إذا كان لا لعذر منه؟ وجهان أقواهما العدم (١) لما ذكر من جواز المعاملة و جواز الفسخ فى كل وقت فالمالك هو المقدم على ضرر نفسه.

نعم فى فرض الفسخ من قبل المالك، ذهب جماعة 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.

وفيه: 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 المضاربة 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 باذن 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 التجارة الخارجية.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١٤٦

[الرابعة: لو حصل الفسخ أو الانفساخ قبل حصول الربح و بالمال عروض]

الرابعة: لو حصل الفسخ أو الانفساخ قبل حصول الربح و بالمال عروض لا يجوز للعامل التصرف فيه بدون إذن المالك (١) ببيع و نحوه و ان احتمال 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 التجارة 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 الأولية فى باب المضاربة 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 محالة.

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 بشيء فى صرفه للمال، و لم يقصر فى شيء 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.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١٤٧

من قيمته لا يبعد جواز إجبار المالك على بيعه منه، لأنه فى قوة وجود الربح فعلا. و لكنه مشكل مع ذلك، لأن المناط كون الشيء 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) و جوب رد المال إلى المالك كما كان، كما ترى (٣).

(١) و بعبارة أخرى: ان الملاك فى اشتراك العامل للمالك إنما هى الزيادة فى المال و العبرة فيها إنما هى بارتفاع القيمة السوقية، و لا يكفى فيها وجود مشتر يشترى المال بأكثر من قيمته السوقية، فإنه لا يوجب زيادة فى مال المضاربة كما لا يخفى.

على انه سيأتى فى المسألة القادمة من هذه المسائل انه لو حصل الفسخ أو الانفساخ و كان فى المال عروض تزيد قيمته على رأس المال فليس للعامل إجبار المالك على بيع العروض و إن كان شريكا له فى ذلك، و إنما له إجباره على القسمة خاصة، نظرا إلى ان جواز التصرف فى مال الغير بغير إذنه يحتاج إلى الدليل و هو مفقود.

فإذا كان الحال هذا فى فرض وجود الربح بالفعل، فعدم الجواز فى فرض عدمه يكون بطريق أولى.

(٢) لعدم الدليل عليه.

(٣) إذ مع الإغماض عن سندها، و المناقشة فى صدق الأخذ على

(١) مستدرك الوسائل باب ١ من كتاب الوديعه ح ١٢.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١٤٨

[الخامسة: إذا حصل الفسخ أو الانفساخ بعد حصول الربح قبل تمام العمل أو بعده]

الخامسة: إذا حصل الفسخ أو الانفساخ بعد حصول الربح قبل تمام العمل أو بعده، وبالمال عروض، فان رضيا بالقسمة كذلك فلا اشكال (١)، و إن طلب العامل بيعها فالظاهر عدم وجوب إجابته (٢) و ان احتمال ربح فيه، خصوصا إذا كان هو الفاسخ. و ان طلبه المالك ففي وجوب إجابته و عدمه وجوه، ثالثها التفصيل بين صورة كون مقدار رأس المال نقدا فلا يجب و بين عدمه فيجب لأن اللازم تسليم مقدار رأس المال كما كان، عملا بقوله (عليه السلام): «على اليد». و الأقوى عدم الوجوب مطلقا (٣)، و إن كان استقرار ملكية العامل للربح موقوفا على الإنضاض و لعله يحصل الخسارة بالبيع،

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 خاصة.

(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 بالقسمة فيأخذ من العروض.

(٣) نظرا لانتفاء عقد المضاربة، و عدم الدليل على الوجوب،

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١٤٩

إذ لا منافاة (١) فنقول: لا يجب عليه الإنضاض بعد الفسخ لعدم الدليل عليه، لكن لو حصلت الخسارة بعده قبل القسمة، أو بعدها يجب جبرها (٢) بالربح، حتى أنه لو أخذه يسترد منه.

[السادسة: لو كان في المال ديون على الناس]

السادسة: لو كان في المال ديون على الناس فهل يجب على العامل أخذها و جبايتها بعد الفسخ أو الانفساخ أم لا؟

و قاعدة 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 الصادرة من العامل لما كانت باذن المالك، كانت موجبة لتبدل مال المالك لدى العامل من النقد إلى العروض، فهي التي تكون مال المالك بالفعل، و من هنا فالإلزامه بتبديله إلى النقد ثانياً يحتاج إلى الدليل و هو مفقود.

(١) لما عرفت من أن مقتضى عقد المضاربة وصول رأس المال إلى المالك، على أن يكون الزائد عنه مشتركا بينه و بين العامل. و من هنا فلو حصل تلف في المال كان محسوبا على العامل و المالك حتى بعد تمامية المضاربة ما لم يصل رأس المال إلى المالك، و هذا لا يستلزم بالطبع لزوم اجابة العامل له في طلب البيع كما هو واضح.

(٢) تقدم فيما مضى ان جبر الخسارة بالربح إنما يكون قبل الفسخ أو الانفساخ، و أما بعدها فلا لا سيما بعد تحقق القسمة لانتهاى عقد المضاربة و وصول رأس المال إلى المالك، فيكون إثباته محتاجا إلى مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١٥٠
وجهان، أقواهما العدم (١) من غير فرق بين أن يكون الفسخ من العامل أو المالك.

[السابعة: إذا مات المالك أو العامل قام وارثه مقامه]

السابعة: إذا مات المالك أو العامل قام وارثه مقامه فيما مر من الاحكام (٢).

الدليل و هو مفقود.

و بعبارة أخرى: انه لا وجه لجبر الخسارة بعد الفسخ أو الانفساخ- فضلا عن القسمة- بالربح السابق بعد وصول كل من الحصتين إلى مالكاها و تملكه لها مستقلا و بعينه.

(١) بل الوجوب- على ما هو المشهور- و ذلك لابتناء عقد المضاربة من الأول على تسليم العامل لما أخذه من المالك إليه، فإنه أمر مفروغ عنه فى عقدها.

و من هنا فيكون من الشرط فى ضمن العقد، فيجب عليه الوفاء به و ليس له إرجاع المالك على المدينين.
و بالجملة: فتسليم العامل للمال إلى المالك أمر مفروغ عنه فى عقد المضاربة فيجب عليه الوفاء به، ورد ما أخذه منه، ثم ان كان ربح فهو مشترك معه فيه.

(٢) فى إطلاقه إشكال بل منع، إذ لا دليل على قيام الوارث مقام الميت فى جميع الأمور: و بقول مطلق، و إنما المنتقل اليه خصوص ما تركه من الأموال و الحقوق القابلة للانتقال بحيث لا تكون متقومة بشخص خاص و هو مما لا خلاف فيه.

و من هنا فلا بد من ملاحظة الأحكام المتقدمة، لتشخيص ما تنطبق

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١٥١

[الثامنة: لا يجب على العامل بعد حصول الفسخ أو الانفساخ أزيد من التخليه بين المالك و ماله]

الثامنة: لا يجب على العامل بعد حصول الفسخ أو الانفساخ أزيد من التخليه بين المالك و ماله، فلا يجب عليه الإيصال إليه. نعم لو أرسله إلى بلد آخر غير بلد

عليه هذه الضابطة فنقول:- أما إزام 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 الأمانة 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 ديناً فى ذمة المديون و لو كان هذا حقا لما وجب على العامل فى الفرض شىء، إذ الحق أمر واحد بسيط ثابت لمجموع الورثة من حيث المجموع، فلا يقبل التجزئة 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 بالنسبة إلى الوارث أيضا.

و أما حق العامل في بيع المتاع بعد الفسخ - بناء على القول به - فهو حكم تكليفي محض يختص به، فلا يقبل الانتقال إلى ورثته. والحاصل: ان ما أفاده الماتن (قده) لا يمكن المساعدة عليه لأن المنتقل إلى الوارث ينحصر في المال و الحقوق القابلة للانتقال و هي مباني العروة 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 التخليء، و إذا احتاج الرد إليه إلى الأجرة فالأجرة 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 للتجار - على ما يقتضيه عقد المضاربة - و هذا يعنى لزوم رده إلى المالك نقدا أو عروضاً بعد الاتجار به أولا معه، فهو مفروض في عقد المضاربة.

و من هنا فإذا فسخ العقد كان مقتضى كون المال أمانة عنده، و اقتضاء عقد المضاربة 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 للإلزام العامل بشيء من الأجرة بعد فسخ المضاربة و كون المال امانة في يده.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١٥٣

في وجوب الرد و الأجرة (١) و ان كان ذلك منه للجهل بالحكم الشرعي من عدم جواز السفر بدون إذنه.

[مسألة (٤٧): قد عرفت ان الربح وقاية لرأس المال]

(مسألة ٤٧): قد عرفت ان الربح وقاية لرأس المال من غير فرق بين أن يكون سابقا على التلف أو الخسران أو لاحقا، فالخسارة تجبر بالربح اللاحق و بالعكس (٢) و لا يلزم ان يكون الربح حاصلًا من مجموع رأس المال، و كذا لا يلزم أن تكون الخسارة واردة على المجموع، فلو اتجر بجميع رأس المال فخرس ثم اتجر ببعض الباقي فربح، يجبر ذلك الخسران بهذا الربح، و كذا إذا اتجر ببعض فخرس ثم اتجر ببعض الآخر أو بجميع الباقي فربح، و لا يلزم في الربح أو الخسران أن يكون مع بقاء المضاربة حال حصولها، فالربح مطلقا جابر للخسارة و التلف مطلقا (٣) ما دام لم يتم عمل المضاربة. ثم انه

(١) على ما تقتضيه قاعدة اليد و الضمان.

(٢) على ما يقتضيه عقد المضاربة، حيث قد عرفت ان مقتضاه كون رأس المال محفوظا بمعنى إرجاعه إلى المالك و الاشتراك في الربح خاصة.

(٣) قد عرفت فيما تقدم ان جبر الخسران بالربح إنما يختص بفرض بقاء عقد المضاربة و أما بعد ارتفاعه و استقرار ملكية كل من المالك و العامل على ماله و حصته فلا وجه للتدارك بالمرة.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١٥٤

يجوز للمالك ان يسترد بعض مال المضاربة في 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 في بعضه دون بعض، و الحال انه لم يلتزم الفقهاء به في باب الخيارات. مدفوع: بالفرق بين المقامين: إذ الجواز قد يكون حقياً- كالخيارات- حيث يكون العقد بطبعه الأولي لازماً، لكن الشارع يجعل الخيار لهما أو لأحدهما ابتداء- كخيار المجلس- أو إمضاء لجعل البائعين- كخيار الشرط.

و قد يكون حكماً حيث يكون العقد بطبعه الأولي جائزاً، كالهبة و الوديعة و العارية و المضاربة إلى غيرها من العقود الجائزة. ففي الأول حيث أن ظاهر الدليل تعلق الخيار بالعقد على ما وقع عليه لا أبعاضه بما هي، فليس لمن له الخيار التبعيض، بل اما ان يفسخ في الجميع أو يلتزم به، فإن الإنشاء واحد- و ان كان البيع منحللاً إلى بيوع متعددة- و ظاهر دليل الخيار ثبوت الحق له في فسخ ما أنشأ. و من هنا فلا يجوز له التبعيض.

و بالجملة: فدليل الخيار قاصر الشمول للفسخ في البعض خاصة.

و هذا بخلاف الثاني، فإن العقد لما كان منحللاً إلى عقود متعددة كان جواز الفسخ في البعض على القاعدة، فإن كل عقد من هذه العقود جائز في حد نفسه و له الفسخ بأي مقدار شاء لإطلاق الدليل.

و الحاصل: ان قياس ما نحن فيه على باب الخيارات قياس مع

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١٥٥

و لكن تبطل بالنسبة اليه، و تبقى بالنسبة إلى البقية (١) و تكون رأس المال، و حينئذ فإذا فرضنا أنه أخذ بعد ما حصل الخسران أو التلّف بالنسبة إلى رأس المال مقدارا من البقية، ثم اتجر العامل بالبقيّة أو ببعضها، فحصل ربح يكون ذلك الربح جابراً للخسران أو التلّف السابق بتمامه (٢). مثلاً إذا كان رأس المال مائة فتلف منها عشرة أو خسر عشرة و بقي تسعون، ثم أخذ المالك من التسعين عشرة و بقيت ثمانون، فرأس المال تسعون، و إذا اتجر بالثمانين فصار تسعين فهذه العشرة الحاصلة ربحت تجبر تلك العشرة، و لا يبقى للعامل شيء. و كذا إذا أخذ المالك

الفارق، فان العقد في المقام جائز في حد نفسه و المالك مسلط على ماله غاية الأمر انه اذن للغير في التصرف فيه، فله رفع إذنه في أي مقدار منه شاء، كما هو الحال في الوكالة.

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

مباني العروة الوثقى؛ ج ١، ص: ١٥٥

(١) قد عرفت وجهه مما تقدم.

(٢) لأن عقد المضاربة من الأول مبنى على وصول رأس المال المدفوع إلى العامل بتمامه إلى المالك و من دون ورود أي نقص عليه مع فرض ما يمكنه جبره سواء أ كانت التجارة بجميع رأس المال أم بعضه.

و بعبارة أخرى: ان مقتضى أصل عقد المضاربة رجوع ما يدفعه المالك بعنوان رأس المال اليه من غير نقص فيه، حتى و لو لم تكن التجارة بكل ذلك المال، بل و مع الفسخ في بعضه و انحصار المضاربة

مباني العروة 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 في الذي أخذه المالك ولا يختص الجبر بما عداه، حتى يكون مقدار حصة العامل منه باقيا له. مثلا إذا كان رأس المال مائة فربح عشرة ثم أخذ المالك عشرة ثم اتجر العامل بالبقية فخسر عشرة أو تلف منه عشرة، يجب جبره بالربح السابق حتى المقدار الشائع منه في العشرة المأخوذة، فلا يبقى للعامل من الربح السابق شيء. و على ما ذكرنا فلا وجه لما ذكره المحقق و تبعه غيره من أن الربح اللاحق لا يجبر مقدار الخسران الذي ورد على العشرة المأخوذة، لبطلان المضاربة بالنسبة إليها، فمقدار الخسران الشائع فيها لا ينجبر بهذا الربح، فأرأس المال الباقي بعد خسران العشرة في

في الباقي، لأنه لا يعنى عدم كون المضاربة الأصلية مبنية على رجوع رأس المال بتمامه اليه حتى على تقدير استرداده للبعض. (١) وفيه ما لا يخفى، فإنه لا وجه للجبران في 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 العروة الوثقى، ج ١، ص: ١٥٧

المثال المذكور لا يكون تسعين، بل أقل منه بمقدار حصة خسارة العشرة المأخوذة، وهو واحد و تسع، فيكون رأس المال الباقي تسعين إلا واحد و تسع، و هي تسعة و ثمانون الا تسع، وكذا لا وجه لما ذكره بعضهم في الفرض الثاني أن مقدار الربح الشائع في العشرة التي أخذها المالك لا يجبر الخسران اللاحق، و ان حصة العامل منه يبقى له و يجب على المالك رده اليه (١) فاللازم في

لا محالة. و حينئذ يكون العامل مالكا لحصته من الربح في ذلك المقدار، و معه لا وجه لجبران ما يطء من الخسارة على رأس المال الجديد. فان الفسخ موجب لاستقرار ملكه فيه كما هو الحال في فسخ العقد في الجميع. و ان كان بعنوان كونه من مجموع رأس المال و الربح، فالأمر كذلك، إذ الربح الحاصل عند الفسخ في البعض ينقسم على ذلك و الباقي بالنسبة، و معه يكون للعامل حصة فيما أخذه المالك لا محالة و يعتبر ذلك دينا في ذمته. و عليه: فإذا خسرت المعاملة في الباقي بعد ذلك لم يكن وجه لإرجاع ما ملكه العامل و أقرضه للمالك إلى رأس المال و جبر الخسارة به.

و الحاصل: انه لا وجه لجبران الخسران اللاحق بالربح السابق على الفسخ، بلا فرق فيه بين كون الفسخ في الكل أو البعض. (١) لكنك قد عرفت انه الصحيح و لا مناص من الالتزام به.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١٥٨

المثال المفروض عدم بقاء ربح للعامل بعد حصول الخسران المذكور، بل قد عرفت سابقا انه لو حصل ربح و اقتسماه في الأثناء و أخذ كل حصته منه ثم حصل خسران، أنه يسترد من العامل مقدار ما أخذ، بل و لو كان الخسران بعد الفسخ (١) قبل القسمة، بل أو بعدها إذا اقتسما العروض و قلنا بوجود الإنضاض على العامل (٢) و انه من تتمات المضاربة.

[مسألة (٤٨): إذا كانت المضاربة فاسدة]

(مسألة ٤٨): إذا كانت المضاربة فاسدة، فإما ان يكون مع جهلها بالفساد أو مع علمها، أو علم أحدهما دون الآخر. فعلى كل التقادير الربح بتمامه للمالك، لإذنه في التجارات (٣) و ان كانت مضاربه باطلة. نعم لو كان

(١) إلا إنك قد عرفت فيما مضى انه لا وجه للجبران، لا سيما إذا كانت الخسارة بعد القسمة حيث يستقر ملك كل منهما على ما في

يده.

(٢) ظاهر كلامه (قده) في المقام اناطة تدارك الخسران بوجوب الإنضاض على العامل بحيث لو لم نقل به لما وجب التدارك، و هو ينافي ما تقدم منه (قده) في الفرع الخامس من المسألة السادسة والأربعين من عدم كونه منوطا به حيث اختار (قده) عدم وجوب الإنضاض على العامل و مع ذلك قال بوجوب التدارك عليه.

(٣) و هو يكفى في صحتها، حيث أنها لا تتوقف على صحة عقد

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١٥٩

الأذن مقيدا بالمضاربة توقف ذلك على إجازته (١)، و الا فالمعاملات الواقعة باطله (٢). و على عدم التقييد أو الإجازة يستحق العامل مع جهلها لأجرة عمله (٣). و هل يضمن عوض ما أنفقه في السفر على نفسه، لتبين عدم استحقاقه النفقة، أولا، لأن المالك سلطه على الإنفاق مجانا؟

وجهان، أقواهما الأول (٤) و لا يضمن التلف و النقص (٥)

المضاربة، إذ الذي يتوقف عليها إنما هو استحقاق العامل للحصة المعينة من الربح.

(١) على ما تقتضيه القاعدة في العقد الفضولي.

(٢) لفقدانها الأذن و الإجازة معا.

(٣) لاستيفاء المالك عمل الغير الصادر عن أمره لا على نحو المجانية فإنه موجب لضمانه له بدفع بدله - أعنى أجره المثل - على ما تقتضيه السيرة القطعية على تفصيل في المقام يأتي.

(٤) بل الثاني، فان إذن المالك له بالسفر و الصرف من ماله لما لم يكن مقيدا بصحة عقد المضاربة، كان مقتضى القاعدة عدم الضمان، إذ الضمان إنما يختص بفرض التصرف فيه بالتعدى أو التفريط و هو مفقود. و في المقام تفصيل ستعرفه.

(٥) ظاهر عبارته (قده) ترتب الأحكام الثلاثة - استحقاق أجره المثل و عدم ضمانه لما أنفقه في السفر على نفسه و عدم ضمانه للتلف و النقص - على فرضى عدم كون الأذن في المعاملات مقيدا بصحة عقد المضاربة. و التقييد مع إجازته للمعاملات بعد ذلك معا

مباني العروة 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 المجانية، على ما تقتضيه السيرة القطعية الممضاة من قبل الشارع المقدس، حيث لم يرد الردع عنها.

كما لا يضمن العامل ما أنفقه على نفسه في سفره، حيث أنه قد صدر عن إذنه و إجازته و ان كان عقد المضاربة 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 في يد العامل من الأموال، فإنه لا موجب للحكم بالضمان بعد كون هذه الأموال امانة في يده، و لم يكن العامل متعديا أو مفرطا.

و على الثاني: بحيث لو لا الإجازة المتأخرة لبطلت المعاملات الصادرة من العامل، فحكم هذه الصور حكم باقى العقود الفضولية، فلا

يستحق العامل شيئاً من الربح ولا أجره المثل، باعتبار ان المالك لم يأمره بشيء بل ولم يستوف من عمله شيئاً، وإنما هو استوفى الربح بعمل نفسه بإجازته للعقد.

و من هنا فحكمه (قده) باستحقاقه لأجره المثل حتى في هذه الصورة- على ما يظهر من عبارته- لا يمكن المساعدة عليه. وكذا الحال فيما صرفه العامل في سفره، فإنه لا موجب لحسابه

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١٦١

وكذا الحال إذا كان المالك عالماً دون العامل (١) فإنه يستحق الأجر، ولا يضمن التلف والنقص وان كانا عالمين أو كان العامل عالماً دون المالك، فلا أجره له، لإقدامه على العمل مع علمه بعدم صحة المعاملة (٢) وربما يحتمل في صورة علمهما أنه يستحق حصته من الربح من باب الجعالة. وفيه: أن المفروض عدم قصدتها (٣) كما أنه ربما يحتمل استحقاقه أجره المثل إذا اعتقد أنه يستحقها

على المالك بعد أن لم يكن كل ذلك باذن منه.

ومنه يظهر الحال فيما يتلف في يد العامل. فإنه ضامن له لا محالة بعد إن لم تكن يده يد امانه، حيث ان المالك لم يأذن له في التصرف مطلقاً، وإنما أذن له فيه مقيداً بصحة عقد المضاربة، فإذا انتفى القيد كان المقيد مثله.

(١) يظهر الحال فيه مما تقدم، فان الكلام في هذا الفرض هو الكلام في الفرض السابق من حيث الأدلة والتفصيل حرفاً بحرف.

(٢) لكنك قد عرفت غير مرة ان العلم بالفساد شرعاً لا يلازم الإتيان بالعمل مجاناً وبغير عوض، فان العامل قاصد للعوض وان كان يعلم بان الشارع لم يمهضه. ومقتضى السيرة العقلانية القطعية.

اقتضاء استيفاء عمل الغير الصادر عن أمره للضمان مطلقاً علم العامل بالفساد أو جهل، فإن العبرة في عدم الضمان إنما هو بالتبرع به و هو غير متحقق.

(٣) ظاهر هذا التعليل ان عدم الاستحقاق ناش من عدم القصد

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١٦٢

مع الفساد، وله وجه (١) وان كان الأقوى خلافه. هذا كله إذا حصل ربح ولو قليلاً، وأما مع عدم حصوله فاستحقاق العامل الأجره ولو مع الجهل مشكل (٢)، لإقدامه على عدم العوض لعمله مع عدم حصول الربح.

إلى الجعالة وفيه: انه لا- اثر للقصد وعدمه، وذلك لما تقدم مراراً من عدم صحة تملك الإنسان ما لا يملكه بالفعل إلا ما خرج بالدليل إذ ليس له- بالفعل- مال وملك كى ينقله إلى غيره ويجعله هو المالك.

وعليه: فحيث لا دليل على صحته في الجعالة، فلا بد في الجعل من كونه مالا مملوكاً للجاعل في الخارج أو في الذمة بالفعل، ولما 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 جهة عدم قصده لها في عقد المضاربة، فإنه باطل حتى مع القصد.

على انه قد تقدم ان المضاربة عين الجعالة وليست شيئاً في قبالتها نعم تمتاز هي عن سائر أفراد الجعالة بالصحة مع مجهولية الجعل. (١) عرفته فيما تقدم.

(٢) الظاهر انه لا ينبغي الإشكال في عدم استحقاق العامل للأجره في الفرض، وذلك لأن الضمان في هذه الموارد لم يثبت بدليل لفظي كى يتمسك بإطلاقه في إثبات أجره المثل في مثل المورد أيضاً، وإنما هو قد ثبت بالسيرة العقلانية القائمة على اقتضاء الأمر بعمل ذي أجره

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١٦٣
 وعلى هذا ففي صورة حصوله أيضا يستحق أقل الأمرين من مقدار الربح وأجرة المثل (١) لكن الأقوى خلافه، لأن رضاه بذلك كان مقيدا بالمضاربة (٢) ومراعاة الاحتياط في هذا وبعض الصور المتقدمة أولى.

لا مجاناً لثبوتها في ذمة الأمر.

و من هنا يكون المتبع في الحكم هي السيرة القطعية، و حيث أنه لا ينبغي الشك في عدم ثبوت شيء 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 ينبغي الإشكال في عدم ثبوت الأجره للعامل في 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 بالمجانية 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 زيادة الأجره عن الحصه فلاقدام العامل على العمل على ان لا يستحق الزائد عن هذا المقدار.

(٢) إلا انك قد عرفت ان العبرة إنما هي بما التزم به الأمر على نفسه، لا برضا العامل و عدمه على اننا لو التزمنا بكون رضا العامل

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١٦٤

[مسألة (٤٩): إذا ادعى على أحد أنه أعطاه كذا مقدارا مضاربة و أنكروا لم يكن للمدعى بينة]

(مسألة ٤٩): إذا ادعى على أحد أنه أعطاه كذا مقدارا مضاربة و أنكروا لم يكن للمدعى بينة، فالقول قول المنكر مع اليمين (١).

[مسألة (٥٠): إذا تنازع المالك و العامل في مقدار رأس المال الذى أعطاه للعامل]

(مسألة ٥٠): إذا تنازع المالك و العامل في مقدار رأس المال الذى أعطاه للعامل قدم قول العامل بيمينه مع عدم البينة (٢)، من غير فرق بين كون المال موجوداً أو تالفاً مع ضمان العامل، لأصالة عدم إعطائه أزيد مما يقوله و أصالة براءة ذمته إذا كان تالفاً بالأزيد. هذا إذا لم يرجع نزاعهما إلى النزاع في مقدار نصيب العامل من الربح، كما

مقيداً بصحة المضاربة لكان لازمه القول بعدم استحقاق العامل شيئاً بالمره، لأن كون رضا العامل مقيداً بها يستلزم كون رضا المالك و أمره له مقيداً بها أيضاً، و هذا يعنى فساد جميع العقود الصادرة منه لكونه فضولياً و توقف صحتها على الإجازة، فإذا أجاز صحت المعاملات بها و معه فلا يستحق العامل شيئاً من الربح أو أجره المثل - على ما تقدم.

(١) على ما تقتضيه قواعد القضاء، فإن أقام المدعى البينة فهو و الا فله إحلاف المنكر، فان حلف فهو، و إن نكل عن اليمين و لم يردها على المالك أيضاً ألزم بدفع المال إن كانت عيناً معينه و إلا فبدله.

(٢) لما تقدم.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١٦٥

إذا كان نزاعهما بعد حصول الربح و علم أن الذى بيده هو مال المضاربة، إذ حينئذ النزاع في قلته رأس المال و كثرته يرجع إلى النزاع

فى مقدار نصيب العامل من هذا المال الموجود، إذ على تقدير قلة رأس المال يصير مقدار الربح منه أكثر، فيكون نصيب العامل أزيد، وعلى تقدير كثرته بالعكس، ومقتضى الأصل كون جميع هذا المال للمالك إلا بمقدار ما أقر به للعامل (١) وعلى 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.

[مسألة (٥١): لو ادعى المالك على العامل انه خان أو فرط فى الحفظ فتلف]

(مسألة ٥١): لو ادعى المالك على العامل انه خان أو فرط فى الحفظ فتلف أو شرط عليه أن لا يشتري الجنس

(١) ولا يرد عليه: ان العامل ذو اليد حيث ان المال بأجمعه فى يده بالفعل ومقتضى القاعدة كونه بأجمعه له إلا ما أقر به للمالك. فإنه إنما يتم فيما إذا لم يكن ذو اليد معترفا بانتقاله اليه من المالك، وأما معه فلا أثر لليد، حيث ينقلب المدعى منكرا والمنكر مدعيا، فيلزم بالإثبات والا فالمال للمالك بمقتضى اعترافه، ولا يستحق إلا ما يقر به المالك. نعم للعامل إحلاف المالك فى الفرض على ما تقتضيه قواعد القضاء.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١٦٦

الفلانى، أو لا يبيع من زيد أو نحو ذلك، فالقول قول العامل فى عدم الخيانة والتفريط، وعدم شرط المالك عليه الشرط الكذائى (١) والمفروض أن مع عدم الشرط يكون مختارا فى الشراء وفى البيع من أى شخص أراد.

نعم لو فعل العامل ما لا يجوز له إلا بإذن من المالك - كما لو سافر أو باع بالنسيئة و ادعى الأذن من المالك فالقول

(١) فيه اشكال بل منع، وذلك لما ذكرناه فى مبحث الإطلاق والتقييد من المباحث الأصولية من ان النسبة بين الإطلاق والتقييد 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 الموجبة للانقسام دخل فى ثبوت ذلك الحكم المنشأ أو لا يكون، ولا ثالث لهما لامتناع ارتفاع التقييد.

والأول هو المقيد و يسمى بالطبيعة بشرط شىء ان كان القيد وجوديا، والطبيعة بشرط لا إن كان عدميا، والثانى هو المطلق و يسمى بالطبيعة لا بشرط القسمة. والإهمال غير معقول لاستحالة ارتفاع التقييد.

وبعبارة أخرى: ان حال الأمر لا يخلو بحسب الواقع إما من لحاظ الطبيعة السارية أو لحاظ الطبيعة المقيدة ببعض الخصوصيات الوجودية أو العدمية، ومن هنا فتكون النسبة بينهما هى نسبة التضاد حيث ان كلا منهما - لحاظ الدخل و لحاظ عدمه - أمر وجودى.

و أما بحسب مقام الإثبات فالنسبة بينهما إنما هى نسبة العدم والملكة فإن المتكلم ان لم يكن فى مقام البيان فالقضية مجمله مهملة، لا مطلقة

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١٦٧

.....

ولا مقيدة، وان كان فى مقام البيان، فان ذكر القيد فالقضية مقيدة و الا فهى مطلقة.

ثم ان الإطلاق فى هذا المقام يكشف عن عدم التقييد فى مقام الثبوت و كون مراده هى الطبيعة السارية، و الا لكان متكلم على خلاف ما هو المتعارف لدى الناس فى مقام التفاهم.

و مما ذكرنا يظهر الوجه في كون النسبة بينهما بحسب هذا المقام هو العدم و الملكة، فإن الإطلاق عبارة عن عدم تقييد ما هو قابل للتقييد.

و من هنا: فما ذكر في كلمات الأصحاب من كون المقابلة بينهما من تقابل العدم و الملكة، صحيح لكنه بالقياس إلى مقام الإثبات فقط و على ضوء هذا ففيما نحن فيه: - إذا اعترف المالك يكون عقد المضاربة حين وقوعه مطلقا كشف ذلك عن إطلاقه في مقام الثبوت أيضا، فإن ادعى انه قد منع العامل بعد ذلك عن الاتجار بنحو معين بحيث يكون مقيدا منفصلا و رافعا لحجية 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 - حجة عليه ما لم يثبت أنه أقام حجة أخرى.

لكن الظاهر انه (قده) لا ينظر إلى فرض دعوى قيام الحجة المنفصلة، و انه ناظر إلى فرض دعوى الحجة المتصلة، بمعنى ادعاء المالك لمنع العامل عن التجارة المعينة حين المضاربة، و خيانة العامل بمخالفته لذلك. و إنكار العامل لذلك.

و في هذا الفرض لا يتم ما أفاده (قده) حيث ان العامل حينئذ

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١٦٨

قول المالك في عدم الأذن (١).

و الحاصل: ان العامل لو ادعى الأذن فيما لا يجوز إلا بالإذن 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 في مثله لا يمكن تقديم قول العامل لأنه مدع أيضا لأن أصالة عدم التقييد، ان أريد بها استصحاب العدم الأزلي - لو قلنا به كما هو الصحيح - فلا أثر له في المقام حيث لا يثبت الإطلاق. و ان أريد بها أصالة الإطلاق الثابتة ببناء العقلاء فلا مورد لها في المقام، فإنها إنما تجرى فيما إذا أحرز الإطلاق في مقام الإثبات و كان الشك في مطابقتها مقام الثبوت له، فلا تجرى في فرض الشك في أصل ثبوت الإطلاق.

و الحاصل: انه بعد الشك في الإطلاق و التقييد في 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 كثيرة 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 بالبينة أو حلف اليمين المردودة.

مباني العروة 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 الإجارة، و حيث انها لا تخلو عن غموض فلا بأس بإعادة التعرض لها ثانيا لبيان ما هو الحق في المقام و يقتضيه التحقيق جليا.

فنقول:

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 عمداً أو تفريطه في تلفه أو عدم تلفه أصلاً، فطالبه بالعين أو بدلها. والمشهور- في هذه الصورة- بل ادعى عليه الإجماع، انه ليس على العامل إلا اليمين و على المالك المدعى للضمان إقامة البينة على خلاف ما يدعيه العامل.

غير ان الشهيد الثاني (قده) نسب في المسالك إلى المشهور مطالبه العامل بالبينة. أقول: لا يخفى ان الموافق لقواعد القضاء و عمومات كون البينة على المدعى و اليمين على من ادعى عليه، هو ما ادعى عليه الإجماع نظرا لكون المالك هو المدعى للضمان على العامل.

إلا ان المستفاد من النصوص الخاصة كون المطالب بالبينة في محل الكلام هو العامل.

و عليه فيتعين رفع اليد عن العمومات و الحكم بإلزام العامل بالبينة

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١٧٠

.....

بيان ذلك: ان الروايات الواردة في المقام على ثلاث طوائف:- الطائفة الأولى:- ما دل على ضمان العامل و انه لا بد له في دفع الضمان عن نفسه من إثبات مدعاه. و هي عدة روايات:

منها: صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله (ع): (قال: في الغسال و الصباغ ما سرق منهم من شيء فلم يخرج منه على أمر بين انه سرق و كل قليل له أو كثير فان فعل فليس عليه شيء و ان لم يقيم البينة و زعم انه قد ذهب الذي ادعى عليه فقد ضمنه ان لم يكن له بينة على قوله) «١».

و منها: صحيحة ابن مسكان عن أبي بصير عن أبي عبد الله (ع) قال: (سألته عن قصار دفعت اليه ثوبا فزعم انه سرق من بين متاعه. قال: فعليه ان يقيم البينة أنه سرق من بين متاعه و ليس عليه شيء، فان سرق متاعه كله فليس عليه شيء) «٢».

و منها: معتبرة السكوني عن أبي عبد الله (ع) قال: (كان أمير المؤمنين (ع) يضمن الصباغ و القصار و الصائغ احتياطا على أمتعة الناس) «٣».

و منها: صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله (ع) قال: (سئل عن رجل جمال 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 الإجارة ح ٢.

(٢) الوسائل: ج ١٢ باب ٢٩ من أبواب أحكام الإجارة ح ٥.

(٣) الوسائل: ج ١٢ باب ٢٩ من أبواب أحكام الإجارة ح ٦.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١٧١

.....

الزيت و قال انه انخرق و لكنه لا يصدق إلا بيينة عادلة) «١».

و منها: صحيحة عنه (ع) أيضا: (في رجل حمل مع رجل في سفينته طعاما فنقص. قال هو ضامن. الحديث) «٢» و نحوها غيرها. فان هذه الروايات المعتمدة تدل و بوضوح على ضمان العامل في فرض دعواه التلف ما لم يقيم بيينة عادلة على صدق ما يقوله.

الطائفة الثانية:- ما دل على عدم ضمان العامل عند دعواه التلف و هي عدة روايات.

منها: معتبرة يونس قال: (سألت الرضا (ع) عن القصار و الصائغ أ يضمنون؟ قال: لا يصلح إلا أن يضمنوا) «٣».

و هذه الرواية معتبرة سنداً و ان كان في طريقها إسماعيل بن مرار فإنه ثقة على الأصح لوروده في اسناد تفسير علي بن إبراهيم، و قد دلت على عدم تضمين العامل مطلقاً إلا ان يشترط عليه الضمان في ضمن العقد.

و منها: صحيحة معاوية بن عمار عن أبي عبد الله (ع) قال:

(سألته عن الصباغ و القصار، فقال: ليس يضمنان) «٤».

الطائفة الثالثة:- ما دل على التفصيل بين المتهم و غيره حيث يضمن الأول دون الثاني و هي عدة روايات أيضاً:

(١) الوسائل: ج ١٢ باب ٣٠ من أبواب أحكام الإجارة ح ١.

(٢) الوسائل: ج ١٢ باب ٣٠ من أبواب أحكام الإجارة ح ٢.

(٣) الوسائل: ج ١٢ باب ٢٩ من أبواب أحكام الإجارة ح ٩.

(٤) الوسائل: ج ١٢ باب ٢٩ من أبواب أحكام الإجارة ح ١٤.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١٧٢

.....

منها: صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله (ع) قال: (كان أمير المؤمنين (ع) يضمن القصار و الصائغ احتياطاً للناس، و كان أبي يتطول عليه إذا كان مأموناً) «١».

حيث دلت على تضمينه (ع) لمن لم يكن مأموناً.

و منها: معتبرة أبي بصير عن أبي عبد الله (ع) قال: (كان علي (ع) يضمن القصار و الصائغ يحتاط به على أموال الناس، و كان أبو جعفر (ع) يتفضل عليه إذا كان مأموناً) «٢».

و هي في الدلالة كسابقتها.

و منها: صحيحة جعفر بن عثمان- الرواسي الثقة- قال: (حمل أبي متاعاً إلى الشام مع جمال فذكر ان حملاً منه ضاع، فذكرت ذلك لأبي عبد الله (ع)، فقال: أ تتهمه؟ 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: معتبرة أبي بصير عن أبي عبد الله (ع): (في الجمال يكسر الذي يحمل أو يهريقه، قال: إن كان مأموناً فليس عليه شيء، و ان كان غير مأمون فهو ضامن) «٤».

و لا إشكال في أن السؤال في هذه المعتمدة إنما هو عن حكم التلف

(١) الوسائل: ج ١٢ باب ٢٩ من أبواب أحكام الإجارة ح ٤.

(٢) الوسائل: ج ١٢ باب ٢٩ من أبواب أحكام الإجارة ح ١٢.

(٣) الوسائل: ج ١٢ باب ٣٠ من أبواب أحكام الإجارة ح ٦.

(٤) الوسائل: ج ١٢ باب ٣٠ من أبواب أحكام الإجارة ح ٧.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١٧٣

.....

و الا فلا فرق في ضمان المتلف بين المأمون وغيره جزما.

و مما يؤيد هذه الطائفة رواية 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 صريحة في المدعى إلا- أنها قاصرة من حيث السند، فان خالد بن الحجال لا وجود له على الإطلاق لا في كتب الرجال و لا في كتب الحديث ما عدا نسخة التهذيب من هذه الرواية.

و المظنون قويا وقوع التحريف فيها و الصحيح ما في الكافي فإن الكليني أضبط في النقل، و خالد بن الحجاج لم يوثق. و من هنا: فلا تصلح هذه الرواية إلا لتأييد هذه الطائفة.

ثم ان الطائفتين الأوليين و إن كانتا متعارضتين بالتباين حيث دلت الأولى على الضمان في حين صرحت الثانية بعدمه، إلا ان الطائفة الثالثة تقيد كلا- منهما و بذلك يرتفع التعارض بينهما و تكون النتيجة عدم ضمان العامل فيما إذا كان مأمونا من غير ان يطلب منه الإثبات بإقامة البينة على دعواه، بخلاف ما إذا كان متهما حيث يطالب بإثبات ما ادعاه و إلا تعين الضمان عليه.

بقي الكلام في انه هل للمالك في فرض كون العامل متهما مطالبته بالحلف بدلا عن مطالبته بالبينة؟

و بعبارة أخرى: هل للمالك في صورة اتهام العامل مخير بين مطالبته بإقامة البينة على التلف و بين مطالبته بالحلف عليه. أم أنه

(١) الوسائل: ج ١٢ باب ٣٠ من أبواب أحكام الإجارة ح ٣.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١٧٤

.....

ليس للمالك إلا مطالبة العامل بالإثبات؟

الظاهر هو الأول و ذلك لوجوه- الأول: ان جواز مطالبة المالك العامل بالبينة 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 اقامة البينة على ما يدعيه.

الثاني: عمومات ما دل على ان البينة على المدعى و اليمين على المدعى عليه فإنها غير قاصرة عن شمول محل الكلام، لأنها و ان خصصت فيه بالنسبة إلى مطالبة المدعى بالبينة، حيث دلت النصوص الخاصة على مطالبته من المدعى عليه، إلا انها لم تدل على عدم جواز مطالبة الحلف منه، فتبقى العمومات على حالها و سليمة عن المخصص من هذه الناحية، و بذلك فيثبت للمالك مطالبة العامل باليمين.

نعم يختص هذا الوجه بما إذا كان المالك مدعيا لخلاف ما يدعيه العامل جزما و الا فليس له حق الدعوى عليه بمقتضى العموما.

الثالث: صحيحة أبي بصير يعنى المرادى عن أبي عبد الله (ع) قال: (لا يضمن الصانع و لا القصار و لا الحائك إلا أن يكونوا متهمين فيخوفون بالبينة و يستحلف لعله يستخرج منه شيئا.

الحديث) «١».

وجه الدلالة: ان جملة «و يستحلف» معطوفة على جملة «فيخوف» فتدل الصحيحة انه كما يخوف العامل بالبينة يطلب منه اليمين.

(١) الوسائل: ج ١٢ باب ٣٠ من أبواب أحكام الإجارة ح ١١.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١٧٥

.....

بل لو كنا نحن و هذه الصحيحة لحكمنا بان وظيفة العامل هو الحلف فقط، لكننا و بلحاظ الروايات السابقة نحكم بتخيير المالك بين مطالبه البيئه و الحلف.

و أما ما تقدم منا في كتاب الإجارة من المناقشة في دلالة الصحيحة على جواز الاستحلاف، فلم يكن في محله و الظاهر هو التخيير كما عرفت.

و مما يؤيد ذلك ما رواه الشيخ بإسناده عن بكر بن حبيب قال:

(قلت لأبي عبد الله (ع). أعطيت حجة إلى القصار فذهب بزعمه قال: ان تتهمه فاستحلفه، و ان لم تتهمه فليس عليه شيء) «١».

و ما رواه أيضا عنه عن أبي عبد الله (ع) قال: (لا يضمن القصار إلا ما جنت يده و ان اتهمته أحلفته) «٢».

الصورة الثانية:- ما إذا كان العامل غير مأمون و ادعى التلف بغير تفريط و لم يدع المالك عليه شيئا لعدم جزمه بكذب العامل في دعواه و احتمال صدقه.

و فيها لو كنا نحن و لم تكن الروايات الخاصة المتقدمة لحكمنا بعدم ضمان العامل حيث لا يدعى المالك عليه الضمان.

غير ان الروايات الخاصة المتقدمة و الدالة على ضمان العامل إذا كان متهما في نفسه و غير مأمون غير قاصرة الشمول عن هذه الصورة.

و عليه فيكون حكمها حكم سابقتها في تخير المالك بين مطالبه العامل بالبيئه أو اليمين و الا فالعامل ضامن للمال.

(١) الوسائل: ج ١٢ باب ٣٠ من أبواب أحكام الإجارة ح ١٦.

(٢) الوسائل: ج ١٢ باب ٣٠ من أبواب أحكام الإجارة ح ١٧.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١٧٦

خفي، و كذا لو ادعى الخسارة، أو ادعى عدم الربح (١) أو ادعى حصول المطالبات في النسيئة مع فرض كونه

الصورة الثالثة: ما إذا كان العامل مأمونا و ادعى التلف بغير تفريط و لم يدع المالك عليه شيئا.

و فيها لا إشكال في عدم ضمان العامل و انه لا يلزم بشيء من الحلف أو إقامة البيئه إذ لا مقتضى لشيء منهما بعد عدم توجه دعوى اليه من قبل المالك، بل الروايات المتقدمة واضحة الدلالة على عدم التضمن في هذه الصورة.

الصورة الرابعة:- ما إذا كان العامل مأمونا في نفسه و ادعى التلف بغير تفريط إلا ان المالك اتهمه و ادعى عليه الإلتاف أو التلف بتعد أو تفريط.

و فيها يكون المالك هو المطالب بالبيئه، إلا ان له إحلاف العامل على ما تقتضيه موازين القضاء.

و ما تقدم من الروايات الدالة على التضمن قاصرة الشمول لمثل هذه الصورة، مضافا إلى ان صحيحة جعفر بن عثمان المتقدمة دلت على جواز التضمن في فرض الاتهام.

(١) في خصوص الفرض حيث يكون النزاع في أمر زائد عن رأس المال، فللمالك إقامة الدعوى إن كان جازما بما يدعيه، إذ بدونه ليس له حق الدعوى.

و 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 العروة الوثقى، ج ١، ص: ١٧٧

مأذونا في البيع بالدين ولا فرق في سماع قوله بين أن يكون الدعوى قبل فسخ المضاربة أو بعده (١). نعم لو ادعى بعد الفسخ التلف بعده ففي سماع قوله لبقاء أمانته، وعدمه لخروجه بعده عن كونه أميناً، وجهان (٢) و لو أقر بحصول الربح ثم بعد ذلك ادعى التلف أو الخسارة، وقال إنى اشتبهت فى حصوله، لم يسمع منه، لأنه رجوع عن إقراره الأول (٣) و لكن لو قال: ربحت ثم تلف، أو

(١) لإطلاق الأدلة.

(٢) أظهرهما الأول، إذ لم يظهر وجه خروج يده عن الأمانة فإن المالك هو الذى سلمه المال و سلطه عليه ليكون امانة عنده حتى يرده اليه، و مقتضاه كونه كذلك حتى بعد الفسخ و قبل الرد.

نعم لو طالبه المالك به و امتنع خرجت يده عن الأمانة و اتصفت بالعدوان لا محالة، 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 من الإثبات

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١٧٨

ثم حصلت الخسارة، قبل منه (١).

[مسألة ٥٣]: إذا اختلفا فى مقدار حصه العامل و أنه نصف الربح مثلاً أو ثلثه

(مسألة ٥٣): إذا اختلفا فى مقدار حصه العامل و أنه نصف الربح مثلاً أو ثلثه قدم قول المالك (٢).

[مسألة ٥٤]: إذا ادعى المالك أنى ضاربتك على كذا مقدار و أعطيتك

(مسألة ٥٤): إذا ادعى المالك أنى ضاربتك على كذا مقدار و أعطيتك، فأنكر أصل المضاربة، أو أنكر تسليم

نظراً لحجية 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 غاية الضعف، و ذلك لما ذكرناه فى باب القضاء من أن الروايات الواردة 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 تبعية النماء للعين- للمالك إلا ما أخرجه عنه باختياره. و حيث

مباني العروة 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 أجاز المالك بأنى لست مشغول الذمة لك بشيء، ثم بعد الإثبات ادعى التلف، قبل منه، لعدم المنافاة بين

ان المتيقن فيه هو ما يعترف به المالك، فعلى العامل الإثبات فى الزائد عنه. و عليه فلا مجال للتحالف.

(١) حيث ان إنكار المضاربة 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 الأمانة، ما لم يثبت تلفه بالبينه، و الا فينتقل الأمر إلى مطالبة البدل لا محالة 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 حجة 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 تكديبا على الإطلاق فإن العامل إنما اعترف بعدم التلف من باب القضية السالبة بانتفاء الموضوع خاصة، و أما التلف على نحو القضية السالبة بانتفاء المحمول فلم يعترف به و لم ينكره أيضا. بأن كلامه ساكت عن هذه الناحية أعنى التلف أو عدمه على تقدير ثبوت أخذه للمال.

و عليه: فاللازم على العامل أولا هو أداء العين بنفسها،

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١٨٠

الإنكار من الأول و بين دعوى التلف (١).

[مسألة (٥٥): إذا اختلفا فى صحة المضاربة الواقعة بينهما و بطلانها]

(مسألة ٥٥): إذا اختلفا فى صحة المضاربة الواقعة بينهما و بطلانها قدم قول مدعى الصحة (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 طولب بالبدل.

و الحاصل: انه ليس معنى عدم سماع قوله مطالبته بالعين مطلقا و على كل تقدير- كما يظهر ذلك من عبارة الماتن (قده)- و إنما معناه انه ليس كسائر العملاء فى القول بعدم ضمانه مطلقا- على ما اختاره الماتن (قده)- أو مع عدم التهمة- على ما اخترناه- لأن يده قد خرجت عن الأمانة و اتصفت بالخيانة و العدوان، فلا يقبل قوله إلا مع إقامة البينة على التلف فيطالب ببدلها.

(١) و حينئذ فيكون الحكم ما تقدم فى المسألة الثانية و الخمسين، من سماع قوله مطلقا- على ما اختاره الماتن (قده) أو فى خصوص فرض عدم التهمة- على ما اخترناه.

(٢) لأصالة الصحة الثابتة عند المشرع بلا خلاف و المقتضية لحمل العقد على الصحة و ترتيب آثارها عليه، ما لم يثبت الطرف الآخر

مدعاه.

(٣) أما بالنسبة إلى الحالة الفعلية، فنفس دعوى الفسخ يكفى فى انفساخ العقد، نظير دعوى الزوج الرجوع فى أثناء العدة الرجعية، مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١٨١ فى المسائل المذكورة لا بد له من اليمين (١).

[مسألة (٥٧): إذا ادعى العامل الرد و أنكره المالك قدم قول المالك]

(مسألة ٥٧): إذا ادعى العامل الرد و أنكره المالك قدم قول المالك (٢).

[مسألة (٥٨): لو ادعى العامل فى جنس اشتراه أنه اشتراه لنفسه، و ادعى المالك أنه اشتراه للمضاربة]

(مسألة ٥٨): لو ادعى العامل فى جنس اشتراه أنه اشتراه لنفسه، و ادعى المالك أنه اشتراه للمضاربة، قدم قول العامل. و كذا لو ادعى أنه اشتراه للمضاربة، و ادعى المالك أنه اشتراه لنفسه، لأنه أعرف بنيته (٣)، و لأنه

حيث تكون بنفسها رجوعاً، و أما بالنسبة إلى المعاملات السابقة، فلا يسمع قول مدعى الفسخ ما لم يثبت بالبينة، 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 البينة و اليمين على من أنكر.

(٢) يمينه لكونه منكراً.

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:

البينة على المدعى و اليمين على من أنكر. و بما أن العامل هو المدعى حيث يعترف بالأخذ و يدعى الرد، فيلزم بالبينة لا محالة.

(٣) للسيرة العقلانية القطعية. المعبر عنها فى الكلمات بأن من ملك

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١٨٢

أمين فيقبل قوله. و الظاهر أن الأمر كذلك لو علم أنه أدى الثمن من مال المضاربة (١)، بان ادعى أنه اشتراه فى الذمة لنفسه ثم ادى الثمن من مال المضاربة، و لو كان عاصياً فى ذلك.

[مسألة (٥٩): لو ادعى المالك انه أعطاه المال مضاربة و ادعى القابض أنه أعطاه قرضاً، يتحالفان]

(مسألة ٥٩): لو ادعى المالك انه أعطاه المال مضاربة و ادعى القابض أنه أعطاه قرضاً، يتحالفان (٢)، فإن

شيئاً ملك الإقرار به، باعتبار ان الأمر بيده فله ان يشتري لنفسه و له أن يشتري للمضاربة فالقول قوله و ليس لدعوى المالك أثر ما لم يثبت بالبينة.

(١) لكونه أمراً خارجاً عن العقد الصادر عنهما. فلا ينافى قبول قوله فى مدعاه.

(٢) و فيه: ان المقام ليس من موارد التداعى كى يثبت التحالف فإنه انما يكون فيما إذا كان كل منهما ملزماً للآخر بشىء و هو ينكره

فلا يعم المقام حيث يختص الإلزام بطرف واحد خاصة. فإن المالك لا يلزم العامل بشيء و إنما يطلب منه المال و ربحه، و إنما 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 تابع له - كونه بجميعة له.

نعم يخرج منه ما يعترف به هو من الحصّة.

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 مطالبة المالك باليمين، و أين هذا من التداعي و التحالف؟.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١٨٣

حلفا أو نكلا للقباض أكثر الأمرين من أجره المثل و الحصّة من الربح (١) إلا إذا كانت الأجره زائدة 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 لملاحظة أجره المثل فى المقام بالمره - زادت عن الربح أم نقصت - بعد اتفاقهما على عدم استحقاق العامل لها فى هذه المعاملة، لأن المالك يدعى المضاربه و ان العامل انما يستحق الحصّة من الربح خاصة، و العامل يدعى القرض و كون الربح بتمامه له، فملاحظة أجره المثل مما لا وجه له أصلا.

(٢) لأن التصرف فى مال الغير و التجارة به متوقف على ثبوت إذنه فى الإبقاء أو التجارة 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

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١٨٤

[مسألة ٦١: لو ادعى المالك الإيضاع و العامل المضاربه يتحالفان]

(مسألة ٦١): لو ادعى المالك الإيضاع و العامل المضاربه يتحالفان (١) و مع الحلف أو النكول منهما يستحق العامل أقل الأمرين من الأجره و الحصّة 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 يؤكد ذلك صحيحة إسحاق بن عمار قال: «سألت أبا الحسن (ع) عن رجل استودع رجلا ألف درهم فضاغت، فقال الرجل: كانت عندي وديعة، و قال الآخر. انما كانت لى عليك قرضا، فقال:

المال لازم له الا أن يقيم البينة أنها كانت وديعة» (١).

فإنه إذا ثبت الحكم فى الوديعه التى هى لمصلحة المالك فقط.

فثبوتها فى المضاربة- على ما يدعى العامل- التى تكون لمصلحتها معا لعله يكون بالأولوية.

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 اجرة المثل فى الإيضاع، 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.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١٨٥

العامل الإيضاع استحق العامل بعد التحالف اجرة 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 اجرة 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 البينة 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 اجرة 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 اجرة المثل.

بل الظاهر ان المقام من المدعى و المنكر، حيث يدعى العامل على المالك أجره المثل و هو ينكره.

هذا كله بناء على ثبوت اجرة المثل فى الإيضاع، و أما بناء على عدمه- على ما عرفت انه الصحيح- فالأمر واضح، فإنه ليس

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١٨٦

[مسألة ٦٢: إذا علم مقدار رأس المال و مقدار حصه العامل و اختلفا فى مقدار الربح الحاصل]

(مسألة ٦٢): إذا علم مقدار رأس المال و مقدار حصه 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 الحصه أنها نصف أو ثلث فالقول قول المالك قطعا (٢)، و ان كان من جهه الاختلاف فى مقدار رأس المال فالقول قوله أيضا، لأن المفروض ان تمام هذا الموجود من مال المضاربة أصلا و ربحا، و مقتضى الأصل كونه بتمامه للمالك،

الا ما علم جعله للعامل، و أصالة عدم دفع أزيد من مقدار كذا الى العامل لا تثبت كون البقية ربحا (٣) مع أنها معارضة بأصالة عدم حصول الربح أزيد من مقدار كذا فيبقى كون الربح تابعا للأصل إلا ما خرج.

للعامل شيء على كلا التقديرين.

- (١) لأصالة عدمه، فالمالك هو المدعى والعامل هو المنكر، فعلى المالك الإثبات والا فالعامل أمين و يقبل قوله بيمينه.
- (٢) لكون المال بأجمعه - أصلا و نماء - له، فلا يخرج عنه الا فيما يعترف به هو أو يثبتته العامل بالبينه، و قد تقدم بيانه مفصلا في المسألة الثالثة و الخمسين.
- (٣) إذ لا نقول بحجية الأصل المثبت.
- مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١٨٧

[مسائل أخر]

إشارة

(مسائل)

[الأولى: إذا كان عنده مال المضاربة فمات]

الأولى: إذا كان عنده مال المضاربة فمات فان علم بعينه فلا اشكال (١) و الا- فإن علم بوجوده في التركة الموجودة من غير تعيين فكذلك و يكون المالك شريكا مع الورثة بالنسبة (٢).

(١) و لا خلاف في وجوب رده إلى مالكة، و ليس للورثة فيه حق.

(٢) على ما هو المشهور بين الأصحاب، الا أنه لا يمكن المساعدة عليه و ذلك لما سيأتى في باب الشركة من أنها انما تكون بأحد أمرين:- الأول: العقد، فإنهما إذا تعاقد عليها و حصل الامتراج الخارجى كانا شريكين في أبعاض كل مال من تلك الأموال، و بذلك يكون تلف بعضه محسوبا عليهما معا، و تسمى هذه الشركة العقدية.

الثانى: الامتراج، فإنه لو اختلط المالان على نحو بحيث أصبحا شيئا واحدا كان صاحباهما شريكين فى الممتراج، سواء أ كان المالان من جنس واحد كالمائين، أم من جنسين كالماء و السكر، و تسمى هذه الشركة بالشركة القهرية.

و أما إذا لم يكن لا هذا و لا ذلك، كما فيما نحن فيه حيث لا عقد و لا امتراج فان كلا من المالين متميز عن الآخر، غاية الأمر انه لا يمكن تعيين ما للمالك منهما و ما للورثة، فلا موجب للقول بالاشتراك، فان مجرد الاختلاط الخارجى و عدم إمكان التشخيص لا يحقق الشركة 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 فالقرعة لأنها لكل أمر مشكل.

مباني العروة 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 الشركة بالاختلاط، فغايتها الالتزام بها فيما إذا اتحدت الأموال جنسا بان اختلط شياء مال المضاربة بشيائه 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 الورثة فى مختصات الميت مما لا يتحد مع جنس مال المضاربة كداره و ثيابه و كتبه، فإنها مما يقطع باستقلال الورثة فيها.

ثم أنه قد يستدل على تحقق الشركة فى المقام بمعتبرة السكونى عن جعفر عن أبيه عن آبائه عن على (ع) انه كان يقول: (من يموت و عنده مال المضاربة، قال: ان سماه بعينه قبل موته فقال:

هذا لفلان، فهو له، و ان مات و لم يذكر فهو أسوء الغرماء) (١).

بدعوى: ان الاستفادة 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 المضاربة ح ١.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١٨٩

.....

بل غاية الأمر أن لهم حقا فى المال، بل قد عرفت فى بعض المباحث المتقدمة أن لا حق لهم فى التركة أيضا، لعدم الدليل عليه، إذ غاية ما دل عليه الدليل هو كون الانتقال إلى الورثة بعد أداء الديون، فليس لهم التصرف فيه الا بعده، و حينئذ فمقتضى القاعدة الالتزام ببقاء التركة على ملك الميت و عدم انتقالها إلى الورثة إلا فى الزائد عن الدين، لا القول باشتراك الغرماء معهم فيها.

و مما يؤيد ما ذكرناه من عدم ثبوت الحق للغرماء فى التركة فضلا عن اشتراكهم معهم فيها، أنه يجوز للوارث الأداء من خارج التركة، بل للأجنبى التبرع به من عنده من دون أن يكون لهم حق المطالبة بعين التركة.

و على هذا: فليس معنى قوله (ع): «فهو أسوء الغرماء» كونه شريكا للورثة فى المال و انما معناه أن حاله كحالهم فى عدم انتقال التركة إلى الورثة إلا بعد أداء مالهم فكما انها لا تنتقل إليهم إلا بعد أداء الديون، فكذلك هى لا تنتقل إليهم إلا بعد أداء مال المضاربة.

و من غرائب الكلام ما صدر عن صاحب الوسائل (قده) فى المقام حيث عنون باب هذه الرواية بقوله: «ان من كان بيده مضاربة 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 إخرجه فى مصرف مجهول المالك لا- إعطائه إلى الغرماء بالحصص.

و الحاصل: ان الرواية و ان كانت معتبرة من حيث السند لما تقدم

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١٩٠

و يقدم على الغرماء ان كان الميت مديونا لوجود عين ماله في التركة، و إن علم بعدم وجوده في تركته و لا في يده و لم يعلم أنه تلف بتفريط أو بغيره أورد على المالك، فالظاهر عدم ضمانه، و كون جميع تركته للورثة، و ان كان لا يخلو عن إشكال بمقتضى بعض الوجوه الآتية (١) و أما إذا علم ببقائه في يده الى ما بعد الموت و لم يعلم أنه موجود في تركته الموجودة أولا- بأن كان مدفونا في مكان غير معلوم أو عند شخص آخر أمانة أو نحو ذلك- أو علم بعدم وجوده في تركته مع العلم ببقائه في يده- بحيث لو كان حيا أمكنه الإيصال إلى المالك- أو شك في بقاءه في يده و عدمه أيضا، ففي ضمانه في هذه الصور الثلاث و عدمه خلاف و إشكال على اختلاف مراتبه، و كلمات العلماء في المقام و أمثاله- كالرهن و الوديعة و نحوهما- مختلفة.

و الأقوى الضمان في الصورتين الأوليين (٢) لعموم قوله (ع)

مرارا من أن الأظهر وثاقه كل من النوفلى و السكونى، الا انها أجنبية عن محل الكلام بالمره.

(١) مراده (قده) منه هي قاعدة اليد، حيث يراها (قده) مثبتة للضمان بقول مطلق إلا في صورتى التلف القهرى أو دعوى التلف مع الحلف.

و سيأتى الحديث في شمول القاعدة للمقام و عدمه.

(٢) بل الأقوى عدم الضمان فيهما الا مع ثبوت التفريط، و ذلك

مباني العروة 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 مدفوعة: بأن غاية ما يكون خروج

فلأن رواية على اليد نبوية لم تثبت من طرفنا فلا تصلح للاعتماد عليها في إثبات الضمان- على ما تقدم غير مرة.

و دعوى انجبارها بالشهرة، ممنوعة صغرى و كبرى.

بل الدليل على الضمان انما هي السيرة العقلائية القطعية، و هي غير شاملة لموارد يد الأمين جزما.

إذن: فليس هناك عموم يصح التمسك به لإثبات الضمان في المقام.

على أننا لو تنزلنا و قلنا بصحة قاعدة اليد من حيث السند، فهي غير شاملة للمقام جزما، فان يد الأمين خارجة عنها قطاعا، إذ لا معنى لأن يقال بأن أخذه موجب للضمان، غاية 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 في المقام، فأصالة البراءة عنه محكمة.

هذا و قد يقال بالتفصيل بين الصورتين باختيار الضمان فيما إذا احتل وجود مال المضاربة في ضمن التركة، و عدمه فيما إذا علم بعدم وجوده في ضمنها.

بدعوى: ان الضمان و ان لم يكن يثبت بقاعدة على اليد، باعتبار ان يد العامل يد أمانة، الا ان ذلك لا يعنى جواز تصرف الورثة في التركة مع احتمال وجود مال المضاربة فيها، إذ أن يد

مباني العروة 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 تخليص التركة من حقه قبل تصرفهم فيها.

و بعبارة أخرى: ان الضمان في 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 المضاربة تحت يد العامل إلى حين موته، فللميت على المال يدان و معه يشك في كون ما تحت يده ملكا له. فلا يجوز للورثة التصرف فيه.

و بالجملة: فالعلم الإجمالي بكون مال المضاربة في ضمن التركة أو غيرها يسقط اليد عن الكشف عن الملكية، و معه يكون المال مرددا من حيث المالك بين الميت و صاحب مال المضاربة و من هنا فلا يجوز للورثة التصرف فيه حيث لم يثبت كونه ملكا للميت و في جملة ما ترك.

و هذا لا- يجرى فيما علم بعدم وجود مال المضاربة في ضمن التركة فإن معه لا مجال للشك في استقلال الورثة بالتركة و جواز التصرف لهم كيف ما شاؤا. الا انه لا يمكن المساعدة 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 المضاربة في غير التركة بحيث تكون هي بأكملها للورثة- كما هو المفروض- فلا مانع من إجراء قاعدة اليد الكاشفة عن الملك في التركة حيث لا تعارضها قاعدة اليد في المال الآخر الذي هو خارج عن

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١٩٣

.....

محل الابتلاء.

و توهم: ان اعتبار كون أطراف العلم الإجمالي محل للابتلاء انما يختص بالأصول دون الأمارات التي منها قاعدة اليد، فإنها لا يعتبر في حجيتها كون أطراف العلم الإجمالي بأكملها محلا للابتلاء، و لذا لو قامت البينة على كون التركة هي مال المضاربة 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 الأصولية 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- كالبينة و خبر الثقة- خاصة، حيث تثبت لوازمها بالدلالة الالتزامية، و أما غيرها فهي لا تثبت اللازم العقلي سواء في ذلك الأصول و غيرها لقصور دليل حجيتها عن ذلك فالالتزام بثبوت القبلة- مثلا- بالظن لا يثبت لازمه- اعنى دخول الوقت- لمن أراد الصلاة، باعتبار ان الدليل انما تكفل إثبات جواز الصلاة فقط و أما لازمه فلا.

و بعبارة اخرى: ان الإخبارات تختلف عن غيرها بأنها تتضمن إثبات لوازمها بالدلالة الالتزامية و من هنا تكون معارضة للخبر الآخر من دون اعتبار ان يكون الطرف الآخر 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: فقاعدة اليد فيما تركه الميت سالمه عن المعارض حيث لا- علم لنا في وجود رأس المال في ضمن التركة، و معه فنتقل إلى الوارث

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١٩٤

بعض الصور منها (١)، كما إذا تلفت بلا تفريط أو ادعى تلفها كذلك إذا حلف (٢). و أما صورة التفريط و الإتلاف و دعوى الرد في

غير الوديعه (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 مطلقاً 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 أصالة البراءة عدمه.

نعم مع إحراز التعدى أو التفريط يحكم بضمانه لكن لا من جهة قاعدة اليد و انما من جهة 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 مفراطاً فيضمن لا محالة.

و بالجملة: فحكمنا بعدم الضمان انما يختص بما إذا لم يحرز تعديه أو تفريطه و لو من ناحية عدم إيصاءه به، بان كان موته فجأةً أو نحوها، و الا فهو ضامن لا محالة.

(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 متهما،

(٣) الظاهر عدم الفرق بين الوديعه و غيرها، فإنه لا دليل على استثناءها إلا الإجماع المدعى، و هو غير ثابت.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١٩٥

عن الحلف (١) فهى باقية تحت العموم. و دعوى: أن الضمان فى صورة التفريط و التعدى من جهة الخروج عن كونها أمانة، أو من جهة الدليل الخارجى كما ترى لا داعى إليها. و يمكن ان يتمسك بعموم ما دل على وجوب رد الأمانة (٢) بدعوى: أن الرد أعم من رد العين و رد البدل (٣)، و اختصاصه بالأول ممنوع الا ترى أنه يفهم

(١) قد عرفت ان مقتضى النصوص قبول دعواه بغير يمين ما لم يكن متهما.

(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 الأمانة اسم للعين الخارجيه التى تودع عند الغير، و من هنا فلا دلالة لهذه الأدلة على رد البدل، و انما هى تتضمن حكماً تكليفياً محضاً متعلقاً بنفس العين.

و لو تنزلنا عن ذلك فحال هذه الأدلة حال قاعدة الضمان باليد، حيث يحتاج إثباته بها إلى إحراز التعدى 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 البقرة آيه ٢٨٣.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١٩٦

من قوله (ع): «المغصوب مردود» (١) و وجوب عوضه عند تلفه (١) هذا مضافاً إلى خبر السكونى عن على (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 أسوء الغرماء» (٢) (٢).

و أما الصورة الثالثه فالضمان فيها لا يخلو عن قوة (٣) لأن الأصل بقاء يده عليه الى ما بعد الموت (٤) و اشتغال

- (١) وفيه: انه مستفاد من الخارج و الا فاللفظ لا يقتضى إلا رد العين خاصة.
- (٢) تقدم ان الرواية و ان كانت معتبرة الا انها أجنبية عن محل الكلام. باعتبار ان موردها فرض العلم بوجود مال المضاربة في التركة، و محل كلامنا هو فرض العلم بعدمه أو احتمال وجوده فيها
- (٣) بل الأقوى فيها عدم الضمان أيضا لعدم تمامية شيء مما ذكره (قده) على ما ستعرف فتكون أصالة البراءة سالمة عن المعارض.
- (٤) وفيه: 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 كي يثبت باستصحاب بقاء يده عليه، و انما هو ثابت من جهة التعدي و التفريط، و استصحاب بقاء يده عليه لا يثبتهما.

(١) الوسائل: ج ١٧ باب ١ من أبواب كتاب الغصب ح ٣.

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

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١٩٧

- ذمته بالرد عند المطالبة (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 قاعدة اليد المقتضية للملكية. مدفوعة. بأن الأصل الأول حاكم على الثاني (٢). هذا مع أنه يمكن الخدشة في قاعدة اليد بأنها مقتضية للملكية إذا كانت مختصة، و في المقام.
- كانت مشتركة (٣)

(١) وفيه: انه من الاستصحاب التعليق، حيث ان وجوب الرد مشروط بالمطالبة، و لا نقول بحجيته.

- على ان وجوب الرد في الأمانات وجوب تكليفي محض - كما عرفت - فلا يحتمل بقاءه بعد الموت لسقوط التكليف بالموت، و من هنا فلا مجال لاستصحابه، لان المتيقن مرتفع قطعاً، و المحتمل - وجوب الرد على الوارث - لم يكن متيقنا سابقاً.
- هذا كله مضافاً إلى ما قد عرفت من أن وجوب الرد لا يقتضى وجوب دفع البدل عند امتناع رد العين نفسها.
- إذن: فأصالة البراءة من الضمان محكمة من غير معارض.

(٢) لكنك قد عرفت ان الأول غير جار في المقام، فجرى ان الثاني يكون من غير معارض.

- (٣) الظاهر عدم كون المقام من موارد الاشتراك في اليد في شيء انه انما يكون في موارد ثبوت يدين على مال واحد - كالصندوق المشترك ما فيه بين اثنين - فإنه حينئذ لا يمكن الحكم بملكيته صاحبه لما فيه - على ما دل عليه النص - و أما إذا كان بدان لشخص واحد.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١٩٨

- و الأصل بقاءها على الاشتراك بل في بعض الصور يمكن أن يقال: أن يده يد المالك من حيث كونه عاملاً له، كما إذا لم يكن له شيء أصلاً فأخذ رأس المال و سافر للتجارة و لم يكن في يده سوى مال المضاربة فإذا مات يكون ما في يده بمنزلة ما في يد المالك (١) و ان احتمال أن يكون قد تلف جميع ما عنده من ذلك المال، و أنه استفاد لنفسه ما هو الموجود في يده. و في بعض الصور يده مشتركة بينه و بين المالك كما إذا سافر و عنده من مال المضاربة

- بأن كان له يد على أمواله الخاصة و يد على أموال غيره، فلا مجال للحكم بالاشتراك، بل مقتضى القواعد الحكم بملكيته لجميع ما تحت يده، الا ما عرف كونه للغير بعينه.

و لعل ما نذكره من الأمور الواضحة لدى الجميع، و الا فقل من يخلو من وجود الأمانة أو الوديعه 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 المضاربة 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 قاعدة اليد السالمة عن المعارض.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ١٩٩

مقدار و من ماله أيضا مقدار (١) نعم فى بعض الصور لا يعد يده مشتركة أيضا، فالتمسك بقاعدة اليد بقول مطلق مشكل، ثم إن جميع ما ذكر انما هو إذا لم يكن بترك التعيين عند ظهور أمارات الموت مفردا، و الا فلا إشكال فى ضمانه (٢).

[(الثانية): ذكروا من شروط المضاربة التنجيز]

(الثانية): ذكروا من شروط المضاربة 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 فى المقام: ان القضية الخارجية اما ان تكون جملة إنشائية و إما أن تكون جملة خبرية، و فى كليهما لا يعقل ان يكون الإنشاء أو الأخبار معلقا على شىء، بل هما منجزان دائما و ذلك لما عرفت فى المباحث الأصولية من أن الأول عبارة عن إبراز أمر نفسانى غير قصد الحكاية. فى حين أن الثانى عبارة عن إبراز قصد الحكاية و إظهاره. و حيث ان من الواضح ان الإظهار و الإبراز من الأمور الخارجية فلا معنى لتعليقه، فإنها إما أن تتحقق خارجا أو لا تتحقق.

و من هنا فلا مجال للبحث فى صحة 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 العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢٠٠

.....

و الاخبار متعلقا بالحصة على ذلك التقدير.

و قد ذكر العلماء ان صدق الجملة الشرطية الخبرية و كذبها تابع لصدق الملازمة و عدمه، من دون ان يكون لصدق الطرفين أو كذبهما تأثير فى ذلك، فإذا صدقت الملازمة كانت الجملة صادقة حتى مع فرض كذب الطرفين كقوله تعالى: «لَوْ كَانَ فِيهِمَا آلِهَةٌ إِلَّا اللَّهُ لَفَسَدَتَا» (١)، فإن الجملة صادقة مع كذب الطرفين، و الا فهى كاذبة.

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 حصة معينة من الربح ثم نهاه عن تصرف على تقدير معين كشاء 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 في باب الوكالة، فإن للموكل ان يقيد تصرفات الوكيل بما يشاء، حتى و لو كانت وكالته حين صدورها مطلقة.

و كذا الحال- من حيث الحكم بالصحة بلا اشكال- فيما إذا كان التعليق في مدلول العقد، لكن كان المعلق عليه أمرا يتوقف العقد بحسب طبعه عند العقلاء أو الشارع عليه كتعليق الطلاق على الزوجية أو البيع على المالك أو بلوغ المشتري. فإنه خارج عن محل كلامهم في التعليق من حيث النفي و الإثبات جزما، باعتبار ان هذا التعليق

(١) سورة الأنبياء آية ٢٢).

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢٠١

.....

ليس أمرا زائدا عما هو معلق عليه في الواقع، و من هنا فوجوده و عدمه سيات.

و أما إذا كان التعليق على أمر أجنبي 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- في بعض الكلمات- بان التعليق في المنشأ ليس أمرا متعارفا.

و فيه: انه لا اثر له بعد شمول الإطلاقات و العمومات له أيضا فالعمدة في المقام هو الإجماع.

لكن الذي ينبغي ان يقال انه مختص بالعقود اللازمة، و اما العقود الجائزة الإذنية كالوكالة و المضاربة و نحوهما، فلم يثبت إجماع على اعتبار التنجيز فيها. بل صرح المحقق القمي (قده) في موضعين من كتابه «جامع الشتات» بصحة التعليق في الوكالة، 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 السيرة عليه إذ ما أكثر التعليق في الوكالة، فتراه يوكل غيره عند سفره في بيع داره أو طلاق زوجته ان لم يرجع إلى سنة، و ما إلى ذلك، بخلاف التعليق في العقود اللازمة حيث لم يتعارف فيها التعليق باستثناء ما ثبت في التدبير و الوصية.

مباني العروة 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 في التعليق على المتوقع، حيث أن الأثر متأخر، و أما التعليق على ما هو حاصل فلا يستلزم التأخير، بل في المتوقع أيضا إذا أخذ على نحو الكشف- بان يكون المعلق عليه وجوده الاستقبالي- لا يكون الأثر متأخرا. نعم لو قام الإجماع على اعتبار العلم بتحقق الأثر حين العقد تم في صورة الجهل. لكنه غير معلوم. ثم على فرض البطلان لا مانع من جواز التصرف و نفوذه من جهة الاذن (١)

و توهم: صحة التعليق في الإجارة و تعارفه لدى الناس، فيؤجر داره لمدة سنة من بعد شهر أو بعد انتهاء إجارة المستأجر الأول.

واضح البطلان، فإنه أجنبي عن محل الكلام، إذ لا- تعليق فيها بالمرّة، فإن الملكية منجزة و فعلية غاية الأمر انها متعلقة بالمنفعة المتأخرة، فالمستأجر و من حين العقد يملك تلك المنفعة المتأخرة.

و اين هذا من التعليق في الملكية الموجب للبطلان.
و بعبارة أخرى: لا بد من التفريق بين التعليق في الملكية، و بين كون الملكية المنجزة متعلقة 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 الملازمة بين بطلانها و بطلان المعاملات

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢٠٣

لكن يستحق حينئذ أجره المثل لعمله (١)، الا أن يكون الأذن مقيدا بالصحة، فلا يجوز التصرف أيضا.

[(الثالثة): قد مر اشتراط عدم الحجر بالفلس فى المالك]

(الثالثة): 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

الصادرة من العامل فإنها صحيحة حتى على فرض بطلان المضاربة ما لم يكن إذن المالك فيها مقيدا بصحة المضاربة و الا فهى كسائر العقود الفضولية متوقفة على إجازته.

(١) لأن عمل المسلم الصادر عن أمر الغير لا على وجه المجانية لا يذهب هدرا و حيث لم تسلم له الحصه المعينه، تثبت له اجرة المثل لا محالة.

لكنك قد عرفت فيما مضى انه انما يتم فيما إذا لم تزد اجرة المثل عن الحصه المعينه من الربح و الا فله الأقل خاصة لاقدام العامل على إهدار الزائد.

هذا كله فيما إذا لم يكن اذن المالك مقيدا بصحة المضاربة، 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 بالمباشرة أو الاستناة.

(٣) نظرا لعدم كونه تصرفا فى أمواله.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢٠٤

بالمال الجديد (١).

[(الرابعة): تبطل المضاربة بعروض الموت]

(الرابعة): تبطل المضاربة بعروض الموت (٢) كما مر - أو الجنون أو الإغماء (٣) - كما فى سائر العقود الجائزة - 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، فغاية 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 بصحة المعاملات الصادرة من العامل إنما يكون فيما إذا كان المباشر أهلاً لذلك و كان المالك قابلاً لاستنادها اليه، و حيث لا مجال لذلك مع فرض الجنون أو الإغماء في أحدهما فلا ينبغي الإشكال في بطلانها.

(٤) بل هو الصحيح، لعدم الدليل على البطلان، فان الاستفادة من الأدلة عدم صحة 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 المستمرة في جميع الأزمنة، فارتفاعها في بعض الأزمنة لا يستلزم ارتفاعها فيما بعد ذلك من الأزمنة الآتية

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢٠٥

حال حصولهما، و أما بعد الإفاقة فيجوز من دون حاجة 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.

[(الخامسة): إذا ضارب المالك في مرض الموت صح و ملك العامل الحصه]

(الخامسة): 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 مفوتاً لشيء على الوارث (٣) إذ الربح أمر معدوم و ليس مالا موجودا للمالك، و انما حصل بسعى العامل.

أيضا، بعد إضاء 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 عروضه 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 بالنسبة إلى الربح المتأخر بناء على عموم الحجر للمال الجديد أيضا.

(٣) و فيه: ان الحصه المعينه التي ستوجد فيما بعد و ان لم تكن

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢٠٦

[(السادسة): إذا تبين كون رأس المال لغير المضارب]

(السادسة): إذا تبين كون رأس المال لغير المضارب سواء كان غاصبا أو جاهلا- بكونه ليس له- فان تلف في يد العامل أو حصل خسران (١) فلما لكان الرجوع على كل منهما (٢)، فان رجوع على المضارب لم يرجع على

مملوكة للعامل و للمالك إذ لا معنى لملكية المعدوم، إلا انها و في ظرف وجودها تكون مملوكة للعامل نتيجة لجعل المالك ذلك له، إذ لولاه لكان الربح بتمامه مملوكا للمالك بمقتضى قانون المعاوضة المقتضى لانتقال تمام الثمن إلى مالك المثل - على ما تقدم بيانه غير مرة-، و من هنا فانتقال الحصه 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 المنجزة فيمنع منه إذا زاد عن ثلث تركته لا محالة و الذي يهون الخطب أن منجزات المريض تخرج من الأصل لا الثلث.

(١) لا- مجال لفرض الرجوع في الخسران في المقام، فان العقود الصادرة من العامل لما لم تكن عن إذن المالك كانت فضولية لا

محالة و من ثم فان لم يجزها المالك كان له الرجوع بتمام ماله على من يجدها في يده، و ان أجازها فقد رضى بها و معه فلا موجب للضمان.

(٢) بلا اشكال فيه، لوقوع ماله في يد كل منهما و مقتضى ضمان اليد لزوم خروج كل منهما عن عهده فيكون كل منهما ضامنا له على نحو تعاقب الأيدي، و لا مانع من ضمان شخصين أو أكثر لمال واحد، بحيث يكون كل منهما مطالبا به و المال ثابت في ذمته على نحو الواجب الكفائي و كون يد العامل امانة لا ينفع في سقوط الضمان عنه في المقام، بعد ان لم يكن المال امانة عنده من قبل المالك، و انما هو امانة من قبل المضارب و لا اثر لذلك.

مباني العروة 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 القاعدة 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 مطالبة كل من الأيادي المتأخرة عنه بملكه و ماله ان وجد بعينه و بدله عند تلفه، و ليس له مطالبة الأيادي المتقدمة 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 العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢٠٨

كان للمالك إذا أجاز المعاملات الواقعة 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 شيء له مع عدم حصوله (٣). كما أنه لا يرجع عليه إذا كان عالما بأنه ليس له، لكونه متبرعا بعمله حينئذ (٤).

[(السابعة): يجوز اشتراط المضاربة في ضمن عقد]

(السابعة): يجوز اشتراط المضاربة في ضمن عقد

و لا يقدر في 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 غصب شخص طعاما و قدمه إلى غيره فأكله، فرجع المالك على الآكل فضمنه، فإنه يرجع إلى الغاصب بلا إشكال لأنه قد وقع في يده، و ليس له الاعتذار بأنه قد سلمه إليه. لأنه إنما اباحه له و سلمه إليه مجانا، فلا يكون موجبا لسقوط الضمان.

(١) حالها في ذلك حال سائر العقود الفضولية الصادرة بغير رضا المالك.

(٢) لصدوره عن أمره لا مجاناً.

(٣) فيكون من مصاديق القاعدة المعروفة: «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده».

و لا يخفى ان ما أفاده (قده) في المقام مناف لما أفاده في المسألة الثامنة والأربعين، حيث استشكل في الحكم و لم يجزم به. و كيف كان: فالصحيح ما أفاده (قده) في المقام.

(٤) تقدم غير مرة انه لا ملازمة بين العلم بالفساد و عدم استحقاقه

مباني العروة 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

للمجوعول شرعاً و بين قصد التبرع و المجانية، فهو مقدم على العمل بعوض معين، و حيث لم يسلم ذلك له، يكون له اجرة المثل، للسيرة العقلية، فإن العمل المباح- فان المحرم انما هو التصرف في مال الغير لا إجراء العقد عليه- الصادر عن أمر الغير موجب للضمان.

(١) ما أفاده (قده) و ان كان مما لا بأس به في حد نفسه، الا ان الظاهر و بحسب المنصرف العرفي من هذا الشرط هو الجريان عليه و الاستمرار على مقتضاه، لا إيقاع مجرد العقد و صرف التلفظ به.

فيكون هذا الاشتراط نظير اشتراط الهبة في عقد لازم، حيث ان المتفاهم العرفي منه هو الالتزام بها و إتمامها، دون مجرد إنشائها بحيث يكون له حق الرجوع بعد اجراء العقد و لو بلحظة.

و عليه: فإذا فسخ المشروط عليه العقد صح فسخه، الا انه موجب لثبوت الخيار للطرف الآخر نظراً لتخلف الشرط.

ثم ان هذا الاشتراط يمكن ان يتصور على نحو آخر هو اشتراط الفعل الخارجي- أعني الاتجار- على ان يكون الربح بينهما على ما يتفقان عليه، نظير اشتراط الخياطة أو الزيارة أو نحوهما من الأفعال الخارجية في ضمن العقد.

و هو أيضاً صحيح و لا بأس به، لأنه أمر سائغ في حد نفسه فلا مانع من أخذه شرطاً في ضمن العقد، و يجب على المشروط عليه الوفاء به.

الا انه لا معنى للبحث عن جواز فسخه و عدمه، فإنه فعل من الأفعال الخارجية و ليس بعقد كي يبحث عن جواز فسخه و عدمه.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢١٠

اشتراط عمل المضاربة على العامل، بأن يشترط عليه (١) أن يتجر بمقدار كذا من ماله إلى زمان كذا على أن يكون الربح بينهما، نظير شرط كونه وكيلاً في كذا في عقد لازم، و حينئذ لا يجوز للمشروط عليه فسخها (٢)، كما في الوكالة.

[الثامنة: يجوز إيقاع المضاربة بعنوان الجعالة]

(الثامنة): يجوز إيقاع المضاربة بعنوان الجعالة (٣)

و الظاهر أنه خارج عن موضوع كلام الماتن (قده) حيث ان المفروض فيه كون المضاربة شرطاً، فيكون شرطية الاتجار خارجة عنه. و كيف كان: ففيه لا ينبغي الإشكال في وجوب الوفاء به على المشروط عليه و يكون تخلفه عنه موجبا لثبوت الخيار للشارط. كما لا

ينبغي الإشكال في جواز إسقاطه من قبل الشارع، فإنه حق من حقوقه.

(١) على نحو شرط النتيجة.

(٢) لتحققها بتحقيق نفس العقد اللازم و في ضمنه و كأنه جزء منها فلا يجوز رفع اليد عنها و فسخها.

(٣) و هو انما يتم بناء على الالتزام بكون صحة المضاربة على القاعدة و أما بناء على ما ذكرناه من كون مقتضى القاعدة هو الحكم بالبطان 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 مرة- و لذا قلنا في الإجارة انه لا- يجوز إجارة الأرض بحاصلها أو حاصل غيرها إذا لم يكن موجودا بالفعل، فلا مجال للمساعدة على ما اختاره الماتن (قده) في المقام، لأننا إنما خرجنا عن القاعدة في المضاربة و المزارعة و المساقاة. و التزمنا بصحتها للدليل الخاص، و حيث انه

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢١١

كأن يقول: إذا اتجرت بهذا المال و حصل ربح فللك نصفه، فيكون جعله تفيده فائدة المضاربة و لا يلزم أن يكون جامعا لشروط المضاربة (١)، فيجوز مع كون رأس المال من غير النقدين أو دينا أو مجهولا جهالة لا توجب الغرر. و كذا في المضاربة المشروطة في 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 الفاقدة لشرائط المضاربة. فلا يمكن القول بصحتها بل مقتضى القاعدة هو الحكم بالبطان.

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 المضاربة، فإنه إيقاع مجرد يفيد فائدة المضاربة و أدلة الشروط انما دلت على اعتبارها في المضاربة لا في غيرها.

لكنك قد عرفت ما فيه حيث ان القاعدة تقتضى البطان في الجميع و انما خرجنا عنها في المضاربة للنص و حينئذ فلا بد من مراعاة الشروط المعتمدة.

و من هنا فيشكل الحكم بصحتها مع كون رأس المال من غير النقدين بناء على اعتبار ذلك في المضاربة.

(٢) يظهر الحال فيه مما تقدم، فان الحال فيه هو الحال في إيقاع المضاربة بعنوان الجعالة، فإن مثل هذا الشرط محكوم بالفساد إذ لا يصح تمليك ما لا يملكه بالفعل.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢١٢

[(التاسعة): يجوز للأب و الجد الاتجار بمال المولى عليه بنحو المضاربة بإيقاع عقدها]

(التاسعة): يجوز للأب و الجد الاتجار بمال المولى عليه بنحو المضاربة بإيقاع عقدها، بل مع عدمه أيضا (١) بأن يكون بمجرد الأذن منهما (٢) و كذا يجوز لهما المضاربة بماله مع الغير (٣) على أن يكون الربح مشتركا بينه و بين العامل. و كذا يجوز ذلك للوصى في مال الصغير مع ملاحظة الغبطة و المصلحة و الأمن من الهلاك.

[(العاشر): يجوز للأب و الجد الإيضاء بالمضاربة بمال المولى عليه]

(العاشر): يجوز للأب و الجد الإيضاء بالمضاربة بمال المولى عليه (٤).

(١) بأن يتجر به ناويا المضاربة و كون الربح بينهما، و ذلك لعموم ولايته ما دام ان الفعل في مصلحة المولى عليه.

(٢) لا يخفى ما فى العبارة من المسامحة فإنه لا معنى لإذن الإنسان لنفسه فى الفعل الصادر منه كما هو المفروض، و من هنا فإما ان يحمل الأذن على القصد و النية، بأن يقال ان مراده (قده) انما هو جواز ذلك إذا كان الولي - أبا كان أو جدا - قاصدا بتصرفه هذا المضاربة، و الا فهو من سهو القلم لا محالة.

(٣) لعموم ولايتهما، و عدم الفرق بين صدور الفعل عنهما بالمباشرة أو التسبيب ما دام أنه فى مصلحة 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 أدلة نفوذ الوصية و دعوى شمولها لوصيتهما بالاتجار

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢١٣

.....

بمال الصبى بعد موتها، فان مقتضاها صحة مثل هذه الوصية و نفوذها.

و الذى يظهر من الماتن (قده) هنا و فى ذيل المسألة ان مستنده فى ذلك انما هو الأمر الثانى دون الأول، إذ لا إطلاق و لا عموم يشمل تصرفاتهما بعد موتها، بل لهما التصرف فى مال الصغير ما دام على قيد الحياة، و اما بعد موتها فلا ولاية لهما عليه فى شىء.

و مما يشهد لذلك - اعنى كون مستنده (قده) فى ذلك هو الأمر الثانى - انه (قده) لم يخص الحكم بالصغار بل عممه للكبار أيضا مع الالتزام بثبوت الخيار لهم باعتبار ان المضاربة من العقود الجائزة، و الحال انه لا ولاية لهما على الكبار جزما.

و كيف كان: فما أفاده (قده) لا يمكن المساعدة عليه بالنسبة إلى الصغار فضلا عن الكبار، إذ لا يوجد فى أدلة الوصية إطلاق يشمل الوصية التى لا ترجع إلى الميت و أمواله، فإنها و بأجمعها واردة فى الوصايا الراجعة إلى الميت نفسه و أمواله و من هنا فلا تنفذ إلا فى الثلث مما يملك و أما الزائد عنه فهو وصية فى مال الغير - على ما دلت عليه النصوص - و لذا لم يلتزم أحد بنفوذ الوصية بالحج مجانا، أو الوصية بالاتجار بما يصل اليه منه بالشىء المعين. فإنه لا يلزمه شىء من ذلك إجماعا و ليس ذلك الا لكونها وصية متعلقة بمال الغير.

و من هنا فلا مجال للالتزام بصحة مثل هذه الوصية و نفوذها بالنسبة إلى الصغار فضلا عن الكبار، فإنها إذا لم تتم بالنسبة إليهم فعدم تماميتها فى الكبار يكون بطريق اولى.

هذا كله بالنسبة إلى ما تقتضيه القواعد الأولية و مع قطع النظر عن النصوص الخاصة، و أما مع الالتفات إليها، فلا بأس بما التزم به (قده) بالنسبة إلى الصغار خاصة على ما سيأتى بيانه عند تعرضه (قده) للروايات.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢١٤

يايقاع الوصى عقدها لنفسه أو لغيره مع تعيين الحصه من الربح أو إيكاله اليه، و كذا يجوز لهما الإيضاء بالمضاربة فى حصه القصير من تركتهما بأحد الوجهين (١). كما أنه يجوز ذلك لكل منهما بالنسبة إلى الثلث المعزول لنفسه (٢) بأن يتجر الوصى به أو يدفعه إلى غيره مضاربة و يصرف حصه الميت فى المصارف المعينه للثلث. بل و كذا يجوز الإيضاء منهما بالنسبة إلى حصه الكبار أيضا (٣) و لا يضر كونه ضررا عليهم من حيث تعطيل ما لهم إلى مدة، لأنه منجبر (٤) بكون الاختيار لهم فى فسخ المضاربة و إجازتها كما أن الحال كذلك بالنسبة إلى ما بعد البلوغ فى القصير،

(١) الفرق بين هذه الصورة و سابقتهما يمكن فى أن متعلق الوصية فى الأولى هى أموال الصبى الموجودة حال الوصية فى حين ان متعلقها فى الثانية هو خصوص ما ينتقل اليه من الأب أو الجد بالإرث.

و كيف كان: فالحكم في صورتين واحد.

(٢) بلا خلاف فيه، و يقتضيه ما عرفت من شمول أدلة نفوذ الوصية له.

(٣) فيه اشكال بل منع، ينشأ مما تقدم من كونه خلاف القواعد الأولية، و عدم شمول الأدلة الخاصة له - على ما سيأتى بيانه.

(٤) فى التعبير بالانجبار مسامحة واضحة، و الصحيح منع دعوى الضرر، لكون العقد جائزا و أمره بيد الوارث إن شاء أبقاءه و ان شاء فسخه، فلا يكون ضررا عليه. لا انه ثابت غاية الأمر أنه

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢١٥

فان له ان يفسخ أو يجيز (١) و كذا يجوز لهما الإيضاء بالاتجار بمال القصير على نحو المضاربة (٢)، بأن يكون هو الموصى به، لا إيقاع عقد المضاربة، لكن إلى زمان البلوغ أو أقل، و أما إذا جعل المدة أزيد فيحتاج إلى الإجازة بالنسبة إلى الزائد (٣).

و دعوى: عدم صحة هذا النحو من الإيضاء، لأن الصغير لا مال له حينه و انما ينتقل اليه بعد الموت، و لا دليل على صحة الوصية العقدية فى غير التملك، فلا يصح ان يكون إيجاب المضاربة على نحو إيجاب التملك بعد الموت مدفوعة: بالمنع (٤).

منجبر بالخيار، و الا لكان مقتضاه هو الحكم بالبطلان لا ثبوت الخيار فان الحكم الضررى مرفوع، و الانجبار لا يوجب الحكم بالصحة. (١) فإن ما صدر منهما انما يصح و يلزم الصغير ما دامت الوصية نافذة و الولاية ثابتة عليه، و حيث انهما يرتفعان ببلوغه إذ لا وصاية حينئذ عليه و لا ولاية، 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 الرواية له.

(٣) لانتفاء الولاية عليه بعد البلوغ، و العقد إذنى فيحتاج إلى إذنه لا محالة كما تقدم.

(٤) لعموم النص له.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢١٦

مع أن الظاهر من خبر خالد بن بكر الطويل (١) فى قضية 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 بكير (بكر نسخة) الطويل قال: (دعانى أبى حين حضرته الوفاة، فقال: يا بنى اقبض مال إخوتك الصغار و اعمل به و خذ نصف الربح و أعطهم النصف، و ليس عليك ضمان، فقدمتنى أم ولد أبى بعد وفاة أبى إلى ابن أبى ليلى، فقالت:

ان هذا يأكل أموال ولدى، قال: فافتصت عليه ما أمرنى به أبى فقال لى ابن أبى ليلى: ان كان أبوك أمرك بالباطل لم أجزه، ثم أشهد على ابن أبى ليلى إن أنا حركته فأنا له ضامن، فدخلت على أبى عبد الله (ع) فقصصت عليه قصتى، ثم قلت له: ما ترى؟ فقال: أما قول ابن أبى ليلى فلا استطيع رده، و أما فيما بينك و بين الله عز و جل فليس عليك ضمان) «١».

و هو مضافا إلى ضعف سنده بخالد بن بكير (بكر) و ارد فى الصغار، فالتعدى عنهم إلى الكبار يحتاج إلى دليل و هو مفقود.

(٢) رواه محمد بن يعقوب عن احمد بن محمد بن محمد بن على بن الحسن بن الحسن بن على بن يوسف عن مثنى بن الوليد، عن محمد بن مسلم عن أبى عبد الله (ع): (أنه سئل عن رجل أوصى إلى رجل بولده و بمال لهم و أذن له عند الوصية أن يعمل بالمال. و أن يكون الربح بينه و بينهم فقال: لا بأس به من أجل أن أباه قد أذن له فى

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ٩ من أبواب أحكام الوصايا ح ٢.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢١٧

.....

ذلك و هو حى) «١».

ثم ان فى الفقيه على بن الحسين الميثمى بدلا من على بن الحسن - على ما فى الكافى و التهذيب و الوسائل - و هو ابن فضال الذى يروى عنه احمد بن محمد و هو من سهو قلمه الشريف أو غلط النساخ جزما إذ لا وجود لعلى بن الحسين الميثمى لا فى الروايات و لا فى كتب الرجال:

نعم روى (قده) فى بعض الموارد عن على بن الحسن الميثمى الا أنه غلط أيضا و الصحيح على بن الحسن التيمى. و كيف كان فهو غير على بن الحسين الميثمى.

ثم ان صاحب الوسائل قد جعل المروى عنه لعلى بن الحسن هو الحسن بن على بن يونس و جعل كلمة «يوسف» نسخة 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 الثقة.

و كيف كان: فالرواية معتبرة من حيث السند، و أما من حيث الدلالة فهى واضحة الدلالة و مقتضى إطلاق كلمة المال فيها عدم الفرق بين ما كان يملكه الصغير حين الوصية و ما يملكه بعد ذلك، كما أن مقتضى التعليل عدم الفرق بين الوصية بالمضاربة و الوصية بالاتجار فإنه على جميع هذه التقادير تنفذ الوصية و تلزم الصبى ما دام هو كذلك و أما إذا بلغ فهو بالخيار بين إبقائه و رفعه. هذا كله بالنسبة إلى الصغير، و أما بالنسبة إلى الكبير فحيث لم يرد نص فيه، فلا موجب للالتزام بصحة الوصية بالنسبة إليه. نعم قد عرفت ان الماتن (قده) انما يستند فى ذلك إلى أدلة

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

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢١٨

الوصية و أما بالنسبة إلى الكبار من الورثة فلا يجوز بهذا النحو (١) لوجوب العمل بالوصية - 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.

[(الحادية عشرة): إذا تلف المال فى يد العامل بعد موت المالك من غير تقصير]

(الحادية عشرة): إذا تلف المال فى يد العامل بعد موت المالك من غير تقصير فالظاهر عدم ضمانه (٣)،

نفوذ الوصية، لكنك قد عرفت ما فى العبارة و المطلب معا.

(١) ما افاده (قده) فى جانب الكبار من التفصيل بين كون متعلق الوصية هو عقد المضاربة و بين كونه الاتجار تام و متين على تقدير شمول أدلة الوصية للمقام، فإنه حينئذ لا محيص عن الالتزام بهذا التفصيل، إلا انك قد عرفت منع أصل المبني، فان أدلة نفوذ الوصية قاصرة الشمول لمثله.

خويى، سيد ابو القاسم موسى، مباني العروة الوثقى، ٢ جلد، منشورات مدرسه دار العلم - لطفى، قم - ايران، اول، ١٤٠٩ هـ ق

مباني العروة الوثقى؛ ج ١، ص: ٢١٨

(٢) حيث لا- يكون لهم حق الفسخ، نظرا لعدم وجود عقد في البين، فإن الوصية انما تعلق بالعمل و هو الاتجار، فإذا قلنا بوجوبه عليهم كان ضروريا لا محالة.

و من هنا يظهر الفرق بين المقام و صورة تعلق الوصية بالمضاربة فإن الثانية- عقد المضاربة- قابلة للرفع حتى بناء على القول بنفوذ الوصية بخلاف الاولى.

(٣) لكون يده على المال يد أمانة، فلا يضمن إلا بالتعدى أو التفريط، و المفروض عدمهما.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢١٩

و كذا إذا تلف بعد انفساخها بوجه آخر (١).

[(الثانية عشرة): إذا كان رأس المال مشتركا بين اثنين فضاربا واحدا ثم فسخ أحد الشريكين]

(الثانية عشرة): إذا كان رأس المال مشتركا بين اثنين فضاربا واحدا ثم فسخ أحد الشريكين، هل تبقى بالنسبة إلى حصة 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 المضاربة لا محالة فيكون العامل عاملا للأول في نصف المال و للآخر في النصف الثاني- كما هو واضح- و ان اتحد الإنشاء، فإنه لا يستلزم اتحاد المضاربة بوجه.

و هذا الكلام غير مختص بالمضاربة. بل يجرى في جميع العقود فإنه لو وهب الشريكان مالهما المشترك بإنشاء واحد لشخص واحد، ثم رجع أحدهما في ذلك. لم يكن ذلك الا رجوعا و فسحا للهبه في حصته دون حصة صاحبه.

هذا على ان الماتن (قده) قد التزم في المسألة السابعة و الأربعين بجواز فسخ المالك للمضاربة ببعض المال و استرداده له من دون ان يكون ذلك محلا لبقاءها في الباقي.

فإن هذا- الفسخ بالنسبة إلى بعض المال- إذا كان جائزا مع اتحاد المالك، فجوازه مع تعدده يكون أوضح و بطريق أولى.

و الحاصل: ان الصحيح هو عدم السراية مطلقا سواء أ كان المالك واحدا أم متعددا كان المال متميزا أم لم يكن كذلك.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢٢٠

و كان العقد واحدا لا يبعد بقاء العقد بالنسبة إلى الآخر (١).

[(الثالثة عشرة): إذا أخذ العامل مال المضاربة و ترك التجارة به إلى سنة مثلا]

(الثالثة عشرة): إذا أخذ العامل مال المضاربة و ترك التجارة به إلى سنة مثلا، فان تلف ضمن (٢)، و لا يستحق المالك عليه غير أصل المال (٣)، و ان كان آثما في تعطيل مال الغير.

[(الرابعة عشرة): إذا اشترط العامل على المالك عدم كون الربح جابرا للخسران مطلقا]

(الرابعة عشرة): إذا اشترط العامل على المالك عدم كون الربح جابرا للخسران مطلقا فكل ربح حصل يكون بينهما، و ان حصل خسران بعده أو قبله، أو اشترط أن لا- يكون الربح اللا-حق جابرا للخسران السابق أو بالعكس فالظاهر الصحة. و ربما يستشكل بأنه

خلاف وضع المضاربة و هو كما ترى (٤).

(١) لما عرفت من تعدد المضاربة حقيقة و ان اتحدت إنشاء.

(٢) لتعديده و تفريطه باهماله للمال و إبقائه كذلك عنده من غير إذن المالك حيث ان الأذن مختص بإبقائه عنده للتجار خاصة لا مطلقا.

(٣) باعتبار ان الربح لم يكن موجودا خارجا كى يكون العامل بإهماله للمال متلفا و من ثم ضامنا له، غاية الأمر أنه بفعله حرم المالك من الربح بحيث لم يدعه يربح و هو لا يوجب الضمان.

(٤) و ذلك لان عنوان المضاربة متقوم بجعل مقدار من الربح للعامل، و هو متحقق فى المقام.

نعم ذلك قد يلحظ بالقياس إلى مجموع المعاملات- كما هو الغالب فى باب المضاربة- و قد يلحظ بالقياس إلى كل معاملة، الا انه مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢٢١

[(الخامسة عشرة): لو خالف العامل المالك فيما عينه جهلا أو نسيانا أو اشتباها]

(الخامسة عشرة): لو خالف العامل المالك فيما عينه جهلا أو نسيانا أو اشتباها كما لو قال: لا تشتري الجنس الفلانى أو من الشخص الفلانى، فاشترى جهلا- فالشراء فضولى (١) موقوف على اجازة المالك.

أمر خارج عن مفهوم المضاربة فإنه أعم من هذا و ذاك، و عليه فلا مانع من شمول الإطلاقات له. و دعوى: منافاته لقوله (ع): «الربح بينهما و الوضعية على المال» «١».

مدفوعة: بان كون الربح بينهما أعم من كونه من مجموع التجارات أو كل تجارة، فإنه أمر تابع للجعل و خارج عن مفهوم المضاربة. (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 القاعدة- الا انه لا مجال للاستناد إليها بعد دلالة جملة كثيرة من النصوص (١)- و أكثرها صحاح.

على صحة المعاملة عند مخالفة العامل لما عين له شرطا أو قيادا على كل تقدير مع كون الربح بينهما على ما اتفقا عليه و الخسران على العامل فقط لتعديده و مخالفته، فان هذه النصوص غير قاصرة للشمول للمقام و قد عمل بها الماتن (قده) و غيره فى صورة علم العامل بالحال، و من الواضح انه لا خصوصية لفرض العلم إذ لا قصور فى هذه النصوص عن شمول فرض الجهل أيضا، فإن المفروض فيها مخالفة العامل للمالك فيما إذا اشترط عليه أو أخذه قيادا فى المعاملة، و أما كون

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

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢٢٢

و كذا لو عمل بما ينصرف إطلاقه إلى غيره، فإنه بمنزلة النهى عنه. و لعل منه ما ذكرنا سابقا من شراء من ينعقد على المالك (١) مع جهله بكونه كذلك. و كذا الحال إذا كان مخطئا فى طريقة التجارة، بأن اشترى ما لا مصلحة فى شراءه عند أرباب المعاملة فى ذلك الوقت، بحيث لو عرض على التجار حكموا بخطائه.

[(السادسة عشرة): إذا تعدد العامل كأن ضارب اثنين بمائة مثلا بنصف الربح بينهما متساويا أو متفاضلا]

(السادسة عشرة): إذا تعدد العامل كأن ضارب اثنين بمائة مثلا بنصف الربح بينهما متساويا أو متفاضلا فاما أن يميز حصة 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 بصحة هذه المعاملات في المقام مع الالتزام بكون الربح بينهما و الخسران على العامل.

و لعل غفلة المعلقين عن التعليق على هذا الحكم في المقام ناشئة عن غفلتهم عن هذه النصوص و الله العالم.

(١) في خصوص هذا الفرض الأمر كما أفاده (قده) لخروجه عن عنوان المضاربة فإنها مبنية على الاسترباح و هذه المعاملة لا يمكن فيها الاسترباح، فلا تصح مضاربه مع إذن المالك فضلا عن عدمه و قد تقدم بيانه مفصلا.

(٢) بحيث تكون المضاربة متعددة حقيقة بأن تكون مع كل منهما

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢٢٣

يقول: على أن يكون لكل منه نصفه، و إما لا يميز (١) فعلى الأول الظاهر عدم اشتراكهما في الربح و الخسران و الجبر (٢) الا مع الشرط (٣)، لأنه بمنزلة تعدد العقد.

و على الثاني يشتركان فيها و إن اقتسما بينهما فأخذ كل منهما مقدارا منه (٤).

مضاربة مستقلة عن المضاربة مع الآخر و ان اتحدتا إنشاء.

(١) بان تكون المضاربة مضاربة واحدة معهما معا، بحيث يكونان بمنزلة العامل الواحد و يكون كل منهما عاملا مضاربا في جميع المال.

(٢) لعدم الموجب له، بعد تعدد المضاربة 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 مرة من أن الشروط ليست مشرعة، و من هنا فصحتها تكون محتاجة إلى الدليل، و الا فمقتضى عقد المضاربة كون الربح بين العامل و المالك خاصة.

و بعبارة أخرى: ان جبر ربح مضاربة شخص لخسران شخص آخر يحتاج إلى الدليل، و لا يكفي في إثباته أدلة الشروط لأنها ليست مشرعة. و من هنا فيكون حال هذا الفرع حال اشتراط الربح للأجنبي، بل هذا من مصاديقه حيث أن العامل الآخر أجنبي عن هذه المعاملة.

(٤) لأن التقسيم خارجا لا يجعل المضاربة الواحدة مضاربتين مستقلتين. و هذا مما لا كلام فيه، و انما الكلام ينبغى ان يقع في صحة مثل هذه المضاربة حيث تتحد المضاربة و يتعدد العامل.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢٢٤

الا ان يشترط 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 الواردة في المضاربة للزم الحكم بطلان هذه المعاملة إذ لا يوجد فيها ما يدل على صحة المضاربة مع اثنين، و انما الواردة فيها عنوان الرجل و هو ظاهر في العامل المتحد.

نعم ذكر صاحب الجواهر (قده) ان المراد بالرجل و العامل في لسان النصوص انما هو الجنس و من هنا فيصدق على الواحد و المتعدد.

و هذه الدعوى و ان كانت قابلة للتصديق إمكانا، إلا انها خلاف الظاهر جدا فحتاج في مقام الإثبات إلى الدليل و هو مفقود. و الذى يمكن ان يقال فى هذا المقام، ان المضاربة ليست من المعاملات الشرعية المحضه، بحيث يكون الشارع المقدس هو المؤسس لها ابتداء و انما هى معاملة عقلانية ثابتة و متعارفة لدى العقلاء قبل التشريع. و قد أمضاها الشارع المقدس، و أقر العقلاء على فعلهم ذلك. و من هنا: فحيث ان هذه المعاملة غير مقيدة 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 بصحة هذه المعاملة، حيث لم يدل دليل على اعتبار وحدة العامل.

و بعبارة أخرى: ان عدم ورود الردع عن تعدد العامل فى شىء من أدلة إمضاء عقد المضاربة بعد قيام السيرة العقلانية عليه، يكفى فى الحكم بصحة هذه المعاملة و حمل عنوان الأجير فى لسان الأدلة على الجنس.

(١) الظاهر انه لا اثر لهذا الاشتراط. فان الشرط لا يكون مشرعا

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢٢٥

و ربح و عمل الآخر و لم يربح أو خسر يشتركان فى ذلك الربح و يجبر به خسران الآخر. بل لو عمل أحدهما و ربح و لم يشرع الآخر بعد فى العمل، فانفسخت المضاربة، يكون الآخر شريكا (١) و ان لم يصدر منه عمل، لانه مقتضى الاشتراك فى المعاملة. و لا يعد هذا من شركة الأعمال كما قد يقال، فهو نظير ما إذا آجرا نفسهما لعمل بالشركة فهو داخل فى عنوان المضاربة لا الشركة، كما إن النظر داخل فى عنوان الإجارة.

[(السابعة عشرة): إذا أذن المالك للعامل فى البيع و الشراء نسيئة]

(السابعة عشرة): إذا أذن المالك للعامل فى البيع و الشراء نسيئة، فاشترى نسيئة و باع كذلك، فهلك المال، فالدين فى ذمة 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 المضاربة و كونهما بمنزلة العامل الواحد.

(٢) بلا اشكال فيه، فان المعاملة الصادرة من العامل بأذنه معاملة له، فيكون مطالبا بعوضها لا محالة.

(٣) أما المالك فلما عرفت، و أما العامل فلكونه مسئولا عن المعاملة و طرفا لها، فإنه ليس كالوكيل فى إجراء الصيغة خاصة حيث لا يتحمل شيئا من مسئولية العقد، بل هو طرف له حقيقة لا سيما إذا كان المالك جاهلا بما يقوم به كما هو الحال فى وكالات التجار بيعا و شراء، فان الوكيل يقوم بتلك المعاملات على وفق ما يراه

مباني العروة 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. مدفوعة: بأن مقتضى المعاملة ذلك (٢)، خصوصا فى المضاربة (٣)، و سيما إذا علم انه عامل يشترى للغير و لكن لم يعرف ذلك الغير أنه من هو و من أى بلد. و لو لم يتبين للديان ان الشراء للغير يتعين له الرجوع على العامل فى الظاهر (٤) و يرجع هو على المالك.

[الثامنة عشرة: يكره المضاربة مع الذمي خصوصا إذا كان هو العامل]

(الثامنة عشرة): يكره المضاربة مع الذمي 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 في المعاملة باعتبار ان اقدمه على البيع و الشراء اقدم على الضمان و كونه مسئولا عنه، على ما تقتضيه السيرة القطعية 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 المعاملة له و هو الطرف الحقيقى فيها.

(٢) لإقدامه على الضمان و كونه مسئولا عنها- كما عرفت- مضافا إلى السيرة العقلانية القطعية.

(٣) حيث يكون العامل شريكا للمالك فى الربح.

(٤) لظهور كونه له، و ان كان فى الواقع لغيره.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢٢٧

المسلم ان يشارك الذمي، و لا يبضعه بضاعة، و لا يودعه وديعة، و لا يضافيه المودة» (١). و قوله (ع): «ان أمير المؤمنين (ع) كره مشاركة اليهودى و النصرانى و المجوسى، الا ان تكون تجارة لا يغيب عنها المسلم» (٢) و يمكن ان يستفاد من هذا الخبر (٣) كراهة مضاربة من لا يؤمن منه فى معاملاته من الاحتراز عن الحرام.

[التاسعة عشرة: الظاهر صحة المضاربة على مائة دينار كليا]

(التاسعة عشرة): الظاهر صحة المضاربة على مائة دينار كليا، فلا يشترط كون مال المضاربة عينا شخصية

(١) رواه محمد بن يعقوب عن عدة من أصحابنا عن احمد بن محمد عن ابن محبوب عن ابن رئاب قال: قال أبو عبد الله (ع). المتن «١». و الرواية معتبرة.

(٢) رواه محمد بن يعقوب عن على بن إبراهيم عن أبيه عن النوفلى عن السكونى عن أبي عبد الله (ع). المتن «٢».

و هى كسابقها معتبرة من حيث السند. فإن النوفلى و السكونى ثقتان على ما تقدم غير مرة.

(٣) حيث لا يبعد دعوى كون النهى نهيا إرشاديا إلى عدم وثاقتهم كما يشهد له استثناء التجارة الحاضرة.

فمن هنا يمكن تعدية الحكم إلى كل من لا يكون محلا للوثوق، فتكون المضاربة معه مكروهة تنزيها أو منهيها عنها إرشادا.

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

(٢) الوسائل ج ١٣ باب ٢ من أبواب أحكام الشركة ح ٢.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢٢٨

فيجوز إيقاعهما العقد على كلى ثم تعيينه فى فرد. و القول بالمنع لان القدر المتيقن العين الخارجى من النقدين ضعيف (١) و أضعف منه احتمال المنع حتى فى الكلى فى المعين (٢)، إذ يكفى فى الصحة العمومات.

(تمتم العشرين): لو ضاربه على ألف مثلا فدفع اليه نصفه فعامل به، ثم دفع اليه النصف الآخر، فالظاهر جبران خسارة أحدهما بربح الآخر، لأنه مضاربه واحدة (٣) و أما لو ضاربه على خمسمائة فدفعها اليه و عامل بها، و في أثناء التجارة زاده و دفع خمسمائة 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 بالكلية في الذمه ما لم يتشخص في الخارج.

إذن: فالظاهر في المقام هو عدم صحة مثل هذه المضاربه، و يكفينا في ذلك الشك نظرا لاحتياج صحة المضاربه إلى الدليل الخاص و عدم كفاية العمومات في إثبات صحتها.

(٢) بلا اشكال فيه، لصدق عنوان إعطاء المال عليه و من ثم شمول النصوص له.

(٣) و هو واضح، إذ لا عبرة بتعدد التسليم و القبض و انما العبرة بوحدة المضاربه و تعددها.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢٢٩

خسارة إحداهما بربح الأخرى (١) لأنهما في قوة مضاربتين نعم بعد المزج و التجارة بالمجموع يكونان واحدة.

(١) و فيه: ان الخمسمائة الثانية إذا كانت متممة للمضاربه الاولى و توسعة لها، فحالها حال الصورة الأولى حيث تكون المضاربه واحدة غاية الأمر انها كانت عند بدئها ضيقه النطاق، فانسعت بعد ذلك- كما يتفق ذلك كثيرا في التجارات حيث تبدأ برأس مال بسيط لاعتبارات قد تكون منها اختبار قدرة العامل أو قلته المال ثم تتسع مع إحساس المالك بالربح- و حينئذ يكون الربح جابرا للخسران لا محالة بلا فرق بين مزج المالين و عدمه، نظرا لاتحاد المضاربه و عدم تعددها حيث لم تلحظ الثانية مستقلة عن الاولى و في قبالتها.

و أما إذا كانت الخمسمائة الثانية مضاربه مستقلة و منحاظه عن المضاربه الأولى- كما لو اختلفت نسبة الربح فيهما بان كان للعامل في الأولى النصف و في الثانية الثلث أو بالعكس- كان الربح في الثانية غير جابر للخسران في الاولى لا محالة بلا فرق في ذلك بين فرض مزج المالين و عدمه، فان الامتزاج لا يوجب اتحاد المضاربتين كما لو كان عاملا لشخصين و اختلط مالهما في يده، فإنه لا يوجب اتحادهما و جبر خسران إحداهما بربح الأخرى.

و الحمد لله أولا و آخرا.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢٣٣

[كتاب الشركة]

إشارة

كتاب الشركة

[فصل في أحكام الشركة]

إشارة

فصل فى أحكام الشركة و هى عبارة عن كون الشيء الواحد لاثنين أو أزيد ملكا أو حقا (١).
و هى (إما واقعية قهرية) كما فى المال أو الحق الموروث.

(١) لا يخفى ان لفظ الشركة 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 بحصة خاصة منها.
فإنها قد تفرض فى الأمور التكوينية الخارجية كالحفر و القتل، و بهذا المعنى جاء فى الكتاب العزيز «وَلَمْ يَكُنْ لَهُ شَرِيكٌ فِى الْمُلْكِ»
«١» حيث دلت على انحصار السلطة الحقيقية و الاستيلاء الخارجى به تعالى.
و قد تفرض فى الأمور الاعتبارية من ملكية 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.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢٣٤
(و إما واقعية اختيارية) من غير استناد إلى عقد، كما إذا أحيى شخصان أرضا مواتا بالاشتراك، أو حفرا بئرا أو اغترافا ماء، أو اقتلعا شجرا.

(و إما ظاهرية قهرية) (١)، كما إذا امتزج مالهما من

(١) و فيه: انه لا معنى للشركة الظاهرية- قهرية كانت أم اختيارية- بعد العلم بعدم الاشتراك واقعا، فإن الأحكام الظاهرية انما هى مجعولة فى فرض الشك و الجهل بالحكم الواقعى، فلا معنى لثبوتها مع العلم به و دعوى: ان المراد من الشركة الظاهرية، هو ترتيب آثارها فى مقام العمل و ان لم تكن هناك شركة فى الواقع.
مدفوعة: بأنه لا موجب لإجراء أحكام الشركة بعد العلم بعدمها واقعا و استقلال كل منهما فى 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 شيء جديد مغاير لهما يسمى بالسكنجيين، ففيه تكون الشركة شركة واقعية حقيقية، فإن الموجود بالفعل مال واحد نشأ عن المالين 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.

و لا ينافى ذلك انه لو اتفق تفكيكهما بوجه من الوجوه، لكان كل منهما مختصا بمالكة الأول، إذ الشركة الواقعية فى المقام مشروطة

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢٣٥

دون اختيارهما- و لو بفعل أجنبى- بحيث لا يتميز أحدهما من الآخر، سواء كانا من جنس واحد، كمزج حنطة بحنطة، أو جنسين كمزج دقيق الحنطة بدقيق الشعير، أو دهن اللوز بدهن الجوز، أو الخل بالدبس.

(و إما ظاهرية اختيارية) كما إذا مزجا باختيارهما لا- بقصد الشركة فإن مال كل منهما فى الواقع ممتاز عن الآخر، و لذا لو فرض تمييزهما اختص كل منهما بماله و أما الاختلاط

ببقاء الامتزاج و كونه موجودا واحدا بنظر العرف، فإذا امتازا انفسخت الشركة للا محالة.

و أما إذا كان الامتزاج بنحو يكون الموجود بالفعل عبارة عن موجودات متعددة غير قابلة للتمييز خارجا، كما في مزج الدراهم بمثلها، فلا موجب للقول بالشركة أصلا، فإن كل درهم موجود مستقل عن الآخر و محفوظ في الواقع.

و لا- يبعد ان يكون مزج الحنطة بالحنطة و الحنطة بالشعير من هذا القبيل حيث تكون كل حبة من الخليط مملوكة لصاحبها، و لا موجب للقول بالشركة، بعد ان لم يكن العرف يراه موجودا واحدا في قبال الموجودين السابقين.

نعم في دقيقتها لا يبعد حكم العرف بوحدة الموجود بالفعل.

و الحاصل، ففي فرض عدم اعتبار العرف للموجود الخارجي بالفعل موجودا واحدا يبقى كل من المالكين على ملك مالكة، و حينئذ فلا بد في مقام التمييز من الرجوع إلى الصلح القهري أو القرعة على ما سيأتي.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢٣٦

مع التمييز فلا يوجب الشركة و لو ظاهرا (١)، إذ مع الاشتباه مرجعه الصلح القهري (٢) أو القرعة.

(١) كما هو واضح، لعدم الموجب لها.

(٢) و المراد به إجبار الحاكم لهما على الصلح بالتراضي. و إلا فالصلح لا يكون قهرا، فان تعاندا ينتهي الأمر إلى القرعة 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 في المقام ان يقال: انه إذا امتزج المالان فإن أمكن الفرز و التمييز فلا خلاف و لا اشكال، حيث يجب ذلك و لا تصل النوبة إلى الشركة أو الصلح أو القرعة.

و ان لم يمكن التخليص إلا بكلفة بالغه كما إذا امتزج طن من الحنطة بطن من الشعير، حيث قد تزيد اجرة الفرز عن قيمة المالكين معا، و حينئذ فإن تصالح المالكين 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 القرعة في المقام فلا موضوع لها، لأنها لرفع الاشتباه و لا اشتباه في المقام بعد فرض امتياز كل من المالكين عن الآخر، فان كل حبة من الحنطة مملوكة لمالك الحنطة و كل حبة من الشعير مملوكة لمالك الشعير.

هذا كله فيما إذا كان المالك معلوما و اما إذا كان مجهولا- كاشتباه الشاتين و العباتين و الكتائبين و ما شاكلها حيث لا يعرف مالك

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢٣٧

(و إما واقعية) مستندة الى عقد غير عقد الشركة، كما إذا ملكا شيئا واحدا بالشراء أو الصلح أو الهبة أو نحوها.

(و إما واقعية) منشأة بتشريك أحدهما الآخر في ماله كما إذا اشترى شيئا فطلب منه شخص أن يشركه و يسمى عندهم بالتشريك. و هو صحيح لجملة من الاخبار (١).

(و إما واقعية) منشأة بتشريك كل منهما الآخر في ماله (٢)

كل منهما بعينه، ففيه لا مجال للشركة أيضا حيث يكون المالان ممتازين في الخارج، بل ان تصالحا بالاختيار فهو و الا فالقرعة لأنها لكل أمر مشكل، و لا مجال للصلح القهري نظرا لعدم الموجب له، بعد جهالة المالكين و عدم معرفتهما.

إذن: فموضوع كل من الصلح القهري و القرعة مغاير للآخر، إلا انها قد يجتمعان في فرض واحد، كما لو امتزج احد المالكين بالآخر على نحو لا يمكن تخليصهما مع جهالة المالك بحيث لا يعلم من هو مالك الأول و من هو مالك الثاني. و حينئذ: فإن تصالحا فهو، و الا فالقرعة أولا ثم المصالحة القهرية.

(١) ففي صحيحة هشام بن سالم عن أبي عبد الله (ع) قال:

(سألته عن الرجل يشارك في السلعة، قال: ان ربح فله، و ان وضع فعليه) «١».

و غيرها، مضافا إلى السيرة العقلانية.

(٢) و هذا القسم هو المعروف و الشائع من الشركة العقدية، و هو محل الكلام في المقام.

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

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢٣٨

و يسمى هذا بالشركة العقدية و معدود من العقود، ثم ان الشركة قد تكون في عين و قد تكون في منفعة و قد تكون في حق، و بحسب الكيفية إما بنحو الإشاعة و إما بنحو الكلي في المعين (١) و قد تكون على وجه يكون كل

(١) كما لو باع منا من الصبرة المعينة لزيد، فان المن الكلي يكون لزيد و الباقي للمالك البائع، و بذلك يكونان شريكين في الصبرة المعينة.

و قد ذكر صاحب الجواهر (قده) انه، لا إشكال في صدق الشركة معه و لا إشاعة. 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 الشركة، فإنها انما تتحقق فيما إذا كان المال الواحد مملوكا لشخصين أو أكثر على نحو الإشاعة 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 الشركة 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 الصبرة الخارجية في حين يملك الثاني الكلي فقط و معه فلا معنى للشركة.

لكن الصحيح هو ما ذهب اليه صاحب الجواهر (قده)، فان قياس المقام على مثال الدار من القياس مع الفارق، إذ العبرة في تحقق الشركة انما هي بوحدة الوجود في الخارج بنظر العرف،

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢٣٩

من الشريكين أو الشركاء مستقلا في التصرف، كما في شركة الفقراء في الزكاة (١).

و هي غير متحققه في مثال الدار بخلاف ما نحن فيه حيث لا- يكون وجود الكلي منحازا في الخارج عن وجود الفرد الخارجي. بل الكلي موجود بوجود الفرد، و من هنا فالموجود الواحد في الخارج بالفعل مضاف إلى مالكين و لكن بنحوين من الإضافة، فإنه و بلحاظ الافراد مملوك بتمامه للمالك، و بلحاظ الكلي- الذي هو الثاني موجود بوجود الافراد- مضاف و مملوك للمشتري.

و الحاصل: ان الوجود الواحد لما كان مضافا إلى شخصين.

تحققت الشركة بينهما فيه، و ان اختلفت نحو الإضافة إليهما.

(١) ورد التعبير بذلك في بعض النصوص ففي معتبرة أبي المعزى عن أبي عبد الله (ع) قال «ان الله تبارك و تعالى أشرك بين الأغنياء و الفقراء في الأموال، فليس لهم أن يصرفوا إلى غير شركائهم» «١».

الا أن التعبير بالشركة في هذه الموارد مبني على نوع من المسامحة و من باب الاستعارة، و الا فلا شركة في الواقع- على ما تقدم بيانه

في محله من كتاب الزكاة مفصلاً- فان الموارد المذكورة في باب مستحقي الزكاة انما هي من باب المصرف لا الملكية، فالفقير- مثلاً- مصرف للزكاة و الا فهو لا يملك شيئاً منها، و من هنا كان التزام الأصحاب بعدم وجوب البسط و الاستيعاب، إذ لو كانت ملكاً لهم لوجب ذلك، إيصالاً للمال إلى مالكة.

ثم على فرض الالتزام بالملكية تحفظاً على ظهور اللام في قوله تعالى

(١) الوسائل: ج ٦ باب ٢ من أبواب المستحقين للزكاة ح ٤.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢٤٠

.....

«إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَ الْمَسْكِينِ.» (١) فيها، فلا- مجال للالتزام بها في المقام أيضاً، إذ الملكية- على تقديرها- انما تكون للكلية الجامع و الطبيعي الشامل للأفراد، لا للأفراد بما هي، و من هنا فلا يملك الفرد بما هو و كل واحد منهم بشخصه شيئاً، و الا لوجب البسط على جميع افراد الصنف الواحد، و هو غير واجب جزماً- بل غير ممكن في الخارج- حتى بناء على وجوب البسط بين الأصناف.

إذن: فلا معنى لان يقال ان لبعض الشركاء في الزكاة التصرف في المال المشترك مستقلاً، إذ لا شركة حقيقة و في الواقع، و انما عبر عما فرضه الله لهم في مال الأغنياء بها مسامحةً و من باب ضيق التعبير.

ثم ان بعضهم (قده) قد علق على كلام الماتن (قده) في المقام بأن ما أفاده من كون كل من الفقراء مستقلاً بالتصرف في الزكاة غريب، إذ لا يجوز لفقير التصرف في الزكاة بدون اذن الولي و هو المالك أو الحاكم الشرعي فضلاً عن أن يكون مستقلاً بالتصرف. و ما ذكره (قده) ناش من التخيل بان مراد الماتن (قده) مما أفاده هو شركة الفقراء للمالك في المال و جواز تصرفهم فيه مستقلاً. الا أنه غير صحيح، فإنه (قده) لا يقصد بما أفاده شركة الفقراء للمالك، و انما يعني به شركة الفقراء لبعضهم البعض في الزكاة و عبارته (قده) واضحة في ذلك، فإنه إنما عبر بشركة الفقراء في الزكاة و لم يعبر بشركتهم في المال الزكوي- المال المشتمل على الزكاة. و الحاصل: أن الشركة انما هي بين الفقراء أنفسهم لا بينهم و بين المالك و موردها هي الزكاة بنفسها لا المال الزكوي، و من هنا فلا

(١) التوبة: ٦.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢٤١

و السادة في الخمس (١). و الموقوف عليهم في الأوقاف العامة (٢).

وجه للإيراد عليه بأنه لا يجوز لهم التصرف إلا بإذن المالك.

و عليه: فكلام الماتن (قده) سالم عن الاشكال من هذه الناحية و ان كان هو بحد ذاته مبني على المسامحة كما عرفت.

(١) التعبير بالشركة في الخمس لم يرد في شيء من النصوص، الا انه و كما ذكرنا في محله، لما كان بدلاً عن الزكاة- على ما ورد في النصوص- حيث جعله الله بدلاً للهاشميين عنها، كان الكلام فيه هو الكلام في الزكاة، فإنهم لا يملكونه و انما هم مصرف له خاصة و لذا لا يجب بسطه عليهم و استيعابهم في القسمة.

و على تقدير الالتزام بملكيتهم لظاهر اللام في قوله تعالى «وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَ لِلرَّسُولِ وَ لِذِي الْقُرْبَىٰ.» الآية» (١) فالملكية انما هي للجامع الكلي دون الأفراد.

(٢) الوقف قد يكون على نحو الانتفاع فقط كوقف المدارس و المساكن و نحوهما.
 و قد يكون على نحو الصرف دون التملك كوقف البستان على أن يصرف وارداته على الفقراء.
 و قد يكون على نحو التملك كما لو أوقف البستان على أن يكون منافعه ملكا للفقراء.
 ففي الأولين لا موضوع للشركة كما هو واضح، إذ لا ملك لأحد كي يكون شريكا لغيره، غاية الأمر أن له حق الانتفاع في الأول

(١) سورة الأنفال آية ٤١.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢٤٢
 و نحوها (١).

[مسألة ١: لا تصح الشركة العقدية إلا في الأموال]

(مسألة ١): لا تصح الشركة العقدية إلا في الأموال (٢) بل الأعيان فلا تصح في الديون (٣)، فلو كان لكل منهما

و يكون مصرفا للوقف في الثاني.

و أما الثالث فالملكية و ان كانت متحققة الا أن طرفها هو الكلي و الجهة العامة، و أما الفرد بما هو فلا يملك شيئا كي يكون شريكا لصاحبه.

و الحاصل: ان ما أفاده الماتن (قده) من شركة الأفراد في الزكاة و الخمس و الوقف مبنى على المسامحة، و إلا فشركة الأفراد غير متحققة بالمره، و ان تحققت شركة الكلي و الجهة العامة في بعض الموارد و على بعض التقادير.

(١) كالوصية، و الحال فيها هو الحال في الأوقاف حرفا بحرف.

(٢) و هي القدر المتيقن من الشركة العقدية الصحيحة.

(٣) إما بناء على اعتبار الامتراج في عقد الشركة، فالأمر واضح نظرا لعدم إمكانه إذ لا معنى لامتراج دين كل منهما بدين الآخر، فان كلا منهما مستقل في الوجود و منحاز عن الآخر.

و اما بناء على عدم اعتباره- كما لم يستبعده الماتن (قده) نظرا لعدم الدليل عليه غير الإجماع المدعى في كلمات بعض، على ما سيأتى في المسألة الرابعة- إنشاء الله- فلأن حقيقة الشركة هذه ترجع إلى تملك كل من المتعاقدين حصة مما له في ذمة مدينة للآخر بإزاء تملكه له حصة مما له في ذمة مدينة، فهي في الحقيقة معاوضة بلفظ الشركة، و هي ممنوعة لنهي النبي (ص) عن بيع الدين بالدين، فان المنصرف منه هو النهي عن المعاوضة بالدين مطلقا و من غير

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢٤٣

دين على شخص فأوقعا العقد على كون كل منهما بينهما لم يصح و كذا لا تصح في المنافع (١)،

اختصاص بعنوان البيع، كما يشهد له ما ورد في جملة من النصوص من النهي عن قسمة الدين، بان يجعل تمام ما في ذمة المدين الأول لأحد الورثة في قبال كون تمام ما في ذمة المدين الثاني للوارث الآخر فإنها تؤكد منع الشارع المقدس عن تعويض الدين بالدين و مبادلته بمثله تحت اي 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 الشركة في المنفعة بمعنى كون كل منهما شريكا في الأجرة الحاصلة من استيفاء منفعة عين الآخر، و

هي محكومة بالبطلان جزماً، لانه من تملك المعدوم حيث لا يملك كل منهما الأجره بالفعل، وقد تقدم غير مرة انه يحتاج إلى الدليل و هو مفقود.

وقد تفرض الشركة في نفس المنفعة، أعني قابلية الدار للسكنى التي هي موجودة بالفعل.

و فيه ان لم يكن الزمان محدوداً و معيناً، بان ملك كل منهما صاحبه نصف منفعة داره مطلقاً و من غير تحديد بحد معين، حكم ببطلانها لا محالة، لعدم صحة تملك المنفعة بقول مطلق، مطلقاً و بكافة أنواع المملكات، و ذلك للجهالة و الغرر و عدم معلومية مقدار المنفعة المملوكة 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 في الحكم بصحتها، فإنها مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢٤٤

بأن يكون لكل منهما دار- مثلاً- و أوقعا العقد على أن يكون منفعة كل منهما بينهما بالنصف مثلاً. و لو أرادا ذلك صالح أحدهما الآخر نصف منفعة داره بنصف منفعة دار الآخر (١) أو صالح نصف منفعة داره بدینار- مثلاً- و صالحه الآخر نصف منفعة داره بذلك الدينار و كذا لا تصح شركة الأعمال (٢) و تسمى شركة الأبدان أيضا و هي أن يوقعا العقد على أن يكون أجره عمل كل منهما مشتركا بينهما، سواء اتفق عملهما كالخياطة مثلاً، أو كان عمل أحدهما الخياطة و الآخر النساجه، و سواء كان ذلك

و في الحقيقة ترجع إلى تملك كل منهما الحصة من منفعة داره لصاحبه بإزاء تملك صاحبه الحصة من منفعة داره له، و هي بمنزلة الإجارة.

و يظهر من المحقق الأردبيلي (قده) الميل إلى الصحة في 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 في المقام، مع عدم اعتباره للامتزاج في غير محله.

و لعله لهذه الجهة لم يتعرض المحقق و صاحب الجواهر (قدس سرهما) إلى اعتبار كونه من الأعيان، فإنهما لم يعتبروا إلا كونه من الأموال و مقتضاه صحة الشركة في المنافع أيضا، لكونها منها جزماً.

(١) قد عرفت الحال فيه مما تقدم.

(٢) ان أرادوا بذلك عقد الشركة في الأجرتين اللتين تحصل لهما

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢٤٥

في عمل معين أو في كل ما يعمل كل منهما. و لو أراد الاشتراك في ذلك صالح أحدهما الآخر نصف منفعة المعينه أو منافعه إلى مدة كذا بنصف منفعة 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 هي أن يشترك اثنان و جيهان لا مال لهما بعقد الشركة على أن يتناع كل منهما في ذمته إلى أجل، و يكون ما يتناع بينهما، فيبيعانه و يؤديان الثمن و يكون

من عملهما- كما هو غير بعيد من ظاهر كلماتهم- فلا ينبغي الإشكال في بطلانها.

و ذلك: لما تقدم غير مرة من عدم الدليل على صحة تملك المعدوم، فإنه ليس للإنسان أن يملك غيره ما لا يملكه بالفعل.

و ان أرادوا بها الشركة في نفس المنفعة بأن يملك كل منهما نصف خياطته- مثلاً- في ذلك اليوم لصاحبه في قبال تملك صاحبه نصف خياطته في ذلك اليوم له، فلا نعلم وجها لبطلانها. فإنها من شركة المنافع، و قد عرفت صحتها بناء على عدم اعتبار الامتزاج.

وقد 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 العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢٤٦

ما حصل من الربح بينهما. و إذا أرادا ذلك على الوجه الصحيح و كل كل منهما الآخر في الشراء، فاشترى لهما في ذمتها. و شركة المفاوضة أيضا باطله (١) و هي أن يشترك اثنان أو أزيد على أن يكون كل ما يحصل لأحدهما من ربح تجارة أو زراعة أو كسب آخر أو إرث أو وصية أو نحو ذلك مشتركا بينهما، و كذا كل غرامة ترد على أحدهما تكون عليهما. فانحصرت الشركة العقدية الصحيحة بالشركة في الأعيان المملوكة فعلا (٢) و تسمى شركة العنان.

[(مسألة ٢): لو أستأجر اثنين لعمل واحد بأجرة معلومة صح]

(مسألة ٢): لو أستأجر اثنين لعمل واحد بأجرة معلومة صح (٣).

(١) و الوجه فيه أوضح من سابقه، فإنه من تمليك ما قد يملكه في المستقبل، و هو باطل جزما.
 (٢) بل و المنافع إن لم يتم إجماع على اعتبار الامتراج.
 (٣) بل الأظهر البطلان، لجهل المستأجر بمقدار العمل الذي يملكه في ذمة كل من الأجيرين، و جهلهما بما يخص كلا منهما من الأجرة في ذمة المستأجر فإنه قاذح في الصحة لا محالة.
 و العلم بمجموع الأجرتين و العملين لا- ينفع في الصحة، بعد الجهالة بما لكل واحد منهما و ما عليه، و لا يقاس المقام ببيع الصفقة 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
 مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢٤٧

.....

واحد لمشتري واحد متعلق بمجموع شيئين بثمن واحد، فكل من المبيع و البائع و المشتري و الثمن معلوم، غاية الأمر أن تقسيم الثمن على اجزاء المثلث مجهول و هو غير قاذح 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 في ذمة الأجير الأول و ما يملكه في ذمة الأجير الثاني، كما أن كلا منهما لا يعلم بما يملكه في ذمة المستأجر.
 و بعبارة أخرى: ان الإجارة لما كانت واقعة مع أجيرين، كانت في الحقيقة بمنزلة إجاريتين و من هنا فلا يكفي معلومية 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 الصفقة و ان كانت الصفقة لمالكين كما إذا باع الوكيل ماله و مال موكله صفقة واحدة فإن مجموع الصفقة و الثمن معلوم للبائع و المشتري و ان ما انتقل إلى المشتري هو تمام الصفقة، كما ان ما انتقل إلى كل من مالكي الصفقة من الثمن متعين في الواقع بنسبة ما يملكه كل منهما إلى مجموع الصفقة.

و هذا قد يكون مجهولا للبائع و المشتري حين البيع إلا انه لا يضر بالصحة إذ لا يترتب عليه اي غرر، و لا يعتبر في 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 الأجرة فلا تعين لهما حتى فى الواقع و نفس الأمر، و ما يصدر

مباني العروة 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 بالبطلان لا محالة.

هذا و لكن المنصرف عرفا، من اجارة شخصين لعمل واحد بأجرة واحدة هو ارادة توزيع العمل بينهما نصفين متساويين، فيكون مرجع إجارتهما كذلك اجارة كل منهما على نصف العمل بنصف الأجرة.

و هذه الإجارة و ان كانت صحيحة إلا انه لا يتفرع عليها ما ذكره الماتن (قده) بعد الحكم بالصحة.

بل الصحيح حينئذ ان يقال: انهما ان أتيا بالعمل كذلك- نصفين متساويين- استحق كل منهما نصف الأجرة، و ان أتى أحدهما بنصيبه مع زيادة بحيث قام ببعض واجب الآخر أيضا، لم يؤثر ذلك فى زيادة استحقاقه من الأجرة على حساب صاحبه، بل لكل منهما نصف الأجرة أيضا، فإنه لا يستحق صاحب الزيادة بإزاءها شيئا لا من المسمى لخروج عمله الزائد عن متعلق إجارته و لا أجرة المثل لعدم الأمر به من المستأجر أو الأجير الثانى، و بذلك فيذهب عمله الزائد هدرًا لا محالة.

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 الإجارة فراجع.

و الحاصل: ان الإجارة هذه ان وقع على ان توزع الأجرة بينهما بنسبة عمل كل منهما إلى المجموع، بطلت لمجهولية ما يملكه كل منهما على الآخر، و عدم الجدوى فى العلم بمقدار المجموع فى

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢٤٩

.....

أمثال المقام.

و ان وقعت على ما هو المنصرف إليه فى مثل المقام من الاشتراك فى العمل و الأجرة بالمنصفه صحة و استحق كل منهما نصف الأجرة و ان اختلفا فى مقدار العمل.

نعم لو فرض أن الأجيرين اتفقا فيما بينهما بعقد الجعالة على ان يكون لمن يقوم ببعض عمل الآخر بنسبة ما أتى به إلى مجموع العمل من الأجرة، صح و استحق من أتى بعمله و زيادة نصف المسمى بعقد الإجارة و ما قابل الزيادة بالنسبة من حصة صاحبه بعقد الجعالة. و حينئذ فإن علم بتساوى العملين استحق كل منهما النصف و لم يبق لعقد الجعالة موضوع.

و ان علم بزيادة عمل أحدهما بعينه على الآخر و علم مقدار الزيادة استحق زيادة على النصف الذى يأخذه بعقد الإجارة من الجعل بالنسبة.

و إن شك فى التساوى و الزيادة كان المورد من موارد الشك فى استحقاقه على الآخر شيئا 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 زيادة 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 شيئا بالجعل، إلا انه لا اثر لهذا العلم الإجمالى لدورانه بين مكلفين لا تكلفين لمكلف واحد و حينئذ فينفى كل منهما استحقاق الآخر شيئا عليه بالأصل و بذلك يأخذ كل منهما نصف الأجرة لا محالة.

و مما ذكرنا يظهر انه لا مورد فى الفرض المذكور للقرعة و لا الصلح

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢٥٠

و كانت الأجرة مقسمة عليهما بنسبة عملهما. و لا يضر الجهل بمقدار حصة كل منهما حين العقد، لكفاية معلومية المجموع. و لا يكون من شركة الأعمال التى تكون باطله بل من شركة الأموال، فهو كما لو استأجر كلا منهما لعمل و أعطاهما شيئا واحدا يازاء أجرتهما و لو اشتبه مقدار عمل كل منهما فان احتمل التساوى حمل عليه، لأصالة عدم زيادة عمل أحدهما على الآخر (١) و ان علم زيادة أحدهما على الآخر.

القهرى حيث يدور أمر المكلف بين كونه مشغول الذمة للغير و كون الغير مشغول الذمة له، و فى مثله فان لم يدع أحدهما على الآخر شيئا فهو و إلا- فإن ادعى أحدهما الزيادة خاصة كان المورد من قبيل المدعى و المنكر و ان ادعى معا كان من التداعى و على كلا التقديرين لا بد من الرجوع إلى القواعد المذكورة فى باب القضاء.

هذا و ما ذكرناه من ظهور استئجار اثنين لعمل واحد فى المناصفة غير مختص بالمقام بل يجرى فى سائر الأبواب أيضا، و قد تعرض له الفقهاء (قدس سرهم) فى بعضها كأبواب الهبة و الوصية و البيع و نحوها فإنه لو أوصى بداره لاثنين كان بينهما بالتنصيف و ليس ذلك إلا لفهم العرف من تشريك اثنين فى الهبة كون المال بينهما نصفين.

(١) لا يخفى انه لا مجال للتمسك بهذا الأصل فى المقام بناء على ما أفاده الماتن (قده) من الصحة و استحقاق كل من العاملين من الأجرة بمقدار ما يقع يازاء عمله بالنسبة فإنه حينئذ لا أثر شرعى

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢٥١

فيحتمل القرعة فى المقدار الزائد (١) و يحتمل الصلح القهرى.

[(مسألة ٣): لو اقتلعا شجرة أو اغترفا ماء بآنية واحدة أو نصبا معا شبكة للصيد أو أحيا أرضا معا]

(مسألة ٣): لو اقتلعا شجرة أو اغترفا ماء بآنية واحدة أو نصبا معا شبكة للصيد أو أحيا أرضا معا، فان ملك كل منهما نصف منفعة بنصف منفعة الآخر اشتركا فيه بالتساوى، و إلا- فلكل منهما بنسبة عمله و لو بحسب القوة و الضعف. و لو اشتبه الحال فكالمسألة السابقة (٢) و ربما يحتمل التساوى مطلقا (٣)، لصدق اتحاد فعلهما فى السببية.

يترتب على الزيادة و عدمها، إذ الأثر إنما يترتب على مقدار نسبة عمل كل منهما إلى المجموع و هى لا تثبت بأصالة عدم الزيادة، على انها معارضة بأصالة عدم التساوى حيث ان كلا منها أمر حادث.

و عليه فلا بد من الرجوع إلى القرعة أو الصلح القهرى.

(١) قد عرفت انه لا مجال للرجوع إلى القرعة أو الصلح القهرى عند الشك فى مقدار الزيادة إذا كان استحقاق الآتى بالزيادة من جهة الجعالة لا بأصل الإجارة و اما إذا كان بأصل الإجارة كما ذهب اليه الماتن (قده) فالرجوع إلى القرعة انما يكون فيما إذا كانت أطرافها معلومة، و أما مع جهالتها كما لو كثرت جدا بان دار أمر الزيادة بين جزء من ألف جزء إلى مائة جزء من ألف جزء، فحيث لا يمكن تعيين المحتمل بالقرعة فلا محيص عن الرجوع إلى الصلح القهرى ان لم يمكن الاختيار منه.

(٢) من الحمل على التساوى عند احتمالها، و القرعة أو الصلح القهرى عند العلم بالزيادة. و قد تقدم الكلام فيه آنفا.

(٣) ذكره صاحب الجواهر (قده) لاستناد الفعل إليهما معا

مباني العروة 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 الملكية مسببة عن العمل الخارجى بين كون العمل الصادر من الاثنين مركبا ذا اجزاء و بين كونه بسيطا لا جزء له.

ففى الأول- كالكتابة و الخياطة و البناء- لا محيص عن الالتزام بملكية كل منهما بنسبة عمله، و لا وجه للتصنيف بعد فرض اختلاف مقدار عمل أحدهما عن الآخر.

و فى الثانى يتم ما أفاده (قده)، إذ العمل الواحد البسيط مستند إليهما معا لا محالة 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 دفعة 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 الشبكة المؤدى إلى الاستيلاء على السمكة اثر وحدانى بسيط يستند إليهما على حد سواء و ان اختلفا فى نسبة صنعها فإنه لا اثر له.

و على ما ذكرنا جرى الأصحاب فى موارد الضمانات و غيرها، فذكروا انه إذا أتلف اثنان مال ثالث ضمنناه بالسوية بحيث يكون على كل منهما نصف قيمته مطلقا و ان كان فعل أحدهما أقوى من صاحبه كما لو كانت ضربته أقوى من ضربة الآخر، و ذكروا أيضا ان القاتلين لثالث يشتركان فى قصاصه أو ديته و ان كان القتل حاصلًا من ضربة واحدة من أحدهما و ضربتين من الآخر.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢٥٣

و اندراجهما فى قوله «من حاز ملك» (١) و هو كما ترى.

[مسألة ٤]: يشترط - على ما هو ظاهر كلماتهم - فى الشركة العقدية

(مسألة ٤): يشترط - على ما هو ظاهر كلماتهم - فى الشركة العقدية، مضافا إلى الإيجاب و القبول، و البلوغ و العقل، و الاختيار، و عدم الحجر لفسل أو سفه، امتزاج المالين (٢) سابقا على العقد أو لاحقا، بحيث لا يتميز

و ليس ذلك الا لكون الإتلاف و القتل فعلا بسيطا مستندا إليهما على حد سواء فكلامهم (قده) هذا فى أبواب الضمانات و القصاص و الديات يشهد بما اخترناه من الحكم بالتصنيف مع بساطة الفعل فيما نحن فيه من موارد سببية الفعل للملك، لوحدة 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) «للعين ما رأت و ليد ما أخذت».

(٢) و الكلام فيه ينبغى ان يقع فى مقامين:- الأول: فى مقام الثبوت و إمكان أخذ الامتزاج شرطًا فى الشركة العقدية.

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 العروة 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 المعترين للمزج عدم تحقق الشركة إلا بعده، و من هنا فلا موجب لحمله على الكاشفية بل هو شرط مقارن- فى 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 الشركة الظاهرية- على ما التزم به الماتن (قده) كمزج الدرهم بمثلها فهو أمر معقول و لا بأس به.

و لعله هو مراد الجماعة من الامتراج، لا- سيما من لم يشترط فيه اتحاد الجنس و الوصف، بان يقال بان الامتراج هذا و ان لم يكن موجبا للشركة الواقعية إلا انه حيث لحق العقد أو لحقه العقد أوجب الشركة بينهما حقيقة.

أما المقام الثانى: فالظاهر عدم انعقاد الإجماع على اعتباره، و ان ورد ذلك فى كلمات بعض كالعلامة (قده).

و الذى يكشف عن صحه ما ذكرناه عدم تعرض أكثر القدماء من الأصحاب لهذه المسألة بالمره، إذ لم يرد فى كلمات كثير منهم ذكر لها، نعم تعرض لها جملة منهم الا ان عباراتهم قاصره عن إثبات الإجماع على اعتبار الامتراج.

فقد ذكر القاضى (قده) فى الجواهر ان صحه الشركة مع الامتراج

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢٥٥

أحدهما من الآخر، من النقود كانا أو من العروض.

بل اشترط جماعة 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 الشركة العقديه، إذ غايه ما تدل عليه هو انعقاد الإجماع على صحه الشركة مع الامتراج لا بطلانها مع عدمه، و بينهما بون بعيد.

و مثله المحكى عن الشيخ (قده).

و اعتبر ابن زهرة (قده) فى الغنية 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 للشركة 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 الكريمة و النصوص الشريفة.

و الذى يتحصل مما تقدم انه لا طريق لإحراز الإجماع التعبدى على اعتبار الامتراج، و حينئذ فمقتضى القاعدة كما مال اليه الماتن

(قده) هو القول بعدم اعتباره في الشركة بقول مطلق.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢٥٦

عدم اعتباره (١)، بل يكفي الامتزاج على وجه لا يتميز أحدهما من الآخر، كما لو امتزج دقيق الحنطة بدقيق الشعير و نحوه، أو امتزج نوع من الحنطة بنوع آخر. بل لا يبعد كفاية امتزاج الحنطة بالشعير و ذلك للعمومات العامة، كقوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (١). و قوله (ع): «المؤمنون عند شروطهم» (٢) و غيرهما بل لو لا ظهور الإجماع على اعتبار الامتزاج أمكن منعه مطلقاً، عملاً 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، في غير صورة الامتزاج الذي هو المتيقن. هذا و يكفي في الإيجاب و القبول كل ما دل على الشركة من قول أو فعل.

[مسألة (٥): يتساوى الشريكان في الربح و الخسران]

(مسألة ٥): يتساوى الشريكان في الربح و الخسران

(١) لانه و ان ذكر في كلمات بعضهم، إلا ان جملة منهم كالشيخ (قده) لم يعتبره صريحا و من هنا فإثباته بالدليل مشكل جدا، لفقدان الدليل اللفظي و عدم تمامية الإجماع، بل و مخالفته للعمومات.

(١) سورة المائدة، آية ١.

(٢) الوسائل: ج ١٥ باب ٢٠ من أبواب المهور ح ٤.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢٥٧

مع تساوى المالكين، و مع زيادة فبنسبة الزيادة 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 في العقد زيادة لأحدهما، فإن كان للعامل منهما أو لمن عمله أزيد، فلا اشكال و لا خلاف عندهم في صحته (٢) أما لو شرطا لغير العامل منهما أو لغير من عمله أزيد ففي صحة الشرط و العقد، و بطلانهما، و في صحة العقد و بطلان الشرط - فيكون كصورة الإطلاق -

(١) و هو واضح لقاعدة تبعية النماء و الربح في الملك للأصل، نظرا لكون نسبتها إلى المالكين على حد واحد.

(٢) بل ادعى عليه الإجماع في بعض الكلمات صريحا، و الوجه فيه رجوعه إلى اشتراط عقد المضاربة في ضمن عقد الشركة و هو لا محذور فيه حتى و لو كان رأس المال من غير النقدين، إذ ان اعتباره فيها انما كان للإجماع الذي ادعى عليه، و هو في المقام مفقود، بل الإجماع قائم على عدم اعتباره في المقام حيث لم ينسب الخلاف في صحته إلى احد من الأصحاب.

و الحاصل: انه لا ينبغي الإشكال في صحة هذا العقد مع الشرط، لانه شرط سائغ و مشروع في حد ذاته، و اعتبار كون رأس المال من النقدين - إن تم - فهو انما يعتبر في المضاربة المستقلة دون ما كان في ضمن عقد الشركة.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢٥٨

أقوال، أقواها الأول (١) و كذا لو شرطا كون الخسارة 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 في مقابلتها ليس تجارة،

(١) بل الأخير لمخالفة الشرط لمقتضى السنة 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 وللآخر الثلث مع تساويهما فى المالىن، حكم ببطلانها، لمخالفة الشرط لمقتضى عقدها، واما الربح فعقد الشركة أجنبى عنه تماما، و تساويهما فيه بالنسبة انما ثبت بدليل خارجى هو ما دل على تبعية النماء لأصل المال فى الملكية، لا بعقد الشركة.

و من هنا فان كانت هناك مخالفة فى الشرط فهى مخالفته للسنة 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 للسنة حيث ان مقتضاها تبعية 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

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢٥٩

.....

بالفعل و مملوكا له، كما لو كان ربحا لتجارة 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 شرطا إذ لا يصح تمليك المعدوم و كان من الشرط المخالف لمقتضى السنة، إلا ما أخرجه الدليل كالمضاربة و المزارعة و المساقاة.

و لذا لم يتوقف أحد فى بطلان هذا الشرط إذا أخذ فى ضمن عقد آخر كالبيع و الإجارة و نحوهما بان يشترط البائع على المشتري فى عقد بيع الدار- مثلا- أن يكون أرباح بستانه له، فإنه فاسد جزما، إذ الشرط لا يكون مشرعا و انما أدلته تنظر إلى لزوم الوفاء به فيما يكون سائغا و مشروعا فى نفسه.

و الحاصل: أن اشتراط احد الشريكين الزيادة فى الربح من دون ان يكون ذلك فى قبال عمل أو زيادة فيه، من الشرط المخالف و محكوم بالفساد لا محالة، الا أن ذلك لا يؤثر على العقد شيئا فإنه محكوم بالصحة لما عرفته فى محله من أن التحقيق يقتضى عدم سراية فساد الشرط إلى العقد نفسه.

ثم انه قد يفصل فى المقام بين ما إذا كان الشرط ملكية أحدهما الزيادة ابتداء و بنفس العقد بحيث ينتقل ذلك المقدار من الربح إليه مباشرة، فيحكم ببطلانه لمخالفته للسنة، 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 للسنة نظرا لعدم منافاته لقانون تبعية الربح الأصل المال فى الملكية. فان كلا منهما

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢٦٠

.....

يملك من الربح بنسبة ماله إلى المجموع، ثم ينتقل ما اشترط من الزيادة من المشروع عليه إلى المشروع له. الا- ان فساداه يظهر مما تقدم، فإنه مخالف للكتاب و السنة 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 محالة لأن أدلته ليست بمشرفة.

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 الإلهية، لكن ذلك لا يوجب فساد العقد أيضا، فإنه محكوم بالصحة.

و يقتضيه مضافاً إلى ما بيناه في محله، صحيحة رفاعه قال:

«سألت أبا الحسن موسى (ع) عن رجل شارك رجلاً في جارية له و قال: إن ربحتنا فيها فلك نصف الربح، و ان كانت وضيعة فليس عليك شيء فقال: لا أرى بهذا بأساً إذا طابت نفس صاحب الجارية» (١).

فإنها دالة على صحة العقد في ظرف فساد الشرط المأخوذة 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 الشركة، لاستلزامه المنافاة مع قوله (ع): «إذا طابت نفس صاحب الجارية»: فإنه يكون لغوا محضاً، لان المفروض انه هو الذي طلب

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ١ من أبواب أحكام الشركة، ح ٨.

مباني العروة 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 مشترك الورد إذ لازمه عدم وجوب الوفاء

من الآخر ذلك.

بل المشار إليه بأداة الإشارة انما هو نتيجة الشرط اعنى احتساب تمام الوضعية على نفسه و عدم تحميل صاحبه شيئاً منها.

و من هنا تكون الرواية دالة على فساد الشرط إذ لولاه لكان مجبوراً على ذلك سواء أطابت نفسه به أم لا.

و بعبارة اخرى: ان إناطة 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 عبارة اخرى عن فساد الشرط و إلا فلا وجه لاعتبار طيب النفس في الحكم.

إذن: تكون الرواية دالة 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 في المقام غير الزيادة في الربح، بان اشترط أحدهما على الآخر عملاً- أو مالا معيناً لم يكن من الأكل بالباطل جزماً.

و الحاصل: ان الأكل المستند إلى التمليك بالرضا في ضمن عقد سائغ مع وجوب الوفاء به لا يكون من الأكل بالباطل.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢٦٢

به في صورة العمل أو زيادته (١). و ثانياً: بأن غاية الأمر جواز فسخ العقد فيسقط وجوب الوفاء بالشرط (٢) و المفروض في صورة 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، لأنه خلاف مقتضاه (٤). نعم لو شرط كون تمام الخسارة

و من هنا فلو كان عموم: «المؤمنون عند شروطهم» شاملا له، لكان الشرط محكوما بالصحة بلا اشكال.

(١) و الحال انك قد عرفت انه لم ينسب الخلاف في صحته إلى أحد من الأصحاب.

(٢) على ما عرفت بيانه مفصلا في كتاب المضاربة.

(٣) و لذا ذكرنا في كتاب المضاربة ان الفسخ لا يؤثر بالنسبة إلى الأرباح السابقة عليه شيئا، بل يوزع الربح بينهما بالنسبة التي اتفقا عليه في العقد.

(٤) لم يظهر لنا وجه التفصيل بين اشتراط تمام الربح لأحدهما و اشتراط بعضه، فإنه يجري فيه ما قيل في اشتراط البعض من انه ليس منافيا لمقتضى العقد و انما هو مناف لمقتضى إطلاقه خاصة، فلا فرق بينهما من هذه الجهة.

على انك قد عرفت انه ليس منهما معا فان العقد أجنبي عن الربح تماما، فإنه لا يقتضى إلا اشتراكهما في المالكين في قبال اختصاص كل منهما بأحدهما.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢٦٣

على أحدهما، فالظاهر صحته (١) لعدم كونه منافيا.

[مسألة ٦: إذا اشترط في ضمن العقد كون العمل من أحدهما أو منهما مع استقلال كل منهما أو مع انضمامهما]

(مسألة ٦): إذا اشترط في ضمن العقد كون العمل من أحدهما أو منهما مع استقلال كل منهما أو مع انضمامهما

نعم يبقى فيه ما ذكرناه في اشتراط البعض من كونه منافيا للسنة حيث يقتضى المنع من تملك المعدوم بالفعل، فإنه لو لا هذه الجهة لوجب الالتزام بصحة الشرط و العقد معا كما التزم به الماتن (قده) في اشتراط البعض.

ثم انه لو قلنا بفساد الشرط لمخالفته لمقتضى العقد - كما أفاده الماتن (قده) لم يكن محيص عن الالتزام بفساد العقد أيضا، إذ لا يجري فيه ان فساد الشرط لا يسرى إلى العقد، فإنه انما يتم في الشروط الخارجية عن مفاد العقد، و اما الشروط المنافية لمقتضاه ففسادها يستدعي فساد العقد لا - محالة، لرجوعه إلى إنشاء أمرين متناقضين، كما لو باعه الدار على ان لا يملك، و هو يرجع في الحقيقة إلى عدم البيع.

(١) بل الظاهر بطلانه، و ذلك لا لكونه منافيا لمقتضى العقد، إذ قد عرفت أن مفهوم الشركة أجنبي عنها و عن الربح بالمرّة، فإنه ليس إلا تبديل عنوان الاختصاص بعنوان الاشتراك فقط، و اما كون الربح أو الخسارة بينهما فهو أمر خارج عنه و لا علاقة له به.

بل لكونه منافيا للكتاب و السنة، فان كون خسارة 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 العروة 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 التجارة لم يجز التعدي عنه، و كذا مع تعيين كيفية خاصة (١) و ان كان مطلقا فاللازم الاقتصار على

المتعارف (٢) من حيث النوع و الكيفية. و يكون حال المأذون حال العامل في المضاربة، فلا يجوز البيع بالنسيئة، بل و لا الشراء بها، و لا يجوز السفر بالمال، و ان تعدي عما عين له أو عن المتعارف ضمن الخسارة و التلف (٣)، و لكن يبقى الأذن بعد

إذن: فالظاهر في جميع هذه الموارد- اشتراط الربح تماما أو بعضا و الخسارة كذلك لأحدهما أو عليه- بطلان الشرط خاصة و من دون سراية إلى العقد نفسه، و بذلك يكون حال هذه الصور حال صورة الإطلاق حيث يتقاسم الشريكان الربح و الخسران بنسبة ماليهما إلى المجموع.

(١) لاختصاص الأذن بها و انتفاءه عن غيرها.

(٢) للانصراف إليه عند عدم التعيين.

(٣) أما مع التلف فلا ينبغي الإشكال في ضمانه. فإنه و بتصرفه تصرفا غير مأذون فيه يكون متعديا و متلفا لمال الغير فيضمنه لا محالة. الا ان معه لا مجال لبقاء الأذن على حاله، لارتفاعه بارتفاع موضوعه اعنى تلف المال.

و أما مع الخسارة فما أفاده (قده) لا يمكن المساعدة عليه. إذ لا وجه لضمانه لها بالمرّة، فإن العقد الصادر على خلاف ما عين له أو

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢٦٥

التعدى (١) أيضا، إذ لا ينافي الضمان بقاءه، و الأحوط مع إطلاق الإذن ملاحظة المصلحة و ان كان لا يبعد كفاية عدم المفسدة (٢).

المتعارف، لما لم يكن عقدا مأذونا فيه، كان عقدا فضوليا لا محالة و معه فيتخير المالك الشريك بين أجازته و قبض الثمن المسمى خاصة و بين رده و المطالبة بماله على تقدير كونه موجودا و بدله على تقدير تلفه.

و على كلا التقديرين فلا يضمن الشريك البائع الخسارة.

نعم ضمان العامل للخسارة في فرض التعدى حكم ثابت في المضاربة على خلاف القاعدة، للنصوص الخاصة حيث دلت على صحة المعاملة عند مخالفة العامل المضارب لصاحب المال فيما اشترط عليه مع كون الربح- على تقديره- بينهما و الخسارة عليه خاصة.

الا ان التعدى عنها إلى كل مورد يتصرف فيه أحد في مال غيره بغير إذنه يحتاج إلى الدليل و هو مفقود.

(١) في 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 بالمصلحة للمالك، بل يكفي فيه ما يخلو عن المفسدة له. فإنه الخارج عن الإذن خاصة، و يكون الأمر في الباقي بما في ذلك ما لا مصلحة فيه، بيد العامل المأذون له بالتصرف.

و أوضح من ذلك في الجواز ما إذا كان أصل البيع مقرونا بالمصلحة و كان الفرد المختار من بين سائر الأفراد فاقدا لها بحيث لم يكن فيه

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢٦٦

[مسألة (٧): العامل أمين]

(مسألة ٧): العامل أمين، فلا يضمن التلف ما لم يفرط أو يلف أو يتعدى (١).

[مسألة (٨): عقد الشركة من العقود الجائزة]

(مسألة ٨): عقد الشركة من العقود الجائزة (٢)،

مصلحة زائدة على مصلحة أصل البيع، فإنه لا ينبغي فيه الإشكال في الجواز. فان تطبيق الكلى على الافراد الخارجية بيد العامل المأذون جزما و لا يحتاج فيه إلى وجود المصلحة قطعا.

(١) و هو واضح، فان الضمان انما يثبت بالإتلاف أو اليد إذا كانت عدوانية، فلا يثبت مع كونها يد أمانة و عدم استناد التلف اليه.
(٢) توضيح الحال في المقام: ان الشركة إن لوحظت بالقياس إلى أصل المال و كونه غير مختص بأحدهما- سواء في ذلك الشركة الاختيارية أو غير الاختيارية مع القصد أو لا- معه- فهي لا- تنسخ ما لم تتحقق القسمة في الخارج، و لا تتبدل الملكية الاشتراكية بالملكية الاختصاصية إلا بها.

و لكل منهما المطالبة بذلك في جميع موارد بلا اشكال فيه و لا خلاف.
و تدل عليه السيرة القطعية العقلائية و المتشرعية المتصلة بعهد المعصوم (عليه السلام)، فإنه ليس لبعض الورثة الامتناع من التقسيم و المطالبة بالبقاء التركة على حالها بعد مطالبة غيره به، بل لا بد من استجابته اليه.
و من هنا يظهر انه ليس معنى الجواز في المقام هو ارتفاع الشركة و زوالها بالفسخ فإنها موجودة ما لم تتحقق القسمة في الخارج، و انما هو بمعنى جواز مطالبة كل منهما بالقسمة و عدم جواز امتناع صاحبه منها.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢٦٧

فيجوز لكل من الشريكين فسخه، لا بمعنى أن يكون الفسخ موجبا للانفاسخ من الأول أو من حينه بحيث تبطل الشركة، إذ هي باقية ما لم تحصل القسمة، بل بمعنى جواز رجوع كل منهما عن الأذن في التصرف الذي بمنزلة عزل الوكيل عن الوكالة، أو بمعنى مطالبة القسمة. و إذا رجع أحدهما عن أذنه دون الآخر- فيما لو كان كل منهما مأذونا- لم يجز التصرف للآخر، و يبقى الجواز بالنسبة إلى الأول و إذا رجع كل منهما عن أذنه لم يجز لواحد منهما. و بمطالبة القسمة يجب القبول على الآخر، و إذا أوقعا الشركة على وجه يكون لأحدهما زيادة في الربح أو نقصان في الخسارة يمكن الفسخ (١).

و ان لوحظت بالقياس إلى الربح الحاصل من التجارة، فحيث ان استحقاق الربح لم يكن من جهة عقد الشركة و مقتضاها، و انما كان من جهة 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 العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢٦٨

بمعنى ابطال هذا القرار، بحيث لو حصل بعده ربح أو خسران كان بنسبة المالكين على ما هو مقتضى إطلاق الشركة.

[مسألة ٩): لو ذكر في عقد الشركة أجلا لا يلزم فيجوز لكل منهما الرجوع قبل انقضائه]

(مسألة ٩): لو ذكر في عقد الشركة أجلا لا يلزم فيجوز لكل منهما الرجوع قبل انقضائه (١). الا أن يكون مشروطا في عقد لازم فيكون لازما (٢).

[مسألة ١٠): لو ادعى أحدهما على الآخر الخيانة أو التفریط في الحفظ فأنكر]

(مسألة ١٠): لو ادعى أحدهما على الآخر الخيانة أو التفريط في الحفظ فأنكر، عليه الحلف مع عدم البيئة (٣).

إسقاطه أو رفع من عليه الشرط يده عن الأذن في التصرف، إذ به يرتفع موضوع كون الزيادة للشارط، نظرا لكونها تابعة لجواز التصرف في المال و صحة المعاملة.

لكنك قد عرفت في المسألة السادسة بطلان هذا الاشتراط من أساسه نظرا لكونه مخالفا للسنة، و من هنا فيكون الربح أو الخسران بينهما على نسبة المالين من غير حاجة إلى الطريقتين السابقتين.

(١) و الوجه فيه ظاهر، فإن الشركة من العقود الإذنية، و لا ملزم للشريك للبقاء على إذنه، بل له رفع اليد عنه متى شاء كما هو الحال في الوكالة، و تعيين الأجل في العقد الأذنى يرجع إلى تعيين الأجل للإذن و لا ريب في 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 بالبيئة و إلا فليس على المنكر إلا اليمين.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢٦٩

[مسألة ١١: إذا ادعى العامل التلف]

(مسألة ١١): إذا ادعى العامل التلف، قبل قوله مع اليمين لأنه أمين (١).

[مسألة ١٢: تبطل الشركة بالموت و الجنون]

(مسألة ١٢): تبطل الشركة بالموت (٢) و الجنون (٣)

(١) على ما هو المشهور بين الأصحاب، لكنك قد عرفت في كتاب الإجارة عند التعرض لدعوى الأجير تلف مال الإجارة، أن مقتضى النصوص الواردة في دعوى الأمين التلف هو التفصيل بين كونه متهما و عدمه ففي الأول يلزم بالبدل ما لم يقيم البيئة على العدم في حين يقبل قوله في الثاني مع يمينه ما لم يقيم المدعى البيئة.

(٢) بلا اشكال فيه و لا خلاف، فان جواز تصرف العامل في 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- الورثة.

و كذا الحال فيما لو كان العقد مع ولي شريكه، فان موته يمنعه من جواز التصرف في المال المشترك، ما لم يأذن الولي الجديد في ذلك فان إذن الأول انما يختص بدور ولايته، فإذا انتفت بموته و انتقلت إلى غيره، بطل اذنه و احتاج جواز التصرف فيه إلى إذن من له الولاية على الشريك بالفعل.

(٣) فان حكم المجنون حكم الحيوانات من حيث فقدانه للأهلية، و حيث ان جواز التصرف متوقف على الأذن بقاء و هو منتف في المقام نظرا لانعدام أهليته، فلا محيص عن الالتزام ببطلان الشركة و عدم جواز تصرف الآخر في المال المشترك.

و الحاصل: انه انما يحكم على الأذن الصادر من احد بالبقاء،

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢٧٠

و الإغماء (١)، و الحجر بالفلس أو السفه (٢) بمعنى:

أنه لا يجوز للآخر التصرف، و أما أصل الشركة فهي باقية (٣) نعم يبطل أيضا ما قرراه من زيادة أحدهما في النماء بالنسبة إلى ماله أو

نقصان الخسارة كذلك (٤) و إذا تبين بطلان الشركة فالمعاملات الواقعة قبله محكومة بالصحة، و يكون الربح على نسبة المالكين، لكفاية 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 أهلية المجنون.

(٢) يظهر وجهه مما تقدم، فان جواز الأذن متوقف على صلاحية الآذن و أهليته للقيام بذلك التصرف مباشرة، و حيث انه مفقود في المقام: فلا اعتبار بأذنه.

و بعبارة اخرى: ان العقود الجائزة متقومة بالإذن حدودا و بقاء فتنتفى بمجرد انتفائه، و حيث ان المحجور عليه ليس له التصرف في ماله فليس له حق الأذن في ذلك فعلا- بقاء- أيضا، و معه فلا يجوز للمأذون سابقا التصرف فيه لانتفاء الأذن الفعلي و عدم تأثير الإذن السابق.

(٣) غاية الأمر انها في فرض الموت تكون بينه و بين الورثة لانتقال المال إليهم.

(٤) لاختصاصه على تقدير صحته بالإذن السابق و المفروض انتفائه الا

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢٧١

حصوله (١)، نعم لو كان مقيدا بالصحة، تكون كلها

انك قد عرفت ان هذا الشرط باطل على كل تقدير.

(١) و قد تقدم نظيره في المضاربة، حيث ذكرنا ان بطلانها لسبب من الأسباب لا ينافي صحة المعاملات الواقعة على مال المالك بعد أن كانت صادرة عن إذنه.

نعم لا يستحق العامل- في الفرض- الحصة المعينة له في العقد، فإنه فرع صحته و المفروض بطلانه، إلا ان ذلك لا يعنى ذهاب عمله هدرًا، فإنه عمل مسلم محترم صدر عن أمر الغير لا على وجه المجانية فيكون ضامنا له لا محالة، و بذلك فيستحق العامل اجرة المثل. و هذا الكلام بعينه يجرى في المقام، فإن صحة العقد الصادر من الشريك العامل غير متوقفة على صحة عقد الشركة بالمرّة، و انما هي متوقفة على تحقق الأذن من الشريك الثاني في التصرف، المفروض وجوده، فيحكم بصحته لا محالة، و بذلك يستحق العامل اجرة المثل على عمله نظرا لصدوره عن أمر الغير لا على وجه التبرع كما إذا اشترط الزيادة للعامل و اما مع عدمه فلا يستحق شيئا لأنه متبرع بعمله.

بقي إن نعرف في المقام أن فساد عقد الشركة قد يفرض من جهة فقدان العاقد لبعض الشروط المعبرة في صحته كالبلوغ و العقل، و قد يفرض من جهة فقدان العقد لبعض الشروط المعبرة فيه كالمزج بناء على القول باعتباره.

و الظاهر أن موضوع كلام الماتن (قده) في المقام هو الثاني- و ان كان ذلك لا يلتئم مع سياق عبارته- إذ فيه يأتي ما ذكره (قده) من فساد عقد الشركة مع صحة المعاملات الصادرة من العامل و استحقاقه اجرة المثل.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢٧٢

فضوليا بالنسبة الى من يكون إذنه مقيدا (١).

الا انه يرد عليه انه لا وجه لتقييد الحكم بالمعاملات الواقعة قبل تبين بطلان الشركة و العلم به، بل ينبغي الحكم بالصحة مطلقا كانت

المعاملة صادرة قبل العلم بالبطلان أو بعده، فإنه لا اثر لذلك بعد ان كان المعيار فيه هو صدورها عن إذن المالك، فإنه موجود في كلا الفرضين على حد سواء، إذ لا منافاة بين العلم بالفساد وبقاء الأذن.

نعم لو كان موضوع كلامه (قده) هو الأول على ما يشهد له سياق عبارته (قده) حيث ذكر ذلك بعد تعرضه للبطلان بفقد شيء من الشرائط المعتبرة في العاقد - فما أفاده (قده) من بطلان المعاملات الواقعة بعد العلم بالفساد، و ان كان صحيحا، إلا انه يستلزم انعكاس الاشكال السابق، حيث ان لازم ذلك الحكم بفساد المعاملات الصادرة منه قبل العلم بالفساد أيضا، إذ لا عبرة بإذن المجنون أو الصغير أو المحجور عليه، فإنه من هؤلاء مساوق للعدم.

و الحاصل: انه لا وجه لما أفاده (قده) من التفصيل بين المعاملات الصادرة من العامل قبل العلم بفساد عقد الشركة، و الصادرة بعد العلم به، فان الحكم على كلا التقديرين واحد، فان الفساد إذا كان ناشئا من جهة فقدان العاقد لبعض الشروط المعتبرة فيه، تعيين الحكم ببطلان المعاملات الصادرة من العامل سواء في ذلك الصادرة منه قبل علمه بالفساد أم بعده. و إن كان ذلك ناشئا من جهة فقدان العقد لبعض الشروط المعتبرة فيه، تعيين الحكم بصحتها مطلقا، صدرت منه قبل علمه بالفساد أم بعده.

(١) لفقدانه لإذن المالك و من هنا فإن أجاز العقد بعد ذلك

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢٧٣

و لكل منهما أجره مثل عمله (١) بالنسبة إلى حصة الآخر إذا كان العمل منهما و ان كان من أحدهما فله أجره مثل عمله.

فهو و الا حكم ببطلانها.

(١) الظاهر رجوع هذه الفقرة إلى فرض عدم بطلان المعاملات اعنى عدم كون الأذن مقيدا بصحة الشركة، فإن الشريك العامل حينئذ يستحق أجره مثل عمله بالنسبة إلى حصة صاحبه مضافا إلى ما يأخذه من ربح حصته - كما عرفت - و عليه فيكون قوله (قده) (نعم لو كان مقيدا. إلى قوله يكون إذنه مقيدا) جملة معترضه و الا - فلا وجه لإثبات أجره المثل في فرض عدم الأذن في المعاملة و كونها فضولية محضة إذ لا موجب لضمان المالك حتى على تقدير أجازته لتلك المعاملات و الربح فيها - على ما عرفته مفصلا في كتاب المضاربة.

و مما يشهد لما ذكرناه انه (قده) لم يفرض الفضولية من الطرفين فقد يكون أحدهما كذلك و الآخر مأذونا، و معه فلا وجه لاستحقاق كل منهما الأجره بالنسبة إلى حصة صاحبه، فإنه إنما ينسجم مع كون الأذن من كل منهما غير مقيد بصحة الشركة.

على ان إطلاق استحقاق كل منهما أجره مثل عمله، يعم فرض اجازة المالك للعقد الفضولي و عدمها، و هو مما لا يمكن الالتزام به في فرض الرد جزما و ان التزم (قده) به في فرض الإجازة في كتاب المضاربة، 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 في المقام يستحق كل من العاملين على صاحبه أجره

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢٧٤

[مسألة (١٣): إذا اشترى أحدهما متاعا و ادعى أنه اشتراه لنفسه و ادعى الآخر انه اشتراه بالشركة]

(مسألة ١٣): إذا اشترى أحدهما متاعا و ادعى أنه اشتراه لنفسه و ادعى الآخر انه اشتراه بالشركة، فمع عدم البيئه القول قوله مع اليمين، لأنه أعرف بنيته (١). كما أنه كذلك لو ادعى انه اشتراه بالشركة و قال الآخر انه اشتراه لنفسه، فإنه يقدم قوله أيضا، لأنه أعرف، و لأنه أمين (٢).

مثل عمله في حصته إذا كان العمل منهما معا و إلا فالعامل منهما خاصة لصدوره عن أمره به لا على سبيل التبرع و المجانية، إذ لا يذهب عمل المسلم هدرا حيث لم يسلم له شرطا الزيادة في الربح نظرا لفساده بفساد العقد.

الا ان هذا انما يتم فيما إذا كانت الزيادة مشروطة 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 اجرة 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 الحقيقة انما يستحق أقل الأمرين من الزيادة و اجرة المثل.

(١) بل لظهور إطلاق البيع و العقد و بطبعه الأولى في كونه للعاقد نفسه، و كونه للغير تقييد يحتاج إلى مؤنة زائدة، و من هنا فعلى مدعيه الإثبات و إلا فالأصل عدمه.

(٢) بل للسيرة العقلانية و المتشرعية القطعية على قبول قول الوكيل

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢٧٥

.....

فيما هو وكيل فيه، و دخوله تحت قاعدة: «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 العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢٧٧

[كتاب المزارعة]

إشارة

كتاب المزارعة

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢٧٩

بسم الله الرحمن الرحيم كتاب المزارعة و هي المعاملة على الأرض بالمزارعة بحصة من حاصلها و تسمى مخابرة أيضا، و لعلها من الخبرة بمعنى النصيب، كما يظهر من مجمع البحرين. و لا إشكال في مشروعيتها، بل يمكن دعوى استحبابها، لما دل على استحباب الزراعة 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 في الأعمال شيء أحب إلى الله من الزراعة، و ما بعث الله نبيا إلا زارعا إلا إدريس (ع) فإنه كان خياطا» (١) و في آخر عن أبي عبد الله (ع): «الزارعون كنوز الأنعام يزرعون طيبا أخرجه الله و هم يوم القيامة أحسن الناس مقاما و أقربهم منزلة يدعون المباركين» (٢) و في خبر

(١) هذه الدعوى عهدتها على مدعيها، فان الظاهر من كلمة

(١) الوسائل: ج ١٢ باب ١٠ من أبواب مقدمات التجارة ح ٣.

(٢) الوسائل: ج ١٣ باب ٣ من أبواب كتاب المزارعة و المساقاة، ح ٧.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢٨٠
 عنه (ع) قال: «سأل النبي (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 الصلاة و يؤتى الزكاة. 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 بمنزلة 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
 مدبرة و تروح مدبرة، لا يأتى خيرها الا من جانبها الأشأم أما أنها لا تعدم

«الزراعة» 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 استحبابه من باب كونه مقدمة لأمر مستحب فى نفسه، و اعانه عليه فيدخل فى قوله تعالى «وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَ
 التَّقْوَى»، الا- انه خارج عن محل الكلام، فان الكلام انما هو فى استحبابه بعنوان المعاملة و المزارعة، لا استحبابه مطلقا و تحت اى
 عنوان كان و لو كان ذلك هو عنوان الإعانة على أمر محبوب و مرغوب عند الشارع المقدس.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢٨١
 الأشقياء الفجرة» «١» و عنه (ع) «الكيمياء الأكبر الزراعة» «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 المزارعة مكروهة، فقال: ازرعوا فلا
 و الله ما عمل الناس عملا أحل و لا أطيب منه» «٤». (١)

(١) هذه الرواية قد رواها المشايخ الثلاثة. غير أن الصدوق (قده) قد رواها عن ابن سيابة، و الكلينى و الشيخ (قدس سرهما) قد رواها
 عن سيابة، و كذا فى الوافى و الوسائل.

و الظاهر ان نسخة الصدوق (قده) خطأ، إذ لا وجود لابن سيابة- بهذا العنوان- فى غير هذا الموضوع من كلامه (قده) فضلا عن غيره.
 نعم لسيابة ولدان عبد الرحمن و صباح- و الأول أكثر رواية من أخيه- الا انه لم يرد فى شىء من النصوص ذكرهما بعنوان ابن سيابة
 بقول مطلق، و انما هما يذكران باسمهما الخاص (عبد الرحمن بن سيابة و صباح بن سيابة).
 إذن فالصحيح هو سيابة- صاحب الكتاب- وفاقا للكلينى (قده) الذى هو أضبط نقلا من الصدوق (قده) لا سيما بعد موافقة الشيخ
 (قده)

(١) الوسائل: ج ٨ باب ٤٨ من أبواب أحكام الدواب ح ١.

(٢) الكافي: ج ٥ ص ٢٤١.

(٣) الوسائل: ج ١٣ باب ٣ من أبواب المزارعة و المساقاة ح ٢.

(٤) الوسائل: ج ١٣ باب ٣ من أبواب المزارعة و المساقاة ح ١.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢٨٢

و يستفاد من هذا الخبر ما ذكرنا من أن الزراعة أعم من المباشرة و التسييب (١) و أما ما رواه الصدوق مرفوعا عن النبي (ص): «أنه

نهى عن المخابرة. قال: و هي المزارعة بالنصف أو الثلث أو الربع» (١) فلا بد من حمله على بعض المحامل، لعدم مقاومته لما ذكر (٢) و في مجمع البحرين: «و ما روى من أنه (ص) نهى عن المخابرة كان ذلك حين تنازعوا، فنهاهم عنها».

له في موضعين من التهذيب.

و عليه فتكون الرواية ضعيفة السند نظرا لعدم وثاقه سيابة.

و كيف كان: فالموجود في الكتب الثلاثة: «أسمع قوما يقولون:

ان الزراعة مكروهة» بدلا عن «اسمع قوما يقولون: ان المزارعة مكروهة»، و لا ادري أن الماتن (قده) من أين أتى بهذه النسخة.

و من هنا فيكون حالها حال سائر النصوص الواردة في المقام من حيث الدلالة على استحباب الزراعة بمعنى مباشرة الإنسان للفعل بنفسه و قد عرفت أنها أجنبية عن محل الكلام.

(١) قد عرفت منع ذلك و ان هذه الرواية ليست رواية مستقلة بإزاء تلك النصوص السابقة و انما هي مثلها.

(٢) إلا انك قد عرفت عدم تمامية شيء مما تقدم في الدلالة على استحباب المزارعة بعنوانها المستقل، و من هنا فلا تكون معارضة لهذه الرواية.

الا ان هذا لا يعنى التزامنا بالحكم بالكراهة، فإن هذه الرواية

(١) معانى الأخبار: الجزء ٢ الباب ١٣٣ الصفحة ٨٠.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢٨٣

[و يشترط فيها أمور]

إشارة

و يشترط فيها أمور:

[أحدها - الإيجاب و القبول]

أحدها - الإيجاب و القبول (١) و يكفى فيهما كل لفظ دال (٢)، سواء كان حقيقة أو مجازا مع القرينة.

ساقطة من حيث السند نظرا لكونها مرفوعة، و معه فلا تصلح للاستدلال بها على شيء.

أذن: فالصحيح ان عقد المزارعة في نفسه و كعامله مستقلة، غير متصف بشيء من الاستحباب أو الكراهة، حاله في ذلك حال سائر العقود كالبيع و الإجارة و نحوهما، و انما يتصف بالأحكام الخمسة بلحاظ ما يقترن به و يعرض عليه من الأوصاف و العناوين الخاصة فإنه و بهذا للحاظ 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 المزارعة 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 في الخارج، على ما تقتضيه قضية كونه من العقود.

(٢) و ذلك لما ذكرناه في المباحث الأصولية و غير مورد من المباحث الفقهية من أن حقيقة الإنشاء في قبال الاخبار ليست إلا إبراز أمر نفساني غير قصد الحكاية عن وقوع شيء في الخارج أو عدمه.

فان هذا الاعتبار إذا صدر ممن له الأهلية، كان موضوعا لترتب الآثار عليه.

و من هنا: فيصح الإنشاء بكل ما يكون مبرزاً و مظهراً لذلك الاعتبار عرفاً، سواء فى ذلك عقد المزارعة و غيره، فيصح الإنشاء

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢٨٤

.....

بصيغة الماضى و المضارع و الأمر بالعربية و غيرها، و لذا يصح إنشاء الملكية فى الهبة بصيغة الأمر حيث يكتفى فيها بقول الواهب للموهوب له «خذ هذا» و نحوه.

و الحاصل: ان العبرة انما هى بدلالة اللفظ على الأمر الاعتبارى الكامن فى النفس فإنه لو تمت دلالة صدق العقد عليه و شملته أدلة إمضاء ذلك العقد من قبل الشارع.

هذا مضافا إلى كفاية إطلاقات أدلة صحة المزارعة فى المقام، فإنها و بمقتضى عدم تحديدها بلفظ خاص شاملة لكل ما يصدق عليه عنوان المزارعة، أعنى اتفاق مالك الأرض و العامل على ان يعمل الثانى فى أرض الأول بشرط ان يكون الربح بينهما، سواء أ كان ذلك بالجملة الفعلية أو الماضوية أو العربية أم لم يكن.

كما ورد ذلك فى المساقاة حيث دلت صحيحة يعقوب بن شعيب على جواز إنشاءها بصيغة الأمر فقد روى عن أبى عبد الله (ع) (فى حديث) قال: «سألته عن رجل يعطى الرجل أرضه و فيها ماء أو نخل أو فاكهة، 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 معاملة فمقتضى مطلقات المزارعة- فى خصوص المقام- وقوع المعاملة بكل لفظ يكون كاشفا عن ذلك الاعتبار النفسانى، و لو كان ذلك الكاشف جملة اسمية فضلا عن كونها فعلية بصيغة المضارع أو الأمر.

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ٩ من أبواب أحكام المزارعة و المساقاة ح ٢.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢٨٥

ك «زارعتك أو سلمت إليك الأرض على ان تزرع على كذا». و لا يعتبر فيهما العربية (١) و لا الماضوية (٢) فيكفى بالفارسى و غيره، و الأمر كقوله: «ازرع هذه الأرض على كذا» أو المستقبل أو الجملة الاسمية مع قصد الإنشاء بها.

و كذا لا يعتبر تقديم الإيجاب على القبول، و يصح الإيجاب من كل من المالك و الزارع (٣). بل يكفى القبول

(١) لعدم اختصاص عقد المزارعة بالعرب خاصة، فهو عقد عقلايى يصدر من العرب و من غيرهم على حد سواء، و حيث ان من الواضح ان ما يصدر من غيرهم لا يكون بالعربية، يكون مقتضى أدلة إمضاء عقد المزارعة من قبل الشارع من غير تقييد، صحة العقد المنشأ بغير العربية.

(٢) لإطلاق دليل الإمضاء بعد كون العقد بحد نفسه عقدا عقلاييا يقع كثيرا و يتعارف فيه الإنشاء بغير الماضوية، فإن عدم التعرض إلى اعتبارها فى مقام البيان، دليل على عدم الاعتبار.

هذا كله مضافا إلى إطلاقات أدلة المزارعة، حيث لا قصور فيها عن شمول العقد الفاقد لها.

و توهم: دلالة عمومات التجارة و الوفاء بالعقود على عدم اعتبارها أيضا.

مدفوع: بما تقدم غير مرة من عدم شمولها للعقود التى تتضمن تملك أمر معدوم بالفعل، حيث تحتاج صحتها إلى دليل خاص.

(٣) بهذا يمتاز عقد المزارعة من سائر العقود، و الوجه فيه ان

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢٨٦

الفعلى بعد الإيجاب القولى على الأقوى (١). و تجرى فيها المعاطاة، و إن كانت لا تلزم الا بالشروع فى العمل (٢).

المزارعة 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 نسبة كل منهما إليه، فإنهما بالقياس اليه على حد سواء و ليس هو كسائر العقود من البيع و الإجاره و غيرها حيث تختلف نسبة طرفيها إليها، و انما هو نظير ما ذكرناه فى مسأله تمييز البائع عن المشتري فى المكاسب، من فرض عقد يتضمن مبادله الكتاب بالعباءه حيث يتساوى نسبة 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 فى مباحث المكاسب، انه لا دليل على هذا الحكم سوى الشهرة، بل مقتضى العمومات و ما دل على لزوم العقود فى غير المقام و أدله الإمضاء فى 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 بالمعاطاة.

إذن: فالمعامله المعاطاتيه هذه محكومه بالصحة و اللزوم، حالها فى ذلك حال المعامله المنشئه باللفظ.

مباني العروة 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) فى 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 فى تلك الفتره مملوكا لغيره بالإجاره أو غيرها أو كانت منفعة الأرض كذلك أو كانت مرهونه لدى الغير.

فان هذه الأمور و غيرها مما يسلب مالكيه أحد الطرفين للتصرف تمنع من صحة المزارعه.

(٢) و الحجر عليه مختص بالتصرفات الماليه فى أمواله خاصه، و الا - فله التصرف فى 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 جمله من النصوص المعبره كصحيحه الحلبي عن أبى 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 بالمزارعة بالثلث و الربع و الخمس) «١».

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ٨ من أبواب أحكام المزارعة و المساقاة، ح ٣.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢٨٨

.....

و صحيحة عبد الله الحلبي عن أبي عبد الله (ع) (قال: لا بأس بالمزارعة بالثلث و الربع و الخمس) «١». و غيرهما. حيث يستفاد منها تقوم المزارعة بكون الحاصل و ما يخرج الله من الأرض مشتركا بينهما بالنصف و الثلث و نحوهما.

خويي، سيد ابو القاسم موسوي، مباني العروة الوثقى، ٢ جلد، منشورات مدرسة دار العلم - لطفی، قم - ايران، اول، ١٤٠٩ ه ق

مباني العروة الوثقى؛ ج ١، ص: ٢٨٨

و مع قطع النظر عن دلالة هذه النصوص، يكفي في إثبات الحكم في المقام ما ذكرناه غير مرة من عدم شمول عمومات و إطلاقات الوفاء بالعقد للمزارعة و نحوها من المعاملات التي تتضمن تمليك المعدوم بالفعل، فان عدم الدليل دليل على الفساد في مثله. و عليه فالحاصل و بحكم قانون تبعية 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 التبعية، و لا يستحق العامل شيئاً اما من النتاج فواضح و اما أجره المثل فلاقدامه على التبرع بعمله على ما كان يقتضيه عقد المزارعة 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 المجانية و انما أقدم على ان يكون النتاج له، و حيث انه لم يسلم له فله اجرة 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 المزارعة و المساقاة، ح ٧.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢٨٩

[الرابع: أن يكون مشاعا بينهما]

الرابع: أن يكون مشاعا بينهما، فلو شرطا اختصاص أحدهما بنوع- كالذي حصل أولا- و الآخر بنوع آخر، أو شرطا أن يكون ما حصل من هذه القطعة من الأرض لأحدهما. و ما حصل من القطعة الأخرى للآخر، لم يصح (١).

تمام النماء من جهة تبعية النتاج للبذر لا الشرط لفساده. و لا يستحق المالك عليه شيئاً لإقدامه على إعطاء الأرض له للزرع مجانا و بلا عوض.

و ان كان الشرط كون النماء لمالك الأرض، كان النتاج للعامل لما عرفت من فساد الشرط بفساد العقد و تبعية النتاج للبذر في الملك

الا ان للمالك اجرة مثل أرضه على العامل إذا لم تزد على تمام النتاج، لانه لم يقدم على المجانية. والحاصل: انه على جميع التقادير المذكورة، يكون العقد باطلا لفقدانه شرط اعتبار كون النماء مشتركاً بينهما، وعندئذ يكون النتاج بأكمله لمالك البذر لقانون التبعية. ويستحق صاحبه عليه اجرة المثل في بعض الفروض على التفصيل المتقدم. ثم ان مما ذكرناه كله يظهر الحال فيما يأتي من المسائل مما حكم فيها الماتن (قده) بالبطلان.

(١) و يقتضيه كل ما تقدم في وجه اشتراط الاشتراك في النماء، فان الظاهر من الصحيحتين المتقدمتين تقوم المزارعة بالإشاعة في النماء بالنصف أو الثلث و نحوهما.

و مع الإغماض عنها يكفي في الحكم بالفساد عدم شمول العمومات و المطلقات الأولية لمثل هذه المعاملات، فان عدم الدليل على الصحة

مباني العروة 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 في الحكم ببطلانها.

و عليه: فيجوز فيه ما تقدم في الفرع السابق من التفصيل في استحقاق أجره المثل على العمل أو الأرض.

(١) لظهور الأدلة في معلومية الحصه بالنصف أو الثلث و نحوهما.

على انه يكفي في الحكم بالبطلان عند عدم التعيين عدم الدليل على الصحة، نظراً لما عرفت من عدم شمول عمومات و إطلاقات الوفاء بالعقد له.

هذا مضافاً إلى قصور العقد عن قابلية الحكم بالصحة، فإن ما لا تعين له في الواقع و علم الله غير قابل للتملك في نفسه، فإنه أمر تابع للاعتبار و جعل المملك، فإذا لم يكن معلوماً و لو في علم الله فلا معنى لتعلق الاعتبار به و تملكه لغيره.

إذن: فمثل هذا العقد باطل في حد نفسه لقصوره في مقام الثبوت فضلاً عن عدم الدليل عليه في 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 بصحة عقد يكون متعلقه فاقداً للتعين في الواقع، فان الالتزام بمجهول لا واقع له حتى في علم الله باطل بطبعه و لا تشمله أدلة المزارعة، و العمومات و المطلقات - بناء على شمولها لمثل هذا العقد في حد نفسه.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢٩١

أطلق بطل، نعم لو عين المزروع، أو (١) مبدأ الشروع في الزرع لا يبعد صحته (٢) إذا لم يستلزم غرراً. بل مع

و أما اعتباره بمعنى تحديد سنة الزراعة بعد معلومية نوع الزرع في مقابل إيقاعهما العقد على الزراعة المعينه في الأعم من هذه السنة و

السنة الآتية- مثلاً- بحيث يكون العمل معلوماً و المدة مجهولة في الجملة لوقوع العقد على الجامع، فهو كذلك، فان متعلق الحق و المملوك إذا كان كلياً، كان تعيينه بيد من عليه الحق- كما هو واضح-، و من هنا فقد يختلف الطرفان من حيث المدة فيختار المالك السنة الأولى- مثلاً- و الزارع السنة الثانية، 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 بطلانه.

و بعبارة أخرى نقول: يعتبر في صحة 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 السنتين مع كون الخيار له في التعيين، و الواجب على المالك تسليم أرضه للزراعة في إحدى السنتين مع كون الخيار في التعيين له أيضاً، فلا يجب على أحدهما اطاعة الآخر فيما عينه، و يحكم بفساده لا محالة.

(١) كلمة «أو» غلط جزماً و الصحيح «الواو» و يشهد له قوله (قده) بعد هذا «بل مع عدم تعيين ابتداء الشروع أيضاً».

(٢) إذ بانتهاء الزرع و حصول النتاج، يقسم الحاصل بينهما على

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢٩٢

عدم تعيين ابتداء الشروع أيضاً إذا كانت الأرض مما لا يزرع في السنة إلا مرة، لكن مع تعيين السنة (١) لعدم الغرر فيه. و لا دليل على اعتبار التعيين تعبداً، و القدر المسلم من الإجماع على تعيينها غير هذه الصورة (٢).

و في صورة تعيين المدة لا بد و أن تكون بمقدار يبلغ فيه الزرع (٣) فلا تكفي المدة القليلة التي تقصر عن ادراك النماء.

ما اتفقا عليه من النسبة، و تلغى الفترة الزائدة قهراً، و معه فلا يبقى للعامل حق في التصرف في الأرض بعد ذلك، لانتهاء المزارعة به. (١) بلا اشكال فيه، فان المزارعة لما كانت زراعة واحدة، و قد اعطى المالك العامل الحق فيها مرة واحدة متى شاء. حكم بصحتها لعدم فوات شيء على المالك.

(٢) ظاهر كلامه (قده) ان الدليل على اعتبار تعيين المدة بالأشهر و السنين، انما هو الإجماع و دليل نفي الغرر و من هنا: فقد يورد عليه بعدم الدليل على المنع من الغرر مطلقاً، إذ الثابت انما هو النهي عن البيع الغررى خاصة، و عليه فان تم إجماع محصل فهو و إلا فلا عبرة بالإجماع المنقول.

إلا انك قد عرفت اننا في غنى عن إثبات الإجماع أو الدليل على نفي الغرر مطلقاً- و ان كان الظاهر تحقق الإجماع- فإن نفس أدلة المزارعة قاصرة عن شمول ما لا تعيين فيه بالمعنيين السابقين.

(٣) بلا خلاف فيه، فان فرضها أقل من فترة بلوغ الحاصل خلاف جعل المزارعة و المقصود منها، فيكون مثل هذا الاقدام لغوا لكونه اقداما على أمر لا يتحقق في الخارج، فان النتاج لا يحصل في

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢٩٣

[السابع: ان تكون الأرض قابلة للزرع و لو بالعلاج]

السابع: ان تكون الأرض قابلة للزرع و لو بالعلاج فلو كانت سبخة لا يمكن الانتفاع بها، أو كان يستولى عليها الماء قبل أو ان إدراك الحاصل أو نحو ذلك، أو لم يكن هناك ماء للزراعة و لم يمكن تحصيله و لو بمثل حفر بئر أو نحو ذلك و لم يمكن الاكتفاء بالغيث، بطل (١).

[الثامن:- تعيين المزروع من الحنطة و الشعير و غيرهما]

الثامن:- تعيين المزروع من الحنطة 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.

المدّة المعينة في حين لم يلتزم المالك بإعطاء شيء له إزاء ما يحصل خارج تلك الفترة.

(١) كما هو ظاهر، فان مفهوم المزارعة متقوم بإمكان تحقق الزرع و قابلية الأرض له، و خروج شيء منها يكون بينهما على ما اتفقا عليه من النسبة.

(٢) في قبال قصد كل منهما نوعا غير ما قصده الآخر، إذ معه لا يتحقق مفهوم العقد، و إلا فلا دليل على اعتبار تعيين النوع في 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.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢٩٤

[التاسع: تعيين الأرض]

التاسع: تعيين الأرض (١)

(١) و تفصيل الكلام في المقام: انه لا ينبغي الإشكال في صحة المزارعة فيما إذا كانت الأرض معلومة معينة.

و كذا الحال فيما لو كانت كليا في معين، فإنه لا قصور في أدلة المزارعة عن شموله، فقد ورد في صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله (ع):

(لا- بأس بالمزارعة بالثلث و الربع و الخمس) «١» فان مقتضى إطلاقها عدم الفرق بين العقد الواقع على العين الخارجية و الواقع على الكلى في معين.

بل الإطلاقات شاملة للعقد الواقع على الكلى في الذمة، إذ يصح فيه ان يقال: ان المالك زارع العامل على ان يكون ما يخرج الله بينهما.

نعم لو زارعه على احدى القطعتين المختلفتين في الصفات بحيث تكون المزارعة في إحداهما أيسر و أسهل من الأخرى. فقد يقال: كما ذهب اليه الماتن (قده) بالبطلان، نظرا للزوم الغرر.

الا ان للمناقشة فيه مجالا واسعا، فإنه لا وجه للحكم بالبطلان فيه بعد البناء على صحة المزارعة في الكلى في المعين، فإنه من مصاديقه، فان عنوان احدى هاتين القطعتين كلى قابل للانطباق على كل منهما.

و دعوى لزوم الغرر، مدفوعة: بأنه انما يكون فيما إذا كان العوض أمرا معلوما و معينا، كما لو باعه احد الثوبين المختلفين من حيث الجنس و الوصف بخمسة دنانير. حيث لا يعلم المشتري ما يملكه بإزاء ما يدفعه ثمنا، فلا يتم في مثل المقام حيث يكون العوض هي النسبة المعينة 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 المزارعة و المساقاة، ح ٧.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢٩٥

.....

سيأخذ الحصه 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 بعبارة اخرى: ان القطعتين إذا كانتا متساويتين من حيث النسبه و الحصه بحيث كان العقلاء يقدمون على زراعه كل منهما بتلك الحصه 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 فى ذلك كون حاصل إحداهما أقل من الأخرى، بعد ان كانت كل منهما تعطى بنفس تلك النسبه التى 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 أيضاً فيما لو وقع العقد على كلى القطعتين بأقل الحصتين- الثلث- للمالك، إذ لا غرر عليهما معاً، فان المالك ان عين القطعه التى 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 فى التعيين بيده و تطبيق الكلى على

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢٩٦

و مقدارها (١) فلو لم يعينها بأنها هذه القطعه أو تلك

اى 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 التى تعطى بالأقل، فيكون ضرراً عليه. الا ان هذا لا يقتضى البطلان، إذ لا دليل على المنع من الغرر مطلقاً، و انما الدليل يختص بالبيع و ما يلحق به كالأجاره- للإجماع- و من هنا فمقتضى الإطلاقات هو الحكم بالصحه.

و معه فيكون الخيار فى التعيين بيد المالك لأن الحق عليه، لأنه الذى ملك العامل الكلى فى المعين، و أما العامل فهو و ان كان قد ملك كلى العمل فى إحدى القطعتين، الا انه لا خيار له لأنه إنما ملك كلى العمل فى إحدى القطعتين اللتين يكون الخيار فى 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 السنتين حيث حكمنا بالبطلان نظراً لعدم شمول أدله اللزوم لها، حيث يملك المالك العامل كلى حق التصرف فى الأرض فى قبال تمليك العامل له كلى العمل فى إحدى السنتين.

(١) بلا- ريب فيه، فان المردد بين الأقل و الأكثر غير قابل للتمليك، لعدم التعيين 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

مباني العروة 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 القطعة من الأرض التي لا اختلاف بين أجزائها، أو أى مقدار شئت منها» (٢) و لا- يعتبر كونها شخصية 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.

التملك و التملك- كما تقدم غير مرة.

(١) قد عرفت ان الغرر غير متحقق، و على فرضه فلا دليل على اقتضائه للبطلان. و أن الصحيح عدم اعتبار التعيين بالنسبة إلى أصل الأرض، و اعتبارها بالنسبة إلى المقدار.

(٢) ما افاده (قده) من الصحة فى المثال الأخير ينافى اعتباره (قده) لتعيين مقدار الأرض و الالتزام ببطلانها عند عدمه.

اللهم الا ان يكون المراد به الإشارة الإجمالية إلى ما سيعين من قبله أو قبل العامل بعد ذلك، بحيث يكون الاختيار بيده فإنه معه يرتفع محذور الإبهام و عدم التعيين الواقعى لكونه معلوما فى علم الله.

(٣) لإطلاق أدلة المزارعة، على ما تقدم بيانه مفصلا.

(٤) فإذا لم يعين بطل العقد لاقتفاء موضوع المزارعة بانتفاء البذر

مباني العروة 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 فى باب الإجارة من كون الخيط عند عدم التعيين على الخياط.

بل ربما يستشكل فى جعله و لو بالتعيين على المالك- لو لا الإجماع على صحته- و ذلك لصحيفة 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 يؤدى خراجها، و ما كان من فضل فهو بينهما، قال: لا بأس «إلى ان قال»: و سألته عن المزارعة، فقال: النفقة منك و الأرض لصاحبها، فما أخرج الله من شىء قسم على الشطر و كذلك اعطى رسول الله (ص) خبير حين أتوه فأعطاهم إياها على ان يعمروها و لهم النصف مما أخرجت» (١).

حيث إن المستفاد منها تقوم المزارعة بكون البذر و غيره من النفقة على العامل فى قبال كون الأرض من صاحبه.

و من هنا فقد ذكر بعضهم انه لو اشترط كون البذر على المالك خرج العقد عن حقيقة المزارعة، و من ثم حكم ببطلانه.

لكن الظاهر عدم تمامية شىء من الأمرين- كون البذر عند الإطلاق على العامل و بطلان العقد عند جعله على المالك.

و ذلك لان الواجب على العامل- بمقتضى عقد المزارعة- هو العمل خاصة 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 المزارعة و المساقاة، ح ٢.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٢٩٩

.....

المسلمين القيام بالعمل خاصة. 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 الزكاة 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 شيء بالبناء حيث لا يجب على العامل الا العمل بالمواد دون تحصيلها.

و صحيحة يعقوب بن شبيب و ان كانت دالة على كون البذر من العامل و تقوم المزارعة بذلك، الا انه لا بد من رفع اليد عن ظهورها هذا و حملها على بعض المحامل ككون ذلك هو المعهود في ذلك الزمان و نحوه، و ذلك لجملة من النصوص الدالة على عدم اعتباره من حيث فرض فيها كون البذر من غير العامل.

ففي معتبرة محمد بن مسلم عن أحدهما (ع) قال: «سألته عن رجل استأجر أرضا بألف درهم ثم آجر بعضها بمأتي درهم ثم قال له صاحب الأرض الذي آجره: أنا أدخل معك بما استأجرت فنفق جميعا فما كان من فضل بيني و بينك، قال: لا بأس بذلك» «١».

فإنه (ع) حكم بصحة العقد مع كون المفروض فيها مشاركة المالك للعامل في الإنفاق عليها.

و في صحيحة سماعة قال: «سألته عن مزارعة 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 المزارعة و المساقاة، ح ٢.
مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣٠٠

[مسائل]

[مسألة ١]: لا يشترط في المزارعة كون الأرض ملكا للمزارع

(مسألة ١): لا يشترط في المزارعة كون الأرض ملكا للمزارع، بل يكفي كونه مسلطا عليها بوجه من الوجوه كأن يكون مالكا لمنفعتها بالإجارة أو الوصية 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 العليج فيكون من عندى الأرض و البذر و البقر و يكون على العليج القيام و السقى و العمل في الزرع حتى يصير حنطة أو شعيرا، و تكون القسمة، فأخذ السلطان حقه و يبقى ما بقى على ان 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:

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 المزارعة من العقود العرفية المعهودة التي يكثر تحققها في الخارج بحيث جرت عليها سيرة العقلاء قاطبة فضلا عن سيرة

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ١٢ من أبواب أحكام المزارعة و المساقاة، ح ١.

(٢) الوسائل: ج ١٣ باب ١٠ من أبواب أحكام المزارعة و المساقاة، ح ١.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣٠١

كما إذا أخذها بعنوان المزارعة فزارع غيره أو شارك غيره بل يجوز ان يستعير الأرض للمزارعة (١) نعم لو لم يكن له فيها حق أصلا لم يصح مزارعتها، فلا يجوز المزارعة في الأرض الموات مع عدم تحجير أو سبق أو نحو ذلك، فان المزارع و العامل فيها سواء، نعم يصح الشركة في زراعتها مع اشتراك البذر أو بإجاره أحدهما نفسه للآخر في مقابل البذر أو نحو ذلك. لكنه ليس حينئذ من المزارعة المصطلحة. و لعل هذا مراد الشهيد في المسالك من عدم جواز المزارعة في الأراضي الخراجية التي هي للمسلمين قاطبة إلا مع الاشتراك في البذر أو بعنوان آخر، فمراده هو فيما إذا لم يكن للمزارع جهة اختصاص (٢)، و الا- فلا إشكال في جوازها بعد الإجارة من السلطان كما يدل عليه جملة من الاخبار.

المتشعبة المتصلة 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) أيضا، إلا انه بعيد جدا إذ الشهيد (قده) قد رتب حكمه هذا على اعتبار الملكية صريحا.

إذن: فالصحيح ان يقال ان ما افاده الشهيد (قده) في المسالك

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣٠٢

[مسألة ٢: إذا أذن لشخص في زرع أرضه على أن يكون الحاصل بينهما بالنصف]

(مسألة ٢): إذا أذن لشخص في زرع أرضه على أن يكون الحاصل بينهما بالنصف أو الثلث أو نحوهما فالظاهر صحته و ان لم يكن من المزارعة المصطلحة (١).

من سهو قلمه الشريف.

إذ لا دليل على اعتبار الملكية في المزارعة، بل الدليل قائم على عدمه، ففي صحيحة محمد بن مسلم المتقدمة الحكم بصحة المزارعة على الأرض المستأجرة.

بل و في نصوص المزارعة في الأرض الخراجية ما فيه الكفاية لإثبات المدعى.

و الحاصل: ان المتعين في جميع الموارد المذكورة في المتن هو الحكم بالصحة. و لا وجه لما أفاده الشهيد (قده) من الحكم بالبطان. (١) إلا إنك قد عرفت غير مرة عدم إمكان التمسك بالعمومات و المطلقات لإثبات الصحة لمثل هذه المعاملة تحت اي عنوان كانت الجعالة 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 الأدلة في الزكاة - فهو باطل و لا اثر له، فإنه غير مشروع في نفسه لمخالفته للكتاب و السنة، فان النتاج تابع للبذر في الملكية، فلا يمكن ان يكون - و لو بعضا - ملكا للغير حين حدوثه.

فهو نظير ما لو التزم أحد في عقد بكون ما يتركه أبوه عند وفاته - كلاً أو بعضاً - لغيره، فإن هذا الالتزام لا يكون نافذاً ولا يشمل قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ».

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣٠٣

بل لا يبعد كونه منها أيضاً (١). وكذا لو أذن لكل من

و ان كان التزامه متعلقاً بتمليك ما سيملكه بعد ذلك، بان يلتزم بانتقال نصف الحاصل - مثلاً - إلى صاحبه بعد انتقاله بتمامه إليه أولاً، بحيث يملك صاحبه من الآن الأمر المتأخر، فهو وان لم يكن مخالفاً للكتاب والسنة، إلا انه القدر المتيقن من إجماعهم على بطلان التعليق في العقود، بل لم يقع مثله إلا في الوصية حيث انها ولإطلاقات أدلتها تعم ما يملكه الموصى بعدها إلى حين الوفاء، و أما في غيرها فلم يقع بتاتا حتى في التعبير إذ لا يصح ان يقول: «العبد الذي سأملكه غدا حر بعد وفاتي».

و هذا الكلام غير مختص بباب المزارعة، فإنه كما لا يجوز فيها لا يجوز في غيرها من أنواع المعاملات أيضاً حتى ولو كان ذلك بعنوان الجعالة، فلا يصح ان يجعل لمن يرجع عبده إليه ثلث ما سيملكه في المستقبل أو ثلث ما سيخرجه أرضه.

و من هنا تكون صحتها محتاجة إلى دليل خاص، و لا يكفي فيها التمسك بالعمومات و الإطلاقات فإنها غير شاملة له، و حيث لا دليل على الصحة إلا في المضاربة و المزارعة و المساقاة، فلا بد من الحكم بالبطلان لعدم المخرج له عن عموم المنع.

و لذا لم يلتزم احد من الأصحاب - فيما نعلم - بصحة مثل ذلك في غير المزارعة من العقود.

و الحاصل: ان الصحيح في المقام هو الحكم بالبطلان، لعدم الدليل على الصحة و من هنا فلا يستحق العامل الاجرة مثل عمله.

(١) بل هو في غاية البعد، فان المزارعة من العقود اللازمة - على ما سياتى - و يتضمن التزاما من الطرفين مع وجوب الوفاء عليهما

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣٠٤

يتصدى للزرع و ان لم يعين شخصا. و كذا لو قال:

«كل من زرع أرضى هذه أو مقداراً من المزرعة الفلانية فلي نصف حاصله أو ثلثه» - مثلاً - فأقدم واحد على ذلك، فيكون نظير الجعالة (١)، فهو كما لو قال: «كل من باب في خاني أو داري فعليه في كل ليلة درهم» أو «كل من دخل حماي فعليه في كل مرة ورقه» (٢) فإن الظاهر صحته للعمومات، إذ هو نوع من المعاملات العقلانية و لا نسلم انحصارها في المعهودات، و لا حاجة إلى الدليل

بحيث لا يكون لكل منهما رفع اليد عنه، و هذا كله مفقود في المقام فإنه من موارد الأذن و الإباحة بالتصرف الخارجي و ليس من العقد الذي يجب الوفاء به في شيء.

و الحاصل: ان الأذن المجرد 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 بالجعالة حيث ان المالك حينئذ يجعل لنفسه شيئاً على الغير - أعني الحصه من النتاج الذي يكون تابعا للبذر في الملكية - و لا يلتزم على نفسه شيئاً للغير.

(٢) و هو من القياس مع الفارق، فإنه أجنبي عن المزارعة بالمره إذ المال الذي يجب دفعه على الداخل أمر معلوم معين، فيدخل في عنوان الإباحة بالعوض و هي أجنبية عن باب المعاملات كليه.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣٠٥

الخاص لمشروعيتها، بل كل معاملة عقلانية صحيحة إلا ما خرج بالدليل الخاص، كما هو مقتضى العمومات (١).

[مسألة (٣): المزارعة من العقود اللازمة]

(مسألة ٣): المزارعة من العقود اللازمة (٢) لا تبطل

(١) قد عرفت انها لا تعم المعاملات التي تتضمن تمليك المعدوم بالفعل.
 (٢) بلا خلاف فيه، بل ادعى عليه الإجماع في كلمات غير واحد لأصالة اللزوم في العقود التي استدلت عليها الشيخ الأعظم (قده) بوجوه عديدة.
 منها: ما يختص بالبيع و تمليك الأعيان كقوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ «١» فإن أخذ المال ثانيا بعد تمليكه للغير منه قهرا عليه تجارة 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 الملكية و قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ «٣».
 و في الأول مما يعم محل الكلام بحث طويل و عريض من حيث كونه استصحابا كليا أو شخصيا و انه من قبيل الشك في المقتضى أو الشك في الرفع.
 فقد أورد عليه المحقق الخراساني و السيد اليزدي (قدس سرهما) بأنه من الأول، لكننا قد أوضحنا في محله انه ليس منه و انه من الشك في الرفع.

(١) سورة النساء آية ٣٤.

(٢) الوسائل: باب ١ من أبواب الخيار.

(٣) سورة المائدة آية ٢.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣٠٦

.....

لكنك قد عرفت هناك أيضا، انه لا اثر لهذا الاستصحاب لانه من استصحاب الأحكام الكلية الإلهية، و هو غير تام على ما بيناه في محله.

نعم الاستدلال الثاني تام و متين و مقتضاه لزوم العقد في المقام و غيره.

و ذلك لان الأمر بالوفاء ليس أمرا تكليفيا محضا إذ لا يحتمل كون الفسخ - على تقديرى ثبوته و عدمه - من المحرمات الإلهية، و انما هو أمر إرشادي إلى عدم ثبوت حق رفع اليد عنه له فان معنى الوفاء بالعقد انهائه و إتمامه و الالتزام بمقتضاه.

و من هنا فتدل الآية الكريمة على لزوم العقد و عدم تأثير الفسخ فيه، و بما أن المزارعة من العقود المتعارفة المعهودة من قبل التشريع و إلى الآن، و ممضاة من قبل الشارع المقدس بالسيرة القطعية، فتشملها الآية الكريمة لا محالة.

هذا مضافا إلى إمكان التمسك بأدلة إمضاء العقود كقوله تعالى:

«أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» «١» و ما دل على جواز الصلح بين المسلمين.

و ذلك: لان 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 الواقعية - على ما تقدم بيانه غير مرة.

و من هنا فإذا أنشأ المكلف الملكية الدائمة بالبيع و نحوه أو المقيدة بزمان الإجارة و نحوها كان معنى إمضاء الشارع لما أنشأه الحكم

بتحقق الملكية المطلقة في الفرض الأول و المقيده بذلك الزمان في الثاني للطرف الآخر، و مقتضى إطلاق دليل الإضاء عدم ارتفاعها بالفسخ، فإنه

(١) سورة البقرة آية ٢٧٧.

مباني العروة 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 الإضاء يكفي في 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 التي يمكن بها إثبات أصالة اللزوم فلاحظ.

(١) على ما هو الحال في جميع العقود التي يكون مدلولها من قبيل الحق للطرفين كالبيع و نحوه، فان الحق لا يعدوهما، فلهما رفع اليد عنه برضاهما، و يكون ذلك من قبيل البيع الثاني.

نعم لا مجال لذلك فيما يكون مدلوله من قبيل الحكم الشرعي كالنكاح، فإنه لا مجال لرفعه بالتقاييل من الطرفين.

(٢) لا يبعد ان يكون ذكره (قده) لهذين الخيارين من باب المثال و الا فموجبات الفسخ في المقام لا ينحصر فيها، إذ يمكن تصوره في الغبن و نحوه.

و قد ذكرنا في بحث الخيارات ان خيار الغبن ليس خيارا مستقلا في قبال سائر الخيارات، و انما هو راجع في الحقيقة إلى خيار تخلف الشرط، نظرا لما هو المرتكز في المعاملات من تبادل الشخص و العين مع التحفظ على المالىة و القيمة السوقية، فإنه أمر مفروغ عنه لدى العقلاء في جميع العقود التي منها النقل مع غبن بوضيعة من احد الطرفين.

و من هنا فإذا ثبت خلاف ذلك، كان للآخر الخيار نظرا لتخلف الشرط الضمني في العقد.

و عليه: فيكون الحكم بثبوت الخيار عند ظهور الغبن حكما على القاعدة، و لا حاجة للتمسك في إثباته بالإجماع أو دليل نفى الضرر.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣٠٨

أى: تخلف بعض الشروط المشتركة على أحدهما و تبطل أيضا بخروج الأرض عن قابلية 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 في الخارج، و الاتفاق على حصة من زرع لا يحصل، فإنه لا يعدو اللغو المحض.

(٢) أما مع موت المالك فلأن الأرض و ان كانت تنتقل إلى الورثة، الا انها انما تنتقل إليهم متعلقة لحق الغير و مسلوبة المنفعة في الفترة المعينة بإزاء الحصة المعينة لهم، نظير موت المالك المؤجر بعد إنشاء عقد الإجارة فإن العين المستأجرة و ان انتقلت إلى الورثة إلا انها تنتقل مسلوبة المنفعة حيث انها تكون للمستأجر.

و أما مع موت العامل، فليقام وارثه مقامه.

الا- ان هذا ليس بمعنى إزماء بالعمل على طبق ما جعل، فإنه لم يكن طرفا في العقد و المعاهدة، و انما هو بمعنى لا بديء استجاره

أحدا من مال الميت- ان كان له مال- لقيامه بالعمل الثابت في ذمة الميت، مقدمة لارثه لما ترك حيث انه انما يكون بعد إخراج الديون.

و بعبارة أخرى: 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 في الأرض دين ثابت في ذمة الميت يكون مانعا من ارث الوارث، فلا بد مقدمة للإرث من قيامه بالعمل مباني العروة 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 المزارعة المعاطية فلا تلزم الا بعد التصرف (٢) و أما الإذنية فيجوز

مباشرة أو باستجاره 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 في ذمة الميت. و حينئذ: فحيث يتعذر تسليم العمل، يثبت للمالك خيار الفسخ و يسمى هذا بخيار تعذر تسليم العوض، الذي مرت الإشارة إليه. (١) سواء أ كان ذلك بعنوان التقيد أو الاشتراط، حيث ذكرنا في المباحث الأصولية ان تقييد الكلي الطبيعي بشرط يوجب تخصصه لا محالة، فيكون المطلوب هو الحصة الخاصة المتصفة بكذا. و من هنا: فالشرط في الكليات الوضعية منها و التكليفية يرجع إلى التقييد لا محالة فتكون المزارعة واقعة على الحصة الخاصة من العمل و هي في المقام ما يصدر من العامل مباشرة.

و عليه: فلو مات العامل كشف ذلك عن بطلانها من الأول لانكشاف تعلقها بأمر ممتنع الوجود في الخارج. (٢) ما أفاده (قده) مبني على ما اشتهر بينهم من جواز العقد المعاطي قبل التصرف بل يظهر من كلمات بعضهم انه لا يفيد الملكية أصلا، و انما يفيد الإباحة خاصة، و قد حملها بعض على الملكية المترزلة.

و كيف كان: فقد تعرضنا لهذا البحث في مباحثنا الفقهية التي ألفت تعليقا على كتاب المكاسب لشيخنا الأعظم الأنصاري (قده) مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣١٠

فيها الرجوع دائما (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 أخيرا من إطلاق دليل الإمضاء، غير مختص بالعقد اللفظي و شامل للعقد المعاطي على حد سواء.

و من هنا: فان تم إجماع على جواز المعاملة المعاطية فهو و إلا- كما هو الظاهر و يكفي فيه الشك- فمقتضى القاعدة هو اللزوم. (١) تقدم الكلام فيها في المسألة الثانية مفصلا، و قد عرفت ان هذه المعاملة خارجة عن العقد فضلا عن كونها من المزارعة المصطلحة فإنها لا تتجاوز الوعد المجرد و من هنا فيحكم بفسادها لا محالة، 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.

الا ان الماتن (قده) قد التزم في تلك المسألة بصحتها و ان لم تكن من المزارعة المصطلحة، بل لم يستبعد (قده) كونها منها أيضا. و على ضوء هذا المبني يقع الكلام في لزوم هذه المعاملة 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 ففى جوازه و عدمه وجهان.

اختار الماتن (قده) الأول حيث خص المنع بما إذا كان بعد الزرع.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣١١

الحاصل، لأن الأذن فى الشيء إذن فى لوازمه. و فائدة الرجوع أخذ أجره الأرض منه حينئذ و يكون الحاصل كله للعامل (١).

الا ان الصحيح هو الثانى، و ذلك لتضرر العامل حيث يذهب عمله هدرا و يفوت حقه من دون عوض، فيشمله التعليل المذكور فى معتبرة محمد بن الحسين قال: «كتبت إلى أبى محمد (ع): رجل كانت له رحى على نهر قرية، و القرية لرجل، و أراد صاحب القرية ان يسوق إلى قريته الماء فى غير هذا النهر و يعطل هذه الرحى إله ذلك أم لا؟ فوق (ع) يتقى الله و يعمل ذلك بالمعروف و لا يضر أخاه المؤمن (١)».

حيث ان الاستفادة منه انه ليس للمالك رفع اليد عن اذنه للغير فى التصرف إذا كان ذلك موجبا لتضرره.

فالتصرف الواقع فى ملك الغير باذنه لا يذهب هدرا. و ليس للمالك منعه منه و مطالبته برفعه.

و عليه: ففى 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 فى الصحيحة المتقدمة، فيلزم بإذنه إلى حين بلوغ الزرع.

(١) الكلام فى هذا الفرع بناء على القول بصحة المعاملة و جواز

(١) الوسائل: ج ١٧ باب ١٥ من أبواب إحياء الموات ح ١.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣١٢

[مسألة (٤): إذا استعار أرضا للمزارعة ثم أجرى]

(مسألة ٤): إذا استعار أرضا للمزارعة (١) ثم أجرى

الرجوع للمالك ينبغى أن يقع فى صورتين:

الأولى: فيما يكون على المالك عند رفع يده عن الأذن بعد إتيان العامل بالمقدمات خاصة.

الثانية: فيما يكون عليه عند رفع يده عن الأذن بعد قيام العامل بالزرع.

أما فى الصورة الاولى: فيجب على المالك دفع اجرة مثل عمل العامل له نظرا لصدوره عن أمره لا بقصد التبرع و المجانية.

و أما فى الصورة الثانية: فعليه مضافا إلى أجره مثل العمل عوض البذر مثلا أو قيمة حيث يكون تالفا بسببه.

نعم لو كان البذر للمالك لم يكن عليه للعامل الا اجرة مثل عمله.

و من هنا يظهر انه لا وجه لما ذكره (قده) من إلزام المالك للعامل بأجره مثل أرضه فترة بقاء الزرع بعد الرجوع.

بل العامل بالخيار بين قبول ذلك و بين الاعراض عن زرعه و مطالبته المالك بأجره مثل عمله و عوض بذره حيث تلف نتيجة للزرع فى الأرض المعينة.

فالمتحصل: انه بناء على جواز الرجوع فى هاتين الصورتين، فان كان الصادر من العامل شيئا غير الزرع، فليس له على المالك الا اجرة

مثل عمله و ان كان المأتي به هو الزرع فله مضافا إلى أجره مثل عمله المطالبة بعوض البذر.

هذا لكنك قد عرفت ان الصحيح بناء على صحة هذه المعاملة هو لزومها و عدم جواز الرجوع للمالك و بذلك فيترتب عليه آثاره.

(١) لا ينبغي الإشكال في صحة الإعارة هذه، فان الانتفاع بالأرض

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣١٣

عقدها لزم، لكن للمعير الرجوع في إعارته (١). فيستحق أجره المثل لأرضه على المستعير، كما إذا استعارها للإجارة (٢) فأجرها،

بناء على ما هو الأقوى من جواز كون العوض لغير مالك المعوض.

قد يكون بالمباشرة كزراعتها من قبله و قد يكون بالتسيب و الواسطة بالاتفاق مع الغير.

(١) الكلام في هذا الفرع من هذه المسألة هو الكلام في المسألة السابقة حرفا بحرف فان التعليل المذكور في صحيحة محمد بن

الحسين المتقدمة شامل له أيضا، فإنه ليس للمالك الرجوع عن الأذن و فسخ العارية فيما إذا استلزم تضرر العامل.

نعم بناء على جواز الرجوع للمالك، فلا بأس بما ذكره (قده) من استحقاقه لأجره مثل أرضه فترة بقاء الزرع على المستعير.

ولا يقاس هذا بالمزارعة الإذنية فإن المالك في المقام أجنبي عن الزرع بالمره، فإنه لم يصدر عن أمره كي يكون ضامنا له، و انما

أتى العامل مجانا و تبرعا ليستفيد هو بنفسه.

فإذا رجع فان تصالحا على شيء فهو و إلا فله المطالبة بأجره مثل أرضه في الفترة الباقية لرجوع منفعة تلك المدّة 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 في دفع أجره مثل أرضه اليه.

و هذا بخلاف الفرض السابق حيث كان عمله بأمر من المالك لا بقصد التبرع و المجانية.

(٢) و قد استشكل في صحة هذه الإجارة بوجهين:-

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣١٤

.....

الأول:- ان العارية متقومة باستفادة المستعير من عين المال، فإذا آجرها من غيره حكم بطلانها نظرا لانتفاعه بالأجره حينئذ و هي غير

معاره له، فإن الأجره عين أخرى أجنبية عن العين المعارة و ليست هي منفعة لها.

الثاني:- ما أشار إليه الماتن (قده) من ان المستعير انما يملك الانتفاع بالعين دون منفعتها، فإنها باقية على ملك المالك المعير، و من

هنا فإذا انتقلت بالإجارة إلى ملك المستأجر- حيث تتضمن الإجارة تملك المنفعة- كان لازم ذلك دخول العوض في كيس غير من

خرج منه المعوض، فإن المنفعة تخرج من ملك المعير في حين يدخل العوض في كيس المستعير. و هو أمر غير جائز.

الا أن كلا هذين الإشكاليين قابل للدفع:- أما الأول فيرده: ان الانتفاع بالعين المعارة لا يلزم ان يكون من المنفعة مباشرة بمعنى كونه

من نفسها و عينها، بل يجوز ان يكون ببدلها 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 المعارة بالمباشرة فإنه ليس إلا لكون استفادة الضيف انتفاعا للضيف، حيث انه من عياله و لا بد له من القيام بشؤونه و واجباته

و منها تهيئته الغطاء له.

فإذا صح ذلك مجانا صح مع العوض أيضا، فإنه لا ينافي حقيقة الاستعارة فإن الأجره بدل عن منفعة الأرض فيصح ان يقال للمستعير

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣١٥

.....

المستفيد منها انه مستفيد من منفعة الأرض.
 و أما الثاني: فقد رده الماتن (قده) بأن الأقوى جواز كون العوض لغير مالك المعوض.
 إلا إنك قد عرفت منا غير مرة ان ما افاده (قده) ممنوع كبرويا فان مفهوم المعاوضة متقوم بدخول العوض فى ملك مالك المعوض و
 الا فلا يكون عوضا له بل كل منهما يعتبر هبة مجانية و بلا عوض.
 و من هنا فلا يصلح ما افاده (قده) جوابا للإشكال.
 فالصحيح فى مقام الجواب هو المنع الصغرى، فإن مسألة جواز الإعارة للإجارة غير مبنية على هذا الاعتبار- اعنى جواز كون العوض
 لغير مالك المعوض- فإنها جائزة حتى بناء على ما هو المشهور و الصحيح من اعتبار دخول العوض فى ملك من يخرج منه المعوض.
 و قد ظهر وجهه مما تقدم فى جواب الإشكال الأول فإن العارية نوع تملك و ليست بإباحة محضة.
 نعم ذكر الاعلام انها تملك للانتفاع الا انه لا يمكن المساعدة عليه، فان الانتفاع من أفعال المستعير فلا معنى لتمليكه من قبل الغير إذ
 لا معنى لتمليك احد غيره فعل نفسه- الغير- فإنه مالك لعمله و فعله واقعا و من دون حاجة إلى التمليك.
 إذن: فتعبرهم (قدس سرهم) بأنها تملك الانتفاع لا يخلو من المسامحة الواضحة، فإنها فى الحقيقة من تملك المنفعة حالها فى
 ذلك حال الإجارة، غاية الأمر انها ليست مثلها من حيث تضمنها لتمليك المنفعة على الإطلاق، فإنها- العارية- أنما تتضمن تملك
 حصة خاصة من المنفعة هى المنفعة من حيث استعدادها للانتفاع المستعير، و لذا فلا تنتقل إلى ورثته بعد موته كما انه ليس له نقلها
 إلى غيره بغير اجازة المالك.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣١٦

[مسألة ٥: إذا شرط أحدهما على الآخر شيئاً فى ذمته أو فى الخارج- من ذهب أو فضة أو غيرهما- مضافاً إلى حصته من الحاصل]

(مسألة ٥): إذا شرط أحدهما على الآخر شيئاً فى ذمته أو فى الخارج- من ذهب أو فضة أو غيرهما- مضافاً إلى حصته من الحاصل
 صح (١) و ليس قراره مشروطاً بسلامة الحاصل (٢)، بل الأقوى صحة استثناء مقدار معين من الحاصل لأحدهما (٣) مع العلم ببقاء
 مقدار آخر ليكون

و على ضوء هذا يتضح ان الإجارة فى المقام محكومة بالصحة فيما إذا كانت صادرة عن رضا المالك المعير، فإن المنفعة لما كانت
 ملكاً للمستعير بحكم العارية كان العوض- الأجر- داخل فى كيس من خرج منه المعوض لا محالة.
 و بهذا فلا يبقى محذور يمكن ان يستند إليه فى مقام المنع عن صحة هذا العقد فإنه مستكمل لجميع شرائط الصحة بما فى ذلك
 اعتبار كون العوض داخل فى ملك من يخرج منه المعوض.
 (١) بلا- كلام فيه. فان الشرط لا يتضمن مخالفة 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 معلقاً على التزام صاحبه بالشرط، و قد تحقق منه ذلك، و جب عليه
 الوفاء به لأدلة لزوم الوفاء بالشرط، و ان لم يتم الحاصل.
 (٣) فيه نظر بل منع، يظهر وجهه مما تقدم، فان العمومات و الإطلاقات غير شاملة لمثل هذا العقد الذى يتضمن تملك المعدوم

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣١٧

مشاعا بينهما، فلا يعتبر إشاعه جميع الحاصل بينهما على الأقوى. كما يجوز استثناء مقدار البذر لمن كان منه (١)

بالفعل، و من هنا فلا- بد في الحكم بصحتها من الدليل الخاص، و حيث ان المورد خارج عن مورد النصوص الواردة في المزارعة باعتبار أنها انما تضمنت الصحة فيما إذا كان الحاصل مشاعا بينهما، و هذا مفقود في المقام فإن أحدهما يختص بمقدار منه و يكون الباقي مشاعا بينهما، يحكم ببطلانه بمقتضى القاعدة لا محالة.

ثم لا بأس بما أفاده (قده) بناء على مختاره من شمول العمومات و الإطلاقات لمثل هذه المعاملات.

(١) ظاهر تشبيهه (قده) لاستثناء الأبطال المعلومة باستثناء مقدار البذر هو كون الحكم بالصحة في الثاني مفروغا عنه.

الا ان الأمر ليس كذلك، فان الحال في البذر هو الحال في الأبطال المعلومة من حيث القاعدة، فينبغي الحكم فيه بالبطلان أيضا.

نعم ادعى بعضهم الصحة في المقام حتى مع القول بالبطلان في استثناء الأبطال المعلومة، خروجاً عن القاعدة لأجل النص الخاص.

و استدل عليها بصحيفة 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» (١).

و خبر إبراهيم الكرخي: قال: قلت لأبي عبد الله (ع)

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ١٠ من أبواب أحكام المزارعة و المساقاة ح ٢.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣١٨

.....

أشارك العالج فيكون من عندى الأرض و البذور و البقر و يكون على العالج القيام و السقى (السعى) و العمل فى الزرع حتى يصير حنطة أو شعيرا و تكون القسمة فيأخذ السلطان حقه. و يبقى ما بقى على أن للعلج 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 الصحيحة فهي أجنبية عن محل الكلام بالمره، إذ ليس فيها أية دلالة أو إشعار على إخراج البذر من الحاصل، بل هي كسائر نصوص الباب دالة 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 المزارعة و المساقاة ح ١.

مباني العروة 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 بالسلامة كاستثناء الأرتال في بيع الثمار أولا؟ وجهان (٣).

و القيام» ان النتاج الحاصل انما هو وليدة أمرين معا البذر من جهة و العمل من جهة 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 اولى من الاستدلال به على صحته فلاحظ.

(١) على ما دلت عليه صحيحة يعقوب بن شعيب المتقدمة و غيرها.

(٢) فيدخل في عنوان الأعمار و الإصلاح المذكورين في الصحيحة المتقدمة.

(٣) كونها محمولة على الإشاعة فيحسب التالف على الشارط و المشروط عليه بالنسبة، و كونها من قبيل الكلى في المعين فلا ينقص من الشرط شيء.

و الأول هو الأقوى، فإن نسبة المستثنى - الحصه المعينه - و المستثنى منه إلى المجموع واحدة، 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 المزارعة و قانونها حيث ان مقتضاها لزوم بقاء مقدار من الناتج لكل منهما بعد إخراج الشرط بحيث لا يبقى احد منهما فاقتدا

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣٢٠

[مسألة ٦: إذا شرط مدة معينة يبلغ الحاصل فيها غالبا فمضت و الزرع باق لم يبلغ]

(مسألة ٦): إذا شرط مدة معينة يبلغ الحاصل فيها غالبا فمضت و الزرع باق لم يبلغ، فالظاهر ان للمالك الأمر بإزالته بلا أرش أو إبقاءه و مطالبه الأجرة ان رضى العامل بإعطائها، و لا يجب عليه الإبقاء بلا أجرة، كما لا يجب عليه الأرش مع إرادة الإزالة، لعدم حق للزارع بعد المدة، و الناس مسلطون على أموالهم (١) و لا فرق بين أن يكون

للنصيب مع وجود الحاصل حتى مع الاشتراط و هو انما ينسجم مع القول بكون الحصه على نحو الإشاعة لا الكلى في المعين. و عليه: فيتعين القول بها.

(١) الا انه قد يقال بأن قاعدة السلطنة محكومة لدليل لا ضرر، فان في قلع المالك للزرع من دون دفع الأرش إلى العامل ضررا عليه حيث يوجب ذهاب عمله أو هو مع البذر - على تقدير كونه منه - هدرًا فيشمله دليل لا ضرر، و هو حاكم على جميع الأدلة بما في ذلك قاعدة السلطنة.

و من هنا: فليس للمالك إلزام العامل بقلع الزرع، لكنه حيث لا يذهب مال المسلم هدرًا لم يجب على المالك إبقاءه في أرضه مجانًا، بل له مطالبه العامل بأجرة الأرض في الفترة الباقية.

و بهذا فيكون العامل - في الحقيقة - بالخيار بين دفع اجرة مثل الأرض في الفترة الباقية للمالك و بين تنازله عن زرعه و قبوله لقلعه من غير أرش.

لكنك قد عرفت منا عند التعرض لقاعدة لا ضرر، ان نفى الضرر في الإسلام كنفى الحرج و سائر المنفيات و المرفوعات، و ارد

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣٢١

.....

مورد الامتنان على الأمانة المرحومة، و من هنا يجب أن يكون الحكم المنفى امتنانيا على جميع المكلفين على حد واحد، لا البعض دون البعض الآخر، فإنه لو كان في رفع الحكم امتنان على بعض و ضرر على غيره لم يثبت لمنافاته للامتنان و التفضل من الشارع المقدس.

و عليه: ففي المقام حيث يكون منع المالك من التصرف في أرضه و الحجر عليه في ماله ضررا عليه، فلا يشمل - المقام - دليل نفى 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 لزراع 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 المقدسة.

و دعوى: ان الغاصب بفعله مقدم على الضرر لعلمه بغصبه و عدم جوازه له، و حديث نفى الضرر لا يشمل موارد الاقدام عليه. مدفوعة: 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 بمائة بعشرة مع التفاته إلى ذلك، فإنه لا يمكن الحكم حينئذ ببطلان هذه المعاملة أو ثبوت الخيار له تمسكا بدليل نفى الضرر، فان الضرر انما اتى من قبل نفسه بإقدامه عليه.

بل شمول دليل نفى 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.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣٢٢

.....

و أما إذا لم يكن الفعل بنفسه ضرريا. إلا انه كان مقدمة لحكم شرعى ضررى، كان مشمولا لدليل نفى 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 ضرريا، 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 مقدمة 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 في 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 للامتنان و حينئذ فمقتضى دليل السلطنة جواز إلزام المالك له بالقلع من غير ضمان.

و هل للمالك مباشرة إزالة الزرع بنفسه أم لا؟

قيل بالأول، لأنه لما كان له إلزام العامل بالقلع كان له مباشرة ذلك بنفسه.

و فيه: انه لا ملازمة بين الأمرين، فله ان يطالبه بالإزالة و ليس

مباني العروة 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 الأجرة و فيه: ما عرفت (٢)، خصوصا إذا كان بتفريط الزارع. مع أنه لا وجه لإلزامه العامل بالأجرة بلا رضاه. نعم لو شرط الزارع على المالك إبقاءه إلى البلوغ- بلا أجرة أو معها- ان مضت المدة قبله لا يبعد صحته (٣) و وجوب الإبقاء عليه.

له 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 مباشرة 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 قاعدة سلطنة الناس على أموالهم.

(٢) من كونه منافيا لسلطنة المالك على ماله.

(٣) خلافاً لجملة من الأصحاب حيث حكموا بفساد الشرط، و آخرون بسرايته للعقد أيضا.

و استدلل للأول بأن إبقاء الزرع بعد المدة إذا كان معلقا على عدم بلوغه فيها، حكم ببطلانه لمكان التعليق.

في حين استدلل للثاني بأنه لا بد في المزارعة من تعيين المدة، فإذا

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣٢٤

[مسألة ٧: لو ترك الزارع الزرع بعد العقد و تسليم الأرض إليه حتى انقضت المدة]

(مسألة ٧): لو ترك الزارع الزرع بعد العقد و تسليم الأرض إليه حتى انقضت المدة، ففي ضمانه اجرة المثل للأرض - كما انه يستقر عليه المسمى في الإجارة- أو عدم ضمانه أصلا غاية الأمر كونه آثما بترك تحصيل الحاصل أو التفصيل بين ما إذا تركه اختيارا فيضمن أو معذورا فلا، أو ضمانه ما يعادل الحصه المسماة من الثلث أو النصف أو غيرهما بحسب التخمين في تلك السنة، أو ضمانه بمقدار تلك الحصه من منفعة الأرض من نصف أو ثلث و من قيمة عمل الزارع، أو الفرق بين ما إذا اطلع المالك على تركه للزرع فلم يفسخ المعاملة لتدارك استيفاء منفعة أرضه

ترددت بين الفترة المعينة و ما بعدها إلى حين بلوغ الزرع، حكم ببطلانها لجهالة المدة.

إلا أن في كليهما نظرا، و ما ذهب اليه الماتن (قده) هو الصحيح فان مرجع هذا الشرط انما هو إلى جعل مدة المزارعة هي فترة بلوغ الحاصل و ادراك الزرع- تحقق في المدة المعينة فهو و إلا فإلى حين حصوله- و لا ريب في صحة العقد مع تعيين المدة بالبلوغ و ادراك الحاصل، إذ لا يعتبر في عقد المزارعة تعيين المدة الزمانية. و لا تضر مثل هذه الجهالة فإنها إنما تبطل بلحاظ الغرر و هو منتف في المقام.

و من هنا يظهر الحال في دعوى البطلان من جهة التعليق، فإنه لا- تعليق حقيقة و في الواقع، مضافا إلى انه لا دليل على البطلان عند التعليق في التوابع و الشروط.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣٢٥

فلا يضمن و بين صورة عدم اطلاعه إلى ان فات وقت الزرع فيضمن، وجوه و بعضها أقوال (١) فظاهر بل صريح جماعة 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 سابعاً هو ضمان العامل للمالك قيمة العمل لانه قد ملكه عليه بعقد المزارعة فإذا أتلفه بتركة ضمنه بقيمته. و التحقيق ان يقال: ان الأصل في المقام يقتضى القول الثاني - أعنى عدم الضمان مطلقاً - فإن إثبات الضمان يحتاج إلى الدليل و إلا فمقتضى الأصل العدم.

و من هنا فلا بد من ملاحظة الوجوه المذكورة و ما يمكن ان يقال في توجيهها.

فنقول: أما ضمان العامل لقيمة العمل كلا - كما هو الوجه الأخير - أو بعضاً - على ما هو مختار المصنف (قده) فلا وجه له بالمره، فإن عقد المزارعة - على ما يستفاد من نصوصها - ليس إلا معاملةً بين طرفين على ان يبذل أحدهما الأرض و الآخر العمل و اشتراكهما في الحاصل، و من دون ان يكون كل منهما مالكا على الآخر شيئاً فليس صاحب الأرض مالكا للعمل على المزارع كما لا يملك هو منفعة الأرض على صاحبها بل كل منهما يبذل الذى عليه من الأرض أو العمل مجاناً و بإزاء لا شىء إلا الشركة فى النتيجة و الحاصل. و ما ذكرناه فيما لو كان البذر من العامل أوضح مما لو كان من

مباني العروة 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 المفروضة من الحاصل له، لا ان تكون له منفعة 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 للقاعدة، فإن تصرف العامل فى الأرض بالاستيلاء عليها تصرف عدوانى لفقده إذن المالك و رضاه، لأنه إنما اذن له فى الاستيلاء عليها مقيداً بالعمل فيها، فإذا لم يعمل - كما هو المفروض - كان استيلاءه فاقدا لرضاه، فيحكم بالضمان لا محالة حاله فى ذلك حال سائر موارد الغصب.

من غير فرق فى الحكم بين علم المالك بالحال و جهله به، و بين كون ترك العمل لعذر و عدمه، فان الضمان بقاعدة اليد غير مشروط بجهل المالك أو عدم العذر للمستولى.

بخلاف الثانى: حيث يختص ضمانه بفرض جهل المالك بالحال، فإنه لا مجال لإثبات الضمان فى هذا الفرض بقاعدة اليد - إذ المفروض بقاءها تحت يد المالك و إنما لا بد فى إثباته من التمسك بقاعدة الإتلاف

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣٢٧

الترك بسبب عذر عام، وإلا فيكشف عن بطلان المعاملة (١) و لو انعكس المطالب، بأن امتنع المالك من تسليم الأرض بعد العقد، فللعامل الفسخ (٢)، ومع عدمه ففي ضمان المالك ما يعادل حصته من منفعة الأرض، أو ما يعادل حصته من الحاصل بحسب التخمين، أو التفصيل بين صورة 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 يضمه 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 الحاصل. و عليه: فلا ضمان في المقام، فان العين امانة في يده و فوات المنافع غير مستند اليه. (٢) بموجب خيار عدم التسليم، و معه فيفرض العقد كأن لم يكن.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣٢٨

الفرض الأول، بدعوى الفرق بينهما، وجوه (١).

[مسألة ٨: إذا غصب الأرض بعد عقد المزارعة غاصب و لم يمكن الاسترداد منه]

(مسألة ٨): إذا غصب الأرض بعد عقد المزارعة غاصب و لم يمكن الاسترداد منه، فان 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، فان ضمان العامل لمنفعة الأجرة انما كان بملاك قاعدة اليد عند استيلاءه على الأرض أو قاعدة الإلتلاف عند جهل المالك بالحال مع عدم استيلاء العامل عليها.

و حيث انه لا شيء منهما متحقق في المقام، إذ المالك لم يفوت على العامل شيئا لأنه لم يكن يملك حصه من منفعة الأرض - على ما عرفت بيانه مما تقدم، باعتبار ان عقد المزارعة مبنى على بذل كل من الطرفين ما يجب عليه مجانا بإزاء اشتراكهما في النتيجة خاصة - فلا وجه للحكم بضمانه لخصته من منفعة الأرض.

و أوضح من ذلك في الفساد القول بضمانه للخصه من الحاصل تخمينا فإنها ليست مملوكة للعامل بالفعل، كى يضمها 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) لتامية العقد به.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣٢٩

تمام منفعة الأرض في تلك المدة للمالك فقط، أو يضمن له بمقدار حصته - من النصف أو الثلث - من منفعة الأرض و يضمن له

أيضا قيمة 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 حنطة أو شعير أو غيرهما - تعين]

(مسألة ٩): إذا عين المالك نوعا من الزرع - من حنطة أو شعير أو غيرهما - تعين و لم يجز للزارع التعدي عنه (٢)

(١) ظهر مما تقدم في المسألة السابقة أن الأقوى في المقام هو القول الأول، فإن العامل لا يملك شيئا من منفعة الأرض كي يضمن له نتيجة لفواته بالغصب بموجب قاعدة الإلتاف، كما ان المالك لا يملك شيئا من عمل العامل كي يضمن له بالإلتاف أيضا، فان كلا منهما متبرع بالذي 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 خاصة منفعة أرضه الفائتة بالغصب، لعموم قاعدة الضمان للمنافع كالأعيان.

(٢) لوجوب الوفاء بالعقد عليه، و انتفاء الأذن في التصرف في غيره.

مباني العروة 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 الحصه من المزروع مع أرش النقص الحاصل من الأضر، و ان كان أقل ضررا لزم و أخذ الحصه منه. و قال بعضهم: يتعين أخذ أجره المثل للأرض مطلقا، لان ما زرع غير ما وقع عليه العقد فلا يجوز أخذ الحصه 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 تمامية الزرع الذي تعدى الزارع به، و بلوغ الحاصل، و قد يفرض انكشافه في أثناء العمل و قبل بلوغ النتائج.

ثم و على كلا- التقديرين اما ان يكون ما عينه المالك على نحو التقييد و اما ان يكون على نحو الشرطية، فإنه أمر ممكن و ان كان على خلاف المرتكزات العرفية، 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 منفعة الأرض.

و ليس هناك ضمان آخر لهذه المنفعة غير هذا الضمان، فإن المنفعة الواحدة لا يكون لها الا ضمان واحد، و سيأتي مزيد توضيح له إنشاء الله.

مباني العروة 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 قاعدة تبعية النتائج للبذر.

كما ان له مطالبة العامل بالبذر، لأنه قد أتلفه عليه بالزرع، فإذا بذله له و خرج عن عهده. ملك الحاصل قهرا تبعا للبذر على ما يقتضيه بناء العقلاء و يساعد عليه الارتكاز العرفي، فإنهم يعاملون مع المؤدى لبدل التالف معاملة المالك له بقاء على ما ذكرناه مفصلا في مسألة ضمان الأيادي المتعددة من مباحث المكاسب.

هذا كله فيما إذا انكشف الحال للمالك بعد تامة الزرع و بلوغ الحاصل، و أما إذا كان ذلك في أثناء المدة، فالأمر كما تقدم بالقياس إلى المدة الفائتة، فإن العامل يضمن له اجرة مثل أرضه في تلك الفترة.

و أما البذر فان كان العامل للمالك إلزامه بتخليه أرضه و إخراج بذره كيف ما كان. و ليس للعامل إلزامه ببقاءه في أرضه في مقابل الأجرة فضلا عن المجانية.

و ان كان للمالك فالكلام فيه هو الكلام فيما لو انكشف الحال له بعد تامة 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 الأجرة 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 العرفية بالتصريح أو القرينة، مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣٣٢

و ان الغرض من التعيين ملاحظة مصلحة الأرض و ترك ما يوجب ضررا فيها يمكن أن يقال أن الأمر كما ذكر من التخيير بين الأمرين في صورة كون المزرع أضر و تعيين الشركة في صورة كونه أقل ضررا. لكن التحقيق مع ذلك خلافه، و إن كان التعيين لغرض متعلق بالنوع الخاص لا لأجل قلة الضرر و كثرته، فاما أن يكون التعيين على وجه التقييد و العنوانية، أو يكون على وجه تعدد المطلوب و الشرطية (١)، فعلى الأول إذا خالف ما عينه بالنسبة

فالمالك بالخيار بين إسقاط شرطه و رضاه بالمزرع بالفعل، فيكون الحاصل على ما قرراه في العقد، و بين فسخ العقد من جهة تخلف الشرط و حينئذ فيكون حاله حال التقييد حيث يفرض العقد كأن لم يكن و بذلك فيضمن العامل اجرة مثل الأرض لتصرفه فيها بغير إذن مالكيها.

و حكم البذر ما تقدم من التفصيل بين كونه للمالك أو العامل تماما فراجع.

(١) تقدم منا غير مرة ان ذلك و ان كان ممكنا في حد ذاته إلا انه على خلاف المرتكزات العرفية جدا.

فان الاشتراط في الكلى - بملاحظتها - تقييد لها لا محالة، و ان كان ظاهر التعبير هو الشرطية، فإن معناه كون مورد العقد خصوص الحصه المعينه من الزرع دون الطبيعي أينما سرى.

نعم ما يؤخذ في الأعيان الخارجية كالكتابة في العبد يكون شرطا

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣٣٣

إليه يكون كما لو ترك الزرع أصلا حتى انقضت المدة، فيجرى فيه الوجوه الستة المتقدمة في تلك المسألة (١)، و اما بالنسبة إلى الزرع الموجود فان كان البذر من المالك فهو له، و يستحق العامل أجره عمله (٢) على اشكال في صورة علمه بالتعيين و تعمله الخلاف لإقدامه حينئذ على هتك حرمة عمله، و ان كان البذر للعامل كان الزرع له

لا محالة و ان ذكر بنحو القيدية، إذ لا مجال لتصور الإطلاق فيها كي يتصور التقييد.

(١) و قد عرفت أن أقواها هو ضمان العامل لمنفعة الأرض فيما إذا كان قد استعملها من المالك بحيث أصبحت تحت سلطانه، أو كان المالك جاهلا بالحال.

(٢) و الذى أظنه- و الله العالم- انه (قده) قد غفل عما أفاده فى غير مورد من عدم استحقاق العامل للأجرة عند علمه بفساد العقد. فان ما أفاده (قده) فى تلك الموارد و ان لم يكن تاما فى نفسه لما عرفته من عدم مدخلية العلم بالفساد فى ارتفاع الضمان لعدم ملازمته للتبرع و قصد المجانية، إلا انه و على تقدير تماميته انما يختص بما إذا كان صادرا عن أمر الغير- كالإجارة الفاسدة و نحوها. و أما إذا لم يكن العمل واقعا عن أمر الغير، فلا وجه لان يقال بان للعامل اجرة مثل عمله على الغير فيما إذا كان جاهلا بالحال، فإنه لم يكن قد صدر عن أمره كى يكون ضامنا له.

فالصحيح: هو الحكم بعدم الضمان مطلقا سواء أ كان العامل عالما أم جاهلا.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣٣٤

و يستحق المالك عليه أجرة الأرض مضافا (١) إلى ما استحقه من بعض الوجوه المتقدمة، و لا يضر استلزامه الضمان للمالك من قبل أرضه مرتين على ما بيناه فى محله، لأنه من جهتين، و قد ذكرنا نظير ذلك فى الإجارة أيضا.

(١) و فيه: ان الضمان من جهة الترك لم يكن ضمانا من جهة الحصول أو عمل العامل فى الأرض، و انما كان ضمانا من جهة تفويته لمنفعة الأرض تمسكا بقاعدة اليد أو الإتلاف.

و حيث أن فى المقام لا شىء وراء الاستيفاء حيث لم يفت من المالك إلا منفعة أرضه- سواء استوفاه العامل بزرع بذره أم لا- فلا وجه للضمان الثانى، فإن من يغصب الدار أو غيرها لا يضمن منفعتها إلا بضمان واحد سواء أسكنها أم لا، و ليس عليه مضافا إلى ذلك على تقدير سكنه فيها اجرة المثل لتلك المدّة.

و من هنا يظهر ان قياسه (قده) للمقام على الإجارة فيما إذا استأجر العين لاستيفاء منفعة معينة كالدابة للركوب عليها إلى كربلاء- مثلا- فترك ذلك و ركبها إلى الكوفة حيث يضمن المنفعتين معا، قياس مع الفارق.

فان المنفعتين فى باب الإجارة لما كانتا متضادتين و جب ضمانهما معا فإنه يضمن الأجرة المسماة بإزاء ملكيته لمنفعة ركوب الدابة إلى كربلاء، و التى فوتها على نفسه بتركه لها اختيارا، كما يضمن منفعة ركوبها إلى الكوفة لاستيفاء منفعة لم يكن يملكها.

و اين هذا من المقام حيث تنحصر الفائدة بالتي فوتها العامل على المالك تارة بالاستيفاء و اخرى مع عدمه؟

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣٣٥

و على الثانى يكون المالك مخيرا (١) بين أن يفسخ المعاملة لتخلف الشرط، فىأخذ أجرة 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 المتقدمة 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 مرة فى حقيقة الشرط و بيانها.

(٢) حيث يفرض العقد حينئذ كالعقد، و من هنا فيترتب عليه ما ذكر فى فرض التقييد.

(٣) هذا الاحتمال لا وجه له بالمرّة، بعد ما عرفت مرارا من ان الاشتراط لا يؤثر إلا في ثبوت الخيار عند تخلفه، فهو إما ان يفسخ و اما ان يبقى العقد على حاله.

(٤) لتمامية أركان العقد و انتفاء المانع.

(٥) لانتفاء شرط ضمنى هو إمكان زرع الأرض بلا مؤنة خارجة

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣٣٦

مستوليا عليها و أمكن قطعه عنها. و أما لو لم يمكن التحصيل فى الصورة الأولى أو القطع فى الثانية 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 بالصحة مع علمه بالحال (٣) و لا وجه له (٤) و إن

عن فعل الزرع، فإنه أمر مفروغ عنه، فبتخلفه يثبت للزارع الخيار إذا كان جاهلا بالحال.

(١) لما تقدم فى الشرط السابع من اعتبار إمكان الزرع فى صحة المزارعة، إذ بدونه لا معنى للاتفاق على كون الحاصل بينهما بالنسبة المعينة، فإنه لغو محض.

(٢) و ذلك لان اعتبار إمكان الزرع شرط واقعى فى صحة العقد و من هنا فلا يختلف الحال فيه بين صورتى العلم و الجهل.

(٣) نسب ذلك إلى المحقق و العلامة (قدس سرهما).

(٤) لما عرفت من كون شرطية إمكان الزراعة، واقعية 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 جهة ان الجهل انما يقتضى ثبوت الخيار فلا موجب للحكم بالبطلان كما عن الإرشاد.

و الحاصل: ان ما أفاده (قدس سرهما) لا يمكن المساعدة عليه على كلا التقديرين - عمومه لصورة إمكان تحصيل الماء و عدمها، و اختصاصه

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣٣٧

أمكن الانتفاع بها بغير الزرع لاختصاص المزارعة بالانتفاع بالزرع (١). نعم لو استأجر أرضا للزراعة مع علمه بعدم الماء و عدم إمكان تحصيله أمكن الصحة لعدم اختصاص الإجارة بالانتفاع بالزرع، الا ان يكون على وجه التقييد (٢) فيكون باطلا أيضا.

[مسألة (١١): لا فرق فى صحة المزارعة بين أن يكون البذر من المالك أو العامل أو منهما]

(مسألة ١١): لا فرق فى صحة المزارعة بين أن يكون البذر من المالك أو العامل أو منهما (٣)

بصورة الإمكان

(١) على ما تقتضيه حقيقة المزارعة، و يتقوم به مفهومها.

(٢) بان استأجر أرضا للزراعة خاصة، فإنه حينئذ ان أمكن الانتفاع بها فى الزراعة بالعلاج بالتفصيل المتقدم من حيث علم المستأجر بالحال و جهله به، و ان لم يمكن فالحكم بالبطلان رأسا لانكشاف عدم تملك صاحبها للمنفعة التى ملكها بالعقد للمستأجر.

(٣) بلا خلاف فيه و فيما يليه من الأركان بين الأصحاب و يستفاد من ضم بعض النصوص إلى بعضها الآخر.

ففى صحيحة سماعه قال: «سألته عن مزارعة 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 خاصة على المزارع، و مع

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ١٢ من أبواب أحكام المزارعة و المساقاة ح ١.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣٣٨

.....

ذلك حكم (ع) بالصحة.

و حمل هذه المعاملة على معاملة مستقلة عن المزارعة و في قبالتها، فلا تدل على الجواز فيما نحن فيه.

حمل لا موجب له، و لا سيما بعد أخذ عنوان المزارعة فيها صريحا.

و الحاصل: ان المستفاد منها، انه لا يعتبر في المزارعة كون العمل على المزارع، فيجوز ان يكون على صاحب الأرض.

و في صحيحته الأخرى قال: «سألته عن المزارعة، قلت:

الرجل يبذر في الأرض مائة جريب أو أقل أو أكثر طعاما أو غيره فيأتيه رجل فيقول: خذ مني نصف ثمن هذا البذر الذي زرته 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 واردة في جواز ذلك بعد الزرع، إلا- انها تكفي لإثبات الجواز قبله أيضا، فإنه إذا جاز ذلك بعد الزرع، جاز قبله

بطريق أولى.

و يؤيدهما رواية 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 حنطة أو شعيرا، و تكون القسمة فيأخذ السلطان حقه «حظه» و يبقى ما بقى على أن للعلج 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 المزارعة و المساقاة ح ١.

مباني العروة 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 صريحة فى كون البذر و البقر على صاحب الأرض الا انها ضعيفة 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 المزارعة إلا- اشتراك الطرفين فى الأركان

الأربعة لهذه المعاملة فى الجملة من غير اختصاص لأحدهما بشىء معين من حيث النوع و الكمية.

هذا و لكن المستفاد من صحيحة يعقوب بن شعيب عن أبى عبد الله (ع) (فى حديث): قال: (سألته عن المزارعة، فقال: النفقة منك و

الأرض لصاحبها، فما أخرج الله من شيء قسم على الشطر و كذلك اعطى رسول الله (ص) خيبر حين أتوه فأعطاهم إياها على ان يعمروها و لهم النصف مما أخرجت) «٢».

اعتبار كون النفقة على العامل، لانه (ع) انما ذكر ذلك في جواب السؤال عن حقيقة المزارعة فيكون ظاهرا في الحصر. و من هنا فتصطدم مع الصحيحتين المتقدمتين.

إلا انه لا بد من رفع اليد عن ظهورها هذا، و حملها على بيان المزارعة الخارجية التي صدرت من النبي (ص) لا مطلق العقد، بان يقال ان العقد الذي أوقعه النبي (ص) مع يهود خيبر كان

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ١٠ من أبواب أحكام المزارعة و المساقاة ح ١.

(٢) الوسائل: ج ١٣ باب ١٠ من أبواب أحكام المزارعة و المساقاة ح ٢.

مباني العروة 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 المزارعة غير متقوم به، كما يشهد له قوله (ع) في ذيلها «و كذلك اعطى رسول الله (ص) خيبر».

و ذلك لصراحة الصحيحتين المتقدمتين في عدم اعتباره و جواز كونها على صاحب الأرض.

هذا مضافا إلى تسالم الأصحاب حيث لم ينقل الخلاف في جوازه من أحد من الأصحاب مطلقا.

أضف إلى ذلك كله إطلاقات أدلة المزارعة فإنها شاملة للمقام حيث ان مفهومها لا يتقوم إلا بالاشتراك في الزرع و تحصيل النماء من غير تخصيص لأحدهما بشيء و صاحبه بآخر كما هو الحال في المزارعات الخارجية 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 منطقة 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 المزارعة بكون شيء بخصوصه على أحدهما بعينه.

إذن: فلا بد من حمل صحيحة يعقوب على المزارعة الخارجية التي وقعت بين النبي (ص) و اليهود، بان يقال انها كانت على الوصف المذكور في الصحيحة 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 العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣٤١

مختصة بالمزارع أو مشتركة 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 البقية، و يجوز أن يكون من كل منهما اثنان منها، بل يجوز أن يكون من أحدهما بعض أحدها و من الآخر البقية، 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 بالنسبة إلى العوامل، كما لا يلزم مباشرة العامل بنفسه فيجوز له أخذ الأجير على العمل الا مع الشرط.

[(مسألة ١٢): الأقوى جواز عقد المزارعة بين أزيد من اثنين]

(مسألة ١٢): الأقوى جواز عقد المزارعة بين أزيد من اثنين (١) بان تكون الأرض من واحد و البذر من آخر

(١) الكلام فى هذه المسألة 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 خاصة، فيجوز كون الشئ الواحد مشتركا بين أكثر من اثنين من حيث ملك العين أو المنفعة أو الانتفاع و هو أمر طبيعى جدا يقع فى الخارج كثيرا. و من هنا فيحكم بصحة عقد المزارعة عليها حاله فى ذلك حال

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣٤٢

.....

سائر العقود.

و كيف كان: فالظاهر انه لا خلاف فى صحة الاشتراك فى الأرض و صحة المزارعة على الأرض المشتركة.

و من غير البعيد دعوى كون إعطاء النبى (ص) لأرض خيبر لليهود مزارعة من هذا القبيل، إذ من البعيد جدا دعوى اختصاص كل قطعة منها بشخص بعينه، إذ الأراضي غالبا ما تكون مشتركة بين جماعة بسبب الإرث أو غيره. بل لا يبعد دعوى كون الغالب فى العامل هو التعدد.

و أما المقام الثانى: فقد ذهب الماتن (قده) و جماعة إلى الجواز و الصحة بدعوى صدق المزارعة عليه و شمول الإطلاقات له.

فى حين اختار صاحب المسالك (قده) و جماعة البطلان لوجهين:

الأول: دعوى لا بديهة تركب العقد من طرفين الموجب و القابل خاصة.

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 الشركة.

الثانى: ما ذكره فى المسالك من أن العقود توقيفية 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) فى محله جدا لما عرفت من توقف صحة هذه العقود على الدليل الخاص و عدم إمكان إثباتها بالعمومات، و حيث لم يرد فى شئ من النصوص الحكم بالصحة فى المزارعة المعقودة بين أكثر من طرفين- الموجب و القابل- فلا بد من الحكم بفساده للقاعدة.

نعم بناء على ما اختاره الماتن (قده) من شمول العمومات للمقام

مباني العروة 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 بالنسبة إلى العمل و العوامل.

لصدق المزارعة و شمول الإطلاقات، بل يكفى العمومات العامة (١). فلا وجه لما فى المسالك من تقوية عدم الصحة (٢) بدعوى انها على خلاف الأصل، فتتوقف 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 ثلاثة أو أزيد على وجه تكون أركانها له. مدفوعة:

بالمع، 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 بالصحة هنا.

إلا انك قد عرفت ما فيه، وانها لا تشمل العقود التي تتضمن تمليك المعدوم بالفعل، ولذا لم نعهد فقيها التزم بصحة ذلك في غير هذه الموارد.

إذن: فالصحيح في المقام هو ما ذهب اليه الشهيد (قده) في المسالك، حيث لا إطلاق للأدلة الواردة في المقام يشمل هذا العقد و العمومات قاصرة 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

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣٤٤

أو يزارعه في حصته (١)

ما سيجيء منه (قده) بعد هذا فهو في حيز المنع على ما ستعرف فإنه ليس لأحد نقل الزرع قبل ظهوره و تحققه.

على انه لا دليل على ملكية العامل لشيء قبل ظهور الحاصل، فإنه إنما يملك الحصه 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، اعنى ثبوت حق التصرف له فيها.

و من هنا: فإذا كان هذا الحق قابلا للانتقال بالإرث كان قابلا للانتقال بالمعاملة أيضا.

على أن أدلة المزارعه غير قاصرة الشمول لمثلها، فإنك قد عرفت في المسألة الأولى من هذه المسائل، انه لا يعتبر في صحة المزارعه مالكية المزارع للأرض، بل يكفي كونه مالكا للتصرف فيها، و حيث انه متحقق في المقام فان المزارع يملك هذا الحق و له الولاية على ذلك، فله ان يزارع غيره فيجعله في مقامه من غير توقف على اعتبار

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣٤٥

من غير فرق بين 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 الإجارة أيضا. و الظاهر جواز نقل مزارعته إلى الغير (٣) بحيث يكون كأنه هو الطرف للمالك بصلح و نحوه بعوض

ملكته للمنفعة.

(١) فان للمزارع- العامل- حق التصرف في هذا البذر مطلقا بالمباشرة أو غيرها.

و لا يختص ذلك بصورة الإطلاق بل له ذلك حتى مع اشتراط المباشرة عليه، لعدم المنافاة بين اشتراط المباشرة عليه و كون المزارع غير 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 الإجارة، و قد عرفت انه لا وجه له، فان يد العامل على الأرض يد أمانة، فلا تضمن إذا سلمها إلى أمين مثله إذ الاستئمان لا يقتضى بوجه مباشرة الأمين للسلطنة على المال و وضع اليد عليه فان تسليمه إلى أمين مثله يعد من شئون الأمانة و من أنحاء المحافظة على المال.

و بعبارة اخرى: ان تسليم الأرض إلى العامل الثانى الأمين لا يعد تعديا أو تفریطا في مال الغير بعد فرض كون المزارع مطلقاً من حيث المباشرة و التسبيب و عليه: فلا مجال للحكم بالضمان في فرض التلف.

(٣) لما تقدم من ملكية العامل لحق التصرف في الأرض و ولايته على ذلك، فيكون له نقله إلى الغير و جعله في مقامه.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣٤٦

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 المزارع من العقود اللازمة الموجبة لنقل منفعة الأرض نصفاً أو ثلثاً أو نحوهما إلى العامل (٢) فله نقلها إلى الغير بمقتضى قاعدة السلطنة، و لا- فرق فيما ذكرنا بين أن يكون المالك شرط عليه مباشرة العمل بنفسه أو لا إذ لا منافاة بين صحة المذكورات و بين مباشرته للعمل، إذ لا يلزم في صحة المزارع مباشرة العمل فيصح ان يشارك أو يزارع غيره و يكون هو المباشر دون ذلك الغير.

(١) فتكون نتيجته نتيجة المزارع، حيث يكون المزارع الثانى شريكا للمالك في الحاصل بالنسبة المجعلولة 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 في كتاب البيع.

نعم يجوز ذلك في موردين:

الأول: بيع الثمر لأكثر من سنة.

و الثانى: بيعه مع الضميمة على تفصيل يذكر في محله.

(٢) قد عرفت غير مرة ان المزارع لا تتضمن تملك العامل منفعة الأرض، كما لا يتضمن تملك المالك حصة عمل العامل، و انما هي عقد لا تتضمن إلا تبرع كل من الطرفين بما عليه في قبال الحصة المعينة من الحاصل ان تحقق.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣٤٧

[مسألة ١٤: إذا تبين بطلان العقد]

خويى، سيد ابو القاسم موسى، مباني العروة الوثقى، ٢ جلد، منشورات مدرسه دار العلم - لطفى، قم - ايران، اول، ١٤٠٩ هـ ق

مباني العروة الوثقى؛ ج ١، ص: ٣٤٧

(مسألة ١٤): إذا تبين بطلان العقد، فاما ان يكون قبل الشروع فى العمل، أو بعده وقبل الزرع بمعنى نثر الحب فى الأرض أو بعده وقبل حصول الحاصل، أو بعده فان كان قبل الشروع فلا بحث ولا اشكال (١) وان كان بعده وقبل 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 إلزام 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 اجرة مثل عمله له على المالك، لقاعدة احترام عمل المسلم، فإنه و بعد صدوره عن أمر الغير- بتبع أمره بأصل العمل- لا بقصد التبرع مجانياً، لا يذهب هدرا سواء استفادة المالك من العمل أم لا.
و بعبارة أخرى: لا تأثير لاستفادة المالك و عدمها فى ضمانه للعمل الصادر من غيره عن أمره لا بقصد المجانية، 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 بأجرة المثل كما هو الحال فى سائر العقود الفاسدة.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣٤٨

نعم لو حصل وصف فى الأرض يقابل بالعوض من جهة كريبها أو حفر النهر لها أو ازالة الموانع عنها كان للعامل قيمة 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 بالحصصة المعينة من ماله- الناتج- بإزاء زرعه فى أرضه فلا وجه لضمانه لشىء، فإن العمل لم يصدر عن أمره بإزاء شىء و الالتزام بحصصة من ماله.

(١) و فيه: ان الأوصاف- على ما ذكرناه مفصلا فى المكاسب- لا تقابل بالقيمة مطلقا و لا استقلالية لها فى المالية فليست هى مالا فى قبال مالية الموصوف، و انما المالية لنفس الموصوف بلحاظ وجود الوصف و عدمه.

و عليه: فليس الحال فى الأوصاف هو الحال فى المنافع حيث تعتبر أموالا فى قبال مالية العين تبذل بإزائها المال مستقلا، و انما هى أمور تؤثر فى زيادة قيمة الموصوف و نقصانها من دون أن تقابل هى بشىء 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 زيادة قيمة مال المالك، و من دون أن يكون له شىء منه.

نعم حيث يكون عمله صادرا عن أمره لا بقصد المجانية فلا يذهب هدرا، فيستحق عليه اجرة مثله ساوت الزيادة الحاصلة فى الأرض بسبب العمل أم زادت عليها أم نقصت.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣٤٩

لغوا فلا شىء 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 اجرة عمله و عوامله و ان كان للعامل كان له، و عليه اجرة الأرض للمالك، و ان كان منهما كان لهما على النسبة نصفاً أو ثلثاً و لكل منهما على الآخر اجرة مثل ما يخصه من تلك النسبة و ان كان من ثالث (٣) فالزرع له و عليه للمالك اجرة

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 القاعدة فإن النماء تابع للبذر.

(٣) بناء على ما ذهب إليه في المسألة الثانية عشرة من جواز عقد المزارعة بين أكثر من اثنين.

(٤) على ما تقدم بيانه مفصلا في المسألة السادسة فراجع.

(٥) تقدم مرارا انه لا- اثر للعلم بالفساد و الجهل به في استحقاق اجرة المثل، لانه لا يلزم هتك حرمة المال أو العمل و التبرع به، بل العامل مقدم على العمل بإزاء العوض لا مجاناً و ان علم ان الشارع لم

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣٥٠

و لو كان العامل بعد ما تسلم الأرض تركها في يده بلا زرع فكذلك يضمن أجرتها للمالك مع بطلان المعاملة لفوات منفعتها تحت يده (١) إلا في صورة علم المالك بالبطلان لما مر (٢).

[مسألة ١٥): الظاهر من مقتضى وضع المزارعة ملكية العامل لمنفعة الأرض بمقدار الحصه المقررة له]

(مسألة ١٥): الظاهر (٣) من مقتضى وضع المزارعة ملكية العامل لمنفعة الأرض بمقدار الحصه المقررة له، و ملكية المالك للعمل على العامل بمقدار حصته و اشتراك البذر بينهما على النسبة، سواء كان منهما أو من أحدهما أو من ثالث، فإذا خرج الزرع صار مشتركا بينهما على النسبة، لا ان يكون لصاحب البذر إلى حين ظهور الحاصل، فيصير الحاصل مشتركا من ذلك الحين، كما ربما يستفاد من بعض الكلمات أو كونه لصاحب البذر إلى حين بلوغ الحاصل و إدراكه فيصير مشتركا في ذلك الوقت، كما يستفاد من بعض آخر نعم الظاهر جواز إيقاع العقد على احد هذين الوجهين مع التصريح و الاشتراط به من حين العقد، و يترتب على هذه الوجوه ثمرات:- (منها): كون التبن أيضا مشتركا

يمضه، 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 مرارا ان عقد المزارعة لا يقتضى إلا

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣٥١

بينهما على النسبة على الأول، دون الأخيرين (١) فإنه لصاحب البذر. (و منها): في مسألة الزكاة (٢)، (و منها): في

بذل كل من الطرفين ما عليه مجاناً في قبالة الاشتراك في الناتج، فليس المالك يملك شيئا من منفعة الأرض للعامل، و لا العامل يملك شيئا من عمله للمالك، بل المالك يبذل أرضه مجاناً كما يعمل العامل فيها كذلك ليشارك في الحاصل و يكون بينهما على النسبة التي اتفقا عليها، على ما يساعد عليه الفهم العرفي و يفهمه المزارعون من المزارعة.

نعم من غير البعيد دعوى مساعدة 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 صورة إطلاق العقد و عدم التصريح بنحو معين، و أما معه فلا ريب في إمكان الصور الثلاث جميعا، نظرا لإطلاقات أدلة المزارعة حيث لم يؤخذ في شيء منها كون الشركة بينهما من زمان معين - من حين نثر البذر أو خروج الزرع أو إدراكه - فيكون الأمر بيد الطرفين يتفقان عليه كيفما شاء، فلهما تحديد ذلك بالنشر بحيث يكون البذر مشتركا بينهما كما ان لهما التحديد بخروج الزرع أو بلوغه، حيث يصدق على الجميع عنوان المزارعة.

(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 العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣٥٢

مسألة الانفساخ أو الفسخ في الأثناء قبل ظهور الحاصل (١) (و منها): في مسألة مشاركة الزارع مع غيره (٢) و مزارعته معه (٣)، و منها في مسألة ترك الزرع الى

كل منهما النصاب و ان بلغ المجموع ذلك فان الحاصل لم يدرك بأكملة على ملك أحدهما خاصة و انما أدرك على ملكهما معا، فلم يحصل شرط الزكاة 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 الحنطة أو الشعير أو غيرها عليه، ملك له لوحده و قد بلغ النصاب فتجب عليه دون صاحبه.

و سيأتي التعرض لهذا الفرع ثانيا في المسألة الحادية و العشرين.

(١) حيث يكون العامل شريكا فيه على الأولين، دون الأخير حيث يختص به صاحب البذر و لا شيء للآخر.

و سيأتي التعرض إليه في المسألة السابعة عشرة، و ستعرف عدم تمامية هذه الثمرة.

(٢) فعلى الأول يكون للعامل اشتراك غيره في حصته و نقل مقدار منها اليه بصلح أو بغيره، و على الأخيرين فلا يجوز لاختصاص مالك البذر به قبل ظهور الحاصل أو بلوغه، فلا شيء للعامل عندئذ كي ينقله إلى شريكه.

إلا إنك قد عرفت في المسألة الثالثة عشرة انه لا يجوز نقل الزرع مطلقا إلا في موردين تقدم ذكرهما.

(٣) لم يظهر وجه الثمرة في المقام، فان مزارعته مع الغير

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣٥٣

انقضت المدّة (١) إلى غير ذلك.

[مسألة ١٦: إذا حصل ما يوجب الانفساخ في الأثناء قبل ظهور الثمر أو بلوغه]

(مسألة ١٦): إذا حصل ما يوجب الانفساخ في 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 المزارعة يحدث للعامل حقا في التصرف في الأرض بالزرع سواء أ كان البذر منه أم من المالك على أن يكون الحاصل مشتركا بينهما بالنسبة، و بذلك فله نقله الى الغير - على ما تقدم وجهه -

على جميع التقادير.

و الحاصل: انه لا فرق في جواز نقله لحقه في مزارعة 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 المزارعة تملك كل منهما الحصة مما عليه للآخر، فان العامل يكون شريكا للمالك في البذر بأصل العقد فيبقى كذلك رغم تركه للعمل في الأرض، بخلاف الأخيرين حيث لا تكون الشركة إلا بعد ظهور الحاصل أو إدراكه، إذ يختص به صاحب البذر قبل ذلك.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣٥٤

آخر عام، فالظاهر لحق حكم تبين البطلان من الأول (١) لأنه يكشف عن عدم قابليتها للزرع فالصحة كانت ظاهرية 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 النسبة (٣).

[(مسألة ١٧): إذا كان العقد واجدا لجميع الشرائط و حصل الفسخ في الأثناء]

(مسألة 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 المزارعة - و هو الوجه الأول من الوجوه المتقدمة - فالزرع الموجود مشترك بينهما على النسبة (٤)

(١) لتقوم حقيقة عقد المزارعة بالاشتراك في الحاصل، و حيث انه متوقف على قابلية الأرض له و إمكان حصوله، يكون العقد عند انكشاف عدم قابليتها له من المعاقدة على أمر ممتنع التحقق في الخارج فيحكم بفساده لا محالة.

(٢) لقانون تبعية النماء للبذر.

(٣) و ستعرف في المسألة الآتية انه لا وجه لاشتراكهما في الزرع حتى بناء على القول بالانفساخ من حينه.

(٤) و فيه: 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 العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣٥٥

.....

رجوع هذه الحصة التي ملكها مالك البذر إياه إليه كما يقتضيه فرض العقد كأن لم يكن، فان فرضه كذلك يعني كون الزرع بأكمله لمالك البذر بقانون التبعية.

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 في ملكه، و من هنا فإذا انفسخ العقد لم يكن لصاحب البذر المطالبة بالزرع الموجود بتمامه فإن حصة صاحبه منه لم يكن هو قد ملكها إياه كي 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 في كون الزرع لأحدهما خاصة، فإنه - و على هذا التقدير - لهما سواء أ كان هناك فسخ أم لم يكن، فان الاشتراك في الزرع ثابت و على

كلا التقديرين الفسخ و عدمه و حينئذ فيجری ما ذكره (قده) تفریعا على ذلك من أحكام. و الحاصل: ان ما ذكره (قده) انما يتم بناء على ما ملكه من إيجاب عقد المزارعة كون البذر مشتركا بين الطرفين بمعنى ملكية الطرف الآخر للحصة 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 إليه، إلا انه لما لم يكن يمكن إرجاعه بعينه لتلفه تعين رده بالمثل أو القيمة، كما هو الحال في سائر موارد الفسخ. و بعبارة أخرى: ان حصة الطرف الثاني من الزرع لا ترجع

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣٥٦

و ليس لصاحب الأرض على العامل أجره أرضه (١) و لا- للعامل أجره عمله بالنسبة إلى ما مضى، لأن المفروض صحة المعاملة و بقاؤها إلى حين الفسخ. و أما بالنسبة إلى الآتى فلهما التراضي على البقاء إلى البلوغ بلا أجره أو معها، و لهما التراضي على القطع قصيلا، و ليس للمزارع الإبقاء

بالفسخ إلى مالك البذر فإنه لم يملكه إياه، و انما أعطاه البذر خاصة و ملك الطرف الثاني الزرع بقانون تبعية 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 إليه بالفسخ. و هذه ثمرة واضحة 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 محالة و حيث ان العامل قد استوفاهما بزراع بذره فيها- على تقدير كون البذر منه- فعليه ضمانها بأجره المثل. نعم لو كان البذر للمالك لم يكن على العامل شيء من جهة الأرض، إلا انه لما لم يكن أقدم على العمل مجانا و انما أقدم عليه ليكون بإزاء ذلك الحصة المعينة من الحاصل، و كان عمله صادرا عن أمر المالك، و قد استوفى منافعه، فعليه- المالك- ان يرجع مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣٥٧

إلى البلوغ بدون رضی المالك (١) و لو بدفع أجره الأرض و لا مطالبة الأرض إذا أمره المالك بالقلع (٢) و للمالك مطالبة القسمة و إبقاء حصته في 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 شيء عليه من اجرة الأرض أو العمل (٥)، لان المفروض صحة المعاملة إلى هذا الحين و ان لم يحصل للمالك أو العامل شيء من الحاصل، فهو كما

إليه- العامل- ما يعادل بدل عمله أعنى أجره مثله في تلك المدة.

و الحاصل: ان تأثير الفسخ و ان كان من حينه، إلا أن مدلوله انما هو فرض العقد كأن لم يكن، و عليه فيرجع كل شيء إلى صاحبه. لكن هذا لا يعنى ذهاب حق الطرف الثاني هدرًا، 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 في المسألة السادسة فراجع.

(٢) لأنه قلع بحق.

(٣) ظهر الحال فيما تقدم.

(٤) حالهما في 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) وقد عرفت ما فيه فلا نعيد.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣٥٨

لو بقى الزرع إلى الآخر و لم يحصل حاصل من جهة آفة سماوية أو أرضية (١). و يحتمل ثبوت الأجره عليه إذا كان هو الفاسخ (٢). (فذلكة): قد تبين مما ذكرنا في طى المسائل المذكورة ان ههنا صوراً: - الأولى: وقوع العقد صحيحاً جامعاً للشرائط و العمل على طبقه إلى الآخر، حصل الحاصل أم لم يحصل لآفة سماوية أو أرضية (٣).

(١) قياس ما نحن فيه بصورة عدم حصول شىء نتيجة لآفة سماوية أو أرضية 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 لآفة سماوية أو أرضية، على ما يستفاد ذلك من النصوص الواردة فى المقام مضافاً إلى الاتفاق، فان المستفاد منها قسمة ما يخرج من الأرض بينهما خاصة، 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 المنفعة العائدة إلى غيره إما بالزرع فى أرضه أو عمل الغير له، فيضمنه لا محالة.

(٣) وقد ظهر حكمها مما تقدم فى صور الكتاب من ان عقد المزارعة عقد لازم يوجب اشتراك العامل و صاحب الأرض فى الحاصل - ان كان - و الا فلا شىء لأحدهما على الآخر.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣٥٩

الثانية: وقوعه صحيحاً مع ترك الزارع للعمل إلى أن انقضت المدة (١)، سواء زرع غير ما وقع عليه العقد أو لم يزرع أصلاً. الثالثة: تركه العمل فى الأثناء بعد أن زرع اختياراً أو لعذر خاص به (٢).

(١) وقد تقدم حكمها فى المسألة السابعة و التاسعة فراجع.

(٢) لم يظهر حكم هذه الصورة 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 الصورة هو ثبوت الخيار للمالك بين إجبار العامل على إتمام العمل، لما عرفت من اقتضاء عقد المزارعة 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 التراضى بالنسبة إلى الآتى. و ان كان للمالك، رجح بتمامه اليه، و فى مثله لا يبعد الالتزام بعدم وجوب شىء عليه للعامل، فيقال بذهاب عمله هدرًا، 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 العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣٦٠

الرابعة: تبين البطلان من الأول (١).

الخامسة: حصول الانفساخ فى الأثناء، لقطع الماء أو نحوه من الأعذار العامة (٢).

السادسة: حصول الفسخ بالتقابل أو بالخيار فى الأثناء (٣). وقد ظهر حكم الجميع فى طى المسائل المذكورة كما لا يخفى.

[مسألة ١٨: إذا تبين بعد عقد المزارعة أن الأرض كانت مغصوبة]

(مسألة ١٨): إذا تبين بعد عقد المزارعة أن الأرض كانت مغصوبة فمالكها مخير بين الإجازة فتكون الحصه له سواء كان بعد المدة أو قبلها فى الأثناء أو قبل الشروع فى الزرع بشرط ان لا يكون هناك قيد أو شرط لم يكن معه محل للإجازة (٤)، و بين الرد، و حينئذ فإن كان

أمره بالعمل مستمرا إلى الآخر، و اما العمل الناقص فلم يكن مأمورا به من قبله فلاحظ.

و سيأتى مزيد توضيح لذلك عند التعرض لنظير هذه المسألة فى المساقاة.

(١) و قد عرفت حكمها فى المسألة الرابعة عشرة.

(٢) و قد تقدم حكمها فى المسألة السادسة عشرة.

(٣) و قد عرفت حكمها فى المسألة السابعة عشرة.

(٤) كما لو غصبت المرأة أرضا و زارعت رجلا- اشترط عليها فى ضمن العقد التزوج منه، أو غصب الطيب أرضا و زارع غيره و اشترط عليه مباشرته لعلاج مريض، إلى غير ذلك من الشروط،

مباني العروة 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 قابلية 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 تبعية النماء للبذر، و حينئذ فلو رجع عليه المالك

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣٦٢

.....

بأجرة الأرض لم يكن له الرجوع على الغاصب الأمر بها، وان كان هو ضامنا أيضا وللمالك الرجوع عليه مباشرة. وذلك: لان العامل لم يقدم على أخذ الأرض من صاحبه مجانا و من دون الضمان، و انما أقدم عليه بإزاء إعطاء الحصه المعينه من النماء له، و حيث انها لم تسلم له لحكم الشارع بفساد العقد، و نظرا لاستيفاء العامل المنفعة، يلزم بدفع اجرة المثل. و من هنا يظهر حكم ما لو رجع المالك على الغاصب فباشره و ألزمه بدفع اجرة المثل عن أرضه، فإن له الرجوع على العامل و أخذها منه، لاستقرار الضمان عليه، نظرا لاستيفاءه 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 في 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 رجع على الأمر لم يكن له الرجوع على العامل فان الضمان مستقر عليه، لأنه إنما سلمها اليه على ان لا يكون عليه شيء فهو قد أقدم على أخذها مجانا و بإزاء لا شيء عليه، بل على ان يكون له النصيب المعين من النماء. فهو- العامل- لم يتعهد للمالك بشيء كى يقال بضمانه لإقدامه على أخذها لا مجانا، بل الأمر بالعكس من ذلك تماما فإنه إنما أقدم على ان يكون له شيء من مال صاحب البذر- الحصه من النماء. و من هنا يظهر ان للعامل الرجوع على صاحب البذر و مطالبته بأجرة عمله، لأنه قد صدر عن أمره لا مجانا، حيث كانت بإزاءه مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣٦٣

.....

الحصه من الزرع، فإذا لم تسلم له نتيجة للفساد، تعين دفع اجرة مثل العمل له. و الحاصل: ان استقرار الضمان انما يكون على الذى سلم الأرض إلى صاحبه بعنوان المجانية، حيث ذكرنا فى مبحث تعاقب الأيدي ان الذى يخسر نتيجة لأخذ المالك منه البذر، يملك المال التالف ببناء 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 المجانية فإنه حينئذ لا حق له فى الرجوع عليه. ثم ان مما ذكرناه يظهر حكم ما لو رجع المالك على العامل مباشرة فإن له الرجوع على الغاصب- صاحب البذر- بأجرة 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 اجرة الأرض، ما لم يكن مغرورا من قبله إجماعا، فإن الأرض لم تقع تحت يده كى يلزمه ضمانها بأجرة مثلها، و أما إذا كان مغرورا من قبله فقد قيل بان له الحق فى الرجوع عليه لقاعدة الغرور، إلا أنك ستعرف قريبا انه لا أساس لهذه القاعدة يعتمد عليه. ثم إن هذا كله من جهة 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،

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣٦٤

إذا كان فى الأثناء (١) و يكون بالنسبة إلى بقية المدد الأمر

و من هنا فلا معنى لان يرجع به على غيره.
 و ان كان البذر للآمر، فلا يذهب عمل العامل فيه هدرا، لانه عمل مسلم محترم صدر عن أمر الغير بإزاء الحصّة المعينة 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 بأجرة مثلها أو يكون قد رجع على العامل لكنه قد رجع عليه و أخذها منه.
 و حينئذ فلا- يكون له إلا قيمة العمل المجرد فقط، يرجع بها على الأمر الذي استوفى المنافع بأكملها بما في ذلك الحصّة المجعلولة للعامل نظرا لفساد العقد.
 و قد يفرض ان للعامل العمل في الأرض المضمونة عليه، بان يكون المورد من الموارد التي لا يكون له حق الرجوع بأجرة مثل الأرض التي غرمها للمالك على الأمر، نظرا لعدم كونها تحت يده.
 و حينئذ فله الرجوع على الأمر بقيمة العمل الواقع في أرض مضمونة عليه و تكون مسئوليتها عليه.
 و هذه القيمة تزيد على قيمة العمل المجرد طبعا، و بهذه الزيادة تتدارك خسارة العامل التي خسرها للمالك- أعنى أجرة مثل الأرض- و ان لم يكن له الرجوع بها بعنوانها على الأمر.
 و الحاصل: ان قيمة العمل في هذا الفرض تتدارك خسارة العامل من جهة أجرة الأرض لا محالة و ان لم يكن ذلك بهذا العنوان مباشرة.

(١) الكلام في هذه الصورة هو الكلام في صورة تبين الفساد بعد

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣٦٥

بيده، فاما يأمر بالإزالة، و إما يرضى بأخذ الأجرة، بشرط رضا صاحب البذر. ثم المغرور من المزارع و الزارع يرجع فيما خسره على غاره (١) و مع عدم الغرور فلا رجوع.

التمامية، فإن للمالك مطالبته من له الزرع بأجرة مثل أرضه عن الفترة السابقة و له الخيار بالنسبة إلى الفترة الباقية بين امره بالقلع و تفريغه أرضه من غير ضمان لأنه إزام بحق حيث لم يكن الزرع باذنه، و بين إبقائه في ملكه مجانا أو بأجرة مع التراضي و ليس له إزام صاحبه ببقاءه مع الأجرة كما ليس لصاحبه إزامه بذلك.

و اما الزرع فهو تابع في الملكية للبذر، على ما تقدم بيانه.

و كذا الحال في اجرة العمل، فان الكلام فيه هو الكلام في الفرض السابق.

نعم لو طالب مالك الأرض مالك البذر بالقلع و تضرر بذلك، كان له في فرض الغرور الرجوع إلى الغار، بناء على تمامية قاعدة الغرور، و إلا- بان لم يكن غرور أو لم تتم قاعدة الغرور- فلا رجوع له على أحد لعدم الموجب له.

(١) لقاعدة الغرور.

لكننا قد ذكرنا في مبحث المكاسب ان هذه القاعدة و ان اشتهرت في السنن الأصحاب في كلماتهم، إلا انها مما لا أساس لها بالمرّة، فإن أسباب الضمان معدودة محدودة و ليس منها الغرور.

و كلمة «المغرور يرجع على من غر» لم ترد حتى في رواية ضعيفة فضلا عن المعتمدة.

نعم قد يستند فيها إلى رواية محمد بن سنان عن إسماعيل بن جابر

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣٦٦

و إذا تبين كون البذر مغصوبا، فالزرع لصاحبه (١) و ليس عليه أجره الأرض و لا أجره العمل (٢)، نعم إذا كان التبين فى الأثناء كان لمالك الأرض الأمر بالإزالة (٣)

قال: «سألت أبا عبد الله (ع) عن رجل نظر إلى امرأة فأعجبته فسأل عنها فقيل: هى ابنة فلان، فأتى أباه فقال: زوجنى ابتك فزوجه غيرها فولدت منه فعلم بها بعد أنها غير ابنته و أنها أمه، قال: ترد الوليدة على موالها و الولد للرجل، و على الذى زوجه قيمة ثمن الولد يعطيه موالى الوليدة كما غر الرجل و خدعه» (١).

حيث ان ظاهر التعليل كون التدليس موجبا للضمان.

الا أن هذه الرواية و ان عبر عنها بالصحيحة فى كلمات بعضهم ضعيفة السند بمحمد بن سنان حيث لم يثبت توثيق الرجل.

إذن: فهى ساقطة عن الاعتبار و لا يمكن الاعتماد عليها فى شىء و حيث لا دليل غيرها على القاعدة، فلا مجال للاستدلال بها.

(١) على ما تقتضيه قاعدة تبعية 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 قاعدة الضمان- و إلا فالذى يغرم للمالك قيمة البذر يملك- و بالسيرة القطعية- البذر التالف قهرا- على ما تقدم بيانه غير مرة- و حينئذ فيكون الزرع له دون صاحبه.

(٢) لعدم صدور العمل عن أمره كما هو واضح.

(٣) على ما تقتضيه قاعدة السلطنة بعد وقوع الفعل من دون إذنه.

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٧ من أبواب العيوب و التدليس، ح ١.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣٦٧

هذا إذا لم يكن محل للإجازة- كما إذا وقعت المعاملة 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 للمزارعة (١) يأخذ الحصة التى كانت للغاصب، و إذا تبين

(١) هذا فيما إذا كان البذر مذكورا فى عقد المزارعة 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 المبذول من الطرف الأول مغصوبا فان مالكة يكون طرفا لصاحب الأرض فى المعاملة، أولهما معا بان يكون من أحدهما الأرض و من الآخر العمل و العوامل و من الثالث البذر خاصة- بناء على ما اختاره الماتن (قده) من صحة عقد المزارعة بين أكثر من اثنين.

فإنه و على تقدير تبين الفساد بانكشاف غصبيه البذر يصبح ملكه بالإجازة للمعاملة.

و أما فى غير هذه الصورة كما لو زارع المالك غيره على ان يكون البذر من الثانى فغصب البذر من غيره و زرع، فلا مجال لإجازة مالك البذر المعاملة، لأنه ليست بطرف العقد، و يعتبر فى صحة العقد الفضولى بالإجازة ان يكون المجيز طرفا له.

و الحاصل: انه لا مجال للمساعدة على إطلاق كلام الماتن (قده) من صحة العقد بالإجازة إذا كان البذر شخصا، فإنه قد يكون موردا للإجازة كما فى الصور الأولى المتقدمة، و قد لا يكون موردا لها كما

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣٦٨

كون العامل عبدا غير مأذون فالأمر إلى مولاه (١). و إذا تبين كون العوامل أو سائر المصارف مغصوبة فالمزارعة صحيحة (٢)، و

لصاحبها أجره المثل أو قيمة الأعيان التالفه (٣) و في بعض الصور (٤) يحتمل جريان الفضولية و إمكان الإجازة كما لا يخفى.

في الصورة الأخيرة.

فالصحيح هو التفصيل بين ما إذا كان باذل البذر طرفا للمعاملة فيصح للعقد بالإجازة و عدمه فلا يصح.

(١) ان شاء أجاز و ان شاء فسخ، فان فسخ بطلت المعاملة و ان أجاز كانت المزارعة له، و على الأول يستحق على المستفيد اجرة مثل العمل لكونه قد استوفى منفعة ملك الغير.

(٢) يظهر الحال فيه مما تقدم، فان الغصب في جميعها لا يضر بصحة المعاملة، فإنها انما تتحقق بإباحة 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 قاعدة الضمان.

(٤) كما لو فرض وقوع العقد مع باذل هذه الأمور بحيث يكون طرفا فيه،- حيث تقدم جواز كون أحد الأركان الأربعة خاصة على أحدهما و الباقي على الآخر.

فلمالك هذه الأمور حينئذ ان يمضى المعاملة و يكون طرفا لها،

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣٦٩

.....

كما هو الحال في مالك البذر بعينه.

و الحاصل: انه يختلف الحال في المسألة بين كون مالك المغسوب طرفا مستقلا للعقد فتصح منه الإجازة و عدمه فلا تصح.

ثم ان الماتن (قده) لم يتعرض لاجرة الأرض و اجرة العمل بالنسبة 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 شيء 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 الملكية للبذر- فلم يضمن أحدهما لصاحبه شيئا في ضمن العقد كى يكون لصاحبه الرجوع عليه.

و ان كان الغصب من أحدهما خاصة، فإن كان هو مالك الأرض بأن غصب البذر من غيره و سلمه إلى العامل ليزرعه في أرضه بإزاء النصيب المفروض، فعليه للعامل اجرة مثل عمله حيث انه لم يصدر منه مجانا و انما وقع عن أمره بإزاء الحصه المعينه و حيث انها لم تسلم له لفساد العقد و أخذ المالك للنتاج، ينتقل إلى أجره المثل لا محالة.

و ليس للعامل الرجوع على مالك البذر بأجره مثل عمله و لا لمالك الأرض الرجوع عليه بأجره مثل أرضه، حيث لم يكن شيء من العمل عن امره.

و ان كان هو العامل بان غصب البذر و زارع مالك الأرض على الصحة المعينه، كان لمالك الأرض تغريمه بأجره مثل أرضه، حيث انه لم يقدم على استيفاء منفعتها مجانا و بلا عوض فتكون مضمونة

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣٧٠

[مسألة ١٩: خراج الأرض على صاحبها]

(مسألة ١٩): خراج الأرض على صاحبها (١)، و كذا مال الإجارة إذا كانت مستأجرة (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 - بعضا أو كلا - صح (٥)، و ان كانت ربما تزداد و ربما تنقص على الأقوى فلا يضر مثل هذه الجهالة، للأخبار (٦).

عليه لا محالة.

(١) بلا خلاف فيه، لانه موضوع على الأرض. و جواز التصرف فيها و إمكانه خارجا متوقف على أداءه.

و بالجملة: فالمسألة إجماعية، و تدل عليه النصوص صريحا - على ما سيأتى.

(٢) فإن العامل أجنبي عنه بالمره، و على باذله تسليم الأرض للعامل خالية عن جميع ما يترتب عليها و يمنع العامل من مزاوله العمل.

(٣) لعين ما تقدم.

(٤) إذ لا فرق فيما ذكرناه من لزوم تسليمها خالية عن جميع ما يترتب عليها، بين الحدوث و البقاء.

(٥) لما عرفته في صدر الكتاب من صحة الاشتراط في عقد المزارعة حتى و لو كان ذلك مقدارا من الذهب أو الفضة.

و هذا كله مضافا إلى دلالة النصوص - على ما ستعرفها في التعليق الآتية.

(٦) ففي صحيحه داود بن سرحان عن أبي عبد الله (ع):

«في الرجل تكون له الأرض عليها خراج معلوم، و ربما زاد و ربما نقص

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣٧١

.....

فيدفعها إلى الرجل على أن يكفيه خراجها و يعطيه مأتى درهم في السنة قال: لا بأس) «١».

و مثلها صحيحه يعقوب بن شعيب «٢».

و مورد هاتين الصحيحتين و ان كان الإجارة، إلا ان ثبوت الحكم فيها مع كونها مبنية على تعيين العوضين - الأجرة و المنفعة - يقتضى

ثبوته في المزارعة المبنية على الجهالة في الجملة.

و أوضح منها صحيحه يعقوب بن شعيب الأخرى 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» «٣».

فإن مقتضى إطلاقها عدم الفرق بين كون الخراج - الذى اشترط عليه أداءه - معلوما مضبوطا، و كونه ربما يزيد أو ينقص، و لعله يكون

هو المتعارف خارجا على ما يستفاد من الصحيحتين الأولتين.

هذا و مع قطع النظر عن النصوص، يدلنا عليه اختصاص اعتبار عدم الغرر بالبيع فقط، إذ لا دليل على اعتباره في سواه لا سيما في

الشروط إذا لم يسر الغرر منه إلى المشروط.

بل حتى و لو قلنا باعتبار عدمه فيها أيضا، فإن الجهالة في مثل هذه الأمور التى لها ضابط خارجي معين، لا يعد غررا عرفا، فإن استيجار

الدار بشرط ان تكون الضريبة على المستأجر، لا يعد معاملة غررية لمضبوطية مقدارها و ان لم يعلمه المتعاملان بالفعل، فإن الزيادة

(٢) الوسائل: ج ١٣ باب ١٧ من أبواب المزارعة و المساقاة، ح ١.

(٣) الوسائل: ج ١٣ باب ١٠ من أبواب المزارعة و المساقاة، ح ٢.

مباني العروة 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 الحاجة إليها و الدولار، و نحو ذلك مما يتكرر كل سنة 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 النقيصة في هذه الموارد مغتفرة 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 مقدمة لأداء الواجب عليه.

و فيه: ما عرفته في كتاب الإجارة من ان كيفية وجوب العمل و نحوه من حيث الإطلاق و الاشتراط تابع للجعل و القرار، فليس هناك وجوب مطلق ابتداء و بحسب جعل الشارع المقدس في المقام خارجا عن اتفاق المتعاملين، بل الأمر بيدهما من هذه الجهة 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 في المواد المستحضرة من قبل المالك، كما هو المتعارف في البناء، حيث لا يجب على العامل إلا العمل في المواد التي يحضرها المالك، فيكون من قبيل الواجب المشروط.

و من هنا فلا يمكن إعطاء ضابط كلى لمن يكون عليه تهيئة المقدمات خارجا عن قرار المتعاقدين و اتفاقهما، فيجب عليهما التعيين و إلا بطل العقد.

(٢) حيث يكون الاعتماد عليها في مقام الاتفاق و العقد نوعا من

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣٧٣

ما يأخذه المأمورون من الزارع ظلما من غير الخراج فليس على المالك (١). و ان كان أخذهم ذلك من جهة الأرض.

[(مسألة ٢٠): يجوز لكل من المالك و الزارع ان يخرص على الآخر بعد ادراك الحاصل بمقدار منه]

(مسألة 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 بالمرّة.

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 سيأتى بيان الوجه فيه.

(٥) كصحيحه يعقوب بن شعيب «في 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 تعطيني 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 المزارعة و المساقاة.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣٧٤

و فى الثمار. فلا يختص ذلك بالمزارعة و المساقاة (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 العامة خلافا لجماعة و الظاهر أنه معاملة مستقلة (٤) و ليست بيعا (٥)

(١) على ما يظهر ذلك من صحیحه يعقوب بن شعيب المتقدمه حيث لم يفرض فيها كون ذلك فى المزارعة أو المساقاة، أو حصل الاشتراك نتيجة لإرث أو شراء أو غيرهما.

هذا و لو تنزلنا عن دلالة النصوص، فيكفينا فى الإثبات كون الحكم على القاعدة فإن أمر المال المشترك بينهما لأى سبب كان لا يعدوهما بل هو بيدهما فلهما ان يقسماه بالتراضى كيف شاءا.

(٢) لما تقدم.

(٣) كما هو الحال فى سائر موارد القسمة، كتقسيم الإرث بالتراضى فإنه يمنع من الرجوع و مطالبه الشركة، 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 مرة - يقتضى اللزوم و عدم جواز الفسخ لكل من المتعاقدين.

(٤) لأنها انما تتضمن إخراج المال من الإشاعة و الاشتراك إلى الافراز و الاختصاص.

(٥) كما يشهد له الفهم العرفى.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣٧٥

و لا صلحا معاوضيا (١)، فلا- يجرى فيها إشكال اتحاد العوض و المعوض (٢)، و لا إشكال النهى عن المحاقلة و المزابنة (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 الخاصة. فهو نوع من المعاملة عقلائية 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 المشاعة فى جزء معين من المال بإزاء تنازل صاحبه له عن حصته المشاعة فى الجزء الآخر.

(٣) فإنهما من بيع الثمر من النخيل أو السنبل من الحنطة 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 مختصة بهما.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣٧٦

و حصر المعاملات في المعهودات ممنوع (١)، نعم يمكن ان يقال: إنها في المعنى راجعة إلى الصلح الغير المعاوضى فكأنهما يتسالمان على أن يكون حصه أحدهما من المال المشترك كذا مقدارا و البقية للآخر، شبه القسمة أو نوع منها. و على ذلك يصح إيقاعها بعنوان الصلح على الوجه المذكور مع قطع النظر عن الأخبار أيضا، على الأقوى من اغتفار هذا المقدار من الجهالة فيه إذا ارتفع الغرر بالخرص المفروض، و على هذا لا يكون من التقبيل و التقبل. ثم ان المعاملة المذكورة لا تحتاج إلى صيغة مخصوصة، بل يكفي كل لفظ دال على التقبل بل الأقوى عدم الحاجة إلى الصيغة أصلا، فيكفي 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 في مباحث المكاسب، كالمبادلات المالية، فإن تبادل العباءة بالكتاب - مثلا - معاملة عقلانية و ليست هي من البيع، حيث لا يختص فيها نظر أحدهما إلى المالية و الآخر إلى الخصوصية كى يعتبر الأول بائعا و الآخر مشتريا، فان نسبتها إليهما على حد سواء.

(٢) مع وجود مبرز له في الخارج كى يتم معنى الإنشاء و العقد - على ما بيناه في محله من الأصول.

(٣) لا لكونه مورد النصوص، إذ قد عرفت ان الحكم على القاعدة

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣٧٧

المتيقن من الاخبار كون المقدار المخروص عليه من حاصل ذلك الزرع (١) فلا يصح الخرص و جعل المقدار فى الذمة من جنس ذلك الحاصل. نعم لو أوقع المعاملة بعنوان الصلح على الوجه الذى ذكرنا لا مانع من ذلك فيه (٢) لكنه كما عرفت خارج عن هذه المعاملة. ثم ان المشهور بينهم أن قرار هذه المعاملة مشروط بسلامة الحاصل، فلو

و لا - حاجة فيه إلى النص، و انما لاقتضاء القاعدة ذلك، فإن صحة تقسيم المعدوم تحتاج إلى الدليل، لأنه انما يتعلق بأمر موجود بالفعل فلا اثر للتقسيم قبل تحقق العنوان و صدق كونه حنطة أو شعيرا أو غيرهما بلحاظ حال التحقق.

نعم لو فرضنا إرادتهما تقسيم الزرع الموجود بالفعل - بناء على ما اخترناه من كون مبدأ الشركة بينهما هو زمان تحقق الزرع - فلهما ذلك، و تكون صحة القسمة على القاعدة، إلا انه ليس من قسمة الحنطة و الشعير على ما هو محل الكلام.

(١) لان التقسيم - على ما ذكرنا - إخراج للمال عن الإشاعة و الاشتراك إلى الإفراز و الاختصاص، و هو غير صادق مع كون البدل أمرا ثابتا فى الذمة، فإنه من المبادلة لا محالة فيدخل فى عنوان البيع أو الصلح.

(٢) إذ ليس هناك ما يوجب البطلان إلا محذور الربا، و يدفعه عدم كون الحنطة و الشعير قبل الجذاذ من المكيل أو الموزون، و الربا مختص بهما.

نعم لو كانت هذه المعاملة بعد الجذاذ و الحصاد لم تصح لاستلزامها

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣٧٨

تلف بأفة سماوية أو أرضية كان عليهما. و لعله لان تعيين الحصه فى المقدار المعين ليس من باب الكلى فى المعين، بل هى باقية على إشاعتها (١) غاية الأمر تعيينها فى مقدار معين.

الربا على تقدير عدم التساوى، إلا ان هذا الفرض خارج عن محل كلامه (قده).

(١) وفيه: انه لا مجال لتصور الإشاعة مع فرض التعيين، فإنهما لا يجتمعان إطلاقاً إذ الإشاعة تعني اشتراكهما في كل جزء، و هو ينافي التعيين الذي يعنى اختصاص كل منهما بشيء خاص.

إذن: فليس المقام إلا من قبيل الكلى في المعين، فان شخص المال بأجمعه لمالك البذر و لصاحبه المقدار المعين على نحو الكلى في ضمنه.

الـ- أن هذا لا يعنى مخالفتنا للمشهور فيما ذهبوا إليه، فإنه هو الصحيح في المقام حتى بناء على ما اخترناه. و ذلك لان الملحوظ في تعيين المقدار انما هو نسبهته إلى المجموع فحينما يخرص الناتج بمائة رطل و يجعل لأحد الطرفين خمسين رطلا فإنما يعنى ذلك جعل النصف له و هكذا في باقى المقادير، فإنه إنما يدفع له المقدار المعين بلحاظ كون المجموع كذا مقدارا و بالقياس اليه، فالمقدار انما يلحظ كمشير للنسبة لا غير.

و من هنا يكون التالف محسوبا عليهما، حيث انه يؤثر على المقدار العائد إليه لا محالة نتيجة لنقصان ما تخرج منه النسبة. و لعل مراده (قده) من الإشاعة من المقام هذا المعنى، و إلا فالتعيين لا يتلاءم معها.

ثم أن مما ذكرنا يظهر انه لا فرق في التالف بين كونه بأفء سماوية

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣٧٩

مع احتمال أن يكون ذلك من الشرط الضمنى بينهما.

و الظاهر أن المراد من الآفة الأرضية 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 في مقدار؟
وجهان أقواهما العدم (٢).

[مسألة (٢١): بناء على ما ذكرنا من الاشتراك أول الأمر في الزرع يجب على كل منهما الزكاة]

(مسألة ٢١): بناء على ما ذكرنا من الاشتراك أول الأمر في الزرع يجب على كل منهما الزكاة (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 أرضية، فإن الحكم في الجميع واحد، لوحدة الملا-ك. اعنى كون الملحوظ في الحقيقة هي النسبة، فإنه يوجب اشتراكهما في تحمل التالف.

(١) ظهر وجهه مما تقدم.

(٢) لم يظهر لنا وجهه بعد ما تقدم منه (قده) و منا من كون صحة هذه المعاملة على القاعدة لكونها معاملة عقلائية، فلا يحتاج إلى الدليل الخاص و ان لم تكن من المعاملات المعهودة.

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 الخبرة 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 الزكاة فيه أيضا.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣٨٠

الثمرة، لأن تعلق الزكاة بعد صدق الاسم، و بمجرد الظهور لا- يصدق. و ان اشترطا الاشتراك بعد صدق الاسم و حين الحصاد و التصفية فهي على صاحب البذر فيهما لان المفروض أن الزرع و الحاصل له إلى ذلك الوقت، فتعلق الزكاة في ملكه.

[مسألة ٢٢: إذا بقي في الأرض أصل الزرع بعد انقضاء المدّة و القسمة فنبت بعد ذلك في العام الآتى]

(مسألة ٢٢): إذا بقي في الأرض أصل الزرع بعد انقضاء المدّة و القسمة فنبت بعد ذلك في 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 في الزرع و أصله (٤) و إن كان البذر لأحدهما أو لثالث

(١) على ما تقتضيه قاعدة تبعية النماء للبذر في الملكية، فإن النماء الحاصل لما كان نماء لملكهما معا كان كذلك أيضا.
(٢) لما تقدم.

(٣) ما أفاده (قده) مبنى على اقتضاء الاعراض لسقوط ملكية المعرض - بالكسر - عن المعرض عنه و زوالها. إلا إنك قد عرفت غير مرة، انه لا دليل على زوال الملكية 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

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣٨١

و هو الأقوى. و كذا إذا بقي في 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 في صورة 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 المزارعة لا - يقتضى إلا - الاشتراك فى الحاصل فلا وجه للاشتراك فى المقام، حيث ان البذر حينئذ يختص بباذله 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 صورة كون النماء نماء للحب المختص بأحدهما الآتية من غير فرق.

(١) لتبعية الحاصل للبذر فى الملك، فإنه لما كان مشتركا كان النماء مشتركا لا محالة أيضا.

(٢) بل معه أيضا على ما تقدم،

(٣) لما تقدم.

(٤) فلا موجب للضمان، لأنه انما يكون فيما إذا صدر الفعل

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣٨٢

[مسألة ٢٣: لو اختلفا فى المدّة و أنها سنة أو ستان - مثلا]

(مسألة ٢٣): لو اختلفا فى المدّة و أنها سنة أو ستان - مثلا - فالقول قول منكر الزيادة (١)، و كذا لو قال أحدهما أنها سنة أشهر و الآخر

قال إنها ثمانية أشهر، نعم لو ادعى المالك مدة قليلة لا تكفى لبلوغ الحاصل و لو نادرا ففى تقديم قوله اشكال (٢). و لو اختلفا فى الحصة قلة و كثرة فالقول قول صاحب البذر المدعى للقلة (٣).
هذا إذا كان نزاعهما فى زيادة المدة أو الحصة 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 أصالة عدم الزيادة.

عن أمره أو مباشرته له، فلا- يثبت فى مورد يكون ذلك خارجا عن اختياره و ارادته حتى مع استيفاء للمنفعة، 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 يحتاج إلى الدليل و الأصل عدمه.
(٢) من جهة ان دعواه حينئذ يرجع إلى ادعاء فساد العقد، لأنه يدعى المزارعة فى فترة غير قابلة لتحقق الحاصل، فيتقدم قول صاحبه لأصالة صحة العقد.

(٣) ظهر وجهه مما تقدم.

(٤) بل الظاهر أن القول قول من يدعى القلة حتى فى هذه الصورة و ذلك لما عرفته منا غير مرة، ان نصوص القضاء و الدعوى على

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣٨٣

[مسألة ٢٤: لو اختلفا فى اشتراط كون البذر أو العمل أو العوامل على أيهما]

(مسألة ٢٤): لو اختلفا فى اشتراط كون البذر أو العمل أو العوامل على أيهما فالمرجع التحالف (١) و مع حلفهما أو نكولهما تنفسخ المعاملة (٢)

[مسألة ٢٥: لو اختلفا فى الإعارة و المزارعة]

(مسألة ٢٥): لو اختلفا فى الإعارة و المزارعة فادعى

كثرتها لم تتعرض لتحديد المدعى و المنكر، بل النصوص تعرضت لذكرهما تاركة تفسيرهما للفهم العرفى.

و من هنا فلا بد من الرجوع إليه فى تحديدهما، و مقتضاه اعتبار من يلزم بإثبات ما يقوله مدعى و صاحبه الذى لا يطالب به منكرا من غير نظر لمصعب الدعوى.

فمن يلزم بالإثبات هو المدعى و عليه البينة بأى صيغة كان التعبير و إظهار الدعوى.

و عليه: ففى المقام حيث يكون مدعى الزيادة ملزما بالإثبات لدى العرف، لأنه يدعى على صاحبه جواز تصرفه فى المدة الزائدة 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) لان 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 المزارعة بدون ذلك، و عدم إمكان إلزام كل منهما به ظاهرا، و عليه فيكون العقد كأن لم يكن، نظرا لما تقدم فى البيع من ان اختلاف المتعاقدين فى المبيع يوجب الحكم بفساده ظاهرا.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣٨٤

الزارع أن المالك أعطاه الأرض عاريةً و المالك ادعى المزارعة فالمرجع التحالف أيضاً، و مع حلفهما أو نكولهما تثبت اجرة المثل للأرض. فإن كان بعد البلوغ فلا اشكال (١) و ان

(١) الظاهر أنه لا وجه لعد هذه الصورة من باب التداعي و من ثم القول بالتحالف فيها، و ذلك لما تقدم منا غير مرة من ان الملاك فى اعتبار مورد من التداعي انما هو بالزام كل من طرفى النزاع لصاحبه بشىء و إنكاره لما يدعيه الآخر، فان هذا الملاك إذا تحقق فى مورد كان ذلك المورد من التداعي و ثبت فيه التحالف و إلا فهو أجنبي عنه. و عليه فقيما نحن فيه، فحيث ان الإلزام يختص بطرف واحد خاصةً و هو المالك حيث يلزم العامل و بحسب دعواه للمزارعة بدفع الحصة من النتائج له، دون العكس فان العامل و بحسب دعواه للعارية لا يلزم المالك بشىء إطلاقاً، غاية الأمر انه ينكر عليه ما يدعيه خاصةً فالمورد خارج عن باب التداعي 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 التداعي. و الحاصل: ان الإلزام فى المقام لما كان يختص بطرف واحد فقط لم يكن وجه لجعله من مصاديق التداعي و من ثم إثبات اليمين على الطرفين فيه، فإنه من مصاديق المدعى و المنكر، و لا بد فيه من الرجوع إلى القواعد المذكورة له فى باب القضاء، و مقتضاها ان المدعى إذا تمكن من إثبات دعواه بالبينه أو اليمين المردودة فهو، و إلا فالنتائج بأجمعه للمنكر. و أما مسألة ثبوت اجرة مثل الأرض على العامل للمالك، لكونه مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣٨٥

.....

قد تصرف فيها و استوفى منفعتها، فقد تعرض لها (قده) فى كتاب الإجارة فى مسألة ما إذا ادعى الساكن للدار العارية و ادعى المالك الإجارة، 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 جزماً و ان تردد كونه فى ضمن المزارعة أو العارية. و قد تعرضنا لتحقيق المسألة مفصلاً فى كتاب الإجارة فراجع.

بل فى المقام خصوصيةً زائدة تقتضى ثبوت اجرة المثل حتى و لو قلنا بثبوتها فى الإجارة و هى اعتراف مالك الأرض بعدم ثبوتها فان هذه الخصوصية موجودة فى المقام و مفقودة فى باب النزاع فى الإجارة، إذ هناك يطالب المالك الساكن بالأجرة غاية الأمر أنه يراها المقدم الذى يدعيه، فإذا لم يثبت ما يدعيه فللقول بثبوت اجرة المثل وجه و ان لم نكن نرتضيه، فى حين انه فى المقام يعترف بعدم استحقاقه لها بالمره لأنه انما يدعى عليه الحصة من الحاصل خاصةً، و من هنا فلا وجه لثبوتها حتى مع القول بها فى الإجارة. نعم قد يكون ادعاءه للحصة غير مستلزم لاعترافه بعدم استحقاقه الحصة المعينة، كما لو ادعى المالك علم العامل بالحال بحيث يكون إنكاره ناشئاً عن الجحود و غصبه لحصته لا الخطأ و النسيان، فان ادعاءه للمزارعة حينئذ لا يلزم اعترافه بعدم استحقاقه لها، فان له أخذها لكن لا بعنوانها و بما هى اجرة مثل أرضه و انما بعنوان التقاص و استيفاء حصته المغصوبة.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣٨٦

كان فى الأثناء فالظاهر جواز الرجوع للمالك (١)، و فى وجوب إبقاء الزرع إلى البلوغ عليه مع الأجرة إذا أراد

و الحاصل: ان سبب الضمان منحصر في أمرين العقد و التصرف و كلاهما مفقود في المقام فان التصرف انما كان عن إذن المالك قطعا و العقد لم يثبت و ان ادعاه المالك.

إذن: فالصحيح في هذه الصورة هو الحكم باختصاص الزارع بالحاصل و من دون أن يكون عليه شيء للمالك الأرض مطلقا ما لم يثبت المالك مدعاه بالبينه أو اليمين المردودة.

(١) لأن المقام من التداعى حيث ان كلا- منهما يلزم صاحبه بشيء و هو ينكره، فالمالك بدعواه المزارعة يلزم العامل بالعمل في البذور و الأرض كي يحصل الناتج و يكون مشتركا بينهما. فيما يلزمه العامل بدعواه العارية بإبقاء زرعه في أرضه و عدم مزاحمته في هذه الجهة حتى تحقق الحاصل، باعتبار أنه ليس للمالك الرجوع في عاريته في 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 العارية في المقام- على ما أوضحناه في المسألة الرابعة- و اما بناء على ما ذهب اليه الماتن (قده) من جواز رجوع المالك في الأرض المستعارة للمزارعة، 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 بشيء على الإطلاق، و من هنا

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣٨٧

الزارع و عدمه و جواز أمره بالإزالة و جهان (١) و ان كان

فيكون المقام من المدعى و المنكر.

نعم بناء على وجوب إبقاء المالك للزرع في هذه الصورة حتى البلوغ عند طلب الزارع ذلك- على ما سيأتى التعرض إليه في الفرع القادم- فالمقام من التداعى أيضا حيث ان الإلزام لا يختص بالمالك بل العامل أيضا يلزمه بالإبقاء بالأجرة.

و الحاصل: ان اعتبار المقام من التداعى و من ثم إثبات التحالف فيه، يتوقف اما على القول بلزوم العارية هنا أو القول بلزوم إبقاء الزرع مع الأجرة عند طلب الزارع، و إلا فالمقام من موارد المدعى و المنكر حيث يختص الإلزام بطرف واحد هو المالك فقط.

(١) من سلطنة الناس على أموالهم بعد عدم ثبوت دعوى العامل فلا يجب عليه الصبر إلى البلوغ حتى مع الأجرة، و من دليل لا ضرر حيث يستلزم قلعه الضرر على العامل باعتبار ان الزرع حينئذ إنما يباع بقيمة العلف خاصة، و الصحيح هو الأول، و الوجه فيه ما ذكرناه في غير مورد من أن دليل لا- ضرر لما كان واردا مورد الامتنان على العباد و الرأفة على الأمة، 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 في أرض غيره بفعل الريح أو الصبي أو المجنون، أهمل يحتمل فيه ان يقال بان لمالك البذر إلزام مالك الأرض بإبقاء الزرع في أرضه بالأجرة باعتبار ان قلعه مستلزم لتضرره؟

فإنه مما لا نظن ان يقول به ففيه.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣٨٨

النزاع قبل نثر الحب فالظاهر الانفساخ بعد حلفهما أو نكولهما (١)

و الحاصل: ان العقد لما فرض في حكم العدم نتيجة للتحالف، لم يكن وجه لإلزام مالك الأرض بإبقاء الزرع في أرضه بإزاء الأجرة فإنه مناف لسلطنته و دليل لا ضرر لا يشمل مثله.

هذا كله بالنسبة إلى أجرة الأرض بالقياس إلى زمن ما بعد التحالف.

و اما بالقياس إلى الفترة الماضية قبل التنازع، فلم يتعرض لها (قده) و الظاهر أن حكمها حكم صورة التنازع بعد البلوغ و ادراك

الحاصل، فبناء على ما اختاره (قده) لا بد في المقام من القول بثبوتها أيضا، و بناء على ما اخترناه فلا.
(١) يظهر حكم هذه الصورة مما ذكرناه في الصورة 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 بشيء مطلقا و انما هو يدعى العارية و لما كانت دعواه هذه قبل الشروع فى العمل فهو معترف بجواز العقد و صلاحية 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 العارية حتى بناء على صدقه واقعا.
و عليه: فيبقى دعوى المالك عليه المزارعة حيث يلزمه بالعمل فى الأرض خالية عن المعارض، و بذلك فيكون من مصاديق المدعى و المنكر، و لا بد من إجراء أحكامه، فإن أثبت مدعاه بالبينه أو اليمين
مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣٨٩

[مسألة ٢٦: لو ادعى المالك الغصب و الزارع ادعى المزارعة]

(مسألة ٢٦): لو ادعى المالك الغصب و الزارع ادعى المزارعة فالقول قول المالك (١) مع يمينه على نفى المزارعة (٢).

[مسألة ٢٧: فى الموارد التى للمالك قلع زرع الزارع هل يجوز له ذلك بعد تعلق الزكاة و قبل البلوغ؟]

(مسألة ٢٧): فى الموارد التى للمالك قلع زرع الزارع هل يجوز له ذلك بعد تعلق الزكاة و قبل البلوغ؟ قد يقال بعدم الجواز إلا أن يضمن حصتها للفقراء لانه ضرر عليهم

المردودة فهو و إلا فليس على العامل شيء.

(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 اجرة 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) لسماع قوله بنفى المزارعة انما هو من جهة انحلال ادعاء المالك فى الحقيقة إلى دعويين: - الأولى: دعوى عدم المزارعة و كون تصرف الزارع فى أرضه تصرفا بغير إذنه. الثانية: - دعوى كونه غاصبا و كون تصرفه محرما و على خلاف الموازين الشرعية.

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 لاجرة المثل لا محالة.

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.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣٩٠

و الأقوى الجواز، و حق الفقهاء يتعلق بذلك الموجود (١) و ان لم يكن بالغا.

[مسألة ٢٨: يستفاد من جملة من الأخبار أنه يجوز لمن بيده الأرض الخراجية أن يسلمها إلى غيره ليزرع لنفسه و يؤدي خراجها عنه]

(مسألة ٢٨): يستفاد من جملة من الأخبار (٢) أنه يجوز لمن بيده الأرض الخراجية أن يسلمها إلى غيره ليزرع لنفسه و يؤدي خراجها عنه و لا بأس به.

[مسائل متفرقة]

إشارة

مسائل متفرقة:

[الأولى: إذا قصر العامل في تربية الزرع فقل الحاصل فالظاهر ضمانه التفاوت]

الأولى: إذا قصر العامل في تربية 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) ففي صحيحة 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» (١).

و نحوها غيرها، على ان الحكم على القاعدة و لا حاجة في إثباته إلى النص، فان حق الزراعة و العمارة ثابت لمن الأرض بيده فعلا، فله أن ينقله إلى غيره مجانا أو بعوض معلوم أو الحصة من الحاصل.

(٣) و قد استشكل فيه بعضهم بدعوى انه لا دليل على ضمان النقص

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ١٠ من أبواب أحكام المزارعة و المساقاة، ح ٢.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣٩١

صرح به المحقق القمي (قده) في أجوبة مسائله.

[الثانية: إذا ادعى المالك على العامل عدم العمل بما اشترط في ضمان عقد المزارعة من بعض الشروط]

الثانية: إذا ادعى المالك على العامل عدم العمل بما اشترط في ضمان عقد المزارعة من بعض الشروط، أو ادعى عليه تقصيره في العمل على وجه يضر بالزرع، و أنكر الزارع عدم العمل بالشرط أو التقصير فيه، فالقول قوله، لأنه مؤتمن في

إلا قاعدة الإلتلاف و هى تختص بالنقص الطارى على المال الموجود بالفعل، فلا تشمل صورة عمل العامل شيئا يوجب قلة الحاصل و وجوده ناقصا.

نعم فى هذه الصورة يكون للمالك الخيار فان فسخ رجع بأجرة مثل أرضه و بدل بذره على تقدير كونه منه.

وفيه: ان ظاهر كلامه (قده) وجود الزرع بالفعل و كون التقصير فى تربيته خاصة، و هو موجب للضمان، لان الزارع بتقصيره فى التربية

قد أوجب نقصا و عيبا في المال الموجود بالفعل، و تلف الوصف كتلف العين موجب للضمان إلا ان حقه لا ينحصر في ذلك فله فسخ العقد لتخلف العامل عن تربية الزرع.

و الحاصل: ان المالك في هذه الصورة بالخيار بين فسخه للعقد و بين إبقاءه على حاله و تضمين العامل للوصف الفائت. نعم لو كان التقصير قبل وجود الزرع و تحققه، فالإشكال وارد فإنه ليس بمال بالفعل و معه فلا موجب للضمان.

إذن: فالصحيح في المقام هو التفصيل بين كون التقصير بعد خروج الزرع و تحققه فيضمن و بين كونه قبله فلا يضمن.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣٩٢

عمله (١) و كذا لو ادعى عليه التقصير في حفظ الحاصل بعد ظهوره و أنكر (٢)

[الثالثة: لو ادعى أحدهما على الآخر شرطا متعلقا بالزرع و أنكر أصل الاشتراط]

الثالثة: لو ادعى أحدهما على الآخر شرطا متعلقا بالزرع و أنكر أصل الاشتراط، فالقول قول المنكر (٣).

[الرابعة: لو ادعى أحدهما على الآخر الغبن في المعاملة فعليه إثباته]

الرابعة: لو ادعى أحدهما على الآخر الغبن في المعاملة فعليه إثباته (٤) و بعده له الفسخ (٥).

(١) خلافا للقاعدة حيث تقتضى كون الإثبات على العامل، إلا اننا قد خرجنا عنها لوجود الدليل على تقديم قول العامل و هو مضافا إلى ما يستفاد من جملة من النصوص من قبول قول الأمين و عدم مطالبته بالإثبات ما لم يثبت خلافه، السيرة العملية القطعية المتصلة بعهد المعصومين (ع)، حيث جرى بناء العقلاء من المتشرع و غيرهم على قبول قول الوكيل فيما هو و كيل فيه، فتراهم يعتمدون على قوله في إجراء العقد إذا كان و كيلا فيه و يرتبون عليه الأثر من غير ان يلزم بالإثبات.

(٢) و إلى هذا الدليل الكلمة المعروفة في ألسنتهم «من ملك شيئا ملك الإقرار به».

(٣) لما تقدم.

(٤) لكون الشرط أمرا زائدا على ما يقتضيه عقد المزارعة و الأصل عدمه، كما هو الحال في سائر العقود.

(٥) إذ العقد بطبيعته الأولية يقتضى اللزوم 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.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣٩٣

[الخامسة: إذا زارع المتولى للوقف الأرض الموقوفة بملاحظة مصلحة البطون إلى مدة لزم]

الخامسة: إذا زارع المتولى للوقف الأرض الموقوفة بملاحظة مصلحة البطون إلى مدة لزم و لا تبطل بالموت (١) و أما إذا زارع البطن

المتقدم من الموقوف عليهم الأرض الموقوفة ثم مات في الأثناء قبل انقضاء المدة، فالظاهر بطلانها من ذلك الحين، لانتقال الأرض

إلى البطن اللاحق (٢) كما ان الأمر كذلك في إجارته لها (٣). لكن استشكل فيه المحقق القمي (قده) بان عقد المزارعة لازمة لا

تنفسخ الا بالتقاييل أو ببعض الوجوه التي ذكروها. و لم يذكرها في تعدادها هذه الصورة مع أنهم ذكروا في الإجارة بطلانها إذا آجر

البطن المتقدم ثم مات في أثناء المدة ثم استشعر عدم الفرق بينهما بحسب القاعدة، فالتجأ إلى أن الإجارة أيضا لا تبطل بموت البطن

السابق في أثناء المدة و ان كان البطن اللاحق يتلقى الملك من الواقف لا من السابق، و ان ملكية السابق كانت إلى حين موته (٤)،

بدعوى: أنه إذا آجر مدة لا تزيد على عمره الطبيعي و مقتضى الاستصحاب بقاءه

(١) على ما يقتضيه خيار الغبن.

(٢) فإن عقده نافذ عليهم، لكونه مالكا لذلك التصرف بحسب توليته.

(٣) فيكون العقد بالنسبة إليهم فضوليا إن شاءوا أجازوا و الا حكم بطلانه.

(٤) على ما مر بيانه مفصلا في كتاب الإجارة.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣٩٤

بمقداره، فكما أنها في الظاهر محكومة بالصحة كذلك عند الشارع و في الواقع فبموت السابق ينتقل ما قرره من الأجرة إلى اللاحق، لا الأرض بمنفعتها. إلى آخر ما ذكره من النقص و الإبرام، و فيه ما لا يخفى (١). و لا ينبغي الإشكال في البطلان بموته في المقامين.

(١) فان الاستصحاب حكم ظاهري صرف لا يوجب اى تبديل في 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 بطلانه.

و لذا لا يلتزم أحد بصحة 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 في العقد له لمجرد انه استند إلى الاستصحاب، فان بطلانه من أوضح الواضحات.

و أوضح منها في البطلان قياس المقام على موت المالك في أثناء مدة الإجارة، فإن الذى ينتقل من المورث إلى الوارث انما هو تركته و من هنا فإذا كان المورث قد استوفى المنفعة في حياته، حيث يكون له ذلك لانه مالك للمنافع إلى الأبد لا المنفعة ما دام حيا كما هو الحال في ملكية البطن الموجود لمنفعة العين الموقوفة- بإجارته للعين فترة تزيد على حياته، فلم تبق تلك المنفعة على ملكه كى تنتقل إلى الورثة فإن الانتقال إليهم فرع كونها مما تركه الميت، و هو منتف مع استيفاءه لها في حياته.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣٩٥

[السادسة: يجوز مزارعة الكافر]

السادسة: يجوز مزارعة الكافر، مزارعا كان أو زارعا (١).

[السابعة: في جملة من الأخبار النهى عن جعل ثلث للبذر و ثلث للبقر و ثلث لصاحب الأرض]

السابعة: في 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 الأدلة كما هو الحال في سائر المعاملات من البيع و الإجارة و غيرها، موثقة سماعه قال: «سألته عن مزارعة 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).

فيستفاد من فرض كون الأرض من الكافر صحة كونه مزارعا للمسلم، و من فرض كون العمل عليه صحة كونه زارعا.
 (٢) ففي صحیحہ عبد اللہ بن سنان أنه قال: «فی الرجل یزارع فیزرع أرض غیره فیقول: ثلث للبقر، و ثلث للبذر، و ثلث للأرض قال: لا یسمى شیئا من الحب و البقر و لكن یقول: ازرع فیها کذا و کذا، ان شئت نصفاء، و ان شئت ثلثا» (٢).
 و فی صحیحہ سلیمان بن خالد قال: «سألت أبا عبد اللہ (ع) عن الرجل یزارع فیزرع أرض آخر فیشرط للبذر ثلثا و للبقر ثلثا.

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ١٢ من أبواب أحكام المزارعة و المساقاة ح ١.

(٢) الوسائل: ج ١٣ باب ٨ من أبواب أحكام المزارعة و المساقاة ح ٥.

مبانی العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣٩٦

و انه لا- ینبغی ان یسمى بذرا و لا- بقراء، فإنما یحرم الکلام، و الظاهر کراهته (١) و عن ابن الجنید و ابن البراج حرمته (٢) فالأحوط الترتک.

[الثامنة: بعد تحقق المزارعة على الوجه الشرعى، يجوز لأحدهما بعد ظهور الحاصل ان یصالح عن حصته]

الثامنة: بعد تحقق المزارعة على الوجه الشرعى، يجوز لأحدهما بعد ظهور الحاصل ان یصالح عن حصته (٣) بمقدار معين من جنسه أو غیره بعد التخمين بحسب المتعارف بل لا بأس به قبل ظهوره أيضا (٤). كما أن الظاهر جواز

قال: لا ینبغی ان یسمى بذرا و لا بقراء فإنما یحرم الکلام» (١).

و نحوهما غیرهما.

(١) لا وجه لهذا الظهور بعد صحة إسناد الروایات و وضوح دلالتها على المنع إلا دعوى إعراض الأصحاب عنها، لكنك خبير بعدم تمامية هذه الدعوى، فإنه لا یوجب و هنا فى الروایة ما لم يتم الإجماع القطعى على الخلاف.

(٢) و مال إليها صاحب الجواهر (قده) و هو الصحیح لما عرفت.

(٣) فإنه مالک لها بالفعل، و له التصرف فیها و نقلها إلى الغير کیف شاء.

(٤) و فيه ما لا یخفى، فان الزرع قبل ظهوره أمر معدوم لا وجود له، فلا یصلح للمصالحة علیه، فإنها انما تقع على المملوك دون غیره.

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ٨ من أبواب أحكام المزارعة و المساقاة ح ٦.

مبانی العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣٩٧

مصالحة أحدهما مع الآخر عن حصته فى هذه القطعة من الأرض بحصة الآخر فى الأخرى (١)، بل الظاهر جواز تقسيمهما بجعل احدی القطعتین لأحدهما و الأخرى للآخر إذ القدر المسلم لزوم جعل الحصّة مشاعة من أول الأمر و فى أصل العقد (٢).

[التاسعة: لا یجب فى المزارعة على أرض إمكان زرعها من أول الأمر، و فى السنة الأولى]

التاسعة: لا یجب فى المزارعة على أرض إمكان زرعها من أول الأمر، و فى السنة الأولى، بل یجوز المزارعة على

و بعبارة أخرى: ان مصالحة الموجود بالمعدوم محكومة بالفساد نظرا لاختصاصها بما یعد مالا و یكون مملوكا بالفعل.

نعم فى خصوص بيع الزرع قبل ظهوره ثبت جوازه مع الضميمة بالنص الخاص فىكون تخصيصا لحكم القاعدة كما هو الحال فى بيع الآبق مع الضميمة، فىمكن إثبات الحكم فى المقام و التزام جواز المصالحة على الزرع المعدوم بالفعل مع الضميمة بالأولوية القطعية، فإنه إذا جاز بيعه كذلك جاز الصلح عليه بطريق أولى.

إذن: فالصحيح هو التفصيل بين خلو العقد عن الضميمة فىحكم بطلانه و اقتترانه بها فىحكم بصحته.

(١) فإنه و ان كان يعتبر فى عقد المزارعة كون الحاصل مشتركاً و مشاعاً بينهما، الا انه و بعد الحكم بصحة العقد و ملكية 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 العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣٩٨

أرض باثرة لا يمكن زرعها الا بعد إصلاحها و تعميرها سنة أو أزيد (١) و على هذا إذا كانت أرض موقوفة (٢) - وقفا عاما أو خاصا - و صارت باثرة يجوز للمتولى أن يسلمها الى شخص بعنوان المزارعة إلى عشر سنين أو أقل أو أزيد - حسب ما تقتضيه المصلحة - على أن يعمرها و يزرعها الى سنتين - مثلاً - لنفسه ثم يكون الحاصل مشتركاً بالإشاعة بحصة معينة.

[العاشرة: يستحب للزارع - كما فى الأخبار - الدعاء]

العاشرة: يستحب للزارع - كما فى الأخبار - الدعاء

(١) فان ذلك يرجع فى الحقيقة إلى جعل العقد بعد الفترة المستثناة للإصلاح و التعمير أو غيرهما و كأنه لا عقد قبلها، مع تسليم الأرض للزارع من الآن ليتنفع بها وحده كشرط مأخوذ فى العقد، فإنه لا بأس به ما دام سائغاً حيث قد عرفت جواز الاشتراط فيها. و مما ذكرناه يظهر انه لا وجه للإيراد عليه، بان اختصاص الزرع فى الفترة المستثناة بالعامل ينافى وضع المزارعة و مبنائها. فان عقد المزارعة انما هو واقع فى الحقيقة على الأرض بعد تلك المدّة، و أما قبلها فلا مزارعة، و كون الأرض فى يد المزارع أمر خارج عن المزارعة ثبت بالاشتراط.

(٢) لا وجه لتخصيص ذلك بالوقف كما يظهر من عبارته (قده) فإنه يجوز فى الملك الخاص أيضا كما لو زارع المالك غيره على ان يكون الزرع بعد فترة محددة لإصلاح الأرض و تعميرها تكون الأرض فيها بيد الزارع بالاشتراط.

مباني العروة الوثقى، ج ١، ص: ٣٩٩

عند نثر الحب، بأن يقول: «اللهم قد بذرنا و أنت الزارع و اجعله حبا متراكما (١)، و فى بعض الأخبار: «إذا أردت أن تزرع زرعاً فخذ قبضة من البذر و استقبل القبلة و قل: أَفْرَأَيْتُمْ مَا تَحْرُثُونَ، أَأَنْتُمْ تَزْرَعُونَهُ أَمْ نَحْنُ الزَّارِعُونَ ثلاث مرات ثم تقول: بل الله الزارع، ثلاث مرات، ثم قل: اللهم اجعله حبا مباركا و ارزقنا فيه السلامة، ثم انثر القبضة التى فى يدك فى القراح» (٢). و فى 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 مؤنة الدنيا و كل هول دون الجنة و ألبسنى العافية حتى تهنتنى المعيشة».

(١) ورد ذلك فى رواية شعيب العقرى العقرى عن أبى عبد الله (ع) «١».

(٢) كما ورد فى رواية ابن بكير عن أبى عبد الله (ع) «٢».

(٣) رواه مسمع عن أبى عبد الله (ع) «٣».

تم كتاب المزارعة و له الحمد و المنّة و الحمد لله رب العالمين هذا آخر ما أردنا إيراده فى هذا الجزء و سيتلوه كتاب المساقاة ان شاء

اللّٰه تعالٰى

- (١) الوسائل: ج ١٣ باب ٥ من أبواب المزارعة و المساقاة ح ٢.
 (٢) الوسائل: ج ١٣ باب ٥ من أبواب أحكام المزارعة و المساقاة ح ٣.
 (٣) الوسائل: ج ١٣ باب ٥ من أبواب أحكام المزارعة و المساقاة ح ١.

خويى، سيد ابو القاسم موسى، مباني العروة الوثقى، ٢ جلد، منشورات مدرسة دار العلم - لطفى، قم - ايران، اول، ١٤٠٩ هـ ق

الجزء الثانى

اشارة

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

[كتاب المساقاة]

اشارة

كتاب المساقاة و هى معاملة على أصول ثابتة بحصة من ثمرها، و لا- إشكال فى مشروعيتها فى الجملة، و يدل عليه مضافا إلى العمومات (١)، خبر يعقوب بن شبيب (٢) عن أبى عبد الله عليه السلام: «سألته عن الرجل يعطى الرجل أرضه، و فيها رمان أو نخل أو فاكهة، و يقول: اسق هذا من الماء و اعمره و لك نصف ما اخرج، قال: (ع) لا بأس» (١) و جملة من اخبار خير، منها: صحيح الحلبي قال:

- (١) قد عرفت غير مرة أن العمومات و الإطلاقات لا تشمل المعاملات التى تتضمن تملك المعدوم، فإنه أمر غير جائز و لذا لا نعهد فقيها يلتزم بصحة ذلك فى غير المضاربة و المزارعة و المساقاة.
 و من هنا: فلا مجال للتمسك بها، و لا بد فى الحكم بالصحة من التمسك بالدليل الخاص.
 (٢) الرواية صحيحة السند و واضحة الدلالة.

- (١) الوسائل: ج ١٣ باب ٩ من أبواب أحكام المزارعة و المساقاة، ح ٢.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٢

«أخبرنى أبو عبد الله (ع) أن أباه حدثه أن رسول الله (ص) أعطى خبيرا بالنصف أرضها و نخلها، فلما أدركت الثمرة بعث عبد الله بن رواحة» (١) هذا مع أنها من المعاملات العقلانية و لم يرد نهى عنها (١) و لا غرر فيها حتى يشملها النهى عن الغرر.

[و يشترط فيها أمور]

اشارة

و يشترط فيها أمور:

[(الأول): الإيجاب و القبول]

(الأول): الإيجاب و القبول (٢) و يكفى فيهما كل لفظ دال على المعنى المذكور (٣) ماضيا كان أو مضارعا أو أمرا، بل الجملة الاسمية مع قصد الإنشاء بأى لغة كانت، و يكفى القبول الفعلى بعد الإيجاب القولى، كما انه يكفى المعاطاة (٤).

(١) ظهر الجواب عن ذلك فيما تقدم، فان كل معاملة لا تكون من التجارة عن تراض تكون منها عنها بمقتضى قوله تعالى «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ»، و لما لم تكن هذه المعاملة منها لما عرفته من تضمنها لتمليك المعدوم كانت محكومة بالفساد لا محالة.

(٢) على ما يقتضيه كونها من العقود. فإنها متقومة بالإيجاب و القبول و المعاهدة من الطرفين.

(٣) إذ ليس الإنشاء إلا إبراز الاعتبار النفساني بمرز في الخارج فيكفى كل ما قام بهذا الدور ما لم يرد الدليل على اعتبار لفظ معين بخصوصه.

(٤) و هو بناء على ما اخترناه من كون صحة المعاطاة على القاعدة

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ١٠ من أبواب بيع الثمار، ح ٢.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٣

.....

واضح، و أما بناء على خلاف ذلك فالقول بصحتها فى المقام يحتاج إلى الدليل الخاص.

و من هنا فقد استشكل فيها بعضهم من جهة أنها ليست كسائر المعاملات، فإنها تختلف عنها بلحاظ غريتها و احتمال عدم تحقق الحاصل فيها بالمرّة أو قلته.

و قد أجيب عنه فى بعض الكلمات بكفاية العمومات و الإطلاقات للحكم بصحتها فى الفرض، فإنها شاملة لها على حد شمولها لسائر المعاملات.

الا انه مردود بما عرفته غير مرة من ان العمومات و الإطلاقات لا تشمل مثل هذه المعاملة المتضمنة لتمليك المعدوم بالمرّة، و عليه فلا يمكن التمسك بها لإثبات مشروعيتها فضلا عن القول بعدم اعتبار اللفظ فيها.

و من هنا: فلا بد من ملاحظة مقدار دلالة النصوص الخاصة الواردة فى المقام على المدعى.

فنقول: اما صحيحة يعقوب بن شعيب فلا إطلاق فيها ليشمل العقد المعاطاتى حيث ان المفروض فيها إنشاء العقد باللفظ، فالتعدى عنه إلى الفعل يحتاج إلى الدليل.

نعم حيث ان اللفظ و هو قوله: «اسق هذا من الماء و اعمره».

وارد فى كلام السائل دون الامام (ع)، فمن القريب جدا دعوى ان المنصرف العرفى من ذكره و المتفاهم منه كونه لمحض إنه أسهل طريقة لابرار ما فى نفسه من الاعتبار و المعاهدة مع الطرف الآخر خاصة من دون ان يكون فيه اى خصوصية تلزمه، و الا للزم الاقتصار

فى مقام الإنشاء على هذا اللفظ الوارد خاصة كما هو الحال فى الطلاق بل و عدم كفاية ترجمته أيضا و هو مما لا يقول به أحد.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٤

[الثاني: البلوغ و العقل]

(الثاني): البلوغ و العقل و الاختيار (١).

[الثالث: عدم الحجر]

(الثالث): عدم الحجر لسفه أو فلس (٢).

و الحاصل: ان المتفاهم العرفى من صحيحة يعقوب بن شعيب كون ذكر اللفظ المعين، مبرزاً من المبرزات من دون ان تكون له خصوصية ملزمة.

و من هنا: تكون هذه الصحيحة مطلقة من هذه الجهة.

و لو تنزلنا عن ذلك و قلنا بعدم دلالة صحيحة يعقوب بن شعيب على المدعى فالروايات المعتبرة الواردة فى إعطاء النبى (ص) لأرض خبير كافية فى إثباتها، حيث لم يذكر فى جملة منها لفظ مطلقاً، و انما المذكور فيها انه (ص) أعطاهم أرض خبير. و هو كاف فى إثبات المدعى.

هذا كله مضافاً إلى إمكان الاستدلال عليه بالأولوية القطعية، فإنه إذا جاز إنشاء المعاملات المبنية على الضبط و الدقة بالفعل، جاز إنشاء المعاملات المبنية على التسامح به بطريق أولى.

(١) و هى شروط المتعاضين فى جميع العقود بقول مطلق، سواء فى ذلك البيع و الإجارة و المزارعة و المساقاة و غيرها.

و قد عرفت أدلتها فى كتاب البيع فإن الصبى لا يجوز أمره حتى يحتلم و المجنون بحكم البهائم و المكروه غير ملزم بشىء.

(٢) لما تقدم، غير انه كان على الماتن (قده) التنبيه على اختلاف نحو شرطية هذا عما تقدم عليه، فان الشروط الأول مشتركة بين المالك و العامل حيث تعتبر فيهما معا، فى حين أن هذا مختص بالمالك خاصة دون العامل فان المفلس و السفهه انما هو ممنوعان من التصرف

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٥

[الرابع: كون الأصول مملوكة عينا و منفعة، أو منفعة فقط]

(الرابع): كون الأصول مملوكة عينا و منفعة، أو منفعة فقط أو كونه نافذ التصرف فيها لولاية أو وكالة أو تولية (١).

[الخامس: كونها معينة عندهما معلومة لديهما]

(الخامس): كونها معينة عندهما معلومة لديهما (٢).

[السادس: كونها ثابتة مغروسة]

(السادس): كونها ثابتة مغروسة، فلا تصح فى الودى (٣) اى الفسيل قبل الغرس.

[السابع: تعيين المدد بالأشهر و السنين]

(السابع): تعيين المدة بالأشهر و السنين (٤) و كونها

فى مالهما خاصة، دون الكسب و تحصيل المال، إذ لا حجر عليهما من هذه الجهة.

(١) إذ لولاها كان العقد فضوليا محكوما بالبطلان.

(٢) لا لاستلزام عدمها الغرر حتى يقال انها معاملة مبنية عليه و على الجهالة، و انما لعدم الدليل على صحتها فى هذه الصورة، فإن عمدة الدليل على صحة المساقاة منحصرة- و كما عرفت- فى صحيحة يعقوب بن شعيب و اخبار إعطاء رسول الله (ص) لأرض خبير، و حيث ان موردها جميعا معلومية الأرض لدى الطرفين، فلا يبقى دليل على صحتها مع عدم المعلومية حتى و لو لم نلتزم بنفى الغرر فى جميع الموارد و التزمنا باختصاص دليله بالبيع كما هو الصحيح.

(٣) و هو ينافى ما سيأتى منه (قده) فى المسألة السادسة من الالتزام بصحتها للعمومات و ان لم تكن من المساقاة المصطلحة.

و كيف كان: فما ذكره فى المقام هو الصحيح، فان العمومات و الإطلاقات غير شاملة لما يتضمن تمليك المعدوم بالفعل على ما تقدم غير مرة.

(٤) لما تقدم، و لان ما لا تعين له فى الواقع لا يمكن الإلزام أو

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٦

بمقدار يبلغ فيه الثمر غالبا (١). نعم لا يبعد جوازها فى العام الواحد إلى بلوغ الثمر من غير ذكر الأشهر، لأنه معلوم بحسب التخمين، و يكفى ذلك فى رفع الغرر (٢) مع انه الظاهر من روايه يعقوب بن شعيب المتقدمة (٣).

[(الثامن): أن يكون قبل الظهور الثمر أو بعده و قبل البلوغ]

(الثامن): أن يكون قبل الظهور الثمر أو بعده و قبل البلوغ (٤) بحيث كان يحتاج بعد إلى سقى أو عمل آخر،

الالتزام به، فإنه غير قابل له كما هو واضح.

نعم لا يبعد الحكم بصحة العقد إذا أنشأ على نحو الدوام، و لعله هو الظاهر من اخبار خبير حيث لم يرد فى شىء منها تحديد فترة كون الأرض بيدهم، بل و فى بعض روايات العامة انه (ص) جعل لنفسه الخيار و انه متى أراد أن يخرجهم من الأرض كان له ذلك فإنه كالصريح فى التأييد و عدم التحديد بمدة معينة، و الحاصل: انه لا يبعد شمول النصوص لمثل هذا العقد و إن كان غير معين عند الطرفين، إذ يكفى فيه كونه معيناً فى الواقع.

و لعل هذا هو المتعارف فى العقود الخارجية فى المزارعة و المساقاة معا، فإن أرباب الأراضى و البساتين يعطون أراضيهم و بساتينهم إلى الفلاحين ليزرعوها و يسقوها من غير تحديد للمعاملة بحد معين.

(١) و الا حكم ببطلان العقد للغويته نظرا للعلم بعدم تحققه فى الخارج.

(٢) على انه لا دليل على استلزامه للبطلان فى غير البيع.

(٣) حيث لم يذكر فيها تحديد المدة بحد معين.

(٤) على ما يقتضيه إطلاق صحيحة يعقوب بن شعيب، فان مقتضاه عدم الفرق بين ظهور الثمر و عدمه.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٧

و أما إذا لم يكن كذلك ففى صحتها إشكال (١) و ان كان محتاجا إلى حفظ أو قطف أو نحو ذلك.

[(التاسع): أن يكون الحصه معينه مشاعه]

(التاسع): أن يكون الحصه معينه مشاعه (٢)، فلا تصح مع عدم تعيينها إذا لم يكن هناك انصراف، كما لا تصح إذا لم تكن مشاعه بأن يجعل لأحدهما مقدارا معيناً والبقية للآخر. نعم لا يبعد جواز أن يجعل لأحدهما أشجارا معلومه و للآخر اخرى (٣)، بل و كذا لو اشترط اختصاص

(١) و لعل وجه احتمال الصحه هو التمسك بالعمومات و الإطلاقات و الا فالروايات الواردة فى المقام لا تشمل مثله حيث ان جميعها واردة فى مورد حاجه الزرع و الثمر للسقى و العمارة فلا تشمل الحفظ و القطف. و سيأتى التعرض إلى المسأله ثانيا إنشاء الله.

(٢) لعدم الدليل على صحتها من دونهما، فان الدليل - على ما عرفت - منحصر فى صحبه يعقوب بن شعيب و اخبار خير، و هى بأجمعها واردة فى مورد وجود القيد، على انه مع عدم التعيين لا يكون العقد قابلا للإلزام به من الطرفين فيحكم ببطلانه من هذه الجهه أيضا.

(٣) تعرض (قده) لتظير هذا الفرع فى المزارعه أيضا، و قد صرح فيه بالبطلان لعدم الإشاعه. و من هنا: فيرد عليه (قده) عدم وضوح الفرق بين المقامين مع تصريحه باعتبار الإشاعه أيضا، فإنه ان صح التمسك بالعمومات و الإطلاقات فهو غير مختص بالمقام، و ان لم يصح - كما هو الصحيح - وجب الحكم بالفساد فى المقامين.

و كيف كان: فالصحيح هو الحكم بالبطلان فى المقام و فى المزارعه

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٨

أحدهما بأشجار معلومه (١) و الاشتراك فى البقيه، أو اشترط لأحدهما مقدار معين مع الاشتراك فى البقيه إذا علم كون الثمر أزيد من المقدار و انه تبقى بقيه.

[(العاشر): تعيين ما على المالك من الأمور و ما على العامل من الأعمال]

(العاشر): تعيين ما على المالك من الأمور و ما على العامل من الأعمال (٢) إذا لم يكن هناك انصراف.

[مسائل]

[(مسأله ١): لا إشكال فى صحه المساقاه قبل ظهور الثمر]

(مسأله ١): لا إشكال فى صحه المساقاه قبل ظهور الثمر (٣)، كما لا خلاف فى عدم صحتها بعد البلوغ و الإدراك بحيث لا يحتاج إلى عمل غير الحفظ و الاقتطاف (٤) و اختلفوا

معاً، لعدم الدليل على الصحه.

(١) التزام (قده) بذلك فى المزارعه أيضا، لكنك قد عرفت هناك ان دليل الصحه انما يقتضى صحتها فيما إذا كان النتاج بأجمعه مشتركاً بينهما، فلا- يشمل صورة اختصاص أحدهما ببعضه و كان الباقي مشتركاً بينهما، و الإطلاقات و العمومات لا- تنفع فى تصحيحها.

و الأمر في المقام كذلك أيضا، فإن النصوص بأجمعها واردة في فرض إشاعة الحاصل بأجمعه بينهما و كونه مشتركا كذلك، و من هنا فلا تشمل ما نحن فيه.

(٢) على ما تقدم بيان الوجه فيه في المزارعة، حيث لا يمكن إلزام كل من الطرفين بشيء، فيحكم ببطلان العقد لا محالة.

(٣) فإنها القدر المتيقن من المساقاة الصحيحة.

(٤) نسبه (قده) إلى عدم الخلاف ينافي ما تقدم منه في الشرط الثامن من الاستشكال في صحتها.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٩

في صحتها إذا كان الظهور قبل البلوغ (١)، و الأقوى (٢) - كما أشرنا إليه - صحتها، سواء كان العمل مما يوجب الاستزادة أو لا، خصوصا إذا كان في جملتها بعض الأشجار التي بعد لم يظهر ثمرها (٣).

[مسألة ٢: الأقوى جواز المساقاة على الأشجار التي لا ثمر لها]

(مسألة ٢): الأقوى جواز المساقاة على الأشجار التي لا ثمر لها و انما ينتفع بورقتها (٤)،

و كيف كان: فالصحيح هو الحكم بالبطلان، لقصور نصوص صحة المساقاة عن شمول مثلها، فان جميعها واردة في فرض احتياج الأصول إلى العمل فيها.

(١) بحيث يكون الثمر محتاجا للعمل و لو بلحاظ كونه موجبا لوجودته.

(٢) لإطلاق صحيحة يعقوب بن شعيب، فان مقتضى ترك استفصاله (ع) هو عدم الفرق بين كون احتياجه للعمل بعد ظهور الثمر أو قبله على ما تقدم.

(٣) فتكون محتاجة للعمل قبل ظهور الثمر و بذلك فيكون المورد من مصاديق القسم الأول المتيقن صحته.

(٤) تمسكا بالعمومات و الإطلاقات حيث ان مقتضاها عدم الفرق في الصحة بين ماله ثمر و ما لا ينتفع إلا بورقه.

إلا إنك قد عرفت غير مرة، أنها لا تشمل مثل هذه المعاملات لتضمنها لتمليك المعدوم بالفعل، فلا بد من الرجوع إلى الأدلة الخاصة و هي قاصرة الشمول للمقام، فإن صحيحة يعقوب بن شعيب واردة في الأشجار المثمرة فلا تشمل الأشجار التي ينتفع بورقها فضلا عن

الزرع المثمر أو غير المثمر. و في اخبار خبير انه (ص) أعطاهم

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٠

كالتوت و الحناء و نحوهما.

[مسألة ٣: لا يجوز عندهم المساقاة على أصول غير ثابتة]

(مسألة ٣): لا يجوز عندهم المساقاة على أصول غير ثابتة كالبطيخ و الباذنجان و القطن و قصب السكر و نحوها و ان تعددت اللقطات فيها كالأولين، و لكن لا يبعد الجواز للعمومات (١) و ان لم يكن من المساقاة المصطلحة، بل لا يبعد الجواز في مطلق الزرع كذلك،

فان مقتضى العمومات الصحة بعد كونه من المعاملات العقلانية، و لا يكون من الغررية عندهم غاية الأمر أنها ليست من المساقاة المصطلحة (٢)

[مسألة ٤: لا بأس بالمعاملة على أشجار لا تحتاج إلى السقى]

(مسألة ٤): لا- بأس بالمعاملة على أشجار لا- تحتاج إلى السقى لاستغنائها بماء السماء أو لمص أصولها من رطوبات الأرض و ان احتاجت إلى أعمال أخرى، و لا يضر عدم صدق المساقاة حينئذ، فإن هذه اللفظة لم ترد في خبر من الأخبار (٣) و انما هي اصطلاح العلماء و هذا التعبير منهم

ارض خبير و فيها النخيل و الأشجار، فلا تشمل غيرها.

(١) قد عرفت الحال فيه في المسألة السابقة فلا نعيد.

(٢) ظهر الحال فيه مما تقدم.

(٣) و فيه: انها وردت في صحيحة يعقوب بن شعيب التي ذكرها الماتن (قده) في صدر الكتاب فإنه ورد فيها «و يقول: اسق هذا من الماء و اعمره.» فما أفاده (قده) يعد غريبا منه.

الا ان ذلك لا ينافي القول بالجواز في المقام، فان المتفاهم العرفي

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢١

مبنى على الغالب و لذا قلنا بالصحة إذا كانت المعاملة بعد ظهور الثمر و استغنائها من السقى، و ان ضويق نقول بصحتها و ان لم تكن من المساقاة المصطلحة (١).

[مسألة ٥): يجوز المساقاة على فسلان مغروسة]

(مسألة ٥): يجوز المساقاة على فسلان مغروسة و ان

من هذه الكلمة مقدمة لتحصيل المطلوب، فالمعاملة في الحقيقة انما هي لأجل العمران و تهيئة مقدمات حصول الثمر و ليس السقى إلا كمقدمة من تلك المقدمات و الا فلا خصوصية له بذاته، و لذا لا يحكم بالبطلان فيما إذا كانت محتاجة إلى السقى قبل المعاملة ثم ارتفع الاحتياج بعدها لكثرة المطر و نحوها.

و مما يشهد لما ذكرناه الاطمئنان بعدم احتياج جميع بساتين النخيل في خبير إلى السقى، فإن النخل و بفضل عمق عروقه في الأرض يكون مستغنيا عن السقى غالبا.

و الحاصل. ان ورود لفظ السقى في النصوص لا يوجب الحكم بالبطلان في المقام، فان الصحيح هو القول بالصحة فإن اللفظ محمول على كونه من مقدمات العمارة و حصول الثمر من دون ان تكون له خصوصية تحتم وجوده.

(١) و قد تقدم الكلام فيها غير مرة، و قد عرفت انه لو لم يكن الدليل الخاص على صحة المعاملة في الموارد الخاصة لما أمكن إثبات صحتها بالعمومات، و لذا لا يقول احد من الأصحاب بصحتها في غير هذه الموارد تمسكا بالعمومات كما لو كان له قطيعا من الغنم فأعطاه إلى غيره ليرعاه، و يقوم بواجباته من العلف و غيره على أن له النصف من حاصلها من الحليب و الأولاد.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٢

لم تكن مثمرة إلا بعد سنتين (١)، بشرط تعيين مدة تصير مثمرة فيها (٢) و لو خمس سنين أو أزيد.

[مسألة ٦): قد مر أنه لا تصح المساقاة على ودي غير مغروس]

(مسألة ٦): قد مر أنه لا- تصح المساقاة على ودي غير مغروس، لكن الظاهر جواز إدخاله في المعاملة على الأشجار المغروسة، بأن

يشترط (٣) على العامل غرسه في البستان المشتمل على النخيل والأشجار و دخوله في المعاملة بعد أن يصير ثمرا، بل مقتضى العمومات (٤) صحة المعاملة على الفسلان الغير المغروسة إلى مدة تصير ثمرة و ان لم تكن من المساقاة المصطلحة.

[مسألة ٧): المساقاة لازمة لا تبطل الا بالتقابل]

(مسألة ٧): المساقاة لازمة (٥) لا تبطل الا بالتقابل

(١) على ما يقتضيه إطلاق صحيحه يعقوب بن شعيب حيث لم يفرض فيها كون الثمر في نفس سنة العقد، بل و كذا اخبار خبير حيث لا يحتمل عادة ان تكون بساتينه و بأجمعها ثمرة في سنة الإيعاء فإنها لا تخلو من الفسلان و هي لا تثمر الا بعد مرور سنتين.
(٢) على ما تقدم بيانه في الشرط السابع.

(٣) تقدم غير مرة ان دليل نفوذ الشرط لا- يدل على لزوم الوفاء به فيما إذا كان سائغا في نفسه و مع غض النظر عن الاشتراط، و الا فالشروط غير مشرعة.

و عليه: فحيث ان تمليك المعدوم أمر غير مشروع في نفسه فلا يمكن تصحيحه بالاشتراط.

(٤) تقدم الكلام فيها فراجع.

(٥) و يقتضيه مضافا إلى أدله لزوم الوفاء بالعقد، إطلاقات دليل

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٣

أو الفسخ بخيار الشرط أو تخلف بعض الشروط أو بعروض مانع عام موجب للبطلان أو نحو ذلك.

[مسألة ٨): لا تبطل بموت أحد الطرفين]

(مسألة ٨): لا تبطل بموت أحد الطرفين (١)، فمع موت المالك ينتقل الأمر إلى وارثه (٢)، و مع موت العامل يقوم مقامه وارثه. لكن لا- يجبر على العمل (٣) فان اختار العمل بنفسه أو بالاستئجار فله، و الا فيستأجر الحاكم من تركته (٤) من يباشره الى بلوغ الثمر، ثم يقسم بينه و بين المالك (٥). نعم لو كانت المساقاة مقيدة بمباشرة العامل تبطل بموته (٦). و لو اشترط عليه (٧) المباشرة

صحته- على ما تقدم منا بيانه غير مرة.

(١) على ما يقتضيه كون العقد لازما، فان مقتضاه بقاء العقد على حاله و قيام وارث الميت منهما مقامه.

(٢) فان البستان انما ينتقل الى وراثته متعلقا لحق الغير، فيكون حالهم في ذلك حال المورث فلهم مطالبه العامل بالعمل و ما تعهد به.

(٣) إذ المنتقل إلى الورثة انما هو ما للميت خاصة دون ما عليه.

(٤) لان العامل انما مات مطلوبا للغير بحقه، فإذا لم يبق الوارث بفكه يبقى الحق متعلقا بتركته لا محالة.

(٥) على ما يقتضيه قانون المساقاة، فإن الحاصل انما يكون مشتركا بين مالك البستان و العامل فإذا مات أحدهما قام وارثه مقامه، و

ليس للأجير إلا الأجرة المسماة،

(٦) لعدم إمكان الوفاء بها من قبل الوارث.

(٧) بالتصريح أو نصب القرينة و الا فظاهر الاشتراط في هذه

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٤

لا بنحو التقييد فالمالك مخير بين الفسخ- لتخلف الشرط- و إسقاط حق الشرط و الرضا باستئجار من مباشر (١).

[(مسألة ٩): ذكروا أن مع إطلاق عقد المساقاة جملة من الأعمال على العامل و جملة منها على المالك]

(مسألة ٩): ذكروا أن مع إطلاق عقد المساقاة جملة من الأعمال على العامل و جملة منها على المالك، و ضابط الأولى ما يتكرر كل سنة، و ضابط الثانية ما لا يتكرر نوعا و ان عرض له التكرر في بعض الأحوال. فمن الأول إصلاح الأرض بالحفر فيما يحتاج اليه، و ما يتوقف عليه من الآلات و تنقية الأنهار و السقى و مقدماته كالدلو و الرشا و إصلاح طريق الماء و استنقائه إذا كان السقى من بئر أو نحوه و إزالة الحشيش المضرة و تهذيب جرائد النخل و الكرم و التلقيح و اللقاط و التشميس و إصلاح موضعه و حفظ الثمرة إلى وقت القسمة. و من الثاني حفر الآبار و الأنهار و بناء الحائط و الدولاب و الدالية و نحو ذلك مما لا يتكرر نوعا. و اختلفوا في بعض الأمور أنه على المالك أو العامل مثل البقر الذى يدير الدولاب و الكش للتلقيح و بناء التلم و وضع الشوك على الجدران و غير ذلك. و لا دليل على شىء من الضابطين (٢). فالأقوى أنه ان كان هناك انصراف في

الموارد كونه على نحو التقييد.

(١) على ما يقتضيه قانون الخيار عند تخلف الشرط.

(٢) لأنهما و ان ذكرا في كلمات الأصحاب الا انه لم يدل عليهما

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٥

كون شىء على العامل أو المالك فهو المتبع (١)، و الا فلا بد من ذكر ما يكون على كل منهما رفعا للغرر، و مع الإطلاق و عدم الغرر يكون عليهما معا، لان المال مشترك بينهما، فيكون ما يتوقف عليه تحصيله عليهما (٢).

[(مسألة ١٠): لو اشترط كون جميع الأعمال على المالك]

(مسألة ١٠): لو اشترط كون جميع الأعمال على المالك فلا خلاف بينهم فى البطلان، لانه خلاف وضع

و لا خبر ضعيف.

(١) لكونه بمنزلة التعيين.

(٢) تبع (قده) فى ذلك صاحب الجواهر (قده)، و المراد به ان العقد لما كان لازما و جب الوفاء به على كل منهما بحيث لا بد لهما من الالتزام به و انهاءه. فإذا كان متوقفا على شىء نسبتة إليهما على حد سواء، و جب عليهما تحصيله تحقيقا للوفاء بالعقد و انهاءه. و من هنا فلا- يرد عليه ما فى بعض الكلمات من ان الإلزام ليس من آثار الشركة و لذا لا يجب على الشركاء فى دار فعل ما يقتضى بقاءها من تميم و نحوه.

فان هذا ليس من باب الشركة و انما هو من باب لزوم العقد و وجوب الوفاء به.

نعم يرد عليه انه فرع اللزوم و وجوب الوفاء بالعقد و هو أول الكلام فإنه انما هو فيما التزم به خاصة دون غيره، فلا يشمل ما نحن فيه، فان المالك قد فعل ما التزم به بتسليم الأرض و الأشجار للعامل ليعمل فيها، و كذا العامل فعل ما عليه بالسقى و الرعاية و اما الباقي كتهيئة المقدمات و نحوها فلم تلتزم كل منهما بشىء منها، و من هنا فلا وجه لالتزامها بها و إجبارهما عليها.

فالصحيح فى المقام هو الحكم بالبطلان مع عدم التعيين لعدم إمكان إلزام كل منهما بها، كما التزم به الماتن (قده) فى نظير المقام من

المزارعة.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٦

المساقاة (١). نعم لو أبقى العامل شيئاً من العمل عليه و اشترط كون الباقي على المالك فان كان يوجب زيادة الثمرة فلا إشكال في صحته (٢)، و ان قيل بالمنع من جواز جعل العمل على المالك و لو بعضاً منه، و الا- كما في الحفظ و نحوه- ففي صحته قولان أقواهما الأول (٣). و كذا الكلام (٤) إذا كان إيقاع عقد المساقاة بعد بلوغ الثمر و عدم بقاء عمل المثل الحفظ و نحوه، و ان كان الظاهر في هذه الصورة عدم الخلاف في بطلانه، كما مر.

(١) فإنه إذا قام المالك بعمران بستانه كان جعله لبعض الحاصل للعامل من الوعد بالنتيجة خاصة، فيحكم ببطلانه لكونه من تمليك المعدوم، و لا يكون ذلك من تخلف الوعد، لانه ليس من الوعد بالفعل كى يكون عدمه موجبا لتخلف الوعد.
(٢) فإنه لا دليل على اعتبار كون تمام العمل على العامل، و انما العبرة بصدق العمران و تربيته الأشجار- إذ قد عرفت انه لا خصوصية للسقى بما هو- و لو بنحو الموجبة الجزئية، فإنه إذا صدق ذلك كان العقد مشمولاً لصحيحة يعقوب بن شعيب المتقدمة.
(٣) و يؤكد ذلك الحكم بصحة العقد جزماً فيما إذا أوقعه المالك بعد قيامه بعمل بعض ماله دخل في تربيته الأشجار مع بقاء الحاجة إليه بعد ذلك أيضاً، فإنه مشمول لصحيحة يعقوب بن شعيب جزماً و بلا خلاف، و إذا صح ذلك في طول الزمان و بنحو الترتيب صح في عرض الزمان أيضاً.
(٤) بل الثانى، لما عرفته فيما سبق من عدم شمول الدليل الخاص لمثله، و العمومات و الإطلاقات قاصرة عن إثبات الصحة فيما يتضمن مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٧

[مسألة ١١: إذا خالف العامل فترك ما اشترط عليه من بعض الأعمال]

(مسألة ١١): إذا خالف العامل فترك ما اشترط عليه من بعض الأعمال، فان لم يفت وقته فللمالك إجباره على العمل (١) و ان لم يمكن فله الفسخ (٢). و إن فات وقته فله الفسخ بخيار تخلف الشرط (٣). و هل له أن لا- يفسخ و يطالبه بأجرة العمل بالنسبة إلى حصته (٤) بمعنى أن يكون مخيراً بين الفسخ و بين المطالبة بالأجرة؟ وجهان بل قولان: أقواهما ذلك (٥).

(١) لانه حق له بموجب الشرط و العامل ملزم به.
(٢) بل مع التمكن من الإجبار أيضاً، إذ لا موجب لتقييد حق الفسخ بصورة تعذر الإجبار، و ذلك لما تقدم منا غير مرة من أن مرجع اشتراط العمل و حقيقته انما هو إلى تعليق الشارط التزامه بالعقد على التزام المشروط عليه بالعمل المشروط و معنى ذلك جعل الخيار لنفسه عند عدم تحقق العمل فى الخارج، و من هنا فله الفسخ سواء تمكن من إجبار العامل على العمل أم لم يتمكن، و لا وجه لتقييده بعدم التمكن منه فإنهما فى عرض واحد.
(٣) لانتفاء موضوع الإجبار، فينحصر حقه فى الفسخ خاصةً.
(٤) تخصيصه (قده) لمطالبته بالأجرة بما يقابل حصته، ناشئ من اختصاص محل كلامه (قده) بالعمل المتعلق بالمساقاة، و إلا فلو كان العمل أجنياً عنها كما لو اشترط فيها خياطة ثوبه- مثلاً- فله المطالبة بتمام القيمة بناء على ثبوت أصل الحكم.
(٥) بل أقواهما عدمه، و قد ظهر وجهه مما تقدم فإنه لا بد للملكية

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٨

(و دعوى): ان الشرط لا- يفيد تمليك العمل المشروط لمن له على وجه يكون من أمواله، بل أقصاه التزام من عليه الشرط بالعمل و

إجباره عليه و التسلط على الخيار بعدم الوفاء به.

(مدفوعة): بالمنع من عدم افادته التمليك و كونه قيذا في المعاملة لا جزءا من العوض يقابل بالمال، لا ينافى افادته لملكية من له الشرط إذا كان عملا من الاعمال على من عليه. و المسألة سيالة في سائر العقود، فلو شرط في عقد البيع على المشتري- مثلا- خياطة ثوب في وقت معين و فات الوقت فللبائع الفسخ أو المطالبة بأجرة الخياطة و هكذا.

[مسألة ١٢): لو شرط العامل على المالك أن يعمل غلامه معه صح]

(مسألة ١٢): لو شرط العامل على المالك أن يعمل غلامه معه صح (١)، أما لو شرط أن يكون تمام العمل

من سبب فإنها لا- تحصل من دونه إطلاقا، و حيث لا- سبب لها في المقام فلا- يمكن الالتزام بها، فان الاشتراط في الأعمال- كما عرفت- ليس الا تعليق الالتزام بالالتزام و تخلفه لا يوجب غير الخيار.

و الحاصل: ان الملكية لما لم تكن طرفا للعقد و لم تنشأ من قبلهما بل و لم يلتزما به، لأنهما لم يجعلوا الا العمل في البستان في قبال الحصه من النماء، فلا وجه للالتزام بها.

و المسألة سيالة في جميع العقود.

(١) فإنه فعل سائغ في نفسه، فلا مانع من أخذه شرطا في العقد

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٩

على غلام المالك فهو كما لو شرط ان يكون تمام العمل على المالك، و قد مر عدم الخلاف في بطلانه، لمنافاته لمقتضى وضع المساقاة (١) و لو شرط العامل على المالك أن يعمل غلامه في البستان الخاص بالعامل فلا ينبغي الإشكال في صحته، و ان كان ربما يقال بالبطلان، بدعوى: أن عمل الغلام في قبال عمل العامل فكأنه صار مساقيا بلا عمل منه و لا يخفى ما فيها (٢) و لو شرطا أن يعمل غلام المالك للعامل تمام عمل المساقاة، بأن يكون عمله له بحيث يكون كأنه هو العامل- ففي صحته وجهان لا يبعد الأول (٣)، لأن الغلام حينئذ كأنه نائب عنه في العمل باذن المالك،

و قد تقدم الجواز في اشتراطه على المالك نفسه.

(١) فان العامل حينئذ لم يلتزم بشيء على الإطلاق، فإن الأشجار من المالك و العمل من الغلام، و من هنا فلا يصدق عليه المساقاة.

(٢) فإن عمل الغلام في بستانه الخاص أجنبي عن المساقاة بالنسبة إلى هذا البستان المتعلق للعقد بين المالك و العامل، إذ الحصه من الثمرة إنما جعلت في قبال العمل في هذا البستان دون غيره، فالواجب في تحقق العقد و الحكم بصحته كون العمل فيه بما يوجب عمارته على العامل و لو على نحو الموجبة الجزئية، و أما البستان الآخر فهو أجنبي عنه بالمره.

(٣) بل هو بعيد جدا و الصحيح هو القول بالبطلان لعدم الدليل على الصحة بعد عدم التزام العامل بشيء مطلقا.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٣٠

و ان كان لا- يخلو عن اشكال مع ذلك: و لازم القول بالصحة الصحة في صورة اشتراط تمام العمل على المالك بعنوان النيابة عن العامل.

[مسألة ١٣): لا يشترط ان يكون العامل في المساقاة مباشرا للعمل بنفسه]

(مسألة ١٣): لا- يشترط ان يكون العامل فى المساقاة مباشرة للعمل بنفسه (١)، فيجوز له أن يستأجر فى بعض أعمالها أو فى تمامها و يكون عليه الأجرة، و يجوز أن يشترط كون أجره بعض الأعمال على المالك، و القول بالمنع لا وجه له (٢)، و كذا يجوز أن يشترط كون الأجرة عليهما معا

و بعبارة أخرى: ان العقد لما كان متقوما بصدور الالتزام من الطرفين، فان فرض تحقق التزام العامل بالعمل فلا بد من الحكم بالصحة و ان قام المالك بعد ذلك بالعمل بنفسه أو بغيره رأفة بحال العامل أو لغير ذلك من الأسباب، أما إذا لم يتحقق الالتزام من العامل من الأول، كما هو الحال فى المقام فإنه و بالاشتراط يسقط حق المالك فى إلزامه به و يجعل ذلك على العامل، فلا محيص عن الحكم بالبطلان، لكونه خارجا عن مدلول دليل الصحة.

(١) إذ لا يجب عليه الا إيجاد العمل فى البستان و تحقيق الرعاية للأشجار بما يؤدي إلى ظهور الثمر أو زيادتها، و أما مباشرته لذلك بنفسه فلا دليل على اعتبارها، ما لم تكن قد أخذت شرطا فى ضمن العقد.

(٢) الظاهر ابتناء القول بالجواز و المنع فى المقام على القول بجواز اشتراط كون بعض الأعمال على المالك و عدمه، فعلى الأول يتعين القول بالجواز فى المقام أيضا و على الثانى فالصحيح هو المنع من جواز

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٣١

فى ذمتها (١) أو الأداء من الثمر (٢)، و أما لو شرط على المالك أن يكون أجره تمام الأعمال عليه أو فى الثمر فى صحته وجهان: (أحدهما): الجواز، لأن التصدى لاستعمال الأجرة نوع من العمل، و قد تدعو الحاجة الى من يباشر ذلك لمعرفة بالآحاد من الناس و أمانتهم

هذا الاشتراط.

لكنك قد عرفت فيما تقدم أن الصحيح هو الأول و عليه فيتعين القول بجواز هذا الاشتراط فى المقام،

(١) بلا اشكال فيه بناء على عدم لزوم كون جميع الأعمال على العامل.

(٢) و كأنه لمعلومية مقدار الأجرة فيما إذا كانت معينة، الا أن الصحيح هو القول بالبطلان حتى بناء على القول بجواز كون الأجرة مجهولة، و ذلك لان الإجارة- و كما تقدم بيانها فى محله- انما تتضمن التملك من الطرفين، فالأجير انما يملك عمله للمستأجر فى حين ان المستأجر يملكه الأجرة، فهى فى الحقيقة مبادلة بينهما و من هنا فلا بد فى المالكين من كونهما قابلين للتمليك بالفعل و حيث أن الثمرة غير موجودة بالفعل فلا يجوز تملكها لامتناع تملك المعدم ما لم يرقم عليه دليل خاص.

و لذا لم يستشكل أحد فى بطلان مثل هذه الإجارة فى غير المساقاة كما لو أجره لخياطة ثوب بإزاء مقدار معين من حاصل أرضه التى لم تزرع بالفعل أو التى زرعت و لم تنتج.

و من هنا يظهر الحال فيما ذكره (قده) فى فرض كون الأجرة

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٣٢

و عدمها، و المالك ليس له معرفة بذلك. (الثانى):

المنع لأنه خلاف وضع المساقاة و الأقوى الأول (١) هذا و لو شرطا كون الأجرة حصه مشاعه من الثمر بطل للجهل بمقدار مال الإجارة (٢)، فهى باطلة.

[مسألة ١٤): إذا شرطا انفراد أحدهما بالثمر بطل]

(مسألة ١٤): إذا شرطاً انفراداً أحدهما بالثمر بطل

حصّة مشاعّة من الثمرة، فإنه لا حاجة لتوجيه البطلان فيه بجهالة مقدار مال الإجارة، فإن هذا العقد محكوم بالبطلان و ان قلنا بصحة الإجارة مع جهالة الأجرة و ذلك لتضمن الإجارة التمليك الفعلي و هو لا يتعلق بالأمر المعدوم. و الحاصل: ان الصحيح هو القول بالبطلان في كلا-الفرضين- كون الأجرة مقدارا معيناً من الثمر و كونها حصّة مشاعّة منه- سواء صحت الإجارة مع جهالة الأجرة أم بطلت. نعم لو رجع الاشتراط هذا إلى أداء الأجرة الثابتة في الذمة من الثمر، حكم بصحته من جهة ان الأجرة أمر ثابت في الذمة بالفعل فلا يكون العقد متضمناً لتمليك المعدوم. (١) بل الثاني، إذ ليس قيام العامل بمطلق العمل موجبا للحكم بصحة المساقاة و انما العبرة فيها- على ما عرفت- بالعمل الذي له دخل في تربية البستان بمعنى ظهور ثمرة أو زيادته. و الحاصل: ان الأدلة الخاصة قاصرة الشمول للمقام، و العمومات و الإطلاقات لا تشمل ما يتضمن تمليك المعدوم. (٢) بل لما عرفت من اشتمالها على تمليك المعدوم. مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٣٣ العقد (١) و كان جميعه للمالك (٢)، و حينئذ فإن شرطاً انفراداً العامل به استحق اجرة المثل لعمله (٣) و ان شرطاً انفراداً المالك به لم يستحق العامل شيئاً لأنه حينئذ متبرع بعمله (٤).

[مسألة ١٥): إذا اشتمل البستان على أنواع كالنخل و الكرم و الرمان و نحوها من أنواع الفواكه]

(مسألة ١٥): إذا اشتمل البستان على أنواع كالنخل و الكرم و الرمان و نحوها من أنواع الفواكه فالظاهر عدم اعتبار العلم بمقدار كل واحد (٥)، فيجوز المساقاة عليها

(١) لعدم الدليل على صحته بعد عدم شمول الأدلة الخاصة و العامة له. (٢) لتبعية الثمر للأشجار في الملك. (٣) لانه لم يقدم على العمل مجاناً و انما أقدم عليه لقاء أخذه للحاصل و حيث انه لم يسلم له لبطلان العقد و استيفاء المالك لمنافعه و عمله الصادر عنه بأمره يضمن له المالك أجرة المثل لا محالة. و الحاصل: أن أمر الغير بالعمل لا على نحو المجانية موجب للضمان. (٤) و توهم: انه انما عمل تخيلاً منه لزوم ذلك عليه من باب وجوب الوفاء بالعقد فهو غير قاصد للتبرع بعمله. مدفوع: بان الموجب للضمان ينحصر في العقد الصحيح و وقوع العمل عن أمر الغير لا بقصد التبرع، و حيث ان كليهما مفقود في المقام اما الأول فهو المفروض، و اما الثاني فلكون امره بالعمل على نحو المجانية، فلا موجب للقول بالضمان. (٥) بلا اشكال فيه، و تقتضيه صحيحة يعقوب بن شعيب المتقدمة فإن مقتضى إطلاق قوله: «و فيها رمان أو نخل أو فاكهة» عدم الفرق بين كون أشجار ذلك البستان من سنخ واحد و كونه مشتجلاً مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٣٤ بالنصف أو الثلث أو نحوهما و ان لم يعلم عدد كل نوع، إلا إذا كان الجهل بها موجبا للغرر (١).

على أصناف متعددة.

(١) وفيه مضافا إلى ما تقدم من عدم الدليل على اعتبار نفى الغرر في المعاملات مطلقا، فإن الدليل عليه إنما يختص بالبيع ولا مجال للتعدى عنه إلى غيره، أن عقد المساقاة مبني على الغرر من هذه الجهة - اعني مقدار الثمر - إذ لا علم لكل من الطرفين بمقدار الثمر في تلك السنة، و هل انه سيكون كثيرا أو قليلا؟ فهذا الجهل معفو عنه جزما.

وهكذا الحال بالنسبة إلى عدد الأشجار، إذ لا يعتبر في عقد المساقاة حتى مع اتحاد سنخ الأشجار فضلا عن اختلافه العلم بعددها فإن العقد مبني على الجهالة من هذه الناحية.

على انه لا مجال لتصور الغرر من هذه الجهة، فإن عمل العامل لما كان يقابله الحصة من الثمر، لم يمكن تصور فوات شيء منه إطلاقا فإنه مضمون على كل تقدير لانه تابع له في القلة والكثرة، فإن كثرت الأشجار وكثر عمل العامل كثر ما يكون له من الحاصل، وان قلت الأشجار وقل عمله قل حاصله أيضا.

ومن هنا: فلا وجه لاعتبار عدم الغرر هنا، فإنه لا يتصور فيه أصلا وعلى تقديره فهو معفو عنه لابتناء العقد عليه.

بل عقد المساقاة على هذا البستان إنما هو في الحقيقة كالعقد على مجموع بساتين يختص كل منها بسنخ معين، الذي لم يشك أحد في صحته.

فان ما نحن فيه من قبيله غاية الأمر أنه يختلف عنه كون البساتين

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٣٥

[مسألة ١٦: يجوز أن يفرد كل نوع بحصة مخالفة للحصة من النوع الآخر]

(مسألة ١٦): يجوز أن يفرد كل نوع بحصة مخالفة للحصة من النوع الآخر، كأن يجعل النخل بالنصف والكرم بالثلث والرمان بالربع مثلا وهكذا (١) واشترط بعضهم في هذه الصورة العلم بمقدار كل نوع، ولكن الفرق بين هذه الصورة و صورة اتحاد الحصة في الجميع غير واضح (٢)

في الثاني معزولة مفروزة في حين أن الأشجار فيما نحن فيه مختلطة وغير مفروزة، الا انه لا يؤثر شيئا بعد ان كان مثل هذا العقد منحلا في الحقيقة إلى عقود متعددة ومستقلة.

(١) لما تقدم من انحلال هذا العقد المركب إلى عقود متعددة في الحقيقة و حيثئذ فلا يبقى محذور في الحكم بالصحة.

(٢) يمكن التفريق بين الصورتين بكون حصة العامل في فرض اتحادهما في الجميع معلومة فإنه وعلى كل تقدير يأخذ النسبة المجعولة له من الحاصل من غير زيادة أو نقصان، وهذا بخلاف ما نحن فيه، فان حصته وبالقياس إلى المجموع تبقى مجهولة لاحتمال زيادة الصنف وقلته، فإنه إذا جعل له النصف من الرمان و الثلث من التمر - مثلا - فكان الحاصل من الرمان مائة رطل و من التمر تسعون، كان له خمسون رطلا من الرمان و ثلاثون من التمر وهذا يعني انه قد أخذ بالنتيجة ما يعادل ثمانى حصص إلى تسع عشرة حصة من مجموع حاصل البستان، و أما لو انعكس الأمر فكان حاصل الرمان تسعين و حاصل التمر مائة رطل، فله من الرمان خمسة و أربعون رطلا و من التمر ثلاثة و ثلاثون و ثلث، وهذا يعني أن حصته في النتيجة لم تكن إلا سبعة و ثمانية أعشار و ثلث العشر من أصل تسع عشرة حصة،

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٣٦

و الأقوى الصحة (١) مع عدم الغرر (٢) في الموضوعين، و البطلان معه فيهما.

[مسألة ١٧]: لو ساقاه بالنصف - مثلا - ان سقى بالناضح و بالثلث ان سقى بالسيح]

(مسألة ١٧): لو ساقاه بالنصف - مثلا - ان سقى بالناضح و بالثلث ان سقى بالسيح ففي صحته قولان،

و هكذا فان المشروط فيه أقل الجزئين قد يكون أكثر الجنسين فينقص الحصه و قد يكون أقلهما فتزيد، و بذلك فيحصل الغرر و الجهالة فيحكم ببطلان العقد.

الا أنك خير بان هذا المقدار من الفرق لا يكفي في الحكم بالبطلان في المقام، بعد ما عرفته من ان هذه المساقاة و ان كانت واحدة بحسب الإنشاء الا أنها منحلّة في الحقيقة إلى عقود متعددة و مساقاة على كل صنف مستقلا، نظير ما ذكرناه في كتاب البيع من ضم مبيع إلى غيره، فإنه لا عبرة بتعدد المبيع و انما العبرة بواقع الاعترار و التمليك و لذا يلتزم فيما لو باع ماله و مال غيره بصحة البيع بالنسبة إلى ماله و توقفه على الإجازة بالنسبة إلى مال الغير، في حين انه لو كانت العبرة بالإنشاء لوجب القول ببطلان العقد بالنسبة إلى المالكين معا على تقدير عدم اجازة الآخر.

فما نحن فيه من هذا القبيل فان هذا العقد الواحد عبارة في الحقيقة عن عقود متعددة جمعها إنشاء واحد فقط، و حيث ان الحصه في كل عقد من تلك العقود معلومه فلا وجه للحكم بالبطلان، و احتمال زيادة المجموع و نقصانه لا يضر بعد ذلك.

(١) لما تقدم.

(٢) بل و معه أيضا، لما تقدم في المسألة السابقة حرفا بحرف.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٣٧

أقواما الصحة (١)، لعدم إضرار مثل هذه الجهالة، لعدم إيجابها الغرر مع أن بناءها على تحملها. خصوصا على القول بصحة مثله في الإجازة (٢)، كما إذا قال: إن خطت روميا فبدرهمين و إن خطت فارسيا فبدرهم.

[مسألة ١٨]: يجوز أن يشترط أحدهما على الآخر شيئا من ذهب أو فضة أو غيرهما]

(مسألة ١٨): يجوز أن يشترط أحدهما على الآخر شيئا من ذهب أو فضة أو غيرهما (٣) مضافا إلى الحصه من الفائدة، و المشهور كراهه اشتراط المالك على العامل شيئا من ذهب أو فضة، و مستندهم في الكراهه غير واضح كما أنه لم يتضح اختصاص الكراهه بهذه الصورة أو جريانها بالعكس أيضا، و كذا اختصاصها بالذهب و الفضة أو جريانها في مطلق الضميمة، و الأمر سهل.

[مسألة ١٩]: في صورة اشتراط شيء من الذهب]

(مسألة ١٩): في صورة اشتراط شيء من الذهب

(١) بل العدم، فإن المساقاة و إن لم تكن تتضمن التمليك و التملك إلا أنها تتضمن الالتزام و الإلزام، و الأمر المردد لا يصلح ان يكون متعلقا للالتزام الفعلي الذي يترتب عليه الأمر بالوفاء به.

و الحاصل: ان الأمر المردد لا يمكن فيه الإلزام و الالتزام و الحكم بوجوب الوفاء به.

(٢) و قد تقدم هناك ان الصحيح هو البطلان، لأن الإجازة تمليك فلا بد و ان يكون متعلقه معلوما و المردد غير معلوم.

(٣) لكونه سائغا في نفسه، فيلزم باشتراطه في ضمن عقد لازم بمقتضى أدلة لزومه.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٣٨

و الفضضة أو غيرهما على أحدهما إذا تلف بعض الثمرة هل ينقص منهما شيء أو لا؟ وجهان: أقواهما العدم (١) فليس قرارهما مشروطا بالسلامة، نعم لو تلفت الثمرة بجمعها أو لم تخرج أصلا ففي سقوط الضميمة و عدمه أقوال، ثالثها الفرق بين ما إذا كانت للمالك على العامل فتسقط و بين العكس

(١) و الحق في هذه المسألة هو الالتزام بتفصيل لا يرجع الى شيء مما أفاده (قده).

و حاصله: انه قد يفرض الكلام في فرض عدم خروج الثمرة و قد يفرض في صورة تلفها بعد الحصول و التحقق. و على كلا التقديرين فقد يفرض الكلام في جميع الثمرة بأن لم يحصل شيء أصلا أو يحصل و يتلف جميعه، و قد يفرض في بعضه. أما في فرض عدم خروج الثمرة بالمره فالمتعين هو الحكم ببطلان المساقاة، لأنها معاوضة بين الطرفين - على ما يستفاد من النصوص و يأتي بيانه- فإذا لم تخرج الثمرة بالمره كشف ذلك عن بطلتها من الأول، و بذلك فيكون الشرط في ضمنه شرطا في ضمن عقد فاسد فلا يؤثر شيئا.

و مما يؤكد ذلك انه لو انكشف الحال قبل العمل أو في الأثناء لم يجب على العامل الاستمرار في السقى و الإتمام - على ما سيأتي منه (قده) أيضا في المسألة الحادية و العشرين - فإنه لا وجه لذلك غير انكشاف بطلان المعاملة.

إلا إن هذا لا ينافي القول بعدم استحقاق العامل لأجرة المثل عندئذ، إذ لا ملازمة بين بطلان العقد و استحقاق العامل لأجرة المثل

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٣٩

.....

لأنه إنما أقدم على العمل على أساس ان لا يضمن المالك له شيئا سوى الحصه من الثمرة على تقدير ظهورها. و من هنا صح ان يقال انه متبرع من جميع الجهات غير الحصه على تقدير ظهور الثمرة و أما في فرض عدم خروج بعض الثمرة و نقصانها عن المتعارف - و هي الصورة التي لم يتعرض لها الماتن (قده).

فقد يفرض كون النقصان قليلا جدا الى حد لا يعتنى به عند العقلاء كما لو فرض عدم إثمار شجرة واحدة فقط من مجموع البستان الذي يحتوى على مائة شجرة فما فوق، فإنه مما لا يبعد ان يقال انه متعارف في كل بستان، و حينئذ فحيث انه مما يتسامح فيه فهو في حكم العدم، و عليه فيحكم بصحة المساقاة و وجوب الوفاء بالشرط كاملا.

و قد يفرض كونه معتدا به كربع الأشجار أو ثلثها، و حينئذ فيتعين الحكم ببطلان المساقاة بالقياس إلى التي لم تثمر لأنها منحلّة إلى عقود متعددة بعدد الأشجار الموجودة في البستان، فإن ثمره كل شجرة منها انما هي للمالك و العامل معا بإزاء ما قدمه العامل من خدمات لها.

هذا بالنسبة إلى أصل العقد و أما الشرط فهل يحكم بوجوب الوفاء به بتمامه أو يقال بسقوط ما يقابل الجزء الذي حكم بفساده من العقد فيكون مشمولاً للتبعيض أيضا أو يقال بسقوطه بقول مطلق؟ أوجه أقواها الأخير، لأن الشرط انما لوحظ بإزاء مجموع ما وقع عليه العقد لا بلحاظ كل جزء منه، فهو ليس الا التزاما واحدا بإزاء هذه المعاملة على تقدير صحتها، فإذا لم تصح و لو في بعضها حكم ببطلانه لعدم تحقق موضوع الالتزام و ما كان معلقا عليه.

و مما يؤكد ذلك عدم قابلية بعض الشروط للتبعيض و الانحلال

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٤٠

فلا تسقط (١)، رابعها الفرق بين صورة عدم الخروج

كشروط الصوم يوماً أو الصلاة ركعتين عن أبيه و ما شاكلهما من الأمور البسيطة أو المركبة الارتباطية، فإنه أفهل يمكن أن يقال بتبعض الشرط فيه أيضاً؟، فإن ملاحظة مساواة هذا النحو من الشرط مع ما يكون متعلقة قابلاً للتفكيك بلحاظ كونهما على حد سواء مما يؤكد ما التزمنا به من سقوط الشرط بقول مطلق.

و الحاصل: ان حال الشرط في المقام هو الحال عند عدم خروج الثمر بالمره، فإنه يحكم بسقوطه، لكون التزامه مقيداً بصحة العقد، فإذا لم يصح و لو بعضاً لم يثبت شيء من الالتزام.

هذا كله بالنسبة إلى صورة عدم خروج الثمر بكلاً فرضيه.

و أما صورة تلف الثمرة بعد حصولها و تحققها في الخارج، فلا وجه للحكم بطلان العقد في كلا فرضي هذه الصورة، فإن الملك قد حصل، و التلف انما عرض على ملكهما معاً، و معه فلا وجه لسقوط شيء من الشروط.

نعم لو كان الشرط مقيداً بسلامة تمام الثمر و عدم تلفه و لو بعضاً لم يجب الوفاء بالشرط عند تلف بعضه لعدم تحقق المعلق عليه.

و الحاصل: ان نفوذ الشرط في المقام تابع لكيفية الجعل من حيث الإطلاق و التقييد، فان كان الاشتراط معلقاً على سلامة الجميع سقط بتلف البعض و إلا وجب الوفاء به بأجمعه لعدم الموجب لسقوطه.

(١) أما الأول فلأن المفروض ذهاب عمل العامل سدى حيث لم يحصل بإزاءه على شيء، فإذا غرم مضافاً إلى ذلك شيئاً كان ذلك من الأكل بالباطل، و أما الثاني فلأن الشرط عليه قد وجب بالعقد

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٤١

أصلاً فتسقط و صورة التلف فلا (١). و الأقوى عدم السقوط مطلقاً (٢) لكونه شرطاً في عقد لازم فيجب الوفاء به. (و دعوى): أن عدم الخروج أو التلف كاشف عن عدم صحة المعاملة من الأول لعدم ما يكون مقابلاً للعمل، أما في صورة كون الضميمة للمالك فواضح، أما مع كونها للعامل، فلأن الفائدة ركن في المساقاة، فمع عدمها لا يكون شيء في مقابل العمل، و الضميمة المشروطة لا تكفي في العوضيه فتكون المعاملة باطله من الأول، و معه لا يبقى وجوب الوفاء بالشرط. (مدفوعه) مضافاً إلى عدم تماميته بالنسبة إلى صورة التلف (٣) لحصول العوض بظهور

فلا وجه لسقوطه، و فيه: ما عرفته من تبعية بقاء الشرط لكيفية جعله من دون فرق بين كونه على المالك أو العامل.

(١) لانكشاف بطلان العقد على الأول فلا يجب الوفاء به بخلاف الثاني حيث عرض التلف على الثمرة بعد حصول الملك و تحقق موضوع الشرط.

و فيه: ما عرفته من التفصيل في الصورتين معاً.

(٢) بل الأقوى ما عرفته من الوجه الخامس - على ما تقدم بيانه.

(٣) و هو غير وارد على ما اخترناه نظراً لالتزامنا بعدم البطلان مع التلف المتأخر.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٤٢

الثمر و ملكيتها و ان تلف بعد ذلك، بأننا نمنع (١) كون المساقاة معاوضة بين حصه من الفائدة و العمل بل حقيقتها تسليط من المالك للعامل على الأصول للاستئمان له و للمالك و يكفيه احتمال الثمر و كونها في معرض ذلك. و لذا لا يستحق العامل اجرة عمله (٢) إذا لم يخرج أو خرج و تلف

(١) و هو في غير محله جداً، فإنه مناف لما أفاده (قده) في تعريف المساقاة حيث فسرها بأنها «معاملة على أصول ثابتة بحصه من ثمرها» فإنها ظاهرة في كون الحصه عوضاً عن العمل في الأصل.

بل و يتنافى مع ما هو المرتكز في الأذهان من كون العمل في مقابل الحصّة و هي في مقابل العمل بحيث يكون عوضا و معوضا و ان لم يكن هناك تملك و مبادلة مال بمال فعلا، الا إن ذلك لا يضر شيئا و لذا لو سئل العامل انه هل يعمل مجانا لأجاب بالنفى صريحا.

و مما يدلنا على ذلك الأخبار الواردة في المقام فان ظاهر قوله في صحيحه يعقوب بن شعيب: «اسق هذا من الماء و اعمره و لك نصف ما أخرج» و قوله في صحيحه الحلبي الواردة في إعطاء النبي (ص) لخبير: «أعطى خبيرا بالنصف» هو المعاوضة، فانكارها بعد ذلك يكون من إنكار الأمر الواضح.

و مما يدلنا على ذلك، حكمهم بعدم لزوم الإتمام على العامل فيما إذا ظهر ذلك قبل العمل أو في الأثناء.

(٢) ظهر الحال فيه مما تقدم، و ان عدم استحقاق العامل حينئذ شيئا انما هو لإقدامه على التبرع من غير جهة الحاصل بحيث أقدم على مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٤٣

بآفة سماوية أو أرضية في غير صورة ضم الضميمة بدعوى الكشف عن بطلانها من الأول و احترام عمل المسلم، فهي نظير المضاربة حيث انها أيضا تسليط على الدرهم أو الدينار للاسترباح له و للعامل، و كونها جائزة دون المساقاة لا يكفي في الفرق. كما ان ما ذكره في الجواهر من الفرق بينهما بأن في المساقاة يقصد المعاوضة بخلاف المضاربة التي يراد منها الحصّة من الربح الذي قد يحصل و قد لا يحصل، و أما المساقاة فيعتبر فيها الطمأنينة بحصول الثمرة و لا يكفي الاحتمال، مجرد دعوى لا بينة لها. و (دعوى): أن من المعلوم أنه لو علم من أول الأمر عدم خروج الثمر لا يصح المساقاة، و لازمه البطلان إذا لم يعلم ذلك ثم انكشف بعد ذلك (١)، (مدفوعة):

بان الوجه في عدم الصحة كون المعاملة سفهية (٢) مع العلم

الفعل على ان لا يضمن المالك له شيئا سوى الحصّة من الحاصل على تقديره.

(١) لان الحكم بالصحة حينئذ انما كان حكما ظاهريا فقط فيرتفع بانكشاف الواقع.

(٢) ليس الوجه في البطلان ما ذكره (قده) إذ لا دليل على بطلان المعاملة السفهية، فإن الدليل على البطلان انما يختص بمعاملة السفهية، فلا مجال لتعميمه للمعاملة السفهية الصادرة من العاقل.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٤٤

بعدم الخروج من الأول بخلاف المفروض، فالأقوى ما ذكرنا من الصحة (١) و لزوم الوفاء بالشرط - و هو تسليم الضميمة - و ان لم يخرج شيء أو تلف بالآفة. نعم لو تبين عدم قابلية الأصول للثمر - أما ليسها أو لطول عمرها أو نحو ذلك - كشف عن بطلان المعاملة من الأول (٢) و معه يمكن استحقاق العامل للأجرة إذا كان جاهلا بالحال (٣).

[مسألة ٢٠: لو جعل المالك للعامل مع الحصّة من الفائدة ملك حصّة من الأصول مشاعا أو مفروزا]

(مسألة ٢٠): لو جعل المالك للعامل مع الحصّة من الفائدة ملك حصّة من الأصول مشاعا أو مفروزا ففي صحته مطلقا، أو عدمها كذلك، أو التفصيل بين أن يكون

بل الوجه في البطلان مضافا الى ما تقدم من كون المساقاة من العقود المعاوضيّة. عدم تحقق القصد الجدى إلى المعاملة بعد العلم بعدم تحقق ما جعل للعامل بإزاء عمله.

(١) بل الأقوى ما ذكرناه من التفصيل - على ما عرفت بيانه.

(٢) فإنه يعتبر في المساقاة قابلية الشجر للثمر، إذ بدونها يكون العقد لغوا محضاً.

(٣) ظهر الحال فيه مما تقدم، فإنه لا موجب للضمان بعد أن كان العقد مبنياً على عدم ضمان المالك لشيء بإزاء عمله غير الحصّة من الثمر على تقدير حصوله.

نعم لو كان المالك عالماً بالحال وقلنا بقاعدة الغرور صح الرجوع عليه، إلا أنك قد عرفت غير مرة عدم تمامية هذه القاعدة. إذن: فلا موجب للقول بضمن المالك للعامل أجره المثل في الفرض.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٤٥

ذلك بنحو الشرط فيصح أو على وجه الجزئية فلا، أقوال والأقوى الأول (١).

(١) بل الأخير، فإنه لو كان الجعل على نحو الشرطية صح بلا اشكال فيه لرجوعه في الحقيقة إلى وقوع عقد المساقاة على غير تلكم الشجرات المستثناة، ومع فلا وجه للقول بعدم الجواز، بل يصح العقد و يلزم الجعل بمقتضى قولهم (ع): «المؤمنون عند شروطهم» كما هو الحال في سائر أمواله، بل هو نظير مساقاته على بستان بشرط ان يكون بستانه الآخر بتمامه للعامل، فإنه صحيح جزماً لان اشتراط الملكية في ضمن العقد لا يقتضى الفساد.

وهذا بخلاف ما لو كان الجعل على نحو الجزئية، فإنه لا محيص عن القول بالفساد لمنافاته لوضع المساقاة، فإن العقد قائم على اشتراكهما في الثمر بعد اختصاص الأصول بأحدهما و كون العمل - و لو على نحو الموجبة الجزئية - من الآخر، فلا يصح فيما إذا كانت الأصول و العمل بتمامه من أحدهما، كما هو الحال فيما نحن فيه، فان العامل لما كان مالكا للمقدار المجعول له بالشرط كان عمله فيه من عمل المالك في ملكه و هو موجب للبطلان.

ولذا لا نعهد من يحكم بصحة العقد فيما لو اشترط المالك على العامل اشتراكه في بستانه المختص به و ليس ذلك إلا لأن عمله في ذلك البستان انما هو لنفسه فلا يصح بعد فرض كون الأصل له أيضاً.

وبعبارة أخرى: انه لا بد في المساقاة من كون الأصول من أحدهما و العمل و لو بعضاً من الآخر، فلو كانا معا من واحد لم يصح العقد مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٤٦

للعوميات (١)، و دعوى: أن ذلك على خلاف وضع المساقاة، كما ترى (٢)، كدعوى: أن مقتضاها أن يكون العمل في ملك المالك (٣)، إذ هو أول الدعوى. و القول بأنه لا يعقل أن يشترط عليه العمل في ملك نفسه. ففيه:

أنه لا مانع منه إذا كان للشارط فيه غرض أو فائدة، كما في المقام حيث ان تلك الأصول و ان لم يكن للمالك الشارط

و لا يحصل الاشتراك في الحاصل، و لذا لم يصح اشتراط تمام العمل على المالك.

والحاصل: انه مع تعدد مالك الأشجار، لا يصح اشتراط كون ثمر الجميع مشتركاً بينهم، فان العمومات غير شاملة لمثل هذا العقد - على ما عرفته غير مرة - و الأدلة الخاصة واردة في غير هذا المورد.

فالصحيح في المقام هو التفصيل بين ما إذا كان الجعل على نحو الشرطية المحضه بأن تجعل ملكية تلكم الأشجار المعينة للعامل من دون أن تكون داخله في عقد المساقاة بحيث يكون العقد واقعا على غيرها فيحكم بالصحة، و بين ما لو كان على نحو الجزئية، بأن تكون هذه الأشجار المجعول ملكيتها للعامل داخله في العقد أيضاً بأن تكون الأصول للعامل و الثمار مشتركاً بينهما فيحكم ببطلانه.

(١) و قد عرفت ما فيها.

(٢) عرفت ان هذه الدعوى في محلها و لا شيء فيها.

(٣) على ما تقدم بيانها، حيث قد عرفت انه لا يصح كون الأصول و العمل معا من أحدهما.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٤٧

الا أن عمل العامل فيها ينفعه في حصول حصته من نمائها.

و دعوى: أنه إذا كانت تلك الأصول للعامل بمقتضى الشرط فاللازم تبعية نمائها لها. مدفوعة: بمنعها بعد أن كان المشروط له الأصل فقط في عرض تملك حصه من نماء الجميع. نعم لو اشترط كونها له على وجه يكون نماءها له بتمامه كان كذلك، لكن عليه تكون تلك الأصول بمنزلة المستثنى من العمل، فيكون العمل فيما عداها مما هو للمالك بإزاء الحصه من نماء مع نفس تلك الأصول.

[مسألة (٢١): إذا تبين في أثناء المدء عدم خروج الثمر أصلا]

(مسألة ٢١): إذا تبين في أثناء المدء عدم خروج الثمر أصلا هل يجب على العامل إتمام السقى؟ قولان، أقواهما العدم (١).

[مسألة (٢٢): يجوز ان يستأجر المالك أجيرا للعامل مع تعيينه نوعا و مقدارا بحصه من الثمرة]

(مسألة ٢٢): يجوز ان يستأجر المالك أجيرا للعامل مع تعيينه نوعا و مقدارا بحصه من الثمرة أو بتمامها بعد

(١) على ما تقدم بيانه في المسألة التاسعة عشرة، فإن عقد المساقاة مبنى على المعاوضة بين عمل العامل و الحصه مما يخرج من الثمر، فإذا علم بعدمه انكشف عدم العوض و معه فيحكم بالطلان.

إلا أن ما أفاده الماتن (قده) هنا لا ينسجم مع ما ذكره هناك من وجوب الوفاء به لعدم بناء العقد على خروج الثمر.

فهو (قده) بعد بناء على وجوب الوفاء هناك مطالب بالدليل على عدم وجوب الإتمام هنا.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٤٨

الظهور و بدو الصلاح (١)، بل و كذا قبل البدو (٢)، بل قبل الظهور أيضا إذا كان مع الضميمة الموجودة أو عامين (٣) و أما قبل الظهور عاما فالظاهر عدم جوازه، لا لعدم معقولية تملك ما ليس بموجود (٤). لأننا نمنع عدم

(١) فإنه حينئذ مال موجود بالفعل فيصح جعله عوضا لعمل محترم.

(٢) لما تقدم، سواء اشترط عليه البقاء حتى يدرك أم لا، فإنه و بوضعه الحالى أمر موجود بالفعل فتصح المعاوضة عليه.

(٣) تقدم التعرض لهذه المسألة في كتاب الإجارة، و قد عرفت ان الصحيح هو القول بالمنع، لعدم الدليل على صحة هذه المعاملة في مقام الإثبات، فإن الإجارة تبادل للمنفعة أو العمل من جهة و الأجرة من جهة أخرى، فلا تصح مع كون الأجرة معدومة و المستأجر غير مالك لها بالفعل.

و الحاصل: ان الإجارة انما تتضمن التملك، و هو لا يتعلق إلا بالموجود في الخارج أو في الذمة—لأنه بحكم الموجود الخارجى—و أما ما لا وجود له بالفعل فلا يصح تعلق الملكية به.

ولذا لا يذهب أحد إلى صحة إجارة شخص على عمل بإزاء ما سيرته من أبيه عند موته.

و مما ذكرناه يظهر انه لا مجال لإثبات حكم البيع لما نحن فيه و القول بالصحة مع الضميمة، فإنه قياس محض و لا مجال لقبوله.

(٤) فإنه أمر معقول في نفسه، فان التملك أمر اعتبارى و هو سهل المؤنة فيصح تعلقه بالمعدوم كما يصح ان يكون المالك غير شاعر

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٤٩

المعقولية بعد اعتبار العقلاء وجوده المستقبلى، و لذا يصح مع الضميمة أو عامين، حيث انهم اتفقوا عليه في بيع الثمار، و صرح به

جماعة ههنا. بل لظهور اتفاقهم على عدم الجواز، كما هو كذلك في بيع الثمار. ووجه المنع هناك خصوص الأخبار الدالة عليه، و ظاهرها أن وجه المنع الغرر، لا عدم معقولية تعلق الملكية بالمعدوم، و لو لا ظهور الإجماع في المقام لقلنا بالجواز (١) مع الاطمئنان بالخروج بعد ذلك، كما يجوز بيع ما في الذمة مع عدم كون العين موجودا فعلا عند ذيها، بل و ان لم يكن في الخارج أصلا، و الحاصل: أن الوجود الاعتباري يكفي في صحة تعلق الملكية، فكأن العين موجودة في عهدة الشجر كما أنها موجودة في عهدة الشخص.

أو كلى كملكية المسجد لاثائه و السادة للخمس و الفقراء للزكاة- على القول بملكيتهم لها. بل الوقوع خير دليل على الإمكان، حيث يصح بيع الثمار مع الضميمة، الا ان الاشكال- و كما عرفت- ليس من هذه الجهة و انما هو من حيث مقام الإثبات، إذ لا دليل على صحة هذه المعاملة. (١) قد عرفت ان وجه المنع انما هو عدم الدليل على صحة هذه المعاملة و من هنا فلا وجه للالتزام بصحتها حتى مع عدم تمامية الإجماع و انتفاء الغرر. مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٥٠

[مسألة (٢٣): كل موضع بطل فيه عقد المساقاة يكون الثمر للمالك]

(مسألة ٢٣): كل موضع بطل فيه عقد المساقاة يكون الثمر للمالك (١) و للعامل اجرة المثل لعمله (٢)، إلا- إذا كان عالما بالبطان و مع ذلك أقدم على العمل (٣) أو كان الفساد لأجل اشتراط كون جميع الفائدة للمالك (٤)،

(١) لتبعيته للشجر في الملك. (٢) لانه عمل محترم صدر عن أمر الغير به مجاناً، حيث انه انما أتى به بإزاء الحصه من الثمر، فإذا لم يسلم له ذلك العوض لاستيفاء المالك للثمر بأكمله نظرا لفساد العقد، فلا بد للمالك من تدارك عوضه بدفع اجرة مثل عمله له كي لا يذهب سدى. نعم لا- بد من تقييد إطلاق الحكم بما إذا لم تكن الأجره أكثر من الحصه المجعولة له، و إلا فليس له الا الأقل لإقدامه على إلغاء احترام ماله بالنسبة إلى الزائد عن ذلك المقدار. (٣) قد عرفت غير مرة ان العلم بالبطان لا يعنى بالضرورة الإقدام على المجانية فالفساد انما هو بلحاظ الحكم الشرعي لا بلحاظ بناء المتعاقدين، فان عدم إمضاء الشارع له شيء و إقدام العامل على العمل مجاناً شيء آخر. إذن فالصحيح هو القول بالضمن سواء علم العامل بالبطان أم جهل به، فان المالك قد استوفى عملاً محترماً صادراً عن أمره لا بقصد التبرع، فيكون ضامناً له لا محالة بعد ان لم يسلم له- العامل- المسمى في العقد. (٤) فإنه و بذلك يدخل في كبرى: «ما لا يضمن بصحيحه مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٥١

حيث أنه بمنزلة المتبرع في هاتين الصورتين، فلا يستحق أجره المثل على الأقوى و ان كان عمله بعنوان المساقاة.

لا يضمن بفساده، و ليس الوجه فيه الا ان عمل العامل في هذه الصورة لم يكن مضموناً على المالك باعتبار ان الأمر به انما كان على نحو التبرع و المجانية.

هذا و قد ناقش فيه صاحب الجواهر (قده) بدعوى ان العامل إنما قام بالفعل اعتقاداً منه للزوم العقد عليه و وجوب الوفاء به معه فلا

يكون رضاه بالعمل رضى منه به مجاناً.

و فيه: ان مجرد اعتقاده بذلك لا يوجب ثبوت العوض على المالك، فان الملاك انما هو بصدور الفعل عن امره لا مجاناً، و حيث انه غير متحقق فى المقام فلا موجب لثبوت الضمان عليه، و لذا لم يلتزم أحد بالضمان فيما لو تخيل العامل الإجارة فقام بالفعل بذلك الاعتقاد.

و الحاصل: انه لا وجه لإثبات الضمان فى المقام بعد أن كان العقد على تقدير صحته يقتضى عدمه.

و كذا الحال فيما لو كان الفساد من جهة عدم خروج الثمر - على ما اخترناه، و ان ذهب الماتن (قده) الى صحته - فإنه مشمول لقاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده.

و الوجه فيه ما ذكرناه من ان الضمان انما يكون لأمرين العقد الصحيح، و الأمر بالعمل لا على نحو المجانية و التبرع، و لا شىء منهما متحقق فى المقام فان المفروض فساد العقد، و المالك لم يضمن للعامل وراء الحصه مما أخرجه الله من الأرض شيئاً، بحيث كان مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٥٢

[مسألة ٢٤): يجوز اشتراط مساقاة فى عقد مساقاة]

(مسألة ٢٤): يجوز اشتراط مساقاة فى عقد مساقاة كأن يقول: ساقيتك على هذا البستان بالنصف على أن أساقيك على هذا الآخر بالثلث. و القول بعدم الصحة لأنه كالبيعين فى بيع المنهى عنه (١) ضعيف لمنع كونه من هذا القبيل (٢)، فإن المنهى عنه البيع حالاً بكذا و مؤجلاً بكذا، أو البيع على تقدير كذا بكذا، و على تقدير آخر بكذا (٣)، و المقام نظير أن يقول: بعتك دارى بكذا على أن أبيعك بستانى بكذا، و لا مانع منه، لأنه شرط مشروع فى ضمن العقد.

العامل متبرعاً بعمله من غير هذه الناحية، فلا وجه للقول بالضمان.

(١) روى الصدوق (قده) عن شعيب بن واقد عن الحسين بن زيد عن الصادق (ع) عن آبائه (ع) فى مناهى النبى (ص):

قال: «نهى عن بيعين فى بيع» «١» و روى الشيخ (قده) انه «نهى رسول الله (ص) عن سلف و بيع، و عن بيعين فى بيع» «٢».

(٢) و على تقدير تسليم كونه من هذا القبيل فالتعدى عن البيع إلى المساقاة و إثبات حكمه فيها ليس الا قياساً محضاً.

(٣) و يحتمل ان يكون المراد به البيع إلى أجلين مختلفين، بان يبعه الكتاب مؤجلاً إلى ستة أشهر بخمسة دنانير، و إلى سنة بعشرة.

(١) الوسائل: ج ١٢ باب ١٢ من أبواب عقد البيع، ح ١٢.

(٢) التهذيب: ج ٧ ص ٢٣٠.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٥٣

[مسألة ٢٥): يجوز تعدد العامل]

(مسألة ٢٥): يجوز تعدد العامل (١)، كأن يساقى اثنين بالنصف له و النصف لهما، مع تعيين عمل كل منهما بينهم أو فيما بينهما (٢)، و تعيين حصه كل منهما (٣).

و كذا يجوز تعدد المالك و اتحاد العامل، كما إذا كان البستان مشتركاً بين اثنين فقالوا لواحد: ساقيناك على هذا البستان بكذا، و حينئذ فإن كانت الحصه المعينه للعامل منهما سواء - كالنصف أو الثلث مثلاً - صح و ان لم يعلم العامل كيفية شركتهما (٤) و أنها

بالنصف أو غيره، وان لم يكن سواء- كأن يكون في حصة أحدهما بالنصف و في حصة الآخر بالثلث مثلا- فلا بد من علمه بمقدار حصة كل منهما،

(١) بلا إشكال فيه ولا خلاف.

(٢) إذ المعتبر في صحة المساقاة انما هو تعيين حصتهما في قبال حصة المالك، بحيث يكون نصيب كل من العامل و المالك معلوما، و اما معرفة المالك بحصة كل منهما فيما بينهما فهي أمر غير معتبر جزما، فإنه لا علاقة للمالك بكيفية قسمة العاملين للحصة المشتركة بينهما بعد معلومية حصتهما في قبال حصته.

(٣) فيما بينهما.

(٤) إذ لا دخل لكيفية شركتهما في الحصة المجعولة له، فإنه و على كل تقدير يأخذ الحصة المجعولة له من الجميع، فلا يكون جهله هذا موجبا لجهالة حصته كما هو واضح.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٥٤

لرفع الغرر و الجهالة في مقدار حصته من الثمر (١).

[مسألة ٢٦: إذا ترك العامل للعمل بعد اجراء العقد ابتداء أو في الأثناء]

(مسألة ٢٦): إذا ترك العامل للعمل بعد اجراء العقد ابتداء أو في الأثناء فالظاهر أن المالك مخير بين الفسخ أو الرجوع

(١) وقد استشكل فيه بعضهم بأنه إن تم إجماع على البطلان مع الجهل فهو و الا فالقول به مشكل لعدم الدليل على قدح الغرر في المقام وفيه: ان الظاهر في المقام هو البطلان سواء أقلنا باختصاص نفى الغرر بالبيع - كما هو الصحيح - أم قلنا بعمومه للمقام أيضا. وذلك لما أشار إليه الماتن (قده) من استلزامه الجهل بمقدار الحصة، فإنه لا بد في المساقاة- على ما يستفاد من صحيحة يعقوب بن شعيب و اخبار خبير- من معلومية حصة كل من المالك و العامل من الثمر، و لذا لو ساقاه على ان يكون له في مقدار من البستان النصف و في مقدار آخر منه الثلث من غير تعيين لما حكم ببطلانه جزما.

و حيث ان هذا الشرط غير متوفر في المقام، لأنه إذا ساقى أحدهما على النصف و الآخر على الربع و كان مجموع النتاج مائة و عشرين رطلا، اختلف مقدار حقه من المجموع باختلاف مقدار نصيب كل منهما، فإذا كان نصيب صاحبه الأول من البستان الثلثين و نصيب الثاني الثلث كان له من المجموع خمسون رطلا، و إذا انعكس الأمر كان له أربعون رطلا، فلا بد من الحكم بالبطلان.

و الحاصل: ان مساقاة المالكين المتعددين مع اختلاف مقدار الحصة المجعولة للعامل و جهل نصيب كل منهما في البستان، لما كان موجبا لجهالة ما يحصل للعامل محكومة بالفساد.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٥٥

الى الحاكم الشرعى (١) فيجبره على العمل، و ان لم يمكن أستأجر من ماله من يعمل عنه أو بأجرة مؤجلة إلى وقت الثمر فيؤديها منه، أو يستقرض عليه و يستأجر من يعمل عنه، و ان تعذر الرجوع الى الحاكم أو تعسر فيقوم بالأمر المذكورة عدول المؤمنين (٢) بل لا يبعد جواز إجباره نفسه (٣)

(١) لأنه ولى الممتنع، فإن وظيفة الولاية و ان كانت في الأصل إجراء الأحكام الصادرة من القضاء، الا ان استقرار نظام المعاش و حفظه يقتضى قيامه في عصر الغيبة مقام القاضى فيما هو شأنه، حفظا لحق المظلوم و اقامة للنظام و القانون، و لكى لا يلزم من تركه الهرج في

الاجتماع.

و بعبارة اخرى: ان نظام المعاش يقتضى وجود ولى يأخذ بحق المظلوم من الظالم و يقيم العدل فى الاجتماع، و عليه فان كان الولى الحقيقى موجودا فالأمر إليه، له التصدى له بالمباشرة أو بنائبة الخاص و لا حق لأحد فى الاعتراض عليه. و الا فالأمر للحاكم الشرعى لأنه القدر المتيقن فى ذلك، و مع عدم إمكانه فالأمر للعدول من المؤمنين حيث انهم يقومون مقام الحاكم الشرعى حيث يتعسر أو يتعذر الرجوع اليه، لكونهم القدر المتيقن منه بعد المفروغية عن لا بديء أخذ حق المظلوم و اقامه نظام العدل فى الاجتماع و المنع من الهرج و الفوضى.

(٢) لما تقدم.

(٣) كما يقتضيه لزوم العقد و كونه مالكا لحق الإلزام.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٥٦

أو المقاصة من ماله (١) أو استئجار المالك عنه (٢) ثم الرجوع عليه أو نحو ذلك. و قد يقال بعدم جواز الفسخ الا بعد تعذر الإيجاب (٣) و أن اللازم كون الإيجاب من الحاكم مع إمكانه (٤)، و هو أحوط و ان كان الأقوى

(١) و فيه: انها انما تختص بالأموال، فلا- وجه لإثباتها فى المقام و نحوه من موارد ثبوت الحق خاصة، حيث لا يملك المالك على العامل مالا شخصيا أو كليا فى الذمة، و انما يملك عليه حق الإلزام خاصة. و الحاصل. انه لا دليل على ثبوت المقاصة فى موارد الحقوق.

(٢) فيه إشكال بل منع، إذ لا دليل على ولاية المظلوم على خصمه فان الاستئجار تصرف عن الغير و نفوذه عليه من دون رضاه يحتاج إلى الدليل و هو مفقود.

إذن: فالصحيح هو انحصار حقه فى الفرض فى الفسخ أو إجباره بنفسه أو مراجعة الحاكم الشرعى و مع عدم إمكانه فعول المؤمنين. (٣) تعرضوا لهذا الشرط فى باب الخيارات، و قد عرفت فى محله انه لا موجب للقول بالترتب و الطولية، فإن مقتضى دليل الفسخ ثبوته حتى مع التمكن من إجبار الممتنع، إذ لا معنى لجعل الشرط تعليق الالتزام بالعقد على وجوده.

(٤) و لا دليل عليه، فان لمن له الحق المطالبة به و أخذه من الممتنع ان أمكنه ذلك كما ان له رفعه إلى الحاكم الشرعى و الاستعانة به فى استرداده بلا فرق فى ذلك بين الحقوق و الأموال الشخصية و الكلية.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٥٧

التخير بين الأمور المذكورة (١). هذا إذا لم يكن مقيدا بالمباشرة و الا فيكون مخيرا بين الفسخ و الإيجاب (٢) و لا يجوز الاستئجار عنه للعمل (٣). نعم لو كان اعتبار المباشرة بنحو الشرط (٤) لا القيد يمكن إسقاط حق الشرط (٥) و الاستئجار عنه أيضا.

[مسألة (٢٧): إذا تبرع عن العامل متبرع بالعمل جاز إذا لم يشترط المباشرة]

(مسألة ٢٧): إذا تبرع عن العامل متبرع بالعمل جاز إذا لم يشترط المباشرة (٦)، بل لو أتى به من غير

(١) لما عرفته من عدم الدليل على الطولية و الترتيب.

(٢) على ما يقتضيه تخلف العامل عنه من جهة و كونه ملزما عليه من جهة أخرى.

(٣) لا متناع صدور متعلق العقد- اعنى العمل المقيد كونه من العامل- من غيره.

(٤) بالتصريح أو إقامة القرينة، و الا فقد عرفت ان المتفاهم العرفى من الاشتراط فى هذه المقامات هو التقييد.

(٥) فيكون حال العقد حينئذ حال القسم الأول أعنى الإطلاق و عدم اشتراط شىء، و الا فحاله حال القسم الثانى أعنى التقييد. و الحاصل: ان أمر هذا القسم يدور بين القسمين الأولين الإطلاق و التقييد، فهو إما أن يكون بالنتيجة من الأول أو الثانى. (٦) إذ الواجب عليه حينئذ انما هو تحقيق العمل فى الخارج و هو كما يحصل بفعله يحصل بفعل الغير نيابة عنه مجاناً أو بعوض. مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٥٨

قصد التبرع عنه أيضا كفى (١) بل و لو قصد التبرع عن المالك كان كذلك أيضا (٢)، و ان كان لا يخلو من اشكال فلا يسقط حقه من الحاصل، و كذا لو ارتفعت الحاجة الى بعض الاعمال، كما إذا حصل السقى بالأمطار و لم يحتج إلى النرح من الآبار، خصوصا إذا كانت العادة كذلك و ربما يستشكل بأنه نظير الاستئجار لقلع الضرس إذا انقلع بنفسه فإن الأجير لا يستحق الأجرة لعدم صدور العمل المستأجر عليه منه، فاللازم فى المقام أيضا عدم استحقاق ما يقابل ذلك العمل. و يجب بأن وضع المساقاة و كذا المزارعة على ذلك، فان المراد حصول الزرع و الثمرة، فمع احتياج ذلك الى العمل فعلة العامل، و ان استغنى عنه بفعل الله أو بفعل الغير سقط و استحق حصته، بخلاف

(١) فيه إشكال بل منع فيما إذا صدر جميع العمل من المتبرع، فإنه حينئذ لا وجه لاستحقاقه شيئا من الحصه. نعم لو بقى عليه بعض العمل استحق الحصه إذ لا يجب عليه القيام بجميع الاعمال و انما الواجب عليه قيامه بما تحتاجه الأرض. و الحاصل: ان حال هذا الفرض هو حال ارتفاع الحاجة بنفسها و من غير قيام أحد بها، - الآتى - حيث اختار (قده) فيه ما ذكرناه هنا، فإنه لا فرق بينهما بالمره.

(٢) فيه اشكال يظهر مما تقدم.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٥٩

الإجارة، فإن المراد منها مقابلة العوض بالعمل منه أو عنه.

و لا بأس بهذا الفرق فيما هو المتعارف سقوطه أحيانا- كالاستقاء بالمطر- مع بقاء سائر الأعمال، و أما لو كان على خلافه- كما إذا لم يكن عليه الا السقى و استغنى عنه بالمطر أو نحوه كلية- فاستحقاقه للحصه مع عدم صدور عمل منه أصلا مشكل (١).

[مسألة ٢٨: إذا فسخ المالك العقد بعد امتناع العامل عن إتمام العمل]

(مسألة ٢٨): إذا فسخ المالك العقد بعد امتناع العامل عن إتمام العمل يكون الثمر له (٢) و عليه أجره المثل (٣) للعامل بمقدار ما عمل، هذا إذا كان قبل ظهور الثمر،

(١) بل ممنوع كما عرفت.

(٢) على ما يقتضيه الفسخ- كما ستعرف بيانه.

(٣) فيه اشكال بل منع، تقدم وجهه غير مره، فإن سبب الضمان ينحصر فى العقد الصحيح و استيفاء العمل الصادر عن امره لا مجاناً، و حيث ان كليهما منتف فى المقام، فان العقد قد ارتفع بالفسخ و الأمر انما كان متعلقا بالمقدمه الموصلة، فلا موجب للقول بالضمان. و بعبارة اخرى: ان الضمان من جهة العقد منتف لانتفاء العقد بالفسخ، و الضمان من جهة الأمر غير ثابت بلحاظ عدم مطابقه المأتى به للمأمور به، إذ الأمر انما كان متعلقا بالعمل المستمر إلى حين حصول النتاج و هو لم يتحقق فى الخارج و ما تحقق فى الخارج من العمل الناقص لم يكن متعلقا للأمر.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٦٠

و إن كان بعده يكون للعامل حصته (١) و عليه الأجرة للمالك (٢) الى زمان البلوغ إن رضى بالبقاء و الا فله

(١) الظاهر أنه لا فرق في كون الثمرة بتمامها للمالك بين فرض الفسخ قبل ظهور الثمر و فرضه بعده، و ذلك لان تأثير الفسخ و ان كان من حينه الا-انه لما كان يتعلق بالعقد من الأول بحيث يفرض و كأن لم يكن، كان مقتضاه رجوع كل من العوضين في العقود المعاوضية إلى صاحبه، و كأن لم يكن قد انتقل عنه الى غيره بالمره، و حيث ان الحصه من الثمر انما جعلت في عقد المساقاة بإزاء عمل العامل و عوضا عنه، كان مقتضى الفسخ رجوعها إلى المالك حتى و لو كان الفسخ بعد ظهور الثمر و إدراكه. و مما يؤيد ذلك انه لو فسخ العقد بعد ادراك الثمر بسبب تخلف العامل عن شرط اشترط عليه أو غير ذلك لم يكن يعط اليه الحصه المقررة من الثمر جزما و الا لكان الفسخ لغوا محضا.

و الحاصل: انه ليس معنى الفسخ بقاء العقد على حاله بالنسبة إلى تملك الحصه للعامل، و الا لكان الفسخ لغوا واضحا، و انما معناه فرض العقد كأن لم يكن، و رفع اليد عنه من أول الأمر.

(٢) ظهر مما تقدم وجه النظر فيه، فان الحصه و بعد الفسخ لا تبقى على ملك العامل كي يستحق المالك عليه أجره مثل أرضه، فإنها و بأكملها تعود حينئذ ملكا للمالك و عليه للعامل الأجرة لكون عمل العامل صادرا عن إذنه لا مجانا. فإنه- و في هذا الفرض- قد أتى بالفعل المأمور به، و حيث انه لم تسلم له الحصه المجهولة نتيجة

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٦١

الإجبار على القطع بقدر حصته، إلا إذا لم يكن له قيمة أصلا فيحتمل أن يكون للمالك كما قبل الظهور (١).

[مسألة ٢٩: قد عرفت أنه يجوز للمالك مع ترك العامل العمل أن لا يفسخ و يستأجر عنه و يرجع عليه]

(مسألة ٢٩): قد عرفت أنه يجوز للمالك مع ترك العامل العمل أن لا يفسخ و يستأجر عنه و يرجع عليه اما مطلقا- كما لا يبعد- (٢) أو بعد تعذر الرجوع الى الحاكم لكن يظهر من بعضهم اشتراط جواز الرجوع عليه بالإشهاد على الاستيجار عنه، فلو لم يشهد ليس له الرجوع عليه حتى بينه و بين الله، و فيه ما لا يخفى (٣) فالأقوى أن الإشهاد للإثبات ظاهرا، و الا فلا يكون شرطا للاستحقاق، فمع العلم به أو ثبوته شرعا يستحق الرجوع و ان لم يكن أشهد على الاستيجار. نعم لو اختلفا في مقدار الأجرة فالقول

لفسخ العقد، يضمن له المالك أجره مثل عمله.

(١) بل هو كذلك حتى بعد الظهور كما عرفت.

(٢) قد مر الاشكال فيه و قد عرفت انه مما لا دليل عليه.

(٣) فإنه مقطوع البطلان حيث لا يحتمل مدخلية الاشهاد في ثبوت الولاية بناء على القول بها، و لولا هذه الجهة لكان مقتضى القاعدة القول باعتباره، فإنه يكفي في إثباته مجرد الشك و الاحتمال، إذ لا دليل لفظي على ثبوت الولاية كي يتمسك به في نفى الاعتبار. و كيف كان: فالأمر فيه سهل بعد ما عرفت من عدم الدليل على ثبوت الولاية للخصم بنفسه.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٦٢

قول العامل في نفى الزيادة و قد يقال (١) بتقديم قول المالك لأنه أمين و فيه ما لا يخفى.

و اما لو اختلفا في أنه تبرع عنه أو قصد الرجوع عليه، فالظاهر تقديم قول المالك، لاحترام ماله و عمله إلا إذا ثبت التبرع، و ان كان لا يخلو عن إشكال بل يظهر من بعضهم تقديم قول العامل.

[مسألة ٣٠: لو تبين بالبينة أو غيرها أن الأصول كانت مغصوبة]

(مسألة ٣٠): لو تبين بالبينة أو غيرها (٢) أن الأصول كانت مغصوبة

(١) التشكيك في هذا الفرع و الذي يليه انما يتجه بناء على ما اخترناه من عدم ثبوت الولاية للخصم نفسه، فإنه حينئذ يكون مجال للبحث في تقديم قول المالك في زيادة الأجرة و عدم التبرع أو العامل في النقصان و التبرع. و أما بناء على ما اختاره الماتن (قده) من ثبوت الولاية له عند تعذر الرجوع الى الحاكم، فلا- مجال لهذا من أساسه إذ لا وجه للتشكيك في تقديم قول الولي، فإنه مقدم على دعوى الخصم جزما للسيرة العقلائية القطعية التي يعبر عنها في كلمات الأصحاب بقاعدة:

«من ملك شيئا ملك الإقرار به».

و الحاصل: ان حال الخصم على هذا التقدير يكون هو حال الحاكم عند وجوده، و لا أظن أن أحدا يمكنه زعم تقديم قول الخصم على الحاكم لأصالة عدم الزيادة أو أصالة عدم الضمان.

(٢) مما تكون حجته مطلقة أيضا و غير مختصة بأحد الطرفين كحصول القطع أو الشيع المفيد للعلم، و الا فلو كانت حجته مختصة مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٦٣

فإن أجاز المغصوب منه المعاملة صحت المساقاة (١)

بأحدهما كإقرار المساقى حيث لا يكون حجة إلا عليه، فلا وجه للحكم بفساد العقد عند عدم إمضاء المالك- بحسب إقرار المساقى- له، فإن الإقرار انما ينفذ في حق المقر خاصة دون العامل الجاهل بالحال.

و من هنا فلا مبرر لانتزاع الحصة المبعولة له في العقد المحكوم بالصحة ظاهرا بالقياس اليه منه، نعم يثبت ذلك بالقياس الى المقر لاعترافه ببطلان العقد لوقوعه على ملك الغير و عدم استحقاقه لها.

و عليه للمقر له قيمة ما أخذه العامل من الحصة، لاعترافه بكونه هو المتلف له بجعله للعامل في المعاملة المحكومة بالصحة ظاهرا. نظير ما لو وهب شيئا بالهبة اللازمة لشخص ثم اعترف بكونه غصبا، فإنه لا يلزم الموهوب له رده. و انما على المقر ان يغرم للمقر له قيمته.

و من هذا القبيل أيضا ما لو أقر بالمال لأحد ثم أقر به لثان ثم لثالث و هكذا، حيث يجب عليه دفع عينه الى الأول و يغرم لكل من الباقين قيمته لاعترافه بإتلاف المال العائد له.

و لعل مراد الماتن (قده) من كلمة «أو غيرها» غير البينة من الحجج المطلقة و الا فالإشكال مستحکم.

(١) بينه و بين العامل، لأن إجازته لها بمنزلة مباشرة للعقد بنفسه، بناء على ما حققناه في محله من كون صحة العقد الفضولى عند اجازة من له الأمر على القاعدة نظرا لانتساب الأمور الاعتبارية التي يكون

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٦٤

و الا بطلت (١)، و كان تمام الثمر للمالك المغصوب منه (٢) و يستحق العامل أجرة المثل على الغاصب (٣) إذا كان جاهلا بالحال (٤) إلا إذا كان مدعيا عدم الغصبية و أنها

قوامها بالاعتبار الى الموكل على حد انتسابها اليه عند مباشرته لها بنفسه فإنه و فى التقديرين يكون حقيقيا و خاليا عن التسامح و

العناية.

فانتساب هذا العقد للمالك كما يحصل بالأذن السابق منه فيه، يحصل بباراه للرضا به و إمضاءه للفعل الصادر من غيره، فليس حال هذا حال الأمور الخارجية الحقيقية حيث لا يصح إسنادها- في غير القبض- الى الموكل إلا بالعناية و المجاز. و الحاصل: أن إمضاء المالك للالتزام الصادر من الغاصب يجعل ذلك الالتزام السابق مستندا إليه حقيقة و كأنه قد باشر بنفسه من الأول.

(١) على ما تقتضيه القاعدة، حيث وقع العقد على أصول الغير من غير رضا.

(٢) لقانون تبعية الثمر للأصول.

(٣) لأن عمله انما صدر عن أمره لا بقصد المجانية و التبرع فلا يذهب سدى.

(٤) إذ لو كان عالما بالحال لكان فعله و تصرفه في الأرض و الأصول محرما لوقوعه في ملك الغير مع علمه به، و معه فلا يستحق عليه الأجرة لأنه لا يكون- حينئذ- محترما.

و من هنا يظهر انه لا- مجال لقياس المقام بما ذكرناه في غير مورد من انه لا فرق في الضمان بين علم العامل بالفساد و جهله به لان العلم

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٦٥

كانت للمساقى، إذ حينئذ ليس له الرجوع عليه، لاعترافه بصحة المعاملة و أن المدعى أخذ الثمرة منه ظلما. هذا إذا كانت الثمرة باقية. و اما لو اقتسماها و تلفت عندهما، فالأقوى ان للمالك الرجوع بعوضها على كل من الغاصب و العامل بتمامه (١) و له الرجوع على كل منهما بمقدار

به لا يلزم التبرع و قصد المجانية، فإن ذلك فيما إذا لم يكن العلم موجبا لتنجز حرمة الفعل في حقه- كما هو الحال في المقام- و الا فلا وجه لإثبات الضمان و الأجرة للفعل الحرام.

و الحاصل: ان استحقاق العامل لأجرة مثل عمله انما يختص بفرض جهله بالحال و غصبيه الأصول، إذ يكون عمله عندئذ مباحا محترما و معه فله المطالبة بعوضه من الأمر به لا- مجانا، و لا- ينافيه الحكم ببطلان العقد إذ لا ملازمة بينهما، فهو نظير ما لو استأجر لحمل صندوق فحمله ثم بان كونه خمرا، فان الحكم بفساد تلك الإجارة لا يوجب الحكم بذهاب عمله هدرا غاية الأمر أنه يستحق أجرة المثل بدلا عن الأجرة المسماة في العقد.

(١) الظاهر انه لا- وجه لرجوع المالك على العامل بعوض تمام الثمر مطلقا، فإنه لا يقاس المقام بباب تعاقب الأيدي حيث حكمنا بجواز رجوع المالك على كل منهم و قلنا انه لا مانع من تعدد الضمانات على المال الواحد نظير الواجب الكفائي.

و ذلك: لعدم ثبوت يد العامل و سلطنته على إتمام الثمر كي يكون ضامنا له، فان هذا العنوان لا يصدق على مثل تصرف العامل في جميع

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٦٦

.....

الثمر بسقى أصولها و نحو ذلك و إن كان فعله- مع علمه بالحال- محرما.

و بعبارة أخرى: ان دليل الضمان في أمثال المقام منحصر ببناء العقلاء، إذ قد عرفت غير مرة ان قاعدة على اليد لا يجوز الاعتماد عليها لعدم ثبوت كونها رواية فضلا عن دلالتها، و حيث انه- بناء العقلاء- غير ثابت فيما نحن فيه لتوقفه على تحقق عنوان السلطنة و كون

المال تحت تصرفه، و هو مفقود لعدم صدق ذلك بسبب ما للعامل من التصرفات، فلا وجه لإثبات ضمان تمام المال عليه. فشان تصرف العامل في غير حصته شأن الأجير الذي يقوم بكنس الدار المغصوبة، فإنه أ فهل يحتمل القول بضمانه للدار في فرض علمه بالحال فضلا عن الجهل به؟ كلا، و ليس ذلك إلا لعدم صدق عنوان السلطنة و كون المال تحت تصرفه و يده بمثل هذا التصرف و إن كان حراما.

إذن: فالصحيح هو عدم جواز رجوع المالك على العامل بتمام الثمر في فرض علمه بالحال فضلا عن الجهل به، فإنه لا فرق بين الصورتين من هذه الناحية.

و قد ذكر الأصحاب نظير هذا في باب الضمان فيما إذا اشترك غير واحد في السرقة، بحيث صدرت السرقة الواحدة منهم جميعا و على نحو الاشتراك، حيث حكموا بأنه ليس للمالك الرجوع على كل منهم إلا-فيما يقابل جريمته، فليس له مطالبه أحدهم بتمام المتاع.

و من الواضح انه ليس ذلك إلا لعدم استقلال كل واحد منهم في السلطنة على المال و جعله تحت يده و تصرفه.

نعم ما أفاده الماتن - قده - يتم بالقياس إلى الغاصب، حيث

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٦٧

حصته (١) فعلى الأخير لا إشكال (٢). و إن رجع على أحدهما بتمامه رجوع على الآخر بمقدار حصته (٣)، إلا إذا اعترف بصحة العقد و بطلان دعوى المدعى للغصبي لأنه حينئذ معترف بأنه غرمه ظلما، و قيل: ان المالك مخير بين الرجوع على كل منهما بمقدار حصته و بين الرجوع على الغاصب بالجميع (٤) فيرجع هو على العامل بمقدار حصته، و ليس له الرجوع على العامل بتمامه، إلا إذا كان عالما بالحال (٥). و لا وجه له بعد ثبوت يده على الثمر بل العين أيضا. فالأقوى ما ذكرناه (٦)، لان يد

يجوز للمالك الرجوع عليه بتمام الثمر لثبوت يده عليه بتبع ثبوتها على الأصل فيصح الرجوع عليه به و إن لم يكن الثمر قد تلف عنده، فإنه لا أثر لذلك بعد ثبوت سلطنته التامة عليه و وقوعه بتمامه تحت يده.

(١) لسلطنته عليه و وقوعه تحت يده فيكون ضامنا له ببناء العقلاء.

(٢) حيث يتحمل كل منهما ما غرمه للمالك و لا يرجع به على صاحبه لعدم المبرر له.

(٣) لما تقدم.

(٤) و قد تقدم وجه الحكم في كلا الشقين.

(٥) عرفت فيما تقدم انه لا وجه للتفصيل بين صورتى علمه بالحال و جهله به فان الحكم فيهما واحد.

(٦) بل عرفته منا.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٦٨

كل منهما يد ضمان و قرار الضمان على من تلف في يده العين و لو كان تلف الثمرة بتمامها في يد أحدهما كان قرار الضمان عليه. هذا و يحتمل (١) في أصل المسألة كون قرار الضمان

(١) الا انه لا أساس له بالمره حتى على تقدير تسليم قاعدة الغرور.

و ذلك: فلان حال المقام حال سائر العقود الفاسدة من جهة الغصب، حيث لا غرور بقول مطلق، فإنه انما يكون إذا كان تسلم العامل للحصة من الثمر بعنوان المجانية، فإن معه إذا غرم للمالك شىء جاز له الرجوع به على الغاصب جزما، لما ذكرنا غير مرة من بناء العقلاء على معاملة مؤدى بدل التالف معاملة المالك له بقاء، فله أن يرجع عليه ليطالبه بعوض ماله، و ليس للغاصب الاعتذار بكونه هو

المتلف له، لأنه إنما أقدم على إعطائه له مجاناً و من غير ضمان، فهو نظير من يغصب الشاء ثم يطعمها لمالكها حيث لا يوجب ذلك سقوط الضمان.

و أين هذا من المقام حيث لم يكن تسلمه للحصة بعنوان المجانية، بل الغاصب انما جعلها له و سلمها اليه لتكون عوضاً و بدلاً عن عمله فى الأصل، فإذا حكم بضمنان بدلها للمالك لم يكن مغروراً من قبل الغاصب لرجوعه عليه بأجرة مثل عمله، فهو نظير رجوع المالك على المشتري من الغاصب بعوض المبيع التالف، إذ لا يرجع المشتري على البائع إلا بضمنان واحد هو ما دفعه اليه بعنوان المسمى. من دون ان يكون له الرجوع بما غرمه للمالك أيضا بدعوى كونه مغروراً من قبله.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٦٩

على الغاصب مع جهل العامل، لانه مغرور من قبله، و لا ينافيه ضمانه لأجرة عمله، فإنه محترم، و بعد فساد المعاملة لا يكون الحصة عوضاً عنه، فيستحقها، و إتلافه الحصة إذا كان بغرور من الغاصب لا يوجب ضمانه له.

[مسألة (٣١): لا يجوز للعامل فى المساقاة أن يساقى غيره مع اشتراط المباشرة]

(مسألة ٣١): لا يجوز للعامل فى المساقاة أن يساقى غيره مع اشتراط المباشرة (١) أو مع النهى عنه (٢).
و أما مع عدم الأمرين ففى جوازه مطلقاً- كما فى الإجارة و المزارعة- و ان كان لا يجوز تسليم الأصول إلى العامل الثانى الا بإذن المالك (٣)، أو لا يجوز مطلقاً و ان أذن المالك، أو لا يجوز الا مع إذنه، أو لا يجوز قبل ظهور الثمرة و يجوز بعده (٤) أقوال،

(١) لمنافاته للشرط الواجب عليه الوفاء به لكونه مأخوذاً فى ضمن عقد لازم.

(٢) لانه يدل بالدلالة الالتزامية على اعتبار المباشرة فىكون بمنزلة الشرط.

(٣) على اشكال فيه تقدم فى الإجارة و المزارعة و يأتى بيانه قريباً.

(٤) الظاهر عدم كون هذا التفصيل قولاً فى المسألة، إذ الذى ينبغى أن يكون محلاً للكلام هو خصوص فرض ما قبل ظهور الثمر و أما بعده فلما كان العامل مالكا للحصة منها بالفعل- على ما سيأتى منه- قده- أيضا- فله ان يتصرف فيها و ينقلها بأى ناقل شاء

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٧٠

أقواها الأول (١) و لا دليل على القول بالمنع مطلقاً أو

و بإزاء أى عوض اختار، فان العمومات و الإطلاقات غير قاصرة الشمول لمثله.

(١) نظراً لان دليل صحة المساقاة يقتضى ثبوت حق للعامل فى التصرف فى ذلك البستان بإزاء الحصة المعينة من الثمر، و معه فنقله إلى الغير لا يحتاج إلى الدليل الخاص لكفاية العمومات و الإطلاقات فى إثبات جوازه، فان الناس مسلطون على أموالهم.

نعم لو كان الشك فى صحة المساقاة من أساسها لكان إثباتها محتاجاً الى الدليل الخاص، لعدم وفاء العمومات و الإطلاقات بها لما عرفت مراراً من عدم شمولها لما يتضمن تمليك المعدوم.

الا أن المقام ليس من هذا القبيل فإن صحة العقد ثابتة و حق العامل فى البستان أمر لا يقبل الإنكار، فلم يبق الا نقل هذا الحق كلاً أو بعضاً إلى الغير، و إثباته لا يحتاج الى الدليل الخاص.

و الحاصل: ان أصل ثبوت الحق للعامل يحتاج إلى الدليل الخاص حيث لا يمكن إثباته للعمومات و الإطلاقات، و أما بعد ثبوته فجواز نقله إلى الغير يكون على القاعدة و لا يحتاج الى الدليل الخاص.

ثم ان مقتضى ما ذكرناه هو الالتزام بجواز تسليم الأصول إلى العامل الثانى مطلقاً أيضاً و من غير توقف على إذن المالك فى ذلك-

على ما تقدم بيانه في باب الإجارة و المزارعة أيضا- فإنه لما لم تكن المباشرة شرطا في المساقاة و كان يجوز للعامل الأول أن يشرك غيره في العمل و التصرف، جاز له تسليم الأرض إلى غيره أيضا و يكون ذلك مقتضى إطلاق العقد.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٧١

في الجملة بعد شمول العمومات (١) من قوله تعالى:

(أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) و (يَجَارَةُ عَنْ تَرَاضٍ). و كونها على خلاف الأصل (٢) فاللازم الاقتصار على القدر المعلوم (٣) ممنوع بعد شمولها (٤). و دعوى: أنه يعتبر فيها كون الأصل مملوكا للمساقى أو كان وكيلا من المالك، أو وليا عليه، كما ترى، إذ هو أول الدعوى (٥).

[مسألة (٣٢): خراج السلطان في الأراضي الخراجية على المالك]

(مسألة ٣٢): خراج السلطان في الأراضي الخراجية على المالك (٦) لأنه إنما يؤخذ على الأرض التي هي للمسلمين

(١) في شمولها لمثل المقام ما لا يخفى.

(٢) لاشتمالها لتمليك المعدوم و هو غير جائز.

(٣) و هو ما إذا كان المالك هو طرف المعاملة مع العامل.

(٤) بل لما تقدم من أن المقام من نقل الحق الثابت للعامل لا من إثبات الحق له كى يحتاج الى الدليل الخاص.

ثم ان من دليل البطلان هذا يظهر عدم تمامية التفصيل بين صورتى إذن المالك فى ذلك و عدمه، إذ لا أثر لإذن المالك فى المعاملة التى لم يقم دليل على صحتها.

(٥) حيث يكفى فى الصحة كونه ذا حق فيها بحيث يجوز له ذلك التصرف.

(٦) لا- بمعنى انه ان أخذ من العامل قهرا كان له الرجوع به على المالك فإنه مما لا- دليل عليه، و انما هو بمعنى أنه إذا أخذه من المالك

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٧٢

لا الغرس الذى هو للمالك، و إن أخذ على الغرس فبملاحظة الأرض، و مع قطع النظر عن ذلك أيضا كذلك فهو على المالك مطلقا (١) الا إذا اشترط كونه على العامل (٢) أو عليهما بشرط العلم بمقداره.

[مسألة (٣٣): مقتضى عقد المساقاة ملكية العامل للحصة من الثمر من حين ظهوره]

(مسألة ٣٣): مقتضى عقد المساقاة ملكية العامل للحصة من الثمر من حين ظهوره، و الظاهر عدم الخلاف فيه (٣) الا من بعض العامة حيث قال بعدم ملكيته له الا بالقسمة قياسا على عامل القراض، حيث انه لا يملك الربح الا بعد الإنضاض. و هو ممنوع عليه حتى فى المقيس عليه (٤)

لم يكن له الرجوع به كلا أو بعضا على العامل.

(١) لاقتضاء عقد المساقاة له حيث لا- يكون على العامل الا- العمل بما فيه مستزاد الثمرة و أما الأرض و الأصول فهما بشئونها من واجبات المساقى.

(٢) فيجب عليه الوفاء من باب لزوم الشرط لا اقتضاء العقد بنفسه له.

(٣) و تدل عليه قبل كل شيء صحیحہ یعقوب بن شعيب- المتقدمة في أول الكتاب- حيث ان المذكور فيها عنوان ما أخرج، و من الواضح انه صادق على الثمرة قبل الإدراك، فإنها مما أخرجته الأرض فيكون للعامل منها الحصه المعينه المجعوله له.

(٤) لما عرفته في المضاربة من اشتراك العامل مع المالك في الربح و ملكيته للحصه منه بمجرد ظهوره و من غير توقف على الإنضاض فضلا عن القسمة.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٧٣

نعم لو اشترطا ذلك في ضمن العقد لا يبعد صحته (١).

و يتفرع على ما ذكرنا فروع: (منها): ما إذا مات العامل بعد الظهور قبل القسمة مع اشتراط مباشرته للعمل فإن المعاملة تبطل من حينه و الحصه تنتقل إلى وارثه على ما ذكرنا (٢).

نعم تكون هذه الملكية قبل القسمة متزلزلة نظرا لكون الأرباح و قايه لرأس المال حيث تجبر به الخسارة الطارئة.

إذن: فالحكم غير ثابت في المضاربة، و على تقدير ثبوته فيها فإثباته في المقام قياس محض و لا نقول به.

(١) بل هي بعيدة جدا، لما عرفته غير مرة من أن دليل الشرط ليس مشرعا، فإنه لا يقتضى إلا لزوم الوفاء بما ثبت جوازه و مشروعيته في نفسه و قبل أخذه شرطا في ضمن العقد. فما لم يكن كذلك لا مجال لإثبات صحته بالشرط.

و حيث ان المقام من قبيل الثاني باعتبار ان الملكية بعد الإدراك أو القسمة من تملك المعدوم و هو غير سائغ في نفسه، فلا وجه لإثبات صحته بالشرط.

فالصحيح هو القول بالبطلان لقصور أدلة الشروط عن إثبات صحته بعد عدم شمول أدلة المساقاة لمثله، نظرا لكونها على خلاف القاعدة فلا يمكن التعدي عن موردها- الاشتراك من حين ظهور الثمر- إلى غيره.

(٢) و فيه: انه لا وجه لجعل الحصه للورثة بعد الحكم ببطلان

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٧٤

(و منها): ما إذا أفسخ أحدهما بخيار الشرط أو الاشتراط بعد الظهور (١) و قبل القسمة أو تقايلا.

العقد، فالصحيح هو الحكم ببطلان العقد من أصله لامتناع تحقق متعلقه حيث لا يمكن الإتيان بالأعمال الباقية من العامل، و عليه فيكون الثمر بأجمعه للمالك و من دون ان ينتقل منه شيء إلى الميت أو ورثته لأن الحصه انما جعلت له بإزاء مجموع عمله و تمامه، و حيث انه لا يمكنه الوفاء به فلا يستحق شيئا منها.

و الحاصل: ان ملكية العامل للحصه و ان كانت من حين الظهور الا- انها مشروطة بشرط متأخر هو إنهاء العامل للعمل حتى يبلغ و يدرك، و من هنا فإذا امتنع تحقق هذا الشرط في الخارج كان لازمه الحكم ببطلان العقد من الأول و انتقال الثمر بأكمله إلى المالك و من دون ان يكون للعامل منه شيء.

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

مباني العروة الوثقى؛ ج ٢، ص: ٧٤

نعم لما كان عمل العامل هذا عملا محترما صادرا عن أمر الغير لا بقصد المجانية، ثم لم يسلم له العوض المجعول له للحكم ببطلان العقد، كان له اجره المثل عليه سواء أقلنا بملكيتها للحصه من حين الظهور أو بعد الإدراك.

إذن: فلا وجه لجعل ما ذكره (قده) ثمرة للنزاع، فإن المعاملة باطله على التقديرين و الثمرة بأكملها يكون للمالك من دون ان يكون شىء منها لورثه العامل.

(١) فساد الثمرة فى هذا الفرع أوضح منه فى سابقه، لأنه و ان كان ذلك بعد بلوغ الثمرة و إدراكها الا ان نتيجة الفسخ انما هى فرض مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٧٥

(و منها): ما إذا حصل مانع عن إتمام العمل بعد الظهور (١).

(و منها): ما إذا خرجت الأصول عن القابلية لإدراك الثمر ليس أو فقد الماء أو نحو ذلك بعد الظهور، فان الثمر فى هذه الصورة مشترك بين المالك و العامل و ان لم يكن بالغا (٢).

العقد كأن لم يكن و رجوع كل من العوضين الى مالكة، فيكون الثمر بأجمعه للمالك على كلا القولين. و للعامل اجرة مثل عمله لما تقدم.

(١) يظهر الحال فيه مما تقدم فى الفرع الأول، فإن حال العجز عن الإتمام مع اشتراط المباشرة عليه هو حال الموت مع الشرط، فيحكم ببطلان العقد من الأول و يكون الثمر بتمامه للمالك و للعامل اجرة مثل عمله.

(٢) هذا فيما إذا صدق عليه عنوان الثمر - كما هو الظاهر من كلامه (قده) كالحصرم بالنسبة إلى العنب، فإنه ثمر موجود قابل للانتفاع به و الاستفادة منه و ان لم يكن قد بلغ الحد المقصود و أدرك، فإنه حينئذ يصح جعله ثمرة للقولين، فإنه على الأول يكون مشتركاً بينهما فى حين يختص به المالك على الثانى و هو واضح.

و أما إذا كان ذلك قبل صدق عنوان الثمر عليه فالظاهر اتحاد النتيجة على القولين، فان الموجود و بأكمله يكون للمالك و من دون أن يكون للعامل شىء، لأن مبدأ الاشتراك انما هو من حين ظهور الثمر، فمع انتفاءه لا يكون للعامل شىء، و بذلك ينكشف بطلان مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٧٦

(و منها): فى مسألة الزكاة فإنها تجب على العامل أيضا إذا بلغت حصته النصاب، كما هو المشهور، لتحقق سبب الوجوب، و هو الملكية له حين الانعقاد أو بدو الصلاح على ما ذكرنا، بخلافه إذا قلنا بالتوقف على القسمة (١): نعم خالف فى وجوب الزكاة عليه ابن زهرة هنا و فى المزارعة، بدعى: أن ما يأخذه كالأجرة، و لا يخفى ما فيه من الضعف، لأن الحصه قد ملكت بعقد المعاوضة أو ما يشبه المعاوضة، لا بطريق الأجرة (٢).

مع أن مطلق الأجرة لا تمنع من وجوب الزكاة، بل إذا تعلق المالك بها بعد الوجوب، و أما إذا كانت مملوكة قبله فتجب زكاتها كما فى المقام و كما لو جعل مال الإجارة لعمل زراعى قبل ظهور ثمرة فإنه يجب على المؤجر زكاته إذا بلغ النصاب، فهو نظير ما إذا اشترى زرعاً قبل

المساقاة من الأول لابتنائها على إمكان خروج الثمر - على ما مر - فتبطل بامتناعه.

(١) حيث تكون على المالك خاصة، لتحقق سبب الوجود بالقياس اليه فقط دون العامل لأنه إنما ملكه بعد الانعقاد و بدو الصلاح. (٢) فان المالك لا يملك عمل العامل بالعقد كى تكون الحصه المجعلولة له أجرة له - و انما المساقاة - على ما تقدم بيانها - معاملة مستقلة تجعل لكل من الطرفين حق إلزام الآخر بما تعهد به.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٧٧

ظهور الثمر.

هذا و ربما يقال بعدم وجوب الزكاة على العامل فى المقام، و يعلل بوجهين آخرين:

(أحدهما): أنها انما تجب بعد إخراج المؤن، و الفرض كون العمل في مقابل الحصه فهى من المؤن، و هو كما ترى (١)، و الا لزم احتساب أجره عمل المالك و الزارع لنفسه أيضا، فلا نسلم أنها حيث كانت في قبال العمل تعد من المؤن.

(١) حيث قد عرفت في مسأله استثناء المؤن في باب الزكاه، انه و ان كان هو المشهور و المعروف بينهم، الا انه لا دليل عليه بالمره، فإن الدليل على الاستثناء، انما يختص بالخمس فلا وجه لإثبات الحكم في الزكاه أيضا، و عليه فمقتضى إطلاقات وجوب العشر أو نصفه في الحاصل وجوب الزكاه في الجميع.

على اننا لو قلنا بالاستثناء تنزلا، فالتعبير بالمؤنه لا يعم العمل الذى يقوم به الإنسان في سبيل تحصيل الثمر، فإنها ليست إلا الأموال الخارجيه التى يبذلها الإنسان في سبيل تحصيله، كما هو الحال في الخمس أيضا، حيث يتعلق الخمس بالفاضل عن مؤنه سنه العامل مما جمعه من أجور عمله من دون استثناء شىء بعنوان عمله و هكذا.

و عليه: فحيث ان العامل في المقام لم يصرف شيئا من أمواله

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٧٨

(الثاني): أنه يشترط في وجوب الزكاه التمكن من التصرف، و في المقام و ان حصلت المملكه للعامل بمجرد الظهور، الا انه لا يستحق التسلم الا بعد تمام العمل. و فيه: مع فرض تسليم عدم التمكن من التصرف أن اشتراطه مختص بما يعتبر في زكاته الحول- كالنقدين و الانعام- لا في الغلات (١)، ففيها و ان لم يتمكن من

الخاصه في سبيل تحصيل الزرع، و انما صرف العمل خاصه، فلا وجه لاستثناء شىء له بعنوان المؤنه.

(١) تقدم الكلام في هذا الفرع في كتاب الزكاه مفصلا و قد عرفت هناك ان الصحيح اعتبار التمكن من التصرف بقول مطلق و من غير اختصاص له بالنقدين و الأنعام، فإن مجرد ملكيه العين لا يوجب تعلق الزكاه بها حتى و لو لم يمكن المالك التصرف فيها و ان كانت من الغلات.

و من هنا فالصحيح في الجواب ان يقال: ان عدم التمكن من التصرف الذى يكون مانعا من تعلق الزكاه بالعين لا يعم العجز الناشئ من الحكم التكليفى، فإن المراد به انما هو العجز الخارجى الناشئ من خروج المال عن تحت سلطانه بالغصب أو السرقة أو ما شاكلهما، و أما العجز الناشئ من الحكم التكليفى و لو من جهه النذر و نحوه، فلا- يوجب انتفاء الزكاه عن العين، و الا- لما وجبت الزكاه على المالك أيضا لعدم جواز تصرفه في المال المشترك، بل و عدم وجوبها في مطلق المال المشترك باعتبار ان كلا من الشركاء يكون ممنوعا من التصرف

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٧٩

التصرف حال التعلق يجب إخراج زكاتها بعد التمكن على الأقوى، كما بين في محله. و لا- يخفى أن لازم كلام هذا القائل عدم وجوب زكاه هذه الحصه على المالك أيضا (١)- كما اعترف به- فلا يجب على العامل، لما ذكر، و لا يجب على المالك لخروجها عن ملكه.

[مسأله ٣٤: إذا اختلفا في صدور العقد و عدمه فالقول قول منكره]

(مسأله ٣٤): إذا اختلفا في صدور العقد و عدمه فالقول قول منكره (٢)، و كذا لو اختلفا في اشتراط شىء على أحدهما و عدمه (٣) و لو اختلفا في صحه العقد و عدمها قدم قول مدعى الصحه (٤) و لو اختلفا في قدر

في المال المشترك من دون إذن سائر الشركاء، و هو مقطوع البطلان و لا يمكن الالتزام به.

(١) بل و في حصته أيضا، بل و في مطلق المال المشترك و ان لم يكن الاشتراك من جهة المساقاة، حيث لا يجوز لأحد من الشركاء التصرف في المال المشترك قبل إذن سائر الشركاء- كما تقدم.

(٢) فإن إلزام الغير بشيء- جواز التصرف في بستانه أو العمل في الأصول- يحتاج إلى الإثبات و الا فالأصل عدمه.

(٣) لما تقدم، فإنه أمر زائد على العقد، فالإلزام به يحتاج إلى الإثبات، كما هو الحال في سائر العقود.

(٤) لأصالة الصحة الاستفادة من السيرة العملية القطعية.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٨٠

حصه العامل قدم قول المالك المنكر للزيادة (١) و كذا لو اختلفا في المدة (٢). و لو اختلفا في قدر الحاصل قدم قول العامل (٣) و

كذا لو ادعى المالك عليه سرقة أو إتلافا أو خيانة (٤). و كذا لو ادعى عليه أن التلف كان بتفريطه إذا كان أمينا له كما هو الظاهر.

و لا يشترط في سماع دعوى المالك تعيين مقدار ما يدعيه عليه، بناء على ما هو الأقوى من سماع الدعوى المجهولة (٥) خلافا للعلامة في التذكرة في المقام.

(١) لقانون تبعية النماء للأصل في الملكية، فإن مقتضاه كون جميع النماء للمالك و انما خرجنا عنه في خصوص القدر المتيقن لثبوت

الجعل بالنسبة إليه في العقد الصحيح، فيبقى الباقي على ملك المالك بمقتضى القاعدة.

(٢) فإن إلزام مدعى الأقل بالفترة الزائدة يحتاج إلى الإثبات.

(٣) لم يظهر لنا ثمره هذا النزاع كى يقال بتقديم قول العامل أو المالك، فان مجرد النزاع في قدر الحاصل بوحده لا أثر له ما لم يرجع

الى الدعوى الآتية من الاتهام بالإتلاف أو السرقة أو الخيانة أو التلف مع التفريط أو الاستيلاء عليه من غير إذن المالك و لو اشتباها و

إلا فأصل النزاع لا يجدى شيئا بعد ان كان الاشتراك في أصل الثمار لا بدلها.

(٤) للأصل.

(٥) لإطلاقات أدلة القضاء بالبينات و الأيمان و أن على المدعى

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٨١

[مسألة (٣٥): إذا ثبت الخيانة من العامل بالبينه أو غيرها]

(مسألة ٣٥): إذا ثبت الخيانة من العامل بالبينه أو غيرها، هل له رفع يد العامل على الثمرة أو لا؟ قولان:

أقواهما عدم (١)، لأنه مسلط على ماله، و حيث ان المالك أيضا مسلط على حصته فله أن يستأجر أمينا يضمه

البينه و اليمين على من أنكر، فإن مقتضاها عدم اختصاص ذلك بكون الدعوى محدودة المقدار: بل تسمع حتى و لو ادعى السرقة على الإطلاق و من غير تحديد للكمية المسروقة.

(١) بل أقواهما الجواز، و ذلك لأن في عقد المساقاة خصوصية تمتاز بها عن سائر موارد الشركه، إلا و هي تصرف العامل في البستان

و الملك الخاص للمالك زائدا عن تصرفه في الأصول و الثمر، و هذا التصرف انما كان العامل مأذونا فيه ما دام كان يقوم به لحفظ

الثمرة و تربيتها مجردا عن الخيانة و التعدي فإذا تغيرت الحالة و ثبت خيانة العامل كان للمالك رفع اليد عن إذنه في هذا التصرف و

معه فلا يجوز للعامل الدخول إلى البستان.

و بعبارة أخرى: ان العامل انما هو مأذون في حصه خاصه من الدخول و التصرف في البستان و هي ما يكون لصالح الثمر من الحفظ و

التريية مجردا عن الخيانة، فإن هذه الحصه من التصرف هي التي التزم المالك بها، فإذا تجاوز العامل ذلك الحدود وقام بخيانة المالك كان له رفع يده عن إذنه و منعه من التصرف فيه، و مجرد سلطنة العامل على الثمرة لا يقتضى لزوم الأذن على المالك للعامل فى التصرف فى ماله الخاص به- اعنى البستان.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٨٢

مع العامل، و الأجرة عليه لان ذلك لمصلحته. و مع عدم كفايته فى حفظ حصته جاز رفع يد العامل (١) و استئجار

(١) و كأنه لدليل نفى الضرر الحاكم على قاعدة السلطنة، فإن سلطنة العامل على ماله إذا كانت موجبة لضرر شريكه- المالك- كان مقتضى حكومه لا ضرر على قاعدة السلطنة ثبوت الحق للشريك فى منعه منه و رفع يده عن المال.

فليس للشريك ان يضر بشريكه و ان كان مسلطا على ماله، فان ذلك لا يعنى جواز الإضرار بالشريك على ما يستفاد ذلك من قضية سمرة بن جندب مع الأنصارى حيث كان له عذق فى بستانه فكان يدخل و يخرج من غير استئذان مما كان يسبب ازعاجا للأنصارى و عائلته فشكى عند رسول الله (ص) فأمر الرجل بالالتزام بما لا يوجب تضرر الأنصارى، لكنه لما امتنع عن امتثاله أمر (ص) الأنصارى بقلع الشجرة و القاءها «١».

و هذا التوجيه تام و متين، الا ان مقتضاه عدم اختصاص الحكم بصورة عدم كفاية ضم الأمين إلى العامل فى حفظ الحصه، و ثبوته حتى مع التمكن من الاستئجار لان الاستئجار من أجل منع صاحبه من الخيانة حكم ضرورى أيضا فلا وجه للإلزام المالك به. و من هنا: فلا يبعد الحكم بجواز رفع المالك ليد العامل عن الحصه سواء تمكن من استئجار من يضمه الى العامل أم لم يتمكن. و حينئذ فيلزم المالك بحفظ المال المشترك حذرا من التلف.

(١) الوسائل: ج ١٧ ب ١٢ من أبواب كتاب احياء الموات، ح ١.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٨٣

من يحفظ الكل و الأجرة على المالك أيضا (١).

[مسألة ٣٦: قالوا المغارسة باطله]

(مسألة ٣٦): قالوا المغارسة باطله (٢) و هي أن يدفع أرضا إلى غيره ليغرس فيها على أن يكون المغروس بينهما سواء اشترط كون حصه من الأرض أيضا للعامل أو لا. و وجه البطلان الأصل بعد كون ذلك على خلاف القاعدة. بل ادعى جماعة الإجماع عليه. نعم حكى عن الأردبيلي و صاحب الكفاية الإشكال فيه، لإمكان استفادة الصحه من العمومات. و هو فى محله (٣) ان لم يتحقق

(١) لما تقدم.

(٢) و هو الصحيح- على ما ستعرف بيان الوجه فيه.

(٣) بل الصحيح هو القول بالفساد، لعدم إمكان التمسك بالعمومات فى المقام من جهات:- الاولى: ان ظاهر العمومات و الإطلاقات اتحاد زمان الإنشاء و المنشأ بحيث يكون الأثر فعليا و متحققا مقارنة للإنشاء فى زمانه و لذا قلنا بعدم صحه بيع داره فى غير الآن أو إطلاق زوجته كذلك.

و حيث ان هذا الشرط غير متوفر فى المقام إذ المغارسة- على ما هو ظاهر تعريف الماتن- قده- و غيره لها- انما تقتضى استقلال مالك الفسلان بملكيتها قبل غرسها و كون شركتهما فى المغروس، و هو من إنشاء ملكية الأمر المتأخر حيث يكون الإنشاء فعليا فى

حين ان المنشأ- الملكية- انما يكون بعد الغرس، فلا تشمله العمومات و لا يمكن الحكم بصحتها،

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٨٤

.....

و بعبارة اخرى: ان ظاهر العمومات اعتبار اتصال المنشأ و ما يحكم بانتقاله بموجب العقد بالإنشاء و العقد نفسه، و حيث ان هذا مفقود في المغارسة باعتبار أنها مستلزمة للتفكيك بين الإنشاء و المنشأ فلا تشمله العمومات.

و لا يقاس ذلك بباب الإجارة حيث لا خلاف في صحة إجارة الدار أو غيرها في الشهر القادم أو السنة القادمة من الآن. فإنه توهم فاسد، إذ لا انفكاك بين الإنشاء و المنشأ و العقد و الملكية فإنهما متحدان زمانا غاية الأمر ان المملك- بالفتح- بالعقد هي المنفعة المتأخرة، و لا ضير في ذلك بعد ان كانت المنافع بأجمعها- الموجودة بالفعل و اللاحقة- مملوكة للمالك.

الثانية: جهالة فترة الملكية، حيث لا حد للعمل الذي التزم به الغارس بالنسبة إلى الأشجار فإنه غير موقت بوقت معين، و من هنا فان كان مبهما فلا- مجال للحكم بصحة ما لا واقع له و إن كان موقتا ببقاء الأشجار حكم ببطلانها لمجهولية تلك الفترة، و دعوى: ان الجهالة في غير البيع لا يقتضى البطلان لعدم الدليل عليه.

مدفوعة: بأن ذلك انما هو فيما لا دخل له في مالية الشيء و إلا فلا يصح العقد معها.

الثالثة: مجهولية المنفعة التي يسلمها المالك للغارس بالتملك أو الأذن فيما إذا كان عوض عمله منحصر في انتفاعه بالأرض، بحيث لم يكن قد اشترط له الحصة من الأرض.

فإن هذه المنفعة مجهولة لعدم تحديدها بحد معين، و معه فلا مجال

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٨٥

الإجماع ثم على البطلان يكون الغرس لصاحبه (١) فان كان من مالك الأرض فعليه أجره عمل الغارس (٢) إن كان جاهلا بالبطلان (٣)، و ان كان للعامل فعليه أجره

للحكم بصحتها.

و الحاصل: ان الحكم بصحة المغارسة يحتاج إلى الدليل الخاص و حيث انه مفقود فالأصل هو الفساد.

ثم ان الحكم بالصحة- على تقدير تسليمه- انما يتم فيما إذا كانت الأشجار معلومة من حيث الكم و الجنس، و إلا فلا مجال للحكم بها، إذ لا موقع للحكم بصحة ما لا واقع له أصلا.

(١) لعدم الموجب لانتقاله عنه إلى غيره، فان السبب المتصور انما هو العقد و المفروض الحكم ببطلانه و عدم تأثيره شيئا.

(٢) لصدور عمله المحترم عن أمره لا- بقصد المجانية. و حيث لم يسلم له العوض المسمى تثبت له أجره المثل لثلا- يذهب عمله المضمون هدرا.

(٣) بل و مع العلم به أيضا. لما عرفته في غير موضع من ان العلم بالفساد لا يلازم تبرع العامل بالعمل، فإنه انما يقدم على القيام بالعمل مضمونا على المالك حتى مع علمه بعدم إمضاء الشارع لذلك العوض.

نعم حيث حكم على العقد بالبطلان لا يستحق العامل العوض المسمى و الضمان المعين في العقد و انما ينتقل حقه إلى بدل عمله و أجره مثله.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٨٦

الأرض للمالك (١) مع جهله به (٢)، و له الإبقاء بالأجرة (٣) أو الأمر بقلع الغرس (٤)، أو قلعه بنفسه (٥)، و عليه أرش نقصانه إن

نقص من جهة القلع (٤) و يظهر من

(١) لاستيفاءه لمنافعها و تصرفه فيها مضمونا عليه.

(٢) تظهر الحال فيه مما تقدم فى نظيره.

(٣) أو مجاناً مع التراضى، فإن الملك لهما- فالأرض للمالك و الغرس للعامل - فالحق لا يعدو هما.

(٤) لسلطنته على أرضه، فله مطالبته بتخليئه ملكه عن مال لا يعود إليه.

(٥) فإن جواز تخليته لملكه عن مال الغير من حقوق المالك المملوكة له. فله مباشرتها بنفسه و ليس للغارس منعه عنها، كما هو الحال فى غير الأشجار من الأموال.

ثم هل يكون هذا الحق فى طول أمره للعامل بالتخليء و امتناعه عنها أو فى عرضه بحيث يكون له مباشرتها ابتداء و قبل مراجعة العامل؟ الظاهر هو الثانى: فإنه مسلط على ماله، و ليس للغارس حق فى الإبقاء كى يتوهم منافاة التخليء لسلطنته على الأشجار، فهو نظير ما يذكرونه فيما إذا دخل مال الغير فى ملكه بغير إذنه كما لو دخل بعض القطيع إلى داره، فإنه يجوز له إخراجه ابتداء و قبل مراجعة مالكه و أمره بذلك، و لا يعد ذلك منافياً لسلطنته صاحبه عليه بعد ان لم يكن لصاحبه حق و سلطان فى إبقاءه فى ذلك المكان.

(٦) هذا إذا لم يباشر العامل القلع بنفسه، و إلا فلا وجه للضمان

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٨٧

جماعة أن عليه تفاوت ما بين قيمته قائماً و مقلوعاً. و لا دليل عليه بعد كون المالك مستحقاً للقلع (١). و يمكن حمل كلام بعضهم على ما ذكرنا من أرش النقص الحاصل بسبب القلع إذا حصل، بأن انكسر- مثلاً- بحيث لا- يمكن غرسه فى مكان آخر. و لكن كلمات الآخرين لا تقبل هذا الحمل، بل هى صريحة فى ضمان التفاوت بين القائم و المقلوع، حيث قالوا: مع ملاحظة أوصافه الحالية من كونه فى معرض الإبقاء مع الأجر أو القلع. و من الغريب ما عن المسالك من ملاحظة كون قلعه مشروطاً بالأرض لا مطلقاً، فان استحقاقه للأرض من أوصافه و حالاته،

فان العيب انما حصل بفعله هو فلا يكون مضموناً على غيره و ان كان ذلك نتيجة لمطالبته إياه و أمره به، فإنه حق له فليس لأحد منعه منه، و كذا الحال فيما إذا امتنع العامل عن تخليئه أرضه فرفع أمره إلى الحاكم ليجبره عليه فأمره الحاكم بالتخليء، فإنه- أيضاً- لا يستتبع الضمان نظراً لان الحاكم ولى الممتنع فيكون حال الفعل الصادر منه عن أمره حال مباشرة العامل للقلع بنفسه.

(١) و بعبارة أخرى: انه لا وجه لملاحظة قيمة الغرس قائماً بعد ان لم يكن بقاء الشجرة فى الأرض و كونها فيها من حقوق الغارس و لذا لم يجب شىء فيما إذا لم تتعيب الشجرة بالقلع بحيث كانت قابلة للغرس فى مكان آخر.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٨٨

فينبغى أن يلاحظ أيضاً فى مقام التقويم. مع أنه مستلزم للدور (١)، كما اعترف به. ثم انه ان قلنا بالبطلان يمكن تصحيح المعاملة بإدخالها تحت عنوان الإجارة أو المصالحة أو نحوهما مع مراعاة شرائطهما (٢)، كأن تكون الأصول مشتركة بينهما إما بشرائها بالشركة أو بتملك أحدهما للآخر نصفاً منها- مثلاً- إذا كانت من أحدهما فيصلح صاحبه الأرض مع العامل بنصف منفعة أرضه- مثلاً- أو بنصف عينها على أن يشتغل بغرسها و سقيه الى زمان كذا أو يستأجره للغرس و السقى إلى زمان كذا بنصف منفعة الأرض مثلاً.

[مسألة (٣٧): إذا صدر من شخصين مغارسة و لم يعلم كيفيتها و انها على الوجه الصحيح أو الباطل]

(مسألة ٣٧): إذا صدر من شخصين مغارسه و لم يعلم كيفيتها و انها على الوجه الصحيح أو الباطل بناء على البطلان- يحمل فعلهما على الصحة (٣) إذا ماتا أو اختلفا في الصحة و الفساد.

(١) لأخذه- قده- الأرش و التفاوت في موضوع وجوب الأرش لاعتباره أرش ما بين الشجرة قائمه و الشجرة مقلوعه مع الأرش.

(٢) من معلومية المدء و المنفعة إلى غير ذلك مما هو دخيل في صحة المعاملة.

(٣) تمسكا بأصالة الصحة في العقود و الإيقاعات.

إلا إنك قد عرفت غير مرة ان أصالة الصحة هذه لم تثبت بدليل

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٨٩

.....

لفظي كى يتمسك بإطلاقه عند الشك، و إنما هى قد ثبتت بالسيرة العملية القطعية المتصلة بعهد المعصومين (ع) من غير خلاف فيها بين الفقهاء و المتشرعة، حيث لا يعنى أحد باحتمال فساد العقد من جهة احتمال فقد بعض الشروط أو احتفائه ببعض الموانع. و على هذا الأساس فلا بد من الاقتصار على القدر المتيقن و هو ما إذا كان عنوان العقد معلوما و محرزاً فى الخارج و كان الشك فى وقوعه صحيحاً أو فاسداً و أما مع الجهل بأصل العنوان و عدم إحرازه كما لو دار أمر العقد الواقع فى الخارج بين النكاح الصحيح و الوقف الباطل أو البيع الصحيح و المساقاة الباطلة فلا مجال للتمسك بأصالة الصحة لإثبات الصحيح منهما بحيث يقال ان الواقع فى الخارج هو النكاح دون الوقف أو البيع دون المساقاة و من ثم ترتيب آثار ذلك العقد عليه و حيث ان مقامنا من قبيل الثانى باعتبار أن أمر العقد يدور بين عنوانين أحدهما صحيح و الآخر فاسد لأنه إما هى إجارة أو صلح صحيحين أو مغارسه فاسدة فلا مجال للتمسك بأصالة الصحة لإثبات العنوان الصحيح من العنوانين و كونه هو الواقع فى الخارج ليرتب عليه آثاره. فإنه لم تثبت سيرة عملية على ذلك فى الخارج بل المحرز بالوجدان خلافه.

و الحمد لله رب العالمين

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٩٠

[تذنيب]

تذنيب فى الكافى عن أبى عبد الله (ع): «من أراد أن يلحق النخل إذا كان لا وجود عملها و لا يتبعل بالنخل فىأخذ حيتانا صغارا يابسه فيدقها بين الدقين ثم يذر فى كل طلعة منها قليلا و يصير الباقي فى صرة نظيفة ثم يجعله فى قلب النخل ينفع باذن الله تعالى» «١».

و عن الصدوق فى كتاب العلل بسنده عن عيسى بن جعفر العلوى عن آبائه (ع): «ان النبى صلى الله عليه و آله قال:

مر أخى عيسى بمدية فإذا فى ثمارها الدود فسألوا إليه ما بهم، فقال (ع): دواء هذا معكم و ليس تعلمون، أنتم قوم إذا غرستم الأشجار صببتم التراب، و ليس هكذا يجب، بل ينبغى أن تصبوا الماء فى أصول الشجر ثم تصبوا التراب، كى لا يقع الدود، فاستأنفوا كما وصف فأذهب عنهم ذلك» «٢».

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ٦ من أبواب المزارعة و المساقاة ح ١.

(٢) الوسائل: ج ١٣ باب ٢ من أبواب المزارعة و المساقاة ح، ١.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٩١

و في خبر عن أحدهما (ع): قال: تقول إذا غرست أو زرعت: و مثل كلمة طيبة كشجرة طيبة أصلها ثابت و فرعها في السماء تؤتي أكلها كل حين بإذن ربها» (١).

و في خبر آخر «إذا غرست غرسا أو نبثا فأقرأ على كل عود أو حبة: سبحان الباعث الوارث، فإنه لا يكاد يخطئ إنشاء الله» (٢).

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ٥ من أبواب المزارعة و المساقاة، ح ٥.

(٢) الوسائل: ج ١٣ باب ٥ من أبواب المزارعة و المساقاة، ح ٤.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٩٣

كتاب الضمان

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٩٥

[كتاب الضمان]

إشارة

كتاب الضمان و هو من الضمن (١)، لانه موجب لتضمن ذمة الضامن للمال الذي على المضمون عنه للمضمون له، فالنون فيه اصلية كما يشهد له سائر تصرفاته من الماضي و المستقبل و غيرهما. و ما قيل (٢) من احتمال كونه من الضم، فيكون النون زائدة، واضح الفساد، إذ- مع منافاته لسائر مشتقاته- (٣) لازمه كون الميم مشددة و له اطلاقان: إطلاق بالمعنى

(١) بلا خلاف فيه عندنا، على ما هو صريح عبارات الأصحاب في المقام. الا أن التعبير بكون الضمان مشتقا منه كالتعبير بكونه مشتقا من الضمان، لا يخلو عن مسامحة واضحة، فإنهما معا مصدران على حد واحد فيقال ضمن يضمن ضمانا و ضمنا، و ليس أحدهما أصلا و مبدءا للآخر.

(٢) ذهب إليه أكثر العامة حيث التزموا بأنه عبارة عن ضم ذمة إلى ذمة.

(٣) حيث تبقى النون و لا تحذف و لو كانت زائدة للزم حذفها كما هو الحال في المشتقات مما تكون النون فيها زائدة كالنزوان و الجريان و الجولان.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٩٦

الأعم شامل للحوالة و الكفالة أيضا، فيكون بمعنى التعهد بالمال أو النفس. و إطلاق بالمعنى الأخص، و هو التعهد بالمال عينا أو منفعة أو عملا، و هو المقصود من هذا الفصل.

[و يشترط فيه أمور]

إشارة

و يشترط فيه أمور:

[أحدها: الإيجاب]

أحدها: الإيجاب (١)، و يكفى فيه كل لفظ دال، بل يكفى الفعل الدال (٢) - و لو بضميمة القرائن - على التعهد و الالتزام بما على غيره من المال.

[الثانى: القبول من المضمون له]

الثانى: القبول من المضمون له (٣). و يكفى فيه أيضا كل ما دل على ذلك من قول أو فعل و على هذا فيكون من العقود المفتقرة إلى الإيجاب و القبول. كذا ذكروه. و لكن لا يبعد (٤)

(١) لعدم تحقق مفهوم الضمان و صدقه فى الخارج قبل التزام الضامن بذلك و تعهده فى نفسه مع الإبراز فى الخارج. و بعبارة أخرى: انه بدون الإيجاب لا يصدق عنوان الضمان و لا يصح أن يضاف الى الفاعل فيقال انه ضمنه.
(٢) لما عرفته غير مرة من أنه لا- يعتبر فى الإنشاء و الإيجاب غير إبراز الاعتبار النفسانى بما يصلح أن يكون ميرزا له سواء فى ذلك اللفظ و غيره ما لم يقيم الدليل الخاص على اعتبار اللفظ فيه كالطلاق و نحوه.
(٣) ليصح معه صدق العقد.

(٤) بل هو بعيد جدا، لعدم الدليل على كفاية الرضا الباطنى

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٩٧

.....

المجرد عن المبرز له فى الخارج فى انتقال الدين من ذمة شخص إلى ذمة غيره، فان الانتقال يحتاج إلى العقد بين الضامن و المضمون له على حد العقد الواقع على المال الخارجى، حتى يستند ذلك إلى المالك المضمون له، إذ ليس الضامن وليا عنه كى يقوم به قهرا عليه.

و حيث ان من الواضح عدم صدق العقد على الرضا الباطنى المجرد فلا تشمله عمومات الوفاء به، و عليه فلا بد فى القول بكفايته فى المقام من الدليل الخاص، و حيث انه مفقود. فالمتعين هو القول باعتبار المبرز للرضا الباطنى.

و أما دعوى دلالة صحیحة عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله (ع):

«فى رجل يموت و عليه دين فيضمن ضامن للغرماء، فقال: إذا رضى به الغرماء فقد برأت ذمة الميت» (١) على كفاية الرضا المجرد. مدفوعة: بأن كلمة الرضا فى هذه الصحیحة و بفضل الفهم العرفى من قوله: «فيضمنه ضامن للغرماء» مستعملة فى الرضا العقدى المبرز فى الخارج - كما يشهد له إضافته للغرماء - لا طيب النفس المجرد عن الإظهار.

و بعبارة أخرى: ان الرضا يستعمل فى معنيين مجرد طيب النفس و طيب النفس المبرز فى الخارج و هو ما يعبر عنه بالرضا العقدى أو المعاملى، فإن كان متعلق الرضا أمرا خارجيا كجواز الدخول فى

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ٢ من أبواب كتاب الضمان، ح ١.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٩٨

دعوى عدم اشتراط القبول على حد سائر العقود اللازمة بل يكفى رضى المضمون له سابقا أو لاحقا، كما عن الإيضاح و الأردبيلي،

حيث قال:- يكفي فيه الرضا ولا- يعتبر القبول العقدي، بل عن القواعد: و في اشتراط قبوله احتمال (١)، و يمكن استظهاره من قضية الميت المديون الذي امتنع النبي (ص) أن يصلى عليه حتى

ملك الغير أو التصرف في ماله فالظاهر منه و بحسب ملاحظة مناسبة الحكم و الموضوع ارادة المعنى الأول بمعنى اعتبار طيب النفس و ان لم يظهره في الخارج.

و ان كان متعلقه من الأمور العقديّة الاعتبارية المتعلقة بأموال النفس و حقوقهم فالظاهر منه ارادة المعنى الثاني، إذ لا بد له من إظهاره حتى يستند العقد اليه.

ثم لو فرضنا ان كلمة الرضا ليست ظاهرة فيما ذكرناه، يكفينا كونها مجمله من هذه الناحية، حيث لا بد معه من الحكم بالفساد في موارد خلو الرضا عن المبرز له في الخارج استنادا إلى القاعدة، نظرا لعدم الدليل على صحة المعاملة، فإن عنوان العقد غير صادق عليه فإنه ليس من ضم الالتزام بالالتزام.

(١) ظهر الحال في هذا القول مما تقدم، فان اعتبار القبول أمر متعين و لا يكفي فيه الرضا الباطني المجرد- كما عرفت- فضلا عن

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٩٩

ضمنه على (ع) (١) و على هذا فلا يعتبر فيه ما يعتبر في العقود من الترتيب و الموالاة و سائر ما يعتبر في قبولها.

القول بعدم اعتباره بالمرّة.

و يدل عليه مضافا الى دلالة النص السابق، ان نقل مال الغير من ذمة إلى أخرى تصرف في سلطانه فلا يجوز من دون إذنه كما هو الحال في تبديل عين ماله الخارجية بعين أخرى أو نقلها من مكان إلى مكان آخر.

(١) ذكرها الشيخ- قده- في الخلاف تارة عن أمير المؤمنين (عليه السلام) و أخرى عن أبي قتادة «١» الا- انه أورد على الاستدلال بالروايتين بضعف السند.

لكن الظاهر انه في غير محله فان سند هاتين الروايتين و إن كان ضعيفا الا أن أصل القضية مما ثبت تحققه في الخارج و ذلك لما رواه معاوية بن وهب في الصحيح عن أبي عبد الله (ع) من غير ذكر فيها لأمير المؤمنين (ع) و أبي قتادة «٢».

إذن: فالصحيح في الجواب أن يقال: ان هذه الروايات انما تتضمن قضية شخصية في واقعه، فلا يمكن جعلها دليلا على عدم اعتبار القبول في الضمان، و لعل الدائن في تلك القضية كان حاضرا

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ٣ من أبواب كتاب الضمان، ح ٢ و ٣.

(٢) الوسائل: ج ١٣ باب ٢ من أبواب كتاب الضمان، ح ٢.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٠٠

و اما رضى المضمون عنه فليس معتبرا فيه (١)، إذ يصح الضمان التبرعى، فيكون بمنزلة وفاء دين الغير تبرعا حيث لا يعتبر رضاه. و هذا واضح فيما لم يستلزم الوفاء أو الضمان

و رضى بذلك.

على ان الضمان المذكور فيها أجنبي عن الضمان المبحوث عنه في المقام، فان الكلام إنما هو في الضمان بمعنى نقل ما في ذمة شخص إلى ذمة غيره على نحو تبرأ ذمة الأول، و هذا المعنى غير ثابت في هذه النصوص إذ لم يرد في شيء منها براءة ذمة الميت،

فيكشف ذلك عن ان الضمان هنا إنما هو بمعنى التعهد بالأداء ليضمن الرسول (ص) بعدم بقاء ذمة الميت مشغولة و عدم ذهاب حق الدائن هدرا و استعماله في هذا المعنى كثير و متعارف فالصديق يضمن لصديقه القيام بما يشغل باله و يمنعه من السفر أو القيام بأمر أهم، و ليس ذلك إلا بمعنى تعهده المجرد به.

(١) فإنه أجنبي عن المال بالمرء و لا سلطنة له عليه، و من هنا فكما يجوز للمالك أن يبيع ماله هذا الى غيره من غير إذنه، يجوز له ان ينقله إلى ذمة أخرى بغير رضاه أيضا.

و بعبارة أخرى: ان ذمة المضمون عنه ليست إلا ظرفا و وعاء للمال هذا و إلا فلا سلطنة له عليه مطلقا و إنما أمره بيد مالكة فله نقله إلى أى ذمة شاء.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٠١

عنه ضررا عليه أو حرجا (١) من حيث كون تبرع هذا الشخص لوفاء دينه منافيا لشأنه، كما إذا تبرع وضيع ديننا عن شريف غنى قادر على وفاء دينه فعلا.

[الثالث: كون الضامن بالغا عاقلا]

الثالث: كون الضامن بالغا عاقلا، فلا يصح ضمان الصبي (٢)

(١) و ربما يعلل ذلك- كما في بعض الكلمات- بنفي الضرر في الشريعة المقدسة فإنه مانع عن الحكم بصحة الضمان في المقام. و فيه ما لا يخفى: إذ لا مهانة و لا ضرر على الشريف في الحكم بسقوط ما في ذمته بوفاء الوضيع لدينه أو ضمانه له، و انما هما في تصدى الوضيع لذلك و مباشرته، و من هنا فيكون فعله من مصاديق الإضرار بالشريف و إلقاءه في المهانة فيكون محرما تكليفا، الا أن من الواضح ان الأحكام التكليفية لا تلازم الأحكام الوضعية فثبوت الحرمة في المقام لا يعنى عدم نفوذ الضمان أو الإبراء. و الحاصل: ان الحكم في المقام تكليفي محض، باعتبار ان فعل الوضيع من صغريات عنوان الإضرار بالغير و هو محكوم بالحرمة، و حيث انه غير ملازم للفساد فلا وجه لاستثناء هذه الصورة من الحكم بعدم اعتبار رضی المضمون عنه في نفوذ الضمان.

(٢) كما هو الحال في سائر المعاملات، فإنه لا يجوز امره حتى يحتلم- على ما جاء في النصوص- فلا يكون فعله موضوعا لحكم من

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٠٢

و إن كان مراهقا (١) بل و ان اذن الولي على اشكال (٢) و لا ضمان المجنون (٣) إلا إذا كان أدواريا في دور إفاقته (٤) و كذا يعتبر كون المضمون له بالغا عاقلا (٥). و أما

الأحكام الشرعية،

(١) لإطلاق الأدلة.

(٢) و الأقوى الجواز، فإنه إذا صح ذلك للولي بالمباشرة فيما إذا اقتضت مصلحة الطفل له. صح له ذلك بالتسبيب أيضا.

و بعبارة أخرى: انه ليس حال الصبي كالمجنون من حيث سلب عبارته، فإن عبارة الصبي غير مسلوبة و لذا يجوز له القيام بالبيع أو النكاح أو غيرهما من العقود و الإيقاعات بالوكالة عن الغير، بل غاية ما هناك انه لا يجوز أمره بمعنى عدم نفوذ عقده بالإضافة إليه بحيث يستقل به و يكون الأمر أمره، و هذا لا ينافي نفوذه بالإضافة إلى الولي بحيث يكون كأنه هو الذي قام بالعقد و ان كان المباشر له هو الصبي.

(٣) لرفع القلم عنه و قصور عبارته، فلا يترتب عليها أثر شرعي.

(٤) لكونه حينئذ عاقلا كسائر العقلاء، فلا موجب للمنع عن نفوذ أمره.

(٥) لما تقدم في الضامن حرفيا.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٠٣

المضمون عنه فلا يعتبر فيه ذلك (١)، فيصح كونه صغيرا مجنونا، نعم لا ينفع إذنهما في جواز الرجوع بالعوض (٢).

[الرابع: كونه مختارا]

الرابع: كونه مختارا (٣) فلا يصح ضمان المكره (٤).

[الخامس: عدم كونه محجورا لسفه إلا بإذن الولي]

الخامس: عدم كونه محجورا لسفه (٥) إلا بإذن الولي

(١) لما عرفت من كونه أجنبيا عنه، فلا يعتبر وجوده في الخارج - كما دلت عليه صحيحة ابن سنان المتقدمة الواردة في الضمان عن الميت - فضلا عن رضاه.

(٢) لأن الأمر إنما يوجب الضمان على الأمر فيما إذا كان صادرا ممن له أهلية ذلك الفعل، فإذا لم يكن متصفا بذلك لم يكن أمره موجبا للضمان.

وبعبارة أخرى: انه لما كان أمر الصبي و المجنون بمنزلة العدم كان الضمان عنهما ضمانا تبرعيا حتى في فرض أمرهما به، و معه فلا يثبت للضامن جواز الرجوع بالمال عليهما.

(٣) فإنه لا- عبرة بفعل المكره. فإنه بمنزلة العدم و كأنه لم يكن و يدل عليه مضافا الى حديث الرفع، النصوص الواردة في الموارد الخاصة كالطلاق و نحوه.

(٤) و كذلك الحال في المضمون له، لما تقدم في الضامن حرفا بحرف.

(٥) لكونه محجورا عليه فلا يصح ضمانه من غير إذن الولي

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٠٤

و كذا المضمون له (١) و لا- بأس بكون الضامن مفلسا (٢) فان ضمانه نظير اقتراضه، فلا- يشارك المضمون له مع الغرماء. و اما المضمون له فيشترط عدم كونه مفلسا (٣) و لا بأس بكون المضمون عنه (٤) سفيها أو مفلسا، لكن لا ينفع إذنه في جواز الرجوع عليه (٥).

(١) لكون قبوله بانتقال ماله من ذمة إلى أخرى تصرف و هو ممنوع منه بمقتضى أدلة الحجر.

(٢) فان الحجر انما يختص بأمواله دون ذمته، فلا- بأس بتصرفاته العائدة إليها، غاية الأمر ان المضمون له لا يشترك مع الغرماء في الضرب في أمواله الموجودة بالفعل فإنها تختص بما عداه من الغرماء لتعلق حقهم بها قبل الضمان، فيكون حال ضمانه هذا حال القرض الجديد.

(٣) لكونه ممنوعا من التصرف في أمواله بنقل أو إبراء أو غيرهما من الأسباب، و حيث ان دينه هذا من جملة أمواله فلا- يجوز له التصرف فيه بنقله من ذمة إلى أخرى.

(٤) لما عرفته من كونه أجنبيا عن العقد بالمرّة، فإن المال للغير و أمره بيده فله ان يتصرف فيه كيفما يشاء، و ذمّة المضمون عنه ليست الا وعاء لهذا المال فلا سلطنة له عليه.

(٥) ظاهر العبارة انه ليس للضامن الرجوع على المضمون عنه

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٠٥

.....

السفيه أو المفلس، و هو مما لا يمكن المساعدةً عليه بإطلاقه فإنه انما يتم بالنسبة إلى السفيه، و أما المفلس فلا وجه للقول بعدم جواز الرجوع عليه بعد ان كان الضمان بأمره و طلبه.

و ذلك لانه و بضمانه هذا يملك ما كان للدائن الأول- المضمون له- في المال الموجود بالفعل و المحكوم عليه بالحجر، لانه يقابل الدين فينتقل إلى ملك من ملك الدين و انتقل اليه، و بعبارة اخرى: ان أمر المضمون عنه بالضمان لا يعد تصرفا في ماله و تعلق به حق الغرماء، لانه لا يوجب إلا المبادلة بين تمام دين المضمون عنه و نصيبه من المال الموجود، فان الدين ينتقل إلى ذمّة الضامن و بإزاء ذلك يكون له نصيب الدائن الأول من المال المحجور عليه، لكونه عوضا عنه.

نعم بالنسبة إلى المقدار الزائد عن نصيب المضمون له في المال الموجود لا مجال لمشاركة الضامن للغرماء في نصيبهم فإنه مختص بهم قبل الضمان، فيكون حاله في ذلك حال الدين الجديد حيث قد عرفت انه يثبت في الذمّة.

و الحاصل: ان الضمير في قول الماتن (قده) «لكن لا ينفع إذنه في جواز الرجوع عليه».

إذا كان راجعا إلى السفيه و المفلس معا، فهو مما لا يمكن المساعدةً عليه لعدم ثبوت ذلك بالنسبة إلى الثاني. و ان كان راجعا إلى خصوص

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٠٦

[السادس: أن لا يكون الضامن مملوكا غير مأذون من قبل مولاه]

السادس: أن لا يكون الضامن مملوكا غير مأذون من قبل مولاه على المشهور، لقوله تعالى «لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ» (١). و لكن لا يبعد صحة ضمانه و كونه في ذمته يتبع به بعد العتق، كما عن التذكرة و المختلف، و نفى

السفيه- كما يحتمل ارادته واقعا و ان كان بعيدا عن ظاهر العبارة جدا- فالأمر كما أفاده (قده).

نعم لو كان المراد من العبارة نفى جواز الرجوع على المفلس فيما إذا ضمنه بامر في غير الدين ندى حجر عليه لأجله، بمعنى ان يكون الضمان لدين جديد متأخر عن الحجر، فهو صحيح و لا ريب فيه، الا انه لا بد من تقييد إطلاقه بأمواله التي وقع الحجر عليها و الا فالمال ثابت في ذمته و للضامن الرجوع عليه به في غير تلك الأموال.

و كيف كان: ففي خصوص تقدير أمر المفلس غيره بضمان دين خارج عما اقتضى الحجر، يصح القول بعدم ثبوت حق الرجوع للضامن عليه في الجملة.

(١) بدعوى أن إطلاقها و خصوصا بملاحظة استشهاد الامام على (عليه السلام) بها في صحيحة زرارة على نفى قدرته على الطلاق «١» شامل لجميع العقود و الإيقاعات الصادرة منه.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٠٧

القدرة منصرف عما لا ينافى حق المولى (١). و دعوى.

ان المملوك لا ذمة له، كما ترى، و لذا لا إشكال في ضمانه لمتلفاته هذا، و أما إذا أذن له مولاه فلا إشكال في صحة

(١) مراده (قده) من هذه الدعوى، أن تصرفات العبد تكون على نحوين، فإنها قد تكون في نفسه بما هو عبد و متصرف بالمملوكية للغير، و قد تكون في نفسه لا بما هو كذلك بل بما هو انسان من الناس.

فالنحو الأول من التصرفات محكوم بالبطلان و عدم النفوذ لكونه تصرفا في سلطان المولى، فتشمله الآية الكريمة، فإنها لا تختص بتصرفه في الأموال - كما توهمه بعضهم - بل نعم حتى تصرفاته في نفسه بوصف كونه عبدا مملوكا للغير.

و من هذا القبيل الطلاق، فإنه إنما يصدر منه بعنوان كونه مملوكا للمولى و عبدا له، فلا يصح حتى و لو كان التصرف عائدا إلى نفسه. و اما النحو الثاني، فحيث انه لا يعد تصرفا في سلطان المولى، لأنه إنما يقوم به بما هو انسان فلا وجه للحكم بعدم نفوذه.

و من هذا القبيل الضمان، فان العبد انما يقوم به بما هو انسان له ذمة و أجنبي عن المولى بالمرء، حيث يثبت المال في ذمته يتبع به بعد العتق، و معه فلا تشمله الآية الكريمة.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٠٨

ضمانه (١). و حينئذ فإن عين كونه في ذمته نفسه، أو في ذمة المملوك يتبع به بعد عتقه أو في كسبه، فهو المتبع (٢) و ان أطلق الإذن ففي كونه في ذمة المولى، أو في كسب المملوك، أو في ذمته يتبع به بعد عتقه، أو كونه متعلقا برقبته، وجوه و أقوال أوجهها الأول، لانفهامه عرفا (٣) كما في اذنه في الاستدانة لنفقته أو لأمر آخر، و كما في اذنه في التزويج حيث أن المهر و النفقة على مولاه و

دعوى:

الفرق بين الضمان و الاستدانة، بأن الاستدانة موجبة لملكيته و حيث أنه لا قابلية له لذلك يستفاد منه كونه على مولاه، بخلاف الضمان حيث انه لا ملكية فيه. مدفوعة: بمنع

(١) بلا- إشكال فيه و لا- خلاف، إذ العبد ليس كالمجنون قاصر العبارة، بل حاله في ذلك حال العقلاء من الأحرار، غاية الأمر ان تصرفه غير نافذ لاحتفانه بمانع عبوديته و مملوكيته للغير، فيصح مع إذن المولى له في ذلك.

(٢) اما الأول فواضح، و اما الأخيران فلرجوع التعيين الى تقييد اذنه له في الضمان بذلك.

(٣) و ليس المراد به أن الأذن بمنزلة التوكيل فيكون الضامن في الحقيقة هو الأمر و اما العبد فلا يقوم الا بدور الإنشاء، حتى يشكل عليه بما في الجواهر من كونه خلفا و خروجا عن محل الكلام، إذ

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٠٩

.....

الكلام انما هو في ضمان العبد باذن المولى بتوكيل العبد فيه، فان فيه لا ينبغي الإشكال في ثبوته في الذمة كما هو الحال في جميع موارد الوكالة فإن العوض و البديل انما يثبت على الموكل دون الوكيل.

و انما المراد به- كما هو ظاهر العبارة- ضمان العبد باذن مولاه بحيث يكون العبد هو الضامن بالأصالة، و مع ذلك يقال بثبوت المال في ذمة المولى.

و كيف كان: فالأمر كما ذكره (قده) و ذلك لان العبد قد يضمن لشخصه بما هو شخص و انسان و مع قطع النظر عن كونه عبدا

مملوكا للغير، و قد يضمن الغير بوصف كونه مملوكا للغير و عبدا له.

ففى الأول- بناء على صحته كما اخترناها- لا مجال للقول بثبوته فى ذمة المولى، بل المتعين هو القول بثبوته فى ذمة العبد يتبع به بعد العتق و الحرية، إذ قبله يكون هو و ما فى يده مملوكا للغير فلا يصح مطالبته بشيء ما دام هو كذلك.

و فى الثانى يتعين القول بكونه فى ذمة المولى و انه هو المطالب به و كأنه هو الضامن له- ما لم تكن هناك قرينة على الخلاف- الا ان ضمانه هذا انما يكون فى طول ضمان العبد نفسه لا فى عرضه فان العبد يملك و من هنا فهو المطالب أولا بما ضمنه، لكن ضمانه هذا لما كان بوصف كونه عبدا للغير و كان المولى يملك العبد و ما يملكه كان هو المطالب به فى طول مطالبه العبد به. نظير استدانته العبد

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١١٠

عدم قابليته للملكية (١). و على فرضه أيضا لا يكون فارقا بعد الانفهام العرفى (٢).

[السابع: التنجيز]

السابع: التنجيز (٣)، فلو علق الضمان على شرط كأن

لنفسه باذن المولى، بأنه يكون فى ذمة المولى و يكون هو المطالب به فى طول مطالبه العبد به.

و الحاصل: ان العبد لما كان مدينا بوصف كونه مملوكا للغير كان المولى هو المطالب بدينه لانه يملكه و يملك ما فى يده. إذن فالصحيح فى المقام هو القول بضمان المولى لما ضمنه عبده باذنه بوصف كونه عبدا و مملوكا له، ما لم يقيد المولى اذنه بكونه فى ذمته يتبع به بعد العتق على ما يقتضيه الفهم العرفى.

(١) حيث قد عرفت ان الصحيح انه يملك و ان مالكية المولى لتلك الأموال انما هى فى طول ملكيته- العبد- لها أولا.

(٢) لما عرفته من أن مقتضاه ضمان المولى لما ضمنه عبده باذنه بوصف عبوديته له.

(٣) التنجيز فى الاصطلاح يقابل أمرين على سبيل منع الخلو، فتارة يستعمل بمعنى الفعلية فى قبال التعليق و تأخر زمان المنشأ عن زمان الإنشاء بحيث يكون الإنشاء فعليا فى حين لا يحصل المنشأ الا عند تحقق المعلق عليه فى ظرفه و ان كان امرا معلوم الحصول عندئذ كالتعليق على طلوع الشمس فى يوم غد، بحيث لا يكون ضامنا بالفعل

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١١١

يقول أنا ضامن لما على فلان إن أذن لى أبى، أو ضامن ان لم يف المديون الى زمان كذا، أو ان لم يف أصلا بطل على المشهور، لكن لا- دليل عليه بعد صدق الضمان و شمول العمومات العامة إلا دعوى الإجماع فى كلى العقود على أن اللازم ترتب الأثر عند إنشاء العقد من غير تأخير

و انما ينتقل المال من ذمة المدين الى ذمته عند تحقق المعلق عليه و بذلك يكون هذا العقد فى الحقيقة من إنشاء الضمان المتأخر على نحو الشرط المقارن.

و اخرى: يستعمل فيما يقابل تعليق العقد الفعلى على أمر آخر معلوم الحصول أو مجهوله.

و قد يجتمع الأمران معا فيكون المنشأ متأخرا عن الإنشاء زمانا كما يكون المعلق عليه أمرا مشكوك الحصول.

و كيف كان: فالذى لا- ينبغى الإشكال فيه هو عدم البطلان فى فرض تعليق العقد الفعلى على أمر معلوم الحصول و التحقق لدى الطرفين بالفعل، لأنه فى الحقيقة ليس من التعليق، فإنه منجز و انما الإنشاء صيغ بصورة تشبه التعليق.

و أما القسمان الآخران- تعليق المنشأ على أمر متأخر و تعليق العقد الفعلى على أمر مجهول- فسيظهر حالهما مما سيأتى.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١١٢

أو دعوى منافاة التعليق للإنشاء (١) و فى الثانى ما لا يخفى (٢)

(١) فإنه عندهم بمعنى الإيجاد و هو متحد مع الوجود حقيقة و ان اختلفا اعتبارا، و من هنا فلا يمكن فرض الإيجاد بالفعل مع فرض عدم الوجود كذلك بان يكون معلقا على أمر سيتحقق فى المستقبل.

(٢) فإن الإنشاء- و على ما حققناه مفصلا فى المباحث الأصولية- ليس من الإيجاد فى شىء و ان ذهب اليه غير واحد من الأصحاب و على تقدير تسليمه فليس التعليق هنا فى الإيجاد و نفس الإنشاء و انما هو فى الأمر الاعتبارى- اعنى المعتبر- فإنه قد يفرض مطلقا و قد يفرض مقيدا.

فان الاعتبار و الإنشاء كما يتعلقان بالأمر المطلق يتعلقان بالأمر المقيد فقد ينشأ الإنسان الملكية المطلقة و قد ينشأ الملكية المقيدة، فهما من هذه الناحية أشبه شىء بالواجب المطلق و الواجب المشروط، و لا يلزم من ذلك اى انفكاك بين الإنشاء و المنشأ و الاعتبار و المعتبر فإن الملكية المقيدة موجودة بالفعل بالاعتبار كما هو الحال فى الوصية و التدبير.

بل يمكن القول بذلك فى الوجود الحقيقى أيضا، إذ يصح تعلق اللحاظ و التصور بالأمر الاستقبالى كقيام زيد فى يوم غد و نحوه، فان قيامه كذلك موجود بالفعل بالوجود الذهنى، و الحال ان الوجود الذهنى نوع من الوجود الحقيقى.

و الحاصل: ان التعليق فى المقام ليس فى نفس الإنشاء و الاعتبار

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١١٣

و فى الأول منع تحققه فى المقام (١) و ربما يقال: لا- يجوز تعليق الضمان، و لكن يجوز تعليق الوفاء على شرط مع كون الضمان مطلقا. و فيه: ان تعليق الوفاء عين تعليق الضمان و لا يعقل التفكيك (٢). نعم فى المثال الثانى يمكن

و انما هو فى المنشأ و المعتبر، و لا مانع منه فان كلا منهما موجود بالفعل و ليس المفقود الا فعليه الملكية.

(١) فى قبال المقام الأول أعنى تعليق العقد على الأمر المتأخر و ان علم حصوله، فإنه لا يبعد القول بتحقيقه فيه.

بل و لو لم يتم ذلك فالحكم بالصحة فيه مشكل أيضا نظرا لعدم شمول العمومات له لما عرفته من ظهورها فى اعتبار كون الوفاء من حين العقد و عدم انفكاك المعتبر عن حين الاعتبار، و لا يبعد دعوى كون بناء العقلاء على ذلك أيضا- فى غير الوصية و التدبير- حيث لم يعهد صدور مثله منهم بان يجرى عقد النكاح مع المرأة الآن على أن تكون هى زوجة له من غد و هكذا.

و أما فى المقام- اعنى التعليق على أمر فعلى مشكوك الحصول ككونه هاشميا و نحوه- فلم يتم إجماع على إيجابه لفساد العقد و لا سيما فى الضمان حيث لا يتضمن اى نوع من التمليك و التملك.

(٢) لان الوفاء إذا كان مقيدا بشىء كان مرجعه إلى عدم الضمان عند عدم ذلك التقدير، إذ لا معنى لعدم الوفاء إلا عدم الضمان،

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١١٤

أن يقال: بإمكان تحقق الضمان منجزا مع كون الوفاء معلقا على عدم وفاء المضمون له (١)، لأنه يصدق أنه ضمن الدين على نحو الضمان فى الأعيان المضمونه، إذ حقيقته قضية تعليقية، الا ان يقال: بالفرق بين الضمان العقدى و الضمان اليدى.

و إلا فلا معنى لكون الضمان مطلقا مع تعليق الوفاء على أمر غير متحقق.

نعم لا- بأس بالتعليق على أمر معدوم التحقق بعد ذلك، فإنه خارج عن محل الكلام لا يتم فى خصوص المثال الثانى أعنى تعليق

الضمان على عدم وفاء المدين، فإنه لا بد من القول فيه بالبطلان حتى بناء على القول بصحة التعليق في الضمان، وذلك لان مرجع التعليق على عدم الوفاء بقاء الدين في ذمة المدين إلى حين الأداء وهو ينافي مذهبنا في الضمان و كونه نقل ذمة إلى أخرى و انما ينسجم مع مذهب العامة من كونه ضم ذمة إلى أخرى.

(١) و لعل مراده- قده- من كلامه هذا يرجع الى إرادة معنى آخر غير المعنى المصطلح من الضمان- اعنى نقل ما فى ذمة إلى أخرى. وقد يكون هذا المعنى هو التعهد بالمال و كون مسئوليته عليه من دون انتقاله- بالفعل- إلى ذمته، كما هو الحال فى موارد ضمان العارية مع الشرط أو كون العين المستعارة ذهباً أو فضة، فإن ضمانها مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١١٥

[الثامن: كون الدين الذى يضمه ثابتاً فى ذمة المضمون عنه]

الثامن: كون الدين الذى يضمه ثابتاً فى ذمة المضمون عنه، سواء كان مستقراً كالقرض و العوضين فى البيع الذى لا خيار فيه، أو متزلزلاً كأحد العوضين فى البيع الخيارى كما إذا

ليس بالمعنى المصطلح جزماً، إذ لا ينتقل شىء بالعارية إلى ذمة المستعير، فان العين لا تقبل الانتقال إلى الذمة و هو غير مشغول الذمة بديلها قبل تلفها، فليس ضمانها الا بمعنى كون مسئوليتها فى عهده بحيث يكون هو المتعهد بردها و لو مثلاً أو قيمة عند تلفها. و نتيجة ذلك إلزام المستعير بردها عيناً أو مثلاً أو قيمة.

و بهذا المعنى يستعمل الضمان فى موارد كثيرة كقولهم: على اليد ما أخذت حتى تؤدى، و ان الغاصب ضامن، فإنه لا يراد به إلا التعهد و كونه هو المسؤول عن المال، و إلا فهو غير مشغول الذمة ببدله فعلاً.

و كيف كان، فإذا صح مثل هذا الضمان فى الأعيان الخارجية كموارد اليد و العارية، فليكن ثابتاً فى الأمور الثابتة فى الذمة أيضاً، فإنه لا- يبعد دعوى كونه متعارفاً كثيراً فى الخارج، فإن أصحاب الجاه و الشأن يضمون المجاهيل من الناس من دون أن يقصد بذلك انتقال المال بالفعل إلى ذمهم، و إنما يراد به تعهدهم به عند تخلف المضمون عنه عن أداءه.

و الحاصل: ان الضمان فى المقام غير مستعمل فى معناه المصطلح،

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١١٦

ضمن الثمن الكلى للبايع أو المبيع الكلى للمشتري أو المبيع الشخصى قبل القبض (١)، و كالمهر قبل الدخول و نحو ذلك، فلو قال أقرض فلانا كذا و أنا ضامن، أو بعه

و عليه فلا مجال للإيراد عليه بأنه يتضمن التعليق الباطل أو انه من ضم ذمة إلى أخرى لا من نقل ما فى ذمة إلى ذمة أخرى.

و انما هو مستعمل فى التعهد و المسئولية عن المال، و هو أمر متعارف عند العقلاء، فتشمله العمومات و الإطلاقات، فإنه عقد يجب الوفاء به.

(١) الظاهر ان ذكره من سهو قلمه الشريف. فإنه لا محل له فى مورد الكلام عن اعتبار الثبوت فى الدين المضمون، لأنه أجنبي عنه بالمرّة.

و كيف كان: فان كان المراد من ضمانه هو الضمان بالمعنى المصطلح- و ان كان احتمالاً بعيداً جداً- بمعنى جعل الشىء فى عهده عند تلفه و انتقاله من ذمة البائع إلى ذمة الضامن، فهو باطل جزماً نظراً الى ان التلف قبل القبض يوجب انفساخ العقد و رجوع المال إلى ملك مالكة البائع أنا ما كى يكون خسارته عليه، و معه فلا يبقى موضوع للضمان.

و ان كان المراد به تعهد الضامن بتسليم العين عند احتمال امتناع البائع عنه، لا تعهد تداركه عند تلفه، فيجب عليه تسليم العين عند الإمكان، و الا فيلزم ببدلها فهو صحيح و لا بأس به، حيث قد

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١١٧

نسيئته و أنا ضامن، لم يصح على المشهور (١). بل عن التذكرة الإجماع. قال: «لو قال لغيره مهما أعطيت فلانا فهو على لم يصح إجماعاً». و لكن ما ذكروه من الشرط ينافي جملة من الفروع الآتية. و يمكن أن يقال (٢) بالصحة

عرفت في المسألة السابقة ان مثل هذا الضمان من المرتكزات العرفية و واقع كثيرا في الأعيان الشخصية الخارجية و الديون. و الحاصل: ان أصل الحكم في المقام صحيح و في محله، الا ان ذكره في المقام من سهو القلم لان الكلام في اعتبار الثبوت في الدين عند ضمانه.

(١) على اشكال ستعرفه.

(٢) الا انه لا يتم بناء على مذهبنا في الضمان و انه نقل ذمة إلى أخرى، فإنه إذا لم تكن الذمة الأولى مشغولة بشيء لم يكن لنقله إلى ذمة أخرى معنى محصل، و معه كيف يمكن التمسك بالإطلاقات لإثبات صحته.

نعم لا يبعد تفرع هذا الشرط - اعني ثبوت الدين في الذمة بالفعل - على الشرط السابق - اعني التنجيز -، فإنه لو لم نقل باعتبار التنجيز - كما احتملناه - أمكن التمسك بالإطلاقات و الحكم بصحة الضمان في المقام و بمعناه المصطلح على نحو الضمان المتأخر بأن يكون الإنشاء فعليا و الانتقال بعد الدين و الإعطاء، فالضامن في الحقيقة انما ينشأ الانتقال

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١١٨

إذا حصل المقتضى للثبوت و ان لم يثبت فعلا، بل مطلقا لصدق الضمان و شمول العمومات العامة، و ان لم يكن من الضمان المصطلح عندهم (١)، بل يمكن منع عدم كونه منه أيضا.

[التاسع: أن لا تكون ذمة الضامن مشغولة للمضمون عنه بمثل الدين الذي عليه]

التاسع: أن لا تكون ذمة الضامن مشغولة للمضمون عنه بمثل الدين الذي عليه، على ما يظهر من كلماتهم في بيان الضمان بالمعنى الأعم، حيث قالوا: إنه بمعنى التعهد بمال أو نفس، فالثاني الكفالة و الأول ان كان ممن عليه للمضمون عنه مال فهو الحوالة، و ان لم يكن فضمان بالمعنى الأخص. و لكن لا دليل على هذا الشرط (٢)،

الى ذمته بعد الدين من الآن.

و الحاصل: انه ان تم إجماع على اعتبار التنجيز في الضمان، فلا- محيص عن الحكم بالبطلان في المقام، و الا- فلا بأس بالتمسك بالإطلاقات و إثبات صحة الضمان بمعناه المصطلح. و حيث ان الماتن (قده) ممن يعتبر التنجيز فلا- وجه لتمسكه بالإطلاقات في المقام.

(١) بان يكون بمعنى التعهد بالدين المتأخر على حد التعهد بالأعيان الخارجية.

(٢) فإن الحوالة و الضمان يختلفان في الطرفين المقومين لهما، حيث أن الأول يتقوم بالمحيل و المحال فتبرأ ذمة الأول بمجرد الحوالة على

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١١٩

فإذا ضمن للمضمون عنه بمثل ماله عليه يكون ضمانا فان كان بأذنه يتهاتران بعد أداء مال الضمان (١)، و الا فيبقى الذي للمضمون

عنه عليه، و تفرغ ذمته مما عليه بضمان الضامن تبرعا، و ليس من الحوالة، لأن المضمون عنه على التقديرين لم يحل مديونه على الضامن حتى تكون حوالة، و مع الإغماض عن ذلك غاية ما يكون أنه يكون داخلا في كلا العنوانين، فيرتب عليه ما يختص بكل منهما مضافا الى ما يكون مشتركا.

مشغول ذمة له من غير دخل لرضا المحال عليه في ذلك، في حين أن الضمان يتقوم برضى الضامن و المضمون عنه هو الأجنبي عن العقد حيث تفرغ ذمته عن الدين بالضمان سواء أرضى به أم لم يرض.

و الحاصل: ان مع اختلاف طرفي العقد المقومين له في الموردین - الضمان و الحوالة - لا مجال للقول باتحادهما و دخول أحد العنوانين في الآخر خصوصا إذا كان الضمان تبرعيا و لم يكن عن رضى المضمون عنه.

إذن: فمجرد اشتغال ذمة الضامن للمضمون عنه بمثل الدين الذى ضمنه لا يعنى دخول العقد فى عنوان الحوالة.

(١) هذا إذا كان الدينان - ما فى ذمته للمضمون عنه و ما كان للمضمون له على المضمون عنه - حاليين معا أو مؤجلين مع وحدة الأجل فيهما و إلا فلا مجال للتهاتر لعدم تساوى الدينين و من هنا فلو كان

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٢٠

[العاشر: امتياز الدين و المضمون له و المضمون عنه عند الضامن على وجه يصح معه القصد الى الضمان]

العاشر: امتياز الدين و المضمون له و المضمون عنه عند الضامن على وجه يصح معه القصد الى الضمان.

و يكفى التميز الواقعى و ان لم يعلمه الضامن (١). فالمضر هو الإبهام و التردد، فلا يصح ضمان أحد الدينين، و لو لشخص واحد على شخص واحد على وجه التردد مع فرض تحقق الدينين، و لا ضمان دين أحد الشخصين و لو لواحد، و لا ضمان دين لأحد الشخصين و لو على واحد و لو قال: ضمنت الدين الذى على فلان، و لم يعلم انه لزيد أو لعمر، أو الدين الذى لفلان، و لم يعلم أنه على

ما عليه للمضمون عنه مؤجلا و قد ضمن ما على المضمون عنه حالا بأمره كان له الرجوع عليه بما ضمنه بالفعل و تبقى ذمته مشغولة بالدين إلى الأجل المعين.

(١) و هو انما يتم فيما إذا لم يستلزم فقدان شرط آخر.

و منه يظهر الإشكال فى بعض الصور الآتية، مما حكم فيها الماتن - قده - بالصحة نظير الجهل بالمضمون له و انه زيد أو عمرو، أو ضمان ما للناس عليه، فإنه انما يصح مع انحصار المضمون له فى اشخاص و قبولهم للضمان و إن لم يميز المضمون له بشخصه و إلا فالحكم بالصحة مشكل جدا نظرا لاعتبار رضى المضمون له بالعقد جزما فإنه طرف من طرفى العقد فى الضمان فلا يصح من دون رضاه.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٢١

زيد أو على عمرو صح (١) لأنه متعين واقعا. و كذا لو قال:

ضمنت لك على الناس، أو قال: ضمنت عنك كلما كان عليك لكل من كان من الناس. و من الغريب ما عن بعضهم من اعتبار العلم بالمضمون عنه و المضمون له بالوصف و النسب، أو العلم باسمهما و نسبهما: مع أنه لا دليل عليه أصلا، و لم يعتبر ذلك فى البيع الذى هو أضييق دائرة من سائر العقود.

[مسألة ١: لا يشترط في صحة الضمان العلم بمقدار الدين، و لا بجنسه]

(مسألة ١): لا يشترط في صحة الضمان العلم بمقدار الدين، و لا بجنسه، و يمكن ان يستدل عليه مضافا الى العمومات العامة (٢)، و قوله (ص): «الزعيم غارم» (٣)

إذن فما ذكره - قده - من كفاية التعيين الواقعي إنما يتم مع إحراز سائر الشروط المعتمدة في الضمان.

(١) على اشكال تقدم بيانه.

(٢) بل عمومات أدلة الضمان، حيث لم يعتبر في شيء منها كون الدين معلوما، و من هنا فمقتضاها الصحة حتى مع الجهل بالدين. و هذا الدليل هو العمدة في الحكم و الا فسائر الأدلة لا تخلو عن المناقشة، كما ستعرفها.

(٣) الرواية نبوية لم تثبت عن طرفنا، بل في معتبرة الحسن بن خالد تكذيب ذلك، فقد ورد في روايته عن أبي الحسن (ع) أنه قال مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٢٢

بضمان علي بن الحسين (ع) لدين عبد الله بن الحسن، و ضمانه لدين محمد بن أسامة (١)، لكن الصحة مخصوصة بما إذا كان له واقع معين، و أما إذا لم يكن كذلك

له: (جعلت فداك قول الناس الضامن غارم، قال: فقال:

ليس على الضامن غرم، الغرم على من أكل المال) «١».

و من هنا: فلا مجال للاعتماد عليها و الاستدلال بها.

(١) اما الأول فقد رواه الصدوق في التهذيب مرسلًا حيث قال (قدس سره): (روى أنه احتضر عبد الله بن الحسن فاجتمع إليه غرمائه فطالبوه بدين لهم فقال لهم: ما عندي ما أعطيكم، و لكن أرضوا بمن شئتم من أخي و بني عمي علي بن الحسين أو عبد الله بن جعفر. فقال الغرماء: أما عبد الله بن جعفر فملى مطول، و أما علي ابن الحسين فرجل لا مال له صدوق و هو أحبهما إلينا، فأرسل إليه فأخبره الخبر، فقال (ع): أضمن لكم المال إلى غلته، و لم يكن له غلته، فقال القوم: قد رضينا فضمنه، فلما أتت الغلته أتاح الله له المال فأداه) «٢».

و أما الثاني: فقد رواه فضيل و عبيد عن أبي عبد الله (ع) قال:

(لما حضر محمد بن أسامة الموت دخل عليه بنو هاشم فقال لهم:

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ١ من أبواب أحكام الضمان، ح ١.

(٢) الوسائل: ج ١٣ باب ٥٥ من أبواب أحكام الضمان، ح ١.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٢٣

- كقولك - ضمنت شيئًا من دينك - فلا يصح (١) و لعله مراد من قال: إن الصحة انما هي فيما إذا كان يمكن العلم به بعد ذلك، فلا يرد عليه ما يقال: من عدم الإشكال في الصحة مع فرض تعيينه واقعا، و إن لم يمكن العلم به فيأخذ بالقدر المعلوم. هذا و خالف بعضهم فاشترط العلم

قد عرفتم قرابتي و منزلتي منكم، و عليّ دين، فأحب أن تقضوه عني، فقال علي بن الحسين (ع): ثلث دينك عليّ ثم سكت و سكتوا،

فقال علي بن الحسين (ع): علي دينك كله، ثم قال علي بن الحسين (ع): اما انه لم يمنعني أن أضمنه أو لا، إلا كراهة أن يقولوا سبقنا «١».

الا أن الإرسال في الرواية الأولى، و وقوع عبيد الله الدهقان المردد بين عبيد الله بن احمد الدهقان المجهول و عبيد الله بن عبد الله الدهقان الذي ضعفه النجاشي صريحا، يمنعان من الاعتماد عليهما و التمسك بهما في مقام الاستدلال. على انهما لا يتضمنان الا بيان قضيه في واقعه فلا إطلاق لهما كي يتمسك به في مقام نفى الشرط المشكوك، و لعله (ع) كان يعلم بمقدار الدين الذي عليهما.

(١) بلا خلاف فيه بين الأصحاب، إذ يستحيل فراغ ذمه المضمون

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ٢ من أبواب أحكام الضمان، ح ١.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٢٤

به، لنفي الغرر و الضرر. و رد بعدم العموم في الأول لاختصاصه بالبيع، أو مطلق المعاوضات (١) و بالاقدم في الثاني (٢) و يمكن الفرق بين الضمان التبرعي و الأذني

عنه و اشتغال ذمه الضامن بالنسبة إلى ما لا تعين له واقعا.

(١) حيث ألحقها الفقهاء بالبيع، فلا يشمل الضمان و نحوه مما لا يتضمن المعاوضة.

على انه لا غرر في المقام بالمره، فإن الضامن سيأخذ بمقدار ما يدفعه إلى الدائن من المدين قل أو كثر و من غير ان ينقص منه شيء على الإطلاق، حاله حال القرض حيث يصح إقراض ما في الكيس حتى مع الجهل بمقداره اتفاقا و من غير ان يشمله دليل نفي الغرر إذ لا خطر على الدائن في المقام بعد ثبوت معادل ما يأخذه في ذمه المدين.

و الحاصل انه لا- اثر للعلم أو الجهل بالمقدار في الحكم بالبطلان و تحقق الغرر، فان الخطر انما يتصور في مثل البيع مما يختلف فيه العوضان و يكون مبناه على المغابنه بمعنى الاسترباح و دفع الأقل بإزاء أخذ الأكثر، حيث يحتمل فيه الخسارة، و لا يتصور في مثل المقام حيث يستوفى الضامن بمقدار ما يدفعه إلى المضمون له.

(٢) فان دليل لا ضرر انما ينظر إلى ارتفاع الأحكام الإلزامية به فلا دلالة فيه على عدم جواز إلقاء النفس في الضرر، و لذا لم يستشكل

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٢٥

فيعتبر في الثاني دون الأول، إذ ضمان علي بن الحسين (ع) كان تبرعيا (١) و اختصاص نفي الغرر بالمعاوضات ممنوع بل يجري في مثل المقام الشبيه بالمعاوضة (٢)، إذا كان بالأذن مع قصد الرجوع على الآذن. و هذا التفصيل لا يخلو عن قرب.

[مسألة ٢): إذا تحقق الضمان الجامع لشرائط الصحة انتقل الحق من ذمه المضمون عنه إلى ذمه الضامن]

(مسألة ٢): إذا تحقق الضمان الجامع لشرائط الصحة انتقل الحق من ذمه المضمون عنه إلى ذمه الضامن، و تبرأ

أحد في صحة الهبة و نحوها باعتبار استلزامها للضرر.

و الحاصل: ان دليل لا ضرر بنفسه قاصر عن مشمول الضمان قل أو كثر، فإنه لا يدل الا على نفي إلزام الشارع بالحكم الضروري.

(١) قد عرفت الاشكال فيه فيما تقدم.

(٢) فيه اشكال ظهر مما تقدم، فإنه لا- عموم لدليل نفي الغرر، على انه لا غرر في المقام إطلاقا حيث انه سيأخذ من المضمون عنه

بمقدار ما يؤديه للمضمون له.

والحاصل: انه لا فرق في عدم عموم الدليلين - نفى الضرر و نفى الغرر - للضمان بين كونه تبرعيا أو إذنيا فإنهما و على كلا التقديرين غير شاملين له.

و عليه فالقول بالجواز مطلقا هو الأقرب.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٢٦

ذمة المضمون عنه، بالإجماع و النصوص (١)، خلافا للججمهور حيث أن الضمان عندهم ضم ذمة إلى ذمة. و ظاهر كلمات الأصحاب عدم صحة ما ذكروه حتى مع التصريح به على هذا النحو. و يمكن الحكم بصحته حينئذ للعمومات (٢).

(١) كصحيحة عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله (ع):

(في الرجل يموت و عليه دين فيضمنه ضامن للغرماء، فقال: إذا رضى به الغرماء فقد برأت ذمة الميت) «١».

(٢) لم يظهر مراده - قده - من العمومات في المقام، فإن أدلة الضمان و بأجمعها واردة في نقل الدين من ذمة إلى أخرى، و ليس فيها ما يقتضى صحته حتى على نحو ضم ذمة إلى أخرى كى يتمسك به في المقام.

و العمومات العامة غير شاملة له أيضا، فإن اشتغال ذمة شخص - الضامن - بالنسبة إلى غيره مجانا و بلا عوض غير داخل في عنوان التجارة و لا يشمل الأمر بالوفاء بالعقود، إذ العقد ربط لالتزام الطرفين المتعاقدين فلا يصدق على ما يكون الالتزام فيه من طرف واحد خاصة، و لو صح ذلك لزم القول بصحته في غير موارد الدين كموارد الالتزام الابتدائي، و الحال انه باطل و لم يقل بصحته

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ٢ من أبواب كتاب الضمان، ح ١.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٢٧

[مسألة (٣): إذا أبرأ المضمون له ذمة الضامن برئت ذمته و ذمة المضمون عنه]

(مسألة ٣): إذا أبرأ المضمون له ذمة الضامن برئت ذمته و ذمة المضمون عنه (١) و ان أبرأ ذمة المضمون عنه

أحد على الإطلاق، فإن اشتغال الذمة ليس أمرا اختياريا للمكلف بحيث يكون له ذلك كيفما شاء و انما هو متوقف على أسبابه الخاصة من تجارة أو استيلاء أو إتلاف أو الشرط في ضمن العقد - بناء على انه يوجب الملكية - فلا يحصل من دونها. و الحاصل: ان إثبات اشتغال الذمة يحتاج الى الدليل و هو مفقود في غير الدين حيث اقتضت أدلة الضمان الصحة فيها. نعم لا بأس بتصحيح هذا الضمان بالمعنى الذى سبق منا بيانه في الشرط السابع، اعنى التعهد بالوفاء به على تقدير عدم وفاء المديون نظير التعهد بالأعيان الخارجية، فإنه لا بأس به حيث لم يكن بمعنى اشتغال الذمة.

(١) أما الأول فواضح، و أما الثانى فالإبراء فيه انما هو بمعنى عدم جواز رجوع الضامن عليه و مطالبته بما انتقل إلى ذمته نتيجة للضمان، و ذلك لانه من مختصات الأداء عن أمره فلا يثبت مع فقد أحد الشرطين.

و ما ذكرناه في معنى براءة ذمة المضمون عنه هو المتعين في التفسير و إلا فذمة المضمون عنه بالقياس إلى المضمون له - الدائن - بريئة حتى قبل الإبراء - على ما يقتضيه مذهبنا في الضمان.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٢٨

لم يؤثر شيئا، فلا تبرء ذمة الضامن، لعدم المحل للإبراء بعد برائته بالضمان، إلا إذا استفيد منه الإبراء من الدين الذى كان عليه، بحيث

يفهم منه عرفا إبراء ذمة الضامن و أما فى الضمان بمعنى ضم ذمة إلى ذمة فان ابراء ذمة المضمون عنه برئت ذمة الضامن أيضا، و ان ابراء ذمة الضامن فلا تبرء ذمة المضمون عنه كذا قالوا، و يمكن ان يقال: ببراءة ذمتها على التقديرين (١)

و بعبارة أخرى: لا بد من حمل عبارة الماتن - قده - على الضمان الاذنى حيث يصح معه التعبير ببراءة الذمتين نتيجة لإبراء المضمون له لذمة الضامن، أما ذمة الضامن فلإبراء و أما ذمة المضمون عنه فلعدم أداء الضامن شيئا و معه فلا يثبت له - الضامن - حق الرجوع عليه - المضمون عنه - و بهذا المعنى صح التعبير ببراءة ذمته، و الا - بان كان الضمان تبرعيا - فحيث لا أثر لإبراء المضمون له لذمة الضامن فى براءة ذمة المضمون عنه، فإنها بريئة و غير مشغولة لأحد بنفس الضمان، سواء فى ذلك قبل الإبراء و بعده و فلا يصح التعسير ببراءة الذمتين نتيجة لإبراء المضمون له لذمة الضامن، فإنه لا يؤثر إلا فى براءة ذمة الضامن فحسب و أما ذمة المضمون عنه فهى بريئة قبل ذلك.

(١) و هو الصحيح، أما مع إبراء الضامن فلأن الإبراء لا يعنى

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٢٩

[مسألة (٤): الضمان لازم من طرف الضامن و المضمون له]

(مسألة ٤): الضمان لازم من طرف الضامن و المضمون له (١)، فلا يجوز للضامن فسخه حتى لو كان باذن المضمون

رفع اليد عن الضم و الضمان خاصة كى يقال بان معه يبقى الدين على حاله و يكون المضمون عنه مدينا بعد الإبراء كقبلة، فإن هذا المعنى غير مراد جزما، إذ الضمان من العقود اللازمة و هى لا- تقبل الرفع حتى مع رضا الطرفين، على انه ينافى مفهوم الإبراء فإنه مساوق لإسقاط الدين - على ما ستعرف.

و إنما الإبراء بمعنى رفع اليد من الدين من أساسه - على ما يساعد عليه ظاهر اللفظ - و معه فلا مجال للقول ببقاء ذمة المضمون عنه مشغولة فإن الدين ليس الا دينا واحدا فلا يقبل البقاء و السقوط فى آن واحد بالقياس الى الذمتين.

و بعبارة أخرى: إن إبراء إحدى الذمتين من الدين الثابت فيهما على نحو الضم إنما هو بمنزلة استيفاءه منها - كما هو واضح - و لذا يذكر فى باب المهور ان الزوجة إذا أبرأت ذمة زوجها من المهر فطلقها قبل الدخول رجع عليها بنصف المهر، فلا وجه للتفكيك بين الذمتين بالقياس اليه و القول بثبوته فى ذمة دون أخرى.

و أما مع إبراء المضمون عنه، فلان مرجعه إلى إسقاط الدين و إفراغ ذمته منه و معه فلا يبقى مجال لضم ذمة أخرى إليها فيه.

(١) فان إرجاع الدين إلى ذمة المضمون عنه ثانيا و فراغ ذمة

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٣٠

عنه، و تبين إعساره (١) و كذا لا يجوز للمضمون له فسخه و الرجوع على المضمون عنه، لكن بشرط ملاءة الضامن حين الضمان أو علم المضمون له بإعساره (٢)، بخلاف ما لو كان معسرا حين الضمان و كان جاهلا بإعساره ففى هذه الصورة يجوز له الفسخ على المشهور، بل الظاهر عدم الخلاف فيه، و يستفاد من بعض الاخبار أيضا (٣)

الضامن بعد الحكم بصحة الضمان و انتقال الدين إلى ذمة الضامن و فراغ ذمة المضمون عنه بالمرء، يحتاج إلى الدليل و هو مفقود و مقتضى أصالة اللزوم - الاستفادة من إطلاقات أدلة صحة العقود و العمومات - بقاء الحكم الأول على حاله.

(١) فضلا عما لو كان ضمانا تبرعيا و من غير إذن المضمون عنه.

(٢) لعين ما تقدم فى سابقه.

(٣) و هو موثقة الحسن بن الجهم قال: «سألت أبا الحسن (ع) عن رجل مات و له على دين و خلف ولدا رجلا و نساء و صبيانا، فجاء رجل منهم فقال: أنت فى حل مما لأبى عليك من حصتى، و أنت فى حل مما لإخوتى و أخواتى و أنا ضامن لرضاهم عنك. قال: يكون فى سعة من ذلك و حل. قلت: فان لم يعطهم؟ قال: كان لك فى عنقه. قلت: فان رجع الورثة على فقالوا: أعطنا حقنا؟ فقال: لهم ذلك فى الحكم الظاهر، فأما بينك و بين الله فأنت منها

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٣١

.....

فى حل إذا كان الذى حلك يضمن لك عنهم رضاهم فيحمل لما ضمن لك. قلت: فما تقول فى الصبى لأمه ان تحلل؟ قال: نعم إذا كان لها ما ترضيه أو تعطيه، قلت فان لم يكن لها؟ قال: فلا.

قلت: فقد سمعتك تقول: انه يجوز تحليلها، فقال: إنما أعنى بذلك إذا كان لها. الحديث «١».

و هى و ان كانت معتبرة سندا إلا انها أجنبية من حيث الدلالة عن المدعى فإنها واردة فى تحليل بعض الورثة لخصته من الدين بالفعل مع الالتزام بتحصيل رضى سائر الوراث أيضا، و أين ذلك من الضمان الذى هو محل الكلام؟.

و بعبارة اخرى: ان مورد المعتبرة هو التحليل و هو عقد قائم بين المدين و شخص آخر، فى حين ان مورد كلامنا هو الضمان الذى هو عقد قائم بين الدائن و شخص آخر، فلا مجال لإثبات الحكم الثابت فى أحدهما للآخر.

على أن هذه المعتبرة لو تمت من حيث الدلالة فى المقام فمن الواضح أن مقتضاها بطلان الضمان مع عدم الملاءة لا ثبوت الخيار، و هو مما لا يقول به أحد.

على أنه لا بد من رد علم هذه المعتبرة إلى أهلها حتى موردها- التحليل- لأنها تضمنت صحة التحليل من الأجنبى و حصول فراغ

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

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٣٢

.....

الذمة واقعا به و هو لا يمكن الالتزام به إذ التحليل من الأجنبى لا يعدو كونه تحليلا فضوليا يتوقف على إجازة من له الأمر واقعا. إذن فلا- مجال للتمسك بالمعتبرة فى المقام على كل تقدير، فإنها لو تمت دلالة و أمكن العمل بها فى موردها فإثبات حكمها فى المقام لا يعدو القياس.

هذا و قد استدل صاحب الجواهر (قده) على المدعى بما دل على اعتبار الملاءة فى المحال عليه، بدعوى ان الحوالة أخت الضمان فيثبت فيه ما ثبت فيها.

و هو- كما تراه- قياس محض، فان الحكم بالخيار عند إعسار المحال عليه حين الحوالة مع جهل المحال انما ثبت بالنص الخاص فالتعدى عنها الى غيرها لمجرد اشتراكهما فى جهة لا يخرج عن حد القياس.

على أن بينهما فرقا واضحا، فإن الحوالة معاملة قائمة بين الدائن و المدين فى حين ان الضمان معاملة بين الدائن و شخص ثالث، فالحوالة معاملة معاوضة بخلاف الضمان، فإن الدائن- فى الحوالة على مشغول الذمة- مشتر ما لعمرو- مثلا- فى ذمة بكر بماله فى ذمة المدين.

بل و كذا لو كانت الحوالة على برىء الذمة فإنها معاوضة و تبديل لذلك المبلغ فى ذمة المحال عليه بماله فى ذمة المدين، غاية الأمر أن المحال عليه لما كان برىء الذمة بالنسبة إلى المحيل كان العقد فضوليا و متوقفا على أجازته.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٣٣

و المدار- كما أشرنا إليه- فى الإعسار و اليسار على حال الضمان، فلو كان موسرا ثم أعسر لا يجوز له الفسخ (١)

و من هنا: فحيث ان العشرة- مثلا- فى ذمة المعسر لا تساوى من حيث المالية بنظر العقلاء العشرة فى ذمة الموسر- كما هو واضح- و المعاملات مبنية على التساوى فى المالية بحيث يكون ذلك من الشرط الضمنى، كان تخلفه موجبا لثبوت الخيار على القاعدة- على ما تقدم بيانه مفصلا فى مبحث خيار الغبن.

و أين هذا من الضمان الذى لا يعد من المعاوضات بالمره، لأنه ليس إلا اشتغال ذمة بلا عوض و مجانا سواء فى ذلك ما كان اذنيا أو تبرعيا لأنهما لا يختلفان إلا من حيث جواز الرجوع على المدين الأول و عدمه.

و الحاصل: التعدى من الحوالة إلى الضمان قياس مع الفارق و ان اشتركا فى جهة من الجهات.

و على ضوء ما تقدم يظهر انه لا دليل يمكن الاعتماد عليه فى القول بالخيار فى المقام.

و من هنا فان تم إجماع على ذلك فهو، و إلا- كما هو الصحيح إذ غاية الأمر عدم وجدان الخلاف- فللمناقشة فيه مجال واسع و مقتضى أصالة اللزوم عدمه.

(١) لعدم شمول دليل الخيار- بناء على تماميته- للإعسار المتأخر

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٣٤

كما انه لو كان معسرا ثم أيسر يبقى الخيار (١) و الظاهر عدم الفرق فى ثبوت الخيار مع الجهل بالإعسار بين كون المضمون عنه أيضا معسرا أو لا (٢). و هل يلحق بالإعسار تبين كونه مماطلا مع يساره فى ثبوت الخيار أو لا؟
وجهان (٣).

فإن الإجماع غير ثابت فيه و معتبرة الحسن بن الجهم ناظرة الى حال الضمان و الحكم فى الحوالة مختص بالإعسار حينها أيضا.
(١) و هو انما يتم فيما إذا كان مستند الخيار فى المقام هو معتبرة الحسن بن الجهم، فإنه لا- بأس بالتمسك بإطلاقها- بعد تسليم دلالتها- لإثبات الخيار فى الفرض أيضا.

و أما إذا كان المستند هو الإجماع فالحكم بثبوت الخيار فى المقام مشكل جدا نظرا لكون القدر المتيقن منه هو المعسر المستمر.
(٢) لكونه أجنبيا عن العقد.

(٣) من اختصاص أدلة الخيار من الإجماع و النص و ما ذكره صاحب الجواهر (قده) بالإعسار فيكون التعدى عنه محتاجا الى الدليل و هو مفقود، و مقتضى أصالة اللزوم عدمه.

و من التمسك بقاعدة نفي الضرر، فان الحكم بلزوم هذا العقد ضرورى على الدائن فينفى بالقاعدة- على ما مر تفصيله فى خيار الغبن.
و الأقوى هو الأول، لما عرفته غير مرة من اختصاص دليل

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٣٥

[مسألة (٥): يجوز اشتراط الخيار فى الضمان]

(مسألة ٥): يجوز اشتراط الخيار فى الضمان (١)

لا ضرر بنفى الأحكام الضررية من الأحكام المجعولة في الشريعة المقدسة، و عدم شموله للضرر الحاصل من فعل المكلف نفسه، كما أنه لا يتكفل جبر الضرر الحاصل كذلك.

و حيث أن مقامنا من هذا القبيل لان المضمون عنه انما وقع في الضرر نتيجة لفعل نفسه اعنى رفع يده عن ذمته الثابت في ذمة المدين في قبال اشتغال ذمة الضامن به، فلا يلزم الشارع المقدس تداركه بجعل الخيار له، فان دليل نفي الضرر قاصر الشمول عن مثل هذه الموارد.

على أن دليل نفي الضرر لو شمل المقام لكان لازمه الحكم ببطلان الضمان من رأس لا الحكم بصحته مع ثبوت الخيار. و تمام الكلام فيه موكول الى محله.

إذن. فالأظهر في المقام هو عدم الخيار حتى و لو قلنا بثبوته على تقدير ظهور إعساره فضلا عن إنكاره- كما هو المختار. (١) على إشكال فيه بل منع، فان الضمان لا يقاس بسائر العقود و الفرق بينهما ظاهر.

فإن نتيجة العقد إذا كانت راجعة إلى طرفيه خاصة كان لهما رفع اليد عنه بعد ثبوته و لزومه و من غير حاجة للخيار و هو المعبر عنه في الاصطلاح بالتقابل، إلا في بعض العقود الذي ثبت فيه عدمه بالنص

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٣٦

للضامن و المضمون له، لعموم أدلة الشروط (١) و الظاهر

الخاص كالنكاح حيث لا يرفع إلا بالطلاق أو أحد موجبات الفسخ.

و إذا جاز لهما ذلك بالنتيجة جاز لهما جعل هذا الحق في ضمن العقد من الأول و هو المعبر عنه في الاصطلاح بشرط الخيار.

و ليس ذلك كله الا لكون العقد عقدهما و الحق لا يعدوهما فلهما ان يتصرفا كيفما شاء ما لم يرد منه منع من الشارع المقدس.

و هذا بخلاف ما إذا كانت نتيجة العقد ترتبط بشخص ثالث بحيث يكون الحق يعدوهما إليه، فإنه لا يكون لهما ذلك لعدم الولاية لهما على الثالث.

و حيث ان مقامنا من هذا القبيل فان عقد الضمان و ان كان قائما بين الضامن و المضمون له الا ان الحق فيه يعدوهما الى المضمون عنه حيث تبرأ ذمته عن الدين، فلا يصح اشتراط الخيار فيه إذ لا موجب لاشتغال ذمة المضمون عنه ثانيا و بعد الفراغ لمجرد رضى أحد الطرفين أو هما معا به، فإنه أمر يحتاج الى الدليل و هو مفقود.

و الحاصل: ان باب الضمان لا يقاس بباقي المعاملات التي ترجع نتائجها الى المتعاملين نفسيهما، فان اشتغال ذمة المضمون عنه ثانيا يحتاج الى الدليل و هو مفقود.

(١) و فيه: ان أدلة الشروط لا تفي بإثبات صحة جعل الخيار في المقام، نظرا لما تقدم مرارا من انها ليست بمشرعة و لا تفيد إلا

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٣٧

جواز اشتراط شيء لكل منهما (١) كما إذا قال الضامن:

«أنا الضمان بشرط أن تخط لي ثوبا»، أو قال المضمون له: «أقبل الضامن بشرط ان تعمل لي كذا». و مع التخلف يثبت للشارط خيار تخلف الشرط (٢).

[مسألة ٦: إذا تبين كون الضامن مملوكا و ضمن من غير إذن مولاه]

(مسألة ٦): إذا تبين كون الضامن مملوكا و ضمن من غير إذن مولاه أو بأذنه و قلنا إنه يتبع بما ضمن بعد

لزوم ما هو سائغ في نفسه و مع قطع النظر عن الاشتراط، و حيث ان جعل الخيار في المقام ليس من هذا القبيل باعتبار ان اشتغال ذمة المضمون عنه ثانيا يحتاج الى الدليل و لا يتم باتفاق المتعاقدين عليه، فلا يمكن إثباته بالاشتراط و التمسك بعموم أدلة الشروط.

(١) لعموم أدلة الشروط بعد ان كان الشرط سائغا في نفسه بحيث كان للمشروط عليه فعلة ابتداء و من غير اشتراط.

(٢) بل الظاهر ان هذا الاشتراط لا يوجب إلا الحكم التكليفي المحض مع جواز إلزامه به نظير الاشتراط في ضمن عقد النكاح.

و ذلك لما عرفته من أن ثبوت حق الفسخ في المقام بمعنى اشتغال ذمة الغير ثانيا و بعد فراغها و براءتها أمر خارج عن صلاحية المتعاقدين و يحتاج الى الدليل الخاص و هو مفقود و أدلة الوفاء بالشرط لا تنهض لإثباته.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٣٨

العق، لا يبعد ثبوت الخيار للمضمون له (١).

[مسألة (٧): يجوز ضمان الدين الحال حالا و مؤجلا]

(مسألة ٧): يجوز ضمان الدين الحال حالا (٢) و مؤجلا (٣) و كذا ضمان المؤجل حالا و مؤجلا بمثل ذلك الأجل أو أزيد أو أنقص (٤) و القول بعدم صحة الضمان إلا مؤجلا (٥)

(١) بل هو بعيد و يظهر وجهه مما تقدم في المسألة السابقة، إذ الالتزام باشتغال ذمة الغير بالدين ثانيا بعد فراغها منه جزما على خلاف الأصل و يحتاج إلى الدليل الخاص و هو مفقود.

(٢) بلا اشكال فيه، و يقتضيه ما دل على كون الضمان نقل الدين من ذمة إلى أخرى.

(٣) اتفاقا حيث لم ينسب الخلاف فيه الى أحد من أصحابنا، بل و قد حكي في كلماتهم الإجماع عليه.

(٤) لما ستعرفه من أن الضمان انما يتعلق بنفس الدين، و أما الحلول و التأجيل و قصر المدة و طولها فهي تثبت بالاشتراط.

(٥) قال الشيخ (قده) في النهاية: «و لا يصح ضمان مال و لا نفس إلا بأجل» (١) كما نسب ذلك في بعض الكلمات إلى غيره أيضا.

(١) كتاب النهاية ص ٣١٥.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٣٩

و أنه يعتبر فيه الأجل كالسلم، ضعيف (١)، كالقول بعدم صحة ضمان الدين المؤجل حالا (٢) أو بأنقص و دعوى

(١) لعدم الدليل عليه بل لاقتضاء أدلة الضمان خلافه - على ما تقدم.

(٢) و استدلل عليه باستلزامه زيادة الفرع على أصله.

و فيه: ان الضمان و ان كان فرع الدين، الا ان متعلقه هو نفس الدين دون الأجل، فإنه أمر خارج عنه و يثبت بالاشتراط في ضمنه.

و بعبارة أخرى. ان الضمان متعلق بعين ما اشتغلت به الذمة و من غير زيادة أو نقيصة، فإن التقديم و التأخير أمران خارجان عنه كلية على انه لو صح ما ذكر لزم منه صحته في عكسه أيضا و القول بالبطلان في ضمان الدين الحال مؤجلا، نظرا لنقصان المؤجل عن الحال في حين ان مقتضى أدلة الضمان انتقال مثل ما في ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن و من غير زيادة أو نقيصة.

و الحال ان هذا مما لا يمكن ان يلتزم به، و ليس ذلك الا لكون التقديم و التأخير خارجين عن حقيقته.

ثم ان مما ذكرنا يظهر بطلان ما ذكره فخر المحققين و استحسنة العلامة (قده) في المختلف من كونه ضمان ما لا يجب نظرا لزيادة

مالية الدين الحال عن مالية الدين المؤجل، وحيث ان هذه الزيادة غير واجبة على المديون ولا ثابتة في ذمته كان ضمانها من ضمان ما لم يجب.

ووجه البطلان ان الضمان انما تعلق بنفس الدين من غير زيادة فيه

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٤٠

أنه من ضمان ما لم يجب، كما ترى (١).

[مسألة ٨): إذا ضمن الدين الحال مؤجلاً بإذن المضمون عنه فالأجل للضمان لا للدين]

(مسألة ٨): إذا ضمن الدين الحال مؤجلاً بإذن المضمون عنه فالأجل للضمان لا للدين، فلو أسقط الضامن أجله وأدى الدين قبل الأجل يجوز له الرجوع على المضمون عنه (٢) لأن الذي عليه كان حالاً ولم يصير مؤجلاً بتأجيل

أو نقيصة، و الحلول و التأجيل انما يثبتان بالاشتراط في ضمنه.

و منه يظهر جواز اختلاف الأجلين من حيث الزيادة و النقيصة.

إذن: فالصحيح هو ما ذهب اليه الماتن (قده) وفاقاً للمشهور من جواز ضمان الدين المؤجل حالاً.

(١) لما تقدم من الوجه في بطلانها.

(٢) لأداء دينه بأذنه، و الضمان و ان كان مؤجلاً-الا- أن الأجل حق للضامن لا-له، إذ المفروض كون دينه حالاً-و هو و ان سقط

بالضمان الا أن أمره و إذنه فيه أوجب الضمان فيصح الرجوع عليه على تقدير الأداء متى ما حصل.

و الحاصل: ان الأجل انما هو بالنسبة إلى الضمان لا الدين فإنه حال و لا ملازمة بينهما من هذه الجهة.

نعم لو كان إذنه في الضمان مقيداً بكون الأداء في وقت كذا- حيث لا- مانع من تقييده أو تعليقه- كان أداء الضامن له قبل ذلك

الوقت تبرعاً محضاً فليس له الرجوع عليه بعد الأجل فضلاً عما قبله

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٤١

الضمان. و كذا إذا مات قبل انقضاء أجله و حل ما عليه و أخذ من تركته يجوز لو ارثه الرجوع على المضمون عنه و احتمال صيرورة

أصل الدين مؤجلاً حتى بالنسبة إلى المضمون عنه ضعيف (١).

[مسألة ٩): إذا كان الدين مؤجلاً فضمنه الضامن كذلك، فمات و حل ما عليه و أخذ من تركته]

(مسألة ٩): إذا كان الدين مؤجلاً فضمنه الضامن كذلك، فمات و حل ما عليه و أخذ من تركته ليس لو ارثه الرجوع على المضمون

عنه الا بعد حلول أجل أصل الدين، لان الحلول على الضامن بموته لا يستلزم الحلول (٢) على المضمون عنه و كذا لو أسقط أجله و

أدى الدين قبل الأجل

إذ المقيد عدم بانعدام قيده. الا ان هذا خارج عن محل الكلام.

(١) و هو مشكل جداً، إذ لا وجه لجواز امره بذلك الأداء، فإن المفروض انه انما أمر الضامن بأداء دينه المؤجل في حينه، فما لم يكن

الأداء كذلك- سواء أ كان ذلك بفعل الضامن نفسه أم غيره- لم يكن للمؤدى الرجوع عليه.

لأنهما في الواقع عقدان مستقلان فلا وجه لإثبات الأجل المأخوذ في أحدهما في الآخر.

(٢) لما عرفته من اختلاف العقدين حقيقة و عدم الملازمة بينهما فى الأجل و الحلول.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٤٢

لا يجوز له الرجوع على المضمون عنه الا بعد انقضاء الأجل (١).

[مسألة ١٠: إذا ضمن الدين المؤجل حالا بأذن المضمون عنه]

(مسألة ١٠): إذا ضمن الدين المؤجل حالا- بأذن المضمون عنه فان فهم من إذنه رضاه بالرجوع عليه يجوز للضامن ذلك، و الا فلا

يجوز الا بعد انقضاء الأجل (٢) و الإذن فى الضمان أعم من كونه حالا.

[مسألة ١١: إذا ضمن الدين المؤجل بأقل من أجله و أداه ليس له الرجوع على المضمون عنه]

(مسألة ١١): إذا ضمن الدين المؤجل بأقل من أجله و أداه ليس له الرجوع على المضمون عنه إلا بعد انقضاء أجله (٣). و إذا ضمنه

بأزيد من أجله فأسقط الزائد و أداه جاز له الرجوع عليه، على ما مر من أن أجل الضمان

(١) إذ لا وجه لجواز رجوعه عليه بعد عدم تعلق أمره بذلك الأداء بالمرء، فإنه إنما أمره بأداء دينه المؤجل فى حينه فما لم يكن الأداء كذلك لم يكن له الرجوع عليه.

و بعبارة أخرى: ان أصل الأداء و ان كان بأمر من المضمون عنه الا ان خصوصية التقديم لما لم تكن بامر له لم يكن للضامن الرجوع عليه قبل الأجل فالحلول زيادة من الضامن لم يلتزم به المضمون عنه.

(٢) لكون الحلول حينئذ زيادة من الضامن نفسه، فلا يلزم به المضمون عنه.

(٣) لما تقدم.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٤٣

لا- يوجب صيرورة أصل الدين مؤجلا و كذا إذا مات بعد انقضاء أجل الدين قبل انقضاء الزائد فأخذ من تركته فإنه يرجع على المضمون عنه (١).

[مسألة ١٢: إذا ضمن بغير إذن المضمون عنه برئت ذمته]

(مسألة ١٢): إذا ضمن بغير إذن المضمون عنه برئت ذمته، و لم يكن له الرجوع عليه و ان كان أدائه بإذنه أو أمره (٢) الا أن يأذن له

فى الأداء عنه تبرعا منه فى وفاء دينه، كأن يقول: «إذ ما ضمننت عنى و أرجع به على» على اشكال (٣) فى هذه الصورة أيضا من حيث

ان مرجعه حينئذ إلى الوعد الذى لا يلزم الوفاء به، و إذا

(١) لما عرفته من كون الأجل للضمان دون الدين، فلا يجوز للمضمون عنه تأخير دفعه بعد أداء الضامن له عند حلول أجله و ان بقى من أجل الضمان ما بقى.

(٢) لكونه أمرا له بما اشتغلت ذمته- الضامن- به، نظير أمر الغير بأداء الدين الثابت عليه- المأمور- فى نفسه، فإنه لا يوجب الضمان قطعا لكونه أمرا بما هو واجب عليه فى نفسه و مع قطع النظر عن الأمر.

(٣) الظاهر أنه لا وجه للاستشكال فى المقام و ليس مرجع الأمر هذا الى الوعد، و انما مرجعه الى انابة المضمون عنه الضامن فى أداء

الضمان عنه تبرعا و كأنه هو الذى باشر ذلك بنفسه، فإنه موجب

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٤٤

ضمن باذنه فله الرجوع عليه بعد الأداء (١) و ان لم يكن بإذنه لأنه بمجرد الإذن فى الضمان اشتغلت ذمته من غير توقف على شىء، نعم لو إذن له فى الضمان تبرعا فضمن ليس له الرجوع عليه، لأن الإذن على هذا الوجه كلا إذن.

[مسألة (١٣): ليس للضامن الرجوع على المضمون عنه فى صورة الإذن]

(مسألة ١٣): ليس للضامن الرجوع على المضمون عنه فى صورة الإذن إلا بعد أداء مال الضمان (٢) على المشهور بل الظاهر عدم الخلاف فيه و انما يرجع عليه بمقدار ما أدى، فليس له المطالبة قبله، اما لان ذمة الضامن و ان اشتغلت حين الضمان بمجرد الا ان ذمة المضمون عنه

للضمان و رجوع النائب على الأمر بلا خلاف.

و بعبارة أخرى: ان حال الضامن فى المقام هو حال الأجنبى الثالث الذى يؤمر بأداء ما على زيد من الديون نيابة عن الأمر، فإنه لا فرق بين الضامن و غيره من هذه الناحية و هما على سواء فيها فكما ان أمر الأجنبى بذلك يوجب الضمان و جواز رجوع المأمور بعد الأداء الى الأمر فكذا الحال فى الضامن أيضا لو حدة الملاك و هو الأمر بإتلاف مال محترم بالنيابة عنه و كأنه هو المباشر له.

(١) بلا اشكال فيه و لا خلاف، و تدل عليه الروايات الكثيرة الواردة فى المقام.

(٢) لما تقدم.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٤٥

لا تشتغل الا بعد الأداء و بمقداره، و اما لأنها تشتغل حين الضمان لكن بشرط الأداء، فالأداء على هذا كاشف عن الاشتغال من حينه، و اما لأنها و ان اشتغلت بمجرد الضمان الا أن جواز المطالبة مشروط بالأداء. و ظاهرهم هو الوجه الأول. و على اى حال لا خلاف فى أصل الحكم و ان كان مقتضى القاعدة جواز المطالبة و اشتغال ذمته من حين الضمان (١) فى قبال اشتغال ذمة الضامن سواء أدى أم لم يؤد. فالحكم المذكور على خلاف القاعدة ثبت

(١) بل مقتضى القاعدة هو الأول، إذ لا بد فى اشتغال ذمة الغير من سبب له من عقد أو إتلاف أو تلف فى بعض الموارد- و إلا فالضامن من غير سبب و موجب لا يمكن تصحيحه بوجه.

و من هنا فحيث ان الأمر بالضمان و اقسام الضامن عليه، لا يعنى إلا براءة ذمة المدين من الدين و اشتغال ذمة الضامن به، فلا وجه للقول باقتضاه بنفسه للضمان و اشتغال ذمة المضمون عنه تجاه الضامن إذ لا ملازمة بينهما بالمره.

و دعوى استلزام ذلك لتضرر الضامن فيشملة حديث لا ضرر.

واضح الفساد لما عرفت من قصور هذا الدليل عن شمول موارد الاقدام على الضرر- كما نحن فيه.

بل الضمان انما يثبت فى موارد أداء الضامن للدين بالسيرة العقلانية

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٤٦

بالإجماع و خصوص الخبر: (عن رجل ضمن ضمانا ثم صالح عليه، قال: ليس له الا الذى صالح عليه) (١) بدعوى الاستفادة منه أن ليس للضامن الا ما خسر.

و يتفرع على ما ذكره: ان المضمون له لو أبرء ذمة

القطعية فإن مقتضاها- حتى مع الإغماض عن النصوص- لزوم جبران الأمر للخسارة و النقص الواردين على مال الضامن المستندين إلى أمره، فإن هذه الناحية هي العمدة في الدليل على اشتغال ذمة المضمون عنه للضامن في المقام. هذا مضافا إلى كون هذا المطلب هو المستفاد من النصوص الواردة في المقام على ما ستعرف بيانه.

(١) و هو موثق عمر بن يزيد قال: «سألت أبا عبد الله (ع) عن رجل ضمن عن رجل ضمنا ثم صالح عليه، قال: ليس له الا الذي صالح عليه» (١).

و نحوه موثقة ابن بكير (٢).

حيث ان المستفاد من قوله (ع) (ليس له الا- ما صالحه عليه) كون المصالحة و أداءه للأقل هي السبب في الضمان و اشتغال ذمة المضمون عنه له، و هو ما يعنى براءة ذمته قبل المصالحة و الأداء كما هو واضح

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ٦ من أبواب أحكام الضمان، ح ١،

(٢) الوسائل: ج ١٣ باب ٦ من أبواب أحكام الضمان، ح ٢.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٤٧

الضامن عن تمام الدين ليس له الرجوع على المضمون عنه أصلا (١) و ان أبرأه من البعض ليس له الرجوع بمقداره و كذا لو صالح معه بالأقل - كما هو مورد الخبر- و كذا لو ضمن عن الضامن ضامن تبرعا فأدى، فإنه حيث لم يخسر بشيء لم يرجع على المضمون عنه و ان كان باذنه (٢).

و كذا لو وفاه عنه غيره تبرعا.

[مسألة (١٤): لو حسب المضمون له على الضامن ما عليه خمسا أو زكاة أو صدقة]

(مسألة ١٤): لو حسب المضمون له على الضامن ما عليه خمسا أو زكاة أو صدقة، فالظاهر أن له الرجوع على المضمون عنه (٣)، و لا يكون في حكم الإبراء.

و الا لكان الحكم إسقاطا لما ثبت في ذمة الغير و هو ما ياباه ظاهر النص.

(١) حيث لم يخسر الضامن نتيجة لضمانه شيئا، فلا يكون له الرجوع عليه.

(٢) لما عرفته من ان العبرة انما هي بأداءه و خسارته لا بأصل الضمان.

(٣) إذ المستحق يملك ما في ذمته أو لا بالاحتساب ثم يسقط الدين بحيث يكون السقوط متفرعا على الملكية، و بذلك فيكون التلف من ماله و الخسارة عليه لأنه الذي أداه بماله الذي ملكه خمسا أو زكاة أو صدقة، فيصح له الرجوع عليه.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٤٨

و كذا لو أخذه منه ثم رده عليه هبة (١). و أما لو وهبه ما في ذمته فهل هو كالإبراء أو لا؟ وجهان (٢). و لو مات المضمون له فورته الضامن لم يسقط جواز الرجوع به على المضمون عنه (٣).

(١) بلا اشكال فيه، إذ الضامن قد خسر الدين بأدائه للمضمون له، فيكون له الرجوع على المضمون عنه على طبق القاعدة و ملكيته للمال ثانيا ملكية جديدة و فائدة أجنبية عن الخسارة السابقة فلا وجه لمنعها من الرجوع عليه.

(٢) أقواهما الثاني، إذ لا مانع من ملكية الإنسان لما في ذمته هبة كما لا مانع من ملكيته لما فيها بالإجارة أو الإرث. و القبض المعترف في الهبة متحقق أيضا لكونه مسلطا على ذلك المال باعتبار انه في ذمته لا في ذمة الغير. و من هنا فيعتبر هذا في الحقيقة تملكا له لا إبراء لذمته، و عليه فيصح له الرجوع على المضمون عنه لأن الخسارة قد وقعت في ماله و السقوط كان بعد تملكه لذلك المال.

نعم لو بنينا على عدم صحة الهبة في الذمة و ان الإنسان لا يملك ما في ذمة نفسه، تعين الحكم بعدم جواز رجوعه عليه، لانحصار القضية- حينئذ- في الإبراء المحض.

(٣) لكونها خسارة واردة عليه بسبب الضمان، لان انتقال ما في مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٤٩

[مسألة ١٥: لو باع أو صالحه المضمون له بما يساوي أقل من الدين]

(مسألة ١٥): لو باع أو صالحه المضمون له بما يساوي أقل من الدين، أو وفاة الضامن بما يساوي أقل منه، فقد صرح بعضهم بأنه لا يرجع على المضمون عنه الا بمقدار ما يساوي. و هو مشكل بعد كون الحكم على خلاف القاعدة (١) و كون القدر المسلم غير هذه الصور،

ذمته اليه بمنزلة الأداء فيرجع به عليه.

خويي، سيد ابو القاسم موسوي، مباني العروة الوثقى، ٢ جلد، منشورات مدرسة دار العلم - لطفی، قم - ايران، اول، ١٤٠٩ هـ ق

مباني العروة الوثقى؛ ج ٢، ص: ١٤٩

بل و كذا لو كانت ملكيته له بعقد كما لو استأجره المضمون له على عمل بما في ذمته من المال أو كان الضامن امرأة فتزوجها المضمون له جاعلا- ما في ذمته صداقا لها، فان له الرجوع عليه جزما، لثبوت ملكية الضامن لذلك المال الثابت في ذمته في مرحلة سابقة على سقوط الدين و حصول البراءة، فإنه يملكه أولا بالعقد ثم يسقط عنه الدين قهرا.

و بهذا يصدق عليه أنه خسر ذلك المال لخسارته لمقداره في قبال عمله الذي أداه أو صداقها في النكاح.

و الحاصل: أنه يصح للضامن الرجوع على المضمون عنه كلما صحت نسبة الخسران الناشئ من الضمان اليه بحيث يكون واردا على ماله و مأخوذا منه بلا فرق في ذلك بين الصور جمعا.

(١) و فيه: ما عرفته في محله من كون الحكم على القاعدة حيث لا موجب لإثبات الضمان قبل الأداء، فإن الأمر إنما يوجب بشرط

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٥٠

و ظاهر خبر الصلح الرضا من الدين بأقل منه (١)، لا- ما إذا صالحه بما يساوي أقل منه. و أما لو باع أو صالحه أو وفاة الضامن بما يساوي أزيد فلا إشكال في عدم جواز الرجوع بالزيادة (٢).

[مسألة ١٦: إذا دفع المضمون عنه الى الضامن مقدار ما ضمن قبل أدائه]

(مسألة ١٦): إذا دفع المضمون عنه الى الضامن مقدار ما ضمن قبل أدائه، فإن كان ذلك بعنوان الأمانة ليحتسب بعد الأداء عما عليه،

فلا اشكال و يكون في يده

الوفاء خارجا باعتبار ان الخسارة تكون عليه - حينئذ - بالسيرة القطعية.

(١) وفيه: انه لا وجه له، فان النص مطلق و مقتضى قوله «صالح عليه» عدم الفرق بين كون ما صالح به من جنس الدين كى يستلزم الاسقاط و الرضا من الدين بأقل منه، و بين كونه من غير جنسه فيكون وفاء له. نعم النص مختص بالصلح و لا يعم البيع، الا أنه لا ينبغى الشك فى عدم الخصوصية له و كون العبرة بما يخسره الضامن للمضمون له نتيجة للضمان.

إذن: فالصحيح ما ذهب اليه المشهور من كون رجوع الضامن على المضمون عنه - فى المقام - بمقدار ما يسوى لا مقدار الدين. (٢) لأن أمر المضمون بالضمان لا يوجب الا ضمانه عند أداء المأمور له بمقدار ما أمر به، و أما الزائد عنه فلما لم يكن عن أمره مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٥١

أمانة، لا يضمن لو تلف إلا بالتعدى أو التفريط (١).

و ان كان بعنوان وفاء ما عليه، فان قلنا باشتغال ذمته حين الضمان و ان لم يجب عليه دفعه الا بعد أداء الضامن، أو قلنا باشتغاله حينه بشرط الأداء بعد ذلك على وجه الكشف فهو صحيح و يحتسب وفاء، لكن بشرط حصول الأداء من الضامن على التقدير الثانى. و ان قلنا: انه لا- تشتغل ذمته إلا- بالأداء و حينه - كما هو ظاهر المشهور - (٢) فيشكل صحته وفاء، لان المفروض عدم اشتغال ذمته بعد فيكون فى يده كالمقبوض بالعقد الفاسد (٣)، و بعد الأداء

كان الضامن متبرعا به و معه فلا يصح له الرجوع عليه.

(١) على ما تقتضيه قواعد الامانة.

(٢) و تقتضيه القواعد - على ما عرفت.

(٣) كما هو الحال فيما لو دفع إلى غيره مالا بتوهم كونه مدينا له، فإنه لا يعد وفاء لعدم مصادفته لاشتغال الذمة، بل يبقى المال على ملك مالكة الأول - الدافع - و يكون فى يد الثانى من قبيل المقبوض بالعقد الفاسد، فيكون تصرفه فيه موجبا للضمان نظرا لكونه تصرفا فى مال الغير بغير حق، كما هو الحال فى سائر موارد المقبوض بالعقد الفاسد.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٥٢

ليس له الاحتساب إلا ياذن جديد أو العلم ببقاء الرضا به (١).

(١) ظاهر تقييده (قده) للحكم بالعلم ببقاء الرضا به، عدم كفاية الاستصحاب فى مورد الشك. و هو الصحيح إذ لا - مجرى للاستصحاب فى المقام، لتبدل الموضوع فان ما كان متيقنا فى السابق - الأذن فى احتسابه فى ذلك الوقت - لا أثر له بالفعل لفوات ظرفه، و ما له أثر بالفعل - الأذن فى الاحتساب بعد الأداء - لم يكن ثابتا فى زمان كى يستصحب الى حالة الشك، فهو نظير إذن زيد لعمر و فى سكنى دار لم يكن يملكه حين الإجازة ثم ملكه، فإنه لا مجال للقول بكفايته لسكناه بالفعل لاستصحاب بقاءه، فان ما كان ثابتا فى السابق لا أثر له بالمرّة لكونه فى غير محله، و ما ينفع بالفعل لم يكن ثابتا فى زمان كى يستصحب بقاءه.

و بعبارة أخرى: ان الأعراض و الافعال تختلف عن الجوهر فى تعددها و تغايرها بحسب الأزمنة، فالقيام فى هذا اليوم و القيام فى اليوم السابق فردان من القيام مختلفان بخلاف وجود زيد فى هذا اليوم و وجوده فى اليوم السابق فإنهما ليسا بوجودين مختلفين و انما هما وجود واحد لشخص واحد.

و من هنا: فلا مجال لإجراء الاستصحاب في الأول و إثبات الفعل الثابت في الزمان السابق يقينا في الزمان المشكوك، بخلاف الثاني حيث لا مانع من التمسك بالاستصحاب لإثباته في الزمان المشكوك.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٥٣

[مسألة (١٧): لو قال الضامن للمضمون عنه: «ادفع عنى إلى المضمون له ما على من مال الضمان» فدفع]

(مسألة ١٧): لو قال الضامن للمضمون عنه: «ادفع عنى إلى المضمون له ما على من مال الضمان» فدفع برئت ذمتها معا، أما الضامن: فلأنه قد أدى دينه، و أما المضمون عنه: فلأن المفروض ان الضامن لم يخسر. كذا قد يقال. و الأوجه أن يقال: ان الضامن حيث أمر المضمون عنه بأداء دينه فقد اشتغلت ذمته بالأداء (١). و المفروض أن ذمة المضمون عنه أيضا مشغولة له، حيث أنه أذن له في الضمان. فالأداء المفروض موجب لاشتغال ذمة الضامن من حيث كونه بأمره، و لاشتغال ذمة المضمون عنه حيث ان الضمان بأذنه، و قد وفي الضامن (٢). فيتهاثران، أو يتقاصان (٣) و اشكال صاحب الجواهر في اشتغال ذمة

و حيث ان الاحتساب من الافعال، يكون متعددا بحسب الزمان لا محالة فلاحتماب في هذا الزمان غير الاحتساب في الزمان السابق و مغاير له فلا يمكن إحرازه في الزمان المشكوك بالاستصحاب.

(١) لأن الأمر بالدفع لا على وجه المجانية موجب للضمان بالسيرة العقلائية القطعية- على ما عرفته غير مرة مفصلا.

(٢) بدفع المضمون له للدين بأمره، فإنه يجعل الأداء مستندا اليه و كأنه هو الذى باشره بنفسه.

(٣) التعبير بالتقاص من سهو القلم أو غلط النساخ جزما. إذ

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٥٤

.....

لا- موضوع له في المقام بالمرّة لاختصاصه بمورد ظلم من عليه الحق و هو غير متصور في المقام لحصول التهاثر القهرى بين الدينين و فراغ الذمتين معا بالنتيجة.

و حملة عليه بان يقال أن المراد به هو التهاثر القهرى و قد جرى به تأكيدها انما يتم فيما إذا كان العطف بالواو- كما هو الحال في عبارة المسالك- فلا يمكن القول به فيما نحن فيه حيث كان العطف ب «أو».

و كيف كان: فما أفاده (قده) إنما يتم في فرض تماثل الدينين من جميع الجهات، بان يكونا معا حالين أو مؤجلين إلى أجل متحد فلو فرض اختلافهما من بعض النواحي بأن كان أحدهما حالا- و الآخر مؤجلا أو كانا مؤجلين و اختلف أجلهما لم يكن للتهاثر موضوع أصلا كما هو الحال في غير الضمان أيضا، فإن المتلف لمال مدينة بالدين المؤجل يخسر بدل التالف حالا و ينتظر بدينه إلى أجله- كما هو أوضح من أن يخفى.

و عليه ففيمنا نحن فيه إنما يصح القول بالتهاثر في صورة تماثل الدينين خاصة، فلو اختلفا و لو من حيث الحلول و التأجيل أو مقدار الأجل بأن كان الدين مؤجلا فضمنه الضامن كذلك ثم أسقط الأجل و أمر المضمون عنه بالأداء حالا، فلا مجال للتهاثر بل يرجع المضمون عنه على الضامن بما أداه بأمره، في حين ينتظر الضامن في الرجوع عليه

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٥٥

الضامن بالقول المزبور (١) في غير محله (٢).

[مسألة ١٨]: إذا دفع المضمون عنه الى المضمون له من غير إذن الضامن برئاً معاً

(مسألة ١٨): إذا دفع المضمون عنه الى المضمون له من غير إذن الضامن برئاً معاً (٣)، كما لو دفعه أجنبي عنه.

حلول الأجل، كما هو الحال فيما لو باشر الضامن الأداء بنفسه - على ما تقدم في المسألة العاشرة.

(١) قال في الجواهر رداً على التزام المسالك بالتهاتر القهري.

ما هذا لفظه:

«و فيه: ان أداء دين الضامن المأذون به المضمون عنه باذن الضامن لا يقتضى اشتغال ذمة الضامن بمثله، إذ ليس هو قد صار بذلك قرضاً عليه مع عدم قصده، و عدم توقف وفاء الدين على كونه مملوكاً للمديون، كما أنه لا يستحق رجوعاً على المضمون عنه لعدم حصول الأداء منه فلا تقاص حينئذ، لعدم ثبوت المالكين في ذمة كل منهما فتأمل» (١).

(٢) لعدم توقف ذلك على عنوان القرض كى يرد عليه انه غير مقصود، فإن الأمر بالإتلاف لا على نحو المجانية موجب لضمان الأمر بالسيرة العقلانية القطعية فيثبت اشتغال ذمة كل منهما تجاه الآخر، فيحصل التهاتر قهراً.

(٣) أما الضامن فلأداء الدين من قبل غيره، و اما المضمون عنه

(١) كتاب الجواهر ج ٢٦ ص ١٥٥.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٥٦

[مسألة ١٩]: إذا ضمن تبرعاً فضمن عنه ضامن باذنه و أدى ليس له الرجوع على المضمون عنه

(مسألة ١٩): إذا ضمن تبرعاً فضمن عنه ضامن باذنه و أدى ليس له الرجوع على المضمون عنه (١)، بل على الضامن (٢). بل و كذا لو ضمن بالاذن فضمن عنه ضامن بإذنه (٣)، فإنه بالأداء يرجع على الضامن، و يرجع هو على المضمون عنه الأول (٤).

[مسألة ٢٠]: يجوز أن يضمن الدين بأقل منه برضا المضمون له

(مسألة ٢٠): يجوز أن يضمن الدين بأقل منه برضا المضمون له (٥). و كذا يجوز أن يضمه بأكثر منه (٦).

فبراءة ذمته انما هي بمعنى عدم رجوع الضامن عليه بالمال، و الا فذمته بريئة بنفس الضمان - على ما عرفته في أول الكتاب.

(١) الأول حيث لم يكن ضمانه عن أمره و إذنه.

(٢) لكونه ضمانه باذنه فيرجع عليه بعد الأداء لاقتضاء الأمر لذلك.

(٣) حيث لم يكن ضمان هذا - الضامن الثاني - بإذنه، و ان كان ضمان الضامن الأول بإذنه، فلا يكون له حق الرجوع عليه.

(٤) على ما تقتضيه قاعدة الضمان بالإذن فان كلا منهما يرجع على خصوص الذى أمره بذلك.

(٥) بلا إشكال فيه، و مرجعه إلى إسقاط المضمون له للزائد، و كأنه قد رضى ببراءة ذمة المدين عن ذلك المال فى قبالة اشتغال ذمة الضامن بالأقل.

(٦) للمناقشة فى صحته مجال واسع، بل الظاهر عدم صحته، فان

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٥٧

.....

الضمان- على ما تقدم في أول الكتاب- ليس الا نقل الدين من ذمة إلى ذمة أخرى، و هو لا يقتضى إلا اشتغال ذمة الضامن بما اشتغلت به ذمة المضمون عنه، فيبقى الاشتغال بالزائد بلا موجب يقتضيه، فلا يصح بعنوان الضمان. و دعوى: رجوعه إلى اشتراط الزيادة للمضمون عنه، بان يكون قبوله للضمان مشروطا بتحملة للزيادة. مدفوعة: بأن ثبوتها ان كان على نحو شرط النتيجة، ففيه: انه بلا موجب حيث ان اشتراط الاشتغال بلا سبب من بيع أو نحوه لا يوجب الاشتغال بما اشترط.

و ان كان على نحو شرط الفعل بان يلزمه دفع مقدار زائد على الدين في مقام الأداء، ففيه: أنه ان صح فلا يوجب اشتغال ذمته بأكثر من الدين، فان اشتراط الفعل لا- يوجب الا- الحكم التكليفي و لزوم الوفاء به، و من الواضح أنه أجنبي عن اشتغال ذمته بالمشروط بالفعل.

على أنه غير صحيح في نفسه، باعتبار ان مرجعه الى اشتراط الزيادة في الدين و هو ربا محرم، إذ لا فرق في اشتراط الزيادة بين كونه بإزاء بقاء الدين في ذمة المدين و بين كونه بإزاء نقله إلى ذمة أخرى فإن الكل ربا محرم. إذن: فالصحيح عدم صحة هذا الضمان بقول مطلق سواء أ كانت

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٥٨

و في الصورة الأولى لا يرجع على المضمون عنه مع إذنه في الضمان الا بذلك الأقل (١) كما أن في الثانية لا يرجع عليه الا بمقدار الدين (٢)، إلا إذا أذن المضمون عنه في الضمان بالزيادة (٣).

[مسألة (٢١): يجوز الضمان بغير جنس الدين]

(مسألة ٢١): يجوز الضمان بغير جنس الدين (٤)

الزيادة مأخوذة على نحو الاشتراط أم على نحو اقتضاء الضمان بنفسه لها.

(١) إذ الزائد عنه قد سقط بإسقاط المضمون له و لم يخسره الضامن فلا وجه لرجوعه به عليه.

(٢) لخروجه عن مورد إذنه.

(٣) لاقتضاء الأمر ذلك بالسيرة العقلانية القطعية- على ما تقدم بيانه غير مرة.

(٤) على إشكال تقدم في الضمان بالزيادة، إذ لا موجب لاشتغال ذمة الضامن بغير ما اشتغلت ذمة المضمون عنه.

و الحاصل: انه لا فرق في الزيادة الممنوعة في الضمان بين كونها في مقدار المال أو خصوصية من خصوصياته، فإن إثبات كل منهما في ذمة الضامن من إثبات أمر زائد عما اشتغلت به ذمة المضمون عنه، و من هنا فلا تشمله أدلة الضمان و لا يكون بعنوانه، و حيث لا طريق غيره لإثباته فلا محيص عن الالتزام ببطلانه.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٥٩

كما يجوز الوفاء بغير الجنس (١)، و ليس له ان يرجع على المضمون عنه الا بالجنس الذي عليه (٢) الا برضاه.

[مسألة (٢٢): يجوز الضمان بشرط الرهانة]

(مسألة ٢٢): يجوز الضمان بشرط الرهانة، فيرهن بعد الضمان (٣)

- (١) بلا اشكال فيه على ما تقتضيه الأدلة والقواعد.
- (٢) و الظاهر ان الوفاء من غير جنس الدين إن كان بأمر المضمون عنه، كان للضامن الرجوع عليه بما أداه لاقتضاء الأمر لذلك بالسيرة العقلانية- كما عرفت.
- و ان لم يكن بأمره فليس له الرجوع عليه بغير جنس الدين فإن الخصوصية هذه- الجنس- انما كان عن تبرع الضامن محضا و لم تكن متعلقة لأمر المضمون عنه في وقت فإنه لم يأمر إلا بأداء أصل الدين.
- نعم لو كان ثمن ما أداه من الجنس بدلا عن الدين أقل منه لم يكن له الرجوع إلا- بمقدار ما صالحه عليه و اداه، و ليس له أخذ التفاوت، فإنه لم يخسره كى يكون له الرجوع به عليه.
- (٣) ظاهر كلامه (قده) فرض صحة ذلك أمرا مفروغا عنه، لكنه لا يخلو عن اشكال بل منع.
- فان مرجعه ان كان الى تعليق الضمان بالشرط المتأخر- الرهان- فهو باطل جزما، إذ التعليق مبطل لجميع العقود الا ما خرج بالدليل
- مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٦٠
-

كالوصية و التدبير.

- و ان كان مرجعه الى تعليق التزامه بالضمان على ذلك الفعل بحيث يكون التزامه به منوطا و مشروطا بتحقق الفعل خارجا و الذى يرجع إلى جعل الخيار لنفسه على تقدير التخلف كما هو الغالب و المتعارف فى موارد أخذ الافعال شرطا فى العقود، فهو باطل أيضا لما تقدم فى المسألة الخامسة من هذا الكتاب من عدم قابلية عقد الضمان لجعل الخيار فيه نظرا إلى تجاوز الحق فيه لطرفيه. فإن الأمر لا يتعلق بالضامن و المضمون له خاصة كى يقررا ما شاء، و إنما هو متعلق بالمضمون عنه أيضا حيث يستلزم الضمان براءة ذمته، فان اشتغالها ثانيا لمجرد رضا أحد الطرفين أو هما معا به أمر يحتاج إلى الدليل و هو مفقود.
- نعم لو رجع هذا الاشتراط الى مجرد الحكم التكليفى المحض و وجوب الوفاء على المشروط عليه و جواز إلزامه به- كما هو الحال فى الاشتراط فى ضمن عقد النكاح- بحيث يكون رضا المشروط له بالعقد معلقا على التزام المشروط عليه بالشرط و لكن من غير ثبوت خيار له على تقدير التخلف، فلا بأس به.
- و لا يرد عليه انه من تعليق أصل العقد، فإنه لا يقتضى البطلان ما دام ان التعليق انما هو على أمر حاصل بالفعل- الالتزام.
- الا انه خلاف المتعارف و الشائع فى العقود جدا، فلا يمكن حمل
- مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٦١
- بل الظاهر جواز اشتراط كون الملك الفلانى رهنا بنحو شرط النتيجة فى ضمن عقد الضمان (١).

الاشتراط عليه إلا بالاحراز و لو من جهة نصب القرينة عليه أو التصريح به.

- (١) بلا إشكال فى صحته، لما عرفته مرارا من أنه كلما كان للمكلف إنشاء مستقلا و إيجادا بالفعل من غير اعتبار سبب خاص فيه، كان له إنشاءه بالشرط فى ضمن عقد آخر، إذ لا يعتبر فى الإنشاء إلا الاعتبار النفسانى المقرون بالمبرز خارجا كيف ما كان و من غير تقييد بكونه إنشاء مستقلا أو شرطا فى ضمن عقد من العقود.
- و هو متحقق فى المقام، فإنه لا يعتبر فى عقد الرهن إنشاء بالصيغة و اللفظ فضلا عن اعتبار صيغة خاصة فيه، بل يكفى فى تحققه

مجرد اعتباره في النفس مع إبرازه بمبرز ما و لو كان هو الشرط في ضمن العقد.
نعم هذا لا يجرى في العقود التي يعتبر في إنشائها لفظا مخصوص كالنكاح و الطلاق و نحوهما، فلا يصح إنشاؤها باشتراطها في ضمن عقد آخر على نحو شرط النتيجة.

ثم ان كلام الماتن (قده) و ان كان مختصا باشتراط المضمون له الرهانة على الضامن بحيث لم يكن يقبل بضمانه إلا بها- كما يظهر ذلك من قوله (قده): «فيرهن بعد الضمان»- إلا أن الظاهر مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٦٢

[مسألة ٢٣: إذا كان على الدين الذي على المضمون عنه رهن فهل ينفك بالضمان أو لا؟]

(مسألة ٢٣): إذا كان على الدين الذي على المضمون عنه رهن فهل ينفك بالضمان أو لا؟ يظهر من المسالك و الجواهر انفكاكه (١)، لأنه بمنزلة الوفاء. لكنه لا يخلو عن اشكال. هذا مع الإطلاق، و أما مع اشتراط البقاء

عدم اختصاص الحكم به و جريان الكلام بعينه في اشتراط الضامن الرهانة على المضمون عنه بحيث لا يقبل بضمان دينه إلا بعدها، فيجرى فيه ما تقدم في الفرض الأول من التفصيل بين شرط الفعل و شرط النتيجة.

(١) و هو الصحيح: لتعدد الدين في المقام، فان ما في ذمة الضامن من الدين ليس هو ما كان في ذمة المضمون عنه قبل الضمان، بل هما فردان متغايران غاية الأمر ان أحدهما يقوم مقام الآخر بمعنى سقوط دين المضمون عنه و انعدامه بإزاء حدوث الدين الجديد في ذمة الضامن.

و التعبير بانتقال الدين من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن تعبير مسامحي جزما فان الموجود في ذمته بالفعل ليس هو الدين الأول و الذي كان ثابتا في ذمة المضمون عنه بحيث يكون قد انتقل من مكان إلى آخر، و إنما هو فرد جديد وجد بعد انعدام الأول و سقوطه.

و حيث ان الرهن انما كان بإزاء الأول و المفروض ارتفاعه و سقوطه فلا محيص عن القول بانفكاكه و ارتفاعه أيضا لانتفاء موضوعه. مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٦٣
أو عدمه فهو المتبع (١).

[مسألة ٢٤: يجوز اشتراط الضمان في مال معين على وجه التقييد]

(مسألة ٢٤): يجوز اشتراط الضمان في مال معين على وجه التقييد (٢).

و لعل الى هذا يشير صاحب الجواهر (قده) بقوله: «لان الضمان أداء» فإنه أداء بلحاظ انتفاء الدين الأول و ارتفاعه فلاحظ.
(١) لعموم أدلة الوفاء بالشرط.

(٢) لم يظهر معنى متحصل للتقييد في المقام، لأنه ان رجع إلى نفس الضمان و اشتغال الذمة بهذا المال بخصوصه و دون غيره، بحيث يجعل الضامن اشتغال ذمته مشروطا و منوطا بهذا المال.

ففيه: انه لا معنى لتقييد ما في الذمة بالأمر الخارجي، فإنهما أمران متغايران لا يصلح كل منهما مقيدا للآخر.

و ان رجع إلى تعليق الضمان بالأداء من هذا المال المعين، أو بجعل المضمون له قبوله للضمان معلقا على ذلك، فهو و ان كان ممكنا

في حد ذاته و معقولا في نفسه، الا أنه باطل جزما لرجوعه الى تعليق الضمان به و هو مبطل إجماعا. و بعبارة اخرى: ان تقييد شىء بشىء انما يصح فيما كان من قبيل تقييد الكليات بالأفراد أو الحالات، فلا يصح في الأمور الأجنبية المتباينة فإنه لا معنى للتقييد فيها إلا التعليق في الإيجاب أو القبول و هو مبطل في حد نفسه.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٦٤

أو على نحو الشرائط في العقود من كونه من باب الالتزام في الالتزام (١) و حينئذ يجب على الضامن الوفاء من ذلك المال (٢) بمعنى صرفه فيه و على الأول: إذا تلف ذلك المال يبطل الضمان (٣) و يرجع المضمون له على المضمون عنه. كما أنه إذا نقص يبقى الناقص في عهده.

و على الثاني: لا يبطل بل يوجب الخيار (٤) لمن له

و ان رجع الى تقييد ما ينتقل إلى ذمته - المضمون - بحيث يجعله مقيدا بذلك الشىء، فهو كسابقه فان ما في الذمة أجنبي عن الأداء الذى هو فعل خارجي فلا يمكن تقييده به.

و الحاصل: ان التقييد لما كان في قبيل الإطلاق باعتبار انه عبارة عن جعل المطلوب حصه خاصة منه، فلا يصح الا في مورد يصح فيه الإطلاق، و حيث ان إطلاق ما في الذمة بالقياس الى الفعل الخارجى غير متصور لكونه أجنبيا عنه فلا يمكن تقييده به.

(١) بان يكون التزامه بالأداء من المال المعين في ضمن التزامه بالضمان المطلق.

(٢) لعموم أدلة وجوب الوفاء بالشرط.

(٣) بل قد عرفت بطلانه حتى مع بقاء المال لعدم رجوع التقييد في مثل المقام الى معنى محصل.

(٤) الا انه على خلاف المرتكزات العرفية في مثل هذه الموارد

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٦٥

الشرط من الضامن أو المضمون له أو هما. و مع النقصان يجب على الضامن الإتمام (١) مع عدم الفسخ و أما جعل الضمان في مال معين من غير اشتغال ذمة الضامن، بان يكون الدين في عهده ذلك المال، فلا يصح (٢).

فإنها إنما تساعد على رجوع الشرط هذا إلى التزام الطرف المقابل به و جواز إلزامه على تقدير تخلفه عنه - كما هو الحال في الشرط في عقد النكاح - من غير ان يرجع إلى جعل الخيار في شىء.

على ان جعل الخيار غير متصور في الضمان، لما عرفته من عدم قابليته له نظرا لتجاوز الحق فيه لطرفيه.

إذن: فالصحيح ان تلف المال المعين على تقدير الاشتراط كما لا يوجب بطلان العقد لا يوجب ثبوت الخيار لمن الشرط له، و انما غاية ما هناك وجوب الوفاء عليه بالشرط و أداء الضمان من ذاك المال المعين ما دام موجودا فإذا تلف اداه من غيره لتعذر الأداء من المعين.

(١) لانه ضامن لجميع الدين على نحو الإطلاق. غاية الأمر انه كان متعهدا بأداءه من المال المعين فإذا تلف بعضه رجع فيه بخصوصه إلى غيره لتعذر أداء ذلك المقدار من المال المعين.

(٢) لاستلزامه انتفاء حق المضمون له بالمره و فراغ ذمته الضامن و المضمون عنه معا قبل أداء الدين و هو غير معقول، لأننا إذا فرضنا فراغ ذمة المضمون عنه بأصل الضمان، و ذمة الضامن لعدم اشتغالها

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٦٦

[مسألة ٢٥: إذا إذن المولى لمملوكه في الضمان في كسبه]

(مسألة ٢٥): إذا إذن المولى لمملوكه في الضمان في كسبه، فإن قلنا ان الضامن هو المولى - للأنفهام العرفي (١) أو لقرائن خارجية - يكون من اشتراط الضمان في مال معين و هو الكسب الذى للمولى، و حينئذ فإذا مات العبد تبقى ذمة المولى مشغولة ان كان على نحو الشرط في ضمن العقود (٢) و يبطل ان كان على وجه التقييد (٣) و ان انعتق يبقى

بشئ نظرا لكون الضمان في نفس العين، و هى ما لم تؤد باقيه على ملك مالكها، لزم منه انتفاء دين المضمون عنه لخلو الذمتين و العين الخارجية عنه، و هو أمر لا محصل له و لا يمكن فرضه في الخارج.

و الحاصل: انه لا بد في الضمان من فرض اشتغال ذمة أحد بالدين قبله و بعده، فلا يصح فرضه فيما كان لازمه براءة الذمتين معا.

(١) نظير أمره له بالاستدانة، حيث يفهم العرف منه كونه هو المستدين و كأنه هو المباشر له.

(٢) لثبوته في ذمته من بادئ الأمر، و تعذر الشرط لا يوجب السقوط. فيجب عليه أداءه من سائر أمواله كما هو واضح.

(٣) تقدم الكلام فيه في المسألة السابقة، و قد عرفت ان التقييد في مثل هذه الموارد لا يرجع إلى معنى محصل الا التعليق المبطل للعقد في حد نفسه، و من هنا فلا بد من حمله على الاشتراط لا محالة.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٦٧

و جوب الكسب عليه (١). و ان قلنا ان الضامن هو المملوك، و أن مرجعه الى رفع الحجر عنه بالنسبة إلى الضمان، فإذا مات لا يجب على المولى شئ (٢)، و تبقى ذمة المملوك مشغولة يمكن تفريره بالزكاة و نحوها. و ان انعتق يبقى الوجوب عليه (٣).

(١) عملا بمقتضى الشرط - كذا قيل -، الا أنه مشكل جدا و الظاهر ان حال العتق حال الموت، فكما ينقطع سلطان المولى عن العبد و منافعه بالموت فكذلك ينقطع بالعتق، فما يكسبه العبد بعد ذلك انما هو له و ملكه و لا سلطان لمولاه عليه.

و من هنا فلا وجه لإلزامه بأداء دين مولاه السابق من ممتلكاته الخاصة.

بل الظاهر كون المولى هو المطالب بالدين فلا بد له من أداءه من ماله، و جواز أداءه من كسب العبد انما كان ثابتا له باعتبار ملكيته له و لمنافعه، فإذا انتفى ذلك بالعتق و التحرر فلا مجال للحكم ببقاءه أيضا فإنه لا يكون الا من أداء الدين بمال الغير.

(٢) لكون المولى أجنبيا عنه فلا يلزم به، كما هو الحال في سائر ديون العبد و ضماناته غير العقدية.

(٣) فيجب عليه الاكتساب و الخروج عن عهدة المال عملا بالشرط و تفريرا لذمته.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٦٨

[مسألة ٢٦: إذا ضمن اثنان أو أزيد عن واحد]

(مسألة ٢٦): إذا ضمن اثنان أو أزيد عن واحد (١) فاما ان يكون على التعاقب، أو دفعة. فعلى الأول:

الضامن من رضى المضمون له بضمانه (٢) و لو أطلق الرضا بها كان الضامن هو السابق. و يحتمل قويا (٣) كونه كما إذا ضمنا دفعة، خصوصا بناء على اعتبار القبول من المضمون له، فإن الأثر حاصل بالقبول نقلا لا كشفا.

(١) الظاهر كون مفروض الكلام في ضمان الاثنين أو الأزيد لواحد على نحو الاستقلال، لا ضمان المجموع - كما لا يبعد دعوى كونه هو المتعارف في الخارج - و الا فلا ينبغي الإشكال في صحته لرجوعه إلى ضمان بعض الدين من قبل كل منهما و هو صحيح جزما،

فيتعين تقسيط المال عليهم بالنسبة و عدم جواز رجوع المضمون له على أحدهم بتمامه.

(٢) لاعتبار رضاه في تحقق الضمان جزما و ان لم نقل باعتبار قبوله.

(٣) بل هو المتعين، فان الضمان انما يتم برضاه أو قبوله، فقبله لا ضمان و عند تحققه يكون نسبه إليهما على حد سواء، فيجرب فيه ما يجيء في ضمانهما دفعة و الحاصل: ان حال هذه الإجازة حال اجازة المالك للعقدين الفضولين الواقعين على ماله على التعاقب، حيث يحكم بطلانها معا و من غير ان يكون لسبق إيجاب أحدهما على الآخر أثر، فإن الأثر انما هو لسبق العقد على غيره لا سبق إيجابه على إيجاب غيره،

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٦٩

و على الثاني: ان رضى بأحدهما دون الآخر فهو الضامن (١) و ان رضى بهما معا ففى بطلانه- كما عن المختلف و جامع المقاصد و اختاره صاحب الجواهر- أو التقسيط بينهما بالنصف أو بينهم بالثلث- ان كانوا ثلاثة- و هكذا. أو ضمان كل منهما، فللمضمون له مطالبه من شاء- كما في تعاقب الأيدي- وجوه أفواها: الأخير (٢). و عليه: إذا أبرء

من غير فرق في ذلك بين القول بالنقل- كما هو الصحيح في المقام- أو الكشف- كما هو الصحيح في باب الإجازة- بناء على ما اخترناه من الكشف الحكمي، فإن الحكم انما يكون من الآن.

نعم بناء على القول بالكشف الحقيقي و جعل القبول معرفا محضا يمكن القول بصحة السابق خاصة، الا أنه احتمال غير وارد على ما عرفته في محله.

(١) لتمامية الضمان بالنسبة إليه دون صاحبه.

(٢) بل الأول، إذ الثاني لا وجه له بالمره. فإن الضمان انما تعلق بتمام المال فلا وجه للحكم بصحة كل منهما في مقدار و البطلان في مقدار آخر، فإنه ليس الا التفكيك في مدلول كل عقد بلا مبرر.

و أما الأخير فهو و ان كان معقولا في حد نفسه و ممكنا بحسب مقام الثبوت، فإنه و كما يمكن تصوره في الأحكام التكليفية- الواجب الكفائي- يمكن تصوره في الأحكام الوضعية أيضا، الا ان الكلام في الدليل عليه في مقام الإثبات، فإنه لا دليل عليه بالمره.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٧٠

.....

و قياسه على ضمان الأعيان و المنافع باطل، فان متعلق الضمان في باب تعاقب الأيدي لما كان هو العين كانت مسؤوليتها و بفضل عموم على اليد على من يأخذها و تصل إليه، فهي في عهده كل من يأخذها و يكون مسئولا عنها- على ما ذكرناه في معنى ضمان الأعيان- و من هنا فإن أمكن ردها و جب و الا تعين رد بدلها مثلا أو قيمة.

و نسبة هذا المعنى إلى جميع الأيدى سواء، فإنه و بمقتضى عموم على اليد، ثابت على الأخير على حد ثبوته على الأول، فإذا أدى أحدهم بدلها ملك العين التالفه بالسيرة العقلانية.

و من هنا يكون له الرجوع على من تأخر عنه دون من تقدم عليه لأنها انتقلت منه اليه فلا معنى لرجوعه عليه ببطلانها أيضا، و أين هذا من ضمان ما في الذمة، حيث لا دليل على انتقال المال الواحد إلى ذمتين معا بحيث يكون ماله الواحد ثابتا في كل من الذمتين أو الذمم على نحو الاستقلال بان يكون له الرجوع إليهما معا و مطالبه كل واحد منهما بتمام ماله في عرض مطالبته للآخر.

و بعبارة أخرى: لا دليل على تضاعف دين المضمون له و ثبوته في كل من الذمتين، بل ان ثبوته في كل منهما ملازم لبراءة ذمة الآخر. و اما ثبوته في ذمتها على نحو البدل، نظير الواجب الكفائي، فلم يدل على صحته دليل فان الضمان على البدل كالوجوب على البدل

انما يتصور على نحوين لا ثالث لهما- على ما ذكرناه مفصلا في مبحث

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٧١

.....

الواجب الكفائي من المباحث الأصولية.

الأول: ان يكون المخاطب و المكلف به هو الجامع، فان الواجب لما كان من الأمور الاعتبارية صح توجيهه إلى الجامع كما يصح تعلقه به كما هو الحال في موارد الواجبات التخيرية.

الثاني: ان يكون الخطاب متوجها إلى كل واحد منهما على نحو الواجب المشروط، بحيث يكون كل واحد منهما مخاطبا به على تقدير عدم إتيان الغير به. فيرجع الوجوب الكفائي إلى الوجوب المشروط.

وهذان المعنيان كما يمكن تصورهما في الأحكام التكليفية يمكن تصورهما في الأحكام الوضعية أيضا، فيكون المخاطب بالضمان هو الجامع أو كل منهما على تقدير عدم أداء الآخر.

ال- أن الكلام في إثباته بالدليل، و الظاهر عدم إمكان إثبات شيء منهما، اما الأول: فواضح، فان الضمان انما صدر من كل منهما بشخصه فلا وجه لإثباته للجامع.

فالذي صدر منه الضمان- الفرد- لم نقل بضمانه على الفرض.

و الذي نقول بضمانه لم يصدر منه ضمان، فلا وجه للالتزام به.

و أما الثاني: فالأمر فيه كسابقه، فإن المنشأ من قبل كل من الضامنين انما هو الضمان المطلق دون المقيد بعدم أداء غيره، فحملة عليه إمضاء لما لم ينشأ نظير ما ذكرناه في كتاب الإجارة فيما إذا آجر من يجب الحج عليه نفسه للحج نيابة عن غيره، حيث حكمنا

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٧٢

المضمون له واحدا منهما برىء دون الآخر (١) إلا إذا علم أراءته إبراء أصل الدين لا خصوص ذمة ذلك الواحد.

فيه ببطلان الإجارة، باعتبار انه و ان أمكن تصور ذلك صحيحا على نحو الترتب الا أنه خلاف ما أنشأه المنشأ، فيكون من مصاديق ما أنشأ لم يمض شرعا و ما يمكن إمضاءه لم ينشأ.

على اننا لو فرضنا التصريح بالثاني- أعنى الضمان على تقدير عدم أداء الآخر- لم ينفع ذلك، لاستلزامه التعليق المبطل للعقود.

إذن: فلا دليل على صحة الضمان البدلي بجميع تقاديره.

فإن غاية أدلة الضمان إثبات صحة انتقال الدين من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن، و اما انتقاله من ذمته إلى ذمة ما و من غير تعيين فلم يدل على صحته دليل.

و الحاصل: ان القول بانتقال الدين الواحد إلى الذمتين معا و جمعا غير ممكن، و إليهما على البدل و ان كان ممكنا إلا انه لا دليل عليه.

و من هنا: فيتعين القول الأول و الحكم بالبطلان فيهما معا كما ذهب اليه غير واحد من الأصحاب.

(١) و هو يناقض ما تقدم منه (قده) في المسألة الثالثة من الحكم ببراءة الذمتين على تقدير القول بان الضمان ضم ذمة إلى ذمة.

و كيف كان: فبراءة الذمتين معا بإبراء إحداهما هو الصحيح لما عرفته في تلك المسألة من رجوع الإبراء إلى إسقاط الدين و رفع اليد

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٧٣

[مسألة ٢٧: إذا كان له على رجلين مال، فضمن كل منهما ما على الآخر بإذنه]

(مسألة ٢٧): إذا كان له على رجلين مال، فضمن كل منهما ما على الآخر بإذنه، فإن رضى المضمون له بهما صح (١)، و حينئذ فإن كان الدينان متماثلين جنسا و قدرا تحول ما على كل منهما إلى ذمة الآخر. و يظهر الثمر فى الإعسار و اليسار (٢) و فى كون أحدهما عليه رهن دون الآخر، بناء على افتككاه الرهن بالضمان. و ان كانا مختلفين قدرا أو جنسا أو تعجيلا و تأجيلا أو فى مقدار الأجل فالثمر ظاهر. و ان رضى المضمون له بأحدهما دون الآخر كان الجميع عليه (٣) و حينئذ فإن أدى الجميع رجوع على الآخر بما أدى، حيث ان المفروض كونه مأذونا منه.

عنه أساسا لا خصوص الضم فقط فراجع.

(١) لتمامية الضمان فى كل من الجانبين.

(٢) بناء على ما ذهب اليه المشهور و اختاره هو (قده) من ثبوت الخيار للمضمون له عند ظهور إعسار الضامن حين الضمان، فإنه - و على هذا التقدير - لو ظهر إعسار أحد الضامنين، كان للمضمون له فسخ ضمانه خاصة و بذلك يثبت المال بتمامه فى ذمة صاحبه. إلا إنك قد عرفت فى محله عدم تمامية هذا القول.

(٣) اما دين نفسه فلعدم صحة ضمانه من قبل صاحبه نظرا لعدم قبول المضمون له به، و أما دين صاحبه فلصحة ضمانه له.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٧٤

و ان أدى البعض، فان قصد كونه مما عليه أصلا أو مما عليه ضمانا فهو المتبع (١) و يقبل قوله ان ادعى ذلك (٢) و أن أطلق و لم يقصد أحدهما فالظاهر التقييد. و يحتمل القرعة. و يحتمل كونه مخيرا فى التعيين بعد ذلك و الأظهر الأول (٣).

(١) فإن المال ماله و الولاية فيه له، فله ان يعين اى الدينين شاء.

(٢) للسيرة العقلانية القطعية على قبول قول من له الولاية على شىء فيه، و المعروفة اختصارا فى كلماتهم بقاعدة: «من ملك شيئا ملك الإقرار به».

نعم لو كذبه المضمون عنه انتهى الأمر إلى الترافع لا محالة.

(٣) بل هناك احتمال رابع هو أظهر الكل، و حاصله: احتسابه عما فى ذمته بالأصالة خاصة و عدم رجوعه بشىء منه على المضمون عنه.

و الوجه فيه: ان اشتغال الذمة بواجبين متماثلين - سواء فى ذلك الواجبات التكليفية و الوضعية - يكون على أنحاء: - فقد يفرض عدم وجود الخصوصية لهما معا، بان يكون المطلوب من المكلف هو فردان من الطبيعى من غير تقييد بهذا أو ذاك أو تمايز بينهما، نظير من فاته يومان من رمضان أو صلاتان متماثلتان من يومين أو كان عليه دينان لشخص واحد، بأن يكون قد استقرض منه مرتين.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٧٥

.....

حيث لا - مائز بين الواجبين فى هذه الموارد بحسب الواقع و علم الله، بل الواجب عليه هو فردان من طبيعى ذلك الواجب من غير تحديد بأحدهما دون الآخر.

و قد يفرض وجود الخصوصية لأحدهما دون الآخر كما لو كان عليه صيام يومين يوم فاته فى السنة السابقة و يوم عما فاته من

السنة التي هو فيها، حيث ان الأول لا خصوصية له في حين أن من خصوصية الثاني وجوب الفدية عند عدم الإتيان به الى رمضان القادم.

و كذا الحال في دينين بإزاء أحدهما رهانه، حيث يكون من خصوصية ما بإزائه رهانه افتكاك رهانه باداءه في حين لا خصوصية في أداء صاحبه.

وقد يفرض وجود الخصوصية لهما معاً، بان يكون المطلوب منه هو الفردين الممتازين أحدهما عن الآخر. كما لو كان عليه صيام يومين يوم عن الكفارة و الآخر قضاء أو كان كل منهما نيابة عن شخص معين.

و عليه: فإذا أتى المكلف بأحد الواجبين الثابتين في ذمته من غير تعيين له و قصد اليه بحسب الواقع:- فإن كان من قبيل الأول، سقط الواحد لا- بعينه و بقي الآخر لا- بعينه، إذ لا- خصوصية تميز أحدهما عن صاحبه، و الجامع قابل للانطباق على كل منهما، فيسقط أحدهما لا محالة و يبقى الآخر، فلو كان قد صام يوماً من اليومين أو أدى أحد الدينين سقط يوماً و بقيت

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٧٦

.....

ذمته مشغولة بيوم آخر، و كذا الدين، و ان كان من قبيل الثاني: تعين الاحتساب عما لا خصوصية فيه و بقاء الذمة مشغولة بذى الخصوصية، نظراً الى ان الاحتساب من الأول لا يحتاج إلا إلى قصد أصل الطبيعي و هو حاصل، بخلاف الثاني حيث يحتاج الاحتساب عنه الى قصد الخصوصية و هو مفقود.

و بعبارة أخرى: ان الاحتساب عن ذى الخصوصية لا يكون الا مع قصده بعينه فإنه من الأمور القصديّة و ما لم يقصد لم يسقط امره و لم يتحقق امتثاله، بخلاف صاحبه حيث لا يتوقف احتسابه عنه على قصد زائد عن قصد أصل الطبيعي.

فالجامع ينطبق على ما لا خصوصية فيه من الواجبين قهراً لكفاية القصد إلى أصل الطبيعي فيه، و لا ينطبق على ما فيه الخصوصية لعدم قصدها.

و ان كان من قبيل الثالث: اختلف الحال فيه بالنظر إلى ما يقبل التقسيط و ما لا يقبله.

ففي الأول يتعين التقسيط كما لو ضمن لشخص دينين له على رجلين، فأدى مقدارا منه. فإنه يحسب منهما لا محالة و ان لم يكن قد قصد احدي الخصوصتين حين الأداء، فإن دفعه عما في ذمته من قصد المجموع قهراً، لانه لم يدفعه تبرعاً و مجاناً. فليس هذا في الحقيقة من عدم قصد الخصوصية، بل هو من قصد الخصوصيتين

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٧٧

و كذا الحال في نظائر المسألة (١) كما إذا كان عليه دين

معاً، فيحسب عليهما لا محالة.

و في الثاني يتعين الحكم بالبطلان لعدم إمكان الاحتساب عليهما بالنسبة و بطلان الترجيح بلا مرجح، كما لو كان عليه صوم يومين عن شخصين فصام يوماً واحداً من غير تعيين للمنوب عنه، فإنه لا محيص عن الحكم ببطلانه لعدم قابليته للتقسيط بينهما.

إذا عرفت ذلك كله فحيث ان ما نحن فيه- أداء الضامن المديون لبعض المجموع من غير تعيين- من قبيل القسم الثاني- أعنى وجود الخصوصية في أحدهما خاصة- باعتبار ان ثبوت الرجوع على المضمون عنه من خصوصيات الأداء عنه، تعين الحكم فيه بالاحتساب عن نفسه و جعله بتمامه و فاء عن دينه لعدم احتياجه إلا- الى أصل قصد الطبيعي. بخلاف الأداء عن الغير حيث يتوقف على قصد الخصوصية.

و الحاصل: ان الجامع منطبق على دينه الأصلي انطباقاً قهرياً فيكون ما أداه وفاء عنه و تبقى ذمته مشغولة بالدين الضماني. لان انطباقه عليه يحتاج الى القصد و هو مفقود.
و من هنا يظهر انه لا وجه في المقام للقول بالتفسيط أو القرعة أو الرجوع في التعيين اليه، لانتفاء موضوعها بعد تعيين الاحتساب عليه قهراً.

(١) ظهر الحال فيها مما تقدم، فان ما ذكرناه من القاعدة سيالته فيها اجمع.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٧٨

و عليه رهن و دين آخر لا رهن عليه فأدى مقدار أحدهما أو كان أحدهما من باب القرض و الآخر ثمن المبيع، و هكذا. فان الظاهر في الجميع التفسيط. و كذا الحال إذا أبرأ المضمون له مقدار احد الدينين مع عدم قصد كونه من مال الضمان أو من الدين الأصلي. و يقبل قوله إذا ادعى التعيين في القصد (١) لأنه لا يعلم الا من قبله.

[مسألة ٢٨: لا يشترط علم الضامن حين الضمان بثبوت الدين على المضمون عنه]

(مسألة ٢٨): لا يشترط علم الضامن حين الضمان بثبوت الدين على المضمون عنه (٢) كما لا يشترط العلم بمقداره (٣) فلو ادعى رجل على آخر ديناً فقال: «على

(١) بالسيرة العقلائية القطعية- على ما تقدم.

(٢) على ما هو المعروف و المشهور بين الأصحاب. و قد نسب الخلاف فيه إلى بعض بدعوى استلزامه الغرر المنفى.

إلا- إنك قد عرفت في المسألة الأولى من هذا الكتاب الاشكال منا في عموم دليل القاعدة لغير البيع، و في صدق الغرر في المقام فراجع.

هذا مضافاً إلى رجوع الشك في المقدار إلى الشك في أصل الوجود بالنسبة إلى الزائد، فإذا صح الضمان في الأول صح في الثاني أيضاً، و لا وجه للتفكيك بينهما.

(٣) لعمومات أدلة الضمان، على ما تقدم بيانه في المسألة الأولى من الكتاب.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٧٩

ما عليه» صح. و حينئذ فإن ثبت بالبينة يجب عليه أدائه سواء كانت سابقه أو لاحقة (١)، و كذا إن ثبت بالإقرار السابق على الضمان، أو باليمين المردودة (٢) كذلك (٣) و أما إذا أقر المضمون عنه بعد الضمان أو ثبت باليمين المردودة فلا يكون حجة على الضامن إذا أنكره (٤) و يلزم عنه بأدائه في الظاهر (٥) و لو اختلف الضامن و المضمون

(١) لعدم اختصاص حجية البينة بما يكون قبل الضمان.

(٢) من المضمون عنه- المنكر- على المضمون له- المدعى.

(٣) أى قبل الضمان.

(٤) اما الأول: فلا اختصاص حجيته بالمقر دون غيره فما يكون عليه يلزم بإقراره، و اما ما يكون له أو على غيره فلا أثر لإقراره و ما نحن فيه من هذا القبيل حيث ان إقراره انما هو في حق الغير فلا وجه للقول بنفوذه.

و أما الثاني: فلا اختصاص أثره و حجيته بمن رد اليمين على الحالف فهو الملزم بمقتضى اليمين دون غيره.

(٥) أى يلزم المضمون عنه أداء المال إلى المضمون له عن الضامن ظاهراً.

وقد أورد عليه في بعض الكلمات بما حاصله نفى المقتضى لهذا اللزوم، باعتبار ان إقراره هذا كالعدم للقطع بفراغ ذمته و عدم مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٨٠

له في ثبوت الدين أو في مقداره، فأقر الضامن أو رد اليمين على المضمون له فحلف، ليس له الرجوع على

اشتغالها بشيء لأنه ان كان كاذبا في إقراره فالأمر واضح فإنه برىء الذمة قبل الضمان و بعده، و ان كان صادقا فقد برئت ذمته بانتقال ما فيها إلى ذمة الضامن بحكم الضمان.

و من هنا فمطالبة المضمون له بالمال و أخذه منه ليس الا من أخذ ما يعلم بعدم استحقاقه له.

و فيه: انه يمكن تقريب ما أفاده الماتن (قده) بأحد وجهين:- الأول: ان إقراره لما كان حجة في ثبوت الدين عليه أولا لزمه أداءه، نظرا إلى ان الضمان و ان اقتضى نقله إلى ذمة الضامن الا أنه لما لم يكن إثبات الدين في حال سابق على الضمان بدليل معتبر و من ثم لم يكن الضامن ملزما بأداءه، كان لازم سقوطه من المضمون عنه أيضا ذهاب مال المسلم هدرا و هو أمر لا يمكن المصير إليه فإن ماله كدمه لا يذهب هدرا.

و من هنا فلا بد للمضمون عنه المعترف بثبوت الدين عليه أولا الخروج عن عهده و حيث لم يكن بدفعه عن نفسه مباشرة لاعتراف المضمون له ببراءة ذمته فلا بد له من دفعه و فاء عن الضامن، حيث به يصل المال إلى صاحبه.

الثاني: الالتزام بفساد الضمان، فيبقى الدين على حاله ثابتا في

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٨١

المضمون عنه إذا كان منكرا (١) و ان كان أصل الضمان باذنه. و لا بد في البيئنة المثبتة للدين أن تشهد بثبوتها حين الضمان، فلو شهدت بالدين اللاحق أو أطلقت و لم يعلم

ذمة المدين الأول و من هنا فيجب عليه الأداء و فاء.

و ذلك: لا لأجل توقف صحة الضمان على العلم بالدين، فإنه أمر غير صحيح، بل لإناطة صحة الضمان بثبوت الدين شرعا كاناؤها بثبوت الواقعي - و هو غير قادح لكونه تعليقا على ما يتقوم به - فإنه ليس إلا - أخذه في العهدة و هو انما يكون فيما إذا ثبت وجوده شرعا، فما لم يثبت ذلك لم يكن المعلق عليه الضمان حاصلا فيحكم بفساده.

و هذا الاحتمال و ان كان هو الأوجه، الا ان من غير الخفى كون الأول هو الأوفق بعبارة (قده).

(١) لعدم نفوذ إقرار الضامن أو يمينه المردودة على خصمه في المضمون عنه.

ثم ان اختلاف الضامن و المضمون له في أصل ثبوت الدين و إنكار المضمون عنه لذلك بعد ثبوتها بإقرار الضامن أو اليمين المردودة مع فرض كون الضمان بأمر المضمون عنه انما يتصور في موارد الأذن في الضمان على نحو كلي بان يقول المضمون عنه للضامن: «اضمن عني ديوني» فإنه حينئذ يمكن فرض إنكار المضمون عنه لدين معين مع كون أصل الضمان عن إذنه، و إلا فلو كان الأذن شخصيا بان

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٨٢

سبقه على الضمان أو لحوقه لم يجب على الضامن أداءه (١).

[مسألة ٢٩: لو قال الضامن: «على ما تشهد به البيئنة»]

(مسألة ٢٩): لو قال الضامن: «على ما تشهد به البيئنة» وجب عليه أداء ما شهدت بثبوتها حين التكلم بهذا الكلام، لأنها طريق الى الواقع و

كاشف عن كون الدين ثابتا حينه. فما في الشرائع من الحكم بعدم الصحة لا وجه له، ولا للتعليل الذي ذكره بقوله: «لأنه لا يعلم ثبوته في الذمة» (٢). الا ان يكون مراده في صورة إطلاق

أذن له في ضمان الدين المعين لم يكن لهذا البحث مجال إذ لا يمكن الجمع بين الاعتراف بأصل الدين الناشئ من إذنه في ضمانه شخصيا مع إنكاره لأصله، والحاصل: إن إذنه - المضمون عنه - في ضمان الدين المعين الشخصي اعتراف منه به و بثبوته عليه، و معه فلا مجال لإنكاره له بعد ذلك.

(١) إذ لا بد في جواز الرجوع عليه و إلزامه بما ضمنه من ثبوت الدين في ذمة المضمون عنه شرعا حال الضمان لينتقل به منها إلى ذمة الضامن.

(٢) حيث قد عرفت في المسألة السابقة عدم اعتبار علم الضامن بثبوت الدين حين الضمان. فلا بأس في الضمان على تقدير الثبوت، و لا يقدح التعليق فيه لكونه تعليقا على الموضوع و العنصر المقوم للمفهوم.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٨٣

البينة المحتمل للثبوت بعد الضمان (١) و اما ما في الجواهر من أن مراده بيان عدم صحة ضمان ما يثبت بالبينة من حيث كونه كذلك (٢)، لأنه من ضمان ما لم يجب حيث لم يجعل العنوان ضمان ما في ذمته لتكون البينة طريقا (٣) بل جعل العنوان ما يثبت بها، و الفرض وقوعه قبل ثبوته بها. فهو - كما ترى - لا وجه له (٤).

(١) بمعنى إنشاء الضمان المتأخر من الآن، فإنه باطل جزما.

الا انه احتمال بعيد جدا عن ظاهر عبارته (قده) و خارج عن محل الكلام.

(٢) بمعنى تعلق الضمان بالدين المقيد بقيام البينة عليه، فإنه من ضمان ما لم يجب، باعتبار انه غير موجود حين الضمان و إنما يحدث عند قيام البينة عليه.

(٣) أي لم يجعل المضمون هو الدين الواقعي على إطلاقه مع جعل البينة كاشفة له، كي يقال انه كان ثابتا و موجودا حين الضمان، و انما جعل المضمون هو الدين المقيد بقيام البينة عليه و هو لا يعقل وجوده قبل قيام البينة عليه.

(٤) أما أولا: فلعدم انطباق ما ذكره (قده) على ما علل به المحقق (قده) الفساد في الشرائع، فإنه (قده) انما علله بعدم العلم باشتغال ذمة المضمون عنه بالدين، في حين ان مقتضى كلام

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٨٤

.....

صاحب الجواهر (قده) كون اشتغال ذمة المضمون عنه بالدين حين الضمان معلوم العدم، لانه مقيد بقيام البينة و هو غير موجود حين الضمان.

و بعبارة أخرى: ان تعليل صاحب الجواهر (قده) البطلان بكونه من ضمان ما لم يجب أجنبى عن عبارة المحقق (قده) فلا مجال لحملها عليه.

و ثانيا: ان تعليل البطلان بكونه من ضمان ما لم يجب، غير صحيح في نفسه و مع قطع النظر عن انطباقه على عبارة المحقق (قده) و عدمه.

و ذلك: لعدم قابلية الدين الثابت في الذمة للتقييد بقيام البيئة عليه و عدمه، فان الدين الثابت في الذمة فرد واحد للدين قد تقوم عليه البيئة و قد لا- تقوم، و ليس أحدهما مغايرا للآخر كى يقال بان ما قامت عليه البيئة لم يكن موجودا حين الضمان و ما كان موجودا حينه لم يتعلق به الضمان.

و بعبارة أخرى: ان قيام البيئة على الدين لا يجعل الفرد الواحد فردين مختلفين و متغايرين، بل هو فرد واحد يشتمل على الوصف تارة و يفقده أخرى.

فيكون هذا الضمان من ضمان الدين على تقدير ثبوته، فيحكم بصحته لكونه من التعليق على أمر مقوم له، و لا وجه لان يقال بأنه مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٨٥

[مسألة ٣٠: يجوز الدور في الضمان]

(مسألة ٣٠): يجوز الدور في الضمان (١)، بان يضمن عن الضامن ضامن آخر، و يضمن عنه المضمون عنه الأصيل. و ما عن المبسوط من استلزامه صيرورة الفرع أصلا و بالعكس (٢)، و لعدم الفائدة، لرغوع الدين كما كان. مدفوع: بأن الأول غير صالح للمانع (٣)،

غير موجود حين الضمان.

(١) إذ لا فرق في صحة الضمان- بحسب أدلته- بين دين و آخر سواء أ كان ذلك من جهة الشراء أو القرض أو الإلتاف أو الضمان أو غيرها من الأسباب، فإن أدلة الضمان شاملة لكل على حد سواء.

(٢) فان المدين الأول- الأصيل- ينقلب فرعا في الضمان الثانى حيث يتلقى الدين من الضامن الأول، فى حين أن الفرع فى الأول- الضامن- يصبح أصلا لانتقال الدين منه الى الضامن الجديد- المضمون عنه الأول.

(٣) فإنه كلام صورى لا- محصل له، فان انقلاب الفرع أصلا و بالعكس لا يتصور فى معاملة واحدة فإنهما من المتضادين و هما لا يجتمعان فى شخص واحد فى آن واحد و بالقياس إلى معاملة واحدة و تصورهما فى معاملتين و ان كان أمرا ممكنا بأن يكون الأصيل فى المعاملة الأولى فرعا فى الثانية، إلا- انه لا محذور فيه بالمره، فيجوز لمن باع داره من زيد ثم باعه زيد من عمرو ان يشتريه منه إجماعا

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٨٦

بل الثانى أيضا كذلك (١). مع أن القاعدة تظهر فى الإعسار و اليسار (٢)، و فى الحلول و التأجيل، و الأذن و عدمه. و كذا يجوز التسلسل بلا إشكال (٣).

[مسألة ٣١: إذا كان المديون فقيرا يجوز أن يضمن عنه بالوفاء من طرف الخمس أو الزكاة أو المظالم]

(مسألة ٣١): إذا كان المديون فقيرا يجوز أن يضمن عنه بالوفاء من طرف الخمس أو الزكاة أو المظالم أو نحوها من الوجوه التى تنطبق عليه (٤)، إذا كانت ذمته مشغولة

و الحال انه موجب لاتصافه بالبائع و المشتري بلحاظ معاملتين.

(١) فإنه كيف يمكن نفي الفائدة فى الثانى مع استلزامه لاشتغال ذمة المضمون عنه الأول بالدين بعد ان كانت بريئة منه؟ فان ما يملكه المضمون له ينتقل الى ذمته و يكون هو الملزم به.

فهو نظير ما لو اشترى داره ثانياً أو وهبه الموهوب له العين الموهوبة، و هل يصح ان يقال بطلانها لعدم الفائدة فيهما؟! (٢) بناء على ما اختاره الماتن (قده) وفاقا للمشهور من ثبوت الخيار للمضمون له عند ظهور إعسار الضامن حين العقد. و أما بناء على ما اخترناه من عدم ثبوت الخيار، فلا مجال لهذه الثمرة. (٣) لما تقدم في الدور بعينه، فان مقتضى أدلة الضمان صحة ضمان كل دين مع قطع النظر عن منشأه و سببه. (٤) و فيه ما لا يخفى، لانه (قده) ان أراد به كون الضمان مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٨٧ بها فعلا، بل و ان لم تشتغل فعلا، على اشكال.

على ما في ذمته من الحقوق الشرعية، بأن يكون الشخص برىء الذمة و يكون المال هو المدين و المتعهد به. فقد عرفت فساده في كتاب الزكاة عند ما جوز الماتن (قده) الاقتراض للزكاة للصرف في الأمور الخيرية اللازمة فتكون هي المدينة و يؤدي دينها بعد ذلك مما يحصل منها. حيث ذكرنا انه مما لا يمكن تصوره و تعقله، فان الدين و المدين أمران متغايران لا يمكن اتحادهما. فمعنى الاستدانة لها كونها هي المدينة و المكلفة بالأداء بحيث يجب عليها الوفاء مما تملكه، و من الواضح ان هذا لا ينسجم مع كون الأداء من نفسها. و بعبارة أخرى: ان الحكم باشتغال الحقوق الشرعية بالدين لا يتلائم مع الحكم بكون الأداء منها، فان مقتضى الأول كون الأداء من غيرها في حين ان مقتضى الثاني كونها غير مدينة هي بنفسها، إذ لا يعقل اتحاد الدين و المدين. و على هذا الأساس كان التزامنا في تلك المسألة بلا بديء استدانة الحاكم لنفسه لكن لا بما هو هو و انما بما هو حاكم و ولي و صرفه في الأمور اللازمة و من ثم تأدية دينه هذا من الزكاة. و من هنا فلا يكون هو بما هو هو مشغول الذمة بشيء، و لذا لا يخرج شيء من ذلك من تركته، بل يكون المقام و المنصب هو مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٨٨

[مسألة (٣٢): إذا كان الدين الذي على المديون زكاة أو خمسا جاز أن يضمن عنه ضامن للحاكم الشرعي]

(مسألة ٣٢): إذا كان الدين الذي على المديون زكاة أو خمسا جاز أن يضمن عنه ضامن للحاكم الشرعي (١)

المتعهد بالدين.

على اننا لو تعقلنا الاستدانة للزكاة و قلنا بكونها أمرا ممكنا، فلا دليل على ثبوت الولاية لغير الحاكم في ذلك. و عليه فلا- وجه لما ذكره (قده) من جوازه لمن عليه الحق، فإن غاية دليله ثبوت الولاية له في إخراجها و أداءها خاصة، و أما جعلها هي المدينة بحيث يكون الضمان في عهدها فلا دليل على ثبوت الولاية له فيه. و تفصيل الكلام قد تقدم في محله من المباحث الزكاة فراجع. و ان أراد به كون المكلف هو المتعهد بالدين بحيث يجعل نفسه هو مشغول الذمة به، لكن على ان يؤديه من الزكاة. ففيه: انه لا- يجوز له بالمرّة، فإنها إنما تصرف في أداء دين الغارم الفقير، فلا موجب لأداء دينه منها مع كونه غنيا موسرا، و ان كان المضمون عنه فقيرا، فان الدين بالفعل دينه لا دين المضمون عنه. و بالجملة: فما أفاده (قده) من جواز الضمان عن الفقير بالوفاء من الحقوق الشرعية، مما لا أساس له و لا يمكن المساعدة عليه. (١) إذ لا يعتبر في المضمون له كونه مالكا للمال، بل يكفي فيه كون

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٨٩

.....

أمره بيده بحيث يكون نقله منوطا برضاه سواء أ كان مالكا أو وكيلًا أو وليا.

و حيث ان الحاكم الشرعى ولى على الحقوق الشرعية، كفى قبوله فى صحة الضمان و نقل الدين من ذمة إلى أخرى.

إلا ان هذا الذى أفاده (قده) لا يتم على إطلاقه إلا فى بعض الموارد، فإنه إذا لم يكن الحق الثابت فى ذمة المدين أمرا عباديا متوقفا على قصد القرية- كما هو الحال فى الكفارات و المظالم- تم ما ذكره (قده) على إطلاقه، حيث يصح ضمان الغير له برضى الحاكم الشرعى مطلقا.

و أما إذا كان الحق أمرا عباديا متوقفا على قصد القرية- كالزكاة و الخمس- فلا يتم ما ذكره (قده) على إطلاقه، بل لا بد من التفصيل فيه بين الضمان التبرعى و الإذنى، و الحكم بالبطلان فى الأول و الصحة فى الثانى.

و ذلك لما ذكرناه فى مبثى الخمس و الزكاة من أن أداء دين الغير و ان لم يكن يتوقف على رضى المدين، فيصح أداء الغير و يكون مسقطا له لعدم الدليل على اعتبار كون المؤدى هو المدين.

إلا أن هذا الكلام لا يتم فى الخمس و الزكاة و ما يشبههما من الحقوق الشرعية باعتبار كونهما من الأمور العبادية، فلا بد فى أدائهما من استناد الفعل الى من وجب عليه الحق مع قصده للقرية، و من

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٩٠

بل و لأحد الفقهاء على اشكال (١).

[مسألة (٣٣): إذا ضمن فى مرض موته]

(مسألة ٣٣): إذا ضمن فى مرض موته، فان كان باذن المضمون عنه فلا إشكال فى خروجه من الأصل،

هنا فلا يصح التبرع بهما من الغير.

نعم تعتبر فيهما المباشرة، فيجوز الإعطاء مع التسيب و التوكيل فى أمر به قاصدا فى القرية، كى يحصل المقومان معا- الاستناد اليه مع قصد القرية.

و عليه: ففيما نحن فيه- حيث يكون الدين أمرا عباديا- لا يصح الضمان التبرعى و لا يكون دفعه- الضامن- للمال مسقطا للواجب فى ذمة المديون، إذ لا يكفى فيه مجرد الأداء الخارجى، بل المعتبر هو الأداء المقرون بالاستناد اليه مع قصد القرية، و هو أمر غير متحقق.

نعم لو أمر بالضمان قاصدا القرية به صح و برأت ذمته بأداء الضامن لاستناد الفعل اليه.

و الحاصل: ان الصحيح هو التفصيل فى المقام بين الديون الشرعية غير العبادية، فيصح ضمانها باذن الحاكم الشرعى مطلقا و الديون الشرعية العبادية حيث يصح الأذنى منه دون التبرعى.

(١) واضح، حيث لم يظهر لجوازه وجه أصلا، فإن آحاد الفقهاء أجانب عن المال بالمرّة، و ليس لهم وكالة أو ولاية عليه فضلا

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٩١

لأنه ليس من التبرعات، بل هو نظير القرض و البيع بضمن المثل نسيئة (١). و ان لم يكن بإذنه، فالأقوى خروجه من الأصل كسائر المنجزات (٢). نعم على القول بالثلث يخرج منه.

[مسألة (٣٤): إذا كان ما على المديون يعتبر فيه مباشرته لا يصح ضمانه]

(مسألة ٣٤): إذا كان ما على المديون يعتبر فيه مباشرته لا يصح ضمانه (٣) كما إذا كان عليه خياطة ثوب

عن ان يكونوا مالكين له، و لذا لا تجب إجابتهم عند طلبهم له.

و معه فكيف يمكن الحكم بصحة الضمان و انتقال المال من ذمة المدين إلى ذمة غيره، بلا فرق في ذلك بين الديون العبادية و غيرها.

(١) و غيرهما من التصرفات المنجزة غير المبنية على التسامح و النقيصة حيث تخرج من الأصل جزماً، لكونه مالكا له و له التصرف فيه كيف شاء.

(٢) على ما حققناه مفصلاً في محله،

(٣) فإنه يعتبر في الضمان قابلية انتقال الدين الثابت في ذمة المديون إلى ذمة أخرى، إذ بدونها لا يتحقق مفهوم الضمان بالمعنى المبسوط عنه في المقام، و حيث ان العمل المقيد بالمباشرة غير قابل للانتقال إلى ذمة أخرى و صدوره من غير من اشترطت المباشرة عليه، باعتبار ان العمل القائم بشخص الأجير مغاير للعمل الصادر من غيره فلا يصح ضمانه.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٩٢

مباشرة و كما إذا اشترط أداء الدين من مال معين للمديون (١)

و بعبارة أخرى: إن الذى يقبل الانتقال من ذمة المدين إلى ذمة أخرى - و هو طبعى العمل - غير ثابت في ذمة المدين كى ينقل إلى ذمة غيره بالضمان، و ما هو ثابت في ذمة المدين - و هو العمل المقيد بالمباشرة غير قابل للانتقال إلى ذمة الغير و صدوره منه.

(١) فإنه غير قابل للانتقال إلى ذمة الغير، إذ لا يعقل اشتغال ذمة شخص بالأداء من مال غيره، فان اشتغال ذمة المكلف انما يقتضى كون الأداء من ماله، فاعتبار الأداء من غيره مناف لاشتغال ذمته به.

نعم لو رجع قبول المضمون له للضمان إلى إسقاط شرطه، بحيث وافق على انتقال أصل الدين إلى ذمة الضامن مجرداً عن الشرط، فلا بأس بالالتزام بصحته.

و الحاصل: ان ضمان الدين المقيد بكون أداءه من مال معين للمديون، انما لا يصح فيما إذا أصر المضمون له - صاحب الشرط - على بقاء شرطه و عدم رفع اليد عنه، فإنه حينئذ يحكم ببطلانه لعدم قابليته للانتقال إلى ذمة الغير، و أما إذا وافق على إسقاط شرطه و انتقال الدين مجرداً عنه فلا مانع من الالتزام بصحته و ان كان أصل الدين مقيداً بالأداء من مال معين.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٩٣

و كذا لا يجوز ضمان الكلى فى المعين (١)، كما إذا باع صاعاً من صبرة معينة، فإنه لا يجوز الضمان عنه و الأداء من غيرها مع بقاء تلك الصبرة موجودة.

[مسألة (٣٥): يصح ضمان النفقة الماضية للزوجة، لأنها دين على الزوج]

(مسألة ٣٥): يصح ضمان النفقة الماضية للزوجة، لأنها دين على الزوج (٢)، و كذا نفقة اليوم الحاضر لها

(١) فان المبيع عين خارجية - و ان كانت كلية من حيث جواز تطبيق البائع له على أى جزء من الصبرة شاء - فلا يقبل الانتقال إلى عين

أخرى فضلا عن الذمة.

و بعبارة أخرى: ان المبيع لما كان موجودا خارجيا- و ان لم يكن شخصا حيث انه كلى لكنه مقيد بالموجود في ضمن الصبرة المعينة- لم يصح ضمانه لعدم ثبوت شىء في الذمة كى يقبل النقل إلى غيرها.

(٢) تنقسم النفقات إلى قسمين:- نفقة الزوجة و نفقة الأقارب.

و المعروف و المشهور فى الأولى بل لا- يبعد دعوى الإجماع عليه كونها على نحو التملك، بخلاف الثانية حيث ان وجوبها حكم تكليفي محض لا يترتب على مخالفته غير العصيان و الإثم.

و يدل على الحكم فى الأولى مضافا إلى ما سيظهر من بعض النصوص

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٩٤

.....

قوله «وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» (١) فان الرزق عبارة عما يرتزق به و اسم للعين الخارجية مما يؤكل أو يشرب و الكسوة اسم لما يلبس، فيكون معنى الآية الكريمة ان على الرجل الطعام و الشراب و اللباس بالمعروف.

و قد ذكرنا فى مبحث النفقات من كتاب النكاح ان متعلق «عليك أو عليه» أو غيرهما مما يدل على الإلزام، إذا كان عينا خارجيا، كان معناه التملك، فيقال: عليه الدينار أو الدرهم و ما شاكل ذلك.

و هذا بخلاف ما لو كان متعلقه الفعل كالصلاة و الصيام، فان ظاهره الإلزام به و وجوبه عليه تكليفا محضا لا غير.

و حيث ان الآية الكريمة من قبيل الأول باعتبار أنها أثبتت نفس الأعيان الخارجية على الرجل، كان ظاهرها ثبوت تلك الأعيان فى ذمته و هو ما يعنى ملكية الزوجة لها عليه.

و تقدير الفعل فى الآية الكريمة بدعوى كون المراد: عليه إعطاء الرزق و الكسوة، خلاف الظاهر و لا شاهد يعضده.

و احتمال كون الرزق و الكسوة مصدرين- كما جاء فى بعض الكلمات- بعيد غاية، فإن الأول من الأفعال المتعدية و مصدره الرزق- بفتح الراء- و أوضح منه فسادا الثانى فإنه اسم للعين و ليس بمصدر جزما، فان مصدره الكسو،

(١) سورة البقرة آية ٢٣٣.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٩٥

.....

إذن: فما ذهب إليه المشهور، بل لا يبعد دعوى عدم الخلاف فيه من ملكية الزوجة لنفقتها هو الصحيح.

هذا كله فى الزوجة. و أما الأقارب فلا دليل على ملكيتهم لنفقتهم بالمرء، حيث لم يرد فى شىء من نصوصها ما يستفاد منه ذلك، بل الأمر بالعكس من ذلك حيث ان ظاهر نصوصها كون الإنفاق عليهم حكما تكليفيا محضا.

و عليه فلو عصى المكلف و لم ينفق عليهم لم يكن عليه غير الإثم و أما اشتغال ذمته بها لهم حتى لو مات أخرجت من تركته كسائر الديون الذى عليه فلا.

نعم ليس هذا الحكم التكليفي كسائر الأحكام التكليفية بالمعنى الأخص و هو ما يصطلح عليه فى كلماتهم بالحكم، و إنما هو من الحقوق حيث يقبل الاسقاط كما هو الحال فى سائر موارد الحقوق.

و من هنا فلو امتنع من يجب عليه الإنفاق منه جاز لواجب النفقة رفع أمره إلى الحاكم و له إجباره عليه فان امتنع جاز له الأخذ من ماله

و الإنفاق على من تجب نفقته على الممتنع، لكونه ولي الممتنع.

إذا عرفت ذلك كله، ظهر الوجه في صحة ضمان النفقة الماضية للزوجة فإنها دين حقيقة ثابت في ذمة الزوج بالفعل، فلا مانع من نقله بالضمان إلى ذمة غيره.

كما ظهر الوجه في عدم جواز ضمان النفقة الماضية للأقارب، إذ مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٩٦

إذا كانت ممكنة في صحيحته، لوجوبها عليه حينئذ (١) و ان لم تكن مستقرة لاحتمال نشوزها في أثناء النهار، بناء على سقوطها بذلك. و أما النفقة المستقبلية فلا يجوز ضمانها عندهم، لانه من ضمان ما لم يجب (٢) و لكن لا يبعد صحته (٣) لكفاية وجود المقتضى و هو الزوجية، و أما

الإنفاق عليهم ليس إلا حكما تكليفيا محضا فلا يترتب على عصيانه ثبوته دينا في ذمته.

(١) بناء على ما هو المعروف و المشهور بينهم من ملكية الزوجة لنفقتها في أول النهار، فإنه حينئذ يصح ضمانها لثبوتها في ذمته بالفعل.

و كذا بناء على القول بملكيتها لنفقة كل وقت في حينه بحيث تملك نفقة الصبح صباحا و نفقة الظهر عنده و العشاء ليلا، فإنه يصح ضمانها في حينها لثبوتها في ذمة الرجل عند ذلك.

(٢) و حيث لا تملك الزوجة شيئا بالفعل في ذمة زوجها، فهو غير مدين إليها بالفعل كي يصح الضمان و نقل ذلك الدين إلى ذمة غيره.

(٣) بل هو بعيد جدا، بل لم يظهر وجه لاحتمال الصحة في المقام بالمرء، فإن الضمان - كما عرفته - نقل الدين من ذمة إلى أخرى فما لم يكن الدين ثابتا بالفعل فلا موضوع لنقله.

و بعبارة أخرى: ان الضامن إن أنشأ اشتغال ذمته بالدين فعلا فهو غير صحيح لعدم ثبوته في ذمة المضمون عنه كي ينقل إلى ذمته، و ان

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٩٧

نفقة الأقارب فلا يجوز ضمانها بالنسبة إلى ما مضى، لعدم كونها دينا على من كانت عليه (١). الا إذا أذن للقريب أن يستقرض و ينفق على نفسه (٢)، أو اذن له الحاكم في ذلك (٣)، إذ حينئذ يكون دينا عليه و أما بالنسبة إلى ما سيأتي فمن ضمان ما لم يجب مضافا إلى ان وجوب الإنفاق حكم تكليفي و لا تكون النفقة في ذمته. و لكن مع ذلك لا يخلو عن إشكال (٤).

أنشأ اشتغالها به عند اشتغال ذمة الزوج به فهو من التعليق الباطل.

و كيف كان: فمجرد وجود المقتضى للدين لا يصح ضمانه ما لم يكن هو ثابتا بالفعل في الذمة.

و هذا قد تقدم الكلام فيه في الشرط الثامن من شروط الضمان عند احتمال (قده) للصحة في موارد وجود المقتضى خاصة فراجع.

(١) على ما تقدم بيانه في أول المسألة.

(٢) حيث يثبت الدين عليه بالاستقراض عن أمره، فيصح ضمانه من هذه الجهة لا من باب كون نفقة الأقارب قابلة للضمان.

(٣) لكونه ولي الممتنع - كما عرفت - فيثبت الدين عليه و يصح ضمانه بهذا الملاك و إلا فأصل وجوب الإنفاق لا يخرج عن كونه وجوبا تكليفيا محضا.

(٤) إلا أنه ضعيف و موهون جدا، فان وجوب الإنفاق عليهم

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٩٨

[مسألة (٣٦): الأقوى جواز ضمان مال الكتابة]

(مسألة ٣٦): الأقوى جواز ضمان مال الكتابة، سواء كانت مشروطة أو مطلقة، لأنه دين في ذمة العبد (١)، و ان لم يكن مستقرا لإمكان تعجيز نفسه. و القول بعدم الجواز مطلقا (٢)، أو في خصوص المشروطة (٣) معللا- بأنه ليس بلازم ولا يؤول إلى اللزوم. ضعيف كتعليقه (٤)

ليس وجوبا تمليكيا، على انه على تقدير تسليمه من ضمان ما لم يجب.

(١) فيصح نقله إلى ذمة غيره بالضمان، و بذلك ينعتق العبد لأنه أداء نظير إبراء المولى له.

(٢) على ما نسبه المحقق (قده) في الشرائع إلى الشيخ (قده) في المبسوط.

(٣) على ما نسبه الشهيد (قده) في المسالك اليه.

(٤) أما التعليل ففيه: منعه صغرى و كبرى، فإن المكاتبه بقسميها لازمة من الطرفين فيجب على العبد الكسب و لا يجوز له تعجيز نفسه. نعم لو عجز انتقاما أو عصى فعجز نفسه، رجع رقا كما كان إلا انه أجنبي عن القول بجوازه له ابتداء كما هو واضح.

على انه لا- دليل على اعتبار اللزوم في الدين الثابت بالفعل، بل يصح ضمان الدين الجائر قطعا كما هو الحال في موارد ضمان البيع الخيارى كبيع الحيوان و بيع الخيار.

و أما التعليل الثانى، فغاية ما يقال فى تقريره: أن الضمان و ان كان

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٩٩

و ربما يعلل: بان لازم ضمانه لزومه، مع أنه بالنسبة إلى المضمون عنه غير لازم، فيكون فى الفرع لازما مع انه فى الأصل غير لازم. و هو أيضا كما ترى (١).

يصح فى العقد الجائر، إلا- أنه إنما يختص بما يؤول إلى اللزوم نظير بيع الخيار و نحوه مما يرتجى لزومه فى زمان، فلا يصح فيما لا يرتجى لزومه أصلا كالمكاتبه المشروطة- بناء على جوازها- فإنها لا تؤول إلى اللزوم أبدا، فإنها ما لم يؤد الدين جائزة و عند أداءه ينعتق العبد و ينتفى الموضوع من أساسه.

الا أنه لا يرجع إلى محصل و لا دليل عليه بالمره، بل مقتضى عمومات الضمان بعد ثبوت أصل الدين صحته.

(١) إذ قد عرفت أن الصحيح لزوم الأصل أيضا، و على تقدير تسليم جوازه فلا دليل على اعتبار عدم زيادة الفرع على الأصل، بل الثابت خلافه فإنه يصح ضمان الموسر لدين المعسر و يجوز مطالبته به جزما و إن لم يكن يجوز مطالبته المضمون عنه به لإعساره.

و الحاصل: ان كل حكم تابع لموضوعه سعة و ضيقا، و ليس عدم زيادة الفرع على أصله قاعدة ثابتة يجوز التعويل عليها فى تخصيص عمومات الأحكام و إطلاقاتها.

بل ذكر فى الجواهر أن الصحة هنا أولى منها فى العقود الجائرة كبيع الخيار و نحوه، حيث لا مجال- فيما نحن فيه- لإعمال الخيار

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٠٠

[مسألة (٣٧): اختلفوا فى جواز ضمان مال الجعالة قبل الإتيان بالعمل]

(مسألة ٣٧): اختلفوا في جواز ضمان مال الجعالة قبل الإتيان بالعمل، وكذا مال السبق والرماية، فقبل بعدم الجواز، لعدم ثبوته في الذمة قبل العمل، والأقوى - وفاقا لجماعة - الجواز (١)، لا - لدعوى ثبوته في الذمة من الأول وسقوطه إذا لم يعمل، ولا لثبوته من الأول بشرط مجيء العمل في المستقبل، إذ الظاهر ان الثبوت انما هو بالعمل، بل لقوله تعالى «وَلَمَنْ جَاءَهُ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ» (١) (٢).

بعد الضمان، نظير الاعتاق العبد به مباشرة، و اعمال الخيار فرع عبوديته، بخلاف الحال في العقود الجائزة حيث يجوز له اعمال خياره حتى بعد الضمان فيرتفع العقد و يبطل الضمان.

(١) بل الأقوى هو التفصيل بين الجعالة من جهة و السبق و الرماية من جهة أخرى على ما سيأتى تفصيله.
(٢) وفيه: ان الآية الكريمة أجنبية عن محل الكلام، إذ الكلام انما هو في الضمان بالمعنى المصطلح أعنى نقل المال الثابت في ذمة شخص إلى ذمة غيره و المستلزم لتغاير الضامن و المضمون عنه - الجاعل في الفرض - في حين ان ظاهر الآية الكريمة اتحاد الضامن و الجاعل، و من هنا فلا بد من حمل الضمان فيها على تأكيد الجعل و التزامه

(١) سورة يوسف آية ٧٢.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٠١

و لكفاية المقتضى للثبوت في صحة الضمان (١) و منع اعتبار الثبوت الفعلي كما أشرنا إليه سابقا.

به، فتكون خارجة عن المعنى المبحوث عنه كما هو واضح.

ثم لو تنزلنا و سلمنا دلالتها على المدعى في الضمان، فالتعدى عن موردها الى غيره مما يكون مشابها له لا يخرج عن حد القياس الباطل.

(١) تقدم الكلام فيه غير مرة، و قد عرفت انه مما لا يمكن المساعدة عليه، فإنه و بعد الاعتراف بعدم اشتغال ذمة الجاعل و العاقد بشيء بالفعل، كيف يمكن الالتزام بصحة الضمان بالمعنى المصطلح اعنى نقل الدين من ذمة إلى غيرها، فإنه ليس إلا من السالبة بانتفاء الموضوع.

و دعوى عدم الدليل على بطلان ضمان ما لم يجب حيث لم يرد فيه نص و لم يثبت عليه الإجماع - على ما سيأتى منه (قده) في المسألة الآتية.

واضح الاندفاع، فان بطلانه - الضمان - من القضايا التي قياساتها معها، و لا حاجة في إثباته إلى النص أو التمسك بالإجماع، فإنه و بعد تسليم ان الضمان نقل للدين من ذمة إلى أخرى، و الاعتراف بعدم ثبوت شيء في ذمة الجاعل و العاقد بالفعل، فلا موضوع له بالمرّة كى يكون إثبات بطلانه محتاجا إلى النص أو الإجماع.

نعم بناء على عدم اشتراط التنجيز في الضمان، لا بأس بالالتزام بصحة ضمانها على وجه التعليق، إلا أنه واضح الفساد كما لا يخفى.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٠٢

[مسألة ٣٨): اختلفوا في جواز ضمان الأعيان المضمونة - كالغصب]

(مسألة ٣٨): اختلفوا في جواز ضمان الأعيان المضمونة - كالغصب و المقبوض بالعقد الفاسد و نحوهما -

و كيف كان: فالصحيح هو التفصيل بين ضمان مال الجعالة و ضمان مال السبق و الرماية، و الالتزام فى الأول بالصحة و فى الثانى بالبطلان.

و ذلك لرجوع ضمان مال الجعالة قبل العمل إلى أمر الضامن للعامل بالعمل المحترم لا مجاناً بل مع الأجرة المسماة- الجعل-، لكن على تقدير عدم وصول حقه اليه من الجاعل- المضمون عنه.

و هذا ليس من الضمان المصطلح كى يرد عليه بأنه من ضمان ما لم يجب نظراً الفراغ ذمة المضمون عنه بالفعل. و إنما هو من التعهد بالجعل فى طول تعهد الجاعل به، فإن أمره به يوجب الضمان الا أن التزامه به إنما هو عند عدم وصول حق المجعول له بعد العمل اليه، و لا بأس بالالتزام بصحته لبناء العقلاء و شمول عمومات الأمر بالوفاء بالعقود له.

الا أن هذا إنما يختص بضمنان مال الجعالة بالمعنى الذى ذكرناه، حيث انه من العقود المتعارفة التى عليها بناء العقلاء، و لا يتم فى مال السبق و الرماية فإنهما و بحد ذاتهما من أظهر مصاديق القمار أكل المال بالباطل- كما هو ظاهر- و إنما صحا بالدليل الخاص لبعض الاعتبارات الملزمة، و من هنا يجب الاقتصار فى الحكم على مقدار دلالة الدليل عليه خاصة و الحكم فيما زاد عنه بالبطلان.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٠٣

على قولين، ذهب الى كل منهما جماعة و الأقوى الجواز (١)

و حيث أن دليل صحتها إنما تضمن صحتها بالقياس إلى طرفى العقد صح أكل أحدهما لمال الآخر- و ان كان بحسب القاعدة الأولية هو البطلان- و يبقى الأجنبى- الضامن- الذى لا يعود العقد بالنفع عليه على كل تقدير و لا يرتبط به فى شىء، على القاعدة المقتضية للبطلان.

و الحاصل: ان ثبوت الضمان بالأمر فرع صحة العمل المأمور به و أباحته و حيث لا دليل عليها بالقياس اليه و ان كان صحيحاً بالقياس إلى طرفى العقد- يتعين الرجوع إلى قاعدته الأولية المقتضية للبطلان من حيث كون العمل قماراً و أكل المال بإزاءه أكلاً للمال بالباطل.

(١) بل الأقوى هو التفصيل، فإن المنشأ من قبل الضامن:

تارة: يكون هو الضمان المصطلح اعنى التزامه لصاحب المال باشتغال ذمته من الآن بالبدل فيما إذا تلفت العين بعد ذلك و اشتغلت ذمة المضمون عنه- الغاصب أو القابض بالعقد الفاسد- به.

و اخرى يكون اشتغال ذمته به على نحو الواجب المشروط، اعنى إنشاء الضمان المتأخر و المعلق على التلف من الآن. و ثالثة: يكون بمعنى كون المال فى عهده، و كونه هو المسؤول عن رده ما دام موجوداً و رد بدله مثلاً أو قيمة عند تلفه، كما هو الحال فى الغاصب نفسه، فان ضمانه ليس بمعنى وجوب رد بدله عليه بالفعل، إذ العين ما دامت موجودة لا وجه لاشتغال ذمته بالبدل

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٠٤

سواء كان المراد ضمانها بمعنى التزام ردها عينا و مثلها

بل هو بمعنى كونه مسئولاً عن العين و كون العين فى عهده بحيث يجب عليه ردها ما دامت موجودة و رد بدلها عند تلفها. و الأول باطل جزماً، لكونه من ضمان ما لم يجب، و قد عرفت فى المسألة السابقة أن بطلانه لا يحتاج إلى دليل خاص من نص أو إجماع، فإنه من القضايا التى قياساتها معها. إذ لو لم تكن ذمة المضمون عنه مشغولة بشىء بالفعل- كما هو مفروض الكلام- فأى شىء هو ينتقل بالضمان من ذمته إلى ذمة غيره؟.

و الثانى و إن كان ممكناً فى نفسه، إلا أنه محكوم بالبطلان قطعاً، للإجماع على اشتراط التنجيز فى الضمان و عدم صحة التعليق فيه.

و الثالث و إن كان خارجا عن الضمان بالمعنى المصطلح المبحوث عنه فى المقام، إذ لم تشتغل ذمة أحد بالمال كى ينتقل إلى ذمة غيره، إلا أنه لا مانع من الالتزام بصحته لعمومات الأمر بالفداء بالعقود، بل و جريان السيرة العقلائية عليه خارجا. و عليه: فيحكم على هذا النحو من الضمان بالصحة و اللزوم، و مقتضاه ثبوت حق المطالبة للمضمون له من الضامن بالعين ما دامت موجودة و بالبدل إذا تلفت.

ثم أن هذا الضمان ليس من الضمان على مذهب العامة، فإنه ليس من ضم ذمة إلى ذمة أخرى، إذ لا اشتغال للذمة الأولى فضلا عن مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٠٥
أو قيمتها على فرض التلف أو كان المراد ضمانها بمعنى التزم مثلها أو قيمتها إذا تلفت و ذلك لعموم قوله (ص):
«الزعيم غارم» (١)»

الثانية كى تضم إليها، و إنما هو من ضم ضمان الى ضمان آخر. و ان اختلفت سببهما، ف ضمان الغاصب و القابض بالعقد الفاسد فعلى فى حين ان ضمان الضامن عقدى.

و هو- ضم ضمان إلى ضمان- لا محذور فيه بالمره، بل هو ثابت بالإجماع فى غير مورد من الفقه كالأيدى المتعاقبة على المغصوب أو المقبوض بالعقد الفاسد.

و الذى يتحصل مما ذكرناه ان الحق فى المقام هو التفصيل بين ارادة الضمان بالمعنى المبحوث عنه و بين ارادة التعهد و تحمل المسؤولية فإن الأول باطل لدورانه بين ضمان ما لم يجب الباطل على القاعدة، و التعليق الموجب للبطلان فى حد نفسه، و الثانى محكوم بالصحة للعمومات و السيرة.

(١) و فيه: ان الرواية نبوية لم تثبت من طرفنا، بل فى معتبرة الحسين بن خالد قال: (قلت لأبى الحسن (ع): جعلت فداك قول الناس: الضامن غارم، قال: فقال: ليس على الضامن من

(١) مستدرک الوسائل: باب ١ من أبواب كتاب الضمان، ح ٢.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٠٦

و العمومات العامة (١)

غرم، الغرم على من أكل المال) «١». تكذيبه.

على ان مدلول النبوية بحسب تفسير المعتمدة لها أجنبى عن محل الكلام فان ظاهرها ان الناس كانوا يتخيلون استقرار الخسارة فى الضمان على الضامن نفسه، فأنكر ذلك الامام (ع) و حكم باستقرارها على المضمون عنه، و اين هذا عن محل الكلام؟.

على أننا لو تنزلنا عن جميع ذلك، فلا دلالة للنبوية على موارد صحة الضمان أو عدمها، فإنها- لو صحت- إنما تدل على استقرار الغرم على الضامن عند صحة الضمان و تحققه. و لا تتكفل بيان صحة الضمان فى الأعيان الخارجية المضمونة.

و على هذا فهى نظير قولنا مشتري الحيوان بالخيار إلى ثلاثة أيام، حيث لا يدل إلا على ثبوت الخيار عند صحة البيع، و أما تعيين موارد الصحة و انه هل يحكم بصحة البيع عند الشك فيه لجهة من الجهات، فهو أجنبى عنه بالمره.

(١) يظهر الحال فيها مما ذكرناه من التفصيل. فان التمسك بها لإثبات صحة الضمان انما يصح بناء على ارادة المعنى الذى ذكرناه من الضمان، و إلا فهو بالمعنى الأول غير معقول و بالثانى باطل جزما، و معه فلا مجال للتمسك بالعمومات.

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ١ من أبواب الضمان، ح ١.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٠٧

مثل قوله تعالى (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ «١»). و دعوى: أنه على التقدير الأول يكون من ضمان العين بمعنى الالتزام بردها مع ان الضمان نقل الحق من ذمة إلى أخرى.

و أيضا لا- إشكال في أن الغاصب أيضا مكلف بالرد، فيكون من ضم ذمة إلى أخرى، و ليس من مذهبنا، و على الثاني يكون من ضمان ما لم يجب، كما أنه على الأول أيضا كذلك بالنسبة إلى رد المثل أو القيمة عند التلف.

مدفوعة: بأنه لا مانع منه بعد شمول العمومات، غاية الأمر أنه ليس من الضمان المصطلح. و كونه من ضمان ما لم يجب، لا يضر بعد ثبوت المقتضى (١)، و لا دليل على عدم صحة ضمان ما لم يجب من نص أو إجماع (٢)

(١) تقدم الكلام فيه غير مرة و قد عرفت ان ثبوت المقتضى لا يصحح الضمان بعد أن كان عبارة عن نقل الدين من ذمة إلى أخرى فإنه ما لم يكن الدين ثابتا لا يعقل نقله إلى ذمة أخرى.

(٢) ظهر الحال فيه في المسألة السابقة، فإن بطلانه من الوضوح إلى حد لا يحتاج إلى الدليل، فإنه أمر غير معقول في نفسه إذ النقل من ذمة إلى غيرها متوقف على الثبوت في الأولى و إلا فلا مجال لتصور الضمان كي يحكم بصحته.

(١) المائة: ١.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٠٨

- و ان اشتهر بين الألسن- بل في جملة من الموارد حكموا بصحته، و في جملة منها اختلفوا فيه فلا إجماع.
و اما ضمان الأعيان غير المضمونة- كمال المضاربة و الرهن و الوديعة قبل تحقق سبب ضمانها من تعد أو تفريط- فلا خلاف بينهم في عدم صحته. و الأقوى بمقتضى العمومات صحته أيضا (١).

[مسألة (٣٩): يجوز عندهم بلا خلاف بينهم ضمان درك الثمن للمشتري إذا ظهر كون المبيع مستحقا للغير]

(مسألة ٣٩): يجوز عندهم بلا خلاف بينهم ضمان درك الثمن للمشتري إذا ظهر كون المبيع مستحقا للغير، أو ظهر بطلان البيع لفقد شرط من شروط صحته إذا كان ذلك بعد قبض الثمن- كما قيد به الأكثر- أو مطلقا

(١) بل الأقوى هو التفصيل المتقدم في الأعيان المضمونة، فيقال بالصحة فيما إذا كان المراد من ضمانها تحمل مسئوليتها و التعهد بها. و الحاصل: أنه لا فرق في الحكم بالصحة أو الفساد بين يد الضامن و غيرها، فان كان هو بمعنى اشتغال ذمة الضامن بالبدل بالفعل أو عند تلف العين حكما ببطلانه في المورد لعدم صحة ضمان ما لم يجب و الضمان التعليقي، و ان كان بمعنى تحمل المسؤولية خاصة قلنا بصحته لبناء العقلاء، و شمول أدلة لزوم الوفاء بالعقد له.

و عليه: فيكون الضامن مسئولا عن رد العين ان أمكن، و البدل- مثلا أو قيمة- عند تلفها.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٠٩

- كما أطلق آخر- و هو الأقوى (١). قيل: و هذا مستثنى من عدم ضمان الأعيان (٢). هذا و أما لو كان البيع صحيحا و حصل الفسخ بالخيار أو التقايل أو تلف المبيع قبل

(١) لما عرفته في المسألة السابقة من كون صحة هذا الضمان- بالمعنى الذى ذكرناه- على القاعدة، و عدم توفقه على وجود ضامن سابق للمال.

بل لا يبعد دعوى كون الحكم بصحة الضمان قبل القبض أولى منه بعده، فان ضمانه قبل القبض يستلزم- وبالطبع- أمره للمضمون له- البائع أو المشتري- بالإقباض، إذ أن ضمانه لعهد الثمن أو المثمن ليس إلا- أمر مالكة بدفعه إلى صاحبه، مع التزامه و تعهده- الضامن- بتدارك ما يازائه عند ظهور كونه مستحقا للغير.

و هذا بخلاف الضمان بعد القبض، فإنه لما لم يكن الإقباض عن أمره، يكون الحكم بصحة تعهده أخفى منه فى الأول.

(٢) و فيه: أن الضمان ان كان بالمعنى المصطلح فهو غير قابل للحكم بصحته مطلقا لدورانه بين ضمان ما لم يجب- الذى عرفت عدم معقوليته- و الضمان المعلق- الذى عرفت بطلانه بالإجماع-، بلا فرق فيه بين المقام و غيره.

و ان كان بالمعنى الذى ذكرناه فصحته على القاعدة مطلقا أيضا، و لا وجه لجعل هذا الفرد مستثنى مما سبق.

و الحاصل: انه لا وجه للاستثناء فى المقام على التقديرين، فإنه

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢١٠

القبض، فعلى المشهور لم يلزم الضامن فيرجع على البائع لعدم ثبوت الحق وقت الضمان (١)، فيكون من ضمان

ان صح ضمان الأعيان الخارجية- بحمله على المعنى الذى ذكرناه- فالصحة هنا على القاعدة أيضا، و إلا فالضمان فى المقام أيضا محكوم بالبطلان إذ لا يختلف فيما لا يعقل أو المجمع على بطلانه بين المقام و غيره.

(١) إذ الثمن قد انتقل من ملك المشتري إلى ملك البائع جزما، كما انتقل المثمن من ملك البائع إلى ملك المشتري قطاعا، فانقطعت علاقة كل منهما عما كان يملكه قبل العقد و أصبح ملكا لصاحبه ظاهرا و واقعا، غاية الأمر انه يمكن أن يعود إلى ملكه ثانيا بالفسخ فى حينه و معه فلا- معنى لضمانه، لانه بمعنى اشتغال ذمته به بالفعل غير معقول و بمعنى اشتغال ذمته به فى ظرف الفسخ من التعليق الباطل، بلا فرق فيه بين إقباضه للثمن و عدمه.

نعم لو كان البيع و قباض الثمن و المثمن عن أمر الضامن ملتزما بتدارك ما يترتب عليه من الضرر و المفسدة عند تحقق الفسخ و رجوع كل من المالكين إلى مالكة الأول، لم يبعد الحكم بصحته فى المقام، فإنه لما كان الإقباض عن أمره، كانت الإضرار المتوجهة إلى البائع أو المشتري- المضمون له- متوجهة إلى الأمر الضامن، فإنه داخل فيما جرت عليه السيرة العقلانية و مشمول لعمومات الوفاء بالعقود.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢١١

ما لم يجب. بل لو صرح بالضمان إذا حصل الفسخ لم يصح بمقتضى التعليل المذكور. نعم فى الفسخ بالعيب السابق أو اللاحق اختلفوا فى أنه هل يدخل فى العهدة و يصح الضمان أو لا؟ فالمشهور على العدم (١) و عن بعضهم: دخوله، و لازمه الصحة مع التصريح (٢) و دعوى: أنه من ضمان ما لم يجب. مدفوعة: بكفاية وجود السبب (٣). هذا بالنسبة إلى ضمان عهد الثمن إذا حصل الفسخ، و اما بالنسبة إلى مطالبة الأرض، فقال بعض من منع من ذلك بجوازها، لان الاستحقاق له ثابت عند العقد (٤)، فلا يكون من ضمان ما لم يجب و قد عرفت أن الأقوى صحة الأول أيضا، و أن تحقق السبب

(١) لدورانه بين التعليق و ضمان ما لم يجب الباطلين.

اللهم إلا أن يراد به الضمان بالمعنى الذى ذكرناه فيحكم بصحته لما تقدم.

(٢) قد ظهر الحال فيه مما سبق.

(٣) لكنك قد عرفت ضعفه و عدم معقوليته مما ذكرناه فى المسائل السابقة.

(٤) و فيه: أنه لا ينبغى الشك فى بطلان هذا الضمان، حتى بناء على القول بصحته فى الأعيان الخارجية- كما هو المختار.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢١٢

.....

و الوجه فيه: ما عرفته فى ضمن المسائل السابقة من ان الضمان انما يصح فى موردين لا ثالث لهما.

الأول. ضمان الدين الثابت فى الذمة بالفعل. فإنه القدر المتيقن من صحة الضمان، و هو الضمان بالمعنى المصطلح الذى عليه تسالم الأصحاب.

الثانى: ضمان الأعيان الشخصية بالمعنى الذى ذكرناه.

و الفرق بينهما يمكن فى كون الأول متضمنا لاشتغال ذمة الضامن بالدين بالفعل، فى حين أن الثانى لا يعنى إلا كون العين فى عهده و مسئوليتها عليه.

و كيف كان: فحيث لا- دليل على صحة الضمان فى غير هذين الموردين اعنى ما كان دينا ثابتا بالفعل أو عينا خارجيا- فلا وجه للحكم بالصحة فى ضمان الأرش، فإنه خارج عنهما معا، و ذلك لما ذكرناه فى مباحث خيار العيب مفصلا و تطرقنا إليه فى كتاب الإجارة أيضا، من أن ثبوت الأرش فى موارد العيب ليس حكما على القاعدة و يقتضيه نفس العقد، فان وصف الصحة لا يقابل بالمال بتاتا، فليس المبيع مركبا من أصل المثلن و وصف الصحة، كى يقال باقتضاء القاعدة لبقاء ما قابله على ملك المشتري نظرا لتخلف هذا الجزء و بطلان العقد بالنسبة إليه، بل الثمن واقع بتمامه بإزاء أصل المبيع فقط و إنما هو- وصف الصحة- يوجب زيادة مقداره لا غير.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢١٣

.....

و لذا لا- يحكم عند تخلفه بطلان العقد بالنسبة اليه، و الحال ان المبيع لو كان مركبا منه و من ذات السلعة لزم القول ببطلان العقد بالنسبة اليه و وجوب إرجاع البائع لما قابله من الثمن بعينه إلى المشتري سواء طالب بذلك أم لم يطالب، و هو باطل جزما و لا يقول به أحد من الأصحاب، فإنه يجوز دفع الأرش من غير الثمن حتى مع وجود عينه، كما لا يجب على ورثة البائع لو مات قبل ظهور العيب إخراج الأرش من تركته.

بل الأرش إنما ثبت بالنصوص الخاصة- على خلاف القاعدة- فى البيع خاصة.

و عليه فان أمكن- بعد الفسخ- رد العين بنفسها سالمة فهو، و ان لم يمكن- لمانع عقلى أو شرعى- انتقل الأمر إلى مطالبته بالأرش فإن طالبه به لزم البائع دفعه من أى مال شاء- حتى مع وجود عين الثمن، و إن لم يطالبه فلا شىء عليه، و ليس بمشغول الذمة له بشىء. و عليه ففى المقام حيث لا- يكون متعلق الضمان دينا فعليا ثابتا فى ذمة البائع عند الضمان و لا عينا خارجيا، فلا محيص عن رجوع ضمانه الى ضمان ما لم يجب الغير المعقول لامتناع انتقال المعدوم إلى ذمة الغير، أو الضمان على نحو الواجب المشروط الباطل إجماعا لاعتبار التنجيز فيه.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢١٤

حال العقد كاف (١). مع إمكان دعوى: أن الأرش أيضا لا يثبت الا بعد اختياره و مطالبته (٢)، فالصحة فيه أيضا (٣) من جهة كفاية تحقق السبب و مما ذكرنا ظهر حال ضمان درك المبيع للبائع (٤).

[مسألة (٤٠): إذا ضمن عهدة الثمن فظهر بعض المبيع مستحقا]

(مسألة ٤٠): إذا ضمن عهدة الثمن فظهر بعض المبيع مستحقا، فالأقوى اختصاص ضمان الضامن بذلك البعض (٥). و في البعض الآخر يتخير المشتري بين الإمضاء و الفسخ لتبعض الصفقة، فيرجع على البائع بما قابله.

و الحاصل: ان المتعين في المقام هو الحكم بالبطلان. و ان قلنا بصحة ضمان الأعيان الخارجية- بالتقريب المتقدم- فإن الأرش خارج عنه و عن الدين الثابت بالفعل في ذمة المضمون عنه.
(١) لكنك قد عرفت عدم معقوليته و امتناعه.
(٢) بل هو المتعين- على ما عرفت توضيحه فيما تقدم.
(٣) و قد عرفت اشكاله، و ان الأقوى بل المتعين هو الحكم بالبطلان.
(٤) فان حاله حال ضمان درك الثمن للمشتري حرفا بحرف، فيبطل ضمانه بالمعنى المصطلح، و يصح- على القاعدة- بالمعنى الذي ذكرناه.

(٥) إذ ان ضمان الكل ينحل إلى ضمان كل جزء جزء، و حيث قد ظهر استحقاق البعض خاصة تم الضمان فيه دون الباقي.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢١٥

و عن الشيخ: جواز الرجوع على الضامن بالجميع، و لا وجه له (١).

[مسألة (٤١): الأقوى (٢)- وفاقا للشهيدين - صحة ضمان ما يحدثه المشتري]

(مسألة ٤١): الأقوى (٢)- وفاقا للشهيدين - صحة ضمان ما يحدثه المشتري

(١) إذ المفروض ضمانه لخصوص درك الثمن لا- الثمن بجميع عوارضه و طوارئه، و من هنا فيختص الضمان بالنصف الذي ظهر مستحقا للغير لشمول ضمان درك الثمن له، و لا يعم النصف الآخر الذي رجع الى البائع بفسخ المشتري للعقد بخيار تبعض الصفقة، فإنه خارج عن ضمان درك درك الثمن.

نعم لو كان الضامن ضامنا للثمن بجميع عوارضه و طوارئه بحيث كان ضمانه عاما للفسخ بالخيار في المقام أيضا، صح القول بجواز الرجوع عليه بالجميع، إلا أنه خارج عن محل الكلام، اعنى ضمان درك الثمن خاصة.
(٢) بل الأقوى ما ذهب اليه المشهور.

و الوجه فيه ما عرفته في المسائل السابقة من عدم معقوليته إذا أنشأ على نحو الفعلية بأن أنشأ الضامن اشتغال ذمته بالفعل بما ستشغل به ذمة البائع بعد ذلك، فان المعدوم غير قابل للانتقال إلى ذمة الغير و ثبوته فيها، و بطلانه من القضايا التي قياساتها معها.

نعم لو أنشأ على نحو الواجب المشروط و الضمان المتأخر، فهو و ان كان معقولا في حد ذاته إلا انه باطل بلا خلاف للتعليق المجمع

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢١٦

.....

على بطلانه.

ثم بناء على ما اخترناه من بطلان الضمان على البائع، فهل يصح ضمانه لا من قبل البائع، بأن يتعهد الأمر تحمل الخسارة بنفسه و من

غير رجوع على البائع بها؟.

الأقوى فيه البطلان، حيث لم يثبت بناء من العقلاء على الضمان الأمرى فيما يرجع الى الأمور به وحده، فان الغرس و البناء و ما شاكلهما من المضمون له فيما يعتقد أرضه، عمل متمحض له و لا يرتبط بغيره فى شىء. و من هنا فإن الأمر به أمر بما يرجع اليه و يخصه، نظير أمره بالتجارة لنفسه مع التعهد بتحمل الخسارة عنه، و لم يثبت فيه بناء من العقلاء على الضمان.

و الحاصل: ان الضمان عن البائع محكوم بالفساد لدورانه بين أمر غير معقول و أمر قام الإجماع على بطلانه، و الضمان عن نفسه من جهة أمره بفعل ربما يترتب عليه الضرر غير ثابت.

ثم ان الكلام فى هذه المسألة انما يتم فى فرض كون البائع غارا للمشتري و القول بثبوت قاعدة الغرور، و أما لو لم يكن البائع غارا له بان كان معتقدا لملكيته للأرض، أو قلنا بعدم ثبوت قاعدة الغرور على نحو الكلية- كما هو المختار- فلا ضمان على البائع بلا خلاف و لا اشكال فيه. فان المشتري يتحمل حينئذ الخسارة بنفسه لكونه هو

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢١٧

من بناء أو غرس فى الأرض المشتراة إذا ظهر كونها مستحقة للغير و قلع البناء و الغرس، فيضمن الأرش، و هو تفاوت ما بين المقلوع و الثابت عن البائع.

خلافاً للمشهور، لأنه من ضمان ما لم يجب. و قد عرفت ضعفه هذا و لو ضمنه البائع قيل: لا يصح أيضا كالأجنبي و ثبوته بحكم الشرع لا يقتضى صحة عقد الضمان المشروط بتحقق الحق حال الضمان. و قيل: بالصحة (١)، لأنه لازم بنفس العقد، فلا مانع من ضمانه، لما مر من كفاية تحقق السبب، فيكون حينئذ للضمان سببان: نفس العقد و الضمان بعقده. و تظهر الثمرة فيما إذا أسقط المشتري عنه حق الضمان الثابت بالعقد، فإنه يبقى الضمان العقدى

الذى أوقع نفسه فى الضرر بالتصرف فى الأرض معتقدا ملكيته لها.

(١) إلا- أنه لا يمكن توجيهه بوجه، فان الضمان لما كان نقل ما فى ذمة إلى غيرها، كان ذلك متوقفا على تعدد الذمم لا محالة، و حيث أنه مفقود فى المقام، فتصوره غير معقول، فإنه من أين ينتقل الدين و إلى أين؟. نعم تعدد أسباب الضمان الواحد أمر معقول فى حد ذاته. إلا أنه غير ممكن فى خصوص المقام لعدم معقولية ضمان المدين لنفسه عن نفسه، كما هو الحال فى سائر موارد الدين.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢١٨

كما إذا كان لشخص خياران بسببين فأسقط أحدهما. و قد يورد عليه بأنه لا معنى لضمان شخص عن نفسه، و المقام من هذا القبيل. و يمكن ان يقال: لا مانع منه مع تعدد الجهة (١). و أما إذا اشترط ضمانه فلا بأس به، و يكون مؤكدا لما هو لازم العقد (٢).

[مسألة (٤٢): لو قال عند خوف غرق السفينة: «اللق متاعك فى البحر و على ضمانه» صح]

(مسألة ٤٢): لو قال عند خوف غرق السفينة:

«اللق متاعك فى البحر و على ضمانه» صح بلا خلاف بينهم

(١) إلا إنك قد عرفت عدم معقوليته، فان تعدد الجهة لا يوجب تغاير الذمتين و نقل الدين من إحداهما إلى الأخرى.

(٢) و فيه: ان الشرط ان كان على نحو شرط النتيجة، بمعنى اشتغال ذمة الضامن بالفعل بما تشتغل به ذمة البائع فى وقته، فهو باطل

لعدم معقوليته - على ما عرفت.

و ان كان على نحو شرط الفعل، بمعنى اشتراط المشتري على البائع أداء مقدار الخسارة، فهو و إن كان صحيحا إلا انه غير مؤكد لما هو لازم العقد، فان الثابت بالشرط هو التكاليف المحض، في حين أن الثابت بنفس العقد هو الوضع و اشتغال الذمة. و الحاصل: ان الأمر في المقام يدور بين عدم الصحة و عدم التأكيد فإما لا صحة و إما لا تأكيد، فالجمع بينهما مما لا يمكن المساعدة عليه.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢١٩

بل الظاهر الإجماع عليه (١) و هو الدليل عندهم. و أما إذا لم يكن لخوف الغرق، بل لمصلحة أخرى من خفة السفينة أو نحوها، فلا يصح عندهم. و مقتضى العمومات صحته أيضا (٢).

(١) بل الظاهر اتفاق المسلمين عليه، حيث لم يظهر الخلاف فيه الا من أبي ثور خاصة.

(٢) بل الظاهر انه لا حاجة للتمسك بالعمومات كي يورد عليه بالمناقشة في صدق العقد على هذا الضمان، باعتبار انه ليس فيه إلا أمر من الأمر و عمل من الأمور و هما لا يشكلان العقد كما هو الحال في جميع موارد الأمر بشيء و امتثال الأمور له. فإن السيرة العقلانية القطعية مستقرة على الضمان في موارد الأمر بإعطاء أو إتلاف الأموال المحترمة لغرض عقلائي يخرج عن كونه فعل حرام، إذا لم يكن لكلامه ظهور في المجانية أو يقصد المالك به التبرع كما هو الحال في الأمر بالأعمال المحترمة حرفا بحرف، إذ لا فرق فيه بين الأمر بالعمل و إعطاء مال أو إتلافه، فان كلا من ذلك موجب للضمان عند امتثال الأمر من قبل الأمور ببناء العقلاء و السيرة القطعية ما لم يكن هناك ظهور لكلام الأمر - لقرينه أو انصراف أو غيرهما - في المجانية، أو يقصد العامل أو المالك التبرع به.

و ما ذكرناه لا يختص بمورد السفينة، بل يجري حرفيا في جميع

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٢٠

.....

موارد الأمر بالإتلاف لغرض عقلائي، فإنه موجب للضمان جزما مع قطع النظر عن متعلقه.

و من هنا يظهر عدم اختصاص الحكم بالضمان بصورة تصريح الأمر بضمانه له، فإنه ثابت في فرض اقتضاره على الأمر بالفاء المتاع أيضا إذ الأمر - على النحو الذي ذكرناه - كاف بوحدة لإثبات الضمان.

خويي، سيد ابو القاسم موسوي، مباني العروة الوثقى، ٢ جلد، منشورات مدرسة دار العلم - لطفی، قم - ايران، اول، ١٤٠٩ هـ ق

مباني العروة الوثقى؛ ج ٢، ص: ٢٢١

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٢١

[تتمه فيها مسائل]

إشارة

تتمه

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٢٣

قد علم من تضاعيف المسائل المتقدمة- الاتفاقية أو الخلافية:- أن ما ذكره في أول الفصل من تعريف الضمان وأنه نقل الحق الثابت من ذمة إلى أخرى، وأنه لا يصح في غير الدين، ولا في غير الثابت حين الضمان، لا وجه له، وأنه أعم من ذلك حسب ما فصل (١).

[مسألة ١): لو اختلف المضمون له و المضمون عنه في أصل الضمان]

(مسألة ١): لو اختلف المضمون له و المضمون عنه في أصل الضمان (٢)، فادعى انه ضمنه ضامن و أنكره المضمون له، فالقول قوله (٣) و كذا لو ادعى أنه ضمن

(١) حيث قد عرفت التفصيل بين الضمان المصطلح و غيره، و اعتبار ما ذكره (قده) في الأول دون الثاني، فإنه يصح في الأعيان الخارجية و موارد عدم ثبوت الحق حين الضمان مما قامت السيرة العقلائية عليه كدرك الثمن أو المثلث.

(٢) لا يخفى ما في التعبير باختلاف المضمون له و المضمون عنه في أصل الضمان من المسامحة، إذ مع إنكار الأول من أساسه كيف يصح التعبير عنه بالمضمون له.

و حق العبارة أن يقال: «لو اختلف الدائن و المدين في أصل الضمان».

(٣) بلا إشكال فيه و لا خلاف، فإنه لا بد للمدين من إثبات براءة ذمته من الدين، و إلا فهو ملزم بالخروج عن عهده.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٢٤

تمام ديونه و أنكره المضمون له، لأصالة بقاء ما كان عليه (١) و لو اختلفا في إعسار الضامن حين العقد و يساره (٢) فادعى المضمون له إعساره، فالقول قول المضمون عنه (٣)

(١) خرجنا عنها بالنسبة إلى ما يعترف به المضمون له- القدر المتيقن-، لفراغ ذمته منه جزماً، و لا بد له بالنسبة إلى الزائد- ما يدعيه هو- من إثبات البراءة، و إلا فهو ملزم بالخروج من عهده- كما عرفت.

(٢) بناء على ما ذهب اليه المشهور من ثبوت الخيار للمضمون له عند ظهور إعساره حين العقد، و أما بناء على ما اخترناه من عدم الدليل على الخيار حينئذ. فلا أثر لهذا الاختلاف بالمره، فإن المضمون عنه برىء الذمة من الدين السابق على التقديرين- اليسار و الإعسار-، و الضامن هو الملزم به.

(٣) الكلام في هذا الفرع تارة يفرض مع سبق يسار الضامن، و اخرى مع سبق إعساره، و ثالثه مع تضاد الأمرين بأن يعلم يساره في بعض شهر الضمان و إعساره في بعضه الآخر مع الجهل بالمتقدم و المتأخر.

أما الصورة الأولى: فالأمر كما أفاده (قده) من تقديم قول المضمون عنه، كما هو واضح، فان دعوى المضمون له للإعسار مقدمة لإثبات الخيار محتاجة إلى الدليل، و إلا فمقتضى الاستصحاب

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٢٥

.....

هو إثبات اليسار حين الضمان.

أما الصورة الثانية: فالظاهر تقديم قول المضمون له، و إلزام المضمون عنه بإثبات اليسار، فان استصحاب العسر إلى زمان الضمان يشبث موضوع الخيار للمضمون له.

و الحاصل: ان الأصل في هذه الصورة يقتضى الجواز، فيكون الإثبات على مدعى اللزوم لا محالة.

و من هنا: فلا يمكن المساعدة على إطلاق كلام الماتن (قده) من تقديم قول المضمون عنه، الشامل لهذه الصورة أيضا. و لعل هذه خارجة عن محط نظره و غير مرادة له (قده).

و أما الصورة الثالثة: فلا مجال فيها للتمسك باستصحاب العسر و اليسر معا، سواء لما ذكره صاحب الكفاية (قده) من عدم وجود المقتضى لعدم اتصال زمان اليقين بزمان الشك، أو لما اخترناه من وجود المانع. فإن النتيجة في المقام واحدة، و ان اختلف المبتنيان في غيره- على ما حققناه مفصلا في المباحث الأصولية:

و عليه: فهل يقدم قول المضمون له أو المضمون عنه أو يكون المقام من التداعى؟.

ظاهر إطلاق كلامه (قده) هو الثانى، و على المضمون له الإثبات.

و قد أورد عليه في بعض الكلمات بأنه لا موجب لجعل المضمون له مدعى و إلزامه بالإثبات، و المضمون عنه منكر و قبول قوله،

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٢٦

.....

بعد ان كان قول كل منهما مخالفا للأصل.

لكن الظاهر ان ما ذكره الماتن (قده) هو الصحيح.

و الوجه فيه ما ذكرناه في مباحث القضاء من أن الروايات الواردة في أبواب القضاء و حل الخصومات، لم تتعرض- على كثرتها- لتحديد المدعى و المنكر على الإطلاق، و هل المدعى من خالف قوله الأصل أو الظاهر، و المنكر من وافق قوله للأصل أو الظاهر أم لا؟

و إنما ذلك مذکور في كلمات الأصحاب (قدس الله أسرارهم) خاصة.

و هو ان كان صحيحا بحسب الغالب، إلا انه لا دليل على ثبوته على نحو الكبرى الكلية.

و من هنا فلا محيص عن الرجوع إلى العرف لتحديد المفهومين، و من الواضح أن مقتضاه كون من يطالب غيره بشيء و يلزمه به و يكون مطالباً لدى العقلاء بالإثبات مدعى، و خصمه الذى لا يطالب بشيء منكر.

نعم يستثنى من ذلك ما إذا اعترف الخصم بأصل الحق و ادعى وفاءه، كما إذا اعترف بالاستقراض مدعى أداءه و فراغ ذمته، فإنه حينئذ و ان كان الدائن هو المطالب غيره بالمال و الملزم له به، إلا أنه يعتبر منكر و على خصمه إثبات الأداء، و ذلك لاعترافه بأصل الدين، فإنه يوجب انقلاب المدعى- لو لا الاعتراف- منكر، و المنكر- لولاه- مدعى.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٢٧

.....

و الحاصل: انه لا أثر لموافقة الأصل أو الظاهر أو مخالفته لهما في تحديد المدعى و المنكر، إذ لا دليل على شيء مما ذكره الأصحاب في كلماتهم في المقام، و إنما العبرة بما ذكرناه من الرجوع الى العرف و تحديد المدعى و المنكر على ضوء الفهم العرفى.

و عليه ففي المقام و ان كان قول كل منهما مخالفا للأصل الموضوعى إلا أن ذلك لا يمنع من كون المضمون له هو المدعى، باعتبار انه الذى يطالب خصمه- المضمون عنه- بالمال نتيجة للفسخ بالخيار بعد اعترافه ببراءة ذمته و فراغها منه بالضمان، و يكون هو الملزم

بالإثبات لدى العقلاء.

وبعبارة أخرى: ان اشتغال ذمة المضمون عنه ثانياً- نتيجة للفسخ من قبل المضمون له- بالمال و رجوع الدين إليها من ذمة الضامن لما كان محتاجاً لدى العقلاء إلى الإثبات كان المضمون له هو المدعى لا محالاً، فإن أمكنه الإثبات فهو و إلا فالقول قول المضمون عنه. إذن: فالصحيح ان المقام من موارد المدعى و المنكر، لاختصاص المطالبة و الإلزام بأحد الطرفين دون الآخر، و ليس من موارد التداعي كما توهمه بعضهم.

و الذى يتحصل من جميع ما تقدم. أن ما أفاده الماتن (قده) من تقديم قول المضمون عنه، عند اختلافه مع المضمون له فى يسار الضامن حين الضمان و إعساره- بناء على القول بثبوت الخيار له عند

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٢٨

و كذا لو اختلفا فى اشتراط الخيار للمضمون له و عدمه (١) فان القول قول المضمون عنه (٢). و كذا لو اختلفا فى صحة الضمان و عدمها (٣).

[مسألة ٢: لو اختلف الضامن و المضمون له فى أصل الضمان، أو فى ثبوت الدين و عدمه]

(مسألة ٢): لو اختلف الضامن و المضمون له فى أصل الضمان، أو فى ثبوت الدين و عدمه، أو فى مقداره أو فى مقدار ما ضمن أو فى اشتراط تعجيله، أو تنقيص أجله إذا كان مؤجلاً- أو فى اشتراط شىء عليه زائداً على أصل الدين، فالقول قول الضامن (٤)، و لو اختلفا فى اشتراط تأجيله مع كونه

ظهور إعساره- انما يتم فى الصورتين الأولى و الثالثة خاصة، و أما فى الصورة الثانية فالظاهر تقديم قول المضمون له لثبوت موضوع الخيار بالاستصحاب.

(١) بناء على صحة هذا الاشتراط- كما اختاره الماتن (قده) و جماعة- و إلا- كما اخترناه- فالشرط باطل من أساسه و لا أثر لهذا النزاع.

(٢) لكونه منكراً، باعتبار ان خصمه- المضمون له- هو الذى يطالبه بشىء و يلزمه الإثبات عند العقلاء.

(٣) لأصالة الصحة بعد إحراز أصل وقوع العقد.

(٤) كما هو واضح، فان المضمون له مدع فعليه الإثبات، و إلا فمقتضى أصالة عدم الضمان أو الدين أو الزائد عما يعترف به

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٢٩

حالاً، أو زيادةً أجله مع كونه مؤجلاً، أو وفاء أو براء المضمون له عن جميعه أو بعضه، أو تقييده بكونه من مال معين (١) و المفروض تلفه، أو اشتراط خيار الفسخ للضامن (٢) أو اشتراط شىء على المضمون له، أو اشتراط كون الضمان بما يساوى الأقل من الدين، قدم قول المضمون له (٣).

[مسألة ٣: لو اختلف الضامن و المضمون عنه فى الأذن و عدمه]

(مسألة ٣): لو اختلف الضامن و المضمون عنه فى الأذن و عدمه، أو فى وفاء الضامن حتى يجوز له الرجوع

الضامن من الدين أو الضمان، أو تعجيله أو تنقيص الأجل أو الأمر الزائد على أصل الدين، تقديم قول الضامن المنكر.

نعم للمضمون له تحليفه على ذلك، على ما تقتضيه قواعد القضاء.

(١) بناء على مختاره (قده) من بطلان الضمان - حينئذ - وانتقال الدين إلى ذمة الضامن.

لكنك قد عرفت في المسألة الرابعة والعشرين انه لا معنى متحصل للتقييد في المقام بالمرء، وان مرجعه إلى الاشتراط لا محالة.

(٢) بناء على ما اختاره (قده) من صحة اشتراط الخيار في الضمان لكنك قد عرفت منا الاشكال فيه.

(٣) كل ذلك لكون الضامن مدعيا في قوله فعلية الإثبات، وإلا فمقتضى أصالة عدم كل ذلك لزوم الخروج عن عهدة الدين الثابت في ذمته بأصل الضمان.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٣٠

وعدمه، أو في مقدار الدين الذي ضمن و أنكر المضمون عنه الزيادة أو في اشتراط شيء على المضمون عنه (١) أو اشتراط الخيار للضامن (٢)، قدم قول المضمون عنه (٣) و لو اختلفا في أصل الضمان أو في مقدار الدين الذي ضمنه و أنكر الضامن للزيادة، فالقول قول الضامن (٤).

(١) عند أمره بالضمان و قبوله له، فان الشرط سائغ في نفسه، و الضمان فعل محترم، فيصح للضامن عند أمر المضمون عنه بالضمان و قبوله له اشتراط شيء مباح عليه بإزاءه.

و منه يظهر فساد ما قيل من أن المضمون عنه ليس طرفا في عقد الضمان، كي يصح الاشتراط عليه فيه.

فان الاشتراط انما هو عند أمره له بالضمان و قبوله لذلك، و ليس في عقد الضمان كما توهم.

(٢) بناء على صحة هذا الاشتراط - كما اختاره الماتن (قده).

(٣) لكونه منكر لما يدعيه الضامن، فان اشتغال ذمته بالدين ثانيا بعد فراغها منه قطعاً يحتاج إلى الإثبات، و الا فمقتضى أصالة عدمه تقديم قوله في كل ذلك.

(٤) فان اشتغال ذمته بأصل الدين أو الزيادة عما يعترف به، يحتاج إلى الدليل، و الأصل يقتضى عدمه.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٣١

[مسألة ٤: إذا أنكر الضامن الضمان فاستوفى الحق منه بالبينه ليس له الرجوع]

(مسألة ٤): إذا أنكر الضامن الضمان فاستوفى الحق منه بالبينه ليس له الرجوع على المضمون عنه المنكر للإذن أو الدين (١)، لاعترافه بكونه أخذ منه ظلماً. نعم لو كان مدعياً مع ذلك للإذن في الأداء بلا ضمان، و لم يكن منكراً لأصل الدين، و فرض كون المضمون عنه أيضاً معترفاً بالدين و الإذن في الضمان (٢) جاز له الرجوع عليه، إذ

(١) مقتضى تقييده (قده) للحكم بعدم رجوع الضامن على المضمون عنه بفرض إنكاره للإذن أو الدين، اختصاصه به و عدم ثبوته عند اعتراف المضمون عنه بالإذن أو الدين.

غير أن من الظاهر عدم الفرق بين الفرضين، فان مجرد ثبوت الدين أو الأذن في الضمان لا يكفي في جواز رجوع الضامن عليه، إذ يعتبر فيه مضافاً إلى الأذن تحقق الضمان و الأداء بعد ذلك خارجاً، فما لم يتحقق أحد هذه الأمور لا يكون للضامن الرجوع على المضمون عنه، و من هنا فحيث ان الضامن في المقام منكر لأصل الضمان و تحققه في الخارج أو الدين، فكيف يجوز له الرجوع على المضمون عنه مع القطع بأذنه له فيه فضلاً عن اعترافه به.

(٢) ظهر الحال فيه مما تقدم، فإنه لا فرق بين فرضي الإنكار و الاعتراف من حيث عدم جواز الرجوع عليه، فإنه ليس من آثار الأذن

المجرد، و انما هو من آثاره منضمًا إلى تحقق الضمان و الأداء في

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٣٢

لا- منافاة بين إنكار الضمان و ادعاء الإذن في الأداء، فاستحقاقه الرجوع معلوم (١) غاية الأمر أنه يقول إن ذلك للإذن في الأداء و المضمون عنه يقول إنه للإذن في الضمان، فهو كما (٢)

الخارج، و حيث ان المأخوذ منه منكر لتحقق الضمان فلا وجه لرجوعه به عليه.

(١) قد عرفت مما تقدم أن الأمر في المقام ليس كذلك، فإن أصل الاستحقاق ليس معلوما على كل تقدير، فان المضمون عنه انما يكون مشغول الذمة للمأخوذ منه فيما لو كان قد أذن له في الأداء فإنه حينئذ يجوز له الرجوع عليه لخسارته للمال و ان كان ذلك بسبب مقدمة كاذبة- اعني ادعاء الضمان عليه- فان ذلك لا يضر شيئًا بعد ما كان أصل وجوب الأداء ثابتا عليه.

و أما لو كان قد أذن له في الضمان، فاشتغال ذمته له غير ثابت بل الثابت عدمه، لان جواز الرجوع- و كما عرفت- ليس من آثار أصل الضمان و انما هو من آثار تحققه في الخارج و انتقال الدين من ذمة المضمون عنه إلى ذمته و من ثم أداءه خارجا، و حيث ان المفروض عدمه بحسب اعتراف الضامن نفسه، فلا وجه لرجوعه عليه بدعوى أن أصل الاستحقاق و اشتغال ذمة المضمون عنه معلوم.

(٢) قياس ما نحن فيه على المثال من القياس مع الفارق، فإن أصل الاستحقاق و اشتغال الذمة فيه معلوم و ان كان سببه مجهولا،

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٣٣

لو ادعى على شخص أنه يطلب منه عشر قرانات قرضا، و المدعى ينكر القرض و يقول: إنه يطلبه من باب ثمن المبيع، فأصل الطلب معلوم. و لو لم يعترف المضمون عنه بالضمان أو الأذن فيه و ثبت عليه ذلك بالبينه فكذلك يجوز له الرجوع عليه مقاصه عما أخذ منه (١) و هل يجوز للشاهدين

و اين هذا مما نحن فيه حيث عرفت عدم ثبوت أصل الاستحقاق.

(١) في العبارة تشويش ظاهر، و لعل فيها سقطا، فإنها لا ترجع الى محصل، إذ لا أثر لثبوت الأذن في الضمان شرعا بالمره، فإنه إنما يترتب على تحققه هو في الخارج و تحقق الأداء بعده- على ما تقدم.

نعم لو كان من أخذ منه المال معترفا بثبوت الدين في ذمة المضمون عنه كان له الرجوع عليه باذن الحاكم الشرعي و الأخذ منه مقاصه.

و ذلك لان الأخذ لما أخذ المال من الضامن قهرا عليه و ظلما.

كان ذلك المال ثابتا في ذمته للمأخوذ منه فهو مدين له به، و لما كانت ذمة المضمون عنه مشغولة للأخذ بعد نظرا لعدم انتقال ما بذمته إلى ذمة غيره، كان للمأخوذ منه الأخذ منه تقاصا و أخذ ما يملكه الأخذ بدلا عما أخذه منه ظلما.

و لكن لما كان مال الأخذ في ذمة المضمون عنه كليا، احتاج التقاص منه إلى إذن الحاكم الشرعي.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٣٤

على الاذن في الضمان حينئذ ان يشهدا بالاذن من غير بيان كونه الاذن في الضمان أو كونه الاذن في الأداء؟ الظاهر ذلك (١)، و إن كان لا يخلو عن اشكال. و كذا في نظائره (٢).

بلا فرق في ذلك بين اعتراف المأخوذ منه بالضمان و عدمه، أو اعتراف المضمون عنه بالأذن و عدمه، فإنه من هاتين الجهتين سيان.

(١) بل الظاهر عدمه، و ذلك لما عرفته من اختلاف أثر الأذنين شرعا بل اختلافهما من حيث أصل وجود الأثر و عدمه. إذ لا أثر

للإذن في الضمان ما لم يتحقق هو و من بعده الأداء في الخارج، بخلاف الأذن في الأداء حيث يكفي في جواز رجوع المأذون عليه مجرد تحقق الأداء خارجا.

و الحاصل: ان خصوصية الأذن في مجرد الأداء أو الأذن في الضمان لما كانت دخيلة في ترتب الأثر- أعني جواز رجوع المأذون له على الأذن بعد الأداء- لم يكن للشاهدين إطلاق الشهادة بالأذن و السكوت عنها.

(٢) مما لا تكون للخصوصية دخل في ترتب الأثر عليه، كما هو الحال في المثال المذكور في المتن، فان الدين ثابت على كل حال و ذمة المدين مشغولة بالمال المعين للدائن من غير أثر لخصوصية القرض أو الشراء. فإنه لا أثر لهما كما أنه لا أثر لسائر الخصوصيات من الزمان و المكان.

و لكن أين هذا من محل الكلام و نظائره مما يختلف الأثر فيه باختلاف

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٣٥

كما إذا ادعى شخص على آخر أنه يطلب قرضا و بيته تشهد بأنه يطلبه من باب ثمن المبيع لا القرض، فيجوز لهما أن يشهدا بأصل الطلب من غير بيان أنه للقرض أو لثمن البيع على اشكال.

[مسألة ٥: إذا ادعى الضامن الوفاء و أنكر المضمون له و حلف]

(مسألة ٥): إذا ادعى الضامن الوفاء و أنكر المضمون له و حلف ليس له الرجوع على المضمون عنه إذا لم يصدقه في ذلك (١)، و إن صدقه جاز له الرجوع إذا كان باذنه (٢) و تقبل شهادته له بالأداء (٣) إذا لم يكن هناك مانع من تهمته (٤) أو غيرها مما يمنع من قبول الشهادة.

الخصوصيات، فان تنظير أحدهما بالآخر ليس إلا من القياس مع الفارق.

(١) لما عرفته من توقف رجوعه عليه على تحقق الوفاء خارجا، و حيث انه غير متحقق، بل المتحقق- بحسب القواعد الشرعية- عدمه، فلا موجب لجواز رجوعه عليه.

(٢) أخذنا له باعترافه و إقراره، فإنه بتصديقه له في الأداء يعترف بتحقيق موجب الرجوع عليه، و ان لم يثبت الأداء بالنسبة إلى المضمون له، إذ لا منافاة بين الأمرين.

(٣) على ما تقتضيه قواعد الشهادة.

(٤) ذكر هذا الاستثناء في جملة من النصوص المعتمدة و غيرها و قد ذكره غير واحد من الأصحاب أيضا كالمحقق (قده) في

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٣٦

.....

الشرائع و غيره.

إلا أن الكلام في المراد منه، إذ الذي يعتبر في باب الشهادة جزما ان لا يكون الشاهد طرفا في الدعوى بحيث تكون شهادته راجعة إلى نفسه بجلب نفع أو دفع ضرر، كما لو ادعى الوصى المفوض في صرف الثلث على غيره ديننا للميت، فإنه لا تقبل شهادته عليه لاستلزامها دخول ثلث المبلغ المدعى تحت تصرفه، أو شهد المضمون عنه للضامن بالأداء بعد ظهور إعسار الضامن من حين الضمان- بناء على مذهب المشهور من ثبوت الخيار حينئذ للمضمون له- فان شهادته هذه لما كانت تدفع عن نفسه ضرر إبطال العقد و رجوع الدين ثانيا إلى ذمته، لم تكن مسموعة.

و من هنا: فإن أريد بالتهمة ما يقابل الوثوق بدينه و أمانته، فاشتراط عدمها ليس إلا تعبيراً آخر عن شرطية العدالة في الشاهد، و ليس هو أمراً زائداً عليها و في قبالتها.

و ان أريد من اشتراط عدمها اعتبار ان لا تكون الشهادة لدوافع القرابة أو الصداقة أو نحوهما. فهو غير معتبر جزماً حيث تصح شهادة الأقراب بعضهم لبعض و ان كان هناك احتمال كون الصلة دخيلة فيها، فإنه لا أثر له بعد فرض توفر سائر الشروط.

إذن: فالمتعين حمل هذه الكلمة في لسان النصوص على المعنى الأول و من هنا فلا وجه لجعل عدمها في قبال سائر الشروط المعتمدة في

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٣٧

[مسألة ٦: لو أذن المديون لغيره في وفاء دينه بلا ضمان فوفى جاز له الرجوع عليه]

(مسألة ٦): لو أذن المديون لغيره في وفاء دينه بلا- ضمان فوفى جاز له الرجوع عليه (١) و لو ادعى الوفاء و أنكر الآذن قبل قول المأذون، لأنه أمين من قبله (٢).

الشاهد و التي منها العدالة.

(١) لما ذكرناه في غير موضع من قيام السيرة العقلانية القطعية الممضاة شرعاً على ثبوت الضمان بالأمر بإتلاف مال محترم على نحو مباح أو القيام بعمل محترم.

نعم لا بد من تقييد ذلك بعدم ظهور الأمر في الاستدعاء المجاني كما هو الحال في طلب الفقير ممن عليه الحق الشرعي من الخمس أو الزكاة أداء دينه، أو طلب مرجع الحقوق منه ذلك، بل الأمر كذلك بالنسبة إلى طلب الولد من أبيه ذلك، فإنه ظاهر في الأداء المجاني لكون الأب متكفلاً بشؤون ابنه، بل و كذا الحال في طلب سائر أفراد العائلة منه ذلك.

كما ينبغي تقييده بعدم قصد المأمور التبرع في عمله، إذ معه لا يجوز له الرجوع عليه حتى و ان لم يكن لكلام الأمر ظهور في المجانية باعتبار انه هو الذي قد أتلّف ماله بداع من نفسه و من غير قصد امتثال الأمر.

(٢) فهو في ذلك بمنزلة الوكيل، و مرجع العمل فعلاً و تركاً إليه، فيسمع قوله ما لم يثبت خلافه، على ما تقتضيه السيرة القطعية.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٣٨

و لو قيد الأداء بالإشهاد و ادعى الإشهاد و غيبه الشاهدين قبل قوله أيضاً (١) و لو علم عدم اشهاده ليس له الرجوع (٢) نعم لو علم أنه و فاه و لكن لم يشهد يحتمل جواز الرجوع عليه (٣)، لان الغرض من الاشهاد العلم بحصول الوفاء و المفروض تحققه.

(تم كتاب الضمان)

(١) لما تقدم، إذ لا فرق في تصديقه بين كون المأمور به هو الأداء المطلق أو المقيد بالإشهاد أو غيره، فان قوله حجة فيما يرجع أمره إليه ما لم يثبت خلافه.

(٢) لعدم تحقق ما يتوقف عليه جواز الرجوع.

(٣) الا- انه بعيد غايته، بل هو ممنوع، فإن الإشهاد لما كان قيدياً للمأمور به- كما هو المفروض- لم يكن الأداء المطلق بمأمور به لا محالة و من غير تأثير لما هو الداعي له على هذا التقييد، و معه فكيف يجوز له الرجوع عليه.

و الله ولى التوفيق

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٤١

[كتاب الحوالة]

اشارة

كتاب الحوالة و هي عندهم تحويل المال من ذمة إلى ذمة. و الأولى أن يقال: إنها حالة المديون دائنه إلى غيره، أو حالة المديون دينه من ذمته إلى ذمة غيره. و على هذا فلا ينتقض فيه طرده بالضمان، فإنه و إن كان تحويلا من الضامن للدين من ذمة المضمون عنه إلى ذمته، الا أنه ليس فيه الإحالة المذكورة (١) خصوصا إذا لم يكن بسؤال من المضمون عنه. و يشترط فيها مضافا إلى البلوغ و العقل و الاختيار (٢)

(١) فان الفرق بينهما واضح، فإن المعاملة هنا إنما هي بين الدائن و المدين حيث أن الثاني ينقل ما في ذمته إلى ذمة غيره، بخلاف الضمان حيث تكون المعاملة بين الدائن و الأجنبي و يستلزم نقل ما في ذمة الغير إلى ذمته.
(٢) و هذه هي الشروط العامة المعتمدة في جميع العقود و قد تقدم بيان أدلتها في مورده.
غير أن من غير الخفى ان هذه الشروط انما تعتبر فيمن يكون طرفا للعقد خاصة و لا تعتبر في الأجنبي عنه.
و من هنا فحيث ان الحوالة عقد قائم بين المحيل و المحتال - الدائن
مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٤٢

.....

و المدين - فقط، و أما المحال عليه - في فرض اشتغال ذمته - أجنبي عنها بالمرء، فلا وجه لاعتبار هذه الشرائط فيه - فإنه لا مانع من الحوالة على الصغير و المجنون و من لم يرض بها، إذ لمن يملك المال في ذمهم ان يملكه لغيره و ينقله إليه كيف ما يشاء ببيع أو صلح أو حوالة أو غيرها و من دون أن يكون لمن عليه الحق أى اعتراض فى ذلك، فإنه لا يعتبر رضاه به جزما باعتبار كونه أجنبيا عن المعاملة و على تقدير احتمال اعتباره - و ان كان بعيدا جدا - فهو أمر خارجى لا محالة و ليس من الرضا المعاملى فى شىء كى يعتبر فى صاحبه الشروط المذكورة.

نعم لو كانت الحوالة على البرىء و جب توفر الشروط المذكورة - غير الفلاس - فى المحال عليه أيضا، نظرا لكونها غير ملزمة بالنسبة إليه، إذ المفروض ان المحيل لا يستحق عليه شيئا، و من هنا فلا بد فى صحتها من رضاه و قبوله لانتقال الدين من ذمة المحيل إلى ذمته.

و حيث انه لا عبرة برضى فاقده هذه الشروط. فان رضى الصغير كالعدم و عمدته كالخطأ، و لا أثر لقبول المجنون و المكروه، و ليس للسفيه إشغال ذمته بشىء من دون إذن وليه، اعتبر فى صحتها توفر الشروط لا محالة.

نعم لا يعتبر فيه عدم الحجر للفلاس، باعتبار اختصاص دليل الحجر عليه بالتصرف فى أمواله الخارجية خاصة، و عدم شموله لاشغال
مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٤٣

و عدم السفه (١)

ذمته بشىء، فإن الدليل قاصر الشمول لمثله، و لذا يصح إجارتة لنفسه بل و استقراضه أيضا.

فليس هو كالفقيه، حيث يكون ممنوعا من التصرف فى ذمته و اشتغالها فضلا عن أمواله الخارجية.

نعم لا يشارك الدائن الجديد الغرماء السابقين فى أمواله، فإنها و بحكم حجر الحاكم عليها تختص بالغرماء حين الحجر دون غيرهم،

بلا فرق في ذلك بين كون سبب الدين اختياريا- كالاستقراض- أو قهريا- كالإتلاف.

والحاصل: ان إطلاق الحكم باعتبار هذه الشروط في المحال عليه مما لا يمكن المساعدة عليه، فإنه ان كان مشغول الذمة للمحيل لم يعتبر فيه أى شرط على الإطلاق، و ان كان برىء الذمة بالنسبة إليه اعتبر فيه البلوغ والعقل والاختيار وعدم الحجر عليه للسفه خاصة. (١) اما بالنسبة إلى المحال عليه فقد عرفت الحال فيه.

و اما بالنسبة إلى المحيل نفسه، فالظاهر انه كاعتبار عدم الحجر عليه لفسل لا وجه له فيما إذا كانت الحوالة على برىء الذمة. اما عدم اعتبار عدم السفه فيه، فلان السفه انما هو ممنوع من التصرف في أمواله و اشغال ذمته بشيء، و من الواضح خروج المعاملة الموجبة لإسقاط ما ثبت في ذمته، و اشغال ذمة الغير به، عنهما معا، فلا

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٤٤

في الثلاثة من المحيل (١) و المحتال (٢)

تشملة دليل المنع.

و اما عدم اعتبار عدم الفسل فيه فلاختصاص الحجر عليه بالتصرف في ماله خاصة و حيث ان المفروض براءة ذمة المحال عليه بالنسبة اليه و عدم ملكه لشيء في ذمته، فلا تكون الحوالة عليه تصرفا في ماله فإنها ليست الا اشغالا لذمة الغير بما ثبت في ذمته هو. نعم لازم ذلك جواز الرجوع عليه بعد الأداء، الا أن ذلك لا يضر شيئا بعد ما عرفته من عدم مشاركته للغرماء في الأموال الموجودة حاله في ذلك حال الدين الجديد.

و الحاصل: ان اعتبار هذه الشرائط بأكملها في المحيل انما يتم في الحوالة على مشغول الذمة، إذ ليس للصغير و لا المجنون و لا المكره و لا المحجور عليه لسفه أو فلس التصرف في أمواله الموجودة بالفعل و منها دينه الثابت في ذمة المحال عليه. و أما لو كانت الحوالة على البرىء، فلا يعتبر فيه سوى البلوغ والعقل والاختيار إذ لا أثر لعقد الصغير و المجنون و المكره، دون عدم الحجر عليه لسفه أو فلس.

(١) على تفصيل عرفته.

(٢) بلا إشكال فيه، إذ الحوالة نقل لدينه و ماله الثابت في ذمة المحيل، و هو تصرف فيه جزما فتوقف صحته على رضاه و يعتبر فيه

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٤٥

و المحال عليه (١) و عدم الحجر بالسفه (٢) في المحتال (٣) و المحال عليه (٤)، بل و المحيل، إلا إذا كانت الحوالة على البرىء فإنه لا بأس به (٥) فإنه نظير الاقتراض منه-

[و يشترط فيها مضافا الى البلوغ و العقل و الاختيار أمور]

إشارة

أمور

[(أحدها): الإيجاب و القبول]

(أحدها): الإيجاب و القبول، على ما هو المشهور بينهم حيث عدوها من العقود اللازمة. فالإيجاب من المحيل و القبول من المحتال. و أما المحال عليه فليس من أركان العقد و إن اعتبرنا رضاه مطلقا أو إذا كان بريئا، فإن مجرد اشتراط الرضا لا يدل على كونه طرفا و

ركنا للمعاملة

توفر الشروط بأجمعها إذ لا أثر لرضى الصغير و المجنون و المكره و غير الرشيد و المفلس بالنسبة إلى ماله الموجود بالفعل.
(١) على اشكال قد عرفت تفصيله.

(٢) ذكر السفه من سهو القلم أو غلط النساخ جزما، و الصحيح الفلاس - كما هو أوضح من أن يخفى.

(٣) لما تقدم.

(٤) على إشكال بل منع - كما عرفته -، فإنه لا يعتبر فيه عدم الحجر للفلاس مطلقا سواء أ كان مشغول الذمة للمحيل أم لم يكن.

(٥) لما عرفته من اختصاص الحجر عليه بالتصرف في ماله، و الحوالة على البريء خارجة عنه.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٤٦

و يحتمل أن يقال: يعتبر قبوله أيضا (١)، فيكون العقد مركبا من الإيجاب و القبولين. و على ما ذكره يشترط فيها ما يشترط في العقود اللازمة من الموالاة بين الإيجاب و القبول و نحوها، فلا تصح مع غيبة المحال أو المحال عليه أو كليهما،

(١) الا انه بعيد جدا، فإنه لا دليل عليه، بل لا وجه له بالمرّة، فإنه خارج عن المعاهدة بالكلية، فإن العقد انما هو بين المحيل و المحال خاصة و لا دور للمحال عليه فيه أصلا.

فإنه إذا كان مشغول الذمة للمحيل بالجنس الذي أحال غيره عليه، فالأمر واضح، فإن أمر المال بيد مالكة - المحيل - و له نقله كيف ما يشاء و بأى سبب يختاره من بيع أو صلح أو هبة أو غيرها من دون أن يكون لمن اشتغلت ذمته به حق في الاعتراض عليه.
و من هنا: فلا يعتبر رضاه فضلا عن قبوله.

و اما إذا كان برىء الذمة بالنسبة إليه أو كانت الحوالة بغير جنس الدين، فيعتبر رضاه لا محالة، إذ ليس للمحيل سلطنة على اشغال ذمة المحال عليه بأصل المال أو الجنس الخاص بعد فرض فراغها منه.

الا أن اعتبار رضاه هذا ليس على حد جعله طرفا للمعاهدة و الإيجاب و القبول، بل غاية اعتباره في صحة العقد بمعنى عدم صحته بدونه كما هو الحال في العقد الفضولي، و من الواضح أنه لا يستلزم كونه طرفا للعقد و احتياج الإيجاب الواحد الى قبولين.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٤٧

بأن أوقع الحوالة بالكتابة (١). و لكن الذي يقوى عندي كونها من الإيقاع (٢)

و منه يظهر ما في كلام صاحب الجواهر (قده) من عدم وجدان القائل بتركب العقد من إيجاب و قبولين، و ان كان هو مقتضى ما تسمعه من دليلهم.

إذ لم يظهر له وجه، فان الدليل انما اقتضى توقف اشتغال ذمة المحال عليه بأصل المال أو الجنس المخصوص على رضاه و عدم صحته من دونه و اما كونه طرفا للعقد فلم يدل عليه دليل على الإطلاق.

و الحاصل: انه لا دليل على اعتبار القبول من المحال عليه و جعله طرفا للعقد إذ غاية دلالة اعتبار رضاه و هو لا يقتضى كونه طرفا فيه.
و من هنا: فلا يعتبر في رضاه ما يشترط في الإيجاب و القبول من الموالاة و نحوها.

(١) على اشكال ستعرفه.

(٢) و فيه ما لا يخفى من فساد مبناه، فان النقل من ذمة إلى أخرى ليس وفاء للدين على الإطلاق، و انما هو تبديل لمكان الدين و ظرفه لا أكثر إذ المحيل ينتقل ما في ذمته للمحتمل إلى ذمة المحال عليه.

و منه يظهر الحال فيما ذكره (قده) من عد الوفاء بغير الجنس من الإيقاع، فإنه فاسد قطعاً، لرجوعه الى تبديل المال الثابت في ذمته بالمال الجديد، و المعاوضة بين المالين، و هو من العقود جزماً.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٤٨

غاية الأمر اعتبار الرضا من المحتال أو منه و من المحال عليه و مجرد هذا لا يصيره عقداً، و ذلك لأنها نوع من وفاء الدين، و ان كانت توجب انتقال الدين من ذمته إلى ذمة المحال عليه، فهذا النقل و الانتقال نوع من الوفاء. و هو لا يكون عقداً و ان احتاج الى الرضا من الآخر، كما في الوفاء بغير الجنس، فإنه يعتبر فيه رضا الدائن و مع ذلك إيقاع، و من ذلك يظهر أن الضمان أيضاً من الإيقاع، فإنه نوع من الوفاء و على هذا فلا يعتبر فيها شيء مما يعتبر في العقود اللازمة، و يتحققان بالكتابة و نحوها (١). بل

كما يظهر الحال في عده (قده) للضمان و الوكالة من الإيقاع أيضاً.

إذن: فالصحيح في المقام هو ما ذهب اليه المشهور من كون الحوالة عقداً بين المحيل و المحتال، لكونها تبديلاً لما في ذمته للمحتال بماله في ذمة المحال عليه.

(١) إلا- أن تحققهما بها و نحوها لازم أعم لكونهما إيقاعاً، فإنهما يصحان بها حتى مع كونهما عقداً، و ذلك لتحقيق إبراز الاعتبار النفساني بها.

بل يمكن الالتزام بصحتهما بها مع عدم الموالاة أيضاً إذ لا دليل على اعتبارها و لا سيما فيما هو متعارف خارجاً من الحوالة بالرسائل، فإنه لو كان التزام المحيل باقياً الى حين وصول الرسالة إلى المحتال

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٤٩

يمكن دعوى أن الوكالة أيضاً كذلك (١)- كما ان الجعالة كذلك- و ان كان يعتبر فيها الرضا من الطرف الآخر.

الا ترى أنه لا فرق (٢) بين أن يقول: «أنت مأذون في بيع داري» أو قال: «أنت وكيل»، مع أن الأول من الإيقاع قطعاً.

و قبوله الحوالة، تحقق العقد و انضمام التزام الى التزام لدى العرف و العقلاء و حكم بصحته لا محالة.

إذن: فلا- يمكن جعل تحققهما بالكتابة و نحوها من آثار كونهما من الإيقاعات لما عرفته من كون ذلك لازماً أعم لكونهما من الإيقاعات و كونهما من العقود.

(١) الا انها بعيدة غاية البعد، فإن الوكالة إعطاء سلطنة للغير و أقامته مقام نفسه و لا بد فيها من القبول. و من هنا فهي من العقود قطعاً.

(٢) بل الفرق بينهما ظاهر، فإن الإذن ترخيص محض ممن بيده الأمر في متعلقه من الأمور التكوينية كالأكل أو الاعتبارية كالبيع، بخلاف الوكالة فإنها سلطنة اعتبارية يمنحها الموكل إلى غيره و لا بد من قبوله كما و لا بد من تعلقها بالأمور الاعتبارية إذ لا معنى للتوكيل في الأمور التكوينية كالأكل و الركوب و ما شاكلهما.

نعم يستثنى من ذلك القبض حيث يصح فيه التوكيل فيكون قبض الوكيل قبضاً للموكل، و قد تعرضنا إليه في بعض المباحث السابقة أيضاً.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٥٠

.....

ثم أن الوكالة تفرق عن الأذن في جملة أمور:- منها: ارتفاع الوكالة بفسخ الوكيل، فإنها عقد جائز و يصح للوكيل فسخه، فإذا فعل ذلك أصبح أجنبياً عن متعلقها. و يكون تصرفه فيه تصرفاً فضولياً لا يترتب عليه أثر بالنسبة إلى الموكل، بخلاف الأذن حيث أنه غير

قابل للرفع من قبل المأذون لعدم توفقه على قبوله.

و من هنا فلو أذن له فى شىء و رفض المأذون ذلك ثم بدا له القيام به كان له ذلك لكونه مأذونا فيه بعد لبقاء الأذن و عدم ارتفاعه بالرفض.

ثم أن الماتن (قده) و ان لم يلتزم بهذا الفرق بين الوكالة و الأذن عند تعرضه إليه فى كتاب الوكالة من ملحقات العروة حيث اختار (قده) عدم بطلان الوكالة بعزل الوكيل نفسه معللا ذلك بأنها من الإيقاعات لا العقود، إلا أنه يكفينا فى الأشكال عليه عدم انسجام ذلك مع التزامه (قده) باعتبار رضا الوكيل، إذ ان لازم كونها إيقاعا و الحكم بعدم انعزال الوكيل بعزل نفسه، الالتزام بعدم اعتبار رضاه فى صحة الوكالة.

فالجمع بين الحكمين فى غير محله و لا يمكن المساعدة عليه.

و منها: ان الوكالة قد تكون لازمة بالعرض بحيث لا يكون للموكل رفع اليد عن توكيله، كما إذا أخذت شرطا فى ضمن عقد لازم حيث

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٥١

[الثانى: التنجيز]

(الثانى): التنجيز، فلا تصح مع التعليق على شرط أو وصف- كما هو ظاهر المشهور- و لكن الأقوى عدم اعتباره (١)- كما مال اليه بعض متأخرى المتأخرين.

تكون لازمة تتبع العقد باعتبار أنه أنما يكون لازما بجميع شئونه و توابعه و منها الوكالة، بخلاف الأذن حيث لا يمكن فرضه لازما و غير قابل للرفع حتى و لو أخذ فى ضمن عقد لازم، فإنه أمر تكوينى يرتفع برفعه من قبل الأذن وجدانا، غاية الأمر ثبوت الخيار للمأذون فى العقد الذى أخذ شرطا فى ضمنه نظرا لتخلف الشرط.

و منها: نفوذ تصرف الوكيل حتى مع ظهور عزله عن الوكالة حين صدوره منه ما لم يبلغه الخبر- على ما دل عليه النص الصحيح- بخلاف تصرف المأذون بغير سلطنة اعتبارية بالوكالة، حيث لا يكون تصرفه نافذا فيما لو ثبت رجوع الأذن عن اذنه حين التصرف. إلى غير ذلك من الفروق.

إذن: فالقول بعدم الفرق بينهما مجازفة لا يمكن المساعدة عليها بوجه.

(١) تقدم الكلام منا فى اعتبار التنجيز غير مرة فى مباحث المكاسب و غيرها، و قد عرفت فقدان الدليل اللفظى على اعتباره، و انه انما ثبت بالإجماع عليه خاصة.

و من هنا فلا بد فى الحكم باعتباره من تتبع موارد ثبوته، ففى كل مورد تم الإجماع على اعتباره فهو، و الا فلا موجب للالتزام باعتباره مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٥٢

[الثالث: الرضا من المحيل و المحتال بلا اشكال]

(الثالث): الرضا من المحيل و المحتال بلا اشكال (١) و ما عن بعضهم من عدم اعتبار رضا المحيل فيما لو تبرع المحال عليه بالوفاء، بان قال للمحتال: «أحلت بالدين الذى لك على فلان على نفسى»، و حينئذ فيشترط رضا المحتال و المحال عليه دون المحيل. لا وجه له، إذ المفروض لا يكون من الحوالة بل هو من الضمان (٢). و كذا من المحال عليه إذا كان بريئا، أو كانت الحوالة بغير جنس

حتى و لو كان ذلك مشهورا، إذ لا حجية للشهرة و لذا التزمنا بصحة الوكالة المعلقة مستشهدين على عدم تحقق الإجماع على اعتبار التنجيز فيها بتصريح المحقق القمي (قده) في جامع شتاته به.

و حيث أن الحوالة أيضا كذلك، إذا لم يتم الإجماع على اعتباره فيها، كما يشهد له عدم تعرض جملة ممن ذكره شرطا في باقى العقود له الى اعتباره فيها، فلا موجب لاعتباره. و يكفينا فى ذلك الشك فى تحقق الإجماع.

(١) نظرا لكون الحوالة عقدا يقتضى انتقال الدين الثابت للمحتال فى ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، فيتوقف على رضا طرفيه لا محالة.

(٢) فإن الحوالة- و كما عرفتها- عقد بين الدائن و المدين، فى حين ان هذا عقد بين الدائن و الأجنبى فيكون ضمانا و ان عبر عنه بالحوالة.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٥٣

ما عليه (١). و أما إذا كانت بمثل ما عليه ففيه خلاف (٢)

(١) إذ لا سلطنة للمحيل على اشغال ذمة المحال عليه بأصل المال أو الجنس الخاص بعد ان كانت بريئة منه.

(٢) نسب الى المشهور القول باعتباره، بل عن الأردبيلي (قده) دعوى عدم الخلاف فيه، بل احتمال بعضهم كونه طرفا للعقد- كما تقدم.

لكنه- لو تم ما نسب الى المشهور- لا وجه له، فان المال ملك للمحيل و له نقله الى من شاء و بأى سبب يختاره من بيع أو صلح أو هبة أو حوالة أو غيرها و من غير أن يكون لمن عليه الحق الاعتراض عليه، فإنه أجنبى عن المال و عليه أداءه إلى مالكة.

نعم قد يعلل ذلك باختلاف الناس فى الاقتضاء من حيث السهولة و الصعوبة و حيث انه مما يؤثر مباشرة على المحال عليه فلا بد من اعتبار رضاه بنقل المال من ملك المحيل الى ملك المحتال.

الا أنه واضح الاندفاع، إذ لا يعتبر فى صحة النقل تساوى الطرفين فى الاقتضاء و لذا لم يذهب إليه أحد فى بيع الدين على الإطلاق، فإنه يصح سواء أراضى المدين أم لم يرض به، سواء أ كان المشتري سهلا فى الاقتضاء أم صعبا.

على أنه لو تم ما ذكر لكان لازمه تخصيص الحكم باعتبار رضا المحال عليه بما لو كان المحتال شديد المطالبة و صعبا فى الاقتضاء، كما

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٥٤

و لا يبعد التفصيل (١) بين أن يحول عليه بماله عليه، بأن يقول: «أعطه من الحق الذى لى عليك» فلا يعتبر رضاه، فإنه بمنزلة الوكيل فى وفاء دينه (٢) و ان كان

هو واضح.

(١) بل هو بعيد جدا، بل لم يظهر له وجه محصل، فإنه لو أحاله عليه مقيدا بكونها غير ما يطلبه، كما لو صرح بكونها أجنبية عما له فى ذمته، فلا- إشكال فى بقاء ذمة المحال عليه مشغولة بما كان للمحيل عليه أولا، فإنه من الحوالة على البرىء جزما و خارج عن محل الكلام إذ المفروض الحوالة على المدين بوصف كونه مدينا و هذه حوالة على المدين مقيدا بعدم هذا الوصف.

و أما لو أحاله عليه بمثل ما عليه من الحق لكن من غير تقييد بكونها من الحق الذى له عليه أو عدمه، فلا ينبغى الإشكال أيضا فى انطباقه على الفرد الذى له عليه قهرا و انتقال ملكية المال الى المحتال و بذلك فيكون حالها حال الحوالة المقيدة بكونها من الحق

الذى عليه.

(٢) التعليل بكون المحال عليه بمنزلة الوكيل، بعد غريبا منه (قده) و لعله من سهو قلمه الشريف، إذ المحال عليه - بعد تمامية الحوالة -
انما يفى الدين عن نفسه، لاشتغال ذمته به للمحتال بعد براءة ذمة المحيل بالحوالة.
و هو لا ينسجم مع كونه وكيلا فيه، فان الوكيل إنما يؤدي عن
مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٥٥

بنحو اشتغال ذمته للمحتال و براءة ذمة المحيل بمجرد الحوالة، بخلاف ما إذا وكله (١) فإن ذمة المحيل مشغولة إلى حين الأداء. و بين
أن يحوله عليه من غير نظر الى الحق الذى له عليه على نحو الحوالة على البرىء، فيعتبر رضاه، لان شغل ذمته بغير رضاه على خلاف
القاعدة (٢) و قد يعلل باختلاف الناس فى الاقتضاء فلا بد من رضاه.
و لا يخفى ضعفه، كيف، و إلا لزم عدم جواز بيع دينه على غيره مع أنه لا اشكال فيه (٣).

[الرابع: أن يكون المال المحال به ثابتا فى ذمة المحيل]

(الرابع): أن يكون المال المحال به ثابتا فى ذمة المحيل

غيره. فى حين ان المحال عليه إنما يفى عن نفسه - كما هو واضح.
على أنه لو كان وكيلا لزم اعتبار رضاه مطلقا حتى بناء على مختاره (قده) من كون الوكالة من الإيقاعات «و هذا يتنافى مع تصريحه
(قده) بعدم اعتبار رضاه فى هذه الصورة.
(١) إذا كان المراد من هذه الصورة - الأولى - التوكيل فى الأداء فلا ينبغي الإشكال فى عدم فراغ ذمة المحال عليه من الدين، إلا أنه
خارج عن محل الكلام فإن الحوالة باب و الوكالة باب آخر، و لا يجوز الخلط بينهما.
(٢) لكنك قد عرفت الاشكال فيه و أن الانطباق حينئذ قهرى.
(٣) مضافا إلى ما ذكرناه من لزوم تخصيص الاعتبار بفرض
مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٥٦

سواء كان مستقرا أو متزلزا (١)، فلا تصح فى غير الثابت سواء وجد سببه كمال الجعالة قبل العمل و مال السبق و الرماية قبل حصول
السبق، أو لم يوجد سببه أيضا كالحوالة بما يستقرضه هذا هو المشهور. و لكن لا يبعد كفاية حصول السبب كما ذكرنا فى الضمان
(٢)

صعوبة المحتال فى الاقتضاء.

(١) لتوقف صدق الحوالة و نقل الدين من ذمة إلى أخرى عليه، إذ المعدوم لا يقبل الانتقال الى وعاء آخر.
(٢) و قد تقدم الاشكال عليه هناك مفصلا حيث قد عرفت ان بطلان ضمان ما لم يجب من القضايا التى قياساتها معها، إذ الضمان
الفعلى بمعنى اشتغال ذمة الضامن قبل اشتغال ذمة المضمون عنه أمر غير معقول، فان المعدوم لا يعقل انتقاله إلى ذمة الغير و انقلابه
موجودا، فما لا ثبوت له فى ذمة المضمون عنه لا يمكن نقله إلى ذمة الضامن ليثبت فيها بالفعل.
و الضمان على نحو الواجب المشروط بمعنى إنشاء انتقال المال من ذمته إلى ذمة الضامن فى ظرفه و بعد ثبوته، و ان كان أمرا معقولا
فى حد ذاته، إلا انه باطل لعدم تعارفه بين العقلاء مضافا الى عدم شمول أدلة الصحة له نظرا لظهورها فى ترتب الأثر على العقد بالفعل
و من حين الإنشاء، فلا تشمل العقود المقتضية لترتب الأثر عليها بعد

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٥٧
 بل لا يبعد الصحة (١) فيما إذا قال: «أقرضني كذا وخذ عوضه من زيد» فرضى ورضى زيد أيضا، لصدق الحوالة وشمول العمومات، فتفرغ ذمة المحيل و تشتغل ذمة المحال بعد العمل و بعد الإقراض.

[(الخامس): أن يكون المال المحال به معلوما جنسا و قدرا للمحيل و المحتال]

(الخامس): أن يكون المال المحال به معلوما جنسا و قدرا للمحيل و المحتال، فلا تصح الحوالة بالمجهول على

مرور فترة من وقوعها الا ما خرج بالدليل كالوصية.
 وهذا الذى تقدم فى الضمان يجرى بعينه و حرفيا فى الحوالة أيضا فإن الحوالة الفعلية بمعنى انتقال الدين بالفعل من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه أمر غير معقول لاستحالة انتقال المعدوم و الحوالة على نحو الواجب المشروط و ان كان أمرا معقولا الا إنها محكومة بالبطلان لعدم شمول أدلة الصحة لها.
 إذن: فما ذكره (قده) من كفاية حصول السبب للدين فى صحة الحوالة قبل ثبوته فى الذمة بعيد غايته و لا يمكن المساعدة عليه بوجه. و الصحيح ما ذهب اليه المشهور من اعتبار ثبوته بالفعل فى صحتها من غير فرق بين كونه مستقرا أو متزلزلا.
 (١) بل هى بعيدة غاية البعد لما عرفته فى سابقه، فإنه من أظهر مصاديق ضمان ما لم يجب المحكوم بعدم المعقولية على تقدير و البطلان على تقدير آخر.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٥٨
 المشهور للغرر. و يمكن أن يقال بصحته إذا كان آثلا إلى العلم (١) كما إذا كان ثابتا فى دفتره، على حد ما مر فى الضمان من صحته مع الجهل بالدين، بل لا يبعد الجواز مع عدم أوله إلى العلم بعد إمكان الأخذ بالقدر المتيقن (٢) بل و كذا لو قال: «كلما شهدت به البينة و ثبت خذه من فلان» (٣).
 نعم لو كان مبهما كما إذا قال: «أحد الدينين الذين لك على خذه من فلان» بطل (٤)، و كذا لو قال:
 «خذ شيئا من دينك من فلان». هذا و لو أحال الدينين

(١) إذ لا دليل على اعتبار نفي الغرر مطلقا و فى جميع الموارد، فان الثابت اعتباره فى خصوص البيع و قد الحق به الأصحاب الإجارة و ما شاكلها من العقود.
 على أنه لا غرر فى المقام فإن الحوالة ليست الا تبديلا لمكان الدين و نقله من ذمة المحيل على واقعة إلى ذمة المحال عليه، و هو لا يستلزم خطرا على أحد طرفى العقد، فان المحتال سيأخذ ما كان له بحسب الواقع على المحيل و ينقص ذلك من دين المحيل على المحال عليه.

(٢) لما تقدم.

(٣) لما تقدم أيضا.

(٤) إذ المردد و المبهم مما لا واقع له حتى فى علم الله تبارك و تعالى

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٥٩

على نحو الواجب التخيري أمكن الحكم بصحته (١) لعدم الإبهام فيه حينئذ.

و ما هو كذلك لا يقبل النقل من ذمته إلى ذمته غيره، إذ الثابت في الذمة أمر معين غير مردد.

(١) فيما إذا تساوى الدينان كما و كيفا، كما لو كان المحيل مدينا لزيد بعشرة دنانير عن ثمن مبيع اشتراه منه و بعشرة أخرى عن دين استقرضه منه فأحاله على عمرو بعشرة دنانير خاصة، فإنها محكومة بالصحة جزما حيث لا خصوصية في الدين من حيث سببه و أنه بسبب القرض أو الشراء فتكون الحوالة متعلقة بالجامع قهرا.

و بعبارة أخرى: ان الحوالة في هذا الفرض متعلقة بالمعين دون المردد، فإنها احالة للمحتال على المحال عليه بنصف ماله عليه- المحيل.

و أما إذا اختلف الدينان فالفرض عين فرض الدين مبهما و مجهولا و ليس هو شيئا آخر في قبالة، فإنه مبهم و مردد و لا واقع له حتى في علم الله عز و جل، و معه فلا وجه للحكم بصحتها.

و الحاصل: ان استثناء الحوالة على نحو الواجب التخييري مع الحكم ببطلان الحوالة بالدين المبهم في غير محله و لا يمكن المساعدة عليه، فإنها مع تساوى الدينين خارجة تخصصا لكونها حوالة بالمعين و ان جهل سببه، و مع عدم تساوى عين الحوالة بالمجهول بحسب الواقع.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٦٠

[(السادس): تساوى المالين]

(السادس): تساوى المالين أى المحال به و المحال عليه- جنسا و نوعا و وصفا، على ما ذكره جماعة، خلافا لآخرين. و هذا العنوان و ان كان عاما الا أن مرادهم- بقرينة التعليل بقولهم: تفصيا من التسلط على المحال عليه بما لم تشتغل ذمته به، إذ لا يجب عليه أن يدفع الا مثل ما عليه- فيما كانت الحوالة على مشغول الذمة بغير ما هو مشغول الذمة به، كأن يحيل من له عليه دراهم على من له عليه دنانير، بأن يدفع بدل الدنانير دراهم، فلا يشمل ما إذا أحال من له عليه الدراهم على البريء بأن يدفع الدنانير (١) أو على مشغول الذمة بالدنانير بأن يدفع الدراهم (٢) و لعله لأنه وفاء بغير الجنس برضا الدائن.

فمحل الخلاف ما إذا أحال على من عليه جنس بغير ذلك الجنس. و الوجه في عدم الصحة: ما أشير إليه من أنه

(١) فإنها محكومة بالصحة قطعا بعد رضى كل من المحتال و المحال عليه بها فإنها ترجع إلى مبادلة بين الدائن- المحتال- و المدين- المحيل أولا- بتبديل ما فى ذمته للمحال، بالجنس الجديد ثم احالته به على المحال عليه البريء، فيحكم بصحتها لعدم شمول دليل المنع لها، إذ لا منافاة فيها للسلطنة المحتال أو المحال عليه بالمرء كما هو واضح.

(٢) فترجع إلى المعارضة بين المحيل و المحال عليه بتبديل ما للأول

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٦١

لا يجب عليه أن يدفع إلا مثل ما عليه. و أيضا الحكم على خلاف القاعدة.

و لا إطلاق في خصوص الباب، و لا سيرة كاشفة، و العمومات منصرفة إلى العقود المتعارفة. و وجه الصحة:

أن غاية ما يكون أنه مثل الوفاء بغير الجنس و لا بأس به.

و هذا هو الأقوى (١). ثم لا يخفى أن الاشكال إنما هو فيما إذا قال: «أعط مما لى عليك من الدنانير دراهم» بأن أحال عليه بالدراهم من الدنانير التي عليه. و أما إذا أحال عليه بالدراهم من غير نظر الى ما عليه من الدنانير فلا ينبغى الإشكال فيه، إذ هو نظير إحالة من له الدراهم على البريء، بأن يدفع الدنانير، و حينئذ فتفرغ ذمة المحيل من الدراهم، و تشتغل ذمة المحال عليه بها، و تبقى

على الثاني بالجنس الجديد الذى للمحتال على المحيل أولاً ثم أحاله المحتال بذلك عليه فتكون الحوالة بالجنس الذى له عليه لا محالة.

(١) فيما إذا رضى المحال عليه بها، إذ أنها ترجع حيثنذ إلى معاملة معاوضية بين المحيل و المحال عليه بتبديل ماله عليه بالجنس الجديد ثم أحاله المحتال عليه.

و هي محكومة بالصحة جزماً، إلا- إنها ليست من الوفاء بغير الجنس كما ذكره (قده) فإنه و بعد ثبوت الجنس الجديد بالمعاملة الجديدة

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٦٢

ذمة المحال عليه مشغولة بالدنانير، و تشتغل ذمة المحيل له بالدراهم، فيتحاسبان بعد ذلك و لعل الخلاف أيضاً مختص بالصورة الأولى، لا ما يشمل هذه الصورة أيضاً (١) و على هذا فيختص الخلاف بصورة واحدة و هي ما إذا كانت الحوالة على مشغول الذمة بأن يدفع من طرف ما عليه من الحق بغير جنسه، كأن يدفع من الدنانير التي عليه دراهم.

[مسائل]

[مسألة ١]: لا فرق في المال المحال به بين أن يكون عينا في الذمة أو منفعة أو عملاً لا يعتبر فيه المباشرة

(مسألة ١): لا فرق في المال المحال به بين أن يكون عينا في الذمة أو منفعة أو عملاً لا يعتبر فيه المباشرة (٢)

في ذمة المحال عليه بدلا عن الذى كان ثابتا عليه، تكون الحوالة به حوالة بالجنس لا محالة.

و أما لو لم يرض المحال عليه بها، فلا مقتضى للحكم بصحتها، إذ لا موجب لالتزام المدين بغير ما هو مشغول الذمة به.

إذن فالصحيح هو التفصيل بين رضا المحال عليه بها فتصح، و عدمه فيحكم بطلانها.

(١) فإنها معاملة مستقلة عن الدين الثابت في ذمة المحال عليه، فتكون من قبيل الحوالة على البرىء تصح مع رضى المحال عليه بها.

(٢) للقواعد العامة المقتضية للصحة مضافاً إلى إطلاق جملة من نصوص الباب حيث لم يرد في شىء منها تقييد المحال به بكونه عينا

في الذمة، فإن الأجير لما كان مدينا بالعمل أو المنفعة للمستأجر كان

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٦٣

و لو مثل الصلاة و الصوم و الحج و الزيارة و القراءة (١)، سواء أ كانت على البرىء أو على مشغول الذمة بمثلها (٢) و أيضاً لا فرق بين

أن يكون مثلياً كالطعام أو قيمياً كالعبد و الثوب (٣) و القول بعدم الصحة في القيمي للجهالة، ضعيف، و الجهالة مرتفعة بالوصف

الرافع لها (٤).

له نقله إلى ذمة الغير بالحوالة و جعل ذمة الغير هي مشغولة به.

(١) فان جميع ذلك و ان لم يكن مذكورا في النصوص، إلا أنه يكفينا في الحكم بصحتها كونها على القاعدة فتشملها العمومات.

(٢) غاية الأمر اعتبار رضى المحال عليه في الأول كما عرفت.

(٣) لما تقدم من العمومات و اقتضاء بعض الأدلة الخاصة له.

(٤) إذ لا ملازمة بين الجهالة في القيميّات و بين الإبهام الموجب للبطلان، فإنه يمكن رفع الإبهام بتعيين المحال به القيمي بالأوصاف.

و لو لا- ذلك لما أمكن تصحيح بيعه أيضاً فإن ما لا تعين له في الواقع لا يقبل جعله عوضاً أو معوضاً و نقله إلى الغير، و إنما صح

ذلك لارتفاع الإبهام بذكر المواصفات المميزة له عن غيره.

و من هنا: فإذا صح بيعه و اشتغلت ذمة البائع به صح نقله إلى ذمة الغير بالحوالة لنفس الملاك فيكون المحال عليه كأنه هو البائع في اشتغال ذمته به للمحتال.

نعم لو كانت الجهالة موجبة للإبهام المطلق بحيث لا يكون للمحال مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٦٤

[مسألة ٢: إذا تحققت الحوالة برئت ذمة المحيل و ان لم يبرء المحتال]

(مسألة ٢): إذا تحققت الحوالة برئت ذمة المحيل (١) و ان لم يبرء المحتال (٢). و القول بالتوقف على إبرائه، ضعيف (٣). و الخبر (٤) الدال على تقييد عدم الرجوع

به تعيين حتى في الواقع و علم الله تبارك و تعالى، تعين الحكم ببطانها لا محالة لعدم شمول أدلة الإمضاء له و عدم معقولية الحكم باشتغال الذمة بما لا تعين له في الواقع.

(١) لان مقتضاها نقل الدين عن ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه- كما عرفت في معنى الحوالة- و هو يعنى فراغ ذمة المحيل منه و اشتغال ذمة المحال عليه به، و معه فإثبات اشتغال الذمة للمحيل ثانيا بعد فراغها من الدين يحتاج الى الدليل لعدم السلطنة للمحتال عليه و هو مفقود.

(٢) إذ لا حاجة إليه بعد تحقق البراءة من دونه، فاعتباره لا يرجع الا الى تحصيل الحاصل.
(٣) لما تقدم.

(٤) و هي معتبرة زارة عن أحدهما (ع) (في الرجل يحيل الرجل بما كان له على رجل آخر فيقول له الذى احتال: برئت مما لى عليك، فقال: إذا أبرأه فليس له أن يرجع عليه و ان لم يبرأه فله أن يرجع على الذى أحاله) «١».

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ١١ من أبواب الضمان، ح ٢.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٦٥

على المحيل بالإبراء من المحتال، المراد منه القبول، لا اعتبارها بعده أيضا. و تشتغل ذمة المحال عليه للمحتال فينتقل الدين الى ذمته و تبرأ ذمة المحال عليه للمحيل ان كانت الحوالة بالمثل بقدر المال المحال به، و تشتغل ذمة المحيل للمحال عليه إن كانت على برىء أو كانت بغير المثل، و يتحاسبان بعد ذلك.

و هي معتبرة سندا و واضحة دلالة، الا أنها معارضة بما دل على عدم الاعتبار.

ففى صحيحة أبى أيوب أنه سأل أبا عبد الله (ع): (عن الرجل يحيل الرجل بالمال أ يرجع عليه؟ قال: لا يرجع عليه أبدا الا أن يكون قد أفلس قبل ذلك) «١».

و نحوها صحيحة منصور بن حازم «٢».

و فى رواية عقبه بن جعفر عن أبى الحسن (ع) قال: (سألته عن الرجل يحيل الرجل بالمال على الصيرفى ثم يتغير حال الصيرفى أ يرجع على صاحبه إذا احتال و رضى؟ قال لا) «٣».

و العمدة فى المعارضة هى الصحيحتان الأوليان- و إلا فالرواية الأخيرة لا تعدو كونها مؤيدة لضعف سندها- حيث دلنا على انحصار

- (١) الوسائل: ج ١٣ باب ١١ من أبواب الضمان، ح ١.
 (٢) الوسائل: ج ١٣ باب ١١ من أبواب الضمان، ح ٣.
 (٣) الوسائل: ج ١٣ باب ١١ من أبواب الضمان، ح ٤.
 مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٦٦

.....

حق الرجوع على المحيل بفرض الإفلاس - كما يظهر ذلك من قوله (ع) أبدا). فتعارضان مع معتبرة زرارة الدالة صريحا على جواز الرجوع قبل الإبراء. وعندئذ يكون التقدم معهما لرجحانهما عليها بموافقتها للكتاب العزيز حيث أن مقتضى عمومات الوفاء بالعقود الحكم بالزوم و عدم جواز رجوع المحتال على المحيل ثانيا.

على إننا لو غضضنا عن صحيحتي أبي أيوب و منصور بن حازم، لم يكن مجال للعمل بمعتبرة زرارة في حد نفسها و القول باعتبار الإبراء في تحقق براءة ذمة المحيل، فان هذه المعتبرة متضمنة لما لا يمكن الالتزام به و لا بد من رد علمها إلى أهله. و ذلك فلأن الحوالة إما أن تكون في نفسها و قبل الإبراء من المحتال صحيحة و موجبة لنقل ما في ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه. و إما ان تكون فاسدة غير مؤثرة في النقل و الانتقال.

فعلى الأول: فاعتبار الإبراء من تحصيل الحاصل لتحقيق البراءة بحسب الفرض قبله، فان الدين إذا انتقل عن ذمة المحيل برئت ذمته لا محالة و الا لما كان الدين منتقلا.

و على الثاني: فالإبراء و ان كان موجبا لبراءة ذمة المحيل حينئذ كما هو واضح لعدم تحققها قبله، إلا ان معه لا وجه لرجوع المحتال على المحال عليه، نظرا لعدم انتقال المال الى ذمته و عدم اشتغالها به له.

فالجمع بين الحكمين - جواز رجوع المحتال عليه بموجب الحوالة

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٦٧

.....

و اعتبار إبراءه في براءة ذمة المحيل - جمع بين المتنافيين و لا يمكن المساعدة عليه.

و بعبارة أخرى: ان الإبراء الذي هو بمعنى إسقاط المحتال للدين الثابت في ذمة المحيل إما ان يكون بعوض و بإزاء اشتغال ذمة المحال عليه به و إما أن يكون مجانا.

فعلى الأول: فهو عين القبول و ليس شيئا في قبالة، فإن قبول المحتال للحوالة إنما يعنى موافقته على ما أنشأه المحيل من براءة ذمته و اشتغال ذمة المحال عليه.

و مما يساعد على ارادة هذا المعنى من الإبراء انه لم تذكر في الرواية قبولا للمحتال بغير هذا العنوان - الإبراء.

و على الثاني: فإن كانت الحوالة هذه محكومة بالصحة و انتقال ما في ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، فلا موضوع للإبراء المجاني لعدم اشتغال ذمة المحيل حينئذ بشيء.

و ان لم تكن كذلك فالإبراء و ان كان صحيحا و في محله، الا- أنه لا- وجه لرجوع المحتال على المحال عليه لأخذ المال منه، إذ المفروض عدم انتقال المال الى ذمته و عدم اشتغالها بشيء له.

و من هنا فاما ان يقال بسقوط المعتبرة أو تحمل على بعض المحامل و ان كان بعيدا.

ثم أن العبرة في رجوع المحتال على المحيل إنما هو بإفلاس المحال عليه
مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٦٨

[مسألة ٣): لا يجب على المحتال قبول الحوالة]

(مسألة ٣): لا يجب على المحتال قبول الحوالة و ان كانت على ملي (١).

[مسألة ٤): الحوالة لازمة]

(مسألة ٤): الحوالة لازمة (٢)، فلا يجوز فسخها بالنسبة الى كل من الثلاثة. نعم لو كانت على معسر مع

حين الحوالة، وهذا وان لم يذكر في صحيحى أبي أيوب و منصور بن حازم بل ان ظاهرهما قد يوهم كون العبرة بإفلاس المحيل نفسه، إلا- انه لا- محيص عن الحمل عليه لقيام القرينة على كون المراد ما ذكرناه و فهمه الأصحاب إذ لا دخل لإفلاس المحيل حين الحوالة في جواز الرجوع عليه بل الأمر على العكس تماما فان القول بعدم جواز الرجوع عليه حينئذ أولى منه فيه إذا كان غنيا. (١) بلا خلاف فيه: و الوجه فيه واضح، إذ الحوالة معاملة معاوضية تقتضى تبديل مال المحتال الثابت في ذمة المحيل بمال غيره في ذمة المحال عليه، فان المحتال انما يرفع اليد عن ماله الأول بإزاء اشتغال ذمة المحال عليه بمثله. و من هنا فلا يلزم بقبولها فإنه غير مجبور على إجراء المعاملة على ماله كما هو الحال في سائر المعاوزات. (٢) على ما تقتضيه أصالة اللزوم و عمومات صحة العقد ذاته، مضافا إلى بعض النصوص المتقدمة حيث حكم (ع) بعدم جواز رجوع المحتال على المحيل بعد تمامية الحوالة.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٦٩

جهل المحتال بإعساره يجوز له الفسخ و الرجوع على المحيل (١) و المراد من الإعسار أن لا- يكون له ما يوفى دينه زائدا على مستثنيات الدين. و هو المراد من الفقر في كلام بعضهم و لا يعتبر فيه كونه محجورا (٢). و المناط الإعسار و الإيسار حال الحوالة و تماميتها (٣) و لا يعتبر الفور في جواز الفسخ (٤)

(١) على ما دلت عليه صحيحتا أبي أيوب و منصور بن حازم المتقدمتان حيث قيد (ع) الحكم بعدم جواز رجوع المحتال على المحيل ثانيا بعدم ظهور الإفلاس قبل ذلك.

(٢) لإطلاقات الأدلة حيث أن مقتضاها كون العبرة في الحكم بنفس الإفلاس مع قطع النظر عن الحجر عليه لذلك و عدمه.

(٣) لإطلاقات و عمومات أدلة اللزوم، بل و تقييده (ع) للإفلاس في المعبرتين السابقتين بقبل الحوالة، فاننا و ان لم نرتض ثبوت المفهوم للوصف إلا أننا ذكرنا في محله أن أخذ الوصف في الحكم يدل على عدم ثبوته للطبيعي، و الا لكان ذكره لغوا محضا.

و تؤيده رواية عقبه بن جعفر المتقدمة الصريحة في عدم جواز الرجوع في فرض تغير الحال بعد الحوالة.

الا انها ضعيفة السند بعقبه بن جعفر لكونه مجهول الحال و لم ترد له في مجموع الكتب الأربعة و لا روايته واحدة غير هذه.

(٤) خلافا لما ذهب اليه بعض بدعوى الاقتصار على القدر المتيقن

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٧٠

و مع إمكان الاقتراض و البناء عليه يسقط الخيار، للانصراف على إشكال (١). و كذا مع وجود المتبرع.

فى رفع اليد عن إطلاقات و عمومات لزوم الوفاء بالعقود من الكتاب و السنة. فان هذا لو تم- و لنا فيه كلام طويل ذكرناه فى مباحث الخيارات- فهو انما يتم فيما لو لم يكن لدليل الخيار إطلاق، و الا تقدم إطلاق دليل الخيار على عمومات اللزوم و إطلاقاته قطعاً.

و حيث أن المقام من قبيل الثانى، فإن دليل الخيار فيه- أعنى قوله (ع): الا أن يكون قد أفلس قبل ذلك- مطلق و غير مقيد بزمان معين، فلا وجه للرجوع إلى أدلة اللزوم و القول بفورية الخيار.

(١) قوى جدا، و وجهه ظاهر، فان الانصراف انما يوجب رفع اليد عن الحكم فى غير المنصرف اليه فيما إذا كان الكلام مجملاً أو له ظهور عرفى فى المنصرف اليه، و الا- بان كان الكلام مطلقاً و غير ظاهر فى المنصرف اليه- فالتمسك بالانصراف لا يعدو الاستحسان العقلى المحض.

و حيث أن الإطلاق فى المقام ثابت فان مقتضى قوله (ع):

(الا إذا كان قد أفلس قبل ذلك) كون إفلاس المحال عليه حين الحوالة موجبا لتخير المحتال سواء تمكن بعد ذلك أم لا، فالتمسك بالانصراف للحكم بعدم ثبوت الخيار عند التمكن من الأداء بوجه بعد الإفلاس حين العقد من التمسك بالاستحسان لا الانصراف.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٧١

[مسألة ٥): الأقوى جواز الحوالة على البرى]

(مسألة ٥): الأقوى جواز الحوالة على البرى (١) و لا يكون داخلاً فى الضمان (٢).

(١) و تقتضيه مضافاً إلى كونها من المعاملات المتعارفة بين العقلاء خارجاً و لا سيما بين الأقرباء حيث يحيل الابن دائنه على أبيه أو أخيه و لم يرد دع عنها من الشارع المقدس، إطلاقات و عمومات أدلة الصحة فإنها عقد من العقود يقتضى تبديل ما فى ذمة المحيل بما فى ذمة المحال عليه.

بما و يمكن دعوى شمول النصوص الواردة فى الباب لها أيضاً حيث لم يرد فى جملة منها ذكر كون المحال عليه مديناً للمحيل. نعم يعتبر فى صحتها رضى المحال عليه جزماً لعدم سلطنة المحيل على اشغال ذمته- كما تقدم.

(٢) و ان توهمه المحقق (قده) فى الشرائع، و ذلك لافتراقهما فى طرفى العقد فان الضمان عقد بين الدائن و الأجنبي- المضمون له و المضمون عنه- فى حين أن الحوالة عقد بين الدائن و المدين- المحيل و المحتال- و ليس المحال عليه طرفاً فيه و ان اعتبر رضاه فى بعض الصور.

و تظهر الثمرة فى جملة من الموارد منها ما لو كان المحيل فاقداً لأهلية العقد كما لو كان صغيراً أو مجنوناً، فإنها تبطل على مختارنا حيث تعتبر فى المحيل أهليته للعقد فى حين تصح على مختار المحقق

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٧٢

[مسألة ٦): يجوز اشتراط خيار الفسخ لكل من الثلاثة]

(مسألة ٦): يجوز اشتراط خيار الفسخ لكل من الثلاثة (١).

[مسألة ٧): يجوز الدور فى الحوالة]

(مسألة ٧): يجوز الدور في الحوالة (٢) و كذا يجوز الترامي (٣) بتعدد المحال و اتحاد المحتال (٤)، أو بتعدد

(قده) حيث لا تعتبر في المضمون عنه أهليته له.

(١) بلا خلاف فيه، فان عقد الحوالة و ان كان لازما على ما تقتضيه أصالة اللزوم في العقود إلا ما خرج بالدليل، إلا أن اللزوم فيه حتى لا حكمي كما هو الحال في النكاح حيث ثبت عدم ارتفاعه إلا بالطلاق أو الموت أو الفسخ بأحد موجباته الخاصة.

و من هنا فلما كان للمتعاقدين رفع اليد عنها بعد ثبوتها كان لهما اشتراط ذلك في ضمن العقد، و إذا جاز ذلك جاز جعله لغيرهما أيضا فان الحق لا يعدوهما و لهما التصرف على ضوء ما يتفقان عليه.

(٢) لإطلاقات أدلتها، فإنها غير قاصرة الشمول لحوالة المحال عليه المال ثانيا على المحيل، و لا خصوصية فيها للحوالة الأولى أو غيرها.

(٣) بلا إشكال فيه، لما تقدم.

(٤) بان يحيل المحال عليه الأول المحتال على غيره و يحيله ذلك الغير على غيره أيضا و هكذا، حيث يبقى المحتال هو المحتال الأول و يكون التعدد في المحال عليه خاصة.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٧٣

المحتال و اتحاد المحال عليه (١).

[مسألة ٨): لو تبرع أجنبي عن المحال عليه برئت ذمته]

(مسألة ٨): لو تبرع أجنبي عن المحال عليه برئت ذمته (٢). و كذا لو ضمن عنه ضامن (٣) برضا المحتال (٤) و كذا لو تبرع المحيل عنه (٥)،

[مسألة ٩): لو أحال عليه فقبل و أدى ثم طالب المحيل بما آداه]

(مسألة ٩): لو أحال عليه فقبل و أدى ثم طالب المحيل بما آداه، فادعى أنه كان له عليه مال و أنكر المحال عليه، فالقول قوله مع عدم البينة (٦) فيحلف على براءته و يطالب عوض ما آداه، لأصالة البراءة (٧) من شغل ذمته للمحيل. و دعوى: أن الأصل أيضا عدم

(١) بان يحيل المحتال غيره على المحال عليه و يحيل ذلك الغير - المحتال الثاني - غيره عليه و هكذا. فيكون التعدد في المحتال دون المحال عليه.

(٢) لما ثبت بالضرورة القطعية من جواز أداء دين الغير من غير توقف على رضاه.

(٣) لعموم أدلة الضمان له.

(٤) لما تقدم في كتاب الضمان من اعتبار رضا المضمون له.

(٥) لما تقدم من جواز أداء دين الغير، فإنه لا خصوصية لكون المؤدى هو المحيل أو غيره.

(٦) على ما تقتضيه قواعد القضاء.

(٧) بل لاستصحاب عدم شغل ذمته، فإنه أصل موضوعي حاكم

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٧٤

اشتغال ذمة المحيل بهذا الأداء. مدفوعة: بأن الشك في حصول اشتغال ذمته و عدمه مسبب عن الشك في اشتغال ذمة المحال عليه و عدمه (١) و بعد جريان أصالة براءة ذمته (٢) يرتفع الشك. هذا على المختار من صحة الحوالة على البريء، و أما على القول بعدم صحتها فيقدم قول المحيل، لان مرجع الخلاف إلى صحة الحوالة و عدمها، و مع اعتراف المحال عليه بالحوالة يقدم قول مدعى الصحة و هو المحيل.

و دعوى: أن تقديم قول مدعى الصحة انما هو إذا كان النزاع بين المتعاقدين، و هما في الحوالة المحيل و المحتال،

على أصالة البراءة قطعاً، فان المحال عليه لم يكن في زمان مشغول الذمة للمحيل جزماً، فإذا شككنا في اشتغال ذمته له بعد ذلك كان مقتضى الاستصحاب الحكم بعدم اشتغالها و به يتحقق موضوع الضمان أعنى أدائه لما لم يكن بثابت في ذمته بأمر من المحيل. (١) إذا لو كان المحال عليه مشغول الذمة للمحيل لكانت ذمة المحيل بريئة قطعاً لحصول التهاوتر بين ما في الذمتين قهراً، و هذا بخلاف ما لو كانت ذمته بريئة له فإن أداء الحوالة من قبل المحال عليه موجب لاشتغال ذمة المحيل بمثله له. (٢) بل الاستصحاب عدم شغل ذمته، فيثبت موضوع الضمان أعنى أدائه لما لم يكن بثابت في ذمته بأمر من المحيل. مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٧٥

و اما المحال عليه فليس طرفاً و إن اعتبر رضاه في صحتها.

مدفوعة: - أولاً- بمنع عدم كونه طرفاً، فإن الحوالة مركبة من إيجاب و قبولين (١).

- و ثانياً- يكفي اعتبار رضاه في الصحة (٢) في جعل اعترافه بتحقيق المعاملة حجةً عليه بالحمل على الصحة.

نعم لو لم يعترف بالحوالة، بل ادعى انه أذن له في أداء دينه يقدم قوله لأصالة البراءة من شغل ذمته (٣) فيأذنه في أداء دينه له مطالبته عوضه، و لم يتحقق هنا حوالة حتى تحمل على الصحة و إن تحقق بالنسبة إلى المحيل و المحتال لاعترافهما بها.

(١) و فيه انه مناف لما ذكره (قده) في الشرط الأول صريحاً من كون الحوالة إيقاعاً لا عقداً.

(٢) و هو مناف أيضاً لما تقدم في الشرط الثالث من عدم اعتبار رضا المحال عليه في صحة الحوالة، باعتبار كونه أجنبياً عن المال بالمرء و انما أمره بيد مالكة المحيل فله نقله كيفما شاء بالحوالة أو البيع أو غيرهما من الأسباب.

(٣) أقول: لا يخفى انه بناء على جريان أصالة الصحة في أمثال المقام فكما انه لا فرق بين كون دعوى الفساد من أحد المتعاقدين أو الأجنبي فإنه يحمل العقد على الصحيح و يترتب عليه أثره حتى مع عدم

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٧٦

.....

وجود الدعوى خارجاً بالمرء، كما لو شك الأجنبي في صحته رأساً لا فرق بين اعتراف المحال عليه بالحوالة و عدمه، إذ العبرة في جريانها انما هي بثبوت العقد لا اعتراف الخصم به.

و عليه: فلو ثبتت الحوالة في مورد النزاع بالوجدان أو البينة الشرعية جرت أصالة الصحة- بناء على تسليم جريانها في أمثال المقام- سواء اعترف المحال عليه بالحوالة أم لم يعترف.

الا- أن الذي يهون الخطب أن أصالة الصحة غير جارية في أمثال المقام أصلاً، و ذلك لما ذكرناه في مبحث أصالة الصحة من المباحث الأصولية، أنها لما لم تكن ثابتةً بدليل لفظي و انما الدليل عليها هي السيرة العقلائية القطعية المتصلة بزمان المعصوم (ع) من غير ردع حيث جرت عاداتهم على الحكم بصحة العقد المشكوك صحته نظير قاعدة الفراغ الجارية في عمل الشخص نفسه، فإنهما

متحدثان من حيث المدلول تماما و انما الفارق بينهما اختصاص الأولى بعمل الغير و الثانية بعمل الشخص نفسه، كان اللازم الاقتصار فيها على القدر المتيقن و هو خصوص فرض الشك في صحة العمل المستكمل لجميع الأركان و المقومات من جهة الشك في توفر بعض الشروط أو مزاحمة بعض الموانع الشرعية.

فإن هذا الفرض هو المورد المتيقن من بناء العقلاء على الصحة فيه، و الا فلو كان الشك في صحة العمل ناشئا من الشك في تحقق أركان العقد و مقوماته فلم يثبت من العقلاء بناء على التمسك بهذا

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٧٧

.....

الأصل فيه كما لو باع زيد دار عمرو بادعاء الوكالة عنه، فإنه لا يمكن الحكم بصحته تمسكا بالأصل، للشك في سلطنته على البيع، بل لا بد له من إثبات الوكالة و السلطنة على هذا التصرف في الحكم بالصحة.

نعم لو كانت الدار تحت يده بحيث كان ذا يد بالنسبة إليها، حكمنا بصحة بيعه باعتبار حجية قول ذي اليد.

و كذا الحال لو ادعى أحد المتعاقدين كون الثمن مما لا- مالى له شرعا كالخمر، فإنه لا يمكن إثبات صحة العقد و إلزام مدعى البطلان بما يقوله الآخر لأصالة الصحة، لأنها لا تجرى في موارد الشك في تحقق أركان العقد و ما يتوقف عليه عنوانه.

و حيث ان مقامنا من هذا القبيل، باعتبار أن الشك في صحة الحوالة انما هو من جهة الشك في سلطنة المحيل لإحالة الدين على غيره فلا يمكن التمسك بأصالة الصحة و الحكم ببراءة ذمة المحيل و اشتغال ذمة المحال عليه له.

و الحاصل: ان اشتغال ذمة الغير- المحال عليه- لما كان من قوام الحوالة- بناء على عدم صحة الحوالة على البرىء- فلا يمكن التمسك- في مورد الشك فيه- بأصالة الصحة لإثبات صحة العقد و اشتغال ذمة الغير بالمال.

ثم ان هذا كله لا يعنى المخالفة في أصل الحكم، فان ما ذكره الماتن (قده) من أخذ المحال عليه باعترافه صحيح و لا غبار عليه،

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٧٨

.....

إلا ان ذلك لا لما أفاده من التمسك بأصالة الصحة، فإنك قد عرفت عدم جريانها في أمثال المقام، بل لحجية الظهورات اللفظية في مداليلها الالتزامية، فإن الاعتراف بالحوالة لما كان مدلولاً لفظياً كان حجة في لازمه اعنى اشتغال ذمته بالمال للمحيل.

و توضيحه: انا قد ذكرنا في مبحث الأصول المثبتة من الاستصحاب، أن المشهور بين الأصحاب و ان كان هو التفصيل في حجية اللوازم بين الإمارات و الأصول بالالتزام في الأولى بالحجية دون الثانية، إلا أنه مما لا يمكن المساعدة عليه و إثباته بدليل، إذ أن حال الإمارات حال الأصول في اقتصار حدود التعبد الشرعى بالنسبة إلى ثبوت نفس الموضوع دون لوازمه.

و لذا لا يصح الاعتماد في دخول الوقت على تجاوز الشمس عن الجهة التي يظن كونها القبلة عند الجهل بها، و الحال أن الظن حجة شرعية بالنسبة إليه بالقياس الى تحديد نفس القبلة جزماً.

و بعبارة اخرى: ان الامارة كأصل لا يترتب عليها إلا إثبات الموضوع الذي قامت عليه و جرت فيه، و بذلك تثبت الصغرى لكبرى الحكم الثابت لذلك العنوان.

فلو شككنا في خمريه مائع و قامت الامارة على خمريته أو تمسكنا لإثباتها باستصحاب الحالة السابقة، تثبت بذلك الصغرى لكبرى:

(و كل خمر حرام) خاصة و من غير تعرض لشيء من اللوازم على

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٧٩

.....

كلا التقديرين.

نعم يستثنى من ذلك ما لو كانت الأمانة من قبيل الاخبار- سواء في ذلك اللفظ و غيره- كالبينة و قول ذى اليد بل مطلق الثقة- على القول بحجيتها-، فإنه يلتزم فيها بثبوت اللوازم و حجيتها بلا اشكال فيه.

و ذلك: لما ذكرناه في محله من عدم اختصاص دليل حجية البينة أو قول ذى اليد أو مطلق الثقة بالدلالات المطابقية، فإنه كما يشمل المداليل المطابقية يشمل المداليل الالتزامية أيضا، فإذا أخبرت البينة عن جهة القبلة- مثلا- كان ذلك بعينه اخبارا عن دخول الوقت عند تجاوز الشمس عن تلك الجهة، إذ الاخبار عن الملزوم اخبار عن اللازم قهرا و لا محالة.

و من هنا فلو اعترف المحال عليه بالحوالة كان ذلك اعترافا منه باشتغال ذمته للمحيل لا محالة، إذ الظاهر الاعتراف بالحوالة الواقعية لا الصورية المحضة- كما هو الحال في سائر موارد الاعتراف- و المفروض انها لا تصح الا عن مشغول الذمة للمحيل.

لكن إثبات المدعى بهذا الطريق انما يتم في الجملة لا مطلقا، فإنه انما يصح فيما إذا كان المخبر ملتفتا إلى الملازمة، فإنه حينئذ يصح أن يقال ان اخباره عن الملزوم إخبار عن اللازم بعينه.

و أما إذا لم يكن المخبر ملتفتا إلى الملازمة أو كان معتقدا لعدمها لم يصح دعوى كون اخباره عن الملزوم اخبارا عن اللازم، فإن

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٨٠

.....

الاخبار من الأمور القصديّة فلا يتحقق مع الغفلة و عدم الالتفات اليه.

و مما يدل على ما ذكرناه مضافا الى وضوحه في نفسه، اتفاهم على عدم الحكم على منكر ضرورى من ضروريات الدين بالكفر إذا لم يكن المنكر عالما بكونه من الضروريات و ان إنكاره يستلزم تكذيب النبى (ص) فضلا عما لو كان معتقدا لعدمه.

إذن: فتقديم قول المحيل فى المقام و إزام المحال عليه باعترافه انما يتم فيما إذا كان المحال عليه ملتفتا إلى الملازمة بين الحوالة و اشتغال ذمته بالمال، و الا فلا وجه لجعل اعترافه بها اعترافا باشتغال ذمته.

و كيف كان: فالصحيح فى وجه حجية المثبتات فى باب الألفاظ خاصة هو التمسك بحجية الظهورات فى الدلالات الالتزامية على حد حجيتها فى الدلالات المطابقية للسيرة العقلائية القطعية، فلو أخبرت البينة عن شرب زيد من الماء المعين مع عدم التفاتها الى كفره أو اعتقادها إسلامه، كفى ذلك الاخبار فى حكمنا بنجاسة ذلك الماء لعلمنا بكفره إذ البينة حجة فى المدلول الالتزامى على حد حجيتها فى المدلول المطابقى.

و على هذا الأساس فيدخل المقام تحت حجية الظهورات اللفظية- الثابتة ببناء العقلاء- فى المداليل المطابقية و الالتزامية لا حجية الاخبار.

و تفصيل الكلام فى مبحث الأصل المثبت من المباحث الأصولية فراجع.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٨١

[مسألة ١٠) حال الحوالة حال الضمان فى عدم جواز مطالبه العوض الا بعد الأداء]

(مسألة ١٠) قد يستفاد من عنوان المسألة السابقة حيث قالوا: «لو أحال عليه فقبل و أدى» فجعلوا محل الخلاف ما إذا كان النزاع بعد الأداء، أن حال الحوالة حال الضمان فى عدم جواز مطالبه العوض الا بعد الأداء فقبله و ان حصل الوفاء بالنسبة إلى المحيل و المحتال،

لكن ذمة المحيل لا تشتغل للمحال عليه البرىء إلا بعد الأداء.
و الأقوى حصول الشغل بالنسبة إلى المحيل بمجرد قبول المحال عليه (١).

(١) بل الأقوى ما ذهب اليه المشهور من توقف الشغل على الأداء و تفصيل الكلام فى المقام:- ان الحوالة قد تكون على مشغول الذمة
بمثل ما أحيل عليه، و قد تكون على البرىء.

ففى الأول لا إشكال و لا خلاف فى اشتغال ذمة المحال عليه للمحال و انتقال الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه بمجرد
الحوالة كما لا- إشكال فى براءة ذمة المحال عليه للمحيل بمجردھا، فلا يكون له الرجوع بالمال عليه لانتقال ما كان له فى ذمته إلى
ملكه المحال.

و بعبارة أخرى: ان الدين لما كان دينا واحدا غير متعدد، لم يمكن فرض المحال عليه مدينا للمحيل و المحال معا، بل هو مدين
لأحدهما خاصة على النحو الذى ذكرناه اعنى للمحيل قبل الحوالة
مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٨٢
إذ كما يحصل به الوفاء بالنسبة إلى دين المحيل بمجردہ

و للمحال بعدها.

و فى الثانى فإن رفض المحال عليه الحوالة أو قبلها و لكن قلنا بفساد الحوالة على البرىء، فلا ينبغى الإشكال فى عدم اشتغال ذمة
المحال عليه للمحال و عدم اشتغال ذمة المحيل له- المحال عليه.

و ان قلنا بصحتها على البرىء- كما هو الصحيح- و قبل المحال عليه الحوالة فلا إشكال فى اشتغال ذمة المحال عليه للمحال بمجرد
قبوله للحوالة فيجوز له الرجوع عليه و مطالبته بها.

و إنما الكلام فى اشتغال ذمة المحيل حينئذ للمحال عليه و جواز رجوعه عليه بمجرد الحوالة و قبل الأداء.

فالمشهور العدم، الا ان الماتن (قده) قد اختار جواز الرجوع عليه بدعوى ان اشتغال ذمة المحال عليه للمحال لا يكون مجانا بل لا بد و
ان يقابله اشتغال ذمة المحيل له.

لكن الصحيح ما ذهب اليه المشهور، فان اشتغال الذمة يحتاج الى الدليل و مجرد لزوم المجانية فى اشتغال ذمة المحال عليه للمحال لا
يصلح دليلا لإثبات اشتغال ذمة المحيل للمحال عليه، بعد ان لم يكن يترتب عليه أى ضرر أو نقص مالى بالنسبة إليه- المحال عليه-
قبل الأداء فى الخارج، إذ الضرر إنما يترتب على أداءه للمال حيث يستلزم ذلك نقضا فى ماله مستندا إلى أمر المحيل، فيصح له
الرجوع عليه لكونه

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٨٣

فكذا فى حصوله بالنسبة إلى دين المحال عليه للمحيل إذا كان مديونا له، و حصول شغل ذمة المحيل له إذا كان بريئا (١) و مقتضى
القاعدة فى الضمان أيضا تحقق شغل المضمون

من موجبات الضمان بالسيرة العقلانية القطعية على ما تقدم بيانه غير مرة.

و الحاصل: انه ما لم يؤد المحال عليه الحوالة خارجا لا يصح له الرجوع على المحيل و مطالبته بها نظرا لعدم تحقق الخسران و النقص
المالى له و عدم الدليل على اقتضاء مجرد الأمر الضمان، فإن السيرة إنما ثبتت فى خصوص ما لو أدى المأمور ما أمر به و تحمل
الخسران نتيجة الأمر.

و بعبارة أخرى: أن اشتغال الذمة يحتاج إلى الدليل من نص أو سيرة أو معاوضة تقتضى ذلك، و حيث انه لا- شىء منها موجود بالقياس الى المحيل فلا وجه للحكم باشتغال ذمته.

إذن: فالصحيح انحصار الضمان فى فرض أداء المحال عليه للحوالة و عليه فيكون حال الحوالة حال الضمان فى عدم جواز رجوع الأمور على الأمر إلا بعد الأداء بمقتضى القاعدة و ان كان النص الوارد مختصا بالضمان.

(١) بمعنى ان شغل ذمة المحال عليه للمحال لا يمكن أن يكون مجاناً بل يقابله شغل ذمة المحيل للمحال عليه، كما أن حصول الوفاء بالنسبة إلى دين المحيل للمحال يقابله حصول الوفاء بالنسبة إلى دين

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٨٤

عنه للضامن بمجرد ضمانه (١)، الا- أن الإجماع و خير الصلح دلا على التوقف على الأداء فيه، و فى المقام لا إجماع و لا خبر، بل لم يتعرضوا لهذه المسألة. و على هذا فله الرجوع على المحيل و لو قبل الأداء (٢) بل و كذا لو أبرأه المحتال أو وفاة بالأقل، أو صالحه بالأقل، فله عوض ما أحاله عليه بتمامه مطلقاً إذا كان بريئاً.

[مسألة ١١: إذا أحال السيد بدينه على مكاتبه بمال الكتابة المشروطة أو المطلقة صح]

(مسألة ١١): إذا أحال السيد بدينه على مكاتبه بمال الكتابة المشروطة أو المطلقة صح (٣)، سواء كان قبل حلول النجم أو بعده لثبوته فى ذمته، و القول بعدم صحته قبل الحلول، لجواز تعجيز نفسه ضعيف، إذ غاية ما يكون

المحال عليه للمحيل.

(١) و قد عرفت فى محله عدم الدليل عليه، لانحصاره فى السيرة العقلائية و هى لا تقتضى إلا الاشتغال بعد الأداء.

(٢) ظهر الحال فيه و فيما يتلوه من الفروع مما تقدم، فان الحال فيها هو الحال فى الضمان حرفاً بحرف.

(٣) على القاعدة، فإن أمر الدين بيد الدائن و المدين فلهما ان يبدلاه برضاهما بالمال الثابت فى ذمة العبد أو غيره مما تعود ملكيته الى المدين.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٨٥

كونه متزلزلاً (١) فيكون كالحوالة على المشتري بالثمن فى زمن الخيار. و احتمال عدم اشتغال ذمة العبد، لعدم ثبوت ذمة اختيارية له فيكون وجوب الأداء تكليفياً. كما ترى (٢)

(١) و هو غير قادح، إذ لا- يعتبر فى صحه الحوالة كون اشتغال ذمة المحال عليه للمحيل على نحو اللزوم، بل يكفى ثبوت أصل الاشتغال و ان كان جائزاً.

هذا مضافاً إلى عدم الدليل على جواز تعجيز العبد نفسه عن أداء مال الكتابة، بل الثابت عدمه، فإن الكتابة من العقود اللازمة و كما لا يجوز للمولى رفع اليد عنها لا يجوز للعبد تعجيز نفسه بل يجب عليه السعى لتحصيل المال و أداء ما وجب عليه نتيجة العقد.

(٢) إذ لا مانع من اشتغال ذمة العبد على حد اشتغال ذمة الأحرار- كما هو الحال فى إتلافاته و ضماناته- غاية الأمر أنه فى غير الكتابة يتبع به بعد العتق، لعدم جواز مزاحمة حق المولى، و حيث ان هذا المانع مفقود فى الكتابة فلا محذور فى اشتغال ذمته للمولى بمجرد

عقد الكتابة و للمحتال بالحوالة الصادرة من المولى، فيحكم بانتقال الدين الثابت فى ذمة المولى إلى ذمة العبد.

على أنه لو صحت هذه الدعوى لكان لازماً الحكم ببطالان الحوالة على العبد مطلقاً و من غير تفصيل بين حلول النجم و عدمه،

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٨٦

ثم ان العبد بقبول الحوالة يتحرر (١)، لحصول وفاء مال الكتابة بالحوالة (٢) و لو لم يحصل الأداء منه (٣)، فإذا أعتقه المولى قبل الأداء بطل عتقه (٤). و ما عن المسالك من عدم حصول الاعتاق قبل الأداء، لأن الحوالة ليست

إذ لا أثر للحلول في قابلية ذمة العبد للاشتغال و عدمه، و الحال ان القائل بهذا التفصيل - و هو الشيخ (قده) على ما نسب اليه - لم يلتزم بذلك في فرض الحلول.

(١) لا وجه لتقييد الحكم بقبول العبد للحوالة، فان قبوله و عدمه في ذلك سيات، إذ المفروض كون الحوالة على مشغول الذمة للمحيل و قد عرفت عدم اعتبار قبول المحال عليه عند ذلك، لانه ليس إلا وعاء و ظرفا لمال المحيل فلا يملك حق منع تصرف المالك في ماله.

و كان الأولى ابدال كلمة (القبول) بكلمة (التحقق) فيقال:

ثم ان العبد بتحقيق الحوالة يتحرر.

(٢) نظرا لاستلزامها لفراغ ذمة المحال عليه العبد من دين المولى في قبال اشتغال ذمته بمثله للمحال.

(٣) فان براءة ذمة العبد انما تحققت بمجرد الحوالة و اشتغال ذمته للمحيل.

(٤) لانعتاقه قبله بتحقيق الحوالة و براءة ذمة العبد من الدين بالنسبة للمولى.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٨٧

في حكم الأداء، بل في حكم التوكيل و على هذا إذا أعتقه المولى صح و بطلت الكتابة، و لم يسقط عن المكاتب مال الحوالة، لأنه صار لازما للمحتال، و لا يضمن السيد ما يغرمه من مال الحوالة. فيه نظر من وجوه (١) و كأن دعواه أن الحوالة ليست في حكم الأداء إنما هي بالنظر الى

(١) الأول: انه لو كانت الحوالة توكيلا لما كان وجهه للالتزام ببراءة ذمة المحيل من دين المحتال، و انتقاله إلى ذمة المحال عليه، فان الوكالة لا تقتضى إلا قيام الوكيل مقام الموكل في الأداء خاصة مع بقاء الموكل هو مشغول الذمة بالدين، و الحال انه - رحمه الله - قد سلم براءة ذمة المولى - المحيل - بالتزامه باشتغال ذمة العبد - المحال عليه.

الثاني: انه لا وجه للحكم باشتغال ذمة العبد بالمال بعد الحكم بصحة العتق و بطلان الكتابة مع التزام كون الحوالة توكيلا، إذ التوكيل انما تعلق بالأداء من مال الكتابة و المفروض انتفاء موضوعه نظرا لبطلانها، و معه فلا مبرر لبقاء اشتغال الذمة.

الثالث: لو سلمنا اشتغال ذمة العبد للمحتال من ماله الخاص نظرا لانتفاء موضوع مال الكتابة، كان لازم ذلك الحكم بضمان السيد لما يغرمه و جواز رجوع العبد عليه بما أداه للمحتال، و ذلك للسيرة العقلائية القطعية على ضمان الأمر لما يغرمه المأمور بسبب أمره، فإن سبب خسران العبد للمال لما كان هو أمر المولى و حوالته عليه كان

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٨٨

ما مر (١) من دعوى توقف شغل ذمة المحيل للمحال عليه على الأداء - كما في الضمان - فهي و ان كان كالأداء بالنسبة إلى المحيل و المحتال فبمجرد ما يحصل الوفاء و تبرأ ذمة المحيل لكن بالنسبة إلى المحال عليه و المحيل ليس كذلك. و فيه منع التوقف المذكور كما عرفت، فلا فرق بين المقامين في كون الحوالة كالأداء فيتحقق بها الوفاء.

[مسألة (١٢): لو باع السيد مكاتبه سلعة فأحاله بثمنها صح]

(مسألة ١٢): لو باع السيد مكاتبه سلعة فأحاله بثمنها صح (٢)، لان حاله حال الأحرار، و من غير

موجبا لرجوعه عليه به.

(١) وفيه: أن كلا من المسألتين أجنبية عن الأخرى و لا ارتباط بينهما، فان النزاع السابق انما كان فى الحوالة على البرىء دون مشغول الذمة، و إلا فقد عرفت عدم الخلاف فى انتقال الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه بمجرد الحوالة و عدم جواز رجوع الأخير على الأول إذا كان مشغول الذمة له بمثل ما أحيل عليه، فى حين أن محل نزاعنا فى هذه المسألة مع الشهيد (قده) إنما هو فى الحوالة على مشغول الذمة حيث أن العبد مشغول الذمة لمولاه بسبب الكتابة، فلا وجه لجعل إحداهما مبنية على الأخرى.

(٢) بلا إشكال فيه، لتامية أركان البيع و الحوالة، فإن العبد مرخص و مأذون فى الاكتساب لتحصيل مال الكتابة سواء فى ذلك

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٨٩

فرق بين سيده و غيره و ما عن الشيخ من المنع ضعيف (١)

مولاه و غيره، فإذا اشترى من المولى شيئاً أصبح مشغول الذمة له بثمنه، و معه يصح للمولى إحالة دائته عليه لاستيفاء دينه منه. (١) لوضوح فساد ما استدل له على مدعاه من ان المكاتبه لما كانت من العقود الجائزة فإذا باع المولى من عبده شيئاً و قلنا بصحته و بثبوت الثمن فى ذمته، كان لازمه القول باشتغال ذمة العبد لسيدته بعد فسخ المكاتبه، و هو محال لان العبد و ما فى يده لمولاه. و وجه الفساد ما عرفته من عدم المحذور فى الالتزام باشتغال ذمة العبد سواء فى ذلك للمولى و غيره، كما هو الحال فيما لو ألتف العبد مال مولاه، فإنه موجب لضمائه و اشتغال ذمته به غاية الأمر انه يتبع به بعد العتق.

على انك قد عرفت فى المسألة السابقة انه لا أساس لكون المكاتبه من العقود الجائزة فإنها عقد لازم و لا يجوز للعبد تعجيز نفسه. و لو تنزلنا عن ذلك كله فغاية ما يلزم منه الحكم بانفساخ البيع عند انفساخ المكاتبه لاستلزام بقاء اشتغال ذمة العبد لمولاه و هو غير ممكن على الفرض، لا الحكم بطلانه رأساً من الأول، فإنه لا مبرر له بعد ما كان العبد مرخصاً فى معاملاته.

على ان كلامنا فى المقام انما هو فى صحة الحوالة و عدمها و هو يعنى فرض صحة البيع أمراً مفروغاً عنه، و الا فالكلام فى صحة البيع و عدمها

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٩٠

[مسألة ١٣: لو كان للمكاتب دين على أجنبي فأحال سيده عليه من مال الكتابة صح]

(مسألة ١٣): لو كان للمكاتب دين على أجنبي فأحال سيده عليه من مال الكتابة صح (١) فيجب عليه تسليمه للسيد (٢)، و يكون موجبا لانعتاقه، سواء أدى المحال عليه المال للسيد أم لا (٣).

[مسألة ١٤: لو اختلفا فى أن الواقع منهما كانت حوالة أو وكالة]

(مسألة ١٤): لو اختلفا فى أن الواقع منهما كانت حوالة أو وكالة، فمع عدم البيئه يقدم قول منكر الحوالة سواء كان هو المحيل أو المحتال، و سواء كان ذلك قبل القبض من المحال عليه أو بعده، و ذلك لأصالة بقاء اشتغال ذمة المحيل للمحتال و بقاء اشتغال ذمة المحال عليه للمحيل، و أصالة عدم ملكية المال المحال به للمحتال (٤) و دعوى: أنه إذا كان بعد القبض يكون مقتضى اليد ملكية المحتال، فيكون المحيل المنكر للحوالة مدعياً، فيكون القول قول المحتال فى هذه الصورة.

انما يكون فى كتاب البيع لا كتاب الحوالة.

(١) على القاعدة، لما عرفت من أن أمر الدين بيد مالكة فله نقل ملكيته الى المحتال برضاه، لأن الحق لا يعدوهما.

(٢) لكونه المالك الجديد.

(٣) لحصول الوفاء و فراغ ذمة المحيل بالنسبة إلى المحتال بمجرد الحوالة.

(٤) و جمع الكل أصالة عدم تغير الواقع عما كان عليه، فان

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٩١

مدفوعة: بأن مثل هذه اليد لا يكون اماره على ملكية ذبيها (١). فهو نظير ما إذا دفع شخص ماله الى شخص و ادعى انه دفعه امانة و قال الآخر: دفعتنى هبة أو قرضا فإنه لا يقدم قول ذى اليد. هذا كله إذا لم يعلم اللفظ الصادر منهما، و اما إذا علم و كان ظاهرا فى الحوالة أو فى الوكالة فهو المتبع. و لو علم أنه قال: «أحلتك على فلان» و قال «قبلت» ثم اختلفا فى أنه حوالة أو وكالة، فربما يقال: إنه يقدم قول مدعى الحوالة، لأن الظاهر من لفظ «أحلت» هو الحوالة المصطلحة، و استعماله فى الوكالة مجاز فيحمل على الحوالة. و فيه: منع الظهور المذكور (٢).

مقتضى استصحاب بقاء ما كان على ما كان الحكم ببقاء اشتغال ذمة المحيل للمحتال و ذمة المحال عليه للمحيل و عدم ملكية المال المحال به للمحتال و لازم ذلك كله عدم الحوالة لاقتضاءها براءة الذمتين و ملكية المحتال للمال المحال به على عكس الوكالة.

(١) لقصور أدلة حجية اليد و إثباتها للملكية عن شمول موارد اعتراف ذى اليد بسبق الملك لغيره مدعى الانتقال إليه، فإنه لم يثبت كون مثل هذه اليد اماره على ملكية ذبيها، بل الثابت عدمها، و من هنا فيلزم ذا اليد الإثبات باعتبار كونه مدعى.

(٢) و فيه ما لا يخفى، فان النقل مأخوذ فى مفهوم الحوالة بجميع

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٩٢

نعم لفظ الحوالة ظاهر فى الحوالة المصطلحة، و أما ما يشتق منها كلفظ: «أحلت» فظهوره فيها ممنوع. كما أن لفظ الوصية ظاهر فى الوصية المصطلحة، و أما لفظ:

«أوصيت» أو «أوصيك بكذا» فليس كذلك (١) فتقديم

اشتقاقته، لأنها- و كما عرفت فى أول الكتاب- مأخوذة من الإحالة و التحويل، و هما فى اللغة بمعنى النقل من مكان الى مكان أو حال الى حال أو زمان الى زمان كما هو الحال فى تحويل السنة.

فالنقل دخيل فى المبدأ و جميع اشتقاقته و مأخوذ فى مفهومها، و معه فلا يصح حمل بعض المشتقات على الوكالة التى هى خالية عن النقل بالمره.

و ما عن الشهيد الثانى (قده) من دعوى تضمن الوكالة لنقل حق مطالبه الدين الثابت للدائن إلى الوكيل.

واضح الفساد، إذ الوكالة لا تقتضى انتقال حق الموكل فى المطالبة إلى الوكيل بحيث يمنع هو من المطالبة بدينه، فإن غاية ما فى الأمر إعطاء الموكل حقا للوكيل فى مقابل حقه نفسه بحيث يكون لكل منهما المطالبة بالدين.

و الحاصل: ان حق المطالبة لا ينتقل من الموكل الى الوكيل، فإنه باق له كما كان، و معه يكون استعمال لفظ «أحلتك» فيها استعمالا مجازيا قطعاً. فلا يصح حمله عليها.

(١) لجواز استعماله فى العهد و الأمر كما فى قوله تعالى:

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٩٣

قول مدعى الحوالة في الصورة المفروضة محل منع.

[(مسألة ١٥): إذا أحال البائع من له عليه دين على المشتري بالثمن]

(مسألة ١٥): إذا أحال البائع من له عليه دين على المشتري بالثمن، أو أحال المشتري بالثمن على أجنبي برىء أو مديون للمشتري ثم بان بطلان البيع، بطلت الحوالة في صورتين، لظهور عدم اشتغال ذمة المشتري للبائع و اللازم اشتغال ذمة المحيل للمحتال (١) هذا في الصورة الثانية، و في الصورة الأولى و ان كان المشتري محالا عليه و يجوز الحوالة على البرىء، الا أن المفروض ارادة الحوالة عليه من حيث ثبوت الثمن في ذمته، فهي في الحقيقة حوالة على ما في ذمته لا عليه (٢). و لا- فرق بين أن يكون انكشاف البطلان قبل القبض أو بعده، فإذا كان بعد

«وَأَوْصَانِي بِالصَّلَاةِ وَالزَّكَاةِ مَا دُمْتُ حَيًّا» (١).

(١) إذ بدونه لا يكون هناك دين كى ينقل بموجب الحوالة من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه.

(٢) و فيه ما لا يخفى فان المحال عليه انما هو الشخص نفسه لا الدين الثابت في ذمته، إذ لا معنى لجعل الدين محالا عليه و ملزما بأداء دين المحتال.

نعم الداعي و الباعث إلى الحوالة على الشخص المعين اعتقاده كونه

(١) مريم: ٣١.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٩٤

.....

مدينة و مشغول الذمة له، و من الواضح ان تخلف هذا الاعتقاد لا يوجب ظهور انتفاء المحال عليه بوجه، فإنه كان و لا يزال موجودا، غاية الأمر ان المقام يدخل في كبرى تخلف الداعي و الخطأ في التطبيق و قد عرفت انه لا يقتضى البطلان.

إذن: فالصحيح في وجه البطلان ان يقال: ان هذه الحوالة بعد ظهور عدم اشتغال ذمة المحال عليه للمحيل تكون من الحوالة على البرىء قهرا، فيتوقف صحتها على قبول المحال عليه و رضاه لا محالة إذ لا سلطنة للمحيل في اشغال ذمة المحال عليه البرىء للمحتال من غير رضاه.

و من هنا فحيث ان المفروض في المقام عدم رضاه فلا محيص عن الحكم ببطلانها، فان أدائه للمال المحال به انما كان لأجل اعتقاد كونه مدينة للمحيل و ملزما بالأداء شرعا و لم يكن من جهة قبوله للحوالة بحد ذاتها.

و بعبارة اخرى: ان قبوله متفرع على اعتقاده اشتغال ذمته فلا ينفع شيئا باعتبار ان المطلوب في الحوالة على البرىء القبول الذى يتفرع عليه اشتغال الذمة.

و الحاصل: ان المشتري لما لم يكن يقبل الحوالة بعنوانها و يرضى باشتغال ذمته و هو برىء، تعين الحكم بفسادها.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٩٥

القبض يكون المقبوض باقيا على ذلك المشتري (١) فله الرجوع به و مع تلفه يرجع على المحتال في الصورة الأولى و على البائع في الثانية.

[مسألة ١٦: إذا وقعت الحوالة بأحد الوجهين ثم انفسخ البيع بالإقالة أو بأحد الخيارات فالحوالة صحيحة]

(مسألة ١٦): إذا وقعت الحوالة بأحد الوجهين ثم انفسخ البيع بالإقالة أو بأحد الخيارات فالحوالة صحيحة، لوقوعها في حال اشتغال ذمة المشتري بالثمن، فيكون كما لو تصرف أحد المتبايعين في ما انتقل اليه ثم حصل الفسخ

(١) و هو انما يتم فيما إذا لم تكن الحوالة على البريء، و الا فالمقبوض باق على ملكه يرجع به على البائع ان كانت العين موجودة، و الا تخير في الرجوع على كل من البائع و المشتري.

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

مباني العروة الوثقى؛ ج ٢، ص: ٢٩٥

اما الأول: فلأخذه ماله على نحو التبرع و المجانية، فإنه موجب للضمان بالسيره العقلانية القطعية.
و اما الثاني: فلكون الأداء بأمر منه، و قد عرفت ضمان الأمر للخسارات المالية الواردة على الأمور بسبب أمره.
ثم ان رجوع البريء على البائع و أخذ منه بدل ماله مثلاً أو قيمة فليس له الرجوع على المشتري بما غرمه، و ان رجوع على المشتري به كان له الرجوع على البائع بما غرمه لاستقرار الضمان عليه نظراً لتلف المال عنده فلا يكون له مجاناً.
و تفصيل الكلام في مبحث تعاقب الأيدي من المكاسب فراجع.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٩٦

فان التصرف لا يبطل بفسخ البيع (١). و لا- فرق بين أن يكون الفسخ قبل قبض مال الحوالة أو بعده (٢)، فهي تبقى بحالها و يرجع البائع على المشتري (٣) بالثمن. و ما عن الشيخ و بعض آخر من الفرق بين الصورتين و الحكم بالبطلان في الصورة الثانية- و هي ما إذا أحال المشتري البائع بالثمن على أجنبي- لأنها تتبع البيع في هذه الصورة حيث أنها بين المتبايعين بخلاف الصورة الأولى. ضعيف (٤)

(١) إذ الفسخ لا يقتضى رفع الآثار و البطلان من الأول، و انما يقتضى عدم ترتب الآثار من حينه.
و الحاصل: ان الفسخ لا يؤثر في صحة العقود السابقة عليه، فإنها تبقى كما كانت لصدورها من أهلها و وقوعها في محلها، و من هنا فينحصر حق مالك العين المنقولة- ثمناً كانت أم مثمناً- في الرجوع الى البدل.
(٢) لحصول النقل و الانتقال في الدين بمجرد تحقق الحوالة.
(٣) و هو من سهو القلم. و الصحيح و يرجع المشتري على البائع.
(٤) فإن الحوالة معاملة مستقلة عن المعاملة الأولى- البيع- تماماً و ان اتحد الطرفان فيهما، إذ العبرة انما هي بتعدد المعاملة و اتحادها لا تعدد الطرفين في المعاملتين و اتحادهما.

و الحاصل: انه لا موجب لبطلان المعاملة الثانية و انفساخها بانفساخ البيع فإنها معاملة مستقلة عنه و لا علاقة لها به من حيث الفسخ.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٩٧

و التبعية في الفسخ و عدمه ممنوعة (١) نعم هي تبع للبيع حيث انها واقعة على الثمن، و بهذا المعنى لا فرق بين الصورتين. و ربما يقال بطلانها إن قلنا انها استيفاء، و تبقى ان قلنا انها اعتياض. و الأقوى البقاء و إن قلنا إنها استيفاء، لأنها معاملة مستقلة لازمة لا تنفسخ

بانفساخ البيع، و ليس حالها حال الوفاء بغير معاملة لازمة، كما إذا اشترى شيئاً بدراهم مكسرة فدفغ إلى البائع الصحاح أو دفع بدلها شيئاً آخر وفاء، حيث انه إذا انفسخ البيع يرجع اليه ما دفع من الصحاح أو الشيء الآخر، لا الدراهم المكسرة، فإن الوفاء بهذا النحو ليس معاملة لازمة (٢)

نعم هي تابعة له من حيث أصل الوجود باعتبار انها واقعة على الثمن، فإذا تحقق صحت الحوالة و لزمتم سواء فسوخ بعد ذلك أم لم يفسوخ، فإنهما سيات بالنسبة إليها.

(١) فإن حالها في ذلك حال سائر التصرفات الصادرة من أحد المتبايعين، حيث قد عرفت عدم تأثير الفسخ على شيء منها على الإطلاق.

(٢) فيه اشكال بل منع، فان الظاهر لزوم الوفاء مطلقاً و عدم تبعيته للبيع في الانفساخ، فان سلب ملكية الدائن عما قبضه عوضاً عن حقه برضا المدين و وفاء منه يحتاج الى الدليل و هو مفقود، و بعبارة اخرى: ان أداء المدين لدينه بغير ما ثبت في ذمته و صفاء مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٩٨

بل يتبع البيع في الانفساخ، بخلاف ما نحن فيه، حيث أن الحوالة عقد لازم و ان كان نوعاً من الاستيفاء.

[مسألة (١٧): إذا كان له عند وكيله أو أمينه مال معين خارجي، فأحال دائته عليه]

(مسألة ١٧): إذا كان له عند وكيله أو أمينه مال معين خارجي، فأحال دائته عليه ليدفع اليه بما عنده فقبل المحتال و المحال عليه (١)

أو جنساً و قبض الدائن له برضاه و اختياره موجب لملكته- الدائن- له، و من هنا فيكون تصرف المدين فيه بعد ذلك تصرفاً في مال الغير بغير رضاه و أكلاً للمال لا عن تراض، و لذا لم يلتزم أحد من الأصحاب قط بجواز رجوع المعطى فيما أعطاه قبل الفسخ ليبدله بمثله جنساً و صفواً فضلاً عن غير المماثل له، فإنه ليس الا لاحتياج سلب الملكية بعد ثبوتها الى الدليل و هو مفقود.

و الحاصل: ان الوفاء معاملة لازمة مطلقاً سواء في ذلك ما كان بنحو الحوالة أو غيرها.

(١) أما المحتال فلا- ينبغى الشك في اعتبار قبوله، إذ لا يلزمه القبول بالرجوع على غير المدين فان له رفض ذلك و مطالبته ماله من شخصه.

و أما المحال عليه فلا- وجه لاعتبار قبوله، فان المال لغيره و ليس هو إلا أميناً عليه أو وكيلاً فيه، فعليه امتثال طلب المالك أداءه إلى غيره على حد طلبه تسليمه إلى نفسه.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٩٩

وجب عليه الدفع اليه (١)، و ان لم يكن من الحوالة المصطلحة (٢). و إذا لم يدفع له الرجوع على المحيل لبقاء شغل ذمته. و لو لم يتمكن من الاستيفاء منه ضمن الوكيل

و الحاصل: ان المحال عليه ليس مخيراً في الأبداء و عدمه كى يعتبر قبوله بل يلزمه امتثال الأمر و تسليم المال الى مالكه أو من يقوم مقامه.

و لعل الماتن (قده) إنما أخذ هذا القيد مقدمة لما سيأتى منه من ضمان المحال عليه معللاً ذلك بالغرور، لعدم تحقق الغرور بغير القبول جزماً.

(١) فان المال مال المحيل و أمره بيده و ليس المحال عليه إلا وعاء و ظرفاً له، فيجب عليه تسليمه الى المحتال كما كان يجب عليه

تسليمه الى نفس المحيل لو كان يطلبه منه، فإن إعطائه له بمنزلة إعطائه اليه، و ليس له التخلف عن طلبه حتى بحجة تسليمه الى المحيل نفسه.

بل لو فعل ذلك لكان ضامنا للمال و خرج عن عنوان الأمين إلى عنوان المتعدى و الغاصب.

(٢) لعدم انتقال الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، فان المحيل يبقى بنفسه مشغول الذمة للمحتال الى حين وصول حقه منه مباشرة أو من وكيله أو أمينه.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٣٠٠

المحال عليه (١) إذا كانت الخسارة الواردة عليه مستندا اليه للغرور.

(تم كتاب الحوالة)

(١) وفيه ما لا يخفى لمنع الغرور صغرى و كبرى.

أما الأول: فلعدم صدقه فيما إذا كان المحال عليه بانبا على الأداء و الدفع ثم بدا له ما يمنعه عنه، فإنه لا يصدق عليه التغيرير قطعا. و كذا لو كان المحال عليه عالما بالتزام المحيل بدفع المال و إفراغ ذمته، فان امتناعه حينئذ لا يوجب صدق الغرور بعد اعتقاده و وصول الحق الى صاحبه.

و أما الثاني: فلما عرفته غير مرة من عدم إيجاب مجرد الغرور للضمان، و لذا لم يلتزم أحد قط بضمان من رغب غيره في سلعة بدعوى زيادة قيمتها في المستقبل أو زيادة الرغبة عليها فظهر العكس و خسر المشتري.

و بالجملة: فمجرد الغرور ليس من أسباب الضمان، على أن صدقه في بعض الموارد محل منع.

و بهذا ينتهي كتاب الحوالة و بالفراغ منه يتم الفراغ من كتاب العروة الوثقى بتمامه و ذلك على حسب منهج سيدنا الأستاذ الوالد - دام ظلّه - في الدرر.

و إنى إذ أحمد الله تبارك و تعالى على ما وفقنى لحضوره من محاضرات

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٣٠١

.....

سيدنا - دام ظلّه - و تحريرها، لأسئله أن يطيل في عمره الشريف منارا و ملاذا للمسلمين.

و كان الفراغ منه في يوم الثلاثاء العاشر من ربيع الأول سنة ألف و أربعمائة و خمسة من الهجرة النبوية الشريفه، و ذلك بمدرسه دار

العلم - العامرة حتى ظهور الحجّة البالغة إنشاء الله - جنب الروضة العلوية المقدسة على مشرفها آلاف التحية و الشاء.

و أنا الأقل: محمد تقى الخويى

خويى، سيد ابو القاسم موسى، مباني العروة الوثقى، ٢ جلد، منشورات مدرسه دار العلم - لطفى، قم - ايران، اول، ١٤٠٩ هـ ق

تعريف مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

جاهدوا بأموالكم و أنفسكم في سبيل الله ذلكم خير لكم إن كنتم تعلمون (التوبة/٤١).

قال الإمام على بن موسى الرضا - عليه السلام: رحِمَ اللهُ عبداً أحيا أمرنا... يتعلم علومنا و يعلمها الناس؛ فإنَّ الناس لو علموا محاسن كلامنا لأتبعونا... (بناذر البحار - في تلخيص بحار الأنوار، للعلامة فيض الاسلام، ص ١٥٩؛ عيون أخبار الرضا(ع)، الشيخ

الصّدوق، الباب ٢٨، ج ١ / ص ٣٠٧).

مؤسس مُجتمَع "القائميّة" الثّقافي بأصفهان - إيران: الشهيد آية الله "الشمس آبادي" - "رَحِمَهُ اللهُ" - كان أحدًا من جَهاذَة هذه المدينة، الذي قد اشتَهَرَ بِشَعْفِهِ بأهل بَيْتِ النَّبِيِّ (صلواتُ اللهُ عليهم) ولاسيما بحضرة الإمام عليّ بن موسى الرُّضا (عليه السّلام) و بساحة صاحِبِ الزّمان (عَجَّلَ اللهُ تعالى فرجه الشّريف)؛ ولهذا أسّس مع نظره و درايته، في سَنَةِ ١٣٤٠ الهجرية الشمسيّة (= ١٣٨٠ الهجرية القمرية)، مؤسّسةً و طريقةً لم ينطَفِئِ مصباحها، بل تُتَبَعُ بأقوى و أحسنِ موقِفٍ كلِّ يوم.

مركز "القائميّة" للتحرّى الحاسوبى - بأصفهان، إيران - قد ابتدأ أنشِطَتَهُ من سَنَةِ ١٣٨٥ الهجرية الشمسيّة (= ١٤٢٧ الهجرية القمرية) تحت عناية سماحة آية الله الحاج السيّد حسن الإمامي - دامَ عَزْرُهُ - و مع مساعِدِهِ جمعٍ من خِزيجى الحوزات العلميّة و طلاب الجوامع، بالليل و النهار، في مجالاتٍ شتى: دينيّة، ثقافيّة و علميّة...

الأهداف: الدّفاع عن ساحة الشيعة و تبسيط ثقافه الثّقليّن (كتاب الله و اهل البيت عليهم السّلام) و معارفهما، تعزيز دوافع الشّبّاب و عموم الناس إلى التّحرّى الأدقّ للمسائل الدّينيّة، تخليف المطالب النّافعة - مكانَ البلاّتيثِ المبتدلة أو الرّديئة - في المحاميل (=الهواتف المنقولة) و الحواسيب (=الأجهزة الكمبيوترية)، تمهيد أرضيّة واسعة جامعّة ثقافيّة على أساس معارف القرآن و أهل البيت -عليهم السّلام - بباعث نشر المعارف، خدمات للمحقّقين و الطّلاب، توسعة ثقافه القراءة و إغناء أوقات فراغه هُؤاّه برامِج العلوم الإسلاميّة، إنالة المنابع اللّازمة لتسهيل رفع الإبهام و الشّبّهات المتشرة في الجامعة، و...

- منها العدالة الاجتماعيّة: التي يُمكن نشرها و بثّها بالأجهزة الحديثة متصاعدةً، على أنّه يُمكن تسريع إبراز المرافق و التسهيلات - في آكناف البلد - و نشر الثقافه الاسلاميّة و الإيرانيّة - في أنحاء العالم - من جهةٍ أُخرى.
- من الأنشطة الواسعة للمركز:

(الف) طبع و نشر عشراتِ عنوانِ كتب، كتيبه، نشره شهريّة، مع إقامة مسابقات القراءة

(ب) إنتاج مئآت أجهزة تحقيقيّة و مكتبيّة، قابله للتشغيل في الحاسوب و المحمول

(ج) إنتاج المعارض ثلّاثيّة الأبعاد، المنظر الشامل (= بانوراما)، الرّسوم المتحرّكة و... الأماكن الدينيّة، السياحيّة و...

(د) إبداع الموقع الانترنتي "القائميّة" www.Ghaemiyeh.com و عدّه مَواقِع أُخرَ

(ه) إنتاج المُنتجات العرضيّة، الخطّابات و... للعرض في القنوات القمرية

(و) الإطلاق و الدّعم العلميّ لنظام إجابة الأسئلة الشرعيّة، الاخلاقيّة و الاعتقاديّة (الهاتف: ٠٠٩٨٣١١٢٣٥٠٥٢٤)

(ز) ترسيم النظام التلقائيّ و اليدويّ للبلوتوث، ويب كشك، و الرّسائل القصيرة SMS

(ح) التعاون الفخرى مع عشراتِ مراكزٍ طبيعيّة و اعتباريّة، منها بيوت الآيات العظام، الحوزات العلميّة، الجوامع، الأماكن الدينيّة كمسجد جَمكران و...

(ط) إقامة المؤتمرات، و تنفيذ مشروع "ما قبل المدرسة" الخاصّ بالأطفال و الأحداث المُشاركين في الجلسة

(ي) إقامة دورات تعليميّة عموميّة و دورات تربية المربى (حضوراً و افتراضاً) طيلة السّنة

المكتب الرّئيسي: إيران/أصفهان/ شارع "مسجد سيد" / ما بين شارع "پنج رَمضان" و مُفتَرَق "وفائي" / بنايه "القائميّة"

تاريخ التأسيس: ١٣٨٥ الهجرية الشمسيّة (= ١٤٢٧ الهجرية القمرية)

رقم التسجيل: ٢٣٧٣

الهوية الوطنيّة: ١٠٨٦٠١٥٢٠٢٦

الموقع: www.ghaemiyeh.com

البريد الإلكتروني: Info@ghaemiyeh.com

المتجر الانترنتي: www.eslamshop.com

الهاتف: ٢٥-٢٣-٢٣٥٧٠ (٠٠٩٨٣١١)

الفاكس: ٢٢-٢٣٥٧٠ (٠٣١١)

مكتب طهران ٨٨٣١٨٧٢٢ (٠٢١)

التجارية والمبيعات ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩

امور المستخدمين ٢٣٣٣٠٤٥ (٠٣١١)

ملاحظة هامة:

الميزانية الحالية لهذا المركز، شعبيته، تبرعته، غير حكومية، و غير ربحية، اقتنيت باهتمام جمع من الخيرين؛ لكنها لا توافي الحجم المتزايد والمتسع للامور الدينية والعلمية الحالية و مشاريع التوسعة الثقافية؛ لهذا فقد ترجى هذا المركز صاحب هذا البيت (المسمى بالقائمة) و مع ذلك، يرجو من جانب سماحة بقية الله الأعظم (عجل الله تعالى فرجه الشريف) أن يوفق الكل توفيقاً متزائداً لإعانتهم - في حدّ التمكن لكل احد منهم - إيانا في هذا الأمر العظيم؛ إن شاء الله تعالى؛ و الله وليّ التوفيق.

مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية
الغمامة اصحمان

WWW



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

