



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغلام



عليه
صلى الله عليه وسلم

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

بِحَبَابِ رُفْعِ الْمَقَامِ صَدْرِكِ
فِي شَرْحِ الْقَوْلِ عَلَيْهِ

تأليف

للشيخ العلامة

الشيخ علي بن الحسين بن أبي بكر

القمي سنة ٩٤٠ هـ

للمطبعة الكائن

بمصر

بمطبعة دار الكتب العلمية ببيروت

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

جامع المقاصد فى شرح القواعد

كاتب:

على بن حسين بن عبدالعالى محقق كركى

نشرت فى الطباعة:

مؤسسه آل البيت (عليهم السلام) لآحياء التراث

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
٩	جامع المقاصد فى شرح القواعد المجلد ٧
٩	اشاره
١٠	اشاره
١٦	تتمه كتاب الغصب و توابعها
١٦	اشاره
١٦	المقصد الثالث: فى إحياء الموات
١٦	اشاره
١٧	الأول: الأراضى
١٧	اشاره
٢٠	و أسباب الاختصاص ستة
٢٠	اشاره
٢٠	الأول: العماره
٢٨	الثانى: اليد
٢٨	الثالث: حریم العماره
٣٦	الرابع: أن يكون مشعراً للعباده كعرفه، و منى، و جمع
٣٧	الخامس: التحجير
٣٨	السادس: إقطاع الإمام
٤٢	الفصل الثانى: المنافع
٥٠	الفصل الثالث: المعادن
٥٠	اشاره
٥٠	أما الظاهره
٥٥	و أما الباطنه
٦١	الفصل الرابع: فى المياه

٦١	اشاره
٦١	الأول:المحرز في الآنيه،أو الحوض،أو المصنع .
٦١	الثاني:البئر .
٦٧	الثالث:مياه العيون .
٦٨	الرابع:مياه الأنهار الكبار كالفرات و دجله .
٦٨	الخامس:الأنهار الصغار غير المملوكة .
٧٤	السادس:الجارى من نهر مملوك ينزع من المباح .
٧٩	السابع:النهر المملوك الجارى من ماء مملوك .
٨٢	تتمه:المرجع في الإحياء إلى العرف .
٨٩	كتاب الإجاره و توابعها
٨٩	اشاره
٨٩	الأول:فى الإجاره
٨٩	اشاره
٨٩	الأول:الماهييه
٩٦	الفصل الثانى:فى أركانها
٩٦	اشاره
٩٦	المطلب الأول:المحل
١١١	المطلب الثانى:فى العوض
١٣١	المطلب الثالث:فى المنفعه
١٣١	اشاره
١٣١	الأول:أن تكون مباحه
١٣٢	الثانى:أن تكون مملوكة
١٣٤	الثالث:أن تكون مقومه
١٣٧	الرابع:انفرادها بالتقويم
١٤١	الخامس:إمكان وجودها
١٤٣	السادس:القدره على تسليمها

١٦٠	السابع:إمكان حصولها للمستأجر
١٦٥	الثامن:أن تكون معلومه
١٦٦	الأول:الآدمى
٢٠١	الثاني:الدواب
٢٢٠	الثالث:الأرض
٢٥٢	الفصل الثالث:فى الأحكام
٢٦٦	الفصل الرابع:فى الضمان
٢٩٦	الفصل الخامس:فى التنازع
٣٢٠	المقصد الثاني:فى المزارعه
٣٢٠	اشاره
٣٢٠	الأول:فى أركانها
٣٢٠	اشاره
٣٢٠	الأول:العقد
٣٢٥	الثاني:تعيين المده
٣٣٠	الثالث:إمكان الانتفاع بالأرض فى الزرع
٣٣٣	الرابع:الحصه
٣٣٥	الفصل الثاني:فى الأحكام
٣٥٢	المقصد الثالث:فى المساقاه
٣٥٢	اشاره
٣٥٢	الأول:فى أركانها
٣٥٢	اشاره
٣٥٢	الأول:العقد
٣٥٧	الثاني:متعلق العقد
٣٦٢	الثالث:المده
٣٦٧	الرابع:العمل
٣٧٦	الخامس:الثمار

٣٨٥ الفصل الثاني: في أحكامها

٤٠٥ تعريف مركز

سرشناسه: محقق كركي ، علي بن حسين ، - ٩٤٠ق .

عنوان قرار دادی: قواعد الاحكام في معرفه الحلال و الحرام . شرح

عنوان و نام پديد آور: جامع المقاصد في شرح القواعد/ تاليف علي بن الحسين الكركي ؛ تحقيق موسسه آل البيت عليهم السلام
لاحياء التراث.

مشخصات نشر: قم: موسسه آل البيت (ع) لاحياء التراث ، ١٤١١ق . = ١٩٩١م . = ١٣٧٠.

مشخصات ظاهري: ١٤ج.

يادداشت: كتاب حاضر شرحي بر كتاب " قواعد الاحكام في معرفه الحلال والحرام تاليف حسن بن يوسف علامه حلي " است.

يادداشت: كتابنامه .

مندرجات: الجزء الاول الطهاره .-- الجزء الثاني الصلاه .-- الجزء الثالث الزكاه والحج .-- الجزء الرابع المتاجر .-- الجزء الخامس
الدين .-- الجزء السابع الاجاره .-- الجزء الثامن الوكاله .--

موضوع: علامه حلي ، حسن بن يوسف ، ٦٤٨ - ٧٢٦ق . . قواعد الاحكام في معرفه الحلال و الحرام -- نقد و تفسير

موضوع: فقه -- قواعد

موضوع: فقه جعفری -- قرن ٨ق .

شناسه افزوده: علامه حلي ، حسن بن يوسف ، ٦٤٨ - ٧٢٦ق . قواعد الاحكام في معرفه الحلال و الحرام . شرح

شناسه افزوده: موسسه آل البيت عليهم السلام لاحياء التراث (قم)

رده بندي كنگره: BP182/3 /عق ٢١٧ ٩٠ ١٣٧٠

رده بندي ديويي: ٢٩٧/٣٤٢

شماره كتابشناسي ملي: ٢٥٠٠٨٧٣

جامع المقاصد في شرح القواعد

ص: ٢

جامع المقاصد فى شرح القواعد

تاليف على بن الحسين الكركى

تحقيق مؤسسه آل البيت عليهم السلام لآحياء التراث.

ص: ٣

سرشناسه: محقق کرکی ، علی بن حسین ، - ۹۴۰ ق .

عنوان قراردادی: قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام . شرح

عنوان و نام پدید آور: جامع المقاصد فی شرح القواعد/ تالیف علی بن الحسین الکرکی ؛ تحقیق موسسه آل البيت عليهم السلام
لاحیاء التراث.

مشخصات نشر: قم: موسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث ، ۱۴۱۱ ق . = ۱۹۹۱ م . = ۱۳۷۰ .

مشخصات ظاهری: ۱۴ ج .

یادداشت: کتاب حاضر شرحی بر کتاب " قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام تالیف حسن بن یوسف علامه حلی " است .

یادداشت: کتابنامه .

مندرجات: الجزء الاول الطهاره . -- الجزء الثانی الصلاه . -- الجزء الثالث الزکاه والحج . -- الجزء الرابع المتاجر . -- الجزء الخامس
الدين . -- الجزء السابع الاجاره . -- الجزء الثامن الوکاله . --

موضوع: علامه حلی ، حسن بن یوسف ، ۶۴۸ - ۷۲۶ ق . قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام -- نقد و تفسیر

موضوع: فقه -- قواعد

موضوع: فقه جعفری -- قرن ۸ ق .

ص : ۴

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

ص: ٥

تنبیه النسخه المعتمده التي اعتمداها في تحقيقنا لكتاب القواعد هي النسخه التي اعتمدها المحقق الكركي في شرحه للكتاب، و
هناك اختلافات بينه لا تخفى في القارئ اللبيب

ص: ٦

تمه كتاب الغصب و توابعها

المقصد الثالث: في إحياء الموات

المقصد الثالث:

في إحياء الموات قوله: (المقصد الثالث: في إحياء الموات).

قال في التحرير: الموات: هو ما لا ينتفع به لعطلته، إما لانقطاع الماء عنه، أو لاستيلاء الماء عليه (١) إلى آخره.

و في التذكرة: الموات: هي الأرض الخراب الدارسة، التي باد أهلها و اندرس رسمها، و تُسَمَّى مَيْتَةً و مَوَاتًا و مَوْتًا بفتح الميم و الواو (٢). فظاهر عبارته التذكرة يقتضى أن كون الأرض مواتاً لا يتحقق إلا إذا اندرس رسمها، فعلى هذا لو بقيت آثار الأنهار أو المروز لم تكن مواتاً.

و ظاهر أكثر العبارات أن كونها مواتاً دائر مع حصول العطله عن الانتفاع.

و الذى ينساق إليه النظر أن موت الأرض معنى عرفى يرجع فيه إلى أهل العرف العام، كما أن الإحياء أمر عرفى على الأصح، خلافاً لبعض متأخري الأصحاب حيث عدّ التحجير إحياءً (٣)، و السرُّ فيه أن كل معنى لم يعينه الشارع، و لم يميزه عن غيره بحيث يُستفاد شرعاً عند إطلاق اللفظ الموضوع بإزائه، فإن المرجع فيه إلى المعهود عند الناس المتعارف بينهم.

و منه القبض، فإنه ورد في الشرع مطلقاً، و لم يُنصَّ له على معنى، فيرجع الفقهاء فيه إلى الاستعمال المتعارف بين الناس، و كذا الحرز و نظائره

ص: ٧

١- ١) تحرير الأحكام ١٣٠: ٢. [١]

٢- ٢) التذكرة ٤٠٠: ٢. [٢]

٣- ٣) ذهب إليه الشيخ نجيب الدين ابن نما و نقله عنه الشهيد في الدروس: ٢٩١.

المشتركات أربعة، ينظمها أربعة فصول:

الأول: الأراضى

إشاره

الأول: الأراضى، و المیت منها یملک بالإحیاء، و نعى بالمیت: ما خلا عن الاختصاص، فعلى هذا یرجع فى معنى موت الأرض إلى العرف، و العرف یقتضى عدم اعتبار بقاء صوره الأنهار و السواقى، مع حصول العطله و اندراس أكثر رسوم العماره و ذهاب الملاك.

فإن قيل: بقاء ما ذكر كافٍ فى ثبوت الأولویه لمن یرید الإحیاء، فلا أقل من بقاء الأولویه.

قلنا: إنما اعتبرت الأولویه بما ذكر، لوجود اليد الحاصله فعلاً، المقترنه بعلامات قصد العماره، فاعتبر الشارع سببیتها فى الأولویه ثم لما قلنا من وجود المقارنات و هى منتفیه هنا.

و بالجمله فإطلاق النص بالإذن فى تملك الموات بالإحیاء مُنَزَّل على مقتضى العرف، و لا شبهه فى اقتضاء العرف فى تسمیه ما هذا شأنه مواتاً، فإذا ثبتت الأولویه بالمرور و نحوها لمن یرید العماره لم يُعترض على أحدهما بالآخر.

قوله: (المشتركات أربعة: تنظمها أربعة فصول: الأول:

الأراضى، و المیت منها یملک بالإحیاء).

لا شك أن بحث المياه استطرادى، لعدم صدق اسم الموات عليها.

و لقائل أن يقول: إن هذا بعينه قائم فى المعادن و المنافع. و كيف كان فهى أقرب إلى صدق اسم الموات عليها من المنافع كالمساجد و الطرق، فإن البئر و القناه إذا استولى عليهما الخراب و العطله كانا أشبه شىء بالأرض الخراب، حيث لا يُنتفع فيما یراد منهما.

قوله: (و نعى بالمیت ما خلا عن الاختصاص، و لا يُنتفع به

ولا- ينتفع به إما لعطلته لانقطاع الماء عنه، أو لاستيلاء الماء عليه أو لاستيغامه، أو لغير ذلك. و هو للإمام خاصة، إما لعطلته، لانقطاع الماء عنه أو لاستيلاء الماء عليه، أو لاستيغامه، أو لغير ذلك).

احترز بما خلا عن الاختصاص عما كان مختصاً، لكونه حريماً لعامراً، أو مقطوعاً، و نحو ذلك.

و قوله: (و لا ينتفع به: إما لعطلته).

لا- معادل له، فإن جميع ما بعده لتحقيق العطله، فإنها تكون لكل واحد من الأمور المذكوره، و كان الأولى أن يقول: و لا ينتفع به لعطلته، لانقطاع الماء عنه أو لاستيلاء الماء عليه إلى آخره.

قوله: (و هو للإمام عليه السلام خاصة).

باجماعنا، في صحيح أبي خالد الكابلي، عن الباقر عليه السلام قال: «وجدنا في كتاب علي عليه السلام (إِنَّ الْأَرْضَ لِلَّهِ يُورِثُهَا مَنْ يَشَاءُ مِنْ عِبَادِهِ وَ الْعَاقِبَةُ لِلْمُتَّقِينَ) (1) أنا و أهل بيتي الذين أورثنا الأرض، و نحن المتقون و الأرض كلها لنا، فمن أحيا أرضاً من المسلمين فليعمرها، و ليؤدّ خراجها إلى الإمام من أهل بيتي، و له ما أكل منها، و إن تركها أو خربها فأخذها رجل من المسلمين [من بعده] فعمرها و أحياها فهو أحق بها من الذي تركها، فليؤدّ خراجها إلى الإمام من أهل بيتي، و له ما أكل حتى يظهر القائم عليه السلام من أهل بيتي بالسيف فيحويها و يخرجهم منها، كما حواها رسول الله صلى الله عليه و آله و منعها، إلا ما كان في أيدي شيعتنا فيقاتعهم

ص: ٩

لا يملكه الآخذ و إن أحياء ما لم يأذن له الإمام فيملكه- إن كان مسلماً- بالإحياء، وإلا فلا. على ما فى أيديهم، و يترك الأرض فى أيديهم» (١).

قوله: (لا يملكه الآخذ و إن أحياء، ما لم يأذن له الإمام عليه السلام فيملكه إن كان مسلماً بالإحياء و إلا فلا).

لا ريب أنه لا يجوز لأحد إحياء الموات إلا بإذن الإمام عليه السلام، و هذا الحكم مجمع عليه عندنا، و حديث ما وجد فى كتاب على عليه السلام دال عليه فيشترط إذنه فى الإحياء، و كذا يشترط كون المحيى مسلماً، فلو أحياء الكافر لم يملك عند علمائنا و إن كان الإحياء بإذن الإمام عليه السلام.

و فى الشرائع: لو قيل يملكه مع إذن الإمام عليه السلام كان حسناً (٢).

و يظهر من عبارته الدروس تنزيله على ما إذا أذن له فى الإحياء للتملك (٣)، و عبارته مطلقه. و الحق أن الإمام لو أذن له فى الإحياء للتملك قطعنا بحصول الملك له، و إنما البحث فى أن الإمام عليه السلام هل يفعل ذلك أم لا؟ نظراً إلى أن الكافر أهل له أم لا؟.

و الذى يفهم من الأخبار (٤)، و كلام الأصحاب العدم، و ليس مرادهم أن الإمام عليه السلام يرخسه فى التملك ثم لا يملك قطعاً، و لا يخفى أن اشتراط إذن الإمام عليه السلام إنما هو مع ظهوره، أما فى غيبته فلا، و إلا لامتنع الإحياء.

ص: ١٠

١- ١) الكافى ٥: ٢٧٩ حديث ٥، [١] التهذيب ٧: ١٥٢ حديث ٦٧٤، و ما بين المعقوفتين من المصدرين.

٢- ٢) شرائع الإسلام ٣: ٢٧١. [٢]

٣- ٣) الدروس: ٢٩١.

٤- ٤) الكافى ٥: ٢٧٩ حديث ٥، التهذيب ٧: ١٤٨، ١٥٢، ٧: ١٤٨، ١٥٢، ٦٧٤، ٦٥٩.

اشاره

و أسباب الاختصاص سته:

الأول:العماره

الأول:العماره،فلا- يملك معمور بل هو لمالكه،و إن اندرست العماره فإنها ملك لمعین أو للمسلمين، و هل يملك الكافر بالإحياء فى حال الغيبه؟وجدت فى بعض الحواشى المنسوبه إلى شيخنا الشهيد على القواعد فى بحث الأنفال من الخمس:أنه يملك به و يحرم انتزاعه منه.و هو محتمل،و يدل عليه أن المخالف و الكافر يملكان فى زمان الغيبه حقهم من الغنيمه،و لا يجوز انتزاعه من يده إلا- برضى.و كذا القول فى حقهم عليهم السلام من الخمس عند من لا- يرى إخراج بل حق باقى الأصناف المستحقين للخمس لشبهه اعتقاد حل ذلك، فالأرض الموات أولى،و من ثم لا يجوز انتزاع أرض الخراج من يد المخالف و الكافر،و لا يجوز أخذ الخراج و المقاسمه إلا بأمر سلطان الجور،و هذه الأمور متفق عليها.

و لو باع أحد أرض الخراج صح باعتبار ما ملك فيها و إن كان كافراً، فحينئذ فتجرى العمومات-مثل قوله عليه السلام«من أحيى أرضاً ميتة فهى له» (١)-على ظاهرها فى حال الغيبه،و يقصر التخصيص على حال ظهور الإمام عليه السلام،فيكون أقرب إلى الحمل على ظاهرها،و هذا متجه قوى متين.

قوله: (و أسباب الاختصاص سته:الأول:العماره،فلا يملك معمور بل هو لمالكه،و إن اندرست العماره).

المراد به ما جرى عليه العماره و إن خرب الآن،و هو صريح قوله:

(و إن اندرست).

قوله: (فإنها ملك لمعین أو للمسلمين).

فإن العماره أو الأرض

ص: ١١

١- (١)الكافى ٥:٢٧٩ حديث ٣،٤، [١]التهذيب ٧:١٥٢ حديث ٦٧٣ و فيها:(مواتا)،الكافى ٥:٢٨٠ حديث ٦، [٢]الاستبصار ٣:١٠٧ حديث ٣٧٩ و فيهما:(ميتة).

إلا أن تكون عماره جاهليه و لم يظهر أنها دخلت في يد المسلمين بطريق الغنيمه فإنه يصح تملكها بالإحياء. و لا فرق في ذلك بين الدارين، إلا أن معمور دار الحرب يملك المعموره لأن المعمور أرض فيعاد الضمير إليه مؤثناً بتأويل الأرض. و كون الملك لمعّين من واحد و جماعه مخصوصين ظاهر، و كونه للمسلمين يتحقق في المفتوحه عنوه، أما غيرها فإنها مع موت صاحبها المعين يكون حقاً لورثته، و مع عدمهم لا- تنتقل إلى المسلمين، بل إلى الإمام عليه السلام، كما صرح به الشيخ في المبسوط (١)، و المصنف في التحرير (٢) و التذكرة (٣).

قوله: (إلا أن تكون عماره جاهليه و لم يظهر أنها دخلت في أيدي المسلمين بطريق الغنيمه فإنه يصح تملكها بالإحياء).

لأنها إن علم دخولها في أيديهم بطريق الغنيمه كانت ملكاً لجميع المسلمين، سواء أخذت بالسيف أو بالصلح، على أن الأرض للمسلمين فلا- يملكها المحيي بعد خرابها. أما إذا لم يعلم ذلك فالأصل عدم استحقاق جميع المسلمين لها، فيملكها المحيي لعموم «من أحياء أرضاً ميتة فهي له» (٤). و أراد ب(العماره الجاهليه) ما كان قبل أن تثبت يد المسلمين على تلك الأرض.

قوله: (و لا فرق في ذلك بين الدارين، إلا أن معمور دار

ص: ١٢

١- (١) المبسوط ٢٦٩: ٣.

٢- (٢) تحرير الأحكام ١٣٠: ٢. [١]

٣- (٣) التذكرة ٤٠٣: ٢. [٢]

٤- (٤) الكافي ٢٨٠، ٢٧٩: ٥ حديث ٤، ٣، [٣] التهذيب ١٥٢: ٧ حديث ٦٧٣، الاستبصار ١٠٧: ٣ حديث ٣٧٩.

بما يملك به سائر أموالهمو مواتها، التي لا يذب المسلمون عنها، فإنها تملك بالإحياء للمسلمين و الكفار، الحرب يملك بما يملك به سائر أموالهم).

المشار إليه ب(ذلك) هو عدم جواز ملك المعمور و إن اندرست العماره. و لا ريب أن المعمور في دار الحرب تأتي فيه الأقسام الأربعة:

الأول: أن يكون معموراً في الحال.

الثاني: أن لا يجرى عليه أثر العماره ثم يخرب و مالكة موجود.

الثالث: أن يكون كذلك و لا مالكة له لانقراض المالك و وارثه.

الرابع: أن يكون كذلك و لا يعرف له مالكة.

ففي القسمين الأولين الحكم بعدم حصول الملك بالعماره ظاهر كما في دار الإسلام، و لكن يملك ذلك بما يملك به سائر أموال الكفار من القهر و الغلبه و غير ذلك. و أما الثالث و الرابع فإن الأرض فيها للإمام عليه السلام، لا يجوز لأحد التصرف فيها إلا بإذنه عند علمائنا.

إذا تقرر هذا، فالمعمور في قول المصنف: (إلا أن معمور دار الحرب): إما أن يريد به المعمور في الحال، أو ما جرت عليه العماره.

فإن أراد الأول دخل باقى الأقسام فى حكم الموات، و ليس بجيد، و إن أراد الثانى شمل القسمين الأخيرين فيخرجان من حكم الموات، و ليس بجيد أيضاً.

قوله: (و مواتها التي لا يذب المسلمون عنها فإنها تملك بالإحياء للمسلمين و الكفار).

المراد: أن الموات

بخلاف موات الإسلام فإن الكافر لا يملكها بالإحياء. و لو استولى طائفه من المسلمين على بعض مواتهم ففي اختصاصهم بها من دون الإحياء نظر، ينشأ من انتفاء أثر الاستيلاء فيما ليس بمملوك. الذي لا يذب الكفار المسلمين عنه و لا يمنعونهم منه، و هو في دار الحرب تملك بالإحياء للكافر و المسلم، لكن ينبغي (١) أن يقيد إحياء المسلم له بكونه بإذن الإمام عليه السلام، لأن حكم موات بلاد الكفار حكم موات بلاد الإسلام، نعم ينبغي أن لا يشترط ذلك في حق الكافر، فيعتبر إحياءه قبل الفتح كما يعتبر أصل أحيائهم للأرضين. و يمكن عدم اعتباره من دون الإذن، لأن الإحياء إنما يثمر الملك في من لم يكلف باستئذان الإمام عليه السلام و هو من لم تبلغه الدعوة، أما من بلغته فلا.

و إطلاق عبارته التذكرة يقتضى الاشتراط، فإنه قال في أرض بلاد الكفار: و إن لم تكن معموره فهي للإمام عليه السلام، لا يجوز لأحد التصرف فيها إلا بإذنه عند علمائنا، لكن يلزم على هذا أن لا يجوز تملكها للكافر بالإحياء أصلاً كموات الإسلام (٢)، فيظهر من هذا أن مواتهم قبل الفتح إذا أحيوه ملكوه على كل حال و التحق بالمعمور.

قوله: (بخلاف موات الإسلام فإن الكافر لا يملكها بالإحياء).

لما قدمناه، و هذا دليل على عدم اعتبار الإذن في تملكه موات الكفار.

قوله: (و لو استولى طائفه من المسلمين على بعض مواتهم، ففي اختصاصهم بها من دون الإحياء، نظر، ينشأ من انتفاء أثر الاستيلاء فيما ليس بمملوك).

فلا يفيد ملكاً و

ص: ١٤

١ - ١) في (٥): «لا ينبغي».

٢ - ٢) التذكرة ٢: ٤٠١ [١]

و كل أرض لم يجز عليها ملك لمسلم فهي للإمام، و ما جرى عليها ملك مسلم فهي له و بعده لورثته، و إن لم يكن لها مالك معين فهي للإمام.

و لا- يجوز إحيائها إلا- بإذنه، فإن بادر و أحيائها بغير إذنه لم يملكها، لا- اختصاصاً، و يحتمل إفادته الملك في المعمور، ففي الموات أولى، و يحتمل إفادته الاختصاص لأنه أبلغ من التحجير.

و الاحتمالان الأخيران ضعيفان، لأن حصول الملك أو الاختصاص دائر مع حصول الأثر في الموات، و هو منتفٍ بناءً على أن في هذا البحث من أصله نظراً، فإن الاستيلاء المذكور إما أن يكون بإذن الإمام عليه السلام، فتكون الأرض مفتوحة عنه و مواتها للإمام عليه السلام، أو بغير إذنه فهو غنيمه من غزا بغير إذنه، و قد نبه على ذلك شيخنا الشهيد (١). و الاحتمالات الثلاث للشافعية (٢).

و اعلم أن قوله: (و لو استولى طائفه.) في مقابله قوله: (و مواتها التي لا يذب المسلمون عنها.) فإن المراد بالاستيلاء الأخذ بالغلبة و القهر.

قوله: (و كل أرض لم يجز عليها ملك لمسلم فهي للإمام عليه السلام، و ما جرى عليها ملك مسلم فهي له، و بعده لورثته، و إن لم يكن لها مالك معين فهي للإمام عليه السلام، و لا يجوز إحيائها إلا بإذنه، فإن بادر و أحيائها بغير إذنه لم يملكها).

المراد: أن كل أرض من أراضي بلاد الإسلام، لأن أراضي بلاد الكفر

ص: ١٥

١- ١) الدروس: ٢٩٢.

٢- ٢) انظر: مغنى المحتاج ٣٦٢: ٢- ٣٦٣، و الوجيز ٢٤١: ١.

فإن كان غائباً كان أحق بها ما دام قائماً بعمارتها، فإن تركها فبادت آثارها فأحيها غيره كان الثاني أحق بها، وللإمام بعد ظهوره رفع يده. إذا جرى عليها ملك الكافر فهي له وإن كان بالإحياء، ولا تكون للإمام عليه السلام بل ينظر حالها باعتبار جريان أحكام المسلمين عليها من كونها عنوة، أو صلحاً، أو أسلموا عليها طوعاً.

قوله: (فإن كان غائباً كان أحق بها ما دام قائماً بعمارتها، فإن تركها فبادت آثارها فأحيها غيره كان الثاني أحق بها، وللإمام بعد ظهوره رفع يده).

أى: فإن كان الإمام غائباً كان المحيى أحق بالأرض ما دام قائماً بعمارتها.

قال فى التذكرة: و لا يملكها بذلك، فإن تركها فبادت آثارها كان الثاني أحق بها (١)، و لم يذكر على ذلك دليلاً مع أنه قال قبل ذلك: لو لم تكن الأرض التى من بلاد الإسلام معموره فى الحال، و لكنها كانت قبل ذلك معموره أجرى عليها ملك مسلم، فإما أن يكون الملك معيناً أو لا، فالمعين: إما ينتقل إليه بالشراء و شبهه، أو بالإحياء، و الأول لا يملك بالإحياء بلا خلاف. و إن ملكها بالإحياء ثم تركها حتى عادت موأناً: فعند بعض علمائنا أنه كالأول. ثم حكى القول ملكاً للثانى و اختاره (٢) فيجىء هنا كلامان:

الأول: أن هذا الموات المحيى فى الأصل للإمام عليه السلام، فإن كان حال ظهوره فلا بد من إذنه ليملكه المحيى فكيف استحق آخر ملكه بعد عوده خراباً إذا أحياه مع ملك الأول له بإذن الإمام؟ و إن كان فى حال الغيبة

ص: ١٤

١-١) التذكرة ٢:٤٠١. [١]

٢-٢) التذكرة ٢:٤٠١. [٢]

فكيف يملكه واحد منها خصوصاً الثاني، مع أنه ملك الإمام عليه السلام، فإن كان الموت سبباً في التملك بالإحياء فهو قائم في الموضوعين، وإن كان المانع حق الإمام عليه السلام فهو في الموضوعين حق أيضاً مع زياده أخرى في المتنازع وهو ثبوت ملك مسلم عليها قبل ذلك.

الثاني: إننا لا نجد دليلاً في النصوص يدل على التفرقة التي ادعاها بين الأرض التي انقرض مالكها فخربت، وغيرها من الموات، فإن النصوص داله على أن الجميع للإمام عليه السلام، وتدل بإطلاقها على من أحيا أرضاً ميتة في غير حق مسلم فهي له (١).

إذا عرفت هذا فنعود إلى تحرير هذه المسألة فنقول: الدليل على ثبوت الملك للثاني فيما إذا ملك الأول الموات بالإحياء ثم طرأ الموت بعد ذلك قول الصادق عليه السلام «أيما رجل أتى خربه بآثره فاستخرجها وكرى أنهارها وعمرها فإن عليه فيها الصدقة، فإن كانت لرجل قبله فغاب عنها وتركها وأخربها ثم جاء بعد فطلبها فإن الأرض لله عز وجل ولمن عمرها» (٢).

وهذا القول مشهور بين الأصحاب. قال في التذكرة: ولا بأس به عندى (٣). ويلوح من كلام ابن إدريس أن الأول أحق وله انتزاعها (٤). ويدل عليه قول الصادق عليه السلام في روايه سليمان بن خالد، وقد سأله عن الرجل يأتي الأرض الخربه فيستخرجها ويجرى أنهارها ويعمرها ويزرعها فماذا عليه؟ قال: «الصدقة» قلت: فإن كان يعرف صاحبها؟ قال: «فليؤد إليه حقه» (٥). وهو ظاهر في أداء الأرض إليه لأنها حقه، ولأنه لو حمل على

ص: ١٧

١-١) نحو ما في الكافي ٥: ٢٧٩ حديث ٥، [١] التهذيب ٧: ١٤٨ حديث ٦٥٨.

٢-٢) الكافي ٥: ٢٧٩ حديث ٢، [٢] التهذيب ٧: ١٥٢ حديث ٦٧٢.

٣-٣) التذكرة ٢: ٤٠١. [٣]

٤-٤) السرائر: ٢٤٧.

٥-٥) التهذيب ٧: ١٤٨ حديث ٦٥٨.

و ما هو بقرب العامر من الموات يصح إحياءه إذا لم يكن مرفقاً للعامر، ولا حريماً. الطسق (١) يحصل المراد، لأنه فرع الملك و لإطلاق قوله عليه السلام «من أحيا أرضاً ميتة فهي له». و اللام تقتضى الملك، و خروج الملك يحتاج إلى سبب ناقل و هو محصور، و ليس من جملة الأسباب الخراب، و لأن ما ملكك ببيع أو إرث و نحوهما لا يخرج عن الملك بخرابه، صرح به فى التذكرة (٢) و الظاهر أنه اتفاقى، فكذا ما هنا للاستواء فى الملك، و لأن مطلق الملك لا بد أن ينتهى إلى الإحياء، و هذا متين.

و فى الدروس: جواز إحياء المملوك إذا خرب، و لم ينتفع به مالكة، و لم يأذن لغيره إذا أذن الحاكم، و للمالك طسقتها، قال: فإن تعذر الحاكم فالظاهر جواز الإحياء مع الامتناع من الأمرين و عليه طسقتها (٣). و لا ريب أن للإمام بعد ظهوره رفع يد المحيى لأنه ملك له. [فإن قيل فكيف يملكها المحيى.

قلنا: لا يمتنع أن يملكها ملكاً مترزلاً فإذا ظهر عليه السلام فسسخه] (٤).

قوله: (و ما هو بقرب العامر من الموات يصح إحياءه إذا لم يكن مرفقاً للعامر و لا حريماً).

هذا كالمستدرك، لأنه سيأتى إن من أسباب الاختصاص المانعه من الإحياء كون الموات حريماً للعامر، فإن المرفق—و هو ما يرتفق به—من جملة الحريم.

ص: ١٨

١- ١) الطسق: الوظيفة من خراج الأرض. الصحاح ١٥١٧: ٤ [١] طسق.

٢- ٢) التذكرة ٤٠١: ٢. [٢]

٣- ٣) الدروس: ٢٩٢.

٤- ٤) ما بين المعقوفتين لم يرد فى (٥).

الثانى: اليد، فكل أرض عليها يد مسلم لا يصح إحياؤها لغير المتصرف.

الثالث: حريم العماره

الثالث: حريم العماره، فإذا قرّر البلد بالصلح لأربابه لم يصح إحياء ما حواليه من الموات من مجتمع النادى، ومرتكض الخيل، و مناخ الإبل، و مطرح القمامه، و ملقى التراب، و مرعى الماشيه، و ما يعد من حدود مرافقهم، و كذا سائر القرى للمسلمين، و الطريق، و الشرب، و حريم البئر، و العين. قوله: (الثانى: اليد، فكل أرض عليها يد مسلم لا يصح إحياؤها لغير المتصرف).

لأن ظاهر اليد يقتضى الملك، و هذا القدر كافٍ فى منع الغير من الإحياء و إن لم يعلم وجود سبب الملك، و لكن يشترط أن لا يعلم أن إثبات اليد بغير سبب مملك و لا أولويه، فإن علم ذلك لم تكن تلك اليد معتبره، فيجب تقييد إطلاق العبارة.

و احتمال فى الدروس حصول الملك به أو الأولويه تنزيلاً له منزله الاستيلاء، ثم استقرب المنع معللاً بأن الاستيلاء سبب فى ملك المباحات المنقوله و الأرضين المعموره (1)، و الأمران منتفیان هنا.

قوله: (الثالث: حريم العماره، فإذا قرر البلد بالصلح لأربابه لم يصح إحياء ما حواليه من الموات من مجتمع النادى، ومرتكض الخيل، و مناخ الإبل، و مطرح القمامه، و ملقى التراب، و مرعى الماشيه، و ما يعد من حدود مرافقهم، و كذا سائر القرى للمسلمين، و الطريق، و الشرب، و حريم البئر، و العين).

السبب الثالث من أسباب الاختصاص المانعه من إحياء الموات كونه

حريماً للعامر، فإن حريم العامر -كنفس العامر- لا يملك بالإحياء، لأن مالك العامر استحققه لأنه من مرافقه و مما يتوقف كمال انتفاعه عليه، و ذلك مثل مجتمع النادى.

قال فى الصحاح: الندى، على وزن فعيل: مجلس القوم و متحدتهم، و كذلك الندوه و النادى و المنتدى، فإن تفرق القوم فليس بندى (١). فعلى هذا إذا أضيف إليه مجتمع أريد بالنادى نفس القوم المتحدثين، و كذا مرتكض الخيل، و هو الموضع المعد لركضها فيه إذا أريد ذلك، و كذا مناخ الإبل بضم أوله من أناخ و كذا مطرح القمامه و هو بضم القاف: الكناسه، ذكره فى القاموس (٢): و الكناسه بالضم أيضاً، و كذا الطريق للعامر و شربه، و حريم بثره و عينه، و سائر ما يعدّ من مرافقهم عادة، و منه مرعى الماشيه، و المحتطب، و المحتش، و ملعب الصبيان، و مطرح الرماد و السماد، و بالجمله فكل ما جرت العاده به. و لا تقدير فى المحتطب، و المحتش، و المرعى إلا ما جرت العاده بالوصول إليه، و لو بعد جداً بحيث لا يطرقونه إلا نادراً فليس من الحريم.

و إنما يمنع من إحياء قدر ما تندفع به الحاجه، أما ما زاد فلا. و لو أراد أحد إحياء ما يقرب من القرية و يكون الحريم من ورائه فالظاهر الجواز إذا لم يلزم ضيق فى الحريم، و لو لا- ذلك لم تتصوّر سعه البلد إلا- إذا نزل أهلها دفعه واحده، و هو غير معلوم الوقوع، و لا- فرق فى ذلك بين كون القرية لأهل الذمه أو للمسلمين، و إنما صوّر المصنف بتقرير البلد بالصلح لأنه إذا ثبت الحكم ها هنا ثبت فى قرى المسلمين بطريق أولى.

و الأصل فى عدم جواز إحياء الحريم النص، -مثل قوله عليه السلام:

ص: ٢٠

١- ١) الصحاح ([١] ندى) ٢٥٠٥: ٦.

٢- ٢) القاموس المحيط (فمم) ٢٧٢: ٤.

و يجوز إحياء ما قرب من العامر مما لا- تتعلق به مصلحته. و حد الطريق لمن ابتكر ما يحتاج إليه في الأرض المباحه خمس أذرع، و قيل سبع، فيتباعد المقابل ذلك، «من أحيى أرضاً ميتة في غير حق مسلم فهي له» (١) و هذه حقوق و لهذا يدخل الطريق و الشرب في بيع الأرض و نحو ذلك- و الإجماع.

قال في التذكرة: لا نعلم خلافاً بين فقهاء الأمصار أن كل ما يتعلق بمصالح العامر أو بمصالح القرية كقناتها، و مرعى ماشيتها لا يصح لأحد إحياءه و لا يملك بالإحياء (٢).

قوله: (و يجوز إحياء ما قرب من العامر مما لا يتعلق به مصلحه).

علة في التذكرة بأن النبي صلى الله عليه و آله أقطع بلال بن الحرث المزني العقيق (٣) و هو يعلم أنه بين عامر المدينة (٤).

قوله: (و حد الطريق لمن ابتكر ما يحتاج إليه في الأرض المباحه خمسه أذرع، و قيل: سبع، فيتباعد المقابل ذلك).

أى: و حد الطريق في حق من ابتكر ما يحتاج إليه في أرض مباحه من مسكن، و مزرع، و غيرهما إذا دعت الحاجه إلى الطريق لمن سبقه بالإحياء في ذلك الموضع، الذي يريد الإحياء فيه أو بقربه و إن لم يكن قد حصل استطراقهم قدر خمس أذرع عند الأكثر.

ص: ٢١

١- ١) صحيح البخارى ٣: ١٣٩-١٤٠، سنن البيهقى ٦: ١٤٢، الكافى ٥: ٢٧٩، حديث ٥، التهذيب ٧: ١٤٨، حديث ٦٥٨.

٢- ٢) التذكرة ٢: ٤١٠. [١]

٣- ٣) سنن البيهقى ٦: ١٥١.

٤- ٤) التذكرة ٢: ٤١٠. [٢]

وقال الشيخ (١) وابن إدريس: سبع أذرع (٢)، واختاره المصنف في المختلف (٣) والتذكرة (٤)، و شيخنا في الدروس (٥). فحيث لا يجب أن لا يحيى نفس الطريق، ويجب على مقابله أن يتباعد عن موضع إحياء الأول ذلك القدر، فيكون أثر تقدير الطريق إنما هو في حق المقابل خاصة، فلذلك فرّع المصنف قوله: (فيتباعد المقابل ذلك) على قوله: (وحد الطريق لمن ابتكر). وهذا إنما هو حيث يتأخر إحياء المقابل عن المبتكر، فإن تساويا في زمان الإحياء وجب على كل منهما التباعد عن الآخر بحيث يبقى القدر المذكور سليماً عن الإحياء. ولو استطرق الناس أكثر من النصاب: فالممنوع من إحيائه هو قدر النصاب.

ولا يخفى ما في قوله: (وحد الطريق لمن ابتكر). من إيهام غير المراد لأن المتبادر منه أن حد الطريق لهذا المحيى، وليس بمراد قطعاً لأنه بصدد بيان حد الطريق مطلقاً، ولا يستقيم معنى: (فيتباعد المقابل ذلك) إلا بتكلف كثير.

إذا عرفت ذلك فوجه القول الأول رواه أبى العباس البقباق عن الصادق عليه السلام حيث قال: «إن الطريق عند التشاح خمس أذرع» (٦).

ووجه الثانى رواه مسمع بن عبد الملك عن الصادق عليه السلام قال:

«قضى رسول الله صلى الله عليه وآله إلى أن قال: «و الطريق إذا تشاح أهله

ص: ٢٢

١-١) النهاية: ٤١٨.

٢-٢) السرائر: ٢٤٧.

٣-٣) المختلف: ٤٧٥.

٤-٤) التذكرة ٢: ٤١٤، واختار فيها خمس أذرع لا سبع.

٥-٥) الدروس: ٢٩٤.

٦-٦) التهذيب ٧: ١٣٠ حديث ٥٧٠.

و حریم الشرب مقدار مطرح ترابه و المجاز علی طرفیه.

و لو كان النهر فی ملك الغير فتداعيا الحریم قضی له مع یمینه علی إشكال. علیه فحدّه سبع أذرع» (١). و كذا موثقه السكونی عن الصادق علیه السلام (٢).

و ننزل الأولى علی ما إذا لم تدع الحاجه إلى أزيد من خمس إن لم يلزم منه إحداث قول ثالث، فإن لزم فالعمل علی السبع، لأن الضروره تدعو كثيراً إليها عند ازدحام الأحمال و عبور القوافل.

قوله: (و حریم الشرب: مقدار مطرح ترابه، و المجاز علی طرفیه) أصل الشرب بكسر أوله: الحظ من الماء، فی المثل آخرها أقلها شرباً، و المراد به هنا: النهر، و حریمه ما ذكره، فإن حفره و تنقيته و المجاز علی جانبیه أمر مطلوب عادة.

قوله: (و لو كان النهر فی ملك الغير فتداعيا الحریم قضی له بيمينه علی إشكال).

أى: قضی للغير الذى هو صاحب الملك. و المراد به إذا كان نفس النهر - و هو مجرى الماء - مملوكاً لغير صاحب الملك لكنه وقع فی ملك الغير.

و منشأ الإشكال: من أن الحریم من جمله الأرض لا النهر، فيكون ملكاً لصاحب الأرض لأنها فی يده، فعلى صاحب النهر البینه. و لأن ثبوت الحریم للنهر موقوف على التقدم فى الإحياء أو المقارنه، و كلاهما غير

ص: ٢٣

١ - ١) الكافي ٥: ٢٩٥ حديث ٢، التهذيب ٧: ١٤٤ حديث ٦٤٢.

٢ - ٢) الكافي ٥: ٢٩٦ حديث ٨، التهذيب ٧: ١٤٥ حديث ٦٤٣.

و حریم بئر المعطن أربعون ذراعاً، و الناضح ستون، و العين ألف في الرخوه و خمسمائه في الصلبيه. معلوم، و من أن الحریم من لوازم النهر لأن انفكاكه عنه إنما يكون عند تأخر مجيئه عن صاحب الملك و الأصل عدمه.

و يضعف بأن استحقاق الحریم غير معلوم، و لا يد لصاحب النهر إلا على النهر، و إنما ليد صاحب الأرض و هي أقوى من اقتضاء النهر الحریم على بعض الحالات، فلا يترك المعلوم بالمحتمل، و الأقوى تقديم قول صاحب الملك بيمينه.

قوله: (و حریم بئر المعطن أربعون ذراعاً، و الناضح ستون).

العطن و المعطن واحد الأعطان و المعاطن: و هي مبارك الإبل عند الماء تشرب عللاً بعد نهل.

و الناضح: البعير يسقى عليه، ذكرهما في الصحاح (١). و لا ريب أن حریم البئر إنما يعتبر في الموات، فلا يجوز إحياء هذا القدر من جميع جوانب البئر بحفر بئر أخرى و لا غيره، و ما ذكره هو المشهور بين الأصحاب، و مستنده النص (٢).

و قال ابن الجنيدي: روى عن رسول الله (صلى الله عليه و آله) قال: حریم البئر الجاهليه خمسون ذراعاً، و الإسلاميه خمساً و عشرين ذراعاً. و قال: حریم الناضح قدر عمقها ممرأً للناضح (٣)، و العمل على المشهور.

قوله: (و العين ألف في الرخوه، و خمسمائه في الصلبيه).

فليس للغير استنباط

ص: ٢٤

١- (١) الصحاح (نضح) ١: ٤١١، (عطن) ٦: ٢١٦٥.

٢- (٢) الكافي ٥: ٢٩٥، ٢٩٦، حديث ٢٨، و [١] التهذيب ٧: ١٤٤، حديث ٦٤٣، ٦٤٢.

٣- (٣) نقله عنه العلامة في المختلف: ٤٧٤.

و حریم الحائط فی المباح مقدار مطرح ترابه لو استهدم، و للدار مطرح ترابها و مصب المیزاب و الثلج و الممر فی صوب الباب، عین أخرى فی هذا القدر، و مستنده النص (١) و إطباق الأصحاب. و روى فیمن أراد أن يحدث قناه إلى جنب قناه أنه يتباعد بمقدار أن لا يضر أحدهما بالآخر (٢).

و روى أن النبی صلی الله علیه و آله قضی أن يكون بین القناتین فی العرض إذا كانت أرضاً رخوه ألف ذراع، و إن كانت أرضاً صلبه يكون خمسمائه ذراع (٣).

و حدّه ابن الجنید بما ينتفی معه الضرر، و مال إليه المصنف فی المختلف (٤) و التمسك بالنصوص هو المناط فی ذلك.

قوله: (و حریم الحائط فی المباح مقدار مطرح ترابه لو استهدم).

لأن الحاجه تمسّ إليه عند سقوطه.

قوله: (و للدار مطرح ترابها، و مصب المیزاب و الثلج، و الممر فی صوب الباب).

لا- ريب أن مطرح تراب الدار، و رمادها، و الثلج، و مسيل مياها إن احتيج إليهما. و الممر فی صوب الباب، أى فی الصوب الذى يفتح إليه الباب مما تستدعيه الحاجه عاده.

ص: ٢٥

١- ١) الكافي ٥: ٢٩٦، حديث ٦، الفقيه ٣: ٥٨، حديث ٢٠٧، التهذيب ٧: ١٤٥، حديث ٦٤٤، و فيها: (البئر) بدل (العين).

٢- ٢) انظر: الكافي ٥: ٢٩٣، ٢٩٤، حديث ٥، ٧، ٥، [١] الفقيه ٣: ٥٨، ١٥٠، حديث ٣٠٥، ٢٠٥، التهذيب ٧: ١٤٥، ١٤٦، حديث ٦٤٤، ٦٤٧.

٣- ٣) الفقيه ٣: ١٥٠، حديث ٦٦٠.

٤- ٤) المختلف: ٤٧٤.

هذا فى الموت. و لا- حرىم فى الأملاك لتعارضها. و لكل واحد أن يتصرف فى ملكه كيف شاء، و لو تضرر صاحبه فلا ضمان، فلو جعل ملكه بيت حداد، أو قصار، أو حمام على خلاف العاده فلا منع. و ليس المراد من استحقاق فى صوب الباب استحقاق الممر فى قبالة الباب على امتداد الموت، بل يجوز لغيره إحياء ما قابله الباب إذا بقى له الممر، فإن احتاج إلى ازورار و انعطاف جاز، لأن الحاجه تمس إليه. ذكره فى التذكرة (١). لكن ينبغى تقييده بما إذا لم يحصل ضرر كثير عاده، لاستدعائه إفراط طول الطريق و نحوه.

قوله: (هذا فى الموت، و لا حرىم فى الأملاك لتعارضها).

أى: هذا المذكور من تعيين الحرىم بجنب كل واحد من المذكورات إنما هو فى الموت، أما فى الأملاك المتلاصقه فلا حرىم لأحدها بالنسبه إلى جاره لتعارضها، فإن كل واحد منها يقتضى حرىماً بالنسبه إلى جاره و لا أولويه. و لأنه من الممكن شروعهم فى الإحياء دفعه، فلم يكن لواحد على الآخر حرىم.

قوله: (و لكل واحد أن يتصرف فى ملكه كيف يشاء، و لو تضرر به صاحبه فلا ضمان).

لأن الناس مسلطون على أموالهم.

قوله: (فلو جعل ملكه بيت حداد، أو قصار أو حمام على خلاف العاده فلا منع).

قال فى التذكرة: هذا إذا احتاط و أحكم الجدران بحيث يليق بما

ص: ٢٤

و لو غرس فى أرض أحيائها ما يبرز أغصانه أو عروقه إلى المباح لم يكن لغيره إحياءه، و للغرس منعه و إن كان فى مبدأ الغرس.

الرابع: أن يكون مشعراً للعبادة كعرفه، و منى، و جمع

الرابع: أن يكون مشعراً للعبادة كعرفه، و منى، و جمع و إن كان يسيراً لا يمنع المتعبدين. يقصده فإن فعل ما يغلب على الظن أنه يؤدي إلى خلل فى حيطان جاره ففى منعه تردد، فلو دق دقاً عنيفاً أحدث به نقصاً فى جدران جاره، أو حبس الماء بحيث انتشرت منه النداهة إليها أو حصل ذلك من ماء الحمام ففى الضمان تردد (١).

قوله: (و لو غرس فى أرض أحيائها ما تبرز به أغصانه، أو عروقه إلى المباح لم يكن لغيره إحياءه، و للغرس منعه و إن كان فى مبدأ الغرس).

لثبوت الأولويه للغرس نظراً إلى مقتضى العادة.

قوله: (الرابع: أن لا يكون مشعراً للعبادة كعرفه، و منى، و جمع و إن كان يسيراً لا يمنع المتعبدين).

لأن الشارع وضعها موطناً للعبادة فلا يشرع تملكها لأنه يؤدي إلى تفويت هذا الغرض، و لتعلق حق المكلف به كما فى المساجد و نحوها.

و جوز ابن الجنيد إحياء اليسير الذى لا يضر بالمتعبدين (٢)، و هو ضعيف.

ص: ٢٧

١- ١) التذكرة ٢: ٤١٤. [١]

٢- ٢) فى النسخة الحجرية: ابن سعيد، و فى النسخة الخطية «٥»: ابن الجنيد، و لم نجد من ينقل القول عن ابن الجنيد، بل ان المحقق الحلبي قائل به، انظر شرائع الإسلام ٣: ٢٧٤. [٢]

الخامس: التحجير، و هو بنصب المروز، أو التحويط بحائط، أو بحفر ساقية محيطه، أو إداره تراب حول الأرض أو أحجار و لا يفيد ملكاً-فإن الملك يحصل بالإحياء لا بالشروع فيه، و التحجير شروع فى الإحياء-بل يفيد اختصاصاً و أولويه،فإن نقله إلى غيره صار أحق به، و كذا لو مات فوارثه أحق به،فإن باعه لم يصح بيعه على إشكال، و يملك به التصرف،فله منع من يروم إحياءه.

قوله: (الخامس: التحجير: و هو نصب المروز، أو التحويط بحائط أو بحبل ساقية محيطه، أو إداره تراب حول الأرض أو أحجار).

المروز جمع مرز: و هو جمع التراب حول الموات،فيكون قوله:

(إداره التراب) مستدرکاً. و فى عدّ التحويط بحائط من التحجير نظر،بل هو إحياء فى نحو الحظيره،فإن قصدتها بالتحويط فلا بحث،و إلا ففيه تردد، و مال فى التذکره إلى أنه إحياء و إن قصد به السكنى (١).

قوله: (و لا يفيد ملكاً،فإن الملك يحصل بالإحياء لا بالشروع فيه، و التحجير شروع فى الإحياء بل يفيد اختصاصاً و أولويه).

خلافاً لابن نما (٢).

قوله: (فإن نقله إلى غيره صار أحق به، و كذا لو مات فوارثه أحق).

و إنما يكون ذلك بالصلح و الهبه، و كذا الحكم فى كل ما يفيد أولويه و اختصاصه.

قوله: (فإن باعه لم يصح بيعه على إشكال، و يملك به

ص: ٢٨

١-١) التذکره ٤١٢: ٢. [١]

٢-٢) نقله عنه الشهيد فى الدروس: ٢٩٢.

فإن قهره فأحيائها لم يملكتم المحجر إن أهمل العماره أجبره الإمام على الإحياء، أو التخليه عنها، فإن امتنع أخرجها السلطان من يده، فإن بادر إليها من أحيائها لم يصح ما لم يرفع الإمام يده، أو يأذن في الإحياء.

السادس: إقطاع الإمام

السادس: إقطاع الإمام، وهو متبع في الموات، فلا يجوز إحياءه و إن كان مواتاً خالياً من التحجير، التصرف، فله منع من يروم إحياءه، فإن قهره فأحيائها لم يملك).

ينشأ من أنه حق يقابل بمال، فتجوز المعاوضه عليه، فيجوز بيعه.

ولأن آثار التصرف في أرض الخراج يجوز بيعها، و من أن البيع يقتضى الملك و لا ملك ثمه، لأن التحجير لا يفيد ملكاً و إنما يفيد أولويه و اختصاصاً و الملك بالإحياء، و الأصح عدم الصحه.

قوله: (ثم المحجر إن أهمل العماره أجبره الإمام عليه السلام على الإحياء أو التخليه عنها، فإن امتنع أخرجها السلطان من يده، فإن بادر إليها من أحيائها لم يصح ما لم يرفع الإمام يده أو يأذن في الإحياء).

هذا إذا بقيت آثار التحجير، فإن زالت آثاره بطلت الأولويه، و عادت الأرض مواتاً.

قوله: (السادس: إقطاع الإمام و هو متبع في الموات، فلا يجوز إحياءه و إن كان مواتاً خالياً عن التحجير).

المراد بكونه متبعاً و جوب اتباعه، بمعنى أن المقطع يصير أولى من غيره في الإحياء، كما يصير المحجر أولى بما يحجره، و لا يزاحمه الغير.

و لا- يصح رفع هذا الاختصاص بالإحياء، و الإقطاع وحده كافٍ في حصول الأولويه و الاختصاص و إن لم يحصل تحجير، و الأصل في ذلك أن

كما أقطع النبي عليه السلام بلال بن الحارث العتيق، فلما ولي عمر قال له: ما أقطعته لتحجبه، فأقطعته الناس، وأقطع أرضاً بحضرموت، وأقطع الزبير حضر فرسه فأجرى فرسه حتى قام فرمى بسوطه، الموات ملك الإمام عليه السلام فيجوز له أن يقطعه الغير.

قوله: (كما أقطع النبي صلى الله عليه وآله بلال بن الحارث العتيق، فلما ولي عمر قال له: ما أقطعته لتحجبه، فأقطعته الناس).

العتيق: وادٍ بظاهر المدينة: أقطعته النبي بلال بن الحارث واستمر ذلك إلى ولاء عمر فقال له ما قال، لأنه لم يعمره (١). وأقطع أرضاً بحضرموت (٢).

في التذكرة: قد أقطع النبي صلى الله عليه وآله وإبل بن حجر أرضاً بحضرموت (٣). وفي القاموس: حضرموت بضم الميم: بلد: يقال: هذا حضرموت، ويضاف فيقال: هذا حضرموت بضم الراء، وإن شئت لا تنون الثاني (٤).

قوله: (وأقطع الزبير حضر فرسه فأجرى فرسه حتى قام فرمى بسوطه).

حضر فرسه بالحاء المهملة والضاد المعجمة: عدوه، يعني مقدار ما جرى، والمراد بقيامه: عجزه عن العدو. وإنما رمى بسوطه طلباً للزيادة.

وفي الحديث أن النبي صلى الله عليه وآله قال: «أقطعوا مرعى سوطه» (٥).

ص: ٣٠

١- ١) سنن البيهقي ٦: ١٤٥، سنن أبي داود ٣: ١٧٣، حديث ٣٠٦٢، ٣٠٦١، مسند أحمد ١: ٣٠٦.

٢- ٢) سنن أبي داود ٣: ١٧٣، حديث ٣٠٥٨، [١] سنن الترمذي ٣: ٦٦٥، حديث ١٣٨١. [٢]

٣- ٣) التذكرة ٢: ٤١١، [٣] وانظر: سنن البيهقي ٦: ١٤٤.

٤- ٤) القاموس المحيط (٤) [حضر] ١٠: ٢.

٥- ٥) سنن البيهقي ٦: ١٤٤، سنن أبي داود ٣: ١٧٧، حديث ٣٠٧٢.

و هو يفيد الاختصاص. و ليس للإمام إقطاع ما لا يجوز إحيائه كالمعادن الظاهره على إشكال، و فى حكم الإقطاع الحمى، قوله: (هو يفيد الاختصاص).

كالتحجير، فإن قام بعمارته و إلا فكما سبق فى التحجير.

قوله: (و ليس للإمام إقطاع ما لا يجوز إحيائه كالمعادن الظاهره على إشكال).

المراد بالمعادن الظاهره: ما يكون على وجه الأرض، و لا يتوقف الوصول إليها على عمل، و منشأ الإشكال: من عموم حاجه الناس إليها، و من أن النظر فى ذلك إلى الإمام عليه السلام.

و ربما بنى الحكم فى هذا على أن المعادن له عليه السلام، و الناس فيها سواء. فعلى القول بأنها له: يجوز إقطاعها، و على الآخر: يحتمل الجواز و عدمه.

و قد يقال: لا- يتصور الإقطاع فى المعادن الظاهره و إن قلنا إنها له عليه السلام، لأن الإقطاع إذا كان بمنزله التحجير لا يتصور الإحياء فيها فلا يتصور التحجير، و لعل هذا أقرب.

و لا- يقال: لأن الإقطاع قد يتصور فى المجالس المتسعه فلم لا يمكن هنا؟ لأننا نقول: الإقطاع فيها للاتفاق فى الجلوس و ذلك لا يتصور فى المعادن، إذ لا يراد منها إلا التمليك، فينتفى.

قوله: (و فى حكم الإقطاع الحمى).

الأحكام التى تتعلق بالموات ثلثه: التحجير، و الإقطاع، و الحمى.

و هو منع الإمام الناس عن رعى كلاً ما حماه فى الأرض المباحه ليختص به دونهم، كما حمى النبى عليه السلام النقيع. و للإمام أن يحمى لنفسه، و لنعم الصدقه و الضوال، و ليس لغيره ذلك. و لا- يجوز نقض ما حماه الإمام و لا تغييره، و من أحيى منه شيئاً لم قوله: (و هو منع الناس عن رعى كلاً ما حماه فى الأرض المباحه ليختص به دونهم).

الرى بفتح الراء مصدر، و لا ريب أن الحمى وقع من النبى صلى الله عليه و آله، و الإمام عندنا بمنزلته.

قوله: (كما حمى النبى صلى الله عليه و آله النقيع).

بالنون: موضع قريب من المدينة كان يستنقع فيه الماء، أى:

يجتمع، و فيه أول جمعه جمعت فى الإسلام بالمدينة فى نقيع الخضومات.

و فى حواشى الشهيد: النقيع هو ليس بالواسع فى قبله المدينة الشريفه صلوات الله على مشرفها و كان شجر سمي الغريز. و فى الأثر أنه صلى الله عليه و آله حمى غرز النقيع (١). و سمي نقيعاً باستنقاع الماء فيه و الغرز. قال الجوهري: الغرز نبت من الثمام لا ورق له (٢).

قوله: (و للإمام أن يحمى لنفسه و لنعم الصدقه و الضوال، و ليس لغيره ذلك).

لأن الكلاً مشترك بين الناس فلا يختص به أحد، و الإمام خرج للدليل، و لأن الضروره تدعو إلى ذلك لنعم الصدقه و غيرها.

قوله: (و لا يجوز نقض ما حواه الإمام و لا تغييره، و من أحيى منه

ص: ٣٢

١- ١) سنن البيهقي ١٤٦: ٦.

٢- ٢) لم نعثر عليه فى الصحاح، و فى القاموس المحيط (غرز) ١٨٤: ٤. و الغرز، محرکه: ضرب من الثمام، و نباته كنبات الإذخر من شر المرعى.

يملكه ما دام الحمى مستمراً، فإن كان الحمى لمصلحة فزالت فالوجه جواز الإحياء.

الفصل الثاني: المنافع

الفصل الثاني: المنافع، و هي الطرق، و المساجد، و الوقوف المطلقة كالمدارس، و الربط، و المشاهد. شيئاً لم يملكه ما دام الحمى مستمراً).

لأن في نقضه نقض حكم الإمام.

قوله: (فإن كان الحمى لمصلحة فزالت فالوجه جواز الإحياء).

المراد: إذا كان الحمى مقصوراً على مصلحة خاصة فزالت، و وجه جواز الإحياء أن الأصل جواز الإحياء، و إنما منع منه الحمى لأمر خاص و قد زال، فلم يبق مانع.

و يحتمل البقاء، لأن حكم ذلك حكم من الإمام فلا يزول إلا بإزالته.

و يضعف بأنه حكم مقصور على أمر خاص فينتفى بانتفائه.

فإن قيل: إنما يجوز الإحياء بإذن الإمام، و إذا أذن زال الحمى فلا حاصل لهذا الفرع.

قلنا: قد يأذن الإمام عليه السلام في الإحياء مطلقاً فيكون شمول الإطلاق لهذا النوع فرع زوال الحمى، و عدمه فرع عدمه.

قوله: (الفصل الثاني: المنافع، و هي الطرق، و المساجد، و الوقوف المطلقة كالمدارس و الربط، و المشاهد).

هو بضم الراء و الباء جمع رباط بكسر الراء، قال في الصحاح: الرباط واحد الرباطات المبنية (١).

ص: ٣٣

و فائده الطرق الاستطراق، و الجلوس غير المضر بالماره، فإن قام بطل حقه و إن كان بنيه العود قبل استيفاء غرضه، فليس له دفع السابق إلى مكانه. قوله: (و فائده الطرق الاستطراق، و الجلوس غير المضر بالماره فإن قام بطل حقه، و إن كان بنيه العود قبل استيفاء غرضه فليس له دفع السابق إلى مكانه).

لإجماع الناس على ذلك في جميع الأصقاع و الأمصار. و لا فرق في الجلوس بين كونه للاستراحه، أو للمعامله، أو لغيرهما. و لا يتقيد إلا بعدم الإضرار و التضييق على الماره فحينئذ يحرم، لأن حق الاستطراق هو المطلوب الأصلي.

و الظاهر أن هذا الحكم كما يثبت للمسلمين يثبت لأهل الذمه، لأن ما لهم للمسلمين، و به صرح في التذكرة (١).

فرع: قال في التذكرة: إذا جلس واحد في موضع من الشوارع و الأسواق فهو أحق من غيره مع عدم الضرر بالماره، و ليس لغيره إزعاجه، و لو أزعجه أحد و قعد مكانه فعل حراماً و صار أولى به من الأول (٢).

و يشكل بأن الأول قد استحق الانتفاع و صار أولى فكيف يسقط حقه؟ قوله: (فإن قام و رحله باقٍ فهو أحق به).

قال في التذكرة: لو قام عنه بنيه العود إليه في ذلك النهار و كان له فيه بساط أو متاع و شبهه لم يكن لأحد إزالته، و كان صاحب البساط و المتاع أولى به إلى الليل، لقول الصادق عليه السلام: «قال أمير المؤمنين عليه السلام:

سوق المسلمين كمسجدهم، فمن سبق إلى مكان فهو أحق به إلى الليل».

ص: ٣٤

١ - ١) التذكرة ٢: ٤٠٥. [١]

٢ - ٢) المصدر السابق. [٢]

و لو جلس للبيع و الشراء فى الأماكن المتسعه فالأقرب الجواز للعاده، قال: «و كان لا يؤخذ على بيوت السوق كرى» (١).

قلت: أراد بذلك توجيه الروايه بأن هذا لا يثبت فى غير السوق المباح، و الظاهر أن المراد بالسوق: المواضع التى يجلس بها للبيع و الشراء من المباح، و ما جرى مجراه من الأسواق الموقوفه أو المأذون فيها عاماً.

و اعلم أن ظاهر الروايه الاستحقاق إلى الليل مطلقاً، من غير تقييد ببقاء متاع بعد المفارقه و عدمه، بل ليس فيها ذكر للمفارقة. و الذى يستفاد من مفهوم كلام التذكره أن بقاء المتاع إلى الليل لا يفيد أولويه و هو مشكل، خصوصاً إذا جلس فى الليل للبيع و الشراء.

قوله: (و لو جلس للبيع فى الأماكن المتسعه فالأقرب الجواز، للعاده).

ظاهر إطلاق (المتسعه) يتناول الطريق الواسع، فإن كانت سعته فوق النصاب فالزائد ليس بطريق، بل هو من جمله الرحاب، و حينئذ فلا وجه لقوله: (فالأقرب) إذ لا يتطرق احتمال المنع من الجلوس فى مثل هذه، إذ ليس الغرض منها الاستطراق.

و لعله أراد ب(المتسعه): ما كان من الطرق غير مضر بالماره، لانتفاء التضييق، فإنه حينئذ متسع للمرور و الجلوس: و فيه تكلف ظاهر، و وجه القرب استمرار العاده بذلك و انتفاء الضرر.

و يحتمل العدم، لأنه غير المنفعه المراده من الطريق، و هو ضعيف، لأن المحكم فى ذلك هو العرف و هو مطرد بما قلناه، و الفرض انتفاء الضرر

ص: ٣٥

١ - ١) التذكره ٢: ٤٠٥، [١] و انظر الكافى ٥: ١٥٥ حديث ١، و [٢] فيه: الكراء، الفقيه ٣: ١٢٤ حديث ٥٤٠، التهذيب ٧: ٩ حديث ٣١.

فإن قام و رحله باق فهو أحق به، فإن رفعه بنيه العود فالأقرب بطلان حقه و إن استضر بتفريق معامليه.

و لو ضاق على الماره، أو استضر به بعضهم منع من الجلوس. فلا مانع.

قوله: (فإن قام و رحله باق فهو أحق به).

مقتضى كلام التذكرة (١) أن الأحقيه إلى الليل فقط لأنه عيًّا الأولويه إلى الليل.

قوله: (فإن رفعه بنيه العود فالأقرب بطلان حقه و إن استضر بتفريق معامليه، و لو ضاق على الماره أو استضر به بعضهم منع من الجلوس).

وجه القرب انتفاء الملك، و الأولويه قد زالت بقيامه و رفع متاعه.

و يحتمل بقاء حقه، لأن قطع ألفته من ذلك المكان فيه ضرر، مع أن ذلك قد يقتضى إلى تفرق معامليه حيث لم يجدوه فى المكان المعهود، و ذلك من أشد الضرر، و لإطلاق الروايه السابقه.

و يضعف بأن الضرر المنفى هو الذى لم يدل الدليل على عدم اعتباره، و هنا قد دل الدليل على ذلك، لأن منفعه الطرق مشتركه بين المسلمين، و السابق أحق، فإزعاجه ضرر غير مستحق، و الضرر لا يزال بالضرر.

و الروايه لا تدل على شىء بخصوصه، فتقيد بمقتضى غيرها من الدلائل.

و أراد بقوله: (إن استضر بتفريق معامليه) الرد على بعض العامه، حيث أبقى حقه ما دام لا تمتد غيبته إلى أن يقطع معاملوه ألفه معاملته و يستفتحون المعامله مع غيره (٢).

ص: ٣٦

١-١) التذكرة ٢:٤٠٥. [١]

٢-٢) قاله الجوينى، انظر: المجموع ١٥:٢٢٥.

و ليس للسلطان إقطاع ذلك، و لا- إحياءه، و لا إحياءه، و لا تحجيره. و له أن يظلل على نفسه بما لا ضرر فيه من باريه و ثوب، و ليس له بناء دكه. و لو استبق اثنان فالأقرب القرعه. قوله: (و ليس للسلطان إقطاع ذلك و لا إحياءه و لا تحجيره، و له أن يظلل على نفسه بما لا ضرر فيه من باريه و ثوب، و ليس له بناء دكه).

لأن ذلك لا- يجوز تملكه، فلا- يجوز تحجيره و لا- ما هو في معنى التحجير، لكن قال في التذكرة في خاتمه شروط الإحياء: إن للسلطان أن يقطع الجلوس في المواضع المتسعة في الشوارع، و فائده الارتفاق بحيث إذا قام لم يكن لغيره الجلوس فيه (١). و أطلق هنا و غيره عدم الجواز (٢)، و لا ريب أن جواز ذلك محتمل و إن لم ينقل مثله.

قوله: (و لو استبق اثنان فالأقرب القرعه).

وجه القرب أن الحق الآن دائر بينهما لانحصار الأولويه فيهما، و لا- يمكن الجمع بينهما فهو لأحدهما، لأن منعهما معاً باطل قطعاً، فحينئذ يقرع لأن في كل أمر مشكل القرعه.

و يحتمل العدم: لأن القرعه لتبيين المجهول عندنا إذا كان معيناً في نفس الأمر و ليس كذلك هنا، فيكون التعيين إلى الإمام عليه السلام بحسب المصلحة من أحوجيه و نحوها. كما ذكره احتمالاً لبعض العامة (٣) في التذكرة (٤)، و وقع في بعض حواشي شيخنا الشهيد، و ليس بشيء، لأننا لا

ص: ٣٧

[١-١] التذكرة ٢: ٤١٢. [١]

[٢-٢] التحرير ٢: ١٣٤. [٢]

[٣-٣] انظر: المجموع ١٥: ٢٢٦، مغنى المحتاج ٦: ١٧٩.

[٤-٤] التذكرة ٢: ٤٠٥. [٣]

و أما المسجد فمن سبق إلى مكان فهو أحق به، فإذا قام بطل حقه و إن قام لتجديد طهاره، أو إزاله نجاسه، و إن نوى العود، إلا أن يكون رحله باقياً فيه. نسلم انحصار القرعه فيما ذكر، و عموم الحديث ينافى ذلك، و الأصح القرعه.

قوله: (و أما المسجد فمن سبق إلى مكان فهو أحق به، فإذا قام بطل حقه، و إن قام لتجديد طهاره أو إزاله نجاسه، أو نوى العود، إلا أن يكون رحله باقياً فيه).

هذا هو المشهور، لانتفاء الملك و الأولويه، و اختار المصنف في التذكرة: أن من فارق مكانه في المسجد لإجابه داع، أو لرعاف، أو لقضاء حاجه، أو تجديد طهاره لا يبطل اختصاصه، للروايه السابقه عن أمير المؤمنين عليه السلام (١).

قال: و تقيده عليه السلام ب(الليل) بناءً على الغالب، و لو أقام ليلاً و نهاراً لم يجز إزعاجه لصدق اسم السبق في حقه.

قال: و لا فرق بين أن يترك إزاره فيه و بين أن لا يتركه، و لا بين أن يطراً العذر بعد الشروع في الصلاه أو قبله (٢).

و فيما اختاره نظر، و الروايه لا دلالة فيها، إذ لا يمكن التمسك بظاهاها، لأنها تتناول من فارق لا بنيه العود و لا متاع له فيحمل على أن المراد أحقيته (٣) إذا لم يفارق أو إذا بقى رحله.

و اعلم أن المصنف في التحرير قال في كتاب الصلاه: إن الأولويه

ص: ٣٨

١ - ١) الكافي ٥: ١٥٥ حديث ١، الفقيه ٣: ١٢٤ حديث ٥٤٠، التهذيب ٧: ٩ حديث ٣١.

٢ - ٢) التذكرة ٢: ٤٠٦. [١]

٣ - ٣) في «ه»: حقيقته.

و لو استبق اثنان و لم يكن الاجتماع أقرع. و لا فرق بين أن يعتاد جلوس موضع منه لقراءه القرآن أو لتدريس العلم، أو لا. و أما المدارس و الربط فمن سكن بيتاً ممن له السكنى لم يجوز لا تحصل بالرحل في المسجد (١)، و هنا حكم بحصولها، و قد جمع بين الكلامين شيخنا الشهيد بحمل الأول على تقديم رحله عليه من غير استقرار، و الثاني على استقراره ثم يخرج (٢)، و هو حمل مشكل، لأن من وصل إلى مكان فهو أحق به، نعم لو حمل الأول على من بعث برحله و لم يأت هو أمكن، و حينئذ فيندفع التنافي.

فرع: لو أزعج السابق إلى مكان مزعج فلا- شك في إثمه، و هل يصير أولى؟ فيه بعد. فحينئذ هل تبطل صلاته لنهايه عن شغل المكان فإن الأولويه للأول هنا؟ هذا هو الوجه و لم أجد به تصريحاً.

قوله: (و لو استبق اثنان و لم يمكن الاجتماع أقرع).

لا فرق بين الاستباق هنا و فيما قبله، فيجىء الاحتمال.

قوله: (و لا فرق بين أن يعتاد جلوس موضع منه لقراءه القرآن أو لتدريس العلم، أو لا).

و قال بعض الشافعية: أنه إذا جلس لبعض هذه و قام قبل استيفاء غرضه بنيه العود كان أولى (٣)، و هو مردود.

قوله: (و أما المدارس و الربط فمن سكن بيتاً ممن له السكنى لم

ص: ٣٩

١- ١) التحرير ١: ٤٣. [١]

٢- ٢) الدروس: ٢٩٦.

٣- ٣) انظر المجموع ١٥: ٢٢٣، و الوجيز ١: ٢٤٣.

إزعاجه و إن طال زمانه، ما لم يشترط الواقف مده معينه فيلزم بالخروج عند انقضائها. و لو شرط على الساكن التشاغل بالعلم، أو قراءه القرآن، أو تدريسه فأهمل أخرج، و له أن يمنع من المشاركة في السكنى ما دام على الصفه، فإن فارق لعذر أو غيره بطل اختصاصه، يجر إزعاجه و إن طال زمانه، ما لم يشترط الواقف مده معينه فيلزم بالخروج عند انقضائها).

احتمل في الدروس في الساكن في المدرسه و بيت القرآن جواز الإزعاج عند انقضاء غرضه (١) و لو أدى طول المده إلى التباس الحال بحيث يمكن لو ادعى الملك (أن يلتبس) (٢) على الناس عدم صحه دعواه، احتمال جواز الإزعاج أيضاً لأنه يضر بالوقف. قوله: (و لو شرط على الساكن التشاغل بالعلم، أو قراءه القرآن، أو تدريسه فأهمل أخرج، و له أن يمنع من المشاركة في السكنى ما دام على الصفه).

لما في المشاركة من الأمور المكروهه.

قوله: (فإن فارق لعذر أو غيره بطل اختصاصه).

احتمل في الدروس احتمالات:

الأول: بقاء حقه مطلقاً، لأنه باستيلائه جرى مجرى المالك.

الثاني: بقاءه إن قصرت المده دون ما إذا طالت، لئلا يضر بالمستحقين.

ص: ٤٠

١-١) الدروس: ٢٩٦.

٢-٢) لم ترد في «٥».

و هل يصير أولى ببقاء رحله؟ إشكال.

الفصل الثالث: المعادن

إشارة

الفصل الثالث: المعادن، و هي قسمان: ظاهره، و باطنه.

أما الظاهره

أما الظاهره: و هي التي لا- تفتقر في الوصله إليها إلى مؤنه كالملاح، الثالث: بقاؤه إن خرج لضروره و إن طالت المده، لدعاء الضروره إلى ذلك.

الرابع: بقاؤه إن بقي رحله أو خادمه، ثم استقرب تفويض الأمر إلى رأى الناظر (١).

قوله: (و هل يصير أولى ببقاء رحله؟ إشكال).

ينشأ: من أنه وضع بحق سابق اقتضى الأولويه على غيره فلا يزال، و من أن المدرسه للسكنى لا لوضع الرحل، و إنما جاز وضعه تبعاً للسكنى، و قد زالت فيزول التابع. و فيه نظر، لأن المتنازع فيه هو زوال السكنى بالخروج مع بقاء الرحل، و من خرج عن بيت مع بقاء متاعه فيه لغرض لا يخرج عن كونه ساكن فيه عادة، و الأقرب بقاء الحق إن لم تطل المده بحيث تؤدي إلى التعطيل.

و الظاهر أن مفارقتة من غير أن يبقى رحله مسقط لأولويته و لو قصر الزمان جداً، كما لو خرج لغرض لا ينفك عن مثله عادة، و لا يخرج في العاده عن كونه ساكناً ففي بقاء حقه قوه.

و في التذكرة أنه إذا فارق لعذر أياماً قليله فهو أحق (٢).

قوله: (الفصل الثالث: في المعادن، و هي قسمان: ظاهره و باطنه. أما الظاهره: و هي التي لا يفتقر في الوصله إليها إلى مؤنه

ص: ٤١

١- (١) الدروس: ٢٩٦.

٢- (٢) التذكرة ٤٠٥: ٢. [١]

و النفط، و الكبريت، و القار، و الموميا، و الكحل، و البرام، و الياقوت فهذه للإمام يختص بها عند بعض علمائنا. و الأقرب اشتراك المسلمين فيها، كالمح، و النفط، و الكبريت و القار، و الموميا، و الكحل و البرام، و الياقوت).

النفط و النفط: دهن و الكسر أفصح، ذكره في الصحاح (١).

القيرو القار واحد، فثرت السفينه: طليتها بالقار.

الموميا، بضم الميم و سكون الواو: دواء نافع ذكره في القاموس (٢).

و في القانون في الطب للرئيس ابن سينا: مومياى: و هو في قوه الزفت و القيرو المخلوطين (٣).

و في حواشى شيخنا الشهيد: أنه قطرات يتقاطر من الصخر.

و البرام بالكسر جمع برم: و هى القدر، ذكره في الصحاح (٤)، و المراد بها قدر يعمل من حجر مخصوص.

قوله: (فهذه للإمام عليه السلام يختص بها عند بعض علمائنا، و الأقرب اشتراك المسلمين فيها).

أشار بهذه إلى المعادن الظاهره، و ظاهر إطلاقه أنه لا فرق بين كونها فى أرض الإمام أو أرض المسلمين، فيكون قوله: (اشتراك المسلمين فيها) أيضاً على العموم.

ص: ٤٢

١- ١) الصحاح (نفط) ١١٦٥: ٣.

٢- ٢) القاموس المحيط (موو) ٣٩٢: ٤.

٣- ٣) القانون ٣٦٧: ١.

٤- ٤) الصحاح (برم) ١٨٧٠: ٥.

فحينئذ لا تملك بالإحياء، ولا يختص بها المحجر، ولا يجوز إقطاعها، ولا يختص المقطع بها. وقد اختلف كلام الأصحاب في كون المعادن الظاهره و الباطنه له عليه السلام أو للمسلمين، فقال الشيخان (١) و جمع (٢) أنها له عليه السلام. وقال ابن إدريس: إن ما في ملكه عليه السلام له دون ما في أرض المسلمين (٣)، و هو ظاهراً اختيار ابن سعيد في المعتبر (٤).

و للشيخ قول بأن الناس فيها شرع (٥)، و هو: بإسكان الرء و يحرك و معناه سواء، و هو المشهور بين المتأخرين (٦) و مستنده عموم (خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ) (٧)، و لا دليل على الاختصاص، و لما فيه من زياده المشقه بالتوقف فى الأخذ منها على إذنه عليه السلام إذا كان ظاهراً.

و لا ريب أن المشهور أقوى دليلاً، و لا يلزم من اختصاصه بالأرض اختصاصه بما فيها.

و زعم بعض متأخرى أصحابنا أن المعادن التى فى ملكه لا خلاف فى أنها له و ليس كما زعم.

قوله: (فحينئذ لا تملك بالإحياء، و لا يختص بها المحجر، و لا يجوز إقطاعها، و لا يختص المقطع بها).

أى: حين إذ كان الأقرب اشتراك المسلمين فيها لا تملك بالإحياء

ص: ٤٣

١- ١) المفيد فى المقنعه: ٤٥، و الطوسى فى النهايه: ١٩٩.

٢- ٢) منهم سلار فى المراسم: ١٤٠، و ابن البراج فى المهذب ١٨٦، ١٨٣: ١.

٣- ٣) السرائر: ٢٤٩.

٤- ٤) المعتبر ٦٣٤: ٢-٦٣٥.

٥- ٥) قاله فى المبسوط ٢٧٤: ٣.

٦- ٦) منهم فخر المحققين فى إيضاح الفوائد ٢٣٧: ٢، و الشهيد فى الدروس: ٢٩٥.

٧- ٧) البقره: ٢٩. [١]

و السابق إلى موضع منه لا يزعج قبل قضاء وطره، فإن تسابق اثنان أقرع مع تعذر الجمع، و يحتمل القسمة، و تقديم الأوج. و لا يختص بها المحجر كسائر الأموال التي اشترك الناس فيها لثلا يبطل حق الباقيين، و في هذا مناقشتان:

الأولى: إن الإحياء في المعدن عبارته عن إظهاره بالعمل، و هذا المعنى غير متصور في المعادن الظاهرة، فلا يتصور فيها إحياء و لا تحجير، لأنه شروع في الإحياء فلا حاصل لقوله: (لا يملك بالإحياء).

الثانية: إن تفريع عدم تملكها بالإحياء على اشتراك المسلمين فيها لا يستقيم، لأن الاشتراك غير مانع من التملك بالإحياء، كما لو حفر نهراً و أجرى فيه الماء من نهر مباح، و لما لم يتصور إحياءها [لم يتصور إقطاعها] (١) و قد حققناه سابقاً.

قوله: (و السابق إلى موضع منه لا يزعج قبل قضاء وطره).

لثبوت الأحقيه بالسبق، و الظاهر عدم الفرق بين طول الزمان و قصره، و لا بين أخذ قدر الحاجة و ما زاد، ما لم يصير مقيماً فإنه يزعج إذا منع غيره على الظاهر.

قوله: (فإن تسابق اثنان أقرع مع تعذر الجمع، و يحتمل القسمة، و تقديم الأوج).

وجه الأول: أن كل أمر مشكل فيه القرعه.

و وجه الثاني: و هو القسمة، لتساويهما في سبب الاستحقاق و إمكان الجمع بينهما فيه، و إن لم يمكن الجمع بينهما للأخذ في زمان واحد، و هذا إنما يكون في غير المعدن الواسع جداً بحيث يزيد على مطلوب كل واحد

ص: ٤٤

١- ١) لم ترد في (٥).

و لو كان إلى جنب المملحه أرض موات فحفر فيها بئراً، و ساق الماء إليها و صار ملحاً صح ملكها، و لم يكن لغيره المشاركة. منهما و إن كثر، إذ لا- معنى للقسمه حينئذ. نعم ما قلّ عن مطلوبهما لا يبعد القول فيه بالقسمه، لإمكانها و استوائهما في سبب الاستحقاق.

و القرعه إنما هي في الأمور المشكله التي لا طريق إلى معرفه حكمها، أما ما ثبت حكمها بدليل شرعى فلا وجه لإجراء القرعه فيها، فإن تشاحاً في التقدم في النيل لضيق المكان فليس ببعيد القول بالقرعه حينئذ، فمن أخرجته أخذ حقه من المقسوم.

فتلخص من هذا أنه مع السعه بمطوبهما المرجع إلى القرعه في التقدم، و مع عدمه فالقسمه، فإن تشاحاً في التقدم أقرع.

و لو أن أحدهما قهر الآخر و أخذ مطلوبه أتم قطعاً، ثم إن كان المعدن واسعاً ملك ما أخذه بالأخذ، لأنه لم يأخذ ما استحقه الآخر، و إلا لم يملك إلا ما تقتضى القسمه استحقاقه إياه.

و مثله ما لو ازدحم اثنان على الفرات مثلاً- فقهر أحدهما صاحبه و حاز ماءً فإن الظاهر أنه يملكه بخلاف ما لو ازدحما على ماء غدیر و نحوه مما لا يقطع بكونه وافياً لغرضهما فإن الأولويه لهما، فلا يملك القاهر ما أخذه إلا بعد القسمه.

و وجه الثالث: أن سبب الاستحقاق الحاجه، و من كان سببه أقوى استحق التقديم. و هو ضعيف، لأن الحق لجميع الناس بالأولويه من غير النظر إلى الأ-حوجيه، و عند الازدحام يمتازان عن باقى الناس بالأولويه بالسبق، و الأ-حوجيه لا أثر لها، و ما ذكرناه من التفصيل هو التحقيق.

قوله: (و لو كان إلى جنب المملحه أرض موات، فحفر فيها بئراً و ساق الماء إليها فصار ملحاً صح ملكها، و لم يكن لغيره المشاركة).

الضمير في (صح ملكها) يعود إلى البئر،

و لو أقطع الإمام هذه الأرض جاز.

و أما الباطنه

و أما الباطنه: فهي التي تظهر بالعمل كالذهب، و الفضة، و الحديد، و النحاس، و الرصاص، و البلور، و الفيروزج. فقيل إنها للإمام أيضاً خاصة، و الأقرب عدم الاختصاص، و وجهه: أن ذلك إحياء، لأن الانتفاع بها إنما هو بالعمل، و حينئذ فليس لغيره المشاركة فيها لاختصاصه بالملك، أما المملحه فإنها على حكمها.

قوله: (و لو أقطع الإمام هذه الأرض جاز).

لأن الإحياء فيها متصور بالنسبه إلى عمل الملح فيتصور فيها التحجير و الإقطاع.

قوله: (و أما الباطنه: و هي التي تظهر بالعمل كالذهب، و الفضة، و الحديد، و النحاس، و الرصاص، و البلور، و الفيروزج فقيل: إنها للإمام عليه السلام أيضاً، و الأقرب عدم الاختصاص).

البلور كتُّور [و سنور] أو سبطر، ذكره في القاموس (١). و قد ذكرنا الخلاف في اختصاص الإمام عليه السلام بالمعادن و عدمه، و أن المشهور بين الأصحاب المتأخرين استواء الناس فيها، و لا تفاوت بين قوله هنا: (و الأقرب عدم الاختصاص)، و قوله فيما سبق: (و الأقرب اشتراك المسلمين فيها) إلا التفنن في العبارة.

و قال الشارح الفاضل: إنما قال في الظاهر أنها مشتركة، و قال هنا بعدم الاختصاص، لأن هذه ملحقة بالموات، فمن أحيا شيئاً منها فهو أحق به (٢). و في استفاده هذا من هذا اللفظ نظر، فإن الاشتراك في الأول لا يراد

ص: ٤٦

١- (١) القاموس (بلر) ٣٧٧: ١، و ما بين المعقوفتين من المصدر.

٢- (٢) إيضاح الفوائد ٢٣٨: ٢.

فإن كانت ظاهره لم تملك بالإحياء أيضاً، وإن لم تكن ظاهره فحفرها إنسان و أظهرها أحيائها، فإن كانت في ملكه ملكها، وكذا في الموات. به إلا- عدم الاختصاص، فإن إرادته الاشتراك الحقيقي معلوم البطالان، لأن الناس في المعادن الظاهره سواء، وأما الملك بالإحياء فإنه تابع لتحقيق الإحياء. وحكى في الدروس أقوال الفقهاء في المعادن ثم قال: والكل ضعيف (1).

قوله: (فإن كانت ظاهره لم تملك بالإحياء).

المراد إن لم يكن الوصول إليها متوقفاً على الإحياء، وإن كانت مستوره بنحو تراب يسير فإن هذه لا تملك بتنحيته عنها، لأن ذلك لا يعد إحياءً، بخلاف المستوره في الأرض الموات إذا أحيها أحد فإنه يملك المعدن الغير الظاهر وإن لم يكن إظهاره بحيث يعد إحياءً، والفرق التبعية لما يملك بالإحياء في الأخيره دون الأولى.

قوله: (فإن كانت في ملكه ملكها وكذا في الموات).

قد يفهم من هذه العبارة أنه يملك ما في ملكه بالإحياء، وليس كذلك، بل هو مملوك لكونه من أجزاء الأرض، ولهذا لو أراد أحد الحفر من خارج أرضه لم يكن له الأخذ مما كان داخلًا في أرضه، لأنه من أجزاء الأرض المملوكة، وإنما يأخذ ما خرج، صرح بذلك في التذكرة (2). لكن يمكن أن تنزل هذه العبارة على معنى صحيح وهو: إن من أحيها معدناً في أرضه ملكه على حسب ما يقتضيه الحال.

وإن خرج بعضه عن أرضه إلى موات فليس لأحد حينئذ أن يحفر في الموات بحيث يأخذ مما استحقه الأول. وإن لم يكن في أرضه فقوله:

ص: ٤٧

١-١) الدروس: ٢٩٦.

٢-٢) التذكرة ٤٠٤: ٢. [١]

و لو لم يبلغ بالحفر إلى النيل فهو تحجير لا إحياء، و يصير حينئذ أحق و لا يملكها بذلك، فإن أهمل أجبر على إتمام العمل أو الترك، و ينظره السلطان إلى زوال عذره ثم يلزمه أحد الأمرين.

و يجوز للإمام إقطاعها قبل التحجير و الإحياء، و لا يقتصر ملك المحيي على محل النيل، بل الحفر التي حوالية و تليق بحريمه يملكها أيضاً. (ملك بالإحياء) يفيد ذلك، لأنه يملك ما أحياه و يستحق حريمه و إن لم يكن في ملكه، و قد استشكله في التحرير (١).

قوله: (و لو لم يبلغ بالحفر إلى النيل فهو تحجير لا إحياء و يصير حينئذ أخص و لا يملكها بذلك).

أى: لو لم يبلغ بالحفر إلى إظهار المعدن و نيله فليس بإحياء، لأن المراد بالإحياء: الوصول إليه بالعمل، لكنه تحجير يكون باعتباره أحق من غيره و أخص به.

قوله: (فإن أهمل أجبر على تمام العمل أو الترك و ينظره السلطان إلى زوال عذره ثم يلزمه أحد الأمرين، و يجوز للإمام إقطاعها قبل التحجير و الإحياء).

و ذلك كما سبق في التحجير، و إنظار السلطان إياه إلى زوال عذره إن ذكر عذراً، و يؤجله بما يراه مصلحة إن طلب التأجيل، و لو اعتذر بكونه فقيراً فطلب الإمهال إلى اليسار احتمال عدم الإجابة.

قوله: (و لا يقتصر ملك المحيي على محل النيل، بل الحفر التي حوالية و يليق بحريمه تملكها أيضاً).

المراد بالحفر التي

ص: ٤٨

و لو أحيى أرضاً ميتة فظهر فيها معدن ملكه تبعاً لها، ظاهراً كان أو باطناً، بخلاف ما لو كان ظاهراً قبل إحيائها. و لو حفر فبلغ المعدن لم يكن له منع غيره من الحفر من ناحيه أخرى، فإذا وصل الى ذلك العرق لم يكن منعه، لأنه يملك.

حواليه: هي ما يحفره بالقوه، و المرجع في حريمه إلى العرف، و قدره في التذكرة بقدر ما يقف الأعوان و الدواب (١).

و قال شيخنا في الدروس: و من ملك معدناً ملك حريمه، و هو منتهى عروقه عادة، و مطرح ترابه و طريقه (٢). و لعله يريد بمنتهى عروقه: إذا كانت غير بعيدة، أما مع البعد فهو غير ظاهر لأن من المعلوم أن المعدن إذا طال كثيراً لا يملك جميعه بالإحياء من بعض أطرافه.

قوله: (و لو أحيى أرضاً ميتة فظهر فيها معدن ملكه تبعاً لها، ظاهراً كان أو باطناً، بخلاف ما لو كان ظاهراً قبل إحيائها).

أراد بالظاهر الأول: ما لا يحتاج في إظهاره إلى عمل بحيث يعدّ إحياء، و بالثاني: ما لم يكن مستوراً بحيث لا يكون لإحياء الأرض دخل في ظهوره.

قوله: (و لو حفر فبلغ المعدن لم يكن له منع غيره من الحفر من ناحيه أخرى).

لأنه إنما يختص بما أحياه و حريمه.

قوله: (فإذا وصل إلى ذلك العرق لم يكن له منعه لأنه يملك

ص: ٤٩

١- ١) التذكرة ٤٠٤: ٢. [١]

٢- ٢) الدروس: ٢٩٦.

المكان الذى حفره و حريمه لو حفر كافر أرضاً فوصل إلى معدن، ثم فتحها المسلمون ففي صيرورته غنيمه أو للمسلمين إشكال. المكان الذى حفره و حريمه).

أى: فإذا وصل الغير بالحفر من ناحيه إلى العرق الذى هو المعدن لم يكن للأول منعه، و قوله: (لأنه يملك المكان الذى حفره و حريمه) يصلح تعليلاً لكل من الحكمين، أعنى: عدم جواز منعه من الحفر، و عدم جواز منعه من العروق إذا بلغه، و هو خارج عن الموضوع الذى ملكه و حريمه.

و فى التحرير: أنه إذا وصل الأول إلى العرق فهل للثانى الأخذ منه من جهه أخرى؟ الوجه المنع، فإن الأول يملك حريم المعدن (١). و الظاهر أنه يريد أن أخذ الثانى ممنوع منه إذا كان موضع الأخذ حريماً للأول، و إلا لم يطابق الدليل الدعوى.

قوله: (و لو حفر كافر أرضاً فوصل إلى معدن ثم فتحها المسلمون ففي صيرورته غنيمه أو للمسلمين إشكال).

ينشأ: من أن الإحياء يقتضى ملك المعدن فيكون غنيمه، لأنه ليس من جنس الأرض، و من مشابهه الأرض فى كونه لا ينقل. و هو ضعيف، لأنه منقول بالقوه القريبه.

قال المصنف فى التحرير: إنه لا يكون غنيمه بل يكون على أصل الإباحه، لأنه لا يعلم هل قصد الجاهل التملك فيغنم؟ أو لا فيبقى على أصل الإباحه (٢)؟ و كذا قال فى التذكرة (٣).

و قال: إن ذلك جارٍ مجرى من حفر بئراً فى البادية و ارتحل عنها.

ص: ٥٠

١-١) التحرير ١٣٢:٢. [١]

٢-٢) التحرير ١٣٢:٢. [٢]

٣-٣) التذكرة ٤٠٤:٢. [٣]

و من ملك معدناً فعمل فيه غيره فالحاصل للمالك، و لا أجره للغاصب. و لو أباحه كان الخارج له، و لو قال له: اعمل و لك نصف الخارج بطل، لجهاله العوض إجاره و جعله، فالحاصل للمالك و عليه الأجر. و الفرق ظاهر، لأن القرائن هنا دلت على أنه إنما أراد دفع حاجه حاضره، إذ لا- يقصد أحد غالباً ملك بئر في البادية بخلاف المتنازع. و هو ضعيف، لأن الذى لا يكون إلا للتملك بحسب الغالب كافٍ فى حصول الملك، و لا يعتبر العلم بنيه التملك و إن شرطناها عملاً بالظاهر، و إلا لكان الحافر للمعدن إلى أن يبلغه لا يختص به لعدم العلم بكونه نوى التملك، فلا يمنع من أراد الأخذ، و هو باطل، و الظاهر أنه غنيمة.

قوله: (و من ملك معدناً فعمل فيه غيره فالحاصل للمالك، و لا أجره للغاصب).

المراد بعمل الغير فيه بعد الملك: استخراج الجواهر، و ظاهر أنه لا أجره للغاصب لعدوانه.

قوله: (و لو أباحه كان الخارج له).

أى: لو أباحه المالك، و إنما يملك الخارج إذا ملكه المالك إياه. فلو أباحه صح تصرفه، و لم يخرج عن ملك المالك ما دامت العين موجوده.

قوله: (و لو قال: اعمل و لك نصف الخارج بطل، لجهاله العوض إجاره و جعله، فالحاصل للمالك و عليه الأجر).

أما بطلانه إجاره فظاهر، للجهاله. و أما الجعالة فقد احتمل فى الدروس صحتها بناء على أن الجهاله التى لا تمنع من تسليم العوض غير مانعه من الصحه (1).

ص: ٥١

أشاره

الفصل الرابع: فى المياى، و أقسامها سبعة:

الأول: المحرز فى الآنيه، أو الحوض، أو المصنع.

الأول: المحرز فى الآنيه، أو الحوض، أو المصنع. و هو مملوك لمن أحرزه و إن أخذ من المباح، و يصح بيعه.

الثانى: البئر

الثانى: البئر إن حفرت فى ملك، أو مباح للتملك اختصاص بها و لقائل أن يقول: إن هذه مانعه من التسليم، إذ لا يعلم متعلق المعامله، لعدم وقوف الحق عند حد تقع المعامله عليه، فلا يكون الذى بدل العوض فى مقابله معلوماً معيناً، بحيث إذا تحقق إثباته به استحق، و يلزم من جهالته جهاله العوض، إذ لا يتعين قدر الخارج بمعين، بخلاف:

من رد عدى فله نصفه. و المطابق لهذا أن يقول: من أخرج كذا و كذا فله نصفه، أما لو قال له: اعمل فما أخرجته فلنفسك، فإن الحاصل للمالك.

قال الشيخ رحمه الله، و حكاه فى التذكرة (١) عنه و عن الشافعى (٢)، قال: و لا أجره له، لأنه لم يعمل للمالك بل عمل لنفسه ما لم يملكه. و ليس هو كالقراض الفاسد، لأن العامل فيه عمل للمالك لا لنفسه، و لما لم يسلم له المشترط رددناه إلى أجره المثل (٣).

قوله: (الفصل الرابع: فى المياى: و أقسامها سبعة):

الأول: المحرز فى الآنيه، أو الحوض، أو المصنع، و هو مملوك لمن أحرزه و إن أخذ من المباح، و يصح بيعه).

المصنع و المصنعه بضم النون: كالحوض يجمع فيه ماء المطر، و لا خلاف فى حكم هذا القسم.

قوله: (الثانى: البئر إن حفرت فى ملك، أو مباح للتملك

ص: ٥٢

١- (١) التذكرة ٢: ٤٠٤. [١]

٢- (٢) انظر: معنى المحتاج ٢: ٣٧٢.

٣- (٣) قاله فى المبسوط ٣: ٢٧٩. [٢]

كالمحجر، فإذا بلغ الماء ملكه، ولا يحل لغيره الأخذ منه إلا بإذنه، ويجوز بيعه كميلاً ووزناً، ولا يجوز بيعه أجمع لتعذر تسليمه، اختص بها كالمحجر، فإذا بلغ الماء ملكه، ولا يحل لغيره الأخذ منه إلا بإذنه، ويجوز بيعه كميلاً ووزناً).

القول بالملك في هذا القسم هو أصح الوجهين عند الشيخ (١) والأصحاب (٢). وقد صرح في التذكرة بأنه يجب في بيع الماء أن يكون معلوم القدر بالكيل أو الوزن، سواء كان في مصنع، أو آنية، أو بركة (٣).

قوله: (و لا يجوز بيعه أجمع لتعذر تسليمه).

أى: ماء البئر، وإنما تعذر تسليمه لأنه ينبع شيئاً فشيئاً فيختلط المبيع بغيره، ولا يمكن التمييز، ولا منع الاختلاط.

و لو بيع أصواغاً معلومه فقد اختار المصنف في التذكرة الجواز (٤)، كما لو باع من صبره قدرًا معلومًا، و يحتمل العدم لتجدد الماء الموجب لاختلاط المبيع، فإن صاعاً من ماء معين مغاير لصاع من ذلك الماء إذا صب عليه ماء آخر فيتعذر التسليم.

و مثله ما لو باع صاعاً من صبره ثم صب عليها صبره أخرى قبل التسليم، ذكر هذا الاحتمال في التذكرة أيضاً (٥). و أما البيع من ماء القناه فلا يصح، إذ لا يمكن ربط العقد بقدر مضبوط لعدم وقوفه.

ص: ٥٣

١- (١) المبسوط ٣: ٢٨٠.

٢- (٢) منهم ابن سعيد في الجامع للشرائع: ٣٧٦، و المحقق في الشرائع ٣: ٢٧٩، و العلامة في التحرير ٢: ١٣٣، و الشهيد في الدروس: ٢٩٥.

٣- (٣) التذكرة ٢: ٤٠٩. [١]

٤- (٤) التذكرة ٢: ٤١٠. [٢]

٥- (٥) المصدر السابق.

و البئر العاديه إذا طمت و ذهب ماؤها فاستخرجه إنسان ملكها. و لو حفر فى المباح لا للتمليك، بل للانتفاع فهو أحق مده مقامه عليها. و قيل: يجب بذل الفاضل عن مائها عن قدر حاجته، و فيه نظر، فإذا فارق فمن سبق فهو أحق بالانتفاع، و لا يختص بها أحد. إذا عرفت هذا فالمفهوم من قوله: (و لا- يجوز بيعه أجمع) أنه يجوز بيع بعضه، و يجب أن يقيّد بكون البعض مقدرًا بالإصبع و نحوها، و لا جزءًا مشاعًا بالنسبه لتعذر التسليم أيضًا.

و يجوز بيع الماء بدون الكيل و الوزن بالمشاهده إذا كان محصوراً، كما سبق فى كتاب البيع، و ذكره فى الدروس فى هذا الباب (١).

قوله: (و البئر العاديه إذا طُمت و ذهب ماؤها فاستخرجه إنسان ملكها).

المراد بالعاديه: القديمه، و هى منسوبه إلى عاد، و العرب ينسبون القديم إليه.

قوله: (و لو حفر فى المباح لا للتملك، بل للانتفاع فهو أحق مده مقامه عليها).

مقامه بضم الميم: إقامته عليها، و إنما كان أحق بها المده المذكوره، لأن فعله لا ينقص عن التحجير.

قوله: (و قيل: يجب بذل الفاضل من مائها عن قدر حاجته، و فيه نظر، فإذا فارق فمن سبق فهو أحق بالانتفاع، و لا يختص بها أحد).

القائل بذلك الشيخ

ص: ٥٤

رحمه الله (١) لقوله عليه السلام: «الناس شركاء في ثلاث: النار والماء والكلاء» (٢) ولا - دلالة فيها، لأن الاشتراك في الأصل لا ينافي تجدد الملك، والاختصاص كالمحرز في الآنيه، ولأن المفرد المحلى باللام لا يعم، وما ورد من الأخبار من النهي عن منع الفاضل من الماء ونحوه (٣) فهو محمول على الكراهيه.

و وجه النظر: إن تملك المباحات إن لم يحتج إلى نيه فقد ملك هذا الماء، فلا يجب عليه بذل فاضله كسائر أمواله، وعلى القول بالاحتياج في التملك إليها فهذا كالتحجير يفيد الأولويه، و حينئذ فلا دليل على وجوب بذل الزائد.

هذا حكم ما إذا قصد بالحفر التملك أو قصد عدمه، أما لو لم يقصد شيئاً، فقد قال في التذكرة: الأقوى اختصاصه به، لأنه قصد بالحفر أخذ الماء فيكون أحق، و هنا ليس له منع المحتاج عن الفاضل عنه، لا في شرب المشيه و لا الزرع (٤).

و فيه نظر، لأن مع الاختصاص لا دليل على وجوب بذل الفاضل عن صاحبه، مع أنه حقق فيما بعد أن الفعل الذي فعله للإحياء لا يفعل في العاده مثله إلا - للتملك كبناء الدار، و اتخاذ البستان ملك به و إن لم يوجد منه قصد التملك. و إن كان مما يفعله الممتلك و غير الممتلك كحفر البئر في الموات،

ص: ٥٥

١ - ١) قاله في المبسوط ٣: ٢٨١. [١]

٢ - ٢) الفقيه ٣: ١٥٠، حديث ٦٦٢، التهذيب ٧: ١٤٦، حديث ٦٤٨، وفيهما: «ان المسلمين»، مسند أحمد ٥: ٣٦٤.

٣ - ٣) الكافي ٥: ٢٧٧، ٢٩٣، حديث ٥: ٢٧٧، ٢٦٦، الفقيه ٣: ١٥٠، حديث ٦٦١، التهذيب ٧: ١٤٠، حديث ٦١٨، الاستبصار ٣: ١٠٧، حديث ٣٧٨.

٤ - ٤) التذكرة ٢: ٤٠٩. [٢]

و زراعته قطعه من الموات اعتماداً على ماء السماء افتقر تحقق الملك إلى تحقق قصده، فإن قصد أفاد الملك و إلا فإشكال ينشأ، من أن المباحات هل تملك بشرط النيه أم لا؟ وللشافعية وجهان (١).

و ما لا- يكتفى به التملك كتسوية موضع النزول، و تنقيته عن الحجارة لا يفيد التملك و إن قصده، و هذا كنصب الأجله في طرق الصيد فإنه يفيد الملك في الصيد، و إغلاق الباب إذا دخل الصيد الدار على قصد التملك و جهان.

و توحل الصيد في أرضه التي سقاها لا بقصد الصيد لا يقتضى التملك، و إن قصده (٢). هذا كلامه، و إشكاله الذي ذكره يناهى الجزم الذي تقدم، و الذي يقتضيه النظر عدم اشتراط النيه في تملك المباحات للأصل، و لعموم قوله عليه السلام: «من أحبب أرضاً ميتة فهي له» (٣).

و اشتراط النيه يحتاج إلى مخصص، و الإحياء في كل شيء بحسبه كما سيأتى إن شاء الله تعالى. فحفر البئر إلى أن يبلغ الماء إحياء، و ليس في الباب ما يدل على الاشتراط مما يعتد به، و غاية ما يدل عليه ما ذكره: أن قصد عدم التملك مخرج للإحياء عن كونه سبباً للملك، إذ الملك القهري هو الإرث كما صرح به في التذكرة، فإنه قال في قريب أول بحث المياه في جملة كلام له: إن الإنسان لا يملك ما لم يملك إلا في الميراث (٤).

فعلى هذا إن نوى التملك بالإحياء ملك، و كذا ينبغي إذا لم ينو شيئاً

ص: ٥٦

١- ١) انظر مغنى المحتاج ٢: ٣٧٥.

٢- ٢) التذكرة ٢: ٤١٣. [١]

٣- ٣) الكافي ٢٨٠، ٢٧٩: ٥، حديث ٣، ٦، [٢] التهذيب ٧: ١٥٢، حديث ٦٧٣، الاستبصار ٣: ١٠٧، حديث ٣٧٩.

٤- ٤) التذكرة ٢: ٤٠٦. [٣]

و لو حفرها جماعه ملكوها على نسبة الخرج، و إذا حفر بئراً فى ملكه لم يكن له منع جاره من حفر أعمق فى ملكه و إن كان يسرى الماء إليها، بخلاف ما لو نوى العدم، و حينئذٍ فيتصور التوكيل فى حيازه المباحات و إحياء الموات، و سيأتى إن شاء الله تعالى ثم نعود إلى مسأله الكتاب.

و الأصح فيها عدم الملك و عدم وجوب بذل الفاضل، لكن لا يجوز بيعه إلا بعد الحيازه.

قوله: (و لو حفرها جماعه ملكوها على نسبة الخرج).

أى: اشتركوا فى الحفر كله، بحيث يكون كل [جزء] (١) منه لهم، و أجرته عليهم، فاشتراكهم على نسبة الخرج.

و إن اختص كل منهم بحفر بعض، فإن كان الخرج للجميع مطابقاً للعمل، و لم يكن سعر عمل بعضهم أزيد من سعر عمل الآخر فكذلك، إذ نسبة العمل و الخرج مستويه فى الجميع، فإن تفاوتت السعر فالاشتراك على نسبة العمل، لأن خرج أحدهم لو كان الربع، و عمله فى الحفر الخمس لزياده السعى فى نوبته لم يكن له فى سبب الإحياء إلا- الخمس فلا- يجوز أن يعطى الربع، لأن ذلك ظلم.

قوله: (و إذا حفر بئراً فى ملكه لم يكن له منع جاره من حفر أعمق فى ملكه، و إن كان يسرى الماء إليها).

لأن للجار أن يتصرف فى ملكه كيف شاء، لأن «الناس مسلطون على أموالهم» (٢).

ص: ٥٧

١- ١) لم ترد فى «٥».

٢- ٢) عوالى اللآلى ١٣٨: ٢ حديث ٣٨٣.

و الملك فى القناه المشركه بحسب الاشتراك فى العمل أو الخرج.

الثالث: مياه العيون

الثالث: مياه العيون، و الغيوث، و الآبار فى الأرض المباحه لا للملك شرع لا يختص بها أحد، فمن انتزع منها شيئاً فى إناء و شبهه ملكه، و يقدم السابق مع تعذر الجمع فإن اتفقا أقرع. قوله: (و الملك فى القناه المشتركه بحسب الاشتراك فى العمل أو الخرج).

هذا إن تساوى العمل و الخرج، و إن اشتركوا فى العمل كله، و إلا فالعبره بالعمل.

و قال الشيخ: إنهم لا يملكونه لكنهم أولى به، و يقتسمونه على قدر الضياع (١)، و هو ضعيف.

قوله: (الثالث: مياه العيون).

مبتدأ، و قوله: (شرع) بالإسكان و التحريك خبره.

و قوله: (لا يختص بها أحد) تفسير له.

و قوله: (فى الأرض المباحه لا- للملك) قيد فى الجميع، فإنه لو حفر فى الأرض المباحه بئراً، أو عيناً، أو مصنعاً للملك ملك الماء. و يخرج عنه ما إذا نوى عدم التملك، أو لم ينو شيئاً و قد سبق تحقيقه.

قوله: (و يقدم السابق مع تعذر الجمع، فإن اتفقا أقرع).

لم يذكر هنا احتمال القسمه و تقديم الأوج، و لا ريب أن الماء إن كان قليلاً لا يسعهما فالقول بالقسمه قوى، و قد سبق فى التيمم فى جماعه انتهوا إلى ماء مباح مثله.

ص: ٥٨

الرابع: مياه الأنهار الكبار كالفرات و دجله

الرابع: مياه الأنهار الكبار كالفرات و دجله، و الناس فيها شرع.

الخامس: الأنهار الصغار غير المملوكة

الخامس: الأنهار الصغار غير المملوكة التي يزدحم الناس فيها و يتشاحون في مائها، أو مسيل يتشاح فيه أهل الأرض الشاربه منه و لا يفي لسقى ما عليه دفعه فإنه يبدأ بالأول، و هو الذي يلي فوهته، و أما الأحوج فإن كانت حاجته الخوف على نفس محترمه فإنه يقدم لا محاله.

قوله: (الرابع: مياه الأنهار الكبار كالفرات و دجله و الناس فيها شرع).

دجله بالفتح و الكسر، و يفهم من أداء عباره القاموس أن الكسر أكثر (١)، [و] المراد بها الأنهار التي لا مدخل لإحياء الناس فيها لكبرها، فحينئذ لا تكون إلا- مباحه للناس كلهم، و متى دخل منها شيء في ملك مالك لم يملكه كالطائر يعشش في ملكه، و السمكه تطفر إلى السفينه لعدم كون ذلك حيازه، لكن لا يحل لغير المالك الدخول إلى الملك بغير إذن و أخذه، فلو فعل أثم و ملكه.

و في حكم هذه الأنهار الكبار كل نهر عادى في العالم.

قوله: (الخامس: الأنهار الصغار غير المملوكة، يزدحم الناس فيها- إلى قوله: فإنه يبدأ بالأول و هو الذي يلي فوهته).

الفوهه كقربه: أول الوادى، و إنما يكون من يلي الفوهه هو الأول إذا سبق بالإحياء أو جهل الحال، أما إذا علم السبق فظاهر، لأن السابق قد استحق قبل المتأخر فيبقى استحقاقه مستصحباً.

و أما إذا جهل الحال فلتكافؤهما في السبق و التأخر، و تحقق القرب إلى

ص: ٥٩

و يحبس على من دونه حتى ينتهى سقيه للزرع إلى الشراك، وللشجر إلى القدم، وللنخل إلى الساق ثم يرسل إلى من دونه.

ولا- يجب الإرسال قبل ذلك و إن تلف الأخير، فإن لم يفضل عن الأول شيء أو عن الثاني فلا شيء للباقيين. أول النهر فى أحدهما فيختص بالتقدم، لأن الماء يكون عنده قبل المتأخر، و مثله ما لو أحيوا دفعه واحده، و سيأتى التنبيه على ذلك فى كلام المصنف.

قوله: (و يحبس على من دونه حتى ينتهى سقيه للزرع إلى الشراك، وللشجر إلى القدم، وللنخل إلى الساق تم يرسل إلى من دونه، ولا يجب الإرسال قبل ذلك و إن تلف الأخير).

هذا هو المشهور بين الأصحاب، و هو اختيار الشيخ فى المبسوط (١) و قال فى النهايه: إن الأعلى يحبس على الأسفل للنخل إلى الكعب، و للزرع إلى الشراك (٢).

و قد روى غياث بن إبراهيم: أن النبى صلى الله عليه و آله قضى به فى وادى مهزور (٣)، بالزاء أولاً- ثم الراء، و هو وادٍ قريب المدينة الشريفه، و قيل بتقدم الراء و تأخير الزاء نقله ابن بابويه عن شيخه محمد بن الحسن و قال:

إنها كلمه فارسيه و هو من هرز الماء، و الهرز بالفارسيه الزائد على المقدار الذى يحتاج إليه (٤). و على كل حال فالعمل على المشهور.

قوله: (فإن لم يفضل عن الأول شيء، أو عن الثاني فلا شيء للباقي).

لأنه لاحق

ص: ٦٠

١- (١) المبسوط ٣: ٢٨٤. [١]

٢- (٢) النهايه: ٤١٧. [٢]

٣- (٣) الكافي ٥: ٢٧٨، حديث ٣، [٣] الفقيه ٣: ٥٦ حديث ١٩٤.

٤- (٤) الفقيه ١: ٥٦ ذيل الحديث ١٩٥.

و لو كانت أرض الأعلى مختلفه فى العلو و الهبوط سقى كلا على حدته. و لو تساوى اثنان فى القرب من الرأس قسّم بينهما، فإن تعذر أقرع، فإن لم يفضل عن أحدهما سقى من أخرجته القرعه بقدر حقه، ثم يتركه للآخر، و ليس له السقى بجميع الماء لمساواه الآخر له فى الاستحقاق، لهم لسبقه.

قوله: (و لو كانت أرض الأعلى مختلفه فى العلو و الهبوط سقى كلا على حدته).

إذ لو سقيا معاً لزد الماء فى المنخفضه عن الحد السائغ شرعاً فيخرج عن المنصوص.

قوله: (و لو تساوى اثنان فى القرب من الرأس قسّم بينهما).

إنما يقسم بينهما إذا تساويا مع ذلك فى الإحياء، أو جهل الحال فيقسم بينهما على نسبة الاحتياج، لأن الأولويه منوطه بالحاجه.

قوله: (فإن تعذر أقرع).

أى: فإن تعذر ذلك و هو القسمة بينهما فالحق لهما، و لا أولويه فى التقدم، و الفرض أنه لا يمكن الجمع فلا بد من القرعه.

قوله: (فإن لم يفضل عن أحدهما سقى من أخرجته القرعه بقدر حقه، ثم يتركه للآخر، و ليس له السقى بجميع الماء لمساواه الآخر له فى الاستحقاق).

إذا أخرجت القرعه أحدهما نظر فلا يخلو: إما أن يكون من أخرجته القرعه إذا سقى مقدار ما تندفع به حاجته، و هو المقرر للنخل و الشجر و الزرع

و القرعه تفيد التقديم، عند احتياجه إلى السقى عادة، يفضل للآخر من المده التي لا يفسد فيها زرعه قبل انقضائها، أو لا. فإن كان الأول فلا بحث بسقى من أخرجته القرعه حتى يقضى حاجته ثم يرسل إلى الآخر فيسقى كذلك، وهذا القسم تركه المصنف لظهوره.

و إن كان الثانى لم يكن لمن أخرجته القرعه أن يسقى مقدار حاجته فيفسد زرع الآخر كله أو بعضه، بل ينظر إلى مقدار زمان السقى لهما، و مقدار زمان صبر الزرعين، و عدم تطرق الفساد إليهما.

و الفرض فى هذا القسم قصور الزمان الثانى عن الأول، لأن الفرض عدم فضل كفايه سقى الثانى عن سقى الأول، فمقدار ما قصر به الزمان الثانى يوزع على كل من المالك الأول و الثانى، فيسقى الأول مقدار حقه و هو ما يبقى بعد إسقاط حصته من التوزيع لا مقدار حاجته جميعاً، ثم يرسله إلى الثانى.

مثاله: لو كان زمان سقى الأول -أعنى الذى أخرجته القرعه- ستة أيام، و الآخر مثلها، و الثانى ثمانية أيام فلكل منهما أربعة أيام.

و لو تفاوتتا فى ذلك: فإن كان زمان الأول ستة أيام، و الآخر أربعة، و مجموع المده التي لا يبقى الزرعان بعدها ثمانية أيام: فلأول ثلاثه أخماس ثمانية أيام، و للآخر خمساها. فإذا انقضت ثلاثه أخماس الثمانية الأيام أرسل الماء الأول و هو من أخرجته القرعه إلى الثانى لمساواتهما فى أصل الاستحقاق، و إن كانا قد يختلفان فى قدره باعتبار اختلاف الأرض فلا يجوز استثثار أحدهما على الآخر بشىء من الماء.

قوله: (و القرعه تفيد التقديم).

جواب عن سؤال مقدر تقديره: أى فائده للقرعه حينئذ و قد حكمنا

بخلاف الأعلى مع الأسفل. و لو كانت أرض أحدهما أكثر قسّم على قدرها، لأن الزائد مساوٍ في القرب. باستوائهما في السقى؟ و جوابه: فائدتها تقديم أحدهما على الآخر، و لو لا القرعه لم يتحقق ذلك، لعدم الأولويه، و لا يلزم من القرعه سقوط الاستحقاق الثابت شرعاً، بل لا يجوز، لأن القرعه في الأمر المشكل لا في الأمر المعلوم و الثبوت شرعاً أو الانتفاء.

قوله: (بخلاف الأعلى مع الأسفل).

أى: الحكم في المتساويين في القرب من رأس النهر بخلاف حكم الأعلى مع الأسفل حيث يستوفى حاجته و إن أفضى ذلك إلى تلف زرع من دونه. و الفرق أنه لا- حق للسافل إلا- بعد قضاء حاجه الأعلى، و ما نحن فيه الحق لكل من المالكين على طريق الاشتراك.

هذا تحقيق هذا المبحث، و إن كان في عباره المصنف بعض المناقشات، فإن قوله: (فإن لم يفضل عن أحدهما) غير محتاج إليه، بل المحتاج إليه هنا: ألا يفضل عمن أخرجته القرعه، ثم مطلق عدم الفضل لا يكون شرطاً للحكم المذكور، بل الشرط أن لا يفضل بقدر الحاجه).

و قوله: (و ليس له السقى بجميع الماء) لا يراد ظاهره، بل المراد: و ليس له السقى بمقدار حاجته بحيث ينحصر الضرر في جانب الآخر.

قوله: (و لو كانت أرض أحدهما أكثر قسّم على قدرها، لأن الزائد مساوٍ في القرب).

قد سبق ما يصلح دليلاً على هذا، و توضيح تعليل المصنف أن مناط الاستحقاق هو العرف و هو ثابت في الزائد، فيكون الاستحقاق له ثابتاً، فيكون

و لو أحيى إنسان أرضاً على هذا النهر لم يشارك السابقين، بل يقسم له ما يفضل عن كفايتهم و إن كان الإحياء فى رأس النهر، و ليس لهم منعه من الإحياء. الحق على قدر الجميع.

قوله: (و لو أحيى إنسان أرضاً على هذا النهر لم يشارك السابقين، بل يقسم له ما يفضل عن كفايتهم، و إن كان الإحياء فى رأس النهر).

لأن العبره فى السبق بالتقدم فى الإحياء، و السابق فيه هو السابق فى الاستحقاق.

قوله: (و ليس لهم منعه من الإحياء).

أى: ليس لأرباب الأملاك على النهر السابقين فى الإحياء منع من يريد الإحياء بعدهم فى الأرض، التى هى أقرب من أرضهم إلى فوهه النهر، أو المساويه لها فى ذلك لعموم «من أحيى أرضاً ميتة فهى له» (١).

فإن قيل: يلزم من ذلك لطول الزمان، و جهل الحال صيرورته أحق أو مساوياً فى الاستحقاق فليكن لهم المنع، كما فى الدرب المرفوع إذا أراد أحد من أهله فتح باب، أو دخل من بابه فإن لهم المنع حذراً من الشبهه بمرور الأيام.

قلنا: الفرق بينهما أن الدرب حق لأرباب الدور، فلهم المنع عن حقهم.

و أما الأرض العليا أو المساويه فالفرض أنها موات لا حق لأحد فيها، و الناس فيها شرع.

ص: ٦٤

و لو سبق إنسان إلى الإحياء فى أسفله، ثم أحيى آخر فوقه، ثم ثالث فوق الثانى قَدَم الأسفل فى السقى لتقدمه فى الإحياء، ثم الثانى، ثم الثالث.

السادس: الجارى من نهر مملوك ينزع من المباح

السادس: الجارى من نهر مملوك ينزع من المباح، بأن يحفر إنسان نهراً فى مباح يتصل بنهر كبير مباح، فما لم يصل الحفر إلى الماء لا- يملكه، وإنما هو تحجير و شروع فى الإحياء، فإذا وصل فقد ملك بالإحياء، و سواء أجرى فيه الماء أو لا، لأن الإحياء للتهيئه للانتفاع. فإن كان لجماعه فهو بينهم على قدر عملهم أو النفقه عليه، و يملكون الماء الجارى فيه على رأى، قوله: (السادس: الجارى من نهر مملوك ينزع من المباح، بأن يحفر إنسان نهراً فى مباح يتصل بنهر كبير مباح، فما لم يصل الحفر إلى الماء لا يملكه و إنما هو تحجير و شروع فى الإحياء، فإذا وصل فقد ملك بالإحياء، و سواء أجرى فيه الماء أو لا، لأن الإحياء للتهيئه للانتفاع).

أما إجراء الماء فهو بمنزله الزرع فى الأرض المحياه فهو انتفاع، فإن الماء يملك بالإجراء فيه، كما يملك الصيد بوقوعه فى الجبال المنصوبه.

قوله: (فإن كان لجماعه فهو بينهم على قدر عملهم، أو النفقه عليه، و يملكون الماء الجارى فيه على رأى).

خلافاً للشيخ رحمه الله فإن المحكى عنه: أنهم لا- يملكون ماءه، و لكن يكونون أولى به (١). و كان يحتج بقوله عليه السلام: «الناس شركاء فى ثلاثه: النار، و الماء، و الكلاء» (٢). و لا حجه فيه: لأن المراد المباح دون

ص: ٦٥

١- (١) المبسوط ٢٨٤: ٣- ٢٨٥.

٢- (٢) الفقيه ١٥٠: ٣ حديث ٦٦٢، التهذيب ١٤٦: ٧ حديث ٦٤٨ و فيهما: ان المسلمین..، مسند أحمد ٣٦٤: ٥.

فإن وسعهم أو تراضوا، وإلا قسّم على قدر الأنصباء، فيجعل خشبه صلبه ذات ثقب متساويه على قدر حقوقهم في مصدم الماء، ثم يخرج من كل ثقب ساقيه مفرده لكل واحد. المحرز، و ما جرى مجراه. و الأصح أنهم يملكونه.

قوله: (فإن وسعهم أو تراضوا، وإلا قسّم على قدر أنصبائهم، فتجعل خشبه صلبه ذات ثقب متساويه على قدر حقوقهم في مصدم الماء، ثم يخرج من كل ثقب ساقيه مفرده لكل واحد).

إنما اعتبر في الخشبه الصلابه كى لا تتأثر من الماء على مرور الأيام في تفاوت الثقب.

و اعتبر في الدروس استوائها و استواء مكانها (1)، و وجهه أنه لولا ذلك لأدى ذلك إلى تفاوت خروج الماء من الثقب فيخرج من بعضها الماء قليلاً و من البعض كثيراً، للتفاوت في العلو و الانخفاض.

و يكفى في الاشتراط استواء الماء على الثقب إما لاستوائها و استواء المكان، أو لغمر الماء إياها جميعاً بحيث يخرج الماء من مجموع كل واحده من الثقب.

و إذا تساوت الحقوق فلا بحث في وجوب تساوى الثقب، أما إذا تفاوت فلا بد من عدد يخرج منه جميعها صحاحاً. فلو كان لواحد نصف، و لآخر ربع و لآخر الباقي فلا بد من أربعة ثقب. و لو كان لواحد ربع، و لآخر سدس، و للثالث الباقي فلا بد من اثني عشر ثقباً، مضروب اثنين في ستة، أو ثلاثه في أربعة.

و اعلم أن قوله: (ثم يخرج من كل ثقب ساقيه مفرده لكل واحد) لا

ص: ٦٦

فلو كان لأحدهم نصفه، و للآخر ثلثه، و للثالث سدسه جعل لصاحب النصف ثلاث ثقب تصب في ساقيته، و لصاحب الثلث ثقبان تصبان في أخرى، و لصاحب السدس ثقب.

و تصح المهاياه و ليست لازمه. و إذا حصل نصيب إنسان في ساقيه سقى به ما شاء، سواء كان له ينطبق على جميع الصور، إنما ينطبق على ما إذا استوا في الحقوق، فيكون حق كل واحد منحصراً في ثقب، أما مع التفاوت فلا، لوجوب التعدد.

و من ثم لم يحسن تفريع قوله: (فلو كان لأحدهم نصفه و لآخر ثلثه و للثالث سدسه). على قوله: (ثم يخرج من كل ثقب ساقيه مفردة لكل واحد).

قوله: (و تصح المهاياه و ليست لازمه).

إذ ليس معاوضه محضه حقيقه، و إنما تصح إذا جعل نصيب كل واحد معلوماً مضبوطاً بالأيام، أو بالساعات، أو أقل أو أكثر. و المدار على الضبط و عدم التفاوت.

و متى رجع أحدهم قبل استيفاء بعض نوبته، سواء كان الراجع قد استوفى نوبته أم لا ضمن المستوفى للآخر أجره مثل نصيبه من النهر للمالك الذي أجرى الماء فيها، قاله في التذكرة (١).

فإن قيل: الماء مثلي فكيف يضمن الأجره؟ قلنا: لما تعذر ضبط الماء المستوفى امتنع إيجاب مثله و قيمته، فلم يبق إلا الرجوع إلى الزمان الذي استوفى فيه، فوجبت الأجره على حسبه.

قوله: (و إذا حصل نصيب إنسان في ساقيه سقى بها ما شاء،

ص: ٦٧

شرب من هذا النهر أو لا. وكذا البحث في الدولار له أن يسقى بنصيبه ما شاء. ولكل واحد أن يتصرف في ساقيته المختصه به بمهما شاء، من إجراء غير هذا الماء، أو عمل رحي، أو دولار، أو عباره، أو غير ذلك، وليس له ذلك في المشترك. سواء كان له شرب من هذا النهر أو لا).

الضمير في قوله: (سواء كان له) يعود إلى (ما)، أي: سواء كان ما يساقيه من هذه الساقية له شرب من هذا النهر أو لا.

و لا يجوز أن يعود الضمير إلى قوله: (إنسان) و إلا لفسد المعنى.

و إنما كان له ذلك، لأن هذا خالص ملكه يصنع به ما شاء، خلافاً لبعض الشافعية (1)، بخلاف ما لو كان النهر مباحاً و أمكنه القسمه بين أرباب المزارع من الجانبين للتساوى فى الاستحقاق، فإنه ليس لأحدهم أن يسقى بقسمه غير ما له استحقاق الشرب من هذا النهر بدون رضى الباقي، حذراً من حصول الشبهه بمرور الأيام، و لم أقف على تصريح به.

قوله: (و كذا البحث فى الدولار، له أن يسقى بنصيبه ما شاء).

بقريته معلومه مما سبق.

قوله: (فلكل واحد أن يتصرف فى ساقيته المختصه به بمهما شاء من إجراء غير هذا الماء، أو عمل رحي، أو دولار، أو عباره، أو غير ذلك).

بقريته ما سبق، و العبارة خشبه تمتد على طرفى النهر يعبر الماء فيها، و لو قال: و لكل واحد، بالواو لكان أولى.

قوله: (و ليس له ذلك فى المشترك).

لأنه يلزم من

ص: ٤٨

١ - ١) انظر: معنى المحتاج ٣: ٣٧٥، و المجموع ١٥: ٢٤٨.

و لو فاض ماء هذا النهر إلى ملك إنسان فهو مباح، كالتائر يعيش في ملك إنسان. التصرف فيه التصرف في ملك الشريك.

و قال في الدروس: و ليس لأحد عمل جسر و لا قنطرة إلا بإذن الباين إذا كان الحرير مشتركاً، و لو اختص أحدهم بالحرير من الجانبين، و كان الجسر غير ضائر بالنهر و لا بأهله لم يمنع منها (١).

هذا كلامه، و فيه نظر، لأن هواء النهر يملك بالإحياء كما يملك الحرير، فإذا كان النهر مشتركاً كان الهواء كذلك، فلا يكفي الاختصاص بالحرير في جواز عمل الجسر و القنطرة. نعم، لو اختص بالحرير و الهواء كأن نقل المجرى إلى ملك الشركاء بعقد مملك، و استثنى الهواء جاز حينئذ.

قوله: (و لو فاض ماء هذا النهر إلى ملك إنسان فهو مباح كالتائر يعيش في ملك إنسان).

يشير ب(هذا) إلى النهر المملوك المستخرج من المباح، و بهذا صرح في التذكرة (٢) و التحرير (٣).

و ما مثل به [و هو] (٤) التائر يعيش في ملك إنسان غير مطابق، لأن التائر لا يملك بمجرد ما ذكر، بخلاف ماء النهر فإنه يملك كما سبق على الأصح. نعم: على قول الشيخ بعدم ملكه (٥) يطابق المثال و يصح الحكم.

و كأنه يحتز بقوله: (هذا النهر) عن العين المستخرجه و القناه.

ص: ٦٩

١- ١) الدروس: ٢٩٥.

٢- ٢) التذكرة ٢: ٤٠٦. [١]

٣- ٣) التحرير ٢: ١٣٣. [٢]

٤- ٤) لم ترد في «ه».

٥- ٥) قاله في المبسوط ٣: ٢٨٤-٢٨٥.

السابع:النهر المملوك الجارى من ماء مملوك، بأن يشترك جماعه فى استنباط عين و إجرائها فهو ملك لهم على حسب النفقه و العمل. و يجوز لكل أحد الشرب من الماء المملوك فى الساقية، و الوضوء، و الغسل، و غسل الثوب ما لم يعلم كراهه، و لا يحرم على صاحبه المنع، و لا يجب عليه بذل الفاضل، و لا يحرم البيع لكن يكره. قوله: (السابع:النهر المملوك الجارى من ماء مملوك بأن يشترك جماعه فى استنباط عين و إجرائها فهو ملك لهم على حسب النفقه و العمل).

الاعتبار بالعمل، فلو لم تطابقه النفقه، كأن عمل بعضهم الخمس و أنفق عليه الربع، فلا اعتبار بالنفقه، و قد نبهنا عليه سابقاً. و اعلم أن ملك ماء هذا النهر هو مختار الشيخ و الأصحاب (١)، و قد منعه بعض الشافعيه (٢).

قوله: (و يجوز لكل أحد الشرب من الماء المملوك فى الساقية، و الوضوء، و الغسل، و غسل الثياب ما لم يعلم كراهيته).

عملاً- بشاهد الحال، بخلاف المحرز فى الآنيه، و لو أراد سقى الماشيه الكثيره من النهر المملوك لم يجز مع قله الماء، قاله فى التحرير (٣). و لو توجه على المالك ضرر بالشرب و نحوه اتجه التحريم.

قوله: (و لا يحرم على صاحبه المنع، و لا يجب عليه بذل الفاضل، و لا يحرم البيع بل يكره).

خلافاً لبعض

ص: ٧٠

١- ١) منهم المحقق فى الشرائع ٣:٢٨٠، و العلامه فى التذكره ٢:٤٠٩. [١]

٢- ٢) هو أبو إسحاق كما فى المجموع ١٥:٢٣٩.

٣- ٣) التحرير ٢:١٣٣. [٢]

و لو احتاج النهر إلى حفر، أو إصلاح، أو سد بثق فهو عليهم على حسب ملكهم، فيشترك الكل إلى أن يصلوا إلى الأدنى من أوله، ثم لا شيء عليه. ويشترك الباقيون إلى أن يصلوا إلى الثاني، وهكذا، ويحتمل التشريك. العامه (١).

فرع: لو خرج الماء السائغ من ملك الغير عنه فأخذه أجنبي فهل يملكه؟ قال في التذكرة يملكه على القول بأنه غير مملوك بملكه و على الثاني لا يملكه (٢).

قوله: (و لو احتاج النهر إلى حفر، أو إصلاح، أو سد بثق فهو عليهم على حسب ملكهم).

قد سبق في تراحم الحقوق أنه لو امتنع بعض الشركاء من الإصلاح لم يجبر. و البثق - بفتح أوله و كسره ذكره في الصحاح (٣) - هو الخرق، بثق السيل موضع كذا أى خرقة.

قوله: (فيشترك الكل إلى أن يصلوا إلى الأدنى من أوله، ثم لا شيء عليه، ويشترك الباقيون إلى أن يصلوا إلى الثاني، وهكذا، ويحتمل التشريك).

المراد بالأدنى: الأقرب إلى فم النهر.

و وجه الأول: أن نفعه ينتهي بانتهاك ملكه، و لا ملك له فيما وراء أرضه، فيختص الباقيون بمؤنه ما بقى على حسب استحقاقهم.

ص: ٧١

١ - ١) انظر: مغنى المحتاج ٣: ٣٧٦، و المجموع ١٥: ٢٤٢.

٢ - ٢) التذكرة ٢: ٤٠٩. [١]

٣ - ٣) الصحاح ٤: ١٤٤٨ « [٢] بثق ».

و وجه الثانى: أن ما بعد ملكه و إن لم يكن مملوكاً إلا أنه من ضرورات ملكه، لأنه مصب لمائه. و الأول أصح لأنه لا حق له بعد ذلك الموضع لانحصار الاستحقاق فى الباقيين. نعم لو فضل الماء عن جميعهم بعد انتهاء الأملاك، و احتاج الفاضل إلى مصرف ينصب إليه فمؤنه ذلك المصرف على جميعهم لأنهم مشتركون فى الحاجه إليه و الانتفاع به. و قد صرح به فى التذكرة (١).

و هنا سؤال و هو: أنه إذا انتهى حق الأذننى عند أرضه، فكيف تجب عليه حصه مؤنه مصرف الفاضل عن الجميع؟ فإما أن يجب عليه حقه من المؤنه فى الجميع، أو لا يجب شىء لما بعد ملكه على حال.

و قد يجاب بأنه لا استبعاد فى أن يتعلق حق الشريك بملك شريكه من الماء لاستوائهما فى الإحياء، ثم ينتهى استحقاقه أيضاً بانتهاء ملكه، فتتعلق بالأول أحكام ملكه حينئذ، و فيه نظر، لأن أحدهم لا يتعلق حقه بملك الآخر، و إن امتزج حقه بحقه.

ثم هنا سؤال آخر و هو، إن لم يكن لأحد الشريكين إجبار شريكه فى القناه و نحوها على العماره فلا معنى للوجوب المذكور فى هذا المبحث؟ و يمكن الجواب بأن هنا فوائد:

أحدها: أنه يَأْتَم بالترك و إن لم يجز النهى عن إضاعه المال، و قد ينظر فيه بأن ذلك لو كان واجباً لجاز الإجبار إلا أن يقال لا يجبر على كل فعل واجب.

الثانيه: أنه إذا تحقق الوجوب كان للحاكم التسلط على إجباره على واحد من أمور متعدده: إما الإصلاح، أو البيع، أو الإجاره، أو القسمة إن

ص: ٧٢

تممه:المرجع في الإحياء إلى العرف،فقاصد السكنى يحصل إحياءه بالتحويط و لو بخشب أو قصب،و سقف. أمكنت إلى آخر الأمور المتعدده،فكان له إجبار في الجملة.و متعلقه واحد غير معين من متعدد،و كل واحد لا يجبر عليه بخصوصه و إن أجبر على واحد غير معين،و هذا في قوه فائده ثالثه.

قوله: (تممه:المرجع في الإحياء إلى العرف).

هذا هو الأصح،لأن ما لا- تعين لمدلولة شرعاً مرجعه إلى العرف الذي قد سبق استقراره،و قد خالف في ذلك ابن نما من أصحابنا،و قد حكيناها سابقاً.

قوله: (فقاصد السكنى يحصل إحياءه بالتحويط و لو بخشب أو قصب و سقف).

لا بد من شمول التحويط لأجزاء الدار،أما السقف فيكفي حصوله فيما يمكن معه السكنى،صرح به في التذكرة (١)،و العرف المستقر قاض بذلك.

و اكتفى بعض الشافعية بالتحويط و لم يشترط السقف (٢)،و كلام المصنف في التذكرة يوافقه حيث اكتفى في الإحياء لنوع بما يكفي للمالك في نوع آخر،كما لو حوّط بقعه بقصد السكنى،مع أن التحويط إحياء لحظيره الغنم.

و المشهور في كلام الأصحاب ما هنا (٣)،و هو الذي ينساق إليه النظر، نعم لا يشترط تعليق الأبواب لأنها للحفظ،و السكنى لا تتوقف عليه،

ص:٧٣

١- (١) التذكرة ٢:٤١٢. [١]

٢- (٢) انظر المجموع ١٥:٢١٢،و مغنى المحتاج ٢:٣٦٥.

٣- (٣) منهم الشيخ في المبسوط،و ابن سعيد في الجامع للشرائع:٣٧٤-٣٧٥،و المحقق في الشرائع ٣:٢٧٥-٢٧٦،و الشهيد في اللمعة:٢٤٢،و الدروس:٢٩٤.

و الحظيره يكفيه الحائط، و لا يشترط تعليق الباب. و الزراعه بتحجير ساقيه، أو مسناه، أو مرز و سوق الماء. و لا يشترط الحرث، و لا الزرع، لأنه انتفاع كالسكنى. و اشترطه أكثر الشافعيه (١).

قوله: (و الحظيره يكفيه الحائط).

أى: و قاصد الحظيره يكفيه الحائط لتملكها.

قوله: (و لا يشترط تعليق الباب).

يعود إلى كل من قاصد السكنى و الحظيره، أى: لا يشترط فى حصول الملك لواحد منهما تعليق الباب لما سبق.

قوله: (و للزراعه التحجير بساقيه، أو مسناه، أو مرز و سوق الماء، و لا يشترط الحرث و لا الزرع لأنه انتفاع كالسكنى).

المرز وجدته مضبوطاً بكسر الميم، و هو جمع التراب حول ما يراد إحيائه (٢) و المسناه، بضم الميم على ما وجدته أكبر منه (٣).

و فى قوله: (التحجير بساقيه) مسامحه، إلا أن يقصد بالتحجير معناه اللغوى، و إلا فإن وجود ما ذكر إحياء موجب للملك فكيف يعد تحجيراً.

و اعلم أن المصنف فى التذكرة اعتبر لإحياء المزرعه أموراً:

الأول: جمع التراب حواله ليفصل المحيى عن غيره، و اعتبر هذا جميع الأصحاب. قال: و فى معناه نصب قصب، و حجر، و شوك و شبهه، فلا حازه إلى التحويط إجماعاً.

ص: ٧٤

١- ١) انظر: معنى المحتاج ٢: ٣٦٥، و كفايه الأختار ١: ١٩٦.

٢- ٢) مجمع البحرين (مرز) ٤: ٣٥.

٣- ٣) الصحاح (سنا) ٦: ٢٣٨٤.

الثانى: تسويه الأرض بطمّ الحفر التى فيها، وإزاله الارتفاع من المرتفع، و حراثتها، و تليين ترابها، فإن لم يتيسر ذلك إلا بماء يساق إليها فلا بد منه لتهيئه الأرض للزراعه.

الثالث: ترتيب مائها إما بشق ساقيه من نهر، أو حفر بئر أو قناه و سقيها إن كانت عاداتها لا يكتفى فى زراعتها بماء السماء، و إن اكتفت فلا حازه إلى سقى و لا ترتيب ماء (١).

و مقتضى هذا الكلام أن المحتاجه إلى ترتيب الماء لا بد من سقيها، و هو مقتضى كلام الشيخ فى المبسوط (٢). ثم قال فى التذكرة: و إذا احتاجت فى السقى إلى النهر و جب تهيئه ماء من عين أو نهر أو غيرهما، فإذا هياه: فإن حفر له الطريق و لم يبق إلا إجراء الماء فيه كفى و لم يشترط إجراء الماء و لا سقى الأرض، و إن لم يحفر فللشافعيه و جهان (٣).

و بالجملة: السقى نفسه غير محتاج إليه فى تحقق الإحياء، إنما الحازه إلى ترتيب ماء يمكن السقى منه (٤). هذا كلامه و هو مدافع للأول، و كلام الأصحاب فى اشتراط سوق الماء (٥) يقتضى عدم الاكتفاء بالتهيؤ.

ثم إن الأمر الثانى الذى اعتبره فى تحقق الإحياء للزرع لم أجده فى كلام غيره من الأصحاب، نعم هو فى كلام الشافعيه (٦). و اعتبار تسويه الأرض و الحفر و إزاله الارتفاع ليس ببعيد، لعدم صيرورتها زرعاً من دونه.

ص: ٧٥

١- (١) التذكرة ٢: ٤١٢. [١]

٢- (٢) المبسوط ٣: ٢٧٢.

٣- (٣) انظر: المجموع ١٥: ٢١٣.

٤- (٤) التذكرة ٢: ٤١٢. [٢]

٥- (٥) منهم الشيخ فى المبسوط ٣: ٢٧٢، و ابن سعيد فى الجامع للشرائع: ٣٧٥، و المحقق فى الشرائع ٣: ٢٧٦، و الشهيد فى الدروس: ٢٩٢.

٦- (٦) هو لأبى العباس بن سريج، انظر: المجموع ١٥: ٢١٣.

و الغرس به، و سوق الماء إليه أما الحرث و السقى فلا دليل على اعتبارهما، و لأنهما بمنزله الزرع و هو غير شرط.

قوله: (و الغرس به و سوق الماء إليه).

أى: و قاصد الغرس يحصل إحياءه به-أى بالغرس-لأنه أقرب مرجع للضمير، و هو معتبر عند بعض الفقهاء (١).

و فى التذكرة: اعتبر أحد الأمرين: إما الغرس، أو التحويط بحائط (٢)، فيكون كلامه هنا غير مناف لمختاره فى التذكرة.

و يحتمل عود الضمير إلى التحجير السابق فى المزرعة، و يشكل عليه اعتبار التحويط فى البلاد التى يقتضى عرفها تحويط البستان.

و قد صرح فى التذكرة باعتباره حيث يقتضيه العرف، و ظاهر المبسوط اعتباره و أطلق (٣)، فإن عاد الضمير إلى التحجير لم يشترط الغرس عنده.

و اعتبره كثير من الفقهاء، لأن البستان لا يصدق بدونه بخلاف الزرع، و لأنه لدوامه جرى مجرى أبنية الدار.

و فى الدروس ذهب إلى اشتراط أحد الثلاثة فى حصول الإحياء إذا قصد الغرس (٤)، و الظاهر من كلامه أنه يريد بها الحائط و المسناه و الغرس.

و اعتبر فى التذكرة الأول و الثالث كما ذكرناه، و مختار التذكرة قوى لانتفاء اسم البستان مع انتفاء كل من الأمرين، أما الغرس فإنه داخل فى

ص: ٧٤

١- ١) منهم ابن سعيد فى الجامع للشرائع: ٣٧٥، و المحقق فى الشرائع ٣: ٢٧٦، و العلامة فى التحرير ٢: ١٣٠.

٢- ٢) التذكرة ٢: ٤١٣.

٣- ٣) المبسوط ٣: ٢٧٢.

٤- ٤) الدروس: ٢٩٢.

و لو كانت مستأجمه فعضد شجرها، أو قطع المياه الغالبه و هيأها للعماره فقد أحيأها. الانتفاع فلا يعتبر تعيينه، و الاكتفاء بالمرز عن التحويط بعيد.

فرع: إذا زرع الأرض و ساق الماء إليها فقد تحقق الإحياء و إن لم يجمع التراب حولها، لأن المطلوب من جمعه تميز المحيى و قد حصل.

قوله: (و لو كانت مستأجمه فعضد شجرها، أو قطع المياه الغالبه و هيأها للعماره فقد أحيأها).

الأجمه من القصب، يقال: استأجمت الأرض، إذا عرفت ذلك فإطلاق قوله: إن قطع شجر الأرض المستأجمه، أو قطع المياه عن المغارف إحياء يقتضى الاكتفاء بذلك، و التهيئه للعماره بسوق الماء و نحوه عن إداره التراب حولها.

و مثل هذا فى التذكره (١) و التحرير (٢) و الشرائع (٣) و الدروس (٤) محتجين بأن ذلك يعدّ إحياء عرفاً، و ليس قطع الماء بأبلغ من حفر نهر بحيث يتسلط مأوه على بقعه مخصوصه و يستقر عليها إذا أرسل من غير توقف على حفر.

مع أن ذلك لا يعدّ إحياء من دون إداره التراب.

و الاحتجاج بأنه لا بد فيه لتمييز المحيى مدفوع بتمييزه باستيعاب الماء إذا أرسل عليه، بل مقتضى كلامهم أنه لو أرسل الماء على أرض لم يكن إحياء ما لم يدر التراب حولها، و هو أظهر فى المنافاه لحصول الإحياء بقطع المياه الغالبه.

ص: ٧٧

١- (١) التذكره ٢: ٤١٣. [١]

٢- (٢) التحرير ١٣٠: ٢.

٣- (٣) الشرائع ٢٧٦: ٣.

٤- (٤) الدروس: ٢٩٢.

و لو نزل منزلاً فنصب فيه خيمه أو بيت شعر لم يكن إحياء، وكذا لو أحاط بشوك و شبهه. و لا يفتقر في الإحياء إلى إذن الإمام و لا- الإسلام، إلا- في أرض المسلمين. فرع: لا يجوز إحياء شطوط الأنهار التي لم يبلغها الماء في العاده و لو في بعض السنه، أما الجزيره الخارجه في النهر العظيم و غيره فيجوز إحيائها.

قوله: (و لو نزل منزلاً فنصب فيه خيمه أو بيت شعر لم يكن إحياء).

نظراً إلى العرف، لكنه يصير أولى به إلى أن يرحل عنه، و كذا ما حوالبه مما يحتاج إليه للارتفاق، و لا يزاحم في الوادي الذي تسرح فيه مواشيه إلا أن يفضل عنه، و إذا ارتحل بطل الاختصاص و إن بقيت آثار الفسطاط و الخيم.

قوله: (و كذا لو أحاط بشوك و شبهه).

لما قلناه من مقتضى العرف، نعم هو تحجير.

قوله: (و لا يفتقر في الإحياء إلى إذن الإمام عليه السلام و لا الإسلام، إلا في أرض المسلمين).

قد سبق أن إحياء الموات في بلاد الكفر يصح من الكافر و إن كان حربياً، و يملك المحيي، و حينئذ فلا يشترط إسلام المحيي.

و مثله الإحياء في حال الغيبه كما نبهنا عليه سابقاً، و حكيناه عن بعض ما ينسب إلى شيخنا الشهيد.

أما عدم الافتقار في الإحياء إلى إذن الإمام، فإن أرادته على إطلاقه

و إحياء المعادن بلوغ نيلها. فليس بظاهر، لتصريح الأصحاب، و تصريحه في كتبه بأنه لا بد منه، و تعليلهم بأن الموات ملكه قاض بذلك. و إن أراد عدم الافتقار في الجملة فهو المناسب، لأنه قد صرح في أول الباب باشتراط الإذن، و يبعد أن يكون ما ذكره هنا لغفله و ذهول.

و عدم الافتقار في الجملة صحيح، فإن موات الكفر لا يشترط فيه الإذن كما نبهنا عليه، و كذا الحكم حال الغيبه.

قوله: (و إحياء المعادن بلوغ نيلها).

أى: بلوغ نيل المعادن، و هو بلوغ الحاله التي ينال بها المعدن و يتمكن من أخذه، فيملك ما بلغ نيله و كل ما يعدّ حريماً له على ما سبق.

ص: ٧٩

كتاب الإجاره و توابعها و فيه مقاصد:

الأول: في الإجاره

اشاره

الأول: في الإجاره، و فيه فصول:

الأول: الماهيه

الأول: الماهيه، و هي عقد ثمرته نقل المنافع بعوض معلوم، مع بقاء الملك على أصله. قوله: (و هي عقد ثمرته نقل المنافع بعوض معلوم مع بقاء الملك على أصله).

هذا بيان حقيقه الإجاره شرعاً، لكن يشكل [على] (1) جعل الإجاره هي العقد: آجرتك، و هو الإيجاب، فإنه لا يراد به -العقد- إنشاءً و لا- إخباراً، لأن القبول من المستأجر، و لأنه لو كان معناه العقد لم يقع موقعه: ملكتك المنفعه شهراً بكذا، اللهم إلا أن يكون المراد في الإيجاب معنى آخر غير المعنى الشرعي، و هو تملك المنفعه بالعوض.

و لو جعلت الإجاره عباره عن تملك المنفعه المعينه، مده معينه، بعوض معلوم إلى آخره يسلم من هذا.

إذا عرفت هذا فالعقد بمنزله الجنس و الباقي كالفصل فيخرج البيع لأن ثمرته نقل الأعيان، و بعوض معلوم تخرج الوصيه بالمنفعه و السكنى و العمري، و مع بقاء الملك على أصله يخرج ما لا يصح الانتفاع به إلا مع ذهاب عينه. و المعاوضه على العين و منفعتها معينه إن جوزناه، لكن لا نجوزها، لأن نقل العين من حين العقد يقتضى ملك المنفعه المملوكه للناقل فيمتنع نقلها بسبب آخر.

و لأن العقود بالتلقى من الشرع و لم تثبت شرعيه مثل هذا، و ربما أخرج

ص: ٨٠

١- ١) لم ترد في نسختي «ك» و «ه»، أثبتناها من الحجرية لاقتضاء السياق لها.

و لا- بد فيه من الإيجاب و القبول،الصادرين عن الكامل الجائز التصرف. به البيع لأنه ناقل للمنافع،لكن لا مع بقاء الملك على أصله. و ليس بشيء،لأن نقل المنافع فيه بالتبعيه للملك لا بالعقد،و العوض فيه إنما هو في مقابل العين.

(قيل: يرد على عكسه الأ-جير المطلق فإنه لا انتقال لمنافعه.ورد بأن المستأجر حينئذ مالك في ذمه الأجير منفعه مطلقه و المنافع شامله لها) (١).

و اعلم أنه يرد على التعريف الوصيه بالمنفعه مقابل عوض،و الهبه كذلك،و جعل المنفعه المعينه صداقاً.

و لا يقال: إن العوض -و هو استحقاق الانتفاع بالبضع- غير معلوم.

لأننا نقول: هو في المنفعه معلوم.

و ربما دفع ذلك بقوله: (ثمرته)لأن شيئاً من العقود المذكوره ليس ثمرته هذا.و فيه نظر،لأن ذلك و إن لم يكن ثمره العقد الذى هو نفس الماهية،فإنه ثمره بعض أنواعه و هو عقد لا محاله فيتحقق النقض به.

و لو قال: عقد شرع لنقل المنافع الى آخره لسلم عن هذا.

و اعلم أن الاحتراز بقوله: (مع بقاء الملك على أصله) عما لا- يصح الانتفاع به إلا مع ذهاب عينه لا يستقيم،لأن ذلك لا يعد عقداً،و لأن المنافع فى أمثال ذلك-و إنما الإذن يفيد جواز الانتفاع-(و) (٢)بالإتلاف يصير مملوكاً بنفسه لا منفعتة-فيكون بياناً للواقع لا احترازاً من شيء.

قوله: (و لا بد فيه من الإيجاب و القبول،الصادرين عن الكامل الجائز التصرف).

يشترط فيه كلما

ص: ٨١

١- ١) ما بين القوسين لم يرد فى «ك».

٢- ٢) لم ترد فى «ك».

فلا- تنعقد إجاره المجنون، ولا الصبي غير المميز، ولا المميز و إن أذن الولي على إشكال. و الإيجاب: آجرتك، أو أكريتك. و القبول: كل لفظ يدل على الرضى. يشترط فى مثله من العقود اللازمه على ما سبق مثل العربيه، و وقوع القبول على الفور، و تقديم الإيجاب على الأصح.

و احتراز ب(الجائز التصرف) عن مثل المفلس، و إن لم يصرح به فى ذكر المحترزات، فإن المجنون و الصبي محترز عنهما بالكامل.

قوله: (و لا المميز و إن أذن له الولي على إشكال).

ينشأ: من انجبار نقصه بإذن الولي، و من قوله عليه السلام: رفع القلم عن ثلاثة منهم الصبي (1)، فإنه إذا رفع القلم عنه مطلقاً لم يعتد بعبارة شرعاً فى حال من الأحوال، و لأن إذن الولي لا يصير الناقص كاملاً، إنما يؤثر فى الكامل المحجور عليه بسبب آخر و هو السفه، و الأصح عدم الصحه.

قوله: (و الإيجاب: آجرتك أو أكريتك).

كل من اللفظين مؤداه الإجاره، و مثلهما: ملكتك منفعه الدار شهراً -مثلاً- بكذا، إلا أن الفرق أنهما يردان على العين، لأن الإجاره إنما تكون للعين و ثمرتها تملك المنفعه، و كذا الكراء، فلو أوردهما على المنفعه لم يصح.

و أما التملك فإنه فى الإجاره إنما يكون للمنفعه بالعوض، فلو أورده على العين لم يصح، لأن العين تبقى على ملك المؤجر.

قوله: (و القبول: كل لفظ يدل على الرضى).

أى: على الرضى

ص: ٨٢

و لا يكفى فى الإيجاب:ملككتك،إلا أن يقول:سكنى هذه الدار شهراً-مثلاً-بكذا.

و لا تعتقد بلفظ العاريهو لا البيع،سواء نوى به الإجاره،أو قال:

بعتك سكتها سنه،لأنه موضع لملك الأعيان. و هو لازم من الطرفين، بالإيجاب،فمن ثم لا يقوم مقامه إيجاب آخر،و لا يصح تقديمه.

قوله: (و لا يكفى فى الإيجاب:ملككتك،إلا أن يقول:

سكنى هذه الدار شهراً).

لأن التمليك إنما هو للمنفعه لا للعين،فلا يجرى على نهج أجرتك كما تقدم.

قوله: (و لا يعتد بلفظ العاريه).

لأنها تقتضى إباحه المنفعه لا تمليكها،و لأن العقود متلقاه من الشرع، فلا يعتد عقد بلفظ عقد آخر ليس من جنسه.

قوله: (و لا البيع،سواء نوى به الإجاره،أو قال:بعتك سكتها سنه،لأنه موضع لملك الأعيان).

إذا نوى بلفظ البيع الإجاره فقد تجوز فى لفظ البيع.

و إذا قال:بعتك سكتها سنه فقد تجوز فى السنه،فإن السكنى لا يقع عليها البيع إلا مجازاً.و إنما لم يصح،لأنه خلاف الوضع لما عرفت من أن البيع لنقل الأعيان،فإذا تجوز به لم يثمر الملك،لما عرفت من أن العقود بالتلقى.

قوله: (و هو لازم من الطرفين).

بالإجماع.

ص: ٨٣

و لا- تبطل بالبيع، و لا العذر إذا أمكن الانتفاع، و لا بموت أحدهما على رأى، إلا أن يكون المؤجر موقوفاً عليه فيموت قبل انتهاء
المدّة فالأقرب البطلان فى الباقي، قوله: (و لا تبطل بالبيع و لا العذر إذا أمكن الانتفاع).

أما عدم البطلان بالبيع فلأن المنفعة إذا ملكها المستأجر بالإجاره بالعقد اللازم من الطرفين و جب بقاؤها على حكمها، و لا أثر
لبيع ملك المؤجر فى إبطال ملك المنفعة السابق.

و أما العذر: فإنه إذا أمكن الانتفاع معه كخراب بعض المسكن.

قوله: (و لا بموت أحدهما على رأى).

سواء كان الميت المؤجر أو المستأجر، و كذا لا تبطل بموتهما، لعموم الأمر بالوفاء بالعقود (١) للاستصحاب، و لأن المالك للعين
له إتلافها فله نقل منفعتها مدّة قصيره و طويله من غير تقييد، و لأن له الإيضاء بالمنفعة مؤبداً و مؤقتاً من غير تعيين، و يلزم، فلأن
يكون له تملكها بالإجاره مطلقاً بطريق أولى.

و قال الشيخ تبطل بموت كل منهما (٢)، و هو ضعيف، و نقل فى الخلاف قولاً- بأن موت المستأجر يبطلها دون المؤجر (٣)-
فالأقوال ثلاثة-، و هو أضعف، و الأصح الأول.

قوله: (إلا أن يكون المؤجر موقوفاً عليه، فيموت قبل انتهاء المدّة فالأقرب البطلان فى الباقي).

قيل: لو سكت عن

ص: ٨٤

١- (١) المائدة: ١.

٢- (٢) النهاية: ٤٤١، و الخلاف ٢: ١٢٠ مسألة ٧ كتاب الإجاره.

٣- (٣) الخلاف ٢: ١٢٠ مسألة ٧ كتاب الإجاره.

فيرجع المستأجر على ورثه المؤجر بباقي الأجره، قوله: (فالأقرب البطلان فى الباقي) لأمكن، لأن الاستثناء يدل عليه.

قلنا: ذكره للتصريح بما دل عليه الاستثناء، ولأنه أراد الدلالة على ثبوت ذلك على الأقرب، ولو لا التصريح به لم يعلم ذلك.

ووجه القرب أن الموقوف عليه و إن كان مالكاً إلا أنه محجور عليه فى الملك، لأنه محبوس عليه ممنوع من التصرف به، ولأن الواقف قد جعل الوقف عليه و على من بعده بالأصالة.

و إن تأخر ملك من بعده عن ملكه فلا- يكون له التصرف فى المنفعة إلا- زمان استحقاقه لها، و لهذا لا- يملك إتلافها مطلقاً، بخلاف ملكه المطلق، و لأن أهل البطن الثانى يتلقون عن الواقف كما سيأتى إن شاء الله تعالى.

و يحتمل عدم البطلان، لكونه مالكاً لها حقيقة، فلا تبطل إجارته المحكوم بصحتها. و فيه نظر، لأن ملكه على وجه مخصوص فلا يتجاوز التصرف فى استحقاقه.

و ربما قيل: إنه إن كان ناظراً فى الوقف و أجره بنظره لم يبطل، و إلا بطلت و هو قول المصنف، و اختاره شيخنا الشهيد فى بعض حواشيه، و الكل ضعيف، و الأقوى البطلان.

نعم: إن كان المؤجر ناظراً فليس ببعيد الحكم بعدم البطلان، لأن نظره للجميع فهو نائب منابهم، و لهذا لو وجد البطن الثانى معه كان حق النظر له، و هذا قوى و سيأتى ما يحققه إن شاء الله تعالى.

قوله: (فيرجع المستأجر على ورثه المؤجر بباقي الأجره).

لأن البطلان يستدعى رجوعها إلى المستأجر، و المراد من رجوعه على ورثه المؤجر حيث يكون هناك تركه.

و لا يتعلق به خيار المجلس. و لو شرطاً خياراً لهما، أو لأحدهما، أو لأجنبي صح، سواء كانت معينه كأن يستأجر هذا العبد، أو في الذمه كالبناء مطلقاً.

قوله: (و لا يتعلق به خيار المجلس).

لأنه من توابع البيع، و عن المبسوط: أنه جَوِّزَ اشتراطه (١). و في حواشي شيخنا الشهيد: أنه إن أراد به مع تعيين المدة فمسلم، و إلا فمشكل.

و لك أن تقول: إنه إذا سلّم جواز اشتراط خيار المجلس فلا- وجه لاشتراط تعيين المدة، لأنه حينئذ لا يكون خيار المجلس بل خيار الشرط.

نعم في جواز اشتراطه تردد: من حيث أنه على خلاف الأصل، لجهاله مدته فيقتصر فيه على مورد النص، و لأنه من توابع البيع فلا يكون ثبوته موجباً للجهاله (٢) في شيء من العوضين (بخلاف) (٣) ما إذا لم يثبت إلا- بالاشتراط، فإن اشتراط المجهول يجهل العوض.

أما خيار الغبن، و العيب، و الشرط، و الرؤيه فيثبت، لأنها من توابع المعاوضات، و قد نبه على خيار الشرط بقوله: (و لو شرط خياراً لهما، أو لأحدهما، أو لأجنبي صح، سواء كانت معينه كأن يستأجر هذا العبد، أو في الذمه كالبناء مطلقاً) أي: سواء كانت الإجاره معينه، أي: متعلقها متشخص، كأن يستأجر هذا العبد المعين، أو كان موردها الذمه كأن يستأجر للبناء مطلقاً، أي: غير مقيد ببناء شخص مخصوص، و وجهه عموم:

«المسلمون عند شروطهم» (٤).

ص: ٨٦

١- (١) المبسوط ٢٢٦: ٣.

٢- (٢) في «ه»: لجهاله.

٣- (٣) لم ترد في «ه» و غير واضحه في «ك»، و أثبتناها من النسخه الحجريه.

٤- (٤) التهذيب ٧: ٢٢ حديث ٩٣-٩٤، عوالي اللآلي ٢: ٢٥٨ حديث ٨، [١] سنن الدار قطنى ٣: ٢٧-٢٨، مستدرک الحاكم ٢: ٤٩-

إشاره

الفصل الثاني: في أركانها، وهي ثلاثة: المحل - وهو العين التي تعلق الإجاره بها كالدار، والدابه، والآدمي، وغيرها - والعوض، والمنفعه.

المطلب الأول: المحل

المطلب الأول: المحل، كل عين تصح إعارتها تصح إجارتها، و إجاره المشاع جائزه كالمقسوم، وكذا إجاره العين المستأجره إن لم يشترط المالك التخصيص. قوله: (الفصل الثاني: في أركانها وهي ثلاثة: المحل - وهو العين التي تعلق الإجاره بها كالدار و الدابه و الآدمي و غيرها - والعوض، و المنفعه).

المعروف أن الركن: ما كان داخلاً في الماهيه، و معلوم أن الإجاره على ما فسرنا به من كونها عقداً لا تكون هذه الأمور داخله في مفهومها.

و إن أراد بالركن هنا ما يستند توقف الماهيه عليه مجازاً فالمتعاقدان أيضاً كذلك، و قد عدّهما في البيع من الأركان.

قوله: (كل عين تصح إعارتها تصح إجارتها).

هذا أكثرى، إذ الشاه تصح إعارتها للحلب و لا تصلح إجارتها.

قوله: (و إجاره المشاع جائزه كالمقسوم).

إذ لا مانع باعتبار عدم القسمه.

قوله: (و كذا إجاره العين المستأجره إن لم يشترط المالك التخصيص).

أى: لا يجوز، لأن ذلك نقل للمنفعه المملوكه و لا مانع منه، و هذا

ولا بد من مشاهدتها، أو وصفها بما يرفع الجهالة إن أمكن فيها ذلك، إذا لم يشترط المالك - وهو المؤجر - التخصيص، أى تخصيص المستوفى للمنفعة، فإنه إذا شرط ذلك امتنعت الإجاره لاستلزامها خلافه، والوفاء بالشرط واجب، لكن يرد عليه ما إذا أجرها على أن يستوفى المنفعة للمستأجر الثانى بالوكالة عنه، فإن اشتراط التخصيص حينئذ يجب أن لا يقدر.

قوله: (و لا بد من مشاهدتها، أو وصفها بما يرفع الجهالة إن أمكن فيها ذلك).

لا بد فى المنفعة من العلم بها، لأن الإجاره عقد معاوضه مبنى على المغابنه و المكايسه فلا يصح مع الغرر، فتجب مشاهدته العين المستأجره التى هى متعلق المنفعة، أو وصفها بما يرفع الجهالة، والمراد به: وصفها بصفات السلم إن أمكن فيها ذلك، لكن يشكل عليه قوله: (و إلا وجبت المشاهده) أى: و إن لم يمكن فيها ذلك - أى: وصفها بما يرفع الجهالة، أى: صفات السلم على ما قررناه - وجبت المشاهده.

و إنما قلنا أنه مشكل، لأنه يقتضى أنّ كلما لا يجوز السلم فيه [تجب مشاهدته] (1) بعينه، و سيأتى - عن قريب إن شاء الله تعالى - قوله: (و تصح إجاره العقار مع الوصف و التعيين لا فى الذمه) فإن العقار لا يجرى فيه السلم، و مع ذلك قد يوصف ليؤجر إذا كان الوصف وافياً بصفاته الشخصيه.

و من ثم قال: (لا - فى الذمه) لأن الموصوف بصفات السلم يكون كلياً لا شخصياً، و لا امتناع فى أن لا يوصف الشئ بصفات السلم، لأنه حينئذ يعز وجوده و يعسر تسليمه.

ص: ٨٨

١ - ١) لم ترد فى النسختين الخطبتين «ك» و «ه»، أثبتناه من مفتاح الكرامه ٧: ٨٦ [١] نقلاً عن جامع المقاصد، و إثباتها هو الصحيح.

و إلا وجبت المشاهده فإن باعها المالك صح، فإن لم يكن المشتري عالماً تخير بين فسخ البيع، و إمضائه مجاناً مسلوب المنفعه إلى آخر المده. و يوصف الشخص بصفاته المميزه له، الكافله ببيان ما يطلب منه ليؤجر، و حينئذ فلا يكون فى الذمه لتشخصه، إذ المشار-بتلك الأوصاف- إليه هو الموجود فى الخارج، فيمكن حينئذ أن يكون المراد بقوله: (أو وصفها بما يرفع الجهاله) أعم من صفات السلم فيما يسلم فيه. و يكون موضعه الذمه، و الوصف بالصفات الخاصه بالشخص المعين إذا لم يكن السلم فيه، و لا يكون موضعه الذمه، إلا أنه حينئذ قد ينظر فى قوله: (إن أمكن فيها ذلك، و إلا وجبت المشاهده) فإن الظاهر أن كل شىء يمكن وصفه بما يرفع الجهاله.

أما ما يمكن السلم فيه فظاهر، و أما غيره فلا أنه إنما يوصف فيه الشخصى، و لا ريب أن الموجود المتشخص يمكن تتبع جميع صفاته و استقصاؤها و إن كثرت.

قوله: (فإن باعها المالك صح).

أى: العين المؤجره، لأنها باقيه على ملكه فيمكن نقل الملك و إن استحق المستأجر المنفعه.

قوله: (فإن لم يكن المشتري عالماً تخير بين فسخ البيع و إمضائه مجاناً مسلوب المنفعه إلى آخر المده).

أى: لو لم يكن المشتري للعين المؤجره عالماً بسبق عقد الإجاره، و استحقاق المستأجر المنافع تخير بين الفسخ و الإمضاء، لأن امتناع انتفاعه بالعين و استحقاق غيره منعه منها ضرر، و لأن إطلاق العقد وقع على اعتقاد التسليم (1) و الانتفاع نظراً إلى الغالب، و قد فات، فلا بد أن يجعل له وسيله

ص: ٨٩

١- ١) فى نسختي «ك» و «ه»: السلم، و فى الحجرية: التسلم، و ما أثبتناه هو المناسب.

و لو كان هو المستأجر فالأقرب الجواز، و تجتمع عليه الأجره و الثمن. إلى الخلاص من هذا الضرر و هو الخيار، فإن فسخ فلا بحث، و إن اختار الإمضاء لم يكن له إلا الإمضاء مجاناً لا مع الأرش، لأنه إنما يثبت مع العين - و هو النقصان أو الزيادة في أصل الخلقه - و هو منتفٍ هنا لسلامه العين، و إنما الفائت تابعها و استحقاق تسلمها و التسلط عليها.

قوله: (و لو كان المستأجر فالأقرب الجواز و تجتمع عليه الأجره و الثمن).

أى: و لو كان المشتري للعين المؤجره هو المستأجر لها فالبيع صحيح لا محاله، و هل تنفسخ الإجاره أم لا؟ وجهان: أقربهما عند المصنف بقاءها، فتجتمع عليه الأجره عوض المنفعه، و الثمن عوض العين.

و وجه القرب: أن كلا منهما عقد صدر من أهله في محله و حكم بصحته، فيجب استصحاب ما ثبت له، و لعموم قوله تعالى أوفوا بالعقود (١).

و لا استبعاد في ملك كل من التابع و المتبوع بعوض يخصه إذا سبق ملك التابع، كما إذا ملك ثمره غير مؤبره ثم اشترى الشجر فإنه لا يبطل ملك الثمره و إن كانت تدخل في الشراء لو لم يملكها أولاً، و هو الأصح.

و وجه الانفساخ: أن ملك العين يستدعى ملك المنافع، لأنها نماء الملك، و تمتنع المعاوضه على المنافع من مالكتها. و فيه نظر، لأن ملك العين يقتضى ملك المنافع تبعاً، إذا لم يسبق ملكها بسبب آخر لا مطلقاً، و لأن المنافع إذا امتنعت المعاوضه عليها بعد تملكها امتنعت المعاوضه عليها بعد التملك، إذا حدث التملك فإنها تتجدد كالأمه، فإنها لما امتنع نكاحها

ص: ٩٠

و لو وجدها المستأجر معييه بعيب لم يعلمه فله الفسخ و إن استوفى بعض المنفعه. من مالکها حکم بانفساخ النکاح إذا طرأ عليه الملك. و ليس بشيء، فإنّ تجدد المنافع لا ينافى ملكها بالعقد السابق و انفساخ النكاح، لأن جواز الانتفاع بالبيع إنما يكون مع الملك أو العقد و يمتنع اجتماعهما، لظاهر قوله تعالى إلاّ - على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم (١)، و التفصيل قاطع للشركه، و النكاح لا يقتضى ملك المنافع بل جواز الانتفاع، و للإجماع على حكم النكاح بخلاف ما نحن فيه.

و اعلم أن فى قوله: (و لو كان هو المستأجر فالأقرب الجواز) نظر، لأنه لا - معنى للجواز ها هنا، و كان حقه أن يقول: فالأقرب بقاء الإجاره، فإنه المطلوب بالبيان، و ربما أوهمت العبارة أن الأقرب جواز البيع، و يحتمل عدمه.

قوله: (و لو وجدها المستأجر معييه بعيب لم يعلمه فله الفسخ و إن استوفى بعض المنفعه).

أى: لو وجد المستأجر العين المؤجره معييه و لم يعلم بالعيب قبل الإجاره فله الفسخ، سواء كان العيب منقصاً للمنفعه أم لا، لأن مورد الإجاره العين و هى متعلق المنفعه، و بينهما كمال الارتباط. و الإطلاق إنما ينزل على الصحيح، و الصبر على العيب ضرر، فلا بد من سبيل إلى التخلص منه و هو الفسخ.

و لا فرق فى ذلك بين أن يستوفى بعض المنفعه أو لا يستوفى شيئاً.

لا يقال: إذا استوفى البعض فقد تصرف، و مع التصرف يسقط الخيار كالبيع.

ص: ٩١

و لو لم يفسخ لزمه جميع العوض، و لو كانت العين مطلقه موصوفه لم يفسخ العقد و على المؤجر الأبدال. و لو تعذر فله الفسخ، فإن رد المستأجر العين لعيب بعد البيع لأننا نقول: المعقود عليه في الحقيقة هو المنفعه و إن جرى العقد على العين، و التصرف في المنفعه إنما هو في المستوفى دون ما بقى، و فيه ما فيه.

أو يقال: إن الصبر على المعيب ضرر فلا يسقط الخيار بالتصرف كما في الغبن، و في استحقاق الأرش تردد ينشأ: من نقص المنفعه التي هي إحدى العوضين، فلا يكون الآخر مستحقاً بكامله، و من أن العقد جرى على المجموع و هو باق، فإما الفسخ أو الرضى بالجميع، و سيأتى إن شاء الله تعالى أن الأصح و جوب الأرش.

قوله: (و لو لم يفسخ لزمه جميع العوض).

ينبغي أن يكون هذا حيث لا يكون العيب منقُصاً للمنفعه لنقصان العين، فإنه مع ذهاب بعض العين يجب التقسيط قطعاً مع الخيار.

قوله: (و لو كانت العين مطلقه موصوفه لم يفسخ العقد، و على المؤجر الإبدال).

لأن المعقود عليها في الذمه كلى.

قوله: (و لو تعذر فله الفسخ).

أى: لو تعذر الإبدال لفقد البديل على خلاف الغالب، أو لعجز المؤجر بسبب من الأسباب فللمستأجر الفسخ، لتعذر ما جرت عليه المعاوضه فيرجع إلى ماله.

قوله: (فإن رد المستأجر العين لعيب بعد البيع فالمنفعه

فالمنفعه للبائع. و لو تلفت العين قبل القبض، أو عقيب القبض بطلت مع التعيين، و إلا بطل فى الباقي و يرجع من الأجره بما قابل المتخلف.

و كذا لو ظهر استحقاقها. للبائع).

لأن المنفعه لم يستحقها المشتري، لأنه إنما اشترى العين مسلوبه المنفعه إلى آخر المده نظراً إلى استحقاقها بالإجاره، و الأصل بقاء ذلك بعد الفسخ.

لا يقال: المنفعه تابعه للملك.

لأننا نقول: امتنعت هذه التبعية هنا بسبب الإجاره، فيستصحب.

فرع: لو باع العين، و استثنى منفعتها مده لم يصح على ما سبق فى البيع (1).

قوله: (و لو تلفت العين قبل القبض أو عقيب القبض).

حقه أن يقول: قبل القبض أو عقيبه بطلت مع التعيين، أى مع تعيين العين المؤجره و تشخيصها لفوات محلها، بخلاف ما إذا كانت فى الذمه.

قوله: (و إلا بطل فى الباقي).

أى: و إن لم يكن التلف قبل القبض أو عقيبه، بل بعد مضى زمان ذهب فيه بعض المنفعه بطل، أى: الإجاره، على حد: و الأرض أبقل إبقالها فى الباقي، أى: فى الباقي من مده الإجاره أو من المنفعه فتسقط الأجره، كما أشار إليه بقوله: (و يرجع من الأجره بما قابل المتخلف).

قوله: (و كذا لو ظهر استحقاقها).

لا موضع لهذا

ص: ٩٣

١ - ١) هذا الفرع لم يرد فى «ك».

و يستقر الضمان على المؤجر مع جهل المستأجر، و فى الزائد من أجره المثل إشكال. و تصح إجاره العقار مع الوصف و التعيين، لا فى الذمه. التشبيه، لأن المشبه به لا يستقيم أن يكون هو قوله:

(و لو تلفت العين قبل القبض أو عقب القبض) لأن البطلان فى هذه طارئ، و فيما إذا ظهر استحقاق الإجاره من أول الأمر غير صحيحه.

و يمكن أن يقال: لا يمتنع تشبيهه به فى البطلان مع عدم التعيين و إن كان بطلان أحدهما طارئاً، و بطلان الآخر من أصله.

قوله: (و يستقر الضمان على المؤجر مع جهل المستأجر).

لأن الجاهل مغرور، فيكون معذوراً و إن باشر التلف لضعف المباشرة بالغرور.

قوله: (و فى الزائد من أجره المثل إشكال).

أى: فى الزائد من أجره المثل عن المسمى الذى اغترمه المستأجر الجاهل للمالك، حيث تتحقق الزيادة إشكال بالنسبه إلى رجوعه به و عدمه، ينشأ: من أنه مغرور، فإنه إنما دخل على سلامته له من غير غرم، و المغرور يرجع على من غيره. و من أنه إنما دخل على ضمانه بالأجره المبذوله فى مقابل مجموع المنفعه فيغرم أجره المثل و يرجع بالمسمى.

و يضعف بأن ذلك لا ينافى غروره فى الزائد، لأنه إنما دخل على استحقيقه من غير غرم، و الأصح الرجوع.

قوله: (و تصح إجاره العقار مع الوصف و التعيين لا فى الذمه).

المراد بالتعيين مقابل كونه فى الذمه، و إنما لم يجر جعله فى الذمه لأنه لا يجوز السلم فيه كما حققناه.

و يفتقر الحَمَام إلى مشاهدته البيوت، و القدر، و الماء، و الأتون، و مطرح الرماد، و موضع الزبل، و مصرف مائه، أو وصف ذلك كله. و يجب على المستأجر علف الدابه و سقيها، فإن أهمل ضمن.

و تجوز إجارته بالمشاهده كما دل عليه كلامه في أول البحث.

قوله: (و يفتقر الحَمَام إلى مشاهدته البيوت و القدر، و الماء، و الأتون، و مطرح الرماد، و موضع الزبل و مصرف مائه، أو وصف ذلك كله).

من جمله العقار الحَمَام، و ذكر ما يشترط لصحة إجارته تدريياً لغيره، فتشترط مشاهدته بيوته ليعلم سعتها و ضيقها. و كذا حال القدر لاختلاف الغرض بذلك، و كذا الماء و استعمال أنه ماء قناه أو بئر، و مشاهدته البئر ليعلم سعتها و ضيقها، و غزاره الماء و عدمها، و حال العمق، و مؤنه إخراج الماء منها.

و مشاهدته الأتون، الذى هو موضع الوقود، و موضع الزبل الذى يجمع فيه للأتون، و الموضع الذى يجمع فيه الزبل و الوقود، و مطرح الرماد، و مصرف الماء، الذى هو المستنقع، أو وصف ذلك. فمتى أخلّ بشيء من ذلك لم تصح الإجاره، للجهاله.

قوله: (و يجب على المستأجر علف الدابه و سقيها، فإن أهمل ضمن).

مراده: أنه يجب عليه بذل ذلك من ماله بلا رجوع، و هو قول جمع من الأصحاب (1). أما وجوب العلف و السقى أعم من أن يكون من ماله أو من مال المؤجر، فلا كلام فى وجوبه.

ص: ٩٥

١ - ١) منهم الشيخ فى النهايه: ٤٤٦، و ابن إدريس فى السرائر: ٢٧١، و المحقق فى الشرائع ٢: ١٨٧.

و الضمان بالإهمال كالمرتهن و المستودع، و يدل على أن ما ذكرناه مراده قوله: (و لو استأجر أجيراً لينفذه في حوائجه فنفقته على المستأجر، إلا- أن يشترطه على الأجير، فإن تشاحراً في قدره فله أقل مطعوم مثله و ملبوسه، و لو قيل بوجوب العلف على المالك و النفقه على الأجير كان وجهاً)، فإن قوله:

(و لو قيل بوجوب العلف على المالك) يدل على ما قدمناه.

إلا أن الشيخ خالف في الأجير المنفذ في الحوائج، فأوجب نفقته على المستأجر لاستحقاق المنافع المانع عن تحصيل النفقه، و لروايه سليمان بن سالم عن الرضا عليه السلام (١).

و جوابه: أن استحقاق المنافع لا يمنع من وجوب نفقته في ماله الذي من جملة الأجره، و الروايه لمخالفتها أصول المذهب يجب أن تحمل على اشتراط النفقه على المستأجر في العقد.

و إنما قلنا إنها مخالفه لأصول المذهب، لأن الإجاره معاوضه تقتضى وجوب العوضين للمتعاوضين دون ما سواهما، و إلا لوجب دخوله في المعاوضه، و هو باطل لجهاله النفقه المقتضيه للغرر، و لعدم جريان العقد عليها، فتكون خارجه عن العوضين، فلا يندرج فيما يجب الوفاء به.

و متى قلنا بوجوبها فإنما هو إذا لم يشترط المستأجر النفقه على الأجير، فإن تشاحراً في قدر الواجب بذل على أقل مطعوم مثله و ملبوسه، رجوعاً إلى العاده في جنس المطعوم و الملبوس، و تمسكاً بأصالة البراءه في عدم وجوب ما زاد على الأقل.

و هل الإسكان من جملة النفقه؟ الذي يقتضيه النظر نعم، كما في نظائره من نفقه الزوجه و المملوك و القريب، و لم يصرح المصنف به.

ص: ٩٤

١- (١) النهايه: ٤٤٧، و انظر: الكافي ٥: ٢٨٧ حديث ٢، [١] التهذيب ٧: ٢١٢ حديث ٩٣٣.

و لو استأجر أجييراً لينفذه فى حوائجه فنفقته على المستأجر، إلا أن يشترط على الأجير، فإن تشاحا فى قدره فله أقل مطعوم مثله و ملبوسه.

و لو قيل بوجوب العلف على المالك و النفقه على الأجير كان وجهاً، فحينئذ إن شرطه على المستأجر لزم بشرط العلم بالقدر و الوصف، فإن استغنى الأجير لمرض أو بطعام نفسه لم يسقط حقه. و لو احتاج إلى الدواء لمرض لم يلزم المستأجر، و الأصح أن العلف على المالك، و النفقه على الأجير، لكن مع غيبه المالك يجب الإنفاق على الدابه بإذن الحاكم مع تعذر إذن المالك، و يرجع.

و لو تعذر الحاكم أشهد، فإن تعذر فكما سبق فى الرهن و الوديعه.

قوله: (فحينئذ إن شرطه على المستأجر لزم بشرط العلم بالقدر و الوصف).

أى: فحين كان الوجه و جوب العلف و النفقه على المؤجر، إن شرط ذلك على المستأجر لزم قضيه للشرط، لكن بشرط العلم بالقدر و الوصف لتتنفى الجهاله.

قوله: (فإن استغنى الأجير لمرض، أو بطعام نفسه لم يسقط حقه).

لأن ذلك من جملة عوض المنفعه، فلا يسقط بعد وجوبه و استحقاقه إلا بمسقط من هبه و نحوها.

قوله: (و لو احتاج إلى الدواء لمرض لم يلزم المستأجر).

لا- محل لهذا على القول بأن النفقه إنما تجب مع الشرط، لأن الواجب هو ما شرط دون غيره قطعاً، غالباً كان أو نادراً، فكأنه مستدرك. نعم على القول بوجوب النفقه بمقتضى الإجاره و إن لم يشترط لذكره وجه، لأنه قد

و لو أحب الأجير أن يستفضل بعض طعامه منع منه إن كان قدر كفايته، و يخشى الضعف عن العمل، أو اللين معه. يتوهم كونه من جمله النفقه بالإضافه إلى المريض.

قوله: (و لو أحب المريض أن يستفضل بعض طعامه منع منه إن كان قدر كفايته، و يخشى الضعف عن العمل أو اللين معه).

قد يقال: إذا كان الطعام قدر الكفايه، فمتى استفضل منه شيئاً أثر الضعف عن العمل، فيكون قوله: (و يخشى الضعف عن العمل) مستدركاً.

و يجاب: بأن المراد قدر كفايته عادة، و حينئذ فقد لا يؤثر ترك بعضه ضعفاً في بعض الأحوال لعارض.

و اعلم أن المنقول عن فخر الدين: إن اللين بالياء المثناه تحت و هو في معنى الضعف، لأن المراد به الفتور عن العمل، و الضمير في (معه) يعود إلى المصدر في (يستفضل) أي: مع الاستفضال (١)، لكن يرد عليه أن اللين حينئذ مستدرك لإغناء الضعف عنه.

و الذي يقتضيه كلام غير القواعد على ما ذكره شيخنا الشهيد في بعض حواشيه: أن اللين بالياء الموحده، و ذلك إذا استأجر الظئر و شرط لها النفقه، و أرادت أن تستفضل من طعامها فإنها تمنع منه إذا خشى من ذلك قله اللبن.

و ذكر أنه وجد في مقروءه على المصنف تحت اللبن: إذا كانت مرضعه، و هذا و إن كان معنى صحيحاً إلا أن تأديه العبارة إياه لا يخلو من تعسف، لأن اللبن معطوف على العمل فيصير التقدير: يخشى الضعف عن العمل (أو يخشى الضعف عن اللبن) (٢) و فيه ما لا يخفى.

ص: ٩٨

١ - ١) نقله عنه العامل في مفتاح الكرامه ٩٨: ٧. [١]

٢ - ٢) لم ترد في «ك».

و لو آجر الولی الصبی مده یعلم بلوغه فیها، أولاً لكن اتفق، لزمت الأجره إلى وقت البلوغ، ثم یتخیر الصبی فی الفسخ و الإمضاء. و لو مات الولی، أو انتقلت الولاية إلى غیره لم تبطل به. قوله: (و لو آجر الولی الصبی مده یعلم بلوغه فیها، أولاً لكن اتفق لزمت الأجره إلى وقت البلوغ، ثم یتخیر الصبی فی الفسخ و الإمضاء).

لا یخفی أن زمان الولاية هو ما قبل البلوغ و الرشد، فإذا أجر الولی الصبی مده یقطع ببلوغه فیها، كابن عشر إذا أجره عشرًا، و كان رشیدًا، و إن لم یذكر فی العبارة فإن الإجاره تلزم الی وقت الكمال، ثم هی موقوفه علی إجاره الصبی.

و مثله ما إذا لم یعلم ذلك، لكن اتفق فی خلال المده البلوغ و الرشد.

و وجهه أن زمان الولاية هو ما قبل الكمال، فیکون نفوذ تصرف الولی مقصوراً علی ذلك الزمان دون ما سواه.

قوله: (و لو مات الولی، أو انتقلت الولاية إلى غیره لم تبطل به).

أی: لو مات الولی فی خلال مده الإجاره فإن الإجاره لا تبطل، لأن تصرف الولی بمنزله تصرف المالك، لقیامه مقامه.

و قد عرفت أن المالك إذا أجر ثم مات فالإجاره بحالها، و كذا لو أجره الولی مده ثم انتقلت الولاية بموت، أو طروء مانع فإنها لا تبطل، لما قلناه من أن الولی نائب عن المولی علیه، ففعله بمنزله فعله فلا یفسد بطروء مانع كما لو فعله بنفسه.

و إنما قلنا إن فعله بمنزله فعله، لأنه كالوكیل بل أكد، لأن الوکیل إنما

و لو آجر عبده ثم أعتقه في الأثناء لم تبطل الإجاره، و يجب على العبد إيفاء المنافع باقى المده. و الأقرب عدم رجوعه على مولاه بأجره، يتولى ما تدخله النيابة، بخلاف الولى فإن له أن يحرم عن غير المميز و يباشر أفعال الحج عنه.

و لا يخفى أن الوكيل لو أجر مده ثم عزل لا تنفسخ الإجاره، و لا فرق بين كون الإجاره للصبي أو لماله.

لا يقال: فعلى هذا إذا أجر ناظر الوقف، ثم مات يجب أن لا تنفسخ الإجاره لعين ما ذكرته ها هنا.

لأننا نقول: لا يبعد ذلك إن بقى البطن الأول، لثبوت ولايته (بالنسبه) (1)، أما بالنسبه إلى البطن الثانى إذا كان موته قبل وجوده و استحقاقه فلا.

قوله: (و لو آجر عبده، ثم أعتقه في الأثناء لم تبطل الإجاره).

لأن المنافع مملوكه كالرقبه، و ملك المستأجر لها بالعوض صحيح، و لزومه مانع من البطلان بالعتق، فإذا أعتق لم يصادف العتق إلا رقبته دون منفعه مده الإجاره، فتزول السلطنه عن رقبته خاصه.

قوله: (و يجب على العبد إيفاء المنافع باقى المده).

لأنه حق و جب عليه بمقتضى ما سبق، فيستصحب حتى كأنه رقيق بالنسبه إلى المنافع تلك المده.

قوله: (و الأقرب عدم رجوعه على مولاه بأجره).

وجه القرب أن المولى إنما أزال الرق عنه مسلوب المنافع تلك المده، و قد ملك المستأجر تلك المنافع بالإجاره، و ملك المولى العوض. و ليس هذا

ص: ١٠٠

١- ١) لم ترد في «ه».

و نفقته بعد العتق على المستأجر إن شرطت عليه، وإلا فعلى المعتق لأنه كالباقى على ملكه حيث ملك عوض نفعه. بأبعد مما إذا أعتقه و اشترط عليه خدمه معينه.

و يحتمل وجوب أجره المثل للعبد على السيد، لكون إزاله الرق يقتضى ملكه للمنافع، فإذا سبق تمليك المولى إياها للمستأجر فات العين، فيرجع العبد على المولى بقيمتها و هى أجره المثل. و ليس بشىء، لأنه لا يملك المنافع التى استقر ملك غيره عليها، و الرق إنما زال عنه مسلوب المنافع تلك المده. و على ما نقل الجماعة كلام الشيخ فى المبسوط فهذا الاحتمال قول، لأنه قال فيه: و هل يرجع على السيد بأجره المثل لما يلزمه من الخدمه بعد الحريره؟ قيل: فيه قولان، و اختار عدم اللزوم (1)، و هو الأصح.

قوله: (و نفقته بعد العتق على المستأجر إن شرطت عليه).

لا بحث فى هذا، لوجوب الوفاء بالشرط.

قوله: (و إلا فعلى المعتق، لأنه كالباقى على ملكه، حيث ملك عوض نفعه).

لقائل أن يقول: لا يلزم من أنه كالباقى على ملكه إن ثبت فيه جميع أحكام المملوك التى من جملتها وجوب النفقه.

و قد يقال: إن موضع حصول النفقه أما العبد، أو السيد، أو المستأجر، و الكل باطل إلا السيد.

أما العبد فلاشغاله بخدمه المستأجر.

و أما المستأجر فلأن النفقه لا تجب عليه إلا بالشرط، فتعين السيد.

و الحصر ممنوع، كما يمنع بطلان الأول، إذ يمكن أن يستفيد العبد

ص: ١٠١

المطلب الثاني: في العوض

المطلب الثاني: في العوض، ويشترط أن يكون مال الإجاره معلوماً بالمشاهده، أو الوصف الرافع للجهااله. ثم إن كان مكيلاً أو موزوناً وجب معرفه مقداره بأحدهما، وفي الاكتفاء بالمشاهده نظر. النفقه في زمان غير زمان الخدمه كالليل مثلاً، إذ لا بد أن يبقى من الزمان بقيه يستريح فيها نظراً إلى العاده.

و لو سلم فلم لا تكون نفقته في بيت المال المرصد لمصالح المسلمين أو الزكاه؟ هو الأصح، فإن إيجابها على السيد إيجاب بغير دليل، إذ لا سبب يقتضيه. ومع عدم بيت المال و الزكاه فهي أحد الواجبات الكفائيه، فإن اندفعت الحاجه لحصول بيع النفقه إلى أجل و قبل العبد كفى، وإلا صرفت إليه النفقه بقصد الرجوع عند الإمكان كما في المخمسه.

قوله: (المطلب الثاني: في العوض، ويشترط أن يكون مال الإجاره معلوماً إما بالمشاهده، أو الوصف الرافع للجهااله).

الوصف قسماً: وصف للعين الشخصيه بصفات القائمه بها، التي لا تمتاز و لا ترتفع الجهااله عنها إلا بذكرها. و وصف للعين على وجه كلي.

و هذه الصفات إنما تكون صفات السلم و كل منهما مزيل للجهااله.

قوله: (و في الاكتفاء بالمشاهده نظر).

ينشأ: من اختلاف الأصحاب، و وجود الدليل من الطرفين. فإن الشيخ (١)، و المرتضى (٢)، و بعض المتأخرين على الجواز، لاندفاع معظم

ص: ١٠٢

١- (١) المبسوط ٢٢٣: ٣.

٢- (٢) قال السيد العاملي في مفتاح الكرامه ١٠٣: ٧، و [١] حكاه- أي القول بالجواز- جماعه عن المرتضى كالمحقق الثاني و الشهيد الثاني و الخراساني و صاحب الرياض، و الأصل في ذلك قوله في السرائر: الأظهر من المذهب بلا- خلاف فيه الا من السيد المرتضى في الناصريات: ان البيع إذا كان الثمن جزافاً بطل. و كأنهم لاحظوا انه يعلم منه جواز ذلك في الإجاره بالأولويه. الناصريات: ٢٥٣، السرائر: ٢٦٩- ٢٧٠.

و كل ما جاز أن يكون ثمناً جاز أن يكون عوضاً، عيناً كان أو منفعه، ماثلت أو خالفت. و لو استأجر داراً بعمارتها لم يصح، للجهاه، الغرر بالمشاهده. و ابن إدريس (١) و جمع على المنع (٢)، لأن عقود المعاوضات المبنيه على المغابنه و المكايسه لا بد من نفى الغرر عن العوضين فيها، و قد ثبت من الشارع أن بيع المكييل و الموزون بدون الكيل و الوزن مشتمل على الغرر، فلا تصح الإجاره معه، و هو الأصح، و كذا المعدود.

قوله: (و كل ما جاز أن يكون ثمناً جاز أن يكون عوضاً، عيناً كانت أو منفعه، ماثلت أو خالفت).

لما كان بين العوض فى الإجاره و الثمن فى البيع، حتى ظنا واحداً جاز أن يكون عوض الإجاره ما يجوز كونه ثمناً فى البيع من عين أو منفعه ماثلت المنفعه، كمنفعه عبد بمنفعه عبد آخر، أو منفعه دار بأخرى، أو خالفت:

كمنفعه عبد بالدار.

و منع أبو حنيفه إذا لم يختلف جنس المنفعه، لأن الجنس واحد فيحرم فيه النساء عنده، و هذه نساء فى جنس فيلزم فيه الربا (٣). و هو غلط، لأن الربا فى الأعيان لا فى المنافع بإجماعنا، و وافقنا الشافعى (٤).

قوله: (و لو استأجر داراً بعمارتها لم تصح للجهاه).

مقتضاه أنه إذا

ص: ١٠٣

١- (١) السرائر: ٢٧٠.

٢- (٢) منهم فخر المحققين فى إيضاح الفوائد ٢: ٢٤٧، و الشهيد فى اللمعه: ١٦٣.

٣- (٣) انظر: المغنى لابن قدامه ٦: ١٦، و بدائع الصنائع ٤: ١٩٤.

٤- (٤) المصدر السابق.

و كذا لو استأجر السلاخ بالجلد، و كذا الراعى باللبن، أو الصوف المتجدد، أو النسل، أو الطحان بالنخاله، إما بصاع من الدقيق، أو المرضعه بجزء من المرتضع، كانت العماره معلومه تصح الإجاره، و به صرح فى التحرير (1)، و هو حسن إن لم يكن من قصدهما أن المعمور داخل فى الإجاره.

قوله: (و كذا لو استأجر السلاخ بالجلد).

أى: الذى يسلخه، لأنه مجهول رقه، و غلظه، و سلامه من القطع و عدمه.

و لو استأجره بجلد الميتة لسلخها فأولى بعدم الصحه، لأنه عين نجاسه فلا تملك. و لو استأجره لنقل الميتة من مكان إلى آخر بعوض صحيح فالظاهر الصحه، لأنه عمل مقصود محلل تدعو الحاجه إليه للسلامه من التأذى بها.

قوله: (و كذا الراعى باللبن، أو الصوف المتجدد، أو النسل).

للجهاله فى ذلك كله، و احتراز ب(المتجدد) عن الموجود الآن، لأنه إذا كان معلوماً تجوز الإجاره. و كذا القول فى النسل فلو أخرج المتجدد عنه كان أولى.

قوله: (أو الطحان بالنخاله).

للجهل بقدرها بعد الطحن، لأنها تختلف قله و كثره باختلاف حال الطحن جوده و رداءه.

قوله: (إما بصاع من الدقيق، أو المرضعه بجزء من المرتضع

ص: ١٠٤

الرقيق فالأقرب الجوازو كذا لو استأجر الحاصد بجزء من الزرع. الرقيق فالأقرب الجواز).

وجه القرب أنه عقد صدر من أهله في محله فيجب الوفاء به. أما الأولى فلأنه الفرض، وأما الثانية فلأن كلا من العوضين صالح لأن يكون عوضاً.

و مثله لو ساقى أحد الشريكين صاحبه، و شرط له زياده من النماء (١) يجوز و إن كان عمله يقع في المشترك، و يحتمل المنع لاستلزامها كون العوضين لواحد.

بيان الملازمه: إن الأجره تثبت للأجير في مقابله العمل، و بعض العمل حق له، لأنه يملك بعض الحنطه التي يراد طحنها، و بعض الرقيق الذي يراد إرضاعه بالعقد، فيكون طحن حقه من الحنطه، و إرضاع حقه من الرقيق حقاً له فيجتمع له العوضان، و ذلك باطل. و لأن الإجاره تقتضى وجوب العمل على الأجير، و لا يجب على الإنسان العمل في ملكه. و بعض المستأجر عليه ملك له، فلا تكون الإجاره فيه صحيحه فتبطل في الباقي لاختلال العوض، و المسأله موضع إشكال و بحث.

و لو كان استئجارها بجزء من الرقيق بعد الفطام، فقد صرح في التحرير (٢) - و الشارح - (٣) بالصحه فلا يخلو من نظر، لأن العوض لا بد أن يدخل في ملك المؤجر في زمان ملك المستأجر المنفعه لتحقيق المعاوضه، و كذا القول في الطحن.

قوله: (و كذا لو استأجر الحاصد بجزء من الزرع).

أى: الأقرب فيه

ص: ١٠٥

١ - ١) في «ك»: الثمار.

٢ - ٢) تحرير الأحكام ١: ٢٤٥. [١]

٣ - ٣) إيضاح الفوائد ٢: ٢٤٧.

و لو قال: إن خطته اليوم فللك درهمان، و إن خطته غداً فدرهم احتمال أجره المثل، و المسمى. الجواز، و يجيء فيه ما قدمناه.

قوله: (و لو قال: إن خطته اليوم فللك درهمان، و إن خطته غداً فدرهم احتمال أجره المثل، و المسمى).

القول بوجوب المثل لفساد العقد. قول ابن إدريس (١). و وجهه: أن المستأجر غير معلوم و لا معين، لأنه ليس المستأجر عليه المجموع، و هو ظاهر، و لا كل واحد، و إلا لوجبا، فينتفى التخيير، و لا واحد معين فتعين أن يكون غير معين، لانحصار الأقسام في ذلك، و الغرر مبطل للإجاره، و لجريانه مجرى البيع بثمنين نقداً و نسيه.

و القول بوجوب المسمى قول الشيخ في الخلاف (٢)، تعويلاً على أن الأصل الجواز، و المنع يحتاج إلى دليل، و فيه نظر يعلم مما سبق.

و في المبسوط قال: يصح العقد، فإن خاطه في اليوم الأول كان له الدرهم، و إن خاطه في الغد كان له أجره المثل إن لم يزد عن الدرهمين و لم ينقص عن الدرهم (٣)، و هو أبعد.

ثم قال ابن إدريس: إنه تصح جعاله، يعنى إذا قصد كونه جعاله (٤)، و هو حسن. و منعه المصنف في المختلف بأن الجعالة تفتقر إلى تعيين الجعل أيضاً (٥). و يضعف بأن الجهالة التي لا تمنع من التسليم لا تقدر، و لأنه لا ينقص عن قوله: من رد عبدي من موضع كذا فله كذا، و من موضع كذا فله

ص: ١٠٦

١-١) السرائر: ٢٧٥.

٢-٢) الخلاف ٢: ٢٤٤ مسألة ٣٩ كتاب الإجاره.

٣-٣) المبسوط ٣: ٢٤٩-٣: ٢٥٠. [١]

٤-٤) السرائر: ٢٧٥.

٥-٥) المختلف: ٤٦٦.

و كذا: إن خطته رومياً فدرهمان و فارسياً فدرهم. و لو استأجر لحمل متاع إلى مكان في وقت معلوم، فإن قصر عنه نقص من أجرته شيئاً معيناً صح.

و لو أحاط الشرط بجميع الأجره لم تصح، و تثبت له أجره المثل. كذا، و لأن مبني الجعالة على الجهالة في العمل، فإن قوله: من رد عبدى لا يقتضى الرد من موضع معين، و الأصح مختار ابن إدريس.

قوله: (و كذا إن خطته رومياً فدرهمان، و فارسياً فدرهم).

و هو مثله في الخلاف و الترجيح، و قد فسر الرومى بالدرزين، و الفارسى بالدرز الواحد.

قوله: (و لو استأجر لحمل متاع إلى مكان في وقت معلوم، فإن قصر عنه نقص من أجرته شيئاً معيناً صح، و لو أحاط الشرط بجميع الأجره لم تصح، و تثبت له أجره المثل).

القول بالصحة في الشق الأول هو قول أكثر الأصحاب (١)، و مستنده روايتان صحيحتان عن الحلبي، و عن محمد بن مسلم عن الصادق و الباقر عليهما السلام (٢).

و في روايه الحلبي: «أنه إذا أحاط الشرط بجميع الكراء يفسد» و هو الشق الثانى، و صرح ابن إدريس بصحة العقد و بطلان الشرط (٣)، و منعه المصنف في المختلف (٤)، و الأصح بطلانهما، لأن المستأجر عليه غير

ص: ١٠٧

١- ١) منهم الشيخ في النهاية: ٤٤٨، و المحقق في الشرائع ١٨١: ٢، و المختصر النافع ١: ١٥٢.

٢- ٢) الكافي ٥: ٢٩٠، حديث ٤، ٥، [١] الفقيه ٣: ٢٢، حديث ٥٨، ٥٧، التهذيب ٧: ٢١٤، حديث ٩٤١، ٩٤٠.

٣- ٣) السرائر: ٢٧٢.

٤- ٤) المختلف: ٤٦٣.

و لو آجره كل شهر بدرهم و لم يعين، أو استأجره لنقل الصبره المجهوله و إن كانت مشاهده كل قفيز بدرهم، أو استأجره مده شهر بدرهم، فإن زاد فبحسابه فالأقرب البطلان، إلا الأخير فإن الزائد باطل. معلوم، إذ المستأجر عليه أحد الأمرين غير معين، و الأجره على كل واحد من التقديرين مقدار غير المقدار على التقدير الآخر.

و روايه محمد بن مسلم غير صريحه فى الصحه، و روايه الحلبي يمكن تنزيلها على إرادته الجعالة، و القول بالبطلان هو المتجه.

و اعلم إن (قصر) فى عبارته الكتاب ينبغى أن يقرأ مشدداً على معنى أن الأجير قصر.

قوله: (و لو آجره كل شهر بدرهم و لم يعين، أو استأجره لنقل الصبره المجهوله و إن كانت مشاهده كل قفيز بدرهم، أو استأجره مده شهر بدرهم، فإن زاد فبحسابه فالأقرب البطلان، إلا الأخير فإن الزائد باطل).

هنا صور:

أ: إذا آجره الدار كل شهر بدرهم، و لم يعين مجموع مده الإجاره فالأقرب عند المصنف البطلان، وفاقاً لابن إدريس (١) للجهااله المقتضيه للغرر. و لا يلزم من مقابله جزء معلوم من المده بجزء معلوم من العوض كون العوضين معلومين.

و قال الشيخ فى النهايه: تصح الإجاره فى شهر لكونه معلوماً، و كذا أجرته (٢)، و أطلق ابن الجنيد صحه الإجاره فى الفرض المذكور (٣). و كل من

ص: ١٠٨

١ - ١) السرائر: ٢٧٠.

٢ - ٢) النهايه: ٤٤٤. [١]

٣ - ٣) نقله عنه العلامه فى المختلف: ٤٦٠.

القولين ضعيف، أما الثاني فللجهالة، وأما الأول فلأن (كل) يقتضى التعدد فكيف ينزل على شهر، فلا- يتم ما ذكره من كون العوضين معلومين، والأصح البطلان.

ب: لو استأجره لحمل الصبره المجهوله، كل قفيز بدرهم لم يصح و إن كانت مشاهده، لأن المشاهده لا تنفى الجهاله و الغرر، و هو الأصح.

و قال الشيخ فى المبسوط: إذا استأجره لحمل عشره أقفزه من صبره مشاهده، كل قفيز بدرهم، و ما زاد فبحسابه صح. و كذا يصح فى البيع لو قال: بعتهكها كل قفيز بدرهم، و يفارق إذا قال: آجرتك هذه الدار كل شهر بدرهم عند من قال: لا يجوز، لأن جملة المده مجهوله المقدار، و ليس كذلك هنا، لأن الجملة معلومه بالمشاهده (١). و يضعف بأن المشاهده لا تنفى الغرر، فالبطلان هو الأصح (٢).

ج: إذا آجره الدار شهراً بدرهم، فإن زاد فبحسابه فالأقرب عند المصنف الصحه فى شهر. و وجه القرب أن كلا من العوضين - و هو الشهر و الدرهم - معلوم، و قوله: (فإن زاد فبحسابه) شرط فيقع فاسداً، لاشتماله على الجهاله و التعليق، و الأصح البطلان، لأن العوضين هو ما اقتضاهما مجموع العقد و الشرط من جملته. و أيضاً فإن فساد الشرط يقتضى فساد العقد كما قررناه غير مره.

و اعلم أن قول المصنف: (إلا الأخير، فإن الزائد باطل) غير حسن، لأن مقتضى الاستثناء صحه الأخير. فإذا كان مراده بيان صحه ما عدا الشرط كان حقه أن يقول: (إلا الأخير فإن الشهر صحيح و الزائد باطل، و الأمر

ص: ١٠٩

١- ١) المبسوط ٢٤٥: ٣. [١]

٢- ٢) فرع: لو اكترى فحلاً- لانزائه على ماشيه، فالأقرب التعدد بأن هذا بخلاف الدابه و الدابتين منع. ورد هذا الفرع فى هامش نسخه «ك».

و يملك المؤجر الأجره بنفس العقد، و إن شرط الأجل لزم.

و يشترط فيه العلم، سواء تعدد أو اتحد، و سواء كانت معينه أو مطلقه. سهل، و المطلوب معلوم.

قوله: (و يملك المؤجر الأجره بنفس العقد).

كما يملك المستأجر المنفعه بنفس العقد، لأنهما عوضان كل منهما فى مقابله الآخر.

قوله: (فإن شرط الأجل لزم، و يشترط فيه العلم، سواء تعدد أو اتحد، و سواء كانت معينه أو مطلقه).

إذا شرط المستأجر تأجيل الأجره إلى أمد بحيث لا يطالب بها، و أن يسلم العين المؤجره إلى ذلك الأمد صح ذلك، بشرط كون الأجل معلوماً مصوناً عن احتمال الزيادة و النقصان، سواء تعدد الأجل بأن يجعلها نجومياً فيقسطها، و يجعل كل قسط معلوم إلى أجل معلوم.

و سواء كانت الإجاره معينه-أى وارده على عين معينه-شخصيه أو مطلقه-أى: وارده على عين فى الذمه-هى أمر كلى لعدم المانع عندنا.

و قال الشافعى بالمنع فى الإجاره الوارده على الذمه و هى المطلقه، لأن الإجاره هنا سلم فى المعنى فيجب قبض العوض كما يجب فى السلم (١).

و ليس بشيء، لأن هذا ليس بسلم، و إلحاقه به قياس.

قال المصنف فى التذكرة: و لو قال: أسلمت إليك هذا الدينار فى دابه تحملنى إلى موضع كذا فالأقوى المنع، لأن الشارع وضع للعقود صيغاً خاصه، و الأصل عصمه الأموال.

ص: ١١٠

و يجب تسليمها مع شرط التعجيل أو الإطلاق، و إن وقعت الإجاره على عمل ملك العامل الأجره بالعقد أيضاً، لكن لا يجب تسليمها إلا- بعد العمل. و حكى عن الشافعى الجواز (١)، فتجىء فيه أحكام السلم من عدم جواز تأجيل الأجره، و لا الاستبدال عنها، و لا الحواله عليها و بها، و لا الإبراء بل يجب التسليم فى المجلس كرأس مال السلم. قال المصنف: و نحن نقول:

إن قصد السلم بلفظه لم يصح لاختصاصه ببيع الأعيان، و إن قصد الإجاره بلفظ السلم لم ينعقد سلماً و لا إجاره عندنا (٢)، و ما ذكره حق.

قوله: (و يجب تسليمها مع شرط التعجيل أو الإطلاق).

و ذلك إذا سلّمت العين المؤجره، لأن تسليم أحد العوضين يسلط على المطالبه بالآخر بمقتضى المعاوضه الموجهه للملك، و المنع من المطالبه إنما كان لعدم تسلّم الآخر.

قوله: (و إن وقعت الإجاره على عمل ملك العامل الأجره بالعقد أيضاً).

و ذلك لأن المعاوضه إذا صحت اقتضت نقل الملك فى كل من العوضين إلى الآخر.

قوله: (لكن لا يجب تسليمها إلا بعد العمل).

لأن وجوب التسليم فى أحد العوضين إنما يتحقق بعد تسليم الآخر، و بدونه يتسلّمان دفعه واحده كما سبق فى البيع.

و لا ريب أن العمل و إن كان مستحقاً بالعقد، إلا أن تسليمه إنما يتحقق بفعله.

ص: ١١١

١- ١) المجموع ٣٤: ١٥.

٢- ٢) التذكرة ٢٩٤: ٢. [١]

و هل يشترط تسليمه؟ الأقرب ذلك، قوله: (و هل يشترط تسليمه؟ الأقرب ذلك).

أى: إذا عمل الأجير العمل المستأجر عليه، هل يشترط تسليم ذلك العمل إلى المستأجر فى وجوب تسليم الأجره؟ الأقرب عند المصنف ذلك.

و وجه القرب: أن المعاوضه لا يجب على أحد المتعاضين فيها التسليم إلا مع تسليم الآخر، و به صرح الشيخ فى المبسوط (١).

و يحتمل العدم، لأنه إذا عمل فإنما يعمل فى ملك المستأجر أو ما يجرى مجراه، فىكون ذلك كافياً عن التسليم، و ليس بشىء.

و ربما فصل: بأن العمل إن كان فى ملك المستأجر وجب التسليم، و إلا فلا.

و الأصح أنه لا بد من حصول التسليم إلى المستأجر و إن عمل فى ملكه، كما لو خاط ثوبه و إن كان فى بيت المستأجر. نعم متى صار فى يد المستأجر تحقق التسليم.

و اعلم أن شيخنا الشهيد قال فى بعض حواشيه: إن هذا- يعنى قول المصنف: (الأقرب ذلك)- مبنى على أن الصفه تلحق بالأعيان، و قد تقدم ذكره فى الفلوس، بناءً على أن المنافع تعد أموالاً، و لهذا يصح جعلها عوضاً و معوضاً.

و كما أن المبيع يحبس حتى يتقابضا معاً، و يسقط الثمن بتلفه قبل قبضه فكذلك المنفعه. و تظهر الفائدة فى جواز حبس الثوب، و فى سقوط الأجره بتلفه، فعلى ما قرره المصنف له حبسه و إن أباه ظاهر كلامه، و لو تلف سقطت الأجره على قوله رحمه الله.

أقول: لا حاجة إلى البناء الذى ذكره، لأن المعاوضه على المنافع أمر

ص: ١١٢

فإذا استوفى المستأجر المنافع استقر الأجر، فإن سلّمت العين التي وقعت الإجاره عليها، ومضت المده و هي مقبوضه استقر الأجر و إن لم ينتفع، متفق عليه، ولا بد في العوضين من التقابض كالبيع، أما عدّ المنافع أموالاً فإن الذي يقتضى عدمه فيها هو أنها لا وجود لها بالفعل، وإنما هي أمور موجوده بالشأن و الصلاحيه.

ثم قوله: إن ظاهر كلام المصنف يأبى ذلك غير جيد، وقوله: (و هل يشترط تسليمه؟ الأقرب ذلك) صريح في ذلك، و ليس مقابل الأقرب بمناف له، لأن مقابل الأقرب ناشىء عن كون العمل إنما هو في ملك المستأجر كخياطه ثوبه، فهو مغنٍ عن التسليم و إن كان ضعيفاً في نفسه، فما ذكره غير واضح.

قوله: (فإن استوفى المستأجر المنافع استقر الأجر).

هذا حيث تكون الإجاره وارده على عين لأجل منافعها كالدار، بدليل قوله بعد: (و إن كانت على عمل) فإن المتبادر من الإجاره على عمل أن يكون الأجير يعمل بنفسه. و إن كان في دخول الدابه في هذا المعنى مسامحه.

فإذا استوفى المستأجر المنافع فقد تحقق وصول العوض إليه، فيستقر ملك المؤجر على عوض الإجاره.

قوله: (فإن سلّمت العين التي وقعت الإجاره عليها، ومضت المده و هي مقبوضه استقر الأجر و إن لم ينتفع).

أى: فإن سلّم المؤجر العين المؤجره إلى المستأجر، ومضت مده الإجاره التي يمكن استيفاء المنفعه المعينه بالزمان أو بالعمل فيها استقر الأجر.

و إن كانت على عمل فسلم المعقود عليه، كالدابة يركبها إلى المعين فقبضها، ومضت مده يمكن ركوبها فيها استقر عليه الأجر و إن كانت الإجاره فاسده، و تجب أجره المثل فيها. و إنما قلنا: إنها مده الإجاره على التقديرين، لأنه إذا عينت المنفعة بالزمان فظاهر، و إن عينت بالعمل فلا بد من وقوعها في زمان يسعها عادة، فذلك الزمان هو مدتها. و احترز بمضى المده عما لو كانت متأخره عن وقت التسليم بالاشتراط في العقد فإنها لا تستقر حينئذ، و عما لو تسلمها بعض المده فقط، و لا فرق في استقرار الأجره بذلك بين الانتفاع و عدمه.

قوله: (و إن كانت على عمل فسلم المعقود عليه، كالدابة يركبها إلى المعين فقبضها و مضت مده يمكن ركوبها فيها استقر عليه الأجر، و إن كانت الإجاره فاسده تجب اجره المثل فيها).

أى: و إن كانت الإجاره على عمل فسلم المؤجر المعقود عليه، و ذلك حيث يكون المعقود عليه مالا، كالدابة إذا آجره ليركبها إلى المعين و يومين مثلاً، و كالعبد إذا أجره للعمل الفلاني، أو للخدمه زماناً معيناً فقبضها المستأجر، و مضت مده يمكن ركوبها فيها إلى المعين استقر عليه أجرها، لأن منافعها قد صارت تحت يده و كان تلفها محسوباً عليه، فيكون بمنزله ما لو استوفى المعوض فوجب عليه العوض.

(و لا فرق في ذلك بين كون الإجاره صحيحه أو فاسده، لأنه قبض العين في الفاسده، على أن المنافع مضمونه عليه، و قد تلفت في يده فوجب عليه عوضها و هو اجره المثل) (١).

و كذا لا فرق بين (٢) كون الإجاره وارده على العين أو في الذمه، و هذا

ص: ١١٤

١- ١) لم يرد في «ك».

٢- ٢) في «ك»: و لا فرق في ذلك بين.

و لو بذل له العين فلم يأخذها المستأجر حتى انقضت المده استقر الأجر عليه إن كانت الإجاره صحيحه، وإلا فلا. يتم في كل عمل يدخل تحت اليد، و يعدّ مضموناً بإثبات اليد على العين المتعلق بها عدواناً. و لا يكون ذلك إلا في الأعيان المملوكه. أما الأعمال التي تصدر عن الحر فلا- يتم فيها ذلك، لأنها لا تدخل تحت اليد، و لا يضمن بمجرد الفوات من دون الاستيفاء، و لم يتعرض المصنف لذكره هنا.

(و اعلم إن المراد من قولهم: منافع الحر لا تدخل تحت اليد و لا تضمن بالفوات: إن الحر لما لم يكن مالاً لم يكن دخوله تحت اليد دخول ضمان، إذ اليد له، فلا يتصور كون يد بهذا المعنى، و هو يد استيلاء، مؤثراً كما في اليد في الأول التي يقتضى ظاهرها الملك، إذا الشيء الذي يكون مالكاً و لا- يكون مملوكاً يمتنع في حقه ذلك. و منفعه و إن كانت مملوكه، إلا أنها معدومه لا يتصور دخولها تحت اليد استقلالاً، و لكونه هو لا يدخل تحت اليد امتنع دخولها تبعاً.

الدخول تحت اليد منحصر في الاستقلال و التبعية، فامتنع دخولها بالكلية، فامتنع كون ذهابها من غير الحر) (١).

قوله: (و لو بذلت له العين فلم يأخذها المستأجر حتى انقضت المده استقر الأجر عليه إن كانت الإجاره صحيحه، وإلا فلا).

أما إذا كانت الإجاره صحيحه، فلأن المنافع بعد بذل العين تلفت باختيار المستأجر في مده الإجاره فاستقر عليه الأجر، كما لو كانت العين في يده.

و كذا لو كانت على عمل و بذل، و مضت مده يمكن الاستيفاء فيها استقر الأجر، لما سبق من أن المنافع تلفت باختياره، صرح بذلك في

ص: ١١٥

(١-١) لم ترد في «ك».

التذكرة (١)، وما ذكره من التوجيه غير مستلزم للمدعى.

ويمكن توجيهه بأنه لما استحق المنافع بالعقد الوارد على العين أو الذمه، وبذل المؤجر متعلق بالإجاره وجب على المستأجر قبوله، لأنه مال له استحققه بالعقد وقد بذل على وجهه و خلى بينه وبينه، فإذا مضت مده يمكن فيها الاستيفاء كان تلفه منه على حد ما لو بذل له دينه الحال حيث يجب قبوله، و خلى بينه وبينه فلم يأخذه حتى تلف فإنه يكون من صاحب الدين كما سبق في البيع.

وهذا واضح، لكن لو كانت الإجاره على عمل الحر فبذل نفسه للمستأجر فتسلمه، أو لم يتسلمه لكن خلى بينه وبين العمل مده يمكن فيها استيفاؤه، ففي الحكم إشكال ينشأ: من أن منافع الحر لا تدخل تحت اليد بخلاف غيره، و من استحقاقها مده بذلها له فيكون تلفها منه، لأن المنافع أموال وقد ملكها، فإذا تلفت كان تلفها منه. وهذا قوى واختاره المصنف في التذكرة (٢).

لكن يرد عليه: إن الدين إنما يتعين بقبض صاحبه، فإذا امتنع منه فلا بد من قبض الحاكم، فإن تعذر فبذله المديون و خلى بين الدين وبينه فتلف كان من ضمانه.

وعلى هذا فحقه أن لا يكون بمجرد بذل الحر نفسه للعمل، حيث لا يقبل المستأجر بحيث لا يتعين له، وبذل العين المؤجره حيث لا يقبلها المستأجر تلف المنافع المذكوره منه، ويستقر الأجر عليه إذا مضت مده يمكن فيها الانتفاع. إلا أن يتشخص الزمان فإنها حينئذ تجرى مجرى الحق المعين المتشخص الذى إذا بذل لمالكه فأبى، أخذه. وقد خلى بينه وبينه فتلف،

ص: ١١٤

١-١) التذكرة ٣١٨: ٢. [١]

٢-٢) التذكرة ٣٢٦: ٢. [٢]

و لو شرط ابتداء العمل فى وقت، و مضت مده يمكن فيها العمل خاليه عنه، فطلبه المالك فلم يدفع العين إليه صار غاصباً، فإن عمل بعد ذلك لم يستحق أجره. فإن تلفه منه، و لا يتوقف على الرجوع إلى الحاكم بخلاف الدين.

و لو كان العمل فى الذمه فبذل نفسه له فلا فرق، قال فى التذكرة:

و إذا قلنا بعدم الاستقرار فللأجير أن يرفع الأمر إلى الحاكم ليجبره على الاستعمال (١).

و أما إذا كانت الإجاره فاسده فإن المستأجر لا تستقر عليه اجره المنافع إن لم يأخذ العين إذ لم تتلف بيده، و لا هى مال له قد بذله من وجب عليه فيكون تلفه منه.

قوله: (و لو شرط ابتداء العمل فى وقت، و مضت مده يمكن فيها العمل خاليه عنه، و طلبه المالك فلم يدفع العين إليه صار غاصباً، فإن عمل بعد ذلك لم يستحق أجره).

أى: لو كانت الإجاره على عمل كخياطه ثوب، و شرط ابتداء العمل فى وقت معين، و سلم إليه العين و مضت مده يمكن فيها العمل خاليه عنه، و طلب المالك العين فلم يدفعها إليه صار غاصباً، لأنه ليس له حبس العين حينئذ لانقضاء المده التى جرت الإجاره عليها، فانفسخت لتعذر المستأجر عليه.

فإن عمل بعد ذلك لم يستحق أجره، لأنه غاصب متبرع بعمله، بخلاف ما لو لم تتعين المده. و إن نزل الإطلاق على اتصال زمانها بزمان العقد فإنه حينئذ لو أخرها لم تبطل، لبقاء صلاحية الزمان لها، بخلاف ما إذا تعين زمانها، فإن فواته يقتضى انفساخها.

ص: ١١٧

و لو ظهر عيب فى الأجره المعينه تخير المؤجر فى الفسخ و الأرش، و فى المضمونه له العوض، فإن تعذر فالفسخ أو الرضا بالأرش، و للمؤجر الفسخ إن أفلس المستأجر. و يجوز أن يؤجر العين بأكثر مما استأجرها به و إن لم يحدث شيئاً و اعلم إن العبارة لا تخلو من مؤاخذه، لأن الضمير فى قوله: (و طلبه المالك) حقه أن يرجع إلى العين، لكنه لا يصلح لذلك لتذكيره، و لا يصلح عوده إلى العمل.

قوله: (و لو ظهر العيب فى الأجره المعينه تخير المؤجر فى الفسخ و الأرش كما فى البيع).

لأن الإطلاق يقتضى كون العوض سليماً.

قوله: (و فى المضمونه له العوض، فإن تعذر فالفسخ أو الرضا بالأرش).

أى: لو ظهر العيب فى الأجره التى سلمها و لم تكن معينه، بل كانت فى الذمه استحق المؤجر عوض المدفوعه، لما قلنا من أن الإطلاق يحمل على الصحيح.

و المدفوع ليس عين المعقود عليه، إذ المعقود عليه، محل الذمه، فإن تعذر العوض تخير المستأجر بين الفسخ و عدمه، فيطالب بالأرش عوض الفاتت بالعين لتعين المدفوع لأن يكون عوضاً بتعذر غيره.

قوله: (و للمؤجر الفسخ إن أفلس المستأجر).

لأن من وجد عين ماله فهو أحق بها، كما سبق فى الفلس مع مراعاة التفصيل السابق، و هذا إذا كانت الأجره ديناً تنزيراً للمنافع بمنزله الأموال.

قوله: (و يجوز أن يؤجر العين بأكثر مما استأجرها به، و إن لم

مقوماً و كان الجنس واحداً على رأى، و كذا لو سكن البعض و آجر الباقي بالمثل أو الزائد، يحدث شيئاً مقوماً و كان الجنس واحداً على رأى).

هذا مختار جمع من الأصحاب للأصل، و لعموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) (١)، و لروايه أبى المغراء-فى الحسن-عن الصادق عليه السلام (٢).

و قال الشيخان (٣)، و أكثر الأصحاب بالمنع مع اتحاد الجنس (٤)، و منع ابن الجنيّد معه فى الربوى (٥)، محتجين بلزوم الربا، و لحسنه الحلبي عن الصادق عليه السلام و قد سئل عن إجاره المستأجر العين بأكثر مما استأجرها قال: «لا يصلح ذلك إلا أن يحدث فيها شيئاً» (٦).

و مثله عن أبى بصير، عنه عليه السلام و زاد: «أو يغرم فيها غرامه» (٧) و جوابه ظاهر، فإن الربا منتف، إذ لا معاوضه فى الجنس الواحد، و الروايتان محمولتان على الكراهيه جمعاً بين الأخبار، على أن فى الثانية: «إنى لأكره» و هو صريح فى الكراهيه، و هو الأصح.

قوله: (و كذا لو سكن البعض و آجر الباقي بالمثل أو الزائد).

أى: و كذا تجوز الإجاره هنا و لا ربا، و يجىء خلاف الشيخ و الجماعه، لأن الأجره تنقسط على الأجزاء، و لحسنه أبى المغراء عن الصادق

ص: ١١٩

١- (١) المائدة: ١. [١]

٢- (٢) الكافي ٥: ٢٧٢، حديث ٣، التهذيب ٧: ٢٠٣، حديث ٨٩٥، الاستبصار ٣: ١٢٩، حديث ٤٦٤، المقنع: ١٣١.

٣- (٣) الشيخ المفيد فى المقنعه: ٩٨، و الطوسى فى المبسوط ٣: ٢٢٦.

٤- (٤) منهم: أبو الصلاح الحلبي فى الكافي فى الفقه: ٣٤٦، و [٢] سلالر فى المراسم: ١٩٥، و المحقق فى الشرائع ١: ١٨١.

٥- (٥) نقله عنه العلامة فى المختلف: ٤٦١.

٦- (٦) الكافي ٥: ٢٧٣، حديث ٨، [٣] التهذيب ٧: ٢٠٤، حديث ٨٩٩.

٧- (٧) الكافي ٥: ٢٧٣، حديث ٩، [٤] التهذيب ٧: ٢٠٤، حديث ٩٠٠.

و كذا لو تقبّل عملاً بشيء و قبله لغيره بأقل. و استيفاء المنفعة أو البعض مع فساد العقد يوجب أجره المثل، سواء زادت عن المسمى أو نقصت عنه. عليه السلام في حديث: «إن فضل أجره الحانوت و الأجير حرام» (١).

و لو سكن البعض و أجر الباقي بدون الأجره جاز و إن كان أكثرها، صرح به في الشرائع (٢)، و الحديث لا ينافيه، فيتمسك فيه بالأصل.

قوله: (و كذا لو تقبّل عملاً بشيء و قبله لغيره بأقل).

أى: يجوز ذلك على رأى، و الخلاف للشيخ و الجماعة لروايه أبى المغراء السابقه، و الأصح فى ذلك كله الجواز.

قوله: (و استيفاء المنفعة أو البعض مع فساد العقد يوجب أجره المثل، سواء زادت عن المسمى أو نقصت عنه).

و ذلك لأنه مع الفساد يجب رد كل عوض إلى مالكه، و مع استيفاء المنفعة يمتنع ردها، فوجب بدلها، و هو أجره المثل.

و لا أثر لكون المسمى أقل أو أكثر، كما لو اشترى العين فاسداً بأقل من قيمتها أو بأكثر فتلفت.

و فى حواشى شيخنا الشهيد: إن هذا إذا لم يكن الفساد باشتراط عدم الأجره، أو يكون متضمناً له فهناك يقوى عدم وجوب الأجره لدخول العامل على ذلك، و هذا صحيح فى العمل.

أما مثل سكنى الدار التى يستوفىها المستأجر بنفسه، فإن اشتراط عدم العوض إنما كان فى العقد الفاسد الذى لا أثر لما تضمنه من التراضى فحقه وجوب أجره المثل. و مثله ما لو باعه على أن لا ثمن عليه. و لو اشترط فى

ص: ١٢٠

١- ١) الكافى ٥: ٢٧٢ حديث ٣، [١] التهذيب ٧: ٢٠٣ حديث ٨٩٥.

٢- ٢) الشرائع ٢: ١٨١. [٢]

و يكره استعمال الأجير قبل أن يقاطع على الأجره، و أن يضمن مع انتفاء التهمه. العقد عدم الأجره على العمل فعمل فلا شىء، لتبرعه بعمله.

و اعلم أن عبارته الكتاب سليمه عن المؤاخذه التى ذكرها شيخنا الشهيد، إلا أن الاستيفاء إنما يتحقق حيث يباشر المستأجر المنفعه، أما منفعه من يعمل باختياره فإن المباشر لإتلافها هو، فلا تحتاج العبارة إلى التقييد.

نعم، يمكن أن يجعل الاستيفاء احترازاً من هذا القسم.

قوله: (و يكره استعمال الأجير قبل أن يقاطع على الأجره).

لما يتضمن ذلك من التجاذب و التنازع غالباً.

قوله: (و أن يضمن مع انتفاء التهمه).

أولاً بأمرين:

أ: أن يشهد شاهدان على تفريطه، فإنه يكره تضمينه إذا لم يكن متهماً.

ب: لو نكل عن اليمين و قضينا بالنكول كره تضمينه مع عدم التهمه.

كذا قيل، و ينبغى أن يقال: إذا لم يقض بالنكول يكره له تضمينه باليمين المردوده، و هذا إذا قلنا بعدم التضمن إلا بالتفريط.

أما على ما يراه كثير من الأصحاب من تضمينهم إلا مع ثبوت ما يقتضى العدم فظاهر (1)، لأن الأجير إذا لم يكن متهماً يكره تضمينه إذا لم يقره بما يسقط الضمان. و ربما فسر ذلك بكراهيه اشتراط الضمان، و ليس بشىء للفساد حينئذ.

ص: ١٢١

(١-١) منهم المحقق فى الشرائع ٢: ١٨٢ و لم يذكر الكراهه، و الشهيد فى اللمعه: ١٦٤.

المطلب الثالث: في المنفعة، و شروطها ثمانية:

الأول: أن تكون مباحه

الأول: أن تكون مباحه، فلو استأجر بيتاً ليحزر فيه خمرأ، أو دكاناً لبيعه فيه، أو أجيراً ليحمل إليه مسكراً سواء كان لمسلم أو كافر، أو جاريه للغناء، أو كلباً للصيد لهواً، أو ناسخاً ليكتب كفراً أو غناء، أو استأجر الكافر مسلماً للخدمه، أو مصحفاً للنظر فيه لم يصح. قوله: (فلو استأجر بيتاً ليحزر فيه خمرأ).

أى: لا تصح الإجاره فى ذلك كله، والمراد إذا صرح فى عقد الإجاره بكونها لذلك.

أما لو أجر الدار ممن يحوز (1) الخمر فإنه لا يحرم على الأصح، وإن كره. وقد سبق فى البيع.

قوله: (أو دكاناً لبيعه فيه).

حقه أن يقول: لبيعه فيه، لأن الخمر مؤنث سماعى.

قوله: (أو أجيراً ليحمل له مسكراً، سواء كانت لمسلم أو كافر).

أى: سواء كانت الإجاره هذه، و المنع فى المسلم ظاهر.

أما إذا كانت لكافر: فلائذ المسلم لا يجوز أن يكون أجيراً لكافر، و حمله الخمر حرام بغير الإراقه أو التخلييل، و مع ذلك فخمر الكافر إنما تكون محترمه إذا لم يتظاهر بها بين المسلمين، فإذا أظهرها فلا حرمه لها.

قوله: (أو مصحفاً للنظر فيه لم يصح).

لمنافته تعظيم

ص: ١٢٢

الثانى: أن تكون مملوكه إما بالتبعيه كمالك العين، أو بالاستقلال كالمستأجر، فلا تصح اجاره الغاصب. و لو عقد الفضولى وقف على الإجازة. و لو شرط المالك المباشرة لم يكن له أن يؤجر، فإن.

شعائر الله تعالى.

قوله: (الثانى: أن تكون مملوكه: إما بالتبعيه كمالك العين).

فإنه يملك المنفعة لكونها تابعه للملك.

قوله: (أو بالاستقلال كالمستأجر).

أراد بملكها بالاستقلال: حصول سبب من الأسباب الموجبه للملك، و اقتضى حكم المنفعة، و ذلك كما فى المستأجر و الموصى له المنفعة.

قوله: (فلا تصح إجاره الغاصب).

أى: لا يترتب عليها أثر الإجاره، لكن تقع موقوفه، كما يقع بيعه موقوفاً.

قوله: (و لو عقد الفضولى وقف على الإجازة).

كما فى بيعه، و فى التحرير قال: الأقرب وقوفه على الإجازة (١)، و وجهه عموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) (٢)، و يحتمل العدم لقبح التصرف فى مال الغير بغير إذنه.

قوله: (و لو شرط المالك المباشرة لم يكن له أن يؤجر، فإن

ص: ١٢٣

١-١) التحرير ١: ٢٤٥. [١]

٢-٢) المائدة: ١. [٢]

فعل و سلم العين حينئذ ضمنو يجوز مع عدم الشرط أن يؤجر لمثله أو أقل ضرراً، سواء كان قبل القبض أو بعده، و سواء كان المستأجر هو المؤجر أو غيره، و يضمن العين بالتسليم. فعل و سلم العين حينئذ ضمن).

إنما يضمن مع تسليم العين، أما بدونه فلا. فلو أجره و لم يسلمه، أو استوفى المنفعة له بوكالته فلا ضمان قطعاً، لعدم التعدي.

قوله: (و يجوز مع عدم الشرط أن يؤجر لمثله، أو أقل ضرراً).

أى: أن يؤجر لركوب مثله مثلاً، أو سكنى مثله، أو يؤجر لمثل العمل الذى استأجر لأجله، و كذا للأقل (١) ضرراً، لأن المنفعة تصير ملكاً له بالإجاره، و الناس مسلطون على أموالهم (٢).

قوله: (سواء كان قبل القبض أو بعده).

بخلاف البيع فإنه يحرم أو يكره.

قوله: (و سواء كان المستأجر هو المؤجر أو غيره).

و منع بعض الشافعيه من استئجار المؤجر، لأنه يملك المنفعة بالتبعيه، فلا يتصور ملكها بسبب آخر. و لأنه إذا استأجر ثم اشترى العين يجب أن تنسخ الإجاره، كما لو نكح الجاريه ثم اشتراها، و ما يفسخ-إذا كان سابقاً- يجب أن لا يصح إذا طرأ، و هو ضعيف، و قد سبق صحه الشراء بعد الاستئجار.

قوله: (و يضمن العين بالتسليم).

لأن تسليط شخص

ص: ١٢٤

١- ١) فى «٥»: الأقل.

٢- ٢) عوالى اللآلى ١٣٨: ٢ حديث ٣٨٣.

الثالث: أن تكون مقومه، فلو استأجر تفاحه للشم، أو طعاماً لتزيين المجلس، أو الدراهم و الدنانير و الشمع لذلك، أو الأشجار على مال غيره بغير إذن المالك تعد، فيكون موجباً للضمان. و قوى شيخنا الشهيد في حواشيه عدم الضمان، لأن القبض من ضرورات الإجاره للعين، و قد حكم بجوازها، و الإذن في الشيء إذن في لوازمه.

و فيه نظر، إذ ليس من لوازم الإجاره القبض، لإمكان استيفاء ذلك بجعل المؤجر و كياً في الاستيفاء، و باستيفاء المنفعة و العين في يده، كما لو أسكنه في الدار معه، أو حمل المتاع على الدابة و هي في يده، أو أركبه إياها و هي في يده، فلم يتم ما ادعاه.

فإن قيل: إن لم يجز التسليم لم تصح الإجاره، لأن إجاره ما لا يقدر على تسليمه غير صحيحه:

قلنا: هو مقدور على تسليمه بالإذن المتوقع حصوله، على أن المراد من التسليم حصول المنفعة، و حصولها متصور مع كون العين في يد المستأجر الأول كما ذكرنا. لكن روى على بن جعفر في الصحيح عن أخيه موسى عليه السلام: عدم ضمان الدابة المستأجره بالتسليم إلى الغير (١).

و لعل المراد بها حيث يكون هناك إذن، أو يراد تسليم لا يخرج به عن كونها في يد المستأجر تمسكاً بعموم تحريم مال المسلم إلا عن طيب نفس منه (٢)، إلى أن يوجد المخصص.

قوله: (الثالث: أن تكون مقومه، فلو استأجر تفاحه للشم، أو طعاماً لتزيين المجلس، أو الدراهم و الدنانير أو الشمع لذلك، أو

ص: ١٢٥

١- ١) الكافي ٥: ٢٩١ حديث ٧، التهذيب ٧: ٢١٥ حديث ٩٤٢.

٢- ٢) انظر: عوالي اللآلي ٢: ١١٣ حديث ٣٠٩، [١] مسند أحمد ٣: ٤٢٣ و ٥: ٧٢.

للوقوف فى ظلها فى الجواز نظر، ينشأ من انتفاء قصد هذه المنافع، و لهذا لا تضمن منفعتها بالغصب. الأشجار للوقوف فى ظلها فى الجواز نظر، ينشأ من انتفاء قصد هذه المنافع، و لهذا لا تضمن منفعتها بالغصب).

فى قوله: (لا تضمن منفعتها بالغصب) نظر، لأنه إذا ثبت كون هذه المنفعة مقومه و جب ضمانها بالغصب.

يشترط لجواز بذل العوض المالى فى مقابل المنفعة أن تكون مقومه، أى: أن يكون لها قيمة عند أهل العرف غالباً، لأن ما لا قيمه له لا يجوز بذل المال فى مقابله، و لا يحسن وقوع المعاوضه عليه.

فلو استأجر نحو التفاحه للشم، أو طعاماً لتزيين المجلس به، أو الدراهم و الدنانير للتزيين بها، أو الشمع كذلك، أو الأشجار للوقوف فى ظلها، ففى صحه الإجاره نظر ينشأ من التردد فى كون هذه المنافع مقومه أم لا.

و هذا أولى من قول المصنف: (ينشأ من انتفاء قصد هذه المنافع، و لهذا لا تضمن منفعتها بالغصب) فإنه لو تم ذلك لم يكن للتردد مجال، بل و جب الجزم بعدم الصحه.

و احترز ب(التفاحه) عن التفاح الكثير، فإن استجاره أظهر صحه، لصحه استجار المسك و الرياحين. كذا قال الشارح (1)، و فيه مناقشه، لأن الظاهر أن المانع ليس هو وحدتها، بل كون مثل هذه المنفعة لم تثبت لها قيمه عرفاً بحيث تقابل بمال، بخلاف المسك فحينئذ يكون اختيار الشارح الفرق بينهما لا يخلو من شىء.

و اعلم أن المصنف جوّز فى التذكرة استجار الدراهم و الدنانير للتزيين

ص: ١٢٤

و كذا لو استأجر حائطاً مزوقاً للتنزه بالنظر إليه. أما لو استأجر شجراً ليجفف عليها الثياب، أو يبسطها عليها ليستظل بها فالوجه الجواز. بها، وللضرب على طبعها، ونثرها في العرس ثم جمعها، والتحلى بها، والوزن بها (١)، والأصح جواز استئجارها. ولا يشترط تعيين جهة الانتفاع كاستئجار الدار، فإنه تجوز معه السكنى وإحراز المتاع فيها.

و لو أجزها لإتلاف لم يجز، و لم يكن قرضاً. و كذا يصح استئجار الأشجار للاستظلال، و التفاح للشم، و الشمع للترتين لا للضوء إن صح مقابله ذلك بمال عرفاً. أما الطعام و نحوه للترتين فلا، فإن مثل ذلك لا يبذل العوض في مقابله.

و الضابط: إن المنفعة التي يحسن عرفاً مقابلتها بمال يجوز استئجار العين المشتملة عليها، دون غيرها.

قوله: (و كذا لو استأجر حائطاً مزوقاً للتنزه بالنظر إليه).

أى: يجيء فيه النظر السابق، و ما سبق آت هنا.

قوله: (أما لو استأجر شجراً ليجفف عليها الثياب، أو يبسطها عليها ليستظل بها فالوجه الجواز).

ينبغي أن يقرأ بسطها بفتح الباء و إسكان السين و كسر الطاء عطفاً على يجفف، و أن كان عطفاً للاسم على الفعل و هو غير حسن، لأنه أولى من جعله فعلاً.

و عطف الجملة على جملة (ليجفف) أو على جملة (استأجر) لعدم حصول المعنى المراد حينئذ، لأن المعنى على الأول: أنه لو استأجر شجراً فبسط الثياب عليها، و على الثانى: أنه لو بسطها عليها فالوجه الجواز، و هو

ص: ١٢٧

الرابع: انفرادها بالتقويم، فلو استأجر الكرم لثمره، أو الشاه لنتاجها، أو صوفها، أو لبنها لم ينعقد، لما يتضمن من بيع الأعيان قبل وجودها، والاستتجار إنما يتعلق بالمنافع. خلاف المعنى المراد.

و وجه الجواز: أن هذه المنفعة متقومه في العادة، و مثل هذا النفع مقصود للعقلاء، و الحاجة تدعو إليه، و هو مختار الشيخ (١). و يحتمل العدم لتخيل عدم كون ذلك مما يقصد في العادة و يعدّ متقوماً، و لهذا لا يضمنها الغاصب.

و اختار الشارح البطلان (٢)، و الصحة أقوى. و المناط للصحة في ذلك و نظائره هو الضابط السابق.

قوله: (الرابع: انفرادها بالتقويم، فلو استأجر الكرم لثمره، أو الشاه لنتاجها أو صوفها أو لبنها لم ينعقد لما يتضمن من بيع الأعيان قبل وجودها، والاستتجار إنما يتعلق بالمنافع).

لا ريب أنه يشترط لصحة الإجاره كون المنفعة وحدها ذات قيمه، لأن مورد الإجاره هي المنفعة التي ليست بعين.

فلو لم يكن للمنفعة وحدها قيمه من دون ضميمه عين إليها فحقها أن لا تصح، لأنه خلاف مقصود الإجاره شرعاً، لأن القصد بها نقل المنافع، كما أن القصد بالبيع نقل الأعيان. لكن في تفريع استتجار الكرم للثمره و الشاه للنتاج على هذا مناقشه، فإنه ليس هنا منفعة استؤجر لها و لا قيمه لها بدون العين، إذ المستأجر له هو الثمره و التاج و هما عينان.

ثم إن تعليقه - بكونه يتضمن بيع الأعيان قبل وجودها - فيه مناقشتان:

ص: ١٢٨

١- ١) المبسوط ٣: ٢٥١.

٢- ٢) إيضاح الفوائد ٢: ٢٥٢.

و لو استأجر الظئر لإرضاع الولد مع الحضانه جاز، و الأقرب جوازه مع عدمها، للحاجه. إحداهما: أن هذه الإجاره لا تتضمن بيعاً، لكن لما اشتملت على نقل العين - و ذلك مقصود بالبيع - صار مقصود البيع مقصوداً بالإجاره. و حقه أن لا يصح، لأن لكل عقد حداً لا يتعداه.

الثانيه: قوله: (قبل وجودها) غير محتاج إليه، بل و لا ينبغي، لأنه يقتضى أن المانع من الصحه هو مجموع الأمرين، مع أن الأول وحده كاف في المنع عندنا.

و اعتذر شيخنا الشهيد: بأن المصنف حاول صحه التعليل عند المخالف من العامه القائل بأن الإجاره بيع (1)، فإن بيع الأعيان قبل وجودها عنده لا يجوز، فوجب أن لا يجوز عنده هذا العقد أيضاً لهذا التعليل.

لكن في هذا الاعتذار مناقشه، لأن ذلك لا يرتبط بالشرط الرابع، و هو كون المنفعه مقومه بانفرادها. و كذا قوله بعد: (و الاستئجار إنما يتعلق بالمنافع) فيكون قبل وجودها مما ينبغي تركه.

قوله: (و لو استأجر الظئر لإرضاع الولد مع الحضانه جاز).

الظئر: هي المرضعه، و لا - ريب ان استئجارها للحضانه جائز، لأنه عمل مقصود محلل متقوم، فيكون دخول اللبن بالتبعيه جائزاً اشراطه.

و اعلم أن الحضانه - بكسر أوله - هي: حفظ الولد، و تربيته، و دهنه، و كحله، و غسل خرقة و تنظيفه، و جعله في سريره و ربطه إلى آخر سائر ما يحتاج إليه. و لا يخفى أن الاستئجار للحضانه لا يدخل فيه الإرضاع، و بالعكس.

قوله: (و الأقرب جوازه مع عدمها للحاجه).

وجه القرب

ص: ١٢٩

و هل يتعدى إلى الشاه لإرضاع السخله؟ الأقرب ذلك. و كذا يجوز استئجار الفحل للضراب على كراهيه. قوله تعالى فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ (١) والمراد سقى اللبن قطعاً، أطلق اسم الأجر على ما يقابل ذلك، فوجب أن يكون الاستئجار جائزاً. و يحتمل المنع لتناوله الأعيان، و مع ذلك فهي مجهوله و ليست موجوده، و لا وجه لهذا بعد ثبوت النص.

و اعلم أن المصنف قال في التذكرة: إن الخلاف بين المختلفين في صحة هذا العقد إنما هو إذا قصر الإجاره على صرف اللبن إلى الصبي، و قطع عنه وضعه في الحجر و نحوه (٢). و لكن هذا إنما يجيء على قول العامه المجوزين نقل الأعيان بالإجاره (٣)، و إلا فيجب أن لا يختلف الحال بين إدخال ذلك و عدمه نظراً إلى أن هذا الفعل وحده غير مقصود من دون اللبن.

و اعلم أيضاً: إن قوله: (للحاجه) ينبغي أن لا- يجعل دليل المسأله، لأن مطلق الحاجه لا يجوز ما لا يجوز. نعم يناسب أن يكون سر الشرعيه، و كيف كان فالأصح الجواز.

قوله: (و هل يتعدى إلى الشاه لإرضاع السخله؟ الأقرب ذلك).

وجه القرب الحاجه كالطفل، و يحتمل العدم لوجود المنافي، و عدم الصحه أقوى، و يمكن الصلح على ذلك، و لا تضر الجهاله.

قوله: (و كذا يجوز استئجار الفحل للضراب على كراهيه).

و ليس محرماً عند علمائنا، قاله في التذكرة (٤). و القصد من الضراب

ص: ١٣٠

١-١) الطلاق: ٦. [١]

٢-٢) التذكرة ٢: ٢٩٥. [٢]

٣-٣) انظر: المجموع ٦: ١٥.

٤-٤) التذكرة ٢: ٢٩٦. [٣]

و فى جواز استئجار البئر للاستسقاء منها إشكال، و يجوز استئجار الأطياب للشم و إن نقصت أعيانها، بخلاف الشمع للإشعال، و الطعام للأكل، و إن كان هو الماء إلا أنه جَوَز للضرورة، و ليقع العقد على العمل و يقدره بالمره و المرتين و نحوهما.

و حكى المصنف فى التذكرة عن بعض العامه التقدير بالمدّه (١)، و رده بأن تطبيق الفعل على المدّه غير مقدور (٢).

قوله: (و فى جواز استئجار البئر للاستسقاء منها إشكال).

ينشأ: من أنه نقل للعين، و من دعاء الضروره إليه، و الأقوى العدم، فإذا استأجرها مع شيء و شرط دخول الماء جاز.

و فى التذكرة منع من استئجارها لذلك ثم قال: نعم لو استأجر الدار و فيها بئر ماء جاز له الاستسقاء منها للعاده، و دخول الماء بالتبعيه. و لو استأجر قناه، فإن قصد موضع جريان الماء جاز و كان الماء تابعاً يجوز الانتفاع به كما نقول فى الرضاع اللبن تابع (٣).

قوله: (و يجوز استئجار الأطياب للشم و إن نقصت أعيانها).

كالثوب للبس و إن نقص به، لانسحاق بعض أجزائه.

قوله: (بخلاف الشمع للإشعال و الطعام للأكل).

فإنه لا- يجوز فيهما ذلك، لأن الانتفاع بهما فى المذكور إنما يكون بالإتلاف، بخلاف الثوب فإن الذاهب بعض أجزائه التى لا يخل ذهابها ببقاء

ص: ١٣١

١- (١) انظر: المغنى لابن قدامه ١٤٨: ٦-١٤٩.

٢- (٢) التذكرة ٢٩٦: ٢. [١]

٣- (٣) المصدر السابق. [٢]

و الإجاره فى الاستحمام للبت فيه و استعمال الماء تابع للاذن.

الخامس: إمكان وجودها

الخامس: إمكان وجودها، فلو استأجر الأرض للزراعة و لا ماء لها ثوب.

قوله: (و الإجاره فى الاستحمام للبت فيه و استعمال الماء تابع للاذن).

يناسب أن يكون هذا جواباً عن سؤال مقدّر هو: أن الحمام يجب أن لا يصح استئجاره، لأن الانتفاع بالماء إنما يكون غالباً بإراقتة التى هى إتلاف له.

و جوابه: إن الإجاره فى الاستحمام إنما هى على اللبث فى الحمام، و أما استعمال الماء فإنه تابع لذلك، للاذن فيه عادة، فإن العاده مستمره بأن من دخل الحمام للاستحمام أراق الماء. و اعترف فى التذكرة بأن الاستئجار للحمام اشتمل على استعمال الماء و إتلافه للضروره (١).

و فى موضع آخر تردد بين كون المدفوع إلى الحمّامى ثمن الماء، و يتطوع بحفظ الثياب و إعاده السطل، و كونه اجره الحمام و السطل و الإزار و حفظ الثياب، و أما الماء فلا يقابل بعوض لكونه غير مضبوط.

و فى روايه عن على عليه السلام: أنه اتى بصاحب حمام وضعت عنده الثياب فلم يضمه و قال: «إنما هو أمين» (٢)، و لا دلالة فيها على شىء، لأنه على الأول مستودع، و على الثانى أجير، فهو أمين على كل من التقديرين.

قوله: (الخامس: إمكان وجودها، فلو استأجر الأرض للزراعة

ص: ١٣٢

١ - ١) التذكرة ٢٩٥: ٢. [١]

٢ - ٢) الفقيه ١٦٣: ٣ حديث ٧١٦، التهذيب ٢١٨: ٧ حديث ٩٥٤.

بطلت، أما لو لم يعين الزرع انصرف إلى غيره من المنافع و لو كان نادراً. وكذا لو استأجر عبداً مدة يعلم موته قبل انقضائها، أو استأجر أعمى للحفظ، و لا ماء لها بطلت، أما لو لم يعين الزرع انصرف إلى غيره من المنافع و لو كان نادراً).

أى: و لو كان غير الزرع نادراً، لكن ينبغي التصريح بأن لا- ماء لها إذا لم يكن المتعاقدان عاليمين، لأن أغلب وجوه الانتفاعات بالأرض زرعها، إلا أن يشهد الحال بأن مثلها لا يراد للزرع، و فى التذكرة ما قد يقرب من ذلك (١).

و الظاهر أن حفر الساقية القريبه السهله، و عمل الدولاب بسهولة لا يخل- بصحة إجاره الأرض للزراع- عدمه إذا كانت محققه السقى به و كان عمله سهلاً لوجود الماء بالقوه القريبه من الفعل، و عد ذلك ماء فى العاده، و مثله احتياج الساقية إلى التنقيه.

و ينبغي أن لا يراد بقول المصنف: (و لو كان نادراً) أن تكون المنفعه لندرته غير مقصوده عاده و لا متقومه، بل كون قصدها نادراً بالإضافة إلى قصد الزراعه.

قوله: (و كذا لو استأجر العبد مدة يعلم موته قبل انقضائها).

للجهل بزمان الإجاره حينئذ فلا يصح.

قوله: (أو استأجر أعمى للحفظ).

أى: لحفظ الأمتعه، حيث يكون حفظها موقوفاً على وجود البصر (٢).

ص: ١٣٣

١- (١) التذكرة ٢٩٦: ٢. [١]

٢- (٢) فى «ك»: النظر.

أو أخرج للتعليم، أو استأجر حيواناً لعمل لم يخلق له و يمتنع حصوله منه، كما لو استأجر الشاه للحرث أو الحمل.

أما لو استأجر ما يمكن منه و إن لم يخلق له جاز، كالإبل للحرث و البقر للحمل.

السادس: القدره على تسليمها

السادس: القدره على تسليمها، فلو استأجر الآبق منفرداً لم يصح. و لو آجر للسنه القابله صح، قوله: (أو أخرج للتعليم، أو استأجر حيواناً لعمل لم يخلق له و يمتنع حصوله منه، كما لو استأجر شاه للحرث أو للحمل. أما لو استأجر ما يمكن منه و إن لم يخلق له جاز، كالإبل للحرث و البقر للحمل).

يصح بفتح الحاء مصدرًا، و بكسرهما اسمًا.

قوله: (السادس: القدره على تسليمها، فلو استأجر الآبق منفرداً لم يصح).

يفهم من قوله: (منفرداً) أنه لو استأجره منضمًا صح، و قد صرح به شيخنا الشهيد في بعض حواشيه، معللاً بأنه إذا جاز بيعه كذلك جازت إجارته كذلك بطريق أولى، لأن الإجاره تحتمل من الغرر ما لا يحتمله البيع.

و تردد المصنف في التحرير (١)، و منع في التذكرة (٢) لمنافاه عدم القدره على التسليم مقصود الإجاره، و هو الأصح. و الحكم في البيع ثبت بالنص على خلاف الأصل فلا يتعدى.

قوله: (و لو آجر للسنه القابله صح).

أى: لو لم يكن

ص: ١٣٤

١-١) تحرير الأحكام ٢٤٨:١.

٢-٢) التذكرة ٢٩٦:٢. [١]

و كذا لو أجر سنه متصله بالعقد، ثم أخرى له أو لغيره.

و لو استأجر الدابه ليركبها نصف الطريق صح، واحتيج إلى المهايه إن قصد التراوح، وإلا افتقر إلى تعيين أحد النصفين. زمان الإجاره متصلاً بزمان العقد، كما لو أجر للسنة القابله صح، لأنه عقد صدر من أهله في محله، ولا مانع إلا تأخر زمان الإجاره عن زمان وقوع العقد، وذلك لا يصلح للمانع.

و قال الشيخ في الخلاف: لا يصح (١)، و أبو الصلاح تبعه (٢)، محتجين بأن الإجاره حكم شرعى لا تثبت إلا بدليل و هو منتفٍ، و لأن صحه الإجاره تتوقف على التسليم، و هو منتف حينئذ.

و جوابه: الدليل قائم و هو (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) (٣) (إلا أن تكون تجاره عن تراض) (٤)، و التسليم واجب زمان الإجاره لا مطلقاً.

قوله: (و كذا لو أجر سنه متصله بالعقد، ثم أخرى له أو لغيره).

أى: تصح، و يجىء خلاف الشيخ ها هنا. و الصحه هنا بطريق أولى، خصوصاً إذا كان العقد الثانى للمستأجر الأول.

قوله: (و لو استأجر دابه ليركبها نصف الطريق صح، و احتيج إلى المهايه إن قصد التراوح، و إلا افتقر إلى تعيين أحد النصفين).

نصف الطريق صادق على النصف الموزع أجزاء، و هو الذى يقصد به التراوح، و هو حصول الراحة بالركوب كلما تعب. و على النصف المتصل

ص: ١٣٥

١-١) الخلاف ١:٢١: ٢ مسأله ١٢ كتاب الإجاره.

٢-٢) الكافى فى الفقه: ٣٤٩.

٣-٣) المائده: ١. [١]

٤-٤) النساء: ٢٩. [٢]

و المنع الشرعى كالحسى، فلو استأجر لقلع ضرر صحيح، أو قطع يد صحيحه، أو استأجر جنباً أو حائضاً لكنس المسجد لم يصح. الأجزاء، فإن قصد الأول فلا بد من تعيين مقدار ما يركب و ما يمشى، إما بالفراسخ إن عينت الإجاره بالمسافه، و إلا فبالزمان كركوب يوم، و مشى يوم إن عينت بالزمان.

و لا بد من تعيين محل الركوب، و محل النزول، أو زمانهما. و لو كان هناك عاده مستمره غالبه مضبوطه نزل الإطلاق عليها، صرح به فى التذكره (١).

و إن قصد الثانى فلا بد من تعيين النصف الذى يستأجر لركوبه، أ هو الأول أم الثانى؟ و هل يكفى تعيين أول النصف إلى حيث ينتهى؟ أم لا. بد من تعيين آخره؟ قد سبق فى البيع أنه لو باعه جريباً من هنا إلى حيث ينتهى لم يصح لجهاله البيع، بل لا بد أن يعين آخره، و مقتضاه أن لا يصح هنا إلا إذا عيّن الآخر.

و قد يتخيل إن قضيه الاكتفاء فى التراوح بالتعيين بالأيام عدم اشتراط ذكر الآخر هنا، و ليس كذلك، لأن تعيين المنفعه يكون بأمرين، فلا بد من ضبط الأول و الآخر فى كل منهما، و تشخيص الزمان أو المسافه، و بأيهما عين فلا تعيين بالآخر.

و اعلم أن قوله: (و احتيج إلى المهايه) ليس صريحاً فى وجوب ذكر ذلك فى العقد و إن كان هو المراد.

قوله: (و المنع الشرعى كالحسى، فلو استأجر لقلع ضرر صحيح، أو قطع يد صحيحه، أو استأجر جنباً أو حائضاً لكنس المسجد لم يصح).
لتعذر صدور الفعل

ص: ١٣٦

و لو كانت السن وجعه، أو اليد متأكله صحت، فإن زال الألم قبل القلع انفسخت الإجاره.

و لو استأجر منكوحه الغير بدون إذنه فيما يمنع حقوق الزوج لم يصح، في نظر الشارع، فهو غير مقدور التسليم و لا يخفى أنه إنما يتحقق ذلك في استئجار الجنب و الحائض لكنس المسجد كون زمان الكنس زمان الحيض و الجنابه.

قوله: (و لو كانت السن وجعه، و اليد متأكله صحت).

بشرط صعوبه الألم، و قول أهل المعرفه إن القلع مزيل له، و إلا فلا.

و لا بد في قطع اليد المتأكله من أن يكون القطع نافعاً، و لا يخاف معه التلف، ذكر ذلك في التذكره (١)، و كذا ما يجرى مجرى التلف.

قوله: (و لو استأجر منكوحه الغير بدون إذنه فيما يمنع حقوق الزوج لم يصح).

أطلق الشيخ القول بالمنع من إجاره المرأه نفسها لغير الزوج بغير إذنه، محتجاً بأن المرأه معقود على منافعها بعقد النكاح، فلا يجوز لها أن تعقد على نفسها فتخل بحقوق الزوج (٢). و تبعه ابن إدريس (٣)، و فصل المصنف في المختلف بما ذكره: و هو أن الإجاره إن لم تمنع شيئاً من حقوقه صحت و إلا لم تصح إلا بإذنه (٤).

و لك أن تقول: إن جميع أوقات المرأه محل لاستمتاع الزوج، فهى

ص: ١٣٧

١- (١) التذكره ٢: ٢٩٨. [١]

٢- (٢) الخلاف ١٢٢: ٢ مسألة ١٨ كتاب الإجاره.

٣- (٣) السرائر: ٢٧٣.

٤- (٤) المختلف: ٤٦٤.

و لو كان للرضاع فإن منع بعض حقوقه بطل، وإلا فلا. و لو استأجرها الزوج أو غيره بإذنه صح، مستغرقه في كونها مستحقه، فلا يتصور إجارتها نفسها لشيء من الأعمال من دون إذن الزوج.

و يمكن الجواب: بأنه و إن كان كذلك، إلا أن العادة قد ثبتت و استقرت بأن الزوج لا يستغرق الأوقات في الاستمتاع، خصوصاً في النهار و إذا كان مسافراً. و معلوم أن جميع منافع المرأة غير مملوكة له، بل و لا شيء منها، بل إنما يستحق الاستمتاع بها. فالزمان الذي وثق بعدم استمتاعه فيه للعادة، أو لغيبته يجوز للزوجه إجارة نفسها فيه لمنفعه مملوكة لها لغيره، و هذا واضح فإن الأمور المعتادة على وجه الاستمرار موثوق بها.

لكن ينبغي -إذا أراد الزوج الاستمتاع على خلاف الغالب في ذلك الزمان المخصوص بالإجارة- انفساخ الإجارة إذا تشخص زمانها، لوجوب تقديم حق الزوج. و اعلم أن قوله: (لم يصح) ينبغي أن يراد به الوقوف على إجازته، لأن العقد فضولي.

قوله: (و لو كان للرضاع فإن منع بعض حقوقه بطل و إلا فلا).

لا فرق بين الاستئجار للرضاع و غيره على ما سبق، و ينبغي أن يكون المراد بالبطلان عدم اللزوم.

قوله: (و لو استأجرها الزوج أو غيره بإذنه صح).

أما إذا استأجرها الغير بإذنه فواضح، فإن المانع حقه و قد أسقطه.

و أما إذا كان المستأجر هو، فلائنه لا يستحق جميع منافعها، إنما يستحق الاستمتاع، و كون الزمان مستحقاً صرفه في الاستمتاع له، لا ينافي صحه الإجارة إذا رضى بصرفه في المنفعة التي لا يستحقها، و لأن فاضل

و إن كان لإرضاع ولده منها في حباله. و لو تلفت العين المستأجره قبل القبض بطلت الإجاره، الزمان عن الاستمتاع عادة قد أعرض عنه، و لهذا تجوز الإجاره لغيره، فيجوز له. و يجيء على قول الشيخ منعه من استئجارها، و سيأتي.

قوله: (و إن كان لإرضاع ولده منها في حباله).

منع الشيخ من استئجار الزوج لإرضاع ولده، لأنها أخذت منه عوضاً في مقابله الاستمتاع، و آخر في مقابله التمكين (١). و سوغه المرتضى (٢)، و ابن إدريس (٣)، و المصنف لقوله تعالى فَإِنْ أَرْضَعْنَا لَكُمْ فَاتَّوهُنَّ أُجُورَهُنَّ (٤)، و قوله تعالى وَ عَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَ كِسْوَتُهُنَّ (٥).

و العوض المأخوذ ليس في مقابله التمكين بل في مقابله الإرضاع، و لا فرق بين أن يمنع شيئاً من حقوق الزوج و عدمه، لأنه قد رضى بذلك.

و اعلم أن الشافعي في أحد قوليه منع من استئجار الزوج زوجته لإرضاع ولده منها (٦)، و دليله هو ما سبق، و هذا لا يختص بكون الولد منها كما هو ظاهر، فلو استأجرها لإرضاع ولده من غيرها فكذلك. و كلام الشيخ أعم، فيكون ما ذكره هنا رداً على الشافعي و إن تضمن الرد على الشيخ.

قوله: (و لو تلفت العين المستأجره قبل القبض بطلت الإجاره).

لتعذر تسليم

ص: ١٣٩

١- ١) المبسوط ٢٣٩: ٣. [١]

٢- ٢) المختلف: ٤٦٤.

٣- ٣) السرائر: ٢٧٣.

٤- ٤) الطلاق: ٦. [٢]

٥- ٥) البقره: ٢٣٣. [٣]

٦- ٦) المغنى لابن قدامه ٨٦: ٦.

و كذا بعده بلا فصل. و لو تلفت في الأثناء انفسخت في الباقي، فإن تساوت أجزاء المده فعليه بقدر ما مضى، وإلا قسّط المسمى على النسبه و دفع ما قابل الماضى. العوض، و هى قبل القبض من ضمان المؤجر. و لا يخفى أن هذا مع تشخص العين، فلو كانت الإجاره فى الذمه فسلمه عيناً فتلفت فالإجاره باقيه، و قد سبق ذكره.

قوله: (و كذا بعده بلا فصل).

أى: من غير أن يمضى زمان يمكن استيفاء شىء من المنفعه. و وجه البطلان إن المنفعه التى هى المعقود عليه لم يتسلمها المستأجر، إنما تسلّم العين، فإذا تلفت العين و الإجاره وارده عليها تعذر استيفاؤها، فامتنعت المعاوضه بتعذر العوض فبطلت.

قوله: (و لو تلفت في الأثناء انفسخت في الباقي).

لتعذر الإجاره فيه بتعذر العوض.

قوله: (فإن تساوت أجزاء المده فعليه بقدر ما مضى).

إذا تساوت أجزاء المده بالنسبه إلى المنفعه، و عرض التلف للعين فى أثناء المده فعلى المستأجر من الأجره المسماه بقدر ما مضى من الزمان، فإن كان نصفه فنصف الأجره، أو أقل أو أكثر فكذلك، و لا فرق بين كون المنفعه مقدره بالزمان أولاً.

قوله: (و إلا قسّط المسمى على النسبه و دفع ما قابل الماضى).

أى: و إن لم تكن

ص: ١٤٠

و لو انهدمت الدار، أو غرقت الأرض، أو انقطع ماؤها في الأثناء فللمستأجر الفسخ، فإن بادر المالك إلى الإعادة فالأقرب بقاء الخيار. أجزاء المدة متساوية كذلك فالطريق تقسيط المسمى على ما مضى و ما بقى على النسبه، فينظر نسبه أجره المثل لكل منهما إلى مجموع أجره المثل لهما، و يؤخذ بتلك النسبه المسماه فيدفع ما قابل الماضي لصيرورته إليه دون الباقي.

قوله: (و لو انهدمت الدار، أو غرقت الأرض، أو انقطع ماؤها في الأثناء فللمستأجر الفسخ).

لظروء المانع من الانتفاع، و ينبغي أن يكون هذا مع إمكان إزاله المانع أو بقاء أصل الانتفاء، فلو انتفيا انفسخت الإجاره لتعذر المستأجر عليه.

قوله: (فإن بادر المالك إلى الإعادة فالأقرب بقاء الخيار).

المفهوم من (بادر المالك) مسارعتة بحيث لا يفوت شيء من النفع، هكذا فهم الشارح الفاضل ولد المصنف (١).

و يمكن أن يراد به عدم التراخي عاده و إن فات شيء من النفع، لكن الأول أوجه، فإنه إذا فات شيء من النفع تبعضت الصفقه فيثبت الخيار. ثم إنه إذا فات شيء من النفع لا فرق بين مبادره المالك و تراخيه إذا لم يفسخ المستأجر حتى حصلت الإعادة.

و وجه القرب أن السبب المقتضى للخيار حصل و هو الانهدام و ما فى حكمه، و هو موجب للخيار، فيستصحب بعد الإعادة، و لم يدل دليل على سقوطه بالإعادة. و يحتمل السقوط لزوال المقتضى، و الأول أقوى.

و يفهم من قوله: (بادر) أنه لو تراخى فالخيار باق و إن حصلت

ص: ١٤١

و لو شرط منفعه كالزراع فتلفت و بقى غيرها، كصيد السمك منها بعد الغرق فهى كالتالفه تنفسخ فيها الإجاره. و لو أمكن الانتفاع بالعين فيما اکتراها له على نقص تخير المستأجر أيضاً فى الفسخ و الإمضاء بالجميع. الإعاده. و جعله الشارح مقطوعاً به، و الفاضل عميد الدين لم يفرّق بينهما، و لم يجعل العبارة خاصه بأحدهما و اختار التفصيل بأنه إن لم يفت شىء من النفع فلا خيار، و إلا كان مستمراً، و الكلام الأول أوجه.

قوله: (و لو شرط منفعه كالزراع فتلفت و بقى غيرها كصيد السمك منها بعد الغرق فهى كالتالفه تنفسخ فيها الإجاره).

لتعذر المنفعه المعقود عليها، فإن ما تعذر استيفاؤها من العين امتنع العقد لأجله. و للشافعيه قول بأن له الفسخ، لإمكان الانتفاع من جهه أخرى (1)، و ليس بظاهر.

قوله: (و لو أمكن الانتفاع بالعين فيما اکتراها له على نقص تخير المستأجر أيضاً فى الفسخ و الإمضاء بالجميع).

أى: لو أمكن الانتفاع بالعين بعد عروض تلف شىء منها فيما اکتراها له على نقص تخير المستأجر أيضاً فى الفسخ و الإمضاء بالجميع، أما الفسخ فلأن ما جرت عليه الإجاره هو العين سليمه، و قد فات وصف السلامه فله الرجوع إلى ماله.

و أما الإمضاء بالجميع، فلأن متعلق الإجاره كله باق لم يفت منه شىء، لأنه المفروض، غايه ما فى الباب أنه قد نقص بعض صفاته.

و يحتمل ثبوت الأرش، لأن تعيب العين يقتضى تعيب المنفعه فينجبر عيبها

ص: ١٤٢

و لو غرق بعض الأرض بطلت الإجاره فيه، و تخير في الباقي بين الفسخ و إمساكه بالحصه. و لو منعه المؤجر من التصرف في العين فالأقرب تخيره بين الفسخ فيطالب بالمسمى، و بين الإمضاء فيطالب بأجره المثل. بالأرش.

و ما أشبه هذه المسأله بما إذا تلف من المبيع ما لا قسط له من الثمن كيد العبد، فإن الثابت هنا عند جمع هو الخيار بين الفسخ و الإمضاء بالجميع. أما انهدام بعض بيوت الدار مثلاً و غرق بعض الأرض فإنه في الإجاره كتلف أحد العبدین، و إنى لا أستبعد ثبوت الأرش في المسأله الأولى كثيراً.

قوله: (و لو غرق بعض الأرض بطلت الإجاره فيه، و تخير في الباقي بين الفسخ و إمساكه بالحصه).

لا- فرق في غرق بعض الأرض بين كونه قبل القبض أو بعده، كما سبق من أن الغرق في الأثناء يوجب الفسخ و لا- خيار للمؤجر، لأن التلف محسوب منه، و إنما ثبت (1) للمستأجر الخيار لتبعض الصفقه عليه.

قوله: (و لو منعه المؤجر من التصرف في العين فالأقرب تخيره بين الفسخ فيطالب بالمسمى، و بين الإمضاء فيطالب بأجره المثل).

وجهه: أن العوض لم يصل إليه و كان له الرجوع إلى ماله فيفسخ، و له المطالبه بقيمه المنفعه لأنها حقه، و قد تصرف فيها المؤجر عدواناً فيجب عليه عوضها كالأجنبي، و هو الأصح.

و يحتمل ضعيفاً العدم، بل يفسخ و يطالب بالمسمى فقط- و هو قول الشيخ- إجراء لذلك مجرى التلف في يده، فإنها مضمونه عليه حينئذ، فكما

ص: ١٤٣

١- ١) في «٥»: يثبت.

و لو غصبه أجنبي قبل القبض تخير المستأجر أيضاً في الفسخ فيطالب المؤجر بالمسمى، و في الإمضاء فيطالب الغاصب بأجره.

لا يجب إلا المسمى هناك فكذا هنا. و يضعف بأنه ليس المراد من ضمانها في يده ضمان قيمتها لو تلفت، بل انفساخ المعاوضه لتعذر تسليم العوض.

أما إذا استوفى المنفعة فإنه قد باشر إتلاف مال الغير عدواناً فاجتمع أمران: أحدهما تعذر تسليم العوض، و الآخر مباشره إتلاف مال الغير فيتخير في الفسخ نظراً إلى الأمر الأول، و المطالبه بالقيمه-أعنى أجره المثل-نظراً إلى الأمر الثاني. و لأن ضمان المؤجر يستدعى ثبوت العوض و المعوض له، و ذلك باطل.

بيان الملازمه: أنه استحق الأجره بالعقد حيث لم يفسخه المستأجر و المنفعه التي استوفاه إذا غرم قيمتها.

و يضعف بأن الممتنع الجمع بينهما بسبب واحد، أما بسبب آخر فلا، كما لو استأجر المؤجر العين المؤجره، و هنا إنما استحق الأجره بالعقد، و المنفعه يغرم قيمتها بعد إتلافها. و مثله ما لو جنى البائع على المبيع قبل القبض على الأصح.

و لو جنى البائع بعد قبض المشتري فتعيب المبيع، ثم أفسس المشتري و العين باقيه، و الثمن في ذمته فللبائع الرجوع بالعين و بأرش العيب، و للمشتري أرش الجنايه، فيسقط منه أرش العيب إن كان أرش الجنايه أكثر، باعتبار زياده قيمه على الثمن، لأن أرش العيب جزء من الثمن، بخلاف أرش الجنايه فإنه جزء من القيمه، و حينئذ فقد استحق البائع أرش جنايه نفسه، و هو عوض الجزء الذي أتلفه، إلا أنه بسبب آخر و هو كون التعيب في يد المشتري مضموناً عليه.

قوله: (و لو غصبه أجنبي قبل القبض تخير المستأجر أيضاً في الفسخ فيطالب المؤجر بالمسمى، و في الإمضاء فيطالب الغاصب بأجره

المثل لو ردت العين في الأثناء استوفى المستأجر المنافع الباقية، و طالب الغاصب بأجره مثل الماضي، المثل).

وجهه: أنه قبل القبض مضمون المنفعة على المؤجر، نظراً إلى مقتضى المعاوضة، فللمستأجر الفسخ و مطالبه المؤجر بالمسمى. و لا تبطل الإجاره بالغصب، لعدم تعذر المنفعة لإمكان الرجوع إلى بدلها إن اختاره.

و لا يفسخ بنفسه لإمكان مطالبه الغاصب، لأنه باشر إتلاف مال الغير عدواناً، فله الرجوع عليه بقيمة المنفعة، و هي أجره المثل.

و هل له مع عدم الفسخ مطالبه المؤجر بأجره المثل؟ يحتمل ذلك لكونها مضمونه عليه. و لا نعى بالضمان إلا وجوب القيمة. و يحتمل العدم، لأننا لا نريد بالضمان هذا المعنى، بل ما تقتضيه المعاوضة، و هو أنه بفوات المنفعة يجب رد العوض و هو المسمى. و لا دليل على أمر زائد، فحينئذ له الفسخ و أخذ المسمى. و المستحق لمطالبه الغاصب حينئذ هو المؤجر و الإجاره، فيطالب الغاصب و ليس له أمر آخر غير هذين.

قوله: (و لو ردت العين في الأثناء استوفى المستأجر المنافع الباقية و طالب الغاصب بأجره مثل الماضي).

أى: لو ردت العين المذكوره في أثناء مدته الإجاره فللمستأجر خيار الفسخ في الجميع قطعاً، لفوات المعقود عليه و هو مجموع المنفعة، و لأنه قد ثبت له الخيار بالغصب و الأصل بقاؤه.

و لم يذكر المصنف هذا لظهوره، و استفادته من حكم المسأله السابقه، و له الإمضاء، و استيفاء المنافع الباقية، و مطالبه الغاصب بعوض ما ذهب في يده، و هو أجره مثل الماضي قطعاً.

و هل له مطالبه المؤجر- و حاله هذه- بأجره مثل المنفعة الماضيه؟ فيه

و هل له الفسخ فيه و مطالبه المؤجر؟نظر. الوجيهان السابقان.

قوله: (و هل له الفسخ فيه و مطالبه المؤجر؟نظر).

أى:و هل للمستأجر فى المسأله المذكوره الفسخ فى الماضى خاصه، و مطالبه المؤجر بحصته من المسمى،و يستوفى الباقى من المنفعه؟فيه نظر ينشأ:من أن فوات المنفعه-و هى المعوض-يقتضى الرجوع إلى العوض و هو الأجره المسماه،و الفوات فى هذه الصوره مختص بالمنفعه الماضيه فاستحق الفسخ فيها.

و من أن ذلك مقتضى لتبعض الصفقه على المؤجر،و هو خلاف مقتضى العقد،فإما أن يفسخ فى الجميع.أو يمضى العقد فى الجميع لعموم:

أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (١)فيتمسك به فى موضع النزاع إلى أن يثبت المخصص، و هو الأصح.

و لو كان المؤجر هو المانع من التصرف بعض المده ثم سلم العين إلى المستأجر فهل له الفسخ فى الماضى خاصه؟يحتمل ذلك،و أولى بالثبوت هنا،لأنه غاصب عاد،و حقه أن يؤخذ بأشق الأحوال.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن الشارح الفاضل (٢)حمل قول المصنف:

(و مطالبه المؤجر)على أن المراد مطالبته بأجره المثل للمده الماضيه على تقدير عدم الفسخ،نظراً إلى كون العين مضمونه عليه،و أن الضمان إنما هو بمعنى خاص ذكرناه سابقاً،فيكون النظر المذكوره فى كلام المصنف متعلقاً به على تقدير عدم الفسخ و ثبوت الفسخ فى الماضى خاصه.و يكون تقدير العبارة حينئذٍ:و هل للمستأجر الفسخ فى الماضى،و مطالبه المؤجر بأجره

ص:١٤٦

١-١)المائده:١. [١]

٢-٢) إيضاح الفوائد ٢:٢٥٥.

و لو كانت الإجاره على عمل مضمون كخياطه ثوب، أو حمل شىء فغصب العبد الخياط أو الدابه الحامله فللمستأجر مطالبه المالك بعوض المغصوب، فإن تعذر البدل تخير فى الفسخ و الإمضاء. و لو كان الغصب بعد القبض لم تبطل الإجاره، و طالب المستأجر المثل للماضى؟ على تقدير عدم الفسخ؟ نظر. و هذا المعنى الذى حاوله معنئى صحيح، إلا أن حمل العبارة عليه يقتضى من التعسف و التكلف ما لا يخفى.

قوله: (و لو كانت الإجاره على عمل مضمون كخياطه ثوب أو حمل شىء، فغصب العبد الخياط أو الدابه الحامله فللمستأجر مطالبه المالك بعوض المغصوب).

أى: لو كانت الإجاره وارده على الذمه، كما لو كانت على عمل مضمون- أى فى الذمه- غير معين محله كخياطه ثوب، و حمل شىء من غير تعيين للخياط و الدابه، فغصب العبد الخياط أو الدابه الحامله فللمستأجر مطالبه المالك (1) لهما- و هو المؤجر- بعوض المغصوب، لأن المستأجر عليه فى الذمه غير مخصوص بالمغصوب.

قوله: (فإن تعذر البدل تخير فى الفسخ و الإمضاء).

أى: فإن تعذر تحصيل المستأجر البدل المغصوب فقد تعذر العوض، فيتخير المستأجر بين الفسخ فى أخذ المسمى، و الإمضاء فى صبر إلى أن يحصل البدل، أو يرد المغصوب.

و ينبغى أن يكون هذا إذا لم يتشخص الزمان، فإن تشخص بأن عين أوله، فحقه أن تنفسخ الإجاره بمضى المده، و قد سبق مثله.

قوله: (و لو كان الغصب بعد القبض لم تبطل الإجاره، و طالب

ص: ١٤٧

الغاصب بأجره المثل خاصه و إن كان فى ابتداء المده. و لو حدث خوف منع المستأجر من الاستيفاء، كما لو استأجر جملاً للحج فتقطع السابله فالأقرب تخيير كل من المؤجر و المستأجر فى الفسخ و الإمضاء. المستأجر الغاصب بأجره المثل خاصه و إن كان فى ابتداء المده).

أى: لو كان غضب العين المؤجره بعد قبض المستأجر لها لم تبطل الإجاره، لأنها لا تبطل بالغصب قبل القبض، فهنا بطريق أولى. و ليس له الفسخ، لأن الغصب وقع بعد قبض العين، و استقرار العقد، و براءه المؤجر فيطالب المستأجر الغاصب بأجره المثل، و هى قيمه المنفعه.

و أشار بقوله: (خاصه) إلى أنه ليس للمستأجر سوى ذلك.

و لو كان الغاصب هو المؤجر فالظاهر عدم الفرق، و لا- فرق فى الغصب بعد القبض بين كونه فى ابتداء المده أو فى خلالها، لحصول القبض المعبر.

قوله: (و لو حدث خوف منع المستأجر من الاستيفاء، كما لو استأجر جملاً للحج فتقطع السابله، فالأقرب تخيير كل من المؤجر و المستأجر فى الفسخ و الإمضاء).

وجه القرب: إن وجود إماره الخوف يوجب الاحتراز على كل منهما منه، و يقتضى تحريم السفر، فجرى ذلك مجرى تعذر استيفاء المنفعه لتلف العين و نحوه، و لأن المنع الشرعى كالحسى. و لهذا لو استأجر امرأه لكنس المسجد فحاضت و الزمان معين فإنها تنفسخ.

و يحتمل العدم: لأنه لا مانع من جهه المؤجر و العين، و المنع من قبل المستأجر لا يقتضى بطلان المعاوضه اللازمه لعقد الدليل.

و جوابه: ثبوت المنع من طرف المؤجر، إذ لا- يجوز له التغرير بماله مع الخوف، فهو ممنوع من ذلك العمل شرعاً، لأن الخوف المظنون يجب

الاحتراز منه على النفس و المال قطعاً.

و هذا واضح، إلا- أن حقه أن تنفسخ الإجاره ها هنا، لثبوت امتناع العمل كحيض المستأجره للكنس. و الأقرب أقرب، لكن فيه ما ذكرناه آنفاً.

و اعلم أنه لا حاجة إلى انقطاع السابله فى تصوير المسأله، بل يكفى خوف المؤجر و المستأجر، نظراً إلى مقتضى الدليل.

و لو كان الخوف خاصاً بالمستأجر دون الدابه فى ثبوت الحكم المذكور إشكال، ينشأ: من وجود المانع الشرعى، و من تخيل عدم تأثيره إذا اختص بالمستأجر، إذ لا منع من طرف المؤجر. و قد قال المصنف فى التحرير: و لا يفسخ بالعدر، فلو اكرتري جملاً للحج ثم بدا له أو مرض و لم يخرج، لم يكن له فسخ الإجاره (١).

و فى الحواشى المنسوبه إلى شيخنا الشهيد على التحرير تقييد ذلك بالمرض الذى يمكن معه الخروج، قال: أما لو لم يمكنه الخروج أصلاً، و لم تجز له إجارته لغيره، كأن يشترط عليه استيفاء المنفعه بنفسه، فإنه يقوى الفسخ. هذا كلامه و عندى فيه شىء، لأن تعذر الاستيفاء إذا اختص بالمستأجر، و لم يكن من قبل المؤجر مانع فى إسقاطه حق المؤجر و تسليط المستأجر على الفسخ. أو الحكم بالانفساخ إضرار بالمؤجر لمصلحه المستأجر.

و اختار المصنف فى المختلف: أن من استأجر جملاً للحج فمرض، أو حانوتاً لبيع السرقيين فاحترق تبطل الإجاره (٢)، خلافاً لابن إدريس (٣).

و للكلام فى الثانيه مجال إلا أن يقال: إن هذا لا يزيد على ما إذا استأجره

ص: ١٤٩

١-١) تحرير الأحكام ١: ٢٤١. [١]

٢-٢) المختلف: ٤٦٢.

٣-٣) السرائر: ٢٧٠.

و لو استأجر داراً للسكنى، فحدث خوف عام يمنع من الإقامة بذلك البلد ففي تخير المستأجر نظر. و لو أخرج المالك في الأثناء لم تسقط عنه أجره السالف. لقلع ضرر فسكن ألمه، فإنه في الموضوعين يمنع المستأجر من الفعل، و المؤجر من بذله، لأن فيه معاونه على الإثم و العدوان، و لا ريب أن ما ذكره محتمل.

قوله: (و لو استأجر داراً للسكنى فحدث خوف عام يمنع من الإقامة بذلك البلد ففي تخير المستأجر نظر).

منشأ النظر يعلم مما مضى، و في ثبوت التخيير قوه. و يجيء احتمال الانفساخ.

ثم إنه قد يقال: لا حاجة إلى كون الخوف عاماً لقيام الدليل في موضع اختصاص المستأجر بالخوف أيضاً.

فإن قيل: قد حكم المصنف في المسألة السابقة بثبوت الفسخ و تردد هنا فما الفرق؟.

قلنا: الفرق أن العذر هنا خاص بالمستأجر، و هناك يعم المؤجر.

و اعلم إن في حواشى شيخنا الشهيد: أنه نقل عن المصنف تخيره إن كان ذلك قبل القبض لا بعده، تنزيلاً له منزله غضب العين. و وجهه غير ظاهر، لعدم تمكنه من العين في الغضب بخلافه هنا باعتبار الدابة، فإنه يمكن حفظها بترك السفر بخلاف الدار. و أيضاً عروض الخوف في الطرق أكثرى، بخلاف البلد فإن عرضه فيه نادر.

قوله: (و لو أخرج المالك في الأثناء لم تسقط عنه أجره السالف).

قطعاً، لأنه استوفاه

و لو استأجره لصيد شىء بعينه لم يصح، لعدم الثقة بحصوله.

السابع: إمكان حصولها للمستأجر

السابع: إمكان حصولها للمستأجر، فلو أجر من وجب عليه الحج-مع تمكنه-نفسه للنيابه عن غيره لم يقع، وكذا لو أجر نفسه للصلوات الواجبه عليه فإنها لا-تقع عن المستأجر، وهل تقع عن الأ-جير؟ الأقوى العدم. على حكم الإجاره فيثبت عوضه من المسمى فى الذمه، و لم يذكر حكم الباقي أ يثبت فيه الفسخ أم له المطالبه بأجره المثل عنه؟ و قد نبهنا على ذلك سابقاً.

قوله: (و لو استأجره لصيد شىء بعينه لم يصح، لعدم الثقة بحصوله).

فلا تكون (١) المنفعه مقدوراً على تسليمها بحسب الغالب.

قوله: (السابع: إمكان حصولها للمستأجر، فلو أجر من وجب عليه الحج مع تمكنه نفسه للنيابه عن غيره لم يقع).

لتعذر وقوع الحج للمستأجر، أما مع عدم التمكن من الحج الواجب عليه فلا مانع، لجريانه مجرى سائر الأفعال المندوبه و المباحه.

قوله: (و كذا لو أجر نفسه للصلاه الواجبه عليه فإنها لا تقع عن المستأجر، و هل يقع عن الأجير؟ الأقوى العدم).

أى: لو أجر من وجبت عليه صلاه نفسه لغيره ليصلى الصلاه الواجبه على الأ-جير لم تصح الإجاره قطعاً، لأنه لا يمكن حصولها للمستأجر، فلا يصح بذل العوض إجاره فى مقابلها.

ص: ١٥١

١- ١) فى «ك»: فلا يكتفى بكون.

و يصح الاستئجار للجهد، والحج، والصلاه لمن لا تجب عليه، ويقع عن المستأجر. و هل تقع عن الأجير حيث إنه صلاها عن نفسه؟ الأقوى عند المصنف العدم، و وجه القوه أنه لم يفعلها عن نفسه لوجوبها عليه بالأصالة، بل بالإجاره ليأخذ العوض في مقابلها، فلا تكون مطابقه لما في ذمته، لأن التي في ذمته هي الواجبه بالأصالة، و لمنافاته الإخلاص حينئذ، لأن العباده مفعوله لغايه حصول الأجره، و الإخلاص إنما يتحقق بقصد القربه خاصه لقوله تعالى وَمَا أُمِرُوا إِلَّا لِيُعْبَدُوا اللَّهَ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ (١).

و يحتمل الصحه، لأن ذلك باعث و عله في حصول الداعي كالأمر بالصلاه و غيرها ممن يطاع، و كما في الاستئجار للصلاه عن الميت و الحج و غيرها من العبادات.

و يجاب بأن الباعث متى كان غايه، اقتضى الفساد إذا نافي الإخلاص.

و الصلاه و نحوها في الاستئجار عن الميت و الحي متى لحظ فيها فعلها لحصول الأجره أيضاً اقتضى الفساد.

و ليس من لوازم حصول الأجره بالفعل قصدها عنده، أو يقال: إن هذه خرجت بالإجماع، و كيف كان فعدم الصحه أظهر.

قوله: (و يصح الاستئجار للجهد و الحج و الصلاه لمن لا يجب عليه، و يقع عن المستأجر).

بالإجماع: و لقوله عليه السلام في حديث الخثعميه: (فَدَيْنُ اللَّهِ أَحَقُّ أَنْ يَقْضَى) (٢).

ص: ١٥٢

[١ - ١] البيه: ٥.

[٢ - ٢] عوالي اللآلى ١: ٢١٦ حديث ٧٨.

لكن يشترط في الصلاه الموت، وكذا الصيام. ولو استأجر ولي الميت عنه لصلاته الفائته وجب على الأجير الإتيان بها على ترتيبها في الفوات، فإن استأجر أجيرين كل واحد عن سنه جاز، لكن يشترط الترتيب بين فعلهما، فإن أوقعاه دفعه فإن علم كل منهما بعقد الآخر وجب على كل واحد منهما قضاء نصف سنه، وإن جهلا فكذلك. قوله: (لكن يشترط في الصلاه الموت وكذا الصيام).

بالإجماع أيضاً، أما الحج فيقع عن الحي فإن كان ندباً جاز اختياراً، وإن كان واجباً اشترط فيه عدم التمكن من فعله، ويجوز الاستئجار للجهد مع عدم التعيين، وإخراج الزكاه ونحوها اختياراً.

قوله: (ولو استأجر ولي الميت عنه لصلاته الفائته وجب على الأجير الإتيان بها على ترتيبها في الفوات).

لوجوب مطابقه فعل الأجير لما في ذمه المستأجر عنه.

قوله: (فإن استأجر أجيرين كل واحد عن سنه جاز، لكن بشرط الترتيب بين فعلهما).

لا شبهه في جواز استئجار أجيرين لصلاته ميت، لكن يشترط لصحة فعلهما الترتيب بين الفعلين، لأن ما في الذمه مرتب، ولا يشترط ذلك لصحة الإجاره، وإن كانت العبارة توهمه.

قوله: (فإن أوقعاه دفعه، فإن علم كل منهما بعقد الآخر وجب على كل واحد منهما قضاء نصف سنه، وإن جهلا فكذلك).

كان الأولى أن يقول: فإن أوقعاه دفعه وجب على كل منهما قضاء نصف سنه، سواء علم كل منهما بعقد الآخر أم لا، لأن عبارته توهم أن

التفصيل للتفاوت في الحكم و ليس كذلك.

و إنما وجب قضاء نصف سنه على كل واحد، لأن السنتين لا يمكن وقوعهما معاً، لأن الترتيب شرط و لا سبيل إلى بطلان الفعلين معاً، لصلاحيه كل منهما لإسقاط ما في الذمه، فتعين عدم اعتبار أحدهما. و لَمَّا لم يكن لأحدهما أولويه على الآخر حكم بالتنصيف و هنا إشكالات:

الأول: أن الفعلين إذا وقعا دفعه فالأحوال أربعة: إجزاءهما معاً و هو معلوم البطلان، إذ الأمر إنما هو بفعل واحد، فلا يعقل إجزاء الفعلين مع أن الأجزاء مطابقه للفعل للأمر، و إجزاء أحدهما بعينه دون الآخر ترجيح بلا مرجح، و لا بعينه أيضاً باطل، لأن ما لا تعيين له في حد ذاته لا وجود له فكيف يوصف بالإجزاء، فلم يبق إلا بطلانهما.

الثاني: أن ما ذكره يقتضى إجزاء فعل أحدهما تاره، و فعل الآخر تاره أخرى، و هو قول بمجرد التشهي.

الثالث: أنهما إذا كان كل منهما عالمًا بالآخر، فحال إيقاع النيه لا يكون أحدهما جازماً بأن فعله هو الواجب، و الجزم بالنيه حيث يمكن شرط.

و فيه إشكال آخر، و هو أنهما إذا كانا عالمين منهيان عن الاقتران في الفعل، و النهي في العباده يقتضى الفساد.

الرابع: أنهما إذا كانا جاهلين يجب الحكم بصحة فعلهما، و لا يقدر فوات الترتيب، لأنه شرط مع العلم لا مطلقاً. إلا أن يقال: إن عدم العلم بالترتيب إنما يقتضى سقوطه مع جهل المكلف به دون القاضى عن غيره.

و يشكل بأن القاضى عن غيره لو نسي و صلى العصر قبل الظهر صحت و صلى الظهر كالمصلى عن نفسه إلا أن يقال: إن اشتراط الترتيب في عقد الإجاره اقتضى عدم الصحة من دونه.

و بالجملة فالحكم في ذلك مشكل، و ليس له إلا وجه واحد، و هو:

و فى ضمان الولى إشكال. و يجوز الاستئجار للزياره عن الحى و الميت. و فى جواز الاستئجار عن الاحتطاب و الاحتشاش، أو الالتقاط، أو الاحتياز نظر ينشأ: من وقوع ذلك للمؤجر.

الإتيان بالواجب مرتين أمر جائز لا مانع منه، فأكملهما عند الله يقع فرض المكلف، و الآخر نفل فحينئذ تسقط الإشكالات كلها، إلا أن ثبوت هذا الجواز يحتاج إلى دليل.

و اعلم أن المراد من إيقاعهما دفعه اقترانهما فى نيه كل صلاه، كما صرح به شيخنا الشهيد فى حواشيه، فلو لم يقرنا فى كل صلاه لكان السابق بصلاته هو المعتبر فعله.

قوله: (و فى ضمان الولى إشكال).

أى: مع جهلها بالحال، و منشأ الإشكال: من تغيريه إياهما باستئجار كل منهما، المقتضى لإيقاع الصلاه فى كل زمان، و من مباشرتهما لذلك.

و المباشره أقوى فى الضمان، و الأصح الضمان لضعف المباشره بالتغير.

قوله: (و يجوز الاستئجار للزياره عن الحى و الميت).

لأن ذلك فعل تدخله النيبه، و كذا الحج المندوب.

و هل يفرق فى الزياره بين كونها واجبه أو مندوبه، فيشترط فى الواجبه العجز عن المباشره، أو يسقط أصل الفعل مع العجز، و يكون جواز الاستئجار خاصاً بالمندوبه؟ أو يقال: إنَّ النذر إن تناول فعل الناذر و فعل غيره جاز الاستئجار، و إلا فلا بأس بهذا الأخير. و المراد بالزياره: الحضور مع النيه عند نبي أو إمام أو ولي، أو مكان شريف تستحب زيارتة.

قوله: (و فى جواز الاستئجار على الاحتطاب، أو الاحتشاش،

الثامن: أن تكون معلومه

الثامن: أن تكون معلومه، والإجاره إما أن تكون في الذمه، أو على العين. و العين إن لم يكن لها سوى فائده واحده كفى الإطلاق، وإلا وجب بيانها، أو الالتقاط، أو الاجتياز نظر، ينشأ من وقوع ذلك للمؤجر أو المستأجر).

و في جواز الاستئجار و التوكيل لواحد من هذه الأمور نظر، ينشأ من إمكان دخول النيابة في ذلك و عدمه، و مرجعه إلى أن السبب المملك في حيازه المباحات هو النيه أم مجرد الأخذ؟ فإن قلنا بالثاني لم يدخل ذلك الفعل النيابة، و إن قلنا بالأول دخلته.

و قد احتج لاعتبار الأول بورود النص بكون الجوهره في جوف السمكه ليست للصائد، إذ لو لا ذلك لكانت له.

و يضعف بإمكان استناد عدم الملك إلى أمر آخر كعدم تحقق الحيازه و نحوه.

و الظاهر أنه لا- يشترط في ذلك النيه، نعم يشترط عدم نيه الضد فإن نواه أثرت فلم يثمر الملك، و لا- الأولويه في الالتقاط، و حينئذ فيتصور جواز الاستئجار و التوكيل، و إن لم نقل بالأول فلا يصح البناء المذكور.

قوله: (الثامن: أن تكون معلومه، والإجاره إما أن تكون في الذمه أو على العين).

أى: تكون وارده على عين مخصوصه شخصيه.

قوله: (و إلا وجب بيانها).

أى: إن كان للعين منافع متعدده وجب بيان المنفعه المطلوبه منها بالإجاره، و لو أطلق فقد قال في التذكرة: احتمل التعميم، قال: و هو

و على كل حال لا بد من العلم بقدر المنفعة. و الأعيان يعسر ضبطها لكن تكثر البلوى بثلاثه، و يحال غيرها عليها:

الأول: الآدمي

الأول: الآدمي، و يصح استئجاره خاصاً، و هو الذى يستأجر مده معينه، فلا يجوز له العمل لغيره فيها إلا بإذنه.

الأقوى (١)، و هو بظاهره مخالف لما هنا. و ما ذكره فى التذكرة محتمل، فإن قلنا به لزمه امتثال ما يأمر به المستأجر.

قوله: (و على كل حال لا بد من العلم بقدر المنفعة).

أى: على تقدير اتحاد المنفعة و تعددها لا بد من العلم بقدرها.

و لتقديرها طريقان: التقدير بالزمان، و بالعمل: إما بالمسافه أو بتعيين محله.

قوله: (و الأعيان يعسر ضبطها، لكن تكثر البلوى بثلاثه، و يحال غيرها عليها).

أى: ضبط الأعيان كلها عسر، لانتشارها و تكثرها، فلا يسهل تعداد الجميع و ذكر ما يعتبر فيها. لكن ما تعم به البلوى و تدعو الحاجه إلى الابتلاء بإيجاره و استئجاره ثلاثه أشياء: الآدمي، و الدواب، و الأرض، فضببط هذه يجرى مجرى القانون لضبط غيرها بأن يحال غيرها عليها.

قوله: (و يصح استئجاره خاصاً، و هو الذى يستأجر مده معينه).

المراد: أن يستأجر ليعمل بنفسه مده معينه، سواء كان تعيين المنفعة بالزمان- كأن يبنى هذا الشهر- أو بالمسافه، أو العمل، و تشخص الزمان

ص: ١٥٧

١- ١) تذكرة الفقهاء ٣٠٠: ٢. [١]

فإن عمل من دون الإذن فالأقرب تخير المستأجر بين الفسخ، والمطالبه بأجره المثل أو المسمى الثاني له أو لمستأجره، بتعيين أوله كحمل متاع معين إلى مسافه معينه، و أول الزمان غداً.

ثم إنه لا- يخفى أنه إذا عيّن العامل و الزمان، فإن اتحدت المنفعه فلا بحث، و إن تعددت: فإن استوعب الجميع فلا بحث أيضاً، و إن عيّن واحده لم يكن عمل آخر لآخر، إلا إذا لم يناف المنفعه، و لم يؤد ذلك إلى تقصير في العمل، كمن يوقع عقد النكاح و هو يبنى، أو نحو ذلك بحيث لا يلزم تقصير في العمل أصلاً.

و ليس له أن يؤجر نفسه لمنفعه اخرى، بالقدر الذي اقتضت العاده عدم العمل فيه من الزمان كالليل مثلاً، و آخر النهار مثلاً في بعض الأزمنه و الأمكنه، إلا إذا لم يؤد ذلك إلى ضعف في العمل المستأجر عليه، و على هذا ينزل قوله: (فلا يجوز له العمل لغيره فيها إلا بإذنه).

و مما ذكرنا يعلم أنه لا- بد من تقييد قوله: (و هو الذي يستأجر). بكون الاستئجار ليعمل بنفسه، و هذا مستفاد من قوله في المشترك: (و هو الذي يستأجر لعمل مجرد عن المباشرة).

قوله: (فإن عمل من دون الإذن فالأقرب تخير المستأجر بين الفسخ و المطالبه بأجره المثل أو المسمى الثاني له أو لمستأجره).

أى: فإن عمل الأجير الخاص عند غير المستأجر في المده التي عيّنت للعمل كلها فالأقرب تخير المستأجر بين الفسخ، و بين المطالبه- بأجره مثل ذلك العمل، أو المسمى إن سمى له شيئاً بإجاره أو جعله- للمؤجر أو المستأجر.

و وجه القرب: أما بالنسبه إلى الفسخ فلفوات ما وقع عليه عقد المعاوضه- أعنى الإجاره- فيرجع إلى ماله إن أراد.

و مشتركاً و هو الذى يستأجر لعمل مجرد عن المباشرة،أو.

و أما بالنسبة إلى المطالبه بأجره المثل،فلأنها قيمه العمل المستحق له بعقد الإجاره،و قد أتلف عليه فاستحق بدله.

و أما بالنسبه إلى المسمى الثانى،فلأن العقد جرى على المنفعه المملوكه له و كان فضولياً بالنسبه إليه،و كان له إجازته و أخذ المسمى.و متى طالب بأحد الأمرين فله مطالبه المؤجر،لأنه المباشر لإتلاف المنفعه المملوكه له،و كذا المستأجر الثانى لأنه المستوفى لها.

و يحتمل الانفساخ كما إذا أتلف البائع المبيع قبل القبض عند الشيخ، و هو ضعيف،و الأصح الأول.و منه يعلم أن المسأله مفروضه فيما إذا كان ذلك قبل قبض المستأجر العين لو كان الأجير عبداً،و إن كانت العبارة خاليه من ذلك.

و كذا علم مما قررناه أن هذا حكم ما إذا عمل عند غير المستأجر جميع المده،فإن عمل بعضها تخير المستأجر بين الفسخ فى الجميع،و المطالبه بأجره المثل لما مضى لكل من المؤجر و المستأجر،و المطالبه بالمسمى الثانى إن أجاز العقد الثانى.

لكن إذا أجازة أشكال مطالبه المؤجر من حيث إنه رضى باستيفاء المستأجر الثانى المنفعه،و صار المؤجر بمنزله و كيله.و أقل الأحوال أن يكون ذلك بالنسبه إلى ما بقى من المده حين الإجاره،نظراً إلى سبق العدوان الموجب للضمان،و الإجازة لا تزيله،إلا أن يقال:إن مجرد الإجازة لا تزيل الضمان الثابت بالعدوان السابق.و هل له الفسخ بالنسبه إلى ما مضى خاصه؟فيه النظر السابق فيما لو ردت العين المغصوبه فى الأثناء،و الأصح العدم.

قوله: (و مشتركاً،و هو الذى يستأجر لعمل مجرد عن المباشرة أو

المدهو تملك المنفعة بنفس العقد كما تملك الأجره به، فإذا استؤجر لعمل قَدْرَ إما بالزمان كخياطه يوم، أو بمحل العمل كأن يستأجره لخياطه المده).

أى: و يصح استئجاره خاصاً و مشتركاً و هو -أى المشترك- الذى يستأجر لعمل مجرد عن المباشره مع تشخص المده، كما يدل عليه ظاهر قوله: (أو المده)، مثل أن يستأجره لخياطه الثوب و يعين أول الزمان، أو يستأجره للخياطه يومين، أو الذى يستأجر لعمل مجرد عن المده مع التقييد بالمباشره، مثل أن يستأجره ليعمل عنده بنفسه من غير تعيين مده، فيكون العمل مطلقاً باعتبار عدم تشخص الزمان.

و يعلم من العبارة أن للمشترك قسماً آخر، و هو الذى يستأجر للعمل مجرداً عن المباشره و المده معاً، و حكم الأول أنه لا يمنع من العمل عند غير المستأجر بحال، لكن يجب عليه تحصيل العمل المستأجر عليه فى تلك المده، فلو لم يحصل لزمه أجره المثل عنه -إن لم يفسخ المستأجر- يطالبه بها هو فقط.

و حكم الثانى: وجوب العمل بنفسه متى طلبه المستأجر، و متى خالف فله الفسخ و الرضى بالعمل.

و حكم الثالث: وجوب تحصيل العمل متى طلبه، و جواز الفسخ بالتأخير أو الرضى بالعمل.

قوله: (و تملك المنفعة بنفس العقد، كما تملك الأجره به).

و ذلك لأنهما عوضان كل منهما فى مقابله الآخر فيمتنع ملك أحدهما من دون ملك الآخر، و إلا -لم تكن المعاوضه صحيحه، لأن صحتها عبارة عن ترتب أثرها عليها، و ذلك هو أثرها.

قوله: (فإذا استؤجر لعمل قَدْرَ إما بالزمان كخياطه يوم، أو

ثوب معين. و يصح هذان فى الذمه و معيناً، فإذا عيّنه بالمحل و جب تعيين الثوب، و طوله، و نوع التفصيل، و نوع الخياطة. بمحل العمل كأن يستأجره بخياطة ثوب معين).

هذان طريقتان لتعين المنفعه فى الإجاره، و لا يشترط كون اليوم معيناً لتعينه فى نفسه، بخلاف الثوب فإنه يختلف باختلاف الأمور التى ستأتى، فلا بد من تعيينه.

و قد يقال: إنَّ الأيام تختلف اختلافاً بيناً بطول الزمان و قصره فيفتقر إلى التعيين، على أن فى بعض البلاد لا يستوفى النهار كله فى العمل زمان شده الحر و طول النهار.

و فى حواشى شيخنا الشهيد إشكال على خياطة اليوم فى الذمه من جهه الاختلاف فى الصنّاع، و هو إشكال آخر. قوله: (و يصح هذان فى الذمه، و معيناً).

أى: و يصح تعيين المنفعه بكل من الأمرين، سواء كان العمل فى الذمه أو معيناً بتعيين الأجير.

قوله: (فإذا عيّنه بالمحل و جب تعيين الثوب، و طوله، و نوع التفصيل، و نوع الخياطة).

لاختلاف الحال و الأجره باختلاف ذلك اختلافاً بيناً، و تعيين الثوب يتحقق بالمشاهده، و بالوصف الرافع للجهاله. و لا بد من بيان الطول، و العرض، و نوع التفصيل من قميص و قباء و غيرهما، و نوع الخياطة روميه أو فارسيه، و غير ذلك و لو كان هناك عادة مطرده بنوع حمل الإطلاق عليه.

فرع: لو دفع إلى خياط ثوباً و قال له: إن كان يكفينى قميصاً

و لو جمع بين الزمان و المحل بطل للغرر. و يعين في تعليم القرآن السور، أو الزمان. فاقطعه، فقال الخياط: هو كاف و قطعه ضمن أرش القطع، بخلاف ما لو قال: أ يكفيني؟ فقال: نعم، فقال: اقطعه. فلم يكفه لم يلزمه شيء، لأنه لم يشترط في قطعه أن يكون كافياً، بل غايه ما هناك أنه غشه و كذب عليه فلا يضمن، و به صرح في التذكرة (١).

قوله: (و لو جمع بين الزمان و المحل بطل للغرر).

وجه كونه غرراً أن المستأجر عليه هو إيقاع ذلك العمل في الزمان المخصوص، و ذلك غير معلوم الانطباق، لإمكان كون الفعل في أقل من ذلك الزمان أو أكثر، فلا يكون المستأجر عليه معلوماً و لا محقق الحصول.

و لأن صحه الإجاره هنا قد تفضى إلى بطلانها، لأنه إذا لم ينطبق العمل على المده امتنع حصول المستأجر عليه، فيجب أن تنفسخ الإجاره.

و اختار المصنف في المختلف الصحه، لأن الغرض إنما يتعلق في ذلك غالباً بفراغ العمل، و لا- ثمره مهمه في تطبيقه على الزمان، و الفراغ أمر ممكن لا غرر فيه.

فعلى هذا إن فرغ قبل آخر الزمان ملك الأجره، لحصول الغرض و هو التعجيل، و لا- يجب شيء آخر. و إن فرغ الزمان قبله فللمستأجر الفسخ، فإن فسخ قبل حصول شيء من العمل فلا شيء، أو بعد شيء فأجره مثل ما عمل. و إن اختار الإمضاء ألزمه بالعمل خارج المده لا غير، و ليس للأجير الفسخ. و لا يخفى ما في هذا عن التعسف الذي هو خلاف مقتضى عقد الإجاره، و الأصح ما هنا.

قوله: (و تعين في تعليم القرآن السور، أو الزمان).

سيأتي في كلامه عن

ص: ١٤٢

و فى الإرضاع تعين الصبى، و محل الإرضاع أ هو بيتها فهو أسهل أو بيت الصبى فهو أوثق للولى فى حفظه، و مدته، و لا تدخل الحضانه فيه.

و هل يتناول العقد اللبن، أو الحمل و وضع الثدي فى فيه و يتبعه اللبن كالصبغ فى الصباغه، و ماء البثر فى الدار؟ الأقرب الأول، لاستحقاق الأجر به بانفراده دون الباقي بانفرادها، و الرخصه سوّغت تناول الأعيان.

قريب إن شاء الله تعالى إشكال فى جواز تعين التعليم بالزمان.

قوله: (و فى الإرضاع تعين الصبى و محل الإرضاع، أ هو بيتها فهو أسهل، أو بيت الصبى فهو أوثق للولى فى حفظه؟).

لتفاوت الغرض فى ذلك كله تفاوتاً مؤثراً فى الرغبه و الأجره، و قد بين مصلحه المرضعه فى بعض الأمكنه، و المرتضع مع الولى فى بعض آخر.

و كذا يجب تعيين مده الإرضاع للجهاله بدونه، و إليه أشار بقوله:

(و مدته) بالجر عطفاً على محل الإرضاع المعطوف على المضاف إليه.

قوله: (و لا تدخل فيه الحضانه).

لاختلاف مدلول كل من اللفظين، فلا يتناول أحدهما الآخر.

قوله: (و هل يتناول العقد اللبن أو الحمل و وضع الثدي فى فيه و يتبعه اللبن كالصبغ فى الصباغه و ماء البثر فى الدار؟ الأقرب الأول لاستحقاق الأجر به بانفراده دون الباقي بانفرادها، و الرخصه سوّغت تناول الأعيان).

لا ريب أن الإجاره للإرضاع و للصبغ ثبتت على خلاف الأصل، لثبوت

المعاوضه على عين اللبن و عين الصبغ، و المقتضى لصحتها فى الإرضاع نص الكتاب (١)، و فى الصبغ الإجماع.

لكن ما المستأجر عليه؟ أ هو نفس اللبن فقط؟ و هو الذى أراد به بقوله:

(و هل يتناول العقد اللبن) بدليل قوله بعد: (لاستحقاق الأجر به بانفراده.) أم هو حمل الصبى و وضع الثدي فى فيه، و اللبن تابع كالصبغ فى الصباغه فإنه تابع، و المستأجر عليه هو الفعل، و مثله ماء البئر فى استئجار الدار؟ و الأقرب عند المصنف الأول، و دليله استحقاق الأجر به بانفراده دون الباقي بانفرادها.

و قوله: (و الرخصه سوّغت تناول الأعيان) كأنه جواب عن سؤال من يقول: كيف جازت الإجاره على الأعيان؟ و فى الاستدلال نظر، لأننا لا نسلم استحقاق الأجره باللبن بانفراده ما لم تصيره المرضعه فى معدة الصبى. و لا يلزم من عدم استحقاق الأجره بالأمر الباقية بانفرادها استحقاقها فى مقابل اللبن وحده، و لم لا- يجوز أن يكون فى مقابل كلّ من الأمور الباقية مع اللبن؟ كما اختاره الشارح (٢).

و كذا فى الصبغ مع الفعل، و لهذا لا يستحق الأجر ببذل العين من دون الفعل و بالعكس، و هذا حسن.

و لو قيل: إن المستأجر هو الفعل الذى لا ينفك عن إتلاف العين، و هو إيصال اللبن إلى معدة الصبى، و تلوين الثوب الذى يجعل الصبغ فى حكم التالف فتكون العين حينئذ تابعه، و لا- تخرج الإجاره عن مقتضاها أمكن، إلا أنّ من المعلوم القطعى أنّ الركن الأعظم فى الرضاع و الصباغه هو اللبن و الصبغ، و أما ماء البئر فى إجاره الدار فقد سبق أنه لا يصح وقوع الإجاره

ص: ١٦٤

١- ١) الطلاق: ٦.

٢- ٢) إيضاح الفوائد ٢: ٢٥٩.

و على المرضعه تناول ما يدر به لبنها من المأكول و المشروب، فإن سقته لبن الغنم لم تستحق أجراً، و لو دفعته إلى خادمتها فالأقرب ذلك أيضاً.

عليه، لعدم الدليل، و جواز التصرف به حينئذ جاز أن يكون لاستفادته من العرف المستقر، أو لدخوله تبعاً.

قوله: (و على المرضعه تناول ما يدر به لبنها من المأكول و المشروب).

لأن مقدمه الواجب واجبه.

قوله: (فإن سقته لبن الغنم لم تستحق أجراً).

لأن حقيقه الإرضاع غير ذلك، فيكون غير المستأجر عليه، فتكون متبرعه.

قوله: (و لو دفعته إلى خادمتها فالأقرب ذلك أيضاً).

أى: عدم استحقاقها أجراً، و وجه القرب أن الرضاع يختلف باختلاف حال المرضعه، فيحمل مطلقه على المباشرة، فيكون ما أتت به خلاف المعقود عليه. و يحتمل الاستحقاق، لحصول مسمى الإرضاع.

و التحقيق أن يقال: إن الاستئجار للإرضاع هل يشترط فيه تعيين المرضعه أم لا؟ ظاهر كلام المصنف فيما سبق، و كلامه فى التذكرة حيث قال: إن شروط الاستئجار للإرضاع أربعة (1)، و لم يعد من جملتها تعيين المرضعه -عدم اشتراط التعيين.

و قد صرح المصنف فى كلامه الآتى عن قريب إن شاء الله تعالى بعدم الاشتراط، و هو الأصح. فعلى هذا إن عينت المرضعه فاسترضعت اخرى

ص: ١٦٥

[١ - ١] التذكرة ٢٩٥: ٢. [١]

و يقدم قولها لو ادعته، لأنها أمينه.

وله أن يؤجر أمته و مدبرته و أم ولده للإرضاع دون مكاتبته، فإن كان لإحداهن ولد لم يجز له أن يؤجرها، إلا أن يفضل عن ولدها.

خادماً أو غيرها لم تستحق أجراً، وإن جعل ذلك في الذمه استحققت لحصول مسمى الإرضاع، وإن لم يوجد تصريح و لكن استؤجرت للإرضاع أمكن أن يحمل هذا الإطلاق على إرضاعها، لأنه المتبادر إلى الفهم، و العرف جارٍ عليه. فإذا استرضعت خادمها لم تستحق أجره. و فيه ما فيه، فإن كان مراد المصنف هو هذا الفرد فهو محل الكلام.

قوله: (و يقدم قولها لو ادعته لأنها أمينه).

قد يقال: لا يلزم من أمانتها تقديم قولها خصوصاً، و إنما يريد بذلك إثبات استحقاق الأجر لها. و يمكن أن يحتج بأن ذلك فعلها و هي أعلم به، و يعسر الإشهاد عليه في الأوقات المتكررة ليلاً- و نهاراً، فلو لم يقبل يمينها لأدى ذلك إلى عدم الرغبة في الإرضاع، و هو حسن.

قوله: (و له أن يؤجر أمته، و مدبرته، و أم ولده للإرضاع).

لأنهن مملوكات له، و أراد بأمته القته، لأن الكل إماء.

قوله: (دون مكاتبته).

لانقطاع سلطنته عنها بالكتابه، و لا فرق بين المطلقه و غيرها.

قوله: (فإن كان لإحداهن ولد لم يجز له أن يؤجرها، إلا أن يفضل عن ولدها).

أو يقيم له غيرهن لترضعه، و كذا القول في كل مرضعه، و إنما خص المملوكات لأنهن محكوم عليهن، فهن مظنه عدم ملاحظه حال ولدهن، بخلاف الحره بالنسبه إلى ولدها، لاقتضاء الشفقه الجبّيه خلاف ذلك.

و لو كانت مزوجه افتقر المولى إلى إذن الزوج، فإن تقدم الرضاع صح العقدان، وللزوج و وطؤها و إن لم يرض المستأجر، فإن مات المرتضع أو المرضعه بطلت الإجاره إن كانت معينه، و لو كانت مضمونه فالأقرب إخراج أجره المثل من.

قوله: (و لو كانت مزوجه افتقر المولى إلى إذن الزوج).

قد سبق أن أذن الزوج إنما يفتقر إليه فيما يمنع حقوق الزوج له لا مطلقاً، فينبغي أن يكون هنا كذلك، و في التحرير استشكل الصحه إذا لم يمنع شيئاً من حقوق الزوج (١).

قوله: (فإن تقدم الرضاع صح العقدان).

لعدم منافاه الإرضاع للزوجيه.

قوله: (و للزوج و وطؤها و إن لم يرض المستأجر).

لاختلاف المنفعتين، لأن الإرضاع لا ينافى الوطاء، و إنما يجوز الوطاء في ما يفضل من الزمان عن الإرضاع، و لو أضر الوطاء باللبن فالظاهر تقديم حق الإرضاع.

قوله: (فإن مات المرتضع أو المرضعه بطلت الإجاره إن كانت معينه).

هذا قيد في المرضعه حيث إنه لا يشترط فيها التعيين، أما الرضيع فقد علم أنه لا تصح الإجاره من دون تعيينه.

و اعلم أن الضمير في (كانت) يعود إلى ما دل عليه السياق، و هو منفعه الإرضاع.

قوله: (و لو كانت مضمونه فالأقرب إخراج أجره المثل من

ص: ١٤٧

تركهاو يكفى فى العمل مسماه.

و لو اختلف فالأقرب وجوب اشتراط الجوده و عدمها.

تركها).

وجه القرب أن ذلك دين فى ذمتها غير مقيد بمحل مخصوص، فلا تنفسخ الإجاره بموتها، و تجب اجره المثل لأنها قيمه الواجب فى الذمه فيخرج من تركها.

و لو قيل بوجوب الاستئجار للإرضاع المستأجر عليه من تركها كان وجهاً، لأن الواجب فى الذمه هو الإرضاع و لم يتعذر، وإلا لانفسخت الإجاره.

و يحتمل انفساخ الإجاره كما اختاره ابن إدريس، فإنه حكم بالبطلان بموت المرتضع، و المرضعه و الأب المستأجر (١). مع أنه اختار فى موضع آخر من كتابه: إن موت المستأجر لا- يبطل الإجاره (٢)، و لعل مراده بالبطلان بموت المرضعه ما إذا كانت معينه، و ما قر به المصنف هو الأصح.

قوله: (و يكفى فى العمل مسماه).

أى: لغه، أو عرفاً، أو شرعاً، و المراد أن أقل مراتب ما صدق عليه الاسم كافيه فى البراءه.

قوله: (و لو اختلف فالأقرب اشتراط الجوده و عدمها).

وجه القرب اختلاف الأغراض باختلاف العمل، و كذا الأجره اختلافاً ظاهراً، فيكون ترك الاشتراط مفضياً إلى الجهاله و الغرر.

و يحتمل العدم، و ينزل الإطلاق على ما يقع عليه الاسم، و الأقرب

ص: ١٦٨

١-١) السرائر: ٢٧٣.

٢-٢) السرائر: ٢٧٠.

و لو مرض الأجير، فإن كانت مضمونه لم تبطل و أُلزم بالاستئجار للعمل، و إن كانت معينه بطلت، و كذا لو مات.

و لو اختلف العمل باختلاف الأعيان فالأقرب أنه كالمعينه، مثل النسخ لاختلاف الأغراض باختلاف الأعيان.

أقرب.

قوله: (و لو مرض الأجير، فإن كانت مضمونه لم تبطل و أُلزمه بالاستئجار للعمل، و إن كانت معينه بطلت).

إنما تبطل إذا تعين زمان الإجاره و استوعبه المرض، و إلا فإن لم يتعين الزمان تخير المستأجر بالتأخير، و إن تعين و مرض البعض بطلت فيه و تخير في الباقي.

قوله: (و لو اختلف العمل باختلاف الأعيان فالأقرب أنه كالمعينه مثل النسخ، لاختلاف الأغراض باختلاف الأعيان).

أى: لو اختلف العمل اختلافاً بيناً باختلاف الأعيان، و قد عيّن بالوصف فالأقرب عند المصنف أن الحكم فيه كالمعينه. و وجه القرب عدم حصول المستأجر عليه إلا من النسخ المعين فتبطل الإجاره بموته. و يحتمل العدم، لأن العمل الموصوف في الذمه.

و اعلم أن هذه العبارة غير مستقيمه، و ذلك لأن الذى يمكن تنزيل العبارة عليه، هو أنه إذا استأجره للكتابه الموصوفه بأوصاف لا تنطبق إلا على كتابه كاتب مخصوص فإنها كالمعينه به، لعدم انطباق الوصف إلا عليه، فإذا مات بطلت.

و يحتمل العدم، لأنها في الذمه، فهى أمر كلى في الواقع، و إن لم يكن له إلا- فرد واحد فلا- يفسخ بالموت، لأن الكلى في الذمه، فتخير المستأجر بين الفسخ، و الصبر إلى أن يوجد كاتب بذلك الوصف. و الأول

و يجوز الاستتجار لحفر الآبار و الأنهار و العيون، فيفتقر إلى معرفه الأرض بالمشاهدهو إن قَدّر العمل بالمده.

أقوى، لأن الكاتب و إن لم يتعين بتسميته، إلا- أن أوصاف الكتابه مثلاً اقتضت تشخيصه، خصوصاً إذا علم انحصار الوصف فى عمل ذلك الكاتب، فإن ظاهر الحال و المتعارف إرادته بالإطلاق، إذ يبعد أن يستأجر لكتابه يتوقع لها حدوث كاتب على مرور الأزمان و تراخى الأوقات.

و هذا الحكم حسن، إلا أن تنزيل العبارة عليه لا يخلو من شىء، لأن قوله: (لو اختلف العمل باختلاف الأعيان) بمجرد لا يقتضى انحصار العمل الموصوف فى فرد مخصوص. و كذا دليله و هو قوله: (لاختلاف الأغراض باختلاف الأعيان) لا يرتبط بالمدعى، فإن ذلك لا ينتج كون هذا كالمعينه يفسخ بموت الكاتب الموجود حينئذ (١) بالأوصاف كما هو معلوم.

و الحق أن العبارة غير حسنه، و لا يتأدى المطلوب منها إلا بكمال التكلف.

قوله: (و يفتقر إلى معرفه الأرض بالمشاهده).

المراد: مشاهده ظاهرها و الباطن تابع، لعدم إمكان الاطلاع عليه بالمشاهده.

قوله: (و أن يقدر العمل بالمده).

أى يفتقر إلى ذلك، و يكتفى به مع المشاهده. و لو قدره بتعيين المحفور لم يكف ذلك، بل يجب فى البئر معرفه الدور و العمق، و فى النهر طوله و عرضه و عمقه، و قد أشار إليه بقوله: (و لو قدر بتعيين المحفور).

ص: ١٧٠

١- ١) لم ترد فى «ك».

و لو قَدّر بتعين المحفور كالبئر وجب معرفه دورها، و عمقها، و طول النهر، و عمقه، و عرضه.

و يجب نقل التراب عن المحفور.

و لو تهوّر تراب من جانبيه لم تجب إزالته كالدابّه.

و لو وصل إلى صخره لم يلزم حفرها.

قوله: (و يجب نقل التراب عن المحفور).

أى: المحفور من البئر و النهر، لأنه لا يمكنه الحفر إلا بذلك، فقد تضمنه العقد. ثم إن نقله إلى أى موضع يكون لم يتعرض إليه المصنف، و لا وجدت به تصريحاً. و لعلهم اعتمدوا على رد ذلك إلى العرف، و هو واضح. و هل يكفى إلقاءه على حافة البئر أو النهر، أم يجب إبعاده؟ فيه احتمال.

قوله: (و لو تهوّر تراب من جانبه لم تجب إزالته).

أى: لو انهدم تراب من الجانب لم يجب على الحافر نقله، بل يجب ذلك على صاحب البئر أو النهر، لأنه سقط من ملكه، و لم يتضمن عقد الإجاره إخراجه. فلو امتنع المالك من إخراجه كان التقصير من قبله، كما لو لم يفتح باب الدار لبناء جدار فيها.

قوله: (و لو وصل إلى صخره لم يلزم حفرها).

و مثل الصخره الشجره، و الأرض الصلبه زياده على المشاهد من الأرض، لمخالفه ذلك لما شاهده. و إنما اعتبرت مشاهد الأرض لاختلافها، فإذا ظهر فيها ما يخالف المشاهد كان له الخيار فى الفسخ.

و ينبغى أن يكون هذا إذا لم يقطع عاده باشتمال تلك الأرض على صخره، لا طراد ذلك فى جميعها، فإنه حينئذ يجب حفرها. و لا يجوز

فله من الأجر بنسبه ما عمل، و روى تقسيط أجر عشر قامات على خمسة و خمسين جزءاً، فما أصاب واحداً فهو للأولى، و الاثنين للثانيه، و هكذا.

الفسخ، و متى فسخ كان له من الأجره بنسبه ما عمل، أى: بمثل نسبه أجره ما عمل إلى أجره المثل، لأن التقسيط إنما يكون باعتبار (القيمه) (١)، و قيمه المنافع أجره أمثالها، فحينئذ ينظر أجره المثل للمجموع، و لما عمل، و ينسب الثانى إلى الأول، و بنسبته منه يؤخذ لما عمل من المسمى، و إلى ذلك أشار بقوله: (فله من الأجره بنسبه ما عمل)، و فى العبارة حذف معلوم.

قوله: (و روى تقسيط أجر عشر قامات على خمسة و خمسين جزءاً، فما أصاب واحداً فهو للأولى، و الاثنين للثانيه، و هكذا).

هذه روايه أبى شعيب المحاملى، عن الرفاعى، عن أبى عبد الله عليه السلام (٢)، و أفتى الشيخ فى المبسوط (٣) و ابن إدريس بتقسيط المسمى على أجره المثل (٤)، و هو الأصح.

و تحمل الروايه على ما إذا تناسبت القامات بعضها إلى بعض على هذه النسبه، بحيث تكون نسبه الاولى إلى الثانيه أنها بقدر نصفها فى المشقه، و إلى الثالثه بقدر ثلثها، و إلى الرابعه بقدر الربع، و على هذا، مع أنها واقعه خاصه فلا عموم لها.

و إنما قَسِطَ ذلك على خمسة و خمسين، نظراً إلى أن التناسب على الوجه الذى ذكرناه يقتضى جمع الأعداد الواقعه فى العشره، فما بلغت

ص: ١٧٢

١- ١) لم ترد فى «ك».

٢- ٢) الكافى ٧: ٤٣٣ حديث ٢٢، [١] التهذيب ٦: ٢٨٧ حديث ٧٩٤.

٣- ٣) المبسوط ٣: ٢٣٧.

٤- ٤) السرائر: ١٩٩.

فإن عمل به احتمال تعديه،فتقسّم الخمسه على خمسه عشر.

و لو استأجره لعمل اللبن،فإن قدره بالعمل احتيج إلى عدده، و موضع ضربه،و ذكر قالبه،فإن قدره بقالب معروف،و إلا احتيج إلى تقدير الطول و العرض و السمك،و لا تكفى الحواله على قالب مشاهد.

قسّطت عليه الأجره.

و لا-ريب أن الأعداد فى العشره إذا جمعت بلغت ذلك.و طريق ضابط ذلك أن تضرب عدد القامات فى نفسه،فما بلغ زدت عليه جذره و نصّفته.

ففى المسأله مضروب العشره فى نفسها مائه،و جذر ذلك عشره،إذا نصفتها كان خمسه و خمسين،و ذلك مجموع الأعداد التى تضمنتها العشره.

قوله: (فإن عمل به احتمال تعديه فتقسم الخمسه على خمسه عشر).

أى:فإن عمل بهذا الحكم فى العمل (1)المخصوص احتمال تعديته إلى غيره،نظراً إلى المشاركه فى العله،و العدم اقتصاراً على مورد النص.

و على ما اخترناه من اعتبار التناسب لا شبهه فى التعديه معه،و حينئذٍ فإذا استأجره لحفر خمس قامات فحفر البعض ثم عجز قسّط الأجره على خمسه عشر،لأن مضروب الخمسه فى نفسها خمسه و عشرون،فإذا زدت عليها الخمسه و هى الجذر كان نصفها خمسه عشر.و اعلم أن فى بعض النسخ (احتمل تعديته).

قوله: (و لو استأجره لعمل اللبن،فإن قدره بالعمل احتيج إلى عدده و موضع ضربه و ذكر قالبه،فإن قدره بقالب معروف،و إلا احتيج إلى تقدير الطول و العرض و السمك،و لا تكفى الحواله على قالب

ص: ١٧٣

١- ١) فى «ك»:المحل.

غير معروف لو قدّر البناء بالعمل وجب ذكر موضعه، وطوله، وعرضه، وسمكه، وآله البناء من لبن وطين، أو حجر و جص. (مشاهد غير معروف).

يجوز التقدير في ضرب اللبن بالزمان، فيجب تعيين موضع الضرب.

و في تعيين الموضع الذى يضرب فيه إشكال، ينشأ من وجود كثره الاختلاف، وعدمه. و في التحرير ذكر إشكالات في موضع الضرب (١)، و الظاهر أن مراده به المعنى الثانى.

و الظاهر وجوب تعيينه كالأرض المحفورة، وإنما يكون ذلك بالمشاهدة، لعدم انضباط ذلك بالصفه، و قد صرح المصنف بذلك فى التذكرة فى مسأله حفر النهر و البئر و نحوهما (٢)، و لا يجب شىء سوى ذلك.

و عبارته التحرير لا- تخلو من مؤاخذه، حيث قال: و لو قرنه بالزمان لم يفتقر إلى ذلك سوى تعيين موضع الضرب على أشكال (٣)، فإنه باعتبار تفاوت الأمكنه فى القرب و البعد، و موافقه العرض و مباينته، و الاحتياج إلى كلفه النقل و عدمه يتحقق الغرر بالإخلال بالتعيين.

و إن قدّره بالعمل فلا- بد من العدد، و تعيين موضع الضرب، و ذكر القالب. فإن قدّر بقالب معروف فلا بحث، و إلا احتيج إلى تقدير الأبعاد الثلاثه، و السيمك- بفتح أوله- ارتفاع الجسم. و لا- تكفى الحواله على قالب مشاهد غير معروف بأحد الطريقتين لإمكان تلفه، فتعذر معرفه القدر. و ينبغى أن يعين الموضع الذى يضرب منه و ذلك بالمشاهده كما سبق، و اللبن.

قوله: (و لو قدّر البناء بالعمل وجب ذكر موضعه، وطوله، وعرضه، وسمكه، وآله البناء من لبن و طين أو حجر و جص).

و لو قدره بالزمان

ص: ١٧٤

١-١) التحرير ١: ٢٤٦. [١]

٢-٢) التذكرة ٢: ٣٠٣. [٢]

٣-٣) التحرير ١: ٢٤٦. [٣]

فإن سقط بعد البناء استحق الأجر إن لم يكن لقصور في العمل، كما لو بناه محلولاً.

و لو شرط ارتفاع الحائط عشره أذرع فسقط قبلها لرداءه العمل وجب عليه الإعادة.

و لو استأجره لتطيين السطح أو الحائط جاز و إن قدره بالعمل.

و لو قدره بالزمان فظاهر عبارتهم أن تعيين ما ذكر مختص بالتقدير بالعمل. و يحتمل وجوب تعيين المحل و الآله للاختلاف.

قوله: (فإن سقط بعد البناء استحق الأجر إن لم يكن لقصور في العمل، كما لو بناه محلولاً).

هو مثال القصور في العمل، و المراد بالمحلول: الذي لا تكون أجزاء العماره فيه متداخله.

قوله: (و لو شرط ارتفاع الحائط عشره أذرع، فسقط قبلها لرداءه العمل وجب عليه الإعادة).

و يجب أيضاً تنظيف الموضع و تهيئته للبناء، لأن شغله بتلك الآلات بفعله على وجه غير مأذون فيه.

قوله: (و لو استأجره لتطيين السطح، أو الحائط جاز و إن قدره بالعمل).

لأن ذلك مضبوط عرفاً، و لا أثر لرقه الطين و غلظه إذا لم يخرج عن العاده.

و منع في التذكرة من تقديره بالعمل لاختلاف الطين بالرقه و الثخن، و أرض السطح تختلف، فبعضها عالٍ و بعضها نازل، و كذا

الحيطان (١).

ص: ١٧٥

و يتقدر النسخ بالمده و العمل، فيفتقر فى الثانى إلى عدد الورق و السطور و الحواشى و دقه القلم، فإن عرف وصف الخط و إلا وجبت المشاهده.

و يجوز تقدير الأجر بأجزاء الفرع، أو الأصل، و المقاطعه على الأصل.

و هو ضعيف، لعدم التفاوت المقتضى للغرر، نعم لا بد من تعيين المحل و الآله.

قوله: (و يتقدر النسخ بالمده و العمل فيفتقر الثانى إلى عدد الورق و السطور و الحواشى و دقه القلم، فإن عرف وصف الخط و إلا وجب المشاهده).

لم يتعرض لذكر تعيين النسخ بالزمان و ما يشترط فيه، و ظاهر أن تعيينه بالزمان كاف فى زوال الغرر، و هو مشكل، للتفاوت البين فى ذلك، فيمكن أن يقال: يجب التعرض لوصف الخط و قدر السطور و الحواشى.

و قوله: (فإن عرف وصف الخط). معناه: أنه بعد اشتراط ما ذكره إن كان وصف الخط معروفاً و ضبطه بالوصف ممكناً كفى وصفه، و إلا وجبت المشاهده ليندفع الغرر.

و جزاء الشرط فى قوله: (فإن عرف) محذوف تقديره: كفى وصفه، و نحوه.

قوله: (و يجوز تقدير الأجر بأجزاء الفرع، أو الأصل، و المقاطعه على الأصل).

كل من الطرق الثلاث محصل للعلم بالثمن، فيكفى التقدير به. و على التقدير بالأجزاء هل يشترط العلم بها حين العقد؟ أم يكفي العلم بها بعده؟ فيه ما سبق فى البيع من جواز بيع استحقاقه من التركة و هو محصور، إلا أنه

و يعفى عن الخطأ اليسير، للعادة، لا الكثير، و ليس له محادثه غيره وقت النسخ.

و يجوز على نسخ المصحف، و على تعليم القرآن إلا مع الوجوب.

غير معلوم القدر عند البيع، و قد سبق ترجيح عدم الصحه، فيجىء هنا مثله للغرر.

قوله: (و يعفى عن الخطأ اليسير للعادة لا الكثير).

و المرجح فى اليسير و الكثير إلى العاده.

قوله: (و ليس له محادثه غيره وقت النسخ).

لأن ذلك يوجب غلطه، و لو كان من عادته عدم الغلط بسببها لم يجز أيضاً، لأن المحادثه معرضه للغلط. و كذا ليس له التشاغل بما يشغل سره و يوجب غلطه، و لا- لغيره محادثته و شغل سره. و كذلك الأعمال التى تفتقر إلى حضور القلب فيها، ذكره فى التذكرة (١).

قوله: (و يجوز على نسخ المصحف).

فى قول أكثر العلماء حكاه فى التذكرة (٢)، و كذا كتب السير و الأخبار الصادقه و الشعر الحق دون الكاذب، و لا بأس بالأمثال و الحكايات و ما وضع على ألسن العجاوات. صرح به فى التذكرة، قال فيها:

و يستحب الاستئجار فى كتب العلوم من الأحاديث (٣). الفقه و تفسير القرآن العزيز و غير ذلك من العلوم الدينيه.

قوله: (و على تعليم القرآن إلا مع الوجوب).

أى: يجوز الاستئجار

ص: ١٧٧

١- ١) التذكرة ٣٠٥: ٢. [١]

٢- ٢) المصدر السابق. [٢]

٣- ٣) المصدر السابق.

فيقدّره بالعمل بعدد السور، أو بالزمان على إشكال ينشأ: من تفاوت السور في سهوله الحفظ. على تعليم القرآن، لكن مع الكراهيه إذا شرط الأجره، فلو علمه فدفع إليه أجراً لم يكره قبوله، لما دلت عليه روايه جراح المدائني عن الصادق عليه السلام (١).

و هذا إذا لم يجب التعليم، فإن وجب لم يجز أخذ الأجر سواء كان الوجوب عينياً أو كفايه، و سواء وجب التعلّم على المتعلم عيناً كالفاتحه و السوره، أو كفايه كباقي القرآن.

فرع: لا يجوز تعليم الكافر القرآن إلا إذا رجي إسلامه، صرح به في التذكرة (٢)(٣).

قوله: (فيقدّره بالعمل بتعدد السور).

أي: يقع الاستئجار مقدراً بالعمل، فلا بد من تعداد السور (٤).

و ينبغي أن يراد من تعدادها تعيينها، فإن التعيين لا بد منه - كما صرح به في التذكرة (٥) - لامتناع الصحه مع الغرر، و لا معنى للتعداد مع التعيين.

قوله: (أو بالزمان على إشكال ينشأ من تفاوت السور في سهوله الحفظ).

و من أن طريق التعيين في الإجاره أحد أمرين: الزمان أو العمل، فأيهما تحقق التعيين به كفى.

ص: ١٧٨

١- ١) التهذيب ٦: ٣٦٥ حديث ١٠٤٧، الاستبصار ٣: ٦٦ حديث ٢١٨.

٢- ٢) التذكرة ٢: ٣٠٢. [١]

٣- ٣) لم يرد هذا الفرع في «ك».

٤- ٤) في «ك»: أداء السور.

٥- ٥) التذكرة ٢: ٣٠٢.

و لو قال:عشر آيات و لم يعين السوره لم يصح،و يكفى إطلاق الآيات منها وحده الاستقلال بالتلاوه،و لا يكفى تتبعه نطقه. و هذا أقوى،لأن التفاوت لا يضر حينئذ لحصول التعيين المعتبر.و قد سبق في كلامه قريباً الجزم بالاكْتفاء بالتعيين بتقدير المده،و به صرح في التذكرة (١).

قوله: (و لو قال:عشر آيات و لم يعين السوره لم يصح،و يكفى إطلاق الآيات منها).

المراد أنه يكفى في التعيين أحد أمرين:إما تعيين الآيات،أو تعيين السوره التي فيها الآيات.و إن لم يعين السوره،فلو لم يعين واحداً منهما لم يصح للجهاله،بخلاف ما إذا عيّن الآيات،أو عيّن السوره،و إن أطلقها لتقارب آيات السوره الواحد.

و فيه نظر،فإن التفاوت بينها في الطول و القصر،و السهوله و الصعوبه حاصل فيتحقق الغرر.و كيف يتقارب الأمر في قوله تعالى وَ إِلَهُكُمْ إِلَهٌ وَاحِدٌ (٢)الآيه.و آيه الدين (٣)مثلاً.و قد ذهب المصنف في التذكرة إلى اشتراط تعيين الآيات أيضاً مع السوره (٤)،و هو الأصح.

و هل يشترط تعيين القراءه؟قال في التذكرة:الأولى وجوب تعيين قراءه أحد السبعه (٥).و ما ذكره محتمل،و يحتمل العدم،فيجب تعليم الجائر، لأن الأمر في القرآن قريب.

قوله: (و حدّه الاستقلال بالتلاوه،و لا يكفى تتبعه نطقه).

لعدم صدق اسم

ص:١٧٩

١- (١)المصدر السابق.

٢- (٢) البقره:١٦٣. [١]

٣- (٣) البقره:٢٨٢.

٤- (٤) التذكرة ٣٠٢:٢. [٢]

٥- (٥) المصدر السابق.

و لو استقل بتلاوه الآيه ثم لقنه غيرها، فنسى الأولى ففي وجوب إعادته التعليم نظر.

و يجوز جعله صدقاً، فلو استفادته من غيره كان لها أجر التعليم. التعليم من دون الاستقلال بها، قال في التذكرة: و لو كان المستأجر على تعليمه يتعلم الشيء بعد الشيء ثم ينسأه فالأقرب الاعتبار بالعادة، فإن كان يسمى في العاده تعليماً لم يجب على المؤجر إعادته التعليم.

ثم حكى عن بعض الأصحاب أنه إن تعلم آية ثم نسيها لا تجب إعادته التعليم، وإن كان دون الآيه وجب. و نفى عنه البأس (١)، و استشكله في القواعد هنا، و في النكاح حيث قال: و لو استقل بتلاوه الآيه ثم لقنه غيرها فنسى الأولى ففي وجوب إعادته التعليم نظر.

و ليس ببعيد الرجوع إلى العاده، بل إن اقتضت العاده صدق اسم التعليم على التدريب للقراءة في المصحف كفى، و إن لم يتحقق في العاده شيء بخصوصه فالتعيين طريق إلى البراءة. و لا ريب أن وجوب إعادته التعليم إذا نسي الأولى بتلقين الثانية أولى، إذ يبعد وقوع اسم التعليم على ذلك.

قوله: (و يجوز جعله صدقاً).

لروايه عن النبي صلى الله عليه و آله في التي عرضت نفسها عليه (٢)، و هذا استطراد.

قوله: (فلو استفادته من غيره كان لها أجر التعليم).

لتعذر وصول التعليم إليها فيعدل إلى قيمته، لأنها أقرب شيء إليه.

ص: ١٨٠

١-١) التذكرة ٣٠٢: ٢. [١]

٢-٢) الكافي ٣٨٠: ٥، حديث ٥، التهذيب ٣٥٤: ٧، حديث ١٤٤٤.

و يجوز الاستئجار على تعليم الخط، والحساب، والآداب. و هل يجوز على تعليم الفقه؟ الوجه المنع مع الوجوب، و الجواز لا معه. قوله: (و يجوز الاستئجار على تعليم الخط، والحساب، والآداب).

لأن ذلك من الأمور المقصوده المتقومه المحلله.

قوله: (و هل يجوز على تعليم الفقه؟ الوجه المنع مع الوجوب، و الجواز لا معه).

لا ريب أن الفقه قد يراد به المسائل المدونه فى الكتب، و قد يراد به الملكه التى يكون العلم معها بجميع المسائل بالقوه القريبه من الفعل، و قد يراد به التصديقات.

و على كل حال فتعليم الفقه إن كان واجباً على المعلم أو المتعلم عيناً أو كفايه لم يجرأ أخذ الأجره عليه، لأن المعلم مأخوذ بالتعليم و مؤدبه واجباً فيمتنع أخذ الأجره كسائر الواجبات العينيه و الكفائيه، و إلا جاز.

و المراد بكونه واجباً أعم من الوجوب العينى كأحكام الصلاه بالنسبه إلى المكلف بفعلها، و الكفائى كجميع الفقه. فمتى كان فى القطر من هو قائم بالواجب الكفائى جاز أخذ الأجره حينئذ.

و ذهب الشارح الفاضل إلى أن الوجوب إن كان عينياً امتنع أخذ الأجره على الواجب تعليماً كان أو غيره، و إن كان كفايياً و أريد الفعل على وجه القربه لم يجرأ أخذ الأجره على ذلك الفعل كصلاه الجنازه، و إن كان كفايياً و لم يرد على وجه القربه جاز أخذ الأجره عليه، إلا ما نص الشارع على تحريمه كأجره الدفن (1). و فيه نظر، فإن الوجوب مطلقاً مانع من جواز أخذ

ص: ١٨١

و على الختان، و المداواه، و قطع السلع، و الحجامه على كراهيه أجره مع الشرط، و على الكحل فيقدر بالمده خاصه، و يفتقر إلى تعيين المره فى اليوم أو المرتين. الأجره، كما سبق فى كتاب البيع، و هو صريح كلام الأصحاب.

و ما ذكره من الجواز إذا لم يكن الواجب مشروطاً بالنيه مخالف لما عليه الأصحاب، و مع ذلك فإن المانع ليس هو اعتبار النيه، بل هو تحقق الوجوب بدون الإجاره.

فعلى هذا كل ما كان من الواجبات الكفائيه إنما يجوز الاستئجار عليه عند عدم وجوبه بحال، فإن وجب لم يجز كائناً ما كان. لكن قد جَوَّز الأصحاب الاستئجار للجهاد مع عدم تعيين المؤجر و المستأجر له، و ذلك يشمل ما إذا وجب كفايه. و يمكن حملة على ما إذا علم أو ظن قيام من فيه كفايه، أو كان المؤجر ممن لا تجب عليه أصلاً.

قوله: (و على الختان، و المداواه، و قطع السلع، و الحجامه على كراهيه أجره مع الشرط).

ينبغى أن يراد بذلك كله ما إذا لم يجب شىء منها و لو كفايه، و ذلك حيث لا يجب على الأجير فعل الختان، فإن وجب لم يجز أخذ الأجر، و لا يخفى أن كراهيه أجر الحجام إنما هو مع الشرط.

قوله: (و على الكحل فيقدر بالمده خاصه).

أى: يجوز الاستئجار على الكحل، و هو واضح، لأنه عمل مقصود متقدم محلل، و لا يقدر إلا بالمده خاصه، أى: دون العمل لعدم انضباطه.

و لا يبعد جواز التقدير بالعمل أيضاً، لإمكان ضبط النوبات، و قد نبه عليه شيخنا الشهيد فى بعض الحواشى.

قوله: (و يفتقر إلى تعيين المره فى اليوم أو المرتين).

و كذا ما فوق

ص: ١٨٢

و الكحل على المريض، و يجوز اشتراطه على الأجير. و الأقرب جواز اشتراط الأجر على البناء، و لو لم يحصل البرء فى المده استقر الأجر. ذلك إذا كان اليوم بحيث يسعها قطعاً و إنما افتقر إلى ذلك، لأن من المعلوم أنه لا يستوعب أجزاء اليوم بالكحل، فلا بد من التعيين، نعم لو كان هناك عاده مضبوطة نزل الإطلاق عليها.

قوله: (و الكحل على المريض).

أى: مع الإطلاق، لأن الإجاره إنما تكون على العمل.

قوله: (و يجوز اشتراطه على الأجير).

لعدم منافاه الشرط لعقد الإجاره، و لا مخالفته للكتاب و لا السنه، و يكون استحقاق العين بالشرط على جهه التبعية، كما يشترط سكنى الدار مده معينه فى البيع.

قوله: (و الأقرب جواز اشتراط الأجر على البناء).

وجه القرب: إنه شرط سائغ فيكون داخلاً تحت عموم قوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم» (١).

و يحتمل عدم الجواز، لأن الإجاره إنما ترد على المنافع دون الأعيان.

و جوابه: إن أصل الإجاره ذلك كما أن أصل البيع أن يرد على الأعيان دون المنافع، لكن قد ثبت خلاف ذلك تبعاً، كشرط السكنى و الرهن و الضمان، و الأصح الجواز.

قوله: (و لو لم يحصل البرء فى المده استقر الأجر).

لأنه فى مقابل

ص: ١٨٣

(١ - ١) الكافى ٥: ٤٠٤ حديث ٨، و فيه: المسلمون، التهذيب ٧: ٣٧١ حديث ١٥٠٣، الاستبصار ٣: ٢٣٢ حديث ٨٣٥.

و لو برئ في الأثناء انفسخ العقد في الباقي، فإن امتنع مع عدمه من الاكتمال استحق الأجير أجره بمضى المده.

و لو جعل له عن البرء صح جعله لا اجاره. و لو اشترط الدواء على الطبيب فالأقرب الجواز. العمل لا في مقابل البرء.

قوله: (و لو برئ في الأثناء انفسخ العقد في الباقي).

لتعذر المعقود عليه، قد يقال: إنه إذا تعلمت المرأة القرآن المعين تعليمه صداقاً من غير الزوج استحققت أجره المثل، و هنا ينفسخ العقد في الباقي، مع أنه في الموضوعين قد تعذر المعقود عليه، فإما أن ينفسخ فيهما، أو تجب أجره المثل فيهما.

و جوابه: إن الانفساخ هنا لا- يستدعى إلا- بطلان المعاوضه، بخلافه هناك فإنه يستلزم وجوب مهر المثل، لامتناع خلو الوطاء المحترم عن مهر:

و لا ريب أن مهر المثل أبعد من أجره المثل عن المسمى، و لا ريب أن المصير إلى الأقرب مع تعذر المعقود عليه أولى.

قوله: (و لو جعل له عن البرء صح جعله لا اجاره).

أما عدم صحته إجاره فإن ذلك ليس من مقدور الكحال، و إنما هو من فعل الله تعالى. و أما صحته جعله فلأن السبب إلى حصوله كاف في استحقاق الجعل إذا حصل، و إن كان من فعل الله تعالى، و لو برئ من غير كحل، أو تعذر لا من جهة المؤجر استحق أجره مثله، كما لو عمل الجعالة ثم فسح العقد، صرح بذلك في التذكرة (١).

قوله: (و لو شرط الدواء على الطبيب فالأقرب الجواز).

وجه القرب ما

ص: ١٨٤

و لو قدّر الرعى بالعمل افتقر إلى تعيين الماشيه، فتبطل بموتها، و يحتمل عدمه، لأنها ليست المعقود عليها، و إنما يستوفى المنفعه بها. سبق بيانه فى اشتراط الأجر على البناء، و الأصح هنا مثل ما هناك. و الفرق بينه و بين الكحل جريان العاده بكونه الكحال. كذا قيل و فيه نظر، لأنه لو سلم ذلك لورد عليه أن الإجاره إنما ترد على المنافع دون الأعيان فيفتقر إلى الجواب.

قوله: (و لو قدّر الرعى بالعمل افتقر إلى تعيين الماشيه فيبطل بموتها، و يحتمل عدمه، لأنها ليست المعقود عليها، و إنما يستوفى المنفعه بها).

قال فى التذكرة: إن الرعى لا يمكن تقديره بالعمل، بل إنما يتقدر بالزمان، لأن العمل لا ينحصر (١). و الذى ذكره هنا مخالف لما فى التذكرة.

و ظاهر كلام المبسوط (٢) موافق لما هنا، و مثله كلام التحرير (٣).

و تحقيق الحال: أنه إذا استأجر للرعى جاز، ثم إما أن يقدر بالعمل أو بالزمان، فإن قدر بالعمل بأن يكون المرعى معلوم القدر، فيستأجره لرعيه، فهل يفتقر إلى تعيين الماشيه؟.

مختار المصنف أنه يفتقر لاختلاف العمل باختلافها فى الصعوبه و السهوله، و طول الزمان و قصره. و يحتمل عدمه إذا عيّن الجنس و القدر لزوال الجهاله بذلك، فإذا عيّنها بطلت الإجاره بموتها قطعاً.

و لو قلنا بعدم اشتراط التعيين فاقصر على الجنس و القدر لم تبطل بموت ما استرعاها إياها، لأنها ليست المعقود عليها، و إنما هى كالأله فى

ص: ١٨٥

١ - ١) التذكرة ٢: ٣٠٤. [١]

٢ - ٢) المبسوط ٣: ٢٥٠ - ٢٥١. [٢]

٣ - ٣) التحرير ١: ٢٥٥.

استيفاء المنفعة بها.

و اعلم أن عبارته المصنف لا- تخلو من مؤاخذه، لأن قوله: (و يحتمل عدمه) إن أراد به عدم الافتقار إلى تعيين الماشيه-و هو الظاهر-لم يرتبط به قوله: (لأنها ليست المعقود عليها)، فإن ذلك لا يكون دليل عدم الافتقار إلى التعيين كما هو ظاهر.

و إن أراد به عدم البطلان بموتها ففساده أظهر، لأنه على تقدير وقوع التعيين تبطل الإجاره بموت ذلك المعين قطعاً و إن لم يكن التعيين شرطاً.

و فساد قوله: (لأنها ليست المعقود عليها) حينئذ أظهر.

و يمكن تكلف حذف شيء في عبارته، و يكون الضمير في قوله:

(و يحتمل عدمه) عائداً إلى مصدر (افتقر) و التقدير: و يحتمل عدم الافتقار إلى التعيين، فإذا لم يعين لم تبطل الإجاره بموتها، لأنها ليست المعقود عليها. و هذا و إن كان صحيحاً إلا أن فيه من التعسف ما لا يخفى.

و قد اضطرب كلام الشارح هنا: حيث جعل الاحتمال قولاً للشيخ في المبسوط (١)، حيث جوز الاستئجار لرعى الغنم من غير تعيين للغنم و لا للقدر (٢). و ليس بشيء، لأن الشيخ جوز هذا إذا كان الاستئجار مده معلومه لا مقدراً بالعمل.

إذا تقرر هذا فاعلم أن الذي يقتضيه النظر: أنه إن قدر الرعى بالعمل أو بالمده، و عيّن جنس الماشيه و قدرها كفى ذلك في صحه الإجاره، و لا حاجه إلى تعيين شخصها، لأن الغرر يندفع بما ذكرناه، فإن عين بطلت الإجاره بموتها و إلا لم تبطل.

ص: ١٨٤

١- (١) المبسوط ٣: ٢٥٠.

٢- (٢) إيضاح الفوائد ٢: ٢٦٥.

و إن تلف بعضها بطل فيه. و لو ولدت لم يجب عليه رعيها، و لو قدره بالمده افتقر إلى ذكر جنس الحيوان. قوله: (فإن تلف بعضها بطل فيه).

أى: على تقدير التعيين، لكن يتخير الأجير في الفسخ لتبعض الصفقه- و يحتمل تخيير المستأجر أيضاً لتبعض الصفقه على كل منهما.

قوله: (و لو ولدت لم يجب عليه رعيها).

لأن العقد لم يتناولها، و هذا اتفاق.

قوله: (و لو قدره بالمده افتقر إلى ذكر الحيوان).

لا شك أن تقدير الرعى بالمده جائز فلا حازه إلى تعيين العلف حينئذ، لكن يشترط ذكر الحيوان-أى: تعيين الجنس الذى يريد رعيه-من إبل، و بقر، و غنم، و نحو ذلك، لأن لكل نوع أثراً فى إتعاب الراعى.

و يشترط أيضاً أن يذكر العدد للتفاوت البين باختلافه، و كذا الصغر و الكبر خلافاً للشيخ، فإنه جوّز الاستتجار لرعى جنس من الحيوان مدّه (1)، فيسترعى الأجير القدر الذى يريعه الواحد من ذلك الجنس فى العاده، فإذا كانت العاده مائه مثلاً استرعاه مائه.

و على هذا فلا يجب تعيين الصغر و الكبر بل يعول على العاده.

و الأصح اشتراط التعيين، لأن العاده تختلف و تتباين كثيراً، و العمل يختلف باختلافها.

و اعلم أن قول المصنف آخرأً: (و يذكر الكبر و الصغر و العدد) جملة معطوفه على جملة: (افتقر إلى ذكر الحيوان) رد به على الشيخ.

ص: ١٨٧

و لا تدخل الجواميس و البخاتى فى إطلاق البقر و الإبل، لعدم التناول عرفاً على إشكال، و يذكر الكبير و الصغر و العدد.

و قوله: (و لا تدخل الجواميس و لا البخاتى فى إطلاق لفظ البقر و الإبل لعدم التناول عرفاً على أشكال) معترض بين المتعاطفين.

و تحقيق المبحث: أنه إذا استأجره لرعى البقر هل تدخل الجواميس، و كذا لو استأجره لرعى الإبل فهل تدخل البخاتى؟ و هى الإبل الخراسانية.

فيه إشكال ينشأ: من التردد فى استقرار العرف على عدم التناول، و عدمه - فعلى هذا تقدير عباره المصنف لا تدخل هذه، لعدم تناول اللفظ لها عرفاً، على إشكال فى عدم التناول.

و يمكن أن يكون التقدير: على إشكال فى عدم الدخول، و يكون قوله: (لعدم التناول عرفاً) على ظاهره، لكنه يرد عليه: إن الحقيقة العرفية مقدمه على اللغوية و ناسخه لها، فلا يكون للإشكال وجه.

و يمكن أن يريد بعدم التناول عرفاً: كون ذلك هو الغالب و لم يبلغ حد الحقيقة، فإن فى ترجيح المجاز العرفى الغالب، أو الحقيقة اللغوية (المغلو به) (١)، أو التردد بينهما كلاماً للأصوليين.

و قد ذكر الشارح الفاضل فى حل الإشكال (٢) ما لا يخلو من شىء عند الملاحظه، و التحقيق أن يقال: إن العرف جار على عدم دخول الجواميس فى البقر عند الإطلاق، حتى أن المتبادر إلى الفهم عند الإطلاق إنما هو ما عدا الجواميس. أما الإبل فإن تناولها للبخاتى أمر لا يكاد يدفع، و قد اعترف به فى التذكرة (٣).

ص: ١٨٨

١-١) زياده من «ك».

٢-٢) إيضاح الفوائد.

٣-٣) التذكرة ٣٠٤: ٢. [١]

و يجوز الاستئجار للزرع، و لحصاده، و سقيه، و حفظه، و دياسه، و نقله، و على استيفاء القصاص فى النفس و الأعضاء. فعلى هذا الأصح دخول البخاتى فى لفظ الإبل دون الجواميس فى لفظ البقر.

قوله: (و يجوز الاستئجار للزرع، و حصاده، و سقيه، و حفظه، و دياسه، و نقله).

لأن جميع ذلك عمل مقصود مقوم محلل، و المراد بالاستئجار للزرع:

كونه مده معلومه، و لزرع قدر معين فيعين تاره بالزمان و تاره بالعمل، فإذا عيّن بالعمل فلا بد مع بيان القدر من بيان جنس ما يزرع من حنطه و أرز و نحوهما، للفتاوت فى ذلك تفاوتاً كثيراً. (و لو عيّن) (١) بالزمان فالظاهر أنه لا بد من تعيين الجنس.

و فى الاستئجار للحصاد إن عيّن بالعمل، فلا بد من مشاهدته الزرع أو وصفه وصفاً يرفع الجهاله، و إن عيّن بالمده فلا بد من تعيين جنس الزرع و نوعه و مكانه، فإنه يتفاوت بالطول و القصر، و الثخانه و عدمها، و يتفاوت بذلك التعب و الراحة، صرح به فى التذكرة (٢).

و فى الحفظ و الدياس و النقل إن عيّن بالعمل، فلا بد من الضبط بالمشاهده أو الوصف الرافع للجهاله مع ذكر (القدر، و إن عيّن بالزمان لم يحتج إلى ذكر القدر بل يجب تعيين الجنس إن تفاوت النعت باختلافه.

و فى النقل لا بد من تعيين أمر) (٣) زائد و هو المحل المنقول عنه و المنقول إليه، أو وصف ذلك وصفاً يرفع الجهاله.

قوله: (و على استيفاء القصاص فى النفس و الأعضاء).

و كذا فى الحدود

ص: ١٨٩

١-١) زياده من «ك».

٢-٢) التذكرة ٣٠٥: ٢. [١]

٣-٣) لم ترد فى «ك».

و على الدلالة على الطريق، و على البذرقة فيجب تعيينهما بالعمل، و لا تكفى المده. و على الكيل، و الوزن، و العدد، فيتعين بالعمل أو المده. و التعزيرات، و الأجره على المقتص منه، لأنه أجر يجب لإيفاء حق فيجب على من عليه الحق، و اختاره في التذكرة (١)، و قواه في التحرير (٢).

إذا عرفت هذا فتقدير ذلك يكون بالعمل بتعين المحل، و بالمده إذا كان كثيراً بحيث يقطع بزيادته على المده، و أطلق المصنف في التحرير اعتبار الكثرة (٣).

قوله: (و على الدلالة على الطريق و على البذرقة، و يجب تعيينهما بالعمل و لا يكفى المده).

البذرقة بالذال المعجمه: الخفاره، و وجهه إنهما (٤) عمل مقصود محلل، و يتقدر بالمده و العمل، كما صرح به في التذكرة (٥). و لا مانع من تعيينهما بالزمان، فما ذكره هنا ضعيف.

قوله: (و على الكيل و الوزن و العدد فيتعين بالعمل أو المده).

في بعض النسخ: (و العدّ) بدال واحده مشدده، و هو أولى، لأن المطلوب المصدر لا الاسم. و كذا يجوز على التقدير بالعمل و المده، لكن في العمل يجب تعيين القدر و الوصف مع ذكر الجنس، و في المده لا يجب ذكر القدر، و يجب ذكر ما يرفع الجهاله من الوصف و الجنس.

ص: ١٩٠

١- ١) التذكرة ٣٠٥: ٢. [١]

٢- ٢) التحرير ٢٤٧: ١. [٢]

٣- ٣) التحرير ٢٤٧: ١. [٣]

٤- ٤) في «ك»: و وجههما أنه.

٥- ٥) التذكرة ٣٠٥: ٢. [٤]

و على ملازمه الغريم فتعين بالمده، و على الدلاله على بيع ثياب معينه و شرائها، و على السمسره، و على الاستخدام سواء كان الخادم رجلاً- أو امراً، حراً أو عبداً، لكن يحرم عليه النظر إلى الأمه من دون إذن و الى الحره مطلقاً. قوله: (و على ملازمه الغريم فيتعين بالمده).

أى: دون العمل، لعدم قبوله التعيين. و لو استأجره لاستيفاء دينه منه لم يبعد صحته، و إن اختلف زمان الاستيفاء بالطول و القصر باختلاف حال الغريم، فإنه يجوز الاستئجار على المحاكمه، و إقامة البيئات، و إثبات الحجج و المنازعه، و ذلك غالباً لا يتقدر بالزمان. و ربما لم يكن تقديره بالزمان مثمر الفائدة.

قوله: (و على الدلاله على بيع ثياب معينه و شرائها).

و لو لم تكن الثياب معينه لم يجز للجهاله، إلا أن يستأجره مده معلومه فيصح.

قوله: (و على السمسره).

السّمسار- بكسر السين المهمله-: المتوسط بين البائع و المشتري، الجمع سماسره، و المصدر السمسره، ذكره فى القاموس (١).

قوله: (و على الاستخدام سواء كان الخادم رجلاً أو امراً، حراً أو عبداً، لكن يحرم عليه النظر إلى الأمه من دون إذن و إلى الحره مطلقاً).

و تحرم عليه الخلوه بالأجنبيه لثلا تغريه الشهوه، ذكره فى التذكرة (٢).

ص: ١٩١

١- ١) القاموس (سمر) ٢: ٥٢.

٢- ٢) التذكرة ٣: ٣٠٣. [١]

الثاني:الدواب، فإذا استأجر للركوب وجب معرفه الراكب بالمشاهده، و في الاكتفاء بوصفه في الضخامة و النحافه ليعرف الوزن تخميناً نظر. و يركبه المؤجر على ما شاء من سرج، و إكاف، و زامله، على ما يليق بالدابه. و ينبغي أن يكون ذلك حيث لا يتمكن من عقد النكاح عليها أو لا يريده، و الحاصل أن كلا ما يحرم من الحره و الأمه قبل الإجاره فتحريره باق بعدها.

و يجوز النظر إلى الأمه إذا أذن المولى، و إلى الحره بالعقد. و لا- فرق في جواز الإجاره بين كون المرأه حسناء أو قبيحه المنظر عجوزاً أو شاباً.

قوله: (و في الاكتفاء بوصفه بالضخامة و النحافه ليعرف الوزن تخميناً نظر).

لا يخفى أن كلا من مشاهده الراكب و وزنه مع ذكر أوصافه من الطول و القصر، و الضخامة و النحافه، و سرعه الحركه و بطئها، و خفتها و ثقلها، و غير ذلك مما له دخل في تأثر الدابه، طريق إلى معرفته المعتبره في الاستئجار لركوبه.

و هل يكون وصفه الموجب لمعرفه وزنه تخميناً طريقاً إلى ذلك؟ نظر ينشأ: من التردد في إفاده الوصف ما تفيده المشاهده، و عدمه، و الأصح أن الوصف التام كافٍ.

قوله: (و يركبه المؤجر على ما شاء من سرج، و إكاف، و زامله على ما يليق بالدابه).

إكاف الحمار ككتاب و غراب، و وكافه برذعته، قاله في القاموس (1).

ص: ١٩٢

فإن كان يركب على رحل المستأجر وجب تعيينه، فيجب أن يشاهد المؤجر الآلات، و الزامله: هو الذى يحمل عليه من الإبل و غيرها، و الزميل: العدل، و الزمل-بالكسر-الحمل، و ما فى جوالقك إلا زمل إذا كان نصف الجوالق، ذكر ذلك فى القاموس (١).

و لعل المراد بالمزامله هنا نوع من الحمل، أو مما يوطأ به على الدابه، و قوله: (على ما يليق بالدابه) منزل على ما إذا لم يشترط شيئاً بعينه لوجوب اتباع الشرط. و لا ينظر إلى حال الراكب و ما يليق به، بل إلى ما يليق بالدابه.

و السرج للفرس، و إلا- كاف للبعير و الحمارة، و لو صلحت الدابه للأمرين من سرج و غيره بحسب العاده، فهل ينظر إلى حال الراكب و ما يليق به أم يجب التعيين؟.

كل محتمل، و لو اقتضت العاده شيئاً حمل عليه، قال فى التذكرة:

و قال بعضهم: الزامله تمتحن باليد لتعرف خفتها و ثقلها، بخلاف الراكب فإنه لا يمتحن بغير المشاهده (٢).

قوله: (فإن كان يركب على رحل للمستأجر وجب تعيينه).

الرحل يقال لمركب البعير، و هو ما يركب عليه و لما يستصحبه من الأثاث، ذكره فى القاموس (٣). و لا ريب أن المستأجر إذا كان يركب على رحل له بأى معنى قدرته فلا بد من تعيينه، لأن إطلاق الإجاره لا يقتضيه فينزل عليه.

قوله: (و يجب أن يشاهد المؤجر الآلات).

يمكن أن يراد

ص: ١٩٣

١-١ (١) القاموس ([١] زمل) ٣: ٣٩٠.

٢-٢ (٢) التذكرة ٢: ٣٠٩. [٢]

٣-٣ (٣) القاموس (رحل) ٣: ٣٨٣.

فإن شرط المحمل وجب تعيينه بالمشاهدة أو الوزن، و ذكر الطول و العرض، و الغطاء و جنسه أو عدمه. فلو عهد اتفاق المحامل كفى ذكر جنسها. به الآلات التي للمستأجر، و يريد الركوب فوقها يجب أن يشاهدها المؤجر ليندفع الغرر، و هو المطابق لما في التذكرة (١)، و المناسب للمقام، لأن رحل المستأجر إذا أراد الركوب عليه تجب مشاهدته المؤجر له لتصح الإجاره، فلو لم يجعل هذا بياناً لحكمه لبقى بغير بيان.

و لو كان هناك معهود مطرد لا يختلف إلا قليلاً كفى الإطلاق، و نزل على المعهود.

قوله: (فإن شرط المحمل وجب تعيينه بالمشاهدة أو الوزن، و ذكر الطول و العرض).

المحمل كمجلس: شقان على البعير يحمل فيهما العديلان قاله في القاموس (٢). و لا- ريب أنه إذا شرط المحمل وجب تعيينه حذراً من الغرر.

و يعين بالمشاهدة، و بذكر الوزن مع الطول و العرض، لأن معظم الاختلاف ناشىء عن ذلك.

قوله: (و الغطاء و جنسه أو عدمه).

أى: و يجب تعيين الغطاء فوق المحمل أو ذكر عدمه، لأن الحال يختلف فلا بد من التعيين بالمشاهدة أو الوصف، و هو المراد بقوله:

(و جنسه).

قوله: (فإن عهد اتفاق المحامل كفى ذكر جنسها).

أى: إن عهد اتفاق

ص: ١٩٤

١-١) التذكرة ٣٠٨:٢. [١]

٢-٢) القاموس (حمل) ٣٦١:٣.

و الوطاء و جنسه أو عدمه، و وصف المعاليق إن شرط بما يرفع الجهاله، و الوزن أو المشاهده. و لا بد من تعيين الراكبين في المحمل، و لا بد من مشاهده الدابه المركوبه، أو وصفها، و ذكر جنسها كالإبل، و نوعها كالبيخاتي أو العراب، و الذكوره و الأنوثة. أفراد جنس من أجناس المحامل كالبيغداديه، كفى ذكر الجنس عن ذكر الوزن و الطول و العرض، نظراً إلى المعهود المتعارف.

قوله: (و الوطاء و جنسه أو عدمه).

عطف على الغطاء، و ما بينهما اعتراض، أى: و يجب تعيين الوطاء -بكسر أوله: و هو الذى يفرش فى المحمل ليجلس عليه- بالرؤيه أو الوصف، أو ذكر عدمه للسلامه من الغرر.

قوله: (و وصف المعاليق إن شرط بما يرفع الجهاله، و الوزن، و المشاهده).

المعاليق يراد بها نحو القربه، و السطحيه، و السفره، و الإداهه، و القدر، و القمقمه، فإذا شرط حملها و جب تعيينها إما بالمشاهده، أو الوصف الرافع للجهاله من الكبر و الصغر و نحوهما، مع ذكر الوزن للتفاوت باختلاف ذلك، و إن لم يشترط حملها لم يجب إلا أن تقتضيها العاده.

قوله: (و لا بد من تعيين الراكبين فى المحمل).

للاختلاف، و قد سبق اشتراط تعيين الراكب مطلقاً، و هو مغنٍ عن هذا.

قوله: (و لا بد من مشاهده الدابه المركوبه، أو وصفها بذكر جنسها كالإبل و نوعها كالبيخاتي أو العراب، و الذكوره و الأنوثة).

و إن كان فى

ص: ١٩٥

فإن لم يكن السير إليهما لم يذكر. وكذا إذا كانت المنازل معروفة. النوع ما يختلف وجب وصفه أيضاً، فإن في الخيل القطوف (١) وغيره، ولا بد من ذكر الذكور والأنثى، فإن الأنثى أسهل والذكر أقوى. ويحتمل العدم، لأن التفاوت بينهما يسير لا يمكن ضبطه، فلم يكن معتبراً في نظر الشرع.

وإذا كانت الإجاره للمركوب في الذمه غير مقيده بعين شخصيه فلا بد من ذكر الجنس، والنوع، والوصف الذي تختلف العاده في السير والركوب به.

قوله: (فإن لم يكن السير إليهما لم يذكر).

إذا لا فائده في ذكره، ولو ذكر فربما لم يطابق، بخلاف ما إذا كان السير باختيارهما فليبيننا قدر السير كل يوم.

ولقائل أن يقول: إن كان بيان السير له دخل في صحه الإجاره، وبدونه يتحقق الغرر لا تصح الإجاره إذا لم يكن السير إليهما لتعذر الشرط، ولا امتناع تعيين ما لا يغرمان على فعله، ولا يتفقان على حصوله.

ومثله ما إذا استأجر دابه إلى مكه، فإن تعيين أول المده ليس إليهما، لأن الخروج منوط بغير المتأجرين، والإخلال به موجب للغرر، فليأمل.

واعترف في التذكرة بتعذر الاستئجار في الطريق الذي ليس له منازل مضبوطة، إذا كان مخوّفاً لا يمكن ضبطه (٢).

قوله: (و كذا إن كانت المنازل معروفة).

أى: وكذا لا يذكر

ص: ١٩٦

١- ١) في «ك»: النطوق، وفي «ه»: العطوف، وما أثبتناه من الحجري، وهو الصحيح و القطوف: البطيء، الصحاح (قطف) ١٤١٧: ٤.

٢- ٢) التذكرة ٣٠٩: ٢. [١]

فإذا اختلفا فيه، أو في السير ليلاً- أو نهاراً حمل على العرف، وإن لم تكن معروفة وجب ذكرها. وإذا شرط حمل الزاد وجب تقديره، وليس له إبدال ما فنى بالأكل المعتاد إلا مع الشرط. السير إذا كانت المنازل معروفة، لأن الإطلاق منزل على المتعارف فلا حاجة إلى ذكره. ولا فرق في ذلك بين كون السير دائماً في الليل، أو دائماً في النهار، أو في الصيف ليلاً و في الشتاء نهاراً، وغير ذلك إذا ضبطت العاده.

قوله: (فإذا اختلفا فيه، أو في السير ليلاً أو نهاراً حمل على العرف).

و حيث إن إطلاق العقد منزل على العرف فلا بد من الرجوع إليه عند الاختلاف.

قوله: (و إن لم تكن معروفة وجب ذكرها).

لأن ذلك مما تتفاوت به الرغبات و تختلف اختلافاً كثيراً، و يزيد و ينقص بحسب الأغراض، فمتى أخل بذكرها و لم تكن عاده معروفة حصل الغرر الموجب للفساد.

قوله: (و إذا شرط حمل الزاد وجب تقديره، و ليس له إبدال ما فنى بالأكل المعتاد، إلا مع الشرط).

إنما لم يكن له إبدال الزاد، لأن المتبادر من الزاد ما يفنى في الطريق بالأكل، فلا يستحق عليه حمل ما يبقى، و جواز اشتراط ذلك مع أنه لا يعلم وقت فئائه، تنزيلاً على العاده التي لا تختلف غالباً اختلافاً يعتد به.

نعم لو شرط الإبدال فلا إشكال في الصحه و وجوب الوفاء بالشرط،

و إن ذهب بسرقة أو سقوط أو بأكل غير معتاد فله إبداله. و إن شرط عدم الإبدال مع الأكل. و يجب على المؤجر كلما جرت العادة أن يوطأ للركوب به للراكب من الحداجه، و القتب، و الزمام أو السرج، و اللجام، و الحزام، أو البرذعه. و منه يعلم أنه لو اشترط حمل زاد زائد على العاده فليس له حكم الزاد، بل له إبدال الزائد نظراً إلى العاده.

قوله: (و إن ذهب بسرقة، أو سقوط، أو بأكل غير معتاد فله إبداله و إن شرط عدم الإبدال مع الأكل).

أى: و إن ذهب الزاد بسرقة، أو سقوط فى الطريق، أو بأكل خارج عن العاده فله إبداله، لأن عدم الإبدال إنما يكون إذا فنى بالأكل المعتاد دون غيره من المذكورات.

و لا- فرق فى ذلك بين اشتراط عدم الإبدال أو لا-لأن المراد باشتراط عدم الإبدال حينئذ إنما هو على تقدير الفناء بالأكل المعتاد، تنزيلاً للإطلاق على العاده المستمره المضبوطه.

قوله: (و يجب على المؤجر كلما جرت العاده أن يوطأ للركوب به للراكب من الحداجه، و القتب، و الزمام، و السرج، و اللجام و الحزام، و البرذعه).

أى: يجب على المؤجر بذل الآلات التى جرت العاده أن توطأ للركوب بها لأجل الراكب من الحداجه: و هى رحل البعير، و القتب: و هو الخشب الذى يعمل فوقه، و يجب زمام البعير و ليس مما يوطأ به كما هو ظاهر، لكنه لأنه مذكور من جمله الواجب. و كذا يجب السرج إذا كان حال الدابه يقتضيه، و كذا اللجام، و الحزام، و البرذعه إذا اقتضاها الحال.

و رفع المحمل و حطه و شده على الجمل، و رفع الأحمال و شدها و حطها، و القائد و السائق إن شرط مصاحبه. و اعلم أن الجار فى قوله: (للكاب) يتعلق بقوله: (يجب على المؤجر) فلو قدمه لاندفع اللبس و التعقيد عن العبارة، فيكون التقدير حينئذ:

و يجب للراكب على المؤجر كل ما جرت العاده أن يوطأ للركوب به.

قوله: (و رفع المحمل و حطه، و شده على الجمل، و رفع الأحمال، و شدها و حطها).

أى: يجب على المؤجر ذلك لاقتضاء العاده إياه، و لأنه من أسباب تهيئه الركوب و التحميل الواجب على المؤجر. فيجب، و هذا إذا لم يشترط ضدها فإن شرط اتبع.

قوله: (و القائد و السائق).

أى: و يجب على المؤجر السائق للدابه و القائد لها، و ينبغى أن يكون ذلك إذا اقتضت ذلك العاده أحدهما.

قوله: (إن شرط مصاحبه).

أى: يجب ذلك كله على المؤجر إن شرط المستأجر مصاحبه للدابه.

و إن آجره الدابه ليذهب بها المستأجر فجميع الأفعال على الراكب، لاقتضاء الشرط ذلك، و قد صرح به المصنف بقوله: (و إن آجره).

و لو اقتضت العاده شيئاً بخصوصه، و كانت مضبوطة حمل الإطلاق عليه، و لو لم يقتض شيئاً، و لم يشترط أمراً بخصوصه أمكن الفرق بين ما إذا كانت الإجاره للركوب فى الذمه، فيجب، لأنه طريق إلى إيصال الحق الواجب. أو معينه بدابه مخصوصه فتجب التخليه بين المستأجر و بينها.

و المصنف فى التذكرة أطلق الوجوب فيما إذا كانت الإجاره فى الذمه، و عدمه

و إن أجره الدابه ليذهب بها المستأجر فجميع الأفعال على الراكب، و أجره الدليل و الحافظ على الراكب، و على المؤجر إركاب المستأجر إما برفعه، أو ببروك الجمل إن كان عاجزاً كالمراه و الكبير، و إلا فلا. إذا كانت معينه (١). و لعله يريد بذلك ما إذا لم تقتض العاده أمراً معيناً، و لم يشترط شيئاً بخصوصه.

و مقتضى قول المصنف: (و إن أجره الدابه ليذهب بها) أنه لو أجره إياها و أطلق لا يكون الأمر هكذا، و كلام التذكرة أعم من ذلك.

قوله: (و أجره الدليل و الحافظ على الراكب).

أى: أجره الدليل على الطريق على الراكب، لأنه ليس من مقدمات الركوب فلا يجب على المؤجر. و كذا أجره الحافظ، لأنه ليس من مقدمات تحميل المتاع، و هذا سواء شرط مصاحبه المؤجر أم أجره الدابه ليذهب بها.

قوله: (و على المؤجر إركاب المستأجر إما برفعه أو ببروك الجمل إن كان عاجزاً كالمراه و الكبير و إلا فلا).

لأنه يصعب على المراه، و العاجز كالشيخ و المريض الركوب بدون ذلك و لا يؤمن على المراه التكشف. و مثل بروك الجمل تقريب البغل و الحمار من نشز ليسهل معه الركوب. و إن احتاج إلى أن يركبه بنفسه فعل، و لو كان المستأجر قوياً يتمكن من الركوب لم يجب له ذلك.

و لا يخفى أن هذا إنما هو إذا كانت الإجاره فى الذمه، أو شرط ذلك على المؤجر و إلا لم يجب. و من هذا يعلم أن العبارة غير حسنه، إذ كان حقه أن يذكر هذا قبل قوله: (و إن أجره الدابه).

ص: ٢٠٠

و لو انتقل إلى الطرفين تغيير الحكم فيهما. و على المؤجر إيقاف الجمل للصلاه و قضاء الحاجه، دون ما يمكن فعله عليه كصلاه النافله و الأكل و الشرب. و لو استأجر للعقبه جاز، و يرجع فى التناوب إلى العاده. قوله: (و لو انتقل إلى الطرفين تغيير الحكم فيهما).

أى: لو انتقل المستأجر من القوه إلى طرف العجز، أو بالعكس تغيير الحكم فيهما، فحكم القوى أن لا- يجب على المؤجر إركابه فيتغير إذا صار ضعيفاً، فيجب حينئذ أن يركبه، و العكس بالعكس.

و وجهه: أن استيفاء منفعه الدابه بالركوب مثلاً- حق واجب فى ذمته فيجب إيصاله، فلو توقف على أمر وجب ذلك الأمر لا محاله، و متى لم يتوقف إيصاله على شيء امتنع وجوب ما لم يتوقف عليه الحق.

قوله: (و على المؤجر إيقاف الجمل للصلاه، و قضاء الحاجه، دون ما يمكن فعله عليه كصلاه النافله و الأكل و الشرب).

و لا يخفى أيضاً أن هذا إنما هو حيث تجب الأمور السابقه، و ذلك حيث لا يكون الاستئجار لدابه معينه.

قوله: (و لو استأجر للعقبه جاز، و يرجع فى التناوب إلى العاده).

العقبه، بضم العين: النوبه، و هما يتعاقبان على الراحله، إذا ركب هذا تاره و هذا أخرى. فإذا كان هناك عاده مضبوطه إما بالزمان بأن يركب يوماً و ينزل يوماً، أو بالمسافه بأن يركب فرسخاً و ينزل فرسخاً حمل الإطلاق عليها، و إلا وجب التعيين فيبطل العقد بدونه، و لو اتفقا على خلاف العاده و كان مضبوطاً صح.

و تقسّم بالسويه إن اتفقا، وإلا فعلى ما شرطاه. و أن يستأجر نوباً مضبوطة إما بالزمان فيحمل على زمان السير، أو بالفراسخ.

و لا- بد من تعيين من يبدأ بالركوب إذا كانا اثنين، أو محل الركوب إذا كان واحداً. و يحتمل أن يرجع إلى القرع، و اختاره فى التذكرة (١)، و هو بعيد، لأن محلها الأمر المشكل، و الإشكال فى عقد المعاوضه الموجب للجهاله، و المفضى إلى التنازع لا يغتفر.

قوله: (و يقسّم بالسويه إن اتفقا و إلا فعلى ما شرطاه).

ظاهره أن المقسوم هو الطريق، أى: يقسم الطريق بينهما فى الركوب بالسويه إن استويا فى الاستحقاق، و إن لم يستويا فيه قسّم بينهما على ما شرطاه بينهما، و عيناها لكل واحد منهما.

لكن لا- يستقيم ذلك، لأنه لا- بد من تعيين مقدار ركوب كل منهما و نزوله، إما بالتنزيل على العاده المضبوطة، أو بالتعيين فى العقد، و حينئذ فلا مجال للقسمه إلا بمقتضى المعقود عليه.

و يحتمل أن يكون مراده: إن إطلاق التناوب يقتضى المساواه، إلا أن يشترط غيره. لكن قوله: (و يرجع فى التناوب إلى العاده) ينافى ذلك، مع أن العبارة لا تؤديه، لأن قوله: (إن اتفقا)- أى: استويا فى الاستحقاق- ينافى ذلك. و يمكن أن يريد وجوب الأجره عليهما بالسويه إن اتفقا فى الركوب، و إلا فعلى ما شرطاه من الركوب بينهما.

إلا أنه خلاف المتبادر من العبارة و لم يجر للأجره ذكر، و بالجمله فالعبارة لا تخلو من شىء.

قوله: (و أن يستأجر نوباً مضبوطة، إما بالزمان فيحمل على زمان السير، أو بالفراسخ).

يمكن أن يكون المراد

ص: ٢٠٢

و إن استأجر للحمل، فإن اختلف الغرض باختلاف الدابه، من سهولتها و سرعتها و كثره حركتها و جب ذكره، فإن الفاكهه و الزجاج تضره كثره الحركه، و بعض الطرق يصعب قطعه على بعض الدواب، و إلا فلا.

بالعقبه فيما تقدم: استجاره للركوب بالنوبه مع شخص آخر، و يكون المراد هنا: استجاره للنوبه مع كونه وحده.

و يمكن أن يراد بالأول: ما إذا اكتفى بالعهاده المضبوطه و أطلق في العقد، و يراد هنا: التعيين في نفس العقد و ضبط النوب إما بالزمان أو بالفراسخ، فإن ضبطت بالزمان كأن يركب يوماً و ينزل يوماً صح، و حمل ذلك على زمان السير. فلا يكون نزوله في المنزل يوماً و يومين محسوباً من النزول بين النوب، لأن المتبادر من ذلك النزول في خلال السفر و السير، و لا يخفى ما في العبارة من تشتت شعب المسائل.

قوله: (و إذا استأجر للحمل، فإن اختلف الغرض باختلاف الدابه في سهولتها و سرعتها و كثره حركتها و جب ذكره، فإن الفاكهه و الزجاج تضره كثره الحركه. و بعض الطريق يصعب قطعه على بعض الدواب، و إلا فلا).

أى: إن استأجر للحمل - بفتح الحاء مصدرأ، أو بكسرهما اسماً لما يحمل - فإن كان ما يحمل لا يختلف الغرض بالنسبه إليه بسهوله الدابه و صعوبتها، و كثره حركتها و نحو ذلك كالإبريسم مثلاً، و لم يكن الطريق مما يختلف حال الدواب فيه فيصعب قطعه على بعض دون بعض لم يجب تعيين الدابه و لا ذكر أوصافها و إن تحقق أحد الأمرين.

أما اختلاف الغرض بالنسبه إلى الحمل، ككون المحمول زجاجاً أو خزفاً، أو فاكهه، و نحو ذلك، أو كان حال الدواب في قطع ذلك الطريق مختلفاً فلا بد من التعيين، كما في الراكب حذراً من الغرر، قال المصنف

و أما الأحمال فلا بد من معرفتها بالمشاهده أو الوزن، مع ذكر الجنس، و ذكر المكان المحمول إليه، و الطريق.

فى التذكرة- و نعم ما قال-: و غير مستبعد اشتراط معرفه الدابه فى الحمل كالركوب، لأن الأغراض تختلف فى تعلقه بكيفية سير الدابه، و سرعته و بطئه، و قوته و ضعفه، و تخلف عن القافله مع ضعفها (١).

هذا كلامه، و لا يخفى أن هذا إنما هو إذا كانت الإجاره وارده على الذمه، أما إذا كانت الدابه المستأجره للحمل معينه فلا بد من رؤيتها، أو وصفها و صفياً يرفع الجهاله.

قوله: (و أما الأحمال فلا بد من معرفتها بالمشاهده، أو الوزن مع ذكر الجنس، و ذكر المكان المحمول إليه، و الطريق).

لا ريب أن الأحمال يجب معرفتها للاختلاف الفاحش باختلافها، فإن القطن مثلاً يضر من جهه انتفاخه و دخول الريح فيه فيزداد ثقله، و الحديد يضر بوجه آخر، فإنه يجتمع على موضع من البهيمه فربما عقرها، و تحميل بعض الأشياء أصعب من بعض، و كذا يجب زياده الحفظ فى البعض كالزجاج.

و معرفه الأحمال إما بالمشاهده، فإنها من أعلى طرق العلم على ما ذكره فى التذكرة (٢). و قد يقال: إنها و إن أثمرت العلم بالجنس، إلا- أن العلم بالقدر قد لا- يحصل بذلك، فليحظ. قال فيها أيضاً: و لو كان فى ظرف و جب أن يمتحنه باليد تخميناً لوزنه. هذا إذا كان حاضراً، فإن لم يكن حاضراً و جب ذكر الجنس، فإنه يختلف الحال باختلافه كما قررناه، و مثله معرفه الوزن.

و لا بد من ذكر المكان المحمول إليه، و الطريق إن كانت متعددة و هى

ص: ٢٠٤

١- ١) التذكرة ٣١٠: ٢. [١]

٢- ٢) التذكرة ٣١٠: ٢. [٢]

و لو استأجر إلى مكة فليس له الإلزام بعرفه و منى، بخلاف ما لو استأجر للحج. و لو شرط أن يحمل ما شاء بطل. مختلفه. و لو جرت العاده بسلوك طريق معين، و كانت مستمره بذلك حمل الإطلاق عليه.

قوله: (و لو استأجر إلى مكة فليس له الإلزام بحمله بعرفه و منى، بخلاف ما لو استأجر للحج).

لأن نهايه الإجاره فى الأول مكة، و قال بعض الشافعيه: له الحج، لأن الاستئجار إلى مكة عباره عن الاستئجار للحج، لأنه لا يستأجر إليها غالباً إلا للحج فيحمل الإطلاق عليه (1). و ليس بشىء، لأنه إن سلم أنه يريد الحج فقد استأجر للركوب إلى أداء الأفعال المتعلقة بالميقات و مكة، دون ما عداها عملاً بصريح اللفظ.

أما لو استأجر للحج فإن له الركوب إلى عرفه و منى و العود إلى مكة، و كذا الركوب للعود إلى منى للرمى على الأظهر، لأن ذلك من تمام الحج و توابعه.

قوله: (و لو شرط أن يحمل ما شاء بطل).

للغرر، و لا يقال: إن ذلك ينزل على العاده بحسب حال الدابه، لأن العاده فى ذلك تزيد و تنقص.

و قال بعض الشافعيه: إن ذلك يصح و يكون رضى بأضر الأجناس.

و ليس بجيد للغرر، و لو صح هنا كذلك يصح فى كل موضع فيه غرر، تنزيلاً على استواء الحالات.

ص: ٢٠٥

و لو شرط حمل مائه رطل من الحنطه فالظرف غيره، فإن كان معروفاً و إلا وجب تعيينه. و لو قال: مائه رطل دخل الظرف فيه. و لو استأجر للحرث وجب تعيين الأرض بالمشاهده أو الوصف.

قوله: (و لو شرط حمل مائه رطل من الحنطه فالظرف غيره).

لأنه بين المائه بقوله: (من الحنطه) فلا بد أن يكون الظرف خارجاً عنها.

قوله: (فإن كان معروفاً، و إلا وجب تعيينه).

يفسد العقد بدون التعيين للجها له. و التعيين إما بالرؤيه، أو الوصف، إلا- أن تكون هناك غرائر متماثله معروفه أطرد العرف باستعمالها، و جرت العاده عليها كغرائر الصوف و الشعر و نحوها فيحمل مطلق العقد عليها.

قوله: (و لو قال: مائه رطل دخل الظرف فيه).

حيث لم يبين المائه بكونها من الحنطه، و الظرف من اللوازم فهو داخل في المائه.

و لقائل أن يقول: إنه إذا شرط حمل مائه رطل و لم يعين لم يصح، و إن عین لم يخل من إدخال الظرف في الجملة و عدمه، فلا يستقيم قول المصنف أنه قال: (مائه رطل دخل الظرف فيه) إلا- أن يقال: إن هذا متفرع على الاكتفاء بالتقدير و إهمال ذكر الجنس. و قد نبه على ذلك في التذكرة (١).

قوله: (و لو استأجر للحرث وجب تعيين الأرض بالمشاهده، أو

ص: ٢٠٦

و تقدير العمل بتعيينها أو بالمده، و تعيين البقر إن قَدّر العمل بالمده. الوصف، و تقدير العمل بتعيينها أو بالمده، و تعيين البقر إن قَدّر العمل بالمده).

لا ريب أنه إذا استأجر للحرث بقرًا، و نحوها و جب أن يعرف صاحب الدابه الأرض، و قدر العمل لدفع الغرر، فأما الأرض فتعرف بالمشاهده.

قال في التذكرة: و لا- تعرف بالوصف لأنها تختلف، فبعضها صلب يتصعب حرثه على البقر و مستعملها، و بعضها رخو يسهل حرثه، و بعضها فيه حجاره تتعلق بها السكه. و مثل هذا الاختلاف إنما يوقف عليه بالمشاهده دون الوصف، لأن الصلابه تختلف بالشد و الضعف، و الحجاره تختلف بكثرة العدد و قلته (١).

قلت: قد سبق في كلام المصنف في الاستئجار على حفر البئر ما يوافق هذا، حيث اعتبر المشاهده و اقتصر عليها.

و لقائل أن يقول: إن كان المراد من المشاهده رؤيه ظاهر الأرض، فلا- ريب أن ذلك لا- يعرف به حال ما يصل إليه العمل، و الوصف أقرب إلى الكشف. و إن كان المراد المشاهده حين حصول حرثها قبل ذلك، فاشتراط حصول ذلك في جواز الاستئجار للحرث بعيد.

و لا- يستفاد ذلك من عباراتهم، على أن دعوى كون الوصف لا يفى بحال الأرض بحيث يبقى الغرر معه مدفوعه، فإن الوصف التام ينفي الغرر، و ما اختاره هنا لا يخلو من قوه. فما سبق في حفر البئر ينبغي الاكتفاء فيه بالوصف أيضاً إذا كان تاماً.

و يشرط أيضاً تقدير العمل إما بتعيين الأرض، أو بالمده، لكن لو قَدّر العمل بالمده فلا بد من تعيين الدابه التي تستعمل في الحرث إما بالمشاهده،

ص: ٢٠٧

و إن استأجر للطحن و جب معرفه الحجر بالمشاهده أو الوصف، و تقدير العمل بالزمان أو بالطعام. و لا بد من مشاهده الدولاب إن استؤجر له، و معرفه الدلاء.

أو الوصف الرافع للجهاله، سواء كانت الإجاره فى ذلك على عين أو فى الذمه. أما لو قدر العمل بالأرض فإنه لا يحتاج إلى معرفه البقر، إلا أن تكون الإجاره على عين البقر.

و هل يفتقر إلى معرفه سكه الحرث؟ قال فى التذكره: الأقرب الاكتفاء بالعادة فى ذلك، لقله التفاوت فيه (١)، و هو حسن. و كذا يرجع إلى العاده فى قدر نزول السكه فى الأرض.

قوله: (و إن استأجر للطحن و جب معرفه الحجر بالمشاهده أو الوصف، و تقدير العمل بالزمان أو الطعام).

لا ريب أن استئجار الدابه لإداره الرحى جائزه، لأنها من الأعمال المقصوده المحلله، فجازت المعاوضه عليها.

و لا يخفى أن حجر الرحى يتفاوت الحال بثقله و خفته تفاوتاً كثيراً، فلا بد من تعيينه إما بالمشاهده، أو بالوصف التام الرافع للجهاله. و كذا يجب تقدير العمل إما بالزمان أو بالطعام، فإذا عيّنه بالطعام عيّنه بالقدر و الجنس، للتفاوت بين الحنطه، و الدخن، و العفص، و قشور الرمان.

و ظاهرهم إن التعيين بالزمان كاف عن ذكر جنس المطحون، لانتفاء الغرر بذلك. و ينبغى إذا قدر العمل بالزمان تعيين الدابه، للاختلاف كثيراً بقوتها و سرعتها، و ضدهما بخلاف ما إذا قدر بالطعام، إلا أن يكون الاستئجار لمعينه.

قوله: (و لا بد من مشاهده الدواب إن استؤجر له، و معرفه

ص: ٢٠٨

و تقدير العمل بالزمان أو بملء البركه مثلاً، لا بسقى البستان، لاختلاف العمل لقرب عهده بالماء و عطشه. و لو كان لسقى الماشيه فالأقرب الجواز، لقرب التفاوت. الدلاء، و تقدير العمل بالزمان أو بملء البركه مثلاً).

يجوز استئجار الدابه لإداره الدولاب، و الاستقاء من البئر بالدلو، فلا بد أن يشاهد صاحب الدابه الدولاب و الدلو، و موضع البئر و عمقها، بالمشاهده أو الوصف الرافع للجهاهه إن أمكن الضبط به.

و لم يتعرض المصنف لمعرفة موضع البئر و عمقها، لكنه صرح به فى التذكرة (١). و لا ريب أنه إن قَدّر العمل بنحو ملء البركه يحتاج إلى ذلك للتفاوت البين، أما إذا قَدّره بالزمان فعلى ما سبق من نظائره لا يحتاج إليه.

قوله: (لا بسقى البستان، لاختلاف العمل لقرب عهده بالماء و عطشه).

أى: و تقدير العمل بنحو ملء البركه، و خمسين دلواً معينه، و خمسين دوره مثلاً، لا بسقى البستان، لاختلاف العمل فى ذلك كثيراً بحراره الهواء و برودته، و قرب عهد البستان بالماء و عطشه، فلا ينضبط ريه على وجه يندفع الغرر. و استشكل الحكم فى التذكرة، و لم يفت بشيء (٢)، و المعتمد ما هنا.

قوله: (و لو كان لسقى الماشيه فالأقرب الجواز، لقرب التفاوت).

فإن شرب الدابه لا يتفاوت إلا نادراً. و يحتمل العدم، لأن التفاوت

ص: ٢٠٩

١-١) التذكرة ٢:٣١١. [١]

٢-٢) التذكرة ٢:٣١١. [٢]

و لو استأجر للاستسقاء عليها وجب معرفه الآله كالروايه أو القربه بالمشاهده أو الصفه، و تقدير العمل بالزمان أو عدد المرات أو ملء معين. يتحقق مع قرب العهد بالماء و عدمه، و حراره الهواء و برودته، و خصوصاً فى الحيوان العظيم لا سيما إذا كثر عدده، و لا ريب أن التقدير بغير ذلك أولى.

قوله: (و لو استأجر للاستسقاء عليها وجبت معرفه الآله كالروايه أو القربه، بالمشاهده أو الصفه، و تقدير العمل بالزمان، أو عدد المرات، أو ملء معين).

لا شبهه فى جواز استئجار الدابه للاستسقاء، لكن لا بد من مشاهده المستأجر للدابه، أو وصفها لتفاوت الغرض بتفاوت أحوالها، و لا بد من مشاهده المؤجر الآله التى يستقى بها من روايه، و قربه، و غير ذلك، لتفاوتها فى الصغر و الكبر، و الثقل و الخفه، و يكفى الوصف الرافع للجهاله، و حينئذ تجب معرفه الوزن و لا تجب مع المشاهده.

و يجب تقدير العمل بأحد أمور ثلاثه: إما بالزمان كيوم، أو عدد المرات، فيحتاج إلى معرفه الموضع الذى يستقى منه، و الذى يذهب إليه، و الطريق المسلوكة للاختلاف الكثير فى ذلك. و يجوز التقدير بملء شىء معين، فتجب معرفته و ما يستقى منه. و الملء، بالكسر: اسم ما يأخذه الإناء إذا امتلأ، و يجوز فتحه على أنه مصدر.

و اعلم أن كل موضع وقع العقد فيه على مدته، فلا بد من تعيين الظهر الذى يعمل عليه، لأن الغرض يختلف باختلاف الدابه فى القوه و الضعف.

و إن وقع على عمل معين لم يحتج إلى معرفتها، لأنه لا يختلف مع احتمال الحاجه.

و يجوز استئجار الدابه بآلاتها و بدونها،و مع المالك و بدونه.

الثالث:الأرض

الثالث:الأرض،و يجب وصفها،أو مشاهدتها،و تعيين المنفعة للزرع أو الغرس أو البناء. ذكر المصنف ذلك كله فى التذكرة (١)،و لا ريب أن المسائل السابقة قد اشترط فيها معرفه الدابه مع التقدير بالعمل المعين فلا يتم ما ذكره.

فرع:لو استأجر الدابه لبلّ تراب معروف جاز،لأنه معلوم بالعرف.

قوله: (و يجوز استئجار الدابه بآلتها،و بدونها،و مع المالك، و بدونه).

إذ لا مانع من ذلك بعد البيان.

قوله: (و يجب وصفها،أو مشاهدتها،و تعيين المنفعة للزرع، أو الغرس،أو البناء).

لا ريب فى الاكتفاء بالمشاهده فى الأرض لصحه المشاهده،و منع الشافعى من إجارتها بالوصف،لأنها لا تصير معلومه به.و قال المصنف فى التذكرة بالجواز بالوصف إن أمكن الضبط به و إلا فلا (٢).

و لا- شك أنه تجوز إجارتها للمنفعه المعينه،أما إذا لم يعين فإنه لا- يجوز قطعاً،لأن المنافع تختلف اختلافاً كثيراً،و ضررها فى الأرض يتفاوت كذلك.

و لو أجرها لينتفع بها بواحد من المنافع مخيراً فيها صح،لأنه لا يقصر عن التعيين،أما لو أجرها لينتفع بها بمهما شاء-و هو الذى أراه المصنف

ص:٢١١

١- (١) التذكرة ٣١١:٢. [١]

٢- (٢) التذكرة ٣٠٦:٢. [٢]

فإن أجرها لينتفع بها بمهما شاء فالأقرب الجواز، و يتخير المستأجر في الثلاثة.

و لو قال: للزرع أو الغرس بطل، لأنه لم يعين أحدهما. و لو استأجر لهما صح و اقتضى التنصيف، و يحتمل التخيير. بقوله: (فإن أجرها لينتفع بها بمهما شاء) - فالأقرب الجواز.

و يتخير المستأجر في الثلاثة، أي: الأمور الثلاثة، و وجه القرب:

الأصل، و إطلاق النصوص، و لأن ذلك في قوة النص على عموم المنافع.

و قيل بوجوب التعيين، أو النص على التعميم حذراً من الغرر، و في الفرق بين هذه و بين ما إذا استأجر الدابة ليحمل عليها ما شاء نظراً، و ما قربه المصنف قريب.

قوله: (فلو قال: للزرع أو الغرس بطل، لأنه لم يعين أحدهما).

المراد هنا إذا أجره لأحدهما مبهماً، و لو أجره لينتفع بما شاء منهما صح، لأن الإجاره حينئذ للقدر المشترك بينهما بخلاف صورته الإبهام.

قوله: (و لو استأجر لهما صح و اقتضى التنصيف، و يحتمل التخيير).

وجه الأول: أن المتبادر من اللفظ التشريك، و لأن مقتضى الإجاره لهما أن تكون المنفعة المطلوبة بالإجاره كل واحد منهما، فعند الجمع يجب التنصيف.

و يحتمل التخيير، لأن استيفاء المنفعتين معاً من جميع الأجزاء غير ممكن دفعه، فليكن ذلك منوطاً باختياره، و الأول أقوى، لأن الإجاره للأمرين لا لأحدهما كما هو ظاهر اللفظ، فلا بد من التشريك.

و لو آجرها لزرع ما شاء صح، و لو عین اقتصر عليه و على ما يساويه، أو يقصر عنه في الضرر على إشكال. قوله: (و لو أجرها ليزرع ما شاء صح، و لو عین اقتصر عليه و على ما يساويه، أو يقصر عنه في الضرر على إشكال).

الإشكال في العدول عن المعين إلى المساوى و الأقل ضرراً، و منشؤه من أن المنافع إنما تنتقل على حسب مقتضى العقد، و الفرض أنه لم يقع إلاّ على الوجه المعين فلا- يجوز تجاوزه. و من أن المعقود عليه منفعه الأرض، و لهذا يستقر العوض بمضى المده إذا سلم الأرض فلم يزرعها.

و ذكر المعين إنما كان لتقدير المنفعه فلم يتعين، كما لو استأجر داراً ليسكنها كان له أن يسكنها غيره، و فارق المركوب و الدراهم في الثمن فإنهما معقود عليهما فتعينا. و الذى اقتضاه العقد هنا هو تعيين المنفعه المقدره بذلك المعين، و قد تعينت دون ما قدرت به. كما لا يتعين المكيال و الميزان في المكيل و الموزون، و هذا هو المشهور بين عامه الفقهاء. و الأول أقوى دليلاً و أوضح حجه و اختاره الشيخ في المبسوط (١)، و هو الأصح.

و ما ذكره في الوجه الثانى من أن المعقود عليه منفعه الأرض، إن أراد به على وجه مخصوص فهو حق، لكن يجب أن لا- يجوز تجاوزه، و إن أراد مطلقاً فغير واضح، و استقرار الأجره بمضى المده ليس لكون المعقود عليه المنفعه مطلقاً، بل لكون المعقود عليه قد تمكّن من استيفائه ببذل العين له و تسلمه إياها فكان قابضاً لحقه، و لأن المنفعه قد تلفت تحت يده فكانت محسوبه عليه.

و قوله: (إن ذكر المعين إنما كان لتقدير المنفعه) ليس بشىء، و كيف يكون كذلك و الغرض قد يتعلق بزرع المعين، و مثل ذلك آت في الاستئجار للسكنى فيكون الأصل ممنوعاً.

ص: ٢١٣

و لو شرط الاقتصار على المعين لم يجز التخطى، و لا- إلى الأقل. و قوله: (إن المعقود عليه المنفعة المقدره بذلك المعين فهو كالمكيال) مردود، لأن الأغراض تختلف في ذلك اختلافاً بيناً، فلا يجوز الخروج عن مقتضى العقد. و أما المكيال و الميزان فإن اللفظ و إن اقتضى تعيينهما، إلا أنه لما قطع بعدم تعلق الغرض بهما، و عدم التفاوت في التقدير بهما، أو بغيرهما بوجه من الوجوه التي لها دخل في مقصود الإجاره، و تفاوت به مقاصد العقلاء حكمنا بخلاف ظاهر اللفظ و ألغينا ذكر التقدير بهما. حتى لو فرض وجود غرض صحيح في تعيينهما حكمنا بلزوم ذلك، كما لو قطع بسلامه ميزان مخصوص من العيب دون غيره من موازين البلد مثلاً، فإن تعيينه يقتضى تعيينه.

و معلوم أن الأغراض تتفاوت بتفاوت المزروعات، و ليس هذا بأدون من تعيين الأثمان، مع أن تعلق الغرض بثمرن دون ثمن من جنسه و نوعه أقل من تعلقها بخصوص المزروع.

و لا خفاء في متانه القول بالتعيين و عدم جواز العدول، و ظهور قوته و وضوح حجته، لكن المشهور العدم. و المصنف في التحرير أفتى بعدم التعيين بذلك (١)، و كلامه في التذكرة يعطى ذلك (٢)، و إن كانت العبارة لا تخلو من اضطراب، و الظاهر هو الأول.

و لا يخفى أنه لو أراد زرع الأضر لم يجز إجماعاً، و هو مستفاد من مفهوم العبارة.

قوله: (و لو شرط الاقتصار على المعين لم يجز التخطى و لا إلى الأقل).

قطعاً، قضيه للشرط.

ص: ٢١٤

١-١) التحرير ١:٢٤٩.

٢-٢) التذكرة ٣٠٧:٢.

و كذا التفصيل لو أجرها للغراس، و له الزرع و ليس له البناء، و كذا لو استأجر للبناء لم يكن له الغرس و لا الزرع.

و إذا استأجر للزرع و لها ماء دائم، أو يعلم وجوده عادة وقت الحاجة صح. قوله: (و كذا التفصيل لو أجرها للغراس، فله الزرع و ليس له البناء).

أى: و كذا التفصيل فى جواز التخطى إلى الأقل ضرراً، أو المساوى دون الأضر لو استأجر الأرض للغراس فله الزرع، لأنه أقل ضرراً من الغرس، لأن له مده ينتظر.

و ضرره فى الأرض أقل، بضعف عروقه و قله انتشارها بالنسبة إلى الغرس، و ليس له البناء، لأن ضرره أشد من الغرس من وجه، فإن البناء أدوم فى الأرض و أكثر استيعاباً لوجهها.

و الغرس أضر لانتشار عروقه، و استيعابه قوه الأرض، و نحوه الزرع فلا يجوز العدول من الغرس المعين إلى البناء، و كذا العكس، و هو المشار إليه بقوله: (و كذا لو استأجر للبناء لم يكن له الغرس و لا الزرع).

قوله: (و إذا استأجر للزرع و لها ماء دائم، أو يعلم وجوده عادة وقت الحاجة صح).

الأراضى بالنسبة إلى وجود الماء للسقى إذا زرعت أقسام: منها أرض لها ماء دائم من نهر أو عين أو بئر و نحوها، و هذه يجوز إيجارها للزرع إجماعاً، للقدره على تسليم المنفعة.

و منها أرض لا ماء لها دائم، و لكن تشرب من ماء يعلم وجوده وقت الحاجة، كأرض مصر التى تشرب من زيادة النيل، و الأرض التى تشرب من زيادة الفرات كالكوفه، و أرض البصره التى تشرب من المد و الجزر، و ما

و ان كان نادراً فإن استأجرها بعد وجوده صح، للعلم بالانتفاع، وإلا فلا.

و لو آجرها على أن لا ماء لها، أو كان المستأجر عالماً بحالها صح، و كان له الانتفاع بالنزول فيها، أو وضع رحله، و جمع حطبه، و زرعها رجاءً للماء. تشرب من الأمطار و الثلوج التي يغلب حصولها، و هذه تجوز إيجارها قبل وجود الماء الذي يسقى منه و بعده، عملاً بالظاهر من وجوده وقت الحاجة.

و منع الجواز بعض الشافعية (١).

و منها أرض لا ماء لها، و لا يغلب وجوده عند الحاجة، و إنما ينذر ذلك، كالأرض التي إنما تشرب من المطر العظيم، أو الزيادة المفرطة النادرة الحصول، فهذه إن آجرها بعد وجود ماء يكفيها صحت الإيجار، لتحقق حصول المنفعة، و إلا فلا، لتعذرها بحسب الظاهر و الغالب.

و هذا القسم هو المراد بقوله: (و إن كان نادراً، فإن استأجرها بعد وجوده صح للعلم بالانتفاع، و إلا فلا)، فقوله: (فإن استأجرها). جواب الشرط من قوله: (و إن كان نادراً).

قوله: (و لو آجرها على أن لا ماء لها، أو كان المستأجر عالماً بحالها صح، و كان له الانتفاع بالنزول فيها، أو وضع رحله و جمع حطبه و زرعها رجاءً للماء).

أى: لو أجر هذه الأرض - و هي ما ينذر حصول الماء الكافي لزرعها - فلا يخلو: إما أن يؤجرها على أن لا ماء لها، أو يؤجرها للانتفاع بها بنحو النزول فيها و سكنائها، أو وضع الرحل و الأمتعه فيها، أو ربط الدواب و جمع الحطب، أو يؤجرها مطلقاً من دون الأمرين مع علم المتعاقدين بعدم الماء، و بدونه، فهذه حالات أربع:

ص: ٢١٦

الاولى: أن يستأجرها مطلقاً على أن لا ماء لها، ولا ريب في الجواز، لأن منفعة الأرض غير منحصره في الزرع، وإن كان المقصود الغالب استئجارها للزرع، لأن اشتراط عدم الماء ينفي كون المقصود الأصلي من استئجارها هو الزرع، فحينئذ ينتفع بها بنحو الأمور المذكوره. وكذا بالزرع لو جاء الماء، لأنه لم ينف ذلك في العقد، وإنما نفى كونه المقصود الأصلي.

الثانيه: أن يكون المتعاقدان عالمين بالحال، فإن علمهما يقوم مقام التصريح بنفى الماء، فيكون الحكم كما سبق في الاولى. واقتصر في الكتاب على كون المستأجر عالماً بحالها، وهو صحيح، لأن المنفعة المطلوبه بالإجاره و المقصود حصولها غالباً مختصه به، فلا يقدر جهل المؤجر بالحال.

الثالثه: أن يستأجرها مصرحاً بالمنافع المخصوصه كالنزول فيها ونحوه، والحكم كما في الأوليين، وله الزرع رجاءً لحصول الماء على القول بأن المنفعة لا تتعين بالتعيين بل تتقدر به، فيتجاوز إلى المساوى والأقل، وهذه لم يتعرض لها المصنف.

الرابعه: أن يستأجرها مطلقاً من غير تعيين للمنافع، ولا اشتراط لعدم الماء مع كونه غير عالم بحالها، فأما أن يكون سوق الماء إليها مرجواً، أو لا.

ففي الأول في صحه الإجاره وجهان، وقرب في التذكرة الجواز، لأن المنفعة مقدور على تسليمها عادة (1). وهو قريب، لكن يتخير المستأجر إن احتاج سوق الماء إلى زمان، أو أخل بذلك المؤجر.

ص: ٢١٧

و ليس له البناء و لا الغرس. و لو استأجر ما لا ينحسر الماء عنه غالباً للزرع بطل. و فى الثانى فى صحه الإجاره وجهان: أحدهما لا تصح، لأن المنفعه المطلوبه غالباً متعذره الحصول، و العبارة خاليه من الثالثه، و من القسم الأول من قسمى الرابعه.

و اعلم أن المتبادر من قوله: (و لو أجرها على أن لا ماء لها) إجارته إياها غير مقيده بالزرع، و إن كان مقتضى قوله: (و إذا استأجر للزرع و لها ماء دائم). يقتضى كون الاستئجار للزرع، لكن المطابق لما فى التذكرة و التحرير هو الأول (1)، على أن الثانى لا تصح الإجاره إلا على القول بأن المنفعه لا تتعين بالتعيين.

قوله: (و ليس له البناء و لا الغرس).

أى: ليس للمستأجر فى الصور المذكوره البناء و لا الغرس، لأن تقدير المده يقتضى ظاهره التفريغ عند انقضائها، و البناء و الغرس للتأيد، بخلاف ما لو استأجر مده للبناء أو الغرس، فإن التصريح بهما صرف اللفظ عن ظاهره.

قوله: (و لو استأجر ما لا ينحسر عنه الماء غالباً بطل).

ينبغى أن يكون المراد أنه استأجره للزراعه، أو مطلقاً و لم يشترط كونه مغموراً بالماء، و لا علم المستأجر بالحال، و إلا لم يتم له الحكم بالبطلان، و سيأتى إن شاء الله تعالى فى عبارته ما يحقق ذلك، و إن كان بعضها لا يخلو من كلام.

و اعلم أن فى بعض النسخ التقييد بكون الاستئجار للزراعه، و هو

ص: ٢١٨

و لو كان ينحسر وقت الحاجة، و كانت الأرض معروفة، أو كان الماء صافياً يمكن مشاهدتها صح، و إلا فلا. المطابق لما سيأتي في العبارة، إلا- أنه غير محتاج إليه، لأن ترك غير القيد، و إجراء العبارة على إطلاقها يتناول ما إذا استأجره و لم يقيد بالزراعة، فإن الحكم لا يتفاوت، لأن المقصود الأصلي هو الزراعة، فلا حاجة إلى التقييد به في مجيء الأحكام، كما حققناه في المسألة السابقة.

قوله: (و لو كان ينحسر وقت الحاجة و كانت الأرض معروفة، أو كان الماء صافياً يمكن مشاهدتها تصح، و إلا فلا).

أى: لو كان الماء الذى على الأرض ينحسر وقت الحاجة، أى: وقت إرادته زرعها، إن كان ذلك النوع لا يزرع فى الماء، أو وقت إرادته انحساره بعد الزرع، بحيث لا يفسد الزرع به إن أمكن الزرع فى الماء، كالأرز صحت الإجاره بشرط كون الأرض معروفة عند المستأجر قبل ذلك، أو كان الماء صافياً لا يمنع مشاهدتها المعتبره فى الصحه، فإن انتفى الأمران فظاهر العبارة عدم صحه الإجاره.

و مال فى التذكرة إلى جواز الاستئجار عند عدم الأمرين الأولين مطلقاً، محتجاً بأن ذلك من مصلحة الزراعة من حيث أنه يقوى الأرض، و يقطع العروق المنتشرة فيها، فأشبهه استئجار اللوز و الجوز بقشرهما (1)، و ليس بشىء.

أما أولاً فلأنه قياس.

و أما ثانياً فللفرق، فإن القشر فى الجوز و اللوز محسوب منهما، بخلاف الماء. و أيضاً فإنه لما كان مخلوقاً فيهما للصيانة، كان اعتبار إزالته معرضاً للفساد، و كان من ضرورتهما، بخلاف الماء بالنسبة إلى

ص: ٢١٩

و لو استأجر مالا ينحسر عنه الماء للزراعه لم يجز، لعدم الانتفاع، فإن علم المستأجر و رضى جاز إن كانت الأرض معلومه، و كذا إن كان قليلاً يمكن معه بعض الزرع. الأرض، و الأغلبيه فى أحدهما و الندره فى الآخر، فما هنا أقرب.

و اعلم إن قوله: (و كانت الأرض معروفه) يتناول المعرفه بالوصف، فحينئذ يكون كل من معرفه الأرض بالمشاهده السابقه على الفرق المانع من المشاهده، و وصفها الرافع للجهااله مصححاً للإجاره. كما أن مشاهدتها بعد الفرق إذا كان الماء صافياً لا يمنع المشاهده أيضاً كذلك.

لكن العبارة لا تخلو من مناقشه، لأن قوله: (و كانت الأرض معروفه) المراد: كونها كذلك حين عقد الإجاره، و حينئذ فيكون قوله: (أو يكون الماء صافياً يمكن مشاهدتها) مقتضاه الاكتفاء بصحة الإجاره، بكونها فى حال العقد ممكنه المشاهده، و ليس كذلك. و لو قال: و كانت الأرض معروفه و لو بمشاهدتها بعد الفرق لصفاء الماء، و نحو ذلك لكان أولى.

قوله: (و لو استأجر مالا ينحسر عنه الماء للزراعه لم يجز، لعدم الانتفاع، فإن علم المستأجر و رضى جاز إن كانت الأرض معلومه، و كذا إن كان الماء قليلاً يمكن معه بعض الزرع).

أى: لو استأجر ما لا ينحسر عنه الماء وقت الحاجه للزراعه لم يجز، لعدم الانتفاع، و فيه مناقشتان:

إحدهما: أن هذا قد سبق، فإعادته تكرار.

و يجاب بأنه أعيد لبناء ما بعده عليه، فهو كالتنقيح لما سبق.

الثانيه: أنه لا- حاجه إلى التقييد بقوله: (للزراعه)، لأن إطلاق إجاره البيضاء إنما يقصد به غالباً الزرع، فالإطلاق محمول على إرادته الزرع، كما سبق فى الأرض التى لا ماء لها.

على أن التقييد بذلك مضر، لأنه حينئذ إنما تتمشى الصحة إذا علم و رضى، على القول بأن ذكر خصوص المنفعة لا يقتضى التعيين، و المصنف قد استشكله.

فإن قلت: قد ارتكب مثل ذلك فى المسأله السابقه.

قلت: لما كانت المسأله السابقه إنما تتخرج بعض أقسامها على ذلك لم يكن بد من بنائه عليه، بخلاف ما هنا، فإن الإطلاق يصح معه الحكم.

و إن كان أحد أقسام المطلق إنما يتمشى على ذلك القول، و مع التقييد لا تصح المسأله إلا على القول فظهر الفرق.

إذا عرفت هذا فاعلم إن ما لا ينحسر عنه الماء من الأرضين وقت الحاجه إليه إذا استأجره، فإما أن يكون ماؤه قليلاً لا يمنع أصل الزرع، فيمكن معه زرع شىء آخر، أو يكون كثيراً يمنع. و حينئذ فإما أن يعلم المستأجر الحال فى وقت الإجاره أو لا.

فإن كان الماء قليلاً صحت الإجاره، و إن جهل المستأجر الحال كان له الفسخ و الرضا بالحصه إن كان المزروع بعض الأرض، و إن كان جميعها مع النقيصه احتمل وجوب الأرش، و سيأتى تحقيقه عن قريب إن شاء الله تعالى.

و إن كان الماء كثيراً، و علم الحال و رضى صحت الإجاره و انتفع بغير الزرع من اصطيداد و نحوه. و لو ندر انحسار الماء كان له الزرع، لعدم المانع.

و إن لم يعلم الحال: فإما أن يكون قد صرح الاستئجار بنحو الاصطيداد أو لا.

ففى الأول تصح الإجاره، و يستوفى تلك المنفعه. و مع انحسار الماء بفعله بحفر بئر و نهر يجرى فيه، أو مطلقاً كان له الزرع إن كان مساوياً لتلك

و لو كان الماء ينحسر على التدرّيج لم تصح، لجهاله وقت الانتفاع، إلا أن يرضى المستأجر. لو أمكن الزرع إلا أن العاده قاضيه بغرقها لم يجر إجارته، لأنها كالغارقة. و لو اتفق غرقه، أو تلفه بحريق أو غيره فلا ضمان على المؤجر، و لا خيار للمستأجر، إلا أن يتعذر الزرع بسبب الغرق، أو انقطاع المنفعه فى الضرر، أو أقل على القول به.

و إن لم يصرح بذلك لم تصح الإجاره، نظراً إلى أن المنفعه المقصوده منتفیه. و مما قرناه يعلم أن عباره الكتاب قاصره عن أقسام المسأله.

قوله: (و لو كان الماء ينحسر على التدرّيج لم تصح، لجهاله وقت الانتفاع، إلا أن يرضى المستأجر).

و هذا الحكم -أعنى الصحه مع رضى المستأجر- أعم من أن يستأجر مطلقاً أو للزراع، بناء على القول بعدم التعيين بالتعيين.

و وجهه: إن علمه بالحال بمنزله الاستئجار لغير الزرع فى الصحه، فلا- تلزم الجهاله فى الإجاره نظراً إلى المقصود، لأن الزرع على ذلك التقدير ليس هو المقصود الأصلى.

قوله: (و لو أمكن الزرع إلا أن العاده قاضيه بغرقها لم تجز إجارته، لأنها كالغارقة).

ينبغى أن يكون هذا إذا استأجرها للزرع، أو مطلقاً و لم يعلم الحال، أما إذا علم الحال فلا مانع كالغارقة، تنزيلاً على قصد باقى المنافع.

قوله: (و لو اتفق غرقه، أو تلف بحرق أو غيره فلا ضمان على المؤجر و لا خيار للمستأجر، إلا أن يتعذر الزرع بسبب الغرق، أو

الماء، أو قلته بحيث لا- يكفى الزرع، أو يفسد الأرض فيتخير فى الإمضاء بالجميع، و يحتمل بما بعد الأرش. انقطاع الماء، أو قلته بحيث لا يكفى للزرع أو يفسد الأرض فيتخير فى الإمضاء بالجميع، و يحتمل بما بعد الأرش).

أى: لو اتفق على سبيل الندره غرق الزرع، أو تلفه بجائحه من حرق و نحوه فلا- ضمان على المؤجر و لا- فسخ للمستأجر، لأن الجائحه لحقت مال المستأجر لا منفعه الأرض، فهو بمنزله احتراق السبر ممن استأجر دكاناً لبيع السبر، فإن إجاره الدكان لا تنفسخ بخلاف ما لو تعذر الزرع بسبب الغرق، أو انقطاع الماء أو قلته بحيث لا يكفى للزرع، أو فسدت الأرض فبطلت قوه إنباتها، و كان ذلك فى مده الإجاره، و هذا هو المراد من قوله: (إلا أن يتعذر).

و قوله: (أو يفسد الأرض) عطف على قوله: (يتعذر الزرع) و حينئذ فتنفسخ الإجاره فيما بقى مع تعطل المنفعه بالكلية، لامتناع صحه الإجاره مع عدم المنفعه المقصوده، فيسترد حصته ما بقى من المسمى. و لا- فرق بين سبق فساد الزرع على فساد الأرض و بالعكس، و لا بين بقاء زمان يمكن الزرع فيه لو كانت الأرض سليمة و عدمه، نظراً إلى فوات المنفعه فى متعلق الإجاره.

و فى قول الشافعيه: إن كان فساد الأرض بعد فساد الزرع لا يسترد شيئاً من المسمى، لأنه لو بقيت قوه الأرض و صلاحيتها لم يكن للمستأجر فيها فائده بعد فوات الزرع. و كذا لا فرق بين أن يستأجر للزرع أو مطلقاً إذا تعطلت الزراعه مع احتمال الفرق، فيتخير إذا بقى للأرض منفعه مقصوده مع الإطلاق عندنا، و مطلقاً على القول بجواز التخطى من المعين إلى غيره و فيه قوه.

و يتخير بين الفسخ و الإمضاء إن نقصت المنفعه، و حينئذ فيتخير فى

الإمضاء بالجميع، لأنه الذى وقع عليه العقد، فإذا أمضاه وجب العمل بمقتضاه. و المسمى إنما قوبل به مجموع المنفعة و لم يجعل الأجزاء فى مقابل الأجزاء.

و يحتمل أن له الإمضاء بما بعد الأرش، لأن الأجره إنما هى فى مقابل المجموع و قد فات بعضه، فيجب أن يسقط قسطه.

و أيضاً فإن أبعاض المنفعة لو لم تكن مقصوده بالأجره لم تزد الأجره بزيادتها، و لم تنقص بنقصانها، و التالى معلوم البطلان.

و أيضاً فإن مقابله المجموع بالمجموع يتضمن مقابله الأجزاء بالأجزاء.

و لا- ريب أن عدم اعتبار الأرش بعيد جداً، لأنه لو فات تسعة أعشار المنفعة فمقابله مجموع المسمى بما بقى كأنه بديهي البطلان، و الاحتمال الأخير أقرب.

و اعلم أن هذا الأرش أرش معاوضه، نسبه إلى المسمى كنسبه أجره مثل ما نقص من المنفعة إلى مجموع أجره المثل لمجموع المنفعة، لأن إيجاب أجره مثل ما نقص ربما أحاط بالمسمى، فيستعيد المستأجر الأجره مع ملكه لباقى المنافع، و هو معلوم البطلان.

و اعلم أن التفريع فى قوله: (فيتخير). غير مستقيم، لأنه ذكر أشياء بعضها يقتضى انفساخ الإجاره كانقطاع الماء، فكيف يتفرع عليه ثبوت الخيار؟.

و اعلم أيضاً أن فى العبارة مناقشه من وجه آخر، و هى: أن استثناء قله الماء بحيث لا يكفى للزرع من تلف الزرع بغير الحرق غير مستقيم، لأنه على هذا التقدير لا- يتحقق تلف جميع الزرع، لأن الفرض قله الماء لا انقطاعه بالكلية، فتبقى منه بقيه تكفى لبعض الزرع، إلا أن يدعى ارتكاب

فإن فسخ رجع إلى أجره الباقي و استقر ما استوفاه، و يوزع على المدتين باعتبار قيمه، و هي أجره المثل للمدتين، لا باعتبار المده، فإن تجدد بعد الزرع فله الفسخ أيضاً، و يبقى الزرع إلى الحصاد، و عليه من المسمى بحصته إلى حين الفسخ و أجره المثل إلى الحصاد لأرض لها مثل ذلك الماء القليل. المجاز.

قوله: (فإن فسخ رجع إلى أجره الباقي و استقر ما استوفاه، و يوزع على المدتين باعتبار قيمه— و هي أجره المثل للمدتين— لا باعتبار المده).

أى: فإن فسخ المستأجر فى الصورة المذكوره رجع إلى أجره الباقي، و هي حصته من المسمى، و استقر ما استوفاه، أى: استقر مقابله من المسمى، فلا بد من التوزيع.

و طريقه أن يوزع على قيمه المنفعه للمدتين، و المراد بقيمتها: أجره المثل لها باعتبار المدتين نظراً إلى التفاوت بينهما، فإنه ربما كانت أجره المثل لما مضى خمسين و لما يأتى أربعين مثلاً، فلو وزع على أجره المثل لمجموع المده من حيث هي، من غير اعتبار خصوص المدتين لزم الظلم، فتنظر نسبه اجره المثل لإحدى المدتين إلى مجموع اجره المثل لهما، و يؤخذ بتلك النسبه من المسمى، فلو كانت اجره المثل لما مضى خمسه أتساع مجموع اجره المثل لهما، كان نصيب ما مضى من المسمى خمسه أتساعه.

قوله: (فإن تجدد بعد الزرع فله الفسخ أيضاً، و يبقى الزرع إلى الحصاد، و عليه من المسمى بحصته إلى وقت الفسخ، و اجره المثل إلى الحصاد لأرض لها مثل ذلك الماء القليل).

أى: إذا حصل التعيب

و يجب تعيين المده فى إجاره الأرض لأى منفعه كانت من زرع، أو غرس، أو بناء، أو سكنى، أو غير ذلك، و لا يتقدر بقدر. و لا يجب اتصال المده بالعقد، فإن عيّن المبدأ، و إلا- اقتضى فى الأرض بقله الماء فالحكم ما سبق، سواء كان ذلك قبل الزرع أو بعده، فإن كان تجدد بعد الزرع ففيه أمر آخر، و هو أنه إذا فسخ بالتعيب و جب إبقاء الزرع إلى الحصاد، لأنه زرع بحق و ثبت الفسخ بحق فلا يجوز قلعه، بل يجب إبقاؤه، لأن له مده تنتظر، و هى الحصاد، فعليه من المسمى بحصته إلى حين الفسخ بالتوزيع على المدتين كما سبق، و يسترد حصه الباقي منه، و يلزمه للإبقاء من الفسخ إلى الحصاد أجره مثل تلك الأرض و لها مثل ذلك الماء القليل.

و اعلم إن هذه المسأله قد سبق ذكرها لاندراجها فى قوله سابقاً: (و لو اتفق غرقه أو تلفه بحرق أو غيره.)، لأن التلف للزرع فرع تحققه، و إنما أعادها لبيان حكم و جوب إبقاء الزرع إلى الحصاد بعد الفسخ.

لكن (أيضاً) فى قوله: (فإن تجدد بعد الزرع فله الفسخ أيضاً) تشعر بعدم سبق ذكره، لأن معنى (أيضاً) مشاركته ما سبق فى ثبوت الفسخ فلا يكون مذكوراً، و ليس كذلك، فلو سكت عن قوله: (أيضاً) كان أولى.

قوله: (و يجب تعيين المده فى إجاره الأرض لأى منفعه كانت من زرع، أو غرس، أو بناء، أو سكنى، أو غير ذلك، و لا يتقدر بقدر).

أما و جوب تعيين المده فلأن المنفعه لا تتعين بدون تعيينها، و أما انها لا تتقدر بقدر فلعدم التقدير شرعاً، و الإجاره صالحه للقليل و الكثير، كما أن البيع صالح لنقل قليل الماء و كثيره.

قوله: (و لا يجب اتصال المده بالعقد، فإن عيّن المبدأ و إلا

الاتصال. فإن استأجر للزرع فانقضت المده قبل حصاده، فإن كان لتفريط المستأجر كأن يزرع ما يبقى بعدها فكالغاصب. اقتضى الاتصال).

قد سبق أنه لا- مانع من كون مده الإجاره متأخره عن زمان العقد، إذا ضبطت و عينت بما لا يحتمل الزيادة و النقصان. و سبق حكاية خلاف الشيخ ورده، فحينئذ إن عين المبدأ في العقد تعين، و إن ترك التعيين و أطلق و لم يشترط تأخر المده عن زمان العقد حمل الإطلاق على الاتصال، لأنه المتعارف و المتبادر، و لأن ترك التعيين دليل على إرادته ذلك، لأن إرادته ما لم يعين و لم يدل عليه دليل بعيد عن المعاوزات، و لأن المعاوزة تفسد بدون ذلك، و الأصل الصحة، فيراعى التمسك بالأصل ما أمكن خصوصاً مع المرجحات الباقية.

نعم لو اتفقا على تأخير المبدأ و نسيا تعيينه في العقد، فإن عدم صحته ليس بذلك البعيد إذ ليس بمقصود.

قوله: (فإن استأجر للزرع فانقضت المده قبل حصاده، فإن كان لتفريط المستأجر، كأن يزرع ما يبقى بعدها، فكالغاصب).

المراد بتفريطه: ارتكابه ما يبقى بعد المده مع إمكان غيره الذي لا- يبقى، أو أن يترك الزرع اختياراً إلى أن لا يبقى من المده مقدار ما يبلغ الزرع الحصاد فيه، أو الزرع ثانياً بعد أكل الجراد الزرع الأول، أو فساده بجائحه، فإنه حينئذ بعد انتهاء المده كالغاصب في جواز إلزامه تفريغ الأرض من زرعه بغير أرش، و طم الحفر، لأنه عادٍ بشغل الأرض بعد المده، بخلاف ما لو لم يفرط و لم يقصر، فاتفق تأخر الحصاد على خلاف الغالب لتغير الهواء و نحوه فإنه غير عادٍ و لا مقصر.

فإن قيل: لا يظهر الفرق، لأن كل واحد منهما شغل الأرض بالزرع

و إن كان لعروض برد و شبهه فعلى المؤجر التبييه، و له المسمى عن المده و أجره المثل عن الزائد. و للمالك منعه من زرع ما يبقى بعد المده على إشكال. بحق، و بعد انقضاء المده لا حقّ لواحد منهما فى المنفعه، لعدم تناول العقد إياها، فإما أن يكونا معاً كالغاصب، أو يجب الإبقاء لهما معاً، و لا أثر للتقصير و عدمه.

قلنا: بل بينهما فرق، فإن ما خرج عن المده و إن لم يتناوله العقد، إلا أنه يستتبعه حيث لا يكون من المستأجر تقصير، حذراً من لزوم تكليف ما لا يطاق، فيجمع بين الحقين بإلزام أجره المثل مع وجوب الإبقاء بخلاف ما إذا قصر فإنه عادٍ بفعله لا عذر له. و اعلم أنه إنما يكون كالغاصب بعد انقضاء المده، أما قبلها فإنه مستحق بالإجاره، و قد علم مما قررنا حكمه.

قوله: (و إن كان بعروض برد و شبهه فعلى المؤجر التبييه، و له المسمى عن المده و أجره المثل عن الزائد، و للمالك منعه من زرع ما يبقى بعد المده على إشكال).

أى: لو استأجر للزرع مده فأراد أن يزرع ما لا يدرك فى تلك المده، فهل للمالك منعه من ذلك؟ فيه إشكال، ينشأ: من أنه ملك المنفعه للزرع، و هذا من جملة الأفراد فيكون حقاً له فلا يسوغ له منعه منه، و من أن زرعه لذلك يستلزم البقاء بعد المده المقتضى للتصرف فى ملك المؤجر بما لا يتناوله العقد و الاحتياج إلى المطالبه بالتفريغ، و ربما اقتضى ذلك نقصاً فى الأرض، فيكون له منعه منه، و اختاره الشيخ فى المبسوط (١).

و يضعف بمنع الكبرى، فإنه ليس كل ما لم يتناوله العقد من التصرفات

ص: ٢٢٨

بحسب المنع مما يستلزمها، لأنها قد ثبتت تبعاً، ولا يكون العقد متناولاً لها فكيف يمنع منها؟ و التحقيق أن يقال: لا يخلو الحال من أن يكون عقد الإجاره للزرع مده معينه بحيث يتناول زرع ما يبقى بعد المده، أو لا. فإن كان الأول فلا وجه للمنع بعد استحقاقه بالعقد، وإن كان الثاني فلا وجه للتجوز لاختصاص العقد بما سواه.

فنقول: لا- ريب أن الاستئجار للزرع مطلقاً يتناول المتنازع، لكن تعيين المده هل يقتضى إخراج ما لا- ينتهى عند انتهائها أم لا؟ يحتمل الأول، لأن مقتضى التعيين عدم الاستحقاق بعدها، فلا يستحق زرع ما يبقى بعدها. وفيه منع، إذ لا دلالة للتعيين على الاستحقاق و عدمه بإحدى الدلالات الثلاث، ولو سلم فالملازمه ممنوعه.

و يحتمل الثانى، لا انتفاء المقتضى للتخصيص، فيجب التمسك بالعموم.

فإن قيل: تعيين المده دليل على إرادته التفرغ بعدها.

قلنا: هو مشعر بذلك، ولو سلم فلا ينهض مخصصاً للعموم، إذ يمكن أن يجمع بين الزرع الآن و التفرغ بعد المده.

فإن قيل: إجراء لفظ الزرع على حقيقته مع التقييد بالمده يقتضى عدم اندراج زرع ما يبقى بعدها، فلا ينتفع به من جهة كونه زرعاً إذا بلغ بعد المده.

قلنا: لمانع أن يمنع كون الزرع حقيقه فى إلقاء البذر فى الأرض على وجه يبلغ الحصاد، بل هو أعم من ذلك، لأن المعروف أنه إلقاء البذر فى الأرض للاستنبات، و اللغه و العرف شاهدان بذلك. و هذا المعنى صادق فى

فإن زرع بغير إذنه لم يكن له المطالبة بإزالته، إلا بعد المده. و لو استأجر مده لزرع لا يكمل فيها، فإن شرط نقله بعد المده لزم، و إن أطلق احتمال الصحة مطلقاً و بقيد إمكان الانتفاع المتنازع، فإن تم هذا فعدم المنع أقوى.

و اعلم أنه يجيء هنا احتمال المنع، سواء كان ما يزرع مما ينتفع به من جهة كونه زرعاً فى المده، باعتبار نقله إلى أرض أخرى أو الانتفاع به قصيلاً كما لو كان شعيراً أم لا، لأن بقاءه بعد المده يقتضى شغل ملك المالك بما لا يتناوله العقد كما قررناه، فيكون خارجاً من العقد على الاحتمال، بخلاف ما لو استأجر لزرعه تعييناً فإنه قد قطع بوقوع العقد عليه.

قوله: (فإن زرع بغير إذنه لم تكن له المطالبة بإزالته إلا بعد المده).

هذا على القول بعدم استحقاق المالك المنع واضح، أما على القول به فيشكل، لأن المستأجر قد شغل الأرض بغير ما يستحقه، فله مطالبته بالإزالة و زرع ما يسوغ له، كما لو استأجر لحمل القطن فحمل الحديد.

و العجب أن الشيخ حكم بأن للمالك المنع، و لم يجوّز له المطالبة بالإزالة لو زرع بغير إذن، محتجاً بأن له حق الانتفاع بالأرض فى تلك المده بالزراعة، فهو مستوفٍ لمنفعته (١). و لو كان هذا صحيحاً لم يكن للمالك المنع من أول الأمر، لأنه قد رضى بكل ما اقتضاه عقد الإجاره، فإذا كان هذا من مقتضياته لم يكن له منع.

قوله: (و لو استأجر مده لزرع لا يكمل فيها، فإن شرط نقله بعد المده لزم، و إن أطلق احتمال الصحة مطلقاً، و بقيد إمكان الانتفاع).

أى: لو خص الإجاره

ص: ٢٣٠

بزرع ما لا يكمل فى المده المعينه فى العقد غالباً، فإما أن يشترط أنه إذا انقضت المده ينقل ذلك الزرع من الأرض، أو يشترط تبقيته إلى زمان أخذه عادة، أو يطلق.

فإن شرط النقل فلا بحث فى الصحه، إذ لا مانع، و ينبغى أن يقيد بما إذا كان مثل ذلك مقصوداً فى العاده، فلو استأجر للزرع يوماً و يومين مثلاً فالذى يناسب الباب و يوافق أصول المذهب عدم الصحه.

و إن شرط التبقية إلى زمان أخذه لم يصح، للجهاهه، و لأن ذلك يقتضى التناقض، فإن تقدير المده يقتضى النقل بعدها و الشرط يخالفه، قاله فى التذکره (١). و فيه نظر، لأن تقدير المده لا يقتضى النقل بعدها، و إنما يقتضى تعيين زمان الاستحقاق و هو غير متعرض إلى سواه. نعم ذلك يقتضى كون التعيين للمده لغوياً. و لم يذكر المصنف هنا هذا القسم.

و إن أطلق فوجهان:

أحدهما: الصحه، لحصول المقتضى و هو الإيجاب و القبول من جائزى التصرف، و انتفاء المانع إذ ليس إلا كون المده غير كافيه لإدراك الزرع، و هو غير صالح للمانعیه، لأن أقصى ما يقال فيه لزوم التجوز بلفظ الزرع و لا محذور فيه، لأن العدول إلى المجاز مع القرينه الداله على الإراده متعين.

الثانى: تقييد الصحه بإمكان الانتفاع، و معناه الحكم بالصحه إن كان المزروع فى تلك المده مما ينتفع به.

و لقائل أن يقول: إن التقييد فى هذا الوجه بإمكان الانتفاع يقتضى الصحه على الأول مع إمكان الانتفاع و عدمه، و هو مشكل، فإن الإجاره إنما

ص: ٢٣١

تصح على تقدير الاعتداد بالمنفعة بدونه.

و احتمال في التذكرة (١) الصحة إذا أمكن أن ينتفع بالأرض في زرع ضرره كضرر الزرع المشروط أو دونه إن جَوَزنا التخطي مع التعيين، مثل أن يزرع شعيراً يأخذه قصيلاً، لأن الانتفاع بها في بعض ما أقصاه العقد ممكن، وإن لم يكن كذلك لم يصح، لأنه أكثرى للزرع ما لا ينتفع به فيه فأشبهه إجاره السبخه له.

و على هذا فيكون المراد بالانتفاع في العبارة: الانتفاع بها بنوع آخر من الزرع يمكن بلوغه في تلك المده. إلا أن هذا لا يستفاد من العبارة، لعدم وجود ما يدل عليه، وإذا نزل الانتفاع على ظاهره - وهو المطلق - ورد عليه ما قلناه من لزوم الجواز مع عدم النفع أصلاً على الاحتمال الأول - أعني احتمال الصحة - مطلقاً، وهو باطل.

و كذا يرد ذلك على ما إذا شرط النقل بعد المده بل هو أظهر، و بهذا يظهر (٢) أن ما فهمه الشارحان من إطلاق المنع لا يستقيم، لأن ما اعتذر به الفاضل ولد المصنف من عدم تحقق القلع (٣) منتف مع اشتراطه.

فإن قيل: فكيف صح العقد مع شرط النقل وجهاً واحداً، مع أن احتمال التقييد بإمكان الانتفاع أيضاً قائم بعين ما ذكر من الدليل؟ قلنا: الفرق أنه مع اشتراط النقل لا يراد الزرع حقيقه إنما يراد مجازه، فلا حاجة إلى اعتبار الانتفاع بالزرع حينئذ بخلاف ما إذا لم يشترط القلع.

و لقائل أن يقول: إنه إذا أمكن الانتفاع بالتخطي المذكور مع اشتراط

ص: ٢٣٢

١ - ١) التذكرة ٣١٣: ٢. [١]

٢ - ٢) في «٥»: يعلم.

٣ - ٣) إيضاح الفوائد ٢٧١: ٢.

فعلى الأول احتمال وجوب الإبقاء بالأجره. النقل أمكن إجراء اللفظ على حقيقته أيضاً، فيجىء احتمال تقييد الصحة به كما فى الإطلاق، وقوفاً مع الحقيقه بحسب الإمكان فاللازم أحد أمرين:

إما ارتكاب المجاز فيهما بقرينه اشتراط النقل فى الأول، و تعيين مده لا يكمل فيها الزرع فى الثانى.

أو الاقتصار على موضع الانتفاع بالزرع بحيث يكمل بمقتضى التخطى وقوفاً مع الحقيقه.

و الأصح الصحة مطلقاً، لأن القول بالتخطى غير مرضى، و لو قلنا به فكذلك تمسكاً بظاهر اللفظ، بل لو تناول اللفظ كلا من النوعين بعمومه لكان ارتكاب المجاز خيراً من تخصيصه بواحد، و ينبغى التأمل لذلك، لأنه زله قدم.

قوله: (فعلى الأول احتمال وجوب الإبقاء بالأجره).

وجه الاحتمال أنه غير متعد بالزرع، فوجب إبقاؤه عملاً بمقتضى قوله عليه السلام: «ليس لعرق ظالم حق» (1) مع ضعف المفهوم. و يحتمل العدم، لأنه دخل على أن لا حق له بعد المده، لأن منفعة المده هى المبدوله فى مقابله العوض، فلا يستحق بالإجاره شيئاً آخر.

و لا يرد ما إذا تخلف إدراك الزرع فتجاوز المده، فإن التكليف بالإزاله مع كونه معذوراً، و أن ذلك مفض إلى ضياع ما له، و لم يدخل فى حال العقد عليه باطل، فجمع بين الحقين لوجوب الإبقاء بالأجره، بخلاف ما إذا دخل حال العقد عالماً بعدم إدراك الزرع فى المده، فإنه لا وجه لوجوب الإبقاء حينئذٍ، و هو قوى.

ص: ٢٣٣

و لو شرط التبقية إلى وقت البلوغ تجهل العقد. و لو استأجرها للغرس سنة صح، و له أن يغرس قبل الانقضاء، فإن شرط القلع بعد المدة، أو لم يشترط جاز القلع و لا أرش على أحدهما.

و اعلم ان الشارح قال في الحديث السابق: إن الأصوليين أجمعوا على حجيه دلالة المفهوم في هذا الحديث (1)، و هذا فاسد من وجوه:

الأول: إن البحث عن هذا الحديث و نحوه وظيفه الفقيه دون الأصولي، و الإجماع الذي ادعاه لم يسمع من أحد من الأصوليين ما يصدقه بعد التتبع الكثير.

الثاني: إن حجيه مفهوم الصفه من المفهوم المخالف لم ينعقد الإجماع عليها في شيء أصلاً، فإن دل دليل على حقيه المفهوم فالحجيه من جهه الدليل لا من جهه المفهوم.

الثالث: إن حقيه هذا المفهوم المخصوص لم يثبت بدليل من إجماع و غيره، فينبغي تأمل ذلك.

قوله: (و لو شرط التبقية إلى وقت البلوغ تجهل العقد).

و ذلك لأن محل البلوغ يحتمل الزيادة و النقصان فيتحقق باشتراط الجهاله، و ذلك يفضى إلى جهاله العقد من حيث ان التراضى بالعقد إنما كان مع الشرط فييطان.

قوله: (و لو استأجرها للغرس سنة صح، و له أن يغرس قبل الانقضاء، فإن شرط القلع بعد المدة أو لم يشترط جاز القلع، و لا أرش على أحدهما، و يحتمل مع عدم الشرط منع المالك من القلع لا

ص: ٢٣٤

و يحتمل مع عدم الشرط منع المالك من القلع لا الغارس، الغارس).

لا- ريب أنه يجوز الاستئجار للغرس مده معينه، قليله كانت أو كثيره بلا خلاف بين العلماء، فإذا استأجر سنه فإما أن يشترط القلع بعد السنه، أو يشترط التبقية، أو يسكتا عنهما معاً.

فإن شرطاً القلع صح العقد، إذ لا مانع، و لعموم قوله عليه السلام:

«المؤمنون عند شروطهم» (1) فحينئذ يؤمر المستأجر بالقلع بعد المده، و ليس على المالك أرش نقصان بسببه عملاً بمقتضى الشرط، و لا يجب على المستأجر أيضاً تسويه الأرض، و لا أرش نقصانها إن نقصت لمثل ما قلنا.

و لو اتفقا على الإبقاء بأجره و مجاناً، أو على نقل الغرس إلى مالك الأرض جاز، لأن الحق في ذلك إليهما. و إن شرطاً التبقية بعد المده لم يصح لجهالة المده، فاشتراطها يقتضى تجهيل العقد.

و للشافعيه قول بالصحة، لأن الإطلاق يقتضى الإبقاء عندهم فلا يضر شرطه (2). و كلاهما مردود، فعلى البطلان يجب على المستأجر في المده أجره المثل، و بعدها الحكم على ما يذكر في الإطلاق.

و إن أطلقا العقد و لم يشترط واحداً من الأمرين صح العقد عندنا، و بعض الشافعيه جعل الإجاره هنا كالإجاره لزوع ما لا يدرك في المده (3)، فحينئذ بعد المده إن اختار المستأجر القلع كان له ذلك، لأنه ملكه فله أخذه، و لأن مقتضى الإجاره مده التفريغ بعدها.

و لا يجب عليه تسويه الحفر، و إصلاح الأرض، و لا أرش نقصانها

ص: ٢٣٥

١- (١) التهذيب ٧: ٣٧١ حديث ١٥٠٣، الاستبصار ٣: ٢٣٢ حديث ٨٣٥.

٢- (٢) الوجيز ١: ٢٣٥، المجموع ١٥: ٦٨.

٣- (٣) المصدر السابق.

لثبوت ذلك له بمقتضى الإجاره، و هو مختار المصنف هنا و فى التحرير (١).

و صرح فى التذكرة بوجوب الأرش و طم الحفر، لأنه أدخل النقص على ملك الغير بغير إذنه، و تصرف فى أرضه بالقلع لتخليص ملكه بعد خروجها من يده (٢). و فيه منع، لأن تحديد المده فى الإجاره يقتضى التفريغ بعدها، فىكون مأذوناً فيه بهذا الاعتبار، بخلاف ما لو قلع فى أثناء المده.

و إن اختار المالك القلع فيه و جهان: أصحابهما- على ما اختاره فى الكتاب- أن له ذلك مجاناً عملاً بمقتضى تحديد المده فى العقد.

و يحتمل منعه من القلع مجاناً، لأنه غرس محترم صدر بالإذن، و لمفهوم قوله عليه السلام: «ليس لعرق ظالم حق» (٣).

و فائده التحديد بالمده يجوز أن يكون منع إحداث الغرس بعدها.

و يضعف بأن الغرس بعد انقضاء مده الاستحقاق ليس بمحترم، و ليس بحق، على أنه لو كان مستحقاً للإبقاء لم تجب الأجره. كذا قيل، و فى هذا الأخير نظر، لأنه ربما كان مستحقاً للإبقاء بالأجره لا مطلقاً. و أما تحديد المده فمعلوم أن المراد به تعيين قدر المنفعة المستحقه بالإجاره، إذ لا يتعين إلا بالزمان.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن قول المصنف: (و لو استأجرها للغرس سنه صح) أراد به المخالفه لاستئجارها لزراع مده لا يدرك فيها، فإن فى الصحه كلاماً.

و الفرق: إن للزرع مده، تنتظر و لا يكمل بدونها، و هى المقصوده

ص: ٢٣٦

١- (١) التحرير ١: ٢٤٩.

٢- (٢) التذكرة ٢: ٣١٣. [١]

٣- (٣) التهذيب ٧: ٢٠٧ حديث ٩٠٩.

فيتخبر بين دفع قيمه الغراس و البناء فيملكه مع أرضه، و بين قلعهما مع أرش النقص، و بين إبقائهما بأجره المثل. غالباً، بخلاف الغرس فإنه للتأييد فلا- تتفاوت فيه المده قصيره كانت أو طويله، و ان كان يفنى في الطويله جداً، لكن ليس لفنائته جمله أمد المعلوم بحسب العاده.

و قوله: (و له أن يغرس قبل الانقضاء) أراد به المخالفه بين الغرس و الاستئجار للزرع مده يكفيه، ثم يتراخى إلى أن يبقى منها ما لا يكفي، فإنه يحتمل منعه حينئذ من الزرع، و الفرق ما قلناه.

و قوله: (و يحتمل مع عدم الشرط منع المالك من القلع لا الغراس) أراد به أنه إذا لم يشترط القلع في العقد يحتمل منع مالك الأرض من قطع الغرس مجاناً من دون أرش النقص بدليل قوله بعد: (و بين قلعها مع أرش النقص) و ما اختاره هنا و في التحرير (١) أقوى فلكل منهما القلع مجاناً.

و هل يجبر المستأجر عليه لو امتنع؟ لم يتعرض إليه المصنف هنا لكن استحقاق القلع يقتضيه، لأنه فرع عدم استحقاقه الإبقاء فيكون ظالماً له، و هو قوى متين.

قوله: (فيتخير بين دفع قيمه الغرس و البناء فيملكه مع أرضه، و بين قلعهما مع أرش النقص، و بين إبقائهما بأجره المثل).

هذا تفریع على الاحتمال، أعنى احتمال منع المالك من القلع مع عدم الشرط، أى: فعلى هذا يتخير بين ثلاثه أشياء:

أحدها: دفع قيمه الغرس و البناء، و لم يجر للبناء فى أول المسأله

ص: ٢٣٧

وإن استأجر للسكنى وجب مشاهدته الدار، أو وصفها بما يرفع الجهالة، و ضبط مدته المنفعة و الأجره. ذكر، لكنه كالغرس في ذلك، فإذا دفع قيمتهما إلى المستأجر ملكهما مع أرضه، و يشكل إطلاق ذلك، لأن تملك مال الغير بالقيمه من دون رضاه باطل بنص الكتاب و السنه. و المصنف لا يقول به، و قد سبق في كلامه في العاريه و الشفعه و الغصب ما يشهد لذلك، و إن كان حكم الغصب قد يخالف الباقي. نعم يستقيم هذا على قول الشيخ (١)، إلا أن تنزيل العبارة عليه بعيد، فلا بد من التقييد بالرضاء كما صرح به في التذكرة (٢)، و إن توقف في التحرير (٣).

الثاني: القلع مع أرش النقص، و هو واضح، لأن فيه جمعاً بين الحقين، و طريق معرفه الأرش هنا أن يقوم قائماً بالأجره و مقلوعاً، فالتفاوت بين القيمتين هو الأرش.

الثالث: الإبقاء بأجره المثل، و يجب أن يكون هذا مقيداً برضى المستأجر أيضاً، كما فعل في التذكرة (٤)، لأن بقاء الغرس و البناء في الأرض لو كان واجباً لكان وجوبه لكونه حقاً للمستأجر، فلا يمنع من القلع فكيف يمنع منه بدون التفريغ؟ لا يقال: يلزم منه التصرف في أرض المالك بغير إذنه.

لأننا نقول: بل هو بالإذن، لما قلناه من أن تحديد المده في الإجاره يقتضى انتفاء الاستحقاق و التفريغ بعدها.

قوله: (وإن استأجر للسكنى وجبت مشاهدته الدار، أو وصفها بما يرفع الجهالة، و ضبط مدته المنفعة و الأجره).

إذا استأجر داراً للسكنى فلا بد من معرفه الدار إما بالمشاهده، أو

ص: ٢٣٨

١- ١) المبسوط ٢٦٤-٣: ٢٦٤-٢٦٥. [١]

٢- ٢) التذكرة ٣: ٣١٤. [٢]

٣- ٣) التحرير ١: ٢٤٩. [٣]

٤- ٤) التذكرة ٢: ٣١٤. [٤]

و لو استأجر سنتين بأجره معينه و لم يقدر لكل سنه قسطاً صح. وصف الدار المعينه التي يراد إجارتها بما يرفع الجهاله و يدفع الغرر.

و لا تجوز إجاره دار موصوفه فى الذمه، لما تبهنا عليه فى أول الإجاره من أن ذلك لا ينضبط بالوصف، إذ لا يجوز السلم فيه. و لا بد من ضبط المنفعه بذكر مده السكنى، بحيث لا- تحتمل الزيادة و النقصان، و كذا الأجره على ما سبق دفعاً للغرر عن العوضين.

قوله: (و لو استأجر سنتين بأجره معينه، و لم يقدر لكل سنه قسطاً صح).

لوجود المقتضى و انتفاء المانع، كما لو باع أعياناً تختلف قيمتها، لا يجب تقدير حصه كل عين منها، و كما لو أجر سنه لا يجب تقدير حصه كل شهر، و كذا الشهر لا يجب تقدير أجرته على أيامه.

و قال بعض الشافعيه: يجب أن تقدر حصه كل سنه من الأجره، لأن الإجاره معرضه للفسخ بتلف المعقود عليه و نحوه، فإذا أطلق الأجره لجميع المده ثم لحقها الفسخ بتلف العين أو غيره تنازعا فى قدر الواجب، و احتيج إلى التقسيط على أجزاء المده على حسب قيمته، و ذلك مما يشق و يتعسر جداً (١). و بالتقدير ينتفى ذلك، و تبطل بالسنة الواحده و ما دونها، فإن ما ذكره و ارد فيها، و النزاع ينقطع بتوزيع الأجره على منافع السنتين كالسنه.

إذا تقرر هذا، فلو قدرت حصه كل جزء من أجزاء المده من الأجره

ص: ٢٣٩

و لو سكن المالك بعض المده تخير المستأجر فى الفسخ فى الجميع، أو فى قدر ما سكنه فيسترد نصيبه من المسمى، و فى إمضاء الجميع فيلزمه المسمى، و له أجره المثل على المالك فيما سكن. تعينت وفاء بما وقع عليه العقد.

قوله: (و لو سكن المالك بعض المده تخير المستأجر فى الفسخ بالجميع، أو فى قدر ما سكنه فيسترد نصيبه من المسمى، أو فى إمضاء الجميع فيلزمه المسمى و له أجره المثل على المالك فيما سكن).

لا يخفى أنه لو سكن المالك الدار المؤجره بعض مده الإجاره كان غاصباً، فيتخير المستأجر: بين فسخ العقد فى الجميع، لفوات بعض ما وقع عليه العقد بفعل المالك فتبعضت الصفقه فيسترد المسمى إن فسخ، و بين الفسخ فى قدر ما سكنه المالك، لأنه الذى فات.

و لا يقدح تبعض الصفقه على المالك هنا، لأن ذلك بفعله، فإن فسخ فيه وجب التقسيط على نحو ما سبق، فيسترد نصيب ما سكنه المالك من المسمى.

و بين إمضاء الجميع، فيلزمه المسمى و له أجره المثل على المالك فيما سكن، لأنه عوض المنفعه المستحقه له.

و فى التحرير: أن أجره المثل لو نقصت عن المسمى لا يضمن المستأجر الزائد (1)، و هو حسن. و لا فرق فى ذلك بين كون سكنى المالك قبل القبض أو بعده، بخلاف غصب الأجنبى فإنه موجب للخيار قبل القبض لعدم حصول التسليم الواجب بالعقد لا بعده، فيكون الغصب من المستأجر.

و يثبت الخيار فيما لو سكن المؤجر بعض المده فى ذلك البعض، دون غصب الأجنبى على الأصح كما سبق. و الفرق كون ذلك من قبل المالك فهو

ص: ٢٤٠

و له أن يسكن المساوى أو الأقل ضرراً إلا مع التخصيص، المبعض للصفقه، حيث إن المنافع لكونها معلومه-و إنما توجد على التدرج-لا يمكن تسليمها دفعه واحده.

فإذا رفع يد المستأجر عن العين، و وضع يده كانت من ضمانه، لأن المستأجر لم يتسلمها، و من ثم لا يفرق بين ما إذا كان ذلك قبل تسليم العين إلى المستأجر و بعده، بخلاف ما إذا غصبها غاصب أجنبي بعد التسليم، لأن الواجب على المؤجر-و هو تسليم العين-قد وجد و تمت المعاوضه، فلا يجب على المؤجر حفظها من أن يغصبها غاصب، لأن الواجب عليه بمقتضى عقد الإجاره-و هو رفع يده عن العين و تسليمها إلى المؤجر-قد فعله.

أما وضع يده على العين، و منع المستأجر من المنافع فإنه ممنوع منه، و هو قادر على اجتنابه، فإذا أقدم عليه فقد أتلّف المنفعه على المستأجر قبل قبضها، فيترتب عليه الحكم.

و قد صرح المصنف فى التذكرة فيما لو استأجر الدار سنه فسكنها شهراً، ثم تركها و سكنها المالك بقيه السنه: بأنه يتخير بين الفسخ فى باقى المده و إلزام المالك بأجره المثل (١).

فرع: لو سكن المستأجر بعض المده، ثم سكن المالك كان للمستأجر الفسخ فيما بقى بعد سكنه، نص عليه فى التذكرة (٢)، و وجهه ظاهر.

قوله: (و له أن يسكن المساوى أو الأقل ضرراً، إلا مع التخصيص).

أى: للمستأجر ذلك، و ظاهر العبارة أن هذا الحكم فيما إذا استأجر

ص: ٢٤١

١- (١) التذكرة ٣٢٦: ٢. [١]

٢- (٢) المصدر السابق.

و يضع فيه ما جرت عاده الساكن من الرحل و الطعام، دون الدواب و السرجين و الثقيل على السقف.

و له إداره الرحي في الموضع المعتاد، فإن لم يكن لم يكن له ، الدار للسكنى من دون تعيين الساكن، و هو صحيح في نفسه، فإنه لا يجب تعيين الساكنين، و لا ذكر عددهم، و صنفهم من رجال و نساء و صبيان، خلافاً لبعض الشافعية (١).

بل و لا يجب ذكر السكنى و لا صفتها، تمسكاً بأصالة البراءة، فإذا استأجر داراً للسكنى، أو مطلقاً صح و ملك منافع سكنائها، فله أن يسكن بنفسه، و من شاء معه من عياله و من يتبعه. و له أن يسكن من شاء ممن يساويه في الضرر، أو ينحط عنه فيه، نظراً إلى أن إطلاق العقد و إن لم يقتض تعيينه، لكن ظاهر الحال اقتضى تقدير حال الساكن بحال المستأجر في الضرر، و نقل عدم الخلاف في ذلك في التذكرة (٢). و لا يمنع دخول زائر، و ضيف، و نحوهما حملاً على المتعارف.

إذا عرفت ذلك، فلو استأجر لسكناه فهل يتعين؟ صرح في التذكرة فيما إذا استأجر الأرض لزرع معين، حيث يجوز له التخطي إلى المساوى و الأقل ضرراً: إنه يجوز التخطي في الاستئجار لسكناه إلى المساوى و الأقل ضرراً (٣)، و على ما اخترناه في الزرع لا يجوز التخطي هنا أيضاً.

قوله: (و يضع فيه ما جرت عاده الساكن من الرحل و الطعام دون الدواب و السرجين، و الثقيل على السقف، و له إداره الرحي في الموضع

ص: ٢٤٢

١- ١) فتح العزيز ٣: ٣٣٢ و نقل القول فيه عن شرح المفتاح.

٢- ٢) التذكرة ٢: ٣٠٦. [١]

٣- ٣) التذكرة ٢: ٣٠٧. [٢]

التجديدو يجوز استئجار الدار ليعمل مسجداً يصلّى فيه.

الفصل الثالث: فى الأحكام

الفصل الثالث: فى الأحكام، إذا استأجر إلى العشاء أو إلى الليل فهو إلى غروب الشمس، المعتاد فإن لم يكن له التجديد).

لا ريب أن وضع الرحل الذى هو الأمتعه و الطعام، وإحراز الثياب و غيرها مما لا يضر بها جائز، و العاده مطرده به.

أما الدواب فلا- يجوز جعلها فيها، لأنها تروث و تفسدها. و هل يلحق بها نحو الدجاج و الإوز؟ يحتمل اللحاق، و تحكيم العاده قريب.

و كذا لا يجعل فيها السرجين و لا شيئاً يضر بها، و لا يضع فوق سقفها ثقباً، لأنه يكسر خشبه أو يضعفه، و لا يجعلها محرزاً للطعام إلا لقوته و ما جرت العاده به، لأن الفأر يفسد أرضها و حيطانها، و لا يسكنها حداداً و لا قصاراً و نحوهما. و يجوز ذلك كله مع الشرط.

و له إداره الرحى على حسب العاده لا بدونها، سواء المثبتة و غيرها.

و لا بد فى إثبات الرحى من جريان العاده بذلك أو اشتراطه، لأنه يحتاج إلى تجديد شىء من البناء.

قوله: (و يجوز استئجار الدار ليعمل مسجداً يصلّى فيه).

لأن ذلك غرض مقصود محلل متقوم، نعم لا تثبت لها حرمة المسجد، فيكون إطلاق عملها مسجداً بالمجاز، باعتبار ثبوت مقصود المسجد لها و هو إعدادها للصلاه.

قوله: (إذا استأجر إلى العشاء، أو إلى الليل فهو إلى غروب الشمس).

و ذلك لأن صلاه العشاء التى هى العتمه يقال لها العشاء الآخره، و ذلك

و كذا إلى العشى، إلا- أن يتعارف الزوال. و لو قال: إلى النهار فهو إلى أوله، و لو قال: نهراً فهو من الفجر إلى الغروب، و ليلاً إلى طلوع الفجر. و إذا نمت الأجره المعينه في يد المستأجر فالنماء للمؤجر إن كان منفصلاً، يقتضى أن الأولى هي المغرب.

فإذا أقتت المده في الإجاره بالعشاء حمل الإطلاق على أول الوقت، كما إذا أقتت بشهر كذا فإنه يحمل على أول الشهر. و كذا التأقيت بالليل يحمل على أوله، فتكون في الموضعين الغايه غروب الشمس. و ذهب أبو حنيفه إلى أن تأقيت المده بالعشاء يقتضى كون آخرها زوال الشمس (1).

قوله: (و كذا العشى، إلا أن يتعارف الزوال).

أى: و كذا العشى إذا أقتت المده به فهو الغروب عملاً بالمتعارف، إلا أن يكون المتعارف أنه زوال الشمس.

و يحتمل أن يكون الاستثناء راجعاً إليه و إلى العشاء، فإن العرف إذا استقر على أن العشاء هو الزوال و جب المصير إليه. إلا أن هذا بعيد عن المتفاهم في العشاء بخلاف العشى، و لا دليل على أن أحدهما هو الآخر.

قوله: (و لو قال: إلى النهار فهو إلى أوله).

فإن الانتهاء إلى أوله يصدق معه الانتهاء إليه.

قوله: (و إذا نمت الأجره المعينه في يد المستأجر فالنماء للمؤجر إن كان منفصلاً).

أى: إذا كانت الأجره معينه إما لتعيينها بتشخيصها في العقد، أو

ص: ٢٤٤

فإن انفسخت الإجاره ففى التبعية إشكال، بخلاف المتصله و ظهور البطلان فإنها تابعه فيهما. لتعيين المستأجر ما فى ذمته فى شىء، و قبض المؤجر إياه أو وكيله و حينئذ فمأؤها فى يد المستأجر للمؤجر، لأنه تابع للملك، و هذا إذا كان منفصلاً كالولد و الثمره.

و لا يخفى أن النماء المتصل أيضاً كذلك، لكنه مع انفساخ الإجاره يتبع العين فى الرجوع إلى ملك المستأجر، فلذلك قيد بالمنفصل.

قوله: (فإن انفسخت الإجاره ففى التبعية إشكال).

ينشأ: من أنه نماء حصل فى ملكه فيختص به، و من أنه إنما دخل فى ملكه بتبعيه الأصل، و قد خرج الأصل عن ملكه فليتبعه النماء. و هو ضعيف، لأن الأصل إنما خرج عن ملكه لانفساخ عقد الإجاره الذى هو سبب ملكه إياه، فوجب عود كل من العوضين إلى مالكه. و أما النماء فليس سبب ملكه عقد الإجاره، بل ملك الأصل فى وقت حصول النماء، و هذا لم يزل، و للاستصحاب، و الأصح عدم التبعية.

و ربما بنى الوجهان على أن الفسخ يرفع العقد من أصله، أو من حينه، و لا ريب فى فساد الأول.

قوله: (بخلاف المتصله، و ظهور البطلان فإنها تابعه فيهما).

أى: بخلاف النماء المتصل، فإنه تابع للأصل إذا عرض الفسخ أو الانفساخ، لأنه جزء من المسمى حقيقه، فيمتنع الانفساخ فى الأصل و بقاء الجزء، لما فى ذلك من الضرر، مع لزوم ملك جزء من أحد العوضين مع فوات الآخر جميعه و هو باطل. و كذا إذا انفسخ البيع، و قد زاد أحد العوضين زياده متصله فإنها تتبع الأصل، لمثل ما قلناه.

و كذا إذا ظهر بطلان عقد الإجاره لوجود مانع أو فقد شرط، فإن كلا من

و الأقرب عدم إيجاب الخيوط على الخياط، و استئجار كل من الحضانه و الرضاع لا يستتبع الآخر، العوضين باق على ملك صاحبه، فالنماء له سواء كان متصلاً أو منفصلاً، لأنه نماء ملكه. و الضمير المفرد فى قول المصنف: (فإنها تابعه فيهما) يعود إلى (المتصله) التى هى صفه لمحدوف- و هو النماء- بتأويل الزيادة، فإن النماء زياده، و المثنى يعود إلى المتصل فى الانفساخ، و المطلق فى ظهور البطلان.

قوله: (و الأقرب عدم إيجاب الخيوط على الخياط).

وجه القرب أن الإجاره إنما تقع على المنافع بالأصله، فلا تجرى على الأعيان و لا تتناولها.

و يحتمل وجوبها عليه، لتوقف الخياطه عليه. و الأصح عدم الدخول إلا أن تطرد العاده بكونها على الخياط، فتدخل تنزيلاً للإطلاق على المتعارف.

قوله: (و استئجار كل من الحضانه و الرضاع لا يستتبع الآخر).

أى: الاستئجار لهما، فتوسع بإطلاق الاستئجار عليهما. ثم إن الإرضاع و الحضانه منفعتان مستقلتان غير متلازمتين، فلا تدخل إحداهما فى العقد على الأخرى. و يجوز أفراد كل منهما بعقد، و لا تستتبع المعقود عليها الأخرى، لأن الحضانه عباره عن حفظ الطفل، و تعهده بغسله، و غسل رأسه، و ثيابه، و خرقه، و تطهيره من النجاسات، و تدهينه، و تكحيله، و إضجاعه فى المهد و ربطه و تحريكه لينام، و الإرضاع أمر خارج عن ذلك.

و قال بعض الشافعيه: إن كلا- منهما يستتبع الآخر، لأنه لا يتولاهما فى العاده إلا المرأه الواحده (1)، و ليس بشىء. و آخرون: إن الإرضاع يستتبع

ص: ٢٤٤

١- (١) انظر: المجموع ١٥: ٤٥، و الوجيز ١: ٢٣٤، و مغنى المحتاج ٢: ٣٤٥.

فإن ضمهما فانقطع اللبن احتمال الفسخ، لأنه المقصود و التقييط و الخيار. الحضانه دون العكس، لأن الإجاره إنما تقع على المنافع، و الأعيان تابعه (١). و يردّه أن هذا الفرد مستثنى بالنص، على أن الاستئجار للإرضاع يتناول منفعه و عيناً.

قوله: (فإن ضمهما فانقطع اللبن احتمال الفسخ لأنه المقصود، و التقييط، و الخيار).

هذه الاحتمالات الثلاثه إنما تتفرع على الأقوال الثلاثه في كون الحضانه و الإرضاع مستقلين، و عدمه. و قول المصنف: (لأنه المقصود) يرشد إلى ذلك، لكن لا يحسن ذلك، لأن المتبادر من العبارة أن الاحتمالات على ما اختاره المصنف من أن كل واحد منهما لا يستتبع الآخر.

و في قوله: (احتمل الفسخ) توسع، لأن المطابق للتعليل - و لمقصوده في التذكرة (٢) - الانفساخ.

و تحقيق ما هناك: أنه إذا استأجر للإرضاع و الحضانه معاً فانقطع اللبن، فإن قلنا إن المقصود بالذات و المقصود عليه بالأصالة هو الإرضاع انفسخ العقد، لفوات مقصود الإجاره، و لا اعتبار بالإجاره لتبعيتها.

و إن قلنا المعقود عليه بالأصالة الحضانه و الإرضاع تابع لم يبطل العقد، لبقاء المعقود عليه بكامله، لكن للمستأجر الخيار، لأن انقطاع اللبن عيب.

و إن قلنا باستقلالهما، و أن كل واحد منهما مقصود بنفسه انفسخ العقد في الإرضاع و سقط قسطه من الأجره، و يتخير المستأجر في فسخه في الباقي لتبعض الصفقه.

ص: ٢٤٧

١ - ١) المصدر السابق و المغنى لابن قدامه ٨٣: ٦.

٢ - ٢) التذكرة ٣١٢: ٢. [١]

و فى إيجاب الحبر على الناسخ، و الكش على الملقح، و الصبغ على الصبّاغ إشكال. و إذا عرفت ما قلناه ظهر لك أن الذى يتفرع على مختار المصنف هو التقسيط، و الباقى ساقط. و لو أنه أتى بالاحتمالات الثلاثة فى التبعية بين الإرضاع و الحضانه و عدمها لحسن ما ذكره، و بنيت الاحتمالات فى الفرع على الاحتمالات فى الأصل.

و قد اضطرب كلام الشارح حيث جعل المذكور فى العبارة احتمالين:

الفسخ، فحكم بالتقسيط، و لا- شك أنه غلط، لأن المراد حصول الفسخ فى الجميع، و لو لاه لكان قول المصنف: (لأنه المقصود) فاسد.

الثانى: الخيار (١).

و فى حواشى شيخنا الشهيد: إن التقسيط ملزوم للخيار باعتبار تبعض الصفقه، فلا- يجعل احتمالاً برأسه. و مقتضاه كونهما احتمالين: الانفساخ فى الكل، و الانفساخ فى البعض مع ثبوت الخيار.

و هذا و إن كان صحيحاً فى نفسه، إلا- أنه غير مراد، لأن ظاهر العبارة كلا- من الأمور الثلاثة، و لو كان الحال كما ذكره لبقى الحكم على القول بأن اللبن تابع، و الخيار الذى أراده مع التقسيط لازم له، لأن تبعض الصفقه يقتضيه.

قوله: (و فى إيجاب الحبر على الناسخ، و الكش على الملقح، و الصبغ على الصّبّاغ إشكال).

ينشأ: من أن المنافع المستأجر عليها متوقفه على ذلك، و من أن عقد الإجاره لا يقع على الأعيان. و الأصح الرجوع إلى العاده المطرده، فإن

ص: ٢٤٨

و لو قدر المالك على التخليص لم يجبر عليه، إذا كان الغصب بعد الإقباض، و لا على العماره، سواء قارن العقد الخراب كدار لا غلق لها، أو تجدد بعد العقد، نعم للمستأجر خيار الفسخ. انتفت لم يجب.

و كان المصنف إنما أفتى فى الخيوط بعدم الوجوب و تردد هنا، نظراً إلى عدم استقرار العاده بكونها على الخياط، بخلاف الحبر و الصبغ.

قوله: (و لو قدر المالك على التخليص لم يجبر عليه، إذا كان الغصب بعد الإقباض).

لأنه قد أدى ما يجب عليه بمقتضى الإجاره بتسليم العين إلى المستأجر.

قوله: (و لا على العماره سواء قارن العقد الخراب كدار لا غلق لها، أو تجدد بعد العقد، نعم للمستأجر خيار الفسخ).

أى: لا- يجبر المالك على العماره سواء لم يحوج إلى عين جديده كإصلاح مائل أو أحوجت، و سواء قارن الخلل العقد أو تجدد، لأن ذلك ملكه، و لا يجبر على عماره ملكه.

و يحتمل ثبوته عملاً بمقتضى العقد، و فى اقتضائه العماره نظر. نعم يثبت للمستأجر الخيار.

فإن قيل: لم لا يجب على المؤجر عماره الدار، و يجب عليه إبدال آلات الدابه و إصلاحها، و الحبل للشد و إصلاحه و إبداله؟ قلنا: الفرق أن الدار إنما تقع الإجاره على عينها، فإن كانت معموره ثم خربت و المستأجر قد ذهب و إن كانت خربه فهى التى وقع عليها العقد، فلا يجب شىء آخر لم يتعلق به العقد، بخلاف نقل الحمل الذى قد يكون

و على المالك تسليم المفتاح دون القفل، فإن ضاع بغير تفريط لم يضمن المستأجر، وليس له المطالبة ببدله. و على المالك تسليم الدار فارغه، و كذا البالوعه، و الحش، فى الذمه فلا يختص بعين دون عين.

و إن وقع على الدابه بعينها، لكن الإكاف (1) و نحوه لا يعين فيكون وجوبه فى الذمه، فيتعين تحصيله و إبداله لوجود العيب.

و هل له الأرش لو أجاز أم لا؟ الحكم كما سبق، و ينبغى أن يكون ذلك حيث لم يعلم بالعيب، فإن علم به لم يكن له فسخ. و لو أن المالك ضمن له العماره حين علمه قبل العقد، فليس ببعيد ثبوت الخيار مع الإخلال بها.

قوله: (و على المالك تسليم المفتاح دون القفل).

لأنه تابع للعلق المثبت و لا يتم الانتفاع إلا به، بخلاف مفتاح القفل حيث لا يجب تسليم القفل، لأن الأصل عدم دخول المنقولات فى العقد الوارد على العقار إلا بعاده أو تبعيه.

قوله: (فإن ضاع بغير تفريط لم يضمن المستأجر).

لأنه أمين.

قوله: (و ليس له المطالبة ببدله).

كما فى العماره، و يحتمل استحقاق المطالبه بالبدل كلاحتمال فى العماره، و متى لم يبدله فالظاهر ثبوت الخيار، كما لو خرب شىء من الحيطان، أو ذهب شىء من الأبواب.

قوله: (و على المالك تسليم الدار فارغه، و كذا البالوعه،

ص: ٢٥٠

و مستنقع الحماماين كانت مملوءه تخير، فيان تجدد الامتلاء في دوام الاجاره احتمال وجوبه على المستاجر،لأنه بفعله و على المؤجر لتوقف الانتفاع عليه.

و لا يجب على المستاجر التنقيه عند انتهاء المده،بل التنقيه من الكناسات، و الحش،و مستنقع الحمام).

ليثبت التمکن من الانتفاع الواجب بالاجاره،و الحش،مثلث المهمله:هو المخرج،كما ذكره في القاموس (١).

قوله: (فيان كانت مملوءه تخير).

أطلق هنا ثبوت الخيار،و في التذکره أوجب على المالك التفريغ، و حکم بثبوت الخيار مع إهماله (٢)،و هو الصواب،لأن التفريغ لا يجب قبل العقد،لأن حق المستاجر إنما يثبت به،و التمکن من الانتفاع بسلامه العين،و مبادره المالك إلى إزاله الأمر العارض حاصل،لأنه الفرض.نعم لو فات بالتفريغ شيء من النفع ثبت الخيار،و مثل هذه الأحكام في البيع.

قوله: (فيان تجدد الامتلاء في دوام الاجاره احتمال وجوبه على المستاجر لأنه بفعله،و على المؤجر لتوقف الانتفاع عليه).

لا يخفى ضعف دليل الثاني،لأنه ليس كلما توقف الانتفاع عليه بعد تسليم العين،و تمكين المستاجر منها التمكين التام يجب على المؤجر،فيان رفع يد الغاصب كذلك و لا يجب مع أن الأصل براءة الذمه،و الذي اقتضاه عقد الاجاره إنما هو تسليم العين مفرغه و قد حصل.

قوله: (و لا يجب على المستاجر التنقيه عند انتهاء المده،بل التنقيه من الكناسات).

أى:لا يجب

ص:٢٥١

١-١) القاموس المحيط(حشش)٢:٢٦٩.

٢-٢) التذکره ٢:٣١٢. [١]

تنقيه المذكورات لانتفاء المقتضى، و الأصل البراءة. أما الكناسات الحاصلة في دوام الإجاره فعلى المستأجر، لأنها حصلت بفعله، فإن أراد أن يكمل له الانتفاع فليرفعها.

و مقتضى عباره الكتاب وجوب رفعها عند انتهاء مدته الإجاره، و تردد المصنف في التحرير (١)، و للنظر فيه مجال.

و لو كانت موجوده وقت العقد فهل على المالك رفعها؟ لم أجد بذلك تصريحاً، و قوه كلامهم يشعر بالعدم، و لعله لكون الانتفاع لا يتوقف عليه.

و اعلم أن المصنف حكى في التذكرة (٢) عن الشافعيه أنهم فسروا الكناسه التي تجب على المستأجر تطهير الدار عنها بالقشور، و ما يسقط من الطعام، و نحوه، دون التراب الذي يجتمع بهبوب الرياح، لأنه حصل لا بفعله (٣). و هذا التفسير حسن إن قلنا بوجوب التطهير من الكناسه على المستأجر عند انقضاء المده.

و اعلم أيضاً أن كنس الثلج عن السطح من وظيفه المالك كالعماره، فإن تركه و حدث عيب ثبت الخيار، و بدونه إشكال، التفاتاً إلى تعذر الارتفاق بالسطوح. أما ثلج العرصه فإن خفَّ و لم يمنع الانتفاع فكالتراب الحاصل بهبوب الرياح، و إن كثف فإشكال: من توقف الانتفاع عليه، و من عدم تناول عقد الإجاره له، فإن التسليم الواجب بمقتضى العقد (٤).

ص: ٢٥٢

١-١) التحرير ٢٤٨:١.

٢-٢) التذكرة ٣١٢:٢. [١]

٣-٣) انظر: مغنى المحتاج ٣٤٥:٢.

٤-٤) هكذا في «ك» و «ه»، و عبارته ناقصه، و لعل النقص - و الله العالم - قد حصل.

و رماد الأتون كالكناسه. و لو استأجر أرضاً للزراعه و لها شرب معلوم، و العاده تقتضى التبعية دخل. و لو اضطربت العاده بأن يستأجر مره الأرض منفردة، و تاره معه احتمال التبعية و عدمها. فرع: لا يجوز طرح التراب و الرماد فى أصل جدران الدار، و لا إلقاء الثلج، و لا صب الماء، و كذا كل ما يضر و لم تجر به العاده.

قوله: (و رماد الأتون (1) كالكناسه).

فلا يجب على المالك فى دوام الإجاره، بل هو من وظيفه المستأجر، و يجب عليه التنقيه منه عند انتهاء الإجاره، و فيه التردد. و هل يجب على المالك فى مبدأ الإجاره؟ لم أجد به تصريحاً، و الذى يقتضيه النظر الوجوب، لتوقف التمكّن من الانتفاع الواجب عليه كالمستنقع.

قوله: (و لو استأجر أرضاً للزرع و لها شرب معلوم، و العاده تقتضى التبعية دخل).

تنزيلاً للإطلاق على المتعارف، و لأن الظاهر إن استجارها للزرع إنما هو للتحويل على دخول شربها.

قوله: (و لو اضطربت العاده بأن يستأجر مره الأرض منفردة، و تاره معه احتمال التبعية، و عدمها).

وجه الأول: توقف الزراعه التى هى المقصود عليه.

و وجه الثانى: عدم تناول العقد له، و انتفاء العاده المقتضيه للدخول،

ص: ٢٥٣

١- (١) الأتون بالتشديد: الموقد. الصحاح (أتن) ٢٠٦٧: ٥.

و لو زرع أضر من المعين فللمالك المسمى و أرش النقص، فلا وجه لدخوله.

و التحقيق أن يقال: إما أن يكون هناك ماء آخر يمكن شرب تلك الأرض منه أو لا، فإن كان الأول فلا وجه لدخوله أصلاً، وإن كان الثاني لم يستقم قوله: (بأن يستأجر مره الأرض منفردة) لأن استئجارها منفردة للزرع في هذا الفرض لا يتصور مع توقف الزرع على الشرب فكيف يفرض وقوعه؟ حتى لو وقع كان العقد باطلاً.

و يمكن أن يريد المصنف بالاحتمالين: صحه الإجاره على تقدير التبعية، و فسادها بدونها، و الأصح عدم الدخول إلا مع وجود القرينه الداله عليه، كالمساومه على الأرض و الشرب معاً، ثم يوقع العقد عليها اعتماداً على ما سبق، و نحو ذلك. و هل يكفي للدخول علمهما بعدم إمكان الزرع بدونه مع أنه المستأجر له؟ يحتمل ذلك صيانته لقولهما عن اللغو.

قوله: (و لو زرع أضر من المعين فللمالك المسمى و أرش النقص).

كما لو عين الحنطه فزرع الذره، و وجه ما ذكر المصنف أنه استوفى منفعه الأرض المقدره المقابله بالمسمى مع شيء آخر، فيجب عليه المسمى و أرش النقصان الزائد على زراعه الحنطه.

و يحتمل أن يجب عليه المسمى و اجره المثل للزياده، لأنه استوفى شيئين.

و يحتمل وجوب اجره المثل لما زرع، لأنه استوفى غير المعقود عليه، لأن المعقود عليه هو الانتفاع بزرع الحنطه، و زرع الذره غيره قطعاً. و لا أثر لاستيفاء منفعه الأرض المستحقه بالمسمى لزرع الحنطه في زرع الذره، لأنه لم يستحقها بالمسمى إلا على ذلك الوجه المخصوص الذى لم يحصل،

و الظرف على المستأجر. وكذا الرشاء، و دلو الاستقاء. و هذا أقوى.

و ذهب المصنف في التذكرة إلى تخيير المالك بين الأمرين (١)، و يختلج بخاطري أن الأجره عن المنفعه حقها أن لا يندرج فيها أرش النقص لو حصل، لأن الأجره في مقابل الانتفاع لا في مقابل النقص، اللهم إلا أن يلحظ في أجره حصول النقص و زيادته فإن ذلك قد يتجه، و لعل هذا هو المراد.

هذا إذا لم يعلم إلا بعد الحصاد، أما إذا علم قبله و بعد الزرع فللمالك إجباره على القلع، لأنه عادٍ بذلك. ثم إن تمكن من زراعه الحنطه زرعها، و إلا لم يزرع و عليه الأجره بجميع المده، لأنه الذي فوّت نفسه مقصود العقد.

ثم إن لم تمض مده تتأثر بها الأرض فذاك، و إن مضت فالمستحق أجره المثل أم قسطها من المسمى و زياده للنقصان أم يتخير بينهما؟ فيه ما سبق. كذا قال في التذكرة (٢). و ينبغي أن لا يعتبر تأثر الأرض بل مضى مده لمثلها أجره عدمه.

قوله: (و الظرف على المستأجر، و كذا الرشاء، و دلو الاستقاء).

أطلق الحكم هنا، و فصّل في التذكرة فقال: إن استأجر الدابه للحمل، فالوعاء الذي ينقل فيه المحمول على المكترى إن وردت الإجاره على عين الدابه، و على المكترى إن كانت في الذمه، لأنها إذا وردت على الدابه المعينه فليس عليه إلا- تسليم الدابه بالأكاف، و ما في معناه. و إن كانت

ص: ٢٥٥

١- ١) التذكرة ٣٠٨: ٢.

٢- ٢) التذكرة ٣٠٨: ٢. [١]

و ينزع الثوب المستأجر ليلاً و وقت القيلولة، فى الذمه فقد التزم النقل فعليه تهيئه أسبابه، و العاده تؤيده. و إذا استأجر للاستقاء فالدلو و الحبل كالوعاء فى الحمل (١).

هذا كلامه، ثم حكى عن بعض الشافعيه الفرق فى إجاره الذمه بين أن يلتزم الغرض مطلقاً و لا- يتعرض للدابه فتكون الآلات عليه، و بين أن يتعرض لها فيتبع العاده، فإن اضطربت فكل من الأمرين محتمل (٢).

ثم قال المصنف: و متى راعينا العاده فاضطربت، فالأقوى اشتراط التقييد فى صحه العقد.

و الذى يقتضيه النظر أن العاده إذا اطردت بأحد الأمرين، و استقر ذلك عرفاً و جب حمل الإطلاق عليه، نظراً إلى حمل اللفظ على المتعارف.

و إن اضطربت فاعتبار ورود الإجاره على دابه معينه، أو التزام النقل، أو الاستقاء فتجب الآلات على المكترى فى الأول، و على المكبرى فى الثانى متجه. و لو اشترط شيئاً و جب اتباعه. و اعلم إن الرشا، بالقصر و كسر أوله:

الحبل.

قوله: (و ينزع الثوب المستأجر ليلاً، و وقت القيلولة).

أما نزع ليلاً- فلجرى العاده بنزع الثوب ليلاً- فعلى هذا لو اعتيد خلاف ذلك فى بعض البلاد و اطرد و جب الحمل عليه مع الإطلاق.

و أما النزع وقت القيلولة، فإن فيه احتمالاً، و قرب المصنف عدم وجوب نزع لقضاء العاده بالقيلولة فى الثياب، بخلاف البيتوته. ثم قال:

نعم لو كان المستأجر القميص فوقانى نزع فى القيلولة، و فى سائر أوقات الخلوه. و لو قيل باتباع العاده فى ذلك من أول الأمر كان حسناً. و ثياب

ص: ٢٥٦

١-١) التذكرة ٣١٤:٢. [١]

٢-٢) الوجيز ٢٣٦:١.

و يجوز الارتداء به على إشكال،دون الاتزار.

الفصل الرابع:فى الضمان

الفصل الرابع:فى الضمان.

العين أمانه فى يد المستأجر لا يضمونها إلا بتعد،أو تفريط فى المده،و بعدها إذا لم يمنعها مع الطلب،التجمل تلبس فى الأوقات التى جرت العاده بالتجمل فيها.

قوله: (و يجوز الارتداء به على إشكال،دون الاتزار).

ينشأ:من أن اللبس يقع على الارتداء حقيقه،ولأنه أخف ضرراً من غيره،و من أن المتعارف من اللبس غيره فلا يحمل الإطلاق عليه.

و الأصح أن اللبس فى كل شىء بحسبه،فإن كان الثوب مخيطةً لم يجز الارتداء به إذا استأجره للّبس،إذ الارتداء لا يعدّ لبساً بالنسبه إلى هذا الثوب،بخلاف ما لو كان رداءً.أما الاتزار بالثوب المخيط فلا يجوز قطعاً،لأنه مع مخالفته للّبس أشد ضرراً منه.

قوله: (العين أمانه فى يد المستأجر لا يضمونها،إلا بتعدّ أو تفريط فى المده،و بعدها إذا لم يمنعها مع الطلب).

لأنه لا يجب على المستأجر رد العين إلى المؤجر و لا مؤنه ذلك،و إنما يجب عليه التخليه بين المالك و بينها كالوديعة.

و أوجب بعض العامه الرد بعد المده و مؤنته،لأنه غير مأذون بعدها فى الإمساك،و لأنه أخذ لمنفعه نفسه كالمستعير (1).

و نحن نقول:و إن لم يكن مأذوناً فى الإمساك من المالك،لكن لا يجب عليه الرد،بل التخليه،فإذا فعل ما وجب عليه فلا تقصير حينئذ و لا

ص:٢٥٧

سواء كانت الإجاره صحيحه أو فاسده. و لو ضمنه المؤجر لم يصح، فإن شرطه فى العقد فالأقرب بطلان العقد، تعدى، لأن يده فى الأصل يد أمانه، و لو منعها مع طلب المالك بعد المده ضمن قطعاً.

قوله: (سواء كانت الإجاره صحيحه أو فاسده).

أما الصحيحه فظاهر، للقطع بأن ذلك من مقتضياتها. و أما الفاسده، فلأن كل عقد لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده، و بالعكس.

قوله: (و لو ضمنه المؤجر لم يصح).

أى: أراد تضمينه.

قوله: (فإن شرطه فى العقد فالأقرب بطلان العقد).

أى: لو شرط الضمان مع التلف و لو بغير تعدد فالشرط باطل قطعاً، لأنه خلاف مقتضى الإجاره.

و هل يبطل العقد ببطلانه؟ الأقرب عند المصنف نعم، لأن التراضى على العقد إنما وقع بالشرط الفاسد و لا رضى بدونه، فلا يكون العقد بالتراضى، فلا يكون صحيحاً، لقوله تعالى إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ (١)، و لأن العقود تابعه للمقصود، و المقصود هو العقد بالشرط لا العقد وحده.

و يحتمل صحه العقد و بطلان الشرط، لأن الرضى بأمرين رضى بأحدهما. و ليس كذلك، لأن الرضى بأحدهما ربما كان مشروطاً بالآخر و هنا كذلك، و الأصح بطلانهما معاً.

ص: ٢٥٨

فإذا تعدى بالدابه المسافه المشترطه، أو حملها الأزيد ضمنها كلها بقيمتها وقت العدوان، و يحتمل أعلى القيم من وقت العدوان إلى التلف، و عليه أجره الزيادة. قوله: (و إذا تعدى بالدابه المسافه المشترطه أو حملها الأزيد ضمنها كلها بقيمتها).

سواء كان مالکها معها أو انفرد بها المستأجر، لأنه بتحميلها الزائد عادٍ في إثبات اليد عليها كذلك حتى لو هلكت بسبب آخر كان ضامناً فيه أولى، و لروايه الحلبي عن الصادق عليه السلام فيمن يكارى دابه إلى مكان معلوم (فنفقت) فقال: «إن كان جاز الشرط فهو ضامن» (١) و لم يستفصل و أطلق الضمان، و المفهوم منه ضمانها.

و فرق الشافعي بين ما إذا لم يكن المالك معها فيضمن الجميع، أو كان فيضمن: أما النصف، لأن السبب في التلف شيان أحدهما بحق و الآخر عدوان، أو يوزع على المجموع و يعطى العدوان بالقسط، أو يضمن الجميع (٢). فالأقوال ثلاثه و الأصح ما قدمناه. و في قول المصنف: (ضمنها كلها) إيماء إلى الرد على القولين الأولين.

قوله: (وقت العدوان، و يحتمل أعلى القيم من وقت العدوان إلى التلف).

أى: ضمنها بقيمتها إلى آخره، و يحتمل ضمان قيمتها وقت التلف و هو الأصح. و قد حققنا المسأله في أحكام الغصب و البيع و غيرهما، و الأقوال هنا هي الأقوال هناك، و الترجيح واحد.

قوله: (و عليه أجره الزيادة).

أى: مع الضمان، لأنه

ص: ٢٥٩

١ - ١) الكافي ٥: ٢٨٩ حديث ٣، [١] التهذيب ٧: ٢١٤ حديث ٩٣٩.

٢ - ٢) انظر: المجموع ١٥: ٩٤.

و لا فرق فى الضمان بين أن تتلف فى الزيادة أو بعد ردها إلى المشترط. و لو تلف بعد ردها إلى مالكةا بسبب تعيها و شبهه ضمنها، و إلا فلا، و لا يسقط الضمان بردها إلى المسافه. و لو ربط الدابه مده الانتفاع استقرت الأجره، استوفى بها منفعه زائده على المستحقه، فيضمن قيمتها و هى أجره المثل لها.

قوله: (و لا فرق فى الضمان بين أن تتلف فى الزيادة، أو بعد ردها إلى المشترطه).

أى: إلى المسافه المشترطه، أو إلى تحميل القدر المشترط تحميلة، و ذلك لأن العدوان لا يزول بردها إلى المشترط فلا يزول الضمان.

قوله: (و لو تلفت بعد ردها إلى مالكةا بسبب تعيها و شبهه ضمنها، و إلا فلا).

لو تلفت فى الصوره المذكوره، فإن كان لأمر سابق فى يد المستأجر لتعيها فى يده بعيب فتموت بسببه بعد وصولها إلى يد المالك، و كتعبيها بسبب زياده الحمل كما فى بعض النسخ، و شبه ذلك فإنها إذا تلفت بسببه بعد ردها إلى المالك يضمن، لاستناد التلف إلى فعله العدوان، و إن لم يكن تلفها إلا بعد ردها إلى المالك بسبب من قبله فلا ضمان، لبراءته بتسليمها إلى المالك.

قوله: (و لا يسقط الضمان بردها إلى المسافه).

أى: المشترطه فى الإجاره، لأن العدوان لا يزول إلا بالتسليم إلى المالك، أو من يقوم مقامه لتزول اليد العاديه.

قوله: (و لو ربط الدابه مده الانتفاع استقرت الأجره).

قد سبقت هذه المسأله

ص: ٢٦٠

فإن تلفت فلا- ضمان و إن انهدم الإصطبل إذا لم يكن مخوفاً. وكذا يد الأجير على الثوب الذى تراد خياطته، أو صبغه، أو قصارته، أو على الدابه لرياضتها، سواء كان مشتركاً أو خاصاً. غير مره، وإنما أعادها ليني عليها ما فرعه عليها و هو:

قوله: (فإن تلفت فلا ضمان و إن انهدم الإصطبل إذا لم يكن مخوفاً).

لأنه أمين لا يضمن إلا بتعدّد أو تفريط و هو منتف، و الغرض انتفاؤهما.

و قالت الشافعيه: إن كان المعهود فى مثل ذلك الوقت أن تكون الدابه تحت السقف، كجرح الليل فى الشتاء فلا ضمان، و إن كان المعهود فى ذلك الوقت لو خرج بها أن يكون فى الطريق و جب الضمان، لأن التلف و الحاله هذه جاء من ربطها (1). و ليس بشىء، لأن مصادفه التلف لربطها اتفاقاً مع الإذن فيه شرعاً لا يوجب الضمان، لانتفاء المقتضى.

قوله: (و كذا يد الأجير على الثوب الذى تراد خياطته، أو صبغه، أو قصارته، أو على الدابه لرياضتها، سواء كان مشتركاً أو خاصاً).

أى: كما أن يد المستأجر على العين المؤجره يد أمانه فى الإجاره الصحيحه و الفاسده، فكذا يد الأجير على العين التى يراد منه فيها فعل معين، كالثوب الذى تراد خياطته إياه، أو صبغه له أو قصارته. و كالدابه التى تراد رياضتها، سواء كان مشتركاً أو خاصاً، و هذا هو المذهب الصحيح لأصحابنا.

ص: ٢٤١

و لو تعدى في العين فغصبت ضمن، و إن كانت أرضاً شرط زرعها نوعاً فزرع غيره. و قال المفيد (1) و المرتضى (2): إن الأجير ضامن لما تسلمه، إلا أن يظهر هلاكه و يشتهر بما لا يمكن دفاعه، أو تقوم بينه بذلك، احتجاجاً ببعض الأخبار (3) المعارضة بما هو أشهر منها (4)، مع قبولها الحمل على التعدى دفعاً للتناهي.

و العامه اختلفوا في تضمين الأجير المشترك (5)، و القائلون فيه بالتضمين اختلفوا في تضمين المنفرد (6).

و المختار عدم الضمان مطلقاً، إلا بالتعدى أو الخيانة.

قوله: (و لو تعدى في العين فغصبت ضمن).

لأن يده صارت بالتعدى يد عدوان، فكل ما يحدث في العين من غضب، و نحوه فهو من ضمانه كسائر الأمور المضمونه.

قوله: (و إن كانت أرضاً شرط زرعها نوعاً فزرع غيره).

حاول بذلك الرد على بعض الشافعية حيث قالوا: إنه لو شرط ذلك لم يصح الشرط، لأنه مخالف لمقتضى العقد، و كان له أن يزرع ما شاء عملاً

ص: ٢٦٢

١- (١) المقنعه: ٩٩.

٢- (٢) الانتصار: ٢٢٥.

٣- (٣) التهذيب ٧: ٢١٩، حديث ٩٥٧، الاستبصار ٣: ١٣١، حديث ٤٧٢، سنن البيهقي ٦: ٩٥، مستدرک الحاكم ٢: ٤٧.

٤- (٤) التهذيب ٧: ٢٢٠، ٢٢١، حديث ٩٦٤، ٩٦٦، الاستبصار ٣: ١٣٢، ١٣٣، حديث ٤٧٧، ٤٨١.

٥- (٥) انظر: مغنى المحتاج ٢: ٣٥١-٣٥٢، و الوجيز ١: ٢٣٧، و المجموع ٩٩: ١٥-١٠٠، و المغنى لابن قدامه ١٣٠: ١٢٨، ١٣١-١٣١.

٦- (٦) المصدر السابق المغنى لابن قدامه ١٢١، ١١٨: ٦.

و لو سلك بالدابه الأشق من الطريق المشترط ضمن، و عليه المسمى و التفاوت بين الأجرين، و يحتمل أجره المثل. بمقتضى العقد، فإنه يقتضى استيفاء المنفعة كيف ما اختار. و هو غلط، لأن ذلك ليس من مقتضيات العقد، إنما هو من مقتضيات إطلاقه، و الشرط مخصص للإطلاق، فلا يتم ما ذكره من منافاه الشرط المذكور لمقتضى العقد.

و اعلم أن قول المصنف: (و إن كانت أرضاً.) و صلى لما قبله، و المعنى: أنه إذا تعدى فى العين ضمن و إن كان التعدى لكونها أرضاً شرط زرعها نوعاً فزرع غيره.

قوله: (و لو سلك بالدابه الأشق من الطريق المشترط ضمن، و عليه المسمى، و التفاوت بين الأجرين، و يحتمل أجره المثل).

أما ضمانه فلا إشكال فيه، لعدوانه، و أما وجوب المسمى و التفاوت بين الأجرين، فلأنه استوفى المنافع المعقود عليها و زياده، فالمسمى فى مقابل المعقود عليه، و التفاوت بين الأجرين فى مقابل زياده المشقه عن الطريق المشترطه التى لم يتناولها العقد.

و أما احتمال أجره المثل، فلأن المستوفى غير المعقود عليه قطعاً، و ليس المعقود عليه جزءاً منه، فإن المعقود عليه هو الانتفاع بالدابه فى الطريق المعينه، و المستوفى أمر آخر مباين له.

و تخيل إن المعقود عليه هو المنافع المخصوصه فاسد، بل إنما عقد عليها على وجه مخصوص و قد فات. و المسمى إنما هو فى مقابل ذلك المعين، فإذا استوفى غيره وجبت أجره المثل، و هو الأصح.

إذا عرفت هذا فاعلم أن قول المصنف: (و التفاوت بين الأجرين) يحتمل أن يراد بالأجرين: المسماه، و أجره المثل، فإنهما المذكورتان فى

و كذا لو شرط حمل قطن فحمل بوزنه حديداً. و لو شرط قدراً فبان الحمل أزيد، فإن كان المستأجر تولى الكيل من غير علم المؤجر ضمن الدابه و الزائد و المسمى، و إن كان المؤجر فلا ضمان إلا في المسمى و على المؤجر رد الزائد.

العباره، و هو الذى فهمه الشارح عميد الدين. لكنه يشكل بأنه ربما كان المسمى بقدر أجره المثل للمجموع، فلا يكون هناك تفاوت، فيلزم الظلم للمؤجر. و ربما كان المسمى قليلاً جداً، لأن الأجره تزيد و تنقص لاختلاف الرغبات و الأوقات.

و الصواب: أن يراد به التفاوت بين أجره المثل للمنافع المعقود عليها، و أجره المثل لما استوفاه، فإذا كانت أجره المثل للمعقود عليها عشره، و للمستوفاه خمسه عشره فالتفاوت خمسه دفعها مع المسمى على ذلك الاحتمال.

قوله: (و كذا لو شرط حمل قطن فحمل بوزنه حديداً).

الصواب فتح الحاء من (حمل) على أنه مصدر، لأن الكسر لا يراد هنا، لعدم انتظام اسم المصدر فى هذه الجملة. أى: و كذا يجيء الاحتمالان السابقان لو استأجر لحمل مائه من القطن فحمل بوزنه حديداً، لأنه أشق منه من وجه، فإن الأول يدخله الهواء فيزداد و يعم ثقله ظهر الدابه، و الثانى يختص بموضع من ظهرها، و تكون نكايته فيه أشد، فيحتمل المسمى، و التفاوت بين الأجرتين، و يحتمل أجره المثل، و الأصح الثانى.

قوله: (و لو شرط قدراً فبان الحمل أزيد، فإن كان المستأجر تولى الكيل من غير علم المؤجر ضمن الدابه و الزائد و المسمى، و إن كان المؤجر فلا ضمان إلا فى المسمى، و على المؤجر رد الزائد، و لا

و لا فرق بين أن يتولى الوضع من تولى الكيل أو غيره، فرق بين أن يتولى الوضع من تولى الكيل أو غيره).

إذا شرط فى الإجاره حمل الدابه قدرأ معيناً فبان الحمل أزيد و النوع هو المشترط فلا يخلو: إما أن يكون المتولى للكيل هو المؤجر، أو المستأجر، أو أجنبى. فإن كان هو المستأجر، فإن تولى الحمل فلا بحث فى ضمان الدابه و وجوب المسمى و أجره الزياده. و كذا لو تولى الحمل المؤجر و دلس (1) عليه، فأخبره بكيها على خلاف ما هو به، و لم يكن عالماً، لأنه قد غرّه فضعفت المباشره.

و لو علم المؤجر بالحال فلا ضمان على المستأجر، لتفريط المؤجر بحمل الزياده مع علمه بها. و الظاهر أنه لا أجره له عنها لتبرعه بحملها، فيتجه أن يجب عليه ردها مع احتمال لزوم الأجره، لأنه كالمعاطاه فى الإجاره.

و إن علم المستأجر بالحمل و سكت، أو أخبر مع ذلك بالكيل كذباً، مع احتمال لزوم الأجره بالإخبار كذباً، إذ مقتضاه طلب حملة المجموع، فيكون حمل الزياده مأذوناً فيه.

و لو أن المستأجر حيث تولى الكيل سكت فلم يخبر المؤجر بشىء مع جهاله المؤجر فتولى حملها، ففى كون المستأجر غاراً له بمجرد الكيل، و تهيئه ذلك للحمل احتمال، كما فى تقديم طعام الغير إليه للأكل فىأكله، فإن عدناه غرراً لزمه أجره الزياده.

و لو كان المستأجر الطعام زائداً، ثم ذهب عنه على وجه لا يعد تهيئه، و جاء المؤجر و حملة ثم ظهرت الزياده فلا شىء على المستأجر. و إن كان المتولى للكيل هو المؤجر، فإن تولى الحمل فلا ضمان على المستأجر، و لا

ص: ٢٦٥

١- ١) دلس عليه من الدلس بمعنى الخديعه، المعجم الوسيط (دلس) ٢٩٣: ١.

يجب عليه سوى المسمى، لكن يجب عليه رد الزيادة إلى بلد الأجره، سواء علم المستأجر بالحال أم لا.

و لو تولى المستأجر الحمل، فإن كان عالماً بالزيادة فكما لو كان بنفسه، وإن كان جاهلاً، فإن أمره المؤجر بالحمل فلا ضمان عليه، وعلى المؤجر رد الزيادة للغرور، وإن لم يأمره ففى كون المستأجر مغروراً بفعل المؤجر الاحتمال السابق، ولو أمره المؤجر بالحمل مع علمه بالزيادة ففى لزوم أجرتها نظر.

إذا عرفت هذا فعد إلى عبارته الكتاب، و اعلم أن قوله: (فإن كان المستأجر تولى الكيل من غير علم المؤجر) لا حازه إلى التقييد بعدم علم المؤجر إذا كان المستأجر هو المتولى للحمل. ثم إن ظاهر إطلاقها يقتضى تضمين المستأجر إذا تولى المؤجر الحمل، سواء أخبره كذباً أم لا، و سواء أمره بالحمل أم لا، و فى بعض الصور الاحتمال السابق.

ثم إن قوله: (و إن كان المؤجر فلا ضمان إلا فى المسمى) مع قوله:

(و لا فرق بين أن يتولى الوضع من تولى الكيل أو غيره) يقتضى عدم ضمان المستأجر إذا تولى الحمل، سواء علم بالحال أم لا، و سواء أمره المؤجر بالحمل مع جهله أو علمه أم لا، مع أنه إذا كان عالماً بالحال و لم يأمره المؤجر يضمن قطعاً، و مع الجهل يجىء الاحتمال السابق.

و اعلم أيضاً أنه لا فرق فى الزيادة فى الكيل بالنسبه إلى الأحكام المذكوره بين أن يقع عمداً، أو غلطاً، لأن الغلط لا يسقط الضمان، و لا يصير ما ليس بحق حقاً.

و اعلم أيضاً أنه لو تولى الحمل على الدابه أجنبى غير المؤجر و المستأجر، فإن كان بأمر من فعل الزيادة فالضمان على فاعلها مع جهل الأجنبى لا علمه، و كذا لو كان بأمر الآخر، إن عددنا مجرد الكيل و التهيئه

و إن تولاه أجنبي من غير علمهما فهو متعد عليهما. و يضمّن الصانع ما يجنيه و إن كان حاذقاً، كالقصار بخرق الثوب، و الحمال يسقط حملة عن رأسه أو يتلف بعثرته، و الجمال يضمّن ما تلف بقوده و سوقه و انقطاع حبله الذي شد به حملة، و الملاح يضمّن ما يتلف من يده أو جذفه أو ما يعالج به السفينه. للحمل غروراً، و فيه ما سبق. ثم إنه في كل موضع يكون رد الزيادة مضموناً فالزيادة مضمونه بطريق أولى.

قوله: (و إن تولاه أجنبي من غير علمهما فهو متعد عليهما).

إن تولي الأجنبي مع الكيل الحمل فلا كلام في ضمانه الدابه، و اجره الزيادة، و الزيادة، و ردها. و إن تولاه أحد المتعاقدين، و هو عالم فالحكم متعلق به كما لو كان بنفسه. و إن كان جاهلاً، فإن دلّس عليه الأجنبي فهو كما لو حمل بنفسه، و إلا فإن عددنا الكيل و الإعداد للحمل غروراً ضمن، و إلا فلا.

قوله: (و يضمّن الصانع ما يجنيه و إن كان حاذقاً، كالقصار يخرق الثوب، و الحمال يسقط حملة عن رأسه أو يتلف بعثرته، و الجمال يضمّن ما تلف بقوده و سوقه و انقطاع حبله الذي يشد به حملة، و الملاح يضمّن ما تلف في يده أو جذفه (١) أو ما يعالج به السفينه).

للنص، و الإجماع في ذلك كله سواء قصير أم لا، لأن إتلاف مال الغير بغير حق و لا إذن لا يسقط وجوب ضمانه عدم التقصير في حفظه.

و لو قال: (و انقطاع الحبل الذي يشد به حملة) لكان أشمل، لأن الحبل لو لم يكن للمؤجر و انقطع فتلف من الحمل شيء بانقطاعه فضمانه على

ص: ٢٤٧

١ - ١) لعل الصواب: المجذاف، أي: مجذاف السفينه، المعجم الوسيط (المجذاف) ١: ١١٣، و فيه: لغه (المجذاف) بالبدال المهمله.

و الطيب، و الكحل، و البيطار، سواء كان مشتركاً أو خاصاً، و سواء المؤجر، و إن كان للمستأجر، لأن المؤجر للنقل يجب عليه كلما بعد من لوازمه، فإذا تلف شيء بسببه في هذه الحالة ضمنه كانقطاع الحبل.

و هل يعدّ التلف بتعثر الدابة جنايه من الأجير في حال وجوب كونه معها؟ احتمال. و لعله كانكسار السفينه، فإنه لا ضمان به لو تلف شيء من المتاع بغير تقصير من الملاح، و لا بفعله البتة. و هذا بخلاف انقطاع الحبل فإنه منسوب إليه، لأن شدة من فعله، و لروايه السكوني عن أمير المؤمنين عليه السلام: أنه كان لا يضمن من الغرق، و الخرق، و الشيء الغالب، و الجدف (١)، بالدال و الذال ما نقل في الصحاح عن ابن دريد إن مجداف السفينه بالدال و الذال جميعاً لغتان فصيحتان، و المراد: (ما يعالج به السفينه) الحبل و الخشبه و نحوهما (٢).

قوله: (و الطيب و الكحل و البيطار).

معطوف على ما سبق، و المعنى: أنهم يضمنون إذا أتلّفوا إلا مع البراءة من البالغ العاقل، و ولي الطفل و المجنون، لما روى عن علي عليه السلام: «من تطبّب أو تبيطر فليأخذ البراءة من صاحبه و إلا فهو ضامن» (٣) و كذا الختّان و الحجّام، قال في التحرير: و لو لم يتجاوز محل القطع مع حدّتهم في الصنعه، فاتفق التلف فإنهم لا يضمنون (٤). و هذا صحيح إن لم يكن التلف مستنداً إلى فعلهم.

قوله: (سواء كان مشتركاً أو خاصاً، و سواء كان في ملكه أو

ص: ٢٤٨

١- ١) الكافي ٥: ٢٤٢ حديث ٥، [١] التهذيب ٧: ٢١٩ حديث ٩٥٦.

٢- ٢) الصحاح (٢) [جدف] ٤: ١٣٣٥.

٣- ٣) الكافي ٧: ٣٦٤ حديث ١، [٣] التهذيب ١٠: ٢٣٤ حديث ٩٢٥.

٤- ٤) التحرير ١: ٢٥٣. [٤]

كان في ملكه أو ملكه المستأجر، و سواء كان رب المال حاضراً أو غائباً، و سواء كان الحمل الساقط بالسوق و القود آدمياً أو غيره. و لو أتلّف الصانع الثوب بعد عمله تخيّر المالك في تضمينه إياه غير معمول و لا- أجر عليه، و في تضمينه إياه معمولاً و يدفع إليه أجره. و لو نقصت قيمه الثوب عن الغزل فله قيمه الثوب خاصة، للإيذن في ملكه المستأجر، و سواء كان رب المال حاضراً أو غائباً، و سواء كان الحمل الساقط بالسوق و القود، آدمياً أو غيره).

فرّق بعض العامه بين الأجير المشترك و المنفرد كما سبق (1)، و كذا فرّق جمع منهم بين أن يعمل الأجير في ملك نفسه فيضمن، و لا يضمن إن عمل في ملك المستأجر، و مثله ما لو كان صاحب المتاع حاضراً فإنهم أجروه كالأجير الخاص في عدم الضمان (2). و لا ريب في ضمان التالف بجنايه الأجير بين كونه آدمياً أو غيره، فإذا سقط الراكب أو المتاع بسوق الأجير أو قوده ضمن.

قوله: (و لو أتلّف الصانع الثوب بعد عمله تخيّر المالك: في تضمينه إياه غير معمول و لا أجر عليه، و في تضمينه إياه معمولاً و يدفع إليه أجره).

و السر فيه أن أجر العمل لا يستقر إلا بعد تسليمه، و الفرض إنه لم يتسلمه فلم تستقر عليه أجره.

و إنما استحق تضمينه إياه معمولاً، لأنه ملك على تلك الصفة فملك المطالبة بعوضه كذلك، لكن يجب عليه أجر العمل و هو المسمى.

قوله: (و لو نقصت قيمه الثوب عن الغزل فله قيمه الثوب خاصة

ص: ٢٦٩

١- ١) انظر: الوجيز ٢: ٢٣٧، و معنى المحتاج ٢: ٣٥٢، و المجموع ١٥: ١٠٠.

٢- ٢) انظر: معنى المحتاج ٢: ٣٥١، و المجموع ١٥: ١٠٠.

النقص ولا أجر. وكذا لو وجب عليه ضمان المتاع المحمول تخيير صاحبه بين تضمينه إياه بقيمته في الموضع الذي سلمه ولا أجر له، وتضمينه في الموضع الذي أفسده ويعطيه الأجر إلى ذلك المكان. ولو استأجره لحياكه عشره في عرض ذراع، فنسجه زائداً في للإذن في النقص ولا أجر).

أى: لو نسج الثوب ثم أتلفه و كانت قيمته ثوباً انقص من قيمته غزلاً فله قيمه الثوب لا قيمه الغزل، لأن النقص الحاصل بالنسج غير مضمون لصدوره بالإذن. و حيث لم يكن لعمله أثر في زياده القيمه فليس للمالك مطالبه الأجير بشيء منه إذ لا قيمه له، ولا أجر له إذ لم يسلم إلى المستأجر عملاً ولا ما يقابله.

قوله: (و كذا لو وجب عليه ضمان المتاع المحمول تخيير صاحبه بين تضمينه إياه بقيمته في الموضع الذي سلمه ولا أجر له، وتضمينه في الموضع الذي أفسده ويعطيه الأجر إلى ذلك المكان).

ينبغي أن يكون الجار من قوله: (في الموضع الذي سلمه) متعلقاً ب (تضمينه) لا (بقيمته)، فإنه يلزم من استحقاق التضمين في ذلك الموضع استحقاق قيمته فيه، لأنه موضع الضمان، بخلاف ما لو علق بالقيمه فإنه لا يلزم منه استحقاق التضمين في ذلك الموضع.

ثم إنه هل يفرق بين ما إذا زادت القيمة بالنقل و عدمه؟ ظاهر إطلاق العبارة العدم، و لعله لكون استحقاق التضمين في موضع الإفساد هو أثر استحقاق العمل المستأجر عليه - أعنى النقل - فإذا رضى بالمطالبه في موضع الإفساد فقد رضى بكونه حقاً له، فيجب عليه المسمى له، بخلاف ما إذا طالب بالقيمه في موضع التسليم.

قوله: (و لو استأجر لحياكه عشره في عرض ذراع، فنسجه زائداً

الطول و العرض فلا أجر له عن الزيادة، و عليه ضمان نقص المنسوج فيها، فإن كان حاكه زائداً في الطول خاصة فله المسمى، في الطول و العرض فلا أجر له عن الزيادة، و عليه ضمان نقص المنسوج فيها).

لا- ريب إنه لا- يستحق أجراً للزيادة، لعدم الإذن فيها، و لو نقصت قيمه الغزل بالنسج الواقع في الزيادة ضمن نقص المنسوج فيها، هذا هو الظاهر من العبارة.

و هل يستحق لحياكه الأصل أجره؟ فيه تفصيل، و قد أشار إليه بقوله:

(فإن حاكه زائداً في الطول خاصة فله المسمى). وجهه أنه قد أتى بالمستأجر عليه و زياده، كما لو استأجره لضرب مائه لبنة، فضرب له مائتين.

و قال بعض الشافعية: إنه لا- يستحق شيئاً البتة، لا- عن الأصل و لا- عن الزيادة، لأنه في آخر الطاقه الأولى من الغزل صار مخالفاً لأمره، فإذا بلغ طولها عشره كان من حقه أن يعطفها ليعود إلى الموضع الذي بدأ منه، فإذا لم يفعل وقع ذلك و ما بعده في غير الموضع المأمور.

قال المصنف في التذكرة: و هو حسن (١)، و لا- ريب أن ما حسيته حسن. نعم لو لم يلزم من ذلك مخالفه، كما لو دفع إليه سدى لينسج منه عشرراً في طول ذراع فزاد، فإن له المسمى، و لا أجر للزيادة. و هذا كله إذا لم يلزم بالزيادة مخالفه في المأمور، فلو لزم كما لو أمره بنسج قدرراً صفيقاً أو خفيفاً، فزاد في المطلوب صفيقاً فصار خفيفاً، أو نقص في المطلوب خفيفاً فصار صفيقاً فلا أجر له بحال. و قد نصّ عليه المصنف في التذكرة (٢)، و مثله يجيء في العرض. و متى نقص الثوب عن قيمه الغزل مع المخالفه فعليه

ص: ٢٧١

[١- ١] تذكرة الفقهاء ٣: ٣٣٥. [١]

[٢- ٢] تذكرة الفقهاء ٣: ٣٣٥. [٢]

و إن زاد فيهما أو في العرض احتمال عدم الأجر للمخالفة، و المسمى. الأرش.

إذا عرفت هذا فاعلم أن في بعض النسخ: (فنسخه زائداً في الطول أو العرض) بالعطف ب(أو)، و في بعضها بالواو. و لا يخفى أن (أو) أحسن، لأن العطف بها يتناول ما إذا زاد في الطول أو في العرض أو فيهما، لأن من زاد فيهما فقد زاد في أحدهما، فيكون هذا إشارة إلى الأقسام و بياناً لحكم الزيادة، و ما بعده تفصيل لأحكام الأقسام كلها، فلا يكون في العبارة تكرار و لا خلل. و اعلم أن الذراع مؤنث سماعاً و قد عبر المصنف بالتذكير.

قوله: (و إن زاد فيهما أو في العرض احتمال عدم الأجر للمخالفة، و المسمى).

وجه الثاني أنه زاد على ما أمره به فكان كزيادته الطول، و قد عرفت حكم الأصل، فالأصح أنه لا أجر له، لأن المعمول غير المأمور به، فلا يكون مأذوناً فيه، و لو نقص فعليه الأرش.

فإن قيل: لم جزم فيما لو زاد في الطول خاصه بوجوب المسمى، و توقف هنا.

قلنا: لأن زيادته الطول لا تنافي وجود المأمور به، لأن من أتى بأحد عشر فقد أتى بعشره، كما أن من ضرب مائتي لينة على وضع مخصوص فقد ضرب مائة. بخلاف زيادته العرض، لأن ما عرضه ذراع و ربع مخالف لما عرضه ذراع، و لأن زيادته العرض داخله في نفس الثوب، بخلاف زيادته الطول فإنها خارجه عن المقدّر، و إنما هي كأجنبي ضم إلى المقدّر، و لهذا يمكن قطع زيادته الطول و يبقى الثوب بحاله بخلاف العرض.

و التحقيق أنه لا فرق بينهما، و متى لزم من المخالفة في العرض أو فيهما مخالفة في الصفة المشترطه في المنسوج فلا بحث في عدم الأجره،

و كذا لو نقص فيهما، لكن هنا إن أوجبناه أسقط بنسبه الناقص. و لو قال: إن كان يكفى قميصاً فاقطعه، فقطعه فلم يكف ضمن. و كل موضع نقص الثوب عن قيمه الغزل فالأرش ثابت مع المخالفه.

قوله: (و كذا لو نقص فيهما، لكن هنا إن أوجبناه أسقط بنسبه الناقص).

أى: و كذا يحتمل عدم الأجر و المسمى لو نقص فى الطول و العرض، أما على الجمع أو الانفراد. لكن هنا إن أوجبنا المسمى و جب أن يسقط منه بنسبه الناقص لأنه لم يأت بالمستأجر عليه كله فلا يستحق جميع المسمى.

و إنما يعرف نسبه الناقص فى العرض، أو فى الطول مع العرض بتكسير الثوب باعتبار المستأجر عليه و باعتبار المنسوج، ثم ينظر مقدار التفاوت فينسب إلى المستأجر عليه، و بتلك النسبه يسقط له من المسمى، و الأصح هنا عدم الأجره.

و لا يخفى إنه إذا نقص فى الطول على وجه لا يلزم مخالفه إلا فى عدم نسج المجموع، كما لو سلم إليه سدى طوله عشر أذرع لينسجه عشراً، فنسج منه تسعاً و بقى ذراع، بخلاف ما لو دفع إليه غزلاً لينسجه عشراً فجعل طول السدى من أول الأمر تسعه، فإن هذا هو موضع الاحتمالين، و عليه يجب أن تنزل العبارة.

قوله: (و لو قال: إن كان يكفى قميصاً فاقطعه، فقطعه فلم يكف ضمن).

لأنه لم يأذن له فى القطع إلا بشرط كونه كافياً قميصاً، فحيث لم يكف كان عادياً لتصرفه بغير إذن، و لا أثر لتوهمه كونه كافياً.

و لو قال: هل يكفى قميصاً فقال: نعم، فقال: اقطعه، فلم يكفه لم يضمن. و لو قال: اقطعه قميص رجل، فقطعه قميص امرأه احتمل ضمان ما بينه صحيحاً و مقطوعاً، و ما بين القطعين. و لا يبرأ الأجير من العمل حتى يسلم العين، كالخياط إن كان العمل فى ملكه، قوله: (و لو قال: هل يكفى قميصاً؟ فقال: نعم، فقال:

اقطعه، فلم يكفه لم يضمن).

لأنه قطع بالإذن غير المشروط، و التقصير من المالك حيث أطلق الإذن اعتماداً على قول الخياط.

قوله: (و لو قال: اقطعه قميص رجل، فقطعه قميص امرأه احتمل ضمان ما بينه صحيحاً و مقطوعاً، و ما بين القطعين).

وجه الأول: أنه عاد بقطعه قميص امرأه فيضمن أرشه، و هو تفاوت ما بين كونه صحيحاً و مقطوعاً.

و وجه الثانى: أن القطع مأذون فيه، و إنما المخالفه بقطعه قميص امرأه، فيضمن تفاوت ما بين القطعين، و ليس بشىء، لأن المأذون فيه هو قطع مخصوص لا مطلق القطع، فالأصح ضمان ما بين كونه صحيحاً و مقطوعاً، إلا أن تكون بعض القطع صالحه للرجل و المرأه بغير تفاوت فلا يلزم أرش قطعها، لأنه مأذون فيه، و لا أثر لقصد المرأه به.

قوله: (و لا يبرأ الأجير من العمل حتى يسلم العين كالخياط إن كان العمل فى ملكه).

و ذلك لأن العمل الواجب بعقد الإجاره حق للمستأجر، فما دام لا

و لا يستحق الأجره حتى يسلمه مفروغاً،فلو تلفت العين من غير تفريط بعد العمل لم يستحق اجره على إشكال. يتسلمه لا يبرأ الأجير من الواجب عليه.و تسليم العمل إنما يكون بتسليم العين.و هذا إذا كان عمل الأجير فى ملك نفسه إذ لا يد للمستأجر عليه،أما إذا كان فى المستأجر فسيأتى حكمه إن شاء الله تعالى.

قوله: (و لا يستحق الأجره حتى يسلمه مفروغاً).

لا ريب أن الأجره قد استحقها الأجير بالعقد،لكن المراد هنا أنه لا يستحق تسليمها إليه حتى يسلم العمل مفروغاً منه،على الوجه الذى جرى عليه العقد،لأن المعاوضه لا يجب فيها دفع أحد العوضين من دون دفع العوض الآخر.

قوله: (فلو تلفت العين من غير تفريط بعد العمل لم يستحق اجره على إشكال).

لا ريب فى ضمانه مع التفريط،و عدم تحتم استحقاقه الأجره كما سبق.

أما مع عدم التفريط فى الحكم إشكال،ينشأ:من أن الإجاره معاوضه،و حق المعاوضه حصول العوضين معاً للمتعاضين،ليتحقق كون كل منهما فى مقابله الآخر،و قد انتفى ذلك فى أحدهما فانتفت المقابله فوجب الانفساخ،لتعذر مقتضى العقد.و من أن المستأجر عليه-و هو العمل-قد حصل فوجب الأجره بفعله،فإذا تلف بتلف العين بغير تفريط كان تلفه من المالك.

و يضعف بأن المستأجر عليه و إن كان العمل،لكنه قوبل بالأجره على طريق المعاوضه،فما دام لا يتحقق تسليمه لم يتحقق معنى المعاوضه.

و ربما بنى ذلك على أن القصاره عين أو أثر؟فإن قلنا:إنها عين سقطت

و لو كان فى ملك المستأجر برىء بالعمل و استحق الأجر به. و لو حبس الصانع العين حتى يستوفى الأجره ضمنها. أجرته، كما يسقط الثمن بتلف المبيع قبل القبض، و إن قلنا: هى أثر لم تسقط الأجره.

و تنقيحه: أن القصاره إن كانت كالأموال فى أنها تعد مالأً فالحكم الأول، و إن كانت لا تعد مالأً و إنما هى صفة للمال فالحكم الثانى. و قد سبق فى الفلس أن المنافع تعدّ أموالاً، و يشهد له أنها تقابل بالمال، و يعتبر فى صحه المقابله و جريان المعاوضه عليها كونها متقومه فى نفسها، و لا معنى لماليتها إلا هذا، و الظاهر عدم استحقاق الأجره.

قوله: (و لو كان فى ملك المستأجر برىء بالعمل و استحق الأجر به).

لأن المال غير مسلّم إلى الأجير فى الحقيقه، و إنما استعان المالك به فى شغله كما يستعين بالوكيل و التلميذ، سواء كان المالك حاضراً عنده أم لا.

و يشكل إذا كان المالك غائباً و إن كان الأجير فى ملكه، لأن المال فى يد الأجير، و كونه فى ملك المستأجر لا ينفى يده. نعم إذا كان المالك حاضراً و سلطنته على العين بحالها، فإن اليد له و الأجير كالخادم حينئذ. فإن كان المراد بإطلاق العبارة هذا فهو حق، و هو المطابق لما حكاه المصنف فى التحرير عن الشيخ (١) حيث قال: و إن كان فى ملك المستأجر و هو حاضر قال الشيخ: له الأجر، لأنه يسلم العمل جزءاً فجزءاً (٢). و لم يفت هو بشىء، و إلا فهو موضع تأمل.

قوله: (و لو حبس الصانع العين حتى يستوفى الأجره ضمنها).

فى الحواشى المنسوبه إلى شيخنا الشهيد: إن هذا مبنى على أن

ص: ٢٧٤

١-١) التحرير ١: ٢٥٣. [١]

٢-٢) المبسوط ٣: ٢٤٢-٢٤٣. [٢]

الحبس غير جائز، قال: و هو مبني على أن الصفه لا تلحق بالعين، قال:

و يلزم من عدم جواز الحبس عدم سقوط الأجره بتلف العين، و عدم توقف الاستحقاق على التسليم.

أقول: فعلى ما ذكره يلزم منافاه كلام المصنف هذا لما سلف فيما لو أتلف العين تخير المالك في تضمينه مع المنفعه، و بدونها، و لقوله: (لا يبرأ الأجير من العمل.) و هو خلاف الظاهر. و قد أطلق القول في التحرير (1) كما هنا.

و لقائل أن يقول: لم لا- يجوز أن يكون الضمان غير متوقف على المنع من الحبس؟ و سنده إن الأجير يستحق حبس المنفعه بمقتضى المعاوضه حتى يتسلم العوض، و ليس له في حبس العين بالنظر إليها حق، لعدم جريان المعاوضه إلا على المنفعه. لكن لما لم يمكن حبس المنفعه بدون حبس العين و جب أن يجوز له حبس العين، و إلا- لأدى إلى وجوب التسليم قبل التسلم و هو باطل، لكونه خلاف مقتضى المعاوضه.

و لما كان حبس العين ضرراً جوز بمقتضى المعاوضه في العمل الجارى على العين بإذن المالك جعلت مضمونه على الأجير من حصول ضررين، و لأن حبسها حينئذ إنما هو لمحض حق الأجير و مصلحته، فناسب أن تكون مضمونه عليه حينئذ.

و لأن كونه أميناً مقصور على كونه أجيئاً، و حيث فرغ من العمل و حبسها لأخذ حقها فقد انقضى كونه أجيئاً، و انتقل إلى حاله اخرى، فخرج عن كونه أميناً، لأن ذلك تابع لقبضه لكونه أجيئاً، و لأن فيه جمعاً بين الحقين فظهر أنه لا منافاه بين جواز الحبس و كون العين مضمونه، و هو الظاهر.

ص: ٢٧٧

لو اشتبه على القصار فدفع الثوب إلى غير مالكة كان ضامناً، و على المدفوع إليه الرد مع علمه، فإن نقص بفعله ضمن و رجع على القصار ثم طالبه بثوبه، فإن هلك عند القصار احتل الضمان، لأنه قوله: (و لو اشتبه على القصار، فدفع الثوب إلى غير مالكة كان ضامناً).

لأنه دفع بغير حق، فيكون عدواناً فيقتضى الضمان. و عدم تأثيمه لامتناع تكليف الغافل لا يقتضى نفي الضمان مع وجود سببه. قوله: (و على المدفوع إليه الرد مع علمه).

لا ريب أن رد الثوب على مالكة حق ثابت عليه، سواء علم أم لم يعلم، لأن الحق لا يسقط بعدم العلم به.

و لعل المصنف قيد بقوله: (مع علمه) لما يقتضى ظاهر (و على المدفوع إليه). من الوجوب، لأن (على) بحسب الاستعمال تفيد ذلك، و يمتنع الوجوب مع عدم العلم لامتناع تكليف الغافل.

قوله: (فإن نقص بفعله ضمن و رجع على القصار).

أما ضمانه فظاهر، لكونه متعدياً، و أما رجوعه على القصار، فلأنه غرّه بتسليم الثوب إليه، على أنه ثوبه المقتضى لتسلطه على التصرفات التي لا يعقبها ضمان.

قوله: (ثم طالبه بثوبه).

لا- يراد ب(ثم) هنا تراخي المطالبه بثوبه عن الأول، بل أراد بها الإشعار بأن هذا حق آخر باقٍ منفصل عن الغرم، فيستحقه مع الرجوع بما غرم، فالتراخي هنا بمعنى آخر مجازاً.

قوله: (فإن هلك عند القصار احتل الضمان، لأنه أمسكه بغير

أمسكه بغير إذن مالكة بعد طلبه، و عدمه لعدم تمكنه من رده، و الشروط السائغة لازمه. فلو شرط أن لا يسير عليها ليلاً، أو وقت القائله، أو لا- يتأخر بها عن القافله، أو لا يجعل سيره في آخرها، أو لا يسلك بها طريقاً معيناً فخالف ضمن و إن تلفت لا بسبب فوات الشرط. و للمستأجر ضرب الدابه بما جرت العاده به، و تكييحها باللجام، و حثها على السير و لا ضمان. إذن مالكة بعد طلبه و عدمه لعدم تمكنه من رده).

لا ريب في أن الاحتمال الأول أقوى، لأن يد العدوان المقتضيه للضمان متحققه، و عدم علمه بالحال لا يكون عذراً. فإن منع الغر ملكه بغير حق موجب للضمان على كل حال-عمداً و جهلاً و نسياناً-بالنص و الإجماع.

و قوله في الوجه الثاني: (لعدم تمكنه من رده) ليس له أثر في سقوط الضمان، لأن يد العدوان موجب للضمان مع إمكان الرد و بدونه.

قوله: (و الشروط السائغة لازمه).

المراد بها التي لا تنافي مقتضى العقد، و لا تخالف الكتاب و السنه.

قوله: (فلو شرط أن لا يسير عليها ليلاً-إلى قوله: فخالف ضمن و إن تلفت لا بسبب فوات الشرط).

لأن يده حين المخالفه يد عدوان تقتضى الضمان.

قوله: (و للمستأجر ضرب الدابه بما جرت العاده به، و تكييحها باللجام، و حثها على السير و لا ضمان).

قال في الصحاح: كبحت

ص: ٢٧٩

و للمعلم ضرب الصبيان للتأديب، و يضمن لو جنى بتأديبه. و لو ختن صبياً بغير إذن وليه، أو قطع سلعه إنسان بغير إذنه، أو من صبي الدابه إذا جذبتها إليك باللجام لكي تقف و لا تجرى، يقال: اكمتها، و اكفحتها، و كبحتها هذه وحدها بلا ألف عن الأصمعي (١).

و ما أفتى به المصنف هنا من عدم الضمان بالضرب الموافق للعاده موافق لفتواه في التحرير (٢).

و قال في التذكرة بضمان جنايه الضرب، سواء وافق العاده أم لا، لأن الإذن منوط بالسلامه (٣). و الأول لا يخلو من قوه، لأن حث الدابه على السير المعتاد، و ضربها لذلك على مقتضى العاده حق للمستأجر اقتضاه عقد الإجاره، فإذا نشأ عنه تلف الدابه و جب أن لا يترتب عليه ضمان، كما لو تلفت بالحمل المستأجر عليه و بقوه شده المعتاده.

قوله: (و للمعلم ضرب الصبيان للتأديب، و يضمن لو جنى بتأديبه).

أما أن له الضرب المعتاد فلا بحث فيه، و أما أنه يضمن جنايه، فلأنه أجير و الأجير يضمن الجنايه و إن لم يقصّر كالطبيب. و لو أخذ البراءه ففي سقوط الضمان بها نظر.

و لو ضرب امرأته للتأديب فماتت فقد قال المصنف في التحرير: إنه يضمن (٤)، و للنظر فيه مجال، لأن الضرب حق له لا لمصلحتها.

قوله: (و لو ختن صبياً بغير إذن وليه، أو قطع سلعه إنسان بغير

ص: ٢٨٠

١- ١) الصحاح ([١] كبح) ٣٩٨: ١.

٢- ٢) التحرير ٢٥٣: ١. [٢]

٣- ٣) التذكرة ٣١٨: ٢. [٣]

٤- ٤) التحرير ٢٥٣: ١. [٤]

بغير إذن وليه فسرت الجنايه ضمن. و لو أخذ البراءه ففى الضمان إشكال. و يضمن الراعى بتقصيره، بأن ينام عن السائمه، أو يغفل عنها، أو يتركها تتباعد عنه، أو تغيب عن نظره، أو يضربها بإسراف، أو فى غير موضع الضرب، أو لا لحاجه، أو يسلك بها موضعاً يتعرض فيه للتلف. إذنه، أو من صبى بغير إذن وليه فسرت الجنايه ضمن).

لأنه عادٍ بفعله قطعاً، و لو فعل ذلك بإذن من له الولايه قال فى التحرير:

لم يضمن إلا- مع التعدى (١). و فيه نظر، لأن الأ-جير ضامن لجنايته و إن بالغ فى الاحتياط، و لظاهر قول أمير المؤمنين عليه السلام: «من تطب أو تبيطر فليأخذ البراءه من صاحبه و إلا فهو ضامن» (٢)، و مفهوم عبارته الكتاب موافق لما فى التحرير.

قوله: (و لو أخذ البراءه ففى الضمان إشكال).

ينشأ: من أنه إبراء مما لم يجب، و من دعاء الضروره إليه، و أنه مما يقتضى إعراض الناس عن هذا الفعل فيضيق على الناس أحوالهم، و لقوله عليه السلام: «من تطب أو تبيطر» الحديث، و قد سبق، و هذا أقوى.

قوله: (و يضمن الراعى بتقصيره، بأن ينام عن السائمه، أو يغفل عنها، أو يتركها تتباعد عنه، أو تغيب عن نظره، أو يضربها بإسراف، أو فى غير موضع الضرب، أو لا لحاجه، أو يسلك بها موضعاً يتعرض للتلف).

و كذا كل ما أشبه ذلك، للتقصير فى الحفظ أو تعدى ما يجوز.

ص: ٢٨١

١- (١) التحرير ١: ٢٥٣. [١]

٢- (٢) الكافي ٧: ٣٦٤ حديث ١، [٢] التهذيب ١٠: ٢٣٤ حديث ٩٢٥.

و لو دفع إلى غيره شيئاً ليعمل فيه عملاً- استحق الصانع أجره مثل العمل إن كان العمل ذا أجره عادة، وإلا فلا. قوله: (و لو دفع إلى غيره شيئاً ليعمل فيه عملاً استحق الصانع أجره مثل العمل إن كان العمل ذا أجره عادة، وإلا فلا).

أى: لو دفع إلى قصير ثوباً ليقصره، أو إلى خياط ليخيطه و نحو ذلك، و مثله لو جلس بين يدي حلاق ليحلق رأسه، أو دلاّك ليدلّكه و نحو ذلك، و لم يجر بينهما للأجره ذكر نفيّاً و لا- إثباتاً فإن العامل يستحق أجره مثل ذلك العمل إن كان له أجره عادة، سواء كان من عادته أن يستأجر لذلك العمل كالغسّال و القصّار أم لا. أما إذا كان من عادته ذلك فللحمل على مقتضى العادة المستمرة، فإن ذلك لا يقصر عن أن يكون معطاه في الإجاره، و لأن العمل المحترم لا يحل بغير عوض، إلا بإباحه مالكة و لم يتحقق. و هذا هو دليل ما إذا كان العمل ذا أجره عادة، و لم يكن من عادته فاعله الاستئجار له.

أما إذا لم يكن للعمل أجره بحسب العادة فلا شيء، صرح به المصنف في التذكرة (١) و غيرها (٢)، و ينبغي تحقيقه:

فإن كان المراد ما لا- يعدّ متقوماً عادة، بحيث يقابل بأجره حتى إن ما كان متقوماً تجب الأجره بمجرد الأمر بفعله. و إن جرت العادة بعدم أخذ الأجره عنه، كاستيداع المتاع فهو بعيد، و إن كان قد سبق في الوديعه احتمال الأجره.

و إن كان المراد أعم من ذلك، و هو ما لا أجره له عادة، سواء كان متقوماً بحيث تجوز مقابلته بالعوض أم لا، فهو حسن، و ظاهر العبارة لا يأبى العموم.

ص: ٢٨٢

١- (١) التذكرة ٢:٣٢٠.

٢- (٢) التحرير ٢:٢٥٦.

و لو آجر مملوكه، أو استؤجر بإذنه فأفسد ضمن المولى فى سعيه. قوله: (و لو آجر مملوكه أو استؤجر بإذنه فأفسد ضمن المولى فى سعيه).

لأن ذلك بإذن المولى، فيكون مضموناً عليه فى سعى العبد، فإن يده كيده مع الإذن، و هو اختيار المصنف فى المختلف (١).

و قال أبو الصلاح: إن ضمان ما يفسده العبد على المولى (٢)، و هو قول الشيخ فى النهاية (٣)، و تشهد له روايه زراره و أبى بصير فى الحسن عن الصادق عليه السلام قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام فى رجل كان له غلام فاستأجره منه صانع أو غيره قال: إن كان ضيع شيئاً، أو أبق منه فمواليه ضامنون» (٤).

و الأصح أنه إن كان ذلك جنايه على نفس أو طرف، كما لو كان طبيياً تعلق برقبه العقد، و للمولى فداؤه بأقل الأمرين من قيمه و الأرش، لكن هذا لا يتقيد بإذن المولى.

و إن كان جنايه على مال، كما لو كان قصيئاراً فخرق الثوب فإنه لا شىء على المولى و إن كانت الإجاره بإذنه، لأن الإذن فى العمل ليس إذناً فى الإفساد، فيتبع بجنايته بعد العتق، و هو اختيار ابن إدريس (٥). و لا- دليل فى الروايه على خلاف ذلك، فتحمل على ما إذا كان التضييع بإذن المولى لظاهر و لا تزر وازرة وزر أخرى (٦)، و ليس الإذن فى العمل إذناً فى

ص: ٢٨٣

١- ١) المختلف: ٤٦٣.

٢- ٢) الكافى فى الفقه: ٣٤٧.

٣- ٣) النهاية: ٤٤٨.

٤- ٤) الكافى ٥: ٣٠٢، حديث ١، [١] التهذيب ٧: ٢١٣، حديث ٩٣٦.

٥- ٥) السرائر: ٢٧٢.

٦- ٦) الأنعام: ١٦٤. [٢]

و لا يضمن الحَمَامى إلا مع الإيداع و التفريط. و يصح إسقاط الأجره المعينه بعد تحققها فى الذمه، و المنفعه الثابته فى الذمه دون المنفعه المعينه. و لو تسلّم أجيراً ليعمل له صنعه، فهلك لم يضمنه و إن كان صغيراً أو عبداً. الإفساد.

قوله: (و لا يضمن الحَمَامى إلا مع الإيداع و التفريط).

لأنه أمين كما تضمنته روايه غياث بن إبراهيم عن الصادق عليه السلام، عن الباقر عليه السلام، عن على عليه السلام (١).

قوله: (و يصح إسقاط الأجره المعينه بعد تحققها فى الذمه، و المنفعه الثابته فى الذمه دون المنفعه المعينه).

المراد بإسقاطها: الإبراء منها، و إنما يصح الإبراء من الشىء إذا كان فى الذمه، أما إذا كان عيناً موجوده، أو منفعه متعلقه بعين مخصوصه فإن الإبراء منها لا يعقل.

و لو أبرأه من وجوب تسليمها لم يجب عليه التسليم فى الحال، لكن لا يخرج عن ملكه بذلك.

قوله: (و لو تسلّم أجيراً ليعمل له صنعه فهلك لم يضمنه و إن كان صغيراً أو عبداً).

لا- بحث فى عدم الضمان إذا كان التسلم على الوجه الشرعى، فأما إذا قهر الأجير على أخذه ليعمل عنده فإنه لا يضمن الحر البالغ، و لا ثيابه التى عليه على الأصح كأنها تحت يده خلافاً. (٢).

ص: ٢٨٤

١- ١) الكافى ٥: ٢٤٢ حديث ٨، التهذيب ٧: ٢١٨ حديث ٩٥٤.

٢- ٢) فى الحجرية و الخطبتين «ك» و «ه» ورد بياض فى هذا المكان.

و لو استأجر الدابه لحمل قفيز، فزاد فهو غاصب ضامن للجميع. و لو سلم إلى المؤجر و قال: إنه قفيز و كذب فتلفت الدابه بالحمل ضمن النصف، و يحتمل بالنسبه. و لو استأجر للقصاص ثم عفى سقط القصاص و لا أجره، و الحر لا يدخل تحت اليد، و يضمن العبد مطلقاً، و الحر الصغير قد سبق حكمه في الغصب.

قوله: (و لو استأجر الدابه لحمل قفيز فزاد فهو غاصب للجميع).

المراد إذا أخذ الدابه و حملها زائداً فإنه عادٍ حينئذٍ، سواء كان ذلك عن عمد أم لا.

قوله: (و لو سلم إلى المؤجر و قال: إنه قفيز و كذب، فتلفت الدابه بالحمل ضمن النصف، و يحتمل بالنسبه).

أما النصف فلتلفها بسببين أحدهما عدوان. و أما اعتبار النسبه، فلأن التلف مستند إلى ثقل الحمل فيوزع على أجزائه، و يحتمل ضمان الجميع، و هو الأصح، لأنه عاد بتحميل الزيادة للجميع الدابه.

و الفرق بين الاولى و الثانيه: أن الغاصب- و هو المستأجر- صاحب اليد هناك، و هنا اليد للمالك، و لا أثر لهذا الفرق عندنا، و قد سبق في كلام المصنف في أول الفصل الرابع في الضمان خلاف هذا، و موضع هاتين المسألتين ما سبق عند ظهور زياده الكيل.

قوله: (و لو استأجر للقصاص ثم عفا سقط القصاص و لا أجره).

لأن المستأجر عليه قد تعذر شرعاً، و العفو مطلوب، فهو كما لو

فإن اقتص الأجير مع العلم ضمن، ولا معه يستقر الضمان على المستأجر إن تمكن من الإعلام، وإلا فإشكال. استأجرها لكنس المسجد فعالجت نفسها فحاضت، فإن الإجاره تنفسخ فتسقط الأجره.

قوله: (فإن اقتص الأجير مع العلم ضمن).

لعدوانه، فيقتص منه.

قوله: (و لا معه يستقر الضمان على المستأجر إن تمكن من الإعلام).

لأنه بالاستئجار له قد استدعى منه الفعل، فصار مطلوباً منه بالإجاره فى كل زمان، فإذا لم يعلمه بالعفو مع تمكنه يكون قد غره فيستحق الرجوع عليه.

قوله: (و إلا فإشكال).

أى: و إن لم يتمكن من الإعلام فإشكال، ينشأ: من أن المستأجر هو السبب فى الاقتصاص و المباشر ضعيف بالغرور، فيكون الضمان على السبب، و من أن المستأجر لعجزه عن الإعلام، و عدم تمكنه منه يمتنع تكليفه به، لامتناع تكليف ما لا يطاق، فيتعلق الحكم بالمباشر، لأنه الجانى.

و يضعف بأن المستأجر بعدم تمكنه من الإعلام لا ينتفى عنه كونه غاراً، فإنه باستئجاره سلط الأجير على الاقتصاص، فإذا عفا بدون علمه فقد غره بذلك فيكون ضامناً فيرجع عليه بالديه، و هو الأصح.

فرع: قال المصنف فى التذكرة: أجره القصاص تجب على المقتص منه، لأنه أجر يجب لإيفاء حق، فكان على الموفى كأجره الكيال

الفصل الخامس: في التنازع.

لو اختلفا في أصل الإجاره فالقول قول منكرها مع اليمين، فإن وقع الاختلاف بعد استيفاء المنافع و إتلاف الأجره، فإن كان المدعى المالك فله المطالبه بالمختلف من اجره المثل، و ليس للمستأجر طلب الفاضل من المسمى لو كان، و لا ضمان في العين. و إن كان هو المستأجر لم يسقط ضمان العين إن أنكر المالك الإذن في التصرف، و لم يكن للمستأجر المطالبه بالفاضل عن أجره المثل إن كان.

و الوزان (١).

قوله: (لو اختلفا في أصل الإجاره فالقول قول منكرها مع اليمين).

كما في كل منكر، سواء كان الاختلاف قبل استيفاء المنافع أو بعده، فإن كان قبله فالأمر واضح، فإنّ كلا يرجع إلى ماله، فلذلك لم يتعرض إليه المصنف.

و إن كان بعده فقد أشار إلى حكمه ب:

قوله: (فإن وقع الاختلاف بعد استيفاء المنافع و إتلاف الأجره، فإن كان المدعى المالك فله المطالبه بالمختلف من اجره المثل).

الظاهر أن إتلاف الأجره و عدمه لا دخل له في تصوير المسأله، بل الحكم مترتب على كون الاختلاف بعد استيفاء المنافع، و إن كان أثره قد يظهر بالنسبه إلى المطالبه بالزائد و عدمه. و كذا بعض التأويلات في قوله:

(لم يسقط ضمان العين إن أنكر المالك الإذن في التصرف).

ص: ٢٨٧

إذا عرفت ذلك فاعلم أن هذه العبارة قد ذكر جمع أنهم كانوا يبحثون فيها عند المصنف، و أطبقوا على احتياجها إلى الإصلاح، و حيث لم يصلحها المصنف تمحلوا لها تأويلات، لعدم إمكان إجرائها على ظاهرها.

و إنما قلنا: إنه لا يمكن إجراؤها على ظاهرها، لأن المتبادر من قوله:

(فإن كان المدعى المالك) أن المراد به مالك العين و هو المؤجر. و لا ريب أنه إذا كان كذلك لا يستقيم الحكمان المذكوران بعده:

أحدهما: أن له المطالبة بالمتخلف من أجره المثل - أي الزائد على المسمى منها - فإنه إذا كان هو المدعى للإجاره، فهو بزعمه مستحق للمسمى لا لأجره المثل، فكيف يستحق المطالبة بالزائد عليه من أجره المثل.

الثاني: أنه ليس للمستأجر طلب الفاضل من المسمى عن أجره المثل لو كان هناك فاضل، فإنه حيث كان منكراً للإجاره إذا حلف لنفيها، و قد استوفى المنافع و جب عليه أجره المثل عنها لا المسمى، فلو كان فيه زياده عن أجره المثل كان له طلبها، فكيف يستقيم نفي استحقاقه طلب ذلك الزائد.

و كذا قوله: (على تقدير كون المدعى للإجاره هو المستأجر و لم يكن للمستأجر المطالبة بالفاضل من أجره المثل إن كان) لا يستقيم أيضاً على ظاهره، لأنه إذا كان المدعى للإجاره هو المستوفى لمنافع العين، كان بزعمه أن الواجب عليه هو المسمى خاصة، فتكون له المطالبة بالفاضل من أجره المثل عن المسمى.

و يمكن تخريجه على أنه و إن كان هو المدعى للإجاره، إلا أنه إذا حلف المالك لنفي الإجاره و جب له أجره المثل، فلا يكون للمستأجر المطالبة بالزائد من أجره المثل عن المسمى، لأنه الواجب بعد اليمين، أما ما قبله فلما لم يمكن إجراؤه على ظاهره ارتكب جماعه له تأويلات:

أحدها: حمل المدعى فى قوله: (فإن كان المدعى المالك) على مدعى فساد العقد، وإن القول قوله بيمينه، فإن الحكمين يستقيمان حينئذ لكن فيه -مع أنه خلاف الظاهر، وإن تقديم قول مدعى الفساد بيمينه باطل - إن مقابله و هو قوله: (وإن كان هو المستأجر). لا يستقيم إلا على أن المراد هنا كونه مدعياً لأصل الإجاره و أن الاختلاف فيه، لا أنه مدع للفساد و أن الاختلاف فى الصحه و الفساد، و ذلك لأن العين غير مضمونه مع الفساد، لأن العقد الذى لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده، فلا تكون أقسام المسأله مطابقه، و لا تكون المسأله مستوفاه على واحد من التقديرين.

الثانى: حمل قوله: (فإن كان المدعى المالك فله المطالبه) بالمتخلف من أجره المثل، على أنه بعد يمين المستأجر لنفى الإجاره، أو قبله أكذب نفسه فى الدعوى، فإنه حينئذ يستحق أجره المثل بإقرار المستأجر و تصديقه إياه، فله طلب الفاضل من أجره المثل لو كانت أزيد من المسمى.

و حمل قوله: (و ليس للمستأجر طلب الفاضل من المسمى لو كان) على أن المراد لو كان هو المدعى للإجاره، و المالك هو المنكر لها، لأنه حينئذ معترف باستحقاق المسمى فى مقابل المنافع.

و هذا الحمل فيه قبح، من حيث أن الأحكام المذكوره لا تكون مطابقه، لأن الأول حكم ما إذا أكذب نفسه، و لم يذكر باقى أقسام إكذاب نفسه، و الثانى من أحكام قوله: (و لو كان هو المستأجر) فيكون تقديمه عليه مخلاً بنظم المسأله. مع أن المتبادر من قوله: (لو كان خلاف ذلك) أى:

لو كان هناك فاضل، و يكون حكم المدعى إذا لم يكذب نفسه قد أخل به، على أن حمل ذلك على إكذاب نفسه تعسف عظيم، و ارتكاب لأمر بعيد عن ظاهر اللفظ جداً. و لا يخفى أن ارتكاب مثل هذا يكاد يخرج به الكلام عن كونه عربياً.

الثالث: حمل المالك فى قوله: (فإن كان المدعى المالك) على أن المراد به مالك الأجره، و أن الهاء فى قوله: (فله) تعود إلى المنكر و هو مالك العين المؤجره، و إن لم يجر له ذكر فيستقيم حينئذ قوله: (فله المطالبه بالمتخلف من أجره المثل)، و قوله: (و ليس للمستأجر طلب الفاضل.)، و يكون قوله: (و لا ضمان فى العين) أى: فى عين الأجره التى فرضناها تالفه.

و ينزل قوله: (و إن كان هو المستأجر) على أنه بفتح الجيم، و أن المراد به المالك، أى: و إن كان المدعى هو مالك المستأجر لم يسقط ضمان العين، أى: ضمان عين الأجره التالفه إن أنكر مالكها الإذن فى التصرف فيها، و ليس للمستأجر المطالبه بفاضل أجره المثل، لإنكاره الإجاره و اعترافه باستحقاق أجره المثل عليه.

و هذا أيضا أقبح من الأول، و أشنع فى ارتكاب ما لا ينتقل الفهم إليه أصلا، و لا ريب إن التزام غلط العبارة و فسادها أسهل من هذه التأويلات المستهجنه.

و إذا أردنا تحقيق المسأله قلنا: لا- يخلو: إما أن يكون المدعى لوقوع الإجاره هو مالك العين، أو المتصرف فى المنافع. فإن كان الأول فإنّ القول قول المتصرف بيمينه، فإذا حلف انتفت الإجاره و وجبت أجره المثل. فإن كانت أزيد من المدفوع-الذى هو المسمى بزعم المالك- لم تكن له المطالبه به، لأنّه بزعمه لا- يستحقه. و لو زاد المدفوع على أجره المثل كان للمنكر المطالبه به، لأن الواجب بزعمه عليه هو أجره المثل، و لا ضمان فى العين المستأجره بزعم المالك كما هو ظاهر.

و إن كان المدعى هو المستأجر فالقول قول المالك بيمينه، فإذا حلف استحق أجره المثل، و كانت العين المستأجره مضمونه على المستأجر، و لم

و لو اختلفا فى قدر الأجره، فقال: آجرتك سنه بدينار، فقال: بل بنصفه فالقول قول المستأجر مع يمينه.

و لو اختلفا فى المده فقال: آجرتك سنه بدينار، فقال: بل سنتين بدينارين فالقول قول المالك مع يمينه. يكن له المطالبه بالفاضل من أجره المثل عن المسمى، و لا بالفاضل من المسمى.

و لو أكذب المالك نفسه فى الدعوى لاستحق المطالبه بالزائد من أجره المثل، و كانت العين مضمونه. و لو أكذب المستأجر نفسه فى الإنكار لم يكن له طلب الزائد من المسمى عن أجره المثل. و لو أكذب المستأجر نفسه فى الدعوى فى الشق الثانى لكان له طلب الفاضل من المسمى عن أجره المثل.

و لو أكذب المؤجر نفسه فى الإنكار كان للمستأجر طلب الزائد من أجره المثل عن المسمى، و لو كان الاختلاف فى صحه الإجاره و فسادها فالقول قول مدعى الصحه بيمينه، و العين أمانه على التقديرين.

ثم إن كان مدعى الفساد هو المالك لم يكن له المطالبه بفاضل المسمى عن أجره المثل إن كان، و إن وجب على المستأجر دفعه.

و إن كان هو المستأجر فليس له طلب الزائد من أجره المثل عن المسمى، لأنه الواجب بزعمه، و إن لم يكن للمالك طلبه لو لم يكن قد قبضه، فهذه أحكام المسأله.

قوله: (و لو اختلفا فى قدر الأجره، فقال: آجرتك سنه بدينار، فقال: بل بنصفه فالقول قول المستأجر مع يمينه. و لو اختلفا فى المده فقال: آجرتك سنه بدينار، فقال: بل سنتين بدينارين فالقول قول المالك مع يمينه).

أما الحكم فى الأولى، فلأنهما قد اتفقا على العقد و على العين

و المده، و وقع الاختلاف فى زياده الأجره، فالقول قول المستأجر بيمينه فى نفيها.

و أما الثانيه، فلاتفاهما على العقد و العين و الأجره، و اختلفا فى زياده المده، فالقول قول من ينفىها و هو المالك بيمينه.

فإن قلت: إنهما مع الاختلاف فى المده مختلفان فى الأجره أيضا.

قلت: لما اتفقا على أن الأجره عن السنه دينار لم يكن بينهما اختلاف فيها من حيث هى هى، إنما الاختلاف فى المده، و بسبب الاختلاف فيها لزم الاختلاف فى زياده الأجره و عدمها.

و لا- يخفى أن هذا إنما يتم إذا ادعى التصريح مع الاستتجار سنتين بدينارين، بأن الأجره لكل سنه دينار، أو كانت السنتان متساويتين فى الأجره فى الواقع بالنسبه إلى ذلك الشىء.

ثم إنه مع هذا لا- يندفع الاختلاف فى الأجره و إن كان ناشئا عن الاختلاف فى المده. و يحتمل قويا التحالف فى المسألتين معا، لأن كلا منهما مدع و منكر، و ما ذكر فى الاستدلال من اتفاهما على ما عدا الأجره فى الأولى، و على ما عدا المده فى الثانيه غير واضح، إذ لا اتفاق بينهما، لأن أحدهما يدعى وقوع العقد على العين مده كذا بالأقل مثلا، و الآخر يدعى وقوع ذلك بالأكثر.

و لا- ريب أن المقارن لأحد المتقابلين غير المقارن للمقابل الآخر، فكيف يكون عينه حتى يدعى الاتفاق على وقوعه؟ نعم هو مثله. و تخيل أن القدر المشترك بينهما متفق على وقوعه فاسد، لأن القدر المشترك من حيث هو كذلك يمتنع وجوده فى الخارج، فالواقع إنما هو المقيّد لا المشترك، و ليس بين هاتين المسألتين و التى بعدهما فرق مؤثر ليفرق المصنف بينهما فى

و لو قال: بل سنتين بدينار، فهنا قد اختلفا في قدر العوض و المده فالأقرب التحالف، فإذا تحالفا قبل مضى شيء من المده فسخ العقدان، و رجع كل منهما في ماله، فإن رضی أحدهما بما حلف عليه الآخر أقر، الفتوى، و لا ريب في قوه احتمال التحالف.

قوله: (و لو قال: بل سنتين بدينار فقد اختلفا في قدر العوض و المده فالأقرب التحالف).

أما الاختلاف في المده فظاهر، و أما الاختلاف في العوض فإنه على قول أحدهما عوض السنه دينار، و على قول الآخر نصف دينار.

و لقائل أن يقول: إن العوض الذي جرى عليه العقد متفقان عليه، و إنما الاختلاف في زياده المده و عدمها.

و وجه القرب: أن كل واحد منهما يدعى عقدا مغايرا للعقد الذي يدعيه الآخر، و الآخر ينكره فيتحالفان. و قال الشيخ في الخلاف في باب المزارعه: تستعمل القرعه (١)، و هو ضعيف، لأن القرعه في الأمر المشكل الذي لا يستفاد حكمه من الشرع.

و يحتمل تقديم قول المالک بيمينه كما قدّمنا قول المستأجر في المسأله الأولى، للاتفاق على تعيين الدينار، و الاختلاف إنما هو في قدر ما قوبل به من المده، كما اتفقا في المسأله الأولى على تعيين السنه، و اختلفا في قدر الأجره المقابله لها، و قد صرح بهذا الاحتمال المصنف في التذکره (٢).

قوله: (إذا تحالفا قبل مضى شيء من المده فسخ العقدان، و رجع كل منهما في ماله، و إن رضی أحدهما بما حلف عليه الآخر أقر

ص: ٢٩٣

١- ١) الخلاف ٢: ١٢٧ مسألة ١٠ كتاب المزارعه.

٢- ٢) التذکره ٢: ٣٣٠. [١]

العقدو إن كان بعد المده أو شيء منها سقط المسمى و وجب أجره المثل ما لم يزد عما يدعيه المالك و تنقص عما يدعيه المستأجر، العقد).

كل موضع حكمنا فيه بالتحالف: إما أن يكون ذلك قبل مضي شيء من المده، أو بعده. فإن كان قبله فسخ العقدان بالتحالف، و رجع كل منهما في ماله، لانتفاء كل من العقدين الذي يدعيه أحدهما بيمين الآخر.

و إن رضی أحدهما بما حلف عليه الآخر أقر العقد الذي يدعيه الحالف، و هذا إذا حلف يميناً جامعاً للنفي و الإثبات ظاهراً.

و إن اقتصر على نفي العقد الذي يدعيه صاحبه فلا بد من تصديقه على دعواه، أو ردّ اليمين الآخر عليه إن رضی بالرد أو نكل.

قوله: (و إن كان بعد المده، أو شيء منها سقط المسمى، و وجب أجره المثل ما لم تزد عما يدعيه المالك، و تنقص عما يدعيه المستأجر).

أى: و إن كان التحالف بعد مضي المده، أو شيء منها سقط المسمى، لانتفاء الإجاره بالانفساخ، و وجبت أجره المثل ما لم تزد عما يدعيه المالك، لاعتراف المالك بعدم استحقاق الزيادة، فيدفع إليه حينئذ المسمى.

و كذا لا يقتصر على أجره المثل، أو نقصت عما يدعيه المستأجر، لأنه يعترف بوجوب زياده فيجب دفعها، فيتخرج - إذا زادت أجره المثل عن المسمى الذي يدعيه المالك - أن لا يجب على المستأجر اليمين، لأنه إذا حلف استحق المالك المسمى فليأخذه من أول الأمر.

و يرد: أن لتوجه اليمين فوائد أخرى:

و يحتمل مع التحالف استحقاق المنافع سنه بالنسبه من الدينار. منها: أنه ربما رد اليمين على الآخر، أو نكل فردت عليه، فإنه إذا حلف ثبت ما يدعيه، فلا يجب المسمى الذى يدعيه المالك.

و منها: ربما خاف اليمين فأقر بالواقع على تقدير مطابقته لدعوى الآخر، فتوجه اليمين عليه رجاء لذلك.

و لو نقصت أجره المثل عما يدعيه المستأجر تخرّج أن لا يجب على المالك اليمين، لأنه إذا حلف لنفى ما يدعيه المستأجر ثبت ذلك المحلوف، فلا فائده لهذا اليمين، و إن نكل، أو ردّ اليمين، أو أقر فالواجب هو ذلك، فلا يظهر له أثر أصلا.

قوله: (و يحتمل مع التحالف استحقاق المنافع سنه بالنسبه من الدينار).

وجه الاحتمال: أن الذى انتفى بيمين المالك هو السستان بالدينار، و هو لا- ينافى ثبوت سنه بنصف دينار، و الذى انتفى بيمين المستأجر هو كون السنه بدينار، و ذلك لا ينافى كونها بنصف دينار أيضا، و قد تصادقا على وقوع الإجاره سنه، و أن أجرتها لا تنقص عن نصف دينار فليثبت ذلك إذ لا دليل على نفيه.

و فيه نظر، لأنهما لم يتصادقا على ذلك، لأن دعوى المستأجر السنتين و إن تضمن سنه، إلا أنه قد انتفى بيمين المالك لانتفاء المدلول المطابقى، فينتفى بانتفائه المدلول التضمنى.

و كذا القول فى دعوى المالك السنه بدينار فإنها قد انتفت بيمين المستأجر فينتفى التضمنى- و هو كونها بنصف دينار- لانتفاء المطابقى.

و لو قال المالك: آجرتكها سنه بدينار، فقال: بل استأجرتني لحفظها سنه بدينار قَدَم قول المالك في ثبوت الأجره، لأن السكنى قد وجدت من المستأجر فتفتقر إلى بينه تزيل عنه الضمان. و لو اختلفا في قدر المستأجر فالقول قول المالك، قوله: (و لو قال المالك: آجرتكها سنه بدينار، فقال: بل استأجرتني لحفظها سنه بدينار قَدَم قول المالك في ثبوت أجره، لأن السكنى قد وجدت من المستأجر، فيفتقر إلى بينه تزيل عنه الضمان).

لا ريب إن كل واحد منهما مدع و مدعى عليه، لأن المستأجر يدعى على المالك أجره الحفظ و هو ينكره، و المالك يدعى عليه أجره الدار و هو ينكر، فيتحالفان و تثبت أجره المثل، و قد صرح به في التذكرة.

و ما ذكره المصنف صحيح أيضا، فإنه إذا حلف المالك لنفى ما يدعيه المستأجر انتفى استحقاقه للأجره، و كون المنافع التى استوفاه لم تكن مباحه له فيثبت أجره فى الجملة، لكونه قد استوفى المنافع و لم يأت بمسقط لها عنه، و لا يتعين كونها المسمى أو أجره المثل، فإذا حلف المستأجر انتفى المسمى و تعين أجره المثل إلا أن تزيد على المسمى.

و يتخرج أنه إن زادت أجره المثل، أو ساوت المسمى لا حوجه إلى اليمين من المستأجر، لأن غايتها و جوب ذلك فلا فائده فيها.

إذا عرفت ذلك، فتتكبر الأجره فى العبارة فى قوله: (قَدَم قول المالك فى ثبوت أجره) حسن واقع فى موضعه.

ضابط: إذا حصل الاختلاف فى الأجره جنسا، أو قدرا، أو وصفا، أو فى المده، أو فى قدر المستأجر، أو عينه و جب التحالف.

قوله: (و لو اختلفا فى القدر المستأجر فالقول قول المالك).

إذا كان الاختلاف

و كذا لو اختلفا في رد العين المستأجره. في قدر المستأجر، مع اتفاقهما على جريان الإجاره على شىء منه، كأن قال: آجرتك البيت بدينار، فقال: بل البيت و سائر الدار فالقول قول المالك، لأنه المنكر للزائد. و يحتمل التحالف، لأن كل واحد منهما مدع و منكر، و قد ذكر الاحتمالين في التذكرة و لم يفت بشىء (١)، و لا ريب أن التحالف أقوى.

و لو اختلفا في تعيين المستأجر فالتحالف ليس إلا، كما لو قال:

آجرتك البيت، فقال: بل الحمام.

و لو اختلفا في جنس الأجره، أو وصفها فكذلك.

قال في التذكرة: أما لو لم يذكر العوض، و لا تنازعا فيه بأن كان قد قبضه المالك، و اتفقا على براءه ذمه المستأجر منه، ثم ادعى أنه استأجر الدار بأسرها، فقال المالك: بل آجرتك هذا البيت منها خاصة، فإنه يقدم قول المالك قطعا مع اليمين (٢).

أقول: إنى لا أجد فرقا- إذا وقع التصريح بالإجاره- بين أن يذكر العوض و عدمه، لأنهما حينئذ مختلفان في سبب استحقاقه و إن لم يذكره، فإن ذكر الملزوم، و الاختلاف فيه في قوه الاختلاف في اللازم.

نعم، لو سكتا عن الإجاره، و قال أحدهما: إنى استحق منفعه الدار بأسرها، فقال الآخر: بل تستحق منفعه البيت وحده، فإن المالك يحلف لنفى الزائد قطعا، لعدم التصريح بما يقتضى التحالف، لاحتمال اتفاقهما على سبب يتعلق بالبيت بخصوصه، و اختلافهما في حصول سبب آخر للباقي.

قوله: (و لو اختلفا في رد العين المستأجره).

أى: القول قول

ص: ٢٩٧

١- ١) التذكرة ٢: ٣٣٠. [١]

٢- ٢) التذكرة ٢: ٣٣٠. [٢]

و لو اختلفا فى التعدى فالقول قول المستأجر، و كذا لو ادعى الصانع أو الملاح أو المكارى هلاك المتاع، و أنكر المالك فالقول قولهم مع اليمين، و كذا إن ادعى إباق العبد من يده أو أن الدابه نفقت أو شرّدت و أنكر المالك، المالك فيه يمينه، لأنه منكر.

قوله: (و لو اختلفا فى التعدى فالقول قول المستأجر).

لأنه أمين، و الأصل عدم التعدى، و هو منكر له.

قوله: (و كذا لو ادعى الصانع، أو الملاح، أو المكارى هلاك المتاع، و أنكر المالك فالقول قولهم مع اليمين).

لأنهم أمناء، و لأنهم ربما كانوا صادقين، فلو لم يقبل قولهم باليمين لخلد حبسهم. و قد سبق فى الغصب قبول قول الغاصب بيمينه فى التلف فهؤلاء أولى، و هذا قول جمع من الأصحاب (١).

و قال المفيد (٢)، و المرتضى (٣)، و جمع، إنهم يكلفون البنيه لادعائهم خلاف الأصل، و قد ورد فى بعض الأخبار عدم القبول إلا بالبينه (٤)، و الأصح الأول.

قوله: (و كذا إن ادعى إباق العبد من يده، أو أن الدابه نفقت أو شرّدت، و أنكر المالك).

أى: و كذا القول قول المستأجر فى إباق العبد من يده، و إن الدابه نفقت أو شرّدت لو أنكر المالك ذلك. و وجهه: أنه أمين، و إمكان صدقه،

ص: ٢٩٨

١- ١) منهم المحقق فى الشرائع ٢: ١٨٩.

٢- ٢) المقنعه: ٩٩.

٣- ٣) الانتصار: ٢٢٥.

٤- ٤) الكافي ٥: ٢٤٣، حديث ١، التهذيب ٧: ١٢٩، حديث ٥٦٤.

و لا أجره على المستأجر مع اليمين. و لو ادعى أن العبد مرض فى يده و جاء به صحيحاً قَدَم قول المالك، و إن جاء به مريضاً قَدَم قوله. و لو اختلفا فى وقت الهلاك، أو الإباق، أو المرض فالقول قول المستأجر، لأن الأصل عدم العمل إن قَدَر به و قلنا يملك بالعمل، و إلا فلو لم يقبل يمينه لأفضى إلى تخليد حسه.

و هذا إذا لم يأت بالعبد غير آبق، و كذا الدابة. فإن أتى به أو بالدابة، و ادعى الإباق أو الشرود جميع المده أو بعضها لم تسمع دعواه إلا بالبينه، لأن ذلك خلاف الإحلاف، و لأنه يدعى عدم وصول العوض إليه مع إنه مَكَّن منه ظاهراً.

قوله: (و لا أجره على المستأجر مع اليمين).

يريد به فى جميع هذه الصور: التى ادعى فيها المستأجر هلاك العين إذا ادعى الهلاك فى أول مده الإجاره، لأن القول قوله فى ذلك، لأنه أعلم بوقت الهلاك، لكونه حصل فى يده، و لأن الأصل عدم العمل فكأنه يدعى بقاء استحقاقه، و سيأتى لهذه المسأله مزيد كلام.

قوله: (و لو ادعى أن العبد مرض فى يده، و جاء به صحيحاً قَدَم قول المالك، و إن جاء به مريضاً قَدَم قوله).

لأنه إذا جاء به صحيحاً فقد ادعى ما يخالف الأصل و ليس معه دليل عليه، و إذا جاء به مريضاً فقد وجد ما يخالف الأصل يقيناً، فكان القول قوله فى مده المرض، لأنه أعلم بذلك لكونه فى يده.

قوله: (و لو اختلفا فى وقت الهلاك، أو الإباق، أو المرض فالقول قول المستأجر، لأن الأصل عدم العمل إن قدر به و قلنا يملك

فإشكال، بالعمل، وإلا فإشكال).

إذا اختلف المؤجر و المستأجر فى وقت هلاك العبد، أو إباقه، أو مرضه هل هو بعد العمل أو قبله بعد اتفاقهما على حصول ذلك قديم قول المستأجر بيمينه دون المالك، لأن الأصل عدم العمل المقتضى لتملك الأجره، و المالك يدعيه ليستحق الأجره، و المستأجر ينكره.

هذا إن وقع التقدير للمنفعه فى عقد الإجاره بالعمل، و قلنا إنه بمجرد حصوله يملك الأجره، و إن لم يسلم العمل إلى المستأجر ليتحقق تملك الأجره به.

و إن لم نقل بأنها تملك بالعمل، بل به و بالتسليم إلى المستأجر ففى تقديم قول المؤجر أو المستأجر باليمين إشكال، ينشأ: من أن المستأجر بدعواه تقدم الإباق مخالف للأصل فيكون مدعيا، و قول المالك إنما لم يحكم بتقديمه، لأنه يحاول به إثبات استقرار تملك الأجره، و الأصل عدمه، و هذا المانع هنا منتف فيكون القول قول المالك بيمينه.

و من أن العمل و إن لم يثبت به استقرار الأجره، إلا- أن له مدخلا فى ذلك، فهو جزء السبب، فحينئذ المالك يحاول به تمهيد إثبات استحقاق الأجره، فلا يقدم قوله فيه باليمين، و هذا الوجه أقرب.

و لقائل أن يقول: إن الاختلاف إن كان فى مجرد العمل- إن قلنا إن شرط استقرار الأجره حصول التسليم- فلا فائده فيه أصلا، لأن وجوده كعدمه، فأى فائده لثبوت التنازع فيه، و الإقدام على اليمين، و جعله مقدمه لثبوت الاستقرار إذا ضم إليه بعد ذلك دعوى التسليم ليس بشيء، لأن دعوى التسليم للعمل تتضمن دعوى العمل فلا يكون إثبات العمل مقدمه له، فوجودها و عدمها على حد سواء، فلا يتجه يمين واحد منهما، فإن غايه توجه اليمين هو كونه بحيث إذا أقر المدعى عليه بما يحلف عليه نفع. و هنا ليس

و إن قَدَر بالزمان قَدَم قول المالك. و لو قال: أمرتك بقطعه قباء، فقال: بل قميصا قَدَم قول المالك على رأى، كذلك، لأنه لو أقر بالعمل من دون التسليم لم يلزمه شىء.

قوله: (و إن قَدَر بالزمان قَدَم قول المالك).

لأن الأصل عدم تقدم الهلاك.

فإن قيل: الأصل أيضاً عدم استحقاق الأجره.

قلنا: بعد تسليم العبد و كون الأصل بقاءه إلى أن يعلم الهلاك، و يتحقق سبب استقرارها فلا ينتفى إلا بحجه.

فإن قيل: كذا نقول فى مسأله التقدير بالعمل.

قلنا: لا يجىء مثل هذا هناك، لأن سبب الاستقرار هناك العمل، و الأصل عدمه، و لم يدل على تحققه شىء. و المقتضى للاستقرار هنا هو التسليم للعين للانتفاع طول مدته الزمان المعين، و قد تحقق التسليم بدفع العين، و استمرار ذلك طول المده مستند إلى أصاله بقاءه، فقول المستأجر مخالف للأصل، من حيث أنه يدعى تقدم الهلاك، و من أنه يدعى حدوث المسقط لاستقرار الأجره.

و إذا تقرر هذا ظهر أن قول المصنف سابقا: (و لا أجره على المستأجر مع اليمين) بعد قوله: (و كذا إن ادعى إباق العبد من يده) لا يستقيم على إطلاقه، لأنه بمجرد دعوى الإباق فى الجملة بعد تسلمه العبد لا يسقط الأجره، ما لم يدع كون ذلك سابقا على العمل، فإذا ادعى ذلك فلا بد من التفصيل بكون التقدير بالعمل أو بالزمان.

قوله: (و لو قال: أمرتك بقطعه قباء، فقال: بل قميصا، قَدَم قول المالك على رأى).

الرأى المذكور هو قول

الشيخ في كتاب الإجاره من الخلاف (١)، و ابن إدريس (٢). و وجهه: أن الخياط يدعى الإذن في قطعه قميصا و الأصل عدمه، و المالك ينكر ذلك فيكون القول قوله بيمينه، و لأنه أحدث نقصا بالقطع و يدعى المسقط لزمانه و هو إذن المالك، و لتقديم قول المالك في أصل الإذن لو اختلفا فيه قطعاً، فكذا في صفته، لأن مرجعه إلى الاختلاف في الإذن على وجه مخصوص.

و قال الشيخ في كتاب الوكاله من الخلاف: إن القول قول الخياط، لأن الأصل عدم تفريط (٣). و هو ضعيف، لما قلناه من دعواه الإذن المخالف للأصل.

و قال الشافعي: إن الخياط يدعى الأجره و ينفى الغرم، و رب الثوب يدعى الغرم و ينفى الأجره، فلا أقبل قولهما بل يحلف كل واحد منهما لصاحبه، و يرد الثوب على صاحبه و لا أجره للخياط و لا غرم عليه (٤).

قال المصنف في التذكرة: و ليس بجيد، لأن الاختلاف وقع في الإذن لا في الأجره و الغرم، فكان القول قول منكر الإذن، و لأن الخياط يعترف بأنه أحدث نقصا في الثوب و يدعى الإذن فيه، و الأصل عدمه، و لأنه يدعى أنه أتى بالعمل الذي استأجره عليه و المالك ينكره (٥).

قلت: هذا بيان أن الخياط مدع و ذلك لا ينفى كون المالك مدعياً، و لا بد من تحققه لينتفى التحالف.

ص: ٣٠٢

١- (١) الخلاف ٢: ١٢٤ مسألة ٣٤ كتاب الإجاره.

٢- (٢) السرائر: ٢٧٤.

٣- (٣) الخلاف ٢: ٨٧ مسألة ١١ كتاب الوكاله.

٤- (٤) المجموع ١٥: ١٠٦.

٥- (٥) التذكرة ٢: ٣٣١. [١]

فلو أراد الخياط فتقه لم يكن له ذلك إن كانت الخيوط من الثوب أو المالك، ولا أجره له و عليه الأرش. و وجهه: أن المالك لا يدعى على الخياط بشيء، لأن مجرد الإذن في القطع قباء لا يوجب على الخياط شيئاً، إذ لو لم يحدث الخياط حدثاً في الثوب لم يكن عليه بسبب الإذن ضمان، غايه ما في الباب أنه لا يستحق أجره. وإنما يتحقق التنازع باعتبار القطع قميصاً، و دعوى الخياط الإذن فيه لينفى عن نفسه الغرم.

ثم قال المصنف: و من قدّم قول الخياط فلا- بد و أن يقول بالتحالف، لأنه إذا حلف الخياط خرج من ضمان الثوب، فيحلف المالك لنفى الأجره و هذا هو التحالف (١).

قلت: فعلى هذا يكون قول الشيخ في الخلاف بتحليف الخياط مصيراً إلى التحالف (٢)، و إن لم يصرح به، و ما ذكره لا يوجب. و سيأتي في عبارته الكتاب ما يخالفه. و الذى فى التذكرة هو الأوجه، و الأصح عدم التحالف، بل التحالف هنا لا وجه له.

قوله: (و لو أراد الخياط فتقه لم يكن له ذلك إن كانت الخيوط من الثوب أو المالك، و لا أجره له، و عليه الأرش).

لا- ريب أنه إذا حلف المالك لنفى الإذن فى القطع قباء يجب على الخياط الأرش، و هو- على ما اختاره فى التذكرة (٣)- تفاوت ما بين قيمته مقطوعاً يصلح للقباء، و مقطوعاً قميصاً. و يحتمل كونه تفاوت ما بين قيمته مقطوعاً و صحيحاً، و هذا أوجه، لأن القطع قميصاً عدوان.

نعم لو لم يتفاوت القميص و القباء فى بعض القطع أمكن أن لا يجب

ص: ٣٠٣

١- ١) التذكرة ٣٣١: ٢. [١]

٢- ٢) المصدر السابق.

٣- ٣) الخلاف ٢: ٨٧ مسألة ١١ كتاب الوكالة.

و لو كانت الخيوط للخيّاط ففي أخذها نظر، أقربه ذلك، أرشه، لكونه من جمله المأذون فيه، إذ لا أثر لقصد القميص بقطعه، و قد نبهنا على اعتبار ذلك سابقا. و حيث كان على الخياط الأرش، فمعلوم أنه لا أجره له.

فعلى هذا لو أراد فتح القميص لم يكن له ذلك إن كانت الخيوط للمالك، سواء كانت من الثوب أم من غيره، إذ ليس له عين يمكنه انتزاعها.

و العمل و إن كان كالأعيان في المالىة، إلا أنه ليس عينا حقيقه يمكن تخليصها من مال الغير و قد صدر عدوانا، فكان كما لو نقل ملك غيره من موضع إلى آخر عدوانا لم يكن له رده إلا بمطالبه المالك.

قوله: (و لو كانت الخيوط للخيّاط ففي أخذها نظر، أقربه ذلك).

منشأ النظر من أنه قد ثبت بيمين المالك أنه وضعها بغير إذن، فلم يكن له أخذها، لاستلزامه التصرف في مال الغير عدوانا. و لأن الخياط يزعم كونها للمالك، بناء على أن الخيوط على الخياط، و أنه إنما يستحق الأجره، و قد ظلمه المالك بإنكاره فلم يكن له الأخذ.

و من أنها عين ماله و هي باقيه، فكانت كالصبغ في الثوب المغصوب فيمكن من أخذها.

و على القول بأن الخيوط على الخياط، فإنما يكون ذلك على تقدير بقاء الأجره، أما إذا انتفت ظاهرا و تعذر على الأجير العوض فله الرجوع إلى عين ماله، لتعذر المعاوضه. و بقوه هذا الوجه يظهر وجه القرب و هو الأصح.

و لو أراد المالك تملكها بالقيمه فقد سبق حكمه في الغصب.

فلو قال المالك: أنا أشد في كل خيط خيطا، حتى إذا سلّه عاد خيط المالك في مكانه لم تجب الإجابة، و على رأى قدّم قول الخياط، فيسقط عنه الغرم و له أجره مثله بعد اليمين، لا المسمى إن زاد، لأنه لا يثبت بقوله. قوله: (فلو قال المالك: أنا أشد في كل خيط خيطا حتى إذا سلّه عاد خيط المالك في مكانه لم تجب الإجابة).

و ذلك، لأنه انتفاع و تصرف في ملك الغير بغير موجب يقتضيه، فلا تجب الإجابة إليه، و لا يجوز إلا بإذن المالك.

قوله: (و على رأى قول الخياط فيسقط عنه الغرم و له أجره مثله بعد اليمين، لا المسمى إن زاد، لأنه لا يثبت بقوله).

ظاهر كلامه أن الإشاره ب(الرأى) إلى قول الشيخ في الخلاف (1)، لكنه في التذكرة قال: إن كلام الشيخ في الخلاف يشعر بعدم الاستحقاق، لأنه في الأجره مدع، فيكون القول قول المنكر. و فائده يمينه دفع الغرم عن نفسه، و لأنه لو استحقها استحقها بيمينه و لا- يجب له ما يدعيه بيمينه ابتداء، لأن النبي صلى الله عليه و آله قال: «لو يعطى الناس بدعواهم لا دعى قوم دماء قوم و أموالهم» (2) و لكن اليمين على المدعى عليه (3).

و ما ذكره صحيح، فحينئذ لا يكون الرأى المشار إليه مذهبا لنا، و إنما هو قول الشافعيه (4)، و وجهه ما ذكره.

و تنقيحه: أن انتفاء الغرم تابع لثبوت الإذن، و قد ثبت بيمين الخياط

ص: ٣٠٥

١- ١) الخلاف ٢: ٨٧ مسألة ١١ كتاب الوكاله.

٢- ٢) سنن ابن ماجه ٢: ٧٧٨ حديث ٢٣٢١، و كنز العمال ٦: ١٨٧ حديث ١٥٢٨٥.

٣- ٣) التذكرة ٢: ٣٣١. [١]

٤- ٤) انظر: المجموع ١٠٥: ١٠٦-١٠٥.

و لو غصبت العين فأقر المؤجر بالملكه له قبل فى حقه دون المستأجر، و للمستأجر مخاصمه الغاصب لأجل حقه فى المنفعه، و هو يستلزم أجره، فإذا امتنع ثبوت المسمى لامتناع ثبوته بيمين الخياط استحق أجره المثل، إلا أن يساويها المسمى أو ينقص عنها فيثبت المسمى، لاعترافه بعدم استحقاق الزائد.

و لا يخفى ضعف هذا، لأن اليمين لا يتوجه على المدعى ابتداء، سواء كان الغرض منها دفع الغرم أو جلب النفع.

قوله: (و لو غصبت العين فأقر المؤجر بالملكه له قبل فى حقه دون المستأجر).

أى: أقر المؤجر بالملكه للغاصب، فإن إقراره فى حق المستأجر لا ينفذ للحكم بصحة الإجاره، و الإقرار على الغير لا يجوز. نعم ينفذ فى حقه فيحكم بالرقبه للمقر له، دون المنفعه فإنه قد ملكها المستأجر.

و للشافعيه فى نفوذ الإقرار قولان:

أحدهما: العدم، لمنافاته العقد السابق (١).

و الثانى: النفوذ لأنه مالك غير متهم، بخلاف البائع فإن إقراره إنما هو على المشتري.

فعلى هذا هل يبطل حق المستأجر من المنفعه، سواء كانت العين فى يد المؤجر أو المستأجر أم لا؟ فيه أوجه، و المذهب عندنا ما ذكره المصنف، و فيه رد على خلافهم، و ضعفه أظهر من أن يحتاج إلى بيان.

قوله: (و للمستأجر مخاصمه الغاصب لأجل حقه فى المنفعه).

ليست هذه من تتمه المسأله الأولى، و إنما هى مسأله على حده، و إن

ص: ٣٠٦

و لو اختلفا فى المبطل للعقد فالقول قول مدعى الصحة.

كانت العبارة توهم أنها من متممات الأولى.

و تحقيقه: أن العين المستأجره إذا غصبها غاصب، سواء كان الغصب من المؤجر أم من المستأجر، فلا بحث فى أن للمؤجر مخاصمه الغاصب فيها بحق الملك، و لكون هذا الحكم إجماعى لم يتعرض إليه المصنف.

و للمستأجر أيضا مخاصمته فى أنها ملك للمؤجر، و أنه استحق منفعتها بالإجاره، لأن له حقا متعلقا بها لاستحقاقه المنفعه، فله مطالبته بها ليستوفى منفعته.

و قال بعض الشافعيه: ليس له ذلك، لأنه ليس بمالك و لا نائب عنه (1)، و ليس بصحيح، لأن المستأجر يستحق فى تلك العين حقا على وجه الملكيه جرت عليه المعاوضه فكانت له المطالبه به و المنازعه لأجله.

و مثله المرتهن فى الرهن، و غريم المفلس، و الميت فى العين المغصوبه، و الدين عند المنكر، و كذا غريم المماطل، و الغائب إذا طالب بعين أو دين للمديون، لأنهم مستحقون لذلك فجازت المطالبه لهذا الاستحقاق.

قوله: (و لو اختلفا فى المبطل للعقد فالقول قول مدعى الصحة).

لا شك أنه إذا حصل الاتفاق على حصول جميع الأمور المعبره فى العقد، من حصول الإيجاب و القبول من الكاملين، و جريانهما على العوضين المعبرين، و وقع الاختلاف فى شرط مفسد مثلا فالقول قول مدعى الصحة بيمينه، لأنه الموافق للأصل، فإن الأصل عدم ذلك المفسد، و الأصل فى فعل المسلم الصحة.

ص: ٣٠٧

و لو قال: آجرتك كل شهر بدرهم من غير تعيين، فقال: بل سنه بدينار ففي تقديم قول المستأجر نظر، فإن قَدَمنا قول المالك فالأقوى صحة العقد في الشهر الأول، لا يقال: الأصل بقاء الملك على مالكه، فيعارض الأصل المذكور.

لأننا نقول: بعد صدور الإيجاب و القبول على الوجه المعتبر، و عدم العلم بالمنافى لصحتها، المقتضى للحكم بصحتها عملاً باستصحاب الحال تحقق السبب الناقل، فلم يبق ذلك الأصل كما كان.

أما إذا حصل الاختلاف مع الصحة و الفساد في حصول بعض الأمور المعتبره و عدمه، فإن هذا الاستدلال لا يستمر هاهنا، فإن الأصل عدم السبب الناقل. و من ذلك ما لو ادعى أنى اشترت العبد، فقال: بل بعتك حراً.

قوله: (و لو قال: آجرتك كل شهر بدرهم من غير تعيين، فقال: بل سنه بدينار ففي تقديم قول المستأجر نظر).

ينشأ: من أنه مدع للصحة، و هى موافقه للأصل، فيكون هو المنكر، فيقدم قوله باليمين.

و من أنه مع ذلك يدعى أمراً زائداً، و هو استئجار سنه بدينار، و المالك ينكره، فلا يقدم قوله فيه، لأن الأصل عدمه، و لأن الأمور المعتبره فى العقد لم يقع الاتفاق عليها، فلم تثبت سببته، و تقديم قول مدعى الصحة فرع ذلك كما حققناه فى المسأله السابقه، فعدم تقديم قوله أوجه.

قوله: (فإن قَدَمنا قول المالك فالأقوى صحة العقد فى الشهر الأول هنا).

لا يخفى أنا إن قَدَمنا قول المستأجر بيمينه فالأمر واضح، و لذلك ترك المصنف التعرض إليه.

و إن قدّمنا قول المالك في فساد العقد، فتقديمه إنما هو في الأمر الذي تضمنت دعوى المستأجر الصحة دعوى أمر آخر زائد على مجرد الصحة، لأنه إذا كان الاختلاف في مجرد الصحة فالقول قول مدعيها بيمينه قطعاً.

و لا ريب أن دعوى تعيين مجموع سنه بدينار مشتمل على أمرين:

الصحة، و خصوص ذلك التعيين، فحيث قدّمنا قول المالك في ذلك وجب انتفاء ذلك بيمينه.

أما القدر الذي اتفقت دعواهما على حصوله و تعيين أجرته - كشهـر بدرهم، إذا كان صرف الدينار اثني عشر درهماً - فإن الاختلاف ليس إلا في مجرد صحة العقد الجاري عليه و فساده، فيقدّم فيه قول المستأجر بيمينه، عملاً بما تقرر من تقديم قول مدع الصحة إذا لم يدع أمراً زائداً، وهذا هو الذي قوّاه المصنف في العبارة، فيحلف المالك بالنسبة إلى المجموع، و يحلف المستأجر بالنسبة إلى ذلك البعض، و تثبت الإجاره فيه.

و يحتمل العدم، لأن المتنازع فيه عقد واحد، إذا حكم بفساده - لحلف المالك على عدم التعيين فيه للمده - انتفى فتنتفى الأمور التي تضمنها، و هي إجاره الشهر و ما جرى هذا المجرى، لا متناع أن يحكم بفساد المطابقى و لا يفسد الضمنى، و الاحتمال الأول ضعيف جداً.

و مع ذلك فتبحث في العبارة أمور:

الأول: ذكر الشهر بخصوصه، و وجه تخصيصه بالذكر: أن دعوى المالك تقتضى تعيين شهر، و عدم تعيين ما سواه. و يشكل بأن «كلّ» يقتضى التعدد، و أقل مراتبه مرتان.

الثانى: أن تقييده بقوله: (هنا) فائدته تخصيص هذا بالصحة في الشهر إذا حلف المستأجر، بناء على تقديم قوله فيه، بخلاف ما إذا اتفقا على وقوع الإجاره كل شهر بدرهم، فإنه لا يلزم الصحة في شهر.

و كذا الإشكال فى تقديم قول المستأجر لو ادعى أجره مده معلومه أو عوضا معيناً، و أنكر المالك التعيين فيهما، و الأقوى التقديم فيما لم يتضمن دعوى. و الفرق أنه هناك قد اتفقا على تضمن العقد المفسد، و اختلفا هنا فى الصحة و الفساد. و قد كان تقديم قول مدعى الصحة هو الجارى على القوانين، لكن يحلف هنا لدعواه أمراً زائداً، و فى الشهر الواحد انتفى المانع فأجرى على الأصل.

الثالث: أن عبارته المصنف و إن لم يستقم أن يريد بها إلا هذا المعنى، إلا أنها لا تؤديه بل هى غير صحيحة فى نفسها، فإن الحكم بصحة العقد فى الشهر الأول، بناء على تقديم قول المالك بمجرد من دون يمين المستأجر معلوم البطلان، فيتعين أن يكون مقصوده من العبارة: أن الأقوى تقديم قول المستأجر فى صحة العقد فى الشهر الأول، و إن كان الذى سبق إليه القلم خلاف ذلك.

قوله: (و كذا الإشكال فى تقديم قول المستأجر لو ادعى أجره معلومه، أو عوضا معيناً و أنكر المالك التعيين فيهما، و الأقوى التقديم فيما لم يتضمن دعوى).

أى: و مثل الإشكال السابق فى تقديم قول المستأجر لو اختلفا فى المدة و الأجره آت فيما إذا اختلفا، فادعى المستأجر أجره معلومه كدينار مثلاً، أو عوضاً معيناً كثوب مخصوص، و نحو ذلك، و أنكر المالك التعيين فى الأجره أو فى العوض بحيث لزم الغرر و الجهالة، و تقريبه ما سبق بعينه.

و الأقوى عند المصنف: تقديم قول المستأجر بيمينه فيما لا يتضمن دعوى أمر آخر غير الصحة على المؤجر، كما لو كان العوض الذى ادعاه المستأجر لا يزيد على أجره المثل، فإن ذلك القدر ثابت على كل تقدير، فيقدم فيه قول مدعى الصحة، عملاً بالأصل مع عدم المنافى.

اشاره

المقصد الثاني: في المزارعه، وفيه فصلان:

الأول: في أركانها

اشاره

الأول: في أركانها، وهي أربعه:

الأول: العقد

الأول: العقد، المزارعه: مفاعله من الزرع، وهي معاملته على الأرض بالزراعه بحصه من نمائها. وهذا الذي ذكره يمكن أن يرد عليه أمران:

أحدهما: إن الاختلاف الذي لا- تترتب عليه فائده أصلا، ولا- يكون فيه إلا محض تجرع مراره اليمين، و امتهان اسم الله العظيم بالحلف به لغير مصلحه لا يكاد يقع ممن يعقل، ومع الفائده فالمحذور قائم.

الثاني: إن تقديم قول مدعى الصحه إنما يتحقق على ما بيناه، حيث يتفقان على حصول أركان العقد و يختلفان في وقوع المفسد، فإن التمسك لفيه بالأصل هو المحقق لكون مدعى الصحه منكرا، دون ما إذا اختلفا في شيء من أركان العقد فإنه لا وجه للتقديم حينئذ.

و بهذا يتبين أن مدعى الصحه هنا لا- يقدم قوله على حال من الأحوال، لأن الاختلاف وقع في ركن العقد و هو تعيين الأجره، فيكون ادعاؤه كادعاء أصل العقد.

و عدم تفاوت الأجره و اجره المثل لا يكون مصححا لتقديم قوله باليمين، غايه ما في الباب أن الاختلاف حينئذ لا تظهر له ثمره.

و اعلم أنه قد يقال: إن قوله: (لو ادعى أجره معلومه) مغن عن قوله: (أو عوضا معيناً) فالتعرض إليه لا فائده فيه.

قوله: (المزارعه: مفاعله من الزرع، وهي معاملته على الأرض بحصه من نمائها).

لا شك أن المزارعه

و لا بد فيها من إيجاب كقوله: زارعتك، أو عاملتك، أو ازرع هذه الأرض على اشكال، أو سلمتها إليك للزرع، و شبهه مده كذا بحصه معلومه من حاصلها.

في أصل اللغه: مفاعله من الزرع، و هذا المعنى متحقق مع المعنى الشرعي، لأن المعامله المذكوره يقارنها الزرع من المتعاملين و إن كان بمباشره أحدهما، لأن الآخر بأمره إياه زارع.

و في الشرع: معاملة على الأرض بالزراعة بحصه من نمائها. و بالقييد الأخير تخرج باقى أقسام الإجاره. و هل هي المخابره أم غيرها؟ فيه اختلاف، و لا كثير فائده في تحقيقه.

قوله: (و لا بد فيها من إيجاب كقوله: زارعتك، أو عاملتك، أو ازرع هذه الأرض على اشكال).

لا ريب أنه لا بد في المزارعه من إيجاب بالعربيه، كغيره من العقود اللازمه، و هو ما يدل على تسليم الأرض للزرعه بحصه مشاعه كقوله:

زارعتك، و ما أشبهه.

و هل يكفي ازرع هذه الأرض؟ فيه إشكال ينشأ: من أن المعتبر عند الشارع من صيغ الإنشاء الماضى، فلا ينعقد بغيره من المستقبل و فعل الأمر، و من دلالاته على المقصود، و لروايتى أبى الربيع الشامى (١)، و النضر بن سويد عن أبى عبد الله عليه السلام يقول لصاحب الأرض: ازرع لى أرضك و لك منها كذا و كذا (٢).

و يضعف بأن مجرد الدلاله لا يكفي، بل لا بد من الصيغه المعتبره شرعا، و لا دلالة في الروايتين على أن هذا القول هو العقد مع أنه لا تصريح

ص: ٣١٢

١- (١) التهذيب ٧: ١٩٤، حديث ٨٥٧، الفقيه ٣: ١٥٨، حديث ٦٩١.

٢- (٢) الكافي ٥: ٢٦٧، حديث ٤، [١] التهذيب ٧: ١٩٧، حديث ٨٧٢.

و من قبول، و هو كل لفظ أو فعل دل على الرضا. و هو عقد لازم من الطرفين، لا يبطل إلا بالتقاييل، لا بموت أحدهما. فيه بالقبول، فيمكن أن يكون هذا من جملة القول الذي يكون بين المتعاقدين قبل العقد ليتقرر الأمر بينهما، و الأصح عدم الصحة.

و اعلم أنه سبق في الرهن الا-جتزاء بقوله: هذا وثيقه مع أنه ليس بصيغه الماضى، و ظاهرهم الإطباق على صحته. و يمكن أن يقال: إن اسم الإشارة مشعر بالماضى، لأن إنشاء كونه وثيقه فى معنى الماضى فى الصراحة، و على كل حال فلا يجوز ذلك فى غير الرهن.

قوله: (و قبول، و هو كل لفظ أو فعل دل على الرضى).

لا شك فى الانعقاد بوقوع القبول بصيغه الماضى بالعرييه مع الإمكان.

و هل يكفى القبول فعلا؟ فيه نظر ينشأ: من حصول المقصود به و هو الدلالة على الرضى، و من أن السبب لا بد من كونه سببا عند الشارع، و لم يثبت كون الفعل كذلك. و لأن العقود اللازمه لا تسامح فيها بمثل ذلك، و الأصح العدم وفاقا للتذكرة (١).

قوله: (و هو عقد لازم من الطرفين لا يبطل إلا بالتقاييل، لا بموت أحدهما).

لزوم هذا العقد من الطرفين أمر متفق عليه، و لأن الأصل فى العقود اللزوم، لظاهر قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (٢)، و قوله عليه السلام «المؤمنون عند شروطهم» (٣) و لما كانت معامله انفسخت بالتقاييل.

ص: ٣١٣

١- (١) التذكرة ٣٣٧: ٢. [١]

٢- (٢) المائدة: ١. [٢]

٣- (٣) التهذيب ٣٧١: ٧، حديث ١٥٠٣، الاستبصار ٣: ٢٣٢، حديث ٨٣٥، عوالى اللآلى ١: ٢١٨، حديث ٨٤، و ٢: ٢٥٧، حديث ٧.

و لا بد فى العقد من صدوره عن مكلف جائز التصرف.

و لو تضمن العقد شرطاً سائغاً لا يقتضى الجهالة لزم. و لو عقد بلفظ الإجاره لم ينعقد و إن قصد الإجاره أو الزراعه، و لما كان الحصر فى قوله: (لا يبطل إلا بالتقاييل) فى مقابل قوله:

(لا- بموت أحدهما) لم يرد أنه قد يبطل بغير ذلك كأنقطاع الماء، و فساد منفعه النباتات فى الأرض. و لا نعرف خلافاً فى أن المزارعه لا تبطل بموت أحد المتعاقدين، بل إن مات العامل قام وارثه مقامه فى العمل، و إلاً استأجر الحاكم عليه من ماله أو على الحصره. و إن مات المالك بقيت المعامله بحالها، و على العامل القيام بتمام العمل.

قوله: (و لو تضمن العقد شرطاً سائغاً لا يقتضى الجهالة لزم).

المراد بالسائغ الجائز كما هو معلوم، و هل يخرج به ما ينافى مقصود المزارعه نظراً إلى كونه غير سائغ بالنظر إلى هذا العقد؟ فيه احتمال، و لا بد أن يراد بما لا يقتضى الجهالة، لا ما يقتضى جهاله زائده على القدر الذى امتاز به عقد المزارعه.

قوله: (و لو عقد بلفظ الإجاره لم ينعقد و إن قصد الإجاره أو الزراعه).

أى: إذا عقد المزارعه بلفظ الإجاره لم يصح، سواء قصد باللفظ حقيقه أم قصد المزارعه.

أما إذا قصد الإجاره فلأن العوض مجهول، و فى الإجاره لا بد من كون العوض معلوماً، و لأنه مشروط من نماء الأرض و هو مع كونه معدوماً مشروط من معين قد يحتاج، و مثله لا يجوز بل يجب أن يكون المشروط منه العوض فى موضع الصحه مما يندر احتياجه حتى يكون الغالب صحه العقد.

و أما إذا قصد المزارعه فلأن ألفاظ عقد لم يثبت جواز استعمالها فى

نعم تجوز إجاره الأرض بكل ما يصح أن يكون عوضا فى الإجاره و إن كان طعاما، إذا لم يشترط أنه مما يخرج من الأرض. و يكره أن يشترط مع الحصه شيئا من ذهب أو فضه. عقد آخر، و أسباب الشرع تحتاج إلى التوقيف.

قوله: (نعم تجوز إجاره الأرض بكل ما يصح أن يكون عوضا فى الإجاره، و إن كان طعاما إذا لم يشترط أنه مما يخرج من الأرض).

حيث أسلف أنه لا- تجوز المعامله المذكوره بلفظ الإجاره، سواء قصد الإجاره أو المزارعه، ربما أوهم ذلك عدم جواز الإجاره بالطعام فاستدرك بقوله: (نعم). لدفع هذا الوهم.

و المعنى: إن العوض فى الإجاره كما يصح أن يكون غير طعام، كذا يصح أن يكون طعاما، لصلاحيته لأن يقابل به المال، لكن يشترط لصلاحه الإجاره أن لا يكون ذلك الطعام الذى هو الأجره مشروطا كونه مما يخرج من الأرض لما قدمناه، و لقول الباقر عليه السلام و قد سئل عن إجاره الأرض بالطعام قال: «إن كان من طعامها فلا خير فيه» (١) و إذا كان كله شرا و جب اجتنابه.

و قوى المصنف فى التذكرة ما جزم به هنا (٢). و منع ابن البراج من إجاره الأرض بالطعام (٣)، استنادا إلى صحيحه الحلبي عن الصادق عليه السلام (٤)، و هى منزله على كون الطعام المشروط كونه اجره من نمائها جمعا بين الأخبار.

قوله: (و يكره أن يشترط مع الحصه شيئا من ذهب أو فضه).

حكى فى المختلف

ص: ٣١٥

١- ١) الكافي ٥: ٢٦٥ حديث ٦، [١] التهذيب ٧: ١٩٥ حديث ٨٦٤، الاستبصار ٣: ١٢٨ حديث ٤٦٠.

٢- ٢) التذكرة ٢: ٣٤١. [٢]

٣- ٣) المهذب ٢: ١٠.

٤- ٤) الكافي ٥: ٢٦٥ حديث ٣، [٣] الفقيه ٣: ١٥٩ حديث ٦٩٥، التهذيب ٧: ١٩٥ حديث ٨٦٣.

الثانى: تعيين المده.

ولا بد من ضبطها بالشهور والأعوام، ولا يكفى تعيين المزروع عنها، ويجوز على أكثر من عام واحد من غير حصر إذا ضبط القدر. ولو شرط مده يدرك الزرع فيها قطعاً أو ظناً صح. ولو علم القصور فأشكال، قولاً بالمنع من اشتراط شىء آخر مع الحصه غير مقيد بكونه من ذهب أو فضه (١)، وحكى القول بالكراميه عن الشيخ (٢)، وهو الأصح، لعموم «المؤمنون عند شروطهم» (٣).

قوله: (و يجوز على أكثر من عام واحد).

إذا ضبط القدر لعموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (٤).

قوله: (و لو شرط مده يدرك الزرع فيها علماً أو ظناً صح).

لوجود المقتضى للصحة، وانتفاء المانع، والظن مناط الشرعيات.

قوله: (و لو علم القصور فأشكال).

ينشأ من عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ وإمكان التراضى على الإبقاء بعد ذلك، و من أن العوض فى المزارعه هو الحصه من النماء و لا يتحقق فى المده، فيبقى العقد بغير عوض حاصل عند انتهاء المده، و لأن ذلك خلاف

ص: ٣١٦

١- (١) المختلف: ٣٤١.

٢- (٢) النهايه: ٤٤٢.

٣- (٣) التهذيب ٧: ٣٧١، حيث ١٥٠٣، الاستبصار ٣: ٢٣٢، حديث ١٨٣٥، عوالى اللآلى ٢: ٢٥٧، حديث ٧.

٤- (٤) المائده: ١. [١]

فلو ذكر مده يظن الإدراك فيها فلم يحصل فالأقرب أن للمالك الإزالة مع الأرض، أو التبقية بالأجره، سواء كان بسبب الزارع كالتفريط بالتأخير، أو من قبل الله تعالى كتغير الأهويه و تأخر المياه. وضع المزارعه، و الأصح عدم الصحه.

قوله: (و لو ذكر مده يظن الإدراك فيها فلم يحصل فالأقرب أن للمالك الإزالة مع الأرض، أو التبقية بالأجره، سواء كانت بسبب الزارع كالتفريط بالتأخير، أو من قبل الله تعالى كتغير الأهويه و تأخير المياه).

لا كلام فى صحه العقد فى نفسه، لاستجماع الأمور المعتره فيه، لكن هل للمالك الإزالة أم لا؟ الأقرب عند المصنف هنا أن له الإزالة مع الأرض، و هو تفاوت ما بين كونه قائما بالأجره و مقلوعا، أو التبقية بالأجره. و يجب فى الثانى رضاء الزارع، لأن إيجاب عوض فى ذمته لم يقتضه العقد لا يعقل بدون رضاه، و حينئذ فيكون مستدركا، لأنه سيأتى بعد ذلك و لا يكون ذكره فى حيز الأقرب صحيحا، لأن ذلك مقطوع به. و وجه القرب: أن المعامله إنما تناولت الزمان المعين، فلا حق للزارع بعد انقضائه، فيثبت جواز الإزالة لكن بالأرض، لأن الزرع كان بحق فلا يجوز تنقيص مال الزارع بغير عوض. و إن تراضيا على الإبقاء بعوض أو مجانا فلا بحث.

و يحتمل وجوب الإبقاء، لأن الزرع كان بحق، و للإدراك أمد ينتظر، فلا يجوز القلع بدون بلوغه، لكن تجب الأجره جمعا بين الحقين. و يضعف بأن الاستحقاق إنما هو فى المده، أما بعدها فلا.

و لافرق عند المصنف بين كون عدم حصول الإدراك بسبب الزارع كالتفريط بتأخير الزرع، أو من قبل الله تعالى كتغير الأهويه و تأخير المياه، و هذا مخالف لما تقدم فى الإجاره من أن التأخير إذا كان بتفريط الزارع يكون

عند انتهاء المده كالغاصب،و إذا كان بغير تقصير منه يجب الإبقاء إلى الإدراك بالأجره.

و تنقيح هذا المبحث بأمور:

الأول: أنه على كلام المصنف يحتمل عدم وجوب الأرش بالقلع، لأن تعيين المده يقتضى جواز التفريغ بعدها.

فإن نوقش بأن لإدراك الزرع غايه تنتظر،و هى مطلوبه فى أول المعامله،و لهذا اشترطنا لصحتها كون المده بحيث تكفى لبلوغها علما أو ظنا فإذا تخلف الظن فالمناسب عدم تضييع مال الزارع بقلعه قبل الإدراك الملحوظ بلوغه فى المعامله،فتجب التبقية بالأجره جمعا بين الحقين.لم يتم ذلك إذا كان الزارع قد فرط بالأخير،فيكون قد شغل أرض الغير عمدا عدوانا،فيناسب أن لا يكون معذورا،فلا يتم إطلاق المصنف جواز القلع هنا،و فى التحرير (1)و إن لم يصرح فيه بوجوب الأرش،و لإطلاق عدم جواز القلع فى التذكرة (2).

لا يقال: ما سبق كان حكم الإجاره،و هذا حكم آخر للمزارعه.

لأننا نقول:المزارعه أحرى بما قلناه،لأنه لا يجوز استئجار الأرض مدته لزرع لا يدرك فيها على أصح الوجهين،و هنا لا يجوز على الأصح، لأن البلوغ هنا مقصود فى نفس المعامله.

فيتلخص من هذا الفرق بين التفريط و عدمه،فلا يجب الأرش فى الأول،و يجب فى الثانى مع احتمال وجوب الإبقاء بالأجره أيضا فى الثانى.

الثانى:متى حكمنا بجواز القلع فقلع المالك،أو قلع مع عدم الجواز

ص: ٣١٨

١- (١)التحرير ٢٥٧:١.

٢- (٢) التذكرة ٣٣٩:٢. [١]

فكيف حكم المقلوع: هل هو بجميعة ملك للعامل على تقدير كون البذر منه و ليس للمالك منه شىء؟ أم يكون حق المالك فيه من حين نمائه؟ فإن قلنا بثبوت الحق للمالك فيه فالواجب إنما هو أرش حق العامل، و مقتضى إيجاب الشيخ (١) -و ابن إدريس (٢)، و المصنف فى المختلف (٣) الزكاه على كل واحد منهما، و إن لم يكن البذر منهما إذا بلغ نصيب كل واحد منهما نصابا - كون النماء على ملكهما.

و يبعد أن يقال: إن ذلك حين انعقاد الحب، و ملك عامل القراض الربح بالظهور يؤيد ذلك، و قد أنكر ذلك ابن زهره (٤).

الثالث: هل تثبت للمالك أجره الأرض مع القلع؟ ليس ببعيد الاستحقاق إذا كان التأخر بتفريط الزارع، لأنه ضيغ على المالك منفعه الأرض باختياره، فإنه إنما بذلها فى مقابله الحصة و قد فوتها الزارع بتفريطه.

و لو افضى تفريطه إلى قله الحاصل خلاف العاده، بحيث إنه لو لا التفريط لم يحصل ذلك النقصان الفاحش، فليس ببعيد و جوب أكثر الأمرين من ذلك: الحاصل، و أجره المثل.

الرابع: إذا كان البذر كله من المالك، و قلع المالك فلا - معنى للأرش هاهنا، إلا إذا قلنا إن الزرع ينمو على ملكهما. و على كل تقدير فهل للعامل أجره؟ لا - ريب أنه لا - أجره له إذا كان التأخر بتفريطه، لأن العدوان من طرفه، فأما إذا كان من قبل الله تعالى فينبغى ذلك أيضا، لأن المالك لم يفوت عليه شيئا.

ص: ٣١٩

١ - ١) المبسوط ١٨٣: ٣. [١]

٢ - ٢) السرائر: ٢٦٥.

٣ - ٣) المختلف: ٤٦٩.

٤ - ٤) الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٥٤٠.

و لو اتفقا على التبقية بعوض جاز إن كان معلوما. و لو شرط فى العقد تأخيره عن المده إن بقى بعدها فالأقرب البطلان، و لو ترك الزرع حتى انقضت المده لزمه أجره المثل.

و اعلم أن هذه المسأله من المهمات، و لم أظفر فيها بكلام للأصحاب و لا لغيرهم سوى ما حكيتة، و الباقي محل النظر و التأمل.

الخامس: حيث يجب الأرش يقوم الزرع قائما بالأجره، لأنه لا يستحق شغل الأرض فى المده و لا بعدها مجانا، بل فى المده بالحصه و بعدها بأجره المثل.

و لا- يلحظ فى كونه قائما بالأجره استحقاقه للقلع، لأن ذلك يخل بتدارك فائته، إذ هو بمنزله العلف حيثذ، و إنما المراد بالأرش: تدارك نقصانه عن الحاله التى هو عليها.

و يحتمل أن يلحظ فيه استحقاقه للقلع بالأرش، لأن حالته التى عليها هى هذه، فلا يعتبر لماليتة وصف مخالف لما هو عليه. و هذا أيضا لم أظفر فيه بشيء، و الثانى ليس بذلك البعيد.

قوله: (و لو اتفقا على التبقية بعوض جاز إن كان معلوما).

اشتراط كونه معلوما ليتحقق لزومه، لكن لا- بد من تعيين المده أيضا، و لو أطلق العوض أو لم يعين فأجره المثل. و لو اتفقا على إبقائه كل شهر بكذا ففى لزومه تردد. فإن قصدها جعله صح، و إلا فالمتجه لزوم أجره المثل، لعدم صحه مثل ذلك اجاره.

قوله: (و لو شرط فى العقد تأخيره عن المده إن بقى بعدها فالأقرب البطلان).

وجه القرب أن الشرط من جملة العوض، فإن تضمن جهاله بطل به

و لو كان استأجرها لزمه المسمى، و لا يشترط اتصال المده بالعقد.

الثالث: إمكان الانتفاع بالأرض في الزرع

الثالث: إمكان الانتفاع بالأرض في الزرع، بأن يكون لها ماء، إما من بئر، أو نهر، أو عين، أو مصنع، و كذا إن أجرها للزرع. و لو زارعتها أو أجرها له و لا ماء لها تخير العامل مع الجهاله لا مع العلم، لكن في الأجره يثبت المسمى. العقد، كما لو كانت المده مجهوله، و لأن مده المزارعه حينئذ هي ما تضمنها الشرط لا المعينه، لوجوب التأخير عنها إن بقي بعدها فيكون ذكرها لغوا، و ما تضمنه الشرط مجهول فيكون العقد باطلا، لعدم تعيين المده.

و تحتمل الصحة، لأن الشرط تابع، و قد يغتفر في التابع ما لا يغتفر في غيره، و هو ضعيف، و الأصح البطلان.

قوله: (و لا يشترط اتصال المده بالعقد).

سبق الكلام عليه في الإجاره.

قوله: (بأن يكون لها ماء إما من بئر، أو نهر، أو عين أو مصنع).

لا معنى لهذا الحصر، فلو كان لها ماء من الغيث، أو من زياده موثوق بها غالبا صحت معامله عليها.

قوله: (و كذا إن أجرها للزرع).

قد سبق في الإجاره أنه لو أجرها و أطلق كان كما لو أجرها للزرع، حيث أن المقصود الأصلي و الغالب من مثلها هو الزرع.

قوله: (و لو زارعتها أو أجرها له و لا ماء لها تخير العامل مع الجهاله لا مع العلم، لكن في الأجره يثبت المسمى).

في قوله: (زارعتها) تجوز

و لو استأجرها و لم يشترط الزرع لم يكن له الفسخ، غير حسن، لأنه لا معنى لمزارعه الأرض و إن كان المراد معلوما.

و الضمير فى قوله: (له) يعود إلى الزرع، أى: لو آجرها للزرع.

و فى قوله: (تخير العامل مع الجهالة) نظر، فإن ثبوت الخيار فرع صحة المزارعه، و قد علم ان من شروط صحة المزارعه إمكان الانتفاع بالأرض فى الزرع، و كذا القول فى الإجاره للزرع.

و قد سبق كلام المصنف فى الإجاره من هذا الكتاب بطلان الإجاره للزرع مع عدم الماء و عدم العلم بحالها، و كذا فى التذكرة. و قد خالف كلامه فى هذا الباب هنا، و فى التذكرة ما سبق فى الإجاره.

و اعلم أن المصنف فى التذكرة قال: إذا لم يكن للأرض ماء يمكن زرعها به إلا نادرا ففى جواز المزارعه عليها اشكال، و الذى يقتضيه النظر بطلان العقد من رأس (1).

إذا عرفت هذا فاعلم أن قول المصنف: (لا- مع العلم) يريد به عدم بطلان المزارعه و الإجاره للزرع مع العلم بأن الأرض لا ماء لها، و هو صحيح على القول بجواز التخطى إلى غير المنفعة المشروطة مما يكون مساويا أو أقل ضررا حينئذ، فلا شىء للمالك فى المزارعه، لعدم إمكان الانتفاع الذى حصول الحصه المشترطه متوقف عليه. أما فى الإجاره فيجب المسمى لصحة الإجاره، و على البطلان فلا يجب شىء.

قوله: (و لو استأجر و لم يشترط الزرع لم يكن له الفسخ).

الظاهر أن مراده: و إن لم يكن عالما بحالها، و هو المطابق لما فى

ص: ٣٢٢

[١- ١] التذكرة ٣٣٧-٢: ٣٣٨. [١]

و كذا لو اشترط الزراعه و كانت فى بلاد تشرب بالغيث غالبا. و لو انقطع فى الأثناء فللمزارع الخيار إن زارع أو استأجر له، و عليه أجره ما سلف. التذكرة فى هذا الباب (١)، لإمكان الانتفاع بها بغير الزرع كالتزول فيها و وضع الرحل، و يشكل إطلاق العبارة بما إذا كان الغالب على الأرض إرادتها للزراعة، فإن المنفعة المطلوبه منها غير حاصله.

قوله: (و كذا لو شرط الزراعه و كانت فى بلاد تشرب بالغيث غالبا).

أى: و كذا ليس له الفسخ لو شرط المزارعه إلى آخره. و الأحسن أن يكون المراد: و كذا تصح الإجاره لو شرط الزراعه إلى آخره، إلا أنه ليس فى الكلام ما يقتضى كون وجه التشبيه ذلك.

قوله: (و لو انقطع الماء فى الأثناء فللمزارع الخيار: إن زارع، أو استأجر له و عليه أجره ما سلف).

هذا راجع إلى أصل الباب، و معناه أنه إذا انقطع الماء الدائم، أو الغالب فى أثناء المده فللمزارع الخيار إن كان العقد مزارعه أو إجاره للزرع، و لا يبطل من رأس، بناء على أنّ المزارعه على مثل هذه الأرض جائزه.

و كذا الإجاره بشرط الزرع، لإمكان الانتفاع بها بغير ذلك، بناء على جواز التخطى. و يمكن أن يكون مخصوصا بالتى تشرب بالغيث غالبا، فإنه فى التذكرة فرضها فى التى لها ماء يعتورها وقت الحاجه (٢).

و كيف كان، فإذا انقطع فى أثناء مده الإجاره لزمه أجره ما سلف، و يرجع بما قابل المده المتخلفه، بخلاف المزارعه فإنه لا يلزمه شىء.

ص: ٣٢٣

١ - ١) التذكرة ٢: ٣٣٨. [١]

٢ - ٢) التذكرة ٢: ٣٣٨. [٢]

الرابع: الحصة.

و يشترط فيها أمران: العلم بقدرها، و الشيعاء. فلو أهمل ذكرها بطلت، و كذا لو جهلا قدرها، أو شرطاً جزءاً غير مشاع، بأن يشترط أحدهما النماء بأجمعه له، أو يشترط أحدهما الهرف و الآخر الأفل، أو ما يزرع على الجداول و الآخر فى غيرها، أو يشترط أحدهما قدراً معلوماً من الحاصل كعشره أفقره، و الباقي للآخر.

قوله: (و شرطاً جزء غير مشاع بأن يشترط أحدهما النماء بأجمعه له).

المتبادر من قوله: (النماء بأجمعه) هو مجموع الحاصل بالزراعة، لكن عدّ ذلك جزء مشكل. و ربما نزل على أن المراد (النماء) ما زاد على البذر لتتحقق الجزئية و هو ممكن.

قوله: (أو يشترط أحدهما الهرف، و الآخر الأفل).

الهرف هنا: المتقدم من الزرع - اعنى: ما زرع عاجلاً فى أول - و الأفل خلافه.

قوله: (أو ما يزرع على الجداول، و الآخر غيرها).

ربما فسّرت الجداول: بالألواح من الأرض التى تحف بجمع التراب حولها، و عبارته التذكرة تشعر بأن المراد بها الأنهار، فإنه قال: أو يشترط أحدهما ما على الجداول و السواقى، و الآخر ما عداه (1)، و بالجملة فلا بد أن يكون مجموع الزرع بينهما على الإشاعة.

ص: ٣٢٤

و لو شرطاً أن يكون الباقي بعد العشره بينهما، أو شرطاً إخراج البذر أولاً و الباقي بينهما بطل على إشكال. قوله: (و لو شرطاً أن يكون الباقي بعد العشره بينهما أو شرطاً إخراج البذر أولاً و الباقي بينهما بطل على اشكال).

الإشكال في مسألتين:

أحدهما: ما إذا شرطاً أن يكون لأحدهما عشره أفضه، و ما يبقى بعد العشره بينهما، و منشؤه من عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (١)، و «المؤمنون عند شروطهم» (٢)، و من أن ذلك مخل بوضع المزارعه لإمكان أن لا- يخرج من الأرض إلا- ذلك القدر المعين، فيكون الحاصل مختصاً بأحدهما.

لا- يقال: لو كان الغالب على حال الأرض عادة زياده الحاصل على المعين لم يضر الاحتمال النادر الوقوع، كما لا يضر احتمال عدم حصول شيء في أصل المزارعه.

لأننا نقول: و إن ندر ذلك لكنه لمنافاته لوضع المزارعه اقتضى البطلان، لأن وضعها على الاشتراك في الحاصل كائنا ما كان. و أيضاً فإن العقود بالتلقى، فما لم تثبت شرعيته يجب التوقف في صحته.

الثانيه: ما إذا شرطاً إخراج البذر أولاً و الباقي بينهما، و منشؤه ما سبق. و قد اختلف الأصحاب هنا فجوزه الشيخ (٣)، و ابن إدريس (٤)، و ابن البراج (٥) مع أنهم منعوا الحكم في الأولى. و ذهب جماعه إلى عدم

ص: ٣٢٥

١-١) المائدة: ١. [١]

٢-٢) التهذيب ٧: ٣٧١، حديث ١٥٠٣، الاستبصار ٣: ٢٣٢، حديث ٨٣٥، عوالي اللآلي ١: ٢١٨، حديث ٨٤، و ٢: ٢٥٧، حديث ٧.

٣-٣) النهايه: ٤٤٠.

٤-٤) السرائر: ٢٦٦.

٥-٥) المهذب ٢: ١٢.

و يجوز التفاضل فى الحصه و التساوى. و لو شرط أحدهما على الآخر شيئاً يضمنه له من غير الحاصل مضافاً إلى الحصه صح على رأى.

الفصل الثانى: فى الأحكام

الفصل الثانى: فى الأحكام.

إطلاق المزارعه يقتضى تخيير العامل فى زرع أى نوع شاء، الجواز (١)، و تردد المصنف فىهما، و عدم الجواز فىهما أظهر. قوله: (و يجوز التفاضل فى الحصه و التساوى).

للنص (٢) و الإجماع.

قوله: (و لو شرط أحدهما على الآخر شيئاً يضمنه له من غير الحاصل مضافاً إلى الحصه صح على رأى).

الرأى إشاره إلى قول الشيخ فإنه حكم بکراهيه ذلك (٣)، و لا مانع من الصحه، و الکراهه لتصريح الأصحاب (٤).

و قيل بالمنع، نقله المصنف و غيره، و لا يظهر وجهه، و لا يعرف قائله، و الأصح الأول.

قوله: (إطلاق المزارعه يقتضى تخيير العامل فى زرع أى نوع شاء).

لأن الإطلاق يستلزم

ص: ٣٢٦

١- ١) منهم: ابن سعيد فى الجامع للشرائع: ٢٩٨، و السيورى فى التنقيح الرائع ٢: ٢٢٩ و فخر المحققين فى إيضاح الفوائد ٢: ٢٨٧.

٢- ٢) الكافى ٥: ٢٦٧، حديث ٣، التهذيب ٧: ١٩٧، حديث ٨٧١.

٣- ٣) النهايه: ٤٤٢.

٤- ٤) منهم: ابن سعيد فى الجامع للشرائع: ٢٩٨، و المحقق فى الشرائع ٢: ١٥٧، و فخر المحققين فى إيضاح الفوائد ٢: ٢٨٧.

و يتعين بالتعيين، جواز أى فرد كان، لوجود المطلق فى ضمنه.

و يضعف بلزوم الغرر، لأن المزروعات متفاوتة فى الضرر تفاوتاً، فما لم يتحقق الرضى بالأضرار لم يجز فعله، و مع الإطلاق لا نص على معين فيجب التعيين أو التعميم.

فإن قيل: أى فارق بين الإطلاق و التعميم؟.

قلنا: الفرق أن الإطلاق إنما يقتضى تجويز المطلق، و هو القدر المشترك بين الأفراد و لا يلزم من الرضى بالقدر المشترك الرضى بالأشد ضرراً من غيره، إذ ليس فى اللفظ اشعار بذلك الضرر، و لا دلالة على الاذن فيه و الرضى بزيادة ضرره.

و لا يخفى أن الرضى بالقدر المشترك إنما يستلزم الرضى بمقدار الضرر المشترك بين الكل، و لا شىء يدل على الرضى بالزائد و لما لم يكن للفظ دلالة على الأقل ضرراً أو المتوسط تطرق الغرر. أما إذا عمم فإنه قد اذن فى كل فرد فرد، فيدخل الأشد و غيره. و الأصح و جوب التعيين إن لم يعمم، و قواه فى التذكرة (١).

قوله: (و يتعين بالتعيين).

يحتمل أن يكون مراده (بالتعيين) هو ذكر زرع نوع فى العقد، و هو المتبادر إلى الفهم، و الأصح، إلا أنه يكون مخالفاً لما سبق فى الإجاره من تردده فى ذلك.

و قد صرح المصنف فى التذكرة (٢)، و التحرير (٣) فى هذا الباب بأنه لو

ص: ٣٢٧

١- (١) التذكرة ٣٤٠: ٢. [١]

٢- (٢) المصدر السابق.

٣- (٣) التحرير ٢٥٧: ١. [٢]

فإن زرع الأضرر للمالك الخيار بين المسمى مع الأرش، و بين أجره المثل. عتین الزرع لم يجر التعدى، ثم قال: إنه لو زرع الأقل ضررا جاز. و ظاهر هذه العبارة متدافع، و الأصح عدم جواز التعدى عن المعين إلى غيره كما فى الإجاره، بل هنا أبلغ، لأن التعدى فى الإجاره إلى الأخرى نفع محض للمالك، لأن الأجره معينه بخلاف ما هنا، لأن العوض هنا هو الحصه.

و ربما تفاوتت الأنواع فيها باعتبار أكثره الحاصل أو قيمه، أو تعلق غرض المالك بكونها من النوع المعين، فبالخطى يفوت نفع المالك و غرضه.

قوله: (فإن زرع الأضرر للمالك الخيار بين المسمى مع الأرش، و بين أجره المثل).

أى: لو تخطى المعين إلى الأضرر تخير المالك بين المسمى - أى بين قدر المسمى من ذلك المزروع إذ المسمى غيره - مع أرش نقص الأرض باعتبار الأضرر، و بين أجره المثل للمزروع.

و وجه التخيير: أن مقدار المنفعه المعقود عليها قد استوفى بزرع الأضرر مع زياده، فإن شاء أخذ المسمى فى مقابل المنفعه و الأرش فى مقابل الزياده، و إن شاء أخذ أجره المثل، لأن المزروع غير المعقود عليه. و فيه نظر، فإن المزروع غير معقود عليه، و الحصه المسماه إنما هى من غيره، فكيف تجب الحصه منه، و المنفعه لم يجر العقد عليها مطلقا، بل إنما جرى على استيفائها فى المعين؟.

ثم إن الأرش الذى هو عوض نقص الأرض لا يفى بأجره المنفعه الزائده التى استوفيت بزرع الأضرر، و إنما هو عوض الفائت من الأرض و ليس هذا كالإجاره يمكن إيجاب المسمى و أجره المثل للزياده لو سلك بالدابه

و لو زرع الأُخف تخيّر المالك بين الحصه مجاناً و أجره المثل. و لو شرط نوعين متفاوتين في الضرر افتقر إلى تعيين كل منهما، و للمزارع أن يشارك غيره و أن يزارع عليهما غيره و إن لم يأذن المالك. طريقاً أشق، لأن المسمى في الإجاره معلوم، و الحصه في المزارعه لا يعلم كميتها، فالأصح حينئذ و جوب أجره المثل.

قوله: (و لو زرع الأُخف تخيّر المالك بين الحصه مجاناً و أجره المثل).

فيه نظر يعلم مما تقدم، و الأصح و جوب أجره المثل.

قوله: (و لو شرط نوعين متفاوتين في الضرر افتقر إلى تعيين كل منهما).

أى: لو شرط أن يزرع العامل نوعين متفاوتين في الضرر معاً و جب تعيين قدر كل منهما: إما بالكيل أو الوزن، و إما بتعيين الأرض مثل: ازرع هذه القطعه حنطه و هذه شعيراً.

و مفهوم قوله: (متفاوتين في الضرر) أنهما لو لم يكونا متفاوتين فيه لا يجب التعيين، و ليس ببيعيد مع تحقق الغرض إذ لا غرر. و على ما نزلنا العبارة عليه فكان حقه أن يقول: افتقر إلى تعيين قدر كل منهما، لأنهما معينان.

و يحتمل معنى آخر و هو: أنه لو شرط نوعين على طريق البدل و جب التعيين، لكنه بعيد، على أنه إنما يجب التعيين إذا لم يكن ذلك على طريق التخيير بينهما.

قوله: (و للمزارع أن يشارك غيره و أن يزارع عليها غيره و إن لم يأذن المالك).

و ذلك لأنه قد

نعم لو شرط الاختصاص لم تجز المشاركة و لا المزارعه، و خراج الأرض و مؤنتها على المالك إلا أن يشترطه على.

ملك المنفعة فكان له نقلها، و نقل بعضها إلى غيره. و لا يتوقف ذلك على إذن المالك، لأنه لا حق له في المنفعة، نعم لا يجوز له تسليم الأرض إلا بإذنه كما سبق في الإجاره.

و المراد بالمشاركة: أن يبيع بعض حصته له بشيء معلوم من ذهب أو فضه و نحوهما، لمقطوعه سماعه الداله على ذلك (١)، و لا بد من رعايه شرائط البيع من وجود الزرع و ظهوره، بحيث يمكن تقويمه و شراؤه.

قوله: (نعم، لو شرط الاختصاص لم تجز المشاركة و لا المزارعه).

أى: لو شرط في عقد المزارعه الاختصاص بالعمل و الحصه لم تجز المشاركة في الحصه و لا المزارعه، بحيث يصير العمل متعلقا بغيره كله أو بعضه.

لا يقال: اشتراط عدم الشركه يقتضى منع المالك من التصرف بماله، و هو مناف لقوله عليه السلام: «الناس مسلطون على أموالهم» (٢).

لأننا نقول: لا ريب أن للمالك اشتراط منع الغير من شغل أرضه بزراعته، و إن لزم من ذلك منع العامل من نقل بعض حقه من الزرع إلى غيره.

و لا- ريب أن تسلط الناس على أموالهم، إنما هو فيما لا- يقتضى ضياع حق لآخر، فإن الراهن ممنوع من ملكه بما ينافى حق المرتهن.

قوله: (و خراج الأرض و مؤنتها على المالك إلا أن يشترطه على

ص: ٣٣٠

١- (١) الكافي ٥: ٢٦٨، حديث ٤، التهذيب ٧: ١٩٨، حديث ٨٧٧.

٢- (٢) عوالي اللآلى ٢: ١٣٨، حديث ٣٨٢.

العاملو تصح المزارعه إذا كان من أحدهما الأرض خاصه، و من الآخر البذر و العمل و العوامل. و كذا إن كان البذر لصاحب الأرض، أو العمل منه، أو كان البذر منهما، سواء اتفقا في الحصة أو اختلفا، و سواء تساويا في البذر أو تفاوتتا. (العامل).

فإن شرطه عليه صح و لزم إن كان القدر معلوما، و الخراج معلوم و هو طسق الأرض. و أما المئونه التي ذكرها فلم يبين مراده منها في هذا الكتاب و لا غيره، و لعله يريد ما يضطر إليه للأرض باعتبار زرعها، مما لا يجب على العامل كحفر الأنهار و إصلاحها، و تنقيه الأرض من الأحجار المضره بالزرع، و نحو ذلك من الأعمال التي لا تتكرر كل سنه، و منه تسميد الأرض مع الحاجه.

قوله: (و تصح المزارعه إذا كان من أحدهما الأرض خاصه، و من الآخر البذر و العمل و العوامل. و كذا إذا كان البذر لصاحب الأرض، أو العمل منه، أو كان البذر منهما، سواء اتفقا في الحصة أو اختلفا، و سواء تساويا في البذر أو تفاوتتا).

إذا كان البذر من صاحب الأرض، و من العامل العمل صحت المزارعه عند كل من سوغها، و إن كان البذر من العامل أو منهما فهي صحيحه عندنا.

و لا فرق في ذلك بين التساوى في الحصة و التفاوت، و كذا لا فرق إذا كان البذر منهما بين التساوى و التفاوت.

و الأصل في ذلك قصه خبير و مزارعه النبي صلى الله عليه و آله اليهود عليها على أن يزرعوها و لهم شطر ما يخرج منها (1)، و ظاهر هذا أن البذر من

ص: ٣٣١

١- (١) الكافي ٥: ٢٦٦ حديث ١، ٢، [١] الفقيه ٣: ١٥٨، حديث ٦٩٣، التهذيب ٧: ١٩٣ حديث ٨٥٥، ٨٥٦.

و فى صحه كون البذر من ثالث نظر، و كذا لو كان البذر من ثالث و العوامل من رابع. و كل مزارعه فاسده فإن الزرع لصاحب البذر، و عليه أجره الأرض و الفدان. أهل خبير. و غير ذلك من الأخبار كصحيحه يعقوب بن شعيب عن الصادق عليه السلام (١) و غيرها (٢). و إذا جاز كون البذر من العامل أو المالك جاز منهما، لأنه إذا جاز أن يكون جميعه من العامل فبعضه أولى.

قوله: (و فى صحه كون البذر من ثالث نظر، و كذا لو كان البذر من ثالث و العوامل من رابع).

و ذلك بأن يشترط البذر على غير المتعاقدين، سواء كان لذلك المشروط عليه البذر حصه من النماء أم لا.

و منشأ الإشكال من عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (٣)، و من أن المعامله بتوقيف الشارع، و لم يرد النص بمثل هذا، و الأصح عدم الجواز.

و قوله: (و كذا لو كان البذر من ثالث و العوامل من رابع) معناه: و كذا فى الصحه نظر، و لو كان البذر من أحدهما و العوامل من ثالث أو العمل فالنظر آت أيضا.

قوله: (و كل مزارعه فاسده فإن الزرع لصاحب البذر و عليه أجره الأرض و الفدان).

هذا إذا كان البذر من غير صاحب الأرض و الفدان من صاحبها، أما إذا

ص: ٣٣٢

١- ١) الكافى ٥: ٢٦٨ حديث ٢، ٣، [١] التهذيب ١٩٨، ١٩٣: ٧ حديث ٨٥٦، ٨٧٦.

٢- ٢) الفقيه ٣: ١٥٨ حديث ٦٩١ بتفاوت يسير، التهذيب ١٩٤: ٧ حديث ٨٥٧.

٣- ٣) المائده: ١. [٢]

و لو كان البذر من المالك فعليه اجره العامل، و الإطلاق يقتضى كون البذر على العامل، و يحتمل البطلان. كان البذر منه فقد أشار إليه بقوله (و لو كان البذر من المالك فعليه اجره العامل).

و وجه الحكم فى المسأله الأولى أنهما دخلا على أن لصاحب الأرض و الفدان حصه من النماء فى مقابل منافعهما، و قد فاتت فيجب الرجوع إلى أجره المثل، و منه يظهر وجهه فى الثانيه.

و الفدان كسحاب و شداد: الثور أو الثوران يقرن للحرث بينهما، و لا يقال للواحد فدان أو هو آله الثورين، قاله فى القاموس (١).
قوله: (و الإطلاق يقتضى كون البذر على العامل، و يحتمل البطلان).

وجه الأول: أن الغالب من عاده المزارعين ذلك، و الإطلاق يحمل على الغالب، و لقول الصادق عليه السلام فى صحيحه يعقوب بن شعيب، - و قد سأله عن المزارعه - «النفقه منك و الأرض لصاحبها» (٢).

و يضعف بأن العاده إنما يجب حمل الإطلاق عليها إذا كانت مستقره مطرده لا تنخرم، و لا يثبت كون المتنازع فيه كذلك. و الحديث لا يراد ظاهره قطعاً، للإطباق على أن النفقه إذا كانت من صاحب الأرض كانت المزارعه صحيحه، فلا يراد به إلا نوع من المزارعه.

و قول الفاضل الشارح فى جوابه: إن المفرد المحلى باللام لا- يفيد العموم (٣)، لا يجدى نفعاً، لأن ذلك وقع تفسيراً للمزارعه المسئول عنها،

ص: ٣٣٣

١- ١) القاموس المحيط ([١] فدن) ٢: ٢٥٥.

٢- ٢) التهذيب ٧: ١٩٣ حديث ٨٥٦.

٣- ٣) إيضاح الفوائد ٢: ٢٨٨.

و لو تناثر من الحاصل حب فنبت فى العام الثانى فهو لصاحب البذر، و لو كان من مال المزارعه فهو لهما. فوجب أن لا يقع على غيره، و إلا- لم يكن جوابا صحيحا. و لعله عليه السلام أرشده إلى مقصود الناس غالبا فى المزارعه لتعيينه فى العقد، و لم يكن ذلك بيانا لحكم إطلاق العقد من غير تعيين.

و وجه الثانى: صدق المزارعه على كل منهما، و لا دلالة للعام على أحد أفراده بخصوصه، فإذا أطلق العقد كان باطلا، للجهاله، و هو الأصح.

و لو اطردت العاده بشىء و لم ينخرم، بحيث لا يفهم من الإطلاق سواه لم يجب التعيين، و حمل الإطلاق عليه.

قوله: (و لو تناثر من الحاصل حب، فنبت فى العام الثانى فهو لصاحب البذر، و لو كان من مال المزارعه فهو لهما).

أى: لو تناثر من حاصل المزارعه حب فنبت- و التقييد بالعام الثانى بناء على الغالب، إذا قد يثبت فى العام الأول- فهو لصاحب البذر، أى: فهو لصاحب ذلك الحب من المزارعين، لأن الحب بذر فيجوز التعبير عنه بكل من العبارتين، و ذلك إنما يكون بعد تعيين كل واحده من الحصتين. و لو كان من مال المزارعه المشترك- و ذلك قبل القسمة- فهو لهما على نسبة الاستحقاق.

و ربما استصعب تنزيل العبارة، فحمل قوله: (فهو لصاحب البذر) على ما إذا كانت المزارعه فاسده، و سببه حمل البذر فيها على البذر فى تلك المزارعه، و أنت خبير بأنه لا- حاجه إلى هذا التكلف البعيد المقوّت لجزاله العبارة، حيث نزل ذلك على فساد المزارعه بغير إشعار من العبارة، و ما بعده على صحتها، مع أنهما قسمان حقهما أن يكون متعلقهما واحد. و لا قبح فى حمل البذر فى العبارة على الحب، لصلاحية الحب لأن يكون بذرا، أو

و يجوز للمالك الخرص على العامل، و لا- يجب القبول، فإن قبل كان استقراره مشروطا بالسلامه، فلو تلف بآفه سماويه، أو أرضيه، أو نقص لم يكن عليه شيء. لصدق اسم البذر عليه باعتبار كونه قد نبت.

إذا عرفت هذا فاعلم أنه متى كان الحب لغير صاحب الأرض، أو بعضه وجب تفرغها منه بمطالبه المالك، و اجره المثل، و طم الحفر، و لو لم يطالب فلصاحبه المطالبه بذلك لدفع لزوم الأجره، و قد سبق مثل هذه في العاربه.

قوله: (و يجوز للمالك الخرص على العامل و لا يجب القبول، فإن قبل كان استقراره مشروطا بالسلامه، فلو تلفت بآفه سماويه، أو أرضيه، أو نقص لم يكن عليه شيء).

أى: إذا بلغت الغله جاز لمالك الأرض أن يخرصها على العامل، فإن شاء أن يأخذها بما خرص و كان عليه حصه صاحب الأرض من الخرص، سواء زاد الخرص أو نقص عند التصفيه.

و لا- يجب على العامل القبول، لكن إن قبل لزمه ذلك، عملا بعموم الوفاء بِالْعُقُودِ (1)، فلا بد من إيجاب و قبول بلفظ التقييل، أو الصلح، أو ما أدى هذا المعنى. و قرار هذا التقبل مشروط بالسلامه، فإن تلفت الغله بآفه سماويه أو أرضيه فلا شيء على المتقبل، و إن تلف البعض بها سقط من القباله بالنسبه.

فقول المصنف: (لم يكن عليه شيء) محمول على أن المراد لم يكن عليه شيء في مقابل التالف، سواء كان البعض أو الكل، و الأصل في ذلك

ص: ٣٣٥

الإخبار عن النبي صلى الله عليه وآله والأئمة عليهم السلام (١)، إلا أن اشتراط القبالة بالسلامه ذكره الأصحاب.

و يرد عليه: أن الحصه إن كانت مضمونه لم يكن للاشتراط المذكور محصل، وإلا لم تكن هذه على نهج المعاوضات.

ويمكن الجواب بأن هذه المعاوضه لا تخرج باشتراط السلامه عن نهج المعاوضات، فإن المبيع في زمان الخيار من ضمان البائع و إن تلف في يد المشتري، لكن بغير تفريط إذا كان الخيار للمشتري، و ما هنا لا يزيد على ذلك.

و الظاهر أن المراد بالآفه السماويه و الأرضيه: ما يكون ممن لا- يعقل تضمينه، فلو أتلّفها متلف فالظاهر أن القبالة بحالها، عملا بالاستصحاب، و يطالب المتقبل المتلف.

و يحتمل أن يريد المصنف بقوله: (أو أرضيه) ما يعم هذا، فتسقط القبالة أيضا بإتلاف المتلف، و هو بعيد.

و اعلم أن قول المصنف (أو نقص) يجب حملة على ما إذا كان النقص بالآفه، أما إذا كان نقصا في الخرص، بحيث لم يطابق الحاصل فإنه لا يسقط من القبالة شيء.

و قد دل على ذلك مرسله محمد بن عيسى، عن بعض أصحابه قال:

قلت لأبي الحسن عليه السلام: إن لنا أكره فنزارعهم، فيقولون: قد حرزنا هذا الزرع بكذا و كذا فأعطونا و نحن نضمن لكم أن نعطيكم حصه على هذا الحرز قال: «و قد بلغ؟» قلت: نعم، قال: «لا- بأس بهذا» قلت: فإنه يجيء بعد ذلك و يقول لنا: إن الحرز لم يجيء كما حرزت، قد نقص،

ص: ٣٣٦

و لو زاد فإباحه على إشكال. قال: «فإذا زاد يرد عليكم؟» قلت: لا، قال: «فلكم أن تأخذوه بتمام الحرز، كما إنه إذا زاد كان له، كذلك إذا نقص» (١). و عباره المصنف فى التحرير هذه: و عليه دفع حصه الأرض سواء زاد الخرص أو نقص (٢).

قوله: (و لو زاد فإباحه على إشكال).

قيل: ينشأ الإشكال من رضى المالك بالحصه من القدر المخروص، و هو يقتضى إباحه الزائد. و من أن الجميع حق له فلا ينتقل عنه إلا بناقل، و إنما رضى بذلك القدر بناء على مطابقه الخرص و قد تبين عدمها. و ليس بشىء، لأن ذلك معاوضه، كما صرح المصنف فى المختلف بأن هذا نوع تقبيل و صلح (٣).

و العجب أن الشارح الفاضل ولد المصنف اعترف بأن هذا تقبل و صلح. و جاز مع الجهاله، لأن مبنى عقد المزارعه على الجهاله.

ثم قال: فمنشأ الإشكال الذى ذكره المصنف من هذا، فإنه لو لم يكن إباحه لم تكن فيه فائده إن لم نقل بقول الشيخ (٤) فلا يسوغ، فإنه إذا كان صلحا صحيحا فلا وجه للإشكال و لا حاجة إلى كون الزائد إباحه (٥).

و يمكن أن يكون الإشكال منظورا فيه إلى أن الربا يعم المعاوضات، فيشكل حينئذ الحل مع الزيادة، نظرا إلى اشتمال المعاوضه على الزيادة الموجبه للربا فلا يصح، و أن المالك حيث رضى بالحصه من المخروص فقد

ص: ٣٣٧

١- (١) الكافي ٥: ٢٨٧ حديث ١، [١] التهذيب ٧: ٢٠٨ حديث ٩١٦.

٢- (٢) التحرير ١: ٢٥٨. [٢]

٣- (٣) المختلف: ٤٧٠.

٤- (٤) النهايه: ٤٤٢.

٥- (٥) إيضاح الفوائد ٢: ٢٨٩.

و إذا اختلف أنواع الزروع جاز الاختلاف فى الحصه منها و التساوى. و لو كان فى الأرض شجر و بينه بياض، فساقاه على الشجر، و زارعه على البياض جاز. أباح الزائد، لكن على هذا يشكل أيضا مع النقص، فلا وجه للاقتصار على الزيادة.

و الذى يقتضيه النظر: أنه لا محصل لهذا الإشكال بعد ورود النصوص الصحيحه الصريحه بصحة هذه القبالة، من غير تفاوت بين المطابقه فى الخرص و عدمها (1). و لا بعد فى انفراد القبالة بالجواز من غير التفاوت إلى الزيادة و النقصان للضرورة، فإن ذلك مما تعم به البلوى.

قوله: (و إذا اختلف أنواع الزرع جاز الاختلاف فى الحصه منها و التساوى).

لكن إذا كانت الحصه منها مختلفه فلا بد من التعيين فيبطل العقد بدونه.

قوله: (و لو كان فى الأرض شجر و بينه بياض، فساقاه على الشجر و زارعه على البياض جاز).

سواء كان الشجر أقل من البياض، أم أكثر، أم تساويا. و لا فرق بين أن تكون المساقاه و المزارعه صفقه واحده أو متعدده، و مع الاتحاد لا فرق بين المزارعه و تأخيرها.

و الشافعى حيث منع من المزارعه، لم يجوزها إلا تابعه للمساقاه فى المعامله على الأرض المشتمله على شجر بينه بياض، فاشترط اتحاد الصفقه

ص: ٣٣٨

١ - ١) منها ما فى الكافى ٥: ٢٨٧ حديث ١، و التهذيب ٧: ٢٠٨ حديث ٩١٦.

و هل يجوز بلفظ المساقاه مع قصد الزرع و السقى؟ إشكال، ينشأ من احتياج المزارعه إلى السقى. و لو آجر الأرض بما يخرج منها لم يصح، سواء عيّنه بالجزء و اتحاد العامل (١).

و اعتبر بعض الشافعية فى العقد أن يكون مشتملا على لفظ المساقاه و المزارعه معا، و تقديم المساقاه لتكون المزارعه تابعه (٢). و كل هذا ساقط عندنا، إلا ما سيأتى إن شاء الله تعالى.

قوله: (و هل يجوز بلفظ المساقاه مع قصد الزرع و السقى؟ إشكال ينشأ من احتياج المزارعه إلى السقى).

أى: هل يجوز إذا اتحدت الصفقه الاكتفاء بلفظ المساقاه فإن لفظ المزارعه لا يكفى قطعاً، و ذلك مع قصد السقى اللغوى.

و الزرع بلفظ المساقاه مع قصد معنى المساقاه شرعاً؟ فيه إشكال، ينشأ: من احتياج المزارعه إلى السقى، و السقى مأخوذ من المساقاه، فحينئذ لا يمتنع قصد المزارعه بلفظ المساقاه من الجهة المذكوره، لأن ذلك مدلول اللفظ، فيكون العقد صحيحاً بالنسبه إلى كل منهما.

و من أن المساقاه حقيقه معامله مخصوصه و ليس السقى ملحوظاً فيها، و إنما هو ملحوظ بالنظر إلى الوضع اللغوى، كما أن المزارعه معامله مخصوصه. و قد وضع الشارع لكل منهما لفظاً مخصوصاً، فلا تقع إحداهما بلفظ الأخرى، و هو الأصح.

قوله: (و لو آجر الأرض مما يخرج منها لم يصح، سواء عيّنه

ص: ٣٣٩

١-١) المجموع ١٤:٤٢٠.

٢-٢) المجموع ١٤:٤١٧.

المشاع أو المعين أو الجميع، و يقدم قول منكر زياده المده مع يمينه، و قول صاحب البذر فى قدر الحصه. بالجزء المشاع، أو المعين، أو الجميع).

و ذلك للجهاله و الغرر، فإنه إذا آجرها بالجزء المشاع أو الجميع فالجهاله ظاهره، إذ لا يعلم قدر ما يخرج منها و لا وصفه، و ربما لم يخرج شىء.

و أما إذا آجرها بجزء معين، كقفيز من حاصلها فإن وصفه الذى يخرج عليه ليس بمعلوم. و ربما لم يخرج ذلك القدر، أو لم يخرج شىء أصلا، و لا بد أن يكون الوصف معلوما، و أن يكون المعين فى الذمه أكثرى الوجود لتصح المعامله.

قوله: (و يقدم قول منكر زياده المده مع يمينه، و قول صاحب البذر فى قدر الحصه).

و ذلك لأن الأصل عدم زياده، فيحتاج مدعيها إلى البينه، و على منكرها اليمين. و كذلك الأصل فى النماء أن يكون لصاحب البذر، فإذا ادعى الآخر عليه زياده عما يعترف به فعلى المدعى البينه و على المالك اليمين، و لأن مدعى الزيادة فيهما لو ترك لترك، فيكون مدعيها بالمعنيين معا.

و الظاهر أنه لا خلاف فى ذلك بين الأصحاب، و لو لا الإجماع لأمكن أن يقال: إن اتفاقهما على عقد تَضَمَّن تعيين مده و حصه نقل عن الأصل المذكور، و كل منهما مدَّع لشىء و منكر لما يدعيه الآخر. و ليس إذا ترك دعوى الزيادة مطلقا يترك، فإنه إذا ترك العمل طالبه به.

نعم يجىء هذا إذا وقع الاختلاف عند انتهاء الأمر فيجب التحالف، و هو قول الشافعى فى نظيره من المساقاه (1).

ص: ٣٤٠

و لو أقاما بينه احتمل تقديم بينه الآخر، وقيل القرعه. و لو ادعى العامل العاربه، و المالك الحصه أو الأجره قَدَم قول المالك فى عدم العاربه، و له اجره المثل مع يمين العامل ما لم تزد على المدعى، و للزارع التبقية إلى وقت الأخذ. قوله: (و لو أقاما بينه احتمل تقديم بينه الآخر، و قيل:

القرعه).

وجه الأول: أن المقدم هو بينه الخارج أعنى المدعى، و قد سبق أن المدعى فى المسأله الاولى هو مدعى زياده المده، و فى الثانيه هو غير صاحب البذر، فتعين تقديم بينهما.

و وجه الثاني: أن ذلك أمر مشكل فيه القرعه.

و تنقيحه: أن ذلك على تقدير كون كل منهما مدعىا و منكرًا واضح، أما على القول بأن المدعى أحدهما بعينه فلا يجىء احتمال القرعه. و حيث اختار الأصحاب وجوب اليمين على منكر الزيادة (1)، فالمذهب تقديم بينه الآخر.

قوله: (و لو ادعى العامل العاربه، و المالك الحصه أو الأجره قَدَم قول المالك فى عدم العاربه، و له اجره المثل مع يمين العامل ما لم تزد عن المدعى، و للزارع التبقية إلى وقت الأخذ).

لا ريب فى أنه إذا ادعى العامل العاربه، و المالك الحصه بالمزارعه أو الأجره، بالإجاره كل واحد منهما مدع و منكر، لأن العامل يدعى على المالك إباحه المنافع له و المالك ينكر، و يدعى على العامل استحقاق الأجره أو الحصه و العامل ينكر فيتحالفان، فيحلف المالك لنفى العاربه فتندفع دعوى

ص: ٣٤١

١- ١) منهم: المحقق فى الشرائع ٢: ١٥٢، و الشهيد فى اللمعه: ١٥٩.

أما لو قال: غصبتنيها، فإنه يحلف و يأخذ الأجره و الأرش إن عابت و له المطالبه بطم الحفر و إزاله الزرع. إباحه المنافع، و يحلف العامل لنفى الأجره أو الحصه فتندفع دعوى المالك عليه عوضا معيناً، لاندفاع الإجاره و المزارعه فتجب أجره المثل.

لكن يشترط أن لا تزيد عن المدعى للمالك، فإن زادت وجب المدعى، لاعتراف المالك بعدم استحقاق الزائد، فيتجه في هذه الصوره عدم إحلاف العامل، إذ لا - فائده ليمينه حيثئذ أصلاً، لأنه لو أقر بدعوى المالك، أو رد اليمين على المالك فحلف لم يختلف الحال، فلا فائده لهذا اليمين أصلاً، و ما هذا شأنه فحقه أن لا يتوجه.

و اعلم أن ما ذكره المصنف من التحالف إنما يجيء إذا كان الاختلاف بعد استيفاء المنافع، إذ لو كان في مبدأ الأمر لكان اليمين على العامل لنفى دعوى المالك. و دعوى العامل العاريه تندفع بإنكار المالك، و قد سبق بيان ذلك في أول التنازع في الإجاره.

إذا عرفت ذلك فاعلم أنهما إذا تحالفا وجبت تبقية الزرع إلى أوان الأخذ، لاعتراف المالك بأنه زرع بحق. و منه يعلم أن المراد بأجره المثل:

الأجره إلى أوان الأخذ.

قوله: (أما لو قال: غصبتنيها فإنه يحلف و يأخذ الآخره و الأرش إن عابت، و طم الحفر و إزاله الزرع).

أى: ما سبق من التحالف فيما لو اختلفا في العاريه و الحصه.

أما لو قال المالك لمن بيده الأرض: غصبتها، و قال الآخر: أعرتنيها فإن المالك يحلف لنفى العاريه، لأنه المنكر، فإن الأصل بقاء منافع أرضه له، و عدم خروجها عنه بعاريه و لا غيرها.

و الآخر هو المدعى فعليه البيئه، و مع عدمها يحلف المالك لنفى

إشاره

المقصد الثالث: في المساقاه، وفيه فصلان:

الأول: في أركانها

إشاره

الأول: في أركانها، وهي خمس:

الأول: العقد

الأول: العقد، المساقاه معامله على أصول ثابتة بحصه من ثمرها، العاريه فيستمر استحقاقه منافع أرضه، فيطالب بالأجره مده ما كانت في يده، و أرش النقص، و بطم الحفر، و إزاله الزرع إن كان، لأنه قد انتفى بيمين المالك الاستحقاق الذي ادعاه الزارع.

وقال المصنف في التذكرة في هذه المسألة: حلف العامل على نفي الغصب، و كان للمالك الأجره و المطالبه بإزاله الزرع إلى آخره (١)، و هو سهو قطعاً.

قوله: (المساقاه: معامله على أصول ثابتة بحصه من ثمرها).

هذا هو المعنى الشرعي، و قدّمه، لأنه المقصود هنا. و بقيد الأصول الثابتة تخرج المزارعه، و المعامله على ودي (٢) غير مغروس و المغارسه.

قوله: (بحصه من ثمرها) مع كونه بياناً للواقع، تخرج به الإجاره للعمل على الأصول الثابتة، و نحو ذلك. لكنه تخرج به المساقاه على ما يقصد ورقه و نوره، لأن المساقاه عليه جائزه عند المصنف، و كأنه أراد التعريف الجارى على رأى الأكثر.

و في حواشى شيخنا الشهيد: أن (الثابتة) تقرأ بالنون متقدمه فيخرج بها الودى، و بالثاء المثلثه متقدمه فيخرج بها نحو الخيار مما هو ملحق بالزرع، و هو حسن.

ص: ٣٤٣

١- (١) التذكرة ٣٤٠: ٢. [١]

٢- (٢) الودى: صغار الفسيل. القاموس المحيط (ودى) ٣٩٩: ٤.

و هي مفاعله من السقى، و سميت به لأن أكثر حاحه أهل الحجاز إليه لأنهم يسقون من الآبار. و هي عقد لازم من الطرفين، و لا بد فيه من إيجاب دال على قوله: (و هي مفاعله من السقى، و سميت به، لأن أكثر حاحه أهل الحجاز إليه، لأنهم يسقون من الآبار).

هذا هو المعنى اللغوى، و قوله: (و سميت به) إشاره إلى علاقه النقل، و مناسبتة التى هى بين المعنى المنقول إليه و المنقول عنه. أى: لما كان الأمر الذى تشتد إليه حاحه أهل الحجاز، و هم الذين كان وضع هذه المعامله و شرعيتها عندهم هو السقى، لأنهم يسقون من الآبار سموا هذه المعامله باسم مأخوذ من السقى، لأن بقيه الأعمال التى يقوم بها العامل من إصلاح الثمره، و التلقيح، و نحوهما كالتابع بالنسبه إلى السقى، لأنه الركن الأعظم.

قوله: (و هي عقد لازم من الطرفين).

إجماعاً، و لأنه الأصل، لظاهر قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (١)، و قوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم» (٢) فيجب فيه ما يجب فى سائر العقود اللازمه من التلفظ بالعريه، و وقوع القبول على وفق الإيجاب على الفور، و غير ذلك مما بين غير مره. و ليس لأحدهما فسخه بغير مقتض، إلا بالتقابل و التراضى.

قوله: (و لا بد فيه من إيجاب دال على المقصود بلفظ المساقاه

ص: ٣٤٤

[١-١] المائدة: ١. [١]

[٢-٢] التهذيب ٧: ٣٧١، حديث ١٥٠٣، الاستبصار ٣: ٢٣٢، حديث ٨٣٥، عوالي اللآلى ٣: ٢١٧، حديث ٧٧.

المقصود بلفظ المساقاه، و ما ساواه نحو: عاملتك، و صالحتك، و اعمل في بستانى هذا، أو سلمت إليك مده كذا. و قبول و هو اللفظ الدال على الرضى. و لو قال: استأجرتك لتعمل لى فى هذا الحائط مده كذا بنصف حاصله لم يصح على إشكال، ينشأ من اشتراط العلم بالأجره إذا و ما ساواه، نحو: عاملتك، و صالحتك، و اعمل فى بستانى هذا، أو سلمت إليك مده كذا).

حيث قد عرفت أن صيغ العقود اللازمه تحتاج إلى توقيف الشارع، و عرفت أن أصرح صيغ الإنشاء هى صيغه الماضى، و لذلك اختارها الشارع فى المعاملات، و جب أن تعرف أن قوله: (اعمل فى بستانى) لا يكفى فى الإيجاب لهذه المعامله، و اكتفاء المصنف به هنا يؤذن برجوعه عن الإشكال السابق فى المزارعه إلى الجزم.

و الظاهر خلافه، لأن هذه المعامله مشتمله على غرر و جهاله على خلاف الأصل، فيقتصر فيها على موضع اليقين.

فعلى هذا لو عقدا بهذا اللفظ فهل ينتفى لزوم العقد أم صحته؟ الظاهر الثانى لما نبهنا عليه، و ليس هو كالإجاره و البيع تجرى فيهما المعاطاه، لبعدهما عن الغرر، و ثبوت المعاطاه فيهما عند السلف بخلاف ما نحن فيه.

قوله: (و قبول، و هو اللفظ الدال على الرضى).

أى: الرضى بذلك الإيجاب، و وجه اشتراطه و ما يجب فيه قد علم مما سبق.

قوله: (و لو قال: استأجرتك لتعمل لى فى هذا الحائط مده كذا بنصف حاصله لم يصح على إشكال، ينشأ: من اشتراط العلم فى

قصدت.

أما إذا تجوّز بلفظها عن غيرها فلا، الأجره إذا قصدت، أما إذا تجوّز بلفظها عن غيرها فلا).

أى: لو عقد المساقاه بلفظ الإجاره، فقال: استأجرتك لتعمل فى هذا الحائط مده كذا بنصف حاصله لم يصح على إشكال، ينشأ: من اشتراط العلم فى الأجره، إنما هو إذا قصدت الإجاره، فأما إذا تجوّز بلفظها فى غيرها مما لا يشترط فيه العلم فلا اشتراط حينئذ فتصح.

و من أن لفظ الإجاره صريح فى موضوعه لا- فى المساقاه، فإذا لم يجد نفوذا فى موضعه كان إجاره فاسده، ولا- تقع به المساقاه، لأن لكل عقد لفظا يخصه، فلا يقع بلفظ عقد آخر وقوفا مع توقيف الشارع.

و هذا هو الذى فهمه الشارحان من العبارة (١)، و يرد عليه: أنه لا دلالة - لعدم اشتراط العلم مع التجوز بلفظ الإجاره فى المساقاه- على صحه المساقاه بلفظ الإجاره.

و الذى ذكره المصنف فى التذكرة (٢)، و غيره فى بيان وجه الصحه: هو أن كلا من هذين العقدين مشبه للآخر (٣)، و لفظ كل منهما يحتمل معنى لفظ الآخر، و يؤيده عموم أوْفُوا بِالْعُقُودِ (٤).

و يحتمل أن يراد بالعبارة معنى آخر، و هو أن يكون قوله: (و لو قال:

استأجرتك.) مرادا به الإجاره، و يكون قوله: (إذا قصدت) شرطا للحكم فى ذلك بعدم الصحه على إشكال، و قوله: (ينشأ من اشتراط العلم

ص: ٣٤٤

١- ١) فخر المحققين فى إيضاح الفوائد ٢: ٢٩١.

٢- ٢) التذكرة ٢: ٣٤٢. [١]

٣- ٣) التحرير ١: ٢٥٨.

٤- ٤) المائدة: ١. [٢]

بالأجره)اعتراض لبيان أحد وجهى الإشكال، و الوجه الآخر متروك بيانه لظهوره. و قوله: (أما إذا تجوز بلفظها عن غيرها فلا)معناه: أن الإشكال فى الصحه إذا قصد بالإجاره معناها، فأما إذا قصد بلفظها التجوز فى غيرها - هو المساقاه- فلا إشكال فى عدم الصحه، لأن العقود اللازمه لا- يجازف فيها عندنا، فلا تقع بالكنايات و لا بالمجازات. و لهذا لا يقع البيع بلفظ الخلع، و لا النكاح قطعاً و إن كان المبيع جاريه، و فى هذا الحمل فوائد:

الأولى: السلامه من طول العبارة بغير فائده.

الثانيه: السلامه من عدم حصول صورته الدليل منها.

الثالثه: أنه لا ربط بين الحكم بعدم الصحه و الدليل المذكور على ذلك التقدير، لأنه حينئذ دليل الصحه و الربط و إن لم يكن لازماً، لكنه أحسن و الإخلال به محل بجزاله اللفظ.

الرابعه: حصول مسأله زائده، و هو بيان حكم ما إذا قصد الإجاره، و ليس فى هذا إلا محذور واحد، و هو أن المصنف لم يذكر فى بطلان نظير هذه المسأله فى المزارعه إشكالا، و ذلك غير قادح، لأن مثل ذلك فى كلامه و كلام غيره كثير.

و المسأله فى أصلها قابله للاحتمال، فإن المساقاه لما كانت معاملته على عمل مخصوص، بحصه من ثمره أشجار معلومه كانت فى معنى الاستتجار لذلك العمل بالحصه، فاحتمل الحصه بلفظ الإجاره. و على كل حال فالعبارة لا تخلو من شىء، و الأصح هو القول بالبطلان.

و اعلم أن المراد بالحائط هنا البستان، فإنه من أسمائه (1). و فى عبارته المصنف (أما إذا تجوز بلفظها عن غيرها) و الصواب فى غيرها.

ص: ٣٤٧

و لا تبطل بموت أحد المتعاملين.

الثانى:متعلق العقد

الثانى:متعلق العقد،و هو الأشجار كالنخل،و شجر الفواكه و الكرم. و ضابطه:كل ما له أصل نابت له ثمره ينتفع بها مع بقاءه، قوله:
(و لا تبطل بموت أحد المتعاملين).

لا- نعرف فى ذلك خلافا،و قد أشرنا إلى الحكم فى المزارعه،نعم لو كان قد اشترط على العامل أن يعمل بنفسه بطل العقد بموته.

قوله: (الثانى:متعلق العقد،و هو الأشجار كالنخل،و شجر الفواكه،و الكرم).

لا- يخفى أن الكرم من شجر الفواكه،و عطفه عليها ليس بمستقبح، لكن لو قدمه لكان أوقع،لأن قوله حينئذ:(و شجر الفواكه)يكون تعميما بعد التخصيص.

قوله: (و ضابطه:كل ما له أصل ثابت،له ثمره ينتفع بها مع بقاءه).

احترز به عن نحو البطيخ،و الباذنجان،و القطن،و قصب السكر فإن هذه ليست كذلك.و إن تعددت اللقطات فى الباذنجان،و بقى القطن أزيد من سنه،لأن أصول هذه لا بقاء لها غالبا،و أمد اضمحلالها معلوم عادة.

و أصولها لا تعد أشجارا فى العاده،بخلاف رهنها فإنه جائز،لأن صحه الرهن تابعه للماليه.و لما لم ينظر إلى أصول هذه الأشياء فى نفسها،و لم يكن المقصود فيها و المعدود مالا- إلا- ثمرتها،كان الرهن آتيا على المجموع.فإذا رهنها قبل أن يظهر ما يطلب منها كالباذنجان و الخيار دخل عند تجدده،كما إذا رهن البيضة فأفرخت،و يخرج به أيضا الودى الذى

و فى المساقاه على ما لا ثمره له إذا قصد ورقه كالتوت و الحنّاء إشكال أقربه الجواز، و كذا ما يقصد زهره كالورد و شبهه، ليس بمغروس.

قوله: (و فى المساقاه على ما لا- ثمره له إذا قصد ورقه كالتوت و الحنّاء إشكال، أقربه الجواز، و كذا ما يقصد زهره كالورد و شبهه).

أما الإشكال فممنشؤه: من أن المساقاه إنما تجرى على الأشجار التى لها ثمره ينتفع بها مع بقائها، لأن ذلك موضع النص و الإجماع، و ما عداه لا- دليل عليه من نص و لا إجماع. و المساقاه على خلاف الأصل، لأنها معامله على مجهول، فيقتصر فيها على موضع الدليل، و يبقى ما عداه على أصل المنع.

و من أن الورق و الثور فى المذكورين كالثمره، فيكون مقصود المساقاه حاصلًا بهما، لأنهما فائده تتجدد كل عام مع بقاء الأصل.

و وجه القرب فيهما: أنه قد جاء فى لفظ بعض الأخبار: أن النبى صلى الله عليه و آله عامل أهل خيبر بشرط ما يخرج من النخل و الشجر (1)، و «ما» من أدوات العموم، فيعم المتنازع. و وجود ذلك فى خيبر و إن لم يثبت بالنقل، إلا أنه يكاد يكون معلوما. على أن ظاهر اللفظ العموم، فهو دال على جواز المساقاه على كل ما تناوله اللفظ. و لا دليل على اختصاص ذلك بماله ثمره و إن كان هو الأغلب و جودا، و ما قربه هو الأقرب.

و اعلم أن قوله: (و كذا ما يقصد زهره) يريد به المشابهة فى الإشكال و الأقرب.

ص: ٣٤٩

(١- ١) الكافى ٥: ٢٦٦ حديث ١، التهذيب ١٩٨، ١٩٣: ٧ حديث ٨٥٥، ٨٧٦ و غيرها، و هى مصرحه بالنصف، مسند أحمد ٣٧، ١٧: ٢.

و البقل، و البطيخ، و الباذنجان، و قصب السكر و شبهه ملحق بالزرع، و لا تصح على ما لا ثمره له لا يقصد ورقه كالصفصاف. و لا بد أن تكون الأشجار معلومه قوله: (و البقل، و البطيخ، و الباذنجان، و قصب السكر و شبهه ملحق بالزرع).

قال فى القاموس: البقل: ما ينبت فى بزره لا فى أرومه ثابتة (١).

و المراد بالحقاق ذلك بالزرع: عدم جواز المساقاه عليه، كما لا يجوز على الزرع و إن كان قد يتجدد نفعه مره بعد أخرى، لأن ذلك لا يعد شجرا.

و جَوَّز الشيخ المساقاه على ما يجزَّ مره بعد اخرى (٢)، و هو ضعيف.

قوله: (و لا يصح على ما لا ثمره له و لا يقصد ورقه كالصفصاف).

قال فى القاموس: الصفصاف شجر الخلاف (٣)، و ذكر فى موضع آخر: أن الخلاف مخفف و تشديده لحن، و أنه صنف من الصفصاف (٤).

و الحاصل: أن من الخلاف ما له نور يستخرج ماؤه و هو كالورد، فعلى ما سبق تصح المساقاه عليه.

قوله: (و لا بد أن تكون الأشجار معلومه).

أما بأن تكون مرثيه مشاهده وقت العقد أو قبله، أو موصوفه بوصف يرفع الجهاله، فلا يصح بدون ذلك، لأن المساقاه عقد اشتمل على الغرر، من حيث أن العوض فيه معدوم فى الحال، مجهول القدر و الوصف فلا

ص: ٣٥٠

١-١) القاموس المحيط (بقل) ٣:٣٣٦.

٢-٢) الخلاف ٢:١١٧ مسألة ٣ كتاب المساقاه.

٣-٣) القاموس المحيط (صفف) ٣:١٦٣.

٤-٤) القاموس المحيط (خلف) ٣:١٣٨.

ثابته، فلو ساقاه على ودى غير مغروس ليغرسه بطل، و أن لا تكون الثمره بارزه فتبطل إلا أن يبقى للعامل عمل تستزاد به الثمره و إن قل كالتأبير، و السقى، و إصلاح الثمره، لا ما لا يزيد كالجداد، و نحوه. يحتمل فيه غرر آخر.

و لأنها معامله لازمه فلا بد فيها من العلم، إلا ما استثناء الشارع و لا بد منه فيها.

قوله: (نابته، فلو ساقاه على ودى غير مغروس ليغرسه بطل).

قال فى التذكرة: الودى - بكسر الدال المهمله بعد الواو المفتوحه و الياء المشدده آخر - بوزن غنى: فسيل النخل (١).

و فى القاموس: أنها صغار الفسيل (٢)، و لا - شك فى عدم صحه المساقاه على ما ليس بمغروس. و لم ينقل فى ذلك خلاف إلا لأحمد (٣).

قوله: (و أن لا تكون الثمره بارزه فتبطل، إلا أن يبقى للعامل عمل تستزاد به الثمره كالتأبير، و السقى، و إصلاح الثمره، لا ما لا يزيد كالجداد و نحوه).

المراد من قوله: (و أن لا تكون الثمره بارزه) أن لا تكون قد وجدت وقت العقد، فلا تصح المساقاه حينئذ، إلا أن يكون قد بقى فيها عمل تستزاد به الثمره كالتأبير، و السقى، و إصلاح الثمره، و جوده إيناعها، سواء بدا صلاحها أم لا، فلو لم يبق عمل مستزاد لم تصح المساقاه إجماعاً و لأن الثمره إذا استغنت عن العمل انتفى متعلق المساقاه.

و من العمل الذى لا تستزاد به الثمره الجداد - بالدالين المهملتين مع

ص: ٣٥١

١ - (١) التذكرة ٣٤٢: ٢. [١]

٢ - (٢) القاموس المحيط (ودى) ٣٩٩: ٤.

٣ - (٣) المغنى لابن قدامه ٥٧٨: ٥ - ٥٧٩.

و لا بد و أن تكون الثمره مما تحصل فى مده العمل،فلو ساقاه على ودى مغروس مده لا يثمر فيها قطعاً أو ظناً،أو متساويا بطل. و لو علم أو ظن حصول الثمره فيها صح. و لو ساقاه عشر سنين و كانت الثمره لا تتوقع إلا فى العاشره جاز، فتح أوله و كسره-و هو صرامها،و تجفيف الثمره و نقلها و نحو ذلك.

و لو كان العمل بحيث لو لاه لاختل حال الثمره،إلا أنه لا تحصل فيه زياده،إن أمكن تحقق هذا الغرض فهل تصح معه المساقاه؟.

ينبغى القول بالصحة،إلا أنه حينئذ لم يتحقق تناهى بلوغ الثمره فتحققت الزياده،لأن كمال البلوغ و نهايه الإدراك زياده فيها.

قوله: (و لا- بد أن تكون الثمره مما تحصل فى مده العمل،فلو ساقاه على ودى مغروس مده لا يثمر فيها قطعاً أو ظناً أو متساويا بطل).

وجه البطلان: أنه لا- بد من وجود العوض قبل انقضاء مده المعامله، و إلا لخلت عن أحد العوضين،و لأن ذلك خلاف وضع المساقاه.و لم يتردد المصنف فى البطلان هنا،و تردد فى نظيره من المزارعه.

قوله: (و لو علم أو ظن حصول الثمره فيها صح).

لأن الظن مناط أكثر الشرعيات،و لأن غايه ما يستفاد من العاده المستمره هو الظن الغالب،فيمتنع اعتبار غيره.

و أراد بقوله:(علم)العلم المستفاد من العاده المستمره،و بقوله(أو ظن)ما يحصل بالمرجحات عاده،كاعتبار الزمان فى حصول ثمره أكثر النخيل مثلاً.

قوله: (و لو ساقاه عشر سنين،و كانت الثمره لا تتوقع إلا فى

و يكون ذلك في مقابله كل العمل. و تصح المساقاه على البعل من الشجر، كما تصح على ما يفتقر إلى السقى.

الثالث:المده

الثالث:المده،و يشترط تقديرها بزمان معلوم كالسنه و الشهر،لا بما يحتمل الزيادة و النقصان، العاشره جاز،و يكون ذلك في مقابله كل العمل).

وجه الجواز:اشتمال المساقاه على الأمور المعبره فيها جميعا من العمل و الحصبه،و كونها على أصول نابتة إلى آخره.

و خلو بعض السنين في خلال المده عن حصول الثمره ليس بقادح،فإن المعبر حصول الثمره في مجموع المده.

قوله: (و تصح المساقاه على البعل من الشجر، كما تصح على ما يفتقر إلى السقى).

في القاموس:البعل: كل نخل و شجر و زرع لا يسقى،أو ما سقته السماء (١).

و وجه الصحه:أن المساقاه في الأصل و إن كانت مأخوذه من السقى، إلا أنه غير منظور إليه في هذه المعامله بخصوصه،بل من حيث أنه عمل محتاج إليه لتلك الأشجار،فحيث لا يحتاج إليه لا يكون معتبرا.

قوله: (الثالث:المده،و يشترط تقديرها بزمان معلوم كالسنه و الشهر،لا بما يحتمل الزيادة و النقصان).

كقدوم الحاج،فإن الجهاله متطرقه إليه باحتماله التقدم و التأخر،

ص:٣٥٣

و لا تقدير لها كثره فتجوز أكثر من ثلاثين سنه. أما القله فتقدر بمده تحصل الثمره فيها غالبا، فإن خرجت المده و لم تظهر الثمره فلا شىء للعامل.

و لو ظهرت و لم تكمل فهو شريك، و الأقرب عدم وجوب العمل عليه، و سيأتى فى كلام المصنف إن شاء الله تعالى إشكال فى تقدير المده بالثمره مع أنها من هذا القبيل.

و حيث أن المساقاه تصح إذا بقى شىء من العمل الذى تستزاد به الثمره، فلا بعد فى جواز تقديرها بشهر، إذا بقى من العمل إلى إدراك الثمره ما زمانه شهر باعتبار العاده.

قوله: (و لا تقدير لها كثره فيجوز أكثر من ثلاثين سنه).

باتفاقنا، و فى قول للشافعى منع الزياده على ثلاثين سنه (1)، و هو تحكم.

قوله: (أما القله فتقدر بمده تحصل الثمره فيها غالبا، فإن خرجت المده و لم تظهر الثمره فلا شىء للعامل، و لو ظهرت و لم تكمل فهو شريك، و الأقرب عدم وجوب العمل عليه).

لما كان من شرط صحه المساقاه حصول الثمره فى مده العمل، و جب أن تكون أقل المده التى يصح أن يجرى عليها عقد المساقاه ما يغلب حصول الثمره فيها بالنظر إلى العاده.

و يختلف ذلك باختلاف الأحوال، فقد تكون المده شهرا و دونه، و قد تكون سنه و أكثر، باعتبار أن الثمره فى وقت العقد قد تكون موجوده و قد لا

ص: ٣٥٤

و لو قَدَّر المدَّه بالثمره فإشكال. تكون. فإذا عقد على مدَّه معينه تحصل فيها الثمره غالباً، فخرجت المدَّه قبل ظهور الثمره و وجودها فلا شيء للعامل و إن طلعت بعد المدَّه، لأنه عقد صحيح لم يظهر فيه النماء الذى اشترط جزؤه له، فكان كما لو لم تبيع المضاربه، ولأصالة براءة الذمه من وجوب عوض غير المشترط. و إن ظهرت الثمره فى المدَّه و لم تكمل كما لو اطلعت فيها فله نصيبه منها.

و هل يجب عليه العمل إلى بلوغ غايه؟ الأقرب العدم، لأن فائده تعيين المدَّه هو عدم تعلق الحكم الثابت بالعقد بعدها، و لأن العمل الواجب بالعقد هو ما كان فى خلال المدَّه، و ما بعدها منفى بالأصل.

و يحتمل الوجوب، لأن الحصه من الثمره فى مقابل العمل إلى زمان بلوغ الثمره، و تقدير المدَّه إنما هو باعتبار الغالب. فمع التخلف لو ملك الحصه بدون العمل لزم تملك أحد العوضين، لا فى مقابل العوض الآخر.

و اختار هذا الاحتمال فى التذكرة، محتجاً بأن المساقاه لو انفسخت قبل كمال الثمره لوجب إكمال العمل، فليكن هنا كذلك (١). و يمكن الفرق بين بقاء العقد و انفساخه، و فى الأول قوه.

قوله: (و لو قَدَّر المدَّه بالثمره فإشكال).

أى: بإدراك الثمره فإشكال، و منشأ الإشكال: من أن الثابت بالعهده كالمعلوم، و أن المساقاه عقد مبنى على الغرر و الجهاله فلا يفسد بهما، و هو مختار ابن الجنيد.

و من أن الغرر مناف لصحه المعاوضه، و تجوز العقد مع فرد من الغرر لا يقتضى التجوز مطلقاً و قوفاً مع موضع النص. و الأصح عدم الجواز، و هو المشهور بين الأصحاب.

ص: ٣٥٥

و لو مات العامل قبل المده لم يجب على الوارث القيام به، فإن قام به، وإلا استأجر الحاكم من تركته من يكمل العمل، فإن لم تكن له تركه، أو تعذر الاستئجار فللمالك الفسخ، قوله: (و لو مات العامل قبل المده لم يجب على الوارث القيام به).

خلافًا لبعض العامة، لأن المعامله إنما تعلقت بالعامل لا بالوارث، كما لا يجب عليه أداء ديونه من مال نفسه.

قوله: (فإن قام به و إلا استأجر الحاكم من تركته من يكمل العمل).

أى: فإن قام الوارث بالعمل فلا بحث فى الاكتفاء به، لكن قال المصنف فى التذكرة: فإن أتم العمل بنفسه، أو استأجر من مال نفسه من يتم العمل وجب على المالك تمكينه إذا كان أمينًا عارفاً بأعمال المساقاه، وإن لم يقم به استأجر الحاكم من تركه من يكمل العمل (١).

و فى هذا إشعار أنه لا يجب على الوارث الاستئجار، إنما يجب عليه تسليم ذلك القدر من التركه، فإن الواجب على الوارث هو التخليه بين المستحق و بين حقه من التركه.

قوله: (فإن لم يكن له تركه، أو تعذر الاستئجار فللمالك الفسخ).

أما إذا لم يخلف تركه فظاهر، لامتناع الاستئجار بغير أجره. قال فى التذكرة: و لا يستقرض الحاكم على الميت بخلاف الحى إذا هرب، لأنه لا ذمه للميت، و كذا إذا تعذر الاستئجار (٢).

ص: ٣٥٦

١- (١) التذكرة ٣٥١: ٢. [١]

٢- (٢) المصدر السابق. [٢]

فإن ظهرت الثمره بيع من نصيب العامل ما يحتاج إليه من العمل أو بيع جميعه، و لو لم تظهر الثمره ففسخ المالك لتعذر من يكمل العمل عن الميت وجبت اجره المثل عما مضى. و إن خلف تركه، لكن إذا لم يوجد متبرع في الموضوعين، و حيث تعذر العمل-الذى هو أحد العوضين- ثبت للمالك الفسخ.

قوله: (فإن ظهرت الثمره بيع من نصيب العامل ما يحتاج إليه من العمل، أو بيع جميعه).

يفهم من قوله: (فإن ظهرت الثمره) أن ما سبق حكم ما إذا لم تظهر، و هو كذلك، فإن البيع قبل الظهور غير جائز.

ولا- ريب أنه متى ظهرت الثمره فقد استحق العامل الحصه منها و إن وجب عليه باقى العمل، فحينئذ يبيع الحاكم من نصيب العامل ما يفي بالعمل الواجب، فإن لم يوجد راغب فى البعض، أو لم يف بالعمل باع الجميع ثم أنفق قدر الواجب، و الفاضل تركه.

قوله: (و لو لم تظهر الثمره، ففسخ المالك لتعذر من يكمل العمل عن الميت وجبت اجره المثل عما مضى).

لما لم يكن الفسخ جائزا إلا مع موت العامل قبل الظهور مع عدم التركه، أو تعذر الاستئجار و عدم متبرع أعاد المصنف فرض الموت قبل الظهور، ليبين حكم ما إذا فسخ المالك حيث تعذر من يكمل العمل. فإنه إذا تحقق ذلك وجب بالفسخ اجره المثل لما مضى، لأنه عمل محترم بذل فى مقابله الحصه، و قد فاتت بفسخ المالك فوجبت اجره المثل لها.

و لو كان الموت بعد الظهور فذلك منتف، لوجب بيع بعض الثمره، أو جميعها و صرفها فى تحصيل العمل، و يتولاه الحاكم أو من يقوم مقامه.

و لو كان معينا بطلت قبل الظهور فله الأجره.

الرابع: العمل

الرابع: العمل، و يجب على العامل القيام بما شرط عليه منه دون غيره، قوله: (و لو كان معينا بطل قبل الظهور و له الأجره).

أى: ما سبق من عدم بطلان المساقاه بالموت، و ترتب الأحكام السابقه حيث لا يكون العامل معينا للعمل بنفسه فى العقد، فأما إذا كان معينا فلا يخلو: إما أن يكون الموت قبل الظهور، أو بعده.

فإن كان قبل الظهور انفسخ العقد لتعذر مقتضاه، و وجبت أجره مثل العمل الماضى. و إن كان بعد الظهور لم ينفسخ العقد من أصله، لأنه قد ملك الحصة من الثمره، و هو مفهوم قوله: (بطل قبل الظهور). و لم أجد تصريحاً بحكمه، و المتجه انفساخه فيما بقى لتعذر المعقود عليه.

ثم ما الذى يسقط فى مقابل العمل الباقى؟ يحتتمل إسقاط قدر اجره مثله من الحصة، و يحتتمل النظر فى قدر الباقى و نسبته إلى مجموع العمل، باعتبار الكم و النفع، و إسقاط بعض من الحصة نسبته إليها كنسبه الفئات من العمل إلى مجموع العمل.

و يؤيد الاحتمال الثانى أن انفساخ العقد أخرج باقى العمل عن الاستحقاق، فكيف تجب اجره مثله؟ و لم أجد فى هذه المسأله تصريحاً يرجع إليه، فليُنظر ما ذكرناه.

قوله: (الرابع: العمل، و يجب على العامل القيام بما شرط عليه منه دون غيره).

أى: يجب على العامل القيام بما شرط عليه من العمل، دون ما لم يشترط عليه.

فإن أطلقا عقد المساقاه اقتضى الإطلاق قيامه بما فيه صلاح الثمره و زيادتها، و لا ريب أن العقد إن أطلق وجب على العامل جميع الأعمال التي بها صلاح الثمره و زيادتها، و إن شرط فيه عمل بخصوصه لم يجب ما سواه قضيه للشرط.

و الظاهر أنه لا فرق بين أن يقول في العقد: شرطت عليك هذا العمل دون غيره، و بين أن يسكت عن قوله دون غيره.

لا يقال: العمل كله واجب بأصل العقد، فإذا ذكر كله أو بعضه كان تأكيداً، فمع ذكر البعض لا يسقط البعض الآخر، لعدم ذكره، فإن أصل العقد يقتضيه.

لأننا نقول: وجوب العمل كله مع إطلاق العقد، فإذا خرج عن الإطلاق بالتقييد وجب اتباع القيد.

إذا عرفت هذا، فاعلم أنه متى أدخل العامل بالعمل المشروط تخيير المالك بين: فسخ العقد، و إلزامه بأجره مثل العمل. نص عليه المصنف في التحرير (١).

فإن فسخ قبل عمل شيء فلا شيء له، و إن كان بعده قبل الظهور فالأجره له، و إن كان بعد ظهور الثمره فكذلك قضيه للشرط.

و لو أدخل بالأعمال الواجبه مع الإطلاق أو ببعضها، فعلى ما سبق في الإجاره يتجه أن للمالك الفسخ في الجميع.

و هل يضمن له أجره مثل ما عمل؟ يحتمل ذلك، و يحتمل العدم.

و في البعض إن أتى بشيء و له الإلزام بالأجره، و لم أظفر بتصريح في ذلك يعتد به.

ص: ٣٥٩

كالحرث تحت الشجر، و البقر التي تحرث، و آله الحرث، و سقى الشجر و استسقائه الماء، و إصلاح طرق السقى و الأجاجين، و إزالة الحشيش المضر بالأصول، و تهذيب الجريد من الشوك، و قطع اليابس من الأغصان، و زبار الكرم، قوله: (كالحرث تحت الشجر، و البقر التي تحرث، و آله الحرث).

أى: و كالبقر التي تحرث، و كآله الحرث من الخشبه، و السكه الحديد، و المساحى، و نحو ذلك من الآلات المعده للأعمال الواجبه.

و لا نعلم فى وجوب ذلك خلافا هنا و فى المزارعه، و لو شرط العامل شيئا من ذلك على المالك صح و وجب الوفاء بالشرط.

قوله: (و استقاء الماء، و إصلاح طرق السقى و الأجاجين).

الأجاجين جمع إجاجه-بالكسر و التشديد-و المراد بها هنا: الحفر التي يقف فيها الماء فى أصول النخل و الشجر. و يجب تنقيه الآبار و الأنهار من الحماء و نحوها. صرح به المصنف فى التذكرة، ثم احتمل أمرين:

أحدهما: كونها على المالك، و الثانى: كونها على من شرطت عليه، فيفسد العقد بدون الشرط (١). و عبارته الكتاب تقتضى الوجوب على العامل لاندراجها فى قوله: (و إصلاح طرق السقى).

و يدل على الوجوب كونها من الأعمال المتكرره فى كل سنه، لا كنحو شق النهر. و يجب أيضا فتح رأس الساقية، و سدها عند الحاجه.

قوله: (و زبار الكرم).

المراد به: تقليمه، و قطع رؤوس الأغصان المضر بقاؤها بالثمره أو

ص: ٣٦٠

و قطع ما يحتاج إلى قطعه، و التلقيح، و العمل بالناضح، و تعديل الثمره، و اللقاط، و الجذاذ، و اجره الناطور، و إصلاح موضع التشميس، و نقل الثمره إليه و حفظها على رؤوس النخل و بعده حتى تقسم.

و على صاحب الأصل بناء الجدار، و عمل ما يستقى به من دولاب الأصل. و هذا إن كان مندرجا في قوله: (و قطع ما يحتاج إلى قطعه)، إلا أنه أراد التصريح بماله اسم يعرف به.

قوله: (و قطع ما يحتاج إلى قطعه).

سواء كان يابسا أم لا.

قوله: (و تعديل الثمره).

برد الجريد عن وجه العناقيد، و تسويه العناقيد بينها لتصويبها الشمس و لتيسر قطعها عند الإدراك، و تعريش الكرم حيث تجرى عادته، و وضع الحشيش فوق العناقيد صونا لها عن الشمس عند الحاجه، و أمثال ذلك.

قوله: (و اللقاط).

بفتح اللام و كسرهما، أي: لقاط الثمره بمجرد العاده، فما يؤخذ بسرا يجب قطعه إذا انتهى إلى حاله أخذه، و ما يؤخذ يابسا يقطع إذا بلغ تلك الحاله، و كذا ما يؤخذ رطبا.

قوله: (و اجره الناطور).

الناطر و الناطور، بالطاء المهملة: حافظ الكرم و النخل. أعجمي، ذكره في القاموس (١).

قوله: (و على صاحب الأصل بناء الجدار، و عمل ما يستقى به

ص: ٣٦١

أو داليه، و إنشاء النهر، و الكش للتقيح على رأى. و فى البقر التى تدير الدولاب تردد ينشأ: من أنها ليست من العمل فأشبهت الكش، و من أنها تراد للعمل فأشبهت بقر الحرث.

من دولاب أو داليه، و إنشاء النهر).

الضابط فى الأعمال الواجبه على المالك، و هو صاحب الأصل: هو كل ما لا يتكرر فى كل سنه، و الأمور المذكوره مما لا يتكرر كل سنه.

و أوجب ابن إدريس على العامل آلات السقى و ما يتوصل به إليه من الدلاء و النواضح (١). و هو ضعيف، و الأصح و جوبها على المالك، و هو مختار الشيخ فى الخلاف (٢).

قوله: (و الكش للتقيح على رأى).

هذا قول الشيخ (٣)، و المتأخرين (٤)، و أوجه ابن إدريس على العامل، لأنه يتم به نماء الثمره و صلاحها الواجبان، و زعم أنه لا دليل على المالك (٥). و هو ضعيف، لأن العامل لا يجب عليه إلا العمل دون الأعيان التى تصرف إلى مصلحه الثمره، و أصله البراءه تنفى الوجوب عنه.

نعم لو اطردت العاده بذلك و استقرت، فإن الإطلاق يحمل عليها، و مع عدمها فالتعيين أولى.

قوله: (و فى البقر التى تدير الدولاب تردد).

ينشأ: من أنها ليست من العمل فأشبهت الكش، و من أنها تراد للعمل

ص: ٣٦٢

١- (١) السرائر: ٢٦٧.

٢- (٢) نقله عنه فى المختلف: ٤٧٢ و لم نجده فى مظانه فى الخلاف.

٣- (٣) المبسوط ٢١٠: ٣.

٤- (٤) منهم المحقق فى الشرائع ١٥٦: ٢.

٥- (٥) السرائر: ٢٦٧.

و لو احتاجت الأرض إلى التسميد فعلى المالك شراؤه، و على العامل تفريقه، فإن أطلقا العقد فعلى كل منهما ما ذكرنا أنه عليه.

و إن شرطاه كان تأكيدا، فأشبهت بقر الحرث.

يؤيد الأول: أنه من جملة آلات السقى التى لا تتكرر كل سنه فهو كالبئر و الجدار، و اختاره الشيخ (١)، و المصنف فى المختلف (٢).

و يؤيد الثانى: أن إداره الدولاب و نحوه من الأعمال الواجبه على العامل، كتنقيه السواقى و طرق الماء فتجب عليه. و صرح ابن إدريس بالوجوب (٣)، و كل محتمل، فنحن فى الحكم من المتوقفين.

قوله: (و إن احتاجت الأرض إلى التسميد فعلى المالك شراؤه، و على العامل تفريقه).

إنما لم يجب على العامل شراؤه، لأنه عين تصرف إلى الأرض و ليست من الأعمال، فلا يجب على العامل للأصل. و لو أطردت العاده بكونه من العامل فالمتجه حمل الإطلاق عليها. و كيف كان فاشترط التعيين أحوط.

و التسميد: تفعيل من السمد، قال فى القاموس: سَمَدُ الأرض تسميدا جعل فيها السمد، أى: السريقين برماد (٤).

قوله: (فإن أطلقا العقد فعلى كل منهما ما ذكرنا أنه عليه، و إن شرطاه كان تأكيدا).

قد علم هذا فى أول المبحث، لكنه أعاده ليبنى عليه ما بعده.

ص: ٣٤٣

١- ١) المبسوط ٣: ٢١٠.

٢- ٢) المختلف: ٤٧٢.

٣- ٣) السرائر: ٢٤٧.

٤- ٤) القاموس المحيط ([١] سمد) ٣: ٣٠٣. ١.

و إن شرط أحدهما شيئاً مما يلزم الآخر صح إذا كان معلوماً، إلا أن يشترط العامل على المالك جميع العمل فتبطل.

و يصح اشتراط الأ-كثر، و لو شرط أن يعمل معه غلام المالك صح. و لو شرط أن يكون عمل الغلام لخاص العامل فالأقرب الجواز. قوله: (و لو شرط أحدهما شيئاً مما يلزم الآخر صح إذا كان معلوماً، إلا- أن يشترط العامل على المالك جميع العمل فيبطل، و يصح اشتراط الأكثر).

أى: لو شرط أحدهما على نفسه إلى آخره.

و لا- فرق فى الصحة بين أن يشترط العامل على المالك أكثر العمل أو لا- إذا بقى على العامل من العمل ما تصح باعتباره المساقاه، فلو شرط الجميع على المالك فسدت المساقاه. و كذا لو لم يبق على العامل من العمل إلا ما ليس له مدخل فى زياده الثمره، نعم تصح الإجاره إذا كان العمل معلوماً.

و اعلم أن الشيخ قال فى المبسوط: إنه إذا اشترط أن يعمل رب المال معه بطلت المساقاه، لأنه خلاف موضوعها (1)، و الأصح الصحة. و نمنع أن ذلك خلاف موضوع المساقاه، فإن أركان العقد كلها حاصله، و كذا مقصوده -مع انتقاضه باشتراط عمل غلام المالك معه- فإنه اعترف بجوازه.

قوله: (و لو شرط أن يعمل معه غلام المالك صح).

خلافاً لبعض العامه (2).

قوله: (و لو شرط أن يكون عمل الغلام لخاص العامل فالأقرب الجواز).

الظاهر من

ص: ٣٦٤

١- ١) المبسوط ٣: ٢١٠. [١]

٢- ٢) المجموع ١٤: ٤١٠.

عبارة المصنف في التذكرة: أن المراد بذلك اشتراط أن يعمل غلام المالك في الملك المختص بالعامل، فإنه قال: ولو شرط للعامل أن يعمل الغلام لخاص العامل فالأقرب الجواز، عملاً بالشرط، ولأنه إذا جاز أن يعمل في المشترك بين العامل و مولاه، جاز أن يختص بأحدهما (١).

قال الشهيد: يحتمل المنع، لوقوع العمل بإزاء العمل فتبقى الثمرة بلا مواز، و يحتمل ذلك، لأنه خلاف موضوع المساقاة، و الكل ضعيف.

و قال الشافعي: لا يجوز و يبطل العقد (٢)، و ليس بشيء، و الذي في العزيز من كتبهم: و ليس للعامل استعمال الغلام في عمل نفسه إذا فرغ من عمل الحديقه، و لو شرط أن يعمل له بطل العقد (٣).

إذا عرفت ذلك، فالذي يفهم من كلام الشارح الفاضل ولد المصنف:

أن المراد به اشتراط كون عمل الغلام للعامل يختص به، و الظاهر أنه غير المراد، و إلا لم يحتج إلى قوله: (لخاص العامل) حينئذ، بل كان يكفي عنه قوله: (للعامل). على أنه لا محصل له، فإن عمل غلام المالك في بستان المالك كيف يشترط كونه للعامل (٤)؟ و أى فائده في هذا الشرط؟ و كيف كان فالأقرب ما قرّبه المصنف.

قال الشارح العميد حاكياً عن الشيخ في المبسوط: أنه جوّز ذلك، و منع من اشتراط أن يعمل المالك له (٥)، و الظاهر عدم الفرق.

ص: ٣٦٥

١- ١) التذكرة ٢: ٣٤٧. [١]

٢- ٢) إيضاح الفوائد ٢: ٢٩٤.

٣- ٣) فتح العزيز مع المجموع ١٢: ١٣٥-١٣٦.

٤- ٤) (فإنه كيف يشترط مال شخص لآخر)، ووردت هذه العبارة في هامش نسخه «ك»، و في متن نسخه «ه»، و الظاهر انها حاشية أدخلت في المتن.

٥- ٥) المبسوط ٣: ٢١٠.

و يجب تعيينه و نفقته على مولاه، فإن شرطها على العامل أو من الثمره صح بشرط العلم بقدرها و جنسها. و لو شرط العامل أن اجره الأجراء الذين يحتاج إلى الاستعانه بهم فى العمل على المالك، أو عليهما صح، و لو لم يشترط فهى عليه.
و مع الشرط يجب التقدير بالكميه، قوله: (و يجب تعيينه).

أى: الغلام المشروط عمله إما بالمشاهده، أو بالوصف الراجع للجهاله، لأن الأعمال تختلف باختلاف الأشخاص.
قوله: (و نفقته على مولاه، فإن شرطها على العامل أو من الثمره صح بشرط العلم بقدرها و جنسها).

لا- ريب فى أن نفقه الغلام على مولاه بحكم المالك، فإن شرطها على العامل صح، لأنه شرط لا يخالف الكتاب، و لا السنه و لا ينافى مقتضى المساقاه. و كذا لو شرطها من الثمره، لكن يشترط فى الموضوعين العلم بجنسها و قدرها فرارا من الغرر.

و ذهب جمع من العامه إلى عدم الاشتراط، و أنه يحمل الإطلاق على الوسط المعتاد، لأنه يتسامح بمثل ذلك فى المعاملات (١). و اختاره المصنف فى التذكرة (٢)، و هو مختار الشيخ فى المبسوط (٣)، و الأصح الأول.

قوله: (و لو شرط العامل أن اجره الأجراء الذين يحتاج إلى الاستعانه بهم فى العمل على المالك أو عليهما صح، و لو لم يشترط فهى عليه، و مع الشرط يجب التقدير).

لا ريب أن العامل

ص: ٣٤٤

١-١) المجموع ١٣٤:١٢.

٢-٢) التذكرة ٣٤٧:٢. [١]

٣-٣) المبسوط ٢١١:٣.

أما لو شرط العامل أن يستأجر بأجره على المالك في جميع العمل، و لم يبق للعامل إلا الاستعمال ففي الجواز إشكال.

الخامس: الثمار

الخامس: الثمار، و يجب أن تكون مشتركة بينهما، معلومه بالجزئية المعلومه لا بالتقدير. فلو اختص بها أحدهما، أو أهملها إذا كان لا يقوم بالعمل وحده، بل يحتاج إلى من يساعده فيه، فأجره الأجراء الذين تدعو الحاجة إليهم على العامل، لوجب العمل كله عليه عند الإطلاق، فإن شرط الأجره كلها على المالك صح، لأن باقى عمله مصحح للمساقاه. و لو شرط الأجره عليهما فكذلك، لكن يجب تقدير الأجره المشروطه فى الموضوعين، حذرا من الغرر.

و منع الشيخ فى المبسوط من اشتراط أجره الأجراء الذين يستعان بهم من الثمره، لأن موضوع المساقاه أن يكون من رب المال المال و من العامل العمل، و بالشرط المذكور يكون من رب المال المال و العمل معا (١)، و الأصح أنه إذا بقى له عمل تستراد به الثمره يصح الشرط.

قوله: (أما لو شرط العامل أن يستأجر بأجره على المالك في جميع العمل، و لم يبق للعامل إلا الاستعمال ففي الجواز إشكال).

ينشأ: من أن ذلك عمل تدعو الحاجة إليه، فإن المالك قد لا يهتدى إلى الدهقته و استعمال الاجراء، و لا يجد من يباشر الأعمال أو لا يأتئمه، فتدعوه الحاجة إلى أن يساقى من يعرف ذلك لينوب عنه فى الاستعمال.

و من أن المتبادر إلى الأفهام من أعمال المساقاه خلاف ذلك، و العقود إنما تكون بتوقيف الشارع، و عدم الجواز لا يخلو من قوه.

قوله: (الخامس: الثمار، و يجب أن تكون مشتركة بينهما، معلومه بالجزئية المعلومه لا بالتقدير).

الجزئية المعلومه مثل

ص: ٣٦٧

الحصه، أو شرط أحدهما لنفسه شيئا معلوما و الزائد بينهما، أو قدّر لنفسه أرطالا معلومه و الباقي للعامل أو بالعكس، أو اختص أحدهما بثمره نخلات معينه و الآخر بالباقي، أو شرط مع الحصه من الثمره جزءا من الأصل على إشكال، أو ساقاه بالنصف إن سقى ناضحا و بالثلث إن سقى عذيا أو بالعكس، أو ساقاه على أحد الحائطين لا بعينه، أو شرط حصه مجهوله كالجزء، أو النصيب بطلت المساقاه.

النصف و الثلث و الربع، و التقدير مثل كذا رطلا- و كذا قفيزا. و احتزب (الجزئيه المعلومه) عن المجهوله كالجزء و الحظ و النصيب، فإن المساقاه لا تصح إذا كان التقدير بها إجماعا. و لا يحمل على ما ذكر في الوصيه لاختصاصها بالنص.

قوله: (أو شرط أحدهما لنفسه شيئا معلوما و الزائد بينهما، أو قدّر لنفسه أرطالا- معلومه و الباقي للعامل أو بالعكس أو اختص أحدهما بثمره نخلات معينه و الآخر بالباقي).

وجه البطلان في ذلك مخالفه موضوع المساقاه، فإنه ربما لم يحصل إلا ذلك القدر المعين، فلا يكون للآخر شيء.

قوله: (أو شرط مع الحصه من الثمره جزءا من الأصل على إشكال).

ينشأ: من أن موضوع المساقاه المعامله على الشجره بحصه من الثمره، فمتى شرط حصه من الأصل خرج عن موضوع المساقاه.

و لأن الحصه من الأصول تدخل في ملكه، فلا- يكون العمل المبذول في مقابله الحصه واقعا في ملك المالك، و لا- واجبا بالعقد، لأن وجوب العمل في مال نفسه بالاشتراط في عقد المعاوضه لا يعقل.

و من أن ذلك جار مجرى اشتراط شيء من ذهب أو فضه، و لعموم:

و لو شرط له النصف من أحد النوعين، و الثلث من الآخر صح إذا علم مقدار كل منهما.

و لو ساقاه على النصف من هذا الحائط من النوعين لم يشترط العلم بقدر كل منهما. و لو شرط المالك على العامل شيئاً من ذهب أو فضه مع الحصه كان مكروهاً، و وجب الوفاء به ما لم تتلف الثمره، أو لم تخرج فيسقط. أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (١) و: «المؤمنون عند شروطهم» (٢)، و الأصح الأول.

قوله: (و لو شرط له النصف من أحد النوعين، و الثلث من الآخر صح إذا علم كل منهما).

إذا اشتمل البستان على نوعين كالبرنى و الصيحاني، فإن اشترط الحصه من كل منهما بقدر الآخر لم يشترط العلم بقدر كل منهما من البستان، لعدم جهاله الحصه.

و إن فاوت بين النوعين فى الحصه وجب العلم بكل منهما، فلو لم يعلم لم يصح لجهاله الحصه حينئذ، إذ لا يعرف قدر ما فيه النصف من مجموع البستان، فلا يكون قدر الحصه من جميعه معلوماً.

قوله: (و لو شرط المالك على العامل شيئاً من ذهب أو فضه مع الحصه كان مكروهاً و وجب الوفاء به، إلا أن تتلف الثمره أو لم تخرج فتسقط).

أما صحه الشرط فلعوم: «المؤمنون عند شروطهم» (٣)، و منع العامه

ص: ٣٦٩

١- (١) المائدة: ١. [١]

٢- (٢) التهذيب ٧: ٣٧١، حديث ١٥٠٣، الاستبصار ٣: ٢٣٢، حديث ٨٣٥، عوالي اللآلى ٣: ٢١٧، حديث ٧٧.

٣- (٣) التهذيب ٧: ٣٧١، حديث ١٥٠٣، الاستبصار ٣: ٢٣٢، حديث ٨٣٥، عوالي اللآلى ٣: ٢١٧، حديث ٧٧.

و فى تلف البعض، أو قصور الخروج إشكال. جواز ذلك و أبطلوا به المساقاه (١).

و أما كراهته فلا نعلم فيها خلافا.

و أما أنه إذا تلفت الثمره، أو لم تخرج تسقط فوجهه: أنه لو لا ذلك لكان أكل مال بالباطل، لامتناع استحقاق أحد العوضين، أو بعضه بدون ما يقابله من العوض الآخر، فإن الشرط جزء من العوض، كما ذكرناه غير مره.

و هذا الحكم على ما فرضه المصنف من كون الاشتراط للمالك على العامل واضح.

أما مع العكس فظاهر إطلاق عبارته التذكرة (٢) و التحرير (٣) أنه كذلك، و فيه نظر، لأن العوض من قبل العامل - و هو العمل - قد حصل، و الشرط قد وجب بالعقد فكيف يسقط بغير مسقط؟ فإن تلف بعض أحد العوضين لا يوجب سقوط البعض الآخر مع سلامه العوض الآخر.

قوله: (و فى تلف البعض أو قصور الخروج إشكال).

ينشأ: من أن الشرط محسوب من أحد العوضين، و لا- ريب فى أن مجموع أحد العوضين مقابل لمجموع الآخر فتقابل الأجزاء بالأجزاء، فإذا تلف أحد العوضين وجب أن يسقط مقابله من العوض الآخر. و من ثم لو لم تخرج الثمره أصلا، أو تلف جميعها يسقط المشروط كله.

و من أن مقابله الأجزاء بالأجزاء فى عوض المساقاه منتفیه، لأن الفاء و التالف عند حصول التلف أو نقصان الخروج غير معلوم، فلو تحققت

ص: ٣٧٠

١- ١) المغنى لابن قدامه ٥٧٧: ٥.

٢- ٢) التذكرة ٣٥٣: ٢.

٣- ٣) التحرير ٢٥٩: ١.

و لو قال:ساقيتك على أنّ لك النصف من الثمره صح و إن أضرب عن حصته، المقابله لم يكن الساقط في مقابله معلوما.و لذلك لو تلف بعض الثمره،أو نقص الخروج عن العاده لم يسقط شيء من العمل أصلا،و لأن العامل يملك حصته من الثمره بالظهور،فإذا تلف بعضها تلف في ملكه بعد استحقاقه إياه بالمعاوضه،فلا يسقط بتلفه شيء من العوض الآخر.

لا يقال:فعلى هذا إذا تلف الجميع يجب أن لا يسقط الشرط بعين ما ذكر.

لأننا نقول:ذلك ضرر فينتفى بالحديث.

و اعلم أن الإشكال في قصور الخروج لا- وجه له أصلا،لأن العوض هو ما يخرج،قليلًا كان أو كثيرا،لا ما يتوقع خروجه بحسب العاده،فكيف يعقل سقوط شيء من المشروط بتخلف العاده.

أما تلف البعض فإن الإشكال فيه و إن كان لا- يخلو من وجه،إلا أن عدم سقوط شيء أقوى،لما قررناه،و يؤيده عموم أوفوا بالعقود (١)و:«المؤمنون عند شروطهم» (٢) قوله: (و لو قال:ساقيتك على أنّ لك النصف من الثمره صح و إن أضرب عن حصته).

أى:المالك،لأن استحقاقه للباقي ثابت بالأصل،لأنه كان مستحقا للمجموع،فإذا أخرج عنه حصه العامل بقي الباقي على ما كان،فلا يحتاج إلى النص عليه في العقد بخصوصه.

ص:٣٧١

١-١)المائدة:١. [١]

٢-٢) التهذيب ٧:٣٧١ حديث ١٥٠٣،الاستبصار ٣:٢٣٢ حديث ٨٣٥،عوالي اللآلي ٣: ٢١٧ حديث ٧٧.

و في العكس إشكال، فإن أبطناها فاختلغا في الجزء المشروط لمن هو منهما فهو للعامل، قوله: (و في العكس إشكال).

ينشأ: من أن التخصيص بالذكر لا يدل على التخصيص بالحكم، لضعف دلالة المفهوم المخالف.

و من اعتضاد هذه الدلالة بدلاله المقام و قرائن الأحوال. و ليس بشيء، لأن الأمور المعدوده أركاناً في العقود الأمر فيها أضيق من أن يكتفى لذكرها بمثل ذلك من الأمور الضعيفه، و الأصح البطلان.

قوله: (فإن أبطناها فاختلغا في الجزء المشروط لمن هو منهما فهو للعامل).

أى: فإن أبطنا العكس - أى: حكمنا ببطلانه - فإنهما إذا اختلفا أن الجزء المشروط أو، للعامل لكن باليمين فيقدم قول مدعيه بيمينه أما بناء على قول مطلقاً، و سبق في كلامه أن تقديمه مشروط بما إذا لم يتضمن على الآخر، فيقدم قول مدعيه من العامل و المالك، إذا كان ذلك في أثناء المده، حيث لا تكون الحصة زائده على أجره المثل، فلا يبعد أن يكون مراداً له هنا. و فيه ما أوردناه من النظر في آخر الإجاره (١).

و يظهر من كلام المصنف في التذكرة أن تقديم قوله لمساعدته الظاهر إياه، من حيث أن الشرط إنما يراد لأجله، لأن المالك يملك حصته بالتبعيه للأصل لا بالشرط.

و فيه نظر، لأن مثل ذلك لا يعد ظاهراً، إذ ليس المراد من الظاهر ما

ص: ٣٧٢

و لو قال:على أن الثمره بيننا فهو تنصيف. و لو ساقاه على بستانين بالنصف من أحدهما و الثلث من الآخر صح مع التعيين، و إلا فلا- و لو ساقاه على أحدهما بعينه بالنصف، على أن يساقيه على الآخر بالثلث صح على رأى. دلت عليه القرينه، و إلا لكان- إذا اختلفا فى أن المعقود عليه البيع هو ما جرت عليه المساومه أو غيره-القول قول مدعيه عملا بشهاده القرينه، و ليس كذلك.

بل المراد بالظاهر ما يندر وقوع مقابله، كما إذا جاء المتبايعان مصطحبين و اختلفا فى التفرق بعد البيع، مع مضى زمان طويل جدا من حين وقوعه، فإن عدم التفرق فى المده الطويله من الأمور النادره الوقوع. و الذى يقتضيه النظر أن القول قول الآخر بيمينه. قوله: (و لو قال:على أن الثمره بيننا فهو تنصيف).

و ذلك لأن الأصل عدم التفاوت فى النصيب بعد تحقق الشركه، و لهذا يحمل الإطلاق فى الوقف و الوصيه و الإقرار عليه.

قوله: (و لو ساقاه على بستانين بالنصف من أحدهما، و الثلث من الآخر صح مع التعيين و إلا فلا).

أى: مع تعيين متعلق كل من الثلث و النصف، لجهاله الحصه بدونه.

قوله: (و لو ساقاه على أحدهما بعينه بالنصف، على أن يساقيه على الآخر بالثلث صح على رأى).

احترز بقوله: (بعينه) عما إذا ساقاه على أحدهما كذلك لا بعينه، فإنه لا كلام فى بطلان العقد.

و لو تعدد المالك و تفاوتا فى الشرط صح إن علم حصه كل منهما، و إلا فلا، و لو اتفقا صح و إن جهلها. أما مع التعيين فقد اختلف الأصحاب فى صحته: فقال الشيخ فى المبسوط: لا يصح، لأنه بيعتان فى بيعه واحده، فإنه ما رضى أن يعطيه من هذا النصف إلا بأن يرضى منه بالثلث من الآخر. و هكذا فى البيع، إذا قال: بعثك عبدى هذا بألف على أن تبيعنى عبدك بخمسائه، و الكل باطل.

ثم علل البطلان بأن الشرط و عد و هو مخير فى الوفاء به، فإذا اختار العدم و جب أن يرد النقص الذى وقع فى الثمن بسبب الشرط، و هو مجهول فيتجهل به الثمن (١).

و الأصح الصحه، و ما ادعاه من التجهيل غير لازم، إذ لا يرد إلى الثمن شىء آخر، بل يتسلط البائع على فسخ العقد. قال المصنف فى المختلف:

الوجه عندى جواز جميع هذه العقود فى البيع و المساقاه (٢).

إذا عرفت هذا فاعلم أن الضمير فى قوله: (يساقيه) يحتمل عوده إلى المالك فيكون البستانان معا له، و يحتمل عوده إلى العامل فيكون البستان الآخر له لا للمالك، و الحكم واحد. و المفروض فى كلام الشيخ هو الأول، يلوح ذلك من دليله.

قوله: (و لو تعدد المالك و تفاوتا فى الشرط صح إن علم حصه كل منهما و إلا فلا، و لو اتفقا صح و إن جهلها).

أى: لو تعدد المالك فى المساقاه و اتحد العامل، بدليل ما سيأتى، و تفاوتا فى الشرط- أى المالكان- بأن شرط أحدهما النصف و الآخر الثلث،

ص: ٣٧٤

١- ١) المبسوط ٢١١: ٣.

٢- ٢) المختلف: ٤٧٢.

و لو انعكس الفرض بأن تعدد العامل خاصه جاز، تساويا أو مختلفا. و لو ساقاه أزيد من سنه و فاوت الحصه بينهما جاز مع التعيين، و إلا فلا.

فإن علم العامل مقدار حصه كل منهما بما وقعت عليه المساقاه صح، لعدم المنافي حينئذ، و إلا لم يصح، لأن الحصه مجهوله حينئذ، لأنهما بمنزله عقدين.

و لو اتفقا-أى المالكان-فى الشرط كالثالث مثلا، صح و إن جهل مقدار حصه كل منهما، لأن الحصه هى الثلث من المجموع، و المجموع معلوم، و لا ضروره حينئذ إلى العلم بقدر حصه كل منهما.

قوله: (و لو انعكس الفرض بأن تعدد العامل خاصه جاز، تساويا أو مختلفا).

أى: تساويا فى الحصه كالثالث لكل منهما أو مختلفا فيها، لكن لا بد من العلم بمقدار ما يتعلق بكل منهما من المساقاه، فإما أن يطلق فيحمل على التساوى، أو يعين فى العقد مساقاه أحدهما على ثلث البستان و الآخر على الباقي.

قوله: (و لو ساقاه على أزيد من سنه، و فاوت الحصه بينهما جاز مع التعيين).

أى: مع تعيين حصه كل سنه، لأن الإخلال بالتعيين يقتضى الجهاله، لتفاوت الثمره باختلاف السنين، و منعه بعض العامه (1).

و إنما تئى المصنف الضمير فى قوله: (بينهما) إجراء للحكم على أقل

ص: ٣٧٥

و لو ساقى أحد الشريكين صاحبه، فإن شرط للعامل زياده على نصيبه صح، وإلا فلا و لا اجره له.

الفصل الثانى: فى أحكامها

الفصل الثانى: فى أحكامها.

يملك العامل الحصه بظهور الثمره، فلو تلفت كلها إلا واحده فهى بينهما، مراتب الزيادة على سنه، و منه يعلم حكم الباقي.

قوله: (و لو ساقى أحد الشريكين صاحبه، فإن شرط للعامل زياده على نصيبه صح، وإلا فلا و لا اجره له).

إنما لم تصح المساقاه إذا لم يشترط له زياده على نصيبه، لأن استحقاق النصيب باعتبار أصل الملك، فتكون المساقاه بغير عوض.

قال الشيخ فى المبسوط: و للعامل اجره المثل (١)، و رده المصنف، لأنه دخل على أن لا شىء له، فكان متبرعا بعمله، و هو الأصح.

قوله: (يملك العامل الحصه بظهور الثمره، فلو تلفت كلها إلا واحده فهى بينهما).

لا خلاف عندنا فى أن العامل يملك الحصه بظهور الثمره، و للشافعيه قول إنه لا يملك شيئا إلا بعد القسمه، كالعامل فى القراض (٢)، و الحكم فى الأصل ممنوع.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن التفريع الذى ذكره المصنف و هو قوله: (فلو تلفت.) غير ظاهر، لأن ملك العامل الحصه بالظهور و عدمه لا أثر له فى كون الباقي بينهما نفيا و لا إثباتا، فلا يمتنع على القول بأنه يملك بالقسمه

ص: ٣٧٤

١- ١) المبسوط ٣: ٢١٤. [١]

٢- ٢) المجموع ١٤: ٤١٠.

فإن بلغ حصه كل منهم نصاباً وجبت عليه زكاه، وإلا فعلى من بلغ نصيبه. اشتراكها فيما بقى بعد تلف البعض إلى زمان القسمة.

قوله: (فإن بلغ حصه كل منهما نصاباً وجبت عليه زكاه، وإلا فعلى من بلغ نصيبه).

تفريع وجوب الزكاه على العامل على أنه يملك الحصه بالظهور واضح، لأن الزكاه إنما تجب في الثمار و الزروع إذا نمت على الملك.

و اعلم أن ما ذكره المصنف هنا هو المشهور بين الأصحاب، وقال أبو المكارم بن زهره بعدم وجوب الزكاه على العامل في المساقاه ولا في المزارعه (١)، وما ذكره لا يتم على القول بأن العامل لا يملك الحصه بالظهور.

و أسند المصنف في التذكرة القول بتملكه إياها بالظهور في المساقاه إلى علمائنا (٢)، فإن كان ابن زهره قائلاً بذلك فلا وجه لإنكار وجوب الزكاه أصلاً، وإن قال بأنه إنما يملك بالقسمة اتجه عدم الوجوب عليه، لفقد شرط الوجوب.

و هل تجب زكاه حصته على المالك حينئذ؟ يتجه العدم، لأنه من جملة المؤمن. و هل ينتم به النصاب؟ يحتمل ذلك.

إذا عرفت هذا فلا ريب في ضعف قول ابن زهره، وقد أكثر ابن إدريس التشنيع عليه (٣).

و قال المصنف في المختلف في باب المزارعه: إن قوله ليس بذلك

ص: ٣٧٧

١- ١) الغنية (الجوامع الفقهية): ٥٤٠.

٢- ٢) التذكرة ٣٤٩: ٢. [١]

٣- ٣) السرائر: ٢٦٥.

و لو فسد العقد كانت الثمره للمالك، و عليه اجره العامل. و لو ظهر استحقاق الأ-صول فعلى المساقى أجره العامل و الثمره للمالك، البعيد من الصواب، و هو أعلم بما قال (١).

و الظاهر عندنا أنه لا وجه له أصلا، إلا على القول بأن استحقاقه و تملكه إنما يكون بعد بدو الصلاح و تعلق الزكاه، و هذا خلاف ما نقله المصنف عن علمائنا، فكيف يكون خلافه قريبا من الصواب. و لعله يريد أن ذلك محتمل و غير مقطوع ببطلانه، فلا يأتى على قائله كل ما ذكره ابن إدريس من التشنيع.

قوله: (و لو فسد العقد كانت الثمره للمالك و عليه اجره العامل).

لأنه لم يحصل ما يقتضى نقل الثمره عن ملك مالكها، و عمل العامل إنما كان فى مقابلها و قد فاتت، فيجب الرجوع إلى قيمته، و هى أجره المثل لعمله. و لو علم بالفساد فلا اجره له، لأنه بذل عمله فى مقابل ما يعلم أنه لا يحصل (٢).

قوله: (و لو ظهر استحقاق الأ-صول فعلى المساقى أجره العامل، و الثمره للمالك).

أما كون الثمره للمالك فظاهر، و أما استحقاق العامل على المساقى أجره المثل، فلأنه استدعى عمله فى مقابل عوض لم يسلم للعامل، فوجب الرجوع إلى أجره المثل، لأنه لم يبذله له مجانا. و لا شىء على المالك، لأن العمل بغير إذنه، كما لو استأجر على ضرب البقره المغصوبه فإن المالك

ص: ٣٧٨

١- ١) المختلف: ٤٦٩.

٢- ٢) فى «ك» و «ه» ورد هنا بياض يتسع لكلمتين.

فإن اقتسماها و تلفت، فإن رجع المالك على الغاصب بالجميع رجع الغاصب على العامل بحصته و للعامل الأجره عليه، يأخذها كذلك و على المستأجر الأجره.

فإن قيل: لو هلك الثمره أو سرقت لم يستحق العامل اجره فكيف استحق هنا؟.

قلنا: مع صحه العقد لا يستحق إلا الحصه، فإن سلّمت له و إلا فلا شىء له، كما لو لم تخرج الثمره أصلا، و مع الفساد تجب اجره المثل على كل تقدير.

قوله: (فإن اقتسماها و تلفت، فإن رجع المالك على الغاصب بالجميع رجع الغاصب على العامل بحصته، و للعامل الأجره عليه).

مع ظهور استحقاق الأصول لا يخلو الحال من أن تكون الثمره باقيه -قسّمت أو لم تقسم- أو تكون تالفه، فمع بقائها يجب ردها على مالكةا، لأنها عين ماله.

و مع التلف بعد القسّمه، و أخذ كل منهما نصيبه يتخير المالك فى الرجوع على أيهما شاء، فإن رجع على الغاصب بالجميع كان للغاصب الرجوع على العامل بعوض الحصه، لأنه لم يملكها العامل لفساد العقد، و قد أخذ المالك عوضها من الغاصب فكانت حقا له، لوجوب خروجها عن ملك المالك بأخذ العوض لامتناع ملكيه العوض و المعوض له.

لكن يجب أن يقيّد هذا بما إذا لم يصرّح الغاصب بكونه مالكا، فإن صرّح بذلك لم يكن له الرجوع على العامل بشىء، لأنه بمقتضى تصريحه لا حقّ له على العامل، و إنما أخذ الحصه باستحقاق، و مدعى الملك ظالم له، و من ظلم لا يظلم.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن للعامل الرجوع عليه بأجره المثل، لأنه قد

و لو رجع على العامل بالجميع فللعامل الرجوع بما وصل إلى الغاصب و الأجره و لو رجع على كل منهما بما صار إليه جاز. و لو كان العامل عالما فلا أجره له. ثبت فساد المساقاه، فتجب أجره المثل لا الحصه. لكن هذا إذا لم يصرّح العامل بأن الملك للمساقى فإنه يؤخذ بإقراره، لأن المدعى بزعمه حينئذ مبطل، و البينه غير صادقه إذا أصر على ذلك إلا إذا كان تصريحه بها بناء على الظاهر، كما سبق بيانه فى البيع.

قوله: (و لو رجع على العامل بالجميع فللعامل الرجوع بما وصل إلى الغاصب و الأجره).

لا ريب أن يد العامل قد أثبتت على جميع الثمره فاستحق المالك الرجوع عليه بالجميع، فإذا أغرمه ذلك لم يكن له الرجوع على الغاصب إلا بما وصل إليه، لأنه الذى استقر تلفه بيده، و له عليه الأجره لفوات الحصه بفساد العقد كما سبق.

قوله: (و لو رجع على كل منهما بما صار إليه جاز).

لأن قرار ضمان ذلك على من تلف فى يده، فله الرجوع به من أول الأمر، و لو تلف الجميع فى يد العامل ف ضمان حصته عليه.

و أما حصه الغاصب فإن يده عليها يد أمانه بزعم الغاصب، لأنه أمينه، فإذا ظهر كونه ضامنا رجع على الغاصب لغروره، و قد حققناه فى الغصب.

و لو تلف الجميع فى يد الغاصب، نظر هل كانت يده على حصه العامل يد أمانه أم يد ضمان؟ فيرتب على كل منهما مقتضاه.

قوله: (و لو كان العامل عالما فلا أجره له).

لأنه متبرع بعلمه، و لو رجع المالك عليه بالجميع لم يرجع بحصته،

و لو هرب العامل فإن تبرع بالعمل عنه أحد، أو بذل الحاكم الأجره من بيت المال فلا خيار، وإلا فللمالك الفسخ. و لو عمل المالك بنفسه، أو استأجر عليه فهو متبرع و للعامل الحصة، إذ ليس له أن يحكم لنفسه. بل بحصه الغاصب خاصه، فلا- يتفاوت الحكم مع العلم و عدمه باعتبار ما سبق فى كلام المصنف، إلا فى الأجره فلا يرجع بها.

قوله: (و لو هرب العامل، فإن تبرع بالعمل عنه أحد أو بذل الحاكم الأجره من بيت المال فلا خيار، وإلا فللمالك الفسخ).

لا- ريب أن المساقاه لا- تنفسخ بهرب العامل، و لا يثبت للمالك الفسخ بمجرد الهرب، بل يرفع الأمر إلى الحاكم، و تثبت عنده المساقاه لينفذ فى طلبه، فإن وجدته أجبره على القيام بالعمل، و إلا اكرت من ماله من يعمل إن كان له مال و لم يوجد من يتبرع عنه بالعمل، لأن العمل حق عليه.

و إن لم يجد له مالا أنفق من بيت المال و لو قرضا إن كان فيه سعه، و إلا اقترض عليه، أو استأجر بأجره مؤجله إلى وقت تدرك فيه الثمره. و لو وجد متبرعا لم يجز الاستئجار من مال المالك، و لا الاقتراض عليه.

و لو فقد الجميع فللمالك الفسخ، لكن إن كان ذلك قبل ظهور الثمره دفعا للضرر و لتعذر أحد العوضين، أما بعد الظهور فإنه يبيع منها ما يفى بالعمل. فلو لم يوجد راغب، أو لم يف البعض باع الجميع و حفظ ما يبقى للعامل إن بقى له شىء، و عبارته الكتاب مطلقه يجب تقييدها بما ذكرناه.

قوله: (و لو عمل المالك بنفسه، أو استأجر عليه فهو متبرع و للعامل الحصة، إذ ليس له أن يحكم لنفسه).

هذا إذا كان قادرا على الحاكم فعمل أو استأجر من دون مراجعته، فإنه متبرع حينئذ و إن نوى الرجوع، لأنه لا عبره بنيته و حاله هذه، و ليس له أن

و لو أذن له الحاكم رجع بأجره مثله، أو بما أذاه إن قصر عن الأجره. و لو تعذر الحاكم كان له أن يشهد أنه يستأجر عنه و يرجع حينئذ، يحكم لنفسه كما لو عمل أو استأجر مع حضور العامل.

قوله: (و لو أذن له الحاكم رجع بأجره مثله، أو بما أذاه إن قصر عن الأجره).

أى: لو أذن الحاكم للمالك فى العمل أو الاستئجار عليه ليرجع عليه صح، فإذا عمل بنفسه أو استأجر رجع بأجره مثل ذلك العمل، أو بما أذاه إن قصر عن الأجره. فإن زاد لم يرجع بالزائد، لأنه لا يجوز الاعتياض للغير بأزيد من عوض المثل لوجوب مراعاة الغبطه له.

و يشكل بما إذا تعذر الاستئجار إلا بزياده عن أجره المثل. و مثله ما لو تعذر الإنفاق فى الرهن و الوديعه و العاريه إلا بزياده عن قيمه، فإن المتجه أنه يرجع بجميع ما أدى، إلا أن يقال: إن هذا هو العوض المثلى، لأن المرجع فيه إلى الزمان و المكان، فمتى لم يوجد باذل إلا بالزائد كان هو العوض.

فإن قيل: مقتضى العبارة أنه لا يرجع بما أدى إذا كان بقدر أجره المثل، لأنه شرط فى الرجوع به قصوره عن أجره المثل.

قلنا: بل مقتضاها الرجوع بالأجره مطلقاً، إلا أن يقصر ما أذاه عنها فيرجع بما أذاه. و إن كان مفهوم قوله: (أو بما أذاه) مدافعا لإطلاق قوله:

(رجع بأجره مثله) فإن الإطلاق أقوى. و لو قال: إلا أن يقصر ما أذاه لسلم من هذا.

قوله: (و لو تعذر الحاكم كان له أن يشهد أنه يستأجر عنه و يرجع حينئذ).

المراد بتعذره: ما

و لو لم يشهد لم يرجع و إن نوى على إشكال. يشمل حصول المشقه الكثيره فى الوصول إليه. و لو لم يكن إثبات ذلك عند الحاكم، فهل هو كتعذر الحاكم؟ فيه احتمال فينتقل إلى الإشهاد. و يحتمل التسلط على الفسخ لتعذر العوض. و اشترط فى التذكرة أن يشهد أنه ينفق و يرجع، فلا يرجع إن لم يشترط الرجوع (١).

فرع: لو تعذر الاستتجار لم يجب على المالك العمل بالأجره، لأنه قد يأنف من ذلك فله الفسخ.

فرع آخر: متى لم تخرج الثمره، أو تلفت كلها لم يجب على العامل إكمال العمل إلى آخر المده (٢).

قوله: (و لو لم يشهد لم يرجع و إن نوى على إشكال).

أى: لو لم يشهد على العمل أو الاستتجار، سواء تمكن من الإشهاد أم لا. و منشأ الإشكال: من أصاله عدم التسلط على شغل ذمه الغير بحق يطالب به، فيقتصر فيه على موضع الوفاق، و هو ما إذا أشهد.

و من أن الشاهدين لا ولايه لهما على العامل، و فائده الإشهاد هو التمكن من إثبات استحقاق الرجوع، و المقتضى للرجوع هو عدم التبرع لقصد الرجوع.

و ربما بنى ذلك على أن الإشهاد هل هو شرط للرجوع كإذن الحاكم فاعتباره لذلك؟ أو لأنه وسيله إلى إثبات قصد الرجوع النافى للتبرع؟ فإن قلنا بالأول فلا رجوع بحال و إن ثبت عدم التبرع، و على الثانى يرجع.

و الذى يقتضيه النظر أن اشتراط الإشهاد لا وجه له، إذ لا ولايه

ص: ٣٨٣

١- ١) هذا الفرع و الذى قبله ورد هامش نسخه «ك»، و فى نهايته عبارته: «بخطه»، أما نسخه «ه» فورد فى المتن.

٢- ٢) التذكرة ٣٥٠: ٢. [١]

و لو فسخ فعليه اجره مثل عمله قبل الهرب، و له مع المتبرع الفسخ مع التعيين. و لو عمل الأجنبي قبل أن يشعر به المالك سلم للعامل غير المعين للشاهدين على العامل، و لأن إذنهما غير معتبر بل شهادتهما.

و فائده الإشهاد هو التمكن من الإثبات فقط، و التمسك بالأصل يقتضى انتفاء الاشتراط، فحينئذ إذا أنفق بقصد الرجوع رجع فيما بينه و بين الله تعالى، و كذا لو أقرّ العامل بأنه قصد ذلك.

و هل يكفي لثبوته بيمينه من حيث أنه لا يعلم إلا من قبله؟ يحتمل ذلك، و لا فرق فيما قلناه كله بين تعذر الإشهاد و عدمه.

و لو قلنا بعدم الرجوع إلاّ مع الإشهاد و تعذر فالمتجه تسلطه على الفسخ، و يكون له العمل بمقتضاه فيما بينه و بين الله تعالى، فيتوسل إلى دفع دعوى العامل بإنكار دعوى المساقاه موريا و نحو ذلك.

قوله: (و لو فسخ فعليه اجره مثل عمله قبل الهرب).

لأنه عمل محترم صدر بالإذن فى مقابل عوض، و قد فات بالفسخ، فتجب قيمته لتعذر رده.

قوله: (و له مع المتبرع الفسخ مع التعيين).

أى: و للمالك مع وجود المتبرع عن العامل بالعمل، أو بالأجره الفسخ إذا كان العامل معينا للعمل بنفسه.

و لا- يفسخ العقد بمجرد الهرب، بخلاف الموت، لعدم القطع بتعذر العمل، لإمكان عود العامل حينئذ، بخلاف الموت. لكن له الفسخ لتعذر العمل الخالى ففات بعض العوض.

قوله: (و لو عمل الأجنبي قبل أن يشعر به المالك سلم للعامل

الحصه، و كان الأجنبي متبرعا عليه، لا على المالك، و العامل أمين فيقبل قوله فى التلف، و عدم الخيانه، و عدم التفريط مع اليمين. غير المعين. الحصه، و كان الأجنبي متبرعا عليه لا على المالك).

إنما سلّمت له الحصه لحصول العمل الواجب فى ذمته الذى هو فى مقابلتها، فإنه لم يشترط حصوله من أحد بعينه.

و قول المصنف: (و كان الأجنبي متبرعا عليه لا على المالك).

واضح، سواء قصد بالعمل التبرع على العامل أم على المالك، لأن العمل واجب على العامل و ثابت فى ذمته، فلا يتصور التبرع به على غير من هو عليه، و لا أثر للقصد فى ذلك.

و لا - حاجه إلى التقييد بقوله: (قبل أن يشعر به المالك) فهو مستدرك بل مضر، لأنه مع وجود المتبرع و عدم التعيين لا يجوز للمالك الفسخ و تسلم حصه العامل، علم المالك أو لم يعلم.

أما التقييد بقوله: (غير المعين) ففى موضعه، لأن المعين إذا استمر هاربا إلى أن انقضت المده يفسخ العقد و لا يستحق شيئا، و عمل المتبرع يقع للمالك حينئذ.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن مرض العامل و حبسه كهربه، ذكره فى التذكرة (1). و لو كان مرضه مأیوسا من برئه فليس ببعيد إلحاقه بموته مع احتمال العدم، لأن العاده قد تتخلف.

قوله: (و العامل أمين فيقبل قوله فى التلف، و عدم الخيانه، و عدم التفريط مع اليمين).

أما أنه أمين، فلأنه نائب المالك فى حفظ ماله كعامل القراض، و أما

ص: ٣٨٥

و لو ثبتت الخيانه فالأقرب أن يده لا ترفع عن حصته، و للمالك رفع يده عن نصيبه، تفرع قبول قوله في التلف، و ما بعده يمينه على كونه أميناً فغير ظاهر، فإن الغاصب يقبل قوله في التلف يمينه.

و كذا في عدم الخيانه، لأنكاره إياها، فيكون عامل المساقاه كذلك.

و كذا القول في عدم التفريط بالنسبه إليه، لأنكاره إياه، و إن كان ترتب دعوى الضمان عليه لتفريطه متفرعا على كونه أميناً، أما تقديم قوله فلا. و لو عتبر بقوله: (و يقبل) بالواو لسلم من ذلك.

و اعلم أن الشيخ في المبسوط (١)، و المصنف في التذكرة (٢) قالاً: إن دعوى المالك على العامل شيئاً من الأمور المذكوره لا تسمع حتى يحررها، فإذا حررها و بين قدر ما خان فيه فأنكر وجبت البيه على المالك، أو اليمين على العامل.

قلت: هذا بناء على أن الدعوى المجهوله لا تسمع، فلو قلنا بسماعها كفى في توجيهها دعوى الخيانه من ماله من غير احتياج إلى بيان القدر.

قوله: (و لو ثبتت الخيانه فالأقرب أن يده لا ترفع عن حصته، و للمالك رفع يده عن نصيبه).

أى: لو ثبتت خيانه من مال المالك -على ما ترشد إليه عبارته التذكرة (٣)- من الثمار، أو السعف، أو الأغصان، و مثله الإتلاف و التفريط في الحفظ. و إن كانت عبارته الكتاب مطلقه -فيتناول ما إذا ثبتت خيانه في الجملة، إلا أن يقال: هذه الدعوى لا تسمع إلا أن يدعى المالك حقا له.

ص: ٣٨٦

١- ١) المبسوط ٢١٥: ٣.

٢- ٢) التذكرة ٣٥١: ٢. [١]

٣- ٣) التذكرة ٣٥١: ٢. [٢]

فإن ضم إليه المالك حافظاً فأجرته على المالك خاصة. و لو لم يمكن حفظه مع الحافظ فالأقرب رفع يده عن الثمره، و إلزامه بأجره عاملاً. إذا عرفت ذلك، فإذا ثبتت خيانتة فالأقرب إن يده لا- ترفع عن حصته، لأن ذلك ماله و: «الناس مسلطون على أموالهم» (١) و هو الأصح. و يحتمل ضعيفاً رفعها عن حصته، لأن إثبات يده على حصته يستدعي إثباتها على حصه المالك.

أما حصه المالك فإن له رفع يده عنها قطعاً، و ذلك إنما يكون بضم آخر إليه يكون حافظاً لمال المالك.

قوله: (فإن ضم إليه المالك حافظاً فأجرته على المالك خاصة).

و ذلك لأنه نائبه، و القائم مقامه في حفظ ماله و قال بعض الشافعيه:

بأنها على العامل، بناء على أن مؤنه الحفظ عليه (٢).

قوله: (و لو لم يمكن حفظه مع الحافظ فالأقرب رفع يده عن الثمره، و إلزامه بأجره عاملاً).

هنا مسألتان: فأما وجه القرب في الأولى، و هي رفع يده عن الجميع إذا تعذر حفظ مال المالك مع ضم الحافظ إليه، فلأن للمالك أن يحفظ ماله قطعاً، و لا يتم إلا برفع يد العامل لأنه الفرض.

و يرد عليه: أن الحق الثابت لشخص إذا كان لا يتم إلا بإسقاط حق شخص آخر، و إزاله يده عن ملكه، فلا دليل على سقوط ذلك الحق

ص: ٣٨٧

١- (١) عوالي اللآلي ٢: ١٣٨ حديث ٣٨٢.

٢- (٢) هو ابن الصباغ كما في فتح العزيز المطبوع مع المجموع ١٤٩: ١٢-١٥٠.

و لو ضعف الأمين عن العمل ضم غيره إليه، و لو عجز بالكلية أقيم مقامه من يعمل عمله، و الأجره فى الموضوعين عليه. و لو اختلفا فى قدر حصه العامل قَدّم قول المالك مع اليمين، و استحقاق إزاله يده.

و أما وجه القرب فى الثانيه، فلأن العمل واجب عليه، و قد تعذر فعله بنفسه، فوجب أن يستأجر عنه من يقوم مقامه، كما إذا هرب. و فيه نظر، لأن تعذر العمل منه غير واضح، لأن مجرد الخيانه غير كاف فى ثبوت تعذر العمل، إذ لو جَوّزنا رفع يده عن الجميع بسببها أمكن أن يقال: إن التعذر بسبب المالك، فلا يجب على العامل شىء آخر، و للتوقف فى الموضوعين مجال.

قوله: (و لو ضعف الأمين عن العمل ضم غيره إليه، و لو عجز بالكلية أقيم مقامه من يعمل عمله، و الأجره فى الموضوعين عليه).

أراد بالموضوعين ما إذا ضعف الأمين - هو العامل - فاحتيج إلى الضم إليه، و ما إذا عجز بالكلية فاحتيج إلى إقامه غيره مقامه.

و إنما كانت الأجره فى الموضوعين عليه، لأن العمل الواجب عليه قد تعذر من قبله بضعفه أو بعجزه، فكان الاستئجار واجبا عليه. و لا ريب أن الاستئجار باختياره، لأنه حق فى ذمته فيتخير فى جهات قضائه، فإن أبى أجبره الحاكم أو استأجر عليه.

و لا- يخفى أن هذا إنما هو مع عدم تعيينه للعمل، فمعه يفسخ المساقاه المالك إن شاء، و إن شاء أبقاها فإذا انتهت المده و لم يعمل شيئا انفسخت.

قوله: (و لو اختلفا فى قدر حصه العامل قَدّم قول المالك مع اليمين).

لأن الأصل كله ملك

و كذا لو اختلفا فيما تناولته المساقاه من الشجر. و لو كان مع كل منهما بينه قَدَم بينه الخارج، المالك، فالعامل يدعى ملك الزيادة و المالك ينكر ذلك، فيكون القول قوله بيمينه مع عدم البيئه.

و قال الشافعي: يتحالفان كالبيع (١)، و هو الذى ذكره الشيخ فى المبسوط أولات ثم قَوَى تقديم قول المالك بيمينه (٢)، و هو مذهب الأصحاب (٣)، و إن كان للتحالف وجه فإن أصاله استحقاق المالك الجميع انقطعت بعقد المساقاه المتفق على حصوله، إذ ليس وقوعه على وجه دون وجه بأصل، و كل واحد منكر لما يدعيه الآخر، و لأن العامل منكر لاستحقاق عمله فى مقابله الأقل من الحصه.

فرع (٤): أجزاء الأصول كالسعف و الجريد للمالك، و الثمره بينهما، و ما يتبع الثمره كالشماريخ كالثمره على اشكال، ذكره فى التذكرة (٥).

قوله: (و كذا لو اختلفا فيما تناولته المساقاه من الشجر).

أى: القول قول المالك بيمينه، لأنه منكر للزائد. و لو اختلفا فى قدر العمل المشترط احتمال تقديم قول العامل، و التحالف.

قوله: (و لو كان مع كل منهما بينه قَدَم بينه الخارج).

و هو العامل على ما سبق، لأنه المدعى. و قال الشيخ فى المبسوط:

ص: ٣٨٩

١- (١) الوجيز ١: ٢٢٩، فتح العزيز المطبوع مع المجموع ١٢: ١٧١.

٢- (٢) المبسوط ٣: ٢١٩.

٣- (٣) منهم ابن زهره فى الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٥٤٠، و ابن إدريس فى السرائر: ٢٦٨.

٤- (٤) ورد هذا الفرع فى هامش نسخه «ك» و فى نهايته عبارته «بخطه»، أما نسخه «ه» فورد فى متنها.

٥- (٥) التذكرة ٢: ٣٥٢. [١]

و لو صدقه أحد المالكين خاصه أخذ من نصيبه ما ادعاه، و قبلت شهادته على المنكر. و لو كان العامل اثنين و المالک واحدا، فشهد أحدهما على صاحبه قبلت. إنه إذا كان معهما بيتان حكم بالقرعة (١)، و ما ذكره متجه على القول بأن كلا منهما مدع و منكر، أما على القول بأن المدعى هو العامل، و أن اليمين فى جانب المالک فلا يتجه ذلك.

قوله: (و لو صدقه أحد المالكين خاصه أخذ من نصيبه ما ادعاه، و قبلت شهادته على المنكر).

أى: لو كان المالک متعددا و وقع الاختلاف فى قدر الحصه، أو فى الأشجار التى تناولتها المساقاه، فصدق أحد المالكين العامل فيما ادعاه نفذ فى حقه، فيؤخذ من نصيبه ما ادعاه العامل. ثم إن كان أهلا للشهاده قبلت شهادته على المنكر، لانتفاء المانع، لانتفاء التهمه.

قوله: (و لو كان العامل اثنين و المالک واحدا، فشهد أحدهما على صاحبه قبلت).

لانتفاء التهمه، و هذا إنما يتم إذا قلنا بقبول البيئه من طرف المالک، و فى قبولها من طرفه نظر، لانه منكر.

و قال الشيخ فى المبسوط: إذا كان مع أحدهما بينه حكم بها (٢)، و قال المصنف فى التذکره: و لو أقام أحدهما بينه حكم بها إجماعا (٣)، فحيث كانت المسأله إجماعيه اندفع الإشكال.

ص: ٣٩٠

١- ١) المبسوط ٢١٩: ٣. [١]

٢- ٢) المصدر السابق.

٣- ٣) التذکره ٣٥٢: ٢. [٢]

و لو استأجره على العمل بحصه منها أو بجميعها، بعد ظهورها و العلم بقدر العمل جاز، و إلا فلا. و الخراج على المالك إلا أن يشترطه على العامل أو عليهما، و ليس للعامل أن يساقى غيره. قوله: (و لو استأجره على العمل بحصه منها، أو بجميعها بعد ظهورها، و العلم بقدر العمل جاز، و إلا فلا).

لأن الإجاره لا بد فيها من العلم بالعوضين، و كونهما فى الذمه أو موجودين. فإذا ظهرت الثمره و علم قدر العمل صحت الإجاره، و إلا فلا.

لا يقال: هذا كما لو استأجرها لإرضاع العبد بجزء منه.

لأننا نقول: ليس كذلك، لأن المقصود بعمل المساقاه ربما كان هو الأ-صول، فلا- يكون العمل فى الثمره ملحوظا أو يكون تابعا، بخلاف الإرضاع فى العبد.

قوله: (و الخراج على المالك، إلا أن يشترطه على العامل، أو عليهما).

إذا كان الشجر فى الأرض الخراجيه، فإن الخراج على المالك، لأنه سبب الغراس، إلا أن يشترطه على العامل أو عليهما، فإن اشترط كذلك وجب الوفاء بالشرط، لكن يجب أن يكون الخراج معلوم القدر ليصح اشتراطه. و لو زاد عن المقدّر شىء فهو على المالك.

قوله: (و ليس للعامل أن يساقى غيره).

لأن المساقاه إنما تكون بين صاحب الأ-صول و العامل، لأنها معامله على الأ-صول بحصه من الثمره، و العامل لا- حق له فى الأ-صول، فمساقاته عليها خلاف موضوع المساقاه، و هذا خلاف ما سبق فى المزارعه.

و الفرق: أن المزارعه لا يشترط فيها كون الأرض مملوكه للمزارع،

و لو دفع إليه أرضا ليغرسها، على أن الغرس بينهما فالمغارسه باطله، سواء شرطاً للعامل جزءاً من الأرض أو لا، و الغرس لصاحبه و لصاحب الأرض إزالته و أجره أرضه، لفوات ما حصل الإذن بسببه، و عليه أرش النقص بالقلع. و إلا لم تصح في الأرض الخراجيه بخلاف المساقاه. و لعل السر في ذلك أن غرض المساقاه هو العمل في الاصول و إصلاحها، و ترتيبها لفائده هي الثمره.

و أما المزارعه فإن المقصود فيها هو الحاصل، و ليس الغرض فيها كالغرض في الأصول، و إن كان حرثها و تسميدها مقصوداً تبعاً للزراع. و هذا إذا لم يأذن المالك، فإن أذن العامل في المساقاه صح، و كان الثاني هو العامل و الأول و كيل عن المالك.

قوله: (و لو دفع إليه أرضاً ليغرسها على أن الغرس بينهما فالمغارسه باطله، سواء شرطاً للعامل جزءاً من الأرض أو لا، و الغرس لصاحبه، و لصاحب الأرض إزالته و أجره أرضه، لفوات ما حصل الإذن بسببه، و عليه أرش النقص بالقلع).

لما كانت العقود الناقله للملك من مالك إلى آخر، و المقتضيه شغل ذمه خاليه بعوض أو مجاناً توقيفيه، لا تكون إلا بوضع الشارع و جب أن تكون المغارسه - و هي مفاعله من الغرس، و المراد بها: أن يدفع أرضاً إلى آخر ليغرسها بغرسه أو بغرس المالك على أن الغرس بينهما، سواء شرطاً مع ذلك أن يكون للعامل جزءاً من الأرض أم لا - باطله، لأن هذه المعامله ليست واحداً من عقود المعاملات، فإنها أشبه شئء بالمساقاه. إلا أنها مخالفه لموضوعها كما هو واضح، و هذا الحكم يجمعنا، و موافقه أكثر العامه (١).

ص: ٣٩٢

و لو دفع قيمه الغرس ليملكه، أو الغارس قيمه الأرض ليملكها لم يجبر الآخر عليه. و من المغارسه الباطله: أن يعامله على الغرس فى الأرض بحصه من الثمره، و ما جرى مجراها كورق التوت، فحيث كانت المغارسه باطله فالغرس لصاحبه، كما أن الأرض لصاحبها. فإن كان الغرس من المالك فعليه للعامل أجره المثل، لفوات ما عمل لأجله. و إن كان للعامل فلصاحب الأرض إزالته، لأنه غير مستحق للبقاء فى الأرض، لكن بالأرض، لأنه صدر بالأذن فليس بعرق ظالم، و هو تفاوت ما بين كونه قائما بالأجره و مقلوعا.

و يحتمل تفاوت ما بين كونه قائما بالأجره مستحقا للقلع بالأرض و مقلوعا، و لصاحب الأرض الأجره لفوات ما بذلت منفعتها لأجله.

بقى هنا شىء، و هو أنه بعد بذل مالك الأرض الأرش هل يجب على صاحب الغرس قلعه، و يجبر عليه لو امتنع أم لا؟ و هل يجب طم الحفر و تسويه الأرض، و أرش الأرض لو نقصت، و قلع العروق؟.

لا أعلم فى ذلك تصريحاً بنفى و لا إثبات، و الذى يقتضيه النظر و جوب ذلك كله، لأن الأذن إنما صدر على تقدير تملك الجزء من الغرس و قد فات، فيجب ضمان كل ما فات بسببه من منفعه الأرض و قوتها.

و لما لم يكن شغل الأرض به باستحقاق و جب تفريغ الأرض منه، و طم الحفر الحاصله بسبب ذلك، و تسويه الأرض، و قلع العروق. و هكذا ينبغى أن يكون الحكم فى الإجاره الفاسده للغرس و البناء، و ما جرى هذا المجرى. و لو أن مالك الغرس قلعه ابتداء لم يكن فى وجوب الطم و التسويه بحث، لأنه أحدث ذلك فى أرض الغير لتخليص ملكه.

قوله: (و لو دفع قيمه الغرس ليملكه، أو الغارس قيمه الأرض ليملكها لم يجبر الآخر عليه).

لأن المعاوضه مشروطه

و لو ساقاه على الشجر، و زارعه على الأرض المتخلله بينها فى عقد واحد جاز، بأن يقول: ساقيتك على الشجر و زارعتك على الأرض، أو عاملتك عليهما بالنصف. بالتراضى، و ليس ذلك كما فى الغصب، لصدور الغرس بالاذن.

لا يقال: هذا الاذن لا عبره به، لأنه إنما وقع فى ضمن المغارسة الباطله.

لأننا نقول: لا- شك فى اعتبار هذا الاذن فى الجملة، فإن الغارس غير عاد محض، و ما ذاك إلا لاعتبار الاذن، و لو لا ذلك لم نوجب أجره المثل فى الإجاره الفاسده و نحوها.

إذا عرفت ذلك، فلو أراد أحدهما الإبقاء بالأجره لم يجبر الآخر عليه لما قلناه.

قوله: (و لو ساقاه على الشجر، و زارعه على الأرض المتخلله بينها فى عقد واحد جاز).

قد سبقت هذه المسأله فى المزارعه، و إنما أعادها هنا، لأن هذا هو الموضوع الحقيق بذكرها، لاحتياج جواز المزارعه على البياض إلى المساقاه على الشجر عند بعض العامه (1)، كما نهنا عليه سابقا، و لأنه صرح هنا بجواز العقد الواحد بخلاف ما سبق و إن كان مقتضى عبارته ذلك، و رجع عن الاشكال السابق إلى الجزم.

قوله: (بأن يقول: ساقيتك على الشجر و زارعتك على الأرض، أو عاملتك عليهما بالنصف).

يرد عليه ما إذا

ص: ٣٩٤

و لو قال:ساقيتك على الأرض و الشجر بالنصف جاز،لأن الزرع يحتاج إلى السقى. و لو قال:ساقيتك على الشجر و لم يذكر الأرض لم يجز له أن يزرع. و كل شرط سائغ لا يتضمن جهاله فإنه لازم. قال:زارعتك على الأرض و ساقيتك على الشجر فإنه يجوز عندنا،لأننا لا نشترط لصحة المزارعه المساقاه و عبارته تقتضى الحصر، لأن قوله:(بأن.)يدل على ذلك.

قوله: (و لو قال:ساقيتك على الأرض و الشجر بالنصف جاز، لأن الزرع يحتاج إلى السقى).

الأصح عدم الجواز كما سبق،و معنى السقى غير ملحوظ فى المساقاه باعتبار المعنى الشرعى كما قدّمناه.

قوله: (و لو قال:ساقيتك على الشجر و لم يذكر الأرض لم يجز له أن يزرع قطعاً).

لأن كلا منهما له حكم بالاستقلال.

قوله: (و كل شرط سائغ لا يتضمن جهاله فإنه لازم).

إن أراد بالسائغ:مطلق الجائز شرعاً لم يحتج إلى التقييد بقوله:(لم يتضمن جهاله)لأن المتضمن للجهاله غير جائز.

و إن أراد به غير المحرّم بالنظر إلى نفسه فعليه أن يقيّد بعدم منافاته لمقتضى العقد،فإنه جائز بالنظر إلى نفسه لا إلى العقد.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ
الزمر: ٩

المقدمة:

تأسس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامي عام ١٤٢٦ الهجرى في المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائين والمثقفين في الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلّة المراكز القائمية بتوفير المصادر في العلوم الإسلامية وتبعثها في أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين في العلوم الإسلامية وتقديم المؤسسة مجاناً مجموعةً إلكترونيةً من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهي منظمة في برامج إلكترونية وجاهزة في مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها. وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدةً على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبي عليهم السلام
تحفيز الناس خصوصاً الشباب على دراسة أدق في المسائل الدينية
تنزيل البرامج المفيدة في الهواتف والحاسوبات واللابتوب
الخدمة للباحثين والمحققين في الحوزات العلمية والجامعات
توسيع عام لفكرة المطالعة
تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها في ملفات إلكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة
الاجتناب عن الروتين وتكرار المحاولات السابقة
العرض العلمي البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ في نشر المعلومات
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات في مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما في الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمة الانترنتى بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة (sms)

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

JAVA.١

ANDROID.٢

EPUB.٣

CHM.٤

PDF.٥

HTML.٦

CHM.٧

GHB.٨

إعداد ٤ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمة ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

ANDROID.١

IOS.٢

WINDOWS PHONE.٣

WINDOWS.٤

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتاب وكل من قدم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الإلكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب في طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز
للبحوث والتحريرات الكمبيوترية
اصبهان
الغمامية

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