



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغفلة



الرأيا
عليكم يا صابغين

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

دليل

تحرير الوسيلة

الشركة و القسمة

نویسنده :

علی اکبر سیفی مازندرانی

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

دليل تحرير الوسيلة (الشركة و القسمة)

كاتب:

على اكبر سيفى مازندراني

نشرت في الطباعة:

موسسه تنظيم و نشر آثار امام خميني رحمه الله عليه

رقمي الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

5	الفهرس
12	دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة
12	اشارة
12	[مقدمات التحقق]
12	مقدمة الناشر
14	مقدمة المؤلف
17	[القول في الشركة]
17	اشارة
17	تعريف الشركة
17	المعني اللغوي
18	المعني الاصطلاحي
20	أقسام الشركة و أسبابها
20	[أقسام الشركة]
21	اشارة
22	الشركة التكوينية و الاعتبارية
24	تقسيم آخر الشركة إما ظاهرية أو واقعية
24	اشارة
26	كلام السيد الحكيم
26	اشارة
29	نقد كلام السيد الحكيم
31	كلام صاحب العروة
31	الشركة الظاهرية القهرية و الاختيارية
31	اشارة

35 الشركة الواقعية غير العقدية

35 الشركة الواقعية العقدية

38 الشركة الإشاعية و البدلية

41 الشركة علي نحو الكلّي في المعين

43 أقسام اخري للشركة

44 تقسيم الشركة بلحاظ متعلّقاتها

46 أسباب الشركة

46 اشارة

47 (مسألة 1): الامتراج قد يوجب الشركة الواقعية (1) الحقيقية

47 اشارة

47 الشركة الواقعية و سببها

47 اشارة

50 نقد كلام صاحب العروة

51 نقد كلام السيد الماتن في خلط الجامدات

52 الشركة الظاهرية و سببها و حكمها

52 اشارة

52 ملاك الشركة الظاهرية في رأي السيد الإمام قدس سره

56 حكم امتزاج غير المتجانسين

58 لا تتحقّق الشركة بالمزج في القيميات

59 اشارة

59 وجه عدم جواز تصرف الشريك بغير إذن صاحبه

60 لا خصوصية للامتزاج

63 [أحكام الشركة]

63 (مسألة 2): لا يجوز لبعض الشركاء التصرف في المال المشترك إلا برضا الباقيين

- 63 (مسألة 3): كما تطلق الشركة علي المعني المتقدم-
- 63 اشارة
- 63 الشركة العقدية و خصوصياتها
- 64 (مسألة 4): يعتبر في الشركة العقدية كل ما اعتبر في العقود المالية؛
- 65 (مسألة 5): لا تصح الشركة العقدية إلا في الأموال
- 65 اشارة
- 70 حكم الشركة العقدية في المنافع
- 72 شركة العنان
- 74 شركة الأعمال (الأبدان)
- 74 اشارة
- 77 كلام المحقق الأردبيلي و نقده
- 79 كلام صاحب المسالك في توجيه بطلان شركة الأعمال
- 80 عمدة ما يمكن الاستدلال به علي بطلان شركة الأعمال
- 84 بيان صور المصالحة المحققة للشركة
- 86 وجه تصحيح شركة الأبدان بالمصالحة
- 86 مقتضي التحقيق في المقام
- 88 شركة الوجوه
- 91 شركة المفاوضة
- 92 (مسألة 6): لو أجر اثنان نفسهما بعقد واحد لعمل واحد بأجرة معينة، كانت الاجرة مشتركة بينهما
- 92 اشارة
- 93 لا يضر الجهل بالحصة في صحة هذه الاجارة
- 96 هذه الشركة من قبيل الشركة في الأموال لا الأبدان
- 98 وجه اشتراك الأجيرين في الاجرة و كيفية تقسيمها
- 100 حكم حيازة شخصين شيئاً واحداً
- 101 مقتضي التحقيق في المقام

- 105 [شروط الشركة].
- 105 (مسألة 7): يشترط في عقد الشركة العناية: أن يكون رأس المال من الشريكين ممتازاً امتزاجاً رافعاً للتمييز
- 105 اشارة
- 107 كلام السيد الخوئي
- 109 نقد كلام السيد الخوئي
- 112 (مسألة 8): لا يقتضي عقد الشركة- و لا إطلاقه- جواز تصرف كل من الشريكين في مال الآخر بالتكسب
- 112 اشارة
- 114 تحرير كلام صاحب الجواهر في المقام
- 117 نقد كلام صاحب الجواهر
- 119 تفصيل شيخ الطائفة
- 121 (مسألة 9): حيث إن كل واحد من الشريكين كالوكيل و العامل عن الآخر، فإذا عقدا علي الشركة في مطلق التكسب أو تكسب خاص، يقتصر علي المتعارف
- 125 (مسألة 10): إطلاق الشركة يقتضي بسط الربح و الخسران علي الشريكين علي نسبة مالهما
- 125 اشارة
- 127 لو شرط تفاوت الربح مع تساوي المالين أو بالعكس
- 129 لو جعلت الزيادة لغير العامل أو ذي العمل الأكثر
- 134 تصحيح الشرط بنحو شرط الفعل
- 136 دليل بطلان العقد و الشرط كليهما
- 140 مقتضي التحقيق في المقام
- 140 [بعض خصوصيات الشركة]
- 140 (مسألة 11): العامل من الشريكين أمين
- 140 اشارة
- 142 لما ذا يكون علي العامل اليمين في قبول إنكاره؟
- 144 (مسألة 12): عقد الشركة جائز من الطرفين
- 144 اشارة
- 148 مقتضي التحقيق في المقام

- 149 تبطل الشركة المتحققة بالعقد بفسخه
- 151 (مسألة 13): لو جعلاً للشركة أجلاً لم يلزم
- 151 اشارة
- 153 حكم اشتراط عدم الرجوع عن الإذن في عقد الشركة
- 155 (مسألة 14): لو تبين بطلان عقد الشركة، كانت المعاملات- الواقعة قبله- محكمة بالصحة
- 158 القول في القسمة
- 158 اشارة
- 158 تعريف القسمة و خصوصياتها
- 158 اشارة
- 161 ليست القسمة بيع و لا أية معاوضة اخري
- 166 [اشراطها]
- 166 (مسألة 1): لا بدّ في القسمة من تعديل السهام
- 166 اشارة
- 169 قسمة الإفراز و التعديل و الردّ و أحكامها
- 170 (مسألة 2): الظاهر إمكان جريان قسمة الردّ في جميع صور الشركة
- 172 (مسألة 3): لا يعتبر في القسمة تعيين مقدار السهام بعد أن كانت معدّلة
- 173 [أحكام القسمة]
- 173 (مسألة 4): لو طلب أحد الشريكين القسمة بأحد أقسامها، فإن كانت قسمة ردّ أو كانت مستلزمة للضرر، فللشريك الآخر الامتناع
- 177 (مسألة 5): لو اشترك اثنان في دار ذات علو و سفلى
- 178 (مسألة 6): لو كانت دار ذات بيوت أو خان ذات حجر (1) بين جماعة، و طلب بعض الشركاء القسمة، اجبر الباقيون
- 179 (مسألة 7): لو كان بينهما بستان مشتمل علي نخيل و أشجار، فقسّمته بأشجاره و نخيله بالتعديل قسمة إجبار
- 180 (مسألة 8): لو كانت بينهما أرض مزروعة، يجوز قسمة كلّ من الأرض و الزرع-
- 182 (مسألة 9): لو كانت بينهما دكاكين متعدّدة- متجاورة أو منفصلة
- 183 (مسألة 10): لو كان بينهما حَمّام و شبهه- ممّا لا يقبل القسمة الخالية عن الضرر- لم يجبر الممتنع
- 185 (مسألة 11): لو كان لأحد الشريكين عشر من دار- مثلاً- و هو لا يصلح للسكني

- 186 (مسألة 12): يكفي في الضرر المانع عن الإيجاب (1)، حدوثُ نقصان في العين أو القيمة بسبب القسمة-
- 187 (مسألة 13): لا بدّ في القسمة من تعديل السهام ثمّ القرعة
- 187 اشارة
- 189 استدلال الأردبيلي لعدم اعتبار القرعة
- 190 كلام المحلّث البحراني
- 192 جواب صاحب الجواهر عن صاحب الحدائق و نقده
- 193 اعتراف صاحب الجواهر بما اختاره في الحدائق
- 194 الاستشهاد ببعض النصوص لعدم اعتبار القرعة
- 198 كيفية تعديل السهام و القرعة
- 200 (مسألة 14): الظاهر أنّه ليست للقرعة كيفية خاصّة
- 201 (مسألة 15): الأقوي أنّه تتمّ القسمة بإيقاع القرعة كما تقدّم، و لا يحتاج إلي تراضٍ آخر بعدها
- 204 (مسألة 16): لو طلب بعض الشركاء المهابة في الانتفاع بالعين المشتركة:
- 204 اشارة
- 204 لا يجوز الإيجاب علي قسمة المهابة
- 208 هل يجوز إجبار الممتنع عن المهابة علي البيع أو الإجارة؟
- 208 (مسألة 17): القسمة في الأعيان بعد التمامية و الإقراع لازمة
- 214 (مسألة 18): لا تشرع القسمة في الديون المشتركة
- 214 اشارة
- 219 كلام صاحب الجواهر في تقيح محلّ النزاع
- 221 كلام ابن إدريس و نقده
- 227 كلام العلامة الحلّي في التذكرة
- 228 مناقشة المحقّق الأردبيلي في كلام العلامة و نقدها
- 230 استظهار صاحب الحدائق من نصوص المقام و نقده
- 235 مقتضي التحقيق في المقام
- 235 (مسألة 19): لو ادّعي أحد الشريكين الغلط في القسمة أو عدم التعديل فيها و أنكر الآخر، لا تُسمع دعواه

237 (مسألة 20): لو قسّم الشريكان، فصار في كلّ حصّة بيت، وقد كان يجري ماء أحدهما علي الآخر، لم يكن للثاني منعه

239 (مسألة 21): لا يجوز قسمة الوقف

239 إشارة

242 قسمة الوقف المشتمل علي الملك

245 تعريف مركز

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة

إشارة

نام كتاب: دليل تحرير الوسيلة- الشركة و القسمة

موضوع: فقه استدلالی

نویسنده: مازندرانی، علي اكبر سيفي

تاریخ وفات مؤلف: ه ق

زبان: عربي

قطع: وزيري

تعداد جلد: 1

ناشر: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خميني قدس سره

تاریخ نشر: 1427 ه ق

نوبت چاپ: اول

مكان چاپ: تهران- ايران

شابك: 4-822-335-964

[مقدمات التحقق]

مقدمة الناشر

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

إنَّ «تحرير الوسيلة» هو خير وسيلة يبتغيها المكلف في سيره و سلوكه، و هو أوثقها عُرْي، و أصلحها منهاجاً؛ لِمَا امتاز به من سداد في تحديد الموقف العملي، و إصابة في تشخيص الوظائف المُلقاة علي عاتق المكلفين، و ذلك علي ضوء الدليلين: الاجتهادي و الفقاهتي، النابعين من الكتاب و السنة. ناهيك عن جمعه للمسائل العملية، و نأيه عن المسائل ذات الصبغة النظرية التي لا تمس إلي واقعنا المُعاش بصلة.

و لئن كتب الشهيد الأوّل قدّس الله نفسه الزكيّة كتاب «اللّمة الدمشقيّة» و هو سجين، فإنّ إمامنا العظيم نور الله ضريحه قد ألف هذا

الكتاب حينما كان منفياً في مدينة بورسا التركيّة من قبل الطاغوت الغاشم، ولم يكن بحوزته إلا «وسيلة النجاة» و «العروة الوثقى» و «وسائل الشيعة».

نعم، لم تكن بيده المباركة إلا هذه الكتب الثلاثة، ولكنّ نفسه العلوية لو لم تكن خزانة للعلوم الحقّة، وفواده مهبطاً للإلهام والتحديث، لامتنع وجود هذا السفر الخالد في تلك الظروف العصيبة.

ونظراً إلي أهميّة هذا الكتاب، وضرورة نشره علي مختلف المستويات

دليل تحرير الوسيلة - الشركة والقسم، ص: 6

والأصعدة؛ لذا فقد أخذت مؤسسة تنظيم ونشر آثار الإمام الخميني قدس سره علي عاتقها نشر شروح وتعليق العلماء المحقّقين علي «تحرير الوسيلة» و من نفقتها الخاصّة.

و يعدّ الكتاب الذي بين يديك، واحداً من هذه السلسلة الضخمة التي

تروم مؤسستنا طبعها، و هو شرح لمباحث الشركة من «التحرير»، تأليف الشيخ علي أكبر السيفي المازندراني دام بقائه.

نسأل الله تعالى أن يوفقه وإيانا وأن يختم لنا جميعاً بالحسني إنه سميع الدعاء.

مؤسسة تنظيم و نشر آثار الإمام الخميني قدس سره

فرع قم المقدسة

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 7

مقدمة المؤلف

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين أحمدته استتماماً لنعمته، و استسلاماً لعزته و استعصاماً من معصيته، و أستعينه فاقه إلي كفايته.

و الصلاة علي محمد عبده و رسوله المصطفى، أرسله بالهدى و دين الحق، و جعله بلاغاً لرسالته، و كرامةً لأُمَّته، و أنزل عليه القرآن نوراً لا تطفأ مصابيحها، و بحرّاً لا يدرك قعره، و منهاجاً لا يضلّ نهجه، و فرقاناً لا يخمد برهانه.

و السلام علي آله المعصومين المكرّمين الذين هم معادن الإيمان و بحبوحاته، و ينابيع العلم، و أساس الدين، و عماد اليقين.

و نسأل الله سبحانه أن يوفقنا لمعرفةهم و طاعتهم، و نشر علومهم و معارفهم، و يرزقنا شفاعتهم يوم نأتيه فرداً.

و أما بعد: فقد دوّنت هذا الكتاب علي أساس متن «تحرير الوسيلة» للإمام الخميني الراحل قدس سره، بعد التحقيق و الدراسة و إلقاء مباحثه إلي عدّة من الفضلاء و حلّ المعضلات و غوامض الإشكالات التي اوردت في حلقات البحوث.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 8

و الذي ينبغي أن نشير إليه هاهنا، هو أنّ منهجنا في تحقيق مسائل هذا الكتاب يبتني علي أساس المراحل التالية.

1- ابتدأنا في تحقيق الفروع المهمة بالتتبع في آراء الفقهاء و تحرير أقوالهم، و لا سيّما القدماء و فحول المتأخرين و المعاصرين و تعيين القول المشهور أو الأشهر. و ترتيب أقوالهم علي أساس ما به الاختلاف بينهم.

ثم تعرّضنا للوجوه المستدلّ بها لكلّ قولٍ من الأقوال المذكورة، وأشرنا إلي موافقة السيد الماتن لواحدٍ منها. وبالطبع يتّضح وجه مخالفته لسائر الأقوال.

3- ثم تعرّضنا في كلّ مسألةٍ إلي ما ادّعي أو نقل من الإجماعات المحصّلة والمنقولة، وأشرنا إلي عدم صلاحية غالب هذه الإجماعات للدليلية؛ نظراً إلي وجود ما يصلح للدليلية من آيات الكتاب و نصوص السنّة والقواعد العامّة، و إلي أنّ استناد الأصحاب إليها في مقام الاستدلال، أو كونها في مظانّ استدلالهم بها، ينفي حجّية الإجماع؛ لعدم كشفه تعبّداً عن رأي المعصوم حينئذٍ، وفقدان ملاك حجّيته.

4- حيث إنّنا بنينا علي انجبار ضعف سند الخبر بعمل المشهور، كما أثبتنا ذلك في كتابنا «مقياس الرواية». فمن هنا نوافق رأي السيد الماتن في أمثال هذا المورد. ولكنّه فيما إذا لم تتعارض الأخبار، وإلا فإنّما الشهرة الروائية هي التي ترجّح بها إحدى الطائفتين المتعارضتين بعد استقرار تعارضهما، ولا تصلح الشهرة الفتوائية للدليلية علي ترجيح إحدى الطائفتين حينئذٍ.

و أمّا إعراض المشهور، فليس عندنا موجباً لوهن الخبر الصحيح، وقد أثبتنا ذلك أيضاً في كتابنا المشار إليه. ولكن ذلك فيما إذا كان المخالف للمشهور لجماعة

دليل تحرير الوسيلة - الشركة والقسمّة، ص: 9

معني بهم مع تعرّضهم للمسألة ومخالفتهم، وإلا فلو انحصر المخالف في واحد أو اثنين من القدماء أو المتأخّرين، أو لم يتعرّض سائر القدماء لعنوان المسألة أو تعارضت النصوص وكانت الموافقة منها لرأي المشهور مشتهرةً من حيث الرواية، فلا إشكال في رفع اليد عن تلك الرواية المخالفة للمشهور، وإن كانت صحيحة.

وذلك إمّا لتسالم الأصحاب علي خلافها أو لأجل شهرتها الروائية.

5- قد يتّفق في خلال

الاستدلال ببعض النصوص تصحيح سنده بقاعدة تبديل السند، مشيراً إلى مفاد القاعدة، كما في طريق الشيخ إلي بن الحسن بن الفضال. وقد فصلنا البحث عن هذه القاعدة في كتابنا «مقياس الرواة»، فراجع.

6- وقد أشرنا إلي وجه تصحيح بعض الاصول الروائية، مثل كتاب علي بن جعفر بطريق صاحب الوسائل، لا طريق العلامة المجلسي في البحار. و أيضاً أشرنا إلي ضعف بعضها الآخر في هذا الكتاب، ولكن بحثنا عن تفصيل ذلك كله في كتابنا المشار إليه، فراجع.

7- وقد فحصنا عن حال آحاد الرواة الواقعيين في أسناد الروايات التي يدور مدارها رحي الاستدلال والاستنباط في المسألة. ونشير إلي قواعد رجالية لإثبات أو نفي وثاقة الراوي أو اعتبار روايته. وإثما ذلك في الرواة الذين وقع الخلاف في اعتبار رواياتهم. وبنينا في أمثال هذه الموارد علي اعتبار روايات من كان صاحب أصل وكثير الرواية وواقعاً في ضمن توثيق عام، مع نقل أجلاء الأصحاب عنه، وعدم ورود قرح في حقه. وقلنا: إن هذه القرائن - إذا توفرت في حق أحد - تورث الوثوق النوعي بحسن حاله، بل تكشف عادةً عن اعتبار روايته، بل عن وثاقته، وإلا

دليل تحرير الوسيلة - الشركة والقسمه، ص: 10

لو كان في مثله قدح لبان. و أيضاً أشرنا إلي قواعد عامة اصولية خلال المباحث والاستدلال.

هذه الخصوصيات هي أهم ما يبتني عليه منهجنا في تحقيق المسائل المهمّة وبها يمتاز هذا الكتاب.

وفي الختام أرجو من الفضلاء الكرام والعلماء الأبرار أن يسامحوا موارد زلاتي و يذكروني في مواضع الخطأ، فإن أحبّ إخواني من أهدي إليّ عيوبي. غفر الله لي ولكم و تقبل منّي

أمين.

علي أكبر السيفي

المازندراني

دليل تحرير الوسيلة - الشركة والقسمة، ص: 11

كتاب الشركة

دليل تحرير الوسيلة - الشركة والقسمة، ص: 13

[القول في الشركة]

اشارة

وهي كون شيء واحد لاثنتين أو أزيد (1)، تحرير الوسيلة 1: 591

تعريف الشركة

المعنى اللغوي

(1) 1- لفظ الشركة ومادتها في اللغة بمعنى المقارنة وعدم الانفراد.

قال ابن فارس في مقاييس اللغة: «الشين والراء والكاف أصلان: أحدهما يدلّ علي مقارنة وخلاف الانفراد والآخر يدلّ علي امتداد واستقامة.

فالأول: الشركة، وهو أن يكون الشيء بين اثنين لا ينفرد به أحدهما... وأما الأصل الآخر: فالشرك لقم الطريق... ومنه شرك الصائد، سمّي بذلك لامتداده» (1).

قوله: لقم الطريق؛ أي فوهة الطريق ويقال له في الفارسية: دهانه راه.

والمناسب للمقام هو المعنى الأول وهو المقارنة وعدم الانفراد. وهذا يقارب ما فسّر به في الجواهر (2) ماهية الشركة لغةً، بقوله: «ماهية الشركة لغةً»

- علي ما قيل - الاختلاط و الامتزاج شيوعاً أو مجاوراً».

و نظيره ما قال في المفردات: «الشركة و المشاركة خلط الملكين. و قيل: هو أن يوجد شيء لاثنين فصاعداً، عيناً كان ذلك الشيء أو معنيّ.

المعني الاصطلاحي

و اختلف الفقهاء في تعريف الشركة، و وقع بينهم النقص و الإبرام في ذلك.

و قد يقال «1»: لفظ الشركة في تعابير الفقهاء جاء بمعناه اللغوي، و هو ما يقابل الاختصاص، و إنّه ليس لهم في المقام اصطلاح خاص، بل إنّما اريد منه مصداق خاص من معناه اللغوي. و فيه نظرٌ ستعرف في تحرير كلمات الفقهاء.

و قد عرّفها في الشرائع بقوله: «الشركة اجتماع حقوق الملاك في الشيء الواحد علي سبيل الشيعاء». و جعل صاحب الجواهر هذا التعريف ماهية الشركة شرعاً، و فرّق بينه و بين تعريفها اللغوي؛ حيث قال في بيان ماهيتها اللغوية: «إنّ ماهية الشركة لغةً - علي ما قيل -: الاختلاط

و الامتزاج شيوعاً أو مجاورةً، و شرعاً اجتماع حقوق الملاك ... » (2).

قوله: شيوعاً؛ أي سريان الاختلاط و الامتزاج و شيوعهما في جميع أجزاء المال، إمّا بالدقة كامتزاج السمن بالزيت أو عرفاً كاختلاط أدقة الحبوبت. كما لو امتزج دقيق الحنطة بدقيق الشعير من كيسين لزيد و عمرو مثلاً. وإمّا بالمجاورة كاختلاط الحبوبت، كما لو اختلط عدّة كيس من الأرز أو الحنطة بعضها لزيد و بعضها لعمرو، أو اشتبه كيس كلّ منهما بكيس الآخر.

(1)- المباني في شرح العروة الوثقى 31: 181.

(2)- جواهر الكلام 26: 284.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 15

...

و يعلم من ذلك وجه المناقشة فيما قال بعض الأعلام «1» من كون لفظ الشركة في كلمات الفقهاء مستعملاً في معناه اللغوي، فإنّك تري صاحب الجواهر قابلاً بين معناه اللغوي و بين معناه الشرعي. نعم في الحدائق «2» أنّ هذا التعريف هو المتبادر لغة و عرفاً من لفظ الشركة.

و هذا التعريف الذي ذكره في الشرائع جاء في القواعد و غيرها أيضاً، بل نسبه السيد الحكيم «3» إلي المشهور. و قد نقل في المفتاح «4» هذا التعريف عن جماعة من فحول القدماء و المتأخرين، و نسب إلي المحقق الأردبيلي أنّه وصف هذا التعريف بأنّه المشهور.

و قد ناقش في جامع المقاصد بقوله: «و في التعريف نظر؛ لانتقاضه بالشركة في القصاص، و حدّ القذف، و الخيار، و الرهن، و الشفعة، و نحو ذلك، فإنّه ليس هناك ملك حقيقي فلا مالك حقيقة. و قد صرّحوا بأنّ هذا أحد أقسام الشركة الثلاثة» «5».

و زدّ ذلك بأنّ الحقّ نوع من الملك، و إنّما الاختلاف بينهما بحسب المورد، لا غير. و علي أيّ حال زاد في العروة «ملكاً أو حقاً»؛

فراراً عن هذا الإشكال.

ثم إنه يفترق التعريف الاصطلاحي عن التعريف اللغوي المذكور في الجواهر بإضافة قيدين.

أحدهما: كون المختلط قابلاً للتملك والملكية، وإلا لا يصدق ما جاء

(1)- المباني في شرح العروة الوثقى 31: 181.

(2)- الحدائق الناضرة 21: 148.

(3)- مستمسك العروة الوثقى 13: 3.

(4)- مفتاح الكرامة 7: 388.

(5)- جامع المقاصد 8: 8.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة والقسمة، ص: 16

...

في التعريف الاصطلاحي من اجتماع حقوق الملاك.

ثانيهما: كون اجتماع الحقوق علي سبيل الشيع لا علي سبيل المجاورة ممّا لا يرتفع فيه التمييز بالاختلاط والمجاورة، كاجتماع حقوق الملاك في موارد اختلاط الحبوبات المختلفة جنساً أو وصفاً، أو في مثل دارٍ كان خشبها لواحدٍ وحديدها لآخر وطينها لثالث وهكذا فكانت ملكاً لعدة أشخاص، فحينئذٍ وإن تحقّق اجتماع حقوق الملاك في شيء واحد، لكن لا علي سبيل الشيع، بل علي سبيل المجاورة.

فإن شيئاً من هذين القيدين لم يؤخذ في التعريف اللغوي. وبذلك صار التعريف الاصطلاحي أخصّ من التعريف اللغوي.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة والقسمة، ص: 17

...

أقسام الشركة وأسبابها

[أقسام الشركة]

قد قسّم الفقهاء الشركة من جهات:

الأولى: تقسيمها من جهة سنخ وجود سببها إلى تكوينية واعتبارية.

الثانية: تقسيمها من جهة سبب حصولها إلى مزجية، وهي ما كان سببها الامتزاج الرافع للتمييز، وإلى غير مزجية.

ثمّ المزجية إلى ظاهرة وواقعية. والظاهرة إلى قهرية واختيارية. والواقعية إلى عقدية وغير عقدية.

ثمّ الواقعية غير العقدية- وهي ما كان سببها غير العقد- إلى قهرية كالإرث المشترك، واختيارية كالحيازة والإحياء علي وجه الاشتراك.

و الأصح أنّ المزجية كلّها من قبيل الواقعية؛ لعدم اعتبار قصد الشركة في الواقعية المزجية بعد ارتفاع التمييز.

وقسّموا الواقعية العقدية إلى

ما كان سببها عقد ناقل - غير عقد الشركة - إما بالتشريك أو بغير التشريك، و ما كان سببها عقد الشركة. و هذا النوع من الشركة العقدية هو المعقود لأجله البحث في كتاب الشركة.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 18

...

الثالثة: تقسيمها من جهة سنخ الشركة و ماهيتها- لا سببها- إلي إشاعية و بدلية و إلي الكلّي في المعين.

الرابعة: تقسيمها من جهة سائر الخصوصيات الراجعة إلي الشركاء أو كيفية الاشتراك أو ما فيه الشركة، إلي شركة العنان (الأموال)، و شركة الأبدان (الأعمال)، و شركة المفاوضة و شركة الوجوه.

الخامسة: تقسيمها من جهة متعلّق الشركة و ما تتحقّق فيه، إلي الشركة في الأعيان و الديون و الحقوق و المنافع.

و إليك تعريف كلّ واحد من هذه الأقسام و ما اورد عليه من المناقشات و الإشكالات و الدفع.

الشركة التكوينية و الاعتبارية

ثم إن مفهوم الشركة قد يتحقّق في الامور التكوينية الخارجية، كأن يتحقّق أمرٌ و يحدث حدث بفعل اثنين أو أزيد؛ بحيث يُسند ذلك الفعل إليهم جميعاً، فيقال:

إنهم اشتركوا في قتل فلان أو حفر ذلك البئر أو إحياء تلك الأرض. و هذا المعني هو المراد في قوله تعالى: «وَلَمْ يَكُنْ لَهُ شَرِيكٌ فِي الْمُلْكِ» (1) * و قوله تعالى: «أَمْ جَعَلُوا لِلَّهِ شُرَكَاءَ خَلَقُوا كَخَلْقِهِ فَتَشَابَهُ الْخَلْقُ عَلَيْهِمْ» (2).

وقد يتحقّق في الامور الاعتبارية، من ملكٍ أو حقٍّ؛ لأنّ كلاً من الملك و الحقّ قد يختصّ بشخص واحد، و قد يكون لاثنين أو أزيد. و من هنا أضاف في العروة علي التعريف المزبور «ملكاً أو حقاً». و بهذا المعني جاء في قوله تعالى: «فَإِنْ كَانُوا

(1)- الفرقان (25): 2.

(2)- الرعد (13): 16.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 19

...

أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهَمُّ

شُرَكَاءَ فِي الثَّلَاثِ» (1). وقوله تعالى: «وَجَعَلُوا لِلَّهِ مِثْلَ ذَرَّةٍ مِنَ الْحَرْثِ وَالْأَنْعَامِ نَصِيبًا فَقَدْ أَلَوْا هَذَا لِلَّهِ بِزَعْمِهِمْ وَ هَذَا لِشُرَكَائِنَا فَمَا كَانَ لِشُرَكَائِهِمْ فَلَا يَصِلُ إِلَى اللَّهِ وَ مَا كَانَ لِلَّهِ فَهُوَ يَصِلُ إِلَى شُرَكَائِهِمْ سَاءَ مَا يَحْكُمُونَ» (2).

فإنَّ الشركة في خلق السماوات والأرض هي تكوينية خارجية، وأمَّا في باب الإرث وفيما جعله المشركون لله بزعمهم واعتبروه له تعالى؛ من ملكية حصّة من الحرث والأنعام، اعتبارية. وكذا فيما جعلوه لشركائهم الذين هم الأوثان.

وأمَّا الامتزاج الرافع للتمييز بين أجزاء شيئين، كامتزاج المائعات والأدوية، فهو من قبيل الشركة الحقيقية- التي هي من أقسام الشركة الاعتبارية- وليس من قبيل الشركة التكوينية.

ولا إشكال في دخول القسم الثاني في محلّ الكلام. وأمّا القسم الأول فإنّما يدخل في محلّ الكلام إذا كان للمسبّب مالية قابلة للاشتراك و قصد الفاعلون بفعلهم الشركة كقلع شجرة أو حيازة شيء أو حفر بئر أو إحياء أرض مشتركاً. وفي الحقيقة تكون الشركة التكوينية سبباً للشركة الاعتبارية في مثل هذه الموارد.

تقسيم آخر الشركة إما ظاهرية أو واقعية.

إشارة

و الواقعية إمّا عقدية أو غير عقدية. وكلّ من الشركة الظاهرية والواقعية غير العقدية إمّا قهرية أو اختيارية.

و هل يعتبر في الشركة الواقعية الاختيار وقصد الشركة، فيجعل ما لم يكن عن اختيار ولا بقصد الشركة من قبيل الشركة الظاهرية أم لا، بل تتحقّق

(1)- النساء (4): 12.

(2)- الأنعام (6): 136.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة والقسمة، ص: 20

...

الشركة الواقعية بمجرد المزج التام، ولو بغير اختيار؟

قال في الشرائع: «وكلّ مالين مزج أحدهما بالآخر؛ بحيث لا يتميّزان تحققت فيهما الشركة، اختياراً كان المزج أو اتفاقاً» (1).

في الجواهر في ذيله: «مقصوداً به الشركة أو لا، بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه» (2).

وقال في القواعد: «و تحصل الشركة بالمزج، سواء كان اختيارياً أو اتفاقاً» (3).

وعرفت من إطلاق كلام المحقق و العلامة تحقّق الشركة الواقعية بالمزج مطلقاً، سواء كان المزج قهرياً أو اختيارياً، قصد به الشركة أم لا، كما عرفت آنفاً من تفسير صاحب الجواهر لكلام المحقق.

ولكن في الجواهر (4) خصّ الواقعية منها بالمزج الاختياري الذي يقصد الشركة. و أمّا إذا كان قهرياً أو بغير قصد الشركة، فجعله من قبيل الشركة الظاهرية الحكمية التي تترتب عليه أحكام الشركة ظاهراً؛ بمعنى أنّه لا إشاعة في الملكية واقعاً، بحيث لو اتفق العلم بكون بعض أجزاء المال لأحدهما لم يكن للآخر شركة فيه، بل لوبقي من ذلك المال المختلط ما لا يمكن أن يكون ملكاً لهما معاً، يرجع فيه إلي القرعة لتعيين مالكيته لأحدهما.

فإنّه قدس سره بعد تفصيل الكلام (5) في ذلك قال في ذيل كلام صاحب الشرائع

(1) - شرائع الإسلام 2: 105.

(2) - جواهر الكلام 26: 291.

(3) - قواعد الأحكام 2: 326.

(4) - جواهر الكلام 26: 291.

(5) - نفس المصدر: 288-289.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 21

...

المزبور: «لكن قد عرفت سابقاً الفرق بين المزج الاختياري المقصود فيه الشركة و غيره بالملك مشاعاً في نفس الأمر في الأوّل، بخلاف الثاني و إن عومل معاملته في الأحكام، إلا أنّه لو فرض اتفاق العلم ببعضه لأحدهما لم يكن للآخر شركة فيه» (1).

كلام السيد الحكيم

إشارة

وقد جعل السيد الحكيم «2» ما قال في الجواهر مقتضي القواعد العامة، ورَّتب عليه عدم اعتبار ما ذكره في الشركة الواقعية الحقيقية في الظاهرية منها، وأنها لا تتوقف في

ترتيب آثار الشركة وأحكامها ظاهراً علي أكثر من الامتزاج.

ولكنّه قدس سره جعل مقتضي التحقيق حصول الشركة الحقيقية بنفس الامتزاج الرافع للتمييز، بل عدّه من ضروريات الفقه في الجملة و استظهره من كلمات الأصحاب؛ حيث قال- بعد كلامه المزبور-: «هذا، ولكنّ التحقيق أنّ الامتزاج بين المالين الموجب لارتفاع التمييز بينهما موجب للشركة الحقيقية، كما هو ظاهر الأصحاب، وإن كانت أجزاء المالين متميّزة في نفس الأمر. فإنّ ذلك من الأحكام العرفية الممضاهة لدي الشارع المقدّس. بل إنّ ذلك في الجملة من الضروريات الفقهية و العرفية و قد حكي عن التذكرة الإجماع عليه و في المسالك أنّه لا خلاف فيه» (3).

ثمّ ركّز الإشكال فيما لا يتحقّق فيه مزج رافع للتمييز ممّا كان له أفراد كبيرة جسيمة متميّزة، كما في القيميات مثل الثوب و الخشب و العبيد و الإماء و الحيوانات،

(1)- جواهر الكلام 26: 291.

(2)- مستمسك العروة الوثقى 13: 5.

(3)- نفس المصدر: 6.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 22

...

و استشهد لذلك بما حكي عن المقداد، و بقول صاحب الشرائع حيث قال: «و أمّا ما لا مثل له- كالثوب و الخشب و العبد- فلا يتحقّق فيه المزج». ثمّ قال قدس سره «1» ما يتحصّل في امور:

1- إنّ التعبير بالشركة الظاهرية لم يُذكر في كلام الأصحاب، و إنّما ذكر في كلام صاحب العروة هاهنا و صاحب الجواهر في غير المقام.

2- إنّ الشركة الحاصلة بالامتزاج الرافع للتمييز مطلقاً، - قهرياً كان أم قصدياً- مع اتحاد الجنس و الوصف، حقيقة واقعية، و إنّها مع اختلاف الوصف حكومية مطلقاً؛ سواء انتفي التمييز، مثل خلط الأدهان و المائعات، أم لا، كخلط الحنطة بالشعير و العدس بالأرز، و سواء كان بين

جنسين أو بين أفراد جنس واحد مع اختلاف الوصف كأصناف الحنطة أو الأرز بعضها ببعض.

3- إن وجه حكم الفقهاء في النوعين من الشركة بناءً أهل العرف العام. وما ذكره في الجواهر من كون الشركة في مطلق موارد الامتزاج القهري- حتّى في مختلفي الوصف- من قبيل الشركة الحكومية لم يُعلم وجهه، ولا يمكن تصديقه.

هذا حاصل كلام السيد الحكيم في المقام.

نقد كلام السيد الحكيم

ولكن يرد عليه أنّ المزج إذا لم يكن بقصد الشركة لا تسري الشركة في الملكية إلى جميع أجزاء المالكين الممزوجين، كما قال في الجواهر (2). ومن هنا لو اتفق علم أحدهما بماله وحصل التمييز بين المالكين تنتفي الشركة وكذا فيما لا يكون

(1)- نفس المصدر: 6-7.

(2)- جواهر الكلام 26: 191.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة والقسمة، ص: 23

...

إلا لأحدهما كما في القيميات؛ حيث يمكن تعيين مال كلٍّ منهما بالقرعة أو بالصلح القهري، من دون حصول شركة.

وهذا بخلاف ما إذا كان الامتزاج بقصد الشركة؛ فإنّها لإشاعتها و سريانها إلى جميع أجزاء المالكين، لا ترتفع حتّى فيما لو اتفق علم أحدهما بماله وتمييزه. وكذا فيما لا يكون عادةً قبل الشركة إلا لأحدهما.

وعليه فالمزج إذا لم يكن اختيارياً بقصد الشركة، إنّما يرتّب أحكام الشركة ظاهراً ما لم ينكشف الواقع. ولأجل ذلك يصحّ التعبير عنه بالشركة الظاهرية.

وأما كلمات الأصحاب فهي ناظرة إلى ترتّب أحكام الشركة في الجملة بمجرد المزج الرافع للتمييز وهذا لا إشكال فيه؛ ولم يكونوا بصدد التفصيل بين الشركة الظاهرية والواقعية، بل إنّما كانوا بصدد بيان تحقّق أصل الشركة وترتّب أحكامها بمجرد المزج الرافع للتمييز، وأنّه لا دخل للاختيار والقصد

في ترتّب أحكام الشركة، و لو ظاهراً ما لم ينكشف الواقع، بل يكفي في ذلك مجرد المزج الرافع للتمييز.

وأما لو كان المزج بالاختلاط غير الرافع لتمييز آحاد الأجزاء، فتارة:

يتعدّر تخليص المالكين وتفكيكهما و عزل كلّ منهما عن الآخر، و اخري: لا يتعدّر ذلك عادة.

يظهر من السيد الحكيم في الصورة الاولى الحكم بتحقق الشركة الحكمية الظاهرية كما في صورة الامتزاج الرافع للتمييز؛ «1» حيث قال قدس سره: «إنّ الشركة مع الامتزاج بين الجنسين سواءً انتفي التمييز مثل خلط الأدهان و مثل خلط الدبس

(1)- مستمسك العروة الوثقى 13: 11.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 24

...

بالخلّ، أم كان تمييز- مثل خلط الحنطة بالشعير- أو بين أفراد جنس واحد مع اختلاف الوصف- مثل الحنطة الحمراء بالصفراء- شركة حكمية؛ بمعنى أنّه لا يجوز لأحد المالكين التصرف بدون إذن الآخر و يجوز المطالبة بالقسمة و أنّ العوض يكون مشتركاً بين المالكين» (1).

ثمّ قال في موضع آخر: «إذا كان الاختلاط بالمزج مثل اختلاط الحنطة البيضاء بالصفراء، فقد عرفت أنّه مع تعدّر التخليص و العزل فهو أيضاً يوجب الشركة الحكمية» (2).

و يفهم من كلامه الأخير اعتبار تعدّر تخليص أجزاء الخليطين المتميّزين في حصول الشركة الحكمية.

و يرد عليه أنّه مع عدم ارتفاع تميّز آحاد حبّات الخليطين في الحبوبات، لا يمكن الالتزام بتحقق الشركة مطلقاً. و الوجه في ذلك أنّ مقتضى ماهية الشركة و مفهومها، سريان ملكية مال كلّ من الشريكين أو الشركاء في جميع أجزاء المال المشترك، فما من جزءٍ إلاّ أنّه مملوك للجميع. و هذا المعنى لا يمكن تحقّقه مع تمييز حبّات المختلطتين من الحبوبات. و من هنا يجوز لكلّ واحد من المالكين أن يأخذ ماله بتخليص آحاد حبّاته

المتميّز ولو مع التعسّر وليس للآخر حينئذٍ منعه عن ذلك و طلب قسمة الجميع. نعم مقتضى القاعدة حينئذٍ تعيّن الصلح لو أمكن التراضي، وإلا فالقرعة. وفي الحقيقة يجري حينئذٍ حكم المالين المشتبهين، لا الشركة.

وأما في الصورة الثانية: وهي ما إذا لم يتعدّ التفكيك، فلا شركة في البين قطعاً، بل يبقى كلّ مال في ملك مالكة من دون تعيّر في حكمه.

(1) - مستمسك العروة الوثقى 13: 7.

(2) - نفس المصدر: 9.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 25

...

كلام صاحب العروة

هذا، و لكن حكم في العروة «1» بأن الاختلاط مع التمييز لا يوجب الشركة مطلقاً، و لو ظاهراً. و مقصوده من التمييز تمييز أجزاء المالين كما في خلط الحنطة بالشعير أو الحنطة البيضاء بالحنطة الصفراء. و علّل ذلك بأنّ مع الاشتباه إما يتحقّق الصلح القهري أو يرجع إلي القرعة.

و هو متين عند اشتباه المالين و لو مع تمييز أجزاءهما و حباتهما، سواءً تعدّ تفكيكهما أم لم يتعدّ. و قد بيّنا وجه ذلك آنفاً. و لكن عند تعدّ التفكيك لو لم يتراضيا بالصلح، يقرع بينهما، و لكلّ منهما ما خرج له من السهم، كما ورد في نصوص القرعة أنّ الله تعالى يُخرج بالقرعة سهم المحقّ. و لا- قصور لإطلاقات نصوص القرعة في شمولها لمثل المقام، ممّا ليس مورد النزاع واحداً شخصياً متردداً بين شخصين أو أشخاص، بل متاع ذو أجزاء خلط أحاد أجزاءهما بحيث لا يمكن تفكيك المالين عادةً، و إن كانت الأجزاء بأحاديها متميّزة.

الشركة الظاهرية القهرية و الاختيارية

إشارة

أما الشركة الظاهرية القهرية، فقد مثّل لها في العروة بما لو امتزج مال شخصين أو أزيد قهراً بغير اختيار واحدٍ منهما. علي وجه لا يتميّز بينهما.

أما الشركة الظاهرية الاختيارية فهي الحاصلة بالامتزاج اختياراً لكن لا بقصد الشركة، فهي ظاهرة، لا واقعية، بناءً علي ما قاله في العروة. و قد علّل ذلك بأنّ مال كلّ من المالين حينئذٍ ممتاز عن الآخر في الواقع، و لذا يختصّ كلّ من المالين بمالكة لو اتفق تمييزه.

(1) - نفس المصدر.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة والقسمة، ص: 26

...

هذا مع عدم تمييز آحاد أجزاء المالين.

وأما إذا كان الاختلاط بغير مزج - كما في القيميات - فلو أمكن التمييز، فلا إشكال في كون كل من المالين لمالكه. وأما لو

لم يمكن التمييز فهو من قبيل اشتباه المالكين و تردّد كلّ منهما بين المالكين، فيُرجع حينئذٍ إلى القرعة لتعيين مالكة ما دام لم يتراضيا بالصلح، وإلا لا إشكال في تعيين الصلح و تقدّمه علي القرعة بالورود.

لارتفاع المشكل - الذي هو موضوع القرعة - بالصلح.

إشكال المحقّق الخوئي علي الشركة الظاهرية

وقد أشكل السيد الخوئي «1» علي مطلق الشركة الظاهرية بأن ترتّب الأحكام الظاهرية إنّما يكون في صورة الجهل و الشكّ بالواقع. ولّمّا كان الواقع في مفروض الكلام معلوماً لا معني لثبوت الحكم الظاهري. و لا موجب لترتيب أحكام الشركة ظاهراً بعد العلم بعدم ثبوتها واقعاً و استقلال كلّ من المالكين في ماله. نعم، إذا صار المالكان بالامتزاج شيئاً واحداً ثالثاً مغايراً لهما - كمزج السكر بالخلّ حيث يتولّد بامتزاجهما شيءٌ ثالثٌ مسمّى بالسكنجبين - تكون الشركة فيه واقعية حقيقية.

و لا ينافي ذلك اختصاص كلّ مال بمالكة فيما لو اتفق تفكيكهما بوجه من الوجوه؛ نظراً إلي دوام الشركة الواقعية بدوام موضوعها و هو الشيء الثالث المتولّد بالامتزاج، فلو انعدمت بحصول التفكيك و الامتياز تنتفي الشركة الواقعية عرفاً.

و أمّا إذا لم يتولّد بالامتزاج شيءٌ جديد؛ بأن كان الممتزج أشياء متعدّدة غير قابلة للتمييز خارجاً كمزج الدراهم و الحبوبات، فلا موجب لحصول الشركة بعد العلم بكون كلّ شيءٍ لمالكة الأول واقعاً. نعم، امتزاج دقيق الحبوبات من قبيل الأول.

(1) - المباني في شرح العروة الوثقى 31: 182.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 27

...

فالمعيار في حصول الواقعية صيرورة المالكين بالامتزاج شيئاً واحداً ثالثاً في نظر أهل العرف. فإذا حصل ذلك تحقّق موضوع الشركة الواقعية، وإلا فلا موضوع للشركة لا واقعاً و لا ظاهراً. فلا بدّ حينئذٍ من الصلح القهري أو الرجوع إلي القرعة.

و ما أبعد

بين السيد الحكيم؛ حيث إنّه حكم بتحقيق الشركة الظاهرية حتّى في صورة عدم ارتفاع التمييز بالمزج و الاختلاط لأجل تعدّد تفكيك أجزاء الخليطين، و بين هذا العَلَم؛ حيث حكم بانتفاء الشركة الظاهرية حتّى في المزج الرافع للتمييز إذا لم يحصل بالمزج شيء ثالث.

وفيه: أنّ هذا الكلام إنّما يصحّ فيما إذا كانت آحاد أجزاء المالمين متميّزة بعد المزج و إن لم يمكن أو تعدّد التفكيك بينهما. وقد بيّنا وجه ذلك آنفاً. و إلا فلا وجه لمنع حصول الشركة بعد ارتفاع التمييز كامتزاج الأدقّة بعضها مع بعض بل الشركة متحقّقة حينئذٍ حقيقة؛ لصدق مفهومها في نظر أهل العرف حقيقةً بلا عناية و المعيار في صدق الشركة الحقيقية نظر أهل العرف؛ حيث لا حقيقة شرعية و لا متشرّعة لها.

ثمّ إنّه قال هذا العَلَم: إنّ المراد بالصلح القهري إجبار الحاكم لهما علي الصلح بالتراضي، و إلا فالصلح لا يكون قهرياً «1».

ولكنّه توجيه غير وجيه، بل المراد من الصلح القهري هاهنا ما كان من الصلح سببه قهرياً؛ لأنّ المزج لم يكن بقصد الصلح، و إلا فلو تراضيا بالصلح فهو، و أمّا لو تعاندا و لم يتراضيا بالصلح ينتهي الأمر إلي القرعة. فلا قهر و لا إجبار علي الصلح في البين. و هذا واضح لا يغفل عن مثله فقيه فحل فطن مثل السيد اليزدي.

ثمّ أشكل هذا العَلَم علي القرعة: بأنّه لا مورد لها لعدم اشتباه بعد امتياز كلّ من المالمين. لكنّه إشكال غير وارد لإمكان تمييز آحاد أجزاء المالمين كآحاد الحبّات

(1) - المباني في شرح العروة الوثقى 31: 183.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 28

...

في اختلاط الحبوبات و عدم إمكان التفكيك بين مجموع المالمين أو تعدّده عادةً؛

فلا مناص من القرعة في تقسيمه بينهما، ما لم يتصالحا، بل يدخل هذه الصورة في إطلاقات أدلة القرعة كما أشرنا إليه. فإن القرعة لكل أمر مشكل، و تعدّر تفكيك المالكين مشكل مانع لإيصال كل مال إلي مالكة.

الشركة الواقعية غير العقدية

أما الشركة الواقعية فهي عقدية وغير عقدية.

أما غير العقدية، فهي كون مال لاثنين أو أزيد حقيقةً و واقعاً علي نحو الإشاعة؛ بأن كان المال ملكاً لعدّة مُلاك واقعاً علي نحو الإشاعة.

وهي إمّا واقعية قهرية؛ وهي ما كان - من الشركة الواقعية - سببها قهرياً خارجاً عن الاختيار، كما في المال أو الحقّ الموروث.

وإمّا واقعية اختيارية؛ وهي ما كان - من الشركة الواقعية - سببها اختيارياً، من غير استناد إلي عقد، كما إذا أحيا شخصان أرضاً مواتاً بالاشتراك، أو استخرجا معدناً أو كنزاً. فإنّ الأرض المحيية أو البئر المحفور أو الشجر المقلوع أو المعدن أو الكنز المستخرج بفعلهما، ملكٌ لهما واقعاً علي وجه الشركة و الإشاعة الحقيقية.

و منه تحجير الأرض مشتركاً، إلاّ أنّه يورث حقاً مشتركاً، لا عيناً.

الشركة الواقعية العقدية

أما الشركة الواقعية العقدية، فقسمها في العروة «1» إلي ثلاثة أقسام:

1- شركة واقعية حصلت بعقد من العقود، غير عقد الشركة، كما لو ملك

(1)- عروة الوثقي 5: 274-275.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 29

...

شخصان شيئاً واحداً بالشراء أو الصلح أو الهبة و نحوها. و ذلك كأن اشتريا بمالهما شيئاً واحداً لأنفسهما، أو تصالحا علي مال أو يهبهما شخص مالا، أو يأذن أحدهما الآخر و يوكله في شراء مال لهما. فيقول مثلاً: «اشتر السلعة و لي نصفها» فيشتركان فيها و في ربحها.

2- شركة واقعية حصلت بتشريك أحدهما الآخر في ماله؛ بأن طلب شخصٌ من آخر أن يشركه فيما يشتريه من السلعة، و قد دلّ علي صحتها

عدّة من النصوص المعتبرة.

منها: صحيح

إسحاق بن عمّار قال: قلت للعبد الصالح عليه السلام الرجل يدلّ الرجل علي السلعة، فيقول: اشتراها ولي نصفها. فيشتريها الرجل و ينقد من ماله، قال

عليه السلام:

«له نصف الربح»، قلت: فإن وضع، يلحقه من الوضعية شيء؟ قال عليه السلام: «عليه من الوضعية، كما أخذ الربح» (1).

ومنها: صحيح

هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن الرجل يشارك في السلعة، قال: «إن ربح فله، وإن وضع فعليه» (2).

. ومن هذا القبيل ما لو اشتري شخص شيئاً وليس عنده ثمنه فيجيء صاحبه، ويقول له ذلك الشخص: «ادفع عني ثمن هذا المتاع - الذي اشتريته - نقداً وربه بيني وبينك». فيشتركان في ذلك المتاع وعليهما ثمنه وما حصل من الربح والوضعية، كما دلّ عليه صحيح

محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته عن الرجل يشتري الدابة وليس عنده نقدها، فأتي رجل من أصحابه فقال: يا فلان انقد عني ثمن هذه الدابة والربح بيني وبينك، فنقد عنه فنفتت الدابة، قال: «ثمنها عليهما

(1) - وسائل الشيعة 19: 6، كتاب الشركة، الباب 1، الحديث 4.

(2) - وسائل الشيعة 19: 6، كتاب الشركة، الباب 1، الحديث 5.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة والقسمة، ص: 30

...

لأنه لو ربح فيها لكان بينهما» (1)

. هذه الصحيحة بهذا الطريق رواها الشيخ بإسناده عن محمد بن مسلم. ورواها الصدوق أيضاً بطريقتين صحيحين عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام.

قوله: «و ليس عنده نقدها» أي ليس عند الرجل الذي اشتري الدابة ثمنها نقداً.

وقوله: «انقد عني ...»؛ أي ادفع عني ثمنها نقداً، من نقد ينقد، علي وزن نصر ينصر؛ أي دفع النقود.

وقوله: «فنقد عنه فنفتت الدابة» أي دفع رجل من أصحاب المشتري ثمن الدابة عن جانبه ثم ماتت الدابة. قوله: «نفتت الدابة»: أي ماتت.

ومثله

إسحاق بن عمّار قال: قلت للعبد الصالح عليه السلام الرجل يدلّ الرجل علي السلعة، فيقول: اشتراها ولي نصفها. فيشتريها الرجل و ينقد من ماله، قال عليه السلام:

«له نصف الربح» قلت: فإن وضع، يلحقه من الوضيعة شيء؟ قال عليه السلام: «عليه من الوضيعة، كما أخذ الربح» (2)

. و مثلها سائر نصوص الباب.

و ما يظهر من ذيل هذه النصوص، من توجه ضرر الوضيعة إليهما معاً، إنّما هو مقتضي الشركة. و لكن لا بأس بتحمّل أحدهما الضرر بالاشتراط الراجع إلي شرط العمل، دون ما كان منه علي نحو شرط النتيجة؛ نظراً إلي مخالفته لمقتضي الشركة.

اللّهم إلا أن يقال بعدم مخالفة مثل هذا الشرط لأصل الشركة؛ نظراً إلي كفاية اشتراكهما في الربح لذلك.

و علي أيّ حال فقد دلّ علي جواز ذلك صحيح

رفاعة، قال: سألت أبا الحسن

(1)- وسائل الشيعة 19: 5، كتاب الشركة، الباب 1، الحديث 2.

(2)- وسائل الشيعة 19: 6، كتاب الشركة، الباب 1، الحديث 4.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 31

...

موسي عليه السلام عن رجل شارك رجلاً في جارية له و قال: إن ربنا فيها فلك نصف الربح، و إن كانت وضيعة فليس عليك شيء، فقال: «لا أري بهذا بأساً إذا طابت نفس صاحب الجارية» (1).

3- شركة واقعية حصلت بعقد الشركة مبنياً علي تشريك كلّ من المتعاقدين الآخر في ماله. و هذا النوع من الشركة معدودٌ من العقود.

و صيغة عقدها كلّ لفظ يدلّ علي رضا المالكين بالمزج و إذنهما، كما صرّح به في التحرير (2) و القواعد، و قوّاه في جامع المقاصد (3)، و اختاره في التذكرة (4).

ثم إن الشركة بأقسامها- بحسب الكيفية- إما إشاعية أو بدلية أو علي نحو الكلّي في المعين. ولا

يخفي أنّ هذا التقسيم بحسب الثبوت. ولكن ستعرف أنّ الشركة علي نحو البدلية خارجة عن محلّ الكلام، بل خارجة عن حقيقة الشركة و تعريفها.

أمّا الشركة الإشاعية فهي شركة حقيقية متحقّقة في كلّ جزءٍ من أجزاء المال المشترك، و من هذا القبيل الشركة الواقعية بأنحائها.

أمّا الشركة البدلية فهي شركة عدّة أشخاص في مال أو حقّ علي نحو البدلية،

(1)- وسائل الشيعة 19: 7، كتاب الشركة، الباب 1، الحديث 8.

(2)- تحرير الأحكام 1: 272.

(3)- جامع المقاصد 8: 14.

(4)- تذكرة الفقهاء 2: 221.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 32

...

و هي علي نحو الاستحقاق، كاستحقاق أرباب الخمس و مستحقّي الزكاة في سهمهم من الخمس و الزكاة.

وقد ورد التعبير عن هذا الاستحقاق بالشركة في بعض النصوص، كما في معتبرة

أبي المعز عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إنّ الله تبارك و تعالي أشرك بين الأغنياء و الفقراء في الأموال، فليس لهم أن يصرفوا إلي غير شركائهم» (1).

ولكنّ التعبير بالشركة في مثل هذه الموارد مبنيّ علي المسامحة و ضرب من العناية، و إلا فلا شركة في الواقع.

و ذلك أوّلاً: لأنّ الشركة في متعلّق الخمس و الزكاة علي نحو البدلية. و هي خارجة في الحقيقة عن ماهية الشركة؛ إذ لا يكون فيها مال واحد لاثنين أو أزيد.

و بعبارة اخري: لم يجتمع فيها حقوق الملاك في مال واحد علي الإشاعة. و ذلك أنّه لا يعقل اجتماع حقوق الملاك إذا كان الاستحقاق علي نحو البدلية، كما هو واضح.

و ثانياً: لأنّ موارد الزكاة و الخمس من باب المصرف، لا الملكية فليس متعلّق الزكاة و الخمس ملكاً لهم بمجرد تعلّقهما و استقرار وجوبهما. و من هنا التزم الأصحاب بعدم وجوب البسط و

الاستيعاب؛ إذ لو كان ملكاً لهم لوجب ذلك؛ إيصالاً للمال إلي مالكه. وقد سبق الكلام في ذلك ممّا مفصّلاً في مصارف الخمس من كتابنا «دليل تحرير الوسيلة» وقلنا هناك: إنّ الملكية للعنوان، لا لأحد أشخاص المستحقين، حتّى يكونوا شركاء في متعلّق الخمس و الزكاة حقيقةً.

و أمّا ما يوهمه كلام صاحب العروة من أنّهم مستقلّين في التصرف

(1) - وسائل الشيعة 9: 215، كتاب الزكاة، أبواب المستحقين للزكاة، الباب 2، الحديث 4.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 33

...

فللمناقشة فيه مجالٌ واسع؛ لما أثبتنا في محلّه من عدم جواز التصرف لهم في متعلّق الخمس و الزكاة بغير إذن الولي و هو الحاكم الشرعي. و لكنّ التأمّل في كلامه يقضي إرادة استقلال المستحقين بعضهم عن بعض، لا بالنسبة إلي الحاكم أو المالك.

ثمّ إنّ التعبير بالشركة و إن لم يرد في الخمس، إلّا أنّه في حكمه من هذه الجهة؛ لأنّه جعل للهاشميّين بدلاً عن الزكاة، و للتعبير بلام الملكية في آية الخمس و نصوصه أيضاً. و من هنا لم يفرّقوا بينه و بين الزكاة في المصرف من جهة عدم وجوب البسط و الاستيعاب.

و من قبيل ذلك أيضاً الوقف العامّ إذا كان علي نحو التمليك، لا للانتفاع أو الصرف.

الشركة علي نحو الكلّي في المعين

و أمّا الشركة علي نحو الكلّي في المعين، فهي شركة حاصلّة بين شخصين في مال خارجي، لأحدهما حصّة كليّة منه و للآخر باقيه، كالشركة في صبرة معيّنة خارجية، لأحدهما صاعٌ منها و للآخر باقيها. و لمّا كان الصاع الكلّي غير معيّن و متردداً بين أجزاء الصبرة، تتحقّق فيها الشركة بينهما. فإنّ الصاع الكلّي لمّا كان متردداً بين أفرادها الموجودة في الصبرة المعيّنة الخارجية، يكون له نحو من السريان و

الإشاعة في الأصوع الموجودة في الصبرة.

وبذلك يمكن تصوير الشركة الإشاعية في الكلّي في المعين، كما يمكن أن يقال بكفاية عدم تعيين الصاع لتحقق الشركة الإشاعية؛ نظراً إلى كون الصاع المملوك واحداً غير معين من بين الأصوع الموجودة في الصبرة.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة والقسمة، ص: 34

...

و علي أيّ حال وقع الكلام في ذلك.

قال في الجواهر: «إنّما الكلام في ملك الكلّي في الصبرة مثلاً كالصاع منها، و كملك مائة في الثلث بالوصية ونحو ذلك - بناءً علي عدم تنزيه علي الإشاعة ممّا لا إشكال في صدق الشركة معه و لا إشاعة - اللهم إلا أن يراد منها عدم التعيين، لا خصوص الثلث والرّبع و نحوهما» (1).

قوله يراد منها؛ أي من الإشاعة.

و ظاهره نفي الإشكال عن صدق الشركة علي ملكية الكلّي في المعين، بناءً علي عدم اختصاص الشركة الإشاعية بالكسر المشاع، و صدقها علي الواحد لا بعينه. فلا إشكال حينئذٍ في صدق مفهوم الشركة علي ملكية الكلّي في المعين.

و أشكل عليه بعض (2) بأنّ الشركة إنّما تتحقّق فيما إذا كان المال الواحد مملوكاً لشخصين أو أكثر علي نحو الإشاعة؛ بحيث كان لكلّ منهم حصّة في كلّ جزءٍ من المال. دون ما إذا كان مال كلٍّ منهما مستقلاً عن الآخر، كما في المقام؛ حيث إنّ مال أحدهما صاع كلٍّ من الصبرة و مال الآخر الصبرة المعيّنة الخارجية.

و هذا الإشكال لا يُعبأ به؛ نظراً إلى صدق كون الصبرة المعيّنة لهما كليهما بلحاظ كون صاع منها لأحدهما و باقيها للآخر. و لا إشكال في صدق عنوان الشركة علي ذلك في نظر أهل العرف، بل تكون علي نحو من الإشاعة؛ نظراً

(1) - جواهر الكلام 26: 286.

(2) - المباني في شرح العروة

...

إلي ما أشرنا إليه من سريان الصاع الكلّي و شياعه بين الأصوع الموجودة في الصبرة الخارجية.

ولا يبعد كون شركة الفقراء في الزكاة والسادة في الخمس من هذا القبيل بالنسبة إلي عين متعلّق الزكاة والخمس. وإن كان فرق من جهة كون المالك هناك واحداً لا بعينه؛ حيث يتعيّن بالإقباض، بخلاف المقام؛ لأنّ المالك فيه شخص معيّن خارجي. ولا يتصوّر الاستحقاق علي نحو الكلّي في المعيّن في الأوقاف العامّة، كما يظهر من العروة، بل إنّما هي علي نحو البدلية فقط. وذلك لأنّ عيناً متعلّق الزكاة والخمس كلّي مرّدّ بين أجزاء مجموع المال المتعلّق للزكاة، وهذا بخلاف العين الموقوفة.

أقسام اخرى للشركة

وهناك أقسام اخرى للشركة ذكرها الفقهاء من جهة سائر الخصوصيات الراجعة إلي الشركاء و كيفية الاشتراك و ما تتحقّق فيه الشركة.

وهي: 1- شركة العنان 2- شركة الأبدان 3- شركة الوجوه 4- شركة المفاوضة.

ونكتفي هاهنا بذكر ما قاله في التذكرة في تعريف كلّ واحد من هذه الأقسام.

قال: «الشركة علي أربعة أنواع، شركة العنان و شركة الأبدان، و شركة المفاوضة، و شركة الوجوه.

فأما شركة العنان فهي أن يخرج كلّ مالا و يمزجها، و يشترط العمل فيه بأبدانها.

وأما شركة الأبدان بأن يشترك اثنان أو أكثر فيما يكتسبون بأيديهم، كالصناع

...

يشتركون علي أن يعملوا في صناعتهم، فما رزق الله فهو بينهم علي التساوي أو التفاوت.

وأما شركة المفاوضة فهو أن يشتركا ليكون بينهما ما يكتسبان، و يربحان و يلتزمان من غرم و ما يحصل لهما من غنم، فيلزم كلّ واحد منهما ما يلزم الآخر

من أُرش جنائية، و ضمان غضب، و قيمة متلف، و غرامة لضمان أو كفالة، و يقاسمه فيما يحصله من ميراث، أو يجده من ركاز أو لقطه، أو يكتسبه في تجارته بماله المختص به ...

و أما شركة الوجوه فقد فسرت بمعانٍ، أشهرها أن يشترك اثنان وجيهان عند الناس لا مال لهما، لبيتاعا في الذمة إلي أجل، علي أن ما بيتاعه كل واحد منهما يكون بينهما، فيبيعه و يؤدي الأثمان، فما فضل فهو بينهما.

وقيل: أن يتناع وجيه في الذمة و يفوض بيعه إلي حامل، و يشترطان أن يكون الربح بينهما.

وقيل: أن يشترك وجيه لا مال له، و حامل ذو مال ليكون العمل من الوجيه و المال من الخامل، و يكون المال في يده لا يسلمه إلي الوجيه، و الربح بينهما.

وقيل: أن يبيع الوجيه مال الخامل بزيادة ربح، ليكون بعض الربح له. و لا يصح شيء من أنواع الشركة، سوي شركة العنان «1» انتهى كلامه قدس سره. و بيانه واضح في تعريف كل من الأقسام المزبورة للشركة و لا يحتاج إلي توضيح.

و سيأتي البحث عن كل واحد من هذه الأقسام في شرح كلام السيد الماتن.

(1) - تذكرة الفقهاء 2: 219/السطر 35.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 37

و هي إما في عين أو دين أو منفعة أو حق (1).

تقسيم الشركة بلحاظ متعلقها

(1) 1- إن الشركة إما أن تكون في العين؛ بأن كانت عينٌ بشخصها مملوكة لشخصين أو أزيد.

فلا تتحقق الشركة في الشيء الواحد المركب من أجزاء متعدّدة، كالبيت مثلاً إذا كان خشبه لواحد و حائطه لآخر. و أرضه لثالث؛ نظراً إلي عدم اجتماع ملكية الملاك في عين واحدة شخصية، بل مملوك كل شخص عين غير العين

المملوكة لشخص آخر. فلا تكون الملكية علي وجه الإشاعة حينئذٍ حتَّى تتحقَّق بها الشركة.

ومن هنا استفاد هذا المعني في جامع المقاصد «1» و المسالك «2» من قيد الشيعاء الوارد في تعريف صاحب الشرائع. ففي الحقيقة لا شركة في شيء واحد حينئذٍ.

ولا في الشيء الواحد الشخصي علي سبيل البدلية كما في مستحقِّي الزكاة والخمس.

وإما في دين كأن يكون لاثنين أو أزيد دين في ذمة شخص علي وجه الإشاعة.

وإما في منفعة كما لو كان بيت لشخصين أو أزيد علي وجه الإشاعة،

(1)- جامع المقاصد 8: 7.

(2)- مسالك الأفهام 4: 302.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة والقسمة، ص: 38

...

فاستأجر ذلك البيت منهم ثالثٌ. فتكون منفعة البيت- وهي مال الإجارة- للمالكين أو الملاك علي وجه الإشاعة.

وإما في حقّ، وذلك كالشركة في القصاص وحدّ القذف والخيار والرهن والشفعة.

قال الشيخ الطوسي في المبسوط: «الشركة علي ثلاثة أضرب: شركة في الأعيان، وشركة في المنافع، وشركة في الحقوق. فأما الشركة في الأعيان فمن ثلاثة أوجه:

أحدها: بالميراث. الثاني: بالعقد. والثالث: بالحيابة.

فأما الميراث فهو اشتراك الورثة في التركة، وأما العقد فهو أن يملك جماعة عيناً ببيع أو هبة أو صدقة أو وصية مشتركة. وأما الشركة بالحيابة فهو أن يشتركوا في الاحتطاب والاحتشاش والاصطياد والاعتنام والاستقاء وغير ذلك فإذا صار محازاً لهم كان بينهم.

وأما الاشتراك في المنافع كالأشتراك في منفعة الوقف ومنفعة العين المستأجرة ومنفعة الكلاب الموروثة عند من قال إنَّها غير مملوكة وأما عندنا فإنَّها تملك إذا كانت للصيد؛ فعلي هذا دخلت في شركة الأعيان.

وأما الاشتراك في الحقوق فمثل

الاشتراك في حقّ القصاص و حدّ القذف و حقّ خيار الردّ بالعيب و خيار الشرط، و حقّ الرهن و حقّ المرافق من المشي في الطرقات و مرافق الدار و الضيعة و ما أشبه ذلك» (1).

(1)- المبسوط 2: 343.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 39

و سببها: قد يكون إرثاً (1)، و قد يكون عقداً ناقلاً، كما إذا اشترى اثنان معاً مالا، أو استأجرا عيناً، أو صولحا عن حقّ. و لها سببان آخران يختصّان بالشركة في الأعيان:

أحدهما: الحيازة، كما إذا اقتلع اثنان معاً شجرة مباحة، أو اغترفا ماءً مباحاً بآنية واحدة دفعة.

و ثانيهما: الامتزاج، كما إذا امتزج ماء أو خلّ من شخص بماء أو خلّ من شخص آخر؛ سواء وقع قهراً أو عمداً و اختياراً.

و لها سبب آخر: و هو تشريك أحدهما الآخر في ماله، و يسمّى بالتشريك، و هو غير الشركة العقدية بوجه.

أسباب الشركة

إشارة

(1) 1- قد سبق آنفاً أنّ سبب الشركة إذا كان إرثاً تكون من قبيل الشركة الواقعية القهرية. و إذا كان عقداً ناقلاً تدخل في النوع الأوّل من الشركة العقدية.

و إذا كان سببها حيازة تكون من قبيل الشركة الواقعية الاختيارية؛ نظراً إلى اختيارية الحيازة، و إلى كون الشركة حينئذٍ علي وجه الإشاعة الحقيقية. هذا، و لكنّ الأولي جعل سبب هذا النوع من الشركة فعلاً اختيارياً، حتّى لا يختصّ بالأعيان و يشمل الحقوق كحقّ التحجير المشترك بين اثنين المسبّب من تحجيرهما.

و قد سبق في كلام صاحب العروة أنّه إذا كان سببها الامتزاج فتارة: يكون المزج اختيارياً بقصد الشركة. فالشركة حينئذٍ واقعية اختيارية؛ لأنّها علي نحو الإشاعة الحقيقية و لأنّ سببها فعل اختياري. و اخري: يكون اختيارياً لا بقصد الشركة. فالشركة حينئذٍ ظاهرية اختيارية.

و ثلاثة: غير اختيارية، فتكون

دليل تحرير الوسيلة - الشركة والقسمه، ص: 40

(مسألة 1): الامتزاز قد يوجب الشركة الواقعية (1) الحقيقية

اشارة

، و هو فيما إذا حصل خلط و امتزاز تام بين مائعين متجانسين، كالماء بالماء، و الدهن بالدهن، بل و غير متجانسين كدهن اللوز بدهن الجوز مثلاً، رافع للامتياز عرفاً بحسب الواقع و إن لم يكن عقلاً كذلك. و أمّا خلط الجامدات الناعمة بعضها ببعض كالأدقّة، ففي كونه موجباً للشركة الواقعية تأمل و إشكال، و لا يبعد كونها ظاهرية.

الشركة حينئذٍ ظاهرية قهرية. و يشترك الأخيران في عدم كون الشركة فيها علي وجه الإشاعة الحقيقية. و قد سبق الكلام في بيان الفرق بين الأقسام الثلاثة و ما يرد عليها من النقض و الإبرام.

و أمّا إذا كان سببها تشريك أحدهما الآخر، فقد سبق الكلام فيه آنفاً و استشهدنا لمشروعيتها ببعض النصوص، و بيّنا وجه عدم كونها من الشركة العقدية.

و أمّا ما جاء في كلام السيد الماتن من كون التشريك غير الشركة العقدية بوجه، فلو كان مقصوده أنّ سببه ليس من العقود، فلا وجه له؛ لما سبق من أنّ سببه البيع و الشراء أيضاً.

و أمّا لو كان مقصوده أنّه غير عقد الشركة فهو حقّ، و لكنّه خلاف ظاهر كلامه.

و قد سبق بيان كلّ قسم من أقسام الشركة المذكورة في المتن.

الشركة الواقعية و سببها

اشارة

(1) 1- يستفاد من كلام صاحب العروة أنّه يشترط في حصول الشركة الواقعية بالامتزاز ثلاثة امور:

دليل تحرير الوسيلة - الشركة والقسمه، ص: 41

...

الأول: كون الامتزاز رافعاً للتمييز عرفاً، وإن كان الشيء الممتزج متميّزاً بالدقة العقلية، فلا يضره التمييز العقلي. فإذا كان الممتزج متميّزاً في نظر أهل العرف بحيث يمكن تخليص الممزوجين و عزل كلّ منهما عن الآخر، لا تتحقّق شركة لا واقعاً و لا ظاهراً كما في القيميات. و الامتزاز الرافع للتمييز مثل امتزاز المائعين مطلقاً،

سواءً كانا متجانسين كالماء بالماء و الدهن بالدهن أو مختلفين، كالماء بالحليب أو دهن اللوز بدهن الجوز و الدهن النباتي بالدهن الحيواني. و أمّا خلط الأدقّة فالتحقيق أنّه من هذا القبيل؛ نظراً إلى ارتفاع التمييز بخلطها. و لا فرق من هذه الجهة بينها و بين مزج المانعات في نظر أهل العرف. و ما يظهر من السيد الماتن قدس سره من الفرق بينهما، فوجهه غير معلوم.

ثمّ إنّ لا إشكال في اعتبار ارتفاع التمييز في حصول الشركة الواقعية الحقيقية، بل في حصول أصل الشركة بالامتزاج.

نعم، لو لم يرتفع التمييز و لكن تعدّد تخلص أجزاء الممزوجين و حتّاتها بعضها عن بعض، كما في خلط أنواع الحبوب، مثل خلط الحنطة بالشعير و الخشخاش بالسّمسم، ففي تحقّق الشركة الحكيمة بذلك كلام سبق آنفاً. و قد حكم السيد الحكيم «1» حينئذٍ بتحقّق الشركة الحكيمة و اختار صاحب العروة انتفاء الشركة مع عدم ارتفاع التمييز مطلقاً.

و قلنا آنفاً: إنّ مقتضى التحقيق حينئذٍ عدم تحقّق الشركة مطلقاً، و لو ظاهراً.

و ذلك لأنّه اخذ في مفهوم الشركة و ماهيتها الإشاعة في الملكية؛ بمعنى سريانها في جميع أجزاء المال. و لا يتحقّق ذلك مع تمييز الأجزاء. و من هنا يجوز لكلّ واحد من المالين أن يأخذ أجزاء ماله و حتّاته المتميّزة و لو مع التعسّر، و ليس للأخر منعه.

(1) - مستمسك العروة الوثقى 7: 13.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 42

...

و مقتضى القاعدة حينئذٍ تعيّن الصلح لو تيسّر التراضي، و إلا فالقرعة، و لو لأجل تخصيص كلّ حصّة من الحصص الخارجية المنحازة بكلّ واحد منهما في موارد اختلاف المالكين في المالية.

الثاني: كون الامتزاج اختيارياً، لا قهرياً، و إلاّ تتحقّق به الشركة الظاهرية القهرية كما

سبق بيان ذلك آنفاً.

الثالث: كونه بقصد حصول الشركة، وإلا لا تتحقق به الشركة الواقعية الحقيقية، وإن كان اختيارياً. بل إنما تتحقق به الشركة الظاهرية الاختيارية.

فقد حكم صاحب العروة «1» بأن الشركة الحاصلة بالامتزاج الاختياري الذي هو بغير قصد حصول الشركة من قبيل الشركة الظاهرية. كالحاصلة منها بالامتزاج القهري. وعلل ذلك بأن كلاً من المالكين ممتاز عن الآخر في الواقع. ومن هنا يختص كل من المالكين بمالكه عند تمييزها. و يظهر من كلامه أنه قدس سره جعل ملاك الشركة الواقعية كون المزج بقصد حصول الشركة، لا مجرد ارتفاع التمييز.

نقد كلام صاحب العروة

و يرد عليه أن مع ارتفاع التمييز وعدم إمكان التخليص و التمييز بين المالكين كيف يمكن امتياز كل من المالكين عن الآخر و اختصاص كل منهما بمالكه؟! و مع عدم إمكانه هل مناص من الالتزام بحصول الشركة الواقعية الحقيقية؟ فالحق في المقام مع السيد الماتن قدس سره؛ حيث جعل الملاك في حصول الشركة الواقعية الحقيقية ارتفاع التمييز و عدم إمكان التخليص بين المالكين عرفاً. و ذلك لأن الشركة ليست لها حقيقة شرعية، فالمحكم في تعيين واقعيتها و حقيقتها نظر أهل العرف.

(1) - العروة الوثقى 5: 374.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 43

...

و توجيه كلام صاحب العروة بأن مراده من الشركة الواقعية خصوص العقديّة منها. فيصحّ كلامه حينئذٍ؛ حيث يتقوم إنشاء عقد الشركة بالقصد بل و إنشاء سائر العقود إذا كان بقصد حصول الشركة في السلعة المشتراة أو ربحها؛ حيث فسّر قدس سره الشركة الواقعية بما كانت مستندة إلي عقد من العقود؛ إما عقد الشركة أو غيرها، ممّا لا وجه له؛ حيث جعل المزج الاختياري الذي لم يكن بقصد الشركة من قبيل

الشركة الظاهرية وإن كان مزجاً تاماً رافعاً للتمييز رأساً، بل وإن كان اختيارياً ما لم يكن بقصد الشركة.

وقد سبق تصريح صاحب الشرائع والجواهر والقواعد بتحقق الشركة الواقعية بالمزج الرافع للتمييز، بل ادّعي في الجواهر عليه الإجماع بقسميه (1).

نعم يفهم من ذيل كلام صاحب الجواهر اختصاص الشركة الواقعية الحقيقية بالمزج الاختياري بقصد حصول الشركة وكون الحاصلة منها بغير قصد الشركة، من قبيل الشركة الحكمية الظاهرية.

ولكن سبق جواب السيد الحكيم عنه، واستظهاره حصول الشركة الحقيقية بمجرد امتزاج الرافع للتمييز من كلمات الأصحاب، بل عدّ ذلك من ضروريات الفقه في الجملة.

نقد كلام السيد الماتن في خلط الجامدات

وأما خلط الجامدات فأشكل السيد الماتن في كونه موجباً للشركة الواقعية.

ولكنّ للمناقشة فيه مجالاً واسعاً لوضوح أنّ الجامدات قد يكون خلط بعضها ببعض من قبيل المزج الرافع للامتياز، كمزج دقيق الحنطة بدقيق الشعير، أو دقيق كلّ منهما

(1) - جواهر الكلام 26: 291.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة والقسم، ص: 44

وقد يوجب الشركة الظاهرية الحكمية (1)، وهي مثل خلط الحنطة بالحنطة والشعير بالشعير. ومنها خلط ذوات الحَبّات الصغيرة بمجانسها علي الأقوي، كالخشخاش بالخشخاش، والدخن والسمسم بمثلهما وجنسهما. وأما مع الخلط بغير جنسهما فالظاهر عدم الشركة، فيتخلّص بالصلح ونحوه. كما أنّ الأحوط التخلّص بالصلح ونحوه في خلط الجوز بالجوز واللوز باللوز،

بدقيق الأرز. فلا ريب في عدم إمكان تخليص أجزاء الخليطين في مثل هذه الجامدات عادةً.

وقد جعل السيد الماتن نفسه المعيار في حصول الشركة الواقعية الحقيقية ارتفاع التمييز عرفاً وعدم إمكان تخليص أجزاء الخليطين عادةً. وهذا الملاك حاصل في امتزاج الأدقّة. نعم، إذا كانت الجامدات من قبيل

ما يمكن التمييز بين أجزاء الخليطين منها عادةً، وقع الكلام في حصول الشركة حينئذٍ. وقد سبق القول بعدم حصولها من صاحب العروة، وبحصولها حكماً و ظاهراً من السيد الحكيم.

وقد قوّينا عدم حصول الشركة حينئذٍ، ولو ظاهراً وبيّناً وجه ذلك آنفاً.

وهذا بخلاف ما إذا كان الخليطان من قبيل الدقيق، فلا إشكال في حصول الشركة الواقعية الحقيقية بمزجها؛ ضرورة ارتفاع التمييز بمزجها عرفاً و عدم إمكان تخليص أجزاءهما وعزلهما عادةً.

الشركة الظاهرية و سببها و حكمها

إشارة

(1) 1- وقد سبق آنفاً تعريف الشركة الظاهرية الحكمية بأنها التي تترتب عليه أحكام الشركة ظاهراً؛ بمعنى أنه لا إشاعة في الملكية واقعاً، بحيث لو اتفق

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 45

...

تخليص أجزاء الخليطين و عزل كلّ منهما عن الآخر تنتفي الشركة رأساً و لا يترتب عليها شيء من أحكامها. و لكن ما دام لم يتفق ذلك تترتب أحكام الشركة ظاهراً، من عدم جواز التصرف في المختلط لواحد منهما بدون إذن الآخر قبل الإفراز.

ملاك الشركة الظاهرية في رأي السيد الإمام قدس سره

و الامتزاج في رأي السيد الماتن قدس سره إنّما يوجب الشركة الظاهرية الحكمية فيما إذا لم يتحقق مزج تامّ- بحيث حصل الاندكاك في أجزاء المالمين و ارتفع التمييز رأساً و لم يمكن التمييز عادة- كأن وقع الامتزاج باختلاط الحبوب المتجانسة، كالحنطة بالحنطة و الشعير بالشعير.

و الوجه فيه ظاهراً عدم سريان المزج في الأجزاء و لا الإشاعة الحقيقية في الملكية حينئذٍ بنظر أهل العرف، بل إنّما ارتفع التمييز ظاهراً بسبب الاختلاط و اشتباه الحبّات بعضها مع بعض. و من هنا تترتب أحكام الشركة الظاهرية، بل فرق بين اختلاط كبار الحبّات و بين صغارها.

و أمّا في غير المتجانسين من الحبوب لمّا لا يرتفع التمييز و لو ظاهراً، حكم السيد الماتن قدس سره بعدم تحقق الشركة حينئذٍ حتّى ظاهراً.

و مبني الاستدلال في المقام صدق مفهوم الشركة و تحقق ماهيتها في نظر أهل العرف كما أشار إلي ذلك السيد الحكيم. فإنّه بعد الحكم

بتحقّق الشركة الحقيقية الواقعية في امتزاج المتّحدين جنساً أو وصفاً، وبالشركة الحكيمة في امتزاج المختلفين جنساً أو وصفاً مطلقاً بلا فرق بين الجامدات و المانعَات قال: «إنّ وجه الحكم في المقامين بناءً الفقهاء الموافق لبناء العرف» «1».

(1) - مستمسك

ثم إنَّ المراد من عدم التمييز في كلمات الفقهاء عدمه ظاهراً، لا عدمه في نفس الأمر، كما قال في الرياض «1» و الجواهر «2»، بل يظهر من التذكرة «3» الإجماع علي ذلك. ولكن أشكال في الرياض منافاة ذلك لما ذكره الفقهاء في تعريف الشركة، من أنَّها اجتماع حقوق الملاك علي الإشاعة؛ لظهور لفظ الإشاعة عند الإطلاق في الإشاعة الواقعية النفس الأمرية.

ورده في الرياض باتفاق الأصحاب وإجماعهم علي عدم اعتبار ارتفاع التمييز في نفس الأمر. ومن هنا جرت سيرة المسلمين من زمن النبي صلي الله عليه وآله إلي زماننا علي الشركة في الأثمان من غير نكير في ذلك. وأمّا ما جاء في كلماتهم في تعريف الشركة من اعتبار الإشاعة فلا دليل علي اعتبارها لو كانت بمعنى الإشاعة الحقيقية النفس الأمرية. راجع كلامه فإنه دقيق نافع «4». والحق في المقام مع صاحب الجواهر، بل الاتفاق المزبور ونحوه ممّا بني عليه الفقهاء في حصول الشركة الظاهرية، قرينة علي أن مرادهم في التعريف ما هو أعمّ من الشركة الظاهرية.

لا ريب في عدم ورود نصّ في خصوص المقام يدلّ علي ما تتحقّق فيه الشركة وغيره. ومن هنا لم يستشهد أحدٌ من الفقهاء برواية ولو ضعيفة في المقام.

وعليه فليتمس دليل غير النصّ. ومبني الاستدلال إمّا هو نظر أهل العرف، أو الإجماع والاتّفاق، أو سيرة المسلمين.

أمّا العرف فيمكن الاستدلال بنظر أهل العرف؛ بمعنى انصراف عنوان الشركة

(1)- رياض المسائل 9: 56.

(2)- جواهر الكلام 26: 292.

(3)- تذكرة الفقهاء 2: 221/السطر 38.

(4)- رياض المسائل 9: 56-57.

...

الوارد في النصوص - بما له من الأحكام - إلي ما هو المرتكز في أذهانهم من لفظها.

فيكون المتفاهم العرفي هو الظاهر من لفظ الشركة الوارد في نصوص المقام.

ولا يري العرف مفهوم الشركة متحققاً في موارد الامتزاج و الاختلاط، إلا ما كان منه رافعاً لتمييز أجزاء المالكين. و من هنا لمّا لا يرتفع التمييز في اختلاط غير المتجانسين لا شركة في البين بخلاف المتجانسين.

أمّا الإجماع و السيرة، فيفهم من كلام الأصحاب اتفاق الأصحاب علي حصول الشركة بالامتزاج مع اتحاد جنس الممزوجين و وصفهما، كما صرح به في الجواهر «1»، بل في الرياض: «بلا خلاف فيه عندنا، بل عليه في الغنية و عن الخلاف و السرائر و التذكرة إجماعاً» «2».

و كذا استقرار سيرة المسلمين علي ذلك كما أشار إليه في الرياض «3» في حصول الشركة بامتزاج الأثمان المتماثلة.

و علي أي حال لا شركة مع تمييز الأجزاء حتّي في المتجانسين المختلفين في الوصف، كأصناف التمر و الأرز. و عليه فما يظهر من السيد الإمام من حصول الشركة في المتجانسين مطلقاً محلّ تأمل، بل منع؛ نظراً إلي انتفاء ملاك الشركة مع التمييز باختلاف الوصف عرفاً، كما أنّ معقد الإجماع اعتبار اتحاد الجنس و الوصف معاً في حصول الشركة و هو المتيقّن من السيرة.

ثمّ إنّ احتياط السيد الماتن في خلط مثل الجوز بالجوز و جوبيّ لو كان مقصوده العدول عمّا أفتي به في المتجانسين من الحبوب و إدخال مثل الجوز في

(1) - جواهر الكلام 26: 291 - 293.

(2) - رياض المسائل 9: 55.

(3) - نفس المصدر: 57.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 48

...

فتواه في المتجانسين. ولا يبعد كون الاحتياط استحيابياً بعد إطلاق فتواه بحصول الشركة في المتجانسين.

حكم امتزاج غير المتجانسين

هذا كله في خلط المتجانسين من الحبوبات. وأما في خلط غير المتجانسين منها، فقد حكم السيد الماتن بعدم تحقّق الشركة به. ولا وجه لذلك، إلا بناءً أهل العرف بدعوي استقرار بنائهم علي عدم تحقّق الشركة بخلط مختلفي الجنس من جهة كون حبات الجنسين متميّزة عندهم وعدم ارتفاع مئزها باختلاطها. ومن هنا قد يستشكل في صدق عنوان المزج، بناءً علي أخذ رفع التمييز في صدق عنوانه عرفاً. وإن كان في اعتباره تأمل، كما يشهد له أخذ قيد «الرافع للتمييز» في المزج الموجب للشركة.

ولكن إذا تعرّس تخليص أجزاء الخليطين منها وتفكيك حباتها وعزل المالين، فلا مناص فيها من الصلح لو أمكن التراضي، وإلا فالقرعة. وقد سبق أنّه لا تتحقّق الشركة بذلك حينئذٍ، ولو ظاهراً وحكماً، كما سبق آنفاً من السيد الحكيم، وبيّنّا ما فيه من النقاش.

نعم، في المائعات والأدقّة لا يختصّ ارتفاع التمييز بخلط المتجانسين؛ ضرورة ارتفاعه بامتزاج مختلفي الجنس أيضاً، كما في امتزاج جنسين مختلفين من الدّهّن وأدقّة الحبوبات بعضها ببعض. ففي مثل هذه الموارد لا دليل عرفاً ولا شرعاً علي عدم حصول الشركة الواقعية الحقيقية بعد حصول الامتزاج وارتفاع التمييز به وتحقّق الإشاعة في ملكية جميع أجزاء المالين حقيقة من غير مسامحة عرفية.

وأما الإجماع المدّعي علي اعتبار اتّحاد الجنس والوصف، فالمتيقّن منه غير

دليل تحرير الوسيلة - الشركة والقسمة، ص: 49

وكذا الدراهم والدنانير المتماثلة إذا اختلط بعضها ببعض علي نحو يرفع الامتياز (1).

مثل المائعات والأدقّة، ممّا

يرتفع تمييز مختلفيه بالا-متزاج. بل نسب اعتبار ذلك في الجواهر إلي بعض ووجهه بقوله: «واعتبار بعض اتحاد الجنس و الوصف إنما هو للاحتراز عما لا يرتفع بالامتزاج امتيازه من مختلفهما» (1).

و حاصل الكلام أن المعتبر في صدق الشركة تحقق الامتزاج الرافع للتمييز في نظر أهل العرف، لا صيرورة المالين ماهية واحدة، كما يظهر من بعض الأعلام (2)، بل يكفي عدم إمكان التمييز بينهما. و بهذه العناية يري أهل العرف الخليطين- بعد الامتزاج الرافع للتمييز- شيئاً واحداً. و هذا المعني من الوحدة العرفية يكفي في تحقق موضوع الشركة الظاهرية الحكومية.

ولما لا يرتفع التمييز باختلاط المختلفين جنساً أو وصفاً من الحبوب لا تحصل الشركة. و من هنا اعتبروا في حصول الشركة بامتزاج مثل الحبوب اتحاد الجنس و الوصف، و ليس مقصوده اعتبار ذلك مطلقاً، كما أشار إليه في الجواهر.

(1) 1- ظاهره الاحتياط الوجوبي بالصلح لو أمكن التراضي، وإلا فالقرعة.

و مرجعه إلي عدم حصول الشركة بالامتزاج الرافع للتمييز في اختلاط الدراهم و الدينار بمثلها.

و لكن صرح في الشرائع بعدم الفرق بين الأثمان و العروض (3) و قد استشهد

(1)- جواهر الكلام 26: 295.

(2)- المباني في شرح العروة الوثقى 31: 182.

(3)- جواهر الكلام 26: 292.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 50

...

لذلك في الجواهر (1) برواية

دعائم الإسلام (2) عن الصادق عليه السلام- في حديث- قال: «إذا أراد رجلان أن يشتركا في الأموال، فأخرج كلّ منهما مالاً مثل مال صاحبه دينار أو دراهم ثم خلط ذلك حتى يصير مالاً واحداً لا يتميّز بعضها عن بعض علي أن يبيعا و يشتريا ما رأياه من أنواع التجارات فما كان في ذلك من فضل كان بينهما، و ما كان

من وضیعة كان عليها بالسواء»

، بل في الرياض «3» استقرار طريقة المسلمين في الأعصار و الأمصار علي التشارك في الأثمان من زمن النبي صلي الله عليه و آله إلي زماننا هذا من غير تكير في صقع من الأصقاع أو عصر من الأعصار فكان إجماعاً، بل استدللّ بذلك علي عدم استقامة ما استظهر الفاضل المقداد من تعريف الشركة- في كلمات الأصحاب- من اعتبار عدم التمييز في نفس الأمر.

و ظاهر كلامه و ما ورد في رواية الدعائم و إن كان مشروعية الشركة العقدية بمزج الدراهم و الدينير بمثلها- لا بمجرّد المزج من دون عقد الشركة أو شراء سلعة بها مشتركاً- إلا أنه لا إشكال في دلالة ذلك كلّ علي حصول المزج المعترف في الشركة باختلاط الدراهم و الدينير المتماثلة، و إن كان الأقوي الاقتصار في ذلك بعقد الشركة عليها أو شراء سلعة بها مشتركاً؛ نظراً إلي عدم حصول المزج باختلاط الدراهم، بل هو أشبه بالاشتباه، إن ارتفع به التمييز فلا تتحقّق شركة ظاهرية قهرية بها.

و لعلّ ذلك هو مقصود السيد الماتن في المقام، دون الشركة العقدية. و أمّا كلمات الأصحاب و مجري السيرة و معقد الإجماع و ظاهر رواية الدعائم، فالجميع ناظرة إلي مشروعية الشركة العقدية- بشقيها المذكورين آنفاً- باختلاطها الراجع

(1)- نفس المصدر: 291.

(2)- دعائم الإسلام 2: 85.

(3)- رياض المسائل 9: 57.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 51

...

للتمييز، كما عرفت.

و لا- تتحقّق الشركة لا- واقعاً و لا ظاهراً بخلط القيميات (1) بعضها ببعض، كما لو اختلط الثياب بعضها ببعض مع تقارب الصفات، و الأغنام بالأغنام و نحو ذلك، فالعلاج فيها التصالح أو القرعة.

لا تتحقّق الشركة بالمزج في القيميات

(1) 1- و ذلك لعدم رفع التمييز بخلط القيميات، بل و لا

يصدق عنوان المزج عرفاً، بل إنّما يصدق عنوان اشتباه المالكين أو الأموال.

و مقتضى القاعدة في تعيين المال المشتبه المتردد بين مالكين أو أزيد الرجوع إلي القرعة لو لم يتيسر الصلح بالتراضي.

ولست ملكية القيميات المشتبهة علي وجه الإشاعة، بل ولا اجتماع في ملكيتها للملاك؛ ضرورة كون كل واحد منها ملكاً لواحد من الملاك، لا لاثنين منهم حتى تجتمع حقوق الملاك في مملوك واحد، فلا إشاعة في الملكية حينئذٍ. و من هنا لا شركة في خلط القيميات، كما سبقت الإشارة إلي ذلك آنفاً.

هذا، و يظهر من صاحب الشرائع جواز الاحتيال لغرض تحقّق الشركة في القيميات ببيع كل من المالكين حصّةً من ماله للآخر أو يهبه له؛ حيث قال: «و لو أراد الشركة فيما لا مثل له باع كل واحد منهما حصّةً ممّا في يده بحصّته ممّا في يد الآخر» و زاد في الجواهر: «أو وهب كل منهما كذلك، أو باعها بثمن اشترى الاخرى به منه، أو غير ذلك» «(1)».

(1) - جواهر الكلام 26: 295-296.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 53

إشارة

(1)، بل لو أذن أحد الشريكين لشريكه في التصرف جاز للمأذون دون الأذن إلا بإذن صاحبه،

أحكام الشركة

وجه عدم جواز تصرف الشريك بغير إذن صاحبه

(1) 1- و الوجه في عدم الجواز أنّ الشركة بذاتها لا تصلح أن تكون سبباً لجواز تصرف الشريك في المال المشترك بغير رضا شريكه؛ لعدم كشفها عن رضاه، بل تقتضي عدم جواز ذلك؛ لأنّ مقتضى الشركة إشاعة ملكية الطرفين و سريانها في جميع أجزاء المال المشترك. فما من جزء أراد أحدهما التصرف فيه، إلا دخل فيه ملك صاحبه.

و الظاهر أنّ كلام السيد الماتن هاهنا في الشركة غير العقدية الحاصلة بمزج أو غيره؛ نظراً إلي ما أشار إليه في المسألة اللاحقة من أنّ ما تقدّم هو الشركة غير العقدية.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 54

ولكن ما أفتي به السيد الماتن قدس سره في هذه المسألة قد استقرّ عليه رأيه في مطلق الشركة عقدية كانت أو غير عقدية؛ لما سيأتي من التصريح به في المسألة الثامنة: «لا يقتضي عقد الشركة ولا إطلاقه جواز تصرّف كلٍّ من الشريكين في مال الآخر بالتكسّب». فإذا كان التصرّف بالتكسّب- المعقود لأجله عقد الشركة- غير جائز فكذا التصرّفات الشخصية بالفحوي. و عليّ أيّ حال لا إشكال في سريان الحكم في مطلق الشركة في رأي السيد الماتن قدس سره.

ولا يبعد كون مقصوده بيان حكم ذات الشركة، مع قطع النظر عن سبب تحقّقها، فتشمل مطلق الشركة، سواءً كانت قهرية أو اختيارية، و سواءً حصلت بعقد الشركة أو غيره من العقود أو بغير العقد، من امتزاج أو حيازة أو إحياء مشتركاً وغير ذلك من أسبابها الاختيارية والقهرية.

لا خصوصية للامتزاج

ولا فرق في ذلك بين حصول الشركة بالمزج وبين حصولها بالعقد أو بسبب قهري كالإرث ونحوه.

نعم، في القواعد وغيره خصّ المسألة بالمال الممتزج؛ حيث قال: «لا يجوز

لأحد الشريكين التصرف في المال الممتزج، إلا بإذن صاحبه». وفي المفتاح «1»:

«طفحت بهذا المعنى عباراتهم». وعلله في جامع المقاصد «2» بأن مجرد الامتزاج غير كاف في جواز التصرف. وبذلك وجه في المفتاح «3» تخصيص الفقهاء المسألة بالمال الممتزج.

(1)- مفتاح الكرامة 7: 399.

(2)- جامع المقاصد 8: 21.

(3)- مفتاح الكرامة 7: 399-400.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 55

...

و لكن لا- خصوصية للامتزاج في ذلك، بل أصل الشركة لا يصلح لإثبات جواز التصرف في مال الشريك؛ حيث لا يكشف عن إذنه بالتصرف مطلقاً، سواء حصلت بسبب قهري كالإرث و الامتزاج القهري، أو اختياري كالمزج الاختياري أو عقد معاملي، أو تحققت بعقد الشركة، بل تقتضي خلاف ذلك؛ لأنّ عنان المال بيد الشريكين كليهما لا أحدهما. و من هنا سمّيت الشركة في الأموال بشركة العنان.

أما الأسباب القهرية للامتزاج، فوجه عدم صلاحيتها لذلك واضح لخروجها عن القصد و الاختيار.

و أما الأسباب الاختيارية؛ فلعدم دلالة لإيجادها عرفاً علي إذن موجدتها- الذي هو المالك- بتصرف شريكه في ماله الشائع في جميع أجزاء المال المشترك.

فإنّ مزج المالك ماله بمال غيره، أو شرائه مالا لنفسه و لغيره بقصد الشركة أو إنشاء عقد الشركة علي ماله الممتزج بمال غيره، لا دلالة لشيء منها عرفاً علي رضاه و إذنه بتصرف شريكه في ماله الممتزج، بل المرتكز من ذلك في الأذهان جعل عنان المال المشترك و اختياره بيد الشريكين معاً، كما قلنا.

و عليه فلا يجوز لأحد الشريكين التصرف في المال المشترك إلا بإذن صاحبه؛ نظراً إلي سريان ماله و شياع مالكيته في جميع أجزاء المال المشترك، كما هو مقتضى الإشاعة الحقيقية، كما صرح بذلك في كلمات الأصحاب.

قال في المفتاح- بعد توجيه عدم

جواز التصرف في المال المشترك من دون إذن الشريك بقبح التصرف في مال الغير بغير إذنه: «ولا فرق في ذلك بين كون الشركة بمزج أو غيره، ولا في المزج بين كونه بفعلهما أو غيره.

فوصف المال بالمتزج في العبارة وجامع الشرائع والنافع لبيان أن مجرد

دليل تحرير الوسيلة - الشركة والقسمة، ص: 56

ويجب علي المأذون أن يقتصر علي المقدار المأذون فيه كمّاً وكيفاً (1).

الامتزاج غير كاف في جواز التصرف» (1).

وقال في الرياض: «وهذا الحكم جار في مطلق الشركة، حتّى بالمعني الأول، و سواء كان سببها المزج، أو غيره، باختيارهما كانت، أم بدونه، فإنّ الإذن في التصرف أمر زائد علي مفهوم الشركة بهذا المعني. و من هنا يظهر ما في تخصيص العبارة الحكم بصورة الامتزاج خاصّة» (2).

ولا يخفي أنّ مراده من المعني الأول اجتماع حقوق الملاك في الشيء الواحد علي سبيل الشيعاء. والمعني الثاني عقد الشركة، كما أشار إليه في أول الكتاب (3).

و مقصوده عدم اختصاص ذلك بعقد الشركة ولا بما كان سببه غير المزج من أقسام الشركة. هذا، ولكن التأمل في كلمات الفقهاء يقضي بتسالمهم علي ذلك في الشركة غير العقدية، وإثما الاختلاف بينهم في جواز التصرف في جهة التكتسب بغير إذن الشريك في عقد الشركة. و قد عرفت أنّ السيد الماتن وكثيراً من الفحول أفتوا بذلك في مطلق الشركة. وسيأتي البحث عن ذلك أيضاً في المسألة الثامنة.

(1) 1- مقصوده من الاقتصار كمّاً؛ أن يقتصر بمقدار الإذن، كأن يأذن بالتصرف في ربع المال المشترك أو في اليوم خاصّة، أو في ساعة معيّنة.

و كيفاً كأن يأذن بالتصرف لنفسه لا لعياله أو ضيوفه.

(1)- مفتاح الكرامة 7: 399-400.

(2)- رياض المسائل 9: 62.

(3)- نفس المصدر: 53.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة والقسمة، ص: 57

نعم الإذن في الشيء إذن في لوازمه (1) عند الإطلاق، والموارد مختلفة لا بدّ من لحاظها، فربما يكون إذنه له في سكني الدار لازمه إسكان أهله وعياله وأطفاله، بل وتردّد أصدقائه ونزول ضيوفه بالمقدار المعتاد، فيجوز ذلك كلّه إلا أن يمنع عنه كلاً أو بعضاً فيتّبع.

أحكام الشركة

(مسألة 2): لا يجوز لبعض الشركاء التصرف في المال المشترك إلا برضا الباقين

(مسألة 3): كما تطلق الشركة علي المعني المتقدّم-

إشارة

وهو كون شيء واحد لاثنتين أو أزيد- تطلق- أيضاً- علي معني آخر، وهو العقد الواقع بين اثنتين أو أزيد علي المعاملة بمال مشترك بينهم، وتسمي الشركة العقدية والاكسابية (2). وثمرته جواز تصرف الشريكين فيما اشتركا فيه بالتكسب به، وكون الربح والخسران بينهما علي نسبة مالهما. وهي عقد يحتاج إلي إيجاب وقبول، ويكفي قولهما: اشتركتنا، أو قول أحدهما ذلك مع قبول الآخر، ولا يبعد جريان المعاطاة فيها؛ بأن خلطا المالين بقصد اشتراكهما في الاكساب والمعاملة به.

(1) 1- وأما كون الإذن في الشيء إذناً في لوازمه، فالوجه فيه هو المتفاهم العرفي كما لا يخفي. وقد سبق بيان ذلك في مواضع من كتاب المضاربة، كإذن المالك للعامل بالسفر. فقد بيّننا هناك أنّه ظاهرٌ عرفاً في الإذن بلوازمه، ممّا يستتبعه السفر من المخارج ونحو ذلك.

الشركة العقدية وخصائصها

(2) 2- وقد سبق عند بيان أقسام الشركة، تعريف الشركة العقدية بأنّها شركة واقعية حصلت بعقد من العقود؛ إمّا بعقد الشركة مبنياً علي شريك كلّ من

دليل تحرير الوسيلة - الشركة والقسمة، ص: 58

(مسألة 4): يعتبر في الشركة العقدية كل ما اعتبر في العقود المالية؛

من البلوغ والعقل والقصد والاختيار وعدم الحجر لفلس أو سفه (1).

المتعاقدين الآخر في ماله. أو بسائر العقود من شراء أو صلح أو هبة ونحوها بأن يشتري شخصان مالا لأنفسهما أو تصالحا علي مال أو يهبهما شخص مالا، أو يأذن أحدهما الآخر ويؤكّله في شراء مالٍ لهما، فيقول له مثلاً: اشتر السلعة ولي نصفها.

فيشتركان فيها وفي ربحها وقد ذكرنا بعض النصوص «1» الدالة علي ذلك.

وأما الشركة الحاصلة بعقد الشركة فهي بنفسها من العقود، وتسمّى بالشركة العقدية. وإثها موضوع البحث في هذه المسألة و ما يلحقها من المسائل الآتية. فهي عقد و بحاجة إلي إيجاب و قبول و سبق الكلام في صيغته و أنه يكفي في إيجابها قولهما: «اشتركنا»، أو يقوله أحدهما و يقبل الآخر.

و الكلام في جريان المعاطاة فيها مثل الكلام في البيع و المضاربة. و الظاهر جريانها في الشركة؛ نظراً إلي استقرار سيرة أهل العرف علي ذلك. و حكمها كون الربح الحاصل بالتكسّب من المال المشترك لهما و الخسران بينهما علي نسبة المالين و سيأتي تفصيل ذلك في المسألة العاشرة.

ما يعتبر في الشركة العقدية

(1) 1- وجه اعتبار هذه الشروط في المتعاقدين في الشركة العقدية نفس الوجه في اعتبارها فيهما في سائر العقود المالية.

و ذلك لأنّ اشتراك الغير في المال تصرّف مالكي فيعتبر فيه ما يشترط

(1) - وسائل الشريعة 19: 6، كتاب الشركة، الباب 1، الحديث 4.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة

(مسألة 5): لا تصح الشركة العقدية إلا في الأموال

إشارة

(1) نقوداً كانت أو عروضاً،

في نفوذ تصرف كل مالك في ماله.

وقد ذكر الفقهاء شرطاً آخر في صحة الشركة العقدية، وهو امتزاج المالكين سابقاً علي العقد أو لاحقاً بحيث لا يمكن تمييزهما، ولو بعداً.

ويأتي الكلام في ذلك مفصلاً في شرح المسألة السابعة. إن شاء الله.

اختصاص الشركة بالأعيان

(1) 1- مقصوده نفي صحة شركة الأعمال و المفاوضات و الوجوه بعقد الشركة.

و مقصوده من الشركة العقدية، عقد الشركة، كما جري عليه اصطلاح الفقهاء، لا الشركة الحاصلة بأي عقد من العقود- الأعم من عقد الشركة-، كما جري عليه اصطلاح صاحب العروة، و قد سبق ذلك في تقسيمات الشركة في أول هذا الكتاب.

ثم إنه لا إشكال في صحة الشركة العقدية- المتحققه بعقد الشركة- في الأموال إذا كانت من الأعيان القابلة للامتزاج الرفع للتمييز، و عدم حصولها في الأعيان غير القابلة لذلك كالقيميات، بناءً علي اعتبار الامتزاج الرفع للتمييز، كما عليه السيد الماتن قدس سره. و ادّعي عليه الإجماع. و أمّا بناءً علي اعتباره تصحّ في مطلق الأموال. و سيأتي الكلام في اعتبار المزج و عدمه.

و أمّا غير الأعيان فيقع الكلام تارةً: في الديون و اخرى: في المنافع.

عدم صحة الشركة العقدية في الديون

أمّا الديون فتصوير إنشاء عقد الشركة فيها بأن كان لكلّ منهما دينٌ في ذمّة

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 60

...

شخص، فيقولوا: «اشتركتنا في الدين الذي لكل واحد منّا علي ذمّة فلان و فلان»، أو يقول أحدهما للآخر: «أنت شريكٌ معي في مالي في

ذمة فلان و أنا شريكك لك في مالك في ذمة فلان»، ثم يقبل الآخر.

والأقوي عدم صحّة الشركة العقدية فيها؛ نظراً إلى رجوعها إلى تعويض الدين بالدين

و مبادلتة، و هو ممنوع شرعاً. و هذا خلاف الشركة غير العقدية، فلا مانع من إيجادها بسائر العقود. بيان ذلك: أنه بناءً علي اعتبار الامتزاج في عقد الشركة- كما بني عليه السيد الماتن في المسألة السابعة، فالأمر واضح؛ إذ لا يتصور تحقق الامتزاج في الديون حتّي تصحّ فيها الشركة العقدية. فإنّ لكلّ دين وجوداً منحازاً مستقلاً عن الآخر بلحاظ صاحبه الذي اشتغلت ذمّته بذلك الدين.

و قد يشكل علي ذلك بأنّه لم يدلّ علي اعتبار الامتزاج دليلٌ لفظي؛ لكي يؤخذ بإطلاقه أو عمومه، فيتعبّد به في جميع الموارد حتّي الديون، بل إنّما دليله- كما سيأتي بيانه- هو المتفاهم العرفي من عنوان الشركة و الإشاعة الحقيقية؛ حيث لا تُعقل مع تمييز المالين. و لكنّ الشركة و الإشاعة الحقيقية في المتمايزين إنّما لا تُعقل فيما إذا كان المال من الأعيان. و ذلك لأنّه لمّا كانت للأعيان المتمايزة وجود منحاز في الخارج و مستقلاً بعضها عن بعض- كما في القيميات- لا تُعقل فيه الشركة و الإشاعة الحقيقية. فمن هنا اعتبروا في شركة الأعيان الامتزاج الراجع للتمييز. و هذا بخلاف غير الأعيان من الديون و المنافع؛ حيث لا وجود منحاز لهما في الخارج مستقلاً.

و الجواب: أنّ للديون أيضاً وجوداً منحازاً في الذمّة بلحاظ صاحب الذمّة، كما أنّ للمنافع أيضاً وجوداً ممتازاً بلحاظ تعلقها بالأعيان بالقوّة و القابلية الموجودة

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 61

...

بالفعل في العين المحتوية لها؛ حيث لا امتزاج في صاحب الذمّة و لا ذات القابلية الكائنة في الأعيان، لا قبل عقد الشركة و لا بعده حتّي يسري امتزاجهما إلي ما يتبعهما من الدين و المنفعة.

و أمّا بناءً علي عدم اعتبار الامتزاج في صحّة الشركة العقدية-

كما لم يستبعده صاحب العروة بمقتضى لولا الإجماع في المسألة الرابعة من كتاب الشركة من العروة الوثقى - فالوجه في عدم صحّة الشركة العقدية في الديون أنّ حقيقة هذه الشركة ترجع حينئذٍ إليّ تملك كلّ من المتعاقدين ما في ذمّة مدينه من الدين للآخر بإزاء تملكه له حصّة ممّا له في ذمّة مدينه. فهي في الحقيقة معاوضة دين بدين بلفظ الشركة. ويكون كإيجاد الشركة في القيمات بتمليك كلّ منهما نصف ماله للآخر. وإنّ المنهي عنه في نهى النبي صلي الله عليه وآله عن بيع الدين بالدين، وإن كان عنوان البيع، إلا أنّ المنصرف منه بقرينة المتفاهم العرفي هو مطلق معاوضة الدين بالدين، من غير اختصاص بالبيع.

ويشهد له جملة من النصوص الناهية عن قسمة الدين كما في صحيحة سليمان بن خالد قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجلين كان لهما مال بأيديهما، ومنه متفرّق عنهما، فاقسما بالسوية ما كان في أيديهما وما كان غائباً عنهما، فهلك نصيب أحدهما ممّا كان غائباً و استوفي الآخر، عليه أن يرد علي صاحبه؟ قال:

«نعم، ما يذهب بماله» (1).

وفي صحيحة غياث بن إبراهيم عن جعفر بن محمد عن آبائه عليهما السلام عن علي عليه السلام: في رجلين بينهما مال منه بأيديهما، ومنه غائب عنهما، فاقسما الذي بأيديهما، واحتال كل واحد منهما بنصيبه، فقبض أحدهما ولم يقبض الآخر،

(1) - وسائل الشيعة 19: 370، كتاب التجارة، أبواب الدين والقرض، الباب 29، الحديث 1.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة والقسمة، ص: 62

...

فقال عليه السلام: «ما قبض أحدهما فهو بينهما، وما ذهب فهو بينهما» (1). ونظيرها صحاح ابن مسلم و

معاوية بن عمّار «2».

وفي صحيحة

عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن رجلين بينهما مال؛ منه دين، ومنه عين. فاقسما العين والدين. فتوي الذي كان لأحدهما من الدين أو بعضه، وخرج الذي للآخر. أيرد علي صاحبه؟ قال: عليه السلام «نعم ما يذهب بماله» «3».

قوله:

«فتوي الذي كان لأحدهما ...»

؛ أي هلك من الثوي مقصوراً بمعنى هلاك المال، كما قال في الصحاح وغيره.

وجه دلالة هذه النصوص علي المطلوب أنّها دلّت علي عدم صحّة قسمة الدين المشترك. وعدم صحّة قسمة الدين إنّما هو لرجوع قسمته إلي معاوضة حصّة من دين كلّ منهما بحصّة من دين الآخر. ومن هنا لا تصحّ قسمة الدين المشترك، كما جاء في هذه النصوص وأفتي به المشهور المعروف، خلافاً لابن إدريس؛ حيث يظهر منه اختصاص كلّ من الشريكين بما يستوفيه من دينه معللاً بأنّ اشتراك الدين في الذمّة لا يمنع من تعيين حقّ واحد في معيّن، وأيضاً علّل ذلك بوجوه أخرى نقلها في الجواهر «4» وأجاب عن جميعها.

وأما وجه ارتباطها بالمقام أنّ عقد الشركة في الديون المتفرقة المتمايزة يرجع أيضاً إلي معاوضة الدين بالدين كقسمة الدين المشترك.

(1) - وسائل الشيعة 19: 435، كتاب الضمان، أبواب الدين والقرض، الباب 13، الحديث 1.

(2) - راجع وسائل الشيعة 19: 12، كتاب الشركة، الباب 6، الحديث 1.

(3) - وسائل الشيعة 19: 12، كتاب الشركة، الباب 6، الحديث 2.

(4) - جواهر الكلام 26: 332.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة والقسمة، ص: 63

...

هذا، ولكن لا حاجة إلي الاستشهاد بهذه النصوص مع ما فيها من خفاء الدلالة علي المطلوب في المقام. وذلك لقيام النصّ

و اتفاق الفتاوي علي بطلان معاوضة الديون.

و الحاصل: أنه لا يصح عقد الشركة في الديون. نعم لا إشكال في حصول الشركة الواقعية غير العقدية في الدين، كأن ينتقل ما للميت في ذمة المدين إلي الورثة، فتحصل الشركة للورثة في ذلك الدين لا محالة. ولكن الشركة العقدية- الحاصلة بعقد الشركة- لا تصح في الديون.

مقتضي التحقيق بطلان الشركة العقدية في الدين مطلقاً، سواء قلنا باعتبار الامتزاج فيها، كما سيأتي من السيد الماتن في المسألة الرابعة، أم لم نقل به كما قد يُستظهر من كلام صاحب العروة «1». و ذلك لعدم امتزاج في الديون بناءً علي اعتباره.

و لرجوع الشركة العقدية في الدين إلي معاوضة الدين بالدين و هو غير جائز؛ نظراً إلي إطلاق النصوص الناهية عن بيع الدين بالدين و عن قسمة الدين، كما قلنا.

حكم الشركة العقدية في المنافع

و أما المنافع فعلي القول باعتبار الامتزاج في الشركة العقدية لا إشكال في عدم صحّة الشركة العقدية فيها؛ حيث إنّها متميزة بتبع متعلّقها و متبوعها.

و علي القول بعدم اعتباره، فلو كان المقصود عين المنفعة الخارجية الحاصلة بالاستيفاء، فييجاد الشركة فيها بالعقد خلاف مقتضي القاعدة. و ذلك كالنماءات المتّصلة و المنفصلة و الاجرة علي الأعيان فيما إذا كانت من أعيان مختلفة لشخصين علي نحو الاستقلال، لا مشتركاً. و لكنّهما يوجدان الشركة

(1)- العروة الوثقى 5: 279، و استظهر ذلك من كلامه السيد الخوئي.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 64

...

في منافعها المتفرقة من النماءات و الاجور بإنشاء عقد الشركة بالصيغة، كأن يقول أحدهما: «اشتركنا في منافع أموالنا الحاصلة بالنماء و الاجرة المأخوذة عليها».

و لكنّها راجعة في الحقيقة إلي الشركة في الأعيان المعدومة المترقبة الوجود.

و علي أيّ حال فحصول الشركة في هذا النوع من المنافع

خلاف القاعدة؛ حيث لا يعقل حصول الملكية ولا الشركة فيها؛ لعدم وجود لعين المنفعة حين إنشاء عقد الشركة. وإنما قد خرجنا عن القاعدة في خصوص المضاربة تعبدًا بالنصوص الواردة فيها.

وإن كان المراد حصول الشركة في ذات المنفعة: وهي القابلية الموجودة في العين للانتفاع- كقابلية الدار للسكني؛ بأن يشتركا بالصيغة في نفس القابلية- فلا مانع منه عرفاً ولا عقلاً. وذلك لأنه بعد البناء علي عدم اعتبار الامتزاج في الشركة العقدية، لا محذور عقلي في حصولها حتى تبطل من أجل ذلك.

و أما شرعاً، فقد يقال «1» إنه لا مانع من صحّة عقد الشركة في المنافع بهذا المعني؛ نظراً إلي عدم دلالة دليل لفظي من النصوص علي منع الشركة في المنافع ولا علي منع معاوضة المنافع و مبادلتها، كما وردت في معاوضة الديون و مبادلتها.

و ذلك بعد القطع بثبوت الشركة فيها بغير عقد الشركة كإجارة شي ء مشتركاً.

نعم، إذا لم يكن زمان الشركة محدوداً، يشكل الالتزام بالصحة؛ نظراً إلي لزوم الجهالة والغرر.

و مقتضي التحقيق في ذلك صحّة الشركة العقدية في المنافع في الزمان المعين في غير اجرة الأعمال، كما لعله مقصود هذا العلم؛ لأنه في الحقيقة من قبيل الشركة في الأموال؛ حيث إنّ ذات المنفعة بالمعني المزبور من توابع العين و دخيلة في

(1)- المباني في شرح العروة الوثقى 31: 189-191.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 65

و تسمّي تلك: شركة العنان (1).

ماليته، و لعله لهذه الجهة لم يعتبر الفقهاء في شركة العنان كونها في الأعيان، بل إنّما اعتبروا كونها في الأموال. و إلاّ فييجاد الشركة في اجرة الأعمال و عقدها يدخل في شركة الأبدان و قد تحقّق الإجماع علي

بطلانها.

فالأقوي عدم صحّة عقد الشركة في عين المنفعة الخارجية قبل تحقّقها.

و جواز الشركة العقدية في ذات المنافع بالمعني المزبور؛ بناءً علي عدم اعتبار الامتزاج فيها. و لكنّه لا يلائم ما بني عليه السيد الماتن قدس سره من اعتبار امتزاج المالين في الشركة العقدية، كما سيأتي في المسألة السابعة.

شركة العنان

(1) 1- والكلام فيه من جهتين:

إحدهما: تعريف هذه الشركة.

ثانيتها: وجه تسميتها.

أمّا الجهة الاولى: فشركة العنان هي: الشركة في الأموال كما جاء في المتن.

و ذلك بأن يمزج شخصان مالهما، ثمّ ينشأن عقد الشركة عليه بقولهما اشتركتنا ونحو ذلك.

قال في التذكرة: «و أمّا شركة العنان فهي أن يُخرج كلّ مالاً و يمزّجها و يشترط العمل فيه بأبدانها» (1).

و أمّا الجهة الثانية: - و هي وجه تسميتها بشركة العنان - فهو إمّا مأخوذ من

(1) - تذكرة الفقهاء 2: 219/السطر 36.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 66

...

عنان الدابة بكسر العين؛ نظراً إلي استواء الشريكين في الولاية علي الفسخ و التصرف و استحقاق الربح علي قدر رأس المال كاستواء طرفي العنان. أو بلحاظ منع العنان الدابة من الطغيان؛ نظراً إلي منع كلّ منهما الآخر من التصرف كما يشتهي و يريد. و بهذا المعني يمكن أخذها من «عنّ الفرس»؛ أي منعه، و إمّا من «عنّ» بمعني ظهر. و ذلك بلحاظ ظهور مال كلّ منهما لصاحبه بما له من الفائدة، أو لأنّها من أظهر أنحاء الشركة. و قيل من «المعانة» بمعني المعارضة؛ حيث عارض كلّ منهما الآخر بماله.

وقد أشار إلي هذه الوجوه في المبسوط (1) و التذكرة (2) و المسالك (3) و الحدائق (4) و الجواهر (5) و أنسب الوجوه الأوّل و الثاني.

والأمر في ذلك سهل.

هذا، ولكن

ذكر في المستمسك وجهاً للتسمية بقوله: «و كأن وجه تسميتها بذلك أن كلاً من الشريكين كأنه فارس و بيده عنان الفرس يذهب حيث يشاء، بخلاف من لا يكون بيده العنان، فإنه يذهب حيث تشاء الفرس، لا حيث يشاء هو. وإن كان هذا الوجه لم يذكر في وجه التسمية بشركة العنان، مع أنهم ذكروا الوجوه الكثيرة» «6».

و لاحظت من ذيل كلامه أنه زعم أن هذا الوجه غير مذكور في كلمات

(1)- المبسوط 2: 347.

(2)- تذكرة الفقهاء 2: 219.

(3)- مسالك الأفهام 4: 310.

(4)- الحدائق الناضرة: 21: 162.

(5)- جواهر الكلام 26: 298.

(6)- مستمسك العروة الوثقى 13: 25.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 67

و لا تصح في الأعمال، و هي المسمّاة بشركة الأبدان (1)؛ بأن أوقع العقد اثنان علي أن تكون اجرة عمل كلّ منهما مشتركاً بينهما؛ سواء اتفقا في العمل كالخياطين، أو اختلفا كالخياط مع النساج، و من ذلك معاقدة شخصين علي أن كلّ ما يحصل كلّ منهما بالحيازة من الحطب- مثلاً- يكون مشتركاً بينهما، فلا تتحقّق الشركة بذلك، بل يختصّ كلّ منهما بأجرته و بما حازه.

الأصحاب. و لكن التأمل و الإنصاف يقضيان بخلاف ما زعمه؛ حيث إن ما ذكره لا يغيّر الوجه الأول من الوجوه المذكورة، بل هو عينه. و علي أي حال لا ثمره معتدّ بها في البحث عن ذلك كما قال في الجواهر «1».

شركة الأعمال (الأبدان)

إشارة

(1) 1- يقع الكلام أولاً في تعريفها و وجه تسميتها، و ثانياً في حكمها.

أمّا التعريف: فهي- كما يشعر عنوانها-: إنشاء شخصين عقد الشركة في اجرة عملهما، من دون مال مشترك لهما في البين.

وأما وجه تسميتها بشركة الأعمال، أنّ عقد الشركة إنّما يُنشئ بين اجرة العاملين، ولَمّا كانت

الاجرة للعمل الصادر من المتعاقدين، تكون الشركة في العمل بالمآل.

وهي ليست من قبيل الشركة في الأموال. وذلك لأنّ المفروض عدم وجود مال مشترك لهما؛ لكي يشتركا في ربحه بالعقد، بل الذي توافقا علي الاشتراك فيه بالعقد هو اجرة العمل الصادر منهما.

(1)- جواهر الكلام 26: 298.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة والقسمة، ص: 68

...

وأما وجه تسميتها بشركة الأبدان أنّ العمل صادر من البدن فهو منشأ الأعمال والأفعال. وفي الحقيقة تكون هذا النوع من الشركة فيما يصدر عن الأبدان، من الأعمال. فسُمّيت بهذا الاسم بلحاظ منشأ العمل.

وعلي أيّ حال فهذه الشركة إنّما هي في اجرة العمل.

ولقد أجاد العلامة في التذكرة في تعريف شركة الأبدان؛ حيث قال:

«وَأَمَّا شَرِكَةُ الْأَبْدَانِ؛ بَأَن يَشْتَرِكُ اثْنَانِ أَوْ أَكْثَرُ فِيمَا يَكْتَسِبُونَ بِأَيْدِيهِمْ، كَالصَّنَاعِ يَشْتَرِكُونَ عَلِيَّ أَنْ يَعْمَلُوا فِي صِنَاعَتِهِمْ، فَمَا رَزَقَ اللَّهُ فِهِمْ بَيْنَهُمْ عَلِيَّ التَّسَاوِي، أَوْ التَّفَاوُتِ» (1).

أما حكم شركة الأعمال فمضافاً إلي تصريح العلامة في التذكرة- بعد ذكر أقسام الشركة الأربعة- ببطلانها، قد صرّح في الشرائع بعدم صحّتها بقوله:

«وَلَا تَصَحُّ الشَّرِكَةُ بِالْأَعْمَالِ كَالخِيَاطَةِ وَالنَّسَاجَةِ» وقال في المسالك- في ذيل كلام صاحب الشرائع-: «وَلَا خِلَافَ عِنْدَنَا فِي بَطْلَانِ شَرِكَةِ الْأَعْمَالِ، إِلَّا مِنْ ابْنِ الْجَنِيدِ» (2). وقال في الجواهر- في ذيل كلام المحقّق-: «بَلَا خِلَافَ مَعْتَدِّ بِهِ أَجْدَهُ فِيهِ بَيْنَنَا، بَلِ الْإِجْمَاعُ بِقَسْمِيهِ عَلَيْهِ، بَلِ الْمُحْكِي مِنْهُمَا مُسْتَفِيضٌ أَوْ مُتَوَاتِرٌ» (3).

أما ابن الجنيد، فقد حكى عنه العلامة في المختلف أنّه قال: «لَوْ اشْتَرَكَ رَجُلَانِ عَلِيَّ أَنْ يَعْمَلَا عَمَلًا لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِيهِ مَنْفَرَدًا وَأَنْ يَكُونَ أَيْدِيَهُمَا جَمِيعًا فِي الْعَمَلِ وَيَقْسَمَ الْاجْرَةَ بَيْنَهُمَا، لَمْ أَجْزْ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْاجْرَةَ عَوْضٌ

(1) - تذكرة الفقهاء 2: 219/السطر 43.

(2) - مسالك الأفهام 4: 307.

(3) - جواهر الكلام 26: 296.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة والقسمة، ص: 69

...

لم يتميّز مقدار عمل كلّ واحد منهما لم يأمن أن يلحق أحدهما غبن أو أن يأخذ ما لا يستعقد، فإن شاركا الفضل أو تحالا، أو يضمن أحدهما بالعمل ثمّ قسّمه علي الآخر من غير شركة، جاز» (1).

ولكن في دلالة كلامه علي صحّة شركة الأعمال نظر، بل هو علي بطلانه أدلّ، كما ناقش في المسالك (2) في استفادة صحّتها من كلامه.

بل في الجواهر بعد نقل كلامه قال: «و هو كما تري صريح في عدم الجواز، لكنّ في المختلف - بعد أن حكي ذلك عنه - قال: والوجه البطلان، لنا إجماع الفرقة وخلاف ابن الجنيّد غير معتدّ به؛ لانقراضه بحصول الاتّفاق بعده، ولأنّ الأصل عدم الشركة وبقاء حقّ كلّ واحد عليه، ولأنّه غرر عظيم، ولأنّ الشركة عقد شرعي، فيقف علي الإذن فيه، ويمكن أن يريد ما ذكره أوّلاً من شركة الوجوه» (3).

و عليه فلا مخالف في البين من فقهاءنا القدماء.

كلام المحقّق الأردبيلي و نقده

وأما المتأخرون، فلم يظهر الخلاف منهم، إلّا المحقّق الأردبيلي؛ حيث إنّه - بعد نقل كلام العلامة في التذكرة من بطلان غير شركة العنان مطلقاً - ناقش في البطلان بدعوي عدم دليل عليه غير الإجماع. وأنّه لا مانع من صحّته في العقل والشرع؛ لرجوعه إلي الوكالة أو تمليك المال أو بذل العمل بإزاء مال. وبذلك وجّه تجويز بعض العامة بعض الأقسام من سائر أنحاء الشركة، غير شركة العنان.

(1) - مختلف الشيعة 6: 230.

(2) - مسالك الأفهام 4: 307.

(3) - جواهر الكلام 26: 297.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة والقسمة،

و استنتج من ذلك أنه إن كان هناك إجماع فهو، وإلا فلا مانع من الحكم بالصحة «1».

و التحقيق أنه يكفي في ردّ دعوي المحقق الأردبيلي ما ستعرف من أدلة بطلان شركة الأعمال، فانتظر. وأمّا ما ذكره من التوجيهات، فيرد عليه أنّ الكلام في إيجاد هذه الشركات بنفس عقد الشركة، لا بسائر أسباب الشركة، مع أنّ تملك المال- الذي لم يوجد بعد- من قبيل تملك المعدوم. وكذا بذله بإزاء العمل.

ثمّ إنهم لم يفرقوا بين اختلاف نوع العملين وبين اتّحادهما، ولا- بين كون الاكتساب من قبيل حيازة المباحات وبين كونه في مال مملوك للغير كخياطة الثوب المملوك للغير؛ نظراً إلى تميّز عمل كلّ واحد منهما ببدنه و تشخصه.

كلام صاحب المسالك في توجيه بطلان شركة الأعمال

قال في المسالك: «لا فرق في ذلك بين أن يتفق عملهما؛ بأن يكون كلّ واحدٍ منهما خيّاطاً، أو يختلف بأن يكون أحدهما خيّاطاً والآخر نجّاراً، ويعمل كلّ واحد منهما في صنّعته، ولا بين كون الشركة البدنية في مال مملوك أو تحصيل مال مباح كالاصطياد والاحتطاب؛ لأنّ كلّ واحد متميّز ببدنه و منافعه، فيختصّ بفوائده، كما لو اشتركا في مالين و هما متميّزان» «2». و كذا قال في الجواهر «3».

(1)- قال قدس سره- بعد نقل كلام العلامة الظاهر في اتّفاق الأصحاب علي بطلان غير شركة العنان- ما لفظه: «و لا يظهر لنا دليل علي عدم الجواز سوي الإجماع، فإن كان فهو، وإلا فلا مانع، فإنّه يرجع إلي الوكالة في بعض الامور و تملك مال في البعض الآخر و بذل نفس و عمل في مقابلة عوض، و لا مانع منه في العقل و الشرع، و لهذا جوّز بعض أقسامها

بعض العامة». مجمع الفائدة والبرهان 10: 193.

(2) - مسالك الأفهام 4: 307.

(3) - جواهر الكلام 26: 296.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة والقسمة، ص: 71

...

و لا يخفي أنّ في تعليل الشهيد لنفي الفرق في بطلان غير شركة العنان بقوله:

«لأنّ كلّ واحد متميّز ببدنه و منافعه فيختصّ بفوائده، كما لو اشتركا في مالين و هما متميّزان» (1) إشارة إلى أنّ بطلان شركة الأعمال مقتضى القاعدة. و السّر في ذلك - علي ما يستفاد من قوله المزبور - أنّ المزج الرافع للتمييز شرط في صحّة الشركة العقدية عند الأصحاب بالإجماع، و من هنا لا تصحّ في القيميات. و أنّ شركة الأعمال من قبيل الشركة في الأموال المتميّزة، من القيميات و نحوها من المثليات.

فإنّ قوله المزبور بيانٌ لعدم قابلية اجور الأعمال للمزج الرافع للتمييز.

ثمّ إنّ في نفي الفرق من الجهات المذكورة إشارة إلى ردّ ما ذهب إليه بعض العامة من التفصيل بحسب هذه الجهات، كما أشار إليه في المسالك - بعد قوله المزبور -: «و أمّا العامة، فمنهم من وافقنا علي بطلانها، و منهم من أجازها مطلقاً، و منهم من أجازها مع اتّفاق الصنعتين لا مع اختلافهما، و منهم من أجازها في غير اكتساب المباح» (2).

عمدة ما يمكن الاستدلال به علي بطلان شركة الأعمال

و علي أيّ حال فالعمدة في الاستدلال علي بطلان شركة الأعمال ثلاثة وجوه:

أحدها: إجماع الأصحاب و اتّفاقهم كما قال الشيخ الطوسي: «و شركة الأبدان عندنا باطلة» (3). و إنّه لم يُشر إلي وجه غير الإجماع. و مثله ما سبق نقله من العلامة

(1) - مسالك الأفهام 4: 307.

(2) - نفس المصدر.

(3) - المبسوط 2: 348.

والمحقق والشهيد وصاحب الجواهر. وأما ما يُتراءى في كلمات بعض المتأخرين والمعاصرين من تعليل

ذلك ببعض الوجوه- كالوجهين الآتين- لا يضرّ بتعبّدية الإجماع و كشفه عن رأي المعصوم عليه السلام، بعد عدم اتّكال القدماء- الذين هم الأصل في دعوي هذا الإجماع- إلي وجه غيره.

ثانيها: ما جاء من التعليل في ذيل كلام الشهيد المنقول آنفاً. وقد عرفت بيان المراد منه و تقريب الاستدلال به.

ثالثها: كونها من قبيل تمليك المعدوم. و ذلك لأنّ اجرة العمل إنّما توجد بنفس العمل و لا وجود لها قبل صدور العمل، فهي معدومة حال إنشاء عقد الشركة قبل صدور العمل من طرفي العقد.

و ظاهر كلمات الأصحاب أنّهم أرادوا من شركة الأعمال الشركة في منافع الأعمال بأعيانها- كأجرة الأعمال- و إيجادها بمجرد إنشاء عقد الشركة، من دون أن يكون مسبقاً بتحقق أحد أسباب الشركة من إجارة و نحوها. و عليه فلا إشكال في بطلانها؛ لرجوعها إلي تمليك المعدوم. و لا دليل من سيرة العقلاء و لا الشرع علي صحّته. و السّرّ في بطلانها أنّ العاقد لا يملك المعدوم بالفعل حتّي يملكه لشريكه.

وقد يناقش في هذا الوجه بأنّ سبب إيجاد المعدوم و منشأ وجوده لو كان تحت قدرة العاقد و ممّا يملكه بالفعل- مثل العمل في المقام- لا مانع من صحّة تمليكه و جواز نقله.

و الجواب: أنّ الدليل- من النصوص و السيرة و الإجماع- إنّما قام علي جواز تمليك ما هو مملوك بالفعل حين إنشاء العقد. و لا دليل علي جواز تمليك ما ليس مملوكاً بالفعل؛ لعدم وجوده في الخارج، و إن كان منشأ وجوده مقدوراً. و إنّ إثبات

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 73

...

سببية سبب النقل شرعاً بحاجة إلي دليل معتبر شرعي.

و أمّا إيجاد الشركة بأحد أسبابها- غير عقد الشركة- أو الشركة في

ذات منفعة العمل - بمعني قابلية العمل للانتفاع به، كما في قابلية الدار للسكني - و لو بمجرد عقد الشركة، فلا ينبغي الإشكال في صحته. و من هنا يجوز للأجير أن يوجر نفسه. فإن مرجع الثاني إلي شركة الأموال، كما سبقت الإشارة إليه آنفاً، و مرجع الأول إلي الشركة غير العقدية، كصنع شيء أو حفر بئرٍ أو استخراج معدن معاً؛ بحيث يُستند العمل إلي فعلهما كليهما عرفاً.

و لكن جواز إيجاد الشركة في ذات منفعة العمل بعقد الشركة إنّما هو بعد البناء علي عدم اعتبار الامتزاج في شركة الأموال و تحديد زمان العمل. و لا- يصحّ بناءً علي اعتبار الامتزاج؛ حيث لا امتزاج في منافع الأعمال؛ لتقومها بالأعمال المتميّزة دائماً بتشخص فاعلها، فإنّ منفعتها الذاتية هي القوة غير المنفكة عن العمل. و قد سبق الكلام في ذلك آنفاً في شركة المنافع.

مقتضي التحقيق بطلان الشركة العقدية في منافع الأعمال مطلقاً؛ سواءً كانت المنافع بأعيانها الخارجية كأجور، أم كانت بذواتها.

أمّا الشركة العقدية في اجور الأعمال؛ بأن كانت بمجرد إنشاء عقد الشركة في اجرة العاملين، كما فسرها بذلك السيّد الماتن قدس سره و كذلك في العروة «1»، و هو ظاهر كلمات الفقهاء، فهي باطلة؛ لما سبق من الوجوه الثلاثة.

هذا مضافاً إلي أنّه لا دليل علي صحّتها. و بما أنّ عقد الشركة- كسائر الأسباب الشرعية للنقل و الملك- يحتاج في مملّكيته إلي إمضاء الشارع، فلا بدّ من دليل يدلّ علي إمضائه من الشارع، و هو لم يثبت في الأعمال بالمعني المزبور.

(1)- العروة الوثقي 5: 276.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 74

نعم لو صالح أحدهما الآخر بنصف منفعته إلي مدّة- كسنة أو سنتين- علي نصف منفعة الآخر إلي تلك المدّة و

قبل الآخر صحّ، و اشترك كلّ منهما فيما يحصّله الآخر في تلك المدّة بالأجر و الحيازة، و كذا لو صالح أحدهما الآخر عن نصف منفعةه إلي مدّة بعوض معيّن - كدينار مثلاً - و صالحه الآخر - أيضاً - نصف منفعةه في تلك المدّة بذلك العوض (1).

و أمّا إذا كانت بمعني الشركة في ذات منفعة العمل بمعني قابليته للانتفاع، فقد عرفت التفصيل المزبور فيها. و هي في الحقيقة من قبيل شركة الأموال؛ لأنّ مالية الأفعال و الأمتعة إنّما تدور مدار قابليتها للانتفاع، فقابلية الشيء للانتفاع به قوام ماليته. و لمّا بنينا علي اعتبار الامتزاج في شركة الأموال - كما سيأتي البحث عن ذلك - مقتضي القاعدة بطلان الشركة العقدية في منافع الأعمال، بل في منافع الأموال بهذا المعني أي ذات المنفعة.

و عليه فمقتضي التحقيق بطلان الشركة في المنافع مطلقاً، حتّي في ذات المنافع، بلا فرق في ذلك بين منافع الأعمال و بين منافع الأموال، إلّا في منافع الأموال الممزوجة لو تصوّرت بارتفاع قيمة المال الممزوج و نحو ذلك.

بيان صور المصالحة المحقّقة للشركة

(1) 1- لمّا بني السيد الماتن علي منع الشركة في الأعمال و حكم بعدم صحّتها في اجرة الأعمال علي النحو المزبور، صار بصدد تصحيح الشركة في منافع الأعمال علي نحو المصالحة.

و قد صوّر المصالحة علي نحوين:

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 75

...

أحدهما: المصالحة بين الحصّتين علي نحو المعاوضة إلي مدّة معيّنة؛ بأن صالح كلّ واحد منهما الآخر في حصّة من منفعة عمله، كأن يصلحه بنصف منفعة عمله إلي سنة أو سنتين بإزاء نصف منفعة عمل الآخر إلي نفس تلك المدّة، و قبل الآخر. فيقول أحدهما مثلاً: صالحتك علي أن يكون نصف منفعة عملي لك و نصف منفعة عملي لي إلي سنة

أو سنتين. فتصحّ الشركة في منافع عملهما بالمصالحة فيها علي هذا النحو ويشترك كلّ منهما في نصف ما يكتسبه الآخر من الاجرة و المال المحاز.

ثانيهما: مصالحة الحصّتين بدينار معيّن، كأن يقول أحدهما: صالحتك نصف منفعة عملي بدينار، وقبل الآخر و أعطاه ديناراً. ثمّ يقول الآخر: صالحتك نصف منفعة عملي بنفس ذلك الدينار الذي أعطيته. فيردّ الأول نفس ذلك الدينار الذي أخذه منه؛ عوضاً عن نصف منفعة عمل الآخر المصالح عليه.

و لا يخفي أنّ المصالحة بعوض معيّن - من نقد أو غيره - لا يتوقّف علي كون المصالح عليه نفس ذلك العوض الذي أعطاه أحدهما، بل تصحّ أيضاً بعوض آخر غير ذلك العوض، فتعطي نتيجة الشركة في المنافع بالمآل، كما لا فرق أيضاً بين كون العوضين متساويين في الجنس و المقدار و بين كونهما مختلفين في ذلك.

نعم هذا النوع من المصالحة - أي بنفس ذلك الدينار - أخفّ مئونة من غيره؛ حيث لا يستلزم خروج مال من كيس واحد من الشريكين، بل يرجع العوض المعطي إلي كيس صاحبه الذي أعطاه أوّلاً.

و هاهنا صورة ثالثة للمصالحة صوّرها السيد الحكيم «1»، و هي المصالحة

(1) - راجع مستمسك العروة الوثقى 13: 16.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 76

...

علي نحو المعاوضة بين التملّكين. بأن يقول أحدهما: صالحتك علي أن تملك حصّة من مالي بإزاء أن أملك حصّة من مالك. ولكن المصالح عليه حينئذٍ تملك كلّ منهما حصّة من ماله للآخر. و لا بدّ من تعيين الحصّة و المدّة لتلا يلزم الغرر.

و عليه لا بدّ أن يقول أحدهما مثلاً: صالحتك علي أن تملك نصف منفعة عملي إلي سنة بإزاء أن أملك نصف منفعة عمالك إلي نهاية نفس تلك السنة.

و اتّضح لك

بما أشرنا إليه- من دفع محذور الغرر- وجه تعيين الحصّة و المدة في كلام السيد الماتن قدس سره.

وجه تصحيح شركة الأبدان بالمصالحة

و الوجه في صحّة عقد الصلح بالكيفيات المزبورة، دون عقد الشركة، أنّه لا يعتبر المزج في عقد الصلح، بخلاف عقد الشركة. فإنّ المزج معتبر في صحّته مع أنّ المنافع غير قابلة للامتزاج. فإذا صحّ عقد الصلح تتحقّق الشركة لا محالة؛ لأنّ المصالحة بإحدى الكيفيات المزبورة ينتج نتيجة الشركة، كما عرفت في بيان الصور المزبورة. وقد صرّح السيد الحكيم بهذا الوجه- بعد تصوير الصور المزبورة للمصالحة:- «كلّ ذلك لعدم اعتبار المزج في هذه العقود بخلاف الشركة، فإنّ إنشاءها لا يصحّ إلاّ بالمزج، علي ما سيأتي بيانه، ولا يمكن ذلك في المنفعة» (1).

وإنّ الشركة الحاصلة بالمصالحة ليست بعقد الشركة، إلاّ أنّها حاصلة بعقد شرعي؛ من مصالحة كما عرفت الآن، أو هبة معوّضة، بأن يهب أحدهما نصف منفعة

(1)- مستمسك العروة الوثقى 13: 16.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 77

...

عمله للآخر بدينار، ثمّ يهب له الآخر نصف منفعة عمله بنفس ذلك الدينار، أو بدينار آخر فتنتج الهبة بهذا النحو نتيجة الشركة في المنافع، بلا اعتبار شرائط عقد الشركة. و كذا لو أجر اثنان نفسهما بعقد واحد لعمل واحد بأجرة معيّنة، فتكون الاجرة الحاصلة مشتركةً بينهما. ولكن ذلك كلّ ليس من قبيل الشركة العقدية، بل إنّما ينتج نتيجتها علي نحو الشركة في الأموال، لا الأعمال، كما أنّها ليست بعقد الشركة، وإن حصلت بعقد شرعي.

و أمّا وجه عدم إمكان تحقّق الامتزاج في المنافع، فقد عرفت تفصيلاً في البحث عن حكم الشركة العقدية في المنافع؛ هذا.

مقتضي التحقيق في المقام

و لكن مقتضي التحقيق بطلان المصالحة في المقام بأيّ نحو. وذلك لرجوعها إلي تمليك المعدوم؛ حيث إنّ اجرة العمل - التي هي المقصود من منفعة العمل في باب شركة

الأعمال- لا وجود لها في الخارج حين المصالحة. ونصوص مشروعية المصالحة إنما وردت في المصالحة بين الأموال الموجودة.

وأما المنفعة بمعني ذاتها أي قابلية العمل للانتفاع، فإنها وإن كانت موجودة حين المصالحة، إلا أنها خارجة عن مقصود الفقهاء من شركة الأبدان؛ لأنها في اصطلاحهم إنما هي في اجور الأعمال التي هي عين المنفعة، لا ذاتها التي هي قابلية العمل للنتع وبها قوام مالية العمل.

و هل يمكن إيجاد الشركة فيها بالمصالحة ونحوها من العقود الشرعية، غير عقد الشركة؟ مقتضى التحقيق جواز ذلك وصحة الشركة الحاصلة فيها. وذلك لأن ذات المنفعة وإن كانت متقومة بنفس العمل بل أثره القهري الذي لا ينفك

دليل تحرير الوسيلة - الشركة والقسمة، ص: 78

...

عنه، وأن العمل وإن كان غير موجود بالفعل حين إنشاء المصالحة، وذات المنفعة التي أثره معدومة طبعاً، وتمليك المعدوم غير جائز، إلا أن عمل كل شخص في قوة الموجود؛ لفرض قدرته عليه في كل آن أراد إيجاده. ومن هنا يعتبره العقلاء مالا قبل صدوره، كما في باب إجارة الأعمال. فإن العقلاء يحكمون بصحة إجارة الأشخاص، كإجارة الحمال والبناء والخياط والنجار. فإن إجارتهم تصح وتتم قبل صدور أعمالهم- التي هي متعلق الإجارة- في الخارج. وقد أمضاها الشارع، ولم يفت أحد هناك باشتراط تحقق العمل من الأجير حين إنشاء الإجارة في صحتها، بل يرونها صحيحة تامة قبل تحقق العمل منه. ولذلك يلزمونه علي العمل بعد عقد الإجارة، وفاء له بالعقد، فلو لم يصح لم يجب الوفاء به.

فكذلك في المقام. فالمصالحة علي الأعمال بهذا المعني - أي علي ذات منافعها، لا علي اجورها-

من قبيل الإجارة علي الأعمال من هذه الجهة؛ أي عدم اشتراط تحقّق العمل ووجود منفعته حين إنشاء العقد، في صحّة المصالحة و الإجارة.

و علي أيّ حال فالمصالحة بأحد الوجوه الثلاثة المزبورة، بالمعني المقصود في المقام- وهو تملك كلّ واحد حصّة من اجرة عمله بإزاء تملك الآخر له حصّة من اجرة عمله- باطلّة؛ لرجوعها إلي تملك المعدوم. فلا تصحّ لإنتاج نتيجة شركة الأعمال. وأمّا بمعني تملك حصّة من ذات منفعة العمل، تصحّ لما قلناه و تقيّد بالمآل الشركة في اجرة العملين- التي هي نتيجة شركة الأبدان- لأنّها وجود ذات المنفعة في الخارج. لكنّها إنّما تصحّ لو لا إشكال كون العوضين ما في الذمّة، وإلا فلا مناص من تعيّن الحيلة في المصالحة بين الحصّتين بدینار، أو أيّ عوض موجود.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 79

و لا تصحّ- أيضاً- شركة الوجوه (1). و أشهر معانيها- علي المحكيّ- أن يوقع العقد اثنان و جيهان عند الناس- لا مال لهما- علي أن يبتاع كلّ منهما في ذمّته إلي أجل، و يكون ذلك بينهما، فيبيعه و يؤدّيان الثمن، و يكون ما حصل من الربح بينهما. و لو أرادا حصول هذه النتيجة بوجه مشروع، و كلّ كلّ منهما الآخر في أن يشاركه فيما اشتراه؛ بأن يشتري لهما و في ذمّتهما، فيكون- حينئذٍ- الربح و الخسران بينهما.

شركة الوجوه

(1) 1- يقع الكلام أوّلاً في تعريفها، ثمّ في حكمها.

أمّا التعريف: فقد عرّفها العلامة في التذكرة بقوله: «و أمّا شركة الوجوه فقد فسّر بمعان أشهرها أن يشترك اثنان و جيهان عند الناس لا مال لهما، لبيتاعا في الذمّة إلي أجل علي أنّ ما يبتاعه كلّ واحد منهما يكون بينهما، فيبيعه و يؤدّي الأثمان،

فما فضل فهو بينهما.

وقيل: أن يتناع وجيه في الذمة ويفوض بيعه إلي خامل، ويشترط أن يكون الربح بينهما.

وقيل: أن يشترك وجيه لا مال له. و خامل ذو مال ليكون العمل من الوجيه و المال من الخامل، ويكون المال في يده لا يسلمه إلي الوجيه، و الربح بينهما.

وقيل: أن يبيع الوجيه مال الخامل بزيادة ربح، ليكون بعض الربح له «(1)».

وقد عرفت من السيد الماتن قدس سره أنّ ما جاء في كلامه من التعريف ينطبق علي

(1)- تذكرة الفقهاء 2: 220/السطر 3؛ ونقله أيضاً في الحقائق الناضرة 21: 159.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 80

...

أشهر تعاريف شركة الوجوه، كما جاء في كلام العلامة. و لا فرق بينه وبين سائر التعاريف، إلا في بعض خصوصيات لا أثر له في حكمها. و الخامل من لا وجاهة و لا نباهة و لا مال له.

وقد صرّح في المسالك «(1)» و الجواهر «(2)» أنّ التعريف المزبور هو أشهر معاني شركة الوجوه.

و الوجه في اشتها هذا المعني - مضافاً إلي كونه أنسب إلي صيغة الجمع في الوجوه؛ لظهوره في كون طرفي هذه الشركة وجيهاً فإنّ شركة الوجيه و الخامل ليست بين الوجهين أو الوجوه- أنّ في ضوء وجاهة عدّة وجوه يمكن تهيئة رأس مال أكثر لإيجاد الشركة و هو مستلزم لتحصيل ربح أكثر طبعاً؛ ضرورة أنّ ما يوجد لوجيه واحد من منابع تأمين رأس المال أقلّ ممّا يوجد لعدّة وجوه. و أيضاً ما يتحمّله كلّ واحد من الشركاء المتعدّدين أقلّ ممّا يتحمّله شخصان شريكان، و من أجل ذلك يكون رغبة العقلاء إلي الشركة بين عدّة وجوه أكثر من الشركة بين وجيه و

خامل. ولعلّ ما ذكرناه من المناسبة اللفظية والرغبات العقلانية منشأ اشتهاار هذا المعني.

وأما حكمها: فلا خلاف بين فقهاء الشيعة في بطلانها، إلا ابن الجنيد. ومن العامة جوّزها أبو حنيفة بجميع معانيها.

وقد ردّه العلامة في المختلف بقوله: «لنا إجماع الفرقة، وخلاف ابن الجنيد غير معتدّ به؛ لانقراضه و حصول الاتّفاق بعده، ولأنّ الأصل عدم الشركة وبقاء

(1)- مسالك الأفهام 4: 308.

(2)- جواهر الكلام 26: 298.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة والقسمة، ص: 81

...

حقّ كلّ واحد عليه، ولأنّه ضررٌ عظيم، ولأنّ الشركة عقد شرعي يتوقّف علي الإذن فيه» (1).

ونظيره ما قال في المفتاح- بعد نقل اتّفاق فقهاء الشيعة وإجماعهم علي بطلانها-: «و الحجّة علي بطلانها- بعد الإجماع- الأصل والغرر والضرر، وأنّه عقد يتوقّف علي الإذن» (2).

أما الإجماع، فمن البعيد كونه إجماعاً تعبدياً كاشفاً عن رأي المعصوم عليه السلام بما هو إجماعٌ. وذلك لاستدلال مدّعي الإجماع بالأصل ونفي الغرر والضرر.

وأما الأصل، فالمقصود ظاهراً عموم حرمة التصرّف في مال الغير؛ حيث لا مُخرج عنه من نصّ شرعي يدلّ علي جواز هذا العقد. ويمكن أن يراد به أصالة عدم انتقال مال كلّ من الطرفين إلي ملك الآخر بغير سبب شرعي ثابت بدليل شرعي من نصّ أو إجماع؛ حيث لا نصّ يدلّ علي جواز هذا النوع من الشركة. وأما الإجماع فهو علي بطلانها متحقّق، لا علي جوازها.

وأما أدلّة نفي الغرر والضرر، فالوجه في دلالتها علي بطلان شركة الوجوه، الجهل بأصل المال المتّجر به ومقداره وقابليته للاسترباح.

هذا مضافاً إلي ما سبق آنفاً من الاستدلال علي بطلان شركة الأعمال،

من أن مرجع الشركة- مطلقاً أي نوع منها- إلي تملك كل من الشريكين ماله لصاحبه.

وأن تملك المال ونقله إلي ملك الغير بحاجة إلي سبب شرعي، ولو بامضاء السبب العرفي.

ولم يرد دليل من الشارع يدل علي مشروعية هذا النوع من الشركة، بل

(1)- مختلف الشيعة 6: 230.

(2)- مفتاح الكرامة 7: 393.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة والقسمة، ص: 82

ولا تصح- أيضاً- شركة المفاوضة (1)، وهي أن يعقد اثنان علي أن يكون كل ما يحصل لكل منهما- من ربح تجارة، أو فائدة زراعة، أو اكتساب، أو إرث، أو وصية، أو غير ذلك- شاركة فيه الآخر، وكذا كل غرامة و خسارة ترد علي أحدهما تكون عليهما. فانحصرت الشركة العقدية الصحيحة بشركة العنان.

مقتضي إطلاقات النصوص وعموماتها والقواعد الشرعية وفتاوي الأصحاب بطلانها.

نعم، لو وكل كل واحدٍ منهما صاحبه في أن يشاركه فيما اشتراه؛ بأن يشتري المتاع لهما وفي ذمتهما، يكون ذلك مشروعاً ويكون الربح والخسران بينهما. ولا يعتبر في ذلك التصريح اللفظي بقوله مثلاً: «اشتريت هذا المتاع لنفسي ولموگلي»، بل يكفي مجرد نية الشراء لهما. كما هو مقتضي القاعدة في باب الوكالة. وإن التوكيل بهذا النحو ينتج نتيجة شركة الوجوه كما أشار إليه السيد الماتن، إلا أنه ليس بعقد الشركة.

شركة المفاوضة

(1) 1- عرفها العلامة في التذكرة بقوله: «و أمّا شركة المفاوضة، فهي أن يشتركا ليكون بينهما ما يكتسبان ويربحان ويلتزمان من غرم و ما يحصل لهما من غنم، فيلزم كل واحد منهما ما يلزم الآخر، من أرش جنائية، و ضمان غصب، و قيمة متلف، و غرامة لضمنان أو كفالة، و يقاسمه فيما يحصل

له من ميراث، أو يجده من ركاز أو لقطعة، أو يكسبه. شركة المفاوضة أن يكون مألها- من كل شيء يملكه- بينهما» (1).

(1)- تذكرة الفقهاء 2: 220/السطر 1؛ انظر الحقائق الناضرة 21: 159.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة والقسمة، ص: 83

(مسألة 6): لو آجر اثنان نفسيهما بعقد واحد لعمل واحد بأجرة معينة، كانت الاجرة مشتركة بينهما

إشارة

(1).

وهذا التعريف لا يفتقر عن تعريف السيد الماتن، إلا في بعض الألفاظ من غير تغيير في المعني. وكذلك في المسالك (1) والجواهر (2) وغيرهما.

وهي باطلة باتفاق فقهاءنا الخاصة. وقد عرفت آنفاً ما نقل من الإجماع علي بطلان غير شركة العنان في كلمات الأصحاب ولا مخالف إلا ما يوهمه كلام ابن الجنيد والمحقق الأردبيلي وقد عرفت آنفاً ما يستفاد من كلامهما.

والدليل علي بطلانها نفس الوجوه المستدل بها علي بطلان شركة الوجوه، بل هي علي بطلان هذه الشركة أوضح دلالة وأقوي.

وعليه لا دليل علي صحة أنحاء الشركة العقدية غير شركة العنان، فانحصرت الشركة العقدية الصحيحة في شركة العنان.

الشركة فيما حصل بعمل مشترك

(1) 1- يقع الكلام في هذه المسألة من جهات:

الاولي: صحة مثل هذه الإجارة، وعدم إضرار الجهل بمقدار حصّة كل من الأجيرين - حين إنشاء العقد- في صحته.

الثانية: كون هذه الشركة من قبيل شركة الأموال، لا من قبيل شركة الأعمال، رغماً لإنشاء عقد الإجارة في مفروض هذه المسألة علي عمل الأجير.

(1)- مسالك الأفهام 4: 309.

(2)- جواهر الكلام 26: 298.

الثالثة: بيان وجه اشتراك الاجرة أو الشيء المحاز بين العاملين و كيفية تقسيمها بينهما.

لا يضر الجهل بالحصّة في صحّة هذه الإجارة

أمّا الجهة الاولى: فتصحّ هذه الإجارة بمقتضى القاعدة؛ لأنّها راجعة إلي تملك ذات منفعة العمل - بمعني قابليته للانتفاع به- بإزاء الاجرة. وقد ثبت صحّتها بالنصوص المتواترة و الإجماع و الضرورة، و لا كلام في ذلك.

وإنّما الكلام في أنّ الجهل بحصّة كلّ من العاملين هل يضرّ بصحّتها؛ نظراً إلي لزوم الغرر و الضرر من ذلك، أم لا؟

وقد صرّح في الشرائع بتحقّق الشركة بذلك

بقوله: «نعم، لو عملاً معاً لواحد بأجرة و دفع إليهما شيئاً واحداً و عوضاً عن اجرتهما تحققت الشركة في ذلك الشيء» (1).

وقال في العروة: «لو استأجر اثنين لعمل واحد بأجرة معلومة صح، وكانت الاجرة مقسمة عليهما بنسبة عملهما. ولا يضر الجهل بمقدار حصّة كلّ منهما حين العقد، لكفاية معلومية المجموع» (2).

وعدّل في الجواهر صحّة هذه الإجارة و جواز الشركة هذه بقوله: «و حينئذٍ فلا إشكال في جوازها، من غير فرق بين اختلاف عملهما و اتّفاقه، ولا بين علمهما بنسبة أحد العاملين إلى الآخر و عدمه؛ لأنّ الاعتبار في الصفقة بالعلم بعوض المجموع، لا الأجزاء، و اجرة المجموع هنا معلومة» (3).

(1) - جواهر الكلام 26: 297.

(2) - العروة الوثقى 5: 277.

(3) - جواهر الكلام 26: 297-298.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 85

...

و حاصل التعليل أنّ المعتبر في صحّة البيع و مشروعيته علم المتعاقدين بمجموع العوض الواقع بإزاء مجموع المعوّض، لا بأحد أجزائه. و كذلك في المقام؛ حيث إنّ المعوّض منفعة مجموع العاملين، و بإزائها تدفع الاجرة، لا بإزاء منفعة كلّ واحدٍ من العاملين علي حدة. و اجرة المجموع معلومة في مفروض الكلام.

وقد أشكل بعض الأعلام «1» علي التعليل المزبور بما يتحصّل في جهتين:

إحدهما: أنّ قياس المقام بالصفقة في البيعة - كما قال في الجواهر - مع الفارق.

وثانيتها: لزوم الغرر لو وقعت الإجارة مبنية علي توزيع الاجرة بنسبة العاملين.

أمّا الجهة الاولى: فبيانها أنّ المقام لا يقاس بالبيع؛ حيث إنّ الجهل بما يقابل كلّ جزءٍ من الثمن لا يقدر في صحّة البيع و يكفي العلم بمجموع المبيع و مجموع الثمن. و ذلك لأنّ البيع فعل واحد صادر من بائع واحد لمشتري واحد متعلّق

بمجموع شيئين بثمن واحد، فكلٌّ من البائع والمشتري والمبيع والضمن معلوم، غاية الأمر أنّ جزءاً كلّ منهما الواقع بإزاء جزء الآخر مجهول، وهو غير قاذح بعد علم كلّ من البائع والمشتري بمقدار ما يملكه بإزاء ما يدفعه.

وهذا بخلاف المقام؛ لأنّ المملوك لكلّ من المستأجر والأجيرين مجهولٌ.

فإنّ المستأجر لا يعلم بمقدار ما يملكه في ذمّة كلّ واحد من الأجيرين، كما أنّ كلّ واحد منهما لا يعلم بما يملكه في ذمّة المستأجر. و السرّ في ذلك أنّ الإجارة إذا وقعت مع الأجيرين تكون في الحقيقة بمنزلة إجاريتين. ومن هنا لا يكفي معلومية مقدار مجموع العمل، بل لا بدّ من علم المستأجر بمقدار ما يملكه كلّ واحد من الأجيرين للمستأجر من منفعة العمل، كما لا بدّ من علم كلّ واحد منهما بمقدار ما

(1) - المباني في شرح العروة الوثقى 31: 192-195.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة والقسمة، ص: 86

...

يملكه المستأجر لكلّ واحدٍ منهما من الاجرة.

وعليه فقياس المقام ببيع الصفقة مع الفارق. وبهذا التوجيه فرّق هذا العَلَم بين المقامين وحكم ببطالان الإجارة في مفروض الكلام بمقتضى القاعدة.

ثمّ إنّّه قدس سره صار بصدد تصحيح الإجارة في المقام، بتوجيه: أنّ المنصرف عرفاً من إجارة شخصين لعمل واحد بأجرة واحدة، إرادة تنصيف الاجرة بينهما.

فمرجعها إلي إجارة كلّ منهما بإزاء نصف الاجرة. ومن هنا يكون اجرة كلّ منهما معلومة لكلّ من المستأجر والأجير. ولا يُعتني بزيادة عمل أحدهما عن عمل الآخر.

وأما الجهة الثانية: لو وقعت الإجارة مبنيةً علي توزيع الاجرة بينهما بنسبة العملين بطلت؛ للجهل بمقدار ما يملكه كلّ من المستأجر والأجيرين للآخر. ولا يكفي العلم

بالمجموع في مثل المقام؛ نظراً إلي انحلاله إلي عقدين. هذا تحرير كلام هذا العَلَم في المقام.

وفيه: أنّ اعتبار العلم بمقدار اجرة كلّ واحد من الأجيرين و كذا مقدار منفعة عمل كلّ منهما في مفروض الكلام، لا وجه له، إلا لزوم الغرر و الضرر الناشئين من الجهل بذلك.

و مقتضي التأمل و الإنصاف عدم لزوم الغرر و الضرر بعد ما كان مجموع الاجرة معلوماً، سواءً كانت الشركة بينهما علي التنصيف، أو كانت بنسبة عمل كلّ منهما إلي مجموع العملين، كما يرتفع الغرر بمعلومية نسبة ما يستحقّه كلّ من المالك و العامل من الربح في المضاربة. و كذا في المقام إذا كانت الشركة بعقد الجعالة، كما اعترف به هذا العَلَم في المقام «1». و السرّ في ذلك أنّ العلم بنسبة سهم كلّ واحد من طرفي أو أطراف العقد رافع للغرر عند العقلاء.

(1) - المباني في شرح العروة الوثقى 31: 194.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 87

...

و أمّا دعوي انحلال عقد الإجارة في مثل المقام إلي إجارتين و جعل ذلك ملاك الفرق بين المقام و بين صفقة البيع، فهي غير وحيهة، بعد تباني المستأجر و الأجيرين علي وقوع مجموع العملين بعنوان عمل واحد بإزاء مجموع الاجرة. بل لا فرق بين المقام و بين الصفقة في البيع من هذه الجهة، بل حتّي لو كان منصرف الإجارة في مفروض الكلام إرادة توزيع الاجرة بين العاملين نصفين متساويين، لا تنحل الإجارة إلي إجارتين لما قلنا، من تباني الأجيرين علي كون مجموع العملين - بعنوان عمل واحد - معوّضاً. و عليه فمقتضي التحقيق في المقام صحّة الإجارة.

هذه الشركة من قبيل الشركة في الأموال لا الأبدان

أمّا الجهة الثانية: وهي أنّ الشركة في مفروض الكلام من قبيل الشركة في الأموال، لا

الشركة في الأعمال كما لعلّه يوهمه جمع العاملين ووقوعهما لمستأجر واحد.

و الوجه في ذلك أنّ الأجيرين إنّما يستحقّان و يملكان اجرة عملهما بعقد الإجارة علي وجه الشركة. و هي نصير بذلك مالاً لهما و بحاجة إلي التقسيم و التفكيك. ففي الحقيقة تكون الشركة في الأموال، لا الأعمال.

وقد سبق أنّ الشركة في الأعمال هي متحقّقة بعقد الشركة، مبنياً علي كون اجرة عمل كلّ من المتعاقدين مشتركاً بينهما، قبل أن يكون هناك أيّ سبب شرعي للشركة. و ليس المقام من قبيل ذلك؛ حيث لم تتحقّق شركة بعقد الشركة قبل عقد الإجارة، بل إنّما الشركة حصلت بعقد الإجارة للأجيرين اللّذين هما أحد طرفي العقد.

و إنّما اعتُبرت الاجرة هاهنا مالاً بخلافها في شركة الأعمال؛ لأنّ الاجرة هاهنا دخلت في ملك الأجير بسبب ناقل شرعي - و هو عقد الإجارة - فصارت مالاً.

و هذا بخلاف شركة الأعمال؛ حيث لم يتحقّق هناك سبب ناقل لتصير

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 88

...

الاجرة مالاً بدخولها في ملك الأجير.

و الحاصل: أنّ في المقام بعد ما تملّك الأجيران الاجرة بعقد الإجارة و صارت مالاً لهما، تحقّقت الشركة بينهما في مالهما، من دون أن تتحقّق بعقد الشركة. و قد سبق أنّ الشركة في الأموال قد تتحقّق بسبب عقد من العقود من بيع شيئين بثمن واحد، أو شراء مال لأنفسهما مشتركاً أو هبة شخص ماله إيّاهما، أو إجارة كما نحن فيه، و غير ذلك من العقود، و استشهدنا لذلك ببعض النصوص.

و هذا النوع من الشركة في الأموال ليس من قبيل عقد الشركة. و عليه فالشركة في الأموال أعمّ من المتحقّق بعقد الشركة و بعقد من العقود. و لكن الشركة في الأعمال إنّما تتحقّق بنفس عقد

الشركة- كما سبق في تعريفها؛ بأن يقولوا اشتركنا في اجرة أعمالنا. وذلك قبل أن يتحقق عقد من العقود.

ويشهد لما قلنا ما قال صاحب الجواهر- في ذيل كلام صاحب الشرائع السابق آنفاً-: «إلا أنها ليست من شركة الأعمال، بل هي من شركة الأموال نحو ما لو آجر كلّ منهما نفسه منفرداً، ثم أذى المستأجر إبهما مآلاً مشتركاً، فإنّ الشركة في المال خاصّة قطعاً» (1).

و ما قال في مفتاح الكرامة في ذيل كلام العلامة: «وهذه وإن اشتهت شركة الأبدان بحسب الصورة، لكنّها في الواقع راجعة إلي شركة الأموال» (2).

هذا، ولكن ليست هذه الشركة من قبيل عقد الشركة؛ لعدم إيجاد الشركة بعقدها، بل بعقد آخر وهو عقد الإجارة. فليست بعقد الشركة، وإن كانت سبب إيجادها عقد الإجارة في الصورة الاولى، والحيازة في الصورة الثانية.

(1)- جواهر الكلام 26: 297.

(2)- مفتاح الكرامة 7: 398.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة والقسمة، ص: 89

...

وجه اشتراك الأجيرين في الاجرة و كيفية تقسيمها

وأما الجهة الثالثة: وهي وجه اشتراك الاجرة، فقد تبين ممّا قلناه آنفاً، وهو تباينهما و التزامهما بكون مجموع عملهما- بعنوان عمل واحد- معوّضاً بإزاء مجموع الاجرة المدفوعة، بل انشئ العقد مبنياً علي ذلك. وعليه فيستحقّان الاجرة علي وجه الاشتراك.

وأما كيفية تقسيم الاجرة بينهما، فمقتضي التحقيق و المساعد لفهم أهل العرف في المقام أنّه لو كانت هناك قرينة توجب ظهور كلام المتعاقدين في تقسيم الاجرة بنسبة العملين تؤخذ بها، وإلا تُقسّم الاجرة بينهما نصفين. وذلك لانصراف الإنشاء إليه في مثل المقام عند الإطلاق وعدم القرينة.

و حاصل الكلام: أنّ مقتضي القاعدة التنصيف بينهما عند إطلاق عقد الإجارة و عدم وجود قرينة صارفة.

و عليه فلو

كانت هناك قرينة صارفة إلى التقسيم بنسبة العاملين كمّاً وكيفاً، تؤخذ بها وتقسّم الاجرة حينئذٍ بينهما بحسب ذلك. و تلك القرينة إمّا لفظية بتعيين سهم كلّ منهما بالكسر المشاع، أو قرينة عرفية، كاستقرار عادة أهل العرف علي إعطاء الاستاذ ضعف اجرة التلميذ. وأمّا إذا لم تكن هناك قرينة علي التقسيم بالنسبة تُقسّم الاجرة بينهما نصفين.

هذا، و لكن يظهر من جماعة من الفقهاء تقسيم الاجرة بين الأجيرين بنسبة عمل كلّ واحد منهما إلي مجموع العاملين. قال العلامة في القواعد: «و لو باعا بثمان واحد أو عملاً بأجرة واحدة ثبتت الشركة، تساوت القيمتان أو اختلفتا و لكلّ منهما بقدر النسبة من القيمة» (1).

(1) - قواعد الأحكام 2: 326.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 90

و كذا لو حاز (1) اثنان معاً مباحاً، كما لو اقتلعا معاً شجرة، أو اغترفا ماءً دفعةً بآنية واحدة، كان ما حازاه مشتركاً بينهما. و ليس ذلك من شركة الأبدان حتّي تكون باطلة. و تقسم الاجرة و ما حازاه بنسبة عملهما، و لو لم تُعلم النسبة فالأحوط التصالح.

و قال في جامع المقاصد: «و طريق معرفة حقّ كلّ منهما من مجموع الثمن و الاجرة، نسبة قيمة مال أحدهما أو عمله إلي مجموع القيمتين، و اخذ بتلك النسبة من الثمن و الاجرة» (1). و اختار ذلك في العروة، كما سبق نقل كلامه آنفاً.

و هذا موافق لما صرّح به السيد الماتن قدس سره في ذيل هذه المسألة بقوله: «و تقسّم الاجرة و ما حازاه بنسبة عملهما». و لكن مقتضي القاعدة ما قلناه. فلو كان مقصودهم التقسيم بالكسر المشاع المعين في مجلس العقد لفظاً أو بقرينة قطعية أو غالبية عرفية بحيث تعطي الظهور لإنشاء

العقد، فلا بأس به، وإلا لا يمكن الالتزام به؛ لعدم إمكان تعيين حدّ ولا ضابطة في تحديد مقدار النسبة في الموارد المختلفة بما لها من الخصوصيات الجزئية.

حكم حيازة شخصين شيئاً واحداً

(1) 1- كلُّ ما سبق كان في إجارة اثنين، والكلام هاهنا في حيازة اثنين شيئاً واحداً، كما لو اقتلعا شجرةً أو اغترفا ماءً بآنية واحدة أو اصطادا بشبكة واحدة أو حفرا بئراً أو أحيا أرضاً معاً. ومقتضي القاعدة هاهنا أيضاً تحقّق الشركة في الحيازة وصحّتها وعدم كونها من شركة الأبدان.

(1)- جامع المقاصد 8: 18.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة والقسم، ص: 91

...

وأما تحقّق الشركة وصحّتها، فالوجه فيه اشتراك سبب الملك، الذي هو العمل. ولا دخل لقصد الشركة بعد ما كان كلُّ من المحاز وسبب تملكه واحداً؛ لصدوره منهما معاً. فلا يرد الإشكال حينئذٍ بعدم قبول الحيازة، النيابة والوكالة. نعم لو كان لكلّ منهما حيازة مقدار من الأرض أو بئر علي حدة، أو ماءً بآنية اخري غير ما اغترف به الآخر، لا وجه للشركة؛ نظراً إلي تعدد كلِّ من المحاز والفعل المحاز الذي هو سبب الملك. فيختصّ حينئذٍ كلُّ محاز بحائزه، بخلاف ما لو عدّ فعلهما عملاً واحداً مشتركاً عرفاً لوحدة الشيء المحاز، كالأمثلة المزبورة. فتحصل أنّ وجه اشتراكهما في المحاز في مفروض الكلام وحده المحاز عرفاً، بل واتّحاد عملهما يدور مدار وحدة المحاز عرفاً.

وأما إذا كان عمل الحيازة متعدّداً في نظر العرف، ولو باعتبار تعدّد ما حازه العاملان، وقع الكلام في أنّه هل تحصل لهما الشركة في المحازين إذا كان حيازة كلِّ منهما بقصد كون نصف ما حازه للآخر نيابةً عنه حتّي يفيد

الشركة؛ نظراً إلى البناء علي كون الحيابة ممّا تقبل النيابة و الوكالة أم لا؛ للبناء علي عدم قبولها النيابة؟

وعلي الصورة الثانية ينبغي حمل كلام صاحب الشرائع في قوله: «لكن الأشبه في الحيابة اختصاص كل واحد بما حازه». و من هنا استدركه بقوله: «نعم لو اقتلعا شجرة أو اغترفا ماءً دفعةً تحققت الشركة».

و يشهد لذلك تعليل صاحب الجواهر الاختصاص المزبور بقوله: «لأصالة عدم دخوله في ملك الغير حتّي مع النيّة؛ لعدم ثبوت قبول مثله النيابة، فضلاً عمّا إذا لم ينو، فإنّه لا وجه له، إلا علي جواز شركة الأبدان المعلوم بطلانها عندنا» (1).

وقد عرفت أنّ شركة الأبدان هي الشركة في اجرة الأعمال الحاصلة بعقد

(1) - جواهر الكلام 26: 290.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 92

...

الشركة، من دون حصولها بسبب شرعي كالأجارة و الحيابة. و عليه فينبغي أن يكون مقصوده من الاستثناء؛ أنّه لا وجه لذلك، إلا بناءً علي حصول الشركة في الاجرة أو المحاز بنفس عقد الشركة.

ثمّ إنّ قدس سره لمّا بني علي عدم قبول الحيابة النيابة، اعترض علي صاحب المسالك بقوله: «و من ذلك يعلم ما في المسالك من أنّه ينبغي أن يستثنى من ذلك ما لو كان عمل كلّ بنيّة الوكالة لصاحبه في تملك نصف ما يحوزه، فإنّه حينئذٍ يتوجّه الاشتراك؛ لأنّ ذلك ممّا يقبل النيابة» (1). هذا.

مقتضي التحقيق في المقام

ولكنّ الأقوي أنّ الحيابة تقبل النيابة. و الوجه في ذلك استقرار السيرة العقلانية علي ذلك؛ إذ يوكلون الغير في الحيابة و الإحياء، و أيضاً يستأجرون الأشخاص لحيابة الأشياء في البرّ و البحر. و إنّهم يحوزون للمستأجرين و الموكّلين.

و لم يرد من الشارع ما يردع عن ذلك.

و أمّا ما اشتهر في السنة الفقهاء،

من أن: «من حاز شيئاً ملكه» ليس من لفظ النصّ لكي يؤخذ بإطلاقه. وإثما ورد النصّ في موارد خاصّة، مثل الإحياء وأخذ الطائر المالك لجناحيه. وعلي أيّ حال فهذا التعبير محمول علي حيازة الحائز لنفسه. فالمعني المقصود أنّ من حاز شيئاً لنفسه يملكه.

فالحقّ في المقام مع صاحب المسالك. ولا يرد عليه إشكال صاحب الجواهر. وتّضح بذلك أنّه إذا تعدّد عمل الحيازة عرفاً يجوز إيجاد الشركة في الشيء المحاز بقصد كلّ منهما نيابة صاحبه في نصف ما يحوزه. وأنّ الشركة هذه

(1)- نفس المصدر.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة والقسمة، ص: 93

...

من قبيل شركة الأموال؛ إذ لم يعقدا علي كون اجرة عمل كلّ منهما مشتركاً بينهما حتّي تكون من قبيل شركة الأبدان، بل إنّما أوجدا سبب ملكية شيء معاً، فلا محالة يكون المحاز المسبّب منه مشتركاً بينهما.

وحاصل الكلام: أنّ الأقوي في المقام التفصيل بينما إذا كان العملاق واحداً بسيطاً في الخارج، كقلع الشجرة أو اغتراف الماء بأنية واحدة و الاصطياد بشبكة واحدة أو إخراج المعدن بألة واحدة ونحو ذلك، ممّا يعدّ في نظر أهل العرف عملاً واحداً بسيطاً. فمقتضي القاعدة حينئذٍ الاشتراك في المحاز. وإنّ الشركة الحاصلة علي التنصيف عند الإطلاق، وإن كان أحدهما أكثر قوّة من الآخر، كما جري علي ذلك مذهب الأصحاب في أبواب الضمانات. وهذا بخلاف ما لم يكن من هذا القبيل، بأن كان عملاً مركّباً ذا أجزاء أو كان عمل كلّ منهما واحداً مستقلاً عن الآخر، فينبغي الحكم حينئذٍ باختصاص كلّ محاز بمن حازه بعمله الخاصّ، إلّا إذا نوي كلّ واحد منهما النيابة عن الآخر في نصف ما يحوزه، أو يملكه له

بعد الحيازة.

ولأجل ذلك أشكل بعض الأعلام «1» علي صاحب الجواهر؛ حيث قال بالتنصيف مطلقاً بلا فرق بين المركب و البسيط «2».

ولا يخفي أنه يمكن أيضاً إيجاد الشركة بطريق المصالحة علي منفعة العاملين بدينار فينتج ذلك نتيجة شركة الأعمال، من دون لزوم محذورها، كما سبق.

وأما كيفية تقسيم المحاز، فمقتضي التحقيق فيها ما سبق آنفاً، من أن المتفاهم العرفي المرتكز بين أهل العرف بمقتضي عادتهم في مثل إجارة شخصين أو

(1)- المباني في شرح العروة الوثقى 31: 196.

(2)- جواهر الكلام 26: 290.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 94

...

حيازتهما شيئاً واحداً تنصيف الاجرة و المحاز، إلا أن يكون هناك قرينة علي إرادة التقسيم بنسبة العاملين.

و بناءً علي القول بالتقسيم بنسبة العاملين فإذا علمت النسبة و لو بالكسر المشاع فهي، و إلا فمع الجهل يظهر من السيد الماتن الاحتياط الوجوبي بالتصالح.

ولكن لا وجه له ظاهراً، بل مقتضي الإنصاف حينئذٍ التنصيف، بل هو المتيقن من مورد التنصيف عند الإطلاق؛ لأصالة عدم زيادة سهم كل منهما عن الآخر. كما أشار إليه في الجواهر بقوله: «أو يحكم بالنصف لأصالة عدم زيادة أحدهما علي الآخر، بل قد يحتمل كونه كذلك مع اختلافهما في القوة و الضعف لصدق اتحاد فعلهما في السببية و اندراجهما في قوله «من حاز ملك»، و لعدم الدليل علي اقتضاء ذلك التفاوت في المحاز، و إن كان هو منافياً للاعتبار العقلي الذي لا يرجع إلي دليل معتبر شرعاً» «1».

بل حتى لو علم إجمالاً بزيادة عمل أحدهما عن الآخر، مقتضي القاعدة التنصيف عند عدم قرينة علي التقسيم بالنسبة. نعم الأحوط استحباباً حينئذٍ. فلا وجه للاحتياط بالتصالح حينئذٍ مطلقاً.

(1)- نفس المصدر.

[شرائط الشركة]

(مسألة 7): يشترط في عقد الشركة العنانية: أن يكون رأس المال من الشريكين ممتازاً امتزاجاً رافعاً للتميز

إشارة

(1) قبل العقد أو بعده؛ سواء كان المالان من النقود أم العروض، حصل به الشركة كالمائعات أم لا، كالدراهم والدنانير، كانا مثليين أم قيميين. وفي الأجناس المختلفة التي لا يجري فيها المزج الرفع للتميز، لا بدّ من التوسّل بأحد أسباب الشركة علي الأحوط، ولو كان المال مشتركاً كالمورث يجوز إيقاع العقد عليه، وفائدته الإذن في التجارة في مثله.

شرائط الشركة

(1) 1- وقد تقدّم في المسألة الأولى وجه اعتبار الامتزاج الرفع للتميز في تحقّق الشركة الواقعية غير العقدية، وكفايته لذلك، من غير اعتبار قصد حصول الشركة بذلك.

و حاصل ما سبق هناك من الكلام في وجه اعتباره: أنّ بالامتزاج الرفع للتميز تسري الملكية إلي جميع أجزاء المال الممزوج علي نحو الإشاعة الحقيقية، و تتحقّق بذلك الشركة الواقعية قهراً، من دون دخل لقصد حصول الشركة. و قلنا هناك - في ردّ كلام السيد اليزدي؛ حيث اعتبر كون المزج بقصد الشركة - إنّ مجرد حصول الامتزاج الرفع للتميز يكفي في حصول الشركة؛ حيث إنّ لا يتصوّر

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 96

...

اختصاص كلّ من المالين بمالكة عند ارتفاع التمييز و عدم إمكان التمييز بين المالين و عزل كلّ منهما عن الآخر. فلا مناص حينئذٍ من الالتزام بحصول الشركة الواقعية.

و من هنا رجّحنا هناك ما ذهب إليه السيد الماتن من كفاية ارتفاع التمييز بين المالين في حصول الشركة الواقعية.

نعم، قد يقال باعتبار كون المزج اختيارياً و إنّ بالمزج القهري الخارج عن الاختيار لا تتحقّق إلاّ الشركة الظاهرية و لكن سبق من السيد الماتن كفاية مجرد المزج الرفع للتميز في تحقّق الشركة الواقعية غير العقدية.

و لكن كلّ ما سبق كان في الشركة غير العقدية.

و الذي محلّ الكلام في هذه المسألة هو الشركة العقدية في الأموال المعبر عنها بشركة العنان.

المعروف بين الفقهاء- من القدماء و المتأخرين- اعتبار الامتزاج في عقد الشركة.

قال في المفتاح: «وقد طفحت عباراتهم، كالمبسوط و الخلاف و الكافي و الوسيلة و الغنية و السرائر و غيرها بأنّها لا تصحّ بدون المزج، و أنّها إنّما تصحّ مع المزج. و ادّعي في الغنية و السرائر الإجماع علي أنّ من شرطها خلط المالين حتّى يصيرا مالاً واحداً. و في التذكرة و ظاهر جامع المقاصد الإجماع علي أنّها لا تصحّ بدون مزج المالين. و في الخلاف أنّ ذلك مجمع عليه. قال في النافع: تصحّ مع امتزاج المالين المتجانسين علي وجه لا يمتاز أحدهما عن الآخر. انتهى فليتأمل.

و الحاصل أنّ كلماتهم متّفقة علي أنّ المزج شرط في الصحّة و متي لم يخلطاه لم تصحّ. و ما خالف في ذلك، إلا أبو حنيفة و صاحب الحدائق. قال الأوّل: إذا قال: قد اشتركتنا انعقدت الشركة، و إن لم يمزجاه كالوكالة. و فيه أنّ الشركة ليس من شرطها أن يكون من جهة الوكيل مال. و قال الثاني: إنّما لم نظفر لهم بدليل علي ما ذكره من

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 97

...

اشترط التجانس و الامتزاج، بل ظاهر الأخبار العموم» «1».

قوله: «من جهة الوكيل مال» أي: سلطة الشريك علي مال صاحبه ليست من ناحية كونه وكيلاً عنه كما في الوكالة، فلا يقاس بها؛ هذا.

و لكن قال في المبسوط: «و في الناس من قال: الخلط ليس من شرط صحّة الشركة، فإذا تلفظا بالشركة انعقدت. و إذا ارتفع الربح كان بينهما. و الأوّل أقوى لحصول الإجماع علي انعقاد الشركة به و في الثاني خلافٌ

فيه. ولأنّ الاشتراك هو الاختلاط في اللغة فينبغي أن يُراعى معني الاختلاط» (2).

وكلامه- كما تري- ظاهرٌ في أنّ معقد الإجماع إنّما هو انعقاد الشركة بالخلط، لا عدم انعقادها بدونه، بل في انعقادها بدونه اختلاف بين الفقهاء.

ونظير ذلك يظهر منه في الخلاف؛ حيث قال: «لا تنعقد الشركة إلا في مالين مثلين في جميع صفاتهما و يخلطان ... وقال أبو حنيفة: تنعقد الشركة بالقول، وإن لم يخالطاهما؛ بأن يُعيّن المال ويحضراه ويقولوا: قد تشاركنا في ذلك، صحّت الشركة ... دليلنا: أنّ ما اعتبرناه مجمع علي انعقاد الشركة به وليس علي انعقادها بما قاله دليلٌ فوجب بطلانه» (3).

وعليه فما نقله في مفتاح الكرامة من كتاب الخلاف من أنّ اشتراط المزج في شركة العنان وعدم انعقادها بدونه، مجمعٌ عليه، لا يستفاد من كلام الشيخ في الخلاف كما لاحظته، بل غايته عدم دليل من إجماع أو غيره علي انعقادها بدون المزج.

(1)- مفتاح الكرامة 7: 396.

(2)- المبسوط 2: 347.

(3)- الخلاف 3: 327.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 98

...

كلام السيد الخوئي

ولكن للسيد الخوئي في المقام كلاماً، حاصله:

أنّ في اعتبار المزج في صحّة الشركة العقدية مناقشة ثبوتاً وإثباتاً. أمّا في مقام الثبوت بلحاظ إمكان أخذ الامتزاج شرطاً، فإن كان المراد المزج التامّ الراجع للتميز الذي تتحقّق به الشركة الواقعية، فلا يخلو الامتزاج من أخذه شرطاً إمّا قبل العقد أو بعده. أمّا قبل العقد، فلا يُعقل أخذه في حصول الشركة. وذلك لأنّه تمام سبب الشركة، فيصبح العقد لغواً لا أثر له في حصول الشركة. وإن كان المقصود أخذ الامتزاج المتأخّر عن العقد في حصولها، فأيضاً يصير العقد لغواً؛ لتحقّق

الشركة بالمزج، سواءً سبقه العقد أم لا، كما لا فرق في ذلك بين المزج الاختياري وبين المزج القهري.

و احتمال كون المزج المتأخر كاشفاً عن تحقّق الشركة سابقاً بالعقد- كإجازة اللاحقة من المالك في البيع الفضولي- تكلف بلا موجب؛ نظراً إلى استقلال المزج في سببته للشركة، فبمجرّد تحقّقه تتحقّق الشركة بلا حاجة إلى سبق العقد، وهذا بخلاف الإجازة اللاحقة؛ لعدم كونه سبباً مستقلاً للنقل. هذا، مع أنّه خلاف ظاهر كلمات الأصحاب؛ لظهور كلماتهم في أنّ المزج شرط مقارن.

نعم، لو كان المراد المزج غير التأمّ الحاصل به الشركة الظاهرية- علي ما التزم به صاحب العروة- كمزج الدرهم بمثله، فهو أمر معقول. و لا يلزم حينئذٍ لغو؛ نظراً إلى حصول الشركة الواقعية بالعقد و الظاهرية بالمزج. ولعلّه مرادهم من الامتزاج المعتبر في عقد الشركة، و لا سيّما من لم يشترط في الامتزاج اتّحاد الجنس و الوصف.

و أمّا في مقام الإثبات و قيام الدليل علي اعتبار المزج في الشركة العقدية فلم يُدعَ إلاّ الإجماع. و الظاهر عدم انعقاده، و إن جاء في كلمات بعض كالعلامة؛ حيث

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 99

...

لم يتعرّض لهذه المسألة أكثر القدماء بالمرّة، و من تعرّض لها عبارته قاصرة عن إثبات الإجماع علي اعتبار المزج، بل غاية ما يستفاد من كلامه- كالمحكّي عن الشيخ و القاضي في الجواهر- حصول الإجماع علي صحّة عقد الشركة مع الامتزاج و عدم حصوله علي الصحّة مع عدم الامتزاج.

نعم، تعرّض ابن حمزة إلى اشتراط المزج و ادّعي عليه الإجماع، إلاّ أنّ الشهيد في اللمعة و المحقّق في الشرائع لم يتعرّضاه بالمرّة، و إنّما تعرّضا لسببية المزج قهراً للشركة، هذا مع تصريح صاحب الحدائق بعدم

اعتباره. ثم استنتج هذا العَلَم في ختام كلامه أنه لا طريق إلي إحراز الإجماع التعبدي علي اعتبار الامتزاج.

فلا مناص حينئذٍ من الرجوع إلي مقتضي القاعدة، وهو عدم اعتباره في عقد الشركة، كما مال إليه في العروة. انتهى حاصل كلام هذا العَلَم (1).

نقد كلام السيد الخوئي

ولكذلك تعرف أنه ما أبعد بين كلامه وبين ما نقل في المفتاح عن فحول الفقهاء من القدماء والمتأخرين من دعوي الإجماع علي ذلك و حصر المخالف في أبي حنيفة من العامة و صاحب الحدائق من الخاصة.

نعم، في عبارة المبسوط السابقة أنفاً دلالة علي وجود من قال بعدم اشتراط الامتزاج، إلا أن في تعبيره بالناس لا يخلو من الإشارة إلي بعض أهل العامة كأبي حنيفة، كما صرح بذلك في الخلاف (2).

و أما ميل صاحب العروة فلو كان مقصود هذا العَلَم أنه مال إلي إنكار الإجماع

(1)- المباني في شرح العروة الوثقى 31: 197-199.

(2)- الخلاف 3: 328.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 100

...

فهو ممنوع، بل ظاهر كلامه أن تحقق الإجماع و ظهوره في اعتبار الامتزاج في شركة العنان أمر مفروغ عنه. ولكن مقتضي القاعدة- لولا الإجماع- عدم اعتبار الامتزاج عملاً بالعمومات. و هذا لا ينكره أحدٌ. و إن شئت فإليك نصّ كلامه، قال:

«بل لو لا- ظهور الإجماع علي اعتبار الامتزاج أمكن منعه مطلقاً، عملاً بالعمومات» (1). و أما عدم تعرض الشهيد و المحقق لاعتبار المزج في شركة العنان فلعلّ الوجه فيه اكتفاؤهما بذكر سببته في أصل الشركة و لو بغير اختيار. هذا، مع أنه لم يذكر مخالفاً باسمه في كلمات واحد من الأصحاب، إلا أبو حنيفة من العامة و المحدث البحراني من الخاصة.

و أما إشكاله في مقام

الثبوت، فلا وجه له. وذلك لأنَّ عقد الشركة عمدة فائدتها هي التجارة بالمال المشترك تحت تدبير كلِّ واحد من الشريكين؛ رجاءً لحصول النفع الأكثر ببركة فكرته الاقتصادية و تجربته التجارية. وهذا الغرض الاقتصادي أمر مرتكز في أذهان العقلاء و جرت عليه سيرتهم في الشركات العقدية، سواءً كان ذلك بإذن صريح أم بتضمّن نفس إنشاء العقد للإذن لأجل قرينة.

وإنَّ عقد الشركة وإن جرت عليه سيرة العقلاء من لدن زمان الشارع، إلا أن المتيقّن من مصبّها صورة تحقّق المزج، و أمّا جريانها في غير صورة تحقّقه فغير معلوم؛ هذا.

مع أنّ العقود و الإيقاعات- بعد العلم باستقرار دأب الشارع علي ردع كثير ممّا جرت عليه سيرة العقلاء من المعاملات باعتبار قيود و شرائط شرعية- أسباب شرعية و بحاجة إلي إمضاء الشارع، و لو ياحراز عدم ردعه. و إحراز ذلك مع عدم ذهاب الأصحاب علي صحّتها بدون المزج مشكلاً جداً.

(1)- العروة الوثقى 5: 279.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 101

...

و أمّا ما نشاهده في عصرنا من إنشاء عقد الشركة في النقود بين العقلاء- المتشرعة و غيرهم- فمن قبيل عقد الشركة في الدراهم و الدينار المتماثلة. و قد سبق من الرياض و الجواهر جريان سيرة المسلمين علي ذلك في طيّ القرون و تمادي الأعصار. مع أنّهم اعتبروا فيها اختلاط النقود. و هذا متحقّق في زماننا بجعل مجموع السهام في رقم واحد من الحساب البنكي إذ لا ميز بين النقود عندهم، إلا باختلاف أرقام الحساب البنكي و أسامي صاحبيها، أو بعلامة جعلية اخري معدومة في هذه الشركات.

و من هنا جعل جماعة من فحول الفقهاء- كما سيأتي كلامهم- جواز تكسّب كلِّ من الشريكين بالمال المشترك من

ثمرات عقد الشركة، من دون حاجة إلى صدور إذن غير ما تضمّنه نفس إنشاء عقد الشركة بالقرينة. و عليه فلا يُصبح عقد الشركة بحصول الامتزاج لغواً، بل الامتزاج يفيد أصل الشركة. و إنشاء العقد يفيد فائدة جواز التكبّب بالمال المشترك لكلّ من الشريكين رأساً، و لوبمعونة القرينة.

و أمّا ما جاء في كلام شيخ الطائفة من التعليل لاشتراط المزج بقوله: «و لأنّ الاشتراك هو الاختلاط في اللغة فينبغي أن يُراعي معني الاختلاط» «1»، فلا يصلح للدليلية. و ذلك لأنّ الاختلاط الذي فُسّر به الاشتراك في اللّغة هو ضربٌ من الاختلاط و هو سرّيان الحقوق و شياع الملكية، و هذا المعني ليس إلّا حقيقة الشركة و ماهيتها. فلو كان الاختلاط الذي اعتبره الأصحاب في شركة العنان هذا المعني، ليرجع كلامهم إلى اعتبار حقيقة الشركة في شركة العنان. فليس الاختلاط بهذا المعني معتبراً في صحّة شركة العنان، بل المعتبر هو اختلاط أجزاء عين المالين و امتزاجهما بحيث يرتفع التمييز عن أجزاءهما تماماً بالمرّة أو عن أحادهما ظاهراً

(1) - المبسوط 2: 347.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 102

...

كما في اختلاط الدراهم و نحوها.

و اتّضح بهذا البيان وجه جواز إيقاع الشركة علي المال المشترك كالإرث و إفادته الإذن في التجارة، كما جاء في ذيل كلام السيد الماتن.

و أمّا نفي الفرق في حصول الشركة بالامتزاج الرافع للتمييز بين حصول المزج قبل العقد و بعده، فقد عرفت وجهه بما أجبنا عن بعض الأعلام لترتب الفائدة المزبورة في كلتا صورتين بلا فرق و لحصول الشركة علي أيّ حال.

و أمّا نفي الفرق بين كون المالين من النقود أو من العروض و بين المزج التام الحاصل به الشركة الواقعية كمزج المائعات و الأدقّة

و بين المزج غير التام الحاصل به الشركة الظاهرية في غيرهما من الدراهم و الدنانير و الحبوب، و كذا عدم الفرق بين مختلفي الجنس و متّحديه، فقد عرفت وجه ذلك كلّه في مباحث الشركة غير العقدية.

و عرفت أنّها أنّ إشكال اللغوية مرتفع فيما إذا حصلت الشركة الظاهرية بالمزج غير التام، كما اعترف به العَلَم المذكور.

و أمّا عدم الفرق بين القيميات و غيره فالوجه فيه أنّ فيها و في المزج غير الراجع للتمييز - حتّى في المثليات - يتوسّل قبل العقد بأحد أسباب الشركة قبل العقد أو بعده؛ لأنّه مقتضى اعتبار المزج.

و من هنا لا يلائم احتياط السيد الماتن في ذلك مع فتواه باعتبار المزج، بل التوسّل بأسباب الشركة معتبر حينئذٍ.

و أمّا ما أشار إليه الماتن في ذيل المسألة، من كون فائدة العقد في شركة المال المورث الإذن في التجارة، فهو منقوض بما سيأتي منه، من اعتبار الإذن الخاصّ من كلّ واحد من الشريكين لصاحبه بالتصرّف في المال المشترك للتكسّب، و عدم كفاية مجرد عقد الشركة في ذلك.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 103

(مسألة 8): لا يقتضي عقد الشركة - و لا إطلاقه - جواز تصرّف كلّ من الشريكين في مال الآخر بالتكسّب

إشارة

، إلا إذا دلّت قرينة حالية أو مقالية عليه، كما إذا كانت الشركة حاصلة - كالمورث - فأوقعا العقد، و مع عدم الدلالة لا بدّ من إذن صاحب المال (1)،

اعتبار إذن الشريك في تصرّف صاحبه

(1) 1- سبق الكلام مفصّلاً في وجه عدم جواز تصرّف بعض الشركاء في المال المشترك من غير إذن سائر الشركاء في المسألة الثانية.

و حاصله: أنّ الشركة بنفسها لا تكشف عن رضا أحد الشريكين بتصرّف الآخر في المال المشترك، مطلقاً من غير فرق بين كون سببها اختيارياً كالمزج الاختياري أو قهرياً، كالإرث و الامتراج القهري؛ لخروج ذلك عن حقيقة الشركة، كما

هو خارج عن مقتضى السبب القهري.

نعم، لو أذن أحدهما بتصرّف صاحبه في سهمه، جاز لصاحبه التصرّف في جميع المال المشترك- في سهمه يجوز استحقاقاً وفي سهم صاحبه بالإذن- و يدور ذلك مدار كيفية الإذن سعةً و ضيقاً.

و الحاصل: أنهم اتفقوا علي عدم جواز تصرّف كل من الشريكين بغير إذن صاحبه بعد تحقّق الشركة بالمزج، كما أشار إليه في المفتاح بقوله: «كما طفحت بهذا المعني عباراتهم» «1».

وقد سبق تحرير كلمات الأصحاب هناك، فراجع.

(1)- مفتاح الكرامة 7: 399.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 104

...

ولكن كلّ ما سبق من الكلام كان في الشركة غير العقدية. و هي خارجة عن محلّ الكلام، فإنّ محلّ الكلام هاهنا في الشركة العقدية.

و أمّا الشركة العقدية، فقد وقع الخلاف في ذلك، و ذهب جماعة إلي جواز تصرّف كلّ من الشريكين بنفس إنشاء عقد الشركة بالصيغة، بلا حاجة إلي تصريح الآخر بالإذن، بل عرّفوا الصيغة بما دلّ علي الإذن كما في القواعد و التذكرة و التحرير و المسالك و جامع المقاصد «1». و نقل في المفتاح عن التذكرة أنّه علّل ذلك بما حاصله: «لأنّ الاصل عصمة الأموال علي أربابها، فلا يصحّ التصرّف فيها، إلّا بإذنها. و إنّما يُعلم الرضا و الإذن باللفظ الدالّ عليه؛ لأنّ الأفعال لا دلالة لها. و هذه الصيغة قد تكون قبل المزج فتدلّ علي الرضا به و بالتصرّف للاستنماء و الاسترباح» «2».

و خالف ذلك جماعة و اختاروا عدم جواز تصرّف كلّ من الشريكين في المال المشترك، مطلقاً حتّي في التكبّب و التجارة به، إلّا بإذن الآخر، و هو قول أبي حنيفة و أحد قولي الشافعي كما قال في المفتاح «3».

قال في جامع المقاصد: «ولا

بدّ من صيغة؛ لأنّ الأصل عصمة الأموال علي أربابها، فلا يصحّ التصرّف فيها إلا بإذنهم. وإنّما يعلم الإذن باللفظ الدالّ عليه؛ لأنّ الأفعال لا دلالة لها، فإنّ أذن كلّ منهما لصاحبه صريحاً فلا بحث في الصحّة.

ولو قال كلّ منهما: «اشتركتنا» واقتصر عليه مع قصدتهما الشركة بذلك، ففيه وجهان:

(1)- جامع المقاصد 8: 15.

(2)- مفتاح الكرامة 7: 395.

(3)- نفس المصدر.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة والقسمة، ص: 105

...

أحدهما: الاكتفاء به في جواز التصرّف، واختاره المصنّف هنا، وقربه في التذكرة. وهو ظاهر اختياره في التحرير؛ حيث قال: ويكفي في الصيغة ما يدلّ علي الرضا بالمزج؛ لفهم المقصود منه عرفاً.

والثاني: لا؛ لقصور اللفظ عن الإذن؛ إذ لا يلزم من حصول الشركة جواز التصرّف، فإنّهما لو ورثا مالا أو اشتريا صفقة واحدة، تحققت الشركة مع عدم جواز التصرّف.

والأول أقوى؛ لأنّ المقصود الأصلي من الشركة هو الاستتماء والاسترباح.

ولا يكون ذلك إلا بالتصرّف، خصوصاً ما لا ينمو بنفسه «1».

تحرير كلام صاحب الجواهر في المقام

و ممّن اختار هذا القول صاحب الجواهر؛ حيث قال في ردّ القائلين بالجواز:

«إلا أنّه لا يخفي عليك ما في ذلك؛ إذ لا دلالة في قول «اشتركتنا» علي الإذن بوجه من الوجوه، كما أنّه لا حاجة في حصول الإذن منهما أو من أحدهما إلي عقد.

وليس من مقوّمات الشركة حصولها؛ إذ يمكن اشتراكهما في المال مع الإذن في العمل لثالث، بل يمكن إرادة الشركة من دون عمل أصلاً، لغرض من الأغراض.

فالتحقيق أن يقال حينئذٍ- بعد الإجماع علي كونها عقداً-: إنّ قول «اشتركتنا» لإنشاء تحقيقتها و صيرورة كلّ من المالين بينهما علي الإشاعة،
إلاّ أنّه يشترط في صحّة ذلك تحقّق المزج بعده، إن لم

يكن. فهو حينئذٍ شرط كاشف أو ناقل، نحو القبض في الوقف، أو أنه جزء السبب» (2).

(1)- جامع المقاصد 8: 15-16.

(2)- جواهر الكلام 26: 288.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 106

...

قوله: «حصولها»، كان الأنسب «حصوله» لرجوع الضمير إلي الإذن.

وقوله: «لغرض من الأغراض»، كأن يعقد أحد الشركة مع شخص وجيه ذي نفوذ سياسي أو عسكري لمجرد اكتساب الوجهة و النفوذ بين الناس، لا- للاسترباح. قوله: «تحقيقها» ينبغي أن يكون مقصوده تأكيدها؛ حيث لا- معني للتميم و التنجيز بعد كون المزج سبباً تاماً للشركة؛ إذ ليس سبباً ناقصاً متزلزلاً؛ لكي تتم و تستقر سببته بالعقد. كاستقرار سببية إنشاء عقد البيع أو الوقف بالقبض علي رأي.

ثم قال قدس سره في بيان منشأ التزام الأصحاب بعدم الحاجة إلي الإذن: «فكان السبب الذي أوقعهم في الوهم، هو دعوي حصول الشركة بالمزج القهري. فمع فرض اعتبار الامتزاج في شركة العنان لم يكن معني لعقدها حينئذٍ؛ ضرورة حصولها بالمزج المزبور المفيد لذلك مع القهر، و عدم القصد به إليها، فضلاً عما لو فُصدت به اختياراً. فلم يكن حينئذٍ معني لعقدها إلا جواز التصرف، خصوصاً مع ملاحظة الشركة الاكتسابية التي هي من أقسام التجارة المبنية علي العمل، من الشريكين، أو من أحدهما التي قد وردت النصوص بها... و لعلّه لذا اكتفوا في صيغتها بقول «اشتركن»، باعتبار امتناع أن يراد بإنشائه حصولها بدون مزج، و لا المزج الذي لا يحصل باللفظ. فتعيّن أن يكون معناه جواز التصرف، و إلا لم يكن له معني أصلاً كما صرح بذلك في جامع المقاصد» (1). انتهى موضع الحاجة من كلام صاحب الجواهر.

قوله: «باعتبار امتناع أن يراد...» مقصوده أنّه لَمّا كانت إرادة حصول

(1)- نفس المصدر.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة والقسمة، ص: 107

...

بمجرد إنشاء عقدها من دون مزج ممتعة، وكذا إرادة حصولها بالمزج القهري الذي لا دخل للتلفظ بالصيغة في سببته للشركة، فمن هنا لا يبقى معني للتلفظ بالصيغة، إلا الإذن بالتصرف.

وقد عرفت من السيد الماتن موافقة صاحب الجواهر في الاحتياج إلى الإذن.

نقد كلام صاحب الجواهر

ولكن يرد علي صاحب الجواهر أولاً: أنّ التحقيق و تأكيد الشركة بعد تحققها بالمزج ليس غرضاً مهماً تجارياً عند العقلاء. و من هنا لا اعتناء لهم بذلك في إيجاد عقد الشركة. فليس عقد الشركة مبنياً عندهم علي مثل هذا الغرض، فضلاً عما لا غرض تجارية فيه. و لو اتفق في مورد فهو أمر نادر شاذّ خلاف المتعارف. و ما لا تعارف عليه خارج عن نطاق الخطابات العرفية و الشرعية و لا سيما في باب المعاملات. و من هنا يعطي جريان التعارف لمثل قول: «اشتركنا أو شاركنا» عند الإطلاق ظهوراً في إفادة الإذن به و عدم الحاجة إلى التصريح بالإذن. و هذا الظهور هو المتبع ما دام لم تكن هناك قرينة علي خلافه.

و ليس منشأ هذا الظهور مجرد الغلبة في الوجود، بل منشؤه جريان التعارف عليه، بحيث صار إيجاد عقد الشركة مبنياً علي غرض الاسترباح، متفاهماً عرفياً من التلفظ بعقدها.

و أمّا حديث جزء السبب، لا معني له بعد كون المزج سبباً مستقلاً تاماً لتحقيق الشركة. و كذا الكلام في كونه أو كون المزج بمنزلة الشرط. فإن ذلك كلّ غير قابل للالتزام فيما إذا تحقق المزج قبل العقد أو بعده، مع عدم التفرقة بينهما في كلام الأصحاب.

و ثانياً: أنّه توجد القرينة العامة علي إفادة العقد الإذن في موارد تحقق أصل الشركة بأحد أسبابها-

غير عقدها- من مزج أو إرث أو شراء، ونحو ذلك. كما جعل

دليل تحرير الوسيلة - الشركة والقسمة، ص: 108

...

السيد الماتن قدس سره تحقّق أحد أسباب الشركة كالإرث ونحوه قرينة علي ذلك. والوجه في القرينة أنّه لو لا إفادة العقد الإذن في مثل هذه الموارد، يصبح إنشاء عقد الشركة لغواً؛ كما أشار إليه بعض الأعلام. اللهم إلا أن يقال بعدم اعتبار المزج أو سائر أسباب الشركة في صحّة عقدها، ولكنّه خلاف اتفاق الأصحاب.

والوجه في ذلك ما بيّناه آنفاً، من كون عقد الشركة مبنياً في ارتكاز العقلاء علي غرض تجاري وهو التكبّب والتجارة بالمال المشترك لغرض الاسترباح والاستنماء بتدبير كلّ واحد من الشريكين؛ رجاءً لحصول النفع الأكثر ببركة فكرته الاقتصادية وتجربته التجارية. وهذا الغرض الاقتصادي أمر مرتكز في أذهان العقلاء. وجرى عليه سيرتهم في الشركات العقدية.

والسرّ في ذلك أنّ الاسترباح- الذي هو غرض العقلاء في إيجاد عقد الشركة- لا يتحقّق، إلاّ بازدياد رأس المال كمّاً وبحسب المقدار؛ لأنّ المال الأكثر له ربح أوفر وأكثر طبعاً وهذا حاصل بنفس المزج واختلاط الأموال أو بحسن كيفية الاتّجار والتكبّب بالمال المشترك. و ذلك منوط بازدياد التدبير التجاري والتجربة الاقتصادية. والملاك الثاني إمّا حاصل بمشاورة الشركاء وتبادل آرائهم وسلاتقهم وتضارب تجاربهم التجارية أو بإعمال كلّ واحد منهم تدبيره وتجربته التجارية مستقلاً.

والملاك الأول يتوقّف حصوله علي اعتبار الإذن في كلّ معاملة وتجارة بخلاف الثاني لتوقّف حصوله علي جواز تصرف كلّ واحد منهما مستقلاً.

ولكن الأول حاصل قبل العقد بمجرد إيجاد الشركة بأحد أسبابها من مزج أو

غيره. ولا تأثير للعقد في تحقّقه. فيبقى الثاني مستفاداً من العقد منحصرّاً. ولولا له لأصبح العقد لغواً. هذا، ولا سيّما بناءً علي اعتبار الامتزاج أو أحد أسباب الشركة في صحّة الشركة العقدية، كما عليه السيد الماتن قدس سره؛ حيث إنّ الشركة حاصلة بنفس

دليل تحرير الوسيلة - الشركة والقسمة، ص: 109

...

المزج أو بأحد أسباب الشركة، فإذاً لا تبقى لعقد الشركة فائدة غير إذن كلّ من الشريكين لصاحبه بالتكسّب والتجارة بالمال المشترك بتدبيره التجاري وفكرته الاقتصادية مستقلاً.

وأما جواز التجارة بإذن كلّ منهما لصاحبه، فهو وإن لا ينافي السيرة العقلانية في عقد الشركة، بل يلائمها كمال الملائمة، إلاّ أنّه حاصل بنفس الإذن من غير دخل لعقد الشركة فيه. فيعود حينئذٍ محذور لغوية العقد.

تفصيل شيخ الطائفة

نعم، يظهر من عبارة المبسوط جواز تصرف كلّ من الشريكين بعد عقد الشركة وتحقق المزج، لكن لا في الجميع، بل في خصوص نصيبه. قال: «إذا عقدا الشركة علي المالين و خلطاهما، كان لكلّ واحد منهما أن يتصرّف في نصيبه و لا يجوز أن يتصرّف في نصيب شريكه حتّي يأذن له فيه» (1).

وقال في المفتاح بعد نقل عبارة المبسوط: «و التأويل ممكن» (2). و وجه التأويل لعلّه إرادة بيع سهمه المشاع علي الوجه الكلّي ونقله إلي الغير، من دون تصرف في عين المال المشترك، وإلاّ فهو موقوف علي الإذن في تصرف كلّ جزء من أجزاء المشترك.

و علّل في المبسوط اعتبار إذن كلّ من الشريكين لصاحبه بالتصرّف في سهمه في عقد الشركة في العروض - بعد حصول الشركة بتمليك كلّ منهما نصف ماله لصاحبه - بقوله: «لأنّ عقد البيع و عقد الشركة لا يتضمّن الإذن في التصرف» (3).

(2) - مفتاح الكرامة 7: 399.

(3) - المبسوط 2: 345.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة والقسمة، ص: 110

و يتبع في الإطلاق والتقييد، وإذا اشترط كون العمل من أحدهما أو من كليهما معاً فهو الممتنع (1). هذا من حيث العامل. وأما من حيث العمل والتكسب، فمع إطلاق الإذن يجوز مطلقه (2) مما يريان فيه المصلحة كالعامل في المضاربة، ولو عيّنا جهة خاصة - كبيع الأغنام أو الطعام وشرائهما أو البزاة أو غير ذلك - اقتصر عليه، ولا يتعدى إلي غيره.

وقد عرفت ما في هذا الاستدلال بما ناقشنا به في الجواب عن كلام صاحب الجواهر.

وحاصل الكلام: أنّ مقتضى القاعدة حسب ما يساعده الاعتبار والارتكاز في عقد الشركة، كفاية مجرد عقدها لإثبات إذن كلّ واحد من الشريكين لصاحبه في التجارة بالمال المشترك. وإنّما يستفاد الإذن من مقتضى إطلاق عقد الشركة وتجرّد الصيغة عن القرينة الصارفة.

وهو الأقوي في المقام، إلا أن تكون هناك قرينة صارفة عن ظهور إنشاء العقد بالصيغة في ذلك إلي خلافه.

(1) 1- وذلك لدوران الإذن مدار الشرط. فكلّما تحقّق فيه الشرط يتعلّق به الإذن.

(2) 2- والوجه في جواز مطلق التكسب والتجارة بالمال عند إطلاق الإذن واضح؛ لشمول إطلاق الإذن في العمل مطلق التكسب والتجارة.

لكنّه لا بدّ أن يكون بمصلحة المال لخروج موارد ضرر المال وضياعه عن إذن المالك بلا إشكال؛ حيث لا غرض له من الإذن بالتكسب والتجارة بالمال، إلا الاسترباح وتحصيل المنفعة بذلك.

نعم، لو اتفق الخسران والوضيعة، لا ضمان علي العامل خاصة، بل عليهما معاً؛ لأنّ من له الغنم فعليه الغرم. وقد دلّت علي ذلك

(مسألة 9): حيث إنّ كلّ واحد من الشريكين كالوكيل و العامل عن الآخر، فإذا عقدا علي الشركة في مطلق التكبّ أو تكسّب خاص، يقتصر علي المتعارف

(1)، فلا يجوز البيع بالنسيئة ولا السفر بالمال إلا مع التعارف، والموارد فيهما مختلفة، وإلا مع الإذن الخاصّ، و جاز لهما كلّ ما تعارف؛ من حيث الجنس المشتري والبائع والمشتري وأمثال ذلك. نعم لو عيّنا شيئاً لم يجز لهما المخالفة عنه إلا بإذن الشريك، وإن تعدي عمّا عيّنا أو عن المتعارف ضمن الخسارة والتلف.

بالخصوص «1»، وإن وردت هذه النصوص في الشركة الحاصلة بالشراء- لا بعقد الشركة- إلا أنّها تشمل المقام؛ لأنّ ملاك الشمول أصل الشركة، بأيّ عقد حصلت.

و المقصود من خروج الإضرار بالمال و ضياعه عن إذن المالك، خروج كلّ عمل و تكسّب يقتضي بطبعه ضياع المال، بحيث لا يخفي ذلك علي أهل العرف. و ذلك لأنّ الإذن للغير بالتصرّف في المال في جهة التكبّ إنّما هو لمصلحة المال بالاستئمان والاسترباح، فما ليس بمصلحته خارج عن نطاق إذنه، فضلاً عمّا كان بضرره.

و لو عيّن نوعاً معيّناً أو جهة خاصّة من التكبّ و التجارة كالموارد المذكورة في المتن، لا يجوز التعدي إلي غيره؛ ضرورة وجوب الاقتصار علي مورد الإذن.

وجوب التكبّ بالمتعارف في عقد الشركة

(1) 1- لا خصوصية للوكالة و التوكيل و التوكّل في ذلك، بل إنّ وجوب الاقتصار علي المتعارف من التكبّ بات، إنّما هو لأجل انصراف الإذن المطلق إلي ذلك بقريئة

(1)- وسائل الشيعة 19: 5، كتاب الشركة، الباب 1.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة والقسمة، ص: 112

...

جريان عادة أهل العرف، فيكون التعارف قريئة صارفة لإطلاق الإذن إلي ما جرت عليه سيرة العرف، بلا فرق بين كون الإذن بعنوان التوكيل

أوبعنوان غيره من وجوه الإذن.

و

من هنا قال في جامع المقاصد: «وإنّما ينزّل الإطلاق علي الأمور الغالبة في التجارة، كالبيع و الشراء مرابحةً و مساومةً و مواضعةً و توليةً و قبض الثمن، و إقباض المبيع، و المطالبة بالدين و الحوالة و الاحتيال، و الردّ بالعيب، و الاستتجار علي مال الشركة، و المؤاجرة لأموالها، و نحو ذلك، بشرط مراعاة المصلحة كما في الوكيل» (1).

وقد لاحظت في كلامه أنّ وجوب الاقتصار علي المتعارف الغالب من التكتّبات إنّما هو لانصراف إطلاق الإذن و تنزيهه علي الأمور الغالبة في التجارة، كما قلنا.

نعم، رعاية مصلحة الشريك في تصرّف المال المشترك إنّما هي بمقتضي الوكالة، كما يفهم من ذيل كلام المحقّق الكركي؛ حيث قال: «بشرط مراعاة المصلحة كما في الوكيل» (2). و ذلك لأنّ الموكل لا يوكل الوكيل، إلّا لغرض تحصيل مصلحة ماله بفعل الوكيل، و من هنا يجب علي الوكيل مراعاة مصلحة موكله بمقتضي الغرض المبني عليه التوكيل. و لمّا كانت الشركة في الحقيقة من قبيل التوكيل و التوكّل فيجب علي كلّ شريك مراعاة مصلحة شريكه في تكتّباته و معاملاته بالمال المشترك.

و ممّا يشهد لما قلناه ما قال في الحدائق، فإنّه بعد ما حكم برعاية المصلحة في التصرّف بقوله: «فإن أطلق في التصرّف تصرّف كذلك. و إن خصّص اختص بما

(1) - جامع المقاصد 8: 22.

(2) - نفس المصدر.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 113

...

خصّصه، و يراعي فيه المصلحة»، استشهد لذلك بقول العلامة في التذكرة: «و قد صرح في التذكرة في غير موضع بأنّ إذن الشريك توكيلٌ فيجب حينئذٍ أن يراعي فيه ما يجب مراعاته في الوكالة» (1).

و من هنا يجوز للشريك بيع النسبة لو كان فيه مصلحة شريكه. و كذلك السفر بالمال المشترك

للتجارة، وإن لم تكن النسبنة و لا السفر متعارفاً غالباً. و الوجه فيه أنّ التوكيل و التوكّل - الذي هو حقيقة عقد الشركة و روحها - قرينة صارفة لإطلاق الإذن في عقد الشركة إلي ما فيه المصلحة من وجه التكتّسات بالمال المشترك، فيجوز ذلك لكلّ واحد من الشريكين سواء كان متعارفاً أو لم يكن. نعم ما لم تُحرز فيه المصلحة يجب الاقتصار علي ما هو الغالب المتعارف من التكتّسات.

و حاصل الكلام في المقام: أنّ لعقد الشركة حيثيتين:

إحدهما: كونها من العقود الإذنية و إطلاق الإذن محمول علي المتعارف الذي جرت عليه عادة أهل العرف؛ لأنّه يعطي للإذن ظهوراً في المتعارف من التصرفات، كظهور إذن المضيف للضيف في التصرف المتعارف مع عدم وكالة في البين.

ثانيتها: حيثية كونها من قبيل الوكالة و الولاية علي مال الغير. و هي تبتي علي رعاية مصلحة المال المولّي عليه. فيجب علي الشريك رعاية مصلحة مال شريكه بمقتضي الوكالة.

و بعبارة اخري لَمّا كان الإذن في التجارة بالمال من قبيل التوكيل يجب علي المأذون - مضافاً إلي رعاية التعارف بمقتضي ظاهر الإذن - رعاية مصلحة المال بمقتضي الوكالة، و إن كانت الحثيتان متلازمتين في الشركة، بل في مطلق الإذن في

(1) - الحقائق الناضرة 21: 166.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 114

...

التجارة و لكن لا - ينافي ذلك تفكيك الجهتين بالتحليل بلحاظ حيثية التعليمة. بل حيثية الوكالة تقييدية؛ نظراً إلي تقيّد إذنه بمقتضي الوكالة؛ بمعنى الإذن لو خُلّي و طبعه و إن كان ظاهراً في مطلق التصرفات المتعارفة، إلّا أنّه لَمّا كان الإذن بالتجارة من قبيل التوكيل يتقيّد بما تقتضيه الوكالة و ينصرف إلي ما كان من التجارات المتعارفة بمصلحة المال.

و عليه فما يظهر من السيد الماتن من

ابتناء لزوم رعاية مصلحة المال علي حيثية الوكالة، ففي غير محلّه.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة والقسمة، ص: 115

(مسألة 10): إطلاق الشركة يقتضي بسط الربح والخسران علي الشريكين علي نسبة مالهما

إشارة

(1)، فإن تساوي تساوي فيهما، وإلا يتفاضلان حسب تفاوته؛ من غير فرق بين ما كان العمل من أحدهما أو منهما، مع التساوي فيه أو الاختلاف.

تقسيم الربح والخسارة بين الشريكين

(1) 1- وذلك لقاعدة تبعية النماء والربح لأصل المال. كما علّل بذلك الشهيد في المسالك؛ حيث قال: «لا ريب أنّ الربح تابع لرأس المال؛ لأنّه نماءه، فإذا كان مال أحدهما أزيد من مال الآخر، فله من الربح بنسبة ماله وإن عملاً معاً؛ لتراضيهما بذلك علي وجه لا يخالف المشروع؛ حيث جعل الربح تابعاً للأصل» (1).

ولا- خلاف في ذلك بين فقهاءنا، بل ادّعي عليه في الجواهر (2) الإجماع بقسميه. نعم، نسب الشهيد؛ الخلاف إلي بعض العامة؛ حيث قال: «وخالف في ذلك بعض العامة» (3).

(1)- مسالك الأفهام 4: 311.

(2)- جواهر الكلام 26: 300.

(3)- نفس المصدر.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة والقسمة، ص: 116

...

هذا إذا عملاً معاً. وأما إذا عمل أحدهما مع تساوي المالين، فمقتضي السيرة العقلانية وارتكازهم كون سهم العامل أكثر؛ لأنهم يرون للعمل أيضاً حظاً من الربح، كما قلنا في باب المضاربة. وأما قاعدة تبعية الربح للمال، فلم ترد في آية أو رواية، حتّي تتمسك بإطلاقها، كما أشرنا هناك، بل إطلاق هذه القاعدة مخالف للسيرة العقلانية في مثل المضاربة والشركة والمزارعة والمساقاة ممّا فيه مالك وعامل. وأما

النماء فقياسه بالربح مع الفارق وذلك لأنَّ النماء جزءُ المال، ولا منشأ لتوليدِه إلا أصلُ المال، بلا فرق بين المتّصل والمنفصل. وهذا بخلاف

الربح، فإنه مال آخر يحصل بالتجارة و البيع و الشراء و الإجارة و نحوها، و لكلّ من رأس المال و العمل في توليده دخلٌ، بل ربما يكون للعمل حظُّ أكثر في حصوله. و قد جرت سيرة العقلاء علي استحقاق العامل حظًّا من الربح بإزاء عمله، كما أنّ للمالك حظًّا منه بإزاء ماله.

و من هنا قلنا في كتاب المضاربة أنّها ليست خلاف مقتضي القاعدة؛ نظراً إلي جريان السيرة العقلانية عليها. و قلنا إنّ نصوص المضاربة إمضاءً لما جرت عليه سيرتهم.

هذا مقتضي القاعدة. و لكن المستفاد من نصوص المقام خلافها؛ حيث دلّت نصوص عقد الشريك «1» علي كون الربح و الخسران بين الشريكين، مع فرض كون العمل لأحدهما و إنّ الفقهاء تسالموا علي ظهور تعبير «الربح بينهما» في التنصيف و عليه فيعلم من هذه النصوص نفي استحقاق حظّ من الربح بالعمل في باب الشركة عند الشارع. و هي و إن وردت في عقد الشريك، و لكن المقام من قبيله من جهة أصل حقيقة الشركة و ملاك استحقاق الربح. مع أنّه لا خلاف بين الفقهاء في بسط

(1) - وسائل الشريعة 19: 5، كتاب الشركة، الباب 1.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 117

...

الربح و الخسران عند الإطلاق بنسبة المالين.

و لو شرط التفاوت في الربح مع التساوي في المال، أو تساويهما فيه مع التفاوت فيه، فإن جعل الزيادة للعامل منهما أو لمن كان عمله أزيد صحّ بلا إشكال (1)،

لو شرط تفاوت الربح مع تساوي المالين أو بالعكس

(1) 1- و الوجه في نفي الإشكال في ذلك أوّلاً: أنّه مقتضي العدل بعد تساوي المالين. و ثانياً: حصول الاتّفاق و عدم الخلاف في ذلك، كما قال في الجواهر: «بل لا خلاف فيه بينهم علي ما اعترف به جماعة» «1».

و

لكن قال في الشرائع - بعد الحكم بصحّته - «إنّه بالقراض أشبه». وأشكل عليه في الجواهر «2». أوّلاً: بعدم قصد القراض، و ثانياً: بعدم تماميته فيما إذا عملاً معاً و كان عمل أحدهما أكثر، و ثالثاً: بعدم كون رأس المال من النقود. و كلامه متين و إشكاله وارد.

و علي أيّ حال لا إشكال في صحّة اشتراط الزيادة للعامل من الشريكين أو لمن كان له عمل أكثر.

وقد وجّه السيد الخوئي الصحّة في المقام برجوع الشرط المزبور في المقام إلي اشتراط عقد المضاربة في ضمن عقد الشركة، و هذا يخالف ما يظهر من صاحب الشرائع؛ حيث إنّ ظاهر قوله: «إنّه بالقراض أشبه» أنّ نفس عقد الشركة المشروط بذلك من قبيل المضاربة، و لكن ظاهر كلام هذا العَلَم أنّ عقد الشركة علي ما هو

(1) - جواهر الكلام 26: 301.

(2) - نفس المصدر: 302.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 118

...

عليه، إلا أنّ مرجع الاشتراط فيه إلي اشتراط عقد المضاربة.

ثمّ إنّ هذا العَلَم أجاب عن إشكال صاحب الجواهر بنفي محذور عدم كون رأس المال من النقود. و علّل ذلك بأنّ اعتبار كون رأس المال من النقدين - لو تمّ في المضاربة - فهو إنّما في المضاربة المستقلّة، دون ما إذا كان في ضمن عقد الشركة مثل المقام. و بيّن السرّ فيه أنّه لا دليل علي اعتبار ذلك هناك إلاّ الإجماع. و هو دليل لثبتي و حجّة في القدر المتيقّن منه، و القدر المتيقّن منه ما إذا كانت المضاربة مستقلّة، فهو قاصر عن إثبات اعتباره فيما إذا كانت المضاربة في ضمن عقد الشركة. هذا مضافاً إليّ تحقّق الإجماع علي جواز اشتراط ذلك في المقام.

و فيه: أنّه لو ثبت اعتبار قيد أو شرط في

صحة معاملة بأيّ دليل فإنّما هو ثابت لطبيعي تلك المعاملة و ماهيته. و ما اعتبر في ماهية معاملةٍ لا يسقط اعتباره فيها باشتراطها في ضمن عقد آخر. فهل تري لو اشترط بيع شيء في عقد إجارة أو عكسه أن يسقط لذلك بعض شرائط الإجارة أو البيع؟! فكذلك الكلام في المقام.

هذا، مع أنّ من أهمّ أركان المضاربة كون المال من أحدهما والعمل من الآخر. و المال في الشركة لهما معاً، كما أنّ العمل ربما يكون منهما معاً. فهي خارجة عن حقيقة المضاربة.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 119

وإن جعلت لغير العامل أو لمن لم يكن عمله أزيد، ففي صحة العقد و الشرط معاً، أو بطلانها، أو صحة العقد دون الشرط، أقوال أقواها أوّلها (1).

لو جعلت الزيادة لغير العامل أو ذي العمل الأكثر

(1) 1- مقصوده تقوية القول بصحة الشرط و العقد معاً، كما اختاره صاحب العروة «1». و هذا أحد الأقوال الثلاثة في المسألة. و قد اختار هذا القول السيد المرتضي في الانتصار «2»، و العلامة في التذكرة و التحرير و التبصرة و المختلف. و نقله أيضاً في المختلف «3» عن والده و عن ظاهر ابن الجنيد. و وافقه ولده فخر المحققين «4». كل ذلك نقله الشهيد في المسالك «5» و المحقق الكركي في جامع المقاصد «6» و المحدث البحراني «7» و غيره «8».

و قد اختار في الجواهر الصحة حينئذٍ مطلقاً، حتّى إذا لم يعمل الشريكان، بل نمي المال في نفسه، فشرط لأحدهما زيادة في الربح مع تساوي المالين أو شرط تساويه مع اختلافهما. و بذلك أشكل علي العلامة و غيره من اشتراط الصحة بعملهما

(1)- العروة الوثقى 5: 280.

(2)- الانتصار: 227.

(3)- مختلف الشيعة: 479.

(4)- إيضاح الفوائد 2: 301.

(5)- مسالك الأفهام 4:

(6)- جامع المقاصد 8: 24.

(7)- الحدائق الناضرة 21: 163.

(8)- رياض المسائل 9: 60؛ مفتاح الكرامة 7: 401؛ جواهر الكلام 26: 300.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 120

...

أو عمل أحدهما. قال في الجواهر- بعد بحث طويل في ذلك و توجيه القولين الآخرين:- «هذا كلّه مماشاة مع الخصم، و إلا فالمتّجه الصّحة مطلقاً، حتّي إذا لم يعمل، بل نمي المال في نفسه، فما في القواعد من اشتراط الصّحة بذلك- قال: و لو شرط التفاوت مع تساوي المالين أو التساوي مع تفاوته فالأقرب جوازه إن عملا أو أحدهما؛ سواء شرطت الزيادة له أو للآخر- في غير محلّه؛ ضرورة انحصار السبب في استحقاق الزيادة فيما فرضه بالشرط المتحقّق في الصورتين كما هو واضح، و بذلك كلّه ظهر لك ما في كلام جملة من الأصحاب كالكركي و ثاني الشهيدان و أتباعهما» «1».

القول الثاني: بطلان الشرط و عقد الشركة معاً. و قد ذهب إليه الشيخ الطوسي «2» و صاحب الشرائع و ابن إدريس في السرائر و جماعة آخرون منهم ابن البرّاج في جواهر الفقه «3» و المحقّق الكركي في جامع المقاصد «4» و شرح الإرشاد و اللعة و المفاتيح.

القول الثالث: ما حكى عن الغنية و النافع و جامع الشرائع. و في المسالك: قال به أبو الصلاح الحلبي. و هو صّحة الشركة دون الشرط، و كون شرط الزيادة إباحة لها و جواز الرجوع فيها ما دامت عينها باقية. فإنّه- بعد ذكر شروط صّحة عقد الشركة- قال: «فإذا تكاملت هذه الشروط، انعقدت الشركة و أوجبت لكلّ واحدٍ من الشريكين من الريح بمقدار ماله و من الوضيعة بحسبه. فإن اصطلحوا في الريح علي

(1)- جواهر الكلام 26: 302.

(2)- المبسوط 2: 349؛ الخلاف 3: 332،

(3)- جواهر الفقه: 73، المسألة 247.

(4)- جامع المقاصد 8: 25.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة والقسمة، ص: 121

...

أكثر من ذلك، حلّ تناول الزيادة بالإباحة، دون عقد الشركة. ويجوز لمبيحها الرجوع بها ما دامت عينها قائمة. وإن اشترط في عقد الشركة تفاضل في الوضعية، صحّت الشركة وبطل الشرط و كان الوضعية بحسب الأموال، إلا أن يتبرّع أحد الشريكين علي الآخر. فإن كان أحد الشريكين عاملاً في البضاعة فجعل له الآخر فضل الربح بإزاء عمله، لم يمض الشرط و كان للعامل أجر عمله و من الربح بحسب ماله. و إن كانا متساويين في العمل لم يكن لأحدهما أجرٌ» (1).

وقد اختار هذا القول السيد الخوئي (2).

وقد استدل السيد الخوئي (3) للقول الثالث- وهو صحّة عقد الشركة وفساد الشرط بما حاصله: أنّ اشتراط الزيادة لغير العامل أو لغير ذي العمل الأكثر، و إن لا ينافي مقتضي عقد الشركة، إلا أنّه مخالف للسنة الدالة علي تبعية النماء و الربح للمال، فهو شرط مخالف للسنة فيصير فاسداً، دون عقد الشركة.

وقال في بيان ذلك ما لبّاه: إنّ مقتضي السنة كون الربح لصاحب المال؛ لما دلّت عليه من تبعية الربح للمال في الملكية.

فإذا كان الربح المشترط كونه لغير صاحب المال، موجوداً بالفعل و داخلياً في ملك الشارط- كما لو كان ربحاً لتجارة سابقة- فلا مانع من اشتراط كونه للغير؛ لأنّ المالك مسلّط علي ماله يتصرّف فيه كيف شاء.

و أمّا إذا لم يكن موجوداً بالفعل- كما هو مفروض المسألة- يكون اشتراط ملكيته للغير من قبيل تملك المعدوم. و من المسلّم اعتبار كون ما يراد تملكه

(1)- الكافي في الفقه: 343.

(2)- المباني في شرح العروة الوثقى: 31.

(3)- نفس المصدر: 258-259.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة والقسمة، ص: 122

...

موجوداً حال الاشتراط وداخلاً في ملك المملّك. و من هنا لا يصحّ تملك المعدوم.

ولأجل ذلك لم يتوقّف أحدٌ في بطلان هذا الشرط في ضمن عقد البيع؛ كأن يشترط البائع علي المشتري في بيع عقد الدار أن يكون أرباح بستانه له. و من الواضح عدم كون الشرط مشرّعاً، بل إنّما تدلّ أدلّة الشرط علي لزوم الوفاء به إذا كان في نفسه مشروعاً سائغاً غير مخالف للكتاب و السنّة. فلا مناص إذاً من تحكيم قاعدة تبعية الربح للمال.

و لا يخفي أنّ ظاهر كلام هذا العَلَم وإن يرجع إلي الاستدلال في المقام بوجهين مستقلّين. أحدهما: قاعدة التبعية. و الآخر: قاعدة تملك المعدوم.

ولكن التأمّل يقضي برجوع الوجه الأوّل إلي الثاني، بل الاستدلال يتوقف علي الوجه الثاني، وإلا فقاعدة التبعية تقتضي خلاف مطلوب هذا العَلَم.

بيان ذلك: أنّ قاعدة «الناس مسلّطون علي أموالهم» تقتضي جواز جميع تصرّفات المالك علي ماله و ما يتّبعه من النماءات و الأرباح؛ لأنّ الفرع تابع للأصل و الربح تابع للمال. فإذا كان مسلّطاً علي ماله فكذلك علي ما هو تابع له. فكما يجوز تصرّفه في عين ماله، فكذلك يجوز تصرّفه في ما يتّبعه من النماءات و الأرباح بمقتضى قاعدة السلطنة.

ولكن لما كان الربح الحاصل بتجارة المال معدوماً حين إنشاء عقد الشركة، و ليس من قبيل ما كان منشؤه بيد الإنسان في كلّ آن، كما في منفعة العمل الذاتية في إجارة الأشخاص - لما بيّناه سابقاً أنّها في حكم المال - ولما كان من شرط صحّة تملك الشيء كونه مملوكاً للمملّك، و المعدوم لا وجود له حتّي يكون مملوكاً،

فلا يصحّ تملك حصّة من الربح- الحاصل بالتجارة بالمال المشترك في المستقبل- لأنها معدومة غير قابلة للتمليك و التملك.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة والقسمة، ص: 123

...

و علي أيّ حال فساد هذا الشرط لا يوجب فساد عقد الشركة؛ نظراً إلي ما حقّق و ثبت في محلّه من عدم فساد العقد بفساد الشرط.

ثمّ إنّ هذا العَلَم ردّ التفصيل بين شرط ملكية أحدهما الزيادة ابتداءً و بنفس العقد؛ بأن ينتقل المقدار الزائد إليه قبل أن يدخل شيء منه في ملك الشريك الشارط، فيحكم ببطلانه لمخالفته للسنة، و بين شرط تملكه لها بعد دخوله في ملك الشريك و لو أنا ما فيصحّ؛ نظراً إلي عدم منافاة الثاني لقاعدة التبعية.

و علل ردّ ذلك بأنّ شرط الفعل أيضاً يتضمّن تملك المعدوم حال الاشتراط، و إن لا ينافي قاعدة تبعية الربح لأصل المال.

ثمّ استدلل لإثبات مرامه، من صحّة العقد مع فساد الشرط- مضافاً إلي ما بني عليه من مقتضي القاعدة، من عدم بطلان العقد بفساد الشرط- بصحيحة

رفاعة، قال: سألت أبا الحسن موسي عليه السلام عن رجل شارك رجلاً في جارية له، و قال: إن ربحنا فيها فلك نصف الربح، و إن كانت وضيعة فليس عليك شيء، فقال: «لا أري بهذا بأساً إذا طابت نفس صاحب الجارية» «1».

بتقريب أنّ المشار إليه بهذا في قوله عليه السلام:

«لا أري بهذا بأساً»

هو الشرط.

و ظاهره فساد الشرط؛ لدلالة ما ورد فيها من تعليق نفي البأس علي طيبة نفس صاحب الجارية علي ذلك؛ حيث إنّه لو كان الشرط صحيحاً لم يكن وجهاً لاعتبار طيب النفس، بل لكان الشرط نافذاً مطلقاً و كان صاحب الجارية مجبوراً عليه، سواءً أطابت نفسه أم لا.

و ليس المشار إليه نفس العقد. و

ذلك لأنّ حصول طيب نفس صاحب الجارية أمرٌ مفروغ عنه؛ لفرض إقدامه علي عقد التّشريك، فلا معني لتعليق جواز العقد

(1)- وسائل الشيعة 19: 7، كتاب الشركة، الباب 1، الحديث 8.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 124

...

علي طيب نفسه بعد فرض كونه هو الذي أقدم علي العقد.

هذا، و لكن في استشهاده بهذه الصحيحة ما لا يخفي؛ إذ الصحيحة تدلّ بوضوح علي صحّة الشرط؛ نظراً إلي وضوح ظهور قوله عليه السلام:

«لا أري بهذا بأساً»

في صحّة الشرط- و هو شرط عدم كون شي ء من الوضيعة عليه- و أمّا قوله عليه السلام:

«إذا طابت ...»

فهو بيان لاعتبار كون الاشتراط المزبور عن طيب نفس صاحب الجارية، و عدم كفاية مجرد ذكر الشرط لفظاً و المقصود أنّه إذا رضي بذلك الشرط الذي بضرره فاشترطه باختياره و إرادته فلا بأس. و هذا التعبير في الجواب عن السؤال المزبور في مثل هذا المورد متعارف. و ليس المراد به التعليق حقيقةً، فلا يضرّ بصحّة الشرط.

تصحيح الشرط بنحو شرط الفعل

و هاهنا صورة من الاشتراط لا يستلزم محذور تملك المعدوم. و هي اشتراط هبة مقدار من الربح لأحدهما- زائداً عن استحقاقه- بنحو شرط الفعل. بأن يلتزم بهذا الاشتراط فعل تملك ذلك المقدار عند حصول الربح. فلا يلزم حينئذٍ محذور تملك المعدوم؛ لعدم كون التملك فعلياً حال كون الربح معدوماً، بل إنّما هو حاصل بعد حصول الربح و تحقّقه في الخارج، إلّا أنّ الالتزام بذلك فعليّ بنفس الاشتراط.

بل يمكن دعوي ظهور اشتراط زيادة الربح لغير العامل أو لمن كان عمله أقلّ في الاشتراط بهذا المعني؛ لأنّه المتفاهم العرفي بعد وجود القرينة الصارفة الارتكازية العقلانية- بل العقلية- علي امتناع تملك المعدوم و خروجه عن مراد طرفي الشرط. و هذه

القرينة الارتكازية العرفية تعطي الظهور للاشتراط المزبور في المعنى الأخير؛ أي شرط فعل تمليك الربح عند حصوله.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة والقسمة، ص: 125

...

ويمكن تصحيح هذا الشرط أيضاً بنحو آخر، وهو كون الاشتراط راجعاً إلي تعلق التمليك الفعلي بالربح الموجود في ظرف تحققه. وهذا يرجع في الحقيقة إلي تعليق متعلق التمليك، لا التعليق في نفس التمليك حتى تأتي شبهة استحالة التعليق في إنشاء التمليك. كما يمكن تصحيح التعليق في العقود ودفع شبهة استحالة التعليق في العقود بهذا النحو.

وحاصل هذا الوجه أن التمليك فعلي ويُشأ بنفس الاشتراط، إلا أنه تعلق بالربح الحاصل الموجود في ظرف وجوده عند ما حصل بالتجار، وإن شئت فقل: إن متعلق التمليك إنما هو معلق علي تحققه ووجوده الخارجي، لا نفس التمليك.

وهذا التصحيح أوفق بالمتفاهم العرفي وأقرب إلي ارتكاز أهل العرف من توجيه الاشتراط المزبور بشرط الفعل.

والشاهد علي ذلك أنه لا ينتظر الشريك المشروط له بعد حصول الربح تمليك الشارط القدر الزائد له، بل يراه داخلاً في ملكه بمجرد حصوله ويتملكه من دون انتظار لتمليكه من جانب الشارط. وهذا الارتكاز يكشف عن حصول التمليك بنفس الاشتراط وأنه كان فعلياً. و عليه فالظاهر عرفاً من الاشتراط المزبور ما قلناه.

ولا فرق في ذلك بين اشتراطها للعامل أو لغيره، ولا بين اشتراطها لمن كان عمله أكثر أو أقل. فالمحذور المزبور مرتفع في كلتا صورتين، ولو لا حل هذه العويصة بالتوجيه الذي ذكرنا، فلا مناص منها في كلتا صورتين بلا فرق بينهما، اللهم إلا أن تخرج الصورة الأولى - أي صورة اشتراطها للعامل أو أكثر عملاً - بالإجماع.

دليل تحرير الوسيلة

...

و عليه فكما يصحّ عقد الشركة، فكذلك يصحّ اشتراط تخصيص مقدار من الربح بأحد الشريكين، من دون أيّ محذور. ولا ملزم لنا حينئذٍ لتصحيح الشرط أن نلتجئ إلي التمسك بعدم سراية الفساد من الشرط إلي العقد، كما التجأ إليه هذا العَلَم.

دليل بطلان العقد و الشرط كليهما

و قد استدلّ الشهيد في المسالك «1» لبطلان العقد و الشرط كليهما في المقام.

أولاً : بأنّ الصحّة بحاجة في إثباتها إلي دليل، و هو منتفٍ في المقام؛ لأنّ أسباب الملك معدودة و ليست عقد الشركة منها. و لم يقع اشتراطها في عقد معاوضة حتّي تضمّ إلي أحد العوضين، و لا عقد هبة في البين ليقضي ملكيتها.

و عليه فيكون اشتراطها من قبيل اشتراط كون مال للغير بغير سبب ناقل للملك، مثل ما لو دفع إليه دابّة للكراء مبنياً علي كون الاجرة الحاصلة لهما، فيبطل العقد المتضمّن لذلك؛ حيث لم يقع سهم الشخص المدفوع إليه الدابّة في مقابل عوض، بل يرجع إلي الجمع بين العوض و المعوّض. و ما نحن فيه من هذا القبيل في الحقيقة. فلا يندرج في الأمر بالإيفاء بالعقود، و لا في عموم «المؤمنون عند شروطهم».

و ليست الشركة تجارة لكي تصحّ لأجل حصول التراضي باندراجها في آية التراضي، إلّا أن يكون الشرط للعامل فيكون معاوضةً و تجارة؛ نظراً إلي وقوع الزيادة بإزاء العمل حينئذٍ.

و ثانياً: بأنّه أكل المال بالباطل؛ لأنّ الزيادة لا عوض في مقابلها لكي تقع

(1)- مسالك الأفهام 4: 312.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 127

...

بإزائها؛ لفرض عدم كونها بإزاء عمل «1».

إن قلت: التصرف في مال الغير إنما يكون حراماً وأكلاً بالباطل إذا لم يكن برضا المالك و طيب نفسه. وأما إذا كان بطيب

نفسه ورضاه- كما في المقام- فلا يكون حراماً.

قلت: ليس مقصود الشهيد حرمة أصل التصرف؛ لوضوح ارتفاعها بإذن المالك ورضاه وإباحته للتصرف، بل مراده منع جواز التصرف المالك المتوقف علي حصول التمليك، كما هو المراد من قوله تعالى: «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» (2)؛ لأن من الواضح جواز التصرف في مال الغير بإذنه ورضاه وإباحته كتصرف الضيف في مال المضيف، بل مطلق موارد التصرف في مال الغير عند رضاه وطيب نفسه، مع عدم صدق عنوان التجارة و المعايضة في شيء من هذه الموارد.

(1)- قال قدس سره في تعلييل فساد العقد و الشرط: لانتفاء دليل يدل علي الصحة، ولأنه أكل مال بالباطل، لأن الزيادة ليس في مقابلها عوض، لأن الفرض أنها ليست في مقابله عمل، و لا وقع اشتراطها في عقد معاوضة لتضم إلي أحد العوضين، و لا اقتضي تملكها عقد هبة، و الأسباب المثمرة للملك معدودة، و ليس هذا أحدها، فيكون اشتراطها اشتراطاً لتملك شخص مال غيره بغير سبب ناقل للملك، كما لو دفع إليه دابة يحمل عليها، و الحاصل لهما، فيبطل العقد المتضمن له؛ إذ لم يقع التراضي بالشركة و الإذن في التصرف، إلا علي ذلك التقدير و قد تبين فساده، فلا يندرج في الأمر بالإيفاء بالعقود، و لا في «المؤمنون عند شروطهم». و ليست الشركة تجارة إلا أن يكون الشرط للعامل، و جوازه مسلّم، فلا تتناوله آية التراضي. و هذا يتم مع عدم زيادة عمل ممن شرطت له الزيادة و إلا لكان معاوضة و تجارة، و لم يرد عليه ما ذكر، فينبغي علي هذا تقييد الجواز بذلك. مسالك الأفهام 4: 312.

(2)-

...

وفيه: أنا نمنع عدم كون عقد الشركة من قبيل التملك، وإلا كيف يدخل نصف مال كل منهما في ملك الآخر ويتحقق الإشاعة في ملكية جميع أجزاء المال لهما؟! فعقد الشركة في الحقيقة يتضمّن قصد تملك كل منهما نصف ماله للآخر، وبذلك تحصل لهما ملكية جميع أجزاء المال المشترك علي وجه الإشاعة، فما من جزءٍ منه إلا وهو ملك لهما معاً. وهذه الملكية الإشاعية، وإن حصلت بنفس المزج و نحوه من سائر أسباب الشركة، إلا أنه لما تعلّق القصد بها بإنشاء عقد الشركة يصير بذلك تملكاً معاوضياً.

بمعني أنّهما يتراضيان بالملكية الإشاعية علي أن يدخل نصف مال كل منهما في ملك صاحبه متقابلاً وعلي وجه المعاوضة. وإن شئت فقل: يقصد كل منهما أن يدخل نصف ماله في ملك الآخر بإزاء دخول نصف مال صاحبه في ملكه. وإنشاء عقد الشركة مبني علي هذا القصد بشهادة الوجدان والارتكاز والمتفاهم العرفي من إنشاء عقدها بمثل قولهما: «اشتركنا أو شاركنا».

وعليه فعقد الشركة من قبيل المعاوضة والتجارة في الحقيقة. وذلك لأن كل واحد من الشريكين يقصد بإنشاء عقد الشركة كون نصف ماله لشريكه بإزاء دخول نصف مال شريكه في ملكه. نعم لا يتلفّظان بهذا التملك، إلا أنه مطوي و منوي في قولهما: «تشاركنا أو اشتركنا» بالارتكاز وحسب المتفاهم العرفي. وهذا من إحدي فوائد إنشاء عقد الشركة الدافعة لمحذور اللغوية. فتصير الشركة به عقداً معاوضياً.

وبعبارة اخري: يكشف إنشاء عقد الشركة عن تعلّق رضاهما المعاملي بالشركة؛ بأن يدخل نصف ماله في ملك شريكه بالإشاعة بإزاء دخول

نصف مال شريكه في ماله علي الإشاعة. فإنّ بهذا الالتزام المعاملي و الرضا معاوضي - الذي هو روح الشركة العقدية- يصير عقد الشركة معاوضياً.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 129

...

و العجب من الشهيد أنّه ينكر كون عقد الشركة من أسباب الملك، مع أنّه يعترف قطعاً بحصول الملكية المشاعة حقيقةً للشريكين في جميع أجزاء المال المشترك بنفس عقد الشركة. فهل هي إلا ملكية جديدة حاصلة بعقد الشركة و لم تكن من قبل، و لا سيّما بناءً علي عدم اعتبار الامتزاج في عقد الشركة.

و بما بيّناه اتّضح وجه عدم كون التصرف في الزيادة المشترطة من الربح لغير العامل أكلاً بالباطل؛ نظراً إلي صحّة الشرط، بل لزوم الوفاء به لوقوعه في ضمن عقد شرعي.

مقتضي التحقيق في المقام

فتحصّل أنّ مقتضي التحقيق صحّة عقد الشركة في مفروض المسألة مطلقاً، سواءً أقلنا بفساد الشرط المزبور أم قلنا بصحّته.

و أمّا الشرط نفسه، فإذا كان علي نحو شرط النتيجة يفسد مطلقاً، من دون فرق بين نحويه المشار إليهما في التفصيل الذي ردّه السيد الخوئي آنفاً؛ نظراً إلي لزوم محذور تملك المعدوم في النحويين منه.

و أمّا إذا كان علي نحو شرط الفعل، أو كان راجعاً إلي تعلّق التملك الفعلي بالربح المتحقّق في ظرفه- الذي مرجعه إلي تعليق متعلّق التملك- بالبيان المتقدم متاً، فلا إشكال في صحّته كما قلنا.

فحاصل التحقيق: صحّة العقد مطلقاً في المقام، و صحّة الشرط المزبور إذا كان علي نحو شرط فعل تملك الزائد عند حصول الربح. فالحقّ مع السيد الماتن قدس سره علي النحو الذي فصلناه.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 130

[بعض خصوصيات الشركة]

(مسألة 11): العامل من الشريكين أمين

إشارة

(1)، فلا يضمن التلف إلا مع التعدي أو التفريط. و إن ادّعي التلف قبل قوله (2).

العامل من الشريكين أمين

(1) 1- قال العلامة في القواعد: «الشريك أمين لا يضمن ما تلف في يده، إلا بتعدُّ أو تفريط». وعلَّله في جامع المقاصد «1» بأنه وكيل عن جانب شريكه.

و يفهم من كلام صاحب الشرائع تعليل عدم ضمانه بأنه أمين؛ حيث قال:

«و لا يضمن الشريك ما تلف في يده؛ لأنه أمانة، إلا مع التعدي أو التفريط في الاحتفاظ». وفي الجواهر «2» نفي الخلاف والإشكال عن ذلك والدليل علي ذلك- بعد التسالم- ما دلّ من النصوص علي نفي الضمان عن الأمين. وأما كون العامل أميناً فهو ثابت بالوجدان العرفي مع دلالة النصوص علي ذلك أيضاً «3».

(2) 2- يُحتمل في مقصود السيد الماتن من هذه الفقرة وجهان:

الأول: كون مراده صورة تخاصم

الشريكين في أصل تلف المال المشترك بيد العامل فيدعيه العامل و يُنكره شريكه فيقبل حينئذٍ قول العامل؛ لأنه أمين ولا يطالب بالبيّنة. و هو كذلك ما دام لم يكن متّهماً، لما دلّ من النصوص علي عدم قبول قوله إذا كان متّهماً وقد سبق البحث عن مفاد هذه النصوص في كتاب المضاربة.

(1) - جامع المقاصد 8: 27.

(2) - جواهر الكلام 26: 308.

(3) - راجع وسائل الشيعة 19: 155، كتاب الإجارة، الباب 32 و 19: 79، كتاب الوديعة، الباب 4 و 19: 96، كتاب العارية، الباب 3.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 131

و كذا لو ادّعي الشريك عليه التعدي و التفريط و قد أنكر (1).

الثاني: أن يكون مقصوده دعواه التلف بمعنى عدم إتلافه بالتعدي و التفريط؛ لأنه الظاهر من لفظ التلف. فحينئذٍ قول العامل و إن يكن دعوي بحسب متن كلامه و لفظه، إلا أن مصبّه و مرجعه إلي إنكار التعدي و التفريط. فهو يدعي في الحقيقة تلف المال بغير تعديّه و تفريطه. و مرجع ذلك إلي إنكار التعدي و التفريط.

و الاحتمال الثاني هو الأنسب إلي عنوان المسألة بأن العامل لا يضمن التلف، إلا مع التعدي و التفريط. فإن ذيل المسألة تفريع علي صدرها.

(1) 1- و قد نفي الخلاف و الإشكال في الجواهر عن قبول قوله مع يمينه. و لكنّه علّله بأنّه منكر، و البيّنة علي المدعي و اليمين علي من أنكر؛ هذا.

لما ذا يكون علي العامل اليمين في قبول إنكاره؟

و لكن يخطر بالبال في البداية أن قاعدة المدعي و المنكر لا تجري في حقّ العامل، بل إنّما هي المرجع في غيره. و ذلك لأنّ وجه تقديم قوله إنّما هو كونه أميناً، و الأمين مقبول قوله و مصدّق في دعواه مطلقاً، سواء كانت

في أصل التلف أو في مقداره. وذلك بدليل النصوص المتواترة و اتفاق الأصحاب، من دون فرق في ذلك بين ما رجع قوله إلي الدعوي و صدق عنوان المدعي عليه، و بين رجوعه إلي الإنكار و دخوله في عنوان المنكر. و قد سبق ذكر هذه النصوص و تحقيق مفادها في كتاب المضاربة.

و عليه فالأمين لا يحتاج لإثبات دعواه إلي البيّنة، بل يكفي بيمينه؛ بخلاف غير الأمين؛ فإنّه يحتاج في إثبات دعواه إلي البيّنة. فالاستناد إلي قاعدة المدعي و المنكر في مورد الأمين في غير محلّه.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 132

...

و كذلك الكلام في الحاجة إلي اليمين إذا كان العامل منكرًا؛ نظراً إلي عدم جريان قاعدة «و اليمين علي من أنكر» في حقّ العامل المنكر؛ لأنّه أمينٌ مصدّق في قوله مطلقاً، سواءً أ كان مدعياً أم منكرًا.

و لكنّ الفقهاء مع ذلك قد حكموا بلزوم اليمين علي العامل، و إن كان أميناً كما في الجواهر (1) و غيره، بلا فرق بين كونه مدعياً أو منكرًا. و لا يخفي عليك أنّه منافاة في البين. و السرّ في ذلك أنّ مقتضي كونه أميناً نفي الضمان عنه فيما إذا تلف ما بيده من غير تعدّد و تقريط، بخلاف غير الأمين، فإنّه يضمن مطلقاً.

و أمّا إثبات كون التلف بغير تعدّد و تقريط، فهو بحاجة إلي الدليل، و كونه أميناً لا يُغنيه من ذلك. و لمّا يرجع قوله إلي إنكار التعدي و التقريط من جانبه مطلقاً- و لو كان بصورة الدعوي ظاهراً- فعليه أن يحلف لإثباته؛ لأنّه منكر، و اليمين علي من أنكر. نعم بعد ما ثبت عدم التعدي و التقريط بيمينه يُنفي عنه الضمان بمقتضي كونه أميناً. بخلاف

ما لو لم يكن أميناً، حيث لا ينفع إثبات عدم تفریطه باليمين لنفي الضمان عنه؛ لأنه ضامن مطلقاً، وإن تلف ما في يده بغير تفریطه و تعدّيه.

وعليه فقاعدة «المدعي والمنكر» إنما تثبت موضوع قاعدة «لا ضمان علي الأمين»، وهو التلف بغير تعدّ و تفریط.

و اتضح ممّا بيّناه وجه حكمهم بيمينه لإثبات دعواه، و هو رجوع دعواه في الحقيقة إلي إنكار التفریط و التعدّي من جانبه.

(1) - جواهر الكلام 26: 308.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 133

(مسألة 12): عقد الشركة جائز من الطرفين

إشارة

(1)، فيجوز لكلّ منهما فسخه فيفسخ.

الشركة عقد جائز

(1) 1- قد اشتهر التعبير بذلك بين الفقهاء، كالمحقّق الحليّ و العلامة و المحقّق الكركي و الشهيد الثاني و غيرهم. بل عن الغنية و التذكرة الإجماع عليه. و هل الجواز هاهنا بمعنى زوال أصل الشركة بالفسخ، أو بمعنى جواز رفع الإذن و مطالبة القسمة لكلّ من الشريكين؟ ينبغي فيه التحقيق.

قال العلامة في القواعد: «و يجوز الرجوع في الإذن و المطالبة بالقسمة؛ إذ الشركة من العقود الجائزة من الطرفين» (1).

و علّله في جامع المقاصد بقوله: «لمّا كانت الشركة عبارة عن توكيل و توكل، كان فسخها جائزاً من الطرفين كالوكالة، فمتي رجعا عن الإذن انفسخت من الجانبين» (2). و ظاهره فسخ أصل الشركة لظهور التعليل في انتفائها و زوالها بالفسخ كزوال التوكيل به.

(1) - قواعد الأحكام 2: 327.

(2) - جامع المقاصد 8: 22.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 134

وقال في الشرائع: «و لكلّ من الشركاء الرجوع في الإذن و المطالبة بالقسمة، لأنّها غير لازمة» «1» و قال في المسالك في شرحه: «الشركة بمعنيها غير لازمة» «2».

و مقصوده من المعنيين الشركة العقدية وغيرها. ثمّ استظهر من قول المحقّق:

و)

المطالبة بالقسمة» غير العقدية، بل جعلها من أحكام الشركة. و من قوله:

«الرجوع في الإذن» العقدية.

ثم جعل الأنسب في قوله: «غير لازمة» أن يكون إشارة إلى العقدية.

ولكن يظهر من الجواهر «3» أنّ الجواز في المقام إنّما هو بمعنى الرجوع عن الإذن في التصرف. وذلك لأنّ عقد الشركة تارة: يراد به التزام كلّ واحد من الشريكين بإذن صاحبه بالتصرف في سهمه. فهذا في الحقيقة ليس عقداً، بل من أحكام الإذن. وإنّّه ليس من العقود قطعاً، نحو الإذن في دخول الدار وأكل الطعام، بل لو جعل الإذن في المقام عقداً، فليس إلا وكالةً، لا شركةً.

و اخري: يراد به إنشاء الشركة بمثل صيغة: «اشركنا»، أو «شاركنا». وإنّّه عقد لازمٌ لا ينافيه بطلان الشركة بالقسمة، كما لا ينافي لزوم البيع الإقالة «4».

و حاصل كلامه: أنّ الذي هو عقد جائزٌ من الطرفين و يفسخ، هو عقد الشركة المنشأ للإذن في التصرف، بل ليس عقداً في الحقيقة و إنّما هو مجرد إذن في التصرف. فلما كان ثبوته بالإذن يزول بالفسخ، فلا يجوز حينئذٍ لهما التصرف في المال المشترك.

(1)- شرائع الإسلام 2: 107.

(2)- مسالك الأفهام 4: 315.

(3)- جواهر الكلام 26: 306.

(4)- راجع جواهر الكلام 26: 302.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 135

...

و كلامه- مع ما له من المتانة- لا يخلو من مناقشة. و هو أنّ عقد الشركة لو كان بمعنى التزام كلّ من الشريكين إذن الآخر بالتصرف في ماله لا مانع من إطلاق عنوان العقد عليه. و أمّا لو كان بمعنى سبب الملكية الإشاعية أو الإشاعة في الملكية، فلا يمكن الالتزام بسببته لذلك؛ لفرض حصول الإشاعة في الملكية بالمزج و نحوه، فلا معنى لسببية العقد لذلك.

فلا دخل للعقد في أصل حصول الشركة.

وعليه فالشركة الحاصلة بالمزج ونحوه، ليست عقداً فضلاً عن اتّصافه باللزوم. فلا مناص من تعيُّنه في المعنى الأول؛ أي بمعنى التزام كلٍّ من الشريكين إذن الآخر بالتصرّف. ويمكن عدّه عقداً بضربٍ من العناية.

وإنّ للمحقّق الخوئي بياناً آخر نظير ذلك في المقام. وحاصله: أنّ الجواز في المقام ليس بمعنى ارتفاع الشركة وزوالها بالفسخ؛ لأنّها موجودة ما دام لم تتحقّق القسمة في الخارج، بل إنّما هو بمعنى جواز مطالبة كلٍّ منهما القسمة وعدم جواز امتناع صاحبه منها.

ثمّ قال في توضيح ذلك ما حاصله: أنّ الشركة تارة: تُلاحظ بالقياس إلى أصل المال، فانفاسخها يدور مدار تحقّق القسمة في الخارج؛ لأنّها في الحقيقة الملكية المشاعة الاشتراكية، وهي لا تتبدّل بالملكية الاختصاصية، إلا بالقسمة.

وآخري: تلاحظ بالقياس إلى الربح الحاصل من التجارة. فإنّ استحقاق الربح إنّما يثبت بإذن الشريك بالتصرّف في سهمه ولا دخل لعقد الشركة في ذلك. وإنّ بقاء الإذن كحدوثه بيد الآذن، فله أن يرجع عن إذنه ويرفعه متى شاء. وإذا رجع لا يجوز لشريكه التصرّف في المال المشترك. وهذا المعنى هو المقصود من الجواز في المقام.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة والقسمة، ص: 136

...

وكلامه هاهنا متين لا غبار عليه، إلا أنّه يناقض ما سبق من هذا العَلَم، من عدم كون عقد الشركة مفيداً للإذن بالتصرّف في المال المشترك، بل لا بدّ بعد العقد من إذن كلٍّ من الشريكين لصاحبه بالتصرّف.

وجه المناقضة أنّه لو لم يكن الإذن ثابتاً بنفس عقد الشركة فكيف يرتفع بالفسخ؟ فلا بدّ من ثبوته بالعقد حتّى يزول بالفسخ.

فتحصّل أنّ الإذن بالتصرّف في المال المشترك

لمّا كان مستفاداً من نفس إنشاء عقد الشركة بمثل قول: «اشتركنا» أو «شاركنا»، فلا محالة يرتفع الإذن بقوله:

«فسخت عقد الشركة».

وأمّا في دلالة علي مطالبة القسمة محلّ تأمل، بل الظاهر عدم دلالة للفسخ علي ذلك. بل غاية مدلوله انتفاء عقد الشركة، لا أصلها. وإتّما تبقي الشركة علي حالها قبل العقد، قهرية كانت أم اختيارية. و الإشكال بعدم الفائدة لها بعد فسخ العقد، مدفوع بأنّ فائدتها في نماء المال المشترك أو ازدياد قيمتها بنفس المزوج أو ارتفاع القيمة السوقية. هذا، مع عدم دَوْران بقاء الشركة مدار وجود فائدة و مصلحة فيها، كما في الشركة القهرية الحاصلة بالمزوج القهرية.

فتحصّل أنّ فسخ عقد الشركة إتّما هو بمعني رفع إذن الفاسخ بالتصرّف في المال المشترك، و لا دلالة له علي مطالبة القسمة، بل إتّما ترجع الشركة إلي حالها قبل العقد. و مطالبة القسمة بحاجة إلي دالّ لفظي آخر غير فسخ العقد.

مقتضي التحقيق في المقام

و الذي يقتضيه التحقيق: أنّ فسخ عقد الشركة في المقام إتّما هو بمعني رفع الإذن بالتصرّف في المال المشترك. و إنّ كما يستفاد إذن كلّ من الشريكين لصاحبه بالتصرّف في ماله، من نفس إنشاء عقد الشركة بالصيغة - كما بيّنا وجه ذلك

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 137

...

سابقاً - كذلك يستفاد رفع الإذن من فسخ عقد الشركة. و هذا من أحد شواهد كون فائدة إنشاء عقد الشركة إذن كلّ من الشريكين صاحبه بالتصرّف في المال المشترك للتّجار و التّكسّب به.

و أمّا أصل الشركة فلمّا كان ثبوته بالمزوج ونحوه، و لم يكن لعقد الشركة دخلٌ فيه، لا ينتفي بفسخ العقد، بل إتّما ينتفي بالقسمة المزيّلة للملكية الإشاعية الاشتراكية بتبديلها إلي الملكية المفرزة الاختصاصية.

إن قلت: إيجاد عقد الشركة

لمّا كان لغرض الاسترباح بالمال المشترك و تحصيل الربح المشترك بالتجارة، يكون فسخ العقد بمعني انتفاء هذا الغرض و رفع استحقاق سهم من الربح مشاعاً.

قلت: ربح المال المشترك علي قسمين: أحدهما: نماؤه المتصلة و المنفصلة.

و هذا القسم من الربح حاصل من نفس المال المشترك بلا وساطة تجارة أو تكسب. ثانيهما: الربح الحاصل بالتجارة و التكسب بالمال المشترك.

و هذا النوع من الربح لمّا يتوقف حصوله علي التجارة و التكسب بالمال المشترك و التصرف فيه، لا يحصل الشركة فيه بمجرد الشركة في أصل المال- كالنوع الأول- بل إنّما تتوقف الشركة فيها علي إذن الشريك بالتصرف في ماله للتجارة. فعقد الشركة في الحقيقة يفيد الشركة في هذا القسم من الربح، لا الشركة في النماء.

و عليه ففسخ عقد الشركة يرفع الإذن الذي هو منشأ النوع الثاني من الربح.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 138

و الظاهر بطلان أصل الشركة به فيما إذا تحققت بعقدها، لا بالمزج و نحوه (1)، كمزج اللوز باللوز، و الجوز بالجوز، و الدرهم و الدينار بمثلهما. ففي مثلها لو انفسخ العقد يرجع كلّ مال إلي صاحبه، فيتخلّص فيه بالتصالح. و كذا يفسخ بعروض الموت و الجنون و الإغماء و الحبر بالفلس أو السفه (2).

تبطل الشركة المتحققة بالعقد بفسخه

(1) 1- و قد فصل السيد الإمام الراحل في المقام بين ما إذا تحققت الشركة أولاً بالمزج ثمّ أنشأ الشريكان عقد الشركة، و بين ما إذا تحققت الشركة بنفس إنشاء عقدها، من دون تحقّق مزج بين المالين، كما في القيميات و ما شابهها ممّا لا يتحقّق فيه مزج تامّ، كمزج الجوز بالجوز و الدرهم و الدينار بمثلهما.

ففي الصورة الاولي حكم بأنّه لا ينتفي أصل الشركة بالفسخ، بل إنّما ثمرة الفسخ

انتفاء الإذن في التصرف واستحقاق الربح، بخلاف الصورة الثانية فينتفي حينئذ أصل الشركة؛ نظراً إلى تقوّمها في غير موارد المزج بنفس العقد، فإذا انسخ العقد تنتفي الشركة. فإذا لا قسمة في البين، بل المتعّين هو التصالح لو أمكن، وإلا فالقرعة، كما هو مقتضى القاعدة في القيمات المشتبهة.

(2) 2- وأما وجه انفساخ عقد الشركة بالموت والجنون والإغماء والفلس والسفه واضح. وذلك إمّا لانتفاء الإذن بانتفاء وجود الآذن بالموت. وإمّا لانتفاء اعتبار قوله وفعله وإذنه بالجنون والإغماء؛ لأنّ المغمي عليه ملحق بالمجنون. ولا يقاس بالنائم حتّي يتوهم عدم انقطاع الإذن به. وذلك لأنّ بالنوم لا يزول الإذن السابق الثابت قبل النوم، بل هو باقٍ بعد النوم عرفاً؛ حيث لا يرى أهل العرف عروض النوم

دليل تحرير الوسيلة - الشركة والقسمة، ص: 139

و لا يبعد بقاء أصل الشركة في ذلك مطلقاً (1)؛ مع عدم جواز تصرف الشريك.

موجباً لانقطاع الإذن. وإمّا لمنعه عن التصرف في ماله، كما في المحجور. فلا اعتبار لإذنه بالتصرف في أمواله.

(1) 1- أي؛ سواءً كان انفساخ العقد بعروض الموت أو الجنون أو الإغماء أو الحجر بالفلس أو السفه. فلم يستبعد السيد الإمام بقاء أصل الشركة فيما لو حصل الانفساخ بهذه العوارض وهو الصحيح؛ نظراً إلى عدم دخل للإذن في أصل الشركة الحاصلة بالمزج ونحوه حتّي تزول بالعوارض المزبورة.

ومقتضى التحقيق في المقام ما ذهب إليه السيد الإمام الراحل في المقام.

وحاصله: التفصيل بين ما إذا تحققت الشركة بنفس العقد وكانت متقومة بإنشائه فتنفي لا محالة بفسخه و تبطل الشركة من أصلها حينئذٍ، و بين ما إذا كانت

الشركة متحققة بسائر الأسباب من مزج أو غيره، فحينئذٍ لا ينتفي أصل الشركة بالفسخ، بل إنّما ينتفي به الإذن بالتصرّف في المال المشترك و استحقاق الربح بالتكسّب به.

وبذلك اتّضح ضعف القول ببقاء أصل الشركة في المقام مطلقاً. نعم، بناءً على اعتبار المزج في الشركة العقدية لا تنتفي أصل الشركة مطلقاً، بل إنّما ينتفي خصوص الإذن بالتصرّف حينئذٍ. و من هنا يرد على السيد الإمام الراحل إشكال التناقض في المقام. وذلك لأنّه أفتي في المسألة السابعة باشتراط المزج و احتاط وجوباً بتحقيق سائر أسباب الشركة - غير عقدها - في صحّة عقد الشركة العنانية.

و لكن ظاهره في المقام تحقّق الشركة بعقدها وحده - مع عدم تحقّق أحد أسباب الشركة من المزج و غيره و حكم بصحّته قبل الفسخ. اللهم إلا أن يقال: إنّ كلامه هاهنا مبنيّ على فرض بناء تحقّق الشركة بمجرد عقدها و بدون سائر أسباب الشركة.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 140

(مسألة 13): لو جعلاً للشركة أجلاً لم يلزم

إشارة

(1)، فيجوز لكلّ منهما الرجوع قبل انقضائه، إلا إذا اشترطا في ضمن عقد لازم عدم الرجوع، فيجب عليهما الوفاء، بل و كذا في ضمن عقد جائز، فيجب الوفاء ما دام العقد باقياً.

حكم تأجيل عقد الشركة

(1) 1- وقد سبق نظير هذا الكلام في اشتراط الأجل لعقد المضاربة. و الوجه في عدم لزوم هذا الشرط، بل عدم صحّته، كونه مخالفاً لمقتضى عقد الشركة؛ لأنّه كناية عن لزوم عقد الشركة الجائز من الطرفين. و السرّ في ذلك أنّ المقصود من اشتراط الأجل لعقد الشركة، اشتراط نفي سلطته و عدم قدرته على فسخه إلى انتهاء ذلك الأجل. و هذا المعنى يؤول إلى لزوم العقد و منافٍ لجواز عقد الشركة، كما هو واضح.

بيان ذلك: أنّ

تأجيل عقد الشركة تارة: يكون بمعني إزالة حق الرجوع عن الإذن إلي نهاية الأجل المضروب و نفي السلطة علي فسخه إلي ذلك الزمان، فيعود إلي شرط النتيجة المفيد لعدم جواز الفسخ و صيرورة العقد لازماً. وقد فهم المشهور هذا المعني؛ حيث أخذوا التأجيل كناية عن لزوم العقد إلي نهاية الأجل. و هذا المعني مخالف لمقتضي عقد الشركة الذي هو عقد جائز. و من هنا يبطل هذا الشرط و يُصبح لغواً. و من أجل ذلك حكموا ببطالان هذا الشرط و عدم نفوذه.

و اخري: بمعني توقيت أصل ثبوت الإذن و استمراره إلي نهاية الأجل. فيكون الأجل شرط أصل ثبوت الإذن، و لازمه انتفاء الإذن بعد مضي الأجل لا كنايةً عن لزوم العقد و إزالة حق الرجوع و نفي السلطة علي الفسخ، بل بمعني انتفاء الإذن بعد

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 141

...

مضي الأجل. و قد سبق نظير هذا الكلام من السيد الخوئي في المسألة الحادية عشر من كتاب المضاربة من دليل تحرير الوسيلة.

و عليه فالشرط في الصورة الثانية صحيح؛ لعدم كون التوقيت و تأجيل عقد الشركة كناية عن لزومه، بل بمعني توقيت أصل الإذن. و لا ينافي ذلك ثبوت حق الرجوع له قبل مضي المدّة مهما شاء، كما كان ثابتاً لو كان يأذن مطلقاً من دون توقيت.

و هذا المعني هو المساعد للمتفاهم العرفي من تأجيل عقد الشركة؛ حيث يفهم أهل العرف منه توقيت أصل العقد بما له من المقتضيات، بمعني انتفاؤه و انفساخه بمجرد مضي الأجل، بلا حاجة إلي الفسخ.

و علي أي حال لا ينتفي حق الرجوع عن الإذن و جوازه بتأجيل عقد الشركة؛ إمّا لبطلان اشتراط عدم الرجوع؛ نظراً إلي كونه من الشرط

المخالف لمقتضي العقد؛ بناءً علي كونه كناية عن اللزوم. وإما لعدم كونه كناية عن اللزوم، بل بمعني توقيت أصل الإذن، كما قلنا.

ثم في المقام بقيت نكتة وهي: أن لتأجيل العقد مدلولين:

أحدهما: بلحاظ ما قبل انتهاء الأجل. وكل ما سبق من البحث كان بهذا اللحاظ.

ثانيهما: بلحاظ ما بعد الأجل فلا بد من التأمل في مدلول تأجيل عقد الشركة بهذا اللحاظ بالنسبة إلي التفسيرين المزبورين للتأجيل.

فنقول: مقتضي القاعدة أن من جعل التأجيل كناية عن لزوم العقد بالنسبة إلي ما قبل انتهاء الأجل ينبغي أن يلتزم بظهور التأجيل في انتفاء اللزوم فيما بعد الأجل ورجوع عقد الشركة إلي مقتضاه الأصلي.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة والقسمة، ص: 142

...

وإما من جعل التأجيل مجرد تحديد زمان الإذن وتوقيت أصل العقد، لا مناص له من الالتزام بانتفاء الإذن بعد مضي الأجل.

ولكن عمدة الكلام والنزاع في المقام إنما في مدلول التأجيل بالنسبة إلي ما قبل انتهاء الأجل، وإن كان مرجع التفسيرين بالمآل إلي الجواز ويفترق الحكم بينهما بالنسبة إلي ما بعد الأجل.

هذا كله في تأجيل عقد الشركة.

حكم اشتراط عدم الرجوع عن الإذن في عقد الشركة

وإما اشتراط أحدهما أو كليهما عدم الرجوع عن إذنه، فتارة: يكون هذا الاشتراط في ضمن عقد الشركة نفسه. و أخرى: في ضمن عقد جائز أو لازم آخر.

أما اشتراط عدم الرجوع في ضمن عقد الشركة؛ فتارة: يكون علي نحو شرط النتيجة علي نحو ما بيّناه ويراد به إزالة حق الفسخ و نفي السلطة علي الرجوع، فيكون الاشتراط حينئذ كناية عن لزوم العقد ولا يصح؛ نظراً إلي منافاته لمقتضي العقد. فيلغو الشرط حينئذ و يبقى عقد الشركة صحيحاً جائزاً كما كان.

و أخرى: يكون علي

نحو شرط الفعل؛ بأن يشترط الشريك عدم الرجوع عن إذنهما عملاً إلى مدّة أو ما دامت الشركة باقية، فمقتضى القاعدة صحّة الشرط بهذا المعنى، لو احرز كونه المقصود من اشتراط عدم الرجوع.

وذلك لرجوع اشتراط عدم الرجوع عملاً إلى إعمال قدرته علي الفسخ. فلمّا كان كلّ منهما قادراً علي الفسخ و معني القدرة أنّ صاحبها إن شاء فعل وإن شاء لم يفعل، يدخل اشتراط عدم الرجوع في إعمال قدرته بترك الرجوع عن الإذن. فتبيّن

دليل تحرير الوسيلة - الشركة والقسمة، ص: 143

...

مما قلنا عدم اعتبار وقوع اشتراط ذلك في ضمن عقد لازم أو جائز آخر غير عقد الشركة، بل يصحّ وينفذ اشتراط عدم الرجوع- علي نحو شرط عدم الفعل- و يجب الوفاء به، إذا كان في ضمن عقد الشركة أيضاً.

وأما إذا اشترط عدم الرجوع في ضمن عقد لازم أو جائز آخر يصحّ وينفذ، ووجهه ما ذكرناه. فالملاك المصحح للشرط في الجميع واحد، وهو عدم مخالفة الشرط لمقتضى عقد الشركة حينما كان راجعاً إلى إعمال سلطة المالك علي ماله باشتراط عدم الرجوع عن إذنه عملاً علي نحو شرط الفعل. بلا فرق بين وقوع الشرط المزبور في ضمن عقد الشركة و بين وقوعه في عقد آخر لازم أو جائز.

وأما وجوب الوفاء بهذا الشرط في الواقع منه ضمن عقد لازم فلا خلاف و لا إشكال. و أمّا في الواقع منه ضمن العقد الجائز فعلي المبني؛ لما فيه من الاختلاف.

فيجب الوفاء به بناءً علي صحّة الشرط الواقع في ضمن العقد الجائز.

ثمّ إنّّه لو قامت القرينة علي إرادة أحد المعنيين من الشرط فهو، وإلا فالمساعد للمتفاهم العرفي هو كون اشتراط ذلك علي

نحو شرط الفعل لوضوح كون جواز العقد و لزمومه و ثبوت السلطة الشرعية علي الرجوع و العدم بيد الشارع، فلا يخطر ببال أيّ متشرّع التعرّض إلي حريم الشارع و تغيير ما جعله من الأحكام الشرعية. بل إنّما يفهم العرف من الاشتراط المزبور أنّ المشتري أراد بذلك إعمال حقّه الذي جعل له الشارع. و هذا لا يلائم إلاّ اشتراط عدم الرجوع علي نحو شرط الفعل.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 144

(مسألة 14): لو تبين بطلان عقد الشركة، كانت المعاملات - الواقعة قبله - محكومة بالصحة

إذا لم يكن إذنهما متقيّدًا بالشركة إذا حصلت بالعقد، أو بصحة عقدها في غيره (1). هذا إذا اتّجر كلّ منهما أو واحد منهما مستقلًا، و إلاّ فلا إشكال. و علي الصحة لهما الربح و عليهما الخسران علي نسبة المالكين، و لكلّ منهما اجرة مثل عمله بالنسبة إلي حصّة الآخر.

حكم المعاملات الواقعة قبل بطلان عقد الشركة

(1) 1- قوله: «إذا لم يكن إذنهما متقيّدًا بالشركة إذا حصلت بالعقد» مقصوده أنّ الشركة إذا حصلت بنفس عقدها لا بالمزج و نحوه، فالإذن يكون طبعاً متقيّدًا بصحة العقد. و ذلك لأنّ سبب حصول الشركة حينئذٍ عقدها، فإذا انتفي السبب ينتفي المسبّب لا محالة. و مع انتفاء الشركة بانتفاء سببها ينتفي الإذن؛ نظراً إلي تقيّده و اشتراطه بالشركة. و ينتفي المشروط بانتفاء شرطه. و كان الأنسب أن يقول السيد الماتن: «إذا لم يكن إذنهما متقيّدًا بالشركة الحاصلة بعقدها».

و قوله: «أو بصحة عقدها في غيره» مراده ما إذا لم يكن الإذن متقيّدًا بصحة عقد الشركة في غير ما إذا حصلت بعقدها، بل حصلت بمزج و نحوه، و كان العقد تأكيداً أو شرطاً. فلو كان الإذن متقيّدًا بصحة عقد الشركة، لا أصل للشركة، ينتفي الإذن لا محالة بتبين فساد عقدها، و

لوبيقي أصل الشركة؛ نظراً إلي تقيّد الإذن و اشتراطه حينئذٍ بصحّة عقد الشركة، لا بتحقق أصل الشركة، و المشروط ينتفي بانتفاء شرطه. و هاهنا كان الأنسب أن يقول السيد الماتن: «أو بصحّة عقدها فيما حصلت الشركة بمزج و نحوه».

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 145

...

و أمّا الوجه في الصحّة في غير الموردين المزبورين، صدور الإذن من الشريك لصاحبه بالمعاملات الواقعة منه قبل تبين فساد العقد. و إنّما يمكن إحراز إذنه بالمعاملات الواقعة منه قبل تبين فساد العقد فيما إذا لم يقيّد إذنه بصحّة عقد الشركة، و إلاّ تصير المعاملات الواقعة قبل انكشاف بطلانه فضولية و بحاجة في صحّتها إلي لحوق إذن الشريك.

و السرّ في ذلك أنّ الملاك في تصحيح المعاملات الواقعة صدور الإذن بها من الشريك، و بعد ما صدر منه الإذن بذلك لا يضرّ تبين فساد عقد الشركة بصحّة المعاملات المأذونة؛ لعدم دخل لصحّة عقد الشركة في صحّتها، ما لم يكن الإذن مقيّداً بصحّة عقد الشركة. و قد اتّضح بذلك عدم خصوصية لوقوع المعاملات قبل تبين بطلان عقد الشركة؛ نظراً إلي عدم منافاة صحّة المعاملات المأذونة من جانب الشريك مع فساد عقد الشركة، بل حتّى بعد تبين فساد عقدها لو أذن الشريك بالتجارة بماله صحّت المعاملة بالمال المشترك.

هذا كلّه إذا اتّجر كلّ واحد من الشريكين مستقلاً. و أمّا إذا اتّجرا معاً فلا يضرّ تبين فساد عقد الشركة بصحّة المعاملات الواقعة قبله أو بعده؛ لفرض حصول إذنهما معاً علي أيّ حال؛ نظراً إلي مباشرتهما في الاتّجار.

ثمّ إنّ علي فرض صحّة المعاملة عند تبين فساد عقد الشركة يستحقّ العامل من الشريكين اجرة مثل عمله؛ نظراً إلي احترام عمل المسلم و عدم كونه مقدّماً علي

المجانية؛ لأنه إنما أقدم علي العمل في مال شريكه بإذنه فيستحقّ اجرة عمله. وإنّما المانع من استحقاقه لها التزامه بالاكْتفاء بالربح في ضمن عقد الشركة و المفروض تبين فساد و ارتفاع الالتزام بذلك. فإذا بطل عقد الشركة تنتفي آثاره و أحكامه. نعم، الربح الحاصل بتلك المعاملات الواقعة قبل تبين الفساد يُقسّم بينهما علي نسبة

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 146

...

المالين؛ لأنه مقتضي أصل الشركة المفروض حصولها بمزج و نحوه.

قوله: «بالنسبة إلي حصّة الآخر»؛ أي كلّ واحد من العاملين يستحقّ اجرة مثل عمله بالقياس إلي مال شريكه؛ حيث لا يستحقّ الشخص اجرة في مال نفسه.

و عليه فاستحقاق العامل لأجرة المثل عند تبين فساد عقد الشركة يبتني علي اختصاص حصّة معيّنة من الربح لأجل عمله زائداً عن سهمه من الربح بنسبة ماله.

وإلا يشكل القول باستحقاق العامل اجرة مثل عمله؛ إذ لم يجعل له شيئاً زائداً من الربح بإزاء عمله لكي يستحقّ اجرة المثل عند تبين فساد العقد. و الإقدام علي العمل و إن لم يكن علي نحو المجانية، بل طمعاً في الربح، إلا أنّهما التزما بالاكْتفاء بالربح الثابت لهما بمقتضي أصل الشركة بنسبة المالين. و معناه إنّه لم يكن في قبول العمل بصدد طلب اجرة بإزاء عمله، بل التزم بعدم استحقاقه شيئاً غير الربح الثابت بمقتضي الشركة. و قد سبق نظير ذلك منّا مفصّلاً في كتاب المضاربة. و لا فرق في ذلك بين صدور العمل من أحدهما أو من كليهما. فلا يستحقّ حينئذٍ كلّ منهما علي الآخر شيئاً. نعم، لو صدر العمل من أحدهما دون الآخر و جعل له قدر زائد من الربح، يستحقّ العامل علي الآخر عند تبين فساد العقد اجرة مثل

عمله بإزاء ما فات من الربح الزائد المجعول له لأجل عمله.

و يحتمل حينئذٍ عدم استحقاق شيء عند تبين فساد العقد؛ لصدور العمل من كليهما، و لكون تخصيص الربح الزائد بأحدهما من آثار عقد الشركة و انتفائه لا محالة بتبين فساده.

هذا تمام الكلام في أحكام الشركة من كتاب دليل تحرير الوسيلة.

و الحمد لله أولاً و آخرأ و صلواته علي محمد و آله سرمدأ.

فرغت منه بعون الله تعالي و لطفه في أواخر شهر رمضان المبارك

من سنة 1425 هـ ق.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 147

القول في القسمة

إشارة

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 149

القول في القسمة

و هي تمييز حصص الشركاء بعضها عن بعض (1)؛ بمعنى جعل التعيين بعد ما لم تكن معيّنة بحسب الواقع، لا تمييز ما هو معيّن واقعاً و مشتبه ظاهراً.

تعريف القسمة و خصوصياتها

إشارة

(1) 1- هذا المعني هو المتبادر من عنوان القسمة بلا إشكال و قد جاء في كلمات الفحول تعريف القسمة بتعابير متشابهة.

قال في الجواهر: «هي تمييز الحقّ لكلّ شريك عن غيره» (1).

و عرّفها في المسالك بقوله: «و اعلم أنّ القسمة عندنا تمييز حقّ أحد الشركاء عن حقّ الآخر» (2)، و نظيره في الحدائق (3) و غيره (4).

(2) - مسالك الأفهام 4: 318.

(3) - الحدائق الناضرة 21: 169.

(4) - مجمع الفائدة والبرهان 10: 210.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة والقسمة، ص: 150

...

وأما ما أشار إليه السيد الماتن في توضيح التعريف - من أنه بمعنى جعل التعيين بعد ما لم تكن معيّنة بحسب الواقع، لا تمييز ما هو معيّن واقعاً ومشتبه ظاهراً - فالوجه فيه أنّ القسمة فرع تحقّق حقيقة الشركة، وهي لا تتحقّق فيما كان معيّناً واقعاً ومشتبه ظاهراً. ولكنّه مبنيّ علي عدم القول بتحقّق القسمة في الشركة الظاهرية السابق تعريفها في أول هذا الكتاب في بيان أقسام الشركة.

وقد سبق هناك أنّ أحكام الشركة تترتب علي الشركة الظاهرية أيضاً - ومنها القسمة - كما صرّح به فحول الفقهاء، مع أنّهم عرّفوا الشركة الظاهرية بما كان أجزاء المال المشترك معيّنة في الواقع ونفس الأمر، وإنّما ارتفع التمييز عنها ظاهراً.

نعم ما قال به السيد الماتن قدس سره هاهنا يلائم ما سبق منه، من اعتبار المزج التامّ في الشركة العقدية؛ إذ بناءً علي ذلك لا

شركة في ما لا مزج تامّ فيه. و ما تحقّق فيه المزج التامّ لا تعيّن لأجزاء الممزوج واقعاً، كما في المائعات، والقسمة إنّما تصحّ في مورد تحقّق الشركة. ولما لا شركة عقدية في غير المزج التامّ، فإذا تكون القسمة تمييز ما هو غير معيّن واقعاً. وكذا في الشركة الحاصلة في القيميات لعقد التشريك، أو الإرث، أو الإحياء، أو الحيازة، أو بالبيع و الشراء، أو الهبة ونحو ذلك من أسباب الشركة غير العقدية فالشركة في جميع هذه الموارد واقعية، و حصص الشركاء غير معيّنة واقعاً، بل علي نحو الإشاعة الحقيقية. فالقسمة في جميع هذه الموارد تمييز حقوق غير معيّنة واقعاً.

ولكن لا يلائم ما سبق من السيد الماتن قدس سره، من تحقّق الشركة الظاهرية في غير المائعات، فالقسمة حينئذٍ تكون بحسبها.

بيان ذلك: أنّ في موارد تكون الشركة ظاهريّة في رأي السيد الماتن قدس سره، كما

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 151

...

في الشركة الحاصلة بمزج غير تامّ، كمزج الحبوب التي لها حبات صغيرة بمجانسها، كالخشخاش بالخشخاش و الدخن و السمسم و الحنطة و الشعير بمثلها، بل مزج الجامدات الناعمة بعضها ببعض كالأدقة. و قد صرّح السيد الماتن بذلك كلّه في المسألة الاولي من كتاب الشركة و قد سبق البحث عن ذلك في أوائل هذا الكتاب في أقسام الشركة.

و إنّ الشركة في جميع هذه الموارد ظاهريّة في رأي السيد الماتن. و معني الشركة الظاهرية أنّ أجزاء المال المشترك معيّنة واقعاً و إنّما ارتفع عنها التمييز ظاهراً. فالقسمة في مطلق موارد الشركة الظاهرية تكون تمييز ما هو غير متميّز ظاهراً و لكنّه معيّن واقعاً.

و لا يبعد كون مقصود السيد الماتن اخراج القيميات التي

تصير باختلاطها مشتبهة بين مُلاكها من دون ارتفاع تمييز بعضها عن بعض حتّى ظاهراً. فيتعيّن التراضي وإلا فالقرعة، ولا تكون القسمة مشروعاً حينئذٍ. ولكن تعبير السيد الماتن يشمل مطلق موارد الشركة الظاهرية أيضاً مع اتّفاق الفقهاء علي مشروعية القسمة هناك؛ حيث حكموا بترتّب جميع أحكام الشركة علي الظاهرية منها و من أحكامها القسمة. وهي حينئذٍ ظاهرة بمعني تمييز ما هو غير متميّز ظاهراً، وإن كان معيّناً في الواقع.

وقد سبق «1» استظهار الشركة الظاهرية في مواردّها و ترتّب أحكام الشركة- و منها القسمة- عليها، من كلام صاحب الجواهر، و صرّح به صاحب العروة و السيد الحكيم.

(1)- راجع مبحث أقسام الشركة في أوائل هذا الكتاب.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 152

و ليست بيع و لا معاوضة (1)، فلا- يجري فيها خيار المجلس و لا- خيار الحيوان المختصّان بالبيع، و لا يدخل فيها الربا و إن عمّمناه لجميع المعاوضات.

ليست القسمة بيع و لا آية معاوضة اخري

(1) 1- إنّ القسمة عنوان مستقلّ، كما عرفت من تعريفها. و ليست بيع و لا صلح و لا آية معاوضة اخري، كما صرّح به في الشرائع و المسالك «1» و الجواهر «2»، و الحدائق «3» و مجمع البرهان «4» و غيره، بل لا خلاف في ذلك كما صرّح به الأصحاب «5». و في المسالك: «خالف في ذلك بعض العامّة مطلقاً و في قسمة الردّ، لشبهة أنّ كلّ جزء يفرض مشترك بينهما، فتخصيص كلّ واحدٍ بجزءٍ معيّن، و إزالة ملك الآخر عنه بعوضٍ مقدّر- و هو ملكه في الجزء الآخر- علي جهة التراضي، يقتضي البيع، لأنّ ذلك حدّه. و هذا إنّما يتمّ علي تقدير تسليم كون البيع كذلك. و منعه واضح، بل

له صيغة خاصة إيجاباً وقبولاً، بخلاف القسمة، ولا يلزم من المشاركة في بعض الأحكام الاتّحاد» (6)».

ودلّ علي مشروعيتها- مضافاً إلي سلطة الناس علي أموالهم ووجوب ردّ

(1)- مسالك الأفهام 4: 318.

(2)- جواهر الكلام 23: 390 و 26: 309.

(3)- الحدائق الناضرة 21: 169.

(4)- مجمع الفائدة والبرهان 10: 211.

(5)- راجع المصادر المزبورة.

(6)- مسالك الأفهام 4: 318.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 153

...

المال إلي مالكة- من الكتاب قوله تعالي: «وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ» (1) وقوله تعالي:

«وَتَبَيَّنُهُمْ أَنَّ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ» (2)».

و من السنّة: النصوص الواردة في القسمة كصحيح

غياث بن إبراهيم عن أبيه عن آبائه عن علي عليه السلام: في رجلين بينهما مال منه بأيديهما، و منه غائب عنهما، فاقتهما الذي بأيديهما، و احتال كلّ واحد منهما بنصيبه، فقبض أحدهما و لم يقبض الآخر، فقال: «ما قبض أحدهما فهو بينهما، و ما ذهب فهو بينهما» (3)».

و صحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن رجلين بينهما مال منه دين، و منه عين، فاقتهما العين و الدين، فتوي الذي كان لأحدهما من الدين أو بعضه، و خرج الذي للآخر أيرد علي صاحبه؟ قال: «نعم، ما يذهب بماله؟» (4)».

و الظاهر أنّ لفظة «ما» في قوله: «ما يذهب بماله؟» استفهامية؛ أي: ما الذي ذهب بماله. و هذا الاستفهام إنكاري، و المقصود أنّ تلف الدين المجعول لأحدهما لا يوجب ذهاب حقه من الدين.

و صحيح

سليمان بن خالد، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجلين كان لهما مال بأيديهما و منه متفرّق عنهما فاقتهما بالسويّة، ما كان في أيديهما، و ما كان غائباً عنهما، فهلك نصيب أحدهما ممّا

كان غائباً و استوفى الآخر، عليه أن يرد علي صاحبه؟ قال: «نعم، ما يذهب بماله» (5).

(1) - النساء (4): 8.

(2) - القمر (54): 28.

(3) - وسائل الشيعة 18: 435، كتاب الضمان، الباب 13، الحديث 1.

(4) - وسائل الشيعة 19: 12، كتاب الشركة، الباب 6، الحديث 2.

(5) - وسائل الشيعة 18: 371، كتاب التجارة، أبواب الدين و القرض، الباب 29، الحديث 1.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 154

...

و صحيح

علي بن جعفر في كتابه عن أخيه موسى بن جعفر عليهما السلام قال: سألته عن رجلين اشتركا في السلم أ يصلح لهما أن يقتسما قبل أن يقبضنا؟ قال: «لا بأس به» (1)

. فإن إطلاق هذه النصوص تدلّ علي مشروعية القسمة و نفوذها و صحّتها عند التراضي، بلا حاجة إلي شيء آخر من قرعة أو وجود قاسم منصوب، كما سيأتي استظهار ذلك منها في كلام صاحب الحدائق في المسألة الثالثة عشر.

و استدلّ في المسالك علي عدم كون القسمة بيعاً أولاً: بعدم افتقار إيقاع القسمة إلي صيغة، و هذا بخلاف البيع.

و ثانياً: بمشروعية الإيجاب عليها مطلقاً، بخلاف البيع. حيث لا يجوز الإيجاب عليه إلا في موارد خاصّة لعارض، كإفلاس أو احتكار أو الامتناع عن أداء دين عاجل.

و ثالثاً: تساوي النصيبين عند تساوي سهميهما في المال، و هذا بخلاف البيع، لعدم لزوم تساوي العوضين في المالية قال في المسالك: «و اعلم أنّ القسمة عندنا تمييز حقّ أحد الشركاء عن حقّ الآخر، و ليست بيعاً و إن اشتملت علي ردّ، لأنّها لا تقتقر إلي صيغة، و يدخلها الإيجاب في غير تلك الأفراد التي يدخلها الجبر في البيع، و يتقدّر أحد النصيبين بقدر الآخر مع تساويهما، و البيع ليس فيه شيء من ذلك، و اختلاف اللوازم

و الخواصّ المطلقة يدلّ علي اختلاف الملزومات و المعروضات» (2).

و علّل في الجواهر لذلك بأنّ القسمة لا تحتاج في وقوعها إليّ أزيد من قصد مفهومها. قال في تعليل ذلك: «ضرورة عدم اعتبار قصد شيء زائد علي مفهومها في صحتها» (3).

(1) - وسائل الشيعة 18: 371، كتاب التجارة، أبواب الدين و القرض، الباب 29، الحديث 2.

(2) - مسالك الأفهام 4: 318.

(3) - جواهر الكلام 26: 309.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 155

...

و تحرير مقصوده أنّ المعني المتبادر من عنوان القسمة غير ما هو المتبادر من البيع و الصلح و غيرهما من سائر عناوين المعاوضات. و لا يعتبر في صحّة القسمة غير تحقّق مفهومها. و مراعاة العدل فيها شيء آخر ممّا يعتبر في سائر المعاملات، من قصد عنوان إحدي المعاوضات و صيغة إنشائها و لا يترتب عليها حكم من أحكام سائر المعاملات من شفعة أو خيار و لا بطلان بالتفرّق قبل المجلس ممّا يثبت في البيع، كما أشار إليه الأصحاب (1).

و أمّا ثمره ذلك - أي عدم كون القسمة معاوضة - إنّما تظهر في عدم ترتّب أحكام شيء من البيع عليها، كما أشار إليه في المسالك بقوله: «و تظهر الفائدة في الشفعة، و في بطلانها بالتفرّق قبل القبض فيما يعتبر فيه التقابض قبله في البيع، و في قسمة الوقف من الطلق، و خيار المجلس و غير ذلك» (2).

و في الجواهر: «و حينئذٍ فلا شفعة فيها و لا خيار مجلس و لا بطلان بالتفرّق قبل القبض فيما يعتبر فيه البيع» (3).

و قد دلّ علي عدم الشفعة فيها

ما رواه الشيخ في المبسوط، «أنّ عبد الله بن يحيى كان قسماً لأمير المؤمنين عليه السلام، و قد قسّم رسول الله صلي الله عليه و

آله خير علي ثمانية عشر سهماً. وقال صلي الله عليه وآله: «و الشفعة فيما لم يُقسّم، فإذا وقعت الحدود وُعرفت الطرق فلا شفعة» (4).

و أما الوجه في عدم دخول الربا في القسمة فلأن حقيقة الربا إما بيع الربوي

(1)- راجع المصادر المزبورة.

(2)- مسالك الأفهام 4: 319.

(3)- جواهر الكلام 26: 309.

(4)- المبسوط 8: 133؛ جواهر الكلام 40: 326.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 156

[إشراطها]

(مسألة 1): لا بد في القسمة من تعديل السهام

إشارة

(1):

بأزيد من مثله أو اشتراط زيادة في القرض لا مطلق الزيادة. و القسمة ليست شيئاً من ذلك؛ لعدم كونها بيعاً و لا قرضاً.

اعتبار التعديل في القسمة

(1) 1- و ذلك أولاً: لوجوب القيام بالقسط و العدل بحكم العقل و الشرع، كما هو واضح. و القسمة في الحقيقة حكمٌ و من هنا أدرجها كثيرٌ من الفقهاء في كتاب القضاء. و قال تعالى: «وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ» (1).

و ثانياً: لاستلزام القسمة غصب مال الغير لو لم يُراعَ فيها التعديل. و هو لا يجوز قطعاً.

و ثالثاً: لشهادة بعض النصوص الدالة علي ذلك بالخصوص. مثل خبر

المنهال القصاب، قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: اشتري الغنم أو يشتري الغنم جماعةً. ثم يدخل داراً، ثم يقوم رجلٌ علي الباب فيعدُّ واحداً و اثنين و ثلاثة و أربعاً و خمساً، ثم يخرج السهم، قال عليه السلام: «لا يصلح هذا، إنما تصلح السهام إذا عدلت القسمة» (2).

مقصوده ظاهراً السؤال عن حكم قسمة الأغنام المشتراة من بين قطيع علي نحو الكسر المشاع بإخراج السهم المشتري علي النحو المذكور في النصّ. ففي الإمام عليه السلام عن ذلك؛ نظراً إلي عدم مراعاة التعديل بذلك. وأمر بتعديل القسمة. وفي مورد السؤال إنّما التعديل بحسب

(1) - النساء (4): 58.

(2) - وسائل الشيعة 17: 356، كتاب التجارة، أبواب عقد البيع و شروطه، الباب 12، الحديث 8.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 157

...

ثم إن في فقه هذه الرواية نكتتان ينبغي التنبيه عليها:

الاولي: أن لفظ التعديل هاهنا بمعناه اللغوي، لا بالمعني الواقع قسيماً للأقسام الثلاثة، كما هو واضح. و لفظ الغنم بمعني الجنس لا غنماً واحداً.

و الضمير الفاعلي في «يدخل» يرجع إلي الرجل المشتري. و المقصود أنه بعد إنشاء عقد الشراء يدخل داراً فيها قطع الغنم فيخرج سهمه المشتري بالكيفية المذكورة في الرواية.

الثانية: أن شراء الغنم في مفروض سؤال الراوي يمكن تصويره بأحد النحويين الآتين.

أحدهما: شراء تعداد غنم من قطع ثم يخرج الأغنام المشتراة من بين القطيع بالعد علي النحو المذكور في النص.

و لا إشكال في بطلان هذا الشراء؛ نظراً إلي الجهل بمقدار المبيع؛ حيث إن الأغنام المشتراة و إن كانت معلومة بالعدد، و لكنّها لما تختلف في الصغر و الكبر و الوزن لا يعلم مقدار المشتراة منها بمجرد تعيين العدد فيكون من قبيل بيع المجهول و يبطل.

و هذا المعني يلائم عنوان الباب - المذكورة فيه هذه الرواية - في الوسائل؛ حيث عقده بعنوان عدم جواز بيع المجهولات و ما لا يُقدر عليه، إلا أن ذلك لا يلائم سؤال الراوي و جواب الإمام عليه السلام؛ لأن كليهما عن حكم القسمة، و ظاهرهما المفروغية عن صحّة أصل البيع و الشراء في مفروض السؤال. مضافاً إلي إشعار قول السائل: «ثم يخرج السهم» بأن المشتري سهم من قطع غنم لا تعداد غنم.

ثانيهما: شراء سهم من قطع غنم و إخراج السهم المشتري بالكيفية المذكورة في النص. و لا إشكال حينئذ في صحّة هذا الشراء و البيع

وهو إما بحسب الأجزاء والكمية؛ كيلاً أو وزناً أو عدداً أو مساحة، وتسمي قسمة إفراز، وهي جارية في المثليات، كالحبوب والأدهان والأخْل والألبان (1)، وفي بعض القيميات المتساوية الأجزاء، كطاقة واحدة من الأقمشة التي تساوت أجزاءها، وقطعة واحدة من أرض بسيطة تساوت أجزاءها. وإما بحسب القيمة والمالية، كما في القيميات إذا تعددت، كالأغنام والعقار والأشجار إذا ساوي بعضها مع بعض بحسب القيمة، كما إذا اشترك اثنان في ثلاثة أغنام قد ساوت قيمة أحدها مع اثنين منها، فيجعل الواحد سهماً والاثنان سهماً. وتسمي هذه قسمة التعديل. وإما بضم مقدار من المال مع بعض السهام ليعادل الآخر، كما إذا كان بين اثنين غنمان قيمة أحدهما خمسة دنانير والآخر أربعة، فإذا ضم إلي الثاني نصف دينار تساوي مع الأول. وتسمي هذه قسمة الرد.

السؤال والإشكال في كيفية التقسيم المذكورة في كلام السائل؛ لعدم رعاية التعديل فيه؛ نظراً إلي اختلاف آحاد الأغنام صِغراً و كِبَراً ووزناً، ومن هنا نهى عنه الإمام عليه السلام.

وهذا المعني ظاهر هذه الرواية؛ لأنّ السؤال فيها عن حكم النحو المذكور من القسمة، لا عن صحّة البيع، وكذلك الجواب. لكنّه لا يلائم عنوان الباب في الوسائل. والظاهر أنّ إدراجها في هذا الباب ليس في محله.

قسمة الإفراز والتعديل والردّ وأحكامها

(1) 1- قوله الأخل جمع القلّة للخَلّ، كما ذكره في المنجد. ولكن التعبير بجمع القلّة لا يناسب السياق، بل الأنسب التعبير بالخُلُول، بل لم يذكر المصباح غير الخلول صيغة اخري لجمع الخَلّ. ثمّ إنّه جعل

كل واحد من قسمتي الإفراز والتعديل تساوي أجزاء الشيء المقسوم و عدمه، فحكم في متساوي الأجزاء بجريان قسمة الإفراز. و جعل المثليات وبعض القيميات من قبيل ذلك. وفي مختلفها حكم بجريان قسمة التعديل إذا تساوت قيمة بعضها مع بعض.

و يشهد لذلك كلام صاحب الجواهر؛ حيث جعل المدار في ذلك تساوي أجزاء المقسوم و اختلافها، فحكم في الأول بتعديل السهام بحسب الأجزاء وفي الثاني بحسب القيمة. وقال: «و يكون الأقسام بتعديل السهام بالأجزاء إن كانت في متساويها كيلاً أو وزناً أو ذرعاً أو عدداً بعدد الأنصباء، أو بالقيمة إن اختلفت كالأرض والحيوان» (1).

قوله: بعدد الأنصباء؛ أي بحسب النصيب و بتعداده. و الأنصباء جمع النصيب.

و أمّا تعريف كل واحد من هذه الأقسام الثلاثة فقد عرفته في المتن ببيان جامع.

و من هنا لا يدخل فيها الربا، و إن يأت الربا في جميع المعاضات؛ نظراً إلى عدم كون القسمة معاوضةً، لا بيعاً و لا قرضاً.

و هل تكون قسمة الردّ داخلية في حقيقة القسمة؟ فيه إشكال؛ لعدم صدق تعريف القسمة عليها حقيقةً؛ إذ لا يتحقق بها تمييز حصص الشركاء و لا تعديل تقسيم الحصص نفسها، بل هي في الحقيقة مصالحة بعض الحصص بعوض، أو بيع أحدهما بالآخر معاطاةً؛ لاشتمالها علي معاوضة بين المال الزائد الداخل في أحد القسمين و بين ما يباذنه من قيمته المردودة إلي من كان سهمه أقل.

(1) - جواهر الكلام 26: 309.

(مسألة 2): الظاهر إمكان جريان قسمة الردّ في جميع صور الشركة

(1) ممّا يمكن فيها التقسيم؛ حتّى فيما إذا كانت في جنس واحد من المثليات؛ بأن يقسم متفاضلاً و يضمّ إلي

الناقص دراهم- مثلاً- تجبر نقصه و يساوي مع الزائد قيمة، وكذا إذا كانت في ثلاثة أغنام تساوي قيمة واحد منها مع الآخرين؛ بأن يجعل غالي قيمة مع أحد الآخرين سهماً وضم إلي السهم الآخر ما يساويهما قيمة وهكذا.

وأما قسمة التعديل فقد لا تتأتى في بعض الصور كالمثال الأول، كما أن قسمة الإفراز قد لا تتأتى كالمثال الثاني. وقد تتأتى الأقسام الثلاثة، كما إذا اشترك اثنان في وزنة حنطة قيمتها عشرة دراهم، ووزنة شعير قيمتها خمسة، ووزنة حمص قيمتها خمسة عشر، فإذا قسم كل منها بانفرادها كانت قسمة إفراز، وإن جعلت الحنطة مع الشعير سهماً و الحمص سهماً كانت قسمة تعديل، وإن جعل الحمص مع الشعير سهماً و الحنطة مع خمسة دراهم سهماً كانت قسمة الرد، ولا إشكال في صحة الجميع مع التراضي إلا قسمة الرد مع إمكان غيرها، فإن في صحتها إشكالاً، بل الظاهر العدم. نعم لا بأس بالمصالحة المفيدة فائدتها.

إمكان قسمة الرد في جميع صور الشركة، دون غيرها

(1) 1- و الوجه في جريان قسمة الرد في جميع موارد الشركة واضح؛ ضرورة تحقق تعديل السهام بالكسر و الانكسار، ولو بحسب القيمة. لكنّه في مقام الثبوت، و أمّا إثباتاً ففي صحة قسمة الرد مع إمكان قسمة الإفراز أو التعديل إشكال، حتّى مع

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 161

...

التراضي، كما سيأتي من السيد الماتن قدس سره.

و أمّا وجه عدم جريان قسمة الإفراز و التعديل في بعض صور القسمة، فقد عرفت أنّها من عدم جريان الأول في القيمات المختلفة في الأجزاء، بل هي مختصة بقسمة التعديل، كما أنّ الثاني - وهو قسمة التعديل - يختص بالقيمات

المختلفة الأجزاء، فلا تأتي في المثليات المتساوية الأجزاء.

بقي هناك كلام وهو أن في كون قسمة الردّ داخلية في حقيقة القسمة إشكالاً؛ لعدم صدق تعريف القسمة عليها حقيقةً؛ إذ لا تتميز بها حصص الشركاء نفسها ولا تعديل تقسيمها؛ نظراً إلى اشتغالها على مصالح بعض حصّة بعوض أو بيعه به معاطاةً.

وذلك لاشتغالها على معاوضة نصف المال الزائد الموجود في أكثر السهمين بما يعادله من العوض المردود إلي من وصل إليه السهم الأقلّ.

ومن هنا لا يعدّ دعوي أنّ قسمة الردّ ليست في الحقيقة بقسمة؛ حيث لا يعتبرها عرف العقلاء قسمةً، وإنّ للقسمة حقيقة عرفية، لا شرعية، وما لا يُعدّ عند أهل العرف قسمة ليس بقسمة.

ومن هنا أتضح وجه ما قال السيد الماتن في ذيل كلامه من صحّة القسمة بجميع أقسامها مع التراضي في مواردّها، إلا قسمة الردّ، فلا تجوز مع إمكان أخويها؛ نظراً إلى أنّ تعديل السهام في عين المال المشترك إمّا بحسب الأجزاء وهو حاصل بقسمة الإفراز، أو بحسب القيمة وهو حاصل بقسمة التعديل، فلا وجه لاعتبار قسمة الردّ نوعاً مستقلاً من القسمة. نعم، يجوز المصالحة المفيدة فائدتها عند التراضي، لكنّها ليست بقسمة. هذا، ولكن للمناقشة في ذلك مجالاً واسعاً؛ نظراً إلى أنّ الشركاء إذا لم يطلبوا قسمة الإفراز والتعديل ورضوا بقسمة التراضي

دليل تحرير الوسيلة - الشركة والقسمة، ص: 162

(مسألة 3): لا يعتبر في القسمة تعيين مقدار السهام بعد أن كانت معدّلة

(1)، فلو كانت صبرة من حنطة مجهولة الوزن بين ثلاثة، فجعلت ثلاثة أقسام معدّلة بمكيال مجهول المقدار، أو كانت بينهم عرصة أرض متساوية الأجزاء، فقسّمت ثلاثة أقسام معدّلة بخشبة أو حبل لا يدري مقدار طولهما، صحّ.

علي نحو المصالحة، لا إشكال في البين، ولا

سيّما بمقتضى عموم سلطة الناس علي أموالهم.

هذا مع إمكان قسمة الإفراز و التعديل و أما مع عدم إمكانهما فلا إشكال في جواز قسمة الردّ بالتراضي لكنّها في الحقيقة ترجع إلي المصالحة بين السهم الأكثر و بين السهم الأقلّ مع الضميمة.

عدم اعتبار تعيين السهام مع التعديل

(1) 1- و ذلك لأنّ ما يعتبر في صحّة القسمة إيصال حقّ كلّ واحد من الشركاء إليه. و هذا حاصل بنفس تعديل الحصص. و تعديل الحصص و التسوية بينها لا يتوقّف علي العلم بمقدار كلّ حصّة وزناً، إذا أمكن حصوله بكيل أو ميزان أو نحوه ممّا يحصل العلم بتساوي مقادير الحصص.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 163

[أحكام القسمة]

(مسألة 4): لو طلب أحد الشريكين القسمة بأحد أقسامها، فإن كانت قسمة ردّ أو كانت مستلزمة للضرر، فللشريك الآخر الامتناع

و لم يجبر عليها، و تسمّي هذه قسمة تراض، و إن لم تكن قسمة ردّ و لا مستلزمة للضرر يجبر عليها الممتنع (1)، و تسمّي قسمة إجبار.

أحكام القسمة

متي يُجبر الشريك علي القسمة؟

(1) 1- و الضابط في ذلك أنّه كلّما كانت القسمة مستلزمة ضرراً علي أحد الشريكين، ليست بمشروعة؛ لأدلة نفي الضرر و الضرار، أو لانجراره إلي غصب مال الغير، مع منافاته لسلطة الناس علي أموالهم. و أيضاً لا تجوز القسمة إذا استلزمت ردّاً؛ نظراً إلي كون الردّ معاوضة بين نصف القدر الزائد و بين عوضه، فلا يجوز الإجبار عليها، بل لا بدّ من تراضي الشريكين علي القسمة حينئذٍ. و من هنا سمّيت بقسمة التراضي.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 164

...

و بعبارة اخري: إنّ القسمة تتوقّف صحّتها و مشروعيتها علي تعديل السهام.

و في قسمة الردّ تعديل السهام متوقّف علي الردّ. و الردّ في الحقيقة معاوضة بين نصف الزائد الواقع في سهم أحدهما و بين قيمته المردودة

إلي من وصل إليه السهم

والمعاوضة تتوقف صحتها علي التراضي. وبالإجبار ينتفي التراضي. فإذا انتفي التراضي بطلت المعاوضة. وإذا بطلت المعاوضة لم يجز الرد. وإذا انتفي الرد انتفي تعديل السهام. وإذا انتفي تعديل السهام بطلت القسمة؛ نظراً إلي اشتراط صحتها بتعديل السهام.

ولكن لا يجوز الإجبار علي قسمة الرد، ولو مع الأمن من الضرر.

وعلّل ذلك في المسالك بأن قسمة الردّ في الحقيقة من قبيل بيع جزء من المال؛ حيث قال قدس سره:

«واعلم أنّ ما لا ضرر في قسمته أعمّ من كونه مشتملاً علي ردّ و عدمه، وإنّما يجبر الممتنع ممّا لا ضرر فيه مع عدم اشتماله علي الردّ، لأنّه حينئذٍ يكون كبيع جزء من المال، ولا يجبر عليه أحدهما» (1).

وهو متين؛ لأنّ ردّ العوض بإزاء نصف المقدار الزائد الواقع في سهمه، معاوضة بينهما في الحقيقة.

وأما إذا لم تستلزم القسمة ضرراً ولا ردّاً، يجبر الممتنع عليها، وتسمي قسمة الإجبار. وقد اتفق الفقهاء علي ذلك كما قال في الشرائع و المسالك (2) و الجواهر (3)

(1)- مسالك الأفهام 4: 320.

(2)- نفس المصدر: 319 و 14: 35.

(3)- جواهر الكلام 26: 309 و 40: 339.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 165

...

وغيرهما (1). بل في المسالك و الجواهر نفي الخلاف عن ذلك.

ثمّ إنّّه لو اختلفت الأنصبا في القيمة بالجودة و الرداءة- كقطعات الأرض المشتركة لاختلافها في قوة الإنبات أو القرب من النهر و البعد عنه أو للوقوع في جنب الشارع العامّ، و نحو ذلك- فمقتضي عبارة صاحب الشرائع و كلمات المشهور- و منهم السيد الماتن- كون قسمتها قسمة إجبار؛ لإمكان تعديل السهام فيها بحسب القيمة، بأن يجعل ثلث

الأرض المشتركة من ناحيتها الجيدة سهماً و ثلثيها من ناحيتها الرديئة سهماً.

ولكن أشكل في المسالك بقوله: «و مقتضى عبارة المصنّف قدس سره قسمة هذه إجباراً إلحاقاً للتساوي في القيمة بالتساوي في الأجزاء. و يُحتمل عدم الإجبار هنا لاختلاف الأغراض و المنافع. و الوجهان جاريان فيما إذا كان الاختلاف لاختلاف الجنس، كالبستان الواحد المختلف الأشجار و الدار الواحدة المختلفة البناء.

و الأشهر الإجبار في الجميع» (2).

و الضابطة في عدم جواز إجبار الممتنع، توجّه الضرر إليه بالقسمة. و هذا لا خلاف و لا إشكال فيه، و إنّما النزاع و الخلاف في معني الضرر المانع من الإجبار.

و سيأتي تفصيل الكلام فيه، إن شاء الله.

(1)- راجع المصادر المزبورة.

(2)- مسالك الأفهام 14: 36.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 166

فإن كان المال لا يمكن فيه إلا قسمة الإفراز أو التعديل فلا إشكال. و أمّا فيما أمكن كلتاهما، فإن طلب قسمة الإفراز يجبر الممتنع، بخلاف ما إذا طلب قسمة التعديل (1)، فإذا كانا شريكين في أنواع متساوية الأجزاء- كحنطة و شعير و تمر و زبيب- فطلب أحدهما قسمة كلّ نوع بانفراده قسمة إفراز اجبر الممتنع، و إن طلب قسمة تعديل بحسب القيمة لم يجبر (2)، و كذا إذا كانت بينهما قطعاً أرض أو داران أو دكانان، فيجبر الممتنع عن قسمة كلّ منها علي حدة، و لا يجبر علي قسمة التعديل. نعم لو كانت قسمتها منفردة مستلزمة للضرر دون قسمتها بالتعديل، اجبر الممتنع علي الثانية دون الاولى.

(1) 1- إذا لم يمكن واحد من قسمة الإفراز أو التعديل، لا إشكال في جواز الإجبار علي الممكن منهما. و أمّا لو أمكن كلتاهما، لا يجبر علي قسمة التعديل عند إمكان الإفراز دون العكس. و وجه

الفرق أن في قسمة الإفراز يقسم عين المملوك بجميع أجزائه ويصل مال كل شريك إليه بعينه، بخلاف قسمة التعديل؛ حيث يصل بها سهم كل شريك إليه بقيمته وماليته، فمن أجل ذلك يُقدّم قسمة الإفراز علي قسمة التعديل، ويُجبر علي الاولي مع الطلب دون الثانية؛ لمنافاة الإيجابار عليها حينئذٍ لسلطة الناس علي مالهم.

(2) 2- لما عرفت أنّها من عدم إيصال مال كل شريك إليه بعينه، بل إنّما تصل إليه بهذه القسمة قيمة ماله، فله أن لا يرضي ويأبي عن القسمة، إلاّ عمّا يصل به إلي عين ماله.

نعم، لو لم تمكن قسمة الإفراز، اجبر الممتنع علي قسمة التعديل، لو لم يتوجّه بها ضررٌ إليه.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة والقسمة، ص: 167

(مسألة 5): لو اشترك اثنان في دار ذات علو و سفلى

(1)، وأمكن قسمتها إفرازاً؛ بأن يصل إلي كل بمقدار حصّته منهما، وقسمتها علي نحو يحصل لكل منهما حصّة من العلو والسفلى بالتعديل، وقسمتها علي نحو يحصل لأحدهما العلو وللآخر السفلى، فإن طلب أحد الشريكين النحو الأول ولم يستلزم الضرر يجبر الآخر، ولا يجبر لو طلب أحد النحويين الآخرين. هذا مع إمكان الأول وعدم استلزام الضرر، وإلاّ ففي النحويين الآخرين يقدر الأول منهما، ويجبر الآخر لو امتنع، بخلاف الثاني. نعم لو انحصر الأمر فيه يجبر إذا لم يستلزم الضرر ولا الردّ، وإلاّ لم يجبر كما مرّ. وما ذكرناه جار في أمثال المقام.

قسمة دار ذات علو و سفلى

(1) 1- لا إشكال في عدم جواز الإيجابار علي قسمة الردّ كما تقدم، بلا فرق بين إمكان النحويين الآخرين وبين عدمه، كما عرفت أنّها مقتضي القاعدة.

وأما لو أمكن كل من

قسمتي الإفراز والتعديل، فالتحقيق عدم جواز الإجماع علي الإفراز مع إمكان التعديل في خصوص المقام؛ نظراً إلي عدم تساوي أجزاء العلو وأجزاء السفل من الدار، بل ولا أجزاء كل واحد منهما، فيلزم الضرر والخرج من قسمة الإفراز في مثل المقام عادةً.

فالأقوي تعين قسمة التعديل في مفروض المسألة وعدم جواز الإجماع علي قسمة الإفراز حينئذٍ؛ نظراً إلي تفاوت الأجزاء كمّاً وكيفاً وإلي استلزام الضرر والخرج من الإفراز عادةً.

وأما لو أمكنت قسمة الإفراز من دون ضرر ولا خرج، لا إشكال في جواز

دليل تحرير الوسيلة - الشركة والقسمة، ص: 168

(مسألة 6): لو كانت دار ذات بيوت أو خان ذات حجر (1) بين جماعة، و طلب بعض الشركاء القسمة، اجبر الباقون

، إلا إذا استلزم الضرر من جهة ضيقهما وكثرة الشركاء.

إجماع الممتنع عليها وتقديمها علي قسمة التعديل، كما أفاده السيد الماتن. كما أنه لو تراضيا علي الإفراز بأي نحو كان لا بأس به، إلا أنه ربما يخرج عن حقيقة القسمة ويكون أشبه بالتصالح.

ولا يخفي أنّ الصورة الاولي في كلام السيد الماتن ما إذا أمكن قسمة كل من الطبقتين علي نحو متساوية الأجزاء والقيمة. وإلي ذلك أشار بقوله: «بأن يصل إلي كل بمقدار حصّته منهما». والقسمة في هذه الصورة قسمة إفراز.

والصورة الثانية: ما إذا وصلت إلي كل منهما حصّة من طبقتي العالية والسافلة، لكن لا بتقسيم كل منهما قسمين متساوي الأجزاء والقيمة، بل بالتعادل القيمي بين مجموع الحصّتين من نصف كل واحد من الطبقتين.

والصورة الثالثة: ما إذا أمكن قسمة التعديل باختصاص كل منهما بطبقة واحدة. والثانية مقدّمة علي الثالثة؛ لإيصال عين مال كل منهما إليه من كلتا الطبقتين بها، فهي أقرب إلي الإفراز من الثالثة، لكن الاولي

مقدمة عليهما؛ لأنها قسمة إفراز.

قسمة دار ذات بيوت أو خان ذات حُجر

(1) 1- مقتضى التحقيق: كما تقدّم آنفاً، أنه لو أمكن قسمة الإفراز من دون ضرر و حرج، لا إشكال في تقديمها علي النحويين الآخرين، و إن كان الغالب لزومهما عادةً من الإفراز في أمثال المقام. و إذا كانت قسمة الإفراز مستلزمة لضرر أو حرج،

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 169

(مسألة 7): لو كان بينهما بستان مشتمل علي نخيل و أشجار، قسمته بأشجاره و نخيله بالتعديل قسمة إجبار

، بخلاف قسمة كلّ من الأرض و الأشجار علي حدة، فإنّها قسمة تراض لا يجبر عليها الممتنع (1).

لا إشكال في جواز الإجبار علي قسمة التعديل.

و ذلك بأن تُقسّم بيوت الدار أو حُجر الخان علي سهام متساوية القيمة، لا متساوية الأجزاء.

و حاصل الكلام: أنّ المعيار في جواز الإجبار علي القسمة و عدمه، استلزامها الضرر و الحرج و عدمه.

قسمة بستان فيه نخيل و أشجار

(1) 1- و الوجه في ذلك إمكان وقوع بعض الأشجار من حصّة كلّ شريك في قطعة أرضٍ من حصّة الآخر، فيما إذا قُسم كلّ من أرض البستان و أشجاره علي حدة؛ نظراً إلي عدم مطابقة الحصص المفروزة بالقرعة من الأرض و الأشجار بعضها مع بعض فتقع أشجار بعض الشركاء في أرض الآخر. و تكون الأرض حينئذٍ لواحد منهم و أشجارها لآخر. و من هنا لا يجوز الإجبار علي هذه القسمة.

و هذا بخلاف ما إذا جعلت الأشجار تابعةً للأرض في القسمة؛ بأن تجعل قطعة من الأرض مع الأشجار الواقعة فيها سهماً لواحدٍ من الشركاء، و هكذا في سائر الشركاء. و هذا النحو من القسمة لا يستلزم المحذور المزبور.

و هذا المحذور و إن يلزم في قسمة الأرض و الزرع في المسألة الآتية، إلا أنّ الزرع لمّا لا يدوم أكثر من فصل واحد من

السنة غالباً، يكون في حكم المنقول،

دليل تحرير الوسيلة - الشركة والقسمة، ص: 170

(مسألة 8): لو كانت بينهما أرض مزروعة، يجوز قسمة كل من الأرض والزرع -

قصيلاً كان أو سنبلًا - علي حدة، و تكون قسمة إجبار (1).

كالمتاع في البيت، كما جاء هذا التعبير في كلمات الفقهاء. فمن هنا لا يعتني فيه بهذا المحذور ويعامل معه مستقلاً عن الأرض. و من هنا يُقسّم القصيل مستقلاً عن الأرض.

وبعبارة اخري: إنّ كلّ واحد من الأموال المشتركة تارة: يلاحظ مستقلاً عن الآخر عرفاً، و اخري: يُلاحظ بعضها تابعاً للآخر؛ نظراً إلى بعض المحاذير والأغراض التجارية والاقتصادية. و الأرض و ما فيها من النخيل والأشجار من قبيل الثاني؛ لما أشرنا إليه من المحذور ونحوه. و أمّا زرع الأرض فمن قبيل الأوّل؛ لعدم اعتناء أهل العرف بالمحذور المذكور في قسّمته؛ لقصر عمره وأمدّه، و لبعض الأغراض المالية و التجارية الحاصلة في المدّة القصيرة.

و من هنا لا يجوز الإجبار علي قسمة كلّ واحد من الأرض و ما فيها من النخيل والأشجار علي حدة، و أمّا اختلاف جنس الأشجار و تفاوت قيمتها، فلا يضرّ بصحة القسمة؛ إذ المفروض حصول تعديل السهام بحسب القيمة، بل هي قسمة تراض، و هذا بخلاف قسمة كلّ واحد من الأرض و ما فيها من الزرع و القصيل.

قسمة الأرض المزروعة

(1) 1- قال في الشرائع: «لو كان بينهما أرض و زرع، فطلب قسمة الأرض حسب، أجبر الممتنع، لأنّ الزرع كالممتع في الدار. و لو طلب قسمة الزرع، قال الشيخ: لم يجبر الآخر، لأنّ تعديل ذلك بالسهام غير ممكن. و فيه إشكال من حيث

دليل تحرير الوسيلة - الشركة والقسمة، ص: 171

و أمّا قسّمتهما معاً فهي قسمة تراضٍ؛ لا يجبر الممتنع عليها (1)،

إمكان التعديل بالتقويم

إذا لم يكن فيه جهالة» (1)».

وقال في المسالك في شرحه: «إذا كان بينهما أرض مزروعة فأراد قسمة الأرض وحدها، فلا إشكال في وجوب إجابة الآخر، لأن الأرض ممّا يقسّم قسمة إجبار، و الزرع فيها غير مانع من ذلك، لأنه في حكم المنقول. وإن أراد قسمة الزرع فمقتضى الاصول الشرعية كون الحكم كذلك؛ حيث يمكن تعديله، بأن لا يكون بذراً مستوراً، سواء كان سنبلًا أم حشيشاً أم قصيلاً، والشيخ رحمه الله أطلق المنع من قسمته قسمة إجبار، محتجاً بأن تعديله غير ممكن. ولا يخفي منعه؛ إذ لا مانع منه، سواء أ كان سنبلًا أم لا» (2)».

وقد سبق آنفاً بيان وجه جواز قسمة كل من الأرض و الزرع علي حدة، و الفرق بينها وبين قسمة كل من أرض البستان و أشجاره و نخيله علي حدة.

(1) 1- سبق بيان الوجه فيه آنفاً. فإن قسمة كل من الأرض و ما فيها من الزرع- قصيلاً كان أو سنبلًا- علي حدة، لَمَّا كانت غير مستلزمة لمحذور تداخل الأملاك الموجب للصديق و الحرج في الانتفاع من الملك، و تختلف الأغراض في الانتفاع من رقة الأرض و من الزرع، تكون قسمة إجبار، بخلاف قسمتهما معاً. فإنها و إن تستلزم محذور تداخل الأملاك، لكنّها مخالفة للغرض المتعارف في الانتفاع من الزرع مستقلاً عن الأرض. بخلاف قسمتهما معاً؛ نظراً إلي اختلاف الأغراض في الانتفاع من رقة الأرض و من الزرع. و من هنا قد يستلزم الإجبار علي قسمتهما

(1)- شرائع الإسلام 4: 95.

(2)- مسالك الأفهام 14: 52-53.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 172

إلا إذا انحصرت القسمة الخالية عن الضرر فيها فيجبر عليها. هذا إذا كان قصيلاً أو

سنبلاً، و أما إذا كان حَبّاً مدفوناً، أو مخضراً في الجملة و لم يكمل نباته، فلا إشكال في قسمة الأرض وحدها و بقاء الزرع علي إشاعته (1)، و الأحوط إفراز الزرع بالمصالحة. و أما قسمة الأرض بزرعها- بحيث يجعل من توابعها- فمحلّ إشكال.

معاً الضرر، إلا إذا انحصرت القسمة الخالية عن الضرر في ذلك.

هذا غاية ما يمكن أن يقال في توجيه كلام السيد الماتن. و لكنّ الإنصاف أنّه لا يستلزم قسمتهما معاً ضرراً عادةً، فلا يبعد جواز الإجبار علي هذه الكيفية من القسمة، بل نسب في المسالك جواز الإجبار علي قسمتهما معاً إلي الإمامية؛ حيث قال: «و لو أرادا قسمتهما معاً، فالحكم كما لو أراد قسمة أحدهما عندنا» (1).

(1) 1- و الوجه في ذلك عدم الأمن من لزوم الغرر و الضرر في قسمتهما معاً؛ نظراً إلي الجهل بأصل حصول الثمرة لاحتمال فساد الحَبّات المدفونة تحت الأرض بالآفات و سائر الموانع الطبيعية، و ليست حال دفنها قابلة للانتفاع و التقسيم، و أما المصالحة فلا بأس بها علي أيّ حال، كما أنّ قسمة التعديل بحسب القيمة يجوز الإجبار عليها في أمثال المقام؛ لعدم تصوّر ضرر فيها و لما في قسمة الإفراز من المحذور؛ هذا.

و لكن لما كان احتمال فساد الحَبّات المدفونة و عدم حصول الزرع و الثمرة ثابتاً في حقّ الشريكين، و لا يختصّ بسهم أحدهما، فمن هنا لا مانع من تقسيمها كذلك في سيرة العقلاء. و من هنا لا إشكال في جواز قسمة الأرض بزرعها فيما إذا

(1)- نفس المصدر: 53.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 173

(مسألة 9): لو كانت بينهم دكاكين متعدّدة - متجاورة أو منفصلة

- فإن أمكن قسمة كلّ منها بانفراده و طلبها بعض الشركاء، و طلب بعضهم قسمة تعديل لكي تتعيّن حصّة

كلّ منهم في دكان تامّ أو أزيد، يقدّم ما طلبه الأول و يجبر عليها الآخر (1)، إلا إذا انحصرت القسمة الخالية عن الضرر بالنحو الثاني، فيجبر الأول.

كان الزرع حياً مدفوناً أو مخضراً في الجملة. فاتّضح بذلك أنّ إشكال السيد الماتن في ذيل المسألة محلّ تأمل. بل وكذلك قسمة الأرض مع زرعها، كما سبق آنفاً.

وأما النقصان و الضرر الحاصلان من استهلاك قوّة الأرض - الواقع فيها سهم الغير من الزرع - فلا يُعتني به، بل هو معفوٌّ في نظر الشارع بعد إخراج سهم المحقّق بالقرعة. فلو لم يكن معفوّاً و كان غصباً لحقّ الغير، لم يُخبر الشارع بأنّ المُخرَج بالقرعة سهم المحقّق. هذا مضافاً إلي عدم اختصاص الاستهلاك المزبور بواحد، بل هو متحقّق في حقّ جميع الشركاء مع اختلاف قليل، كيف و إنهم رضوا بذلك برضاهم بتعيين الحصص بالقرعة، بل و لو لم يرضوا بها، فإنّها حكم الشارع.

قسمة دكاكين متعدّدة

(1) 1- و الوجه في تقديم ما طلبه الأول، أنّ مطلوبه من قبيل قسمة الإفراز، و مطلوب الثاني من قبيل قسمة التعديل. و لا يجوز الإجبار علي قسمة التعديل مع إمكان قسمة الإفراز، بل إنّما يجبر حينئذٍ علي قسمة الإفراز، إلا إذا استلزمت ضرراً لسائر الشركاء، فلا يجوز إجبارهم عليها، بل لا بدّ حينئذٍ من

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 174

(مسألة 10): لو كان بينهما حمّام و شبهه - ممّا لا يقبل القسمة الخالية عن الضرر - لم يجبر الممتنع

(1). نعم لو كان كبيراً؛ بحيث يقبل الانتفاع بصفة الحمّامية من دون ضرر - و لو بإحداث مستوقد أو بئر اخري - فالأقرب الإجبار.

التراضني. كما أنّه لو انحصرت القسمة الخالية عن الضرر في كيفية خاصّة و طلبها أحدهما يجبر سائر الشركاء عليها، بلا فرق بين كون مطلوبه قسمة إفراز أو قسمة تعديل.

لا إجبار علي ما لا

تخلو قسمته عن ضرر

(1) 1- وذلك لما اتضح بما أسلفناه، من عدم جواز الإجبار علي القسمة المستلزمة للضرر. وأمّا إحداث المستوقد ونحوه مع الأمن من الضرر، فإنّما يجوز إذا لم يستلزم حرجاً أيضاً. فلا يكفي مجرد الأمن من الضرر.

و حاصل الكلام: أنّه لا خلاف بين الأصحاب في عدم جواز إجبار أحد الشركاء علي القسمة المستلزمة للضرر، أيّ قسم منها كان، كما قال في المسالك «1» و الحدائق «2» و الجواهر «3».

ولكن قال في الشرائع: «أنّه لا يجوز قسمة كلّ ما في قسمته ضرر، ولو اتفق الشركاء علي القسمة».

(1)- مسالك الأفهام 4: 321.

(2)- الحدائق الناضرة 21: 171.

(3)- جواهر الكلام 26: 313.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 175

...

وقد أشكل عليه في المسالك بقوله: «و حكمه هنا بعدم جواز قسمة ما يشتمل علي ضرر وإن اتفقا علي القسمة، غير معروف، وإنّما المعهود الذي ذكره هو في باب و غيره، أنّ القسمة المشتملة علي ضرر لا يُجبر الممتنع عليها، لكنّها تصحّ بالتراضي، خصوصاً مع تفسيره الضرر بنقصان القيمة، فإنّ مجرد ذلك لا يبلغ حدّ المنع. نعم، لو فسّر بعدم الانتفاع أمكن من حيث استلزامها تضييع المال بغير عوض؛ لأنّه إذا لم ينتفع بالأجزاء، لا فائدة في القسمة، بل هو محض الإتلاف» «1».

وأشكل في الجواهر علي المحقّق، أوّلاً: بأنّ ما قال به منافٍ لقاعدة تسلّط الناس علي أموالهم.

و ثانياً: بأنّه قد يتعلّق الغرض الصحيح بالغرض المستلزم للضرر، و يرتفع بذلك السفه الذي هو ملاك المنع عند العقلاء.

و ثالثاً: بأنّ المحقّق فسّر الضرر المانع في كتاب القضاء بنقصان القيمة، لا خروج المال عن حيّز الانتفاع. و عليه فلا يلزم سفه

و لا إتلاف من القسمة المتضمنة للضرر بهذا المعنى، فلا دليل علي منع المالك عن التصرف في ماله.

ورابعاً: بأنّ الفقهاء صرّحوا بجواز القسمة المتضمنة للضرر و جواز إجبار الممتنع عليها، إذا كان الضرر علي طالبها دون غيره من الشركاء، كما في الدروس. وفي مفروض الكلام يرد الضرر علي جميع الشركاء أنفسهم، فلا بدّ أن يكون جائزاً.

و خامساً: بأنّ غاية ما يلزم من عدم الجواز الاثم، و هو لا ينافي صحّة

(1)- مسالك الأفهام 4: 321.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 176

(مسألة 11): لو كان لأحد الشريكين عشر من دار - مثلاً - و هو لا يصلح للسكني

، و يتصرّف هو بالقسمة دون الشريك الآخر، فلو طلب القسمة لغرض يجبر شريكه، و لم يجبر هو لو طلبها الآخر (1).

الشركة وضعاً «1».

و هذه المناقشات أكثرها واردة علي المحقق. و مقتضى التحقيق صحّة القسمة الضرورية مع تراضي الشركاء و اتّفاقهم عليها، ما دام لم تكن سفهية و إتلافاً محضاً.

(1) 1- لما سبق من عدم جواز الإجبار علي القسمة المستلزمة للضرر، دون غير المستلزمة منها. و كذلك الكلام في المستلزمة منها للخرج. و لما كان السكني في عشر الدار مستلزماً للضرر و الخرج، لا يجوز إجبار صاحب العشر، علي قسمة الدار.

(1)- قال في الجواهر في الإشكال علي المحقق ما لفظه: «و فيه أنّه مناف لقاعدة تسلط الناس علي أموالهم، و السفه قد يرتفع بالغرض الصحيح. علي أنّه هو في كتاب القضاء فسّر الضرر المانع من القسمة بنقص القيمة، لا خروج المال عن الانتفاع، و لا ريب في عدم منع المالك من التصرف فيه و إن استلزم نقصاً فاحشاً في المال. و أيضاً فالإثم بذلك لا ينافي صحّة القسمة شرعاً. كلّ ذلك مع أنّه مناف لما قيل: من وجوب الإجابة فيما لو

فرض ضرر القسمة علي أحدهما خاصّة، وكان الطالب لها المتضرّر. قال في الدروس: ولو تضرّر أحد الشريكين دون الآخر أجبر غير المتضرّر بطلب الآخر دون العكس. لكن قال: وفي المبسوط لا يجبر أحدهما ممّا يتضرّر الطالب، وهذا حسن إن فسّر التضرّر بعدم الانتفاء، وإن فسّر بنقص القيمة فالأول أحسن و كأنّه لحظ إمكان فرض الغرض الواقع للسفه علي تقدير التفسير بالنقص بخلافه علي الآخر»
جواهر الكلام 26: 313-314.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 177

(مسألة 12): يكفي في الضرر المانع عن الإيجاب (1)، حدوث نقصان في العين أو القيمة بسبب القسمة-

بما لا يتسامح فيه في العادة- وإن لم يسقط المال عن قابلية الانتفاع بالمرّة.

المراد من الضرر المانع من الإيجاب

(1) 1- يمكن إعطاء الضابطة في المقام بأنّ المعيار في الضرر المانع عن الإيجاب ما يراه العرف ضرراً. فإنّ الضرر من العناوين العرفية المحضّة، ولا مداخلة للشرع في تحديد موضوعه. وكلّ نقصان في العين أو القيمة ممّا لا يتسامح فيه عرفاً يُعدّ ضرراً عند أهل العرف لم يتسامحوا فيه؛ حيث إنّه لا يُعدّ النقصان المتسامح فيه ضرراً عندهم. ولا يعتبر في صدق الضرر عندهم سقوط المال عن قابلية الانتفاع بالمرّة، بل يكفي نقصان قابليتها للانتفاع، بأن لا يمكن أن يُتّفق به علي نحو يتوقّع منه عادةً. وذلك يوجب عادة نقصان القيمة.

ولقد أجاد في المسالك في إعطاء الضابطة في ذلك؛ حيث قال: «لا خلاف في إيجاب الممتنع علي قسمة ما لا ضرر فيه في الجملة، ولكن اختلفوا في معني الضرر المانع من الإيجاب- و منه يعرف قسيمه- علي أقوال:

أحدها: نقصان القيمة نقصاناً لا يتسامح فيه عادةً؛ لأنّ فوات المالية مناط الضرر في الأموال، و لقوله صلي الله عليه و

: «لا ضرر ولا ضرار»

، وهو عام.

وثانيها: عدم الانتفاع بالنصيب منفرداً، لتضمّنه الضرر والحرّج وإضاعة المال المنفي والمنهي عنه.

وثالثها: عدم الانتفاع به منفرداً فيما كان ينتفع به مع الشركة، مثل أن يكون

دليل تحرير الوسيلة - الشركة والقسمة، ص: 178

(مسألة 13): لا بدّ في القسمة من تعديل السهام ثمّ القرعة

إشارة

(1).

بينهما دارٌ صغيرة إذا قسّمت أصاب كلّ واحدٍ منهما موضعٌ ضيق لا ينتفع به في السكني كالأول وإن أمكن الانتفاع به في غير ذلك. وهذا أعمّ من الثاني بحسب الحمل، والثاني أعمّ بحسب الاستغراق والأقوي اعتبار الأول «(1)».

ولا يخفي أنّ في الجواهر «(2)» جَعَلَ القسم الثاني عدم الانتفاع بالمال أصلاً، والفرق بينه وبين ما قال في المسالك في القسم الثاني واضح.

ثمّ قال في الجواهر - بعد نقل التفاسير الثلاثة المزبورة للضرر المانع - ما لفظه: «ولا يخفي عليك ما في الثاني والثالث؛ ضرورة اقتضاء قاعدة نفي الضرر والضرار الأعمّ من أولهما، وقاعدة وجوب إيصال الحقّ إلي مستحقّه الطالب له ما ينافي ثانيهما، فتعيّن حينئذٍ تفسيره بالأول» «(3)».

وقد عرفت من كلام هذين الفحليين تعيّن المعني المراد من الضرر المانع في التفسير الأول من التفاسير الثلاثة المزبورة. وهذا يلائم ما ذكرناه من الضابطة في تعيين الضرر المانع عن الإيجاب علي القسمة؛ نظراً إلي الملازمة بين نقصان قابلية المال للانتفاع المتوقع منه وبين نقصان قيمته.

حكم القرعة بعد تعديل السهام

(1) 1- أمّا وجوب تعديل السهام فقد عرفت وجهه في المسألة الأولى، ولا نعيد.

أمّا وجوب القرعة بعد تعديل السهام، فقد استظهره في الجواهر من ظاهر

(1) - مسالك الأفهام 4: 319.

(2) - جواهر الكلام 26: 315.

(3) - نفس المصدر.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و

كلمات كثير من الأصحاب بل جميعهم، عدا المحقق الأردبيلي والمحدث البحراني.

استدلال الأردبيلي لعدم اعتبار القرعة

وقد استدلل المحقق الأردبيلي «1» لعدم اعتبارها بعد تعديل السهام و حصول التراضي:

أولاً: بعموم تسلط الناس علي أموالهم.

و ثانياً: بأنه من التجارة عن تراضٍ.

و ثالثاً: بأنه من أكل مال الغير بطيب نفسه.

و رابعاً: بفحوي صحيح

ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام أنه قال: في رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه، و لا يدري كل واحد منهما كم له عند صاحبه.

فقال كل واحد منهما لصاحبه: لك ما عندك، و لي ما عندي. فقال عليه السلام: «لا بأس بذلك إذا تراضيا و طابت أنفسهما» «2».

و خامساً: بعمل المسلمين مع المقسوم معاملة الملك، و اكتفائهم بالرضا في جواز التصرف، من غير توقّف علي الملك.

و لا يخفي أنّ كلامه متين و لا إشكال في الوجوه التي استدلل بها لعدم اعتبار القرعة عند تراضي الشركاء علي القسمة و علي تعيين السهام بعد تعديلها، إلا الوجه الثاني، فإنه لا يخلو من مناقشة؛ لعدم صدق عنوان التجارة علي القسمة عرفاً فإنه بعيد عن ارتكاز أذهان أهل العرف، كما أنها ليست ببيع و لا معاوضة، كما سبق في أوائل بحث القسمة.

(1) - مجمع الفائدة و البرهان 10: 215-216.

(2) - وسائل الشيعة 18: 445، كتاب الصلح، الباب 5، الحديث 1.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 180

وأما صحيح ابن مسلم وإن ليس في مورد قسمة المال المشترك، إلا أن تعليق الإمام عليه السلام الجواز علي التراضي و طيب النفس في ذيله، يشمل التراضي علي تعيين السهام بعد تعديلها في القسمة، بل ولو لم يحصل العلم بالتعديل.

كلام المحدث البحراني

وقال المحدث البحراني بعد بحث في ذلك: «و بالجمله فإني لم أقف في الأخبار علي ما ذكره من القرعة- إلي أن

قال:- و القرعة قد وردت بها الأخبار في جملة من الموارد، و لم يَذكر فيها هذا الموضوع الذي ذكره هنا. و غاية ما يدلّ عليه عمومات بعض أخبارها التوقّف عليها في موضع النزاع، مثل قول الصادق عليه السلام فيما رواه الصدوق:

«و ما تقارع قوم ففوّضوا أمرهم إلى الله تعالى، إلا خرج سهم المحقّ».

و أمّا مع التراضي فلا أثر في الأخبار لاعتبارها و التوقّف عليها، و كأنّه بسبب التراضي يكون من قبيل الصلح في هذه المعاوضة، كما ورد في صحیحته

محمّد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام أنّه قال: في رجلين كان لكلّ واحد منهما طعام عند صاحبه، و لا يدري كلّ واحد منهما كم له عند صاحبه، فقال كلّ واحد منهما لصاحبه: لك ما عندك و لي ما عندي، فقال عليه السلام: «لا بأس بذلك إذا تراضيا، و طابت أنفسهما».

نعم، لو لم يحصل التراضي بعد تعديل القسمة أمكن القول بالقرعة، لهذا الخبر و نحوه، و بالجملة فإنّ القسمة و ما ذكر فيها من الأحكام غير موجود في كلام متقدّمي علمائنا الأعلام و لا أخبار أهل الذكر عليهم السلام.

و الذي يغلب علي الظنّ القاصر أنّ الشيخ و من تبعه من الأصحاب قد تبعوا في هذه المقامات العامّة؛ حيث أطالوا البحث عن ذلك في كتبهم بهذه الفروع التي ذكرها الأصحاب اختلافاً و اتّفاقاً. و لا يخفي علي الخائض في الفنّ و الناظر في كتب

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 181

...

المتقدّمين المقصورة علي الأخبار، و أنّه لم يقع التفرّيع في الأحكام و كثرة الفروع في المسألة الواحدة سيّما في هذا الباب، إلاّ من الشيخ و تبعه من تأخر عنه، و كلّها من كتب العامّة» «1».

و يتحصّل كلامه

في امور:

- 1- عدم الوقوف علي خبر يدل علي اعتبار القرعة في القسمة، و الأخبار الدالّة علي مشروعية القرعة إنّما وردت في موارد اخري غير القسمة.
 - 2- إذا لم يحصل تراضي الشركاء و وقع النزاع بينهم في تعيين الحصص، تشمله عمومات الدالّة علي مشروعية القرعة في التنازع في الحقوق و كلّ أمر مشكل، فلا بدّ من القرعة حينئذٍ. و أمّا إذا حصل التراضي فيكون القسمة من قبيل الصلح.
 - 3- ما ذكره الشيخ الطوسي و من هذا حذوه في تعيين السهام بالقرعة، حتّي مع تراضي الشركاء بدونها و التفريع علي ذلك بتفريعات كثيرة و ذكر الجزئيات، إنّما تأثروا و تبعوا أبناء العامة في ذلك.
- و قد حمل عليه صاحب الجواهر بقوله: «إنّه أساء الأدب و نسبهم في ذلك إلي متابعة العامة» (2).

جواب صاحب الجواهر عن صاحب الحدائق و نقده

و أجاب في الجواهر (3) أولاً: بأنّ سيرة الأصحاب و المتشرعة قد جرت في القسمة قديماً علي تعيين السهام بالقرعة بعد تعديلها. و هي تعطي لنصوص القسمة

(1)- الحدائق الناضرة 21: 175-176.

(2)- جواهر الكلام 40: 330.

(3)- نفس المصدر 26: 311.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 182

...

ظهوراً في ذلك، بحيث لا يصدق عنوانها بدون القرعة.

و ثانياً: بأنّ تعريف القسمة بأنّها تمييز حصص الشركاء و تفكيك حقوقهم بعضها عن بعض، يقتضي كون حصّة كلّ شريك كلفة دائرة بين مصاديق متعدّدة، و لا مناص حينئذٍ في تشخيص حصّة كلّ شريك و تعيينها من القرعة؛ لأنّها متردّدة و مشتبهة بشكل تعيينها، و القرعة لكلّ أمر مشكل، فليست القرعة ناقلة، بل إنّما تُخرج الحصّة عن الاشتباه و تُعيّنها. و بذلك يتّجه اعتبار القرعة بعد تعديل السهام.

و فيه أولاً: أنّ دعوي السيرة المتّصلة بزمان الشارع، لا دليل عليها بعد دعوي صاحب الحدائق

خلو كلمات القدماء في المقام عن القرعة في القسمة و تبعية الشيخ العامة في ذلك.

و ثانياً: أنه بعد تراضي الشركاء علي تعيين الحصص بينهم بعد تعديلها، لا مشكلة في البين. و إنما المشكل فيما إذا لم يتراضوا بذلك. فلا يبعد القول باختصاص القرعة بهذه الصورة و اعتبارها حينئذٍ، كما قال في الحدائق «1». و جميع أدلة القرعة إنما هي ناظرة إلي هذه الصورة.

فإذا اقرع بين الشركاء عند اختلافهم و تعيّن السهام بعد تعديلها بالقرعة، اجبر الشركاء علي ما اخرج لهم من السهم بالقرعة.

اعتراف صاحب الجواهر بما اختاره في الحدائق

و قد اعترف في الجواهر بما اختاره في الحدائق، و استشهد له بكلام المحقق صاحب الشرائع، و ادّعي صراحته في مشروعية القسمة بدون القرعة حينئذٍ ذلك.

(1) - الحدائق الناضرة 21: 176.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 183

...

قال في الشرائع: «أما لو أراد أحد الشركاء التخيير، فالقسمة جائزة، لكن لا يجبر الممتنع عنها».

و قال في الجواهر في ذيله: «ضرورة صراحة ذلك في مشروعية القسمة بدونها، و أنّ الفرق بينها و بين الاولي جبر الممتنع عنها دونها. و أصرح منه ما في اللمعة في القسمة في القضاء: و إذا عدلت السهام و اتفقا علي اختصاص كل واحد بسهم، لزم، و إلا اقرع. و في الروضة في شرحها: لزم من غير قرعة؛ لصدق القسمة مع التراضي الموجبة لتميّز الحق. و لا فرق بين قسمة الردّ و غيرها. و إلا يتفقا علي الاختصاص اقرع. و هو صريح في عدم اعتبارها في أصل القسمة، إلا حال عدم التراضي. و المحدث البحراني قد صرح باعتبار القرعة حينئذٍ و عدمها مع التراضي، و هو عين ما سمعته منهم فما أدري أين محلّ إنكاره» «1».

أقول: محلّ إنكاره اعتبار القرعة

مع تراضي الشركاء علي تعيين الحصص بعد تعديل السهام بدون القرعة، كما يظهر من السيد الماتن هاهنا. و الحق في المقام مع صاحب الحدائق وقد وافقه الأصحاب، بل لا يخالفه صاحب الجواهر نفسه، كما عرفت من كلامه هاهنا مستشهداً بكلام الشهيد. بل قد عرفت أنّ كلام المحقق الأردبيلي أيضاً راجع إلي ذلك، فكلامه أيضاً - كصاحب الحدائق - موافق لرأي الأصحاب.

الاستشهاد ببعض النصوص لعدم اعتبار القرعة

وقد يستشهد لإثبات عدم اعتبار القرعة و مشروعية القسمة عند التراضي، بما ورد في نصوص قسمة الدين المشترك.

(1) - جواهر الكلام 26: 313.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 184

...

مثل صحيح

غياث بن إبراهيم عن أبيه عن آباءه عن علي عليه السلام: في رجلين بينهما مال منه بأيديهما، و منه غائب عنهما، فاقتهما الذي بأيديهما، و احتال كل واحد منهما بنصيبه، فقبض أحدهما و لم يقبض الآخر، فقال: «ما قبض أحدهما فهو بينهما، و ما ذهب فهو بينهما» (1).

و صحيح

عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألت عن رجلين بينهما مال منه دين، و منه عين، فاقتهما العين و الدين، فتوي الذي كان لأحدهما من الدين أو بعضه، و خرج الذي للآخر أيرد علي صاحبه؟ قال: «نعم، ما يذهب بماله» (2).

و صحيح

سليمان بن خالد، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجلين كان لهما مال بأيديهما و منه متفرق عنهما فاقتهما بالسوية، ما كان في أيديهما، و ما كان غائباً عنهما، فهل لك نصيب أحدهما ممّا كان غائباً و استوفي الآخر، عليه أن يرّد علي صاحبه؟ قال: «نعم، ما يذهب بماله» (3).

و صحيح

علي بن جعفر في كتابه عن أخيه موسى بن جعفر عليهما السلام قال: سألت عن رجلين اشتركا في

السلم أ يصلح لهما أن يقتسما قبل أن يقبضاً؟ قال: «لا بأس به» (4).

بتقريب أن إطلاق هذه النصوص ينفي اعتبار القرعة في صحّة القسمة، بعد تعديل السهام، كما يشير إليه قوله: «فاقتسما بالسوية» و بعد التراضي كما يظهر من

(1)- وسائل الشيعة 18: 435، كتاب الضمان، الباب 13، الحديث 1.

(2)- وسائل الشيعة 19: 13، كتاب الشركة، الباب 6، الحديث 2.

(3)- وسائل الشيعة 18: 370، كتاب التجارة، أبواب الدين والقرض، الباب 29، الحديث 1.

(4)- وسائل الشيعة 18: 371، كتاب التجارة، أبواب الدين والقرض، الباب 29، الحديث 2.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة والقسمة، ص: 185

...

إسناد القسمة إليهما في قوله: «فاقتسما»، كما ينفي اعتبار وجود قاسم من جانب الإمام عليه السلام أو نائبه.

وفي الحدائق في بيان مفاد هذه الأخبار بعد ذكرها، قال: «و المتبادر من هذه الروايات أن الاقتسام إنما وقع من الشركاء بمجرد تميز سهام كل واحد من ذلك المال المشترك الموجود بأيديهم، مثلياً كان ذلك المال أو قيمياً بعد تعديله كما تقدّم، من غير توقّف علي قاسم من جهة الإمام عليه السلام، ولا قرعة في البين؛ بأن رضي كلّ منهم بعد تساوي السهام بنقل حصّته، ممّا في يد شريكه بحصّة شريكه ممّا في يده، و كذلك قسمة ما في الذمم ممّا لم يكن في أيديهما، إلّا أنّه عليه السلام أبطل قسمة الغائب» (1).

ولا غبار علي دلالة هذه النصوص بإطلاقها علي عدم اعتبار القرعة في قسمة ما قبض من الدين المشترك عند التراضي وإلّا أنّها دلّت علي بطلان قسمة الدين المشترك، كما عقد لها في الوسائل (2) بهذا العنوان واستظهره المشهور من هذه النصوص. فلا دلالة لها علي صحّة أصل

قسمة الدين، فضلاً عن دلالتها علي عدم اعتبار القرعة في قسمتها.

وأما عمومات القرعة المستدلّ بها لاعتبار القرعة في صحّة القرعة ولزومها عند الاختلاف:

فمنها: حسنة

محمّد بن الحكيم قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن شيء، فقال عليه السلام لي: «كلُّ مجهول ففيه القرعة»، قلت له: إنَّ القرعة تخطئُ وتصيب.

(1)- الحدائق الناضرة 21: 174-175.

(2)- وسائل الشيعة 19: 12، كتاب الشركة، الباب 6.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة والقسمة، ص: 186

...

قال عليه السلام: «كلُّ ما حكم الله به فليس بمُخطئٍ» (1).

ومنها: قول أبي عبد الله عليه السلام:

«و القرعة سنّة»

في صحيح إبراهيم بن عمر و سيّابة (2).

ومنها:

ما ورد في صحيح جميل عن زرارة في حديث قال: إنّما جاء الحديث بأنّه «ليس من قوم فوّضوا أمرهم إلي الله ثمّ اقترعوا إلّا خرج سهم المحقّ» (3).

ومنها: صحيح

أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام: «ليس من قوم تقارعوا ثمّ فوّضوا أمرهم إلي الله، إلّا خرج سهم المحقّ» (4).

ومنها: ما رواه ابن أبي جمهور الأحسائي في عوالي اللئالي بقوله: وروي في الصحيح عن النبي صلي الله عليه وآله، قال: «في كلّ أمر مشكل القرعة» (5).

وقال في موضع آخر:

ونقل عن أهل البيت عليهم السلام: «كلّ أمر مشكل فيه القرعة» (6).

هذه النصوص تشمل بعمومها وإطلاقها كلّ مورد اشتبه الحقوق، و اشكل إخراج سهم المحقّ و لم يمكن تعيينه بتصنيف أو تراضٍ علي تعديل السهام أو

(1)- من لا يحضره الفقيه 3: 92، الحديث 3389؛ وسائل الشيعة 27: 260، كتاب القضاء، أبواب كيفية الحكم، الباب 13، الحديث 11 و18.

(2)- وسائل الشيعة 27: 257، كتاب القضاء، أبواب كيفية الحكم، الباب 13، الحديث 2.

(3)- وسائل

الشيعة 27: 257، كتاب القضاء، أبواب كيفية الحكم، الباب 13، الحديث 4.

(4) - وسائل الشيعة 27: 258، كتاب القضاء، أبواب كيفية الحكم، الباب 13، الحديث 5 و 6.

(5) - عوالي اللئالي 2: 285، الحديث 25.

(6) - عوالي اللئالي 2: 112، الحديث 308.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 187

أمّا كيفية التعديل (1): فإن كانت حصص الشركاء متساوية- كما إذا كانوا اثنين و لكلّ منهما النصف، أو ثلاثة و لكلّ منهم الثلث و هكذا- يعدّل السهام بعدد الرؤوس، و يعلم كلّ سهم بعلامة تميّزه عن غيره. فإذا كانت قطعة أرض متساوية الأجزاء بين ثلاثة- مثلاً- تجعل ثلاث قطع متساوية مساحة، و يميّز بينها بتمييز كأولي لإحداها، و الثانية للآخرى، و الثالثة للثالثة.

و إذا كانت دار مشتملة علي بيوت بين أربعة- مثلاً- تجعل أربعة أجزاء متساوية بحسب القيمة إن لم يمكن قسمة إفرانز إلا بالضرر، و تميّز كلّ منها بتمييز كالقطعة الشرقية و الغربية و الشمالية و الجنوبية المحدودات بحدود كذائية. و إن كانت الحصص متفاوتة- كما إذا كان المال بين ثلاثة: سدس لعمرو، و ثلث لزيد، و نصف لبكر- تجعل السهام علي أقلّ الحصص، ففي المثال تجعل السهام ستة معلّمة كلّ منها بعلامة، كما مرّ.

مصالحة و نحو ذلك. و تدلّ علي مشروعية القرعة في هذه الموارد. و ذلك لصدق المشكل و تحقّق موضوع القرعة بذلك.

كيفية تعديل السهام و القرعة

(1) 1- لم ترد كيفية التعديل و القرعة في نصّ خاصّ. و إنّما ذكرها الفقهاء، كما ذكرها في الجواهر (1). و المعيار مراعاة أحكام القسمة من تعديل السهام و تعيينها بالقرعة و تفويض الأمر إلي الله و إخراج كلّ سهم، من غير اطلاع و علم بأنّه لأيّ شخص من الشركاء قبل إخراجه.

(1) - جواهر

دليل تحرير الوسيلة - الشركة والقسمة، ص: 188

وأما كيفية القرعة: ففي الأول- وهو ما كانت الحصص متساوية- تؤخذ رقاع بعدد رءوس الشركاء؛ رقعتان إذا كانوا اثنين، و ثلاث إذا كانوا ثلاثة وهكذا، و يتخيّر بين أن يكتب عليها أسماء الشركاء- علي إحداها زيد، و اخري عمرو مثلاً- أو أسماء السهام: علي إحداها أول، و علي الاخرى ثاني و هكذا، ثم تشوّش و تستر، و يؤمر من لم يشاهدها فيخرج واحدة واحدة. فإن كتب عليها اسم الشركاء يعيّن سهم كالأول، و تخرج رقعة باسم هذا السهم قاصدين أن يكون لكلّ من خرج اسمه، فكلّ من خرج اسمه يكون له، ثم يعيّن السهم الآخر و تخرج رقعة اخري لذلك السهم، فمن خرج اسمه فهو له و هكذا.

و إن كتب عليها اسم السهام يعيّن أحد الشركاء و تخرج رقعة، فكلّ سهم خرج اسمه فهو له، ثم تخرج اخري لشخص آخر و هكذا.

وفي الثاني- وهو ما كانت الحصص متفاوتة، كالمثال المتقدم الذي قد تقدّم: أنّه تجعل السهام علي أقلّ الحصص و هو السدس- يتعيّن فيه أن تؤخذ الرقاع بعدد الرءوس؛ يكتب- مثلاً- علي إحداها زيد، و علي الاخرى عمرو، و علي الثالثة بكر، و تستر كما مرّ. و يقصد أن كلّ من خرج اسمه علي سهم، كان له ذلك مع ما يليه بما يكمل تمام حصّته، ثم تخرج إحداها علي السهم الأول، فإن كان عليها اسم صاحب السدس تعيّن له، ثم تخرج اخري علي السهم الثاني، فإن كان عليها اسم صاحب الثلث كان الثاني و الثالث له، و يبقي الرابع و الخامس و السادس لصاحب النصف، و لا يحتاج إلي

إخراج الثالثة. وإن كان عليها اسم صاحب النصف كان له الثاني والثالث والرابع، ويبقى الباقي لصاحب الثلث. وإن كان ما خرج علي السهم الأول اسم صاحب الثلث كان الأول

دليل تحرير الوسيلة - الشركة والقسمة، ص: 189

والثاني له، ثم تخرج اخري علي السهم الثالث، فإن خرج اسم صاحب السدس فهو له، وتبقى الثلاثة الأخيرة لصاحب النصف. وإن خرج اسم صاحب النصف كان الثالث والرابع والخامس له، ويبقى السادس لصاحب السدس. وقس علي ذلك غيره.

(مسألة 14): الظاهر أنه ليست للقرعة كيفية خاصة

(1)، وإنما تكون منوطة بمواضعة القاسم والمتقاسمين؛ ياناطة التعيين بأمر ليست إرادة المخلوق دخيلة فيه؛ مفوضاً للأمر إلي الخالق جلّ شأنه؛ سواء كان بكتابة رفاع، أو إعلام علامة في حصاة أو نواة أو ورق أو خشب، أو غير ذلك.

ليست للقرعة كيفية خاصة

(1) 1- قال في الجواهر في بيان كيفية القرعة: «بأن يكتب أسماء الشركاء أو السهام، كلُّ في رقعة و تصان و يؤمر من لم يطلع علي الحال بإخراج إحداها علي اسم أحد المتقاسمين أو أحد السهام، هذا إن اتفقت السهام قدرًا. و لو اختلفت، قسّم علي أقلّ السهام، و جعل لها أول يعيّنه المتقاسمون، و إلا الحاكم و تكتب أسماؤهم، لا أسماء السهام؛ حذرًا من التفريق، فمن خرج اسمه أولًا أخذ من الأول، و اكمل نصيبه منها علي الترتيب، ثم يخرج الثاني إن كانوا أكثر من اثنين، و هكذا» «1».

ثم قال: «و بذلك تتم القسمة، من غير حاجة إلي شيء آخر، من رضي

(1)- جواهر الكلام 26: 309.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة والقسمة، ص: 190

...

بعده وغيره، في قسمة الإيجاب وغيرها» «1».

و أنت تري أنه

لم يستند في كيفية القرعة إلى نصّ أو إجماع أو دليل آخر.

وقال في المسالك- في ذيل كلام المحقق في بيان كيفية القرعة- ما لفظه:

«و ما ذكره من كتابة الأسماء و السهام و وضعه في بندقة من طين و نحوه، هو المشهور في استعمال الفقهاء، و لكن لا يتعيّن. فلو جعلها بالأقلام و الحصي و الورق و ما جري مجراها مع مراعاة الستر، كفي» «(2)».

و حاصل الكلام: أنّ المعيار في كيفية القرعة مراعاة الستر في كتابة السهام و الأسماء و الرّقع المكتوبة و كذا في إخراجها. و لا ريب في أولوية ما هو أدقّ رعاية و أقلّ كلفة و أخصر طريقاً من الطرق المذكورة، كما يستفاد ذلك من كلمات الشهيد «(3)» و غيره من فحول المحققين.

وقال في الجواهر- بعد نقل كلام صاحب الشرائع في كيفية القسمة:-

«و الظاهر عدم وجوب خصوص كتابة الرقاع و عدم الصون في ساتر، بل و عدم وجوب كون المأمور مكلفاً، بل و غير ذلك من القيود المزبورة؛ إذ المراد حصول التعيين من غير اختيارهما أو وكيلهما، بل يفوضان أمره إلى الله تعالى و يفعلان ما يفيد و إن كان الأولي الاقتصار على المأثور و المعهود» «(4)».

و ليس مراده من المأثور ورود كيفية خاصّة في رواية بل مراده الكيفية الماثورة في فتاوي الأصحاب.

(1)- جواهر الكلام 26: 309.

(2)- مسالك الأفهام 14: 41.

(3)- نفس المصدر.

(4)- جواهر الكلام 40: 344-345.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 191

(مسألة 15): الأقوي أنه تتم القسمة بإيقاع القرعة كما تقدّم، و لا يحتاج إلى تراضٍ آخر بعدها

(1)، فضلاً عن إنشائه و إن كان أحوط في قسمة الرّد.

هل يعتبر الرضا بعد القرعة؟

(1) 1- مقتضى التحقيق عدم اعتبار الرضا بعد القرعة لتعيين السهام و تخصيصها بأحد الشركاء في قسمة الإفراز و التعديل، فيما

إذا تراضوا بالقرعة قبلها مطلقاً، بلا فرق بين ما إذا تراضوا بالقرعة بعد الاختلاف التجاءً إليها، وبين ما إذا تباؤوا علي تعيين السهام بالقرعة ابتداءً من دون اختلاف.

وأما إذا لم يتراضوا بالقرعة قبلها، فقد وقع الخلاف في اعتبار الرضا بعدها وعدم اعتباره حينئذٍ.

ووجه اعتبار الرضا بعد القرعة في قسمة الردّ أنها تتضمن معاوضة بين نصف المقدار الزائد- الواقع في السهم الأكثر- وبين عوضه المردود إلي ذي السهم الأقل.

وصحة المعاوضة بحاجة إلي التراضي. وقد ردّه في الجواهر بأن القسمة في جميع أقسامها كالمعاوضة التي يدّعيها الخصم؛ حيث قال: «مع أنها في الجميع كالمعاوضة التي يدّعيها الخصم» (1).

وأما وجه عدم اعتباره أنّ بالقرعة يخرج سهم المحقّ وتنجّز بها القسمة، هذا، مع حصول التراضي بالقرعة قبلها.

(1)- نفس المصدر 26: 310.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة والقسمة، ص: 192

...

وقد نسب في الجواهر (1) اعتبار الرضا بعد القرعة في لزوم قسمة الردّ إلي المبسوط والتحرير والإرشاد والدروس والإيضاح والمسالك، وغاية المرام والرياض.

ولكن ظاهر نسبة المحقّق والعلامة ذلك إلي القيل عدم اعتباره بعدها، بل في الجواهر (2) صريح الدروس. وهو الأقوي. وذلك لأنّ بالقرعة يخرج سهم المحقّق وتحلّ المشكلة ويرتفع الجهل، كما نطقت بذلك نصوص القرعة، وبعد ذلك فأيّ حاجة إلي التراضي؟! هذا مع حصول التراضي قبل القرعة بتباني الشركاء عليها.

بل صرح المحقّق بالإشكال في اعتبار الرضا معللاً بما قلنا؛ حيث قال:

«وفي هذا- أي اعتبار الرضا بعد القرعة- إشكال؛ من حيث إنّ القرعة وسيلة إلي تعيين الحقّ وقد قارنها الرضا» (3).

وقال في الجواهر: «نعم،

الظاهر عدم اعتبار الرضا بعد القرعة مع فرض سبق الرضا بالقسمة بها؛ ضرورة ظهور أدلتها في اقتضائها التعيين و التمييز، فمع حصوله بها لا دليل علي عوده» «4».

و أيضاً نسب في الجواهر إلي المشهور اعتبار الرضا بعد القرعة، و أشكل عليه بوجه ثلاثة؛ حيث قال بعد بيان كيفية القرعة: «و بذلك تتم القسمة، من غير حاجة إلي شيء آخر من رضي بعده و غيره في قسمة الإجماع و غيرها،

(1)- جواهر الكلام 40: 350.

(2)- نفس المصدر.

(3)- نفس المصدر: 329.

(4)- نفس المصدر: 331.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 193

...

بل و لا- في قسمة الردّ إذا كان القاسم في الجميع منصوباً. أمّا إذا كانت من غيره و لو منصوباً منهما، فالمشهور علي ما قيل الاحتياج إلي رضا بعد القرعة، خصوصاً في قسمة الردّ لاشتمالها علي المعاوضة المتوقّفة علي ما يدلّ علي الرضا بذلك.

و قد يشكل أوّلاً: بالاكْتفاء بالرضا بالقرعة.

و ثانياً: بفحوي الاكْتفاء بها في قسمة الإجماع، و فيما إذا كان القاسم منصوباً من الإمام، مع أنّها في الجميع كالمعاوضة التي يدّعيها الخصم.

و ثالثاً: بما دلّ من نصوص القرعة علي كونها مميّزة للحقّ، و مشخّصة له، و ملزمة به، بل لعلّ ذلك هو حكمة مشروعيتها، و بذلك يخرج عن أصالة بقاء المال علي الإشاعة» «1».

و يرد علي إشكال الأوّل، أنّ الكلام فيما إذا لم يتراضوا بالقرعة، بل كانت بحكم الحاكم.

و علي إشكاله الثاني، أنّ القرعة عند صاحب الجواهر تعيين الحصص و تمييز حقوق الشركاء عن الإبهام فهذا الإشكال مخالف لمبناه.

و أمّا إشكاله الثالث فلا غبار عليه. و العمدة في عدم اعتبار الرضا بعد القرعة هي هذا الوجه؛ لأنّ نصوصها تنادي بأعلي صوتها أنّ السهم الخارج بالقرعة قد

أخرجه الله بحكمه وقضائه. ولا اعتبار بإرادة المخلوقين ولا رضاهم بعد حكم الخالق سبحانه وتعالى.

فالأقوي عدم اعتبار الرضا بعد القرعة مطلقاً، كما أفاده السيد الماتن قدس سره.

(1) - جواهر الكلام 26: 309-310.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة والقسمة، ص: 194

(مسألة 16): لو طلب بعض الشركاء المهايأة في الانتفاع بالعين المشتركة:

إشارة

إمّا بحسب الزمان؛ بأن يسكن هذا في شهر وذاك في شهر مثلاً، وإمّا بحسب الأجزاء؛ بأن يسكن هذا في فوقاني وذاك في التحتاني مثلاً، لم يلزم علي شريكه القبول، ولم يجبر إذا امتنع (1)،

لا يجوز الإجماع علي قسمة المهايأة

(1) 1- قال في مجمع البحرين: تهاياً القوم تهاياً؛ إذا جعلوا لكل واحد هيئة معلومة، والمراد النوبة. والمهايأة في كسب العبد أنّهما يقسمان الزمان بحسب ما يتفقان عليه ويكون كسبه في كل وقت لمن ظهر له بالقسمة.

والمقصود من المهايأة تقسيم الانتفاع من العين المشتركة بين الشركاء، إمّا بحسب أجزائها أو بحسب الزمان.

وأمّا عدم جواز إجبار الممتنع علي قسمة المهايأة في مفروض كلام السيد الماتن، فالوجه فيه:

أولاً: أنّها ليست بقسمة إفراز ولا تعديل؛ نظراً إلي عدم تعديل السهام بها؛ لعدم تساوي منفعة الجزئين من الأرض أو البناء، ولا تساوي مقدار المنفعة في الزمانين غالباً.

و ثانياً: عدم خلوّها من احتمال الضرر؛ لاحتمال نقصان المنفعة المنتفعة بها في إحدى النوبتين من المنفعة في النوبة الاخرى. و ثالثاً: أنّه منافٍ لسلطة الناس علي أموالهم. وذلك لأنّ الشريك الممتنع مالكٌ لحصّته من عين المال المشترك. فله الامتناع من كيفية الانتفاع، بل من أصل الانتفاع بها و مطالبة عين ماله أو قيمتها.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة والقسمة، ص: 195

...

وإجباره علي خلاف مطلوبه في ماله منافٍ لسلطته علي ماله.

قال في الجواهر: «ثم إنَّ الظاهر ما صرَّح به في الدروس و اللمعة و الروضة وغيرها، من عدم وجوب الإجابة إلي المهياة؛ أي قسمة المنفعة بالأجزاء، أو بالزمان، كأن يسكن أو يزرع هذا الجزء المعين، بل في الأخير: سواء كان ممَّا يصحَّ قسمته إجباراً أم

لا، وأنه لا يلزم الوفاء بها لو أجاب إليها، فيجوز لكل منهما فسخها. وحينئذٍ فلو استوفي أحدهما ففسخ الآخر أو هو، كان عليه اجرة حصّة الشريك» (1).

و الضابطة في جواز الإجماع علي المهايأة عدم توجّه الضرر و الحرج بها إلي الممتنع عنها، و عدم المنافاة لسلطته علي ماله. و من هنا لو عمدت قسمة المهايأة في مورد من قبيل قسمة الإفراز؛ بأن قُسمت أجزاء المال متساويةً، يجوز إجبار الممتنع عليها، كما في قسمة الماء بحسب الساعات أو الأيام مع العلم بتساوي مقدار الماء الخارج في كلّ ساعة أو يوم. فيجوز حينئذٍ إجبار الممتنع عليها، كما سبق في كتاب المشتركات من كتابنا دليل تحرير الوسيلة. و ممّا يؤيد ذلك قوله تعالى: «وَبَيَّنُّهُمْ أَنَّ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ» (2).

هذا، و لكن قسمة الماء حينئذٍ بالكيفية المزبورة من قبيل قسمة الإفراز في الحقيقة. و إنّ إطلاق قسمة المهايأة عليها في باب المشتركات مسامحي، و إنّما هو بلحاظ ابتناء القسمة حينئذٍ عن تناوب ساعات الزمان، و إلّا فهي في الحقيقة ليست من قسمة المهايأة؛ لعدم كونها قسمة الانتفاع، بل إنّما هي قسمة العين المشتركة.

(1) - جواهر الكلام 26: 314.

(2) - القمر (54): 28.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 196

نعم يصحّ مع التراضي لكن ليس بلازم (1)، فيجوز لكلّ منهما الرجوع. هذا في شركة الأعيان. و أمّا في شركة المنافع فينحصر إفرازها بالمهايأة، لكنّها فيها - أيضاً - غير لازمة. نعم لو حكم الحاكم الشرعي بها في مورد - لأجل حسم النزاع - يجبر الممتنع و تلزم (2).

(1) 1- كان الكلام آنفأ في الانتفاع من العين المشتركة مهايأة؛ بأن يقسم الشريكان منافعها علي نحو المهايأة كما سبق بيانه.

و أمّا في هذا الفرع،

فالكلام في ما إذا كانت الشركة في المنفعة خاصة، من دون اشتراك في العين. كما لو استأجر أرضاً أو بستاناً أو خاناً، فاشتركا بذلك في منافع العين المستأجرة، فيجوز لهما قسمة منافعها مهايأة، بل القسمة تنحصر حينئذٍ في المهايأة؛ إذ لا مناص لهما في قسمتها من الانتفاع بالعين المستأجرة علي نحو المهايأة.

وإن قسمة المهايأة في المنافع أيضاً غير لازمة بل جائزة و من قبيل قسمة التراضي.

و الوجه في ذلك عين ما عرفت آنفاً من الوجوه الثلاثة، و لعدم كون المهايأة تمليك عين بعوض كبيع أو إجارة أو نحوهما من العقود اللازمة، بل مجرد تراضٍ علي كيفية الانتفاع بالمال المشترك. و سيأتي نصّ كلام صاحب الجواهر لتعليل ذلك في ختام هذا الفرع. و لكن انحصار إفرازها بالمهايأة لا يستلزم جواز الإجبار عليها؛ لعدم كونها من قبيل قسمة الإفراز و لا التعديل، و لما سبق من الوجوه آنفاً.

(2) 2- و ذلك أولاً؛ لتوقّف حسم مادّة النزاع و المخاصمة علي حكم الحاكم و لعدم جواز ردّ حكم الحاكم

كما ورد في مقبولة ابن حنظلة: «إذا حكم بحكمنا فلم

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 197

...

يقبل منه؛ فإنّما استخفّ بحكم الله و علينا ردّ، و الرادّ علينا الرادّ علي الله، و هو علي حدّ الشرك» (1)

. و ثانياً؛ لانحصار القسمة في المهايأة حينئذٍ، و امتناع الشريك منها موجب لحرمان شريكه عن الانتفاع بماله، و في ذلك ضررٌ عليه، مع أنّه مناف لسلطته علي ماله.

و أمّا بدون حكم الحاكم، فلا يجوز الإجبار عليها، حتّي مع انحصار القسمة فيها؛ لما أشرنا إليه آنفاً من عدم تعديل السهام فيها و تضرّر الممتنع و منافاة إجباره لسلطته علي ماله، كما يمكن حسم

مادّة النزاع، ببيع المال المشترك أو إجارته و تقسيم ثمنه أو اجرتة بين الشركاء.

هل يجوز إجبار الممتنع عن المهايأة علي البيع أو الإجارة؟

و علي القول بعدم جواز إجبار الممتنع علي قسمة المهايأة عند انحصار القسمة فيها، فهل يجوز إجباره علي حكم الحاكم بإيجار المال المشترك أو بيعه و تقسيم اجرتة أو ثمنه بين الشركاء؟ فيه كلام.

وقد أشار في الجواهر إلي ذلك. فإنه- بعد إفتائه بعدم جواز الإجار علي قسمة المنافع بالمهايأة، ونقله عن الروضة، حتّي فيما إذا لم تجز قسمة الإجار- قال: «لكن قد يقال فيما إذا كانت قسمة ممتنعة: إنّه ينتزعه الحاكم منهما مع التعاسر و يؤجر عليهما إن كان له اجرة، جمعاً بين الحقيّن و صوتاً للمال عن التلف، و جبراً للضرر كما صرّح به في الدرّوس، و لعل ذلك من السياسات بناءً علي أنّ للحاكم ذلك و نحوه. و حينئذٍ لا ينحصر الأمر في ذلك، فله حينئذٍ بيعه عليهم، مع كونه مقتضاها،

(1)- وسائل الشريعة 27: 136، كتاب القضاء، أبواب صفات القاضي، الباب 11، الحديث 1.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 198

(مسألة 17): القسمة في الأعيان بعد التمامية و الإقراع لازمة

(1)،

كما عن بعض العامّة من كون ذلك وجهاً، أمّا مع قطع النظر عنها. فالمتّجه ما صرح به بعضهم، من عدم وجوب بيع المشترك مع التنازع، و عدم إمكان القسمة و انتفاء المهايأة، لأصلي عدم الوجوب، و عدم صحّة البيع عليهم» «1».

قوله: مع كونه مقتضاها؛ أي: مع كون بيعه عليهم مقتضي السياسة أيضاً كالإجار.

و الوجه في عدم وجوب البيع و الإجار عليه مع قطع النظر عن السياسة و حسم النزاع، عدم خلّوّه من الضرر و منافاته لسلطة الناس علي أموالهم.

و أمّا عدم صحّة البيع؛ فلعدم حصول التراضي عليه، فهو من التجارة عن غير تراض.

و مقتضي التحقيق: أنّه لو امتنع عن المهايأة و لم يمكن قسمة الإجار، و عن البيع و

الإيجار، لا إشكال في جواز إجبار الحاكم علي الإيجار و تقسيم المنفعة أو علي قسمة الردّ، وإلا فعلي البيع و قسمة الثمن بينهم؛ حسماً لمادّة النزاع، فإنّ ذلك من اختيارات الحاكم و داخل في ولايته.

القسمة لازمة بعد القرعة

(1) 1- كما قال في الشرائع: «و تكون بتعديل السهام و القرعة»، و قال في المسالك في شرحه، «أي تكون القسمة الإجبارية تامّة بذلك. فمتي حصلت القرعة، لزمّت» (2). و الوجه فيه:

(1)- جواهر الكلام 26: 314.

(2)- مسالك الأفهام 4: 320.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 199

و ليس لأحد من الشركاء إبطالها و فسخها، بل الظاهر أنّه ليس لهم فسخها و إبطالها بالتراضي، لأنّ الظاهر عدم مشروعية الإقالة فيها (1).

أولاً: حكم الشارع بنفوذ القرعة و صحّتها و إخراج حقّ المحقّق بها، فلا يحتاج إلي تمليك المخلوق بعد تمليك الخالق تعالى. فإنّ حكم الشارع بكون الخارج بالقرعة حقّاً للمحقّق، يفيد فائدة التمليك و اللزوم، فلا يجوز نقض حكم الشارع و إزالة تملكه بالفسخ.

و يمكن استفادة ذلك من كلام صاحب الجواهر؛ حيث قال: «و القرعة لاستخراج خصوص ما لكلّ منهما من المصداق المتردّد واقعاً، فتكشف حينئذٍ عن كون حقّه في الواقع ذلك، و لو لسبق علم الله تعالى بوقوعها عليه، و لا يحتاج بعد إلي عموم، أو عقد آخر يقتضي الملك أو اللزوم. فتأمل جيّداً، فإنّه دقيق نافع» (1).

و ثانياً: بأنّ القرعة جعلت في لسان نصوصها لرفع مشكلة النزاع بين المتخاصمين كما ورد أنّ

«القرعة لكلّ أمر مشكل»

، لأنّها عدلّ بحكم الشارع بخروج حقّ المحقّق بها. فهي فاصلة الخصومة، فلا بدّ من إفادتها لزوم القسمة الحاصلة بها، و إلاّ لم تُفصل بها خصومة و نزاع أبداً. و هذا في

الحقيقة هو مراد الأصحاب، من اعتبار القرعة حال عدم تراضي الشركاء. كما قال في الجواهر: «إن مراد الأصحاب اعتبار القرعة حال عدم التراضي؛ لأنها العدل» (2).

(1) 1- لظهور أدلة القرعة في كون السهم الخارج بها لمن خرج اسمه بحكم الشارع. فهي كاشفة عن كون القسمة بالقرعة لازمة بحكم الشارع تعبدًا. و تدلّ

(1)- جواهر الكلام 26: 312.

(2)- نفس المصدر: 313.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 200

...

بذلك علي كون لزومها حكماً غير قابل للإقالة، وليس من قبيل اللزوم الحقي القابل لذلك.

بيان ذلك: أن لزوم الوفاء تارة: يكون في المعاملات ثابتاً بعنوان حق لطرفي العقد. و لازمه جواز رفع اليد عنه للمتعاملين بالإقالة و الفسخ و نحو ذلك.

و اخري: يكون ثابتاً بعنوان حكم شرعي تعبدى، فلا يجوز حينئذ التخلّف عنه. و قد يُعبّر عن الأول باللزوم الحقي، كما في باب العقود المعاوضية اللفظية، سواء كانت تنجزية كالبيع و الإجارة و الصلح، أو تعليقية، كالجعالة و السبق و الرماية.

و السرّ في ذلك أن بقول المتعاملين: «بعت و اشتريت» - مثلاً- كما يُنشأ مدلوله المطابقي - و هو المبادلة بين المالين - كذلك ينشأ مدلوله الالتزامى؛ و هو التزامهما بما أنشأه. و هو يوجب لزوم العقد. و هذا اللزوم حقي مالكي، و قد أمضاه الشارع بقوله: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»؛ حيث أنشأ المتعاقدان بما لهما من السلطة علي مالهما و حقّ التصرف فيه كيف شاء، و لم يشترعه الشارع بالتعبد الصرف.

و من هنا يجري فيه الإقالة، و حقّ الفسخ بجعل الخيار، سواء كان باشتراك المتعاقدين، أو بجعل الشارع.

فلو كان اللزوم في هذا القسم ثابتاً لذات المنشأ بحكم الشارع تعبدًا، لما صحّ جعل الخيار فيه، لا بجعل الشارع كخيار الحيوان و المجلس

أو يجعل من المتعاقدين كخيار الشرط.

و يُعبّر عن الثاني باللزوم الحكمي، كما في باب النكاح و الضمان و الهبة لذي الرحم، و نحو ذلك من العقود التي لا يجري فيها الإقالة و لا جعل الخيار. و سُمّي بذلك؛ لأنّه ثابت لذات العقد بحكم الشارع تعبّداً.

و إنّما يُستكشف ذلك بالدليل الدالّ علي عدم جواز الإقالة و اشتراط خيار

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 201

...

الفسخ في بعض العقود. فإنّ في باب النكاح - مثلاً - يُستكشف من عدم صحّة الإقالة و عدم صحّة جعل الخيار لأحد الزوجين، أنّ اللزوم فيه حكم شرعي تعبّدي غير قابل للإزالة بإقالة أو فسخ. و كذلك الهبة لذي الرحم و الضمان و نحوه.

و يشهد لما قلنا كلام المحقّق النائيني، فإنّ له كلاماً مبسوطاً في المقام، و إليك نصّ بعض مواضع كلامه.

قال: «باب العقد علي قسمين: لزوم حكمي تعبّدي، و لزوم حقّي.

فالأوّل: كما في باب النكاح و الضمان و الهبة لذي الرحم، و نحو ذلك من القربات التي لا رجعة فيها، فإنّ في باب النكاح - مثلاً - يستكشف من عدم صحّة الإقالة، و عدم صحّة جعل الخيار لأحد الزوجين أنّ اللزوم فيه حكم شرعي تعبّدي من لوازم ذاته ... و الثاني كما في باب العقود المعاوضيّة اللفظيّة، تنجيزيّة كانت كالصلح و البيع و الإجارة، أو تعلقيّة كالسبب و الرماية.

فإنّ بقوله: «بعت» ينشأ أمران:

أحدهما: مدلول مطابقٍ للفظ، و هو تبديل أحد طرفي الإضافة بمثله الذي ينشأ بالفعل أيضاً؛ لأنّه أيضاً مصداق لعنوان البيع بالحمل الشائع الصناعي.

و ثانيهما: مدلول التزامي له، و هو التزامهما بما انشئ ... ثمّ إنّ هذا اللزوم العقدي حقّ مالكي أمضاه الشارع بقوله: «أوفوا بالعقود». فإنّه إذا كان من منشآت المتعاقدين، لا

من التعبد الصرف يصير حقاً مالكيًا، ولذا يجري فيه الإقالة وحق الفسخ، فإنه لو كان اللزوم من لوازم ذات المنشأ لما صح جعل الخيار في مقابله، سواء كان بجعل شرعي كخيار الحيوان والمجلس، أو بجعل من المتعاقدين كخيار الشرط» (1).

(1) - منية الطالب 1: 156-158.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة والقسمة، ص: 202

و أمّا بغير القرعة فلزومها محلّ إشكال (1).

هذا، ولكن يمكن الاستدلال على عدم مشروعية الإقالة في القرعة بأنّ سهم كل واحد إنّما خرج له وتعيّن بحكم الشارع تعبدًا وصار ملكه، والمخرج يحتاج إلي سبب شرعي جديد ناقل، ولا تصحّ الإقالة لذلك؛ لأنّها مزيلة لسببية العقد، وليس سبباً مستقلاً للنقل. نعم لو جدّد الشركاء عقد الشركة، فإنّه يصلح لتبديل الملكية المفروزة بالقرعة مشاعاً، وإرجاعها إلي الحالة السابقة. ولا يخفي عليك أنّ هذا الكلام كلّه فيما إذا كانت القسمة بالقرعة.

(1) 1- وعلل ذلك في الجواهر بعدم كون مجرد الرضا بالقسمة من الأسباب المملّكة، فضلاً عن إفادة اللزوم. فإنّه - بعد ما أنكر كون المدار في صحّة القسمة على مجرد الرضا بها، وإلا لم يعتبر فيها تعديل السهام، مع عدم كون فاقد التعديل من القسمة-، قال ما لفظه: «علي أنّ هذا الرضا بعد فرض عدم اندراجه في عقد من العقود المملّكة، كيف يكون سبباً لنقل المال إلي الآخر، فضلاً عن لزومه، وليس في القسمة عموم أو إطلاق يقتضي ذلك كي يكون حينئذٍ أمراً مستقلاً برأسها» (1).

و أمّا كون القسمة إجبارية و جواز الإجماع على قسمة الإفراز والتعديل، لا ينافي اعتبار القرعة في لزومها؛ لما قلناه آنفاً. وعليه فما جاء في كلماتهم

من الإجبار علي قسمة الإفراز والتعديل، يحمل علي ما إذا كانا بالقرعة أو بحكم الحاكم، بعد تعديل السهام.

(1)- جواهر الكلام 26: 312.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة والقسمة، ص: 203

...

ثم إن من النكات التي ينبغي الالتفات إليها في المقام: أن أصل ملكية الحصّة لكلّ شريك لا تحصل بالقسمة- حتّى بحكم الحاكم أو القرعة- بل إنّما تتعيّن الحصّة المملوكة بها وتبدّل الملكية من الإشاعة إلي المفرزة. فالذي تقيده القسمة تعيين الملك وإفراز الحصّة المملوكة لكلّ شريك، لا إيجاد أصل الملك، ومن هنا قيل: إنّ القسمة ليست من أسباب الملك، بل هي سبب لإفرازه وتبديله من الإشاعة إلي المفرزة.

وأما قسمة الردّ، فالظاهر أنّه لا يجوز الإجبار عليها ولو بالقرعة؛ لأنّ القرعة إنّما شرّعت لتعيين السهام وإخراج سهم المحقّ، ولا تتمّ قسمة الردّ، إلّا بوقوع المعاوضة بين ما نقص من السهم الأقلّ وبين ما يقابله من العوض. ولا تجوّز القرعة الإجبار علي ذلك، بل تتوقّف صحتها علي التراضي حتّى تكون من التجارة عن تراض. كما أنّ القرعة لا تجوّز الضرر علي من يرد عليه الضرر بالقسمة.

هذا، وقد يخطر بالبال أنّه لا يبعد القول بلزوم قسمة الإفراز والتعديل، لكن لا بمجرد التراضي، بل لأجل تعديل السهام فيهما؛ نظراً إلي أن الشركاء بعد وصول سهم كلّ واحد منهم إليه بالتعديل، من دون أيّ ضرر، لا حقّ لبعضهم في الامتناع والفسخ.

ولكن لا- يخفي أنّه علي فرض لزومها، فإنّها لزوم حقيّ، ويجوز فيه الإقالة واشتراط خيار الفسخ، كما سبق آنفاً في بيان الفرق بين اللزوم الحقيّ والحكمي.

ومما يؤيد لزوم القسمة في نفسها ارتكاز

المتشّعة وسيرتهم الجارية علي عدم ثبوت حق الرجوع و الفسخ بعد القسمة، إلا باشتراط ذلك قبلها.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 204

(مسألة 18): لا تشرع القسمة في الديون المشتركة

إشارة

(1)، فإذا كان لزيد وعمرو معاً ديون علي الناس بسبب يوجب الشركة كالإرث، فأرادا تقسيمها قبل استيفائها، فعَدَّلا بينها و جعلها ما علي الحاضر - مثلاً- لأحدهما، و ما علي البادي للآخر، لم تفرز، بل تبقي علي إشاعتها.

عدم مشروعية قسمة الدين المشترك

(1) 1- هذا هو المشهور، كما صرَّح به في جامع المقاصد «1».

و يمكن أن يستدل علي عدم جواز قسمة الدين المشترك تارة: بمقتضى القاعدة، و آخري: بدلالة النصوص علي ذلك.

و أمّا القاعدة المقتضية لذلك، فهي: عدم جواز قسمة الدين المشترك.

و الوجه في ذلك: أمّا بناءً علي كون القسمة نوع معاوضةٍ في الحقيقة، فلرجوع قسمة الدين المشترك حينئذٍ في الحقيقة إلي معاوضة الدين بالدين، المعبّر عنه ببيع الكالي بالكالي. و قد اتفق النصّ و الفتوي علي بطلانه، بل بطلان مطلق معاوضتهما.

و ذلك لأنّ القسمة لا تتحقّق إلا بتملك كلّ شريك سهمه- المشاع المنتقل إلي الآخر- بالتعيين و الإفراز، و إلا لا يملك المنتقل إليه تمام الحصّة المعيّنة له؛ نظراً إلي كون نصفها المشاع ملكاً للشريك الآخر قبل القسمة. و ذلك لسريان الملكية المشاعة- الثابتة لجميع الشركاء قبل القسمة- إلي جميع أجزاء المال المشترك، بلا

(1)- جامع المقاصد 8: 37.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 205

...

فرق في ذلك بين العين و الدين. و عليه فلا بدّ في قسمة الدين أيضاً من تملك كلّ شريك سهمه المشاع- المنتقل إلي الآخر بالقسمة-

حتى تصير الحصّة المعيّنة بالقسمة ملكاً للآخر بتمامها، وإلا لا يملك تمامها ولا تتمّ القسمة.

وأما بناءً علي

كون القسمة تعيين الحصص المشاعة، لا معاوضة ولا نقلاً، فلعدم تحقّق تعيين الحصّة المشاعة من الدين المشترك بمجرد التقاؤل و التبانّي علي ذلك، و لا بمجرد قبض مقدار منه لنفسه، كما أفاد ذلك في الجواهر «1».

هذا هو مقتضى القاعدة.

و أمّا النصوص: فقد دلّ علي عدم جواز قسمة الدين المشترك عدة نصوص معتبرة مثل:

صحيح غياث بن إبراهيم عن جعفر بن محمّد عن أبيه عن آبائه عن علي عليه السلام:

في رجلين بينهما مال، منه بأيديهما، و منه غائب عنهما. فاقتهما الذي بأيديهما، و احتال كلّ واحد منهما بنصيبه. فقبض أحدهما و لم يقبض الآخر. فقال عليه السلام: «ما قبض أحدهما فهو بينهما، و ما ذهب فهو بينهما» «2».

قوله:

«و احتال كلّ واحد منهما بنصيبه»

أي بنصيبه من الدين. و ذلك بقرينة قوله:

«فاقتهما الذي بأيديهما»

أي اقسما الدين. و المقصود أنّ كلّ واحد من الشريكين أحال صاحبه إلي غريم في قبض سهمه من الدين حسبما تباينا و اقسما.

و صحيح معاوية بن عمار، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجلين بينهما مال بعضه بأيديهما و بعضه غائب عنهما فاقتهما الذي بأيديهما و احتال كلّ واحد منهما بحصّته من الغائب، فاقطني أحدهما و لم يقترض الآخر. فقال عليه السلام: «ما

(1) - جواهر الكلام 26: 311-312 و 334.

(2) - وسائل الشيعة 18: 435، كتاب الضمان، الباب 13، الحديث 1.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 206

...

اقطني أحدهما فهو بينهما، ما يذهب بماله؟! «1».

قوله: «بحصّته من الغائب» أي من المال الغائب، و هو أعمّ من العين الموجودة في يد الغريم الغائب و من الدين، بلحاظ كونه كلياً في

الذمة، لا جزئياً خارجياً حاضراً كالعين.

ونظيره صحيح محمد بن مسلم «2».

وصحيح عبد

اللّه بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن رجلين بينهما مال منه دين، و منه عين، فاقتهما العين و الدين، فتوي الذي كان لأحدهما من الدين أو بعضه، و خرج الذي للآخر، أيرد علي صاحبه؟ قال: «نعم، ما يذهب بماله» (3).

و الظاهر أنّ لفظة «ما» في قوله: «ما يذهب بماله؟» استفهامية؛ أي ما الذي ذهب بماله. و هذا الاستفهام إنكاري. و المقصود أنّ قسمة الدين و تلف الدين المجعول لأحدهما، لا يوجب ذهاب حقه من الدين المشترك.

و يظهر من المحدّث المجلسي كون ما نافية؛ أي ما يذهب القابض بماله.

قال قدس سره: «قوله عليه السلام: ما يذهب بماله؛ أي ما يذهب القابض بمال من لم يقبض» (4).

و لكن التفسير الأوّل أنسب.

و صحيح سليمان بن خالد، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجلين كان لهما

(1) - تهذيب الاحكام 7: 820/186.

(2) - نفس المصدر: / 819.

(3) - وسائل الشيعة 19: 12، كتاب الشركة، الباب 6، الحديث 2.

(4) - نقله مصحح التهذيب في هامشه عن المحدّث المجلسي في كتابه ملاذ الأخيار في شرح تهذيب الأخيار، و راجع تهذيب الأحكام تصحيح علي أكبر الغفاري 7: 221، باب الشركة، ذيل الحديث 4.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 207

...

مال بأيديهما و منه متفرّق عنهما فاقتهما بالسوية، ما كان في أيديهما، و ما كان غائباً عنهما، فهلك نصيب أحدهما ممّا كان غائباً و استوفي الآخر، عليه أن يردّ علي صاحبه؟ قال عليه السلام: «نعم ما يذهب بماله» (1).

و قد عقد في الوسائل باباً بعنوان «عدم جواز قسمة الدين المشترك قبل قبضه» (2).

تقريب دلالتها علي المطلوب: أنّ هذه النصوص قد دلّت علي ذهاب الدين التالف من كيس الشريكين

كليهما، فيما لو قسّمناه و كان التالف من حصّة أحدهما.

و معني ذلك عدم الاعتبار بقسمة الدين المشترك.

و الذي يقتضيه التحقيق في المقام أنّ هذه النصوص ناظرة إلي صورة التراضي و حصول الإذن من الشريك بالقبض، و لو لزعم القسمة الفاسدة و نحوها، كما استظهر ذلك في الجواهر و جزم بالشركة في المقبوض في هذه الصورة. و أخرجه عن محلّ الكلام، بقوله: «لكن هذه النصوص - بل و المتن و ما شابهه - مشتملة علي الجزم بالشركة. و ما ذاك إلاّ لحصول الإذن من الشريك بالقبض، و لو لزعم القسمة الفاسدة و نحوها. و حينئذٍ يتّجه الجزم بشركة المقبوض» (3).

كلام صاحب الجواهر في تنقيح محلّ النزاع

و قال قدس سره في تحرير محلّ النزاع: «إنّما الكلام فيما إذا قبض أحد الشريكين حصته لنفسه من دون إذن شريكه، و قد ذكر غير واحد من الأصحاب، بل نسب إلي

(1) - وسائل الشيعة 18: 370، كتاب التجارة، أبواب الدين و القرض، الباب 29، الحديث 1.

(2) - وسائل الشيعة 19: 12، كتاب الشركة، الباب 6.

(3) - جواهر الكلام 26: 330.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 208

...

المشهور أنّ للشريك مشاركة الآخر فيما قبض، و له مطالبة الغريم بمقدار حصّته» (1).

و مرجع ذيل كلامه إلي تخيير غير القابض بين مطالبة سهمه المقبوض من الشريك القابض و بين مطالبته من الغريم.

و يظهر من كلامه هذا أنّ محلّ الكلام بين المشهور و بين غيرهم - كابن إدريس و الشهيد الثاني و المحقّق الأردبيلي - في جواز قسمة الدين المشترك و عدمه، إنّما هو فيما إذا قبض أحد الشريكين حصّته لنفسه من دون إذن شريكه.

و قال في تحرير كلام المشهور ما حاصله: إنّ الشريك الآخر لو أجاز القابض ملك سهمه الموجود في يده، كالفضولي، و تبعه

النماء. وإن ردّه ملكه القابض و تعيّن المقبوض كلّ له. و علي أيّ حال يضمّن القابض، إلا أن يتلف قبل اختيار الشريك الآخر فلا يضمّن له و يتعيّن حقّ القابض في التالف حينئذٍ.

و الوجه فيه ظاهراً عدم كون القبض بإذن شريكه و لا باختياره. و لكنّه خلاف مقتضى قاعدة من أتلف مال الغير فهو له ضامن؛ لأنها تقتضي كون القابض ضامناً لشريكه نصف التالف. و لعلّه لبّ مراد صاحب الجواهر في الإشكال علي ذلك.

ثمّ أشكل علي ذلك بأنّه لا- ينطبق علي القواعد الشرعية؛ لأنّ الشركة مع الإجازة و إن أتجهت بناءً علي تأثير الإجازة اللاحقة في مثل المقام، مع ما فيه من الإشكال و المنع من وجوه، بل لم نجده في كلام غير الشهيد الثاني.

و لكن اختصاص المقبوض كلّه بالقابض مع الردّ، لا وجه له؛ لعدم كون المقبوض مال الشركة مع عدم الإجازة. و ليس للقابض، إلا نصف المال المشاع.

و نيّة الدافع كون المقبوض سهم القابض لا تنفع، و إن وافقتها نيّة القابض، بل حتّي مع رضا الشريك الآخر؛ لعدم صحّة مثل هذه القسمة.

(1)- نفس المصدر.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 209

...

وردّ دعوي جواز قسمة الدين مراعاةً بقبض الشريك الآخر- فإن لم يقبض بقي علي الشركة و الإشاعة- بأنّه حدس و تخرّص بلا دليل، بل مخالف لما هو المعروف من عدم صحّة قسمة الدين، مع أنّه إذا لم يكن المقبوض من مال الشركة في صورة عدم لحوق إجازة الشريك الآخر، كيف يكون منه في صورة عدم قبضه.

ثمّ أشكل في كون المقبوض كلّه للقابض بالردّ- لو لا الإجماع- بل و لا بعضه، إلا بتراضي الشريكين علي اختصاص كلّ منهما بما في يده، بعد

قبض الشريك الآخر ما يقابل المقبوض من سهمه. وإلا يبقى المال المقبوض علي الشركة والإشاعة، ولغير القابض حينئذ الرجوع علي القابض وأخذ نصيبه.

وأما كون رضا الشريك الآخر في البداية مفيداً لملك نصيبه متزلزلاً حتّى القبض وإن كان محتملاً، إلا أنّ الأقوي خلافه «1». قال قدس سره: «و حينئذٍ فإن لم يكن ثمة إجماع أشكال الحكم بملك القابض جميع ما قبضه، بعد عدم الإجازة، بل ولا بعضه. اللهم إلا أن يقال: إنّه برضا الشريك يكون المقبوض حصّة للقابض بتمحض المقبوض مآلاً للشركة، بل هو في الحقيقة إجازة بذلك. نعم جعله حصّة له، لا يتّمّ قسمةً، إلا بقبض الشريك مقابله، علي وجه يقع الرضا منهما معاً بأنّ لكلّ منهما ما في يده. فمع فرض عدمه يبقى ذلك المال المقبوض علي الشركة، فله الرجوع عليه، وأخذ نصيبه منه؛ إذ لم يدخل في ملك القابض. وذلك الرضا الذي وقع من الشريك أولاً بكون ما قبضه حصّة له، لا يفيد

(1)- جواهر الكلام 26: 330-331.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة والقسمة، ص: 210

...

تمليكاً، مع احتمالها، لكن علي جهة التزلزل، إلا أنّ الأقوي خلافه، وإن كان ذلك كلّ كما تري» «1».

كلام ابن إدريس و نقده

و خالف ابن إدريس المشهور في محلّ النزاع «2»، واستدلّ له بتسعة وجوه:

1- إنّ اشتراك الدين في الذمّة لا يمنع من تعيين حقّ واحد في معيّن، كما أنّ الاشتراك في العين لا يمنع من ذلك.

و أجاب عنه في الجواهر بأنّه مصادرة محضّة، خصوصاً بعد ما عرفت من تحقّق الإشاعة في العين، كآية كانت أو شخصية. فكذلك في الدين.

2- إنّ لكلّ واحد أن يبرئ الغريم من حقّه، و يصلح منه علي شيء، بحيث إذا استوفي

شريكه لم يلحقه فيه. وهذا فرع صحّة تعيين الدين المشترك وقسمته.

وأجاب عنه في الجواهر: بأنّ إبراء أحدهما الغريم أو الصلح معه بشيءٍ يُمَحِّضُ الباقي للشريك الآخر، وأنّ الإبراء يتعلّق بالمشاع علي إشاعته، وكذا الصلح. فمع فرض حصولهما وعدم تصوّر ملك الشخص علي نفسه، ليتمحّض الباقي للشريك الآخر، وقد ذكر طرق متعدّدة لاختصاص كلّ منهما بما يأخذه إذا أراد، إلاّ أنّه خروج عن مفروض المسألة.

قوله: «عدم تصوّر ملك الشخص علي نفسه»، كأنّه أراد بذلك عدم معقولية كون الغريم - المبرأ عنه - دائناً بالنسبة إلي نفسه؛ بمعنى أنّه كما كان الدائن - وهو الشريك المبرئ - مالكاً لما في ذمّة الغريم و مالكاً عليه، كذلك يكون الغريم مالكاً

(1) - جواهر الكلام 26: 331-332.

(2) - راجع السرائر 2: 402-403.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة والقسمة، ص: 211

...

علي نفسه كالدائن بالنسبة إليه. و من هنا إذا أبرأ أحد الشريكين الغريم في سهمه، يتمحّض الباقي للشريك الآخر.

وحاصل هذا الجواب: أنّ استدلال ابن إدريس في الوجه الثاني، يبتني علي كون الإبراء متوقّفاً علي تعيين متعلّقه من الدين. وهو غير صحيح؛ نظراً إليّ تعلّق الإبراء بالدين المشاع فيبرئ الشريك سهمه من الدين علي إشاعته وأما تمحّض الباقي للشريك الآخر فأمر قهري. وهذا بخلاف القبض فإنّه فرع تعيين سهمه من الدين؛ لعدم صحّة قبض السهم المشاع لأحد الشركاء، ما لم يخرج عن الإشاعة.

3- إنّ متعلّق الشركة بينهما هو العين، وقد ذهبت، ولم يبق لهما إلاّ دين في ذمّة الغريم. فإذا أخذ أحدهما نصيبه، لم يأخذ عيناً من أعيان الشركة، فلا يشاركه الآخر فيما أخذه.

وأجاب عنه في الجواهر: بأنّه مصادرة محضّة، كما

عرفت في جوابه عن الدليل الأول.

4- إنَّ ما في الذمّة لا يتعيّن إلاّ بقبض المالك أو وكيله، وإنّ الشريك القابض لم يقبض سهمه، إلاّ لنفسه. وعليه فليس للشريك الآخر سهماً فيما قبضه الشريك الأول بمطالبة حقّه.

وأجاب عنه في الجواهر: بأنّه مبنيّ علي ملك الشريك لما قبضه الآخر قهراً بدون إذن شريكه ولا لحقّ إجازته، والقائل لا يلتزمه، بل يشترطه بالإجازة علي الوجه الذي سمعت. مقصوده أنّ القائل بملك أحد الشريكين لما قبضه الآخر- وهو المشهور القائل بعدم قسمة الدين المشترك- إنّما يلتزم بذلك في صورة عدم إذن الشريك بشرط لحقّ إجازته كالفضولي. وقد سبق أنّ بيان ذلك في تنقيح كلام صاحب الجواهر.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة والقسمة، ص: 212

...

5- إن وجب الأداء بالمطالبة بحقّه، وجب أن لا يكون للشريك فيه حقّ، لكن المقدم حقّ بالاتفاق، فالتالي مثله.

بيان ذلك: أنّه لو طلب أحد الشريكين حقّه وسهمه من الدين، وجب أدائه بمجرد مطالبة حقّه. وعليه فلا حقّ للشريك الآخر فيما طالبه الأول. وذلك لأنّ وجوب أداء حصّة أحد الشريكين بمجرد مطالبة فرع التمكّن من تسليمها شرعاً؛ لاستحالة التكليف بالمتنع غير المشروع. فإذا ثبت تمكّنه من دفعها- علي أنّها للشريك- ودفعها كذلك، امتنع أن يكون للشريك الآخر فيها حقّ.

وأجاب عنه في الجواهر: بأنّه بعد تسليم أنّ له المطالبة منفرداً، ووجوب الأداء له، لا يقتضي ذلك ما ذكره الخصم، بل يمكن أن يكون ولو بالجمع مع شريكه؛ بأن يطالب من الغريم الدين المشترك، لا سهمه خاصّة، وذلك في فرض لحقّ الإجازة من الشريك الآخر- بعد قبض شريكه الدين المشترك من الغريم- وإن

لم يكن بإذنه في البداية. أو بتعيين حقه بأحد الوجوه المعيّنة له عن صاحبه، بصلح ونحوه. بأن يطالب حقه بعد تعيينه بإبراء شريكه أو بالمصالحة معه.

6- لو كان للشريك الآخر في المدفوع حق، لزم وجه قبح، وهو تسلط الشخص علي قبض مال غيره بغير إذن. مع فرض جواز الدفع و مشروعيته، فهو كاشف عن عدم سلطة الشريك الآخر فيه.

ورده في الجواهر بما سبق منه آنفاً من توقف ثبوت الحق للشريك الآخر علي إجازته، فلا جهة قبح فيه.

7- لو كان للشريك الآخر في المدفوع حق، لوجب أن يبرئ من مقدار حقه من المدفوع؛ لأنه لو لم يُبرأ لزم دخول مقدار من سهمه في المقبوض مع أنه

دليل تحرير الوسيلة - الشركة والقسمة، ص: 213

...

لا يُريد قبضه، ويرجع ذلك إلي الجمع بين بقاء الدين في الذمة وبين قبض عوضه.

مع أنه غير ممكن؛ لاستحالة بقاء الدين في الذمة، مع صحّة قبض عوضه. لكنّ التالي باطل عندهم؛ لكونهم يحكمون بأنه مخير في الأخذ من أيهما شاء.

قوله: لكنّ التالي؛ أي وجوب الإبراء. وقوله: من أيهما شاء؛ أي من الشريك القابض و من الغريم.

و مقصوده من العوض هو المقبوض من الدين. ووجه التعبير بذلك أنّ المقبوض من الدين في الحقيقة عوض عمّا في الذمة، أو لأنه عوض من المال المشترك الذي باعه الشركاء نسيئةً.

ورده في الجواهر: بأنه مع الإجازة، لا إشكال في تعيين الإبراء عند عدم إرادة القبض. و التخيير حينئذٍ إنّما هو في الإجازة وعدمها، كما عرفت ذلك مفصلاً، أو في القسمة علي الوجه الذي ذكرناه من الإبراء أو المصالحة.

قال رحمه الله: «علي أنّ التخيير المزبور لم أجده في الخلاف و

النهاية والوسيلة، بل الموجود «شارك» مثل عبارة المتن وما شابهها، و ظاهرهم تعيّن الشركة. وليس ذلك إلا لإذن الشريك في القبض. فإنّه يكون حينئذٍ من مال الشركة، وإن نوي لنفسه. بل لو أذن له الشريك في القبض لنفسه فقبض، يكون أيضاً مشتركاً؛ لمعلومية كون القيد لغواً؛ لعدم إمكانه. والنصوص المزبورة محمولة علي الإذن، فلا يقدح عموم ما اقتضي أحدهما، لما عرفت» (1).

و لا يخفي أنّ مقصوده من القيد في قوله: «كون القيد لغواً» قبض الشريك

(1) - جواهر الكلام 26: 333-334.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة والقسمة، ص: 214

...

لنفسه، فإنّ قصده كون القبض لنفسه لا أثر له.

وقوله: «بل الموجود شارك مثل عبارة المتن»، أراد به كلام صاحب الشرائع؛ حيث قال: «إذا باع الشريكان سلعةً صفقةً، ثم استوفي أحدهما منه شيئاً، شاركه الآخر فيه» (1).

وقوله: «فلا يقدح عموم ما اقتضي أحدهما»: أي عموم قوله عليه السلام:

«ما اقتضي أحدهما»

في نصوص المقام - كصحيحتي ابن مسلم و معاوية بن عمّار (2) - و شموله لصورتَي قبض مجموع الدين و قبض حصّته لنفسه، لا يقدح في حصول القسمة بالإبراء أو المصالحة عند عدم لحوق الإجازة من الشريك الآخر لو قبض صاحبه بغير إذنه. وذلك لأنّ النصوص ناظرة إلي ما إذا كان قبض أحدهما بإذن الآخر.

و السرّ في تعرّضه لدفع القدح المزبور، أنّ ابن إدريس أجاب عن المشهور - في استدلالهم بنصوص المقام - بأنّ المقبوض من الدين كما يحتمل كونه خصوص القابض لنفسه، كذلك يحتمل كونه مجموع الدين المشترك. ولا تتمّ دلالتها علي مطلوب المشهور، إلاّ علي الاحتمال الأوّل، و لكنّه غير متعيّن؛ لأنّ قوله عليه السلام:

«ما اقتضي أحدهما»

يحتمل الأمرين.

و أشكل عليه المحقّق الكركي:

بأنّ لفظة «ما» في القول المزبور للعموم، فالصورتان المزبورتان كلتاهما داخلتان في عموم

«ما اقتضي أحدهما»

، مضافاً إلي قرينية ترك الاستفصال علي ذلك.

(1)- نفس المصدر: 330.

(2)- تهذيب الأحكام 7: 186/5 و 6.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 215

...

وقد نقل المحقق الكركي كلام ابن إدريس و المناقشة فيه، فراجع «1».

8- لو ناهى الشريك عن قبض حقه، فإن تمكّن شرعاً من المطالبة بحصّته، وجب أن لا يكون للشريك فيها حقّ، وإلا لا يجوز له أخذ حقه بمنع الشريك إياه من القبض. ولما يتمكّن من ذلك شرعاً ويجوز له أخذ حقه مع منع الشريك، فيثبت المطلوب.

وناقش فيه صاحب الجواهر بما تقدّم منه في الجواب عن الوجه الخامس.

9- إنّ المقبوض إمّا أن يكون مالاً مشتركاً، أو لا. فإن كان مشتركاً وجب علي تقدير تلفه أن يتلف منهما، كسائر أموال الشركة، و تبرأ ذمّة الغريم منه، وإلا لم يكن للشريك فيه حقّ. ولما لا يكون تلفه بعد القبض عليهما، بل يذهب من كيس الآخذ، فيثبت المطلوب.

وقد أجاب عنه في الجواهر بما تقدّم منه في الجواب عن الوجه السابع وغيره.

انتهى تحرير كلام ابن إدريس «2»، و مناقشات صاحب الجواهر فيه «3».

(1)- أمّا كلام ابن إدريس فنقله- بعد ذكر بعض النصوص- بقوله: و لا صراحة فيها بالنسبة إلي المدّعي؛ لأنّ المقتضي لم يصرح بكونه هو مجموع الدين أو حصّة المقتضي فقط، و دلالتها علي المطلوب متوقّفة علي إرادة الأمر الثاني و ذلك غير معلوم و اللفظ يحتمل الأمرين. ثمّ ناقش فيه المحقق الكركي بقوله: هذا محصل ما ذكره ابن إدريس عن الأخبار علي تقدير تسليم كونها حجّة. و يرد عليه: أنّ

«ما» الواقعة في الجواب للعموم، و العبرة بعموم اللفظ، و كذا ترك الاستفصال في حكاية الحال المحتملة يقتضيه أيضاً. جامع المقاصد 8: 38.

(2)- راجع السرائر 2: 403.

(3)- جواهر الكلام 26: 232-234.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 216

...

وقد مال إلي كلام ابن إدريس في جامع المقاصد؛ حيث قال: «و لا يخفي أنّ بعض هذه الوجوه في غاية القوّة و المتانة. و الروايات لا تقاومها، مع أنّها قابلة للتأويل. فمختار ابن إدريس قويّ متين، كما اعترف به المصنّف في المختلف، و إن كان الوقوف مع المشهور أولي» (1).

كلّ ذلك نقله في الجواهر (2) ثمّ قال:

«و تبعه علي ذلك ثاني الشهيدين، إلّا أنّ الجميع كما تري، بعد التأمّل الجيّد فيما ذكرنا، مع قطع النظر عن النصوص».

كلام العلامة الحلّي في التذكرة

وقال في التذكرة: «لا يصحّ قسمة ما في الذمم- إلي قوله: - فلو تقاسما، ثمّ توي بعض المال، يرجع من توي ماله علي من لم يتو. و به قال ابن سيرين ...»

وقال أيضاً فيها: لو كان لرجلين دين بسبب واحد؛ إمّا عقد أو ميراث أو استهلاك أو غيره، فقبض أحدهما منه شيئاً، فلآخر مشاركته فيه، و هو ظاهر مذهب أحمد بن حنبل.

إلي قوله: و لأنّ تملك القابض ما قبضه يقتضي قسمة الدين في الذمّة من غير رضا الشريك، و هو باطل، فوجب أن يكون المأخوذ لهما، و الباقي بينهما، و لغير القابض الرجوع علي القابض بنصفه، سواء كان باقياً في يده أو أخرجه عنها، و له أن يرجع علي الغريم؛ لأنّ الحقّ ثابت في ذمته لهما علي وجه سوي، فليس له تسليم حقّ أحدهما إلي الآخر. فإن أخذ من الغريم، لم يرجع علي الشريك بشيء؛ لأنّ

حقّه ثابت في أحد المحلّين، فإذا اختار أحدهما سقط حقّه من الآخر.

(1)- جامع المقاصد 8: 39.

(2)- جواهر الكلام 26: 332-333.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 217

...

وليس للقابض منعه من الغريم، بأن يقول: أنا أعطيتك نصف ما قبضت، بل الخيرة له من أيّهما شاء قبض. فإن قبض من شريكه شيئاً رجع الشريك علي الغريم بمثله. وإن هلك المقبوض في يد القابض، تعيّن حقّه مشاركته؛ لثبوته في الأصل مشتركاً.

ولو أبرأ أحد الشريكين الغريم من حقّه، برأ؛ لأنّه بمنزلة قبضه منه. وليس للشريك الرجوع عليه بشيء؛ لأنّه لم يقبض شيئاً من حقّ الشريك» (1).

مناقشة المحقّق الأردبيلي في كلام العلامة و نقدها

وأشكل عليه المحقّق الأردبيلي بوجوه أهمّها:

1- إنّ الذي قبضه الشريك، إن تعيّن كونه من الدين المشترك، ليس لشريكه الرجوع إلي الغريم في حصّته منه.

وأنّه لو تلف في يده يكون التالف منهما؛ لأنّ الحقّ المشترك قد تعيّن في المأخوذ، فهو لهما. ولا يجوز حينئذٍ للشريك التصرف فيه بوجه، إلّا أن يأذن شريكه. ولا يجب الأداء علي المديون، بل لا يجوز.

2- إنّ قوله من غير رضا الشريك يشعر بأنّه مع الرضا يصحّ القسمة. وهو كما ترى؛ لاتّفاق الأصحاب علي عدم صحّة القسمة حينئذٍ.

3- إنّ قوله: «فوجب أن يكون المأخوذ لهما و الباقي بينهما» صريح في كونهما شريكين في المقبوض، فينبغي أن يكون التالف منهما. و لازم ذلك أن لا يكون للشريك الرجوع إلي الغريم (2).

وقال المحقّق المزبور: «و كأنّه لا خلاف عندهم، إلّا عن ابن إدريس في أنّ

(1)- تذكّرة الفقهاء 2: 228.

(2) - مجمع الفائدة والبرهان 10: 207-206.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة والقسمة، ص: 218

...

ما في الذمة مطلقاً لا يقبل القسمة،

فكلّ ما يأخذه أحدهما شاركه الآخر، سواء كان في ذمم متعدّدة أو في ذمّة واحدة» (1).

ثمّ قال، بعد نقل كلام العلامة والإشكال عليه: «والذي يعلم من كلامهم أنّ الدين المشترك لم يقبل القسمة، سواء كان في ذمّة واحدة أم متعدّدة، بمعنى أنّه علي تقدير القسمة برضاها، ما يحصل لكلّ منهما، و ما يبقي و يتلف فهو لهما.

فيرجع حينئذٍ بحصّته ممّا حصل، علي الآخر. ولا تدلّ الروايات أيضاً علي أكثر من ذلك» (2).

ثمّ إنّّه قد ضعّف أسناد نصوص المقام تبعاً للشهيد الثاني في المسالك (3).

ولكنّه في غير محلّه. وذلك لما نقلناه واستدللنا به، من النصوص، فإنّ كلّها صحيحة السند، كما لا إشكال في دلالتها علي المطلوب.

نعم، هي ناظرة إلي صورة تراضي الشريكين علي قبض كلّ منهما حصّته لنفسه.

ولا خلاف بين الأصحاب في عدم صحّة قسمة الدين المشترك حينئذٍ.

ولا كلام في ذلك.

وإنّما الكلام فيما إذا كان قبض أحدهما بغير إذن الآخر.

استظهار صاحب الحدائق من نصوص المقام و نقده

وقد استظهر ابن إدريس من نصوص المقام أنّها دلّت علي بطلان قسمة الدين المشترك فيما إذا توي و هلك سهم الآخر. و لا دلالة لها علي بطلانها فيها إذا لم يتو

(1) - نفس المصدر: 205.

(2) - نفس المصدر: 208.

(3) - مسالك الأفهام 4: 335.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 219

...

سهم الآخر، بل ظاهر نصوص المقام صحّة القسمة حينئذٍ. غاية الأمر حينئذٍ إذا قبض أحدهما سهمه من الدين و لم يقبض الآخر تكون القسمة جائزة. و أمّا إذا قبض الشريكان كلاهما سهمهما تكون لازمة.

قال قدس سره: «ألا تري أنّ الاخبار المتقدّمة كلّها متّفقة في أنّه بعد القسمة، إن توي مال أحدهما و خرج مال الآخر، رجع من

لم يقبض علي من قبض؟

وإن رجوع من لم يقبض علي من قبض، إنما هو من حيث ذلك.

ولا دلالة فيها علي المنع من القسمة، مع وصول كلِّ حقِّ إلي مستحقِّه، بل ظاهرها أنه مع ذلك فالقسمة صحيحة. فإنَّ قوله، من جملة «ما يذهب بماله» ظاهر، في أنه لو لم يذهب شيء من المال، كانت صحيحة.

وحينئذٍ فلو فرضنا وقوع القسمة بغير رضاها؛ بأن أخذ أحد الشريكين حصّة من الغريم، علي أنّها حصّة فقط، فليس للشريك الآخر مزاحمته والأخذ منه؛ لأنَّ حقّه في ذمّة الغريم، وقد أعطاه حقّه، فيكون المال له، إلا أنّ لزوم ذلك وصيورته بحيث لا يزاحمه الشريك الآخر موقوف علي وصول حقِّ الشريك إليه وعدم تلفه، وهذا الوجه أنسب بالنظر إلي الأخبار كما عرفت، والأوّل أنسب بالنسبة إلي كلام الأصحاب والله العالم» (1).

وفيه: أوّلاً: أنّ توي بعض الدين و تلفه إنّما جاء في كلام الراوي. ولا شاهد في كلام الإمام لتخصيص كلامه عليه السلام بهذه الصورة. بل إنّما جاء في كلامه كبري كناية منطبقة علي الأعمّ من صورة تلف بعض الدين فإنَّ قوله عليه السلام:

«ما قبض أحدهما فهو بينهما»

، يدلّ بإطلاقه علي الأعمّ من ذلك، كما هو واضح.

و ثانياً: لم يُفرض تلف سهم أحد الشريكين في بعض نصوص المقام،

(1) - الحدائق الناضرة 21: 187-186.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة والقسمة، ص: 220

...

مثل صحيح غياث و صحيح معاوية و صحيح ابن مسلم.

و ثالثاً: لا وجه للزوم القسمة عند ما أخذ كلٌّ من الشريكين مقدار سهمه؛ ضرورة أنّ ذلك مبني علي تراضيهما علي أخذ كلٍّ منهما مقدار سهمه، كما أشار إلي ذلك في الجواهر بقوله:

«اللهم إلا أن يقال: إنه برضا الشريك يكون المقبوض حصّة القابض بتمحض المقبوض مآلاً للشركة، بل هو في الحقيقة إجازة لذلك. نعم، جملة حصّة له، لا يتمّ قسمة إلا بقبض الشريك مقابله، علي وجه يقع الرضا منهما معاً بأنّ لكلّ منهما ما في يده» (1).

و مقتضى التحقيق في المقام: عدم صحّة قسمة الدين مطلقاً، سواءً كان قبض أحد الشريكين بإذن صاحبه، أو لم يكن؛ نظراً إلى اتّفاق النصّ و الفتوي في الصورة الاولى، و لرجوعه إلي بيع الكالي بالكالي في الثانية.

فالحقّ مع المشهور، و منهم الشيخ و المحقّق و العلامة، بل و أكثر الأصحاب، و خلافاً لابن إدريس و المحقّق الكركي (2) و الشهيد في المسالك؛ حيث قال:

«و بالجملة فالقول باختصاص القابض لا يخلو من قوّة، وإن كان الوقوف مع المشهور أولى» (3).

هذا مضافاً إلي أنّ النصوص المزبورة قد دلّت علي ذهاب دين الغائب عليهما، و إن قسّ ماه. فيفهم منها أنّ القسمة لا اعتبار بها في دين الغائب، إلا أن يبيع أحدهما دينه الحال المعجّل بعد قبضه بالدين المؤجّل بأقلّ منه؛ حيث يخرج حينئذٍ عن بيع الدين بالدين.

(1) - جواهر الكلام 26: 331.

(2) - جامع المقاصد 7: 39.

(3) - مسالك الأفهام 4: 338.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 221

نعم لو اشتركا في دين علي أحد و استوفي أحدهما حصّةته؛ بأن قصد كلّ من الدائن و المديون أن يكون ما يأخذه وفاءً و أداءً لحصّةته، فالظاهر تعيينه و بقاء حصّة الشريك في ذمّة المديون (1).

و هذه النصوص و إن وردت في صورة تراضي الشريكين بالقسمة، إلا أنّها تدلّ بالفحوي علي عدم صحّة قسمة الدين المشترك بمجرد القبض القهري في صورة عدم التراضي.

و ذلك لأنّه في الصورة

الثانية لم يحدث شيء غير القبض من غير تمهيد و توافق، بخلاف الصورة الاولى؛ لإمكان كون نفس التراضي بالقسمة و التوافق عليها، و لو بلحاظ تعيين من في ذمته الدين - أعني الغريم - سبباً مميزاً للحصة و معيناً لها لكل واحد من الشريكين و مخرجاً عن الإشاعة. فإذا دلّت النصوص علي عدم صحّة قسمة الدين المشترك في هذه الصورة، تدلّ علي عدم صحّتها في القبض القهري من دون تراضٍ بينهما و لا إذن من الشريك الآخر بالقبض، بالفحوي و الأولوية، و لا أقلّ من القطع بعدم خصوصية مائزة للصورة الثانية.

(1) 1- ظاهر السيد الماتن التفصيل في المقام بين ما إذا كان للشريكين غرماء متعدّدون و بينما إذا كان لهما غريم واحد. و لكنّه خلاف إطلاق أكثر نصوص المقام، و إن كان في قوله عليه السلام:

«و احتال كلّ واحد منهما بنصيبه»

إشارة إلي صورة تعدّد الغرماء، إلّا أنّ هذا التعبير لم يرد في بعض نصوص المقام، كصحيحي عبد الله بن سنان و سليمان بن خالد «1».

(1) - وسائل الشيعة 19: 12، كتاب الشركة، الباب 6، الحديث 2 و 18: 370، كتاب الدين و القرض، الباب 29، الحديث 1.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 222

...

فإطلاق مثل هذه النصوص ينفي هذا التفصيل. و قد ادّعي هذا التفصيل ابن إدريس و وجّه بذلك نصوص المقام بعد تسليم اعتبارها. و أجاب عنه في الحدائق بإطلاق النصوص؛ حيث قال: «و أمّا من حيث الدلالة فهي دالّة بعمومها علي جريان الحكم المذكور في الدين مطلقاً، اتّحد المديون أو تعدّد، و تخصيصها كما ادّعاه ابن إدريس فيما قدّمنا نقله عنه بما: «إذا كان الدين علي رجلين إلي آخر ما ذكره» يحتاج إلي مخصّص من

الأخبار فليس، و به يظهر ما في المناقشة في الدلالة بأنّها غير صريحة في المطلوب، كما ذكره شيخنا المتقدّم ذكره «1»، و لا يخفي أنّ مقصوده من «الشيخ المتقدّم ذكره» ابن إدريس.

مقتضى التحقيق في المقام

أنّ تعيّن الدين المستوفي بالقصد و بقاء حصّة الشريك في ذمّة المديون - كما حكم به السيد الماتن قدس سره - منافٍ لإطلاق نصوص منع قسمة الدين المشترك. و مجرد القصد غير كافٍ لذلك بعد شمول الإطلاق المزبور، كما سبق آنفاً في الجواب عن ابن إدريس في الجواهر.

وقد يستدلّ لذلك

بصحيحة عبد الرحمن بن الحجاج عن أبي الحسن عليه السلام: في الرجل يكون عند بعض أهل بيته المال لأيتام، فيدفعه إليه فيأخذ منه دراهم يحتاج إليها، و لا يعلم الذي كان عنده المال للأيتام أنّه أخذ من أموالهم شيئاً، ثمّ يسر بعد ذلك. أيّ ذلك خير له؟ أ يعطيه الذي كان في يده أم يدفع إليّ اليتيم و قد بلغ؟ و هل يجزيه أن يدفعه إليّ صاحبه علي وجه الصلّة، و لا يُعلّمه أنّه أخذ له مالاً؟ فقال عليه السلام:

«يجزيه أيّ ذلك فعل إذا أوصله إليّ صاحبه، فإنّ هذا من السرائر إذا كان من نيّته.

(1) - الحدائق الناضرة 21: 183.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 223

(مسألة 19): لو ادّعي أحد الشريكين الغلط في القسمة أو عدم التعديل فيها و أنكر الآخر، لا تُسمع دعواه

(1) إلاّ بالبيّنة، فإن أقامت نقضت و احتاجت إليّ قسمة جديدة، و إن لم تكن بيّنة كان له إحلاف الشريك.

إن شاء ردّه إليّ اليتيم، إن كان قد بلغ عليّ أيّ وجه شاء، و إن لم يعلمه أنّه كان قبض له شيئاً، و إن شاء ردّه إليّ الذي كان في يده، و قال: إذا كان صاحب المال غائباً فليدفعه إليّ الذي كان المال في يده» (1)

؛ حيث دلّت عليّ عدم اعتبار قصد اليتيم الدائن أو من في يده المال في أداء الدين، و كفاية نيّة المديون وحده، فضلاً عن نيّتهما معاً.

و لكنّه غير وجيه لعدم ارتباط لهذه الصحيحة بمحلّ الكلام. و

هو قبض أحد الشركاء الدين المشترك لنفسه.

هذا، مع أنّ غاية مدلوله عدم اعتبار قصد الدائن أو وكيله أو وليّه. وهذا لا يثبت المطلوب الذي هو عدم الكفاية؛ لأنّ الدلالة علي عدم الاعتبار غير الدلالة علي الكفاية؛ حيث لا ينافيه.

حكم ما لو ادّعي أحد الشريكين الغلط في القسمة

(1) 1- وذلك لأنّ دعواه مخالفة لأصالة الصّحة، فعليه البيّنة. وقول منكر الغلط لمّا كان موافقاً للأصل المزبور، يُقدّم باليمين. فإنّ «البيّنة علي المدّعي واليمين علي من أنكر».

(1)- وسائل الشيعة 17: 261، كتاب التجارة، أبواب ما يكتسب به، الباب 77، الحديث 1.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 224

...

وعلّل لذلك في المسالك وغيره «1» بأصالة صحّة القسمة إلي أن يثبت مزيلها و ناقضها بإقامة البيّنة.

وأما إذا لم تكن بيّنة، فهل يتوقّف جواز إحلاف الشريك علي دعوي العلم بالغلط أو يجوز مطلقاً؟ الأقوي الثاني؛ لعموم «و اليمين علي من أنكر» «2»، كما قال في المسالك:

«و لو لم يُقم بيّنة، وأراد تحليف الشريك، مُكّنّ منه إن ادّعي عليه العلم بالغلط، وإلا فلا؛ لأنّ معه الأصل، خصوصاً إذا كان القاسم غيره، فإنّ التبعة عليه، لا عليه، مع عدم علمه. وقيل: له إحلاف الشريك مطلقاً. وهو الوجه؛ عملاً بالعموم» «3».

قوله: «لأنّ معه الأصل» أي لأنّ مع منكر الغلط أصالة الصّحة. وقوله: «عملاً بالعموم»؛ أي عموم «و اليمين علي من أنكر».

وأما ما جاء في المتن بقوله: «فإن أقامت»، خطأً. والصحيح: فإن أقامها؛ أي أقام مدّعي الغلط البيّنة.

ثمّ إنهم لم يفرّقوا بين ما لو كان القاسم الشريكان أنفسهما وبين ما لو كان القاسم غيره. فلو كان القاسم غير الشريكين

لا إشكال في جريان أصالة الصحّة.

وأما جريانها بالنسبة إلى الفاعل نفسه كلامٌ بحثنا عنه مفصّلاً في المجلّد الأوّل من كتابنا «مباني الفقه الفعّال».

وعلي أيّ حال لا إشكال في كون قول منكر الغلط موافقاً للأصل.

(1) - مسالك الأفهام 14: 54؛ جواهر الكلام 40: 360.

(2) - وسائل الشيعة 27: 233، كتاب القضاء، أبواب كيفية الحكم.

(3) - مسالك الأفهام 14: 55.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة والقسمة، ص: 225

(مسألة 20): لو قسم الشريكان، فصار في كلّ حصّة بيت، وقد كان يجري ماء أحدهما علي الآخر، لم يكن للثاني منعه

(1)

لا يُمنع جريان الماء بعد القسمة

(1) 1- وذلك لأنّ القسمة قد وقعت علي الدار بما لها من الخصوصية. وكان جريان الماء علي أحد البيتين ثابتاً قبل القسمة، وقد وقع التعديل علي تقسيم البيتين بما لهما من الخصوصية وبحقوقهما وليست القسمة مزيلةً حقّ. ولأنّ عليه جرت سيرة العقلاء والمتشرّعة في باب القسمة.

والسرّ في ذلك أنّ الذي تقتضيه القسمة بمقتضى مفهومها وماهيتها هو تمييز حقوق الشركاء، لا إزالة حقوق بعضهم. وفي مفروض الكلام كان جريان الماء حقّاً ثابتاً للشريكين قبل القسمة. فلا وجه لسقوطه عن من خرج له بالقسمة، بل هو باقٍ له بعد القسمة، كما كان.

ويشهد لما قلناه كلام صاحب الجواهر؛ حيث قال: «لو أخذ أحد الشريكين بيتاً في دار والآخري غيره، وبيت الأوّل يجري ماؤه في حصّة الثاني لم يكن للثاني منعه من الجريان عليه، فإنّ التعديل قد كان بأن يكون لكلّ منهما حصّة بحقوقها، إلا أن يشترط حين القسمة ردّ الماء عنه، فإنّ أطلق بقي علي حاله» «1».

(1) - جواهر الكلام 40: 369.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة والقسمة، ص: 226

إلا إذا اشترطا حين القسمة ردّه عنه. و مثله ما لو كان مسلك البيت الواقع لأحدهما في

نصيب الآخر من الدار (1).

(مسألة 21): لا يجوز قسمة الوقف

إشارة

(2) بين الموقوف عليهم إلا إذا وقع تشاح بينهم مؤدً إلى خرابه،

(1) 1- حيث إن القسمة مبنية علي ذلك حينئذٍ فهو ثابت بعدها أيضاً، ما لم يشترط خلاف ذلك. و الوجه في ذلك ما عرفت، من مقتضي مفهوم القسمة و جريان السيرة.

لا يجوز قسمة الوقف

(2) 2- المعروف بين الأصحاب عدم مشروعية قسمة الوقف. بل في الجواهر:

«بلا خلاف أجده» (1).

وقد علل في الشرائع لعدم مشروعية قسمة الوقف بعدم انحصار الحق في المتقاسمين. حيث قال: «و لا يُقسَّم الوقف؛ لأنَّ الحقَّ ليس بمنحصر في المتقاسمين».

و مقصوده أنَّ البطون الموقوف عليهم لا ينحصرون في الذين قسّمت العين الموقوفة بينهم؛ إذ لا يمكن الوقوف علي تعداد البطون الذين لم يوجدوا و لم يتولّدوا بعد. فقد يزيد تعدادهم عن عدد المفروضين الذين قسّمت العين الموقوفة بينهم، كما قد يقل تعدادهم عن المقسوم عليهم الوقف.

و أنت تري أنّ هذا المحذور يدور مدار عدم العلم بتعداد الموقوف عليهم، كما في الوقف علي البطون.

(1) - جواهر الكلام 40: 315.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 227

...

و أمّا لو تعدّد الوقف أيضاً- كما لو وقف واقف نصف عينٍ علي بطن و نصفه الآخر علي بطن آخر، فلا محذور في قسمة العين الموقوفة علي

نصفين حينئذٍ، فكلّ نصف لبطن. وكذلك الأمر لو تعدّد الواقف والموقوف عليه، كما هو واضح.

ومن هنا قال الشهيد في المسالك في شرح كلام المحقّق: «هذا إذا كان الواقف واحداً وإنما التعدّد في الموقوف عليه كالبطون المتعدّدة. فإنّ الحقّ يتغيّر بزيادتها ونقصانها. فربما استحقّ بعض بطون المتقاسمين أكثر ممّا ظهر بالقسمة لمورّثهم، وبالعكس. وكذا لو تعدّد الواقف واتّحد

الموقوف عليه، كما لو وقف جماعة علي شخصٍ و علي ذرّيته و أراد بعض الذرّيّة القسمة، لعين ما ذكر.

أمّا لو تعدّد الواقف و الموقوف عليه، كما لو وقف واقف نصف عينٍ علي شخصٍ و ذرّيته، و آخر علي غيره كذلك، جاز للموقوف عليهما الاقتسام بحيث يميّزان كلّ وقف علي حدته، و كذا لذرّيتهما دون الذرّيّة الواحدة.

و لو كان التعدّد فيهما علي غير هذا الوجه، كما لو وقف اثنان علي كلّ واحدٍ من الاثنين، فحكمه حكم المتّحد.

و الضابطة أنّ الوقف الواحد لا تصحّ قسمته، و إن تعدّد الواقف و المصروف، و هو المراد من العبارة «(1)».

قال في الحدائق: «قد صرح الأصحاب بأنّه لا يصحّ قسمة الوقف؛ بأن يأخذ كلّ واحد من الشركاء فيه بعضاً و يتصرّف فيه علي حدة.

و تفصيل هذا الإجمال أن يقال: إنّه متي كان الواقف واحداً أو متعدّداً و الموقوف عليه متعدّداً، كأن يقف زيد داره علي ذرّيته من الموجودين و ما تناسل

(1) - مسالك الأفهام 4: 321.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 228

...

منهم، وفقاً مؤبّداً مشتقاً علي شرائط الصحّة و اللزوم، أو يكون نصف الدار لزيد، و نصفها لعمر، و يقف كلّ منهما حصّة علي تلك الذرّيّة مثلاً. فإنّه في هذه الصورة لا يجوز للموقوف عليهم قسمة الوقف؛ لأنّه:

أولاً: علي خلاف وضع الواقف و الموقوف علي ما وقفت عليه، كما ورد به النصّ.

و ثانياً: أنّ الوقف ليس ملكاً لأولئك الموجودين الآن، لمشاركة البطون الآخر لهم في ذلك.

و ثالثاً: إنّ الحقّ يتغيّر بزيادة البطون و نقصانها. فربما استحقّ بعض بطون المتقاسمين أكثر ممّا ظهر بالقسمة لمورّثهم و بالعكس «(1)».

و أنت تري أنّ الوجهين الأولين تتوقّف تماميتهما علي الوجه الثالث. و ذلك لأنّه لو

لا مغايرة عدد المقسوم عليهم الوقف مع تعداد البطون الموقوف عليهم، لا مخالفة في البين لوضع الواقف ولا لكيفية وقفه.

ولكن زاد في الجواهر «2» في التعليل لذلك: إنّه لا ولاية لمتولّي الوقف علي قسمة الوقف.

بيان ذلك: أنّ الوقف علي حسب ما يوقفها أهلها، كما ورد في نصوص الوقف. وإّما تثبت الولاية للمتولّي علي العين الموقوفة علي حسب ذلك الحدّ المشروع في الوقف. وقسمة الوقف لمّا كانت مستلزّمة لمخالفة حقّ الموقوف عليهم و موجبة لنقض حكم الشارع في الوقف، لا ولاية للمتولّي عليها.

(1)- الحدائق الناضرة 21: 176-177.

(2)- جواهر الكلام 26: 315.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 229

ولا- ترتفع غائلته إلا بالقسمة، فيقسّم بين الطبقة الموجودة، ولا ينفذ (1) التقسيم بالنسبة إلي الطبقة اللاحقة إذا كان مخالفاً لمقتضي الوقف؛ بسبب اختلاف البطون قلّة و كثرة.

نعم يصحّ إفراز الوقف عن الطلق و تقسيمهما (2)؛ بأن كان ملك نصفه المشاع وقفاً و نصفه ملكاً، بل الظاهر جواز إفراز وقف عن وقف، و هو فيما إذا كان ملك لأحد؛ فوقف نصفه علي زيد و ذرّيته و نصفه علي عمرو كذلك، أو كان ملك بين اثنين؛ فوقف أحدهما حصّة علي ذرّيته- مثلاً- و الآخر حصّة علي ذرّيته، فيجوز إفراز أحدهما عن الآخر بالقسمة. و المتصدّي لها الموجودون من الموقوف عليهم و وليّ البطون اللاحقة.

(1) 1- أي لا ينفذ التقسيم عند التشاح بين الطبقة الموجودة بالنسبة إلي اللاحقة.

و الوجه فيه عدم ولاية لهم علي اللاحقة و لأنّه خلاف مقتضي الوقف و تية الواقف لعدم مطابقة الكيفيتين، و لا سيّما عند اختلاف البطون قلّة و كثرةً.

قسمة الوقف المشتمل علي الملك

(2) 2- ثمّ إنّ ما سبق من الكلام

كان فيما إذا كان المال وقفاً بتمامه. أما إذا كان بعضه وقفاً وبعضه ملكاً طلقاً، تصحّ قسمته كما صرّح به في الشرائع.

وعلّل ذلك بأنّ القسمة حينئذٍ موجبة لتمييز الوقف عن غيره؛ حيث قال: «لو كان الملك الواحد وقفاً وطلقاً صحّ قسمته؛ لأنّه تمييز للوقف عن غيره» (1). و مراده أنّ القسمة حينئذٍ ليست في الوقف نفسه، بل مرجعها إلي تفكيك الوقف عن الملك الطلق.

(1) - جواهر الكلام 26: 315.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 230

...

ثمّ إنّ القسمة في مفروض الكلام لو استلزمت ردّاً من جانب الموقوف عليه، وقع الكلام في أنّ مقدار ما يقابل العوض المردود من المال، هل يكون وقفاً أو ملكاً له؟ الأقوي هو الثاني. وذلك لأنّ الموقوف عليه دفع بإزاء ذلك المقدار عوضاً، فيدخل في ملكه بإزاء ما دفعه من العوض، كما هو مقتضى آية معاوضة.

ويشهد لما قلنا كلام صاحب الجواهر؛ حيث قال: «ثمّ إنّ الظاهر مشروعية قسمة الوقف من الطلق، وإن استلزمت ردّاً من الموقوف عليه، لكن هل تكون الأجزاء المقابلة للردّ وقفاً أو ملكاً؟ وجهان: أقواهما الثاني» (1).

وقال في الجواهر في بيان مقتضى التحقيق في المسألة: «فالتحقيق أنّ الوقف متى كانت قسمته منافية لما اقتضاه الوقف باعتبار اختلاف البطون قلّة وكثرة ونحو ذلك، لم يجز قسمته. أمّا إذا لم يكن كذلك كما في المثال، بل فيما لو اتّحد الواقف وتعدد المصرف، مثل ما لو وقف نصف داره علي زيد مثلاً و ذرّيته و الآخر علي عمرو و ذرّيته، لم يكن بأس في قسمته، إلّا أنّ المتولّي لها الحاضرون من الموقوف عليهم، ووليّ البطون» (2).

وقد تبين وجه كلامه

من ضوء ما بيّناه آنفاً. وقوله: «في المثال» أي في ما إذا كانت قسمة الوقف تميّزه عن الملك الطلق. و أمّا ما جاء في ذيل كلامه- من صورة اتّحاد الواقف و تعدّد المصرف- فهو متّحد الملاك مع قسمة الوقف المشتمل علي الملك الطلق في عدم منافاة القسمة لمقتضي الوقف. و لا يخفي أنّ مشروعية

(1)- جواهر الكلام 26: 317.

(2)- جواهر الكلام 26: 316.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: 231

...

قسمة الوقف عن الطلق لا تبتني علي رعاية المصلحة للموقوف عليهم لأنّ ملاك الجواز نفس تميّز الوقف عن غيره كما قال في الجواهر.

هذا تمام الكلام في أحكام القسمة من كتاب

دليل تحرير الوسيلة.

الحمد لله أولاً و آخراً و صلواته علي محمّد و آله

سرمداً. و قد تمّ بعون الله تعالي و لطفه في ليلة

الخامس عشر من شهر ذي الحجّة بسنة 1425 هـ. ق.

العبد الخجلان من ساحة ربّه الغفّار

علي أكبر السيفي المازندراني.

تعريف مركز

بسم الله الرحمن الرحيم
جَاهِدُوا بِأَمْوَالِكُمْ وَأَنْفُسِكُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ
(التوبة : 41)

منذ عدة سنوات حتى الآن ، يقوم مركز القائمة لأبحاث الكمبيوتر بإنتاج برامج الهاتف المحمول والمكتبات الرقمية وتقديمها مجاناً. يحظى هذا المركز بشعبية كبيرة ويدعمه الهدايا والندور والأوقاف وتخصيص النصيب المبارك للإمام عليه السلام. لمزيد من الخدمة ، يمكنك أيضاً الانضمام إلى الأشخاص الخيريين في المركز أينما كنت.

هل تعلم أن ليس كل مال يستحق أن ينفق على طريق أهل البيت عليهم السلام؟
ولن ينال كل شخص هذا النجاح؟
تهانينا لكم.

رقم البطاقة :

6104-3388-0008-7732

رقم حساب بنك ميلا:

9586839652

رقم حساب شيبا:

IR390120020000009586839652

المسمى: (معهد الغيمية لبحوث الحاسوب).

قم بإيداع مبالغ الهدية الخاصة بك.

عنوان المكتب المركزي :

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر أباده اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم 129، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الإلكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي 03134490125

هاتف المكتب في طهران 021 - 88318722

قسم البيع 09132000109 شؤون المستخدمين 09132000109.

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