



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للعلوم



عمر
عليه السلام

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

مُسَمَّكَ

الْحُرُوفُ الْوَقِيَّةُ

تأليف

السيد محمد بن الطباطبائي الحكيم

موسسة دار الفکر

قم تلخون ١٤١٦٦٦

١٣

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مستمسك العروة الوثقى

كاتب:

محسن الحكيم

نشرت في الطباعة:

دارالتفسير

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

٥ الفهرس
١٥ مستمسك العروة الوثقى المجلد ١٣
١٥ اشارة
١٥ [كتاب الشركة]
١٥ اشارة
١٥ [فصل فى أحكام الشركة]
١٥ اشارة
٢٢ [(مسألة ١): لا تصح الشركة العقدية إلا فى الأموال بل الأعيان]
٢٦ [(مسألة ٢): لو استأجر اثنين لعمل واحد بأجرة معلومة صح]
٢٦ [(مسألة ٣): لو اقتلعا شجرة أو اغترفا ماءً بآنية واحدة]
٢٧ [(مسألة ٤): يشترط على ما هو ظاهر كلماتهم]
٢٩ [(مسألة ٥): يتساوى الشريكان فى الربح و الخسران مع تساوى المالىن]
٣٣ [(مسألة ٦): إذا اشترطا فى ضمن العقد كون العمل من أحدهما أو منهما]
٣٣ [(مسألة ٧): العامل أمين]
٣٤ [(مسألة ٨): عقد الشركة من العقود الجائزة]
٣٥ [(مسألة ٩): لو ذكرا فى عقد الشركة أجلاً لا يلزم]
٣٦ [(مسألة ١٠): لو ادعى أحدهما على الآخر الخيانة أو التفريط]
٣٦ [(مسألة ١١): إذا ادعى العامل التلف]
٣٦ [(مسألة ١٢): تبطل الشركة بالموت]
٣٧ [(مسألة ١٣): إذا اشترى أحدهما متاعاً و ادعى أنه اشتراه لنفسه]
٣٨ [كتاب المزارعة]
٣٨ اشارة
٤٠ [أو يشترط فيها أمور]

- ٤٠ اشارة
- ٤٠ [أحدها: الإيجاب و القبول]
- ٤٣ [الثاني: البلوغ، و العقل، و الاختيار]
- ٤٤ [الثالث: أن يكون النماء مشتركاً بينهما]
- ٤٤ [الرابع: أن يكون مشاعاً بينهما]
- ٤٤ [الخامس: تعيين الحصة بمثل النصف أو الثلث أو الربع أو نحو ذلك]
- ٤٥ [السادس: تعيين المدة بالأشهر و السنين]
- ٤٦ [السابع: أن تكون الأرض قابلة للزراع]
- ٤٦ [الثامن: تعيين المزروع من الحنطة و الشعير و غيرهما]
- ٤٧ [التاسع: تعيين الأرض و مقدارها]
- ٤٧ [(مسألة ١): لا يشترط في المزارعة كون الأرض ملكاً للمزارع]
- ٤٨ [(مسألة ٢): إذا أذن لشخص في زرع أرضه على أن يكون الحاصل بينهما]
- ٥٠ [(مسألة ٣): المزارعة من العقود اللازمة]
- ٥١ [(مسألة ٤): إذا استعار أرضاً للمزارعة]
- ٥٢ [(مسألة ٥): إذا شرط أحدهما على الآخر شيئاً]
- ٥٥ [(مسألة ٦): إذا شرط مدة معينة يبلغ الحاصل فيها]
- ٥٧ [(مسألة ٧): لو ترك الزارع الزرع بعد العقد و تسليم الأرض إليه حتى انقضت المدة]
- ٦١ [(مسألة ٨): إذا غصب الأرض بعد عقد المزارعة غاصب]
- ٦٢ [(مسألة ٩): إذا عين المالك نوعاً من الزرع]
- ٦٦ [(مسألة ١٠): لو زارع على أرض لا ماء لها فعلاً]
- ٦٧ [(مسألة ١١): لا فرق في صحة المزارعة بين أن يكون البذر من المالك أو العامل أو منهما]
- ٦٩ [(مسألة ١٢): الأقوى جواز عقد المزارعة بين أزيد من اثنين]
- ٧١ [(مسألة ١٣): يجوز للعامل أن يشارك غيره في مزارعته أو يزرعه في حصته]
- ٧٢ [(مسألة ١٤): إذا تبين بطلان العقد]

- [(مسألة ١٥): الظاهر من مقتضى وضع المزارعة ملكية العامل لمنفعة الأرض بمقدار الحصه المقرره له] ٧٤
- [(مسألة ١٦): إذا حصل ما يوجب الانفساخ فى الأثناء قبل ظهور الثمر أو بلوغه] ٧٥
- [(مسألة ١٧): إذا كان العقد واجداً لجميع الشرائط و حصل الفساخ فى الأثناء] ٧٥
- اشارة ٧٥
- [(فذلكه)] ٧٧
- [(مسألة ١٨): إذا تبين بعد عقد المزارعة أن الأرض كانت مغصوبة] ٧٧
- [(مسألة ١٩): خراج الأرض على صاحبها] ٧٩
- [(مسألة ٢٠): يجوز لكل من المالك و الزارع أن يحرص على الآخر] ٨١
- [(مسألة ٢١): بناء على ما ذكرنا من الاشتراك من من أول الأمر فى الزرع يجب على كل منهما الزكاة] ٨٦
- [(مسألة ٢٢): إذا بقى فى الأرض أصل الزرع بعد انقضاء المده و القسمة] ٨٧
- [(مسألة ٢٣): لو اختلفا فى المده] ٨٨
- [(مسألة ٢٤): لو اختلفا فى اشتراط كون البذر أو العمل أو للعوامل على أيهما] ٩٠
- [(مسألة ٢٥): لو اختلفا فى الإعارة و المزارعة] ٩٠
- [(مسألة ٢٦): لو ادعى المالك الغصب] ٩٣
- [(مسألة ٢٧): فى الموارد التى للمالك قلع زرع الزارع] ٩٣
- [(مسألة ٢٨): يستفاد من جملته من الأخبار أنه يجوز لمن بيده الأرض الخراجية أن يسلمها الى غيره] ٩٣
- [مسائل متفرقة] ٩٤
- اشارة ٩٤
- [الأولى: إذا قصر العامل فى تربية الزرع] ٩٤
- [الثانية: إذا ادعى المالك على العامل عدم العمل] ٩٤
- [الثالثة: لو ادعى أحدهما على الآخر شرطاً] ٩٥
- [الرابعة: لو ادعى أحدهما على الآخر الغبن فى المعاملة] ٩٥
- [الخامسة: إذا زارع المتولى للوقف الأرض الموقوفة] ٩٥
- [السادسة: يجوز مزارعة الكافر، مزارعاً كان أو زارعاً] ٩٦

- ٩٧ [السابعة: فى جملة من الأخبار النهى عن جعل ثلث البذر و ثلث للبقر و ثلث لصاحب الأرض]
- ٩٧ [الثامنة: بعد تحقق المزارعة على الوجه الشرعى يجوز لأحدهما]
- ٩٨ [التاسعة: لا يجب فى المزارعة على أرض إمكان زرعها من أول الأمر]
- ٩٨ [العاشرة: يستحب للزارع- كما فى الاخبار الدعاء عند نثر الحب]
- ٩٩ [كتاب المساقاة]
- ٩٩ اشارة
- ١٠٠ [او يشترط فيها أمور]
- ١٠٠ اشارة
- ١٠٠ [(الأول): الإيجاب و القبول]
- ١٠١ [(الثانى): البلوغ]
- ١٠١ [(الثالث): عدم الحجر]
- ١٠١ [(الرابع): كون الأصول مملوكة]
- ١٠٢ [(الخامس): كونها معينة]
- ١٠٢ [(السادس): كونها ثابتة]
- ١٠٢ [(السابع): تعيين المدء]
- ١٠٣ [(الثامن): أن يكون قبل ظهور الثمر]
- ١٠٣ [(التاسع): أن يكون الحصء معينة مشاعة]
- ١٠٥ [(العاشر): تعيين ما على المالك من الأمور]
- ١٠٥ [(مسألة ١): لا إشكال فى صحء المساقاة قبل ظهور الثمر]
- ١٠٦ [(مسألة ٢): الأقوى جواز المساقاة على الأشجار التى لا ثمر لها]
- ١٠٦ [(مسألة ٣): لا يجوز عندهم المساقاة على أصول غير ثابتة]
- ١٠٧ [(مسألة ٤): لا بأس بالمعاملة على أشجار لا تحتاج السقى]
- ١٠٨ [(مسألة ٥): يجوز المساقاة على فسلان مغروسة]
- ١٠٨ [(مسألة ٦): قد مر أنه لا تصح المساقاة على ودى غير مغروس]

- [(مسألة ٧): المساقاة لازمة] ١٠٨
- [(مسألة ٨): لا تبطل بموت أحد الطرفين] ١٠٩
- [(مسألة ٩): ذكروا أن مع إطلاق عقد المساقاة جملة من الاعمال على العامل و جملة منها على المالك] ١٠٩
- [(مسألة ١٠): لو اشترطا كون جميع الاعمال على المالك] ١١٠
- [(مسألة ١١): إذا خالف العامل فترك ما اشترط عليه من بعض الأعمال] ١١١
- [(مسألة ١٢): لو شرط العامل على المالك أن يعمل غلامه معه صح] ١١٤
- [(مسألة ١٣): لا يشترط أن يكون العامل في المساقاة مباشرا للعمل بنفسه] ١١٥
- [(مسألة ١٤): إذا شرطا انفراد أحدهما بالثمر بطل العقد] ١١٦
- [(مسألة ١٥): إذا اشتمل البستان على أنواع] ١١٧
- [(مسألة ١٦): يجوز أن يفرد كل نوع بحصة مخالفة للحصة من النوع الأخر] ١١٧
- [(مسألة ١٧): لو ساقاه بالنصف] ١١٨
- [(مسألة ١٨): يجوز أن يشترط أحدهما على الأخر شيئا من ذهب أو فضة أو غيرهما] ١١٩
- [(مسألة ١٩): في صورة اشتراط شيء من الذهب و الفضة أو غيرهما على أحدهما إذا تلف بعض الثمرة هل ينقص منهما شيء أو لا؟] ١١٩
- [(مسألة ٢٠): لو جعل المالك للعامل مع الحصة من الفائدة ملك حصة من الأصول] ١٢٢
- [(مسألة ٢١): إذا تبين في أثناء المدة عدم خروج الثمر أصلا هل يجب على العامل إتمام السقي؟] ١٢٣
- [(مسألة ٢٢): يجوز أن يستأجر المالك أجيورا للعمل مع تعيينه نوعا و مقدارا] ١٢٤
- [(مسألة ٢٣): كل موضع بطل فيه عقد المساقاة يكون للمالك] ١٢٥
- [(مسألة ٢٤): يجوز اشتراط مساقاة في عقد مساقاة] ١٢٦
- [(مسألة ٢٥): يجوز تعدد العامل] ١٢٧
- [(مسألة ٢٦): إذا ترك العامل العمل بعد إجراء العقد ابتداء أو في الأثناء] ١٢٧
- [(مسألة ٢٧): إذا تبرع عن العامل متبرع بالعمل جاز] ١٢٩
- [(مسألة ٢٨): إذا فسخ المالك العقد بعد امتناع العامل] ١٣٠
- [(مسألة ٢٩): قد عرفت أنه يجوز للمالك مع ترك العامل العمل أن لا يفسخ و يستأجر عنه] ١٣١
- [(مسألة ٣٠): لو تبين بالبينة أو غيرها أن الأصول كانت مغصوبة] ١٣٢

- ١٣٥ [(مسألة ٣١): لا يجوز للعامل في المساقاة أن يساقى غيره]
- ١٣٦ [(مسألة ٣٢): خراج السلطان في الأراضى الخراجية على المالك]
- ١٣٧ [(مسألة ٣٣): مقتضى عقد المساقاة ملكية العامل للحصة من الثمر من حين ظهوره]
- ١٣٩ [(مسألة ٣٤): إذا اختلفا في صدور العقد و عدمه]
- ١٤٠ [(مسألة ٣٥): إذا ثبتت الخيانة من العامل]
- ١٤١ [(مسألة ٣٦): قالوا: المغارسة باطلة]
- ١٤٦ [(مسألة ٣٧) إذا صدر من شخصين مغارسة و لم يعلم كيفيتها]
- ١٤٦ [تذييب]
- ١٤٧ [كتاب الضمان]
- ١٤٧ اشارة
- ١٤٨ [او يشترط فيه أمور]
- ١٤٨ اشارة
- ١٤٩ [أحدها: الإيجاب]
- ١٤٩ [الثاني: القبول من المضمون له]
- ١٥١ [الثالث: كون الضامن بالغاً عاقلاً]
- ١٥٢ [الرابع: كونه مختاراً]
- ١٥٢ [الخامس: عدم كونه محجوراً لسفه]
- ١٥٣ [السادس: أن لا يكون الضامن مملوكاً غير مأذون من قبل مولاه على المشهور]
- ١٥٦ [السابع: التنجيز]
- ١٥٧ [الثامن: كون الدين الذى يضمنه ثابتاً فى ذمة المضمون]
- ١٥٩ [التاسع: أن لا تكون ذمة الضامن مشغولة للمضمون]
- ١٦٠ [العاشر: امتياز الدين و المضمون له و المضمون عنه عند الضامن]
- ١٦١ [(مسألة ١): لا يشترط فى صحة الضمان العلم بمقدار الدين و لا بجنسه]
- ١٦٣ [(مسألة ٢): إذا تحقق الضمان الجامع لشرائط الصحة انتقل الحق من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن]

- [(مسألة ٣): إذا أبرء المضمون له ذمة الضامن برئت ذمته و ذمة المضمون عنه] ١٦٥
- [(مسألة ٤): الضمان لازم من طرف الضامن و المضمون له] ١٦٦
- [(مسألة ٥): يجوز اشتراط الخيار في الضمان للضمان و المضمون له] ١٦٧
- [(مسألة ٦): إذا تبين كون الضامن مملوكاً و ضمن من غير إذن مولاه] ١٦٨
- [(مسألة ٧): يجوز ضمان الدين الحال حالا، و مؤجلاً] ١٦٩
- [(مسألة ٨): إذا ضمن الدين الحال مؤجلاً] ١٧١
- [(مسألة ٩): إذا كان الدين مؤجلاً فضمنه الضامن كذلك] ١٧١
- [(مسألة ١٠): إذا ضمن الدين المؤجل حالاً بإذن المضمون عنه] ١٧٢
- [(مسألة ١١): إذا ضمن الدين المؤجل بأقل من أجله و أداه] ١٧٢
- [(مسألة ١٢): إذا ضمن بغير إذن المضمون عنه برئت ذمته] ١٧٣
- [(مسألة ١٣): ليس للضامن الرجوع على المضمون عنه في صورة الإذن] ١٧٤
- [(مسألة ١٤): لو حسب المضمون له على الضامن ما عليه خمساً أو زكاه أو صدقة] ١٧٧
- [(مسألة ١٥): لو باعه أو صالحه المضمون له بما يسوى أقل من الدين] ١٧٨
- [(مسألة ١٦): إذا دفع المضمون عنه الى الضامن مقدار ما ضمن قبل أدائه] ١٧٨
- [(مسألة ١٧): لو قال الضامن للمضمون عنه: «ادفع عنى إلى المضمون له ما على من مال الضمان» فدفع] ١٧٩
- [(مسألة ١٨): إذا دفع المضمون عنه الى المضمون له من غير إذن الضامن] ١٨٠
- [(مسألة ١٩): إذا ضمن تبرعاً فضمن عنه ضامن] ١٨٠
- [(مسألة ٢٠): يجوز أن يضمن الدين بأقل منه برضا المضمون له] ١٨٠
- [(مسألة ٢١): يجوز الضمان بغير جنس الدين] ١٨١
- [(مسألة ٢٢): يجوز الضمان بشرط الرهانة] ١٨١
- [(مسألة ٢٣): إذا كان على الدين الذى على المضمون عنه رهن] ١٨٣
- [(مسألة ٢٤): يجوز اشتراط الضمان في مال معين] ١٨٣
- [(مسألة ٢٥): إذا أذن المولى للمملوك في الضمان في كسبه] ١٨٥
- [(مسألة ٢٦): إذا ضمن اثنان أو أزيد عن واحد] ١٨٦

- [(مسألة ٢٧): إذا كان له على رجلين مال، فضمن كل منهما ما على الآخر بإذنه] ١٨٨
- [(مسألة ٢٨): لا يشترط علم الضامن حين الضمان بثبوت الدين على المضمون عنه] ١٩١
- [(مسألة ٢٩): لو قال الضامن: «على ما تشهد به البينة»] ١٩٢
- [(مسألة ٣٠): يجوز الدور في الضمان] ١٩٣
- [(مسألة ٣١): إذا كان المديون فقيراً يجوز أن يضمن عنه بالوفاء من طرف الخمس أو الزكاة] ١٩٤
- [(مسألة ٣٢): إذا كان الدين الذي على المديون زكاة أو خمساً] ١٩٤
- [(مسألة ٣٣): إذا ضمن في مرض موته] ١٩٥
- [(مسألة ٣٤): إذا كان ما على المديون يعتبر فيه مباشرته لا يصح ضمانه] ١٩٥
- [(مسألة ٣٥): يجوز ضمان النفقة الماضية للزوجة] ١٩٦
- [(مسألة ٣٦): الأقوى جواز ضمان مال الكتابة] ١٩٩
- [(مسألة ٣٧): اختلفوا في جواز ضمان مال الجعالة قبل الإتيان بالعمل] ٢٠٠
- [(مسألة ٣٨): اختلفوا في جواز ضمان الأعيان المضمونة كالغصب و المقبوض بالعقد الفاسد] ٢٠١
- [(مسألة ٣٩): يجوز عندهم بلا خلاف بينهم ضمان درك الثمن للمشتري] ٢٠٥
- [(مسألة ٤٠): إذا ضمن عهده الثمن فظهر بعض المبيع مستحقاً] ٢٠٧
- [(مسألة ٤١): الأقوى - وفاقاً للشهيدين صحة ضمان ما يحدثه المشتري] ٢٠٨
- [(مسألة ٤٢): لو قال عند خوف غرق السفينة: «لق متاعك في البحر و على ضمانه» صح] ٢١٠
- [(تتمة)] ٢١٢
- إشارة ٢١٢
- [(مسألة ١): لو اختلف المضمون له و المضمون عنه في أصل الضمان] ٢١٢
- [(مسألة ٢): لو اختلف الضامن و المضمون له في أصل الضمان] ٢١٣
- [(مسألة ٣): لو اختلف الضامن و المضمون عنه في الاذن و عدمه] ٢١٤
- [(مسألة ٤): إذا أنكر الضامن الضمان فاستوفى الحق منه بالبينة] ٢١٤
- [(مسألة ٥): إذا ادعى الضامن الوفاء و أنكر المضمون له و حلف] ٢١٦
- [(مسألة ٦): لو اذن المديون لغيره في وفاء دينه بلا ضمان فوفى] ٢١٧

- ٢١٨ [كتاب الحوالة]
- ٢١٨ اشارة
- ٢١٩ او يشترط فيها- مضافا إلى أمور]
- ٢١٩ اشارة
- ٢١٩ [أحدهما: الإيجاب و القبول]
- ٢٢١ [الثاني: التنجيز]
- ٢٢١ [الثالث: الرضا من المحيل و المحتال]
- ٢٢٣ [الرابع: أن يكون المال المحال به ثابتاً في ذمة المحيل]
- ٢٢٤ [الخامس: أن يكون المال المحال به معلوماً جنساً و قدراً للمحيل و المحتال]
- ٢٢٥ [السادس: تساوى المالين]
- ٢٢٧ [(مسألة ١): لا فرق في المال المحال به بين أن يكون عيناً في الذمة، أو منفعة، أو عملاً لا يعتبر فيه المباشرة]
- ٢٢٨ [(مسألة ٢): إذا تحققت الحوالة برئت ذمة المحيل و إن لم يبرهه المحتال]
- ٢٢٩ [(مسألة ٣): لا يجب على المحتال قبول الحوالة]
- ٢٢٩ [(مسألة ٤): الحوالة لازمة]
- ٢٣١ [(مسألة ٥): الأقوى جواز الحوالة على البرىء]
- ٢٣٢ [(مسألة ٦): يجوز اشتراط خيار الفسخ لكل من الثلاثة]
- ٢٣٢ [(مسألة ٧): يجوز الدور في الحوالة]
- ٢٣٣ [(مسألة ٨): لو تبرع أجنبي عن المحال عليه برئت ذمته]
- ٢٣٣ [(مسألة ٩): لو أحال عليه فقبل و أدى ثم طالب المحيل بما أداه]
- ٢٣٤ [(مسألة ١٠): في أن حال الحوالة حال الضمان في عدم جواز مطالبة العوض الا بعد الأداء]
- ٢٣٥ [(مسألة ١١): إذا أحال السيد بدينه على مكاتبه بمال الكتابة]
- ٢٣٦ [(مسألة ١٢): لو باع السيد مكاتبه سلعة]
- ٢٣٧ [(مسألة ١٣): لو كان للمكاتب دين على أجنبي فأحال سيده عليه من مال الكتابة صح]
- ٢٣٧ [(مسألة ١٤): لو اختلفا في أن الواقع منهما كانت حوالة أو وكالة]

- [(مسألة ١٥): إذا أقال البائع من له عليه دين على المشتري بالثمن] ٢٣٩
- [(مسألة ١٦): إذا وقعت الحواله بأحد الوجهين ثم انفسخ البيع بالإقاله أو بأحد الخيارات] ٢٤٠
- [(مسألة ١٧): إذا كان له عند وكيله أو أمينه مال معين خارجي فأقال دائنه عليه] ٢٤٢
- تعريف مركز القائمية باصفهان للتمريات الكمبيوترية ٢٤٣

مستمسك العروة الوثقى المجلد ١٣

إشارة

سرشناسه : حكيم، محسن، ١٣٤٨ - ١٢٦٧. شارح
 عنوان و نام پديد آور : مستمسك العروة الوثقى / تاليف محسن الطباطبائي الحكيم
 مشخصات نشر : قم: موسسه دار التفسير، ١٤١٦ق = - ١٣٧٤.
 مشخصات ظاهري : ج ١٤
 شابك : ٩٠٠٠٠ريال (دوره ١٤جلدي)
 يادداشت : اين كتاب در سالهاي مختلف توسط ناشرين مختلف منتشر شده است
 يادداشت : كتابنامه به صورت زيرنويس
 عنوان ديگر : العروة الوثقى. شرح
 موضوع : يزدي، محمد كاظم بن عبدالعظيم، ١٢٤٧؟ - ١٣٣٧ق. العروة الوثقى -- نقد و تفسير
 موضوع : فقه جعفري -- قرن ١٤
 شناسه افزوده : يزدي، محمد كاظم بن عبدالعظيم، ١٢٤٧؟ - ١٣٣٧ق. العروة الوثقى. شرح
 رده بندي كنگره : BP١٨٣/٥ ي٤٤٠٢١٣٥٤٠٢١٣٧٤
 رده بندي ديويي : ٢٩٧/٣٤٢
 شماره كتابشناسي ملي : م٧٤-٦٤٨١

[كتاب الشركة]

إشارة

كتاب الشركة

[فصل في أحكام الشركة]

إشارة

فصل في أحكام الشركة و هي عبارة عن كون شيء واحد لاثنين أو أزيد ملكاً أو حقاً (١). و هي (إما واقعية قهرية) كما في المال أو الحق الموروث (و إما واقعية اختيارية) من غير استناد الى عقد كما إذا أحيا شخصان أرضاً مواتاً بالاشتراك. أو حفرا بترأ.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ وَالصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَلَى خَيْرِ خَلْقِهِ أَجْمَعِينَ مُحَمَّدٌ وَآلِهِ الْغُرِّ الْمَيَامِينِ الطَّيِّبِينَ الطَّاهِرِينَ الْمَعْصُومِينَ.

فصل في أحكام الشركة

(١) قال في الشرائع: «الشركة اجتماع حقوق الملاك في الشيء الواحد على سبيل الشيع» و نحوه في القواعد و غيرها، بل هو المشهور. و في جامع المقاصد: «في التعريف نظر، لانتقاضه بالشركة في القصاص، و حد القذف، و الخيار، و الرهن، و الشفعة، و نحو

ذلك، فإنه ليس هناك ملك حقيقى، فلا مالك حقيقى. وقد صرحوا بأن هذا أحد أقسام الشركة الثلاثة. وفيه: أن المراد من الملاك ما يشمل ذوى الحقوق التى منها ما ذكره، إذ الحقوق نوع من الأملاك، و الحق نوع من الملك و الاختلاف بينهما بحسب المورد لا غير، كما أوضحناه فى بعض مباحث هذا الكتاب.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٤

أو اغترفا ماءً، أو اقتلعا شجراً (و إما ظاهريه قهرية) (١) كما إذا امتزج مالهما من دون اختيارهما- و لو بفعل أجنبى- بحيث لا يتميز أحدهما من الآخر، سواء كانا من جنس واحد،

و لأجل ذلك صح التعبير بقوله: «اجتماع حقوق الملاك» إذ الحقوق لو كانت غير الاملاك لكانت الإضافة مجازية، إذ الملاك على هذا لا حقوق لهم، و لا تكون الحقوق إلا لأهل الحقوق، لا للملاك، كما هو ظاهر.

و من ذلك يظهر الاشكال فيما ذكره المصنف عدولا عن تعريف المشهور، إذ زاد قوله (ره): «ملكاً أو حقاً» فراراً عن الاشكال المذكور.

لما عرفت من عدم ورود الإشكال فى نفسه. و نقص تقييد على سبيل الإشاعة مع الحاجة إليه، إذ لولاه لصدقت الشركة فيما إذا كان خشب البيت لشخص و سائر آلاته لآخر و أرضه لثالث، لصدق كون الشيء الواحد لأكثر من واحد، مع أنه لا شركة هنا» كما صرحوا بذلك. و حمل الواحد على البسيط الذى لا يتجزأ كما ترى. و كأن عذره أن الشركة التى يقصد تعريفها غير الشركة بالمعنى الشرعى، كما سيأتى فى كلامه قريباً.

(١) قال فى الشرائع: «و كل مالين مزج أحدهما بالآخر بحيث لا يتميزان تحققت فيهما الشركة، اختياراً كان المزج أو اتفاقاً» و أحقه فى الجواهر بقوله: «مقصوداً به الشركة أولاً، بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه» و فى القواعد: «و تحصل الشركة بالمزج، سواء كان اختياراً أو اتفاقاً» و نحوهما عبارات غيرهما. و الظاهر منها كون الشركة واقعيةً تتبدل ملكية كل منهما للجزء المعين فى نفس الأمر بالجزء المشاع.

لكن فى الجواهر خص ذلك بما إذا كان المزج بقصد الشركة، أما إذا كان قهراً،- كما فى مفروض كلام المصنف- أو اختياراً لا بقصدها فالمراد من الشركة الحكيمية، يعنى تجرى أحكام الشركة حينئذ و يعامل

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٥

.....

معاملتها فى الاحكام، مع بقاء الملكية بمالها من تعلقها بالجزء المعين الخارجى فى نفس الأمر، بحيث لو فرض العلم ببعضه لأحدهما لم يكن للآخر شركة فيه، بل لو فرض بقاء ما ليس هو إلا لأحدهما أمكن حينئذ الرجوع إلى القرعة عند القائل بها فى مثله .. إلى آخر ما ذكر مما يرجع إلى نفى ملكية الجزء المشاع. و كأن هذا هو المراد من الظاهرية فى عبارة المتن، بل فى بعض عبارات الجواهر أيضاً، فالمراد الشركة الحكيمية الواقعية، لا الشركة على وجه الإشاعة لكنها ظاهريه، لأن جعل هذه الملكية إما مع بقاء الملكية للجزء المعين أو مع انتفائها، فعلى الأول يلزم اجتماع ملكيتين فى موضوع واحد لمالكين، و على الثانى لا ملكية واقعية سوى ملكية المشاع، فكيف تكون ملكية المشاع ظاهريه؟! اللهم إلا أن يكون مجرد اصطلاح.

و كيف كان فما فى الجواهر هو الذى تقتضيه القواعد العامة، و لا دليل على تبدل الملكية حقيقه، و الأصل عدمه. و الإجماع على التبدل غير ثابت. و لا سيما بملاحظة أن سببية المزج للشركة لم يذكره الشيخ و لا غيره من القدماء، و إنما ذكره المتأخرون، على ما قيل. و على هذا لا يعتبر فى حصول الشركة بالمعنى المذكور- أعنى الحكيمية- اتحاد الجنس، و لا اتحاد الوصف، بل تكون حتى مع

تعدد الجنس و فقد التمييز- كما فى مزج الدبس بالخل، و دقيق الحنطة بدقيق الشعير، و دهن الحيوان بدهن النبات و دهن اللوز بدهن الجوز- و مع وحدة الجنس و اختلاف الوصف- كمزج الحنطة الحمراء بالصفراء- و مع اختلاف الجنس و اختلاف الوصف- مثل خلط الماش بالرز، و الحنطة بالشعير إذا فرض تعذر عزله بعضها عن بعض- فان الحكم فى الجميع هو الشركة الحكيمية، و لا وجه لذكر القيود المذكورة فى كلامهم. و بالجملة: الشركة الحكيمية- بمعنى ترتيب آثار الشركة و أحكامها- لا تتوقف على أكثر من الامتراج، فيكفى ذلك فيه و إن

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٦

.....

كان تميز بين الاجزاء مثل الأمثلة التى ذكرناها. و من ذلك يظهر إشكال ما فى الجواهر، فإنه اعترف بأن الشركة فى مزج المالىين حكيمية و اعتبر فيها عدم التميز بين الاجزاء. فلاحظ كلامه.

هذا و لكن التحقيق: أن الامتراج بين المالىين الموجب لارتفاع التميز بينهما موجب للشركة الحقيقية- كما هو ظاهر الأصحاب و إن كانت أجزاء المالىين متميزة فى نفس الأمر- فإن ذلك من الأحكام العرفية الممضأة لدى الشارع المقدس. بل إن ذلك- فى الجملة- من الضروريات الفقهيّة و العرفية، و قد حكى عن التذكرة الإجماع عليه، و فى المسالك: أنه لا خلاف فيه.

نعم قد يقع الإشكال فى عموم الحكم و خصوصه، و المحكى عن المقداد أنه قال: «الفائدة الثانية: الشركة أمر حادث. و كل حادث لا بد له من سبب، و السبب هنا قد يكون إرثاً و قد يكون حيازة- كما لو اقتلعا شجرة، أو اغترفا ماء بآنية- و قد يكون مزجاً، كما إذا مزجت الاجزاء المتساوية المصغرة بحيث لا يميز جزؤ عن جزؤ كالادقة و الادهان، لا كالحنطة و الذرة و الدخن و السمسم و الدراهم الجدد و العتق». و الظاهر عدم الشركة فى امتراج الحنطة بمثلها و الذرة بمثلها و كذا الدخن و السمسم. و حمله فى الجواهر على إرادة عدم الشركة فى امتراج الأمور المذكورة غيرها، لا- بمثلها. لكنه خلاف الظاهر جداً. و فى الشرائع: «أما ما لا مثل له- كالثوب و الخشب و العبد- فلا يتحقق فيه المزج». و حمل على أن المراد عدم الشركة فى مزج القيميات مثل الثوب و العبد و الخشب، فيكون ذلك تفصيلاً فيه بين المثلى و القيمى.

لكن الظاهر من عبارته اعتبار المزج فى حصول الشركة، و لا يتحقق ذلك فى مثل الأمثلة المذكورة، بل يكون من اشتباه أحد المالىين بالآخر، و المرجع فيه القرعة.

و المتحصل مما ذكرنا أمور (الأول): أن التعبير عن الشركة فى

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٧

.....

المقام بالظاهريّة لم يكن مذكوراً فى كلام الأصحاب، و إنما هو مذکور فى كلام المصنف، و فى الجواهر فى بعض مباحث الشركة غير هذا المقام.

(الثانى): أن الشركة مع اتحاد الجنس و الوصف شركة حقيقية واقعية.

(الثالث): أن الشركة مع الامتراج بين الجنسين- سواء انتفى التميز مثل خلط الادهان و مثل خلط الدبس بالخل، أم كان تمييز، مثل خلط الحنطة بالشعير- أو بين أفراد جنس واحد مع اختلاف الوصف- مثل الحنطة الحمراء بالصفراء- شركة حكيمية، بمعنى: أنه لا يجوز لأحد المالكين التصرف بدون إذن الآخر، و يجوز المطالبة بالقسمة، و أن العوض يكون مشتركاً بين المالكين (الرابع): أن وجه الحكم فى المقامين بناء الفقهاء الموافق لبناء العرف (الخامس): أن ما ذكره فى الجواهر من حمل الشركة على الشركة الحكيمية إن

كان ذلك خلافاً منه للفقهاء كان المناسب له التعرض للوجه المسوغ له مع ظهور الإجماع عليه أو دعواه صريحاً و نفى الخلاف فيه. و إن كان ذلك شرحاً لمراد الفقهاء كان المناسب له أيضاً التعرض لوجهه، فإنه خلاف الظاهر. و لا سيما بملاحظة الشروط المذكورة في كلامهم من اتحاد الجنس و عدم التميز، فإن هذه الشروط لا تكون شرطاً في الحكمية كما عرفت.

هذا و في الرياض: «و اعلم أن المستفاد من كلمة الأصحاب في المقام سيما كلام الفاضل في التذكرة- في دعوى الإجماع على حصول الشركة بمزج العروض و الأثمان مزجاً لا يتميز معه المالان- عدم اشتراط عدم التميز في نفس الأمر، بل يكتفى بعدمه في الظاهر و إن حصل في نفس الأمر.

و هو مناف لما ذكره في التعريف من أنها اجتماع الحقوق على الإشاعة، فإن الظاهر حينئذ منها حيث تطلق أن لا يفرض جزؤ إلا و فيه حق لهما.

و به صرح الفاضل المقداد في شرح الكتاب- يعني النافع .. (الى أن

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٨

كمزج حنطة بحنطة، أو جنسين كمزج دقيق الحنطة بدقيق الشعير (١)، أو دهن اللوز بدهن الجوز، أو الخل بالدبس (و إما ظاهرية اختيارية) كما إذا مزجا باختيارهما لا بقصد الشركة فإن مال كل منهما في الواقع ممتاز عن الآخر، و لذا لو فرض تمييزهما اختص كل منهما بماله (٢). و أما الاختلاط

قال: بقى الكلام في التوفيق بين التعريف و ما هنا، و الخطب سهل بعد الإجماع على ما هنا، لعدم الدليل على ما في التعريف من اعتبار الإشاعة بالمعنى المتقدم .. و الظاهر منه أن الشركة في المالين الممتزجين على نحو لا يتميز أجزاءها في الظاهر ليست على الإشاعة، بل على شكل آخر و ان لم يتعرض له.

و هو كما ترى، فإن الإجماع الذي ادعاه كما كان على الشركة كان على كون الشركة على نحو الإشاعة. و هذا هو مراد الجواهر من قوله في الاشكال على الرياض: «إن التعريف للشركة الشرعية الموجبة للملك على الإشاعة التي قد ذكروا أسبابها بعد تعريفها». و كأنه يخالف ما ذكره سابقاً من كون الشركة حكمية لا حقيقية. على أن الشركة لا بمعنى الملك على الإشاعة ليست من الأحكام الشرعية، بل الأحكام الواقعية التابعة لأسبابها الواقعية، نظير الشركة في النسب و البلد و المهنة، و ليس من وظيفة الفقهاء التعرض لها.

(١) قال في الشرائع بعد العبارة المحكية سابقاً: «و يثبت ذلك في المالين المتماثلين في الجنس و الصفة». و ظاهره اختصاص الشركة بذلك فيكون امتزاج الجنسين أو الفردين من جنس واحد مع اختلاف الصفة خارجاً عن مورد الشركة الحقيقية و إن كان داخلاً في مورد الشركة الحكمية.

(٢) هذا لا يدل على انتفاء الشركة قبل التميز الحادث من باب

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٩

مع التميز فلا يوجب الشركة و لو ظاهراً (١)، إذ مع الاشتباه (٢)

الاتفاق، لإمكان انفساخ الشركة بهذا التميز. نظير ما إذا وقع مقدار من البول في كَرّ من ماء، فإنه لما صار مستهلكاً بالامتزاج صار طاهراً، فإذا أخذ كف منه فذلك المقدار طاهر يجوز شربه و الوضوء به، فإذا اتفق عروض بعض الطوارئ الموجب لتمييز البول صار البول نجساً بعد أن خرج عن حال الاستهلاك الى حال الوجود العرفي.

(١) إذا كان الاختلاط بالمزج مثل اختلاط الحنطة البيضاء بالصفراء فقد عرفت أنه مع تعذر التخليص و العزل فهو أيضاً يوجب الشركة الحكمية و لو فرض إمكان العزل و التخليص بقى كل مال لمالكة من دون تبدل الاحكام. و إذا كان الاختلاط بدون مزج- كما إذا

وضع ثوباً في ثياب زيد، أو قوساً في أقواس عمرو و نحو ذلك ما لا مزج فيه- فإن كان تميز فلا إشكال في أن كلاً من العينين لمالكة كما قبل الاختلاط، و إذا لم يكن تميز فهذا من اشتباه المال بالمال، فكل من المالين مردد بين المالكين، فيرجع الى القرعة في تعيين مالكة.

نعم لو فرض تعذر العمل بالقرعة لكثرة الثياب- كما إذا خلط مائة ألف ثوب لزيد في مائة ألف ثوب لعمرو و لم يكن تميز بين الثياب- يرجع الى الشركة الحكيمية، و من ذلك تعرف أن باب اشتباه أحد المالين بالآخر أجنبي عن باب المزج بلا تميز. (٢) كأنه يريد أنه مع عدم الاشتباه يبقى كل مال لمالكة من دون تبدل في الاحكام، و لوضوح ذلك لم يتعرض لحكمه، و قد عرفت أنه مع عدم الاشتباه تكون الشركة حكيمية إذا كان من قبيل مزج الحنطة الصفراء بالبيضاء. مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٠

مرجعه الصلح القهري (١) أو القرعة (و إما واقعية) مستندة إلى عقد غير عقد الشركة، كما إذا ملكا شيئاً واحداً بالشراء أو الصلح أو الهبة أو نحوها (٢) (و اما واقعية) منشأة بتشريك أحدهما الآخر في ماله كما إذا اشترى شيئاً فطلب منه شخص أن يشركه فيه. و يسمى عندهم بالتشريك. و هو صحيح لجملة من الأخبار (٣) (و إما واقعية) منشأة بتشريك كل منهما الآخر في ماله. و يسمى هذا بالشركة العقدية و معدود

(١) الظاهر أن المراد من الصلح القهري الشركة الحكيمية، فالصلح يكون في مقام تمييز الحقوق و القسمة، لا قبل ذلك، و إلا كان هو الشركة الحقيقية.

(٢) هذا من الواضحات و مصرح به في كلامهم.

(٣) منها

صحيح هشام بن سالم عن أبي عبد الله (ع) قال: «سألته عن الرجل يشارك في السلعة. قال: إن ربح فله، و إن وضع فعليه» (١) و

صحيح الحلبي عن أبي جعفر (ع) قال: «سألته عن الرجل يشتري الدابة و ليس عنده نقدها، فاتي رجل من أصحابه فقال يا فلان انقد عنى ثمن هذه الدابة و الربح بينى و بينك، فنقد عنه، فنفتت الدابة قال: ثمنها عليهما، لأنه لو كان ربح فيها لكان بينهما» (٢) و نحوهما غيرهما. و أما مثل

صحيح إسحاق بن عمار قال: «قلت للبعد الصالح (ع):

الرجل يدل الرجل على السلعة فيقول: اشتراها و لى نصفها، فيشتريها الرجل و ينقد من ماله. قال: له نصف الربح. قلت: فان وضع يلحقه

(١) الوسائل باب: ١ من أبواب كتاب الشركة حديث: ١.

(٢) الوسائل باب: ١ من أبواب كتاب الشركة حديث: ٢.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١١

من العقود (١). ثم إن الشركة قد تكون في عين و قد تكون في منفعة و قد تكون في حق، و بحسب الكيفية إما بنحو الإشاعة و إما

من الوضعية شيء؟ قال: عليه من الوضعية كما أخذ الربح» (١)

، و نحوه غيره. فالظاهر منها التشريك في نفس الشراء، بأن يشتري لهما معاً، كما سبق في كلام المصنف.

(١) قال في المسالك: «و هي يعنى: الشركة تطلق على معنيين أحدهما: ما ذكره المصنف في تعريفه من اجتماع الحقوق على الوجه

المذكور و هذا هو المتبادر من معنى الشركة لغه و عرفاً .. (إلى أن قال):

و ثانيهما: عقد ثمرته جواز تصرف الملاك للشىء الواحد على سبيل الشيع.

و هذا هو المعنى الذى به تندرج الشركة فى جملة العقود، و يلحقها الحكم بالصحة و البطلان. و اليه يشير المصنف (ره) فيما بعد

بقوله: قيل: تبطل الشركة أعى: الشرط و التصرف. و قيل: تصح. و لقد كان على المصنف أن يقدم تعريفها على ما ذكره، لأنها

المقصود بالذات هنا، أو ينه عليهما معاً على وجه يزيل الالتباس عن حقيقتها و أحكامها و لكنه اقتصر على تعريفها بالمعنى الأول».

لكن فى القواعد ذكر تعريفها بما سبق، ثم قال: «و أقسامها أربعة شركة العنان .. (إلى أن قال): و أركانها (يعنى شركة العنان) ثلاثة

المتعاقدان ..» و ظاهر ذلك ان التعريف إنما هو للشركة العقدية. و لذلك أشكل عليه فى جامع المقاصد: بأنه إن كان غرضه البحث

عن الشركة التى يجوز معها التصرف فحقه أن يعرف هذا القسم، و إن كان غرضه البحث عن أحكام مطلق الشركة فعليه أن يقيد قوله:

«و أركانها». ثم ذكر أن الشركة لها معنيان (الأول): مطلق اجتماع حقوق الملاك فى واحد

(١) الوسائل باب: ١ من أبواب كتاب الشركة حديث: ٤.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٢

.....

على سبيل الشيع و (الثانى) هو الذى ينتظم فى قسم العقود و يجرى عليه أحكام الفساد و الصحة. و الأحسن ما يقال فى تعريفها: أنها

عقد ثمرته جواز تصرف الملاك للشىء الواحد على سبيل الشيع. انتهى.

و فى الحدائق بعد ما ذكر ما حكيناه عن المسالك قال: «لا يخفى على من تأمل الأخبار الجارية فى هذا المضمار أنه لا يفهم منها

معنى للشركة غير ما ذكره الفاضلان و نحوهما كالشهاد فى اللعنة و غيره. و هو المتبادر لغه و عرفاً من لفظ الشركة. و هذا المعنى

الذى ذكره لا يكاد يشم له رائحة منها بالمره» ثم حكى كلام الروضة الذى هو مثل ما فى المسالك، ثم أشكل عليه بما أشكل به على

المسالك.

هذا و لا يخفى أن المراد من الشركة العقدية فى كلام الجماعة إن كان إنشاء مفهوم الشركة بالعقد فلا ينبغى التأمل فى صحة ذلك

عرفاً، فكما يصح إنشاء الشركة من قبل الشارع فى الميراث مع تعدد الوارث، و فى الحيازة مع تعدد الحائز، يجوز إنشاؤها بعقد

المتعاقدين، سواء كان المال من أحد الشخصين فيشرك الآخر فيه - كما سبق - أم من كل من الشخصين فيشرك كل منهما صاحبه،

فيقول أحدهما مثلاً: اشتركتنا، و يقول الآخر:

قبلت. و قد دلت الاخبار على ذلك كله، كصحيحى هشام بن سالم

و الحلبي

المتقدمين. و مثل

صحيح على بن رئاب: «قال أبو عبد الله (ع): لا ينبغى للرجل المسلم أن يشارك الذمى و لا يبضعه و لا يودعه و ديعه» «١»

و نحوه غيره.

و إن كان المراد من الشركة العقدية إنشاء الاذن فى التصرف - كما قد يظهر من عبارتى جامع المقاصد و المسالك المتقدمتين، و

نحوهما عبارات غيرهما، قال فى القواعد: «و أركانها ثلاثة: المتعاقدان .. (الى أن قال) و الصيغة، و هو ما يدل على الاذن فى التصرف.

و يكفى قولهما:

(١) الوسائل باب: ٢ من أبواب الشركة حديث. ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٣

بنحو الكلى فى المعين (١)، وقد تكون على وجه يكون كل من

اشتركتنا» ونحوها غيرها- فإنشاء الإذن ليس من العقود، بل من الإيقاع، ولا يرتبط بمفهوم الشركة، وليس هو من لوازمه، ولا مما تشير إليه النصوص كما ذكر فى الحدائق.

و إن أريد من الشركة العقدية الاشتراك المنشأ بالعقد بشرط الاذن فى التصرف بهما، فهو أيضاً مقتضى عمومات الصحة فى العقد و فى الشرط.

و لا يظن من صاحب الحدائق أو غيره إنكاره إذ هو شركة بشرط كما لو اشتركا بشرط أن يكون التصرف لثالث أو لأحدهما بعينه و غير ذلك من الشرائط، فإنه لا بد من القول بصحته، عملاً بعموم الأدلة.

ثم إنه قد يستشكل فى صحة إنشاء الشركة بين مالكين فى ماليهما: بأنه لا بد من مزج المالين فى صحة الشركة العقدية مع أن المزج نفسه يقتضى الشركة. و يندفع: بأن المزج إنما يقتضى الشركة إذا لم تكن منشأة، أما إذا فرض إنشاؤها فلا يقتضى شيئاً. مع أن المزج قد لا- يقتضى الشركة الحقيقية، كما عرفت. مضافاً الى الإشكال فى اعتبار المزج الذى هو من أسباب الشركة فى صحة الشركة العقدية، كما سيأتى الكلام فى ذلك.

(١) فى الجواهر: «لا إشكال فى صدق الشركة معه و لا إشاعة».

اللهم الا- أن يراد منها عدم التعيين، لا- خصوص الثلث و الربع و نحوهما» و ما ذكره غير ظاهر، فان معنى الشركة فى المملوك كون الملك على نحو الجزء المشاع، كما ذكره الأصحاب، و حمل الإشاعة على معنى عدم التعيين خلاف المقطوع به من كلامهم، فحملها على ذلك لا- مقتضى له. و عليه فلا- شركة فى المقام، و لا وجه لنفى الإشكال فى صدقها. الا أن يراد بها الاشتراك فى عنوان من العناوين و المماثلة فيه، كما فى البيت الواحد الذى يملك حجراته شخص و خشبه آخر و طينه ثالث، فإن هؤلاء اشتركوا فى

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٤

الشريكين أو الشركاء مستقلاً فى التصرف، كما فى شركة الفقراء فى الزكاة (١) و السادة فى الخمس (٢) و الموقوف عليهم

وصف من الأوصاف، و هو تملك شىء من هذا البيت، و الشركة فى ملك الصاع من الصبرة من هذا القبيل، لاشتراك المالين فى صفة المالكية فى الصبرة و إن اختلف المملوك، و هذا خلاف معنى الشركة فى المملوك التى هى محل الكلام.

(١) عن الشهيد فى بعض حواشيه: أن ملك الفقراء للزكاة على البديل لا- الجميع فى عرض واحد، فلا- اشتراك. و فى الجواهر: أن المالك للزكاة الجنس لا الفرد، و ذكر أنه لا ريب فى ملك الفقراء للزكاة فى الجملة. و فيه: أن الملكية إن كانت مستفاداً من اللام فى قوله تعالى:

﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ﴾ .. «١» فاللام فيه ليست للملك، و إنما هى للمصرف بقية الأصناف، مثل فى الرقاب و فى سبيل الها [و] تعالى الذى لا يظن من أحد الالتزام بالملك فيه، و التفكيك بين الأصناف بعيد جداً. و ان كانت مستفاداً من غيره فغير ظاهر. و أما ما ذكره المصنف من كون كل من الفقراء مستقلاً بالتصرف بالزكاة فغير، فإنه لا يجوز للفقير التصرف فى الزكاة بدون إذن الولي، و هو المالك أو الحاكم الشرعى فضلاً عن أن يكون مستقلاً بالتصرف.

(٢) ظاهر الآية الشريفة (وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ ..) «٢» هو الملكية، و لا مانع من ثبوت هذه الملكية بالنسبة إليه تعالى، كثبوتها فى النذر مثل: لله على أن أتصدق، فإن الصدقة تكون مملوكة له تعالى، على نحو ملكية زيد للدينار فى قول المقر

لزید

(١) التوبة: ٦٠.

(٢) الأنفال: ٤١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٥

في الأوقاف العامة (١) و نحوها.

[مسألة ١: لا تصح الشركة العقدية إلا في الأموال بل الأعيان]

(مسألة ١): لا تصح الشركة العقدية إلا في الأموال (٢) بل الأعيان، فلا تصح في الديون (٣)، فلو كان لكل منهما دين على شخص فأوقعا العقد على كون كل منهما بينهما لم يصح. وكذا لا تصح في المنافع، بأن كان لكل منهما دار مثلا و أوقعا العقد على أن يكون منفعة كل منهما بينهما بالنصف

على دينار. نعم لا يمكن حملها على ملكية الافراد، و الا لزم البسط، و لا يقول المشهور به، و للزم انتقال المال إلى وارثه و لو لم يكن هاشميا.

فالمتعين أن يكون المالك الجنس العارى عن الخصوصيات الفردية، و بتعيين المالك يصير الفرد مالكا، و حينئذ لا معنى للاشتراك بين الافراد على نحو الاستقلال في التصرف.

(١) الأوقاف العامة إنما كان الوقف فيها على نحو البذل من دون ملك للموقوف عليهم و لا رائحة الملك، فان كتب العلم موقوفة على أن تبذل للطلبة، و المدارس موقوفة على أن تبذل للطلبة، و منازل المسافرين موقوفة على أن تبذل للمسافرين من دون ملك و لا مالك. و لذلك إذا غضبت فسرق الكتاب غير الطلبة لا يضمن منافعه بالاستيفاء، و كذلك المدرسة إذا اغتصبها غير الطلبة فسكنوها لا يكون ضمنا لمنافعها عليهم، بل ليس الا الغصب و فعل الحرام. و لو فرض ان كان للساكن من غير الطلبة عذر شرعى من غفلة أو ضرورة أو نحو ذلك فلا أثم و لا ضمان عليه.

(٢) في مقابل الشركة في الأبدان و أختيها.

(٣) لما يأتى من شرطية الامتراج بين المالىن فى الشركة العقدية، و هذا متعذر فى الديون، و كذا فى المنافع. و لأجل ذلك كان المناسب تأخير هذه المسألة عن المسألة الرابعة المتضمنة لشرطية الامتراج.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٦

مثلا- و لو أراد ذلك (١) صالح أحدهما الآخر نصف منفعة داره بنصف منفعة دار الآخر، أو صالح نصف منفعة داره بدينار مثلا و صالحه الآخر نصف منفعة داره بذلك الدينار.

و كذا لا تصح شركة الأعمال (٢) و تسمى شركة الأبدان أيضاً و هى أن يوقعا العقد على أن يكون أجره عمل كل منهما مشتركا بينهما، سواء اتفق عملهما كالخياطة مثلا، أو كان عمل أحدهما الخياطة و الآخر النساجة، و سواء كان ذلك فى عمل معين أو فى كل ما يعمل كل منهما. و لو أراد الاشتراك فى ذلك صالح أحدهما الآخر نصف منفعة المعينة أو منافعه إلى مدة كذا

(١) يعنى: لو أرادا نفس المشاركة فى المنافع صالح أحدهما الآخر ..

على نحو المعاوضة بين الحصتين، أو على نحو تكون المعاوضة بين التملكين فيقول: صالحتك على أن تملك حصه من مالى فى

مقابل أن أملك حصه من مالك، أو على نحو آخر من دون معاوضة بين العينين ولا بين التملكين فيقول. صالحتك على أن تكون حصه من مالى لك و حصه من مالك لى ففى جميع ذلك تحصل الشراكة بينهما فى مالهيا، و كذلك إذا كان بطريق الهبة المشروطة، فيهب أحدهما حصته من ماله لصاحبه بشرط أن يهبه الآخر حصته من ماله. أو بطريق بيع الحصه على صاحبه بثمان ثم شراء حصه صاحبه بذلك الثمن. كل ذلك لعدم اعتبار المزج فى هذه العقود بخلاف الشركه، فإن إنشاءها لا يصح الا بالمزج، على ما سيأتى بيانه، و لا يمكن ذلك فى المنفعة.

(٢) بلا خلاف معتد به أجده فيه بيننا، بل الإجماع بقسميه عليه.

بل المحكى منه مستفيض أو متواتر. كذا فى الجواهر، و فى مفتاح الكرامة:

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٧

.....

«أجمعوا على نقل الإجماع، إذ هو محكى فى تسعة عشر كتاباً أو أكثر، كما سمعت، و هو معلوم محصل قطعاً». و عن المختلف [١]: أنه استدل على البطلان بإجماع الفرقه. و بأن الأصل عدم الشركه، و لأنه غرر عظيم، و لأن الشركه عقد شرعى فيقف على الاذن فيه و فى الجواهر: استدل عليه بالأصل السالم عن معارضة (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) بعد ما عرفت. و التراضى بما لم تثبت شرعيته غير مجد، و المراد بالتجاره عنه ما ثبت التكسب به شرعاً.

انتهى. و الاشكال عليه ظاهر فان عموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) لا مخصص له إلا دعوى الإجماع على البطلان. و عليه لا مجال للرجوع إلى الأصل معه.

و لا- وجه لدعوى كون المراد من التجاره عن تراض ما ثبت التكسب به، أو ما ثبت شرعيته. فان ذلك خلاف الإطلاق المقامى، الموجب للتنزيل على المعنى العرفى. و لا- يظهر الفرق بين عموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)، و عموم (تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ) حيث جعل الإجماع مقيداً للأول، و لم يتعرض لذلك فى الثانى. و الذى نحصل من كلماتهم فى المقام أن العمده دعوى الإجماع. و فى كلام الأردبيلي قدس سره: «لا يظهر دليل على عدم الجواز إلا الإجماع، فإن كان فهو، و إلا فلا مانع».

و يمكن أن يقال: إن العامل إذا أجر نفسه لعمل كانت الأجره عوض العمل فتكون فى ملك العامل، فجعلها لغيره بعقد الشركه خلاف مقتضى دليل صحة الإجاره، فإذا كانت الإجاره صحيحه كانت الشركه باطله، و إذا كانت الإجاره باطله فالشركه أيضاً باطله، لأنها مبنية عليها

[١] حكى فى المختلف عن ابن الجنيد جواز شركه الوجوه. و رده بما ذكره فى المتن، فهو لم يستدل بما فى المتن على بطلان شركه الاعمال بل على بطلان شركه الوجوه. و أما شركه الأعمال فقد حكى فى المختلف عن ابن الجنيد كلاماً ظاهراً فى بطلانها وفاقاً المشهور، و من ثم لم يستدل على بطلانها. راجع المختلف الجزء: ٢ الصفحه: ٢١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٨

بنصف منفعة أو منافع الأخر، أو صالحه نصف منفعته بعوض معين (١) و صالحه الأخر أيضاً (٢) نصف منفعته بذلك العوض و لا تصح أيضاً شركه الوجوه (٣)، و هى أن يشترك اثنان و جيهان لا- مال لهما (٤) بعقد الشركه على أن يتتاع كل منهما فى ذمته إلى أجل (٥) و يكون ما يتتاعه بينهما فيبيعانه و يؤديان الثمن و يكون ما حصل من الربح بينهما. و إذا أرادا ذلك على

فيعلم ببطلان الشركه على كل من تقديرى صحة الإجاره و بطلانها.

نعم لو كان مفاد شركة الأعمال الاشتراك في الأجر بعد ما يدخل في ملك العامل منهما، بحيث يخرج من ملك العامل الى ملك الشريك لم يجر الاشكال المذكور، و كانت صحتها على طبق القواعد العامة. و كذا لو كان مفادها تشريك كل منهما الآخر في منفعته التي تقابل بالأجر و العوض لم يتوجه الاشكال المذكور، كما سيأتى نظيره في كلام المصنف.

(١) فيكون التشريك في المنفعة بعنوان المصالحة لا بعنوان التشريك.

كما سبق منا في الحاشية السابقة.

(٢) فتكون هناك معاملتان لا معاملة واحدة كما في الوجوه السابقة.

(٣) وجه البطلان فيها عندهم هو الوجه فيه في شركة الأعمال و في مفتاح الكرامة: «و الحجة على بطلانها- بعد الإجماع- الأصل، و الغرر و الضرر، و أنه عقد يتوقف على الاذن». و العمدة دعوى الإجماع.

(٤) هذا المعنى أحد الوجوه المذكورة في تفسيرها، و في المسالك:

أنه الأشهر، و في التذكرة: أنه أشهرها. انتهى.

(٥) ظاهر العبارة أن الثمن جميعه في ذمة المتاع و ان كان قد ابتاع المثلن لهما معاً، و في الجواهر لم يتعرض لكون الثمن في ذمة المبتاع أو ذمتها، و اقتصر على كون الابتاع لهما معاً، و في التذكرة قال في تفسيرها:

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٩

الوجه الصحيح و كل كل منهما الآخر في الشراء (١) فاشترى

«ليبتاعا في الذمة إلى أجل على أن ما يبتاعه كل واحد منهما يكون بينهما.»

و نحوه عبارة المسالك. و ظاهره أن الابتاع لهما و الثمن في ذمتها معاً.

و كيف كان فان كان المراد ما ذكره المصنف رحمه الله من كون الابتاع لهما و الثمن في ذمة المبتاع المباشر فالمعاملة في نفسها باطلة، بناء على المشهور من وجوب دخول كل من العوضين في ملك من خرج منه الآخر، فان الابتاع إذا كان لهما فقد دخل في ملك كل منهما نصف المبيع، فيجب أن يخرج من كل منهما نصف الثمن، و لازمه كون نصف الثمن في ذمة أحدهما و النصف الآخر في ذمة الآخر، لا أن يكون تمام الثمن في ذمة أحدهما المباشر. نعم بناء على أن اللازم في المعاملات المعاوضية أن يدخل العوض في ملك مالك المعوض، و لا يلزم العكس كما هو الظاهر، تصح المعاملة المذكورة. و حينئذ لا موجب لبطلان الشركة إلا الإجماع، و سيأتى.

(١) الفرق بين هذا و ما قبله بناء على ما ذكره المصنف أمران:

(الأول): أن الشراء فيما قبله لهما كان بالاذن و هنا بالوكالة. (الثاني):

أن الشراء فيما قبله كان بذمة أحدهما و هنا بذمتها معاً و على ما هو ظاهر التذكرة و غيرها بكون الفرق بين هذا و ما قبله بالاذن فيما قبله و بالوكالة فيه.

لكن هذا الفرق لا- يصح أن يكون فارقاً قطعاً و المظنون- كما هو ظاهر المبسوط- أن المراد من شركة الوجوه أن يبتاع كل من الشريكين لنفسه بثلث في ذمته على أن يكون الربح بينهما. و حينئذ يتوجه الاشكال المتقدم في شركة الأبدان من أن الربح يتبع الأصل بمقتضى المعاملة، فلا يمكن أن يجعل بعضه لغير مالك الأصل، إلا بدليل خاص، و هو مفقود، و لا بد حينئذ من القول بالبطلان.

و لو لا ذلك أشكل القول بالبطلان، كما أشكل الاعتماد على الإجماع

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٠

في البطلان، لعدم تحصيل معقد الإجماع، إذ قد عرفت أن شركة الوجوه قد فسرت بمعان أربعة أظهرها أو أشهرها ما ذكره المصنف رحمه الله.

و في القواعد فسرها بأن يبيع الوجيه مال الخامل بزيادة ربح ليكون له بعضه و خصه بالبطلان، و هذا المعنى ذكره في التذكرة آخر المعاني الأربعة.

و ذكر قبله أن يشترك وجيه لا- مال له و خامل ذو مال، ليكون العمل من الوجيه و المال من الخامل، و المال في يده لا يسلمه الى الوجيه، و الربح بينهما. و ذكر قبلهما أن يتناع وجيه في الذمة و يفوض بيعه إلى خامل، و يكون الربح بينهما، عكس المعنى المذكور في القواعد. و يظهر منهم أن معقد الإجماع مردد بين هذه المعاني، فهو واحد منها مردد بينها. كما يظهر أيضاً من الاقتصار على واحد منها في كلام بعضهم أن الإجماع لم يكن على البطلان في الجميع.

و حينئذ كيف يعتمد على مثل هذا الإجماع المردد معقده؟! و لا سيما بملاحظة أن المعنى الثالث نوع من المضاربة الصحيحة لا يختلف عنها إلا- في خصوصية الوجاهة و الخمول، و من المعلوم أن هذين القيدتين لا- يوجبان اختصاصه بالبطلان، و لم يذكر الأصحاب في شروط صحة المضاربة انتفاء القيدتين المذكورين. نعم المعنى الذي ذكره في القواعد و عكسه من قبيل الجعالة. لكنها لا تصح فيهما، لما تقدم من الإشكال في شركة الأبدان من أن عقد الشركة لا يصلح لتشريع غير المشروع.

و الذي يتحصل مما ذكرناه أمور (الأول): أن الإجماع في مسألة شركة الوجوه لا مجال للاعتماد عليه بعد جهالة معقده (الثاني): أن المعنى المشهور من شركة الوجوه لا مجال للبناء على البطلان فيه، و العموم يقتضى الصحة. نعم على ما نظن يتعين البناء على البطلان، للوجه المتقدم في شركة الأبدان. (الثالث): أن المعنى الثالث من شركة الوجوه لا مجال للقول

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢١

لهما و في ذمتها. و شركة المفاوضة أيضاً باطلة (١)، و هي أن يشترك اثنان أو أزيد على أن يكون كل ما يحصل لأحدهما

بالبطلان فيه، لأنه نوع من المضاربة. (الرابع) أن المعنيين الآخرين لتعين البناء على البطلان فيهما للوجه المتقدم في شركة الأبدان كونهما نوعاً من الجعالة لا يكفي في البناء على الصحة، إذ لا عموم يقتضى صحة الجعالة و إن كانت موجبة لمخالفة الأدلة.

نعم يصح إذا كان المراد أن تكون الحصّة من الربح للعامل بعد أن تدخل في ملك مالك الأصل، كما لعله المفهوم من عنوان الجعالة، إذ لا مانع من ذلك، بل هو صحيح حتى في شركة الأبدان، لعدم وجود المانع المتقدم حينئذ. و هذا هو المصحح للمضاربة في مواردنا و في المعنى الثالث الذي صححناه، لأنه من المضاربة.

(١) و في الجواهر: «الإجماع بقسميه على فسادها»، و في مفتاح الكرامة: «إجماعاً كما في السرائر، و الإيضاح، و شرح الإرشاد لولد المصنف، و المهدب البارع، و التنقيح و جامع المقاصد..» إلى آخر ما حكاه عن الكتب المتضمنة لنقل الإجماع ظاهراً. و الذي يظهر منهم أن الإجماع هو مستند البطلان لا- غير. و فيه نظر ظاهر. لورود الاشكال المتقدم في شركة الأبدان هنا بعينه. إذ الربح يكون لصاحبه بدليله فانتقال بعضه الى غير صاحبه خلاف ذلك الدليل. و كذلك الغرامة تكون على صاحبها بدليل ثبوتها لغيره خلاف ذلك الدليل. و من ذلك يظهر الاشكال فيما في بعض الحواشي من أنه يمكن تصحيح ذلك بالاشتراط في ضمن عقد لازم آخر. إذ بناء على ما ذكرنا يكون مخالفاً لمقتضى الكتاب، فلا يصح.

إلا- أن يقال إذا كان الشرط في ضمن عقد المعاوضة أو نحوها فالظاهر من اشتراط شيء من الربح فيه أن يدخل الربح في ملك المشروط له بعد

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٢

من ربح تجارة أو زراعة أو كسب آخر أو إرث أو وصية أو نحو ذلك مشتركاً بينهما، وكذا كل غرامة ترد على أحدهما تكون عليهما. فانحصرت الشركة العقدية الصحيحة بالشركة في الأعيان المملوكة فعلاً، وتسمى بشركة العنان (١).

[مسألة ٢: لو استأجر اثنين لعمل واحد بأجرة معلومة صح]

(مسألة ٢): لو استأجر اثنين لعمل واحد بأجرة معلومة صح وكانت الأجرة مقسمة عليهما بنسبة عملهما. ولا يضر الجهل بمقدار حصة كل منهما حين العقد، لكفاية معلومية المجموع (٢) ولا يكون من شركة الأعمال (٣) التي تكون باطله، بل من شركة الأموال (٤)، فهو كما لو استأجر كل منهما لعمل (٥) وأعطاهما شيئاً واحداً بإزاء أجرتهما. ولو اشتبه مقدار عمل كل منهما فان احتمل التساوى حمل عليه، لأصالة عدم زيادة عمل أحدهما على الآخر (٦)، وإن علم

أن يدخل في ملك المشروط عليه، لا قبل أن يدخل. نظير اشتراط شيء من الربح للعامل في المضاربة، فإن المراد به اشتراط أن يدخل الربح في ملك العامل بعد أن يدخل في ملك المالك، لا قبله ليكون خلاف الأدلة الأولية.

(١) سيأتي في المسألة الرابعة أن هناك قسم خامس للشركة فانتظر.

(٢) كما في بيع الصفقة إذ لا دليل على اعتبار العلم بأكثر من ذلك

(٣) لاختصاص تلك بعقد الشركة بين العاملين وهو مفقود هنا.

(٤) هذا يكون بعد قبض المال المشترك، أما لو دفع المستأجر حصة كل واحد بمقدار عمله فلا شركة.

(٥) يعنى: بأجرة معينة، مثل نصف دينار، وبعد عملهما أعطاهما ديناراً واحداً ورضياً بذلك.

(٦) قال في القواعد: «وإذا تميز عمل الصانع من صاحبه اختص

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٣

زيادة أحدهما على الآخر (١) فيحتمل القرعة في المقدار الزائد (٢) ويحتمل الصلح القهري.

[مسألة ٣: لو اقتلعا شجرة أو اغترفا ماءً بآنية واحدة]

(مسألة ٣): لو اقتلعا شجرة أو اغترفا ماءً بآنية واحدة أو نصباً معاً لشبكة للصيد أو أحياً أرضاً معاً، فإن ملك كل منهما نصف منفعة بنصف منفعة الآخر اشتركا فيه بالتساوى، وإلا فللكل منهما بنسبة عمله ولو بحسب القوة والضعف (٣). ولو اشتبه الحال فكالمسألة السابقة (٤).

بأجرته، ومع الاشتباه يحتمل التساوى والصلح، ونحوه عن التذكرة، وفي المسالك: «ولو اشتبه مقدار كل واحد فطريق التخلص بالصلح».

وكان وجه التساوى الأصل المذكور، كما صرح بذلك في الجواهر في المسألة الآتية، لكن يعارضه أصالة عدم التساوى. أو يقال: لا مجال للأصول المذكورة، لعدم كون مجراها موضوعاً لحكم شرعى، إذ ليس المدار في الاستحقاق على مقدار نسبة أحد العاملين إلى الآخر، بل على مقدار نسبة العمل إلى ما يقابله من الأجرة، والنسبة مجهولة، والأصول لا تصلح لإثباتها لتعارضها في العاملين، وحينئذ فالمقدار المردد يرجع فيه إلى القرعة، فإذا تعذرت لكثرة الاحتمالات لزم البناء على الصلح بينهما، ومع تعارضهما يفصل بينهما الحاكم الشرعى بما يراه من كيفية الصلح.

(١) يعنى: ولم يعلم مقدار الزيادة.

(٢) بناء على ما تقدم منه من جريان أصالة عدم الزيادة فمع الشك في مقدار الزيادة يبني على القدر المتيقن، لأصالة عدم الزيادة المحتملة.

لكن عرفت إشكاله.

(٣) إذا كانا دخيلين في زيادة العمل ونقصه، وإلا فلا أثر لهما.

(٤) لكن عرفت التحقيق فيها.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٤

و ربما يحتمل التساوى مطلقاً (١)، لصدق اتحاد فعلهما في السببية و اندراجهما في قوله: من حاز ملك. و هو كما ترى (٢).

[(مسألة ٤): يشترط على ما هو ظاهر كلماتهم]

(مسألة ٤): يشترط على ما هو ظاهر كلماتهم (٣) في الشركة العقديّة- مضافاً إلى الإيجاب، و القبول، و البلوغ و العقل، و الاختيار، و عدم الحجر لفلس أو سفه- امتزاج المالين (٤)

(١) هذا الاحتمال ذكره في الجواهر، لصدق اتحاد فعلهما في السببية و اندراجهما في قول: من حاز ملك، و لعدم الدليل على اقتضاء ذلك التفاوت في المحاز، و إن كان هو منافياً للاعتبار العقلي، الذي لا يرجع الى دليل معتبر شرعاً.

(٢) فان انطباقه على كل واحد ينافي انطباقه على الآخر، فيجب أن يكون له انطباق واحد عليهما معاً، و حينئذ لا إطلاق له يقتضى المساواة في الحصّة، بل الارتكاز العقلاني يقتضى صرفه إلى كون الملكية بمقدار العمل.

(٣) بل هو صريح كلماتهم. نعم ظاهرهم الإجماع عليه، و لعله مراد المصنف.

(٤) قال في التذكرة: «لا تصح الشركة إلا بمزج المالين و عدم الامتياز بينهما عند علمائنا». لكن في الخلاف: «لا تنعقد الشركة إلا في مالين مثلين في جميع صفاتهما، و يخلطان، و يأذن كل واحد من الشريكين لصاحبه في التصرف فيه. و به قال الشافعي». ثم حكى عن أبي حنيفة عدم اعتبار الخلط، ثم قال: «دلينا أن ما اعتبرناه مجمع على انعقاد الشركة به، و ليس على انعقادها بما قاله دليل، فوجب بطلانه»، و ظاهره الإجماع على الصحة في المختلطين، لا على اشتراط الاختلاط في الصحة و البطلان في غير المختلطين، و ان كان ظاهر كلمات الجماعة في هذا الباب التسالم على اعتبار المزج في صحة الشركة. قال في النافع: «و لا تصح الامتزاج

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٥

.....

المالين على وجه لا يتميز أحدهما من الآخر» و نحوه كلام غيره.

و قد عرفت الإشكال في ذلك في الحاشية على قول المصنف (ره):

«و هو معدود من العقود»، فان النصوص صريحة في حصول الشركة يقول مالك العين للآخر: شاركتك، فاذا قال أحد المالين للعينين:

شاركتك» و قال الآخر: قبلت، حصلت الشركة في عينه، فاذا قال الآخر للأول: شاركتك، و قال الأول: قبلت، حصلت الشركة في عينه أيضاً، فتكون شركة في العينين و مثله أن يقول أحدهما: تشاركتنا في مالينا، فيقول الآخر: قبلت. و دعوى: أنه لا يحصل في هذا الشركة إلا بشرط الامتزاج بعيدة جداً، و إن عرفت أنها ظاهرة من كلام الأصحاب.

إلا- أن يكون مرادهم من الشركة معنى غير المعنى العرفي، و هو الاشتراك على وجه الاذن في التصرف من كل من الشريكين، كما

عرفت أنه أيضاً ظاهر كلمات جماعة منهم، ومنهم الشيخ في عبارته في الخلاف المتقدمة. ومن ذلك ظهر أن لا إجماع على اعتبار الامتزاج في حصول مجرد الاشتراك في المالين وإن كان ظاهر بعض العبارات ذلك، والقدر المتيقن من الإجماع الشركة في التجارة المتضمنة للإذن في التصرف، المسماة بشركة العنان. وكان وجه تسميتها بذلك أن كلا من الشريكين كأنه فارس وبيده 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 الوجه الكثير. وعلى هذا لم يظهر إجماع على اعتبار الامتزاج في أصل الاشتراك، والمتيقن منه في خصوص شركة التجارة التي يقصد فيها الاسترباح، المسماة بشركة العنان، المتضمنة للإذن لهما في التصرف.

و المتحصل مما ذكرنا: أن الشركة العقدية على قسمين. (الأول)

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٦

سابقاً على العقد (١) أو لاحقاً، بحيث لا يتميز أحدهما من الآخر، من النقود كانا أو من العروض. بل اشترط جماعة (٢) اتحادهما في الجنس والوصف. والأظهر عدم اعتباره (٣)، بل يكفي الامتزاج على وجه لا- يتميز أحدهما من الآخر، كما لو امتزج دقيق الحنطة بدقيق الشعير ونحوه، أو امتزج نوع

مجرد عقد شركة بين المالكين في المالين فقط. وهذه لم يقم دليل على اعتبار المزج فيها. (و الثاني): عقد شركة بين المالكين في ماليهما مع الإذن في التصرف منهما لهما. وهي التي يعتبر فيها المزج بين المالين على نحو لا- يتميز أحدهما عن الآخر، بناء على الإجماع المتقدم في كلامهم. بل هناك قسم ثالث يكون في المال الذي يشرك مالكة فيه، كما تضمنته النصوص فإن الشركة فيه عقدية في مال واحد.

(١) إذا كان الامتزاج سابقاً على العقد فقد حصلت الشركة وحينئذ لا يكون العقد لإنشائها، بل يكون لمحض الإذن في التصرف، فيكون معنى اشتركتنا: أنه اشتركتنا في التصرف لا اشتركتنا في الملك.

(٢) حكي في مفتاح الكرامة: اشتراط الاتحاد في الجنس والصفة عن المبسوط والوسيلة والسرائر وجامع الشرائع والشرائع والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك والكفاية، وعن السرائر: الإجماع على ذلك. لكن الذي يظهر من عبارة المبسوط الآتية خلاف ذلك. فانظر.

(٣) قد يظهر ذلك من عبارة القواعد، إذ قال في مقام بيان أركانها الثلاثة: المتعاقدان والصيغة والمال: «و هو كلما يرتفع الامتياز مع مزجه، سواء كان أثماناً أو عروضاً أو فلوساً»، وفي المبسوط: «و من شرط الشركة أن يكون مال الشركة مختلطاً لا يتميز مال أحدهما عن الآخر..»

(الى أن قال): و متى أخرجنا مالين متفقين في الصفة- مثل أن يخرج

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٧

من الحنطة بنوع آخر (١). بل لا يبعد كفاية امتزاج الحنطة بالشعير (٢). وذلك للعمومات العامة، كقوله تعالى (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) «١» و

قوله (ع): «المؤمنون عند شروطهم» «٢»

و غيرهما. بل لو لا ظهور الإجماع على اعتبار الامتزاج أمكن منعه مطلقاً، عملاً بالعمومات. و دعوى عدم كفايتها لإثبات ذلك (٣). كل واحد منهما دراهم مثل دراهم صاحبه أو دنانير مثل دنانير صاحبه أو دهنًا مثل دهن صاحبه أو حباً مثل حب صاحبه- و خلطاهما، و أذن كل واحد منهما لصاحبه في التصرف في المال انعقد الشركة». و كأنه لهذا و نحوه لم يتحقق الإجماع على اعتبار الجنس و

الوصف، و لذا قال في مجمع البرهان: «إن في اشتراط التساوى في الجنس تأملاً، لأنه يجرى في غير المتجانسين حيث يرتفع المائز». و حينئذ لا بأس بالبناء على حصول الشركة العقدية بمجرد الخلط الرافع للامتياز و إن كان المالان مختلفي الجنس.

(١) يعنى: مع عدم الامتياز.

(٢) لا يخفى أن الإجماع على اعتبار الخلط الذى عول عليه المصنف فى اعتبار المزج كان معقده المزج الذى يرتفع معه الامتياز بين المالىين، و لم يكن على محض اعتبار المزج مطلقاً، كى يمكن التفكيك بين اعتبار المزج و اعتبار عدم التميز، كما لا يخفى، و حينئذ لا مجال للرجوع إلى العمومات الدالة على الصحة.

(٣) تظهر هذه الدعوى من كلام الشيخ فى الخلاف المتقدم نقله فى الحاشية السابقة، فإنه ظاهر فى أنه مع عدم الامتياز لا دليل على

(١) المائدة: ١.

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

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٨

كما ترى (١). لكن الأحوط مع ذلك أن يبيع كل منهما حصه مما هو له بحصه مما للآخر، أو يهبها كل منهما للآخر أو نحو ذلك، فى غير صورة الامتياز الذى هو المتيقن. هذا و يكفى فى الإيجاب و القبول كل ما دل على الشركة (٢) من قول أو فعل.

[مسألة (٥): يتساوى الشريكان فى الربح و الخسران مع تساوى المالىين]

(مسألة ٥): يتساوى الشريكان فى الربح و الخسران مع تساوى المالىين (٣)، و مع زيادة فبنسبة الزيادة ربحاً و خسراناً سواء كان العمل من أحدهما أو منهما، مع التساوى فيه أو الاختلاف أو من متبرع أو أجير. هذا مع الإطلاق، و لو شرطاً فى العقد زيادة لأحدهما، فإن كان للعامل منهما، أو لمن عمله أزيد، فلا اشكال و لا خلاف على الظاهر (٤) عندهم فى

الصحة، بل يمكن أن ينسب ذلك لى القواعد و جامع المقاصد و المسالك، بناء على ما يظهر منها من أن العقد إنما ينشأ به الاذن فى التصرف، دون الاشتراك فى الملكية، و ان ذلك إنما يستند إلى المزج، فاذا شك فى السببية للاشتراك فى الملك يرجع الى أصالة عدم ترتب الأثر، إذ لا عموم يقتضى ذلك.

(١) لأن الظاهر من الشركة العقدية إنشاء نفس الاشتراك بالعقد، غاية الأمر أن ينضم إلى الاشتراك الاذن فى التصرف، و حملها على إنشاء نفس الاذن مقطوع بخلافه، فلاحظ.

(٢) بناء على ما سبق يتعين أن يكون المراد من الشركة الشركة فى الملك و الشركة فى العمل و التجارة، ليتضمن الاذن فى التصرف.

(٣) هذا مقتضى أصالة تبعية الربح لأصل المال، و كذا فى المسألة الثانية.

(٤) قال فى الجواهر: «بل لا خلاف فيه بينهم، على ما اعترف

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٩

صحته. أما لو شرطاً لغير العامل منهما أو لغير من عمله أزيد ففى صحة الشرط و العقد (١) و بطلانها (٢) و صحة العقد و بطلان الشرط (٣) - فيكون كصورة الإطلاق - أقوال (٤) أقواها الأول (٥) و كذا لو شرطاً كون الخسارة على أحدهما أزيد.

و ذلك لعموم:

«المؤمنون عند شروطهم»

. و دعوى: أنه

به جماعة، بل ولا في جوازه مع العمل منهما أيضاً و شرطت الزيادة لمن زاد عمله على الآخر». و في الشرائع: «أما لو كان أحدهما و شرطت الزيادة للعامل صح، و كان بالقراض أشبه» و استشكل عليه في الجواهر بعدم قصد القراض أولاً، و بعدم اعتبار ما يعتبر في صحة القراض من كونه نقداً ثانياً، و بأنه لا يتم في الفرض الثاني ثالثاً، فيتعين أن يكون الملك بالشرط، و حينئذ يطالب بوجه الفرق بين صورة العمل و غيرها بالصحة في الاولي و البطلان في غيرها، لتحقق الشرط في المقامين، فان صح صح فيهما معاً، و إن بطل ففيهما معاً أيضاً. و فيه ما سيأتي فانتظر.

(١) حكى ذلك عن المرتضى في الانتصار، و عن العلامة في جملة من كتبه كالتذكرة و التحرير و التبصرة و المختلف، و عن مجمع البرهان و الكفاية و غيرها، و عن العلامة حكايته عن والده، و اختاره في الجواهر.

(٢) حكاها في الشرائع قولاً و اختاره، و نسب إلى الخلاف و المبسوط و السرائر و شرح الإرشاد للفخر و اللمعة و المفاتيح و غيرها، و في جامع المقاصد: أنه الأصح.

(٣) حكى عن ظاهر الكافي و الغنية و النافع و جامع الشرائع، حيث قالوا: لم يلزم الشرط، بل في المسالك حكايته عن أبي الصلاح.

(٤) سيأتي القول الرابع الذي اختاره في القواعد.

(٥) لما سيأتي.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٠

مخالف لمقتضى العقد (١)، كما ترى (٢). نعم هو مخالف لمقتضى إطلاقه. و القول بأن جعل الزيادة لأحدهما من غير أن يكون له عمل يكون في مقابلتها ليس تجارة، بل هو أكل بالباطل (٣)

(١) لا يحضرنى من ادعى ذلك.

(٢) من الواضح أن مقتضى الشركة الاشتراك في الربح على حسب الشركة في الأصل، لكن هذا الاقتضاء ليس على نحو العلية بل على نحو الاقتضاء، و هذا المقدار كاف في بطلان الشرط على خلافه لكونه حينئذ مخالفاً للكتاب، المراد أنه مخالف للحكم الاقتضائي. هذا بالنسبة إلى النماء الخارجى، و أما بالنسبة إلى النماء الاعتبارى أعنى الربح فالإشكال فيه أظهر، كما أشرنا إليه في شركة الأبدان» و سيأتي أيضاً. و من ذلك تعرف الإشكال في قوله رحمه الله: «هو مخالف لمقتضى ..».

(٣) هذا القول لجامع المقاصد و قد أطال في الاستدلال على البطلان فإنه بعد أن استدلل للقول بالصحة بعموم قوله تعالى (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) (١) و قوله تعالى (إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ) (٢)، و

قوله (ع): «المؤمنون عند شروطهم» (٣)

قال: «و يضعف بأنه أكل مال بالباطل لأن الزيادة ليس في مقابلها عوض، لأن الفرض أنها ليست في مقابلة عمل» و لا وقع اشتراطها في عقد معاوضة، لتضم إلى أحد العوضين، و لا اقتضى تملكها عقد هبة، و الأسباب المثمرة للملك معدودة، و ليس هذا أحدها، و لا هو إباحة للزيادة، إذ المشروط تملكها بحيث يستحقها المشروط

(١) المائدة: ١.

(٢) النساء: ٢٩.

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

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣١

كما ترى باطل (١). و دعوى: أن العمل بالشرط غير لازم،

له، فيكون اشتراطها اشتراطاً لتملك شخص مال غيره بغير سبب ناقل للملك، كما لو دفع إليه دابةً ليحمل عليها والحاصل لهما، فيكون باطلاً، فيبطل العقد المتضمن له إذ لم يقع التراضي بالشركة والاذن في التصرف الا على ذلك التقدير، ولا يندرج في قوله تعالى (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ).

ولا في

قوله (ع): «المؤمنون عند شروطهم».

أما عدم اندراجه في قوله تعالى (إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ) فظاهر، إذ الشركة ليست من التجارة في شيء، إذ هي مقابلة مال بمال. نعم لو شرط ذلك للعامل تحققت التجارة حينئذ. لأن العمل مال» فهو في معنى القراض».

(١) فان قوله تعالى (لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ) «١» و إن كان مقدماً على قوله تعالى (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) «٢» وقوله تعالى:

(تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ) «٣» ونحوهما، إما لأنه مخصص لها، أو وارد عليها، إلا أن كون الزيادة ليس في مقابلها عوض لا يستوجب أكل المال بالباطل، فإن أكل مال الغير يذنه أو بتملكه ليس من الأكل بالباطل ضرورة. كما أنه لا تنحصر صحة التملك بالمعاوضة والهبة كما ذكر إذ لا دليل على ذلك، بل هو خلاف عموم صحة الشروط المقضية للملك المجاني. هذا مضافاً إلى أن بطلان الشرط لا يقتضى بطلان العقد، وعدم التراضي بالعقد الا على تقدير الشرط ممنوع، فان الرضا بالعقد والشرط كان على نحو تعدد المطلوب، كما حقق في محله. ولذا بنى جماعة من المحققين على أن بطلان الشرط لا يقتضى بطلان العقد.

(١) البقرة: ١٨٨، النساء: ٢٩.

(٢) المائدة: ١.

(٣) النساء: ٢٩.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٢

لأنه في عقد جائز (١). مدفوعة أولاً: بأنه مشترك الورود.

(١) هذا محكى عن الرياض، وقد سبق أن عقد الشركة تارة: يراد به عقد التشريك في الملك، وأخرى: عقد التشريك في العمل والاذن في التصرف لهما، كما عرفت ظهور عبارات جماعة في أنه معنى عقد الشركة، وأنه بهذا المعنى كان من العقود الجائزة. و حينئذ فالشرط المذكور إن كان شرطاً في الشركة بالمعنى الأول فهو شرط في عقد لازم، ولا ينافي لزومه بطلان الشركة بالقسمة، كما لا ينافي لزوم البيع بطلانه بالإقالة، كما ذكر ذلك في الجواهر. و إن كان شرطاً في الشركة بالمعنى الثاني كان شرطاً في عقد جائز لا- لازم. لكن عرفت سابقاً الإشكال في كون الشركة بهذا المعنى من العقود، لأن الاذن في التصرف منهما كالاذن من أحدهما من قبيل الإيقاع، الذي لا يصح فيه الشرط.

نعم يصح الشرط في الاذن على معنى كونه عوض الاذن، فيكون الشرط مقوماً للعقد، لا شرطاً في العقد، بأن يقول الشريك لشريكه: أنت مأذون في العمل وحدك في المال المشترك على أن يكون لي ثلاثة أرباع الربح، فيقبل الشريك ذلك، لما يترتب على ذلك من الأغراض العقلائية، لكن الشرط بهذا المعنى ليس بالمعنى المصطلح في معنى الشرط في العقد، بأن يكون إنشاء في ضمن إنشاء، بل يكون قيداً مقوماً للعقد. ولا مجال للتمسك فيه

بقوله (ع): «المسلمون عند شروطهم» (١)

بل يتمسك فيه بمثل (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ). و من ذلك يظهر أن شرط التفاوت مع العمل - الذي تقدم الاتفاق على صحته - من هذا القبيل، فإنه معاملة بين الشريكين موضوعها العمل و التفاوت، لا أن ذلك شرط في العقد.

(١) راجع الوسائل باب: ٦ من أبواب الخيار من كتاب التجارة.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٣

إذ لازمه عدم وجوب الوفاء به في صورة العمل أو زيادته (١) و ثانياً: بأن غاية الأمر جواز فسخ العقد فيسقط وجوب الوفاء بالشرط و المفروض في صورة عدم الفسخ (٢)، فما لم يفسخ يجب الوفاء به. و ليس معنى الفسخ حل العقد من الأول (٣)

(١) و قد عرفت أنه لا خلاف في صحة الشرط حينئذ و نفوذه.

(٢) يعنى: المفروض و محل الكلام في صورة عدم الفسخ، فيكون الشرط نافذاً.

(٣) يعنى: لو فرض أنه وقع الفسخ بعد ذلك لا يكون ذلك الفسخ موجباً لبطلان الشرط من أصله، لأن الفسخ حل العقد من حينه يعنى:

من حين وقوع الفسخ لا من أول الأمر، و حينئذ يترتب أثر الشرط و إن وقع الفسخ بعده. هذا و لكن عرفت في مسألة بطلان الشركة في الأبدان أن المعاوضة على مال الغير تقتضى دخول العوض في ملك مالك المعوض عنه، فالربح يجب أن يدخل في ملك مالك المال، فلا يصح اشتراط خلاف ذلك، لأنه إن صح الشرط بطلت المعاوضة، و إن صحت المعاوضة بطل الشرط. نعم إذا كان المراد أن تمليك مقدار التفاوت للشريك بعد أن يدخل في ملك شريكه صح. لكنه خلاف الظاهر من جعل التفاوت له في غير مقام المعاوضة. نعم إذا كان الجعل في مقام المعاوضة - كما إذا كان له عمل - فإن ذلك قرينة على كون المقدار خارجاً عن ملك الشريك إلى ملكه، لأنه عوض العمل الذي ترجع فائدته إلى من يخرج من ملكه، كما في الصورتين الأوليين اللتين لا خلاف فيهما في صحة الشرط. و لأجل ذلك كانت المضاربة لا مخالفة فيها للقاعدة من أجل أن جزء الربح المجمعول للعامل في مقابل عمله، فيكون المراد صيرورته للعامل بعد أن يدخل في ملك المالك، لا قبل أن يدخل في ملكه، ليلزم مخالفة

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٤

.....

القاعدة. و كذلك الحكم في المثال الذي ذكره في جامع المقاصد، و هو ما إذا دفع دابة إلى غيره ليحمل عليها و يكون الحاصل لهما، فإن جزء الحاصل الذي يكون للعامل يراد منه ذلك بعد أن يدخل في ملك مالك الدابة في مقابل عمله، لا قبله ليلزم الاشكال، و القرينة على ذلك ظهور قصد المعاوضة الموجبة لدخول كل من العوضين في ملك مالك من خرج عنه الآخر.

و الذي يتحصل مما ذكرنا أمور: (الأول): أن المراد من الشرط في المقام ليس ما يكون إنشاء في ضمن إنشاء، بل القيد المأخوذ في المعاملة سواء كان في مقابل عمل - كما في الصورتين الأوليين - أم لا، كما في مورد الكلام. (الثاني): أن الوجه في البطلان في الصورة الأخيرة ليس من جهة أكل المال بالباطل، و لا من جهة أنه شرط في عقد جائز، بل من جهة أنها معاملة على خلاف مقتضى المعاملة الواقعة على أصل المال، فلا يمكن تصحيحهما معاً، فإن صحت المعاملة على المال بطلت هذه المعاملة و إن صحت هذه المعاملة بطلت المعاملة على المال. (الثالث): أن الوجه في الفرق بين الشرط مع العمل و الشرط بدونه أنه مع العمل يكون المراد دخول جزء الربح في ملك العامل بعد خروجه من ملك الشريك، عملاً بظاهر المعاوضة، و لا اشكال فيه، و بدون العمل يكون المراد دخوله في ملك الشريك قبل أن يدخل في ملك شريكه، فيلزم الاشكال. فلو فرض التصريح بأن الدخول في ملك من له التفاوت

بعد دخوله في ملك الشريك تعين القول بالصحة. فالفارق بين المسألتين اختلافهما في المراد، لا اختلافهما في الدخول في الأدلة، ليطالب بالوجه الفارق في ذلك. (الرابع):

أن المعيار في الصحة و الفساد كون اشتراط الزيادة لأحدهما بعد دخولها في ملك الشريك و قبله، فعلى الأول تصح، و على الثاني تبطل.

(تنبيه): قال العلامة في القواعد: «و لو اشترطا تفاوت مع تساوى

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٥

بل من حينه، فيجب الوفاء بمقتضاه مع الشرط الى ذلك الحين. هذا و لو شرطا تمام الربح لأحدهما بطل العقد، لأنه خلاف مقتضاه (١). نعم لو شرطا كون تمام الخسارة على أحدهما فالظاهر صحته (٢) لعدم كونه منافياً.

[مسألة ٦: إذا اشترطا في ضمن العقد كون العمل من أحدهما أو منهما]

(مسألة ٦): إذا اشترطا في ضمن العقد (٣) كون

المالين أو التساوى مع تفاوته فالأقرب جوازه إن عملا أو أحدهما سواء اشترطت الزيادة له أو للآخر». و وجهه غير ظاهر، فإنه إذا جاز اشتراط الزيادة لغير العامل فلا وجه لاعتبار عمل غيره في ذلك، فاشترط ذلك فيه لا يخلو وجهه من غموض و خفاء.

(١) لم يتضح وجه الفرق بين تمام الربح و بعضه في كون شرط الأول مخالفاً لمقتضى العقد دون الثاني، و قد عرفت أنه ليس هناك عقد و شرط، بل ليس إلا عقد فقط، غاية أنه مقيد بقيد ينافى صحة المعاملة الموجبة للربح.

(٢) الكلام في الخسارة بعينه الكلام في الربح، فان مقتضى المعاملات الواقعة على المال رجوع النقص على المالك، عملاً بالعوضيه كرجوع الزيادة إليه عملاً بالعوضيه، فرجوع الخسران إلى غير المالك خلاف مقتضى المعاوضة الذي لا يمكن أن يتخلف، فكيف لا يكون منافياً؟! نعم لو أريد من رجوع الخسارة إلى أحدهما لزوم تداركهما فلا بأس به، و لا يكون منافياً لمقتضى المعاوضات، نظير ما عرفت في الربح.

(٣) الظاهر إرادة عقد التشريك في الملك لا عقد التشريك في العمل و التجارة، و لذا قال في الشرائع: «و إذا اشترك المال لم يجز لأحد الشركاء التصرف فيه إلا مع إذن الباقيين، فان حصل الإذن لأحدهم تصرف هو دون الباقيين، و يقتصر من التصرف على ما أذن له، فان

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٦

العمل من أحدهما أو منهما مع استقلال كل منهما أو مع انضمامهما فهو المتبع و لا يجوز التعدي، و إن أطلقا لم يجز لواحد منهما التصرف إلا بإذن الآخر. و مع الاذن بعد العقد أو الاشتراط فيه فان كان مقيداً بنوع خاص من التجارة لم يجز التعدي عنه.

و كذا مع تعيين كيفية خاصة. و إن كان مطلقاً فاللازم الاقتصار على المتعارف (١) من حيث النوع و الكيفية. و يكون حال المأذون حال العامل في المضاربة، فلا يجوز البيع بالنسيئة، بل و لا الشراء بها، و لا يجوز السفر بالمال، و إن تعدى عما عين له أو عن المتعارف

ضمن الخسارة و التلف، و لكن يبقى الاذن بعد التعدي أيضاً (٢) إذ لا ينافى الضمان بقاءه.

و الأحوط مع إطلاق الإذن ملاحظة المصلحة، و إن كان لا يبعد كفاية عدم المفسدة (٣).

[مسألة ٧: العامل أمين]

(مسألة ٧): العامل أمين (٤)، فلا يضمن التلف

أطلق له الاذن تصرف كيف شاء»، و نحوه ما فى القواعد و غيرها، فالحكم المذكور من أحكام الشركة و ان لم تكن بعقد.
(١) إذا كان التعارف قرينه على التقييد به أو صالحاً لذلك، أما إذا لم يكن كذلك فلا مانع من الأخذ بخلافه، خصوصاً إذا كان ذلك أقرب الى المصلحة و أبعد عن الضرر.

(٢) لإطلاقه الشامل لذلك.

(٣) و فى الجواهر: «إن ذلك لا يخلو من قوة». لكن وجهه غير ظاهر، إذ الإذن بالتجارة يقتضى الاختصاص بما فيه الفائدة، فلا إطلاق له يشمل رفع المفسدة.

(٤) عبر فى الشرائع بقوله: «و لا يضمن الشريك ما تلف فى يده»

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٧

ما لم يفرط أو يتعدى.

[مسألة ٨: عقد الشركة من العقود الجائزة]

(مسألة ٨): عقد الشركة من العقود الجائزة (١)،

و فى القواعد: «و الشريك أمين لا يضمن ما يتلف فى يده»، و العبارات الثلاث واحدة المفاد، و هو عدم ضمان من هو مأذون فى وضع يده على المال، لأنه أمين. و الحكم عندهم من المسلمات الواضحات، و هو كذلك، لما دل من النصوص على عدم ضمان الأمين، و هى كثيرة.

(١) قد اشتهر التعبير بذلك فى كلام الجماعة، كالمحقق و العلامة و المحقق الثانى و الشهيد الثانى و غيرهم، و عن الغنية و التذكرة: الإجماع عليه، قال فى الشرائع: «و لكل واحد من الشركاء الرجوع فى الاذن و المطالبة بالقسمة لأنها غير لازمة»، و قال فى القواعد: «و يجوز الرجوع فى الاذن و المطالبة بالقسمة، إذ الشركة من العقود الجائزة من الطرفين» و نحوها عبارات غيرهما، و فى المسالك فى شرح عبارة الشرائع المتقدمة قال: «الشركة بمعنيها غير لازمة، و أشار إلى الأول بقوله: و المطالبة بالقسمة، و إلى الثانى بقوله: الرجوع فى الاذن». و يشكل: بأن المطالبة بالقسمة لا تنافى للزوم، إذ القسمة ليست فسخاً، و إنما هى تعيين الحصة المشاعة، و ذلك و إن كان يقتضى زوال الإشاعة و الاشتراك لكنه ليس فسخاً لعقد الشريك فى الملك، إذ الفسخ يقتضى رجوع كل مال إلى ملك مالكه قبل الاشتراك، و ليست القسمة كذلك. و مجرد زوال الاشتراك به لا يوجب كونه فسخاً، كما أن الطلاق لا يكون فسخاً للنكاح و إن زال النكاح به. هذا إذا كان الشريك قد أنشئ بالعقد، أما إذا كان قد حصل بالامتزاج فهو من الاحكام لا من العقود، فلا يقبل الجواز و اللزوم حتى يكون طلب القسمة مقتضياً للجواز و أما الرجوع بالاذن فليس فسخاً لعقد، و إنما هو رفع للاذن، و الاذن ليس من العقود بل من الإيقاع، كما أشرنا إلى ذلك فى أول المبحث،

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٨

فيجوز لكل من الشريكين فسخه (١)، لا بمعنى أن يكون الفسخ موجباً للانفاسخ (٢) من الأول أو من حينه بحيث تبطل الشركة (٣)، إذ هى باقية ما لم تحصل القسمة، بل بمعنى جواز رجوع كل منهما عن الاذن فى التصرف الذى بمنزلة عزل الوكيل

و ذكره شيخنا فى الجواهر. ثم إنه فى المسالك قرب أن يكون مراد الشرائع من قوله (ره): «غير لازمة» هو المعنى الثانى، لأنه الذى يكون من العقود. لكن على هذا لا يحسن جعله تعليلاً لطلب القسمة الذى ذكر أنه يتعلق بالمعنى الأول. فلاحظ.

هذا و الظاهر أن مراد الشرائع و القواعد و غيرها من طلب القسمة طلب قسمة المال المشترك بعقد الشركة التجارية، يعنى: أن الشريكين فى التجارة يجوز لكل منهما نقضها بالرجوع عن الاذن و بطلب القسمة، فى مقابل احتمال لزوم الاستمرار عليها، فىكون طلب القسمة أيضاً منافياً للزوم الشركة التجارية، و لا يرتبط بالشركة الملكية، و حينئذ يتوجه الإشكال الأخير فقط، و هو: أن الشركة التجارية إيقاع لا عقد، فلا تقبل الجواز و اللزوم. و إن شئت قلت: لا يمكن أن يكون المراد كل واحد من المعنيين للشركة، لأنه من استعمال المشترك فى أكثر من معنى، و حينئذ إما أن يراد المعنى الأول أو الثانى، و الأول ممتنع لأنه لا يرتبط بالاذن، فيتعين الثانى (١) ذكر المصنف ذلك، لأنه من أحكام جواز العقد و من فروعه.

(٢) إذا لم يكن بهذا المعنى لم يكن من أحكام جواز العقد، بل يكون حكماً خاصاً، و حينئذ لا يكون جواز عقد الشركة بمعناه المصطلح بل يكون بمعنى آخر، و حينئذ لا داعى إلى هذا التعبير و هذا الإيهام.

(٣) إذا كان المراد من الشركة العقدية التمليلية فهى لازمة لا جائزة

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٩

عن الوكالة (١) أو بمعنى مطالبة القسمة (٢). و إذا رجع أحدهما عن إذنه دون الآخر- فيما لو كان كل منهما مأذوناً- لم يجوز التصرف للآخر، و يبقى الجواز بالنسبة إلى الأول (٣) و إذا رجع كل منهما عن إذنه لم يجوز لواحد منهما. و بمطالبة القسمة يجب القبول على الآخر، و إذا أوقعا الشركة على وجه يكون لأحدهما زيادة فى الربح أو نقصان فى الخسارة يمكن

و لا- يجوز فسخها، و إذا كان المراد الشركة التجارية فان كانت من العقود فلا مانع من أن تكون جائزة و يجوز فسخها و ان بقيت الشركة فى المال بحالها. نعم عرفت سابقاً الإشكال فى كونها من العقود، كى تقبل الجواز و اللزوم، و تقبل الفسخ.

(١) عزل الوكيل ليس فسخاً للوكالة» و إنما هو اعتبار آخر و إن كان رافعاً لها، كما أن طلاق الزوجة ليس فسخاً لنكاحها، و عتق العبد ليس فسخاً لشرائه أو استرقاقه، فان هذه العناوين الاعتبارية مبينة لاعتبار الفسخ.

(٢) الظاهر أنه لا إشكال فى أنه يجوز للشريك مطالبة القسمة، و يقتضيه عموم السلطنة. لكنه ليس فسخاً للسبب الموجب للتشريك، و لذا تصح القسمة فى الموارد الذى لا يكون التشريك إنشائياً كالإرث و نحوه.

(٣) هذا مما يوضح أن الرجوع عن الاذن ليس فسخاً، إذ لو كان فسخاً كان رافعاً للاذن من الطرفين. نعم إذا كان الاذن من الطرفين مضمون عقد الشركة، فإن كان عقد الشركة يقتضى الإذن فرفع الاذن من أحد الطرفين يقتضى ارتفاع الاذن من الآخر، لما بينهما من نوع المعاوضة، فىكون انفساخاً قهرياً. و من ذلك يشكك ما عن التذكرة من الفرق بين قوله: «فسخت العقد» و بين قوله: «عزلتك»، حيث أن

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٤٠

الفسخ، بمعنى إبطال هذا القرار، بحيث لو حصل بعده ربح أو خسران كان بنسبة المالىن (١) على ما هو مقتضى إطلاق الشركة.

[مسألة ٩: لو ذكرا فى عقد الشركة أجلاً لا يلزم]

(مسألة ٩): لو ذكرا فى عقد الشركة أجلاً لا يلزم فيجوز لكل منهما الرجوع قبل انقضائه (٢). إلا أن يكون مشروطاً فى ضمن عقد لازم، فىكون لازماً.

الأول يقتضى ارتفاع الاذن من الطرفين، بخلاف الثانى. لكن عرفت أن التحقيق أنه لا عقد و لا جواز و لا لزوم، و إنما هو إيقاع من الطرفين، فإذا ارتفع أحدهما لم يرتفع الآخر.

(١) هذا إذا كان التفاوت قد أخذ شرطاً زائداً على إنشاء الشركة التجارية، إذ حينئذ يجوز بطلان الشرط، و يبقى الإنشاء المشروط فيه بحاله، و لذا يجوز للمشروط إسقاط شرطه من دون ورود خلل في أصل العقد، أما إذا كان قد أخذ مقوماً للإيقاع - كما عرفت - فاذا بطل احتيج إلى إيقاع جديد.

(٢) قال في الشرائع: «و لو شرط التأجيل في الشركة لم يصح، و لكل منهما أن يرجع متى شاء»، و في القواعد «و لا يصح التأجيل فيها» و نحوهما كلام غيرهما. و في بعضها: أن المؤجلة باطلة. و الظاهر أن المراد بطلان التأجيل، لا بطلان أصل الشركة التجارية، بحيث لا يصح التصرف في المال و الاتجار به، فضلا عن بطلان الشركة العقدية التمليلية. ثم إن الظاهر أنه لا إشكال في الحكم المذكور عندهم، و علوه: بأن الشركة من العقود الجائزة، فلا تلزم بالشرط. و الاشكال فيه ظاهر إذ لم يثبت أن الشركة التجارية من العقود، فضلا عن أن تكون جائزة. و لو سلم فلا مانع من صحة شرط اللزوم و عدم الفسخ إلى أجل في العقود الجائزة، كما تقدم من المصنف (ره) في أوائل المضاربة. اللهم إلا أن يكون جوازها مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٤١

[مسألة ١٠: لو ادعى أحدهما على الآخر الخيانة أو التفريط]

(مسألة ١٠): لو ادعى أحدهما على الآخر الخيانة أو التفريط في الحفظ فأنكر عليه الحلف مع عدم البينة (١).

[مسألة ١١: إذا ادعى العامل التلف]

(مسألة ١١): إذا ادعى العامل التلف قبل قوله مع اليمين لأنه أمين (٢).

[مسألة ١٢: تبطل الشركة بالموت]

(مسألة ١٢): تبطل الشركة بالموت (٣)، و الجنون و الاعماء، و الحجر بالفلس أو السفه، بمعنى: أنه لا يجوز للآخر

اقتضائياً، فيكون الشرط مخالفاً للكتاب. لكن بناء على هذا لا يصح و ان كان في عقد لازم. نعم لو كان المستند الإجماع على بطلان الشرط أمكن اختصاص الإجماع بصورة الشرط في ضمن العقد، فلا يشمل غيره. لكن ثبوت الإجماع غير ظاهر. فالتحقيق أن الوجه فيه أن الشركة التجارية ليست إلا إيقاع الأذن من الشركاء، و الأذن لا يقبل اللزوم ضرورة، فيجوز للأذن العدول عن إذنه ما لم يكن سبب ملزم.

(١) لأنه أمين، و ليس على الأمين إلا اليمين، كما سبق أنه مفاد النصوص

(٢) يعني: و ليس على الأمين إلا اليمين. و لا فرق بين أن يكون التلف المدعى بسبب ظاهر أو خفي - كما نص على ذلك في الشرائع و غيرها - لإطلاق الأدلة، خلافاً لبعض العامة.

(٣) كما نص على ذلك في الشرائع و القواعد و غيرهما من كتب القدمات و المتأخرين. و يظهر منهم الإجماع عليه، بل عن الغنية: الإجماع صريحاً، و عن التذكرة: انفساؤها بالإعفاء و الحجر و السفه، و عن التحرير و جامع المقاصد و المسالك: انفساؤها بالفلس. و الوجه في الحكم في الموت ظاهر، لانتقال المال إلى الوارث فلا يجوز التصرف بغير إذنه. و كذا في الفلس، لكون الأموال تحت سلطان الحاكم الشرعي، فلا يجوز التصرف بغير إذنه. أما في غيرهما فغير ظاهر، لو لا ظهور الإجماع، و كما أن الأذن

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٤٢

التصرف، و أما أصل الشركة فهي باقية (١). نعم يبطل أيضاً ما قرراه من زيادة أحدهما في النماء بالنسبة إلى ماله أو نقصان الخسارة

كذلك (٢). إذا تبين بطلان الشركة فالمعاملات الواقعة قبله (٣) محكومة بالصحة، و يكون الريح على نسبة المالمين، لكفاية الإذن المفروض حصوله (٤). نعم لو كان مقيداً بالصحة تكون كلها فضولياً بالنسبة إلى من يكون إذنه

لا تبطل بالنوم لا تبطل عرفاً بالإغماء و الجنون و السفه، و إذا شك فالاستصحاب كاف في ترتيب الأحكام.

(١) كما صرحوا بذلك على نحو يظهر منهم أنه من المسلمات، بل ينبغي أن يكون من الضروريات، و أن حدوث هذه الطوارئ لا يوجب إفراز الحقوق، و لا- تعيين الحصة المشاعة، فالشركة التي حكم ببطلانها بالأمر المذكورة هي الشركة في الاتجار بالمال و العمل به، بمعنى عدم جواز التصرف فيه.

(٢) لأن بطلان العقد يستوجب بطلان الشرط في ضمنه، لأنه حينئذ يكون من الشرط الابتدائي، و هو لا يجب العمل به.

(٣) يعني: قبل تبين البطلان.

(٤) يعني: أن الشركة إذا بطلت فبطل الشرط في ضمنها تبقى الاذن فيصح بها التصرف، و قد ذكر جماعة أنه إذا بطلت الوكالة يصح التصرف بالإذن التي في ضمنها، مثلاً إذا علق الوكالة على شرط استقبالي بطلت للتعليق، لكن تبقى الاذن، فيصح لأجلها التصرف الصادر من الوكيل، لا لأنه و كليل، بل لأنه مأذون. فيكون هناك أمور ثلاثة: شركة عقديّة، و شرط التفاوت، و إذن في التصرف، فإذا بطلت الشركة فبطل الشرط لم تنتف الاذن بالتصرف، فتصح المعاملات الجارية على المال. لكن عرفت

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٤٣

مقيداً. و لكل منهما أجره مثل عمله (١) بالنسبة إلى حصة الآخر إذا كان العمل منهما، و ان كان من أحدهما فله أجره مثل عمله.

[مسألة (١٣): إذا اشترى أحدهما متاعاً و ادعى أنه اشتراه لنفسه]

(مسألة ١٣): إذا اشترى أحدهما متاعاً و ادعى أنه

أن الشركة العقدية نفس الاذن بالتصرف، و الشرط إن فرض فهو قيد للاذن و مقوم لها لأن الإذن بالتصرف أخذت مقيدة بالتفاوت، نظير الإباحة، فمع انتفاء القيد تنتفي الإذن. هذا مضافاً إلى أن المبطلات المذكورة إنما تبطل الشركة لأنها تبطل الاذن فلا تصح الاذن معها، كما هو ظاهر، و قد سبق منه أنه لا يجوز التصرف. نعم لو فرض بطلان الشركة بمبطل غير الأمور المذكورة أمكن القول ببقاء الاذن، كما تقدم ذلك في المضاربة.

لكن ظاهر كلام المصنف (ره) الحكم في المبطلات المذكورة. و يحتمل بعيداً أن يكون المراد أن المعاملات الواقعة قبل البطلان صحيحة. لكن صحتها حينئذ من جهة صحة الشركة، لا لكفاية الاذن مع بطلان الشركة كما ذكر. و أيضاً بناء على ذلك لا تختص الصحة بالمعاملات الواقعة قبل البطلان، بل يشمل حتى المعاملات الواقعة بعد البطلان، لأن البطلان لا يوجب ارتفاع الإذن.

(١) الذي يظهر من العبارة أن ذلك من أحكام البطلان، يعني إذا بطلت الشركة استحق العامل أجره عملة بالنسبة إلى حصة شريكه، لاستيفائه العمل فيضمن بالاستيفاء. لكن يختص ذلك بما إذا فرض للعامل أجره، أما إذا لم يفرض له أجره فقاعدة: ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده، تقتضى عدم الضمان.

هذا و المصنف لم يتعرض في الشركة الصحيحة لاستحقاق الأجره و عدمه، و كان المناسب ذلك، بل الظاهر من قوله في المسألة الخامسة:

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٤٤

اشترى لنفسه و ادعى الآخر أنه اشتراه بالشركة، فمع عدم البيئته القول قوله مع اليمين، لأنه أعرف بنيته (١). كما أنه كذلك لو ادعى أنه

اشتراه بالشركة و قال الآخر أنه اشتراه لنفسه، فإنه يقدم قوله أيضاً، لأنه أعرف، و لأنه أمين (٢).
تمّ كتاب الشركة

«يتساوى الشريكان ..» أن ذلك مبني على أن العمل مجاني، و كذلك ظاهر كلمات الفقهاء. و عليه فلا وجه لاستحقاق الأجرة مع البطلان. هذا و يحتمل بعيداً أن يكون كلامه هذا لبيان حكم العمل في الشركة الصحيحة، لكن كان المناسب أن يفصله عن هذه المسألة بمسألة أخرى.

(١) يشير هذا التعليل إلى القاعدة المشهورة في كلام الأصحاب من قبول قول من لا يعرف المقول إلا- من قبله، و يظهر أنها من القواعد المعول عليها عند العقلاء، و لولاها يلزم تعطيل أحكام المقول، إذ لا طريق إلى إثبات موضوعها، و يقتضيها قاعدة: من ملك شيئاً ملك الإقرار به، المدعى عليها الإجماع في كلام الأصحاب، و قد مر ذلك في المسألة الثانية و الخمسين من كتاب المضاربة. فراجع.

(٢) لا يظهر دليل على كلية سماع قول الأمين إلا في حال الاخبار عن وقوع الفعل المؤتمن عليه، كما إذا أخبرت الجارية بغسل الثوب الذي كلفت بغسله، أو يكون الخبر مع التداعي مع من ائتمنه في جملة من الموارد لا- على كليته، فلو ادعى الرد لم يقبل قوله إلا في الودعي. فكان الأولى للمصنف (ره) أن يقول: لأنه أمين على أداء الفعل الذي أخبر عن وقوعه.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٤٥

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ*

[كتاب المزارعة]

إشارة

كتاب المزارعة و هي المعاملة على الأرض بالمزارعة بحصة من حاصلها (١) و تسمى مخابرة أيضاً، و لعلها من الخبرة بمعنى النصيب.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ* كتاب المزارعة المزارعة من باب المفاعلة، مصدر (فاعل) و هو للسعي نحو الفعل، بخلاف فعل، فإنه لوقوع الفعل، فاذا قلت: قتل زيد عمرواً فقد أخبرت عن وقوع القتل على عمرو من زيد، فاذا قلت: قاتل زيد عمرواً، فقد أخبرت عن سعي زيد لقتل عمرو، فاذا قلت: زارع زيد عمرواً، كان المراد أنه سعى زيد لتحقيق الزرع و وقوعه من عمرو، ففي المثالين يراد من فاعل السعي و يختلفان في كيفية وقوع الفعل، و لا يقال: زارعت الحب بمعنى سعيت الى زرعه، كما يقال: قاتلت زيداً، فهذا الاختلاف ناشئ من اختلاف الموارد.

(١) تفترق المزارعة عن إجارة الأرض: بأن إجارة الأرض لا يملك مؤجرها على المستأجر لها شيئاً غير الأجرة، و هنا يملك المؤجر لها مضافاً

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٤٦

كما يظهر من مجمع البحرين (١) و لا إشكال في مشروعيتها، بل يمكن دعوى استحبابها. لما دل على استحباب الزراعة، بدعوى كونها أعم من المباشرة و التسبيب (٢).

ففي خبر الواسطي قال: «سألت جعفر بن محمد (ع) عن الفلاحين قال: هم الزراعون كنوز الله في أرضه، و ما في الأعمال شيء أحب

الى الله من الزراعة، و ما بعث الله نبياً إلا زارعاً

إلى الحصّة، أن يعمل العامل، و ليس له الامتناع عن العمل. كما أنها تفترق عن إجارة الأجير بأن في إجارة الأجير لا يملك الأجير على المستأجر شيئاً غير الأجرة، و هنا يملك على مالك الأرض بذل الأرض مضافاً إلى الحصّة، فالمزارعة كأنها إجارة للأرض و إجارة للعامل، فهي كأنها إجاتان لأن كلا من العامل و المالك يملك على الآخر شيئاً غير الحصّة. و لأجل ذلك احتمال أن تكون المزارعة معاوضة بين عمل العامل و منفعة الأرض، أو بذلها، و تكون الحصّة من قبيل الشرط فيها، لا أن الحصّة هي العوض. لكن الارتكاز العرفي لا يساعد عليه، بل يساعد على ما ذكره الأصحاب لا غير. و سيأتي في المسألة التاسعة عشرة من مبحث المساقاة بعض الكلام في ذلك.

(١) و في القاموس: «الخبرة: النصيب تأخذه من لحم أو سمك»، و في المسالك: «و قد يعبر عن المزارعة بالمخبرة، إما من الخبير و هو الأكار أو من الخبرة و هي الأرض الرخوة، أو مأخوذة من معاملته النبي (ص) لأهل خبير». و قد أشار في القاموس إلى المعنيين الأولين مضافاً الى المعنى السابق.

(٢) أو كون الاستحباب من باب: تعاونوا على البر و التقوى.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٤٧

إلا إدريس (ع) فإنه كان خياطاً» (١).

و

في آخر عن أبي عبد الله (ع): «الزارعون كنوز الأنعام يزرعون طيباً أخرجه الله و هم يوم القيامة أحسن الناس مقاماً و أقربهم منزلة يدعون المباركين» (٢).

و

في خبر عنه (ع) قال: «سئل النبي (ص) أي الأعمال خير؟ قال: زرع يزرعه صاحبه و أصلحه و أدى حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ. قال: فأى الأعمال بعد الزرع؟ قال:

رجل في غنم له قد تبع بها مواضع القطر يقيم الصلاة و يؤتى الزكاة. قال: فأى المال بعد الغنم خير؟ قال: البقر يغدو بخير و يروح بخير. قال: فأى المال بعد البقر خير؟ قال: الراسيات في الوحل المطعمات في المحل: نعم المال النخل. من باعها فإنما ثمنه بمنزلة رماد على رأس شاهق اشتدت به الريح في يوم عاصف، إلا أن يخلف مكانها. قيل يا رسول الله (ص):

فأى المال بعد النخل خير فسكت. فقام اليه رجل فقال له:

فأين الإبل؟ قال: فيها الشقاء و الجفاء و العناء و بعد الدار، تغدو مدبرة و تروح مدبرة لا يأتي خيرها الا من جانبها الأشام أما إنها لا تعدم الأشقياء الفجرة» (٣).

و

عنه (ع) «الكيمياء الأكبر الزراعة» (٤).

و

عنه (ع): «إن الله جعل أرزاق أنبيائه في الزرع و الضرع كيلا يكرهوا شيئاً من قطر السماء» (٥).

(١) الوسائل باب: ١٠ من أبواب مقدمات التجارة حديث: ٣.

(٢) الوسائل باب: ٣ من كتاب المزارعة و المساقاة حديث: ٧.

(٣) الوسائل باب: ٤٨ من أبواب أحكام الدواب حديث: ١.

(٤) الكافي الجزء: ٥ الصفحة: ٢٦١ الطبعة الحديثة. الوافي الجزء: ٣ الصفحة: ٢٣ أواخر باب فضل المزارعة، مجمع البحرين مادة: «كوم».

(٥) الوسائل باب: ٣ من كتاب المزارعة و المساقاة حديث: ٢.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٤٨

و

عنه (ع): «أنه سأله رجل فقال له: جعلت فداك أسمع قوماً يقولون: إن المزارعة مكروهة. فقال: ازرعوا فلا والله ما عمل الناس عملاً أحل ولا أطيّب منه» (١).

و استفاد من هذا الخبر ما ذكرنا من أن الزراعة أعم من المباشرة و التسبيب.
و أما ما

رواه الصدوق مرفوعاً عن النبي (ص): «أنه نهى عن المخابرة، قال: و هي المزارعة بالنصف أو الثلث أو الربع» (٢).

فلا بد من حمله على بعض المحامل، لعدم مقاومته لما ذكر. و في مجمع البحرين: «و ما روى من أنه (ص) نهى عن المخابرة، كان ذلك حين تنازعوا، فنهاهم عنها».

[و يشترط فيها أمور]

إشارة

و يشترط فيها أمور.

[أحدها: الإيجاب و القبول]

أحدها: الإيجاب و القبول (١). و يكفي فيهما كل لفظ دال (٢)، سواء كان حقيقته أو مجازاً مع القرينة، ك- «زارعتك أو سلمت إليك الأرض على أن تزرع على كذا» و لا يعتبر فيهما العربية (٣)، و لا الماضوية، فيكفي الفارسي

(١) لأنها من العقود، بلا خلاف، بل الإجماع بقسميه عليه. كذا في الجواهر.

(٢) كما يقتضيه عمومات الصحة و إطلاقاتها من دون مخصص و لا مقيد، كما حرر في أوائل مباحث البيع.

(٣) لما عرفت من العمومات و الإطلاقات، لعدم اعتبار ذلك في مفهومها عرفاً.

(١) الوسائل باب: ٣ من أبواب المزارعة حديث: ١.

(٢) معاني الأخبار الجزء: ٢ باب: ١٣٣ الصفحة: ٨٠. بحار الأنوار المجلد: ٢٣ كتاب المزارعة الحديث: ٢.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٤٩

و غيره، و الأمر (١) كقوله: «ازرع هذه الأرض على كذا» أو المستقبل أو الجملة الاسمية مع قصد الإنشاء بها.

(١) قال في الشرائع: «و عبارتها أن يقول: زارعتك، أو ازرع هذه الأرض» قال في المسالك: «و أما قوله: ازرع هذه الأرض - بصيغة

الأمر- فإن ذلك لا يجوزونه في نظائره من العقود، و لكن المصنف و جماعة أجازوه، استناداً إلى رواية أبي الربيع الشامي و النضر بن سويد عن أبي عبد الله (ع). و هما قاصرتان عن الدلالة على ذلك، فالاقتصار على لفظ الماضي أقوى».

و مراده من رواية أبي الربيع ما

رواه الشيخ و الصدوق عن أبي الربيع الشامي عن أبي عبد الله (ع): «أنه سئل عن الرجل يزرع أرض رجل آخر، فيشترط عليه ثلثا للبذر و ثلثا للبقر. فقال: لا ينبغي أن يسمى بذراً و لا بقراً، و لكن يقول لصاحب الأرض: ازرع في أرضك و لك منها كذا و كذا نصفاً و ثلثاً و ما كان من شرط، و لا يسمى بذراً و لا بقراً، فإنما يحرم الكلام» (١).

و مراده من رواية النضر ما

رواه الكليني و الشيخ عن النضر بن سويد عن عبد الله بن سنان: «أنه قال: في الرجل يزرع فيزرع أرض غيره، فيقول: ثلث للبقر و ثلث للبذر و ثلث للأرض، قال: لا يسمى شيئاً من الحب و البقر، و لكن يقول: ازرع فيها كذا و كذا إن شئت نصفاً و إن شئت ثلثاً» (٢). هذا و المذكور في الرويتين لفظ المضارع لا لفظ الأمر. كما أن رواية النضر عن عبد الله بن سنان لا عن أبي عبد الله (ع) كما ذكر، و قد سبقه الى ذلك في جامع المقاصد. و أيضاً فإن الأمر لو فرض أنه كان في الرويتين فهو من العامل، لا من صاحب الأرض

(١) الوسائل باب: ٨ من أبواب كتاب المزارعة و المساقاة حديث: ١٠.

(٢) الوسائل باب: ٨ من أبواب كتاب المزارعة و المساقاة حديث: ٥.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٥٠

.....

و لعل مراد المستدل بالرويتين الاستدلال بهما بتوسط الأولوية، فإنه إذا جاز الإيجاب بالمضارع جاز بالأمر بالأولوية، كما حكى ذلك عن الإيضاح. لكن الاشكال فيه ظاهر.

و كان الاولى الاستدلال

بصحيحة يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن رجل يعطى الرجل أرضه فيها ماء (رمان خ ل) أو نخل أو فاكهة، و يقول: إسق هذا من الماء و اعمره و لك نصف ما أخرجه الله (عز و جل. خ ل) قال: لا بأس» (١) بضميمة عدم القول بالفصل، أو فهم عدم الخصوصية و إن أمكن الإشكال فيه: بأنه لم يثبت كون الأمر إنشاء للمساقاة، بل من المحتمل - بل الظاهر - أنه من قبيل ماله.

و الاولى أن يقال: إن المائز بين العقد و الإيقاع أن المفهوم المنشأ إن كان متعلقاً بطرفين على وجه يكون تعلقه بكل منهما خلاف السلطنة عليه يكون عقدياً، أو لا- يكون كذلك، فيكون إيقاعاً. مثلاً تملك مال إنسان لآخر لما كان على خلاف سلطنة المالك و التملك- فان خروج مال إنسان عن ملكه إلى ملك غيره خلاف سلطنة المالك على ماله، و خلاف سلطنة الممتلك على نفسه- كان التملك مفهوماً عقدياً. و إسقاط ما في الذمة لما لم يكن خلاف سلطنة من له الذمة كان إيقاعاً، فيجوز وقوع الثاني بلا حاجة إلى أعمال سلطنة صاحب الذمة، و لا يجوز وقوع الأول بلا سلطنة الممتلك. و من ذلك تعرف أن إنشاء المفهوم العقدي لا يكون إلا بأعمال سلطنة كل من الطرفين، فيكون إيجاباً من طرف و قبولا من طرف آخر.

و ربما يحصل بأعمال السلطنة من دون صدق القبول، كما إذا قال زيد لعمرو: بعني فرسك، فإنه إذا قال عمرو: بعتك الفرس، حصل

البيع

(١) الوسائل باب: ٩ من أبواب كتاب المزارعة و المساقاة حديث: ٢.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٥١

.....

بلا حاجة إلى قبول، لحصول الاعمال للسلطنة من جهة زيد بمجرد الأمر.

و كذا إذا قال: أذنت لك في أن تبيعني فرسك، فإنه إذا قال عمرو:

بعتك فرسى، صح من دون حاجة إلى القبول، و كذلك الوكيل للمتعاقدین معاً، فإنه إذا قال: بع فرس أحدهما للآخر، صح من

دون حاجة إلى القبول، و مالك العبد و الأمة إذا أنشأ تزويج أمته من عبده صح من دون حاجة إلى قبوله، كما أفتى بذلك جماعة:

و على هذا فالأمر بالزرع ليس إيجاباً و لا قبولا، لعدم صدوره في مقام الإنشاء للمفهوم الإنشائي، فإنه أمر بالزرع و طلب له من دون

إنشاء للمزارعة، فصحة المعاملة مع ذلك ليس لأنه إيجاب أو قبول، بل لأنه إعمال للسلطنة. و مثله أن يقول: أذنت لك في أن تزرع

الأرض بحصة كذا، أو أذنت لك في أن تزرعني على الثلث، فذلك بمنزلة الإيجاب، لأنه إعمال لسلطنة صاحب الأرض الذي

وظيفته الإيجاب، إذ الاحتياج إلى الإيجاب في حصول المفهوم العقدي لأجل كونه إعمالاً للسلطنة، و هو حاصل بالأمر، فإذا قال زيد

لعمر: تملك مالي، فقال عمرو: تملك مال زيد، حصل الملك من دون حاجة إلى قول زيد: قبلت.

و من ذلك يظهر أن الاكتفاء بالأمر في الإيجاب ليس من باب استعمال الأمر في المعنى الإنشائي، بأن يكون قوله: ازرع هذه الأرض،

مستعملاً في إنشاء المزارعة مجازاً، كي يكون من المجازات المستنكرة، و لا من باب الكناية عن الإنشاء النفساني، فيكون الأمر حاكياً

عنه بالدلالة العقلية، نظير حكاية تصرف من له الخيار في العين المبيعة الحاكي عن إنشاء الفسخ، بل هو من باب إعمال السلطنة

الكافي عن القبول.

و ربما يكون الأمر بنفسه إنشاء على الحقيقة. بأن يكون أمراً تكوينياً لا تشريعياً، كما إذا قال البائع للمشتري: اشتر هذا الفرس بدرهم

منشأً

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٥٢

و كذا لا يعتبر تقديم الإيجاب على القبول (١). و يصح الإيجاب

نفس الشراء، كما في قوله تعالى (كُنْ فَيَكُونُ)* «١» فيقول المشتري:

قبلت، و يتم العقد، فيكون قوله: اشتر، إيجاباً على الحقيقة، و في المقام يقول صاحب الأرض للفلاح: كن مزارعاً، فيقول الفلاح:

قبلت، و في باب النكاح يقول الرجل للمرأة: كوني زوجة، فتقول المرأة:

قبلت، أو تقول هي: كن لي زوجاً، فيقول: قبلت، و هكذا ينشأ المفهوم الإنشائي بصيغة الأمر، فيكون جعلاً تكوينياً للمعنى الإنشائي، و

يكون إيجاباً، فإذا لحقه القبول كان عقداً.

و يتحصل مما ذكرنا: أن الاكتفاء بالأمر في العقود يكون على أربعة أنحاء: (الأول): أن يكون من باب إعمال السلطنة، فيكون كافياً

عن الإيجاب أو القبول. لا أنه إيجاب أو قبول. (الثاني): أن يكون إيجاباً أو قبولا، كما إذا كان أمراً تكوينياً. (الثالث): أن يكون حاكياً

عن الالتزام النفسى و دالا عليه بالدلالة العقلية، نظير تصرف من له الخيار، و يكون جزء العقد في الحقيقة هو ذلك الالتزام النفسى و

يكون الأمر تشريعياً دالاً عليه دلالة المعلول على علته. (الرابع): أن يكون مستعملاً مجازاً في معنى فعل الماضى أو المضارع، على نحو

الإنشاء لا الاخبار فيكون من المجازات المستنكرة التي لا يجوز إنشاء العقد بها.

(١) لا- يخفى أن مفهوم القبول لغة و عرفاً مثل مفهوم الرضا يمكن أن يتعلق بالمستقبل كما يتعلق بالماضى، بل قد يتعلق بالمفهوم

للحاضى من دون أن يكون له خارجية و مطابق عيني. أما القبول العقدى فلا يتعلق إلا بما هو واقع، فاذا تعلق بما يقع فى المستقبل لم يكن قبولاً عقدياً،

(١) يس: ٨٢.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٥٣

من كل من المالك و الزارع (١). بل يكفى القبول الفعلى (٢) بعد الإيجاب القولى على الأقوى (٣).

بل هو قبول عرفى، و حينئذ يمتنع تقدم القبول على الإيجاب. نعم إذا تقدم كان إعمالاً للسلطنة، و يكفى ذلك عن القبول و إن كان خبراً لا إنشاء لا أنه قبول متقدم. و كذا يمكن أن يكون إنشاء ممن وظيفته القبول فيكون إيجاباً، و يكون الإنشاء من الآخر قبولاً، كما إذا قال المشتري للبائع:

اشترت منك الفرس بدرهم، فيقول البائع: بعتكها بدرهم، فان ما صدر من المشتري إيجاب، و ما صدر من البائع قبول، لا أن ما صدر من المشتري قبول متقدم، و كذلك فى المقام.

(١) لا- يختص ذلك بالمقام، بل يجرى فى عامة العقود، كما أشرنا إليه. و يدل عليه فى المقام روايتا أبى الربيع الشامى و النضر بن سويد المتقدمتان.

(٢) بأن يكون الفعل دالاً على الالتزام النفسى دلالة عقلية دلالة المعلول على علته، لا دلالة لفظية كدلالة اللفظ على معناه، كما تقدم نظيره.

(٣) كما صرح به فى القواعد، قال: «و من قبول، و هو كل لفظ أو فعل دل على الرضا»، و فى المسالك: استظهر من عدم تعرض الشرائع للقبول مع تعرضه للإيجاب أنه لا يعتبر اللفظ فيه، كما ذكره فى الإيجاب و فى مفتاح الكرامة: أن القبول الفعلى ليس بقبول، و أن العقود عبارة عن الصيغة من الطرفين، و أن تسمية ما اشتمل على القبول الفعلى عقداً مسامحةً. انتهى. لكنه- كما ترى- خلاف مرتكزات العرف، فإنه لا فرق عندهم بين القول و الفعل فى الدلالة على الالتزام النفسى الذى هو قوام العقد، غاية الأمر أن دلالة اللفظ لفظية و دلالة الفعل عقلية، و ليس بفارق فى انطباق عنوان العقد أو عنوان المزارعة أو غيرهما من العناوين. و حينئذ يتعين العمل بإطلاقات الصحة و عموماتها.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٥٤

و تجرى فيها المعاطاة (١)، و إن كانت لا تلزم (٢) إلا بالشروع فى العمل (٣).

[الثانى: البلوغ، و العقل، و الاختيار]

الثانى: البلوغ، و العقل، و الاختيار، و عدم الحجر (٤)

(١) كما نص على ذلك فى الجواهر، لاطراد الوجه المصحح لها فى البيع هنا، كما عرفت. نعم لا- يمكن هنا حصول التعاطى من الطرفين، و إنما يكون من طرف صاحب الأرض لا غير. نعم يكون القبول بأخذ الأرض من الفلاح، فيكون العقد بالإعطاء و الأخذ. لا بالتعاطى من الطرفين.

(٢) للإجماع على عدم لزوم المعاطاة إلا بالتصرف المانع من الرد.

(٣) لأن استيفاء الفعل إتلاف له، فيكون ملزماً لها. ثم إنه قد تشكل صحة المعاطاة فى المقام بأنه يعتبر فى المزارعة اشتراط أمور: من

تعيين الحصّة، و الأجل» و من عليه البذر، و الزرع، و الفعل لا يقبل الاشتراط لأنه لا يقبل الإطلاق، فلا يقبل التقييد. و فيه: أن التقييد للالتزام النفساني كما هو كذلك في العقد اللفظي فإن اللفظ أيضاً لا يقبل التقييد، و كما أن اللفظ في العقد اللفظي حاكك عن الالتزام المشروط، كذلك بالفعل أيضاً يكون حاكياً عن الالتزام المشروط. نعم الفعل لا يصلح للحكاية عن الاشتراط، لكن يمكن الاستفادة الشرط من القرائن الحافّة بالعقد الفعلي بأن يكون الالتزام المحكى بالفعل مبنياً على الشروط المذكورة، و ربما تكون الاستفادة من اللفظ.

(٤) الشروط المذكورة شروط عامة لمطلق التصرف، و قد تقدمت الإشارة إلى ذلك في بعض الكتب السالفه، و تحرير الاستدلال على الوجه الأكمل يكون في كتاب البيع، لأنه الكتاب الأول من كتب العقود و الإيقاعات، و قد تعرضنا لذلك في كتاب: (نهج الفقاهة) تعليقا على كتاب المكاسب لشيخنا الأعظم (قدس سره).

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٥٥

لسفه أو فلس، و مالكية التصرف (١) في كل من المالك و الزارع. نعم لا يقدر فلس الزارع إذا لم يكن منه مال. لأنه ليس تصرفاً مالياً.

[الثالث: أن يكون النماء مشتركاً بينهما]

الثالث: أن يكون النماء مشتركاً بينهما، فلو جعل الكل لأحدهما لم يصح مزارعة (٢).

[الرابع: أن يكون مشاعاً بينهما]

الرابع: أن يكون مشاعاً بينهما. فلو شرط اختصاص أحدهما بنوع - كالذي حصل أولاً- و الآخر بنوع آخر، أو شرطاً أن يكون ما حصل من هذه القطعة الأرض لأحدهما و ما حصل من القطعة الأخرى للآخر، لم يصح (٣).

[الخامس: تعيين الحصّة بمثل النصف أو الثلث أو الربع أو نحو ذلك]

الخامس: تعيين الحصّة بمثل النصف أو الثلث أو الربع أو نحو ذلك، فلو قال: «أزرع هذه الأرض على أن

(١) الظاهر من العبارة أنها شرط آخر زائد على ما ذكر. و كأن وجهه أن ما سبق يختص بقصور في المتصرف، و هذا الشرط لقصور في موضوع التصرف، كالمرهون و نحوه. و يحتمل أن يكون المراد بيان الجامع بين الشروط المذكورة، لأن مرجع الجميع إلى مالكية التصرف.

(٢) إجماعاً. و يشهد له ما سيأتي من الصحيح.

(٣) بلا خلاف ظاهر، و عن مجمع البرهان: «كأنه إجماع».

و يشهد له

مصحح الحلبي عن أبي عبد الله (ع): «لا تقبل الأرض بحنطة مسماء، و لكن بالنصف و الثلث و الربع و الخمس لا بأس به. و قال: لا بأس بالمزارعة بالثلث و الربع و الخمس» (١).

(١) الوسائل باب: ٨ من أبواب كتاب المزارعة و المساقاة حديث: ٣.

يكون لك أو لى شىء من حاصلها» بطل (١).

[السادس: تعيين المدّة بالأشهر و السنين]

السادس: تعيين المدّة (٢) بالأشهر و السنين، فلو أطلق بطل. نعم لو عين المزروع، أو مبدأ الشروع فى الزرع لا- يبعد صحته إذا لم يستلزم غرراً. بل مع عدم تعيين ابتداء الشروع أيضاً إذا كانت الأرض مما لا يزرع فى السنّة إلا مرة،

(١) إجماعاً، كما عن التذكرة. و يشهد له النصوص التى منها المصحح المتقدم
 (٢) كما صرح به فى كلماتهم، بل عن التذكرة: الإجماع على أنه لا يجوز مع جهالة المدّة. و فى الجواهر: «بلا خلاف معتد به، بل لعل الإجماع عليه». و لم يظهر عليه دليل، فإن ما دل على النهى عن بيع الغرر لا يشمل المقام. و ما دل على نهى النبى (ص) عن الغرر «١» غير ثابت. و ما فى الشرائع من الاستدلال عليه بأنه عقد لازم فهو كالإجارة، فيشترط فيه تعيين المدّة، دفعاً للغرر- و إليه يرجع ما فى المسالك من الاستدلال عليه: بأن مقتضى العقد اللازم ضبط أجله، و كذا ما فى الجواهر من الاستدلال: بأن المزارعة أشبه بالإجارة- كما ترى لا يرجع إلى دليل، و مثلها الاستدلال
 بخبر أبى الربيع الشامى عن أبى عبد الله (ع): «سألته عن أرض يريد رجل أن يتقبلها، فأى وجوه القبالة أحل؟ قال: يتقبل الأرض من أربابها بشىء معلوم إلى سنين مسماء فيعمر و يؤدى الخراج» (٢).
 و نحوه غيره. فان الظاهر من القبالة غير المزارعة نعم يستفاد من مجموع كلماتهم أنه لا بد من تعيين المدّة فى الجملة بحيث لا يؤدى إلى الغرر، فان تمّ إجماعاً- كما هو الظاهر- فهو المعتمد

(١) تقدم التعرض لمصادر الحديث المذكور فى الجزء الثانى عشر صفحته: ٢٤٦ من هذه الطبعة

(٢) الوسائل باب: ١٨ من أبواب كتاب المزارعة و المساقاة حديث: ٥.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٥٧

لكن مع تعيين السنّة، لعدم الغرر فيه (١). و لا دليل على اعتبار التعيين تعبداً، و القدر المسلم من الإجماع على تعيينها غير هذه الصورة. و فى صورة تعيين المدّة لا بد و أن تكون بمقدار يبلغ فيه الزرع (٢)، فلا تكفى المدّة القليلة التى تقصر عن إدراك النماء.

لا غير. لكنه لا يقتضى لزوم تعيين المدّة بحيث لا تقبل الزيادة و النقيصة، بل يكفى التعيين فى الجملة و لو بتعيين الزرع و البدء به و إن جهل زمان بلوغه. بل ربما يكون تعيين المدّة موجباً للغرر إذا كان من المحتمل عدم بلوغ الزرع فيها، لأن فى ذلك تعريضاً لضياح الزرع بناء على استحقاق المالك قلعه عند انتهاء المدّة أو الخسارة المالية بناء على غير ذلك.

(١) لأن الغرر إنما يكون للجهل بالخصوصيات التى تختلف باختلافها الرغبات و تفاوتها بها المالية، فإذا كانت الأرض لا تزرع إلا مرة واحدة فى السنّة لا تفاوتها المالية باختلاف الابتداء و الانتهاء.

(٢) فى الجواهر: «صرح جماعة بوجود كون المدّة فيها مما يعلم فيها إدراك الزرع و لو من جهة العادة، لأن إدراك الزرع هو الملحوظ فى المزارعة، بل ركنها الأعظم، حتى أنه ظن من جعل ذلك هو المدار فى بعض النصوص عدم اعتبار المدّة فى المزارعة و أن إدراك الزرع هو الغاية فيها.»

قال إبراهيم الكرخى لأبى عبد الله (ع): «أشارك العليج فيكون من عندى الأرض و البذر و البقر، و يكون على العليج القيام و السقى و العمل فى الزرع حتى يكون حنطة أو شعيراً، و يكون القسم، فيأخذ السلطان حقه و يبقى ما بقى على أن للعليج منه الثلث و لى الباقي.

قال (ع):

لا بأس» (١)».

بل بناء على ما ذكره من أن قوام المزارعة هو الزرع

(١) الوسائل باب: ١٠ من أبواب كتاب المزارعة و المساقاة حديث: ١. و يأتي التعرض للحديث بتمامه في أواخر المسألة: ٥ من هذا الفصل.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٥٨

.....

فذكر المدة الزائدة على بلوغ الزرع و المساوية له بلا فائدة، و ذكر المدة الناقصة مفوت للمقصود منها، بناء على ما سيأتي الكلام فيه في المسألة السادسة. و على هذا فالأولى المنع من اشتراط المدة زائداً على اشتراط زمان الشروع في الزرع. إلا- أن يكون المقصود من اشتراط المدة اشتراط عدم التواني في الأعمال المتعلقة بالزرع بحيث يتأخر الإنتاج، أو يكون المراد من اشتراط المدة تعيين السنين و الأعوام التي تستمر فيها المزارعة، فلا يصح أن يقول: زارعتك على هذه الأرض مرات من دون تعيين. فيكون الواجب التعيين بذكر عدد المرات أو بالسنين و الأعوام. في مقابل بقاء المزارعة و استمرارها إلى أجل مبهم. و إن كان يكفي أيضاً التعيين في عدد الزرع، فيقول: زارعتك على أن تزرع الشعير فيها مرتين أو خمساً أو عشراً، فيكون التعيين في عدد الزرع و إن لم يعلم مقدار الزمان. و بالجملة: تعيين الزرع و وقت الشروع فيه و الاستمرار على الاعمال على النحو المتعارف بلا مراهلة كاف في رفع الغرر، و كذلك ذكر عدد الزرع و الخصوصيات المتعلقة به كاف في رفع الغرر، (و من ذلك) يظهر أن ما ذكر في الشرائع بقوله: «و لو اقتصر على تعيين المزروع من غير ذكر المدة فوجهان أحدهما يصح، لأن لكل زرع أمد فينبى على العادة- كالقراض- و الآخر يبطل، لأنه عقد لازم فهو كالأجارة، فيشترط فيه تعيين المدة رفعاً للغرر، لأن أمد الزرع غير مضبوط. و هو أشبه»، (ضعيف) و أول الوجهين أصح و أشبه بالقواعد حتى لو بنى على منع الغرر من الصحة إذ لا غرر و لا خطر، كما عرفت. و المتحصل مما ذكرنا أمور: (الأول): أنه لا دليل لفظي على مانعية الغرر في المقام. (الثاني): أن مانعية الغرر في المقام مستفادة مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٥٩

[السابع: أن تكون الأرض قابلة للزرع]

السابع: أن تكون الأرض قابلة للزرع و لو بالعلاج فلو كانت سبخة لا يمكن الانتفاع بها، أو كان يستولى عليها الماء قبل أو ان ادراك الحاصل أو نحو ذلك، أو لم يكن هناك ماء للزراعة و لم يمكن تحصيله و لو بمثل حفر البئر أو نحو ذلك و لم يمكن الاكتفاء بالغيث، بطل (١).

[الثامن: تعيين المزروع من الحنطة و الشعير و غيرهما]

الثامن: تعيين المزروع من الحنطة و الشعير و غيرهما مع اختلاف الأغراض فيه، فمع عدمه يبطل (٢) إلا أن يكون هناك انصراف يوجب التعيين، أو كان مرادهما التعميم (٣) و حينئذ فيتخير الزارع بين أنواعه.

[التاسع: تعيين الأرض و مقدارها]

التاسع: تعيين الأرض و مقدارها، فلو لم يعينها بأنها هذه القطعة أو تلك القطعة، أو من هذه المزرعة أو تلك،

من ظهور الإجماع. (الثالث): اندفاع الغرر بتعيين المزرعة و أوان الزرع أو نحو ذلك، بلا حاجة الى تعيين المدة. (الرابع): أن تعيين المدة غير جائز، إما لأنه مفوت للمقصود، أو أنه عبث و لغو، فلا يكون له أثر.

(١) لأن امتناع الموضوع يوجب امتناع المضمون. مع أن الحكم إجماعى ظاهراً، و إن كان البطلان أوضح من أن يستدل عليه بالإجماع.

(٢) الظاهر من العبارة البطلان حتى مع إرادة التعميم. لكن ينافيه ما سيأتى من الصحة حينئذ فيختص البطلان- على هذا- بما إذا كان المراد من الزرع المردد. و حينئذ فالبطلان ظاهر الوجه، لأن المردد لا خارجيه له، كى يكون موضوعاً للاحكام. على أنه فرض نادر. و لأجل ذلك لم يتعرض الجماعة لذكر هذا الشرط بهذا المعنى.

(٣) يعنى: المفهوم الجامع بين الافراد. لكن لا يخفى أن إرادة

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٦٠

أو لم يعين مقدارها، بطل مع اختلافها، بحيث يلزم الغرر (١).

نعم مع عدم لزومه لا يبعد الصحة، كأن يقول: «مقدار جريب من هذه القطعة من الأرض التى لا اختلاف بين أجزائها» أو «أى مقدار شئت منها». و لا يعتبر كونها شخصية فلو عين كلياً موصوفاً على وجه يرتفع الغرر فالظاهر صحته و حينئذ يتخير المالك فى تعيينه (٢). العاشر: تعيين كون البذر على أى منهما (٣)، و كذا سائر المصارف و اللوازم إذا لم يكن هناك انصراف مغن عنه و لو بسبب التعارف.

التعميم لا- توجب ارتفاع الغرر، و إنما توجب الاقدام على الغرر، فإذا كان دليل على مانعية الغرر فهو حاصل فى الفرض مع اختلاف الافراد فى الضرر و عدمه أو شدة الضرر و خفته، و الرضا بالتعميم لا يرفع مانعية الغرر.

نعم لا دليل على مانعية الغرر من هذه الجهة، و الإطلاق يقتضى الصحة.

(١) الكلام فى هذا الشرط هو الكلام فيما قبله، فإذا كان الغرر مانعاً فهو فى المقامين سواء، و إلا فلا موجب للبطلان فيهما أيضاً.

(٢) كما فى بيع الكلى.

(٣) قال فى القواعد: «و الإطلاق يقتضى كون البذر على العامل.

و يحتمل البطلان» و حكى الأول عن جماعة. و كأن وجهه: أن المزارعة تقتضى لزوم العمل على الفلاح بنحو الواجب المطلق المقتضى وجوب مقدماته و منها البذر، كالعوامل و آلات الحرث و نحو ذلك، كما أن إطلاق الإجارة على الخياطة يقتضى كون الخيوط على الأجير لا على المستأجر. فيكون وجه البطلان الذى احتمله فى القواعد المنع من ذلك، و أن مقتضى المزارعة

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٦١

[مسألة (١): لا يشترط فى المزارعة كون الأرض ملكاً للمزارع]

(مسألة ١): لا يشترط فى المزارعة كون الأرض ملكاً للمزارع، بل يكفى كونه مسلطاً عليها بوجه من الوجوه كأن يكون مالكاً لمنفعتها بالإجارة أو الوصية أو الوقف عليه أو مسلطاً عليها بالتولية كمتولى الوقف العام أو الخاص و الوصى

مجرد العمل بنحو الوجوب المشروط بوجود البذر، فإذا لم يتعين من عليه البذر كان المفهوم المنشأ بلا موضوع، فيبطل. و عن الإيضاح و جامع المقاصد: أنه الأصح. لكن

في صحيح يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام: «و سألته عن المزارعة قال (ع): النفقة منك و الأرض لصاحبها، فما أخرج الله تعالى من شيء قسم على الشطر. و كذلك أعطى رسول الله (ص) خبير حين أتوه، فأعطاهم إياها على أن يعمروها و لهم النصف مما أخرجت» (١).

لكن في جامع المقاصد الإطباق على صحة المزارعة مع كون البذر على المالك، فان تمّ - كما هو الظاهر، كما يشهد به تقسيم المزارعة في كلامهم الى صور متعددة، ومنها كون البذر على العامل تارة، و على صاحب الأرض أخرى، و عليهما معاً ثالثة - فلا مجال للعمل بظاهر الرواية، و يتعين تأويلها و الرجوع إلى القواعد المقتضية لوجوب التعيين إذا لم يكن تعين، و ربما يختلف ذلك باختلاف الأصقاع و الأزمان، فقد يكون البذر على صاحب الأرض فيكون الفلاح كالبنا، و قد يكون على الفلاح فيكون الفلاح كالخياط و الصحاف في زماننا، و قد لا يكون تعارف، و حينئذ لا بد من التعيين، و مع عدمه تبطل لعدم الموضوع. إلا أن يكون إطلاق فيقتضى كونه على العامل، كما ذكر في القواعد: و سيأتي في المسألة التاسعة عشرة ماله نفع في المقام.

(١) الوسائل باب: ١٠ من أبواب كتاب المزارعة و المساقاة حديث: ٢.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٦٢

أو كان له حق اختصاص بها بمثل التحجير و السبق و نحو ذلك (١)، أو كان مالكاً للانتفاع بها، كما إذا أخذها بعنوان المزارعة فزارع غيره (٢) أو شارك غيره. بل يجوز أن يستعير الأرض للمزارعة. نعم لو لم يكن له فيها حق أصلاً لم يصح مزارعتها، فلا- يجوز المزارعة في الأرض الموات مع عدم تحجير أو سبق أو نحو ذلك، فان المزارع و العامل فيها سواء. نعم يصح الشركة في زراعتها مع اشتراك البذر، أو بإجارة أحدهما نفسه للآخر في مقابل البذر أو نحو ذلك. لكنه ليس حينئذ من المزارعة المصطلحة (٣). و لعل هذا مراد الشهيد في المسالك من عدم جواز المزارعة في الأراضي الخراجية التي هي للمسلمين قاطبة (٤) -إلا- مع الاشتراك في البذر أو بعنوان آخر. فمراده هو فيما إذا لم يكن للمزارع جهة اختصاص بها، و إلا فلا إشكال في جوازها بعد الإجارة من السلطان، كما يدل عليه جملة من الاخبار.

[مسألة ٢: إذا أذن لشخص في زرع أرضه على أن يكون الحاصل بينهما]

(مسألة ٢): إذا أذن لشخص في زرع أرضه على أن يكون الحاصل بينهما بالنصف أو الثلث أو نحوهما، فالظاهر

(١) كما إذا وضع فيه شيئاً.

(٢) كما سيأتي التعرض لذلك في المسألة الثالثة عشرة.

(٣) من المعلوم أن الشركة في الزرع ليست مزارعة - كما عرفت - مفهوماً عرفاً و لغةً و شرعاً.

(٤) قال في المسالك: «و اعلم أنه قد استفيد من حقيقة المزارعة و من صيغتها أن المعقود عليه هو الأرض المملوكة المنتفع بها - كما

سيتححر

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٦٣

.....

من شرائطها- و يبقى من لوازمها البذر و العمل و العوامل، و هي بحسب ما يتفقان عليه في مقابلة الأرض أو بعضها مضافاً إليها من صاحب الأرض و بعضها على العامل، و صورها المتشعبة بينها كلها جائزة. و أنه لا تشرع المزارعة إذا لم تكن الأرض ملكاً لأحدهما كما في الأرض الخراجية ..». و أشكل عليه: بأن صيغة المزارعة- التي هي: زارعتك و نحوها- لا تقتضى اعتبار ملكية الأرض لا عيناً و لا منفعة، بل يكفي فيها الأولوية الحاصلة في أرض الخراج بالإحياء أو بالتفويض ممن هي بيده.

و عن الكفاية: الجزم بعدم اعتبار ذلك في المزارعة، و ذكر جملة من النصوص الدالة على جواز مزارعة أرض الخراج، كصحيح الحلبي عن أبي عبد الله (ع) في حديث: «أنه سئل عن مزارعة أهل الخراج بالربع و النصف و الثلث. قال: نعم لا بأس به، قد قبل رسول الله (ص) خبير أعطاها اليهود حين فتحت عليه بالخبر، و الخبر هو النصف» (١)

و

خبر الفيض بن المختار: «قلت لأبي عبد الله (ع): جعلت فداك ما تقول في أرض أتقبلها من السلطان ثم أوجرها أكرتني على أن ما أخرج الله منها من شيء كان لي من ذلك النصف و الثلث بعد حق السلطان.

قال: لا بأس به، كذلك أعامل أكرتني» (٢)

، و صحيح يعقوب المتقدم في الشرط العاشر

. لكن في الجواهر حمل كلام المسالك على إرادة ما في المتن. إلى أن قال: «و دعوى ظهور كلامه في اعتبار ملكية العين في المزارعة، مقطوع بفسادها، فان القواعد و النصوص و الفتاوى صريحة في خلافها، و يبعد خفاء مثل ذلك على مثله» أقول: صريح كلامه اعتبار الملكية و عدم

(١) الوسائل باب: ٨ من أبواب كتاب المزارعة و المساقاة حديث: ٨.

(٢) الوسائل باب: ١٥ من أبواب كتاب المزارعة و المساقاة حديث: ٣.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٦٤

صحته و إن لم يكن من المزارعة المصطلحة. بل لا يبعد كونه منها أيضاً (١). و كذا لو أذن لكل من يتصدى للزرع و إن لم يعين شخصاً (٢). و كذا لو قال: «كل من زرع أرضي هذه أو مقداراً من المزرعة الفلانية فلي نصف حاصله أو ثلثه»- مثلاً- فأقدم واحد على ذلك، فيكون نظير الجعالة (٣)

صحة المزارعة على الأرض الخراجية لعدم كونها ملكاً للمزارع، فدعوى ظهور كلامه في ذلك مقطوع بصحتها لا بفسادها. و القواعد و الفتاوى و النصوص إنما تدل على فساد دعوى اعتبار الملكية، لا على فساد دعوى ظهور كلامه في ذلك.

(١) قد تقدم و سيأتي أن المزارعة المصطلحة من العقود اللازمة و من المعلوم أن الأذن في الفعل الخارجي ليس عقداً، فضلاً عن أن يكون لازماً.

نعم إذا كان المراد من الأذن في زرع الأرض الأذن في إيقاعه للمزارعة الإنشائية، و كان المزارع في مقام إنشائها، كان إنشاؤها بذلك إيجاباً لها.

و يكون الأذن السابق قائماً مقام القبول، لكونه عملاً للسلطنة. و كذا إذا كان من قبيل الدال على إيجاب المزارعة بالدلالة العقلية، نظير دلالة التصرف على إمضاء العقد أو فسخه، كما سبق ذلك في مبحث الإيجاب و القبول. لكن الظاهر خروج ذلك عن الفرض المقصود من العبارة.

و بالجملة: الاذن في زرع الأرض لشخص إيقاع بحت، لا عقد و لا جزء عقد.

(٢) الفرق أن الأول إذن لشخص بعينه، و الثاني إذن عام، و الثالث ليس إذنًا، و إنما هو جعل على نفسه، و يستفاد منه الإذن بالقربة، و هو جعل العوض للمأذون الدال على الترغيب إليه.

(٣) لأن الجعالة جعل شيء على نفسه فتشترك مع الفرض الأخير في ذلك لكن يشكل ما ذكره: بأن الجعالة إيقاع على المشهور، فكيف يكون

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٦٥

فهو كما لو قال: «كل من بات في خاني أو داري فعليه في كل ليلة درهم» «أو كل من دخل حمامي فعليه في كل مرة ورقة» فإن الظاهر صحته للعمومات. إذ هو نوع من المعاملات العقلانية، و لا نسلم انحصارها في المعهودات، و لا حاجة إلى الدليل الخاص لمشروعيتها، بل كل معاملة عقلانية صحيحة إلا ما خرج بالدليل الخاص، كما هو مقتضى العمومات.

[مسألة ٣: المزارعة من العقود اللازمة]

(مسألة ٣): المزارعة من العقود اللازمة (١) لا تبطل

الفرض الأخير إيقاعاً و قد جعله من المزارعة المصطلحة؟! اللهم إلا أن يكون بناؤه على أن الجعالة من العقد. كما هو قول لبعضهم. و التحقيق: أن الفروض المذكورة و كذلك الجعالة ليست من العقود إذ لم يجعل فيها للعامل عنوان من العناوين الموقوف على أعمال سلطنته و قبوله. مع أنها لو كانت عقداً احتاجت إلى القبول، و هو مفقود، فإن العمل من العامل لم يكن بقصد القبول للإيجاب، بل كان بقصد الجرى على مقتضى الإيجاب بناء منه على تمامية اقتضائه، فلا- يكون قبولاً- فعلياً مع أنه في الصورتين الأخيرتين و في الجعالة قد لا- يكون مالياً للإيجاب أو لا- يكون مطابقاً له، كما إذا كان العمل بقصد عوض آخر غير ما ذكر في الإيجاب، أو كان صادراً من غير البالغ، أو من غير الرشيد أو من غير المميز أو من المجنون الذي لا- يصح قصده. و لعله لذلك قال في الشرائع في مبحث الجعالة: أنها لا تحتاج إلى قبول. و إن كان ينافيه قوله بعد ذلك: «و يجوز أن يكون العمل مجهولاً، لأنه عقد جائز كالمضاربة» إلا أن يكون مراده من العقد معنى آخر، لا ما اشتمل على الإيجاب و القبول، و إن كان بعيداً. و كيف كان فالتحقيق ما ذكرنا.

(١) إجماعاً- كما عن جامع المقاصد- و في المسالك: أنه اتفاق، و في

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٦٦

إلا بالتقاييل (١) أو الفسخ بخيار الشرط (٢) أو بخيار الاشتراط (٣) أى: تخلف بعض الشروط المشترطة على أحدهما. و تبطل أيضاً بخروج الأرض عن قابلية الانتفاع (٤) لفقد الماء أو استيلائه أو نحو ذلك. و لا تبطل بموت أحدهما (٥)، فيقوم وارث الميت منهما مقامه (٦).

الجواهر: «بلا خلاف، بل لعل الإجماع بقسميه عليه» و عن الكفاية:

«كأنه إجماع». و يقتضيه ما دل على لزوم في عامة العقود.

(١) لما دل على مشروعيتها الإقالة في عامة العقود اللازمة. و عن الرياض: الظاهر أنه لا خلاف في البطلان بالتقاييل، و نحوه عن غيره.

(٢) لما دل على صحة اشتراط الخيار في عامة العقود اللازمة، لعموم صحة الشروط.

(٣) فإن فوات الشرط يوجب الخيار، إما لأنه من الأحكام العرفية الممضأة لدى الشارع المقدس، أو لأن لازم اشتراط الشرط اشتراط الخيار عند فقده. هذا و قد اقتصر المصنف في الخيار على السببين المذكورين مع أن الخيار قد يكون بالغبن، بناء على عموم دليبه

لجميع المعاوزات المالية و قد أثبتته المصنف و غيره في الإجارة، و لا فرق بينها و بين المقام. نعم لو كان دليله الإجماع اختص بالبيع، لاخصاص الإجماع به، و حينئذ لا يشمل الإجارة و لا المقام، فالتفكيك بين الإجارة و المقام غير ظاهر، إذ المقام إما من قبيل إجارة الأرض، أو إجارة الأجير العامل، أو إجارتهما.

(٤) كما صرح به غير واحد، لما تقدم في الشرط السابع.

(٥) كما في الشرائع و القواعد و غيرهما، و في جامع المقاصد: «لا نعرف خلافاً في أن المزارعة لا تبطل بموت أحد المتعاقدين». و يقتضيه الأصل.

(٦) كما نص على ذلك في جامع المقاصد و المسالك و غيرهما.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٦٧

نعم تبطل بموت العامل مع اشتراط مباشرته للعمل (١)، سواء كان قبل خروج الزرع أو بعده (٢). و أما المزارعة المعاطية فلا تلزم إلا بعد التصرف (٣). و أما الإذنية فيجوز فيها الرجوع دائماً (٤)، لكن إذا كان بعد الزرع و كان البذر من

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

مستمسك العروة الوثقى؛ ج ١٣، ص: ٦٧

(١) كما ذكره في المسالك. لكنه يختص بما إذا كان الشرط راجعاً الى تقييد العمل بعمل العامل مباشرة، بأن كان موضوع المزارعة الأرض و منفعة العامل نفسه، و البطالان فيه ظاهر. لفوات الموضوع الموجب لفوات الحكم. أما إذا كان الشرط راجعاً الى اشتراط شيء زائد على العامل.

فالموضوع نفس العمل في الذمة، الشامل لعمل غيره، فيكون الشرط تطبيقه على عمل نفسه، فإذا مات العامل فقد تعذر العمل بالشرط و يكون الحكم صحة العقد و الخيار في الفسخ، لفوات الشرط.

(٢) في المسالك: «هو مشكل لو كان موته بعد خروج الثمرة لأنه قد ملك الحصة و إن وجب عليه بقاء العمل، فخروجه عن ملكه بعد ذلك بعيد». ورده في الجواهر: بأن الملك و إن حصل، لكنه متزلزل إلى حصول تمام العمل نحو ملك العامل في المضاربة في بعض الأحوال».

و هو في محله عملاً بمقتضى العقد الخاص.

(٣) لما حرر في مبحث البيع المعاطية من عدم لزومها الا بالتصرف.

(٤) قد تقدم منه أن المزارعة الإذنية من المزارعة المصطلحة، و قد عرفت أن المزارعة المصطلحة من العقود، فتكون لازمة، عملاً بأصالة اللزوم في العقود. نعم إذا كانت من الإيقاع جاز الرجوع فيها، لكن بالنسبة إلى المستقبل الذي هو محل الابتلاء، لا بالنسبة الى الماضي الخارج عن محل الابتلاء، فإذا قال زيد: أذنت لك أن تسكن داري شهراً، فسكنت فيه أياماً، ثم رجعت عن الاذن صح ذلك بالنسبة إلى اللاحقة، لا

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٦٨

العامل يمكن دعوى لزوم إبقائه إلى حصول الحاصل، لأن الإذن في الشيء إذن في لوازمه (١)، و فائدة الرجوع أخذ أجره الأرض منه حينئذ و يكون الحاصل كله للعامل.

[(مسألة ٤): إذا استعار أرضاً للمزارعة]

(مسألة ٤): إذا استعار أرضاً للمزارعة (٢) ثم أجرى

الماضية، فإنه لا يجوز الرجوع فيها، لخروجها عن محل الابتلاء.

(١) الاذن في بقاء الزرع ليس مستنداً إلى الاذن في الزرع، ليكون من باب: الاذن في الملزوم إذن في اللازم، بل هو مقتضى صريح العبارة الدالة على استحقاق حصة الناتج. مضافاً إلى أن ثبوت الاذن في بقاء الزرع لا يجدى بعد فرض رجوع المالك عن الاذن، كما هو المفروض.

اللهم إلا- أن يكون مراده أنه إذا أذن المالك في إبقاء الزرع فرجع عن إذنه ليس له قلع الزرع الذي كان مأذوناً في إبقائه. لكن- على هذا- يكون المناسب التعرض لإثبات هذه الدعوى ووجهها، لا التعليل بما ذكر.

و أيضاً فإن جواز رجوع المالك بعد عمل العامل غير ظاهر، إذ لا دليل على عموم الرجوع عن الاذن، و مقتضى الأصل عدم تأثير الرجوع شيئاً و بقاء الاستحقاق للحصة المعينة، و عدم الرجوع إلى أجره المثل بحاله. فالذي يتحصل في الاشكال على ما في المتن أمور: (الأول):

أن الاذن في بقاء الزرع ليس مستنداً إلى الملازمة و الاذن في الملزوم، بل مستند إلى صريح القول. (الثاني): أن الكلام ليس في الاذن من المالك، بل في تأثير الرجوع عن الاذن في جواز القلع و عدمه. (الثالث): أنه لا دليل على جواز رجوع المالك عن إذنه بعد عمل العامل، لا سيما إذا كان الناتج لا يحتاج إلى عمل.

(٢) الظاهر أنه لا مانع من صحة استعارة الأرض للمزارعة، فان الاستعارة استباحة العين للاستفادة بمنافعها، أعم من أن تكون الاستفادة مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٦٩

عقدها لزم، لكن للمعير الرجوع في إعارته (١)، فيستحق أجره المثل لأرضه على المستعير، كما إذا استعارها للإجارة (٢) فأجرها، بناء على ما هو الأقوى من جواز كون العوض لغير مالك المعوض.

بالمباشرة أو بالتسيب، فالحصة التي تكون للمستعير بالمزارعة نتيجة استعارة الأرض للمزارعة.

(١) لا يخلو من نظر، فإن المزارعة قد اقتضت على وجه اللزوم استحقاق المستعير و العامل لمنفعة الأرض، فلا يمكن رجوع المنفعة إلى مالكيها كي يترتب على الرجوع فائدة. و دعوى: أن فائدة الرجوع عن الاذن ضمان أجره المثل. مدفوعة: بأنه لا موجب لهذا الضمان. و ثبوت الضمان فيما لو باع المشتري العين ثم ظهر غبن البائع، فإنه إذا فسخ يرجع على المشتري ببدل العين، لأنها مضمونة بالمعاوضة، لا يقتضى ثبوت الضمان هنا، إذ لا معاوضة في العارية.

(٢) في صحة هذه الاستعارة نظر، فإن الاستعارة استباحة الانتفاع بالعين و استيفاء منفعتها، و الإجارة ليست استيفاء للمنفعة، بل استيفاء لعوضها، فلا تصح الاستعارة لها.

لكن المصنف (ره) لم يهتم لهذا الاشكال و اهتم لإشكال آخر، و هو أن الإجارة من المعاوضات، و هي تقتضى دخول العوض في ملك من خرج عنه المعوض، فيجب أن تدخل الأجرة في ملك مالك المنفعة و هو المعير، و لا يمكن أن تدخل في ملك غيره و هو المستعير. و أجاب عنه: بأن العوض في المعاوضات لوحظ فيه العوض في الجملة، و لا يجب أن يدخل في ملك مالك المعوض.

لكن قد تقدم الإشكال في ذلك، و أنه خلاف المرتكز في باب المعاوضة. نعم لا يبعد عدم اعتبار دخول المعوض في ملك من

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٧٠

[مسألة ٥): إذا شرط أحدهما على الآخر شيئاً]

(مسألة ٥): إذا شرط أحدهما على الآخر شيئاً في ذمته أو في الخارج - من ذهب أو فضة أو غيرهما - مضافاً إلى حصته من الحاصل صح (١).

يخرج منه العوض.

ثمّ إنه قد يقال بصحة الاستعارة للإجارة، بملاحظة أن الأجرة تدخل في ملك المعير، ثمّ تدخل في ملك المستعير، فمرجع الاستعارة للإجارة الأذن في تملك الأجرة. ولكن لا يخفى أن ذلك بعيد عن مفهوم الاستعارة جداً، إذ العين المستعارة على هذا لم يقصد الاستفادة بمنفعتيها. ولا بعوض المنفعة وإنما قصد الأذن في الإجارة للمعير ثمّ تملك الأجرة، لا الإجارة للمستعير فلم تكن الاستعارة للإجارة.

(١) كما هو المشهور، بل عليه عامة من تأخر، كما في الجواهر.

وفي الشرائع: حكاية القول بالبطلان، لكن عن جماعة أنه لم يعرف قائله، بل ولا دليله، لمخالفته لعموم نفوذ الشروط من غير مخصص أو مقيد.

مضافاً إلى ما

رواه المشايخ الثلاثة: (رض) عن محمد بن سهل بن اليسع عن أبيه قال: «سألت أبا الحسن (ع) موسى (ع) عن الرجل يزرع له الحراث بالزعران، و يضمّن له أن يعطيه في كل جريب أرض يمسح عليه وزن كذا و كذا درهما، فربما نقص و غرم، و ربما استفضل و زاد. قال (ع): لا بأس به إذا تراضيا» (١).

و قد استدلل به على الحكم كما عن جماعة، مستظهريّن دلالتهم، منهم الخراساني و الكاشاني و السيد في الرياض، و في الجواهر: «في المفاتيح: في بعض الأخبار عليه دلالة (يعني: على جواز الشرط المذكور) قيل: و لعله ما أشار إليه في الكفاية من بعض المعبرة: عن الرجل ..» ثمّ ذكر الحديث و لم يتعرض لوجه

(١) الوسائل باب: ١٤ من كتاب المزارعة و المساقاة حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٧١

و ليس قراره مشروطاً بسلامة الحاصل (١)،

الدلالة. لكن الدلالة على ما نحن فيه غير ظاهرة، لوروده في اشتراط حصّة معينة من الحاصل لا من غيره، و التعدي إلى غيره غير ظاهر. (١) قال في المسالك: «القول بالمنع لا نعلم القائل به. و على القول بالجواز يكون قراره مشروطاً بالسلامة، كاستثناء أرتال معلومة من الثمرة في البيع، فلو تلف البعض سقط منه بحسابه، لأنه كالشريك و إن كانت حصته معينة. مع احتمال أن لا يسقط منه شيء بتلف البعض متى بقى قدر نصيبه، عملاً بإطلاق الشرط». و الذي يظهر من العبارة أن في المسألة احتمالين: (الأول): أنه يسقط من الشرط بنسبة التالف إلى الحاصل، فيكون من قبيل الجزء المشاع فإذا تلف من الحاصل الربع - مثلاً - سقط من الشرط الربع. (الثاني): أنه لا يسقط منه ما دام الباقي من الحاصل بمقداره، فإذا تلف الحاصل كله سقط الشرط حينئذ، فيكون من قبيل الكلي في المعين، و الأول أقوى في نظره الشريف من الثاني، و لكن الاحتمالين خلاف عموم صحة الشرط و إطلاقها الشامل لصورتى تلف الحاصل أو بعضه و عدمه، فلا يسقط من الشرط شيء و ان تلف جميع الحاصل، نظير الدين في الذمة.

و لا - مجال لقياس المقام على صورة استثناء البائع للثمرّة بعض الحاصل الذي ذكر الأصحاب أنه يسقط من المستثنى بالنسبة، لأن الاستثناء يقتضى وحدة السخية بين المستثنى و المستثنى منه، و لما كان المستثنى منه خارجياً كان المستثنى أيضاً خارجياً، فيكون

جزءاً مشاعاً لا كلياً في المعين ولا في الذمة، وفي المقام لا وحدة جنسية بين الحاصل وبين الشرط، كي يبني على وحدة السنخية ليرتب ما ذكر. فلاحظ ما ذكرناه في تلك المسألة في باب (بيع صاع من صبرة) من كتابنا نهج الفقاهة.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٧٢

بل الأقوى صحة استثناء مقدار معين من الحاصل لأحدهما (١) مع العلم ببقاء مقدار آخر ليكون مشاعاً بينهما، فلا يعتبر إشاعة جميع الحاصل بينهما لي الأقوى. كما يجوز استثناء

(١) قال في المختلف: «منع بعض أصحابنا أن يشترط أحدهما شيئاً من الحاصل والباقي يكون بينهما. والوجه عندى الجواز. وقد نص الشيخ وجماعة - كابن البراج وابن إدريس وغيرهما - على جواز اشتراط إخراج البذر أولاً، وفي التحرير: «لو شرط أحدهما قفيزاً معلوماً من الحاصل وما زاد بينهما ففي البطلان نظر»، و ظاهره أن الصحة أقرب، وعن الكفاية: أنه غير بعيد. لكن في القواعد الحكم بالبطلان على إشكال، وهو المحكى عن كثير من كتب الأصحاب، وهو المشهور، كما في المسالك. وفي الشرائع: «لو شرط أحدهما قدرأ من الحاصل وما زاد عليه بينهما لم يصح، لجواز أن لا تحصل الزيادة»، ولا يخفى ضعف التعليل، فان الاحتمال المذكور لا يبطل المزارعة في صورة عدم الشرط، فكيف صار يبطلها مع فرضه. مضافاً إلى أنه قد يحصل العلم بالزيادة، فلا وجه للمنع مطلقاً. نعم لا بد من حصول الزيادة في الواقع، لا أن العلم به شرط في الصحة. وفي جامع المقاصد: الاستدلال بأصالة عدم المشروعية فيما لم يثبت مشروعيتها، لأن العقود بالتلقى، وفي المسالك: الاستدلال بأن ذلك مناف لوضع المزارعة، و كون العقد على خلاف الأصل، حيث أن العوض فيه مجهول، فيقتصر فيه على موضع النقل. انتهى. وفيه: أنه لا دليل على قبح الجهالة كلية. كما أنه لم يثبت منافاته لوضع المزارعة. و أما أصالة عدم المشروعية فهي خلاف إطلاق دليل صحة المزارعة، فضلاً عن صحة العقود. نعم لا بد من إثبات كونها مزارعة عرفاً، أما مع الشك في ذلك فالأصل عدم ترتب

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٧٣

مقدار البذر لمن كان منه (١)، أو استثناء مقدار خراج السلطان، أو ما يصرف في تعمير الأرض، ثم القسمة. و هل

أحكام المزارعة، وإن قيل بصحتها من حيث كونها عقداً.

ثم إن ظاهر النصوص المتقدمة أن قوام المزارعة المعاملة على الأرض بالحصة المشاعة، وهو في المقام حاصل، غاية الأمر أنه اشترط فيه شرط و دليل صحة الشروط يقتضى صحته، كما في المسألة السابقة، ولا فرق بين أن يكون الشرط متعلقاً بالحاصل كما هنا، أو متعلقاً بخارج الحاصل كما في المسألة السابقة، فالتفصيل بينهما - كما عن الأكثر - بلا فاصل. و دعوى:

كون الشرط المتعلق بالحاصل منافياً لوضع المزارعة، فيكون منافياً لمقتضى العقد، فيكون باطلاً ممنوعاً. لما عرفت. و يمكن الاستدلال على الصحة برواية سهل بن اليسع المتقدمة

، إذ تقدم أن موردها ما نحن فيه دون ما تقدم.

(١) الظاهر أنه لا إشكال في صحة اشتراط ذلك واستثنائه، والنصوص تدل عليه،

ففي خبر إبراهيم الكرخي قال: «قلت لأبي عبد الله (ع):

أشارك العليج (المشرك. خ ل) فيكون من عندى الأرض و البقر و البذر و يكون على العليج القيام و السقى (السعى. خ ل) و العمل في الزرع حتى يصير حنطة أو شعيراً، و تكون القسمة فيأخذ السلطان حقه (مثله. خ ل) و يبقى ما بقى على أن للعليج منه الثلث و لى الباقي. قال: لا بأس بذلك.

قلت: فلي عليه أن يرد على مما أخرجت الأرض البذر و يقسم ما بقى؟

قال: إنما شاركته على أن البذر من عندك و عليه السقى و القيام (القيام و السعى. خ ل) «(١)».

و ظاهر التعليل فى الأخير جواز اشتراط أخذ البذر قبل القسمة. و

صحيح يعقوب بن شعيب عن أبى عبد الله (ع) قال: «سألته عن الرجل تكون له الأرض من أرض الخراج فيدفعها إلى الرجل

(١) الوسائل باب: ١٠ من كتاب المزارعة و المساقاة حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٧٤

يكون قراره فى هذه الصورة مشروطاً بالسلامة كاستثناء الأبطال فى بيع الثمار (١) أو لا؟ وجهان (٢).

على أن يعمرها و يصلحها و يؤدى خراجها، و ما كان من فضل فهو بينهما.

قال: لا بأس «(١)».

و ظاهره اشتراط الأمور الثلاثة جميعها.

(١) قد أشرنا فى أوائل المسألة إلى أنه قد ذكر الفقهاء - قدس الله أسرارهم - أنه إذا باع الثمرة و استثنى مقداراً معيناً فخاست الثمرة

ينقص من المستثنى على حسب النسبة. قال فى الشرائع: «يجوز أن يستثنى ثمرة شجرات أو نخلات بعينها، و أن يستثنى حصّة مشاعة أو

أرطالا معلومة.

و لو خاست الثمرة سقط من الثنيا بحسابه». و فى الجواهر: «بلا خلاف أجده فيه». كما أنهم ذكروا فى بيع الصاع من صبرة أنه إذا تلف

بعض الصبرة لم ينقص من المبيع شىء. و لأجل ذلك استشكل فى وجه الفرق بين المسألتين جماعة، و الأقرب فى وجه الفرق: أن

المبيع فى بيع صاع من صبرة الكلى الذى لا ينقص بنقصان الصبرة، و المستثنى فى بيع الثمرة المقدار المشاع لا الكلى، لأن حمله على

الكلى يوجب عدم السخية بين المستثنى و المستثنى منه، و إذا حمل على المقدار المشاع لا بد أن يرد عليه النقص الوارد على الكل،

بخلاف بيع الصاع، فان الظاهر من المبيع الكلى، و لا مقتضى لحمله على المشاع، كما أشرنا إلى ذلك آنفاً.

(٢) الظاهر اختلاف الحكم باختلاف التعبير، فان كان بنحو الاستثناء - كما عبر به فى المتن - حمل على الإشاعة - كما ذكرنا - و إن

كان على نحو آخر حمل على الكلى فى المعين أو فى الذمة على اختلاف العبارات» و المصنف (ره) عبر بالاستثناء، و غيره بالشرط، و

الشرط قد يكون بنحو الإشاعة، و قد يكون بنحو الكلى فى المعين، و قد يكون بنحو الكلى فى الذمة، و قد

(١) الوسائل باب: ١٠ من أبواب كتاب المزارعة و المساقاة حديث: ٢.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٧٥

[مسألة ٦: إذا شرط مدة معينة يبلغ الحاصل فيها]

(مسألة ٦): إذا شرط مدة معينة يبلغ الحاصل فيها غالباً فمضت و الزرع باق لم يبلغ فالظاهر أن للمالك الأمر بإزالته (١) بلا أرش (٢)

أو إبقائه و مطالبة الأجرة إن رضى العامل بإعطائها و لا يجب عليه الإبقاء بلا أجرة، كما لا يجب عليه الأرش مع إرادة الإزالة، لعدم

حق للزارع بعد المدة و الناس مسلطون على أموالهم (٣). و لا فرق بين أن يكون

عرفت حكم كل منها. فان كان التعبير من المصنف بالاستثناء يريد به معناه فاللازم الفتوى بسراية النقص، و لا وجه للتردد، و إن كان

يريد به الشرط - كما ذكر الفقهاء - فالحكم يختلف باختلاف التعبير.

(١) قال في الشرائع: «و لو مضت المدّة و الزرع باق كان للمالك إزالته على الأشبه، سواء كان بسبب الزارع- كالتفريط- أو من قبل الله سبحانه، كتأخر المياه، أو تغيير الأهوية، و نحوه ما فى المسالك، و ما عن التحرير و الإرشاد و الروض و مجمع البرهان و الكفاية و غيرها مما هو كثير.
(٢) للأصل.

(٣) هذا الاستدلال ذكره فى المسالك. و فيه: أن قاعدة السلطنة معارضة بقاعدة الضرر، لأن إزالة الزرع ضرر على الزارع، و قاعدة الضرر مقدمة على قاعدة السلطنة. نعم إذا اتفق أن منع المالك عن التصرف فى أرضه ضرر عليه- لما فيه من تفويت المنفعة الخاصة- تعارضت قاعدة الضرر فى الطرفين، فيرجع إلى عموم قاعدة السلطنة. و عليه يتعين التفصيل بين صورة ما إذا كان حبس المالك عن التصرف فى أرضه ضرراً و بين غيرها، فتجوز الإزالة فى الأولى، و لا تجوز فى الثانية. فإذا جازت الإزالة فى الأولى فإن إزالة الزارع فلا موجب لاستحقاق الأرش على مالك
مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٧٦
ذلك بتفريط الزارع (١) أو من قبل الله، كتأخير المياه أو تغيير الهواء. و قيل بتخيره بين القلع مع الأرش و البقاء مع الأجرة (٢). و فيه: ما عرفت (٣)، خصوصاً إذا كان

الأرض، للأصل- كما سبق- و لا مجال لاحتمال أن قاعدة الضرر تقتضى ذلك، أولاً لما عرفت من سقوطها، و ثانياً لأنها نافية فلا تصلح للإثبات و كذا إذا امتنع الزارع من الإزالة فإن إزالة المالك. و احتمال الضمان- لأن النقص جاء بفعله- ضعيف، لأن الزرع لما لم يكن مستحق البقاء لم تكن فى إزالة المالك له نوع من التعدى، كى يوجب الضمان. و إذا لم تجز الإزالة فى الثانية فبقى الزرع استحق المالك أجرة الأرض، و قاعدة الضرر الموجبة لجواز الإبقاء لا تقتضى الإبقاء مجاناً، فاستيفاء منفعة الأرض تقتضى ضمانها.
(١) يمكن أن يقال بعدم جريان قاعدة الضرر فى هذه الصورة، لأن تفريطه يوجب نسبة الضرر إليه. لا إلى الحكم الشرعى. كى يرتفع بقاعدة الضرر. و لكنه كما ترى، إذ الضرر يحصل بالإزالة التى سوغها الشارع. نعم قد يقال: إن تفريطه إقدام على الضرر، فلا تشمله القاعدة لاختصاصها بغير المقدم. و هو أيضاً مشكل إذ قد يكون تفريطه برجاء بلوغ الزرع مع التفريط، أو رضا المالك بإبقائه، أو نحو ذلك من الوجوه التى لا يكون فيها الإقدام على الضرر.
(٢) القائل العلامة فى القواعد قال: «و لو ذكر مدّة يظن الإِدْرَاقَ فيها فلم يحصل فالأقرب أن للمالك الإزالة مع الأرش أو التبقية بالأجرة، سواء كان بسبب الزارع، كالتفريط بالتأخير أو من قبل الله تعالى كتغيير الأهوية و تأخير المياه».
(٣) من أنه لا دليل على الأرش.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٧٧

بتفريط الزارع (١). مع أنه لا وجه لإلزامه العامل بالأجرة بلا رضاه (٢). نعم لو شرط الزارع على المالك إبقائه إلى

(١) و لذلك فصل جماعة بين صورة التفريط من الزارع فتجوز الإزالة بلا أرش، و بين غيرها فلا تجوز الإزالة.
(٢) كما ذكره فى جامع المقاصد. و تبعه عليه غيره، فان ذلك خلاف قاعدة السلطنة على النفس المانعة من إلزام الزارع بالأجرة. و الذى يتحصل مما ذكرنا أمور: (الأول): أن قلع الزرع عند انتهاء المدّة إذا لم يكن موجباً للضرر فيه جاز للمالك الأمر بإزالته، عملاً بقاعدة السلطنة من دون معارض. (الثانى): أنه إذا كان قلع الزرع موجباً للضرر فيه كان مقتضى قاعدة نفي الضرر- المقدمة على قاعدة السلطنة- عدم جواز قلعه، و يتعين دفع الأجرة للمالك فى مقابل المنفعة المستوفاة من بقاء الزرع، فان استيفاء المنفعة موجب للضمان. (الثالث): إذا كان قلع الزرع ضرراً عليه و إبقاؤه فى الأرض ضرراً عليها، كان مقتضى تعارض الضررين سقوط القاعدة فيهما و الرجوع

إلى قاعدة السلطنة ولا يقدم أقوى الضررين، لأن المقام من تعارض التطبيقين و نسبة الدليل إليهما نسبة واحدة من دون ترجيح، و ليس المقام من التزاحم، كى يقدم الأقوى على الأضعف. ثم إذا رجع إلى قاعدة السلطنة جاز للمالك الأمر بالإزالة من دون أرش عليه، إذ لا موجب له، وقاعدة الضرر غير جارية مع مع أنها لا تصلح للإثبات لأنها نافية لا مثبتة، مع أنه لو ثبت الأرش لم يكن ذلك لعدم الضرر، وإنما كان لتدارك الضرر، و ليس من شأن القاعدة إثبات التدارك. (الرابع): أن التفريط بالتأخير لا يوجب نسبة الضرر إلى المفرط، و لا يقتضى الاقدام عليه، فقاعدة الضرر بحالها، كما فى غير المفرط.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٧٨

البلوغ - بلا أجره، أو معها - إن مضت المدة قبله لا يبعد صحته (١) و وجوب الإبقاء عليه.

[مسألة (٧): لو ترك الزارع الزرع بعد العقد و تسليم الأرض إليه حتى انقضت المدة]

(مسألة ٧): لو ترك الزارع الزرع بعد العقد و تسليم الأرض إليه حتى انقضت المدة، ففي ضمانه أجره المثل للأرض - كما أنه يستقر عليه المسمى فى الإجارة - أو عدم ضمانه أصلاً غاية الأمر كونه آثماً بترك تحصيل الحاصل، أو التفصيل بين ما إذا تركه اختياراً فيضمن أو معذوراً فلا، أو ضمانه ما يعادل الحصه المسماة من الثلث أو النصف أو غيرهما بحسب التخمين فى تلك السنة، أو ضمانه بمقدار تلك الحصه من منفعة الأرض - من نصف أو ثلث - و من قيمة عمل الزارع، أو الفرق بين ما إذا اطلع المالك على تركه للزرع فلم يفسخ المعاملة لتدارك

(١) قال فى الشرائع: «لو شرط فى العقد تأخيره إن بقى بعد المدة المشروطة بطل العقد على القول باشتراط تقرير المدة». و فى المسالك:

«وجه البطلان على القول المذكور أن المدة تصير فى الحقيقة هى المجموع من المذكور و ما بعده إلى أن يدرك الزرع، و هى مجهولة، فيبطل العقد للإخلال بالشرط. و على تقدير عدم جهالة الجملة فالمدة المشروطة مجهولة و شرطها فى ضمن العقد من جملة العوض. فاذا تضمن جهالة بطل العقد ..

(إلى أن قال): و يحتمل على هذا القول صحة الشرط المذكور، لأن المدة مضبوطة، و ما تضمنه الشرط بمنزلة التابع، ذكر احتياطاً لأجل الحاجة و جهالة التابع غير مضره». لكن فى الجواهر: «فيه ما لا يخفى» و كأنه لعدم الفرق فى قبح الجهالة بين التابع و المتبوع. و فيه: أن عموم دليل المنع للأمرين غير ظاهر، إذ بناء على اعتبار تعيين المدة فالدليل عليه

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٧٩

استيفاء منفعة أرضه فلا يضمن، و بين صورة عدم اطلاعه إلى أن فات وقت الزرع فيضمن، و جوهه، و بعضها أقوال، فظاهر بل صريح جماعة الأول (١)،

الإجماع، و هو غير شامل للتابع.

ثم إنه قال فى الجواهر «قد يقال بالبطلان حتى مع تعيين المدة المشروطة، وللتعليق، و للجهالة و لو لاعتبار التردد بين المدتين». و هو كما ترى، إذ لا دليل على البطلان فى التعليق فى التابع أيضاً، إذ العمدة فى دليله الإجماع، و هو غير شامل للتابع. و من ذلك ظهر أن ما فى القواعد من قوله: «و لو شرط فى العقد تأخيره عن المدة إن بقى بعدها فالأقرب البطلان» أولى بالضعف.

(١) قال فى الشرائع: و لو ترك المزارع حتى انقضت المدة لزمه أجره المثل. و لو كان استأجرها لزمته الأجره، و نحوه ما فى القواعد و عن التذكرة و التحرير و الإرشاد و الروض و المفاتيح و مجمع البرهان، و عن الأخير: أنه ظاهر و هو المنسوب إلى ظاهر الأصحاب

في كلام غير واحد.

و علله في المسالك: بأن منفعة الأرض صارت مستحقة له بحيث لا يتمكن المالك من استيفائها، وقد فوتها، فيلزم الأجره. وفيه: أنه لا يظهر وجه الملازمة بين تفويته ما يستحق و بين ضمان الأجره للمالك. و كان الأولى تعليله: بأن منفعة الأرض صارت مستحقة له بعوض لم يسلم لتعذره، فينتقل إلى أجره المثل. و إن كان يشكل أيضاً: بأن تعذر العوض موجب للبطلان فاستحقاق أجره المثل يحتاج إلى دليل. إلا أن يقال: يكفي في الضمان عموم قاعدة: ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، و لما كانت منفعة الأرض مضمونة في المزارعة الصحيحة بالحصه فهي مضمونة في المزارعة الفاسده بالأجره. كذا استدل. و فيه تأمل

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٨٠

بل قال بعضهم (١): يضمن النقص الحاصل بسبب ترك الزرع إذا حصل نقص، و استظهر بعضهم الثاني (٢)، و ربما يستقرب الثالث (٣)،

(١) القائل الشهيد الثاني في المسالك، قال: «و حيث يلزم ضمان الأجره يلزم أرشها لو نقصت بترك الزرع، كما يتفق في بعض الأرضين، لاستناد النقص إلى تفريطه». و هو في محله، لأنه بحكم الأمين، و هو يضمن النقص بالتفريط. و من ذلك يظهر الاشكال فيما في الجواهر من أن ضمان النقص من أحكام يد الضمان التي ليست هذه اليد منها.

(٢) يريد به صاحب الجواهر (قده) حيث ذكر، في الاشكال على الضمان أن الرجوع إلى أجره المثل مما لا يرجع إلى قاعدة، ضرورة عدم العدوان في يده حتى يندرج في عموم: «على اليد..»

و عدم صدق إتلاف مال الغير، لأن عقد المزارعة جعله بحكم ماله. نعم يجب عليه الاستمءاء و تسليم الحصه، و ذلك إنما يترتب عليه الإثم لا الضمان. و قاعدة «لا ضرر و لا ضرار..»

لا يستفاد منها الضمان، و لكن ترفع لزوم، و حينئذ يتسلط على الخيار. و لم ينسب ذلك لأحد قولاً أو احتمالاً.

(٣) هو ظاهر الشهيد الثاني في المسالك، قال: «و هل يفرق فيهما (يعنى: في ضمان أجره المثل و ضمان النقص) بين ما إذ ترك العامل الانتفاع اختياراً و غيره؟ ظاهرهم عدمه. و لا يبعد الفرق، لعدم التقصير في الثاني، خصوصاً في الأرش و مقتضى العقد لزوم الحصه خاصة، و لم يحصل منه تقصير يوجب الانتقال إلى ما لا يقتضيه العقد» و قد يظهر منه أن القول المذكور يختص به. و فيه: أن التقصير و القصور إنما يختلفان في الإثم و عدمه و استحقاق العقاب و عدمه، لا في الضمان و عدمه، فان الضمان بعموم: «على اليد..»

أو عموم: من أتلّف، لا يفرق فيه بين القصور

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٨١

و يمكن القول بالرابع (١)، و الأوجه الخامس (٢)،

و التقصير. و كذا في ضمان المعاوضات، فان ضمان كل من العوضين عند الفسخ لا يفرق فيه بين القصور و التقصير. و كذا الضمان بالتفريط في الأمانات لا يفرق فيه بين الأمرين، فالتفصيل بين القصور و التقصير في الضمان و عدمه ضعيف جداً.

(١) لأن الحصه المسماة في العقد مستحقة للمالك بمقتضى العقد، و قد فوتها عليه العامل، فيضمنها له، و لما لم يمكن ضبطها على وجه التحقيق انتقل إلى وجه التقريب و التخمين. و فيه: أن الحصه المستحقة إنما هي من الحاصل، و المفروض عدمه، فيبطل العقد،

لانتفاء موضوعه، فيبطل أثره و هو الاستحقاق، و ليست هي في الذمة حتى تكون مضمونة.

(٢) لأن الحاصل لما كان نتيجة منفعة الأرض و عمل الزارع، فنصفه نتيجة نصفهما، و ربه نتيجة ربعهما، فإذا كان للمالك حصة من الحاصل فهو نتيجة ما يملكه من حصة منفعة الأرض و عمل الزارع، فلما فوتهما الزارع على المالك كان ضامناً لهما، لا لأجرة المثل، و لا للحصة من الزرع.

وفيه: أن الذي تضمنه عقد المزارعة هو ملك مالك الأرض نفس الحصة من الزرع فقط في مقابل تمام منفعة الأرض، أو في مقابل بذل الأرض، و أما عمل الزارع فليس موضوعاً لعقد المزارعة، إذ لا يستفاد من قولهم في شرح مفهوم المزارعة أنها المعاملة على الأرض بحصة من حاصلها إلا- ذلك، فلا- يملك مالك الأرض إلا الحصة الخاصة من الحاصل، و لما تعذرت بطلت المزارعة و صارت كأن لم تكن، و قد فاتت منفعة الأرض بيد العامل، فيكون ضامناً لها- على ما ذكره المشهور- أولاً- كما ذكر في الجواهر- على ما سبق و يأتي.

و كان الأقرب من هذا الوجه أن يقال: إن المزارعة مأخوذة من

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٨٢

و أضعفها السادس (١). ثم هذا كله إذا لم يكن الترك بسبب

الزرع، فهي معاملة على الأرض على أن تزرع، فيكون عوض بذل الأرض عمل الزارع، و أما الحصة من الحاصل فهي من قبيل الشرط في المزارعة، فيكون صاحب الأرض مالكاً على العامل العمل، و هو الزرع فإذا لم يزرع يكون ضامناً لقيمة العمل المملوك عليه. و هذا الوجه أقرب عرفاً من الوجه الخامس، و يكون وجهاً سابعاً.

لكن يشكل: بأن الأعمال المملوكة لا تكون مضمونة إذا فاتت، و لذا ذكر المشهور أن الأجير إذا لم يعمل ما استؤجر عليه لم يستحق الأجرة، و لم يذكروا أنه يستحق الأجرة و يستحق عليه المستأجر قيمة العمل. و كذا إذا شرط العمل في عقد لازم ففات الشرط، و لم يكن للمشروط له- عند المشهور- مطالبة المشروط عليه بقيمة العمل، و إنما يكون للمشروط له الفسخ لا غير، فالأعمال إذا كانت في الذمة لا تكون مضمونة بقيمتها عند التعذر و الفوات، و إنما يستلزم ذلك الفوات إما بطلان العقد أو الخيار.

و هذا الاشكال كما يجرى على هذا الوجه يجرى على الوجه الخامس، فإنه لا يصح تضمين حصة من العمل بالقيمة. و سيأتي في المسألة الحادية عشرة من كتاب المساقاة ما له نفع في المقام.

(١) لأن مجرد ترك الفسخ عند اطلاع المالك على تمرد العامل عن العمل لا يوجب نسبة تفويت المنفعة إليه، بل هل منسوب الى العامل لا غير.

مع أنه قد لا- يتمكن المالك من تدارك المنفعة بالفسخ، لعدم وجود عامل آخر، أو لوجود مانع من استعماله و مزارعته، أو لغير ذلك.

فهذه الوجوه الأربعة الأخيرة كلها ضعيفة، و يبقى الوجهان الأولان أولهما- المنسوب الى ظاهر الأصحاب- أقواهما، إذ المزارعة إما أن تكون عبارة عن بذل الأرض في مقابل العمل أو بذل الأرض في مقابل الحصة

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٨٣

.....

من الزرع، كما قد يظهر من الأصحاب، و كيف كانت فهي معاوضة، فإذا بطلت لعدم العمل أو لعدم الحصة كان موضوعها مضموناً بضمان المعاوضة، و هو نوع آخر من الضمان، لا يكون باليد و لا بالإتلاف. فإن المبيع مضمون على المشتري إذا قبضه فتلف ففسخ

البيع، وكذلك الثمن مضمون على البائع إذا قبضه فتلّف ففسخ البيع، وكذلك الحكم في سائر المعاوضات إذا وقع القبض، فإن القبض موجب للضمان عند بطلان المعاوضة وإن كان قبضاً لماله لا لمال غيره، ومنها المقام، فإن الأرض إذا قبضها العامل من المالك ليزرعها فلم يفعل، مضمونه على العامل بعد انفساخ المزارعة بتعذر العمل أو بتعذر الحصة.

و نظير المقام: أن يدفع مالك الشبكة شبكته إلى الصياد ليصطاد بها و يكون الحاصل بينهما، فيأخذها الصياد ولا يستعملها في الصيد، فإنه أيضاً يكون ضامناً لمنفعة الشبكة.

و من ذلك يظهر الاشكال فيما سبق نقله عن الجواهر من أن الرجوع إلى أجره المثل مما لا يرجع إلى قاعده، لعدم العدوان في يده حتى يندرج في عموم:

«على اليد..»

، و عدم صدق إتلاف مال الغير، لأنه بحكم ماله. إذ لا ينحصر الضمان بالسبب المذكورين، بل يكون بسبب غيرهما كما في الضمان في المعاوضات التي تكون اليد فيها على مال نفسه و الإتلاف لمال نفسه، و مع ذلك يكون مضموناً عند الفسخ.

كما قد يرد الاشكال على التمسك على الضمان بقاعدة: ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، لكون الظاهر اختصاصها بالفساد من أول الأمر فلا تشمل ما طرأ عليه الفساد كما نحن فيه.

و الذي يتحصل مما ذكرنا أمور: (الأول): أن المزارعة معاوضة قائمة ببذل الأرض في مقابل العمل أو في مقابل الحصة. (الثاني):

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٨٤

عذر عام، و إلا فيكشف عن بطلان المعاملة (١). و لو انعكس المطلب، بأن امتنع المالك من تسليم الأرض بعد العقد فللعامل الفسخ (٢)، و مع عدمه ففي ضمان المالك ما يعادل حصته من منفعة الأرض (٣)، أو ما يعادل حصته من الحاصل بحسب

أن تعذر العمل يوجب بطلان المزارعة، لفوات العوض. كما أن تعذر العمل في الإجارة يوجب بطلان الإجارة. (الثالث): أن الضمان لا ينحصر باليد و الإتلاف، بل يكون بغيرهما، كالمعاوضة. (الرابع): أن العمل لا يكون مضموناً بمثله أو قيمته، و الضمان يختص بالمنافع و الأعيان.

(الخامس): أنه لا فرق في أسباب الضمان بين الاختيار و اللاختيار.

(السادس): اختصاص قاعدة: ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، بالفساد من أول الأمر.

(١) لفوات شرط إمكان الانتفاع بالأرض الذي تقدم أنه من شرائط الصحة. ثم إن المصنف لم يتعرض للضمان في هذه الصورة، و لعله لوضوح عدم الضمان، لعدم منفعة الأرض لتكون مضمونة. لكن يختص ذلك بما إذا لم يمكن الانتفاع بالأرض من وجه آخر غير الزراعة، أما إذا كان يمكن الانتفاع بها في غير الزراعة فاللزام البناء على الضمان، كما في المقبوض بالإجارة الفاسدة. اللهم إلا أن يكون إقدام مالك الأرض على إهمال تلك المنافع مانعاً عن ضمانها.

(٢) لأن التسليم و إن لم يكن قوام المزارعة، إذ هي قائمة بين بذل الأرض، و عمل الزارع و الحصة، و التسليم أمر آخر، لكن مبنى المزارعة عليه، فهو شرط ارتكازي زائد على مفهومها، فمع تخلفه يكون الخيار في الفسخ.

(٣) فيه: أن الزارع لم يملك شيئاً من منفعة الأرض، لعدم اقتضاء

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٨٥

التخمين (١)، أو التفصيل بين صورة العذر و عدمه (٢).

أو عدم الضمان حتى لو قلنا به في الفرض الأول، بدعوى الفرق بينهما (٣)، وجوه.

عقد المزارعة ذلك، و إنما يملك بذل الأرض للزراعة.

(١) وفيه: أن ضمان الحصّة من الحاصل موقوف على ملكها، و ملكها موقوف على وجود الحاصل، و المفروض انتفاؤه، كما سبق نظيره.

(٢) قد عرفت أن العذر و عدمه لا فرق بينهما في الضمان و عدمه، و إنما الفرق بينهما في الإثم و عدمه. و لم يتعرض المصنف رحمه الله لكيفية الضمان بناء على التفصيل المذكور، و أن الضمان على النحو الأول أو الثاني أو نحو آخر، و المظنون أن الضمان حينئذ لأجرة مثل العمل.

(٣) قال في الجواهر هنا في ذيل المسألة السابقة: «بل عده الضمان فيه (يعنى: فى مقامنا) أولى، لعدم صيرورة منفعة الأرض ملكاً له بعقد المزارعة، حتى تكون يد المالك عليها عادية يترتب عليها الضمان».

يعنى: أنه يمكن فى المسألة السابقة أن تقول: بأن عمل الزارع مملوك لمالك الأرض فتفويته على المالك يوجب ضمانه، و فى هذه المسألة لا يمكن القول بأن منفعة الأرض مملوكة للزارع، حتى تكون مضمونة على المالك باليد العادية. هذا و قد عرفت أن الضمان فى المسألة السابقة لم يكن من جهة أن عمل الزارع مملوك للمالك و قد فوته، لما عرفت من أن الأعمال لا تكون مضمونة، و إنما كان الضمان ضمان المعاوضة و فى المسألتين على نهج واحد، فان بذل الزارع نفسه للعمل جرياً على مقتضى العقد بمنزلة استيفاء عمله، فيكون مضموناً على المبدول له، نظير ما لو استأجره على عمل بأجرة، فبذل العامل نفسه للعمل، فلم يستوفه المالك، ثم طرأ الفسخ، فان عمل الأجير مضمون على المستأجر، كالأجرة الصحيحة. فالأقوى فى المقام أن يكون مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٨٦

[مسألة ٨: إذا غصب الأرض بعد عقد المزارعة غاصب]

(مسألة ٨): إذا غصب الأرض بعد عقد المزارعة غاصب و لم يمكن الاسترداد منه، فان كان ذلك قبل تسليم الأرض إلى العامل تخير بين الفسخ و عدمه (١)، و إن كان بعده لم يكن له الفسخ، و هل يضمن الغاصب تمام منفعة الأرض

المالك ضامناً لعمل الزارع بأجرة المثل، كما سبق. نعم بناء على ما اختاره المصنف (ره) من كون الضمان فى المسألة السابقة من جهة أن المالك يملك حصّة من منفعة الأرض و حصّة من عمل العامل، و قد فوتها العامل على المالك، فالوجه المذكور غير آت هنا، لأن العامل لا يملك حصّة من منفعة نفسه، فلا يضمنها له المالك. و لذا ذكروا أن منافع الحر لا تضمن. نعم يملك حصّة من منفعة الأرض، و قد فوتها عليه المالك، فيضمنها، فيختص الضمان بحصّة من منفعة الأرض، و لا يكون بحصّة من منفعة العامل. فالفرق بين المسألتين يكون فى عموم الضمان و خصوصه. و لا وجه للتوقف من المصنف فى أصل الضمان. و الذى يتحصل أنه بناء على الضمان بنحو الوجه السابع - الذى ذكرناه سابقاً - فالفرق بين المسألتين بالضمان و عدمه فى محله، و بناء على الضمان على الوجه الخامس فالفرق يكون بعموم الضمان و خصوصه، و بناء على الضمان بالمعاوضة فلا فرق بين المسألتين فى ثبوت الضمان.

(١) لما سبق من أن مبنى المزارعة على تسليم الأرض، فهو شرط زائد على قوامها، فإذا فات كان للمشرط له الخيار، فان فسخ كان أجنياً عن المعاملة، و لم تجر له الأحكام الآتية، و أن لم يفسخ كان محكوماً بالأحكام الآتية. لكن بناء على ما هو التحقيق من أنه لا ضمان بالنسبة إلى العامل - كما يأتى - لا فرق بين الفسخ و عدمه، و حينئذ يبطل أثر العقد قهراً، فيكون انفساخاً للعقد.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٨٧

فى تلك المدة للمالك فقط (١)، أو يضمن له بمقدار حصته - من النصف أو الثلث - من منفعة الأرض و يضمن له أيضاً مقدار قيمة

حصته من عمل العامل، حيث فوته عليه (٢)، و يضمن للعامل أيضاً مقدار حصته من منفعة الأرض (٣)؟
وجهان (٤). و يحتمل ضمانه لكل منهما ما يعادل حصته من الحاصل بحسب التخمين (٥).

[مسألة ٩: إذا عين المالك نوعاً من الزرع]

(مسألة ٩): إذا عين المالك نوعاً من الزرع من حنطة أو شعير أو غيرهما- تعين و لم يجز للزارع التعدي

(١) لأن منفعة الأرض باقية على ملك المالك، و قد فاتت في يد الغاصب العادي، فتكون مضمونة للمالك. (و دعوى). أن منفعة الأرض صارت مملوكة للعامل، كما أن منفعة العامل صارت مملوكة لصاحب الأرض (ممنوعة) و القدر الثابت لزوم بذل الأرض للعامل، لا- تملكه منفعة الأرض- كما سبق و سيأتي في المسألة الخامسة عشرة- فالعامل له أن ينتفع بالأرض، لا أنه يملك منفعة الأرض، لا تماماً و لا بمقدار الحصه المعينه له.

(٢) لا دليل على الضمان بهذا التفويت، فان من حبس إنساناً فقد فوت عليه الانتفاع بداره و بدابته و بالآلات التي يستعملها. و الحابس لا يضمن شيئاً من هذه المنافع التي فوتها عليه، لا شرعاً و لا عرفاً.

(٣) لم يصف إليها حصته من منفعة نفسه، لأن منافع الحر لا تضمن لأنها غير مملوكة له.

(٤) أقواهما الأول، كما عرفت. و كان المناسب لاختيار المصنف (ره) القول الخامس في المسألة السابقة اختياره الوجه الثاني هنا، و لا وجه للتوقف

(٥) قد عرفت إشكاله في المسألة السابقة.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٨٨

عنه (١)، و لو تعدى إلى غيره ذهب بعضهم (٢) إلى أنه إن كان ما زرع أضر مما عينه المالك كان المالك مخيراً بين الفسخ و أخذ أجره المثل للأرض، و الإمضاء و أخذ الحصه من المزروع مع أرش النقص الحاصل من الأضر، و إن كان أقل ضرراً لزم و أخذ الحصه منه. و قال بعضهم (٣): يتعين أخذ أجره المثل للأرض مطلقاً، لأن ما زرع غير ما وقع عليه العقد، فلا يجوز أخذ الحصه منه مطلقاً (٤). و الأقوى أنه إن علم

(١) قطعاً، كما في الجواهر، و في الرياض: أنه لا خلاف فيه، و عن الغنية: أنه إجماع. و يقتضيه عموم الوفاء بالعقد و الشرط.

(٢) قال في الشرائع: «و لو زرع ما هو أضر و الحال هذه كان للمالك أجره المثل إن شاء أو المسمى مع الأرش، و ان كان أقل ضرراً جاز» و نحوه عن التذكرة و التحرير و اللمعة. و في القواعد: «فان زرع الأضر فللمالك الخيار بين المسمى و الأرش و بين أجره المثل، و لو زرع الأخف تخير المالك بين الحصه مجاناً و أجره المثل» فلم يفرق بين الأضر و الأخف في الخيار بين المسمى و أجره المثل، و في مفتاح الكرامة: أنه من منفردات القواعد. و كأنه لذلك لم يتعرض له المصنف، كما أنه في الشرائع و القواعد و غيرهما لم يتعرض لحكم المساوي ضرراً، و كان اللازم التعرض له كغيره.

اللهم إلا أن يكون ذكر الأرش في الأضر بالخصوص يقتضى إلحاق المساوي بالأخف.

(٣) يشير إلى ما في جامع المقاصد و المسالك، و عن الروضة و مجمع البرهان، حيث حكموا بأجره المثل في جميع صور التعدي.

(٤) هذا مذكور في المسالك. و أما المذكور في جامع المقاصد فهو

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٨٩

أن المقصود مطلق الزرع و ان الغرض من التعيين ملاحظة مصلحة الأرض (١) و ترك ما يوجب ضرراً فيها يمكن أن يقال إن الأمر

كما ذكر من التخيير بين الأمرين في صورة كون المزروع أضر و تعين الشركة في صورة كونه أقل ضرراً. لكن التحقيق مع ذلك خلافه. و إن كان التعيين لغرض متعلق بالنوع الخاص لا لأجل قلة الضرر و كثرته، فاما أن يكون التعيين على وجه التقييد و العنوانية (٢)، أو يكون على وجه تعدد المطلوب

التعليل بأن المزروع غير معقود عليه، و الحصه المسماة إنما هي من غيره، فكيف تجب الحصه منه؟ .. إلى أن قال: «فالأصح حينئذ وجوب أجره المثل». و ظاهره أن المانع ليس مجرد المخالفة، و إنما المانع أن الحصه المجعلولة للمالك إنما هي مما عينه، و هي متعذرة فيتعين الرجوع إلى أجره المثل.

(١) هذا ذكره في جامع المقاصد، و أشكل عليه. و الأولى في الاشكال عليه أن يقال: إن تعيين زرع بعينه إن كان دخيلاً في المزارعة كان قيده، و تركه يوجب البطلان، لفوات المقيده بفوات قيده، و إن كان أجنياً عن المعاملة فلا يوجب الخيار. فالجمع بين المسمى و الخيار غير ممكن. إلا أن يكون التقييد بنحو تعدد المطلوب، و سيأتي. و لعله إلى ذلك أشار المصنف (ره) بقوله: «لكن التحقيق ..». لكن لا يتناسب قوله هذا مع قوله سابقاً: «و الأقوى أنه إن علم ..»، فإنه كيف يكون أقوى مع أنه خلاف التحقيق؟!.

(٢) المقابلة بين الأمرين غير ظاهرة، و قد سبقه إلى ذلك في الجواهر فجعل القيود على قسمين: منوع و شرط، و الأول فواته يوجب البطلان، و الثاني فواته يوجب الخيار، و المقام من الثاني، لأن حقيقة المزارعة ليست إلا زرع الأرض بحصه من حاصلها كائناً ما كان الحاصل، و إنما يذكر

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٩٠

.....

التعيين من الشرط، لا أنه منوع للمزارعة .. و هو كما ترى، فان الخصوصيات المقومه للمزارعة التي هي داخله في قوامها- من زارع و مزروع و مكان الزرع و زمانه- لا بد أن تكون قيوداً لموضوع المزارعة، و يمتنع أن تكون شروطاً لها مجعلولة بجعل مستقل، لأنها عينيه غير قابلة للجعل المختص بالأمر الاعتبارية اللهم إلا أن يكون المراد من الشرط ما يرادف القيد لا ما يقابله، كما يستعمل بهذا المعنى في مقابل الجزء، فيقال أجزاء الصلاة و شرائطها، و حينئذ يكون وجه المقابلة بين القسمين أن المنوع هو القيد على نحو وحدة المطلوب و الثاني هو القيد على نحو تعدد المطلوب. لكن القسم الثاني مجرد فرض لا خارجيه له. و لذا كان بناء الفقهاء (رض) على وحدة المطلوب في باب الوكالة و العارية و الوديعة و الإجارة و غيرها من المفاهيم المقيده، فلو وكل شخصاً على شراء عبد فاشترى جاريه لم يحتمل أحد الصحة من باب تعدد المطلوب، و كذا إذا استأجره على أن يصلى عن زيد فصلى عن عمرو فإنه لا مجال لاحتمال الصحة لتعدد المطلوب .. و هكذا، فكذا في المقام.

و هذه كفاعده مطرده في جميع العقود الواردة على المفاهيم الذهنيه، فإنه لا مجال للقول بكونها بنحو تعدد المطلوب، سواء كان التعبير بقوله:

وكلتك على شراء العبد، أم: و كلتك على شراء مملوك و لا بد أن يكون عبداً، أو عليك أن تشتريه عبداً، و كذا مثل: استأجرتك أن تخطب هذا الثوب بخرم إبريسم، أو: و عليك أن تخطبه بخرم إبريسم، فإن الجميع من باب التقييد بنحو وحدة المطلوب، فيختص تعدد المطلوب بالقيود للموضوعات الخارجيه، مثل موارد خيار الاشرط و خيار العيب و خيار الرؤيه في البيع أو في الإجارة، و نحو ذلك.

بل تقدم في بعض المباحث السابقه أن تعدد المطلوب في موارد الخيارات ليس على نحو الحقيقه، بأن يكون هناك غرضان أحدهما قائم بالمقيده و الآخر قائم بالمطلق، بل المراد منه تعدد المطلوب حكماً فتجرى

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٩١

و الشرطية، فعلى الأول إذا خالف ما عين فبالنسبة إليه يكون كما لو ترك الزرع أصلاً (١) حتى انقضت المدة، فيجرب فيه الوجوه الستة المتقدمة في تلك المسألة (٢)، و أما بالنسبة إلى الزرع الموجود فإن كان البذر من المالك فهو له، و يستحق العامل أجره عمله، على إشكال في صورة عمله بالتعيين و تعمه الخلاف، لإقدامه حينئذ على هتك حرمة عمله (٣). و إن

عند العرف أحكام تعدد المطلوب و إن لم يكن إلا مطلوب واحد، كما يظهر من ملاحظة كثير من الموارد التي يكون فيها خيار الرؤية و الاشتراط و العيب، و كذلك خيار تبعض الصفقة، فإنه و إن لم يكن لأجل تخلف القيد، بل لأجل تخلف ما يشبه القيد، لكنهم ذكروا في تصحيحه أنه من باب تعدد المطلوب، و لم يريدوا أنه من ذلك الباب على الحقيقة، ضرورة أنه قد لا يكون للمشتري أقل مطلوب في بعض الصفقة، و إنما المطلوب في مجموع الصفقة، فإن من اشترى باباً و تبين أن أحد مصراعيه لغير البائع صح البيع في المصراع الآخر، و ليس للمشتري أقل مطلوب فيه، و إنما مطلوبه في تمام المصراعين، فالمراد من تعدد المطلوب فيه الحكمي لا الحقيقي، فتجرب أحكام التعدد حتى مع وحدة المطلوب على الحقيقة.

(١) لأنه ترك ما عينه له و زرع غير ما عينه المالك.

(٢) قد عرفت أن الصحيح هو الوجه الأول منها في تلك المسألة، و كذا هنا، و هو الذي اختاره الجماعة هناك و هنا.

(٣) كأنه يريد بهذا التعليل ما ذكره مكرراً في الإجارة و المضاربة و غيرها من أن العامل إذا كان يعلم بعدم استحقاق الأجرة شرعاً لا يستحق شيئاً، لأنه إقدام منه على هتك حرمة عمله، و قد تكرر دفع الاشكال المذكور بأن العلم بعدم الاستحقاق شرعاً لا يقتضى الإقدام على المجانية و هتك

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٩٢

كان البذر للعامل كان الزرع له و يستحق المالك عليه أجره الأرض (١) مضافاً إلى ما استحقه من بعض الوجوه المتقدمة (٢) و لا يضر استلزامه الضمان للمالك من قبل أرضه مرتين على

حرمة عمله. و كان الأولى له الإشكال بأن استحقاق الأجرة يتوقف على كون العمل بأمر المالك، أما إذا لم يكن بأمره فلا وجه للاستحقاق و إن كان جاهلاً بالتعيين فخالف فضلاً عما إذا كان عالماً بالتعيين، لأن العمل باعتقاد أمر إنسان لا يقتضى ضمان ذلك الإنسان، فكذا في المقام، فإن زرع حب صاحب الأرض بغير إذن منه و لا دعوة منه لا يقتضى استحقاق الزارع أجره عمله. نعم إذا كان بأمر من المالك - و لو بتوسط عقد باطل - كان موجباً للاستحقاق و إن كان عالماً بالبطان، على إشكال من المصنف في ذلك الذي قد تكرر ذكره غير مرة و ذكر الجواب عنه كما عرفت.

و المقام نظير ما إذا استأجره بدينار ليصلى عن زيد فصلى عن عمرو، فإنه لا يستحق الأجرة المسماة و لا أجره المثل.

ثم إن مقتضى ما ذكرنا كونه ضامناً للبذر إذ تصرف فيه بغير إذن المالك، إلا إذا كان المالك قد أعده للزرع، فإن زارعه يعد محسناً، فلا يكون ضامناً، إذ ما على المحسنين من سبيل. و حينئذ لا يكون ضامناً لأجرة الأرض، لأنه استوفى المنفعة لمصلحة المالك، ف ضمان البذر يلازم ضمان الأرض.

(١) لاستيفائه منافعتها.

(٢) قد عرفت ضعف الوجوه المتقدمة عدا الأول منها، و هو وارد في المقام، لأنه في المقام قد ترك زرع ما عينه المالك الذي هو موضوع المسألة السابقة.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٩٣

ما بيناه في محله، لأنه من جهتين (١) و قد ذكرنا نظير ذلك في الإجارة أيضاً (٢).

(١) يعنى من جهة بطلان المعاوضة بترك ما عينه المالك، فتكون العين مضمونة بضمان القبض بالمعاوضة المقتضى لضمان منافعتها بأجرة المثل، و من جهة أنه قد زرعتها بما لم يأذن به المالك، فيكون قد استوفى منفعتها فتكون أيضاً مضمونة. و مقتضى ذلك أن يكون الغاصب للأرض إذا زرعتها ضمن أيضاً من وجهين: ضمان اليد العادية للعين بمنافعها، و استيفائه منفعتها. و لا يلتزم به أحد» بل هو خلاف ظاهر صحيح أبى و لاد

«١» الوارد فيمن اكرتري بغلا من الكوفة إلى قصر بنى هبيرة، فتجاوز فسافر إلى النيل ثم إلى بغداد ثم إلى الكوفة ..، حيث حكم الامام (ع) بضمانه أجرة البغل من القصر إلى النيل و من النيل إلى بغداد و من بغداد إلى الكوفة، و لم يحكم بأجرة أخرى للبغل. و هو الذى تقتضيه الارتكازيات العرفية العقلانية.

و لا- مجال لمقايضة المقام بباب الإجارة. فإن المستأجر إذا تعدى عما أذن له به المالك لا يكون ذلك مبطلا للإجارة، فاستحقاقه الأجرة بالعقد بحاله، فيمكن أن يقال بوجود سبب آخر للضمان و هو التصرف العدوانى أما فى المقام فعقد المزارعة باطل بترك العمل، فيكون الضمان باليد، و مع الضمان بها لا ضمان آخر باستيفاء المنفعة، كما ذكرنا ذلك فى الغاصب الذى قيل إنه يؤخذ بأشق الأحوال، فحمل المقام على الإجارة فى غير محله. نعم بناء على صحة المزارعة و ضمان العامل قيمة الحصة بمقتضى العقد يمكن دعوى الضمان ثانياً بسبب العدوان، نظير الإجارة.

(٢) قد تقدم فى الإجارة التعرض لتحقيق ذلك. و يمكن أن نقول

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

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٩٤

.....

هنا: بأن الأجرة فى مثل إجارة الدابة للركوب و إجارة الدار للسكنى ليست فى مقابل المنفعة الخارجية- أعنى الركوب و السكنى- ضرورة استحقاق المالك للأجرة و إن لم يتحقق الركوب و السكنى، بل هى فى مقابل معنى قائم فى الدابة و الدار حصل الركوب و السكنى أم لم يحصل. و حينئذ فاشتراط الركوب فى الدابة أو اشتراط عدم تحميلها حديداً، و اشتراط السكنى فى الدار أو اشتراط عدم إخلائها، يكون شرطاً خارجاً عن قوام الإجارة كسائر الشروط فى العقود يكون ترك العمل به موجباً للخيار، لا أنه شرط مقوم للعقد أو شرط لما هو فى قوام العقد فيكون قيداً من قيود العقد، و إلا لزم من فواته بطلان العقد، و هو خلاف المبنى، لما عرفت من أن ترك ركوب الدابة لا- يوجب بطلان العقد، بل الأجرة مستحقة على المستأجر و إن لم يركب الدابة أو يسكن الدار. فلما كان الشرط المذكور- وجودياً كان، كما إذا اشترط سكنى الدار، أو عدمياً، كما إذا اشترط أن لا يحمل الدابة حديداً- شرطاً زائداً على مفاد العقد كان موجباً للخيار، فان فسخ المالك استحق أجرة المثل، و إن أمضى العقد استحق الأجرة المسماة، فلا وجه حينئذ لاستحقاق أجرة المثل و المسماة معاً، كما اختاره المصنف (ره) و تفرد به. و كذلك الكلام فيما إذا استأجر أجيراً و شرط عليه أن يكتب فاشتغل بالخيطة، فإنه أيضاً يكون للمستأجر الخيار، فإن أمضى العقد استحق الأجير الأجرة المسماة و كان للمستأجر أجرة الخيطة، و إن فسخ العقد لم يستحق الأجير شيئاً، بخلاف ما إذا استأجره للكتابة، فإنه إذا ترك الكتابة بطل العقد، لأن الكتابة الخارجية أخذت عوضاً عن الأجرة، فإذا انتفت الأجرة و بطل العقد.

و المتحصل مما ذكرنا: أن قول المالك: آجرتك الدابة بشرط أن لا تحملها حديداً، لم تجعل فيه الأجرة فى مقابل المنفعة الخارجية المضادة

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٩٥

و على الثانى (١) يكون المالك مخيراً بين أن يفسخ المعاملة لتخلف شرطه- فيأخذ أجره المثل للأرض، و حال الزرع الموجود حينئذ ما ذكرنا من كونه لمن له البذر (٢)- و بين أن لا يفسخ و يأخذ حصته من الزرع الموجود بإسقاط حق شرطه، و بين أن لا يفسخ و لكن لا يسقط حق شرطه أيضاً (٣) بل يغرم العامل على بعض الوجوه الستة المتقدمة. و يكون

لتحميلها الحديد، بل جعلت الأجرة فى مقابل المعنى القائم بالدابة، سواء حصل الركوب أو تحميل الحديد أم لم يحصل فيكون شرط الركوب، أو عدم تحميل الحديد من قبيل الشرط الزائد على ما هو قوام العقد، فيكون ترك العمل به موجباً للخيار. (١) يعنى: لوحظ التعيين على وجه الشرطية.

(٢) يعنى: فإذا كان البذر للمالك كان الحاصل له. و لكن يستحق عليه العامل أجره العمل هنا و إن لم نقل بالاستحقاق فى المسألة السابقة، لأن التصرف فى هذه المسألة بإذن المالك، و على هذا لا وجه لاستحقاق المالك عليه أجره المثل للأرض، لأنه لم يستوف منفعة الأرض لنفسه، و إنما استوفها للمالك، فلا موجب للضمان كما ذكرنا ذلك فى الفرض السابق. نعم إذا كان البذر للعامل كان للمالك عليه أجره المثل.

(٣) يعنى يطالب بشرطه، بأن يطالب العامل بضمان التصرف غير المأذون فيه. و يشكل: بأنه لم يظهر خصوصية للشرط فى المقام يمتاز بها عن سائر الشروط، فإن أحكامها مجرد الخيار عند فوات الشرط، فلم صار حكم الشرط فى المقام أنه يجوز للمشروط له عدم إسقاطه و المطالبة بالضمان؟! و كيف يصح الضمان و التغريم مع اعتراف المالك بأن التصرف كان عن إذن منه و صحة العقد؟! نعم ذكروا جواز مطالبة المالك بالأرض فى خيار العيب،

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٩٦

حال الزرع الموجود كما مر من كونه لمالك البذر (١).

[مسألة ١٠: لو زارع على أرض لا ماء لها فعلا]

(مسألة ١٠): لو زارع على أرض لا ماء لها فعلا لكن أمكن تحصيله بعلاج- من حفر ساقية أو بئر أو نحو ذلك- فإن كان الزارع عالماً بالحال صح و لزم (٢)، و إن كان جاهلاً كان له خيار الفسخ (٣). و كذا لو كان الماء مستولياً عليها و أمكن قطعها عنها (٤). و أما لو لم يمكن التحصيل فى الصورة الأولى أو القطع فى الثانية كان باطلا (٥) سواء كان

و قال بعض تجوز المطالبة بالأرض فى شرط البكارة و شرط الختان، و هو إن ثبت فغير ما نحن فيه. ثم على تقدير المطالبة بحق الشرط كيف تحقق أن غرامته تكون بالضمان على أحد الوجوه السابقة.

و كان الأولى للمصنف أن يدعى بأنه يجوز للمشروط له المطالبة بشرطه و ضمانه على المشروط عليه بقيمته، لأنه فوته على مالكة، فإنه أبعد عن الاشكال. و إن كان هو أيضاً محل إشكال، فإن الشروط الإيجابية من قبيل الأعمال، و هى غير مضمونه، كما عرفت فى المسألة السابعة.

(١) يشكل ما ذكره: بأنه مخالف لمقتضى العقد الذى لم يفسخ، فان مقتضاه كون الحاصل بينهما، فما الذى دعا إلى مخالفته مقتضى العقد؟

و المتحصل مما ذكرناه: أنه إن فسخ و إن كان البذر للمالك كان الزرع له و عليه أجره العمل للزارع و إن كان البذر للزارع كان الزرع له و عليه أجره المثل للمالك.

- (٢) كما يقتضيه إطلاق الأدلة.
- (٣) لما في ذلك من الضرر عليه.
- (٤) إذ لا فرق بين الابتداء والاستدامة.
- (٥) لما عرفت في الشرط السابع من شرائط المزارعة.
- مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٩٧
- الزارع عالماً أو جاهلاً. وكذا لو انقطع في الأثناء ولم يمكن تحصيله أو استولى عليها ولم يمكن قطعه. وربما يقال بالصحة مع علمه بالحال (١). ولا وجه له (٢) وإن أمكن الانتفاع

(١) القائل الفاضلان في ظاهر الشرائع حيث قال: «و لو زارع عليها أو آجرها للزراعة ولا ماء لها مع علم المزارع لم يتخير، و مع الجهالة له الفسخ»، و في ظاهر القواعد حيث قال: «و لو زارعا أو آجرها و لا ماء لها تخير مع الجهالة لا مع العلم» و نحوه عن التذكرة، و عن الإرشاد:

«و لو زارع على ما لا ماء لها بطل إلا مع علمه»، و ظاهره التفصيل بين العلم فيصح و الجهل فيبطل.

(٢) لما عرفت من أنه خلاف ما ذكر في الشرط السابع. و لعل مراد الشرائع و القواعد و التذكرة صورة ما إذا لم يكن للأرض ماء فعلى و أمكن تحصيله بحفر و نحوه مما يوجب صعوبة غير معتادة، كما ذكره المصنف في أول المسألة.

لكن قال في المسالك: «و ربما تكلف للجمع بين الحكيمين بحمل هذا التخيير على ما لو كان للأرض ماء يمكن الزرع و السقى به، لكنه غير معتاد من جهة المالك، بل يحتاج معه إلى تكلف من إجراء ساقية و نحوه، و المنع على ما لو لم يكن لها ماء. و هو جيد لو ثبت أن مثل هذا القدر يوجب التخيير و أن الإطلاق يقتضى كون الماء معتاداً بلا كلفة. إلا أن إطلاق كلامهم يأباه. فإنهم اقتصروا في الحكم بالجواز على إمكان السقى بالماء من غير تفصيل و في التخيير على عدم الإمكان..» و فيه: أنه يكفي في التخيير قاعدة الضرر و نحوها مما يرفع اللزوم، و هو محمل كلامهم في التخيير و اقتصارهم في الحكم بالجواز على إمكان السقى بالماء من غير تفصيل لا ينافي وقوع التفصيل في اللزوم و الخيار و إن صح العقد في المقامين، و يحمل

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٩٨

بها بغير الزرع لاختصاص المزارعة بالانتفاع بالزرع (١).

نعم لو استأجر أرضاً للزراعة مع علمه بعدم الماء و عدم إمكان تحصيله أمكن الصحة لعدم اختصاص الإجارة بالانتفاع بالزرع إلا أن يكون على وجه التقييد فيكون باطلاً أيضاً.

[مسألة (١١): لا فرق في صحة المزارعة بين أن يكون البذر من المالك أو العامل أو منهما]

(مسألة ١١): لا فرق في صحة المزارعة (٢) بين أن يكون البذر من المالك أو العامل (٣) أو منهما.

حكمهم بالتخيير على عدم الإمكان الفعلي مما يوجب الضرر و المشقة حصول الماء الكافي.

(١) فيكون المراد من قوله سابقاً: «استأجر أرضاً للزراعة» أن يكون الداعي الزراعة.

(٢) قال في الشرائع: «إذا كان من أحدهما الأرض حسب و من الآخر البذر و العمل و العوامل صح بلفظ المزارعة، و كذا لو كان من أحدهما الأرض و البذر و من الآخر العمل، أو كان من أحدهما الأرض و العمل و من الآخر البذر، نظراً إلى الإطلاق». قال في الجواهر: «جميع الصور المتصورة في هذه الأربعة كلها أو بعضاً بين الزارع و المزارع جائزة، نظراً إلى العموم و الإطلاقات بلا خلاف

أجده في شيء منها عندنا.

بل ربما ظهر من بعضهم الإجماع عليه». و ذكر نحو ذلك في الحدائق و بعد ما ذكر ذلك قال: «و هو مما لا خلاف فيه و لا إشكال فيما إذا كان عقد المزارعة بين اثنين خاصة، فإنه لا خلاف في الصحة».

(٣) هذه الصورة متيقنة من النصوص التي هي الأصل في المزارعة و هي ما ورد في مزارعة النبي (ص) لأهل خيبر. و الظاهر أن البذر منهم - كما صرح به جماعة - بل هو صريح

يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «و سألته عن المزارعة فقال: النفقة منك و الأرض

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٩٩

و لا بد من تعيين ذلك (١)، إلا أن يكون هناك معتاد ينصرف إليه الإطلاق. و كذا لا فرق بين أن تكون الأرض مختصة بالمزارع أو مشتركة بينه و بين العامل. و كذا لا يلزم أن يكون

□ لصاحبها فما أخرج الله من شيء قسم على الشطر و كذلك أعطى رسول الله صلى الله عليه و آله خبيراً حين أتوه فأعطاهم إياها على أن يعمروها و لهم النصف مما أخرجت» (١).

و الصورة الأولى تستفاد من

خبير إبراهيم الكرخي: «قلت لأبي عبد الله (ع): أشارك العالج (المشرك خ ل) فيكون من عندى الأرض و البقر و البذر، و يكون على العالج القيام و السقى (و السعى خ ل) و العمل فى الزرع حتى يصير حنطة أو شعيراً و تكون القسمة فيأخذ السلطان حقه (مثله خ ل) و يبقى ما بقى على أن للعالج منه الثلث و لى الباقي، قال: لا بأس بذلك» (٢)

لكن ليس فى الرواية أنها مزارعة، و مجرد الصحة أعم من ذلك. و فى جامع المقاصد: جعل الصورة الأخيرة صحيحة عندنا. لكن الكلام فى كونها مزارعة. و قد تقدم ما فى الشرائع من الاستدلال بالإطلاق، و كذا ما فى الجواهر. و المراد من الإطلاق إن كان إطلاق المزارعة فغير ثابت، و إن كان إطلاق صحة العقود فهو و إن كان يقتضى الصحة، لكنه لا يقتضى كونها مزارعة، بل ظاهر صحيح يعقوب

أن المزارعة خصوص الصورة الثانية لا غير، فهى تقييد الإطلاق إن ثبت.

(١) إذ لو لا-التعيين امتنع كل منهما عن أدائه فتقف المعاملة و يفوت الغرض منها. و فى الجواهر احتمال لزوم التعيين و إلا بطل العقد للغرر، و احتمال كونه على العامل لصحيحة يعقوب

، فإنها كالأصل الشرعى فى

(١) الوسائل باب: ١٠ من أبواب كتاب المزارعة و المساقاة حديث: ٢.

(٢) الوسائل باب: ١٠ من أبواب كتاب المزارعة و المساقاة حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٠٠

تمام العمل على العامل فيجوز كونه عليهما. و كذا الحال فى سائر المصارف. و بالجملة هنا أمور أربعة (١): الأرض و البذر و العمل و العوامل، فيصح أن يكون من أحدهما أحد هذه و من الآخر البقية، و يجوز أن يكون من كل منهما اثنان منها، بل يجوز أن يكون من أحدهما بعض أحدها و من الآخر البقية، كما يجوز الاشتراك فى الكل فهى على حسب ما يشترطان. و لا يلزم على من عليه البذر دفع عينه، فيجوز له دفع قيمته، و كذا بالنسبة

ذلك. ويشكل الوجه الأول: بأنه لا دليل على بطلان ما فيه الغرر كليه، والثاني: بأن الصحيحه وارده في مقام التحديد الواقعي فإن عمل بها لزم كونه على العامل دائماً، وإلا أجمل المراد منها، وحملها على أنها كالأصل الشرعي - كما ترى - غير ظاهر.

(١) قال في الحدائق: «و بالجمله فإن هنا أموراً أربعة: الأرض و البذر و العمل و العوامل. و الضابط أن الصور الممكنة في اشتراك هذه الأربعة بينهما كلا أو بعضاً جائز، لإطلاق الاذن في المزارعة من غير تقييد بكون بعض ذلك بخصوصه من أحدهما». لكن الإطلاق المذكور يتوقف على صدق المزارعة على الجميع، و هو غير ظاهر، بل عرفت أن ظاهر صحيح يعقوب خلافه. نعم

في موثق سماعة: «سألته عن مزارعة المسلم المشرك فيكون من عند المسلم البذر و البقر، و يكون الأرض و الماء و الخراج و العمل على العليج. قال: لا بأس به» (١).

لكنه ليس وارداً في مقام بيان مفهوم المزارعة، فلا يعارض غيره. و لذلك يشكل ما في الحدائق فإنه بعد ما ذكر روايات يعقوب و إبراهيم و سماعة المذكورة قال:

«و الظاهر من هذه الأخبار بعد ضم بعضها إلى بعض هو ما قدمنا من

(١) الوسائل باب: ١٢ من أبواب كتاب المزارعة و المساقاة حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٠١

إلى العوامل كما لا يلزم مباشرة العامل بنفسه، فيجوز له أخذ الأجير على العمل (١) إلا مع الشرط.

[مسألة (١٢): الأقوى جواز عقد المزارعة بين أزيد من اثنين]

(مسألة ١٢): الأقوى جواز عقد المزارعة بين أزيد من اثنين (٢)

الضابط». إذ لا تدل الأخبار الثلاثة على الضابط المذكور. فلاحظ.

(١) عملاً بإطلاق العمل المجعول عليه، فإنه أعم من المباشرة و لا مجال للتمسك بأصالة عدم جواز التصرف في مال الغير للشك في إذن المالك إذ فيه: أنه إذا ثبت إطلاق العمل الشامل لعمل الأجير فهذا الإطلاق يثبت الإذن، لأن الإذن في الشيء إذن في لوازمه. ثم إن قول القائل: زارعتك على الأرض الفلانية، أعم من المباشرة» لكن إذا قال: عاملتك على أن تزرع هذه الأرض، أو: ازرع هذه الأرض و لك نصف حاصلها مثلاً، فظاهر النسبة المباشرة، و كذا إذا قال: استأجرتك على أن تخطط ثوبي بكذا» فان ظاهر النسبة المباشرة.

و لذلك ذكروا أن قول القائل: بنى الأمير المدينة مجاز، لأن النسبة ليست بنحو المباشرة. و لأجل ذلك قد يقال: إن الأصل المباشرة لا أن ثبوت المباشرة يحتاج إلى شرط و ذكر. لكن لما كان بناء العرف فيما يقبل النيابة هو العموم كان الأصل ذلك العموم و أن المباشرة محتاجة إلى شرط و ذكر.

و عليه أيضاً بناء الفقهاء في مختلف الأبواب. و لذا ذكروا أن من استأجر أجيراً على عمل فمات قام وارثه مقامه إلا- أن يشترط المباشرة، و من استأجر داراً فمات انتقلت المنفعة إلى وارثه.

(٢) كما اختاره في الحدائق، و حكاه عن المحقق الأردبيلي، عملاً بإطلاق الأدلة، و في القواعد: «في صحة كون البذر من ثالث نظر و

كذا لو كان البذر من ثالث و العوامل من رابع»، و في جامع المقاصد:

«منشأ الاشكال من عموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) و من أن المعاملة بتوقيف

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٠٢

بأن تكون الأرض من واحد و البذر من آخر و العمل من ثالث و العوامل من رابع. بل يجوز أن يكون بين أزيد من ذلك، كأن يكون بعض البذر من واحد و بعضه الآخر من آخر، و هكذا بالنسبة إلى العمل و العوامل. لصدق المزارعة (١)، و شمول الإطلاقات بل يكفى العمومات العامة (٢). فلا- وجه لما في المسالك من تقوية عدم الصحة (٣) بدعوى أنها على خلاف الأصل، فتتوقف على التوقيف من الشارع و لم يثبت عنه ذلك. و دعوى:

أن العقد لا بد أن يكون بين طرفين موجب و قابل، فلا يجوز

الشارع، و لم يرد النص بمثل هذا. و الأصح عدم الجواز».

(١) الصدق عرفاً غير ثابت. فلا مجال للتمسك بإطلاق مشروعية المزارعة.

(٢) العمومات تكفى في الصحة و لا تكفى في كونها مزارعة.

(٣) قال في المسالك: «فلو جعلنا معهما ثالثاً و شرطاً عليه بعض الأربعة، أو رابعاً كذلك، ففي الصحة و جهان من عموم الأمر بالوفاء بالعهد، و الكون مع الشرط. و من توقف المعاملة- سيما التي هي على خلاف الأصل- على التوقيف من الشارع و لم يثبت منه ذلك، و الأصل في المزارعة قصة خبير و مزارعة النبي اليهود عليها على أن يزرعوها و لهم شرط ما يخرج منها و له شرطه الآخر. و ليس فيها أن المعاملة مع أكثر من واحد. و كذلك باقى النصوص التي وردت من طرفنا. و لان العقد يتم باثنين موجب- و هو صاحب الأرض- و قابل، فدخول ما زاد بخروج العقد عن وضعه، أو يحتاج إثباته إلى دليل. و الأجود عدم الصحة».

و فيه: أنه إن كان المراد عدم صحته مزارعة- بمعنى أنه لا تجرى عليها أحكام المزارعة- فهو في محله، لعدم الدليل على مشروعية المزارعة

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٠٣

تركبه من ثلاثة أو أزيد على وجه تكون أركاناً له. مدفوعة:

بالمنع، فإنه أول الدعوى (١).

مع ثالث. و إن كان المراد عدم صحته عقداً من العقود ففيه: أن ذلك خلاف الإطلاق- كما عرفت- فالإطلاق محكم.

و من الغريب ما في الحدائق من الاشكال ثانياً على ما ذكره في المسالك بقوله: «فان ما ادعاه من أن معاملة النبي (ص) مع أهل خبير لا- تدل على أن المعاملة مع أكثر من واحد من أعجب العجائب عند ذوى الأبواب، لاستفاضة الأخبار بأنه (ص) بعد فتح خبير أقر الأرض في أيدي الذين فيها و قاطعهم بالنصف، يعنى جميع من كان فيها من اليهود، لا شخصاً بعينه أو اثنين أو ثلاثة» ثم ذكر جملة من الاخبار ثم قال: «فهل ترى هنا بعد ذكرهم بطريق الجمع في هذه الموارد مجالاً للحمل على واحد منهم بل الظاهر لكل ناظر إنما هو دفع الأرض إليهم كمالاً..» إلى آخر ما ذكره. و قد سبقه إلى الإشكال بذلك المحقق الأردبيلي (قده).

و فيه: أن الكثرة التي تضمنتها أخبار خبير إنما هي في العامل و ليس ذلك محل الكلام، ضرورة جواز كون كل من صاحب الأرض و العامل أكثر من واحد، و إنما الكلام في دخول غير صاحب الأرض و العامل في قوام المزارعة، بحيث تقوم بهما و بثالث، أو بهما و باثنين آخرين أو أكثر و أين ذلك من أخبار خبير؟! مضافاً إلى أنه لم يثبت أن كل أرض بعينها كان لها أكثر من زارع، و من الجائر أن تكون كل أرض لها زارع واحد فتكون مزارعات كثيرة.

(١) لا- إشكال في أن العقد متقوم بالإيجاب و القبول، فلا- يحتاج إلى أكثر من موجب و قابل، و لكن لا يعتبر فيه وحدة الموجب و القابل، فمن الجائز تعدد الموجب و القابل، و إذا كانت المزارعة قائمة بأربعة كان أحدهم مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٠٤

[مسألة (١٣): يجوز للعامل أن يشارك غيره في مزارعته أو يزرعه في حصته]

(مسألة ١٣): يجوز للعامل أن يشارك غيره في مزارعته أو يزرعه في حصته (١) من غير فرق بين أن يكون البذر منه أو من المالك (٢)، و لا يشترط فيه إذنه.

موجباً و الباقون قابلاً، فلم يكن إلا إيجاب واحد و قبول واحد. هذا و في الجواهر الميل الى المنع، لخبر أبي الربيع الشامي و غيره مما تضمن المنع عن التسمية للبذر ثلثاً، و للبقير ثلثاً، قال (ع): «و لكن يقول لصاحب الأرض:

ازرع في أرضك و لك منها كذا و كذا، نصفاً أو ثلثاً و ما كان من شرط، و لا يسمى بذراً و لا بقرأً، فإنما يحرم الكلام» (١). لكن الرواية المذكورة مهجورة بظاها عند الأصحاب، فلا مجال للاعتماد عليها. مع أن موردها الاثنان لا الأكثر، فحملها على ذلك بلا قرينة غير جائز.

(١) قال في الشرائع: «للمزارع أن يشارك غيره في حصته و أن يزرع عليها غيره، و لا يتوقف على إذن المالك. لكن لو شرط المالك الزرع بنفسه لزم و لم تجز المشاركة إلا بإذنه» و في الجواهر: «بلا خلاف أجده في شيء من ذلك، بل عن ظاهر الغنية: الإجماع عليه». (٢) أشار بذلك إلى ما حكاه في المسالك عن بعضهم قال فيها:

«اشترط بعضهم في جواز مزارعة غيره كون البذر منه ليكون تملك الحصص منوطاً به، و به يفرق بينه و بين عامل المساقاة حيث لا يصح له أن يساقى غيره. و لأن البذر إذا كان من صاحب الأرض فالأصل أن لا يتسلط عليه إلا مالكة أو من أذن له و هو الزارع. و هو حسن في مزارعة غيره، و أما المشاركة فلا- لأن المراد بها أن يبيع بعض حصته في الزرع مشاعاً بعوض معلوم، و هذا لا مانع منه لمالكة لها فيتسلط على بيعها كيف شاء،

(١) الوسائل باب: ٨ من أبواب كتاب المزارعة و المساقاة حديث: ١٠ و في الباب أحاديث أخر تتضمن ذلك.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٠٥

.....

بخلاف ابتداء المزارعة، إذ لا حق له حينئذ إلا العمل، و به يستحق الحصص مع احتمال الجواز مطلقاً، لان لزوم عقدها اقتضى تسليطه على العمل بنفسه و غيره، و تملكه للمنفعة و التصرف في البذر بالزرع و إن لم يكن بنفسه حيث لا يشترط عليه الاختصاص فيجوز [١] نقله الى الغير. كما تجوز الاستنابة.

و يضعف: بأن البذر حينئذ ليس ملكاً له، و إنما هو مأذون في التصرف فيه بالزرع، و به يملك الحصص. و قد يقال: إن هذا كاف في جواز مزارعة الغير، لأنها عبارة عن نقل حقه في ذلك و تسليطه على العمل، فيجوز كما يجوز له التوكيل فيه و الاستنابة بغيرها من الوجوه». و لم يعرف هذا البعض و لا- وجود القائل. بل في مفتاح الكرامة: «تبعنا كتب الأصحاب من المقنع الى المسالك فلم نجد أحداً حكاه و لا نقل حكايته من الخاصة و العامة».

و كيف كان فالمتحصل: أن الوجه في الشرط المذكور عند قائله أمران: (الأول): أنه إذا كان البذر من المالك فليس للعامل شيء يصح نقله إلى غيره على نحو الشركة أو المزارعة عليه. (الثاني): أن البذر لمالكة فلا يجوز لأحد التصرف فيه بغير إذنه، و إذن العامل ليست إذنًا من المالك، فلا يجوز لغير الزارع التصرف فيه.

و فيه: أن مفاد عقد المزارعة ثبوت حق لكل من المالك و الزارع على الآخر فحق المالك على الزارع العمل، و حق الزارع على المالك بذل الأرض و منفعتها أو نحو ذلك، و لذا لو مات المالك انتقل إلى وارثه، فذلك الأمر القابل للانتقال إلى الوارث هو القابل للنقل إلى الغير على نحو التشريك أو على نحو آخر، فاندفع الوجه الأول. و أما الوجه الثاني فيدفعه ما عرفت من أنه يجوز لمن عليه العمل أن

[١] ضمير فاعله يرجع إلى التملك السابق. منه قدس سره.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٠٦

نعم لا- يجوز تسليم الأرض إلى ذلك الغير إلا بإذنه (١). و إلا- كان ضامناً، كما هو كذلك في الإجارة أيضاً. و للظاهر جواز نقل مزارعته إلى الغير- بحيث يكون كأنه هو الطرف للمالك- بصلح و نحوه بعوض- و لو من خارج- أو بلا- عوض. كما يجوز نقل حصته إلى الغير، سواء كان ذلك قبل ظهور الحاصل أو بعده، كل ذلك لأن عقد المزارعة من العقود اللازمة الموجبة لنقل منفعة الأرض (٢) نصفاً أو ثلثاً أو نحوهما إلى العامل، فله نقلها إلى الغير بمقتضى قاعدة السلطنة. و لا فرق فيما ذكرنا

يأخذ أجيراً للعمل فإذا جاز أخذ الأجير جاز للأجير التصرف، لأن الاذن في الشيء إذن في لوازمه. و أيضاً إذا مات العامل قام وارثه مقامه في العمل و إذا مات مستأجر الدار كانت المنفعة للوارث و لم تبطل الإجارة، و هكذا الحكم في جميع الأمور التي تقبل النيابة عرفاً، فإن الأصل فيها جواز النيابة إلا مع شرط المباشرة، كما تقدم في المسألة الحادية عشرة، مضافاً إلى أن الوجه الثاني لو تمّ منع من نقل الحق إلى الغير حتى في صورة كون البذر منه، لاند كون البذر منه إنما يجوز التصرف في البذر لغيره، لأنه في ماله بإذنه و لا يجوز التصرف في الأرض التي هي للمالك.

(١) قد عرفت الاشكال فيه و أن مقتضى جواز أخذ الأجير جواز تسليم الأرض إليه، و لا فرق بين جواز التصرف في الأرض و جواز تسليمها و قد تقدم في كتاب الإجارة جواز ذلك أيضاً.

(٢) هذا دفع للوجه الأول من وجهي الاشكال. و فيه: أنه لم يثبت أن عقد المزارعة اقتضى تملك العامل منفعة الأرض، بل هو ممنوع فالوجه في دفعه ما عرفت.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٠٧

بين أن يكون المالك شرط عليه مباشرة العمل بنفسه أو لا (١) إذ لا منافاة بين صحة المذكورات و بين مباشرته للعمل (٢)، إذ لا يلزم في صحة المزارعة مباشرة العمل، فيصح أن يشارك أو يزارع غيره و يكون هو المباشر دون ذلك الغير.

[مسألة (١٤): إذا تبين بطلان العقد]

(مسألة ١٤): إذا تبين بطلان العقد فاما أن يكون قبل الشروع في العمل أو بعده و قبل الزرع- بمعنى نثر الحب في الأرض- أو بعده و قبل حصول الحاصل، أو بعده.

فان كان قبل الشروع فلا بحث و لا اشكال (٣) و إن كان بعده و قبل الزرع- بمعنى الإتيان بالمقدمات من حفر النهر و كرى

(١) إشارة إلى التفصيل الذى أشار إليه فى الشرائع والقواعد والمسالك بين صورة اشتراط المباشرة على العامل فلا يجوز له نقل حصته أو مزارعة غيره، و بين صورة عدم اشتراط المباشرة عليه فيجوز ذلك.

(٢) إشارة إلى الإشكال فى التفصيل المذكور بأن نقل الحصه إلى الغير أو مزارعته لا يقتضى مباشرته للعمل، لجواز المباشرة من الزارع الأول بالنيابة عن الزارع الثانى أو من نقل اليه بعض حصته. و سبقه إلى هذا الإشكال فى الجواهر وغيرها. لكن الظاهر عدم توجه الاشكال المذكور على المفصلين، لأن مورد كلامهم فى جواز التشريك للغير أو مزارعته صورة التشريك فى العمل أيضاً، لا مجرد نقل الحق فقط، و حينئذ لا بد فى جواز ذلك من عدم اشتراط المالك على العامل المباشرة، و إلا كان التشريك للغير أو مزارعته مخالفة للشرط.

(٣) إذ لا يحتمل وجوب شىء للعامل لعدم العمل، و لا للمالك لعدم التصرف فى أرضه بما له قيمة.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٠٨

الأرض و شراء الآلات و نحو ذلك- فكذاك (١). نعم لو حصل وصف فى الأرض يقابل بالعوض- من جهة كريبها أو حفر النهر لها أو إزالة الموانع عنها- كان للعامل قيمة ذلك الوصف (٢)، و إن لم يكن كذلك و كان العمل لغواً فلا شىء له. كما أن الآلات لمن أعطى ثمنها. و إن كان بعد الزرع كان الزرع (٣) لصاحب البذر (٤)، فان كان للمالك كان الزرع له و عليه للعامل أجره عمله و عوامله (٥)، و إن كان للعامل كان له و عليه أجره الأرض للمالك (٦) و إن كان منهما كان لهما على النسبة نصفاً أو ثلثاً، و لكل منهما على الآخر أجره مثل ما يخصه من تلك النسبة (٧)، و إن كان من ثالث فالزرع له و عليه للمالك أجره الأرض (٨)

(١) لأن المعاملة كانت على الزرع لا غير، فما لم يكن العمل زرعاً لا أمر به من المالك و لا استيفاء منه له. اللهم إلا أن يقال: المراد من الزرع كل عمل يتعلق بالزرع و منه حفر النهر و حرث الأرض.

(٢) لأنه أثر عمله، فيملكه تبعاً له.

(٣) هذه الاحكام ذكرها فى الجواهر نافياً لوجدان الخلاف فيها حاكياً ذلك عن الرياض أيضاً.

(٤) لأنه نماء ملكه، فيتبعه فى إضافته المالك، كما تقدم مراراً.

(٥) لما تقدم مراراً فى الإجارة و المضاربة من الضمان بالاستيفاء.

(٦) لاستيفاء منفعتها بالزرع فيضمنها ضرورة.

(٧) لما سبق.

(٨) لاستيفائه منفعة أرضه. من دون فرق بين كونها تحت يده أو

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٠٩

و للعامل أجره عمله و عوامله (١) و لا يجب على المالك إبقاء الزرع إلى بلوغ الحاصل (٢) إن كان التبين قبله، بل له أن يأمر بقلعه، و له أن يبقى بالأجره إذا رضى صاحبه، و إلا فليس له إلزامه بدفع الأجره (٣)، هذا كله مع الجهل بالبطلان و أما مع العلم فليس للعامل منهما الرجوع على الآخر بعوض أرضه أو عمله، لأنه هو الهاتك لحرمة ماله أو عمله (٤) فكأنه متبرع به و إن كان الآخر أيضاً عالماً بالبطلان. و لو كان العامل بعد ما تسلم الأرض تركها فى يده بلا زرع فكذلك يضمن أجرتها للمالك مع بطلان المعاملة، لفوات منفعتها تحت يده (ره)، إلا فى صورة علم المالك بالبطلان، لما مر (٦).

يد الزارع لصدق الاستيفاء بالنسبة إليه فى المقامين بعد ما كان تسليم الأرض للزرع فيها بداعى الوفاء بالعقد الواقع بينهم.

(١) لما سبق بعينه.

(٢) لأن الزرع بعد أن لم يكن بإذن المالك و إنما كان جرياً على العقد الفاسد يكون بحكم غرس الغاصب الذي ليس لعرقه حق، لأن المقبوض بالعقد الفاسد بمنزلة المغصوب.

(٣) كما تقدم في المسألة السادسة.

(٤) تقدم أنه لما كان العمل بقصد الجرى على مقتضى المعاملة و المعاوضة لا يكون تبرعاً، و لا هو هاتك لحرمة عمله أو ماله.

(٥) و ذلك كاف في الضمان، إما لعموم:

«على اليد ما أخذت ..»

بناء على شموله للمنافع، و إما لملاك ضمان الأعيان باليد.

(٦) قد مر الاشكال فيه مراراً.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١١٠

[مسألة ١٥]: الظاهر من مقتضى وضع المزارعة ملكية العامل لمنفعة الأرض بمقدار الحصّة المقررة له]

(مسألة ١٥): الظاهر من مقتضى وضع المزارعة ملكية العامل لمنفعة الأرض بمقدار الحصّة المقررة له (١)، و ملكية المالك للعمل على العامل بمقدار حصته، و اشتراك البذر بينهما على النسبة (٢)، سواء كان منهما أو من أحدهما أو من ثالث،

(١) قد عرفت فيما سبق أن مفاد عقد المزارعة أن يزرع الأرض بحصّة من الحاصل، و هذا المعنى يقتضى أن يكون عمل الزرع مملوكاً لصاحب الأرض، و لا يقتضى كون منفعة الأرض مملوكة للعامل إذ كون الأرض موضوعاً للزرع لا يقتضى إلا تعلق الزرع بالأرض و لو على نحو البذل من المالك لأرضه، إذ لا دليل على ملك العامل لمنفعة الأرض.

و أما التخصيص الذي ذكره المصنف (ره) فغريب لا- مأخذ له كما عرفت في المسألة السابقة، و مجرد الاشتراك في الحاصل لا يقتضى الاشتراك في مقدماته.

(٢) هذا غير ظاهر، بل هو خلاف ظاهر قولهم في تعريف المزارعة بأنها المعاملة على الأرض بحصّة من حاصلها، فإنه ظاهر في أن الاشتراك في الحاصل، لا- في غيره من المراتب السابقة عليه. مع أن ذلك لا- يناسب ما ذكره في المسالك من الإشكال في جواز مشاركة العامل لغيره أو مزارعته إذا كان البذر من المالك، لأنه لا يملك شيئاً ليجوز له نقله، فإذا كان مقتضى المزارعة المشاركة في البذر لا مجال لتوهم الاشكال المذكور. كما أن من تأخر عن المسالك لم يدفع الاشكال بما ذكر، و إنما دفعه من وجه آخر. مضافاً الى أن المزارعة إذا اقتضت المشاركة في البذر كان اللازم التعرض لحكم ما إذا لم يزرع العامل و أنه يرجع البذر الى مالكة أو أنه يقسم بين المالك و العامل، أو غير ذلك. و بالجملة: دعوى الاشتراك في البذر غريبة.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١١١

فإذا خرج الزرع صار مشتركاً بينهما على النسبة (١)، لا أن يكون لصاحب البذر إلى حين ظهور الحاصل، فيصير الحاصل مشتركاً من ذلك الحين، كما ربما يستفاد من بعض الكلمات (٢) أو كونه لصاحب البذر إلى حين بلوغ الحاصل و إدراكه، فيصير مشتركاً في ذلك الوقت، كما يستفاد من بعض آخر.

نعم الظاهر جواز إيقاع العقد على أحد هذين الوجهين مع التصريح و الاشتراط به من حين العقد (٣). و يترتب على هذه الوجوه ثمرات (منها): كون التبن أيضاً مشتركاً بينهما

و كأن الذي دعا إليها هو التخصيص الذي دعا المصنف الى القول بالاشتراك في منفعة الأرض و في عمل العامل، الذي عرفت غرابته

أيضاً، و غرابة استفادته من تخصيص الحاصل.

(١) الذى يظهر من عبارة المسالك المتقدمة فى المسألة الثالثة عشرة أن خروج الزرع هو وقت حدوث الاشتراك بين المالك و الزارع لا قبله و لا بعده.

(٢) هذا مقتضى ما ذكره الأصحاب فى تعريف المزارعة بأنها المعاملة على الأرض بحصة من حاصلها، إذ جعل فيه موضع التخصيص هو الحاصل الشامل لهذا المعنى و لما بعده، فلا- تخصيص قبله. اللهم إلا- أن يكون المراد من الحاصل الأعم من الزرع، و التعبير بالحاصل لمزيد الاهتمام به و كونه الغرض الأولى. و هذا و إن كان خلاف الظاهر، لكن يجب الحمل عليه عملاً بالارتكاز العرفى، فإن بناء العرف على عدم الاشتراك فى البذر و الاشتراك فى جميع مراتب النماء و التحولات للبذر.

(٣) لكن الشرط المذكور إذا كان منافياً للمزارعة لا يكون العقد مزارعة و إن كان صحيحاً.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١١٢

على النسبة على الأول، دون الأخيرين (١) فإنه لصاحب البذر. (و منها): فى مسألة الزكاة (٢). (و منها): فى مسألة الانفساخ أو الفسخ فى الأثناء قبل ظهور الحاصل (٣) (و منها): فى مسألة مشاركة الزارع مع غيره و مزارعته معه (٤) (و منها): فى مسألة ترك الزرع إلى انقضت المدّة (٥).

إلى غير ذلك.

[مسألة ١٦: إذا حصل ما يوجب الانفساخ فى الأثناء قبل ظهور الثمر أو بلوغه]

(مسألة ١٦): إذا حصل ما يوجب الانفساخ فى الأثناء قبل ظهور الثمر أو بلوغه كما إذا انقطع الماء عنه و لم يمكن تحصيله، أو استولى عليه و لم يمكن قطعه، أو حصل مانع آخر عام- فالظاهر لحق حكم تبين البطلان من الأول- على

(١) فان التبين جزء من الزرع، فيكون مشتركاً على الأول و لا يكون جزءاً من الحاصل، فلا يكون مشتركاً بناء على الأخيرين.

(٢) كما يأتى فى المسألة الحادية و العشرين.

(٣) كما يأتى فى المسألة السابعة عشرة.

(٤) يظهر مما ذكرنا فى المسألة الثالثة عشرة الإشكال فى هذه الثمرة و أنه يصح مشاركة الغير و مزارعته و إن لم نقل بالاشتراك بالبذر نعم يترتب على ذلك عدم توجه الإشكال أصلاً، بخلاف القول بعدم الاشتراك فإنه يتوجه الإشكال، و إن كان يمكن اندفاعه بما عرفت، فالثمره وضوح الحكم و عدم وضوحه، لا ثبوت الحكم و عدمه.

(٥) فإنه بناء على الاشتراك فى البذر يكون البذر مشتركاً بناء على الاشتراك فى البذر، و بناء على الوجهين الأخيرين يختص المالك به.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١١٣

ما مر- لأنه يكشف عن عدم قابليتها للزرع (١)، فالصحة كانت ظاهريه، فيكون الزرع الموجود لصاحب البذر. و يحتمل بعيداً كون الانفساخ من حينه (٢)، فيلحقه حكم الفسخ فى الأثناء- على ما يأتى- فيكون مشتركاً بينهما على النسبة.

[مسألة ١٧: إذا كان العقد واجداً لجميع الشرائط و حصل الفسخ فى الأثناء]

(مسألة ١٧): إذا كان العقد واجداً لجميع الشرائط و حصل الفسخ في الأثناء إما بالتقاييل، أو بخيار الشرط لأحدهما، أو بخيار الاشتراط بسبب تخلف ما شرط على أحدهما- فعلى ما ذكرنا من مقتضى وضع المزارعة- و هو الوجه الأول من الوجوه المتقدمة- فالزرع الموجود مشترك بينهما على النسبة و ليس لصاحب الأرض على العامل أجره أرضه، و لا للعامل أجره عمله بالنسبة إلى ما مضى، لان المفروض صحة المعاملة و بقاؤها إلى حين الفسخ (٣). و أما بالنسبة إلى الاتى فلهما التراضى على البقاء إلى البلوغ بلا أجره أو معها، و لهما التراضى

(١) التى هى شرط للصحة من الأول- كما تقدم فى أول الكتاب- فاذا تبين فقد الشرط فقد تبين فقد المشروط.

(٢) مبنى هذا الاحتمال أن يكون اعتقاد القابلية لزرع شرطاً لصحة المزارعة، لا وجود القابلية واقعاً.

(٣) هذا لا يجدى بعد وقوع الفسخ، لأنه يرد على أصل المعاملة، فتكون بعد الفسخ كأنها لم تكن، فيرجع الزرع الى مالكة، فان كان هو المالك ضمن عمل العامل بالاستيفاء، و إن كان هو العامل ضمن منفعة الأرض بالاستيفاء، و إن كان غيرهما ضمن كلا من الأمرين لمالكة و لأجل ذلك احتل المصنف (ره) فى كتاب الإجارة- فى المسألة الخامسة من

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١١٤

على القطع قصيلاً. و ليس للزارع الإبقاء إلى البلوغ بدون رضى المالك (١) و لو بدفع أجره الأرض، و لا- مطالبة الأرض إذا أمره المالك بالقلع. و للمالك مطالبة القسمة (٢) و إبقاء حصته فى أرضه إلى حين البلوغ و أمر الزارع بقطع حصته قصيلاً. هذا و أما على الوجهين الآخريين فالزرع الموجود لصاحب البذر. و الظاهر عدم ثبوت شىء عليه من أجره الأرض أو العمل، لأن المفروض صحة المعاملة إلى هذا الحين و إن لم يحصل للمالك أو العامل شىء من الحاصل، فهو كما لو بقى الزرع إلى الآخر و لم يحصل حاصل (٣) من جهة آفة سماوية أو أرضية.

فصل: يملك المستأجر المنفعة فى إجارة الأعيان- الرجوع الى أجره المثل فيما مضى من المدة و جعل الاحتمال المذكور قريباً، فراجع. و حينئذ فالعمدة فيما ذكره المصنف (ره) هنا: أن بناء العرف فى المقام و نحوه على التبعض، نظير باب تبعض الصفقة، فيكون من قبيل تعدد المطلوب، فيكون فسخ المزارعة من حينه، لا من الأول.

(١) لأنه خلاف سلطنة المالك على أرضه. نعم إذا كان فى قلع الزرع ضرر على الزارع و لم يكن ضرر على مالك الأرض فى إبقاء الزرع كانت قاعدة السلطنة المذكورة محكومة بقاعدة نفي الضرر، و كان له الإبقاء بدفع الأجره، كما تقدم نظير ذلك فى المسألة السادسة.

(٢) لعموم ما دل على جواز طلب الشريك القسمة.

(٣) و الوجه فيه فى المقامين: أن البذر إذا كان للعامل فمالك الأرض لم يبذل أرضه على وجه الضمان مطلقاً، و إنما كان بذله لها على وجه الضمان

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١١٥

و يحتمل ثبوت الأجره عليه إذا كان هو الفاسخ (١).

فى صورة وجود الحاصل لا مع عدمه، و كذا الكلام إذا كان البذر لصاحب الأرض، فإن العامل لم يعمل بقصد العوض مطلقاً، و إنما كان بقصد العوض على تقدير وجود الحاصل لا مع عدمه، و حينئذ لا موجب لضمان منفعة الأرض، و لا لضمان عمل العامل.

و فيه: أن البذل فى المقامين لم يكن بقصد التبرع و المجانية، و إنما كان برجاء الحاصل و بانتظاره، غاية الأمر أنه إذا فات الحاصل

لأمر سماوى و نحوه لم يكن له شىء و لم يكن مقدماً على البذل مجاناً مع فوات الحاصل من جهة الفسخ، فاستيفاء عمله حينئذ يوجب ضمانه. و بذلك افترت هذه المسألة عن المسألة السابقة، فإن البذل فى المسألة السابقة مضمون بالمسمى فيها، و هنا لا ضمان له بالمسمى، فإذا بنى على الفسخ من حينه يكون البذل بلا-عوض و هو خلاف قاعدة الضمان بالاستيفاء، فإنه يوجب الضمان إما بالمسمى أو بأجرة المثل، و لما لم يسلم المسمى هنا تعين الضمان بأجرة المثل.

و قد اعترف بذلك المصنف فى المسألة التاسعة إذا كان التعيين على وجه التقييد، و كذلك فى المسألة الرابعة عشرة فى صورة البطلان، و لا فرق فى موجب الضمان بين الفسخ و البطلان. و سيأتى فى المسألة الثامنة و العشرين من كتاب المساقاة الحكم بالضمان بأجرة المثل. و فى المسألة السابقة بناء على الفسخ من حينه يكون الضمان بالمسمى، فلا موجب للرجوع إلى أجرة المثل.

(١) لأنه ضيع الحاصل على شريكه، بخلاف ما إذا كان الفاسخ غير من له البذر، فإنه هو الذى ضيع الحاصل على نفسه. لكن عرفت أن الاستيفاء هو الموجب للضمان، فإذا كان الفسخ مفوتاً للضمان بالمسمى و جب أن يكون بأجرة المثل، و هذا المعنى لا يختص بفسخ من له البذر،

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١١٦

[فذلكة]

(فذلكة): قد تبين مما ذكرنا فى طى المسائل المذكورة أن هاهنا صوراً (الاولى): وقوع العقد صحيحاً (١) جامعاً للشرائط و العمل على طبقه إلى الآخر، حصل الحاصل أو لم يحصل لآفة سماوية أو أرضية (الثانية): وقوعه صحيحاً مع ترك الزارع للعمل إلى أن انقضت المدّة (٢)، سواء زرع غير ما وقع عليه العقد أو لم يزرع أصلاً (الثالثة): تركه العمل فى الأثناء بعد أن زرع (٣) اختياراً أو لعذر خاص به (الرابعة):

تبين البطلان من الأول (٤) (الخامسة): حصول الانفساخ فى الأثناء (٥)، لقطع الماء أو نحوه من الأعذار العامة (السادسة): حصول الفسخ بالتقابل أو بالخيار فى الأثناء (٦). و قد ظهر حكم الجميع فى طى المسائل المذكورة، كما لا يخفى.

[مسألة ١٨: إذا تبين بعد عقد المزارعة أن الأرض كانت مغصوبة]

(مسألة ١٨): إذا تبين بعد عقد المزارعة أن الأرض كانت مغصوبة فمالكها مخير بين الإجارة، فتكون الحصّة له-

بل يكون بفسخ غيره أيضاً.

(١) هذا تبين من بيان صحة المزارعة.

(٢) هذا تبين من المسألة السابعة.

(٣) هذا تبين مما قبله، و لم يتعرض له المصنف.

(٤) تبين ذلك من المسألة الرابعة عشرة.

(٥) تبين ذلك من المسألة السادسة عشرة.

(٦) تبين ذلك من المسألة السابعة عشرة. و قد تبين أمور كثيرة غير ما ذكر لم يتعرض لها المصنف (ره) لأنه فى مقام ما يتعلق بالصحة و البطلان من الأول أو فى الأثناء.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١١٧

سواء كان بعد المدّة أو قبلها فى الأثناء أو قبل الشروع بالزراعة- بشرط أن لا يكون هناك قيد أو شرط لم يكن معه محل للإجازة (١)،

و بين الرد، و حينئذ فإن كان قبل الشروع فى الزرع فلا إشكال، و إن كان بعد التمام فله أجره المثل لذلك الزرع (٢)، و هو لصاحب البذر. و كذا إذا كان فى الأثناء (٣) و يكون بالنسبة إلى بقية المدة الأمر بيده (٤)، فاما يأمر بالإزالة و إما يرضى بأخذ الأجره، بشرط رضا صاحب البذر. ثم المغرور من المزارع و الزارع يرجع فيما خسر على غاره (٥)،

(١) لم يتضح الوجه فى هذا الشرط، فان القيود و الشروط المذكورة فى ضمن العقد لا تمنع من إجازته، لأن الإجازة تتعلق به على ما هو عليه من قيد أو شرط.

(٢) و هى على المباشر، لا- على المالك للبذر و ان كان قد أمره به، لأن المباشر أقوى من الأمر فتصح نسبة الاستيفاء اليه لا الى المالك و ان كان آمراً، و الضمان على المستوفى لا- على الأمر بالاستيفاء. نعم المباشر يرجع على صاحب البذر بأجره العمل مع ملاحظة كون العمل فى أرض مضمونة منفعتها على العامل، و بذلك تزيد الأجره.

(٣) لعين ما سبق.

(٤) لما سبق.

(٥) لقاعدة الغرور المستفادة من النبوى المشهور

[١]. و لبعض

[١] هذا الحديث و ان وجد فى بعض الكتب الفقهية الا- أنه لم نعثر عليه بعد الفحص فى كتب الحديث العامة و الخاصة و بعد الاستعانة ببعض الفهارس المعدة لضبط السنة النبوية. و قد تعرضنا لذلك فى الجزء العاشر الصفحة: ١٤٤ من هذه الطبعة.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١١٨

و مع عدم الغرور فلا- رجوع. و إذا تبين كون البذر مغصوباً فالزرع لصاحبه، و ليس عليه أجره الأرض، و لا أجره العمل (١). نعم إذا كان التبين فى الأثناء كان لمالك الأرض الأمر بالإزالة (٢). هذا إذا لم يكن محل للإجازة- كما إذا وقعت المعاملة على البذر الكلى لا المشخص فى الخارج (٣) أو نحو ذلك- أو كان و لم يجز (٤)، و إن كان له محل و أجاز يكون هو الطرف للمزارعة (٥) و يأخذ الحصه التى كانت

الصاحح الواردة فى باب تدليس الزوجه المتضمنه رجوع الزوج على المدلس معللا

بقوله (ع): «كما غر الرجل و خدعه» «١».

و قد تعرضنا لذلك فى بعض المباحث المتقدمه من هذا الشرح.

(١) لأنه لم يكن الزرع بأمره حتى يصدق الاستيفاء الموجب للضمان فان جاء بالبذر العامل كان عليه أجره الأرض لصاحبها، و ان جاء به صاحب الأرض كان عليه أجره المثل للعامل، و قد بطلت المزارعة.

(٢) كما سبق وجهه.

(٣) إذ حينئذ لا- يكون البذر الشخصى دخيلا- فى المزارعة حتى يكون لصاحبه سلطان عليها بالإجازة و الرد، فلو فرض أن مالك الشخصى أجاز لم تكن إجازته مصححة للمزارعة، بل تكون إجازته رخصه منه فى تملكهما لزرعه كل على حصته، مع بطلان المزارعة، لفقد البذر منهما.

(٤) أما إذا أجاز حينئذ صحت المزارعة، لأنه يكفى فى صحتها كون البذر مباحاً لهما و لو بإجازة متأخرة.

(٥) بناء على ما تقدم منه من جواز كون صاحب البذر طرفاً للمزارعة و لو بنى على بطلان ذلك لم تنفع الإجازة فى إثبات الحصه

للمجيز، كما

(١) الوسائل باب: ٧ من أبواب العيوب والتدليس من كتاب النكاح حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١١٩

للمغاصب. و إذا تبين كون العامل عبداً غير مأذون فالأمر إلى مولاه (١). و إذا تبين كون العوامل أو سائر المصارف مغصوبة فالمزارعة صحيحة (٢)، و لصاحبها أجره المثل أو قيمة الأعيان التالفه. و في بعض الصور يحتمل (٣) جريان الفضولية (٤) و إمكان الإجازة، كما لا يخفى.

[مسألة (١٩): خراج الأرض على صاحبها]

(مسألة ١٩): خراج الأرض على صاحبها (٥)،

إذا كان البذر من صاحب الأرض أو الزارع، فذكر شرطاً عليه دون رضا مالكة، فإن الإجازة تقتضى ثبوت الحصه لأحدهما كما هو مضمون العقد، و لا توجب انقلاب مضمونه و ثبوت الحصه للمجيز.

(١) يعنى: إن أجاز صحت المزارعة و كانت له حصه، و إلا بطلت، و حينئذ فإن كان البذر من صاحب الأرض كان عليه أجره عمل العبد، و إن كان من غيره كان على العبد أجره مثل الأرض.

(٢) لأن العوامل ليست مقومه للمزارعة، بخلاف البذر، فان الحاصل الذى هو مورد التحصيل قائم بالبذر.

(٣) كان المناسب الجزم لا الاحتمال.

(٤) كما سبق فى البذر، بأن يكون المتولى لها طرفاً ثالثاً أو رابعاً، فيجيز المالك، و تكون له الحصه.

(٥) بلا خلاف ظاهر، و فى المسالك: أنه محل وفاق، و فى مفتاح الكرامة: أن الإجماع معلوم، و حكى عن مجمع البرهان: أن الحكم معلوم، و فى الحدائق: «الظاهر أنه لا خلاف فيه بينهم». و يقتضيه: أن خراج الأرض موضوع على صاحب الأرض، و لا يرتبط بالعامل، و الأصل براءة ذمته، فاذا طالب السلطان العامل بالخراج كان عادياً عليه و ظالماً له.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٢٠

و كذا مال الإجازة إذا كانت مستأجرة (١)، و كذا ما يصرف فى إثبات اليد عند أخذها من السلطان، و ما يؤخذ لتركها فى يده و لو شرط كونها على العامل - بعضاً أو كلاً - صح (٢) و إن كانت ربما تزداد و ربما تنقص على الأقوى (٣)، فلا يضر مثل هذه الجهالة، للأخبار (٤).

(١) الحكم فيه أوضح مما قبله. و كذا ما بعده.

(٢) عملاً بعموم الصحة فى الشروط.

(٣) قال فى الشرائع: «خراج الأرض و مؤنتها على صاحبها. إلا- أن يشترط على الزارع». و ظاهره صحة الشرط مطلقاً. لكن فى المسالك:

«فان شرط عليه (يعنى: على الزارع) لزم إذا كان القدر معلوماً. و كذا لو شرط بعضه معيناً أو مشاعاً مع ضبطه. و لو شرط عليه الخراج فزاد السلطان فيه زيادة فهى على صاحب الأرض، لأن الشرط لم يتناولها و لم تكن معلومة فلا يمكن اشتراطها». و فيه: أنه لا دليل على قبح الجهالة فى المقام، و عموم الصحة ينفى ذلك.

(٤) يشير بذلك إلى جملة من النصوص، □
 كصحيح داود بن سرحان عن أبي عبد الله (ع): «فى الرجل تكون له الأرض يكون عليها خراج معلوم، وربما زاد وربما نقص، فدفعتها الى رجل يكفيه خراجها و يعطيه مائتى درهم فى السنة. قال (ع): لا بأس» «١».
 ومثله ما رواه فى كتاب من لا يحضره الفقيه عن يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام
 «٢». و

□
 صحيح يعقوب بن شعيب المروى فى الكافى عن أبي عبد الله (ع) قال: «سألته عن الرجل تكون له الأرض من أرض

(١) الوسائل باب: ١٧ من أبواب كتاب المزارعة و المساقاة حديث: ١.

(٢) الوسائل باب: ١٧ من أبواب كتاب المزارعة و المساقاة ملحق حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٢١

و أما سائر المؤمن (١)- كشق الأنهار، و حفر الآبار، و آلات السقى، و إصلاح النهر و تنقيته، و نصب الأبواب مع الحاجة إليها و الدولاب، و نحو ذلك مما يتكرر كل سنة أو لا يتكرر- فلا بد من تعيين كونها على المالك أو العامل، إلا إذا كان هناك

الخراج، فيدفعها الى رجل على أن يعمرها و يصلحها و يؤدى خراجها و ما كان من فضل فهو بينهما. قال: لا بأس» «١».

قال فى الحدائق بعد ما ذكر هذه الروايات الثلاث: و هذه الاخبار- كما ترى- ظاهرة فى عدم جهالة الشرط المذكور هنا سيما الخبرين الأولين» و سبقه الى ذلك فى الكفاية. و يشكل ما ذكره: بأن الخبرين الأولين ليسا فى المزارعة، وإنما هما فى موضوع آخر، و الخبر الثالث لا ظهور فيه فى جهالة الخراج و تردده بين الأقل و الأكثر، فالعمدة فى عدم الجهالة هى القواعد العامة. و من ذلك يظهر لك الاشكال فيما ذكره المصنف (ره) من الاستدلال بالأخبار لا غير.

(١) قد تقدم عن الشرائع إلحاق المؤمن مطلقاً بالخراج فى كونها على صاحب الأرض، و نحوه ما فى القواعد و عن التذكرة و السرائر و جامع المقاصد و غيرها. و فى جملة من الكتب اقتصر على الخراج و لم يتعرض للمؤنة، و ظاهر ذلك كونها على العامل. و فى المسالك فصل بين أنواع المؤنة، فقال:

«و الظاهر أن المراد من المؤنة ما يتوقف عليه الزرع و لا- يتعلق بنفس عمله و تنميته، كإصلاح النهر و الحائط و نصب الأبواب- إن احتيج إليها- و إقامة الدولاب، و ما لا يتكرر كل سنة، كما فصلوه فى المساقاة. و المراد بالعمل الذى على المزارع ما فيه صلاح الزرع و بقاؤه مما يتكرر كل سنة، كالحرث و السقى و آلاتهما و تنقية النهر من الحمأة و حفظ الزرع و حصاده و نحو

(١) الوسائل باب: ١٠ من أبواب كتاب المزارعة و المساقاة حديث: ٢.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٢٢

عادةً ينصرف الإطلاق إليها. و أما ما يأخذه المأمورون من الزارع ظلاماً من غير الخراج فليس على المالك (١)، و إن كان أخذهم ذلك من جهة الأرض.

ذلك. و بالجملة فكلامهم فى هذا المحل قاصر جداً. و فيه: أنه لا- قرينة على ما ذكره من التفصيل فى مرادهم. و ما ذكره فى السقى- لو تم- لا- يكون قرينة على ما نحن فيه، لاختلاف المقامين. مضافاً إلى أنه لا دليل على التفصيل المذكور. و لذا ذكر فى الجواهر: أنه لا- إشكال فى كون المرجع مع الإطلاق التعارف فيما هو على المالك و العامل و إلا- أشكل الحال. انتهى. و كأن

المصنف (ره) تبعه في ذلك.

و إن كان يشكل ما ذكره: بأن مقتضى الإطلاق كونه على العامل ما لم تقم قرينة على خلافه، كما تقدم في كتاب الإجارة أن مؤونة عمل الأجير عليه لا على المستأجر، إلا أن تقوم قرينة على خلاف ذلك. و الوجه فيه:
أن العمل المملوك على الأجير و الزرع المملوك على الزارع إذا كان مطلقاً كان مقتضى ملكيته وجوب الإتيان به على كل حال، فتجب جميع مقدماته من دون فرق بين مقدمة و أخرى، و التخصيص ببعضها دون بعض يتوقف على القرينة، و مع الإطلاق و فقد القرينة يجب الجميع. لكن المصنف في الإجارة جعل الأقوى وجوب التعيين مع عدم القرينة، و ذكر أن كونها على المستأجر لا يخلو من وجه.

(١) لأصالة البراءة. لكن

□
في خبر سعيد الكندي: «قلت لأبي عبد الله (ع): إني آجرت قوماً أرضاً فزاد السلطان عليهم. قال: أعطهم فضل ما بينهما. قلت: أنا لم أظلمهم و لم أزد عليهم. قال: إنهم إنما زادوا على أرضك» (١).
و الظاهر أنه غير ما نحن فيه و إنما

(١) الوسائل باب: ١٦ من أبواب كتاب المزارعة و المساقاة حديث: ١٠.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٢٣

[مسألة ٢٠: يجوز لكل من المالك و الزارع أن يخرص على الآخر]

(مسألة ٢٠): يجوز لكل من المالك و الزارع أن يخرص على الآخر (١) بعد إدراك الحاصل (٢) بمقدار منه بشرط القبول و الرضا من الآخر (٣) لجملة من الاخبار (٤)

فيما زاده السلطان من الخراج، مع أن الخبر ضعيف.

(١) الظاهر أنه لا خلاف فيه إلا من ابن إدريس، و في الحدائق:

«الظاهر اتفاق الأصحاب عليه»، و في الجواهر: «لا أجد خلافاً فيه».

و قد ذكره في الشرائع و القواعد و غيرهما.

(٢) كما يظهر اشتراط ذلك من مرسل محمد بن عيسى الآتي

و الروايات الواردة في أهل خيبر. لكن خبر سهل الآتي

خال من ذلك.

(٣) كما صرح به جماعة. و يدل عليه خبر سهل الآتي

(٤).

كخبر سهل قال: «سألت أبا الحسن موسى (ع) عن الرجل يزرع له الحراث بالزعفران و يضمن له على أن يعطيه في كل جريب يمسح عليه وزن كذا و كذا درهماً، فربما نقص و غرم و ربما استفضل و زاد.

قال (ع): لا بأس به إذا تراضيا» (١)

و ،

مرسل محمد بن عيسى عن بعض أصحابه قال: «قلت لأبي الحسن (ع): إن لنا أكرة فتزارعهم فيقولون: قد حزرنا هذا الزرع بكذا وكذا فأعطوناه ونحن نضمن لكم أن نعطيكم حصه على هذا الحزر. قال (ع): وقد بلغ؟ قلت: نعم. قال: لا بأس بهذا. قلت: فإنه يجيء بعد ذلك فيقول لنا: إن الحزر لم يجيء كما حزرت قد نقص. قال: فإذا زاد يرد عليكم؟ قلت: لا. قال: فلکم أن تأخذوه بتمام الحزر، كما أنه إذا زاد كان له كذلك إذا نقص» (٢) و نحوه غيره.

(١) الوسائل باب: ١٤ من أبواب كتاب المزارعة و المساقاة حديث: ١.

(٢) الوسائل باب: ١٤ من أبواب كتاب المزارعة و المساقاة حديث: ٤.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٢٤

هنا و في الثمار (١). فلا يختص ذلك بالمزارعة و المساقاة (٢).

بل مقتضى الاخبار جوازه في كل زرع مشترك أو ثمر مشترك (٣) و الأقوى لزومه بعد القبول (٤) و إن تبين بعد ذلك زيادته أو

(١)

كصحيح يعقوب بن شعيب في حديث، قال: «سألت أبا عبد الله (ع) عن الرجلين يكون بينهما النخل فيقول أحدهما لصاحبه: اختر إما أن تأخذ هذا النخل بكذا وكذا كيل (كيلا خ ل) مسمى و تعطيني نصف هذا الكيل إما زاد أو نقص و إما أن آخذه أنا بذلك. قال: نعم لا بأس به» (١)

و النصوص الواردة في إرسال النبي (ص) عبد الله بن رواحة إلى أهل خيبر ليخرص عليهم حصته (ص)،

كصحيح الحلبي:

«أخبرني أبو عبد الله (ع) أن أباه حدثه أن رسول الله (ص) أعطى خيبر بالنصف أرضها و نخلها، فلما أدركت الثمرة بعث عبد الله بن رواحة فيقوم عليه قيمة، و قال لهم إما أن تأخذوه و تعطوني نصف الثمر (الثن خ ل) و إما أعطيكم نصف الثمر، فقالوا: بهذا قامت السماوات و الأرض» (٢)

و نحوه صحيح يعقوب بن شعيب

«٣» و صحيح أبي الصباح الكناني

«٤». (٢) فإن روايات أهل خيبر واردة فيها. الظاهر أن أصل العبارة:

بل يجري في المساقاة.

(٣) كأنه لفهم عدم الخصوصية فيما ورد في الثمر المشترك، مثل صحيح يعقوب المتقدم

(٤) . كما عن صريح جماعة - كالمهذب و الوسيلة و جامع المقاصد

(١) الوسائل باب: ١٠ من أبواب بيع الثمار حديث: ١.

(٢) الوسائل باب: ١٠ من أبواب بيع الثمار حديث: ٢.

(٣) الوسائل باب: ١٠ من أبواب بيع الثمار حديث: ٥.

(٤) الوسائل باب: ١٠ من أبواب بيع الثمار حديث: ٣.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٢٥

نقيصته، لبعض تلك الاخبار (١). مضافا إلى العمومات العامة (٢). خلافا لجماعة (٣). و الظاهر أنه معاملة مستقلة (٤)

و المهذب البارع و مجمع البرهان- و ظاهر آخرين. و تقتضيه أصالة لزوم و ظاهر النصوص.

(١) و هو مرسل محمد بن عيسى المتقدم

(٢) يعنى عمومات صحة العقود.

(٣) منهم فخر المحققين فى الإيضاح و شرح الإرشاد، فذكر فيهما أن الأصح أنه إباحة، و أن الخرص لا يملك و لا يضمن، و فى القواعد:

«و لو زاد فإباحة على اشكال» و فى الجواهر: «عن التنقيح و إيضاح النافع و الميسية: الجزم بالعدم». و كيف كان يظهر ضعف ذلك مما سبق.

(٤) قال فى المسالك: «و على تقدير قبوله- يعنى الزارع- يتوقف نقله إليه على عقد كغيره من الأموال بلفظ الصلح أو التقبيل، على ما ذكره الأصحاب». و فى النسبة إلى الأصحاب تأمل ظاهر، فإن عبارة الشيخ فى النهاية- التى هى الأصل لهذه المعاملة- خالية عن ذلك. و كذا عبارة الشرائع، قال فيها: «يجوز لصاحب الأرض أن يخرص على الزارع، و الزارع بالخيار فى القبول و الرد»، و نحوها عبارة القواعد و غيرها.

نعم عن المختلف أنه نوع تقبيل و صلح، و عن الدروس و المهذب البارع أنه نوع من الصلح. لكن ذلك لا يدل على لزوم إيقاع عقد الصلح أو التقبيل زائداً على الخرص و قبوله. نعم عن جامع المقاصد: أنه لا بد من صيغة عقد، و فى المقام قال: «لا بد من إيجاب و قبول بلفظ التقبيل أو الصلح أو ما أدى هذا المعنى». و لكنه غير ظاهر. و حينئذ لا- دليل على لزوم إنشاء المعاملة بعقد زائد على الخرص و قبوله، و الأخبار تأباه و تمنعه.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٢٦

و ليست بيعاً (١)، و لا صلحاً معاوضياً (٢)،

(١) فى مفتاح الكرامة: «اتفقوا على أنه ليس بيعاً، غير أنه فى التذكرة تردد فى جواز عقدها بلفظ البيع»، و فى الجواهر: «عن التذكرة أنه احتمال كونها بيعاً»، ثم قال: «إنه بعيد، لشدة مخالفته لقواعد البيع، و ذكر الأصحاب له فى بيع الثمار أعم من ذلك». لكن المخالفة لقواعد البيع لا تهم، لجواز اختلاف أنواع البيع فى الأحكام، و لذا اختلف بيع الثمار عن بيع غيرها، فجاز فيها بيع المعدوم و المحتمل الوجود و المجهول المقدار و الصفات و غير ذلك.

و العمدة أن فى حاق البيع اعتبار مبادلة بين مالين، و المقام لم يقصد فيه ذلك، و إنما قصد فيه تحديد الجزء المشاع لا غير. نعم قد أخذ فيه شرطاً الأذن فى التصرف لكنه زائداً على مفهومه، فالخرص من قبيل تبديل وصف الشيء بوصف آخر، لا تبديل ذات الشيء بذات أخرى الذى هو داخل فى قوام البيع.

(٢) قد تقدم ما عن الدروس و الميسية من أنه نوع من الصلح، و كذلك ما عن المختلف من أنه نوع تقبيل و صلح، و عن بيع جامع المقاصد أن الذى يقتضيه النظر أنه نوع من الصلح، و مال إليه فى الجواهر، و لكنه كما ترى، إذا الصلح يجب أن يكون منشأ بعنوان كونه صلحاً، فيقول الموجب: صالحت، و يقول القابل: قبلت، فلو كان المنشأ متعلق الصلح كان عقداً آخر، لا صلحاً ضرورة. و بذلك افرق الصلح عن غيره من العقود، فإذا قال الرجل للمرأة: صالحتك على أن أكون زوجاً لك و تكونى زوجة لى، فقبلت، كان صلحاً، و إذا قال لها: تزوجتك، فقالت: قبلت، كان تزويجاً، فالفرق بين الصلح و غيره من العقود:

أن الصلح يكون منشأ بعنوان كونه صلحاً و فى غيره يكون المنشأ أمراً آخر

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٢٧

فلا يجرى فيها إشكال اتحاد العوض و المعوض (١)، و لا إشكال النهى عن المحاقلة و المزابنة (٢)، و لا اشكال الربا (٣) و لو بناء على ما هو الأقوى من عدم اختصاص حرمة بالبيع (٤)

و حيث أن المنشأ فى المقام الخرص و التحديد كان مفهوماً مقابلاً للصلح و لا يكون صلحاً.

(١) يكفى فى تحقق المعاوضة الاختلاف و لو فى الجملة، فقد ذكر فى الجواهر أن المعوض عنه الحصه المشاعه، و العوض المقدار المخصوص من مجموع الحصتين.

(٢) أشار بذلك الى ما ذكره الحلى فى السرائر، قال: «الذى ينبغى تحصيله أنه لا يخلو أن يكون قد باعه حصته من الغلة و الثمره بمقدار فى ذمه من الغلة و الثمره، أو باعه الحصه بقله من هذه الأرض فعلى الوجهين معاً البيع باطل، لأنه داخل فى المزابنة و المحاقلة، و كلاهما باطلان. و إن كان ذلك صلحاً لا بيعاً فان كان ذلك بقله و ثمره فى ذمه الأكار- الذى هو الزارع- فإنه لازم له سواء هلكت الغلة بالآفة السماوية أو الأرضية، و إن كان ذلك الصلح بقله من تلك الأرض فهو صلح باطل، لدخوله فى باب الغرر، لأنه غير مضمون، فان كان ذلك فالغلة بينهما سواء زاد الخرص أو نقص تلفت منهما أو سلمت لهما، فليحظ ذلك، فهو الذى يقتضيه أصول مذهبا و تشهد به الأدلة، فلا- يرجع عنهما بأخبار الآحاد التى لا توجب علماً و لا عملاً». و لا يخفى ما فيه بناء على ما ذكر فى المتن. من أنه معامله مستقلة و ليست بيعاً و لا صلحاً، إذ لا يشملها النهى عن بيع المزابنة و المحاقلة.

(٣) لاختصاصه بالمعاوضات، و المقام ليس منها، و إنما هو تحديد و تقدير.

(٤) تقدم الكلام فيه فى المسألة الثالثة و العشرين من فصل: «لا يجوز

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٢٨

و جريانه فى مطلق المعاوضات. مع أن حاصل الزرع و الشجر قبل الحصاد و الجذاذ ليس من المكيل و الموزون (١). و مع الإغماض عن ذلك كله يكفى فى صحتها الأخبار الخاصة.

فهو نوع من المعاملة عقلائية ثبت بالنصوص. و لتسم بالتقبل (٢) و حصر المعاملات فى المعهودات ممنوع (٣). نعم يمكن أن يقال: إنها فى المعنى راجعة إلى الصلح الغير المعاوضى (٤).

فكأنهما يتسالمان على أن يكون حصه أحدهما من المال المشترك كذا مقداراً و البقية للآخر، شبه القسمة أو نوع منها. و على ذلك يصح إيقاعها بعنوان الصلح (٥) على الوجه المذكور

إجازة الأرض ..» من كتاب الإجارة.

(١) كما صرح به فى الجواهر فى كتاب البيع، و الربا فى البيع يختص بالمكيل و الموزون.

(٢) قال فى المسالك فى باب بيع الثمار: «ظاهر الأصحاب أن الصيغة تكون بلفظ القبالة و أن لها أحكاماً خاصة زائدة على البيع و الصلح ..

(الى أن قال): لا دليل على إيقاعه بلفظ التقبيل أو اختصاصه به».

و هو كما ذكر، لكن نسبة الحكم إلى ظاهر الأصحاب غير ظاهرة- كما عرفت- و أن عبارات الشيخ و المحقق و العلامة- فى القواعد- و غيرهم تأباه فإنهم عبروا بالخرص، و هو مجرد التقدير و التحديد.

(٣) و لو سلمت فالخرص من المعهود شرعاً و عرفاً، فلا إشكال فى شمول عمومات صحة العقود له.

(٤) قد عرفت أن الصلح يجب أن يكون إنشأؤه بعنوان الصلح، فإذا كان الإنشاء بعنوان آخر لم يكن صلحاً.

(٥) صحة الإيقاع بعنوان الصلح لا تتوقف على ما ذكره، بل تكون

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٢٩

- مع قطع النظر عن الاخبار (١) أيضاً- على الأقوى من اغتفار هذا المقدار من الجهالة فيه إذا ارتفع الغرر بالخرص المفروض (٢) و على هذا لا يكون من التقبيل و التقبل (٣). ثم إن المعاملة المذكورة لا تحتاج إلى صيغة مخصوصة (٤)، بل يكفي كل لفظ دال على التقبل. بل الأقوى عدم الحاجة إلى الصيغة أصلاً (٥)، فيكفي فيها مجرد التراضي، كما هو ظاهر الاخبار

حتى إذا قلنا بأنها غير الصلح، فإن جميع عناوين العقود يصح إيقاعها في ضمن إيقاع الصلح، و لا يقتضى أنها نوع من الصلح، كما عرفت ذلك في صدر المسألة.

(١) اعتماداً على ما دل على صحة الصلح و أنه جائز بين المسلمين «١».

(٢) و كذا إذا لم يرتفع، إذ لا دليل على قبح الغرر في الصلح، و كذا في غيره غير البيع و نحوه.

(٣) الظاهر أن التقبيل و التقبل يختص اصطلاحاً بالأرض، و مفهومه قريب من معنى الإجارة، و لا يكون في غير الأرض إلا مجازاً.

(٤) كما تقدم عن المسالك، و إن كان قد نسب الاحتياج إلى ظاهر الأصحاب.

(٥) هذا غير ظاهر، بل ظاهر النصوص و الفتوى أن الخرص من العقود المحتاجة إلى إنشاء بإيجاب و قبول، و في الجواهر: «لا ريب في اعتبار الصيغة، و خلو نصوصها عنه كخلو أكثر نصوص العقود عن ذلك» و فيه: أن النصوص مشتملة على الأقوال على اختلاف في مضامين تلك الأقوال، و كلها ظاهرة فيما ذكرنا من الإنشاء بالعقد اللفظي.

(١) الوسائل باب: ٣ من أبواب كتاب الصلح حديث: ١، ٢ و في بقية أخبار الأبواب دلالة على المطلوب.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٣٠

و الظاهر اشتراط كون الخرص بعد بلوغ الحاصل و إدراكه (١) فلا يجوز قبل ذلك. و القدر المتيقن من الاخبار كون المقدار المخروص عليه من حاصل ذلك الزرع (٢)، فلا يصح الخرص و جعل المقدار في الذمة من جنس ذلك الحاصل (٣) نعم لو أوقع المعاملة بعنوان الصلح (٤)- على الوجه الذي

(١) كما يشهد به مرسل محمد بن عيسى

«١» و صحاح الحلبي

و الكناني

و يعقوب بن شعيب

الواردة في إرسال النبي (ص) عبد الله بن رباحة إلى أهل خيبر بعد ما أدركت الثمرة أو بلغت «٢»، فإن ذكر القيد المذكور في مقام البيان يدل على اعتباره في الحكم، و يظهر من المسالك المفروغية من اعتباره.

(٢) في الجواهر أنه المنساق من النصوص، و صرح به جماعة، بل هو المشهور، بل ظاهر جامع المقاصد نسبتته إلى تصريح الأصحاب. انتهى.

و قد عرفت أن المفهوم من الخرص في النص و الفتوى ليس إلا تقدير الحصّة المشاعة المبهمة بقدر معين من دون تبديل شيء بشيء و لا معاوضة بين شيئين.

(٣) لأنه لما كان معاوضة و العوض في الذمة فلا يكون من الخرص المذكور في النصوص و الفتوى، و إنما يكون بمعنى آخر، و

يكون حينئذ من قبيل البيع، إذ هو معاوضة بين الحصّة المشاعه و بين ما فى الذمه. و لا يلزم محذور الربا، لكون المبيع ليس من المكيل و الموزون، كما لا يلزم الغرر، للاعتماد على قول أهل الخبرة إذا كان الخرص منهم. (٤) قد عرفت أن الصلح يجرى فى جميع المعاملات على أن يكون المنشأ نفس الصلح، و تكون المعاملة مورداً للصلح و موضوعاً له.

(١) الوسائل باب: ١٤ من أبواب كتاب المزارعة و المساقاة حديث: ٤.

(٢) راجع الوسائل باب: ١٠ من أبواب بيع الثمار.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٣١

ذكرنا - لا مانع من ذلك فيه. لكنه - كما عرفت - خارج عن هذه المعاملة (١). ثم إن المشهور بينهم أن قرار هذه المعاملة مشروط بسلامة الحاصل (٢)، فلو تلف بأفء سماوية أو أرضية كان عليهما. و لعله لأن تعيين الحصّة فى المقدار المعين (٣) ليس من باب الكلى فى المعين (٤)، بل هى باقية على إشاعتها. غاية الأمر تعيينها فى مقدار معين. مع احتمال أن يكون ذلك من الشرط الضمنى بينهما، و الظاهر أن المراد

(١) لكنه داخل فى عنوان الصلح.

(٢) فى جامع المقاصد: أنه ذكره الأصحاب، و فى المسالك: أنه المشهور بين الأصحاب. و مستنده غير واضح، و حكمه لا يخلو من إشكال إن لم يكن انعقد عليه الإجماع و أنى لهم به؟! و إنما هو شىء ذكره الشيخ فى بعض كتبه و تبعه عليه الباقون معترفين بعدم النص ظاهراً على هذه اللوازم.

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

مستمسك العروة الوثقى؛ ج ١٣، ص: ١٣١

(٣) قد عرفت أن هذا هو الذى يقتضيه ظاهر النصوص و الفتاوى.

(٤) و فى الجواهر: «لا يحتاج ذلك (يعنى ما ذكره المشهور) إلى تنزيل العوض على الإشاعة، إذ يمكن أن لا يكون كذلك و إن كان كلياً مضموناً فى العين بشرط السلامة، للدليل نحو ما سمعته فى خبر الأطنان»
«١». و لعله إلى ذلك يشير ما فى بعض الحواشى من أن مجرد كون التلف عليهما لا يوجب البقاء على الإشاعة. انتهى. لكن الدليل الذى ذكره غير ظاهر و القواعد تقتضى كون التلف على غير مالك الكلى، و لا يشاركه مالك الكلى فيه.

(١) الوسائل باب: ١٩ من أبواب عقد الربيع حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٣٢

من الآفة الأراضية (١) ما كان من غير الإنسان، و لا يبعد لحوق إتلاف متلف من الإنسان أيضاً به (٢). و هل يجوز خرص ثالث حصّة أحدهما أو كليهما فى مقدار؟ وجهان أقواهما العدم (٣).

[مسألة (٢١): بناء على ما ذكرنا من الاشتراك من من أول الأمر فى الزرع يجب على كل منهما الزكاة]

(مسألة ٢١): بناء على ما ذكرنا من الاشتراك من من أول الأمر في الزرع يجب على كل منهما الزكاة (٤) إذا كان نصيب كل منهما يحد النصاب، و على من بلغ نصيبه إن بلغ نصيب أحدهما. وكذا إن اشترطا الاشتراك حين ظهور الثمرة، لأن تعلق الزكاة بعد صدق الاسم (٥) و بمجرد الظهور لا يصدق (٦). و إن اشترطا الاشتراك بعد صدق

(١) يعنى المذكور فى كلام الجماعة.

(٢) لوجود المناط فيه، و هو الإشاعة المقتضية للاشتراك. و كان المناسب للمصنف الجزم بذلك.

(٣) لقصور نصوص المقام عن شمول ذلك. نعم إذا كان المراد من الخرص معنى آخر - غير المعنى الاصطلاحى المذكور فى النصوص و الفتاوى - و هو المعاوضة على الحصه المشاعه بعوض فى الذمه صح - كما تقدم - عملاً بالعمومات، حتى إذا كان المقصود البيع، لارتفاع الغرر بخرص أهل الخبرة و العدم كون المبيع من المكيل و الموزون فلا يلزم الربا.

(٤) لأن الشرط فى وجوب الزكاة الملك، و المفروض حصوله بالنسبة إليهما.

(٥) تقدم فى كتاب الزكاة الاستدلال عليه.

(٦) فإذا حصل الملك حينئذ فقد تحقق الملك، بالنسبة إليهما، و إذا

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٣٣

الاسم أو حين الحصاد و التصفيه فهى على صاحب البذر منهما لأن المفروض أن الزرع و الحاصل له إلى ذلك الوقت، فتعلق الزكاة فى ملكه (١).

[مسألة ٢٢: إذا بقى فى الأرض أصل الزرع بعد انقضاء المده و القسمة]

(مسألة ٢٢): إذا بقى فى الأرض أصل الزرع بعد انقضاء المده و القسمة، فنبت بعد ذلك فى العام الاتى، فان كان البذر لهما فهو لهما، و إن كان لأحدهما فله، إلا مع الاعراض (٢)، و حينئذ فهو لمن سبق. و يحتمل أن يكون لهما مع عدم الاعراض (٣) مطلقاً (٤)، لأن المفروض شركتهما فى الزرع و أصله و إن كان البذر لأحدهما أو لثالث، و هو الأقوى (٥).

كان الشرط الملك حال صدق الاسم فالظاهر وجوب الزكاة عليهما، عملاً بإطلاق الأدلة. و كان المناسب للمصنف التعرض له، فتكون الصور أربع و لا وجه للاقتصار على الصور الثلاث.

(١) دون صاحبه، لتأخره عن ذلك، فيجب عليه دون صاحبه.

(٢) لكن الاعراض لا يوجب الخروج عن الملك، لعدم الدليل عليه، كما تقدم فى كتاب الإجارة. نعم مع الاعراض يجوز تملكه لمن سبق إليه إذا بقى الاعراض بحاله، أما إذا زال الاعراض حين صيرورته زرعاً فلا يملكه من سبق إليه، بل هو لملكه.

(٣) وكذا مع الاعراض، لأن الاعراض لا يرفع الملكية.

(٤) يعنى: و إن كان البذر من أحدهما.

(٥) قد عرفت فى المسألة الخامسة عشرة أن الاشتراك يكون فى جميع التطورات الواردة على البذر، و لا يختص بالحاصل، و منها

أصول الزرع

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٣٤

و كذا إذا بقى فى الأرض بعض الحب (١) فنبت، فإنه مشترك بينهما مع عدم الاعراض (٢). نعم لو كان الباقي حب مختص بأحدهما (٣) اختص به. ثم لا يستحق صاحب الأرض أجره لذلك الزرع النابت على الزارع فى صورة الاشتراك أو الاختصاص به و إن انتفع

بها، إذ لم يكن ذلك من فعله (٤)، و لا من معاملة واقعه بينهما (٥).

فتكون مشتركة بينهما. ثم إن المصنف حرر المسألة بما إذا نبت أصل الزرع و لا ينبغي التأمل في اشتراك النابت بينهما. لاشتراك أصل الزرع. و في التذكرة حرر المسألة بما إذا نبت الحب، و مثله في الجواهر. و لا ينبغي التأمل في اختصاص النابت بصاحب البذر للتبعي، و لذا نسب في التذكرة ذلك إلى علمائنا و الشافعي، معللاً له: بأنه عين ماله، و حكى عن أحمد القول بأنه لصاحب الأرض، و لم يحك عن أحد القول بالاشتراك. و من ذلك تعرف اختلاف حكم المسألتين.

(١) يعنى: من الحاصل المشترك.

(٢) و كذا مع الاعراض، كما عرفت.

(٣) من جهة قسمة الحاصل.

(٤) كما لو أطارت الريح الحب إلى أرض زيد فصار زرعاً. اللهم إلا أن يقال: الاستيفاء الموجب للضمان أعم من ذلك. لكنه غير ظاهر و الأصل البراءة، و لأجل ذلك يظهر ما جزم في الجواهر من أن عليه أجره الأرض لمالكها.

(٥) يعنى حتى يكون الأمر الحاصل من المعاملة موجباً لصدق الاستيفاء فان الاستيفاء كما يحصل مباشرة استيفاء المنفعة يحصل أيضاً بالأمر بالفعل، كما إذا أمره بحلق رأسه فامثل الأمر و حلق، فان الأمر يكون هو المستوفى للمنفعة.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٣٥

[مسألة (٢٣): لو اختلفا في المدة]

(مسألة ٢٣): لو اختلفا في المدة و أنها سنة أو سنتان مثلاً فالقول قول منكر الزيادة (١). و كذا لو قال أحدهما:

إنها ستة أشهر و الآخر قال: إنها ثمانية أشهر (٢). نعم لو ادعى المالك مدة قليلة لا تكفى لبلوغ الحاصل و لو نادرا ففي تقديم قوله إشكال (٣). و لو اختلفا في الحصه قلة و كثرة فالقول قول صاحب البذر المدعى للقله. هذا إذا كان نزاعهما في زيادة المدة أو الحصه و عدمها. و أما لو اختلفا في تشخيص ما وقع عليه العقد و أنه وقع على كذا أو كذا، فالظاهر التحالف (٤)

(١) بلا خلاف أجده فيه، كما في الجواهر، بل في جامع المقاصد:

الإجماع عليه. و يقتضيه الأصل. فإن قلت: إذا كان الشك في المدة أنها سنة أو سنتان فقد شك في بقاء المزارعه بعد السنة، و الأصل بقاؤها.

قلت: الشك في البقاء ناشئ من الشك في جعل المتعاقدين و الأصل عدم جعل الزيادة، فيكون حاكماً على أصالة بقاء المزارعه.

(٢) لعين ما سبق.

(٣) لمخالفته لأصالة الصحه المقدمه على أصالة عدم الزيادة، لما عرفت من اعتبار كون المدة كافيه في بلوغ الزرع في صحه المزارعه.

(٤) قال في جامع المقاصد: «لو لا الإجماع لأمكن أن يقال: إن اتفاقهما على عقد تضمن تعيين مدة و حصه نقل عن الأصل المذكور

و كل منهما مدع لشيء و منكر لما يدعيه الآخر، و ليس إذا ترك دعوى الزيادة مطلقاً يترك، فإنه إذا ترك العمل طالبه به. نعم يجيء

هذا إذا وقع الاختلاف عند انتهاء الأمر. فيجب التحالف، و هو قول الشافعي في نظيره في المساقاة». و أشكل عليه في المسالك: بأن

العقد المتضمن لهما

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٣٦

(يعنى المدءة و الحصة) أنما أخرج عن حكم الأصل - أصل المدءة و الحصة - أما فى قدر معين فلا، فىبقى إنكار الزيادة فىهما بحاله لم يخرج عن حكم الأصل بشىء. و المراد بمن يترك إذا ترك فى نفس ذلك المدعى، و هو هنا المدءة الزائدة، و الحصة الزائدة، أما العمل فهو أمر خارج عن الدعوى فلا أثر للمطالبة فى هذه المنازعة).

أقول: إذا كان مدعى الزيادة الزارع فهو إذا ترك الدعوى ترك و لا يطالب حتى بالعمل، لأن المالك المنكر للزيادة ليس له المطالبة بالعمل لأنها مطالبة بغير حق بعد اعترافه بعدم الزيادة و لأجله يشكل ما يظهر من المسالك من جواز مطالبة المنكر بالعمل. لكنه خارج عن محل الدعوى.

و أما ما فى جامع المقاصد من دعوى التحالف فى المقام فقد تكرر منه نظيره فى موارد كثيرة - كما يظهر من مراجعة ما ذكرناه فى كتاب الإجارة فى جملة من مباحث التنازع - و وافقه عليه فى الجواهر فى بعضها و ربما وافقه هنا أيضاً فى الجملة. قال (ره): «لا ريب فى عدم التحالف فى مسألة المدءة لو كانت فى نفس استحقاق الزائد منها من دون تعرض فى الدعوى لسببه، ضرورة كون إنكارها على مقتضى الأصل، أما لو كانت الدعوى فى سبب استحقاقها بعد اتفاقهما على كونه عقداً مشخفاً و وقع النزاع فى كيفية تشخيصه - فقال المالك مثلاً: إنه بمدءة قليلة، و قال العامل: أنه بمدءة كثيرة - فلا ريب فى أن المتجه التحالف لكون كل منهما مدعياً و منكرًا، و دعوى كل منهما مخالفة الأصل. و القلة و الكثرة بالنسبة إلى تشخيصهما العقد على حد سواء فى مخالفة الأصل. إلا أن ظاهر الأصحاب هنا تقديم قول مدعى القلة حتى لو كانت الدعوى على الفرض المزبور». و ما نسبه الى ظاهر الأصحاب هو المتعين.

و ما ذكره فى توجيه التحالف إنما يتم بناء على أن المعيار فى تشخيص

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٣٧

.....

المدعى و المنكر مصب الدعوى، لكن الظاهر خلافه، و أن المعيار فى تشخيص ذلك الغرض المقصود من الدعوى، كما أشرنا إلى ذلك فى شرح المسألة الأولى من فصل التنازع من كتاب الإجارة، و أشار إليه المصنف (ره) فى كتاب القضاء.

و قد قال فى الجواهر فى مسألة ما لو اختلف المتبايعان فى قدر الثمن أو فى قدر الأجل أو نحو ذلك، قال - بعد أن ذكر اختلاف الحكم باختلاف إبراز الدعوى - «قد يقال: بأن القول قول مدعى الأقل على أى حال أبرزت الدعوى إذا كان المراد إشغال الذمة بالأكثر، ضرورة أن أقصى الاختلاف فى السببين - أى السبب الموجب للأقل و السبب الموجب للأكثر - و لا ريب فى موافقة الأصل للأول. و من هنا أفتى الأصحاب من غير خلاف يعتد به فى سائر المقامات حتى فى الجنایات الموجبة للمال لو وقع النزاع فى السبب الموجب للأقل منها أو الأكثر. فلاحظ و تأمل، فإن ذلك هو التحقيق فى المسألة، بل هو الذى يوافق صدق المدعى عرفاً». و المتحصل مما ذكرناه أمور: (الأول) أن جامع المقاصد أرجع النزاع فى جميع هذه الموارد الى النزاع فى تشخيص العقد و جعله من التداعى.

(الثانى): أن صاحب الجواهر فصل بين أن يكون مصب الدعوى تشخيص العقد و أن يكون الزائدة و النقصان، فعلى الأول يكون من التداعى و على الثانى يكون من المدعى و المنكر. و تبعه عليه المصنف (ره) هنا و فى بعض الموارد الأخرى. (الثالث): أن ظاهر الأصحاب - هنا و فى جميع الموارد - أن المدار فى تشخيص المدعى و المنكر الغرض المقصود، كما اعترف به جامع المقاصد و الجواهر و المصنف. (الرابع): أن صاحب الجواهر قد حقق فى بعض كلام له فى كتاب البيع أن التحقيق ما هو ظاهر الأصحاب.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٣٨

- و إن كان خلاف إطلاق كلماتهم (١) - فان حلفاً أو نكلاً فالمرجع أصالة عدم الزيادة.

[مسألة ٢٤): لو اختلفا في اشتراط كون البذر أو العمل أو للعوامل على أيهما]

(مسألة ٢٤): لو اختلفا في اشتراط كون البذر أو العمل أو للعوامل على أيهما فالمرجع التحالف (٢)، و مع حلفهما أو نكولهما تنفسخ المعاملة (٣).

[مسألة ٢٥): لو اختلفا في الإعارة و المزارعة]

(مسألة ٢٥): لو اختلفا في الإعارة و المزارعة، فادعى الزارع أن المالك أعطاه الأرض عارية للزراعة، و المالك ادعى المزارعة، فالمرجع التحالف أيضاً (٤)، و مع حلفهما أو نكولهما

(١) قد عرفت أنه هو الذي يقتضيه التحقيق، و قد تقدم في كتاب الإجارة ما له نفع في المقام.
 (٢) قد تقدم القول بأن إطلاق المزارعة يقتضى كون البذر على العامل و عليه فالخلاف يكون بينهما في اشتراط كونه على المالك و عدمه، و مقتضى ذلك كون القائل بكونه على المالك مدعياً لمخالفة قوله الأصل و الإطلاق، و خصمه منكرًا لموافقته قوله الإطلاق، فيكون على الأول البيئه و على الثاني اليمين.
 (٣) لعدم الباذل للبذر الذي لا بد منه في قوامها. و كذا في بقيه الأمور. ثم إن هذا الانفساخ ليس واقعياً، بل هو بحسب حكم القاضي فمن يعلم أن عليه البذر يجب عليه بذله و العمل بمقتضى الشرط و العقد.
 (٤) لأن كلا منهما يدعى خلاف الأصل، إذ الأصل عدم المزارعة و عدم العارية: قال في الشرائع: «لو اختلفا فقال الزارع: أعرتنيها» و أنكر المالك و ادعى الحصه أو الأجره، و لا بيئه، فالقول قول صاحب الأرض، و يثبت له أجره المثل مع يمين الزارع. و قيل: يستعمل القرعة.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٣٩

تثبت أجره المثل للأرض (١). فإن كان بعد البلوغ فلا اشكال

و الأول أشبه». و كأن مراده أن القول قول صاحب الأرض في عدم العارية، لا- في دعواه الحصه أو الأجره، كما عبر بذلك في القواعد، قال:

«و لو ادعى العامل العارية و المالك الحصه أو الأجره قدم قول المالك في عدم العارية، و له أجره المثل مع يمين العامل ما لم تزد عن المدعى»، و نحوها عبارة التذكرة.

و لا يخفى ما فيها من سقم التعبير، فإنها توهم أن المالك منكر و العامل مدع، مع أن كلا منهما مدع من جهة و منكر من جهة، فإن المالك مدع للحصه و منكر للعارية و العامل مدع للعارية و منكر للحصه، فيقدم قول كل منهما في نفي دعوى الآخر بيمينه، و هذا هو التداعي الذي حكمه التحالف، كما عبر به العلامة في التحرير، قال: «لو ادعى العارية و ادعى المالك الحصه أو الأجره و لا بيئه تحالفا، و يثبت لصاحب الأرض أجره المثل»، و تبعه في ذلك المصنف. و هو واضح معنى و دليلاً.

(١) قد عرفت أن البناء على التحالف واضح. و لكن الإشكال في استحقاق المالك أجره المثل، فإنه لا يدعيه و إنما يدعى الحصه المسماة، و لم تثبت بالبيئه، بل بنى على انتفائها بيمين المنكر، فما الذي اقتضى إثبات أجره المثل؟! و لذلك حكى عن عارية الخلاف و المبسوط و الغنيه و اللعة و الكفاية: العدم. و ذكر الأردبيلي (ره) في شرحه للإرشاد في مسألة ما لو ادعى مالك العين الإجارة و المتصرف بها العارية أنه إذا حلف المتصرف على نفي الإجارة لم يلزمه شيء عوض التصرف، لأصالة البراءة، و لا نسلم أن الأصل

حصول أجره و عوض لصاحب المال. انتهى. و ظاهر كلامه - يعنى كلام الأردبيلي (ره) - إنكار أصالة ضمان المال. و لذلك أشكل عليه فى الجواهر: بأن أصل البراءة مقطوع بقاعده مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٤٠

.....

الضمان المستفاده من قوله: «على اليد ..» و «من أتلف ..»

و نحوهما، و إلا لزم عدم ضمان كل متلف لكل مال شخص بدعوى الهبة، بل لا يحتاج إلى الدعوى بأصالة البراءة، و التزامه واضح الفساد. و الفرق بين المنفعة و العين أوضح فساداً، و ذهب اليمين بما فيها إنما هو بالنسبة إلى ما نفته من الأجرة و الحصه المسماة لا غيرهما، كما هو واضح. انتهى.

و كان الأولى الاستدلال بما دل على ضمان المنفعة بالاستيفاء من إجماع العرف و المتشرعة عليه. و كيف كان فإذا كان الوجه فى عدم ضمان أجره المثل فى المقام عدم الدليل على ضمان المنفعة بالاستيفاء فإشكاله ظاهر، و ضعفه واضح. و إن كان الوجه فيه أن دعوى المالك الأجرة المعينه أو الحصه تستلزم الاعتراف بعدم استحقاق غيرها من أجره المثل أو غيرها، فيؤخذ باعترافه و إقراره. ففى محله، عملاً بعموم: إقرار العقلاء على أنفسهم جائز.

اللهم إلا أن يقال: إن دعوى الضمان بالأجرة المعينه أو الحصه راجعة إلى دعوى الضمان المقيّد، فان كان التقييد على نحو وحدة المطلوب تمّ ما ذكر، أما إذا كان على نحو تعدد المطلوب، بأن كان المالك يدعى الضمان و يدعى كونه على نحو خاص، فإذا بطلت دعوى الخصوصية يمين العامل بقى أصل الضمان بحاله، و لا اعتراف منه حينئذ بعدم الاستحقاق. و لا يبعد أن المرتكزات العرفية توافق على ذلك، فلا مجال إذاً للمناقشة فيه. و قد تقدم فى المسألة الستين من كتاب المضاربة بعض الكلام فى ذلك. فراجع.

هذا و قد أطلق المصنف وجوب أجره المثل بعد التحالف، كما فى الشرائع و غيرها. لكن عرفت التقييد فى كلام القواعد بعدم زيادة أجره المثل على الأجرة أو الحصه. و وجهه: أن دعواه الأجرة أو الحصه يقتضى مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٤١

و إن كان فى الأثناء فالظاهر جواز الرجوع للمالك (١). و فى

الاعتراف بعدم استحقاق الزائد عليها، فيؤخذ باعترافه و لا يدفع له الزائد و لأجل ذلك وافق القواعد جماعة ممن تأخر عنه. و أشكل عليه فى الحدائق: بأن اعترافه بعدم استحقاق الزائد مبنى على صحة دعواه و ثبوتها، فإذا بنى على بطلانها فقد بنى على بطلان ما يترتب عليها و فرضهما معدومين. و فيه: أن الاعتراف بعدم استحقاق الزائد لا مجال لفرضه كعدمه، فإنه خلاف إطلاق الأدلة، و لا ملازمة بين بطلان الدعويين و بطلان ما يترتب عليهما من اللوازم الخارجية، و إنما الملازمة بين بطلانها و بطلان ما يترتب عليهما شرعاً، لا عقلاً.

هذا و لم يتعرض المصنف (ره) لوجه إهمال القيد المذكور كما أنه لم يصرح بالإطلاق، و هل ذلك كان من جهة موافقته للحدائق فى الاشكال المذكور، أو من جهة أن موضوع المسألة المزارعة، و عوض منفعة الأرض فيها الحصه، و ليست هى من جنس أجره المثل حتى يصح فرض الزيادة و النقيصة بينهما، لاختصاص ذلك بما كانا متحدى الجنس. لكن التقييد بعدم الزيادة فى عبارة القواعد كان فى مورد المزارعة صريحاً، و حمل كلامه على صورة ما إذا كانت الحصه مساوية لأجره المثل بعيد، و لو كان المراد ذلك كان اللازم فى التعبير أن يقال: إنه بعد التحالف يحكم بالأجرة المسماة، فلا بد أن يحمل كلامه على صورة كون الزيادة بحسب القيمة لا

العين. و الوجه المقتضى للتقييد بعدم زيادة أجره المثل أيضاً وارد في ذلك، إذ المالك أيضاً يعترف بعدم استحقاق الزيادة في القيمة على المسمى من أجره أو حصه، فيؤخذ باعترافه. و من أجل ذلك يتوجه الاشكال على المصنف على كل حال.

(١) يعنى: الرجوع عن العقد الواقع بينه و بين العامل، لأن العامل

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٤٢

وجوب إبقاء الزرع الى البلوغ عليه مع الأجره إن أراد

يدعى كونه عارية يجوز للمعير الرجوع فيها، و ليس له الاعتراض على المالك بأنه يعترف بكونها مزارعة، و هى لا يجوز الرجوع فيها، و ذلك لأن عدم جواز الرجوع فى المزارعة من جهة حق العامل، و المفروض اعتراف العامل بأنه لا حق له. اللهم إلا أن يقال: انما يجوز العمل بالإقرار مع احتمال الموافقة للواقع، لا مع العلم بالخلاف، فاذا كان المالك يعلم بأن العقد مزارعة لا يجوز له الرجوع فيه إلا مع التقابل، و لا يكفى اعتراف العامل بأنه عارية.

هذا بالنظر الى الحكم الواقعى الأولي، أما بالنظر الى حكم الحاكم بنفى كل من العارية و المزارعة بعد التحالف فيجوز الرجوع عن العقد، لا بمعنى فسخ العقد، بل بمعنى عدم ترتيب آثار العقد، و هذا الجواز جاء من حكم الحاكم الذى يحرم رده. و المراد من جواز ذلك أنه إذا فعله المالك فليس للعامل الاعتراض عليه، لأن الاعتراض عليه رد الحكم الحاكم لا أنه يجوز ذلك واقعاً شرعاً. بمعنى أنه لا يؤخذ عليه، فان حكم الحاكم لا موضوعية له فى تبديل الحكم الواقعى، بل الحكم الواقعى على ما هو عليه

ففى صحيح هشام بن الحكم: «قال رسول الله (ص): إنما أفضى بينكم بالبينات و الايمان، و بعضكم ألحن بحجته من بعض، فأيما رجل اقتطعت له من مال أخيه شيئاً فإنما قطعت له به قطعة من النار» (١)

فاذا حكم الحاكم للمدعى بالبينه أو اليمين المردودة لم يجز له أن يأخذ المال من المدعى عليه إذا كان يعلم ببطلان دعواه. و حكم الحاكم لا يسوغ له أكل مال الغير بغير رضا منه.

و إن شئت قلت: حكم الحاكم تارة: يكون اقتضائياً، و أخرى:

(١) الوسائل باب: ٢ من أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى حديث: ١

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٤٣

.....

لا- يكون اقتضائياً، و كذلك الحكم الواقعى يكون اقتضائياً تارة و أخرى لا يكون اقتضائياً. فإن كان الحكم الواقعى اقتضائياً و حكم الحاكم لا- اقتضائياً و جب العمل على الحكم الواقعى، لأن العمل عليه لا يكون رداً لحكم الحاكم كما فى المثال المذكور، فان ترك أخذ المال من المدعى عليه ظلماً لا- يكون رداً لحكم الحاكم لجواز الأخذ. و إذا كان الأمر بالعكس- بأن كان الحكم الواقعى لا اقتضائياً و حكم الحاكم اقتضائياً- و جب الحكم بحكم الحاكم من دون مزاحم، كما فى المثال المذكور بالنسبة إلى الحكومة عليه، فإنه يجب عليه بمقتضى حكم الحاكم دفع المال إلى المدعى، و لا يحرم عليه ذلك بمقتضى الحكم الواقعى فيجب العمل بمقتضى حكم الحاكم، لأن ترك العمل به رد لحكم الحاكم و هو حرام.

و إذا كانا- معاً- اقتضائيين و جب العمل بمقتضى حكم الحاكم بمقدار المزاحمة، لئلا يلزم رده، و يجب العمل بالحكم الواقعى فيما زاد على مقدار المزاحمة، كما إذا ادعى رجل زوجته امرأة ظلماً، فحكم الحاكم له فوجب عليها مطاوعته بمقدار المزاحمة، و لا يجوز لها ما زاد على ذلك، فاذا طلب منها المدعى الاستمتاع بها، فإن أمكنها صرفه و جب عليها ذلك، و إن أصر على الاستمتاع بها و جب

عليها المطاوعة، و تسقط حرمة المطاوعة للأجنبي بدليل حرمة رد الحكم الذي تكون نسبتته الى الحكم الواقعي نسبة الحكم الواقعي الثانوي إلى الواقعي الأولي مقيداً له، و في غير حال وجوب المطاوعة يحرم عليها التعرض له و التكشف، و لا يجوز لها ذلك، عملاً بالحكم الواقعي ما دام لا يصدق رد حكم الحاكم.

و في المقام نقول: إن حكم الحاكم بنفي المزارعة ليس حكماً اقتضائياً فلا يزاحم الحكم الواقعي بوجوب العمل على عقد المزارعة إذا كان المالك عالماً بذلك حسب دعواه، كما أنه يجب على العامل العمل بمقتضى العقد إذا

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٤٤

الزارع، و عدمه و جواز أمره بالإزالة، و جهان (١). و إن كان النزاع قبل نثر الحب فالظاهر الانفساخ بعد حلفهما أو نكولهما (٢).

[مسألة ٢٦: لو ادعى المالك الغصب]

(مسألة ٢٦): لو ادعى المالك الغصب و الزارع ادعى المزارعة، فالقول قول المالك (٣) مع يمينه على نفي المزارعة

كان عالماً بذلك.

(١) أقواهما الأول، لأن الزرع كان بإذن المالك و قلعه ضرر على العامل، فلا يجوز، لقاعدة نفي الضرر، و لا يعارض بالضرر الوارد على المالك من إبقاء الزرع، لأن المالك مقدم على هذا الضرر، سواء كان العقد مزارعة أم عارية.

(٢) قد عرفت أن حكم الحاكم بعد التحالف كان ينفي كلا من العارية و المزارعة، فبالنظر إليه ينفي على نفيهما معاً. أما بالنظر إلى الواقع فإن كان عارية فانكارها رجوع بها، أما إذا كان مزارعة فانكارها لا أثر له و حكم الحاكم لا يبدل الواقع، فلا موجب للانفساخ، بل يبقى وجوب العمل بها على تقدير ثبوتها بحاله حتى ينتهي الوقت، كما عرفت في الحاشية السابقة.

(٣) إذا كان المعيار في تشخيص المدعى و المنكر مصب الدعوى فهما متداعيان، لأن كلا منهما يدعى خلاف الأصل. فكما يقدم قول المالك في نفي المزارعة يقدم قول العامل في نفي الغصب. و إذا كان المعيار الغرض المقصود من الدعوى فدعوى المالك الغصب راجعة إلى دعوى ضمان العامل بأجرة المثل و هو منكر للمزارعة، و كلاهما على وفق الأصل. و قد عرفت أن التحقيق الثاني، فيكون القول قول المالك. و منه يظهر ضعف ما عن التذكرة من أنه يحلف العامل على نفي الغصب، كما عرفت في

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٤٥

[مسألة ٢٧: في الموارد التي للمالك قلع زرع الزارع]

(مسألة ٢٧): في الموارد التي للمالك قلع زرع الزارع هل يجوز له ذلك بعد تعلق الزكاة و قبل البلوغ؟ قد يقال بعدم الجواز (١) إلا أن يضمن حصتها للفقراء، لأنه ضرر عليهم و الأقوى الجواز (٢)، و حق الفقراء يتعلق بذلك الموجود و إن لم يكن بالغاً.

[مسألة ٢٨: يستفاد من جملة من الأخبار أنه يجوز لمن بيده الأرض الخراجية أن يسلمها الى غيره]

(مسألة ٢٨): يستفاد من جملة من الأخبار (٣) أنه يجوز لمن بيده الأرض الخراجية أن يسلمها الى غيره ليزرع لنفسه و يؤدي خراجها عنه. و لا بأس به

المسألة السابقة.

(١) نسبه في الجواهر إلى ظاهر المحكى عن ابن الجنيد، و عبارته المحكية في المختلف هكذا: «لو استحقت الأرض كان للمالك أن

يطالب المزارع بقلع الزرع، إلا أن يكون في ذلك ضرر على أهل الزكاة وغيرهم بتلف حقوقهم منه، فإن ضمنه رب الأرض لهم وقلع الأرض كان مخيراً بين أن يأخذ الجزء منه على تلك الحال وبين أن يضمن الذي غر المزارع قيمة نصف الزرع ثابتاً و سلم الزرع كله إليه. لكن ظاهر ذيل كلامه أن مورده صورة صحة المزارعة و انتهاء المدة إذ لو كانت المزارعة منتفية لم يكن وجه لأخذه الجزء من الزرع.

(٢) جعله في المختلف هو الوجه، لأن حق الفقراء لا يزيد على حق صاحب الزرع، فإذا جاز قلعه بلا ضمان للمزارع جاز أيضاً بالنسبة إلى مستحق الزكاة.

(٣) يشير بذلك إلى

خبر إبراهيم بن ميمون، قال: «سألت أبا عبد الله (ع) عن قرية لأناس من أهل الذمة، لا أدري أصلها لهم أم مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٤٦

[مسائل متفرقة]

إشارة

مسائل متفرقة:

[الأولى: إذا قصر العامل في تربية الزرع]

الأولى: إذا قصر العامل في تربية الزرع فقل الحاصل، فالظاهر ضمانه التفاوت (١) بحسب تخمين أهل الخبرة، كما صرح به المحقق القمي (قده) في أجوبة مسائله.

[الثانية: إذا ادعى المالك على العامل عدم العمل]

الثانية: إذا ادعى المالك على العامل عدم العمل بما اشترط في ضمن عقد المزارعة من بعض الشروط، أو ادعى

لا، غير أنها في أيديهم، و عليها خراج، فاعتدى عليهم السلطان فطلبوا إلى فأعطوني أرضهم و قريتهم على أن أكفيهم (يكفيهم. خ ل) السلطان بما قل أو كثر، ففضل لي بعد ذلك فضل بعد ما قبض السلطان ما قبض قال (ع): لا بأس بذلك، لك ما كان من فضل» (١).

و نحوه خبر أبي الربيع

«٢»، و خبر أبي بردة بن رجا

«٣». (١) ظاهره ضمان نقص الحاصل الذي ملكه بالمزارعة. لكن لا دليل على ضمان النقص إلا قاعدة الإلتلاف، و هي تختص بالنقص الطارئ على الموجود كاملاً و لا- تشمل ما لو وجد ناقصاً. و يحتمل أن يكون المراد نقص العمل المؤدى إلى نقص الحاصل، فان المالك يملك على الزارع العمل الكامل، و لم يأت به كاملاً و إنما جاء به ناقصاً، فيضمن تفاوت العمل.

لكن عرفت - فيما سبق - أن الأعمال الذميمة لا تكون مضمونة و الأجير على عمل إذا لم يأت به تبطل الإجارة، و لا يستحق الأجرة، لا أنه يستحق الأجرة و يكون ضامناً للعمل للمستأجر.

نعم في المقام لما لم يأت بالعمل كاملاً يكون للمالك الخيار في فسخ المزارعة، فإن كان البذر له كان للعامل أجره مثل العمل، و إن كان البذر

(١) الوسائل باب: ١٧ من أبواب كتاب المزارعة و المساقاة حديث: ٢.

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

(٣) الوسائل باب: ١٧ من أبواب كتاب المزارعة و المساقاة حديث: ٣

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٤٧

عليه تقصيره في العمل على وجه يضر بالزرع، و أنكر الزارع عدم العمل بالشرط أو التقصير فيه، فالقول قوله، لأنه مؤتمن في عمله (١).
و كذا لو ادعى عليه التقصير في

للزارع عليه أجره المثل للأرض للمالك، فنقص العمل يستوجب الخيار لا الضمان.

(١) لو لا ذلك لكان القول قول المالك، لمطابقته قوله للأصل، إذ الأصل عدم فعل الشرط و عدم فعل تمام ما يلزم العامل الذي هو معنى التقصير. لكن القاعدة المذكورة مقدمة على الأصل، فيكون العامل منكرًا لموافقته قوله للحجة. و الوجه في هذه القاعدة السيرة المستمرة على قبول قول الأمين فيما أوتمن عليه، و الموظف لأداء عمل في أداء وظيفته، و في الجواهر عدّ من الضروريات قبول اخبار الوكيل في التطهير، و هو في محله. و يظهر ذلك واضحاً من مراجعة سيرة المشرعة في جميع الموارد من هذا القبيل، سواء كان أجيراً على عمل فيخبر عن فعله، أم مأموراً متبرعاً في عمل فيخبر عن وقوعه.

و لعل من هذا الباب قاعدة: (من ملك شيئاً ملك الإقرار به) التي ادعى على صحتها الإجماع كثير من الأعاضم، فإن الوكيل إذا أخبر عن الفعل الموكل فيه يقبل خبره، و الزوج إذا أخبر عن طلاق زوجته يقبل خبره، و الحاكم إذا أخبر عن حكمه بالهلال - مثلاً - يقبل خبره، و الولي إذا أخبر عن العقد للمولى عليه يقبل خبره .. و هكذا.

و الجامع بين ما نحن فيه و بين القاعدة المذكورة هو أنه إذا كان الفعل وظيفته الإنسان فأخبر بوقوعه يقبل، سواء كان الجاعل للوظيفة الشارع المقدس أم غيره من الناس، و الأول هو مورد قاعدة: (من ملك ..) و الثاني مورد قاعدة: قبول خبر المؤتمن على فعل إذا أخبر بفعله.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٤٨

حفظ الحاصل بعد ظهوره (١) و أنكر.

[الثالثة: لو ادعى أحدهما على الآخر شرطاً]

الثالثة: لو ادعى أحدهما على الآخر شرطاً متعلقاً بالزرع و أنكر أصل الاشتراط، فالقول قول المنكر (٢).

[الرابعة: لو ادعى أحدهما على الآخر الغبن في المعاملة]

الرابعة: لو ادعى أحدهما على الآخر الغبن في المعاملة فعليه إثباته (٣)، و بعده له الفسخ.

[الخامسة: إذا زارع المتولى للوقف الأرض الموقوفة]

الخامسة: إذا زارع المتولى للوقف الأرض الموقوفة بملاحظة مصلحة البطون إلى مدة لزم و لا- تبطل بالموت، و إما إذا زارع البطن المتقدم من الموقوف عليهم الأرض الموقوفة ثم مات في الأثناء قبل انقضاء المدّة فالظاهر بطلانها من ذلك الحين، لانتقال الأرض إلى البطن اللاحق (٤). كما أن الأمر كذلك في إجارته لها. لكن استشكل فيه المحقق القمي (قده) بأن عقد المزارعة لازمة و لا

تنفسخ إلا بالتقابل أو ببعض الوجوه التي ذكروها، و لم يذكروا في تعدادها هذه الصورة مع أنهم ذكروا في الإجارة بطلانها إذا أجز البطن المتقدم ثم

و على هذه القاعدة إذا نازعه منازع كان مدعياً، لمخالفة قوله للحجة على ما عرفت من أن المدعى من يكون قوله مخالفاً للحجة، في مقابل المدعى عليه أو المنكر، و هو من يكون قوله موافقاً للحجة.

(١) لما عرفت.

(٢) لموافقة قوله لأصالة عدم الاشتراط.

(٣) لأن الغبن مفهوم وجودى مسبوق بالعدم، فدعواه على خلاف أصالة عدمه.

(٤) كما هو مقتضى الوقف الترتيبى.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٤٩

مات في أثناء المدة، ثم استشعر عدم الفرق بينهما بحسب القاعدة، فالتجأ الى أن الإجارة أيضاً لا تبطل بموت البطن السابق في أثناء المدة و إن كان البطن اللاحق يتلقى الملك من المواقف لا من السابق، و أن ملكية السابق كانت إلى حين موته، بدعوى: أنه إذا أجز مدة لا تزيد على عمره الطبيعى و مقتضى الاستصحاب بقاءه بمقداره، فكما أنها في الظاهر محكومة بالصحة كذلك عند الشارع و في الواقع، فموت السابق ينتقل ما قرره من الأجرة إلى اللاحق (١)، لا الأرض بمنفعتها (٢) .. إلى آخر ما ذكره من النقض و الإبرام. و فيه ما لا يخفى (٣).

و لا ينبغي الإشكال في البطلان بموته في المقامين.

(١) قال في كتاب المزارعة من كتابه جامع الشتات: «فالأولى أن يقال: بعدم بطلان الإجارة في الوقف أيضاً إذا مات كل منهما إذا جعل مقدار المدة ما لا يزيد على العمر العادى، اعتماداً على استصحاب البقاء، فيصح عقد الإجارة الذى مقتضاه لزوم، و يتلقى البطن الثانى وجه الإجارة عن الوقف بواسطة جعل البطن الأول و تصرفه، و يتم الكلام فى إطلاقهم فى المزارعة و عدم استثنائهم ..».

(٢) لأن المنفعة انتقلت إلى المستأجر بالإجارة الصحيحة التى لا تبطل بالموت.

(٣) إذ لا- دليل على ولاية التصرف للبطن الأول على المنفعة الراجعة إلى البطن الثانى. (و دعوى): أن البناء على جواز إجارة البطن الأول فى مدة لا تزيد على العمر الطبيعى يقتضى صحتها، فكأن المواقف جعل ولاية التصرف لهم (ممنوعة) إذ لم يثبت الجواز الواقعى،

و إنما الثابت

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٥٠

[السادسة: يجوز مزارعة الكافر، مزارعاً كان أو زارعاً]

السادسة: يجوز مزارعة الكافر، مزارعاً كان أو زارعاً (١).

الجواز الظاهرى الذى يتنفى بانكشاف الخلاف، و يتعين حينئذ العمل بالواقع، فيحكم بصحة الإجارة فى مدة حياة البطن الأول دون ما بعد موته.

و أشكل من ذلك ما ذكره فى إجارة المالك، فإنه بعد كلامه السابق قال: «و ظهر من جميع ذلك أن المصحح لاجارة المالك فى مدة لا يبقى عمره بها فى علم الله تعالى و انتقال العين قبل انتهائها إلى الوارث فى نفس الأمر إنما هو الاستصحاب، مثل اجارة الوقف

بعينها، لا لأنه ملكه بعد فوته أيضاً كما هو واضح». إذ فيه: أن المالك يصح تصرفه في ماله بالإجارة مدة يعلم بموته في أثناءها، عملاً بقاعدة السلطنة، ولا دخل له بالاستصحاب، إذ لا مجال للاستصحاب مع العلم.

وقد حكى هو عن جماعة التصريح: بأنه لا تتقدر مدة إجارة الأرض بقدر، وفي التذكرة قال: «يجوز إلى مائة ألف سنة»، وجعله قول علمائنا أجمع، فما الذي دعى إلى إهمال هذا الإجماع وقاعدة السلطنة والعمل بغيرهما مما لا محصل له؟! و مجرد كون المنفعة للوارث بعد موت المالك لا يقتضى قصور سلطنة المالك، فان الوارث يملك ما تركه الميت، لا ما عارض عليه وأخرجه عن ملكه بالإجارة.

(١) لعموم أدلة الصحة. مضافاً في الثاني إلى نصوص خبير

«١»، و موثق سماعاً

«٢».

(١) راجع الوسائل باب: ١٠ من أبواب بيع الثمار، و باب: ٨، ١٠ من أبواب كتاب المزارعة و المساقاة، و غيرها.

(٢) الوسائل باب: ١٢ من أبواب كتاب المزارعة و المساقاة حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٥١

[السابعة: في جملة من الأخبار النهى عن جعل ثلث البذر و ثلث للبقر و ثلث لصاحب الأرض]

السابعة: في جملة من الأخبار (١) النهى عن جعل ثلث البذر و ثلث للبقر و ثلث لصاحب الأرض، و أنه لا ينبغي أن يسمى بذراً و لا بقرًا، فإنما يحرم الكلام. و الظاهر كراهته (٢) و عن ابن الجنيد و ابن البراج حرمة، فالأحوط الترك.

[الثامنة: بعد تحقق المزارعة على الوجه الشرعى يجوز لأحدهما]

الثامنة: بعد تحقق المزارعة على الوجه الشرعى يجوز لأحدهما (٣) بعد ظهور الحاصل أن يصلح الآخر عن حصته بمقدار معين من جنسه (٤) أو غيره بعد التخمين (٥) بحسب المتعارف، بل لا بأس به قبل ظهوره أيضاً (٦). كما أن الظاهر جواز مصالحته أحدهما مع الآخر عن حصته (٧) في هذه القطعة

(١) تقدمت الإشارة إلى هذه الأخبار في المسألة الثانية عشرة.

(٢) لأن الأخبار المذكورة مهجورة عند الأصحاب، كما تقدم في المسألة الثانية عشرة، و تقدم أنه في الجواهر مال إلى القول بظاها و تقدم الاشكال عليه. فراجع.

(٣) لعمومات صحة الصلح.

(٤) تقدم في المسألة العشرين أنه لا ربا و لو مع التفاوت، لعدم كونه من المكيل و الموزون.

(٥) أو بدونه. لعموم صحة الصلح. و لا دليل على اعتبار التخمين و ما دل على النهى عن الغرر مختص بالبيع.

(٦) مع العلم بوجوده في المستقبل، أما مع عدمه فلا دليل على صحة الصلح، لعدم ثبوت موضوعه.

(٧) لعمومات الصحة. و قد تقدم في المسألة العشرين ما له نفع في المقام.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٥٢

من الأرض بحصة الآخر في الأخرى، بل الظاهر جواز تقسيمهما بجعل إحدى القطعتين لأحدهما و الأخرى للآخر. إذ القدر المسلم

لزوم جعل الحصه مشاعه من أول الأمر و في أصل العقد (١).

[التاسعة: لا يجب في المزارعة على أرض إمكان زرعها من أول الأمر]

التاسعة: لا- يجب في المزارعة على أرض إمكان زرعها من أول الأمر (٢) و في السنة الاولى. بل يجوز المزارعة على أرض باثرة لا يمكن زرعها إلا بعد إصلاحها و تعميرها سنة أو أزيد. و على هذا إذا كانت أرض موقوفه- وفقاً عاماً أو خاصاً- و صارت باثرة يجوز للمتولى أن يسلمهما الى شخص بعنوان المزارعة إلى عشر سنين أو أقل أو أزيد- حسب ما تقتضيه المصلحة- على أن يعمرها و يزرعها إلى سنتين مثلاً لنفسه (٣) ثم يكون الحاصل مشتركاً بالإشاعة بحصه معينه.

[العاشره: يستحب للزارع - كما في الاخبار الدعاء عند نثر الحب]

العاشره: يستحب للزارع- كما في الاخبار الدعاء عند نثر الحب، بأن يقول:

«اللهم قد بذرنا و أنت الزارع و اجعله

(١) فلا ينافى التقسيم بعد ذلك، كما لا ينافيه تقسيم الحاصل بعد بلوغه.

(٢) عملاً بعمومات الصحة بعد عدم وجود مقيد.

(٣) هذا لا دخل له في تفريع جواز المزارعة على أرض الوقف الباثرة على ما ذكره من جواز انفصال الزرع عن سنه عقد المزارعة. بل كان الأولى له تركه، لأن اختصاص الزرع بالعامل في السنتين الأوليين - مثلاً- ينافى وضع المزارعة من لزوم كون الحاصل مشتركاً. (و دعوى):

أن ما ذكره في شرط المزارعة من لزوم الاشتراك في الحاصل يراد به اشتراطه في الجملة، بحيث لا ينافى اختصاص أحدهما به في بعض السنين

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٥٣

حباً متراكماً «١»

و

في بعض الاخبار: «إذا أردت أن تزرع زرعاً فخذ قبضه من البذر و استقبل القبلة، و قل (أَفْرَأَيْتُمْ مَا تَحْرُثُونَ أَمْ أَنْتُمْ تَزْرَعُونَهُ أَمْ نَحْنُ الزَّارِعُونَ) «٢» ثلاث مرات ثم تقول: بل الله الزارع، ثلاث مرات، ثم قال: اللهم اجعله حباً مباركاً، و ارزقنا فيه السلامة. ثم انثر القبضه التي في يده في القراح «٣»

و

في خبر آخر: «لما هبط آدم (ع) إلى الأرض احتاج إلى الطعام و الشراب، فشكى ذلك إلى جبرئيل فقال له جبرئيل: يا آدم كن حراثاً، فقال (ع): فعلمني دعاء قال: قل: اللهم اكفني مؤنة الدنيا و كل هول دون الجنة و البسني العافية حتى تهنتني المعيشة» «٤».

(إن صحت) كان اللزوم التنبيه عليه في مسألة مستقلة، فيقال فيها: إنه لا يشترط في المزارعة أن يكون الزرع مشتركاً دائماً، بل يكفي أن يكون مشتركاً في بعض السنين و إن كان مختصاً في بعضها الآخر، فيقول المالك:

زراعتك على هذه الأرض على أن يكون الزرع مشتركاً في السنة الأولى و مختصاً بك في الثانية و مختصاً بي في الثالثة، لا أن يجعل ذلك من فروع ما حررت له المسألة.

مع أن الظاهر عدم تمامية ذلك، فإنه خلاف إطلاق الفتاوى والنصوص، مثل صحيح الحلبي عن أبي عبد الله (ع): «لا تقبل الأرض بحنطة مسماة، ولكن بالنصف و الثلث و الرابع و الخمس لا بأس به. و قال:

(١) الوسائل باب: ٥ من أبواب المزارعة و المساقاة حديث: ٢.

(٢) الواقعة: ٦٤.

(٣) الوسائل باب: ٥ من أبواب المزارعة و المساقاة حديث: ٣.

(٤) الوسائل باب: ٥ من أبواب المزارعة و المساقاة حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٥٤

.....

لا بأس بالمزارعة بالثلث و الربع و الخمس» (١).

نعم يمكن البناء على صحته لا بعنوان المزارعة، بل بعنوان عقد آخر غيرها، على ما عرفت من الأخذ بعموم صحة العقود و ان لم تكن متعارفة بل الظاهر أنه متعارف عند أهل الزراعة، لكنه ليس من الكتب المحررة في كتب الفقهاء.

(١) الوسائل باب: ٨ من أبواب كتاب المزارعة و المساقاة حديث: ٣.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٥٥

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ*

[كتاب المساقاة]

إشارة

كتاب المساقاة و هي معاملة على أصول ثابتة بحصة من ثمرها (١).

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ* و له الحمد، و الصلاة و السلام على محمد و آله الطاهرين.

كتاب المساقاة

(١) قد تقدم بعض الكلام في تحقيق مفهوم المزارعة، و هو جار في المقام أيضاً. فراجع. ثم إنه اشتهر تحديد المساقاة بما ذكر في كلام الأصحاب و ربما أسقط بعضهم لفظ «الثابتة»، و أبدل بعضهم حاصلها بثمرتها، و قرأ بعضهم «النابتة» بالنون. و سيأتي التعرض لذلك إن شاء الله تعالى. ثم إن لفظ المساقاة لم يذكر في الكتاب و السنة، و لا في أخبار الأئمة (ع) و إنما ذكر مفهومها و المراد منها في النصوص، كما سيأتي، و لا يهم عدم ذكر لفظها. و في القواعد و غيرها: «هي مفاعلة من السقي، سميت به لأن أكثر حاجة أهل الحجاز إليه، لأنهم يسقون من الآبار».

و لا بأس به.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٥٦

و لا إشكال في مشروعيتها (١) في الجملة. و يدل عليها- مضافاً إلى العمومات-

خبر يعقوب بن شعيب (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام: «سألته عن الرجل يعطى الرجل أرضه، و فيها رمان أو نخل أو فاكهة، و يقول: إسق هذا من الماء و عمره و لك نصف ما أخرج. قال (ع): لا بأس»
، و جملة من أخبار خبير، منها:

صحيح الحلبي (٣) قال: «أخبرني أبو عبد الله (ع) أن أباه حدثه أن رسول الله (ص) أعطى خبيراً بالنصف أرضها و نخلها، فلما أدركت الثمرة بعث عبد الله بن رواحة ..»
هذا مع أنها من المعاملات العقلانية و لم يرد نهى عنها و لا غرر فيها (٤) حتى يشملها النهى عن الغرر.

[و يشترط فيها أمور]

إشارة

و يشترط فيها أمور

- (١) قد ادعى الإجماع عليه جماعة، و في الجواهر: «جائزة بالإجماع من علمائنا و أكثر العامة»، و في الحدائق: «دليل صحة هذه المعاملة الإجماع و النصوص» و في مفتاح الكرامة: «طفحت كتب أصحابنا بحكاية الإجماع على مشروعيتها».
- (٢) بل هو صحيح، فقد رواه الصدوق عنه بطريقه الصحيح إليه، و رواه الكليني عن محمد بن يحيى عن محمد بن الحسين عن صفوان عنه. و السند صحيح. و رواه الشيخ بإسناده عن محمد بن يحيى عن محمد بن يعقوب عنه
- (٣) (١) رواه في الكافي عن علي بن إبراهيم عن أبيه عن ابن أبي عمير عن حماد عنه. و السند مصحح لأجل إبراهيم بن هاشم
- (٢) (٤) فيه منع ظاهر، و لذا منع عنها أبو حنيفة و زفر، على ما في

(١) الوسائل باب: ٩ من أبواب كتاب المزارعة و المساقاة حديث: ٢.

(٢) الوسائل باب: ١٠ من أبواب بيع الثمار حديث: ٢.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٥٧

[(الأول): الإيجاب و القبول]

(الأول): الإيجاب و القبول (١). و يكفي فيهما كل لفظ دال على المعنى المذكور (٢)، ماضياً كان أو مضارعاً أو أمراً (٣)، بل الجملة الاسمية مع قصد الإنشاء بأي لغة كانت.

الجواهر. نعم لا دليل على المنع عن الغرر كلية. و منه يظهر الإشكال في قول المصنف (ره): «حتى يشملها ..».

- (١) لأنها من العقود، لما عرفت سابقاً من أن المفهوم العقدي هو الذي يتعلق بشخصين على نحو يحدد سلطنتهما، و هذه المعاملة كذلك لأنها تلزم العامل بالعمل و تلزم المالك ببذل ملكه، فلا بد فيها من الإيجاب و القبول أو ما يقوم مقامهما، بأن كان الإنشاء متضمناً لإعمال السلطنتين معاً، كما في إنشاء ولي الطرفين أو الوكيل عنهما.
- (٢) عملاً بعمومات الصحة و إطلاقاتها.

(٣) قد عرفت- في بعض المباحث السابقة- أن الأمر ليس بإنشاء للمفهوم الإيقاعي، فلا يكون إيجاباً ولا قبولاً، وإنما هو قائم مقام الإيجاب باعتبار أنه إعمال لسلطنة المالك و بذل الملكة لأن يعمل العامل فيه، نظير قول المالك لغيره: أذنت لك في أن تمتلك ملكي، فان المخاطب إذا قال: تملك، تمّ الملك بلا إيجاب، لقيام الاذن مقامه.

و من ذلك يظهر الاشكال فيما قد يظهر من الشرائع و صريح غيرها من اعتبار الماضي، فلا يصح بغيره. كما يظهر الاشكال فيما في المسالك حيث قال: «و زاد في التذكرة: تعهد نخلي بكذا، أو اعمل فيه بكذا.

و يشكل بما مر في نظائره من عدم صراحة الأمر في الإنشاء» كما لا وجه لإخراج هذا العقد اللازم من نظائره، و قد نوقش في الاكتفاء في المزارعة بلفظ الأمر مع الاستناد فيها إلى النص، و هو منتف، مضافاً إلى أن النص موجود هنا و غير منتف، و هو صحيح يعقوب المتقدم

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٥٨

و يكفي القبول الفعلي (١) بعد الإيجاب القولي. كما أنه يكفي المعاطاة (٢).

[الثاني: البلوغ]

(الثاني): البلوغ و العقل و الاختيار (٣).

[الثالث: عدم الحجر]

(الثالث): عدم الحجر لسفه أو فلس.

[الرابع: كون الأصول مملوكة]

(الرابع): كون الأصول مملوكة (٤) عيناً و منفعة، أو منفعة فقط، أو كونه

(١) لدلالته على الالتزام النفسى المقوم للقبول كاللفظ، فيشمله عموم صحة العقود.

(٢) قال في المسالك: «و جريان المعاطاة هنا بعيد، لاشتغال هذا العقد على الغرر و جهالة العوض، بخلاف البيع و الإجارة، فينبغي الاقتصار فيه على موضع اليقين» و قد سبقه إلى ذلك في جامع المقاصد. ولكنه ظاهر الإشكال، لأن عموم أدلة الصحة لا يفرق فيه بين اللفظ و المعاطاة، فإذا جاز الغرر في الأول جاز في الثاني. نعم يتم لو لم يكن عموم يقتضى الصحة. و كان دليل الصحة يختص باللفظ فيتعين الرجوع في غيره إلى أصالة عدم ترتب الأثر. و في المقام و إن كان صحيح يعقوب المتقدم

يختص باللفظ. لكن روايات خبير

عامة له و للفعل، و مثلها العمومات الأولية.

(٣) لما دل على اشتراطها في صحة التصرف، كما أشرنا إلى ذلك في كتاب الإجارة. هذا و لا يظهر وجه لجعل الثلاثة المذكورة شرطاً واحداً مع تباينها. و كان الأولى أن يجعل أحد الشرطين الاختيار، و الثاني عدم الحجر لعدم البلوغ أو لعدم العقل أو لسفه أو للفلس.

(٤) كان المناسب جعل هذا الشرط أولاً، و تكون الشروط السابقة مبنية عليه، إذ لو لم تكن العين مملوكة و كان المتصرف مأذوناً صح التصرف و إن لم يكن بالغاً و لا مختاراً أو كان مفلساً أو كان سفياً، فليست الشروط السابقة شروطاً في مقابل الشرط المذكور،

بل إنما تكون شروطاً على تقدير الملكية لا غير.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٥٩

نافذ التصرف فيها، لولاية أو وكالة أو تولية.

[(الخامس): كونها معينة]

(الخامس):

كونها معينة عندهما (١) معلومة لديهما.

[(السادس): كونها ثابتة]

(السادس): كونها ثابتة مغروسة (٢)،

(١) يحتمل أن يكون المراد به ما يقابل المرددة. ولا إشكال في اعتبار ذلك، لأن المردد لا وجود له في الخارج، فلا يكون موضوعاً للاحكام. و يحتمل أن يكون المراد به المعلومة، فيكون قوله: «معلومة» تفسيراً له، فالشرط واحد، وهو أن تكون معلومة، كما صرح به جماعة، قال في القواعد: «يجب أن تكون الأشجار معلومة»، قال في جامع المقاصد في شرح ذلك: «إما بأن تكون مرئية مشاهدة وقت العقد أو قبله أو موصوفة بوصف يرفع الجهالة، فلا يصح بدون ذلك، لأن المساقاة عقد اشتمل على الغرر من حيث أن العوض فيه معدوم في الحال مجهول القدر والوصف، فلا يحتمل فيه غرر آخر. ولأنها معاملة لازمة فلا بد فيها من العلم الا ما استثناه الشارع، ولا بد منه فيها». ولا يخفى ما في الاستدلال عليه بما ذكر.

و في الإرشاد: «إذا كانت مرئية» فاشتراط الرؤية بالخصوص ولم يكتف بمطلق العلم. و في مجمع البرهان: «كأنه يلزم ذلك من تعريفها حيث قيل فيه: إنه لا بد أن يكون شجراً له أصل ثابت، ولا يكون كذلك إلا إذا كانت مرئية، ولأنه مع عدم الرؤية مجهول. فتأمل». ولا يخفى أيضاً ما في الاستدلال بما ذكر. فكأن المستند الإجماع، ولا يخلو من تأمل، لعدم تعرض الأكثر له.

(٢) بلا خلاف الا من بعض العامة، كما في المسالك، و في جامع المقاصد: «لا شك في عدم صحة المساقاة على ما ليس بمغروس، ولم ينقل في ذلك خلاف إلا لأحمد، و عله في التذكرة: بأنه قد لا يعلق،

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٦٠

فلا تصح في الوادي (١)، أي الفسيل قبل الغرس

[(السابع): تعيين المدة]

(السابع): تعيين المدة (٢) بالأشهر و السنين و كونها بمقدار يبلغ فيه الثمر غالباً (٣).

و هذا غرر فلا يجوز». و هذا التعليل كما ترى.

فالأولى أن يقال: بأن دليل المساقاة من النصوص و الفتاوى مختص بالثابت و لا يشمل المقلوع، قال في الشرائع: «و لو ساقى على ودى أو شجر غير ثابت لم يصح، اقتصاراً على موضع الوفاق»، و في الجواهر: أنه مقتضى الاقتصار في المعاملة المخالفة للأصول على موضع الوفاق. انتهى.

اللهم إلا أن يقال: هذا بالنظر إلى أدلة مشروعية المساقاة، أما بالنظر إلى الأدلة العامة فمقتضاها الصحة و إن لم يكن بعنوان المساقاة.

(١) بالتشديد على وزن «غنى».

(٢) يظهر من كلامه اعتبار أمرين (الأول): أنه يجب أن تذكر المدة فيها، فلا تجوز المساقاة دائماً، فإنه يبطل العقد قولاً واحداً، لأن عقد المساقاة لازم، ولا معنى لوجوب الوفاء به دائماً. كذا في المسالك.

و يشكل: بأنه لا مانع من وجوب الوفاء به دائماً ما دام الموضوع، فيدخل تحت إطلاق صحيح يعقوب بن شعيب المتقدم من جهة ترك الاستفصال.

(الثاني): أنه يجب تعيين المدة بالشهور و السنين، فلا يجوز تقديرها بما يحتمل الزيادة و النقصان، مثل قدوم الحاج. و في المسالك: نسبه إلى المشهور، و استدل له بقوله: «وقوفاً فيما خالف الأصل و احتمل الغرر و الجهالة على موضع اليقين»، و قد سبقه في جميع ذلك في جامع المقاصد. لكنه يشكل: بأنه يدخل في إطلاق صحيح يعقوب بن شعيب ، كما عرفت فيما قبله.

(٣) هذا غير ظاهر، لجواز عدم احتياج الشجر إلى السقى في جميع

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٦١

نعم لا يبعد جوازها في العام الواحد الى بلوغ الثمر (١) من غير ذكر الأشهر، لأنه معلوم بحسب التخمين، و يكفي ذلك في رفع الغرر (٢). مع أنه الظاهر من رواية يعقوب بن شعيب المتقدمة (٣)

. المدة إلى زمان البلوغ، و تكون المعاملة على سقيه بمقدار الحاجة لا غير، و تنتهي قبل البلوغ.

(١) حكى في المسالك ذلك عن ابن الجنيد، لكن عبارته المحكية خالية عن ذكر العام الواحد. قال في المختلف. «و قال ابن الجنيد: و لا بأس بمساقاة النخل و ما شاكلة سنة و أكثر من ذلك إذا حصرت المدة أو لم تحصر» فان ظاهر عدم الحصر الدوام. نعم هذا القول احتمله في القواعد، قال:

«و لو قدر المدة بالثمرة فأشكال»، و في المسالك: أن له وجهاً، و جعل الأجود هو المشهور.

(٢) قد أشرنا في كتاب المزارعة إلى أن الغرر إنما يكون للجهل بالخصوصيات التي تختلف بها المايئة، و لما كانت المايئة قائمة بالثمرة و المدة طريق إلى الثمرة فتعين المدة دون الثمرة ربما يؤدي إلى الغرر، لعدم بلوغ الزرع، فيكون قلعه موجباً للضرر و إبقاؤه موجباً للخسارة المايئة، بخلاف بلوغ الثمرة، فإنه لا غرر فيه على العامل و لا على المالك، إذ لا يترتب الأثر على التصرف بالأرض بعد بلوغ الثمرة.

(٣) في الجواهر احتمل فيها الظهور في الدوام، لعدم ذكر المدة.

و لكنه غير ظاهر، لأن عدم ذكر المدة يقتضى إطلاق الرواية من حيث الدوام و الانقطاع، فهي كما تدل على صحة المساقاة في المدة المحدودة تقتضى صحتها في صورة قصد الدوام، كما عرفت.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٦٢

[الثامن: أن يكون قبل ظهور الثمر]

(الثامن): أن يكون قبل ظهور الثمر (١)، أو بعده و قبل البلوغ (٢)، بحيث كان يحتاج بعد إلى سقى أو عمل آخر. و أما إذا لم يكن كذلك ففي صحتها إشكال (٣) و ان كان محتاجاً إلى حفظ أو قطف أو نحو ذلك.

[التاسع: أن يكون الحصه معينة مشاعه]

(التاسع): أن يكون الحصّة معيّنة مشاعاً (٤)، فلا تصح مع عدم تعيينها

(١) قال في الشرائع: «و تصح قبل ظهور الثمرة، و هل تصح بعد ظهورها؟ فيه تردد، و الأظهر الجواز بشرط أن يبقى للعامل العمل و إن قل مما تستراد به الثمرة»، و نحوه في القواعد و غيرها. أما الصحة في حال عدم ظهور الثمرة فقد حكى عليها الإجماع جماعة، و في الجواهر:

«الإجماع بقسميه عليه»: و هو المتيقن من نصوص الباب.

(٢) كما تقدم في الشرائع و غيرها، و نسب إلى المشهور، بل لم يتضح وجود مخالف صريح فيه، و نصوص الباب شاملة له بإطلاقها، إذ لا قرينة على اختصاصها بما قبل الظهور، و دعوى ذلك في الجواهر غير ظاهرة.

مضافاً إلى عموم الوفاء بالعقود. و حملة على المتعارف - كما احتمله في الجواهر - غير ظاهر. مع أن المقام ليس بعيداً عن المتعارف. نعم العموم لا يثبت المساقاة.

(٣) و في جامع المقاصد و المسالك: أنه لم يصح إجماعاً، و كذا في غيرهما، و لأجله يشكل الأخذ بإطلاق وجوب الوفاء بالعقود و نحوه. اللهم الا - أن يكون المراد أنه لا - تصح مساقاة، لا أنها لا تصح مطلقاً، و لذا حكى عن بعض جواز ذلك. و حينئذ فالبناء على الأخذ بالعموم متعين، لعدم وضوح المقيد له و إن لم تثبت به المساقاة.

(٤) أما اعتبار التعيين في مقابل التردد فوجه واضح إذ المردد لا يقبل أن يكون موضوعاً لحكم من الأحكام إذ لا وجود له في الخارج،

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٦٣

إذا لم يكن هناك انصراف، كما لا تصح إذا لم تكن مشاعاً، بأن يجعل لأحدهما مقداراً معيناً و البقية للآخر. نعم لا يبعد جواز أن يجعل لأحدهما أشجاراً معلومة و للآخر أخرى (١).

و أما اعتبار التعيين في مقابل ما يقبل الزيادة و النقص - مثل جزء من الثمرة أو شيء منها أو بعضها أو نحو ذلك مما لا تحديد فيه و لا تقدير - فقد صرح به في كلام جماعة بل قيل: «طفحت عباراتهم بذلك» و عن التذكرة و جامع المقاصد: الإجماع عليه، و يقتضيه الاقتصار على ظاهر النصوص لاختصاصها بالحصّة المعيّنة.

و أما اعتبار الإشاعة فقد ادعى غير واحد نفي الخلاف فيه، و عن مجمع البرهان نفي الشك فيه، و قد ذكره الجماعة (رض) مرسلين له إرسال المسلمات و يقتضيه الاقتصار على ظاهر نصوص الباب.

(١) قال في الشرائع: «و لا بد أن يكون للعامل جزء منها مشاعاً، فلو أضرب عن ذكر الحصّة بطلت المساقاة، و كذا لو شرط أحدهما الانفراد بالثمرة لم تصح المساقاة، و كذا لو شرط لنفسه شيئاً معيناً و ما زاد بينهما، و كذا لو قدر لنفسه أرتالاً و للعامل ما فضل أو عكس ذلك، و كذا لو جعل حصّة نخلات بعينها و للآخر ما عداها»، و نحوه كلام القواعد و غيرها. و الجميع صريح في اعتبار الإشاعة في صحة المساقاة أولاً، و اعتبار عموم الإشاعة في جميع الثمرة ثانياً، و تقديرها بالكسر المشاع ثالثاً.

و ما ذكره المصنف هنا يناهض اعتبار أصل الإشاعة في الجملة، الذي صرح باعتبارها. (و حملها) على ما يقابل اختصاص أحدهما بمقدار معين و البقية للآخر لا مطلق الإشاعة (غير ظاهر) فالتفصيل بلا فاصل، إذ لو بنى على الاقتصار على مورد النصوص لزم اعتبار الإشاعة في تمام الثمرة على السوية. و إذا بنى على الرجوع إلى الأدلة العامة اقتضت

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٦٤

بل و كذا لو اشترط اختصاص أحدهما بأشجار معلومة (١) و الاشتراك في البقية، أو اشترط لأحدهما مقدار معين مع الاشتراك في

البقية إذا علم كون الثمر أزيد من ذلك المقدار و أنه تبقى بقية.

[العاشر): تعيين ما على المالك من الأمور]

(العاشر): تعيين ما على المالك من الأمور و ما على العامل من الأعمال (٢) إذا لم يكن هناك انصراف.

إلغاء اعتبار الإشاعة بالمرء، فالتفصيل في اعتبار الإشاعة بين أن تكون بالمعنى المذكور في كلام المصنف دونها بالمعنى الآخر بلا فاصل. بل هذه الصورة أولى بالبطلان من الصورة الأولى، إذ لا إشاعة فيها أصلاً، بخلاف الأولى فإن فيها إشاعة في تمام الثمرة، غاية الأمر أن حصّة أحدهما مقدرة بالوزن.

و بالجملة فكلام المصنف يتوجه عليه الاشكال من وجوه: (الأول):

أنه متناف في نفسه لأن اعتبار الإشاعة ينافي القول بالجواز في هذه الصورة (الثاني): أنه مخالف لكلام الفقهاء. (الثالث): أنه مخالف للأدلة الخاصة، لاقتضاءها المنع من هذه الصورة، و العامة لاقتضاءها الجواز في الصورة الأولى.

(١) هذا و ما بعده لا- ينافيان اعتبار الإشاعة في الجملة، لحصول الإشاعة بين حصتيهما في بعض الحاصل، لكن الدليل على اعتبار الإشاعة قد عرفت أنه ظاهر في اعتبارها في جميع الثمرة، فإذا بنى على العمل به لم يجز هاتان الصورتان أيضاً، كما عرفت في الصورة السابقة.

(٢) قد تقدم في كتاب المزارعة أن مقتضى إطلاق المساقاة وجوب جميع الأعمال المتعلقة بالثمرة على العامل و إن كانت مما لا يتكرر كل سنة أو كان مما يفتقر الى بذل المال، مثل حفر الأنهار و الآبار و تعمير الدولاب و غير ذلك، لأن جميع ذلك يتوقف عليه عمل العامل الواجب، و ما يتوقف

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٦٥

[مسألة ١): لا إشكال في صحة المساقاة قبل ظهور الثمر]

(مسألة ١): لا إشكال في صحة المساقاة قبل ظهور الثمر (١)، كما لا خلاف في عدم صحتها بعد البلوغ و الإدراك بحيث لا يحتاج الى عمل غير الحفظ و الاقطفاف (٢). و اختلفوا في صحتها إذا كان بعد الظهور قبل البلوغ (٣)، و الأقوى - كما أشرنا إليه (٤) - صحتها، سواء كان العمل مما يوجب الاستزادة أولاً (٥)، خصوصاً إذا كان في جملتها بعض

عليه الواجب فهو واجب. نعم لما كان موضوع المساقاة الأصول تكون المساقاة مقتضية لكل عمل زائد على الأصول و ما يتعلق بها من أعمال، و إن كانت هي أيضاً يتوقف عليها وجود الثمرة، لكنها خارجة عما تقتضيه المساقاة. و إن شئت قلت: المنصرف إليه الأعمال التي لا ترتبط بالأصول.

و انما ترتبط بالثمرة لا غير. و سيأتي في المسألة التاسعة تمام الكلام فيه:

(١) قد تقدمت حكاية الإجماع على الصحة حينئذ.

(٢) تقدمت دعوى الإجماع من جامع المقاصد و المسالك و غيرهما على عدم صحة المساقاة حينئذ، لكن حكى عن المهذب البارع أنه ذكر فيه:

«أنه يكفي في الجواز بقاء عمل تنتفع به الثمرة و لو في إبقائها و حفظها، فلو صارت رطبا تاماً و هي مفتقرة إلى الجذاذ و التشميس و الكبس في الظروف جازت المساقاة عليها». و قد عرفت أن مقتضى القواعد العامة الصحة و إن لم يكن بعنوان المساقاة، و ان نصوص

الباب قاصرة عن إثباته.

(٣) قد عرفت أنه لم يعرف مخالف صريح في الجواز إذا كان العمل تستزاد به الثمرة. نعم تردد في الشرائع فيه و اختار الصحة.

(٤) الذي تقدم منه الصحة في الصورة الأولى فقط و توقف في الثانية.

(٥) قد عرفت أن أدلة الباب تقصر عن إثبات الصحة حينئذ،

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٦٦

الأشجار التي بعد لم يظهر ثمرها.

[مسألة ٢: الأقوى جواز المساقاة على الأشجار التي لا ثمر لها]

(مسألة ٢): الأقوى جواز المساقاة على الأشجار التي لا ثمر لها و إنما ينتفع بورقها (١)، كالتوت و الحناء و نحوهما.

لكن الأدلة العامة تقتضيها من غير مقيد ظاهر، و إن كانت لا تثبت عنوان المساقاة. و المناقشة في عموم قوله تعالى (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) «١» و قوله تعالى (إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ) «٢» باختصاصهما بالعقود المتعارفة- كما احتمله في الجواهر- غير ظاهرة، كما عرفت. مع أنه يمكن أن تكون المعاملة على ذلك إيقاعاً على نحو الجعالة لا عقداً.

(١) كما في القواعد: أنه أقرب، و في غيرها: أنه غير بعيد و حكي عن كثير من كتب المتأخرين و متأخريهم، بل الظاهر أنه المشهور.

نعم تردد في الشرائع و حكي ذلك عن غيرها، و كأنه لعدم وضوح إطلاق يقتضى الجواز و الأصل عدم ترتب الأثر. لكن

في صحيح يعقوب المتقدم: «إسق هذا من الماء، و اعمره و لك نصف ما أخرج»

و الخارج كما يشمل الثمر يشمل الورق إذا كان هو المقصود من الشجر. لكن مورده غير ما نحن فيه، فلا عموم فيه.

نعم

في صحيح يعقوب الآخر قال (ع): «و كذلك أعطى رسول الله (ص) خبير حين أتوه، فأعطاهم إياها على أن يعمروها و لهم النصف

مما أخرجت» «٣»

و كأنه الى ذلك أشار في المسالك بقوله:

«و في بعض الاخبار ما يقتضى دخوله، و القول بالجواز لا يخلو من قوة».

لكن الاستدلال به يتوقف على العلم بوجود ما هو محل الكلام في خبير.

(١) المائدة: ١.

(٢) النساء: ٢٩.

(٣) الوسائل باب: ١٠ من أبواب كتاب المزارعة و المساقاة حديث: ٢.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٦٧

[مسألة ٣: لا يجوز عندهم المساقاة على أصول غير ثابتة]

(مسألة ٣): لا يجوز عندهم المساقاة على أصول غير ثابتة (١)، كالبطيخ و الباذنجان و القطن و قصب السكر و نحوها و إن تعددت

اللقطات فيها كالأولين. و لكن لا يبعد الجواز، للعمومات (٢) و إن لم يكن من المساقاة المصطلحة. بل لا يبعد

اللهم إلا أن يكون بيان الإمام يقتضى العموم. و لعل مراد الحدائق من عدم وجود نص فى المساقاة على ما كان كذلك. انتهى. عدم وجود النص بالخصوص فلاحظ.

و من ذلك يظهر الاشكال فيما فى الجواهر من التفصيل بين أن تكون المساقاة على هذه الأشجار تبعاً فيجوز و مستقلاً فلا يجوز، للزوم الاقتصار على المتيقن فيما كان على خلاف الأصل، و فيه من الغرر ما ليس فى غيره. إذ العموم مقدم على الأصل، و الغرر غير قاذح كلية. نعم الدليل الخاص يختص بصورة الانضمام فيكون من المساقاة المصطلحة، و فى غيرها يكفى العموم و إن لم تكن منها. مع إمكان التعدى عن مورد الدليل الخاص الى غيره، كما يقتضيه الارتكاز العرفى. و لذا لم يعرف التفصيل المذكور لغيره. اللهم إلا أن يقال إن الدليل على الصحة عام، لكن الاصطلاح خاص.

(١) قد تقدم تعريف المساقاة فى كلام المصنف - تبعاً للمشهور - بأنها معاملة على أصول ثابتة، و الأصول الثابتة لا تشمل ما هو محل الكلام و بعضهم أسقط هذا القيد، و عن بعض أنه قرأ: «النابتة» بالنون بدل الثاء.

(٢) يعنى عموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) «١» و (إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ) «٢» و نحوهما. لكن استشكل فى الجواهر فى ذلك بأن (أَوْفُوا

(١) المائة: ١.

(٢) النساء: ٢٩.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٦٨

الجواز فى مطلق الزرع كذلك، فان مقتضى العمومات الصحة (١) بعد كونه من المعاملات العقلانية، و لا- يكون من المعاملات الغررية (٢) عندهم، غاية الأمر أنها ليست من المساقاة المصطلحة (٣).

[مسألة (٤): لا بأس بالمعاملة على أشجار لا تحتاج السقى]

(مسألة ٤): لا بأس بالمعاملة على أشجار لا تحتاج إلى

بِالْعُقُودِ) و (إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ) لا يثبت بهما شرعية الافراد المشكوكة من المعاملة المعهودة التى لها أفراد متعارفة، و إنما المراد من الأول بيان للزوم، و من الثانى عدم أكل المال بالباطل إذا كان بالتجارة المتعارفة، لا أن المراد شرعية كل عقد و كل تجارة يقع الاتفاق عليهما من المتعاقدين، كما هو واضح بأدنى تأمل. انتهى. و لا يخفى ما فيه - و ان تكرر منه ذلك فى كثير من الموارد - فإنه خلاف العموم و الإطلاق من دون قرينه، و من الخفى جداً الوجه فى قوله: «و هو واضح بأدنى تأمل».

ثم إن كون المراد من الأول للزوم و من الثانى خلاف الباطل مسلم، لكنه لا يجدى فيما ذكره من الحمل على المتعارف. مع أن يكون محل الكلام خلاف المتعارف غير ظاهر. مضافاً إلى إمكان دخول المقام فى صحيح يعقوب المتقدم

، و إن كان الاصطلاح خاصاً بغيره.

(١) بل مقتضى صحيح يعقوب المتقدم

أيضاً.

(٢) لا إشكال فى أنها غررية للجهل بمقدار الحاصل، لكن لا دليل على المنع من الغرر كلية، كما عرفت.

(٣) لكن عن الشيخ (ره) أنه جوز المساقاة على البقل الذى يجز مرة بعد أخرى، و عن جامع الشرائع: جواز المساقاة على الباذنجان.

و الاشكال عليها ظاهر إلا أن يكون استعمال المساقاة من باب المجاز

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٦٩

السقى (١) لاستغنائها بماء السماء أو لمص أصولها من رطوبات الأرض و إن احتاجت إلى أعمال أخرى، و لا يضر عدم صدق المساقاة حينئذ، فإن هذه اللفظة لم يرد في خبر من الاخبار، و إنما هي من اصطلاح العلماء، و هذا التعبير منهم مبنى على الغالب، و لذا قلنا بالصحة إذا كانت المعاملة بعد ظهور الثمر و استغنائها من السقى. و إن ضويق نقول بصحتها و إن لم تكن من المساقاة المصطلحة (٢).

(١) قال في القواعد: «و تصح المساقاة على البعل من الشجر، كما تصح على ما يفتقر إلى السقى». و البعل: كل شجر و نخل و زرع لا يسقى، أو ما سقته السماء، كما عن القاموس، و الحكم كاد أن يكون من المسلمات، و عن التذكرة: «لا نعرف فيه خلافاً ممن جوز المساقاة، لأن الحاجة تدعو إلى المعاملة في ذلك كدعائها فيما يحتاج إلى السقى». و يقتضيه إطلاق تعريف المساقاة بأنها معاملة على أصول ثابتة بحصة من ثمرها أو بحصة من حاصلها، على اختلاف التعبيرات، و ليس فيه اعتبار السقى بالخصوص.

نعم مفهوم المساقاة لغة مأخوذ من السقى لكن وجه التسمية يمكن أن يكون ملاحظة الغالب، و الاعتبار بالمفهوم الاصطلاحي لا بالمفهوم اللغوي. و كيف كان يكفي في الحكم بصحة ذلك مثل

صحيح يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله (ع) المتقدم: «و كذلك اعطى رسول الله (ص) خبيراً حين أتوه فأعطاهم إياها على أن يعمرها و لهم النصف مما أخرجت» (١)

فإنه شامل للمقام، و حكاية الإمام (ع)، ذلك يدل على العموم، كما سبق.

(٢) عملاً بالعمومات الدالة على صحة العقود و نحوها.

(١) الوسائل باب: ١٠ من أبواب كتاب المزارعة و المساقاة حديث: ٢.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٧٠

[مسألة ٥: يجوز المساقاة على فسلان مغروسة]

(مسألة ٥): يجوز المساقاة على فسلان مغروسة (١) و إن لم تكن مثمرة إلا- بعد سنين، بشرط تعيين مدة تصير مثمرة فيها و لو بعد خمس سنين أو أزيد.

[مسألة ٦: قد مر أنه لا تصح المساقاة على ودى غير مغروس]

(مسألة ٦): قد مر أنه لا- تصح المساقاة على ودى غير مغروس، لكن الظاهر جواز إدخاله في المعاملة على الأشجار المغروسة، بأن يشترط على العامل غرسه في البستان المشتمل على النخيل و الأشجار (٢) و دخوله في المعاملة بعد أن يصير مثمراً (٣). بل مقتضى العمومات صحة المعاملة على الفسلان الغير المغروسة إلى مدة تصير مثمرة و إن لم تكن من المساقاة المصطلحة (٤).

[مسألة ٧: المساقاة لازمة]

(مسألة ٧): المساقاة لازمة (٥).

(١) قال في القواعد: «و لو ساقاه عشر سنين و كانت الثمرة لا تتوقع إلا في العاشر جاز، و يكون في مقابلة كل العمل»، و نحوه ما في غيرها.

و يقتضيه إطلاق النصوص الواردة في المساقاة، لشمولها له كغيره. و الظاهر أنه لا خلاف فيه.

- (٢) ضرورة أن نفى الخلاف في البطلان يختص بغير صورة الشرط تبعاً إذ هو حينئذ مشمول لأدلة صحة الشروط.
- (٣) ظاهرة أنه يدخل في المساقاة. و يشكل: بأنه تعليق لا يصح.
- و لعل المراد أنه يدخل في تخصيص ثمره، و لا بأس به.
- (٤) لاختصاصها بالأصول الثابتة. ثم إن ظاهر صحيح يعقوب بن شعيب الثاني «١» أيضاً يدل على الصحة و إن لم يدل على عنوان المساقاة.
- (٥) بلا خلاف، كما في المسالك، أو إجماعاً، كما في جامع المقاصد

(١) الوسائل باب: ١١ من أبواب كتاب المزارعة و المساقاة حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٧١

لا تبطل إلا بالتقابل (١) أو الفسخ بخيار الشرط أو تخلف بعض الشروط أو بعروض مانع عام موجب للبطلان أو نحو ذلك.

[مسألة ٨: لا تبطل بموت أحد الطرفين]

(مسألة ٨): لا تبطل بموت أحد الطرفين (٢)، فمع موت المالك ينتقل الأمر إلى وارثه (٣)، و مع موت العامل يقوم مقامه وارثه، لكن لا يجبر على العمل، فان اختار العمل

مستدلاً له بالأصل، و نحوه كلام غيرهما.

(١) لما دل على مشروعية الفسخ بالأمر المذكورة المذكور في محله.

(٢) كما هو في الشرائع و القواعد و المسالك و جامع المقاصد و غيرها، و عن الكفاية: أنه المشهور، بل في جامع المقاصد: «لا نعرف في ذلك خلافاً» و لكن عن المبسوط: «إذا مات أحدهما أو ماتا انفسخت المساقاة كالإجارة عندنا»، و ظاهره الإجماع عليه، و عن المهذب البارع و المقتصر أن من قال ببطلان العقد في الإجارة قال ببطلانه هنا، و من لا فلا». و يقتضى الأول أصالة اللزوم من دون معارض، و ليس ما يقتضى الثاني.

اللهم إلا- القياس على الإجارة. لكن القياس ليس بحجة. مع عدم ذلك في الإجارة في موت المستأجر. نعم ورد في النصوص ما يحتمل فيه الدلالة على البطلان بموت المالك، و قد تقدم في الإجارة بعض الكلام فيه.

(٣) من المعلوم أن العقد اقتضى أن يكون لكل من المتعاقدين حق على الآخر، فالمالك له على العامل حق العمل، و على العامل حق بذل الشجر للعمل، و من المعلوم أن الوارث يقوم مقام المورث فيما له، و لا- يقوم مقامه فيما عليه، بل يتعلق بالتركة على تقدير وجودها. و عليه فحق العمل الذي كان للمالك على العامل الميت لا يكون على الوارث، بل يكون على التركة فيجب على الوارث تخليصها من الحق، فإذا امتنع من ذلك كان للحاكم الشرعي ذلك، لئلا يلزم تعطيل الحقوق.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٧٢

بنفسه أو بالاستيجار فله، و إلا فيستأجر الحاكم من تركته من يباشره إلى بلوغ الثمر، ثم يقسم بينه و بين المالك. نعم لو كانت المساقاة مقيدة بمباشرة العامل (١) تبطل بموته. و لو اشترط عليه المباشرة لا بنحو التقييد (٢) فالمالك مخير بين الفسخ- لتخلف الشرط- و إسقاط حق الشرط و الرضا باستئجار من يباشر.

[مسألة ٩: ذكروا أن مع إطلاق عقد المساقاة جملة من الاعمال على العامل و جملة منها على المالك]

(مسألة ٩): ذكروا أن مع إطلاق عقد المساقاة جملة من الاعمال على العامل و جملة منها على المالك، و ضابط الاولى ما يتكرر كل سنة (٣)، و ضابط الثانية ما لا يتكرر نوعاً و إن

هذا إذا كان للميت تركه، أما إذا لم يكن له تركه فإن أقدم الوارث على إيجاز الحق الذي على الميت- بأن يعمل بنفسه أو يستأجر من يعمل- فهو، و إن لم يقدم الوارث بطلت المساقاة، لعدم ترتب الأثر عليها حينئذ.

(١) بأن جعل عمل العامل القائم به موضوعاً للمساقاة، كما إذا جعل عمل الأجير الخاص موضوعاً للإجارة، و حينئذ يتعذر بموته، فلا بد من بطلانها لعدم ترتب الأثر عليها.

(٢) إذا كان موضوع المساقاة العمل في الذمة و اشترط تطبيقه على عمل نفسه رجع هذا الشرط الى التقييد ضرورة، كما تقدم في المسألة التاسعة من أول كتاب المزارعة، و ذكرنا هناك أن القيود على اختلاف أنواعها إذا كانت للمفهوم يجب أن تكون على نحو التقييد، و إذا كانت للموضوع الخارجي يجب أن تكون لا على نحو التقييد. فراجع.

(٣) كما هو المذكور في كثير من كتب المتأخرين. و في جملة منها جعل الضابط ما فيه صلاح الثمرة و زيادتها.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٧٣

عرض له التكرار في بعض الأحوال. فمن الأول إصلاح الأرض بالحفر فيما يحتاج اليه، و ما يتوقف عليه من الآلات، و تنقية الأنهار، و السقي و مقدماته- كالدلو و الرش، و إصلاح طريق الماء، و استقائه إذا كان السقي من بئر أو نحوه- و إزالة الحشيش المضرة، و تهذيب جرائد النخل و الكرم، و التلقيح، و اللقاط، و التشميس، و إصلاح موضعه، و حفظ الثمرة إلى وقت القسمة. و من الثاني حفر الابار و الأنهار، و بناء الحائط و الدولاب و الدالية و نحو ذلك مما لا- يتكرر نوعاً. و اختلفوا في بعض الأمور أنه على المالك أو العامل، مثل البقر الذي يدير الدولاب (١)، و الكش للتلقيح (٢)، و بناء التلم، و وضع الشوك على الجدران و غير ذلك. و لا دليل على شيء من الضابطين. فالأقوى أنه إن كان هناك انصراف في كون شيء على العامل أو المالك فهو المتبع، و إلا فلا بد من ذكر ما يكون على كل منهما رفعاً للغرر، و مع الإطلاق و عدم الغرر يكون

(١) قال في القواعد: «و في البقر الذي تدير الدولاب تردد، ينشأ من أنها ليست من العمل فأشبهت الكش، و من أنها تراد للعمل فأشبهت بقر الحرث». و عن المبسوط و غيره: أن البقر على رب المال، و عن السرائر و غيره: أنها على العامل.

(٢) قال في القواعد في ذكر ما على المالك: «و الكش للتلقيح على رأى» حكى ذلك عن الشيخ و المتأخرين و عن الأكثر. و قيل أنه على العامل كما عن السرائر و جامع الشرائع، و في الشرائع: أنه حسن، لأنه به يتم التلقيح.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٧٤

عليهما معا (١)، لان المال مشترك بينهما، فيكون ما يتوقف عليه تحصيله عليهما.

[مسألة ١٠: لو اشترط كون جميع الاعمال على المالك]

(مسألة ١٠): لو اشترط كون جميع الاعمال على المالك

(١) كما في الجواهر، معللاً له بما ذكر. ثم قال: «أو أن الأصل فيه وجوبه على العامل، لنحو ما سمعته في المزارعة من

صحيح يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله (ع) الذي فيه: «سألته عن المزارعة، فقال:

النفقة منك و الأرض لصاحبها، فما أخرج الله تعالى من شيء قسم على الشطر، و كذلك أعطى رسول الله (ص) خير حين أتوه،

فأعطاهم إياها على أن يعمروها و لهم النصف مما أخرجت» (١)

فإن ظاهر تشبيهه (ع) يقتضى كون وضع المساقاة على الوجه المزبور، فليس على المالك حينئذ إلا دفع الأصول، كما أنه ليس على المالك إلا دفع الأرض.

اللهم إلا أن يكون تعارف أو شرط. و هو فى محله. و لو فرض قصور النصوص عن إثبات ذلك كان هو مقتضى الإطلاق. و ما ذكره من التعليل للوجه الأول ضعيف، إذ لا مأخذ لذلك.

إذ لا يجب على الشركاء فى أمر فعل ما يقتضى حصوله أو بقاءه، فان الشركاء فى دار لا يجب عليهم تعميها، و الشركاء فى شجر أو حيوان لا- يجب عليهم تنميته، فإنما وجب العمل فى المقام باعتبار أن العقد اقتضى لأحدهما على الآخر حق العمل، لا أنه اقتضى الاشتراك، و الاشتراك اقتضى العمل. نعم تفرق المزارعة عن المساقاة: بأن المزارعة معاملة على زرع الأرض و إطلاق زرع الأرض يقتضى وجوب جميع مقدماته كإطلاق الخياطة فى الإجارة على خياطة الثوب المقتضى لوجوب مقدمات الخياطة، أما المساقاة فلم يذكر فى مفهومها عمل بعينه كى يؤخذ بإطلاقه.

(١) الوسائل باب: ١٠ من أبواب كتاب المزارعة و المساقاة حديث: ٢.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٧٥

المالك فلا- خلاف بينهم فى البطلان، لأنه خلاف وضع المساقاة (١). نعم لو أبقى العامل شيئاً من العمل عليه و اشترط كون الباقي على المالك فان كان (٢) مما يوجب زيادة الثمرة فلا إشكال فى صحته، و إن قيل بالمنع (٣) من جواز جعل العمل على المالك و لو بعضاً منه، و الا- كما (٤) فى الحفظ و نحوه- ففى صحته قولان (٥) أقواهما الأول. و كذا الكلام إذا كان

(١) هذا يقتضى بطلانها مساقاة، لا بطلانها مطلقاً. فالأولى التعليل بأن العامل إذا لم يكن له عمل فاستحقاقه يكون بلا عوض، فيكون وعداً لا يلزم الوفاء به، كما إذا قال: لك على أن أعطيك درهماً.

(٢) يعنى: ما أبقاه العامل لنفسه.

(٣) و هو ظاهر محكى المبسوط، قال: «إذا ساقاه بالنصف على أن يعمل رب المال معه فالمساقاة باطله، لأن موضوع المساقاة على أن من رب المال المال و من العامل العمل»، و نحوه ما عن الوسيلة و جامع الشرائع و ما ذكر فى المبسوط من التعليل متين، و قد عرفت أن ذلك ظاهر صحيح يعقوب المتقدم فى المتن

و صحيحه الآخر

. نعم يمكن تصحيحه بعنوان غير المساقاة عملاً بالأدلة العامة، كما تقدم فى نظيره و يأتى. فإن كان مراد المبسوط و من وافقه البطلان مطلقاً فضعيف، و إن كان المراد بطلانها مساقاة ففى محله.

(٤) يعنى و ان لم يكن العمل الذى أبقاه العامل لنفسه مما يوجب زيادة الثمرة.

(٥) قد تقدم فى المسألة الأولى ما عن المذهب البارع من القول بالصحة و ان حكى الإجماع على البطلان من جماعة، و تقدم من المصنف فى الشرط الثامن و فى المسألة الأولى ما ظاهره نفى الخلاف فى البطلان. لكن كلام

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٧٦

إيقاع عقد المساقاة بعد بلوغ الثمر و عدم بقاء عمل إلا مثل الحفظ و نحوه، و إن كان الظاهر فى هذه الصورة عدم الخلاف فى بطلانه. كما مر.

[مسألة (١١): إذا خالف العامل فترك ما اشترط عليه من بعض الأعمال]

(مسألة ١١): إذا خالف العامل فترك ما اشترط عليه من بعض الأعمال (١)، فإن لم يفت وقته فللمالك إجباره على العمل، وإن لم يمكن فله الفسخ. وإن فات وقته فله الفسخ بخيار تخلف الشرط. وهل له أن لا يفسخ ويطالبه بأجرة العمل بالنسبة إلى حصته بمعنى أن يكون مخيراً بين الفسخ وبين المطالبة بالأجرة؟ وجهان، بل قولان، أقواهما ذلك (٢) (و دعوى): أن الشرط لا يفيد تمليك العمل المشروط لمن له

المهذب في الصورة الآتية لا في هذه الصورة، وحينئذ لم يتضح قول بالصحة في هذه الصورة إلا بالأولوية.

(١) الأعمال اللازمة للعامل تكون تارة: من قوام المعاملة- أعنى المساقاة- بأن تكون دخيلة في حصول الثمرة وزيادتها، وأخرى: خارجة عن ذلك، مثل أن يشترط المالك على العامل أن يصلح ركعتين. والذي يظهر من عبارة المتن أن كلامه في القسم الثاني. و سيأتي في المسألة السادسة والعشرين تحرير حكم القسم الأول.

(٢) كما هو ظاهر عبارة التحرير، قال في البحث الثاني من كتاب المساقاة: «إذا شرط المالك على العامل عملاً معيناً وجب على العامل القيام به، فإن أخل بشيء منه تخير المالك بين فسخ العقد و إلزامه بأجرة العمل»، ونحوه ما في جامع المقاصد والمسالكة. وأشكل عليه في الجواهر:

بأن ذلك مبني على تمليك الشرط العمل المشروط لمن له على وجه يكون

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٧٧

.....

من أمواله، وهو ممنوع فإن أقصاه إلزام من عليه الشرط بالعمل وإجباره عليه و التسلط على الخيار لعدم الوفاء به، لا لكونه إلا له. انتهى. و يشكل:

بأن الشرط المذكور في كلامهم يراد به تعيين العمل اللازم على المالك صريحاً، فالعمل المشروط داخل في قوام المعاملة. فيكون مملوكاً للمالك بعقد المساقاة، لا أنه خارج عن المعاملة فيكون واجباً بالشرط، حتى يقع الكلام في كون الشرط موجباً لمالك العمل حتى يترتب عليه ضمان العمل بالقيمة، أو غير موجب له حتى لا يكون العمل مضموناً بقيمته.

نعم يشكل ما ذكروه بما عرفت- في المسألة السابعة من مبحث المزارعة وغيرها- من أن الأعمال الذميمة لا تكون مضمونة على العامل إذا فاتت عمداً أو لعذر، ولذا ذكروا في كتاب الإجارة أنه إذا لم يأت الأجير بالعمل المستأجر عليه لم يستحق الأجرة، و لم يدع أحد أنه يستحق الأجرة و لكن المستأجر يستحق عليه قيمة العمل المستأجر عليه. فمن استؤجر على صوم يوم الجمعة فلم يصم لم يستحق الأجرة، لا أنه يستحقها و عليه قيمة صوم يوم الجمعة، وكذلك كلامهم في خيار الاشتراط خال عن التعرض لذلك و ظاهر أنه مع فوات الشرط يتخير من له الشرط بين فسخ العقد و إمضائه من دون استحقاق شيء.

ولذلك لم يتعرض شيخنا الأعمش (ره) في مبحث أحكام الشرط إلى استحقاق للمشروط له لقيمة العمل المشروط عند تخلف الشرط. نعم ذكر في المسألة السابعة من مسائل مبحث الشرط: أنه لو كان الشرط عملاً من المشروط عليه بعد مالاً و يقابل بالمال كخياطة الثوب فتعذر، ففي استحقاق المشروط له لاجرته أو مجرد الخيار وجهان. و الظاهر أن مراده من الأجرة حصة من الثمن. بحيث يكون الشرط كجزء من أحد العوضين، كما يظهر ذلك من حكايته لكلام التذكرة و إشكاله عليه: بأن الشرط

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٧٨

على وجه يكون من أمواله (١)، بل أقصاه التزام من عليه

خارجة عن موضوع المعاوضة، وليست ملحوظة كالجزة من أحد العوضين.
فلاحظ كلامه.

و بالجملة: المرتكزات العرفية تأبى القول بهذا الضمان و إن كان العمل مملوكاً بالشرط، فلا مجال للبناء عليه.

(١) تقدمت هذه الدعوى من الجواهر، و وافقه عليها المصنف (ره) فى حاشيته على خيار المجلس من مكاسب شيخنا الأعظم (قده) فى مسألة ما إذا اشترط أحد المتعاقدين عدم الفسخ، فقد ذكر أن التحقيق أن الشرط لا يثبت أزيد من الحكم التكليفى، بل التزم فى النذر ذلك أيضاً، رد فى ذلك على ما ذكره شيخنا الأعظم (قده) فيما لو اشترط عدم الفسخ من أنه يحتمل قوياً عدم نفوذ الفسخ، لأن وجوب الوفاء بالشرط مستلزم لوجوب إجباره عليه و عدم سلطنته على تركه، كما لو باع منذور التصديق به، على ما ذهب إليه غير واحد، فمخالفة الشرط - و هو الفسخ - غير نافذة فى حقه، ثم قال: «و يحتمل النفوذ لعموم دليل الخيار ..».

و عبارة شيخنا ليست صريحة فى حصول الملك، بل و لا ظاهرة، لكنها صريحة فى أن الشرط مانع من سلطنة المشروط عليه على تركه من أجل أن وجوب الوفاء بالشرط موجب لذلك.

هذا و لكن المفهوم عرفاً من شرط الفعل هو الملكية، فإن عبارة الشرط و إن كانت مختلفة (فتارة) يكون المشروط له هو المنشئ للشرط فيقول: و أشترط عليك أن لا تفسخ، أو: عليك أن لا تفسخ. أو: ولى عليك أن لا تفسخ، أو نحو ذلك. (و أخرى) يكون المشروط عليه هو المنشئ للشرط فيقول: و اشترط أن لا أفسخ، أو على أن لا أفسخ، أو لك على أن لا أفسخ، أو نحو ذلك. و مرجع الجميع الى معنى واحد مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٧٩

الشرط بالعمل و إجباره عليه، و التسلط على الخيار بعدم الوفاء به (مدفوعة) بالمنع من عدم إفادته التملك. و كونه قيديات فى المعاملة، لا جزءا من العوض يقابل بالمال، لا ينافى إفادته

مهما اختلفت العبارات، فإذا كان ظاهر قول المشروط له: و لى عليك أن لا تفسخ، هو التملك، لأن الظاهر من اللام أنها لام الملك، كما إذا قال لى على زيد درهم، فإنه دعوى الملكية، أو قال: لزيد على درهم، فإنه اعتراف بالملكية، فاللام فى قول المشروط له: لى عليك أن لا تفسخ، كذلك، و كلما اللام فى قول المشروط عليه: لك على أن لا أفسخ.

(و دعوى): أن اللام فى قول المشروط عليه: لك على أن لا أفسخ متعلقة بقوله: التزمت - يعنى التزمت لك أن لا أفسخ - فتكون اللام لام الصلة لا لام الملك، و يكون الظرف لغواً لا مستقراً (مدفوعة):

بأن هذا الاحتمال لا يجىء فى قول المشروط له: و لى عليك أن لا تفسخ، إذ لا معنى لقوله: التزمت لى عليك أن لا تفسخ، فإذا لم يصح تقدير الالتزام فيه و جعل الظرف لغواً لم يصح ذلك فى قول المشروط عليه:

و لك على أن لا أفسخ، لما عرفت أن مفهوم جميع الجمل واحد مهما اختلفت العبارات.

و على هذا فإذا كان عدم الفسخ مملوكاً للمشروط له كان تحت سلطان مالكة و خرج عن سلطان المشروط عليه، فيكون الفسخ كذلك لأن نسبة القدرة إلى الوجود و العدم نسبة واحدة، فإذا لم يكن المشروط عليه قادراً على الفسخ لم يصح فسخه و إلا كان خلفاً.

و لو فرض عدم ظهور اللام فى لام الملك أمكن إثبات الملكية بإثبات لوازمها، مثل جواز المطالبة به، و جواز الإجبار عليه، و جواز السكوت عنه، و جواز إسقاطه، فإن الأمور المذكورة لا تتناسب مع التكليف البحث.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٨٠

لملكية من له الشرط إذا كان عملاً من الاعمال على من عليه و المسألة سيالة في سائر العقود، فلو شرط في عقد البيع على المشتري- مثلاً- خياطة ثوب في وقت معين و فات الوقت فللبائع الفسخ أو المطالبة بأجرة الخياطة (١) و هكذا.

[مسألة (١٢): لو شرط العامل على المالك أن يعمل غلامه معه صح]

(مسألة ١٢): لو شرط العامل على المالك أن يعمل غلامه معه صح (٢)، أما لو شرط أن يكون تمام العمل على

و من ذلك يظهر الاشكال فيما حكاه في المتن من الجمع بين دعوى نفى الملكية و جواز الإيجاب. هذا كله في الشرط، أما النذر فالحكم فيه أظهر، لوجود اللام صريحاً في صيغة النذر: لله على أن أفعل كذا، أو لا أفعل كذا» و هي ظاهرة في الملكية، فيكون مفاد النذر تملكك الله سبحانه الفعل على الناذر. و احتمال أن يكون الظرف لغواً و اللام متعلقة بقوله: التزمت لله تعالى، خلاف الأصل في الظرف، فإذا قال القائل: زيد في الدار، و دار الأمر بين أن يكون الظرف لغواً و التقدير زيد نائم في الدار أو آكل في الدار أو نحو ذلك، و بين أن يكون الظرف مستقراً و التقدير: زيد كائن في الدار فالأصل يقتضى الثانى و لا مجال للبناء على الأول إلا بقريته خاصة. و على هذا إذا نذر الإنسان أن لا يبيع أو لا يتزوج، فباع أو تزوج كان البيع و التزويج باطلين، لعدم قدرته على ذلك، على نحو ما ذكر في الشرط. فلاحظ. (١) قد عرفت إشكاله.

(٢) بلا- خلاف ظاهر، و عن التذكرة و غيرها ما ظاهره الإجماع عليه و لم يحك عن أحد خلاف فيه. نعم نسب إلى الشافعى و أحمد في إحدى الروايتين، معللين بأنه بمنزلة اشتراط عمل المالك، و هو مناف لمقتضى مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٨١ غلام المالك فهو كما لو شرط أن يكون تمام العمل على المالك.

مفهوم المساقاة. لكن في المسالك- تبعاً للتذكرة- قال: و الفرق بين الغلام و سيده ظاهر، فان عمل العبد يجوز أن يكون تابعاً لعمل العامل، و لا- يجوز أن يكون عمل المالك تابعاً لعمله، لأنه هو الأصل، و يجوز في التابع ما لا يجوز في المنفرد. مع أنا نمنع حكم الأصل، فإننا قد جوزنا أن يشترط على المالك أكثر العمل».

و قد يشكل ما ذكره: أولاً: من جهة عدم ظهور الفرق بين عمل العبد و عمل المولى في قبول التبعية و الأصالة، و الفرق بينهما غير ظاهر (ثانياً): بأنه لو سلم الفرق المذكور فهو لا يقتضى الفرق في الحكم، إذ كل منهما- و إن كان على وجه التبعية- خلاف وضع المساقاة المستفاد من الأدلة المتقدمة، فإنها متفقة على أن قوامها كون العمل على العامل، فمشروعية مشاركة العامل و غلام المالك محتاجة إلى دليل آخر، و هو عموم الصحة. لكنه حينئذ لا يقتضى كون المعاملة من المساقاة. و من ذلك يظهر الاشكال. (ثالثاً): فيما ذكره من أنه يجوز أن يشترط على المالك أكثر العمل، فإنه و إن ذكره في الشرائع و غيرها بل هو المشهور، لكنه غير ظاهر الأدلة فلا يصح مساقاة، و لذا حكى عن المبسوط المنع، مستدلاً له بما ذكرناه، كما عرفت في المسألة العاشرة، و عرفت أن الاستدلال على الصحة بالعموم لا يثبت المساقاة، و الاستدلال بعموم صحة الشروط يختص بما إذا لم يكن الشرط منافياً لمقتضى العقد. و من ذلك يظهر أنه لا مانع من القول بصحة العقد و الشرط إذا اشترط العامل أن يعمل معه المالك أو غلامه، لكنه ليس من المساقاة و لا تترتب عليه أحكامها، كما عرفت.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٨٢

و قد مر عدم الخلاف في بطلانه (١)، لمنافاته لمقتضى وضع المساقاة. و لو شرط العامل على المالك أن يعمل غلامه في البستان

الخاص بالعامل فلا ينبغي الإشكال في صحته، وإن كان ربما يقال بالبطلان (٢)، بدعوى أن عمل الغلام في قبال عمل العامل فكأنه صار مساقياً بلا عمل منه. ولا يخفى ما فيها (٣).
و لو شرطاً أن يعمل غلام المالك للعامل تمام عمل المساقاة- بأن يكون عمله له بحيث يكون كأنه هو العامل- ففي صحته وجهان لا يبعد الأول (٤)، لأن الغلام حينئذ كأنه نائب عنه في العمل بإذن المالك، وإن كان لا يخلو عن إشكال (٥).

(١) مر ذلك في المسألة العاشرة.

(٢) قال في الشرائع: أما لو اشترط أن يعمل الغلام الخاص العامل لم يجز، وفيه تردد، والجواز أشبه. قال في المسالك: «وجه التردد أنه اشترط عملاً- في مقابل عمله، فصار في قوة اشتراط جميع العمل على المالك» ثم قال: «و فساده ظاهر. والمعروف أن المانع من ذلك الشافعي، لكن المصنف والعلامة ذكر المسألة على وجه يشعر بالخلاف عندنا».

لكن يظهر المانع أيضاً من عبارة المبسوط. فلاحظها.

(٣) سبق ذلك في المسالك. ووجهه: أن الموجب للبطلان فيما لو شرط جميع العمل على المالك أنه مخالف لوضع المساقاة، وهذا لا يجيء هنا فلا وجه للمقايضة بينهما.

(٤) لأنه لا- يعتبر في عمل العامل في المساقاة أن يكون على نحو المباشرة بل يكفي أن يكون على وجه يكون العمل له، كما سيأتي فإذا كان غلام المالك يعمل للعامل و نائباً عنه في العمل كان بمنزلة الأجير له.

(٥) لأن استحقاقه للحصة لم يكن معوض، فلا تكون معاوضة، بل

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٨٣

مع ذلك. ولازم القول بالصحة بالصحة في صورة اشتراط تمام العمل على المالك بعنوان النيابة عن العامل (١).

[مسألة ١٣: لا يشترط أن يكون العامل في المساقاة مباشراً للعمل بنفسه]

(مسألة ١٣): لا يشترط أن يكون العامل في المساقاة مباشراً للعمل بنفسه، فيجوز له أن يستأجر في بعض أعمالها أو في تمامها و يكون عليه الأجرة، و يجوز أن يشترط كون أجره بعض الاعمال على المالك، و القول بالمنع (٢) لا- وجه له (٣). و كذا يجوز أن يشترط كون الأجرة عليهما معاً (٤) في ذمتهما، أو الأداء من الثمر. و أما لو شرط على المالك أن يكون أجره تمام الاعمال عليه أو في الثمر (٥) ففي صحته

تكونه وعداً بأداء الحصة مجاناً. و يندفع: بأن الحصة كانت في مقابل العمل، نعم لم يكن العمل مباشرة، و هو غير قادح. (١) لا محذور فيه، لما سبق.

(٢) حكى هذا القول عن الشيخ (ره)، لمنافاته موضوع المساقاة الذي هو ليس الا دفع الأصول من المالك.

(٣) و في الجواهر: «فيه منع واضح، و ضرورة عدم ما يدل على اعتبار ذلك حتى بالشرط و نحوه». لكن الضرورة التي ادعاها خفية جداً إذ الأدلة الواردة في المساقاة لا إطلاق لها يشمل المقام، فكيف يتمسك بها على صحته؟ بل ظاهر تلك الأدلة في غير ما نحن فيه. نعم لا بأس بالتمسك على الصحة في المقام بعموم صحة العقود، و لكنه لا يثبت المساقاة.

هذا إذا كانت الأجرة على المالك في مقابل العمل له، و أما إذا كانت نحواً آخر- يأتي بيانه في الفرض الآتي- فلا مانع من صحة المساقاة، كما سيأتي.

(٤) لما سبق من الأدلة العامة.

(٥) يتصور هذا على وجوه: (الأول): أن تكون الأجرة في

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٨٤

وجهان: (أحدهما): الجواز، لأن التصدي لاستعمال الأجراء نوع من العمل (١)، وقد تدعو الحاجة إلى من يباشر ذلك لمعرفة بالآحاد من الناس و أمانتهم و عدمها، و المالك ليس له معرفة بذلك (و الثاني): المنع (٢)، لأنه خلاف وضع المساقاة. و الأقوى الأول. هذا و لو شرط كون الأجرة حصّة

ذمة العامل، و يشترط على المالك وفائها من ماله، و الظاهر صحة ذلك مساقاة، لأن العمل من العامل و الأجرة في ذمته، و هو كاف في صدق مفهوم المساقاة. (الثاني): أن تكون الأجرة على المالك و في ذمته، لكن المستأجر عليه العمل للعامل. و الظاهر أيضاً صحة ذلك مساقاة، نظير ما سبق في آخر المسألة السابقة. (الثالث): أن تكون الأجرة على المالك و المستأجر عليه العمل له. و لا ينبغي التأمل في عدم صحة ذلك من باب المساقاة، لأنه خارج عن مفهومها. نعم يمكن أن يصح بعنوان آخر، فيكون عقداً من العقود الصحيحة، عملاً بعموم صحة العقود.

و ما في الجواهر من اختصاصه بالمتعارف فلا يشمل غيرها غير ظاهر- كما عرفت- و ان تكرر منه (قده) ذلك. مع أنه متعارف في زماننا. و يسمى هذا العامل في عرف أهل العراق (سركال)- مصحف (سركار) فارسي- و هو الذي يتولى إدارة الفلاحين لا غير.

(١) هذا لا يثبت كون العقد حينئذ مساقاة، و إنما يثبت كونه عقلاً لا سفهياً.

(٢) كما استوضحه في الجواهر، لما ذكر من التعليل. لكن هذا التعليل يقتضي عدم صحته مساقاة، و لا يمنع من صحته عقداً آخر، كما عرفت.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٨٥

مشاعه من الثمر بطل. للجهل بمقدار مال الإجارة، فهي باطلة (١).

[مسألة (١٤): إذا شرط انفراد أحدهما بالثمر بطل العقد]

(مسألة ١٤): إذا شرط انفراد أحدهما بالثمر بطل العقد (٢) و كان جميعه للمالك، و حينئذ فإن شرط انفراد العامل به استحق أجرة المثل لعمله (٣) و إن شرط انفراد المالك به لم يستحق العامل شيئاً (٤)، لأنه حينئذ متبرع بعمله.

(١) يعني: فيبطل الشرط، لأنه شرط مخالف للكتاب لكن الاشكال ان لم يتم دليل على مانعيه الجهل بالأجرة مطلقاً، كما يظهر من ملاحظة مبحث الإجارة، فإذا جاز بيع الثمار جاز جعلها أجرة. و لا سيما بملاحظة ما ورد من تقبيل الأرض بحصه من حاصلها و أجرة الأرض بذلك.

(٢) أما بطلان العقد بعنوان المساقاة فظاهر، إذ لا دليل على صحته حينئذ بالخصوص، و النصوص الواردة في مشروعية المساقاة لا تشملها. و أما بطلان العقد حتى بعنوان آخر غير المساقاة فغير ظاهر إذا كان المشروط انفراد العامل، لإمكان أن يكون غرض المالك يحصل بسقاية الأصول لثلاث تبيس فتلف، فيجعل في مقابل ذلك تمام الثمر، فيشمله عموم الصحة، و يكون نظير الجعالة، و لا موجب للبطلان كلية. و أما إذا كان المشروط انفراد المالك فالبطلان حينئذ ظاهر إذ يكون عمل العامل بلا عوض، فلا يكون عقداً بل يكون إيقاعاً و وعداً.

(٣) للاستيفاء الموجب لضمان المستوفى، فإنه من أسباب الضمان عرفاً فيكون موجباً له شرعاً لعدم الردع. نعم إذا كان العامل متبرعاً بعمله لا يكون عمله مضموناً ضرورة.

(٤) كذا في المسالك، و تبعه عليه الكاشاني و السيد في الرياض - على ما حكى - مغللين له بما في المتن. و تنظر فيه في الجواهر: بأن الرضا

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٨٦

.....

بالعقد المتضمن لعدم الأجرة ليس رضا بالعمل بلا أجرة، فإن الحيثية ملاحظة، بمعنى كون المتشخص منه في الخارج الرضا بالعقد الذي لا يترتب عليه ذلك. و العمل الصادر منه إنما هو من حيث أنه مقتضى العقد الفاسد، لا أنه رضا منه بالعمل في حد ذاته و في نفسه بلا عوض ..». و هو كما ترى فإنه خلاف قاعدة: (ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده).

اللهم إلا أن يقال: بأن دليلها الإجماع، و لا إجماع في المقام.

فالعقدة في الاشكال أن ما ذكره (قده) يختص بما إذا كان مفاد العقد عنواناً إنشائياً يكون التبرع مبنياً عليه، فإذا فات التبرع، أما إذا كان مفاد العقد هو التبرع بالعمل و قد أقدم عليه العامل فلا موجب للاستحقاق مع التبرع.

و مثله ما لو قال: آجرتك بلا أجرة، إذا كان معناه أدعوك إلى العمل بلا أجرة، فإذا عمل لم يستحق الأجرة لكونه متبرعاً، بخلاف ما لو كان معناه: آجرتك حقيقة بلا أجرة، فإن التبرع فيه مبنى على تحقق الإجارة، و هي منتفية. و كذا يتم في مثل قوله: تزوجتك بلا مهر، فإنه إذا تبين بطلان العقد استحقت المهر بالوطء، لأن التبرع كان مبنياً على وقوع التزويج، فإذا تبين عدمه فلا إقدام على التبرع. و ما نحن فيه قد عرفت أنه طلب من المالك و وعد من العامل، و الواعد لا يجب الوفاء به، و لا يكون فاعله مستحقاً للأجرة بعد أن كان قد وعد بالتبرع.

نعم إذا كانا قد قصدا تملك المالك العمل على العامل مجاناً تم ما ذكره في الجواهر، لفوات التملك الإنشائي، لكن المفهوم من العقد المذكور الأول، أعني الواعد بدون تملك. و سيأتي في المسألة الثالثة و العشرين ما له نفع في المقام.

و من ذلك يظهر أن ما ذكر في الشرائع و القواعد و غيرها من أنه إذا

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٨٧

[مسألة ١٥]: إذا اشتمل البستان على أنواع

(مسألة ١٥): إذا اشتمل البستان على أنواع كالتخل و الكرم و الرمان و نحوها من أنواع الفواكه - فالظاهر عدم اعتبار العلم بمقدار كل واحد (١) فيجوز المساقاة عليها بالنصف أو الثلث أو نحوهما و ان لم يعلم عدد كل نوع، إلا إذا كان الجهل بها موجباً للغرر.

[مسألة ١٦]: يجوز أن يفرد كل نوع بحصة مخالفة للحصة من النوع الأخر

(مسألة ١٦): يجوز أن يفرد كل نوع بحصة مخالفة للحصة من النوع الأخر (٢) كأن يجعل النخل بالنصف و الكرم بالثلث و الرمان بالربع مثلاً و هكذا. و اشترط

تبين بطلان المساقاة كانت الثمرة للمالك و للعامل أجرة المثل ليس على إطلاقه - و إن نسبه في المسالك إلى الأكثر - بل يختص بغير الصورة المذكورة.

(١) كما هو ظاهر الأصحاب، و في التذكرة: «إذا اشتمل البستان على أشجار مختلفة - كالزيتون و الرمان و التين و الكرم - فساقاة المالك على أن للعامل سهماً واحداً في الجميع - كنصف الثمرة أو ثلثها أو غير ذلك - صح إجماعاً، سواء علما قدر كل واحد أو

جهلاء أو علم أحدهما دون الآخر، و سواء تساوت أو تفاوتت». و وجه إطلاق الأدلة مع عدم الدليل على قدح مثل هذه الجهالة، لاختصاص المنع من الغرر في البيع، كما عرفت و من ذلك تعرف الإشكال في قول المصنف (ره): «إلا إذا كان الجهل..». (٢) كما في الشرائع و القواعد و غيرهما من كتب الأصحاب، بل في الجواهر: «بلا خلاف و لا اشكال». و دليله غير ظاهر، إذ النصوص الواردة في الباب لا تشملها، و الرجوع الى عمومات صحة العقود لا يثبت المساقاة، كما عرفت غير مرة. اللهم إلا أن يستفاد من الأدلة الخاصة بإلغاء الخصوصية.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٨٨

بعضهم (١) في هذه الصورة العلم بمقدار كل نوع، و لكن الفرق بين هذه و صورة اتحاد الحصه في الجميع غير واضح (٢) و الأقوى الصحة مع عدم الغرر (٣) في الموضوعين، و البطلان معه فيهما.

[مسألة (١٧): لو ساقاه بالنصف]

(مسألة ١٧): لو ساقاه بالنصف مثلاً- إن سقى

(١) ظاهر المحكى من كلماتهم أن الشرط بينهم اتفاقى و ان كل من ذكر المسألة ذكر فيها الشرط، و في مفتاح الكرامة: «في الخلاف لم يشترط علمه بكل منهما، لكنه مراد له».

(٢) لا إشكال في وجود الفرق بين صورتين، لأنه إذا لم يفرد كل صنف بحصه فحسته معلومه النسبه الى جميع الثمره، أما إذا أفرد كل صنف بحصه فإنه لا يعلم نسبة حصته الى جميع الثمره، فيحتمل زيادة النسبه لزيادة الصنف، و قلة النسبه لقله الصنف. و لذا قال في المسالك:

«فان المشروط فيه أقل الجزئين قد يكون أكثر الجنسين، فيحصل الغرر» نعم الفرق المذكور لا- يصح فارقاً، إذ الغرر موجود في المسألتين، غاية الأمر أن الغرر في صورة الافراد من جهتين، و في صورة عدمه من جهة واحدة، فإن نصف الثمره الذى لا يعلم أن ربعه تمر و ثلاثة أرباعه رمان، أو ربعه رمان و ثلاثة أرباعه تمر أيضاً مجهول و غررى، فإذا كان دليل الغرر مرجعاً فى المقام لزم العمل بقدر كل صنف حتى مع عدم الافراد، و إذا لم يكن مرجعاً لم يقدح الجهل بالنسبه حتى فى صورة الإفرد.

(٣) قد عرفت أن الغرر حاصل فى صورتين، لكن لا دليل على قدحه، بل الدليل- فى الجملة- على عدم قدحه، و حينئذ لا وجه للبطلان مع الغرر.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٨٩

بالناصح و بالثلث إن سقى بالسيح، ففى صحته قولان (١) أقواهما الصحة، لعدم إضرار مثل هذه الجهالة، لعدم إيجابها الغرر (٢) مع أن بناءها على تحمله. خصوصاً على القول

(١) قال فى الشرائع: «و لو ساقاه بالنصف إن سقى بالناصح و بالثلث إن سقى بالسائح بطلت المساقاة، لأن الحصه لم تتعين. و فيه تردد». و فى القواعد و المسالك: جزم بالبطلان، و حكى عن التذكرة و التحرير و اختاره فى الجواهر، و حكى عن المبسوط و الكفاية و الرياض: أنه الأشهر، و ظاهر ذلك و صريح المصنف وجود قول بالصحة، و فى مفتاح الكرامة عدم القائل بالصحة هنا، و المحقق إنما تردد، يعنى لم يقل بالصحة.

(٢) يعنى: الخطر المالى، إذ لا خطر فى المال فى المقام باعتبار أن الأجره معينه بالإضافة الى كل تقدير. لكن هذا المعنى من الغرر أيضاً لا دليل على مانعيته، فكان الاولى التعليل بذلك. هكذا و لكن التفصيل فى مانعيه الجهالة بين ما توجب الخطر المالى و ما لا

توجهه لا مأخذ له، فإن بناء الأصحاب على مانعية الجهالة مطلقاً في المعاوضات من البيع و نحوه، و لذلك بنى المصنف على بطلان الإجارة في المثال الآتي، مع أنه لا خطر مالى فيه. و على هذا فإن كان دليل مانعية الجهالة شاملاً لما نحن فيه كان اللازم القول بالبطلان- كما هو المشهور-، و إن لم يكن الدليل شاملاً لما نحن فيه، فاللازم القول بالصحة و ان كان الجهل موجباً للخطر. و هذا هو المتعين.

ثم إن الظاهر أن مقتضى المعاملة على النحو المذكور كون المالك للأصول يملك على العامل الجامع بين الأمرين في مقابل الحصه الجامعه بين الحصتين، و تكون الزيادة في الحصه عوضاً عن الخصوصية الكذائية في العمل لا أن المملوك كل واحد من العاملين على التردد، إذ المردد لا يقبل الملكية،

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٩٠

بصحة مثله في الإجارة (١)، كما إذا قال: إن خطت روميا فبدرهمين و إن خطت فارسيا فبدرهم.

[مسألة ١٨]: يجوز أن يشترط أحدهما على الآخر شيئاً من ذهب أو فضة أو غيرهما]

(مسألة ١٨): يجوز أن يشترط أحدهما على الآخر شيئاً من ذهب أو فضة أو غيرهما مضافاً إلى الحصه من الفائدة (٢) و المشهور كراهه اشتراط المالك على العامل شيئاً من ذهب أو فضة (٣). و مستندهم في الكراهه غير واضح (٤). كما أنه لم يتضح اختصاص الكراهه بهذه الصورة أو جريانها بالعكس أيضاً (٥)، و كذا اختصاصها بالذهب و الفضة أو جريانها في مطلق الضميمة. و الأمر سهل.

[مسألة ١٩]: في صورة اشتراط شيء من الذهب و الفضة أو غيرهما على أحدهما إذا تلف بعض الثمرة هل ينقص منهما شيء أو لا؟]

(مسألة ١٩): في صورة اشتراط شيء من الذهب

و ليس له مطابق في الخارج، إذ كل ما في الخارج متعين.

(١) فإن المساقاة لا تزيد على الإجارة في مانعية الغرر.

(٢) بلا خلاف في ذلك و لا إشكال ظاهر. لعموم أدلة صحة الشرط، فيجب العمل به، كما صرحوا بذلك. و في المسالك: إن العامة أطبقوا على منعه و أبطلوا به المساقاة. انتهى. و هو خلاف إطلاق أدلة الصحة الخاصة و العامة منها.

(٣) كما هو المصرح به في الشرائع و القواعد و غيرهما، و في المسالك:

«و أما كراهيته فهو المشهور بين الأصحاب، و لا نعلم بينهم خلافاً في ذلك».

(٤) كما اعترف به غير واحد، و في مفتاح الكرامة: «لا دليل لهم على الكراهه إلا الإجماع».

(٥) مقتضى اقتصارهم على اشتراط المالك على العامل و على الذهب و الفضة هو الاختصاص بذلك، إذ لا دليل على الكراهه في غيرهما.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٩١

و الفضة أو غيرهما على أحدهما إذا تلف بعض الثمرة هل ينقص منهما شيء أو لا؟ وجهان (١)، أقواهما العدم (٢)، فليس قرارهما مشروط بالسلامة. نعم لو تلفت الثمرة بجميعها أو لم تخرج أصلاً ففي سقوط الضميمة (٣) و عدمه أقوال، ثالثها

(١) مبنيان- كما في جامع المقاصد و المسالك- على أن المساقاة على الثمرة مبنية على التبعض، لان مقابلة العمل بالثمرة ينحل الى مقابلات متعددة بتعدد الأجزاء، فإذا تلف بعض الثمر فقد بطلت المساقاة بالنسبة إليه، فيبطل بعض الشرط، لأنه بمنزلة أحد العوضين.

(٢) كما في جامع المقاصد و المسالك و غيرهما (أولاً): بأن بالتلف لا يوجب بطلان المعاوضة، لأنه من كيس العامل أيضاً، و لا يختص بالمالك (و ثانياً): بأن المقابل به العمل جنس الثمرة لا أجزاؤها. (و ثالثاً):
بأنه لا دليل على تبعية الشرط لأحد العوضين في التقييد، إذ الشرط ليس من أحد العوضين، و إنما هو خارج عن المعاوضة، فإذا بطلت في بعضها لم يكن وجه لسقوط الشرط أو تبعه، لأنه خلاف عموم صحة الشروط.

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

مستمسك العروة الوثقى؛ ج ١٣، ص: ١٩١

هذا مضافاً إلى ما يأتي من المصنف (ره) هنا من منع كون الثمرة عوضاً و إنما العوض شيء آخر، و ان كان ذلك مشكلاً، كما سيأتي. هذا و في القواعد: «و في تلف البعض أو قصور الخروج اشكال». و لكنه ضعيف
(٣) قال في الشرائع: «و يكره أن يشترط رب المال على العامل شيئاً من ذهب أو فضة، لكن يجب الوفاء بالشرط، و لو تلفت الثمرة لم يلزم» و نحوه كلام غيره. و علله في المسالك: بأنه لولاه لكان أكلاً للمال بالباطل، فان العامل قد عمل و لم يحصل له عوض، فلا أقل من خروجه رأساً برأس. انتهى. و نحوه ما في غيرها. و قد عرفت في الفرض الأول أن مبنى المساقاة على المعاوضة فإذا تلفت الثمرة بطلت المساقاة من

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٩٢

الفرق بين ما إذا كانت للمالك على العامل فتسقط (١)، و بين العكس فلا تسقط (٢)، رابعها الفرق بين صورة عدم الخروج أصلاً فتسقط و صورة التلف فلا (٣). و الأقوى عدم السقوط مطلق (٤)، لكونه شرطاً في عقد لازم، فيجب الوفاء به.
(و دعوى): أن عدم الخروج أو التلف كاشف عن عدم صحة المعاملة من الأول (٥). لعدم ما يكون مقابلاً للعمل.
أما في صورة كون الضميمة للمالك فواضح، و أما مع كونها للعامل فلأن الفائدة ركن في المساقاة، فمع عدمها لا يكون

رأس فيبطل الشرط فيها. هذا و لم أقف على قائل بعدم السقوط، و في مفتاح الكرامة: دعوى ظهور الإجماع على السقوط.
(١) لما سبق.

(٢) قال في المسالك: «نعم لو كان الشرط للعامل على رب الأرض اتجه عدم سقوطه، لأن الغرض من قبل العامل قد حصل، و الشرط قد وجب بالعقد، فلا وجه لسقوطه. و ربما قيل بمساواته للأول. و هو ضعيف» و يشكل: بأن التلف إذا كان يبطل المساقاة فقد بطل الشرط فيها، سواء كان للعامل أم للمالك، فلا مجال للتفصيل.

(٣) لما عرفت من الإشكال في بطلان المساقاة بتلف الثمرة، لأنها بوجودها قد حصل العوض، فإذا تلفت فقد تلفت من كيسه و كيس المالك معاً، فلا موجب للبطلان لوجود العوضين، بخلاف صورة عدم الخروج، إذ معه تكون المعاوضة من أصلها بلا عوض، فتبطل، كما يأتي في كلام المصنف.

(٤) قد عرفت أنه لم يعرف قائل به.

(٥) هذه الدعوى ادعاها في جامع المقاصد و غيره.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٩٣

شئ في مقابل العمل، و الضميمة المشروطة لا تكفي في العوضية (١) فتكون المعاملة باطلة من الأول، و معه لا يبقى وجوب الوفاء بالشرط (مدفوعة) - مضافاً إلى عدم تماميته بالنسبة إلى صورة التلف، لحصول العوض بظهور الثمرة (٢) و ملكيتها و إن تلف بعد

ذلك:- بأننا نمنع كون المساقاة معاوضة بين حصّة من الفائدة والعمل، بل حقيقتها تسليط من المالك للعامل على الأصول (٣)

- (١) لخروجها عن قوام المعاوضة ولذلك لا تبطل المعاوضة بترك الشرط.
- (٢) احتمال في الجواهر أن يكون موضوع المعاوضة الظهور مع الإدراك، لعدم النفع بالثمره بدون ادراك. لكن عدم النفع لا يلزم كون الإدراك مقوماً للمعاوضة، فإنه خلاف المرتكزات العرفية.
- (٣) هذا خلاف ظاهر ما في صحيح شعيب: «إسق هذا من الماء وأمره ولك نصف ما أخرج..» (١). فإنه كالصريح في أن المقابلة كانت بين السقي والاعمار وبين الحصّة، وكذلك ظاهر روايات خبير.
- وعلى ذلك جرى الفقهاء (رض)- ومنهم المصنف (ره)- في تعريف المساقاة: بأنها معاملة على أصول ثابتة بحصّة من ثمرها، وهو الموافق للمرتكزات العرفية. وأما التسليط فهو لازم المفهوم المذكور، لأن العمل لا يمكن وقوعه بدون تسليط المالك وتمكينه العامل، فطلب العمل من العامل يدل بالالتزام على بذلك الأصل للعمل والتمكين منها، لا أنه عين مفهوم المساقاة التي هي كالمزارعة مفهوماً وان اختلفا موضوعاً، وقد عرفت سابقاً أنها تفترق عن إجارة الأعيان في أن إجارة الأعيان لا يملك المؤجر على المستأجر استيفاء المنفعة، وفيها يملك المالك على العامل العمل، وتفترق

(١) الوسائل باب: ٩ من أبواب كتاب المزارعة والمساقاة حديث: ٢.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٩٤

للاستئمان له (١) وللمالك، ويكفيه احتمال الثمر وكونها في معرض ذلك. ولذا لا يستحق العامل أجره عمله إذا لم يخرج أو خرج وتلف بأفه سماوية أو أرضية في غير صورة ضم الضميمة، بدعوى الكشف عن بطلانها من الأول (٢)، واحترام عمل المسلم. فهي نظير المضاربة، حيث أنها أيضاً تسليط على الدرهم أو الدينار للاسترباح له وللعامل، وكونها جائزة دون المساقاة لا يكفي في الفرق. كما أن ما ذكره في الجواهر (٣) من الفرق بينهما: بأن في المساقاة يقصد المعاوضة

عن إجارة الأجير: بأن إجارة الأجير لا يملك الأجير على المستأجر بذل العين للعمل، وفيها يملك العامل على المالك بذل العين، فكأنها إجارة للعين وإجارة للأجير معاً. كما تفترق عنهما: بأن الأجرة في الإجارة ثابتة على كل حال، والأجرة هنا- وهي الحصّة- غير ثابتة على كل حال، لجواز عدم خروج الثمرة فالأجرة رجائية لا جزمية كالمثمن في بيع الثمرة بدون ضميمه، فإن المعاوضة فيه رجائية لا جزمية.

ثم إن المصنف (ره) لم يصرح بأن المساقاة معاوضة، بل ظاهر عبارته أنها إيقاع وتسليط. ولكنه غير مراد، وإلا كان الاشكال عليه ظاهراً، لأن الشرط في الإيقاع لا يصح.

(١) فيكون النماء غاية للمعاوضة وتخلف الغاية لا يقدر في بقاء المعاوضة.

(٢) متعلق بقوله: «يستحق» يعني أن استحقاق العامل أجره عمله بدعوى الكشف عن البطلان الموجب للاستحقاق بقاعدة الاحترام منفي وغير ثابت.

(٣) قال في الجواهر: «ضرورة قصد المعاوضة في المساقاة بخلافه»

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٩٥

بخلاف المضاربة التي يراد منها الحصّة من الربح الذي قد يحصل وقد لا يحصل، وأما المساقاة فيعتبر فيها الظمانية بحصول الثمرة، ولا يكفي احتمال مجرد دعوى لا بينة لها (١).

(و دعوى): أن من المعلوم أنه لو علم من أول الأمر عدم خروج الثمر لا يصح المساقاة، و لازمه البطلان إذا لم يعلم ذلك ثم انكشف بعد ذلك. (مدفوعة): بأن الوجه في عدم الصحة كون المعاملة سفهية مع العلم بعدم الخروج من الأول (٢)

في المضاربة، التي يراد منها الحصه من الربح، الذي قد يحصل و قد لا يحصل، بخلاف المقام المعتبر فيه الطمأنينة بحصول الثمرة، و قد لا يكفي الاحتمال عندهم.

(١) بل عدم تعرضهم في شرائط المساقاة لاعتبار الطمأنينة بحصول الثمرة في صحتها دليل على خلاف ذلك. نعم لما كانت المساقاة تقتضى أعمالاً كثيرة شاقه في مدة طويلة لم يقدم عليها العقلاء - غالباً - الامع الاطمئنان بخلاف المضاربة، فإن اعمالها خفيفة في مدة قليلة غالباً يكثر منهم الاقدام عليها مع ضعف الاحتمال. لكن ذلك ليس للفرق الشرعي بينهما.

بل يصح شرعاً الاقدام على كل منهما مع الاحتمال في الجملة. كما أنهما يشتركان أيضاً في كون العمل في كل منهما في مقابل النماء، فهما أيضاً من باب واحد من هذه الجهة.

(٢) أما عدم صحة المساقاة حينئذ فلا ريب فيه، لقصور أدلتها عن شمول ذلك و اختصاص الأدلة بغيره. و مثله كلامهم في شرح مفهومها، فإنه يختص بغير ذلك. و أما عدم الصحة بعنوان كونها عقداً من العقود فغير ظاهر، لشمول الأدلة العامة إذا كان قد نوى المعاوضة بين العمل و بين التمكين من الأصول إذا كان له غرض في التمكين. و لا وجه للفساد

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٩٦

بخلاف المفروض. فالأقوى ما ذكرنا من الصحة (١)، و لزوم الوفاء بالشرط - و هو تسليم الضميمة - و إن لم يخرج شيء أو تلف بالآفة. نعم لو تبين عدم قابلية الأصول للثمر - إما ليسها أو لطول عمرها أو نحو ذلك - كشف عن بطلان المعاملة من الأول (٢)، و معه يمكن استحقاق العامل للأجرة إذا كان جاهلاً بالحال (٣).

[مسألة ٢٠: لو جعل المالك للعامل مع الحصه من الفائدة ملك حصه من الأصول]

(مسألة ٢٠): لو جعل المالك للعامل مع الحصه من الفائدة ملك حصه من الأصول مشاعاً أو مفروزاً، ففي صحته مطلقاً، أو عدمها كذلك (٤)، أو التفصيل بين أن يكون ذلك

من جهة كونها سفهية، إذ الثابت بطلان معاملة السفهيه و إن كانت عقلائية لا بطلان معاملة الرشيد و إن كانت غير عقلائية. و أما إذا لم ينو المعاوضة بين العمل و التمكين و انما نوى التعهد بالعمل فهو حينئذ إيقاع، لا عقد مساقاة و لا غيره.

(١) الذي يظهر مما ذكرنا هو التفصيل الأخير.

(٢) لفقد شرط المعاملة، و هو قابلية الشجر للثمار التي أخذت في قوام العقد.

(٣) لاستيفاء المالك عمل العامل الموجب لضمانه. إلا أن يقال: بأن المالك كان طالباً للعمل في الشجر القابل للثمار، و ما وقع من العمل غير ما هو طالبه، فلم يكن منه استيفاء لعمل العامل كى يكون ضامناً له.

(٤) قال في الشرائع: «و لو شرط مع الحصه من النماء حصه من الأصل الثابت لم يصح، لان مقتضى المساقاة جعل الحصه من الفائدة.

و فيه تردد»، و عن القواعد: فيه اشكال، و المحكى عن الأكثر في الجواهر:

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٩٧

بنحو الشرط فيصح أو على وجه الجزئية (١) فلا، أقوال و الأقوى الأول، للعمومات (٢). و دعوى: أن ذلك على خلاف وضع المساقاة،

كما ترى (٣)، كدعوى: أن مقتضاها أن يكون العمل في ملك المالك، إذ هو أول الدعوى. و القول

العدم، و عن الرياض: أنه لم يقف على مخالف، و في مفتاح الكرامة:

«لم نجد قائلًا بالصحة و لو بنحو الأقرب».

(١) هذا التفصيل جعله في الجواهر هو التحقيق، و كذا فيما لو جعل للعامل مع الحصه شيئاً من الذهب أو الفضة.

(٢) لكن العمومات لا تثبت عنوان المساقاة.

(٣) فيه نظر ظاهر، فان مورد نصوص المساقاة يختص بغير هذه الصورة، فالدعوى المذكورة في محلها. و مثلها الدعوى الأخرى ضرورة أن مورد تلك النصوص أيضاً هو صورة كون الأصول للمالك لا للعامل، و كذلك كلام الفقهاء قدس سرهم. و من ذلك يظهر الإشكال في قوله:

«إذ هو أول الدعوى». مضافاً إلى أنه بناء على ما ذكره من أنه ليس على خلاف وضع المساقاة كان اللازم الاستدلال على الصحة بالأدلة الخاصة لا بالعمومات.

ثم إن هذه الدعوى ذكرها في المسالك و غيرها تقريباً للمنع، و كان الأولى في منعها أن يقال: إن الدعوى المذكورة صحيحة، لكن يراد منها كون العمل في ملك المالك قبل العقد و إن صار بعضه ملكاً للعامل بعد العقد، و لذا لا تبطل المساقاة بخروج الأصول عن ملك المالك بيع و نحوه بل لا تبطل لو باعها على العامل دون غيره من الناس، فالمراد من وجوب أن تكون الأصول في ملك المالك وجوب ذلك بالإضافة إلى ما قبل العقد لا بعده.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٩٨

بأنه لا يعقل أن يشترط عليه العمل في ملك نفسه (١). فيه:

أنه لا مانع منه إذا كان للشارط فيه غرض أو فائدة، كما في المقام حيث أن تلك الأصول و إن لم يكن للمالك الشارط، إلا أن عمل العامل فيها ينفعه في حصول حصه من نمائها. (و دعوى) أنه إذا كانت تلك الأصول للعامل بمقتضى الشرط فاللازم تبعية نمائها لها (٢) (مدفوعة): بمنعها بعد أن كان المشروط له الأصل فقط في عرض تملك حصه من نماء الجميع. نعم لو اشترط كونها له على وجه يكون نماؤها له بتمامه كان كذلك (٣) لكن عليه تكون تلك الأصول بمنزلة المستثنى من العمل، فيكون العمل فيما عداها (٤) مما هو للمالك بإزاء الحصه من نمائه مع نفس تلك الأصول.

(١) هذا أيضاً ذكره في المسالك و غيرها توجيهاً للقول بالمنع الذي جعله الأوجه.

(٢) يعنى: و حينئذ لا وجه لأن يكون للمالك فيها حصه، كما ذكر في رد القول و الاشكال عليه.

(٣) يعنى: فيصح القول بأنه لا يعقل أن يشترط عليه العمل في ملكه.

(٤) يعنى: فيصح اشتراط العمل فيه. ثم إن مقتضى الدعوى الأولى و الثانية: المنع من صحة كون العقد مساقاة، و مقتضى القول الذي ذكر ثالثاً:

المنع من صحته عقداً مطلقاً لأن عدم المعقولية إذا تم لم يختص بالمساقاة بل يعمها و كل عقد.

و التحقيق أن يقال: أنه إذا كان الخلاف في الصحة و عدمها بعنوان المساقاة فالوجه ما ذكره في الجواهر: من أنه إذا كان المشروط من الأصل

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ١٩٩

[(مسألة ٢١): إذا تبين في أثناء المدّة عدم خروج الثمر أصلاً هل يجب على العامل إتمام السقي؟]

(مسألة ٢١): إذا تبين في أثناء المدّة عدم خروج الثمر أصلاً هل يجب على العامل إتمام السقي؟ قولان أقواهما عدم (١).

[مسألة ٢٢): يجوز أن يستأجر المالك أجيراً للعمل مع تعيينه نوعاً ومقداراً]

(مسألة ٢٢): يجوز أن يستأجر المالك أجيراً للعمل (٢) مع تعيينه نوعاً ومقداراً بحصّة من الثمرة أو بتمامها بعد الظهور

لوحظ قوأمًا للمعارضة فالوجه البطلان لقصور أدلّة المساقاة عن شموله، وإن لوحظ شرطاً خارجاً عنها فالوجه الصحة، عمل بعموم أدلّة صحة الشروط، و أدلّة المساقاة لا تنافياها. لإهمالها من هذه الجهة. وإذا كان الخلاف في الصحة و عدمها في العقد مطلقاً لا بعنوان المساقاة فالوجه الصحة مطلقاً، عملاً- بالعمومات من غير مخصص. و دعوى المانع العقلي المذكور في كلام المصنف (ره) بقوله: «القول بأنه ..». قد أجاب عنها المصنف بما ذكر.

(١) قال في جامع المقاصد: «فرع آخر: إذا لم تخرج الثمرة أو تلفت كلها لم يجب على العامل إكمال العمل إلى آخر المدّة»، و في الجواهر عن ظاهر المسالك: الوجوب، مشبهاً له بعامل القراض الذي لم يربح مع وجوب الإنضاض عليه. هذا و اللازم ابتناء الوجوب و عدمه على انفساخ المساقاة و عدمها، فاذا قلنا بالانفساخ- كما هو المشهور- فاللازم البناء على عدم وجوب إتمام العمل، للأصل. و إن قلنا بعدم الانفساخ- كما يراه المصنف- فاللازم البناء على وجوب العمل عملاً بالعقد. اللهم إلا أن يدعى أن العمل اللازم في المساقاة ما يكون موجباً للنماء لا مطلقاً، كما هو غير بعيد عند العرف.

(٢) كما هو المصرح به في كلام الجماعة، قال في الشرائع: «إذا استأجر أجيراً للعمل بحصّة منها، فإن كان بعد بدو صلاحها جازاً»،

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٠٠

و بدو الصلاح، بل و كذا قبل البدو (١)، بل قيل الظهور أيضاً إذا كان مع الضميّة الموجودة أو عامين (٢). و أما قبل الظهور عاماً واحداً بلا ضميّة فالظاهر عدم جوازه (٣).

لا لعدم معقولية تملك ما ليس بموجود (٤). لأننا نمنع عدم

و في الجواهر: «بلا خلاف و لا إشكال لعموم الأدلّة و إطلاقها السالمين عن معارضة ما يقتضى المنع».

(١) يعني: قبل بدو الصلاح و بعد الظهور. عملاً بعموم الأدلّة، و في الشرائع: «إن كان بشرط القطع صح». لكن الظاهر- كما قيل- أنه مبنى على اعتبار الشرط المذكور في صحة البيع حينئذ، فيتعدى منه إلى الإجارة. و التحقيق عدمه في البيع، إذ لا دليل عليه. و دليل نفى الغرر في البيع لا- يقتضى ذلك، إذ لا- غرر عرفاً في بقائه إلى زمان الإدراك، بل تعيين المدّة موجب للغرر، لاحتمال عدم الإدراك حينئذ. مع أنه لا وجه لحمل الإجارة على البيع في ذلك، و العمومات تقتضى الصحة مطلقاً كما عرفت.

(٢) الوجه في الجواز العمومات أيضاً. مضافاً إلى الإلحاق بالبيع الذي هو أولى من الإجارة في مانعية الغرر، فاذا جاز البيع في الفرض فأولى أن تجوز الإجارة فيه.

(٣) قولاً واحداً. لأن عوض الإجارة يشترط فيه الوجود و المعاومية كعوض البيع، و هما منتفیان هنا، بخلاف عوض المساقاة، فإنها جوزت كذلك و خرجت عن الأصل بالنص و الإجماع. كذا في المسالك، و نحوه في التذكرة.

(٤) كأنه يشير إلى ما ذكره في الجواهر، حيث قال: «لم يجز قولاً واحداً، لكونها معدومة». لكن الظاهر أن مراده اشتراط كون

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٠١

المعقولية بعد اعتبار العقلاء و جوده لوجوده المستقبلي، و لذا يصح مع الضميّة أو عامين، حيث أنهم اتفقوا عليه في بيع الثمار، و صرح به جماعة هاهنا. بل لظهور اتفاقهم على عدم الجواز (١)، كما هو كذلك في بيع الثمار. و وجه المنع هناك خصوص الاخبار

الدالة عليه، و ظاهرها أن وجه المنع الغرر لا عدم معقولية تعلق الملكية بالمعدوم، و لو لا ظهور الإجماع فى المقام لقلنا بالجواز مع الاطمئنان بالخروج بعد ذلك، كما يجوز بيع ما فى الذمة مع عدم كون العين موجودا فعلا عند ذبيها، بل و ان لم يكن فى الخارج أصلا. و الحاصل: أن الوجود الاعتبارى يكفى فى صحة تعلق الملكية (٢)، فكأن العين موجودة فى عهدة الشجر كما أنها موجودة فى عهدة الشخص.

عوض الإجارة موجوداً، لما دل على إلحاقها بالبيع، لا لعدم المعقولية.

(١) قيل: أول من ذكر الفرع الشيخ (ره) فى المبسوط، و حكم فيه بعدم الجواز، و تبعه عليه من تأخر عنه، و قد عرفت دعوى الاتفاق عليه من المسالك و الجواهر، و عن الكفاية: نسبتبه إلى الأصحاب، و إن كان التعليل فى كلماتهم بما ذكر فى التذكرة و المسالك يقتضى أن الوجه فيه الإلحاق بالبيع.

(٢) الملكية عند العقلاء لا- تتعلق إلا- بالوجود الذمى أو الخارجى، أما ما لا وجود له فى الذمة و لا فى الخارج فلا يكون مملوكاً لمالك، و لا- تترتب عليه احكام المملوك. و يكفى فى الوجود الخارجى الوجود الاستقبالى و ان لم يكن خالياً. فجعل الثمرة قبل ظهورها أجرة يصح عرفاً إذا كان له وجود فى المستقبل و لا يصح عرفاً إذا لم يكن له وجود فى المستقبل،

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٠٢

[مسألة (٢٣): كل موضع بطل فيه عقد المساقاة يكون الثمر للمالك]

(مسألة ٢٣): كل موضع بطل فيه عقد المساقاة يكون الثمر للمالك، و للعامل أجرة المثل لعمله (١). إلا إذا كان عالماً بالبطان (٢) و مع ذلك أقدم على العمل، أو كان الفساد لأجل اشتراط كون جميع الفائدة للمالك، حيث أنه بمنزلة المتبرع فى هاتين الصورتين، فلا يستحق أجرة المثل على الأقوى و إن كان عمله بعنوان المساقاة.

فالوجود الاعتبارى غير كاف فى تعلق الملكية ما لم يكن له مطابق فى الخارج.

(١) قال فى الشرائع: «كل موضع تفسد فيه المساقاة فللعامل أجرة المثل، و الثمرة لصاحب الأصل»، و فى القواعد: «و لو فسد العقد كانت الثمرة للمالك، و عليه أجرة العامل»، نحوهما ما فى غيرهما، بل هو المشهور شهرة عظيمة بينهم، ذكروا ذلك هنا و فى المزارعة و الإجارة و غيرهما من عقود المعاوضات، و ظاهر محكى التذكرة: الإجماع عليه.

و وجهه- كما فى المسالك و غيرها:- أن النماء يتبع الأصل، فالثمره تكون ملكاً لمالك الأصل بعد أن لم يكن موجب للخروج عنه. و أن العامل لم يتبرع بعمله و لم يحصل له العوض المشروط، فيرجع الى الأجرة. و هذا المقدار لا- يقتضى الرجوع على المالك بالأجرة، إلا بضميمة ما عرفت سابقاً من الضمان بالاستيفاء، فيكون مضموناً بالاستيفاء على المستوفى، و هو المالك.

(٢) قال فى المسالك: «و يجب تقييده (يعنى تقييد الحكم باستحقاق العامل أجرة المثل) بما إذا كان جاهلاً بالفساد و لم يكن الفساد باشتراط جميع الثمرة للمالك. إذ لو كان عالماً به كان متبرعاً بالعمل، لأنه بذل عمله فى مقابلة ما يعلم أنه لا يحصل. و أما مع شرط جميع الثمرة للمالك فلدخوله على ان لا شىء له و ان كان جاهلاً». و قد سبقه فى القيد الثانى الشهيد فيما حكى من حواشيه على

إجارة القواعد، كما تبعه فى القيد الأول

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٠٣

جماعة، و المصنف (ره) تبعه في القيدين معاً، وقد تكرر منه في المزارعة و المضاربة و غيرهما ذكر القيد الأول، كما تقدم منا الاشكال عليه، و أن العلم بالفساد لا يقتضى التبرع بالعمل، كما يظهر من ملاحظة بيع الغاصب.

كما تقدم التعرض للقيدين الثاني في المسألة الرابعة عشرة، و أن مرجع الاقدام على العمل بلا أجره الإقدام على التبرع، و تقدم من الجواهر التنظر فيه، و كذلك في المقام فقد قال: «إن الرضا بالعقد الفاسد و بالعقد المتضمن لعدم الأجره ليس رضا بالعمل بلا أجره، فإن الحيثية ملاحظة بمعنى كون المتشخص منه في الخارج الرضا بالعقد الذي لا يترتب عليه ذلك، و العمل الصادر منه إنما هو من حيث أنه مقتضى العقد الفاسد، لا أنه رضا منه بالعمل في حد ذاته و في نفسه بلا عوض، فمع فساد العقد الذي قد وقع العمل على مقتضاه معاملة معاملة الصحيح يبقى احترام العمل بنفسه»، و حاصله: أن الرضا بالعمل مجاناً و بلا أجره كان مبنياً على العقد فاذا فرض بطلان العقد فقد انتفى الرضا المنوط به.

و يشكل: بأن الأجره إذا كانت من أركان العقد امتنع القصد إلى العقد مع القصد إلى عدم الأجره، فإذا فرض القصد الى عدم الأجره فقد فرض عدم القصد إلى المساقاة، لا صحيحة و لا فاسدة، و انما قصد إلى أمر آخر و هو الوعد بالعمل مجاناً، و هو عين التبرع بالعمل. و كذا الكلام في قوله: بعتك بلا ثمن، و آجرتك بلا أجره، فإن ذلك ليس بيعة و إجارة فاسدين كي يدخلان في قاعدة: (ما يضمن بصحيحة يضمن بفاسده) و إنما هما خارجان عن المعاوضة.

فإن قلت: المنشأ في عقد المساقاة أشغال ذمه العامل بالعمل للمالك و أشغال ذمه المالك بتمكين العامل من العين مضافاً إلى ملك الحصة، فإذا فرض القصد إلى عدم الأجره فقط فقد بقى القصد إلى إشغال ذمه المالك مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٠٤

[مسألة ٢٤]: يجوز اشتراط مساقاة في عقد مساقاة

(مسألة ٢٤): يجوز اشتراط مساقاة في عقد مساقاة كأن يقول: ساقيتك على هذا البستان بالنصف على أن أساقيك على هذا الآخر بالثلث. و القول بعدم الصحة (١)، لأنه كالبيعين في بيع المنهى عنه (٢)، ضعيف، لمنع كونه من هذا

بتمكين العامل من العين، و هذا المعنى أجنبي عن الوعد، فان الوعد بالعمل لا يستوجب أشغال ذمه المالك ببذل العين. قلت: اشتغال ذمه المالك بالتمكين ليس داخل في حقيقة المساقاة إلا بالتبعية، لاستحقاق الحصة التي هي العوض للعمل، فاذا فرض القصد الى عدم الأجره فلا قصد إلى إشغال ذمه المالك بالتمكين، فلم يكن إلا التزام العامل بالعمل مجاناً و هو عين الوعد بالعمل تبرعاً.

مضافاً الى أنه لو فرض إنشاء التزام المالك بتمكين العامل من العين و التزام العامل بالعمل في مقابل ذلك كان ذلك عقداً آخر غير المساقاة، و لا بأس بالتزام بصحته، و يكون ذلك معاملة بين المالك و العامل، هذا يلتزم بالتمكين، و هذا يلتزم بالعمل في مقابل التمكين، و تكون معاوضة بين عمليين، و هي أيضاً لا تقتضى رجوع العامل بالأجره. (١) حكى هذا القول عن الشيخ في المبسوط، و لم يعرف لغيره.

(٢)

روى الصدوق (ره) عن شعيب بن واقد عن الحسين بن زيد عن الصادق (ع) عن آبائه (ع) في مناهي النبي (ص): «قال: و نهى عن بيعين في بيع» (١).

و

في رواية الشيخ (ره): «نهى رسول الله صلى الله عليه و آله عن سلف و بيع، و عن بيعين في بيع» (٢).

(١) من لا يحضره الفقيه الجزء: ٤ الصفحة: ٤ طبعة النجف الأشرف، الوسائل باب: ١٢ من أبواب عقد البيع حديث: ١٢.

(٢) التهذيب الجزء: ٧ الصفحة: ٢٣٠ طبعة النجف الأشرف، الوافي الجزء: ٤ الصفحة: ٩٥

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٠٥

القبيل، فإن المنهى عنه (١) البيع حالا بكذا و مؤجلا بكذا، أو البيع على تقدير كذا بكذا و على تقدير آخر بكذا، و المقام نظير أن يقول: بعتك داري بكذا على أن أبيعك بستاني بكذا و لا مانع منه، لأنه شرط مشروع في ضمن العقد.

[مسألة ٢٥: يجوز تعدد العامل]

(مسألة ٢٥): يجوز تعدد العامل (٢)، كأن يساقى مع اثنين بالنصف له و النصف لهما، مع تعيين عمل كل منهما بينهما أو فيما بينهما (٣)، و تعيين حصة كل منهما (٤). و كذا يجوز تعدد المالك (٥) و اتحاد العامل. كما إذا كان البستان مشتركاً بين اثنين فقالا لواحد: ساقيناك على هذا البستان بكذا و حينئذ فإن كان الحصة المعينة للعامل منهما سواء - كالنصف

(١) و يحتمل البيع إلى أجرين بثمانين. و يحتمل أيضاً غير ذلك. مع أنه لو سلم أن المراد منه البيع بشرط البيع فالتعدي منه إلى ما نحن فيه يحتاج إلى دليل، فكم من فرق بين البيع و المساقاة في الأحكام.

(٢) كما في القواعد و غيرها. و كأنه لا خلاف فيه و لا اشكال. و يقتضيه إطلاق نصوص خبير.

(٣) إذ لا غرر على المالك لو كان جاهلاً بمقدار حصة كل منهما بعد أن كانت الحصة المعينة - كالنصف - بينهما تساويًا فيها أو اختلافًا، إذ اختلافهما لا يوجب اختلافًا في حصته.

(٤) يعني: فيما بينهما و إن لم يعلم بذلك المالك، لما عرفت من أن اختلافهما لا يوجب اختلافًا في حصته.

(٥) كما في الشرائع و القواعد و غيرها بلا خلاف ظاهر، و الأدلة الخاصة قاصرة عن شمول ذلك إلا بملاحظة إلغاء الخصوصية عرفاً.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٠٦

أو الثلث مثلاً - صح و إن لم يعلم العامل كيفية شركتهما (١) و أنها بالنصف أو غيره، و إن لم يكن سواء - كأن يكون في حصة أحدهما بالنصف و في حصة الآخر بالثلث مثلاً - فلا بد من علمه بمقدار حصة كل منهما، لرفع الغرر و الجهالة في مقدار حصته من الثمر (٢).

[مسألة ٢٦: إذا ترك العامل العمل بعد إجراء العقد ابتداءً أو في الأثناء]

(مسألة ٢٦): إذا ترك العامل العمل بعد إجراء العقد ابتداءً أو في الأثناء فالظاهر أن المالك مخير بين الفسخ أو الرجوع إلى الحاكم الشرعي (٣).

(١) لما عرفته في صورة اتحاد المالك و تعدد العامل من أن جهل العامل بذلك لا يوجب الجهل بمقدار حصته.

(٢) قال في الشرائع: «لو كانت الأصول لاثنين فقالا لواحد:

ساقيناك على أن لك من حصة فلا النصف و من حصة الآخر الثلث، صح بشرط أن يكون عالماً بقدر نصيب كل واحد منهما، و لو كان جاهلاً بطلت المساقاة لتجهل الحصة»، و نحوه كلام غيره، فان تمّ إجماع على البطلان مع الجهل فهو. و إلا أشكل القول به، إذ لا دليل لفظي على قدح الغرر في المقام.

(٣) قال في التحرير: «إذا هرب العامل فللمالك الفسخ والبقاء، فيقتضى الحاكم من ماله إن لم يتبرع بالعمل أحد، فإن لم يجد فمن بيت المال قرضاً، فإن لم يجد اقترض من أحد، فإن لم يجد استأجر من يعمل بأجرة مؤجرة إلى الإدراك، فإن تعذر استأذن الحاكم و أنفق، فإن الاستيذان أشهد في الإنفاق والرجوع ..».

و تبعه في هذا التخيير بين الفسخ والرجوع الى الحاكم المحقق

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٠٧

.....

الأردبيلي (قده) لوجوه أشار إلى بعضها في الجواهر، فقال: «قد يقال: إنه (يعنى البناء على تعيين الرجوع الى الحاكم من دون خيار) مناف لما يستفاد منهم في غير المقام - كالخيار بعدم الوفاء بالشرط، و كالخيار بتأخير الثمن، و بالامتناع من العمل و تسليم العين المستأجرة و نحو ذلك - من ثبوت الخيار بمجرد حصول شيء من ذلك من غير مراجعته إلى الحاكم، بل ظاهرهم أنه متى حصل من أحد المتعاقدين بعقد لازم ما ينافي استحقاق الآخر عليه شرع له الشارع الفسخ. و كان العقد في حقه جائزاً، دفعاً لضرورة بذلك ..» و ظاهره الميل إليه.

لكن يشكل الوجه الأول: بأن الخيار عند تخلف الشرط مدلول التزامي لجعل الشرط و هو غير المقام. كما يشكل الثاني: بأن النص الوارد في خيار التأخير هو الفارق بين المقامين، و لا سيما بملاحظة دلالة على عدم الخيار بمجرد التأخير و الامتناع من تسليم الثمن، فان قياس المقام عليه يقتضى عدم الخيار بمجرد امتناع العامل من العمل.

و لأجل ذلك يشكل مقايضة المقام بامتناع المؤجر عن تسليم العين المستأجرة و امتناع الأجير عن العمل، فان ثبوت الخيار في الموردين المذكورين خلاف مقتضى النص المذكور المعتضد بفتوى الأصحاب، فإنهم لم يذكروا من الخيارات الخيار بامتناع البائع من تسليم المبيع أو المشتري من تسليم الثمن، و إنما ذكروا أن مقتضى ذلك جواز امتناع الطرف الثاني من تسليم ما بيده، لا أن له الخيار في الفسخ.

اللهم إلا أن يفرق بين الإجارة و البيع: بأن الإجارة لما كانت معاملة على المنفعة و المنفعة تستهلك بغير الاستيفاء فكان مبنى المعاملة عليها على تسليم المنفعة لتستوفى بخلاف البيع الذي هو المعاملة على العين التي تبقى لنفسها و إن لم تستوف.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٠٨

فيجبره على العمل (١)، و إن لم العمل (١)، و إن لم يمكن استأجر (٢) من ماله من يعمل عنه، أو بأجرة مؤجلة إلى وقت الثمر فيؤديها منه، أو يستقرض عليه (٣) و يستأجر من يعمل عنه، و إن تعذر الرجوع إلى الحاكم أو تعسر فيقوم بالأمر المذكورة عدول المؤمنين (٤)،

و لأجل ذلك يتعين القول بثبوت خيار الفسخ في المقام - كما في الإجارة - لأن مبنى العقد على ذلك، فيكون شرطاً ضمناً ارتكازياً يستدعى تخلفه الخيار، و ليس كذلك في البيع. و لأجله لا تنافي نصوص خيار التأخير مع دلالتها على نفي الخيار قبل الثلاثه ثبوت الخيار فيما نحن فيه كالإجارة. لما عرفت من الفرق بين المقامين.

و أما الكلية التي ذكرها فغير ثابتة ما لم ترجع إلى خيار تخلف الشرط، و أما الاستدلال بقاعدة الضرر فلا مجال له، لتدارك الضرر بالرجوع إلى الحاكم الشرعي.

(١) لأنه ولي الممتنع. و قد استدلل في الجواهر على ولايته بقوله تعالى: (إِنَّمَا وَئِيكُمُ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَالَّذِينَ آمَنُوا ..) «١» لكن الآية الشريفة متعرضة لولاية الرسول و الامام لا غير، فالاستدلال بها على ولاية الحاكم موقوف على دليل يدل على عموم نيابة الحاكم، و

لكنه مفقود، إذ لا دليل على ولاية الحاكم إلا مقبوله ابن حنظلة المتضمنه لجعل الحاكم قاضياً، فيكون له وظيفة القضاء، فكل وظيفة ثبت أنها للقاضي كانت للحاكم الشرعي، و ما لم تثبت أنها وظيفة للقاضي لا تثبت للحاكم.

(٢) الظاهر أنها من وظائف القاضي.

(٣) لم يثبت أن ذلك من وظائف القاضي. وكذا الاستقراض من بيت المال المذكور في كلام الجماعة.

(٤) القدر الثابت من ولاية عدول المؤمنين الموارد التي يعلم من مذاق

(١) المائدة: ٥٥.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٠٩

بل لا يبعد جواز إجباره بنفسه (١) أو المقاصة من ماله (٢) أو استيجار المالك عنه ثم الرجوع عليه أو نحو ذلك. وقد يقال (٣) بعدم جواز الفسخ إلا بعد تعذر الإيجاب (٤) و أن اللازم كون الإيجاب من الحاكم (٥) مع إمكانه، وهو أحوط و إن كان الأقوى التخيير بين الأمور المذكورة (٦) هذا إذا

الشارع رجحان التصدي من كل أحد فيها عند تعذر الوصول إلى الحاكم، وهذا المعنى غير ثابت في المقام، ولا سيما بملاحظة تدارك الضرر بالخيار.

(١) يمكن استفادة ذلك مما دل على جواز دفاع الإنسان عن نفسه و ماله.

(٢) لا يخلو من إشكال، إذ لم يثبت جواز المقاصة عن العمل المستحق قبل زمان فواته، كما لا يثبت جواز المقاصة في ضمان العمل - مقابل العين - حتى بعد الفوات. بل عرفت الإشكال في ضمان الأعمال بحيث يطالب بعوضها. و أشكل من ذلك جواز استيجار المالك عنه. و سيأتي في المسألة التاسعة و العشرين بقیة الكلام في ذلك.

(٣) هذا هو الذي طفحت به الكلمات، و في الجواهر: نسبتته إلى ظاهر الأصحاب، و في مفتاح الكرامة: «اتفقت كلمتهم أيضاً على أنه ليس للمالك فسخها بمجرد هرب العامل» ثم ذكر بعد ذلك خلاف التحرير و مجمع البرهان، و في المسالك: «لما كانت المساقاة من العقود اللازمة لم تنفسخ بمجرد هرب العامل، و لا يتسلط المالك على فسخها به، كما لا يملك فسخها بامتناعه من العمل بغير هرب»، و ظاهره أنه من المسلمات.

(٤) كأن المستند في الخيار حينئذ عندهم قاعدة نفى الضرر، و هي لا تجرى مع إمكان الرجوع إلى الحاكم، لتدارك الضرر حينئذ به.

(٥) يعني: لا من نفسه.

(٦) و هي الفسخ، و الإيجاب بنفسه، و الرجوع الى الحاكم، و المقاصة

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢١٠

لم يكن مقيدا بالمباشرة و إلا فيكون مخيراً بين الفسخ و الإيجاب (١) و لا يجوز الاستيجار عنه للعمل. نعم لو كان اعتبار المباشرة بنحو الشرط (٢) لا للقيود يمكن إسقاط حق الشرط و الاستيجار عنه أيضاً.

[مسألة (٢٧): إذا تبرع عن العامل متبرع بالعمل جاز]

(مسألة ٢٧): إذا تبرع عن العامل متبرع بالعمل جاز إذا لم يشترط المباشرة، بل لو أتى به من غير قصد التبرع عنه أيضاً كفى، بل و لو قصد التبرع عن المالك كان كذلك أيضاً، و إن كان لا يخلوا عن إشكال (٣)، فلا يسقط حقه من

و الاستيجار للعمل عنه.

(١) وكذا المقاصة، بناء على جواز المقاصة في الفرض.

(٢) قد تكرر الإشكال في صحة شرط مقومات موضوع العقد في ضمن العقد في مقابل جعلها قيوداً له، فإذا جعلت شرائط فلا بد أن تلحظ قيوداً لموضوع العقد، فيلزم حينئذ جعل موضوع العقد ثانياً، وهو خلاف المرتكز العرفي. مثلاً إذا استأجر زيداً ليخيط له ثوباً، و أوقع عقد الإجارة على ذلك، فقد ملك على زيد خياطة الثوب، فإذا أراد اشتراط المباشرة لم يصح شرطها إلا بمعنى اشتراط العمل مباشرة، فيقول:

آجرتك على أن تخيط ثوبي و اشتطت عليك أن تخيطه مباشرة، و حينئذ تكون الخياطة مملوكة على الأجير من جهتين، من جهة نفس العقد و من جهة الشرط في ضمنه و هو لا يوافق عليه العرف، بل لا يرى الا جعلاً واحداً للموضوع مقيداً بالمباشرة، فإذا جاء العامل بالعمل بلا مباشرة لم يستحق العوض، لا أنه يستحق العوض و للمشروط له الفسخ. هذا هو المرتكز العرفي، و لولاه لم يكن مانع عقلي من جعل ملكيتين للمطلق و المقيد.

(٣) لأن الفعل لا ينسب إلى العامل، كي يستحق به الحصة المعينة

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢١١

الحاصل. و كذا لو ارتفعت الحاجة إلى بعض الاعمال، كما إذا حصل السقى بالمطار و لم يحتج إلى النرح من الآبار، خصوصاً إذا كانت العادة كذلك. و ربما يستشكل (١) بأنه نظير الاستيجار لقلع الضرس إذا انقلع بنفسه، فإن الأجير لا يستحق الأجرة لعدم صدور العمل المستأجر عليه منه. فاللازم في المقام أيضاً عدم استحقاق ما يقابل ذلك العمل. و يجاب بأن وضع المساقاة و كذا المزارعة على ذلك، فإن المراد حصول الزرع و الثمرة، فمع احتياج ذلك إلى العمل فعلة العامل، و إن استغنى عنه بفعل الله أو بفعل الغير سقط و استحق حصته.

بخلاف الإجارة، فإن المراد منها مقابلة العوض بالعمل منه أو عنه. و لا بأس بهذا الفرق فيما هو المتعارف سقوطه أحياناً - كالاستقاء بالمطر - مع بقاء سائر الأعمال، و أما لو كان على خلافه - كما إذا لم يكن عليه الا - السقى و استغنى عنه بالمطر أو نحوه كلية - فاستحقاقه للحصة مع عدم صدور عمل منه أصلاً مشكل (٢).

[مسألة ٢٨: إذا فسخ المالك العقد بعد امتناع العامل]

(مسألة ٢٨): إذا فسخ المالك العقد بعد امتناع العامل

له. و هذا الاشكال يطرد في الصورة التي قبلها، فان العمل لم يكن منسوباً إلى العامل أيضاً، فلا يستحق عليه شيئاً.

(١) هذا الاشكال ذكره في الجواهر، و أجاب عنه بما يأتي.

(٢) فإن الاختلاف بين المزارعة و المساقاة و بين الإجارة إنما هو في أن العمل فيهما يختلف زيادة و نقيصة و في الإجارة لا يختلف، لا أنه يختلف فيهما زيادة و نقيصة و وجوداً و عدماً أيضاً، فإن ذلك غير ثابت.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢١٢

عن إتمام العمل يكون الثمر له، و عليه أجرة المثل للعامل بمقدار ما عمل (١). هذا إذا كان قبل ظهور الثمر، و إن كان بعده يكون للعامل حصته و عليه الأجرة (٢) للمالك إلى زمان البلوغ إن رضى بالبقاء، و إلا فله الإيجار على القطع بقدر حصته (٣)، إلا إذا لم يكن له قيمة أصلاً، فيحتمل ان يكون للمالك (٤) كما قبل الظهور.

[مسألة ٢٩: قد عرفت أنه يجوز للمالك مع ترك العامل العمل أن لا يفسخ و يستأجر عنه]

(مسألة ٢٩): قد عرفت أنه يجوز للمالك مع ترك العامل العمل أن لا يفسخ و يستأجر عنه (٥) و يرجع عليه، إما

(١) على ما صرح به جماعة. و هو في محله لو كان الفسخ للعقد من أصله، إذ يكون عمل العامل من حين وقوعه مضموناً على المالك بالاستيفاء.

أما إذا كان الفسخ من حينه فقد يشكل الضمان بأجرة المثل، من جهة أن العمل حين وقوعه كان مضموناً بالحصّة، و المفروض انتفاؤها، فلا وجه للضمان بأجرة المثل حينئذ. و يقتضيه ما ذكره المصنف (ره) في المسألة السابعة عشرة من كتاب المزارعة. لكن عرفت هناك أن الاستيفاء يوجب الضمان، إما بالمسمى أو بأجرة المثل، فإذا لم يسلم الأول ثبتت الأجرة.

(٢) يعنى: أجرة الأرض، لأن العامل لا يستحق بقاء حصته فيها.

(٣) عملاً بقاعدة السلطنة. نعم إذا لزم من القطع ضرر على العامل كان دليل نفي الضرر مانعاً من إجباره على القطع.

(٤) لكنه ضعيف، إذ الملكية لا تتوقف على المالية، فلا موجب للخروج عما دل على الاشتراك في الظهور.

(٥) قد عرفت أنه لا دليل على ذلك، و لذلك تردد فيه في الشرائع قال فيها: «و لو لم يفسخ و تعذر الوصول إلى الحاكم كان له أن يشهد أنه

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢١٣

مطلقاً- كما لا يبعد- أو بعد تعذر الرجوع إلى الحاكم. لكن يظهر من بعضهم اشتراط جواز الرجوع عليه بالإشهاد على الاستيجار عنه (١)، فلو لم يشهد ليس له الرجوع عليه حتى بينه و بين الله، و فيه ما لا يخفى. فالأقوى أن الإشهاد للإثبات ظاهراً، و إلا فلا يكون شرطاً للاستحقاق، فمع العلم به أو ثبوته شرعاً يستحق الرجوع و إن لم يكن أشهد على الاستيجار.

نعم لو اختلفا في مقدار الأجرة فالقول قول العامل في نفي الزيادة. و قد يقال بتقديم قول المالك، لأنه أمين (٢). و فيه ما لا يخفى (٣). و أما لو اختلفا في أنه تبرع عنه أو قصد

يستأجر عنه و يرجع إليه على تردد». لكن جزم في القواعد بالرجوع مع الاشهاد، قال: «و لو تعذر الحاكم كان له أن يشهد أنه يستأجر عليه و يرجع حينئذ و لو لم يشهد لم يرجع، على إشكال».

(١) يظهر ذلك من عبارة الشرائع و القواعد المتقدمتين، و في المسالك:

أنه أحد الأقوال. و القول الثاني: أنه يرجع مع تعذر الاشهاد لا مع إمكانه.

و الثالث: أنه يرجع مع نيته مطلقاً. و هو الأقوى، إذ لا مدخلية لشهادة الشاهدين في التسلط على مال الغير..» الى آخر كلامه، و سبقه إلى ذلك في جامع المقاصد، و وافقهما على ذلك غير واحد. هذا و في جامع المقاصد:

أن الرجوع مع الاشهاد موضوع وفاق. لكن تقدم التردد فيه من الشرائع و عرفت أنه في محله، إذ لا دليل عليه، و أنه خلاف عموم قاعدة السلطنة.

(٢) بناء على ثبوت ولايته في ذلك، كما مال إليه في الجواهر.

(٣) لعله لأجل أن ما دل على قبول قول الأمين مختص بالمؤمن من قبل الخصم. لكن ثبوت ذلك بالنسبة إلى الولي الإجباري و الحاكم الشرعي

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢١٤

الرجوع عليه فالظاهر تقديم قول المالك، لاحترام ماله و عمله (١) إلا إذا ثبت التبرع، و إن كان لا يخلو عن إشكال (٢)، بل يظهر من

بعضهم تقديم قول العامل (٣).

[مسألة ٣٠: لو تبين بالبينه أو غيرها أن الأصول كانت مغصوبة]

(مسألة ٣٠): لو تبين بالبينه أو غيرها أن الأصول كانت مغصوبة، فإن أجاز المغصوب منه المعاملة صحت المساقاة (٤)،

يقتضى عموم الحكم للولى الشرعى - كما فى المقام - لقاعدة: من ملك شيئاً ملك الإقرار به، التى يدل عليها الإجماع القولى و العملى، و هى غير قاعدة سماع قول الأمين المستأمن.

(١) يعنى: أصالة احترام مال المسلم و عمله. لكن هذا الأصل غير أصيل إلا- فى صورة الاستيفاء، و هو مفقود فى المقام. فالعمدة: قاعدة من ملك، الدالة على قبول خبره ما لم يثبت الخلاف.

(٢) لما فى الجواهر من أن أصالة عدم تبرع الإنسان بعمل يحصل فيه غرامة من الغير ليست أصلاً أصيلاً. و فيه: أنه لو ثبت عموم ضمان مال المسلم و عمله إلا إذا كان متبرعاً فأصالة عدم التبرع تقتضى ثبوت الضمان، لأن الخاص الخارج عن حكم العام إذا كان ثبوتياً فأصالة عدمه كافية فى إثبات حكم العام، و قد تقدم العمل بذلك فى جملة من صور التداعى فى الإجارة و المضاربة و المزارعة و غيرها. هذا و قد عرفت أن مقتضى قاعدة من ملك، قبول قول المالك، و حينئذ لا مجال للرجوع إلى الأصول إذ الرجوع إلى الأصل إنما يكون حيث لا أماره، و قول المالك أماره على مواده.

(٣) عملاً بأصالة البراءة، كما تقدم ذلك فى بعض مباحث التداعى و ضعفه ظاهر، إذ يختص ذلك بما إذا لم يكن المورد من موارد قاعدة:

من ملك - كما فى المقام - و لا من موارد عموم الضمان إلا مع التبرع.

(٤) لصحة عقد الفضولى بإجازة المالك.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢١٥

و إلا بطلت (١)، و كان تمام الثمرة للمالك (٢) المغصوب منه.

و يستحق العامل أجره المثل على الغاصب (٣) إذا كان جاهلاً بالحال (٤)، إلا إذا كان مدعياً عدم الغصبة و أنها كانت

(١) لقاعدة السلطنة. و كأن الحكم من الواضحات، قال فى الشرائع:

«إذا ساقاه على أصول فبانت أنها مستحقة بطلت المساقاة. و الثمرة للمستحق، و للعامل الأجره على المساقى»، و نحوه ما فى غيره.

(٢) كما عرفت التصريح به فى كلامهم لتبعية النماء للأصل فى الملك.

(٣) كما هو مصرح به فى كلماتهم، لأن الغاصب هو الذى استدعاه إلى العمل، فىكون العمل مضموناً عليه بالاستيفاء بعد أن لم تسلم له الحصه التى اقتضاها العقد الباطل، كما ذكر ذلك فى المسالك و غيرها. و فى الجواهر علل الرجوع على الغاصب: بأن العامل مغرور من الغاصب، فيرجع على من غره.

و يشكل: بأنه قد يكونان معاً مغرورين من سبب خارجى، و لازمه ضياع عمل العامل حينئذ، و هو كما ترى، فالدليل أخص من الدعوى.

(٤) كما هو ظاهر من اقتصر فى تحرير المسألة على صورة الجهل.

كما فى الشرائع و القواعد و غيرهما، بل هو المصرح به فى كلام جماعه، و أنه لا يرجع إذا كان عالماً، معللين له: بأنه متبرع بعمله. لكن عرفت الاشكال فيه فى المسألة الثالثة و العشرين. نعم بناء على تعليل الرجوع بالغرور يصح ذلك، لانتفاء الغرور حينئذ. و لأجل

أنك عرفت أن استيفاء العمل موجب لضمانه من غير فرق بين العامل بصحة العقد و العالم بفساده فاللازم البناء في المقام على الضمان مطلقاً. نعم إذا كان العلم بالفساد موجباً لحرمة العمل، لأنه تصرف في مال الغير بغير إذنه أمكن البناء على عدم الرجوع إذ لا أجره للعمل المحرم، فلو فرض حليته جاز الرجوع على المساقى حتى مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢١٦

للمساقى، إذ حينئذ ليس له الرجوع عليه، لاعترافه بصحة المعاملة (١) و أن المدعى أخذ الثمرة منه ظلماً. هذا إذا كانت الثمرة باقية. و أما لو اقتسامها و تلفت عندهما، فالأقوى أن للمالك الرجوع بعوضها على كل من الغاصب و العامل (٢) بتمامه و له الرجوع على كل منهما بمقدار حصته. فعلى الأخير لا إشكال (٣). و إن رجع على أحدهما بتمامه رجع على الآخر بمقدار حصته (٤)، إلا إذا اعترف بصحة العقد و بطلان دعوى المدعى للغصبة، لأنه حينئذ معترف بأنه غرمه ظلماً (٥). و قيل:

مع العلم بالفساد.

(١) و حينئذ تكون الحصه عوض عمله، فتكون قد سلمت له. و قد تعرض لهذه الصورة في المسالك.

(٢) لاستقلال يد كل منهما على العين، الموجب لضمانه لها، لعموم:

«على اليد ما أخذت حتى تؤدى»

. و هذا القول حكاه في الشرائع قولاً و لم يعرف قائله. نعم اختاره العلامة في جملة من كتبه، و تبعه عليه من تأخر عنه.

(٣) يعنى: لا يرجع أحدهما على الآخر بشيء، لأن قرار الضمان في الأيدي المتعاقبة على حين واحدة على من تلفت العين في يده و

المفروض أن كل واحد منهما قد تلف في يده نصف العين، و قد رجع المالك عليه فيه، فلا وجه لأن يرجع أحدهما على الآخر.

(٤) لوقوع تلف النصف عنده، الموجب لاستقرار الضمان عليه، كما ذكر ذلك في مسألة تعاقب الأيدي.

(٥) كان الأولى أن يقول: لأنه معترف بأن التالف في يد كل منهما

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢١٧

إن المالك مخير (١) بين الرجوع على كل منهما بمقدار حصته

ملكه و ماله، فلا معنى لأن يكون مضموناً عليه.

(١) كما هو المعروف زمان العلامة، و اختاره في الشرائع، لأن يد العامل كانت بعنوان النيابة عن المساقى، فلا تستوجب الضمان. و

فيه: أنه خلاف إطلاق

قوله (ص): «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» (١)

من دون مقيد ظاهر. و عن ظاهر الإرشاد أنه ليس للمالك الرجوع على المساقى أو العامل بتمام الثمرة» و إنما له الرجوع على كل

منهما بحصته لا غير.

و كأنه لبنائه على عدم استقلال يد أحدهما على جميع الثمرة. و لكنه خلاف المفروض. و من ذلك يظهر أنه يمكن فرض المسألة

(تارة): باستقلال يد كل منهما. (و أخرى): بعدم استقلال يد أحدهما، بأن يكون الثمرة في يد هما معا. (و ثالثة): باستقلال يد المساقى

دون العامل، بل تكون يد العامل على وجه الاشتراك (و رابعة): بالعكس. و الحكم في الأول هو ما ذكره العلامة و من تبعه،- و منهم

المصنف- و في الثانى هو ما ذكر في ظاهر الإرشاد، و في الثالث يرجع المالك على المساقى بتمام الثمرة، و ليس له الرجوع على

العامل إلا بحصته لا غير، و في الرابع بالعكس.

ثم إن ما ذكر يتم فيما إذا كانت الحصه النصف، أما إذا كانت أقل من النصف جاز للمالك الرجوع على العامل بنصف الثمرة في

الفرض الثالث مع كونه أكثر من حصته، لأن يده حينئذ تكون على النصف و إن كان هو أكثر من صحته. ثم إنه يمكن فرض اليد على الثمرة لأحدهما على الاستقلال دون الآخر، فإنه لا يد له على الثمرة أصلاً، ولكن وصلت إليه حصته بتسليم صاحبه. وحكم ذلك أنه لا يجوز رجوع المالك على الآخر إلا بالحصّة.

(١) مستدرک الوسائل باب: ١ من أبواب كتاب الوديعه حديث: ١٢. و باب: ١ من كتاب الغصب حديث: ٤.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢١٨

و بين الرجوع على الغاصب بالجميع، فيرجع هو على العامل بمقدار حصته، و ليس له الرجوع على العامل بتمامه، إلا إذا كان عالمًا بالحال (١). و لا وجه له بعد ثبوت يده على الثمر بل العين أيضاً. فالأقوى ما ذكرنا، لأن يد كل منهما يد ضمان و قرار الضمان على من تلف في يده العين. و لو كان تلف الثمرة بتمامها في يد أحدهما كان قرار الضمان عليه (٢). هذا و يحتمل في أصل المسألة (٣) كون قرار الضمان على الغاصب (٤) مع جهل العامل، لأنه مغرور من قبله (٥). و لا ينافيه ضمانه

(١) كما قيده بذلك في الشرائع. و هو غير ظاهر، لأن عموم:

«على اليد»

إذا كان لا يشمل يد العامل لكونها بعنوان النيابة- فلا فرق بين العلم و الجهل بالحال.

(٢) كما هو حكم تعاقب الأيدي على عين واحدة، فإن قرار الضمان على من تلفت في يده العين، كما هو محقق في محله.

(٣) يعنى: مسألة تعاقب الأيدي على الثمرة التي ظهر أنها لغير المتعاملين.

(٤) يعنى: لا على من تلفت الثمرة في يده- كما ذكرنا- بل يرجع هو على الغاصب، فيكون قرار الضمان عليه.

(٥) يشير بذلك إلى قاعدة الغرور، التي ادعى الإجماع على العمل بها. و قد استدلل عليها بأمور أشرنا إليها في كتابنا نهج الفقاهة (منها):

قاعدة الضرر، كما نسب إلى السيد فى الرياض، و عبارته لا تساعد على ذلك (و منها): قاعدة الإلتاف بالنسبة إلى العين المضمونة، كما هو ظاهر الجواهر فى كتاب الغصب، أو قاعدة الإلتاف بالنسبة إلى الغرامة، كما يظهر من شيخنا الأعظم فى مبحث الفضولى، حيث جعل من الوجوه المصححة للقاعدة كون الغار سبباً فى تغريم المغرور (و منها): النصوص

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢١٩

لاجرة عمله (١)، فإنه محترم، و بعد فساد المعاملة لا يكون الحصّة عوضاً عنه، فيستحقها، و إلتافه الحصّة إذا كان بغرور من الغاصب لا يوجب ضمانه له (٢).

الواردة فى تدليس الزوجه «١» المتضمنه لجواز الرجوع إلى المدلس بالمهر و غيره، معللا فى بعضها: بأنه دلس، و فى بعضها: بأنه غرّ و خدع.

(و منها): النصوص الواردة فى ضمان شاهد الزور «٢» على اختلاف مواردها (و منها): النبوى- على ما قيل :- «المغرور يرجع على من غره» «٣». و الجميع لا يخلو من إشكال، عدا نصوص تدليس الزوجه، كما أشرنا إلى ذلك فى نهج الفقاهة.

و الارتكازيات العرفية تقتضى أن يكون سبب مجرد التغيرير و الإيقاع فى خلاف الواقع، سواء كان عن علم أم جهل. فلا بأس بالبناء عليها، و لا سيما بملاحظة بناء الأصحاب على الرجوع إليها فى مختلف الموارد.

(و منها): رجوع المشتري من الفضولى إليه فى تدارك خسارته حتى فيما كان له فى مقابله نفع. فراجع مباحث الفضولى.

- (١) وجه المنافاة: أن الغاصب كان ضامناً لأجره عمله بعد تبين بطلان العقد الذي كان موجباً لضمانه بالحصه، فإذا كان ضامناً ما أتلفا من الحصه فقد صار ضامناً لعوضين، والعمل ليس له إلا عوض واحد
- (٢) يعنى: يكون الغاصب هو الضامن للحصه، فتكون الحصه مضمونه للمالك لا للعامل، فالغاصب يضمن الأجره للعامل، و يضمن الحصه للمالك.

- (١) راجع الوسائل كتاب النكاح أبواب العيوب و التدليس باب: ٢ حديث: ٢ و باب ٦ حديث: ٢ و باب: ٧ حديث: ١.
- (٢) راجع الوسائل باب: ١٠، ١١، ١٢، ١٣، ١٤ من كتاب الشهادات.
- (٣) تقدم التعرض الحديث فى الصفحه: ١١٧ من هذا الجزء.
- مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٢٠

[مسألة (٣١): لا يجوز للعامل فى المساقاة أن يساقى غيره]

(مسألة ٣١): لا يجوز للعامل فى المساقاة أن يساقى غيره مع اشتراط المباشرة (١)، أو مع النهى عنه (٢). و أما

فلا- يكون ضامناً للعوضين. و فيه: أن الحصه بعد أن لم تكن أجره للعمل فهى مضمونه على العامل للمالك، فإذا دفع العامل بدل الحصه للمالك فقد وصل إلى المالك حقه، فإذا بنينا على الرجوع إلى قاعدة الغرور لإثبات لزوم تدارك خسارة العامل للحصه فقد تمسكنا بالقاعدة لزيادة ربح العامل، فإنه بعمله حصل على أجره المثل و على الحصه معاً، و القاعدة ما شرعت لارباح العامل، و إنما شرعت لتدارك خسارته.

و ان شئت قلت: إن القاعدة تختص بالخسارة المحضه، و لا تجرى فى الخسارة المضمونه بالعوض التى أقدم عليها المغرور. و لذلك لو اشترى من الفضولى عينا جهلا- ثم أتلفها و لم يدفع الثمن إلى البائع، فرجع عليه المالك فى بدل المبيع، لم يجز له الرجوع على البائع فى تدارك خسارة ثمن المبيع الذى دفعه الى المالك، لأن خسارة الثمن كانت فى مقابل المبيع الذى أخذه و كان مقدماً على ضمانه به، فلو رجع على البائع فيه كان ربح المبيع بلا عوض و ذلك ما لا تقتضيه قاعدة الغرور.

(١) قد تقدم فى المزارعة الإشكال من المصنف: بأن اشتراط المباشرة لا يمنع من مزارعة الغير، لجواز كون المزارع الثانى نائباً عن العامل الثانى فى العمل، فيكون هو المباشر. و تقدم منا الاشكال عليه بأن مورد كلام الأصحاب كون العامل الثانى هو المباشر. فراجع المسألة الثالثة عشرة من كتاب المزارعة.

(٢) إذا كان النهى قد أخذ شرطاً فى ضمن العقد وجب العمل به، عملاً بدليل صحة الشرط، أما إذا لم يؤخذ شرطاً فمجرد النهى لا تجب موافقته إذا كان مقتضى عقد المساقاة جواز فعل المنهى عنه.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٢١

مع عدم الأمرين ففى جوازه مطلقاً- كما فى الإجارة و المزارعة (١)- و إن كان لا- يجوز تسليم الأصول إلى العامل الثانى إلا بإذن المالك (٢)، أو لا يجوز مطلقاً و إن أذن المالك (٣) أو لا يجوز إلا مع إذنه (٤)، أو لا يجوز قبل ظهور الثمر و يجوز بعده (٥)

- (١) حكى فى الجواهر هذا القول عن بعض أفاضل متأخرى المتأخرين، ثم قال: «و لعله ظاهر المحكى عن الإسكافى».
- (٢) تقدم الإشكال فى ذلك فى كتاب الإجارة، و أنه إذا كان مقتضى إطلاق عقد المساقاة الأولى جواز المساقاة الثانية و أنها من حقوق العامل الأول كان مقتضاه أيضاً جواز التسليم إلى العامل الثانى، و كذلك الحكم فى الإجارة، فإنه إذا جاز للأجير أن يتخذ

أجيراً فيعمل في العين جاز تسليم العين إليه، لأن الإذن في الشيء إذن في لوازمه.

(٣) كما هو المشهور المعروف، وفي الشرائع: «ليس للعامل أن يساقى غيره، لان المساقاة إنما تصح على أصل مملوك للمساقى»، و نحوه كلام غيره.

(٤) كما هو ظاهر المسالك، و ينسب إلى ظاهر المختلف. قال:

«و التحقيق أن المالك إن إذن للأول في مساقاة الثاني صحت و كان الأول كالوكيل لا حصه له في النماء، و إن لم يأذن فالثمره للمالك، و عليه أجره المثل للثاني، و لا شيء للأول». لكن الظاهر منه الاذن في المساقاة عن المالك كالوكيل، لا الاذن في المساقاة عن نفسه، كما هو المراد منه هنا و عرفت أنه ظاهر المسالك.

(٥) يظهر هذا القول من المسالك، قال بعد تقريب المنع مطلقاً:

«و ربما أشكل الحكم فيما لو ظهرت الثمره، و بقى فيها عمل يحصل به زياده فيها، فإن المساقاة حينئذ جائزه، و العامل يصير شريكاً فيها..».

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٢٢

أقوال أقواها الأول. و لا دليل على القول بالمنع مطلقاً أو في الجملة بعد شمول العمومات (١) من قوله تعالى (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) و (تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ). و كونها على خلاف الأصل فاللازم الاقتصار على القدر المعلوم (٢)، ممنوع بعد شمولها. و دعوى: أنه يعتبر فيها كون الأصل مملوكاً للمساقى (٣) أو كان و كيلا عن المالك، أو ولياً عليه، كما ترى، إذ هو أول الدعوى (٤).

(١) لكن العمومات لا تثبت المساقاة، و إنما تثبت صحة العقد و ترتب مضمونه، كما عرفت غير مرة.

(٢) إشارة إلى ما ذكره في الجواهر في موارد سبقت من أن العمومات المذكورة تختص بالعقود المعهودة. فلا تشمل غيرها. و قد تقدم الاشكال عليه بأن ذلك خلاف الإطلاق و العموم. و في المقام ذكر أن (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) و (إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ) لا يصلح لإثبات مشروعيه مثل ذلك. انتهى. فيحتمل أن يكون مراده ذلك، و يحتمل أن يكون مراده ما ذكرنا من أنها لا تثبت عنوان المساقاة.

(٣) هذه الدعوى تقدمت في عبارة الشرائع.

(٤) لا إشكال في أن النصوص الواردة في تشريع المساقاة- مثل صحيحة يعقوب

و صحيحة الحلبي

المتقدمتين في أول الكتاب و نحوهما من روايات خبير

«١»- تختص بذلك، و لا تشمل ما نحن فيه. و ظاهر المصنف الاعتراف بذلك، حيث استدل على الصحة بالعمومات، و لم يستدل بالنصوص الخاصة بالمساقاة. لكن البناء على الاقتصار على مورد

(١) راجع الوسائل باب: ١٠ من أبواب بيع الثمار، و باب: ٨، ٩، ١٠ من أبواب كتاب المزارعة و المساقاة.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٢٣

[مسألة ٣٢: خراج السلطان في الأراضي الخراجية على المالك]

(مسألة ٣٢): خراج السلطان في الأراضي الخراجية على المالك (١)، لأنه إنما يؤخذ على الأرض التي هي للمسلمين (٢)، لا الغرس الذي هو للمالك، و أن أخذ على الغرس فبملاحظة الأرض، و مع قطع النظر عن ذلك أيضاً

النصوص يقتضى عدم صحة المساقاة فيما لو باع مالك الأصول الثمرة سنين و اشترط أن يكون إصلاح الأصول بيد المشتري فساقى العامل بحصة من الثمرة، وكذا أمثال ذلك مما كانت المعاملة فيه على إصلاح الأصول من وظائف غير المالك، ولما لم يمكن الالتزام بذلك يتعين أن يكون المراد من كون الأصول مملوكة كون المعاملة عليها من وظائف المساقى، سواء كان للملك أم الوكالة أم الولاية و لكونه عاملا فى المساقاة مع المالك. و من ذلك يظهر لك الاشكال فيما ذكر فى الجواهر من أن الأدلة الخاصة لا تشمل المقام، و الأدلة العامة لا تصلح لتشريع مثل ذلك.

فان قلت: المالك إنما أذن له خاصة فى العمل، و لم يأذن لغيره فى العمل. قلت: إطلاق المساقاة اقتضى جواز أخذ الأجير للعمل، لأن الاذن فى الشيء إذن فى لوازمه، كما تقدم ذلك فى المسألة الثالثة عشرة من كتاب المزارعة. و لأجل ذلك يضعف القول بالتفصيل بين إذن المالك و عدمه الذى هو أحد الأقوال فى المسألة.

(١) كما هو المصرح به فى كلامهم، على نحو يظهر أنه مما لا إشكال فيه و لا خلاف.

(٢) كان الأولي أن يقول: إنما يؤخذ على الغرس، لأنه تصرف فى الأرض التى هى للمسلمين، و الغرس إنما غرسه المالك، و لا يؤخذ على تعمير الغرس الذى يقوم به العامل.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٢٤

كذلك. فهو على المالك مطلقاً (١). إلا إذا اشترط كونه على العامل، أو عليهما بشرط العلم بمقداره (٢).

[مسألة ٣٣: مقتضى عقد المساقاة ملكية العامل للحصة من الثمر من حين ظهوره]

(مسألة ٣٣): مقتضى عقد المساقاة ملكية العامل للحصة من الثمر من حين ظهوره. و الظاهر عدم الخلاف فيه (٣)، إلا من بعض العامة، حيث قال بعدم ملكيته له إلا بالقسمة قياساً على عامل القراض، حيث أنه لا يملك الربح إلا بعد الإنضاض. و هو ممنوع عليه حتى فى المقيس عليه (٤). نعم

(١) لا- يظهر له وجه إلا- أن السلطان قد جعله على المالك لا على غيره و لو فرض أن السلطان قد جعله على العامل كان عليه أيضاً. كما أنه لو فرض أن الخراج كان بنحو المقاسمة- بأن كان حصة من الثمرة- كان عليهما معاً.

(٢) كما صرح به فى المسالك، معللاً له: بأن لا يتجهل العوض.

وفيه: أنه لا- دليل على قدح الجهالة فى مثل ذلك، و عموم نفي الغرر غير ثابت. ثم إنه إذا كان خراج الأرض بنحو المقاسمة- بأن كان حصة من الثمرة، كالخمس أو العشر- فقد يكون الخراج على الطرفين، و قد يكون على أحدهما بعينه، حسب التراضى منهما.

(٣) فى المسالك: «هو مما لا- نعلم فيه خلافاً، و فى التذكرة: أسند الحكم إلى علمائنا و نحوه ما فى غيرها و فى جملة من كتب الأصحاب دعوى الإجماع صريحاً. و يقتضيه ظاهر نصوص الباب.

(٤) مع وضوح الفرق بين المقامين، فيكون قياساً مع الفارق.

و وجه الفرق. أنه يمكن أن يقال فى القراض: أن الربح وقاية لرأس المال فلا ربح إلا بعد وصول رأس المال إلى المالك، و لا مجال لذلك، فى المقام.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٢٥

لو اشترط ذلك فى ضمن العقد لا يبعد صحته (١). و يتفرع على ما ذكرنا فروع (منها): ما إذا مات العامل بعد الظهور قبل القسمة مع اشتراط مباشرته للعمل، فإن المعاملة تبطل من حينه (٢)، و الحصة تنتقل إلى وارثه على ما ذكرنا (٣).

(و منها): ما إذا فسخ أحدهما بخيار الشرط أو الاشتراط بعد الظهور وقبل القسمة أو تقايلا. (و منها): ما إذا حصل مانع عن إتمام العمل بعد الظهور (و منها): ما إذا أخرجت الأصول عن القابلية لإدراك الثمر، ليس أو فقد الماء أو نحو ذلك بعد الظهور، فإن الثمر في هذه الصور مشترك بين المالك و العامل و إن لم يكن بالغاً (و منها): في مسألة الزكاة فإنها تجب على العامل أيضاً إذا بلغت حصته النصاب، كما هو

(١) لعموم صحة الشروط. و يشكل: بأن ذلك ليس من الشرط في ضمن العقد، بل هو تحديد لموضوع العقد، و حينئذ فتصحيحه يكون بعموم صحة العقد. لكنه لا يثبت عنوان المساقاة، إذ الأدلة الخاصة بها لا تشملها.

(٢) إذا كان هناك عمل لازم إلى وقت القسمة، و إلا فلا موجب للبطلان

(٣) لأنها مملوكة للعامل فتنتقل إلى وارثه كغيرها من مملوكاته.

بخلاف القول الآخر، إذ لا ملك للعامل حينئذ. وكذا الحكم في الفروع الثلاثة الآتية. و هذه الفروع الأربعة تشترك في حصول الفسخ بعد الظهور قبل القسمة، إما لسبب اختياري أو غير اختياري، و الحكم في الجميع واضح. و بناء على القول الآخر يكون للعامل أجره المثل، على ما تقدم في المسألة الثانية و العشرين. فراجع.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٢٦

المشهور، لتحقق سبب الوجوب، و هو الملكية له حين الانعقاد أو بدو الصلاح على ما ذكرنا، بخلافه إذا قلنا بالتوقف على القسمة (١). نعم خالف في وجوب الزكاة عليه ابن زهرة هنا و في المزارعة (٢)، بدعوى: أن ما يأخذه كالأجرة. و لا

(١) فإنه حينئذ لا يجب على العامل الزكاة، لعدم ملكيته للثمر حين تعلق وجوب الزكاة، فتكون زكاته جميعاً على المالك، لأنه هو المالك له.

(٢) قال في الغنية في كتاب المزارعة: «فأما الزكاة فإنها تجب على مالك البذر و النخل، فإن كان ذلك لمالك الأرض فالزكاة عليه، لأن المستفاد من ملكه نماء أصله، و ما يأخذه المزارع و المساقى كالأجرة عن عمله و لا خلاف أن الأجرة لا تجب فيها الزكاة. و كذا إن كان البذر للمزارع لأن ما يأخذه مالك الأرض كالأجرة عن أرضه، فإن كان البذر منهما فالزكاة على كل واحد منهما إذا بلغ مقدار سهمه النصاب». و في السرائر:

«كاتبته و عرفته ما ذكره في تصنيفه من الخطأ، فاعتذر (ره) بأعذار غير واضحة، و أبان فيها أنه ثقل عليه الرد ..» إلى آخر ما ذكره، مما لا يناسب مقامه و لا مقام السيد قدس سرهما، و إن كان هو أعرف بنيته.

و في المختلف: «و قول ابن إدريس و إن كان جيداً مستفاداً من الشيخ أبي جعفر، إلا- أن قول ابن زهرة ليس بذلك البعيد عن الصواب»، و في الحدائق: «الظاهر أن الحامل له على ذلك كثرة تشنيع ابن إدريس عليه، و إلا فهو في غاية البعد عن الصواب»، و في جامع المقاصد بعد أن حكى ما في المختلف قال: «و هو أعلم بما قال. و الظاهر عندنا أنه لا وجه له أصلاً الا على القول بأن استحقيقه تملكه إنما يكون بعد بدو الصلاح و تعلق الزكاة. و هذا خلاف ما نقله المصنف رحمه الله عن علمائنا، فكيف يكون خلافه قريباً من الصواب؟! و لعله يريد أن ذلك محتمل

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٢٧

يخفى ما فيه من الضعف، لأن الحصه قد ملكت بعقد المعاوضة أو ما يشبه المعاوضة، لا بطريق الأجرة. مع أن مطلق الأجرة لا تمنع من وجوب الزكاة. بل إذا تعلق الملك بها بعد الوجوب و أما إذا كانت مملوكة قبله فتجب زكاتها، كما في المقام، و كما لو جعل مال الإجارة لعمل زرعاً قبل ظهور ثمره، فإنه يجب على المؤجر زكاته إذا بلغ النصاب، فهو نظير ما إذا اشترى زرعاً قبل ظهور الثمر. هذا و

ربما يقال بعدم وجوب الزكاة على العامل في المقام (١)، وعلل بوجهين آخرين: (أحدهما): أنها إنما تجب بعد إخراج المؤن، و الفرض كون العمل في مقابل الحصة، فهي من المؤن (٢). و هو كما ترى،

و غير مقطوع ببطلانه، فلا يأتي على قائله كل ما ذكره ابن إدريس من الشنيع.

(١) قال في الجواهر: «لعل ابن زهرة لحظ عدم الوجوب في الأجرة عن العمل باعتبار عدم استحقاق تسلمها إلا بعد تمام العمل، و الزكاة يعتبر فيها التمكن من التصرف في المال المملوك. و أنه لحظ وجوبها بعد المؤنة، و الفرض كون العمل في مقابلها، فهو حينئذ مؤنته». و من كلامه هذا يتحصل الوجهان اللذان ذكرهما في المتن.

(٢) الذي يظهر من الجواهر أن العمل مؤنة، فلا تجب الزكاة في الحصة إلا بعد استثنائه، فإذا استثنينا قيمة العمل لم يبق شيء. و يشكل:

بأن قيمة العمل ربما تكون أقل من الحصة، فتجب الزكاة في الزائد.

و المصنف جعل المؤنة نفس الحصة، فلا يتوجه عليه الاشكال المذكور. لكنه غير مراد الجواهر.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٢٨

و إلا لزم احتساب أجرة عمل المالك (١) و الزارع لنفسه أيضاً فلا نسلم أنها حيث كانت في قبال العمل تعد من المؤن (الثاني): أنه يشترط في وجوب الزكاة التمكن من التصرف، و في المقام و إن حصلت الملكية للعامل بمجرد الظهور، إلا أنه لا يستحق التسلم إلا بعد تمام العمل. و فيه - مع فرض تسليم عدم التمكن من التصرف -: أن اشتراطه مختص بما يعتبر في زكاته الحول - كالنقدين و الانعام - لا في الغلات (٢)، ففيها و إن لم يتمكن من التصرف حال التعلق يجب إخراج زكاتها بعد التمكن. على الأقوى، كما بين في محله. و لا يخفى أن لازم كلام هذا

(١) قد فرق في الجواهر بين المقامين: بأن عمل العامل في المقام معاوض عليه بخلاف عمل المالك. و فيه: أنه غير فارق، فان عمل العامل مضمون على المالك بالحصة، و لا يكون مضموناً على نفس العامل، و لما لم يكن مضموناً على العامل لا يكون من المؤنة على العامل.

(٢) قد تقدم هذا من المصنف في كتاب الزكاة في المسألة السابعة عشرة و في المسألة الحادية و الأربعين من مسائل الختام، و تقدم في الشرح الاشكال عليه، و أنه لا فرق بين الغلات و غيرها في اعتبار التمكن من التصرف في وجوب الزكاة فيها.

فالعدة أن التمكن المعبر في المشتركات هو تمكن مجموع الشركاء، لا- تمكن كل واحد منهم، و هو حاصل في المقام. و لو بنى على اعتباره بالنسبة إلى كل واحد من العامل و المالك كان اللازم عدم وجوب الزكاة على المالك أيضاً، لأنه لا يتمكن من التصرف في الثمر بلا إذن العامل، و لا يجوز له طلب القسمة قبل تمام العمل، فحاله حال العامل، فإذا لم

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٢٩

القائل عدم وجوب زكاة هذه الحصة على المالك أيضاً (١)، - كما اعترف به - فلا- يجب على العامل، لما ذكر، و لا- يجب على المالك، لخروجها عن ملكه.

[مسألة (٣٤): إذا اختلفا في صدور العقد و عدمه]

(مسألة ٣٤): إذا اختلفا في صدور العقد و عدمه فالقول قول منكره (٢)، و كذا لو اختلفا في اشتراط شيء على أحدهما و عدمه. و لو

اختلفا في صحة العقد و عدمها قدم قول مدعى الصحة (٣). و لو اختلفا في قدر حصه العامل قدم قول المالك المنكر للزيادة (٤)، و كذا لو اختلفا في المدة و لو اختلفا في قدر الحاصل قدم قول العامل (٥)، و كذا لو ادعى المالك عليه سرقة أو إتلافاً أو خيانه (٦). و كذا لو ادعى عليه أن التلف كان بتفريطه إذا كان أميناً له (٧)، كما هو

تجب على العامل زكاة حصته، لعدم التمكن من التصرف فيها، لم يجب على المالك الزكاة في حصته أيضاً، لذلك.

(١) بل عرفت أن لازم كلامه عدم وجوب الزكاة على المالك في حصته، فضلاً عن حصه العامل.

(٢) لأصالة عدمه. و كذا فيما بعده.

(٣) لأصالة الصحة، المبرهن على صحتها إجماعاً، قولياً و عملياً.

(٤) لأصالة تبعية النماء للأصل. و كذا فيما بعده.

(٥) إذا كان الحاصل في يده. لحجية إخبار ذى اليد عما في يده و لو كان الحاصل بيد المالك كان القول قول المالك، لما ذكر.

(٦) لأن دعواه خلاف الأصل في الجميع.

(٧) إذ لو لم يكن أميناً فلا أثر لتفريطه، فإنه لا يوجب الضمان حينئذ

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٣٠

الظاهر (١). و لا يشترط في سماع دعوى المالك تعيين مقدار ما يدعيه عليه، بناء على ما هو الأقوى (٢) من سماع الدعوى المجهولة،

خلافاً للعلامة في التذكرة في المقام (٣).

[مسألة (٣٥): إذا ثبتت الخيانة من العامل]

(مسألة ٣٥): إذا ثبتت الخيانة من العامل بالبينه أو غيرها هل له رفع يد العامل على الثمرة أو لا؟ قولان (٤)

(١) لأنه مؤتمن من المالك، و هذا معنى كونه أميناً.

(٢) و حكى عن أكثر المتأخرين، بل نسب إلى الأكثر. لعموم ما دل على سماع الدعوى من دون مخصص.

(٣) قال في التذكرة في المقام: «فان ادعى المالك عليه خيانه، أو سرقة في الثمار أو السعف أو الأغصان، أو أتلف، أو فرط بتلف، لم

تسمع دعواه حتى يحررها، فاذا حررها و بين قدر ما خان فيه، و أنكر العامل، و جب على مالك النخيل البيئه ..» و حكى ذلك عن

جماعة.

و ليس له وجه ظاهر. نعم إذا كان المجهول مردداً بين ما لا قيمة له و ما له قيمة كان عدم السماع في محله، لعدم إحراز عنوان العام.

(٤) قال في الشرائع: «و بتقدير الخيانة هل يرفع يده، أو يستأجر من يكون معه من أصل الثمرة؟. الوجه أن يده لا ترفع عن حصته ..»

و في القواعد: «الأقرب أن يده لا ترفع عن حصته»، و نحوهما عبارات غيرهما. و في الجواهر: أن احتمال رفع يده لم أجده قولاً لأحد

من أصحابنا، بل و لا لغيرهم. انتهى.

لكن في محكى المبسوط: «قيل يكثرى من يكون معه لحفظ الثمرة.

و قيل: ينتزع من يده، و يكثرى من يقوم مقامه». لكن هذا القول لم يعرف قائله. و من الغريب أنه استدل عليه في الإيضاح بعموم

النص.

و ظاهر ذلك القول به. و هو كما ترى، لجهالة النص، و كونه خلاف

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٣١

أقوامها العدم، لأنه مسلط على ماله، وحيث أن المالك أيضاً مسلط على حصته فله أن يستأجر أميناً يضمه مع العامل، والأجرة عليه، لأن ذلك لمصلحته. ومع عدم كفايته في حفظ حصته جاز رفع يد العامل (١) واستيجار من يحفظ الكل، والأجرة على المالك أيضاً (٢).

[مسألة (٣٦): قالوا: المغارسة باطله]

(مسألة ٣٦): قالوا: المغارسة باطله (٣). وهي أن يدفع أرضاً إلى غيره ليغرس فيها على أن يكون المغروس بينهما سواء اشترط كون حصته من الأرض أيضاً للعامل أو لا. ووجه

قاعدة السلطنة، كما يشير إليه المصنف (ره).

(١) كما جعله في القواعد هو الأقرب، واختاره في المسالك. و كأنه لقاعدة نفى الضرر، المقدمة على قاعدة السلطنة.

(٢) لأن الحفظ لمصلحته. هذا إذا كانت الأجرة على الحفظ فقط.

أما إذا كانت الأجرة على العمل فكونها على المالك غير ظاهر، لأن العمل من وظائف العامل في مقابل الحصه، فيجب أن يكون من ماله، كما هو ظاهر القواعد. قال: «و لو لم يمكن حفظه مع الحافظ فالأقرب رفع يده عن الثمرة، وإلزامه بأجرة عامل»، ونحوه في المسالك، وإن كانت عبارته الأولى ظاهرة في أن الأجرة عليهما معاً. لكن التعليل بأن العمل واجب عليه، وتشبيهه المقام بما إذا هرب، يدلان على أن مراده أن الأجرة على العامل لا غير.

(٣) كما هو المصرح به في كلام جماعة كثيرة، من دون نقل خلاف بينهم، بل لم يعرف قائل بالخلاف، وإن حكى عن المفاتيح أنه نقل قولاً بالصحة.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٣٢

البطلان الأصل بعد كون ذلك على خلاف القاعدة (١). بل ادعى جماعة الإجماع عليه (٢). نعم حكى عن الأردبيلي و صاحب الكفاية الإشكال فيه، لإمكان استفادة الصحة من العمومات. وهو في محله (٣) إن لم يتحقق الإجماع. ثم على

(١) وفي المسالك: «لأن عقود المعاوضات موقوفة على إذن الشارع وهي منتفية هنا»، ونحوه كلام غيره، وفي مفتاح الكرامة: أنه حجة المعظم. وقد تقدم في كلام الجواهر مكرراً: أن العمومات لا تصلح لإثبات مشروعية ما لم يثبت مشروعيتها من العقود.

(٢) حكى الإجماع صريحاً عن جامع المقاصد و مجمع البرهان، وفي الجواهر: الإجماع بقسميه على البطلان»، وفي المسالك: «المغارسة باطله عندنا وعند أكثر العامة»، ونحوه ما في غيرها.

(٣) كما عرفت مراراً. ودعوى: انصراف العمومات إلى المتعارف - مع أنها ممنوعه - لا تجدى في البطلان، لأن المغارسة أيضاً من المتعارف و لعل مراد جماعة من القائلين بالبطلان أنها مساقاة باطله لا تجرى عليها أحكام المساقاة، لا أنها باطله بكل عنوان. نظير ما تقدم في بعض شروط المساقاة من أن فقده يوجب بطلان المساقاة، لا بطلان العقد. و مثل ذلك تقدم في المزارعة و المضاربة.

والذي يتحصل مما ذكرنا: أن الوجه في بطلان المغارسة إن كان هو الأصل - كما تقدم عن المعظم - فالأصل لا يجري مع عموم صحة العقود و الاشكال على العموم بأنه لا- يصلح لتشريع ما لم يثبت تشريعه - كما في الجواهر و غيرها - مندفع بما عرفت من أنه خلاف العموم من دون قرينة عليه. و مثله الإشكال بأنه مختص بالمتعارف. مضافاً إلى أنها من المتعارف و كذا الإشكال بأنه يختص بالعقود المذكورة في كتب الفقهاء.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٣٣

البطلان يكون الغرس لصاحبه (١)، فان كان من مالك الأرض

فهذه الإشكالات نظير ما ذكره في التذكرة، قال فيها: «مسألة إذا دفع بهيمة إلى غيره ليعمل عليها و مهما رزق الله تعالى فهو بينهما فالعقد فاسد، لأن البهيمه يمكن إجارتها، فلا حاجة إلى عقد آخر عليها يتضمن الغرر. و لو قال: تعهد هذه الأغنام على أن يكون درها و نسلها بيننا فكذلك، لأن النماء لا يحصل بعمله. و لو قال: اعلف هذه من عندك و لك النصف من درها، ففعل، و جب بدل العلف على مالك الشياه، و جميع الدر لصاحب الشياه، و القدر المشروط لصاحب العلف مضمون في يده، لحصوله بحكم بيع فاسد، و الشياه غير مضمونه، لأنها غير مقابلة بالعوض».

فكان الموجب للبطلان عندهم هو الموجب له في الأمثلة المذكورة، و هو الأصل و قصور العموم عن إثبات الصحة، و لكنه - كما ترى - غير ظاهر، و مقتضى العموم الصحة في الأمثلة المذكورة. و قد تقدم مثل ذلك في المباحث السابقة. فلاحظ الشرط التاسع من شروط المضاربة.

هذا إذا كان المستند في البطلان الأصل. و أما إذا كان المستند الإجماع فيشكل بأنه لم يتضح أن مراد القائلين بالبطلان هو البطلان مطلقاً بل من الجائز أن يكون مراد بعضهم - بل أكثرهم - البطلان بعنوان المساقاة، فلا تجرى عليها أحكامها، لا البطلان تعدياً مطلقاً. (١) لعدم ما يوجب خروجه عن ملكه بعد البناء على بطلان العقد.

قال في الشرائع: «إذا دفع أرضاً إلى غيره ليغرسها على أن الغرس بينهما كانت المغارسة باطلة، و الغرس لصاحبه، و لصاحب الأرض إزالته، و له الأجرة لفوات ما حصل الاذن بسببه، و عليه أرش النقصان بالقلع»، و نحوه عبارة القواعد و غيرها. لكن المفروض في الجميع كون الغرس للعامل

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٣٤

فعلية أجرة عمل الغارس (١) إن كان جاهلاً بالبطلان (٢)،

كما هو الغالب، و في المتن تعرض للصورتين.

(١) لأن العمل مضمون بالاستيفاء، على ما عرفت في المباحث السابقة من أنه من أسباب الضمان. ثم إن هذا التقسيم ذكره في المسالك، و تبعه عليه في المتن. لكن الذي يظهر من عبارة الشرائع المتقدمة و غيرها:

أن المغارسة أن يكون الغرس من العامل لا غير، فتكون الأرض من أحدهما و الغرس من الآخر. فالتعدي إلى غير هذه الصورة - كما في المسالك و المتن - غير ظاهر.

(٢) قد تقدم من المصنف (ره) هذا القيد في موارد من المباحث السابقة، و تقدم الاشكال عليه بأن العلم بالبطلان لا يقتضى التبرع. نعم في المقام يكون العلم بالبطلان موجباً للعمل بحرمة التصرف في الغرس، و حينئذ لا يستوجب الأجرة، إذ لا أجرة على الحرام. و قد تقدم ذلك في بعض المباحث السابقة. لكن هذا الاشكال - إن تم - منع من استحقاق الأجرة في صورة جهلها، لأن الأجرة إنما كانت مضمونة على المالك بالاستيفاء، و الاستيفاء لا يعقل مع انتفاء إذنه. و الالتزام بثبوت الاذن مع الجهل دون العلم كما ترى، إذ الاذن إن كانت مقيدة بالمساقاة الصحيحة فهي مفقودة، في المقامين، كما هو المفروض، فلا إذن في المقامين، فلا يتحقق الاستيفاء في المقامين. و إن كانت غير مقيدة بها فالإذن موجودة في المقامين، فلا موجب للحرمة لا في صورة الجهل، و لا في صورة العلم.

و احتمال أن المعاملة الصحيحة من قبيل الداعي إلى الاذن، فانفاؤها لا يوجب انتفاء الإذن، لأن الداعي في الحقيقة هو الوجود العملي الاعتقادي و هو حاصل، و انتفاء الوجود الواقعي لا يقتضى انتفاءه، و حينئذ يصدق الاستيفاء حقيقة في حال الجهل. مدفوع: بأن مقتضى ذلك عدم جواز

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٣٥

و إن كان للعامل فعلية أجره الأرض للمالك مع جهله به (١)،

إجبار العامل على قلع الغرس إذا كان الغرس له، لأن غرسه بإذن من المالك، مع أنه لا إشكال عندهم في جواز ذلك. و من ذلك يشكل الجمع مع جهل المالك بين صدق الاستيفاء الموجب لضمانه و بين البناء على حرمة عمل العامل إذا كان عالماً، لعدم كونه مأذوناً، و بين وجوب قلع الغرس إذا كان له، لعدم كونه مأذوناً في غير غرسه.

و التحقيق: أنه إذا كان المتعاملان في مقام إيقاع المعاملة الشرعية فمع البطلان لا استيفاء، و لا إذن في العمل، فيكون فعل العامل غير مأذون فيه، فلا يستحق عليه أجراً إذا كان الغرس للمالك، و يجب عليه قلعه إذا كان الغرس له، لأن الإذن منوطه بوجود المفهوم شرعاً. و هو مفقود فلا يجوز للعامل أن يطالب المالك بالأجرة لاستيفاء عمله، لانتهاء الإذن الموجب لصدق الاستيفاء و يجوز للمالك أن يقول للعامل: فعلت بغير إذني، فلا يستحق أجراً، كما يجوز أن يقول: غرست غرسك في ملكي بغير إذني فقلعه.

و إذا لم يكن المتعاملان في مقام المعاملة الشرعية، بل في مقام إيقاع معاملة بينهما و الجرى عليها، فالإذن في التصرف جريان على تلك المعاملة حاصل. و حينئذ يصدق الاستيفاء، و يكون الفعل حلالاً و إن كانا عالمين.

و حينئذ لا يجوز للمالك المطالبة بقلع الغرس إذا كان الغرس للعامل و كان يحصل الضرر بقلعه، لأنه كان بإذن من المالك، فلا يدخل تحت

قوله (ص): «ليس لعرق ظالم حق» (١).

(١) و كذا مع علمه، لأنه لم يأذن للعامل في غرس شجره مجاناً، و إنما أذن له في غرسه بعوض، فإذا فات العوض استحق الأجرة شرعاً.

(١) الوسائل باب: ٣٣ من أبواب كتاب الإجارة حديث: ٣. و باب: ٣ من كتاب الغصب حديث: ١. لكن الحديث في الموضوعين مروى عن الامام الصادق (ع).

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٣٦

و له الإبقاء بالأجرة (١)، أو الأمر بقلع الغرس (٢)، أو قلعه بنفسه (٣)، و عليه أرش نقصانه إن نقص من جهة القلع.

(١) لأن الإذن في نصب الغرس لا يوجب خروج الأرض عن سلطنة المالك. فيكون له المطالبة بالأجرة لها.

(٢) لأنه مقتضى سلطنة المالك على أرضه، فيكون له إخلاؤها من غرس العامل.

(٣) هذا لا يكون عدلاً لما قبله، و إنما يجوز مع تعذر ما قبله، لأنه تصرف في ملك الغير بغير إذنه فيحرم. نعم إذا امتنع من قلع غرسه جاز لمالك الأرض قلعه، لقاعدة السلطنة على أرضه، الموجبة لقدرته على إخلائها من غرس غيره.

و ربما يعارض بأن مباشرة القلع بنفسه تصرف في ملك الغير بغير إذنه و هو خلاف سلطنة مالكة عليه، و حينئذ يقع التعارض بين قاعدة السلطنة على الأرض بالنسبة لمالكها و قاعدة السلطنة على الغرس بالنسبة لمالكه. و فيه: أن قاعدة السلطنة لا تجرى إذا كانت موجبة للعدوان فان منع تصرف مالك الأرض في الغرس موجب للعدوان على أرضه.

و كذلك إذا كان صاحب الغرس يريد قلع غرسه و كان صاحب الأرض بمنعه عن ذلك، فإنه يجوز له قلع غرسه و إن أدى إلى التصرف في الأرض.

بل الظاهر فيما لو أخذ السارق فرسا و ربطها في بيته أنه يجوز لمالك الفرس دخول البيت و أخذ الفرس، فتكون قاعدة السلطنة لمالك الفرس مسوغة لدخول بيت السارق، لعدوانه المانع من سلطنته على ماله إذا كانت موجبة للعدوان. و هناك وجوه في ترجيح

سلطنة مالك الأرض في الفرض تعرضنا لها في نهج الفقاهة في بعض مباحث خيار الغبن.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٣٧

و يظهر من جماعة (١) أن عليه تفاوت ما بين قيمته قائماً و مقلوعاً. و لا دليل عليه (٢) بعد كون المالك مستحقاً للقلع. و يمكن حمل كلام بعضهم على ما ذكرنا (٣) من أرش النقص الحاصل بسبب القلع إذا حصل، بأن انكسر مثلاً، بحيث لا يمكن غرسه في مكان آخر. و لكن كلمات الآخرين لا تقبل هذا الحمل، بل هي صريحة في ضمان التفاوت بين القائم و المقلوع، حيث قالوا: مع ملاحظة أوصافه الحالية من كونه في معرض الإبقاء مع الأجرة أو القلع. و من الغريب ما عن المسالك (٤) من ملاحظة كون قلعه مشروطاً بالأرش لا مطلقاً

(١) هو ظاهر عبارة الشرائع المتقدمة و نحوها. إذ لو كان المراد من النقصان الكسر و نحوه كان اللازم أن يقال: عليه أرش النقصان بالقلع إن حدث، فعدم التقييد بذلك يدل على أن المراد النقصان اللازم للقلع.

(٢) قد عرفت الاشكال فيه، فان لازم ذلك عدم ضمان أجرة العامل لو كان الغرس للمالك، فبناؤهم على الضمان يلازم الاذن في غرس العامل، و الاذن تستلزم ضمان الصفة الحاصلة من نصب الغرس في الأرض الفائتة بقلعه.

(٣) هذا الحمل بعيد عن كلامهم و عن مبناهم.

(٤) قال فيها: «و المراد بالأرش تفاوت ما بين قيمته في حالتيه على الوضع الذي هو عليه و هو كونه باقياً بأجرة و مستحقاً للقلع بالأرش و كونه مقلوعاً، لأن ذلك هو المعقول من أرش النقصان. لا تفاوت ما بين قيمته قائماً مطلقاً و مقلوعاً، إذ لا حق له في القيام كذلك، ليقوم بتلك الحالة.»

و لا تفاوت ما بين كونه قائماً بأجرة و مقلوعاً، لما ذكرنا، فان استحقاقه

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٣٨

.....

للأرش بالقلع من جملة أوصافه. و لا تفاوت ما بين كونه قائماً مستحقاً للقلع و مقلوعاً، لتخلف بعض أوصافه أيضاً، كما بيناه. و لا بين كونه قائماً مستحقاً للقلع بالأرش و مقلوعاً، لتخلف وصف القيام بأجرة.

و هذه الوجوه المنفية ذهب إلى كل منها بعض. اختار الثاني منها الشيخ على (ره) و الأخير فخر الدين في بعض ما ينسب إليه، و الآخران ذكرهما من لا يعتد بقوله. و الأول مع سلامته من ذلك لا يخلو من دور لأن معرفة الأرش فيه متوقفة على معرفته، حيث أخذ في تحديده.

و الظاهر أن القيمة لا تختلف باعتباره. و أن تقديره كذلك كتقديره مقلوعاً و قائماً بأجرة، فلا يضر مثل هذا الدور.

و لا يخفى ما فيه من التهافت، فان ما ذكره في رفع إشكال الدور راجع إلى عدم اعتبار ملاحظة الأرش، و هو عين الوجه الثاني، الذي نفاه و نسبه إلى الشيخ على، فما الذي دعا إلى نفيه أولاً و البناء عليه أخيراً؟! ثم إن الدور لا يختص بما ذكره هو من الوجه الأول، بل يجرى في الوجه الأخير الذي نسبه إلى الفخر، لذكر الأرش فيه أيضاً، فإن كان ذكره موجباً للدور فالوجه الأخير كذلك. و إن كان الظاهر ارتفاع الدور بالاختلاف بالتفصيل و الاجمال.

ثم إنه لا يظهر وجه لاستغراب ما في المسالك بخصوصه، لاشتراك الوجوه الخمسة - المذكورة فيها المنسوبة إلى قائلها - في ضمان الصفة الخاصة الحاصلة بالنصب الزائلة بالقلع، على اختلافها في كيفية التقويم، و قد عرفت أنه هو التحقيق بعد أن كان النصب بإذن مالك الأرض، و ليس داخلاً في

قوله (ص): «ليس لعرق ظالم حق».

و لأجل ذلك قد يشكل جواز قلع المالك له، لأنه ضرر على صاحب الغرس. و دفع قيمة ما به التفاوت تداركاً للضرر لا يوجب عدم جريان قاعدة نفي الضرر المانعة

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٣٩

.....

من جواز القلع.

و الذى يتحصل مما ذكرنا: أنه بعد أن تبين فساد المعاملة تجرى قاعدة السلطنة فى حق مالك الأرض، فتقتضى جواز إفراغ أرضه بقلع الغرس، إذا لم يكن قلعه موجباً للضرر على صاحب الغرس، كما إذا لم تمض مدة على نصب الغرس. أما إذا مضت مدة عليه و استقر نصبه، و كان فى قلعه فوات صفة فيه، فقد صار قلعه موجباً للضرر على صاحبه، فتجربى قاعدة نفي الضرر، و تمنع من قلعه، و من جريان قاعدة السلطنة فى حق مالك الأرض، لأنها مقدمة و حاكمة عليها. و دفع ما به تدارك الضرر لا يوجب سقوط قاعدة نفي الضرر.

نعم إذا كان بقاء الغرس فى الأرض موجباً للضرر على مالك الأرض جرت قاعدة نفي الضرر فى حق مالك الأرض، فتسقط القاعدة فى الطرفين للتعارض بين التطبيقين، و يرجع إلى قاعدة السلطنة فى حق مالك الأرض المقتضية الجواز القلع.

لكن لم يتضح ما يوجب ضمان مالك الأرض للصفة الحاصلة من النصب إذا كان المباشر للقلع مالك الغرس، فإن إتلاف الصفة مستند إليه لا إلى الأمر بالقلع، خصوصاً إذا كان فعل المباشر القلع بداعى امتثال أمر الله تعالى، لا امتثال أمر مالك الأرض، فإن الأمر بالإتلاف لا يوجب ضمان الأمر به. أما إذا كان المباشر للقلع هو مالك الأرض كان ضمانه للصفة التالفه فى محله، لأن تلفها بفعله. و حينئذ إذا أريد تقويم الصفة يقوم الشجر غير مستحق للبقاء، لا مجاناً و لا بأجرة، لأنه الحال الذى عليه الشجر حين القلع. و لا وجه لما ذكر فى المسالك من تقويمه باقياً بأجرة فإن ذلك ليس من حال الشجر حين القلع. نعم يقوم مضموناً بالأرض لا مستحقاً للقلع مجاناً. فإنه غير الحال الذى عليه الشجر حين القلع فلاحظ و تأمل.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٤٠

فان استحقاقه للأرض من أوصافه و حالاته، فينبغى أن يلاحظ أيضاً فى مقام التقويم. مع أنه مستلزم للدور، كما اعترف به.

ثم إنه إن قلنا بالبطلان (١) يمكن تصحيح المعاملة بإدخالها تحت عنوان الإجارة (٢) أو المصالحة أو نحوهما (٣) مع مراعاة شرائطهما، كأن تكون الأصول مشتركة بينهما (٤)، إما بشرائها بالشركة أو بتمليك أحدهما للآخر نصفاً منها- مثلاً- (٥) إذا كانت من أحدهما فيصالح صاحب الأرض مع العامل بنصف منفعة أرضه مثلاً أو بنصف عينها على أن يشتغل بغرسها و سقيه إلى زمان كذا (٦) أو يستأجره للغرس و السقى إلى

(١) يعنى: بعنوان المساقاة، لا مطلقاً.

(٢) بأن يكون الغرس من مالك الأرض، فيستأجر العامل على أن يغرسه بأجرة نصف الغرس، أو مع نصف الأرض. أو يكون الغرس من العامل، فيستأجر الأرض على أن يغرس فيها غرسه، و تكون الأجرة نصف ذلك الغرس. و حينئذ لا- يكون للعامل حصه من الأرض. و يشكل مثل هذه الإجارة إذا لم تذكر المدة. و لو فرض ذكر المدة فسيأتى فى كلام المصنف.

(٣) كان المناسب أن يقول: أو غيرهما. إذ لم يعهد عقد هو نحو الإجارة و المصالحة.

(٤) هذا لا- حاجة إليه فى إيقاع المصالحة، فيمكن أن يكون الغرس لصاحب الأرض فقط، فيقول للعامل: صالحتك على أن تغرس

غرسى فى أرضى و يكون لك نصفه و نصف أرضى.
 (٥) يعنى: أو ربعاً منها أو ثلثاً، على اختلاف الأغراض و الفروض.
 (٦) لا حاجة إلى تعيين الزمان فى الصلح، فيصلحه على أن يغرس
 مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٤١
 زمان كذا (١) بنصف منفعة الأرض مثلاً.

[مسألة ٣٧] إذا صدر من شخصين مغارسة و لم يعلم كيفيتها

(مسألة ٣٧) إذا صدر من شخصين مغارسة و لم يعلم كيفيتها و انها على الوجه الصحيح أو الباطل - بناء على البطلان - يحمل فعلهما على الصحة (٢) إذا ماتا أو اختلفا فى الصحة و الفساد.

نصف غرسه فى أرضه، و يكون له نصف منفعة أرضه دائماً ما دام الغرس بلا تحديث مدة.

(١) لازم هذا التحديد أنه إذا انتهت المدة يستحق صاحب الأرض على العامل أجره بقاء حصته من الغرس فى الأرض. و يمكن الاشكال على ما ذكره بأن الإجماع على البطلان - الذى سبق نقله - إن كان على عنوان المساقاة لا غير، أمكن التصحيح للمغارسة لا بعنوان المساقاة، و لا حاجة إلى تكلف دخولها فى الإجارة أو المصالحة أو غيرهما. و إن كان على نفس المضمون بأى عنوان كان، كان مقتضاه بطلان المغارسة حتى إذا كانت داخله فى الإجارة أو المصالحة أو غيرهما. و تكلف الإدخال لا يجدى فى تصحيحها، فلاحظ و تأمل.

(٢) عملاً بأصالة الصحة، المعمول عليها عند المتشرعة و العقلاء. و الله سبحانه و لى التوفيق، و هو حسبنا و نَعْمَ الْوَكِيلُ. إلى هنا تمّ ما أريد شرحه من كتاب المساقاة، على يد مؤلفه الفقير إلى رحمة ربه الرحمن الرحيم و كرم مولاه أكرم الأكرمين. و هو فى جوار الحضرة العلوية المقدسة، على مشرفها أفضل الصلاة و السلام. عند منتصف الليلة المباركة ليوم المبعث الشريف، السابع و العشرين من شهر رجب المكرم، فى السنة السابعة و الثمانين بعد الألف و الثلاثمائة هجرية، على صاحبها و آله البررة الكرام أفضل التحية و أزكى السلام. و أنا الحقير «محسن» ابن السيد «مهدي»، و ابن السيد «صالح» ابن السيد «أحمد» ابن السيد مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٤٢

[تذييب]

تذيب

فى الكافى عن أبى عبد الله (ع): «من أراد أن يلقح النخل إذا كان لا وجود عملها و لا يتبعل بالنخل فيأخذ حيتاناً صغاراً يابساً فيدقها بين الدقين ثم يذر فى كل طلعة منها قليلاً و يصر الباقي فى صرة نظيفة ثم يجعله فى قلب النخل ينفع بإذن الله تعالى» (١).

و

عن الصدوق فى كتاب العلل بسنده عن عيسى بن جعفر العلوى عن آبائه (ع): «ان النبى (ص) قال: مر أخى عيسى بمدينة فإذا فى ثمارها الدود فسألوا إليه ما بهم فقال (ع): دواء هذا معكم و ليس تعلمون. أنتم قوم إذا غرستم الأشجار صببتم التراب، و ليس هكذا يجب، بل ينبغى أن تصبوا الماء فى أصول الشجر ثم تصبوا التراب، كى

«محمود» ابن السيد «إبراهيم» الطيب ابن السيد «على» الحكيم ابن السيد «مراد» ابن السيد «أسد الله» ابن السيد مير «جلال الدين» الأمير

ابن مير سيد «حسن» ابن المير «مجد الدين» ابن مير «قوام الدين» ابن مير «إسماعيل» ابن أبي المكارم مير «عباد» ابن مير أبي المجد «على» ابن مير «عباد» أبي الفضل ابن مير «على» أبي هاشم «أميركا» ابن مير «حمزة» و هو عباد بن أبي المجد ابن مير «إسحاق» أبي المجد ابن مير «طاهر» أبي هاشم ابن مير «على» أبي الحسين الشاعر ابن مير «محمد» أبي الحسن الشاعر ابن مير «أحمد» فتوح الدين ابن مير «محمد» أبي جعفر الأصغر بن «أحمد» الرئيس أبي العباد ابن «إبراهيم» طباطبا ابن «إسماعيل» الديباج أبي إبراهيم الشريف الخلاص ابن «إبراهيم» الغمر

(١) الوسائل باب: ٦ من أبواب المزارعة و المساقاة حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٤٣

لا يقع فيه الدود، فاستأنفوا كما وصف فأذهب عنهم ذلك» (١)

و

في خبر عن أحدهما (ع): «قال: تقول إذا غرست أو زرعت: و مثل كَلِمَةً طَيِّبَةً كَشَجَرَةٍ طَيِّبَةٍ أَصْلُهَا ثَابِتٌ وَ فَرْعُهَا فِي السَّمَاءِ تُؤْتِي أُكْلَهَا كُلَّ حِينٍ يَأْذِنُ رَبُّهَا» (٢).

و

في خبر آخر: «إذا غرست غرسا أو نبثا فاقرا على كل عود أو حبة سبحان الباعث الوارث فإنه لا يكاد يخطئ إن شاء الله» (٣) ابن «الحسن» المثنى ابن الامام المجتبي «الحسن» الزكي ابن «على» بن «أبي طالب» أمير المؤمنين و سيد الوصيين و قائد الغر المحجلين، صلوات الله و سلامه عليه و على أولاده الأئمة المعصومين، الغر الميامين. و بتمامه تمّ و شرح كتاب العروة الوثقى لمؤلفه الفقيه الأعظم السيد «محمد كاظم» الطباطبائي اليزدي قدس سره. وَ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ*.

(١) الوسائل باب: ٢ من أبواب كتاب المزارعة و المساقاة حديث: ١.

(٢) الوسائل باب: ٥ من أبواب كتاب المزارعة و المساقاة حديث: ٥.

(٣) الوسائل باب: ٥ من أبواب كتاب المزارعة و المساقاة حديث: ٤.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٤٤

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ*

[كتاب الضمان]

إشارة

كتاب الضمان و هو من الضمن (١)، لأنه موجب لتضمن ذمة الضامن للمال الذي على المضمون عنه للمضمون له، فالتون فيه أصلية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ* و الصلاة و السلام على رسوله و آله الطاهرين.

كتاب الضمان

(١) قال في المسالك: «الضمان عندنا مشتق من الضمن، لأنه يجعل ما كان في ذمته من المال في ضمن ذمته أخرى، أو لأن ذمته الضامن تتضمن الحق. فالنون فيه أصلية، بناء على أنه ينقل المال من الذمة إلى الذمة. وعند أكثر العامة: أنه غير ناقل، وإنما يفيد اشتراك الذمتين، فاشتقاقه من الضم و النون فيه زائدة، لأنه ضم ذمته إلى ذمته، فيتخير المضمون له في المطالبة». لكن في كونه عندنا مشتقاً من الضمن خفاء فمن الجائز أن يكون الضمن مشتقاً منه، فيكون معنى كون الشيء في ضمن شيء آخر: أنه في عهده. وكذا معنى قولنا: إن كذا تضمن كذا، أو مضمون العبارة كذا. وضمنت قصيدتي آية أو بيتاً من شعر فلان، ونحو ذلك، فإن معنى ذلك وإن كان الظرفية، لكن يمكن أن تكون الظرفية مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٤٥

كما يشهد له سائر تصرفاته من الماضي والمستقبل وغيرهما. وما قيل من احتمال كونه من الضم (١) فيكون النون زائدة (٢)، واضح الفساد، إذ- مع منافاته لسائر مشتقاته- (٣) لازمه كون الميم مشددة (٤). وله إطلاقان: (٥). إطلاق بالمعنى الأعم الشامل للحوالة والكفالة أيضاً، فيكون بمعنى التعهد بالمال أو النفس. وإطلاق بالمعنى الأخص، وهو التعهد بالمال عينا أو منفعة أو عملا، وهو المقصود من هذا الفصل.

[و يشترط فيه أمور]

إشارة

و يشترط فيه أمور:

- موجبة للتعهد. وبالجملة: الضمن معناه الظرفية، ولازمها نوع من التعهد:
- و الضمان هو التعهد ولازمه نوع من الظرفية، فيحتمل أن يكون كل واحد منها أصلا للآخر. ومقتضى كثرة استعمال الضمان و مشتقاته كونه أصلا للآخر، لا فرعاً عليه.
- (١) تقدمت حكايته عن أكثر العامة.
- (٢) نظير: الجولان، و النزوان، و الجريان، و الحيوان، و الضربان و غيرها مما هو كثير. و يختص غالباً بما كان فيه حركة و قلب، كما ذكره ابن مالك في منظومته.
- (٣) لأن زيادة النون في المصدر تقتضى خلو سائر المشتقات منها، مع أنها موجودة فيها. اللهم إلا أن يكون المراد الاشتقاق الكبير.
- (٤) ليكون الفعل ثلاثياً لا ثنائياً.
- (٥) كما نص على ذلك جماعة، منهم المحقق و الشهيد الثانيان في جامع المقاصد و المسالك. و في الشرائع: «كتاب الضمان. و هو عقد شرع للتعهد بمال أو نفس. و التعهد بالمال قد يكون ممن عليه للمضمون
- مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٤٦
-

عنه مال، و قد لا يكون، فهنا ثلاثة أقسام»، فجعل الضمان مقسماً للأقسام الثلاثة. لكن قال بعد ذلك: «القسم الأول في ضمان المال ممن ليس للمضمون عنه عليه مال. و هو المسمى بالضمان بقول مطلق». و نحوه في القواعد. و في الجواهر: أنه- يعنى: الأخير- المعنى الحقيقي المتبادر عند الإطلاق، و ما تقدم من تقسيم الضمان إلى الثلاثة بحسب المعنى المجازى بالعارض، و إن كان هو في الأصل

المعنى الحقيقي، لكنه هجر. أو أنه على جهة الاشتراك اللفظي بين المعنى الخاص و العام و الاشتهار قرينة على إرادة الخاص. أو أنه باق على الاشتراك المعنوي و الاشتهار قرينة على إرادة الخاص عند الإطلاق. لكن ما ذكر من الاحتمالات الثلاثة كلها بعيدة عن المراد. و أبعد منها ما ذكره في المسالك: من أن الفرق بين مطلق الضمان و الضمان المطلق هو الفرق بين مطلق الماء و الماء المطلق، و كما أن مطلق الماء ينقسم الى المطلق و المضاف، كذلك مطلق الضمان ينقسم الى الضمان المطلق و الضمان المقيد. فان مطلق الماء ليس جامعاً بين الماء المطلق و المضاف، بل هو جامع بين أفراد الماء المطلق، مطلقها و مقيدها، و كذلك مطلق الضمان إنما يكون جامعاً بين أفراد الضمان بالمعنى المقابل للحوالة و الكفالة، لا جامعاً بينه و بين الحوالة و الكفالة. و لا جامع بين الماء المطلق و المضاف حقيقي، و إنما هو اعتباري، و هو ما يسمى ماء، مثل الجامع بين معاني المشترك اللفظي.

و التحقيق: أن للضمان معنيين: عرفي. و هو التعهد بالمال أو النفس و اصطلاحى: و هو الضمان الخاص. فإذا أطلق الضمان فى العرف كان المراد منه المعنى العام الشامل للضمان. و إذا أطلق عند الفقهاء كان المراد منه المعنى الخاص لا غير. فان كان مراد الشهيد ذلك كان فى محله، و إن كان غيره كان محلاً للنظر، كما يظهر بالتأمل.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٤٧

[أحدها: الإيجاب]

أحدها: الإيجاب. و يكفى فيه كل لفظ دال (١).

بل يكفى الفعل الدال- و لو بضميمة القرائن- على التعهد و الالتزام بما على غيره من المال.

[الثانى: القبول من المضمون له]

الثانى: القبول من المضمون له. و يكفى فيه أيضاً كل ما دل على ذلك من قول أو فعل (٢). و على هذا فيكون من العقود المفتقرة إلى الإيجاب و القبول. و كذا ذكره (٣). و لكن لا يبعد دعوى عدم اشتراط القبول على حسد سائر العقود اللازمة، بل يكفى رضى المضمون له سابقاً أو لاحقاً، (٤) كما عن الإيضاح و الأردبيلي، حيث قال: يكفى فيه الرضا

(١) هذا مما لا ينبغي الإشكال فيه، لتحقق الإنشاء بذلك، الموجب لصدق العنوان. و لأجل ذلك نقول بكفاية الفعل لتحقق الإنشاء به تحققة بالقول، فان الفعل و ان كان فى نفسه خالياً عن الدلالة على شىء، لكن بتوسط القرائن يكون دالاً على إنشاء العنوان، كالقول، فان لم يكن دالاً لم يكف فى صدق العنوان عرفاً، و ان قصد به الإنشاء.

(٢) لما سبق فى الإيجاب.

(٣) قد عرفت عبارة الشرائع و القواعد. و نحوها غيرها مما تضمن أن الضمان عقد. و فى جامع المقاصد: أن الضمان عقد إجماعاً.

(٤) قال فى الخلاف: «ليس من شرط صحة الضمان رضاهما أيضاً».

و ان قيل: إن من شرطه رضى المضمون له كان أولى. و هو صريح فى عدم لزوم الرضا فضلاً عن القبول. و احتج على ذلك بضمان أمير المؤمنين عليه السلام و أبى قتادة الدين عن الميت

[١]، و لم يسأل النبى (ص) عن

[١] المحكى فى الخلاف: ان أمير المؤمنين ضمن درهمين عن الميت، فقال النبى (ص) له:-

و لا يعتبر القبول العقدي. بل عن القواعد: (١) و في اشتراط قبوله احتمال، و يمكن استظهاره من قضية الميت المديون الذي امتنع النبي (ص) أن يصلى عليه حتى ضمنه على (ع).

رضا المضمون له. و فيه: أن عدم السؤال أعم من عدم اعتبار الرضا، كما هو ظاهر، إذ من الجائز اطلاعه (ص) على حصول الرضا فلم يسأل عنه. و لذلك قيل: إنه قضية في واقعة لا عموم فيها. و في الجواهر: أن اشتمال الخبر على وقوع الضمان يدل على وقوع الرضا، لأن الضمان عقد مؤلف من الإيجاب و القبول، فالأخبار عنه إخبار عنهما. لكن

في صحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله (ع): «في الرجل يموت و عليه دين فيضمنه ضامن للغرماء. فقال (ع): إذا رضى به الغرماء فقد برئت ذمة الميت» (١)

و ظاهر اشتراط الرضا في الجواب: أنه أمر زائد على الضمان، و أنه يتحقق و إن لم يرض المضمون له. و على هذا فوقع الضمان لا يدل على الرضا و لا على القبول. فاللازم في الجواب عن احتجاج الشيخ (ره) ما ذكرنا. هذا بناء على ثبوت الخبر. لكنه محل تأمل. و حينئذ فالاحتجاج به غير ظاهر و ان سلمت الدلالة. مضافاً إلى أنه إذا تمت دلالة الخبر على عدم اعتبار الرضا كان معارضاً لصحيح ابن سنان المذكور

، فيتعين حملة على الصحيح، لا حمل الصحيح عليه، لأن الصحيح أظهر دلالة.

(١) قال في القواعد: «و في اشتراط قبول احتمال». و في جامع

و جزاك الله من الإسلام خيراً، و فك رهانك كما فككت رهان أخيك». و المحكى أيضاً: أن أبا قتادة ضمن دينارين عن ميت، فقال (ع) له: هما عليك، و الميت منهما برئ. (٢) منه قد سره

(١) الوسائل باب: ٢ من أبواب كتاب الضمان حديث: ١.

(٢) الوسائل باب: ٣ من أبواب كتاب الضمان حديث: ٢، ٣.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٤٩

و على هذا فلا يعتبر فيه ما يعتبر في العقود من الترتيب و الموالاة

المقاصد- في شرحه- قال: «ينشأ من واقعة على (ع)، و التمسك بالأصل. و الأصح الاشتراط، لأن الضمان عقد إجماعاً فلا بد فيه من القبول.

و لأن المال للمضمون له، فكيف يملك شخص نقله الى ذمته بغير رضاه؟.

و قضية على (ع) واقعة في عين لا عموم لها. و لا أصل في هذا، بل الأصل عدم شرعيته إلى أن يثبت.

أقول: دعوى الإجماع على كون الضمان عقداً و إن كان يقتضيها ما عرفت من عبارة الشرائع و نحوها، لكن خلاف الخلاف في اعتبار الرضا يوهنها جداً. بل عبارة القواعد مثل عبارة الشرائع صريحة في كونه عقداً و مع ذلك جعل اعتبار قبول المضمون له احتمالاً، وربما يدل ذلك على كون المراد من كونه عقداً: أنه عند العرف لا عند الشارع. و حينئذ يسهل المنع عن ذلك، فان الضمان تعهد بالمال و هو- بمنزلة الوعد- قائم بنفس المتعهد. و يشير الى ذلك صحيح ابن سنان المتقدم، حيث جعل الرضا شرطاً زائداً على الضمان، و أنه

يتحقق وإن لم يرض المضمون له. إلا أن يقال: إن الضمان ليس بمنزلة الوعد تعهداً محضاً، وإنما هو نقل مال المضمون له من ذمة المدين إلى ذمة الضامن، ولما كان نقله تصرفاً بمال الغير، كان قائماً بالغير فهو عقد قائم بين الضامن والمضمون له، كما أشار إلى ذلك في جامع المقاصد. وأما صحيح ابن سنان فيمكن حمله إذاً على مجرد إيجاب الضامن وإنشائه، كما يطلق ألفاظ سائر العقود على إنشاء إيجابها فيقال: باع زيد على عمرو فلم يقبل عمرو، ويكون المراد من رضا المضمون له قبوله، لا مجرد الرضا النفساني. اللهم إلا أن يقال: الضمان عندنا نقل ما في ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن. وحكى عن أبي ثور وابن أبي ليلى وابن شبرمة وداود أيضاً.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٥٠

.....

و عن الشافعي و باقي الفقهاء: أنه لا نقل فيه من ذمة إلى ذمة، بل هو ضم ذمة إلى ذمة، و المضمون له مخير في أن يطالب أيهما شاء. و هذا الاختلاف لا يجوز أن يكون في المفهوم، ضرورة أن المفهوم المنشأ عندهم هو المفهوم المنشأ عندنا، فلا بد أن يكون مفهومه ما به الاشتراك بيننا و بينهم، و أما ما به الاختلاف فهو خارج عن المفهوم. و على. هذا فليس الضمان الا التعهد بالدين و شغل الذمة به، من دون تعرض فيه الى نقل الدين، بل هو من الأحكام المستفادة من الأدلة الخاصة الآتية. و لأجل ذلك يظهر أنه من المفاهيم الإيقاعية دون العقدية، لعدم تعرض الضامن لشؤون غيره نفساً أو مالا، و لا تصرف منه في ذلك. و لأجل ذلك يجب الأخذ بظاهر صحيح ابن سنان المتقدم

، و لا- موجب للتصرف فيه بحمله على الإيجاب الناقص، كما ذكرنا سابقاً، بل يحمل على ما هو الظاهر من الضمان الكامل، و أن حكمه اعتبار الرضا من المضمون له شرطاً به على نحو لا يصح بدونه. و يشهد بما ذكرنا تفسير الفقهاء للضمان: بأنه تعهد بمال، في قبال الحوالة التي هي تعهد بنفس. فكما أن التعهد بالنفس ليس إلا محض التعهد بالنفس، كذلك التعهد بالمال، ليس الا التعهد به، من دون تعرض لنقل التعهد من غيره إليه. و قد عرفت في الشراء و غيرها الضمان بالمعنى الأعم- حسبما ذكره- بأنه تعهد بالمال أو النفس. فهما على وتيرة واحدة.

و من ذلك كله يظهر أنه لا مقتضى لاعتبار قبول المضمون له. نعم لا بأس باعتبار رضاه، كما تضمنه صحيح ابن سنان. و لا سيما أن من أحكامه انتقال الضمان، و ربما كان ذلك ضرراً على المضمون له مالياً أو أدبياً، لا يجوز ارتكابه بلا رضاه. و إن كان هذا الوجه لا يقتضى اعتبار رضاه إلا مع لزوم الضرر، بخلاف الصحيح فإنه يقتضيه مطلقاً.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٥١

و سائر ما يعتبر في قبولها. و أما رضى المضمون عنه فليس معتبراً فيه (١)، إذ يصح الضمان التبرعي، فيكون بمنزلة وفاء دين الغير تبرعاً حيث لا يعتبر رضاه. و هذا واضح فيما لم يستلزم الوفاء أو الضمان عنه ضرراً عليه أو حرجاً (٢)، من حيث كون تبرع هذا الشخص لوفاء دينه منافياً لشأنه، كما إذا تبرع وضع ديناً عن شريف غنى قادر على وفاء دينه فعلاً.

[الثالث: كون الضامن بالغاً عاقلاً]

الثالث: كون الضامن بالغاً عاقلاً، فلا يصح ضمان الصبي و ان كان مراهقاً، (٣) بل و إن أذن له الولي على إشكال (٤)

(١) هذا موضع وفاق، كما في المسالك. و في الجواهر: «بلا خلاف أجد فيه، بل الإجماع بقسميه عليه». لما ذكره في المتن.

(٢) أما إذا استلزم ذلك فقاعدة نفي الضرر و الحرج مانعتان من الصحة.

(٣) إجماعاً حكاها جماعة. لقصور سلطنة الصبي عن التصرف في ماله.

(٤) ظاهرهم الاتفاق عليه، فقد فصلوا في ضمان العبد بين إذن المولى و عدمه، و لم يفصلوا هنا و لا في المجنون، بناء منهم على قصور عبارتهما. لكنه في الصبي غير ظاهر إذا كان مميزاً، لانصراف أدلة المنع من نفوذ تصرفه عن صورة إذن الولي، بل لعل قوله تعالى (وَ ابْتُلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ ..) «١» ظاهر في صحته تصرفه بإذن الولي. و كذا رواية السكوني عن أبي عبد الله (ع): «نهى رسول الله صلى الله عليه و آله عن كسب الإمام فإنها إن لم تجد زنت، إلا أمة قد عرفت بصنعته يد. و نهى عن كسب الغلام الصغير الذي لا يحسن صناعته»

(١) النساء: ٦.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٥٢

و لا ضمان المجنون، (١) إلا إذا كان أدواريا في دور إفاقته (٢) و كذا يعتبر كون المضمون له بالغاً عاقلاً (٣). و أما المضمون عنه فلا يعتبر فيه ذلك (٤)، فيصح كونه صغيراً أو مجنوناً. نعم لا ينفع إذنهما في جواز الرجوع بالعوض (٥).

[الرابع: كونه مختاراً]

الرابع: كونه مختاراً، فلا يصح ضمان المكره (٦).

بيده، فإنه إن لم يجد سرق» (١).

و قد تعرضنا لذلك في مباحث الإجارة من هذا الشرح. فلاحظ.

(١) قصور عبارته عند العقلاء ظاهر، فلا يدخل عقده في أدلة الصحة و إن أذن له الولي.

(٢) هذا الاستثناء منقطع.

(٣) لما تقدم من اعتبار رضاه، الذي لا يصح من غير البالغ إلا بإذن وليه، و لا من المجنون مطلقاً.

(٤) إذ لا دخل له في صحة الضمان على ما عرفت.

(٥) لأن ذلك من أحكام أذن المضمون له كما سيأتي و إذنهما تصرف منفي بأدلة قصور سلطنتهما.

(٦) إجماعاً، لحديث نفي الإكراه

«٢»، بناء على كون المراد منه رفع السببية، و لو بقريته استدلال الامام (ع) به

في صحيح البنزطي عن أبي الحسن (ع): «في الرجل يستكره على اليمين فيحلف بالطلاق و العتاق و صدقته ما يملك، أ يلزمه ذلك؟ فقال (ع): لا. قال رسول الله صلى الله عليه و آله: وضع عن أمتي ما أكرهوا عليه. و ما لم يطيقوا، و ما أخطأوا» (٣).

(١) الوسائل باب: ٣٣ من أبواب ما يكتسب به حديث: ١.

(٢) راجع الوسائل باب: ٥٦ من أبواب جهاد النفس.

(٣) الوسائل باب: ١٢ من أبواب كتاب الايمان حديث: ١٢.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٥٣

[الخامس: عدم كونه محجوراً لسفه]

الخامس: عدم كونه محجوراً لسفه (١) إلا بإذن الولي و كذا المضمون له (٢)، و لا بأس بكون الضامن مفلساً (٣).
فان ضمانه نظير اقتراضه (٤)، فلا- يشارك المضمون له مع الغرماء (٥). و أما المضمون له فيشترط عدم كونه مفلساً (٦) و لا- بأس بكون المضمون عنه سفيهاً أو مفلساً، لكن لا ينفع إذنه في جواز الرجوع عليه.

[السادس: أن لا يكون الضامن مملوكاً غير مأذون من قبل مولاه على المشهور]

السادس: أن لا- يكون الضامن مملوكاً غير مأذون من قبل مولاه على المشهور (٧)، لقوله تعالى (لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ) (٨). و لكن لا يبعد صحة ضمانه و كونه في ذمته يتبع

- (١) لدليل الحجر المانع من صحة التصرف.
 - (٢) لما سبق من اعتبار رضاه و دليل الحجر مانع من صحة رضاه و ترتب الأثر عليه.
 - (٣) لأن الفلاس إنما يمنع من التصرف في ماله لا في نفسه. و الضمان تصرف في النفس، لأنه اشتغال الذمة بالمضمون، نظير الإجارة على العمل، فإنها تصرف في النفس، مقابل إجارة العين، فإنها تصرف في المال.
 - (٤) فإنه يوجب اشتغال ذمته، فهو تصرف في نفسه لا في ماله.
 - (٥) لتعلق حق الغرماء بالمال قبل صيرورته غريماً، فلا يصح أن يشاركهم.
 - (٦) لما سبق. و كذا الكلام فيما يأتي، فإنه قد سبق أيضاً.
 - (٧) و حكى عن المبسوط، و الإرشاد، و التحرير، و اللمعة، و جامع المقاصد، و الروضة، و المسالك، و اختاره في الشرائع.
 - (٨) فإن إطلاقه يقتضى نفى سلطنته على كل شيء و منه الضمان.
- مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٥٤
- به بعد العتق، كما عن التذكرة و المختلف. و نفى القدرة منصرف عما لا ينافي حق المولى (١). و دعوى: أن الملوک

و تخصيصه بالمال- كما عن المختلف- غير ظاهر، بل خلاف

صحيح زرارة عن أبي جعفر (ع) و أبي عبد الله (ع): «قالا المملوك لا يجوز طلاقه و لا نكاحه إلا بإذن سيده. قلت: فان كان السيد

زوجه، بيد من الطلاق؟

قال (ع): بيد السيد، (ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ) (١)، «أفشىء الطلاق؟» (٢).

نعم المشهور تخصيص ذلك بما إذا كان قد تزوج أمه سيده، أما إذا كان قد تزوج حرة أو أمه لغير سيده و كان بإذن مولاه، فالطلاق بيده لا بيد سيده. لكنه حينئذ يكون تخصيصاً لآية الشريعة، و لا مانع من العمل بعمومها في غيره.

(١) هذا الانصراف غير ظاهر، بل ظاهر قوله تعالى (مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ) أن انتفاء القدرة لكونه مملوكاً، و فعله مملوك تبع عينه. و إذا كان فعله مملوكاً لم يكن تحت سلطانه، سواء كان منافياً لحق المولى أم لم يكن مضافاً إلى أن الاستدلال به في الصحيح على عدم قدرته على الطلاق صريح في عدم اختصاصه بما ينافي حق المولى. و منه يظهر الاشكال فيما في المختلف من تخصيص الآية بالمال، بقرينة ما بعدها من قوله تعالى (وَمَنْ رَزَقْنَاهُ مِنَّا رِزْقًا حَسِينًا فَهُوَ يُنْفِقُ مِنْهُ ..). كما يظهر إشكال آخر عليه و على المصنف (ره)، و هو أن الآية في نفسها غير ظاهرة في جعل الحكم الشرعي، نظير قوله تعالى: (مَثَلُ الَّذِينَ يُنْفِقُونَ أَمْوَالَهُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ..) (٣)،

فإنه لا يدل على أن كل حبة تزرع نتاجها سبعمئة حبة، فالاستدلال بها

(١) النحل: ٧٥.

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

مستمسك العروة الوثقى؛ ج ١٣، ص: ٢٥٤

(٢) الوسائل باب: ٤٥ من أبواب مقدمات الطلاق حديث: ١.

(٣) البقرة: ٢٦١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٥٥

لا ذمة له، كما ترى (١)، و لذا لا إشكال في ضمانه لمتلفاته.

هذا و أما إذا أذن له مولاه فلا إشكال في صحته ضمانه (٢) و حينئذ فإن عين كونه في ذمة نفسه. أو في ذمة المملوك يتبع به بعد عتقه أو في كسبه، فهو المتبع (٣)، و إن أطلق الإذن ففي كونه في ذمة المولى (٤).

لا بد أن يكون بملاحظة الاستدلال بها في الصحيح. و هو صريح في غير المال، و صريح فيما لا ينافي حق المولى. فتأمل جيداً.

(١) هذه الدعوى لم أقف عليها لأحد فيما يحضرني. نعم ذكر في جامع المقاصد و غيره: كون ذمته مملوكة لمولاه، فلا سلطان له عليها بغير إذنه. و فيه: أنه ممنوع، إذا لم يرجع الى ما ذكرنا من ملكية فعله.

(٢) عن المبسوط: نسبه إلينا، و عن التذكرة: أنه قولاً واحداً.

و في المختلف: «يصح ضمان العبد بإذن مولاه إجماعاً».

(٣) قال في المختلف: «و إن عينه في ذمته، أو في كسبه، أو في مال غيرهما من أمواله تعين». و في الشرائع: «و يثبت ما ضمنه في ذمته لا- في كسبه إلا- أن يشترط في الضمان بإذن مولاه. و كذا إذا شرط أن يكون الضمان من مال معين». و في القواعد: «و لو أذن له احتمال تعلقه بكسبه و بذمته و يتبع به بعد العتق، أما لو شرطه في الضمان بإذن السيد صح.

كما لو شرط الأداء من مال بعينه». و نحوها عبارات غيرهم. و كلها تشترك في أنه إذا اشترط المولى كون الضمان في ذمة معينة- ذمته أو ذمة عبده- أو من مال معين- سواء كان كسب العبد أو غيره- تعين. و يظهر منهم المفروغية عن ذلك. و كأنه لعموم نفوذ الشروط و صحتها.

(٤) في جامع المقاصد: انه لا يخلو من قرب. و في المسالك:

«لعله الأقوى».

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٥٦

أو في كسب المملوك (١)، أو في ذمته يتبع به بعد عتقه (٢)، أو كونه متعلقاً برقبته (٣)، وجوه و أقوال. أوجهها: الأول لانفهامه عرفاً (٤).

(١) حكى عن بعض الشافعية. و حكاه في المسالك قولاً، و في القواعد و غيرها احتمالاً.

(٢) اختاره المحقق في الشرائع. و حكى عن جملة من كتب العلامة و عن اللمعة.

(٣) حكى عن نسختين من التحرير، كما حكى عن بعض الشافعية أيضاً.

(٤) يعنى: يفهم من الاذن فى الضمان أن المال فى ذمة المولى لا فى ذمة العبد، فىكون الاذن فى الضمان راجعاً إلى التوكيل فيه. و لذلك أشكل عليه فى الجواهر: بأنه خلف، لأن المفروض أن المولى أذن له فى الضمان و الضمان اشتغال الذمة بالدين، فالمأذون فيه إشغال ذمته بالدين لا إشغال ذمة مولاه، فكيف يمكن دعوى انفهامه؟! نعم لما كان الضمان يستتبع الأداء و كان العبد عاجزاً عنه، أمكنت دعوى كون المفهوم كون الأداء على السيد لا أنه فى ذمته. و هذا هو مراد القائلين بهذا القول. ففى جامع المقاصد- بعد أن ذكر وجه القول بتعلقه بكسبه، و هو أن إطلاق الإذن يستتبع الأداء، و الأداء من غير مال السيد ممتنع- قال: «و هذا التوجيه إن تم يقتضى عدم القصر على الكسب، بل يقتضى وجوب الأداء على السيد، و هو قريب من قول ابن الجنيد، و لا يخلو من قرب». فالمراد: ان الواجب على السيد الأداء لما فى ذمة العبد، من دون اشتغال ذمته بالمال.

و المتحصل: أنه يتوجه إشكال الجواهر على المصنف (ره) فى دعواه انفهام التوكيل من الاذن فى الضمان. كما يتوجه عليه و على الجواهر

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٥٧

كما فى إذنه فى الاستدانة لفقته أو لأمر آخر (١)، و كما فى إذنه فى الترويج حيث أن المهر و النفقة على مولاه (٢). و دعوى الفرق بين الضمان و الاستدانة: بأن الاستدانة موجبة لملكيته، و حيث أنه لا قابلية له لذلك يستفاد منه كونه على مولاه، بخلاف الضمان حيث أنه لا ملكية فيه (٣).

إشكال حمل القول المذكور على هذا المعنى- أعنى: اشتغال ذمة السيد- مع أن ظاهر عبارته كون الأداء على السيد، لا كون الدين عليه. و مثله القولان الآخرا، فان مرجعهما الى كون الأداء على السيد من رقبته العبد أو من كسبه، فى مقابل القول المذكور، و هو كونه على السيد مطلقاً من غير تقييد بمال معين. فالأقوال الأربعة كلها مشتركة فى كون الدين بذمة العبد، و اختلفت فى أنه ليس على السيد أداؤه بل يتبع به العبد بعد العتق، أو على السيد أداؤه من ماله الخاص و هو كسب العبد، أو من ماله الخاص و هو رقبته العبد، أو من ماله مطلقاً، و هذا الذى اختاره فى جامع المقاصد. و من ذلك يظهر أن الاحتمالات خمسة، خامسها: أنه فى ذمة السيد لا غير كسائر ديونه، و هو الذى اختاره المصنف.

(١) يعنى: أنه إذا أذن له فى الاستدانة يكون العوض فى ذمة المولى فكذلك إذا أذن له فى الضمان.

(٢) تقدم فى هذا الشرح من مباحث النكاح: أنه إذا أذن السيد لعبده فى الترويج كانت ذمة العبد مشغولة بالمهر و النفقة و ذمة السيد فارغة منهما، لكن يجب عليه الأداء.

(٣) قال فى الجواهر: «و فرق واضح بين إطلاق الاذن فى المقام، و بينه فى الاستدانة المقتضية ملك العين المستدانة على أن يملك صاحبها مثلها أو قيمتها فى ذمة المستدين، و العبد لا قابلية له لذلك، لما حررناه من

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٥٨

مدفوعة: بمنع عدم قابليته للملكية (١).

عدم ملكه لشيء، فلا وجه لإطلاق الاستدانة إلا على السيد، بخلاف المقام الذى لا ملك فيه».

(١) لكن على تقديره نقول فى الاستدانة أيضاً: بأن الضمان على العبد، لأن الذى دعوى الى القول بأنه على السيد امتناع الملكية، لا ظهور الاذن فى الاستدانة و كان المناسب للمصنف أن يتعرض لإشكال الجواهر الأول، كما تعرض لإشكاله هذا، فإن الأول أهم و ألزم، فإن الالتزام باشتغال ذمة السيد مخالفة للظاهر من دون سبب ظاهر. فهذا القول ضعيف جداً. و مثله القول بأن الدين فى ذمة العبد لكن الأداء يكون من كسب العبد أو من رقبته، فإنه بلا قرينة.

فحينئذ يدور الأمر بين القولين الآخرين: القول بأنه في ذمة العبد ولا دخل للسيد فيه ولا في وفائه، والقول بأنه في ذمة العبد وعلى السيد وفاؤه.

والظاهر اختلاف الحكم باختلاف المقامات، فان كان العبد قد أهمله مولاه و سيّبه و أذن له في الذهاب حيث يشاء فهذا ضمانه على نفسه ولا يرتبط بالسيد: نعم يفى من كسبه و كده، سواء بقى على رقبته أو أعتق، فإن عجز عن الوفاء كان كغيره من المعسرين. وإن كان العبد في خدمة مولاه و يسير في ركابه، و تحت سلطانه و رعايته، فهذا إذا ضمن فضمانه في ذمته، لكن وفاؤه على مولاه حسبما تقتضيه قرينة الحال. و إذا كان العبد ذا مال فضمن، و كان ناوياً الوفاء من ماله و أذن له مولاه و قد علم بذلك، فتلف المال بعد الضمان قبل الوفاء، فالمال يبقى بذمته يتبع به بعد العتق، كما ذكر المحقق. و إن شئت قلت: إذا كانت القرينة على كون ضمانه مبنياً على كون وفائه من كسبه، أو في عهدة المولى عمل بها، و إن لم تكن القرينة على شيء كان وفاؤه بعد عتقه.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٥٩

و على فرضه ايضاً لا يكون فارقاً بعد الانفهام العرفي (١).

[السابع: التنجيز]

السابع: التنجيز، فلو علق الضمان على شرط- كأن يقول: أنا ضامن لما على فلان إن أذن لي أبى، و أنا ضامن إن لم يف المديون الى زمان كذا، أو إن لم يف أصلاً- بطل على المشهور (٢). لكن لا دليل عليه- بعد صدق الضمان و شمول العمومات العامة- إلا دعوى الإجماع في كل العقود على أن اللازم ترتب الأثر عند إنشاء العقد من غير تأخير.

(١) قد عرفت أن الانفهام العرفي الذي ادعاه جامع المقاصد بالنسبة إلى الأداء، لا بالنسبة إلى اشتغال الذمة.

(٢) قال في التذكرة: «يشترط في الضمان التنجيز، فلو علقه بمجىء الشهر أو قدوم زيد لم يصح .. (الى أن قال): و لو قال: إن لم يؤد إليك غداً فانا ضامن، لم يصح عندنا. و به قال الشافعي، لأنه عقد من العقود فلا يقبل التعليق، كالبيع و نحوه». و في القواعد جعل التنجيز شرطاً. و لم يتعرض لشرحه في جامع المقاصد. و لم يتعرض في مفتاح الكرامة لنقل ذلك عن أحد. نعم حكى عن تمهيد القواعد: الإجماع على عدم صحة التعليق في العقود على الشرط، و ان ذلك يلوح من التذكرة و كشف اللثام. و قد عرفت ما في التذكرة. و في الرياض- في مسألة ضمان الدين الحال مؤجلاً- قال: «و ربما يتوهم كونه ضماناً معلقاً و هو غير جائز عندنا، و ليس كما يتوهم، بل هو تأجيل للدين الحال» و الى ذلك أشير في تلك المسألة في المسالك و الجواهر، و أهمل ذكره في الشرائع هنا، و جملة كتب أخرى. لكن الظاهر أنه من المسلمات التي لا تقبل المناقشة و التأمل.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٦٠

أو دعوى منافاة التعليق للإنشاء (١). و في الثاني ما لا يخفى (٢) و في الأول منع تحققه في المقام (٣). و ربما يقال: لا يجوز تعليق الضمان، و لكن يجوز تعليق الوفاء على شرط مع كون الضمان مطلقاً (٤). و فيه: ان تعليق الوفاء عين تعليق الضمان و لا- يعقل التفكيك (٥). نعم في المثال الثاني يمكن أن يقال:

(١) لأن الإنشاء الإيجاد، و كما ان الإيجاد و الوجود واحد و الاختلاف اعتباري، كذلك الإنشاء و النشوء واحد و الاختلاف اعتباري، فلا يمكن أن يكون الإنشاء فعلياً و النشوء معلقاً.

(٢) ضرورة صحة الإنشاء المعلق في جملة من الموارد- كالوصية التملكية، و التدبير، و النذر المعلق على شرط- فضلاً عن إمكان ذلك.

و السر فيه: أن المعلق عليه الوجود اللحاظي لا الخارجي، فالإنشاء يكون حالياً و المنشأ كذلك، لكنه معلق على أمر ذهني لحاظي، لا على الأمر الخارجي الاستقبالي، حتى يكون منوطاً بوجوده اللاحق.

(٣) لا يظهر الفرق بين المقام وغيره من موارد العقود و الإيقاعات التي صرح الفقهاء بعدم صحة التعليق فيها عدا موارد مخصوصة. و قد عرفت أنه يظهر منهم عدم المناقشة فيه، و أنه من المسلمات.

(٤) قد تقدم هذا المضمون صريحاً في كلام الرياض، و إشارة في المسالك و الجواهر.

(٥) إشكاله ظاهر من ملاحظة الديون المؤجلة، فإن الدين فيها مضمون في الذمة حالاً و الوفاء مؤجل. و سيأتي بيان جواز الضمان للدين الحال حالا و مؤجلاً، و هو إجماعي. و المراد منه تأجيل الوفاء مع حلول الضمان، كما تقدم التصريح بذلك في الرياض وغيره. مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٦١

بإمكان تحقق الضمان منجزاً مع كون الوفاء معلقاً على عدم وفاء المضمون له (١)، لأنه يصدق أنه ضمن الدين على نحو الضمان في الأعيان المضمونة، إذ حقيقته قضية تعليقية (٢).

(١) هذا- مع أنه خلاف ظاهر العبارة، فإنها مشتملة على تعليق الضمان لا تعليق الوفاء، فكيف يكون الضمان منجزاً؟!- يلزم منه كون الضمان ضم ذمة إلى ذمة لا نقل ما في الذمة إلى ذمة أخرى، لأن وفاء المديون المعلق على عدمه الضمان يراد منه وفاء ما في ذمته، فلا بد أن يكون الدين في ذمته، لا في ذمة الضامن.

(٢) قال في الجواهر- في شرح قول ماته. «و كذا لو أبرأه من الضمان» يعني: لو فرط الودعي في الوديعة فأبرأه المالك من ضمانها برأ-: «المراد من الضمان اشتغال ذمته لو تلف بالمثل أو القيمة، فهو كما لو قال للغاصب أبرأتك من ضمان المال المغصوب في يدك، و نحوه مما هو إبراء مما لم يجب بعد»، و نحوه كلام غيره. و فيه: أن ضمان العين معناه كونها في العهدة، و وجوب المثل أو القيمة على تقدير التلف من قبيل الحكم لذلك الضمان، لا أنه معناه، إذ لا مانع من اعتبار وجود العين في العهدة، في قبال وجودها في الخارج على نحو البدل عنه، بل هو الظاهر من العرف في المضمونات. ثم إنه إذا سلم كون الضمان في ضمان الأعيان من قبيل القضية التعليقية، فحمل الضمان في المقام عليه يلزم منه كون الضمان في المقام معلق، و قد سبق منه: أن الضمان منجز و ان التعليق للوفاء لا للضمان. و أيضاً يلزم منه تكرار التعليق على أمر واحد، لأن التعليق مأخوذ في حاق مفهومه، و هو غير التعليق الذي تضمنته أداة الشرط.

نظير قول الشارع إذا فرط الودعي ضمن، فان فيه تعليقين أحدهما في حاق مفهوم الضمان، لأن الضمان حسب الفرض معناه اشتغال الذمة بالمثل

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٦٢

إلا أن يقال: بالفرق بين الضمان العقدي و الضمان اليدى (١).

[الثامن: كون الدين الذي يضمنه ثابتاً في ذمة المضمون]

الثامن: كون الدين الذي يضمنه ثابتاً في ذمة المضمون

أو القيمة على تقدير التلف، فهو معنى داخل فيه التعليق، و قد علق هذا المعنى التعليقي على التفریط. لكنه في لسان الشارع على أمرين، و هنا يكون التعليقان في لسان الموجب على أمر واحد.

و بالجملة: إذا حملنا معنى الضمان في المقام على معنى الضمان في الأعيان بناء على ما ذكر في الجواهر من أنه تعليقي، و يكون

معنى:

«ضمنت الدين»: أنه يلزمني الدين على تقدير عدم أداء المديون، فحينئذ يصح إنشاؤه بلا تعليق، بأن يقول: «ضمنت الدين» و يريد المعنى المذكور. أما إذا أنشأه معلقاً على عدم الوفاء يكون المعنى حينئذ إنى يلزمني الدين على تقدير عدم وفاء الدين على تقدير عدم وفاء الدين، فيكون عدم وفاء المديون دينه شرطاً للموضوع والحكم وهو ممتنع. اللهم إلا أن يريد من القضية التعليقية: أن التعليق مقدر خارج عن معنى الضمان، فيكون الضامن هنا قد خرج به، غاية الأمر أن المعلق عليه الضمان هنا كالتلف. و هنا عدم أداء المديون دينه.

فالإشكال على المصنف تارة: من جهة منع كون ضمان الأعيان تعليقاً. و أخرى: أنه لو سلم فلا وجه لحمل المقام عليه، فان الضمان هناك حكم شرعى و هنا إنشائي جعلى، و جواز التعليق فى الأول لا يقتضى جوازه فى الثانى. و لو سلم لزم وجود تعليقين و لا يمكن الجمع بينهما. فتأمل.

(١) الفرق بينهما ظاهر، فإن الأول إنشائي جعلى، و الآخر حكم شرعى غير إنشائي. و الأول يختص بالذمى، و الآخر يختص بالخارجى.

و الأول تنجيزى، و الثانى معنى تعليقى على ما اختاره المصنف.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٦٣

عنه (١)، سواء كان مستقراً، كالقرض و العوضين فى البيع الذى لا خيار فيه، أو متزلزلاً كأحد العوضين فى البيع الخيارى كما إذا ضمن الثمن الكلى للبائع، أو المبيع الكلى للمشتري، أو المبيع الشخصى قبل القبض (٢)، و كالمهر قبل الدخول و نحو ذلك. فلو قال: (٣) أقرض فلانا كذا و أنا ضامن،

(١) قال فى الشرائع: «الثانى: فى الحق المضمون، و هو كل مال ثابت فى الذمة، سواء كان مستقراً كالبيع بعد القبض و انقضاء الخيار، أو معرضاً للبطان كالثمن فى مدة الخيار بعد قبض الثمن. و لو كان قبله لم يصح ضمانه عن البائع». و فى القواعد: «الخامس: الحق المضمون و شرطه المالية و الثبوت فى الذمة، و إن كان متزلزلاً، كالثمن فى مدة الخيار و المهر قبل الدخول». و فى مفتاح الكرامة: «كما طفحت به عباراتهم كالخلاف و الغنية و غيرهما. و فى المبسوط نفى الخلاف- و ظاهره بين المسلمين- عن صحة ضمان الثمن فى البيع بعد تسليم المبيع، و المهر بعد الدخول، و الأجرة بعد دخول المدء، و عن صحة ضمان الثمن قبل التسليم، و الأجرة قبل انقضاء الإجارة، و المهر قبل الدخول. قال:

فهذه الحقوق لازمة غير مستقرة، فيصح ضمانها أيضاً بلا خلاف».

(٢) المبيع الشخصى قبل القبض مضمون بضمان المعاوضة، يعنى:

بالتلف يكون من مال البائع، لانفساخ العقد قبله آناً ما، و ليس مضموماً بضمان اليد، فلا يكون مضموناً فى ذمة البائع. و الضمان بهذا المعنى حكم شرعى لا يقبل الاسقاط، و لا يمكن نقله الى غيره بضمانه، و ذلك يختص بالضمان باليد. نعم إذا أتلفه البائع كان ضماناً له، لكنه بالإتلاف لا باليد.

(٣) تفریع على الشرط المذكور.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٦٤

أو بعه نسيئة و أنا ضامن، لم يصح على المشهور. بل عن التذكرة الإجماع. قال: «لو قال لغيره مهما أعطيت فلانا فهو على، لم يصح إجماعاً» (١). و لكن ما ذكره من الشرط يتنافى جملة من الفروع الآتية (٢). و يمكن أن يقال بالصحة إذا حصل المقتضى للثبوت و إن لم يثبت فعلاً، بل مطلقاً، لصدق الضمان و شمول العمومات العامة (٣)، و إن لم يكن من الضمان المصطلح عندهم. بل يمكن منع

عدم كونه منه أيضاً.

(١) في التذكرة: «و لو قال لغيره: ما أعطيت فلانا فهو على، لم يصح أيضاً عند علمائنا أجمع. و به قال أحمد».

(٢) قال في مفتاح الكرامة- بعد ما حكى عن التذكرة العبارة المذكورة:- «و قد جوزوا ضمان أشياء كثيرة ليست ثابتة في الذمة، كضمان الأعيان المضمونة، و ضمان العهدة، و نقصان الصنجة، و غير ذلك، فهي إما مستثناة أو الشرط أغلبى». و سيأتى في المسألة الثامنة و الثلاثين و غيرها التعرض للموارد التي يكون الضمان فيها منافياً لما ذكر.

(٣) قد عرفت في أول الكتاب أن الضمان إشغال الضامن ذمته بما اشتغلت به ذمة المضمون عنه، و هو يتوقف على اشتغال ذمة المضمون عنه ليصح القصد اليه، فاذا لم يكن في ذمة المضمون عنه شيء لم يمكن للضامن قصد أشغال ذمته به و لا إنشاء ذلك، فلا ضمان و لا عقد، كى يتمسك بالعمومات الدالة على صحة الضمان أو صحة العقود. و لذلك لم يصح ضمان ما لم يجب. أما ما سيجب و ما سيثبت فيمكن ضمانه على نحو الواجب المعلق، أو على نحو الواجب المشروط. و الثانى تعليق فى الإنشاء مانع عن صحته. و الأول و إن كان جائزاً لكنه غير ثابت بالنسبة إلى مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٦٥

[التاسع: أن لا تكون ذمة الضامن مشغولة للمضمون]

التاسع: أن لا تكون ذمة الضامن مشغولة للمضمون

المضمون عنه، فكيف يكون ثابتاً بالنسبة إلى الضامن و هو تابع له؟!.

نعم على ما عرفت من معنى الضمان فهو من ضمان ما لم يجب، الذى لا يكون من الضمان الذى هو محل الكلام، بل إن صح كان ضماناً بمعنى آخر. و لا يتوقف على وجود المقتضى. لكنه يكون المضمون فى الذمة بدون مضمون له لفرض عدم حصول السبب الملك له، و ربما يأتى التعرض له فى المسألة الثامنة و الثلاثين.

كما يمكن أيضاً التعهد على غير وجه الضمان، بأن يتعهد إنسان للزوجة بأن ترفع اليد عن النفقة التى لها على الزوج فى المستقبل، و يعطيها هو النفقة. و لا بأس به، لدخوله فى عمومات الصحة. و نظيره أن يتعهد لمن له دين على زيد أن يصلى عنه ركعتين، و يرفع اليد عن دينه على زيد، فإنه نوع من أنواع العقد، إن صح لم يكن من جنس الضمان، بل هو عقد لنفسه يدخل فى عموم صحة العقود. لكن لا يسقط الدين فى الفرض بمجرد العقد، بل لا بد من إسقاط الدين من الدائن. و إذا كان العوض مفروضاً بدلاً عن الدين، كان الدين لدى العوض و لا يسقط إلا بالوفاء أو الإبراء منه. و يمكن أن تكون المعاملة بنحو آخر.

و كيف كان: فهذا ليس من الضمان فى شيء، و الضمان ليس مطلق التعهد، و إلا فالعقود كلها تعهدات على أنحاء مختلفة باختلاف مضامينها و من ذلك تعرف صحة ما ذكره الأصحاب، كما تعرف الاشكال فيما ذكره من قوله (ره): «يمكن منع عدم كونه منه».

و الذى يتحصل: أن ضمان ما لم يجب ليس من الضمان المصطلح فان صح كان ضماناً بالمعنى اللغوى، و لا يتوقف على وجود المقتضى و سيأتى إن شاء الله، فلاحظ.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٦٦

عنه بمثل الدين الذى عليه، على ما يظهر من كلماتهم فى بيان الضمان بالمعنى الأعم، حيث قالوا: إنه بمعنى التعهد بمال أو نفس (١)، فالثانى الكفالة، و الأول ان كان ممن عليه للمضمون عنه مال فهو الحوالة، و إن لم يكن فضمان بالمعنى الأخص.

و لكن لا دليل على هذا الشرط (٢)، فاذا ضمن للمضمون عنه بمثل ما له عليه يكون ضماناً، فان كان بإذنه يتهاثران بعد أداء مال

الضمان، و الا فيبقى الذى للمضمون عنه عليه، و تفرغ ذمته مما عليه بضمان الضامن تبرعاً، و ليس من الحوالة، لأن المضمون عنه على التقديرين لم يحل مديونه (٣) على الضامن حتى تكون حوالة و مع الإغماض عن ذلك (٤) غاية ما يكون أنه يكون داخلاً فى كلا العنوانين (٥)، فيترتب عليه ما يختص بكل منهما مضافاً الى ما يكون مشتركاً.

- (١) ذكر ذلك فى الشرائع و القواعد و غيرها.
- (٢) كما أنه أيضاً لا يتم التقسيم المذكور، بناء على صحة الحوالة على البرىء، كما أشار الى ذلك فى المسالك و غيرها.
- (٣) أصل العبارة لم يحل دائنه.
- (٤) يعنى: يصدق عليه حوالة و إن لم يكن المضمون عنه قد أحال دائنه.
- (٥) كما ذكر ذلك فى المسالك. و الذى يتحصل: الاشكال على الأصحاب من الوجوه: الأول: أن الحوالة لا تختص بالمديون للمحيل، بل تصح على البرىء على قول يأتى. الثانى: أن الضمان لا يختص بالبرىء. فإنه لا دليل على ذلك، و العمومات تنفيه، فيصح من المديون. الثالث: أن الفرق بين الحوالة و الضمان فى نفس المفهوم، فإن الحوالة متقومة بالمحيل مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٦٧

[العاشر: امتياز الدين و المضمون له و المضمون عنه عند الضامن]

العاشر: امتياز الدين و المضمون له و المضمون عنه عند الضامن (١)، على وجه يصح معه القصد الى الضمان. و يكفى التميز الواقعى و إن لم يعلمه الضامن (٢). فالمضر هو الإبهام و التردد (٣)، فلا يصح ضمان أحد الدينين و لو لشخص واحد على شخص واحد على وجه التردد مع فرض تحقق الدينين، و لا ضمان دين أحد الشخصين و لو لواحد، و لا ضمان دين لأحد الشخصين و لو على واحد. و لو قال:

ضمنت الدين الذى على فلان، و لم يعلم أنه لزيد أو لعمر، أو الدين الذى لفلان، و لم يعلم أنه على زيد أو على عمرو، صح لأنه متعين واقعاً. و كذا لو قال: ضمننت لك كلما كان لك على الناس، أو قال: ضمننت عنك كلما كان عليك لكل من كان من الناس. و من الغريب ما عن بعضهم من اعتبار العلم بالمضمون عنه و المضمون له و بالوصف و النسب، أو العلم باسمهما و نسبهما (٤)

و المحال بل و المحال عليه، و الضمان متقوم بالضامن و المضمون له، و لا يتوقف على رضا المضمون عنه. فالمتصدى فى الضمان الضامن، و المضمون له تابع له، و المضمون عنه أجنبى عنه. و المتصدى فى الحوالة المحيل و المحال و المحال عليه تابعان له. فالفرق بين الحوالة و الضمان فى المفهوم، كالفرق بين البيع و الرهن، و ليس الفرق بينهما فى حدود المفهوم، كالفرق بين النقد و النسيئة مثلاً.

- (١) بلا خلاف و لا إشكال.
 - (٢) إذ لا دليل على اعتبار أكثر من ذلك، و العمومات تقتضى الصحة.
 - (٣) لأن المبهم لا خارجية له، فلا ينطبق على فرد بعينه، فلا يترتب عليه الأثر، لأن الأثر للموجود المتعين الخارجى دون غيره.
 - (٤) حكى عن المبسوط أنه قال: «يشترط معرفة المضمون له،
- مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٦٨
- مع أنه لا دليل عليه أصلاً، و لم يعتبر ذلك فى البيع الذى

ليعرف هل هو سهل المعاملة أم لا؟ و مع انتفاء ذلك يتطرق الغرر.

ومعرفة المضمون عنه لينظر هل يستحق ذلك أم لا؟. و حكي ذلك عن المفاتيح، للغرر و الضرر، ولأنه ربما تمس الحاجة الى المعرفة، ولأنه إحسان فلا بد من معرفة محله حتى لا يوضع في غير موضعه. و لا يخفى ما في الجميع من التأمل. و في المختلف: «و الوجه عندي: أن معرفة المضمون عنه شرط دون معرفة المضمون له. لنا: أن المضمون عنه لا بد أن يتميز عند الضامن و يتخصص عن غيره، ليقع الضمان عنه، و ذلك يستدعي العلم به» و هو كما ترى. و في الخلاف:

«ليس من شرط الضمان أن يعرف المضمون له أو المضمون عنه». و استدل على ذلك بما تضمن ضمان على (ع) و أبي قتادة لدين الميت، و لم يسألهما النبي (ص) عن معرفة صاحب الدين و لا الميت

«١»، فدل على أنه ليس من شرطه معرفتهما. و فيه: أن ذلك قضية في واقعه مجمله من هذه الجهة. فلا مجال للاستدلال بها، كما تقدم. و في الشرائع: «لكن لا بد أن يمتاز المضمون عنه عند الضامن بما يصح معه القصد الى الضمان».

و الظاهر منه الامتياز المصحح للقصد الى الضمان، في مقابل الإبهام المانع من القصد الى الضمان، كما فسره به في الجواهر. لكن في المسالك حمل التمييز على التمييز التفصيلي، فأشكل عليه: بأن القصد الى الضمان غير متوقف على معرفة من عليه الدين، فلو قال شخص: إنني أستحق في ذمة شخص مائة درهم، فقال له آخر: ضمنتها لك، كان قاصداً الى عقد الضمان عن أي من كان عليه الدين، و لا دليل على اعتبار ما زاد عن ذلك.

(١) تقدم التعرض للحديث في الصفحة: ٢٤٨.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٦٩

هو أضيق دائرة من سائر العقود.

[مسألة ١: لا يشترط في صحة الضمان العلم بمقدار الدين و لا بجنسه]

(مسألة ١): لا يشترط في صحة الضمان العلم بمقدار الدين و لا بجنسه (١). و يمكن أن يستدل عليه - مضافاً الى العمومات العامة، و

قوله (ص): «الزعيم غارم»

- بضمنان على بن الحسين (ع) لدين عبد الله بن الحسن (٢)، و ضمانه لدين

(١) كما عن جماعة كثيرة. و في المسالك: أنه الأشهر. و في جامع المقاصد: «هذا قول الشيخ و أكثر الأصحاب، للأصل، و

لقوله (ص): الزعيم غارم

، و لأن الضمان عقد لا ينافيه الغرر» (١). و كأن المراد من الأصل العموم الدال على صحة العقود. و أما ما بعده فغير ثابت من طرقنا،

بل المروى في خبر الحسين بن خالد

«٢» تكذيبه. و في المسالك:

استدل بظاهر قوله تعالى (وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ) «٣»، مع اختلاف كمية الحمل. لكن الظاهر أن حمل البعير مقدار معين من الوزن. و في زماننا حمل البعير وزنتان: مائة و ستون حقة اسلابول، أو مائتا كيلو تقريباً.

(٢)

روى ذلك في الفقيه، قال: «روى أنه احتضر عبد الله بن الحسن فاجتمع إليه غرماؤه فطالبوه بدين لهم، فقال لهم: ما عندي ما أعطيكم،

و لكن أرضوا بمن شئتم من أخى و بنى عمى، على بن الحسين و عبد الله بن جعفر. فقال الغرماء: أما عبد الله بن جعفر فملى مطول، و أما على بن الحسين فرجل لا مال له صدوق، و هو أحبهما إلينا. فأرسل إليه فأخبره الخبر، فقال (ع): أضمن لكم المال إلى غلة، و لم يكن له

(١) مستدرك الوسائل باب: ١ من أبواب كتاب الضمان حديث: ٢.

(٢) الوسائل باب: ١ من أبواب كتاب الضمان حديث: ١.

(٣) يوسف: ٧٢.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٧٠

محمد بن أسامة (١). لكن الصحة مخصوصة بما إذا كان له واقع معين، و أما إذا لم يكن كذلك. كقولك: «ضمنت شيئاً من دينك» - فلا يصح (٢). و لعله مراد من قال إن الصحة إنما هي فيما إذا كان يمكن العلم به بعد ذلك (٣). فلا

غلة، فقال القوم: قد رضينا، فضمنه، فلما أتت الغلة أتاح الله تعالى له المال فأداه» (١).

(١)

مروى فى الكافى عن فضيل و عبيد عن أبى عبد الله (ع):

«قال: لما حضر محمد بن أسامة الموت دخل عليه بنو هاشم، فقال لهم:

قد عرفتم قرابتى و منزلتى منكم، و على دين فأحب أن تقضوه. فقال على ابن الحسين (ع): ثلث دينك على. ثم سكت و سكتوا، فقال على بن الحسين (ع): على دينك كله. ثم قال على بن الحسين: أما انه لم يمنعنى أن أضمنه أولاً إلا كراهة أن يقولوا سبقنا» (٢).

لكنهما من حكاية واقعة، و هى مجملة لا دلالة فيها على المقصود نفيًا أو إثباتًا. فإذا العمدة فى دليل الحكم العمومات.

(٢) قولاً واحداً، كما فى التذكرة و جامع المقاصد و المسالك.

(٣) ذكر ذلك فى التذكرة و جامع المقاصد و المسالك، قال فى التذكرة:

«إن قلنا بصحة ضمان المجهول فإنما يصح فى صورة يمكن العلم فيها بعد ذلك، كما لو قال: أنا ضامن للدين الذى عليك، و أنا ضامن لثمن ما بعث من فلان، و هو جاهل بالدين و الثمن، لأن معرفته ممكنة، و الخروج عن

(١) من لا يحضره الفقيه الجزء: ٣ الصفحة: ٥٥ طبع النجف الأشرف، الوسائل باب: ٥ من أبواب كتاب الضمان حديث: ١.

(٢) روضة الكافى الصفحة: ٣٣٢ الطبعة الجديدة، الوسائل باب: ٣ من أبواب كتاب الضمان حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٧١

يرد عليه ما يقال: من عدم الإشكال فى الصحة مع فرض تعيينه واقعاً (١). و ان لم يمكن العلم به فيأخذ بالقدر المعلوم (٢).

هذا و خالف بعضهم فاشترط العلم به (٣)، لنفى الغرر و الضرر و رد بعدم العموم فى الأول. لاختصاصه بالبيع (٤)، أو مطلق المعاوضات (٥).

العهد مقدور عليه. أما لو لم يمكن الاستعلام فان الضمان لا يصح فيه قولاً واحداً، كما لو قال: ضمننت لك شيئاً مما لك على فلان، و نحوه ما فى جامع المقاصد و المسالك.

(١) قال فى الجواهر - بعد نقل ما ذكره عن التذكرة و المسالك و غيرها:-

«و هو جيد إن كان المراد عدم إمكان العلم فى الواقع للإيهام ونحوه- كما عساه يومئ اليه قوله «فيدفع..» انتهى- وإلا كان محلاً للنظر..».

(٢) هذا إذا دار بين الأقل والأكثر. أما إذا دار بين المتباينين فلا بد من طريق آخر، إما قرعته أو غيرها.

(٣) حكى عن الخلاف والمبسوط والقاضى وابن إدريس. و عن كشف الرموز: أنه أشبه.

(٤) فإن

الحديث المشهور: «نهى النبى (ص) عن بيع الغرر» (١)

مختص بالبيع. و فى بعض كتب العلامة

روايته: «نهى النبى (ص) عن الغرر» (٢).

لكنه غير ثابت، بل المظنون أن مراد العلامة من ذلك هو الحديث المشهور.

(٥) إما للإجماع- كما قد يدعى- وإما للتعدى عن البيع المذكور فى

(١) الوسائل باب: ٤٠ من أبواب آداب التجارة حديث: ٣، الموطأ الجزء: ٢ الصفحة ١١١ طبعه مصر.

(٢) راجع التذكرة: المسألة: ٢ من الركن الثالث من الفصل الثانى من الإجارة.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٧٢

و بالأقدام فى الثانى (١). و يمكن الفرق بين الضمان التبرعى والاذنى، فيعتبر فى الثانى دون الأول، إذ ضمان على بن الحسين (ع)

كان تبرعياً (٢). و اختصاص نفي الغرر بالمعاوضات ممنوع.

بل يجرى فى مثل المقام الشبيه بالمعاوضة (٣). إذا كان بالاذن مع قصد الرجوع على الأذن. و هذا التفصيل لا يخلو عن قرب (٤)

[مسألة ٢: إذا تحقق الضمان الجامع لشرائط الصحة انتقل الحق من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن]

(مسألة ٢): إذا تحقق الضمان الجامع لشرائط الصحة انتقل الحق من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن، و تبرأ ذمة المضمون عنه،

بالإجماع و النصوص (٥)، خلافاً للجمهور

الحديث إلى غيره من المعاوضات.

(١) فإنه مع الاقدام لا- نفى للضرر، إما لأنه امتنانى و لا امتنان فى نفيه مع الاقدام. و إما لأن الظاهر من نفي الضرر فى الحكم الذى

يؤدى الى الضرر، و مع الاقدام على الضرر يكون الضرر من جهة الاقدام لا من جهة الحكم.

(٢) الذى يظهر من الروايتين السابقتين أنه كان بالاذن و الطلب، لكن من الخارج يعلم أنه (ع) لم يضمن بقصد الرجوع على المضمون

عنه.

(٣) لكن دليله غير ظاهر، كما عرفت.

(٤) لكن الجواز مطلقاً أقرب، لما عرفت من إطلاق أدلة الصحة من دون مقيد ظاهر.

(٥) فى التذكرة: أنه عند علمائنا أجمع، و به قال ابن أبى ليلى و ابن شبرمة و داود و أبو ثور، و عن الغنية: أن عليه إجماع الطائفة. و فى

المسالك: أنه موضع وفاق. و فى الحدائق: «الظاهر أنه لا خلاف فيه». و فى الجواهر: «بلا خلاف فى ذلك و لا اشكال، بل الإجماع

بقسميه عليه، بل لعله من ضروريات الفقه». و تقدم فى مبحث اعتبار

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٧٣

حيث أن الضمان عندهم ضم ذمة إلى ذمة (١). و ظاهر كلمات الأصحاب عدم صحة ما ذكره حتى مع التصريح به على هذا النحو. و يمكن الحكم بصحته حينئذ (٢).

رضا المضمون عنه «١» صحيح ابن سنان المتضمن: أنه إذا رضى المضمون عنه فقد برئت ذمة الميت . كما تقدمت الروايات الدالة على براءة ذمة الميت بالضمان عنه. التي هي من طرقنا و من طرق الجماعة، كرواية أبي سعيد الخدرى فى ضمان على (ع) دين الميت»

و رواية جابر فى ضمان أبى قتادة دين الميت

(١) نسب فى التذكرة ذلك الى عامة الفقهاء كالثورى و الشافعى و أحمد و إسحاق و أبى عبيدة و أصحاب الرأى» على خلاف بينهم فى أن للمضمون عنه مطالبه كل منهما، كما عن الشافعى و أبى حنيفة و أحمد و غيرهم، أو أنه لا يطالب الضامن إلا إذا عجز من تحصيله من المضمون عنه لغيته أو إعساره، كما عن مالك.

(٢) إذ لا مانع من اشتغال ذمم متعددة بمال واحد على أن يكون بعضها بدلا عن الآخر، كما فى المقام، أو لم يلحظ فيها ذلك، كما فى تعاقب الأيدى، فإن العين المغصوبة إذا تعاقبت عليها الأيدى كان كل واحد من ذوى الأيدى ضامناً لها على السواء فيما بينهم لم يكن قد لوحظت البدلية معه. و امتناع كون الشىء الواحد فى مكانين يختص بالأمر الحقيقية، و لا يجرى فى الأمور الاعتبارية التي هى وجودات ادعائية اعتبرت عند العقلاء لأسباب اقتضت ذلك الاعتبار. و نظير ذلك الوجوب الكفائى.

فإنه يتعدد الواجب عليهم مع وحدة الواجب، فكما يصح اعتبار وجوب متعدد لواجب واحد يصح اعتبار ضمان متعدد لمضمون واحد.

(١) راجع الصفحة: ٢٤٨.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٧٤

للعومات (١).

و لا فرق إلا من حيث التكليف و الوضع، فالواجب الكفائى مع أنه واحد ثابت على كل واحد من المكلفين أو فى ذمته، و المضمون فى تعاقب الأيدى أيضاً ثابت فى ذمة كل واحد من ذوى الأيدى. و سيأتى فى المسألة السادسة و العشرين بعض الكلام فى ذلك.

(١) الظاهر أنه يريد عمومات صحة الشروط «١». لكن يشكل:

بأن تلك العمومات مخصصة بما لا يخالف الكتاب و السنة، و المراد به الشرط الذى لا يكون على خلاف الحكم الشرعى الاقتضائى، فإذا كان مخالفاً للحكم الشرعى الاقتضائى كان باطلاً. و الظاهر من الدليل الدال على كون الضمان موجباً لبراءة ذمة المضمون عنه كونه مقتضياً لذلك حسب الارتكاز العقلائى، لا أن البراءة لعدم المقتضى للاشتغال، فإذا كانت براءة ذمة المضمون عنه لوجود المقتضى لها لا لعدم المقتضى للاشتغال فاشترط الاشتغال يكون على خلاف الحكم الاقتضائى، فلا يصح.

و كذا بناء على ما ذكره شيخنا الأعظم (ره) فى تفسير الشرط المخالف للكتاب و السنة بأنه ما كان على خلاف إطلاق دليل الحكم، فإن إطلاق

قوله (ع): «إذا رضى المضمون له فقد برئت ذمة الميت» (٢)

يقضى البراءة حتى مع الشرط المذكور، فىكون الشرط المذكور مخالفاً لدليل الحكم، فيبطل. و إن كان ما ذكره - قدس سره - ضعيفاً، فإن أكثر أدلة الأحكام مطلقة من حيث العنوان الثانوى حتى الأحكام غير الإلزامية، و حينئذ يشكل الأمر فى أكثر الشروط، إذ ما من شرط إلا و يبدل حكم مشروطة إلى اللزوم، و هو مناف لإطلاق دليل حكم المشروط، و لازم

(١) راجع الوسائل باب: ٦ من أبواب الخيار كتاب التجارة.

(٢) الوسائل باب: ٢ من أبواب كتاب الضمان حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٧٥

.....

ذلك بطلان الشروط عامة إلا النادر منها، وهو كما ترى.

ودعوى: أن أغلب المباحات والمستحبات والمكروهات بل جميعها انما دل عليها على حكمها بالنظر إلى الذات و من حيث نفسها و مجرداً عن ملاحظة عنوان آخر طارئ عليه، بخلاف أغلب المحرمات و الواجبات، فان دليل الحكم بالمنع عن الفعل أو الترك مطلق لا مقيد بحيثية مجرد الموضوع.

ممنوعة، لورود أدلة الطرفين على نهج واحد، إما مطلقاً من حيث العناوين الثانوية أو مهملة. بل ربما وردت في سياق واحد، مثل قوله تعالى:

(يُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ) «١» وقوله تعالى (وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا) «٢» فالتفكيك بينهما بحمل: (أَحَلَّ) على النظر إلى الذات دون العناوين الثانوية، و (حَرَّمَ) بالنظر إلى العناوين الثانوية، بلا فارق.

و كيف كان فالتحقيق: أن الشرط المخالف للكتاب هو المخالف للحكم الاقتضائي، و منه الشرط في المقام حسب الارتكاز العرفي، فإن كون الحكم اقتضائياً أو غير اقتضائي لما لم يكن طريق إليه شرعاً تعين الرجوع إلى المرتكزات العقلانية، إذ لو لا ذلك كان البيان المذكور خالياً عن الفائدة، إذ لا طريق إلى تشخيص الموضوع سواه. و بالجملة: مقتضى الإطلاق المقامي الرجوع إلى المرتكزات، كما أن مقتضاه الرجوع إليها في تشخيص مفاهيم موضوعات الأحكام الشرعية. نعم إذا توقف العرف في تشخيص الحكم الاقتضائي و اللاقتضائي تعين الرجوع إلى الأصل، و هو أصل عدم كون الشرط مخالفاً، بناء على جريان الأصل في العدم الأزلي بنحو مفاد ليس الناقصة، كما هو الظاهر. و تحقيق ذلك في مبحث الشروط

(١) الأعراف: ١٥٧.

(٢) البقرة: ٢٧٥.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٧٦

[مسألة ٣: إذا أبرء المضمون له ذمة الضامن برئت ذمته و ذمة المضمون عنه]

(مسألة ٣): إذا أبرء المضمون له ذمة الضامن برئت ذمته و ذمة المضمون عنه (١). و إن أبرأ ذمة المضمون عنه لم يؤثر شيئاً (٢)، فلا تبرء ذمة الضامن، لعدم المحل للإبراء بعد براءته بالضمان، إلا إذا استفيد منه الإبراء من الدين الذي كان عليه، بحيث يفهم منه عرفاً إبراء ذمة الضامن (٣). و أما في الضمان بمعنى ضم ذمة إلى ذمة فإن أبرء ذمة المضمون عنه برئت ذمة الضامن أيضاً، و ان أبرء ذمة الضامن فلا تبرء ذمة المضمون عنه. كذا قالوا. و يمكن أن يقال: براءة ذمتهما على

من كتاب المكاسب. فلاحظ.

(١) أما براءة ذمته: فللإبراء، و أما براءة ذمة المضمون عنه:

فلأنها كانت بريئة بالضمان قبل الإبراء المذكور، ففائدته بالنسبة إلى المضمون عنه تكون من جهة استحقاق الضامن من الرجوع عليه بالأداء، ولا أداء، فتكون ذمة المضمون عنه بريئة عن مال المضمون له و عن مال الضامن.

(٢) قال في الشرائع: «و لو أبرأ المضمون له المضمون عنه لم يبرأ الضامن على قول مشهور لنا» و في المسالك: «فقول المصنف: (على قول مشهور لنا) يشعر بثبوت مخالف منا. لكن لم نقف عليه. و في التذكرة:

ادعى إجماع علمائنا على ذلك. و لعله أراد بذلك أنه لم يتحقق الإجماع و ان لم نجد مخالفاً، فان عدم الاطلاع على المخالف لا يوجب الإجماع» و كيف كان لا ينبغي الإشكال فيما ذكره المصنف، لما ذكره من التعليل.

(٣) كما أشار الى ذلك في الجواهر. لكنه قال: «إلا- أن ذلك لو سلم فهو خروج عما نحن فيه، ضرورة كون المراد من الحيثية المزبورة، لا من حيث دعوى دلالة العرف على إرادة براءة ذمة الضامن أيضاً. مع أنها واضحة المنع على مدعيها مع عدم القرائن».

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٧٧

التقديرين (١).

[مسألة ٤): الضمان لازم من طرف الضامن و المضمون له]

(مسألة ٤): الضمان لازم من طرف الضامن و المضمون له (٢)، فلا- يجوز للضامن فسخه حتى لو كان بإذن المضمون عنه و تبين إيساره (٣). و كذا لا يجوز للمضمون له فسخه و الرجوع على المضمون عنه (٤)، لكن بشرط ملاءة الضامن حين الضمان أو علم المضمون له بإيساره، بخلاف ما لو كان معسرا حين الضمان و كان جاهلا بإيساره، ففي هذه الصورة يجوز له الفسخ على المشهور (٥)، بل الظاهر عدم الخلاف

(١) بأن يفهم منه ارادة رفع اليد عن الدين المضمون، كما سبق في إبراء ذمة المضمون عنه على قول الأصحاب، بل هنا أولى. لكنه خروج عن موضوع البحث، كما تقدم من الجواهر في المسألة السابقة.

أو يقال: بأن الإبراء بمنزلة الاستيفاء، فكما ان استيفاء الدين من أحدهما يوجب براءة الآخر، كذلك إبراء أحدهما منه. و سيأتي التعرض لذلك في المسألة السادسة و العشرين.

(٢) بلا خلاف ظاهر، بل الظاهر الاتفاق عليه، كما يظهر من كلامهم في المسألة الآتية. و تقتضيه أصالة اللزوم.

(٣) كما يقتضيه إطلاق الفتاوى. و تقتضيه أصالة اللزوم.

(٤) بلا إشكال و لا خلاف، كما في الجواهر، لأصالة اللزوم.

(٥) بل لا خلاف فيه عندنا، كما في الجواهر، و عن ظاهر الغنية:

الإجماع عليه. و عن السرائر: نسبه إلى أصحابنا. و في جامع المقاصد:

«ظاهرهم أن هذا الحكم موضع وفاق». و عن الرياض: أنه لم نجد خلافاً فيه.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٧٨

فيه. و يستفاد من بعض الاخبار أيضاً (١). و المدار- كما أشرنا إليه- في الإيسار و اليسار على حال الضمان، فلو كان

(١) يريد

موثق الحسن بن الجهم: «سألت أبا الحسن (ع) عن رجل مات و له على دين و خلف ولداً رجالاتاً و نساء و صبياناً، فجاء رجل منهم فقال: أنت في حال مما لأبي عليك من حصتي، و أنت حل مما لإخوتي و أخواتي، و أنا ضامن لرضاهم عنك. قال: تكون في سعة

من ذلك و حل . قلت : و إن لم يعطهم . قال : ذلك في عنقه . قلت : فان رجع الورثة على فقالوا : أعطنا حقنا . فقال (ع) : لهم ذلك في الحكم الظاهر ، و أما بينك و بين الله تعالى فأنت في حل منها إذا كان الرجل الذي أحلك يضمن رضاهم . قلت : فما تقول في الصبي ، لأنه ان تحلل ؟

قال (ع) نعم إذا كان لها ما ترضيه و تعطيه . قلت : فان لم يكن لها مال ؟ قال (ع) ؟ فلا « ١ » .

لكن مورده التحليل لا الضمان . و مفاده أن الملاءة شرط الصحة فيه لا شرط اللزوم كما هو المدعى . و أن ذلك مختص بالصبي و أمه ، دون البالغ و أخيه ، فإن إطلاق الصحة في الثاني يقتضى عدم الشرطية فيه ، فيكون صدر الحديث دليلاً على عدم الخيار . و لذلك قال في مفتاح الكرامة : « و الشهرة تجبر السند و الدلالة » . و في الجواهر قال : « و ما عساه يشعر به ذيل خبر ابن الجهم .. » فلم يجعل الخبر دالاً عليه . هذا مضافاً الى ما فيه من الاشكال من صحة التحليل بلا إذن الدائن ، أو الضمان بلا إذن المضمون له . و لم يعرف خبر يدل على المشهور غير ما ذكر . نعم قيل : إن فتوى ابن إدريس به و ذكره الشيخ له في النهاية يدل على أن به خبراً أو إخباراً . انتهى . و لعله اجتهاد منهما في دلالة خبر ابن الجهم . و في الجواهر : استدل عليه بما دل على اشتراط

(١) الوسائل باب : ٤ من أبواب كتاب الضمان حديث : ١ .

مستمسك العروة الوثقى ، ج ١٣ ، ص : ٢٧٩

موسراً ثم أعسر لا يجوز له الفسخ (١) . كما أنه لو كان معسراً ثم أيسر يبقى الخيار (٢) . و الظاهر عدم الفرق في ثبوت

الملاءة في المحال عليه ، لأن الحوالة أخت الضمان . لكن لم تثبت هذه الأخوة في المقام .

(١) كما صرح به في التذكرة و القواعد و التحرير و غيرها ، و في مفتاح الكرامة : « طفت به عباراتهم منطوقاً و مفهوماً » . و ظاهر جامع المقاصد : أن ظاهرهم الاتفاق عليه . و يقتضيه أصالة اللزوم بعد اختصاص دليل الخيار في الصورة السابقة . و مثله ما إذا ضمن باستدعاء المضمون عنه بانياً على الرجوع اليه فتيين إعساره ، فإنه لا خيار للضامن ، لاختصاص الدليل بالمضمون له .

(٢) و في الجواهر : « قد يقوى عدم الخيار أيضاً لو كان معسراً حال الضمان و لم يعلم به حتى تجدد يساره للأصل » . لكن الأصل يقتضى بقاء الخيار لا - عدمه . إلا - أن يقال : أصالة اللزوم تقتضى عدم الخيار ، و لم يثبت لها مخصص ، لما عرفت من إجمال دليل التخصيص ، و المتيقن منه غير هذه الصورة . نعم إطلاق كلمات الأصحاب يقتضى عدم الفرق بين زوال الإعسار و بقائه . اللهم إلا أن يكون تعليلهم الحكم بالإرفاق يقتضى الاختصاص بغير من تجدد يساره . و لكنه يعم من علم بإعساره حال الضمان أيضاً . اللهم إلا أن يكون عدم الفسخ مع العلم بالإعسار موجباً لسقوط الخيار و إن لم يتجدد اليسار لأنه فوري ، و حينئذ يتعين تخصيص الاستثناء بصورة عدم العلم بالإعسار ، كما ذكر في الجواهر . لكن الظاهر أن التعليل بالإرفاق من باب بيان الحكمة لا العلة ، و الا لم يكن وجه للاقتصار في الخيار على الصورة المذكورة . و حينئذ يكون إطلاق كلماتهم بلا مقيد .

مستمسك العروة الوثقى ، ج ١٣ ، ص : ٢٨٠

الخيار مع الجهل بالإعسار بين كون المضمون عنه أيضاً معسراً أولاً (١) . و هل يلحق بالإعسار تبين كونه مماطلا مع يساره في ثبوت الخيار أو لا ؟ و جهان (٢) .

[مسألة (٥) : يجوز اشتراط الخيار في الضمان للضمان و المضمون له]

(مسألة ٥) : يجوز اشتراط الخيار في الضمان للضمان و المضمون له (٣) .

(١) كما في الجواهر. لإطلاق الفتاوى.

(٢) من ظهور اتفاهم على اختصاص الخيار بصورة الإعسار مع الجهل به، و من قاعدة نفى الضرر. و لذا ذكر في الجواهر: أن إطلاق الفتاوى يقتضى عدم الخيار مع الملاءة و ان لم يكن وفيها. بل ظاهرهم عدم ثبوته بغير ذلك من وجوه الضرر أو تعسر الاستيفاء. و لكنه لا يخلو من نظر. لكن العمل بقاعدة نفى الضرر لإثبات الخيار ليس بناء الأصحاب عليه فى البيع، و ليس من أنواع الخيار خيار المماطلة للبائع أو المشتري.

و كأنه لعدم الضرر فيها، و انما فيها تحديد سلطنة المالك عن ملكه و حبسه عنه. و لذلك قال فى المسالك: «و كما لا يقدر تجدد إعساره المانع من الاستيفاء كذا لا يقدر تعذر الاستيفاء منه بوجه آخر، فلا يرجع على المضمون عنه متى لزم الضمان». هذا مع عدم إمكان الإيجاب، و الا فلا مجال للقول بالخيار.

(٣) و هو الأصح كما فى جامع المقاصد، و حكاه عن صريح بيع التذكرة و ظاهر بيع القواعد و المعبر و غيرها. لكن فى القواعد فى كتاب الضمان ذكر أن شرط الخيار فى الضمان مفسد، و فى التذكرة: «لو شرط الضامن الخيار لنفسه كان باطلا، لأنه ينافى مقتضى الضمان، فان الضامن على يقين من الغرر»، - و هو كما ترى - غير ظاهر.

و الذى ينبغى ابتناء الجواز و عدمه على كون اللزوم فى المقام من

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٨١

لعموم أدلة الشروط. و الظاهر جواز اشتراط شىء لكل منهما (١)، كما إذا قال الضامن: «إنا ضامن بشرط أن تخطط

الحقوق أو من الأحكام، فعلى الأول يجوز الشرط، و على الثانى لا يجوز، لأنه مخالف للكتاب. و المرتكزات العرفية تقتضى الأول، و هو ظاهر المانعين، فإن العلامة فى التذكرة علل المنع بما عرفت، لا بكون اللزوم حكماً، و صرح بجواز شرط الخيار للمضمون له، لأن له الخيار فى الإبراء و المطالبة، و لو كان اللزوم عنده حكماً لم يجز شرط الخيار حتى للمضمون له.

و على ذلك يبنى جواز التقابل لاختصاص الإقالة بما يكون الفسخ فيه من حقوق الطرفين، و لا تكون فيما لا يكون الفسخ كذلك. لأن أدلة الإقالة العامة ليست واردة فى مقام إثبات قابلية المحل، و إنما هى واردة فى مقام تشريعها على تقدير القابلية. فالقابلية تحرز من الخارج، و الإطلاقى المقامى يقتضى الرجوع الى العرف فى إحراز القابلية، و الارتكاز العرفى يقتضى ثبوت القابلية فيما كان الفسخ من الحقوق الراجعة إلى طرفى المعاهدة.

و الظاهر اطراد ذلك فى عامة العقود المتعلقة بالنفس أو المال، فإن إيقاعها من حقوق الطرفين و فسخها كذلك، ما لم يقم دليل على الخلاف.

كالنكاح و الوقف، لما دل على لزومهما و عدم تمكن المتعاقدين من فسخهما.

فما لم يقم ذلك الدليل فالارتكاز العرفى يقتضى جواز الإقالة، لتعلق العقد بحقوق الطرفين و شؤونهما، و كما أن لهما إيقاعه لهما فسخه، و لأجل ذلك يصح شرط الخيار فيه. و الضمان من قبيل ذلك، لما عرفت من أن لزومه مأخوذ من أصالة اللزوم الذى هو من حقوق المتعاقدين، و لا دليل على لزومه حكماً كالنكاح.

(١) كما يقتضيه عموم أدلة الشروط الذى كان بناؤهم على العمل به

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٨٢

لى ثوباً»، أو قال المضمون له: «أقبل الضمان بشرط أن تعمل لى كذا». و مع التخلف يثبت للشارط خيار تخلف الشرط (١).

[(مسألة ٦): إذا تبين كون الضامن مملوكاً و ضمن من غير إذن مولاه]

(مسألة ٦): إذا تبين كون الضامن مملوكاً و ضمن من غير إذن مولاه، أو ياذنه و قلنا إنه يتبع بما ضمن بعد العتق، لا يبعد ثبوت الخيار للمضمون له (٢).

[مسألة ٧): يجوز ضمان الدين الحال حالا، و مؤجلاً]

(مسألة ٧): يجوز ضمان الدين الحال حالا، و مؤجلاً (٣)

في الضمان بشرط التأجيل أو الحلول، و بشرط أن يكون الضمان من مال معين و غير ذلك. لكن في التذكرة: «لو ضمن رجل عن غيره ألفاً و شرط المضمون له أن يدفع اليه الضامن أو المضمون عنه كل شهر درهماً لا يحسبه من مال الضمان بطل الشرط إجماعاً»، و الظاهر أن دعوى الإجماع المذكورة مبنية على كونه من الربا المحرم بالإجماع، و إلا فلم أقف عن من تعرض لهذا الشرط و لحكمه، فضلاً عن كونه معقد إجماع.

و ليس هو من الربا في البيع، و لا- في القرض. ثم إنه إذا تم ذلك في الشرط للمضمون له لا- يتم في الشرط للضامن، لان الشرط الموجب للربا ما يرجع الى الدائن، دون ما يرجع الى المديون.

(١) لأنه مقتضى الشرط عرفات، فكأن المشتري اشترط الشرط، و اشترط الخيار على تقدير تخلف الشرط، و قد عرفت أن عقد الضمان يقبل الخيار بالشرط.

(٢) لأن ذلك نوع من الإعسار الموجب للخيار.

(٣) أما مؤجلاً: فقد حكى الإجماع عليه في الشرائع، قال:

«و الضمان المؤجل جائز إجماعاً». و في المسالك: أنه موضع وفاق.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٨٣

و كذا ضمان المؤجل حالا، و مؤجلاً (١) بمثل ذلك الأجل، أو أزيد، أو أنقص. و القول بعدم صحة الضمان إلا مؤجلاً (٢) و انه يعتبر فيه الأجل كالسلم، ضعيف (٣)، كالقول بعدم صحة ضمان الدين المؤجل حالاً (٤)،

و نحوهما ما عن التنقيح و إيضاح النافع و جامع المقاصد و المفاتيح. و عن الكفاية: «لا أعرف فيه خلافا». و يقتضيه عموم الأدلة. قال في المسالك: «و ليس هذا تعليقاً للضمان على الأجل، بل تأجيل للدين الحال في عقد لازم فيلزم». و أما حالاً: فسيأتي نقل الخلاف فيه من الشيخ.

(١) أما ضمان المؤجل حالاً، فهو مقتضى عموم الصحة في الضمان و في شرط الحلول، و في الشرائع- بعد أن ذكر ما سبق- قال: «و في الحال تردد أظهره الجواز» و سيأتي فيه نقل خلاف الشيخ و الفخر أيضاً.

و أما ضمان المؤجل مؤجلاً: فلا اشكال فيه إذا كان أجل الضمان أبعد.

و أما إذا كان مساوياً فيأتي فيه الخلاف المحكى عن الشيخ. و إذا كان أجل الضمان أقل فيأتي فيه خلاف الشيخ و الفخر أيضاً. لكن عموم الصحة يقتضى صحته من دون مخصص كما يأتي.

(٢) حكى في المختلف عن الشيخ في النهاية أنه قال: «و لا يصح ضمان مال و لا نفس إلا بأجل معلوم» و نسب في المختلف ذلك إلى المقنعة و الى ابن البراج في الكامل و ابن حمزة. قال في مفتاح الكرامة: «لم أجد ذلك في المقنعة». و في السرائر: حمل كلام النهاية على انه إذا اتفقا على كون الضمان بأجل فلا بد من تعيينه، و جعله حق اليقين. لكنه خلاف ظاهر العبارة، كما فهمه الأصحاب.

(٣) لمخالفته للعمومات المقتضية للصحة.

(٤) في جامع المقاصد في شرح قول مصنفه: «و الأقرب جواز

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٨٤

.....

العكس»- يعنى: جواز ضمان المؤجل حالا- قال: «وجه الأقرب:

أن الأداء معجلاً جائز، فكذا الضمان، لأنه كالأداء. و قال الشيخ:

إنه لا- يصح، لأن الفرع لا يكون أقوى من الأصل. و فى هذا التوجيه ضعف. و لأن الضمان نقل المال على ما هو به، و لا يرد تأجيل الحال، لأن ذلك شرط زائد يستقل صاحب الحق بإثباته فى العقد اللازم، بخلاف الأجل الذى هو مشترك بين المضمون له و المضمون عنه. و لأن الحلول زيادة فى الحق، و لهذا يختلف الأثمان به، و هذه الزيادة غير واجبة على المديون و لا ثابتة فى ذمته، فىكون ضمان ما لم يجب، فلا يصح عندنا.

و هذا التوجيه الأخير ذكره الشيخ فخر الدين ولد المصنف، و حسنه فى المختلف. و هو المختار». و قد أشار بذلك إلى ما ذكره العلامة فى المختلف قال: «إذا ضمن المؤجل حالاً قال فى المبسوط: الأقوى أنه لا- يصح، لأنه لا يجوز أن يكون الفرع أقوى من الأصل. و الوجه عندى الصحة، و لا نسلم تحقق القوة هنا، فإنه كما يجوز للمضمون عنه دفع المال معجلاً كذا يجوز الضمان معجلاً، فان الضمان كالقضاء .. (الى أن قال):

و قد استخرج ولدى العزيز محمد- جعلت فداءه- وجهاً حسناً يقوى قول الشيخ، و هو أن الحلول زيادة فى الحق و لهذا تختلف الأثمان به، و هذه الزيادة غير واجبة على المديون، و لا ثابتة فى ذمته، فىكون ضمان ما لم يجب، فلا يصح عندنا».

و قد تضمن كلامهما هذا وجوهاً من الاشكال. منها: أن الفرع لا يكون أقوى من الأصل. و منها: أن الضمان نقل المال على ما هو به. و منها: أن الحلول زيادة غير ثابتة فى ذمة المديون فىكون ضمانها ضمان ما لم يجب لكن الجميع كما ترى، بل ما كان يؤمل من مقامه الرفيع فى التحقيق و الإتيان الاعتماد على مثل هذه الوجوه الضعيفة. إذ لا دليل على

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٨٥

.....

القاعدة الأولى على نحو تمنع من الصحة فى المقام. و الضمان فى المقام لنفس الدين على ما هو عليه، و الأجل ليس مضموناً، و إنما هو ظرف أداء المضمون. و من ذلك يظهر ضعف الوجه الأخير. و الذى يظهر من عبارة المختلف اختيار الصحة، كما هو المشهور. و الاستحسان منه إنما كان للوجه لا للفتوى بالمنع. و لعل فخر المحققين كذلك.

و الذى يتحصل مما ذكر: أن الدين المضمون تارة: يكون حالاً، و أخرى: مؤجلاً، و كل منهما إما يضمن حالاً، أو مؤجلاً، فهذه أربعة صور، و الصورة الرابعة- و هى ضمان المؤجل مؤجلاً- تارة: يكون الأجل فيها مساوياً لأجل الدين، و أخرى: يكون أقل، و ثالثة: يكون أكثر. فهذه ست صور. و فى كل منها إما أن يكون الضمان بسؤال المضمون عنه، أو تبرعاً من الضمان. فهذه اثنتا عشرة صورة. و الاشكال و الخلاف يكون فى صورة ضمان المؤجل حالا كما عن الشيخ فى المبسوط، و اختاره فى جامع المقاصد، و تردد فيه فى الشرائع فى آخر كتاب الضمان، و إن جزم بالصحة فى أوائل الكتاب، و صورة ضمان الحال حالا، كما تقدم عن الشيخ فى النهاية، و نسب إلى المقنعة و غيرها، كما عرفت، خلافاً للشيخ فى المبسوط فاختر الجواز. و صورة ضمان المؤجل بأجل أقل. و فى المختلف نسب الى الشيخ الإجماع، للمنع من الضمان الحال- الذى تقدمت حكايته عن النهاية- بأن الضمان شرع للإرفاق بالمضمون عنه، فإذا كان الضمان حالا و رجع الضامن على المضمون عنه لم يكن إرفاق به. و فيه: أنه لو تمَّ أنه إرفاق فهو بملاحظة إفراغ ذمته بالضمان، و

هو حاصل في الحال.

مع أنه عليه يختص المنع بصورة ما إذا كان الضمان موجبا للرجوع على المضمون عنه لكونه بسؤاله، أما إذا لم يكن كذلك - بأن كان تبرعا - فلا إشكال في الجواز.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٨٦

أو بأنقص. و دعوى: أنه من ضمان ما لم يجب، كما ترى (١)،

[(مسألة ٨): إذا ضمن الدين الحال مؤجلا]

(مسألة ٨): إذا ضمن الدين الحال مؤجلا بإذن المضمون عنه فالأجل للضمان لا للدين (٢)، فلو أسقط الضامن أجله و أدى الدين قبل الأجل يجوز له الرجوع على المضمون عنه (٣)، لأن الذى عليه كان حالا (٤) و لم يصير مؤجلا بتأجيل الضمان. و كذا إذا مات قبل انقضاء أجله و حل

(١) إذ الضمان الدين، و هو ثابت فى الذمة لا للأجل، فإن الأجل للوفاء بما فى الذمة، لا أنه مضمون بنفسه.

(٢) و فى الجواهر: أنه لا- يخلو من قوة. و المراد به أنه أجل لجواز مطالبة الضامن، فلا تجوز مطالبة قبله، فان ذلك مقتضى الشرط النافذ الصحيح، و هو لا يرتبط بالدين الذى كان فى ذمة المضمون عنه، فان لم يكن مؤجلا قبل الضمان، و الضمان لا يقتضى تأجيله، لأن الشرط لم يكن متعلقاً به، و انما كان متعلقاً بالضمان.

(٣) كما صرح به فى جامع المقاصد و المسالك و الحدائق و الجواهر.

و عن المبسوط و التحرير و التذكرة: التنبيه عليه.

(٤) لا يخفى أن الدين الذى عليه كان للمضمون عنه، و قد فرغت ذمته منه حالا كان أو مؤجلا، و ليس للضامن عليه شىء سابقاً، و انما حدث لدفع الضامن إلى المضمون له، فليس هناك دين حال كى يعلل به الحكم. و كان اللازم تعليقه بإطلاق ما دل على جواز رجوع الضامن على المضمون عنه بما دفعه المقتضى للحلول. لكن ذلك إذا أذن فى الضمان عنه مطلقاً. أما إذا أذن بشرط الأجل ففى جواز الرجوع قبل الأجل إشكال، إذ قد يرجع ذلك الى اشتراط الأجل فى الرجوع إليه، فلا يجوز الرجوع اليه قبله.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٨٧

ما عليه و أخذ من تركته يجوز لو ارثه الرجوع على المضمون عنه (١). و احتمال صيرورة أصل الدين مؤجلا حتى بالنسبة إلى المضمون عنه ضعيف.

[(مسألة ٩): إذا كان الدين مؤجلا فضمنه الضامن كذلك]

(مسألة ٩): إذا كان الدين مؤجلا فضمنه الضامن كذلك، فمات و حل ما عليه و أخذ من تركته ليس لو ارثه الرجوع على المضمون عنه إلا بعد حلول أجل أصل الدين (٢) لأن الحلول على الضامن بموته لا يستلزم الحلول على المضمون عنه. و كذا لو أسقط أجله و أدى الدين قبل الأجل لا يجوز له الرجوع على المضمون عنه إلا بعد انقضاء الأجل.

(١) كما صرح بذلك فى جامع المقاصد و المسالك و الحدائق و الجواهر و عن المبسوط و التحرير و التذكرة: التنبيه عليه. لما ذكر فيما قبله. و يشكل أيضاً إطلاقه بما سبق فيما قبله.

(٢) قال فى القواعد: «و لو ضمن الحال مؤجلا- تأجل، و ليس للضامن مطالبة المديون قبل الأداء. و إذا مات حل، و لو ارثته مطالبة

المضمون عنه قبل الأجل. و لو كان الأصل مؤجلا لم يكن لهم». و ذكره في الجواهر من دون نقل خلاف. و كذا في مفتاح الكرامة حاكيا له عن صريح المبسوط و التذكرة و التحرير، معللا له بما في المتن. و تبعه في الجواهر. لكن قد عرفت أن الدين الأصلي قد فرغت منه ذمة المضمون عنه فلا يتصف بالحلول أو التأجيل. و إطلاق ما دل على رجوع الضامن على المضمون عنه بما أداه يقتضى جواز الرجوع في المقام بعد الأداء من دون مقيد يقتضى تأجيل الرجوع. و مجرد كون الدين الذي كان على المضمون عنه مؤجلا لا يقتضى التأجيل للدين الجديد. نعم إذا كان إذن

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٨٨

[مسألة ١٠: إذا ضمن الدين المؤجل حالاً بإذن المضمون عنه]

(مسألة ١٠): إذا ضمن الدين المؤجل حالاً بإذن المضمون عنه (١)،

المضمون عنه مقيداً بالمؤجل، بحيث يفهم منه اشتراط عدم الرجوع إليه قبل الأجل، كان الشرط المذكور مانعاً من الرجوع على المضمون عنه، و هو أمر آخر غير كون الدين مؤجلا في نفسه. و بالجملة: تعليل جواز الرجوع على المضمون عنه حالا و مؤجلا يكون الدين الذي كان عليه حالا أو مؤجلا، غير ظاهر، لعدم دخل ذلك به، و انما الدخيل فيه الاذن مطلقاً أو مشروطاً بعدم الرجوع حالا.

(١) إذا ضمن المؤجل حالاً صار الدين حالاً بالنسبة إلى الضامن، فيجب عليه الأداء حالاً. و هل يكون حالاً بالنسبة إلى المضمون عنه، بحيث يكون للضامن الرجوع عليه بمجرد الأداء قبل الأجل؟ فيه أقوال:

الأول: عدمه مطلقاً. قال في التذكرة: «على قولنا إنه يصح ضمان المؤجل حالا، إذا أدى الضامن المال الى صاحبه لم يكن له مطالبة المضمون عنه إلا عند الأجل إن أذن له في مطلق الضمان. و لو أذن له في الضمان عنه معجلا، ففي حله عليه إشكال، أقربه عدم الحلول أيضاً». و في مفتاح الكرامة: نسب ذلك الى المختلف و المسالك و الروضة و ظاهر التحرير و مجمع البرهان. الثاني: أنه يجوز الرجوع الى المضمون عنه بسؤاله مطلقاً.

حكاه في مفتاح الكرامة عن صريح التنقيح. و لعله ظاهر القواعد، حيث قال: «فيحل مع السؤال على إشكال». الثالث: أنه يصير حالا مع التصريح بالاذن حالا، لا مع الإطلاق. حكاه في مفتاح الكرامة عن ظاهر المفاتيح. الرابع: أنه مع التصريح بالسؤال حالا يرجع عليه حالا، و أما مع الإطلاق فمحل إشكال. و حكاه في مفتاح الكرامة عن الإيضاح.

قال في جامع المقاصد: «و أعلم أن الشارح ولد المصنف قال: إن موضع

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٨٩

فان فهم من إذنه رضاه بالرجوع عليه يجوز للضامن ذلك، و إلا فلا يجوز إلا بعد انقضاء الأجل. و الاذن في الضمان أعم من كونه حالا.

[مسألة ١١: إذا ضمن الدين المؤجل بأقل من أجله و أداه]

(مسألة ١١): إذا ضمن الدين المؤجل بأقل من أجله و أداه (١)، ليس له الرجوع على المضمون عنه الا بعد انقضاء

الاشكال ما إذا أذن في الضمان و أطلق، أما إذا أذن فيه حالا فلا إشكال في الحلول. و ليس بشيء. بل قد يقال: إنه مع الإطلاق لا إشكال في عدم الحلول. و من ذلك يظهر قول خامس، و هو ما ذكره في جامع المقاصد.

و الأقرب هو الثاني، لإطلاق ما دل على رجوع الضامن على المضمون عنه عند أداء مال الضمان من دون مقيد ظاهر. و الاذن في

الضمان وإن كانت أعم من كونه حالاً، لكن الإطلاق المتقدم كاف في جواز الرجوع. و من ذلك يظهر ضعف الثالث، الذي جعله في الجواهر الأقوى، لعدم اقتضاء الإطلاق الإذن في التعجيل، فيكون كالمتمبرع. إذ التعجيل في الرجوع لا يحتاج إلى الإذن، بل يكفي فيه إطلاق الدليل الدال عليه. و الذي اختاره المصنف هو المنع من الرجوع على المضمون عنه مطلقاً، إلا- أن يفهم من اذنه رضاه بالرجوع عليه. و لعله راجع الى القول الأول، أو هو قول سادس و الذي يقتضيه إطلاق أدلة الرجوع على المضمون عنه هو القول الثاني. إلا أن يفهم من الإذن بالضمان المؤجل اشتراط عدم الرجوع عليه قبل الأجل، فيجب العمل بالشرط. و لعله يكون قولاً سابعاً. و منه يظهر ضعف بقية الأقوال، فإن المنع من الرجوع قبل الأجل مطلقاً- كما هو القول الأول- أو في بعض الصور- كما في الأقوال الأخر- خلاف إطلاق ما دل على الرجوع على المضمون عنه إذا كان بسؤاله، كما يأتي.

(١) الذي يظهر من الجواهر أن هذه المسألة نظير المسألة السابقة،

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٩٠

أجله. و إذا ضمنه بأزيد من أجله فأسقط الزائد و أدها جاز له الرجوع عليه، على ما مر (١) من أن أجل الضمان لا يوجب صيرورة أصل الدين مؤجلاً. و كذا إذا مات بعد انقضاء أجل الدين قبل انقضاء الزائد فأخذ من تركته، فإنه يرجع على المضمون عنه.

[مسألة (١٢): إذا ضمن بغير إذن المضمون عنه برئت ذمته]

(مسألة ١٢): إذا ضمن بغير إذن المضمون عنه برئت ذمته، و لم يكن له الرجوع عليه (٢) و إن كان أدائه بإذنه أو أمره (٣). إلا أن يأذن له (٤)

يأتي فيها الأقوال كلها. لوجود مأخذ الأقوال المذكورة فيها بعينها.

(١) و مر الكلام فيه في المسألة الثامنة، و أنه و ان لم يوجب أجل الدين لكنه قد يوجب اشتراط عدم الرجوع قبل أجل الضمان. (٢) قال في الشرائع: «و يرجع الضامن على المضمون عنه بما أداء إن ضمن بإذنه و لو أدى بغير اذنه، و لا يرجع إذا ضمن بغير إذنه و لو أدى بإذنه» و في المسالك بعد أن ذكر أن العبارة تتضمن أحكاماً أربعة: اثنين بالمنطوق و اثنين بالمفهوم، قال: «و حكم الأربعة كما ذكر عند علمائنا أجمع» و في جامع المقاصد: «و الحكم عدم الرجوع فيهما عند علمائنا ذكره في التذكرة». و في الجواهر: «الإجماع بقسميه عليه» و نحو ذلك كلام غيرهم. و يكفي في إثباته أصالة البراءة لو لا ما يقتضيه إطلاق الاخبار الآتية في المسألة الآتية، لشمولها لما نحن فيه. فالعمدة إذاً الإجماع.

(٣) كما صرح به في معقد إجماع المسالك و جامع المقاصد و غيرهما، إذ الإذن في أداء ما وجب أو الأمر به ليس من أسباب الضمان.

(٤) كما مال إليه في الجواهر، و جعله نظير ما إذا قال، لأجنبي:

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٩١

في الأداء عنه (١) تبرعاً منه في وفاء دينه، كأن يقول: «أد ما ضمننت عني و ارجع به عليّ» على إشكال في هذه الصورة أيضاً (٢)،

أدّ عن الضامن المتمبرع و ارجع به عليّ، فإذا أدى بعنوان امتثال أمر المضمون عنه اتجه الرجوع عليه.

(١) يعنى: عن الآذن.

(٢) حكاها في الجواهر عن بعض الناس، معللاً له بما ذكر في المتن، ثم قال: «لا يخلو من نظر أو منع بعد ما عرفت». و المراد مما عرفت قاعدة الاحترام، فإنه و إن لم يكن دليل على قاعدة الاحترام كليه، لكن المتيقن منها صورة استيفاء عمل الغير. و هو على قسمين:

الأول: أن يكون الاستيفاء بالأمر على وجه الضمان، كما في المثال الذي ذكره. و الظاهر أنه لا إشكال في الضمان، فإن الأمر به على وجه الضمان من المعاملات العرفية الممضاة من الشارع المقدس، بشهادة استقرار سيرة المتشعبة عليها. فهي نظير القرض الذي هو تملك للعين على وجه الضمان بالمثل في المثليات و بالقيمة في القيمات، فاذا قال له: «أقرضني درهماً» أو «أقرضني ثوباً» كان ضامناً لدرهم في الأول و لقيمة الثوب في الثاني، لأن معنى: «أقرضني»: ملكني على وجه الضمان. كذلك الأمر في المقام، فاذا قال: «ادفع عني لزيد درهماً و على ضمانه» أو «خط ثوب زيد و على ضمانه» كان ضامناً في الأول لدرهم و في الثاني قيمة الخياطة، فهي معاملة جرت عليها سيرة العرف و المتشعبة، أشبه ما يكون بالجعالة، فتكون صحيحة، و تستوجب الضمان. و توهم: أنها وعد لا يجب الوفاء به. غريب، لاختصاصه بالوعد بالإحسان المجاني، و لا ينطبق على الإحسان المعاوضي.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٩٢

.....

الثاني: ما لا يكون الأمر على وجه الضمان، كما إذا قال للحلاق:

«احلق رأسي» فحلق رأسه، و كان كل من الأمر و المأمور غافلاً عن الضمان، فإنه يكون الأمر ضامناً للأجرة ما لم يقصد المأمور المجانية. و الضمان في المقام لا يكون مستنداً إلى معاملة، لعدم قصد العوض منهما. و المعروف عندهم الضمان أيضاً، اعتماداً على قاعدة احترام مال المسلم كدمه، فان استيفاءه بلا عوض ظلم و عدوان.

فاذا كان المناط في الضمان في القسمين أمراً واحداً، تعين أن يكون سبب الضمان في القسم الأول هو الاستيفاء أيضاً، و لا المعاملة، و يكون الضمان في المقامين لقاعدة الاحترام. و إذا كان سبب الضمان فيهما مختلفاً كان الضمان في القسم الأول مقتضى المعاملة، و في الثاني لقاعدة الاحترام. و الذي يظهر من الجواهر و غيرها: أن المناط في الضمان في القسمين واحد، و لذلك جعل الضمان في المثال المذكور في الجواهر هو قاعدة الاحترام. و هو محتمل، بل في كتاب الإجارة جزمنا به. و لكن الأظهر خلافه.

هذا كله إذا كان الأمر بالفعل على أن يكون للأمر، و أما إذا كان للفاعل كما إذا قال له: «أد دينك»، و أنفق على زوجته، و أحسن إلى من أساء إليك» ففعل المأمور لم يكن الأمر ضامناً، لعدم الدليل عليه، بل هو على خلافه. ضرورة أن الأمر بالمعروف واجباً كان أو مستحباً لا يوجب ضمان الأمر حسب ما تقتضيه السيرة القطعية. هذا إذا كان خالياً عن التعويض. أما إذا كان مشتملاً عليه - كما إذا قال لأخيه: صل اليومية و لك على أن أعطيك كل يوم درهماً - فالظاهر أنه كذلك، فلا يجب عليه دفع العوض - أعنى: الدرهم في المثال - لأنه وعد و إحسان مجاني، فلا يجب الوفاء فيه.

و الذي يتحصل: أن استيفاء عمل الغير على أربعة أقسام، لأن الفعل

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٩٣

من حيث أن مرجعه حيثئذ إلى الوعد الذي لا يلزم الوفاء به و إذا ضمن بإذنه فله الرجوع عليه بعد الأداء و ان لم يكن بإذنه (١)، لأنه بمجرد الإذن في الضمان اشتغلت ذمته من غير توقف على شيء. نعم لو أذن له في الضمان تبرعاً فضمن ليس له الرجوع عليه، لأن الإذن على هذا الوجه كلا إذن.

[مسألة (١٣): ليس للضامن الرجوع على المضمون عنه في صورة الإذن]

(مسألة ١٣): ليس للضامن الرجوع على المضمون عنه في صورة الإذن

المأمور به تارة: يكون للأمر، و أخرى: يكون للمأمور. و إذا كان للأمر فهو مضمون، سواء قصد الأمر و المأمور الضمان ليكون نوعاً

من المعاملة، أم لم يقصدا. وإذا كان للمأمور فلا ضمان على الأمر، سواء قصدا الضمان أم لم يقصدا. ومن ذلك يتوجه الاشكال على الجواهر، حيث جعل الضمان في القسم المعاملي، لقاعدة الاحترام. كما يتوجه على المصنف حيث ذكر الاشكال عليه من بعضهم بأنه وعد، وسكت عنه، مع أن الوعد يختص بالإحسان المجاني، ولا مجانية في الفرض، لأن الأمر أمر بالتبرع عن نفسه. نعم إذا أمره بالوفاء عن نفسه - يعني: المأمور - فقال: «أد دينك ولا تعص ربك و على عوضه»، كان من الإحسان المجاني، فيكون وعداً لا يجب الوفاء به.

(١) إجماعاً حكاه جماعة كثيرة، كما سبق. وفي الجواهر: «الإجماع بقسميه عليه». ويشهد له ما

رواه المشايخ الثلاثة عن الحسين بن خالد.

قال: «قلت لأبي الحسن (ع): جعلت فداك قول الناس: الضامن غارم. قال: فقال: ليس على الضامن غرم. الغرم على من أكل المال» (١) و إطلاقه يشمل صورة الضمان بغير إذن. لكنه مقيد بغير ذلك بالإجماع.

و يعضده الأخبار الآتية في المسألة الآتية. ولعله الى ذلك أشار في السرائر بقوله: «وردت به الاخبار عن الأئمة الإظهار».

(١) الوسائل باب: ١ من أبواب كتاب الضمان حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٩٤

الابعد أداء مال الضمان، على المشهور بل الظاهر عدم الخلاف فيه (١). وانما يرجع عليه بمقدار ما أدى، فليس له المطالبة قبله. إما لان ذمة الضامن وان اشتغلت حين الضمان بمجرد عدمه لا تشتغل الا بعد الأداء و بمقداره. و إما لأنها تشتغل حين الضمان، لكن بشرط الأداء، فالأداء على هذا كاشف عن الاشتغال من حينه (٢)، و إما لأنها و إن اشتغلت بمجرد الضمان إلا أن جواز المطالبة مشروط بالأداء. و ظاهرهم هو الوجه الأول (٣). و على أي حال لا خلاف في أصل الحكم، و إن

(١) قد أخذ الأداء موضوعاً للرجوع في معاهد الإجماعات. قال في الشرائع: «و يرجع الضامن على المضمون عنه بما أداء إن ضمن بإذنه» و نحوه عبارات غيره. و ظاهر الجميع: أن الرجوع بعد الأداء. و في جامع المقاصد: أن الضامن إنما يرجع بعد الأداء، فلا يرجع بما لم يؤده، و يظهر التسالم عليه.

(٢) و يحتمل أن يكون اشتغال الذمة حاصلًا بمجرد الضمان لكنه مترنزل فيستقر بالأداء، و إذا لم يحصل الأداء بطل الاشتغال و انفسخ. احتمله في الجواهر أيضاً. و أما الاحتمال الثالث المذكور في المتن فالظاهر منه حصول الاشتغال بمجرد الضمان و بقاؤه و إن لم يحصل الأداء أبداً.

فتكون الاحتمالات أربعة.

(٣) قال في المسالك: «قد عرفت أن الضامن لا يستحق عند المضمون عنه شيئاً إلى أن يؤدي مال الضمان». و في الجواهر نسب الوجه المذكور الى المسالك و غيرها، ثم قال: «و لعله الأقوى». لكن في

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٩٥

كان مقتضى القاعدة جواز المطالبة و اشتغال ذمته من حين الضمان في قبالة اشتغال ذمة الضامن (١)،

الشرائع: «إذا ضمن عنه ديناراً بإذنه فدفعه الى الضامن فقد قضى ما عليه».

و ظاهره اشتغال الذمة بمجرد الضمان بالاذن. و لكن حملة في المسالك على خلاف ظاهره، و يظهر منه عدم احتمال ذلك.

(١) يعني: لما كان اشتغال ذمة الضامن بالضمان كان بأمر المضمون عنه، و كان ذلك ضرراً على الضامن، كان مضموناً على

المضمون عنه. و علله في الجواهر: بأن الضمان نوع أداء، و الفرض حصوله بإذنه، فيقتضى شغل ذمة المضمون عنه، فيصح حينئذ الدفع له وفاء، كما يصح للضامن إبراء ذمة المضمون عنه قبل الأداء. انتهى. لكنه أشكل عليه: بأنه لم يثبت كون الضمان أداء بالنسبة الى ذلك، و إن كان هو كالأداء بالنسبة الى إبراء ذمة المضمون عنه، فلا سبب حينئذ لشغل ذمة المضمون عنه إلا الأداء المأذون فيه بالاذن بالضمان، لقاعدة احترام مال المسلم. انتهى.

و كل من التعليل و إشكاله مبنى على كون سبب ضمان المضمون عنه للضامن هو أدائه، فالتعليل مبنى على أن الضمان أداء، و الاشكال راجع الى نفي ذلك. و فيه: أنه لا- ضرورة تدعو الى ذلك، بل من الجائز أن يكون السبب هو الضمان الإيقاعي بإذن المضمون عنه، لأنه المأذون فيه و المأمور به، و به يكون خلاص المضمون عنه من الدين الذي عليه للمضمون له، و الأداء لا يتعلق به بوجه، و إنما يتعلق بالضامن و به إفراغ ذمته.

و في حاشية بعض الأعظم: ان القاعدة تقتضى ذلك، من جهة أن اشتغال ذمة المضمون عنه إنما يكون باستيفائه لمال الضامن، و هو إنما يحصل بالأداء، و قبله لا استيفاء. انتهى. و الاشكال فيه ظاهر مما عرفت فإن أداء الضامن للمال لا يرتبط بالمضمون عنه بوجه، و إنما يرتبط بالضامن و به

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٩٦

سواء أدى أو لم يؤد. فالحكم المذكور على خلاف القاعدة،

فراغ ذمته. و أما ما يرتبط بالمضمون عنه و يكون به فراغ ذمته من ثقل الدين فهو ضمان الضامن، و هو الذي أذن له فيه و أمره به، و بنفس الضمان تكون الخسارة المالية على الضامن، و هي بأمر المضمون عنه، فيكون ضامناً لها.

قال في التذكرة: «و إن لم يكن (يعنى: الضامن) متبرعاً بالضمان و ضمن بسؤال المضمون عنه، فهل يثبت للضامن حق عليه و يوجب علقه بينهما؟ للشافعية وجهان: أحدهما: أنه يثبت، لأنه اشتغلت ذمته بالحق كاملاً لما ضمن، فليثبت له عوضه على الأصيل. و الثاني: لا يثبت لأنه لا يفوت عليه قبل الغرم شيء، فلا يثبت له شيء إلا بالغرم. إذا عرفت هذا فإن كان المضمون له يطالب الضامن بأداء المال فهل للضامن مطالبة الأصيل بتخليصه؟ قال أكثر الشافعية: نعم، كما أنه يغرم إذا غرم.

و قال القفال: لا- يملك مطالبته به. و هو الأقوى عندى إذ الضامن انما يرجع بما أدى قبل الأداء لا يستحق الرجوع، فلا يستحق المطالبة ..».

و من أمعن النظر في الوجهين الذين ذكرهما الشافعية يتضح له أن الأوجه أولهما، و أن العلامة إنما رجح ثانيهما لعدم وجوب شيء على المضمون عنه إلا- ما أداه الضامن حسب ما دل عليه الدليل بالخصوص، فكأنه لأجله لزم رفع اليد عن القاعدة المقتضية لجواز الرجوع من أول الأمر. لكن الإجماع على عدم جواز رجوع الضامن إلا- بما أداه، و كذا النص لم يدل على نفي استحقاق الضامن بمجرد ضمانه، فإن الإجماع دل على عدم جواز المطالبة قبل الأداء، و قد عرفت عبارة الشرائع الظاهرة في ثبوت الاستحقاق على المضمون عنه بمجرد ضمان الضامن. و أما الخبر فسيأتى بيانه.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٩٧

ثبت بالإجماع، و خصوص الخبر (١): عن رجل ضمن ضماناً ثم صالح عليه، قال: ليس له إلا الذي صالح عليه. بدعوى الاستفادة منه أن ليس للضامن الا ما خسر. و يتفرع على ما ذكره (٢): أن المضمون له لو أبرء ذمة الضامن عن تمام الدين ليس له الرجوع على المضمون عنه أصلاً، و إن أبرأه

موتق عمر بن يزيد، قال: «سألت أبا عبد الله (ع) عن رجل ضمن عن رجل ضمناً ثم صالح عليه قال (ع): ليس له الا الذي صالح عليه» (١).

و نحوه موتق عبد الله بن بكير عن أبي عبد الله (ع)

(٢). و هذا الخبر لا يدل على عدم اشتغال الذمة حين الضمان، وإنما يدل على عدم اشتغال الذمة بما لم يؤد أو ما لم يصلح عليه و كذلك خبر الحسين بن خالد المتقدم

(٣) يدل على أن الضامن بعد أن يغرم تكون غرامته على المضمون عنه و لو لأجل كونه مشغول الذمة بذلك من الأول، أما لأنه لا تشتغل ذمته قبل الأداء فلا- دلالة له عليه. فالنصوص قاصرة عن إثبات الوجه الثالث، لا أنها دلالة على الوجه الأول، و تكون موجبة لخلاف القواعد.

(٢) يعنى: ما ذكره أولاً من أنه يرجع بما أدى لا- بتمام المال المضمون. و الوجه فى تفرع الأمور المذكورة على ذلك واضح فى الجميع عدا صورة ما إذا ضمن عنه ضامن فادى تبرعاً، أو و فى عنه تبرعاً، أو و فى عنه من باب الزكاة، فإن الجميع غير داخل فى النص. و حينئذ يشكل إلحاقه بمورد النص، و لا بد من الرجوع فيه الى القاعدة الآتى بيانها.

(١) الوسائل باب: ٦ من أبواب كتاب الضمان حديث: ١.

(٢) الوسائل باب: ٦ من أبواب كتاب الضمان حديث: ٢.

(٣) راجع الصفحة: ٢٩٣.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٩٨

من البعض ليس له الرجوع بمقداره. و كذا لو صالح معه بالأقل، كما هو مورد الخبر. و كذا لو ضمن عن الضامن ضامن تبرعاً فادى، فإنه حيث لم يخسر بشيء لم يرجع على المضمون عنه و إن كان ياذنه. و كذا لو وفاه عنه غيره تبرعاً.

[مسألة (١٤): لو حسب المضمون له على الضامن ما عليه خمساً أو زكاة أو صدقة]

(مسألة ١٤): لو حسب المضمون له على الضامن ما عليه خمساً أو زكاة أو صدقة، فالظاهر أن له الرجوع على المضمون عنه (١)، و لا يكون ذلك فى حكم الإبراء و كذا

(١) و فى الجواهر: «لعله كذلك.» و لا- يخلو من إشكال، إذ لا- غرم من الضامن ليكون على المضمون عنه. نعم كان الغرم فيه على مستحق الزكاة مثلاً، لا على الشخص المذكور. اللهم إلا أن نقول:

إن القاعدة تقتضى اشتغال ذمة المضمون عنه بمجرد الضمان بأمره، و لم يثبت فى المقام ما يقتضى الخروج عنها. و إلحاقه بمورد النص غير ظاهر و لأجل ذلك يكون اللازم الحكم بالرجوع فى جميع موارد الشك فى الخروج بخلاف ما إذا كان السبب فى ضمان المضمون عنه استيفاءه لمال الضامن، فإنه مع الشك يبنى على عدم الرجوع، لأصالة البراءة. فعلى المبنى الأول: يكون الشك فى السقوط، و على المبنى الثانى: يكون الشك فى الثبوت.

اللهم إلا أن يقال: لما كان المدين له باحتسابه من الزكاة برئت ذمته فالبراءة كانت بماله، فيكون ماله قد استوفاه المضمون عنه. فعليه ضمانه و من ذلك يصح أن يقال: إنه قد غرم ماله، فيكون الغرم على المضمون عنه. فالحكم فى هذا الفرض لا يختلف باختلاف المباني. لكنه يتم بناء على ثبوت ملك ما فى الذمة آناً ما، أما إذا قلنا بامتناعه، لعدم الفرق بين الآنات، فلا استيفاء لماله و لا غرامة عليه. فيتعين الابتناء على المباني.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٢٩٩

لو أخذه منه ثمّ رده عليه هبة (١). و أما لو وهبه ما فى ذمته فهل هو كالإبراء أولاً؟ وجهان (٢). و لو مات المضمون له فورثه الضامن لم يسقط جواز الرجوع به على المضمون عنه (٣)

[مسألة (١٥): لو باعه أو صالحه المضمون له بما يسوى أقل من الدين]

(مسألة ١٥): لو باعه أو صالحه المضمون له بما يسوى أقل من الدين (٤)، أو وفاة الضامن بما يسوى أقل منه (٥)، فقد صرح بعضهم بأنه لا يرجع على المضمون عنه إلا بمقدار ما يسوى (٦). و هو مشكل بعد كون الحكم على خلاف القاعدة، و كون القدر المسلم غير هذه الصور. و ظاهر خبر الصلح الرضا من الدين بأقل منه، لا ما إذا صالحه بما

- (١) كما نص عليه فى الجواهر، و فى التذكرة: أنه أقرب. و وجهه واضح لحصول الغرم، فيرجع به على المضمون عنه.
- (٢) بناء على ما سبق فى الزكاة يكون الأقرب الثانى، إذ لا فرق بين الهبة المجانية و بين الصدقة أو الزكاة فى أن البراءة بماله فى الجميع، بخلاف الإبراء فإن البراءة فيه لم تكن بمال الضامن. و عليه يتعين الرجوع الى المباني (٣) يتعين فيه الرجوع الى المباني المتقدمة.
- (٤) الظاهر أن أصل العبارة: «لو باع أو صالح» و فاعله ضمير الضامن كما يظهر بالتأمل.
- (٥) الوفاء بالأقل قيمة يختص بما إذا كان من الجنس الردى مثلاً، أما إذا كان من غير الجنس فلا يمكن الوفاء الا بمقدار القيمة.
- (٦) ذكر ذلك فى الشرائع و التذكرة و القواعد و المسالك و غيرها. قال فى التذكرة: «لو صالح عن ألف على عبد يساوى ستمائة لم يرجع إلا بستمائة»، ثم استدل عليه بموثقى عمر بن يزيد و عبد الله بن بكير

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٠٠

يسوى أقل منه (١). و أما لو باعه أو صالحه أو وفاة الضامن بما يسوى أزيد فلا إشكال فى عدم جواز الرجوع بالزيادة (٢).

[مسألة (١٦): إذا دفع المضمون عنه الى الضامن مقدار ما ضمن قبل أدائه]

(مسألة ١٦): إذا دفع المضمون عنه الى الضامن مقدار ما ضمن قبل أدائه، فإن كان ذلك بعنوان الامانة ليحتسب بعد الأداء عما له عليه، فلا إشكال، و يكون فى يده أمانة، لا يضمن لو تلف إلا بالتعدى أو التفريط. و إن كان بعنوان وفاء ما عليه، فإن قلنا باشتغال ذمته حين الضمان و إن لم يجب عليه دفعه إلا- بعد أداء الضامن، أو قلنا باشتغاله حينه بشرط الأداء بعد ذلك على وجه الكشف، فهو صحيح و يحتسب وفاء، لكن بشرط حصول الأداء من الضامن على التقدير الثانى. و إن قلنا: انه لا تشتغل ذمته إلا بالأداء و حينه

(١) ظهور الخبر فيما يشمل هذا الفرض الذى ذكره لا يقبل الإنكار لوضوحه. نعم الخبر بلفظه لا يشمل البيع. لكن الظاهر منه عرفاً الأعم من البيع. و قد نفى الخلاف عن أنه لا يجب على المضمون عنه أن يدفع الى الضامن أزيد مما دفعه الى المضمون له. نعم لو صالحه عن ذلك أو باعه عليه بما يساوى الدين و تقاصا عنه بالأقل فى المسالك: اتجه رجوعه عليه بما يساوى الدين، و فى التذكرة: احتمل ذلك، و احتمل الرجوع بقيمة العين، لان الضمان وضع للارتفاق، و نسب إلى الشافعية الأول.

(٢) صرح بذلك غير واحد مرسلين له إرسال المسلمات، معللين له بأنه متبرع بالزيادة غير مأذون فيها، فلا استيفاء لها من المضمون

عنه، بناء على كون الضمان بالاستيفاء. وكذا بناء على كون الضمان بالضمان، لان الضمان لم يكن بالزائد، و هو واضح.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٠١

- كما هو ظاهر المشهور- فيشكل صحته وفاء، لان المفروض عدم اشتغال ذمته بعد، فيكون في يده كالمقبوض بالعقد الفاسد (١)، و بعد الأداء ليس له الاحتساب إلا بإذن جديد (٢) أو العلم ببقاء الرضا به.

[مسألة (١٧): لو قال الضامن للمضمون عنه: «ادفع عنى إلى المضمون له ما على من مال الضمان» فدفع]

(مسألة ١٧): لو قال الضامن للمضمون عنه: «ادفع عنى إلى المضمون له ما على من مال الضمان» فدفع برئت ذمتهما معا (٣)، أما الضامن: فلانه قد أدى دينه، و أما

(١) كما صرح به فى التذكرة، فيكون مضموناً عليه، و يجب عليه رده الى مالكة. و فى المسالك: أنه كالمقبوض بالسوم. و لكنه غير ظاهر.

لان المقبوض بالسوم مقبوض على أنه ملك الدافع، و المفروض فى المقام أنه مقبوض على أنه مالك القابض - كما هو معنى الوفاء- كالمقبوض بالعقد الفاسد، فالإذن فى قبضه مقيدة بعنوان مفقود، فتكون مفقودة. و لذا قلنا لا يجوز التصرف فيه و لو بوضع اليد عليه، و يجب رده الى مالكة، كالمغصوب، فيكون مضمونا.

(٢) لا حاجة إلى الاذن الجديد، بل يكفى بقاء الاذن السابق، لأنها كانت مقيدة بعنوان الوفاء المفقود سابقاً، فاذا وجد لاحقاً بحصول الأداء و بقيت الاذن كفت فى حصول الملك. و من ذلك يظهر أن الاذن الجديد لا فائدة فيها إذا لم ترجع الى بقاء الاذن السابق، و لعل هذا هو المراد مما فى حاشية بعض الأعظم فى هذا المقام، و إلا فلا محصل له.

و يكفى الشك فى بقاء الاذن لجريان الاستصحاب، و لا حاجة الى العلم بالبقاء. فلاحظ.

(٣) قال فى الشرائع: «و لو قال: ادفعه الى المضمون له،

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٠٢

المضمون عنه: فلان المفروض ان الضامن لم يخسر. كذا قد يقال. و الأوجه أن يقال: إن الضامن حيث أمر المضمون عنه بأداء دينه فقد اشتغلت ذمته بالأداء، و المفروض أن ذمة المضمون عنه أيضاً مشغولة له، حيث أنه أذن له فى الضمان فالأداء المفروض موجب لاشتغال ذمة الضامن من حيث كونه بأمره، و لاشتغال ذمة المضمون عنه حيث أن الضمان بإذنه و قد و فى الضامن، فيتهاثران، أو يتقاصان (١). و إشكال صاحب الجواهر فى اشتغال ذمة الضامن بالقول المزبور (٢)

فدفعه، فقد برئاً» و قال فى المسالك فى شرحه: «أى: قال الضامن للمضمون عنه: ادفعه أنت إلى المضمون له، فدفعه فقد برئاً، أما الضامن فوفاء دينه، و أما المضمون عنه فلأن الضامن لم يفرم. فلا يرجع عليه.

و يمكن اعتبار التقاص القهرى، لثبوت ما دفعه المديون فى ذمة الضامن، لأنه المديون و قد أذن له فى وفائه، و ثبوت مثله فى ذمة المضمون عنه لأدائه، فيتقاصا».

(١) وقع التعبير بالتقاص القهرى فى المسالك، و كأن المراد منه التهاثر بقريته وصفه بالقهرى، و التقاص المشروع اختيارى من أفعال المكلف القصدية بخلاف التهاثر، فإنه من الأحكام الشرعية. و كأن عطفه فى المتن على التهاثر، بقصد التوضيح، لا- التقاص الاصطلاحى.

(٢) قال فى الجواهر- بعد نقل عبارة المسالك السابقة-: «و فيه:

أن أداء دين الضامن المأذون بمال المضمون عنه بإذن الضامن لا يقتضى اشتغال ذممة الضامن بمثله، إذ ليس هو قد صار بذلك قرضاً عليه مع عدم قصده، و عدم توقف وفاء الدين على كونه مملوكاً للمديون. كما أنه لا يستحق مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٠٣ في غير محله (١).

[مسألة ١٨]: إذا دفع المضمون عنه الى المضمون له من غير إذن الضامن

(مسألة ١٨): إذا دفع المضمون عنه الى المضمون له من غير إذن الضامن برئاً معاً (٢)، كما لو دفعه أجنبي عنه.

[مسألة ١٩]: إذا ضمن تبرعاً فضمن عنه ضامن

(مسألة ١٩): إذا ضمن تبرعاً فضمن عنه ضامن

رجوعاً على المضمون عنه، لعدم حصول الأداء منه. فلا تقاص حينئذ، لعدم ثبوت المالكين في ذممة كل منهما. فتأمل». (١) لأن الموجب لضمان الضامن لما أداء المضمون عنه أمر الضامن له بالأداء الموجب لصدق الاستيفاء، الذى هو من أسباب الضمان - كما عرفت -، لا لتحقق القرض حتى يتوقف على قصده، و لا لتوقف الوفاء على كونه مملوكاً للمديون حتى يمنع ذلك. كما أنه يستحق الضامن الرجوع على المضمون عنه بأدائه، لأن هذا الأداء من المضمون عنه لما كان بأمر الضامن و موجباً لاستحقاق الرجوع على الضامن. كان ذلك خسارة على الضامن، فاستحق الرجوع على المضمون عنه فى تدارك خسارته بعد أن كان ضمانه بإذنه.

نعم يتوجه الاشكال على المسالك: بأن المضمون عنه لما دفع الى المضمون له بأمر الضامن إن كان يستحق الرجوع على الضامن - من جهة تحقق الاستيفاء - تعين الوجه الثانى و لم يصح الوجه الأول، و إن كان لا يستحق الرجوع على الضامن - من جهة قصده التبرع بالدفع - تعين الوجه الأول و لم يصح الوجه الثانى.

(٢) قال فى الشرائع: «و لو دفع المضمون عنه مالاً الى المضمون له بغير إذن الضامن فقد برئ الضامن و المضمون عنه». و نحوها ما فى القواعد و غيرها. و فى الجواهر نفى الاشكال و الخلاف فى ذلك. و هو واضح مما عرفت فى صدر المسألة السابقة.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٠٤

بإذنه و أدى ليس له الرجوع على المضمون عنه (١)، بل على الضامن (٢). بل و كذا لو ضمن بالأذن فضمن عنه ضامن بإذنه، فإنه بالأداء يرجع على الضامن، و يرجع هو على المضمون عنه الأول.

[مسألة ٢٠]: يجوز أن يضمن الدين بأقل منه برضا المضمون له

(مسألة ٢٠): يجوز أن يضمن الدين بأقل منه برضا المضمون له (٣). و كذا يجوز أن يضمنه بأكثر منه. و فى الصورة الأولى لا يرجع على المضمون عنه مع إذنه فى الضمان إلا بذلك الأقل (٤). كما أن فى الثانية لا يرجع عليه إلا بمقدار الدين (٥).

(١) يعنى: ليس للضامن الثانى الرجوع على المضمون عنه الأول، لأنه لم يضمن عنه، فلا موجب لرجوعه عليه.

(٢) لأنه ضمن عنه بإذنه.

(٣) لم يحضرنى عاجلاً من تعرض له. و مقتضى ما تقدم من معنى الضمان من أنه نقل ما فى الذمة إلى ذمة الضامن امتناع ذلك، الا

أن يرجع الى ضمان البعض و سقوط الباقي أو الإبراء منه. و كذلك الفرض الثاني، فإنه ممتنع الا- أن يرجع الى اشتراط الزيادة للمضمون له. اللهم إلا أن يكون المراد من الضمان فى المقام مفهوماً آخر، و هو إثبات بدل ما فى الذمة فى ذمة أخرى أقل منه أو أكثر. و لا بأس بالبناء على صحته، عملاً بعمومات الصحة، و لا يكون من الضمان الاصطلاحى، و لا تجرى عليه أحكامه إلا ما تقتضيه العمومات.

(٤) لأن الزائد عليه لم يؤده، فلا يرجع به على المضمون عنه و إن كان يأذنه.

(٥) كما سبق.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٠٥

إلا إذا أذن المضمون عنه فى الضمان بالزيادة (١).

[مسألة ٢١: يجوز الضمان بغير جنس الدين]

(مسألة ٢١): يجوز الضمان بغير جنس الدين (٢).

كما يجوز الوفاء بغير الجنس (٣). و ليس له أن يرجع على المضمون عنه الا بالجنس الذى عليه (٤)، إلا برضاه.

[مسألة ٢٢: يجوز الضمان بشرط الرهانة]

(مسألة ٢٢): يجوز الضمان بشرط الرهانة (٥)، فيرهن بعد الضمان. بل الظاهر جواز اشتراط كون الملك الفلانى رهنا بنحو شرط النتيجة فى ضمن عقد الضمان (٦).

(١) لإطلاق ما دل على الرجوع بما أدى.

(٢) لم أقف على من تعرض له. و يشكل بما سبق من امتناع ذلك، لا نقله من ذمة إلى ذمة مع البناء على ثبوت غيره خلف. الا أن يكون المقصود اشتراط الأداء من غير الجنس، فلا- بأس، لعموم الوفاء بالشروط، نظير الاشتراط من مال معين، كما سيأتى. أو يكون المراد غير الضمان الاصطلاحى، بل معنى آخر و هو إثبات بدل لما فى الذمة فى ذمة أخرى.

كما تقدم. و حينئذ لا تجرى عليه أحكام الضمان، أو تثبت له الأحكام العامة.

(٣) بلا إشكال. و النصوص به شاهدة.

(٤) لإطلاق

الموثق: «ليس له الا الذى صالح عليه» (١).

(٥) يعنى: بنحو شرط الفعل، يعنى: شرط أن يرهن، فيجب على الضامن أن يرهن عند المضمون له عيناً، لتكون مورد حق الاستيفاء.

(٦) قد ذكرنا فى كتاب الإجارة من هذا الشرح الإشكال فى صحة شرط النتيجة من وجهين: الأول: أن النتائج لا تقبل أن تكون مضافة الى مالك، فلا يمكن أن تكون شرطاً، لان التحقيق أن الشرط مملوك للمشروط له، و لذا كان له المطالبة به، و إذا امتنع أن تكون مملوكة

(١) الوسائل باب: ٦ من أبواب كتاب الضمان حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٠٦

امتنع أن تشتط ملكيتها. نعم إذا كانت فى العهدة جاز أن تكون مملوكة.

لكنها تكون من شرط الفعل لا- من شرط النتيجة. الوجه الثانى: أن مفاد صيغة الشرط مجرد جعل التملك بين المشروط له و المشروط، لا جعل نفس المشروط، فإن صيغة الشرط لا تتكفل ذلك، فإذا لم يحصل الشرط لا يكون ثابتاً، فلا ترتب آثاره، و حينئذ لا نتيجة و لا يجوز ترتيب آثارها.

و هذا معنى بطلان شرط النتيجة.

ثم إن الإشكاليين المذكورين إنما يتوجهان على شرط النتيجة بناء على أن مفاد الشرط تملك المشروط له للمشروط، كما يقتضيه مناسبتة مع شرط الفعل. أما إذا كان مفاده مجرد الالتزام للمشروط له بالشرط، فيكون مفاده إنشاء المشروط و هو النتيجة فى ضمن العقد، فلا بأس به، عملاً بعموم نفوذ الشروط. إلا إذا كانت النتيجة لا تنشأ إلا بسبب خاص، فان عموم نفوذ الشرط لا يصلح لتشريع ما لم يشرع، فيكون الشرط حينئذ مخالفاً للكتاب، فيدخل فى الشرط الباطل. و إذا لم يشترط فى إنشائها سبب خاص صح شرطها و ترتب عليه الأثر و إن لم يكن مملوكاً للمشروط له. و يكون له الخيار فى تخلفه نظير خيار تبعض الصفقة، كما إذا جمع بين بيع و نكاح فبطل أحدهما، فإنه يكون الخيار فى الآخر. لكن هنا يبطل الشرط ببطلان العقد، لأن الشرط لوحظ تابعاً لمضمون العقد و مبنياً عليه، فلا يستقل بدونه، بخلاف ما لو جمع بين بيع و نكاح، فإنه لم يلاحظ أحدهما تابعاً للآخر و مبنياً عليه، بل إنشاء كل منهما فى مقابل الآخر، فيكون بطلان كل منهما موجباً للخيار فى الآخر. كما أن بطلان الشرط موجب للخيار فى العقد لعين الوجه الموجب للخيار هناك عند بطلان أحد الأمرين. و هو اشتراكهما فى قصد واحد كما هو موضح فى محله.

و الذى تحصل مما ذكرناه: أن شرط الفعل يتضمن إنشاء تملك

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٠٧

.....

الفعل و شرط النتيجة لا يتضمن إنشاء التملك، و إنما يتضمن إنشاء نفس النتيجة، فإذا لم يشترط فى إنشاء النتيجة سبب خاص صح. و إذا اشترط فى إنشائها سبب خاص لم يصح، لأنه لا يصلح دليلاً لتشريع ما لم يشرع. و إذا تخلف الأول- إما لعدم صحة التملك، أو لعدم حصول المملوك- يكون الخيار للمشروط له، و تخلف الثانى لا يكون إلا لعدم صحة الإنشاء.

و هو موجب للخيار للمشروط له، و هو من كان إنشاؤه موافقاً لرغبة أحدهما، فإن كان إنشاؤه موافقاً لرغبة أحدهما بعينه كان تخلفه موجباً لخياره فقط، كما إذا باعه الشجر بشرط أن يكون للمشتري الثمر الموجود، فان الشرط يوافق رغبة المشتري فيكون الخيار له. أو يبيعه الشجر بشرط أن يكون ثمرة فى السنة الآتية للبائع، فإن الشرط يوافق رغبة البائع، فيكون الخيار له. و إذا كان موافقاً لرغبة كل منهما كان الخيار لكل منهما، كما إذا باعه الجارية بشرط أن يكون حملها عوضاً عن دين المشتري على البائع.

فإن المعاوضة لما كانت من الطرفين كانت موافقة لرغبة كل منهما، فيكون خيار التخلف لكل منهما، نظير تخلف البيع فى بعض الصفقة، فإنه يوجب الخيار لكل من البائع و المشتري.

ثم إنه لا ينبغي التأمل فى صحة شرط النتيجة بعد ما ورد النص به فى شرط الضمان فى الإجارة و العارية و شرط الأجل فى النسيئة و السلف و غير ذلك. نعم لا مجال للبناء على جواز نذر النتيجة، فإن اللام فى قول الناظر: «لله على» لام الملك، فيتوجه على نذر النتيجة الإشكالات السابقان و احتمال أن تكون اللام لام التعليل، و يكون معنى: «لله على»: التزم لله على، خلاف الظاهر جداً، فالبناء على المنع من صحة نذر النتيجة فى محله، كالبناء على صحة شرط النتيجة.

و عليه يصح شرط الرهن فى ضمن عقد الضمان، و لا بد فيه من القبض - بناء على اشتراطه فى الرهن - إذ لا فرق بين الموارد. مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٠٨

[مسألة ٢٣): إذا كان على الدين الذى على المضمون عنه رهن]

(مسألة ٢٣): إذا كان على الدين الذى على المضمون عنه رهن فهل ينفك بالضمان أو لا؟ يظهر من المسالك و الجواهر انفكاك (١)، لأنه بمنزلة الوفاء (٢). لكنه لا يخلو عن اشكال (٣). هذا مع الإطلاق، و أما مع اشتراط البقاء أو عدمه فهو المتبع (٤).

[مسألة ٢٤): يجوز اشتراط الضمان فى مال معين]

(مسألة ٢٤): يجوز اشتراط الضمان (٥) فى مال معين (٦)

(١) قد صرحا بذلك فى شرح المسألة الرابعة من الشرائع فى كتاب الضمان.
 (٢) فى الجواهر: «لأن الضمان أداء». و فى المسالك: «لان الضمان بمنزلة الأداء». و يظهر منهما المفروغية عن ذلك.
 (٣) إذ لا أداء و لا وفاء، و إنما كانت فائدة الضمان اشتغال ذمة الضامن به و فراغ ذمة المضمون عنه، فالدين انتقل من ذمة إلى أخرى من دون أداء، فإن كان الرهن على وفائه بقى على حاله، لعدم الوفاء، و إن كان على إفراغ ذمة المديون بطل، لفراغ ذمته بالضمان. و لكن الأظهر الثانى، لأن الراهن إنما وضع الرهن لحسابه، لا لحساب المرتهن.
 (٤) عملا بعموم صحة الشروط.
 (٥) كما فى الشرائع و القواعد و التذكرة و غيرها، و يظهر منهم التسالم على ذلك، و لم ينقل فيه خلاف أو إشكال، و فى الجواهر: «لا خلاف أجده فى صحته». و كفى دليلا عليه عموم:
 «المؤمنون عند شروطهم» (١).
 (٦) يعنى: يكون الأداء منه، كما فى عبارة القواعد و التذكرة، و عبارة الشرائع كعبارة المصنف. و الظاهر أن المراد منها ذلك. و سيجىء

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

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٠٩

على وجه التقييد (١)، أو على نحو الشرائط فى العقود من كونه من باب الالتزام فى الالتزام. و حيثئذ يجب على الضامن الوفاء من ذلك المال (٢)، بمعنى صرفه فيه. و على الأول:

إذا تلف ذلك المال يبطل الضمان (٣) و يرجع المضمون له على

احتمال آخر. فانتظر.

(١) يعنى: يؤخذ الأداء من ذلك المال قيذا للضمان أو قيذا للمضمون فكأنه قال: أضمن الضمان الذى يكون وفاء ماله من المال المعين، أو اضمن المال الذى يكون وفاؤه من المال المعين.

(٢) عملا بالشرط.

(٣) لفوات القيد الموجب لفوات المقيد. قال فى التذكرة.

و لو شرط في الضمان الأداء من مال بعينه صح الضمان و الشرط معاً.

لتفاوت الأغراض في أعيان الأموال. فلو تلف المال قبل الأداء بغير تفريط الضامن فالأقرب فساد الضمان لفوات شرطه، فيرجع صاحب المال على الأصيل. و هل يتعلق الضمان: بالمال المشروط تعلقه به تعلق الدين بالرهن، أو الأرض بالجاني؟ الأقرب: الأول، فيرجع على الضمان لو تلف. و على الثاني: يرجع على المضمون عنه. و العبارة لا تخلو من إشكال، لتنافي الصدر و الذيل فيها، لأن الرجوع على الضامن الذي قربه في الذيل يقتضى صحة الضمان، و هو ينافي ما في الصدر من بطلان الضمان و الرجوع على الأصيل، المناسب لكون التعلق نظير تعلق أرش الجنائية.

و المصنف (ره) جعل البطلان من آثار أخذ الشرط على نحو القيد، لأن فوات القيد يوجب فوت المقيّد. و قد تبعه الى ذلك في المسالك في توجيه البطلان الذي حكاه عن التذكرة و الشهيد في بعض فتاواه. و لكنه يشكل: بأن فوات القيد لا يوجب بطلان العقد، و إنما يوجب الخيار

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣١٠

المضمون عنه. كما أنه إذا نقص يبقى الناقص في عهده.

المسمى بخيار تخلف الوصف، كما إذا قال: «بعتك هذا العبد الكاتب» فتبين أنه غير كاتب، فلا فرق بين فوات القيد و فوات الشرط. فان قلت: فوات المقيّد بفوات قيده من الضروريات، فالقصد انما تعلق بالمقيّد لا بغيره، فكيف يصح مع فواته الموجب لانتفاء قصده؟! قلت: هذا الاشكال يتوجه نظيره في صورة فوات الشرط، لأن القصد انما كان الى المشروط لا الى الخالي عن الشرط، فكيف يصح الخالي عن الشرط من دون قصد؟! بل يتوجه أيضاً في باب تبعض الصفقة، فإن من اشترى داراً و تبين أن بعضها لغير البائع و لم يجز، أو بعضها وقف لا يصح بيعه، لم يكن يقصد شراء البعض أبداً، و إنما كان يقصد شراء المجموع. و يندفع: بأن القصد الضمني التحليلي كاف في صحة العقد بالنسبة الى الفاقد للقيد أو الشرط، و بالنسبة الى الجزء في باب تبعض الصفقة. و يشهد بذلك بناؤهم على صحة العقد في البعض لكن مع الخيار، و كذا بناؤهم على صحة العقد مع تخلف الوصف لكن مع الخيار، المعبر عنه خيار الوصف، كما في: «بعتك العبد الكاتب». و مثله الكلام في مورد خيار الرؤية.

و دعوى: أن الصحة في هذه الموارد لأن الإنشاء فيها من باب تعدد المطلوب، بحيث يكون قصدان: قصد قائم بالمجموع و بالمشروط و بالموصوف، و قصد قائم بالبعض و بالخالي عن الشرط أو الوصف، فإذا فات القصد الأول كفى القصد الثاني، فيها- مع أن ذلك ممنوع، بل ليس إلا قصد واحد في أكثر الموارد-: أنه لو صح ذلك جاء فيما نحن فيه أيضاً و اقتضى الصحة، فلا وجه للبطلان. ثم إن العلامة في القواعد قال: «فان تلف بغير تفريط ففي بطلان الضمان اشكال، و مع عدمه يتعلق به تعلق الدين بالرهن، لا الأرش بالجاني،

فيرجع على الضامن. و على الثاني يرجع على المضمون عنه». و كأن منشأ الاشكال في البطلان الإشكال في أن فوات الشرط يوجب فوات المشروط و عدمه. و الظاهر من قوله (ره): «و مع عدمه» أنه مع عدم البطلان، و قوله: «تعلق الدين بالرهن» يعنى: يثبت الدين في ذمة الضامن كما يثبت في ذمة الراهن، لا أنه لا يثبت في ذمته كما في حق الجنائية، فإنه لا يتعلق بذمة المالك للجاني، و انما يثبت في رقبه الجاني فقط. لكن هذا التردد لا يتناسب مع عنوان المسألة التي هي الضمان و اشتراط كون الأداء من المال المعين. إذ المراد منه أن الذمة مشغولة و يكون الأداء لما في الذمة من المال المعين. لا أن الذمة فارغة، فليس من شقوقها كون الذمة فارغة كما في حق الجنائية.

و قوله (ره): «و على الثاني» الظاهر من الثاني تعلق الأرش بالجاني، كما صرح بذلك في عبارة التذكرة. و حمله في مفتاح الكرامة على البطلان. و وجهه غير ظاهر لأن البطلان لم يذكر ثانياً لأول، و انما ذكر أولاً بدون ذكر ثان. و لذلك فهم منه في جامع المقاصد ما

ذكرنا، وأشكل عليه: بأنه إذا صح الضمان و بنينا على كون التعلق كتعلق أرش الجناية كيف يتصور الرجوع على المضمون عنه؟! وعلى هذا فالمتعين: أنه بناء على صحة الضمان مع الشرط المذكور يكون تعلق الدين بالمال المعين تعلق الدين بالرهن، فتكون ذمة الضامن مشغولة، و عليه الوفاء من المال المعين. و لا مجال لاحتمال كون التعلق به تعلق أرش الجناية، و على تقديره يتعين البناء على سقوط الدين بالتلف بدون تفريط، لا أنه يرجع المضمون له على المضمون عنه، فإن أرش الجناية المتعلق بالعبد الجانى يسقط بموته، لا أنه يرجع المجنى عليه الى مالكة أو غيره، فإنه بعد انتقال الدين من ذمة المضمون عنه الى المال المعين لا وجه مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣١٢

و على الثانى: لا- يبطل، بل يوجب الخيار لمن له الشرط من الضامن أو المضمون له أوهما. و مع النقصان يجب على الضامن الإتمام مع عدم الفسخ. و أما جعل الضمان فى مال معين من غير اشتغال ذمة الضامن، بأن يكون الدين فى عهده ذلك المال، فلا يصح (١).

لرجوعه إلى ذمة المضمون عنه بتلف موضوعه. نظير حق الزكاة الذى يسقط بتلف العين بدون تفريط. ثم إن الاختلاف بين حق الرهانة و حق الجناية من وجهين: الأول:

ما ذكرناه من أن حق الرهانة مقرون باشتغال ذمة الراهن، بخلاف حق الجناية فإنه غير مقرون باشتغال ذمة المالك. الثانى: أن حق الرهانة مانع من التصرف فى الرهن، فكأنه قائم بالعين بما انها مضافة الى مالها حال الرهن، بخلاف حق الجناية، فإنه غير مانع من التصرف، فلو باع المالك العبد الجانى صح البيع و انتقل الحق معه، فكان الحق قائم به غير مقيد بإضافته إلى مالك بعينه. (١) قال فى المسالك فيما لو اشترط أن يكون الضمان من مال معين:

«و هل هو متعلق به كتعلق الدين بالرهن، أو كتعلق الدين بالجانى؟»

وجهان، مأخذهما: أن الضمان ناقل للدين إلى ذمة الضامن، لأن موضعه إنما هو الذمة، و تخصيص هذا المال أفاد انحصار المطالبة فيه، و لم تخرج الذمة عن العهدة، لأن مقتضى الضمان ابتداء التعلق بها. و هذا هو وجه تعلق الرهن. و من أن الضامن لم يدخل ذمته مطلقاً، و انما حصر الاستحقاق فى المال المعين و جعله متعلق حق المضمون له. فينحصر حقه فيه ابتداء من غير تعلق بالذمة. و أقواهما الأول». و لا يخفى أن مفاد الوجه الثانى إلى مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣١٣

[مسألة (٢٥): إذا أذن المولى لمملوكه فى الضمان فى كسبه]

(مسألة ٢٥): إذا أذن المولى لمملوكه فى الضمان فى كسبه، فان قلنا إن الضامن هو المولى - للانفهام العرفى، أو

إرجاع اشتراط الضمان من مال معين الى تخصيص حق المضمون له بالمال المعين، فالبناء على صحته حينئذ يقتضى البناء على صحة هذه الصورة، بل ظاهر بعض عبارات المسالك الأخرى ذلك. و هو كذلك، عملاً بعمومات الصحة، و ان لم تكن من الضمان المصطلح الذى هو اشتغال الذمة، فلا تجرى عليها أحكامه.

و الذى يتحصل مما ذكرنا أمور: الأول: أن اشتراط الضمان فى مال معين يكون على صور ثلاث ذكرها المصنف، كلها صحيحة.

الثانى: أن أحكام الضمان تجرى على الأولتين منها دون الأخيرة. الثالث:

أنه مع التلف بدون تفريط يكون الخيار للمشروط له فى صورتين الأولتين، و لا- يكون له الخيار فى الأخيرة. الرابع: أنه مع التلف بدون تفريط يرجع المضمون عنه على الضامن فى صورتين الأولتين، و لا يرجع على أحد فى الصورة الثالثة، لأن المفروض فراغ ذمته، و لا- على المضمون عنه لان المفروض انتقال المال من ذمته الى المال المعين، فلا موجب لبطلان هذا الانتقال،

كما احتمله في المسالك، خلافاً لما سبق عن التذكرة و القواعد و غيرهما. الخامس: أن الوجه في صحة العقد في صورتى تخلف القيد و الشرط هو الاجتزاء بالقصد الضمنى الارتباطى فى صدق العقد و الإيقاع، و كذلك فى باب تبعض الصفقة، و إن كان القصد المذكور غير حاصل فى حال انتفاء القيد أو الشرط أو المقارن. السادس:

أن الفرق بين حق الرهانة و حق الجناية من وجهين: الأول: أن الأول لا يسقط الدين فيه بتلف موضوع الحق، بخلاف الثانى. الثانى: أن الأول يمنع من التصرف فى موضوعه بنقل أو نحوه، بخلاف الثانى.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣١٤

لقرائن خارجية- يكون من اشتراط الضمان فى مال معين، و هو الكسب الذى للمولى، و حينئذ فإذا مات العبد تبقى ذمة المولى مشغولة إن كان على نحو الشرط فى ضمن العقود. و يبطل إن كان على وجه التقييد (١). و إن انعتق يبقى وجوب الكسب عليه (٢). و ان قلنا إن الضامن هو المملوك، و أن مرجعه الى رفع الحجر عنه بالنسبة إلى الضمان، فإذا مات لا يجب على المولى شىء (٣)، و تبقى ذمة المملوك مشغولة يمكن تفرغها بالزكاة و نحوها. و إن انعتق يبقى الوجوب عليه (٤).

[مسألة ٢٦: إذا ضمن اثنان أو أزيد عن واحد]

(مسألة ٢٦): إذا ضمن اثنان أو أزيد عن واحد فاما أن يكون على التعاقب، أو دفعه فعلى الأول: الضامن من رضى المضمون له بضمانه (٥). و لو أطلق الرضا بهما كان

(١) قد سبق فى المسألة الماضية الإشكال فيه.

(٢) عملاً بمقتضى الشرط و إن لم نقل بأن المدين يجب عليه الكسب.

(٣) إذ لا مقتضى لهذا الوجوب، فان الضمان الواقع لا يقتضيه، و ليس له مقتض غير.

(٤) عملاً بمقتضى إطلاق عقد الضمان لما لم يقيد بحال الرقية.

(٥) تارة: يرضى المضمون له بضمان أحدهما دون الآخر، و أخرى:

يرضى بضمان أحدهما ثم يرضى بالآخر. فان كان الأول صح ضمان من رضى المضمون له به، لحصول شرطه، سواء كان سابقاً أم لاحقاً، و بطل الآخر لفقده شرطه كذلك. و إن كان الثانى صح ضمان الأول و بطل ضمان الثانى، لانتفاء موضوعه بالأول، لأنه أوجب فراغ ذمة المضمون عنه، فلا معنى للضمان الثانى.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣١٥

الضامن هو السابق (١). و يحتمل قوياً كونه كما إذا ضمنا دفعة خصوصاً بناء على اعتبار القبول من المضمون له، فإن الأثر حاصل بالقبول نقلاً لا كشفاً (٢). و على الثانى: إن رضى بأحدهما دون الآخر فهو الضامن، و إن رضى بهما معاً ففى بطلانه- كما عن المختلف و جامع المقاصد (٣)، و اختاره

(١) كذا فى الجواهر و غيرها. و علله فى مفتاح الكرامة. بأنه إذا رضى بضمان كل منهما فقد رضى بضمان الأول، فينتقل المال اليه، فلا يصادف ضمان الثانى و لا الرضا به حقاً على المضمون عنه، فيبطل.

(٢) فتكون نسبته إلى الإيجابين نسبة واحدة، فترجيح أحدهما على الآخر من دون مرجح، فيكون الحكم كما إذا اقترن الإيجابان. هذا بناء على اعتبار القبول فى الضمان لكونه من العقود. أما بناء على اشتراط الرضا فى الضمان لكونه من الإيقاع فالرضا و ان كان شرطاً خارجاً عن السبب المؤثر الا- أنه دخيل فى ترتب الأثر فيكون الأثر مقارناً له، و حينئذ يرجع الكلام السابق من أن نسبة الرضا إلى

الإيقاعين نسبة واحدة، فلا يترجح أحدهما على الآخر وإن سبق زمانا. نعم بناء على الكشف يتعين الأثر للأول، و يبطل الثاني لارتفاع موضوعه بالأول، كما سبق في مفتاح الكرامة، ولا يتوجه ما ذكره بناء على النقل.

(٣) قال في المختلف فيما إذا وقع ضمان الجماعة دفعة: «و إن وقع الرضا دفعةً احتمل بطلان الضمان، لامتناع انتقال الحق دفعةً واحدة إلى ذمم متعددة، والصحة، فيطالب كل واحد بقسطه لا بالجميع. و الأقوى الأول». و في جامع المقاصد بعد ما نقل القول الثالث في المسألة و هو البطلان قال: «و هو الأصح». و في التذكرة: «لو اتفق ضمان الأول مع صاحب الحق و ضمان الثاني مع وكيله في الزمان الواحد بطل الضمانان معا» لعدم أولوية أحدهما بالصحة و الآخر بالبطلان.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣١٦

صاحب الجواهر (١) أو التقيسيط بينهما بالنصف أو بينهما بالثلث إن كانوا ثلاثة و هكذا (٢)، أو ضمان كل منهما فللمضمون له مطالبه من شاء - كما في تعاقب الأيدي - وجوه. أقواها: الأخير (٣).

(١) فإنه بعد أن نقل القول الثالث في المسألة و هو البطلان قال:

«و لكن لا يخفى على من أحاط خبيراً بنظائر المسألة قوة الأخير منها.

و ما ذكر الفاضل من وجود النظير - لو سلم أنه مثله - لا يصلح دليلاً للمسألة».

(٢) حكاها في المختلف و جامع المقاصد قولاً، و نسبه في مفتاح الكرامة إلى ابن الجنييد. لكن عبارته غير ظاهرة فيه، قال: «و لو كفل جماعة بمال الرجل على رجل، و لم يفصلوا قدر ما كفل به كل واحد من المال، كان كل واحد منهم كفيلاً بحقه على قدر عددهم». و ظاهره أنه في مقام الإثبات لا الثبوت، فلا يكون مما نحن فيه. و كيف كان فاستدل لهذا القول في جامع المقاصد: بأن الأصل صحة الضمان، و لما امتنع انتقال المضمون إلى كل من الذميتين، و لا أولوية، انتقل إلى كل واحدة منهما ما يقتضيه التحاص. ثم قال: «و فيه نظر، لأنه خلاف ما اقتضاه العقدان و أراداه الضمانان. بل إن كان العقد صحيحاً ترتب عليه مقتضاه، و إلا كان باطلاً». و قد يتوهم أن التقيسيط مقتضى التزام. و فيه: أن التزام يتوقف على وجود المقتضى في الطرفين. و هو أول الكلام، فإنه بناء على امتناع اشتغال الذميتين بتمام المالين يكون التنافي بين تطبيق الدليل بالإضافة إلى كل من العقدتين، و لعدم المرجح يسقط الدليل فيهما معا.

(٣) حكاها في جامع المقاصد عن ابن حمزة في الوسيلة، و عبارته صريحة فيه، و سماه ضمان الانفراد، و هو ضمان جماعة عن واحد، و يكون للمضمون له الخيار في مطالبته المال من أيهم شاء على الانفراد و على الاجتماع، في

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣١٧

.....

مقابل ضمان الاشتراك، و هو بالعكس، يعني: ضمان واحد عن جماعة.

و كان المناسب التسمية على العكس. و في جامع المقاصد عن الفخر عن والده في درسه الشريف توجيهه: بأن مثله واقع في العبادات، كالواجب على الكفاية، و في الأموال كالغاصب من الغاصب، و حكى ذلك عنه الشهيد أيضاً على ما حكاها في مفتاح الكرامة. ثم ذكر أن ظاهر الفخر و صريح الشهيد الرضا به لكن أشكل على مقياسه بباب الغاصب من الغاصب: بأنه لم يثبت المال في ذمم متعددة و إنما وجب على من جرت يده على المغصوب رده على مالكة. عملاً بعموم:

«على اليد ما أخذت حتى تؤدى» (١).

و فيه: أن تقدير المضاف خلاف الأصل. مع أنه لا ينسجم الصدر فيه مع الدليل، لان مرجع التقدير إلى قوله:

«على اليد ..»

أداء ما أخذت حتى تؤدي، فتتحد الغاية والمغيبى، وهو كما ترى.

و فى الجواهر فى شرح مفهوم الضمان ذكر أن المشغول به فى تعاقب الأيدى على المغصوب ذمة واحد، وهو من تلف فى يده المال مثلا و ان جاز للمالك الرجوع على كل واحد، لعدم تصور اشتغال ذمتين فصاعدا بمال واحد. و كأنه الى ذلك أشار فى عبارته السالفة بقوله: «لو سلم أنه مثله». و فيه: أنه خلاف

قوله (ص): «على اليد ما أخذت حتى تؤدي».

و جواز الرجوع الى كل واحد لا دليل عليه سواه. و شيخنا الأعظم ذكر أن الشىء الواحد لا يقبل الاستقرار إلا فى ذمة واحدة، و لأجل ذلك يتعين الالتزام بأن اشتغال ذمة كل واحد من الأيدى المتعاقبة على البدل.

ثم قال: «و يمكن أن يكون نظير ذلك ضمان المال على طريقة الجمهور، و ضمان الاثنين لواحد، كما اختاره ابن حمزة». و ظاهره حمل هذه الأقوال

(١) مستدرک الوسائل باب: ١ من أبواب الغصب حديث: ٤، كنز العمال الجزء: ٥ حديث: ٥١٩٧.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣١٨

.....

على ما ذكر من كون الضمان بدلى لا عرضى. و يشكل: بأن الضمان على البدل غير معقول، إذ كل ما يكون فى الخارج متعين. إلا أن يريد- قدس سره- من كونه على البدل أنه كذلك من حيث الحكم، فالذمتان و إن كانت كل واحدة منهما مشغولة بالبدل فى عرض واحد، لكن بالاستيفاء من أحدهما يسقط الآخر. و إلا لم يكن البدل بدلا، فان معنى كونه بدلا أنه يقوم مقام المبدل منه و يشغل الفراغ الذى كان بفقده. فاذا قام مقامه و تدارك الخسارة التى جاءت من فقده فلا معنى لضمانه. و على هذا يجوز عنده اشتغال الذمم المتعددة بمال واحد، لكنها فى مقام الفراغ متلازمة، فإذا فرغت إحدى الذمم من المال بدفع البدل فرغت الأخرى حينئذ. و لا يحسن التعبير منه بأن الشىء الواحد لا يقبل الاستقرار إلا فى ذمة واحدة.

و كيف كان فالتحقيق جواز اشتغال الذمم المتعددة بمال واحد لمالك واحد، كجواز اشتغال ذمم متعددة بواجب واحد كما فى الواجبات الكفائية، فإن اشتغال الذمم المتعددة بالواجب فيها حاصل، و لا فرق بينها و بين المقام إلا فى أن المصحح للاشتغال فيها الوجوب و المصحح للاشتغال هنا الملك. و دعوى: أن الواحد لا يقبل الوجود إلا فى مكان واحد.

مدفوعة: بأن ذلك فى الوجود الحقيقى و الوجود هنا اعتبارى لا حقيقى، و اعتباره تابع لوجود منشأ الاعتبار، و هو سبب الضمان، فلما كان:

«على اليد»

ينطبق بالنسبة الى كل واحد من ذوى الأيدى المتعاقبة كان موجبا لاشتغال الذمة بالنسبة إليهم جميعا أيضاً، و إن كان الحكم إذا أدى واحد منهم فقد برأت ذمة الباقيين، لأن المضمون فى جميع الذمم مال واحد، فاذا وصل الى أهله لزم حصول البراءة منه. نظير ما يقال فى الواجبات الكفائية: من أنه يسقط الوجوب عن الجميع بفعل واحد منهم،

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣١٩

و عليه إذا أبرء المضمون له واحدا منهما برئ دون الآخر (١) إلا إذا علم ارادته إبراء أصل الدين لا خصوص ذمة ذلك الواحد.

[(مسألة ٢٧): إذا كان له على رجلين مال، فضمن كل منهما ما على الآخر بإذنه]

(مسألة ٢٧): إذا كان له على رجلين مال، فضمن كل منهما ما على الآخر بإذنه، فإن رضى المضمون له بهما صح (٢). وحينئذ فإن كان الدينان متمثلين جنسا و قدرا تحول ما على كل منهما إلى ذمة الآخر. و يظهر الثمر في الإعسار و اليسار (٣)،

لان الواجب واحد يسقط الأمر به بمجرد حصوله. و هنا تبرأ الذمم منه بمجرد وصوله إلى مالكة.

(١) لاختصاصه بالإبراء فلا يتعدى الى الآخر. اللهم الا أن يقال:

إنه بمنزلة الاستيفاء، لأنه إسقاط لما في الذمة و قطع العلاقة بينه و بينه، فهو تصرف في المال نفسه، لا تصرف في الذمة، ليختص بأحدهما دون الآخر، إذ لا سلطان له على الذمة، وإنما سلطانه على ماله، فإذا كان قد قطع العلاقة بينه و بينه فقد قطع العلاقة بينه و بين ما في غيرها من الذمم، لان المفروض أنه عينه لا غيره، و قد تقدم من المصنف (ره) احتمال ذلك في المسألة الثالثة. لكن التحقيق أن إبراء الذمة بحسب الارتكاز العرفي مجرد إخلائها من ماله، فان كان له مستقر آخر فهو على حاله، لا أنه قطع للعلاقة بينه و بين المال، كي يسقط من جميع الذمم.

(٢) قال في الشرائع: «إذا كان له على رجلين مال فضمن كل منهما ما على صاحبه تحول ما كان على كل واحد منهما الى صاحبه». و نحوه في القواعد و غيرها. و في المسالك: «لا إشكال في صحة هذا الضمان، لأن كل واحد جامع لشرائط الصحة».

(٣) فإذا كان أحدهما معسراً كان للمضمون له الخيار في فسخ الضمان،

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

مستمسك العروة الوثقى؛ ج ١٣، ص: ٣٢٠

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٢٠

و في كون أحدهما عليه رهن دون الآخر (١)، بناء على افتكاك الرهن بالضمان. و إن كانا مختلفين قدراً أو جنساً أو تعجيلاً و تأجيلاً أو في مقدار الأجل فالثمر ظاهر. و إن رضى المضمون له بأحدهما دون الآخر كان الجميع عليه (٢). و حينئذ فإن أدى الجميع رجع على الآخر بما أدى، حيث أن المفروض كونه مأذونا منه. و إن أدى البعض، فان قصد كونه مما عليه أصلاً أو مما عليه ضماناً فهو المتبع. و يقبل قوله إن ادعى ذلك (٣).

فاذا فسخ استقر تمام المال على الموسر.

(١) كما نص عليه في المسالك، معللا له بأن الضمان بمنزلة الأداء. و قد تقدم الكلام فيه في المسألة الثالثة و العشرين.

(٢) أما دينه الأول: فلأنه لم ينتقل عنه بضمان صاحبه، لبطلانه.

و أما دين صاحبه: فلانتقاله الى ذمته بضمانه.

(٣) كما نص عليه في الشرائع في آخر كتاب الرهن، معللا له بأنه أبصر بنيته. و في جامع المقاصد: «لأنه أعرف بنيته. و في الجواهر: «بلا خلاف و لا اشكال». و كأنه لبناء العقلاء و المتشرعة، نظير إخبار ذى اليد عما في يده، بل هو أولى منه، لأنه إخبار عن النفس، و بناء العقلاء و المتشرعة على الأخذ به. نعم إذا كان في مقام النزاع ثم الرجوع الى الحاكم الشرعي يتعين اليمين عليه، لأنه منكر، فاليمين يحتاج اليه الحاكم الشرعي لفصل الخصومة، و لا يحتاج اليه غيره لترتيب آثار الصدق. و هكذا جميع موارد الحجج، فان الحجة تكون مع المنكر و لا يكتفى بها الحاكم، بل يحتاج إلى يمين إذا لم يقم المدعى بينه على صدقه، لقوله (ص):

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٢١
و إن أطلق و لم يقصد أحدهما فالظاهر التقسيط (١).

«إنما أفضى بينكم بالبينات و الايمان» (١)

و إن كان سير الحاكم يرتب آثار الواقع على الحجّة التي تكون مع المنكر، فان المنكر من يوافق قوله الحجّة، و لا يكتفى بها الحاكم في فصل الخصومة، لانحصار فصل الخصومة بالبينه و اليمين.

(١) كما نص عليه في القواعد. و في جامع المقاصد: «لامتناع صرفه إلى أحدهما، نظراً الى عدم الأولوية، فيتعين الأول لانحصار الحال فيهما و يحتمل صرفه الآن الى ما شاء، لعدم القصد و امتناع وقوعه بدونه. و يضعف:

بأن المدفوع اليه ملكه من حين القبض، فيمتنع أن لا يسقط شيء من الدين في مقابله، لأن قبضه إنما كان عن جهته، فيتعين التوزيع لما قلنا من انتفاء الأولوية. و هو الأصح، و أعلم أن المصنف تردد في الرهن في نظائر هذه المسألة ثمّ رجع الى الفتوى هنا، و فيه: أنه لا دليل على حصول الملك بالقبض كي يتعين التوزيع لعدم الأولوية، كيف و ان كل واحد من الدينين متعين في نفسه، و لذا لو عينه في الوفاء تعين، فاذا كان متعيناً في نفسه كان محتاجاً الى التعيين، لان الوفاء قصدي، و قصد الشيء يتوقف على ملاحظته بخصوصياته. و إلا فالتقسيم محتاج الى مرجح كالتعيين لأحدهما، فالبناء على التقسيط لعدم المرجح ليس أولى من البناء على عدم التقسيط لعدم المرجح. و قد ذكر الأصحاب أنه إذا كان الواجب متعدداً بلا تعين امتنع التعيين في مقام الوفاء، فاذا جاء المكلف ببعض الواجب سقط البعض و بقي البعض بلا-تعيين. فاذا كان عليه صوم أيام من شهر رمضان فصام يوماً سقط يوم من تلك الأيام بلا تعيين. و إذا كان الواجب متعدداً مع تعيين بعضه في مقابل البعض الآخر، كما إذا كان عليه صوم الكفارة و صوم

(١) الوسائل باب: ٢ من أبواب كيفية القضاء حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٢٢

و يحتمل القرعة (١). و يحتمل كونه مخيراً في التعيين بعد ذلك (٢) و الأظهر الأول. و كذا الحال في نظائر المسألة، كما إذا كان عليه دين و عليه رهن و دين آخر لا رهن عليه فادى مقدار أحدهما (٣)، أو كان أحدهما من باب القرض و الآخر ثمن

القضاء، فصام يوماً و لم يعين بطل و لم يصح لأحدهما. و كذا في المقام ما دام كل واحد من الدينين متعيناً في نفسه في مقابل الآخر لم يحصل الوفاء القصدي إلا بقصد أحد المتعينين، و إلا خرج عن كونه قصدياً.

و أما قصد الجامع بين المتعينين، فليس قصداً لما في الذمة، لعدم كون الجامع المذكور في الذمة، و إنما الذي في الذمة كل واحد من المتعينين.

هذا ما تقتضيه المرتكزات العرفية. و نظير المقام ما إذا كان عليه قضاء رمضان من هذه السنة و قضاء رمضان من السنين السابقة، فإن قضاء رمضان هذه السنة تجب المبادرة إليه قبل رمضان الثاني، فإذا لم يبادر كان عليه الكفارة، و ليس كذلك قضاء رمضان السابق فاذا نوى صوماً قضاء و لم يعين لم يصح لأحدهما.

(١) كما احتملت فيما لو كان له زوجتان أو زوجات فقال: «زوجتي طالق» و لم ينو واحدة منهما. لكن هذا الاحتمال ضعيف في المقيس و المقيس عليه، إذ لا دليل على القرعة بعد أن كان موضوعها المشكل أو المشتبه «١» لعدم الاشكال و الاشتباه بعد قيام الأدلة على البطلان.

(٢) قد عرفت أنه هو المتعين الذي تقتضيه الأدلة، فيبقى المدفوع على ملك الدافع الى أن يعين المراد له.

(٣) فان المدفوع إن كان وفاء للأول بطل حق الرهانة لوفاء الدين، وإن كان عن الثاني فالحق بحاله لبقاء دينه.

(١) راجع الوسائل باب: ١٣ من أبواب كيفية القضاء. و مستدرک الوسائل باب: ١١ من أبواب كيفية القضاء. مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٢٣

مبيع (١). و هكذا، فان الظاهر في الجميع التقييد. و كذا الحال إذا أبرأ المضمون له مقدار أحد الدينين مع عدم قصد كونه من مال الضمان أو من الدين الأصلي (٢). و يقبل قوله إذا ادعى التعيين في القصد (٣)، لأنه لا يعلم إلا من قبله.

[مسألة ٢٨: لا يشترط علم الضامن حين الضمان بثبوت الدين على المضمون عنه]

(مسألة ٢٨): لا يشترط علم الضامن حين الضمان بثبوت الدين على المضمون عنه (٤)، كما لا يشترط العلم بمقداره (٥)، فلو ادعى رجل على آخر ديناً فقال: «علی ما علیه» صح. و حينئذ فإن ثبت بالبينة يجب عليه أداءه، سواء كانت سابقة أو لاحقة (٦)، و كذا إن ثبت بالإقرار

(١) فإن كان الوفاء للأول بقى حق الخيار من جهة عدم دفع الثمن.

(٢) فان كان من مال الضمان لم يرجع الضامن على المضمون عنه، وإن كان من غيره رجوع، على ما تقدم.

(٣) قد تقدم وجهه.

(٤) قد يظهر من جامع المقاصد و المسالك و ضوحه و التسالم عليه.

و قد يظهر من عبارتي الشرائع و القواعد اشتراط ذلك، و سيأتى نقل ذلك في المسألة الآتية. و عمومات الصحة تقتضى عدم اشتراط ذلك. و لازم استدلال القائلين باشتراط العلم بمقدار المضمون بقاعدة نفي الغرر القول باشتراط العلم بوجوده لحصول الغرر بدونه. و قد أصر على ذلك في مفتاح الكرامة، ناسباً له إلى الأصحاب، مستدلاً عليه بقاعدة نفي الغرر، مؤيداً له بالعقل.

(٥) تقدم الكلام فيه في المسألة الأولى.

(٦) لإطلاق عموم دليل حجية البينة الشامل للحالين. و العمدة في هذا

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٢٤

السابق على الضمان، أو باليمين (١) المردودة (٢) كذلك (٣) و أما إذا أقر المضمون عنه بعد الضمان أو ثبت باليمين المردودة فلا يكون حجة على الضامن إذا أنكره (٤)، و يلزم عنه بأدائه في الظاهر (٥). و لو اختلف الضامن و المضمون له في ثبوت الدين أو مقداره، فأقر الضامن أو رد اليمين على

العموم رواية مسعدة بن صدقة المتضمنة

قوله (ع): «و الأشياء كلها على هذا حتى يتبين غير ذلك أو تقوم به البينة» (١).

(١) كما صرح بذلك غير واحد، لحجيتهما.

(٢) بأن كان المضمون عنه قد أنكر الدين الذى يدعيه المضمون له و لم يقر المضمون له البينة على دعواه، فكان على المضمون عنه اليمين على النفي أو رد اليمين على المضمون له، فردها فحلف المضمون له على ثبوت دعواه.

(٣) يعنى: قبل الضمان.

(٤) أما الإقرار فلأنه إقرار فى حق الغير. و أما اليمين المردودة فهى بمنزلة الإقرار من هذه الجهة، لا تكون حجة إلا للحاكم فى فصل

الخصومة لقصور دليل حجيتها عن شمول ذلك. وقد أشرنا إلى الخلاف في حجية اليمين المردودة في المسألة الثالثة من (فصل فيه مسائل متفرقة) من كتاب النكاح. و عن أبي الصلاح و أبي المكارم حجية الإقرار، بل عن الثاني دعوى الإجماع عليه. وفيه ما عرفت. و الإجماع ممنوع.

(٥) هذا اللزوم غير ظاهر، للعلم بفراغ ذمة المضمون عنه، لأنه إن كان مشغول الذمة قبل الضمان فقد برئت بالضمان، وإن كان برئ الذمة قبل الضمان فلا موجب لاشتغالها، فأخذ المال منه مما يعلم بعدم استحقاقه.

(١) الوسائل باب: ٤ من أبواب ما يكسب به حديث: ٤.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٢٥

المضمون له فحلف، ليس له الرجوع على المضمون عنه إذا كان منكرًا (١) و إن كان أصل الضمان ياذنه. و لا بد في البيئة المثبتة للدين أن تشهد بثبوتها حين الضمان، فلو شهدت بالدين اللاحق أو أطلقت و لم يعلم سبقه على الضمان أو لحوقه لم يجب على الضامن أدائه (٢).

[مسألة (٢٩): لو قال الضامن: «على ما تشهد به البيئة»]

(مسألة ٢٩): لو قال الضامن: «على ما تشهد به البيئة» وجب عليه أداء ما شهدت بثبوتها حين التكلم بهذا الكلام (٣)، لأنها طريق إلى الواقع و كاشف عن كون الدين ثابتا حينه (٤). فما في الشرائع من الحكم بعدم الصحة لا وجه له (٥)

(١) لعدم ثبوت الدين على المضمون عنه بإقرار الضامن، لاختصاص حجيته به، و لا يمين المضمون له المردودة لما عرفت.

(٢) لعدم ثبوت الدين حال الضمان لينتقل إلى ذمته، و الأصل عدمه.

(٣) يعني: حين الضمان.

(٤) و إذا كان ثابتاً حينه كان مضموناً على الضامن و منتقلاً إلى ذمته.

(٥) قال في الشرائع: «لو ضمن ما تشهد به عليه لم يصح، لأنه لا يعلم ثبوتها في الذمة وقت الضمان». و قوله: «وقت الضمان» يحتمل فيه أن يكون قيداً للثبوت في الذمة، يعني: أن الثبوت في الذمة وقت الضمان غير معلوم، إما لعدم شهادة البيئة بالثبوت وقت الضمان، و إنما كانت شهادتها بالثبوت حال الشهادة، و إما لعدم كونها حجة على الثبوت وقت الضمان و إن كانت قد شهدت بذلك. و يحتمل أن يكون قيداً للعلم، يعني:

لا- يعلم وقت الضمان بالثبوت في الذمة، و مقتضى الأخير اعتبار العلم وقت الضمان بالثبوت في الذمة، فإذا لم يعلم حين الضمان الثبوت في الذمة لم يصح الضمان،

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٢٦

.....

كما أصر على ذلك في مفتاح الكرامة، حاملاً عبارات الأصحاب عليه، كما أشرنا إليه آنفاً، فيكون مخالفاً لما تقدم في المسألة السابقة، كما أشرنا إليه هناك. و على الاحتمالين السابقين لا تعرض فيه لذلك. و المصنف حملها على الاحتمال الثاني منهما. و هو غير ظاهر، إذ لا-خلاف من أحد في حجية البيئة، فكيف يحتمل الخلاف من المحقق (ره)؟! و الأول منهما أيضاً غير ظاهر، إذ ربما تشهد بالثبوت وقت الضمان، كما ربما تشهد بالثبوت في الجملة، فإطلاق عدم شهادتها بالثبوت حال الضمان لا وجه له.

و مثلها في هذه الاحتمالات عبارة القواعد، قال: «و لو ضمن ما تقوم به البينة لم يصح، لعدم العلم بثبوتة حينئذ». نعم ظاهر عبارة المختلف أن المراد الاحتمال الأول، قال في المختلف: «قال الشيخ في المبسوط: قال قوم من أصحابنا أنه يصح أن يضمن ما تقوم به البينة، دون ما يخرج به دفتر الحساب. و لست أعرف به نصاً. و في هذه العبارة إشكال، و عبارة المفيد و أبي الصلاح هنا أحق، و هو أنه يضمن حقه عليه، إذ ما تقوم به البينة لا- يعلم ثبوتة وقت الضمان، فلا يصح، لأنه يكون ضمان ما لم يجب» فان الظاهر أن وجه الفرق بين عبارة قوم من أصحابنا و عبارة المفيد و أبي الصلاح: أن الثانية من قبيل ما علم ثبوتة حال الضمان لان المفروض أن المضمون الحق الذي عليه، و الثانية من قبيل ما لم يعلم ثبوتة حال الضمان، لعدم شهادة البينة بذلك، و لذلك كان من قبيل ضمان ما لم يجب، يعنى: ضمان ما لم يعلم أنه وجب، لعدم ثبوت البينة بثبوتة، فيحتمل أن يكون من ضمان ما لم يجب.

و في المسالك حمل عبارة الشرائع على إرادة ضمان الجامع بين الثابت وقت الضمان و غيره، فإنه لا يصح ضمان الجامع المذكور، ثم قال: «فعلى هذا لو صرح بقوله: ما يشهد عليه ان كان ثابتاً وقت الضمان، فلا مانع

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٢٧

و لا للتعليل الذى ذكره بقوله: «لأنه لا يعلم ثبوتة فى الذمة» إلا أن يكون مراده فى صورة إطلاق البينة المحتمل للثبوت بعد الضمان. و أما ما فى الجواهر (١) من أن مراده بيان عدم صحة ضمان ما يثبت بالبينة من حيث كونه كذلك، لأنه من ضمان ما لم يجب، حيث لم يجعل العنوان ضمان ما فى ذمته لتكون البينة طريقاً، بل جعل العنوان ما يثبت بها، و الفرض وقوعه قبل ثبوتة بها. فهو- كما ترى- لا وجه له (٢).

من الصحة كما لو ضمن ما فى ذمته، و لزمه ما تقوم به البينة إن كان ثابتاً. و كأنه أخذه من جامع المقاصد، فإنه فى شرح عبارة القواعد المتقدمة قال: «لو قال لعدم دلالة عقد الضمان على ضمان ما فى الذمة حينئذ لكان أولى، و تخرج العبارة على أن المراد لعدم العلم بثبوتة من صيغة الضمان ..» يعنى: أن صيغة الضمان بالمعنى المذكور لا تدل على ضمان ما ثبت، لان ما ثبت أخذ بنحو الاجمال و الإهمال لا بنحو الإطلاق.

فلا يتوجه عليه ما فى الجواهر، من أنه إذا أخذ مطلقاً كان اللازم البناء على الصحة على تقدير شهادة البينة بالثبوت حال الضمان، فلا وجه لإطلاق البطلان. فإنه يتم لو كان المراد مطلق ما تشهد به البينة، و ليس كذلك بل المراد ما تشهد به فى الجملة.

(١) قال فى الجواهر: «و لعل الأولى تفسير ذلك بإرادة بيان عدم صحة ضمان ما يثبت بالبينة من حيث كونه كذلك، لأنه حينئذ من ضمان ما لم يجب، ضرورة عدم جعل عنوان الضمان فى ذمته و البينة طريق لمعرفة، بل كان العنوان ما يثبت بها، و الفرض وقوعه قبل ثبوتة. و من هنا أردف التعليل المزبور فى المختلف بقوله: فلا يصح لأنه ضمان ما لم يجب».

(٢) إن كان المراد أنه لا وجه للحكم المذكور على تقدير كون المراد

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٢٨

[مسألة ٣٠: يجوز الدور فى الضمان]

(مسألة ٣٠): يجوز الدور فى الضمان (١)، بأن يضمن عن الضامن ضامن آخر، و يضمن عنه المضمون عنه

ذلك فوجه ظاهر لأنه من ضمان ما لم يجب. و إن كان المراد أنه لا وجه لحمل العبارة عليه لأنه بعيد، فهو ليس بأبعد مما ذكره من الحمل.

و بالجملة: عبارتا الشرائع و القواعد و نحوهما تحتمل معانى كثيرة قد حملها كل واحد من الأكابر على واحد منها، فحملها فى مفتاح

الكرامة على عدم العلم حال الضمان بالثبوت حاله، فيكون من ضمان مجهول الثبوت، وهو غير صحيح، لاشتراط العلم بالثبوت حال الضمان. و حملها في المسالك و جامع المقاصد على ضمان ما لم يكن مفروض الثبوت حال الضمان. و حملها في الجواهر على ضمان ما عنون بعنوان غير ثابت حال الضمان. و حملها المصنف على عدم العلم حتى بعد الضمان بالثبوت، لعدم حجية البيئ، و المحامل الثلاثة الأخيرة بعيدة جداً عن العبارات المذكورة.

و المحمل الأول و إن كان قريباً بالنظر الى نفس التعبير، لكنه بعيد عن سيرة الأصحاب، إذ لو كان العلم وقت الضمان بثبوت الدين شرطاً للضمان كان اللازم عده في جملة شرائطه التي فصلت في كتبهم، لا إهماله و الإشارة إليه بمثل هذه العبارة. مضافاً إلى عدم الدليل على شرطية غير عموم نفي الغرر، و هو غير ثابت. و لذا بنى على عدم اشتراط العلم بمقدار الدين المضمون. و أما تأييد الشرطية بالعقل - على ما ذكر في مفتاح الكرامة - فغير ظاهر. هذا بالنظر الى كل من الاحتمالات في نفسه. لكن إذا دار الأمر بينها فالأقرب ما ذكره في المسالك و جامع المقاصد.

(١) كما صرح به جماعة، و في الجواهر: «لا إشكال في جواز الدور.

خلافاً للمحكي عن الشيخ في المبسوط، فمنعه، لصيرورة الفرع أصلاً و بالعكس، و لعدم الفائدة فيه».

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٢٩

الأصيل. و ما عن المبسوط من عدم صحته لاستلزامه صيرورة الفرع أصلاً و بالعكس، و لعدم الفائدة لرجوع الدين كما كان مردود بأن الأول غير صالح للمانع (١)، بل الثاني أيضاً كذلك (٢). مع أن الفائدة تظهر في الإعسار و اليسار (٣)، و في الحلول و التأجيل، و الاذن و عدمه. و كذا يجوز التسلسل بلا إشكال (٤).

[مسألة (٣١): إذا كان المديون فقيراً يجوز أن يضمن عنه بالوفاء من طرف الخمس أو الزكاة]

(مسألة ٣١): إذا كان المديون فقيراً يجوز أن يضمن عنه بالوفاء من طرف الخمس أو الزكاة أو المظالم أو نحوها من الوجوه التي تنطبق عليه (٥)، إذا كانت ذمته مشغولة بها فعلاً، بل و إن لم تشتغل فعلاً، على إشكال.

(١) إذ لا محذور في صيرورة الفرع أصلاً و لا في عكسه.

(٢) إذ لا محذور فيه، لان مجرد عدم الفائدة لا يوجب الخروج عن إطلاق الأدلة المقتضية للصحة.

(٣) كما تقدم نظير ذلك في المسألة السابعة و العشرين.

(٤) كما في الجواهر، أو لا شبهه في جوازه كما في المسالك، أو الظاهر عدم الخلاف فيه عند الأصحاب كما عن مجمع البرهان.

(٥) تارة: يكون المراد نقل الدين من ذمة الفقير الى مصرف الخمس أو غيره، بأن يكون المتعهد المصرف الخاص. و أخرى: يكون المراد النقل إلى ذمة الضامن و يكون الأداء من الحق الخاص، و ثالثة:

بأن يكون المراد التعهد بالوفاء من الحق الخاص من دون اشتغال ذمته بالمال، لان التعهد كان بالوفاء لا بالمال. أما الأول: فتوقف صحته على ولاية الضامن على الحق بحيث يجعله مديناً للمضمون له، نظير ما إذا

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٣٠

[مسألة (٣٢): إذا كان الدين الذي على المديون زكاة أو خمساً]

(مسألة ٣٢): إذا كان الدين الذي على المديون زكاة أو خمساً جاز أن يضمن عنه ضامن للحاكم الشرعي (١)،

اشترى ولى الزكاة علفاً لانعام الصدقة، فإن الثمن يكون على الزكاة لا على، الولي، فإذا لم يكن له ولاية على الحق لم يصح منه أن يجعله مدينا للمضمون له. و ثبوت هذه الولاية غير واضح من الأدلة، خصوصاً فى الخمس و رد المظالم و الكفارات و نحوها من الحقوق التى يجب تملكها الى الفقير، فإنه لا تبرأ ذمته من عليه الحق إلا بالتملك، و الوفاء على النحو المذكور ليس تملكاً. أما ما لا يجب فيه التملك كالزكاة فإنه قد تبرأ ذمة المالك بالصرف فى مصارفها من دون تملك. لكن الولاية للمالك على هذه الاستدانة عليها غير ثابتة. بل ثبوتها للحاكم الشرعى غير ظاهر، لقصور أدلة ولاية الحاكم الشرعى عن شمول مثل ذلك، و إن كانت له ولاية على الاستدانة عليها إذا قضت الضرورة بذلك، لكن عموم الولاية لما نحن فيه بحيث يجعل الضمان على الزكاة غير ثابت. مضافاً إلى أنه قد تقدم فى المسألة الرابعة و العشرين أن نقل الدين من ذمة المضمون عنه الى نفس المال المعين لا يصح عند المصنف، فكيف صح هنا عنده؟! و أما الثانى: فهو أوضح إشكالا، لأن صرف الحقوق فى الوفاء عن ذمة المالك لا يصح فى الزكاة فضلا عن غيرها، فلا يصح اشتراطه. و أما الثالث: فهو وعد بالوفاء لا يجب العمل به، و لا يوجب انتقال الدين من ذمة المضمون عنه إلى ذمة أخرى.

(١) لأنه الولي عليه، فيكون هو المضمون له، لأن المراد من المضمون له من له ولاية المال، سواء كان مالكا له أم ولياً عليه و إن لم يكن الدين مملوكاً لمالك كالزكاة. و إن شئت قلت: المضمون له الجهة المختصة بها المال، و الحاكم ولى عليها، فقبوله يتم الضمان. و كذلك الحكم فى

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٣١

بل و لآحاد الفقهاء، على إشكال (١).

[مسألة (٣٣): إذا ضمن فى مرض موته]

(مسألة ٣٣): إذا ضمن فى مرض موته، فإن كان بإذن المضمون عنه فلا إشكال فى خروجه من الأصل، لأنه ليس من التبرعات، بل هو نظير القرض و البيع بثمن المثل نسيئته (٢). و إن لم يكن بإذنه فالأقوى خروجه من الأصل كسائر المنجزات. نعم على القول بالثلث يخرج منه (٣).

[مسألة (٣٤): إذا كان ما على المديون يعتبر فيه مباشرته لا يصح ضمانه]

(مسألة ٣٤): إذا كان ما على المديون يعتبر فيه مباشرته لا يصح ضمانه (٤)، كما إذا كان عليه خياطة ثوب

الصدقات المعينة للجهات إذا كانت دينا فضمنه للجهة المعينة اعتبر قبول الولي الخاص إن كان، و إلا كان القبول من الحاكم الشرعى. كل ذلك لعموم الأدلة المقتضية للصحة.

(١) ظاهر، لأن آحاد الفقهاء لا يملكون المال، بل و لا حق لهم فيه، إذ لا دليل على شىء من ذلك، فلا ولاية لهم عليه.

(٢) كما صرح بذلك فى المسالك و غيرها.

(٣) كما جعله الأصح فى الشرائع - قال (ره): «إذا ضمن المريض فى مرضه و مات فيه خرج ما ضمنه من ثلث تركته على الأصح» - لبنائه على خروج المنجزات من الثلث، و قوله (ره): «خرج ما ضمنه من ثلث تركته» ظاهر فى الضمان التبرعى الذى يحتاج الى المخرج، إذ الضمان المأذون فيه لا نقص فيه مالى كى يحتاج الى مخرج.

(٤) لامتناع انتقاله إلى ذمة غير المديون، لان ما فى ذمة غير المديون ليس مصداقاً لما فى ذمة المديون. اللهم إلا أن يقال: لا مانع من تعهد غير المديون بفعل المديون، فمباشرة الخياطة مثلا إنما تقتضى اعتبار صدور

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٣٢

مباشرة، كما إذا اشترط أداء الدين من مال معين للمديون (١) وكذا لا- يجوز ضمان الكلى في المعين (٢)، كما إذا باع صاعاً من صبرة معينة، فإنه لا يجوز الضمان عنه و الأداء من غيرها مع بقاء تلك الصبرة موجودة.

[مسألة (٣٥): يجوز ضمان النفقة الماضية للزوجة]

(مسألة ٣٥): يجوز ضمان النفقة الماضية للزوجة (٣)

الخيطة من المديون و لا تقتضى اعتبار اشتغال ذمته به، فيجوز أن يتعهد غير الخياط بفعل الخياط، بأن يستأجر زيد على خياطة ثوب، و يشترط أن يكون المباشر للخيطة عبده أو أجيده.

(١) يمكن مجيء الإشكال السابق فيه أيضاً، بأن يتعهد زيد بالوفاء من مال عمرو، فاعتبار الوفاء من مال معين لا يقتضى اختصاص التعهد به بمالك المال، بحيث لا يمكن أن يتعهد به غيره و تشتغل ذمته به.

(٢) لا يخفى أن الكلى في المعين ليس ثابتاً في ذمة فلا يكون ضمانه من ضمان ما في الذمة، الذى هو موضوع كتاب الضمان، على ما عرفت في الشرط الثامن. و مع غض النظر عن ذلك فلو ضمنه بقصد الأداء من تلك الصبرة لا مانع من صحته، و لو ضمنه بقصد الأداء من صبرة أخرى مع بقاء تلك الصبرة لم يصح، لأن الأداء من الصبرة الأخرى ليس أداء للمضمون، بل أداء لغيره.

(٣) قال في الشرائع: «و يصح ضمان النفقة الماضية و الحاضرة للزوجة، لاستقرارها في ذمة الزوج دون المستقبل». و نحوه في القواعد بإسقاط التعليل. و حكى عن كثير من كتب القدماء و المتأخرين. و فى مفتاح الكرامة عن مجمع البرهان: «لعله لا خلاف فيه» ثم قال: «و هو كذلك». و فى الجواهر فى الماضية نفى الخلاف و الاشكال. و يظهر من المسالك التسالم على الحكم فى الماضية و الحاضرة. مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٣٣

لأنها دين على الزوج. و كذا نفقة اليوم الحاضر لها إذا كانت ممكنة فى صبيحته، لوجوبها عليه حينئذ (١). و إن لم تكن

(١) قال فى الشرائع: «الزوجة تملك نفقة يومها مع التمكين»، و ظاهره أنها تملك نفقة اليوم فى أول اليوم مع التمكين، كما لعله صريح القواعد، حيث قال: إنها تملك النفقة فى صبيحة اليوم. و ظاهر المسالك:

أنه لا اشكال فيه. و كذا ظاهر غيرها. و علله فى المسالك: بأنها تحتاج الى الطحن و الخبز و الطبخ، إذ الواجب عليه دفع الحب و نحوه و مئونة إصلاحه، لا عين المأكل مهيتاً، عملاً بالعادة، فلو لم يسلم إليها فى أول النهار لم تنله عند الحاجة». و يشكل بمنع الاكتفاء بدفع الحب و نحوه، إذ هو خلاف إطلاق النفقة و الرزق، و إلا لأجزأ دفع الصوف و القطن فى نفقة الكسوة. مع أنه لو سلم ذلك كان اللازم الدفع فى الوقت الذى لا بد منه فى تحصيل المأكل و الملبوس، فقد يقتضى تقديمه على اليوم، كما هو الغالب، فان دفع الحب لا يكفى فى أكله الصبح، و قد يقتضى تأخيره عن الصبح إذا كانت المقدمات تتهياً فى جزء يسير من الزمان.

و بالجملة: تعيين أول اليوم لا دليل عليه، و مقتضى الأدلة حصول الملك عند الحاجة. و لذلك اعترف فى الجواهر: بأن أدلة الإنفاق لا تقتضى الملك، فضلاً عن ثبوته فى صبيحة اليوم. لكن الظاهر من قوله تعالى:

«وَعَلَى الْمُؤَلَّدِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَ كِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» (١) هو الملك. اللهم الا أن يحمل الرزق و الكسوة على المصدر لا العين. لكن لازم ذلك السقوط بخروج الوقت، فلا- تقتضى إذا فاتت، و هو خلاف المتسالم عليه. و كون العادة جارية على البذل لا ينافى ذلك إذا كان البذل مع التراضى، فإنه يجوز وفاء الدين بغير جنسه إذا كان مع التراضى.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٣٤

مستقرة لاحتمال نشوزها في أثناء النهار، بناء على سقوطها بذلك (١).

(١) الاحتمالات في نفقة الممكنة في أول اليوم إذا نشزت في أثناء النهار ثلاثة: الأول: أن تكون ثابتة في ذمة الزوج أول اليوم، ولا يجوز استرجاعها إذا طرأ النشوز في أثناء النهار. الثاني: أن تكون ثابتة في الذمة أول اليوم ويكون النشوز مسقطاً لها بعد الثبوت. الثالث: أن تكون ثابتة في الذمة أول اليوم ثبوتاً مراعى باستمرار التمكين، فإذا نشزت في أثناء النهار انكشف عدم الثبوت من أول الأمر. و الذي يقتضيه إطلاق الأدلة هو الأخير، لأن النشوز مانع من استحقاق النفقة، فإذا حصل في أثناء النهار انكشف عدم الاستحقاق من أول الأمر. و دعوى:

حصول الاستحقاق بالتمكين أول اليوم، فيكون النشوز مانعاً من بقاءه و موجباً لسقوطه بعد الثبوت. لا دليل عليها، و لا تساعد أدلة المقام، كما أن الزوجية موضوع النفقة فإذا زالت بالموت أو الطلاق انكشف عدم الحكم لعدم موضوعه. و دعوى: أن الموضوع هو الزوجية في صبيحة اليوم، فإذا كانت زوجة حينئذ استحققت نفقة اليوم تامة، غير ظاهر من الأدلة. و من ذلك يشكل ما في القواعد من أنها إذا ماتت أو طلقها في أثناء النهار لم تسترد النفقة لأنها ملكتها. كما يشكل الفرق بين الطلاق و الموت و بين النشوز حيث حكم في القواعد أيضاً بالاسترداد فيه دونهما إذا طرأ في أثناء النهار، على إشكال، من تقديم القبض الموجب للملك قبل النشوز، و من أن التمكين شرط في ملك النفقة. إذ لا يخفى أن دخل الزوجية في استحقاق النفقة أكد من دخل التمكين فيه، فكيف لا يكون فوات الزوجية بالموت أو الطلاق موجباً لفوات الاستحقاق و فوات التمكين موجباً لذلك؟! و في بعض عبارات القواعد أنه لا تسترد النفقة في الطلاق

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٣٥

و أما النفقة المستقبلية فلا يجوز ضمانها عندهم، لأنه من ضمان ما لم يجب. و لكن لا يبعد صحته، لكفاية وجود المقتضى و هو الزوجية (١). و أما نفقة الأقارب فلا يجوز ضمانها بالنسبة الى ما مضى، لعدم كونها ديناً على من كانت عليه (٢)،

في أثناء النهار، و تسترد في موتها أو موته أو نشوزها. و هو كما ترى.

فاذاً التحقيق أن الجميع من باب واحد، و أن فوات كل منها موجب لفوات الاستحقاق. و الملك في أول اليوم إن تمّ فهو مراعى ببقاء الموضوع و الشرط، و مع انتفاء واحد منهما ينكشف فوات الاستحقاق من أول الأمر.

و على هذا فصحة ضمان النفقة الحاضرة مراعاة بقاء التمكين. و أما ما ذكره المصنف من احتمال ثبوت الملك أول النهار، و يستقر باستمرار التمكين فإذا طرأ النشوز بطل التملك. فهو ظاهر التعبير بالاسترداد في كلام الجماعة. قال في المسالك: «و أما الحاضرة فلا إشكال في وجوبها و ثبوتها في الذمة مع التمكين. أما استقرارها ففيه نظر، مبنى على أنه لو نشزت في أثناء النهار هل تسترد نفقة ذلك اليوم أم لا؟ فيه خلاف، يأتي إن شاء الله الكلام فيه» و ظاهر أن القائلين بالاسترداد يقولون بالسقوط بعد الثبوت، لا أنه كاشف عن عدم الثبوت من أول الأمر» كما عرفت أنه ظاهر الأدلة. و كيف كان فالإشكال في كون الملك لتمام نفقة اليوم أول اليوم أو أن الملك يكون حين الحاجة إلى النفقة بالنسبة إلى أبعاضها في اليوم- كما هو ظاهر الأدلة- لا ينافي صحة ضمان النفقة الحاضرة بناء على الملك، لحصول الملك و اشتغال الذمة المصحح للضمان على كل حال.

(١) قد تقدم الإشكال فيه في الشرط الثامن من شروط الضمان فراجع.

(٢) فلا تقتضى بلا خلاف أجده فيه، بل ظاهر بعضهم الإجماع عليه.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٣٦

الا إذا أذن للقريب أن يستقرض (١) و ينفق على نفسه، أو أذن له الحاكم في ذلك (٢)، إذ حينئذ يكون دينا عليه (٣).
و أما بالنسبة الى ما سيأتى (٤) فمن ضمان ما لم يجب. مضافا الى أن وجوب الإنفاق حكم تكليفي (٥)، و لا تكون النفقة

كذا في الجواهر. لكن قال بعد ذلك: «قد يشكل أصل عدم وجوب القضاء بأن الأصل القضاء في كل حق مالي لأدمى و دعوى: كون الحق منا خصوص السد الذي لا يمكن تداركه، واضحة المنع بعد إطلاق الأدلة المزبورة، و حرمة العلة المستنبطة عندنا». و فيه: أن أدلة النفقة للأقارب قاصرة عن إثبات ملك المال.

ففى خبر حريز: «قلت لأبى عبد الله (ع):

من الذى أجبر عليه و تلزمنى نفقته؟ فقال: الوالدان و الولد و الزوجة» (١)

و نحوه غيره. و هى - كما ترى - لا- تعرض فيها لملك عين النفقة، بل ظاهرها التكليف بالبذل للنفقة فى زمان الحاجة إليها، فلا موضوع له بالنسبة إلى الزمان الماضى، فلا يتضح هذا الإطلاق المقتضى للقضاء.

(١) هذا واضح، فإن الإذن كاف فى صحة الاستقراض.

(٢) كما ذكره فى الشرائع و غيرها، و يظهر منهم المفروغية عن صحته.

(٣) لكن الدين يكون للمقرض، لا للقريب المستقرض.

(٤) ظاهره خصوص المستقبل.

(٥) إن كان مورد كلامه المستقبل فكونها من قبيل الحكم التكليفي أيضاً غير ظاهر، لعدم ثبوت هذا التكليف بالنسبة إلى الزمان المستقبل. نعم يتم بالنسبة إلى الزمان الحاضر لو بنى على الاقتصار على ما تحت عبارة النصوص.

أما بالنظر الى جواز مطالبة القريب بالنفقة، و عرض الأمر على الحاكم الشرعى، و إذنه فى الاستدانة لها، فيتعين البناء على عدم كونها تكليفاً

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

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٣٧

فى ذمته. و لكن مع ذلك لا يخلو عن إشكال (١).

بحتا، بل على كون القريب يملك الإنفاق عليه أو النفقة، إذ لو لا- الملك و الحق الوضعى لم تجز المطالبة إلا- من باب الأمر بالمعروف. لكنه يختص بشرائط لا- مجال له مع فقدها. و كذلك لو لا- الحق الوضعى لا- وجه لرفع الأمر إلى الحاكم، و لا لإذنه بالاستقراض، كما هو واضح. نعم لما كان الحق مردداً بين الحقين لا مجال للاستصحاب فى إثبات القضاء، لأنه من قبيل الاستصحاب الجارى فى المفهوم المردد، و هو غير حجة، فيتعين الرجوع فى وجوب قضائه إلى أصالة البراءة، فهو حق وضعى لا تكليف محض.

(١) لما عرفت. مضافا الى بنائهم على صحة ضمانها، فقد ذكر فى القواعد: أنه يصح ضمان النفقة الحاضرة للقريب دون الماضية و المستقبل.

و فى التذكرة: «أما نفقة اليوم فالأقرب جواز ضمانها، لوجوبها بطول الفجر». و نحوه فى المسالك و عن مجمع البرهان. و من المعلوم أن الضمان لا- يصح فى التكليف، فلا بد أن يكون الإنفاق حقاً مالياً مملوكاً للقريب و يكون المضمون هو ذلك الحق المالى. و إن كان ظاهر كلامهم أن المضمون عين النفقة، كما يقتضيه أيضاً سوقها مساق نفقة الزوجة التى يكون المضمون منها عين النفقة بلا شبهة. لكن لا مجال للأخذ بهذا الظاهر، إذ لا دليل عليه، بل لا يتناسب مع فتواهم بعدم قضاء الماضية.

و الذى يتحصل مما ذكرنا أمور: (الأول): أن وجوب الإنفاق ليس من باب التكليف، بل من باب الحق المالى. (الثانى): أن هذا الحق فى الزوجة لما كان مشروطاً بالتمكين و عدم النشوز لا- يكون ثابتاً الا عند الحاجة مع حصول الشرط، و لا يثبت قبله. و ما ذكره الأصحاب من أن نفقة اليوم تثبت للزوجة عند طلوع الفجر غير ظاهر، بل تثبت نفقة الصبح عند حصوله مع الشرط، و نفقة الظهر عند حصوله كذلك،

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٣٨

[مسألة (٣٦): الأقوى جواز ضمان مال الكتابة]

(مسألة ٣٦): الأقوى جواز ضمان مال الكتابة (١) سواء كانت مشروطة أو مطلقة، لأنه دين فى ذمة العبد (٢) و إن لم يكن مستقراً لإمكان تعجيز نفسه (٣). و القول بعدم الجواز مطلقاً (٤)، أو فى خصوص المشروطة معللاً بأنه

و نفقة العشاء عند حصوله كذلك، و كذلك نفقة القريب. و على تقدير البناء على ثبوت الملك عند الفجر فهو مراعى ببقاء الشروط (الثالث):

أن الفرق بين نفقة الزوجة و نفقة القريب: أن الأولى من قبيل ملك النفقة، و الثانية من قبيل ملك الإنفاق. (الرابع): أن عبارة المصنف أهملت التعرض لنفقة القريب الحاضرة، مع أنها أولى من غيرها بالتعرض، لذكر الأصحاب لها بالخصوص من حيث جواز الضمان، و إن كان التعليل الثانى كافياً فى المنع عن ضمانها. لكن عرفت إشكاله. (الخامس): أن التحقيق جواز ضمان نفقة القريب الحاضرة كنفقة الزوجة الحاضرة. كما ذكره الجماعة آنفاً.

و كون الثابت فى الثانية ملك العين و فى الأولى ملك الإنفاق لا يوجب الفرق بينهما فى ذلك. فإن الإنفاق حق مالى فى الذمة يقبل الانتقال منها إلى ذمة أخرى، و ليس من قبيل الحكم التكليفى الذى لا يقبل ذلك، فكما أن الخياطة إذا كانت ديناً يجوز ضمانها كذلك الإنفاق.

(١) و فى الشرائع: أنه حسن. و فى التذكرة و القواعد: أنه أقرب.

و حكى عن الإرشاد و التحرير و المختلف. و فى جامع المقاصد: أنه الأصح و فى المسالك: أنه يصح. و حكى نحو ذلك عن غيرها.

(٢) هذا مما لا خلاف فيه حتى من الشيخ (ره)، كما سيأتى كلامه و وجه خلافه.

(٣) لأنه إذا عجز نفسه بطلت المكاتبه، فتراها الذمة من مالها.

(٤) ذكره الشيخ فى المبسوط، لأنه لا يلزم العبد فى الحال، لأن

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٣٩

ليس بلازم و لا يؤول إلى اللزوم. ضعيف كتعليقه (١).

للمكاتب إسقاطه بفسخ الكتابة للعجز، فلا يلزم العبد فى الحال، و لا- يؤول إلى اللزوم، لأنه إذا أده أعق و إذا أعتق خرج عن أن يكون مكاتباً، فلا يتصور أن يلزم فى ذمته مال الكتابة بحيث لا يكون له الامتناع من أدائه، فهذا المال لا يصح ضمانه، لأن الضمان إثبات مال فى الذمة و التزام لأدائه، و هو فرع لزومه للمضمون عنه، فلا يجوز أن يكون ذلك المال فى الأصل غير لازم و يكون فى الفرع لازماً، فلماذا منعنا من ضمانه.

و هذا لا خلاف فيه. انتهى. هذا و فى المسالك: أن موضع الخلاف الكتابة المشروطة كما بينا، إذ لا خلاف فى المطلقة، فإطلاقها من المصنف غير جيد.

انتهى و ما ذكر غير ظاهر، لإطلاق عبارة المبسوط، و قد صرح جماعة بأن الخلاف لا يختص بالمشروطة كما ذكر في الشرائع. نعم ما حكاه في الشرائع من أن بناء الشيخ (ره) على جواز تعجيز العبد نفسه يختص بالمشروطة، و أنها الجائزة دون المطلقة يقتضى اختصاص خلافه بها دون المطلقة، و إن كان هذا التخصيص من الشيخ غير ظاهر.

(١) قد يظهر من العبارة تعليان للحكم. الأول: أن مال الكتابة في ذمة العبد غير لازم. و هو كما ترى أولاً: من أجل أن عدم اللزوم غير مانع من صحة الضمان، فيكفى في الضمان الثبوت في الذمة، كما سبق في شرائط الضمان، فيكون كضمان الثمن في مدة الخيار. و ثانياً: أن المشهور المنصور لزومه من جهة العبد، قال في الشرائع: «الكتابة عقد لازم، مطلقة كانت أو مشروطة. و قيل: إن كانت مشروطة فهي جائزة من جهة العبد، لأن له أن يعجز نفسه. و الأول أشبه، و لا نسلم أن للعبد أن يعجز نفسه، بل يجب عليه السعى، و لو امتنع يجبر. و قال الشيخ: لا يجبر و فيه إشكال، من حيث اقتضاء عقد الكتابة و جوب مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٤٠

و ربما يعلل: بأن لازم ضمانه لزومه، مع أنه بالنسبة إلى المضمون عنه غير لازم، فيكون في الفرع لازماً مع أنه في الأصل غير لازم (١). و هو أيضاً كما ترى (٢).

[مسألة (٣٧): اختلفوا في جواز ضمان مال الجعالة قبل الإتيان بالعمل]

(مسألة ٣٧): اختلفوا في جواز ضمان مال الجعالة قبل الإتيان بالعمل،

السعى، فكان الأشبه بالإيجاب. لكن لو عجز كان للمولى الفسخ».

و ما ذكره مقتضى القواعد، كما أشار إليه في كلامه، لأن الأصل اللزوم.

(١) هذا هو التعليل الثانى من التعليلين الذين ذكرهما في عبارة المبسوط المتقدمة. و يحتمل أن مفاد العبارة تعليل واحد، و هو هذا الأخير.

و حاصله: أنه لا يجوز ضمان غير اللازم، لأنه يؤدي الى أن يكون الفرع غير لازم و الأصل لازماً. فيكون الأول من قبيل الصغرى له.

(٢) لأنه لم يتضح وجه منعه من صحة الضمان، إذ يكون من قبيل ضمان الثمن في مدة الخيار.

و الذى يتحصل فى الاشكال على الشيخ: أنه إن كان المانع من صحة ضمان مال الكتابة هو الجواز مطلقاً. ففيه أولاً: أنها ليست جائزة. و لو سلم فليس بمانع، إذ لا دليل على منعه. و إن كان الجواز الذى لا يؤول إلى اللزوم و لذلك افترق عن ثمن البيع الخيارى. ففيه:- أيضاً- أنه ليس بفارق، و لا دليل على الفرق به. و إن كان قاعدة عدم جواز زيادة الفرع على أصله. ففيه: أنها ليست قاعدة عقلية على نحو يجب تخصيص الأدلة الشرعية لأجلها.

كما أن المتحصل فى الاشكال على المصنف: أنه جزم أن الأول تعليل للمنع، و احتمال أن يكون الثانى تعليلًا ثانياً، مع أن الأولى العكس و أن الثانى هو تعليل الحكم، و يحتمل أن يكون الأول تعليلًا آخر، كما يحتمل أن يكون تمهيداً للتعليل الثانى، نظير الصغرى للكبرى.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٤١

و كذا مال السبق و الرماية، فقيل بعدم الجواز (١).

لعدم ثبوته فى الذمة قبل العمل. و الأقوى- وفاقاً لجماعة- الجواز (٢)، لا لدعوى ثبوته فى الذمة من الأول و سقوطه إذا لم يعمل (٣)، و لا لثبوته من الأول بشرط مجيء العمل فى المستقبل (٤)، إذ الظاهر أن الثبوت انما هو بالعمل، بل

(١) قال في جامع المقاصد: «و الفرق بينه (يعنى: مال الجعالة) و بين الثمن فى مدة الخيار ظاهر، لان الثمن حينئذ ثابت، غاية ما فى الباب أنه مترلزل، بخلاف الجعل فإنه لا ثبوت له أصلاً، و المتجه عدم الجواز قبل الفعل». و نحوه فى المسالك.

(٢) كما عن المبسوط و التحرير و مجمع البرهان و غيرها. و فى القواعد:

«الخامس: الحق المضمون. و شرطه المالىة، و الثبوت فى الذمة و إن كان مترلزلاً كالثمن فى مدة الخيار، و المهر قبل الدخول، أو لم يكن لازماً لكن يؤول إليه كمال الجعالة قبل العمل، و ما سبق و الرماية»، و نحوه فى الشرائع، لكن قال بعد ذلك: «و فيه تردد». و صريحهما الثبوت فى الذمة، كظاهر الاستدلال عليه بالعمومات، مثل قوله (ص): «الزعيم غارم» (١).

(٣) فيكون عدم العمل بمنزلة الفسخ.

(٤) فيكون العمل بمنزلة الشرط المتأخر، فإن تحقق العمل تبين ثبوت الجعل من حين الجعالة. و هذان الاحتمالان جعلهما فى الجواهر مبنى للقول بصحة الضمان، ثم قال: «و لعل ذلك لا يخلو من قوة».

و لكنه غير ظاهر، فان مفاد الجعالة ثبوت مال على تقدير العمل، لا الثبوت و ملك العمل كالإجارة و لذا ذكروا من غير خلاف أن العامل

(١) مستدرک الوسائل باب: ١ من أبواب كتاب الضمان حديث: ٢.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٤٢

لقوله تعالى (وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ) «١» (١).

و لكفاية المقتضى للثبوت فى صحة الضمان (٢) و منع اعتبار الثبوت الفعلى، كما أشرنا إليه سابقاً.

[مسألة ٣٨: اختلفوا فى جواز ضمان الأعيان المضمونة كالغصب و المقبوض بالعقد الفاسد]

(مسألة ٣٨): اختلفوا فى جواز ضمان الأعيان المضمونة - كالغصب و المقبوض بالعقد الفاسد، و نحوهما - على قولين،

يستحق الجعل بالعمل الذى جعل له الجعل، فان جعل للتسليم لم يستحق الجعل الا بالتسليم، و ان جعل لغيره لم يستحق الجعل الا بفعل ذلك الغير.

و بالجملة: ظاهر قول الجاعل: «إن فعلت كذا فلك كذا» أن الملك يكون على تقدير العمل و فى حينه، فلا يكون قبله، لا منوطاً به بنحو الشرط المتأخر، و لا غير منوط به، فان ذلك خلاف الظاهر، و خلاف ظاهر كلماتهم فى كتاب الجعالة، فكيف يصح البناء على ثبوته قبله و إن كان غير لازم أو غير مستقر؟! فإنه لا- مأخذ له. و على هذا فضمن المال المذكور من ضمان ما لم يجب. و عن المختلف الاستدلال على صحة الضمان بمسيس الحاجة إليه، فجاز ضمانه، كقوله: «اللق متاعك فى البحر و على ضمانه». و هو كما ترى، فان ذلك لا يصلح لتشريع ما لم يشرع.

(١) و فيه: أن الآية إنما دلت على مشروعية التعهد على النحو المذكور و لا دلالة فيها على أنه من الضمان الذى هو محل البحث، أو هو من قبيل الوعد الذى لا يجب الوفاء به، فلا دلالة لها على شىء من ذلك.

(٢) هذا خلاف ما تقدم من اعتبار كون الحق المضمون ثابتاً فى الذمة، و كون الضمان نقل ما فى ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن، فاذا لم يكن ثبوت فى ذمة المضمون عنه لم يكن ثبوت فى ذمة الضامن أيضاً.

فلو صح مثل هذا الضمان لم يكن من الضمان المصطلح، بل كان بمعنى آخر.

(١) يوسف: ٧٢.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٤٣

ذهب الى كل منهما جماعة. و الأقوى الجواز (١)، سواء كان المراد ضمانها بمعنى التزام ردها (٢) عينا و مثلها أو قيمتها على فرض التلف. أو كان المراد ضمانها بمعنى التزام مثلها أو قيمتها إذا تلفت. و ذلك لعموم قوله (ص): «الزعيم غارم» (١) و العمومات العامة، مثل قوله تعالى (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) (٢).
و دعوى (٣): أنه على التقدير الأول يكون من ضمان العين

(١) قال في الشرائع: «و في ضمان الأعيان المضمونة و المقبوض بالبيع الفاسد تردد، و الأشبه الجواز». و في القواعد: «و يصح ضمان أرش الجنائية .. (إلى أن قال): و الأعيان المضمونة- كالغصب و العارية و الأمانة مع التعدي- على إشكال». و حكى الجواز عن المبسوط و التحرير و الإرشاد و غيرها.

(٢) قال في التذكرة: «الأعيان المضمونة- كالمغصوب، و المستعار مع التضمين، أو كونه أحد النقدين، و المستام، و الأمانات إذا خان فيها أو تعدي- فله صورتان: الأولى: أن يضمن رد أعيانها. و هو جائز لأنه ضمان مال مضمون على المضمون عنه. و به قال أبو حنيفة ..

(إلى أن قال): الثانية: أن يضمن قيمتها لو تلفت. و الأقوى عندي الصحة، لأن ذلك ثابت في ذمة الغاصب فيصح الضمان ..»
(٣) هذه الدعوى ذكرها في جامع المقاصد. فإنه أشكل على ما ذكره في التذكرة- من أن ل ضمانها صورتين: الأولى: أن يضمن رد أعيانها، و جوزه لأنه ضمان مال مضمون على المضمون عنه- بأن الثابت في الذمة هو وجوب ردها، و ليس بمال. و بأن القيمة إنما تثبت بعد التلف ف ضمانها

(١) مستدرك الوسائل باب: ١ من أبواب كتاب الضمان حديث: ٢.

(٢) المائدة: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٤٤

بمعنى الالتزام بردها (١) مع أن الضمان نقل الحق من ذمة إلى أخرى. و أيضاً لا إشكال (٢) في أن الغاصب أيضاً مكلف بالرد (٣)، فيكون من ضمن ذمة إلى أخرى، و ليس من مذهبنا. و على الثاني يكون من ضمان ما لم يجب، كما أنه على الأول أيضاً كذلك بالنسبة إلى رد المثل أو القيمة عند التلف (٤).

قبله ضمان ما لم يجب. مع أن الضمان على تقدير التلف حكم شرعى تابع لوصف الغصب و الاستعارة و التعدي في الأمانة، و هذا لا يمكن نقله بالضمان، لأن الذى ينقل بالضمان هو الحق لا الحكم الشرعى، فعدم صحة الضمان قوى. انتهى. و تبعه عليه جمع ممن تأخر عنه، و منهم فى الجواهر.

(١) يعنى: أن الضامن إنما يلتزم برد العين، و ليس هو بمال كان فى ذمة المضمون عنه.

(٢) هذا إشكال ثانى ذكره فى المسالك مضافاً الى الإشكال الذى ذكره تبعاً لجامع المقاصد.

(٣) إجماعاً، كما فى المسالك.

(٤) يعنى: إذا كان المراد من الضمان الالتزام بالرد فبالإضافة الى رد العين نفسها حكم فعلى: لكن بالنسبة إلى المثل أو القيمة حكم تعليقي على تقدير التلف، فيكون من ضمان ما لم يجب، فلا يصح وإن قلنا بصحة ضمان الحكم الشرعى. إلا أن يقال: إن الضمان بلحاظ الحكم الفعلى لا غير.

و الذى يتحصل من عبارة جامع المقاصد الاشكال على الضمان فى المقام من وجهين: الأول: أن الثابت فى المقام حكم شرعى لا حق مالى، و هو لا يقبل الانتقال. و هذا الاشكال ذكره فى كل من المعنيين. الثانى:

أنه ضمان ما لم يجب. و هذا يختص بالمعنى الثانى. و الذى يظهر من عبارة المتن اختصاص الإشكال الأول بالمعنى الأول و الاشكال الثانى بالمعنى الثانى،

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٤٥

.....

و هو فى محله، إذ لا فرق على المعنى الثانى بين الضمان حال التلف و الضمان على تقدير التلف، فكما أنه على الأول يكون حقا مالياً كذلك على الثانى، و الاختلاف إنما هو فى التعليق و التنجيز.

و كيف كان فالإشكال الأول - إن تم - لا يمكن دفعه بالعمومات، لأنها لا تصلح لذلك. أما

قوله (ص): «الزعيم غارم»

فقد عرفت أنه غير ثابت من طرفنا، و فى بعض الأخبار تكذيبه. مع أنه لا غرامة مع وجود العين، و الرد ليس غرامة ليدل عليه الحديث. و أما قوله تعالى:

(أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) و نحوه فإنما يدل على صحة العقد و تحقق مضمونه، فإذا كان مضمون قول الضامن: «ضمنت»: التزمت لك برد العين، فقد ملك مالك العين عليه الرد، و لا يرتبط برد الغاصب، فكيف يقتضى عدم وجوب الرد على الغاصب؟! و قد تقدم أن فراغ ذمة المضمون عنه إنما قلنا بها للنص أو لامتناع اشتغال ذمتين بمال واحد، و كلاهما لا مجال لهما فى المقام، إذ النص لا يشمل المقام، و ذمة الغاصب ليست مشغولة بمال و لا برد، و إنما يجب الرد تكليفاً لا غير. بل الظاهر أن الضامن فى المقام إنما يلتزم بالرد من دون أن يشغل ذمته بملك الرد للمالك، و لأجل ذلك يكون من باب الوعد لا من باب الوضع و العقد، فلا مجال للمسك بعموم الوفاء بالعقد، إذ لا عقد و إنما هو محض الوعد.

و بالجملة: تارة يقول الضامن: «سأرد مالك»، و أخرى يقول:

«لك على أن أرد مالك». فالأول من قبيل الوعد، و الثانى من قبيل العقد. و الواقع فى الخارج هو الأول. و على تقدير الثانى فلا موجب لسقوط وجوب الرد على الغاصب. نعم لو كان مضمون قول الضامن تعهدت برد الغاصب، كان مقتضاه السقوط. لكنه يحتاج الى قبول من الشارع و بدونه لا- يصح، و عمومات العقود لا- تقتضى مشروعية هذا الفعل، نظير ما إذا ضمن الفرائض اليومية عن شخص،

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٤٦

مدفوعة: بأنه لا مانع منه بعد شمول العمومات، غاية الأمر أنه ليس من الضمان المصطلح. و كونه من ضمان ما لم يجب لا يضر بعد ثبوت المقتضى (١).

فإن عموم الوفاء بالعقود لا يقتضى سقوط الفريضة عن المضمون عنه، لأنه لا يدل على قابلية المحل لذلك، و عموم دليل الوجوب على المضمون عنه محكم.

(١) قد تقدم في الشرط الثامن من شروط الضمان الكلام في ذلك، و أن ضمان ما سيجب إن كان المراد اشتغال الذمة به فعلا فهو غير مقصود و لا- مدعى. و إن كان المراد اشتغال الذمة به معلقاً فهو من الإنشاء المعلق، الذي لا يصح إجماعاً، فإن التعليق مانع من صحة العقود والإيقاعات إلا- في موارد خاصة، فراجع. و إن كان المراد الضمان بنحو الواجب المعلق، فيكون الضمان حالياً و المضمون استقبالياً، فقد عرفت أن الضامن تابع للمضمون عنه فلما لم يثبت في ذمة المضمون عنه و لو بنحو الواجب المعلق لم يثبت كذلك في ذمة الضامن، فلو أريد إثباته كذلك لم يكن من باب الضمان المصطلح، بل كان من باب الضمان العرفي، و ليس هو محل كلامهم، فان المراد من ضمان ما لم يجب ضمان ما لم يثبت في الذمة و لو بنحو الواجب المعلق. إذ ما يثبت بنحو الوجوب المعلق ثابت و واجب، لا ما لم يجب، و ذلك يختص بالضمان المصطلح الذي يمكن فرض شيء ثابت في الذمة غير ذمة الضامن، أما الضمان العرفي فليس موضوعه ما ثبت إذ ثبوته بالضمان فلا- يكون موضوعاً للضمان، فلو ثبت بالضمان كان بلا مضمون له، لأن المفروض أن المضمون له لم يتحقق السبب المملوك له.

هذا و لا يخفى أن حمل الضمان للأعيان المضمونة على أحد المعنيين قد عرفت أنه ذكره العلامة في التذكرة، و تبعه عليه الجماعة، و جعلوا ذلك

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٤٧

و لا دليل على عدم صحة ضمان ما لم يجب من نص أو إجماع

مورد النقض و الإبرام في المقام. مع أن الظاهر من الضمان في الأعيان المضمونة كونها بنفسها في الذمة، كما يقتضيه ظاهر دليل الضمان، مثل:

«على اليد ما أخذت حتى تؤدى» (١)

فإن ظاهر العبارة المذكورة أن نفس المأخوذ ثابت في الذمة، و لما لم يكن مانع من ذلك عقلي و لا غيره، و جب الأخذ به. و دعوى: أن الأعيان الخارجية موجودة في الخارج، فكيف تكون موجودة في الذمة، لأن الواحد لا يكون في مكانين. مندفعه: بأن الخارج ظرف للوجود الحقيقي، و الذمة ظرف للوجود الاعتباري، و لا- مانع من أن يكون للشئ الواحد وجودان اعتباري و خارجي، فالوجود الذمي نظير الوجود الذهني، فكما أن الموجود الخارجي يجوز أن يكون له وجود ذهني يجوز أن يكون له وجود ذمي. و على هذا يكون الغاصب و نحوه مشغول الذمة بالعين، فيصح الضمان عنه، و به تبرأ ذمته من العين، و تشتغل بها ذمة الضامن فقط. و أما وجوب الرد فهو من أحكام عدم الاذن في الاستيلاء على العين، فإذا حصل الاذن لم يجب الرد و لو مع الضمان. كالمقبوض بالسوم، فإنه مضمون و لا- يجب رده ما دام مشغولاً بالسوم، و إذا لم يحصل الاذن يجب الرد حتى مع عدم الضمان، كالأمانة عند انتهاء مدة الائتمان، فإنه يجب الرد و لا ضمان. و على هذا فوجوب الرد ليس معنى للضمان، و لا من أحكامه. و أما المعنى الثاني للضمان فأشكلك لأن اشتغال الذمة بالبدل على تقدير التلف حكم تعليلي، و ضمان الغاصب حكم تنجيزي، فكيف يكون أحدهما معنى للآخر؟! و لا- يبعد أن تكون العين نفسها في الذمة على تقدير التلف، و وجوب أداء البدل من أحكام ذلك، لا من معانيه.

(١) مستدرك الوسائل باب: ١ من كتاب الغصب حديث: ٤.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٤٨

و إن اشتهر في الألسن، بل في جملة من الموارد حكموا بصحته، و في جملة منها اختلفوا فيه، فلا إجماع.

و أما ضمان الأعيان غير المضمونة- كما المضاربة و الرهن و الوديعة قبل تحقق سبب ضمانها من تعد أو تفريط- فلا خلاف بينهم في

عدم صحته (١). و الأقوى بمقتضى العمومات صحته أيضاً (٢).

(١) قال فى الشرائع: «و لو ضمن ما هو أمانة كالمضاربة و الوديعه لم يصح لأنها ليست مضمونة فى الأصل»، و نحوه فى المنع ما فى القواعد و جامع المقاصد و المسالك و عن غيرها، و فى التذكرة: نسبتة إلى علمائنا أجمع، لأنها غير مضمونة العين و لا مضمونة الرد، و انما الذى يجب على الأمين مجرد التخليه، و إذا لم تكن مضمونة على ذى اليد فكذا على ضامنه، و فى الجواهر: أنه لا اشكال و لا خلاف فيه.

(٢) قد عرفت إشكاله فى المسألة السابقة. نعم إذا كان المراد من ضمانها اشتغال الذمة بها، لا بالمعنى المصطلح من الضمان الذى نحن فى مباحثه و مسائله بل بمعنى محض اشتغال الذمة، فمعنى: «ضمنت الأمانة التى عند زيد»: اشغلت ذمتى بها، أمكن التمسك بعموم و جوب الوفاء بالشرط و العهد و نحوهما فى صحة الضمان المذكور، فاذا تلفت العين لم يكن الأمين ضامناً، و كان الضامن له ضامناً بمقتضى إنشائه.

و لعل من ذلك ضمان شركة التأمين المتعارف فى هذا العصر و إن كان ضمانها فى مقابل المال لا تبرعاً، فصاحب المال يعطى الشركة مالا فى قبال أن تضمن أو فى قبال أن تنشئ الضمان، فتنشئ الضمان و يلزمها ذلك، لعموم الوفاء بالعهد، و إن كان الجارى بينهم الأول. و كيف كان فهذا ليس من الضمان الذى نحن فيه بل هو معنى آخر، إذ ليس فيه

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٤٩

[مسألة ٣٩: يجوز عندهم بلا خلاف بينهم ضمان درك الثمن للمشتري]

(مسألة ٣٩): يجوز عندهم بلا خلاف بينهم (١) ضمان درك الثمن للمشتري (٢) إذا ظهر كون المبيع مستحقاً

مضمون عنه أصلاً.

و الذى يتحصل: أن الضمان المصطلح لا يصح إذا لم يكن المال المضمون مضموناً لمضمون عنه حال الضمان. و أما الضمان العرفى فمنه شرعى بحت، مثل من ألتف مال غيره فهو له ضامن. و منه إنشائى إما تبرعاً. و يحتمل أنه إيقاعى لا عقدى، لأنه ليس فيه تصرف فى المال، ليتوقف على قبول المالك. اللهم الا أن يكون عقداً لاقتضائه التملك. و إما بعوض، فيكون عقداً، كضمان شركة التأمين المجعول فى مقابل مال معين. و قد يكون العوض فى مقابل إنشاء الضمان، فيكون نظير عقد الإجارة، و لا بد فيه من إنشاء الضمان بعد العقد. و يمكن أن يكون المال مبدولاً مجاناً بشرط إنشاء الضمان، أو بشرط تدارك الخسارة لو اتفقت، فلا يكون ضمان فى البين، و إنما يكون تدارك خسارة لا غير.

و أما بذل المال فى مقابل تدارك الخسارة فلا يصح، لعدم وجود الخسارة فى بعض الأوقات، فيكون المال بلا عوض.

(١) و فى الجواهر: «بلا- خلاف أجده فيه، بل فى محكى التذكرة- و كذا مجمع البرهان- نسبتة إلى إطباق الناس عليه فى جميع الأعصار، و فى المسالك: أن ظاهرهم الإطباق عليه»، و فى جامع المقاصد: «إطباق الناس على ضمان العهدة».

(٢) قال فى الصحاح: «الدرك التبعه. و قيل: سمي ضمان الدرك لالتزامه الغرامة عند ادراك المستحق عين ماله». و يسمى ضمان العهدة.

و فى التذكرة: «سمى ضمان العهدة، لالتزام الضامن ما فى عهدة البائع رده ..».

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٥٠

للغير، أو يظهر بطلان البيع لفقد شرط من شروط صحته إذا كان ذلك بعد قبض الثمن (١). كما قيد به الأكثر- أو مطلقاً- كما أطلق

آخر- وهو الأقوى (٢). قيل: وهذا مستثنى من

(١) يعنى: إذا وقع البيع وقبض البائع الثمن يخاف المشتري من ضياع ثمنه إذا تبين بعد ذلك أن المبيع لغير البائع، فيأخذه المالك من المشتري و يتمرد البائع عن دفع الثمن إليه، فحينئذ يضمن ضامن للمشتري ثمنه الذى دفعه إلى البائع، ليكون المشتري واثقاً بعدم ضياع ماله، فالضمان يكون احتمالياً لا يقينياً، لأنه إذا كان البيع صحيحاً كان الثمن ملكاً للبائع، فلا معنى لضمانه للمشتري، و إنما يصح هذا الضمان إذا كان البيع باطلاً و الثمن الذى قبضه البائع غير مملوك له و لا يستحقه، لأنه مقبوض بالعقد الفاسد، فيكون مضموناً عليه، فيضمنه آخر للمشتري. قال فى المسالك: «و فى الحقيقة هذا فرد من أفراد ضمان الأعيان المضمونة على تقدير كونه موجوداً حالة الضمان»، و فى مفتاح الكرامة: «و قد قيد بكونه بعد القبض فى أكثر الكتب المتقدمة، ما عدا المبسوط و الشرائع و الإرشاد و اللمعة، بل فى الوسيلة و التذكرة و التحرير: التصريح بأنه إن كان قبض الثمن صح الضمان و إن لم يكن قد قبض لم يصح. و هو أيضاً مراد فى كلام من لم يقيد به، لأنهم لا يختلفون فى أن الضمان لا بد فيه من ثبوت حق فى ذمة المضمون عنه فى نفس الأمر وقت الضمان، بحيث يمكن تكليف غيره به، و البائع ما لم يقبض لم يتعلق بذمته حق». و قال فى الجواهر: «و من ذلك يعلم إرادة المصنف و غيره ممن ترك التقيد بالقبض ما صرح به الأكثر من التقيد به، ضرورة عدم دخوله فى عهدة البائع الذى هو المضمون عنه الا بقبضه». و من ذلك تعرف الإشكال فى قول المصنف.

(٢) و كأنه مبنى على ما ذكره فى آخر المسألة السابقة من جواز

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٥١

عدم ضمان الأعيان (١). هذا و أما لو كان البيع صحيحاً و حصل الفسخ بالخيار أو التفاضل أو تلف المبيع قبل القبض، فعلى المشهور لم يلزم الضامن و يرجع على البائع، لعدم ثبوت الحق وقت الضمان، فيكون من ضمان ما لم يجب. بل لو صرح بالضمان إذا حصل الفسخ لم يصح بمقتضى التعليل المذكور (٢). نعم فى الفسخ بالعيب السابق أو اللاحق اختلفوا فى أنه هل يدخل

ضمان الأعيان غير المضمونة، فكأن المشتري يخاف أن يدفع الثمن إلى البائع و يتبين عدم استحقاق البائع له، و لا يتمكن المشتري من استرجاعه، فيضمنه للمشتري ضامن قبل أن يدفعه إلى البائع، فيأمن من ضياعه، فيدفعه إليه. (١) قال فى جامع المقاصد: «و لا شبهة فى صحة ضمان الثمن عن المشتري للبائع إذا كان ديناً. أما إذا كان عيناً فهو من جملة الأعيان المضمونة.

و لعل تجويز ضمانه لعموم البلوى و دعاء الحاجة إليه، و اطباق الناس على ضمان العهدة». و نحوه فى المسالك و الجواهر. بل الظاهر أنه لا- ينبغى الإشكال فيه، فالضمان فيما نحن فيه من قبيل ضمان العين على تقدير كونها مضمونة على المضمون عنه. لكن فى المسالك جعل الفرق بين ضمان المال و ضمان العهدة الاختلاف فى نفس المضمون، قال (ره): «و الفرق يظهر فى اللفظ و المعنى. أما اللفظ فالعبارة عن ضمان الثمن: ضمنت لك الثمن الذى فى ذمة زيد مثلاً، و نحوه، و ضمان العهدة: ضمنت لك عهده أو دركه، و نحو ذلك. و أما المعنى فظاهر، إذ ضمانه نفسه يفيد انتقاله إلى ذمة الضامن و براءة المضمون عنه، و ضمان العهدة ليس كذلك، إنما يفيد ضمان دركه على بعض التقديرات». و هو كما ترى.

(٢) كما صرح به فى الجواهر، معللاً له بما ذكر.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٥٢

فى العهدة و يصح الضمان أو لا؟ فالمشهور على عدم (١)، و عن بعضهم: دخوله (٢)، و لازمه الصحة مع التصريح بالأولى. و الأقوى فى الجميع الدخول مع الإطلاق، و الصحة مع التصريح و دعوى: أنه من ضمان ما لم يجب. مدفوعاً: بكفاية وجود السبب

(٣). هذا بالنسبة إلى ضمان عهدة الثمن إذا حصل

(١) قال في الشرائع: «أما لو تجدد الفسخ بالتقاييل أو تلف المبيع قبل القبض لم يلزم الضامن، و يرجع المشتري على البائع. وكذا لو فسخ المشتري بعيب سابق». وفي الجواهر: نسبتبه إلى المشهور، لأن الفسخ إنما أبطل العقد من حينه لا من أصله، فلم يكن حالة الضمان مضموناً، بل لو صرح بضمانه كان فاسداً، لأنه ضمان ما لم يجب. فما في القواعد و محكى التذكرة من الاشكال فيه مما عرفت، و من وجود سبب الفسخ حال البيع - بل عن فخر المحققين الجزم بالدخول فيه للحاجة - واضح الضعف، و لذا استقرب (يعنى: العلامة في القواعد) عدم اندراجه بعد أسطر من الاشكال، بل جزم به بعد ذلك. انتهى. و يشير بقوله: «و لذا استقرب ..» الى قوله في القواعد بعد أسطر من الاشكال: «و الأقرب أنه لا يصح ضمان عهدة الثمن لو خرج المبيع معيباً و رده»، و قوله بعد ذلك: «و يرجع على ضامن عهدة الثمن في كل موضع يبطل فيه البيع من رأس، لا ما يتجدد له الفسخ بالتقاييل أو العيب السابق ..».

(٢) حكى ذلك عن فخر المحققين، كما تقدم في الجواهر. و ذكر في مفتاح الكرامة: أنه قوى متين. انتهى.

(٣) قد عرفت أن ضمان ما لم يجب لا يدخل في الضمان المصطلح، و لا تشمله أدلته الخاصة. نعم تشمله أدلة الصحة العامة. لكن شمولها لا يتوقف على وجود السبب.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٥٣

الفسخ، و أما بالنسبة إلى مطالبة الأرش، فقال بعض من منع من ذلك بجوازها (١)، لان الاستحقاق له ثابت عند العقد، فلا يكون من ضمان ما لم يجب. و قد عرفت أن الأقوى صحة الأول أيضاً، و أن تحقق السبب حال العقد كاف. مع إمكان دعوى: أن الأرش أيضاً لا يثبت إلا بعد اختياره و مطالبته (٢)

(١) قال في القواعد: «و يرجع على ضامن عهدة الثمن في كل موضع يبطل فيه البيع من رأس، لا ما يتجدد له الفسخ بالتقابل أو العيب السابق أو تلفه قبل قبضه، بل يرجع على البائع. و لو طالب بالأرش فالأقرب مطالبة الضامن». و نحوه في الشرائع بزيادة تعليل الحكم الأخير بأن استحقاقه ثابت حين العقد، ثم قال: «و فيه تردد».

(٢) هذا ذكره في المسالك و جهماً لتردد الشرائع، قال (ره):

«و الموجود حالة العقد من العيب ما كان يلزمه تعيين الأرش، بل التخيير بينه و بين الرد، فلم يتعين الأرش إلا باختياره. و لو قيل [١]: إنه أحد الفردين الثابتين على وجه التخيير، فيكون كأفراد الواجب المخير حيث يوصف بالوجوب قبل اختياره، فيوصف هذا بالثبوت قبل اختياره، لزمه مثله في الثمن، لأنه قسيمه في ذلك. و الحق ثبوت الفرق بينهما، فان الثمن ما وجب الا بالفسخ، و أما الأرش فإنه كان واجباً بالأصل، لأنه عوض جزء فائت من مال المعاوضة ..»، و تبعه على ذلك في الجواهر.

و لكنه كما ترى، فإن صفة الصحة لا- تقابل بجزء من الثمن، و إنما هي دخيلة في زيادة الثمن في مقابل الذات الموصوفة. و كذا الكلام في الصفات المشروطة في المبيع. و لذا كان خيار تخلف الوصف و خيار العيب

[١] هذا القول اختاره في الروضة. و حينئذ يشكل بما ذكره في المسالك. مضافاً الى ما ذكرناه.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٥٤

فالصحة فيه أيضاً من جهة كفاية تحقق السبب. و مما ذكرنا ظهر حال ضمان درك المبيع للبائع (١).

(مسألة ٤٠): إذا ضمن عهدة الثمن فظهر بعض المبيع مستحقاً، فالأقوى اختصاص ضمان الضامن بذلك البعض

غير خيار تبعض الصفقة. و المقايسة على الواجب التخيري غير ظاهرة.

فان وجوب الاختيار في الواجب التخيري دليل على ثبوت الوجوب، و في المقام لا- يجب الاختيار، و إنما هو جائز. فإن اختار أحد الأمرين ثبت له و إلا لم يثبت، فلا تشتغل ذمة البائع بالأرض إلا بعد اختياره. نعم المطالبة فرع الاستحقاق، فلا يتوقف عليها الاستحقاق. نعم لو اختص الكلام بصورة تعذر الرد و تعين الأخذ بالأرض أمكن دعوى ثبوت الأرض من أول الأمر حين العقد، كما قد يقتضيه ظاهر النصوص. لكن مورد كلامهم أعم. و من ذلك يظهر عدم صحة الضمان الاصطلاحي في المقام، الذي يتوقف على وجود مضمون عنه، و يكون قصد الضامن الضمان عنه، لا مجرد الضمان العرفي، و لذا جزم في التحرير بعده.

و الذي يتحصل: أنه إذا كان غرض الضامن الضمان عن مضمون عنه هو ضامن، فلا يصح في جميع الموارد المذكورة حتى الأرض، لعدم وجود مضمون عنه ضامن. و إذا كان غرضه الضمان بنفسه مع التغافل عن مضمون عنه، فان كان المقصود الضمان مطلقاً صح في جميع ذلك، و إذا كان غرضه مقيداً بصورة دون أخرى اقتصر في الرجوع اليه على خصوص تلك الصورة، و لا- يتعداها إلى غيرها.

(١) إذا ضمن ضامن درك المبيع للبائع عن المشتري جرى فيه جميع ما ذكر من الصور و الأحكام. و لا يصح الضمان الاصطلاحي إلا إذا تبين عدم استحقاق المشتري للمبيع حال القبض، لما سبق.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٥٥

و في البعض الآخر يتخير المشتري بين الإمضاء و الفسخ لتبعض الصفقة، فيرجع على البائع بما قابله. و عن الشيخ: جواز الرجوع على الضامن بالجميع (١). و لا وجه له (٢).

[مسألة ٤١): الأقوى - وفاقاً للشهيدين صحة ضمان ما يحدثه المشتري]

(مسألة ٤١): الأقوى - وفاقاً للشهيدين (٣) - صحة ضمان ما يحدثه المشتري من بناء أو غرس في الأرض المشتراة إذا ظهر كونها مستحقة للغير و قلع البناء و الغرس، فيضمن الأرض، و هو تفاوت ما بين المقلوع و الثابت عن البائع. خلافاً للمشهور، لأنه من ضمان ما لم يجب.

(١) حكى ذلك عن الشيخ (ره) في المبسوط.

(٢) هذا يتوجه على المشهور الذين لا يقولون بجواز الرجوع على الضامن لو حدث ما يقتضى انفساخ العقد بخيار أو إقالته أو نحو ذلك.

أما بناء على ما ذكره المصنف في المسألة السابقة من أن الأقوى جواز الضمان فيرجع المشتري على الضامن، فوجهه ظاهر، و هو عموم الصحة الذي تمسك به فيما سبق لرد دعوى المشهور من عدم صحة الضمان و عدم جواز الرجوع على الضامن. و بالجملة: الجمع بين كلامي المصنف في المسألتين غامض.

(٣) قال في الشرائع: «إذا ضمن ضامن للمشتري درك ما يحدث من بناء أو غرس لم يصح، لأنه من ضمان ما لم يجب». و نحوه في القواعد و غيرها. و في اللمعة قال: «و الأقوى جوازه». و ظاهر الروضة: الميل اليه، و عن التذكرة: الإشكال فيه، و عن التحرير: احتمالاه على ضعف.

و الوجه في الجواز وجود السبب حال العقد. و قد عرفت الاشكال فيه،

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٥٦

وقد عرفت كفاية السبب. هذا ولو ضمنه البائع قيل:

لا- يصح أيضاً كالأجنبي (١)، و ثبوته بحكم الشرع لا يقتضى صحة عقد الضمان المشروط بتحقق الحق حال الضمان (٢). و قيل بالصحة، لأنه لازم بنفس العقد (٣)، فلا مانع من ضمانه، لما مرّ من كفاية تحقق السبب (٤)، فيكون حينئذ للضمان سببان: نفس العقد (٥)، و الضمان

و أنه إن أريد الضمان المصطلح فلا بد فيه من وجود ضامن قبل هذا الضمان ليكون مضموناً عنه، و هو مفقود. و إن أريد الضمان العرفي لم يتوقف على وجود السبب حال الضمان.

(١) حكاة في الشرائع قولاً، و هو المحكى عن المبسوط، و اختاره جماعة ممن تأخر.

(٢) يعنى: و هو مفقود، إذ ليس هناك حق مضمون حال الضمان.

(٣) كذا ذكر في الشرائع، و نحوه في القواعد و التذكرة. و فيه:

أن العقد بنفسه لا يقتضى الضمان. و إنما يقتضى الغرور و ضمان الغار إنما يكون بعد ورود الخسارة على المغرور، و ذلك إنما يكون بعد قلع البناء و الشجر، كما حرر ذلك في مباحث الفضولي.

(٤) لكن إذا كان وجود السبب كافياً لزم البناء على صحة ضمان الأجنبي أيضاً لوجود المصحح. و لو حمل كلام المحقق على حصول الضمان نفسه بالعقد أيضاً جاء الاشكال المذكور من عدم الوجه في المنع من ضمان الأجنبي معللاً بأنه من ضمان ما لم يجب، فالإشكال على المحقق و من وافقه في التفصيل بين الأجنبي و البائع متوجه على كل حال. مضافاً إلى أن وجود السبب لا يكفي في تحقق الضمان المصطلح، كما هو ظاهر كلامهم.

(٥) قد عرفت أن نفس العقد لا يقتضى الضمان.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٥٧

بعقده. و تظهر الثمرة (١) فيما لو أسقط المشتري عنه حق الضمان الثابت بالعقد، فإنه يبقى الضمان العقدي (٢). كما

(١) هذه الثمرة ذكرها في المسالك و الروضة.

(٢) المراد أن الضمان يقتضى اشتغال الذمة بالمال المضمون، فان تكرر الضمان فقد تكرر اشتغال الذمة، فيكون للمال المضمون وجودان في الذمة كل واحد بعنوان البدلية عن المضمون، فيجوز إسقاط أحدهما دون الآخر، و لا تلازم بينهما في السقوط كما لا تلازم في الثبوت. و عبارة المسالك هكذا. «و تظهر الفائدة فيما لو أسقط المشتري عنه حق الرجوع بسبب البيع، فإنه يبقى له الرجوع عليه بسبب الضمان». لكن من المعلوم أن الرجوع ليس من الحقوق التي تسقط بالإسقاط، بل من الأحكام، و لو أسقطه لم يسقط. و لعل مراده ما ذكر في المتن. و إن كان هو أيضاً لا يخلو من خفاء. و جواز التعدد مع تعدد الذمم لتعدد الضامن لا يقتضى جواز التعدد في ذمة واحدة. و لذا عبر بعضهم بالتأكيد، و إن كان التأكد يختص بالماهية التشكيكية، و كون العين المضمونة من ذلك غير ظاهر. نعم و جوب الأداء مما يقبل التأكد. لكنه لا يمكن إسقاطه. و لأجل ذلك يشكل البناء على الفائدة المذكورة.

ثم إن الذى يظهر من الشرائع و غيرها أن الضمان الذى يكون من البائع من الضمان المصطلح، فان ذكره في سياق ضمان الأجنبي الممنوع من صحته لأجل أنه من ضمان ما لم يجب، و الضمان المصطلح إذا صح فرغت ذمة المضمون عنه، ف ضمان البائع إذا صح فرغت ذمة البائع من جهة كونه غاراً. و على هذا لا يجتمع ضمانان في وقت واحد حتى تجرى الفائدة المذكورة من سقوط أحدهما و بقاء الآخر. فالجمع بين كلامهم في تصحيح الضمان من البائع و في بيان فائدة الضمان المذكور لا يخلو من غموض، فإن الأول

يقتضى

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٥٨

إذا كان لشخص خياران بسببين فأسقط أحدهما. وقد يورد عليه بأنه لا معنى لضمان شخص عن نفسه، و المقام من هذا القبيل (١). و يمكن أن يقال: لا مانع منه مع تعدد الجهة (٢) هذا كله إذا كان بعنوان عقد الضمان. و أما إذا اشترط ضمانه فلا بأس به (٣)، و يكون مؤكداً لما هو لازم العقد (٤).

الضمان المصطلح، و الثانى يقتضى غيره. و من هنا يتعين أن يكون المراد من الضمان غير المصطلح، و هو العرفى، كما هو الظاهر من أمثال المقام. فلاحظ.

(١) المورد صاحب الجواهر (ره)، و بعد تقرير الإيراد المذكور قال: «و من الغريب اشتباه هؤلاء الأفاضل فى ذلك. و حمل كلام الشرائع على صورة اشتراط الضمان على البائع كما فى بعض نسخ الشرائع. لكن على هذا لا حاجة إلى تعليل الجواز بأنه لازم بنفس العقد، فإنه يجوز اشتراط الضمان و لو لم يكن لازماً بنفس العقد».

(٢) فإن أحد الضمانين قائم بالغرور و الضمان الثانى قائم بالعقد.

إلا أن يقال: إن هذه الجهات تعليلية، فلا توجب تعدد الموضوع.

(٣) يعنى: اشترط فى عقد البيع أو غيره ضمان البائع. و قد حكى فى الجواهر عن نسختين من نسخ الشرائع أن العبارة هكذا: «إذا ضمن ضامن للمشتري درك ما يحدث من بناء أو غرس لم يصح، لأنه من ضمان ما لم يجب. و قيل: و كذا لو ضمنه البائع و لو شرط فى نفس العقد».

و الوجه الجواز، لأنه لازم بنفس العقد، فتكون متعرضة لشرط الضمان لكن عرفت أن شرط الضمان يصح و لو لم يكن لازماً بنفس العقد، فالتعليل به غير ظاهر.

(٤) الضمان ليس من الماهيات التشكيكية ليقبل التأكد و التأكيد، فالمراد التأكيد فى الأثر، و هو وجوب الأداء.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٥٩

[مسألة ٤٢: لو قال عند خوف غرق السفينة: «لق متاعك فى البحر و على ضمانه» صح]

(مسألة ٤٢): لو قال عند خوف غرق السفينة:

«لق متاعك فى البحر و على ضمانه» صح بلا خلاف بينهم بل الظاهر الإجماع عليه (١). و هو الدليل عندهم. و أما إذا لم يكن لخوف الغرق، بل لمصلحة أرى من خفة السفينة

(١) هذه المسألة حررت فى الشرائع و القواعد و غيرها فى كتاب الديات لبعض المناسبات، كما حررت أيضاً فى بعض الكتب فى كتاب الضمان لبعض المناسبات، فان الضمان فيها ليس من الضمان المصطلح.

قال فى الشرائع فى أوائل مباحث الديات: «و لو قال: الق متاعك فى البحر لتسلم السفينة، فألقاه فلا ضمان. و لو قال: و على ضمانه، ضمن دفعاً لضرورة الخوف. و لو لم يكن خوف فقال: القه و على ضمانه، ففى الضمان تردد، أقربه أنه لا يضمن». و فى القواعد: «و لو أشرفت سفينة على الغرق فقال الخائف على نفسه أو غيره: الق متاعك فى البحر و على ضمانه، ضمن». و فى كشف اللثام: «بلا خلاف إلا من أبى ثور، كما فى المبسوط و الخلاف». و فى الجواهر: «بلا خلاف أجده فيه بيننا، بل و بين غيرنا، إلا من أبى ثور، و هو شاذ لا يعتد به، كما فى محكى الخلاف، بل فيه ان عليه إجماع الأمة عداه، كما عن المبسوط نفى الخلاف فيه من غيره». و يقتضيه - مضافاً

الى ذلك- عموم الصحة، فإنه نوع من العهد. و يحتمل ان يكون عقداً و يكون قبوله فعلياً و هو الإلقاء، و أن يكون قولياً كما إذا قال: قبلت، فيلزمه الإلقاء، عملاً بالعقد، و لا يلزم في الصورة الأولى لعدم تحقق القبول. و يحتمل أن يكون إيقاعاً، نظير: «خط ثوبى و لك درهم» أو «رد عبدى و لك نصفه». و هذا هو الأقرب و قد عرفت أن الضمان هنا ليس من الضمان المصطلح، بل هو من الضمان العرفى.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٦٠

أو نحوها، فلا يصح عندهم (١). و مقتضى العمومات صحته أيضاً.

(١) قال فى الشرائع: «و لو لم يكن خوف فقال: القه و على ضمانه ففى الضمان تردد، أقربه أنه لا يضمن». و نحوه فى القواعد، إلا أنه لم يذكر التردد، و فى المسالك: أنه ادعى عليه الشيخ فى المبسوط الإجماع. انتهى. و فى كشف اللثام عن المبسوط: أنه قال: قيل: إنه لا خلاف فى عدم الضمان. انتهى. و فى المسالك بعد أن جعل الأظهر عدم الضمان قال: «لكن المصنف تردد فى الحكم عند عدم الخوف. و وجه التردد من عدم الفائدة، و الإجماع المدعى، و كون الضمان على خلاف الأصل و إنما ترك العمل به مع الخوف للمصلحة فيبقى الباقي. و من عموم الأمر بالفداء بالعقود، و هو عام إلا ما خصه الدليل و لا مخصص هنا. و هو ضعيف لوجود المخصص» و لا يخفى أن فرض عدم الفائدة لا يتناسب مع إطلاق عنوان المسألة و هو عدم الخوف، فإنه أعم من أن يكون فائدة و أن لا تكون. كما أنه لا وجه لتظيره بقوله: أهدم دارك و مزق ثوبك و اجرح نفسك.

و من ذلك يظهر أن إلقاء المتاع إذا كان يترتب عليه فائدة عقلائية من خفة السفينة و حسن سيرها فتقطع المسافة البعيدة فى مدة قليلة، و كان المتاع بحيث يحسن بذله فى سبيل الفائدة عند العقلاء جاز لصاحبه إلقاؤه بلا عوض، و جاز التعويض عليه من ركبان السفينة أو من بعضهم. و إذا كان لا يترتب عليه فائدة عقلائية لم يجز الإلقاء مع الضمان و بدونه. و كذلك فى مثل: اهدم دارك و مزق ثوبك و اجرح نفسك، فإنه إذا كان يترتب فائدة عقلائية على كل واحد من الأمور المذكورة جاز فعله بلا عوض و مع العوض، و يكون ذلك من قبيل أعباء السفينة لصاحب موسى (ع)، و إذا لم يترتب عليه فائدة لم يجز مع الضمان و بدونه. و إذا أمره أمر على شرط الضمان فالضمان باطل، لأنه تعويض على الحرام و تضييع المال. و لا يبعد أن تكون هذه الصورة مورد القول بالمنع و مورد الإجماع عليه. و لذا قال فى محكى الإيضاح: «لو خلى عن الفائدة بالكلية لم يصح قطعاً». و من ذلك تعرف أن إطلاق الصحة عملاً بالعمومات غير ظاهر، و اللازم التفصيل بين صورة وجود الفائدة العقلائية و عدمه. فلاحظ.

هذا و لم يتعرض المصنف (ره) للمسألة الأولى التى ذكرها فى الشرائع فى صدر كلامه، من أنه إذا كان خوف على السفينة فقال لصاحب المتاع: الق متاعك، و اقتصر على ذلك، فالقى المتاع صاحبه لم يرجع على القائل و ليس عليه ضمانه. و فى الجواهر: «بلا خلاف أجده فيه بين من تعرض له كالشيخين و الفاضلين و ثانى الشهيدين و غيرهم. للأصل، كما لو قال: (أعتق عبدك) فأعتقه. أو: (طلق زوجتك، فطلقها)، و سبقه فى الاستدلال المذكور كاشف اللثام و فى المسالك: و الفرق بينه و بين قوله: (أد دينى)، فأداه حيث يرجع عليه. أن أداء دينه منفعة لا محالة، و إلقاء المتاع قد يفضى الى النجاة و قد لا يفضى، فلا يضمن إلا مع التصريح». و فى الجواهر: «و هو كما ترى. نعم قد يقال:

الفارق الإجماع. أو لأن المفهوم من الأمر بالأداء التوكيل فى ذلك، فيكون حينئذ بالأداء كالقرض عليه، كما أن المفهوم من الأمر بالضمان عنه الرجوع به عليه، بخلاف المفروض». و هو أيضاً كما ترى، فان التمسك بالإجماع على الفرق خلاف ظاهر الاستدلال منهم على ذلك بالأصل و نحوه كما أنه إذا كان المفهوم من الأمر بأداء الدين التوكيل فلم لا يكون المفهوم من الأمر بإلقاء المتاع ذلك؟! فالتحقيق: أن استيفاء مال الغير و عمل الغير موجب لضمانه، و كما توجد قاعدة: (من أ تلف مال غيره فهو له ضامن) توجد قاعدة أخرى:

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٦٢

[(تتمة)]

إشارة

(تتمة) قد علم من تضاعيف المسائل المتقدمة الاتفاقية أو الخلافية: أن ما ذكره في أول الفصل من تعريف الضمان، وأنه نقل الحق الثابت من ذمة إلى أخرى، وأنه لا يصح في غير الدين، ولا في غير الثابت حين الضمان، لا وجه له، وأنه أعم من ذلك حسب ما فصل (١).

(من استوفى مال غيره فهو له ضامن). و كما أنه إذا قال للحلاق: (احلق رأسى) يكون ضامناً للأجرة يكون ضامناً للمال الذى أداه إذا قال له:

(أد دينى). و كذلك فى المقام إذا كان الأمر بالإلقاء لمصلحة الأمر كان ضامناً للمتاع. و إذا كان لمصلحة الأمور لا غير - كما إذا كان الأمر خارجاً عن السفينة، و كان الباعث له على الأمر مصلحة الأمور - لم يكن ضامناً، لعدم تحقق استيفاء مال الغير. و لأجل ذلك لا يضمن إذا قال له: (أد دينك) و يضمن إذا قال له: (أد دينى).

(تتمة) قد فصل المسائل الآتية عما قبلها فجعلها تتمه لما قبلها من جهة أن ما قبلها كان فى أحكام الضمان الكلية و التتمه فى بيان حكم الشبهة الموضوعية.

(١) لكن عرفت إشكاله، و أن الضمان فى الموارد التى أشار إليها ليس من الضمان المصطلح، بل بالمعنى العرفى، الذى يدل على صحته العمومات، و لا سيما و أنه متداول عند العرف. فراجع.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٦٣

[(مسألة ١): لو اختلف المضمون له و المضمون عنه فى أصل الضمان]

(مسألة ١): لو اختلف المضمون له و المضمون عنه فى أصل الضمان، فادعى أنه ضمنه ضامن و أنكره المضمون له، فالقول قوله (١). و كذا لو ادعى أنه ضمن تمام ديونه و أنكره المضمون له (٢)، لأصالة بقاء ما كان عليه (٣).

(١) يعنى: قول المضمون له. و المراد أن قوله لا يحتاج إلى الإثبات لأنه يطابق الحجته، بخلاف قول خصمه، فإنه المحتاج إلى الإثبات، لمخالفته للحجة. و المراد من الحجته ما يجب العمل به من غير دافع و لا معارض، و هى هنا أصالة عدم الضمان الجارية بلا معارض و لا دافع،

(٢) لعين ما ذكر، فإن الأصل عدم ضمان تمام الديون.

(٣) الظاهر من هذا الأصل استصحاب بقاء الدين على حاله فى ذمة المضمون عنه، و هو و إن كان جارياً فى نفسه، لكنه محكوم بأصالة عدم الضمان للسببية و المسببية بين مجراهما، فان بقاء الدين و عدمه من آثار عدم الضمان و حدوثه شرعاً، فإذا حصل الضمان زال الدين و سقط، و إذا لم يحدث بقى الدين بحاله. فإن قلت: الوجود لا يكون من آثار العدم، كما أن العدم لا يكون من آثار الوجود. فان العدم لا شىء فلا يكون أثر الشىء. قلت: هذا فى العلل العقلية لا الشرعية، و إلا فهى تابعة لدليل الجعل و كيفية مؤداه، و الأصول إنما تجرى بلحاظ مؤدى الدليل الشرعى.

لكن قد يشكل ما ذكرنا: بأن صحيح زرارة

«١» الذى هو دليل الاستصحاب تضمن جريان استصحاب الطهارة مع الشك فى النوم، مع أنها من آثار عدم النوم، نظير ما نحن فيه بعينه، و كان اللازم على ما ذكرنا جريان أصالة عدم النوم الذى هى الأصل السببى. اللهم إلا أن يقال: إنه لا بد من توجيهه و حمله على خلاف الظاهر، عملاً بما دل

(١) الوسائل باب: ١ من أبواب الوضوء حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٦٤

و لو اختلفا فى إعسار الضامن حين العقد و يساره فادعى المضمون له إعساره فالقول قول المضمون عنه (١). و كذا لو اختلفا فى اشتراط الخيار للمضمون له و عدمه، فان القول قول المضمون عنه (٢). و كذا لو اختلفا فى صحة الضمان و عدمها (٣)

على لزوم تقدم الأصل فى السبب على الأصل فى المسبب. هذا و لعل مقصود الامام (ع) التمثيل للاستصحاب بالمثل الواضح، فان بقاء الطهارة أوضح من بقاء عدم النوم و أقرب الى الفهم منه، و ليس مقصوده (ع) بيان الحجّة الفعلية. و يحتمل غير ذلك.

(١) كأنه لأصالة اللزوم. لكن الظاهر أنه مع سبق إعسار الضامن يجرى استصحابه، فيثبت إعساره حال الضمان، فيكون عدمية منكرًا لا مدعياً. بل مع سبق العلم باليسار يجرى استصحاب اليسار المقدم على أصالة اللزوم. نعم تجرى مع عدم العلم بسبق أحد الأمرين، و مرجعها الى عموم اللزوم. لكن الشك فى المقام من قبيل الشبهة المصدقية، و لا مجال للعموم فى الشبهة المصدقية. اللهم إلا أن يقال: إن المخصص فى المقام لبي لا لفظي، فلا مانع من التمسك حينئذ بالعام فى الشبهة المصدقية.

ثم إن الرجوع الى أصالة اللزوم لإثبات كون مدعى الإعسار مدعياً و خصمه مدعى عليه مبنى على أن المعيار فى كون الخصم مدعياً أو مدعى عليه الغرض المقصود من الدعوى. أما إذا كان المعيار مصب الدعوى فالأصل الحكمى لا أثر له فى ذلك، و لا بد أن يلاحظ الأصل الموضوعى الجارى فى الإعسار و عدمه، فمع تعاقب الحالتين يكون كل من المضمون له و المضمون عنه مدعياً، لعدم قيام الحجّة على أحد الأمرين.

(٢) لأصالة عدم اشتراط الخيار.

(٣) لأصالة صحة الضمان.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٦٥

[مسألة (٢): لو اختلف الضامن و المضمون له فى أصل الضمان]

(مسألة ٢): لو اختلف الضامن و المضمون له فى أصل الضمان، أو فى ثبوت الدين و عدمه، أو فى مقداره أو فى مقدار:

ما ضمن أو فى اشتراط تعجيله، أو تنقيص أجله إذا كان مؤجلاً.

أو فى اشتراط شىء عليه زائداً على أصل الدين، فالقول قول الضامن (١). و لو اختلفا فى اشتراط تأجيله (٢) مع كونه حالاً، أو زيادة أجله مع كونه مؤجلاً، أو وفاء أو إبراء المضمون له عن جميعه أو بعضه، أو تقييده بكونه من مال معين و المفروض تلفه، أو اشتراط خيار الفسخ للضامن، أو اشتراط شىء على المضمون له. أو اشتراط كون الضمان بما يسوى أقل من الدين قدم قول المضمون له.

(١) لأصالة عدم الضمان الذى يدعيه المضمون له، و لأصالة عدم الدين الذى يدعيه، أو لأصالة عدم الزيادة التى يدعيها، أو لأصالة

عدم الضمان فى الزائد الذى يدعيه، أو لأصالة عدم اشتراط التعجيل الذى يدعيه، أو لأصالة عدم اشتراط تنقيص الأجل الذى يدعيه،

أو لأصالة عدم اشتراط شيء عليه زائداً على أصل الدين.

(٢) بأن ادعى الضامن أنه اشتراط تأجيله مع كونه حالاً، أو ادعى أنه اشتراط زيادة أجله مع كونه مؤجلاً، أو ادعى الوفاء أو ادعى إبراء المضمون له عن جميعه أو عن بعضه، أو ادعى أنه اشتراط أداءه من مال معين و قد تلف فبطل الضمان و برئت ذمته من المال، و كذا إذا كان المال المعين موجوداً و لكن الوفاء منه موقوف على مقدمات تستوجب تأخره زماناً و المضمون له مطالب بالأداء فوراً. فإن الأصل في جميع ذلك يوافق قول المضمون له. و كذا في الفروض الآتية في بقية المسألة.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٦٦

[مسألة (٣): لو اختلف الضامن و المضمون عنه في الاذن و عدمه]

(مسألة ٣): لو اختلف الضامن و المضمون عنه في الاذن و عدمه (١)، أو في وفاء الضامن (٢) حتى يجوز له الرجوع و عدمه، أو في مقدار الدين الذي ضمن و أنكر المضمون عنه الزيادة، أو في اشتراط شيء على المضمون عنه (٣)

(١) يعنى: فادعى الضامن الاذن من المضمون عنه ليرجع عليه بما أداه للمضمون له و أنكر المضمون عنه ذلك.

(٢) يعنى: ادعى الضامن الوفاء فطالب المضمون عنه، فأنكر المضمون عنه الوفاء حتى لا يرجع عليه الضامن بما ضمن. و مقتضى إطلاق المتن عدم الفرق بين صورتى إقرار المضمون له بالوفاء و عدمه. لكن في القواعد فى الصورة الأولى احتمال عدم سماع إنكار المضمون عنه، لسقوط المطالبة بالإقرار الذى هو أقوى من البيئه كما احتمال السماع أيضاً لأن قول المضمون له ليس حجة. و أشكل عليه فى جامع المقاصد: بأن عدم السماع ليس لأن قول المضمون له حجة، بل لسقوط المطالبة كما سبق. كما أنه أشكل على وجه الاحتمال الأول: بأن الإقرار إنما يقتضى سقوط المطالبة ظاهراً لا واقعاً، إذ من الجائز كذبه فى الإقرار فيكون دينه باقياً و تجوز مطالبته. أقول: لو سلم عدم جواز المطالبة واقعاً فالموجب لجواز رجوع الضامن على المضمون عنه و فإؤه لدينه واقعاً و هو غير ثابت، و مجرد عدم جواز المطالبة واقعاً و ظاهراً غير كان فى جواز الرجوع إذا لم يحصل الوفاء فاذا ما فى المتن أقوى.

(٣) المضمون عنه ليس طرفاً لعقد الضمان، فلا يصح اشتراط شيء على المضمون عنه فيه. نعم يمكن اشتراط ذلك فى عقد آخر غير عقد الضمان، لكنه خارج عن محل الكلام.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٦٧

أو اشتراط الخيار للضامن، قدم قول المضمون عنه (١).

و لو اختلفا فى أصل الضمان، أو فى مقدار الدين الذى ضمنه (٢) و أنكر الضامن الزيادة، فالقول قول الضامن.

[مسألة (٤): إذا أنكر الضامن الضمان فاستوفى الحق منه بالبيئه]

(مسألة ٤): إذا أنكر الضامن الضمان فاستوفى الحق منه بالبيئه ليس له الرجوع على المضمون عنه المنكر للاذن أو الدين، لاعترافه بكونه أخذ منه ظلماً. نعم لو كان مدعيًا مع ذلك للاذن فى الأداء بلا ضمان، و لم يكن منكراً لأصل الدين، و فرض كون المضمون عنه أيضاً معترفاً بالدين و الاذن فى الضمان جاز له الرجوع عليه، إذ لا منافاة بين إنكار الضامن و ادعاء الاذن فى الأداء، فاستحقاقه الرجوع معلوم غاية الأمر أنه يقول إن ذلك للاذن فى الأداء (٣)، و المضمون عنه يقول إنه

(١) لأنه يدعى عدم الاذن فى الفرض الأول، و عدم الوفاء فى الفرض الثانى، و عدم الزيادة فى الدين فى الفرض الثالث، و عدم اشتراط شيء عليه فى الفرض الرابع، و عدم اشتراط الخيار للضامن فى الفرض الخامس و الأصل يوافق مدعاه فى جميع هذه الفروض،

فإن الأصل عدم الاذن، وعدم الوفاء وعدم زيادة الدين، وعدم اشتراط شىء عليه، وعدم اشتراط الخيار للضامن فيكون لذلك منكراً، ويكون القول قوله إلا إذا أقام خصمه البينة على مدعاه.

(٢) بأن ادعى المضمون عنه الضمان وأنكر الضامن، أو ادعى المضمون عنه أن الدين عشرون و ادعى الضامن أنه عشرة. و من الواضح أن قول الضامن هو الذى يوافق الأصل، فإن الأصل عدم الضمان وعدم الزيادة.

(٣) من المعلوم أن الاذن فى الأداء إنما يقتضى جواز الأداء لا وجوبه،

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٦٨

للإذن فى الضمان، فهو كما لو ادعى على شخص أنه يطلب منه عشر قرانات قرضاً، والمدعى ينكر القرض و يقول: إنه يطلبه من باب ثمن المبيع، فأصل الطلب معلوم. و لو لم يعترف

كما لا- تقتضى ولاية الدائن على الأخذ من المأذون، و لا جواز إجباره على الأداء، فإذا أجبر على الأداء لم يكن الأداء صحيحاً بل المال باق على ملك المالك، و لا يدخل فى ملك الدائن، فكيف يجوز الرجوع على المضمون عنه بعد الأداء الإجبارى؟! و الاذن إنما يقتضى جواز الرجوع على الآذن إذا كان الأداء صحيحاً موجباً لا فراغ ذمته الآذن لا مطلقاً، فإذا لم يمكن موجباً لا فراغ ذمته الآذن لا يكون مسوغاً للرجوع عليه، فلا- مجال لرجوعه على المضمون عنه و ان اعتقد أنه أذن فى الأداء، لكون المفروض أن هذا الأداء كلا أداء، لعدم كونه مفرغاً لذمته، فالضامن يعلم بعدم استحقاقه الرجوع على المضمون عنه بما أداه، لعدم حصول الأداء الصحيح. نعم إذا رضى به بعد ذلك، بناء على صحة احتساب دينه على الغاصب وفاء عن دين الغاصب على شخص آخر، فإذا صح هذا الوفاء فقد تحقق المأذون فيه و جاز رجوعه على الآذن، كما أن الآذن يعلم بجواز رجوعه عليه، لأنه ضامن عن إذن المضمون عنه، فجواز الرجوع مما يعتقده كل واحد منهما، فلا مانع منه، بخلاف ما إذا لم يرض فإنه يعلم بعدم جواز رجوعه على المضمون عنه لعدم حصول الأداء. و من ذلك يظهر أنه لا مجال لتمثيل المقام بالفرض المذكور فى المتن.

نعم يصح التمثيل إذا رضى بالأداء، لما عرفت من أن جواز الرجوع مما يعتقده كل واحد منهما و إن اختلفا فى سببه، فالضامن يعتقد أن سببه الأداء المأذون فيه، و المضمون عنه يعتقد أن سببه الضمان المأذون فيه، فقد تصادقا معاً على اشتغال ذمته المضمون عنه و جواز الرجوع عليه، فيكون كالمثال بعينه.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٦٩

المضمون عنه بالضمان أو الاذن فيه (١) و ثبت عليه ذلك بالبينة

(١) هذا هو الشق الثانى لما ذكره سابقاً بقوله: «و فرض كون المضمون عنه أيضاً معترفاً..» يعنى: إذا لم يعترف المضمون عنه بالاذن بالضمان لكن قامت على ذلك البينة، فالحكم كما سبق يجوز رجوع الضامن عليه بما أخذ منه قهراً، لكن بالمقاصه، لأن المضمون له لما كان ظالماً فى أخذه للمال جاز للضامن المظلوم أن يستوفى حقه من مال المضمون له الموجود فى ذمته المضمون عنه، فبأخذه من المضمون عنه بدلا عن ماله المأخوذ منه ظلماً، فيكون الرجوع على المضمون عنه ليس لأجل اشتغال ذمته- كما فى الفرض السابق- بل لاشتغال ذمته المضمون له بما أخذ بغير استحقاق، المسوغ لجواز أخذ ماله الذى فى ذمته المضمون عنه. فالمضمون عنه على هذا ليس مشغول الذمته بشىء و لا- ضامناً لشىء، و إنما يرجع عليه لأن عنده مال المضمون له، فالخسارة تكون على المضمون له لا المضمون عنه. هذا و يشكل أولاً: بأنه لم يظهر الفرق بين هذه الصورة و ما قبلها، و لأى جهة لم تصح المقاصه فيما قبلها كما صحت هنا؟

و لأى جهة لم يصح الرجوع على المضمون عنه فى هذه الصورة للعلم باشتغال ذمته لأحد السببين كما صح الرجوع عليه لذلك فيما

قبلها؟. و ثانياً: بأنه لم تثبت المقاصة في الذمة و إنما ثبتت بما في الخارج، فالعين الخارجية المملوكة للظالم يجوز للمظلوم أخذها، أما دين الظالم الذي له على الناس فلم يثبت جواز أخذه مقاصة، بحيث يكون للمظلوم ولاية على تعيينه و تشخيصه في الخارج، لقصر أدلتها عن العموم لذلك. فراجعها في المكاسب المحرمة في أوائل كتاب التجارة من الوسائل (١). و إن كان الذي يظهر من التذكرة و القواعد و شروحيها المفروغية عن جواز المقاصة في الذميات، فقد

(١) الوسائل باب: ٨٣ من أبواب ما يكتسب به.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٧٠

.....

تعرضوا للمسألة و أفتوا بجواز المقاصة بالرجوع الى المضمون عنه. و إن كان المذكور في كلام بعضهم أن المراد من المقاصة معنى آخر، و هو مطالبه الظالم بالحق من غير الطريق الواقعي، بأن يطالبه بثمان المبيع في الفرض السابق مع أن الدين قرض لا ثمن، و في المقام يطالبه بمؤدى البيئه مع ان السبب الاذن في الأداء. و حينئذ يكون الرجوع في الصورة السابقة من باب المقاصة أيضاً، و إن كان التعبير بها كان في هذه الصورة لا غير، فالاختلاف بين الصورتين في مجرد التعبير. فلاحظ كلماتهم. و الذي ينبغي في بيان صور المسألة أن يقال: إذا ادعى المضمون له الضمان على شخص و أنكر ذلك الشخص، فقامت البيئه على الضمان، فأخذ منه قهراً بحكم الحاكم، فاما أن يكون المضمون عنه قد أذن له في أداء ما عليه أولاً، و على الأول لا يجوز رجوعه عليه من جهة إذنه، لعدم حصول الأداء، و المال المأخوذ من الضامن باق على ملكه. كما لا يجوز الرجوع عليه بأخذ الدين الذي عليه للمضمون له بعنوان المقاصة للمضمون له في قبال ما أخذه من الضامن، لما عرفت من عدم الدليل على المقاصة في الذميات. و منه يظهر أنه لا يجوز الرجوع على المضمون عنه على الثاني لا من باب المقاصة، و لا من باب الاذن، لفرض عدم الاذن مضافاً الى عدم الأداء. و لا فرق فيما ذكرنا بين إذن المضمون عنه بالضمان و عدمه، لأن المفروض عدم الضمان، فلا يقتضى الإذن فيه جواز الرجوع على الآذن. ثم إنه لو فرض تحقق الأداء المأذون فيه إذا أخذ المال من الضامن بحكم الحاكم قهراً فحينئذ يجوز للضامن الرجوع على المضمون عنه، لتحقق المأذون فيه، و لا- دخل لإذنه في الضمان و عدمه في جواز الرجوع المذكور، لفرض الاذن في الضمان و الاعتراف بها و إنكارها لا ينبغي ذكره في فروض المسألة.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٧١

فكذلك يجوز له الرجوع عليه مقاصة عما أخذ منه. و هل يجوز للشاهدين على الآذن في الضمان حينئذ أن يشهدا بالاذن من غير بيان كونه الآذن في الضمان أو كونه الآذن في الأداء الظاهر ذلك (١)، و إن كان لا يخلو عن إشكال. و كذا في نظائره. كما إذا ادعى شخص على آخر أنه يطلب قرضاً و بينته تشهد بأنه يطلبه من باب ثمن المبيع لا القرض، فيجوز لهما أن يشهدا بأصل الطلب من غير بيان أنه للقرض أو لثمن البيع على إشكال.

[مسألة (٥): إذا ادعى الضامن الوفاء و أنكر المضمون له و حلف]

(مسألة ٥): إذا ادعى الضامن الوفاء و أنكر المضمون له و حلف ليس له الرجوع على المضمون عنه إذا لم يصدقه في ذلك (٢). و إن صدقه جاز له الرجوع إذا كان بإذنه (٣) و تقبل شهادته له بالأداء (٤)

(١) لا يخفى أنه لما كان الاذن بالشئ في نفسه ليس موضوعاً لأثر شرعي و إنما موضوع الأثر الشرعي الاذن المتعلقة بشئ بعينه من

ضمان أو أداء أو نحوهما، فإذا شهد الشاهد بالأذن نفسه من دون ذكر المتعلق لم تسمع هذه الشهادة لعدم الأثر. وهذا بخلاف الدين، فإنه بنفسه موضوع للأثر الشرعي و إن لم يذكر السبب المقتضى له من بيع أو قرض أو غيرهما، فالفرق بين الأمرين ظاهر. ولا يجوز مقايسة أحدهما على الآخر.

(٢) لعدم ثبوت الأداء، بل ثبوت عدمه، فلا موجب للرجوع.

(٣) أخذاً له بإقراره و اعترافه.

(٤) يعنى: شهادة المضمون عنه. كما صرح بذلك فى الشرائع و القواعد و غيرهما من كتب الأصحاب.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٧٢

إذا لم يكن هناك مانع من تهمة (١) أو غيرها مما يمنع من قبول الشهادة (٢).

[مسألة ٦: لو اذن المديون لغيره فى وفاء دينه بلا ضمان فوفى]

(مسألة ٦): لو اذن المديون لغيره فى وفاء دينه بلا ضمان فوفى جاز له الرجوع عليه (٣).

(١) فى المسالك: «ذكروا للتهمة صوراً .. ومنها: أن يكون الضامن معسراً و لم يعلم المضمون له بإعساره، فإن له الفسخ حيث لا يثبت الأداء، و يرجع على المضمون عنه فيدفع بشهادته عود الحق إلى ذمته ..».

و هذه الصورة ذكرها فى جامع المقاصد.

(٢) مثل فقد شرط قبول الشهادة على ما ذكره فى كتاب الشهادة.

(٣) قال فى القواعد: «و من أدى دين غيره بغير ضمان و لا إذن لم يرجع، و إن أداه بإذنه بشرط الرجوع رجع. و لو لم يشترط الرجوع

احتمل عدمه إذ ليس من ضرورة الأداء الرجوع. و ثبوته للعادة»، و نحوه فى التذكرة، و فى جامع المقاصد: «و الحق أن العادة إن كانت

مضبوطه فى أن من أذن فى الأداء يريد به الرجوع و يكتفى بالإذن مطلقاً استحق الرجوع، و إلا فلا». و هو كما ذكر. كما أنه لم يثبت

أن العادة تقتضى ذلك. نعم إذا كان الاذن مستفاداً من الاستدعاء، بأن قال: «أد ديني» كان مقتضياً للرجوع، لما عرفت سابقاً من أن

استيفاء مال الغير موجب لضمانه. و لعله المراد من العادة فى كلامهم و إلا لم يكن مقتضياً له، كما إذا قال: «أنت مأذون فى وفاء ديني»

بعد أن استأذنه المخاطب فى الوفاء لاحتمال كراهته لذلك لغرض من الأغراض. و لو قال ابتداء: «أنت مأذون فى وفاء ديني» فقد

يكون دالاً على اشتراط الرجوع، من أجل أن وفاء غيره لدينه ليس تحت سلطانه حتى يكون محتاجاً الى الاذن، فليس الغرض من الاذن

إلا اشتراط الرجوع. فان لم يفهم ذلك لم يكن له

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٧٣

و لو ادعى الوفاء و أنكر الأذن (١) قبل قول المأذون، لأنه أمين من قبله (٢). و لو قيد الأداء بالإشهاد و ادعى الاشهاد و غيبه الشاهدين

قبل قوله أيضاً (٣). و لو علم عدم إشهده ليس له الرجوع (٤). نعم لو علم أنه وفاء، و لكن لم يشهد يحتمل جواز الرجوع عليه، لان

الغرض من الاشهاد العلم بحصول الوفاء (٥) و المفروض تحققه.

(تمّ كتاب الضمان)

الرجوع. و على هذا فالرجوع ليس للأذن، بل لاشتراط الرجوع المفهوم من القرائن.

(١) اسم فاعل.

(٢) كما فى الجواهر، و الأمين يقبل خبره، كما إذا أمر الجارية بتطهير الثبوت فأخبرت بذلك، فإنه يقبل خبرها، و كذلك الأجير على

عمل إذا أخبر بوقوعه، كالأجير على العبادة عن ميت يقبل خبره بفعلها و هكذا. و العمدة في ذلك سيرة العقلاء و المتشعبة.
(٣) لما سبق.

(٤) كما في الجواهر، لانتفاء الاذن بالأداء الواقع في الخارج، لانتفاء المقيد بانتفاء قيده.

(٥) هذا غير ظاهر، فقد يكون الغرض من الاشهاد التخلص من دعوى الدائن عدم الأداء، أو التخلص من تهمة الناس له أنه مماطل في وفاء دينه، و قد يكون الغرض أمراً آخر. و بالجملة: المدار في جواز الرجوع و وقوع الأداء على الوجه المأذون فيه، فإذا لم يحصل لم يجز الرجوع و ان حصل الغرض. و الله سبحانه العالم العاصم. و هو حسبنا و نعم الوكيل.
وَ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ*.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٧٤

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ*

[كتاب الحوالة]

إشارة

(كتاب الحوالة) و هي عندهم تحويل المال من ذمة إلى ذمة (١). و الأولى أن يقال: إنها إحالة المديون دائنه إلى غيره، أو إحالة المديون دينه من ذمته إلى ذمة غيره. و على هذا فلا- ينتقض طرده بالضمان، فإنه و إن كان تحويلاً- من الضامن مدين من ذمة المضمون عنه إلى ذمته. إلا أنه ليس فيه الإحالة المذكورة،

انتهى الكلام الى هنا في الرابع و العشرين من ربيع الثاني في سنة اثنتين و ثمانين بعد الالف و الثلاثمائة للهجرة. و قد انتهى الكلام في الشرح القديم في الحادى عشر من جمادى الأولى في السنة التاسعة و الخمسين بعد الألف و الثلاثمائة للهجرة.
(كتاب الحوالة) قال في التذكرة: «الحوالة عقد جائز بالنص و الإجماع». و عن المبسوط و السرائر: أنها مشروعة بالنص و إجماع الأمة. انتهى.

(١) قال في الشرائع: «فالحوالة عقد شرع لتحويل المال من ذمة إلى ذمة مشغولة بمثله». و لأجل أن هذا التعريف مانع من صحة الحوالة على البرىء و العلامة يرى صحتها عدل في القواعد عن هذا التعريف الى
مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٧٥
خصوصاً إذا لم يكن بسؤال من المضمون عنه (١).

و يشترط فيها- مضافاً إلى البلوغ، و العقل، و الاختيار (٢) و عدم السفه (٣) في الثلاثة من المحيل و المحتال و المحال عليه، و عدم الحجر بالسفه في المحتال (٤) و المحال عليه (٥)، بل و المحيل، إلا إذا كانت الحوالة على البرىء فإنه لا بأس به (٦)

تعريفها بقوله: «و هي عقد شرع لتحويل المال من ذمة إلى أخرى».

و نحوه في التذكرة و التحرير، و كذلك غيره. و من ذلك يظهر أن نسبة التعريف المذكور إليهم غير ظاهر.

(١) أما إذا كان بسؤاله فقد يوهم أن المضمون عنه هو الذى نقل المال من ذمته إلى ذمة الضامن. لكن التأمل يقتضى خلاف ذلك، لأن الذى يسأل الفعل من غيره غير فاعل، بل الفاعل هو المسؤول منه الفعل.

(٢) هذه الثلاثة شرائط عامة المطلق التصرف، فلا يصح التصرف بدونها، كما أشرنا إلى ذلك في كتاب الضمان. و تحرير ذلك

مفصلاً من الفقهاء (رضى الله عنهم) يكون في كتاب البيع الذي هو أول الكتب الباقية عن العقود والإيقاعات.

(٣) هذا شرط للتصرف المالي، لا مطلق التصرف. ولأجل أن كلا من المحيل والمحتال والمحال عليه متصرف في مال لم يصح منه ذلك.

(٤) أصل العبارة بالفلس، كما يشهد بذلك ما قبله وما بعده.

(٥) يشكل ذلك بأن قبوله ليس تصرفاً في ماله الذي هو موضوع حق الغرماء، وإنما هو تصرف في نفسه وفي ذمته، فلا مانع منه. نعم هو تصرف مالي، فلا يجوز من السفهه و يجوز من المفلس، نظير الاقتراض الذي سيذكره.

(٦) فان مرجع الحوالة على غير البريء نقل الدين إلى ذمة المحال.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٧٦

فإنه نظير الاقتراض منه

[و يشترط فيها- مضافاً إلى أمور]

إشارة

أمور:

[أحدهما: الإيجاب والقبول]

أحدهما: الإيجاب والقبول، على ما هو المشهور بينهم (١) حيث عدوها من العقود اللازمة. فالإيجاب من المحيل (٢)، والقبول من المحتال. و أما المحال عليه فليس من أركان العقد وان اعتبرنا رضاه مطلقاً أو إذا كان بريئاً، فإن مجرد اشتراط الرضا منه لا يدل على كونه طرفاً و ركناً للمعاملة. و يحتمل أن يقال: يعتبر قبوله أيضاً (٣)، فيكون العقد مركباً من الإيجاب

عليه ليكون وفاءه مما في ذمته، فتكون الحوالة تصرفاً في ماله الذي في ذمة المحال عليه، و هو متعلق بحق الغرماء. لكن إذا قلنا بصحة الحوالة على البريء أمكن القول بصحتها من المفلس على غير البريء، إذ ليس من لوازم التحويل التصرف في ماله، بل من الجائز صحة الحوالة و كون ماله الذي في ذمة المحال عليه تحت سلطان الغرماء، إذ هو بمنزلة الاقتراض - كما ذكر - فكما يجوز اقتراض المفلس من البريء يجوز اقتراضه من المديون و كما يجوز للمفلس التحويل على البريء يجوز له التحويل على غير البريء، و يكون المال في ذمة المحيل للمحال عليه بعد دفعه الحوالة.

(١) بل الظاهر أنه من المسلمات من دون خلاف ولا إشكال.

(٢) قال في المسالك: «ثم على تقدير اعتبار رضا المحيل عليه ليس هو على حد رضا الآخرين، لأن الحوالة عقد لازم من جملة العقود اللازمة، فلا يتم إلا بإيجاب و قبول، فالإيجاب من المحيل، و القبول من المحتال.

و يعتبر فيهما ما يعتبر في غيرهما من اللفظ و المقارنة و غيرهما. و أما رضا المحال عليه فيكفي كيف اتفق مقارناً أم مترخياً».

(٣) قال في الجواهر: «لم أجد القول باحتمال اعتباره على وجه

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٧٧

والقبولين. و على ما ذكره يشترط فيها ما يشترط في العقود اللازمة، من الموالاة بين الإيجاب والقبول و نحوها، فلا تصح مع غيبة المحتال أو المحال عليه أو كليهما بأن أوقع الحوالة بالكتابة. و لكن الذي يقوى عندي كونها من الإيقاع (١) غاية الأمر اعتبار

القبول بأن يكون هذا العقد مركباً من إيجاب وقبولين، وإن كان هو مقتضى ما تسمعه من دليلهم». ويريد به دعوى الإجماع على أنها تقتضى نقل الحق من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، ضرورة توقف انتقال الدين إلى ذمة الغير على رضاه.

(١) لا يخفى أن الفرق بين الإيقاع والعقد أن الأول يكفي في حصوله أعمال سلطنة سلطان واحد، والثاني يتوقف حصوله على أعمال سلطنة سلطنتين، ولا يكفي في حصوله أعمال سلطنة واحدة. فإذا قال الإنسان لزوجته: «طلقتك» ثم قال لها: «تزوجتك» فالطلاق إيقاع لأنه يكفي في حصوله أعمال سلطنة الزوج، والتزويج عقد لأنه يتوقف حصوله على أعمال سلطنة الزوج والزوجة معاً، فالطلاق وإن كان تصرفاً في الزوجة كالتزويج، إلا أن الأول لما جعله الشارع الأقدس تحت سلطان الزوج فقط كان إيقاعاً، والتزويج لما جعله الشارع تحت سلطان الزوجين معاً كان عقداً. وربما يكون إيقاعاً إذا كان تحت سلطنة شخص واحد، كما في تزويج المولى أتمته من عبده، فإنه لما لم يكن تحت سلطان كل من الزوجين وإنما هو تحت سلطان مولاها كان إيقاعاً. وهكذا فكل تصرف لا يتحقق إلا بأعمال سلطنة شخصين فهو عقد، وكل تصرف يتحقق بأعمال سلطنة شخص واحد فهو إيقاع. فالاختلاف بين العقد والإيقاع ليس لاختلاف مفاهيمها المنشأة، بل لاختلاف أحكامها من حيث السلطنة. وعلى هذا يمتنع أن تكون الحوالة إيقاعاً، لأنها تصرف في مال المحتال الذي هو تحت

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٧٨

الرضا من المحتال أو منه ومن المحال عليه، ومجرد هذا لا يصيره عقداً، وذلك لأنها نوع من وفاء الدين (١)، وإن كانت توجب انتقال الدين من ذمته إلى ذمة المحال عليه، فهذا النقل والانتقال نوع من الوفاء. وهو لا يكون عقداً (٢) وإن احتاج إلى الرضا من الآخر، كما في الوفاء بغير الجنس، فإنه يعتبر فيه رضا الدائن ومع ذلك إيقاع (٣)، ومن ذلك يظهر أن الضمان أيضاً من الإيقاع، فإنه نوع من الوفاء (٤). وعلى هذا فلا يعتبر فيهما شيء مما يعتبر في العقود اللازمة (٥)،

سلطانه، وفي ذمة المحال عليه التي هي تحت سلطانه، فيجب أن تكون بقبولهما معاً، ولا تكون بإيقاع المحيل فقط لتكون إيقاعاً. (١) الفرق بين الوفاء والحوالة أظهر من أن يحتاج إلى بيان، لأن المحتال إنما انتقل بالحوالة دينه من ذمة إلى أخرى، وهذا الانتقال بعيد عن معنى الوفاء الذي هو وصول الدين إلى الدائن، فكيف يكون هذا الانتقال نوعاً من الوفاء؟! وكذلك الكلام في الضمان، فإنه لم يحصل به وفاء الدين وإنما يكون به انتقال الدين من ذمة المديون إلى غيره. نعم يشترك الوفاء والحوالة والضمان في فراغ ذمة المديون، لكنه ليس للوفاء بل للانتقال.

(٢) لأنه يكون تحت سلطنة المديون على إفراغ ذمته، وليس تحت سلطنة الدائن فلو أراد المديون الوفاء ليس للدائن الامتناع، إذ لا سلطان له على ذمة المديون ليجعلها محلاً لماله.

(٣) فيه منع ظاهر، بل هو نوع من المعاوضة بين الدين والجنس الآخر.

(٤) سبق الأشكال فيه كالأشكال في الحوالة.

(٥) بناء على ما ذكر لا يعتبر فيها ما يعتبر في العقود لازمة كانت أو

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٧٩

ويتحققان بالكتابة ونحوها (١). بل يمكن دعوى أن الوكالة أيضاً كذلك (٢)، كما أن الجعالة كذلك - وإن كان يعتبر فيها الرضا من الطرف الآخر (٣). ألا ترى أنه لا فرق بين أن يقول: «أنت مأذون في بيع داري» أو قال: «أنت وكيل» (٤)، مع أن الأول من الإيقاع قطعاً.

غير لازمة، ولا يختص باللازمة.

(١) يمكن القول به في العقود كالمعاطاة. و لو بنى على المنع في العقود بنى عليه في الإيقاع، لا اشتراكهما في دليبه نفياً وإثباتاً.

(٢) يعنى: من الإيقاع.

(٣) قد عرفت ان اعتبار الرضا يقتضى كونها من العقود، و العقود لا بد أن تكون بإيجاب و قبول، و لا يكفى الرضا النفسانى المقابل للكراهة و الإرادة الذى ليس من الإنشاء، فإنه غير القبول اللازم اعتباره فى صدق العقد. و بالجملة: اعتبار الرضا مساوق لكون الوكالة من العقود المعترف فيها القبول.

(٤) الفرق بين الأمرين ظاهر، فان الوكيل كالاصيل، فالوكيل فى وفاء الدين يجب عليه الوفاء مع المطالبة، و المأذون فى الأداء ليس كذلك. و أيضاً فإن الوكيل تجوز مطالبته فى الوفاء و مخصصته، و المأذون ليس كذلك. و أيضاً الوكيل يتمكن من عزل نفسه عن الوكالة، فلا يكون وكيلا، و المأذون لا يتمكن من عزل نفسه عن الاذن. و الوكيل يستطيع أن لا يقبل الوكالة و يرد الإيجاب فلا يكون وكيلا، و المأذون ليس كذلك.

و الوكالة المعلقة باطله، بخلاف الاذن. و الوكيل المعزول ينفذ تصرفه قبل بلوغ العزل، و ليس كذلك المأذون. و من ذلك يتبين أن الوكالة قائمة باختيار الوكيل و تتوقف على قبوله، و ليس كذلك الاذن.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٨٠

[الثانى: التنجيز]

الثانى: التنجيز (١)، فلا تصح مع التعليق على شرط أو وصف، كما هو ظاهر المشهور. و لكن الأقوى عدم اعتباره كما مال اليه بعض متأخري المتأخرين.

[الثالث: الرضا من المحيل و المحتال]

الثالث: الرضا من المحيل و المحتال بلا إشكال (٢).

و ما عن بعضهم من عدم اعتبار رضا المحيل (٣) فيما لو تبرع

و المتحصل: أن المفهوم الإنشائى إذا كان تحت سلطنتين فهو قائم بهما، فلا يتحقق إلا باعمالهما، فيكون عقداً. و إذا كان تحت سلطنة واحدة يتحقق بأعمالها فقط، فيكون إيقاعاً. و دعوى أنه إيقاع و مع ذلك يتوقف على رضا الآخر تناقض، فان اعتبار الرضا من الطرفين مساوق لكون المفهوم عقداً. فلاحظ.

(١) العمد فى اعتبار الإجماع المدعى على اعتباره فى كليه العقود الذى لا مجال لرفع اليد عنه بعد دعواه من الأساطين. و تلقى الباقين له بالقبول. و إلا فلم يذكر هذا الشرط هنا فى جملة من الكتب، كالشرائع و القواعد و غيرها، و لم يتعرض له فيما وقفت عليه من شروحهما، و فى التذكرة: ذكر التنجيز من شروط الضمان - كما سبق - و لم يذكر ذلك فى الحوالة. و لعله اكتفى بذكره فى غيرها مع دعوى الإجماع عليه فى عامة العقود.

(٢) عن التذكرة و المسالك و الروضة و المفاتيح و الكفاية: الإجماع عليه و فى الجواهر: «الإجماع بقسميه عليه، بل المحكى منه مستفيض أو متواتر».

(٣) قال فى التذكرة: «يشترط فى الحوالة رضا المحيل - و هو الذى عليه الحق - إجماعاً.. (إلى أن قال): فى صورة واحدة لا يعتبر فيها رضا المحيل و هى ما إذا جوزنا الحوالة على من لا دين عليه، لو قال للمستحق: «أحلت بالدين الذى لك على فلان على نفسى» فقبل،

صحت

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٨١

المحال عليه بالوفاء، بأن قال للمحتال: «أحلت بالدين الذي لك على فلان على نفسي»، وحينئذ فيشترط رضا المحتال و المحال عليه دون المحيل. لا وجه له، إذ المفروض لا يكون من الحوالة بل هو من الضمان (١).

الحوالة. فإذا لا يشترط رضا المحيل، بل رضا المحال و المحال عليه خاصة، و نحوه في المسالك و الحدائق و عن الروضة. و لكن في الجواهر منع عن صحة هذه الحوالة، لعدم إطلاق في نصوص المقام يتناولها. و (أوفوا العقود) «١» يراد به العقود المتعارفة، فلا شمول فيه للمشكوك. و فيه:

أن التعارف لا يقيد الإطلاق، و لو بنى على ذلك لزم تأسيس فيه جديد، كما أشرنا إلى وجه ذلك في مواضع من هذا الشرح. (١) يتم إذا كان مفهوم الضمان نقل ما في ذمة إلى ذمة، كما ذكره الأصحاب. أما إذا كان التعهد بالدين فهو غير التحويل المذكور، و إن كان التعهد من لوازمه. و حينئذ لا بد من الرجوع في تصحيحه إلى عموم الوفاء بالعقود و نحوه. و عليه فلا يختص بصورة ما إذا كان المحال عليه بريئاً، بل يجرى في غيره. غاية الأمر أنه لا يكون الوفاء من مال المحيل، بل من مال المحال عليه، و يبقى دين المحيل على المحال عليه بحاله. كما لا يختص أيضاً بتحويل المحال عليه على نفسه، بل يكون أيضاً بتحويل المحال على المحال عليه، فيقول المحال للمحال عليه: «أحلت ديني عليك» فيقول المحال عليه:

«قبلت»، فيكون المحيل هو المحال لا المحال عليه. و جميع هذه الصور ليست من الحوالة المصطلحة عند الفقهاء، بل هي حوالة بالمعنى اللغوي قام الدليل على صحتها إن تم. و مثل ذلك ما إذا كان التحويل من شخص آخر، كما إذا كان دين لزيد على عمرو، فيحيل الدين المذكور خالد على

(١) المائدة: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٨٢

و كذا من المحال عليه إذا كان بريئاً، أو كانت الحوالة بغير جنس ما عليه (١). و أما إذا كانت بمثل ما عليه ففيه خلاف (٢)

بكر، فيقبل الدائن - و هو زيد - و المحول عليه - و هو بكر - فتصح مثل هذه الحوالة بالعمومات مع عدم رضا المدين و هو المحيل، و ليست من الحوالة الاصطلاحية ذات الاحكام المنصوصة المستفادة من النصوص و الإجماع ثم إنه لا يخفى أن من يعتبر رضاه يجب أن يكون المفهوم الإنشائي تحت سلطانه، و المحيل ليس كذلك، فان التحويل إفراغ لذمته، و لا سلطان له على المنع من إفراغ ذمته. نعم سلطانه على المنع من إشغال ذمته، و التحويل ليس فيه شيء من ذلك. نعم لما كان التحويل موجباً إما لاشتغال ذمته بمثل الدين للمحال عليه لو كانت الحوالة على البريء أو بغير الجنس، و إما لسقوط دينه الذي على المحال عليه لو كانت الحوالة بالجنس على غير البريء، و كان كل ذلك تحت سلطانه، كانت الحوالة تحت سلطانه.

(١) يعنى: يشترط رضاه، و يقتضيه قاعدة السلطنة على نفسه، لأن إشغال ذمته بدين للمحتال تصرف في نفسه. و هو واضح لو كان بريئاً.

و كذلك لو كان مشغول الذمة بغير جنس الدين، فان اشتغال ذمته بجنس الدين أيضاً تصرف في نفسه يحتاج إلى أعمال سلطنته. و عن التنقيح: أنه في هذه الصورة يعتبر رضاه قطعاً. لكن في الجواهر قد يمنع القطع فيما ذكره.

(٢) و المنسوب إلى المشهور اعتبار رضاه، و عن الأردبيلي: أنه لم يظهر فيه مخالف، و عن التذكرة: نسبته إلى أصحابنا، و عن

المختلف:

نسبته إلى علمائنا. و لكن عن أبي الصلاح عدم اعتبار رضاه، و عن المختلف:

الميل إليه، و في مفتاح الكرامة: أنه خيرة المقتصر و التنقيح و إيضاح النافع و المسالك و الروضة، و عن التنقيح: أنه قال: «إن اعتبرنا شغل الذمة و الحوالة بمثل ما عليه فلا يشترط رضا قطعاً».

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٨٣

و لا يبعد التفصيل بين أن يحول عليه بماله عليه، بأن يقول:

«أعطيه من الحق الذي لى عليك»، فلا يعتبر رضاه، فإنه بمنزلة الوكيل في وفاء دينه (١)

(١) قد استدل في المسالك على ذلك بأن المحيل قد أقام المحتال مقام نفسه في القبض بالحوالة، فلا وجه للافتقار إلى رضا من عليه الحق. كما لو وكله في القبض منه ثم ذكر انا نمنع أن مقتضى الحوالة النقل، بل هي إيفاء بما في ذمة الغير. فلا تقتصر عن بيع ما في ذمة الغير، و لا يشترط فيه الرضا إجماعاً. انتهى. و تبعه على ذلك في الجواهر، غير أنه لم يتعرض لما ذكره أولاً من إقامة المحتال مقام نفسه في القبض بالحوالة.

و في المتن جعل المحول عليه بمنزلة الوكيل في وفاء دينه.

و المتحصل من كلمات الجماعة في الاستدلال على عدم اعتبار رضا المحول عليه أمور: الأول: منع كون الحوالة نقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه. الثاني: أن المحيل قد أقام المحتال مقامه في قبض دينه. الثالث: أن الحوالة إيفاء بماله الذي في ذمة المحال عليه.

الرابع: أن الحوالة بمنزلة توكيل المحال عليه في وفاء دينه. و في الجميع إشكال ظاهر. إذ الأول خلاف ما عليه الإجماع من أن الحوالة نقل ما في ذمة المحيل إلى ذمة المحال. فراجع كلماتهم في تعريف الحوالة، و قد ادعى في المسالك الاتفاق على ذلك في مسألة اعتبار إبراء المحتال للمحيل في عدم جواز رجوعه إليه. و من ذلك يظهر الإشكال في الثاني، إذ لو كان مفادها ذلك لم تكن نقلاً، بل كان الدين باقياً بحاله في ذمة المحيل حتى يحصل الوفاء بقبض المحتال من المحال عليه. و منه يظهر الإشكال في الثالث. و أما الرابع فيتوجه عليه أن مقتضى ذلك اعتبار الرضا من المحال عليه كالوكيل الذي لا تصح وكالته إلا برضاه، كما تقدم. مضافاً إلى أن

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٨٤

و إن كان بنحو اشتغال ذمته للمحتال و براءة ذمة المحيل بمجرد الحوالة، بخلاف ما إذا وكله فإن ذمة المحيل مشغولة إلى حين الأداء. و بين أن يحوله عليه من غير نظر إلى الحق الذي له عليه على نحو الحوالة على التبري، فيعتبر رضاه، لأن شغل ذمته بغير رضاه على خلاف القاعدة. و قد يعلل باختلاف الناس في الاقتضاء (١) فلا بد من رضاه. و لا يخفى ضعفه، كيف و إلا لزم عدم جواز بيع دينه على غيره، مع أنه لا اشكال فيه.

[الرابع: أن يكون المال المحال به ثابتاً في ذمة المحيل]

الرابع: أن يكون المال المحال به ثابتاً في ذمة المحيل (٢) سواء كان مستقراً أو متزلزلاً، فلا تصح في غير الثابت، سواء وجد سببه كمال الجعالة قبل العمل و مال السبق و الرماية

جعله بمنزلة الوكيل في الاستيفاء ينافي كون الحوالة نقلاً، كما سبق.

فالمصنف جمع بين دعويين متنافيتين. مضافاً إلى أن أولاهما أولى بالدليل على اعتبار الرضا من الدليلية على عدم الاعتبار، و الثانية

كذلك لان اشتغال ذمة المحول عليه بغير سلطانه خلاف قاعدة سلطنة الناس على أنفسهم، الاستفادة من قاعدة سلطنة الناس على أموالهم. فحكم هذه الصورة كالصورة الآتية، و الفرق الذى ذكره غير فارق.

(١) علله بذلك فى المسالك فى جملة أدلة المشهور، و أجاب عنه بأن اختلاف الناس فى الاقتضاء لا يمنع من مطالبه المستحق و من ينصب.

(٢) إجماعاً، كما عن الحدائق. و عن مجمع البرهان حكايته عن بعضهم. و عن التحرير: أن شرطها ثبوته فى ذمة المحيل، فلو أحاله بما يقرضه لم يصح إجماعاً. انتهى. و يقتضيه مفهومها عرفاً، فان التحويل

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٨٥

قبل حصول السبق، أو لم يوجد سببه أيضاً كالحوالة بما يستقرضه. هذا ما هو المشهور (١). و لكن لا يبعد كفاية حصول السبب، كما ذكرنا فى الضمان (٢)، بل لا يبعد الصحة فيما إذا قال: «أقرضنى كذا و خذ عوضه من زيد» (٣) فرضى و رضى زيد أيضاً، لصدق الحوالة، و شمول العمومات، فتفرغ ذمة المحيل و تشتغل ذمة المحال بعد العمل و بعد الاقتراض.

عرفاً يقتضى نقل ما فى ذمة إلى ذمة، فهو يتوقف على وجود شىء فى الذمة، كما يقتضى ثبوت شىء فى ذمة المحال عليه، فلا يتحقق مع عدم ذلك. و بالجملة: التحويل و التحول يتوقف على ثبوت شىء فى محل فينتقل إلى محل آخر.

(١) قد عرفت دعوى الإجماع عليه.

(٢) قد عرفت الاشكال عليه فى الضمان و ان امتناع ضمان ما لم يجب من القضايا التى قياساتها معها، فإنه إذا لم يجب الشىء فضمانه بلا مضمون عنه و لا مضمون له، لان المضمون عنه من يكون عليه شىء لغيره و المضمون له من يكون له شىء على غيره، و مع عدم ثبوت شىء لا يكون شىء لأحد و لا فى ذمة أحد. نعم يجوز أن يتعهد شخص لآخر بأمر استقبالى، فيكون وجوبه بالضمان، فيملكه المضمون له. لكنه ليس من الضمان الاصطلاحى، بل هو ضمان لغوى ليس موضوعاً لكلام الأصحاب، كما تقدم تفصيل ذلك مراراً. و كذا نقول فى المقام: إذا لم يكن دين فلم ينقل المحيل ما فى ذمته إلى ذمة المحال عليه.

(٣) مفهوم الجملة المذكورة أن العوض يؤخذ من زيد، لا أن الدين ينتقل إلى ذمة زيد، و حينئذ لا تحويل و لا تحول. فكيف تصدق الحوالة؟! «كذا إذا قال: «أقرضنى درهماً، و ينتقل بدله الذى فى ذمتى إلى ذمة

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٨٦

[الخامس: أن يكون المال المحال به معلوماً جنساً و قدراً للمحيل و المحتال]

الخامس: أن يكون المال المحال به معلوماً جنساً و قدراً للمحيل و المحتال، فلا يصح الحوالة بالمجهول على المشهور (١) للغرر (٢). و يمكن أن يقال بصحته إذا كان آثلاً إلى العلم، كما إذا كان ثابتاً فى دفتره، على حد ما مر فى الضمان من صحته مع الجهل بالدين. بل لا يبعد الجواز مع عدم أوله إلى العلم

زيد» فقبل المخاطب و زيد، فإنه أيضاً لا شىء فى ذمة القائل و لا انتقال من ذمته إلى ذمة زيد إذ لا قرض. نعم إذا وقع القرض وقع الانتقال فإذا أخذ بنحو الواجب المعلق امتنع الثبوت فعلاً، لعدم القرض، و إذا كان مشروطاً بالقرض كان العقد معلقاً و هو باطل. فإذا قال الزوج لزوجته:

«أحلتك فى نفقة الغد على زيد» فقبل، امتنع أن تملك المرأة شيئاً على زيد بعنوان نفقة الغد، لأنها لا تملك قبل الغد، و إذا كان الملك على نحو التعليق على الغد فهو باطل، لقدح التعليق فى العقود و الإيقاعات، إلا فى موارد مخصوصة ليس هذا منها. و كذلك

الكلام في مال الجعالة قبل العمل، فان التحويل يقتضى أن يملك المحتال في ذمته المحال عليه، و قبل العمل لا يملك العامل شيئاً لا في ذمته المحيل ولا في ذمته غيره. وكذا الكلام في مال السبق و نحوه.

(١) و عن النهاية: الإجماع عليه، و في مفتاح الكرامة: «لم نجد المخالف، و إنما ذكرت الصحة احتمالاً- مع الجهل في التذكرة و المسالك و مجمع البرهان.

نعم لم يذكر هذا الشرط في عدد الشرائط في الوسيلة و الغنية و غيرهما.

و لعل تركهم له لظهوره، كالبلوغ و الرشد و غيرهما».

(٢) قد عرفت في الضمان أن عموم نفى الغرر لم يثبت، و إنما الثابت نفيه في البيع، فلا يشمل المقام، و عموم الصحة يقتضى الجواز. فراجع ما سبق في الضمان.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٨٧

بعد إمكان الأخذ بالقدر المتيقن. بل و كذا لو قال: «كلما شهدت به البيئه و ثبت خذه من فلان». نعم لو كان مبهما كما إذا قال: «أحد الدينين الذين لك على خذه من فلان» بطل (١)، و كذا لو قال: «خذ شيئاً من دينك من فلان» (٢) هذا و لو أحال الدينين على نحو الواجب التخييري أمكن الحكم بصحته (٣)

(١) لأن المبهم المردد لا- مطابق له في الخارج، إذ كل ما في الخارج متعين غير مردد، و إذا لم يكن له مطابق في الخارج امتنع أن يثبت له حكم شرعى يترتب عليه عمل.

(٢) لإبهام الشيء.

(٣) يفتقر الواجب التخييري عن المردد أن المردد لا- يكون موضوعاً لحكم شرعى، لعدم المطابق الخارجى له، و الواجب التخييري يكون موضوعاً للوجوب التخييري، و له مطابق خارجى، فإن الوجوب التخييري ليس قائماً بالمردد بين الخصال، و إنما قائم بكل واحدة من الخصال، لكن قيامه على نحو خاص بحيث يسقط عن الجميع بفعل واحدة من الخصال.

و كذلك الوجوب الكفائي، فإنه موجه الى كل واحد من المكلفين على نحو خاص، بحيث يسقط بامتنال واحد منهم، و ليس متعلقاً بالمردد بين أفراد المكلفين. فالواجب التخييري كل واحد من الخصال الثلاث في الكفارة، لا أمر مردد بينها، و هذه الخصال الثلاث مع أن كل واحدة منها واجبة لا يجب فعلها أجمع، لأن الوجوب تعلق بها على نحو لا يقتضى فعلها أجمع، بل يسقط عن الجميع بفعل واحدة منها. فإذا تعلق الحوالة بالدينين على وجه التخيير اقتضت وفاء المحال عليه لأحدهما على التخيير لا جمعاً، فإذا و في أحد الدينين بطلت الحوالة بالنسبة إلى الآخر و لم تقتض وفاء.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٨٨

لعدم الإبهام فيه حينئذ (١).

[السادس: تساوى المالين]

السادس: تساوى المالين أى المحال به و المحال عليه- جنساً و نوعاً و وصفاً، على ما ذكره جماعة (٢)، خلافاً لآخرين (٣). و هذا العنوان و إن كان عاماً إلا أن مرادهم- بقرينة التعليل بقولهم: تفصيلاً من التسلط على المحال عليه بما لم تشتغل ذمته به، إذ لا يجب عليه أن يدفع إلا مثل ما عليه- فيما كانت الحوالة (٤) على مشغول الذمة بغير ما هو مشغول الذمة به، كأن يحيل من له عليه دراهم على من له عليه دنانير

- (١) كأن الوجه فيه عمومات صحة العقود، والإيهام المانع عقلاً من الصحة مفقود.
- (٢) قال في الشرائع. «و يشترط تساوى المالين جنساً و وصفاً، تفصيلاً عن التسلط على المحال عليه، إذ لا يجب أن يدفع إلا مثل ما عليه. وفيه تردد». و نسبه في المسالك الى الشيخ و جماعته، و في جامع المقاصد الى الشيخ في المبسوط و ابن البراج و ابن حمزة، و في مفتاح الكرامة: نسبه الى المبسوط في آخر الباب و حكى عن الإيضاح نسبه إلى القاضي و ابن حمزة، ثم قال: «و لم نجد ذلك في الوسيلة، و لم يحكه في المختلف عن أحد غير الشيخ في المبسوط.
- (٣) حكى ذلك عن التذكرة و التحرير و الحواشى و اللعة و التنقيح و إيضاح النافع و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و غيرها، و حكى ذلك أيضاً عن موضع من المبسوط.
- (٤) متعلق بقوله: «ان مرادهم». و يحقق أن مرادهم ذلك قول العلامة في القواعد في تحرير المسألة: «و تصح على من ليس عليه حق، مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٨٩

بأن يدفع بدل الدنانير دراهم. فلا يشمل ما إذا أحال من له عليه الدراهم على البريء (١) بأن يدفع الدنانير، أو على مشغول الذمة بالدنانير بأن يدفع الدراهم. و لعله لأنه وفاء بغير الجنس برضا الدائن (٢). فمحل الخلاف ما إذا أحال على من عليه جنس بغير ذلك الجنس. و الوجه في عدم الصحة: ما أشير إليه (٣) من أنه لا يجب عليه أن يدفع الا مثل ما عليه. و أيضاً الحكم

أو عليه مخالف، على رأى». فموضع الخلاف أن يكون المال المحول به مخالفاً لما على المحول عليه من حق.

(١) لكن يشكل ذلك من وجه آخر، و هو أنك عرفت في الشرط الرابع و جوب كون المال المحال به ثابتاً في ذمة المحيل، فإذا أحال في الفرضين المذكورين بغير الجنس فقد أحال بما ليس ثابتاً في ذمة المحيل، لأن ما هو الثابت في ذمة المحيل في الفرضين المذكورين الدراهم لا الدنانير، فالإحالة بالدنانير إحالة بما ليس ثابتاً في الذمة. و لعل عدم تعرضهم لهذه المسألة لوضوح حكمها، و هو بطلان الحوالة لفقد الشرط المذكور.

نعم إذا تراضى المحيل و المحتال على تحول الدراهم التي للمحتال في ذمة المحيل الى الدنانير و صار الدين دنانير، جاز التحويل حينئذ، و كان تحويلاً لما هو ثابت في الذمة. و لعل إنشاء الحوالة كاف في حصول هذا التحول.

(٢) قد عرفت الإشكال في أن الحوالة وفاء، إذ هي نقل و تحويل لما في الذمة إلى ذمة أخرى. كما قد عرفت الإشكال أيضاً في الحوالة هنا من جهة عدم ثبوت شيء في الذمة. و الذى يرفع الاشكال من الوجهين في المقام هو تحويل ما في الذمة من جنس إلى آخر ثم تحويله من ذمة إلى أخرى، و حينئذ يكون من الوفاء بالجنس لا بغير الجنس.

(٣) يعنى: في تعليل الحكم المتقدم.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٩٠

على خلاف القاعدة (١). و لا إطلاق في خصوص الباب، و لا سيرة كاشفة، و العمومات منصرفة إلى العقود المتعارفة. و وجه الصحة: أن غاية ما يكون أنه مثل الوفاء بغير الجنس (٢) و لا بأس به. و هذا هو الأقوى (٣). ثم لا يخفى أن الاشكال

(١) ذكر ذلك في الجواهر.

(٢) فيه ما عرفت من المباينة بين الحوالة و الوفاء بالجنس أو بغيره، و حينئذ تحتاج في مشروعيتها إلى دليل، فإذا تم ما ذكره في الجواهر تعين الرجوع إلى أصالة البطلان.

(٣) إذ الإشكال المشار إليه في الشرائع لا مجال له مع التراضى، لأن التسليط يكون بسلطنته. و أما إشكال الجواهر: ففيه أن التعارف لا يوجب قصور الإطلاق و لا تخصيص العمومات، كما أشرنا الى ذلك مراراً. فالعمل بالإطلاق المقتضى للصحة متعين.

ثم لا يخفى أن مقتضى التحويل نفسه انتقال الدين إلى ذمة المحال عليه، و أما كون المدفوع بدلاً عما للمحيل في ذمة المحال عليه فأمر خارج عن التحويل قد أنشئ في ضمنه، فالمحيل قصد إنشاء نقل الدين في ذمته إلى ذمة المحال عليه، كما قصد إنشاء كون المدفوع من المال عوضاً عما له في ذمته، فالقبول من المحال عليه قبول للأمرين معاً. وهذه البدلية الإنشائية ظاهرة في محل الكلام من اختلاف الجنسين، أما مع اتحادهما فيمكن أن يقصد إنشاء البدلية ويمكن أن لا يقصد ذلك، بل تكون البدلية قهرياً بنحو التهاتر، وصحة الجميع موافقة لمقتضى القواعد العامة من دون معارض ولا مقيد.

والذي يتحصل مما ذكرنا: أن الإشكال في صورة اختلاف ما في ذمة المحيل مع المال المحال به يلزم من وجهين: من جهة صحة الحوالة، و من

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٩١

إنما هو فيما إذا قال: «أعط مما لي عليك من الدنانير دراهم» بأن أحال عليه بالدرهم من الدنانير التي عليه. و أما إذا أحال عليه بالدرهم من غير نظر إلى ما عليه من الدنانير فلا ينبغي الإشكال فيه، إذ هو نظير إحالة من له الدرهم على البريء، بأن يدفع الدنانير، و حينئذ تفرغ ذمة المحيل من الدرهم، و تشتغل ذمة المحال عليه بها، و تبقى ذمة المحال عليه مشغولة بالدنانير، و تشتغل ذمة المحيل له بالدرهم، فيتحاسبان بعد ذلك. و لعل الخلاف أيضاً مختص بالصورة الأولى، لا ما يشمل هذه الصورة أيضاً (١). و على هذا فيختص الخلاف بصورة واحدة و هي ما إذا كانت الحوالة على مشغول الذمة بأن يدفع من طرف ما عليه من الحق بغير جنسه، كأن يدفع من الدنانير التي عليه دراهم.

[مسألة ١: لا فرق في المال المحال به بين أن يكون عيناً في الذمة، أو منفعة، أو عملاً لا يعتبر فيه المباشرة]

(مسألة ١): لا فرق في المال المحال به بين أن يكون

جهة الوفاء، فإذا صحت الحوالة- بأن حول ما في الذمة إلى جنس المال المحول به- ارتفع الإشكال الثاني و كان الوفاء بالجنس، و إن لم تصح الحوالة- بعدم قصد هذا التحول- لم يحصل الوفاء لا بالجنس و لا بغير الجنس. و أما صورة اختلاف المال المحال به مع ما في ذمة المحال عليه فإن قصد الوفاء به صحت الحوالة و كان الوفاء بغير الجنس، و إن لم يقصد الوفاء صحت الحوالة و لم يكن وفاء. فالحوالة لا مانع من صحتها و لا وجه للإشكال فيها، و إن كان إشكال فهو في الوفاء، و على تقدير قصد الوفاء لا مجال للإشكال، لأنه يكون من قبل الوفاء بغير الجنس.

(١) التي يختص الإنشاء فيها بنقل الدين لا غير.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٩٢

عيناً في الذمة، أو منفعة، أو عملاً لا يعتبر فيه المباشرة (١)، و لو مثل الصلاة و الصوم و الحج و الزيارة و القراءة (٢)، سواء كانت على البريء أو على مشغول الذمة بمثلها (٣). و أيضاً لا فرق بين أن يكون مثلياً كالطعام، أو قيمياً كالعبد و الثوب (٤) و القول بعدم الصحة في القيمي (٥) للجهالة، ضعيف،

(١) في الجواهر: «لا- يبعد- إن لم يكن إجماعاً- جواز الحوالة بالأعمال على البريء، أو على مشغول الذمة للمحيل بمثلها، بناء على أنها بحكم المال، بدليل صحة وقوعها ثمناً للمبيع و عوضاً للخلع و مهراً في النكاح.. (الي أن قال): لكن لم أجد مصرحاً به، كما أنه لم أجد في نصوص الحوالة على ما هو صريح فيه أو ظاهر، بل هو غير متعارف».

أما احتمال الإجماع على الخلاف فضعيف، إذ لا مأخذ له، و عدم التعرض له أعم من البناء على العدم. و عدم دلالة نصوص الحوالة

- عليه لا يمنع من الرجوع فيه الى القواعد العامة المقتضية للصحة، وكذلك عدم التعارف على ما عرفت. ثم إن الفرق بين المنفعة والعمل: أن المنفعة أثر العمل، فالمملوك تارة: يكون العمل، وأخرى: المنفعة والأثر المترتب على العمل.
- (٢) مما كان الغرض منه الثواب أو غيره من الأمور المتعلقة بالآخرة، كما أشار الى ذلك في الجواهر.
- (٣) لعدم الفرق في الدخول في عموم الأدلة.
- (٤) قال في الشرائع: «وأن يكون (يعنى: المال والمحال به) ثابتاً في الذمة، سواء كان له مثل كاطعام، أو لا مثل له كالعبد»، ونحوه ما في غيرها. و يقتضيه عموم أدلة الصحة.
- (٥) حكى عن الشيخ (ره) في أحد قولييه وابن حمزة، وفي الحدائق: نسبته إلى الشيخ وجماعه، وفي مفتاح الكرامة: أن نسبته الى الشيخ وجماعة مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٩٣ و الجهالة مرتفعة بالوصف الراجع لها (١).

[مسألة ٢: إذا تحققت الحوالة برئت ذمة المحيل وإن لم يبرءه المحتال]

- (مسألة ٢): إذا تحققت الحوالة برئت ذمة المحيل وإن لم يبرءه المحتال. والقول بالتوقف على إبرائه (٢) ضعيف. والخبر الدال على تقييد عدم الرجوع على المحيل بالإبراء من المحتال (٣)،

في غير محله، إذ ليس غير الشيخ الا ابن حمزة. قال في المبسوط:

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

مستمسك العروة الوثقى؛ ج ١٣، ص: ٣٩٣

«وإنما تصح في الأموال ذوات الأمثال».

- (١) قد عرفت أن الجهالة لا تقدر في الحوالة، وليس من شرائطها العلم. ولأجل ذلك كان المناسب الجواب بذلك. ولو سلم منع الجهالة فلا يقتضى ذلك عموم المنع عن القيمي، إذ قد لا يكون القيمي مجهولاً.
- هذا و أما الجواب المذكور فالاشكال فيه ظاهر، إذ بعد ما عرفت من أنه لا تجوز الحوالة بغير ما في الذمة فالقيمي المحول به هو عين ما في ذمة المحيل للمحتال، فان كان كلياً قابلاً للانطباق على الواجد للصفات والفاقد لها فالمحال به هو ذلك الكلي، وإن كان ما في الذمة مقيداً ببعض الصفات الوجودية أو العدمية فالمحال به هو ذلك المقيد. وفي الصورة الأولى لا يجوز أن يكون المحال به مقيداً بصفات خاصة، وفي الصورة الثانية لا يجوز أن يكون مطلقاً ولا مقيداً بغير الصفات المقيد بها ما في الذمة، وإلا كان التحويل بغير ما في الذمة. وعليه فيجوز أن يكون المحال به مجهولاً إذا كان ما في الذمة كذلك. ولو قيد بالصفات الموجبة لمعلوماته لم تصح الحوالة. وعلى هذا فالجواب المذكور ظاهر الاشكال.

(٢) حكى ذلك عن أبي علي و الشيخ في النهاية والقاضي والحلي والمقداد.

(٣) هو

خير زارة عن أحدهما (ع): «في الرجل يحيل الرجل بما كان له على رجل آخر، فيقول له الذي احتال: برئت مما لي عليك.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٩٤

المراد منه القبول (١)، لا اعتبارها بعده أيضاً. و تشتغل ذمة

فقال (ع): إذا أبرأه فليس له أن يرجع عليه، وإن لم يبرأه فله أن يرجع الى الذي أحاله». «١»
و السند ليس فيه مناقشة أو إشكال إلا من جهة إبراهيم بن هاشم، و الصحيح أنه صحيح الحديث. و ظاهره اشتغال الذمة بالدين إلى أن يحصل الإبراء، فيكون المراد من الرجوع عدم صحة الحوالة، لا فسخ الحوالة، إذ معنى الإبراء يتوقف على ذلك.
(١) هذا أحد المحامل. و حمل أيضاً على ما إذا شرط المحيل البراءة، فإنه يستفيد بذلك عدم الرجوع لو ظهر إفلاس المحال عليه. و حمل أيضاً على ما إذا ظهر بعد التحويل إفسار المحال عليه فأبرأ المحتال المحيل. و هذه المحامل كلها بعيدة. لكن لا بد من ارتكاب واحد منها أو من غيرها لما
في رواية أبي أيوب: «أنه سأل أبا عبد الله (ع) عن الرجل يحيل الرجل بالمال أ يرجع عليه. قال (ع): لا يرجع عليه أبداً، إلا أن يكون قد أفلس قبل ذلك» «٢»
و نحوها رواية منصور بن حازم
«٣»، و

في رواية عقبه بن جعفر عن أبي الحسن (ع) قال: «سألته عن الرجل يحيل الرجل بالمال على الصيرفي ثم يتغير حال الصيرفي أ يرجع على صاحبه إذا احتال و رضى؟ قال (ع) لا» «٤»
فان حمل هذه النصوص على صورة الإبراء- فيكون الجمع من حمل المطلق على المقيد- بعيد، فان الاستثناء دليل على كون المتكلم في مقام الحصر. و لا سيما و ان اعتبار الإبراء بعيد عن المرتكزات العرفية جداً، فيكون أولى بالتنبيه عليه من صورة الإفلاس.

(١) الوسائل باب: ١١ من أبواب الضمان حديث: ٢.

(٢) الوسائل باب: ١١ من أبواب الضمان حديث: ١.

(٣) الوسائل باب: ١١ من أبواب الضمان حديث: ٣.

(٤) الوسائل باب: ١١ من أبواب الضمان حديث: ٤.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٩٥

المحال عليه للمحتال فينتقل الدين الى ذمته. و تبرأ ذمة المحال عليه للمحيل إن كانت الحوالة بالمثل بقدر المال المحال به، و تشتغل ذمة المحيل للمحال عليه (١) إن كانت على برئ أو كانت بغير المثل. و يتحاسبان بعد ذلك.

[مسألة ٣: لا يجب على المحتال قبول الحوالة]

(مسألة ٣): لا يجب على المحتال قبول الحوالة (٢) و إن كانت على ملئ (٣).

[مسألة ٤: الحوالة لازمة]

(مسألة ٤): الحوالة لازمة، فلا يجوز فسخها بالنسبة الى كل من الثلاثة (٤). نعم لو كانت على معسر مع جهل

و لعل الأقرب من وجوه الجمع المتقدمة ما ذكره في المتن و سبقه إليه جماعة، و يكون المراد من قوله في الرواية: «في الرجل يحيل» خصوص الإيجاب لا العقد، يعنى: في الرجل ينشئ التحويل، إذ بعد تحقق القبول تبرأ ذمة المحيل، و لا معنى للإبراء بعد ذلك، بناء

على اتفاهم على أن الءوالء ناقلء للءءن من ذمء المءءل إلى ذمء المءال ءله. و من ذلك تعرف الوءه فى ءوله: «و ءشءل ذمء المءال ءله».

(١) بلا إشكال ظاهر. لأنه اسءوفى مال المءال ءله، فى ءون له ضامناً.

(٢) إءماعاً بءسمه، ءما فى الءواهر. و عن الءلاف و الءنئه و المءسوط و الءذءرة و ءرها إءماع المسلمن إلا من زفر. و يقتضيه ما ءءم مما ءل على اعءبار رضا المءال ءله.

(٣) و عن ءاوء الءاهرى و ءوب الءبول ءئنءء،

للنبوى: «إذا أءل أءءم على الملى فىءءل» (١).

لءنه ءفر ظاهر الءءئه.

(٤) اءفاهاً. ءما يقتضيه أصالة الءوم. و لبعض النصوص المءءمة

(١) سنن البهقى الءءء: ٤ الصءهء: ٧٠.

مستمسك العروة الءفى، ء ١٣، ص: ٣٩٤

المءال باءساره فىءول له الفسخ و الءءوع على المءل (١).

و المرء من الإءسار أن لا فىءون له ما فىءى ءئنه زائءا على مسءئئاء الءن (٢). و هو المرء من الفقر فى ءلام بعءهم (٣) و لا يعءبر فىه ءونه مءءورا (٤).

فى رءوع المءال فى لزومها بالنسبة الیه. و عن سلار: ءواز رءوع المءال الى المءل إذا لم يأءء شئاً من المال. و ءله ءفر ظاهر. مع أنه مءالف لما ءءم.

(١) بلا ءلاف أءءه فىه، ءما فى الءواهر، بل عن ءفر واء ءعوى الإءماع ءله صرىءاً أو ظاهرأ. و يقتضيه رواءا أبى أىوب

و منصور

المءءمءان فى المسألة الءائئه.

(٢) الءعبىر بالإءسار وءع فى ءلام الءلامء فى القواعء، و لم فىء فى النص، و إنما الءى ءان فى النص الءعبىر بالفلس، و الءاهر منه ءءم الءمءن من وءاء الءن، ءان المفلس عرفاً هو العاءز عن وءاء ءئنه، و ءذلك المعسر ظاهر فى الءاءع فى العسر، و إذا ءان الإنسان

لا فىءمءن من وءاء ءئنه فهو فى عسر. و فىءىر الى ذلك ءوله ءعالى (وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ) (١).

(٣) ءالمءقق فى الشرائع. و لولا ذلك لم فىءن ءلله، بل الءلله على ءلافه، ءان ظاهر

ءوله (ع): «لا فىءع ءله إلا أن فىءون ءء أفلس» (٢)

المنع عن الءءوع فى ءفر المفلس و إن ءان فقيراً. و من ذلك تعرف أن الءعبىر بالإءسار أصء من الءعبىر بالفقر.

(٤) لإءلاق النصوص

«٣» الءى أءء موضوعها المفلس واءعا فى

(١) البءرة: ٢٨٠.

(٢) الءسائل باب: ١١ من أبواب الضمان ءءء: ١.

(٣) ءءم الءعرض لها فى المسألة: ٢ من هذا الفصل.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٩٧

و المناط الإعسار و اليسار حال الحوالة (١) و تماميتها. و لا يعتبر الفور فى جواز الفسخ (٢). و مع إمكان الاقتراض و البناء عليه يسقط الخيار، للانصراف على إشكال (٣).

مقام الثبوت، فلا يعتبر أن يكون فى مقام الإثبات.

(١) كما يقتضيه ظاهر قوله (ع)

فى رواية أبى أيوب: «قد أفلس قبل ذلك»

، و ما فى رواية عقبه

«١» من المنع من الرجوع على المحيل إذا تغير حال الصيرفى بعد التحويل. نعم ظاهر رواية أبى أيوب اعتبار الإفلاس قبل الحوالة. لكن من المعلوم أن المراد به حال الحوالة، و التعبير بذلك مبنى على الغالب، لندرة المقارنة بينهما حدوثاً.

(٢) كما يقتضيه إطلاق النص و الفتوى. و فى الجواهر: «و هل هو على الفور أو التراخى؟ وجهان، أقواهما الثانى، للإطلاق و غيره».

و كأنه يريد من غير الإطلاق الاستصحاب. لكن يشكل بناء على أن المرجع فى المقام عموم اللزوم، لا استصحاب الجواز. فلاحظ. و عن الحواشى:

إذا قلنا بالخيار فى نظير المسألة الآتية فهو على الفور. و لم يتضح وجهه فى قبال ما عرفت. اللهم إلا أن يتأمل فى الإطلاق. و هو كما ترى.

(٣) المفروض فى كلامهم صورة ما إذا تجدد اليسار و العلم بسبق الفقر.

و عن جامع المقاصد و المسالك و الروضة و الكفاية و الرياض: ثبوت الخيار، للإطلاق. و فى القواعد: انه فيه اشكال، و كذا عن التذكرة و الحواشى.

و عن الإيضاح: أن التحقيق أنه يبنى على أن علل الشرع معرفات أو علل حقيقة، و على الثانى فالباقى مستغن عن المؤثر أو محتاج. يعنى: فعلى الأولين يثبت الخيار، و على الأخير ينتفى. و فى الجواهر: أنه لا بأس به بعد كون علل الشرع معرفات و عدم احتياج الباقى فى بقائه إلى غير الأول. و فيه: أنه لو سلمت

(١) الوسائل باب: ١١ من أبواب الضمان حديث: ٤.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٩٨

و كذا مع وجود المتبرع (١).

[مسألة (٥): الأقوى جواز الحوالة على البرىء]

(مسألة ٥): الأقوى جواز الحوالة على البرىء (٢)،

هذه المبانى فليس بحيث يجوز رفع اليد عن الأدلة الشرعية من اماره أو أصل، فلو قلنا بأن علل الشرع معرفات أو أنها علل حقيقة أصلية و كان عموم اللزوم بلا معارض كان هو المحكم، و لو قلنا بأنها علل أصلية و كان الباقى محتاجاً إلى مؤثر و كان إطلاق دليل الخيار بلا- معارض كان هو المحكم أو كان استصحاب الخيار بلا معارض كان أيضاً هو المحكم. فالمباني المذكورة إذا لم توجب العلم لا تسقط الأدلة الشرعية عن مقام المرجعية، و أنى لها بالعلم مع أن العلية غير منصوصة، و انما استفيدت من قرائن الأحوال الظنية.

و بالجملة: فالتعويل على الأمور المذكورة في إثبات الأحكام الشرعية في غاية من الوهن. هذا فيما فرضه الأصحاب من تجدد اليسار. و المصنف لم يتعرض له و انما تعرض لمثله. و الكلام في الجميع من باب واحد، و العمل بإطلاق دليل الخيار المقتضى للتراخي - كما ذكره في الجواهر و غيره - متعين. و أما دعوى الانصراف فممنوعة. و لو كان الانصراف موجبا لسقوط الخيار بتجدد اليسار كان موجبا لثبوته بتجدد الإعسار، و هو خلاف النص، فممنشأ الانصراف مخالف للنص.

(١) الكلام فيه كالكلام فيما قبله.

(٢) على المشهور شهرة عظيمة، بل عن السرائر: نفى الخلاف فيه بين أصحابنا، بل حكى بعضهم عنها الإجماع عليه. و يقتضيه إطلاق الأدلة عمومها و خصوصها. و في الجواهر استدلل على ذلك بالسيرة على فعلها بحيث يعلم شرعيتها. لكنه كما ترى. و عن الشيخ في المبسوط في آخر الباب: المنع. و حكى بعضهم ذلك عن القاضي و ابن حمزة، لأصالة

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٣٩٩

و لا يكون داخلا في الضمان (١).

عدم ترتب الأثر، التي لا مجال لها مع الإطلاق المقتضى للصحة.

و في جامع المقاصد: أن مبنى القولين المذكورين على الخلاف في أن الحوالة استيفاء أو اعتياض، فعلى الأول يجوز، و على الثاني لا يجوز.

و تبعه على ذلك في المسالك، و سبقه اليه الشهيد في الحواشي على ما حكى. و فيه - كما في مفتاح الكرامة: أن ذلك من تخريجات الشافعية، و إنما هي أصل برأسه و عقد مفرد، كما صرح بذلك جماعة، و منهم الخلاف، قال: «إن الذي يقتضيه مذهبا أن نقول إنها عقد قائم بنفسه». ثم حكى اطباق أصحابنا على أنها ليست بيعا إلا ما يلوح من المبسوط، و هو مؤول ..

إلى آخر ما ذكره. و في الجواهر: أن الأصح كونها أصلا برأسه، و إن لحقها حكم الوفاء في بعض الأحوال، و الاعتياض في بعض آخر .. هذا و التأمل في مفهوم الحوالة و البيع و الوفاء يقتضى وضوح تباين المفاهيم المذكورة و عدم انطباق بعضها على بعض، فلا وجه لإجراء أحكام بعضها على بعض إلا بدليل خاص. و قد سبق في الشرط السادس التعرض لما يظهر من جماعة من الأصحاب - منهم المصنف - من كونها وفاء. فراجع.

(١) أشار بذلك الى ما ذكره في الشرائع، قال: «و يصح أن يحيل على من ليس له عليه دين، لكن يكون ذلك بالضمان أشبه»، و في القواعد: «لكنه أشبه بالضمان». و وجه المشابهة اشتراكها مع الضمان في انتقال الدين إلى ذمة المحال عليه كانتقاله إلى ذمة الضامن البريء. و عن الكاشاني: «الأظهر أنها ضمان». لكنه كما ترى، فان الضمان التعهد بالدين الذي في ذمة المضمون عنه و من أحكامه انتقاله إلى ذمة الضامن، لا عين الانتقال، و لذا خالف فيه المخالفون، و في المقام معنى الحوالة هو النقل و الانتقال، فاختلفا مفهومًا و إن اشتركا في بعض الآثار.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٤٠٠

[مسألة ٦: يجوز اشتراط خيار الفسخ لكل من الثلاثة]

(مسألة ٦): يجوز اشتراط خيار الفسخ لكل من الثلاثة (١).

[مسألة ٧: يجوز الدور في الحوالة]

(مسألة ٧): يجوز الدور في الحوالة (٢). و كذا يجوز الترامي (٣) بتعدد المحال عليه و اتحاد المحتال (٤)، أو بتعدد المحتال و اتحاد المحال عليه (٥).

[مسألة ٨): لو تبرع أجنبي عن المحال عليه برئت ذمته]

(مسألة ٨): لو تبرع أجنبي عن المحال عليه برئت ذمته (٦).

(١) بلا- إشكال ظاهر، عملاً بعموم نفوذ الشروط و صحتها. قال في الجواهر: «و قد تقدم في الضمان ما لا يخفى عليك جريانه في المقام كغيره، من أحكام الأجل و اشتراط الخيار و غير ذلك».

(٢) كما ذكره في التذكرة و غيرها. و في الجواهر: «بل لم نجد خلافاً هنا و إن سمعته في الضمان». و يقتضيه عموم الأدلة في البابين.

و المراد به: أن يحيل المحال عليه في بعض و المراتب على المحيل الأول، فيرجع المحتال منه أولاً عليه بعد ذلك.

(٣) كما نص عليه في الشرائع و القواعد و غيرهما. و الظاهر أنه لا- اشكال فيه كما يظهر ذلك من ذكرهم له مرسلين له إرسال المسلمات.

و يقتضيه عموم الأدلة.

(٤) كما إذا أحال زيد بكرراً على عمرو، فأحاله عمرو على خالد، فأحاله خالد على الوليد، فأحاله الوليد على عبد الملك، فان المحتال واحد و هو بكر، و المحال عليه عمرو ثم خالد ثم الوليد ..

(٥) كما إذا أحال بكر في المثال السابق خالداً على عمرو، فأحال خالد الوليد على عمرو، فأحال الوليد عبد الملك على عمرو.

(٦) هذا مما لا إشكال فيه، ضرورة جواز التبرع عن الغير في وفاء دينه و عدم اعتبار المباشرة فيه عرفاً. و يقتضيه ما دل على جواز وفاء

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٤٠١

و كذا لو ضمن عنه ضامن برضا المحتال (١). و كذا لو تبرع المحيل عنه (٢).

[مسألة ٩): لو أحال عليه فقبل و أدى ثم طالب المحيل بما أداه]

(مسألة ٩): لو أحال عليه فقبل و أدى ثم طالب المحيل بما أداه، فادعى أنه كان له عليه مال و أنكر المحال عليه، فالقول قوله مع عدم

البينة (٣)، فيحلف على براءته و يطالب عوض ما أداه، لأصالة البراءة من شغل ذمته للمحيل (٤) و دعوى: أن الأصل أيضاً عدم اشتغال

ذمة المحيل بهذا الأداء مدفوعة: بأن الشك في حصول اشتغال ذمته و عدمه مسبب عن الشك في اشتغال ذمة المحال عليه (٥). و

عدمه و بعد جريان

الوارث دين المورث، و ما دل على وفاء دين الفقير من الزكاة، و ما ورد في وفاء الولد دين والده و أنه يكتب بذلك باراً.

(١) على ما تقدم في كتاب الضمان.

(٢) هذا من أفراد المسألة الأولى.

(٣) كما في الشرائع و القواعد و غيرهما.

(٤) فيكون قول المحيل موافقاً للأصل، فيكون منكراً و عليه اليمين إذا لم تكن بينه لخصمه.

(٥) يعني: أن أداء المال المحول به يوجب اشتغال ذمة المحيل لو لم يكن ذمة المحال عليه مشغولة بمثله، أما إذا كانت مشغولة بمثله

فحينئذ يقع التهاتر قهراً، فلا تشتغل ذمة المحيل بشيء، فيكون الحكم الشرعي أنه تشتغل ذمة المحيل بأداء المال إذا لم تكن ذمة

المحال عليه مشغولة به للمحيل، فإذا كان هذا العدم مجرى الأصل ثبت الحكم الوجودي، و هو اشتغال ذمة المحيل.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٤٠٢

أصالة براءة ذمته يرتفع الشك. هذا على المختار من صحة الحوالة على البريء، و أما على القول بعدم صحتها فيقدم قول المحيل، لأن مرجع الخلاف إلى صحة الحوالة و عدمها، و مع اعتراف المحال عليه بالحوالة يقدم قول مدعى الصحة و هو المحيل (١).

(١) فإذا ثبتت الصحة ثبت اشتغال ذمة المحال عليه، لتوقف الصحة عليه، و إذا ثبت ذلك ثبتت براءة ذمة المحيل من مثل المال الذي دفعه المحال عليه للمحتال.

و في جامع المقاصد و المسالك، و عن غيرهما: تعارض أصل الصحة مع أصالة براءة ذمة المحال عليه، فيبقى مع المحال عليه أداء دين المحيل بإذنه، فيرجع عليه. و في مفتاح الكرامة و الجواهر: الاشكال على ذلك بأن أصل الصحة مقدم على أصل البراءة في المقام، و كذلك على جميع الأصول المقتضية للفساد، لأخصية دليل حجية أصل الصحة من أدلة حجية الأصول المذكورة، و لو بنى على العمل بها لم يبق لأصل الصحة مورد. نعم يشكل ما ذكر بأن أصل الصحة و إن اقتضى اشتغال ذمة المحال عليه لكن بلحاظ أثر الصحة، لا بلحاظ أثر آخر، فإذا وقع عقد أو إيقاع من مشكوك البلوغ و كان أصل الصحة يقتضى تحقق البلوغ لم يجز ترتيب آثار البلوغ كلية، بل يختص بصحة العقد المذكور، و كذلك إذا شك في الطهارة بعد الفراغ من الصلاة، فإنه لا يترتب على أصالة صحة الصلاة إلا الطهارة من حيث الصلاة الواقعة، فلا يجوز له أن يصلى صلاة أخرى بلا طهارة اعتماداً على أصالة صحة الصلاة المثبتة للطهارة، فلا تثبت الطهارة بلحاظ سائر آثارها، كما بنى على ذلك المصنف في مباحث الشك من مباحث الخلل و كذلك غيره ممن سبقه أو لحقه.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٤٠٣

و دعوى: أن تقديم قول مدعى الصحة (١) إنما هو إذا كان النزاع بين المتعاقدين (٢)، و هما في الحوالة المحيل و المحتال، و أما المحال عليه فليس طرفاً و إن اعتبر رضاه في صحتها.

مدفوعة أولاً: بمنع عدم كونه طرفاً، فإن الحوالة مركبة من إيجاب و قبولين.

و ثانياً: يكفي اعتبار رضاه في الصحة في جعل اعترافه بتحقيق المعاملة حجة عليه (٣) بالحمل على الصحة. نعم لو لم يعترف بالحوالة، بل ادعى أنه أذن له في أداء دينه يقدم قوله لأصالة البراءة من شغل ذمته، فيأذنه في أداء دينه له مطالبه عوضه، و لم يتحقق هنا حوالة بالنسبة إليه حتى تحمل على الصحة و إن تحقق بالنسبة إلى المحيل و المحتال لاعترافهما بها.

[مسألة ١٠] في أن حال الحوالة حال الضمان في عدم جواز مطالبة العوض الا بعد الأداء

(مسألة ١٠): قد يستفاد من عنوان المسألة السابقة (٤) حيث قالوا: «لو أحال عليه فقبل و أدى» فجعلوا محل

(١) هذه الدعوى ذكرها في الجواهر معترضاً بها على ما تقدم منه و من مفتاح الكرامة.

(٢) لا يخفى أن أصل الصحة لا يختص بطرف العقد، بل يجري بالإضافة إلى كل من هو محل ابتلاء العمل الصحيح، سواء كان أحد طرفي العقد أو غيره.

(٣) لا يتوقف العمل بأصل الصحة على اعترافه، بل إذا ثبت وجود الحوالة و شك في صحتها لزم ترتيب الأثر عليها و إن لم يعترف بها أحد المتنازعين، فإن القاضى الشرعى يجرى الأصل المذكور و يعمل عليه في تشخيص المدعى و المنكر و ترتيب الأحكام.

(٤) قال في جامع المقاصد: «فرع: لا يرجع المحال عليه مع براءة

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٤٠٤

الخلايف ما إذا كان النزاع بعد الأداء - أن حال الحوالة حال الضمان في عدم جواز مطالبة العوض الا بعد الأداء، فقبله و ان حصل الوفاء بالنسبة إلى المحيل و المحتال، لكن ذمة المحيل لا تشتغل للمحال عليه البرىء إلا بعد الأداء. و الأقوى حصول الشغل بالنسبة إلى المحيل بمجرد قبول المحال عليه، إذ كما يحصل به الوفاء (١) بالنسبة إلى دين المحيل بمجرد، فكذا

ذمته إلا بعد الأداء، لأن الحوالة حينئذ في معنى الضمان. و في المسالك:

«و في قوله - يعنى: المحقق في الشرائع - (أدى ثمَّ طالب) إشارة إلى أن المحال عليه مع براءة ذمته لا يرجع على المحيل إلا مع الأداء، كالضامن، لما تقدم من أن هذا القسم بالضمان أشبه». و في مفتاح الكرامة: «و ليعلم أن المحال عليه إذا كان برىء الذمة لا يرجع على المحيل إلا بعد الأداء، لأن الحوالة حينئذ في معنى الضمان. و لذا عبر في الشرائع و غيرها بالأداء».

و في الجواهر نحو ذلك. و صريح الجميع: أن الوجه في ذلك المشابهة بالضمان من أنها نقل للمال من ذمة المحيل إلى ذمة البرىء. و هو كما ترى، فان هذا النوع من المشابهة لا يقتضى ثبوت حكم الضمان من دون دليل عليه و ما أكثر المشابهات بين العقود مع أن الكل واحد منها حكمه لا يتعدى منه الى غيره مما يشابه، فإن الهبة المعوضة تشبه البيع، و لا يجرى عليها حكم البيع، و كذا الصلح المعاوضى، بل عموم المعاوضات، مع أن لكل حكمه لا يتعدى منه الى غيره. فالتعليل بذلك أشبه بتخريجات الشافعية و نحوهم، لا يعول عليه في إثبات الحكم الشرعى.

(١) يعنى: كما يحصل بالقبول وفاء ذمة المحيل يحصل اشتغال ذمة المحيل به فيحصل التهاثر إذا كان له دين على المحال عليه، أو يستقر في ذمته إذا كان المحال عليه بريئاً. لما قد عرفت من أن من أسباب الضمان

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٤٠٥

في حصوله بالنسبة إلى دين المحال عليه للمحيل إذا كان مديونا له، و حصول شغل ذمة المحيل له إذا كان بريئاً. و مقتضى القاعدة في الضمان أيضا تحقق شغل المضمون عنه للضامن بمجرد ضمانه، إلا أن الإجماع و خبر الصلح دلا على التوقف على الأداء فيه، و في المقام لا إجماع و لا خبر، بل لم يتعرضوا لهذه المسألة. و على هذا فله الرجوع على المحيل و لو قبل الأداء، بل و كذا لو أبرأه المحتال أو وفاة بالأقل أو صالحه بالأقل، فله عوض ما أحاله عليه بتمامه مطلقاً إذا كان بريئاً.

عرفاً استيفاء مال الغير، و المحيل هنا قد استوفى مال المحال عليه باشتغال ذمته لافراغ ذمة نفسه.

لكن في حاشية بعض الأعظم: أن ما ذكر هو الصحيح: و كذا في كتاب الضمان، بدعوى أن استيفاء مال الغير الموجب لضمانه إنما يحصل بالأداء، لا بمجرد الاشتغال. و قد ذكرنا هناك الاشكال فيه و أن الأداء إنما يكون لمصلحة المحال عليه، لا لمصلحة المحيل، فان مصلحة المحيل حصلت بمجرد الحوالة، و بها كان فراغ ذمته و صلاح حاله، و الأداء له دخل في فراغ ذمة المحال عليه، و لا يرتبط بالمحيل حتى يكون استيفاء له من المحيل. مع أنه لو سلم ذلك هنا لم يكن فرق بين الحوالة على البرىء و الحوالة على غيره، و كل من قال باعتبار الأداء خصه بالحوالة على البرىء، لأنها في معنى الضمان، و لم يقل به في الحوالة على غيره لأنها ليست كذلك.

و ما ذكره (قده) في حاشيته الأخرى من الفرق بين الحوالة على البرىء و الحوالة على المديون، بأنه في الحوالة على المديون لو توقف اشتغال ذمة

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٤٠٦

[(مسألة ١١): إذا أحال السيد بدينه على مكاتبه بمال الكتابة]

(مسألة ١١): إذا أحال السيد بدينه على مكاتبه (١) بمال الكتابة المشروطة أو المطلقة صح، سواء كان قبل حلول النجم أو بعده، لثبوته في ذمته (٢). والقول بعدم صحته قبل الحلول (٣)، لجواز تعجيز نفسه، ضعيف، إذ غاية ما يكون كونه متزلزلاً، فيكون كالحوالة على المشتري بالثمن في زمان الخيار. و احتمال عدم اشتغال ذمة العبد (٤)، لعدم ثبوت ذمة اختيارية له فيكون وجوب الأداء تكليفاً. كما ترى.

المحيل للمحال عليه على الأداء لزم اشتغال ذمة المحال عليه للمحيل قبل الأداء و للمحتمل معاً. غير ظاهر، إذ لم يتضح كون ذلك محذوراً حتى يتعين الفرار عنه بالالتزام بفراغ ذمة المحال عليه عن دين المحيل و يبقى في ذمته دين المحتمل لا غير. و لو سلم فمثله في الاشكال الالتزام باشتغال ذمة المحال عليه بمال الحوالة بلا عوض في الحوالة على البرىء، إذ لم يكن ذلك قد أقدم عليه. فلاحظ.

(١) يعنى: إذا كان السيد مدينا، فأحال دائته على عبده المكاتب بلحاظ ما عليه من مال الكتابة، صح التحويل.

(٢) هذا ما لا إشكال فيه، كما في المسالك. و يقتضيه عمومات الصحة.

(٣) هذا القول حكى عن الشيخ في المبسوط، و عن القاضي متابعتة مستدلاً بما ذكر.

(٤) حكى ذلك عن الشيخ أيضاً، كما تقدم في كتاب الضمان. و مقتضاه عدم صحة الحوالة حتى بعد حلول النجم، كما حكى عن الشيخ القول به.

لكن ظاهر الشرائع و صريح المسالك اختصاص خلاف الشيخ بما قبل حلول النجم.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٤٠٧

ثم إن العبد بقبول الحوالة يتحرر لحصول وفاء مال الكتابة بالحوالة و لو لم يحصل الأداء منه، فإذا أعتقه المولى قبل الأداء بطل عتقه. و ما عن المسالك من عدم حصول الاعتاق قبل الأداء، لأن الحوالة ليست في حكم الأداء، بل في حكم التوكيل، و على هذا إذا أعتقه المولى صح و بطلت الكتابة، و لم يسقط عن المكاتب مال الحوالة، لأنه صار لازماً للمحتمل، و لا يضمن السيد ما يغرمه من مال الحوالة. فيه نظر من وجوه (١). و كأن دعواه أن الحوالة ليست في حكم الأداء إنما هي بالنظر الى ما مر من دعوى توقف شغل ذمة المحيل للمحال عليه على الأداء، كما في الضمان، فهي و إن كان كالأداء بالنسبة إلى المحيل و المحتمل فبمجرد ما يحصل الوفاء و تبرأ ذمة المحيل، لكن بالنسبة إلى المحال عليه و المحيل ليس كذلك. و فيه منع التوقف المذكور كما عرفت، فلا فرق بين المقامين في كون الحوالة كالأداء، فيتحقق بها الوفاء (٢).

[مسألة ١٢: لو باع السيد مكاتبه سلعة]

(مسألة ١٢): لو باع السيد مكاتبه سلعة فأحاله

(١) أحدها: أنه لو كانت الحوالة توكيلاً لم يكن وجه لانتقال المال من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه. ثانيها: أنه مناف لما ذكره من لزوم المال للمحتمل، إذ لو كانت توكيلاً- فبالعتق ينتفى موضوع التوكيل، فتبطل الوكالة فكيف يبقى المال في ذمة المحال عليه للمحتمل؟! ثالثها: أن لزوم المال للمحتمل في ذمة المحال عليه يقتضى اشتغال ذمة السيد بمثله للاستيفاء.

(٢) و حينئذ يتحقق الاعتاق، و لا يصح عتق المولى بعد ذلك، حسب ما ذكر في المتن، و لا يصح ما ذكره في المسالك.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٤٠٨

بثمنها صح، لان حاله حال الأحرار، من غير فرق بين سيده و غيره. و ما عن الشيخ من المنع ضعيف (١).

[مسألة (١٣): لو كان للمكاتب دين على أجنبي فأحال سيده عليه من مال الكتابة صح]

(مسألة ١٣): لو كان للمكاتب دين على أجنبي فأحال سيده عليه من مال الكتابة صح، فيجب عليه تسليمه للسيد (٢) و يكون موجباً لاعتقائه (٣)، سواء أدى المحال عليه المال للسيد أم لا.

[مسألة (١٤): لو اختلفا في أن الواقع منهما كانت حوالة أو وكالة]

(مسألة ١٤): لو اختلفا في أن الواقع منهما كانت حوالة أو وكالة (٤)،

(١) استدلل له بأن المكاتبه جائزة، فلو اشترى شيئاً من سيده لزمه ثمنه، و من الجائز فسخ الكتابة، لأنها من العقود الجائزة، فيلزم حينئذ ثبوت شيء في ذمة العبد لسيدته. وفيه: أولاً: منع كونها جائزة و لو سلم و فرض تحقق الفسخ فان امتنع ملك المولى شيئاً في ذمة العبد كان ذلك موجباً لانفساخ البيع، لا بطلان البيع مطلقاً من أول الأمر. و لأجل ذلك لم ينسب المنع إلى أحد سوى الشيخ فلم يوافق عليه أحد. كما أنه بناء على ذلك فالمسألة من مسائل الكتابة لا الحوالة.

(٢) أما الصحة: فمقتضى العمومات. و أما وجوب التسليم: فلكونه من لوازمها.

(٣) كما ذكره في الجواهر، و قبله في المسالك و غيرها. لأنه بمنزلة الأداء.

و لم ينقل خلاف فيه، بل لا ينبغي ذلك، فكأن المراد من أداء مال الكتابة عدم بقاءه في ذمة العبد و إفراغ ذمة العبد منه، كما إذا أبرأه منه.

(٤) قال في الشرائع: «إذا قال: (أحلتك عليه) فقبض، و قال المحيل قصدت الوكالة، و قال المحتال: إنما أحلتني بما عليك، فالقول قول

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٤٠٩

فمع عدم البيئه يقدم قول منكر الحوالة (١)، سواء كان هو المحيل أو المحتال، و سواء كان ذلك قبل القبض من المحال عليه أو بعده، و ذلك لأصالة بقاء اشتغال ذمة المحيل للمحتال (٢) و بقاء اشتغال ذمة المحال عليه للمحيل، و أصالة عدم ملكية

المحيل، لأنه أعرف بلفظه. و فيه تردد. أما لو لم يقبض و اختلفا فقال:

(وكلتكم)، فقال: (بل أحلتني)، فالقول قول المحيل قطعاً. و لو انعكس الفرض فالقول قول المحتال. فاقصر في تحرير الخلاف على صورة الاتفاق على صدور لفظ التحويل و المصنف فرض المسألة أولاً في صورة عدم الاتفاق منهما على لفظ بعينه، ثم فرضها ثانياً في صورة الاتفاق على صدور لفظ: (أحلتك) من المحيل، و قد تبع في ذلك القواعد، غير أنه فيها قدم الفرض الثاني على الأول. و هو أوسع و أنفع.

(١) كما عن التذكرة و التحرير و المبسوط، بل عن الأخير: أنه لا خلاف فيه.

(٢) إذا كان المعيار في كون الشخص مدعياً و منكرًا مصب الدعوى ففي المقام يقتضى ذلك أن يكون الخصمان متداعيين، لان كلا من الحوالة و الوكالة مخالف لأصالة عدمه. لكن التحقيق أن المدار في تشخيص المدعى و المنكر هو الغرض المقصود من التداعي لا مصب الدعوى. و الغرض المقصود هنا هو اشتغال ذمة المحيل للمحتال، و اشتغال ذمة المحال عليه للمحيل أو للمحتال و الأصل يقتضى بقاء الأول و الثاني و عدم الثالث. و كل هذه الأصول توافق الغرض من دعوى الوكالة و تخالف الغرض من دعوى الحوالة، فيكون مدعى الحوالة مدعياً لمخالفة دعواه للحجة، و مدعى الوكالة منكرًا لموافقة دعواه للحجة.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٤١٠

المال المحال به للمحتال. و دعوى: أنه إذا كان بعد القبض (١) يكون مقتضى اليد ملكية المحتال، فيكون المحيل المنكر للحوالة مدعياً، فيكون القول قول المحتال في هذه الصورة.

مدفوعة: بأن مثل هذه اليد لا يكون اماره على ملكية ذبها (٢) فهو نظير ما إذا دفع شخص ماله إلى شخص و ادعى انه دفعه أمانة و قال الآخر: دفعتني هبة أو قرضاً، فإنه لا يقدم قول ذى اليد. هذا كله إذا لم يعلم اللفظ الصادر منهما، و أما إذا علم و كان ظاهراً في الحوالة أو في الوكالة فهو المتبع. و لو علم أنه قال: «أحلتك على فلان» و قال: «قبلت» ثم اختلفا في أنه حوالة أو وكالة، فربما يقال: إنه يقدم قول مدعى الحوالة (٣)، لأن الظاهر من لفظ:

(١) هذه الدعوى ذكرها في الجواهر وجهها للتردد في تقديم قول المحيل إذا كان يدعى التوكيل، كما ذكر في الشرائع.

(٢) لما اشتهر من أن ذا اليد إذا ادعى الملكية عن سبب معين كان مدعياً، لأن اليد إنما تدل على الملكية في الجملة و لا تدل على السبب المدعى، فالمدعى له تخالف دعواه الأصل. لكن عرفت أن المدار في كون الخصم مدعياً هو الغرض لا مصب الدعوى، و الغرض هو الملكية لا السبب المعين. فالعمدة في عدم حجية اليد في المقام عدم الدليل على حجية اليد، لأن أدلة الحجية منزلة على الارتكاز العقلائي، و هو يختص بغير هذه الصورة.

(٣) كذا في المسالك، لكن قوى خلافه: و في جامع المقاصد جعله الأصح، و تبعه في الجواهر. خلافاً للمبسوط فذكر أن القول قول مدعى

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٤١١

«أحلت» هو الحوالة المصطلحة (١)، و استعماله في الوكالة مجاز فيحمل على الحوالة. و فيه: منع الظهور المذكور (٢).

نعم لفظ الحوالة ظاهر في الحوالة المصطلحة، و أما ما يشق

الوكالة عملاً بالأصول المتقدمة في صدر المسألة. و في القواعد: أنه الأقرب و مال إليه في الشرائع، بل قطع به إذا كان الاختلاف بعد القبض، كما تقدم في عبارته المحكية. و في المسالك: نسبة الى الشيخ و جماعة. لكن في مفتاح الكرامة: «لم نعرفهم، و لا وجدنا ناقلاً عنهم». و لعل غرض المسالك من ذلك المحقق و العلامة. و قد أطال في المسالك في تقريبه و الدفاع عنه.

(١) ذكر ذلك في جامع المقاصد، و سبقه الى ذلك في التذكرة، و تبعه على ذلك في الجواهر و غيرها.

(٢) لكن ظاهر الجماعة الذين ذهبوا إلى تقديم قول مدعى الوكالة الاعتراف بذلك، فقد ذكر في القواعد: أن الأقرب تقديم قول المحيل إذا كان قد ادعى التوكيل، لأنه أعرف بلفظه و قصده، و اعتضاده بالأصل.

ثم قال: «و يحتمل تصديق المستحق، عملاً بشهادة اللفظ»، فهو يعترف بشهادة اللفظ بالحوالة و مع ذلك جعل الأقرب تقدم قول مدعى الوكالة.

و نحوه كلام الشيخ في المبسوط، فإن المحكى عنه في الاستدلال على تقديم دعوى المحيل قصد الوكالة: أنه أعرف بلفظه باعتبار استعماله في المعنى الحقيقي و غيره، و كذا هو أعرف بما قصده إذ لا يعلم قصده الا من قبله، و ان قوله معتضد بأصالة بقاء المحيل.. فهو يعترف بأن الحوالة حقيقة في معناها لكن يقبل قول القائل أردت الوكالة. و بالجملة: فالذى يظهر من كلماتهم الاعتراف بظهور «أحلتك» و نحوه في الحوالة لكن يقبل قوله مدعى الوكالة من جهة الأصل. و حينئذ فالإشكال عليه واضح، فإن الأصل لا يجرى مع

ظهور الكلام على خلافه، فلا يكون من يوافق

قوله الأصل منكرأ بعد أن كان الأصل غير حجة لمخالفته لظاهر الكلام.

و أما منع الظهور الذى ادعاه المصنف (ره): فغير ظاهر، إذ التحويل له معنيان: شرعى فى الأصل و حقيقة فى عرف المتشعبة، و هو نقل المحيل دينه من ذمته إلى ذمة المحال عليه، و عرفى و فى الأصل لغوى، و هو نقل الشئ من شئ إلى آخر، سواء كان من ذمة إلى أخرى أم من مكان إلى آخر أم من حال إلى حال آخر، فإذا قال المدين للدائن: «أحلت دينك على فلان» كان حواله شرعية و عرفية، و إذا قال:

«أحلتك على فلان» فالمعنى الذى تحت اللفظ هو الحواله العرفية. لكنه كناية عن الحواله الشرعية، لأن الدين لما نقل من ذمة المدين إلى غيره كأنه نقل الدائن من مكان المطالبة إلى مكان آخر، فهو نظير قولنا:

«زيد كثير الرماد» المراد منه كثير الطبخ و الكرم. و أما استعماله فى الوكالة فهو من المجاز، إذ لا راحة فيه للنقل للدين و لا لأثر من آثاره، إذ فى التوكيل تسليط على مطالبه غير المدين، فىكون الوكيل قادراً على مطالبه المدين الموكل و مطالبه مدينه، فالوكالة حينئذ توسع فى سلطان الدائن، لا نقل لمدينه و لا لسلطانه على المطالبة، لأن توكل المدين له على استيفاء دينه لا يمنعه من مطالبته، و إنما يسوغ له مطالبه المدين لمدينه مضافاً إلى مطالبه مدينه، فكيف يصح حمله على الوكالة؟! إلا أن تكون من المجازات البعيدة.

و من ذلك تعرف الاشكال على ما ذكره فى المسالك، حيث أشكل على ما ذكره فى جامع المقاصد- من أن ظهور «أحلتك» فى الحواله مقدم على الأصول التى توافق الوكالة، لأن الأصل الحقيقه- بأن الوكالة لما كانت تتحقق بكل لفظ يدل على الاذن بطريق الحقيقه و كانت الحواله مؤديه لذلك لأن معنى «أحلتك» كما يحتمل تحويل المال من ذمة إلى

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٤١٣

منها- كلفظ: «أحلت»- فظهوره فيها ممنوع (١). كما أن لفظ الوصية ظاهر فى الوصية المصطلحه. و أما لفظ:

«أوصيت» أو «أوصيك بكذا» فليس كذلك (٢). فتقديم قول مدعى الحواله فى الصورة المفروضة محل منع (٣).

[مسألة (١٥): إذا أحال البائع من له عليه دين على المشتري بالثمن]

(مسألة ١٥): إذا أحال البائع من له عليه دين على المشتري بالثمن، أو أحال المشتري البائع بالثمن على أجنبى برئ أو مديون للمشتري، ثم بان بطلان البيع، بطلت

ذمة يحتمل ارادة تحويل المطالبة من المحيل إلى المحتال، ففائدتها تسليطه على المحال عليه .. إلى آخر ما ذكر فى النقض و الإبرام فى تقريب ما ذكره الشيخ و الجماعة. وجه الاشكال: أن الوكالة ليس فيها تحويل المطالبة من المحيل إلى المحتال، فإن الوكالة لا تمنع من مطالبه الموكل لمدينه، فإن الوكالة لا- توجب انزال الموكل عن السلطان، فلا- تحويل و لا تحول، فلا بد أن يكون من المجاز.

(١) فيه نظر، لأن المشتق تابع للمشتق منه و مشارك له فى مادة الاشتقاق. نعم كان الأولى له أن يمنع أن يكون: «أحلتك» مشتقاً من الحواله فلعله مشتق من التحويل، و حينئذ يتخلص من الاشكال المذكور.

لكن يتوجه عليه أن اشتقاقه من التحويل لا يصح استعماله فى الوكالة على وجه الحقيقه، لما عرفت من أنه لا تحويل فيه و لا تحول، فيتعين حمله على الحواله الاصطلاحية بقريته المورد.

(٢) قد عرفت الاشكال فيه، و أن اللازم حينئذ دعوى كون «أوصيت» و نحوه من المشتقات مشتقة من الإيضاء لا من الوصية.

(٣) بل هو المتعين، كما عرفت.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٤١٤

الحواله فى الصورتين (١)، لظهور عدم اشتغال ذمة المشتري للبائع و اللازم اشتغال ذمة المحيل للمحتال. هذا فى الصورة الثانية، و فى

الصورة الأولى و إن كان المشتري محالاً عليه و يجوز الحوالة على البريء، إلا أن المفروض ارادة الحوالة عليه من حيث ثبوت الثمن في ذمته، فهي في الحقيقة حوالة على ما في ذمته (٢) لا- عليه. و لا فرق بين أن يكون انكشاف البطلان قبل القبض أو بعده فاذا كان بعد القبض يكون المقبوض باقياً على ملك المشتري، فله الرجوع به و مع تالفه يرجع على المحتال (٣) في الصورة الأولى و على البائع في الثانية.

(١) كما في الشرائع و القواعد و جامع المقاصد و المسالك و غيرها، و عن الفخر في شرحه: الإجماع عليه. و علل بما في المتن، و مقتضاه بطلان الحوالة من أصلها، و إن كان ظاهر العبارة- كعبارة الشرائع و القواعد و غيرها- يقتضى طروء البطلان على الحوالة بظهور بطلان البيع، لا بطلانها من أصلها. فكأنه تسامح في التعبير. و لذا قال في جامع المقاصد: «و قد كان الأحسن أن يقول: و لو فسد البيع فالحوالة باطلة إذ لم يطرأ بطلانها». و نحوه في المسالك.

(٢) بذلك دفع الإشكال في مفتاح الكرامة و الجواهر. و فيه: أن الحوالة نقل الدين إلى ذمة المحال عليه، لا إلى ما في ذمته. نعم قد يلحظ ما في ذمته قيداً للتحويل، و قد يلحظ داعياً، و قد لا يلحظ أصلاً، و في الأول تبطل الحوالة بفقدته لانتفاء المقيد بانتفاء قيده، و لا تبطل في الأخيرين لانتفاء المقتضى.

(٣) لأنه القابض لغير ماله، و كذا البائع في الثانية.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٤١٥

[مسألة (١٦): إذا وقعت الحوالة بأحد الوجهين ثم انفسخ البيع بالإقالة أو بأحد الخيارات]

(مسألة ١٦): إذا وقعت الحوالة بأحد الوجهين ثم انفسخ البيع بالإقالة أو بأحد الخيارات فالحوالة صحيحة. لوقوعها في حال اشتغال ذمة المشتري بالثمن (١)، فيكون كما لو تصرف أحد المتبايعين في ما انتقل إليه ثم حصل الفسخ فان التصرف لا يبطل بفسخ البيع. و لا فرق بين أن يكون الفسخ قبل قبض مال الحوالة أو بعده (٢)، فهي تبقى بحالها و يرجع البائع على المشتري (٣) بالثمن. و ما عن الشيخ و بعض آخر (٤) من الفرق بين الصورتين و الحكم بالبطلان في الصورة الثانية- و هي ما إذا أحال المشتري البائع بالثمن على أجنبي-

(١) هذا يصلح تعليلاً لصحتها حال وقوعها، لا لصحتها حال انفساخ البيع الذي هو محل الكلام. و اللازم تعليل الصحة حينئذ بعدم المقتضى للبطلان كما إذا تصرف أحد المتبايعين ثم وقع الفسخ.

(٢) لا طراد المقتضى للصحة في المقامين.

(٣) هذا من السهو، و الصحيح و يرجع المشتري على البائع.

(٤) المحكى عن الشيخ في المبسوط: بطلان الحوالة إذا كان المشتري قد أحال البائع ثم فسخ البيع، لأنها تابعة للبيع، فاذا بطل المتبوع بطل التابع، و عن مجمع البرهان: أن البطلان أقوى، و في الشرائع: «إذا أحال المشتري البائع بالثمن ثم رد المبيع بالعيب السابق بطلت الحوالة، لأنها تتبع البيع. و فيه تردد». فيحتمل أن يكون وجه التردد ما ذكره المصنف (ره)- تبعاً لجماعة- من أن الحوالة من العقود اللازمة، و تبعيتها للبيع في الانفساخ لا مقتضى لها، و يحتمل أن يكون وجه التردد ما سيأتي نقله عن العلامة.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٤١٦

لأنها تتبع البيع في هذه الصورة، حيث أنها بين المتبايعين بخلاف الصورة الأولى. ضعيف، و التبعية في الفسخ و عدمه ممنوعة. نعم هي

تبع للبيع حيث أنها واقعة على الثمن، وبهذا المعنى لا فرق بين الصورتين (١).

(١) إذ في الصورة الأولى الحوالة واقعة من البائع على الثمن، و في الصورة الثانية واقعة من المشتري بالثمن، فالثمن موضوع لها في الصورتين معا.

هذا ولا يخفى أنه في الصورة الثانية لما كان المشتري قد حول البائع بالثمن فالبائع يقبض الثمن من المحول عليه، فإذا بطل البيع رجع الثمن الى ملك المشتري. أما في الصورة الأولى فالبائع حول غريمه على الثمن، فالمقبوض للغريم هو الثمن، فإذا بطل البيع بالفسخ امتنع أن يرجع الثمن المقبوض لغريم البائع إلى المشتري، لأنه ليس ملكاً للبائع، بل هو مضمون على البائع ضمان المعاوضة فيرجع المشتري به على البائع الضامن له لا- على غيره. فيكون الحكم كما إذا اشترى البائع بالثمن ثوباً، فإنه لا- يرجع الثوب إلى المشتري بالفسخ. وبالجمله: في الصورة الثانية ينتقل الثمن الذي للبائع على المشتري من ذمة المشتري إلى ذمة المحال عليه، فلا تبدل في نفس المال، وإنما التبدل في الذمة، فانتقل من ذمة إلى ذمة، فإذا قبضه البائع من المحال عليه ففسخ البيع رجع نفس المقبوض إلى المشتري، لأنه عين الثمن. و في الصورة الأولى يكون الثمن الذي في ذمة المشتري قد انتقل الى غريم البائع، و لم يبق في ملك البائع كي يرجع بالفسخ إلى المشتري، فالتبعية للبيع و إن كانت موجودة في الصورتين و لكن الكيفية مختلفة. بل عرفت سابقاً أن الحوالة على غير البريء ليست حوالة على المال، و إنما هي حوالة على الذمة، و المال مأخوذ قيداً تارة، و داعياً أخرى، و غير ملحوظ ثالثه كما عرفت، و التبعية تختص بالصورة الاولى

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٤١٧

و ربما يقال بطلانها (١) إن قلنا إنها استيفاء، و تبقى إن قلنا إنها اعتياض. و الأقوى البقاء و إن قلنا إنها استيفاء، لأنها معاملة مستقلة (٢)، لازمة لا تنفسخ بانفساخ البيع، و ليس

لا- غير، و فيها أيضاً لا تبعية في الفسخ، و لذلك قال في الشرائع: «أما لو أحال البائع أجنبياً بثمن على المشتري، ثم فسخ المشتري بالعيب أو بأمر حادث، لم تبطل الحوالة، لأنها تعلقت بغير المتعاقدين». و نحوه ما في القواعد. و عن الفخر في شرح الإرشاد: الإجماع عليه، بل عن الشيخ:

نفى الخلاف فيه، و إن تأمل في الحكاية بعض.

(١) ذكر ذلك في القواعد، قال: «و لو احتال البائع ثم ردت السلعة بعيب سابق، فان قلنا: إن الحوالة استيفاء بطلت، لأنها نوع إرفاق، فإذا بطل الأصل بطلت هيئة الإرفاق، كما لو اشترى بدراهم مكسرة فأعطاه صحيحاً ثم فسخ، فإنه يرجع بالصحاح. و إن قلنا: إنها اعتياض، لم تبطل، كما لو استبدل عن الثمن ثوباً ثم رد بالعيب، فإنه يرجع بالثمن لا الثوب، فللمشتري الرجوع على البائع خاصة إن قبض، و لا يتعين المقبوض، و إن لم يقبضه فله قبضه».

(٢) هذا خلف، فإنه إذا سلم إنها استيفاء لا تكون معاملة مستقلة في قبال الاستيفاء و الاعتياض. اللهم الا أن يكون مراده من الاستيفاء الأعم من ذلك، كما يظهر من عبارته. إلا أنه غير مرادهم من الاستيفاء، كما يظهر من المثال المذكور في القواعد. فإنه من الاستيفاء بالمعنى الخاص.

و قد تقدم في كلام جماعة: أنها استيفاء، و المصنف وافقهم على ذلك، و تقدمت المناقشة معهم بأنها لا تكون استيفاء، إذ لم يصل إلى الدائن شيء فلم يكن وفاء، و إنما كان مجرد فراغ ذمة المديون المحيل لا غير.

و إن شئت قلت: ليست الحوالة وفاء حال وقوعها، إذ لم يصل الى الدائن

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٤١٨

.....

شئ من ماله، ولا حال القبض من المحال عليه، لفرغ ذمته قبل ذلك، وإنما القبض وفاء عما في ذمة المحال عليه لا غير. كما أنها ليست اعتياضاً، إذ لم تكن معاوضة بين المحيل و المحتال بأن يكون المال الذي في ذمة المحال عليه عوضاً عما له في ذمة المحيل، فان ذلك غير مقصود، ولا هو مفهوم الحوالة عرفاً. بل ليس مفهومها الا نقل ما في ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، فالثمن الذي في ذمة المشتري للبائع قد انتقل إلى ذمة المحال عليه، فالحوالة تبديل في الذم لا تبديل في المال، فان المال باق بحاله و خصوصياته من دون تغيير فيه ولا تبديل، كالعين بالخارجية التي تنقل من صندوق الى صندوق و من طرف الى طرف. و لو كانت اعتياضاً جرى عليها حكم بيع الصرف، من لزوم التقابض في المجلس، و جرى عليها حكم بيع الدين بالدين.

فالبائع المحتال يملك الثمن في ذمة المحال عليه، فاذا وقع الفسخ قبل القبض بطلت الحوالة، لرجوع الثمن الى ملك المشتري، و ليس للبائع أخذه من المحال عليه، و إذا وقع الفسخ بعد القبض رجع المقبوض الى ملك المشتري، لأنه الثمن فيرجع اليه بالفسخ. و لذلك قال في الشرائع تفريعاً على بطلان الحوالة: «فان لم يكن البائع قبض المال فهو باق في ذمة المحال عليه للمشتري. و إن كان البائع قبضه فقد برئ المحال عليه و يستعيده المشتري من البائع». و أوضحة العلامة في التذكرة و الشهيد الثاني في المسالك بنحو ما ذكرنا، بل في الجواهر: «بلا خلاف أجده فيه بين من تعرض له».

و على هذا فاللازم القول ببطلان الحوالة إذا وقع الفسخ قبل القبض، و صحتها إذا وقع بعد القبض، لأن بطلانها حينئذ يقتضى رجوع المقبوض الى ملك المحال عليه، لا إلى المشتري، و لا يقولون به، و لا مقتضى له.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٤١٩

حالتها حال الوفاء بغير معاملة لازمة، كما إذا اشترى شيئاً بدراهم مكسرة فدفع إلى البائع الصحاح أو دفع بدلها شيئاً آخر وفاء (١)، حيث انه إذا انفسخ البيع و يرجع اليه ما دفع من الصحاح أو الشيء الآخر، لا الدراهم المكسرة، فإن الوفاء بهذا النحو ليس معاملة لازمة، بل يتبع البيع في الانفساخ، بخلاف ما نحن فيه، حيث أن الحوالة عقد لازم (٢) و ان كان

فاللازم التفصيل بين ما قبل القبض فالبطلان، و ما بعده فالصحة، لا إطلاق القول ببطلان الحوالة. بل تمكن المناقشة فيما في الشرائع إذا بطلت الحوالة للفسخ قبل القبض يكون المال باقياً في ذمة المحال عليه للمشتري، بأن بطلان الحوالة يقتضى فراغ ذمة المحال عليه لا اشتغالها بالمحال به للمشتري، فإن ذلك مقتضى الصحة لا البطلان.

(١) في كون ذلك من الوفاء إشكال، لأن الوفاء أداء ما في الذمة، و الجنس الآخر أجنبي عما في الذمة فلا يكون أداء له. نعم إذا كان الاختلاف بالصفات مثل الصحاح و المكسرة و العبد الكاتب و غير الكاتب، يمكن تنازل المشتري عن الوصف فيقبل غير الموصوف، أو تنازل البائع عنه فيدفع غير الموصوف كالصحيح بدل المكسور، فيكون الوفاء بالنسبة إلى الذات. و هذا المعنى لا يأتي مع اختلاف الذات. و الاكتفاء بالمالية، فيكون الوفاء بالإضافة إليها لا غير، خلاف ما بنوا عليه من بطلان البيع مع اختلاف الجنس، كما إذا باع عبداً فتبين أنه حيوان، أو باع ذهباً فتبين أنه نحاس، و نحو ذلك، فان البناء على البطلان يقتضى عدم البناء على تعدد المطلوب في ذلك، بخلاف باب الاختلاف بالصفة. و على هذا فلو بطل البيع رجع المشتري بالمسمى، لا ببدله.

(٢) اللزوم في نفسه لا ينافي الانفساخ بذهاب الموضوع و انتفائه.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص: ٤٢٠

نوعاً من الاستيفاء.

[(مسألة ١٧): إذا كان له عند وكيله أو أمينه مال معين خارجي فأحال دائنه عليه]

(مسألة ١٧): إذا كان له عند وكيله أو أمينه مال معين خارجي فأحال دائنه عليه ليدفع اليه بما عنده فقبل المحتال و المحال عليه، وجب عليه الدفع اليه (١)، وإن لم يكن من الحوالة المصطلحة (٢). وإذا لم يدفع له الرجوع على المحيل لبقاء شغل ذمته. ولو لم يتمكن من الاستيفاء منه ضمن الوكيل المحال عليه إذا كانت الخسارة الواردة عليه مستند اليه، للغرور (٣).
(تم كتاب الحوالة)

(١) جواز الدفع من جهة الإذن معلوم. أما وجوبه فغير معلوم إذا أمكن الدفع الى المالك في ذلك الزمان أو فيما قبله، إذ الوكيل ممنوع من التصرف في المال بغير إذن مالكة، و كما يمكن الفرار عن ذلك بالدفع الى المحتال يمكن إرجاعه إلى المالك. نعم إذا تعذر الدفع الى المالك حينئذ وجب الدفع الى المحتال، لئلا يلزم التصرف في مال المالك بغير إذنه، و حينئذ لا يتوقف وجوب الدفع على قبوله الحوالة.

(٢) لعدم انتقال الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه.

(٣) فان قاعدة الغرور شاملة للمقام، و مجرد عدم وجوب الوفاء بالوعد و القبول لا يمنع من صدق الغرور، فان الغرور لم يكن مستنداً الى وجوب الوفاء، بل مستنداً إلى الثقة بالوفاة بالوعد، كما لعله ظاهر.
وَ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ * كما هو أهله. و الصلاة و السلام على رسوله الكريم و أهل بيته الطاهرين. انتهى الكلام في ثامن شعبان المكرم، في السنة الثانية و الثمانين بعد الألف و الثلاثمائة من الهجرة النبوية، على صاحبها أفضل السلام و أكمل التحية.

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

تعريف مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

جاهدوا بأموالكم و أنفسكم في سبيل الله ذلكم خير لكم إن كنتم تعلمون (التوبة/٤١).
قال الإمام علي بن موسى الرضا - عليه السلام: رَحِمَ اللَّهُ عَبْدًا أَحْيَا أَمْرَنَا... يَتَعَلَّمُ عَلُومَنَا وَيُعَلِّمُهَا النَّاسَ؛ فَإِنَّ النَّاسَ لَوْ عَلِمُوا مَحَاسِنَ كَلَامِنَا لَاتَّبَعُونَا... (بِنَادِرُ الْبِحَار - في تلخيص بحار الأنوار، للعلامة فيض الاسلام، ص ١٥٩؛ عُيُونُ أَخْبَارِ الرُّضَا(ع)، الشيخ الصدوق، الباب ٢٨، ج ١/ ص ٣٠٧).

مؤسس مجتمع "القائمية" الثقافي بأصبهان - إيران: الشهيد آية الله "الشمس آبادي" - رَحِمَهُ اللَّهُ - كان أحدًا من جهابذة هذه المدينة، الذي قد اشتهر بشغفه بأهل بيت النبي (صلوات الله عليهم) و لاسيما بحضرة الإمام علي بن موسى الرضا (عليه السلام) و بساحة صاحب الزمان (عجل الله تعالى فرجه الشريف)؛ و لهذا أسس مع نظره و درايته، في سنة ١٣٤٠ الهجرية الشمسية (= ١٣٨٠ الهجرية القمرية)، مؤسسه و طريقة لم ينطفيء مصباحها، بل تتبّع بأقوى و أحسن موقف كل يوم.

مركز "القائمية" للتحرّي الحاسوبي - بأصبهان، إيران - قد ابتدأ أنشيطته من سنة ١٣٨٥ الهجرية الشمسية (= ١٤٢٧ الهجرية القمرية) تحت عناية سماحة آية الله الحاج السيد حسن الإمامي - دام عزه - و مع مساعده جمع من خريجي الحوزات العلميّة و طلاب الجوامع، بالليل و النهار، في مجالات شتى: دينية، ثقافية و علمية...

الأهداف: الدفاع عن ساحة الشيعة و تبسيط ثقافته الثقلين (كتاب الله و اهل البيت عليهم السلام) و معارفهما، تعزيز دوافع الشباب و عموم الناس إلى التحرّي الأدقّ للمسائل الدينيّة، تخليف المطالب النافعة - مكان البلايتي المتبدلة أو الرديئة - في المحاميل (=الهواتف المنقولة) و الحواسيب (=الأجهزة الكمبيوترية)، تمهيد أرضية واسعة جامعته ثقافية على أساس معارف القرآن و أهل البيت

- عليهم السلام - يباعث نشر المعارف، خدمات للمحققين و الطلاب، توسعه ثقافه القراءه و اغناء اوقات فراغه هواه برامج العلوم الإسلاميه، إناله منابع اللازمه لتسهيل رفع الإبهام و الشبهات المنتشره فى الجامعه، و...
- منها العداله الاجتماعيه: التى يمكن نشرها و بثها بالأجهزه الحديثه متصاعده، على أنه يمكن تسريع إبراز المرافق و التسهيلات - فى آكناف البلد - و نشر الثقافه الإسلاميه و الإيرانيه - فى أنحاء العالم - من جهه أخرى.
- من الأنشطة الواسعه للمركز:

(الف) طبع و نشر عشرات عنوان كتب، كتيبه، نشره شهريه، مع إقامة مسابقات القراءه

(ب) إنتاج مئات أجهزه تحقيقيه و مكتبيه، قابله للتشغيل فى الحاسوب و المحمول

(ج) إنتاج المعارض ثلاثيه الأبعاد، المنظر الشامل (= بانوراما)، الرسوم المتحركه و... الأماكن الدينيه، السياحيه و...

(د) إبداع الموقع الانترنتى " القائمية " www.Ghaemiyeh.com و عدده مواقع أخر

(ه) إنتاج المنتجات العرضيه، الخطابات و... للعرض فى القنوات القمرية

(و) الإطلاق و الدعم العلمى لنظام إجابة الأسئلة الشرعيه، الاخلاقيه و الاعتقاديه (الهاتف: ٠٠٩٨٣١١٢٣٥٠٥٢٤)

(ز) ترسيم النظام التلقائى و اليدوى للبلوتوث، ويب كشك، و الرسائل القصيره SMS

(ح) التعاون الفخرى مع عشرات مراكز طبيعيه و اعتباريه، منها بيوت الآيات العظام، الحوزات العلميه، الجوامع، الأماكن الدينيه كمسجد جَمكران و...

(ط) إقامة المؤتمرات، و تنفيذ مشروع " ما قبل المدرسه " الخاص بالأطفال و الأحداث المشاركين فى الجلسه

(ى) إقامة دورات تعليميه عموميه و دورات تربية المربى (حضوراً و افتراضاً) طيله السنه

المكتب الرئيسى: إيران/أصفهان/ شارع "مسجد سيد/ " ما بين شارع " پنج رمضان " و "مفترق" و فائى/ "بنايه" القائمية"

تاريخ التأسيس: ١٣٨٥ الهجرية الشمسيه (= ١٤٢٧ الهجرية القمرية)

رقم التسجيل: ٢٣٧٣

الهوية الوطنية: ١٠٨٦٠١٥٢٠٢٦

الموقع: www.ghaemiyeh.com

البريد الالكترونى: Info@ghaemiyeh.com

المتجر الانترنتى: www.eslamshop.com

الهاتف: ٢٥-٢٣-٢٣٥٧٠ (٠٠٩٨٣١١)

الفاكس: ٢٢-٢٣٥٧٠ (٠٣١١)

مكتب طهران ٨٨٣١٨٧٢٢ (٠٢١)

التجارية و المبيعات ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩

امور المستخدمين ٢٣٣٣٠٤٥ (٠٣١١)

ملاحظه هامه:

الميزانيه الحاليه لهذا المركز، شعبيه، تبرعيه، غير حكوميه، و غير ربحيه، اقتنيت باهتمام جمع من الخيرين؛ لكنها لا توافى الحجم المتزايد و المتسع للامور الدينيه و العلميه الحاليه و مشاريع التوسعه الثقافيه؛ لهذا فقد ترجى هذا المركز صاحب هذا البيت (المسمى بالقائمية) و مع ذلك، يرجو من جانب سماحه بقيه الله الأعظم (عجل الله تعالى فرجه الشريف) أن يوفق الكل توفيقاً متراًداً لإعانتهم - فى حد التمكن لكل احد منهم - إيانا فى هذا الأمر العظيم؛ إن شاء الله تعالى؛ و الله ولى التوفيق.

مركز
للبحوث والتحريرات الكمبيوترية
الغمامة اصحمان

WWW



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم
www.Ghaemiyeh.com
www.Ghaemiyeh.net
www.Ghaemiyeh.org
www.Ghaemiyeh.ir

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

